الوسيط
في شرح القانون المدني

(١٠)

الجزء العاشر والأخير

في التأمينات الشخصية والعينية

دار
إحياء التراث العربي
بيروت - لبنان

الوسيط

في شرح القانون المدني

(١٠)

الجزء العاشر والأخير

في التأمينات الشخصية والعينية

نأليف

عبد الرزاق أحمد السنهوري

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم الاقتصادية والسياسية

ودبلوميه من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

التأمينات الشخصية
والتأمينات العينية

كلمـــة تمهيدية

١ — الدائن العادى له ضمان عام على جميع أموال المدين : رأينا فى الجزء الثانى من الوســيط (فقرة ٥٢٤) أن الفقرة الأولى من المادة ٢٣٤ مدنى تنص على أن « أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه » ، فأموال المدين إذن هى الضمان العام (gage commur) للدائنين . ولكن الدائنين يكونون فى هذا الضمان العام ، من الناحية القانونية ، على قدم المساواة . فإذا اتسع لهم جميعاً أموال المدين ، استوفوا حقوقهم كاملة . أما إذا لم تتسع لهم أموال المدين ، واتخذوا جميعاً إجراءات التنفيذ على هذه الأموال ، فإنهم يتقاسمونها كل بنسبة حقه . فلا يحصل كل منهم إلا على جزء من هذا الحق . وهذا ، كما قدمنا ، إذا استطاع الجميع أن يتخذوا إجراءات التنفيذ فى الوقت المناسب . أما إذا تخلف بعضهم لسبب أو لآخر ، وتقدم الباقون ، فهؤلاء الأخيرون هم الذين يتقاسمون أموال المدين ، فيحصلون على كل حقوقهم أو على بعضها . ولا يبقى للمتخلف منهم مال يذكر ينفذ عليه بحقه . فيضيع عليه هذا الحق .

وللدائن ، مما له من ضمان عام على أموال المدين ، أن يتخذ طرقاً تحفظية وطرقاً تنفيذية وطرقاً هى وسط ما بين الطرق التحفظية والطرق التنفيذية . والطرق التحفظية إما طرق يتخذها الدائن فى حقه هو كما إذا قطع التقادم بالنسبة إلى هذا الحق أو قام بقيد رهن ضامن له أو طلب تحقيق إمضاء مدينة على سند الدين . أو طرق يتخذها بالنسبة إلى أموال المدين كأن يضع الأختام عليها أو يحرر محضر جرد بها أو يتدخل فى إجراءات قسمة المال الشائع المملوك لمدينه . والطرق التنفيذية تكفل بيانها تقنين المرافعات . ويسبق التنفيذ حصول

الدائن على سند تنفيذى (titre exécutoire) كحكم أو ورقة رسمية ، ويكون التنفيذ عادة بالحجز على أموال المدين وبيعها وتوزيع ما ينتج من ذلك عن طريق التقسيم بالمحاصة (distribution par contribution) ، كل دائن بنسبة حقه كما سبق القول(١) . والطرق الوسطى ما بين التحفظية والتنفيذية ترد جميعها إلى المبدأ العام الذى تقدم ذكره ، وهو أن جميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته ، وقد عدد التقنين المدنى منها خمسة . الطريق الأول هو الدعوى غير المباشرة ، يدفع بها الدائن عن نفسه تهاون المدين أو غشه إذا سكت هذا عن المطالبة بحقوقه لدى الغير ، فيباشر الدائن بنفسه حقوق مدينه نيابة عنه ، وبذلك يحافظ على ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ بحقه بعد ذلك . والطريق الثانى هو الدعوى البولصية ، يدفع الدائن بها عن نفسه غش المدين إذا عمد هذا إلى التصرف فى ماله إضراراً بحق الدائن ، فيطعن الدائن فى هذا التصرف ويعود المال إلى الضمان العام تمهيداً للتنفيذ عليه . والطريق الثالث هو دعوى الصورية ، يدفع الدائن بها عن نفسه غش المدين أيضاً إذا عمد هذا إلى التظاهر بالتصرف فى ماله تصرفاً صورياً ، فيطعن الدائن فى هذا التصرف ويستبقى بذلك مال المدين فى ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ عليه . والطريق الرابع هو الحق فى الحبس ، يحبس به الدائن مالاً فى يده للمدين حتى يستوفى حقاً له مرتبطاً بهذا المال ، فهو أقوى من إجراء تحفظى لأن الدائن يتخذه تمهيداً للتنفيذ بحقه ، وأضعف من إجراء تنفيذى لأن الدائن لا يستوفى منه بمجرد حبسه مال المدين بل يجب عليه التنفيذ على هذا المال . والطريق الخامس هو شهر إعسار المدين ، وإجراءات الإعسار هى أيضاً تقوم على فكرة الضمان العام للدائنين . وهى أقوى من الإجراءات التحفظية إذ تغل يد المدين عن التصرف فى ماله ، وأضعف من الإجراءات التنفيذية إذ لا تكفى وحدها للوفاء بحق الدائن بل يجب على الدائن اتخاذ إجراءات تنفيذية لاستيفاء حقه من أموال المدين الذى شهر إعساره (٢).

٢ — **الضمان العام للدائن لا يكفى** : على أنه إذا كانت جميع أموال المدين

---

(١) الوسيط ٢ فقرة ٥٢٥ .

(٢) انظر فى كل هذا الوسيط ٢ فقرة ٥٢٦ .

ضماناً عاما للدائن . وكان هذا منطفياً من الناحية القانونية ، فإنه لا يكفى من الناحية الفعلية . فقد رأينا أن أموال المدين قد لا تقضى ديونه ، فيضطر الدائن إلى الاقتصار على استيفاء جزء من حقه . بل قد يضيع عليه حقه إذا تخلف لسبب أو لآخر عن المشاركة فى التنفيذ على أموال المدين .

ثم إن المدين قد يتهاون فى تقاضى حقوقه من مدينيه ، إما إهمالا أو غشا ، لأن ما يستوفيه من هذه الحقوق ينفذ عليه دائنوه . وإذا كانت الدعوى غير المباشرة أعطاها القانون سلاحاً للدائن ضد هذا الإهمال أو الغش ، فهى سلاح غير كاف . إذ يجب على الدائن أن يستوفى شروطا معينة لاستعمال هذه الدعوى ، وما ينتج من الدعوى بعد ذلك يتساوى فيه جميع الدائنين ولا يستأثر به الدائن الذى باشر الدعوى . وقد لا يحصل هذا إلا على جزء من حقه . وقد يتصرف المدين غشاً فى ماله لإخراجه من ضمان دائنيه ، وإذا كانت الدعوى البولصية أعطاها القانون سلاحاً للدائن ضد هذا الغش ، فهى سلاح غير كاف . إذ يشترط فيها توافر شروط كثيرة ، وما ينتج منها يتساوى فيه جميع الدائنين ولا يستأثر به الدائن الذى باشر الدعوى البولصية . شأنه فى ذلك شأن الدائن الذى باشر الدعوى غير المباشرة . وكذلك قل عن دعوى الصورية ، فإن ما ينتج منها يتساوى فيه جميع الدائنين ، ولا يستأثر به الدائن الذى باشر دعوى الصورية . وهكذا يستطيع المدين أن يتصرف فى أمواله غشاً ، أو يتصرف فيها تصرفاً صورياً ، وأن يهمل فى تقاضى حقوقه ، ويستطيع أن يزيد فى ديونه إضراراً بدائنيه . ولا يعصم الدائنين من كل ذلك ما قرره القانون من أن أموال المدين جميعها ضامنة لديونه . ولذلك كان الدائن العادى (créancier chirographaire)[1] تحت رحمة مدينه ، لا ملاذ له إلا أمانة هذا المدين ونزاهته ، وإلا يسره وملاءته[2] .

وحتى يستطيع الدائن أن يطمئن إلى استيفاء حقه من مدينه ، يحسن به أن يحصل على تأمينات خاصة لحقه ((sûretés)) ، فيأمن بها إعسار المدين ،

---

(١) ويسمى الدائن الذى يحمل سندا عاديا لحقه (Chirapephum, cedula) دينا عاديا (cédulires ou ceduliero) .

(٢) جوسران ٢ فقرة ١٤٨٥ .

ويدرأ عنه بها غشه أو إهماله . إذ أن هذه التأمينات الخاصة تكون عادة كافية للوفاء بحق الدائن كاملا فى ميعاد الاستحقاق .

٣ — التأمينات الخاصة — تأمينات شخصية وتأمينات عينية : والتأمينات الخاصة نوعان : تأمينات شخصية (sûretés personnlles) وتأمينات عينية (sûretés réiles) . فالتأمينات الشخصية هى ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلى ، فيصبح للدائن بدلا من مدين واحد مدينان أو أكثر ، كلهم مسئولون عن الدين إما فى وقت واحد أو على التعاقب . وبذلك يكفل حق الدائن ، لا ذمة واحدة هى ذمة المدين ، بل أكثر من ذمة . فإذا أعسر المدين رجع الدائن على غيره من المسئولين الآخرين عن حقه . وقد يرى فى ذلك تأميناً كافياً لحقه . والتأمينات العينية تتلخص فى تخصيص مال معين ، يكون عادة مملوكاً للمدين ، لتأمين حق الدائن . فيكون للدائن حق عينى على هذا المال ، هو حق تبعى (accessoire) . ويكفل هذا التأمين العينى الوفاء بحق الدائن . فالدائن يتقدم أولا الدائنين العاديين (droit de prélérence) ، بل والدائنين الأنزل فى المرتبة ، فى استيفاء حقه من هذا التأمين الخاص ، بحيث إذا حجز على هذا المال الأخير وهو لا يزال ملكاً للمدين ، تقدم بحقه على جميع الدائنين على الوجه السالف الذكر فى استيفاء هذا الحق من الثمن الذى يباع به هذا التأمين ، وفى هذا ضمان كاف للدائن ما دام التأمين الخاص مملوكاً للمدين . فاذا انتقلت ملكية هذا التأمين الخاص من المدين إلى غيره كمشتر ، فإن الدائن يتبعه (droit de suite)) فى يد من انتقل إليه ، ويستطيع أن يحجز عليه وهو فى يد الغير ويستوفى منه حقه ، وفى هذا ضمان كاف للدائن إذا خرج التأمين الخاص من ملكية المدين . وبذلك يكفل التأمين العينى استيفاء الدائن لحقه منه ، سواء بقى فى ملكية المدين أو خرج من هذه الملكية .

والتأمينات ، شخصية كانت أو عينية ، مصدرها فى الغالب هو العقد . فالعقد هو المصدر الغالب فى التأمينات الشخصية ، وبخاصة عقد الكفالة إذ الكفالة لا تكون إلا بعقد . وكذلك هو مصدر أهم أنواع التأمينات العينية ، أى الرهن الرسمى والرهن الحيازى . والعقود التى تقرر التأمينات ، شخصية

كانت أو عينية ، تسمى بعقود الضمان (contrats de garantie) . وقد يكون القانون مصدر التأمينات الخاصة ، كما هو الأمر فى التضامن وعدم التجزئة فى بعض أحوالها وفى الدعوى المباشرة وفى حقوق الامتياز . وقد يكون مصدرها القضاء ، كما هو الأمر فى حق الاختصاص .

والتأمينات كما رأينا توفر ضماناً كافياً للدائن ، وهى فى الوقت ذاته تضع تحت يد المدين أداة للثقة والائتمان (instrument de crédit) . إذ هى تمكنه من أن يقدم لدائنه ضماناً كافياً لحقه . فيستطيع أن يحصل عن هذا الطريق على ما يحتاج إليه من المال مادام قادراً على أن يقدم لدائنه الضمان الكافى . والائتمان (crédit) من أهم وسائل التعامل ، ولا بد منه فى مجتمع متحضر . إذ لا بد من أن يتوافر عند الشخص الوسائل اللازمة لتحقيق قدرته على تقديم التأمينات الكافية لدائنه من عناصر يسر وملاءة . فيستطيع بذلك أن ينتفع بكل ما فى حوزته من طاقات مالية . وأن يحصل على ما يقابل ذلك من المال . وهذا هو الائتمان الذى تتميز به المجتمعات المتحضرة . فلا بد فى هذه المجتمعات من أن تنمو وسائل الائتمان وتقوى . ليس فحسب لفائدة الدائن ، بل أيضاً وبوجه خاص لفائدة المدين نفسه[1] . وإذا لم توجد وسائل الائتمان والتأمينات الخاصة ، كان تنصيل دائن على آخر موكولا للصدف . أو لسرعة المبادرة من قبل الدائن ، أو لتواطؤ المدين مع بعض الدائنين دون الآخرين . أو لهذه الأسباب جميعاً ، أو لغيرها من الأسباب[2] .

٤ — **مقومات التأمينات الخاصة** : ويمكن أن نحسب من مقومات التأمينات الخاصة مقومات ثلاثة :

أولا — التأمين الخاص ، شخصياً كان أو عينياً ، يكفل دائماً حقاً شخصياً . فالدائن له حق شخصى فى ذمة المدين ، ويريد أن يطمئن لاستيفائه هذا الحق فى ميعاد استحقاقه . فيطالب مدينه بتقديم تأمين خاص ، كفالة أو رهن أو غير ذلك من التأمينات الخاصة . فيكفل التأمين الخاص على هذا الوجه حقاً شخصياً للدائن فى ذمة المدين . ولم توجد التأمينات الخاصة إلا لكفالة

---

(١) جوسران ٢ فقرة ١٤٥٩ .

(٢) كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١٣٨٧ .

الحقوق الشخصية الثابتة فى ذمة المدينين للدائنين ، حتى يتخطى هؤلاء بها عقبة إعسار المدين أو غشه أو إهماله أو غير ذلك مما سبق أن قدمناه .

وإذا كان التأمين شخصياً ، فان التزاماً شخصياً فى ذمة الكفيل مثلا أو فى ذمة المدين المتضامن يضمن التزاماً شخصياً فى ذمة المدين الأصلى . وكذلك لو كان التأمين الخاص تأميناً عينياً ، فبالرغم من أن التأمين العينى هو حق عينى ، إلا أن هذا الحق العينى يضمن حقاً شخصياً ، فيكون المتبوع حقاً شخصياً ويكون التابع حقاً عينياً[1] .

ثانياً — والتأمين الخاص يضمن أى حق شخصى ، أياً كان مصدره ، وأياً كان محله .

فيجوز ضمان الحق الشخصى الذى يكون مصدره العقد أو العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو القانون ، لا فرق بين مصدر ومصدر ، فكل هذه حقوق شخصية يجوز ضمانها بتأمينات خاصة . وعلى ذلك يجوز للملتزم بالعقد أن يقدم مثلا كفيلا بالتزامه أو يقدم رهناً ، وكذلك يجوز للملتزم بالعمل غير المشروع أن يقدم كفالة أو رهناً عن التزامه بالتعويض عن هذا العمل ، كما يجوز ذلك للملتزم بالإثراء بلا سبب أو للملتزم بالقانون .

ويجوز كذلك ضمان الحق الشخصى ، أياً كان محله . فقد يكون محل الحق الشخصى نقل حق عينى أو عملا أو امتناعاً عن عمل ، فيقدم المدين بهذا الالتزام كفالة أو رهناً مثلا لضمان التزامه . فالمقاول يقدم رهناً أو كفالة لضمان التزامه بالعمل الذى تعهد بالقيام به ، ويقدم ذلك المتعهد بعدم المنافسة . ولكن الغالب أن التأمين الخاص يقدم لضمان نقل حق عينى ، ويرجح أن يكون ضماناً للوفاء بمبلغ من النقود .

ثالثاً — والتأمين الخاص ، وهو يضمن حقاً شخصياً ، يكون تابعاً له غير مستقل عنه . فيسير معه أينما سار . ويتبعه فى نشأته ومصيره وانقضائه .

---

(١) ويقرر بعض الفقهاء (انظر محمد كامل مرسى فى التأمينات الشخصية العينية الطبعة الثالثة ص ١٣) أنه يجوز أن يضمن التأمين الخاص حقا عينيا ، كالكفالة أو الرهن الذى يقدمه المنتفع بمنقول لمالك الرقبة ليضمن به رد هذا المنقول . ولكن يلاحظ أن المنتفع هنا إنما قدم كفالة أو رهنا لضمان شخصى ، هو الالتزام بالرد أو دفع تعويض عند عدم الرد (عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٠) .

وهذه التبعية من أهم مقومات التأمين الخاص ، وقد قررت فى كثير من النصوص . فنى حوالة الحق مثلا قررت المادة ٣٠٧ مدنى أن الحوالة تشمل الحق بضماناته ، كالكفالة والامتياز والرهن — وفى حوالة الدين قررت المادة ١/٣١٨ مدنى أنه يبقى الدين المحال به ضماناته ، على أن الكفيل شخصياً كان أو عينياً لا يلتزم بالضمان إلا إذا رضى الحوالة إذ لا يجبر الكفيل على كفالة شخص لا يرتضيه (م ٢/٣١٨ مدنى) . وفى الوفاء مع الحلول قررت المادة ٣٣٩ مدنى أن من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه . بما يكفل هذا الحق من تأمينات[1] .

وكذلك الكفالة تتبع الالتزام المكفول ، فلا تكون صحيحة إلا إذا كان هذا الالتزام صحيحاً (م ٧٧٦ مدنى) . والرهن لا ينفصل عن الدين المضمون ، بل يكون تابعاً له فى صحته وانقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك (م ١٠٤٢ مدنى) .

فالتأمين الخاص لا بد أن يتبع حقاً شخصياً لصاحبه . فاذا لم يقم هذا الحق الشخصى لم يقم التأمين الخاص ، وإذا انقضى الحق الشخصى لأى سبب من أسباب الانقضاء انقضى معه التأمين الخاص . لان التابع يتبع الأصل (accessorium sequitur principale)[2] .

٥ — **تقسيم لهذا الجزء العاشر** : وينقسم هذا الجزء العاشر إلى قسمين : القسم الأول فى التأمينات الشخصية ، والقسم الثانى وهو الأهم فى التأمينات العينية .

---

(١) وانظر فى تجديد الالتزام المواد ٣٥٦ — ٣٥٨ مدنى .

(٢) انظر فى ذلك عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٠ . شمس الدين الوكيل فقرة ١٨ .

هذا هو الجزء العاشر ، والأخير ، من الوسيط . وقد تناولت فى هذه الأجزاء العشرة موضوعات القانون المدنى وانتهت فيها كلها عند الطريقة ذات التحليل .

وأحمد الله سبحانه وتعالى على أنه مرّ فى أجلى ، وأعطانى من القوة ما مكننى من أن أقوم بهذا العمل . وهو عمل طويل المدى بعيد الغاية ، ولا تنقصنى الصراحة فى أن أقول إنه اقتضانى كثيراً من الجهد والتعب .

ولئن كان لى أن أفتخر ، فى الأعمال التى قمتُ بها ، بعملين اثنين ، فإنى أتقدم إلى رجال القانون بالتقنين المدنى الجديد و بالوسيط .

القسم الأول

التأمينات الشخصية

تمهيد

٦ — ظهور التأمينات الشخصية قبل ظهور التأمينات العينية : بدأت التأمينات الشخصية . كالتضامن والكفالة . فى الظهور فى المجتمعات البدائية قبل ظهور التأمينات العينية . وكان لذلك سببان :

(السبب الأول) أن التأمينات العينية تفترض حضارة أكثر تقدماً ، إذ كان بسبقها تنظيم حق الملكية . ثم تفريع الحقوق العينية الأخرى عن هذا الحق ، ثم التمييز بين الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية إذ لم تكن التأمينات العينية إلا حقوقاً عينية تبعية . وهذا كله يفترض تقدماً فى الحضارة . وتنوعاً فى الحقوق . ولذلك تأخرت التأمينات العينية فى الظهور عن التأمينات الشخصية ، إذ أن هذه التأمينات الأخيرة لم تكن تفترض إلا أن تضم ذمة إلى ذمة أخرى على قدم المساواة أو على التعاقب . وكانت التأمينات الشخصية فى روما هى الأولى فى الظهور فعلا . ولم تظهر التأمينات العينية وبخاصة حق الرهن إلا فى وقت متأخر تحت تأثير القانون اليونانى (١) .

(والسبب الثانى) أن التأمينات كان ظهورها بادئ ذى بدء أمراً طبيعياً ، إذ كان المدينون فى أول الأمر من الطبقة الفقيرة لا تملك ما تقدمه تأميناً عينياً . فقد كانت التأمينات العينية تقوم فى أساسها على العقار . وكان العقار هو ملك الأسرة جميعاً إذ كان يمثل الثروة الحقيقية . ويمثل الأسرة رئيسها فهو وحده الذى يحوز العقار ولا يملكه . أما بقية أفراد الأسرة فكانوا يلجأون إلى التأمينات الشخصية . ويساعدهم على ذلك قيام روابط الأسرة والتضامن فيما بين أفرادها . فكان الفرد لا يعدم من أفراد قبيلته . ثم من أفراد أسرته ، من يتضامن معه ويكفل الدين عنه . فكان النظام الاجتماعى للقبيلة ثم للاسرة يهيئ السبيل إلى التأمينات الشخصية من تضامن وكفالة (٢) .

---

(١) جوصران ٢ فقرة ١٤٦١ ص ٧٩٢ .

(٢) كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٣٨٥ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩١٦ ص ١٢٢ .

٧ — تفوق التأمينات العينية على التأمينات الشخصية : ولما ظهرت التأمينات العينية ، بعد أن تطور القانون على النحو السالف الذكر ، كان ظهورها سببه تفوقها على التأمينات الشخصية . فالتأمينات الشخصية هى ضم ذمة إلى ذمة أخرى . وقد يكون كل من الذمتين معسراً فلا تكون هذه التأمينات ضماناً كافياً لحق الدائن . أما فى التأمينات العينية فإن مالا معيناً ، ويكون غالباً من أموال المدين ، يخصص لوفاء حق الدائن ، ويثبت للدائن عليه حق التقدم وحق التتبع على النحو الذى بيناه . فاذا كان هذا المال كافياً للوفاء بحق الدائن . وفى أكثر الأحوال يكون وافياً لأن الدائن لا يقبله عادة إلا لأنه يفى بحقه ، أصبح الدائن فى مأمن من إعسار المدين بماله من حق التقدم ، وفى مأمن من غشه إذا تصرف فى هذا المال بما للدائن من حق التتبع . فيكون الدائن ، بفضل ماله من تأمين عينى ، أكثر أمناً على حقه مما لو كان له مجرد تأمين شخصى . بل يكون عادة فى أمن تام ، واثقاً كل الوثوق من الحصول على حقه فى ميعاد استحقاقه(١) .

وكذلك اختفت بعض أسباب ظهور التأمينات الشخصية . فضعف التضامن العائلى وهو التضامن الذى كان سبباً فى ظهور المسئولية التضامنية والكفالة . ولم تعد الأقارب يضمن بعضها بعضاً فيما عدا الزوج والزوجة . وباختفاء عهد الإقطاع ، اختفت العلاقة فيما بين التابع والمتبوع . فلم يعد المتبوع يكفل التابع . ولم يكد المدين يجد كفيلا له إلا لقاء أجر . وأغلب ما يكون ذلك لدى المصارف(٢) .

٨ — رجوع التأمينات الشخصية إلى الظهور فى القانون التجارى : على أن بعض عيوب الشهر فى التأمينات العينية ، وهى تقوم على عماد من

---

(١) نظر فى هذا المعنى كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٣٨٦ ص ٨٨٨ . وقد ظهر تفوق التأمينات عينية على التأمينات الشخصية ظهورا واضحا ، حتى قورن ما بين النوعين من التأمينات وضربت الأمثال فى ذلك . فقيل فى القانون الرومانى Plus eat cautionisin re quam in persona ، وقيل فى القانون الفرنسى القديم Mieut vaut gaige en arche Piaige plaide, gage rend, Loysel وقال (caffre) que pleige (cautem) en place a: pailleur cautier eat occason de double procès.

(٢) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩١٧ .

الشهر ، أرجعت إلى الظهور التأمينات الشخصية . مد إلى أن التضامن ظهر مرة أخرى بين الزراع وبين صغار التجار . ومن هنا أخذت التأمينات الشخصية التبادلية تظهر فيما بينهم . وقد استبدل بالتضامن العائلى تضامن الطوائف من زراع وتجار (١).

هذا إلى أن التأمينات الشخصية رجعت إلى الظهور بوجه خاص فى القانون التجارى ، بفصل رقى نظام المصارف . فأصبح المصرف هو الذى يضمن عميله ، لقاء عمولة يتقاضاها منه . ويضمن المصرف عميله بطرق مختلفة . منها أن يتقدم بنفسه مباشرة كفيلا (caution) لعميله . ومنها أن يقبل الكمبيالة من عميله . وهذا القبول (aval) يتضمن ضرباً من الكفالة . ومنها أن يقبل تحويل شيكات عليه(٢) .

كذلك رجعت الكفالة إلى الظهور فيما بين الشركات التجارية . فكثيراً ما تكفل الشركة الأصيلة شركة أخرى متولدة عنها . أو تجعل هذه الشركة المتولدة عنها تكفلها . وقد حل التضامن ما بين الشركات محل التضامن العائلى(٣) .

٩ — أنواع التأمينات الشخصية : ويجب أن يستبعد من التأمينات الشخصية ما يأتى :

أولا — الحق فى الحبس ، وما يتضمنه هذا الحق من الدفع بعدم التنفيذ . فان الدائن يحبس تحت يده مالا خاصاً للمدين حتى يستوفى منه حقه ، فهو لا يمت إلى التأمينات الشخصية بصلة ، بل هو أقرب إلى التأمينات العينية لأن الدائن يحبس فى يده مالا معيناً مملوكاً للمدين . على أنه ليس من التأمينات العينية ، فصاحب التأمين العينى يكون له على المال المعين المملوك للمدين حق عينى مقترن بحق التقدم وحق التتبع . أما هنا فليس للدائن حق عينى على

---

(١) كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١٣٨٧ .

(٢) انظر القانون الفرنسى الصادر فى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المواد ٢٥ — ٢٧ — وانظر بلانيول وريپير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩١٧ .

(٣) بلانيول وريپير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩١٧ .

المال المحبوس وليس له عليه لا حق تقدم ولا حق تتبع[١] . وقد قدمنا أن الحق فى الحبس هو وسط بين الإجراءات التحفظية والإجراءات التنفيذية ، إذ هو أقوى من الإجراءات التحفظية فهو يمهد للتنفيذ ، وأضعف من الإجراءات التنفيذية إذ هو وحده لا يكفى للتنفيذ بل يجب اتخاذ إجراءات تنفيذ حتى يستوفى الدائن حقه[٢] . وقد سبق بحث كل من الحق فى الحبس[٣] والدفع بعدم التنفيذ[٤] .

ثانياً — والكفالة العينية لا تدخل فى التأمينات الشخصية . وإذا وجد كفيل هنا ، فإنه لا يلتزم التزاماً شخصياً كما يلتزم الكفيل فى التأمينات الشخصية ، بل يقدم مالا مملوكاً له يكون رهناً يضمن حقاً شخصياً للدائن ، ومن هنا جاءت تسميته بالكفيل العينى ((caution réelle)) . فالكفالة العينية يغلب فيها معنى العينية على معنى الكفالة ، وهى فى الواقع من الأمر تأمين عينى لا تأمين شخصى ، ولكنه يتميز بأن الذى يقدمه ضماناً لحق الدائن ليس هو المدين كما هو الأمر عادة فى التأمين العينى ، بل شخص آخر غير المدين يضمن المدين بأن يقدم عيناً مملوكة له يجعلها رهنا فى التزام المدين[٥] . وسنبحث الكفالة العينية عند بحث الرهن ، لأنها فى حقيقتها رهن .

ويبقى بعد الذى استبعدناه التأمينات الشخصية بمعناها الصحيح . وهى عبارة عن ضم ذمة إلى ذمة أخرى لضمان حق الدائن . فالتأمينات الشخصية ليست إذن بحقوق عينية كما هو الأمر فى التأمينات العينية ، بل هى التزامات شخصية تضاف إلى التزام المدين ، ولذلك سميت بالتامينات الشخصية .

وضم ذمة إلى ذمة أخرى قد يكون على قدم المساواة ، فيستطيع الدائن أن يرجع أولا على أى مدين مسئول دون تميز بين مدين ومدين . ويتحقق ذلك فى تضامن المدينين[٦] ، وفى عدم تجزئة الدين[٧] ، وفى الأنابة غير

---

(١) انظر فى أن للدفع بعدم التنفيذ وكذلك الحق فى الحبس لا يدخل فى عداد التأمينات الشخصية ولا فى عداد التأمينات العينية جوسران ٢ فقرة ١٤٦٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١ .

(٣) انظر الجزء الثانى من الوسيط .

(٤) انظر الجزء الأول من الوسيط .

(٥) بودرى وفال فى الكفالة فقرة ٩٠٩ ص ٤٨١ .

(٦) انظر الجزء الثانى من الوسيط .

(٧) انظر الجزء الثانى من الوسيط .

الكاملة[١] . وفى الدعوى المباشرة[٢] . وقد سبق بحث كل ذلك فلا نعود إلى بحثه . وهو على كل حال يعد داخلا فى التأمينات الشخصية .

وقد يكون ضم ذمة إلى ذمة أخرى عبارة عن ضم ذمة تابعة إلى ذمة متبوعة . ويكون ذلك إما بالترتيب أى أن الدائن يرجع أولا على المدين الأصلى ثم على المدين التابع ويتحقق ذلك فى الكفالة العادية . أو فى وقت واحد فيرجع الدائن على المدين الأصلى أو على المدين التابع أيهما يشاء ويتحقق ذلك فى الكفالة مع تضامن الكفيل مع المدين .

فلا يبقى إذن للبحث هنا ، فى التأمينات الشخصية ، إلا الكفالة ، سواء كان الكفيل غير متضامن مع المدين أو كان متضامناً معه . وعلى ذلك نقتصر فى بحثنا فى هذا القسم على الكفالة ، دون غيرها من التأمينات الشخصية .

١٠ — خطة البحث فى الكفالة : ونجعل بحثنا فى الكفالة فى مقدمة وفصول ثلاثة :

المقدمة — فى تعريف الكفالة وتطورها التاريخى وخصائصها ، وفى الالتزام بتقديم كفيل ، وفيما استحدثه التقنين المدنى الجديد .

والفصل الأول — فى أركان الكفالة .

والفصل الثانى — فى آثار الكفالة .

والفصل الثالث — فى انقضاء الكفالة .

---

(١) انظر الجزء الثالث من الوسيط .

(٢) انظر الجزء الثانى من الوسيط .

مقدمة (*)

١١ — التعريف بالكفالة — نص قانونى : تنص المادة ٧٧٢ مدنى على ما يأتى :

« الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام ، بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه »(١) .

(*) مراجع فى الكفالة : (Troplong) فى الكفالة سنة ١٨٤٦ — بون (Pont) فى العقود الصغيرة ٢ فقرة ١ — فقرة ١٥٠ — جيوار فى الكفالة — بودرى وفال فى عقود الغرر والوديعة والكفالة والصلح الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٧ — أوبرى ورو وإسمان فى العقود والمسئولية الجزء السادس الطبعة السادسة سنة ١٩٥١ — بيدان وقواران الجزء الثالث عشر فى التأمينات الشخصية والعينية الطبعة الثانية سنة ١٩٤٨ — بلانيول وريبير وسافاتييه الجزء الحادى عشر الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ — بلانيول وريبير وبولانجيه الجزء الثانى الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٩ — كولان وكاپيتان ودى لاموراندير الجزء الثانى الطبعة العاشرة سنة ١٩٤٨ — جوسران الجزء الثانى الطبعة الثانية سنة ١٩٣٣ — دى بلج فى القانون المدنى البلجيكى الجزء السادس سنة ١٩٤٣ أنسيكلوپيدى دالوز جزء أول سنة ١٩٥١ لفظ cautionnement .

محمد كامل مرسى فى العقود المسماة سنة ١٩٤٩ — عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٥٠ — محمود جمال الدين زكى دروس فى التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٥٧ — محمد على إمام فى التأمينات الشخصية والعينية — سليمان مرقس فى عقد الكفالة سنة ١٩٥٩ — منصور مصطفى منصور فى عقد الكفالة سنة ١٩٦٠ .

ملاحظة : الإشارة إلى هذه المراجع تكون باسم المؤلف فقط .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٣٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٤١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٤٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢٠ — ص ٤٢٤) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٤٩٥/٦٠٤ : الكفالة عقد به يلتزم إنسان بأداء دين إنسان آخر إذا كان هذا الآخر لا يؤديه . وتجوز الكفالة بالدين بدون علم المدين بها .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٣٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٨١ (مطابق) .

ويؤخذ من هذا التعريف[١] أن الكفالة هى عقد بين الكفيل والدائن أما المدين الأصلى فليس طرفاً فى عقد الكفالة . بل إن كفالة المدين تجوز بغير علم المدين ، وتجوز أيضاً رغم معارضته[٢] . والذى يهم فى الكفالة هو التزام هذا المدين ، إذ أن هذا الالتزام هو الذى يضمنه الكفيل . فيجب أن يكون مذكوراً فى وضوح ودقة فى عقد الكفالة . وهذا الالتزام المكفول أكثر ما يكون مبلغ من النقود ، وقد يكون إعطاء شىء غير النقود . كما قد يكون عملا أو امتناعاً عن عمل . فاذا لم يكن الالتزام المكفول مبلغاً من النقود ، ضمن الكفيل ما عسى أن يحكم على المدين الأصلى من تعويض من جراء إخلاله بالالتزام بإعطاء شىء غير النقود . أو من جراء إخلاله بالالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل[٣] .

فالكفالة إذن تفترض وجود التزام مكفول . وهذا الالتزام يفترض وجود مدين أصلى به ودائن ، كما تفترض الكفالة وجود عقد بين الكفيل والدائن بالالتزام الأصلى المكفول بموجبه يفى الكفيل بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين الأصلى . فالكفالة ترتب التزاماً شخصياً فى ذمة الكفيل[٤] ، والتزام

= التقنين المدنى العراقى م ١٠٠٨ : الكفالة ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة بتنفيذ التزام . (والتعريف مأخوذ من الفقه الإسلامى : ويتفق فى مجموعه مع تعريف التقنين المدنى المصرى) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٥٣ (موافق) .

(١) انظر فى صدد تعريف الكفالة ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموع الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢١ – ص ٤٢٣ . هذا والكفيل لا يلتزم التزاما معلقا على شرط واقف هو عدم وفاء المدين الأصلى بالدين ، كما قد يفهم خطأ من التعريف . بل الكفيل يلتزم التزاماً منجزا هو وفاء الدين الأصلى ، ولكن له إذا رجع الدائن عليه قبل أن يرجع على المدين أن يطلب من الدائن تجريد المدين إذا توافرت شروط الدفع بالتجريد ، وسيأتى بيانها (محمد كامل مرسى فقرة ٦ ص ١٥ – ص ١٦ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٥ ص ٣٢ – محمود جمال الدين زكى فقرة ١٣ ص ٣٤ – محمد على إمام فقرة ١٠ ص ٢٠ – سليمان مرقس فقرة ٤ ص ٥ – منصور مصطفى منصور فقرة ٤ ص ٨)

(٢) انظر م ٧٧٥ مدنى – وانظر ما يلى فقرة ٢٨ .

(٣) انظر ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد فى لجنة الأستاذ كامل صدقى وهى اللجنة التى أعدت مشروع الكفالة : مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢١ فى الهامش .

(٤) ومن هنا كانت الكفالة الشخصية هى ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل ، فيصبح =

الكفيل هذا تابع للالتزام الأصلي كما سنرى فى خصائص الكفالة .

أما أن الكفالة ترتب التزاماً شخصياً فى ذمة الكفيل ، فذلك ظاهر من أن الكفالة تعتبر من التأمينات الشخصية كما سبق القول . وعلى ذلك يجب أن يستبعد من نطاق الكفالة المبالغ من النقود أو القيم المنقولة التى تودع ضماناً لدين وتسمى هى أيضاً بالكفالة (cautionnement) ، فهذه إنما هى تأمين عينى (sûreté réelle) . وهى رهن حيازة يضمن فى العادة دين تعويض عن خطأ قد يرتكبه المدين فى أثناء عمله ، كما لو كان المدين صرافاً عاماً أو مقاولا ، وتسرى على هذا التأمين أحكام الرهن الحيازى[1] . كذلك يستبعد من نطاق الكفالة ، وهى تأمين شخصى كما قدمنا ، الكفالة العينية . فالكفيل العينى (caution réelle) يقدم شيئاً مملوكاً له ، عقاراً كان أو منقولا ، رهناً لوفاء دين الغير . والرهن هنا إما أن يكون رهناً حيازياً إذا وقع على عقار أو منقول ، أو رهناً رسمياً إذا وقع على عقار . وفى جميع الأحوال لا يكون الكفيل العينى ملتزماً التزاماً شخصياً بضمان الدين ، بل الذى يضمن الدين هو الرهن الذى قدمه ، أى أن التأمين هنا تأمين عينى لا تأمين شخصى ، ومن أجل هذا نستبعد الكفالة العينية من نطاق الكفالة الشخصية . ولا يكون الكفيل العينى مسئولا شخصياً عن الدين المضمون ، بل الذى يضمن الدين هى العين التى قدمها رهناً ، سواء كان الرهن رهنا رسمياً أو رهناً حيازياً . فإذا انتقلت ملكية العين المرهونة إلى غير الكفيل العينى انتقلت إلى هذا الغير مرهونة فى الدين ، ولا يكون الكفيل العينى مسئولا شخصياً عن الدين كما قدمنا . وإذا تخلى الكفيل العينى عن العين المرهونة للدائن ، أو فقد حيازتها بأى سبب ، فإن كفالته العينية للدين تنتهى ، لأنه غير ملتزم إلا التزاماً عينياً (propter rem) ، وهذا بخلاف الكفيل الشخصى ، فإنه يكون ملتزماً شخصياً بوفاء الدين إذا لم يوفه المدين ، وينتقل هذا الالتزام الشخصى فى

= للدائن مدينان بدلا من مدين واحد ، ولا بد أن يكون كل من هذين المدينين معسرا إعسارا تاما حتى يضيع على الدائن حقه (بودرى وفال فقرة ٩٠٩ ص ٤٨١) .

(١) بودرى وفال فقرة ٩٠٩ ص ٤٨٢ – وانظر أيضا بون ٢ فقرة ٣ – جيوار فقرة ٣٦ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٠٩ – جوسران ٢ فقرة ١٤٧٧ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩١٥ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٣٨٩ ص ٨٨٩ .

تركته إلى ورثته . ويكون مسئولا فى جميع أمواله لا فى مال معين بالذات . ولكن لا يكون للدائن فى الكفالة الشخصية إلا الضمان العام لكل دائن فى أموال مدينه ، ولذلك يزاحمه سائر دائنى الكفيل الشخصى . ولا يتركز الدين فى عين معينة بالذات يكون للدائن فيها حق المتقدم وحق التتبع كما تتركز الكفالة العينية[١] .

وأما أن التزام الكفيل الشخصى تابع للالتزام المكفول الأصلى ، فيظهر ذلك فيما إذا التزم المسئول عن دين الغير التزاماً أصلياً لا التزاماً تابعاً ، وعند ذلك لا يكون هذا المسئول كفيلا شخصياً ولا العقد الذى التزم به بعقد كفالة . وعلى ذلك لا يعتبر عقد كفالة ما يأتى[٢] : (١) عقد الإنابة ولو كانت غير كاملة ، فإن المناب يلتزم بدفع دين الغير التزاماً أصلياً لا التزاماً تابعاً ، ولا يستطيع أن يحتج بالدفوع التى يحتج بها المنيب على المناب لدبه . (٢) القابل للكمبيالة وموقعوها . وكلهم ملتزمون التزاماً أصلياً بدفع قيمة الكمبيالة ، ولذلك لا يعتبرون كفلاء .[٣] (٣) المدين المتضامن مع مدينين آخرين ، فإنه يلتزم التزاماً أصلياً بالتضامن مع سائر المدينين . ولذلك لايعتبر كفيلا لهم[٤] . وهذا بخلاف الكفيل المتضامن مع المدين الأصلى ، فإنه يلتزم التزاماً تابعاً لالتزام المدين الأصلى ولذلك يكون كفيلا له . وسيأتى للكلام فى الكفيل المتضامن . (٤) الوكيل بالعمولة الذى يضمن يسار العميل . (convention ducroire) يلتزم التزاماً أصلياً . ولذلك لا يعتبر كفيلا للعمل[٥]. (٥) عقد تأمين يسار المدين (assurance crédit) لا يعتبر عقد كفالة ، فإن المؤمن لايضمن يسار المدين ، بل يلتزم التزاماً أصلياً بموجب عقد التأمين ، لا بوفاء دين المدين ذاته ، بل بتعويض الدائن عن

---

(١) بودرى وفال فقرة ٩٠٩ ص ٤٨١ .

(٢) بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥١٣ .

(٣) نقض فرنسى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ داللوز ١٩٢٩ – ١ – ١٣ .

(٤) بودرى وفال فقرة ٩١٨ ص ٤٨٥ .

(٥) بودرى وفال فقرة ٩١٦ ص ٤٨٥ – بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥١٣ ص ٩٦٨ – وانظر فى إعادة التأمين وفى أن معيد التأمين يعتبر كفيلا بودرى وفال فقرة ٩١٦ ص ٤٨٥ ، وانظر عكس ذلك وأنه لا يعتبر كفيلا بلانيول وريبير وساڤاتيه فقرة ١٥١٣ ص ٩٦٨ .

الضرر الذى يلحقه من جراء إعسار المدين . (٦) عقد التعهد عن الغير (promesse prour autrui, contrat de porte-fort) لا يعتبر عقد كفالة ، إذ أن المتعهد عن الغير لا يكفل هذا الغير ، بل يلتزم التزاماً أصلياً بالحصول على موافقة الغير أن يلتزم[١] . فإذا ما وافق الغير على أن يلتزم ، فقد قام المتعهد بالتزامه ، ولا يكفل بعد ذلك يسار الغير[٢] ، ولذلك لا يعد كفيلا له[٣] .

١٣ — التطور التاريخى للكفالة : لم تكن الكفالة تتميز ، فى أول عهود القانون الرومانى ، عن التضامن فى المديونية . فقد بدأ الكفيل يكون مديناً متضامناً مع المدين الأصلى ، ولم يكن يوجد لكل من الكفالة والتضامن إلا شكل واحد (sponsio) يلتزم به كل من الكفيل والمدين المتضامن . فلم تكن الكفالة عند ذاك تتميز عن التضامن ، بل كانت هى والتضامن شيئاً واحداً ، وكان الكفيل مديناً متضامناً مع المدين الأصلى .

ثم بدأت الكفالة تتميز شيئاً فشيئاً فى القانون الرومانى ، وعرف هذا القانون أنواعاً ثلاثة من الكفالة : sponsio, fidepromissio, fidejussio . فكان من يلتزم فى هذه الأنواع الثلاثة كفيلا للمدين ، ولكنه فى النوعين

---

(١) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٣ ص ٢٧٠ — ويجوز التعهد عن الغير فى تنفيذ التزام طبيعى أو فى التزام قابل للإبطال ليس من النظام العام (أوبرى ورو فقرة ٤٢٣ ص ٢٧٠ هامش ٦) .

(٢) ومع ذلك قد يقرن المتعهد عن الغير تعهده بكفالة الغير فى تنفيذ التزامه عندما يقبل هذا أن يلتزم : بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩٢٧ — محمد كامل مرسى فقرة ١٥ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٩ ص ٤١ .

(٣) بودرى وفال فقرة ٩١٧ — وعلى العكس من ذلك ، يعتبر وكيل النقل بالعمولة (commissionnaile de transport) كفيلا لأمين النقل ، والضامن الاحتياطى للكمبيالة (aval) يعتبر كذلك كفيلا ، ويعتبر المشترى للبضائع كفيلا للبائع فيما يطلبه المشترى من المصرف لفتح حساب لبائعه (crédit confirmé) ، لأن كلا من هؤلاء يلتزم التزاما تابعاً لالتزام الأصيل (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٤) .

وقاضى الموضوع هو الذى يبت فيما إذا كان الالتزام التزاماً أصلياً فلا يعتبر الملتزم كفيلا ، أو التزاماً تابعاً فيعتبر كفيلا (نقض فرنسى ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٩٢ داللوز ١٨٩٣ ١ — ١١٧ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٥) .

الأولين كان يلتزم التزاماً أصلياً مستقلاً عن التزام المدين ، وفى النوع الثالث يلتزم التزاماً تابعاً ولكنه يبقى متضامناً مع المدين[١] .

ثم عرف القانون البريطورى نوعاً جديداً لكفالة الغير هو (pacte de constitutum debiti alieni (constituant يلتزم بموجبه الكفيل بدفع دين فى ذمة الغير . فإذا كان الدين المترتب فى ذمة الغير ديناً موجوداً ، وكانت نية الكفيل هى أن يكفل وفاء هذا الدين . فقد كانت هذه هى الكفالة ، نشأت فى القانون الرومانى على هذا الوجه .

وكذلك كان الأمر فى القانون الفرنسى القديم . إذ اختلطت فى أول عهود هذا القانون الكفالة بالتضامن فى المديونية . وبقيت الحال كذلك حتى بدأت الكفالة تتميز شيئاً فشيئاً عن المديونية بالتضامن ، وأصبح الكفيل يضمن ديناً فى ذمة الغير[٢] .

---

(١) مونييه ٢ فقرة ٢٢٣ وما بعدها – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩١٦ – وكذلك كان الكفيل فى الفقه الإسلامى متضامناً مع المدين الأصل ، ولدائن أن يرجع على أيهما شاء . وقد نصت المادة ٦٤٤ من المجلة على أن « الطالب مخير فى المطالبة ، إن شاء طالب الأصيل وإن شاء طالب الكفيل . ومطالبته أحدهما لا تسقط من مطالبته الآخر ، وبعد مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر ويطالبهما معاً » . انظر فى أن الكفالة هى التى جعلت أساساً للتضامن السلبى فى الفقه الإسلامى ، وساعد على ذلك أن الكفيل لا يملك حق التجريد فى هذا الفقه فللدائن أن يطالب بالدين أيا شاء المدين الأصل أو الكفيل فتشبث أحكام الكفالة على هذا النحو مع أحكام التضامن إلى مدى بعيد ، أما تاريخ الكفالة فى الفقه الغربى فهو على العكس من ذلك إذ التضامن هو الذى وجد أولا وكان أساساً للكفالة ، ثم تميز الكفيل بعد ذلك عن المدين المتضامن حتى كسب فى النهاية حق التجريد : الوسيط ٣ فقرة ١٥٠ ص ٢٣٥ هامش ١ .

وقد منعت الزوجة من كفالة زوجها فى القانون الرومانى (sénatusconsulte Velléien) ، وبقى عدم أهلية الزوجة لكفالة زوجها يلعب دوراً كبيراً فى القانون الفرنسى القديم ، فى بلاد القانون المكتوب بل وفى بلاد العرف ، حتى ألغى فى سنة ١٦٠٦ ، وبقى ملغى منذ ذلك الوقت (كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١٣٩٠)

(٢) هـ ريبو فى المجلة التاريخية الجديدة للقانون سنة ١٨٨٢ ص ٢٢٣ وما بعدها – چيراردان فى المجلة التاريخية الجديدة للقانون سنة ١٨٨٤ ص ٢٢٩ وما بعدها – فورنييه فى المجلة الانتقادية ١٥ سنة ١٨٨٦ ص ٦٩٧ فقرة ٥ وص ٧٠٠ فقرة ٨ – بودان فى المجلة الانتقادية ١٢ سنة ١٨٦٦ ص ٢١١ – وانظر بودرى وثال فقرة ٩١٠ – فقرة ٩١١ .

١٣ — **خصائص عقد الكفالة** : أهم خصائص عقد الكفالة ما يأتى

١ — عقد الكفالة عقد رضائى . ينعقد بمجرد التراضى ما بين الكفيل والدائن . فلا حاجة فى انعقاده إلى شكل خاص . وإذا كانت المادة ٧٧٣ مدنى تنص على أنه « لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة » : فالكتابة ليست ضرورية إلا للإثبات كما سيأتى . فهى ليست ضرورية لانعقاد الكفالة ، بل تنعقد الكفالة بمجرد التراضى كما قدمنا . وتثبت بالكتابة أو بالإقرار أو باليمين . ولو كانت الكفالة عقداً شكلياً لا تنعقد إلا بالكتابة ، لما انعقدت إذا لم توجد الكتابة . ولما جاز إثباتها بالإقرار أو باليمين لأن غير المنعقد لا يجوز إثباته أصلا .

٢ — وعقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد . هو جانب الكفيل . فالكفيل وحده هو الذى يلتزم بعقد الكفالة بوفاء الدين للدائن إن لم يف به المدين الأصلى ، أما الدائن فلا يلتزم عادة بشىء نحو الكفيل[1] . وهذا هو الأصل . ولكن ذلك لا يمنع من أن تكون الكفالة عقداً ملزماً للجانبين إذا التزم الدائن نحو الكفيل بدمع مقابل فى نظير كفالته للدين ، فيصبح كل من الكفيل والدائن ملتزماً نحو الآخر . ويكون عقد الكفالة فى هذه الحالة ملزماً للجانبين .

وإذا كان المدين هو الذى يلتزم بدفع مقابل للكفيل كما يقع أحياناً ، وبخاصة إذا كان أحد المصارف هو الذى يقدم كتاب ضمان للمدين فيكون كفيلا له ويتقاضى أجراً على كفالته . فإن الكفالة تبقى مع ذلك عقداً ملزماً

---

(١) ويذهب الأستاذ سليمان مرقس إلى أن الكفالة أصبحت، فى التقنين المدنى الجديد عقداً ملزماً للجانبين ، ويستدل على ذلك بأن هذا التقنين فرض على الدائن أن يتخذ إجراءات مطالبة المدين بالدين فى الوقت المناسب . ولا نرى أن هذا التزام ترتب فى ذمة الدائن من شأنه أن يجعل الكفالة ملزمة للجانبين ، وإلا لوجب القول أيضاً بأن هناك التزاماً فى جانب الدائن بالمحافظة على التأمينات (م ٧٨٤ مدنى) وبالتقدم فى تفليسة المدين ((م ٧٨٦ مدنى) . وإنما هذه شروط وضعها التقنين المدنى وأوجب على الدائن مراعاتها حتى يستطيع استيفاء الدين كاملا من الكفيل ، ومعنى ذلك أن الكفالة تلزم بوفاء الدين إذا لم يوفه المدين ، ولكن بشرط أن يتخذ الدائن الاحتياطات اللازمة حتى لا يضيع على الكفيل حقه فى الرجوع على المدين ؛ ومن هذه الاحتياطات اتخاذ إجراءات مطالبة المدين فى الوقت المناسب ، والمحافظة على التأمينات ، والتقدم فى تفليسة المدين .

لجانب واحد لأن المدين ليس بطرف فى الكفالة ، بل طرفا الكفالة هما الكفيل والدائن ، والكفيل وحده دون الدائن هو الملتزم . ولكن ذلك يجعل الكفيل مأجوراً والكفالة عقد معاوضة لا عقد تبرع . لأن الكفيل متى أخذ أجراً ولو بغير موجب عقد الكفالة يكون مأجوراً .

وإذا كان الأصل أن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد . فليس ذلك معناه أن الكفالة إرادة منفردة تصدر من جانب واحد . بل الكفالة عقد لا يتم إلا بتبادل إرادتين متطابقتين من الكفيل والدائن . ولا يتم بارادة الكفيل وحده ولو أن الكفالة لمصلحة الدائن . فإذا أوجب الكفيل الكفالة . وكان الإيجاب غير ملزم . كان للكفيل أن يرجع فى إيجابه قبل صدور القبول من الدائن [١].

٣ – والكفالة فى العادة عقد تبرعى بالنسبة إلى الكفيل . فالكفيل يتبرع عادة بكفالته للدين [٢] . أما بالنسبة إلى الدائن المكفول فالكفالة عقد معاوضة ، لأن الدائن حصل على كفالة فى مقابل إعطاء الدين [٣] . وإذا كان الدائن قد أعطى الدين للمدين لا للكفيل والمدين ليس طرفاً فى عقد الكفالة . فإنه ليس من الضرورى فى عقود المعاوضة أن يكون العوض قد أعطى لأحد المتعاقدين ، بل يكفى إعطاؤه للغير وهو هنا المدين . والعقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسبة إلى أحد المتعاقدين وتبرعاً بالنسبة إلى المتعاقد الآخر . كما أن التبرع لا يشترط فيه أن يكون المتبرع قد تبرع للمتعاقد الآخر [٤] . وعقد الكفالة

---

(١) بودرى وفال فقرة ٩١٣ .

(٢) بودرى وفال فقرة ٩١٥ – وتنص المادة ١٠٦٧ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى على أن « الكفالة مجانية بطبيعتها ، ما لم يكن هناك نص مخالف » . ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يشترط الكفيل أجرا على كفالته يقابل ما يتعرض له من أخطار بسبب الكفالة ، وذلك كالمصرف يتقاضى من المدين عمولة حتى يكفله ، ويختلف هذا عن التأمين الذى يتقدم به المؤمن للدائن (del credre) ، يؤمن به يسار المدين ، فإن المؤمن لا يكفل المدين هنا ولكنه يلتزم التزاماً أصلياً بالتأمين عليه (أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٣ ص ٢٧٢ – ص ٢٧٣) .

(٣) الوسيط ١ فقرة ٥٨ – وهناك رأى يذهب إلى أن الدائن لم يحصل من الكفيل على شيء ، غير استيثاقه من الوفاء بما هو مستحق له . ولكن هذا الرأى يغفل ما حصل عليه الدائن دون مقابل من الكفيل ، إذ أنه ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين لوفاء بالدين .

(٤) الوسيط ١ فقرة ٥٨ .

هو المثل على ذلك . فهو عادة عقد تبرع بالنسبة إلى الكفيل ، والكفيل لم يتبرع للطرف الآخر أى للدائن . بل تبرع للغير وهو المدين . وهو عقد معاوضة بالنسبة إلى الدائن ، والدائن لم يعط الدين للطرف الآخر وهو الكفيل ، بل أعطاه للغير وهو المدين .

هذا وقد تكون الكفالة عقد معاوضة بالنسبة إلى الكفيل نفسه ، فيأخذ هذا مقابلا لكفالته الدين[1] . وهذا المقابل إما أن يأخذه من الدائن المتعاقد معه فيكون العوض مأخوذاً من المتعاقد الآخر وهو الدائن[2] . أو يأخذه من المدين فيكون العوض مأخوذاً من الغير وهو المدين .

ولكن الصورة المألوفة للكفالة هى أن تكون عقداً تبرعياً بالنسبة إلى الكفيل ، لأن هذا لا يأخذ عادة مقابلا لكفالته الدين لا من الدائن ولا من المدين . وعلى ذلك يشترط فى الكفيل عادة أهلية التبرع . كما يجوز الطعن فى الكفالة بالدعوى البولصية دون أن يشترط تواطؤ الكفيل لا مع الدائن ولا مع المدين .

٤ — والكفالة عقد تابع . إذ أن التزام الكفيل يعتبر حتماً تابعاً لالتزام المدين الأصلى[3] . أما إذا التزم المسئول عن دين الغير التزاماً أصلياً لا التزاماً تابعاً ، فإنه لا يكون كفيلا بل يكون مديناً أصلياً التزامه مستقل عن التزام

---

(١) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٣ ص ٢١٨ — بودرى وفال فقرة ٩١٥ — پلانيول وريپير وسافاتييه فقرة ١٥١٢ ص ٩٦٧ — نقض فرنسى ٢ مايه سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٨ — ١ — ٢٨٦ .

(٢) ولكن الدائن هنا إنما يحصل على تأمين (assurance) من الكفيل بأن المدين معسر ، فإذا أعسر المدين دفع الكفيل تعويضاً للدائن عن هذا الإعسار فلا يكون العقد عند كفالة بل عقد تأمين (انظر فى هذا المعنى پلانيول وريپير وسافاتييه فقرة ١٥١٣ — ٢ — بيدان وڤواران ١٣ فقرة ٨٢ — چوسران ٢ فقرة ١٤٨٠ ص ٨٠٤ — أنسيكلوپيدى دالوز ١ لفظ (cautionnement) فقرة ١٣ — محمد كامل مرسى فقرة ١٠١ ص ٢١ — سليمان مرقس فقرة ٥ ص ٧ — وقارن منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ١٥ .

(٣) استئناف وطنى ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ القضاء ٣ ص ٣٤٢ — بيدان وڤواران ١٣ فقرة ٨٤ وما بعدها .

المدين[١] . ويترتب على أن التزام الكفيل التزام تابع لالتزام المدين الأصلي[٢]، أن الالتزام الأول لا يجوز أن يزيد على الالتزام الآخر . أو أن يكون أشد عبئاً . أو أن يبقى قائماً بعده . كذلك لا يجوز أن يكون التزام الكفيل منجزاً إذا كان التزام المدين الأصلي معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل[٣] ، ولا منتجاً لفوائد إذا كان التزام المدين الأصلي لا ينتج فوائد ما[٤] . ويتبع التزام المدين

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١١ – ولذلك لا تعتبر الكفالة بالنفس كفالة حقيقية ، بل إن الكفيل بالنفس يلتزم التزاماً أصلياً بعمل معين هو إحضار المدين يوم حلول أجل الدين . ويرتب القانون ، على عدم إحضار الكفيل بالنفس المدين يوم حلول أجل الدين ، إلزامه بالدين . وتنص المادة ٥٠٨ / ٦٢٠ – ٦٢١ من التقنين المدني السابق في هذا المعنى على ما يأتي : « من تكفل بإحضار المدين يوم حلول أجل الدين ولم يحضره في الميعاد ، كان ملزماً بالدين . وإذا حضر المدين المذكور ، برئ كفيله » . وهذا النص مأخوذ من الشريعة الإسلامية ، وقد نصت المادة ٦٥١ من المجلة على ما يأتي : لو كفل أحد بنفس شخص على أن يحضره في الوقت الفلاني ، وإن لم يحضره في الوقت المذكور فعليه أداء دينه ، فإذا لم يحضره في الوقت المعين المذكور يلزمه أداء ذلك الدين . وإذا توفي الكفيل ، فإن سلمت الورثة المكفول به إلى الوقت أو سلم المكفول به نفسه من جهة الكفالة لا يترتب على طرف الكفيل شيء من المال ، وإن لم يسلم الورثة المكفول به أو هو لم يسلم نفسه يلزم أداء المال من تركة الكفيل . ولو مات المكفول له ، طالبه وارثه . ولو أحضر الكفيل المكفول به في ذلك الوقت واختفى المكفول له أو تغيب ، راجع الكفيل الحاكم على أن ينصب وكيلا عوضاً عنه ويستلمه » . وانظر في الكفيل بالنفس المراد ١٠١٧ – ١٠١٩ من التقنين المدني العراقي – وانظر في كفالة حضور المدين المواد ١٠٩٨ – ١١٠٥ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(٢) حتى لو كان الكفيل متضامناً مع المدين ، فإنه يبقى مع ذلك كفيلا (أوبري ورو ٦ فقرة ٤٣٣ ص ٢٧١) .

(٣) وقد ورد في التقنين المدني العراقي في هذا الصدد المادتان الآتيتان : م ١٠١٣ : ١ – إذا كان الدين مؤجلا على الأصيل وكفل به أحد ، تأجل على الكفيل أيضاً . ٢ – وإذا أجل الدائن الدين على الأصيل ، تأجل على الكفيل وكفيل الكفيل . وإن أجله على الكفيل الأول تأجل على الكفيل الثاني ، ولا يتأجل على الأصيل . م ١٠١٤ : إذا تكفل الكفيل بالدين الحال كفالة مؤجلة ، تأجيل على الكفيل والأصيل ، إلا إذا أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه أو اشتراط الدائن وقت الكفالة الأجل للكفيل خاصة ، ففي هاتين الحالتين لا يتأجل على الأصيل .

(٤) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٣ ص ٢٦٩ – بودري وفال فقرة ٦٩٤ – بلانيول وريبير وصافاتييه فقرة ١٥١٠ – وإذا كان التزام الكفيل أزيد أو أشد عبئا من التزام المدين الأصلي لم يكن باطلا لذلك ، بل يجب إنقاصه حتى يكون معادلا لالتزام المدين الأصلي ، فلا يكون أزيد منه ولا أشد عبئاً (أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٣ ص ٢٦٩) . ومطالبة المدين =

الأصلى فى صحته وفى بطلانه . وفى قابليته للفسخ . وفى الدفوع التى يدفع بها الدين — ولكن يجوز للكفيل أن يلتزم التزاماً أخف عبئاً من التزام المدين الأصلى . فيكفل مثلا جزءاً من الدين . وكذلك لا يكفل الكفيل ما زاد فى عبء الدين الأصلى بعد الكفالة بإرادة المدين الأصلى . أو بسبب خطئه[1] .

١٤ — **الالتزام بتقديم كفيل — نص قانونى** : تنص المادة ٧٧٤ مدنى على ما يأتى :

« إذا التزم المدين بتقديم كفيل ، وجب أن يقدم شخصاً موسراً ومقيماً فى مصر ، وله أن يقدم عوضاً عن الكفيل تأميناً عينياً كافياً[2] » .

= الأصل بالفوائد تجعلها تسرى ضد الكفيل ، ولكن مطالبة الكفيل بالفوائد لا يجعلها تسرى ضد المدين الأصلى (بودرى وفال فقرة ١٠٠٩ ص ٥٤٠ وفقرة ١٠١٠) .

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٠ ص ٩٦٦ — ولا شىء يمنع من أن يكون لالتزام الكفيل أجل فاسخ خاص أطول من أجل الالتزام الأصلى (أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٣٣ ص ٢٦٩ وهامش ٤ (٢) — ويكفى أن يثبت الدين ضد المدين الأصلى حتى يكون ثابتاً ضد الكفيل فيستفيد الكفيل إذن من كل تسوية تنقص الدين الأصلى ، ويضار من كل تسوية ضد المدين (نقض فرنسى ٦ يوليه سنة ١٩١٩ داللوز ١٩٢٣ — ١ — ١١٢ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١ ص ٩٦٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٤١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا التزم المدين بتقديم كفيل ، وجب أن يقدم شخصا موسرا مقيما فى مصر ولديه من الأموال ما يكفى للوفاء بالالتزام » ، وفى المادة ١١٤١ مكررة من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ويقدر يسار الكفيل بما يملك من مال ، إلا فى المواد التجارية وفى الديون اليسيرة » ، وفى المادة ١١٤٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « من التزم بتقديم تأمين بصفة عامة ، جاز له بحسب اختياره أن يقدم كفيلا أو رهن حيازة أو أى تأمين آخر » . وفى لجنة المراجعة أربجت أحكام المواد الثلاث فى مادة واحدة بالنص الآتى : « إذا التزم المدين بتقديم كفيل ، وجب أن يقدم شخصا موسرا مقيما فى مصر ، وله أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا » ، وأصبح رقم النص ٨٤٣ فى المشروع النهائى . وفى مجلس النواب حذفت عبارة « مقيما فى مصر » وأرجع هذا الحذف إلى أن اشتباك العلاقات التجارية الدولية يصح معه ألا يكون الكفيل مقيما فى مصر ، ولكن قد تكون له أموال فيها يجوز التنفيذ عليها ، ووافق المجلس على النص بعد هذا الحذف ، تحت رقم ٨٤٢ . ووافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ ، تحت رقم ٧٧٤ مدنى . ثم عادت اللجنة وأخذت باقتراح بعض مستشارى محكمة النقض من اشتراط أن يكون الكفيل مقيما فى مصر كما ورد فى مشروع الحكومة ، لأن ذلك أكثر رعاية لمصلحة الدائن . ووفق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢٩ — ص ٤٤٠) .

ويخلص من هذا النص أن المدين قد يكون ملزماً بتقديم كفيل ، فعليه أن يقدم كفيلا توافرت فيه شروط معينة . ومصادر التزام المدين بتقديم كفيل ثلاثة : القانون والقضاء والاتفاق .

فيكون المدين ملزماً بتقديم كفيل بحكم القانون في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك . ومن الأحوال التي نص فيها القانون على وجوب أن يقدم المدين كفيلا ما نصت عليه المادة ١٩٩٢ مدني من أنه « إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا ، وجب جرده . ولزم المنتفع تقديم كفالة به » . كذلك يجب على صاحب حق الاستعمال في المنقول أن يجرد هذا المنقول . وأن يقدم كفالة (م ٩٩٨ مدني) . ونصت المادة ٢/٢٧٣ مدني أنه « إذا سقط حق المدين في الأصل ... أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه . فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً » . ونصت المادة ١/٢٧٤ مدني على أنه « إذا كان الالتزام مقترناً بأجل وقف . فإنه لا يكون نافذاً إلا في الوقت الذي ينقضي فيه الأجل . على أنه يجوز للدائن . حتى قبل انقضاء الأجل ، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه . وله بوجه خاص

= ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٦١١/٥٠١ : يجب إيفاء التعهد بإعطاء الكفيل على حسب الأوجه المبينة في قانون المرافعات .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٤٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٨٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبناني م ١٠٦٨ : إذا أصبح الكفيل الذي قبله الدائن يقتضي العقد غير ملاء ، وجب أن يقدم له كفيل آخر أو أن يعطي تأمينا آخر معادلا للكفالة – وإلا حق للدائن أن يطالب بإيفاء دينه حالا أو أن يفسخ عقد الذي عقده على هذا الشرط . أما إذا أصبحت ملاءة الكفيل غير كافية . فيجب تقديم كفالة أو تأمين إضافيين – ولا تسري هذه الأحكام : (أولا) إذا كانت الكفالة قد أعطيت على غير علم من المديون أو بالرغم عنه . (ثانيا) إذا كانت الكفالة قد أعطيت بمقتضى التعهد عين فيه اسم شخص الكفيل .

أن يطالب بتأمين إذا خشى إفلاس المدين أو إعساره واستند فى ذلك إلى سبب معقول » . ونصت المادة ٢/٤٥٧ و ٣ مدنى على ما يأتى : « ٢ — فإذا تعرض أحد للمشترى مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشترى ، جاز له ما لم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا . ٣ — ويسرى حكم الفقرة السابقة فى حالة ما إذا كشف المشترى عيباً فى المبيع » . ونصت المادة ٤٦٧ مرافعات على أن « النفاذ المعجل واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة فى المواد التجارية سواء أكانت قابلة للمعارضة أم للاستئناف أم طعن فيها بهاتين الطريقتين ، وذلك بشرط تقديم كفالة[1] » .

ويكون المدين ملزماً بتقديم كفيل بموجب حكم قضائى فى أحوال معينة نص عليها القانون . من ذلك ما نصت عليه المادة ٤٦٩ مرافعات من أنه « يجب الأمر بالنفاذ المعجل رغم قابلية الحكم للاستئناف أو الطعن فيه بهذه الطريقة ، مع الكفالة أو بدونها ، فى الأحوال الآتية : (١) إخراج المستأجر الذى انتهى عقده أو فسخ . (٢) إخراج شاغل العقار الذى لا سند له إذا كان ملك المدعى أو حقه غير مجحود أو ثابتاً بسند رسمى . (٣) إجراء الإصلاحات العاجلة . (٤) تقدير نفقة وقتية أو نفقة واجبة . (٥) أداء أجور الخدم أو الصناع أو العمال أو مرتبات المستخدمين . ويجوز فى هذه الأحوال أن تأمر المحكمة بالنفاذ المعجل بكفالة أو بدونها ، رغم قابلية الحكم للمعارضة أو الطعن فيه بهذه الطريقة » . وغنى عن البيان أنه إذا حكم القاضى بتقديم كفالة ، كان مصدر هذا الالتزام هو حكم القاضى ، لأن هذا الأخير كان يستطيع ألا يحكم بكفالة . وقضت المادة ٤٧٠ مرافعات على أنه « يجوز الأمر بالنفاذ المعجل ، بكفالة أو بدونها ، سواء أكان الحكم قابلا للمعارضة أم للاستئناف أم طعن فيه بهاتين الطريقتين ، فى الأحوال الآتية : (١) إذا كان الحكم مبنياً على سند عرفى لم يجحده المحكوم عليه . (٢) إذا كان الحكم صادراً فى

---

(١) انظر أيضا المواد ٥٨٨ و٦٠٥ و٦٠٨ و٨٩٥ و١٠١٠ مدنى ، والمادتين ٥٩٥ و٦٦٩ مرافعات .

دعاوى الحيازة . (٣) إذا كان الحكم صادراً لمصلحة طالب التنفيذ فى منازعة متعلقة به »[١] . وما قيل فى المادة السابقة يقال هنا[٢] .

ويكون المدين ملزماً بتقديم كفيل إذا اتفق مع الدائن على أن يقدم له كفيلا بالدين ، وعند ذلك يكون مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل هو الاتفاق[٣] .

وسواء كان مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل هو القانون أو القضاء أو الاتفاق . فإن المدين يكون ملزماً بتقديم هذا الكفيل ليكفل الدين الذى عليه للدائن . ويشترط القانون فى الكفيل شرطين ، نصت عليهما المادة ٧٧٤ مدنى سالفة الذكر إذ تقول : « إذا التزم المدين بتقديم كفيل ، وجب أن يقدم شخصاً موسراً ومقيماً فى مصر ... »[٤] . فالشرطان هما :

١ — يسار الكفيل : يجب أن يكون الكفيل موسراً . أى قادراً على الوفاء بالدين الذى كفله إذا اقتضت الحالة ذلك والمدين الذى قدم الكفيل هو الذى يحمل عبء إثبات يساره[٥] . فيثبت أن للكفيل مالا ولو شائعاً . عقاراً أو منقولا أو كليهما ، يستطيع أن يستوفى منه الدائن حقه . وللدائن أن يثبت[٦] أن هذا المال أو بعضه متنازع فيه أو يتعذر التنفيذ عليه لبعده أو لسهولة تهريبه أو سهولة إخفائه أو لأى سبب آخر ، فيستبعد من مال الكفيل

---

(١) ويلاحظ أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ قد ألغى المعارضة كطريق طعن فى الأحكام . ثم صدر أخيراً تقنين مرافعات جديد فى الوقت الذى انتهينا فيه من كتابة هذه السطور ، فيبحث فى هذا التقنين ما يقابل الأحكام التى أوردناها .

(٢) انظر آنفا م ٢/٨٢٩ مدنى وم ٢/٩٠٠ مدنى .

(٣) ولا يصح الالتزام بتقديم كفيل التزاما قضائيا لمجرد أن حكم بتقديم كفيل كان المدين ملتزما بتقديمه التزاما اتفاقيا أو التزاما قانونيا (أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٥ ص ٢٧٥ — ص ٢٧٦ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢١ ص ٩٧٣ هامش ٨) .

(٤) وفى الكفيل الاتفاق ، أى الذى يكون مصدر الالتزام بتقديمه هو الاتفاق ، يجوز للطرفين أن يزيدا فى هذين الشرطين أو أن ينتقصا منهما ، بحسب ما يتم بينهما من اتفاق .

(٥) بودرى وفال فقرة ٩٨٠ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٤ .

(٦) ويقع هنا عبء الإثبات على الدائن (بودرى وفال فقرة ٩٨٠ — أسيكلوبيدى دالوز ١ لفظ cautionnement فقرة ٨٤) . والنزاع فى يسار الكفيل وأن عبء مالا كعب عصم ما يثقل هذا المال من حقوق عينية نزاع يدور بين المدين والدائن ، ولا شأن للكفيل نفسه به ، بل ليس للكفيل أن يتدخل فى هذا النزاع (بودرى وفال فقرة ٩٨١) .

الذى يضمن المدين[١] . كذلك إذا كان المال مرهوناً أو مثقلا بحق عينى آخر كحق انتفاع ، وجب أن يستبعد من قيمته ما ثقل به من رهن أو انتفاع أو غير ذلك[٢] . والتقنين المدنى الفرنسى (م ٢٠١٩) يشترط أن يكون مال الكفيل الذى يثبت يساره عقاراً لا منقولا ، ما لم يكن الدين المكفول ديناً تجارياً أو ما لم يقدر قاضى الموضوع أن الدين المكفول دين زهيد (modique) فيصح أن يكون مال الكفيل منقولا[٣] . ولم يشترط التقنين المدنى المصرى هذا الشرط ، وخيراً فعل . فيصح أن يكون مال الكفيل منقولا ، كأن يكون أسهماً أو سندات أو قيماً منقولة أخرى أو منقولا ذا قيمة كمجوهرات أو حلى أو غير ذلك .

٢ – إقامة الكفيل فى مصر : والشرط الثانى فى الكفيل أن يكون مقيماً فى مصر ، حتى تسهل مقاضاته عند الاقتضاء . وليس يلزم أن يكون مقيماً فى موطن المدين كما يشترط التقنين المدنى الفرنسى[٤] . بل يكفى أن يكون مقيماً فى أى مكان فى مصر[٥] . وشرط إقامة الكفيل فى مصر كاف ، ولا يشترط بعد ذلك أن يكون الكفيل مصرى الجنسية بل يصح أن يكون أجنبياً ما دام مقيماً فى مصر . كما لا يشترط فى الكفيل أن يكون متوافراً

---

(١) وقاضى الموضوع هو الذى يبت فى ذلك (بودرى وفال فقرة ٩٧٨ – بلانيول وريبير وساقاتييه فقرة ١٥٢٣ ص ٩٧٥) . ويلحق بالمال المتنازع فيه المال المهدد أن تفسخ ملكية الكفيل له (بودرى وفال فقرة ٩٧٨ ص ٥٢٥) .

(٢) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٥ ص ٢٢٢ – بودرى وفال فقرة ٩٧٩ – بلانيول وريبير وساقاتييه فقرة ١٥٢٣ ص ٩٧٥ – ويكفى أن يكون لدى الكفيل مال كاف ، فلا يلزم أن يرتب للدائن رهنا على هذا المال (بودرى وفال فقرة ٩٧٩ – بلانيول وريبير وساقاتييه فقرة ١٥٢٣ ص ٩٧٥) .

(٣) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٥ ص ٢٢١ – بودرى وفال فقرة ٩٧٥ وفقرة ٩٧٧ – ولكن لما كان من الجائز أن يحل محل الكفالة أى تأمين خاص آخر ولو كان منقولا ، فإنه يصح أن يقدم شخص منقولا كرهن حيازة بدلا من أن يتقدم هو نفسه كفيلا (بلانيول وريبير وساقاتييه فقرة ١٥٢٣ ص ٩٧٤ – ص ٩٧٥) .

(٤) انظر م ٢٠١٨ و ٢٠٤٠ – ٢٠٤١ مدنى فرنسى . وانظر بودرى وفال فقرة ٩٧٢ – بلانيول وريبير وساقاتييه فقرة ١٥٢٢ .

(٥) لذلك يكفى أن يكون الكفيل موطن مختار فى مصر يمكن للدائن أن يعتمد عليه فيما ينشأ عن الكفالة من علاقات (سليمان مرقس فقرة ١٥ ص ١٧ – وانظر بيدان وڤواران فقرة ٦٨) .

على حسن السمعة أو عدم الميل إلى الخصومة والتقاضى[١] . ما لم يتفق المدين الملتزم بتقديم الكفيل مع الدائن على ذلك إذا كان مصدر الالتزام هو الاتفاق .

فإذا توافر فى الشخص هذان الشرطان . صح للمدين تقديمه كفيلا . ويجب أن يستمر الكفيل متوافراً على هذين الشرطين ما دامت الكفالة قائمة . فإذا تخلف كلا الشرطين أو شرط منهما بعد تقديم الكفيل وفى المدة التى تبقى فيها الكفالة قائمة . بأن أعسر الكفيل بعد يسار أو نقل محل إقامته خارج مصر ، وجب على المدين تقديم كفيل آخر يحل محله ويكون هذان الشرطان متوافرين فيه . ويستثنى من ذلك . فلا يجب على المدين تقديم كفيل آخر ، حالة ما إذا كان الدائن قد اشترط شخصاً معيناً لكفالة الدين . ففى هذه الحالة يكون الدائن هو الذى طلب شخصاً معيناً لكفالة حقه فقدمه المدين . فلا يلتزم هذا الأخير بتقديم شخص آخر يحل محله إذا أصبح الشخص الذى طلبه الدائن بالذات غير متوافر على الشروط الواجبة[٢] . وإذا أعسر الكفيل إعساراً

---

(١) بون ٢ فقرة ١١٦ – جيوار فقرة ٩٤ – بودرى وفال فقرة ٩٨٩ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٢ ص ٩٧٤ هامش ٥ .

(٢) وكذلك تستثنى حالة ما إذا كان الكفيل قد التزم دون علم المدين ، فإن المدين لم يختر فى هذه الحالة شخص الكفيل ، بل إن المدين لم يكن ملزما بتقديم كفيل لكفالة دينه . هذا وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص فى هذه المسألة ، فكانت المادة ١١٤٠ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « ١ – إذا أعسر الكفيل بعد الكفالة ، وجب تقديم كفيل آخر . ٢ – ويستثنى من ذلك أن يكون الدائن قد اشترط شخصا معينا لكفالة الدين ، أو أن يكون الكفيل قد التزم دون علم المدين » . وكان التقنين المدنى السابق (م ٦١٠/٥٠٠) ينص على أنه « إذا تعهد المدين تعهدا مطلقا بإعطاء كفيل ، سواء كان التعهد حاصلا باتفاق بينه وبين الدائن أو أمام المحكمة ، وأعسر الكفيل الذى قدمه ، وجب على المدين استبداله بكفيل آخر » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « تطابق المادة ١١٤٠ المادة ٧١٧ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، مع إضافة يسيرة إليها . والحكم الوارد بها هو بعينه المقرر بالمادة ٦١٠/٥٠٠ من التقنين الحالى (السابق) ، وذلك ما عدا أجزاءها الأخير فإنه يقرر استثناء مجمعا عليه ، وهو أن المدين لا يلزم باستبدال الكفيل الذى عينه الدائن إذا أعسر ، ولا الكفيل الذى يتقدم لضمان الدين بدون علمه » . وانظر أيضا م ٢٠٢٠ مدنى فرنسى وم ١٠٦٨ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى » – ولما عرضت المادة ١١٤٠ من المشروع التمهيدى على لجنة المراجعة ، رأت اللجنة « عدم الموافقة على حكمها والاكتفاء فى موضوعها بالقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢٩ – ص ٤٣١ فى الهامش) .

جزئياً . جاز للدائن أن يطالب بكفالة أخرى تكمل كفالة الكفيل الأول . وتقديم كفيل آخر أو استكمال كفالة الكفيل الأول واجب أيضاً فيما إذا اعتقد الدائن خطأ أن الكفيل ملىء ، ولم يكن هذا مليئاً منذ البداية[١] . ولا يكون المدين ملزماً بتقديم كفيل آخر إذا مات الكفيل الأول الذى قدمه ، لأن التزام هذا الأخير يبقى فى تركته[٢] . وكذلك لا يكون المدين ملزماً بتقديم كفيل آخر إذا اتحدت ذمة المدين وذمة الكفيل . ما دام مال كل من الاثنين قد انضم إلى مال الآخر وأصبح المالان خاضعين لحق الدائن[٣] .

وتقول المادة ٧٧٤ مدنى سالفة الذكر إن للمدين « أن يقدم عوضاً عن الكفيل تأميناً عينياً كافياً » . ويخلص من ذلك أن المدين . إذا كان ملتزماً بموجب القانون أو القضاء أو الاتفاق ، بتقديم كفيل لدائنه . فإن له أن يقدم عوضاً عن الكفيل تأميناً عينياً كافياً ، كرهن رسمى أو رهن حيازى . فيستطيع المدين أن يرهن رهناً حيازياً تأميناً للدين مجوهرات أو حلياً أو نقوداً أو منقولات أخرى ذات قيمة . كما يستطيع أن يرهن قيماً منقولة لحاملها عن طريق التسليم المادى . أو قيماً منقولة اسمية عن طريق التحويل ، أو قيماً منقولة إذنية عن طريق التظهير . ويستطيع المدين كذلك أن يرهن لتأمين دينه . بدلا من الكفالة الشخصية . عقاراً . إما رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً[٤] .

---

(١) بودرى وفال فقرة ٩٨٤ وفقرة ٩٨٦ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٣ ص ٩٧٥ .

(٢) كذلك إذا كان الكفيل الأول قد أصبح غير أهل بعد أن كان أهلا وقت عقد الكفالة ، بأن حجر عليه مثلا ، فإن ذلك لا يبطل عقد الكفالة ، ولا يجيز للدائن مطالبة المدين بتقديم كفيل آخر (سليمان مرقس فقرة ١٥ ص ١٦) .

(٣) بودرى وفال فقرة ٩٨٨ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٩ ص ٩٧٥ — ص ٩٧٦ .

(٤) والتقنين المدنى الفرنسى (م ٢٠٤١) يجيز ، فى الكفالة القانونية والكفالة القضائية ، أن يستبدل المدين بالكفيل الشخصى رهن حيازة كافيا (nantissement suffisant) . والقضاء الفرنسى يجيز للمدين أن يقدم أيضا رهنا رسميا ، فليست صعوبة التنفيذ على العقار المرهون رهنا رسميا بأشد من صعوبة التنفيذ على عقارات الكفيل الشخصى (نقض فرنسى ٧ أغسطس سنة ١٨٨٢ داللوز ٨٣ — ١ — ٢٢٠ — ٣ فبراير سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٧ — ١ — ٦٠١ — بودرى وفال فقرة ٩٩١ — ٩٩٢ — بيدان وثواران ١٣ فقرة ٦٩ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٥ ص ٩٧٦ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩٣٢ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٣٩٩ — عكس ذلك أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٧٨ هامش ١٢) .

ولا شيء يمنع من أن يكون التأمين العيني الكافي ، الذي يحل محل الكفيل الشخصي ، مترتباً على مال الغير برضاء هذا الغير[١] . كذلك يجوز أن يستكمل المدين يسار الكفيل غير الكافي بتأمين عيني ، فيخلص من الكفالة الشخصية والتأمين العيني تأمين كاف للدين[٢] . هذا وقد وردت في تقنين المرافعات نصوص خاصة بتقديم الكفالة في حالة الكفالة القانونية والكفالة القضائية ، فيجب تطبيق هذه النصوص في الدائرة المرسومة لها . وقد نصت المادة ٤٧٥ مرافعات في هذا الشأن على أنه « في الأحوال التي لا يجوز فيها تنفيذ الحكم أو الأمر إلا بكفالة ، يكون للملتزم بها الخيار بين أن يقدم كفيلا مقتدراً أو أن يودع خزانة المحكمة من النقود أو الأوراق المالية ما فيه الكفاية ، وبين أن يقبل إيداع ما يحصل من التنفيذ خزانة المحكمة أو تسليم الشيء المأمور بتسليمه في الحكم أو الأمر إلى حارس مقتدر » . ونصت المادة ٤٧٦ مرافعات على أن « يكون إعلان خيار الملزم بالكفالة إما على يد محضر بورقة مستقلة ، وإما ضمن إعلان سند التنفيذ أو ورقة التكليف بالوفاء » . ونصت المادة ٤٧٧ مرافعات على أنه « لذي الشأن ، خلال ثلاثة الأيام التالية لهذا الإعلان ، أن ينازع في اقتدار الكفيل أو الحارس أو في كفالة ما يودع . وتحصل المنازعة بتكليف الخصم الحضور أمام قاضي محكمة المواد الجزئية التابع لها موطن المحكوم عليه ، ويحكم في المنازعة على وجه السرعة بحكم لا يستأنف » . ونصت المادة ٤٧٨ مرافعات على أنه « إذا لم تقدم منازعة في الميعاد ، أو قدمت ورفضت ، أخذ على الكفيل في قلم الكتاب التعهد بالكفالة أو على الحارس قبوله الحراسة ، ويكون المحضر المشتمل على تعهد الكفيل بمثابة سند تنفيذي قبله بالالتزامات المترتبة على تعهده »[٣] .

---

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٥ ص ٩٧٧ .

(٢) نقض فرنسي ١٥ مايو سنة ١٨٧٧ داللوز ٧٧ - ١ - ٣٩٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٥ ص ٩٧٧ - أنسيكلوبيدي داللوز ١ لفظ **cautionnement** فقرة ٩١ - وانظر مناقشة هذه المسألة في لجنة الأستاذ كامل صدقي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٣٦ - ص ٤٤٠ في الهامش .

(٣) وقد صدر أخيراً ، بعد كتابة هذه السطور ، تقنين جديد للمرافعات ، فيراجع فيه ما يقابل هذه النصوص .

١٥ — ما استحدثه التقنين المدنى الجديد فى خصوص الكفالة : عدل التقنين المدنى الجديد فى ترتيب أحكام الكفالة ، فتناول فى الفصل الأول أركان الكفالة ، وخصص الفصل الثانى لآثارها ، وتناول فيه العلاقة ما بين الكفيل والدائن ثم العلاقة ما بين الكفيل والمدين .

وفى الفصل الخاص بأركان الكفالة ، استحدث التقنين المدنى الجديد نصاً يقضى بوجوب إثبات الكفالة بالكتابة ولو كان الالتزام المكفول يجوز إثباته بالبينة ، كما نص على كفالة الدين المستقبل والدين الشرطى والدين التجارى . ونص على أن الملتزم بتقديم كفيل يجوز له أن يقدم عوضاً عن الكفيل تأميناً عينياً كافياً ، وجعل الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك .

وفى الفصل الخاص بآثار الكفالة ، نص التقنين المدنى الجديد على أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين ، واشترط أن يتمسك الكفيل بالدفع بتجريد المدين ، ولكنه لم ينص على أن التمسك بهذا الدفع يجب أن يكون عند المطالبة الأولى . ونص على أنه لا يعتد بأموال المدين التى يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال متنازعاً عليها أو تقع خارج مصر ، كما نص على مسئولية الدائن إذا تهاون فى اتخاذ إجراءات التجريد وترتب على ذلك إعسار المدين . ونص على أنه إذا كان هناك تأمين عينى لضمان الدين سابق أو معاصر للكفالة ، لم يجز التنفيذ على أموال الكفيل غير المتضامن مع المدين إلا بعد التنفيذ على الأموال التى خصصت لهذا التأمين . وبين التقنين المدنى الجديد التزامات الدائن نحو الكفيل عند قيام هذا بوفاء الدين ، كما بين حقوق الكفيل قبل المدين ، ونص صراحة على حقه فى الرجوع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلم المدين أو بغير علمه ؛ ولكنه أوجب على الكفيل إخطار المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين . كما نص على أن يكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ، ابتداء من يوم الدفع[1] .

---

(١) انظر فى ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموع الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤١٨ — ص ٤١٩ .

الفصل الأول

أركان الكفالة

١٦ — ركناه : يمكن القول إن للكفالة ركنين : (١) التزاماً أصلياً مكفولا ، هو التزام المدين الأصلى يضمنه الكفيل . وبدون هذا الالتزام لا تكون كفالة ، لأن التزام الكفيل هو كما قدمنا التزام تابع ، فهو يتبع الالتزام الأصلى المكفول على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم[1] . (٢) اتفاقاً بين الكفيل والدائن لكفالة التزام المدين الأصلى ، وهذا الاتفاق هو عقد الكفالة ذاته . فلا بد إذن من رضاء الكفيل بالكفالة ، ورضاء الدائن بأن يضمن الكفيل حقه[2] .

المبحث الأول

الالتزام الأصلى المكفول

١٧ — موضوعاه : نبحث فى الالتزام الأصلى المكفول موضوعين :

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٣ .

(٢) أما إذا تعاقد الشريك المتضامن غير المدير باسم الشركة مع الغير فى غير أغراضها ، فإن تعاقده وإن لم يكن ملزماً للشركة يلزمه شخصياً قبل الغير الذى تعاقد معه . وعلى ذلك فإذا كان الحكم قد قرر مسئولية ذلك الشريك شخصياً عن كفالة عقدها ، منتحلا فيها صفة غير صحيحة وهى أنه مدير للشركة حالة كونه غير مدير لها وليس من أغراض الشركة ضمان الغير ، فإن الحكم يكون قد أصاب القانون . كذلك إذا كان الحكم قد انتهى إلى أن الشريك المتضامن قد أخطأ فى الكفالة التى عقدها مع الغير ، بإخفائه حقيقة صفته فى النيابة عن الشركة ، ورتب على ذلك أن هذا الغير أصابه ضرر هو حرمانه من تضامن الشركة — التى ادعى الشريك أنه يمثلها — مع المدين فى الوفاء بالدين ، فإنه لا يؤثر فى تحقق هذا الضرر القول بملاءة المدين أو الضامنين الآخرين . ولا يقبل من الشريك المذكور أن يدفع مسئوليته بالقول بوجود ضمان آخرين مسئولين ، لأن مسئوليته مردها الخطأ التدليسى (نقض مدنى ٢٧ يونيه سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٦٢٥) .

(١) الالتزام الأصلى المكفول فى ذاته . (٢) الالتزام الأصلى المكفول هو الذى يحدد مدى التزام الكفيل .

§ ١ ـ الالتزام الأصلى المكفول فى ذاته

١٨ ـ مصدر الالتزام الأصلى المكفول ومحله : أى التزام تمكن كفالته ، أياً كان مصدره وأياً كان محله ، فيكون التزاماً أصلياً مكفولا .

فتمكن كفالة الالتزام الذى يكون مصدره العقد ، وهذا الذى يقع فى الغالب . فيكفل التزام مصدره عقد قرض مثلا فيكون للمقترض كفيل بالمبلغ الذى اقترضه [١] . ويكفل التزام مصدره عقد البيع ، فيكون للمشترى كفيل بالثمن . ويكفل التزام مصدره عقد الإيجار ، فيكون للمستأجر كفيل بالأجرة . وهكذا .

وتمكن كفالة الالتزام الذى يكون مصدره العمل غير المشروع ، فيعترف المدين فى العمل غير المشروع بمبدأ المسئولية وبمقدار التعويض ، ويأتى كفيل يضمنه فى هذا المقدار إلى أن يفى به . وتجوز كفالة التزام احتمالى مصدره العمل غير المشروع ، فيأتى المدين الاحتمالى بهذا الالتزام لدائنه الاحتمالى بكفيل يضمنه .

وتمكن كفالة الالتزام الذى يكون مصدره الإثراء بلا سبب أو رد غير المستحق أو الفضالة ، فيأتى رب العمل مثلا بكفيل يضمن التزامه نحو الفضولى .

وتمكن أخيراً كفالة الالتزام الذى يكون مصدره القانون ، فيأتى الجار مثلا لجاره بكفيل يكفله فى التزامه بتعويض الأضرار غير المألوفة بسبب الجوار [٢] .

وأياً كان محل الالتزام الأصلى ، فإنه تجوز كفالته ، سواء كان هذا المحل إعطاء أو عملا أو امتناعاً عن عمل [٣] . والذى يقع غالباً هو كفالة

---

(١) بودرى وفال فقرة ٩٤٩ ص ٥٠٨ .

(٢) انظر فى كفالة الالتزام أياً كان مصدره ترولون فقرة ٥٠ ـ جيوار فقرة ٥٤ ـ بودرى وفال فقرة ٩٤٩ .

(٣) بون ٢ فقرة ٢٦ ـ لوران ٢٨ فقرة ١٢٨ ـ جيوار فقرة ٥١ وفقرة ٥٤ ـ بودرى وفال فقرة ٩٤٩ ص ٥٠٨ .

الالتزام الذى يكون محله مبلغاً من النقود . فيأتى المقترض مثلا بكفيل يضمنه لدى المقترض فى المبلغ من النقود الذى اقترضه . ولكن قد يكون محل الالتزام نقل ملكية عقار أو منقول ، لا مبلغاً من النقود . فيأتى البائع مثلا بكفيل يضمنه لدى المشترى فى التزام الأول بنقل ملكية المبيع إلى الثانى . كذلك يجوز للمقاول ، الذى تعاقد مع صاحب العمل على إقامة منشآت ، أن يأتى بكفيل يضمنه فى التزامه بهذا العمل . ويجوز لتاجر ملتزم بعدم منافسة تاجر آخر أن يأتى بكفيل ، يضمنه فى الالتزام بعدم المنافسة .

١٩ — كفالة الالتزام الصحيح — نص قانونى : تنص المادة ٧٧٦ مدنى على ما يأتى :

« لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً »[١].

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الأولى من المادة ١١٣٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى « لا تصح الكفالة إلا فى التزام صحيح » . وفى لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتى : « الكفالة باطلة إذا كان الالتزام المكفول باطلا » ، وأصبح رقمه ٨٤٥ فى المشروع النهائى . وحذف مجلس النواب هذا النص ، اكتفاء بغيره من النصوص التى وردت . وفى لجنة لمس الشيوخ طلبت الحكومة إعادة النص المحذوف تمهيداً لما يأتى بعده من النصوص ، ومنها النص على كفالة ناقص الأهلية . فإذا كان الكفيل يجهل نقص أهليته كان التزامه قابلا للإبطال كالالتزام الأصلى ، وهذا بخلاف ما إذا كان الكفيل يعلم نقص الأهلية فإنه لا يستطيع التمسك بهذا الدفع ولكنه يبقى كفيلا ، وبخلاف ما إذا كان الكفيل كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته فإنه لا يستطيع التمسك بنقص الأهلية بل لا يكون كفيلا أصلا إذ هو مدين أصلى . وقد وافقت اللجنة على إعادة النص إلى المشروع بالصيغة الآتية : « لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً » ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وقالت اللجنة فى تقريرها : « وقد راعت اللجنة فى هذا التعديل أن الكفالة قد يقصد منها ضمان الوفاء إذا كان الالتزام الأصلى باطلا ، متى انصرفت النية إلى تأمين الدائن من خطر التمسك بالبطلان . ولهذا رؤى أن يقتصر النص على حكم الكفالة التى يقصد منها إلى ضمان الوفاء بالالتزام ، وهى تفترض بطبيعة الحال أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً . وأصبح رقم المادة ٧٧٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٤٣ — ص ٤٤٦) — وانظر مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدقى فى صدد هذا النص فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٤٣ — ص ٤٤٦ فى الهامش .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٤٤٦ / ٦٠٥ : الكفالة باطلة إذا كان الدين المكفول به باطلا ما لم تكن الكفالة حاصلة بسبب عدم أهلية المدين .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

ونخلص من النص سالف الذكر أنه حتى تكون الكفالة صحيحة وترتب التزاماً فى ذمة الكفيل بضمان الالتزام المكفول ، يجب أن يكون هذا الالتزام الأخير ذاته صحيحاً . ويكون الالتزام المكفول صحيحاً إذا تولد من مصدر غير عقدى ، أو تولد من مصدر عقدى وكان العقد الذى تولد منه عقداً صحيحاً .

ويجب التمييز هنا بين فرضين : (الفرض الأول) أن يلتزم شخص بوفاء التزام فى ذمة الغير . فيؤمن للدائن بذلك وفاء الالتزام . وفى هذا الفرض لا يكون هذا الشخص كفيلا ، بل يكون مديناً أصلياً ، تعهد بوفاء التزام الغير للدائن . ولا يهم فى هذه الحالة أن يكون التزام الغير صحيحاً أو باطلا أو قابلا للإبطال ، ما دام الملتزم بوفائه قد التزم بصفة أصلية لا باعتباره كفيلا . ويؤول ذلك على أن الملتزم بالوفاء قد التزم نحو الدائن بأن المدين لا يتمسك بأوجه البطلان فى الدين . وبأنه إذا تمسك بأوجه البطلان فأعلن بطلان الدين أو أبطله ، فإن الملتزم بالوفاء يقوم نفسه بوفاء هذا الدين الباطل أو القابل للإبطال . ومن ثم لا يكون الملتزم بالوفاء كفيلا بل مديناً أصلياً كما قدمنا ، ويصح كما سبق القول أن يكون الدين الذى التزم بوفائه باطلا أو قابلا للإبطال . ولو كان الملتزم بالوفاء كفيلا ، أى أن التزامه تابع للدين الأصلى ، لأمكنه أن يتمسك ببطلان الدين الأصلى أو بإبطاله كما يتمسك بذلك المدين الأصلى نفسه . (والفرض الثانى) أن يكون الملتزم بالوفاء كفيلا لا مديناً أصلياً . فيكفل المدين الأصلى فى الوفاء بالتزامه . وهذا هو الفرض الذى يعنينا هنا ، إذ أن التزام الكفيل يكون تابعاً للالتزام الأصلى المكفول ، ولا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول[1] صحيحاً كما يقول

= التقنين المدنى السورى م ٧٤٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٨٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٥٦ لا تصح الكفالة إلا لموجب صحيح (موافق) .

(١) فتجوز كفالة الالتزام باطل إذا كان هذا الالتزام صحيحاً ، حتى لو عقد لاعتبار شخصى فى المدين (Intuitu personae) ، ويضمن الكفيل فى هذه الحالة التعويض المترتب فى ذمة =

النص سالف الذكر . فاذا كان الالتزام المكفول باطلا أو قابلا للإبطال ، أمكن للكفيل كما أمكن للمدين الأصلى أن يتمسك بهذا الدفع ، فيعلن بطلان الالتزام الأصلى أو يبطله ، ومن ثم يصبح التزام الكفيل باطلا .

وهذا هو ما قصدت إليه لجنة مجلس الشيوخ إذ قالت فى تقريرها : « وقد راعت اللجنة فى هذا التعديل أن الكفالة قد يقصد منها ضمان الوفاء إذا كان الالتزام الأصلى باطلا ، متى انصرفت النية إلى تأمين الدائن من خطر التمسك بالبطلان . ولهذا رؤى أن يقتصر النص على حكم الكفالة التى يقصد منها إلى ضمان الوفاء بالالتزام ، وهى تفترض بطبيعة الحال أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً »(١) .

= المدين الأصلى بسبب إخلاله بالتزامه . فيجوز لمصور أو نحات مثلا أن يلتزم بعمل صورة أو نحت تمثال ، وتكون شخصية المصور أو النحات ملحوظة فى هذا الالتزام ، ويأتى الملتزم بكفيل يضمن التعويض الذى يترتب على الإخلال بالالتزام (بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٦) . كما تجوز كفالة الالتزام الناشئ من ورقة الضد (contre-lettre) ، ذلك أن الضد عقد صحيح وإن كان لا يحتج به على الغير حسن النية ، وعلى ذلك تجوز كفالة الالتزام الناشئ من هذه الورقة (بودرى وفال فقرة ٩٤٤ ص ٥٠٤) .

(١) انظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش — وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضت المحكمة بأن الكفالة المعطاة لشخص عند ما يرسو عليه مزاد استئجار أطيان إنما كانت من هذه الأطيان المعينة التى لم يتم استئجارها ، وأنها لا تنسحب على أطيان أخرى تم استئجارها من صاحب الأطيان الأولى ، فلا شأن لمحكمة النقض بها متى كانت قد أوردت فى أسباب حكمها الاعتبارات التى رأت أنها هى التى حملت الكفيل على الكفالة المقدمة ، وأبرزت ما بين عملية الإيجار التى تمت والعملية التى تم من مغايرة ، وكان ما انتهت إليه من ذلك غير متعارض مع عبارات عقد الكفالة (نقض مدنى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاماً الجزء الثانى ص ٩٣٦ رقم ٣) . وقضت أيضاً بأن الكفالة عقد ينطوى على تبرع ، فلا يجوز إجراؤه بطريق الوكالة إلا بعد إثبات توكيل خاص به (م ٥١٦ مدنى قديم) . فالتوقيع على عقد الكفالة بناء على توكيل مرخص فيه للوكيل بالإقرار والصلح ، لا يصح . والتوكيل العام فى جنس عمل ، وإن كان معتبراً بدون نص على موضوع العمل ، لا يسرى على التبرعات (م ٥١٧ مدنى قديم) . (نقض مدنى ٢٥ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاماً الجزء الثانى ص ٩٣٦ رقم ٤) . وقضت أخيراً بأن الكفالة من عقود التبرع ، يجب عملا بالمادتين ٥١٦ و ٥١٧ مدنى (قديم) أن يكون بيد الوكيل الذى يكفل الغير نيابة عن موكله تفويض خاص بذلك . فإذا نص التوكيل على تخويل الوكيل أن يرهن ما يرى رهنه من أموال الموكل ، وأن يقترض مقابل الرهن ، فإنه يكون مقصوراً على الاستدانة ورهن ما بقى بالدين من أملاك الموكل . ولا يجوز الاعتماد فى أن =

٢٠ — كفالة الالتزام الباطل : ويؤخذ مما قدمناه أن كفالة الالتزام الباطل تكون هي أيضاً باطلة كالالتزام المكفول . والمفروض في ذلك ، كما قدمنا ، أن الكفيل تقدم باعتباره كفيلا . لا باعتباره مديناً أصلياً . فإذا كان الالتزام المكفول في هذه الحالة باطلا بطلاناً مطلقاً ، كانت الكفالة وهي تابعة له باطلة مثله . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٨١ مدني ، كما سنرى ، على أن « يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين » . ومن الأوجه التي يحتج بها المدين الأصلي بطلان التزامه المكفول ، فللكفيل أيضاً أن يحتج بهذا البطلان ، فتكون كفالة الالتزام الباطل باطلة مثله .

ولا يكون الالتزام باطلا إلا إذا كان التزاماً عقدياً ، أما الالتزام غير العقدي فإن القانون نفسه لا الإرادة هو الذي يتكفل بإنشائه ، باستمداده من مصدره فلا يكون باطلا . فالالتزام الباطل إذن هو الالتزام الذي يراد إنشاؤه بعقد باطل . والعقد يكون باطلا إذا اختل أحد أركانه ، فانعدم ركن الرضى مثلا أو كان محله غير معين أو مستحيلا أو غير مشروع أو كان سببه غير مشروع أو كان غير مستوف للشكل الذي يتطلبه القانون .

والأمثلة على العقد الباطل كثيرة . من ذلك دين المقامرة أو الرهان ، ودين الربا الفاحش فيما زاد على مقدار الفائدة المسموح بها قانوناً ، والدين الذي يكون محله غير موجود[1] أو مستحيلا أو غير مشروع ، والدين الذي يقوم على سبب غير مشروع ، والدين الذي يكون مصدره التعاقد على شركة مستقبلة . والدين الذي يكون مصدره هبة باطلة في الشكل[2] . كل هذه

= يكفل الوكيل باسم موكله مدينا ، وأن يرهن أطيان الموكل تأمينا للوفاء بالدين (نقض مدني أول أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاما الجزء الثاني ص ٩٣٦ رقم ٥) .

(١) ومثل الدين الذي يكون محله غير موجود في التزام غير عقدي أن يكفل شخص شيئا فيما عسى أن يحكم عليه بتعويض ، ثم يحكم ببراءة المتهم وبعدم مسئوليته عن تعويض ما (بودري وفال فقرة ٩٤٥ ص ٥٠٦) .

(٢) انظر في أمثلة أخرى على العقد الباطل بودري وفال فقرة ٩٤٤ .

ديون باطلة لأن مصدرها عقد باطل . وعلى ذلك لا تجوز كفالتها ، ويكون التزام الكفيل فى هذه الحالة باطلا بطلان الالتزام الأصلى المكفول .

٢١ — كفالة الالتزام القابل للإبطال — نص قانونى : تنص المادة ٧٧٧ مدنى على ما يأتى :

« من كفل التزام ناقص الأهلية . وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية . كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول »[1].

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الثانية من المادة ١١٣٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ومع ذلك تصح كفالة الالتزام الذى يعتوره نقص الأهلية ، إذا كان الكفيل يعلم بنقص أهليته » . وفى لجنة المراجعة جعلت هذه الفقرة الثانية مادة مستقلة ، وعدلت صياغتها على وجه يبرز التكييف القانونى الصحيح للالتزام فى هذه الحالة مما يجعل الملتزم أصيلا لا كفيلا ، بالنص الآتى : « من كفل التزاما باطلا بسبب نقص أهلية المدين ، كان ملتزماً بتنفيذه كدين أصلى إذا كان وقت الكفالة يعلم بنقص الأهلية » . وأصبح رقم النص ٨٤٦ فى المشروع النهائى . وفى مجلس النواب عدل النص ، تحت رقم ٨٤٤ ، على الوجه الآتى : « من كفل التزام ناقص الأهلية ، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملزماً بتنفيذ الالتزام كدين أصلى » . وذلك ليكون المعنى المقصود واضحاً ، لأن النص الأصلى قد يوهم بأن الشرط المطلوب هو علم الكفيل دون الدائن والمدين بنقص أهلية المدين ، مع أن المقصود هو أن يكون كل الثلاثة ، الدائن والمدين والكفيل ، عالمين بنقص الأهلية وقت التعاقد . وفى لجنة مجلس الشيوخ اعترض رئيس اللجنة على المادة من حيث أنها تلزم الكفيل بتنفيذ الالتزام كدين أصلى ، لأنه من الجائز أن يجيز ناقص الأهلية الالتزام عند بلوغه . فأجيب بأن هذه صورة من الصور الثلاث التى عرضت على اللجنة عند بدء المناقشة ، وهذه الصور هى : ١ — أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية وهو لا يعلم بنقص أهليته ، ففى هذه الحالة يجوز له التمسك بنقص الأهلية . ٢ — أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية وهو يعلم بنقص أهليته ، وفى هذه الحالة لا يستطيع الاحتجاج بنقص الأهلية . ٣ — أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته ، ففى هذه الحالة تتصور أن الكفيل أراد أن يكفل القاصر بسبب نقص أهليته بقطع النظر عن إجازته ، وأراد أيضاً آنفاً أن يكفل القاصر ولو أجاز الالتزام ولكنه لم ينفذه . فعدلت اللجنة النص على الوجه الآتى : « من كفل التزام ناقص الأهلية ، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول » . فأصبح النص تحت رقم ٧٧٧ ، مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وجاء فى تقرير اللجنة : رأت اللجنة الأخذ بالتعديل الذى اختاره مجلس النواب ، واستبدلت فى آخر النص بعبارة « كدين أصلى » عبارة « إذا لم ينفذه المدين الأصلى » . « وقد توخت اللجنة فى ذلك إبراز فكرة أن المدين الأصلى هو ناقص الأهلية وقد يقوم بالوفاء ويكون وفاؤه صحيحاً متى تم بعد زوال نقص أهليته أو تم بعد إجازة وليه أو وصيه ، ولهذا يكون التعبير —

وهذا النص مقصور على كفالة ناقص الأهلية ، أى إذا كان الالتزام الأصلى قابلا للإبطال بسبب نقص الأهلية . ولكن القابلية للإبطال قد يكون لها سبب آخر غير نقص الأهلية ، فقد يكون سببها عيباً فى الرضاء فيكون الرضاء مشوباً بالغلط أو بالتدليس أو بالإكراه أو بالاستغلال . وقد يكون سبب القابلية للإبطال نصاً فى القانون ، كما هو الأمر فى بيع ملك الغير فقد ورد نص على أن هذا البيع فيما بين البائع والمشترى قابل للإبطال لمصلحة المشترى .

فاذا كان سبب القابلية للإبطال غير نقص الأهلية ، بأن كان السبب عيباً فى الرضاء أو نصاً فى القانون ، وجب تطبيق القواعد العامة ، إذ لم يرد نص فى هذا الصدد كما ورد النص سالف الذكر فى خصوص القابلية للإبطال بسبب نقص الأهلية . ولما كانت القواعد العامة تقضى بأن يكون الالتزام قابلا للإبطال لعيب فى الرضاء أو لنص فى القانون ، فإن الكفيل والتزامه تابع للالتزام الأصلى المكفول يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع ، وإذا رجع عليه الدائن تمسك بأن التزامه قابل للإبطال كالتزام المدين الأصلى[1] . وعلى ذلك إذا كفل شخص مديناً بعقد يشوبه غلط أو تدليس أو إكراه ، أو كفل شخص مشترياً من غير المالك ، جاز للكفيل أن يتمسك بأن التزامه ككفيل

= الذى اختارته اللجنة أدق فى الإعراب عن المقصود من النص » . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عرفتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٤٧ – ص ٤٥٢) – انظر أيضاً ما دار من المناقشة فى لجنة الأستاذ كامل صدقى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٤٣ – ص ٤٤٦ فى الهامش) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٤٩٦ / ٦٠٥ : الكفالة باطلة ، ما لم تكن الكفالة حاصلة بسبب عدم أهلية المدين .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٤٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٨٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى لا مقابل .

(١) انظر بودرى وفال فقرة ٩٤٨ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩٢٤ ص ٦٢٥ .

هو أيضاً قابل للإبطال كالتزام المدين الأصلى . ونأتى بتطبيق عملى لما تقدم ، ونفرض أن مديناً بموجب عقد قد وقع فى غلط عند تعاقده وتوافر فى الغلط الشروط الواجبة ليجعل العقد قابلا للإبطال . فإذا كفل شخص هذا المدين ، ثم كشف المدين الأصلى أنه وقع فى غلط فتمسك بإبطال العقد ، جاز لكفيله أيضاً أن يتمسك بإبطال الكفالة أسوة بالمدين الأصلى ، فله إذن أن يتمسك بهذا الدفع . ولا نرى أن الكفيل يحرم من هذا الدفع إذا فرضنا أن المدين الأصلى بعد أن كشف أنه وقع فى غلط أجاز العقد فانقلب صحيحاً ، بل يبقى للكفيل حتى فى هذه الحالة حق التمسك بإبطال الكفالة . ذلك أن الكفيل قد كفل مديناً بعقد قابل للإبطال ، فلا يستطيع هذا المدين أن يسوئ مركز الكفيل بإجازته هذا العقد . ويكون للكفيل أن يتمسك بإبطال الكفالة حتى لو أجاز المدين الأصلى العقد ، وذلك ما لم يجز الكفيل بدوره الكفالة فتصبح صحيحة بعد أن كانت قابلة للإبطال .

بقى ما إذا كان سبب القابلية للإبطال هو نقص الأهلية ، وقد اقترحت لجنة الأستاذ كامل صدقى الأخذ بالمادة ٧١٠ من المشروع الفرنسى الإيطالى ونصها : « لا تصح الكفالة إلا فى التزام صحيح ، ومع ذلك تصح كفالة الالتزام الذى يعقده ناقص الأهلية إذا كان الكفيل يعلم بنقص أهليته » . وقيل فى هذه اللجنة إن من مزايا نص المشروع الفرنسى الإيطالى القضاء على كثير من الصعوبات . وأدمج النص فى المشروع التمهيدى ، تحت رقم ١١٣٥[1] . وقد مرت بنا المراحل التشريعية التى اجتازتها المادة ١١٣٥ من

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص ما يأتى : « نقل المشروع المادة ١١٥٣ بفقرتيها عن المادة ٧١٠ من المشروع الفرنسى الإيطالى . وهو يطابق فى أحكامه المادة ٤٩٦ / ٦٠٥ من التقنين الحالى (السابق) مع شىء من الإيضاح . أما التقنين الفرنسى (م ٢٠١٢ / ٢) ، فإنه يصحح كفالة التزام ناقص الأهلية حتى لو كان الكفيل يجهل وقت العقد نقص أهلية المدين . وقد أثار هذا الحكم كثيراً من أوجه الخلاف والنقد الشديد ، ولذلك عدل عنه المشرع المصرى وقرر أن كفالة التزام ناقص الأهلية لا تكون صحيحة إلا إذا كان الكفيل يعلم بنقص الأهلية . وكذلك فعلت معظم التقنينات الحديثة ، كما أن الشريعة الإسلامية تقضى هى أيضاً بهذا الحكم (م ٨٤١ مرشد الحيران) . ويلاحظ أن التزام الكفيل فى هذه الحالة ليس التزاماً تبعياً يستند إلى التزام أصلى ، بل إن الكفيل يلتزم بصفة أصلية لا باعتباره كفيلا . ذلك أن من كفل قاصراً فى =

المشروع التمهيدى ، حتى استقرت فى التقنين المدنى الجديد تحت رقم المادة ٧٧٧ مدنى[١] . وقد قيل فى صدد هذا النص فى لجنة مجلس الشيوخ ما يأتى : « إذا كان الكفيل يجهل نقص أهليته (أهلية المدين الأصلى) ، كان التزام الكفيل قابلا للإبطال كالالتزام الأصلى . وهذا بخلاف ما إذا كان الكفيل يعلم نقص الأهلية فإنه لا يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع ولكنه يبقى كفيلا ، وبخلاف ما إذا كان الكفيل كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته فإنه لا يستطيع أن يتمسك بنقص الأهلية بل لا يكون كفيلا أصلا إذ هو مدين أصلى »[٢] . وقيل أيضاً أمام لجنة مجلس الشيوخ فى هذا المعنى إن هناك صوراً ثلاثاً هى : « ١ — أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية وهو لا يعلم بنقص أهليته ، ففى هذه الحالة يجوز له التمسك بنقص أهليته . ٢ — أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية وهو يعلم بنقص أهليته . وفى هذه الحالة لا يستطيع الاحتجاج بنقص الأهلية . ٣ — أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته . ففى هذه الحالة نتصور أن الكفيل أراد أن يكفل القاصر بسبب نقص أهليته بقطع النظر عن إجازته ، وأراد أيضاً أن يكفل القاصر ولو أجاز الالتزام ولكنه لم ينفذه »[٣] .

ويستخلص مما تقدم أن فى كفالة ناقص الأهلية . وهو القاصر المميز ومن فى حكمه كالمحجور عليه بسبب غفلة أو سفه وبوجه عام كل من كان عقده قابلا للإبطال بسبب نقص الأهلية[٤] ، يجب التمييز بين فروض ثلاثة :

= عقد وهو عالم بقصوره ، كان ضامناً له فى أداء التزامه إذا لم يتمسك القاصر ببطلان العقد ، وكان مسئولا بصفة أصلية عن أداء الالتزام إذا تمسك القاصر بالبطلان ، كل هذا ما لم يقم دليل على ما يخالفه . هذا وقد أورد القانون البولونى فى المادة ٦٢٦ نصا يقرب من هذا المعنى إذ يقضى بأن من كفل التزاما باطلا بسبب نقص أهلية المدين يكون ملزماً بتنفيذه كمدين أصلى ، إذا كان وقت الكفالة يعلم أو كان من الواجب عليه أن يعلم نقص أهلية المدين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٤٨ — ص ٤٤٩) .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٩ فى الهامش وفقرة ٢١ فى الهامش .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٩ فى الهامش .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢١ فى الهامش .

(٤) والتقنين المدنى الفرنسى (٢٠١٢ / ٢) ينص على أنه « يجوز كفالة الالتزام ولو كان جائزاً إبطاله بدفع شخصى محض خاص بالملتزم ، وذلك كحالة القصر » ... ته

(الفرض الأول) أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية وهو غير عالم بنقص أهليته : وفى هذا الفرض يكون الكفيل كفيلا لا مديناً أصلياً ، وتسرى جميع أحكام الكفالة . ومن هذه الأحكام أن للكفيل أن يتمسك بالدفوع التى يتمسك بها المدين الأصلى . وعلى ذلك يستطيع أن يتمسك الكفيل بقابلية الدين للإبطال . وأن يبطل الكفالة تبعاً لذلك[1] . ويكون له التمسك بهذا الدفع ، سواء تمسك المدين الأصلى ناقص الأهلية بقابلية دينه للإبطال فأبطله ، أو لم يتمسك بهذا الدفع وأجاز العقد الأصلى القابل للإبطال . ذلك بأن الكفيل ، وقت أن كفل ناقص الأهلية ، كان لا يعلم بنقص أهليته . فلا يعترض عليه بأنه كان عالماً بنقص الأهلية وبأن ناقص الأهلية إذا لم يتمسك بنقص أهليته وأجاز العقد لم يجز للكفيل أن يتمسك هو بنقص

فى فرنسا متفق على أن المقصود بالالتزام المكفول هنا هو الالتزام القابل للإبطال (annulable) لا الالتزام الباطل (nul) (انظر أوبرى ٦ فقرة ٤٢٥ ص ٢٧٤ – ص ٢٧٥ . بودرى وفال فقرة ٩٤٥ – ص ٥٠٥ – بلانيول وسافاتييه فقرة ١٥١٨) .

(١) ويبدو أن بعض الفقهاء فى فرنسا يذهب إلى أن الكفيل ، حتى لو لم يكن عالما بنقص أهلية المدين الأصلى ، لا يجوز له أن يحتج بنقص الأهلية ، ويبقى ملتزماً بالرغم من جهله بنقص أهلية المدين الأصلى (بودرى وفال فقرة ٩٤٥ ص ٥٠٥) . ويذهب أصحاب هذا الرأى إلى أنه يتخلف عن إبطال الالتزام الأصلى التزام طبيعى ، وهذا الالتزام الطبيعى هو الذى يسند الكفيل ، لأن الالتزامات الطبيعية عند أصحاب هذا الرأى تجوز كفالتها كفالة مدنية (بودرى وفال فقرة ٩٤٦ – فقرة ٩٤٧) . ولكن فقهاء آخرين يخالفون هذا الرأى ويذهبون إلى أن الكفيل ، حتى لا يستطيع الاحتجاج بنقص أهلية المدين ، يجب أن يكون عالما بنقص الأهلية (بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٨ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩٢٤) .

أما فى القانون المصرى ، فلا شك فى أن الكفيل ، حتى لا يستطيع أن يحتج بنقص أهلية المدين الأصلى ، يجب أن يكون عالماً بنقص الأهلية ، بل يجب أن يكون قد كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته . أما القول بأن التزام ناقص الأهلية إذا أبطل يتخلف عنه التزام طبيعى وتجوز كفالة الالتزامات الطبيعية فردود ، كما سنرى ، بأن الالتزام الطبيعى لا تجوز كفالته كفالة مدنية . فإذا كفل الكفيل ناقص الأهلية دون أن يكون عالما بنقص أهليته ، فله أن يتمسك بالدفوع التى يتمسك بها المدين الأصلى ومنها الدفع بنقص الأهلية ، فينقلب كل من التزام المكفول ناقص الأهلية والتزام الكفيل التزاماً طبيعياً . ولا يجد أحد منهما على الوفاء بالتزامه (الوسيط ٢ فقرة ٤٠٣ – وانظر عبد الباقى عرسى فقرة ٣٩) .

الأهلية . فالمدين الأصلى لا يستطيع أن يسوئ بعمله أى بإجازته للعقد مركز الكفيل ، وقد طبقنا هذه القاعدة المقررة فى الكفالة فى حالة ما إذا كان العقد الأصلى قابلا للإبطال لعيب فى الرضاء[1] .

(الفرض الثانى) أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية وهو عالم بنقص أهليته : وفى هذا الفرض يكون الكفيل كفيلا أيضاً لا مديناً أصلياً ، وتسرى جميع أحكام الكفالة . إلا أن هذا الفرض يختلف عن الفرض السابق فى أن الكفيل يعلم نقص أهلية المدين الأصلى . فيكون بعلمه هذا نازلا حتما عن التمسك بعدم الأهلية فيما إذا نزل عنه المدين الأصلى وأجاز العقد . وعلى ذلك إذا تمسك المدين الأصلى ناقص الأهلية بنقص أهليته وأبطل العقد الأصلى جاز للكفيل أيضاً . كما فعل المدين الأصلى . أن يتمسك بنقص الأهلية وأن يبطل عقد الكفالة . وفى هذا يستوى هذا الفرض مع الفرض السابق . أما إذا نزل المدين الأصلى عن التمسك بنقص أهليته وأجاز العقد . فإن الكفيل ، خلافا للفرض السابق . لا يستطيع أن يتمسك هو بنقص الأهلية ، ويعتبر أنه قد نزل عن هذا الدفع لأنه كان يعلم وقت أن كفل المدين أن هذا الأخير ناقص الأهلية .

(الفرض الثالث) أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته . وهذا هو الفرض الذى عرضت له المادة ٧٧٧ مدنى فيما قدمنا ، فقالت : « من كفل التزام ناقص الأهلية . وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية . كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول » . والمفروض أن كلا من الكفيل والدائن والمدين الأصلى عالم بنقص أهلية هذا الأخير ، وأن العقد الذى أبرمه هذا الأخير مع الدائن قابل للإبطال . فيجوز للمدين أن يبطله . وتوقعاً لهذا الاحتمال عقدت الكفالة إذ هى لم تعقد إلا بسبب نقص أهلية المدين الأصلى . وعلى ذلك يمكن تفسير الكفالة التى تمت على الوجه الآتى : إذا تمسك المدين الأصلى ناقص الأهلية بنقص أهليته وأبطل العقد الأصلى . كان الكفيل هو المدين الأصلى بموجب العقد الذى أبرمه مع الدائن ، وكان ملزماً بتنفيذ الالتزام الأصلى لأن المدين الأصلى لم ينفذه . وفى هذه

---

(١) انظر آنفا نفس الفقرة .

الحالة لا يكون الكفيل كفيلا ، بل يكون مديناً أصلياً ، وهو مدين بالالتزام الأصلي تحت شرط واقف وهو ألاّ ينفذ المدين الأصلي هذا الالتزام . فإذا تحقق الشرط ولم ينفذ المدين الأصلي الالتزام . وجب على من تقدم بصفته كفيلا وقد أصبح مديناً أصلياً بتحقق الشرط أن ينفذ هو هذا الالتزام(١) ؛ أما إذا أجاز ناقص الأهلية العقد وانقلب العقد صحيحاً بالإجازة ، فان المدين الأصلي يصبح ملزماً بتنفيذ الالتزام الأصلي . ويكون الكفيل ضامناً له فى تنفيذ هذا الالتزام ، باعتباره كفيلا لا باعتباره مديناً أصلياً . وتسرى جميع أحكام الكفالة(٢) . يؤكد ذلك ما ورد فى مناقشات لجنة الشيوخ ، إذ قيل فى هذه اللجنة عن هذا الفرض الثالث ما يأتى : « أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته . ففى هذه الحالة يتصور أن الكفيل أراد أن يكفل القاصر بسبب نقص أهليته بقطع النظر عن إجازته ، وأراد أيضاً أن يكفل القاصر ولو أجاز الالتزام ولكنه لم ينفذه . فعدلت اللجنة النص على الوجه

---

(١) محمد كامل مرسى فقرة ٣٨ – ويطبق الأستاذ سليمان مرقس نظرية تحويل العقد فى هذه الحالة ، ويقول فى هذا المعنى : « إن كفالة التزام ناقص الأهلية الحاصلة بسبب نقص أهليته تقع صحيحة ككفالة حقيقية ، وتبقى كذلك ما لم يتمسك ناقص الأهلية ببطلان التزامه ، فتبطل حينئذ الكفالة بهذه الصفة وتتحول إلى تعهد بالوفاء بالالتزام أصلى فى ذمة من تعهد ككفيل » (سليمان مرقس فقرة ٣٥ ص ٤٠) . ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور : « والرأى الذى نفضله أن من يكفل التزام ناقص الأهلية ، وتكون الكفالة بسبب نقص الأهلية ، يبرم عقدا مركبا يتضمن كفالة وتعهدا عن الغير . يتعهد فيه الكفيل بألا يستعمل المدين حقه فى طلب الإبطال ، ويتعهد فى الوقت نفسه بأن يقوم على سبيل التعويض بتنفيذ الالتزام الأصلى إذا أخل بتعهده عن الغير بأن طلب المدين الإبطال . وعلى ذلك فانه يبقى الالتزام الأصلى قائما ، ويبقى الكفيل ملتزما بصفة تبعية باعتباره كفيلا . أما إذا طلب المدين الإبطال وحكم له بذلك فزال الالتزام الأصلى بأثر رجعى ، زال التزام الكفيل تبعا لذلك بأثر رجعى . ولكن يتحقق بذلك الإخلال بالتعهد عن الغير ، فيلتزم الكفيل المتعهد بتنفيذ الالتزام الأصلى على سبيل التعويض لأنه أخل بالتزامه الناشئ عن التعهد عن الغير ، ويكون التزامه هذا التزاما أصليا غير تابع لغيره » (منصور مصطفى منصور فقرة ١٦ ص ٣٤ – وانظر عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٤٣ – محمد على إمام فقرة ٤٣ ص ٨١) .

(٢) ومن الفقهاء الفرنسيين من يعمم هذا الحكم ، حتى فى حالة ما إذا علم الكفيل بنقص الأهلية ، على جميع أوجه البطلان ، كالبطلان المطلق والقابلية للإبطال لعيب فى الرضا (بودرى وفال فقرة ٩٥٢ – وانظر أيضا عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٤٤ – سليمان مرقس فقرة ٣٦ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٦ ص ٣٥) .

الآتى . . . وجاء فى تقرير اللجنة : رأت اللجنة الأخذ بهذا التعديل الذى اختاره مجلس النواب ، واستبدلت فى آخر النص بعبارة « كمدين أصلى » عبارة « إذا لم ينفذه المدين الأصلى » . وقد توخت اللجنة فى ذلك إبراز فكرة أن المدين الأصلى هو ناقص الأهلية وقد يقوم بالوفاء ، ويكون وفاؤه صحيحاً متى تم بعد زوال نقص أهليته أو تم بعد إجازة وليه أو وصيه . ولهذا يكون التعبير الذى اختارته اللجنة أدق فى الاعراب عن المقصود من النص »[1] . وجاء أيضا فى مناقشات لجنة الشيوخ فى خصوص المادة ٧٧٦ مدنى ما يؤيد ما قدمناه ، إذ قيل : « فإذا كان الكفيل يجهل نقص أهليته (نقص أهلية المدين الأصلى) كان التزام الكفيل قابلا للإبطال كالالتزام الأصلى ، وهذا بخلاف ما إذا كان الكفيل يعلم نقص الأهلية فإنه لا يستطيع التمسك بهذا الدفع ولكنه يبقى كفيلا ، وبخلاف ما إذا كان الكفيل كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته فانه لا يستطيع أن يتمسك بنقص الأهلية بل لا يكون كفيلا أصلا إذ هو مدين أصلى . وقد وافقت اللجنة على إعادة النص إلى المشروع بالصيغة الآتية : لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً . . . وقد راعت اللجنة فى هذا التعديل أن الكفالة قد يقصد منها ضمان الوفاء إذا كان الالتزام الأصلى باطلا متى انصرفت النية إلى تأمين الدائن من خطر التمسك بالبطلان . ولهذا رؤى أن يقتصر النص على حكم الكفالة التى يقصد منها إلى ضمان الوفاء بالالتزام ، وهى تفترض بطبيعة الحال أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً »[2] .

٢٢ — *كفالة الالتزام الشرطى والالتزام المستقبل* — نص قانونى : تنص المادة ٧٧٨ مدنى على ما يأتى :

« ١ — تجوز الكفالة فى الدين المستقبل إذا حدد مقدماً الدين المكفول ، كما تجوز الكفالة فى الدين الشرطى » .

« ٢ — على أنه إذا كان الكفيل فى الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة .

---

(١) انظر أيضا نفس الفقرة فى الهامش .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٩ فى الهامش . وانظر عبدالفتاح عبد الباقى فقرة ٤٢ — فقرة ٤٣ —

فإن له فى أى وقت أن يرجع فيها ما دام الدين المكفول لم ينشأ »[1] .

ويخلص من هذا النص أنه تجوز كفالة الدين الشرطى ، وتجوز كفالة الدين المستقبل .

أما كفالة الدين الشرطى فلا شك فى جوازها طبقاً للقواعد العامة ، سواء كان الدين الأصلى المكفول معلقاً على شرط فاسخ أو معلقاً على شرط واقف[2] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٣٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ٨٤٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٤٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٧٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٥٢ - ص ٤٥٨) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للنص ما يأتى : « كفالة الالتزامات المستقبلة أو الشرطية جارية فى العمل ، على الأخص فى عقود الحساب الجارى وفتح الاعتماد . والقضاء والفقه مجمعان على صحتها رغم عدم وجود نص فى التقنين الحالى (السابق) . وقد رأى المشروع من المناسب أن يسلك بشأنها مسلك التقنينات الحديثة ، فنص صراحة على جواز كفالة الالتزام المستقبل والالتزام الشرطى . على أنه حماية للكفيل ، وهو شخص يتورط عادة دون أن يجنى من وراء كفالته ربحا ما ، قرر المشروع وجوب تحديد مبلغ معين تصح فى حدوده كفالة الالتزام المستقبل ، كما قرر أيضا أن كفالة الالتزام المستقبل التى لأجل غير محدد يجوز الرجوع فيها طالما لم ينشأ الالتزام بعد . والقضاء المصرى يؤيد هذا الاتجاه : انظر على الأخص استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠٠ - ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧٦ - والمادة ١١٣٦ فى مجموعها تطابق المادتين ٦٢٧ و ٦٢٨ من التقنين البولونى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٥٤ ص ٤٥٧) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٤٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٨٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٥٧ : يجوز أن يكون موضوع الكفالة موجبا ممكن الحدوث (كضمان نزع الملكية بدعوى الاستحقاق) أو موجبا مستقبلا أو غير معين بشرط أن يكون التعيين ممكنا فيما بعد (مثل كفالة المبلغ الذى سيحكم به على شخص ما) ، فى هذه الحالة يحدد موجب الكفيل بما يجب على المديون الأصل . وانظر المادة ١٠٤٤ فيما يلى فى نفس الفقرة فى الهامش .

(٢) جيوار فقرة ٥٢ - بودرى وفال فقرة ٩٥٠ ص ٥١٠ .

فالدين المعلق على شرط فاسخ دين موجود ونافذ ، فتجوز كفالته وتكون الكفالة فى هذه الحالة تابعة للدين الأصلى ، وعلى ذلك تكون هى أيضاً معلقة على شرط فاسخ . فاذا تخلف الشرط الفاسخ ، صار الدين الأصلى باتاً ، وكذلك يكون باتاً التزام الكفيل . أما إذا تحقق الشرط الفاسخ ، فإن الدين الأصلى ينفسخ بأثر رجعى ويعتبر كأنه لم يكن ، وكذلك ينفسخ التزام الكفيل ويعتبر كأنه لم يكن . وكذلك لا شك فى جواز كفالة الدين المعلق على شرط واقف . لأنه وإن لم يكن نافذاً دين موجود . فيكفله الكفيل ، ويكون التزامه كالالتزام المكفول معلقاً على شرط واقف . فإذا تخلف الشرط الواقف ، زال الدين الأصلى بأثر رجعى واعتبر كأنه لم يكن . وكذلك يزول التزام الكفيل ، ويعتبر كأنه لم يكن . أما إذا تحقق الشرط الواقف ، فان الالتزام الأصلى ينفذ بأثر رجعى ، وكذلك ينفذ التزام الكفيل . فيصبح التزام كل من المدين الأصلى والتزام الكفيل نافذاً باتاً ، وتسرى فى هذه الحالة أحكام الكفالة .

وكذلك تجوز كفالة الدين المستقبل وإن كان ديناً غير موجود وقت الكفالة ، وذلك باستثناء الالتزام فى تركة مستقبلة فإنه باطل وتبطل تبعاً له الكفالة[1] . ومثل الدين المستقبل فتح اعتماد فتجوز كفالته ، كما تجوز كفالة الدين الاحتمالى لأنه دين مستقبل . فإذا فتح شخص اعتماداً فى مصرف ، جاز أن يقدم كفيلا يضمن ما عسى أن يقبضه المدين من هذا الاعتماد وبالقدر الذى يقبض ، وذلك قبل أن يقبض المدين شيئاً من الاعتماد . كذلك يستطيع أن يقدم شخص كفيلا يضمنه فيما عسى أن يشتريه من متجر معين ، فيكون الكفيل ضامناً لثمن البضائع التى يشتريها المدين الأصلى[2] .

وتكون كفالة الدين المستقبل قائمة ويكون الكفيل ملزماً بها ، حتى قبل

---

(١) بودرى وفال فقرة ٩٥٠ .

(٢) بودرى وفال فقرة ٩٥١ ص ٥١١ – جيوار فقرة ١٨ . وكفالة المدين المستقبل قبل وجوده صحيحة صحة بيع الشيء المستقبل قبل وجوده : إذ يجوز التعامل فى الأشياء المستقبلة فيما عدا التركات المستقبلة (استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٧ ص ٣٦ – وقارن عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٤٥ ص ٨٦ – ص ٨٧) .

أن يوجد هذا الدين . ولكن الكفيل لا يكون ملتزماً بأى مقدار من المال قبل أن يوجد الدين ، فإذا ما وجد كفله المدين بالمقدار الذى به يوجد[1] .

ولكن نص المادة ٧٧٨ مدنى سالف الذكر وضع لكفالة الدين المستقبل قيدين :

(القيد الأول) يجب فى الدين المستقبل المكفول أن يحدد مقدماً فى عقد الكفالة مقدار الدين المكفول . فاذا كفل شخص فتح اعتماد أو ثمن بضائع لم تشتر بعد ، وجب تحديد المقدار الذى كفله الكفيل ، فيذكر مثلا فى عقد الكفالة أن الكفيل يكفل الاعتماد لغاية مبلغ كذا أو يكفل ثمن البضائع لغاية مبلغ كذا . والسبب فى وضع هذا القيد حماية الكفيل ، فهو يقوم على كفالة دين مستقبل لمّا يوجد ، فلا أقل من تحديد مبلغ يكفله حتى لا يتورط فى كفالة دين لم يوجد ولا يعلم مقداره[2] . وقد كانت القواعد العامة تقضى ،

---

(١) بودرى وفال فقرة ٩٥٠ ص ٥١٠ – وتجوز كذلك كفالة دين غير معين المقدار مادام هذا الدين موجودا فعلا وقت كفالته ، وهذا غير كفالة الدين المستقبل . ومحل ذلك تجوز كفالة ما ترتب فعلا فى ذمة شخص معين دون أن يعين مقدار الدين ، بل تجوز كفالة هذا المدين دون أن يعلم الكفيل شخص الدائن ، ويكون الكفيل فى هذه الحالة ملتزما نحو المدين بكفالة دينه (جيوار فقرة ١٨ وفقرة ٥٨ ثالثا – بودرى وفال فقرة ٩٥١) .

(٢) وقد جاء فى محاضر جلسات لجنة الأستاذ كاس صدق فى الصدد ما يأتى : « قال الرئيس إنه تحسن حماية الشخص الذى يكفل فى ساعة ضعفه . إذ كثيرا ما يحصل فى مصر أن يكفل الشخص قريبا له أو تكفل الزوجة زوجها . وهذه الحماية أدعى فى حالة الزوجة الموسرة الأمية التى تساق إلى كفالة زوجها ، هذا فضلا عن أن تحديد مقدار الدين المكفول كشرط لصحة الكفالة مأخوذ به فى كثير من التقنينات الحديثة كما هو الحال فى سويسرا حيث الشعب على حظ وفير من الثقافة والمعرفة وفى وسعه حماية نفسه » . وقال عضو آخر : « إن من بين التقنينات ما أجاز تقديم كفالة ضمانا لدين غير محدد المقدار ، كما أن من بينها ما لم يقرر ذلك . ولا ضير من الاعتراف بصحة كفالة التزام يمكن تحديد مقداره فيما بعد » . وعقب أحد الأعضاء بأن « النص الذى أخذ به المشروع الفرنسى الإيطالى للالتزام والعقود يقرر صحة كفالة دين غير محدد المقدار ، بينما يطلق قانون الاتحاد السويسرى صحة الكفالة على بيان مقدار الدين » . فقال الرئيس : « إن من الممكن إزاء هذين الرأيين المتعارضين إيجاد حل وسط يسمح بشمول الكفيل بقسط من الحماية ، واقترح أن تجعل صحة الكفالة رهناً ببيان مقدار الدين إذا ما تعلق الأمر بالتزام مستقبل أو بالتزام بعمل شىء » . وقد وافقت اللجنة على اقتراح الرئيس بأغلبية الأصوات . ثم انتقلت اللجنة إلى مناقشة النص فاقترح الأخذ بالحكم الوارد –

إذا لم يوجد نص ، بجواز كفالة الدين المستقبل حتى لو لم يحدد مقداره[١] .

(القيد الثانى) ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٧٧٨ مدنى سالفة الذكر من أنه « إذا كان الكفيل فى الدين المستقبل لم يعين مدة للكفالة ، كان له فى أى وقت أن يرجع فيها ما دام الدين المكفول لم ينشأ » . فإذا عين الكفيل مدة لقيام كفالته ، لم يجز له أن يرجع فى الكفالة طوال هذه المدة ، ووجب عليه وفاء الدين عن المدين الأصلى متى وجد الدين وحل ولم يوفه المدين الأصلى فى خلال هذه المدة . أما إذا لم يعين الكفيل مدة لقيام كفالته ، أو عين مدة وانقضت قبل نشوء الدين المستقبل وتحققه فعلا ، فإن للكفيل أن يرجع فى الكفالة ما دام الدين المكفول لم ينشأ . فإذا نشأ الدين المكفول ، سواء فى حالة عدم تعيين مدة للكفالة لم يرجع الكفيل فى خلالها عن كفالته ، أو فى حالة تعيين مدة نشأ فى خلالها الدين المكفول ، فإن الكفيل عندئذ لا يستطيع الرجوع فى الكفالة وتصبح ملزمة له . وقد كانت القواعد العامة تقضى ، لولا وجود نص الفقرة الثانية من المادة ٧٧٨ مدنى سالفة الذكر ، بأن الكفيل لا يستطيع الرجوع فى الكفالة ويبقى ملتزماً بها حتى قبل نشوء الدين المستقبل[٢] ، ما دام لم يعين وقتاً لقيام كفالته وينقص هذا الوقت قبل نشوء الدين .

هذا وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نصين يعتبران من تطبيقات كفالة الدين المستقبل . فكانت المادة ١١٣٧ من هذا المشروع تنص على أن « الوكالة فى إقراض شخص آخر تعتبر كفالة لالتزام مستقبل ، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك » . وكانت المادة ١١٣٧ مكررة من المشروع تنص على ما يأتى : « وفى الحالة المنصوص عليها فى المادة السابقة ، يبرأ الكفيل إذا

= فى المادة ٦٢٧ من القانون البولونى . . . مضافاً (إليه) نص المادة ٦٢٨ من نفس التقنين . . . فوافقت اللجنة على الأخذ بنص المادتين ٦٢٧ و ٦٢٨ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٥٤ – ص ٤٥٥ فى الهامش) .

(١) لوران ٢٦ فقرة ٧٨ – ترولون ٥٠ – جيوار فقرة ١٨ وفقرة ٥٢ – بودرى وفال فقرة ٩٥١ .

(٢) وهذا هو الرأى المأخوذ به فى القانون المدنى الفرنسى (لوران ٢٨ فقرة ١٣١ – جيوار فقرة ٥٣ – بودرى وفال فقرة ٩٥٠ ص ٥١٠ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٦ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩٩٢ – أنسيكلوپيد دالوزا لفظ cautionnement فقرة ٢٤ .

كان الدائن وقت نشوء الالتزام يعلم . أو كان يستطيع أن يعلم ، أن حالة المدين المكفول قد أصبحت بالغة السوء . ولم يكن قد حصل على الكفيل على ما يؤكد كفالته »[1] . ويوضح هذين النصين ما يقابلهما من النصوص فى المشروع الفرنسى الإيطالى وفى التقنين المدنى الألمانى . فقد جاء فى المادتين ٧٠٨ و ٧٠٩ من المشروع الفرنسى الإيطالى أنه « إذا وكل شخص غيره فى فتح اعتماد لشخص ثالث والتزم الموكل إزاء الوكيل شخصاً ، اعتبر كفيلا فى دين مستقبل . ومتى أعطى هذا التوكيل وقبل ، فلا يجوز الرجوع فيه كما لا يجوز التنازل عنه إلا برضاء الطرفين . وفى هذه الحالة تبرأ ذمة الكفيل إذا كان الدائن يعلم أو فى وسعه أن يعلم . وقت نشوء الالتزام المكفول ، أن مركز المدين كان سيئاً وأنه لم يحصل على إذن الكفيل » . وجاء فى المادة ٧٧٨ من التقنين المدنى الألمانى : « من وكل غيره فى فتح اعتماد لثالث باسمه ولحسابه ، يسأل ككفيل قبل الوكيل عن التزام الشخص الثالث الناتج من فتح الاعتماد » . ومعنى كلمة « توكيل » الواردة فى هذه النصوص هو « إعطاء تعليمات أو أوامر » . ولما عرض نصا المشروع التمهيدى على لجنة المراجعة ، رأت هذه اللجنة حذفهما « اكتفاء بتطبيق القواعد العامة »[2] .

٢٣ — **كفالة الالتزام الطبيعى** : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص هو المادة ١١٣٥ مكررة ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « تجوز كفالة الالتزام الطبيعى ما دام غير مخالف للنظام

---

(١) وقد اقتبس هذان النصان من التقنين البولونى (م ٦٢٩ و ٦٣٠) . وجاء التقنين الألمانى (م ٧٧٨) والمشروع الفرنسى الإيطالى (م ٧٠٨ و ٧٠٩) بأحكام مماثلة (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٥٥ فى الهامش) .

ونصت المادة ١٠٥٤ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى على أن « من كلف شخصاً فتح اعتماد مالى لشخص ثالث ، آخذاً نفسه أن يكون مسئولا عنه ، يلزم بصفة كونه كفيلا بالموجبات التى عقدها الشخص الثالث على قدر القيمة التى عينها له — وإذا لم يعين الكفيل قيمة ما كان مسئولا إلى الحد المعقول الذى يتفق مع حالة الشخص الذى فتح له الاعتماد — ويصح الرجوع عن الالتزام المنصوص عليه فى الفقرة الأولى من هذه المادة ، مادام الشخص الذى كلف فتح الاعتماد لم يشرع فى تنفيذه . ولا يصح إثبات هذا الالتزام إلا خطا » .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٥٤ — ص ٤٥٧ فى الهامش .

العام أو للآداب » . ولما عرضت هذه المادة على لجنة المراجعة ، قررت هذه اللجنة « حذفها وترك الحكم فى موضوعها للقواعد العامة لأن حكمها محل خلاف »[١] . وقد أحسنت لجنة المراجعة بحذف هذا النص . فهو أولا مختلف فى حكمه كل الاختلاف . وهو ثانياً قد ورد ما يناقضه فى نفس المشروع التمهيدى فقد تضمن هذا المشروع نصاً صريحاً فى عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعى هو الفقرة الثانية من المادة ٢٧٨ من هذا المشروع ، إذ كانت تنص على أنه « لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى كفالة شخصية أو عينية . ما دام التزاماً طبيعياً »[٢] . وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة « لإمكان استخلاص حكمها من النصوص الواردة فى الكفالة »[٣] .

والرأى الذى اخترناه عند الكلام فى الالتزام الطبيعى هو أنه لا تجرى كفالة هذا الالتزام . إذا كان يقصد بالكفالة أن يترتب فى ذمة الكفيل التزام مدنى يضمن الالتزام الطبيعى المكفول . ذلك أن الكفالة على هذا النحو تفتح سبيلا لإجبار المدين على الوفاء بالتزامه الطبيعى عن طريق غير مباشر ؛ إذ يجبر الدائن الكفيل على الوفاء . ثم يرجع الكفيل على المدين الأصلى ، فيكون المدين بالتزام طبيعى قد أجبر فى النهاية عن طريق غير مباشر على الوفاء بالتزامه ، وهذا لا يجوز[٤] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢٤ فى الهامش .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وكذلك لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى كفالة عينية أو شخصية – انظر عكس ذلك المادة ٥٥٢ من التقنين الأرجنتينى – ما بقى فى نطاق الواجبات الأدبية . ذلك أن الكفالة التزام تابع ، فلا يجوز ، والحال هذه ، أن تكون أفعل أثراً من الالتزام الأصيل . ولا وجه للقياس فى هذا الشأن على كفالة التزام ناقص الأهلية ، فهذه الكفالة يكون لها حكم الصحة باعتبارها التزاماً أصيلا لا تابعاً . وصفوة القول أن كفالة الالتزام الطبيعى لا تصح إلا إذا اعترف به ، وألحق تفريعاً على ذلك بالالتزامات المدنية (م ٢٧٧ من المشروع) ومما هو جدير بالذكر أن القانون الرومانى يجيز كفالة الالتزام الطبيعى كما يجيز القصاص فيه ، على خلاف ما هو متبع القانون الحديث » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ هامش ١) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ هامش ١ .

(٤) انظر الوسيط ٢ فقرة ٤٠٣ ص ٧٥٣ – وانظر لوران ١٧ فقرة ٢٨ و ٣٨ فقرة ١٤١ – فقرة ١٤٢ – أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٤ ص ٢٧٤ وهامش ٥ – بودرى ٢ =

وقد قدمنا أن من كفل التزام ناقص الأهلية . وكانت الكفالة بسبب نقص أهليته كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول . وليس فى هذا كفالة لالتزام طبيعى كما يذهب بعض الفقهاء فى فرنسا (بودرى وفال فقرة ٩٤٦) . وليس من كفل التزام ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته بكفيل أصلا . بل هو مدين أصلى تحت شرط واقف هو ألا ينفذ ناقص الأهلية التزامه ويتمسك بنقص أهليته[1] .

وسبق أن قررنا فى الجزء الثانى من الوسيط . فى صدد كفالة الالتزام الطبيعى ، ما يأتى : « على أنه يجوز أن يكفل الكفيل وتكون كفالته تبعية لا التزاماً أصلياً . ولكن التزام الكفيل فى هذه الحالة يكون هو التزاماً طبيعياً كالالتزام المكفول . إذ لا يجوز أن تكون الكفالة بشروط أشد من شروط الدين المكفول (م ٧٨٢ مدنى) وسيتحقق هذا الغرض فيما إذا كفل الكفيل ناقص الأهلية دون أن يكون عالماً بنقص أهليته . فعند ذلك يجوز للكفيل أن يتمسك بالدفوع التى يتمسك بها المدين الأصلى (م ١/٧٨٢ مدنى) . ومنها الدفع بنقص الأهلية . فينقلب كل من التزام المكفول ناقص الأهلية والتزام الكفيل التزاماً طبيعياً . ولا يجبر أحد منهما على الوفاء بالتزامه . لكن إذا وفاه مختاراً لم يجز له استرداده . فإن كان الذى وفى التزامه مختاراً هو المكفول ناقص الأهلية فقد قضى التزامه والتزام الكفيل معاً . لأن التزام الكفيل الطبيعى تبع لالتزام المكفول . وإن كان الذى وفى التزامه مختاراً هو الكفيل . فقد قضى التزامه هو ولا يستطيع أن يسترده ، كما لا يستطيع الرجوع على

= فقرة ٧١٥ – بلانيول وريبير وبولانجيه ، فقرة ١٩٢٣ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٩٣ – بيدان وفوراران فقرة ٨٥ – محمد كامل مرسى فقرة ٤٠ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٤٥ – سليمان مرقس فقرة ٣١ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٩ – وانظر عكس ذلك وأنه تجوز كفالة الالتزام الطبيعى ويكون التزام الكفيل التزاماً مدنياً : بودرى وفال فقرة ٩٤٧ – بون ٢ فقرة ٣٦ وما بعدها – لاروميير م ١٢٣٥ فقرة ١٠ – كولميه دى سانتيره فقرة ١٧٤ مكررة ٣ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٧ (ولكنه لا يجيز للكفيل إذا وفى الالتزام الطبيعى المكفول أن يرجع على المدين بهذا الالتزام الطبيعى ، فهو يفترض إذن أن الكفيل قد كفل باعتباره مديناً أصلياً مدنياً طبيعياً وهو على علم بذلك) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بجواز كفالة الالتزام الطبيعى كفالة يترتب بموجبها فى ذمة الكفيل التزام مدنى (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٤٢) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢١ فى آخرها .

المكفول بما وفى ، لأن التزام المكفول التزام طبيعى كما قدمنا لا يجبر على وفائه ولو بطريق غير مباشر »[1] .

§ ٢ – الالتزام الأصلى المكفول هو الذى يحدد مدى التزام الكفيل

٢٤ — تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلى المكفول : قدمنا[2] أن الكفالة عقد تابع ، وأن التزام الكفيل يعتبر حتماً تابعاً لالتزام المدين الأصلى . ورتبنا على ذلك أن التزام الكفيل يكون ، مثل الالتزام المكفول ، منجزاً أو معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل ، منتجاً لفوائد بنفس السعر أو غير منتج لها ، صحيحاً أو باطلا أو قابلا للإبطال ، قائماً أو منقضيا ، قابلا للفسخ أو غير قابل ، ويدفع كقاعدة عامة بنفس الدفوع التى يدفع بها الالتزام المكفول.

ونقف هنا عند أمور ثلاثة تتفرع عن تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول ، وعن أن هذا الالتزام الأخير هو الذى يحدد مدى التزام الكفيل : (١) التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد عبئاً من الالتزام المكفول ولكن يجوز أن يكون أهون . (٢) شمول الكفالة لملحقات الالتزام المكفول . (٣) كفالة الالتزام التجارى تعتبر مع ذلك عملا مدنياً فيما عدا استثناءات معينة .

٢٥ — التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد عبئا من الالتزام المكفول ولكن يجوز أن يكون أهون — نص قانونى : تنص المادة ٧٨٠ مدنى على ما يأتى :

« ١ – لا تجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ، ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول » .

---

(١) الوسيط ٢ فقرة ٤٠٣ ص ٧٥٤ – أما إذا انقلب الالتزام الطبيعى التزاماً مدنياً عن طريق الوعد بالوفاء به ، فإنه تجوز كفالته بالتزام مدنى شأنه فى ذلك شأن أى التزام مدنى آخر ، ويعد وعداً ضمنياً بوفاء التزام طبيعى أن يقدم المدين بهذا الالتزام كفالة شخصية أو رهنا أو كفالة عينية (الوسيط ٢ فقرة ٤٠٣ ص ٧٥٤ هامش ٣ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٥ – فقرة ٩٩٦) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٣ .

« ٢ – ولكن تجوز الكفالة فى مبلغ أقل . وبشروط أهون » (١) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٣٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ – لا يصح أن تجاوز الكفالة ما هو مستحق فى ذمة المدين ، ولا أن تعقد بشروط أشد . ٢ – ولكن تجوز الكفالة فى جزء من الدين ، أو بشروط أخف . ٣ – ولا تكون الكفالة التى تعقد بشروط أشد صحيحة إلا فى حدود الالتزام الأصلى » . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لأن حكمها مستفاد من حكم الفقرتين الأولى والثانية ، وعدلت صياغة الفقرتين الأولى والثانية بما يجعل المعنى أكثر وضوحاً ، فصار النص ، تحت رقم ٨٤٩ فى المشروع النهائى ، مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٤٧ ، ثم لجنة الشيوخ تحت رقم ٧٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٦١ – ص ٤٦٣) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص نص هذا المشروع : « يطابق النص المادة ٧١١ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، وهو يقرر الأحكام ذاتها الواردة بالمادة ٤٩٧ / ٦٠٦ من التقنين الحالى (السابق) . ولكن يزيد عليها أن الكفالة التى تعقد بمبلغ أكبر من الدين ، أو بشروط أشد من شروطه ، تكون صحيحة فى حدود الالتزام الأصلى . وهذا الحكم الأخير المعمول به فى ظل التقنين الحالى (السابق) رغم عدم النص عليه . وهذه الأحكام جميعاً ليست سوى تطبيق لمبدأ أن الكفالة عقد تابع ، فلا يلتزم الكفيل بما يجاوز الالتزام الأصلى حتى يضمن بذلك حقه فى الرجوع بكل ما دفعه على المدين . وكان من الجائز الاستغناء عن النص كما فعلت بعض التقنينات الحديثة كالتقنين الألمانى والتقنين السويسرى ، لولا أننا فضلنا الإبقاء عليه لما قد يترتب على إغفاله من تفسير غير صحيح (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٦٢ – ٤٦٣) .

ويقابل النص فى التقنين السابق المادة ٤٩٧ / ٦٠٦ – ٦٠٧ : لا يجوز أن تعقد الكفالة بمبلغ أكثر من المبلغ المطلوب من المدين ، ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول به . ولكن يجوز أن تكون الكفالة بمبلغ أقل من الدين ، وبشروط أخف من شروطه » .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٤٦ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٨٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠١٣ : ١ – إذا كان الدين مؤجلا على الأصيل وكفل به أحد ، تأجل على الكفيل أيضاً . ٢ – وإذا أجل الدائن الدين على الأصيل تأجل على الكفيل وكفيل الكفيل ، وإن أجله على الكفيل الأول يتأجل على الكفيل الثانى ولا يتأجل على الأصيل .

م ١٠١٤ : إذا تكفل الكفيل بالدين الحال كفالة مؤجلة تأجل على الكفيل والأصيل . إلا إذا أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه أو اشتراط الدائن وقت الكفالة الأجل للكفيل خاصة ، فى هاتين الحالتين لا يتأجل على الأصيل .

ونخلص من هذا النص أن الالتزام المكفول هو الذى يحدد مدى التزام الكفيل ، فلا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول ، فإذا كان أشد أو أصبح أشد فإنه لا يكون باطلا ولكن يجب إنقاصه إلى أن يبلغ حد الالتزام المكفول . ويجوز أن يكون التزام الكفيل أهون من التزام المكفول .

فلا يجوز أولا أن يكون التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول . وعلى ذلك لا تجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين الأصلى . فإذا كان المستحق على هذا المدين ألفاً ، لم تجز كفالته فى ألف ومائتين مثلا . وإذا كان الدين الأصلى لاينتج فوائد . لم يجز أن ينتج التزام الكفيل فوائد ما . وإذا كان الدين الأصلى ينتج فوائد بسعر معين ، لم يجز أن تكون الفوائد على التزام الكفيل بسعر أعلى . وإذا كان الدين الأصلى ينتج فوائد بسيطة ، لم يجز أن ينتج التزام الكفيل فوائد مركبة(١) . وعلى ذلك أيضاً لا يجوز أن يلتزم الكفيل لأجل أقرب من أجل الالتزام المكفول(٢) ، ولا توفية التزام الكفيل فى مكان أبعد أو أشد مشقة من المكان الذى يوفى فيه الالتزام المكفول(٣) . وإذا كان الالتزام المكفول معلقاً على شرط ، لم يجز أن يكون التزام الكفيل منجزاً غير معلق على هذا الشرط(٤) . وإذا كان الدين الأصلى مؤجلا على الأصيل وكفل به أحد تأجل على الكفيل أيضاً ، وإذا أجل الدائن المدين على الأصيل تأجل على الكفيل (م ١٠١٣ مدنى عراقى) . وإذا كان الدين الأصلى ديناً طبيعياً لم يجز أن يكون التزام الكفيل مدنياً ، بل يجب أن يكون التزاماً طبيعياً كالالتزام المكفول(٥) . ويذهب بعض الفقهاء إلى أنه يجوز أن يكون

= قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٦٤ : لا يمكن أن تتجاوز الكفالة ما هو واجب على المديون الأصلى ، إلا فيما يخص بالأجل .

م ١٠٦٥ : يجوز أن تعلق الكفالة على أجل ، أى أن تكون لوقت معين أو ابتداء من تاريخ معين . ويجوز أن تعقد على قسم من الدين فقط ، أو على شروط أخف عبئاً .

(١) جيوار فقرة ٦٢ – بودرى وفال فقرة ٩٦٤ – ص ٥١٦ .

(٢) استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٨٩ .

(٣) جيوار فقرة ٩٣ – بودرى وفال فقرة ٩٦٤ ص ٥١٦ .

(٤) جيوار فقرة ٦٤ – بودرى وفال فقرة ٩٦٤ ص ٥١٦ .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٢٣ .

التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول من ناحية إذا كان أخف منه من ناحية أخرى . فيجوز أن يكون التزام الكفيل منتجاً لفوائد إذا حصل الكفيل على أجل أطول من أجل الالتزام المكفول[1] . ولكن لما كان يصعب موازنة التزام الكفيل بالالتزام المكفول ومعرفة أيهما أشد ، فإن الأفضل الأخذ بالرأى الآخر والقول بأن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من الالتزام المكفول فى أية ناحية من نواحيه[2] . ولكن يجوز . ما دام التزام الكفيل ليس أشد من الالتزام المكفول . أن يكون التزام الكفيل مضموناً برهن مثلا حتى لو كان الالتزام المكفول ديناً عادياً غير مضمون برهن ولا بكفالة عينية[3] . وإذا كان التزام الكفيل مماثلا للالتزام المكفول . ولكن الدائن بعد ذلك خفف من الالتزام المكفول كأن أطال أجله أو قرنه بشرط أو نزل عن جزء منه ، فإن التزام الكفيل يخف بالقدر الذى خفف به الالتزام المكفول .

وإذا كان التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول . فالجزاء على ذلك ليس هو بطلان التزام الكفيل . بل إنقاصه إلى أن يبلغ حد الالتزام المكفول[4] . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٧٨٠ يتضمن فقرة ثالثة فى هذا المعنى تنص على ألا تكون « الكفالة التى تجاوز الدين المكفول . أو التى تعقد بشروط أشد ، صحيحة إلا فى حدود الالتزام الأصلى » ، فحذف هذه الفقرة فى لجنة المراجعة « لأن حكمها مستفاد من حكم الفقرتين الأولى والثانية »[5] . فإذا كان المستحق على المدين الأصلى ألفاً . وكفله الكفيل

---

(١) ترولون فقرة ١٠١ – پرنسو ٩٥ – جيوار فقرة ٦٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه لا يجوز أن يشترط على الكفيل فوائد مركبة إذا كانت الفوائد على المدين الأصلى بسيطة ، ولو كان ذلك فى مقابل إعطاء أجل أطول للكفيل (نقض فرنسى ٢ فبراير سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٦ – ١ – ٢٣٣ – بودرى وفال فقرة ٩٦٦ ص ٥١٧) .

(٣) جيوار فقرة ١٤ وفقرة ٦٤ – وبرانتون ١٨ فقرة ٣١١ وما بعدها – ترولون فقرة ١٠٨ وما بعدها – پون ٢ فقرة ٧٨ – اوبرى ٢٨ فقرة ١٦٢ – بودرى وفال فقرة ٩٦٦ ص ٥١٨ .

(٤) يظهر أن القانون الرومانى كان يقضى ببطلان التزام الكفيل كله ، إذا كان أشد من الالتزام المكفول ، أما القانون الفرنسى القديم فكان يقضى بإنقاص التزام الكفيل (بوتييه فقرة ٣٧٥ – بودرى وفال فقرة ٩٦٩) .

(٥) انظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش .

فى ألف ومائتين ، أنقص التزام الكفيل إلى ألف . وإذا كان التزام الكفيل ينتج فوائد فى حين أن التزام الأصيل لا ينتجها ، كان التزام الكفيل بدفع الفوائد دون التزامه بدفع أصل الدين هو الباطل . وإذا التزم الكفيل بدفع فوائد بسعر أعلى ، أنزلت الفوائد إلى السعر الذى التزم به المدين الأصلى . وإذا التزم المدين الأصلى بدفع فوائد بسيطة والتزم الكفيل بدفع فوائد مركبة ، لم يدفع الكفيل إلا فوائد بسيطة كالمدين الأصلى . وإذا التزم الكفيل لأجل أقرب ، مد الأجل ليكون مساوياً لأجل المدين الأصلى . وهكذا .

وإذا كان التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من الالتزام المكفول ، فإنه على النقيض من ذلك يجوز أن يكون أهون . فيجوز أن يكفل الكفيل المدين الأصلى فى جزء من الدين ، أو فى الدين دون فوائده وملحقاته[1] ، أو إلى حد أقصى أقل من المبلغ المستحق على المدين[2] أو لأجل أطول من أجل المدين الأصلى . وإذا تكفل الكفيل بالدين الحال كفالة مؤجلة وأضاف الكفيل الأجل إلى نفسه أو اشترط الدائن وقت الكفالة الأجل للكفيل خاصة ، كان التزام الكفيل مؤجلا دون الالتزام المكفول . ويجوز أن يعلق الكفيل التزامه على شرط ، فى حين أن الالتزام المكفول يكون منجزاً غير معلق على شرط[3] . ويجوز أن يشترط الكفيل أن يكون الوفاء بالتزامه فى موطنه ، فى حين أن الوفاء بالالتزام المكفول يكون فى مكان أبعد أو أكثر مشقة . كما يجوز أن يشترط الكفيل ألا يكفل المدين الأصلى إذا شهر إفلاس هذا الأخير[4] ، وعند ذلك تنظر محكمة الموضوع فيما إذا كان إلغاء الحكم

---

(١) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٧٩ .

(٢) ويبت قاضى الموضوع فيما إذا كان المتعاقدان فى عقد الكفالة قد قصدا أن تشمل الكفالة الفوائد والمصروفات أو لا تشملها ، مفسراً فى ذلك إرادة المتعاقدين (أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٢٤ – بودرى وفال فقرة ٩٩٤ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٢) .

(٣) ويجوز للكفيل أن يؤجل الوفاء بالتزامه إلى وقت موته ، فلا تلتزم فى هذه الحالة إلا تركته (نقض فرنسى ٧ يناير سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٣ – ١ – ٢٠٣) . ويجوز أن يقرن التزامه بأجل ، أو أن يجعل كفالته مقصورة على الديون المعقودة فى خلال أجل معين (بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٣) .

(٤) بواتييه ٢٦ فبراير سنة ١٩٠٨ – ٢ – ٤٠٥ .

بشهر الإفلاس فى الاستئناف من شأنه أن يعيد الكفالة ، وفيما إذا كانت التسوية القضائية تماثل شهر الإفلاس فتكون هى أيضاً شرطاً فاسخاً لالتزام الكفيل[١] . ويجوز كذلك أن يعلق الكفيل كفالته على منح الدائن للمدين أجلا للوفاء[٢] ، أو على وجود ضمانات أخرى للدين غير الكفالة ، أو على استعمال المدين للدين استعمالا معيناً أو لغرض معين[٣]. فإذا لم يتحقق الشرط فى الأحوال المتقدمة ، زالت الكفالة[٤] .

٣٦ — شمول الكفالة لملحقات التزام المكفول — نص قانونى .

تنص المادة ٧٨١ مدنى على ما يأتى :

« إذا لم يكن هناك اتفاق خاص ، فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى ، وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل »[٥] .

---

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٠ ص ٩٨٣ .

(٢) ليون ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ داللوز ١٩٥٠ — ٢ — ٢١ .

(٣) نقض فرنسى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٩ — ١ — ٤٨ .

(٤) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٣ ص ٩٨٣ .

(٥) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٣٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه التقنين المدنى الجديد ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٥٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٤٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٦٤ — ص ٤٦٦) .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص : « تنص المادة ٤٩٨ / ٦٠٨ من التقنين الحالى (السابق) على أنه فى حالة عدم وجود شرط صريح لا تكون الكفالة إلا على أصل الدين ، ولا توجب التضامن . ويعاب على هذا النص أنه لم يحدد ملحقات الدين التى لا تشملها الكفالة ، وأنه يفتح بذلك مجالا للشك والخلاف بشأنها ، مع أن التقنين الفرنسى تعرض لها صراحة (م ٢٠١٦) ، كما أن الثابت بإجماع الفقه والقضاء (انظر على الأخص استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٦٥ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧٨ — أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٣) أن المشرع المصرى لم يقصد استبعاد الفوائد التأخيرية ولا المصروفات الخاصة بالمطالبة الأولى أو المصروفات اللاحقة لمطالبة الكفيل ، وهى التى يدخلها جميعاً التقنين الفرنسى (م ٢٠١٦) صراحة فى نطاق الكفالة . وكأن المشرع المصرى إذن حين نص فى المادة ٤٩٨ / ٦٠٨ على أن الكفالة لا تمتد إلى توابع الدين ، إنما قصد حالة الدين المؤجل الذى يذكر مقداره فى العقد ، فإن =

ويفترض هذا النص أن الكفيل قد كفل الالتزام المكفول كله دون نقص أو زيادة[1] . وليس هناك اتفاق خاص بملحقات الدين بل كانت مسكوتاً عنها . ويراد تحديد مدى التزام الكفيل . ولا شك فى أن التزام الكفيل فى هذه الحالة مماثل للالتزام المكفول . مقداراً وشروطاً وعبئاً وموعد حلول ومكان وفاء وغير ذلك مما يحدد الالتزام المكفول . وكما أن الالتزام المكفول يشمل ملحقاته . كذلك يشملها التزام الكفيل . فيشمل فوائد

= كفالته لا تشمل الفوائد فى المدة من وقت العقد إلى حلول الأجل إلا إذا اشترط ذلك (راجع استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٨٧) . ولكن هذا الفرض نادر فى العمل ، لأنه قلما يغفل عقد الدين عن اشتراط الفوائد . أما نص الفقرة الثانية من المادة ٤٩٨ / ٦٠٨ مصرى فلا صلة له مطلقاً بفقرتها الأولى ، إذ هو يعرض للكفالة التضامنية ، وليس هنا محل الكلام عنها . لذلك فصل المشروع أن يجعل نص المادة ٧١٤ من المشروع الفرنسى الإيطالى . ويمتاز هذا النص بأنه فضلاً عن تحديده لملحقات ، يدخلها ضمن الكفالة . وهو الحكم الواجب الأخذ به كما رأينا . كذلك يعفينا النص الجديد فى الوقت نفسه من المادة ٤٩٩ / ٦٠٩ من التقنين الحالى (السابق) ، لأن الكفالة التضامنية سيرد الكلام عنها فى باب الكفالة التضامنية على المعلوم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٦٥) .

ويقابل النص فى التقنين السابق المادة ٤٩٨ / ٦٠٨ : فى حالة عدم وجود شرط صريح ، لا تكون الكفالة إلا على أصل الدين ، ولا توجب التضامن .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٤٧ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٩٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠١٥ (مطابق) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٦٦ : إذا لم تكن الكفالة محددة صراحة بمبلغ معين أو بجزء معلوم من الدين فإن الكفيل يضمن أيضاً بدل العطل والضرر والمصاريف التى حكم بها على المديون الأصلى لعدم تنفيذه الموجب . ولا يكون الكفيل مسئولا عن الموجبات الجديدة التى عقدها المديون الأصلى بعد إنشاء الالتزام المكفول . غير أن إذا كان الكفيل قد كفل صراحة تنفيذ كل ما التزمه المديون بسبب العقد ، كان مسئولا كالمديون الأصلى عن جميع الموجبات التى يمكن أن يكون هذا المديون مسئولا عنه بمقتضى العقد .

(١) أو كفل الالتزامات الناشئة عن عقد معين . وقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة ١٠٦٦ لبنانى على أنه « إذا كان الكفيل قد كفل صراحة تنفيذ كل ما التزمه المديون بسبب العقد ، كان مسئولا كالمدين الأصلى عن جميع الموجبات التى يمكن أن يكون هذا المديون مسئولا عنها بمقتضى العقد » .

المدين[١] ، والتعويض عن عدم التنفيذ[٢] ومسئولية المدين العقدية . فمن كفل المستأجر مثلا فى عبارات عامة ودون قيد ، كفل ما يكون مستحقاً على المستأجر من الأجرة ومن تعويض . ويشمل ذلك التعويض عن حريق العين المؤجرة[٣] ، ولكن لا يشمل التزامات المستأجر بعد تجديد عقد الإيجار إلا بشرط صريح[٤] . ومن كفل حساباً جارياً ، كفل كل بنود هذا الحساب لأنها غير قابلة للتجزئة[٥] .

أما المصروفات فيضمنها الكفيل على الوجه الآتى : لما كان الدائن لا بد أن يبدأ بمطالبة المدين الأصلى بالدين ، فمصروفات هذه المطالبة الأولى يضمنها الكفيل على كل حال . وما يتلو بعد ذلك من المصروفات لا يضمنها الكفيل ، إلا إذا كانت قد صرفت بعد أن يخطره الدائن بمطالبته للمدين المطالبة الأولى[٦] . على أن المصروفات التى يضمنها الكفيل يجب ألا يكون مبالغاً فيها ، وأن يكون الدائن لم يسرف فيها ، أما إذا كان الإسراف راجعاً إلى عمل المدين فإن الكفيل يضمنها[٧] . ويضمن الكفيل كذلك الالتزامات الإضافية التى يضعها قانون جديد صدر بعد الكفالة على عاتق المدين[٨] .

---

(١) ويضمن الكفيل فوائد الدين حتى لو شهر إفلاس المدين الأصلى ، فإن شهر الإفلاس لا يوقف الفوائد إلا بالنسبة لدائنى التفليسة (بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ٩٩٦ مكررة ص ٥٣٥) .

(٢) م ١٠٦٦ لبنانى – بودرى وفال فقرة ٩٩٦ مكررة ص ٥٣٥ .

(٣) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٨٠ – بلانيول وسافاتييه فقرة ١٥٣١ ص ٩٨١ هامش ٧ .

(٤) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٧٩ – بودرى وفال فقرة ٩٩٦ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣١ ص ٩٨٢ .

(٥) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٨٠ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣١ ص ٩٨٢ .

(٦) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٧٩ – ٢٨٠ – بودرى وفال فقرة ٩٩٨ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٠ ص ٩٨١ .

(٧) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٠ ص ٩٨١ وهامش ١ – بوردو ١٩ يوليه سنة ١٨٤٩ داللوز ١٨٥٠ – ٢ – ٥٩ .

(٨) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٠ ص ٩٨١ – كولمار ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣٢ داللوز ١٩٣٣ – ٢ – ٩٦ .

ويضمن الكفيل مسئولية المدين العقدية ، حتى فى حالة فسخ العقد ، وحتى فى حالة مسئولية المدين العقدية عن الغير ، وحتى لو كان التعويض عن المسئولية محدداً فى شرط جزائى ، وقد رأينا تطبيقاً لكفالة مسئولية المدين العقدية فى كفالة مسئولية المستأجر عن الحريق[١] .

ولكن الكفيل لا يضمن مسئولية المدين التقصيرية إلا إذا وجد شرط صريح ، ومن باب أولى لا يضمن مسئولية الغير التقصيرية[٢] . على أن الكفيل لممول يضمن لمصلحة الضرائب ، فوق المستحق على الممول ، الغرامات التى توقع على هذا الأخير للغش[٣] .

ويضمن الكفيل كذلك فوائد التأخير ، إذا تأخر المدين عن دفع المستحق فى ذمته[٤] . ويضمن الكفيل لفتح اعتماد إلى حد معين هذا الحد وملحقاته ، ويدخل فى ذلك السمسرة (commissions) التى تعتبر من ملحقات فتح الاعتماد[٥] . كما يدخل ضمن الملحقات ، فيضمنها الكفيل ، مصروفات عقد الدين التى قدمها الدائن ، كمصروفات كتابة العقد وأتعاب المحاماة والتسجيل أو التصديق على الإمضاء بحسب الأحوال[٦] .

ولكن لا يضمن الكفيل الالتزامات التى نشأت عن سبب غير العقد المكفول ، فلا يضمن التعويض عن الضرر الذى أحدثه الشيء المرهون رهن حيازة ، ولا الغرامات التى تدفع على المحاسب الذى ضمنه الكفيل[٧] ،

---

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣١ .

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣١ .

(٣) بودرى وفال فقرة ٩٩٦ مكررة ص ٥٣٥ .

(٤) جيوار فقرة ٧٠ – بودرى وفال فقرة ٩٩٦ مكررة ص ٥٣٥ .

(٥) بودرى وفال فقرة ٩٩٧ .

(٦) بودرى وفال فقرة ١٠٠٠ – وإذا زور المدين عقد الكفالة ، فرفع الرقم الذ كفله الكفيل ، لم يكن الكفيل ملزماً ، حتى بالنسبة إلى الغير حسن النية ، إلا فى حدود الرقم المكفول (نقض فرنسى ١٤ مارس سنة ١٨٨٨ سيريه ٨٨ – ١ – ٣٢٧ – بودر وفال فقرة ١٠٠٢) .

(٧) جيوار فقرة ٨٠ – بون ٢ فقرة ١٠٩ – بودرى وفال فقرة ١٠٠٣ .

ولا الالتزامات التى عقدها المدين الأصلى بعد إنشاء الالتزام المكفول (م ١٠٦٦ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى) .

٢٧ — كفالة الدين التجارى تعتبر عملا مدنيا فيما عدا استثناءات معينة — نص قانونى : تنص المادة ٧٧٩ مدنى على ما يأتى :

« ١ — كفالة الدين التجارى تعتبر عملا مدنياً ، ولو كان الكفيل تاجراً » .

« ٢ — على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً ، أو عن تظهير هذه الأوراق ، تعتبر دائماً عملا تجارياً »[1] .

ويخلص من النص المتقدم أن الأصل فى الكفالة أن تعتبر عملا مدنياً . وتبقى الكفالة عملا مدنياً ، بالنسبة إلى الكفيل[2] ، حتى لو كان الالتزام المكفول التزاماً تجارياً ، وذلك استثناء من القاعدة التى تقضى بأن التزام الكفيل تابع للالتزام المكفول فكان الواجب أن يكون التزام الكفيل التزاماً تجارياً كالالتزام المكفول . بل تبقى الكفالة عملا مدنياً ، حتى لو كان

---

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدى ، على أنه عرض على لجنة الأستاذ كامل صدقى فقررت اللجنة حذفه . ولكن لجنة المراجعة أعادت النص المحذوف إلى المشروع النهائى تحت رقم ٨٤٨ ، لأن المسألة التى يعرض لها النص « ل خلاف فى القضاء وتستدعى المصلحة حسم هذا الخلاف بنص تشريعى » . ووافق لمس النواب تحت رقم ٨٤٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٧٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٥٨ — ص ٤٦١) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٤٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٨٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠١٦ (مطابق) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى لا مقابل .

(٢) ولكنها تعتبر عملا تجاريا بالنسبة إلى الدائن إذا كان حقه تجاريا (نقض فرنسى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٢ —١— ٢٧٨ — ١٧ ديسمبر ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٦ —١— ٢٨٧ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١١ ص ٩٦٧) .

الالتزام المكفول التزاماً تجارياً ، وكان كل من الدائن والمدين تاجراً وكان الكفيل نفسه تاجراً أيضاً . وهذا ما أجمع عليه القضاء والفقه فى فرنسا ، والسبب فى ذلك أن العمل التجارى يجب أن يكون قائماً على فكرة المضاربة (spéculation) ، والأصل فى الكفالة أن يكون الكفيل متبرعاً لا مضارباً فهو إذن لا يقوم بعمل تجارى بل بعمل مدنى[1] . وتظهر أهمية أن الكفالة هى فى الأصل عمل مدنى من جانب الكفيل فى الاختصاص فتكون المحكمة المدنية هى المختصة إذا كان الكفيل هو المدعى عليه ، وفى الإثبات فتثبت الكفالة بالنسبة إلى الكفيل بالطرق المدنية فى الإثبات فتجب الكتابة أو ما يقوم مقامها إذا كان التزام الكفيل أكثر من عشرين جنيها ، وفى سعر الفائدة فتحسب الفوائد التأخيرية على الكفيل بالسعر المدنى (٤ ٪) لا بالسعر التجارى (٥ ٪)[2] .

والنص سالف الذكر (م ٧٧٩ مدنى) لم يورد إلا استثنائين للقاعدة التى تقضى بأن الأصل فى الكفالة أن تكون عملا مدنياً ، فتكون الكفالة تجارية فى القانون فى الحالتين الآتيتين :

(أولا) إذا كانت الكفالة ناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً (aval) . والأوراق التجارية هى الكمبيالة والسند الإذنى والشيك . ونصوص التقنين التجارى فى هذه المسألة ، وهى لا تسرى فحسب على الكمبيالة بل أيضاً على السند الإذنى والشيك ، هى : (١) م ١٣٨ تجارى ،

---

(١) نقض فرنسى ٢١ نوفمبر سنة ١٨٥٥ داللوز ٥٥ - ١ - ٤٥٩ - ١٦ مايو سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٦ - ١ - ٢٠٩ - ١٣ أغسطس سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٤ - ١ - ٧٧ - ٢١ - مايو سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٦ - ١ - ٤٣٣ - ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٢ - ١ - ٢٧٨ - بون ٢ فقرة ٨١ - لوران ٢٨ فقرة ١٦٥ - ليون كان وريبو فى القانون التجارى ١ فقرة ١٨٢ - جيوار فقرة ١٦ - أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٣ ص ٢٧٠ - بودرى وثال فقرة ١١٩٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١١ .

(٢) وهناك رأى فى الفقه الفرنسى (بون ٢ فقرة ٨١ - لوران ٢٨ فقرة ١٦٦ - جيوار فقرة ١٦) يذهب إلى أن الكفالة تكون تجارية إذا كان الكفيل له مصلحة فيها ، ولكن هذا الرأى لم يسد إذ أن العبرة ليست بمجرد المصلحة بل بالمصلحة التجارية (بودرى وثال فقرة ١١٩٨ ص ٦٣٠) .

وتنص على أن « دفع قيمة الكمبيالة ، فضلاً عن كونه مضموناً بقبولها وتحويلها ، يجوز ضمانه من شخص آخر ضماناً احتياطياً . ويكون ذلك بكتابة على ذات الكمبيالة أو فى ورقة مستقلة أو بمخاطبة » . (٢) م ١٣٩ تجارى . وتنص على أن « الضمان الاحتياطى يكون عن الساحب أو المحيل . ويلزم الضامن احتياطاً بالوفاء على وجه التضامن بالأوجه التى يلزم المضمون على سحبها ، ما لم توجد شروط خلاف ذلك بين المتعاقدين » . (٣) م ١٤٠ تجارى . وتنص على أنه « لا يجوز تضامن ساحب الكمبيالة ضماناً احتياطياً أن يحتج بعدم عمل البروتستو ، إلا فى الحالة التى يسوغ فيها للساحب الاحتجاج به » . (٤) م ١٤١ تجارى ، وتنص على أنه « يلزم إعلان البروتستو إلى ضامن محيل الكمبيالة ضماناً احتياطياً ، كما يلزم إعلانه لنفس المحل المذكور ، وإن لم يحصل ذلك سقط حق الرجوع على الضامن » .

ولا حاجة إلى شرح هذه النصوص ، فهذا من مباحث القانون التجارى . ويكفى هنا أن نقول إن التزام الضامن الاحتياطى (aval) ، وهو كفيل للساحب أو للمحيل ، يعتبر التزاماً تجارياً لا التزاماً مدنياً .

(ثانياً) إذا كانت الكفالة ناشئة عن تظهير (endossement) ، الأوراق التجارية ، وذلك فى تحويل الأوراق التجارية الإذنية . ونصوص التفتيش التجارى فى هذه المسألة ، وهى لا تسرى فحسب على الكمبيالة بل أيضاً على السند الإذنى والشيك ، هى : (١) م ١٣٣ تجارى ، وتنص على أن « الكمبيالة المحررة لحاملها تنتقل ملكيتها بمجرد تسليمها . أما ملكية الكمبيالة التى يكون دفعها تحت الإذن ، فتنتقل بالتحويل » . (٢) م ١٣٧ تجارى ، وتنص على أن « ساحب الكمبيالة وقابلها ومحيلها ملزمون لحاملها بالوفاء على وجه التضامن » .

ولا حاجة هنا أيضاً إلى شرح هذه النصوص ، فهذا من مباحث القانون التجارى . ويكفى هنا أن نقول إن الورقة التجارية الإذنية تنتقل ملكيتها بالتحويل ، والتحويل يتم بالتظهير . وكل محيل للورقة التجارية الإذنية يعتبر

كفيلا بالتضامن مع المدين ، والالتزام الذى يترتب فى ذمته باعتباره كفيلا يعتبر التزاماً تجارياً لا التزاماً مدنياً[١] .

المبحث الثانى

الاتفاق بين الكفيل والدائن

(عقد الكفالة)

٢٨ — طرفا الكفالة الكفيل والدائن دون المدين — نص قانونى :

تنص المادة ٧٧٥ مدنى على ما يأتى :

« تجوز كفالة المدين بغير علمه ، ويجوز أيضاً رغم معارضته »[٢].

---

(١) وفى القانون الفرنسى تعتبر الكفالة تجارية ، إلى جانب هاتين الحالتين الاستثنائيتين اللتين نص عليهما التقنين المدنى المصرى ، إذا كان للكفيل فيها مصلحة تجارية (نقض فرنسى ٥ يناير سنة ١٨٥٩ داللوز ٥٩ — ١ — ٤٠٣ — ٣١ يناير سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢ — ١ — ٢٥٢ — ٢٧ يونيه سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٩ — ١ — ١١٥ بودرى وفال فقرة ١١٩٨ ص ٦٣١ — ص ٦٣٢ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١١ ص ٩٦٧) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٣٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « تصح كفالة المدين بغير أمره ، بل تصح حتى بدون علمه » . وعدلت لجنة المراجعة النص ، تحت رقم ٨٤٤ فى المشروع النهائى ، فأصبح مطابقاً عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٤٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٧٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٤٠ — ص ٤٤٣) .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « هذه المادة مقتبسة من المشروع الفرنسى الإيطالى (م ٧١٢) . وهى تقرر الحكم الوارد بالتقنين المصرى (م ٤٩٥ فقرة أخيرة / ٦٠٥ فقرة أخيرة) ، وهو حكم طبيعى تقتضيه القواعد العامة ما دامت الكفالة عقداً بين الكفيل والدائن يتم بمجرد توافق إرادتيهما دون حاجة لرضاء المدين أو علمه . وقد لا يكون هناك موجب لإيراد النص سوى الرغبة فى بيان أن المشرع المصرى خرج فى هذا الصدد عن أحكام الشريعة الإسلامية (م ٨٦٢ من مرشد الحيران) ، وهى تحرم الكفيل الذى يضمن المدين بدون علمه أو رغم علم رضاه من حق الرجوع عليه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٤٢) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٤٩٥ فقرة أخيرة / ٦٠٥ فقرة أخيرة : وتجوز الكفالة بالدين بدون علم المدين بها .

والسبب فى ذلك أن الكفالة عقد طرفاه الكفيل والدائن ، أما المدين فليس طرفاً فيه . فالمطلوب إذن هو رضاء الكفيل والدائن طرفى العقد ، ولا حاجة إلى رضاء المدين . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « وهو حكم طبيعى تقتضيه القواعد العامة ، ما دامت الكفالة عقداً بين الكفيل والدائن يتم بمجرد توافق إرادتيهما ، دون حاجة لرضاء المدين أو علمه »(١) . فقد تعقد الكفالة بين الكفيل والدائن ، وذلك دون إذن من المدين . بل قد تعقد الكفالة بين طرفيها ، دون علم المدين . وأخيراً قد تعقد الكفالة بين طرفيها ، وذلك بالرغم من معارضة المدين . والفرق ما بين هذه الصور المختلفة لا يكون فى انعقاد الكفالة ، فهى تنعقد فى جميع هذه الصور بمجرد توافق إرادتى الكفيل والدائن كما سبق القول . وإنما يظهر الفرق عند رجوع الكفيل على المدين إذا وفى عنه الدين ، كما سنرى . فإذا كانت الكفالة قد عقدت بإذن المدين ، رجع الكفيل عليه بدعوى الوكالة . وإذا عقدت بعلم المدين أو بغير علمه ، ولكن دون إذنه ، رجع الكفيل على المدين بدعوى الفضالة . وإذا عقدت بالرغم من معارضة المدين ، رجع الكفيل على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب(٢) .

= يقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٤١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٨٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٦٢ : تجوز كفالة الموجب بدون علم المديون الأصلى ، وبالرغم من مشيئه . أما الكفالة المعطاة بالرغم من منع المديون الصريح فليس من شأنها أن تنشئ رابطة قانونية بينه وبين الكفيل ، بل يكون الكفيل ملزما تجاه الدائن فقط .

(١) انظر نفس الفقرة فى الهامش .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن نص المادة ٤٩٥ مدنى (قديم) صريح فى أن الكفالة تقع صحيحة ولو لم يعلم بها المدين ، فسيان إذن إن كان راضياً بها أم غير راض (نقض مدنى ٤ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاماً الجزء الثانى ص ٩٣٦ رقم ١) .

والظاهر أن الكفيل لا يرجع على المدين فى الفقه الحنفى إلا إذا عقدت الكفالة بأمر المدين ، فقد جاء فى المادة ٦٨٢ من مرشد الحيران : « إذا أدى الكفيل ما كفل به من =

على أن الكفالة تعقد عادة بإذن المدين ، بل بناء على طلبه إذ أن الكفيل إنما يتقدم لمساعدته بكفالته ، فتسبق الكفالة عادة طلب من المدين يوجهه إلى الكفيل ليكفله . فإذا رضى الكفيل بكفالته ، عقد الكفالة مباشرة مع الدائن دون تدخل المدين ، أو كما يقع في كثير من الأحيان ذيل الكفيل سند المديونية بين المدين والدائن بإمضائه بوصف أنه كفيل[1]. فإذا ما فعل شيئاً من ذلك ، ثم وفى الدين عن المدين ، رجع عليه بدعوى الوكالة ، إذ أن طلب المدين من الكفيل كفالته يعتبر توكيلا له في الكفالة . وقد تكون العلاقة بين الكفيل والمدين وقت الكفالة أوثق من ذلك ، فيكفل الكفيل المدين متضامناً معه ، وللكفيل المتضامن مع المدين أحكام يقتضيها هذا التضامن سيأتي ذكرها . والكفيل المتضامن مع المدين غير الكفيل المتضامن مع الكفلاء الآخرين ، وسيأتي أيضاً بيان حكم الكفيل المتضامن مع الكفلاء الآخرين . وقد يكون الكفيل متضامناً مع المدين ومع الكفلاء الآخرين في وقت واحد ، فيكون كل من الكفلاء والمدين متضامناً مع الآخرين ، وفي هذا ضمان قوى للدائن إذ يضم إلى ذمة مدينه ذمم كفلاء متعددين ، ويجعل هذه الذمم جميعاً ومنها ذمة مدينه متضامنة .

وقد تعقد الكفالة بين الدائن وكفيل الكفيل أو المصدق (certificateur) فيكون هناك عقدان ، إحداهما بين الدائن والكفيل وهو عقد الكفالة المعتاد ، والثاني بين الدائن وكفيل الكفيل يكفل بموجبه كفيل الكفيل الكفيل ، وينزل

= ماله ، فله الرجوع بما أدى على الأصيل إن كانت الكفالة بأمر الأصيل » . وفى قانون الموجبات والعقود اللبناني لا يرجع الكفيل على المدين بشيء إذا عقد الكفالة بالرغم من منع المدين الصريح ، فقد جاء في المادة ١٠٦٢ من هذا القانون : « تجوز كفالة الموجب بدون علم من المديون الأصلي ، وبالرغم من مشيئته . أما الكفالة المعطاة بالرغم من منع المديون الصريح فليس من شأنها أن تنشئ رابطة قانونية بينه وبين الكفيل ، بل يكون الكفيل ملزماً تجاه الدائن فقط » .

(١) ولكن مجرد توقيع شخص إلى توقيع المدين ، دون بيان الصفة التي كان بها هذا التوقيع ، لا يكفي لحمله على أنه توقيع كفيل ، إذ قد يكون الشخص قد وقع كشاهد لا ككفيل (بودرى وفال فقرة ٩٢٩ ص ٤٩٣) .

منه منزلة الكفيل كما ينزل الكفيل من كفيل الكفيل منزلة المدين الأصلى . وسيأتى فيما يلى حكم كفيل الكفيل[١] .

٢٩ — **التراضى بين الكفيل والدائن** : ولما كانت الكفالة عقداً بين الكفيل والدائن كما قدمنا ، فإنها تقتضى التراضى بين الكفيل والدائن ، فيتفق الاثنان على أن الكفيل يكفل المدين الأصلى . ولا يكفى رضاء الكفيل وحده ، بل يجب أيضاً حتى يتم العقد من رضاء الدائن بالكفالة ولو رضاء ضمنياً[٢] . وذلك حتى لو كان الكفيل متبرعاً بكفالته كما هو الغالب ، وذلك كعقد الهبة لا بد فيه من رضاء الموهوب له .

أما رضاء الكفيل فجوهرى ، لأن الكفيل هو الذى يلتزم بعقد الكفالة . ولا بد أن يرضى الكفيل بالكفالة ، ويعبر عن هذا الرضاء تعبيراً واضحاً . فمجرد توصية شخص للدائن بأن يثق بمدينه لأن هذا المدين ملىء ولأنه يبادر إلى تنفيذ التزامه ، حتى لو كانت هذه التوصية قد أتت بعد سؤال الدائن هذا الشخص عن حالة المدين ، لا يعد رضاء من هذا الشخص بكفالة المدين إذ لا بد من أن يرضى هذا الشخص بكفالة المدين رضاء واضحاً ، وأن يعقد مع الدائن عقد كفالة[٣] . ولكن إذا كانت هذه التوصية خاطئة عن عمد أو عن رعونة وتسرع ، وتبين أن المدين غير ملىء أو لا يستحق هذه التزكية ، فإن الشخص الذى صدرت منه هذه التوصية ، دون أن يكون ملزماً ككفيل ، يكون مسئولا مسئولية تقصيرية نحو الدائن الذى اعتمد على توصيته وتعامل مع المدين[٤] . على أن رضاء الكفيل بالكفالة قد يتخذ أية صورة من الصور ما دام رضاء واضحاً ، فقد يبرم الكفيل عقد كفالة بينه وبين الدائن ، وقد

---

(١) انظر ما يلى فقرة ٥٢ .

(٢) ويعتبر اتخاذ الدائن الإجراءات ضد الكفيل رضاء ضمنياً بالكفالة (جيوار فقرة ٤٣ — بودرى وفال فقرة ٩٢٩ ص ٤٩٤) .

(٣) بودرى وفال فقرة ٩٢١ وفقرة ٩٢٩ — بلانيول وريبير وساقاتييه فقرة ١٥٢٠ ص ٩٧٢ — وانظر أيضاً لوران ٢٨ فقرة ١٥٤ وما بعدها — جيوار فقرة ٢٩ .

(٤) بلانيول وريبير وساقاتييه فقرة ١٥٢٠ ص ٩٧٢ .

تمضى سند المديونية بين المدين والدائن بصفة أنه كفيل للمدين كما سبق القول . وقد يتخذ صورة كتاب يرسله الكفيل للدائن يكفل فيه المدين . وقد يعبر الكفيل عن معنى الكفالة بأى تعبير ملائم ودون أن يستعمل لفظ الكفالة[١] . فيكتب ابن المدين للدائن مثلاً أن ما يلتزم به أبوه نحو الدائن أمر مقدس عنده لا يحيد عنه ويقوم هو بتنفيذه . فيعتبر هذا تعبيراً كافياً عن رضاء الابن بكفالة أبيه[٢] . ورضاء الكفيل بالكفالة رضاء واضحاً لا يجعل فحسب الكفيل ملتزماً بكفالته . بل أيضاً يميز الكفيل عن مدين أصلى التزم مع المدين الأصلى بالتضامن . وذلك حتى لو التزم الكفيل بالتضامن مع المدين الأصلى ، فهنالك فرق بين الكفيل المتضامن مع المدين والمدين الأصلى المتضامن مع مدين أصلى آخر[٣] .

ويصح أن يتم التراضى بين الكفيل والدائن ، لا على عقد الكفالة ، بل على وعد بالكفالة . فيعد الملتزم الدائن بأن يكفل الدين الذى لم يترتب بعد فى ذمة المدين . فإذا ما ترتب الدين فى ذمة المدين ، وجب على الواعد

---

(١) بودرى وفال فقرة ٩٢٩ ص ٤٩٣ .

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٠ ص ٩٧٢ .

(٣) نقض فرنسى ٣ فبراير سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٦ - ١ - ٤٦٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٠ ص ٩٧٣ هامش ١ .

وقد قضت محكمة النقض فى مصر بأن جسامة الخطر الذى ينشأ عنه الإكراه إنما تقدر بالمعيار النفسى للشخص الواقع عليه الإكراه ، وهو يستدعى مراعاة حالته عملا بأحكام المادة ١٣٥ من القانون المدنى (القديم) . فإذا كان الكفيل قد دفع ببطلان الكفالة للإكراه ، قولا منه بأنه كان له فى ذمة المكفول له دين بسند مستحق وقت الطلب ، فضاع منه السند ، فلجأ إلى مدينه ليكتب له بدلا منه ، فأبى إلا إذا وقع هو له إقراراً بكفالة أخيه فى دين له قبله ، فلم يجد مناصاً من القبول . فرد الحكم على هذا الدفع بأن فقد سند الدين لم يكن ليؤثر فى إرادة الكفيل ، وهو رجل مثقف خبير بالشئون والمعاملات المالية ، إلى الحد الذى يعيب رضاءه بكفالة أخيه ، فهذا رد سديد . وإذا كان الحكم بعد ذلك قد قال بأن فقد السند بحكم كونه وأخته لا يد للمكفول له فيها لا يكون الإكراه المبطل للعقود ، فهذا تزيد منه لا يعيبه أن يكون قد أخطأ فيه (نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاماً الجزء الثانى ص ٩٣٦ رقم ٢) .

كفالته ، فإن لم يكفله أجبر على ذلك ، وصدر حكم من القضاء باعتبار الواعد كفيلا للمدين تسرى عليه جميع أحكام الكفالة[١] . ولكن لا بد من أن يقبل الدائن الوعد حتى يتم عقد الوعد بالكفالة ، وقبل قبول الدائن لا يكون هناك لا كفالة ولا وعد بالكفالة . أما إذا صدر الوعد للمدين لا للدائن ، وقبله المدين ، جاز للدائن أن يستخلص من ذلك اشتراطاً لمصلحته فيتولد له حق مباشر من هذا الاشتراط . إذا تمسك به أمكنه أن يلزم الواعد بوعده . وأهمية هذه الصورة فى العمل هى فى أن المدين يستطيع أن يحصل من شخص على وعد بالكفالة ، حتى قبل أن يعرف الدائن وقبل أن ينشأ الدين ، فإنه يجوز الاشتراط لمصلحة شخص غير معلوم وغير معين[٢] .

٣٠ — **شكل الكفالة** : الكفالة من عقود التراضى لا يشترط فى انعقادها شكل خاص[٣] ، بل كل تعبير عن الإرادة يفيد الرضاء من جانب الكفيل ومن جانب الدائن يكفى لانعقادها ، وقد تقدم بيان ذلك .

غير أن هناك فرقاً بين رضاء الكفيل ورضاء الدائن . فالكفيل عادة متبرع ، فيجب أن يكون رضاؤه واضحاً كما سبق القول . وكثيراً ما يتورط الكفيل فى التزامه بالكفالة ، ويخيل إليه عند الإقدام عليها أن المدين الذى كفله سيقوم بتنفيذ التزامه . ثم ما يلبث أن يتبين أن المدين غير قادر على الوفاء بالتزامه ، إما من الوقت الذى أصبح فيه مديناً أو بعد ذلك لظروف جدت ، فيرجع الدائن على الكفيل ليقوم عن المدين بوفاء الالتزام . وقد يعرض الكفيل نفسه لخسارة كبيرة ، بل قد يعسر أو يفلس كنتيجة مباشرة

---

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٠ ص ٩٧٣ — وانظر جيوار فقرة ٢٨ — بودرى وفال فقرة ٩٢٧ — وقد نصت المادة ١٠٦٠ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى على « أن التعهد بكفالة شخص ليس بكفالة ، على أنه يحق للمتعهد له أن يطالب بإتمام الكفالة ، وإلا كان له أن يطالب ببدل العطل والضرر » .

(٢) بودرى وفال فقرة ٩٢٨ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣٣ .

(٣) نقض فرنسى ٢٦ يناير سنة ١٩٢٦ — ١ — ٣٥٣ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٣٥ — أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٤ ص ٢٧٣ وهامش ١ و ٢ — بودرى وفال فقرة ٩٢٦ .

لكفالته مديناً معسراً . لذلك تعبر الناس عن هذه الحقيقة التى تقع كثيراً فى العمل بقولهم « الضامن غارم » . من أجل ذلك اشترط التقنين المدنى الفرنسى أن يكون رضاء الكفيل بالكفالة رضاء صريحاً (exprès) . فلا يصح أن يستخلص رضاؤه ضمناً من الظروف . فنصت المادة ٢٠١٥ من هذا التقنين على أن « الكفالة لا تفترض بل يجب أن تكون صريحة . ولا يجوز التوسع فيها إلى أبعد من الحدود التى عقدت الكفالة فى نطاقها » . والمقصود بالكفالة فى النص هو دون شك رضاء الكفيل لا رضاء الدائن ، فالكفيل هو الذى يتعرض لمخاطر الكفالة فى حين أن الدائن يجنى فائدتها ، لذلك اشترط التقنين المدنى الفرنسى أن يكون رضاء الكفيل بالكفالة وتعريض نفسه لمخاطرها رضاء صريحاً . ولا يكفى الرضاء الضمنى . ولم يرد فى التقنين المدنى المصرى نص يقابل نص المادة ٢٠١٥ فرنسى . لكن لا شك فى أن رضاء الكفيل بالكفالة فى القانون المصرى يجب أن يكون واضحاً وضوحاً كافياً كما سبق القول . فإذا غم الأمر وجب التسليم بأن رضاء الكفيل لايعتد به لأنه غير واضح[1] .

وهذا بخلاف رضاء الدائن ، فإن الكفالة تكون عادة لمصلحته . لذلك لا يشترط فى رضائه أن يكون صريحاً ، بل ولا أن يكون واضحاً . فيكفى استخلاص هذا الرضاء من الظروف والقرائن ، ولذلك جاز أن يكون قبول الدائن بالكفالة قبولا ضمنياً . وقد قضى بأنه يعتبر رضاء ضمنياً من الدائن بالكفالة احتفاظه بسندها ، وتنفيذ هذا السند على الكفيل[2] .

---

(١) هذا إلى أن القانون المصرى ، كما سنرى (انظر فقرة ٣١) ، لا يجيز إثبات التزام الكفيل إلا بالكتابة ، وفى كتابة التزام الكفيل ضمان كاف لجعله واضحاً ، بل لجعله صريحاً . وقد استعاض التقنين المدنى المصرى عن اشتراط جعل رضاء الكفيل صريحا ، بجعل إثبات هذا الرضاء بالكتابة . ويذهب بعض الفقهاء فى مصر إلى وجوب أن يكون رضاء الكفيل صريحاً ، ولو لم يوجد نص على ذلك (عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٩ – سليمان مرقس فقرة ٧ وفقرة ٢٠ – محمد على إمام فقرة ٢٧ ص ٤٨ – عكس ذلك جمال الدين زكى فقرة ٢٧ ص ٥٢ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٢ ص ٢٨ – ص ٢٩) .

(٢) شامبرى ١٥ يوليه سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٣ – ٢ – ٣٤١ – بودرى وفال فقرة ٩٢٦ .

وقد تتخذ الكفالة شكل ورقة تجارية ، كمبيالة أو سند إذنى . والأصل أن التزام الكفيل موقع الورقة التجارية هو التزام أصلى لا التزام كفيل تابع[١] ، ولكن قد يتفق الكفيل مع الدائن على أن يوقع له كمبيالة أو سنداً إذنياً على سبيل الكفالة[٢] . ويكون الكفيل فى هذه الحالة متضامناً مع المدين ، ولكن تسرى عليه أحكام الكفيل ، وخاصة فى الرجوع على المدين وعلى الكفلاء الآخرين وفى الاحتجاج على الدائن بقدر ما أضاعه هذا خطأه من الضمانات[٣] . ويلاحظ أن محيلى الورقة التجارية والضامن الاحتياطى إنما هم كفلاء متضامنون مع المدين ، وقد تقدم ذكر ذلك[٤] . والتزام الكفيل بموجب ورقة تجارية يكون التزاماً تجارياً لا مدنياً . فيكون سعر الفائدة التأخيرية هو السعر التجارى (٥ ٪) أو يكون الاختصاص للقضاء التجارى ، ولا يستطيع الكفيل بالورقة التجارية أن يحتج على الدائن بالدفوع التى يحتج بها المدين الأصلى[٥] . وقد تتخذ الكفالة شكل الاشتراط لمصلحة الغير ، فيتفق المدين مع الكفيل على أن الثانى يكفل الأول ، فيلتزم الكفيل بذلك . ويستخلص الدائن من هذا الاتفاق اشتراطاً لمصلحته فيتولد له حق مباشرة من هذا الاشتراط يستطيع أن يتمسك به ، فيطالب الكفيل بكفالة الدين . ويمكن ، عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير على هذا النحو ، كفالة دين مستقبل قبل أن يعرف الدائن[٦] .

---

(١) نقض فرنسى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ داللوز ١٩٢٩ – ١ – ١٣ .

(٢) نقض فرنسى ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٣ – ١ – ١١٧ .

(٣) نقض فرنسى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ سيريه ١٩٢٨ – ١ – ١٤٥ – ولكن انظر عكس ذلك نقض فرنسى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٢ J. C. P. ١٩٥٣ – ٢ – ٧٠٨٨ . ويشترط على كل حال أن يعلم حامل الكمبيالة أو السند أن الموقع إنما هو كفيل لا مدين أصلى (بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٧ ص ٩٧٨ هامش ٥) .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٧ .

(٥) ولا يعتبر ضامناً احتياطياً (aval) من وقع على ورقة كفالة لأحد المصارف ، إذا لم يبين طبيعة الأشياء والتاريخ والقيمة . فلا يجوز إذن ، إذا لم يفعل ذلك ، أن يطبق عليه القواعد الخاصة بالضامن الاحتياطى ، ومنها مقدار سعر الفوائد (نقض فرنسى ٧ مارس سنة ١٩٤٤ داللوز ١٩٤٥ – ٧٣ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٧ ص ٩٧٨) .

(٦) انظر آنفاً فقرة ٢٩ فى آخرها – بودرى وفال فقرة ٩٢٨ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٠ ص ٩٧٣ .

٣١ — إثبات الكفالة — نص قانونى : تنص المادة ٧٧٣ مدنى على ما يأتى :

« لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلى بالبينة »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١١٣ مكررة من المشروع التمهيد على وجه مطابق لما استقر عليه من التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٤٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٤١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٧٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢٥ — ص ٤٢٩) .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « لم يعرض التقنين المصرى (السابق) ، جريا على منوال التقنين الفرنسى ، لإثبات الكفالة ، بل تركه للقواعد العامة . أما التقنينات الحديثة (كالتقنين الألمانى م ٦٦٧ والتقنين السويسرى م ٤٩٣ والتقنين البولونى م ٦٣١) ، فإنها تتطلب فى باب الكفالة الدليل الكتابى . والواقع أنه يجب فيما يتعلق بالكفالة الخروج على القواعد العامة فى الإثبات لأن التزام الكفيل هو أساساً من الالتزامات التبرعية ، فيجب أن يستند إلى رضاء صريح قاطع . وقد يكون من اليسير بل قد يستحيل أحياناً تعرف طبيعة تدخل الكفيل ، وتحديد مدى التزامه ، ونوع كفالته ، عن طريق شهادة الشهود وحدها . ولذلك فلما تتم الكفالة عملا بغير كتابة ، كما يندر أن يلجأ الدائن فى دعواه ضد الكفيل إلى الإثبات بالبينة . فلهذه الأسباب قرر المشروع ، حماية للكفيل ، عدم جواز إثبات الكفالة إلا بالكتابة . ويلزم الإثبات الكتابى ، حتى لو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلى بالبينة . وربما يعترض البعض على ذلك بأن الكفيل ، والتزامه ثابت بالكتابة ، سيضطر دائماً إلى الوفاء للدائن ، فى حين أنه فى رجوعه على المدين قد لا يستوفى منه شيئاً لعجزه عن إثبات الالتزام الأصلى بشهادة الشهود . على أن هذا الاعتراض غير جدى فى الواقع ، لأن الكفيل يستطيع تفادى ذلك إما عن طريق التوقيع بالضمان على سند الالتزام ذاته ، أو اشتراط وجود كتابة مثبتة للالتزام ، أو تعليق الكفالة على وجود هذه الكتابة . وفى جميع هذه الحالات تكون للكتابة مثبتة للدين الأصلى ، ومثبتة أيضاً للكفالة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢٦ — ص ٤٢٧) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، فكانت الكفالة خاضعة للقواعد العامة من حيث الإثبات .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٣٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٨٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

ونخلص من هذا النص أن الكتابة ضرورية لإثبات التزام الكفيل[١] ، ولكنها غير ضرورية لانعقاد الكفالة . لذلك ليست الكفالة بعقد شكلي بل هي عقد رضائي كما قدمنا . والكتابة ليست ضرورية إلا لإثبات التزام الكفيل . والكتابة ضرورية لإثبات التزام الكفيل ، حتى لوكان الالتزام المكفول يثبت بالبينة بأن كان مثلا عشرين جنيهاً فأقل . كذلك الكتابة لازمة لإثبات التزام الكفيل ولوكان هذا الالتزام عشرين جنيهاً فأقل ، حتى لو كان الالتزام الأصلي أكثر من عشرين جنيهاً ولكن الكفيل لم يكفل منه إلا عشرة جنيهات فأقل . ويقوم مقام الكتابة مبدأ الثبوت بالكتابة ، كما يجوز الإثبات بالبينة إذا وجد مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي أو إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه . كذلك يجوز إثبات الكفالة بالإقرار واليمين ، وهذان طريقان للإثبات جائزان حيث يجب الإثبات بالكتابة[٢] .

والسبب الذي دعا المشرع المصري إلى التشدد في إثبات رضاء الكفيل بالكتابة هو نفس السبب الذي دعا المشرع الفرنسي إلى اشتراط أن يكون رضاء الكفيل صريحاً : خطورة الكفالة وضرورة التروي قبل الإقدام عليها[٣]

والإثبات بالكتابة ضروري فيما بين الكفيل والدائن . أما فيما بين الكفيل والمدين ، عندما يريد الأول الرجوع على الثاني بعد أن يفي بالالتزام ، فلا تشترط الكتابة ، ويخضع الإثبات هنا للقواعد العامة فيجوز الإثبات بالبينة

= قانون الموجبات والعقود اللبناني م ١٠٥٩ : الكفالة لا تفترض تفترضاً ، بل يجب أن تتجلى إرادة الكفيل من الصك صراحة . (وهذا الحكم مماثل لحكم التقنين المدني الفرنسي ، إذ يشترط صراحة رضاء الكفيل ، ولكن هذا الرضاء خاضع للقواعد العامة من حيث الإثبات) .

(١) كذلك الكتابة ضرورية لإثبات الوعد بالكفالة (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٤ ص ٧٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٥ ص ٥٠) .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٥ ص ٥٠ .

(٣) انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٢٦ – ٤٢٧ ، وآنفاً نفس الفقرة في الهامش .

والقرائن إذا كان رجوع الكفيل على المدين بعشرين جنيهاً فأقل[١] . كذلك الإثبات بالكتابة ليس ضرورياً حتى فيما الكفيل والدائن ، ويجوز الإثبات بالبينة والقرائن . إذا كان التزام الكفيل تجارياً[٢] ، وقد رأينا متى يكون التزام الكفيل تجارياً[٣] .

ويجب أن تكون الكتابة ثابتة التاريخ حتى يجوز الاحتجاج بها على الغير ، كما إذا وفى الكفيل الدين وحل محل الدائن فى رهن رسمى مثلا وكان هناك دائن مرتهن تال فى المرتبة[٤] .

٣٢ — أهلية الكفيل : ولما كان الكفيل يلتزم عادة متبرعاً . فإنه يجب أن يكون متوافراً فيه أهلية المتبرع . فالكفيل المتبرع كالمقرض المتبرع الذى لا يتقاضى فائدة على القرض ، كلاهما يجب أن تتوافر فيه أهلية التبرع[٥] . وعلى ذلك لا يجوز للقاصر ولا للمحجور عليه أن يكفل الغير متبرعاً . وإذا كفل كانت الكفالة باطلة . بل لا يجوز للولى أو الوصى أو القيم أن يعقد باسم القاصر أو المحجور عليه كفالة تبرعية ، حتى بإذن المحكمة ، لأنه يمتنع التبرع بمال القاصر المحجور عليه ولو بإذن المحكمة . إلا لواجب إنسانى أو عائلى . فلا بد إذن للكفيل المتبرع أن يكون بالغاً سن الرشد ، غير محجور عليه .

أما إذا كانت الكفالة بمقابل ، سواء كان المقابل من المدين أو الدائن ، وهذا نادر ، فتجب فى الكفيل أهلية التصرف لا أهلية التبرع ، وذلك قياساً على المقترض بفائدة . وعلى ذلك لا يجوز للقاصر ولا للمحجور عليه أن يكفل لأنه لا يملك أهلية التصرف ، وقد يملك أهلية الإدارة ولكن الكفالة من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة . وإذا كفل كانت الكفالة قابلة

---

(١) بودرى وفال فقرة ٩٣٣ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣٤ ص ٧١ .

(٢) بودرى وفال فقرة ٩٣٣ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٨ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٧ .

(٤) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٨ .

(٥) الوسيط ٥ فقرة ٢٨٢ ص ٤٣٧ .

للإبطال إلى أن تجاز . ولكن يجوز للولى أو الوصى أو القيم أن يعقد كفالة بمقابل باسم القاصر أو المحجور عليه . على أن يكون ذلك بالنسبة إلى الحد أو إلى الوصى أو إلى القيم بإذن المحكمة . وغنى عن البيان أن الإنسان إذا بلغ سن الرشد غير محجور عليه . فإنه يملك الكفالة بمقابل . لأنه يملك الكفالة التبرعية فأولى أن يملك الكفالة بمقابل[١] .

وتجوز الكفالة باسم الشخص المعنوى من المفوض له بذلك . سواء كانت الكفالة بمقابل أو بغير مقابل . ويجوز للشريك كامل الأهلية أن يكفل الشركة التى هو شريك فيها . كما يجوز للشركة أن تكفله[٢] .

وإذا أعطى الكفيل توكيلا لشخص بكفالته . وجب أن يكون التوكيل خاصاً ومحدداً أى مذكوراً فيه التوكيل فى الكفالة إذا كانت الكفالة تبرعية . أو وجب أن يكون التوكيل خاصاً إذا أخذ الكفيل مقابلا لكفالته[٣] . والتوكيل فى الكفالة المدنية لا تتضمن التوكيل فى كفالة تجارية كالضمان الاحتياطى . كما أن التوكيل فى كفالة تجارية لا تتضمن التوكيل فى كفالة مدنية[٤] .

أما الدائن ، وهو الطرف الآخر فى الكفالة . فلا تشترط فيه إلا أهلية التعاقد ، فيكفى أن يكون مميزاً إذا كانت الكفالة تبرعية بالنسبة إليه لأنها

---

(١) وفى القانون الفرنسى يجب أن يتوافر فى الكفيل أهلية الالتزام تبرعاً . ويذهب بعض الفقهاء إلى وجوب توافر أهلية الالتزام فحسب (أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٤ ص ٢٧٤ - بودرى وفال فقرة ٩٣٥ ص ٤٩٨) . ويذهب بعض آخر إلى وجوب توافر أهلية التصرف تبرعاً (لوران ٢٨ فقرة ١٦٠) ، وعلى كل حال تكفى أهلية الالتزام فحسب إذا أخذ الكفيل مقابلا لكفالته من الدائن أو من المدين الأصلى (جيوار فقرة ٤٥ - فقرة ٤٦ - بودرى وفال فقرة ٩٣٥ ص ٤٩٨) .

وانظر بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٩ . وانظر فى أهلية الكفيل فى القانون الفرنسى بودرى وفال فقرة ٩٣٥ - فقرة ٩٤١ .

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٩ ص ٩٧١ .

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٩ ص ٩٧٢ .

(٤) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٩ ص ٩٧٢ - باريس ٩ فبراير سنة ١٩٤٥ جازيت دى پاليه ١٩٤٥ - ١ - ١٨٩ .

تتمحض لمصلحته . فإذا دفع مقابلا للكفيل من أجل كفالته ، وجبت فيه أهلية التصرف .

٣٣ – عيوب الرضاء فى الكفالة : وتسرى فى عيوب الرضاء فى الكفالة القواعد العامة[١] . وعلى ذلك تكون الكفالة قابلة للإبطال للغلط إذا وقع الكفيل فى غلط جوهرى فى خصوص الدين الذى يكفله ، كأن يعتقد أنه يكفل كفالة مدنية ديناً مدنياً فإذا بالدين التزام طبيعى . وإذا اعتقد الكفيل أنه يكفل ديناً لا ينتج فوائد فإذا به ينتجها ، أو لا ينتج إلا فوائد بسيطة فإذا به ينتج فوائد مركبة ، أو ينتج فوائد بسعر معين فاذا به ينتج فوائد بسعر أعلى ، جاز انقاص التزام الكفيل إلى الحد الذى اعتقده . ويمكن الوصول إلى هذه النتيجة عن طريق القول إن الكفيل وقع فى غلط جوهرى فتكون الكفالة قابلة للإبطال ، ولكن يبقى الكفيل ملزماً بالعقد الذى قصد إبرامه إذا ظهر الدائن استعداده لتنفيذ هذا العقد (م ٢/١٢٤ مدنى) .

وتكون الكفالة قابلة للإبطال إذا شاب رضاء الكفيل تدليس ، كأن أوهمه الدائن غشاً ملاءة المدين الأصلى فإذا به غير ملىء[٢] ، أو أوهمه بوجود ضمانات أخرى للدين اعتمد عليها الكفيل فإذا بهذه الضمانات غير موجودة أو باطلة .

ويمكن القول بأن الكفالة قد عقدت بالإكراه ، فتكون قابلة الإبطال ، إذا حمل الزوج زوجته بماله من شوكة عليها أن تكفله فى دين كبير وهى تعلم أن زوجها لا يستطيع وفاء هذا الدين ، وذلك إذا كان الدائن الذى أبرم الكفالة مع الزوجة يعلم أو يستطيع أن يعلم بما شاب رضاء الزوجة من إكراه نتيجة لضغط زوجها[٣] .

---

(١) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٤ ص ٢٧٤ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٠ ص ٩٧٢ – نقض فرنسى ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ سيريه ١٩٠٢ – ١ – ٣٣١ – وانظر فى عيوب الرضاء فى الكفالة أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٤ ص ٢٧٣ – ص ٢٧٤ – بودرى وفال فقرة ٩٤٢ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٠ .

(٢) رن ١٤ يونيه ١٩٥١ داللوز ١٩٥٢ – ٧١٢ .

(٣) الوسيط ١ فقرة ١٩٧ – ويطبق فى كل عقود الكفالة وفى السبب فى عقد الكفالة =

٣٤ — الكفالة المعلقة على شرط أو المقترنة بأجل : وقد تعلق الكفالة على شرط واقف أو على شرط فاسخ أو تقترن بأجل واقف أو بأجل فاسخ ، فتسرى القواعد العامة فى خصوص الشرط والأجل . وقد نصت المادة ١٠٠٩ مدنى عراقى على ما يأتى : « ١ — تنعقد الكفالة بإيجاب وقبول من الكفيل والمكفول له . ٢ — ويجوز أن تكون الكفالة منجزة أو معلقة على شرط أو مضافة إلى زمن مستقبل » . ونصت المادة ١٠٦٥ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى على أنه « يجوز أن تعلق الكفالة على أجل ، أى أن تكون لوقت معين أو ابتداء من تاريخ معين » .

والمفروض هنا أن الالتزام الأصلى ليس معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل فيكون التزام الكفيل مثله معلقاً على نفس الشرط أو مضافاً إلى نفس الأجل ، بل إن الالتزام الأصلى التزام منجز والتزام الكفيل هو وحده المعلق على شرط أو المضاف إلى أجل .

فقد يعلق الكفيل التزامه على شرط وجود ضمانات أخرى يعتمد عليها الكفيل ويحل محل الدائن فيها ، ويكون الشرط هنا واقفاً إذا كانت الكفالة لا تنفذ إلا إذا تحقق الشرط ووجدت هذه الضمانات . أو فاسخاً إذا نفذت الكفالة فى الحال بشرط أن يرهن الدين الأصلى عقاراً له فى الدين فإذا لم يرهنه تحقق الشرط الفاسخ وانفسخت الكفالة . وقد يعلق الكفيل التزامه

= القواعد العامة . وفيما يتعلق بالسبب ، سبق أن قررنا عند الكلام فى الالتزام المجرد ما يأتى : ولكن التزام الكفيل نحو الدائن التزام مجرد لا يتأثر بالعلاقة ما بين الكفيل والمدين ، ولا يجوز للكفيل أن يتمسك ضد الدائن بالدفوع التى له أن يتمسك بها ضد المدين . فإذا كفل المدين فى نظير أن يوفى المدين دينا آخر عليه مضموناً برهن يثقل عقار الكفيل ، ولم يوف المدين بهذا الدين الآخر ، فإن التزام الكفيل نحو الدائن يبقى قائما ، ولا يجوز للكفيل أن يدفع دعوى الدائن بأن المدين لم يوف بما تعهد به من تخليص عقار الكفيل من الرهن (استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٧٠ — أبو عافية فى التصرف المجرد فقرة ٥٩ — فقرة ٦٠) (الوسيط ١ فقرة ٢٨٧) — وانظر فى مسألة السبب فى عقد الكفالة سليمان مرقس فقرة ٣٨ — فقرة ٣٩ — منصور مصطفى منصور فقرة ٢٤ .

وانظر أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٨٥ وهامش ١٩ (٢) — كابيتان فى السبب فى الالتزام فقرة ١٨٤ — بيدان وقواران فقرة ٧٥ .

على شرط واقف هو ألا يكون المدين الأصلى قد شهر إفلاسه[١] ، وفى هذه الحالة يبحث قاضى الموضوع فيما إذا كانت نية المتعاقدين قد انصرفت إلى جعل التسوية القضائية مماثلة للإفلاس[٢] ، وفيما إذا كان حكم الإفلاس إذا ألغى فى الاستئناف لايجعل الشرط الواقف يتحقق[٣] . وقد يعلق الكفيل التزامه على شرط فاسخ ، هو أن يستعمل المدين القرض الذى اقترضه استعمالا معيناً أو لغرض معين ، فإذا لم يفعل تحقق الشرط الفاسخ وانفسخت الكفالة[٤] .

وقد يقرن الكفيل التزامه بأجل واقف ، فلا يلتزم بالكفالة إلا ابتداء من وقت معين[٥] . وقد يقرن كفالته بأجل فاسخ ، فلا يكفل المدين إلا فى الديون التى يعقدها فى وقت معين ، فإذا انقضى هذا الوقت لا يعود الكفيل ضامناً للديون التى يبرمها المدين بعد انقضاء هذا الوقت[٦] .

٣٤ — *لا يجوز للمدين أن يسوئ مركز الكفيل بعد الكفالة* : وإذا انعقدت الكفالة وتحدد مركز الكفيل ، فلا يجوز للمدين الأصلى بعمله أن يسوئ هذا المركز ، أو يزيد فى عبء التزام الكفيل . فإذا كان التزام المدين الأصلى معلقاً على شرط واتفق مع الدائن على النزول عن هذا الشرط وجعل الالتزام منجزاً ، بقى التزام الكفيل كما كان معلقاً على هذا الشرط ولا يسرى فى حقه نزول المدين عنه . وإذا سقط أجل الدين بخطأ المدين أو بفعله ،

---

(١) بواتييه ٢٩ فبراير سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٨ — ٢ — ٤٠٥ .

(٢) نقض فرنسى ١٦ يوليه سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٧ — ١ — ٢١٤ .

(٣) بواتييه ٢٩ فبراير سنة ١٩٠٨ — ٢ — ٤٠٥ (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٣ ص ٩٨٣ .

(٤) نقض فرنسى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٩ — ١ — ٤٨ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٣ ص ٩٨٣ .

(٥) وقد يؤجل الكفيل التزامه ككفيل إلى وقت موته ، فتكون تركته هى الملزمة (نقض فرنسى ٧ يناير سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٣ — ١ — ٢٠٢ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٣ ص ٨٩٣) .

(٦) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٣ ص ٩٨٣ .

بقى الأجل قائماً بالنسبة إلى الكفيل[١] . وإذا اتفق المدين مع الدائن على النزول عن أجل الدين . فإن هذا الاتفاق لا يسرى فى حق الكفيل . فلا يرغم على وفاء الدين إلا عند حلول هذا الأجل . وإذا اتفق المدين مع الدائن على زيادة سعر الفائدة فى مقابل مد الأجل . لم يسر هذا الاتفاق فى حق الكفيل . ويبقى هذا ملتزماً بسعر الفائدة كما كان وقت الكفالة . ولا يتمسك بمد الأجل . فإذا ما طالبه الدائن بالوفاء عند حلول الأجل قبل مده . جاز له أن يطلب من المدين أن يفى بالدين للدائن[٢] .

وعلى العكس من ذلك . إذا تحسن مركز المدين . جاز للكفيل أن يفيد من هذا التحسن . فإذا مد الدائن أجل الدين دون مقابل ، أفاد الكفيل من مد الأجل ، وجاز له أن يتمسك بالأجل الجديد . وإذا نزل الدائن للمدين عن جزء من الدين أو عن الفوائد أو أنقص سعر الفائدة ، جاز للكفيل أن يفيد من كل ذلك . فلا يدفع للدائن إلا ما أصبح المدين ملتزماً به بعد نزول الدائن عن جزء من الدين أو عن الفوائد أو بعد إنقاص سعر الفائدة[٣].

٣٦ — مدى التزام الكفيل وتفسير الكفالة : وقاضى الموضوع هو الذى يحدد مدى التزام الكفيل ويفسر عقد الكفالة فى هذا الخصوص ، وهو فى تحديد مدى التزام الكفيل يقضى فى مسألة موضوعية فلا رقابة عليه من محكمة النقض . على أنه فى تفسير الكفالة يتقيد بقاعدة قانونية لمحكمة النقض حق الرقابة عليها . وهى تفسر الكفالة تفسيراً ضيقاً دون توسع ، فعند الشك يكون التفسير لمصلحة الكفيل فيحدد التزامه فى أضيق نطاق

---

(١) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٧٩ — بيدان وڤواران فقرة ٩٦ — پلانيول وريپير وبولانچيه ٢ فقرة ١٩٣٥ — نقض فرنسى ٢٠ يناير سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١ — ١ — ٥ .

(٢) لكن إذا ضمن الكفيل تنفيذ العقد ، كان مسئولا عن التعويض الذ قد يجب على المدين الأصلى دفعه (پلانيول وسافاتييه وريپير فقرة ١٥٣٤ ص ٩٨٤) .

(٣) بيدان وڤواران ١٣ فقرة ٩٦ — پلانيول وريپير وسافاتييه فقرة ١٥٣٤ ص ٩٨٤ — ليون ٦ يناير سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩١٠ — ٥ — ١ .

تتحمله عبارات الكفالة[١] . وكانت القاعدة التى تقضى بتفسير الكفالة تفسيراً ضيقاً معروفة فى القانون الفرنسى القديم ، فكان يقال إنه لا يجوز التوسع فى تفسير الكفالة لا من حيث الشيء ولا من حيث الشخص ولا من حيث الزمن[٢] . وهذا كله حماية للكفيل الذى كثيراً ما يتورط فى الكفالة كما قدمنا ، وقد أملى هذه القاعدة نفس الاعتبارات التى قضت بأن يكون رضاء الكفيل صريحاً فى التقنين المدنى الفرنسى ، وقضت بأن يكون إثبات التزام الكفيل بالكتابة فى التقنين المدنى المصرى ، فيما رأينا .

فإذا كفل الكفيل جزءاً من التزامات المدين ، لم يجز مد الكفالة إلى الأجزاء الأخرى . وعلى ذلك إذا كفل الكفيل المستأجر فى دفع الأجرة ، اقتصرت كفالته على الالتزام بدفع الأجرة ، ولم تمتد إلى الالتزامات الأخرى الناشئة من عقد الإيجار كالتعويض عن التلف أو التعويض عن الحريق[٣] .

وإذا كفل الكفيل أصل الدين لم تمتد كفالته الى فوائد الدين ، وإذا كفل الفوائد بسيطة لم يكفلها مركبة[٤] .

وإذا كفل الكفيل فتح اعتماد لغاية مبلغ معين ، لم يكفل ما زاد على هذا الحد بالرغم من عدم قابلية الحساب الجارى للتجزئة[٥] .

---

(١) انظر فى ذلك نقض فرنسى ٣ يوليه سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٣ - ١ - ٢٢٠ - ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٥ - ١ - ١١٩ - ١٦ يوليه ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٧ - ١ - ٩٨ - أوبر ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٣٧٨ هامش ١ - بودرى وفال فقرة ٩٩٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٩ .

(٢) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٧٨ هامش ١ - محمد كامل مرسى فقرة ٥٢ - فقرة ٥٤ - عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٥٣ - فقرة ٥٦ - سليمان مرقس فقرة ٤٣ - فقرة ٤٧ .

(٣) بون ٢ فقرة ١٠٤ - لوران ٢٨ فقرة ١٧٥ - جيوار فقرة ٦٩ - بودرى وفال فقرة ٩٩٤ ص ٥٣٢ .

(٤) بون ٢ فقرة ١٠٤ - ديرانتون ١٨ فقرة ٢٣٠ - ترولون فقرة ١٤٩ - جيوار فقرة ٦٩ - أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٧٩ وهامش ٢ - بودرى وفال فقرة ٩٩٤ .

(٥) نقض فرنسى ١٦ نوفمبر سنة ١٨٨٦ جازيت دى پاليه ٨٧ - ١ - ٥٦ - جيوار فقرة ٦٩ - بودر وفال فقرة ٩٩٤ ص ٥٣٣ هامش ١ .

وإذا كفل عقد إيجار . لم يكفل عقد إيجار يتلوه . ولو كان التجديد ضمنياً (tacite reconduction)[١] .

ومن كفل قرضاً معيناً . لم يكفل قرضاً قبله أو قرضاً بعده[٢] .

ومن كفل شخصاً فيما يترتب في ذمته من التزامات . لم يكفل الالتزامات الماضية التي ثبتت في ذمته وإنما يكفل الالتزامات المستقبلة[٣] . ولكن قاضي الموضوع قد يجد في ظروف القضية ما يجعل واضحاً أن الكفيل أراد أيضاً كفالة الالتزامات الماضية[٤] .

وإذا كان هناك شك فيما إذا كان الكفالة محددة أو غير محددة . وجب اعتبار الكفالة محددة[٥] .

وإذا رفضت المحكمة الابتدائية طلب الكفيل بالترخيص له في إدخال المدين ضامناً بعد أن أثبت تنازل الدائن عن مخاصمة المدين . ولم يكن في حكم محكمة الاستئناف ما يدل على أن الكفيل قد تمسك أمامها بهذا الدفع ، ولم يقدم الكفيل أمام محكمة النقض ما يدل على أنه أثاره أمام محكمة الاستئناف .

---

(١) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٧٨ – ص ٢٧٩ – بودري وفال فقرة ٩٩٦ – بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٣١ ص ٩٨٢ – محمد كامل مرسي فقرة ٥٢ .

(٢) جيوار فقرة ٦٩ – بودري وفال فقرة ٩٩٤ ص ٥٣٣ .

(٣) نقض فرنسي ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٥ – ١ – ١١٩ – ٢٣ مايو سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٧ – ١ – ٩٨ بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٢٩ .

(٤) نقض فرنسي ١٥ مايو سنة ١٨٧٧ دالور ٧٧ – ١ – ٣٩٧ – ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٥ – ١ – ٩ – بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٢٩ – وانظر أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٨٠ .

(٥) لوران ٢٨ فقرة ١٧٠ – جيوار فقرة ٦٧ – بودري وفال فقرة ١٠٠٤ – ويعتبر تفسيراً لنية المتعاقدين ، أي مسألة موضوعية . ما إذا كان الكفيل قد أراد الالتزام الأصلي الموجود وقت أن عقد الكفالة ، أو أراد مجاوزة ذلك والالتزام بجميع التعديلات التي زادت فيما بعد من هذا الالتزام الأصلي (بودري وفال فقرة ١٠٠٤) .

فلا يجوز له الإدلاء به أمام محكمة النقض مدعيا وقوع إخلال بحقوقه فى الدفاع[١] .

وورثة الكفيل يستفيدون من الاستئناف المرفوع من ورثة المدين عن الحكم الابتدائى ، فمتى ثبت فى استئنافهم أن الدين المطالب به من مال المدين ، امتنع الرجوع على ورثة الكفيل[٢] .

---

(١) نقض مدنى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاما الجزء الثانى ص ٩٣٩ رقم ١٨ .

(٢) نقض مدنى ١٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاما الجزء الثانى ص ٩٣٩ رقم ١٩ .

المطلب الأول

الكفيل غير متضامن مع المدين أو مع كفلاء آخرين

٣٩ — متى يطالب الدائن الكفيل : يطالب الدائن الكفيل عند حلول الدين . والدين المكفول يكون عادة ديناً مؤجلا ، ويكون التزام الكفيل مؤجلا مثله ، ويحل الالتزامان فى وقت واحد ، ففى هذا الوقت يستطيع الدائن أن يرجع على الكفيل كما يستطيع أن يرجع على المدين(١) .

ولكن قد لا يحل الالتزامان فى وقت واحد . فإذا حل التزام الكفيل قبل حلول الالتزام الأصيل(٢) ، فذلك يرجع إما لأنه قد حدد أجل لكل من الالتزامين وأجل التزام الكفيل أقصر ، أو لأنه حدد أجل واحد لكل من الالتزامين ولكن الالتزام الأصيل قد مد أجله أو بحكم القاضى . وفى الحالتين يكون التزام الكفيل أشد عبئاً من الالتزام الأصيل ، فيجب جعل التزام الكفيل مساوياً فى العبء للالتزام الأصيل ، بأن يمتد أجل التزام الكفيل حتى يساوى أجل الالتزام الأصيل أو بأن يستفيد الكفيل من مد أجل الالتزام الأصيل فيمتد أجل التزامه بالقدر الذى امتد به أجل الالتزام الأصيل(٣) .

أما إذا حل الالتزام الأصيل قبل حلول أجل التزام الكفيل ، فهذا جائز ، لأن التزام الكفيل قد يكون أخف عبئاً من الالتزام الأصيل ، ويتحقق ذلك فيما ذلك فيما إذا حدد أجل لالتزام الكفيل أطول من أجل الالتزام الأصيل ، وعند ذلك لا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل بوفاء الدين

---

(١) جيوار فقرة ١١٧ — فقرة ١١٨ — بودر وفال فقرة ١٠١٣ ص ٥٤١ .

(٢) جيوار فقرة ٢٥٢ — بودرى وفال فقرة ١٠١٨ .

(٣) أنظر بودرى وفال فقرة ١٠١٨ — بلانيول وريبير وساقاتييه فقرة ١٥٣٤ ص ٩٨٤ — ولكن يجوز للكفيل أن يتمسك بالأجل الأصلى ويفى بالدين عند حلول هذا الأجل إذا كانت له مصلحة فى ذلك ، كأن يستطيع الرجوع على المدين عند حلول الأجل الأصلى ولو انتظر حلول الأجل الجديد الممتد فقد يعسر المدين أو يزيد إعساره (منصور مصطفى منصور فقرة ٢٨ ص ٥٣) .

قبل أن يحل الأجل المحدد لالتزامه . حتى لو حل أجل الالتزام الأصيل[١] . ويتحقق ذلك أيضاً فيما إذا كان الأجل واحداً لكل من الالتزامين ، كما هو الغالب . ولكن الأجل المحدد للالتزام الأصيل يسقط بأن يشهر إفلاس المدين الأصلي أو إعساره . أو بأن يضعف هذا المدين بفعله ما أعطى الدائن من تأمين خاص إلى حد كبير ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين ، أو بأن يضعف هذا التأمين الخاص لسبب لا دخل لإرادة المدين فيه ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً . أو بألا يقدم المدين للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات (م ٢٧٣ مدني) ففي جميع هذه الفروض يسقط الأجل المحدد للدين الأصلي . ولكن ذلك لا يستتبع سقوط الأجل المحدد لالتزام الكفيل . لأن المدين بعد الكفالة لا يستطيع أن يسوئ مركز الكفيل[٢] . وما دام الأجل المعطى للكفيل لم يسقط ولم يحل فإنه يبقى قائماً . وعلى ذلك لا يستطيع الدائن أن يطالب الكفيل بوفاء الدين إلا عند حلول الأجل المعطى للكفيل . وكذلك يكون الحكم فيما إذا نزل المدين الأصلي عن الأجل ولم ينزل عنه الكفيل . فيبقى الأجل قائماً بالنسبة إلى الكفيل ولا يستطيع الدائن مطالبته إلا عند حلوله[٣] .

ومتى جاز للدائن أن يطالب الكفيل وأن ينفذ على أمواله ، فلا بد أن يكون عند الدائن سند تنفيذي ضد الكفيل . ولا يكفي أن يكون عنده سند تنفيذي ضد المدين . فإذا لم يكن سند الكفالة ورقة رسمية تصلح للتنفيذ بها ،

---

(١) منصور مصطفى منصور فقرة ٢٨ ص ٥٢ .

(٢) بودري وفال فقرة ١٠١٤ ص ٥٤١ – بيدان وفوا ان فقرة ٩٦ ص ٩٩ – بلانيول وريبير وساقتييه فقرة ١٥٣٤ ص ٩٨٤ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩٣٥ – محمد كامل مرسي فقرة ٦٤ ص١٥٢ – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٧٥ ص ١٢٠– سليمان مرقس فقرة ٥٤ ص ٥٨ – محمد علي إمام فقرة ٥٠ ص ٨٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٨ (ولكن انظر ص ٥٤ فيما يتعلق بعدم تقديم المدين التأمينات التي وعد بها) – عكس ذلك أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٤١ .

(٣) بودري وفال فقرة ١٠١٥ .

وجب على الدائن أن يحصل على حكم قابل للتنفيذ ضد الكفيل ، ولا يكفى أن يحصل على حكم قابل للتنفيذ ضد المدين[١]

٤٠ — بماذا يطالب الدائن الكفيل — التقسيم — نص قانونى : تنص المادة ٧٩٢ مدنى على ما يأتى :

« ١ — إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم ، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه فى الكفالة » .

« ٢ — أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية ، فإن كل واحد منهم يكون مسئولا عن الدين كله ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم »[٢] .

---

(١) بودرى وفال فقرة ١٠٢٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٤٨ من المشروع التمهيدى على وجه مقارب لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأدخلت لجنة المراجعة بعض تعديلات لفظية على النص ، فصار مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد تحت رقم ٨٦٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٥٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥١٢ — ص ٥٢٣) .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « استبدل (المشروع) المادة ١١٤٨ بالمادة ٦١٦/٥٠٤ من التقنين الحالى (السابق) التى تعرض لمسألتين مختلفتين ، فهى تبين أولا مدى حق الدائن فى الرجوع على الكفلاء إذا تعددوا أو ما يسمى بالتقسيم بين الكفلاء ، ومن ناحية أخرى تعرض لتضامن بين الكفلاء . وقد رأى المشروع من المناسب أن يبحث هنا مسألة التقسيم ، على أن يترك التضامن بين الكفلاء للنصوص الخاصة بالكفالة التضامنية على العموم . وفيما عدا ذلك ، فالحكم الوارد بالمادة ١١٤٨ هو بعينه المقرر فى التقنين الحالى (السابق) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥١٤ — ص ٥١٧) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٦١٥/٥٠٤ — ٦١٦ : فى حالة تعدد الكفلاء لدين واحد بعقد واحد بغير شرط التضامن ، لا يجوز لرب الدين إلا مطالبة كل منهم بقدر حصته فى الكفالة . وأما إذا كانت الكفالة حاصلة بعدة عقود متوالية ، فهذا لا يدل على تضامن الكفلاء ، ولكن قد يتضح التضامن من قرائن الأحوال .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٥٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٠١ (مطابق) .

وظاهر أنه إذا كان للدين كفيل واحد ، كما هو الغالب ، ورجع الدائن على الكفيل ، فإنه يطالبه بنفس الذى كفله . وقد سبق أن حددنا مدى التزام الكفيل بالكفالة(١) .

ولكن قد يتعدد الكفلاء للدين الواحد ، ويخلص من النص سالف الذكر أنه لتحديد المقدار الذى يطالب به الدائن كل كفيل عند الرجوع عليه ، يجب التمييز بين فرضين : (الفرض الأول) تعدد الكفلاء بعقد واحد . (الفرض الثانى) تعدد الكفلاء بعقود متوالية . وسنبحث كلا من الفرضين .

٤١ — تعدد الكفلاء بعقد واحد : إذا تعدد الكفلاء ، وكانوا جميعاً قد التزموا كفالة الدين بعقد واحد ، فالمشرع المصرى يتخذ من وحدة العقد دليلا على أن كل كفيل قد اعتمد على الكفلاء الآخرين ، فيقسم الدين فيما بين الكفلاء المتعددين بقوة القانون . فإذا كان الكفلاء ثلاثة مثلا ، وكان الدين تسعمائة ، وكفله الثلاثة بعقد واحد ، ولم يبينوا فى عقد الكفالة مقدار ما يكفل كل منهم من الدين ، انقسم الدين عليهم بعدد الرؤوس ويكفل كل منهم ثلثمائة . وعلى ذلك إذا طالب الدائن أى كفيل منهم ، لم يطالبه إلا بمقدار ثلثمائة فقط . وإذا طالبه بأكثر من ذلك ، استطاع هذا أن يدفع الطلب بتقسيم الدين (division de la dette) . بل للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بتقسيم الدين دون طلب ، ولا تحكم على أى كفيل بأكثر من ثلثمائة . والدين ينقسم على الكفلاء من وقت إبرام عقد الكفالة ، لا من وقت حكم المحكمة ، ولا من وقت الدفع بتقسيم الدين . وعلى ذلك إذا أعسر أحد الكفلاء بعد إبرام عقد الكفالة ، ولو قبل مطالبة الدائن الكفلاء بحقه ، فليس للدائن أن يوزع حصة الكفيل المعسر على سائر الكفلاء ، بل يتحمل وحده نتيجة هذا الإعسار .

— التقنين المدنى العراقى م ١٠٢٤ (موافق) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٧٥ (موافق) .

(١) انظر آنفا فقرة ٣٦ .

ولكن يشترط لتقسيم الدين على الكفلاء . على الوجه الذى قدمناه . شروط أربعة[١] :

(أولا) أن يتعدد الكفلاء : فإذا كان للدين كفيل واحد . لم ينقسم الدين بينه وبين المدين . بل يرجع الدائن أولا على المدين بكل الدين . فإذا لم يتقاض منه شيئاً رجع بكل الدين على الكفيل . وإذا تقاضى من المدين ثلثى الدين مثلا . رجع بالثلث الباقى على الكفيل . وإذا وجد كفيل عينى إلى جانب الكفيل الشخصى . لم ينقسم الدين عليهما . فإن الدين لا ينقسم إلا على الكفلاء الشخصيين[٢] . بل إنه إذا تقدم لضمان الدين كفالة عينية وكفالة شخصية فى وقت واحد ، ولم يكن الكفيل الشخصى متضامناً مع المدين ، لم يجز التنفيذ على أموال الكفيل الشخصى إلا بعد التنفيذ على المال الذى رهنه الكفيل العينى ضماناً للدين (م ٧٩١ مدنى) . وهنا نرى أن الدين لا ينقسم على الكفالة الشخصية والكفالة العينية . بل يبدأ بالكفالة العينية . فإن لم تف بكل الدين استوفى الدائن الباقى من الكفيل الشخصى .

(ثانياً) أن يكفل الكفلاء المتعددون ديناً واحداً : فإذا كفل كفيلان كل منهما ديناً غير الذى كفله الآخر ، لم ينقسم أى الدينين عليهما . بل يبقى كل منهما مسئولا عن كل الدين الذى كفله . وعلى ذلك لا ينقسم الدين على الكفيل وكفيل الكفيل ، ذلك لأن الكفيل قد كفل الدين الأصلى وكفل كفيل الكفيل دين الكفيل ، والدين الأصلى دين آخر غير دين الكفيل .

(ثالثاً) أن يكفل الكفلاء المتعددون نفس المدين أو نفس المدينين : فإذا كفل كفيلان كل منهما مديناً متضامناً بنفس الدين ، فقد كفلا ديناً واحداً ولكنهما لم يكفلا نفس المدين ، إذ كفل كل منهما مديناً غير المدين الذى كفله الآخر . وعلى ذلك لا ينقسم الدين بينهما ، بل يبقى كل منهما

---

(١) انظر م ١/٧٩٢ مدنى سالفة الذكر : آنفا فقرة ٤٠ .

(٢) انظ فى هذا المعنى بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٧ – منصور مصطفى منصور فقرة ٣١ ص ٦٠ – وانظر عكس ذلك وأن الدين ينقسم على الكفيل الشخصى والكفيل العينى محمد على إمام فقرة ٦٨ ص ١١٣ – سليمان مرقس فقرة ٩٣ ص ١٠٧ .

مسئولا عن الدين بكامله . ولكن إذا كفل كل من الكفيلين المدينين المتضامنين معاً . فقد كفلا ديناً واحداً وكفلا نفس المدينين . وعلى ذلك ينقسم الدين عليهما[١] .

(رابعاً) ألا يكون الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم : ذلك لأن المدينين المتضامنين فيما بينهم يمكن الرجوع على أى منهم بكل الدين طبقاً لأحكام التضامن . فلا ينقسم الدين عليهم . فإذا كان هناك كفيلان يكفلان ديناً واحداً ومديناً واحداً فى عقد واحد ، وكان هذان الكفيلان متضامنين ، كان كل منهما مسئولا عن كل الدين . أما إذا كان الكفيلان غير متضامنين ، انقسم الدين عليهما ، وصار كل منهما مسئولا عن نصف الدين إذا لم يكن هناك اتفاق على نسبة أخرى[٢] . وإذا كان أحد الكفيلين متضامناً مع المدين ، ولكنه غير متضامن مع المدين الآخر ، لم يكن الكفيلان متضامنين فيما بينهما . ولكن الكفيل المتضامن مع المدين يكون مسئولا عن الدين كله كالمدين الأصلى الذى تضامن معه ، فلا يكون له حق التقسيم[٣] . وكذلك لا يكون له حق التجريد ، وإنما يثبت حق التقسيم وحق التجريد للكفيل الآخر الذى لم يتضامن مع المدين[٤] .

---

(١) منصور مصطفى منصور فقرة ٣١ ص ٦٠ – ص ٦١ .

(٢) وإذا أعسر أحدهما تحمل الدائن حصة الذى يعسر . فعلى الدائن إذن أن يستوفى من درجة يسار الكفلاء المتعددين ، أو أن يطلب منهم مقدما النزول عن حق التقسيم ، أو أن يشترط تضامنهم (محمد كامل مرسى فقرة ٩٦ جرانمولان فقرة ٥٣ – هالتون ١ ص ٢١٦) .

(٣) انظر فى هذا المعنى وأن تضامن أحد الكفلاء مع المدين يحرمه من حق التقسيم ، لا فحسب من حق التجريد ، عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٨٢ – سليمان مرقس فقرة ٩٧ ص ١١١ ، وانظر ما يلى فقرة ٥٤ – وانظر عكس ذلك وأن الكفيل المتضامن مع المدين دون أن يكون متضامناً مع الكفيل الآخر لا يحرم من حق التقسيم محمد على إمام فقرة ٦٨ ص ١١٤ – منصور مصطفى منصور فقرة ٣١ ص ٦١ .

(٤) أما فى القانون الفرنسى ، فيجب على الكفيل أن يدفع بحق التقسيم فينقسم الدين من وقت مقاضاته ، ولا ينقسم الدين من تلقاء نفسه على الكفلاء المتعددين كما فى القانون المصرى فيما رأينا . ويرجع ذلك ، فى القانون الفرنسى ، إلى أثر القانون الرومانى الذى بدأ فيه الكفلاء أن يكونوا متضامنين مع المدين ، كما يرجع إلى التقاليد . انظر بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩٤١ – فقرة ١٩٤٣ وفقرة ١٩٤٥ .

٤٣ — تعدد الكفلاء بعقود متوالية : وإذا تعدد الكفلاء ، ولكن بعقود متوالية لا بعقد واحد . ولو كانوا جميعاً يكفلان ديناً واحداً ومديناً واحداً ، فالمفروض أن تعدد العقود التى كفلوا الدين بموجبها لا يجعلهم يعتمدون بعضهم على بعض . ولما كان كل منهم قد كفل كل الدين بعقد على حدة ، فقد أصبح كل منهم مسئولا عن كل الدين ، ولكنهم لا يكونون مسئولين بالتضامن بل بالتضامم (in solidum)[1].

وعلى ذلك إذا طالب الدائن أحد هؤلاء الكفلاء ، فانه يطالبه بالدين كله ، لا بجزء منه كما كان يفعل فى الفرض السابق إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد فانقسم الدين عليهم . فإذا استوفى الدائن الدين كله من أحد الكفلاء . برئت ذمة الكفلاء الباقين نحوه . ولكن الكفيل الذى دفع كل الدين يرجع بدعوى الحلول على سائر الكفلاء كل بقدر نصيبه فى الدين كما سنرى . أما إذا لم يستوف الدائن إلا جزءاً من الدين . فإنه يستطيع أن يستوفى بقية الدين من أى كفيل آخر لأن هذا الكفيل مسئول عن كل الدين كما قدمنا ، فيكون بالبداهة مسئولا عن بقيته إذا كان الدائن قد استوفى جزءاً منه . ثم يرجع الكفيلان اللذان دفعا كل الدين بدعوى الحلول على سائر الكفلاء ، فينقسم الدين عليهم فى النهاية وذلك فى العلاقة فيما بينهم لا فى علاقتهم مع الدائن .

على أنه يجوز أن ينقسم الدين حتى فى علاقة الكفيل بالدائن ، إذا كان هذا الكفيل ، وقت أن كفل الدين بعقد على حدة احتفظ لنفسه بحق التقسيم . فمسئولية الكفيل بعقد على حدة عن كل الدين إنما يقوم على قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس[2] ، واحتفاظ الدائن بحق التقسيم هو الدليل العكسى المطلوب . وفى هذه الحالة لا يجوز للدائن ، عند مطالبته هذا الكفيل ، إلا أن يطالبه بجزء من الدين طبقاً لما احتفظ به فى عقد الكفالة . أما سائر الكفلاء

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ١٧٦ ص ٢٨٥ وما بعدها .

(٢) ولا يقبل إثبات العكس هنا ، أى لا يقبل إثبات أن الكفيل احتفظ لنفسه بحق التقسيم ، إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها ، شأن عقد الكفالة لا يجوز إثباته إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها (سليمان مرقس فقرة ٩٨ ص ١١٣) .

الدين لم يحتفظوا بحق التقسيم ، فتبقى قرينة مسئوليتهم عن كل الدين قائمة بالنسبة إليهم ، وإذا طالب الدائن أحدهم جاز له أن يطالبه بكل الدين ، فإذا دفع الكفيل كل الدين للدائن ، جاز له الرجوع على سائر الكفلاء ، ويدخل فيهم الكفيل الذى احتفظ لنفسه بحق التقسيم ، كل بقدر حصته فى الدين ، وذلك بدعوى الحلول . ويجوز أن يحتفظ كل كفيل كفل الدين بعقد على حدة لنفسه بحق التقسيم ، وعند ذلك ينقسم الدين على جميع الكفلاء كما فى الفرض السابق ، ويحل احتفاظ كل منهم بحق التقسيم محل كفالتهم للدين بعقد واحد . وفى هذه الحالة لا يستطيع الدائن أن يطالب أى كفيل إلا بجزء من الدين ، طبقاً لما احتفظ به الكفيل من حق التقسيم لنفسه .

٤٣ — الدفوع التى يدفع بها الكفيل رجوع الدائن عليه : وعند ما يحل الدين ويريد الدائن الرجوع على الكفيل بما يجوز له الرجوع به عليه[1] ، يجوز للكفيل أن يدفع رجوع الدائن عليه بدفوع مختلفة :

له أولا أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا (م ١/٧٨٨ مدنى) .

وله ثانياً أن يتمسك بالدفوع التى يجوز للمدين أن يحتج بها ، لأن التزامه تابع لالتزام المدين (م ٧٨٢ مدنى) .

وله ثالثاً أن يدفع بدفوع خاصة به ، وهى دفوع خاصة بالتزامه ككفيل ودفوع خاصة بالكفالة ذاتها .

وله رابعاً وأخيراً ، إذا أراد الدائن التنفيذ على أمواله ، أن يدفع بالتجريد (م ٢/٧٨٨ — ٧٩١ مدنى)[2] .

ونبحث فيما يلى كلا من هذه الدفوع .

٤٤ — الدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا — فى القانون : تنص الفقرة الأولى من المادة ٧٨٨ مدنى على ما يأتى :

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٩ — فقرة ٤٢ .

(٢) انظر فى تأثر القانون الفرنسى ، لا فى حق التقسيم فحسب ، بل أيضاً هو والقانون المصرى ، فى وجوب رجوع الدائن أولا على المدين وفى حق التجريد بالقانون الرومانى وإجراءاته الشكلية : كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٤٠١ ص ٨٩٥ .

« لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين »[١] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٤٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « لا يجبر الكفيل على الوفاء للدائن إلا إذا لم يوفه المدين . ويجب أن يرجع الدائن أولا على المدين ، إلا إذا تنازل الكفيل عن حق التجريد أو التزم متضامناً مع المدين ، فيخضع التزامه فى هذه الحالة لقواعد الخاصة بالتضامن » . وفى لجنة المراجعة تقرر أن يكون النص من شقين ، الأول يتناول الرجوع والثانى يتناول التنفيذ ، لأن نص المشروع يخلط بينهما خلطا تتداخل فيه أحكام الأمرين . وبالنسبة إلى الشق الأول رأت اللجنة أن يمنع النص الدائن من الرجوع على الكفيل البسيط وحده إلا بعد رجوعه على المدين ، وجعلت الحكم فى الشق الثانى خاصاً بالتنفيذ فمنعت الدائن من التنفيذ على الكفيل إلا بعد تجريده المدين . ثم أضافت للحكمين حكما ثالثاً مفاده تمسك الكفيل بحقه فى الصورتين بحيث لو رفع دعوى عليه وحده ولم يتمسك بحكم الشق الأول جاز الحكم عليه وبالمثل فى حالة التنفيذ . وأصبح الشق الأول مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد تحت رقم ٨٥٦ / ١ فى المشروع النهائى ، وأضيفت فقرة ثالثة تجرى على الوجه الآتى : « يجب على الكفيل فى الحالتين أن يتمسك بهذا الحق » . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٨٥٥ / ١ . وفى لجنة مجلس الشيوخ أدمجت الفقرة الثالثة فى الفقرة الثانية فصار مقصوراً حكمها على حق التجريد ، ولم تعدل الفقرة الأولى وأصبح رقمها ٧٨٨ / ١ . ووافق مجلس الشيوخ على ما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٣ — ص ٤٩٩) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٥٠٢ / ٦١٢ : للكفيل الغير متضامن الحق إذا لم يتركه فى إلزام رب الدين بمطالبة المدين بالوفاء ، إذا كان الظاهر أن أمواله الجائز حجزها تفى بأداء الدين بتمامه . وحينئذ فللمحكمة النظر والحكم فى إيقاف المطالبة الحالة للكفيل إيقافاً مؤقتاً ، مع عدم الإخلال بالإجراءات التحفظية .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى ٧٥٤ / ١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى ٧٩٧ / ١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٢١ : ١ — يفرض فى الكفالة أنها انعقدت معلقة على شرط عدم وفاء المدين بالدين ، ما لم يكن الكفيل قد نزل عن هذا الشرط أو كان متضامنا مع المدين . ٢ — فإذا طولب الكفيل أولا ، جاز له عند الإجراءات الأولى التى توجه ضده أن يطالب الدائن باستيفاء دينه من أموال المدين واتخاذ الإجراءات ضده إذا ظهر أن أمواله القابلة للحجز تكفى لوفاء الدين بأكمله ، وتقدر المحكمة ما إذا كان هناك محل لوقف الإجراءات مؤقتا ضد الكفيل حتى يتم الاستيفاء .

م ١٠٢٢ : ١ — إذا طلب الكفيل استيفاء الدائن دينه من أموال المدين ، وجب عليه أن يدل الدائن على هذه الأموال وأن يقدم له مبلغا يكفى للوفاء بتكاليف الإجراءات ٢ — ولا عبرة =