ونخلص من هذا النص أنه إذا بدأ الدائن بالرجوع على الكفيل وحده ، فللكفيل أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب رجوعه أولا على المدين . والذى يقع فى العمل أن الدائن لا يبدأ بالرجوع على الكفيل وحده . وكذلك لا يبدأ بالرجوع على المدين وحده . وإنما يرجع عليهما معاً فى وقت واحد ويظل لهما بوفاء الدين ، المدين باعتباره مديناً أصلياً والكفيل باعتباره كفيلا . وفى هذه الحالة لا محل للدفع بوجوب الرجوع على المدين أولا ، فقد رجع الدائن على المدين والكفيل فى وقت واحد .

ولكن قد يقع أن الدائن يتعجل . وقبل أن يتثبت من جدوى الرجوع على المدين يتركه ويرجع على الكفيل وحده . فى هذه الحالة يكون للكفيل الحق فى دفع رجوع الدائن عليه بوجوب رجوعه أولا على المدين . طبقاً لنص المادة ١/٧٨٨ مدنى سالفة الذكر . ولم يكن فى التقنين المدنى السابق نص يماثل هذا النص . كما لا يوجد فى التقنين المدنى الفرنسى نص مثله .

= بالأموال التى يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال خارج الأراضى العراقية ، أو كانت أموالا متنازعا فيها .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٧٢ : يحق للكفيل أن يطلب من الدائن فى بدء المحاكمة وقبل كل دفاع فى الأساس أن يدعى أولا المديون الأصلى فى أمواله المنقولة وغير المنقولة ، وأن يعين له منها ما يصح منه التنفيذ على شرط أن يكون موقعها فى المناطق الخاضعة لصلاحية محاكم الدول المشمولة بالانتداب الفرنسى – وفى هذه الحالة تقف مداعاة الكفيل إلى أن يتم التقاضى فى أموال المدين ، ولكن ذلك لا يمنع الترخيص للدائن فى اتخاذ الوسائل الاحتياطية فى حق الكفيل . وإذا كان الدائن رهن أرض فى الحبس على بعض أموال المديون المنقولة ، وجب عليه استيفاء دينه منه ، إلا إذا كان هذا المال موضوعاً لتأمين موجبات أخر على المديون وكان غير كاف لإيفائها جميعا .

م ١٠٧٣ : لا يجوز للكفيل أن يتشبث بتقديم مداعاة المديون الأصلى : أولا – إذا كان قد عدل صراحة عن هذا الحق ، ولا سيما إذا كان قد التزم الموجب بالتضامن مع المديون الأصلى . ثانياً – إذا أصبح المديون الأصلى فى حالة إعسار مشهود أو أعلن بحجز . ثالثاً إذا كانت الأموال التى تصح فيها المداعاة موضوعاً للنزاع أو مرهونة تأميناً لديون تستغرق قسما كبيراً من قيمتها أو كانت غير كافية بوجه واضح لإيفاء الدائن ، أو إذا لم يعد للمديون على هذه الأموال إلا حق قابل للإلغاء .

م ١٠٧٤ : إن الكفيل الذى يتشبث بتقديم مداعاة المديون يجب عليه أن يعين للدائن أموال المديون الأصلى ، وأن يتكفل بالمصاريف اللازمة للتنفيذ .

ولذلك جرى العمل فى ظل التقنين المدنى السابق ، كما هو الأمر فى التقنين المدنى الفرنسى ، أن الدائن يطالب الكفيل أولا دون حاجة إلى مطالبة المدين الأصلى أو التنبيه عليه بالوفاء أو حتى إعذاره ، وهذا من أثر الفكرة القديمة التى كانت فى أوائل عهود القانون الرومانى من تشبيه الكفيل بالمدين المتضامن ، ولكن الكفيل يكون له الحق فى هذه الحالة فى طلب تجريد المدين[1] .

أما الآن وقد وجد نص المادة ١/٧٨٨ فى التقنين المدنى المصرى الجديد ، فقد وجب على الدائن أن يرجع أولا على المدين ، وذلك قبل أن يرجع على الكفيل . فإن رجع على الكفيل أولا ، كان لهذا كما قدمنا أن يدفع رجوع الدائن بوجوب رجوعه أولا على المدين . ويبدو أن هذا الدفع يسبق الرجوع على المدين كان يختلط فى ظل التقنين المدنى السابق ، كما يختلط الآن فى ظل التقنين المدنى الفرنسى ، بالدفع بالتجريد الذى سيأتى بيانه . فكان الكفيل يدفع رجوع الدائن عليه أولا بالدفع بالتجريد . وكان عليه منذ مطالبة الدائن له أن يقوم بإرشاده إلى أموال للمدين تفى بالدين كله ، ولا ينتظر حتى يجئ دور التنفيذ على ماله . فلم يكن هناك إلا دفع واحد هو الدفع بالتجريد ، يدفع به الكفيل مطالبة الدائن إياه إذا بدأ هذا بمطالبته . فإذا فات الكفيل أن يدفع مطالبة الدائن إياه بالدفع بالتجريد ، وحصل الدائن على حكم قابل للتنفيذ ضد الكفيل وشرع الدائن بالتنفيذ على أموال الكفيل ، فقد كان لهذا الأخير أن يتدارك ما فاته عند مطالبة الدائن إياه بالدين ، ويدفع بالتجريد

---

(١) بودرى وفال فقرة ١٠٢٣ – بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٤ – ص ٩٨٥ – وقد قضى فى مصر ، فى ظل التقنين المدنى السابق ، بأن الكفيل ، متى كان غير متضامن ، الحق فى إلزام الدائن بمطالبة المدين بالوفاء ، وعليه فى هذه الحالة أن يثبت أن المدين الأصلى يمتلك أموالا يجوز حجزها تفى بأداء الدين بتمامه (استئناف وطنى ٤ مايو سنة ١٨٩٤ – الحقوق ٩ ص ٣٦٣ – ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ٢١٣ – ٢ يونيه سنة ١٩٠٤ الحقوق ١٩ ص ١٦٩ – ٨ مارس سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٠ ص ١٧٨) – استئناف أسيوط ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٣٣٥ ص ٥١١ – استئناف مصر ١١ فبراير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٠ ص ٨١ (لا يلزم الدائن بإدخال المدين الأصلى إلا إذا طلب الكفيل غير المتضامن ذلك عند اتخاذ الإجراءات ضده ، فإذا سكت عن التمسك بهذا الحق فسكوته دليل على تنازله عن التمسك بحق الرجوع على المدين الممنوح بقوة القانون بمقتضى المادة ٥٠٢ مدنى) .

متمسكاً بأنه لا يجوز التنفيذ على ماله إلا بعد تجريد المدين . ولكن الدفع بالتجريد هو هو ، بنفس شروطه وآثاره ، سواء دفع به من مبدأ الأمر عند مطالبة الدائن للكفيل ، أو دفع به بعد ذلك عند تنفيذ الدائن على مال الكفيل[1] . ولكن صياغة التقنين المدنى الجديد ميزت بين الدفع فى مبدأ الأمر عند مطالبة الدائن للكفيل ، فسمته الدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا (م ١/٧٨٨ مدنى) ، والدفع عند تنفيذ الدائن على مال الكفيل أولا ، فسمته وحده دون الدفع الأول بالدفع بالتجريد (م ٢/٧٨٨ مدنى) . فهناك إذن فى التقنين المدنى الجديد دفعان متميزان أحدهما عن الآخر . الدفع برجوع الدائن على المدين أولا والدفع بالتجريد . وأصبح هذا التميز قائماً فى التقنين المدنى الجديد ، ولم يقتصر الأمر على مجرد التسمية ، بل تعداه إلى الشروط . فشروط الدفع بالتجريد بقيت كما هى ، أما شروط الدفع برجوع الدائن على المدين أولا فتختلف عن شروط الدفع بالتجريد كما سنرى . ولم يكن هذا التميز قائماً فى المشروع التمهيدى ، فقد كان هذا المشروع يخلط بين الدفعين ويسميهما معاً بالدفع بالتجريد[2] . ولما كان العمل قد جرى فى ظل التقنين المدنى السابق على رجوع الدائن على كل من المدين والكفيل فى نفس الوقت للحصول على حكم بإلزامهما معاً بالوفاء ، فإذا حصل الدائن على هذا الحكم

---

(١) استئناف مختلط ٢٩ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٨٣ — ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٦٠ — ٢٨ يناير ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٦ — ٢٥ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٣٧ — ١٦ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٥٧ — ٢٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٠٧ — ١٠ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤١٧ — ١١ يونيه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٩٩ — ١٦ يونيه سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٨٨ .

(٢) فكانت المادة ١١٤٤ من هذا المشروع تنص على أنه « 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 للقواعد الخاصة بالتضامن » . وكانت المادة ١١٤٤ مكررة من المشروع تنص على أنه « إذا طلب الكفيل التجريد ، وجب عليه أن يدل الدائن على أموال المدين ، وأن يقدم له المبالغ الكافية للقيام بالتجريد » . وكانت المادة ١١٤٥ من المشروع تنص على أنه « لا يلزم الدائن بتجريد المدين إلا إذا طلب الكفيل ذلك عند الإجراءات الأولى التى توجه ضده » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٤ وص ٥٠٠) .

بدأ بالتنفيذ ضد المدين ولا يرجع على الكفيل إلا إذا كانت أموال المدين لا تفى بالدين ، فقد ميزت لجنة المراجعة بين الرجوع والتنفيذ ، ورأت أن يكون نص المادة ٧٨٨ مدنى « من شقين » ، الأول يتناول الرجوع والثانى يتناول التنفيذ ، لأن نص المشروع (التمهيدى) يخلط بينهما خلطاً تتداخل فيه أحكام الأمرين . وبالنسبة للشق الأول رأت 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 حكماً ثالثاً مفاده تمسك الكفيل بحقه فى الصورتين ، بحيث لو رفعت دعوى عليه وحده ولم يتمسك بحكم الشق الأول جاز الحكم عليه ، وبالمثل فى حالة التنفيذ . وأصبح النص كما يأتى :

١ ــ لايجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين .

٢ ــ لا يجوز أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله .

٣ ــ يجب على الكفيل فى الحالتين أن يتمسك بهذا الحق »[1] . وبذلك أصبح هناك دفعان ، دفع بوجوب الرجوع أولا على المدين ويبدى عند مطالبة الدائن للكفيل ، ودفع بالتجريد ويبدى عند التنفيذ على مال الكفيل . وزاد هذا التمييز وضوحاً عند مناقشة النص فى لجنة مجلس الشيوخ ، تحت الاعتقاد أن هذا التمييز كان قائماً فى ظل التقنين المدنى السابق ، إذ ورد فى مناقشات هذه اللجنة ما يأتى : « وبعد مراجعة القانون القائم (السابق) . . . تبين أن سقوط حق الكفيل فى التمسك بالتجريد يكون عند التنفيذ فقط ، وليس عند رفع الدعوى. ولذا رأت اللجنة إدماج الفقرتين الثانية والثالثة فى فقرة واحدة ، حتى يكون حكم السقوط قاصراً على التنفيذ فقط . وقد اقتضى هذا تعديل الفقرة الثالثة التى أدمجت فى الفقرة الثانية ، بحيث يصدق حكمها على حالة التنفيذ فقط . وقد أصبح نص الفقرة الثانية كالآتى : « ولا يجوز أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله ، ويجب على الكفيل فى هذه الحالة التمسك بهذا الحق »[2] . وهكذا أصبح التقنين المدنى الجديد

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٧ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٨ ــ ص ٤٩٩.

يميز بين الدفع برجوع الدائن على المدين أولا وبين الدفع بالتجريد ، ولا يجعلهما دفعاً واحداً . ويجعل شروط الدفع الأول تختلف عن شروط الدفع الثانى . وليس لنا إلا أن نجارى المشرع فيما ذهب إليه من هذا التميز ، ونبحث الدفع برجوع الدائن على المدين أولا مستقلا عن الدفع بالتجريد ، ونقصر الدفع بالتجريد على حالة التنفيذ على مال الكفيل قبل مال المدين .

فنبحث فيما يتعلق بالدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا . نبحث شروط هذا الدفع وما يترتب عليه من أثر .

أما شروط الدفع فثلاثة : (الشرط الأول) بالإضافة إلى أن الكفيل لا يكون متضامناً مع الأصيل كما هو المفروض[1] . يجب أيضاً ألا يكون الكفيل قد نزل عن حقه فى رجوع الدائن على المدين أولا قبل أن يرجع عليه . فإن هذا حق قد تقرر لمصلحته فله أن ينزل عنه صراحة أو ضمناً ، فى عقد الكفالة أو بعد ذلك[2] . (الشرط الثانى) أن يكون رجوع الدائن على المدين ذا فائدة . فإذا كان المدين معسراً . أو ظاهر العجز عن الوفاء بالدين بأن لم تكن له أموال ظاهرة يمكن التنفيذ عليها ، فلا فائدة من تمسك الكفيل بحقه ولا مصلحة له فى ذلك . وعبء الإثبات هنا يقع على الدائن لا على الكفيل ، فعلى الدائن أن يثبت أن المدين معسر أو ظاهر العجز عن الوفاء بالدين ، وهذا بخلاف الدفع بالتجريد فسنرى أن عبء إثبات وجود أموال للمدين يمكن التنفيذ عليها يقع على الكفيل . وخلافاً للدفع

---

(١) وكما يتبين من الأعمال التحضيرية ، فقد ورد فى لجنة المراجعة ما يأتى : « وبالنسبة للشق الأول ، رأت أن يمنع النص الدائن من الرجوع على الكفيل البسيط وحده إلا بعد رجوعه على المدين . . . » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٧) . وقد ورد نص صريح فى ذلك بالنسبة إلى كفيل الكفيل ، وهو بالنسبة إلى الكفيل فى مركز الكفيل بالنسبة إلى المدين ، فنصت المادة ٧٩٧ ما فى على ما يأتى : « تجوز كفالة الكفيل . وفى هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل ، إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل » (عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٧٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٩ ص ٥١) .

(٢) ويذهب بعض الفقهاء إلى أن النزول لا يكون إلا صريحاً (سليمان مرقس فقرة ٦٥ ص ٧٠) . ولكن ما دام لا يوجد نص يشترط أن يكون النزول صريحاً ، فإنه لا يوجد مانع من أن يكون النزول ضمنا (منصور مصطفى منصور فقرة ٢٩ ص ٥٧) .

بالتجريد أيضاً ، لا يلزم لتوافر هذا الشرط الثانى أن يكون عند المدين أموال كافية للوفاء بكل الدّين ، بل يكفى أن يكون عنده أموال تفى ببعض الدين ، فيرجع الدائن على هذه الأموال ثم يستوفى بقية الدين من الكفيل[١] . وفى الدفع بالتجريد تقضى المادة ١/٧٨٩ مدنى ، كما سنرى ، أنه يجب على الكفيل أن يرشد الدائن « إلى أموال للمدين تفى بالدين كله » . (الشرط الثالث) أن يتمسك الكفيل بالدفع . ويجوز للكفيل أن يتمسك بالدفع فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف . وذلك بأن الدفع هو دفع بعدم قبول الدعوى ، والدفع بعدم قبول الدعوى يجوز التمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى[٢] . ولكن لابد من أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع فلا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . وما دام الكفيل يجوز له النزول عن الدفع كما قدمنا ، فسكوته عنه قد يحمل على أنه أراد النزول ، فإذا لم يكن قد نزل وجب عليه أن يتمسك به ولا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . والذى أوجد الشبهة فى هذه المسألة أن الفقرة الأولى من المادة ٧٨٨ مدنى الخاصة بهذا الدفع لا تصرح بوجوب أن يتمسك به الكفيل ، أما الفقرة الثانية من نفس المادة وهى الخاصة بالدفع بالتجريد فتصرح بوجوب تمسك الكفيل بالدفع . ففهم بعض الفقهاء[٣] من ذلك ، بمفهوم المخالفة ، أنه ليس من الواجب على الكفيل التمسك بهذا الدفع بل يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، خلافاً للدفع بالتجريد . ولكن الرجوع إلى الأعمال التحضيرية يبين أن هذا لم يكن مقصوداً ، بل على العكس من ذلك كانت

---

(١) وقد جاء فى مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدقى فى هذا الخصوص أن أحد أعضاء هذه اللجنة رأى جواز تمسك الكفيل بالدفع إذا كانت أموال المدين الحائز الحجز عليها تفى بجزء من الدين ، فانضمت إليه أغلبية الأعضاء . ورأت اللجنة حذف عبارة « فى بأداء الدين بتمامه » لأن هذا أصلح للكفيل من جهة ، ومن جهة أخرى لن يلحق بالدائن أى ضرر إذ أنه يستوفى بقية الدين من الكفيل . انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٤ – ص ٤٩٦ فى الهامش .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٧٧ ص ١٢٥ – محمد على إمام فقرة ٥٨ ص ٩٤ – جمال الدين زكى فقرة ٤٩ ص ٩٩ – سليمان مرقس فقرة ٦٤ ص ٦٧ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٩ ص ٥٥ .

(٣) سليمان مرقس فقرة ٦٤ ص ٦٨ .

لجنة المراجعة قد أضافت فقرة توجب فيها فى هذا الدفع وفى الدفع بالتجريد معاً أن يتمسك الكفيل بالدفع ، وكانت هذه الفقرة تجرى على الوجه الآتى : « يجب على الكفيل فى الحالتين أن يتمسك بهذا الحق » . وكان من الخير إبقاء هذه الفقرة . ولكن لجنة مجلس الشيوخ أدمجتها بالفقرة التى قبلها فجعلتها لا تتصرف فى الظاهر إلا إلى الدفع بالتجريد . إذ جرت بما يأتى : « ولايجوز له (للدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله ، ويجب على الكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق » . ولم تقصد لجنة مجلس الشيوخ أن تنفى ، عن الدفع الذى نحن بصدده وجوب تمسك الكفيل به كما يتمسك بالدفع بالتجريد ، بل كل ما قصدته إدماج الفقرة الثالثة فى الفقرة الثانية دون تغيير فى الحكم الخاص بوجوب تمسك الكفيل بكل من الدفعين ، وقد جاء فى تقريرها فى هذا الخصوص : « أدمجت اللجنة الفقرة الثالثة من هذه المادة فى الفقرة الثانية مع تعديل لفظى طفيف لا يمس جوهر الحكم »[1] . لذلك يجب القول بأن الكفيل ، كما يجب عليه التمسك بالدفع بالتجريد ، يجب عليه أيضاً التمسك بالدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا[2] .

ويترتب على التمسك بالدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا ، إذا استوفى هذا الدفع الشروط الثلاثة السابق بيانها ، أن يقضى بعدم قبول الدعوى التى رفعها الدائن على الكفيل وحده . ويجب عندئذ على الدائن ، إذا لم يرفع الدعوى على كل من المدين والكفيل فى وقت واحد فتكون مقبولة كما قدمنا ، أن يرجع على المدين أولا يطالبه قضائياً بوفاء الدين . فلا يكفى إذن إعذار المدين بالوفاء ، بل تجب المطالبة القضائية . ويحل محل المطالبة القضائية التنبيه بالوفاء (commandement) ، إذا كان لدى الدائن سند رسمى قابل للتنفيذ ضد المدين . كذلك يحل محل المطالبة القضائية ، إذا كان

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٩ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٧٧ – محمد على إمام فقرة ٥٨ ص ٩٤ – جمال الدين زكى فقرة ٤٩ ص ٩٩ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٩ ص ٥٧ – ص ٥٨ .

المدين قد أفلس فامتنع على الدائن اتخاذ إجراءات فردية ضده ، أن يتقدم الدائن بحقه فى التفليسة ، وهذا يعتبر رجوعاً على المدين[١] .

٤٥ — تمسك الكفيل بالدفوع التى يحتج بها المدين — نص قانونى : تنص المادة ٧٨٢ مدنى على ما يأتى :

« ١ — يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين » .

« ٢ — على أنه إذا كان الوجه الذى يحتج به المدين هو نقص أهليته ، وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد ، فليس له أن يحتج بهذا الوجه »[٢].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٧٦ ص ١٣٠ — محمد على إمام فقرة ٥٦ ص ٩٢ — جلال الدين زكى فقرة ٤٩ ص ٩٨ — منصور مصطفى منصور فقرة ٢٩ ص ٥٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٥٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين ما عدا الأوجه المتصلة بشخصه خاصة ، وذلك مع مراعاة ما ورد بالمادة ١١٣٥ » . ووافقت لجنة المراجعة على هذا النص ، وأصبح رقمه ٨٥١ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب ، عدل النص فأصبح مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد تحت رقم ٨٤٩ . وقالت اللجنة فى سبب هذا التعديل ما يأتى : « التعديل من شأنه ألا يقيد من إطلاق العبارة التى وردت فى آخر النص الأصلى وحذفت عند التعديل ، وهى : ما عدا الأوجه المتصلة بشخصه خاصة ؛ فإن المقصود بهذه العبارة هو نقص الأهلية ، ولكن عدم احتجاج الكفيل بنقص أهلية المدين ينبغى ألا يكون مطلقا ، وينبغى أن نميز بين ما إذا كان الكفيل يعلم بنقص أهلية المدين فلا يجوز له فى هذه الحالة أن يحتج بذلك ، وبين ما إذا كان لا يعلم بنقص الأهلية فينبغى أن يكون له الحق فى الاحتجاج بذلك وفقا للقواعد العامة » . ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته لجنته . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٨٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٦٧ — ص ٤٦٩) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٥٠٩ / ٦٢٢ : « يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج المدين بها ما عدا الأوجه الخاصة بشخصه .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٤٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٩١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٧٧ : يحق للكفيل أن يدلى بجميع أسباب الدفع —

ويخلص من هذا النص أن الأصل . كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى[1] ، أن « التزام الكفيل تابع للالتزام الأصلى . وهو يبطل كلما بطل هذا الالتزام . كما أنه ينقضى بمجرد انقضائه . على أن المشروع يتحفظ بالنسبة للحكم الوارد بالمادة ١١٣٥ الخاص بكفالة التزام ناقص الأهلية إذا كان الكفيل يعلم بنقص الأهلية ، فإنه استثناءاً لا يجوز للكفيل فى هذه الحالة التمسك ببطلان الالتزام الأصلى » .

فالتزام الكفيل ، وهو تابع لالتزام المدين ، يكون باطلا أو قابلا للإبطال إذا كان التزام المدين باطلا أو قابلا للإبطال ، فيما عدا أن يكون التزام المدين قابلا للإبطال لنقص الأهلية ففيه تفصيل كما سيأتى . وإذا انقضى التزام المدين ، انقضى معه التزام الكفيل . ولما كان المدين يستطيع أن يحتج بأوجه الدفع هذه وبأن التزامه باطل أو قابل للإبطال أو بأن التزامه قد انقضى لسبب من أسباب انقضاء الالتزام ، كذلك للكفيل أن يتمسك بأوجه الدفع الذى يستطيع المدين أن يحتج بها من بطلان أو قابلية للإبطال أو انقضاء . ولا يتمسك الكفيل بأوجه الدفع هذه ضد التزام المدين . بل ضد التزامه هو ، فإن التزامه يكون هو أيضاً باطلا أو قابلا للإبطال أو منقضياً تبعاً لالتزام المدين . فهو إذن يتمسك بأوجه الدفع هذه باسمه هو لا باسم المدين ، ويتمسك بها ضد التزامه هو لا ضد التزام المدين . ويترتب على ذلك أن للكفيل أن يتمسك بوجه من هذه الأوجه ضد التزامه هو ، ولو نزل المدين عن هذا الدفع فإنه إنما ينزل عن الدفع بالنسبة إلى التزامه كمدين ، ويبقى أن يتمسك الكفيل بالدفع الذى نزل عنه المدين إذ يتمسك به ضد التزامه هو ككفيل ، لا ضد التزام المدين فقد نزل هذا عن الدفع كما سبق القول . فإذ انزل المدين عن حقه فى إبطال العقد لعيب من عيوب الرضاء وأجاز العقد ، فإن هذا

= المختصة بالمديون الأصلى شخصية كانت أو عينية ، ومن جملتها الأسباب المبنية على عدم أهلية المديون الأصلى — ويكون له هذا الحق بالرغم من معارضة المديون الأصلى أو عدوله عن تلك الأسباب ، وله كذلك حق الإدلاء بأسباب الدفع المختصة بشخص المديون دون سواه كإسقاط للدين الذى تم لشخص المديون .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٦٨ .

لا يمنع الكفيل من أن يتمسك بهذا العيب ضد التزامه هو ككفيل . وإذا نزل المدين عن حقه فى التمسك بالتقادم ، فإن هذا لا يمنع الكفيل من أن يتمسك بالتقادم ضد التزامه هو ككفيل[١] . ويترتب على ذلك أيضاً أن الكفيل له أن يتدخل فى الدعوى القائمة بين الدائن والمدين ويطلب براءة ذمته من التزامه هو متمسكاً بدفع من هذه الدفوع . بل له أن يتمسك بهذا الدفع بدعوى مبتدأة يرفعها على الدائن[٢] .

ونستعرض أوجه الدفع الذى يتمسك بها الكفيل ، فى هذا الصدد . فنتكلم فى الدفع بالبطلان وفى الدفع بالإبطال وفى الدفع بالانقضاء .

فإذا كان التزام المدين باطلا لعيب فى الشكل أو لانعدام الرضاء أو لعدم توافر شروط المحل أو لعدم مشروعية السبب ، أو لأى سبب آخر من أسباب بطلان الالتزام ، كان التزام الكفيل باطلا مثله ولنفس السبب . وللكفيل أن يتمسك ببطلان التزامه ، كما للمدين أن يتمسك هو أيضاً ببطلان التزامه .

وللكفيل أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة ، لأن عقد المدين قابل للإبطال لعيب فى الرضاء ، كأن شابه غلط أو تدليس أو إكراه مما يجعل العقد قابلا للإبطال . ويبقى للكفيل الحق فى طلب إبطال عقد الكفالة لعيب فى الرضاء ، ولو أجاز المدين العقد الأصلى فأصبح لا يستطيع التمسك بإبطال هذا العقد . أما إذا كان السبب فى إبطال العقد الأصلى هو نقص أهلية المدين ، بأن كان هذا قاصراً أو محجوراً عليه ، فهنا يجب التمييز بين ما إذا كان الكفيل لا يعلم بنقص أهلية المدين أو كان يعلم بها . فإن كان الكفيل لا يعلم بنقص أهلية المدين ، كان له أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة كما يكون للمدين أن يتمسك بإبطال العقد الأصلى لنقص الأهلية . ويستوى فى ذلك أن يجاز العقد الأصلى أو لا يجاز ، ففى الحالتين يكون للكفيل أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة . أما إذا كان الكفيل عالماً بنقص أهلية المدين ، فله أيضاً أن يبطل عقد الكفالة . لكن إذا أجاز المدين عند زوال نقص الأهلية ، أو أجاز وليه أو وصيه أو

---

(١) منصور مصطفى منصور فقرة ٣٣ ص ٦٤ .

(٢) منصور مصطفى منصور فقرة ٣٣ ص ٦٤ .

القيم عليه بإذن المحكمة عند الاقتضاء ، العقد الأصلى ، فنى رأينا أن الكفيل لا يستطيع أن يبطل عقد الكفالة ما دام العقد الأصلى قد أجيز . فإذا كان الكفيل ليس فحسب عالما بنقص الأهلية ، بل هو قد كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته ، فإنه لا يستطيع أن يبطل عقد الكفالة حتى لو تمسك المدين بنقص أهليته وأبطل العقد الأصلى . ذلك بأن الكفيل إنما كفل المدين بسبب نقص أهليته ، فإذا تمسك المدين بنقص الأهلية ، وأبطل العقد الأصلى ، أصبح الكفيل مدينا أصليا وصار مسئولا عن الدين نحو الدائن ، وهو إنما تعاقد مع الدائن ناظرا لهذا الاحتمال[١] .

وللكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه ككفيل ، تبعا لانقضاء التزام المدين[٢] .

---

(١) انظر ما قدمناه آنفا فى هذا الصدد فقرة ٢١ – وهناك آراء ثلاثة فى هذه المسألة :

الرأى الأول ، وعليه أكثر الفقهاء المصريين ، يذهب إلى أن المادة ٢/٧٨٢ مدنى يجب أن تفهم بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية ، على معنى أن الكفيل كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته ، ولذلك ليس له أن يحتج بنقص الأهلية على الدائن . أما الكفيل الذى يقتصر على العلم بنقص أهلية المدين دون أن تكون الكفالة بسبب نقص الأهلية ، فإنه يجوز له أن يتمسك بنقص الأهلية حتى لو أجاز المدين عقد الدين الأصلى .

والرأى الثانى (منصور مصطفى منصور فقرة ٣٤ ص ٦٥ – ص ٦٦) يذهب إلى أن الكفيل الذى يقتصر على العلم بنقص أهلية المدين ، دون أن يكفله بسبب نقص أهليته ، يبقى التزامه قائما ما دام التزام المدين ناقص الأهلية قائما ولم يطلب المدين إبطاله . أما إذا أبطله ، فإنه يزول ويزول معه التزام الكفيل .

والرأى الثالث (وهو الرأى الذى نقول به) يذهب إلى أن الكفيل الذى يقتصر على العلم بنقص أهلية المدين دون أن يكفله بسبب نقص أهليته ، يجوز له أن يحتج بنقص الأهلية حتى لو لم يطلب المدين إبطال العقد وبقى التزامه قائما ولكنه لم يجز العقد . ولا يمتنع عليه الاحتجاج بنقص الأهلية ، إلا إذا أجاز المدين العقد الأصلى وصار هذا العقد غير قابل للإبطال . ويظهر الفرق بين الرأى الثانى والرأى الثالث فى الفرض الآتى : إذا لم يبطل المدين العقد لنقص الأهلية ولكن لم يجزه فبقى العقد قابلا للإبطال ، فالرأى الثانى يذهب إلى أن الكفيل لا يستطيع أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة لأن التزام المدين لا يزال قائما ، أما الرأى الثالث فيذهب إلى أن الكفيل يستطيع أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة لأن المدين يستطيع أن يتمسك بإبطال عقد الدين الأصلى وإن كان لم يتمسك بإبطاله . والرأى الثالث يفسر المادة ٢/٧٨٢ مدنى كما يفسرها الرأى الأول على الوجه الآتى : إن الكفيل قد كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته ، ولذلك ليس له أن يحتج بنقص الأهلية ولو تمسك المدين الأصلى بذلك .

(٢) أما إذا لم ينقض التزام المدين ، بل بقى قائما ولو تغير شخص الدائن ، بأن حل =

فإذا انقضى التزام المدين بالوفاء ، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه هو أيضاً تبعاً لانقضاء التزام المدين . ويقوم العرض الحقيقي بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء إذا تلاه إيداع يتم وفقاً لأحكام تقنين المرافعات أو تلاه أي إجراء مماثل ، وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته(١) .

وإذا انقضى التزام المدين بالوفاء بمقابل ، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعاً لذلك (م ٣٣٩ مدني) ، حتى لو استحق الشيء الذي أعطي مقابلا للدين (م ٧٨٣ مدني) . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلي .

وإذا انقضى التزام المدين بالتجديد أو بالإنابة الكاملة ، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعاً لذلك ، إلا إذا رضي أن يكفل الالتزام الجديد .

أما الإنابة الناقصة فلا تبرئ ذمة المدين ، بل يقوم التزام المناب إلى جانب التزام المدين . ومن ثم لا يجوز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه ، بل يبقى كفيلا لالتزام المدين الذي يبقى دائماً كما سبق القول .

وإذا انقضى التزام المدين بالمقاصة بين دينه ودين له في ذمة الدائن ، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعاً لذلك . وله أن يتمسك بانقضاء التزامه حتى لو لم يتمسك المدين بالمقاصة ، بل حتى لو نزل المدين عن التمسك بالمقاصة .

= محله شخص آخر بعد أن وفاه هذا الشخص الآخر الدين أو حول الدائن حقه إلى محال له ، فإن التزام الكفيل لا ينقضي . بل يحل الموفى محل الدائن في الكفالة (٣٢٩ مدني) ، أو بتحول الحق بضماناته وصيغ الكفالة إلى المحال له (م ٣٠٧ مدني) . وإذا بقي الدين وتغير شخص المدين عن طريق حوالة الدين ، فإن الكفيل لابد أن يقبل كفالة المدين الجديد ، وإلا برئت ذمته (م ٣١٨ مدني) – انظر في ذلك منصور مصطفى منصور فقرة ٣٥ ص ٦٧ .

(١) وتنص المادة ١/٣٤٠ مدني على أنه « إذا عرض المدين الدين وأتبع العرض بإيداع أو بإجراء مماثل ، جاز له أن يرجع في هذا العرض ما دام الدائن لم يقبله ، أو ما دام لم يصدر حكم نهائي بصحته . وإذا رجع ، فلا تبرأ ذمة شركائه في الدين ولا ذمة الضامنين » . وعلى ذلك لا تبرأ ذمة الكفيل ، إذا رجع المدين في العرض على الوجه السالف الذكر . وتنص المادة ٢/٣٤٠ مدني : « وإذا رجع المدين في العرض بعد أن قبله الدائن ، أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، لم يكن لهذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات ، وتبرأ ذمة الشركاء في الدين وذمة الضامنين » . وعلى ذلك تبرأ ذمة الكفيل ، وإذا رجع الدين في العرض وقبل الدائن الرجوع على الوجه المبين في النص .

وإذا انقضى التزام المدين باتحاد الذمة ، كما لو ورث المدين الدائن أو أوصى الدائن للمدين بالدين ، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعاً لذلك ، ما لم يزل اتحاد الذمة بأثر رجعي كما إذا كانت الوصية معلقة على شرط فاسخ وتحقق الشرط .

وإذا انقضى التزام المدين بالإبراء ، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعاً لذلك . ولا يعتبر قبول الدائن الصلح من المدين المفلس إبراء له من جزء من الدين ، فيبقى الكفيل ضامناً لهذا الجزء .

وإذا انقضى التزام المدين باستحالة التنفيذ لسبب لا يد له فيه ، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعاً لذلك . أما إذا أصبح تنفيذ التزام المدين مستحيلا بخطأه ، فإنه يصبح مسئولا عن التعويض ، ويبقى الكفيل ضامناً لهذا التعويض .

وإذا انقضى التزام المدين بالتقادم دون أن يتقادم التزام الكفيل ، بأن كان هذا الالتزام الأخير مؤجلا مثلا لأجل أطول من أجل التزام المدين ، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه لا لأنه تقادم ، بل تبعاً لانقضاء التزام المدين بالتقادم . ويتمسك الكفيل بانقضاء التزامه على هذا النحو حتى لو لم يتمسك المدين بالتقادم ، بل حتى لو نزل عن التمسك به .

٤٦ — **الدفوع الخاصة بالكفيل** : وللكفيل ، فضلا عن الدفوع التي يجوز أن يحتج بها المدين ، دفوع خاصة به لا يشترك فيها المدين . وهذه الدفوع إما أن تكون متعلقة بعقد الكفالة ذاته ، أو أن تكون راجعة إلى مركز الكفيل باعتباره كفيلا .

فالدفوع المتعلقة بعقد الكفالة ذاته ترجع إلى بطلان هذا العقد أو قابليته للإبطال دون أن يكون العقد المنشئ لالتزام المدين باطلا أو قابلا للإبطال ، فيجوز للكفيل أن يتمسك ببطلان عقد الكفالة وحده أو بقابليته للإبطال . وقد ترجع إلى ما يرد على التزام الكفيل وحده من أوصاف لم تستمد من الالتزام الأصلي ، كعدم تحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ ، فيتمسك الكفيل بأن التزامه لم ينشأ لأنه كان معلقاً على شرط واقف ولم يتحقق

هذا الشرط ، أو بأن التزامه قد انفسخ لأنه كان معلقاً على شرط فاسخ وقد تحقق هذا الشرط . وقد ترجع إلى انقضاء التزام الكفيل بطريق أصلى دون أن ينقضى التزام المدين ، وسيأتى بيان ذلك عند الكلام فى انقضاء الكفالة ، فيتمسك الكفيل بانقضاء التزامه ولو لم ينقض التزام المدين .

والدفوع التى ترجع إلى مركز الكفيل باعتباره كفيلا ثلاثة : (١) الدفع ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه بخطأه من التأمينات (م ٧٨٤ مدنى) . (٢) الدفع ببراءة ذمة الكفيل لتأخر الدائن فى اتخاذ الإجراءات ضد المدين (م ٧٨٥ مدنى) . (٣) الدفع ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر بسبب عدم تقدم الدائن فى تفليسة المدين (م ٧٨٦ مدنى) . وسنبحث هذه الدفوع فى مكانها عند الكلام فى انقضاء الكفالة بطريق أصلى .

٤٧ — الدفع بالتجريد — نص قانونى : تنص المادة ٢/٧٨٨ مدنى على ما يأتى :

« ولا يجوز له (للدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله ، ويجب على الكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق[1] » .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٤٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « لا يلزم الدائن بتجريد المدين إلا إذا طلب الكفيل ذلك عند الإجراءات الأولى التى توجه ضده » . وفى لجنة المراجعة أدمجت هذه المادة بالمادة التى قبلها ، وجعل النص الموحد من شقين : الأول يتناول الرجوع والثانى يتناول التنفيذ ، لأن 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 خاصا بالتنفيذ فمنعت الدائن من التنفيذ على الكفيل إلا بعد تجريده المدين (انظر تاريخ نص المادة ١/٧٨٨ مدنى آنفا فقرة ٤٤ فى الهامش) . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٢/٨٥٥ . وفى لجنة مجلس الشيوخ قال رئيس اللجنة : « إنه ليس من العدل أن نحرم على الدائن التنفيذ على أموال الكفيل إذا وجد أن المدين يعمل على تهريب أمواله ، إذ يجب أن يكون له فى مثل هذه الحالة أن ينفذ على أموال الكفيل على أن يقف فى التنفيذ عند حد الحجز » . فأجيب « بأن للدائن فى مثل هذه الحالة أن يلجأ إلى الحجز مثلا كإجراء تحفظى ، ولكن معلوما أنه لا يجوز له بيع أموال الكفيل أو نزع ملكيتها إلا بعد تجريد المدين من أمواله » . وأثير اعتراض « على الفترة الثالثة التى تقضى بوجوب تمسك المدين بحق التجريد عند الرجوع عليه من الدائن أو عند ما يتخذ هذا الدائن ضده إجراءات تنفيذية . (وقيل) إنه يجب قصر التمسك بحق التجريد على التنفيذ » . وبعد مراجعة القانون القائم (السابق) « تبين أن سقوط حق الكفيل فى التمسك بالتجريد يكون =

وقد قدمنا[1] أن التقنين المدنى الجديد ميز بين الدفع برجوع الدائن على المدين أولا والدفع بالتجريد (bénéfice de discussion) وكان التقنين المدنى السابق يجعلهما دفعاً واحداً ويسميه الدفع بالتجريد . والدفع بالتجريد فى التقنين المدنى الجديد لا يكون إلا عند ما يحصل الدائن على سند قابل للتنفيذ من الكفيل ويشرع فى التنفيذ على أمواله ، فحينئذ يحق للكفيل أن يدفع بأنه لا يجوز التنفيذ عليه إلا بعد تجريد الدائن المدين من أمواله كما يقرر النص سالف الذكر .

= عند التنفيذ فقط ، وليس عند رفع الدعوى . ولذا رأت اللجنة إدماج الفقرتين الثانية والثالثة فى فقرة واحدة ، حتى يكون السقوط قاصراً على التنفيذ فقط . وقد اقتضى هذا تعديل الفقرة الثالثة التى أصبحت فى الفقرة الثانية بحيث يصدق حكمها على حالة التنفيذ فقط » . وأصبح نص الفقرة الثانية مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد تحت رقم ٧٨٨ / ٢ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٣ – ص ٤٩٩) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٦١٢/٥٠٣ : للكفيل غير المتضامن الحق إذا لم يتركه فى إلزام رب الدين بمطالبة المدين بالوفاء ، إذا كان الظاهر أن أمواله الحاضرة تفى بأداء الدين بتمامه . وحينئذ للمحكمة النظر والحكم فى إيقاف المطالبة الحاصلة للكفيل إيقافا مؤقتا ، مع عدم الإخلال بالإجراءات التحفظية . (ونص التقنين المدنى السابق يجعل الدفع بالتجريد يتناول أيضاً الدفع بمطالبة الدائن بالرجوع على المدين أولا) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٢/٧٥٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٢/٧٩٧ (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 قد تضامن 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 الوفاء بالدين بأكمله . وتقدر المحكمة ما إذا كان هناك محل لوقف الإجراءات موقتا ضد الكفيل حتى يتم الاستيفاء . (ونص التقنين العراقى يجعل الدفع بالتجريد يتناول أيضا مطالبة الدائن بالرجوع على المدين أولا) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى ١٠٧٢ – ١٠٧٤ (انظر آنفا فقرة ٤٤ فى الهامش حيث ذكرت نصوص هذه المواد . والقانون اللبنانى يجعل الدفع بالتجريد يتناول أيضا مطالبة الدائن بالرجوع على المدين أولا) .

(١) انظر آنفا فقرة ٤٤ .

والدفع بالتجريد ، بمعناه الواسع فيشمل الدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا ، مبنى على اعتبارات قائمة على العدالة . فقد كان الكفيل ، طبقاً لحرفية التزامه ، مسئولا عن الوفاء بالدين إذا لم يقم المدين بوفائه عند حلول أجله . إذ كان الكفيل يضمن للدائن الوفاء الأمين بالدين ، أى الوفاء عند حلول أجل الدين . ولكن القانون أتاح للكفيل هذا التأجيل ، عن طريق الدفع بالتجريد ، لأن الكفيل جدير بالرعاية . فهو يوفى ديناً ليس بدينه بل دين غيره ، ويريد بذلك عادة تقديم خدمة لهذا الغير بكفالته وتقوية ائتمانه . فيكون من العدل أن يتاح للكفيل أن يطلب من الدائن ، قبل أن يرجع هذا عليه ، أن يتأكد من استحالة تنفيذ المدين لالتزامه . ولا ضرر فى هذا على الدائن ، إذ هو سيستوفى حقه من الكفيل إذا لم يستوفه من المدين . ويمكن القول أيضاً إن هذه هى النية المفترضة للكفيل ، عند ما كفل المدين[1] .

والدفع بالتجريد بهذا المعنى الواسع مأخوذ عن القانون الرومانى ، فقد كان هذا القانون فى العهد الكلاسيكى يتيح للكفيل أن يطلب تجريد المدين ، إذا كان الكفيل لم يلتزم إلا بدفع ما لا يستطيع الدائن الحصول عليه من المدين

---

(١) بودرى وفال فقرة ١٠٢١ ص ٥٤٤ — وقد قضت محكمة النقض فى عهد التقنين المدنى السابق بأن الشارع قد وكل إلى المحكمة التى قدم إليها الكفيل دفعه بتجريد المدين أمر الفصل فيما إذا كان الظاهر من أموال المدين الجائز الحجز عليها يفى بأداء الدين بتمامه ، ثم الحكم بإيقاف المطالبة الحاصلة للكفيل إيقافا مؤقتا أو عدم إيقافها على حسب الأحوال ، مع عدم الإخلال بالإجراءات التحفظية ، فلارقابة لمحكمة النقض على ما تراه محكمة الموضوع فى ذلك . والكفيل غير المتضامن أن يتمسك فى أى وقت يكون مناسبا بالدفع بتجريد المدين ، وذلك ما لم يصدر منه قول أو فعل أو ترك يدل على تنازله على هذا الدفع . فإذا كان عليه أن يبين الدائن ما عساه يكون للمدين من مال جائز الحجز عليه لاستيفاء دينه منه ، وأن تقديمه لهذا البيان يكون على دفعة واحدة وعند البدء بالتنفيذ ، فإن له كذلك أن يبين ما يكون من آل للمدين بسبب جديد . وإذن فإذا كان الكفيل . . . لما جد للمدين ميراث ، بادر أيضا إلى إعلان الدائن بأن مدينه قد ورث ما يمكنه أن يستد بدينه منه بغير رجوع عليه ، فإنه لا يصح اعتباره متوانيا فى الدفع بتجريد المدين من هذا الملك الجديد الذى آل إليه ولا تاركا له ، استدلالا إنه فاته أن يبديه عند البدء بالتنفيذ . ولذلك لا تكون المحكمة مخطئة فى تطبيق القانون ، إذا هى بحثت فى قيام هذا الملك وإمكان استيفاء الدائن دينه منه (نقض مدنى ٢١ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاما الجزء الثانى ص ٩٣٧ رقم ٧ — ١٠) .

إذا هو رجع عليه (fidejussor indemnitatis) . ثم منح جوستينان الدفع بالتجريد لكل كفيـــل دون تمييز . ولم يكن الدفع بالتجريد معروفاً فى القانون الفرنسى القديم فى أول عهوده . وكان الدائن يطالب الكفيل أولا . ثم أخذت العادات الفرنسية . قبل إحياء القانون الرومانى فى جنوب فرنسا ، تتيح للكفيل أن يطالب الدائن بإدخال المدين فى الدعوى . ولما أحيى القانون الرومانى . عرف القانون الفرنسى القديم عن هذا القانون كلا من الدفع بالتجريد — وكان يسمى الدفع بالترتيب فى الرجوع (exception d'odre) — والدفع بالتقسيم[١] .

ونبحث : (١) شروط الدفع بالتجريد . (٢) الآثار التى تترتب على الدفع بالتجريد . (٣) صورة خاصة للدفع بالتجريد : دفع بتجريد التأمين العينى قبل الرجوع على الكفيل .

٤٨ — شروط الدفع بالتجريد — نص قانونى : تنص المادة ٧٨٩ مدنى على ما يأتى :

« ١ — إذا طلب الكفيل التجريد ، وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفى بالدين كله » .

« ٢ — ولا عبرة بالأموال التى يدل عليها الكفيل . إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضى المصرية ، أو كانت أموالا متنازعاً فيها »[٢] .

---

(١) انظر فى كل ذلك بودرى وفال فقرة ١٠٢١ ص ٥٤٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٤٤ مكررة من المشروع التمهيد ، وتجرى على الوجه الآتى : « إذا طلب الكفيل التجريد ، وجب عليه أن يدل الدائن على أموال المدين ، وأن يقدم له المبالغ الكافية القيام بالتجريد » ، وفى المادة ١١٤٦ من المشروع التمهيدى وتجرى على الوجه الآتى : « ليس للكفيل أن يدل الدائن على أموال المدين تقع خارج الأراضى المصرية ، ولا على أموال متنازع فيها ، أو مرهونة فى الدين » . وقد أدمجت لجنة المراجعة المادتين فى مادة واحدة ، مع إدخال بعض تعديلات لفظية وإضافة عبارة « تفى بالدين كله » فى الفقرة الأولى ، وأصبح رقم المادة ٨٥٧ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب حذفت من الفقرة الثانية العبارة الأخيرة وهى « أو كانت مرهونة فى ذات الدين » ، لأنه « إذا وجد مال مرهون فى ذات الدين كان هذا المال تأميناً عينياً يجب استيفاء الدين منه أولا بموجب المادة ٧٩١ ، فلا يكون هناك محل عند طلب الكفيل التجريد أن يدل عليه » ، وأصبح —

ويستخلص من المادة سالفة الذكر ومن المادة التي قبلها[١] أن شروط دفع الكفيل[٢] بالتجريد ثلاثة :

١ — يجب ألا يكون الكفيل قد نزل مقدماً عن الدفع بالتجريد ، إما عند

= رقم المادة ٨٥٦ ، ووافق مجلس النواب على المادة كما عدلتها لجنته . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى على الوجه الآتي : « إذا طلب الكفيل التجريد ، وجب عليه أن يقدم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين التي بالدين كله » . وجاء في تقرير اللجنة ما يأتي : « رأت اللجنة أن تستبدل في الفقرة الأولى من هذه المادة عبارة ، (وجب عليه أن يقدم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين التي بالدين كله) ، بعبارة (وجب عليه أن يدل الدائن على أموال المدين التي بالدين كله وأن يقدم له المصروفات الكافية للقيام بالتجريد) . وقد راعت اللجنة في ذلك أن مصروفات التجريد سيرجع بها الدائن على الكفيل ، فلا محل لإلزامه بدفعها مقدما ، وبوجه خاص لأن مقدار هذه المصروفات يصعب عملا تعيينه من قبل . ولهذا رؤى الاكتفاء بإلزام الكفيل بإرشاد الدائن إلى أموال المدين التي بالدين كله ، ورأت الاكتفاء بأن يتحمل الكفيل نفقة هذا الإرشاد » . وقد أصبحت المادة بعد هذا التعديل ، تحت رقم ٧٨٩ ، مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٩ — ص ٥٠٨) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٥٠٢ / ٦١٢ (انظر النص آنفاً فقرة ٤٧ في الهامش) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٥٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٩٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٢٢ : ١ — إذا طلب الكفيل استيفاء الدائن دينه من أموال المدين ، وجب عليه أن يدل الدائن على هذه الأموال ، وأن يقدم له مبلغا يكفي للوفاء بتكاليف الإجراءات . ٢ — ولا عبرة بالأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي العقارية ، أو كانت أموالا متنازعا فيها .

قانون الموجبات والعقود اللبناني : م ١٠٧٢ — ١٠٧٤ (انظر فقرة ٤٤ في الهامش حيث ذكرت النصوص) .

(١) م ٧٨٨ / ٢ مدني آنفاً فقرة ٤٧ .

(٢) وغني عن البيان أن المقصود بالكفيل الذي له حق الدفع بالتجريد هو الكفيل الشخصي . أما الكفيل العيني فليس له الحق في الدفع بالتجريد ، وقد نصت المادة ١٠٥٠ مدني على أنه « إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين ، فلا يجوز التنفيذ على مال إلا ما رهن من هذا المال ، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك » .

الكفالة أو بعد ذلك . إذ الدفع بالتجريد حق خاص بالكفيل تقرر لصالحه ، فله أن ينزل عنه ، وعندئذ لا يجوز له استعماله بعد هذا النزول . وتنص على ذلك صراحة المادة ٢٠٢١ مدنى فرنسى إذ تقول : « لا يلتزم الكفيل أن يقى الدائن إلا إذا لم يفعل المدين ذلك . فيجب أولا تجريد المدين ، إلا إذا نزل الكفيل عن حق التجريد ، أو كان متضامناً مع المدين إذ يجب فى هذه الحالة أن يسرى على التزام الكفيل القواعد المقررة فى التضامن » . وغنى عن البيان أنه إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين فليس له حق التجريد ، إذ أن قواعد التضامن تقتضى أن يرجع الدائن إذا شاء على الكفيل المتضامن أولا (م ٧٩٣ مدنى) . ولكنا لسنا هنا بصدد الكفيل المتضامن مع المدين ، فسيأتى بحثه فى المطلب التالى . أما الكفيل غير المتضامن فله أن يطلب تجريد المدين ، إلا إذا كان قد نزل عن هذا الحق كما قدمنا . ويكون النزول عن الدفع بالتجريد صريحاً أو ضمنياً . وأكثر ما يكون النزول الصريح فى عقد الكفالة ذاته ، فيشترط الدائن على الكفيل أن ينزل عن حق التجريد ، ويغلب أن يشترط الدائن ذلك حتى أصبح هذا الشرط شرطاً مألوفاً فى التعامل (clause de style) . أما النزول الضمنى فيستخلص من الظروف ، وقد يستخلص من تعهد الكفيل بدفع الدين فوراً إذا لم يتم المدين بدفعه عند حلول أجله . ولكن أكثر ما يكون النزول الضمنى بعد عقد الكفالة ، عند ما يشرع الدائن فى التنفيذ على أموال المدين فيسكت الكفيل عن الدفع بالتجريد مما يفيد أنه نزل عن هذا الدفع ضمناً[1] . وإذا ترك الكفيل الدائن ينفذ على أمواله لأنه لم يكن لدى المدين مال تتوافر فيه الشروط يدل عليه ، ثم جد هذا المال للمدين ، لم يعتبر سكوت الكفيل عن الدفع بالتجريد نزولا ضمنياً إذا هو بادر ودفع بالتجريد بمجرد أن جد المال للمدين[2] . ولا يعتبر نزولا ضمنياً أن تكون

---

(١) ديرانتون ١٨ فقرة ٣٣٤ – ترولون فقرة ٢٥١ وما بعدها – بون ٢ فقرة ١٦٧ وما بعدها – لوران ٢٨ فقرة ٢١١ – جيوار فقرة ١٣٠ – بودرى وفال فقرة ١٠٤٣ ص ٥٥٤ .

(٢) ترولون فقرة ٢٥٦ – بون ٢ فقرة ١٧١ – جيوار فقرة ١٣١ – أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٢٧ – بيدان وفواران ١٣ فقرة ١٠٠ – بلانيول وريبير وساقاتيه فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٥ – وانظر عكس ذلك وأن سكوت الكفيل بعد نزولا ضمنياً لا يجوز –

الكفالة فى مسائل تجارية فحسب ، فالدفع بالتجريد جائز . المسائل التجارية جوازه فى المسائل المدنية[١] .

٢ – يجب أن يتمسك الكفيل بحقه فى التجريد ، فلا يحكم به القاضى من تلقاء نفسه . وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٢/٧٨٨ مدنى كما رأينا[٢] ، إذ تقول : « ويجب على الكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق » . ولما كان الدفع بالتجريد ، فى التقنين المدنى الجديد ، إنما يتعلق بالتنفيذ لا بالمطالبة القضائية ، فيبدو أنه يترتب على ذلك أن الدفع لا يكون مقبولا من الكفيل إلا عند ما يشرع الدائن فى التنفيذ على أمواله بموجب سند قابل للتنفيذ عنده[٣] . ويظهر أن الكفيل يستطيع إبداء الدفع بالتجريد عن طريق الاستشكال فى التنفيذ ، وكذلك يستطيع عقب التنبيه (commandement) على الكفيل بالوفاء وإيداع قائمة شروط البيع فى العقار أن يبدى الدفع

= للرجوع فيه حتى لو جد المدين مال بعد ذلك : ديرانتون ١٨ فقرة ٣٣٧ – بونسو فقرة ١٩١ – بودرى وفال فقرة ١٠٤٥ .

وانظر فى أن القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٤٢ الخاص بتسوية الديون العقارية إنما أريد به مصلحة المدين لا غيره ، فهو وحده دون الكفلاء الذ يستفيد من المادة ١٠ من هذا القانون فيما يختص بالفوائد : نقض مدنى ٢٤ نوفمبر ١٩٤٥ – وفى أن المادة ١٤ من هذا القانون ذكرت أن الديون المضمونة بكفيل تكون محلا للتخصيص ، ثم عقبت على ذلك بقولها « على أن هذا التخفيض لا يحول دون رجوع الدائن على الكفيل » ، وعلى ذلك لا يجوز التمسك . بما نصت عليه المادة ٥٠٩ مدنى (قديم) ، بل الواقع أن الشارع إذ أورد هذا الحكم فى المادة ١٤ المذكورة مع قيام المادة ٥٠٩ مدنى إنما قصد أن يعارض به حكم هذه المادة : نقض مدنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥٤ – مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاماً الجزء الثانى ص ٩٣٨ ورقم ١٥ ورقم ١٦ .

(١) بون ٢ فقرة ١٥٨ – جيوار فقرة ١٢٦ – لوران ٢٨ فقرة ٢٠٩ – بودر وفال فقرة ١٠٤٩ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٧ .

(٣) جمال الدين زكى فقرة ٥٦ ص ١١٥ – سليمان مرقس فقرة ٧٤ ص ٧٧ وفقرة ٨٢ ص ٨٩ – انظر عكس ذلك وأنه يجوز إبداء الدفع بالتجريد عند نظر دعوى مطالبة الكفيل بالدين فتقضى المحكمة ، مع الحكم بإلزام الكفيل بالدين ، بعدم جواز التنفيذ على أمواله إلا بعد تجريد المدين : عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩٥ ص ١٤٥ – محمد على إمام فقرة ٦٥ ص ١٠٦ – منصور مصطفى منصور فقرة ٤٥ ص ٨٦ .

بالتجريد بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع[١] . وعلى ذلك إذا لم يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد فى أثناء نظر دعوى مطالبة الدائن إياه بالدين ، لم يعتبر ذلك منه نزولا ضمنياً عن هذا الدفع لأن الدفع يتعلق بالتنفيذ لا بالمطالبة[٢] . ويبقى حق الدفع بالتجريد للكفيل بعد ذلك ، وبخاصة إذا جد للمدين مال يصلح للتنفيذ عليه فيما بعد . فقد قدمنا أن سكوت الكفيل عن الدفع بالتجريد قبل أن يجد للمدين هذا المال لا يعتبر نزولا ضمنياً عن الدفع . فيكون للكفيل أن يدفع بالتجريد ابتداء من شروع الدائن فى التنفيذ على ماله إلى أن يتم هذا التنفيذ ، ما لم ينزل الكفيل عن الدفع صراحة أو ضمناً . ويمكن استخلاص النزول الضمنى عن الدفع من عدم تمسك الكفيل به إلى أن يقطع الدائن فى التنفيذ مرحلة كبيرة ، وعلى كل حال يعتبر النزول الضمنى عن الدفع مسألة موضوعية يقدرها قاضى الموضوع[٣] .

---

(١) أنسيكلوبيد دالوز ١ لفظ Cautionnement فقرة ١٤٩ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩٥ – محمد على إمام فقرة ٦٤ ص ١٠٤ – جميل الدين زكى فقرة ٥٤ ص ١١٠ – سليمان مرقس فقرة ٧٨ ص ٨١ – منصور مصطفى منصور فقرة ٤٥ ص ٨٦ .

(٣) منصور مصطفى منصور فقرة ٤٥ ص ٨٦ – هذا وقد نص التقنين المدنى الفرنسى (م ٢٠٢٢) أنه يجب على الكفيل ان يدفع بالتجريد عند الإجراءات الأولى التى توجه ضده (sur les permières poursuites dèrigrés contrelle) ، أى قبل أن يتكلم فى الموضوع ، وإلا عد متنازلا عن الدفع . ولم يرد فى التقنين المدنى المصرى السابق نص يماثل هذا النص ، فثار الخلاف فيما إذا كان يؤخذ به . وقد قضت محكمة النقض فى مصر بأن للكفيل غير المتضامن الحق فى إبداء الدفع بتجريد المدين فى أى وقت مناسب ، ما لم يصدر منه قول أو فعل أو ترك يدل على تنازله عنه . فإذا كان عليه أن يبين للدائن ما عساه يكون للمدين من مال يجوز الحجز عليه والاستيفاء منه وأن يحصل هذا التعيين دفعة واحدة وعند البدء فى التنفيذ ، فإنه لا يجوز له أن يبين ما يستحد من مال للمدين من نحو إرث أو هبة ، فإذا كان الثابت من أوراق الدعوى أن الدائن أعلن الكفيل بتنبيه نزع الملكية فبادر الكفيل برفع معارضة فى التنبيه وأعلن إلى الدائن صحيفة معارضته فى الميعاد القانونى مبينا له ما يمتلكه المدين مما يجوز أن ينفذ بديه منه ، ثم لما جد للمدين ميراث بادر هو إلى إعلان الدائن بأن مدينه قد ورث ما يمكن أن ينفذ بدينه منه لو رجع عليه ، فإن هذا الكفيل لا يعتبر مبدئيا ولا تاركا الدفع بالتجريد عن هذا المال الجديد الذى آل إليه (نقض مدنى ٢١ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٣١ ص ٧٦) . على أن المشروع التمهيدى لنص المادة ٧٨٨ / ٢ مدنى جديد ورد فيه ما يأتى : « لا يلزم الدائن بتجريد المدين إلا إذا طلب الكفيل ذلك عند الإجراءات التى توجه ضده » (انظر آنفاً فقرة ٧ : =

٣ – يجب أن يقوم الكفيل على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفى بالدين كله ، بشرط أن تكون هذه الأموال واقعة فى داخل البلاد المصرية وليست أموالا متنازعاً فيها (م ٧٩٨ مدنى سالفة الذكر) . وغنى عن البيان أن هذا الشرط يتخلف إذا كان المدين قد شهر إفلاسه أو إعساره ، أو صار فى حالة إفلاس أو إعسار ظاهرة ، وبوجه عام إذا كان ظاهر العجز عن الوفاء بالدين كما لو كان هناك محضر بأنه ليس لديه أموال ظاهرة procès - verbal de carence) (١) . ذلك لأن الكفيل فى هذه الحالة لا يستطيع أن يرشد الدائن إلى أموال للمدين تفى بالدين كله ، فيتخلف شرط أساسى من شروط الدفع بالتجريد(٢) .

وأموال المدين التى يرشد الكفيل الدائن إليها يجب أن تفى بالدين كله ، فلا يكفى أن تفى بجزء من الدين أو حتى بمعظم الدين . ذلك بأن أموال المدين إذا كانت لا تفى بالدين كله ، اضطر الدائن عند التنفيذ عليها أن يقبل وفاء جزئياً لحقه ، ولا يجوز إجبار الدائن على أن يقبل هذا الوفاء الجزئى (م

= فى الهامش) . ولكن هذا النص قد حذف فى لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٧) ، فأصبح الكفيل غير مقيد بنص تشريعى يعين الوقت الذى يبدى فيه الدفع بالتجريد ، وصار لا مانع من الرجوع إلى ما كان عليه العمل قبل التقنين المدنى الجديد . فيجوز للكفيل التمسك بالدفع بالتجريد فى أى وقت ما لم يصدر عنه ما يدل على نزوله عنه ، كما قضت محكمة النقض فيما قدمنا .

(١) نقض فرنسى ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨ – ١ – ٢٦٢ .

(٢) استئناف وطنى ٨ مارس سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٠ ص ١٧٨ (فى حالة إفلاس المدين ومصالحته مع الدائنين على جزء معين يدفعه من الدين ، يكون ذلك دليلا كافيا على أنه ليس له أموال أخرى يمكن الرجوع عليها ، فلا يجوز للكفيل الدفع بالتجريد) – استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٣٧ – وانظر أيضا بون ٢ فقرة ١٥٧ – لوران ٢٨ فقرة ٢٠٩ – جيوار فقرة ١٢٧ – بودرى وفال فقرة ١٠٢٤ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٦ .

كذلك لا دفع بالتجريد إذا اتحدت ذمة الكفيل والمدين بأن أصبح أحدهما وارثا للآخر ، ذلك لأنه لا يوجد إذ ذاك كفيل متميز عن المدين حتى يدفع بتجريد هذا الأخير (بون ٢ فقرة ١٥٧ – لوران ٢٨ فقرة ٢٠٨ – جيوار فقرة ١٢٧ – بودرى وفال فقرة ١٠٢٥) . ولكن يجوز أن يدفع بالتجريد إذا كفل شخص شائع ، فيجوز للكفيل أن يرفع دعوى استحقاق الشيء المبيع ولا ترفع دعواه بأنه كفيل لأن له حق التجريد (بودرى وفال فقرة ١٠٢٥ – وانظر عكس ذلك جيوار فقرة ١٢٧) .

١/٣٤٢)[١] . والقانون الفرنسى لا يشترط أن تكون أموال المدين التى بالدين كله ، فيجوز أن تنى ببعض الدين . ويجبر الدائن على قبول الوفاء الجزئى فى هذه الحالة ، إذ لا يناله من ذلك ضرر فهو يرجع فوراً على الكفيل ببقية الدين[٢] . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ١/٧٨٩ مدنى مصرى لا يتضمن هذا الشرط أسوة بالتقنين المدنى الفرنسى . فأضيف الشرط فى لجنة المراجعة واستقر فى التقنين المدنى المصرى الجديد . وذلك أسوة بالتقنين المدنى المصرى السابق (م ٦١٢/٥٠٢) الذى كان يشترط هذا الشرط[٣] .

وأموال المدين التى يرشد إليها الكفيل يصح أن تكون عقاراً أو منقولا[٤] . ولكن يجب أن تكون مملوكة للمدين . فلا يصح للكفيل أن يطلب تجريد كفيل آخر كفل نفس الدين ولو كان غير متضامن معه[٥] . بل الذى يصح فى هذه الحالة هو التقسيم إذا توافرت شروطه[٦] . كما لا يصح أن يطلب كفيل لمدين متضامن مع مدينين آخرين أن يطلب تجريد هؤلاء المدينين الآخرين ، ولا يطلب إلا تجريد المدين الذى كفله[٧] .

ويجب أن تكون أموال المدين التى يرشد إليها الكفيل لا يصعب التنفيذ عليها ، وتقول الفقرة الثانية من المادة ٧٨٩ مدنى كما رأينا فى هذا الخصوص :

---

(١) استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٨٩٥ - ٧ ص ٢٤٧ - ٢٥ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٣٧ - ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٢ - ١٦ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٥٧ .

(٢) ولكن يشترط مع ذلك أن يدل الكفيل على مال له قيمة محسوسة فى وفاء الدين ، فلا يكفى أن يدل على مال ذى قيمة ضئيلة (جيوار فقرة ١٣٣ - بودرى وفال فقرة ١٠٣٧) .

(٣) انظر نفس الفقرة فى الهامش .

(٤) ديرانتون ١٨ فقرة ٣٣٨ - ترولون فقرة ٢٦٢ - بون ٢ فقرة ١٧٨ - لوران ٢٨ فقرة ٢١٣ - جيوار فقرة ١٣٣ - أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢١٧ - بودرى وفال فقرة ١٠٣٧ ص ٥٥٢ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٥ ص ٩٩٦ .

(٥) بودرى وفال فقرة ١٠٣٦ .

(٦) انظر آنفا فقرة ٤٠ - فقرة ٤٢ .

(٧) بون ٢ فقرة ١٨٣ - لوران ٢٨ فقرة ٢١٦ - جيوار فقرة ١٣٨ - بودرى وفال فقرة ١٠٣٦ - وانظر عكس ذلك وأنه يجوز طلب تجريد المدينين الآخرين : بوتييه فقرة ٤١٢ - ترولون فقرة ٢٧٠ .

« ولا عبرة بالأموال التى يدل عليها الكفيل ، إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضى المصرية ، أو كانت أموالا متنازعاً فيها » . وظاهر أن أموال المدين ، إذا كانت خارج الأراضى المصرية ، تكون بعيدة ويصعب التنفيذ عليها ، لذلك يجب أن يدل الكفيل على أموال للمدين تكون واقعة داخل الأراضى المصرية . ولا يشترط أن تكون واقعة فى جهة معينة داخل الأراضى المصرية ، كأن تكون واقعة فى الجهة التى يجب وفاء الدين فيها أو واقعة فى الجهة التى يكون فيها موطن المدين[1] . كذلك لا يجوز أن تكون الأموال التى يدل عليها الكفيل متنازعاً فيها ، فإن الأموال المتنازع فيها غير مأمونة العاقبة فقد يسفر فض النزاع عن أنها غير مملوكة للمدين ، وهى على كل حال يصعب التنفيذ عليها إذ يقتضى النزاع فيها غالباً التقاضى وما يترتب عليه من طول الإجراءات وتعقيدها . وليس من الضرورى ليكون المال متنازعاً فيه أن تكون هناك دعوى مرفوعة فى شأنه ، بل يكفى أن يكون هناك نزاع جدى[2] . والحصة الشائعة فى عقار تعتبر فى حكم المال المتنازع فيه إذا كان هناك دائن ذو حق مقيد رتب على أعيان مفرزة تدخل ضمنها هذه الحصة الشائعة ، ذلك بأن الدائن ذا الحق المقيد له أن يعرض رغبته فى التنفيذ على الأعيان المفرزة ، وأن يطلب بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع وقف إجراءات التنفيذ الخاصة بهذه الحصة[3] . وإذا كان مال المدين مثقلا بحقوق عينية ، كرهن أو امتياز أو اختصاص ، وجب ألا يحسب من قيمة هذا

---

(١) ويشترط التقنين المدنى الفرنسى (م ٢٠٢٣ / ٢) أن تكون الأموال واقعة فى الجهة التى يجب الوفاء فيها . ولكن القانون الفرنسى القديم كان لا يشترط فى هذا الخصوص إلا أن تكون الأموال واقعة داخل الأراضى الفرنسية (بودرى وفال فقرة ١٠٣١ ص ٥٤٩ هامش ٥) .

(٢) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٨٢ هامش ١٠ – بودرى وفال فقرة ١٠٣٣ ص ٥٥٠ – سليمان مرقس فقرة ٧٩ ص ٨٤ – منصور مصطفى منصور فقرة ٤٥ ص ٨٨ .

(٣) انظر م ٦٤٤ مرافعات . وقد صدر أخيراً تقنين مرافعات جديد يجب البحث فيه عما يقابل هذه المادة . وفى فرنسا لا يجوز التنفيذ على الحصة الشائعة قبل رفع دعوى القسمة (بون ٢ فقرة ١٨ – جيوار فقرة ١٣٦ – بودرى وفال فقرة ١٠٣٣ – بيدان وفواران ١٣ فقرة ١٠٠ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٥ هامش ٦) .

المال إلا ما يبقى بعد خصم قيمة هذه الحقوق العينية[١] . فإذا كانت الحقوق العينية تستنفد الجزء الأكبر من قيمة المال . جاز اعتبار المال فى حكم المال المتنازع فيه وعدم الاعتداد به . وذلك لصعوبة التنفيذ عليه وما يستتبع ذلك من التوزيع بحسب درجات الدائنين فلا يبقى منه إلا قيمة ضئيلة[٢] . وإذا كان مال المدين لا يجوز الحجز عليه فلا يعتد به . كذلك لا يجوز للكفيل أن يدل على مال للمدين لا يجوز اتخاذ إجراءات التنفيذ عليه . وقد نصت المادة ٤٨٩ مرافعات على أنه « لا يجوز للدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على مال للمدين لم يخصص لوفاء حقه إلا إذا كان ما خصص للوفاء غير كاف ، وعندئذ يكون التنفيذ على غير المال المخصص بأمر على عريضة من قاضى الأمور الوقتية »[٣] . فإذا كان المدين قد رهن من ماله ما يكفى للوفاء بالدين ، لم يجز للكفيل أن يدل على مال آخر للمدين غير مرهون فى لمدين . لأن هذا المال لا يجوز التنفيذ عليه . وهو بعدُ فى غير حاجة لتجريد المدين إذا كانت

---

(١) استئناف وطنى ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ٢١٣ – ٢ يوليه سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٢٢ – ١٨ مارس سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٠ ص ١٧٨ – استئناف أسيوط ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٥٥ ص ١٢٢ – المنصورة الكلية أول ديسمبر سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٢٩ ص ٤٨ – استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٢٤٧ – ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٦٠ – ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٦ – ٢٥ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٣٧ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٠٤ – ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٣ – ٤ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٠١ – ١٦ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٥٧ – ٢٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٠٧ – ٢٥ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٤٥ .

وقد قضى بأن رفض تجريد المدين يكون مطابقا للقانون إذا دل الكفيل فى آخر لحظة على مال للمدين هو جزء من إيراد فى وقف تستدعى المطالبة به إجراءات طويلة كثيرة المصروفات ، دون أن يثبت الكفيل كفايتها لوفاء الدين بتمامه (استئناف مختلط ٨ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٧٨) . وقضى بأنه يجوز للكفيل أن يدل على مال للمدين هو مبالغ هامة آتية من بيع أموال المدين المحجوز عليها وقد خصصت لقسمتها بين الدائنين ، فيحيل الكفيل الدائن على الحارس أو على قلم التوزيع (استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٢) .

(٢) جيوار فقرة ١٣٦ – بودرى وفال فقرة ١٠٣٣ .

(٣) وقد صدر أخيراً تقنين جديد للمرافعات ، فيبحث فيه عما يقابل هذه المادة .

الكفالة غير سابقة على الرهن ، بل كانت معه أو بعده ، لأنه لايجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال المرهونة (م ٧٩١ مدنى وسيأتى بحثها) . والمفروض أن الأموال المرهونة تكفى للوفاء بالدين فلا يرجع الدائن على الكفيل ومن ثم لا يحتاج هذا الأخير إلى الدفع بالتجريد . أما إذا كانت الأموال المرهونة لا تكفى للوفاء بالدين فإنه يجوز للدائن الرجوع على الكفيل بما يبقى من الدين ، وعندئذ يجوز للكفيل أن يطلب تجريد المدين ، وله أن يدل على مال للمدين لا يكون مرهوناً فى الدين[1] . ولكن لا يجوز له أن يدل على المال المرهون فى الدين ، لأن هذا المال يكون الدائن قد نفذ عليه قبل الرجوع على الكفيل طبقاً لأحكام المادة ٧٩١ مدنى[2] .

ويكون إرشاد الكفيل للدائن إلى أموال للمدين تفى بالدين كله على نفقة الكفيل ، لأنه هو الذى يستفيد من هذا الإرشاد (انظر م ١/٧٨٩ مدنى سالفة الذكر) . ومن المصروفات التى يتحملها الكفيل فى هذا الصدد مصروفات استخراج صور لمستندات ملكية المدين للأموال التى دل عليها الكفيل ، وكذلك مصروفات الشهادات العقارية الخاصة بهذه الأموال[3] . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ١/٧٨٩ مدنى يتضمن نصاً يوجب على الكفيل أن يقدم للدائن « المبالغ الكافية للقيام بالتجريد » . وفى لجنة مجلس الشيوخ عدل النص ، فصار واجباً على الكفيل ، لا تقديم المبالغ الكافية للقيام بالتجريد ، بل القيام بنفقات إرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفى بالدين كله . وجاء فى تقرير اللجنة ما يأتى : « وقد راعت اللجنة فى ذلك أن مصروفات

---

(١) أما فى القانون الفرنسى فيجوز أن يدل الكفيل على مال المدين لا يكون مرهونا فى الدين مع وجود أموال للمدين مرهونة فى الدين (بودرى وفال فقرة ١٠٣٤) .

(٢) وكان المشروع التمهيد للفقرة الثانية من المادة ٧٨٩ مدنى يمنع الكفيل أن يدل على مال للمدين مرهون فى الدين . وفى لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب حذف من النص ما يقضى بهذا الحكم ، فحذفت من هذه الفقرة الثانية العبارة الأخيرة وهى « أو كانت مرهونة فى ذات الدين » ، لأنه « إذا وجد مال مرهون فى ذات الدين كان هذا المال تأمينا عينيا يجب استيفاء الدين منه أولا بموجب المادة ٧٩١ مدنى ، فلا يكون هناك محل عند طلب الكفيل التجريد أن يدل عليه » (انظر آنفاً نص الفقرة فى الهامش) .

(٣) منصور مصطفى منصور فقرة ٤٠٥ ص ٨٩ .

التجريد سيرجع بها الدائن على الكفيل ، فلا محل لإلزامه بدفعها مقدماً ، وبوجه خاص لأن مقدار هذه المصروفات يصعب عملا تعيينه من قبل . ولهذا روى الاكتفاء بالزام الكفيل بإرشاد الدائن إلى أموال المدين التى بالدين كله . ورأت الاكتفاء بأن يتحمل الكفيل نفقة هذا الإرشاد »[1] .

٤٩ — الآثار التى تترتب على الدفع بالتجريد — نص قانونى : تنص المادة ٧٩٠ مدنى على ما يأتى :

« فى كل الأحوال التى يدل فيها فيها الكفيل على أموال المدين ، يكون الدائن مسئولا قبل الكفيل عن إعسار المدين الذى يترتب على عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة فى الوقت المناسب[2] » .

---

(١) انظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش . أما التقنين المدنى الفرنسى (م ٢٠٢٣ / ١) فيجوجب على الكفيل أن يقدم الدائن المبالغ الكافية للقيام بالتجريد ، وتقدر المحكمة عند النزاع مقدار المبالغ التى يجب على الكفيل أن يقدمها الدائن وكيف يكون هذا التقديم (ترونلون فقرة ٢٧٢ — فقرة ٢٧٣ — لوران ٢٨ فقرة ٢١٢ — بون ٢ فقرة ١٧٤ — فقرة ١٧٦ — جيوار فقرة ١٣٩ — فقرة ١٤٠ أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢١٧ — بودرى وفال فقرة ١٠٢٦ — فقرة ١٠٣٠ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٤٥ مكررة من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « فى كل الأحوال التى عين فيها الكفيل أموال المدين وفقا للمادة ١١٤٤ مكررة وقدم المصروفات الكافية للتجريد ، يكون الدائن مسئولا قبل الكفيل عن إعسار المدين الذى يترتب على عدم اتخاذه الإجراءات اللازمة ، وذلك بقدر الأموال التى دل عليها الكفيل » . وأدخلت لجنة المراجعة تعديلات على النص جعله مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع ظل يتضمن عبارة « ويقدم المصروفات الكافية للتجريد » ، وصار رقم المادة ٨٥٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ٨٥٧ . وحذفت لجنة مجلس الشيوخ من صدر المادة عبارة « ويقدم المصروفات الكافية للتجريد » تمشيا مع التعديل التى أدخلته على المادة السابقة ، وأصبح رقم المادة ٧٩٠ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٠٨ — ص ٥٠٩) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٥٦ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٩٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

والمفروض أن الدفع بالتجريد الذى أبداه الكفيل قد استوفى الشروط المطلوبة . وأنه قد قبل . فيترتب على ذلك وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل . ثم يجب على الدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين التى دل عليها الكفيل . فاذا لم يتخذها فى الوقت المناسب ، كان مسئولا قبل الكفيل عن إعسار المدين الذى يترتب على ذلك كما تقول المادة ٧٩٠ سالفة الذكر . وإذا اتخذها . فحصل على حقه كله . فقد برئت ذمة الكفيل . وأما إذا حصل على بعض حقه ، فإنه يرجع بالباقى على الكفيل .

فأول أثر يترتب على قبول الدفع بالتجريد هوإذن وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل . بل إنه عند إبداء الكفيل للدفع وقبل الفصل فيه ، تقف إجراءات التنفيذ حتى تفصل المحكمة فى الدفع ، فإذا رفض استمر الدائن فى إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل . أما إذا قبل ، فإنه يمتنع استمرار الدائن فى إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل[١] ، ولكن ما تم من هذه الإجراءات يبقى حافظاً لآثاره . ويلغى ما اتخذ من إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل عند إبداء الدفع بالتجريد ، فيلغى مثلا حجز ما للكفيل لدى الغير ويجب رفع الحجز[٢] ، ويلغى التنبيه بنزع الملكية الذى اتخذ ضد الكفيل وما يترتب عليه من آثار[٣] ، وتلغى إجراءات الحجز التنفيذى الموقع على منقولات المدين إذا لم تكن هذه الإجراءات قد تمت[٤] ، ويمتنع على الدائن

= قانون الموجبات والعقود اللبنانى لا مقابل .

(١) استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٦ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٠٤ .

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٦ — السين ٢١ مارس سنة ١٩١٦ سيريه ١٩١٧ — ٢ — ٩٣ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن المراد من عبارة إيقاف المطالبة الحاصلة للكفيل الوارد ذكرها فى المادة ٥٠٢ من القانون المدنى (القديم) هو الكف عن متابعة السير فى إجراءات التنفيذ مع عدم الإخلال بالإجراءات التحفظية ، ولا يتعارض مع هذا الحكم قضاء المحكمة بإلغاء تنبيه نزع الملكية المعلن إلى الكفيل ومحو ما يترتب عليه من التسجيلات (نقض مدنى ٢١ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٣١ ص ٧٦) .

(٤) منصور مصطفى منصور فقرة ٤٦ ص ٩٠ .

أن يجرى المقاصة بين التزام الكفيل نحوه والتزام آخر فى ذمة الدائن للكفيل[١]. ولكن ذلك لا يمنع الدائن من اتخاذ الإجراءات التحفظية على أموال الكفيل. وقد كان التقنين المدنى السابق (م ٦١٢/٥٠٢) ينص على ذلك صراحة، إذ يقول: «وحينئذ فللمحكمة الحكم فى إيقاف المطالبة الحاصلة للكفيل إيقافاً مؤقتاً، مع عدم الإخلال بالإجراءات التحفظية». ولم يرد نص مماثل فى التقنين المدنى الجديد. ولكن نص التقنين المدنى السابق ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة. فيجوز العمل بالحكم دون نص[٢]. فيجوز للدائن أن يقطع التقادم بالنسبة إلى أموال الكفيل. كما يجوز له أن يقيد رهناً لصالح الكفيل أو أن يجدد هذا القيد. بل يجوز له أن يحصل على حق اختصاص على عقار للكفيل بموجب حكم واجب التنفيذ صادر لصالحه ضد الكفيل. فأخذ حق اختصاص لا يعدو أن يكون إجراء تحفظياً. ولكن لا يجوز له بعد الحصول على حق الاختصاص أن ينفذ على عقار الكفيل إلا بعد تجريد أموال المدين[٣].

وبعد وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل، يجب على الدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين التى دل عليها الكفيل. ويكون مسئولا لدى الكفيل عن إعسار المدين الذى يترتب على عدم اتخاذ إجراءات التنفيذ فى الوقت المناسب (م ٧٩٠ مدنى سالفة الذكر). فاذا دل الكفيل على منقولات للمدين، وتباطأ الدائن فى اتخاذ إجراءات التنفيذ عليها حتى

---

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٦.

(٢) وقد نوقشت هذه المسألة فى لجنة مجلس الشيوخ، إذ قال رئيس اللجنة: «إنه ليس من العدل أن نحرم على الدائن التنفيذ على أموال الكفيل إذا وجد أن المدين يعمل على تهريب أمواله، إذ يجب أن يكون له فى مثل هذه الحالة أن ينفذ على أموال الكفيل، على أن يقف فى التنفيذ عند حد الحجز. فأجيب» بأن للدائن فى مثل هذه الحالة أن يلجأ إلى الحجز مثلا كإجراء تحفظى. وليكن معلوما أنه لا يجوز له بيع أموال الكفيل أو نزع ملكيتها، إلا بعد تجريد المدين من أمواله (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٨).

(٣) استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٠٤ — محمد كامل مرسى فقرة ٨٧ ص ١٢٢ — محمد على إمام فقرة ٦٥ ص ١٠٦ — ص ١٠٧ — سليمان مرقس فقرة ٨٢ ص ٩٠ — ص ٩١ — منصور مصطفى منصور فقرة ٢٤٦ ص ٩٠ — ص ٩١.

تمكن المدين من إخفائها أو تهريبها أو تبديدها . كان الدائن مسئولا عما كان يحصل عليه من ثمن هذه المنقولات لو أنه اتخذ إجراءات التنفيذ بمجرد أن دل عليها الكفيل ، لأن سهولة تهريب المنقولات تقتضى اتخاذ إجراءات سريعة للتنفيذ عليها . ولو أن الكفيل دل على عقار للمدين فى يد الغير ، وتباطأ الدائن فى اتخاذ الإجراءات لتقطع التقادم المكسب حتى تكاملت مدة هذا التقادم وملك الغير العقار بهذا السبب من أسباب كسب الملكية ، كان الدائن مسئولا نحو الكفيل عما كان يحصل عليه من التنفيذ على العقار لو أنه قطع التقادم وقام بالتنفيذ على العقار فى الوقت المناسب . ويقع عبء إثبات تقصير الدائن على الكفيل . وفقاً للقواعد العامة[١] . وليس فى كل ما تقدم إلا تطبيق للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية . وتقول المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى للمادة ٧٩٠ مدنى ما يأتى : « المادة ١١٤٥ مكررة (٧٩٠ مدنى) تطابق نص المشروع الفرنسى الإيطالى (م ٧٢٢) الذى نقله بدوره عن المادة ٢٠٢٤ من التقنين الفرنسى ، وحكمها مجرد تطبيق للقواعد العامة فى المسئولية[٢] » .

أما إذا اتخذ الدائن فى الوقت المناسب إجراءات التنفيذ على أموال المدين التى دل عليها الكفيل ، فالغالب أنه يحصل من هذا التنفيذ على حقه كاملا ، لأن المفروض أن الكفيل قد دل على أموال للمدين تفى بالدين كاملا ، ومن ثم تبرأ ذمة الكفيل بعد أن استوفى الدائن حقه من أموال المدين . ولكن قد يقع عند تنفيذ الدائن على هذه الأموال ألا يحصل الدائن على حقه كاملا ، فقد تنخفض قيمة هذه الأموال عند التنفيذ عليها ، أو يظهر دائنون عاديون للمدين يزاحمون الدائن ، أو يتضح أن المحكمة قد قدرت هذه الأموال بأكثر من قيمتها . فى هذه الأحوال لا تبرأ ذمة الكفيل إلا بمقدار ما حصل الدائن عليه من حقه نتيجة للتنفيذ على الأموال ، ويرجع الدائن بالباقى من حقه على الكفيل[٣] . وعلى الدائن أن يثبت أنه نفذ على جميع الأموال التى

---

(١) جيوار فقرة ١٤٣ – بودرى وفال فقرة ١٠٣٩ ص ٥٥٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٠٨ .

(٣) منصور مصطفى منصور فقرة ٦٠ ص ٩١ .

دل عليها الدائن ، وأنه لم يحصل من هذا التنفيذ على حقه كاملا ، ويثبت ذلك عادة بمحاضر الحجز ومحاضر عدم الوجود(١) .

٥٠ — صورة خاصة للرفع بالتجريد : رفع بتجريد التأمين العيني قبل التنفيذ على أموال الكفيل — نص قانوني : تنص المادة ٧٩١ مدني على ما يأتي :

« إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانوناً أو اتفاقاً لضمان الدين ، وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه . ولم يكن الكفيل متضامناً مع المدين ، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين »(٢) .

---

(١) ترولون فقرة ٢٤٥ — جيوار فقرة ١٤٤ — بودري وفال فقرة ١٠٤٠ — وفي القانون الفرنسي ، حيث لا يكون واجبا أن تكون أموال المدين التي دل عليها الكفيل تفي بالدين كله ، إذا دل الكفيل على أموال للمدين تفي ببعض الدين بقي مسئولا عن الباقي (بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٤٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « إذا قدمت الكفالة الشخصية تكميلا لتأمين عيني خصص قانونا أو اتفاقا لضمان الدين ، ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين ، فإن هذه الكفالة لا تلزم الكفيل إلا إذا كان التأمين العيني لم يوف بالدين ، وبقدر ما يتبقى من هذا الدين » . وفي لجنة المراجعة استبدلت عبارة « بعد هذا التأمين أو معه » بعبارة « تكميلا للدين » ، أيضاحاً للمعنى المقصود . واستبدلت عبارة « فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين » بعبارة « فإن هذه الكفالة لا تلزم الكفيل إلا إذا كان التأمين العيني لم يوف بالدين ، وبقدر ما يتبقى من هذا الدين » وهي العبارة الواردة في آخر المادة ٢ حتى يبرز الحكم بوضوح . فصارت المادة بذلك مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمها ٨٥٩ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة تحت رقم ٨٥٨ ، ثم وافق عليها مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥١٠ — ص ٥١٢) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الخصوص : « اقتبس المشروع المادة ١١٤٧ من المادة ٢/٤٩٥ من التقنين السويسري ، وقد جاء التقنين الألماني أيضاً بحكم مشابه لهذا النص في المادة ٢/٧٧٢ . ويمتاز النص الذي أورده المشروع بدقة العبارة ، بحيث يستبعد أوجه النقد التي أثارها نص التقنينين الألماني والسويسري . فالحكم الوارد بالمادة عام يشمل كل تأمين عيني من منقول وعقار ، سواء كان هذا التأمين قد خصص لوفاء الدين المكفول وحده أو مع ديون أخرى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥١١) .

والمفروض أن هناك تأميناً عينياً على مال للمدين يضمن نفس الدين ، فيجوز للكفيل غير المتضامن مع المدين أن يطلب التنفيذ على هذا التأمين العينى قبل التنفيذ على أمواله هو . وذلك إذا كان قد اعتمد على هذا التأمين العينى بأن كفل المدين والتأمين العينى موجود ، أى كفله بعد هذا التأمين أو معه .

والمقصود بالتأمين مال للمدين ، عقار أو منقول ، يكون مرهوناً رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً فى الدين ، أو عليه حق اختصاص أو حق امتياز ضماناً للدين . وإذا كان النص يقول : « إذا كان هناك تأمين عينى خصص قانوناً أو اتفاقاً لضمان الدين » ، فاقتصر على تأمين عينى مصدره القانون أو الاتفاق ، فإنه لا يجب استبعاد حق الاختصاص ويؤخذ بموجب حكم قضائى لا بالقانون ولا بالاتفاق ، لأن أحكام الرهن الرسمى تسرى على حق الاختصاص[1] . ولكن يجب استبعاد المال الذى يباشر عليه الدائن الحق فى الحبس ، لأن الحق فى الحبس ليس بتأمين عينى[2] .

وظاهر نص المادة ٧٩١ مدنى سالفة الذكر لا يشترط أن يكون التأمين العينى مقرراً على مال مملوك للمدين ، بل يقتصر النص على القول بأنه « إذا كان هناك تأمين عينى » . ولكن النص ، كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، مأخوذ من المادة ٢/٤٩٥ التزامات سويسرى والمادة

= ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٥٧ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٠٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى : م ١٠٢٣ (موافق) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٧٢ (العبارة الأخيرة) : وإذا كان للدائن رهن أو حق فى الحبس على بعض أموال المدين المنقول ، وجب عليه استيفاء دينه منه ، إلا إذا كان هذا المال موضوعا لتأمين موجبات أخرى على المديون وكان غير كاف لإيفائها جميعا .

(١) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩٨ ص ١٥٠ – محمد على إمام فقرة ٦٦ ص ١٠٩ – جمال الدين زكى فقرة ٥٧ ص ١١٧ – منصور مصطفى منصور فقرة ٤٧ ص ٩٣ .

(٢) منصور مصطفى منصور فقرة ٤٧ ص ٩٣ .

٢/٧٧٢ مدنى ألمانى[١] . وكلا النصين يتحدث عن تأمين عينى على مال للمدين [٢]. فنص المادة ٢/٤٩٥ التزامات سويسرى يجرى على الوجه الآتى : « إذا حصل الدائن على رهون حيازية تأميناً لحقه ، قبل الكفالة أو فى نفس الوقت ، فإن الكفيل البسيط يستطيع أن يقتضى استيفاء الدائن لحقه من هذه الرهون أولا . إلا إذا كان المدين فى حالة إفلاس أو كانت الرهون لا يمكن تحقيقها بغير إفلاس المدين » . ونص المادة ٢/٧٧٢ ألمانى تجرى على الوجه الآتى : « إذا كان للدائن حق رهن حيازى أو حق حبس على منقول مملوك للمدين الأصلى ، وجب عليه أن يستوفى حقه أولا من هذا المنقول . وإذا كان للدائن حق مماثل على نفس الشىء فيضمن ديناً له آخر ، فإن القاعدة السابقة لا تنطبق إلا إذا كانت قيمة الشىء تغطى الدينين معاً »[٣] .

ولا يشترط فى التأمين العينى أن يكون قد خصص لضمان الدين المكفول

---

(١) انظر نفس الفقرة فى الهامش .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩٨ ص ١٥١ – محمد على إمام فقرة ٦٦ ص ١١٠ – جمال الدين زكى فقرة ٥٧ ص ١١٧ – سليمان مرقس فقرة ٨٤ ص ٩٣ – منصور مصطفى منصور فقرة ٤٧ ص ٩٣ – ص ٩٤ – انظر عكس ذلك شمس الدين الوكيل : مذكرات فى الكفالة على الآلة الكاتبة ص ٣٠ حيث يجيز أن يكون التأمين العينى واردا على مال لغير المدين ، أى على مال لكفيل عينى فيجوز للكفيل الشخصى أن يطلب تجريده .

وإذا كان التأمين العينى مقررا على مال لغير المدين ، فإن هذا الغير يكون كفيلا عينيا . وليس للكفيل العينى حق تجريد المدين (م ١٠٥٠ مدنى وانظر أيضاً فقرة ٤٨ فى الهامش) ، كما أنه ليس له حق تجريد الكفيل الشخصى . ولكن الدائن يستطيع أن يرجع على أى من الكفيل العينى أو الكفيل الشخصى ، وليس لأى من الكفيلين حق تجريد الكفيل الآخر . لذلك إذا وجدت كفالة عينية وكفالة شخصية لنفس الدين ، فليس الدائن مقيدا بالرجوع أولا على الكفالة العينية ، بل له أن يرجع أولا على الكفيل الشخصى ، وللكفيل الشخصى أن يطالب تجريد المدين لا تجريد الكفيل العينى . وهذا بخلاف ما إذا كان التأمين العينى مقررا على مال المدين ، فإن الدائن يجب عليه أن يرجع أولا على هذا المال ، وما بقى من الدين بعد ذلك يرجع به الدائن على الكفيل الشخصى (م ٧٩١ مدنى سالفة الذكر) .

(٣) ويكفى ان يكون التأمين العينى قد قرره المدين على ماله ، حتى لو خرج هذا المال من ملكيته إلى الغير بعد الرهن (عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩٨ ص ١٥٢) .

وحده . بل يجوز أن يضمن ديوناً أخرى معه . كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى[١] .

وظاهر أن هذه هى صورة خاصة للدفع بالتجريد[٢] ، فالكفيل هنا يطلب من الدائن أن ينفذ على التأمين العينى المخصص لضمان الدين قبل التنفيذ على أمواله هو ، أى أنه يطلب تجريد التأمين العينى الذى قدمه المدين أولا . على أن الكفيل كان له أن يطلب تجريد المدين من أمواله كما سبق القول ؛ ولكن هذا التجريد فى صورته العامة يشترط فيه أن يدل الكفيل على مال للمدين يكفى للوفاء بالدين كله كما رأينا . أما هنا حيث قدم المدين تأميناً عينياً . فلا يشترط فى هذه الصورة الخاصة من التجريد أن يكون التأمين العينى كافياً للوفاء بالدين كله . فحتى او لم يكن هذا التأمين كافياً ، فإنه يجوز للكفيل أن يطلب من الدائن تجريد هذا التأمين العينى واستيفاء جزء من حقه . وما بقى من الدين يستوفيه الدائن من الكفيل . ولكن يبدو أن للكفيل فى هذه الحالة أن يدفع بالتجريد فى صورته العامة ، فيطلب من الدائن عند ما يرجع هذا على الكفيل بما يبقى من الدين . أن ينفذ على بقية أموال المدين غير المال الذى قدمه المدين تأميناً عينياً . ويشترط لذلك أن يدل الكفيل على أموال أخرى للمدين تكون كافية للوفاء بكل الباقى من الدين ، وإلا نفذ الدائن بالباقى من الدين على أموال الكفيل .

وقد قدمنا أن هذه الصورة الخاصة من الدفع بالتجريد ترجع إلى أن التأمين العينى الذى قدمه المدين . وقد كان سابقاً على الكفالة أو معاصراً لها كما ذكرنا . قد اعتمد عليه الكفيل فى كفالته للمدين . فمن حقه أن يطلب من الدائن أن ينفذ أولا على هذا التأمين العينى قبل أن ينفذ على أمواله . وقد رأينا[٣] أن المادة ٤٨٩ مرافعات[٤] تنص على أنه « لا يجوز للدائن أن يتخذ

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤٨ فى الهامش .

(٢) وعلى ذلك يجب على الكفيل التمسك بهذه الصورة كما يتمسك بالدفع بالتجريد ، فلا يحكم القاضى فيها من تلقاء نفسه (عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩٨ ص ١٥٣ – سليمان مرقس فقرة ٨٣ ص ٩٥) .

(٣) انظر آنفا فقرة ٤٨ فى آخرها .

(٤) فقرتها يقابل هذه المادة فى تقنين المرافعات الجديد الذى ظهر أخيراً .

إجراءات التنفيذ على مال المدين لم يخصص للوفاء حقه إلا إذا كان ما خصص للوفاء غير كاف . . . » . ومعنى ذلك أنه إذا قدم المدين تأميناً عينياً على مال خصصه للوفاء بالدين . فله أن يطلب من الدائن أن ينفذ أولا على هذا المال المخصص للوفاء بالدين قبل أن ينفذ على سائر أمواله . فأولى أن يطلب الكفيل ذلك أسوة بالمدين . فيطالب الدائن أن ينفذ أولا على المال الذى خصصه المدين للوفاء بالدين قبل أن ينفذ على أموال المدين[1] . وهذه هى نفس الصورة الخاصة من الدفع بالتجريد التى نحن بصددها .

ونخلص مما قدمناه أن هناك شروطاً لتطبيق المادة ٧٩١ مدنى سالفة الذكر يمكن تلخيصها فيما يأتى : (١) أن يكون هناك تأمين عينى قدمه المدين لضمان دينه ، ويستوى أن يكون هذا التأمين على عقار أو على منقول . مخصصاً لضمان الدين المكفول وحده أو لضمان ديون أخرى معه . ويستوى كذلك أن يكون هذا التأمين العينى كافياً للوفاء بالدين . أو غير كاف للوفاء به . ويشمل التأمين العينى الرهن الرسمى وحق الاختصاص والرهن الحيازى وحق الامتياز ، ولا يشمل الحق فى الحبس . (٢) أن يكون هذا التأمين العينى قد قدمه المدين قبل عقد الكفالة ، أو معاصراً لها . ولا يصح أن يكون متأخراً عن عقد الكفالة ، لأن الكفيل إنما يعتمد على تأمين عينى سبق كفالته أو عاصرها ولكنه لا يعتمد على تأمين عينى تقرر متأخراً عنها . (٣) أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين . وإلا وجب تطبيق أحكام التضامن . فيجوز الرجوع على الكفيل قبل الرجوع على المدين فى التأمين العينى الذى قدمه وفى سائر أمواله . ويجب كذلك ألا يكون الكفيل قد نزل عن حقه فى مطالبة الدائن بالتنفيذ أولا على المال الذى ترتب عليه التأمين العينى . وقد سبق بيان هذا الشرط عند الكلام فى حق التجريد بوجه عام . (٤) أن يتمسك الكفيل بوجوب تنفيذ الدائن أولا على المال الذى ترتب عليه التأمين العينى . فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بذلك من تلقاء نفسها . وقد سبق بيان هذا الشرط أيضاً عند الكلام فى حق التجريد بوجه عام[2] .

---

(١) وذلك ما لم تكن الكفالة سابقة على هذا التأمين العينى ، فلا يكون الكفيل فى هذه الحالة قد اعتمد على هذا التأمين .

(٢) انظر فى هذه الشروط منصور مصطفى منصور فقرة ٤٧ .

٥١ – ما يلتزم به الدائن عند استيفاء الدين من الكفيل – نص قانونى :

تنص المادة ٧٨٧ مدنى على ما يأتى :

« ١ – يلتزم الدائن بأن يسلم للكفيل ، وقت وفائه الدين ، المستندات اللازمة لاستعمال حقه فى الرجوع » .

« ٢ – فإذا كان الدين مضموناً بمنقول مرهون أو محبوس . وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل » .

« ٣ – أما إذا كان الدين مضموناً بتأمين عقارى . فإن الدائن يلتزم أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين . ويتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على المدين »[1] .

ويفترض هذا النص أن الكفيل لم ينجح فى دفع دعوى الدائن أو لم يدفعها بدفع ما . فحكم عليه بالدين ، أو أن الكفيل تقدم مختاراً للدائن دون دعوى ووفى الدين . ففى هذه الحالة ، يكون للكفيل الذى وفى عن المدين حق الرجوع على هذا الأخير إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول . وسيأتى بيان

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٥٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٥٥ ، فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٥٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩١ – ص ٤٩٣) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص : « يقدر هذا النص واجبا منطقيا على الدائن بإزاء الكفيل مبناه حلول الكفيل محل الدائن ، فيجب إذن أن يمكن من هذا الحلول . والنص منقول عن المادة ٥٠٨ من تقنين الالتزامات السويسرى ، مع شىء من التفصيل قصد به زيادة الإيضاح ومنع اللبس . وحكمه غنى عن التعليق ، إذ هو مجرد تطبيق للقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٢ – ص ٤٩٣) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٥٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٩٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٢٦ (مطابق) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى لا مقابل .

ذلك . وفى جميع الأحوال ، عند وفاء الكفيل بالدين للدائن . يجب على هذا الأخير أن يمكنه مما يستطيع من الرجوع على المدين . ويكون ذلك عقب وفاء الكفيل بالدين . إذا أظهر الدائن استعداده للقيام بالتزامه بمجرد استيفائه . فإذا آنس الكفيل من الدائن أنه غير مستعد للوفاء بالتزامه . استطاع الكفيل ، بدلا من أن يوفى له الدين . أن يودعه إيداعاً قضائياً طبقاً للقواعد المقررة لذلك . وعند ذلك يستطيع بعد هذا الإيداع القضائى أن يرجع على المدين . وكل ذلك قياساً على ما نصت عليه المادة ٣٤٩ مدنى من أنه « ١ — لمن قام بوفاء جزء من الدين أن يطلب مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء . فإذا وفى الدين كله كان له أن يطلب سند الدين أو إلغاءه . فإن كان السند قد ضاع كان له أن يطلب من الدائن أن يقر كتابة بضياع السند . ٢ — فإذا رفض الدائن القيام بما فرضته عليه الفقرة السابقة . جاز للدائن أن يودع الشىء المستحق إيداعاً قضائياً » .

والذى يلتزم به الدائن نحو الكفيل . إذا وفى هذا الأخير الدين الأول . هو ما يأتى :

أولا — أن يسلم الدائن للكفيل المستندات اللازمة لاستعمال حقه فى الرجوع . ومن أهم هذه المستندات مستندات الدين المكفول وهى فى يد الدائن فيجب أن يسلمها للكفيل حتى يرجع هذا بموجبها على المدين . ومخالصة من الدائن بأنه استوفى الدين من الكفيل وبذلك يثبت هذا الأخير أنه وفى الدين فيستطيع الرجوع على المدين . وغنى عن البيان أن الكفيل ، إذا اضطر إلى إيداع الدين إيداعاً قضائياً كما قدمنا ، يستطيع أن يحصل على شهادة بذلك فتغنيه عن مستندات الدين وعن المخالصة ، فيتمكن من الرجوع على المدين .

ثانياً — ولما كان الكفيل يستطيع الرجوع على المدين بدعوى الحلول كما سنرى . فإن الدائن يلتزم بتمكينه من هذا الحلول فى تأمينات الدين . فإذا كانت هذه التأمينات واقعة على منقول وكان المنقول فى يد الدائن ، وذلك كما إذا كان فى يد الدائن منقول مرهون رهناً حيازياً ضماناً للدين . أو ما هو فى حكم التأمين إذا كان هناك منقول فى يد الدائن محبوس فى

الدين ، وجب على الدائن أن يسلم للكفيل هذا المنقول . وذلك حتى يحل فيه محل الدائن فى حق رهن الحيازة أو فى الحق فى الحبس ، فيحبسه فى يده كما كان يحبسه الدائن ، ضماناً لحقه فى الرجوع على المدين .

ثالثاً — أما إذا كان التأمين عقارياً ، بأن كان هناك عقار مرهون رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً أو مأخوذ عليه حق اختصاص أو واقع عليه حق امتياز ضماناً للدين ، فإنه يجب على الدائن أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين إلى الكفيل ليحل محله فيه . ويتحمل الكفيل مصروفات هـذا النقل على أن يرجع بها على المدين ضمن ما يرجع به عليه .

ويترتب على ما قدمناه أن الدائن يلتزم بالمحافظة على تأمينات الدين عقاراً كانت أو منقولا ، سواء قدمت مع الكفالة أو قبلها أو بعدها ، حتى يحل فيها الكفيل محله . وسنرى ، عند الكلام فى انقضاء الكفالة بطريق أصلى ، ما هى هذه التأمينات ، وما الذى يترتب على إضاعة الدائن لها .

٥٢ — أصل الكفيل — نص قانونى : تنص المادة ٧٩٧ مدنى على ما يأتى :

« تجوز كفالة الكفيل ، وفى هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل ، إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٥٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — لا يجبر المصدق على الوفاء للدائن إلا حيث يكون المدين الأصل والكفلاء المسئولون عن كل الدين معسرين ، أو حيث تكون ذمتهم قد برئت بسبب دفوع شخصية خاصة بهم . ٢ — أما إذا كان كل كفيل غير مسئول عن الدين كله ، فلا يجبر المصدق على الوفاء للدائن إلا حيث يكون المدين الأصل والكفيل المكفول معسرين ، أو حيث تكون ذمتهما قد برئت بسبب دفوع شخصية خاصة بهما » . ورأت لجنة المراجعة أن يحل محل نص المشروع التمهيدى النص الآتى ، وهو يجعل كفيل الكفيل فى علاقته بالدائن كما لو كان الكفيل الأصلى مدينا أصليا بالنسبة إلى حق رجوع الدائن عليه : « تجوز كفالة الكفيل ، وفى هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل » ، وصاحب النص رقمه ٨٦٥ فى المشروع النهائى . وأضافت لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب فى آخر النص العبارة الآتية : « إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل » فأصبح النص ، تحت رقم ٨٦٤ ، —

وكفيل الكفيل ، ويسمى أيضاً بالمصدق (certificateur) ، هو من يكفل الكفيل ذاته للدائن ، دون أن يكفل المدين . فكفيل الكفيل يكفل التزاماً تابعاً هو التزام الكفيل . لا التزاماً أصلياً هو التزام المدين . والتزام كفيل الكفيل تابع لالتزام الكفيل ، كما أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلى . ولا تفترض كفالة الكفيل . فاذا كفل المدين الأصلى كفيلان أحدهما كفيل أول والآخر كفيل ثان ، لم يفترض فى الكفيل الثانى أنه كفيل الكفيل الأول ، بل هو كفيل ثان للمدين الأصلى[1] .

ولما كان كفيل الكفيل إنما كفل الكفيل دون المدين الأصلى ، فإن الكفيل يعتبر بالنسبة إليه مديناً أصلياً . ويعتبر هو بالنسبة إلى الكفيل كفيلا ، وعلى ذلك تسرى فى العلاقة ما بين الكفيل وكفيل الكفيل أحكام الكفالة ، فإذا كان كفيل الكفيل غير متضامن مع الكفيل جاز له أن يطلب من الدائن أن يرجع أولا على المدين الأصلى ثم على الكفيل . وذلك قبل أن يرجع الدائن

= مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته ، ثم وافق عليها مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٣١ - ٥٣٦) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٦٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٠٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٣٩ : الكفيل الذى يكفل الكفيل يعتبر فى علاقته بالدائن كفيلا للكفيل ، وفى علاقته بالكفيل كما لو كان هذا الكفيل مدينا أصليا بالنسبة له .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٦٣ : تصح كفالة الكفيل كما تصح كفالة المديون الأصلى .

م ١٠٧٦ : لا يلزم كفيل الكفيل تجاه الدائن إلا إذا أصبح المديون الأصلى وجميع الكفلاء فى حالة العجز ، أو إذا برئت ذمتهم بناء على أسباب شخصية مختصة بالمديون أو بالكفلاء .

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٨ ص ٩٨٨ - ناتسر ١٩ نوفمبر سنة ١٨٥٣ داللوز ٥٥ - ٥ - ٦٠ - ركون الكفيل الثانى هو كفيل ثان للمدين الأصل لا يفيد ، فيما يبدو ، أنه لا يتأخر عن الكفيل الأول فى كفالته ، بل يكون كل كفيل من الكفيلين كفيلا للمدين الأصلى ، وتسرى القواعد المتعلقة بتعدد الكفلاء .

عليه هو . كذلك لكفيل الكفيل أن يدفع بتجريد المدين الأصلى ثم بتجريد الكفيل . فلا ينفذ الدائن على أموال كفيل الكفيل قبل أن ينفذ أولا على أموال المدين الأصلى ثم على أموال الكفيل[١] . وليس لكفيل الكفيل أن يطلب تقسيم الدين مع الكفيل لأنهما لا يكفلان ديناً واحداً ، فكفيل الكفيل يكفل التزام الكفيل . أما الكفيل فيكفل التزام المدين الأصلى[٢] . ولكن إذا تعدد كفيل الكفيل . انقسم الدين على كفلاء الكفيل المتعددين لأنهم يكفلون جميعاً التزاماً واحداً هو التزام الكفيل ، وذلك طبقاً للقواعد المقررة فى حق التقسيم[٣] .

ولكفيل الكفيل أن يتمسك بالدفوع التى يجوز للكفيل التمسك بها ، ومن هذه الدفوع دفوع خاصة بالكفيل ودفوع خاصة بالمدين الأصلى[٤] . ويجوز له أن يتمسك بالدفوع الخاصة به هو . كبطلان عقد كفالة الكفيل أو قابليته للإبطال وانقضاء التزام كفيل الكفيل بطريق أصلى[٥] . وله كذلك أن يتمسك بأن ينفذ الدائن على كفالة عينية قدمها المدين الأصلى ، كما يتمسك بذلك الكفيل المكفول[٦] . وله أن يستعمل حقوق الكفيل الذى كفله باسم هذا الكفيل ، كما يستعمل الدائن حقوق المدين فى الدعوى غير المباشرة[٧] .

---

(١) وهذا كله إذا كان الكفيل غير متضامن مع المدين الأصل ، أما إذا كان متضامناً معه فلا يملك كفيل الكفيل طلب سبق الرجوع على المدين أولا ولا تجريده ، ولكن يملك طلب سبق الرجوع على الكفيل وتجريده (قارن سليمان مرقس فقرة ٩٠) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤١ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٠ – فقرة ٤٢ .

(٤) انظر آنفا فقرة ٤٥ – فقرة ٤٦ .

(٥) انظر آنفا فقرة ٤٦ .

(٦) انظر آنفا فقرة ٥٠ .

(٧) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٨ – ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور فى هذا المعنى : « ولا يؤثر تضامن الكفيل مع المدين فى حق كفيل الكفيل فى الدفع بتجريد الكفيل إذا لم يكن متضامنا معه . ولكن تضامن الكفيل مع المدين يمنع كفيل الكفيل ، فيما نرى ، ولو لم يكن متضامنا مع المدين ، من الدفع بتجريد المدين مادام الكفيل نفسه لا يستطيع أن يدفع بتجريد المدين ، وإلا لترتب على وجود كفيل الكفيل الانتقاص من حقوق الدائن (منصور مصطفى منصور فقرة ٤٥ ص ٨٤) – انظر عكس ذلك عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٣٢ – سليمان مرقس فقرة ٧٧ ص ٧٩ – محمد على إمام فقرة ٦١ ص ٩٩ .

أما إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل ، فإنه تسري في علاقته مع الكفيل أحكام الكفيل المتضامن التي سيأتي ذكرها ، فلا يجوز لكفيل الكفيل أن يطالب الدائن بالرجوع أولا على الكفيل أو على المدين الأصلي ، ولا أن ينفذ الدائن أولا على أموال الكفيل أو على أموال المدين الأصلي . ولكن إذا كان الكفيل غير متضامن مع المدين الأصلي ، فإنه يجوز لكفيل الكفيل أن يستعمل حقوق الكفيل باسم هذا الأخير ، فيطلب من الدائن الرجوع أولا على المدين الأصلي . وكذلك التنفيذ على أموال المدين الأصلي قبل التنفيذ على أمواله هو .

وإذا وفى كفيل الكفيل الدين ، كان له أن يرجع على الكفيل أو على المدين الأصلي ، أو عليهما معاً مسئولين بالتضامم (in solidum) . ويكون رجوعه بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول ، كما سنرى في رجوع الكفيل على المدين[1] .

المطلب الثاني

الكفيل متضامن مع المدين أو مع كفلاء آخرين

٥٣ — تضامن الكفيل مع المدين — نص قانوني : تنص المادة ٧٩٥ مدني على ما يأتي :

« في الكفالة القضائية أو القانونية . يكون الكفلاء دائماً متضامنين »[2].

---

(١) وإذا رفع الدائن الدعوى على كفيل الكفيل ، كان لهذا أن يدخل الكفيل في الدعوى وكذلك المدين ، ليحكم على كل منهما بأن يرد الكفيل ما عسى أن يحكم به على هذا الأخير إذا نفذ هذا ما حكم به عليه (استئناف مختلط ٥ يونيه سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣١٤ — سليمان مرقس فقرة ٩٠ ص ١٠٥) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٥٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ١ — لا يفترض التضامن ما بين الكفيل والمدين ، بل يجب اشتراط التضامن في عقد الكفالة أو في عقد منفصل . ٢ — كذلك يجب اشتراط التضامن ما بين الكفلاء الملتزمين بعقد واحد . ٣ — أما في الكفالة القضائية أو القانونية ، فيكون الكفلاء دائما متضامنين » . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرتان الأولى والثانية لأنهما تطبيق للقواعد العامة ، واستبقيت =

ويفهم من هذا النص أن كلا من الكفيل القضائى والكفيل القانونى يكون دائماً ، بحكم القانون ، متضامناً مع المدين . وقد قدمنا أن الكفيل القضائى هو الكفيل الذى يكون المدين ملزماً بتقديمه بموجب حكم قضائى فى أحوال معينة نص عليها القانون ، والكفيل القانونى هو الكفيل الذى يكون المدين ملزماً بتقديمه بموجب نص فى القانون[1] . فمتى قدم المدين للدائن كفيلا يكفل الدين ، بموجب حكم قضائى أو بموجب نص فى القانون ، كان هذا الكفيل متضامناً مع المدين[2] . وعلى ذلك تكون هذه الحالة هى إحدى حالات تضامن الكفيل مع المدين ، وقد قررها القانون بنص صريح .

= الفقرة الثالثة ، فأصبح النص ، تحت رقم ٨٦٣ فى المشروع النهائى ، مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٢٧ - ص ٥٢٩) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق :

م ٤٩٨ / ٦٠٨ : فى حالة عدم وجود شرط صريح ، لا تكون الكفالة إلا على أصل الدين ، ولا توجب التضامن .

م ٤٩٩ / ٦٠٩ : أما الكفالة التى تؤخذ بالمحاكم أو بناء على حكم ، فتستلزم التضامن حتما مع كفالة الفوائد والمصاريف .

م ٥٠٤ / ٦١٥ : 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 ٧٦١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٠٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٣٠ : ١ - لا تضامن بين الكفيل والمدين ما لم يشترط ذلك فى عقد الكفالة أو فى عقد منفصل . ٢ - أما فى الكفالة القضائية والقانونية والتجارية ، فيكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٦٩ : إن الكفالة لا تتضمن التكافل بدون اتفاق صريح - فإذا اشترط التكافل أو كانت الكفالة تعد عملا تجاريا من الكفيل ، كانت مفاعيلها خاضعة للأحكام المختصة بالموجبات المتضامنة بين المديونين .

(١) أنظر آنفا فقرة ١٤ .

(٢) والمدين إذا التزم بتقديم كفيل ، بموجب حكم قضائى أو بموجب نص فى القانون ، =

ذلك بأن تضامن الكفيل مع المدين يتقرر ، كالتضامن ما بين المدينين الأصليين ، إما بالاتفاق أو بنص فى القانون . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٧٩٥ مدنى ينص على ما يأتى : « ١ — لا يفترض التضامن ما بين الكفيل والمدين ، بل يجب اشتراط التضامن فى عقد الكفالة أو فى عقد منفصل ... ٣ — أما فى الكفالة القضائية أو القانونية فيكون الكفلاء دائماً متضامنين » . وفى لجنة المراجعة لم تستبق إلا الفقرة الثالثة . لأن باقى النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة[١] .

وعلى ذلك يكون مصدر التضامن ما بين الكفيل والمدين هو نفس مصدر التضامن ما بين المدينين الأصليين . فيكون المصدر إذن هو الاتفاق أو القانون .

(المصدر الأول) الاتفاق : وأكثر ما يكون تضامن الكفيل مع المدين مصدره الاتفاق ، فيشترط الدائن تضامنهما معاً . وهذا الذى يقع فى العمل غالباً ، فالتضامن بين الكفيل والمدين وإن كان من الناحية النظرية ليس هو الأصل إذ لا بد من اشتراطه ، إلا أنه من الناحية العملية هو الذى يقع فى العادة ، فيشترط الدائن عادة تضامن الكفيل مع المدين[٢] . ويصح أن يكون اشتراط الدائن للتضامن فى العقد ذاته الذى أنشأ الدين وهذا هو الغالب . كما يصح أن يكون فى عقد مستقل يأتى تالياً لعقد الدين . كما إذا كانت

= فإنه يقدم عادة كفيلا واحداً ، فيكون هذا الكفيل متضامنا مع المدين . وهذا هو المعنى المقصود كما يظهر من نص المادة ٧٩٥ مدنى سالفة الذكر عندما تقول : « يكون الكفلاء دائما متضامنين » ، أى يكون الكفيل الذى قدمه المدين لدائن متضامنا مع المدين . ولكن ظاهر النص يفهم منه أنه فى حالة تعدد الكفلاء الذين يقدمهم المدين ، وهذه حالة نادرة لم تكن ملحوظة وقت وضع النص ، يكون هؤلاء الكفلاء متضامنين مع المدين من جهة . ومتضامنين فيما بينهم من جهة أخرى . ولا مانع من قبول هذا التفسير فى حالة تعدد الكفلاء القضائيين أو القانونيين الذين يقدمهم المدين ، وإن كان المدين كما سبق القول لا يقدم فعلا إلا كفيلا واحدا فيكون هذا الكفيل متضامنا مع المدين (انظر فى هذه المسألة سليمان مرقس فقرة ٨٦ ص ٩٧ هامش ١) .

(١) انظر نفس الفقرة فى الهامش .

(٢) بيدان وفوران ١٣ فقرة ١٣٢ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩٤٦ — أنسيكلوبيدى دالوز لفظ Cautionnement فقرة ٢٣١ .

الكفالة فى عقد مستقل يأتى تالياً لعقد الدين فيشترط الدائن فيه التضامن . وسواء كان الاتفاق على التضامن واقعاً فى العقد الذى أنشأ الدين أو كان تالياً له . فإنه لا يجوز افتراض وجود التضامن دون الاتفاق على ذلك اتفاقاً واضحاً لا شك فيه[1] . فإذا لم يشترط الدائن التضامن ، فسر العقد لمصلحة الكفيل فيكون غير متضامن مع المدين . وشرط التضامن قد يكون ضمنياً ، إذ الشرط الضمنى غير الشرط المفترض . فالتضامن لا يجوز أن يقوم على شرط مفترض ولكن يجوز أن يقوم على شرط ضمنى . ويترتب على عدم جواز افتراض التضامن أن من يدعى قيام التضامن عليه أن يثبت وجوده ، ويثبت شرط التضامن طبقاً للقواعد العامة فى الإثبات ، وعند الشك فى قيام التضامن يعتبر أنه غير موجود .

(المصدر الثانى) القانون : وقد رأينا مثلين على تضامن مصدره القانون ما بين الكفيل والمدين ، وهما الكفالة القضائية والكفالة القانونية . فكل كفيل قضائى يكون متضامنا مع المدين ، وكذلك يكون متضامناً مع المدين كل كفيل قانونى . ومصدر التضامن هنا نص فى القانون هو المادة ٧٩٥ مدنى التى مر ذكرها[2] . كذلك إذا كانت الكفالة ناشئة عن ضمان الأوراق التجارية

---

(١) أحكام تقضى بالتضامن : استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٦٨ (كتاب أرسله أحد الورثة والتزم فيه بدفع دين مورثه إذا لم تدفعه التركة فى أجل معين : كفالة تضامنية فيما يزيد على نصيبه) — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٨٣ — أول مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٧٩ (المادة ٦٠٨ مختلط لا تستلزم استعمال لفظ « التضامن » ، بل مرد ذلك إلى تقدير القاضى) — بنى سويف الكلية ٣٠ يونيه سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٦٠٥ ص ١١١٥ (عبارة « ضمان المستأجر فى سداد مبلغ الإيجار ضمانة حضور عزوم وإلزام كشخصه » تفيد التضامن) .

أحكام تقضى بعدم التضامن : استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٢ (لفظ « عزوم » لا يفيد التضامن) — ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٨ (وقع شخص على بياض ، واستخلصت المحكمة أنه لم يوقع كشاهد ولكن ككفيل ، ولم تحكم بتضامنه لعدم وجود شرط واضح فى ذلك) — ٣ نوفمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١٤ (الكفالة المعطاة فى عقد إيجار لا تكون تضامنية ، ولو كان جميع أطراف العقد تجارا وكان موضوع التعاقد استغلالا تجاريا ، ما لم يتفق على غير ذلك) .

(٢) بنى سويف الكلية ٢٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٦٠٠ ص ١١٠٠ .

ضماناً احتياطياً . فإن الضامن الاحتياطي (aval) يكون كفيلا متضامناً مع المدين . ومصدر التضامن هنا نص في القانون . فقد نصت المادة ١٣٩ تجاري على أن « الضمان الاحتياطي يكون عن الساحب أو المحيل . ويلزم الضامن احتياطاً بالوفاء على وجه التضامن بالأوجه التي يلزم المضمون على سحبها . ما لم توجد شروط بخلاف ذلك بين المتعاقدين »[١] . وإذا كانت الكفالة ناشئة عن تظهير (endossement) الأوراق التجارية . فالقابل والمحيلون كفلاء للساحب متضامنون معه . ومصدر التضامن هنا نص في القانون . فقد نصت المادة ١٣٧ تجاري على أن « ساحب الكمبيالة وقابلها ومحيلها ملزمون لحاملها بالوفاء على وجه التضامن »[٢] . وفي بيع السفينة نصت المادة ١/٢٣ من التقنين البحري على أنه « يجب على الراسي عليه مزاد السفينة من أية حمولة كانت أن يدفع في ظرف أربع وعشرين ساعة من وقت مرسى المزاد ثلث الثمن الذي رسا به المزاد عليه أو يسلمه إلى صندوق المحكمة . ويؤدي كفيلا معتمداً بالثلثين يكون له محل في القطر المصري ويضع إمضاءه مع المكفول على السند . ويكونان ملزمين على وجه التضامن بدفع الثلثين المذكورين في ميعاد أحد عشر يوماً من يوم مرسى المزاد . فهنا يقدم الراسي عليه مزاد السفينة كفيلا بثلثي الثمن ، أي ما يتبقى في ذمته من الثمن . ويكون هذا الكفيل متضامناً معه أي مع المدين نحو الدائن . وذلك بموجب المادة ١/٢٣ بحري سالفة الذكر .

٥٤ — تضامن الكفلاء فيما بينهم : وقد يتعدد الكفلاء . ويكونون متضامنين فيما بينهم ، وغير متضامنين مع المدين . ومصدر تضامن الكفلاء فيما بينهم هو أيضاً ، كمصدر تضامن الكفيل مع المدين فيما قدمناه ، الاتفاق أو القانون .

ويجوز أن يكون الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع

---

(١) انظر آنفا فقرة ٢٧ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٢٧ .

المدين فى وقت واحد . وهذا هو الغالب . فيكون الكفلاء والمدين متضامنين جميعاً ، الأولون باعتبارهم كفلاء والأخير باعتباره مديناً أصلياً .

ويجوز أن يكون كل من الكفلاء المتعددين متضامناً مع المدين ، دون أن يكون هؤلاء الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم . فلو أن مديناً واحداً كان له كفيلان ، وكان كل كفيل متضامناً معه ، فإن الكفيلين لا يكونان متضامنين فيما بينهما ، مع أن كل كفيل منهما متضامناً مع المدين . ولكن مع ذلك يسرى على الكفيلين كثير من أحكام التضامن كما لو كانا متضامنين فيما بينهما ، وبوجه خاص يكون كل منهما مسئولا عن كل الدين ولا يكون لأى منهما حق التقسيم ، إذ أن كلا منهما مسئول عن كل الدين بحكم تضامنه مع المدين[1] .

ويجوز أن يتعدد الكفلاء ، ويكون بعضهم متضامناً مع المدين وبعض آخر غير متضامن معه . فلو أن مديناً واحداً كان له ثلاثة كفلاء ، اثنان منهم متضامنان معه والثالث غير متضامن ، فالاثنان المتضامنان معه لا يكون لأى منهما حق التقسيم ولا حق التجريد ، ويكون كل منهما مسئولا عن كل الدين . أما الكفيل الثالث غير المتضامن مع المدين فيكون له حق التقسيم إذا توافرت شروطه فلا يكفل إلا حصته فى الدين ، ويكون له أيضا حق التجريد .

ويجوز أن يتعدد الكفلاء والمدينون فى دين واحد ، ويكون المدينون متضامنين[2] . فإن كان الكفلاء أيضاً متضامنين فيما بينهم ، ولكنهم غير متضامنين مع المدينين المتضامنين ، لم يكن لهؤلاء المدينين المتضامنين فيما بينهم حق التقسيم ، ولكن يكون لهم حق التجريد لأنهم غير متضامنين مع المدينين المتضامنين . أما إذا كان الكفلاء غير متضامنين فيما بينهم وكفلوا بعقد واحد ، كان لهم حق التقسيم ، وكان لهم أيضاً حق التجريد . فإذا كفلوا بعقود

---

(١) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٨٥ — ص ٢٨٦ .

(٢) أما إذا كان المدينون غير متضامنين ، فإن الدين ينقسم عليهم فيصبح عدة ديون ، لكل دين مدين . فتؤول المسألة إلى أن يكون هناك مدين واحد كفله كفلاء متعددون ، وقد عالجنا فيما تقدم الصور المختلفة لهذا الغرض .

متوالية ، لم يكن لهم حق التقسيم إلا إذا احتفظ أى منهم بهذا الحق فيكون له ولكن يكون لهم حق التجريد لأنهم غير متضامنين مع المدينين المتضامنين فإذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين أيضاً مع المدينين المتضامنين لم يكن لهم لا حق التقسيم ولا حق التجريد(١) .

٥٥ — تطبيق أحكام التضامن : ويطبق على الكفلاء المتضامنين فيما بينهم وكذلك على الكفيل المتضامن مع المدين ، بوجه عام ، أحكام التضامن .

ففيما يتعلق بالكفلاء المتضامنين فيما بينهم ، فهؤلاء يكونون فى العلاقة بينهم وبين الدائن ، مدينين متضامنين ليس لهم حق التقسيم . ولهم حق التجريد إذا كانوا غير متضامنين مع المدين . وليس لهم هذا الحق إذا كانوا متضامنين معه . فيجوز للدائن أن يطالب أياً من الكفلاء المتضامنين فيما بينهم بكل الدين ، ويرجع ذلك إلى فكرة وحدة المحل(٢) . ويجوز لكل كفيل أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين الكفلاء جميعاً ، ولكن ليس له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بكفيل آخر . أما إذا انقضى

---

(١) وإذا كان هناك مدينان متضامنان ، كفل أحدهما كفيل وكفل الثانى كفيلان بعقد واحد ، فإن كفيل المدين الأول يكون مسئولا عن كل الدين لأنه كفل مدينا متضامنا مسئولا عن كل الدين . أما كفيلا المدين الثانى فيقسم الدين بينهما لأنهما كفلا بعقد واحد . فإن كفلا بعقدين متواليين ، كان كل منهما مسئولا عن كل الدين إلا إذا احتفظ لنفسه بحق التقسيم (سليمان مرقس فقرة ٩٩ ص ١١٤) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه جرى قضاء هذه المحكمة فى ظل القانون المدنى القديم بأن مؤدى نص المادة ١١٠ منه أن مطالبة أى واحد من المدينين المتضامنين تسرى فى حق باقى المدينين ، كما أن مطالبة أى واحد من الكفلاء المتضامنين تسرى فى حق سائر زملائه لاتحادهم فى المركز والمصلحة اتحادا اتخذ منه القانون أساساً لافتراض نوع من الوكالة بينهم فى مقاضاة الدائن لهم . ومن ثم كان حكم المادة ١١٠ سالف الذكر ساريا فيما بين المدينين المتضامنين بعضهم وبعض ، وفيما بين الكفلاء المتضامنين بعضهم وبعض ، وتكون مطالبة الدائن لبعض الكفلاء المتضامنين بالدين مطالبة منه للآخرين : ويكون الحكم الصادر ضد هذا البعض حجة على باقى الكفلاء المتضامنين وقاطعاً لمدة التقادم بالنسبة لهم (نقض مدنى ١٠ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٣٧ ص ٢٧٩) .

التزام أحد الكفلاء بسبب غير الوفاء ، كتجديد أو مقاصة أو اتحاد ذمة أو إبراء أو تقادم ، فان أثر انقضاء الالتزام يقتصر عليه ، ولا يحتج أى كفيل آخر بهذا السبب إلا بقدر حصة الكفيل الذى قام به سبب الانقضاء ، ويرجع ذلك إلى فكرة تعدد الروابط . وهناك نيابة تبادلية بين الكفلاء المتضامنين فيما بينهم ، فيعتبر كل كفيل ممثلا للكفلاء الآخرين ونائباً عنهم فيما ينفعهم لا فيما يضرهم . وإذا وفى أحد الكفلاء المتضامنين فيما بينهم كل الدين ، لم يجز له أن يرجع على أى من الكفلاء الباقين إلا بقدر حصته ، ولو كان مما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن[1] .

وفيما يتعلق بالكفيل المتضامن مع المدين ، يكون الاثنان بالنسبة إلى الدائن مدينين متضامنين بوجه عام فيجوز للدائن أن يطالب بكل الدين أياً من المدين أو الكفيل . على أن الكفيل المتضامن يختلف عن الكفيل العادى (أى غير المتضامن مع المدين) فى أنه بوجه خاص ليس له أن يتمسك بحق التجريد ، ثم يختلف عن المدين المتضامن فى الدفوع التى يستطيع أن يحتج بها . فنقارن الكفيل المتضامن بالكفيل العادى من جهة ، ثم نقارنه بالمدين المتضامن من جهة أخرى .

٥٦ — الكفيل المتضامن والكفيل العادى — حرمان الكفيل المتضامن من حق التجريد — نص قانونى : تنص المادة ٧٩٣ مدنى على ما يأتى :

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان وفاء الكفيل المتضامن وفاء صحيحا لدين قائم ، فإنه يحق له أن يرجع على باقى الكفلاء المتضامنين كل بقدر حصته فى الدين الذى أوفاه للدائن . ويكون هذا الرجوع بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية التى أساسها النيابة التبادلية المفترضة قانونا بين المتعهدين المتضامنين فى الدين على ما تقرره المادة ١٠٨ من القانون المدنى الملغى . وإذا كانت الدعوى الشخصية تقوم على الوكالة المفترضة بين الكفلاء المتضامنين ، فإنه يتعين فى شأن تقادمها إعمال قواعد التقادم المقررة فى شأن الوكالة ، واعتبار مدة التقادم بالنسبة لتلك الدعوى خمس عشرة سنة ، تبدأ من تاريخ وفاء الكفيل المتضامن إذ تعين هذا التاريخ فقط ينشأ حقه فى الرجوع على المتعهدين المتضامنين معه ، ويصبح هذا الحق مستحق الأداء (نقض مدنى ١٠ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٣٧ ص ٢٧٩ — وهو الحكم السابق الإشارة إليه فى الفاصل السابق) .

« لا يجوز للكفيل المتضامن أن يطلب التجريد »[١] .

وقد رأينا أن الكفيل العادى له أن يتمسك بوجوب رجوع الدائن على على المدين أولا ، وله أن يتمسك أيضاً بتنفيذ الدائن على أموال المدين أولا وهذا هو حق التجريد . أما الكفيل المتضامن . فليس له أن يتمسك بأى من الحقين .

فاذا رجع الدائن على الكفيل المتضامن قبل أن يرجع على المدين ، فليس للكفيل المتضامن أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب أن يرجع هذا الأخير أولا على المدين . وهذا الحكم هو من أهم أحكام الكفيل المتضامن ، ومن أجل هذا جعل الكفيل متضامناً مع المدين . فالكفيل المتضامن مسئول عن كل الدين كالكفيل العادى ، ولكنه يختلف عن الكفيل العادى فى أن الدائن يستطيع أن يرجع عليه بكل الدين قبل أن يرجع على المدين . فالدائن إذن مخير إن شاء رجع على المدين وإن شاء رجع على الكفيل المتضامن ، وإذا رجع على أحدهما فان ذلك لا يمنعه من الرجوع على الآخر وترك الرجوع على الأول . بل للدائن أن يرجع عليهما معاً فى وقت واحد ، سواء كان الرجوع ابتداء أو كان بعد الرجوع على أحدهما . وتنص المادة ١٠٣١ مدنى عراقى فى هذا الصدد على أنه « إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين ، فالدائن

---

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدى ، وقد أضافته لجنة المراجعة نقلا عن المادة ١١٥٧ من لجنة الأستاذ كامل صدقى ، وأصبح رقمه ٨٦١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٣٤٤ — ص ٥٣٥) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٥٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٠٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٣١ : إذا كان الكفيل متضامنا مع المدين ، فالدائن مخير فى المطالبة إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب الكفيل . ومطالبته أحدهما لا تسقط حق مطالبته الآخر ، فمن مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر ، وله أن يطالبهما معاً .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٦٩ (انظر آنفا فقرة ٥٣ فى الهامش) .

مخير فى المطالبة إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب الكفيل . ومطالبته أحدهما لا تسقط حق مطالبته الآخر ، فبعد مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر ، وله أن يطالبهما معاً »[1] أما الكفيل العادى ، فلا يجوز للدائن أن يرجع عليه قبل المدين . وإذا فعل الدائن ذلك ، كان للكفيل العادى أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب رجوعه أولا على المدين .

كذلك يجوز للدائن أن ينفذ بالدين على أموال الكفيل المتضامن مع المدين أولا ، ولا يستطيع هذا الأخير أن يتمسك قبل الدائن بحق التجريد ، وهذه مزية أخرى هامة لتضامن الكفيل مع المدين . أما الكفيل العادى ، فلا يجوز للدائن أن ينفذ الدين على أمواله أولا ، وله أن يتمسك بحق التجريد .

٥٧ — الكفيل المتضامن والمدين المتضامن — أوجه الدفع التى يستطيع أيه يحتج بها كل منهما — نص قانونى : تنص المادة ٧٩٤ مدنى على ما يأتى :

« يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين »[2] .

---

(١) انظر آنفا نفس الفقرة فى الهامش .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٥١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « لا يسأل الكفيل المتضامن مسئولية « المدين المتضامن ، فيجوز له أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين . وفى لجنة المراجعة حذفت عبارة « لا يسأل الكفيل المتضامن مسئولية المدين المتضامن » لأنها أدخل فى الفقه منها فى التشريع ، ولأن حكم المادة بعد حذف هذه الفقرة يستخلص منه مدلولها » ، فأصبح النص ، تحت رقم ٨٦٢ فى المشروع النهائى ، مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٢٥ — ص ٥٢٦).

ولا مقابل النص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٦٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٠٣ (مطابق) .

وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لنص هذه المادة أنها « تبحث فى مركز الكفيل المتضامن مع المدين . وقد كان هذا المركز دائماً محل خلاف شديد : هل يعتبر الكفيل المتضامن فى حكم المدين المتضامن فلا يجوز له التمسك بغير دفوعه الشخصية والدفوع المتعلقة بالدين دون الدفوع الخاصة بالمدين ، أم أن له أن يتمسك بكل الدفوع التى يتمسك بها الكفيل العادى مع حرمانه من حق التقسيم والتجريد ؟ والتشريع المصرى (السابق م ٦٢٢/٥٠٩) ، ويجاريه المشروع فى ذلك ، يؤيد الرأى القائل بأن الكفيل ، متضامناً أم عادياً ، له أن يدفع بكل دفوع المدين ، ما عدا نقص الأهلية إذا كان الكفيل يعلم به . ويتفق هذا الرأى فى الواقع مع اتجاه التقنينات الحديثة نحو توسيع حق الكفيل فى التمسك بكل الدفوع التى للمدين حتى الشخصية منها . كذلك يجارى القضاء المصرى هذا الرأى أيضاً : انظر على الأخص نقض ٦ يونيه سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ ص ٣٢٢ رقم ١٥٤ — استئناف أهلى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ ص ١١٦٢ رقم ٤٩١ — استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٨٩٥ ب ٧ ص ١٣٧ — ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٠ ب ١٢ ص ٢٣ — ٢٠ أبريل سنة ١٩١١ ب ٢٣ ص ٢٧٣ — راجع مع ذلك بنى سويف ٢٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ١١٠٠ رقم ٦٠٠) » مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٢٥ — ص ٥٢٦ »[1] .

— التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٦٩ (انظر آنفا فقرة ٥٣ فى الهامش) .

(١) والقضاء الفرنسى يعتبر الكفيل المتضامن فى مركز المدين المتضامن ، ويستند فى ذلك إلى نص المادة ١٠٢١ مدنى فرنسى وتجرى على الوجه الآتى : « الدفع بالتجريد لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين ، وفى هذه الحالة تسرى على الكفيل القواعد المقررة فى شأن المدينين المتضامنين » فيقضى هذا النص ، كما نرى ، بأن التزام الكفيل المتضامن مع المدين تسرى عليه القواعد المقررة فى شأن المدينين المتضامنين . ولكن الفقه الفرنسى يميز بين الكفيل المتضامن مع المدين والمدين المتضامن ، فالأول يعتبر كفيلا ويكون التزامه تابعا لالتزام المدين الأصلى ، أما الثانى فيعبر مدينا أصليا . وقد سار القضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى السابق ، على مذهب الفقه الفرنسى ، وميز بين الكفيل المتضامن مع المدين والمدين المتضامن (انظر الأحكام المشار إليها فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٢٦ — —

ويقتضينا ذلك أن نبحث ما هى الدفوع التى يستطيع أن يتمسك بها المدين المتضامن ، ثم ما هى الدفوع التى يستطيع أن يتمسك بها الكفيل المتضامن مع المدين .

فأوجه الدفع التى يحتج بها المدين المتضامن منصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة ٢٨٥ مدنى على الوجه الآتى : « ولا يجوز للمدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين ، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً » . فيكون مثل أوجه الدفع الخاصة بالمدين المطالب بالوفاء ، أن تكون الرابطة التى تربط هذا المدين بالدائن مشوبة بعيب فى الرضاء أو بنقص فى أهلية هذا المدين ، أو تكون هذه الرابطة قابلة للفسخ فيطالب المدين بفسخها ، أو تكون قد انقضت بسبب غير الوفاء ، كالمقاصة واتحاد الذمة والإبراء والتقادم ، وهذه جميعها يحتج بها المدين الذى قام السبب من جهته ويدفع بها مطالبة الدائن . وأما أوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً ، فكأن يكون العقد الذى أنشأ الالتزام التضامنى باطلا فى الأصل لانعدام رضاء المدينين جميعاً أو لعدم توافر شروط المحل أو السبب أو لعيب فى الشكل ، أو يكون العقد قابلا للإبطال لصالح جميع المدينين بأن يكون قد وقع عليهم جميعاً إكراه أو تدليس أو وقعوا جميعاً فى غلط جوهرى ، أو يكون العقد قابلا للفسخ بأن يكون الدائن مثلا لم يف بما تعهد به فيكون لكل من المدينين

= وهى الأحكام المذكورة فى المتن) . وأخذ التقنين المدنى الجديد بهذا التمييز بنص تشريعى ، هو المادة ٧٩٤ مدنى سالفة الذكر . فيعتبر الكفيل المتضامن مع المدين كفيلا لا مدينا أصليا ، وله أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل العادى من دفوع : وسيأتى تفصيل ذلك فيما يلى فى المتن فى نفس الفقرة – وانظر القانون الفرنسى من قضاء وفقه فى بودرى وفال فقرة ٩١٩ – أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٣ ص ٢٧١ – ص ٢٧٣ – بلانيول وريبير وساقاتييه فقرة ١٥٣٩ – بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ١٩٤٦ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٤٠٦ – وانظر أيضا محمد كامل مرسى فقرة ١٠٠ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٧١ – سليمان مرقس فقرة ٨٦ – فقرة ٨٨ .

المتضامنين حق المطالبة بالفسخ . أو يكون أحد الدائنين قد وفى الدين كله فبرئت ذمة الجميع ويكون لكل منهم أن يحتج بهذا الوفاء على الدائن . ولا يحتج المدين المتضامن المطالب بالوفاء بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين المتضامنين ، كما إذا وقع تدليس أو إكراه على غيره أو وقع غير فى غلط جوهرى فلا يحتج هو بذلك ، وكما إذا كان غيره ناقص الأهلية فلا يحتج هو بنقص أهلية هذا المدين ، وكما إذا كان التزام غيره معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل فلا يتمسك هو بهذا الدفع ، وكما إذا قام سبب للفسخ بغيره فلا يطالب هو بالفسخ ، وكما إذا قام سبب غير الوفاء لانقضاء التزام غيره فلا يحتج هو بهذا السبب إلا بقدر حصة هذا المدين[1] . ولا يستطيع المدين المتضامن أن يحتج بالدفوع التى ترجع إلى مركز الكفيل باعتباره كفيلا ، لأنه ليس بكفيل بل هو مدين أصلى . لذلك لا يستطيع أن يحتج ببراءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن بخطأه من التأمينات ، ولا يستطيع أن يحتج ببراءة ذمته لتأخر الدائن فى اتخاذ الإجراءات ضد مدين متضامن آخر ، ولا يستطيع أن يحتج ببراءة ذمته بقدر ما أصابه من ضرر بسبب عدم تقدم الدائن فى تفليسة مدين متضامن آخر .

أما أوجه الدفع التى يحتج بها الكفيل للمتضامن مع المدين ، فتنص المادة ٧٩٤ مدنى كما رأينا على أنه « يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين » . فالكفيل المتضامن إذن ، فى التقنين المدنى الجديد ، ليس فى مركز المدين المتضامن ، بل يبقى كفيلا التزامه تابع للالتزام الأصلى . ويتفق هذا الحكم ، كما تقول المذكرة الإيضاحية فيما أسلفناه ، « مع اتجاه التقنينات الحديثة نحو توسيع حق الكفيل فى التمسك بكل الدفوع التى للمدين ، حتى الشخصية منها » . ولما كان للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين ، ولما كان الكفيل غير المتضامن طبقاً للمادة ١/٧٨٢ مدنى

---

(١) انظر الوسيط ٣ فقرة ١٨٨ — فقرة ١٩٤ .

« له أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين » ، فإن للكفيل المتضامن مع المدين أن يحتج بأوجه الدفع إلى مدى أبعد مما يحتج به المدين المتضامن . فللكفيل المتضامن مع المدين أن يتمسك ببطلان التزام المدين ، لعيب فى الشكل أو لانعدام الرضاء أو لعدم توافر شروط المحل أو لعدم مشروعية السبب أو لأى سبب آخر من أسباب بطلان الالتزام . أما المدين المتضامن فقد رأينا أنه لا يستطيع أن يحتج ببطلان التزام مدين متضامن آخر إذا كان سبب البطلان خاصاً بهذا المدين الآخر ، كأن انعدم رضاء هذا المدين الآخر دون أن ينعدم رضاء المدين الأول . وللكفيل المتضامن مع المدين أن يتمسك بابطال عقد المدين الأصلى لأن التزامه يكون تبعاً لذلك قابلا للإبطال ، أما المدين المتضامن فلا يستطيع أن يحتج بقابلية التزام مدين متضامن آخر للبطلان إذا كان سبب ذلك راجعاً إلى المدين الآخر ، كأن كان رضاؤه معيباً أو كان هذا المدين الآخر ناقص الأهلية . ويستطيع الكفيل المتضامن مع المدين أن يتمسك بنقص أهلية المدين الأصلى ، إلا إذا كان قد كفل هذا المدين بسبب نقص أهليته كما سبق القول . وإذا انقضى التزام المدين الأصلى بسبب غير الوفاء ، كالتجديد أو المقاصة أو اتحاد الذمة أو الإبراء أو التقادم ، جاز للكفيل المتضامن مع المدين ، والتزامه تابع لالتزام المدين ، أن يتمسك هو أيضاً بانقضاء التزامه . أما المدين المتضامن ، فقد رأينا أنه لا يستطيع أن يتمسك بانقضاء التزامه إلا بقدر حصة المدين المتضامن الذى قام به سبب الانقضاء . وهناك دفوع ترجع إلى مركز الكفيل باعتباره كفيلا . ويستطيع أن يحتج بها الكفيل المتضامن مع المدين دون أن يستطيع المدين المتضامن ذلك . فيستطيع الكفيل المتضامن أن يحتج ببراءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن بخطأه من التأمينات وبتأخر الدائن فى اتخاذ الإجراءات ضد المدين الأصلى وبعدم تقدم الدائن فى تفليسة المدين الأصلى ، ولا يستطيع المدين المتضامن الاحتجاج بشىء من ذلك .

ومن ذلك نرى أن المبدأ الأساسى هو أن التزام الكفيل المتضامن مع المدين ، كالتزام الكفيل العادى ، تابع لالتزام المدين الأصلى ؛ فينقضى التزام الكفيل المتضامن بانقضاء التزام المدين الأصلى ولو لسبب آخر غير الوفاء . وهذا بخلاف المدين المتضامن ، فإن التزامه ليس تابعاً لالتزام مدين متضامن آخر ، ولذلك لا يستطيع أن يحتج إلا بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين المتضامنين جميعاً . ولا يحتج بانقضاء التزام مدين متضامن آخر لسبب غير الوفاء إلا بقدر حصة هذا المدين ، فى حين أن الكفيل المتضامن له أن يحتج بانقضاء الدين كله ولو انقضى لسبب آخر غير للوفاء[1] كما سبق القول .

وإذا أراد الكفيل المتضامن أن يكون فى مركز المدين المتضامن نفسه ؛ فلا يحتج إلا بأوجه الدفع التى يحتج بها المدين المتضامن وبالقدر الذى يحتج به هذا الأخير ، وفى ذلك تقوية لضمان الدائن إذ يكون مسئولا أمامه مدينان متضامنان لا مدين وكفيل متضامن معه . فما على الكفيل المتضامن إذا قبل تقوية ضمان الدائن على النحو السالف الذكر إلا أن يتقدم ، لا ككفيل متضامن مع المدين ، بل كمدين متضامن أصلى شأنه فى ذلك شأن سائر المدينين المتضامنين . ويبقى فى علاقته بالدائن مديناً متضامناً لا كفيلا متضامناً

---

(١) وقد قضت محكمة النقض فى عهد التقنين المدنى السابق بأن الشارع لم يقصد التسوية بين المدين المتضامن والكفيل المتضامن فى الحكم الذى نص عليه فى المادة ١١٠ من القانون المدنى (السابق) من أن مطالبة أحد المدينين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى عليه بالدين يسريان على باقى المدينين ، بل محل هذا الحكم أن يكون التضامن الذى يربط المتعهدين بعضهم ببعض ناشئا من مصدر واحد . وإذن فمطالبة أى واحد من المدينين المتضامنين تسرى فى حق باقى المدينين ، كما أن مطالبة أى واحد من الكفلاء المتضامنين تسرى فى حق سائر زملائه ، لاتحاد المركز والمصلحة اتحادا اتخذ منه القانون أساساً لافتراض نوع من الوكالة بينهم فى مقاضاة الدائن لهم . ومن ثم كان حكم المادة ١١٠ ساريا فيما بين المدينين المتضامنين بعضهم وبعض ، وفيما بين الكفلاء المتضامنين بعضهم وبعض ، لا فيما المدين وكفيله المتضامن معه (نقض مدنى ١٢ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاما الجزء الثانى ص ٩٣٨ رقم ١٤) .

مع المدين ، ولا تظهر حقيقة مركزه وأنه كفيل لا مدين أصلى إلا فى علاقته مع المدين الأصلى . إذ يكون هذا المدين الأصلى هو وحده صاحب المصلحة فى الدين فيتحمل به كله ، وإذا وفاه للدائن لم يرجع بشىء على الكفيل ، أما إذا وفى الكفيل الدين للدائن فإنه يرجع به كله على المدين الأصلى . وفى ذلك تقول المادة ٢٩٩ مدنى : « إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين ، فهو الذى يتحمل به كله نحو الباقين »[١].

---

(١) هذا وقد سبق أن كتبنا فى الجزء الثالث من الوسيط ، فى خصوص المادة ٢٩٩ مدنى ، مايأتى « ويظهر من هذا النص أن هناك حالة لا يكون فيها المدينون المتضامنون جميعاً هم أصحاب المصلحة فى الدين ، بل يكون واحد منهم أو أكثر هم أصحاب المصلحة دون الآخرين . فإذا يكون فى هذه الحالة ، شأن هؤلاء الآخرين الذين ليس لهم مصلحة فى الدين ، أى ليسوا هم المدينين الحقيقيين ، ومع ذلك يتضامنون فى الدين مع أصحاب المصلحة فيه ؟ إنهم يكونون لا شك كفلاء لأصحاب المصلحة ، وأصحاب المصلحة وحدهم هم المدينون الحقيقيون أو المدينون الأصليون . يبقى أن ننظر لماذا لم يبرز هؤلاء وأولئك فى الوضع القانونى المألوف ، مدينين أصليين وكفلاء ، بل برزوا جميعا مدينين متضامنين ؟ يسوقنا هذا إلى إيراد عجالة سريعة فى تاريخ الكفالة . لم يكن القانون الرومانى القديم يعرف الكفالة فى وضعها الحديث ، ولم يكن متصورا فى صياغة هذا القانون أن شخصا آخر يلتزم بنفس الدين الذى التزم به المدين دون أن يكون مدينا أصليا معه ، لا مجرد مدين تابع . فلم يكن هناك بد ، إذا أريد أن يكون المدين كفيل ، من أن يلتزم الكفيل بالدين التزاماً أصليا كما التزم المدين . ولما كان التضامن معروفا من زمن قديم وقد سبق الكفالة — بل هو الأصل الذى نشأت الكفالة عنه — فقد استخدم لتأدية أغراض الكفالة . فالكفيل كان إذن ، فى القانون الرومانى القديم ، مدينا متضامنا مع المدين الأصلى . ثم ما لبث القانون الرومانى أن تطور ، وبدت معالم الكفالة تتبين شيئا فشيئا ، فأعطى للكفيل حق التقسيم إذا تعدد ، ثم أعطى له حق تجريد المدين ، ثم اعترف فى النهاية أن التزامه ليس التزاماً أصليا بل هو التزم تابع لالتزام المدين المكفول . على أن مقتضيات الائتمان استوجبت أن تتنوع الكفالة لتزيد توثيقا للدين ، فرجعت فى تنوعها إلى ما كانت عليه من قبل ، وأصبحت فى الوقت الحاضر تنطوى على صور متدرجة . فأبسط صورها وأضعفها توثيقا للدين هى ، كما أشرنا إلى ذلك فى مكان آخر ، أن يكفل الكفيل المدين دون أن يتضامن معه ، ودون أن يتضامن مع الكفلاء الآخرين . فيكون الكفيل فى هذه الصورة مدينا تابعاً ، له حق تجريد المدين الأصل ، وله حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين . ثم تأتى صورة —

المبحث الثانى

العلاقة فيما بين الكفيل والمدين وفيما بينه وبين الملتزمين بالدين

المطلب الأول

العلاقة فيما بين الكفيل والمدين

٥٨ — الرجوع بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول : إذا وفى

=ثانية الكفالة هى أقوى فى توثيق الدين ، فيكفل الكفيل المدين دون أن يتضامن معه ، ولكنه يتضامن مع الكفلاء الآخرين . وهنا يبقى الكفيل مدينا تابعاً ، ويبقى له حق تجريد المدين ، ولكن ليس له حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين الذين تضامن معهم . ثم تأتى صورة ثالثة للكفالة تزيد قوة فى توثيق الدين ، هى أن يكفل الكفيل المدين ويتضامن معه ، كما يتضامن مع الكفلاء الآخرين . وهنا يبقى الكفيل مدينا تابعاً ، ولكن ليس له حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين لأنه متضامن معهم ، وليس له كذلك حق تجريد المدين لأنه أيضاً متضامن معه . ثم تأتى الصورة الأخيرة للكفالة وهى أقوى الصور جميعاً فى مراتب التوثيق . فيكفل الكفيل الدين فيما بينه وبين المدين ، ولكنه يتقدم إلى الدائن مدينا متضامنا مع المدين الأصلى ، ومتضامنا مع الكفلاء الآخرين الذين يتقدمون هم أيضاً مدينين متضامنين مع الآخرين . وهكذا تعود للكفالة إلى ما كانت عليه فى عهدها القديم ، ولكن لأسباب لا ترجع إلى الصناعة القانونية كما كان الأمر فى القانون الرومانى القديم ، بل ترجع إلى اعتبارات عملية هى الوصول فى توثيق الدين إلى أبعد غاياته . وهنا لا يكون للكفيل حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين ، ولا حق تجريد المدين ، بل هو لا يبقى مديناً تابعاً ، وإنما يكون مديناً أصلياً متضامناً مع المدين المكفول . . .أما فى علاقتهم (المدينين المتضامنين) بعضهم ببعض ، فقواعد الكفالة هى التى تسرى دون قواعد التضامن . فإذا كان الدائن قد طالب المدين الأصلى بالدين فدفعه ، لم يرجع هذا المدين بشىء على المدينين المتضامنين معه إذ هم ليسوا إلا كفلاء عنه . أما إذا كان الدائن قد طالب أيا من هؤلاء المدينين المتضامنين غير المدين الأصلى بالدين فدفعه ، رجع الدافع بالدين كله على المدين الأصلى كما يفعل الكفيل الذى وفى الدين فى رجوعه على المدين ، ولم ينقسم الدين على سائر المدينين المتضامنين . . . وإذا دفع مدين غير ذى مصلحة فى الدين كل الدين للدائن بناء على مطالبته إياه ، وأراد الرجوع على أصحاب المصلحة فى الدين فوجدهم جميعاً معسرين ، رجع عند ذلك على المدينين غير أصحاب المصلحة كل بقدر حصته فى الدين » (الوسيط ٣ فقرة ٢٠٨).

الكفيل الدين للدائن ، كان فى حكم من وفى دين غيره . ذلك بأن الكفيل لم يكن فى الأصل ملتزماً بالدين ، وإنما التزم به بموجب عقد الكفالة ، فهو قد وفى دين غيره وإن كان قد وفى دين نفسه لأنه التزم بهذا الوفاء . وحكم من وفى دين غيره طبقاً للقواعد العامة هو أنه يرجع على المدين الأصلى ، ويرجع عليه بإحدى الدعويين ، أما بالدعوى الشخصية (م ٣٢٤ مدنى) أو بدعوى الحلول (م ٣٢٦ مدنى) . وقد طبقت هذه القواعد العامة بالنسبة إلى الكفيل باعتباره أنه وفى دين غيره ، فأجازت المادة ٨٠٠ مدنى للكفيل أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية ، كما أجازت المادة ٧٩٩ مدنى للكفيل أن يرجع على المدين بدعوى الحلول . ثم إن المادة ٨٠١ مدنى واجهت حالة ما إذا تعدد المدينون الأصليون وكانوا متضامنين ، ووفى الكفيل عنهم الدين للدائن وأراد الرجوع على هؤلاء المدينين المتضامنين .

فلدينا إذن حالات ثلاث : (١) حالة رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية . (٢) وحالة رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول . (٣) وحالة رجوع الكفيل على المدينين المتضامنين .

§ ١ – رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية

٥٩ – نصوص قانونية : تنص المادة ٧٩٨ مدنى على ما يأتى :

« ١ – يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين ، وإلا سقط حقه فى الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه » .

« ٢ – فإذا لم يعارض المدين فى الوفاء ، بقى للكفيل حقه فى الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه » .

وتنص المادة ٨٠٠ مدنى على ما يأتى :

« ١ – للكفيل الذى وفى الدين أن يرجع على المدين ، سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه » .

« ٢ – ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات ، على أنه فى المصروفات لا يرجع إلا بالذى دفعه من وقت إخباره المدين الأصلى بالإجراءات التى اتخذت ضده » .

« ٣ – ويكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه من يوم الدفع »[1] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٧٩٨ : ورد هذا النص فى المادة ١١٥٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٨٦٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٣٧ – ص ٥٤٠) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٥٠٧ / ٦١٩ : على الكفيل أن يخبر المدين قبل أداء الدين بنزمه على الأداء أو بالمطالبة الحاصلة له من رب الدين ، وإلا سقط حقه فى الحالتين إذا كان المدين أدى الدين بنفسه أو كانت له أوجه لإثبات بطلان الدين أو زواله عنه .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٦٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٠٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٨٦ : لا يحق للكفيل أن يرجع على المديون الأصل إذا كان قد دفع الدين أو حكم عليه فى الدرجة الأخيرة بدون أن يعلم المديون ، بشرط أن يثبت المديون أنه قد أوفى الدين أو أن لديه أسبابا تثبت بطلان الدين أو سقوطه . على أن هذه القاعدة لا تنطبق عندما يستحيل على الكفيل إعلام المديون ، كما لو كان المديون غائبا .

م ٨٠٠ : ورد هذا النص فى المادة ١١٥٣ مكررة على الوجه الآتى : « ١ – للكفيل الذى وفى الدين أن يرجع على المدين ، سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه . ٢ – ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات ، على أنه فى المصروفات لا يرجع إلا بالذى دفعه من وقت إخباره المدين الأصلى بالإجراءات التى اتخذت ضده . ٣ – ويكون للكفيل الحق –

– فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من اليوم الذ يكون قد أخبر المدين بالدفع . ولكن إذا كان الدين فوائد ، فيكون للكفيل الحق فى استيفائها منّ يوم وفائه بها الدائن .

٤ – والكفيل فوق ذلك أن يرجع بالتعويض » . وقد أقرت لجنة المراجعة الفقرتين الأولى والثانية ، أما الفقرة الثالثة فقد عدلت صياغتها بما يجعل الكفيل حقا فى الفوائد القانونية عما دفعه ابتدا من يوم الدفع لا ابتدام من اليوم الذى أخبره فيه المدين بالدفع ، لأن هذا أعدل . وحذفت الجزء الأخير من الفقرة اكتفاء بالقواعد العامة ، كما حذفت الفقرة الرابعة اكتفاء بتطبيق هذه القواعد . فأصبح النص ، تحت رقم ٨٦٨ فى المشروع النهائى ، مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٤٦ – ص ٥٤٨) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٥٠٥ / ٦١٧ : إذا دفع الكفيل الدين عند حلول الأجل ، فله الرجوع على المدين بجميع ما أداه .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٦٦ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٠٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٣٣ / ١ إذا أد الكفيل ما كفل به من ماله ، فله الرجوع بما أداه على المدين .

م ١٠٣٤ : إذا أدى الكفيل الدائن عوضاً بدل الدين ، يرجع على المدين بما كفله لا بما أداه أما إذا صالح الدائن على مقدار من الدين ، فإنه يرجع ببدل الصلح لا بجميع الدين .

م ١٠٣٨ : إذا كان الدين المكفول به مؤجلا ، فدفعه الكفيل للدائن معجلا ، فلا يرجع به على المدين إلا عند حلول الأجل .

م ١٠٣٧ : يرجع الكفيل على المدين بما يضطر إلى صرفه لتنفيذ مقتضى الكفالة .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٨٠ : للكفيل الذى أوفى الموجب الأصل أن يرجع على المديون بجميع ما دفعه ، ولو كانت الكفالة قد أعطيت على غير علم من المديون . وله حق الرجوع عليه بالمصاريف والأضرار الناشئة بحكم الضرورة عن الكفالة . وكل عمل من المكفول ، غير الإيفاء الحقيقى ، من شأنه أن يسقط الموجب الأصل ويبرئ ذمة المديون ، يعد بمثابة الإيفاء ، ويفتح للكفيل سبيل الرجوع على المديون الأصل بأصل الدين والمصاريف المتصلة به .

م ١٠٨١ : لا يحق للكفيل الذى أوفى الدين أن يرجع على المديون الأصلى ، إلا إذا أبرز سند إيصال من الدائن أو غيره من الوثائق التى تثبت سقوط الدين . وليس للكفيل الذى دفع قبل الاستحقاق أن يرجع على المديون ، إلا فى موعد استحقاق الموجب الأصلى .

م ١٠٨٣ : إذا تصالح الكفيل والدائن ، فليس للكفيل حق الرجوع على المديون وسائر الكفلاء ، إلا بما دفعه فعلا أو بما يعادل قيمته إذا كان هناك مبلغ معين .

ويخلص من هذه النصوص أن الكفيل ، إذا وفى الدين عن المدين ، يرجع عليه بما وفاه بموجب دعوى شخصية ، وهذا يقتضى البحث : (١) أى كفيل يرجع على المدين بالدعوى الشخصية . (٢) ما هو الأساس القانونى الذى تقوم عليه الدعوى الشخصية . (٣) ما هى الشروط الواجب توافرها لرجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية . (٤) ما الذى يرجع به الكفيل على المدين فى الدعوى الشخصية إذا وفى الكفيل الدين كاملا . (٥) ما الذى يرجع به الكفيل على المدين فى الدعوى الشخصية إذا وفى الكفيل جزءاً من الدين .

٦٠ — أى كفيل يرجع على المدين بالدعوى الشخصية : رأينا[١] أن الفقرة الأولى من المادة ٨٠٠ مدنى تنص على أن « للكفيل الذى وفى الدين أن يرجع على المدين ، سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه » . فالكفيل يرجع على المدين بالدعوى الشخصية ، إذا كانت الكفالة قد عقدت بعلم المدين وبرضاه الصريح أو الضمنى ، أو بغير علمه . ويستوى فى ذلك الكفيل العادى والكفيل المتضامن والكفيل الذى تقدم باعتباره مديناً متضامناً أصلياً ، والكفيل غير المأجور والكفيل المأجور ، والكفيل الشخصى والكفيل العينى .

أما إذا عقدت الكفالة بعلم المدين ولكن بالرغم من معارضته ، فإن هذا الفرض لا يدخل فى نص الفقرة الأولى من المادة ٨٠٠ مدنى . صحيح أن الكفالة فى هذا الفرض تعقد بعلم المدين إذ هو يعارض فيها ، ولكن النص عند ما تحدث عن كفالة تعقد بعلم المدين إنما افترض أنها عقدت برضاء المدين ، ولو أراد كفالة تعقد بالرغم من معارضة المدين لذكر ذلك صراحة كما ذكره فى حالات أخرى[٢] . وعلى ذلك يكون النص قد أغفل هذا

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٩ .

(٢) انظر المواد ٢/٣٢٣ و ٢/٣٢٤ و ٧٧٥ — وانظر عبد الفتاح عبد الباقى فقرة —

الفرض ، فلم يبق إلا تطبيق المبادئ العامة . وهذه تقضى بأن الكفيل فى هذا الفرض إذا وفى الدين عن المدين يكون قد افتقر بمقدار ما دفع ، ويكون المدين قد اغتنى أيضاً بهذا المقدار لأن الدين كان فى ذمته فبرئت ذمته منه ، فيرجع الكفيل على المدين بقاعدة الإثراء بلا سبب ، أى يرجع بمقدار ما دفع عن المدين إذا كانت ذمة المدين قد برئت بهذا المقدار[1] . ولكن الكفيل لا يرجع بالمصروفات التى تكبدها لأن المدين لم يغتن بمقدارها وإن كان الكفيل قد افتقر ، ولا يرجع الكفيل بفوائد ما دفعه إلا من وقت المطالبة القضائية بالفوائد طبقاً للقواعد العامة . فلا يرجع بالفوائد من وقت الدفع . وهذا بخلاف الكفيل الذى عقد الكفالة بعلم المدين وبرضاه الصريح أو الضمنى ، أو عقدها بغير علمه ، فسنرى أنه يرجع بالمصروفات وبالفوائد من وقت أن وفى الدين ، وهذا هو الفرق بين كفيل عقد الكفالة من غير معارضة المدين وكفيل عقدها بالرغم من معارضة المدين[2] .

وإذا عقدت الكفالة لمصلحة الدائن دون مصلحة المدين ، كأن عقد

= ١٠٣ ص ١٦٠ هامش ١ – محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٤ ص٢١٩ – محمد على إمام فقرة ٧٦ ص ١٣٠ – سليمان مرقس فقرة ١٠٦ ص ١٢٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ٥١ ص ٩٧ .

(١) فلو وفى الكفيل دينا كان للمدين دفوع تبطله كله أو بعضه ، أو تجعله منقضيا كله أو بعضه ، فإن وفاء الكفيل للدين لا يعود على المدين بفائدة ما أو يعود عليه بفائدة جزئية ، فلا يرجع الكفيل على المدين إلا بمقدار ما عاد على هذا الأخير بسبب الوفاء . وإذا وفى الكفيل الدين قبل حلول أجله ، لم يرجع على المدين إلا عند حلول الأجل ، لأن المدين لم يفد من وفاء الكفيل إلا منذ حلول الأجل . انظر سليمان مرقس فقرة ١١٨ .

(٢) أما فى فرنسا فكثير من الفقهاء ينكرون على الكفيل حتى الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب ، ولا يعطون له إلا دعوى الحلول (ديرانتون ١٨ فقرة ٣١٦ – لوران ٢٨ فقرة ٢٣٦ – جيوار فقرة ١٧٦ – أوبر ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٩٠ وهامش ١٥ – بودرى وفال فقرة ١١٠٤ – وانظر من هذا الرأى فى مصر محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٤ ص ١٤١) .

الكفيل الكفالة بعد عقد الدين لتأمين الدائن دون أية فائدة للمدين ، لم يكن الكفيل ، سواء كانت الكفالة لمصلحته أو لم تكن ، أن يرجع على المدين ، كما فى الفرض السابق ، إلا بدعوى الإثراء بلا سبب[١] . فيرجع بما دفعه من الدين وهو مقدار ما افتقر به وفى الوقت ذاته مقدار ما اغتنى به المدين ، دون أن يرجع بالمصروفات أو بالفوائد[٢] . أما إذا عقدت الكفالة لمصلحة كل من المدين والدائن معاً ، فإن الكفيل يرجع على المدين بنفس الدعوى الشخصية كالتى كان يرجع بها لو أن الكفالة عقدت لمصلحة المدين وحده . وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا اعتبرت الكفالة لمصلحة المدين والكفيل معاً[٣].

٦١ — الأساس القانونى الذى تقوم عليه الدعوى الشخصية : فيما عدا الفرضين اللذين يرجع فيها الكفيل على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب ، وهما فرض ما إذا عقد الكفيل الكفالة بالرغم من معارضة المدين وفرض ما إذا كانت الكفالة قد عقدت لمصلحة الدائن دون مصلحة المدين ، يوجد خلاف فى الرأى بين الفقه الفرنسى وغالبية الفقهاء المصريين فى الأساس القانونى الذى تقوم عليه الدعوى الشخصية .

فى الفقه الفرنسى يذهب الفقهاء بوجه عام إلى أن الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل على المدين ليست إلا دعوى الوكالة إذا عقدت الكفالة بعلم المدين ودون معارضته ، وتكون الوكالة صريحة إذا رضى المدين بالكفالة

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٠٣ — محمد على إمام فقرة ٧٦ ص ١٣١ — سليمان مرقس فقرة ١٠٦ ص ١٢١ — منصور مصطفى منصور فقرة ٥١ ص ٩٨ — وانظر عكس ذلك وأن الكفيل لا يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب ويقتصر على دعوى الحلول : محمد كامل مرسى فقرة ١٠٤ ص ١٤١ .

(٢) أما فى فرنسا فيذهب الفقه إلى أن الكفيل الذى عقد الكفالة لمصلحة الدائن لا يرجع على المدين إلا بدعوى الإثراء بلا سبب ، وإنما يرجع بدعوى الحلول (بون ٢ فقرة ٢٤٦ — جيوار فقرة ١٧٧ — بودرى وفال فقرة ١١٠٣) .

(٣) جيوار فقرة ١٧٧ — محمد كامل مرسى فقرة ١٠٤ ص ١٤١ .

رضاء صريحاً ، وتكون الوكالة ضمنية إذا رضى المدين بالكفالة رضاء ضمنياً أى سكت ولم يعارض فى الكفالة . أما إذا عقدت الكفالة بغير علم المدين ، فإن الكفيل يكون فضولياً ، ويرجع إذا وفى الدين بدعوى الفضالة على المدين . ومعنى أن الأساس القانونى للدعوى الشخصية هى دعوى الوكالة أن المدين ، برضائه بالكفالة رضاء صريحاً أو بسكوته فيكون هذا رضاء ضمنياً ، قد وكل الكفيل فى كفالته وبدفع الدين عنه إذا لم يدفع هو ، فيرجع عليه الكفيل بما يرجع به الوكيل على الموكل . ومعنى أن الأساس القانونى للدعوى الشخصية هى دعوى الفضالة أن الكفيل ، وقد عقد الكفالة دون علم المدين ولكن لصالحه ووفى عنه الدين ، يكون قد تولى عن قصد القيام بشأن عاجل ، وهو الوفاء بالدين بعد استحقاقه ، لحساب المدين دون أن يكون ملزماً بأن يتقدم كفيلا عن المدين لأنه عقد الكفالة دون علم المدين . فيرجع الكفيل على المدين بما يرجع به الفضولى على رب العمل ، ويكون المدين ملزماً بأن يعوض الكفيل عما دفعه هذا للدائن وبأن يرد المصروفات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها ، وبأن يعوض الكفيل عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بدفع الدين عن المدين . وتنص المادة ٢٢٠٨ مدنى فرنسى على ما يرجع به الكفيل على المدين ، فإذا هو عين ما يرجع به الوكيل على الموكل ، أو ما يرجع به الفضولى على رب العمل[1] .

أما غالبية الفقهاء المصريين فيذهبون مذهباً آخر ، ويقولون إن الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل على المدين إذا عقدت الكفالة بعلم المدين ولكن دون معارضته ، أو عقدت بغير علمه ، ليست هى دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة ، بل هى دعوى أخرى متميزة عن كل من الدعويين

---

(١) جيوار فقرة ١١ وفقرة ٣٢ – أوبرى ورو فقرة ٤٢٧ ص ٢٨٩ وهامش ٨ – بودرى وفال فقرة ١٠٧٨ – بلانيول وريبير وساقاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩١ .

ويسمونها بدعوى الكفالة . فيقول الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى : « ونحن لا يمكننا التسليم بما ذهبت إليه النظرية التقليدية (نظرية الفقه الفرنسى) ، رغم حجية المؤيدين لها منذ عهد تمتد جذوره عميقاً فى الماضى . ذلك لأنها لم تتفق مع الواقع ولا مع المبادئ القانونية من ناحية ، ولأن تطبيقها المنطقى يؤدى بنا إلى الزلل فى مواضع شتى من ناحية أخرى . فالوكالة ، صريحة كانت أم ضمنية ، عقد يوكل به شخص آخر فى أن يقوم بعمل قانونى لحسابه ، فلا بد من أن تظهر رغبة الموكل والوكيل فى الوكالة . ومن العسير القول بأن المدين ، حينما طلب من الكفيل أن يتقدم لكفالته ، أو حينما علم بكفالته ولم يعارض فيها ، أراد أن يوكله عنه فى الوفاء ، فهذا العقد قلما يرد على خاطره . وخطأ النظرية التقليدية لا يقل وضوحاً بالنسبة للفضالة ، إذ من مستلزماتها أن يكون ما قام به الفضولى لحساب رب العمل أمراً عاجلا ، بل إن صفة الاستعجال هى من أهم دعائم الفضالة وعلة ما يترتب عليها من نيابة قانونية . وليس من اليسير القول بأن قيام الكفيل بالوفاء بالدين عن المدين يعتبر أمراً عاجلا . ونحن إذا سلمنا بقيام الوكالة ، صريحة كانت أم ضمنية ، بين المدين والكفيل ، وجب التسليم بكل ما يترتب على الوكالة من آثار ، والقول بأن للمدين الحق فى أن يعزل الكفيل من الوكالة فى أى وقت يشاء ويمنعه بذلك من رفع الدعوى الشخصية المبنية عليها ، وذلك ما لا يمكن أن يقول به أحد . أما ما يقودنا إليه تطبيق النظرية التقليدية من زلل ، فيمكن إعطاء مثلين عنه : (١) حددت المادة ٨٠٠ موضوع الدعوى الشخصية ولم تذكر من بين ما يشتمل التعويضات التى يطلبها الكفيل عن الضرر الذى قد يصيبه من جراء قيامه بالوفاء ، ويغلب أن يكون هذا السكوت من الشارع مقصوداً . ومع ذلك فلو قلنا بأن الدعوى الشخصية ترجع فى أساسها إلى دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة ، لوجب أن نمنح الكفيل الحق فى التعويضات ، إذ هذا الحق ثابت لكل من الوكيل (م ٧١١) والفضولى

(م ١٩٥) . (٢) تسقط دعوى الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه كل طرف بحقه ، وتسقط كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق (م ١٩٧) . فلو قلنا إن الدعوى الشخصية قد يكون أساسها دعوى الفضالة ، لوجب القول بسقوطها عن الكفيل فى هذه الحالة بمضى ثلاث سنوات من وقت قيامه بالوفاء للدائن ، وهذا ما لا نظن أن المشرع قد قصده . ونحن إذا رفضنا التسليم بالأساس التقليدى للدعوى الشخصية ، نرى إرجاع ذلك الأساس إلى القانون نفسه . فالقانون هو المصدر المباشر لهذه الدعوى ، وهو يمنحها للكفيل لا باعتباره وكيلا أو فضولياً ، ولكن باعتباره كفيلا . وعلى ذلك يجب عدم الرجوع إلى قواعد الوكالة أو الفضالة فى كل ما يتعلق بدعوى الكفيل على المدين »[1] .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٠٢ — وانظر أيضاً الأستاذ سليمان مرقس وهو يقول « غير أن هذا التكييف (تكييف الفقه الفرنسى) فى نظرنا لا يقصد به تأسيس دعوى الكفيل الشخصية بقدر مايقصد به تحديد مداها وبيان آثارها . ذلك أنه لا يستقيم مع المبادئ العامة القول بأن بين المدين والكفيل وكالة صريحة أو ضمنية . فإذا كان المقصود بذلك الوكالة فى الكفالة فكيف يستقيم أن يوكل المدين الكفيل فى أن يكفله مع أنه هو لا يستطيع أن يكفل نفسه ! وإذا كان المقصود به الوكالة فى الوفاء فإن ذلك يقتضى جواز عزل الوكيل أو نزوله عن الوكالة ، مع أنه مما لا شك فيه أنه متى تمت الكفالة لا يستطيع المدين أن يقيل الكفيل من التزامه ولا التحيل أن يتنحى أو أن يمتنع عن الوفاء . وكذلك لا يستقيم مع المبادئ العامة القول بأن علاقة الكفيل بالمدين علاقة فضالة لأن الفضالة تقتضى أن يقوم الفضولى بعمل لغيره دون أن يكون ملزما بذلك ولا أن يكون هذا العمل عاجلا بحيث لا يحتمل التأخير وانتظار قيام رب العمل به ، ولأن وفاء الكفيل دين الدائن يكون بناء على التزامه بذلك فلا يعتبر فضالة ، ولأن قيامه بعد الكفالة يندر أن تتوافر فيه ظروف الضرورة والاستعجال التى تسبغ عليه صفة الفضالة ، بل إن الفضالة غير متصورة فى عمل لا يتصور صدوره من رب العمل ذاته فى حق نفسه . . . وقد كنا فى ظل التقنين الملغى فى حاجة إلى إلباس دعوى الكفيل ثوب الوكالة أو الفضالة توصلا لمنح الكفيل هذه المزية (الحق فى فوائد ما دفع) لأن المادة ٥٠٥ / ٦١٧ مدنى قديم لم تكن تنص عليها ، بل اكتفت بالنص على أنه « إذا دفع الكفيل الدين عند حلول الأجل ، فله الرجوع على المدين بجميع ما أداه . أما القانون فقد نص فى المادة ٨٠٠ منه على مدى رجوع —

ونحن لا نرى أهمية عملية كبيرة فى القول بأن الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل على المدين هى دعوى خاصة نص عليها القانون ، وليست بدعوى الفضالة . ولا يظهر من الأعمال التحضيرية أن المشرع قصد أن يخالف نظرية الفقه الفرنسى فى هذا الصدد ، بل يبدو أنه أراد أن يسلم بها بنقله نص المادة ٨٠٠ مدنى عن المشروع الفرنسى الإيطالى ، وأراد استبقاء العمل على ما كان عليه فى التقنين المدنى السابق . وإنما آثر أن يبين ما يرجع به الكفيل فى الدعوى الشخصية ، لا أن يغير الأساس الذى تقوم عليه هذه الدعوى . فقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « نقل المشروع المادة ١١٥٣ مكررة عن المادة ٧٢٩ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، وهى تعرض للدعوى الشخصية التى للكفيل قبل المدين . وقد آثر المشروع أن يبين ما يرجع به الكفيل فى الدعوى الشخصية ، فهو يرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات والتعويضات . وهذه الأحكام معمول بها فى ظل التقنين الحالى (السابق) رغم عدم النص عليها »[1] . قلنا إنه

= الكفيل على المدين وبين جميع عناصره وشروطها بحيث أصبح الكفيل فى غنى عن استعارة قواعد الوكالة أو الفضالة ، وأصبح يتعين بعد ذلك القول بأن الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل على المدين وفقاً للمادة ٨٠٠ المذكورة هى دعوى الكفالة كما أن الدعوى الشخصية التى يرجع بها الوكيل على الموكل هى دعوى الوكالة ، وأن أساس هذه الدعوى نص القانون المدنى على افتراض حصول الكفالة لمصلحة المدين . فإذا ثبت حصولها لمصلحة الدائن أو بالرغم من اعتراض المدين ، امتنع استعمال هذه الدعوى ولم يبق للكفيل إلا الرجوع بالدعوى الشخصية المستندة إلى القواعد العامة فوق حقه فى الحلول محل الدائن » (سليمان مرقس فقرة ١١٦) – وانظر أيضاً حمد على إمام ص ١٣٥ – منصور مصطفى منصور فقرة ٤٩ .

على أن من الفقهاء المصريين من يتمشى مع الفقه الفرنسى ، فيقول الأستاذ محمد كامل مرسى : « فإذا كانت الكفالة بعلم المدين ، فيكون مبنى الرجوع الوكالة الصريحة أو الضمنية ، ويكون طلب الكفيل مبنيا على دعوى الوكالة (actis mandati contraria) . أما إذا حصلت الكفالة بغير علم المدين ، فيعتبر الكفيل أنه فضولى وتكون دعواه دعوى الفضولى (actio negotiorum gestrum contraria) » (محمد كامل مرسى فقرة ١٠٤ ص ١٤٠) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٤٧ .

لا توجد أهمية عملية كبيرة فى تسمية الدعوى الشخصية بدعوى الكفالة ، ذلك لأنها حتى لو سميت بهذا الاسم فلا تختلف النتائج العملية لذلك ، بل إن المقدار الذى يرجع به الكفيل على المدين هو نفس المقدار الذى يرجع به فيما لو سمينا الدعوى بدعوى الوكالة أو بدعوى الفضالة . بقى ما يسوقه أصحاب نظرية دعوى الكفالة من حجج ، لتمييز هذه الدعوى عن دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة . فهم يقولون إن المدين لم يقصد أن يوكل الكفيل فى الوفاء بالدين ، وإن الكفيل بغير علم المدين ليس فضولياً لأنه لا يقوم بشأن عاجل ، وإنه لو سلمنا بأن الدعوى الشخصية هى دعوى الوكالة لجاز للمدين أن يعزل الكفيل عن هذه الوكالة فى أى وقت يشاء ، ولو قلنا بأنها دعوى الفضالة لتقادمت بثلاث سنوات ، ولو سلمنا بأنها دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة لكان للكفيل باعتباره وكيلا أو فضولياً الحق فى التعويض عن الضرر الذى الذى قد يصيبه من جراء وفائه بالدين عن المدين . ويمكن الرد على هذه الحجج بأنه لا يوجد ما يمنع من القول بأن المدين قصد عند ما رضى بالكفالة أن يوكل الكفيل فى وفاء الدين ، ولا يستطيع عزله فى أى وقت يشاء كما لا يستطيع الكفيل النزول عن الوكالة لأن الوكالة هنا ليست لصالح المدين وحده بل هى أيضاً لصالح الغير وهو الدائن فلا بد من رضاء هذا الأخير حتى يعزل الوكيل أو ينزل عن الوكالة (م ٢/٧١٥ و م ٢/٧١٦ مدنى) . وإذا قام الكفيل بالكفالة بغير علم المدين ووفى الدين فعلا ، فما الذى يمنع من القول بأنه قام بشأن عاجل لمصلحة المدين ، وهل لا يكون الوفاء بالدين وقد استحق فى ذمة المدين شأناً عاجلا يقوم به الكفيل ؟ وما الذى يمنع من أن تتقادم الدعوى الشخصية بثلاث سنوات ، لو كان أساسها دعوى الفضالة ؟ ثم لماذا لا يرجع الكفيل على المدين بالتعويض عن الضرر الذى قد يصيبه من جراء الوفاء بالدين عن المدين ، وسنرى أن المشروع التمهيدى كان يتضمن نصاً صريحاً فى هذا المعنى ، ولم يحذف هذا النص إلا لأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة ؟

ومهما يكن من أمر ، فليست هناك أهمية عملية كبيرة ، كما قدمنا ، من القول بالنظرية الجديدة وهى نظرية دعوى الكفالة دون القول بالنظرية التقليدية وهى نظرية دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة ، فالحلول العملية واحدة فى كل من النظرية الجديدة والنظرية التقليدية .

٦٣ — الشروط الواجب توافرها لرجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية : هناك شروط ثلاثة لا بد من توافرها حتى يرجع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية ، وهى :

(١) قيام الكفيل بوفاء الدين عن المدين : يجب على الكفيل ، حتى يرجع على المدين بالدعوى الشخصية ، أن يكون قد قام بوفاء الدين عن المدين . وقد رأينا المادة ٨٠٠ مدنى تقول : « للكفيل الذى وفى الدين أن يرجع على المدين ... » . والكفيل لا يقوم بوفاء الدين عن المدين إلا إذا كان متضامناً معه وهذا هو الغالب ، أو إلا إذا لم يدفع بالتجريد أو فشل فى هذا الدفع . وعند ذلك يضطر إلى الوفاء بالدين للدائن ، على أن يرجع على المدين . وليس من الضرورى أن يفى الكفيل بالدين ، بل يكفى أن يقضى الدين به من أسباب الانقضاء[١] . فله أن يفى الدين بمقابل فتبرأ ذمة المدين منه ، فيرجع الكفيل عند ذلك على المدين . وإذا وفى الكفيل الدين بمقابل ، واستحق هذا المقابل ، لم يكن فى هذا الوفاء قضاء للدين يسوغ رجوع الكفيل على المدين[٢] ، بل يكون الكفيل ملتزماً بضمان الاستحقاق نحو الدائن . وهذا بخلاف ما إذا وفى المدين نفسه الدين بمقابل واستحق هذا المقابل ، فسنرى عند الكلام فى انقضاء الكفالة أنه إذا قبل الدائن أن يستوفى

---

(١) بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ — نقض مدنى ٢٨ يونيه سنة ١٨٧٦ سيريه ٧٦ — ١ — ٤٤٨ .

(٢) جيوار فقرة ١٨١ — بودرى وفال فقرة ١٠٩٠ ص ٥٧٥ — محمد كامل مرسى فقرة ١٠٧ ص ١٤٨ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٠٤ ص ١٦٣ .

من المدين فى مقابل الدين شيئاً آخر ، برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء (م ٧٨٣ مدنى) . كذلك قد يقضى الكفيل الدين بطريق التجديد كما فى التجديد بطريق تغيير المدين ، فينقضى التزام الكفيل بتجديد الدين وينقضى تبعاً له الدين الأصلى ، وعند ذلك يحق للكفيل أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية . وكالتجديد الإنابة الكاملة . وقد يقضى الكفيل الدين بطريق المقاصة ، أى أن يكون له دين فى ذمة الدائن ينقضى مقاصة فى الدين الذى التزم بدفعه الكفيل . وعند ذلك يرجع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية[1] . كذلك قد يقضى الكفيل الدين باتحاد الذمة ، كأن يرث الدائن فيصبح هو الدائن فينقضى الدين ، وعند ذلك يرجع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية . أما إذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة أو تقادم دين الكفيل ، فإن الكفيل لا يكون قد وفى الدين أو قام بعمل يقوم مقام الوفاء ، وعلى ذلك لا يستطيع الرجوع على المدين[2] .

(٢) وفاء الكفيل بالدين عند حلول أجله : ويجب أن يكون وفاء الكفيل بالدين فى الوقت الذى يحل فيه أجله . فإذا تعجل الكفيل الوفاء بالدين قبل حلول الأجل ، لم يكن له أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية

---

(١) أوبرى ورو فقرة ٣٣٣ — بودرى ٢ فقرة ٢٣١ — لوران ٢٨ فقرة ٢٣٨ — جيوار فقرة ١٦٨ — بودرى وفال فقرة ١٠٨٧ .

(٢) وإذا رضى الدائن بوفاء جزئى من الكفيل لإبراء ذمته ، لم يرجع الكفيل على المدين إلا بقدر ما دفعه للدائن (بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ هامش ٥) . أما إذا أبرأ الدائن الكفيل ، لا عن الكفالة ، بل من الدين نفسه ، فإنه يكون فى حكم من وهب الدين للكفيل ويعتبر الكفيل أنه قد قضى الدين ، وعلى ذلك يجوز له الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية (بودرى ٢ فقرة ٢٣٢ — جيوار فقرة ١٦٨ — بودرى وفال فقرة ١٠٩١ — محمد كامل مرسى فقرة ١٠٧ ص ١٤٨) .

وإذا اتفق أحد الكفلاء مع المدين على عدم رجوع الأول على الثانى أو على الانتقاص من هذا الرجوع ، فإن هذا الاتفاق لا يسرى فى حق الكفلاء الآخرين لأنهم لم يكونوا طرفاً فيه ، بل يجوز لهم أن يرجعوا رجوعاً كاملا على المدين إذا هم وفوا الدين للدائن (بودرى وفال فقرة ١٠٩١ مكررة — محمد كامل مرسى فقرة ١٠٧ ص ١٤٨) .

إلا عند حلول الأجل[١] . أو لم يرجع عليه أصلا إذا جد ما بين وفاء الكفيل بالدين وحلول الأجل سبب لانقضاء دين المدين[٢] . والعبرة بالأجل الأصلى للدين ، فإذا امتد هذا الأجل باتفاق بين الدائن والمدين أو بمنح المحكمة المدين نظرة الميسرة ، لم يعتد بامتداد الأجل الأصلى . وكان للكفيل أن يفى الدين عن المدين عند حلول الأجل الأصلى[٣] ، ثم يرجع على المدين بالدعوى الشخصية حتى قبل انقضاء ما امتد إليه الأجل[٤] .

(٣) إخطار الكفيل المدين قبل الوفاء وعدم معارضة المدين : رأينا[٥] أن المادة ١/٧٩٨ مدنى توجب « على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين ، وإلا سقط حقه فى الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى ببطلان الدين أو بانقضائه » . فيجب إذن على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين ، وذلك سواء أراد الكفيل أن يقوم بوفاء الدين من تلقاء نفسه أو طالبه الدائن بالدين مطالبة قضائية . فى الحالتين يجب إخطار المدين قبل الوفاء ، وذلك خشية أن يكون المدين قد وفى الدين قبل أن يوفيه الكفيل فينقضى ويكون وفاء الكفيل للدين بعد ذلك غير ذى فائدة ، أو خشية أن الكفيل بعد أن يفى بالدين دون إخطار المدين بذلك يأتى المدين دون علم منه بوفاء الكفيل يفى بالدين مرة أخرى ، أو خشية أن يكون للمدين وقت

---

(١) وتنص المادة ١٠٨١ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : « وليس للكفيل الذى دفع قبل الاستحقاق أن يرجع على المديون إلا فى موعد استحقاق الموجب الأصلى » .

(٢) بون ٢ فقرة ٣٠١ – لوران ٢٨ فقرة ٢٦٠ – بودرى وفال فقرة ١٠٩٢ – محمد كامل مرسى فقرة ١٠٣ ص ١٣٩ هامش ١ .

(٣) جيوار فقرة ٢٥٢ – بودرى وفال فقرة ١٠٩٣ .

(٤) أما إذا نزل المدين عن الأجل الأصلى ، فإنه يجوز للكفيل التمسك بهذا النزول ، وله إذا وفى الدين فورا أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية (عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٠٧ ص ١٦٩ – سليمان مرقس فقرة ١٠٩ – منصور مصطفى منصور فقرة ٥١ ص ١٠١) .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٥٩ .

استحقاق الدين أسباب تبطل الدين أو تقضيه من غير الوفاء به . وإخطار الكفيل المدين قبل الوفاء بالدين ليس له شكل خاص ، فيصح أن يكون رسمياً على يد محضر ، ويصبح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، ويصح أن يكون شفوياً على أن يثبت الكفيل أنه قد قام بهذا الإخطار[١] . فإذا لم يخطر الكفيل المدين قبل الوفاء وقام بوفاء الدين دون إخطار ، فعل ذلك على مسئوليته . ومعنى هذا أن الكفيل لا يفقد حقه فى الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية ، إلا إذا أثبت المدين أنه كان قد وفى الدين قبل وفاء الكفيل به ، أو أثبت أنه وفى الدين بعد وفاء الكفيل[٢] ، أو أثبت أن الدين كان باطلا أو قابلا للإبطال وكان المدين يستطيع أن يتمسك بذلك ضد الدائن ، أو أثبت أن الدين قد انقضى بسبب يرجع إليه هو (أى للمدين) كمقاصة أو تجديد أو اتحاد ذمة أو إبراء أو تقادم[٣] . أما إذا كان سبب البطلان أو الانقضاء مقصوراً على التزام الكفيل كأن كانت هناك أسباب تجعل التزام الكفيل باطلا أو قابلا للإبطال أو منقضياً دون أن ينقضى الالتزام الأصلى ، ولم يتمسك الكفيل بهذه الأسباب ووفى الدين ، فإن المدين لا شأن له بذلك ، ويبقى للكفيل بعد وفاء الدين الرجوع بالدعوى الشخصية

---

(١) وقد تساءل أحد الأعضاء فى لجنة الأستاذ كامل صدقى « عما إذا كان هناك محل للنص على الطريقة التى يتم بها الإخطار » . فرد عضو آخر « بأنه لما كان تطبيق المادة ٦١٩ من التقنين المدنى المختلط لم يثر أية صعوبة فى العمل ، فليس هناك محل لإيراد نص خاص لبيان طريقة الإخطار ، إذ المفروض أنه سيتم ويثبت طبقا للنظام الذى جرى عليه القضاء . فعقب الرئيس على ذلك بأنه يمكن اعتبار المخابرات وسيلة من وسائل الإخطار » فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٣٩ فى الهامش) .

(٢) ترولون فقرة ٣٨٢ — چيوار فقرة ١٧٨ — بودرى وفال فقرة ١٠٨٩ ص ٥٧٤ — بلانيول وريپير وساقاتييه فقرة ١٥٤٢ .

(٣) وفيما يتعلق بتقادم الدين الأصلى إذا علم به الكفيل ، لا يجبر هذا الأخير على التمسك به شخصيا لأنه أمر يتعلق بالضمير ، وإنما يجب على الكفيل أن يدخل المدين فى الدعوى ليتمسك هو بالتقادم إذا أراد (بودرى وفال فقرة ١٠٩٠ ص ٥٧٥ — محمد كامل مرسى فقرة ١٠٧ ص ١٤٧) .

على المدين[١] . وقد يفى الكفيل الدين دون إخطار المدين قبل الوفاء ، فلا يستطيع المدين أن يثبت أنه قد وفى الدين قبل أو بعد وفاء الكفيل ، ولا يستطيع كذلك أن يثبت أن عنده أسباباً تقضى ببطلان الدين أو بانقضائه ، ولا أن يثبت أنه قد وفى بعض الدين أو أن الدين فى جزء منه باطل أو قابل للإبطال أو منقض . فعند ذلك يستطيع الكفيل أن يرجع على المدين بالرغم من عدم إخطاره بالوفاء وبالقدر الذى استفاد به المدين من هذا الوفاء . فقد لا يرجع عليه أصلا ، أو يرجع عليه بجزء من الدين وهو الجزء الذى كان الوفاء به مفيداً للمدين[٢] . ونرى من ذلك أن جزاء عدم الإخطار ليس هو انعدام رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية . فقد لا ينعدم هذا الرجوع . وإنما يكون الكفيل ، إذا لم يخطر المدين ، مجازفاً بوفاء الدين ، بحيث إذا أثبت المدين أن هذا الوفاء لم يفده أصلا لم يرجع عليه الكفيل بشىء ، أو أثبت أن هذا الوفاء قد أفاده جزئياً رجع عليه الكفيل بقدر ما أفاد . فإذا كان وفاء الكفيل للدين دون إخطار المدين قد أفاد المدين فائدة كاملة ، كان للكفيل أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية كما كان يفعل لو أنه أخطر المدين .

أما إذا أخطر الكفيل المدين قبل الوفاء ، فإنه يتعين على المدين إذا كان

---

(١) جيوار فقرة ١٨٠ – بودرى وفال فقرة ١٠٩٠ – محمد كامل مرسى فقرة ١٠٧ ص ١٤٧ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٠٤ ص ١٦٤ .

(٢) فإذا لم يستطع الكفيل الرجوع أصلا على المدين ، أو لم يستطع إلا الرجوع عليه رجوعاً جزئياً ، رجع على الدائن نفسه وذلك بدعوى استرداد ما دفع دون حق . انظر المادة ٢٠٣١ مدنى فرنسى حيث ورد فى آخر كل من فقرتيها عبارة (sauf son action en répétition contre le créancir) وانظر بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٢ – ولا يرجع الكفيل على الدائن إلا إذا هو دفع عن طراعيه وهو عالم بأن الدين قد تقادم (أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٩١ هامش ١٨) . وانظر عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٠٤ ص ١٦٤ .

قد وفى الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه أن يعارض فى الوقت المناسب فى أن يفى الكفيل بالدين . ولا يوجد شكل خاص لهذه المعارضة كما لا يوجد شكل خاص لإخطار الكفيل المدين قبل الوفاء ، فتصح أن تكون هذه المعارضة بورقة رسمية على يد محضر ، ويصح أن تكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، ويصح أن تكون شفوية على أن يقع عبء الإثبات على المدين . فإذا تمت المعارضة وجب على الكفيل أن يمتنع عن الوفاء ، وأن يدخل المدين فى الدعوى إذا طالبه الدائن قضائياً حتى يتولى للمدين دفع مطالبة الدائن[1] . أما إذا لم يعارض المدين فى الوفاء ، فإن الكفيل يكون فى حل من وفاء الدين للدائن ، إذ أن عدم معارضة المدين فى الوفاء يجعل الكفيل يعتقد أن المدين لم يف بالدين وأنه ليس لديه أسباب تقضى ببطلان الدين أو بانقضائه . فإذا وفى الكفيل الدين كان له أن يرجع بالدعوى الشخصية على المدين ، حتى لو ظهر بعد ذلك أن المدين قد وفى الدين أو كان لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه . وقد نصت المادة ٢/٧٩٨ مدنى على هذا الحكم ، إذ تقول : « فإذا لم يعارض المدين فى الوفاء ، بقى للكفيل حقه فى الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه » .

٦٣ — ما الذى يرجع به الكفيل على المدين فى الدعوى الشخصية إذا وفى الكفيل الدين كاملا : رأينا[2] أن المادة ٢/٨٠٠ مدنى تنص على

---

(١) وللكفيل أن يفى الدين للدائن بالرغم من معارضة المدين ، إذا كان الكفيل مقتنعا بعدم صحة المعارضة . ولكن الكفيل يفى بالدين فى هذه الحالة على مسئوليته الشخصية ، فإذا ظهر أن المدين على حق فى معارضته لم يكن للكفيل الرجوع عليه ، ولكن يرجع الدائن لاسترداد ما دفع دون حق (سليمان مرقس فقرة ١٠٨ ص ١٢٣ — منصور مصطفى منصور فقرة ٥١ ص ١٠٠) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٩ .

أن الكفيل الذى وفى الدين « يرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات ، على أنه فى المصروفات لا يرجع إلا بالذى دفعه من وقت إخباره المدين الأصلى بالإجراءات التى اتخذت ضده » . وتقضى المادة ٣/٨٠٠ مدنى على أنه « يكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع » . ويخلص من هذه النصوص أن الكفيل يرجع على المدين فى الدعوى الشخصية بما يأتى :

(أولا) أصل الدين : ويتضمن أصل الدين كل ما دفعه الكفيل للدائن لإخلاء ذمة المدين ، فيشمل ذلك مقدار الدين فى أصله[١] ، وكذلك فوائد هذا الدين لو كان الدين ينتج فوائد اتفاقية أو قانونية ما دامت هذه الفوائد تدخل ضمن الدين المكفول[٢] . ويشمل أصل الدين كذلك ما يضطر الكفيل إلى دفعه للدائن فى نظير المصروفات التى تكبدها هذا الأخير فى مواجهة المدين ، كما يشمل بوجه عام كل ما وجب على الكفيل دفعه لإخلاء ذمة المدين[٣] .

(ثانياً) الفوائد : وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٠٠ مدنى فى هذا الصدد كما رأينا : « يكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام

---

(١) وقد لا يرجع الكفيل على المدين بكل الذى دفعه عنه إذا كان المدين مفلساً وحصل على صلح مع الدائنين بموجبه دفع جزءاً من الدين ، فادام الدائن قد تقدم فى التفليسة وحصل على جزء من الدين بموجب الصلح فإنه يرجع على الكفيل بالباقى من الدين ، ولا يرجع الكفيل على المدين بما دفعه منه وإلا ضاع على المدين فائدة الصلح الذى أبرمه مع الدائن (أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٩١ وهامش ١٨ (٢) — بودرى وفال فقرة ١٠٨٥ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ وهامش ٨) .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٨٠٠ مدنى يتضمن نصا يجعل للكفيل ، إذا كان للدين فوائد ، الحق فى استيفائها من يوم وفائه بها للدائن ، ولكن هذا النص حذف اكتفاء بالقواعد العامة (انظر آنفاً فقرة ٥٩ فى الهامش) .

(٣) تجيوار فقرة ١٧١ — أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٨٩ — بودرى وفال فقرة ١٠٧٩ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ .

بدفعه ابتداء من يوم الدفع » . فكل ما قام بدفعه للدائن على النحو السابق بيانه ينتج فوائد بالسعر القانونى من يوم دفع الكفيل الدين للدائن ، وهذه الفوائد القانونية يرجع بها الكفيل على المدين بالإضافة إلى الدين . وليس فى هذا إلا تطبيق لقواعد الوكالة إذا رجع الكفيل على المدين بدعوى الوكالة (م ٧١٠ مدنى) ، ولقواعد الفضالة إذا رجع الكفيل على المدين بدعوى الفضالة (م ١٩٥ مدنى) . أما القواعد العامة فكانت تقضى بأن الفوائد القانونية لا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية بها (م ٢٢٦ مدنى) ، فخرج القانون على هذه القواعد العامة فى دعوى الوكالة وفى دعوى الفضالة ، ومن ثم اقتضى الأمر الخروج أيضاً على هذه القواعد العامة فى الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل على المدين كما رأينا فى المادة ٣/٨٠٠ مدنى . ويلاحظ أن القواعد القانونية التى يرجع بها الكفيل على المدين يكون بعضها فوائد على فوائد أصل الدين التى يرجع بها الكفيل على المدين فيما قدمنا ؛ ولا يعتبر ذلك فوائد مركبة ، لأن فوائد أصل الدين تدخل ضمن أصل الدين فيما يتعلق بالكفيل . ويلاحظ أيضاً أن الفوائد القانونية التى يرجع بها الكفيل على المدين كما تقضى المادة ٣/٨٠٠ مدنى لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة فى دعوى الوكالة ، وتتقادم بثلاث سنوات فى دعوى الفضالة ، أما القاعدة العامة فتقضى بتقادم الفوائد بخمس سنوات . هذا والرجوع بالفوائد القانونية على المدين ميزة للدعوى الشخصية على دعوى الحلول ، وسنرى أن الكفيل فى دعوى الحلول لا يرجع على المدين إلا بفوائد أصل الدين كما كان الدائن يفعل ، فلا يرجع إذن بالفوائد القانونية على ما دفع للدائن إلا من وقت المطالبة القضائية بها[1] .

---

(١) بودرى ولوران فقرة ٣٤٦ وفقرة ٣٥١ – بون ٢ فقرة ٢٣٧ وفقرة ٢٦٠ – لوران ٢٨ فقرة ٢٣٣ – جيوار فقرة ١٧١ – ١٧٣ وفقرة ١٧٦ – أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٠ ص ٢٨٩ – ص ٢٩٠ – بودرى وفال فقرة ١٠٨٠ – فقرة ١٠٩٠ مكررة – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ – محمد كامل مرسى فقرة ١٠٥ ص ١٤٢ –

(ثالثاً) المصروفات : وتتضمن كل ما أنفقه الكفيل فى سبيل الوفاء بالتزامه وكل ما حكم عليه من المصروفات للدائن . والمصروفات التى أنفقها الكفيل فى سبيل الوفاء بالتزامه تشمل ما أنفقه فى إرشاد الدائن إلى أموال المدين لتجريدها ، ومصروفات العرض الحقيقى والإيداع فيما إذا اضطر الكفيل إلى ذلك . والمصروفات التى حكم عليه بها للدائن تشمل ما أنفقه الدائن فى مطالبة الكفيل بالوفاء ، كمصروفات رفع الدعوى على الكفيل ، ومصروفات التنبيه عليه بالوفاء ، ومصروفات المطالبة الأولى التى قام بها الدائن للمدين ثم مصروفات مطالبة الدائن للمدين بعد إخطار الكفيل ، وكل مصروفات أخرى تقتضيها مطالبة الدائن للكفيل بوفاء التزامه . على أن الكفيل لا يرجع على المدين ، من هذه المصروفات ، إلا بالذى أنفقه من وقت إخباره بالإجراءات التى اتخذها الدائن ضده . لأن المدين إذا أخبره الكفيل بذلك قد يكون عنده من الدفوع ما يتوقى به مطالبة الدائن أو قد يبادر إلى دفع الدين الذى فى ذمته للدائن فيتجنب الكفيل بذلك الإجراءات التى اتخذها الدائن ضده . ونستثنى مصروفات المطالبة الأولى التى يقوم بها الدائن للكفيل من هذا الشرط[1] ، كمصروفات رفع الدائن الدعوى على الكفيل ، فهذه لا يعلم بها الكفيل قبل حصولها حتى يخبر بها المدين ، فمتى حكم بها على الكفيل رجع بها على المدين وإن كان لم يخطره بها[2].

ص ١٤٣ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٠٥ ص ١٦٦ – ص ١٦٧ – سليمان مرقس فقرة ١١٢ – منصور مصطفى منصور فقرة ٥٢ ص ١٠٢ .

(١) جيوار فقرة ١٧٤ – أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٨٩ هامش ١٠ – بودرى وفال فقرة ١٠٨١ – بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٠٥ ص ١٦٦ – محمد على إمام فقرة ٧٩ ص ١٤١ – سليمان مرقس فقرة ١١٣ – منصور مصطفى منصور فقرة ٥٢ ص ١٠١ – ص ١٠٢ .

(٢) ويشبه ذلك ما نصت عليه المادة ٧٨١ مدنى من أنه « إذا لم يكن هناك اتفاق خاص ، فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل » . فى هذا النص يقصد بمصروفات « المطالبة الأولى » المصروفات التى =

(رابعاً) التعويض : وكان المشروع التمهيدى للمادة ٨٠٠ مدنى يتضمن فقرة تقضى بأن « للكفيل فوق ذلك أن يرجع بالتعويض »[١] ، ولكن هذه الفقرة حذفت فى لجنة المراجعة اكتفاء بتطبيق القواعد العامة[٢] . والقواعد العامة تقضى ، فى رجوع الكفيل على المدين ، بتعويضه عن الضرر الذى يكون قد أصابه . وقد طبقت هذه القواعد العامة فى رجوع الوكيل على الموكل ، وفى رجوع الفضولى على رب العمل . فنصت المادة ٧١١ مدنى على أن « يكون الموكل مسئولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه ، بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً » ، ونصت المادة ١٩٥ مدنى على التزامات رب العمل نحو الفضولى ومنها « أن يعوضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل » . وعلى ذلك يجوز للكفيل أن يرجع على المدين ، سواء كان ذلك بدعوى الوكالة أو بدعوى الفضالة ، بالتعويض عن الضرر الذى يكون قد أصابه دون خطأ منه ، وذلك سواء كان المدين سيئ النية أو حسن النية[٣] . والتقنين المدنى الفرنسى (م ٢٠٢٨) ينص صراحة على رجوع

= أنفقها الدائن فى مطالبة المدين أولا ، أما المصروفات الأولى فى معنى المادة ٢/٨٠٠ مدنى فيقصد بها المصروفات التى أنفقها الدائن فى مطالبة الكفيل (انظر آنفاً فقرة ٢٦) . ولكن الحكمة واحدة فى الحالتين ، فالمصروفات الأولى فى مطالبة الدائن للمدين يضمنها الكفيل على كل حال دون حاجة لإخطاره بها ، وكذلك المصروفات الأولى فى مطالبة الدائن للكفيل يرجع بها الكفيل على المدين دون حاجة لإخطار المدين بها .

(١) وقد جرت مناقشة فى هذا الشأن فى لجنة الأستاذ كامل صدقى ، فقال الرئيس إنه لما كان المبدأ هو حماية الكفيل فإنه لا يرى مبرراً لعدم وضع نص صريح يمنحه الحق فى المطالبة بتعويضات . وطلب أحد الأعضاء ضرب مثل للضرر الذى يصيب الكفيل ، فمثل بحالة المدين الذى لم يوف دينه وترتب على ذلك اتخاذ إجراءات التنفيذ على الكفيل وبيعها بنصف ثمنها الحقيقى ، فى هذه الحالة قد نال الكفيل من التنفيذ عليه ضرر رجوعه بالتعويض على المدين (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٤١ — ص ٥٤٢ فى الهامش) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٩ فى الهامش .

(٣) وقد تقدم أن الكفيل يرجع على المدين بالفوائد القانونية ، وهذه تعتبر تعويضاً عن التأخر . ولكن يجوز فوق ذلك رجوع الكفيل على المدين بتعويض ، لا فحسب طبقاً للمادة ٢٣١ مدنى التى تشترط سوء نية المدين وتنص على أنه « يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلى =

الكفيل بالتعويض على المدين . وتشير إلى ذلك المادة ١٠٥٣ من هذا التقنين فى آخر الفقرة الأولى منها . وهذا غير الرجوع بتعويض تكميلى عن الضرر الذى تسبب فيه المدين بسوء نية ؛ فإن هذا التعويض التكميلى قد نص عليه فى الفقرة الأخيرة من المادة ١٠٥٣ وهذه الفقرة هى غير الفقرة الأولى التى تشير إلى تعويض الكفيل ؛ مما يدل على أنه لا يشترط فى تعويض الكفيل سوء نية المدين[1] . وقد أجمع الفقه المصرى على جواز رجوع الكفيل بتعويض على المدين ، وإن كان بعض الفقهاء يشترط سوء نية المدين[2] .

= يضاف إلى الفوائد إذا أثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية ، بل أيضاً طبقاً لقواعد الوكالة ولقواعد الفضالة التى سبق ذكرها والتى لا تشترط سوء نية المدين ، ويكفى أن يكون مقدار الضرر الذى أصاب الكفيل يزيد على الفوائد القانونية فيرجع الكفيل على المدين أيضاً بما زاد . قارن عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٠٦ ص ١٨٠ – سليمان مرقس فقرة ١١٤ ص ١٢٧ – محمد على إمام فقرة ٧٩ ص ١٤٢ – منصور مصطفى منصور فقرة ٥٢ ص ١٠٣ .

(١) بون ٢ فقرة ٢٤٢ – لوران ٢٨ فقرة ٢٣٥ – جيوار فقرة ١٧٥ – أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٩٠ وهامش ١٣ – بودرى وفال فقرة ١٠٨٢ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ .

(٢) وقد تقدم أن من الفقهاء المصريين الذى يشترطون لرجوع الكفيل على المدين بتعويض سوء نية المدين الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٠٦ ص ١٨٠ (وكان يقول فى الطبعة الأولى فقرة ١٠٥ ص ١٦٧ بعدم جواز رجوع الكفيل على المدين بتعويض ما) ، والأستاذ سليمان مرقس فقرة ١١٤ ، والأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٥٢ ص ١٠٣ . ويرى الأستاذ محمد كامل مرسى جواز رجوع الكفيل بتعويض على المدين دون أن يشترط سوء نية المدين ، فيقول : « ويرى أحمد فتحى زغلول باشا (ص ٢٢٢) أنه إذا ترتب على عدم وفاء الدين إلزام الضامن بدفعه ، ونتج من ذلك خسارة له أكثر من الفوائد القانونية ، فإن المدين يكون ملزماً بتلك الخسارة ، كما لو اضطر الدائن إلى بيع ملكه بثمن بخس ليؤدى الدين ، أو وقع عليه حجز . . ومن رأى هلنس (كفالة فقرة ٦٣) أيضاً أن للكفيل الحق فى التعويضات . وهذا الرأى الأخير أقرب للعدالة ونرى الأخذ به ، وهو مطابق لقواعد الوكالة التى بمقتضاها على الموكل تعويض الوكيل إذا أصابته خسارة بسبب قيامه بأعمال التوكيل . ولا يحتج بعدم وجود النص ، فإنه من المقرر كما أسلفنا تعويض الوكيل عن الخسارة التى تلحقه =

وأمثلة التعويض الذى يرجع به الكفيل على المدين عن الضرر الذى أصاب الكفيل دون خطأ منه أن يضطر الكفيل إلى بيع ماله بثمن بخس حتى يفي بالتزامه نحو الدائن ، أو أن يرقع الدائن الحجز على مال الكفيل ويبيعه بثمن بخس[1] . ويعتبر الخطأ منسوباً إلى الكفيل إذا أصابه ضرراً بأن دفع الدين للدائن مرة ثانية بعد أن دفعه المدين ، إذا كان الكفيل لم يخطر المدين بعزمه على الدفع[2] .

٦٤ — ما الذى يرجع به الكفيل على المدين فى الدعوى الشخصية إذا وفى الكفيل جزءا من الدين : يفي الكفيل الدائن بجزء من الدين إما لأن

— مع أنه لم يرد فى التقنين الملغى نص صريح كنص المادة ٢٠٠٠ فرنسى . ولا نرى ما يبرر رأى الشراح الذين يقولون بعكس ما نقول ، إذ أنهم يحتجون بعدم النص فلا يجيزون للكفيل التعويضات ، وهم فى الوقت نفسه يجيزون له سريان الفوائد على ما دفعه من وقت الدفع كالوكيل مع أنه لا يوجد نص فى هذه الحالة أيضاً . ونرى من باب أولى الأخذ بالرأى الأخير فى القانون الجديد » (محمد كامل مرسى فقرة ١٠٥ ص ١٤٥) .

(١) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٩٠ هامش ١٣ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ .

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ هامش ٦ .

هذا وقد قضت محكمة النقض فى مصر بأنه إذا اتفق المدين مع صاحبه فى الدين على أن يقوم الضامن بوفاء مبلغ الدين للدائن ، ثم اتخذ الأخير إجراءات الحجز ضد مدينه ولم يكن ذلك نتيجة تقصير الضامن فى الوفاء بما التزم به قبل المدين بل كان تنفيذا لحكم صادر ضد هذا الأخير من غير خاص به وتنفيذا للحكم الآخر الصادر ضد المدين وصاحبه عن الدين المضمون — وسواء كان تصرف الدائن على هذا الوجه أو لم يكن كذلك — فإن هذا التصرف لا يرتب حقا للمدين قبل الضامن طالما أن إجراءات الحجز العقارى لم تتخذ بسبب تقصير هذا الضامن فى الوفاء بالتزامه ، وما دام من الثابت قطعا أن بعض الدين الذى كان الدائن يطلب البيع من أجله هو دين خاص بالمدين وحده . ولا يغير من هذا النظر ولا ينال منه القول بأن الضامن كان متفقا مع الدائن على شراء أطيان المدين عند عرضها للبيع ، إذ ليس ثمة ما يمنع من هذا الاتفاق وشأن الضامن شأن غيره من المزايدين فى الشراء (نقض مدنى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٧٦٣) — وانظر أيضا نقض مدنى ٦ فبراير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ١٢٠ .

الكفيل لم يكفل إلا هذا الجزء ، أو لأن الكفيل قد كفل كل الدين ولكن الدائن قبل منه وفاء جزئياً وأبرأه من باقي الدين أو لم يبرئه منه فبقي الكفيل ملتزماً بباقي الدين .

وأياً كان السبب في الوفاء الجزئي ، فإن الكفيل لا يرجع على المدين إلا بمقدار ما وفاه ، مع فوائده ومصروفاته[١] .

وإذا رجع الكفيل على المدين بجزء من الدين هو مقدار ما وفاه . ورجع الدائن أيضاً على المدين بالباقي من الدين ، فإن الدائن لا يتقدم على الكفيل في هذا الرجوع ، بل يتزاحم الاثنان معاً ، فإذا لم يكن لدى المدين ما يفي برجوع كل من الدائن والكفيل ، فإن هذين الاثنين الأخيرين مع الدائنين الآخرين يتقاسمون ما عند المدين ، ويأخذ كل منهم بنسبة ما يرجع به على المدين[٢] وهذا بخلاف دعوى الحلول ، فسنرى أن الكفيل إذا لم يوف

---

(١) نقض فرنسي ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢ - ١ - ٢٦١ - جيوار فقرة ١٦١ وفقرة ١٨١ .

وذلك ما لم يبرئ الدائن الكفيل لا من الكفالة فحسب بل من الدين نفسه ، فيكون في حكم من وهب الدين للكفيل ، ويجوز لهذا الأخير الرجوع على المدين بكل الدين باعتباره أنه موهوب له (انظر آنفا فقرة ٦٢ في الهامش) . وهذا بخلاف ما إذا كان الدائن قد أبرأ الكفيل من الكفالة في نظير هذا الوفاء الجزئي أو قبل وفاء جزئيا بموجب صلح مع الكفيل ، فإن الكفيل لا يرجع على المدين إلا بمقدار هذا الوفاء الجزئي (بون ٢ فقرة ٢٣٥ - لوران ٢٨ فقرة ٢٣٢ - جيوار فقرة ١٧٠ - بودري وثال فقرة ١٠٨٣) .

وإذا دفع الكفيل للدائن مقدارا زائدا على الدين ، فإنه لا يرجع على المدين إلا بمقدار الدين فقط حتى لا يضار المدين من جراء دفع الزيادة (جيوار فقرة ١٧٠ - بودري وثال فقرة ١٠٨٣ ص ٥٧١) .

(٢) نقض فرنسي أول أغسطس سنة ١٨٦٠ والموز ٦٠ - ١ - ٥٠٢ - ٢١ يناير ١٨٦٨ سيريه ٦٨ - ١ - ٢٥٦ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩١ والموز ٩٢ - ١ - ٢٦١ - بون ٢ فقرة ٢٧٥ - أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٩١ - بودري وثال فقرة ١٠٨٥ ص ٥٧٣ - ولا يكون الكفيل مسئولا قبل الدائن بسبب ما حصل عليه من جراء رجوعه على المدين ، بل يخلص له ما حصل عليه ولا يشاركه الدائن فيه (جيوار فقرة ١٦ وفقرة ١٨١ - بودري =

إلا بعض الدين ، لم يرجع على المدين بما وفاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين (م ٧٩٩ مدنى) .

§ ٢ – رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول

٦٥ — نص قانونى : تنص المادة ٧٩٩ مدنى على ما يأتى :

« إذا وفى الكفيل الدين ، كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ما له من حقوق قبل المدين . ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين ، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين »[1] .

= وشال فقرة ١٠٨٥ ص ٥٧٣ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٠ ص٩٩٣ هامش ١ – نقض فرنسى ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩١ والوز ٩٢ – ١ – ٢٦١) . وكذلك لو كان للكفيل دين آخر فى ذمة المدين فإنه يرجع به عليه ، ويزاحم الدائن فى رجوعه ، وإذا حصل من المدين على جزء من دينه فلا يشاركه فيه الدائن (جيوار فقرة ١٦٤ – بودرى وشال فقرة ١٠٨٥) .

وإذا كان الدائن لم يتخلص بكل حقه من المدين ، وكان الكفيل مسئولا عن باقى الدين ، جاز للدائن أن يحجز تحت يد المدين بما للكفيل فى ذمته (عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٠٦ – سليمان مرقس فقرة ١١٥ ص ١٢٨) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٥٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٦٧ ، فى المشروع النهائى – ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٤١ – ص ٥٤٦) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٥٠٥ / ٦١٧ : إذا دفع الكفيل عند حلول الأجل ، فله الرجوع على المدين . . . ويحل محل الدائن فى حقوقه ، لكن لا تجوز له المطالبة إلا بعد استيفاء الدائن دينه بتمامه إذا كان الكفيل لم يدفع إلا جزءاً من الدين .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٦٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٠٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٣٣ / ٢ : ويحل الكفيل محل الدائن فى جميع ما لهذا الدائن من الحقوق ، سواء كانت الكفالة بأمر المدين أو بغير أمره .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ١٠٨٤ : إن الكفيل الذى أوفى الدين على وجه صحيح يحل محل الدائن فى جميع حقوقه وامتيازاته على المديون الأصلى بقدر المبلغ الذى دفعه ، وعلى سائر الكفلاء بقدر حصصهم وأنصبتهم . على أن ذلك الحلول محل الدائن ليس من شأنه أن يعدل الاتفاقات الخاصة المعقودة بين المديون الأصلى والكفيل

ونسير فى دعوى الحلول على نفس الخطة التى اتبعناها فى الدعوى الشخصية ، فيما عدا البحث فى الأساس القانونى الذى تقوم عليه دعوى الحلول ، إذ أن هذه الدعوى ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة فى الحلول القانونى فيما إذا قام بالوفاء شخص غير المدين فيحل الموفى محل الدائن إذا كان ملزماً بوفاء الدين عن المدين . ونضيف إلى ما سبق عند موازنة بين دعوى الحلول والدعوى الشخصية . وعلى ذلك سنبحث : (١) أى كفيل يرجع بدعوى الحلول على المدين . (٢) الشروط الواجب توافرها لرجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول . (٣) ما الذى يرجع به الكفيل على المدين فى دعوى الحلول إذا وفى الكفيل الدين كاملا . (٤) ما الذى يرجع به الكفيل على المدين فى دعوى الحلول إذا وفى الكفيل جزءاً من الدين . (٥) موازنة بين دعوى الحلول والدعوى الشخصية .

٦٦ — أى كفيل يرجع بدعوى الحلول على المدين : كل كفيل يرجع بدعوى الحلول على المدين . ويستوى فى ذلك الكفيل الذى عقد الكفالة لمصلحة المدين سواء كان بأمر المدين أو بغير أمره ، والكفيل الذى عقد الكفالة لمصلحة المدين دون علمه من تلقاء هذا الأخير ، والكفيل عقد الكفالة لمصلحة الدائن[1] ويستوى فى ذلك أيضاً أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين وحده ، أو لمصلحة الدائن وحده ، أو لمصلحة الاثنين معاً ، أو لمصلحة المدين والكفيل ، أو لمصلحة الدائن والكفيل . وعلى ذلك يستوى الكفيل غير المأجور ، والكفيل المأجور . ويستوى أخيراً الكفيل غير المتضامن مع المدين ، والكفيل المتضامن مع المدين[2] .

---

(١) ترولون فقرة ٣٠٩ وفقرة ٣٦٢ — بون ٢ فقرة ٢٦٧ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٤٢٧ ص ٢٨٧ — بيوار فقرة ١٧٦ وفقرة ١٨٣ — بردرى وفال فقرة ١١١١ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١١٠ — محمد على إمام ص ١٤٤ — سليمان مرقس فقرة ١١٠ ص ٣٣٠ — منصور مصطفى منصور فقرة ٥٤ ص ١٠٤ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١١٠ — منصور مصطفى منصور فقرة ٥٤ ص ١٠٤ .

والأصل فى ذلك ما نصت عليه المادة ٣٢٦ مدنى من أنه « إذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية : (١) إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه . (ب) . . . . . » . فالكفيل ملزم بوفاء الدين عن المدين ، ومن ثم إذا وفى الدين للدائن كان أن يحل محل الدائن فى جميع ما لهذا الأخير من حقوق قبل المدين . فليست المادة ٧٩٩ مدنى سالفة الذكر[1] إلا تطبيقاً تشريعياً للمادة ٣٢٦ مدنى ، وقد أعطت دعوى الحلول للكفيل فى عبارة عامة مطلقة ، بخلاف الدعوى الشخصية المنصوص عليها فى المادة ٨٠٠ مدنى فإنها أعطيت للكفيل إذا عقد الكفالة بعلم المدين أو بغير علمه دون الكفيل الذى عقد الكفالة بالرغم من معارضة المدين[2] . ويكون حلول الكفيل محل الدائن بقانون ، دون حاجة لأن يطلب الكفيل ذلك[3].

٦٧ — **الشروط الواجب توافرها لرجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول** : رأينا[4] أنه يجب توافر شروط ثلاثة لرجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية : قيام الكفيل بوفاء الدين عن المدين ، وفاء المدين

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٠ .

(٣) وكان حلول الكفيل محل الدائن فى القانون الرومانى لا يتم بحكم القانون ، بل كان الكفيل عند وفاء الدين للدائن يقتضى منه أن ينزل له عن حقوقه . فإذا رفض الدائن النزول عن دعواه للكفيل ، كان لهذا الأخير أن يواجهه بدفع فى خصوص ذلك (cedendarum actionum) ، بل كان يفترض فى بعض الحالات أن النزول عن الدعوى قد تم فعلا . وكان القانون الرومانى ، من جهة أخرى ، يجعل لمن يوفى دينا مضمونا برهن الحق فى أن يخلف الدائن فى هذا الرهن (successio in locum creditoris) أو فى مرتبته (چيرار طبعة ثالثة ص ٧٥٤ — ص ٧٥٥ وص ٧٧٦ هوامش ٢ و ٥ و ٦ و ٧) . أما فى القوانين الجرمانية ، فكان الكفيل يحل محل الدائن بحكم القانون . وكذلك كان الأمر فى القانون الفرنسى القديم ، وإن كان ذلك محلا للنزاع (بودرى وفال فقرة ١١٠٩) .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٦٢ .

بالدين عند حلول أجله ، وإخطار الكفيل المدين قبل الوفاء مع عدم معارضة المدين . والشرطان الأولان من هذه الشروط الثلاثة يجب توافرهما لرجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول ، أما الشرط الثالث المتعلق بإخطار المدين فليس ضرورياً للرجوع بهذه الدعوى[١] .

وعلى ذلك يجب توافر شرطين لرجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول ، وهما :

(الشرط الأول) قيام الكفيل بوفاء الدين عن المدين : فيجب على الكفيل حتى يرجع على المدين بدعوى الحلول ، أن يكون قد قام بوفاء الدين عن المدين . وقد رأينا[٢] المادة ٧٩٩ تقول : «إذا وفى الكفيل الدين ، كان له أن يحل محل الدائن . . . » . والكفيل لا يقوم بوفاء الدين عن المدين إلا إذا كان متضامناً معه أو إلا إذا لم يدفع بالتجريد أو فشل فى هذا الدفع ، فعندئذ يضطر إلى وفاء الدين للدائن ويحل محله فى رجوعه على المدين . وقد يقضى الكفيل الدين بما يقوم مقام الوفاء ، كما إذا وفى الدين بمقابل ، أو جدد الدين بتغيير المدين مثلا ، أو قضى الدين بطريق المقاصة . فكل هذه أسباب تقوم مقام

---

(١) ولذلك جاء ترتيب المواد ٧٩٨ – ٨٠٠ سليما ، فقد بدأت المادة ٧٩٨ وهى فى صدر هذه المواد تتكلم عن إخطار المدين ، ثم جاءت المادتان ٧٩٩ و ٨٠٠ الأولى فى دعوى الحلول والثانية فى الدعو الشخصية . وهذا الترتيب يوهم أن إخطار المدين واجب فى كل من دعوى الحلول والدعو الشخصية ، ما دام الإخطار يتقدم كلا من الدعويين . والصحيح أن الإخطار غير واجب إلا فى الدعو الشخصية ، أما دعوى الحلول فلا يجب فيها الإخطار قبل الوفاء ، إذ أن الوفاء دون إخطار المدين به يجعل الكفيل يحل محل الدائن كالوفاء بعد الإخطار سواء بسواء . وكان الواجب أن تتأخر المادة ٧٩٨ المتعلقة بالإخطار عن المادة ٧٩٩ المتعلقة بدعوى الحلول ، أو تتقدم المادة ٨٠٠ المتعلقة بالدعوى الشخصية على المادة ٧٩٩ المتعلقة بدعوى الحلول ، وتأتى المادة ٨٠٠ المتعلقة بالدعوى الشخصية عقب المادة ٧٩٨ مباشرة ، أى عقب المادة المتعلقة بالإخطار ، وبذلك لا يكون الإخطار واجبا إلا فى الدعوى الشخصية . (انظر فى هذا المعنى سليمان مرقس فقرة ١٠٢) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٦ .

الوفاء فينقضى بها الدين ، ومن ثم يحل الكفيل محل الدائن بمجرد انقضاء الدين[١] . أما إذا لم يف الكفيل الدين أو يقضه بسبب يقوم مقام الوفاء ، كما إذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة أو تقادم دين الكفيل ، فإن هذا لا يعتبر وفاء للدين ، فلا يحل الكفيل محل الدائن . وقد يعمد الدائن إلى التنفيذ على أموال كل من المدين والكفيل ، فعلى الكفيل فى هذه الحالة أن يتقدم فى التوزيع المفتوح بالنسبة إلى أموال المدين . حتى إذا استوفى الدائن حقه من أموال المدين وأموال الكفيل معاً ، حل الكفيل محل الدائن ودخل فى توزيع أموال المدين بنسبة ما استوفاه الدائن من أمواله هو[٢] .

(الشرط الثانى) وفاء الكفيل بالدين عند حلول أجله : فإذا تعجل الكفيل الوفاء بغير رضاء الدائن قبل حلول الأجل الأصلى ، لم يكن له أن يرجع بدعوى الحلول إلا عند حلول هذا الأجل ، أو لم يرجع أصلا إذا جد ما بين وفاء الكفيل بالدين وحلول الأجل سبب لانقضاء الدين[٣] . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فإن كان الوفاء قبل الأجل قد تم بغير رضاء المدين ، فإن الكفيل يعرض نفسه لخطر ضياع حقه فى الرجوع على المدين والحلول محل الدائن إذا كان الدين قد انقضى

---

(١) محمد كامل مرسى فقرة ١٠٩ ص ١٤٩ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١١١ ص ١٧١ .

(٢) بودرى وفال فقرة ١١١٠ .

(٣) بودرى وفال فقرة ١١١٢ – محمد كامل مرسى فقرة ١٠٩ ص ١٥١ – سليمان مرقس فقرة ١٣٠ ص ١٣٤ – وإذا امتد الأجل الأصلى باتفاق بين المدين والدائن أو بمنح القاضى المدين نظرة الميسرة ، فإنه يعتبر أن الكفيل ، وقد حل محل الدائن ، لا يستطيع الرجوع بدعوى الحلول إلا عند حلول الأجل الجديد بعد امتداده ، لأن الدائن نفسه كان لا يستطيع الرجوع على المدين قبل ذلك (حيوار فقرة ٢٥٢ – محمد كامل مرسى فقرة ١٠٩ ص ١٥١ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١١٥ ص ١٧٤ هامش ٢ – انظر عكس ذلك وأن الكفيل يرجع بدعوى الحلول عند حلول الأجل الأصلى ولا ينتظر حلول الأجل الجديد : بودرى وفال فقرة ١١١٢)

فى المدة بين الوفاء وحلول الأجل بسبب المقاصة أو اتحاد الذمة مثلا ، أو كانت لدى المدين دفوع تبرئ ذمته من الدين »[١]

٦٨ – ما الذى يرجع به الكفيل على المدين فى دعوى الحلول إذا وفى الدين قاصر : قدمنا فى الجزء الثالث من الوسيط ، عند الكلام فى أحكام الرجوع بدعوى الحلول ، أن الموفى وهو هنا الكفيل يحل محل الدائن . وقد نصت المادة ٣٢٩ مدنى فى هذا الصدد على أن « من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه ، بما لهذا الحق من خصائص ، وما يتبعه من توابع ، وما يكفله من تأمينات . وما يرد عليه من دفوع ، ويكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن »[٢] . وتؤكد المادة ٧٩٩ مدنى[٣] هذا المعنى ، فتقول : « إذا وفى الكفيل الدين ، كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ما له من حقوق قبل المدين »[٤] .

وعلى هذا يحل الكفيل محل الدائن فى حقه ، بما لهذا الحق من خصائص . فاذا كان حق الدائن حقاً تجارياً ، انتقل إلى الكفيل على هذه الصفة حقاً تجارياً[٥] . وإذا كان حقاً يسقط بالتقادم بانقضاء مدة قصيرة ، خمس سنوات أو أقل ، فإنه ينتقل إلى الكفيل قابلا للسقوط بالتقادم بهذه المدة القصيرة .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٤٤ – ص ٥٤٥ .

(٢) انظر التكييف القانونى للحلول والنظريات الثلاث المختلفة فى هذا التكييف ، وهى : (١) بقاء التأمينات وحدها دون الحق (٢) بقاء الحق نفسه وانتقاله إلى الموفى (٣) الوفاء مع الحلول ووفاء الحق إلى الدائن وانتقال الحق بالنسبة إلى المدين : الوسيط ٣ فقرة ٤٠٢ – فقرة ٤٠٥ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٦٥

(٤) وإذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن فقط ولم يبرئه من الدين ، ودفع الكفيل المتضامن الدين ، فله الرجوع على المدين الذى أبرئ من التضامن بكل ما دفع (مصر الكلية ٥ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٧ ص ٣٢) .

(٥) بودرى وفال فقرة ١١١٦ مكررة – ويظهر أنه حق تجارى فى الإثبات والاختصاص وسعر الفوائد القانونية .

، قد تكون المدة أوشكت على الانقضاء فلا تابث أن تنقضى بعد انتقال الحق إلى الكفيل ، وفى هذا تتميز الدعوى الشخصية على دعوى الحلول فإن سريان التقادم بالنسبة إلى الدعوى الأولى لا يبدأ إلا من وقت وفاء الكفيل بالدين . وقد يكون حق الدائن الذى انتقل إلى الكفيل ثابتاً فى سند رسمى أو فى حكم ، فينتقل إلى الكفيل بهذا السند التنفيذى كما كان فى يد الدائن . وقد يكون الدائن قد قاضى المدين وسار فى إجراءات التقاضى شوطاً بعيداً ، فلا يحتاج الكفيل إلى تجديد هذه الإجراءات بل يسير فيها من حيث وجدها[1].

ويحل الكفيل محل الدائن فى حقه ، بما يلحق هذا الحق من توابع . فلو كان حق الدائن ينتج فوائد بسعر معين ، فانه ينتقل إلى الكفيل منتجاً للفوائد بهذا السعر ، ويكون للكفيل الحق فى تقاضى هذه الفوائد ما استحق منها وما سيستحق . ويعتبر تابعاً للحق دعوى الفسخ ، فلو ضمن الكفيل المشترى فى دفع الثمن ، ثم دفع الكفيل الثمن للبائع وفاء لدين المشترى ، انتقل إلى الكفيل حق البائع بما تتبعه من دعوى الفسخ لعدم وفاء المشترى بالثمن[2] . ويعتبر تابعاً للحق أن يكون للدائن حق الطعن فى تصرف المدين بالدعوى البولصية ، فإذا وفى الكفيل الحق للدائن وانتقل إليه هذا الحق ، فإنه ينتقل إليه مقترناً بحق الطعن بالدعوى البولصية[3] . ويعتبر تابعاً كذلك الحق فى الحبس ، فتنتقل العين المحبوسة من الدائن إلى الكفيل ، ويكون لهذا الأخير الحق فى حبسها حتى يستوفى الدين من الدائن[4] . وإذا كان هناك شرط

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٣٩٢ – ويرجع الكفيل على المدين بقيمة الأخشاب التى حجز عليها الدائن وتركها المدين تفلت من الحجز (نقض فرنسى ١٠ مارس ١٩٣٦ سيريه ١٩٣٦ – ١ – ١٩٠ – أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٨٧ هامش ١ .

(٢) جيوار فقرة ١٨٥ – بودرى وفال فقرة ١١١٤ ص ٥٨٦ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤١ ص ٩٩٣ .

(٣) الوسيط ٣ فقرة ٣٩٢ ص ٦٩٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ٥٥ ص ١٠٧ .

(٤) الوسيط ٣ فقرة ٣٩٣ .

جزائى ، استفاد منه الكفيل كما كان يستفيد منه الدائن[١] .

ويحل الكفيل محل الدائن فى حقه ، بما يكفله من تأمينات . فينتقل إلى الكفيل مع حق الدائن ما يكفل هذا الحق من تأمينات عينية ، كالرهن الرسمى وحق الاختصاص والرهن الحيازى على عقار أو منقول وحقوق الامتياز على عقار أو منقول[٢] . أما انتقال التأمينات الشخصية ، ككفيل آخر ضمن الدين أو مدينين متضامنين متعددين ، فسيأتى الكلام فى ذلك عند بحث رجوع الكفيل على الكفلاء الآخرين ورجوعه على المدينين المتضامنين . والحلول فى التأمينات يقع بحكم القانون ، فلا يحتاج الكفيل إلى اتفاق مع الدائن على إحلاله محله فى رهن أو فى أى تأمين آخر أو فى أى طلب للدخول فى التوزيع بدلا منه ، ولا يجوز للدائن أن ينزل عن الرهن أو عن مرتبة هذا الرهن إضراراً بحق الكفيل الذى حل محله فى هذا الرهن[٣] .

ويحل الكفيل محل الدائن فى حقه ، بما يرد عليه من دفوع إذا كان

---

(١) منصور مصطفى منصور فقرة ٥٥ ص ١٠٧ – ولم يضمن الكفيل المستأجر فى دفع الأجرة ، ثم دفعها للمؤجر وفاء عن المستأجر ، حل محل المؤجر فى حقه بما يتبع هذا الحق من طرد المستأجر من العين المؤجرة فليس طرد المستأجر إلا ضربا من فسخ الإيجار ، وقد قدمنا أن دعوى الفسخ تغتير من توابع الحق (جيوار فقرة ١٨٥ – بودرى وفال فقرة ١١١٤ – عكس ذلك بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤١ ص ٩٠٣ هامش ١) .

(٢) بودرى وفال فقرة ١١١٤ ص ٥٨٦ – ويستوى أن تكون هذه التأمينات قد حصل عليها الدائن قبل عقد الكفالة أو بعد هذا العقد ، فى الحالتين يحل الكفيل فيها محل الدائن (ترولون فقرة ٣٧٦ – بون ٢ فقرة ٢٧٢ – جيوار فقرة ١٨٤ – بودرى وفال فقرة ١١١٣) .

(٣) الوسيط ٣ فقرة ٣٩٤ – وقد رأينا (انظر آنفاً فقر ٥١) أن المادة ٧٨٧ / ٢ و ٣ مدنى تنص على ما يأتى : « ٣ – فإذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس ، وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل . ٣ – أما إذا كان الدين مضموناً بتأمين عقارى ، فإن الدائن يلتزم أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين ، ويتحمل الكفيل مصروفات النقل حتى أن يرجع بها على المدين » .

الكفيل قد وفى الدين قبل إخطار المدين بعزمه على الوفاء فلم يتمكن المدين من المعارضة فى الوفاء . فإذا كان الحق مصدره عقد باطل أو قابل للإبطال ، جاز للمدين أن يتمسك بهذا الدفع تجاه الكفيل كما كان له ذلك تجاه الدائن . وإذا كان الحق قد انقضى بالوفاء أو بأى سبب آخر كالتجديد أو المقاصة أو الإبراء أو التقادم ، جاز للمدين أن يدفع بكل ذلك . وإذا كان الحق معلقاً على شرط واقف لم يتحقق ، أو على شرط فاسخ تحقق ، أو كان حالا مؤجلا ولم يحل الأجل ، جاز للمدين أن يدفع أيضاً بكل ذلك . أما إذا كان الدائن قاصراً ، فجاز للمدين أن يمتنع عن الوفاء له شخصياً لعدم صحة الوفاء فى هذه الحالة ، فإنه لا يستطيع أن يدفع بهذا الدفع الخاص بشخص الدائن تجاه الكفيل إذا كان هذا متوافراً فيه الأهلية لاستيفاء الدين(١) .

على أن العبارة الأخيرة من المادة ٣٢٩ مدنى تنص ، كما رأينا(٢) ، على أن « يكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن » . والسبب فى ذلك أن الكفيل ، وهو يفى بالدين للدائن ، إنما يقوم بهذا بعيداً عن فكرة المضاربة التى هى فى حوالة الحق لصيقة بمن يشترى الدين . ولا بد أن يكون الوفاء هنا قد أحاطت به ملابسات اقتضت أن ينزل الدائن عن جزء من الدين ويستوفى الباقى . فليس للكفيل أن يرجع على المدين بأكثر مما وفى للدائن إذ هو لا يقصد المضاربة فيما قام به من وفاء . وإنما هو يلتزم بالدين عن المدين ويريد الوفاء بالتزامه . ولو كان يقصد المضاربة ويريد الرجوع بكل الدين ، فسبيله إلى ذلك أن يشترى الدين من الدائن بالمقدار الذى دفعه ، وعندئذ ينتقل إليه الدين كاملا عن طريق حوالة الحق ويرجع به كله على المدين(٣) .

(١) الوسيط ٣ فقرة ٣٩٥ .

(٢) انظر نفس الفقرة .

(٣) الوسيط ٣ فقرة ٣٩٧ — وقد رأينا فى الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل على المدين ، إذا قبل الدائن أن ينزل من جزء الدين بموجب صلح بينه وبين الكفيل ، فإن الكفيل لا يرجع على المدين هنا أيضاً إلا بمقدار ما وفى من الدين (انظر آنفاً فقرة ٦٤ فى الهامش) .

وعلى ذلك يرجع الكفيل على المدين ، فى دعوى الحلول ، بما دفعه الكفيل للدائن لإخلاء ذمة المدين . فيشمل ذلك مقدار الدين فى أصله إذا كان قد وفى الدائن مقدار الدين بأكمله . وإلا فالقدر الذى وفاه من الدين كما قدمنا . وكذلك يرجع بفوائد هذا الدين لو كان الدين ينتج فوائد اتفاقية أو قانونية ، ما دامت هذه الفوائد تدخل ضمن الدين المكفول . ويشمل أصل الدين كذلك ، فيرجع الكفيل به على المدين ، ما يضطر الكفيل إلى دفعه للدائن فى نظير المصروفات التى تكبدها هذا الأخير فى مواجهة المدين ، كما يشمل بوجه عام كل ما وجب على الكفيل دفعه للدائن لإخلاء ذمة المدين . وهذا كله يرجع به الكفيل على المدين أيضاً فى الدعوى الشخصية ، كما قدمنا[١] .

ولكن الكفيل لا يرجع على المدين ، فى دعوى الحلول ، لا بالفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع ، ولا بالمصروفات التى أنفقها الكفيل فى سبيل الوفاء بالتزامه وكل ما حكم عليه به من المصروفات للدائن ، وذلك كمصروفات العرض الحقيقى والإيداع والمصروفات التى أنفقها الكفيل فى إرشاد الدائن إلى أموال المدين لتجريدها ومصروفات مطالبة الدائن للمدين ومصروفات رفع الدائن الدعوى على الكفيل ، ولا بالتعويض عن الضرر الذى يكون قد أصاب الكفيل دون خطأ منه بسبب تنفيذ التزامه[٢] . وهذا كله يرجع به الكفيل على المدين فى الدعوى الشخصية[٣] ، بخلاف دعوى الحلول ، وفى ذلك تتميز الدعوى الشخصية عن دعوى الحلول[٤] .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٣ .

(٢) بودن ٢ فقرة ٢٧٤ — لوران ٢٨ فقرة ٢٤٠ — جيوار فقرة ١٩٠ — بودرى وفال فقرة ١١١٨ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٦٣ .

(٤) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤١ ص ٩٩٣ .

٦٩ — ما الذى يرجع به الكفيل على المدين فى دعوى الحلول إذا وفى الكفيل جزءا من الدين : رأينا[١] أن المادة ٧٩٩ مدنى تنص على ما يأتى : « ولكن إذا لم يوف (الكفيل) إلا بعض الدين ، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين » . وليس هذا النص إلا تطبيقاً تشريعياً لبعض ما جاء فى المادة ٣٣٠ مدنى التى تنص على ما يأتى « ١ — إذا وفى الغير الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه ، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون فى استيفاء ما بقى له من حق مقدماً على من وفاه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . ٢ — فاذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من حق ، رجع من حل أخيراً هو ومن تقدمه فى الحلول كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء » .

والمفروض هنا أن الكفيل وفى جزءاً من الدين ، فحل محل الدائن فيه . فإذا كان المدين قد رهن عقاراً فى الدين وكان العقار لا يفى بكل الدين ، وليس للمدين أموال أخرى ، فإن الكفيل وقد حل فى الرهن بمقدار ما وفاه والدائن ولا يزال دائناً بالجزء الباقى لا يجدان أمامهما سوى هذا العقار ليستوفى كل حقه منه ، ويتقدمان معاً على سائر الغرماء بما لهما من حق الرهن . وكان ينبغى أن يتعادلا فان كلا منهما دائن بجزء من دين واحد ، فلا محل لتفضيل أحدهما على الآخر . ولكن النص ، وهو فى ذلك يترجم عن الإرادة المحتملة للطرفين ، يفترض أن الدائن لم يكن ليرضى باستيفاء جزء من حقه من الكفيل إلا على أساس أن يتقدم عليه فى استيفاء الجزء الباقى . فيتقدم الدائن على الكفيل ويستوفى أولا الجزء الباقى من الدين ، وما بقى بعد ذلك من ثمن العقار يأخذه الكفيل فلا يستوفى به إلا بعض حقه . فالكفيل وقد حل محل الدائن فى جزء من حقه لم يعامل معاملة الدائن ، بل فضل الدائن عليه[٢] . على أن هذه

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٥ .

(٢) مصر الكلية ٥ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٧ ص ٣٢ .

القاعدة يحد منها قيدان : (١) أنها ليست إلا افتراضاً لما أراده الدائن والكفيل فهى ليست قاعدة من النظام العام . ومن ثم يجوز للدائن والكفيل أن يتفقا على غير ذلك ، فلهما أن يتفقا على أنهما يتعادلان فيقتسمان مال المدين اقتسام الغرماء ، بل لهما أن يتفقا على أن الكفيل هو الذى يتقدم على الدائن وما بقى بعد ذلك يأخذه الدائن . (٢) وحتى لو لم يتفق الدائن والكفيل على شىء يخالف القاعدة المتقدمة الذكر وتقدم الدائن على الكفيل ، فهذه ميزة شخصية للدائن وحده ، لا تنتقل منه إلى شخص آخر يبقى له بالجزء الباقى من حقه ويحل فيه . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٣٠ مدنى صراحة على هذا الحكم فقضت بأنه « إذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من حق ، رجع من حل أخيراً هو ومن تقدمه فى الحلول كل بقدر ما هو مستحق له ، وتقاسما قسمة الغرماء » . ولا يستطيع الدائن ، وهو يستوفى الجزء الباقى من حقه من هذا الشخص الآخر أن يتفق معه على أن يجعله متقدماً على الكفيل ، إذ أن الكفيل ليس طرفاً فى هذا الاتفاق فلا يسرى فى حقه . وإنما يجوز للدائن ، عند استيفاء جزء من حقه من الكفيل ، أن يشترط عليه أنه هو أو من يخلفه فى الجزء الباقى يتقدم على الكفيل . وعندئذ يكون للدائن ، وهو يستوفى الجزء الباقى ، أن يتفق مع الموفى الثانى أن يتقدم هذا على الكفيل ، وهذا ما رضى به الكفيل مقدماً عند اتفاقه مع الدائن[1] .

وما قدمناه من أن الكفيل الذى وفى بجزء من الدين يتأخر عن الدائن عند ما يريد هذا استيفاء الجزء الباقى ، إنما يصح إذا رجع الكفيل على المدين بدعوى الحلول . أما إذا رجع بالدعوى الشخصية ، فقد رأينا[2] أنه لا وجه لتفضيل الدائن عليه . فإذا فرض فى المثل المتقدم أن المدين لم يرهن عقاراً لضمان الدين ، ووفى الكفيل الدائن جزءاً من حقه ، ولم يكن عند المدين مال يفى بكل الدين ، فإن رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية على المدين

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٤٠١ ص ٦٩٧ – ص ٦٩٩ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٤ .

يجعله يزاحم الدائن فى رجوعه على المدين بما بقى من حقه ، ويقتسمان مال المدين اقتسام الغرماء[١] .

٧٠ — موازنة بين دعوى الحلول والدعوى الشخصية : من ميزات دعوى الحلول على الدعوى الشخصية . أن الكفيل إذا رجع بدعوى الحلول كان له جميع تأمينات الحق الذى وفاه ، وينتقل إليه الحق بما له من خصائص وما يلحقه من توابع ، وقد تقدم بيان هذا[٢] . ولا يشترط فى دعوى الحلول أن يكون الكفيل قد أخطر المدين بعزمه على الوفاء ، ويشترط ذلك فى الدعوى الشخصية[٣] .

ولكن الدعوى الشخصية قد تكون لها ، من جهة أخرى ، ميزات على دعوى الحلول . ونذكر من هذه الميزات ثلاثاً :

أولا — يستحق الكفيل فى الدعوى الشخصية الفوائد القانونية على جميع ما دفعه للدائن وفاء للدين من وقت الدفع ، ويرجع الكفيل أيضاً فى الدعوى الشخصية بالمصروفات التى أنفقها فى سبيل الوفاء بالتزامه وكل ما حكم عليه به من المصروفات للدائن ، كما يرجع بالتعويض عن الضرر الذى يكون قد أصابه دون خطأ منه بسبب تنفيذ التزامه . ولا يرجع الكفيل فى دعوى الحلول لا بالفوائد القانونية ولا بالمصروفات ولا بالتعويض ، وهذه هى إحدى الميزات الأساسية للدعوى الشخصية على دعوى الحلول[٤] .

ثانياً — إذا رجع الكفيل بالدعوى الشخصية ، فان حقه يكون قد نشأ منذ الوقت الذى وفى فيه المدين للدائن ، فلا يبدأ سريان التقادم إلا من ذلك الوقت . أما فى دعوى الحلول فيرجع الكفيل بنفس حق الدائن : وقد بدأ

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٤٠١ ص ٦٩٩ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٨ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٦٢ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٦٨ فى آخرها .

سريان تقادم هذا الحق منذ أن استحق أى قبل أن يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الدعوى الشخصية ، وقد تكون مدة تقادم حق الدائن قد أوشكت على الانقضاء ، فلا تلبث أن تنقضى بعد انتقال الحق إلى الكفيل ، وفى هذا تتميز الدعوى الشخصية على دعوى الحلول(١) .

ثالثاً — إذا كان الكفيل قد وفى الدين وفاء جزئياً وأراد الرجوع بدعوى الحلول ، فقد رأينا أنه يتأخر عن الدائن حتى يستوفى الدائن من المدين الباقى من حقه . أما إذا رجع الكفيل بالدعوى الشخصية ، فإنه يتعاون مع الدائن ولا يتقدم الدائن عليه ، ويقتسمان مال المدين اقتسام الغرماء(٢) .

§ ٣ — رجوع الكفيل على المدينين المتضامنين

٧١ — نص قانونى : تنص المادة ٨٠١ مدنى على ما يأتى :

« إذا تعدد المدينون فى دين واحد وكانوا متضامنين ، فللكفيل الذى كفلهم جميعاً أن يرجع على أى منهم بجميع ما وفاه من الدين »(٣).

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٨ فى أولها .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٩ — وانظر فى الموازنة بين دعوى الحلول والدعوى الشخصية بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤١ ص ٩٩٣ — محمد كامل مرسى فقرة ١١١ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٢٥ — سليمان مرقس فقرة ١٢٣ — فقرة ١٢٥ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٥٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٦٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٤٨ — ص ٥٥٠) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٦٧ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨١٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٣٥ (مطابق) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى لا مقابل .

ويفرض هذا النص أن هناك مدينين متعددين متضامنين فى دين واحد ، وأن كفيلا قد ضمنهم جميعاً . وهناك فرض آخر ، هو أن هناك مدينين متعددين متضامنين فى دين واحد ، وأن كفيلا ضمن بعضهم دون الباقين . فنستعرض كلا من الفرضين .

٧٢ — مدينون متضامنون ضمنهم الكفيل جميعا : هذا هو الفرض الذى أورد حكمه نص المادة ٨٠١ مدنى سالفة الذكر ، وهو أبسط الفرضين فاذا كان هناك مدينون متضامنون فى دين واحد ضمنهم الكفيل جميعاً ، ووفى الكفيل الدين للدائن ، فانه يرجع على أى من المدينين المتضامنين إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول(١) .

فإذا رجع بالدعوى الشخصية ، فإنه يرجع بما وفاه للدائن ، أى بكل الدين . ذلك لأن أى مدين متضامن مسئول عن كل الدين بحكم التضامن فيما بين المدينين ، وقد وفى الكفيل عنه كل الدين فيرجع بكل الدين عليه (٢). ويضاف إلى ذلك ما يرجع به الكفيل من فوائد قانونية ومصروفات وتعويض . فإذا رجع الكفيل بكل الدين على أحد المدينين المتضامنين ، رجع هذا المدين على سائر المدينين كل بقدر حصته (م ١/٢٩٧ مدنى) . وإذا أعسر أحد المدينين المتضامنين ، تحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذى وفى بالدين للكفيل وسائر المدينين الموسرين كل بقدر حصته (م ٢٩٨ مدنى) ، وذلك كله طبقاً للقواعد المقررة فى التضامن .

وإن رجع الكفيل بدعوى الحلول ، فإنه يرجع بنفس حق الدائن الذى وفاه حقه . ولما كان الدائن يرجع على أى من المدينين المتضامنين بكل الدين للتضامن القائم فيما بينهم . فإن الكفيل له أن يرجع أيضاً بدعوى الحلول على

---

(١) استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٩٧ .

(٢) جيوار فقرة ١٩٣ — بودرى وفال فقرة ١١١٩ .

أى من المدينين المتضامنين بكل الدين ، كما فى الدعوى الشخصية[١] . وكما فى الدعوى الشخصية أيضاً يرجع المدين الذى وفى الدين للكفيل على سائر المدينين كل بقدر حصته . وإذا أعسر أحد المدينين المتضامنين تحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذى وفى الدين للكفيل وسائر المدينين المتضامنين كل بقدر حصته[٢] .

٧٣ — مدينون متضامنون ضمن الكفيل بعضهم : ونفرض هنا أن الكفيل لم يضمن كل المدينين المتضامنين كما فعل فى الفرض السابق ، بل ضمن بعضهم دون بعض آخر . فإذا كان هناك ثلاثة مدينين متضامنين ، وقد ضمن الكفيل الأول منهم دون أن يضمن الاثنين الآخرين ، ووفى الكفيل كل الدين للدائن ، فإنه يرجع على المدين الذى ضمنه بكل الدين ، سواء كان ذلك بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول ، لنفس الأسباب التى قدمناها عند ما يرجع الكفيل على أحد المدينين المتضامنين بعد أن يكون قد ضمنهم جميعاً[٣] .

---

(١) ترولون فقرة ٣٧٧ — بون ٢ فقرة ٢٧٦ — لوران ٢٨ فقرة ٢١٨ — جيوار فقرة ١٩٢ — فقرة ١٩٣ — بودرى وفال فقرة ١١٢١ .

(٢) وقد نوقش نص المادة ٨٠١ مدنى فى لجنة الأستاذ كامل صدقى ، فقال أحد الأعضاء « إنه يرى استبعاد هذه المادة ، إذ أن الكفيل الذى وفى يملك وفقا للقواعد العامة الرجوع على كل شخص استفاد من الوفاء الذى قام به . ولما كان الوفاء الحاصل من الكفيل فى الحالة التى تواجهها المادة المقترحة قد استفاد منه عدة مدينين متضامنين ، فإن للكفيل مطالبتهم جميعا والرجوع عليهم ، سواء بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول ، وليس هذا الرجوع بحاجة إلى نص لإقراره لأنه تطبيق للمبادئ العامة ، وفى هـذا ما يكفى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٥٠ فى الهامش) — وانظر محمد كامل مرسى فقرة ١١٥ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٢٢ — سليمان مرقس فقرة ١٣٧ — منصور مصطفى منصور فقرة ٥٧ ص ١٠٩ — ص ١١٠ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٧٢ .

وإذا رجع الكفيل بالدعوى الشخصية على أحد المدينين الاثنين اللذين لم يضمنهما ، فإنه يرجع عليه إما بدعوى مدينه الذى ضمنه أى بالدعوى غير المباشرة ، أو بدعوى الإثراء بلاسبب . فإن رجع بالدعوى غير المباشرة ؛ فإنه يرجع كما كان يرجع هذا المدين ، أى بحصة المدين الذى يرجع عليه ونصيب هذا الأخير فى حصة من يعسر من المدينين المتضامنين ، لأن المدينين المتضامنين ينقسم الدين فيما بينهم عند رجوع أحدهم على الآخرين وتنقسم عليهم حصة المدين المعسر طبقاً لقواعد التضامن . وكذلك إذا رجع الكفيل بدعوى الإثراء بلا سبب ، فإنه يرجع بقدر ما استفاد المدين الذى يرجع عليه ، وهذا المدين لم يستفد إلا بقدر حصته فى الدين ونصيبه فى حصة من يعسر من المدينين المتضامنين ، فيرجع الكفيل على المدين هنا أيضاً بقدر حصة هذا المدين ونصيب هذا المدين فى حصة من يعسر[1] . وفى الحالتين يحتج المدين المتضامن الذى رجع عليه الكفيل بالدفوع التى كان يستطيع أن يحتج بها على المدين المتضامن الذى ضمنه الكفيل ، كما لو أبرئت ذمة المدين المتضامن الذى رجع عليه الكفيل[2] .

---

(١) نقض مدنى ٧ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤ ص ٦١ — ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاما الجزء الثانى ص ٩٢٤ — ص ٩٢٨ رقم ١٢ — جيوار فقرة ١٩٣ — بودرى وفال فقرة ١١١٩ — حمد كامل مرسى فقرة ١١٦ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٢٣ — سليمان مرقس فقرة ١٢٨ — منصور مصطفى منصور فقرة ٥٧ ص ١١٠ .

(٢) جيوار فقرة ١٩٣ — بودرى وفال فقرة ١١٢٠ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٢٣ — وقد قضت محكمة النقض فى مصر بأنه إذا كان الثابت من نصوص عقد الإيجار والمحرر المثبت لالتزام كفيل أحد المستأجرين أن التأمين المشترك عن وفاء الأجرة هو بقدر أجرة سنة ، وأن الكفيل كفل أحد المستأجرين فى نصف مبلغ التأمين ، وأن المستأجر الآخر المتضامن معه قدم رهناً عقارياً عما يخصه فى التأمين ، وقبل المؤجر هذين التأمينين الشخصى والعينى . فإن التكييف الصحيح لهذه الكفالة هو أنها كفالة شخصية مقصورة على المكفول ، وبقدر ما هو ملزم به . فإذا جعلتها المحكمة متعدية إلى الشريك فى الإجارة ، وألزمته بناء على ذلك بمقدار ما دفعه الكفيل عن مكفوله ، فهذا تكييف خاطئ يستوجب نقض الحكم . ذلك لأن القانون —

أما إذا رجع الكفيل بدعوى الحلول على أحد المدينين الاثنين اللذين لم يضمنهما ، باعتبار أن الكفيل قد حل محل الدائن وكان هذا يستطيع الرجوع على أى من هذين المدينين المتضامنين [١] ، فإن محكمة النقض الفرنسية كانت تذهب أولا إلى أن الكفيل يرجع بقدر حصة هذا المدين . وكانت تستند فى ذلك إلى أن المادة ٢٠٣٠ مدنى فرنسى ، وهى تطابق المادة ٨٠١ مدنى مصرى ، تقضى بأن الكفيل إذا ضمن جميع المدينين المتضامنين فإنه يرجع على أى منهم بجميع الدين ، فلا يرجع إذن على المدين الذى لم يضمنه إلا بقدر حصته فى الدين [٢] . ثم رجعت محكمة النقض الفرنسية عن هذا القضاء ، وأصبحت تقضى بأن الكفيل يرجع على المدين الذى لم يضمنه

= يقضى بأن الكفيل الذى يضمن أحد المدينين المتضامنين يمتلك قبل من كفله منهم الحق فى المطالبة بجميع ما دفعه عنه عملا بالمادة ٥٠٠ مدنى ، وليس له قبل المدينين الآخرين إلا أحد سبيلين : (الأول) أن يستعمل باسم مكفوله حقه قبلهم فى المطالبة بما يجوز له أن يرجع به عليهم ، وذلك عملا بالمادة ١٤١ من القانون المدنى . (والثانى) أن يرجع عليهم بدعوى الإثراء على حساب الغير (actio de in rem verso) عملا بالمادة ١٤٤ (نقض مدنى ٢ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤ ص ٦١ – وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

(١) بودرى وفال فقرة ١١٢٢ – وقد نوقشت هذه المسألة فى لجنة الأستاذ كامل صدقى ، فقال أحد الأعضاء « إن هذه المسألة موضع خلاف ، ولإيضاح ذلك نضرب المثل الآتى : ا و ب و حـ مدينون متضامنون . كفيل كفل ا وحده ، فهل لهذا الكفيل حق الرجوع على ب و حـ ؟ يرى بعض الشراح أن للكفيل حق الرجوع على ب و حـ بكل الدين بموجب دعوى الحلول ، إذ أنه يحل محل الدائن فى كافة ما له من حقوق . بيد أن هذا الوضع يلحق ضررا بكل من ب و حـ ، إذ لولا الكفالة لما كان المدين الذى وفى إلا الرجوع على كل منهما بحصته فى الدين فقط . وهذا هو السبب الذى حدا بالفريق الآخر من الشراح إلى نبذ هذا الرأى ومخالفته . فتساءل الرئيس عن موضوع الضرر الذى يمكن أن يلحق بكل من ب و حـ ، مع أن لهما حق الرجوع على ا » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٤٩ فى الهامش) .

(٢) نقض فرنسى ١٩ أبريل سنة ١٨٥٤ دالوز ٥٤ – ١ – ٢٩٣ – ١٠ يونيه سنة ١٨٦١ دالوز ٦١ – ١ – ٣٦١ – ٧ مارس سنة ١٨٨٧ دالوز ٨٧ – ١ – ٢٧١ – وانظر بودرى وفال فقرة ١١٢٣ .

بكل الدين[١] . ولا حجة فيما يقال من أن المدين الذى لم يضمنه الكفيل يضار من أن مديناً آخر متضامناً معه قدم كفيلا ، ذلك أن هذا الكفيل إذا رجع على المدين الذى لم يضمنه بكل الدين فإن هذا المدين لم يضار . إذ أن الدائن كان يرجع عليه بكل الدين فحل الكفيل محله فى ذلك . هذا إلى أنه لو دفع أجنبي الدين للدائن واتفق معه على حلول اختيارى ، لرجع الأجنبى دون شك على أى مدين متضامن بكل الدين . فأولى أن يرجع الكفيل بكل الدين على أى مدين متضامن ولو لم يضمنه . عن طريق الحلول القانونى . ومصلحته فى وفاء الدين أوضح من مصلحة الأجنبي .

ونرى أن قضاء محكمة النقض الفرنسية الأخير . بعد أن عادت عن رأيها الأول . هو التطبيق الصحيح لقواعد الحلول . فإن الكفيل الذى وفى الدائن كل الدين يحل محله فيما وفاه . وكان الدائن يرجع على أى من المدينين المتضامنين بكل الدين ، فكذلك يرجع الكفيل كما كان يرجع الدائن على أى من المدينين المتضامنين . سواء من ضمنه الكفيل ومن لم يضمنه . بكل الدين . وعلى ذلك إذا رجع الكفيل بدعوى الحلول . فسواء ضمن كل المدينين المتضامنين أو ضمن بعضهم فقط ، فانه يرجع على أى منهم . ضمنه أو لم يضمنه . بكل الدين[٢] .

فإذا كان هناك مدينون ثلاثة متضامنون فى دين مقداره ٣٠٠ جنيه بالتساوى فيما بينهم ، وكفل المدين الأول منهم كفيل . ووفى الكفيل الدين

---

(١) نقض فرنسى ٦ يوليه سنة ١٩٩٦ داللوز ٩٦ - ١ - ٤٥٥ - ٢١ يناير سنة ١٩٣٥ سيريه ١٩٣٥ - ١ - ١١٠ - ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ داللوز الأسبوعى ١٩٣٦ - ٣٧٩ - وانظر فى هذا المعنى بيدان وفوران ١٣ فقرة ١١٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤١ - بلانيول وريبير وبولانجيه ، فقرة ١٩٥٥ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٢٣ - سليمان مرقس فقرة ١٢٨ ص ١٤٣ - ص ١٤٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ٥٧ ص ١١٢ - وانظر عكس ذلك وأن الكفيل يرجع فقط بمقدار حصة المدين لابكل الدين محمد كامل مرسى فقرة ١١٦ ص١٦٧ - محمد على إمام فقرة ٨٨ .