وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة ديالى

كلية القانون والعلوم السياسية

قسم القانون

عقد الكفالة واثره على الغير

بحث تقدمت به الطالبة زهراء خليل ابراهيم الى كلية القانون والعلوم السياسية–قسم القانون

وهو جزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون

بإشراف

م.م حسام عبد اللطيف محي

١٤٣٨هـ ٢٠١٧م

﴿ وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ ﴾

صدق الله العظيم

سورة التوبة (١٠٥)

الإهداء

الى من اخاء بعلم عقل غيره وهدى بالجواب الصحيح حيرة سائليه فاظهر سماحته تواضع العلماء

وبريحانه سماحة العارفين

الى خير من مشى بقدمه على هذه الثرى

الى رسولنا وقائدنا وقدوتنا محمد ابن عبدالله عليه افضل الصلاة والسلام واتم التسليم

الى من علمني النجاح والصبر

الى من افتقده في مواجهة الصعاب

ولم تمهله الدنيا لأرتوي من حنانه . . . أبي

الى من علمتني وعانت الصعاب لاصل ما انا فيه وعندما تكسوني الهموم الجأ اليها لاغوص في بحر

عطائها وحنانها امي الغالية

الى من كانوا يضيئون لي الطريق ويتنازلون لارضائي وسعادتي اخوتي الاعزاء

شكر وتقدير

الشكر للمولى العلي القدير الى فضله العظيم وفتحه الطريق امامي لانهل من بحر العلوم وتقديمه كل اسباب النجاح امامي لأتمكن من كتابة هذا البحث

يليه شكري للاستاذ المشرف على هذا البحث والذي كان لتوجيهه بصمات واضحة على صفحاته

واشكر اعضاء وحدة المكتبة لما قدموه من جهود متواصلة في سبيل اتاحة الفرصة امامي لكتابة هذا البحث

اشكر والدتي العزيزة وكافة اعضاء اسرتي لما قدموه لي من عون ومساعدة على كافة الاصعدة

وفي النهاية أتقدم بالشكر الجزيل لرفيق دربي وشريك حياتي الذي كان بجانبي خطوة بخطوة وتعلمت منه معنى الصبر والتروي للوصول الى اعلى مراتب العلم والنجاح وادعو المولى القدير الذي جمعني به في هذه الحياة ان يجمعني به في الفردوس الاعلى مع السيد الخلق عليه افضل الصلاة واتم السلام

قائمة المحتويات

ت	الموضوعات	رقم الصفحة
١	الآية القرآنية	أ
٢	الاهداء	ب
٣	شكر وتقدير	ج
٤	قائمة المحتويات	د-هـ
٥	المقدمة	١-٢
٦	المبحث الاول : ماهية عقد الكفالة	٤
٧	المطلب الاول : تعريف عقد الكفالة وادلة مشروعيته	٤-٧
٨	الفرع الاول : تعريف الكفالة	٣-٥
٩	الفرع الثاني : ادلة مشروعية عقد الكفالة	٥-٧
١٠	المطلب الثاني:خصائص عقد الكفالة	٨-١٠
١٢	المطلب الثالث:انواع الكفالة	١١-١٣
١٣	الفرع الاول : انواع الكفالة من حيث مصدر الالتزام بها ومن حيث مدى التزام الكفيل ومسؤوليته	٩-١٠
١٤	الفرع الثاني : انواع الكفالة من حيث انقسامها بحسب المحل ومن حيث وصفها	١٣
١٥	المبحث الثاني: اركان عقد الكفالة	١٤
١٦	المطلب الاول: الرضا في عقد الكفالة(التراضي)	١٤-١٥
١٧	المطلب الثاني: المحل في عقد الكفالة	١٦-١٨
١٨	المطلب الثالث: السبب في عقد الكفالة	١٩-٢٠
١٩	المبحث الثالث: اثار عقد الكفالة وانقضائها	٢١

٢٠	المطلب الاول: العلاقة بين الكفيل والدائن	٢٢-٢١
٢١	المطلب الثاني: العلاقة بين المدين والكفيل	٢٤-٢٣
٢٢	الفرع الاول :الدعوى الشخصية	٢٣
٢٣	الفرع الثاني: دعوى الحلول	٢٤
٢٤	المطلب الثالث: العلاقة بين الكفيل وغيره من الكفلاء	-٢٥
٢٥	الفرع الاول: في حالة تعداد الكفلاء مع تضامنهم	٢٦-٢٥
٢٦	الفرع الثاني: حالة تعدد الكفلاء مع عدم ضمانهم	٢٦
٢٧	المطلب الرابع: انقضاء عقد الكفالة	٢٧
٢٨	الفرع الاول: انقضاء الالتزام بصفة تبعية	٢٨-٢٧
٢٩	الفرع الثاني: انقضاء الالتزام بصفة اصلية	٢٨
٣٠	الخاتمة	٢٩
٣١	المصادر	٣١-٣٠

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله رب العالمين حمد عباده الشاكرين وافضل الصلاة واتم السلام على سيدنا وقائدنا وحبيبنا ونبينا محمد وعلى اله وصحبه اجمعين ومن سار على هداهم الى يوم الدين.

ان التأمينات بأنواعها المختلفة ((شخصية وعينية)) تهدف الى ضمان الوفاء بالالتزامات المترتبة في ذمة المدين وان هذه التأمينات عبارة عن وسائل قانونية التي يتمكن من خلالها الدائن من الحصول على حقه في ذمة المدين ومحاولة تجنب اعساره ، وبما ان القانون بشكل عام نظم من اجل المعاملات وبما انه من بين القوانين المهمة الذي نظم من اجل تنظيم حياة الناس واشعارهم بالأمان والاستقرار وخاصة في المعاملات وبما انه من بين القوانين المهمة الذي ينظم حياتنا اليومية هو ((القانون المدني))ويعتبر القانون الأهم لان كل القوانين ترجع له اذا خلا قانونا ما من قواعد تطبق بشأن النزاع او القضية المعروفة امام القضاء وفي قانون معين ، والقانون المدني وما يضم من مواد وفقرات فهو يستند على رضاء المتعاقدين وبالعلاقات التي يرتبط بعضهم ببعض ومن بين الاحكام المهمة الواردة بالقانون المدني هو (احكام عقد الكفالة)، اذ ان علاقة المديونية التي تربط الدائن بالمدين تكتسي أهمية كبيرة وذلك لتعلقها بالحقوق المالية لان الدائن يكون تحت خطر وتهديد بعدم تمكنه من الحصول على دينه الذي له بذمة المدين ، ومن هنا تبين أهمية عقد الكفالة حيث يكون هذا العقد من الوسائل المهمة واكثر فعالية لحماية أموال الدائن من الضياع وعدم التسديد او التأخير من قبل المدين .وان مشروعية الكفالة اكدها الشارع الحكيم في محكم كتابه اذ قال الله سبحانه وتعالى في سورة يوسف ((وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ)) [1] ، وهذا دليل ان ديننا الاسلامي اتى بجميع التعاملات التي تدور وتحصل بين الافراد مع بعضهم البعض داخل المجتمعات .ان الذي يهمنا في موضوع الدراسة من انواع التأمينات هي التأمينات الشخصية والتي تعد من اهم وابرز صورها هي عقد الكفالة ، والتي تعني بمفهومها العام خصم ذمة او اكثر الى ذمة المدين ليصبح للدائن بدلا من مدينا واحدا مدينان او اكثر يكون جميعهم مسؤولون عن الدين اما بوقت واحد على التعاقب . اذن من خلال ما نقدم فالعملية القانونية تتلخص في تعدد الضمان العام للدائن والذي سوف يتيح له فرصة اكبر وممكنة من استياء واخذ حقه من الدين في حال عدم حصوله على الدين ، الا ان هنالك حالات نادرة يكون الدائن مصدرا بخصوص دينه ولا يحصل عليه او يحصل عليه ولكن بطريقة صعبة رغم وجود كفيل ، مثلا يكون الكفيل مؤسسة بنك ويكون مصدر بالإفلاس او في حالة تقديم كفيل من قبل المدين واصبح هذا الكفيل مصدرا او حالت بينه وبين تسديد الدين ظروف او قوة قاهرة او اسباب صحية وما شابه ذلك من الامور.

---

(١) الاية ٧٢ ، سورة يوسف .

لذلك عني المشرع من تنظيم احكام عقد الكفالة في المواد (١٠٠٨-١٠٤٧) في القانون المدني العراقي وذلك لاهمية عقد الكفالة وحيوته لا سيما في حياتنا اليومية وبعد ان تشابكت العلاقات الانانية وتعرضها والضرورة القصوى والماسة من دخول المجتمع واشباع الحاجات والرغبات المتجردة لدى الناس ، خصوصا وان عقد الكفالة يؤدي خدمات مهمة وجلية لا يمكن انكارها حيث انها تساعد وتتيح لمن يرغب بالاقتراض او الاستدانة وسيلة تبعث في روح نفس الدائن الراحة ومزيدا من الثقة والائتمان في نفس الوقت تبعث في نفس المدين الامن والاستقرار والضمان على اساس ذلك فهو بعد من اهم العقود خاصة في اوضاعنا الحالية، لذا سنتكلم في هذا البحث عن عقد الكفالة في ثلاث مباحث ، حيث سيكون المبحث الاول ماهية عقد الكفالة وهو ثلاث مطالب وسنتكلم في المطلب الاول عن تعريف عقد الكفالة وادلة مشروعيته والمطلب الثاني خصائص عقد الكفالة والمطلب الثالث انواع الكفالة، اما المبحث الثاني فهو اركان عقد الكفالة و يضم ثلاث مطالب وهي المطلب الاول الرضا في عقد الكفالة والمطلب الثاني المحل والمطلب الثالث السبب في عقد الكفالة .والمبحث الثالث سنتكلم فيه عن اثار الكفالة وانقضائها بمطلبين الاول اثار عقد الكفالة والثاني انقضاء الكفالة .

المبحث الاول

ماهية عقد الكفالة

ان التشريعات الحديثة والافكار التي ظهرت حديثا والتي نادى بها الفقهاء منهم الغرب والعرب باحترام كرام الفرد وجعل له مكانة مميزة وتوفير له سبل العيش الرغيد واليسير ومن خلال هذا الكلام ان النفس البشرية تسعد عندما نرى ان هنالك تشريعات ونصوص قانونية تضمن حقوقه وتقدم له بعض التسهيلات في معاملاته مع الغير ، فهنالك من الناس من هو معسر وموسر ، فالموسر لا يحتاج الى كفيل او ضمان يقدمه ، فالكلام المعسر عندما يقدم على شراء بعض الحاجات وليس لديه القدرة المالية على الدفع والشراء فيقدم كفيلا ليضمن وفائه الدين او المبلغ الذي في رقبته ومن هنا جاء الاهتمام بعقد الكفالة وبيان احكامها وخصائصها واركانها واوله مشروعيتها وغيرها من المواضيع المتعلقة بها ، فلذلك سوف نقسم البحث الى مطلبين ، الاول يضمن ماهية الكفالة والثاني الاركان وبعض المواضيع المتعلقة بها .

المطلب الاول

تعريف عقد الكفالة وادلة مشروعيته

ان عقد الكفالة هو عقد بسيط ويعتبر من العقود المهمة في الحياة العلمية والعملية وذلك بسبب حاجات الانسان المتطورة والجديدة واحتياجه لتشريع قانون او نظام يهدد علاقته بالغير والكيفية التي يتعامل بها عندما يلجأ الى هذا العقد (الكفالة) واين اجرائها ومع من ومن اجل الوصول الى هذا الحق ونقدم المجتمع وازدهاره ، لذا سنتناول في ها المطلب في فرعين ، الاول تعريف عقد الكفالة ، والثاني وادلة مشروعيته .

الفرع الاول

تعريف الكفالة

الكفالة لغة : ضمنه. ويقال كفل المال ، وكفل عنه المال لغيره فهو كافل ، ومعناها الضم [١].

اما قانونا : فقد عرفه المشرع العراقي في نص المادة (١٠٠٨) حيث عرفها

((الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام))[٢].

ومعناه حسب التعريف المبين اعلاه بان ، ليس للكفيل ان يخرج نفسه من الكفالة ولكن له ذلك قبل ترتب الدين في ذمة الاصيل في الكفالة المعلقة والكفالة المضافة . ولا تضامن بين الكفيل والمدين ما لم يشترط ذلك في عقد الكفالة او في عقد منفصل [٣].

اما اصطلاحا : لم يورد الفقهاء تعريفا للكفالة اصطلاحا واختلفوا في شرع التعريف الذي اورده المشرع العراقي وباقي التشريعات ، فقد جاء في بعض شروح المجلة بان المقصود هي الذات والنفس [٤].

ولكن ذهب اخرون بان الذمة المالية التي وردت في نص المادة هي ليست الذات والنفس وانما هي متن ما يثبت ان الانسان اهلا لتحمل الالتزامات وما يتبع عليها من اثار [٥].

---

(١) ابراهيم مصطفى واخرون ، المجمع الوسيط ، الجزء الاول ، طبع دار الدعوة ، استانبول – تركيا ، ص ٧٩٣ .

(٢) نص المادة (١٠٠٨) من قانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

(٣) المحامي عبد القادر اللامي ،معجم المصطلحات القانونية ، الطبعة الاولى ،المكتبة الوطنية ، بغداد ١٩٩٠ ، ص ١٢١ .

(٤) أ.م.د رعد ادهم عبد الحميد ، و أ.م.د نوزاد صديق سلمان ، دراسة في القانون والشريعة الاسلامية و مجلة كلية القانون والسياسة و جامعة صلاح الدين ، ص ٦ .

(٥) أ.م.د رعد ادهم عبد الحميد ، و أ.م.د نوزاد صديق سلمان، مصدر سابق ، ص ٦ .

اما المشرع المصري فقد عرف الكفالة في المادة (٧٧٢) مدين على ان (الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخصيا تنفيذ الالتزام بان يتعهد للدائن بان يفي بهذا الالتزام اذا لم يتعارض به المدين نفسه) [١].

هذا يعني بان عقد الكفالة هو عقد يتم بين الدائن والكفيل دون المدين بل انه لا يشترط رضاء او موافقة المدين بل هكذا ان يتم بدون علمه ورغم معارضته [٢].

والنصوص المقدمة تشير بوضوح الى ان النص الوارد في القانون العراقي منفذة وتؤدي الى الخلط بين الكفالة والتضامن من ذلك لان المدين المتضامن هو مدين اصلي والتزامه هو التزام اصلي اما الكفيل فدينه تابع لالتزام اصلي[٣].

عموما فان الكفالة بصورة عامة تكون تابعة دائما لالتزام من الالتزامات وهنا هي من اهم خصائصها الكفالة بل هي من اهم خصائصها التأمينات جميعا وعلى اختلاف انواعها.

الفرع الثاني

ادلة مشروعية عقد الكفالة

ان عقد الكفالة كأغلب العقود له ادلة مشروعية في القران الكريم وعلى لسان الحبيب المصطفى (عليه الصلاة و السلام)واجماع الصحابة والمسلمون من بعد النبي والعقل المعقول وما يقتضيه من التطورات والتي تحصل بمرور الزمان لذلك سوف نشرحها بالتتابع:

اولا: ادلة الكفالة من القران الكريم

اما الكتاب فقوله تعالى عز وجل في محكم كتابه (قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ)[٤].

وقال العلماء الذين فردوا القران المجيد بان تفسير هذه الاية هو جواز الكفالة، وقال ابن عباس (رضي الله عنه) الزعيم الكفيل ، كما ان فقهاء الحنفية وبعض المذاهب استدلوا بهذه الاية على جواز عقد الكفالة .

---

(١) نبيل ابراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية،٢٠١٠،ص ٣٠٥ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ، احكام القانون المدني المصري ، التأمينات العينية والشخصية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ ، ص ٣٥ .

(٣) د. صلاح الدين الناهي ، شرح القانون المدني ، بغداد ، ١٩٦٨ ، ص ٢٥٦ .

(٤) الاية رقم (٧٢) من سورة يوسف .

وهنالك ايات اخرى الكتاب المجيد منها :

١- قوله تعالى ((وانبتنا نباتا حسنا وكفلها زكريا)) [١].

٢- قوله تعالى ((وما كنت لديهم اذ يلقون اقلامهم ايهم يكفل مريم))[٢].

٣- قوله تعالى ((وقد جعلتم الله عليكم كفيلا)) [٣]

٤- قوله تعالى ((اذ تمشي اختك فتقول هل ادلكم على من يكفله))[٤].

ثانيا: ادلة مشروعية الكفالة من السنة فهي كما يلي

فيما رواه مسلمة بن الاكوع ،ان النبي (عليه الصلاة والسلام)اتى برجل ليصلي عليه ، فقال هل عليه من دين ؟ قالوا نعم ديناران وقال ،هل ترك لهما وفاء ، قالوا لا فتأخر ، فقيل لم لا تصلي عليه ؟ قال: ما تنفعه صلاتي وذمته مرهونة الا قام احدكم فضمنه فقام ابو قتادة فقال : هما لي يا رسول الله ، فصلى عليه النبي(عليه الصلاة والسلام)[٥].

ان الحديث هذا يدل على مشروعية الكفالة فأجازها النبي (عليه الصلاة والسلام) ،عن الميت واقر التزام الكفيل بسداد الدين فمن باب اولى ان تصح عن الحي فلو كانت الكفالة غير مشروعة لبين ذلك النبي (عليه الصلاة والسلام) لان الرسول الكريم لم يترك خيرا الا وقد دلنا عليه ولم يترك حراما الا وقد نهانا عنه وهناك احاديث كثيرة اخرى تدل على مشروعية الكفالة لا مجال لذكرها في هذا الموضع .

---

(١) الاية رقم (٣٧) سورة عمران .

(٢) الاية رقم (٤٤) سورة عمران .

(٣) الاية (٩١) ، سورة النحل .

(٤) الاية (٤٠) ، سورة طه.

(٥) اخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الكفالة (٣) باب من تكفل عن يتيم دينا فليس ان يرجعه (٢٤١/٥) رقم (٢٢٩٥).

ثالثا: ادلة المشروعية من الاجماع

اجمع المسلمين على جواز الكفالة بالمال في الجملة وقد نقل هذا الاجماع ابن قدامة في المنحني [1].

رابعا: الاستدال عن الكفالة من المكفول

ينسدل العقل السليم على جواز الكفالة وذلك لعدة اعتبارات أهمها حاجة الناس اليا ودفع الضرر ، كما انها تدخل في بقية الطاعتان صدقت النوايا والدليل على ذلك قول الرسول (عليه الصلاة والسلام) لمن ضمن مال الميت جزاك الله خيرا، وفك الله رهانك ، افككت رهان اخيك .

ويتضح من النصوص السابقة الذكر ان الكفالة هي التيسير ودفع الحرج عن الاقرار في المعاملات لجعل التعاملات اكثر سهولة ويسر ولتلبية متطلبات الحياة المتطورة وكذلك لتطور التأمينات صورة عامة مما يقتضي توفر نظام اكثر توسعا ولزيادة ثقة الاراد ببعضهم في مجال التعامل.

(١) المفتي لابن قدامة (٥/٢٧١) .

المطلب الثاني

خصائص عقد الكفالة

يتميز عقد الكفالة بعدة خصائص وهي كما يلي:

اولا : الكفالة عقد من عقود الضمان الشخصي

فالكفالة التزام شخصي للكفيل يضاف الى التزام المدين ، أي انها تمنح الدائن ضمانا شخصيا بالتزام الكفيل بالوفاء بما التزم به المدين عند عدم وفاء هذا الاخير بالتزامه [١].وعليه بعد كل من الكفيل والمدين مسؤولان مسؤولية شخصية في جميع اموالهم تجاه الدائن غير ان مسؤولية الكفيل تختلف عن مسؤولية المدين فيان التزام المدين التزام اساسي بينما بينما التزام الكفيل التزام احتياطي وعليه اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه سيقوم الدائن بالتنفذ عليه وعند عدم استطاعته على الوفاء يتم اللجوء اخيرا الى الكفيل ، لذلك فان الكفالة تعتبر الصورة النموذجية للتامينات الشخصية التي سئل بمقتضاها الكفيل عن تعهده للدائن بالوفاء بالالتزام الاصلي في حالة عدم وفاء المدين به مسؤولية غير محدودة في جميع امواله [٢].

ثانيا: عقد الكفالة عقد رضائي

الرضائية قوام العقود جميعا والغقد الرضائي هو الذي لا يتطلب المشرع لانعقاده شكلا خاصا وانما يكفي بتراض طرفيه عليه لانعقاده ويكفي التعبير عن ارادتها ايا كان شكل هذا التعبير كتابة او او بالاشارة الدالة وهذا ما جاء في نص المادة(١٠٠٩) من القانون المدني العراقي(تنعقد الكفالة بإيجاب وقبول من الكفيل والمكفول له)[٣].

وعقد الكفالة يبقى عقد رضائي وان كان القانون قد اشترط الكتابة للاثبات فان هذا الشرط ليس شرطا ضروريا للانعقاد ولكنه شرط لازم للإثبات [٤].

ثالثا: عقد الكفالة ملزم لجانب واحد

من الطبيعي بان الكفالة لا يلزم الا الكفيل ام الدائن وهو الطرف الاخر في عقد الكفالة فهو لا يلتزم بشئ ناتج عن عقد الكفالة وعليه فان جميع الالتزامات تقع على الكفيل ، وليس على الدائن شيئ مطلقا ، ولا يغير من

---

(١) د. نبيل ابراهيم سعد ، التأمينات ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٠ ، ص ٣٠٦ .

(٢) د. راقية عبد الجبار علي ، التأمين والكفالة في القانون البحريني ، سلسلة الكتب القانونية (٢٥) ، ص٢٣٢ .

(٣) نص المادة (١٠٠٩) القانون المدني العراقي .

(٤) د. ابراهيم سعد ، المصدر السابق، ص ٣٠٧ .

عقد الكفالة باعتباره عقد ملزم لجانب واحد ما يلتزم به الكفيل تجاه المدين لان مصدر هذه الالتزامات ليس عقد الكفالة . اذ ان المدين ليس طرفا فيه [١].

لذلك فالكفالة عقد ملزم لجانب واحد فالكفيل ملزم بتنفيذ التزام اذا لم يفي به المدين بنفسه. اما الدائن فلا يلزم بشيء[٢].

رابعا : عقد التبرع

الكفالة من عقود التبرعات لان الكفيل يضم ذمته الى الاصل بدون مقابل وعليه تخضع الكفالة للأحكام المتعلقة بعقود التبرع وخاصة فيما يتعلق بأهلية الكفيل [٣].لذلك فالكفيل يلتزم في مواجهة الدائن بان يفي بالتزام المدين اذا لم نقارن به المدين نفسه وفي المقابل فان الدائن لا يلتزم بشي تجاه الكفيل ، يتضح بان هذه الخاصية هي نتيجة صعبة لكون عقد الكفالة عقد ملزم بجانب واحد .

خامسا : الكفالة عقد تابع

بالتأكيد ان الفرض من الكفالة هو ضمان الوفاء بدين من الديون لذلك فهي تتبع هذا الدين في وجوده وفي صحته ،فالكفالة لا تنشأ الا اذا وجد الالتزام الاصلي وبالتالي لا يكون التزام الكفيل صحيحا الا اذا كان التزام المكفول وهذا المدين صحيحا وفكرة النسبية صعب تحكم اثار عقد الكفالة اذ لا يجوز للدائن ان يرجع على الكفيل اذا لم يرجع على المدين اولا كما جاء في المادة (١٠٢١) من القانون المدين العراقي ، ولا يجوز كذلك ان ينفذ على اموال الكفيل مثل ان ينفذ على اموال المدين المادة [٤].

سادسا : عقد الكفالة

معلق على شرط وافق يفرضنا في الكفالة انها انعقدت معلقة على شرط عدم وفاء المدين بالتزامه ما لم يكن الكفيل قد نزل عن هذا الشرط او كان قد تضامن مع المدين ، الفقرة الاولى من المادة (١٠٢١) [٥].

---

(١) د. رافية عبد الجبار علي ، المصدر السابق ، ص ٣٠٧ .

(٢) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج (١٠) ، ط (٣) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، ص ١٠ .

(٣) د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في التأمينات العينية والشخصية ، الجزء الثاني، مطبعة دار المعرفة، بغداد ، ١٩٥٤ ، ص ٢٦٠ .

(٤) نص المادة (١٠٢١) من القانون المدني العراقي.

(٥) نص المادة ١٠٢١ من القانون المدني العراقي .

الكفالة في القانون العراقي عقد معلق على شرط عدم وفاء المدين بالدين المراد بعدم الوفاء هنا عدم الوفاء المتدين على اعسار المدين او افلاسه اما مجدد معلق الدين الموسر فلا يتحقق به الشرط اذ يلزم جبره على الاداء [1].

وعليه فان شرط رجوع الدائن على الكفيل هو عدم وفاء هذا الاخير بدينه فاذا وفق المدين بدينه فلا مجال حينئذ للرجوع على الكفيل .

(١) د. صلاح الدين الناهي ، المصدر نفسه ، ص ٢٦٠ .

المطلب الثالث

انواع الكفالة

بعد ان انتهيت من بيان ماهية الكفالة وادلة مشروعيتها وبيان خصائصها وحكمها وقد عرضنا ماهية الكفالة للناس حاليا وسابقا ومستقبلا لانها تيسر امور الناس ، والان ننتقل الى انواع الكفالة وبيان احكامها واسمائها وما هو المعمول به حاليا لذل سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين ، اولها من حيث المصدر و من حيث مدى التزام الكفيل والثالث من حيث محلها ومن حيث اوصافها.

الفرع الاول

انواع الكفالة من حيث مصدر الالتزام بها ومن حيث مدى التزام الكفيل ومسؤوليته

بعد ان بينا تعريف عقد الكفالة ومفهومه وبالتالي فان انواعها من حيث هذا المصدر هي اما قانونية ، او قضائية او اتفاقية وسوف نبين معناه كل واحدة على حدا.

الكفالة القانونية :وهي الكفالة التي يقدمها المدين بناء على نص في القانون يوجب عليه تقديمها للدائن [١].

اما الاتفاقية : وهي التي لا يجتمعها القانون او القضاء بل يتفق عليها الطرفان رضاء [٢].

اما القضائية : وهي الاتفاقية التي يأمر القضاء بها ، او هي التي يقوم المدين بتقديمها بناء على حكم قاضي [٣].

فاما نصوص النوع الاول (الكفالة القانونية)فان الكفالة القانونية تقدم حسب نص او نصوص واردة في هذا القانون منها انه اذا تعرض احد للمشتري على اساس هذا التعرض بأن يدعي حق سابق على المبيع او العين المبيوعة جاز له ان يمنعه عن هذا الفعل ويجوز للمشتري ان يحسب ثمن العين المراد شرائها حتى او ينتهي الحضر المحذف به [٤]

فاما الكفالة القضائية فالنص واضح بانها مقررة قضائيا أي عن طريق القاضي بعد ان يرى القاضي وجوب تقديم كفيل من قبل المدعى عليه لكي يضمن حق المدعي بالحق وهنالك اسباب التي يرى القاضي فيها ان مصالح الطرف الاخر سوف تتضرر اذا لم يقدم كفيل يضمن اقواله او حضورها و أي امر يامر به القاضي ونالك جمله من الاسباب التي تؤدي الى القاضي باتخاذ اجراءات مثل هذه ، يبدان اذا كان الكفيل المراد تقديمه منصوص عليه باتفاق بالاتفاق او بالعقد فاذا امر القاضي على اساس ذلك فانه ، يغير من طبيعة الكفالة القضائية مادام

---

(١)د. صلاح الدين الناهي ، المصدر سابق ، ص ٢٦٢ .

(٢) د. صلاح الدين الناهي ، المصدر نفسه ، ص ٢٦٢ .

(٣) د. راقية عبد الجبار علي ، المصدر نفسه ، ٢٥٠ .

(٤)ينظر د. راقية عبد الجبار علي ، المصدر السابق، ٢٤٩ .

امر بها القاضي حتى لو كان منصوص عليها بالعقد او بالاتفاق وعليه فان الكفالة القضائية هي جوازية وليست جزائية ، انما يلجأ اليها القاضي للحفاظ على مصالح الافراد واحترام هيبة وكرامة القضاء ، هذا الكلام يخص العقود المدنية ،وهنالك في القوانين الاخرى وجود لعقد الكفالة مثل القوانين العراقية العقابية انه المتهم يمكن ان يطلق سراحه بدون حاجة الى تقديم كفيل او تعهد شخص ضامن ، وقد يكون اطلاق سراح المتهم مقترن بكفالة او تعهد بان يخص الى الجهة المختصة في الوقت والمكان المحددين ولقاء ذلك يقع مبلغ من المال بقدره قاضي التحقيق في صندوق المحكمة او مركز الشرطة ففي حالة تخلفه او اخلاله فان المبلغ يذهب خزينة الدولة [1].

اما الكفالة الاتفاقية بعد ان قمنا بايضاح تعريف الكفالة الاتفاقية والنصوص الواردة عليها في القانون المدني العراقي والقوانين العربية ، يتضح مما سبق بان الكفالة الاتفاقية يتجه برضى المدين من تلقاء نفسه دون طلب من الدائن او الزام من القانون او القضاء ، وللدائن الحرية في قبول هذه الكفالة او رفضها فلا يوجد الزام عليه لقبولها وغالبا ما يلجأ الى هذا النوع من كفالات من اجل الحصول على ائتمان جديد او مزايا اضافية من الدائن في علاقة المديونية الناشئة بينها مسبقا.

انواع عقد الكفالة من حيث مدى التزام الكفيل ومسؤوليته

وهي اما تكون مدنية او تجارية :

والاصل في العلم ان تكون الكفالة مدنية لكونها تعد من عقود التبرع خدمة للمدين وبالتالي فهي لا تتفق مع المعاملات التجارية التي تسعى الى تحقيق الربح [2].

وبالتالي ان أي كفالة تظل كفالة مدنية وان كان الدين الذي يريد تكفله دينا تجاريا ، لان قواعدها واحكامها مبينه في القانون الدني.

اما الاستثناء فأن الكفالة تكون تجارية وهذا ما اشارت اليه المادة (كفالة المدين في دين تجاري تعتبر كفالة مدنية حتى لو كان الكفيل تجاريا) [3].

---

(١) أ. عبد الامير العكيلي، و د. سليم ابراهيم ، مرجع قانون ، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية ، الجزء الأول ، بيروت ، ص ١٥٢-٢٠١٥ .

(٢)د. رعد ادهم إبراهيم ، نوزاد صديق سليمان، المصدر السابق ، ص ١٧ .

(٣) نص المادة (١٠١٦) من القانون المدني العراقي الحالي .

وهي تقابل المادة (٧٧٩) من القانون المغربي، ونصت الفقرة الثانية من نفس المادة على ان الكفالة الناشئة عن ضمان الاوراق التجارية ضمانا احتياطيا او عن تظهير هذه الاوراق تكون دائما كفالة تجارية [١].

الفرع الثاني

انواع الكفالة من حيث انقسامها بحسب المحل ومن حيث وصفها

ان هذا النوع من الكفالة يتضمن نوعين احدهما : بالنفس والاخرى بالمال ، وعلى هذا الاساس المشرع العراقي قد نص على هذين النوعين من الكفالة وقد خصص المادة (١٠١٢) على الكفالة بالمال حيث نص (يشترط في الكفالة بالمال ان يكون المكفول به مضمونا بنفسه على الاصيل)والنص المتقدم يعني انه اذا تقدم كفيل يضمن شخصا ما فانه يكون تلقائيا ضامنا لنفسه أي يكون موسرا وقادرا على مبلغ الكفالة ،اما الكفالة بالنفس فقد اشارت اليها المادة (١٠١٧) من القانون المدني العراقي حيث نصت المضمون في الكفالة بالنفس هو احضار المكفول به فان اشترط في الكفالة تسليمه في وقت معين ، يجبر الكفيل على احضاره وتسليمه للمكفول له في هذا الوقت ان طلبه ، فان احضره يبرأ من الكفالة وان لم يحضره جاز للمحكمة ان تقتضي على الكفيل بغرامة تهديدية ما لم يظهر عجزه وعدم اقتداره على احضار المكفول به . فالكفالة بالنفس في المذهب الحنفي والقانون العراقي جائزة وقد اعترض على هذه الكفالة بانه ليس للكفيل ولاية على نفس المكفول به [٢].

انواع عقد الكفالة من حيث وصفها

لقد اشار القانون المدني العراقي على هذا النوع من نص المادة (١٠٠٩) والتي نصت على انه يجوز ان تكون الكفالة منجزة او معلقة على شرط او مضافة الى زمن مستقبل.

أي ان الكفالة حسب هذه المادة انه على ثلاثة انواع ضمن هذا الوصف وتكون منجزة او معلقة على شرط واقف او مضافة الى زمن مستقبل وليس حاضرا وهنالك اقوال بعدم صحة هذه المادة لانها تتعارض مع بعض المواد وحتى مع ما جاء في القانون المغربي .وبهذا النوع الرابع من انواع الكفالة قد انتهينا من هذا المبحث الذي قد بينا فيه ماهية عقد الكفالة والحكمة منها ومشروعيتها وكذلك اهم الخصائص التي يتميز بها هذا العقد وكذلك انواع هذا العقد بشيء من التفصيل.

---

(١) نص المادة (١٠١٧) ، القانون المدني العراقي.

(٢) د. صلاح الدين الناهي ، المصدر السابق ، ص ٢٦٦ .

المبحث الثاني

اركان عقد الكفالة

بما انه الكفالة عقدا فيوجب على المتعاقدين توافر الشروط العامة التي يجري المتعاقدين بها وهي الرضا والسبب والمحل والكفالة عقد كغيره من العقود يستلزم هذه الامور واذا خلا بعضها او نقص او اعتراه بعض الاخطاء فيصبح العقد باطلا لمخالفته النظام العام والآداب العامة التي هي من نص القانون ، لذا على المتعاقدين ان يلتزموا بما جاء في القانون ومراعاة كافة الشروط لأجل ان يكون العقد صحيحا ومستوفيا للشروط والاجراءات القانونية وعلى هذا الاساس سوف نقسم المبحث الى ثلاث مطالب وهي الاول الرضا، الثاني المحل ، الثالث السبب.

المطلب الاول

الرضا في عقد الكفالة(التراضي)

قبل ان ندخل في تفسير معنى الرضا فلا بد من الاشارة انه عقد الكفالة هو عقد او عملية ثلاثية الاب‌عاد والاطراف لأنه العقد اذا نشأ فانه ينشأ بين شخصين وهو الدائن والكفيل الا ان في حقيقة الامر انه هنالك شخص ثالث يهم الامر وذلك العقد الا وهو المدين الاصلي ، وعلى هذا الاساس تتوافر وتنشأ علاقة ثلاثية اولها بين الدائن والكفيل ، والثانية بين الكفيل والمدين الاصلي اما الثالثة بين الدائن والمدين ، وقد تناول الفقهاء بيان هذه العلاقة وفصلوها حسب طبيعة العقد والظروف . اما فيما يخص الرضا : متى اعتبرنا الكفالة عقدا ، وجب لانعقاده توافر الرضا لدى الطرفية ، الكفيل والمكفول له ، ووجود الرضا بعقد الكفالة يستلزم التعبير عن اراء تبين متطابقتين ، ويستلزم مدا عن تطابق الآراء تين ان تكون الارادة حرة سليمة ، يشوبها أي عيب من العيوب [1].

وبما انه من خصائص القانون المدني والعقود المنظم لها هي كلها رضائية فتلقائيا ان عقد الكفالة هو عقد رضائي لان لم يتطلب أي شكلا خاصا به لينعقد اذ ان الاصل ينعقد العقد بمجرد ارتباط الايجاب بالقبول اذا ورد على محل واستند الى سبب معتبرين قانونا[2].

ومعنى الرضا هو ان يكون طرفا العقد قد عبروا عن ارادتهم بعقد انشاء عقد الكفالة ، وكما بينا سابقا ان عقد الكفالة يتضمن طرفين بصورة رئيسية هما الدائن والكفيل ، ورضائهما ضروري لانعقاد الكفالة دون حاجة لرضاء

---

(١) د. عدنان ابراهيم السرحان ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة ، المقاولة ، والوكالة ، الكفالة ، دار الثقافة للنسر والتوزيع ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٢٤ .

(٢) نص المادة (٣٠) ، القانون المدني البحريني .

المدين لأنه يعتبر طرفا فيها ، والرضا حتى يكون معبرا ومنتجا لأثره في ابرام عقد الكفالة لابد ان يكون واردا على العناصر الجوهرية لعقد الكفالة ، ويجب ان يكون رضا الكفيل واضحا صريحا [١].

وضرورة صدور وايجاب وقبول متطابقين في طرفي الكفالة كشرط لانعقادها ، امر تتفق عليه جميع القوانين [٢].

وقد نص المشرع العراقي في المادة (١٠٠٩) حيث جاء فيها :

١- تنعقد الكفالة بإيجاب وقبول من الكفيل والمكفول له [٣].

اما بخصوص الشكل الذي يجب ان تصدر فيه الارادة الفقه بين من يؤيد الصريح ومنهم من يجوز ويؤيد ، وكما يذهب الفقه والقضاة الفرنسيان الى جواز صدور قبول الدائن بشكل ضمني حسب القواعد العامة [٤].

غير ان هنالك فرقا بين رضاء الكفيل ورضاء الدائن . فالكفيل عادة متبرع ، فيجب ان يكون رضائه واضحا كما سبق القول وكثيرا ما يتورط الكفيل بتنفيذ التزامه [٥].

بعد ان بينا ما هو الرضا وماهي خصائصه فيجب ان يكون خاليا من أي شائبة وان يكون خاليا من عيوب الارادة والتي تتمثل بالاستقلال والاكراه والغلط والتدليس والتقرير المقترن بالغبن فاذا خلا العقد بين الكفيل والدائن من هذه العيوب اصبح العقد صحيحا ونافذا في كل الطرفين .

---

(١) د. راقية عبد الجبار علي ، المصدر السابق ، ص ٢٧١ .

(٢) د. عدنان ابراهيم السرحان ،المصدر السابق ، ٢٣٥ .

(٣) نص المادة (١٠٠٩) من القانون المدني العراقي .

(٤) د. عدنان ابراهيم السرحان ،المصدر السابق ، ٢٣٦ .

(٥) عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الطبعة الثانية ، الجزء العاشر ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، ص ٧٥ .

المطلب الثاني

المحل في عقد الكفالة

ان محل الكفالة هو : ان محل التزام الكفيل يتمثل في الوفاء بالالتزام الأصلي الواقع على عاتق المدين اذا تقاعس عن تنفيذه فالتزام الكفيل يعتبر التزاما احتياطيا لالتزام المدين الأصلي [١].

ويجب ان يكون الالتزام ممكننا وموجودا وقابلا للتعيين وغير باطل فاذا كان الاتفاق على شيء باطل وممنوع فبالتالي سوف يؤدي الى نقض العقد بطلاته ، ويقول الاستاذ السنهوري (لا تجوز كفالة دين مقامرة او الرهان ،

اذ ان كفالة الدين الباطل تكون باطلة ، واذا وفى الكفيل الدين جاز له ان يسترده ممن وفاه اياه [٢].

وهذه من صور بطلان المحل فيجب ان يكون المحل متضمن عدة شروط منها:

١- ان يكون الالتزام المكفول صحيحا وعلى اساس هذا يجب ان يكون التزام الكفيل هو التزام خاليا من الشوائب والخطأ لان التزامه هو التزام نابع أي انه يستند الى التزام اصلي وبالتالي سوف يستند الكفيل على اساس هذا الالتزام الذي يكون مقدره الكسب دون سبب [٣].ويمكن ان تكون الكفالة هي التزام الكفيل لكفالة اخرى ويسمى كفيل الكفيل (معرف الكفيل)، تصح الكفالة عن الكفيل وحكم كفيل الكفيل هذا كحكم الكفيل [٤].والحكم اعلاه يجوز في انواع الكفالات كافة .

٢- يشترط في الالتزام (الكفيل) ان يكون ممكنا وموجودا وهذا شرط واضح بان يكون الالتزام غير مستحيل ومعين او قابلا للتعيين ويجب ان لا يكون الالتزام مستقبلا او مقترن بشرط(شرطيا). اما بخصوص كفالة الالتزام المستقبل فان المشرع العراقي لم يأخذ بها ولم يدرجها في نصوص القانون المدني الا ان ظاهر النص يوحي بان كفالة المستقبل جائزة في بعض الاحوال وهذا الكلام بتفاد من نص المادة (١٢٩ ق١) حيث جاء فيها (١- يجوز ان يكون محل الالتزام معدوما وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعيينا نافيا للجهالة والفرد)[٥].

---

(١) د. راقية عبد الجبار علي ، المصدر نفسه ، ص ٢٧٧ .

(٢) عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ، ط الثالثة ، الجزء السابع ، منشورات الحلبي الحقوقية و بيروت ٢٠٠٠، ص ١٠٠٨.

(٣) رعد ادهم ابراهيم ، نوزاد صديق سليمان ، المصدر السابق ، ص ٣١ .

(٤) علي حيدر ، درر الحكام ، شرح مجلة الاحكام ، الكتاب الاول ، البيوع ، منشورات مكتبة النهضة ، بيروت – بغداد ، ص ٦٣٣ .

(٥) نص المادة (١٢٩) الفقرة(١) من قانون المدني العراقي .

مما يتضح انه جائزة ولكن بشرطين بانه يمكن الحصول عليه في المستقبل أي غير مستحيل ويجب ان يعين ويجب ان يكون التعيين نافيا للجهالة والفرد، وهذا نقص في التشريع العراقي بحيث يجب ان يبين موقفه من هذه الكفالة ويضع لها احكام وشروط وضوابط .اما القانون المدني المغربي حيث نصت المادة ٧٧٨ على انه (١- تجوز الكفالة في الدين الشرطي. ٢- علن انه اذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة فان له في أي وقت ان يرجع فيها مادام الدين المكفول لم يرجع.

من هذا النص يتضح ان الكفالة التزام المستقبل جائزة وان كان غير موجود وقت الكفالة . ذلك باستثناء الالتزام تركة مستقبله فان باطل وتبطل الكفالة تبعا له [١].

والكفالة المستقبلية شائعة حاليا وبكثرة ولكن هنالك اراء من جانب الفقهاء حول مدى صحتها وظهر رأيان حول هذه الكفالة حيث ذهب الفريق الاول بعدم صحتها وتتعارض مع مبدأ الكفالة يجب ان تنشأ بصورة صحيحة ، وان تكون مرتكزة على التزام صحيح وموجود حاليا ومستقبليا .

اما الالتزام الشرطي نص المشرع العراقي في المادة ١٠٠٩ بفقرتها الثانية حيث جاء فيها (ويجوز ان تكون الكفالة منجزة او معلقة على شرط او مضافة الى زمن مستقبل)، ومن هذا النص يتضح بان الكفالة المعلقة على شرط واقف او فاسخ جائزة بحكم القانون وعلى اساس هذا فتكون كفالة الكفيل مرتبطة ارتباط تبعي بالتزام الاصيل فاذا كان الاصيل مرتبط ارتباطا معلقا على شرط واقف كان التزام الكفيل كذلك واذا فاسخ كان كذلك ايضا .

كفالة الالتزام الطبيعي: الالتزام الطبيعي هو التزام ناقص و أي ينقصه عنصر المسؤولية وبالتالي لا يمكن اجبار المدين على التنفيذ [٢] وعلى ذلك فلا تجوز كفالة الالتزام لعدم امكان اجبار المدين بالتزام طبيعي على الوفاء كما ان التزام الكفيل لا يمكن ان يكون اشد من التزام المدين الاصلي [٣].

ومن شروط صحة المحل هو تحديد نطاق التزام الكفيل في عقد الكفالة فيجب تحديد الكفالة بحيث تكون مطلقة او محدد مقيدة فمثلا اذا كفل الكفيل جزء من الالتزام الاصلي فلا يسأل الا عن هذا الجزء ولا يسأل عن الاجزاء الباقية هذا في حالة الالتزام المحدد او المقيد ، اما اذا كانت مطلقة فانه سوف يكون مسؤول كليا عن الالتزام ، ومن ثم يجب تعيين اشخاص عقد الكفالة ولمن بخصوص الموضوع وعليه العقد يكون بين الدائن

---

(١) د. صابر محمد محمد زيد ، رجوع الدائن على الكفيل ، ورشات للنشر والتوزيع والبرمجيات ، دار الكتب القانونية ، مصر ، سنة النشر ٢٠١٠ ، ص ١١٦

(٢) د. نبيل ابراهيم سعد ، المصدر السابق ، ص ٣٥٦ .

(٣) د. نبيل ابراهيم سعد ، المصدر نفسه ، ص ٣٥٦ .

والكفيل، اما المدين فبحقيقة الامر انه ليس طرفا في عقد الكفالة ، قد تحدد الكفالة ايضا من خلال المدة ، فاذا قبل الكفيل كفالة المدين لمده معينه ، فان التزامه بالضمان ينقضي بمجرد مضي المدة [1].

اما من حيث الوصف فقد سبق وبينا ان الكفالة قد تكون معلقة على شرط فاسخ او واقف او مقترب باجل فيجب بيانه في العقد ولا بد الاشارة الى موضوع وهو اذا كان هنالك شك في ما اذا كان الكفالة محددة او غير محددة وجب اعتبار الكفالة محددة [2].

(١) د. راقية عبد الجبار علي ، المصدر السابق ، ٢٨٧ .

(٢) السنهوري، المصدر السابق ، الجزء العاشر ، ص ٨٧ .

المطلب الثالث

السبب في عقد الكفالة

أي عقد لا يمكن ان يتم بدون ارادة ولا يمكن ان تتحرك الارادة دوم سببا ، اذ لا يقدم الشخص على الالتزام بمنأى عن ارادته الا اذا كان هنالك غرض معين يسعى الى تحقيقه [١].

وبما ان عقد الكفالة ثلاثي الاطراف فمن الصعوبة تطبيق نظرية السبب عليها، لان عقد الكفالة يضم ثلاث علاقات وهي بين الدائن والمدين وبين الكفيل والدائن وبين الكفيل والمدين وبالرغم من اهمية العلاقة بين الكفيل والمدين الا انه لا يعتبر ضمن العقد وخارج عن اطاره وكل ما يقدمه الكفيل هو تقديم ما عنده للدائن وتيسير امره على عبور امر ما [٢].

ونطاق هذه العلاقة قد يكون سبب كفالته هو اسداء خدمة للمدين بتوفير ائتمان له ، او قد يكون المقابل الذي يتقاضاه من المدين او قد يكون القصد قضاء دين عليه لهذا الاخير [٣].وبعد هذه الامور هل يمكن للكفيل ان يحتج في مواجهة الدائن وقد تكون علاقته بالمدين غير مشروعة وغير جائزة قانونا وتخلف ركن السبب المشروع ويطالب بنقض العقد وبطلانه .ذهب جانب من الفقه الى عدم جواز ذلك لان الكفالة تصرف مجرد ولذلك فان التزام الكفيل يبقى صحيحا ولو لم يكن له سبب او كان سببه غير مشروع، الا فقهاء في فرنسا ومصر يذهبون الى عكس ذلك ويرون ان المدين يستلزم ان يكون الالتزام الارادي سبب مقصود وان يكون الباحث الرئيسي الدافع الى التعاقد مشروع [٤].

وفي كل الاحوال اذا تبطل الكفالة اذا كان الباحث الدافع الى الكفالة غير مشروع وكان الدائن يعلم بذلك [٥].

ويتضح مما نقوم ذكره بخصوص اركان الكفالة فيجب ان يكون العقد مبيننا على الرضا ولا يكون مصحوبا باحد عناصر عيوب الارادة ، ومن ثم بينا ركن المحل الذي هو التزام الكفيل ومدى صحته واطرافه أي اطراف عقد الكفالة وبينا ايضا ان العقد هو عقد ثلاثي وملزم لجانب واحد والتزام المدين الاصلي هو المسؤول امام الدائن

---

(١) د. راقية عبد الجبار علي ، المصدر السابق ، ص ٢٧٤ .

(٢) أ.م.د رعد ابراهيم ، نوزاد صديق سليمان ، المصدر السابق ، ص ٣٩ .

(٣) د. نبيل ابراهيم سعد ، المصدر السابق ، ٣٧٢ .

(٤) د. نبيل ابراهيم سعد ، المصدر نفسه ، ٣٧٣ .

(٥) د . صابر محمد محمد سيد ، المصدر السابق ، ص ١٣٢ .

ويكون الكفيل تبعيا أي لا يكون التزام الكفيل الا التزاما تبعيا احتياطيا رغم ان الكفالة تأمينا شخصيا وقد تكون تأمينا عينيا (الكفيل العيني) [١].

ومن ثم بحثنا في ركن السبب وقلنا بانه من الصعب تطبيق نظرية السبب في عقد الكفالة وبينا اراء الفقهاء حول مدى تمسك الكفيل بعدم المشروعية بين الدائن والمدين ، وعلى اساس ذلك يجب في عقد الكفالة لكي يخرج بالصورة الصحيحة ومكتمل الاركان ، ان يكون خاليا من عيوب الرضا وان يكون محله موجود معين وممكن ان يكون دافعه السبب مشروع وغير مخالف للاداب العامة ولا للنظام العام .

والان سنتناول شروط عقد الكفالة اهمها :

أ- شروط الكفيل : يشترط في الكفيل عدة شروط اهمها :

١- يشترط كونه عاقلا بالغا.

٢- يشترط كونه راضيا .

٣- يشترط ان بكون حتى الموت .

٤- يشترط ان يكون غير المكفول له [٢].

ب- شروط المكفول عنه :يشترط في المكفول عنه عدة شروط منها :

١- يشترط ان يكون معلوم الهوية أي شخصه.

٢- وكونه عاقلا بالغا ليس بشرط .

٣- وكونه معلوم الاسم لبس بشرط .

٤- واذا كان مفلسا وكان حيا نصح الكفالة بالاتفاق واذا توفي فليست صحيحة [٣].

ج- شروط المكفول به : يشترط في المكفول به عدة شروط منها :

١- يشترط في الكفالة بالنفس العلم بالشخص والمكان .

٢- وفي الكفالة بالمال ان يكون مضمونا على الاصل بنفسه .

٣- والمعلومية في الكفالة بالمال ليست بشرط .

٤- يشترط العلم بالمكفول له هل النفس او المال .

٥- يشترط ان يكون المكفول به معلوما [٤].

---

(١) د. منذر الفضل ، احكام الالتزام ، الجزء الثاني ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٨ ، ص ١٨٩ .

(٢) علي حيدر ، المصدر السابق ، ص ٦١٥ .

(٣) علي حيدر ، المصدر السابق ، ص ٦١٥ .

(٤) علي حيدر ، المصدر السابق ، ص ٦١٥ .

المبحث الثالث

اثار عقد الكفالة وانقضائها

لكل عقد اثار ونتائج بما ان عقد الكفالة مثل سائر العقود التي نص عليها قانون المدني فانه بطبيعة الحال سوف يرتب اثارا بين اطراف العقد فيما بينهم وعلى هذا الاساس سوف نقسم هذا المبحث الى اربع مطالب فسوف نقسم المطلب الاول علاقة بين الكفيل والدائن ، والمطلب الثاني العلاقة بين الكفيل والمدين ، والمطلب الثالث العلاقة بين الكفلاء مع بعضهم البعض ،اما المطلب الرابع والاخير سوف نتناول انقضاء عقد الكفالة.

المطلب الاول

العلاقة بين الكفيل والدائن

يلتزم الكفيل بموجب عقد الكفالة أي يضمن تنفيذ التزام المدين والوفاء به اذا لم يفي به المدين بنفسه ، ويترتب على ذلك الحق للدائن بان يطالب الكفيل بالوفاء بالتزام المكفول [١].وذلك ان هذه العلاقة نشأت بسبب انه عقد الكفالة تم انشائه على اساس هذه الاطراف (الكفيل والدائن) وبما انه عقد الكفالة هو عقد تبعي أي يتبع الالتزام الاصلي الذي يرتبط به المدين فتكون مطالبة الكفيل من الدين المكفول وكيفية الرجوع عليه وفي هذا تباينت التشريعات بالآراء ونصوص المواد [٢].

اما شروط مطالبة الدائن للكفيل تتمثل بشرطين اثنين هما :

أولا : حلول اجل الدين المكفول، ثانيا : سبق الرجوع على المدين [٣].

أولا : حلول اجل الدين المكفول

حسب المعروف بانه لا يجوز للدائن ان يطالب الكفيل بالدين ما لم يحل الاجل اما اذا كان هنالك اتفاق او التزام خاص بين الكفيل والدائن فيجب على الدائن ان يرجع على الكفيل عند حلول هذا الاجل الخاص ، أي لا نجوز مطالبة الكفيل بالدين الا عند حلول موعد الدين الاصلي ، لان اجل الكفالة غالبا ما يكون اجل الدين الاصلي [٤].

على انه قد اجل مطالبة الكفيل عن اجل دين المدين كأن يكون التزام المدين له اجلا اقصر من التزام الكفيل كما في الكفالة المؤجلة وفي هذه الحالة ، لا يجوز مطالبة الكفيل الا عند حلول اجل كفالته [٥].

---

(١) أ.م.د رعد ابراهيم ، نوزاد صديق سليمان ، المصدر السابق ، ص ٤٠ .

(٢) د. صلاح الدين ناصر ، المصدر السابق ، ص ٢٧٣ .

(٣) د.راقية عبد الجبار علي ، المصدر السابق ، ص ٣٠٥.

(٤) د.راقية عبد الجبار علي ، المصدر السابق ، ص ٣٠٦.

(٥) د.راقية عبد الجبار علي ، المصدر نفسه ، ص ٣٠٦.

ومتى جاز للدائن ان يطالب الكفيل وان ينفذ على امواله فلا بد ان يكون عند الدائن سند تنفيذي ضد الكفيل ، ولا يكفي ان يكون عنده سند تنفيذي ضد المدين فاذا لم يكن سند الكفالة ورقة رسمية تصلح للتنفيذ بها وجب على الدائن ان يحصل على حكم قابل للتنفيذ ضد الكفيل ولا يكفي ان يحصل على حكم قابل للتنفيذ ضد المدين[١].

اما بخصوص ما اشارت اليه المادة (٢٥٩) فقرة (١-٣)، على ان يتحمل المدين كل التبعات ومنها الحادث الفجائي والحوادث الطارئة اما بشأن اعار المدين او افلاسه فما حكم التزام الكفيل هل ينقض التزامه لان عقد الكفالة عقد تابع ام يستمر فما هو الجواب ؟؟.

لقد ذهب جانب من الفقه بالقول بان سقوط اجل الالتزام المدين يترتب عليه ايضا سقوط اجل الالتزام الكفيل بمقتضى فكرة التبعية ، اما الرأي الراجح في الفقه فقد ذهب في القول بان سقوط اجل دين المدين لا يترتب على سقوط اجل دين الكفيل [٢].

ثانيا : سبق الرجوع على المدين

الكفيل في عقد الكفالة يلتزم بضمان بين لا مصلحه له فيه ، فمن العدالة لا يمكن مطالبته من قبل الدائن قبل الرجوع على المدين أي لا بد للدائن من الرجوع على المدين اولا ، ومن ثم الرجوع على الكفيل اذا لم يوفي المدين الاصيل الالتزام الملتزم به ، وهذا ما نص المشرع العراقي (١٠٢١ ف ١) حيث جاء فيه (١- يفرض في الكفالة انها انعقدت معلقة على شرط عدم وفاء المدين ما لم يكن الكفيل قد نزل عن هذا الشرط او كان قد تضامن مع المدين وهي تقابل نص الماده (٧٨٨) في القانون المدني المصري .

أي يجب على الدائن ان يرجع على المدين اولا ومن ثم على الكفيل لان المدين مدينا اصليا ، اما الكفيل فهو مجرد مدينا احتياطيا ، او يمكن ارجوع على كليهما معا(الكفيل والمدين) في نفس الوقت وبالتالي يكفي اعذار المدين او الكفيل لغرض الحصول على التزامه ، يجب ان تكون هذه المرافعة هي قضائية (ويرد على هذه القاعدة استثناءات)

١- اذا اشهر افلاس المدين وجب على الدائن التقدم في التفليسة بالدين

٢- اذا كان لدى الدائن سند صالح للتنفيذ به على المدين لذا فان مجرد التنبيه بالوفاء بذاته يعد رجوعا كافيا على المدين يفتح طريق الرجوع على الكفيل [٣].

وبهذه الاحوال قد انتهينا من بيان علاقة الكفيل والدائن وبينا احوالها وما هي الامور الواجبه ان يتمسك بها الطرقان من حقوق وواجبات كل منهما تجاه الاخر .

---

(١) السنهوري ، المصدر السابق ، ج ١٠ ، ص ٩١-٩٢ .

(٢) أ.م.د رعد ادهم ابراهيم ، نوزاد صديق سليمان ، المصدر السابق ، ص ٤١-٤٢ .

(٣) د.راقية عبد الجبار علي ، المصدر نفسه ، ص ٣١٠.

المطلب الثاني

العلاقة بين المدين والكفيل

كما قلنا سابقا ان التزام الكفيل بعقد الكفالة هو وضمانا لتنفيذ التزام المدين والوفاء به مكانه اذا لم يقم المدين بالوفاء به بنفسه ولهذا كان طبيعيا ان يعطي القانون الكفيل حق الرجوع عن المدين والرجوع على المدين يفترض ان الكفيل قد وفى بالدين [١].

وعلى هذا الاساس ان رجوع الكفيل على المدين بدعوتين وهي دعوى شخصية ودعوى الحلول لذا سندرسها في فرعين :

الفرع الاول

الدعوى الشخصية

وهي دعوى من حق الكفيل يرفعها على المدين بعد قيام الكفيل بالوفاء بالالتزام الوقع على عاتق المدين وهذا ما اشار اليه القانون المدني العراقي في نص المادة ١٠٣٣ حيث ورد فيها (اذا ادعى الكفيل ما كفل به من ماله فله الرجوع بما ادعى على المدين)، وحسب نص المادة توضح ان للكفيل الحق بالرجوع على المدين بدعوى شخصية لكي يحصل بما وفى به للدائن.

اما شروط هذه الدعوى هي :

١- يجب ان يكون الاجل قد حل والاجل المقصود هنا هو الاجل الاصلي للدين المكفول [٢].

٢- قضاء الدين يشترط حتى يكون للكفيل الحق في الرجوع على المدين واداءه بطريقة اختيارية او بطريقة اجبارية ، عن طريق التنفيذ على اموال الكفيل واقتضاء الدين من ثمنها [٣].

٣- يجب على الكفيل اخطار المدين قبل الوفاء وعدم معارضة المدين لهذا الوفاء [٤] .

ومثال على ذلك هذه العلاقة بين الكفيل والمدين مثلا : قد يفرض مالك في ايجاد السكن كفالة ولا سيما كفالة الوالدين اذا كان العقار مؤجرا لشاب مداخيله غير اكيدة [٥].

واساس هذه العدوى القانونية فقد ظهر رأيان في الفقه بخصوص هذه الدعوى.

الاول على انها دعوى وكالة او دعوى الفضالة .

الثاني على انها دعوى مستقلة ومتميزة ويطلق عليها دعوى الكفالة [١].

---

(١) د. نبيل ابراهيم سعد ، المصدر السابق ،ص ٤١٤-٤١٥ .

(٢) أ.م.د رعد ادهم ابراهيم ، نوزاد صديق سليمان ، المصدر السابق ، ص ٤٩ .

(٣) د.راقية عبد الجبار علي ، المصدر السابق ، ص ٣٦٥.

(٤) د. نبيل ابراهيم سعد ، المصدر السابق ، ص ٤٢٢ .

(٥) جبروم هو بيه ، العقود الرئيسية الخاصة ، الطبعة الأولى ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٣ ، ص ٧٨٠-٧٨١ .

الفرع الثاني

دعوى الحلول

وهي الدعوى الثانية التي تقدم اليها الكفيل و يحل بموجبها محل الدائن وماله من حقوق من قبل المدين وسميت بهذا الاسم بان الكفيل يحل محل الدائن وهذه الدعوى ما هي الا تطبيقا للقواعد العامة المقررة في القوانين المدنية ، حيث نص المشرع العراقي في نص المادة ٣٧٩ وورد فيها (اذا دفع الدين شخص غير المدين حل الدافع محل الدائن بحكم القانون في الاحوال التالية) .

١- اذا كان ملزما في الدين مع المدين وملزما بوفائه عنه .

٢- اذا كان دائنا ووفى دائنا اخر مقدما عليه بماله من تأمين عيني ولو لم يكون للدافع أي تأمين .

٣- اذا كان قد اشترى عقارا ودفع ثمنه تسديدا لاحد الدائنين الذين خصص العقار لضمان حقوقهم .

٤- اذا كان هنالك نص يقرر للدافع حق الحلول.

والنص المتقدم ذكره بين بوضوح موضوع دعوى الحلول وكيفية ومتى يحل الشخص محل الدائن . وعاد المشرع العراقي ثانية ويحسم موقعه من دعوى الحلول حيث نص في المادة (١٠٣٣ ق ٢) حيث جاء فيها (يحل الكفيل محل الدائن في جميع ما لهذا الدائن من الحقوق سواء كانت الكفالة بأمر المدين او بغير امره).

اما شروط دعوى الحلول هي :

١- ان يكون الكفيل قد قام الوفاء فعلا للدائن .

٢- يجب على الكفيل قد اوفى الدين عند حلول اجله [٢].

وشرحا لهاتين النقطتين وبأن اذا الكفيل قام بسداد الدين فعلا جاز له ان يحل محله واذا لم يوفي فعلا لسبب من الاسباب كأن يكون براءة الدائن او تقادم بين الكفيل و الدائن وخصوص دينا ما ، فاذا حصل هذا فلا وجود لدعوى الحلول، اما الشرط الثاني حيث يقضي انه الكفيل اذا اوفى الدين عند حلوله الاجل المعين كان له ذلك ، اما اذا قام الكفيل بسداد الدين قبل حلول الاجل الاصلي فلا وجود ايضا لدعوى الحلول الا حلول الاجل الاصيل المعين من قبل الاطراف ، وبهذا الشرطين نكون قد ختمنا العلاقة الثانية وهي ما بين الكفيل والمدين .

---

(١) د.راقية عبد الجبار علي ، المصدر السابق ، ص ٣٧٠.

(٢) أ.م.د رعد ادهم ابراهيم ، ونوزاد صديق سليمان ، المصدر السابق ، ص ٥١ .

المطلب الثالث

العلاقة بين الكفيل وغيره من الكفلاء

من المعروف ان عقد الكفالة هو كفالة شخص غير قادر على دفع الدين او للضمان فاذا ما قام الكفيل بدفع الدين كله جاز له بالرجوع على غيره من الكفلاء ويختلف رجوع الكفيل على غيره من الكفلاء فيما اذا كانوا متضامنين او غير متضامنين وتختلف دعوى كل منهما فعلى اساس ذلك سوف نقسم المطالب الى فرعين :

الاول في حالة تعداد الكفلاء مع تضامنهم .

الثاني في حالة تعداد الكفلاء مع عدم تضامنهم.

الفرع الاول

في حالة تعداد الكفلاء مع تضامنهم

لقد نص المشرع العراقي في المادة ٣٣٤ بفقرتيها (١,٢) ، حيث ورد فيها (١- لمن قضى الدين من المدينين المتضامنين على الرجوع على الباقين لما دفعه زائدا لما هو واجب عليه كل بقدر حصته .٢- فان كان احد منهما معسرا تحمل هذا العسار المدين الذي وفى بالدين وسائر المدينين كل بقدر حصته).وبالتالي اذا اوفى احدهم كل الدين كان له الرجوع على الاخرين لاحد الدعوتين (دعوة الاثراء دون سبب ودعوى الحلول)، اما دعوة الاثراء دون سبب فهي حق للكفيل ان يرجع بما دفعه من دين على الاخرين انهم اثروا عليه دون سبب وافتقره وذلك تطبيقا لمبادئ العدالة التي تقضي بمنع اثراء شخصا ما على الاخر دون سبب وهذا مقتبس من الشريعة الاسلامية القراء [1].

وفي دعوى الحلول يجوز للكفيل ايضا الرجوع على الكفلاء الباقين كلا بقدر حصته من الدين او نصيبه من حصة المعسر منهم ، حسب نص القانون المدني العراقي ، اما بخصوص الدعوى الشخصية فلا يجوز أدراجها في هذا الموضوع لأنها ترفع باسم الشخص أي انها دعوة خاصة.

لا بد ان اشير المرتهن على الكفيل العيني بما انه الكفيل العيني هو راهن ضامن لدين الغير فان مسؤوليته تتحدد بالمال الذي قدمه ضمانا لدين المدين ومن ثم لا يجوز للدائن المرتهن ان ينفذ على خيره كما لا يجوز في حالة عدم كفايته للوفاء بكامل حقه التنفيذ الباقي على اموال الكفيل العيني الاخر [2].

---

(١) أ.م.د رعد ادهم ابراهيم ، ونوزاد صديق سليمان ، المصدر السابق ، ص ٥٢-٥٣ .

(٢) السنهوري ، المصدر السابق ، ج ١ ، ص ٢٠١ .

الفرع الثاني

حالة تعدد الكفلاء مع عدم ضمانهم

اذا تعدد الكفلاء كدين واحد وبعقد واحد وبعقود متوالية واحتفظ كل منهما بحق التقسيم ففي هذه الحالة بان الدين ينقسم بينهما وان اعسار احدهما لا يتحمله غيرهم من الكفلاء وانما الدائن هو الذي يتحمل هذا الاعسار[1].

وهذه الحالة تكون انه اذا قام احد الكفلاء بوفاء الدين كله على الرغم من عدم التزامه ففي هذه الحالة لا يكن له الحق من الرجوع على غيره من الكفلاء الا بدعوى الكسب دون سبب وبالتالي فاذا كان احد الكفلاء معسرا عند الرجوع عليه فان الكفيل الموفي هو الذي يتحمل حصة المعسر [2].

(١) السنهوري ، المصدر السابق ،ج ١٠، ص ٢٠١ .

(٢) أ.م.د رعد ادهم ابراهيم ، ونوزاد صديق سليمان ، المصدر السابق ، ص ٥٢-٥٣ .

المطلب الرابع

انقضاء عقد الكفالة

كما قلنا سابقا ان التزام الكفيل هو تبعي أي تابع للالتزام الاصيل وهو وجودا وعموما وبالتالي سوف يؤتي عليه أي تصرف من قبل الملتزم الاصلي وينقضي الالتزام عقد الكفالة بدعوتين تبعية واصلية و سوف نتكلم عن المطلب بفرعين ، الاول انقضاء الالتزام بصفة تبعية ، اما الثاني فهو انقضاء الالتزام بصفة اسمية .

الفرع الاول

انقضاء الالتزام بصفة تبعية

ينقضي الالتزام المكفول وينقضي تبعا له التزام الكفيل وذلك بجميع اسباب الانقضاء العامة المقررة في القانون المدني وهي:

١- كما لو حصل الوفاء من قبل المدين فينقضي به التزامه وينقضي ايضا تبعا له التزام الكفيل حسب نص المادة ٣٠٧٥ من القانون المدين العراقي [١].

٢- اذا قبل الدائن في استيفاء حقه شيئا اخر غير الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء [٢]. ومعنى هذا ان الدائن اذا قبل الشيء الغير المستحق ووافق عليه كان هذا الشيء هو بمثابة الالتزام الاصلي وثم وفائه.

٣- الابراء :نصت المادة (١٠٤١) ، على انقضاء الكفالة تبعا لإبراء المدين المكفول لقولها (ابراء الدائن المدين يوجب براءة الكفيل ولكن ابراء الكفيل لا يوجب براءة الدائن) كل هذا سواء كان الكفيل متضامنا مع المدين الاصلي ان لم يكن[٣].

٤- اتحاد الذمة : قد ينقضي التزام الكفيل باتحاد الذمة دون ان ينقضي الدين المكفول ويتحقق ذلك اذا مات الدائن وورثه الكفيل واتحدت الذمة وانقضت الكفالة[٤].وهذا ما اشارت اليه المادة (١٠٤٢) ، حيث ورد فيها (اذا مات المكفول له وانحصر ميراثه في المدين برأ كفيله من الكفالة.... الخ).

٥- بالتجديد والانابة: ينقضي عقد الكفالة بالتجديد والانابة ، ولكن ما المقصود بالتجديد والانابة ؟

التجديد: هو استبدال دين جديد بدين قديم سيكون سببا في قضاء الدين القديم ونشوء دين جديد فان دين المكفول ينقضي وتنقضي الكفالة تبعا لانقضائه [٥].

---

(١) أ.م.د رعد ادهم ابراهيم ، ونوزاد صديق سليمان ، المصدر السابق ، ص٥٤.

(٢) نص المادة (٣٩٩) من القانون المدني العراقي .

(٣) صلاح الدين ناهي ، المصدر السابق ، ص ٢٩٣ .

(٤) السنهوري ، المصدر السابق، ج ١٠، ص ٢٣٦ .

(٥)صابر محمد محمد سيد ، المصدر السابق ، ص ٤٤١ .

اما الانابة فاذا حصل المدين على موافقة الدائن شخص اجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين نص مادة (٤٥) من قانون المدني العراقي [١].

٦- نص المادة (١٠٤٤) من القانون المدني العراقي المستمدة من المجلة – على انه اذا صالح المدين الدائن على مقدار من الدين فان الكفيل سواء اشترط برائته ان لم يشترط ببرائة [٢]. وبذلك تنقضي الكفالة بانقضاء الدين الاصلي بالتجديد مثلا كما بينا والمقاصة والتقادم المسقط وقع الالتزام الاصلي او بطلانه وهلاك الشيء [٣]. والمقصود بالتقادم المسقط هو ان التزام الكفيل ينقضي بالتقادم دون ان ينقضي الدين المكفول وقد قدمنا ان الغالب ان يسري التقادم بالنسبة للمدين الاصلي بالوقت الذي يسري فيه بالنسبة الى التزام الكفيل سيقضي المدينان بالتقادم في وقت واحد [٤]. وبهذا قد انتهينا حول كيفية انقضاء الكفالة بصورة تبعية واحوالها المنصوصة في القوانين المدنية الحديثة .

الفرع الثاني

انقضاء الالتزام بصفة اصلية

بعد ان تكلمنا عن الاسباب العامة المقررة في القانون المدني العراقي التي ينتهي بها عقد الكفالة وبصورة تبعية ، اما الاصلية فتحتوي على شقين فالأول انقضاء الالتزام كما هو مر ذكره في انقضاء الالتزام بصورة تبعية ، أي ان الالتزام الاصلي ينتهي بصورة عامة كما هو مذكور في القواعد العامة ، اما الثاني فان عقد الكفالة ينتهي بصورة اصلية ولكن بوجه خاص أي هنالك اسباب خاصة ينتهي بها عقد الكفالة اضافة الى الامور التي تم ذكرها سابقا.

وترجع هذه الخصوصية لانتهاء وانقضاء عقد الكفالة الى طبيعة الالتزام الكفيل مع المدين باعتباره ضامنا احتياطيا للدائن ، ومن هذه الاسباب الخاصة هي :

١- ضياع التأمينات

٢- تأخر الدائن في اتخاذ الاجراءات .

٣- موت الكفيل : اذا مات الكفيل يطالب بالمال المكفول من تركته .

٤- الكفالة المؤقتة : وتنقضي هذه الكفالة بانقضاء المدة المحددة حسب نص المادة (١٠٤٦) .

٥- موت المكفول به [٥].

وهذه هي الاسباب الخاصة التي اذا توافرت انتهت الكفالة فيما بين الاطراف .

وبهذا الوصف تكون قد انتهينا من اسباب الانقضاء بفرعيها (الاصلية والتبعية) ونكون قد ختمنا من كتابة البحث المتعلق بالكفالة واثره على الغير

واسأل المولى عز وجل التوفيق والنجاح لي ولكم .

---

(١) أ.م.د رعد ادهم ابراهيم ، ونوزاد صديق سليمان ، المصدر السابق ، ص٥٤.

(٢) صلاح الدين ناهي ، المصدر السابق ، ص ٢٩٤ .

(٣) صلاح الدين ناهي ، المصدر السابق ، ص ٢٩٣ .

(٤) السنهوري ، المصدر السابق ، ج ١٠ ، ص ٢٣٨ .

(٥) د. صلاح الدين ناهي ، المصدر نفسه ، ص ٢٩٦ - ٢٩٧ .

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة عقد الكفالة لابد ان نبين اهم الاستنتاجات والمقترحات التي توصلنا اليها في هذه الدراسة وهي كالتالي :-

اولا: الاستنتاجات :

١- يفسر عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد وهو الكفيل كما يعد هذا العقد من عقود التبرع وانه عقد تبعي كما يكون معلق على شرط وهذا ما يميز عقد الكفالة .

٢- في حالة الكفالة الاتفاقية يكون الكفيل متضامن مع المدين بموجب الاتفاق بينها اما في الكفالة القانونية والقضائية فهما متضامنين بحكم القانون .

٣- الزم المشرع العراقي في الكفالة بالنفس احضار المكفول به وهذا ما اشار اليه القانون المدني العراقي في المادة (١٠١٧) منه .

٤- اجاز المشرع العراقي للكفيل اذا ادى من ماله ان يرجع بها اداة على المدين سواء كان بامرالمدين او بغير امره .

٥- ان عقد الكفالة ممكن ان يتم حتى بدون رضاء المدين نفسه حين يتم بين الدائن والكفيل فقط .

ثانيا: المقترحات :

١- نرى من الافضل على المشرع العراقي ولأهمية عقد الكفالة من الناحية العملية ووجوب استقرار المعاملات ان يضفي عليها شكلا معينا في الكتابة ان لا يترك اثباته للقواعد العامة .

٢- نرى من الافضل على المشرع العراقي بإعادة النظر في احكام عقد الكفالة التي اشار اليها القانون المدني العراقي بشيء من الدقة والوضوح وبما ينسجم مع التطورات التي اصابت عالمنا اليوم.

٣- نرى من الافضل على المشرع العراقي اعادة النظر في تعريف عقد الكفالة واضافة مزيد من الدقة والوضوح عليه بحيث لا يؤدي الى الخلط بينه وبين غيره من العقود وان يحاكي كما جاء في نظيره المصري حيث كان تعريفه اكثر دقة ووضوحا .

المصادر

القران الكريم

اولا:الكتب

١- ابراهيم مصطفى واخرون ، المجمع الوسيط ، الجزء الاول ، طبع دار الدعوة ، استانبول – تركيا .

٢- جبروم هو بيه ، العقود الرئيسية الخاصة ، الطبعة الأولى ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٣ .

٣- راقية عبد الجبار علي ، التأمين والكفالة في القانون البحريني ، سلسلة الكتب القانونية (٢٥) .

٤- صابر محمد محمد زيد ، رجوع الدائن على الكفيل ، ورشات للنشر والتوزيع والبرمجيات ، دار الكتب القانونية ، مصر ، سنة النشر ٢٠١٠ .

٥- صلاح الدين الناهي ، الوجيز في التأمينات العينية والشخصية ، الجزء الثاني، مطبعة دار المعرفة، بغداد ، ١٩٥٤ .

٦- صلاح الدين الناهي ، شرح القانون المدني ، بغداد ، ١٩٦٨ .

٧- عبد الامير العكيلي، د. سليم ابراهيم ، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية ، الجزء الأول ، بيروت .

٨- عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ،الجزء السابع ، منشورات الحلبي الحقوقية و بيروت ٢٠٠٠.

٩- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج (١٠) ، ط (٣) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان .

١٠- عبد الفتاح عبد الباقي ، احكام القانون المدني المصري ، التأمينات العينية والشخصية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ .

١١- عبد القادر اللامي ،معجم المصطلحات القانونية ، الطبعة الاولى ،المكتبة الوطنية ، بغداد ١٩٩٠ .

١٢- عدنان ابراهيم السرحان ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة ، المقالة ، والكالة ، الكفالة ، دار الثقافة للنسر والتوزيع ، ٢٠٠٩ .

١٣- علي حيدر ، درر الحكام ، شرح مجلة الاحكام ، الكتاب الاول ، البيوع ، منشورات مكتبة النهضة ، بيروت – بغداد .
١٤- منذر الفضل ، احكام الالتزام ، الجزء الثاني ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٨ .
١٥- نبيل ابراهيم سعد ، التأمينات ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٠ .

ثانيا:البحوث والمقالات:

١-رعد ادهم عبد الحميد ، و أ.م.د نوزاد صديق سلمان ، دراسة في القانون والشريعة الاسلامية بحث في مجلة كلية القانون والسياسة في جامعة صلاح الدين .

ثالثا:القوانين :

١- القانون المدني البحريني رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١ .
٢- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
٣- القانون المدني المصري رقم (١٣١) ، لسنة ١٩٤٨ .