وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة ديالى
كلية القانون والعلوم السياسية
قسم القانون

النظام القانوني للكفالة

بحث تقدمت به الطالبة

نور امين وهاب

الى كلية القانون والعلوم السياسية قسم القانون

وهو جزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون

اشراف

م.م. علا سامح لطفي

١٤٣٩ هـ

٢٠١٨ م

بسم الله الرحمن الرحيم

((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ
بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ
حُرُمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ))

صدق الله العظيم

سورة المائدة: الآية (١)

الاهداء

الى من مهد لي طريق العلم بعد الله ...

الى من ذللا لي الصعاب بدعواتهما الصالحة ...

الى من وقفا لجانبي وكان لهما الفضل بعد الله فيما وصلت اليه ...

الى والدي امد الله في عمرهما ورزقني برهما و رضاهما ...

الى من مدو يد العون لي ... اخواتي وزميلاتي ...

الى من اجد فيه امل حياتي ... زوجي العزيز

الى من ساعدني من طلاب الماجستير ...

الى اساتذتي الكرام ... اليهم جميعاً اهدي هذا الجهد المتواضع .

الباحثة

شكر وتقدير

اتقدم بالشكر والامتنان الى مشرفتي

(م.م. علا سامح لطفي) التي تفضلت بالأشراف على هذا البحث ولما قدمته من توجيهات قيمة وسديدة .

الباحثة

نور امين وهاب

قائمة المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمة	١-٢
المبحث الأول :- ماهية الكفالة	٣-١٣
المطلب الأول :- تعريف الكفالة	٣-٥
المطلب الثاني :- خصائص الكفالة	٥-٨
المطلب الثالث :- انواع الكفالة	٩-١٣
المبحث الثاني :- اركان وكيفية اثبات وانقضاء عقد الكفالة	١٤-٢٢
المطلب الأول :- اركان الكفالة	١٤-١٨
المطلب الثاني :- كيفية اثبات الكفالة	١٩-٢٠
المطلب الثالث :- انقضاء عقد الكفالة	٢٠-٢٢
الخاتمة	٢٣-٢٤
المصادر	٢٥-٢٧

المقدمة

تعد الكفالة من ابرز الضمانات التي يسعى الدائن الى الحصول عليها في مقابل دينه المترتبة بذمة المدين وتؤمن عنصر الاطمئنان الثقة بين اطراف العلاقة الناشئة عن عقد الكفالة وبالرغم من قدم هذا العقد الا انه بدأ في السنوات الاخيرة يكتسب أهمية في الحياة الاقتصادية والاجتماعية بعد زيادة عمليات الاقتراض والائتمان المصرفي والتجاري بصورة عامة ويلعب هذا العقد دوراً مهماً في تنشيط الحياة الاقتصادية وتوفير الاطمئنان والثقة وبث روح التعاون بين افراد المجتمع .

أولاً : أهمية البحث :- تظهر أهمية الموضوع من جوانب كثيرة فمسألة التأمينات الشخصية (الكفالة) تتميز بكونها مسألة كثيرة الحصول في المعاملات اليومية فمن اجل زيادة حماية الدائنين وتخويلهم الفرصة الممكنة في استيفاء حقوقهم فقد وضع القانون تحت تصرفهم جملة من الوسائل الفنية التي تمكنهم من تحقيق اكبر قدر من الحماية للحصول على حقهم في حدود التي تسمح بها القانون وما تتضمنه فكرة الضمان العام كما ان من ناحية اخرى تؤدي الكفالة خدمات كبيرة ومهمة لكل من يرغب بالاستدانة فهي وسيلة تبعث في نفس الدائن جانباً كبيراً من الثقة .

ثانياً : مشكلة البحث :- يشير موضوع الدراسة العديد من المشكلات وأهمها ما يتعلق بتحديد معنى الكفالة؟ وذلك من اجل تحديد النطاق الذي يشمله موضوع الدراسة كما ان من ضمن المشكلات الاخرى ما يتعلق ببيان اركان الكفالة ؟ والكفالة هي عقد وبالتالي يجب البحث في اركان العقد وهي (الرضا والمحل والسبب) ومن ضمن المشكلات الاخرى ما يتعلق بمسألة

اثبـات عقـد الكفالـة فبعـد ابـرام هـذا العقـد واسـتكمال اركانـه تظهـر الأهميـة مـن ناحية الاثبات وذلك من اجل تحديد التزامات وحقوق كل طرف .

ثالثـاً : منهجيـة البحـث : - اثرنـا دراسـة هـذا الموضـوع بالاعتمـاد علـى المـنهج الوصـفي التحليلـي مـن خـلال تحليـل النصـوص التـي اوردهـا المشـروع العراقـي مع ذكر اراء الفقهاء .

المبحث الأول

ماهية الكفالة

سوف نقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب حيث نبين في المطلب الاول تعريف الكفالة ، اما المطلب الثاني خصائص عقد الكفالة ، اما المطلب الثالث فنتناول فيه انواع الكفالة.

المطلب الأول: تعريف الكفالة

الكفالة لغة : تعني الضم ، تكفل فلان بالشيء أي الزام نفسه به ومنه قوله تعالى "وكفلها زكريا" اي ضمن زكريا عليه السلام حضانة مريم عليها السلام وتكفل القيام بأمرها . (١)

وكفالة المال ضمنه اياه وجمع الكفيل كفلاء والكفيل والضامن والضمين والزعيم كلها بمعنى واحد وهو الكفيل . (٢)

وتعرف الكفالة اصطلاحاً : ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بشيء حيث أن الكفالة في اصطلاح الفقهاء هي ضم الكفيل الى ذمة الأصيل أو بعبارة اخرى الى ذمة المكفول عنه بالشيء المكفول به وجاء في مجلة (شيء) ليشمل ذلك الكفالة بالعين والكفالة بالدين والكفالة بالنفس والكفالة بالتسليم . وترد على هذا التعريف الاعتراضات الاتية :

١ – اذا كفل احد صبي بلا امر كان الكفيل مطالباً والاصيل غير مطالب .

٢ – اذا كفل احد دينا على اخر وانكر المدين وحلف اليمين طولب الكفيل بالدين دون الاصيل . (٣)

---

(١) د. صابر محمد محمد سيد ، رجوع الدائن على الكفيل ، دار الكتب القانونية ، ٢٠١٠ ، ص ١٣ .

(٢) سورة آل عمران ، الآية (٣٧) .

(٣) علي حيدر ، دار الحكام شرح مجلة الاحكام ، مكتبة النهضة ، بيروت ، بلا سنة نشر ، ص٦١٤-٦١٥.

وكذلك عرف الكفالة الدكتور سمير عبد السيد بأنها : عقد بمقتضاه يكفل شخص بتنفيذ التزام بأن يتعهد الدائن بأن يفي بهذا الالتزام اذا لم يفي به المدين نفسه . ويتضح من هذا التعريف ان الكفالة تفترض وجود دين اصلي تعمل على ضمان الوفاء به فالكفالة تابعة دائماً لالتزام من الالتزامات والتبعية هي أهم خصائص الكفالة بل هي أهم الخصائص التأمينات جميعاً على اختلاف انواعها والالتزام الأصلي الذي تضمنه الكفالة ، ليس مصدره العقد دائماً بل تتعدد مصادر الالتزام فقد يكون مصدره العقد أو الارادة المنفردة أو العمل غير المشروع او الاقرار بلا سبب أو نص القانون اما الالتزام الناشئ عن الكفالة مصدره العقد دائماً لان الكفالة بحسب تعريفها عقد وهو عقد رضائي وعقد الكفالة يتم بين الدائن في الالتزام الأصلي وبين الكفيل اما المدين في الالتزام الأصلي فليس طرفاً في عقد الكفالة ومع ذلك فهو يلعب دوراً في انعقادها لأنه هو الذي يدعو الكفيل في معظم الاحيان الى التعاقد مع الدائن ضماناً لالتزامه قبل الدائن ومع ذلك لا يشترك بإرادته في تكون العقد . [١]

وايضاً عرف الكفالة الدكتور علي محمد ابراهيم الكرباسي بأنها : ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام . [٢]

وكذلك ذكر القانون المدني العراقي تعريف الكفالة : وهي عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام اذا لم يفي به المدين نفسه. [٣]

---

(١) د. سمير عبد السيد ، التأمينات الشخصية والعينية، بلا دار نشر ، الاسكندرية، ١٩٦٦،ص ٢١.

(٢) د . علي محمد ابراهيم الكرباسي ، موسوعة التشريعات العقارية ، المكتبة القانونية ، مطبعة دار الحكمة ، بغداد ، ١٩٩١ ، ص ٢٢٥ .

(٣) المادة (٧٧٢) قانون مدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

المطلب الثاني

خصائص الكفالة

١ – الكفالة عقد من عقود الضمان الشخصي :– الكفالة من نظم التأمينات الشخصية وهي الصورة النموذجية لهذه النظم فالكفالة تمنح الدائن ضماناً شخصياً بالتزام الكفيل بالوفاء بما التزم به المدين عند عدم وفائه فيكون بذلك للدائن حق الضمان العام لمدينه وكذلك حق الضمان العام للكفيل والكفالة كضمان شخصي لا تجنب الدائن تماماً مخاطر الاعسار لأنها اذا كانت اذا كانت تجنبه مخاطر اعسار مدينة فأن هذا الاحتمال قائم ايضاً بالنسبة للكفيل ولهذا فأن الكفالة لا تعتبر في قوة الرهن وغيره من التأمينات العينية من حيث الضمان ولكن يلاحظ أن قيمة الكفالة في الضمان تتحدد على اساس مركز الكفيل ودرجة يساره فالكفيل الموسر كالبنك مثلاً يضمن الوفاء بدين الدائن اكثر من أي تأمين اخر ولذلك عادت للكفالة أهميتها في العصر الحديث بفضل كفالة البنوك وانتشارها في المعاملات المالية كما سبق ذكره فان الكفيل يقدم احياناً مالاً مملوكاً له ضماناً لدين الدائن ويسمى في هذه الحالة الكفيل العيني وتسمى كفالته بالكفالة العينية اما الكفيل العادي فيسمى الكفيل الشخصي وتسمى كفالته الكفالة الشخصية واذا اطلق لفظ الكفيل او الكفالة دون تحديد فيكون المقصود هو الكفيل الشخصي والكفالة الشخصية باعتبار ذلك الاصل في الكفالة اما الكفيل العيني فهو ليس كفيل فحسب ولكنه راهن ايضاً وهو ليس مديناً راهناً لأنه لا يرهن مالاً ضماناً للوفاء بدينه ولكنه كفيل رهن ماله ضماناً للوفاء بدين غيره . [١]

---

(١) د. علي فوزي ابراهيم الموسوي، عقد الكفالة ، مكتبة نور العين للكتب والمحاضرات القانونية ، ٢٠١٨ ، ص١٠ .

٢ – عقد الكفالة عقد رضائي :- لم يشترط القانون اي شكل خاص لانعقاد الكفالة لذلك فهي تخضع للقواعد العامة في ابرام العقود وهي قاعدة الرضائية فعقد الكفالة ينعقد بمجرد التراضي ما بين الكفيل والدائن والكفالة وفقاً لمجلة الاحكام العدلية التزام بالإرادة المنفردة ولذا كانت المادة تنص على أن الكفالة تنعقد وتنفذ بإيجاب الكفيل وحده ولكن ان شاء المكفول له ردها فله ذلك وتبقى الكفالة له مالم يردها المكفول له. أما القانون المدني العراقي فالكفالة عقد ينعقد بإيجاب وقبول من الكفيل والمكفول له . [١]

وكذلك حكم الكفالة عند بعض الفقهاء المسلمين حيث جاء في المادة (٨٤٠) من (مرشد الحيران) بانها عقد رضائي ينعقد بالإيجاب والقبول دون حاجة الى اي شكل اخر ولم يشترط القانون شرطاً خاصاً لأثبات الكفالة فيخضع اثباتها للقواعد العامة ومع ذلك فان القانون المدني اشترط الكتابة في اثبات عقد الكفالة ولكن هذا الشرط للإثبات لانعقاد بحيث يجوز اثبات الكفالة بما يقوم مقام الكتابة كالإقرار واليمين[٢] .

٣ – الكفالة في الاصل عقد من العقود الملزمة لجانب واحد :-

فهو لا يلزم الا الكفيل اما الدائن وهو الطرف الاخر في عقد الكفالة فلا يلزم بشيء ناتج عن عقد الكفالة ولكن اذا كان هذا من طبيعة عقد الكفالة فهو ليس من مستلزماته اذ قد يكون عقد الكفالة ملزماً للجانبين كما في حالة التزام الدائن بدفع مبلغ من النقود الى الكفيل مقابل تحمله بالضمان على ان يلاحظ ان كل ما ذكرنا قاصر على الحالة التي يكون فيها الدين مضموناً بكفالة الكفيل وحده اما اذا وجد بجانب هذه الكفالة تأمين اخر سواء كان شخصياً او عينياً انقلب عقد الكفالة عقداً ملزماً للجانبين ذلك لان الدائن يلزم في هذه الحالة بالمحافظة على هذا التأمين .[٣]

---

(١) المادة (٦٢١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

(٢) المادة (٨٤٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

(٣) د. علي فوزي ابراهيم الموسوي ، مصدر سابق ، ص ١١-١٢ .

٤ – عقد الكفالة عقد تابع تعتبر هذه الخصيصة من أهم خصائص الكفالة بل انما تعتبر المعيار الفاصل لتمييز الكفالة من غيرها من وسائل الضمان الشخصية فحول هذه الصفة تتبلور جميع احكام الكفالة سواء من حيث الانعقاد او الصحة والبطلان والأوصاف او الوجود والانقضاء والاثار فالكفالة وسيلة من وسائل الوفاء بالتزام معين وعلى ذلك فأنه يستلزم لقيام الكفالة ان يوجد التزام اصلي بين الدائن والمدين لكي ترتكز عليه وتقوم على ضمان الوفاء به . وصفة التبعية في الكفالة لها نطاق اوسع ومعنى ادق واعمق من مجرد العلاقة بين الضمان والدين المضمون فالكفالة تتميز بتبعيتها المباشرة و الضيقة للالتزام المكفول وتفسير ذلك ببساطة يرجع الى ان محل التزام الكفيل هو الوفاء بالتزام المدين الاصلي عند عدم وفاء هذا الاخير به فاذا كان هنالك علاقتان وهنالك التزامان مستقلان التزام الدائن في مواجهة المدين والتزام الكفيل [١] في مواجهة الدائن الا انه مع ذلك لا يوجد الا دين واحد يجب الوفاء به فاذا ذلك فأن كل ما يمس هذا الدين ينعكس بالضرورة على التزام الكفيل . وصفة التبعية تعتبر من جوهر الكفالة وتشكل الفيصل في تكييف عقد الكفالة وعلى ذلك فان اتفاق للضمان لا يتوفر فيه التبعية فانه لا يعتبر كفالة وعلى عكس ذلك اتفاق للضمان الشخصي يتصف بهذه الصفة فانه يعتبر كفالة أياً كانت الالفاظ المستخدمة من جانب المتعاقدين او جرى العمل عليها وتعتبر من الامور الحتمية بالنسبة للكفالة وهذا ما يتضح من القانون المدني العراقي والذي تنص على ان لا تكون الكفالة صحيحة الا اذا كان الالتزام المكفول صحيحاً [٢] وحيث ذهب القانون المدني العراقي الى لا يجوز الكفالة في مبلغ اكبر مما هو مستحق على المدين ولا

---

(١) د .نبيل ابراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، بلا سنة نشر ، ص ٣١٠-٣١١ .

(٢) المادة (٧٧٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

يشترط اشد من شروط المدين المكفول.[1] لذلك اذا اتجهت ارادة الاطراف الى ابرام عقد الكفالة فانهم لا يستطيعون استبعاد النتائج التي تنشأ عن حق التبعية .

٥ – الكفالة بحسب الاصل من عقود التبرع ذلك ان الاصل ان الدائن لا يقدم مقابلاً كما سبق القول لالتزام الكفيل فهذا الاخير يلتزم متبرعاً فهو من حيث المبدأ لا يتلقى مقابلاً لا من الدائن ولا من المدين وتعكس هذه الخاصة النشأة الاصلية للكفالة حيث نشأت في محيط الاصدقاء او محيط الاسرة الواحدة ويبقى للكفالة وصفها بأنها عقد تبرعي حتى لو تلقى الكفيل مقابلاً من المدين فهذا الاخير ليس طرفاً في عقد الكفالة وتظل الكفالة عملاً تبرعاً في علاقة طرفيها الدائن من ناحية والكفيل من ناحية اخرى وكذلك الحال لو منح الدائن اجلاً للمدين في مقابل الكفالة ففي هذه الحالة ايضاً تظل الكفالة عملاً تبرعاً بالنسبة للكفيل لأنه لم يتلق هو بذاته شيئاً مقابل التزامه.[2]

المطلب الثالث

(١) المادة (٧٨٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

(٢) حمدي عبد الرحمن ، التأمينات الشخصية العينية (عقد الكفالة) ، بلا سنة نشر ، ص ٢٩٩– ٣٠٠ .

انواع الكفالة

تنقسم انواع الكفالة من حيث طبيعتها ومن حيث المصدر ، وان من حيث المصدر تنقسم الى (قانونية ، اتفاقية ، قضائية) ، اما من حيث طبيعتها تنقسم الى (تجارية ومدنية) :-

أولاً : من حيث المصدر

١ – الكفالة القانونية : وهي الكفالة التي يقوم بتقديمها المدين بناء على نص في القانون يوجب عليه تقديمها للدائن [١] من القانون المدني العراقي الذي الزم المنتفع بالمنقول بتقديم كفالة بإعادته بعد انتهاء مدة الانتفاع به.[٢] .

وحيث بين الدكتور محمد حسين منصور الكفالة القانونية بأن تكون الكفالة قانونية اذا اوجب القانون على المدين تقديمها أي ان المدين يلتزم بتقديمها وخصوصاً لنص القانون . [٣]

وايضاً بين الدكتور صابر محمد محمد سيد الكفالة القانونية وهي التي يلتزم المدين بتقديمها انصياعاً لنص في القانون فاذا كان مصدر التزام المدين بتقديم كفيل هو نص القانون وصفت الكفالة بانها قانونية . [٤]

٢ –الكفالة القضائية :- هي التي تأمر بها المحكمة كالكفالة التي تحكم عندما تقرر المحكمة اجراء الحكم مؤقتاً . وايضاً بينت الدكتورة راقية عبد الجبار الكفالة القضائية هي التي يأمر بها القضاء او هي التي يلتزم المدين بتقديمها بناء على حكم القاضي

---

(١) المادة (١٢٥٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

(٢) د . صلاح الدين الناهي ، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية ، بلا دار نشر ، ١٩٥٤ ، ص٢٦٢.

(٣) د . محمد حسين منصور ، النظرية العامة للأئتمان ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ٢٠٠١ ، ص٧٣ .

(٤) د. صابر محمد محمد سيد ، مصدر السابق ، ص ٥٩ .

فاذا كان المدين ملتزماً بتقديم الكفيل بناء على حكم قضائي بذلك وصفت الكفالة بأنها قضائية ومن الاحوال التي يلتزم بها المدين فيها بتقديم كفيل بناء على احكام قضائية وللمحكمة ان تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما يستحق من تعويضات اذا وافقت على قرار الشركاء الذين يملكون ثلاثة ارباع المال الذي يتضمن تغييرات اساسية تخرج عن حدود الادارة المعتادة في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال . (١)

٣ – الكفالة الاتفاقية :– فهي التي لا يحتمها القانون او القضاء بل يتفق عليها الطرفان رضاه . (٢) وقد بينت الدكتورة راقية الكفالة الاتفاقية هي التي يلتزم المدين بتقديمها للدائن بمقتضى اتفاق سابق بينهما ويكون من الاتفاق مصدر التزام المدين بتقديم الكفالة وكذلك هي التي يحميها القانون او القضاء بل تقدم للدائن بناء على الاتفاق عليها فاذا كان مصدرها المدين بتقديم الكفيل هو الاتفاق وليس نص القانون او حكم القضاء وصفت بأنها كفالة اتفاقية ويعد من قبيل الكفالة الاتفاقية سعي المدين من تلقاء نفسه الى الحصول على كفيل يضمنه ويقدمه من تلقاء نفسه دون ان يكون ملتزماً بذلك وللدائن حتى يحصل على ائتمان جديد او يجدد الائتمان السابق ويمكن ان تنشأ الكفالة كذلك في حالة تقديم الكفيل من تلقاء نفسه لضمان المدين و التزامه بذلك في مواجهة الدائن المكفول عليه حتى وان لم يعلم بها هذا الاخير وحتى رغم معارضته حيث يكون مصدر التزام الكفيل هنا هو الارادة المنفردة وهي مصدر ارادي يعتد به وتعتبر هاتان الحالتان من قبيل الكفالة الاتفاقية واذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه ولم يقدم كفيل للدائن فلجأ الدائن الى القضاء فألزمت المحكمة المدين بتقديم الكفيل فان الكفالة هنا تكون اتفاقية وليست قضائية وذلك لان

---

(١) د. راقية عبد الجبار علي ، التأمين والكفالة في القانون البحريني والقوانين العربية ، بلا دار نشر ، بلا سنة نشر ، ص ٢٥٠ .

(٢) د . صلاح الدين الناهي ، مصدر سابق ، ص ٢٦٢ .

الكفالة لا تعتبر قضائية الا اذا انشأ الالتزام بتقديم الكفيل ابتداء بحكم القاضي اما حكم القاضي هنا هو مقرر للكفالة وكذلك اذا كان المدين ملتزماً بتقديم الكفيل بناء على نص القانون ولم يقم المدين بتقديم الكفيل فلجأ الدائن الى القضاء فحكم القاضي بالزام المدين بتقديم الكفيل فان الكفالة هنا تكون كفالة قانونية وليست قضائية لان حكم القاضي هنا لم يأتي تأييداً او اقرار لنص القانون . [١]

ثانياً : من حيث طبيعتها:-

تنقسم الكفالة من حيث طبيعتها الى نوعين الكفالة المدنية والكفالة التجارية حيث يترتب التمييز بين نوعي الكفالة نفس نتائج التمييز بين الاعمال التجارية والاعمال المدنية من حيث احكام الاثبات والفائدة القانونية والاختصاص القضائي والأهلية الواجب توافرها في الكفيل .

١ – الكفالة المدنية :-

القاعدة العامة هي أن الكفالة عقد مدني لأنه من عقود التبرع وتقوم التجارة على الربح والمضاربة ولا تتفق مع صفة التبرع فالكفيل متبرع ولا يحصل على مقابل وتتحدد صفة الكفالة على هذا الاساس بغض النظر عن العلاقة بينه وبين المدين (المكفول عليه) الذي يعد طرفاً في عقد الكفالة ويترتب على ذلك ان الكفالة تعتبر مدنية ولو كان الكفيل يضمن دين تجاري وليد علاقة تجارية بين المدين والدائن ولو كان الكفيل لديه الاهلية التجارية ويقوم بممارسة نشاط تجاري طالما ان الكفالة تمت على سبيل التبرع . [٢]

---

(١) د . راقية عبد الجبار ، مصدر سابق ، ٢٤٧–٢٤٨ – ٢٤٩ .

(٢) د . محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ٧٤ .

حيث ان الأصل في الكفالة ان تعتبر عملاً مدنياً وتبقى الكفالة عملاً مدنياً بالنسبة للكفيل حتى ولو كان الالتزام المكفول التزاماً تجارياً لو كان كل من الدائن والمدين تاجراً او كان الكفيل نفسه تاجراً او ذلك استثناء من القاعدة التي تقضي بأن التزام الكفيل تابع للالتزام المكفول لان الأصل في الكفالة أن يكون الكفيل متبرعاً لا مضارباً فهو اذن لا يقوم بعمل تجاري بل يعمل مدني . [١]

٢ – الكفالة التجارية :-

تعتبر الكفالة عملاً تجارياً في عدة حالات استثنائية وهي :

أولاً : الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو عن تظهير هذه الأوراق تعتبر دائماً عملاً تجارياً . [٢] يتناول النص فرضيتين :-

الأول : الضمان الاحتياطي للورقة التجارية اي ضمان الالتزام الناشئ عن الورقة التجارية سواء بالكتابة على نفس الورقة او على ورقة مستقلة وهنا نكون بصدد كفالة للورقة التجارية وتعتبر دائماً عملاً تجارياً اذا اوردت على كمبيالة وبالرغم من عموم النص على ان كفالة الأوراق التجارية تعتبر دائماً عملاً تجارياً الا انه ينبغي التحفظ بصدد السند الادنى فلا الكفالة الواردة على هذا السند تجارية الا اذا كان السند نفسه تجارياً وهو يعتبر كذلك اذا تم تحريره بمناسبة عمل تجاري ولو كان محرره غير تاجر او اذا حرره تاجر سواء لعمل تجاري أو مدني .

ثانياً : تظهير الورقة التجارية على سبيل الضمان ومن المعروف ان تظهير الورقة التجارية يكون اما لنقل ملكيتها (تظهير ناقل) واما لتحصيل قيمتها (تظهير توكيلي) واما لرهنها (تظهير ضمان) وتظهير الورقة التجارية على سبيل الضمان

---

(١) المادة (١/٧٧٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

(٢) مادة ٢/٧٧٩ القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

يعد رهناً لضمان دين اخر اي اننا بصدد رهن الدين وهو صورة من صور الرهن الحيازي ولسنا بصدد كفالة ومن ثم فلم يكن المشروع بحاجة الى بحث الصفة التجارية لها ككفالة فهي ليست كفالة اصلاً حتى توصف بأنها مدنية او تجارية .

ثالثاً : تعتبر الكفالة عملاً تجارياً إعمالاً لقواعد القانون التجاري اذا اتخذت شكل الالتزام الصرفي بالتوقيع على ورقة تجارية تظهيراً او ضماناً احتياطياً .

رابعاً : تعتبر الكفالة عملاً تجارياً اذا كان الكفيل تاجراً وابرمها بقصد الربح ولتحقيق مصلحة تجارية كما في حالة كفالة المصرف لأحد عملائه في مقابل عمولة .

خامساً : تعتبر الكفالة في بعض الحالات عملاً تجارياً تبعياً كما في حالة كفلة التاجر لزميله بقصد تحقيق مصلحة تتعلق بتجارته هو كأن يحصل منه على مقابل (نقدي او عيني) او ان يكون تدخله لكفالته بهدف حماية ائتمانه والاحتفاظ به كعميل . [1]

المبحث الثاني

اركان وكيفية اثبات وانقضاء عقد الكفالة

(١) د . محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص٧٤-٧٥.

سوف نقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب حيث نبين في المطلب الاول اركان الكفالة ، اما المطلب الثاني كيفية اثبات الكفالة ، والمطلب الثالث سنتكلم عن انقضاء الكفالة.

المطلب الأول : اركان الكفالة

١ – الرضا :-

أن عقد الكفالة مثل غيره من العقود وقوامه الرضا الذي هو الاساس الطبيعي لكل عقد حيث ان عقد الكفالة يخضع للمبادئ العامة من حيث التعبير عن الارادة وشروط صحته حيث ان عقد الكفالة من العقود الرضائية التي لا يشترط في انعقادها شكل معين اي ان العقد ينعقد بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين في ان يتعهد الكفيل بأن يفي بالتزام المدين اذا لم يفي به المدين نفسه لذلك فان الرضا المطلوب هو رضا الدائن والكفيل حيث ان لا يشترط رضا المدين.[١]

وايضاً ذهب المشرع المصري الى القول طرفا الكفالة هما الدائن والكفيل فتنعقد الكفالة بمجرد توافق ارادتهما عليها ودون الحاجة الى رضا المدين لانه ليس طرفاً فيها لكن لا بد في انعقادها من تراضي طرفيها فلا يكفي رضا الكفيل وحده بل لا بد فيه من رضا الدائن ايضاً ولو رضا ضمنياً ويعتبر اتخاذ الدائن الاجراءات ضد الكفيل متضمناً رضاه بالكفالة ويجوز كفالة شخص واحد بتنفيذ الالتزامات المترتبة على عقد معين في ذمة عاقديه كليهما فينعقد عقد الكفالة في هذه الحالة بين الكفيل من جهة وكل من طرفي ذلك العقد يوصف كل منهما دائناً للأخر بمقتضى عقد الكفالة المبرم بينهما واذا عقدت الكفالة لمصلحة المدين كما هو الغالب فيها فأن ذلك

(١) علي فوزي ابراهيم الموسوي ، مصدر سابق ، ص ٢٨ .

لا يجعل المدين طرفاً فيها وغاية الامر انه يجعله في مركز المنتفع من اشتراط لمصلحة الغير ففي جميع الاحوال لا يحتاج في عقد الكفالة الى رضا المدين . يتبين ان المشرع المصري يوافق الرأي مشرع العراقي في الرضا للدائن . [١]

الأهلية :-

ان الكفالة تعتبر من عقود التبرع من ناحية الكفيل لأنه يلزم دون مقابل بضمان دين لا مصلحة له فيه ولذلك يشترط لانعقاد العقد صحيحاً ان تتوافر اهلية التبرع في الكفيل وهي الأهلية اللازمة للتصرفات الضارة ضرراً محضاً ويتحقق ذلك اذا كان الكفيل رشيداً اي بلغ الثامنة عشرة من عمره [٢]. اما اذا كان الكفيل ناقص الأهلية كالصبي المميز ومن هو في حكمه فان العقد يكون باطلاً بطلاناً مطلق بالنسبة للقانون المصري وباطلاً في القانون المدني العراقي وعلى العكس من ذلك فان الكفالة بالنسبة للدائن تعتبر عملاً نافعاً محضاً وكذلك فلا يشترط فيه الا أهلية التعاقد وهي تكون للصبي المميز ومن في حكمه وتنعقد الكفالة صحيحة اذا كان واحداً من هؤلاء ان تكون صحيحة من جهة الكفيل ايضاً . [٣]

التعبير عن الارادة :-

تنعقد الكفالة بين الكفيل والمكفول له سواء صدر الايجاب من الكفيل ام من المكفول له . [٤]

وتصح الكفالة بكل لفظ يدل عليها عرفاً او لغة سواء كان اللفظ صريحاً كقوله انا كفيل او زعيم او ضمين او قبيل وحيث ان كيفية التعبير عن الارادة لا تثير اي

---

(١) د . سلمان مرقس ، شرح القانون المدني في العقود المسماة عقد الكفالة، بلا دار نشر ، ١٩٩٤ ، ص ٣١-٣٢.

(٢) المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

(٣) د . علي فوزي ابراهيم الموسوي ، مصدر سابق ، ص ٢٩ .

(٤) مادة (١٠٠٩) من القانون المدني العراقي .

صعوبة بالنسبة للدائن فهو يعبر عن رضاه بالكفالة بإرادته الصريحة او الضمنية بل ان السكون يعتبر قبولاً من جانبه اذ ان ايجاب الكفيل يتمخض لمصلحته . [١]

اما كيفية تعبير الكفيل عن ارادته فقد اثارت جدلاً في الفقه والقاعدة في المبادئ العامة هي ما تقرره المادة (٧٩) مدني من ان الايجاب والقبول يكون بالمشافهة كما يكون بالمكاتبة وبالمكاتبة وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الاخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ اي مسلك اخر لا تدع ظروف الحالة شكاً في دلالته على التراضي ورغم عدم وجود نص في القانون يوجب ان يكون تعبير الكفيل عن ارادته صريحاً الا ان فريقاً من الفقه ذهب الى اشتراط ذلك على اساس خطورة عقد الكفالة بالنسبة للكفيل وذهب فريق اخر من الفقه الى انه لا يشترط ان يكون التعبير عن الارادة صريحاً الا اذا وجد اتفاق يلزم بذلك اما اذا لم يوجد اتفاق فلا يشترط ان يكون التعبير صريحاً لأنه لا يوجد نص في القانون يوجب ذلك . والحقيقة ان الأخذ بالرأي الأول لا يتفق مع القواعد العامة والتي تجيز ان يكون التعبير عن الارادة صريحاً او ضمنياً ما لم ينص القانون او يتفق على ان يكون صريحاً . [٢]

٢-المحل :-

محل هو الركن الثاني من اركان عقد الكفالة حيث ان محل التزام الكفيل هو ضمان تنفيذ الالتزام الأصلي والوفاء به اذا لم يفي به المدين نفسه وحتى يكون التزام الكفيل ممكناً يجب ان يكون الالتزام الأصلي المكفول موجوداً وصحيحاً وعلى ذلك اذا كان الالتزام الأصلي غير موجود او وجد ثم ابطل او وجد ثم انقضى لا يكون لالتزام الكفيل محل ومن ثم يقع باطلاً ويشترط ايضاً لصحة التزام الكفيل ان يكون محله

---

(١) مادة (٢/٨١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

(٢) د . علي فوزي ابراهيم الموسى ، مصدر سابق ، ص ٣٢ .

معيناً او قابلاً للتعيين وهذا التعيين او القابلية للتعيين مرتبط ايضاً بالتزام المدين اما شرط المشروعية فهو مفروض دائماً لان التعهد بكفالة التزام صحيح هو محل مشروع في جميع الاحوال . حيث ان المحل في قوانين اخرى ان المحل في عقد الكفالة في اركان العقد التي لا ينعقد الا بوجودها المحل والمحل في القانون قد يكون مالاً او قد يكون امتناعاً عن عمل او الذي يقع غالباً هو كفالة الالتزام الذي يكون محله مبلغاً وقد يكون محل الالتزام نقل ملكية عقار او منقولاً مبلغاً من النقود فيأتي البائع مثلاً بكفيل يضمنه لدى المشتري في التزام الاول بنقل ملكية المبيع الى ان يأتي بكفيل يضمنه في التزامه بهذا العمل ويجوز لتاجر ملتزم بعدم منافسة تاجر اخر ان يأتي بكفيل يضمنه في الالتزام بعد المناقشة . [1]

٣ – السبب :-

السبب هو الدافع الباعث الذي دفع الملتزم الى ان يرتب في ذمته الالتزام ولا بد لانعقاد عقد الكفالة وغيره من العقود ان يكون السبب مشروعاً وهدف الكفالة هو الضمان اي التزام شخص اخر يتعهد بالوفاء ان لم يفي به الشخص الاصلي ويجب الا يكون وراء ان تهدف الكفالة الى الخروج على احكام القانون وذلك كما لو كان القصد منها ضمان التزام لا يقره القانون لعدم مشروعية مصدره كضمان ما ينشأ من ديون القمار او شراء المخدرات او اسلحة تباع للمدنيين في غير الاحوال التي يصبح فيها القانون التعامل على مثل هذه الأشياء او ضمان التزام المدين بمقابل لارتكاب عمل غير مشروع وتكون الكفالة غير مشروعة اذا قصد منها تحقيق غاية غير مشروعة خاصة به كما لو كان كفل دين امرأة لترضى بعلاقة غير مشروعة معه وملخص هذا تكون الكفالة غير مشروعة اذا كان القصد منها تشجيع تعامل مخالف للقانون وبطلان الكفالة في تلك الصور ينتج عن عدم مشروعية سبب الكفيل باعتباره

(١) د . محمد بن ابراهيم الموسى ، نظرية الضمان الشخصي ، بلا دار نشر ، ١٩٩١ ، ص٣٠٢ .

الباعث الدافع الى الالتزام بالكفالة لكنهما يختلفان عند التطبيق فما يراه الشرع محرماً وممنوعاً قد يقبحه القانون وما يراه القانون ممنوعاً قد تبيحه الشريعة وتجيزه فنجد ان القانون يتفق مع الشريعة في انه يعتبر التعامل بالربا الفاحش وتعاطي المخدرات غير جائز ولا يجوز الكفالة فيها وتختلف الشريعة في انها تمنع التعامل بالربا مطلقاً كثيرة وقليلة لقوله تعالى ((واحل الله البيع وحرم الربا)) [١] ، وكما ان الشريعة تحرم التعامل ببيع لحم الخنزير او الخمر ولا يجوز الكفالة فيهما كقوله تعالى ((حرمت عليكم الميته والدم ولحم الخنزير)) . [٢]

وان الفرق بين المحل والسبب ان المحل هو ما تنعقد عليه الكفالة من مال او عمل او الامتناع عن عمل اما السبب فهو الذي يدفع الشخص ويبعث في نفسه الرغبة الى التعاقد . [٣]

المطلب الثاني

كيفية اثبات الكفالة

---

(١) سورة البقرة آية ٢٧٥ .

(٢) سورة المائدة آية ٣ .

(٣) د . محمد ابراهيم الموسى ، مصدر سابق ، ص٣٠٣-٣٠٤ .

نص القانون المدني العراقي على كيفية اثبات الكفالة لا تتثبت الكفالة الا بالكتابة ولو كان من الجائز اثبات الاصلي بالبينة "[1] . ونفهم من هذا النص ان الكتابة ضرورية لإثبات التزام الكفيل ولكنها غير ضرورية لانعقاد الكفالة لذلك ليست الكفالة بعقد شكلي بل هي عقد رضائي والكتابة ليست ضرورية الا لإثبات التزام الكفيل والكتابة ضرورية لإثبات التزام الكفيل حتى لو كان الالتزام يثبت بالبينة بأن كان مثلاً عشرين جنيهاً فأقل كذلك الكتابة لازمة لإثبات بالبينة اذا وجد مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي او اذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب اجنبي لا بد له فيه كذلك يجوز إثبات الكفالة بالإقرار واليمين وهذان طريقان للإثبات جائزان حيث يجب الاثبات بالكتابة والاثبات بالكتابة ضروري فيما بين الكفيل والدائن اما فيما بين الكفيل والمدين عندما يريد الأول الرجوع على الثاني بعد ان يفي بالالتزام فلا يشترط الكتابة ويخضع الاثبات هنا للقواعد العامة فيجوز الاثبات بالبينة والقرائن اذا كان رجوع الكفيل على المدين بعشرين جنيهاً فأقل وكذلك الاثبات بالكتابة ليس ضرورياً حتى فيما الكفيل والدائن ويجوز الاثبات بالبينة والقرائن لو كان التزام الكفيل تجارياً ويجب ان تكون الكتابة ثابتة التاريخ حتى يجوز الاحتجاج بها على الغير كما لو اوفى الكفيل الدين وحل محل الدائن في رهن رسمي مثلاً وكان هناك دائن مرتهن نال في المرتبة . [2] وايضاً فيما جاء في مجلة الاحكام العدلية حيث تنعقد الكفالة بإيجاب الكفيل فقط ولكن إن شاء المكفول له ردها فله ذلك وتبقى الكفالة ما لم يردها المكفول به وعلى هذا لو كفل احد في غياب المكفول له بدين له على احد ومات

---

(١) مادة (٧٧٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

(٢) د . عبد الرزاق احمد الشهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية) ، ج١٠ ، دار احياء التراث العربي ، بلا سنة نشر ، ص ٧٩-٨٠ .

المكفول له قبل ان يصل الخبر الكفالة يطالب الكفيل بكفالته . [١] حيث ان مجلة الاحكام العدلية لم تشترط اثبات الكفالة كتابة وانما اشترطت ان يتم التلفظ بعبارة تدل على التعهد والالتزام في العرف و العادة فلو قال انا كفيل او ضامن مثلاً انعقدت الكفالة (المادة ٦٢٢) من مجلة الاحكام العدلية . [٢]

المطلب الثالث

انقضاء الكفالة

ان المشرع العراقي نص على حالة انتهاء عقد الكفالة حيث ان تنتهي الكفالة في حالة اداء المدين او الكفيل او كفيل الدين المكفول به بوجب براءة المدين والكفيل وكفيل الكفيل وابراء الدائن المدين يوجب براءة الكفيل ولكن براءة الكفيل لا يوجب براءة المدين وايضاً اذا مات المكفول له وانحصر ميراثه في المدين برئ كفيله من الكفالة فان كان له وارث اخر برئ الكفيل من حصة المدين لا من حصة الوارث الاخر [٣] .

وبين القانون المدني العراقي اذا صالح الكفيل او المدين الدائن على مقدار الدين فأنهما يبرءان ان اشترطت براءتهما او براءة المدين وحده او لم يشترط شيء فأن اشترطت براءة الكفيل دون المدين برئ الكفيل وحده وكان الدائن مخيراً ان شاء اخذ جميع دينه من المدين وان شاء اخذ بدل الصلح من الكفيل والباقي من المدين . [٤]

---

(١) سعاد توفيق سليمان ابو مشايخ ، عقد الكفالة المدنية والاثر المترتب عليه دراسة مقارنة بين مجلة الاحكام العدلية والقانون المدني المصري ، رسالة ماجستير جامعة النجاح الوطنية ، كلية الدراسات العليا ، فلسطين ، ٢٠٦ ، ص ٧٦ .

(٢) المادة (٦٢٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

(٣) د. علي محمد ابراهيم الكرباسي ، مصدر سابق ، ص ٢٣٢ .

(٤) المادة (١٠٤٤) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

وجاء في القانون المدني العراقي لا يطال الكفيل في الكفالة المؤقتة الا في مدة الكفالة فاذا انقضت هذه المدة برئت ذمة الكفيل . [١]

حيث ذهب القانون المدني العراقي اذا مات الكفيل بالمال يطالب بالمال المكفول به في تركته . [٢]

حيث ان يتم انقضاء الكفالة بصفتين اولهما الصفة التبعية والاخرى صفة الاصلية وان الصفة التبعية ينقضي الالتزام المكفول وينقضي تبعاً له التزام الكفيل بجميع اسباب الانقضاء العامة كما لو حصل الوفاء من المدين فينقضي به التزامه وينقضي ايضاً تبعاً له التزام الكفيل او قد ينقضي الالتزام المكفول في الوفاء بمقابل كما لو قبل الدائن في استيفاء حقه اخر غير الشيء المستحق [٣]عندئذ يقوم مقام الوفاء .

حيث جاء القانون المدني العراقي على ان ينقضي الالتزام المكفول بالتجديد كما لو اتفق الطرفان في تجديد الالتزام على ان يستبدلا بالتزام الاصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله او في مصدره . [٤]

وايضاً ينقضي الالتزام بالإنابة اذا حصل المدين موافقة الدين بشخص اجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين او قد ينقضي بالمقاصة وهو عبارة عن اسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه مقابل دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه او قد ينتهي الالتزام باستحالة التنفيذ اذا ثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلاً عليه لسبب اجنبي لا بد له فيه . [٥]

---

(١) المادة (١٠٤٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

(٢) المادة (١٠٤٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

(٣) د . رعد ادهم عبد الحميد و د. نوزاد صديق سليمان عقد الكفالة (دراسة في القانون والشريعة الاسلامية) بحث منشور على الموقع الالكتروني www.iasj.com .

(٤) المادة (٤٠١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

(٥) المادة (٤٠٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

وذهبت المادة من القانون المدني العراقي ينقضي الالتزام باتحاد الذمة كما لو اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين فينقضي الدين لاتحاد الذمة بالقدر الذي اتحد فيه . [١]

اما الصفة الثانية هي الصفة الاصيلة اشرنا في الصفة التبعية الى اساس العامة الانقضاء الكفالة ونشير الى الاسباب الخاصة في الصفة الاصيلة حيث هذه الاسباب ترجع في الحقيقة الى طبيعة التزام الكفيل باعتباره ملتزم عن المدين التزاماً اريد به ان يكون ضماناً احتياطياً للدائن في حالة عدم كفاية اموال المدين للوفاء بدينه او من شأن الوفاء به ان نخول الكفيل حق الرجوع على المدين فاذا اهمل الدائن في مطالبة المدين اهمالاً ترتب عليه تعذر تحصيل الدين كله او بعضه من اموال المدين حيث نصت المادة من القانون المدني العراقي تنتهي الكفالة اذا مات المكفول له وانحصر ميراثه في في المدين برأ كفيله من الكفالة فان كان له وارث اخر برأ والكفيل من حصة الدين لا من حصة الوارث ، [٢] وتنتهي الكفالة كذلك في احالة المدين او كفيله الدائن بالدين المكفول به على اخر حوالة مقبولة من المحال له او المحال عليه توجب براءة الاصيل والكفيل معاً . [٣]

(١) المادة (٤١٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

(٢) المادة (١٠٤٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

(٣) د . رعد ادهم عبد الحميد ونوزاد صديق سلميان ، مصدر سابق ، ص ٥٥ .

الخاتمة

يُعَّدُ عقد الكفالة البسيطة من العقود المهمة في الحياة العملية والعلمية ونظراً لتشابك العلاقات الانسانية والضرورة الماسة الى الدخول والتعايش في المجتمع لإشباع الحاجات الانسانية والميول والرغبات لذا كان لا بد من وجود تنظيم قانوني سليم يكفل تنظيم هذا الوع من العقود. وبعد الانتهاء من البحث في عقد الكفالة نبين أهم ما توصلنا اليه من نتائج وتوصيات .

أولاً : النتائج :-

١ – تعتبر الكفالة من أهم وسائل التأمينات والتي اوردها المشرع العراقي كونها تسهم في تعزيز الثقة بالمدين ووسيلة اطمئنان للدائن .

٢ – ان المشرع قد اجاز للكفيل اذا ادى من ماله الخاص ان يرجح بما اداه على المدين وهذا يدخل في نطاق (قضاء دين الغير) .

٣ – ان الكفالة هي عقد فعلى الرغم من انها تدخل ضمن موضوع التأمينات الا انها عقداً وهذا يستوجب ان يتوافر في هذا العقد (الكفالة) جميع اركان العقد العامة وهي (الرضا ، والمحل ، والسبب) .

٤ – ينبغي على من يتمسك بوجود عقد الكفالة أن يقوم بأثبات وجود هذا العقد متبعاً في ذلك القواعد المقررة في قانون الاثبات .

ثانياً : التوصيات :-

١ – نقترح على المشرع العراقي إعادة النظر في موضوع عقد الكفالة واجراء التعديلات التي تصب في مصلحة الجميع لكون المدني العراقي قد مر عليه زمن طويل ولم يرى التعديل .

٢ – ان المادة (١٠٣٣ ف ٢) من القانون المدني العراقي قد اجازت او نصت على ان الكفيل يحل محل الدائن في جميع ما لهذا الدائن من حقوق تجاه المدين فنقترح ان تضاف عبارة (وعلى الرغم من معارضة المدين لهذه الحلول) .

٣ – نظراً لأهمية عقد الكفالة فنقترح على المشرع العراقي ان ينظم طريقة اثبات هذا العقد بصورة اكثر دقة وليس فقط ترك مسألة اثباته الى القواعد العامة .

المصادر

أولاً : القرآن الكريم .

١ – سورة البقرة ، الآية (٢٧٥) .

٢ – سورة آل عمران ، الآية (٣٧) .

٣ – سورة المائدة ، الآية (٣) .

ثانياً : الكتب والمؤلفات .

١ – د . حمدي عبد الرحمن ، التأمينات الشخصية والعينية (عقد الكفالة) بلا دار نشر ، بلا سنة نشر .

٢ – د . راقية عبد الجبار علي ، التأمين والكفالة في القانون البحريني والقوانين العربية ، بلا دار نشر ، بلا سنة نشر .

٣ – د . رعد ادهم عبد الحميد و د . نوزاد حسين سليمان ، عقد الكفالة (دراسة في القانون والشريعة الاسلامية .

٤ – د . سليمان مرقس ، شرح القانون المدني في العقود المسماة (عقد الكفالة) ، ١٩٩٤ .

٥ – د . سمير عبد السيد ، التأمينات الشخصية والعينية ، بلاد دار نشر الاسكندرية ، ١٩٩٦ .

٦ – د . صابر محمد محمد سيد ، رجوع الدائن على الكفيل ، دار الكتب القانونية ، ٢٠١٠ .

٧ – صلاح الدين الناهي ، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية ، بلا دار النشر ، ١٩٥٤ .

٨ – د . عبد الرزاق احمد ، الشهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية) ، ج ١٠ ، دار احياء التراث العربي ، بلا سنة نشر .

٩ – د . علي حيدر ، دار الحكم شرح جملة الاحكام مكتبة النهضة بيروت ، بلا سنة نشر .

١٠ – د . علي فوزي ابراهيم الموسوي ، عقد الكفالة ، مكتبة نور العين للكتب والمحاضرات القانونية ، ٢٠١٨ .

١١ – د . علي محمد ابراهيم الكرباسي ، موسوعة التشريعات العقارية ، المكتبة القانونية ، مطبعة دار الحكمة ، بغداد ، ١٩٩١ .

١٢ – د . محمد بن ابراهيم الموسى ، نظرية الضمان الشخصي ، ج ١ ، ١٩٩١ .

١٣ – د . محمد حسين منصور ، النظرية العامة للائتمان ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ٢٠٠١ .

١٤ – د . نبيل سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، مكتبة دار الثقافة ، بلا سنة نشر .

ثالثاً : الرسائل والاطاريح .

سعاد توفيق سليمان ابو مشايخ ، عقد الكفالة المدنية والاثر المترتب عليه دراسة مقارنة بين مجلة الحكام العدلية والقانون المدني المصري ، رسالة ماجستير جامعة النجاح الوطنية ، كلية الدراسات العليا ، فلسطين ، ٢٠٠٦ .

رابعاً : القوانين .

القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ م .