سلسلة العدالة في القانون المدني (٥٥)

عقد الكفالة

في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء

أركان الكفالة – خصائص عقد الكفالة - إثبات الكفالة - الشروط الواجب توافرها في الكفيل - كفالة المدين بغير علمه ورغم معارضته - الالتزام الذي ترد عليه الكفالة - كفالة الالتزام الباطل - كفالة الالتزام القابل للإبطال - كفالة ناقص الأهلية - جواز الكفالة في الدين المستقبل و الدين الشرطي - كفالة الدين التجاري والأوراق التجارية - آثار الكفالة - العلاقة ما بين الكفيل والدائن - براءة ذمة الكفيل - تقدم الدائن في تفليسة المدين للرجوع على الكفيل - التزام الدائن بتسليم الكفيل سندات الدين عند الوفاء له - رجوع الدائن على الكفيل بعد رجوعه على المدين - إرشاد الكفيل عن أموال المدين - مناط تضامن الكفلاء عند تعددهم - تمسك الكفيل بالدفوع - التضامن بين الكفلاء في الكفالة القضائية أو القانونية – رجوع الكفيل المتضامن على باقي الكفلاء – العلاقة بين الكفيل والمدين – حلول الكفيل محل الدائن بقدر ما وافاه - انقضاء الكفالة.

المستشار القانوني

أشرف أحمد عبد الوهاب

المحامي بالنقض والإدارية العليا

المستشار

إبراهيم سيد أحمد

رئيس محكمة الاستئناف

الطبعة الأولى ٢٠٢٠

دار العدالة للنشر والتوزيع

٨٥ شارع محمد فريد – الدور (٥) – عابدين – القاهرة

Tel: 00202/23916135 – fax: 00202/23955271

WWW. ELADALAH.COM -002/ 01002551699

اسم الكتاب : عقد الكفالة

المؤلف : المستشار القانوني/ أشرف أحمد عبد الوهاب
المحامي بالنقض والإدارية العليا

الناشر : دار العدالة للنسر والتوزيع ٨٥ شارع محمد
فريد – الدور (٥) – القاهرة
Tel: 00202/23916135 – fax: 00202/23955271

حقوق التأليف : جميع حقوق الطبع محفوظة ولا يجوز إعادة طبع
أو استخدام كل أو جزء من هذا الكتاب إلا وفقاً
للأصول العلمية والقانونية المتعارف عليها.

الطبعة : الأولى.

سنة الطبع : 2020

رقم الإيداع : 2018/2889

الترقيم الدولي : 978 - 977- 85376- 3 -5

الموقع : www. ELADALAH.com

الإيميل eladalahashrf@gmail.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

قال الله سبحانه وتعالى:

﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعَۢا بَصِيرًا ﴾.

صدق الله العظيم

قال العماد الأصفهاني...

"إني رأيتُ أنه لا يكتب إنسانٌ كتاباً من يومهِ إلا قال في غَدِهِ: لوُ غُيِّرَ هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يُستحَسن، ولو قُدِّم هذا لكان أفضل، ولو تُرِك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر"...

بسم الله الرحمن الرحيم

مُقَدِّمَة

هذا الكتاب من سلسلة كتب العدالة في القانون المدني التي تنفرد بها دار العدالة للنشر والتوزيع، حيث نقوم في هذه السلسلة باستعراض كل موضوعات القانون المدني، وذلك تيسيراً لمهمة القاضي والمحامي والباحث في الاستعانة بأي من هذه الموضوعات التي تهمه، وتكون عوناً له في مجال عمله، وفي الوصول إلى الرأي الصحيح والمبدأ المستقر.

وهذا الكتاب رقم (٥٥) في سلسة القانون المدني (عقد الكفالة) يتضمن شرحا فقهياً وتعليقاً بآراء الفقهاء كما ضمنته أيضاً أهم المبادئ القضائية الحديثة التي أرست قواعدها المحاكم المصرية والعربية.

راجياً من ذلك أن أكون – بهذا الجهد المتواضع – قد أسهمت في إلقاء بعض الضوء على أهم قوانيننا ارتباطاً بالحياة والمعاملات.

والله وحده المستعان . . . وهو نعم المولى ونعم النصير،،،

المستشار القانوني

أشرف أحمد عبد الوهاب

المحامي بالنقض والإدارية العليا

٢٠٢٠/٢/١

أركان الكفالة

النص التشريعي (مادة ٧٧٢):

الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ إلتزام بأن يتعهد للدائن بان يفى بهذا الإلتزام إذا لم يلف به المدين نفسه.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية المواد التالية:

مادة ٧٨١ ليبى و ٧٣٨ سورى و ١٠٠٨ عراقى و ٦٥٤ سودانى و١٠٥٣لبنانى و١٤٧٨ تونسى.

الأعمال التحضيرية:

عرف الاستاذان بودرى وفال الكفالة بأنها: " عقد بمقتضاه يكفل شخص من الغير تنفيذ إلتزام بأن يعهد بالوفاء إذا لم يقم به المدين نفسه على أن يحفظ بحق الرجوع على هذا المدين " ولاشك ان هذا التعريف يفضل التعارف الورادة بالتقنين المصرى أو بالتقنينات الآخرى أو بالمشروع الفرنسى الإيطالى لأنه تعريف واف يبرز عناصر الكفالة وخصائصها الأساسية وينفى على الأخص كل وجه للخلط بينها وبين التضامن إذ هو يبين أن الكفيل يضمن تنفيذ إلتزام أصل وأنه يرجع على المدين إذا قام بالوفاء ولذلك إتخذ المشروع من هذا التعرف أساساً للتعريف الوراد بالمادة على انه مع ذلك أدخل عليه أربعة تعديلات (١) أضاف أن الكفيل يتعهد للدائن وذلك ليشعر بان الكفيل يلتزم مباشرة قبل الدائن وأن الكفالة تتم بمجرد توافق إرادتى الدائن والكفيل دون حاجة لرضاء المدين بها مقدما (٢) حذف عبارة " من الغير " وإكتفى بأن يقرر أن الكفيل شخص يضمن تنفيذ إلتزام وذلك منعاً لكل التباس لأنه إذا كان صحيحاً أن

الكفيل هو من الغير بالنسبة للإلتزام الأصلى القائم بين الدائن والمـدين إلا أنه بالنسبة لعقد الكفالة هو طرف فيه (٣) استبدل بعبارة " الكفيـل يقـوم بالوفاء إذا لم يؤده المدين "وهى العبارة ذاتهـا التـى إسـتعملها التقنـين المصرى (م ١٩٥ /٦٠١) عبارة عامة تقرر ان الكفيل يضمن تنفيذ إلتزام بان يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه " وطبقـاً لهذه العبارة العامة يمكن ان ترد الكفالة كما قال بحق الاستاذ دوهلتس على أى إلتزام مهما كان نوعه مادام يمكن تقديره نقدا أو يترتب علـى عـدم تنفيذه الحكم بتعويضات. (٤) حذف العبارة الأخيرة " على ان يحتفظ بحق الرجوع على المدين " لان حكمها مفهوم بداهة من سياق النصوص مـادام المشرع يعرض لرجوع الكفيل على المدين ويحدد شروطه ومداه.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء٥ـ ص٤٢١و٤٢٢و٤٢٣)

رأى الفقه :

١- يؤخذ من التعريف الوراد بنص المادة ٧٧٢ مدنى أن الكفالة عقد بين الكفيل والدائن أما المدين الأصلى فليس طرفاً فى عقد الكفالة بـل أن كفالة المدين تجوز بغير علم المدين وبرغم معارضته إذ أن هذا الإلتـزام هو الذى يضمنه الكفيل فيجب ان يكون مذكوراً فى وضوح ودقة فى عقـد الكفالة وهذا الإلتزام المكفول أكثر ما يكون مبلغ من النقـود وقـد يكـون إعطاء شئ غير النقود كما قد يكون عملاً أو إمتناعا عن عمل فإذا لم يكن الإلتزام المكفول مبلغا من النقود ضمن الكفيل ماعـسى أن يكـون علـى المدين الأصلى من تعويض من جراء إخلاله بالإلتزام بإعطاء شئ غيـر النقود أو من جراء إخلاله بالإلتزام بعمل اوالإمتناع عن عمل.

فالكفالة إذن تفترض وجود إلتزام مكفول وهذا الإلتزام يفترض وجود مدين أصلى به ودائن كما تفترض الكفالة وجود عقد بين الكفيل والـدائن

بالإلتزام الأصلى المكفول بموجبه يفى الكفيل بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين الأصلى فالكفالة ترتب إلتزاماً شخصياً فى ذمة الكفيل وإلتزام الكفيل هذا تابع للإلتزام الأصلى.

ولا يعتبر عقد الكفالة: (١) عقد الإنابة ولو كانت غير كاملة فإن المناب يلتزم بدفع دين الغير إلتزاما أصلياً إلتزاماً تابعاً ولا يستطيع أن يحتج بالدفوع إلى يحتج بها المنيب على المناب لديه (٢) القابل لكمبيالة وموقعوها، وكلهم ملتزمون إلتزاماً أصلياً بدفع قيمة الكمبيالة ولذلك لا يعتبرون كفلاء. (٣) المدين المتضامن مع مدينين آخرين فإنه يلتزم إلتزاما أصلياً بالتضامن مع سائر المدنين ولذلك لا يعتبر كفيلا لهم وهذا بخلاف الكفيل المتضامن مع المدين الأصلى فإنه يلتزم إلتزاما تابعاً لإلتزام المدين الأصلى وذلك يكون كفيلا له (٤) الوكيل بالعمولة الذى يضمن يسار العميل، يلتزم إلتزاما أصلياً ولذلك لا يعتبر كفيلا للعمل (٥) عقد التأمين يسار المدين لايتعبر عقد كفالة فان المؤمن لايضمن يسار المدين بل يلتزم إلتزاما أصلياً بموجب عقد التأمين لا بوفاء دين المدين ذاته بل تعويض الدائن عن الضرر الذى يلحقه من جراء إعسار المدين (٦) عقد التعهد عن الغير لا يعتبر عقد كفالة إذ أن المتعهد عن الغير لا يكفل هذا الغير بل إلتزام إلتزاماً أصلياً بالحصول على موافقة الغير أن يلتزم فإذا ما وافق الغيرعلى أن يلتزم فقد قام المتعهد بإلتزامه ولا يكفل بعد ذلك يسار الغير ولذلك لا يعد كفيلاً له.

(الوسيط ـ ١٠ ـ للدكتور السنهوري ـ طبعة ١٩٦٩ ـ ص١٨ ومابعدها)

٢- يبرز التعريف الوارد بالمادة ٧٧٢ مدنى عناصر الكفالة وخصائصها الأساسية مما ينفى كل وجه للخلط بينها وبين التضامن ويضح من هذا التعريف: (أ) ان الكفالة تتم بمجرد توافق إرادتى الدائن والكفيل

دون حاجة لرضاء الميدن بها (ب) أن محلها يمكن أن يكـون أى إلتـزام مهما كان نوعه فلا يشترط أن يكون ديناً من النقود مادام يمكن تقديره نقدا أو يترتب على عدم تنفيذه بالحكم بالتعويض (ج) ان الكفيل يضمن تنفيـذ إلتزام اصل وانه يرجع على المدين إذا قام بالوفاء.

(التقنين المدني- للدكتور محمد علي عرفة- المرجع السابق- ص٥٦٨)

٣- من التعريف الوراد بنص المادة ٧٧٢ مدنى يتضح أن الكفالة عقد ينعقد بين شخص يسمى الكفيل وشخص اخر له فى ذمة ثالث إلتزام فهـى تفترض وجود إلتزام ايا كان محله يعبر عنه بالإلتزام الأصلى أو الإلتـزام الكفولة وتنعقد بين الكفيل والدائن بهذا الإلتزام الأصلى ويعتبر عنه المشرع بالدائن أما المدين بالإلتزام الأصلى وهوالذى يعبر عنه بالمدين فلا يعتبـر طرفاً فى عقد الكفالة.

ومحل الكفالة تعهد الكفيل الدائن بأن يفى بالإلتزام الأصلى إذا لم يـف به المدين نفسه ولا تعنى عبارة: (إذا لم يف به المدين نفـسه) أن الكفيـل يتعهد بإلتزام معلق على شرط واقف هوعدم قيام المدين بالوفـاء والـرأى السائد ان الكفيل يتعهد بحسب الأصل إلتزام غير معلق على شرط ويرجع عدم إعتبار إلتزام الكفيل إلتزاماً شرطياً إلى أن الشرط بمعنـاه الفنـى لا يكون إلا أمراً عارضاً يمكن تصور قيام الإلتزام بدونه فى حين أن إلتـزام الكفيل بتنفيذ الإلتزام الأصلى يكون حتماً معلقاً على عدم وفاء المدين نفسه بهذا الإلتزام فالكفيل يتعهد بإلتزام تابع لإلتزام المدين وصفة التبعية هـذه هى التى تدل عليها عبارة: (إذا لم يف به المدين نفسه)

(عقد الكفالة – الدكتور مصطفي منصور- طبعة١٩٦٠- ص٧ ومابعدها)

- **التعريف بالكفالة :** يتضح من نص المادة سالفة الذكر أن الكفالـة عقد بين الكفيل والدائن، أما المدين الأصلي فليس طرفا في عقد الكفالة، بل

إن كفالة المدين تجوز بغير علم المدين، وتجوز أيضا رغم معارضته، والذي يهم في الكفالة هو التزام هذا المدين، إذ أن هذا الالتزام هو الذي يضمنه الكفيل، فيجب أن يكون مذكورا في وضوح ودقة في عقد الكفالة، وهذا الالتزام المكفول أكثر ما يكون مبلغ من النقود، وقد يكون إعطاء شيء غير النقود. كما قد يكون عملا أو امتناعا عن عمل. فإذا لم يكن الالتزام المكفول مبلغا من النقود، ضمن الكفيل ما عسى أن يحكم على المدين الأصلي من تعويض من جزاء إخلاله بالالتزام بإعطاء شيء غير النقود، أو من جراء إخلاله بالالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل. فالكفالة إذن تفترض وجود التزام مكفول، وهذا الالتزام يفترض وجود مدين أصلي به ودائن، كما تفترض الكفالة وجود عقد بين الكفيل والدائن بالالتزام الأصلي المكفول بموجبه يفي الكفيل بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين الأصلي. فالكفالة ترتب التزاما شخصيا في ذمة الكفيل.

- **خصائص عقد الكفالة :** يبين مما تقدم أن الكفالة تتميز عند النظر إليها على وجه الاستقلال بأنها عقد رضائي، ملزم للجانبين، وأنها تنشئ في ذمة الكفيل التزاما تابعا، وأن الأصل فيها أن تكون تبرعا من الكفيل الى الدائن ولو أن الغالب فيها أن تكون مقابل ما يمنحه الدائن للمدين من قرض أو من أجل .

١- عقد الكفالة عقد رضائي : ينعقد بمجرد التراضي ما بين الكفيل والدائن، فلا حاجة في انعقاده الى شكل خاص، وإذ كانت المادة ٧٧٣ مدني تنص على أنه " لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، فالكتابة ليست ضرورية إلا للإثبات، فهى ليست ضرورية لانعقاد الكفالة، بل تنعقد الكفالة بمجرد التراضي، وتثبت بالكتابة أو بالإقرار أو باليمين، ولو كانت الكفالة عقدا

شكليا لا تنعقد إلا بالكتابة، ولما انعقدت إذا لم لم توجد الكتابة، ولما جاز إثباتها بالإقرار أو باليمين لأن غير المنعقد لا يجوز إثباته أصلا. (السنهوري).

٢- عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد : فالأصل أن عقد الكفالة في جوهره من العقود الملزمة لجانب واحد وهو الكفيل فالكفيل وحده هو الذي يلتزم بعقد الكفالة بوفاء الدين للدائن إن لم يف به المدين الأصلي. أما الدائن فلا يلتزم عادة بشيء نحو الكفيل. ولكن يذهب الأستاذ سليمان مرقص الى أن الكفالة أصبحت في التقنين المدني الجديد عقدا ملزما للجانبين ويستدل على ذلك بأن هذا التقنين فرض على الدائن أن يتخذ إجراءات مطالبة المدين بالدين في الوقت المناسب، ولا نرى أن هذا التزام ترتب في ذمة الدائن من شأنه أن يجعل الكفالة ملزمة للجانبين، وإلا لوجب القول أيضا بأن هناك التزاما في جانب الدائن بالمحافظة على التأمينات (م٧٥٤ مدني) وبالتقدم في تفليسة المدين (م٧٨٦ مدني) وإنما هذه شروط وضعها التقنين المدني وأوجب على الدائن مراعاتها حتى يستطيع استيفاء الدين كاملا من الكفيل، ومعنى ذلك أن الكفالة تلزم بوفاء الدين إذا لم يوفه المدين ولكن بشرط أن يتخذ الدائن الاحتياطات اتخاذ إجراءات مطالبة المدين في الوقت المناسب والمحافظة على التأمينات والتقدم في تفليسة المدين. وإذا كان الأصل أن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد، فليس ذلك معناه أن الكفالة إرادة منفردة تصدر من جانب واحد، بل الكفالة عقد لا يتم إلا بتبادل إرادتين متطابقتين من الكفيل والدائن، ولا يتم بإرادة الكفيل وحده ولو أن الكفالة لمصلحة الدائن. فإذا أوجب الكفيل الكفالة، وكان الإيجاب غير ملزم، كان للكفيل أن يرجع في إيجابه قبل صدور القبول من الدائن. (السنهوري ص٢١).

٣- عقد الكفالة عقد تابع : فالغرض من الكفالة هو ضمان الوفاء بدين من الديون، أو بمعنى أدق هو ضمان التزام المدين، ويعتبر التزام الكفيل تابعا لإلزام هذا الأخير الذي يعتبر هو الأصلي، ويترتب على أن الكفالة عقد تابع أنها تتأثر بما يشوب العقد الأصلي وعليه فإن : ١- أن التزام الكفيل يدور وجود وعدما مع التزام المدين الأصلي. فلا تنعقد الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا، فيجوز للكفيل أن يتمسك بجميع الدفوع التي ترد على الدين الأصلي، وينقضي التزامه بانقضاء هذا الدين. ٢- أن التزام الكفيل لا يجوز أن يتعدى التزام الأصيل ولا أن تكون شروطه أشد من شروط ذلك الالتزام، ولكن يجوز أن يكون بشروط أخف (م٧٨٠). ٣- إذا كان التزام من تعهد بسداد دين غيره التزاما أصليا، أى ليس تابعا لالتزام غيره، فإنه لا يعتبر كفالة، وذلك كما في لالتزام بسداد دين القاصر. (سليمان مرقص ص١٥ وما بعدها)

٤- الكفالة من عقود التبرع : فالكفيل يتبرع عادة بكفالته للدين، أما بالنسبة الى الدائن المكفول فالكفالة عقد معاوضة لأن الدائن حصل على كفالة في مقابل إعطاء الدين، وإذا كان الدائن قد أعطى الدين للمدين لا للكفيل والمدين ليس طرفا في عقد الكفالة، فإنه ليس من الضروري في عقود المعاوضة أن يكون العوض قد أعطى لأحد المتعاقدين، بل يكفي إعطاؤه للغير وهو هنا المدين، والعقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسبة الى أحد المتعاقدين وتبرها بالنسبة الى المتعاقد الآخر، كما أن التبرع لا يشترط فيه أن يكون المتبرع قد تبرع للمتعاقد الآخر، وعقد الكفالة هو المثل على ذلك، فهو عادة عقد تبرع بالنسبة الى الكفيل، والكفيل لم يتبرع للطرف الآخر أى للدائن، بل تبرع للغير وهو المدين، وهو عقد معاوضة بالنسبة الى الدائن، والدائن لم يعط الدين للطرف الآخر وهو الكفيل، بل أعطاه

للغير وهو المدين. هذا وقد تكون الكفالة عقد معاوضة بالنسبة الى الكفيل نفسه، فيأخذ هذا مقابلا لكفالته الدين، وهذا المقابل إما أن يأخذه من الدائن المتعاقد معه فيكون العوض مأخوذا من المتعاقد الآخر وهو الدائن، أو يأخذه من المدين فيكون العوض مأخوذا من الغير وهو المدين. ولكن الضرورة المألوفة للكفالة على أن تكون عقدا تبرعيا بالنسبة الى الكفيل، لأن هذا لا يأخذ عادة مقابلا لكفالته الدين لا من الدائن ولا من المدين. (السنهوري ص٢٢) ولما كان عقد الكفالة من عقود التبرع الملزمة لجانب واحد، فيجب لصحة هذا العقد أن تتوافر في الكفيل أهلية التبرع، سواء أبرم العقد بنفسه أو وكل غيره في إبرامه، وتفويض الكفيل غيره في إبرام الكفالة، يجب أن يتم بموجب توكيل خاص يتضمن تفويض الوكيل في إبرام عقد الكفالة مع الدائن، ويحدد سند الوكالة سعة هذا التفويض بتحديد الدائن الذي يتم التعاقد معه سواء مرة واحدة أو أكثر، ومقدار الدين المكفول، فإن كان الدين دوريا كالإيجار، فتحدد مدة الكفالة، فإن لم تحدد شملت مدة الإيجار كلها. ولا تجوز الكفالة إذا كانت الوكالة عامة إذ تنحصر هذه الوكالة في أعمال الإدارة. (أنور طلبة ص٦٣٩)

٥- الكفالة عقد من عقود الضمان الشخصية : فالكفالة التزام شخصي للكفيل يضاف الى التزام المدين أى أنها تمنح الدائن ضمانا شخصيا بالتزام الكفيل بالوفاء بما التزم به المدين عند عدم وفاء هذا الأخير بالتزامه .

- **أنواع الكفالة :** تتنوع الكفالة أو تتنوع مصادرها الى ثلاثة أنواع هى:

(١) **كفالة اتفاقية :** وهى التي يتفق فيها الدائن مع المدين على أن يقدم له كفيلا. مثال ذلك اتفاق المقرض مع المقترض على تقديم ضامن يكفله، فهنا تكون الكفالة اتفاقية لأن المدين يلتزم بتقديمها بناء على الاتفاق.

(٢) **كفالة قانونية :** والكفالة القانونية هى التي تقدم تنفيذا لنص في القانون، ومن الأمثلة على ذلك ما قضت به النصوص الآتية: المادة ٩٩٢ مدني التي تقضي بأنه " إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا وجب جرده ولزم المنتفع تقديم كفالة به "، والمادة ٤٥٧ مدني التي تلزم البائع بتقديم كفيل إذا أراد أن يتقاضى ثمن المبيع بالرغم من حصول تعرض المشتري أو وجود ما يجعل المشتري يخشى نزع المبيع من يده، والمادة ٤٥٩ مدني التي تجيز للمشتري إذا أعسر أو أفلس قبل أن يحل أجل الثمن أن يطالب البائع بتسليم المبيع في مقابل تقديم كفالة للثمن، والمادة ٦٠٥ فقرة ثانية مدني التي تلزم المؤجر أو من انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة بتقديم تأمين للمستأجر إذا أريد إخلاؤه قبل أن ينقضي التعويض المستحق له، والمادة ١٠١٠ مدني التي تلزم المحكر في حالة فسخ الحك أو انتهائه أن يقدم للمحتكر كفالة لضمان الوفاء بما يستحق في ذمته إذا أمهلته المحكمة في وفائه لظروف استثنائية تبرر ذلك .

(٣) **كفالة قضائية :** وهى التي يكون فيها مصدر التزام المدين بتقديم كفيل هو حكم القاضي. ومثل ذلك حكم القاضي بالتنفيذ لمؤقت بشرط تقديم كفالة في الأحوال التي يكون فيها الكم بتقديم الكفالة جوازيا للمحكمة (المادتان ٤٦٩، ٤٧٠ مرافعات) والحكم القاضي بالإفراج عن متهم بشرط أن يقدم كفيلا، وبالإضافة إلى تصنيف الكفالة إلى اتفاقية وقانونية وقضائية نجد الأستاذ سليمان مرقس يصنفها إلى كفالة مدنية وكفالة تجارية فيقول أن الكفالة نوعان: مدنية وتجارية، وأن الأصل فيها أن تكون مدنية، وأنها لا تكون تجارية أبدا بطريق التبعية بل بصفة أصلية فقط، إذا طابقت نصا يقضي بذلك. كما في ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو في تظهير هذه الأوراق. (سليمان مرقس ص١٩).

• **أركان الكفالة:** الكفالة كعقد من العقود الرضائية تتم بإيجاب وقبول، ويتجه رضا الكفيل فيها الى التزامه بضمان الدين المكفول، ويكون سـبب رضائه بذلك غالبا الحصول من الدائن على قرض للمدين أو على مد أجل دين سابق ثابت في ذمة المدين، فلابد من أن تتوافر في الكفالة أركان العقد بوجه عام وهى ثلاثة : الرضا والمحل والسبب.

- **الـركن الأول : الرضـا :** طرفا الكفالة هما الدائن والكفيل، فتنعقد الكفالة بمجرد توافق إرادتيهما عليها، ودون حاجة الى رضا المدين لأنـه لـيس طرفا فيها، لكن لابد في انعقادها من ترتضي طرفيها، فلا يكفـي رضـا الكفيل وحده، بل لابد فيه من رضا الدائن أيضا ولو رضاء ضمنيا، ويعتبر اتخاذ الدائن الإجراءات ضد الكفيل متضمنا رضاه بالكفالة. ويجوز كفالـة شخص واحد بتنفيذ الالتزامات المترتبة على عقد معين في ذمـة عاقديـه كليهما، فينعقد عقد الكفالة في هذه الحالة بين الكفيل من جهة وكـل مـن طرفى ذلك العقد بوصف كل منهما دائنا للآخر بمقتضى العقـد المـذكور المبرم بينهما، وإذا عقدت الكفالة لمصلحة المدين، كما هو الغالب فيها، فإن ذلك لا يجعل المدين طرفا فيها، وغاية الأمر أنه يجعله في مركز المنتفـع من اشتراط لمصلحة الغير، ففي جميع الأحوال لا يحتاج في انعقاد الكفالة الى رضاء المدين. (سليمان مرقص ص٣١ وما بعدها)

• **شروط الرضاء:**

(١) **التعبير عن الإرادة :** يشترط في رضاء الطرفين في عقد الكفالة مـا يشترط في سائر العقود وبوجه خاص أن يتم تبادل التعبير عـن إرادتـين متطابقتين سليمتين. والمقصود بالإرادة السليمة هى الخالية مـن العيـوب كالإكراه والتدليس والغلط. فإذا أثبت الكفيل أن رضاه صدر عن غلط فـي

صفة جوهرية في الالتزام المكفول كأن يكون قد اعتقد أن الدين المكفول ثمن بيع عقار مضمون بامتياز البائع فإذا به دين عادي جاز له أن يبطل الكفالة. كما تكون الكفالة قابلة للإبطال إذا شاب رضاء الكفيل تدلسي، كأن أوهمه الدائن غشا ملاءة المدين الأصلي فإذا به غير ملئ، أو أدهمه بوجود ضمانات أخرى للدين اعتمد عليها الكفيل فإذا هذه الضمانات غير موجودة أو باطلة. ويمكن القول بأن الكفالة قد عقدن بالإكراه، فتكون قابلة للإبطال، إذا حمل الزوج زوجته بماله من شوكة عليها أن تكفله في دين كبير وهى تعلم أن زودها لا يستطيع وفاء هذا الدين، وذلك إذا كان الدائن الذي أبرم الكفالة مع الزوجة يعلم أو يستطيع أن يعلم بما شاب رضاء الزوجة من إكراه نتيجة لضغط زوجها. (السنهوري ص٦٩).

(٢) **أهلية الطرفين في الكفالة :** ولما كان الكفيل يلتزم عادة متبرعا، فإنه يجب أن يكون متوافرا فيه أهلية المتبرع، فالكفيل المتبرع كالمقرض المتبرع الذي لا يتقاضى فائدة على القرض، كلاهما يجب أن تتوافر فيه أهلية التبرع، وعلى ذلك لا يجوز للقاصر ولا للمحجور عليه أن يكفل الغير متبرعا، وإذا كفل كانت الكفالة باطلة، بل لا يجوز للولى أو الوصى أو القيم أن يعقد باسم القاصر أو المحجور عليه كفالة تبرعية، حتى بإذن المحكمة، لأنه يمتنع التبرع بمال القاصر أو المحجور عليه ولو بإذن المحكمة، إلا لواجب إنساني أو عائلي فلابد إذن للكفيل المتبرع أن يكون بالغا سن الرشد، غير محجور عليه. أما إذا كانت الكفالة بمقابل، سواء كان المقابل من المدين أو الدائن، وهذا نادر، فتجب في الكفيل أهلية التصرف لا أهلية التبرع، وذلك قياس على المفترض بفائدة وعلى ذلك لا يجوز للقاصر ولا للمحجور عليه أم يكفل لأنه لا يملك أهلية التصرف، وقد يملك أهلية الإدارة ولكن الكفالة من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة، وإذا

كفل كانت الكفالة قابلة للإبطال الى أن تجاز، ولكن يجوز للولى أو الوصى أو القيم أن يعقد كفالة بمقابل باسم القاصر أو المحجور عليه، على أن يكون ذلك بالنسبة الى الجد أو الى الوصى أو القيم بإذن المحكمة، وغني عن البيان أن الإنسان إذا بلغ سن الرشد غير محجور عليه، فإنه يملك الكفالة بمقابل، لأنه يملك الكفالة التبرعية فأولى أن يملك الكفالة بمقابل. وتجوز الكفالة باسم شخص المعنوي من المفوض له بذلك، سواء كانت الكفالة بمقابل أو بغير مقابل، ويجوز للشريك كامل الأهلية أن يكفل الشركة التي هو شريك فيها، كما يجوز للشركة أن تكفله. وإذا أعطى الكفيل توكيلا لشخص بكفالته، وجب أن يكون التوكيل خاصا ومحددا أى مذكورا فيه التوكيل في الكفالة إذا كانت الكفالة تبرعية، أو وجب أن يكون التوكيل خاصا إذا أخذ الكفيل مقابلا لكفالته، والتوكيل في الكفالة المدنية لا تتضمن التوكيل في كفالة تجارية كالضمان الاحتياطي، كما أن التوكيل في كفالة تجارية لا تتضمن التوكيل في كفالة مدنية. أما الدائن، وهو الطرف الآخر في الكفالة، فلا تشترط فيه إلا أهلية التعاقد، فيكفي أن يكون مميزا إذا كانت الكفالة تبرعية بالنسبة إليه لأنها تتمحض لمصلحته. فإذا دفع مقابلا للكفيل من أجل كفالته، وجبت فيه أهلية التصرف. (السنهوري ص٦٩).

(٣) **أن يكون رضا الكفيل صريحاً :** الأصل في التعبير عن الإرادة أنه يجوز أن يكون صريحا أو ضمنيا (م٩٠ مدني) غير أن القانون الفرنسي نص في المادة ٢٠١٥ منه على أن " الكفالة لا تفترض ويجب أن تكون صريحة "، وقد فسر الفقه والقضاء هذا النص بأن المقصود به إنما هو رضا الكفيل بالكفالة، فلا يصح أن يفترض ويجب أن يعتبر عنه تعبيرا صريحا، وذلك لخطورة الالتزام الذي تنشئه الكفالة في ذمة الكفيل. أما الدائن فلا ضرر عليه من الكفالة، وإذن فلا حاجة إلى أن يكون التعبير عن

قبوله الكفالة صريحا. ولم يرد في التقنين المصري الملغي نص يقابل نص المادة ٢٠١٥ مدني فرنسي، ولكن الفقه والقضاء جريا عندنا أيضا على اشتراط أن يكون رضا الكفيل صريحا، ولم ير المشرع الحديث داعيا إلى النص على ذلك في التقنين الحالي اكتفاء منه ببيان قصده في المذكرة الإيضاحية حيث ذكر أن التزام الكفيل هو أساس من الالتزامات التبرعية فيجب أن يستند إلى رضاء صريح قاطع. وبناء على ذلك لا يجوز استنباط إرادة الكفيل استنباطا إذا لم تكن واضحة صريحة. فإذا وضع شخص إمضاءه إلى جانب إمضاء المدين، فلا يصح أن يستخلص من ذلك أنه قصد الكفالة لأن مجرد وضع إمضائه على الورقة لا يعتبر صريحا عن نية الكفالة ويحتمل أن يكون قد قصد به مجرد الشهادة. فبمجرد توصية شخص للدائن بأن يثق بمدينه لأن هذا المدين ملئ ولأنه يبادر الى تنفيذ التزاماته، ولو كانت هذه التوصية قد أتت بعد سؤال الدائن هذا الشخص عن حالة المدين، لا يعد رضاء بكفالة المدين إذ لابد من أن يرضى هذا الشخص بكفالة المدين رضاء واضحا وأن يعقد مع الدائن عقد كفالة.

ولا يقضي اشتراط التعبير الصريح استعمال ألفاظ معينة كلفظ الكفالة والضمان، بل يكفي استعمال أى لفظ يدل دلالة صريحة على استعداد الشخص لأى يفي الدين إذا لم يف به المدين. وقاضي الموضوع هو الذي يقدر توافر التعبير الصريح عن نية الكفالة أو عدم توافره. (سليمان مرقص ص٣٤).

- **استخلاص الكفالة :** قد ترد الكفالة في صيغة واضحة جلية لا لبس فيها ولا إبهام، كما لو تضمنها عقد أفرد لها، أو وردت في العقد المبرم بين الدائن والمدين في صيغة واضحة جلية، كتوقيع الكفيل على عقد البيع بصفته متضامنا لالتزامات البائع، فإن ذلك يقطع في قيام الكفالة، أما إذا لم

يوضح الكفيل الطرف الذي يضمنه، دل ذلك على انصراف الكفالة لالتزامات البائع والمشتري ما لم يقم الدليل على انصراف قصده وقصدهما الى كفالة أحدهما فقط، وحينئذ يتعين على المحكمة استخلاص الكفالة ونطاقها. ولما كانت الكتابة لازمة لإثبات الكفالة، فإن الكفالة يجب أن تكون ثابتة في محرر، أو صدر بها إقرار من الكفيل يكون للمحكمة أن تستخلص منه ما إذا كان قد تضمن كفالة من عدمه، وقد رد الإقرار في محضر جلسة أو محضر شرطة، ويعتبر الأول إقرارا قضائيا والثاني غير قضائي. (أنور طلبة ص٦٤٤).

- **تفسير الكفالة :** قد يكون التعبير عن الإرادة صريحا وثابتا بالكتابة ولكنه مع ذلك يحتج الى تفسير كما إذا وردت في الكتابة عبارات متعارضة في ظاهرها بعضها صريح في معنى الكفالة والبعض الآخر لا يستقيم مع هذا المعنى، ففي هذه الحالة تطبق المادة ١٥١ مدني التي تقضي بأن يفسر الشك لمصلحة المدين، فيفسر الشك لمصلحة الكفيل بأن يستعبد معنى الكفالة ويغلب انعدامها. وإذا كانت العبارات المتعارضة بعضها يفيد التزام الشخص كمدين أصلي أو كشريك في الدين والبعض الآخر يفيد التزامه على سبيل الكفالة، فإن تطبيق القاعدة المتقدمة يقضي بتغليب معنى الكفالة على معني الالتزام الأصلي لأن ذلك هو الأصلح للملتزم. ومتى ثبت قيام الكفالة، فقد يحتاج الأمر الى تفسير عباراتها لتعيين مداها، وعندئذ يتعين تفسيرها بكل دقة ودون توسع لأن الأصل في الكفيل أنه يؤدي خدمة الى غيره فيفرض فيه أنه قصد أن يلتزم بالأقل لا بالأكثر. (سليمان مرقص ص٣٨).

- **كفالة الكفيل :** قد لا يكتفي الدائن بكفالة واحدة لدينه، فيتطلب بعد إبرام الكفالة الأولى كفالة ثانية فيبرم مع الكفيل الثاني عقد كفالة للكفيل الأول،

ويسمى هذا الكفيل الثاني كفيل الكفيل أو المصدق، وقد نصت على ذلك المادة ٧٩٧ مدني بقولها أنه تجوز كفالة الكفيل، وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل، إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل ــ ويضمن كفيل الكفيل التزام الكفيل الذي كفله، ولكنه يضمن أيضا بطريقة غير مباشرة التزام المدين، ولذلك فإنه يملك أن يتمسك قبل الدائن بكافة الدفوع، سواء ما يثبت له شخصيا من عقد كفالته أو ما يثبته منها للمدين أو للكفيل الأصلي، وقد يبرم عقد الكفالة الثاني بين الكفيل الأول والكفيل الثاني لكى يرجع بها الكفيل الأول بعد وفائه الدين للدائن على الكفيل الثاني بما لم يستطع تحصيله من المدين الأصلي، وهى تختلف في ذلك عن كفالة الرجوع. (سليمان مرقص ص٢٩)

- **الوعد بالكفالة :** الوعد بالكفالة، بمثابة كفالة تامة إذا توافرت شروط المادة ١٠٢ من القانون المدني، وبالتالي إذا وعد شخص بأن يكفل التزام المدين في مبلغ محدد بفائدة محددة على أن يتم الوفاء في ميعاد معين، وحدد هذا الشخص مدة لقبول الدائن هذا الوعد، فإنه يترتب على قبول الدائن الوعد وإعلان رغبته وموافقته عليه خلال المدة المحددة بالوعد، انعقاد الكفالة، بحيث إذا قام الدائن بتسليم المدين مبلغ القرض، وحل أجل الوفاء وأخل الأخير به، ر جع الدائن على الكفيل، وإذا نقضت مدة الوعد بالكفالة، سقط التزام الكفيل، فلا ينتج قبول الدائن أثرا طالما أعلن بعد المدة المحددة لذلك. (أنور طلبة، مرجع سابق) وقد تصدر الكفالة من الكفيل للمدين بأن يعد هذا الأخير الأول بأن يضمن دينه بينه وبين دائن معين أو سوف يتم تعيينه فيما بعد. فإذا قبل المدين هذا الوعد وتم الاتفاق بينهما اعتبر مثل هذا الاتفاق متضمنا اشتراطا لمصلحة الغير وهو الدائن

فيجوز له التمسك بالوعد وإجبار الكفيل على تنفيذ ما التزم به في وعده. ولما كان عقد الكفالة لا يثبت إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها، فتسري هذه القاعدة على الوعد بالكفالة، فلا يثبت إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها .

- **الركن الثاني : المحل** ويشترط في محل الكفالة ما يشترط في محل سائر العقود أى أنه يجب أن يكون موجودا وصحيحا وأن يكون معينا، فلا يجوز أن ترد الكفالة على التزام معدوم أو باطل أو غير معين .

الشرط الأول: وجود الالتزام المكفول: يشترط في الكفالة وجود التزام يتعهد الكفيل بضمان الوفاء به إذا لم يف به المدين، ولا يشترط في هذا الالتزام أن يكون محله إعطاء مبلغ من النقود كما هو الغالب في الالتزامات التي تعقد الكفالة لضمانها، بل يجوز أن يكون محله إعطاء شيء آخر غير النقود أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل فيضمن الكفيل للدائن أن المدين سوف يقوم بتنفيذ التزامه الذي تضمنه العقد المبرم بين الدائن والمدين، أيا ما كانت طبيعة هذا الالتزام، بحيث إذا أخل المدين به، التزم الكفيل بالتنفيذ الذي كان المدين يقوم به، فإن تعلق بالوفاء بمبلغ نقدي، جاز للدائن تنفيذ هذا الالتزام جبرا على الكفيل باستصدار سند تنفيذي واتخاذ إجراءات الحجز على أمواله، وهو ما كان يجوز بالنسبة للمدين، وإن تعلق الالتزام بالقيام بعمل كرسم لوحة أو إحياء حفلة، وهو ما لا يجوز إجبار المدين على القيام به، ويتم تنفيذ التزامه حينئذ بطريق التعويض، فإن هذا التنفيذ هو الذي يتعين اللجوء إليه عند الرجوع على الكفيل، ومثل ذلك الالتزام بالامتناع عن القيام بعمل، كالالتزام بعدم منافسة الدائن في تجارته في منطقة معينة، وهو التزام لا يجوز تنفيذه جبرا، وإنما ينفذ بطريق التعويض، ضد المدين أو الكفيل. (أنور طلبة ص٦٥٣) ومتى وجد الالتزام، جازت كفالته، مهما كان مصدره، وأيا كانت أوصافه، أى سواء

كان الالتزام المكفول ناشئا من عقد أو من فعل ضار أو من فعل نافع أو من نص في القانون، فتجوز كفالة دين النفقة كما تجوز كفالة القروض وكفالة التعويضات أو المبالغ الواجب ردها نتيجة للإثراء دون سبب، وسواء كان الالتزام منجزا، أو معلقا على شرط واقف أو فاسخ، أو مقترنا بأجل. (م٧٧٨). فإذا لم يوجد الالتزام المكفول أصلا أو وجد على وده غير الذي اتجهت إرادة الكفيل الى ضمانه، أو وجد وانقضى قبل أن ترد عليه الكفالة، امتنع انعقاد الكفالة لانعدام محلها. غير أنه إذا كان الالتزام المكفول غير موجود وقت الكفالة ولكنه مزمع وجوده بعدها، فإنه يصلح محلا للكفالة باعتباره التزاما مستقبلا كما في كفالة رصيد حساب جار أو عقد فتح اعتماد في تاريخ معين، وقد نص القانون صراحة على ذلك. (سليمان مرقص ص٤٢).

الشرط الثاني: صحة الالتزام المكفول : لا يعتبر للالتزام المكفول وجود حقيقي إلا إذا كان صحيحا. فإذا نشأ الالتزام من عقد باطل، كالهبة بغير عقد رسمي ودين القمار والربا الفاحش والتعهد بدين في مقابل علاقات غير مشروعة. فإنه يكون باطلا لا جود له ولا يصلح محلا للكفالة. أما إذا كان الالتزام ناشئا من عقد قابل للإبطال، فإنه يكون له وجود صحيح ويصلح محلا للكفالة الى أن يتمسك ذو الشأن في إبطال العقد بإبطاله ويتقرر بطلانه فينعدم بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن فلا يعود يصلح محلا للكفالة وتبطل الكفالة التي عقدت بشأنه قبل أن يتقرر بطلانه، وذلك سواء كانت قابلية العقد للإبطال بسبب نقص في أهلية أحد العاقدين أو بسب عيب في رضاه كالغلط والتدليس والإكراه أو الاستغلال، وقد نصت المادة ٧٧٦ مدني على أن" لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا " (سليمان مرقص ض٤٣).

الشرط الثالث: تعيين الالتزام المكفول : لم يرد في القانون نص صـريح على ضرورة تعيين الالتزام المكفول بجميع أركانه، ولكن القواعد العامة تقتضي أن يكون محل الكفالة معينا. فلا يكفي أن يضمن الكفيل مدينا معينا لدى دائن معين بل لابد من تعيين نطاق هذا الضمان لبيان ما يشمله مـن الديون المستحقة لهذا الدائن في ذمة ذلك المدين، على أن هذا التعيين يكفي فيه وقت عقد الكفالة بيان حدوده التي تؤدي الى حصر الديون المكفولة عند مطالبة الكفيل بها، فتكون الكفالة من هذه الناحية نوعين كفالة محددة وهى التي يعين فيها من وقت العقد مقدار الدين المكفول ومصدره، وكفالة غيـر محددة وهى التي يعين فيها الدين المكفول بمصدره دون مقداره كمـا فـي كفالة حساب جار أو كفالة تعويض الأضرار التي تنشأ من حادث معين، أو التي يعين فيها مقدار الدين المكفول دون مصدره كما في كفالة الديون التي تستحق في ذمة مدين معين لدائن معين في حدود مبلغ كذا أو في خلال مدة معينة. (سليمان مرقص ص٤٤) ويجوز قصر الكفالة على مـدة معينـة، فتنقضي الكفالة بانقضاء تلك المدة إذا لم يتم الدائن باتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري على أموال المدين عقب انتهاء المدة المذكور مباشرة، أو قام بهـا ولم يعلن الكفيل عقب انتهاء تلك الإجراءات بأنه سيرجع عليـه بمـا لـم يستطع تحصيله من المدين، وإذا كان محل الكفالة المقصورة علـى مـدة معينة دينا مستقبلا ولم يتحقق وجود هذا الدين في المدة المعينـة انقـضت الكفالة بانتهاء تلك المدة. (عبد الودود يحيى ص١٢) وقـررت محكمـة النقض جواز ورود الكفالة على أى التزام متى كان صحيحا وأيا كان نوعه أو مصدره مادام يمكن تقديره نقدا أو يترتب علـى عـدم تنفيـذه الحكـم بتعويضات. فقد قضت بأن " الكفالة يمكن أن ترد على أى التزام متى كان صحيحا وأيا كان نوعه أو مصدره مادام يمكن تقديره نقدا أو يترتب علـى

عدم تنفيذه الحكم بتعويضات، وليس في أحكام الكفالة ما يمنع من أن يكفل شخص واحد تنفيذ الالتزامات المترتبة على عقد في ذمة عاقديه كليهما بأن يتعهد لكل منهما بأن يفي له بالتزام المتعاقد الآخر في حالة تخلف هذا المدين عن الوفاء به، وفي هذه الحالة ينعقد عقد الكفالة بين الكفيل وبين كل من المتعاقدين بوصف كل منهما دائنا للآخر بالالتزامات المترتبة له في ذمته بمقتضى العقد الأصلي المبرم بينهما " (نقض ١٩٦٩/٤/١٧ س٢٠ ص٦١٦).

الركن الثالث : السبب : والسبب في الكفالة هو الباعث الدافع للتعاقد لا مجرد الغرض المباشر المقصود في العقد. ويجب أن يكون الباعث الذي دفع أحد المتعاقدين للتعاقد مشروع فإذا كان غير مشروع كان العقد باطلا متى كان المتعاقد الآخر يعلم به. أما إذا كان الباعث غير المشروع الذي دفع الى التعاقد غير مذكور في العقد ولم يكن الطرف الآخر يعلم به فإن العقد يكون صحيحا. وبناء على ذلك يتعين البحث عن الباعث الدافع الى الكفيل على التبرع بالكفالة للدائن. فإذا كفل شخص لزوجه دينا لها على آخر دون أن يحصل منها على أية مزية لمصلحة المدين، بل لمجرد بعث الطمأنينة الى نفسها وتطييب خاطرها، كان سبب الكفالة نية التبرع والباعث إليها مشروعا فتصح الكفالة. أما إذا كفل شخص لخليلته دينا لها على آخر دون أن يحصل منها على أية مزية لمصلحة المدين، بل لمجرد كسب رضاها بمعاشرته، كان سبب الكفالة نية التبرع والباعث إليها غير مشروع، فتبطل الكفالة. (سليمان مرقص ص٦٦) وهناك من الفقهاء من يعتبر الكفالة تصرفا مجردا تقع صحيحا بغض النظر عن سببه أى يكون صحيحا ولو لم يكن له سبب أو كان سببه غير مشروع، ومن الواضح أن

هذا الرأى لا يستند الى أساس من نصوص القانون، ومـن ثـم لا يمكـن التسليم إليه أو الأخذ به. (محمد علي إمام ص٧٤ وما بعدها، عبد الفتـاح عبد الباقي ص٦٦).

من أحكام القضاء:

١- استخلاص ما إذا كان الالتزام أصلياً – فلا يعتبر الملتزم كفيلاً أو التزاماً تابعا فيعتبر كفيلاً من سلطة محكمة الموضوع ولاسلطان عليها فى ذلك من محكمة النقض مادام استخلاصها سائغاً ولايخالف الثابت بالأوراق ولاخروج فيه على المعنى الظاهر لعبارات العقد.

(الطعن رقم ١٦٣ ـ لسنة ٧٢ ق – تاريخ الجلسة ٢٠٠٢/١٢/٢٦)

* * *

إثبات الكفالة

النص التشريعي (مادة ٧٧٣):

لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الإلتزام الأصلى بالبينه.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية المواد التالية:

مادة ٧٨٢ ليبى و ٧٣٩سورى و ٦٥٥سودانى و ١٠٥٩البنانى وقارن المادة ١٤٧٩ تونسى.

الأعمال التحضيرية:

لم يعرض التقنين المصرى جرياً على منوال التقنين الفرنسى لإثبات الكفالة بل تركه للقواعد العامة اما التقنينات الحديثة (كالتقنين الألمانى م٦٧٧ والتقنين السويسرى م ٤٩٣ والتقنين البولونى ٦٣١) فانها تتطلب فى باب الكفالة الدليل الكتابى والواقع انه يجب فيما يتعلق بالكفالة الخروج على القواعد العامة فى الإثبات لأن إلتزام الكفيل هو أساساً من الإلتزامات التبرعية فيجب أن يستند إلى رضاء صريح قاطع وقد يكون من العسير بل قد يستحيل أحياناً تعرف طبيعة تدخل الكفيل وتحديد مدى إلتزامه ونوع كفالته عن طريق شهادة الشهود وحدها ولذلك قلما تتم الكفالة عملا بغير كتابة كما يندر ان يلجا الدائن فى دعواه ضد الكفيل إلى الإثبات بالبينه فلهذه الأسباب قرر المشروع حماية للكفيل عدم جواز إثبات الكفالة الا بالكتابة.

ويلزم الإثبات الكتابى حتى لو كان من الجائز إثبات الإلتزام الأصلى بالبينة وربما يعترض البعض على ذلك بأن الكفيل وإلتزامه ثابت بالكتابة

سيضطر دائماً إلى الوفاء للدائن فى حين أنه فى رجوعه على المدين قد لا يستوفى منه شيئا لعجزه عن إثبات الإلتزام الأصلى بشهاده الشهود على أن هذا الإعتراض غير جدى فى الوقوع لأن الكفيل يستطيع تفادى ذلك أما عن طريق التوقيع بالضمان على سند الإلتزام ذاته أو إشتراط وجود كتابة مثبتة للإلتزام أو تعليق الكفالة على وجود هذه الكتابة وفى جميع هذه الحالات تكون الكتابة مثبتة للدائن الأصلى ومثبتة أيضاً الكفالة.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٥ـ ص٤٢٦و٤٢٧)

رأى الفقه :

١- يخلص من نصيب المادة ٧٧٣ مدنى ان الكتابة ضرورية لإثبات إلتزام الكفيل ولكنها غير ضرورية لإنعقاد الكفالة لذلك ليست الكفالة بعقد شكلى بل هى عقد رضائى والكتابة ليست ضرورية إلا لإثبات إلتزام الكفيل حتى لو كان الإلتزام المكفول يثبت بالبينة بأن كان مثلا عشرين جنيهاً فأقل كذلك الكتابة لازمة لإثبات إلتزام الكفيل ولو كان هذا الإلتزام عشرين جنيهاً فأقل حتى لو كان الإلتزام الأصلى أكثر من عشرين جنيها ولكن الكفيل لم يكفل منه الا عشرة جنيهات فأقل ويقوم مقام الكتابة مبدأ الثبوت بالكتابة كما يجوز الإثبات بالبينة إذا وجد مانع يحول دون الحصول على دليل كتابى أو إذا فقد الدائن سنده الكتابى لسبب أجنبى لابد له فيه كذلك يجوز إثبات الكفالة بالإقرار والمين وهذان الطريقان للإثبات جائزان حيث يجب الإثبات بالكتابة.

والسبب الذى دعاد المشرع إلى التشدد فى إثبات رضاء الكفيل بالكتابة هو نفس السبب الذى دعاد المشرع الفرنسى إلى إشتراط أن يكون رضاء الكفيل صريحاً: خطوة الكتابة وضرورة التروى قبل الإقدام عليها.

والإثبات بالكتابة ضرورى فيما بين الكفيل والمدين عندما يريد الأول الرجوع على الثانى بعد ان يفى الإلتزام، فلا تشترط الكتابة ويخضع الإثبات هنا القواعد العامة فيجوز الإثبات بالبينة القرائن إذا كان رجوع الكفيل على المدين بعشرين جنيها فأقل كذلك الإثبات بالكتابة ليس ضروريا حتى فيما بين الكفيل والدائن ويجوز الإثبات بالبينة والقرائن إذا كان إلتزام الكفيل تجاريا.

ويجب ان تكون الكتابة ثابتة التاريخ حتى يجوز الإحتجاج بها علىالغير كما إذا وفى الكفيل الدين وحل محل الدائن فى رهن رسمى مثلا وكان هناك دائن مرتهن.

(الوسيط- ١٠- للدكتور السنهوري- المرجع السابق –ص٧٨ ومابعدها)

٢- اما المادة ٧٧٣ مدنى فتعرض لإثبات الكفالة وهى مسالة تركها التقنين القديم للقواعد العامة وهذه المادة تتطلب الدليل الكتابى لإثبات الكفالة لا لإنعقادها (قارن المادتين ٧٦٦ المانى و ٤٩٣ سويسرى) ويلزم الإثبات الكتابى حتى لو كان من الجائز إثبات الإلتزام الأصلى بشهادة الشهود وقد قصد المشرع من تقييد إثبات الكفالة على هذا النحو حماية الكفيل بإقتضاء أن يستند إلتزامه وهو أساساً من الإلتزامات التبرعية إلى رضاء صريح قاطع يرجع إليه مدى إلتزامه ونوع كفالته.

(التقنين المدني – للدكتور محمد علي عرفة- المرجع السابق- ص٥٦٨و٦٩٥)

٣- يكون المشرع قد خرج بنص المادة ٧٧٣ مدنى على القواعد العامة إذ يجوز بحسب الأصل إثبات التصرف القانونى الذى لا تزيد قيمته على عشرين جنيها بالبينه فى حين ان الكفالة لا تثبت إلا بالكتابة أياً كانت قيمة الإلتزام المكفول.

وهذه القاعدة الإستثنائية مستحدثة فى القانون المدنى الجديد احتذى فيها المشرع حذر التقنينات الحديثة وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تبريرا لها: " الواقع انه يجب فيما يتعلق بالكفالة الخروج على القواعد العامة فى الإثبات لان إلتزام الكفيل هو أساساً من الإلتزامات التبرعية فيجب أن يستند إلى رضا صريح قاطع وقد يكون من العسير بل قد يستحيل احيانا تعرف طبيعة تدخل الكفيلى وتحديد مدى إلتزامه ونوع كفالته عن طريق شهادة الشهود وحدها ولذلك قلما تتم الكفالة عملا بغير كتابة كما يندر أن يلجا الدائن فى دعواه ضد الكفيل إلى الإثبات بالبينه..."

ولما كانت المحكمة من إشتراط الكتابة هى حماية الكفيل فالمسلم انها لا تلتزم إلا لإثبات رضاه وحده بالرغم من أن النص يقول: " لا تثبت الكفالة والواقع أنه إذا ما توزع فى وجود الكفالة فذلك لا يكون إلا من الكفيل لأنه هو الملتزم. وكما تلزم الكتابة لإثبات إنعقاد الكفالة، فهى لزم الكفيل بإبرام الكفالة نفسها وكذلك تلزم الكتابة لإثبات اى تعديل فى عقد الكفالة يقتضى تدخل الكفيل.

وإذا كان رضاء الكفيل بالكفالة لا يثبت إلا بالكتابة إلا أن القاعدة العامة فى الإثبات تجيز إثبات هذا الرضاء بالبينة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة أو إذا فقد الدائن سنده الكتابى لسبب أجنبى لا يد له فيه وكذلك تقضى القواعد العامة فى الإثبات بإعفاء الدائن من إثبات الكفالة إذا أقر بها الكفيل أونكل عن اليمين الحاسمة أو ردها الدائن.

(عقد الكفالة – للدكتور منصور مصطفي – المرجع السابق- ص٤٩و٥٠)

- **إثبات الكفالة :** رأينا أن المادة ٧٧٣ مدني قد نصت على أنه " لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة". فيبين من هذا النص أن الكتابة ضرورية لإثبات التزام الكفيل،

ولكنها غير ضرورية لانعقاد الكفالة. لذلك ليست الكفالة بعقد شكلي بل هى عقد رضائي، والكتابة ليست ضرورية إلا لإثبات التزام الكفيل، والكتابة ضرورية لإثبات التزام الكفيل، حين لو كان الالتزام المكفول يثبت بالبينة بأن كان مثلا خمسمائة جنيه فأقل، كذلك الكتابة لازمة لإثبات التزام الكفيل ولو كان هذا الالتزام خمسمائة جنيه فأقل، حتى لو كان الالتزام الأصلي أكثر من خمسمائة جنيه ولكن الكفيل لم يكفل منه إلا خمسمائة جنيه فأقل ويقوم مقام الكتابة مبدأ الثبوت بالكتابة، كما يجوز الإثبات بالبينة إذا وجد مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي أو إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي لابد له فيه، كذلك يجوز إثبات الكفالة بالإقرار واليمين، وهذان طريقان للإثبات جائزان حيث يجب الإثبات بالكتابة. (السنهوري ص٦٦، عبد الفتاح عبد الباقي ص٢٤، منصور مصطفى منصور ص٥٠) ولا تلزم الكتابة إلا فيما بين الدائن والكفيل، أما فيما بين المدين والكفيل فيخضع الإثبات للقواعد العامة فلا تلزم الكتابة في رجوع الكفيل على المدين إلا إذا كان ما وفاه يجاوز نصاب البينة، وقد يستند الكفيل في رجوعه على الدين الى المستندات التي تسلمها من الدائن والمتضمنة الحق الثابت للأخير في ذمة المدين مرفقا بها حوالة هذا الحق للكفيل، فإن كان الالتزام الأصلي تجاريا مما يجوز إثباته بين الدائن والمدين بالبينة، فإن كفالة هذا الالتزام تكون مدنية حتى لو كان الكفيل بدوره تاجرا وبالتالي لا تثبت إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها، فإن كانت الكفالة ناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تطهير هذه الأوراق، فإنها تعتبر دائما عملا تجاريا، وتكون الكفالة حينئذ تجارية فيجوز إثباتها بكافة الطرق القانونية بما فيها البينة والقرائن. (أنور طلبة ص٦٥٠)

من أحكام القضاء:

١- من حيث ان الثابت من الاوراق ان مجلس ادارة الهيئة العامة للسكك الحديدية كان قد وافق بجلسته المنعقدة فى ١٨ من ابريل سنة ١٩٥١ على الحاق عشر فتيات من كريمات العاملين بالهيئة بمدرسة التمريض التابعة لمبرة محمد على بمصر القديمة لتعليمهن فى التمريض تمهيدا لتعيينهن عند اتمام انشاء المستشفى الجديدة للهيئة وعلى ان تكون مدة الدراسة ثلاث سنوات وان تدفع الهيئة المذكورة للمدرسة ثلاثة جنيهات شهريا مقابل غذاء وكساء ومبيت كل طالبة بالمدرسة واشترط للالتحاق بهذه المدرسة ان تكون الطالبة حاصلة على شهادة الابتدائية اوما يعادلها والا يقل سنها عن ١٨ سنه ولا يزيد عن ٢١ سنه، وان توقع تعهدا تلتزم فيه بالخدمة بعد تخرجها بمستشفى الهيئة لمدة خمس سنوات على الاقل. وقد تقدمت المدعى عليها الاولى للالتحاق بهذه المدرسة ووقعت اقرارا وتعهدا " تضمن التزامها بخدمة مستشفى الهيئة المذكورة بعد تخرجها وذلك لمدة خمس سنوات على الاقل، كما وقع على الاقرلر المشار اليه، المدعى عليه الثانى بوصفه "والد الطالبة وولى امرها "وقد استمرت المدعى عليها الاولى فى الدراسة مدة ٢٤ يوما ١ شهر ٣ سنة من ٢ من يناير سنة ١٩٥٢ حتى ٢٦ من فبراير سنة ١٩٥٥ ثم انقطعت عن الدراسة دون سبب او عذر مقبول.

ومن حيث ان المادة (٧٧٣) من القانون المدنى تنص على انه لا تثبت الكفالة الا بالكتابة ولو كان من الجائز اثبات الالتزام الاصلى بالبينة فان مقتضى ذلك ان يكون رضاء الكفيل بكفالة المدين رضاء واضحا لا غموض فيه، ولما كان التعهد الذى وقعه كل من المدعى عليها الاولى والمدعى عليه الثانى لم يتضمن ما يفيد كفالة المدعى عليه الثانى للمدعى

عليها الاولى، فانه يسوغ الامر كذلك القول بان المجنى عليه الثانى قد كفل المدعى عليها الاولى فى المبلغ المطلوب، وينتفى تبعا لذلك الادعاء بان توقيع المدعى عليهما على التعهد المذكور ينطوى على تضامنهما فى اداء الالتزام اخذا فى الاعتبار ان الثابت ان المدعى عليه الثانى وقع التعهد بوصفه وليا على ابنته المدعى عليها الاولى التى كانت قاصرا عندئذ.

ومن حيث انه لما كان المدعى عليه الثانى قد وقع التعهد المشار اليه بجانب توقيع كريمته المدعى عليها الاولى بصفته وليا طبيعيا عليها، وكانت الولاية نوعا من انواع النيابة القانونية تحل بها ادارة الولى محل ادارة القاصر مع انصراف الاثر القانونى الى ذلك الاخير، فان اثر التعهد ينصرف الى المدعى عليها الاولى وحدها ،واذ ذهب الحكم المطعون فيه غير هذا المذهب وقضى بالزام المدعى عليه الثانى بضمان المدعى عليها الاولى فى اداء المبلغ المحكوم به فانه يكون خالف القانون ويتعين لذلك تعديله برفض الدعوى بالنسبة للمدعى عليه الثانى.

(الطعن رقم ٨٢١ـ لسنة ١٦ ق ـ تاريخ الجلسة ٢١ / ٦ / ١٩٧٥)

* * *

الشروط الواجب توافرها فى الكفيل

النص التشريعي (مـادة ٧٧٤):

إذا إلتزم المدين بتقديم كفيل، وجب أن يقدم شخصاً موسراً ومقيماً فىمصر، وله أن يقدم عوضا عن الكفيل تأميناً عينياً كافياً.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية المواد التالية: مادة ٧٨٣ ليبى و ٤٧٠ سورى و ٦٥٦ سودانى و ١٠٦٨لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

تقابل هذه المواد والمادة ١١٤٠ فى التقنين الحالى المادة ٥٠٠ /٦١٠ التى توجب إستبدال الكفيل إذا أعسر والمادة ٥٠١/ ٦١١ التى تقـرر ان الإلتزام بتقديم كفيل بتنفيذ طبقاً للأوجه المقررة بقانون المرافعـات ومما يعاب عن هذه النصوص أنها أحلت فيها يتعلق بكيفية الوفاء بالإلتزام بتقديم كفيل عن تقنين المرافعات مع أنه من الواجب أن يعرض التقنين المـدنى لذلك بنص صريح لأن الأمر يتعلق بالموضوع لا بالشكل كذلك يؤخذ على التقنين الحالى أنه لم يذكر الشروط الواجب توافرها فىالكفيل والمـشروع يستدرك هذا النقص.

والمادتان ١١٤١و ١١٤١ مكررة نقلهما المشروع عن المادتين ٧٦٥و ٧١٦ من المشروع الفرنسى الإيطالى وهما تعرضـان لبيـان الـشروط الواجب توافرها فى الكفيل فيجب أن يكون مقيماً فى مصر وذلك مراعـاه لمصلحة الدائن والتسهيل عليه عند مطالبته الكفيل كذلك يجـب أن يكـون موسراً وفى تقدير ذلك اليسار ينظر المشروع الفرنسى الإيطـالى (م٧١٦) إلى أمواله العقارية لأن المنقولات فضلاً عن سـهولة إخفائهـا يـصعب

الإستدلال عليها والتثبت من ملكيتها على أن اللجنة لم تر هذا الرأى بل قررت وجوب التسوية بين العقارات والمنقولات من هذه الناحية ولذلك أقرت نص المادة ٧١٦ من المشروع الفرنسى الإيطالى بعد حذفى عبارة الجائز رهنها رهناً تأمينياً.

أما المادة ١٤٢ فإنها تطابق المادة ٧١٨ من المشرع الفرنسى الإيطالى والتقنين الفرنسى ينص فى المادة ٢٠٤١ عن أنه " يجوز لمن لا يمكنه الحصول على كفيل أن يقدم رهن حيازة منقولا " أما التقنين المصرى فإنه لم يعرض لحالة تقديم تأمين عينى بدلاً من الكفالة ولعل السبب فى ذلك أن المادة ٥٠١/ ٦١١ أحالت على تقنين المرافعات الذى ينص فى ٣٩٩/ ٤٥٨ منه على أنه " فى الأحوال التى يجب فيها تقديم كفيل يكون للملتزم الخيار بين ان ياتى بكفيل مقتدر أو يودع فى صندوق المحكمة من النقود أو السندات ذات القيمة ما يساوى المحكوم به " ويعاب على هذا النص إنه لم يذكر سوى النقود والسندات ذات القيمة مع جمع أن التأمين العينى قد يرد على أموال اخرى منقولة أو عقارية ولم يرغب المشروع من ناحية آخرى فى إقتباس نص التقنين الفرنسى لما به من غموض أوجد مجالاً للنزاع ولذلك قرر نصا صريحا ينطبق على كل أنواع الكفالة ويجيز للملتزم بتقديم كفيل أن يقدم بدلا منه تأميناً عينياً من أى نوع كان بشرط أن يكون كافياً.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني- الجزء ٥- ص٤٣١و٤٣٢و٤٣٣و٤٣٥)

رأى الفقه :

١- يخلص من نص المادة ٧٧٤ مدنى أن المدين قد يكون ملزماً بتقديم كفيل فعليه أن يقدم كفيلا توافرت فيه شروط معينة ومصادر إلتزام المدين بتقديم كفيل ثلاثة: القانون والقضاء والإتفاق.

فيكون المدين ملزما بتقديم كفيل بحكم القانون فىالأحوال التى يـنص فيها القانون على ذلك ومن هذه الأحوال ما نصت عليـه المـواد ١/٩٩٢ و٩٩٨ و ٢/٢٧٣ و١/٢٧٤ و٤٥٧ من القانون المدنى وكذا المواد ٥٨٨ و٦٠٥و ٦٠٨و ٨٩٥ و١٠١٠مدنى والمادتين ٢٨٩و ٢٩٠مرفعات.

ولكن المدين ملزما بتقديم كفيل إذا إتفق مع الدائن على ان يقـدم لـه كفيلا بالدين وعند ذلك يكون مصدر إلتزام المدين بتقديم الكفيل هوالإتفاق.

وسواء كان مصدر إلتزام المدين بتقديم الكفيل هو القانون أو القـضاء أو الإتفاق فان المدين يكون ملزماً بتقديم هذا الكفيل ليكفل الدين الذى عليه الدائن ويشترط القانون فى الكفيل شرطين نصت عليها المادة ٧٧٤ مـدنى إذا تقول: إذا إلتزم المدين بتقديم كفيل وجب أن يقدم شخصاً موسراً ومقيما فى مصر ..." فالشرطان هما.

(١) **يسارالكفيل:** فيجب ان يكون الكفيل موسراً أى قادراً على الوفـاء بالدين الذى كلفه إذا إقتضت الحالة ذلك والمدين الذى قدم الكفيل هو الذى يحمل عبء إثبات يساره فيثبت ان الكفيل مالاً ولو شائعاً عقاراً أو منقولاً أو كليهما يستطيع أن يستوفى الدائن منه حقه وللدائن أن يثبـت أن هـذا المال أو بعضه متنازع فيه أو يصعب التنفيذ عليه لبعده أو لسهولة تهريبه أو سهوله إخفائه أو لأى سبب اخر فيستبعد من مال الكفيل الذى يـضمن المدين كذلك إذا كان المال مرهوناً أو مثقلاً بحق عينى آخر كحق إنتفـاع وجب أن يستبعد من قيمته ما ثقل به من رهن أو إنتفـاع أو غيـر ذلـك والتقنين المدنى الفرنسى (م ٢٠١٩) يشترط ان يكون مال الكفل الذى يثبت يساره عقارا لا منقولاً مالم يكن الدين المكفول ديناً تجارياً أو ما لم يقـدر قاضى الموضوع أن الدين المكفول دين زمن فيصح ان يكون مال الكفيـل منقولا ولم يشترط التقنين المدنى المصرى هذا الشرط وخيرا فعل فيـصح

أن يكون مال الكفيل منقولا كان يكون أسهماً أو سندات أو فيما منقولة أخرى أو منقولاً ذا قيمة كمجوهرات اوحلى غير ذلك.

(٢) **إقامة الكفيل فى مصر:** حتى تسهل مقاضاته عند الإقتصاء وليس يلزم أن يكون مقيماً فى موطن المدين كما يشترط التقنين المدنى الفرنسى بل يكفى أن يكون مقيماً فى أى مكان فى مصر وشرط إقامة الكفيل فى مصر كاف ولا يشترط بعد ذلك أن يكون الكفيل مصرى الجنسية بل يصح أن يكون أجنبيا ما دام مقيماً فى مصر كما لا يشترط فى الكفيل أن يكون متوافر على حسن السمعة اوعدم الميل إلى الخصومة والتاسى مالم يتفق المدين الملتزم بتقديم الكفيل مع الدائن على ذلك إذا كان مصدر الإلتزام هو الإتفاق.

فإذا توافر فى الشخص هنا الشرطان صح للمدين تقديمه كفيلا ويجب أن يستمر الكفيل متوافراً على هذين الشرطين ما دامت الكفالة قائمة فإذا تخلف كلا الشرطين أو شرط منهما بعد تقديم الكفيل وفى المدة التى تبقى فيها الكفالة قائمة بأن أعسر الكفيل بعد يسار أو نقل محل إقامته خارج مصر وجب على المدين تقديم كفيل آخر يحل محله ويكون هذان الشرطان متوافرين فيه بإستثناء حالة ما إذا كان الدائن قد إشترط شخصاً معيناً لكفالة الدين ففى هذه الحالة يكون الدائن هو الذى طلب شخصاً معيناً لكفالة حقه فقدمه المدين فلا يلتزم هذا الأخير بتقديم شخص آخر يحل محله إذا أصبح الذى طلبه الدائن بالذات غير متوافر على الشروط الواجبة وإذا أعسر الكفيل إعساراً جزئياً حاز للدائن أن يطالب بكفالة آخرى تكمل كفالة الأول وتقديم كفيل آخر أو إستكمال كفالة الكفيل الأول واجب أيضاً فيما إذا إعتقد الدائن خطأ ان الكفيل ملئ ولم يكن هذا مليئا منذ البداية ولا يكون المدين ملزما بتقديم كفيل اخر إذا مات الكفيل الأول الذى قدمه لأن إلتزام

هذا الأخير يبقى فى تركته وكذلك لا يكون المدين ملزماً بتقديم كفيل آخـر إذا تحدث ذمة المدين وذمة الكفيل ما دام مال كل من الإثنين قد إنضم إلى مال الآخر وأصبح المالان خاضعين لحق الدائن.

وتقول المادة ٧٧٤ مدنى سالفة الذكر أن للمدين: " أن يقدم عوضاً عن الكفيل تأميناً عينياً ويخلص من ذلك أن المدين إذا كـان ملتـزم بموجـب القانون أو الإتفاق بتقديم كفيل لدائنه فإن له أن يثدم عوضاً عـن الكفيـل تأميناً عينيا كافيا كرهن رسمى أو رهن حيازى فيستطيع المدين أن يرهن رهناً حيازياً تأميناً للدين مجوهرات أو حلياً أو نقوداً أو منقولات آخرى ذات قيمة كما يستطيع ان يرهن قيما منقولة لحاملها عن طريـق التـسليم المادى أو قيماً منقولة أسمية عن طريق التحويل أو قيماً منقولة إذنية عـن طريق التظهير ويستطيع المدين كذلك أن يرهن لتأمين دينه بدلا من الكفالة الشخصية، عقاراً أما رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً ولا شئ يمنـع مـن أن يكون التأمين العينى الكافى الذى يحل محل الكفيل الشخصى مرتبا علـى مال الغير برضاء هذا الغير كذلك يجوز أن يستكمل المدين يسار الكفيـل غير الكافى بتأمين عينى فيتخلص من الكفالة الشخصية التـأمين العينـى تأمين كاف للدين هذا وقد وردت فى تقنين المرافعات نـصوص خاصـة بتقديم الكفالة فى حالة الكفالة القانونية والكفالة القضائية فيجب تطبيق هذه النصوص فى الدائرة المرسومة لها وهـى المـواد ٢٩٢ و ٣٩٣ و ٢٩٤ مرافعات.

(الوسيط ـ ١٠ ـ للدكتور السنهوري ـ المرجع السابق ـ ص٢٨ ومابعدها)

٢- لم يذكر التقنين المدنى القديم الشروط التى يجـب توافرهـا فـى الكفيل وأن كان يفهم ضمينا من المادة ٥٠٠/ ٦١٠ منه أن الكفيل يجب أن يكون موسراً وكذلك يؤخذ على هذا التقنين أنه حال فيمـا يتعلـق بكيفيـة

الوفاء بالإلتزام بتقديم كفيل على تقنين المرافعات مع أن هذه المسالة تتعلق بالموضوع لا بالشكل فمن الواحب أن يعرض لها التقنين المدنى بنص صريح.

وقد تفادى المشرع هذه المآخذ بأن بين فى المادة ٧٧٤ مدنى الشروط التى يجب توافرها فى الكفيل وكيفية الوفاء بالإلتزام بتقديمه.

وقد تبين لنا من الرجوع إلى التعديلات التى أدخلت على هذه المادة أن مجلس النواب كان قد إقترح حذف عبارة: ومقيماً فى مصر " إكتفاء بأن تكون للكفيل أموال فى مصر يجوز للتنفيذ عليها وقد أقر مجلس الشيوخ هذا الحذف ولكن هذه العبارة عادت فظهرت عند نشر القانون فى الوقائع المصرية ولا ندرى أن كان أبراه ما عن سهو أو عن قصد ونحن على أى الحالتين مقيدون بالنص الرسمى المنشور حتى يصدر مرسوم بتعديله مع أن حذف أمر مرغوب فيه إذ العبرة بأموال الكفيل لا بشحصه ولا يتأثر هذا الإعتبار بمحل إقامته.

أما مسالة الإستعاضة عن الكفيل فقد صرح المشرع للملتزم بتقديم كفيل أن يقدم بدلاً منه تأميناً عينياً من أى نوع كان بشرط أن يكون كافياً.

(التقنين المدني – للدكتور محمد علي عرفة – المرجع السابق ص٥٦٩و٥٧٠)

٣- إلتزام المدين بتقديم كفيل سواء بنص المادة أو بحكم القاضى أو بالإتفاق فيجب أن ينفذ هذا الإلتزام على الوجه الذى يحقق الغرض منه، ولهذا يشترط القانون فى الكفيل الذى يقدمه المدين شروطاً خاصة ومن ناحية أخرى فإذا كان الغرض من الإلتزام بتقديم كفيل هو الوصول إلى ضمان تنفيذ الإلتزام فيكفى لتحقيق هذا الغرض أن يقدم الملتزم تأميناً كافياً غير الكفالة لهذا نص المشرع فى المادة ٧٧٤ مدنى على أنه: " إذا إلتزام المدين بتقديم كفيل وجب أن يقدم شخصاً موسراً ومقيماً فى مصر وله أن يقدم عوضاً عن الكفيل تأميناً عينياً كافياً " وهذه الأحكام هى:

أولاً – فيما يتعلق بالشروط التى يلزم توفرها فـى الكفيـل صـرح المشرع بشرطين لم يعرض لشرط ثالث لبداهته:

١– فيشترط أولاً بنص المادة ٧٧٤ مدنى أن يكون الكفيـل موسـراً ويسر الكفيل يعنى أن يكون لديه من أمواله العقارية أو المنقولة ما يكفـى للوفاء بالإلتزام المضمون والحكمة فى هذا الشرط ظاهرة، فإذا لـم يكـن الكفيل موسراً ما حقق تنفيذ الإلتزام بتقديم كفيل الغرض منه وتقدير يـسر الكفيل مسالة موضوعة تفصل فيها المحكمة إذا نازع الـدائن فـى ذلـك، وبديهى أن المحكمة لا تدخل فى إعتبارها ما لدى الكفيل من أموال لايجوز الحجز عليها كما لا تدخل فى ما ثقيل أموال الكفيل من حقـوق وتكـاليف تنقص من قيمتها ولكن هل تدخل فى إعتبارها ما يوجد من أموال الكفيـل فى الخارج ؟ ليس فى المادة مايدل على وجوب الإعتداد فقـط بـالأموال الموجودة فى مصر وليس فى الأعمال التحضيرية ما يبين العلة فى تغيير ما ورد فى المشروع التمهيدى فى هذا الخصوص ونظرا لعموم الـنص وترك مسالة يسر الكفيل لتقدير القاضى فلا محل لإشتراط وجـود أمـوال للكفيل فى مصر تكفى للوفاء بالإلتزام وان كنا نرى أنه كان الأفضل الابقاء على هذا الشرط الذى يبدو لنا أولى بالتقرير من شرط إقامة الكفيـل فـى مصر وعلى العموم فالأمر متروك للقاضى الذى له الا يعتد بأموال الكفيل الموجودة فى الخارج تيسيراً على الدائن.

وعند المنازعة فى يسر الكفيل يقع على المدين وهو الملتـزم بتقـديم كفيل موسر، أن يثبت وجود ما لدى الكفيل من أموال تكفى للوفاء بالإلتزم الذى يراد كفالته وعلى الدائن إذا إدعى أن هذا الكفيل مديناً أن يثبت وجود هذه الديون وعلى ضوء ما يثبته كل منهما يقدر للقاضى مدى يسر الكفيل.

٢- ويشترط ثانياً، بنص المادة ٧٧٤ مدنى أن يكون الكفيل الذى يقدمه المدين متواطنا فى مصر وإذا كان النص يقول: " ومقيما فى مصر " فالمسلم أن المقصود هو الإقامة المعتادة أى التوطن، تكفى الإقامة العارضة والحكمة من هذا كما تقول المذكرة الإيضاحية هى مراعاة مصلحة الدائن والتسهيل عليه عند مطالبته الكفيل ولهذا فلا يلزم أن يكون الموطن العام للكفيل فى مصر بل يكفى أن يكون له فيها موطن مختار لتنفيذ الكفالة.

٣- وبالاضافة إلى الشرطين السابقين يشترط أن يكون الكفيل كامل الأهلية لإبرام عقد الكفالة وهذا شرط لم ير المشرع داعياً للنص عليه لبداهته فتنفيذ الإلتزام بتقديم كفيل لا يتم ويبرى المدين من هذا الإلتزام الا إذا كانت الكفالة صحيحة وهوما يقضى ان يكون الكفيل اهلا للكفالة.

ثانياً – ولما كان الغرض المقصود من إلزام المدين بتقديم كفيل ايا كان مصدر هذا الإلتزام هو ضمان تنفيذ الإلتزام الأصلى فانه يكفى لتحقيق هذا الغرض ان يقدم المدين تأمينا آخر يقوم مقام الكفالة ولهذا نص المشرع فى المادة ٧٧٤ مدنى بعد بيان شروط الكفيل الذى يقدمه المدين على أنه.... وله أن يقدم عوضاً عن الكفيل رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً على عقار أو منقول ومسالة كفاية التأمين العينى مسالة موضوعية يقدرها القاضى عند المنازعة.

(عقد الكفالة – للدكتور منصور مصطفي –المرجع السابق –ص١٨ ومابعدها)

- **الالتزام بتقديم كفيل :** يتبين لنا من نص المادة ٧٧٤ مدني سالفة الذكر أن المدين قد يكون ملزما بتقديم كفيل، فعليه أن يقدم كفيلا توافرت فيه شروط معينه، ومصادر التزام المدين بتقديم كفيل ثلاثة : القانون والقضاء والاتفاق. فيكون المدين ملزما بتقديم كفيل بحكم القانون في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك، ومن الأحوال التي نص فيها

القانون على وجوب أن يقدم المدين كفيلا ما نصت عليه المادة ١/٩٩٢ مدني على أنه " إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا وجب جرده، ولزم المنتفع تقديم كفالة به "، كذلك يجب على صاحب حق الاستعمال في المنقول أن يجرد هذا المنقول، وأن يقدم كفالة (م٩٩٨ مدني) ونصت المادة ٢/٢٧٣ مدني على أنه " إذا سقط حق المدين في الأصل ... أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين. أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا "، ونصت المادة ١/٢٧٤ مدني على أنه " إذا كان الالتزام مقترنا بأجل واقف، فإنه لا يكون نافذا إلا في القوت الذي ينقض فيه الأجل، على أنه يجوز للدائن، حتى قبل انقضاء الأجل، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ على حقوقه، وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين إذا خشى إفلاس المدين أو إعساره واستند في ذلك إلى سبب معقول "، ونصت المادة ٢/٤٥٧ و٣ مدني على ما يأتي " ١- فإذا تعرض أحد للمشتري مستندا إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري، جاز له ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر، ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا. ٢- ويسري حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري عيبا في المبيع "، وقد كان قانون المرافعات الملغي يتضمن في المواد ٤٦٧، ٤٦٩، ٤٧٠ الحالات التي يتعين أو يجوز شمول الحكم فيها بالنفاذ المعجل بشرط تقديم كفالة أو بدونها، وتنص المادة ٢٩٣ من قانون المرافعات الحالي المعدلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧١ على أنه

" في الأحوال التي لا يجوز فيها تنفيذ الحكم أو الأمر بكفالة يكون للملزم بها الخيار بين أن يقدم كفيلا مقدرا أو أن يودع خزانة المحكمة من النقود أو الأوراق المالية ما فيه الكفاية وبين أن يقبل إيداع ما يحصل من التنفيذ، ويكون المدين ملزما بتقديم كفيل إذا اتفق مع الدائن على أن يقدم له كفيلا بالدين، وعند ذلك يكون مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل هو الاتفاق. ولا يصح الالتزام بتقديم كفيل التزاما قضائيا لمجرد أن حكم بتقديم كفيل كان المدين ملتزما بتقديمه التزاما اتفاقيا أو التزاما قانونية. (أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٥ ص٢٧٥، ٢٧٦ – بلانيول وريبير وسافاتتيه فقرة ١٥٢١ ص٩٧٣ هامش ٨) وسواء كان مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل هو القانون أو القضاء أو الاتفاق، فإن المدين يكون ملزما بتقديم هذا الكفيل ليكفل الدين الذي عليه للدائن. (السنهوري ص٢٥) ويشترط في الكفيل أن يكون موسرا على أن يقدم المدين ما يفيد هذا اليسار كمستندات ملكية ولكن للدائن أن يثبت أن هذه الملكية محجوز عليها أو مرهونة فيلتزم المدين حينئذ بتقديم كفيل آخر موسر ويجب أن يظل الكفيل موسرا حتى الوفاء بالدين وإلا التزم المدين بتقديم غيره، كما يشترط في الكفيل أن يكون مقيما في الأراضي المصرية أو له محل مختار بها ولا تلزم الجنسية المصرية، ولا يشترط حسن السمعة فإن ما يهم الدائن وجود مال ينفذ عليه بحقه فيكفيه يسار الكفيل، فإن انتفى الشرطان أو أحدهما تعين على المدين تقديم كفيل آخر مستوف للشرطين، ولكن إذا طلب الدائن كفيلا معينا وأحضره له المدين ثم فقد الشرطان أو أحدهما فلا يجوز للدائن أن يطلب كفيلا جديدا، وإذا اعترى الكفيل إعسار جزئي وطلب الدائن كفالة تكميلية تعين على المدين تقديمها ويجوز للدائن الاستناد الى الخطأ لطلب كفيل جديد كما إذا اعتقد يسار الكفيل ثم تبين إعساره، وإذا مات الكفيل تنتقل الكفالة الى تركته

فلا يجوز للدائن المطالبة بكفيل آخر وأيضا لا يبطل عقد الكفالـة إذا فقـد الكفيل أهليته. (أنور طلبة ص٦٥١).

جواز تقديم عوض عن الكفيل : تقول المادة ٧٧٤ مدني أن " المـدين أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا "، ويخلص من ذلـك أن المـدين إذا كان ملتزما بموجب القانون أو القضاء أو الاتفاق، بتقديم كفيل لدائنه، فإن لـه أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا كرهن رسمي أو رهن حيـازي، فيستطيع المدين أن يرهن رهنا حيازيا تأمينا للدين مجوهرات أو حليا أو نقودا أو منقولات أخرى ذات قيمة، كما يستطيع أن يرهن قيمة منقولة لحاملها عـن طريق التسليم المادي، أو قيما منقولة اسمية عن طريق التحويل أو قيما منقولة اذنية عن طريق التطهير، ويستطيع المدين كذلك أن يرهن لتأمين دينه بـدلا من الكفالة الشخصية، عقارا، إما رهنا رسميا أو رهنا حيازيـا. ويلـزم فـي التأمين الذي يقدمه المدين أن يكون كافيا ولا يهم ما إذا كان عقارا أو منقـولا ولو كان هذا التأمين الآخر كفالة عينية مقدمة من كفيل آخر، طالما كان مـن الممكن ضمان حق الدائن. والقاضي هو الذي يقدر كفاية التأمين العيني الـذي يقدمه المدين بدلا من الكفالة أو عدم كفايته.

* * *

كفالة المدين بغير علمه ورغم معارضته

النص التشريعي (مادة ٧٧٥):

تجوز كفالة المدين بغير علمه، ويجوز أيضاً رغم معارضته.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية المواد التالية:

مادة ٧٨٤ ليبى و٧٤١ سورى و٦٥٧ سودانى و١٠٦٢ لبنانى و١٤٨٨ تونسى.

الأعمال التحضيرية:

هذه المادة مقتبسة من المشروع الفرنسى الإيطالى (م ٧١٢) وهى تقرر الحكم الوراد بالتقنين المصرى (م٤٩٥ فقرة الأخيرة / ٦٠٥فقرة أخيرة) وهو حكم طبيعى تقتضيه القواعد العامة مادامت الكفالة مقدار بير الكفيل والدائن يتم بمجرد توافق إرادتيهما دون حاجة لرضاء المدين أو هذه وقد لا يكون هناك موجب لإيراد النص سوى الرغبة فى بيان أن المشرع المصرى خرج هذا الصدد عن أحكام الشريعة الاسلامية (م ٨٦٢ من مرشد الحيران) وهى تحرم الكفيل الذى يضمن المدين بدون علمه أو رغم رضاء من حق الرجوع عليه.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٥ـ ص٤٤٢)

رأى الفقه:

١- الكفالة عقد طرفاء الكفيل والدائن اما المدين فليس طرفاً فيه المطلوب إذن هو رضاء الكفيل والدائن طرفى العقد ولا حاجة إلى رضاء المدين فقد تعقد الكفالة بين الكفيل والدائن وذلك دون إذن من المدين بل قد تعقد الكفالة بين طرفيها دون علم المدين وأخيراً قد تعقد الكفالة بين طرفيها

وذلك بالرغم من معارضة المدين والفرق ما بين هذه الصورة بمجرد توافق إرادتى الكفيل والدائن وإنما يظهر الفرق عند رجوع الكفيل على المدين إذا وفى عنه الدين فإذا كانت الكمبيالة قد عقدت بإذن المدين رجع الكفيل عليه بدعوى الوكالة وإذا عقدت بعلم المدين أو بغير علمه ولكن دون إذنه رجع الكفيل على المدين بدعوى الفضالة وإذا عقدت بالرغم من معارضة المدين رجع الكفيل علىالمدين بدعوى الإثراء بلا سبب.

على أن الكفالة تعقد بإذن المدين بل بناء على طلبه إذا أن الكفيل انما يتقدم لمساعدته بكفالته فتسبق الكفالة عادة طلب من المدين يوجهه إلى الكفيل ليكلفه فإذا رضى الكفيل بكفالته عقد الكفالة مع الدائن دون تدخل المدين أو كما يقع فى كثير من الأحيان ذيل الكفيل سند المديونية بين المدين والدائن بامضائه أنه كفيل فإذا ما فعل شيئا من ذلك ثم وفى الدين عن المدين رجع عليه بدعوى الوكالة إذ أن طلب المدين من الكفيل تعتبر توكيلاً فى الكفالة وقد تكون العلاقة بين الكفيل والمدين متضامناً معه وللكفيل المتضامن مع المدين أحكام يقتضيها هذا التضامن والكفيل المتضامن مع المدين غير الكفيل المتضامن مع الكفلاء الآخرين على ما سيأتى من أحكام ذلك وقد يكون الكفيل متضامناً مع المدين ومع الكفلاء الآخرين وفى هذا ضمان قوى للدائن إذ يضم إلى ذمة مدينه ذمم كفلاء متعددين ويجعل هذه الذمم جميعا ومنها ذمة مدينه متضامنه.

وقد تعقد الكفالة بين الدائن وكفيل الكفيل اوالمصدق فيكون هناك عقدان احدهما بين الدائن والكفيل وهوعقد الكفالة المعتاد والثانى بين الدائن وكفيل الكفيل يكفل بموجبه كفيل الكفيل وينزل منزلة الكفيل من كفيل الكفيل منزلة المدين الأصلى.

ولما كانت الكفالة عقدا بين الكفيل والدائن فانها تقتضى التراضى بين الكفيل والدائن فيتفق الإثنان على أن الكفيل يكفل المدين الأصلى ولا يكفى رضاء الكفيل وحده بل يجب أيضاً حتى يتم العقد من رضاء الدائن بالكفالة ولو رضاء ضمنياً وذلك حتى لو كان الكفيل متبرعاً بكفالته كما هو فى الغالب وذلك كعقد الهبة لابد فيه من رضاء الموهوب له.

أما رضاء الكفيل فجوهرى لان الكفيل هو الذى يلتزم بعقد الكفالة ولابد ان يرضى الكفيل بالكفالة ويعبر عن هذا الرضاء تعبيراً واضحاً على أن رضاء الكفيل بالكفالة قد يتخذ اية صورة من الصور ما دام رضاء واضحاً فقد يبرم الكفيل عقد الكفالة بينه وبين الدائن وقد يمضى سند المديونية بين المدين والدائن بصفة أنه كفيل للمدين وقد يتخذ صورة كتاب يرسله الكفيل للدائن يكفل فيه المدين وقد يعبر الكفيل عن معنى الكفالة بأى تعبير ملائم ودون أن يستعمل لفظ الكفالة.

ويصح ان يتم التراضى بين الكفيل والدائن لاعن عقد الكفالة بل على وعد الكفالة ولكن لابد أن يقبل الدائن الوعد حتى يتم عقد الوعد بالكفالة اما إذا صدر الوعد للمدين لا للدائن وقبله المدين جاز للدائن أن يستخلص من ذلك إشتراطاً لمصلحته فيتولد له حق مباشر من هذا الإشتراط إذا تمسك به أمكنه أن يلزم الواعد بوعده.

والكفالة من عقود التراضى لايشترط إنعقادها شكل خاص بل كل تعبير عن الإدارة يفيد الرضاء من جانب الكفيل ومن جانب الدائن يكفى لإنعقادها ورضاء الكفيل – بإعتباره متبرعاً – يجب أن يكون صريحاً اما الدائن فيكفى أن يستخلص رضاؤه من الظروف والقرائن ولذلك جاز ان يكون قبول الدائن بالكفالة قبولا ضمنياً.

وقد تتخذ الكفالة شكل ورقة تجارية أو كمبيالة أو سند إذنى والأصل أن إلتزام الكفيل موقع الورقة التجارية هو إلتزام أصلى لا إلتزام كفيل تابع ولكن قد يتفق الكفيل مع الدائن أن يوقع له كمبيالة أو سند إذنياً على سبيل الكفالة ويكون الكفيل فى هذه الحالة متضامناً مع المدين ولكن تسرى على أحكام الكفيل وبخاصة فى الرجوع على المدين وعلى الكفلاء الآخرين وفى الإحتجاج على الدائن ما أضاعه هذا بخطئه من الضمانات.

(الوسيط – ١٠ـ للدكتور السنهوري ـ المرجع السابق – ص٧٠ ومابعدها)

٢- تقرر المادة ٧٧٥ مدني نفس الحكم الوارد في التقنين القديم وهـو مخالف لأحكام الشريعة الغراء. فما دامت الكفالة عقد بين الكفيل والـدائن فطبيعى أن تتم بتوافق إرادتيهما دون حاجة لرضاء المدين أو علمه ومؤدى ذلك ألا يحرم الكفيل الذى يضمن المدين دون علمه أو رغم رضاه من حق الرجوع عليه.

(التقنين المدني – للدكتور محمد علي عرفة ـ المرجع السابق –ص٥٧١)

٣- الكفالة كغيرها من العقود تنعقد برضا طرفيها وتخضع فيما يتعلق بوجود الإرادة وصحتها وما يترتب على تخلف شرط من الشروط فى هذا الصدد للقواعد العامة.

ففيما يتعلق بالإرادة التى ينعقد بها العقد يؤدى تطبيق القواعد العامـة على الكفالة إلى انها تنعقد بإرادة طرفيها الكفيل والدائن اما المدين فلـيس طرفا فى العقد وبالتالى فتدخله غير لازم لإنعقاده فيمكن ان تنعقد الكفالـة دون علمه أو حتى رغم معارضته ونص المادة ٧٧٥ مدنى فى هذا الشأن محض تطبيق للقواعد العامة فبالا ضافة إلى أن المدين ليس طرفاً فى العقد مما يجعل تدخله أو معارضته غير ذى أثر فى إنعقاده فالقاعدة ان الوفـاء بإلتزام يصح من غير المدين ولو لم تكن له مصلحة فيه ولو كان ذلك دون

علم المدين أو رغم إرادته والكفالة ليست سوى تعهد بالوفاء بالدين إذا لم يف به المدين نفسه فيصدق عليها حكم هذه القاعدة بطريق القياس.

وبالنسبة لتعبير الكفيل عن إرادته فنظراً إلى خطورة الكفالة بالنسبة إليه تشترط بعض التشريعات ومنها القانون الفرنسى أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً ولم يرد فى القانون المصرى نص يتطلب التعبير الصريح ومع هذا يذهب أكثر الفقهاء إلى أن رضا الكفيل يجب أن يكون صريحاً مستندين فى ذلك أولاً إلى الخطورة الكفالة بالنسبة إلى الكفيل إلى أن المشرع يشترط الكفالة لإثبات الكفالة وأخيراً إلى عبارة وردت فىالمذكرة الإيضاحية إذ تقول تعليم على النص الخاص بعدم جواز الإثبات إلا بالكفالة والواقع أنه يجب فيما يتعلق بالكفالة لخروج على القواعد العامة فى الإثبات لأن إلتزام الكفيل هو أساساً من الإلتزامات التبرعية فيجب أن يستند إلى رضاء صريح قاطع.

ويرى البعض – ومنهم الدكتور منصور مصطفى منصور – عدم الاخذ بحكم القانون الفرنسى فلا يمكن القول بإشتراط أن يكون تعبير الكفيل عن إرادته صريحاً لعدم وجود نص على ذلك وإذا كانت الحكمة من تطلب رضا الكفيل صراحة هى حمايته نظراً لخطورة الكفالة بالنسبة إليه فإن هذه الحماية تتحقق بما نصت عليه المادة ١٥١ مدنى من أن الشك يفسر لمصلحة الملتزم (الكفيل)

(عقد الكفالة للدكتور منصور مصطفي – المرجع السابق –ص٢٥ ومابعدها)

- **كفالة المدين بغير علمه ورغم معارضته :** لقد أجاز المشرع كفالة المدين بغير علمه كما أجازها رغم معارضته، والسبب في ذلك أن الكفالة عقد طرفاه الكفيل والدائن. أما المدين فليس طرفا فيه. فالمطلوب إذن هو رضاء الكفيل والدائن طرفى العقد، ولا حاجة الى رضاء المدين.

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: " وهو حكم طبيعي تقتضيه القواعد العامة، مادامت الكفالة عقدا بين الكفيل والدائن يتم بمجرد توافق إرادتيهما، دون حاجة لرضاء المدين أو علمه "، فقد تعقد الكفالة بين الكفيل والدائن، وذلك دون إذن من المدين، بل قد تعقد الكفالة بين طرفيها، دون علم المدين، وأخيرا قد تعقد الكفالة بين طرفيها، وذلك بالرغم من معارضة المدين، والفرق ما بين هذه الصور المختلفة لا يكون في انعقاد الكفالة، فهى تنعقد في جميع هذه الصور المختلفة لا يكون في انعقاد الكفالة، فهى تنعقد في جميع هذه الصور بمجرد توافق إرادتى الكفيل والدائن، وإنما يظهر الفرق عند رجوع الكفيل على المدين إذا وفى عنه الدين، فإذا كانت الكمبيالة قد عقدت بإذن المدين، رجع الكفيل عليه بدعوى الوكالة، وإذا عقدت بعلم المدين أو بغير علمه، ولكن دون إذنه، رجع الكفيل على المدين بدعوى الفضالة، وإذا عقدت بالرغم من معارضة المدين، رجع الكفيل على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب. (السنهوري ص٦٠).

أن الكفالة تعقد عادة بإذن المدين، بل بناء على طلبه إذ أن الكفيل إنما يقدم لمساعدته بكفالته، فتسبق الكفالة عادة طلب من المدين يوجهه الى الكفيل ليكفله، فإذا رضى الكفيل بكفالته، عقد الكفالة مباشرة مع الدائن دون تدخل المدين، أو كما يقع في كثير من الأحيان ذيل الكفيل سند المديونية بين المدين والدائن بإمضائه بوصف أنه كفيل. فإذا ما فعل شيئا من ذلك، ثم وفى الدين عن المدين، رجع عليه بدعوى الوكالة، إذ أن طلب المدين من الكفيل كفالته يعتبر توكيلا له في الكفالة، وقد تكون العلاقة بين الكفيل والمدين وقت الكفالة أوثق من ذلك، فيكفل الكفيل المدين متضامنا معه، وللكفيل المتضامن مع المدين أحكام يقتضيها هذا التضامن، والكفيل

المتضامن مع المدين غير الكفيل المتضامن مع الكفلاء الآخرين، وقد يكون الكفيل متضامنا مع المدين ومع الكفلاء الآخرين في وقت واحد، فيكون كل من الكفلاء والمدين متضامنا مع الآخرين، وفي هذا ضمان قوى للدائن إذ يضم الى ذمة مدينه ذمم كفلاء متعددين، ويجعل هذه الذمم جميعا ومنها ذمة مدينه متضامنة، وقد تعقد الكفالة بين الدائن وكفيل الكفيل أو المصدق certificateur فيكون هناك عقدان، إحداهما بين الدائن والكفيل وهو عقد الكفالة المعتاد، والثاني بين الدائن وكفيل الكفيل يكفل بموجبه كفيل الكفيل الكفيل، وينزل منه منزلة الكفيل كما ينزل الكفيل من كفيل الكفيل منزلة المدين الأصلي (السنهوري) ولما كانت الكفالة عقدا بين الكفيل والدائن فإنها تقتضي التراضي بين الكفيل والدائن فيتفق الاثنان على أن الكفيل يكفل المدين الأصلي ولا يكفي رضاء ضمنيا. فيحب أن يكون رضاء الكفيل واضحا لا لبس فيه بأن يوقع على سند المديونية باعتباره كفيلا أو يرسل خطابا للدائن يقرر فيه كفالته لدين المدين ويحدده له، ويجوز أن يتم الرضاء على وعد بالكفالة فيكون للدائن إذا ما نشأ الدين ورفض الكفيل تنفيذ وعده بعد أن قبله الدائن جاز للدائن استصدار حكم باعتبار الواعد كفيلا فتسرى أحكام الكفالة أما إذ كان الوعد للمدين، كان ذلك اشتراطا لصالح الدائن الذي يجوز له التمسك به وإجبار الكفيل على تنفيذ وعده وإذا اتخذت الكفالة شكل ورقة تجارية، كمبيالة أو سند إذني، كان الكفيل متضامنا مع المدين وكانت الكفالة تجارية، فيختص القضاء التجاري وتسري فوائد التأخير بالسعر التجاري. (أنور طلبة ص٦٦٠)

من أحكام القضاء:

١- كفالة المدين وإن كانت تجوز بغير علمه ورغم معارضـــته إلا أن إلتزام الكفيل يظل بحسب الأصل تابعاً للإلتزام الأصلى فلا يقوم إلا بقيامه، ويكون للكفيل المتضامن وغير المتضامن أن يتمسك قبـــل الـــدائن بكافـــة الدفوع المتعلقة بالدين.

(نقض – جلسة ١٩٧٢/١٢/٢٨ـ مجموعة المكتب الفني –السنة ٢٣ـ مدني ص١٤٨٢)

* * *

الالتزام الذي ترد عليه الكفالة

النص التشريعي (مادة ٧٧٦):

لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الإلتزام المكفولة صحيحاً.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية المواد التالية:

مادة ٧٨٥ ليبى و ٧٤٣سورى و ٦٥٨ سودانى و١٠٥٦ لبنانى و ١٤٨٢ تونسى.

الأعمال التحضيرية:

وقد ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ١١٣٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي " لا تصح الكفالة إلا في التزام صحيح "، وفي لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتي " الكفالة باطلة إذا كان الالتزام المكفول بطلا "، وأصبح رقمه ٨٤٥ في المشروع النهائي، وحذف مجلس النواب هذا النص، اكتفاء بغيره من النصوص التي وردت، وفي لجنة مجلس الشيوخ طلبت الحكومة إعادة النص المحذوف تمهيدا لما يأتي بعده من النصوص، ومنها النص على كفالة ناقص الأهلية. فإذا كان الكفيل يجهل نقص أهليته كان التزامه قابلا للإبطال كالالتزام الأصلي، وهذا بخلاف ما إذا كان الكفيل يعلم نقص الأهلية فإنه لا يستطيع التمسك بهذا الدفع ولكنه يبقى كفيلا، وبخلاف ما إذا كان الكفيل يعلم ناقص الأهلية فإنه لا يستطيع التمسك بهذا الدفع ولكنه يبقى كفيلا، وبخلاف ما إذا كان الكفيل كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أعليته فإنه لا يستطيع التمسك بنقص

الأهلية بل لا يكون كفيلا أصلا إذ هو مدين أصلى، وقد وافقت اللجنة على إعادة النظر الى المشروع بالصيغة الآتية " لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا "، فأصبح النص مطابقا لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وقالت اللجنة في تقريرها : وقد راعت اللجنة في هذا التعديل أن الكفالة قد يقصد منها ضمان الوفاء إذا كان الالتزام المكفول صحيحا "، فأصبح النص مطابقا لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وقالت اللجنة في تقريرها، وقد راعت اللجنة في هذا التعديل أن الكفالة قد يقصد منها ضمان الوفاء إذا كان الالتزام الأصلي باطلا، متى انصرفت النية الى تأمين الدائن من خطر التمسك بالبطلان، ولهذا رؤى أن يقتصر النص على حكم الكفالة التي يقصد منها الى ضمان الوفاء بالالتزام، وهى تف ترض بطبيعة الحال أن يكون الالتزام المكفول صحيحا، وأصبح رقم المادة ٧٧٦، ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٤٤ – ٤٤٦، وانظر مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدقي في صدد هذا النص في مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٤٤٣ – ٤٦ في الهامش).

رأى الفقه :

١- يخلص من نص المادة ٧٧٦ مدنى أنه حتى تكون الكفالة صحيحة وترتب إلتزاما فى ذمة الكفيل بضمان الإلتزام المكفول يجب أن يكون هذا الإلتزام الأخير ذاته صحيحاً ويكون الإلتزام المكفول صحيحاً إذا تولد من مصدر غير عقدى أو تولد من مصدر عقدى وكان العقد الذى ولد منه عقدا صحيحاً.

ويجب هنا التمييز بين فرضين:

الأول – ان يلتزم شخص بوفاء إلتزام فى ذمة الغير فيؤمن الدائن بذلك وفاء الإلتزام وفى هذا الغرض لا يكون هذا الشخص كفيلاً بل يكون مديناً أصلياً تعهد بوفاء إلتزام الغير للدائن ولا يهم فى هذه الحالة أن يكون إلتزام الغير صحيحا أو باطلاً أو قابلاً للإبطال مادام الملتزم بوفائه قد إلتزام بصفة أصلية لا بإعتباره كفيلا ويؤول ذلك عن أن الملتزم بالوفاء قد إلتزم نحو الدائن بأن المدين يمسك بأوجه البطلان فى الدين وبانه إذا تمسك بأوجه البطلان فأعلن بطلان الدين أو أبطله فإن إلتزام بالوفاء يقوم نفسه بوفاء هذا الدين الباطل اوالقابل للإبطال ومن ثم لايكون الملتزم بالوفاء كفيلا بل مديناً أصلياً ويصح أن يكون الدائن الذى إلتزم بوفائه باطلاً أو قابلاً للإبطال ولو كان إلتزم بالوفاء كفيلا أى أن إلتزامه تابع للدين الأصلى لامكنه أن يتمسك ببطلان الدين الأصلى أو بإبطاله كما يتمسك بذلك المدين الأصلى نفسه.

الثانى – أن يكون الملتزم بالوفاء كفيلاً لا مديناً أصلياً، فيكفل المدين الأصلى فى الوفاء بإلتزامه وهذا هو الفرض الذى يعنينا هنا إذ أن إلتزام الكفيل يكون تابعاً للإلتزام الأصلى المكفول ولا تكون الكفالة صحيحاً إلا إذا كان الإلتزام المكفول صحيحاً كما يقول نص المادة ٧٧٦ مدنى فإذا كان الإلتزام المكفول باطلاً أو قابلاً للإبطال، أمكن للكفيل كما أمكن للمدين الأصلى ان يتمسك بهذا الدفع فيعلن بطلان الإلتزام الأصلى أو يبطله ومن ثم يصبح الإلتزام الكفيل باطلاً.

وهذا ما قصدت إليه لحنة مجلس الشيوخ إذ قالت فى تقريرها: وقد راعت اللجنة فى هذا التعديل ان الكفالة قد يقصد منها ضمان الوفاء إذا كان الإلتزام الأصلى باطلاً متى إنصرفت النية إلى تأمين الدائن من خطر

التمسك بالبطلان ولهذا رؤى أن يقتصر النص على الحكم الكفالة التى يقصد منها إلى ضمان الوفاء بالإلتزام وهى تفترض بطبيعة الحال أن يكون الإلتزام المكفول صحيحاً.

ويؤخذ مما تقدم ان كفالة الإلتزام الباطل تكون هى أيضاً باطلة كالإلتزام المكفول والمفروض فى ذلك أن الكفيل تقدم بإعتباره كفيلا لا بإعتباره مديناً أصلياً فإذا كان الإلتزام المكفول فى هذه الحالة باطلاً بطلاناً مطلقا كانت الكفالة وهى تابعة له باطلة مثله وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٨١ مدنى على أن: " يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين " وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين ومن الأوجه التى يحتج بها المدين الأصلى بطلان إلتزامه المكفول فللكفيل أيضاً أن يحتج بهذا البطلان، فتكون كفالة الإلتزام الباطل باطلة مثله.

ولا يكون الإلتزام باطلاً إلا إذا كان إلتزاماً عقدياً أما الإلتزام غير العقدى فإن القانون نفسه لا الإرادة هو الذى يتكفل بإنشائه وبإستناده من مصدره فلايكون باطلاً فالإلتزام الباطل إذن هوالإلتزام الذى يراد إنشاؤه بعقد باطل والعقد يكون باطلاً إذا احتل احد أركانه، فإنعدام ركن التراضى مثلاً أركان محله غير معين أو مستحيلاً أو غير مشروع أو كان سببه غير مشروع أو كان غير مستوف للشكل الذى يتطلبه القانون.

والأمثلة على العقد الباطل كثيرة من ذلك دين المقامرة أو الرهان ودين الربا الفاحش فيما زاد على مقدار الفائدة المسموح بها قانونا والدين الذى يكون محله غير موجود أو مستحيلاً أو غير مشروع والدين الذى يقوم على سبب غير مشروع والدين الذى يكون مصدره التعاقد على شركة مستقبلة والدين الذى يكون مصدره هبة باطلة فى الشكل كل هذه ديون

باطلة لأن مصدرها عقد باطل وعلى ما تجوز كفالتها، ويكون إلتزام الكفيل فى هذه الحالة باطلاً بطلان الإلتزام الأصلى المكفول.

(الوسيط ـ ١٠ ـ للدكتور السنهوري ـ المرجع السابق ـ ص٣٩ ومابعدها)

٢- تقرر المادة ٧٧٦ مدنى أن حكم الكفالة هو حكم الإلتزام المكفول فلا تكون صحيحة إلا إذا كان هذا الإلتزام صحيحاً ولو إنصرفت النية إلى تأمين الدائن من التمسك ببطلان الإلتزام الأصلى.

(التقنين المدني ـ للدكتور محمد علي عرفة – المرجع السابق – ص ٥٧١)

٣- إذا كان محل إلتزام الكفيل هو تنفيذ الإلتزام الأصلى فإن شرط الامكان يقتضى وجود إلتزام أصلى يضمن الكفيل تنفيذه فإذا لم يوجد إلتزام يضمنه الكفيل كان محل إلتزام الكفيل مستحيلاً فى ذاته وبالتالى يعتبر عقد الكفالة باطلاً فالصفة التبعية للإلتزام الكفيل تحول دون نشوئه إذا لم ينشأ الإلتزام الأصلى وتطبيقا لهذا الشرط نصت المادة ٧٧٦ مدنى على أنه: " لا يكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان إلتزام الكفالة صحيحاً " وعلى هذا إذا كان الإلتزام الأصل ناشئاً عن عقد باطل بطلاناً مطلقاً أياً كان سبب البطلان فلا تنعقد الكفالة أى تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً.

(عقد الكفالة – للدكتور منصور مصطفي – المرجع السابق – ص ٢٩و٣٠)

- **الالتزام الذي ترد عليه الكفالة :** تنص المادة ٧٧٦ مدني سالفة الذكر على أنه " لا يكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا ". مفاده أنه حتى تكون الكفالة صحيحة وترتب التزاما في ذمة الكفيل بضمان الالتزام المكفول يجب أن يكون هذا الالتزام الأخير ذاته صحيحا، ويكون الالتزام المكفول صحيحا إذا تولد من مصدر غير عقدي، أو تولد من مصدر عقدي وكان العقد الذي تولد منه عقدا صحيحا.

وقد قضت محكمة النقض بأن: " الكفالة يمكن أن ترد على التزام متى كان صحيحا وأيا كان نوعه أو مصدره مادام يمكن تقديره نقدا أو يترتب على عدم تنفيذه الحكم بتعويضات، وليس في أحكام الكفالة ما يمنع من أن يكفل شخص واحد تنفيذ الالتزامات المترتبة على عقد في ذمة عاقديه كليهما بأن يتعهد لكل منهما بأن يفي له بالتزام المتعاقد الآخر في حالة تخلف هذا المدين عن الوفاء به، وفي هذه الحالة ينعقد عقد الكفالة بين الكفيل وبين كل من المتعاقدين بوصف كل منهما دائنا للآخر بالالتزامات المترتبة له في ذمته بمقتضى العقد الأصلي المبرم بينهما " (جلسة ١٩٦٩/٤/١٧ الطعن رقم ١٩٢ لسنة ٢٥ق س٢٠ ص٦١٦).

مفاد ما تقدم أنه يجب لقيام الكفالة وجود التزام، ولا تكون صحيحة إلا إذا كان هذا الالتزام صحيحا، فإن كان الالتزام الأصلي باطلا لتخلف الشكل أو لأن محله أو سببه مخالف للنظام العام أو الآداب وقعت كفالته باطلة، أما إن كان الالتزام الأصلي قابلا للإبطال لغيب في الرضاء، كانت كفالته قابلة للإبطال وجاز للكفيل التمسك بهذا الدفع، ومن أمثلة الالتزام الباطل، دين المقامرة أو الرهان ودين الربا الفاحش والالتزام الذي يكون محله مستحيلا أو غير موجود أو غير مشروع، والكفيل هو يضمن المدين الأصلي في الوفاء وهو ما تسري بالنسبة لالتزامه الأحكام السابقة. (أنور طلبة ص٦٦١)

- **كفالة الالتزام الباطل:** إذا كان الالتزام الأصلي باطلا كان التزام الكفيل باطلا كذلك. أيا كان سبب البطلان سواء كان بسبب انعدام الأهلية أو لمخالفته للنظام العام والآداب أو لغير ذلك من الأسباب، وبالتالي فإن بطلان التزام المدين يؤدي الى بطلان التزام الكفيل بطلانا مطلقا متعلقا

بالنظام العام مما تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، ويجوز التمسك به في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض طالما كانت عناصر البطلان مطروحة على محكمة الموضوع (أنور طلبة ص٦٦٣) ولا يكون الالتزام باطلا إلا إذا كان التزاما عقديا. أما الالتزام عير العقدي فإن القانون نفسه لا الإرادة هو الذي يتكفل بإنشائه باستمداده من مصدره فلا يكون باطلا. فالالتزام الباطل إذن هو الالتزام الذي يراد إنشاؤه بعقد باطل والعقد يكون باطلا إذا اختل أحد أركانه، فانعدم ركن التراضي مثلا أو كان محله غير معين أو مستحيلا أو غير مشروع أو كان سببه غير مشروع أو كان غير مستوف للشكل الذي يتطلبه القانون، والأمثلة على العقد الباطل كثيرة، من ذلك دين المقامرة أو الرهان، ودين الربا الفاحش فيما زاد على مقدار الفائدة المسموح بها قانونا، والدين الذي يكون محله غير موجود أو مستحيلا أو غير مشروع، والدين الذي يقوم على سبب غير مشروع، والدين الذي يكون مصدره التعاقد على شركة مستقبلة، والدين الذي يكون مصدره هبة باطلة في الشكل، كل هذه ديون باطلة لأن مصدرها عقد باطل، وعلى ذلك لا يجوز كفالتها، ويكون التزام الكفيل في هذه الحالة باطلا بطلان التزام الأصلي المكفول. (السنهوري ص٢٥)

كفالة الالتزام القابل للإبطال : المقصود بالالتزام القابل للإبطال هو الالتزام الباطل بطلان نسبي، ويترتب على بطلان التزام المدين بطلان التزام الكفيل لتوافر الغلط ولما كان البطلان نسبي فلا يجوز للمحكمة التصدي له من تلقاء نفسها، وإنما بناء على دفع ممن تقرر البطلان لمصلحته، وبالتالي إذا كان التزام المدين قابلا للإبطال، وأبرمت كفالة

لضمان تنفيذه، جاز لكل من المدين والكفيل التمسك بهذا البطلان، باعتبار كل منهما صاحب المصلحة في الدفع. فإذا رجع الدائن على الكفيل، جـاز للأخير التمسك ببطلان التزام المدين، وإن أدخل الكفيل، المدين ضامنا في الدعوى، للقضاء له عليه بما عسى أن يقضي به في الدعوى الأصلية، جاز لكل من الكفيل والمدين التمسك بالدفع فإذا تمسك أحدهما فقط بالدفع، كـان ذلك كافيا للقضاء بالبطلان، فلا يلزم تمسكهما به معا، وفي هذه الحالة ولا يساغ القول بأن عدم تمسك أحدهما بالدفع يدل على التنازل عنه وبالتـالي سقوط الحق فيه .(أنور طلبة ص٦٦٣)

من أحكام القضاء:

١- الكفالة يمكن أن ترد على أي التزام متى كان صحيحا وأيا كـان نوعه أو مصدره ما دام يمكن تقديره نقدا أو يترتب على عدم تنفيذه الحكم بتعويضات، وليس في أحكام الكفالة ما يمنع من أن يكفل شـخص واحـد تنفيذ الالتزامات المترتبة على عقد في ذمة عاقديه كليهما بأن يتعهد لكـل منهما بأن يفي له بالتزام المتعاقد الآخر في حالة تخلف هذا المـدين عـن الوفاء به، وفي هذه الحالة ينعقد عقد الكفالة بين الكفيل وبـين كـل مـن المتعاقدين بوصف كل منهما دائنا للآخر بالالتزامات المترتبة له في ذمتـه بمقتضى العقد الأصلي المبرم بينهما.

(الطعن رقم ١٩٢ ـ لسنة ٣٥ ق ـ تاريخ الجلسة ١٧ / ٤ / ١٩٦٩)

٢- حيث أنه بالرجوع إلى التعهد آنف الذكر، يتضح أنه خال فعلاً من توقيع للمدعي عليه الأول، وأنه تضمن توقيعاً على الشق الثاني منه منسوباً إلى مورث المدعي عليهم (والد المدعي عليه الأول)، مصدقاً عليـه مـن اثنين من المشايخ، اللذين صدق على إمضاءيهما مأمور مركـز الـشرطة بتاريخ ٢/ ١٠/ ١٩٥٥، وفيه يتعهد الوالد بطريق التضامن مـع المـدعي

عليه الأول، بدفع مصروفات التعليم بمعهد المعلمين الكائن بمبنى المدرسة الجامعة للصناعات بمصر الجديدة، بمقدار ٢٠ ج عن كل سنة دراسية أو جزء منها، إذا لم يقم المدعي عليه الأول بالتدريس مدة الخمس سنوات التالية لإتمام الدراسة به: حسب الشروط التي تقررها وزارة التربية والتعليم – وبالرجوع إلى شهادة ميلاد المدعي عليه الأول، المودعة ضمن مصوغات تعيينه، في ذات الملف المقدم من إدارة قضايا الحكومة، يتضح أنه مولود في ١٣/ ٧/ ١٩٣٢.

ومن حيث أنه يبين من ذلك أن المدعي عليه الأول كان بالغاً سن الرشد في تاريخ تحرير ذلك التعهد، ومع ذلك لم يوقع عليه مما لا يتأتى معه القول بنشوء الالتزام الوارد فيه قبله خاصة وأن إدارة قضايا الحكومة قررت بجلسة ٣١/ ١٠/ ١٩٧١ أمام المحكمة، عدم وجود لائحة تلزم المدعى عليه الأول برد مصروفات دراسته بالمعهد آنف الذكر، في حالة عدم قيامه بالتدريس مدة الخمس سنوات اللاحقة لتخرجه فيه، كما أن محامى المدعي عليهم لم يبد دفاعه في الدعوى على أساس التسليم بقيام التزاماتهم الواردة بالمعهد المذكور، بل على النقيض من ذلك أنكر قيام هذه الالتزامات، بل وأنكر توقيع أي من المدعى عليه الأول أو المرحوم والده على هذا التعهد. فلا يكفى مجرد التحاق المدعي عليه الأول بذلك المعهد وقبول الوزارة المدعية ذلك، القول بانعقاد عقد غير مكتوب بين المدعي عليه الأول وهذه الوزارة يتضمن التزام المدعي عليه الأول بالقيام بالتدريس مدة الخمس سنوات اللاحقة لتخرجه فيه، وإلا التزم برد جميع مصروفات دراسته بالمعهد المذكور بمقدار ٢٠ ج عن كل سنة دراسية – مما يتعين معه رفض الدعوى بالنسبة إلى المدعى عليه الأول.

ومن حيث أنه بالنسبة للمرحوم والد المدعي عليه الأول ومـن بعـده ورثته، فإنه بغض النظر عن إنكار محامى ورثته لتوقيعه الوارد في الشق الثاني من التعهد سالف الذكر فإن تكييف وضعه قانوناً في هذا التعهد، أنه كفيل متضامن، على ضوء نص المادة ٧٧٢ من القانون المدني مما يجوز له معه، تطبيقاً للمادة ٧٩٤ من هذا القانون، التمسك بما يتمسك به الكفيـل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين. والمادة ٧٧٦ من هذا القانون تنص على أنه "لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صـحيحاً". كما أن المادة ٧٨٢ منه تنص في فقرتها الأولى على أنـه "يبـرأ الكفيـل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين". وهو ما ينتهي إلى عدم قيام التزام قبل هذا الوالد أو ورثته من بعده، بـرد مصروفات الدراسة التي يطالب بها المدعى في هذه الدعوى. مما يتعـين معه رفض الدعوى كذلك بالنسبة إلى سائر المدعي عليهم.

(الطعن رقم ٤٢٢ـ لسنة ٢٢ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٢ / ٠١ / ١٩٧٢)

* * *

كفالة ناقص الأهلية

النص التشريعي (مادة ٧٧٧):

من كفل إلتزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية كان ملزماً بتنفيذ الإلتزام إذا لم ينفذه المدين الكفيل.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية المواد التالية:

مادة ٧٨٦ ليبى و٧٤٣ سورى و٦٥٩ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

نقل المشروع نص المادة ١١٣٥ بفقرتيها عن المادة ٧١٠ من المشروع الفرنسى الإيطالى وهو يطابق فى أحكامه المادة ٤٩٦ /٦٠٥ من التقنين الحالى مع شئ من الإيضاح. أما التقنين الفرنسى (م ٢٠١٢فقرة ٢) فإنه يصحح كفالة إلتزام ناقص الأهلية حتى لو كان الكفيل يجهل وقت العقد نقص اهليه المدين.

وقد أثار هذا الحكم كثيراً من أوجه الخلاف والنقد الشديد ولذلك عدل عنه المشرع المصرى وقرر أن الكفالة إلتزام ناقص الأهلية لا تكون صحيحة إلا إذا كان الكفيل يعلم بنقص الأهلية وكذلك فعلت معظم التقنينات الحديثة كما ان الشريعة الإسلامية تقضى هى أيضاً بهذا الحكم (م٨٤١ من مرشد الحيران).

ويلاحظ ان إلتزام الكفيل فى هذه الحالة ليس إلتزاماً تبعياً يستند إلى إلتزام أصلى بل أن الكفيل يلتزم بصفة أصلية لا بإعتباره كفيلاً ذلك ان من كفل قاصرا فى عقد هو عالم بقصره كان ضامناً له فى أداء إلتزامه إذا لم يتمسك القاصر ببطلان العقد وكان مسئولا بصفه أصلية عن أداء الإلتزام

إذا تمسك القاصر بالبطلان، كل هذا مالم يقم دليل على ما يخالفه هذا وقد أورد التقنين البولونى فى المادة ٦٢٦ نصا يقرب من هذا المعنى إذا يقضى بأن من كفل إلتزاما باطلاً بسبب نقص أهلية المدين، ويكون ملزماً بتنفيذه كمدين أصلى إذا كان وقت الكفالة يعلم أو كان من الواجب عليه أن يعلم نقص أهلية المدين.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني- الجزء٥- ص٤٤٨و٤٤٩)

رأى الفقه :

١- نص المادة ٧٧٧ مدنى مقصور على كفالة ناقص الأهلية، أى إذا كان الإلتزام الأصلى، قابلاً للإبطال بسبب نقص الأهلية ولكن القابلية للإبطال قد يكون لها سبب آخر نقص الأهلية فقد يكون سببها عيباً فى الرضا مشوباً بالغلط أو بالتدليس أو بالإكراه أو بالإستغلال، وقد يكون سبب القابلية للإبطال نصاً فى القانون كما هو الأمر فى بيع ملك الغير فقعد ورد نص على أن هذا البيع فيما بين البائع والمشترى قابل للإبطال لمصلحة المشترى.

فإذا كان سبب القابلية للإبطال غير نقص الأهلية بأن كان السبب عيباً فى الرضا أو نصاً فى القانون وجب تطبيق القواعد العامة إذا لم يرد نص فى هذا الصدد ولما كانت القواعد العامة تقضى بأن يكون الإلتزام قابلاً للإبطال لعيب فى الرضا أو لنص فى القانون فأن الكفيل وإلتزامه تابع للإلتزام الأصلى المكفول يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع وإذا رجع عليه الدائن تمسك بان إلتزامه قابل للإبطال كإلتزام المدين الأصلى وعلى ذلك إذا كفل شخص مديناً بعقد يشوبه غلط أو تدليس أو إكراه أو كفل شخص مشترياً من غير المالك جاز الكفيل أن يتمسك بأن إلتزامه ككفيل هو أيضاً قابل للإبطال كإلتزام المدين الأصلى.

وقد قل فى صدد مشروع تلك المادة بمجلس الشيوخ إذا كان الكفيل يجهل نقض أهلية المدين الأصلى كان الأصل كان إلتزام الكفيل قابل للإبطال كالإلتزام الأصلى وهذا بخلاف ما إذا كان الكفيل يعلم نقص الأهلية فإنه لا يستطيع أن يتمسك بهذا لكنه يبقى كفيلاً وبخلاف ما إذا كان الكفيل كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته فإنه لا يستطيع ان يتمسك بنقص الأهلية بل لا يكون كفلا أصلاً إذ هو مدين أصلى وقبل أيضاً أمام لجنة مجلس الشيوخ فى هذا المعنى ان هناك صورا ثلاثا "١- أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية وهو يعلم بنقص أهليته فى هذه الحالة يجوز له التمسك بنقص أهليته ٢- أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية وهو يعلم بنقص أهليته وفى هذه الحالة لا يستطيع الإحتجاج بنقص الأهلية ٣- أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته بغض النظر عن إجازته وارد أيضاً أن يكفل القاصر ولو أجاز الإلتزام ولكنه لم ينفذه".

ويستخلص مما تقدم أن فى كفالة تناقص الأهلية وهو القاصر المميز ومن فى حكمه المحجوز عليه بسبب غفلة أو سفه وبوجه عام كل من كان عقده قابلاً للإبطال بسبب نقص الأهلية يجب التميز بين فروض ثلاثة:

الأول - أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية وهو غير عام ينقص أهليته وفى هذا الفرض يكون الكفيل كفلاً لا مديناً أصلياً وتسرى جميع أحكام الكفالة ومن هذه الأحكام أن للكفيل أن يتمسك بالدفوع التى يتمسك بها المدين الأصلى وعلى ذلك يستطيع أن يتمسك الكفيل بقابلية الدين للإبطال وأن يبطل الكفالة تبعاً لذلك ويكون له التمسك بهذا الدفع سواء تمسك المدين الأصلى ناقص الأهلية بقابلية دينه للإبطال فأبطله أو لم يتمسك بهذا الدفع وأجاز العقد الأصلى القابل للإبطال، ذلك بأن الكفيل وقت أن كفل ناقص الأهلية كان لايعلم بنقص أهليته فلا يتعرض عليه بأنه كان

عالماً بنقص الأهلية وبأنه ناقص الأهلية إذا لم يتمسك بنقص أهليته وأجاز العقد لم يجز للكفيل أن يتمسك هو بنقص الأهليـة فالمـدين الأصـلى لا يستطيع أن يسوئ بعلمه أى بإجازته للعقد مركز الكفيل.

الثانى– أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية هو عالم بنقص أهليته: وفى هذا الفرض يكون الكفيل كفيلا أيضاً لا مدينا أصلياً وتـسرى جميـع أحكام الكفالة إلا أن هذا الفرض مختلف عن الفرض السابق فى أن الكفيل يعلم نقص أهلية المدين الأصلى فيكون بعلمه هذا نازلاً حتماً عن التمـسك بعدم الأهلية فيما إذا نزل عنه المدين الأصلى وأجاز العقد وعلى ذلـك إذا تمسك المدين الأصلى ناقص الأهلية بنقص أهليته وأبطل العقـد الأصـلى جاز للكفيل أيضاً كما فعل المدين الأصلى أن يتمسك بنقص الأهليـة وأن يبطل عقد الكفالة وفى هذا يستوى هذا الفرض مع الفرض السابق أمـا إذا نزل المدين الأصلى عن التمسك بنقص أهليته وأجاز العقد فإن الكفيل خلافا للفرض السابق ولا يستطيع ان يتمسك هو بنقص الأهلية ويعتبر أنه قد نزل عن هذا الدفع لأنه كان يعلم وقت أن كفل المدين أن هذا الأخيـر نـاقص الأهلية.

الثالث – أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية بسبب نقـص أهليتـه وهذا الفرض هوالذى عرضت له المادة ٧٧٧ مدنى والمفروض أن كلا من الكفيل والدائن والمدين الأصلى عالم بنقص أهلية هذا الأخيـر وأن العقـد الذى أبرمه هذا الأخير مع الدائن قابل للإبطال فيجوز للمـدين ان يبطلـه وتوقعا لهذا الإحتمال عقدت الكفالة إذا هى لم تعقد إلا بسبب نقص أهليـة المدين الأصلى.

٢– تستثنى المادة ٧٧٧ من التقنين المدنى إلتزام ناقص الأهلية، فتقرر أنها تكون صحيحة إذا كانت الكفالة بسبب نقص أهلية المدين، ويلاحظ أن

الكفيل يلتزم في هذه الحالة بصفة أصلية فضلاً عن إلتزامه التبعى بإعتباره كفيلا فيكون إلتزام الكفيل تبعاً إذا لم يتملك القاصر بالبطلان ويكون ملزماً بتنفيذ الإلتزام كمدين أصل إذا تمسك القاصر بالبطلان فقد يقوم ناقص الأهلية بالوفاء ويكون وفاؤه صحيحاً متى تم بعد زوال نقص أهليته أو بعد إجازة وليه أو وصية ولذلك حرص المشرع على أن يراعى فى صياغة النص إبراز فكرة أن المدين الأصلى هو ناقص الأهلية.

(الوسيط- ١٠- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص٤٣ ومابعدها)

ويلاحظ أيضاً انه لايكفى لصحة كفالة ناقص الأهلية علم الكفيل دون الدائن بنقص أهلية المدين بل المقصود من عبارة كون الكفالة بسب نقص الأهلية هو أن يكون كل من الدائن والكفيل عالمين بنقص الأهلية عند التعاقد وان تنصرف نيتهما إلى ضمان الوفاء بهذا الإلتزام الباطل.

(التقنين المدني- للدكتور محمد علي عرفة- المرجع السابق- ص٥٧١و٥٧٢)

٣- لبيان مدى إتفاق نص المادة ٧٧٧ مدنى مع القواعد العامة والحكم الذى يحتاج إلى بيان هو بقاء الكفيل ملتزما بعد أن يتقرر بطلان العقد المنشئ للإلتزام الأصلى والمسلم تغير خلاف أن الكفيل يلتزم بعد إبطال العقد لا بإعتباره كفيلا ولكن بصفته مديناً أصلياً ولكن كيف يحقق هذا من الناحية الفنية ؟ هذه مسالة اخلاقية والرأى الذى يفضله الدكتور منصور مصطفى منصور ان من يكفل إلتزام ناقص الأهلية تكون الكفالة بسبب نقص الأهلية يبرم عقدا مركبا يتضمن كفالة وتعهدا عن الغير يتعهد فيه للدائن بالا يستعمل المدين حقه فى طلب الإبطال ويتعهد فى الوقت نفسه بأن يقوم على سبيل التعويض بتنفيذ الإلتزام الأصلى إذا احل بتعهده عن الغير بان طلب المدين الإبطال وعلى ذلك فما بقى لإلتزام الأصلى قائماً يبقى الكفيل ملتزما بصفة تبعية بإعتباره كفيلا أما إذا طلب المدين الإبطال

وحكم له بذلك فزال الإلتزام الأصلى بأثر رجعى زال إلتزام الكفيل تبعـاً لذلك بأثر رجعى كن يتحقق بذلك الإحلال بالتعهد عن الغير فيلتزم الكفيـل المتعهد بتنفيذ الإلتزام الأصلى على سبيل التعويض لأنه أخـل بإلتزامـه الناشئ عن التعهد عن الغير ويكون إلتزامه هذا إلتزام أصلياً غيـر تـابع لغيره.

يخلص من هذا أن بقاء الكفيل ملتزماً رغم بطلان الإلتـزام الأصـلى وفقا لنص المادة ٧٧٧ مدنى لا يتضمن خروجاً عن مقتضى القواعد العامة أى أنه كان من الممكن عمال الحكم المنصوص علمه لو لم يضع المشرع هذا النص، ولهذا ترى التسوية فى الحكم بين كفالة إلتزام ناقص الأهليـة وكفالة الإلتزام المنشئ من عقد قابل للإبطال لعيب فى الرضا إذا عقـدت بسبب ما يهدد العقد من قابلية للإبطال اى إذا قصد المتعاقـدان أن يـؤمن الكفيل الدائن ضد خطر طلب المدين إبطال العقد لعيب فى إرادته ولكن لا يصح تعميم الحكم ليشمل حالات البطلان المطلق إذا لا تنشأ الكفالة أصلاً لعدم وجود الإلتزام الذى أريدت كفالة كما لا يصح أن يتعهد شخص عـن المدين بعدم تمسكه بالبطلان المطلق لأن هذا البطلان متعلق بالنظام العـام فيكون التعهد عن الغير نفسه باطلاً لمخالفته النظام العام.

(عقد الكفالة – للدكتور منصور مصطفي – المرجع السابق- ص٣٠ومابعدها)

- **كفالة التزام ناقص الأهليـة :** ناقص الأهلية هو الصبي المميز الذي بلغ السابعة من عمره ودون سن الرشد، وينوب عنـه وليـه أو وصـيه، ويعتبر المحجور عليه لسفه أو غفلة ناقص أهلية ينصب لهما قـيم. وقـد نصت المادة ٧٧٧ مدني على أن " من كفل التزام ناقص الأهلية وكانـت الكفالة بسبب نقص الأهلية كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفـه المـدين

المكفول "، وقبل الحديث عن حكم كفالة ناقص الأهلية يجب أن نفرق بين ثلاثة فروض:

الفرض الأول: أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية وهو غير عالم بنقص أهليته، وفي هذا الفرض يكون الكفيل كفيلا لا مدينا أصليا، وتسري جميع أحكام الكفالة، ومن هذه الأحكام أن للكفيل أن يتمسك بالدفوع التي يتمسك بها المدين الأصلي، وعلى ذلك يستطيع أن يتمسك الكفيل بقابلية الدين للإبطال، وأن يبطل الكفالة تبعا لذلك. ويكون له التمسك بهذا الدفع، سواء تمسك المدين الأصلي ناقص الأهلية بقابلية دينه للإبطال فأبطله، أو لم يتمسك بهذا الدفع وأجاز العقد الأصلي القابل للإبطال. ذلك بأن الكفيل، وقت أن كفل ناقص الأهلية، كان لا يعلم بنقص أهليته، فلا يعترض عليه بأنه كان عالما بنقص الأهلية وبأنه ناقص الأهلية، فالمدين الأصلي لا يستطيع أن يسوئ بعمله أى بإجازته للعقد مركز الكفيل، وقد طبقنا هذه القاعدة المقررة في الكفالة في حالة ما إذا كان العقد الأصلي قابلا للإبطال لعيب في الرضاء.

الفرض الثاني : أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية وهو عالم بنقص أهليته، وفي هذا الفرض يكون الكفيل كفيلا أيضا لا مدينا أصليا، وتسري جميع أحكام الكفالة، إلا أن هذا الفرض يختلف عن الفرض السابق في أن الكفيل يعلم نقص أهلية المدين الأصلي، فيكون بعلمه هذا نازلا حتما عن التمسك بعدم الأهلية فيما إذا نزل عنه المدين الأصلي وأجاز العقد، وعلى ذلك إذا تمسك المدين الأصلي ناقص الأهلية بنقص أهليته وأبطل العقد الأصلي جاز للكفيل أيضا، كما فعل المدين الأصلي، أن يتنسم بنقص الأهلية وأن يبطل عقد الكفالة، وفي هذا يستوي هذا الفرض مع الفرض

السابق. أما إذا نزل المدين الأصلي عن التمسك بنقص أهليته وأجاز العقد، فإن الكفيل، خلافا للفرض السابق، لا يستطيع أن يتمسك هو بنقص الأهلية، ويعتبر أنه قد نزل عن هذا الدفع لأنه كان يعلم وقت أن كفل المدين أن هذا الأخير ناقص الأهلية (السنهوري ص٦٢) الفرض الثالث : أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته، وهذا الفرض هو الذي عرضت له المادة ٧٧٧ مدني فلا يكفي أن يكون الكفيل قد علم بنقص أهلية المدين، بل لابد أن تكون الكفالة حاصلة بسبب نقص الأهلية أى أن يكون كل من الكفيل والدائن – عالما بنقص أهلية المدين وأن يكون الغرض من الكفالة ليس مجرد ضمان الوفاء بالالتزام المكفول إذا لم يف به المدين، بل أيضا تغطيه نقص أهلية المدين بحيث يبقى الكفيل ملزما ولو تمسك المدين بنقص أهليته، وحكم هذه الحالة كما نصت عليه المادة ٧٧٧ هو أن الكفيل يكون ملتزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول، وهذا الحكم لا يضيف في ظاهره شيئا الى حكم الكفالة في الظروف العادية، فكان يغني عنه أن يقول المشرع أن الكفالة في هذه الحالة تكون صحيحة، ولكن الواقع من الأمر أن المشرع استعمل عبارة المادة ٧٧٧ ليتحاشى مت في القول بصحة الكفالة في هذه الحالة – مع بطلان الالتزام الأصلي – من شذوذ، ويبين من الأعمال التحضيرية أن أصل نص المادة ٧٧٧ الذي قدم الى البرلمان والذب اقره مجلس النواب كان يقول أن الكفيل يكون في هذه الحالة ملزما بتنفيذ الالتزام كمدين أصلي، وأن مجلس الشيوخ رأى أن هذا الحكم لا يحتاج إليه إلا متى تقرر بطلان التزام ناقص الأهلية، أما قبل ذلك فإن الكفيل يكون ضامنا فقط ويبقى كذلك مادام المدين لم يتمسك ببطلان التزامه، فلا يصدق عليه في هذه الحالة اعتباره ملتزما كمدين أصلي، ولذلك استبدل مجلس الشيوخ عبارة المادة ٧٧٧ بالعبارة التي كان مجلس

النواب قد أقرها حتى تتسع للحالتين، حالة التزام الكفيل كمدين أصلي وحالة التزامه فقط ككفيل (سليمان مرقص ص٦١) وبناء على ذلك يمكن القول أنه إذا كانت الكفالة حاصلة بسبب نقص أهليه المدين، فإنها تقع صحيحة ويلتزم بها الكفيل التزاما تابعا ولا يجوز له أن يبطلها، كل هذا بشرك أن لا يتمسك المدين بنقص أهليته وأن لا يتقرر بطلان الالتزام المكفول. أما إذا أبطل هذا الالتزام بطلت الكفالة تبعا له باعتبارها التزاما تابعا، ومع ذلك أبقى المشرع عليها بنص خاص هو نص المادة ٧٧٧ من القانون المدني، التي أوجبت على الكفيل تنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول، سواء رجع عدم التنفيذ الى إبطال العقد الأصلي، أو الى إجازته ثم الامتناع عن تنفيذه، وتنفيذ الالتزام، يكون عينيا أو بطريق التعويض، والتنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض قسيمان يتقاسمان تنفيذ التزام المدين، ومن ثم يلتزم الكفيل بالتنفيذ العيني إذا كان ممكنا، وإلا وجب أن يتم التنفيذ بطريق التعويض، ويكون التنفيذ العيني ممكنا، إذا تعلق التزام ناقص لأهلية بنقل ملكية عين معينة بالذات للبائع بموجب عقد بيع، ثم انتقلت ملكيتها للكفيل. كما يدل نص المادة ٧٧٧ من القانون المدني، على حق الكفيل في التمسك بكافة الدفوع وأوجه الدفاع التي يجوز للمدين أن يتمسك بهذا، فيما عدا الدفع المتعلق بنقص الأهلية لتعارضه مع التزام الكفيل الذي ينحصر في ضمان هذه الحالة. (أنور طلبة ص٦٧٢)

من أحكام القضاء:

١- ان قرار رئيس الجمهورية رقم ١٦٢٠ لسنة ١٩٦١ بانشاء المدرسة الثانوية للبريد حدد فى المادة الثانية منه شروط القبول بالمدرسة المذكورة ومنها ما ورد بالفقرة سابعا من ان لا تقل سن الطالب فى بدء

الدراسة عن ١٥ سنة ولا تزيد على ١٨ سنة ويكون لمجلس ادارة المدرسة التجاوز فى حدود سنتين بالنسبة للحد الاقصى عند الضرورة، ومـا ورد بالفقرة ثامنا من ان يقدم الطالب كفيلا مقتدرا يتعهد بالتضامن مع الطالـب برد نفقات التعليم وقدرها ٢٥ جنيها عن كل سنة دراسية وكذلك ثمن الكتب والادوات التى تصرف للطالب والمكافات الشهرية والمزايا العينيـة التـى تمنح له، وذلك فى حالة فصل الطالب بسبب سوء السيرة ،كذلك فقد نصت المادة ١٩ على ان يلتزم خريج المدرسة بالعمل فى هيئة البريد مدة لا تقل عن خمس سنوات من تاريخ تعيينه واذا رفض التعيين او ترك الخدمـة او فصل تاديبيا قبل انقضاء المدة المذكورة الزم مع كفيله بالتـضامن بـاداء المبالغ المبينة بالفقرة الثامنة من المادة (٢) واستنادا على المادة ٢٠ التـى تنص على ان يصدر بقرار من وزيـر المواصـلات اللائحـة الداخليـة للمدرسة الثانوية للبريد اصدر وزير المواصلات القرار رقم ٢٥٥ لـسنة ١٩٦١ باللائحة الداخلية للمدرسة ونصت المادة ٤ منهـا علـى ان يقـدم الطالب طلب الالتحاق على استمارة خاصة تعدها هيئة البريـد مـصحوبا بعدة اوراق منها تعهد من الطالب وكفيلـه متـضامنين بـالتزام الطالـب بالانتظام فى الدراسة والعمل بالهيئة بعد التخرج مدة لا تقل عـن خمـس سنوات وباداء المبالغ المبينة بالفقرة الثامنة من المادة(٢) واسـتنادا علـى المادة ٢٠ التى تنص على ان يصدر بقرار من وزير المواصلات اللائحة الداخلية للمدرسة الثانوية للبريد اصدر وزير المواصلات القرار رقم ٢٥٥ لسنة ١٩٦١ باللائحة الداخلية للمدرسة نصت المادة ٤ منها علـى ان يقـدم الطالب طلب الالتحاق على استمارة خاصة تعدها هيئة البريد مصحوبا بعدة اوراق منها تعهد من الطالب وكفيله متضامنين بالتزام الطالب بالانتظام فى

الدراسة والعمل بالهيئة بعد التخرج مدة لا تقل عن خمس سنوات وباداء المبالغ المبينة فى البند الثامن من المادة ٢ من قرار رئيس الجمهورية رقم ١٦٢٠ لسنة ١٩٦١المشار اليه فى حالة الاخلال بهذا الالتزام او فصل الطالب من المدرسة بسبب سوء السلوك.

ومن حيث ان الثابت ان المدعى عليه الاول تقدم للالتحاق بالمدرسة الثانوية للبريد، ومن ثم فانه يكون قد قبل ما نص عليه قرار رئيس الجمهورية رقم ١٦٢٠ لسنة ١٩٦١ والقرار الوزارى رقم ٢٥٥ لسنة ١٩٦١ المشار اليهما، ونشا بينه وبين هيئة البريد عقد ادارى غير مكتوب، اذ لا يشترط دائما فى العقد الادارى ان يكون مكتوبا، وبموجب هذا العقد يلتزم الطالب المذكور بكافة الالتزامات التى فرضها القرار الجمهورى والقرار الوزارى المذكوران، كذلك فان المدعى عليه الثانى يكون قد كفل ولده المدعى عليه الاول فيما التزم به قبل المدرسة من عدم الاخلال بواجباته أو الانقطاع عن الدراسة وتكون هذه الكفالة قد قامت على سند من القانون لوجود التزام اصلى نابع من العقد غير المكتوب الذى قام بين الطالب والمدرسة، وتخضع هذه الكفالة لحكم المادة ٧٧٧ من القانون المدنى التى تقتضى بان " من كفل التزام ناقص الاهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الاهلية كان ملتزما بتنفيذ الالتزام اذا لم ينفذه المدين المكفول " وواضح ان المدعى عليه الثانى وهووالد الطالب المذكور كان يعلم بقصر ولده وانه كفله لهذا السبب ومن ثم تصح كفالته ويصح الرجوع عليه.

ومن حيث أنه لا شبهة فى ان المدعى عليه الاول فصل من المدرسة المذكورة بسبب انقطاعه عن الدراسة اكثر من خمسة عشر يوما، ومن ثم يكون المدعى عليهما ملزمين باداء المصروفات المدرسية وقدرها

خمسون جنيه والمكافات الشهرية التى صرفت له وقدرها اربعة جنيهـات وثلاثمائة مليم وقيمة الزى المدرسى بوصفه من المزايـا العينيـة وقـدره عشرة جنيهات وثلاثمائة واربعة وثمانون مليما ومجموع ذلك كله اربعـة وستون جنيها وستمائة واربعة وتسعون مليما.

(الطعن رقم ٩٧٣ ـ لسنة ١٥ ق ـ تاريخ الجلسة ١٥ / ٠٢ / ١٩٧٥)

* * *

كفالة الدين المستقبل

النص التشريعي (مادة ٧٧٨):

(١) تجوز الكفالة فى المدين المستقبل إذا حدد مقدماً المبلغ المكفول كما تجوز الكفالة فى الدين الشرطى.

(٢) على أنه إذا كان الكفيل فى الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة كان له فى أى وقت أن يرجع فيها ما دام الدين المكفول لم ينشأ.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية المواد التالية:

مادة ٧٨٧ ليبى و ٧٤٤سورى و ٦٦٠ سودانى و ١٠٥٧البنانى و١٤٨٣ تونسى.

الأعمال التحضيرية:

كفالة الإلتزامات المستقبلة أو الشرطية جارية فى العمل، على الأخص فى عقود الحساب الجارى وفتح الإعتماد والقضاء والفقه مجمعان على صحتها رغم عدم وجود نص فى التقنين الحالى وقد رأى المشروع من المناسب أن يسلك بشأنها مسلك التقنينات الحديثة فنص صراحة على جواز كفالة الإلتزام المستقبل والإلتزام الشرطى.

على انه حماية للكفيل وهو شخص يتورط عادة دون ان يجنى من وراء كفالته ربحاً ما قرر المشروع وجوب تحديد مبلغ معين تصبح فى حدود كفالة الإلتزام المستقبل، كما قرر أيضاً أن كفالة الإلتزام المستقبل التى لاجل غير محدد يجوز الرجوع فيها طالما ينشأ الإلتزام بعد، والقضاء المصرى يؤيد هذا الإتجاه (أنظر على الأخص إستئناء مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٠٧ب ١٩ ص ١٠٠ ،٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ ب ٢٦ص ٧٦).

والمادة ١١٢٦ فى مجموعها تطابق المادتين ٦٢٨و ٦٢٨ من التقنين البولونى.

(مجموعة الأعمال التحضيرية المدني – الجزء٥ـ ص٤٥٤و٤٥٥و٤٥٦و٤٥٧)

رأى الفقه :

١- يخلص من نص المادة ٧٧٨ مدنى انه يجوز كفالة الدين الشرطى وتجوز كفالة الدين المستقبل.

أما كفالة الدين الشرطى فلا شك فى جوازها طبقاً للقواعد العامة سواء كان الدين الأصلى المكفول معلقاً على شرط فاسخ أو معلقاً على شرط واقف، فالدين المعلق على شرط فاسخ فإذا تخلف الشرط الفاسخ صار الدين الأصلى باتا وكذلك يكون باتاً إلتزام الكفيل أما إذا تحقق الشرط الفاسخ فإن الدين الأصلى ينفسخ بأثر رجعى ويعتبر كان لم يكن وكذلك ينفسخ إلتزام الكفيل ويعتبر كان لم يكن وكذلك لاشك فى جواز كفالة الدين المعلق على شرط واقف لأنه وإن لم يكن ناقصاً دين موجود فيكمله الكفيل ويكون إلتزامه كإلتزام المكفول معلقا على شرط واقف فإذا تخلف الشرط الواقف زال الدين الأصلى بأثر رجعى وإعتبر كان لم يكن وكذلك يزول إلتزام الكفيل ويعتبر كان لم يكن وكذلك ينفذ إلتزام فيصبح إلتزام كل من المدين الأصلى وإلتزام الكفيل نافذا باتاً وتسرى فى هذه الحالة أحكام الكفالة.

وكذلك تجوز كفالة الدين المستقبل وإن كان ديناً غير موجود وقت الكفالة وذلك بإستثناء الإلتزام فى تركة مستقبلة فإنه باطل وتبطل تبعاً له الكفالة ومثل الدين المستقبل فتح إعتماد فتجوز كفالته كما تجوز كفالة الدين الاجتماعى لأنه دين مستقبل فإذا فتح شخص إعتمادا فى مصرف جاز أن يقدم كفيلا يضمن ما عسى أن يقبض المدين من هذا الإعتماد وبالقدر الذى

يقبض وذلك قبل أن يقبض المدين شيئا من الإعتماد وكذلك يستطيع أن يقدم شخص كفيلاً يضمنه فيما عسى أن يشتر به من متجر معين فيكون الكفيل ضامناً لثمن البضائع التى يشتريها المدين الأصلى.

وتكون كفالة الدين المستقبل قائمة ويكون الكفيل ملزماً بها وحتى قبل أن يوجد هذا المدين لكن الكفيل يكون ملتزماً بأى مقدار من المال قبل أن يوجد للمدين فإذا ما وجد كفالة المدين بالمقدار الذى به يوجد.

ولكن نص المادة ٧٧٨ مدنى وضع لكفالة الدين المستقبل قيدين.

والأول – يجب فى الدين المستقبل المكفول أن يحدد مقدماً فى عقد الكفالة مقدار الدين المكفول فإذا كفل شخص فتح إعتماد أو ثمن بضائع لم تشتر بعد وجب تحديد المقدار الذى كفله الكفيل فيذكر مثلا فى عقد الكفالة أن الكفيل يكفل الإعتماد لغاية مبلغ كذا أو يكفل ثمن البضائع لغاية مبلغ كدا والسبب فى وضع هذا القيد حماية الكفيل فهو يقوم على كفالة دين مستقبل لما وجد فلا أقل من تحديد مبلغ يكمله حتى لا يتورط فى كفالة دين لم يوجد ولا يعلم مقداره وقد كانت القواعد العامة تقضى إذا لم يوجد نص بجواز كفالة الدين المستقبل حتى لو لم يحدد مقدراه.

الثانى – وهو ماينص عليه الفقرة الثانية من المادة ٧٧٨ مدنى فإذا عين الكفيل مدة لقيام كفالته لم يجز له أن يرجع فى الكفالة طوال هذه المدة ووجب عليه وفاء الدين عن المدين الأصلى متى وجد الدين وحل ولم يوفه المدين الأصلى فى خلال هذه المدة أما إذا لم يعين الكفيل مدة لقيام كفالته أو عين مدة للكفالة لم يرجع الكفيل فى خلالها الدين المكفول فإن الكفيل عندئذ لا يستطيع الرجوع فى الكفالة ويبقى ملتزماً بها حتى قبل نشوء الدين المستقبل ما دام لم يعين وقتاً لقيام كفالته وينقص هذا الوقت قبل نشوء الدين.

(الوسيط ـ ١٠ ـ للدكتور السنهوري ـ المرجع السابق ـ ص٥٠ ومابعدها)

٢- لا مقابل للمادة ٧٧٨ من التقنين المدنى فى التقنين القديم وهى تقرر ما جمع عليه الفقه والقضاء من جواز كفالة الإلتزامات المستقبلة الشرطية، وهذه الكفالة جارية فى العمل وعلى الأخص فى عقود الحساب الجارى فتح الإعتماد.

وتؤيد هذه المادة إتجاه القضاء المصرى فتشترط لإلتزام الكفيل بضمان الإلتزام المستقبل شرطان (أ) تحديد مبلغ معين يلتزم الكفيل فى حدوده (ب) تحديد أجل الكفالة هذا الإلتزام فإذا كان الكفالة لأجل غير محدد فيجوز الرجوع فيها طالما لم ينشأ الإلتزام الأصلى بعد.

(التقنين المدني – للدكتور محمد علي عرفة – المرجع السابق- ص٥٧٢و٥٧٣)

٣- كثيرا مايحدث فى العمل ان يكفل شخص إلتزاما لم ينشأ بعد ذلك على الخصوص فى فتح الإعتماد حيث يتعهد الكفيل للبنك بمقتضى عقد الكفالة بضمان تنفيذ الإلتزام الذى ينشأ فى ذمة العميل الذى فتح الإعتماد لمصلحته فيما بعد، أى بعد الكفالة ويشترط المبلغ الذى يكلفه الكفيل وذلك حماية وهو كما تقول المذكرة الإيضاحية شخص يتورط عادة دون أن يجنى من وراء كفالته ربحاً ما فإذا لم يحدد مقدماً المبلغ المكفول كانت الكفالة باطلة.

ولما كانت الكفالة وهى عقد تبعى تنشأ قبل نشأة الإلتزم الأصلى فقد أثير التساؤل عن الأساس الفنى لوجودها رغم عدم وجود الإلتزام الأصلى والرأى السائد ان الكفالة تنعقد معلقة على شرط واقف هو وجود الإلتزام الأصلى وينتقد البعض هذا الرأى وينتهى إلى أن المشرع يستثنى كفالة الإلتزام المستقبل من قاعدة وجوب إرتكازها على إلتزام موجود عند إنعقادها وعندنا (د. منصور مصطفى) إنه لا إستثناء فى إجازة كفالة الإلتزام لمستقبل، فالقاعدة أنه يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئا مستقبلاً (م١٣١/١مدنى)، فكما يجوز بيع الشئ قبل وجوده يجوز كفالة الإلتزام قبل

وجوده فيكفى أن يكون الشئ ممكن الوجود حتى ينعقد العقد أما وجود الشئ فعلاً فهو شرط يعلق عليه نفاذ الإلتزام.

فإذا إنتهينا إلى أن نفاذ إلتزام الكفيل معلق على وجود الإلتزام الأصلى، فإلى متى يبقى الكفيل مرتبطا بتعهده هذا ماعرض له المشرع فىالمادة ٢/٧٧٨ مدنى ومن نص تلك المادة يتضح انه يجب التفرقة بين فرضين:

الأول – وهو ما عرض له المشرع صراحة ان تنعقد الكفالة دون ان تعين فيها مدة يبقى فيها الكفيل ملتزما وهنا يعتبر العقد غير محدد المدة فلا يمكن ان يلتزم الكفيل إلى الابد ويكون تحديد المدة متوفقا على مشيئته فإذا أخطر الدائن برجوعه فى الكفالة واتصلت ارادته فى هذا بعلم الدائن قبل أن ينشأ الدين المكفول كله أو بعضه فتبرأ ذمة الكفيل من الإلتزام ولا يمكن أن يسال عن شئ إذا نشأ الدين المكفول بعد ذلك وقد روعى فى هذا الحكم مصلحة الكفيل، وفى وقت نفسه لا يضر بمصلحة الدائن الذى له إذا ما علم برجوع الكفيل أن يمتنع عن انشاء الإلتزام إذا كان حريصاً على كفالته أما إذا كان الدين المكفول قد نشأ كله أو بعضه قبل أن يصل رجوع الكفيل الى علم الدائن فلا يكون لهذا الرجوع أى أثر على إلتزام الكفيل بضمان ما نشأ منه ولكن إذا كان بعض الدين الأصلى قد نشأ دون البعض الآخر فلا يضمن الكفيل ما ينشأ بعد رجوعه.

والثانى – أن تعين مدة فى الكفالة لنشوء الدين المكفول، كان يتفق على أن يضمن الكفيل للبنك ما ينشأ فى ذمته عميل معين له خلال سنة فى حدود ألف جنية وهنا يبقى الكفيل ضامناً لكل ما نشأ من الدين المكفول خلال المدة المعينة فى حدود المبلغ المتفق عليه، فإذا إنقضت المدة ولم ينشأ شئ من الدين المكفول برئت ذمة الكفيل نهائياً، وإذا نشأ خلال هذه

المدة دين أقل من الحد المتفق عليه فيقتصر ضمان الكفيل على هذا الـدين ولا يضمن ما ينشأ بعد ذلك.

وليس هناك مايمنع من كفالة الإلتزام المعلق على شرط سـواء كـان الشرط واقفا أو فسخاً، وقد نص المشرع على ذلك فى المادة ١/٧٧٨ مدنى بقولـه: .... كما تجوز الكفالة فى الدين الشرطى ويترتب علـى تبعيـة إلتزام الكفيل للإلتزام الأصلى أن يرتبط مصير الأول بمصير الثانى وفقـا لتحقيق الشرط أو تخلفه فإذا تحقق الشرط فأصبح الإلتزام الأصلى نافـذاً أصبح إلتزام الكفيل كذلك نافذاً وإذا تخلف الشرط فزال الإلتزام الأصـلى زال إلتزام الكفيل وإذا كان الشرط فاسخا فيكون الإلتزام الأصلى قبل تحققه نافذا وكذلك إلتزام الكفيل اما إذا تحقق الشرط فيزول الإلتـزام الأصـلى وكذلك إلتزام الكفيل.

(عقد الكفالة- للدكتور منصور مصطفي – المرجع السابق- ص٣٥ ومابعدها)

- **جواز الكفالة في الدين المستقبل :** لقد أجاز المـشرع كفالـة الـدين المستقبل على أن يتم تحديد مقدار الدين المكفـول مقـدما، ومثـل الـدين المستقبل فتح اعتماد فتجوز كفالته، كما تجوز كفالة الدين الاحتمالي لأنـه دين مستقبل، فإذا فتح شخص اعتمادا في مصرف، جاز أن يقـدم كفـيلا ضمن ما عسى أن يقبضه المدين من هذا الاعتماد وبالقدر الذي يقـبض، وذلك قبل أن يقبض المدين شيئا من الاعتماد، كـذلك يـستطيع أن يقـدم شخص كفيلا يضمنه فيما على أن يشتريه من متجر معين، فيكون الكفيـل ضامنا لثمن البضائع التي يشتريها المدين الأصلي. وتكون كفالـة الـدين المستقبل قائمة ويكون الكفيل ملزما بها حتى قبل أن يوجد هذا الدين، ولكن الكفيل لا يكون ملتزما بأى مقدار من المال قبل أن يوجد الدين، فـإذا مـا وجد كفله المدين بالمقدار الذي به يوجد. (السنهوري ص٤٤).

ويرى البعض أن تعهد الكفيل في هذه الحالة لا يكون – قبل نشوء الدين المكفول – كفالة حقيقية، بل مجرد وعدم بالكفالة، ولا يلزم الكفيل بوفاء الدين المكفول مادام هذا الدين لم ينشأ، وإنما يلزم فقط بأن يضمن وفاءه عند نشئوه فإذا سحب وعده قبل الميعاد وقبل أن يتبين نشوء الدين المكفول أو عدمه، كان ذلك إخلال منه بوعده موجبا مسئوليته وإلزامه بتعويض، لا عن عدم وفاء الدين، بل عن عدم قيامه بكفالة هذا الدين. (سليمان مرقص ص٤٩) أما في الحالة الثانية إذا كانت الكفالة غير محددة المدة، كان للكفيل في أى وقت أن يرجع في الكفالة مادام الدين المكفول لم ينشأ، أما إذا نشأ الدين، فلا يجوز للكفيل أن يرجع في كفالته، ويظل ملتزما بالكفالة وفقا لم تضمنته، وليس لرجوع الكفيل في الكفالة شكل خاص، وبالتالي يجوز الرجوع بإنذار رسمي على يد محضر يوجهه إلى الدائن، أو بخطاب مسجل أو غير مسجل، أو شفاهة على أن يتحمل الكفيل إثبات قيامه بإخطار الدائن بالرجوع، وينتج الرجوع أثره فور وصوله إلى علم الدائن حقيقة باستلامه له أو امتناعه عن استلامه، أو حكما بتسليمه في موطنه، وإذا حدد الكفيل مدة لكفالة الدين المستقبل، وانقضت دون نشوء الدين اعتبرت الكفالة كأن لم تكن فور انقضاء المدة دون حاجة لاتخاذ أى إجراء، إذ تكون إرادته قد اتجهت لإحداث هذا الأثر إذا لم ينشأ الدين خلالها، وهى إرادة تطابقت مع إرادة الدائن على التفاسخ إذا لم ينشأ الدين خلال المدة التي تم الاتفاق عليها بعقد الكفالة. أما قبل انقضاء تلك المدة، فإن التزام الكفيل يظل قائما مما يحول دون رجوعه في كفالته وإلا كان ذلك فسخا لها من جانب واحد لا يلزم الدائن الذي يكون له الحق في إنشاء الدين قبل انقضاء المدة، ثم الرجوع على الكفيل دون اعتداد بالفسخ الذي أوقعه الأخير من جانبه، وحتى يلتزم الكفيل بالكفالة، يجب أن ينشأ كل

الدين خلال المدة المحددة، فإن نشأ جزء منه فقط خلالها، وجب أن ينشأ الجزء الباقي قبل انقضائها، أما إن نشأ الجزء الباقي بعد انقضاء المدة، فلا يضمن الكفيل إلا الجزء الذي نشأ خلال المدة. أما الجزء الذي نشأ بعد انقضائها، فلا يضمنه الكفيل لنشأته بعد تفاسخ الكفالة وانحلالها. (أنور طلبة ص٦٨٠).

- **جواز الكفالة في الدين الشرطي :** فقد أجاز المشرع الكفالة في الدين الشرطي كما أجازها في الدين المستقبل، فقد نص في المادة ١/٧٧٨ مدني على أنه " تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدما .... كما تجوز الكفالة في الدين الشرطي "، وبالتالي إذا ضمن الكفيل التزاما شرطيا، صحت كفالته، وسواء صدرت إرادة الكفيل بالكفالة معلقة على الشرط أو منجزة، يكون التزامه معلقا على مصير الشرط الذي علق عليه الالتزام المكفول، وذلك نتيجة لتبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول، فإذا تحقق الشرط الواقف للالتزام المكفول صار كل من المدين والكفيل ملزما، وإلا سقط الالتزام عن كل منهما، وإذا تحقق الشرط الفاسخ انقضى الالتزام المكفول وانقضت الكفالة تبعا لانقضائه، وألا تأيد الالتزام المكفول ولزمت الكفالة الكفيل، وسواء كان الدين المكفول معلقا على أجل أو شرط أو مقترنا بشرط، فإن الكفيل يفيد من هذا التعليق، ولا يجوز للدائن مطالبته بالوفاء قبل حلول الأجل أو تحقق الشرط، ولذلك لا يجوز للمدين الأصلي ولا لدائنه أن يسوئ مركز الكفيل أو يزيد في عبء التزامه، فإذا كان الالتزام المكفول معلقا على أجل أو على شرط واقف ونزل المدين عن الأجل أو الشرط، بحيث صار التزامه منجزا، فإن هذا النزول لا يسري في حق الكفيل ويبقى لهذا الأخير أن يتمسك بالأجل أو بعدم تحقق الشرط، وكذلك إذا سقط أجل الدين بخطأ المدين أو بفعله، فيكون من حق الكفيل

رفض الوفاء الى أن يحل أجل الدين الذي كان محددا قبل سقوطه. (في هذا المعنى السنهوري ص٤٥، أنور طلبة ص٦٨٢).

كفالة الالتزام الطبيعي : كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص المادة ١١٣٥ مكررة، وكانت تجرى على الوجه الآتي " تجوز كفالة الالتزام الطبيعي مادام فير مخالف للنظام العام أو الآداب "، ولما عرضت هذه المادة على لجنة المراجعة، قررت هذه اللجنة حذفها وترك الحكم في موضوعها للقواعد العامة لأن حكمها محل خلاف (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٤٢٥ الهامش) وقد ورد ما يناقضه في نفس المشروع التمهيدي فقد تضمن المشروع نصا صريحا في عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعي هو الفقرة الثانية من المادة ٢٧٨ من هذا المشروع، إذ كانت تنص على أنه " لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي كفالة شخصية أو عينية، مادام التزاما طبيعيا"، وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة، لإمكان استخلاص حكمها من النصوص الواردة في الكفالة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٥٠٢ هامش١) والرأى السائد والذي اجتمع عليه الشراح في مصر هو أن كفالة الالتزام الطبيعي ابتداء لا تجوز وذلك لسببين الأول : أن الالتزام التابع لا يتصور أن يكون أشد من الالتزام الأصلي، وهو التزام طبيعي، والثاني : أنه لو قلنا إن التزام الكفيل يكون طبيعيا فهذا القول يعتبر ضربا من العبث، ويتضاد مع فكرة الكفالة ذاتها التي تقضي بإجبار الكفيل على الوفاء بالدين إذا لم يف المدين به، ولكن هذا القول ليس معناه عدم إمكان قيام كفالة يكون فيها التزام الكفيل طبيعيا بعد أن كان مدنيا، فإذا انقضى التزام المدين بالتقادم، أو كان دين ناقص الأهلية ولم تتم الكفالة بسبب ذلك، وأبطل فإنه في الحالتين يشغل ذمة المدين التزام طبيعي وكذلك يكون التزام الكفيل، وأخيرا إذا قدم المدين

بالتزام طبيعي كفيلا وهو يعلم أنه كذلك، فإنه يمكن حمل مسلكه هذا علـى أنه اعتراف بالدين، أو تجديده الى دين مدني، ومن ثم تكون الكفالة قد تمت بقصد الوفاء بدين مدني. (أحمد سلامة ص٤١، عبد الفتاح عبـد البـاقي ص٨٨)

من أحكام القضاء:

١- كفالة الإلتزامات الناشئة عن الحساب الجارى هى كفالـة لـدين مستقبل لايتعين مقداره إلا عند قفل الحساب وتصفيته وإستخراج الرصـيد ومن ثم فلا تصح هذه الكفالة وفقاً لنص المادة ٧٧٨ من القانون المدنى إلا إذا حدد الطرفان مقدما فى عقد الكفالة قدر الدين الذى يضمنه الكفيـل وإذا كان الحكم المطعون فيه قد إلتزم هذا النظر فى قضائه وإنتهى إلى أن العقد المبرم بين الطرفين قد تضمن كفالة المدين فى توريد قنطاراً من القطن فى حدود المبلغ الذى تسلمه وهو جنيهاً وقد ورد المدين أقطانا تزيـد قيمتهـا على هذا المبلغ ولم يتضمن العقد تحديدا لأى مبلغ يكفله المطعـون عـن رصيد الحساب الجارى للعمليات الأخرى مما يجعله غير مسئول عن كفالة هذا الرصيد فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه.

أن إلتزام الكفيل – متضامناً كان أو غير متضامن هو إلتـزام تـابع لإلتزام المدين الأصلى وذلك على خلاف المدين المتضامن مـع مـدينين آخرين فإنه يلتزم إلتزاماً أصلياً مع سائر المدينين.

وإذا كان يبين من الحكم المطعون فيه ان المطعون ضده كان كفـيلا للمدين الأصلى فى تنفيذ إلتزام هذا الأخير قبل الشركة الطاعنة ولم يكـن مدينا أصلياً معه فى هذا الإلتزام فان الحكم المطعون فيه إذا أجرى أحكـام الكفالة على إلتزام المطعون ضده – لايكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.

(نقض – جلسة ١٩٧٦/٣/١٥ – الطعن ٦٩٠ـ لسنة ٤٠ق – لم ينشر بعد)

٢- تجوز كفالة الدين المستقبل طبقاً لأحكام القانون المدنى القديم الذى نشأ الإلتزام بالكفالة موضوع النزاع فى ظله ولم يتعين المبلغ موضوع هذه الكفالة مقدماً ما دام تعيينه ممكناً فيما بعد.

(نقض- جلسة ١٩٧٢/٥/٩- مجموعة المكتب الفني- السنة ٢٣- مدني ص٨٢٠)

٣- يلاحظ ان هذا الحكم طبق القواعد العامة التى تجيز كفالة الدين المستقبل حتى لو لم يحدد مقداره وذلك لخلو القانون المدنى القديم السارى على الواقعة محل الحكم من نص مماثل للمادة ٧٧٨ مدنى التى أوجبت تحديد الدين المكفول مقدماً، الكفالة فى عقد فتح الإعتماد لا تضمن إلا إلتزام العميل الناشئة عن تنفيذ هذا العقد وحده ولا يمتد إلى الإلتزامات التى تنشأ فى ذمته قبل فتح الإعتماد أو بعده أو مخالفة لشروطه.

(نقض – جلسة ١٩٧٢/٢٩- المرجع السابق- ص٢٦٨)

٤- النص في الفقرة الأولى من المادة ٧٧٨ من القانون المدنى على أن " تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدماً المبلغ المكفول ..... " بما مفاده أنه وإن كان الأصل أن يكون الالتزام المكفول موجوداً عند التعاقد، إلا أن المشرع أجاز لصحته عند عدم وجوده أن يحدد الطرفان مقداره في عقد الكفالة، حمايةً للكفيل من التورط في كفالة النص في الفقرة الأولى من المادة ٧٧٨ من القانون المدنى على أن " تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدماً المبلغ المكفول ..... " بما مفاده أنه وإن كان الأصل أن يكون الالتزام المكفول موجوداً عند التعاقد، إلا أن المشرع أجاز لصحته عند عدم وجوده أن يحدد الطرفان مقداره في عقد الكفالة، حمايةً للكفيل من التورط في كفالة.

(الطعن رقم ٨٨٢٨- لسنة ٧٧- تاريخ الجلسة ٢٠٠٩/٤/٢٨)

كفالة الدين التجارى والأوراق التجارية

النص التشريعي (مـادة ٧٧٩):

(١) كفالة الدين التجارى تعتبر عملاً مدنياً ولو كان كفيل تاجراً.

(٢) على ان الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً إحتياطياً أو عن تظهير هذه الأوراق، تعتبر دائماً عملاً تجارياً.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية المواد التالية:

مادة ٧٨٨ ليبى و ٧٤٥ سورى و ١٠١٦ عراقى.

الأعمال التحضيرية:

ولم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي، على أنه عرض على لجنة الأستاذ كامل صدقي فقررت اللجنة حذفه، ولكن لجنة المراجعة إضافة النص المحذوف الى المشروع النهائي تحت رقم ٨٧٨، لأن المسألة التي يعرض لها النص محل خلاف في القضاء وتستعدى المصلحة حسم هذا الخلاف بنص تشريعي، ووافق مجلس النواب تحت رقم ٨٤٦، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٧٩. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٤٤٨- ص٤٦١).

رأى الفقه:

١- يخلص من نص المادة ٧٧٩ مدنى أن الأصل فى الكفالة أن تعتبر عملاً مدنياً وتبقى الكفالة عملاً مدنياً بالنسبة إلى الكفيل حتى لو كان الإلتزام المكفول إلتزاما تجارياً وذلك إستثناء من القاعدة التى تقضى بأن إلتزام الكفيل تابع للإلتزام المكفول بل تبقى الكفالة مدنياً، حتى لو كان

الإلتزام المكفول إلتزاما تجارياً وكان كل من الدائن والمدين تاجراً وكان الكفيل نفسه تاجراً أيضاً وهذا ما أجمع عليه الفقه والقضاء فى فرنسا والسبب فى ذلك أن العمل التجارى يحب ان يكون قائما على فكرة المضاربة والأصل فى الكفالة ان يكون الكفيل متبرعاً لا مضارباً فهو إذن لا يقوم بعمل تجارى بل يعمل مدنى وتظهر أهمية أن الكفالة هى فى الأصل عمل مدنى من جانب الكفيل فى الإختصاص فتكون المحكمة المدنية هى المختصة إذا كان الكفيل هو المدعى عليه، وفى الإثبات فتثبت الكفالة بالنسبة إلى الكفيل بالطرق المدنية فى الإثبات فتجب الكتابة أو ما يقوم مقامها إذا كان إلتزام الكفيل أكثر من عشرين جنيهاً، وفى سعر الفائدة فتحسب الفوائد التأخيرية على الكفيل بالسعر المدنى (٤%) لا بالسعر التاجرى (٥%)

ونص المادة ٧٧٩ مدنى لم يورد إلا إستثنائين للقاعدة التى تقضى بانا الأصل فى الكفالة أن يكون عملاً مدنياً فتكون الكفالة تجارية فى القانون فى الحالتين الأتيتين:

الأولى – إذا كانت الكفالة ناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً إحتياطيا والأوراق التجارية هى الكمبيالة والسند الإذنى والشيك وقد نظمت المواد ١٣٨و ١٣٩و ١٤٠ و ١٤١ من القانون التجارى أحكام الضمان الإحتياطى.

ويكفى أن تقول أن إلتزام الضامن الإحتياطى وهو كفيل للساحب أو للمحيل يعتبر إلتزاما تجارياً لا إلتزاماً مدنياً.

الثانية – إذا كانت الكفالة ناشئة عن تطهير الأوراق التجارية وذلك فى تحويل الأوراق التجارية الإذنية ويكفى القول أن الورقة التجارية الإذنية تنتقل ملكيتها بالتحويل والتحويل يتم بالتظهير وكل محيل للورقة التجارية

الإذنية يعتبر كفيلاً بالتضامن مع المدين والإلتزام الذى يترتب فـى ذمتـه بإعتباره كفيلا يعبتر إلتزاماً تجارياً لا إلتزاماً مدنياً..

(الوسيط- ١٠- للدكتور السنهوري- المرجع السابق – ص٦٧ ومابعدها)

٢- لما كانت الكفالة بحسب الأصل من اعمال التبرع حيـث يقـصد الكفيل إلى أداء خدمة بغير مقابل، فتعتبر بحسب الأصل عملاً مدنياً سواء كان الإلتزام الأصلى مدنياً أو تجارياً وسواء كان الكفيل تـاجراً أو غيـر تاجر لأن قيمة التبرع تتنافى مع فكرة العمل التجارى ولحسم كل خـلاف حول الصفة المدنية للكفالة إذا كان الدين المضمون تجارياً أو أن الكفيـل تاجراً نص المشرع فى المادة ٧٧٩/ مـدنى علـى أن: " ؛كفالـة الـدين التجارى تعتبر عملاً مدنياً ولو كان الكفيل تاجراً وعلى هـذا فالكفالـة لا يمكن أن تصبح عملاً تجارياً بالتبعية.

فإذا إستبعدنا تطبيق فكرة العمل التجارى بالتبعية، فتبقى قواعد القانون التجارى الخاصة ببيان الأعمال التجارية بطبيعتها أو بنص القانون لتطبق على الكفالة فإذا كان الكفيل تاجراً ويحترف كفالة الأشخاص بمقابل فتعتبر الكفالة التى يعقدها عملاً تجارياً وكل كفالة يكفل بها بنـك شخـصاً مـن الأشخاص تعتبر عملاً تجارياً.

ودفعاً لما قد يثور من شك حول الصفة التجارية لكفالة غيـر التـاجر الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً إحتياطياً أو عن تظهير هـذه الأوراق أكد المشرع صفتها التجارية بقوله فى المادة ٢/٧٧٩ مدنى (على أن الكفالة الناشة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً أو عن تظهير هـذه الاواق تعتبر دائماً عملاً تجارياً.)

(عقد الكفالة – للدكتور منصور مصطفي منصور- المرجع السابق ١٦و١٧)

٣- يجمع الشراح على إعتبار خطابات على الضمان التى تصدرها البنوك – كطلب المقاولين والتجار – من قبيل عقود الكفالة وإتفقوا كذلك على إعتبارها كفالة تضامنية سواء نص على ذلك صراحة أم لم ينص عليها على الرغم مما تنص عليه المادة ٧٧٩ مدنى.

فإذا كان الثابت أن خطاب الضمان فى نظر المتعاقدين يحل محل التأمين النقدى الذى يكون تحت تصرف الدائن ويقوم مقامه تماماً، فإنه لا يمكن وصف هذا العقد بإنه كفالة إذ الكفالة على حد تعريف القانون المدنى هى عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ إلتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه.

وظاهر أنه فى حالة الكفالة فان الكفيل إنما يضمن تنفيذ ذات إلتزام المدين ويعلق هذا التنفيذ على عدم قيام المدين بإلتزامه فالكفالة تتبع الإلتزام الأصلى وجوداً وعدما أما فى خصوص خطاب الضمان فإلتزام الضامن (البنك) ليس تنفيذ إلتزام المدين إذا لم يقم به، بل دفع المبلغ المضمون إلى الدائن الذى يبغى أن يكون فى مركز من كان تحت يديه التأمين النقدى وليس لقبول الدائن خطاب الضمان إلا حكمه واحدة هى عدم تجميد أموال المدين وتيسير إجراءات إسترداد المبلغ بمعرفته بعد إستنفاذ خطاب الضمان لأثره.

ولهذا يرى الاستاذان أحمد زكى الشيتى وفاروق غلاب أن خطاب الضمان لا يعتبر كفالة بحال من الأحوال ذلك أن الكفالة لا وجود لها إلا إذا كانت تابعة لعقد أصلى قصد الكفيل ضمان تنفيذه وهذه التبعية ليست متصورة فى خصوص خطابات الضمان ما دام إلتزام الضامن يختلف عن إلتزام المدين فهو يتعهد بدفع مبلغ من المال عند أول مطالبة بينما إلتزام المدين فى الكفالة القيام بعمل متين.

ولذلك يقرر الفقيهان **Aubry et rau** أن الكفالة عقـد تـابع بطبيعتـه ولذلك لا يجوز أن يكون له محل متخلف عن موضوع الإلتزام الأصلى.

كما يقول الفقيهان **Planiol et Ripero**.

Le cautionnet n ' a de sene que par l'existence d'une obliga tion principale don't il e t la garantie accessoire. il 'y a done pas de cautionnement si l'obligation de la pretedue osution est elle- meme principle au lieu de garantir l' obligation d' autrui…

Le juge du fond interprete souveraniment un eontrate. pour le qualifier au men de eautionnement. Dans l'affirmative , see mo – tifs deivent en justifier les caracteres juridiques notamment , le caractere accessoire.

(Planion et Repere.- Traite Pratique de Droit Civil Francasis Tome XI., 20 edition No. 1510, 1513 et 1515.

والحق ان إلتزام البنك الضامن هو إلتزام اصلى ومباشر ومستقل تمام الإستقلال عن إلتزام المدين.

أما التعهدات التى تقدمها البنوك إلى جهات حكومية أو غير حكوميـة والتى ترمى فى نظر عاقديها إلى ضمان تنفيذ إلتزام المدين إذا لـم يقـم هونفسه بتنفيذه فهى هى الكفالات المصرفية، وهى فى حقيقتها عقود كفالة لتوافر جميع مقومات هذا العقد فيها، وعلى ذلك تخضع لأحكـام القـانون المدنى المنظمة لعقد الكفالة لأحكام القانون التجارى فيما إذا كانـت كفالـة تجارية.

(خطابات الضمان أو الكمبيالات المصرفية – مقال – للدكتور أحمد زكي الشيني والاستاذ فاروق غلاب المحامي المحاماه – السنة ٤١ العدد ٦ ص ٨٦٤ ومابعدها)

٤– نصت المادة ٧٧٩ فقرة اولى مدنى على أن " كفالة الدين التجارى تعتبر عملا مدنياً ولو كان الكفيل تاجراً وهى بذلك قد افترضـت وجـود القاعدة الأصلية ضمنا وإقتصرت على بيان حكم كفالة الدين التجارى دفعا للشبهة فقط ولم تعرض بشئ لحكم قانون التجارة الخاص بالأعمال القانونية

التى يتخذ منها التاجر صناعة أو مهمة له فتظل هذه خاضعة فى تكييفها لأحكام قانون التجارة وتعتبر وفقاً له أعمال تجارية.

وقصارى القول أن الكفالة نوعان: مدنية وتجارية وأن الأصل فيها أن تكون مدنية وأنها لا تكون تجارية أبداً بطريق التبعية بل بصفة أصلية فقط إذا طابقت نصا يقضى بذلك.

ويترتب على إعتبار الكفالة مدنية أو تجارية أهمية من حيث الإثبات ومن حيث الإختصاص القضائى.

(عقد الكفالة – للدكتور سليمان مرقص- طبعة ١٩٥٩- ص ١٢ ومابعدها)

- **كفالة الدين التجاري عملا مدنيا :** تعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدنيا حتى لو كان الالتزام المكفول تجاريا وكان الدائن والمدين والكفيل تجارا، فالأصل في الكفالة أنها عمل مدني وذلك بالنسبة للكفيل ويترتب على ذلك أنه إذا رجع الدائن على الكفيل فتختص المحكمة المدنية وتثبت الكفالة بالنسبة للكفيل وفقا للقواعد العامة في الإثبات وتسري الفائدة التأخيرية بالسعر المدني، أما إذا رجع الكفيل على المدين التاجر فله أن يقيم دعواه إما أمام المحكمة المدني أو أمام المحكمة التجارية ويكون له إثبات حقه بكافة طرق الإثبات ومنها البينة. (أنور طلبة ص٦٨٤)

- **الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تظهير هذه الأوراق :**

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٧٧٩ مدني قد نصت على أنه " كفالة الدين التجاري تعتبر عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا، أى أن الأصل هو اعتبار الكفالة عقدا مدنيا وليس تجاريا ولكن يستثنى من هذا الأصل حالتان تكون فيهما الكفالة تجارية ولو لم يكن الكفيل تاجرا. **الحالة الأولى:** إذا كانت الكفالة ناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا،

والأوراق التجارية هى الكمبيالة والسند الإذني والشيك، ونصوص التقنين التجاري في هذه المسألة، وهى لا تسري فحسب على الكمبيالة بل أيضا على السند الإذني والشيك، هى: (١) المادة ٤١٨ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ وتنص على أن " ١- بجوز ضمان وفاء مبلغ الكمبيالة كله أو بعضه من ضامن احتياطي. ٢- ويكون هذا الضامن من أى شخص ولو كان من وقعوا الكمبيالة، وتقضي المادة ٤١٨ بأن " ١- يكتب الضمان الاحتياطي على الكمبيالة أو على وصله. ٢- ويؤدي الضمان بعبارة "للضمان الاحتياطي" أو بأى عبارة أخرى تفيد هذا المعنى ويوقعه الضامن. ٣- ويستفاد هذا الضمان من مجرد توقيع الضامن على صدر الكمبيالة ما لم يكن هذا التوقيع صادرا من المسحوب عليه أو من الساحب. ٤- يذكر في الضمان اسم المضمون، وإلا اعتبر الضمان حاصلا للساحب"، وتنص المادة ٤٢٠ على أن " ١- يلتزم الضامن الاحتياطي بالكيفي التي التزم بها المضمون. ٢- ويكون التزام الضامن الاحتياطي صحيحا ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلا أى سبب آخر غير عيب في الشكل. ٣- وإذا أوفى الضامن الاحتياطي الكمبيالة آلت إليه الحقوق الناشئة عنها قبل كل ملزم بمقتضى الكمبيالة تجاه المضمون، وتقضي المادة ٤٧٠ من قانون التجارة الجديد بأن تسري على السند لأمر أحكام الكمبيالة، بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع ماهيته، وتسري بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالمسائل الآتية .... الضمان الاحتياطي مع مراعاة أنه إذا لم يذكر في صيغة الضمان اسم الملتزم المضمون اعتبر الضمان حاصر لمصلحة محرر السند، وتنص المادة ٥٠٠ من قانون التجارة على أنه " ١- يجوز ضمان الوفاء بقيمة الشيك كلها أو بعضها من ضامن الاحتياطي، ٢-ويجوز أن يقدم هذا الضمان من الغير عدا المسحوب عليه، كما يجوز

تقديمه من أحد الموقعين على الشيك "، وتقضي المادة ٥٠١ بأنه: " ١- يكتب الضمان الاحتياطي على الشيك. ٢- ويؤدي الضمان بعبارة (للضمان الاحتياطي) أو بأية عبارة أخرى تفيد هذا المعنى، ويوقعه الضامن. ٣- ويستفاد الضمان الاحتياطي من مجرد توقيع الضامن على صدر الشيك. ٤- ويذكر في الضمان الاحتياطي اسم المضمون وإلا اعتبر الضامن حاصلا للساحب"، وتنص المادة ٥٠٢ على أن " ١- يلتزم الضامن الاحتياطي بالكيفية التي التزم بها المضمون. ٢- ويكون التزام الضامن الاحتياطي صحيحا ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلا لأى سبب آخر غير عيب في الشكل "، ٣- وإذا أوفى الضامن الاحتياطي قيمة الشيك آلت إليه الحقوق الناشئة عنه قبل المضمون وكل ملتزم بموجب الشيك قبل هذا المضمون. الحالة الثاني : إذا كانت الكفالة ناشئة عن تظهير الأوراق التجارية، وذلك في تحويل الأوراق التجارية الإذنية، ونصوص التقنين التجاري في هذه المسألة، وهى لا تسري فحسب على الكمبيالة بل أيضا على السند الإذني والشيك، هى : ١- م١/٣٩١ تجاري، وتنص على أن "كل كمبيالة ولو لم يصرح فيهما أنها مسحوبة للأمر تتداول بالتظهير. ٢- مادة ٢/٣٩٥ تجاري، وتنص على أن " يضمن المظهر قبول الكمبيالة ووفائها ما لم يشترط غير ذلك، وتنص المادة ٤٧٠ تجاري على أن تسري على السند لأمر أحكام الكمبيالة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع ماهيته. ولا حاجة هنا الى شرح هذه النصوص، فهذا من مباحث القانون التجاري ويكفي هذا أن نقول إن الورقة التجارية الإذنية تنتقل ملكيتها بالتحويل، والتحويل يتم بالتظهير، وكل محيل للورقة التجارية الإذنية يعتبر كفيلا بالتضامن مع المدين، والالتزام الذي يترتب في ذمته باعتباره كفيلا يعتبر التزاما تجاريا لا التزاما مدنيا. نخلص مما تقدم بأن المشرع قد اعتبار

كفالة الدين التجاري عملا مدنيا واستثنى من ذلك حالتان تكون الكفالة فيهما تجارية، ولو لم يكن الكفيل تاجرا، أولهما : ضمان الأوراق التجارية، وهى الكمبيالة والسند الإذني والشيك، ضمانا احتياطيا وفقا للمواد ٤١٨، ٤١٩، ٤٢٠ تجاري، ويعتبر الضامن الاحتياطي كفيلا للساحب أو للمحيل، وثانيهما : تظهير الأوراق التجارية لتحويلها متى كانت إذنية، ويعتبر كل محيل للورقة التجارية كفيلا بالتضامن مع المدين. م١٩١ وما يعدها من قانون التجارة الجديد. إذ يعتبر الضامن الاحتياطي ومظهر الورقة التجارية مستفيدا شخصيا من هذا العمل التجاري، وبالتالي تكون كفالته تجارية، ذلك أن الكفالة لا تعد عملا تجاريا إلا إذا كانت هى في ذاتها عملا تجاريا لوجود مصلحة شخصية للكفيل من وراء الصفقة التي التزم بالكفالة بمناسبتها، كنا لو كان محترفا كفالة الغير بأجر.

من أحكام القضاء:

١- النص في المادة ١/٧٧٩ من التقنين المدني على أن "كفالة الدين التجاري تعتبر عملاً مدنياً، ولو كان الكفيل تاجراً، على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو عن تظهير هذه الأوراق تعتبر دائماً عملاً تجارياً" يدل على أن الأصل في الكفالة أن تعتبر عملاً مدنياً وتبقى الكفالة عملاً مدنياً بالنسبة للكفيل حتى ولو كان الإلتزام المكفول التزاماً تجارياً أو كان كل من الدائن والمدين تاجراً وكان الكفيل نفسه تاجراً وذلك استثناء من القاعدة التي تقضي بأن التزام الكفيل تابع لإلتزام المكفول لأن الأصل في الكفالة أن يكون الكفيل متبرعاً لا مضارباً فهو إذن لا يقوم بعمل تجاري بل بعمل مدني.

(الطعن رقم ١٠٤١ ـ لسنة ٤٧ ق ـ تاريخ الجلسة ٢ / ٣ / ١٩٨١)

عدم تجاوز الكفالة للالتزام الأصلى

النص التشريعي (مادة ٧٨٠):

(١)لا تجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط اشد من شروط الدين المكفول.

(٢) ولكن تجوز الكفالة فى مبلغ أقل وبشروط أهون.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية المواد التالية: مادة ٧٨٩ ليبى و ٧٤٦ سورى و ١٠١٣ عراقى و ١٠٦٤ لبنانى و ٦٦٢ سودانى و ١٤٩٠تونسى.

الأعمال التحضيرية:

يطابق هذا النص المادة ٧١١ من المشروع الفرنسى الإيطالى وهو يقرر الأحكام ذاتها الواردة بالمادة ٤٩٧/ ٦٠٦ من التقنين الحالى ولكن ويكن يزيد عليها أن الكفالة التى تعقد بمبلغ أكبر من الدين أو بشروط أشد من شروطه تكون صحيحة فى حدود الإلتزام الأصلى وهذا الحكم الأخير معمول به فى ظل التقنين الحالى رغم عدم النص عليه.

وهذ الأحكام جيمعا ليست سوى تطبيق لمبدأ ان الكفالة عقد تابع فلا يلتزم الكفيل بما يجاوز إلتزام الأصيل حتى يضمن بذلك حقه فى الرجوع بكل ما دفعه عل المدين وكان من الجائز الإستغناء عن النص (كما فعلت بعض التقنينات الحديثة كالتقنين الالمانى والتقنين السويسرى) ولولا أننا فضلنا الابقاء عليه لما قد يترتب على إغفاله من تفسير غير صحيح.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٥ـ ص٤٦٢و٤٦٣)

رأى الفقه :

١- يخلص من نص المادة ٧٨٠ مدنى أن الإلتزام المكفول هو الـذى يحدد مدى إلتزام الكفيل فلا يجوز ان يكون إلتزام الكفيل أشد مـن إلتـزام المكفول فإذا كان أشد أو أصبح اشد فانه لايكون باطلاً ولكن يجب انقاصه إلى أن يبلغ حد الإلتزام المكفول ويجوز ان يكون إلتزام الكفيل أهون مـن إلتزام المكفول فلا يجوز أولاً أن يكون إلتزام الكفيل أشـد مـن الإلتـزام المكفول وعلى ذلك لاتجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مـستحق علـى المدين الأصلى فإذا كان المستحق على المدين ألفا لم تجز فى كفالته فـى ألف ومائتين مثلاً. وإذا كان الدين الأصلى لا ينتج فوائد، لم يجز أن ينـتج إلتزام الكفيل فوائد أما إذا كان الدين الأصلى ينتج فوائد بسعر معين لم يجز أن تكون الفوائد على إلتزام الكفيل بسعر اعلى وإذا كان الدين الأصلى ينتج فوائد بسيطة لم يجز أن ينتج إلتزام الكفيل فوائد مركبة وعلى ذلك أيضاً لا يجوز أن يلتزم الكفيل لأجل أقرب من اجل الإلتزام المكفـول ولا توفيـه إلتزام الكفيل فى مكان أبعد أو أشد مشقة من المكان الـذى يـوفى فيـه الإلتزام المكفول وإذا كان الإلتزام المكفول معلقا على شرط لم يحجـز أن يكون إلتزام الكفيل منجزاً غير معلق على هذا الشرط وأداة كـان الـدين الأصلى مؤجلاً على الأصيل وكفل به أحد تأجل على الكفيـل أيـضاً وإذا أجل الدائن الدين على الأصيل تأجل على الكفيل (م ١٠١٣مدنى عراقـى) وإذا كان الدين الأصلى ديناً طبيعياً لم يجز أن يكون إلتزام الكفيل مديناً بل يجب ان يكون إلتزاماً طبيعياً كالدين المكفول.

ويجوز مادام إلتزام الكفيل ليس اشد من الإلتزام المكفـول أن يكـون إلتزام الكفيل مضموناً ويرهن مثلاً حتى لو كان الإلتزام المكفول ديناً عادياً غير مضمون يرهن ولا بكفالة عينية وإذا كان إلتـزام ممـاثلاً للإلتـزام

المكفول ولكن الدائن بعد ذلك خفف من الإلتزام المكفول كان أطال أجله أو قربه بشرط أو نزل عن جزء منه فإن إلتزام الكفيل يخف بالقدر الذى خفف به الإلتزام المكفول.

وإذا كان إلتزام الكفيل أشد من الإلتزام المكفول فالجزاء على ذلك ليس هو بطلان إلتزام الكفيل، بل إنقاصه إلى أن يبلغ حد الإلتزام المكفول.

وإذا كان إلتزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من الإلتزام المكفول فإنه على النقيض من ذلك يجوز أن يكون أهون فيجوز أن يكفل الكفيل المدين عل الأصلى فى جزء من الدين، أوفى الدين دون فوائده وملحقاته أو إلى حد أقصى أقل من المبلغ المستحق على المدين أو لأجل أطول من أجل المدين الأصلى وإذا تكفل الكفيل بالدين الحال كفالة مؤجلة وأضاف الكفيل الأجل إلى نفسه أو إشترط الدائن وقت الكفالة الأجل للكفيل خاصة كان إلتزام الكفيل مؤجلاً دون الإلتزام المكفول ويجوز أن يعلق الكفيل إلتزامه على شرط فى حين أن الإلتزام المكفول يكون منجزاً غير معلق على شرط ويجوز ان يشترط الكفيل فى أن يكون الوفاء بإلتزامه فى موطنه فى حين أن الوفاء بإلتزام المكفول يكون فى مكان أبعد أو أكثر مشقة كما يجوز أن يشترط الكفيل ألا يكفل المدين الأصلى إذ شهر إفلاس هذا الأخير وعند ذلك تنظر محكمة الموضوع فيما إذا كان إلغاء الحكم بشهر الإفلاس فى الإستئناف من شأنه أن يعيد الكفالة وفيما إذا كانت التسوية القضائية تماثل شهر الإفلاس فتكون هى أيضاً شرطاً فاسخاً لإلتزام الكفيل ويجوز كذلك أن يعلق الكفيل كفالته عن منح الدائن للمدين أجلاً للوفاء أو على وجود ضمانات أخرى للدين غير الكفالة أو على إستعمال معيناً أو لغرض معين فإذا لم يتحقق الشرط فى الأحوال المتقدمة زالت الكفالة.

(الوسيط – ١٠ـ للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص٥٨ ومابعدها)

٢- يطابق نص المادة ٧٨٠ مدنى نص المادة ٧١١ مـن المـشروع الفرنسى الإيطالى.

ويقرر نص المادة ٧٨٠ من التقنين المدنى نفـس الأحكـام المقـررة بالتقنين القديم فلا يلتزم الكفيل بما يجاوز إلتزام الأصـيل حتـى يـضمن الرجوع بكل ما دفعه عن المدين وكان من الجائز الإستغناء عن هذا النص لأن أحكامه جميعاً ليست سوى تطبيق لمبدأ أن الكفالة عقد تابع.

(التقنين المدني – للدكتور محمد علي عرفة – المرجع السابق – ص٥٧٣)

- **التزام الكفيل لا يجوز أن يكون اشد من الالتزام المكفول ولكن يجوز أن يكون أهون:** رأينا أن المادة ٧٨٠ مدني قد نصت على أنه " ١- لا تجـوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولا بشروط أشـد مـن شروط الدين المكفول. ٢- ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقـل، وبـشروط أهون ". يتبين من نص هذه المادة أن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون اشد من الالتزام المكفول وعلى ذلك لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر ممـا هـو مستحق على المدين الأصلي. ويجب أن تكون الكفالة، على الأكثر، متماثلة مع الدين المكفول، فإن جاوزته من حيث القيمة أو الأجل أو سعر الفائدة أو تقرير فائدة بينما الدين المكفول بدون فائدة وإن كان معلقا على شرط فـلا يجوز أن يكون التزام الكفيل منجزا، وإذا حل الدين ومـنح الـدائن أجـلا للمدين امتد ذلك أيضا بالنسبة للكفيل، فإن تبين أن التزام الكفيل أشد مـن الالتزام المكفول، فلا تكون الكفالة باطلة، إنما يتعين جعل الكفالة متماثلـة مع الالتزام المكفول. (أنور طلبة ص٦٨٦) ويذهب بعض الفقهاء الى أنـه يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول من ناحية إذا كـان أخف منه من ناحية أخرى، فيجوز أن يكون التزام الكفيل منتجا لفوائد إذا حصل الكفيل على أجل أطول من أجل الالتزام المكفول، ولكن لمـا كـان

يصعب موازنة التزام الكفيل بالالتزام المكفول ومعرفة أيهما اشد، فإن الأفضل الأخذ بالرأى الآخر والقول بأن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من الالتزام المكفول في أية ناحية من نواحيه، ولكن يجوز، مادام التزام الكفيل ليس أشد من الالتزام المكفول، أن يكون التزام الكفيل مضمونا رهن مثلا حتى لو كان الالتزام المكفول دينا عاديا غير مضمون برهن ولا بكفالة عينية، وإذا كان التزام الكفيل مماثلا للالتزام المكفول، ولكن الدائن بعد ذلك خفف من الالتزام المكفول كأن أطال أجله أو قرنه بشرط أو نزل عن جزء منه، فإن التزام الكفيل يحف بالقدر الذي خفف له الالتزام المكفول (السنهوري ص٥١) وإذا كان التزام الكفيل لا يجوز أن يكون اشد من الالتزام المكفول فعلى النقيض من ذلك يجوز أن يكون أخف من الالتزام المكفول، بأن ينصرف الى جزء من الدين أو الى الدين دون فوائده أو الى أجل ابعد من أجل الدين، وإذا تكفل الكفيل بالدين الحال كفالة مؤجلة وأضاف الكفيل الأجل الى نفسه أو اشتراط الدائن وقت الكفالة الأجل للكفيل خاصة، كان التزام الكفيل مؤجلا دون الالتزام المكفول. كما يجوز للكفيل أن يعلق التزامه على شرط في حين أن التزام المكفول منجزا، وقد يكون هذا الشرط هو زوال الكفالة إذا ما أفلس المدين، أو أعسر، وحينئذ تكون الكفالة معلقة على شرط فاسخ هو إفلاس المدين أو إعساره، وهو شرط صريح في القانون، لأن الكفالة بمثابة عمل تطوعي وغالبا ما يتورط فيها الكفيل، وبالتالي لا يعتبر متعسفا إذا ما ضمن عقد الكفالة هذا الشرط، لأنه لو أفلس المدين أو أعسر، وجب على الدائن التدخل في التفليسة في حالة الإفلاس، وقد لا يحصل على دينه كاملا، وبالتالي يكون من حق الكفيل أن يشترط عدم تحمله تلك التبعية، فتنقضي الكفالة بتحقق الشرط. (أنور طلبة ص٦٨٧).

من أحكام القضاء:

١- يلتزم الكفيل بتقديم الدليل على القدر الذى قبضه الدائن من الـدين حتى يمكن خصمه منه ولا على المحكمة إن هى لم تلزم الدائن بتقديم هذا الدليل.

(نقض – جلسة ١٩٦٧/١١/٢١ـ مجموعة المكتب الفني – السنة ١٨ـ مدني ص١٧٢٠)

٢- مفاد نص المادة ٧٨٠ من التقنين المدني أنه إذا كان التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول، فالجزاء على ذلك ليس هو بطلان التزام الكفيـل بل إنقاصه إلى أن يبلغ حد الالتزام المكفول، ومع ذلك يجـوز أن يكـون التزام الكفيل أهون من الالتزام المكفول.

(الطعن رقم ٩٥٥٠ ـ لسنة ٧٩ق ـ تاريخ الجلسة ٢٠١١/٥/١٠)

* * *

نطاق الكفالة

النص التشريعي (مادة ٧٨١):

إذا لم يكن هناك إتفاق خاص وفإن الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبه الأولى، وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل.

النصوص العربية المقابلة:

هذه النصوص العربية تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٩٩٠ليبى و ٧٤٧سورى و ١٠١٥عراقى و ١٠٦٦لبنانى و ٦٦٣سودانى.

الأعمال التحضيرية:

تنص المادة ٤٩٨/ ٦٠٨ من التقنين الحالى على انه " فى حالة عدم وجود شرط صريح لا تكون الكفالة الا على أصل الدين ولا توجب التضامن.

ويعاب على هذا النص أنه لم يحدد ملحقات الدين التى لا تشملها الكفالة وإنه يفتح بذلك مجالاً للشك والخلاف بشأنها مع أن التقنين الفرنسى تعرض لها صراحة (م٢٠١٦) كما ان الثابت بإجماع الفقه والقضاء (انظر على الأخص إستئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٠١ ب ١٣ص ١٦٥ ٢٣ديسمبر سنة ١٩١٤ب ٢٧ ص ٧٨- ٥ابريل سنة ١٩١٦ب ٢٨ص ٢٢٣) ان المشرع المصرى لم يقصد إستبعاد الفوائد التأخيرية ولا المصروفات الخاصة بالمطالبة الأولى اوالمصروفات اللاحقة لمطالبة الكفيل وهى التى يدخلها جميعاً التقنين الفرنسى (م٢٠١٦) صراحة فى نطاق الكفالة وكان المشرع المصرى إذن حين نص فى المادة ٩٨/ ٦٠٨ على أن الكفالة لا تمتد إلى توابع الدين إنما قصد حالة الدين المؤجل الذى

يذكر مقداره فى العقد فإن كفالته لا تشمل الفوائد فى المدة من وقت العقد إلى حلول الأجل إلا إذا إشترط ذلك (راجع إستئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩٢٦ب ٣٨ص ٣٨٧) ولكن هذا الفرض نادر فى العمل، لأنه قلما يغفل سند الدين عن إشتراط الفوائد.

أما نص الفقرة الثانية من المادة ٤٩٨/ ٦٠٨ مصرى فلا صلة له مطلقا بفقرتها الأولى، إذ هو يعرض الكفالة التضامنية وليس هنا محل الكلام عنها.

لذلك فضل المشروع أن ينقل نص المادة ٧١٤ من المشروع الفرنسى الإيطالى ويمتاز هذا النص بأنه فضلاً عن تحديده للملحقات، يدخلها ضمن الكفالة وهو الحكم الواجب الاخذ به كما رأينا كذلك يغينا النص الجديد فى الوقت نفسه عن المادة ٤٩٩/ ٦٠٩ من التقنين الحالى لان الكفالة القضائية سيرد الكلام عنها فى باب الكفالة التضامنية على العموم.

رأى الفقه :

١- يفترض نص المادة ٧٨١ مدنى أن الكفيل قد كفل الإلتزام المكفول كله دون نقص اوزيادة وليس هناك إتفاق خاص بملحقات الدين بل كانت مسكونا عنها ويراد تحديد مدى إلتزام الكفيل ولا شك فى أن إلتزام الكفيل فى هذه الحالة مماثل للإلتزام المكفول مقداراً وشروطاً وعبئاً وموعد حلول ومكان وفاء وغير ذلك مما يحدد الإلتزام المكفول وكما أن الإلتزام المكفول يشمل ملحقاته كذلك يشملها إلتزام الكفيل فيشمل فوائد الدين والتعويض عن عدم التنفيذ. ومسئولية المدين العقدية فمن كفل المستاجر مثلا فى عبارات عامة ودون قيد كفل ما يكون مستحقاً على المستأجر من الأجرة ومن تعويض ويشمل ذلك التعويض عن حريق العين المؤجرة ولكن لا يشمل

إلتزامات المستاجر بعد تحديد عقد الإيجار ألا بشرط صريح ومن كفل حساباً جارياً كفل كل بنود هذا الحساب لأنها غير قابل للتجزئة.

اما المصروفات فيضمنها يضمن مصروفات المطالبة الأولى والثانية بعد إخطار الدائن له بمطالبته المدين المطالبة الأولى بالدين وعلى ألا يكون مبالغاً فيها.

ويضمن الكفيل مسئولية المدين العقدية حتى فى حالة فسخ العقد وحتى فى حالة مسئولية المدين العقدية عن الغير وحتى لو كان التعويض عن المسئولية محدداً فى شرط جزائى كما فى كفالة مسئولية المستاجر عن الحريق.

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

ويضمن الكفيل كذلك فوائد التأخير إذا تأخر المدين عن دفع المستحق فى ذمته ويضمن فتح الإعتماد إلى حد معين هذا الحد وملحقاته ويدخل فى ذلك السمسرة التى تعتبر من ملحقات فتح الإعتماد ويضمن الكفيل كذلك مصروفات عقد الدين التى قدمها الدائن كمصروفات كتابة العقد وأتعاب المحاماه والتسجيل أو التصديق على الإمضاء بحسب الأحوال.

(الوسيط- ١٠- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص٦٣ ومابعدها)

٢- نقل المشرع نص المادة ٧٨١ مدنى من المادة ٧١٤ من المشروع الفرنسى الإيطالى.

ويفضل النص المتقدم نصوص التقنين القديم بانه تفادى الخلط بين موضوعين لاصلة بينهما مطلقا وهما كفالة الملحقات والكفالة التضامنية وبانه حدد ملحقات الدين.

ويخلاف هذه النص الأحكام المقررة فى التقنين القديم فقد كانت المادة ٤٩٨/ ٦٠٨ تقضى بإقتصار إلتزام الكفيل على ضمان الوفاء باصل الدين ومع ذلك فقد اجمع الفقه والقضاء على ان المشرع لم يقصد بذلك إستبعاد فوائد التأخير ولا المصروفات الخاصة بالمطالبة الأولى ولا المصروفات اللاحقة لمطالبة الكفيل وبذلك لم يستبعد من نطاق الكفالة الا فوائد الدين المؤجل التى تستحق من وقت العقد إلى حلول الأجل إذا لم يوجد إتفاق خاص يقتضى بكفالتها وهو فرض نادر عملا.

ولذلك فضل المشرع ان ينص صراحة على ادخال هذاالملحقات جميعا فى الكفالة وجعل هذاالحكم هوالأصل وبذلك تمتد الكفالة إلى توابع الدين سالفة الذكر مالم يستبعد بشرط صريح فى العقد.

(التقين المدني – للدكتور محمد علي عرفة – المرجع السابق ص٥٧٣و٥٧٤)

٣- للمتعاقدين ان يتفقا على الايستزم الكفيل بشئ من الملحقات المصروفات فإذا لم يتفق على شئ من هذا فشور التناؤل عما يدخل فى مضمون التزاتم الكفيل مما يستحقه الدائن زيادة عن اصل الدين وهنا تجد المشرع يضع قاعدة مكملة لإرادة المتعاقدين فينص فى المادة ٧٨١ مدنىعلى انه: " اذالم يكن هناك إتفاق خاص فان الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعدإخطار الكفيل".

فيدخل فيما يضمنه الكفيل: (اولا) ملحقات الدين كالفوائد الإتفاقية والقانونية والتعويضات التى يستحقها الدائن بسبب إخلال المدين بإلتزامه ويدخل فيه (ثانيا) المصروفات التى يتفقها الدائن على سبيل استيفاء حقه على ان يفرق بين نوعين من هذه المصروفات: مصروفات المطالبة الأولى وهىالتى يقتضيها رفع الدعوى بتكيف المدعى عليه بالحضور أمام

المحكمة فتشمل إذن مايسبق رفع الدعوى من مصروفات كمصروفات النبيه على المدين بالوفاء كما تشمل مصروفات رفع الدعوى وهذه يلتزم الكفيل بضمان الوفاء بها مع اصل الدين وملحقاته في جميع الأحوال والنوع الثانى هوالمصروفات اللاحقة لرفع الدعوى إلى ان يستوفى الدائن حقه وهذه لاندخل فيما يضمنه الكفيل إلا إذا كانت قد إنقضت بعد إخطار الكفيل بما يتخذه الدائن من إجراءات ضد المدين والعلة فى التفرقة بين نوعى المصروفات ان الدائن لا يتعتبر فى مواجهة الكفيل مقصراً عندما أنفق مصروفات المطالبة الأولى دون أن يخطره إذا قد يقوم المدين بالوفاء بمجرد مطالبته فلا يكون هناك محل لتدخل الكفيل أما إذا لم يقم المدين بالوفاء بعد مطالبته فعلى الدائن وإلا كان مقصراً أن يخطرا الكفيل بهذه المطالبة حتى يحدد الكفيل موقفه فقد بادر بالوفاء فيتفادى المصروفات وقد لا يفى فيستمر الدائن فى الإجراءات وعندئذ يتحمل الكفيل فى مواجهة الدائن ما ينفق فى هذه الإجراءات من مصروفات.

(عقد الكفالة للدكتور منصور مصطفي المرجع السابق ص٤٤ـ ٤٥)

- **ما تتضمنه الكفالة في حالة عدم وجود اتفاق خاص :** تتضمن الكفالة الدين وملحقاته متى اتفق على ذلك، ولكن إذا لم يتناول الاتفاق الملحقات فإن الكفالة تشملها لأنها تتحدد وفقا للالتزام المكفول فيلتزم الكفيل بكل ما يلتزم به المدين من فوائد وتعويض بسبب عدم التنفيذ وكل ما يترتب على مسئولية المدين العقدية، كالتعويض عن حريق العين المؤجرة أو في حالة الفسخ وفي المسئولية العقدية عن عمل الغير أو إذا كان التعويض محدد بشرط جزائي (أنور طلبة ص٦٨٩) كذلك تتضمن الكفالة مصروفات المطالبة الأولى بالدين، وعى المصروفات التي ينفقها الدائن في مستهل الإجراءات فهذه المصروفات يلتزم الكفيل بضمان الوفاء بها دائما، وما

يتلو بعد ذلك من المصروفات لا يضمنها الكفيل، إلا إذا كانت قد صرفت بعد أن يخطره الدائن بمطالبته للمدين المطالبة الأولى، على أن المصروفات التي يضمنها الكفيل يجب ألا يكون مبالغا فيها، وأن يكون الدائن لم يسرف فيها. أما إذا كان الإسراف راجعا الى عمل المدين فإن الكفيل يضمنها، ويضمن الكفيل كذلك الالتزامات الإضافية التي يضعها قانون جديد صدر بعد الكفالة على عاتق المدين، وتجوز الكفالة في المسئولية التقصيرية، وإذا انصبت الكفالة على فتح اعتماد للمدين بأحد المصارف الى مبلغ معين شملت ملحقاته كنفقات السمسرة، كما تدخل مصروفات عقد الدين من كتابة وأتعاب محامي وتسجيل بالنسبة للعقار أو تصديق على توقيع بالنسبة للمنقول أم الالتزامات الخارجة عن نطاق عقد الكفالة فلا يضمنها الكفيل ومنها ما يترتب في ذمة المدين من التزامات قبل أو بعد إنشاء الالتزام المكفول، وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه " تنص المادة ٢٠٦/٤٩٨ من التقنين الحالي على أنه " في حالة عدم وجود شرط صريح لا تكون الكفالة إلا على أصل الدين ولا توجب التضامن "، ويعاب على هذا النص أنه لم يحدد ملحقات الدين التي لا تشملها الكفالة، وأنه يفتح بذلك مجالا للشك والخلاف بشأنها مع أن التقنين الفرنسي تعرض لها صراحة (م٢٠١٦) كما أن الثابت بإجماع الفقه والقضاء (انظر استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٠١ ب١٣ ص١٦٥، ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ ب٢٧ ص٧٨، ٥ أبريل سنة ١٩١٦ ب٢٨ ص٢٣٣) أن المشرع المصري لم يقصد استبعاد الفوائد التأخيرية ولا المصروفات الخاصة بالمطالبة الأولى أو المصروفات اللاحقة لمطالبة الكفيل وعى التي يدخلها جميعا التقنين الفرنسي (م٢٠١٦) صراحة في نطاق الكفالة، وكأن المشرع المصري إذن حين نص في المادة ٦٠٨/٤٩٨ على أن الكفالة لا تمتد إلى

توابع الدين، إنما قصد حالة الدين المؤجل الذي يذكر مقداره في العقد، فإن كفالته لا تشمل الفوائد في المدة من وقت العقد إلى حلول الأجل إلا إذا اشترط ذلك (راجع استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩٢٦ ب٣٨ ص٣٨٧) ولكن هذا الفرض نادر في العمل، لأنه قلما يغفل سند الدين عن اشتراط الفوائد. أما نص الفقرة الثانية من المادة ٢٠٨/٤٩٨ مصري فلا صلة له مطلقا بفقرتها الأولى، إذ هو يعرض للكفالة التضامنية، وليس هذا محل الكلام عنها. لذلك فذل المشروع أن ينقل نص المادة ٧١٤ من المشروع الفرنسي الإيطالي، ويمتاز هذا النص بأنه فضلا عن تحديده للملحقات، يدخلها ضمن الكفالة، وهو الحكم الواجب الأخذ به كما رأينا، كذلك يعنينا النص الجديد في الوقت نفسه عن المادة ٦٠٩/٤٩٩ من التقنين الحالي، لأن الكفالة القضائية سيرد الكلام عنها في باب الكفالة التضامنية على العموم. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٤٦٥)

من أحكام القضاء:

١- إن الثابت بالأوراق أنه لدى التحاق المدعى عليه الأول (.....) طالباً بالمدرسة الثانوية للبريد، وقع المدعى عليه الثاني (.....) في ٣ من أكتوبر سنة ١٩٦٣ بوصفه ولياً على الأول عوضاً عن والده المتوفى، ورقة صدرت بطلب التحاق الطالب المذكور بالمدرسة مبيناً بها البيانات الخاصة به، وأن سنه في أكتوبر سنة ١٩٦٣ خمسة عشر عاماً وستة أشهر ويومان، وذيلت هذه الورقة بتعهد معنون بعبارة "تعهد الكفيل المقتدر" تضمن ما نصه "أتعهد أنا..... الكفيل للطالب.....، بأن أدفع لهيئة البريد نفقات تعليمية وقدرها خمسة وعشرون جنيهاً عن كل سنة دراسية، وكذلك ثمن الكتب والأدوات التي تصرف له وكذا المكافآت

الشهرية أو المزايا العينية التي تمنح له وذلك في حالة فصله من المدرسة لأحد الأسباب الآتية:.. (٣) الانقطاع عن الدراسة خمسة عشر يوماً متتالية دون إخطار، وكذلك في حالة عدم قيامه بتنفيذ الالتزام بالعمل بهيئة البريد مدة لا تقل عن خمس سنوات من تاريخ تعيينه، أو فصل فصلاً تأديبياً قبل انقضاء المدة المذكورة – وفي ظهر هذه الورقة وقع المدعى عليه الثـاني على إقرار آخر بتعهده بملاحظة سلوك الطالب وإخبار المدرسة في حالـة انقطاعه عنها بسبب غيابه. وفي ٢٦ من أغسطس سـنة ١٩٦٥ قـررت المدرسة فصل المدعى عليه الأول بسبب انقطاعه عن الدراسـة بـصورة متصلة لمدة زادت عن خمسة عشر يوماً، وطالبت المدعى عليه الثاني في ١٥ من فبراير سنة ١٩٦٦ بالمبالغ المستحقة بسبب عدم تنفيـذ الالتـزام المتعهد به، وجملتها ٩٢.٢٦١ جنيهاً تمثلت فـي ١٤.٨٦٠ جنيـه قيمـة المكافآت الشهرية و٢٧.٤٠١ جنيهاً ثمن ملابس رسمية و٥٠ جنيهاً نفقات تعليم، فامتنع عن الوفاء.

ومن حيث أن قرار رئيس الجمهورية رقم ١٦٢٠ لسنة ١٩٦١ بإنشاء المدرسة الثانوية للبريد يحدد في المادة الثانية منه شروط القبول بالمدرسة، ويشترط فيمن يقبل بها شروطاً منها أن يقدم كفيلاً مقتدراً يتعهد بالتضامن مع الطالب برد نفقات التعليم وقدرها ٢٥ جنيهاً عن كل سنة دراسية وكذلك ثمن الكتب والأدوات التي تصرف للطالب، والمكافآت الشهرية والمزايـا العينية التي تمنح له، وذلك في حالة فصل الطالب بسبب سـوء الـسيرة، ونصت المادة ١٩ على أن يلزم خريج المدرسة بأن يعمل في هيئة البريـد مدة لا تقل عن خمس سنوات من تاريخ تعيينه، وإذا رفض التعيين أو ترك الخدمة أو فصل تأديبياً قبل انقضاء المدة المذكورة ألزم مع كفيله بالتضامن بأداء المبالغ المبينة بالمادة الثانية سـالفة الـذكر، وقـد أصـدر وزيـر

المواصلات في ٦ من نوفمبر سنة ١٩٦١ القرار رقم ٢٥٥ لسنة ١٩٦١ باللائحة الداخلية للمدرسة الثانوية للبريد، تضمن في الفقرة د من المادة الرابعة أن يقدم الطالب طلب الالتحاق بالمدرسة على استمارة خاصة تعدها هيئة البريد مصحوبة ببعض الأوراق منها تعهد من الطالب وكفيله متضامنين بالتزام الطالب بالانتظام في الدراسة والعمل بالهيئة بعد التخرج مدة لا تقل عن خمس سنوات، وبأداء المبالغ المبينة في البند الثامن من المادة الثانية من القرار الجمهوري سالف الذكر في حالة الإخلال بهذا الالتزام أو فصل الطالب من المدرسة بسبب سوء السيرة.

ومن حيث أن المدعى عليه الثاني وقد كفل المدعى عليه الأول لدى تقدمه للالتحاق بالمدرسة الثانوية للبريد في رد نفقات تعليمية وثمن الكتب والأدوات وقيمة المكافآت والمزايا التي تمنح له، إذا فصل من المدرسة بسبب سوء السيرة أو الرسوب سنتين متتاليتين في سنة دراسية واحدة أو الانقطاع دون إخطار مدة خمسة عشر يوماً متتالية. أو إذا رفض العمل بهيئة البريد مدة لا تقل عن خمس سنوات أو فصل تأديبياً قبل انقضاء المدة المذكورة، فإن دلالة ذلك أن المدعى عليه الثاني قد كفل المدعى عليه الأول بناء على طلب هذا الأخير التزاماً منه بما أوجبه القرار الجمهوري رقم ١٦٢٠ لسنة ١٩٦١ في الفقرة ثامناً من المادة الثانية منه سالفة الذكر من أن يقدم طالب الالتحاق بهذه المدرسة كفيلاً مقتدراً يتعهد بالتضامن معه برد النفقات المشار إليها إذا أخل بالتزاماته، وما قضى به قرار وزير المواصلات رقم ٢٥٥ لسنة ١٩٦١ في الفقرة د من المادة الرابعة منه المتقدم ذكرها التي حملت الطالب دون سواه عبء التقدم بطلب الالتحاق مصحوباً بتعهده وكفيله متضامنين بالتزام الطالب بالانتظام في الدراسة والعمل بالهيئة بعد التخرج مدة لا تقل عن خمس سنوات أو أداء المبالغ

المبينة في البند الثامن من المادة الثانية من القرار الجمهوري سالف الذكر في حالة الإخلال بالالتزام المشار إليه. ومفاد ذلك كله أن المـدعى عليـه الأول هو الذي قدم المدعى عليه الثاني ليتعهد بالتضامن معه فـي تنفيـذ الالتزام المذكور، ومن مؤداه قيام التزام أصلي على عاتق المدعى عليـه الأول يلتزم بمقتضاه برد المبالغ آنفة الذكر إلى هيئة البريد في حالة إخلاله بالتزاماته التي نص عليها القرار الجمهوري سالف الـذكر، وتلـك التـي تضمنها قرار وزير المواصلات رقم ٢٥٥ لسنة ١٩٦١ والتعهد الذي وقعه المدعى عليه الثاني، وهذا الالتزام وإن لم يكن مكتوباً إلا أن قرائن الحـال على ما سلف بيانه تقطع بقيامه أخذاً في الاعتبار أنـه وليـد عقـد إداري تكاملت له أركانه الأساسية، وأن العقد الإداري لا يشترط دائما أن يكـون مكتوباً. وبذلك يكون الحكم المطعون فيه قد جانب الصواب فيما انتهى إليه من عدم وجود التزام أصلي على المدعى عليه الأول يكفله المدعى عليـه الثاني.

(الطعن رقم ٧٤ ـ لسنة ١٦ ق ـ تاريخ الجلسة ٣١ / ٠١ / ١٩٧٦)

* * *

آثار الكفالة

١- العلاقة ما بين الكفيل والدائن

النص التشريعي (مادة ٧٨٢):

(١) يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين.

(٢) على انه إذا كان الوجه الذى يحتج به المدين هو نقص أهليته، وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد، فليس له أن يحتج بهذا الوجه.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٧٩١ ليبى و ٧٤٨ سورى و١٠٧٧ لبنانى و٦٦٤ سودانى و١٥١٣ تونسى.

الأعمال التحضيرية:

يطابق هذا النص تماما المادة ٥٠٩/ ٦٢٢ من التقنين الحالى وهويقرر حكما أساسيا تقتضيه طبيعة الكفالة فإلتزام الكفيل تابع للإلتزام الأصلى، وهو يبطل كلما بطل هذا الإلتزام كما أنه ينقضى بمجرد إنقضائه على أن المشروع يتحفظ بالنسبة للحكم الوارد بالمادة ١١٣٥ الخاص بكفالة إلتزام ناقص الأهلية إذا كان الكفيل بعلم بنقص الأهلية فإنه إستثناء لا يجوز للكفيل فى هذه الحالة التمسك ببطلان الإلتزام الأصلى.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٥ـ ص٤٦٧)

رأى الفقه:

١- إلتزام الكفيل وهو تابع الإلتزام المدين، يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال إذا كان إلتزام المدين باطلاً أو قابلاً للإبطال فيما عدا أن يكون

إلتزام المدين قابلاً للإبطال لنقص الأهلية ففيه تفصيل كما سيأتى وإذا إنقض إلتزام المدين إنقضى منه إلتزام الكفيل ولما كان المدين يستطيع أن يحتج بأوجه الدفع هذه وبأن إلتزامه باطل أو قابل للإبطال أو بأن إلتزامه قد إنقضى لسبب من أسباب إنقضاء الإلتزام كذلك للكفيل أن يتمسك بأوجه الدفع الذى يستطيع المدين أن يحتج بها من بطلان أو قابلية للإبطال إنقضاء ولا يتمسك الكفيل بأوجه الدفع هذه ضد إلتزام المدين بل ضد إلتزامه هو فإن إلتزامه يكون هو أيضاً باطلاً أو قابلاً للإبطال أو منقضياً تبعاً لإلتزام المدين فهو إذن يتمسك بأوجه الدفع هذه بإسمه هو لا بإسم المدين ويتمسك بها صد إلتزامه هو لا ضد إلتزام المدين ويترتب على ذلك أن للكفيل أن يتمسك بوجه من هذه الأوجه ضد إلتزامه هو لا ضد إلتزام المدين ويترتب على ذلك أن للكفيل أن يتمسك بوجه من هذه الأوجه ضد إلتزامه هو ولو نزل المدين عن هذا الدفع فإنه إنما ينزل عن الدفع بالنسبة إلى إلتزامه كمدين، ويبقى أن يتمسك الكفيل بالدفع الذى نزل عنه المدين إذ يتمسك به ضد إلتزامه هو ككفيل لا ضد إلتزام المدين فقد نزل هذا عن الدفع كما سبق القول فإذا نزل المدين عن حقه فى إبطال العقد لعيب من عيوب الرضاء وأجاز العقد فإن هذا لا يمنع الكفيل من أن يتمسك بهذا العيب ضد إلتزامه هو ككفيل وإذا نزل المدين عن حقه فى التمسك بالتقادم فإن هذا لا يمنع الكفيل من أن يتمسك بالتقادم ضد إلتزامه هو ككفيل ويترتب على ذلك أيضاً أن الكفيل له أن يتدخل فى الدعوى القائمة بين الدائن والمدين ويطلب براءة ذمته من إلتزامه هو متمسكاً بدفع من هذه الدفوع، بل له ان يتمسك بهذا الدفع بدعوى مبتدأة برفعها علي الدائن.

فإذا كان إلتزام المدين باطلاً لعيب في الشكل أو لإنعدام الرضا أو لعدم توافر شروط المحل أو لعدم مشروعية السبب، أو لأي سبب آخر من

أسباب بطلان الإلتزام، كان إلتزام الكفيل باطلاً مثله ولنفس السبب. وللكفيل أن يتمسك هو أيضاً ببطلان إلتزامه.

وللكفيل أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة، لأن عقد المدين قابل للإبطال لعيب في الرضاء، كأن شابه غلط أو تدليس أو إكراه مما يجعل العقد قابلاً للإبطال. ويبقي للكفيل الحق في طلب عقد الكفالة لعيب في الرضاء، ولو أجاز المدين العقد الأصلي فأصبح لا يستطيع التمسك بإبطال هذا العقد. أما إذا كان السبب في إبطال العقد الأصلي، هو نقص أهلية المدين بأن كأن هذا قاصراً أو محجوراً عليه، فإنها يجب التمييز بين ما إذا كان الكفيل لا يعلم بنقص أهلية المدين أو كان له أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة كما يكون للمدين أن يتمسك بإبطال العقد الأصلي لنقص الأهلية

ويستوي في ذلك أن يجاز العقد الأصلي أو لا يجاوز، ففي الحالتين يكون للكفيل أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة. أما إذا كان الكفيل عالماً بنقص أهلية المدين، فله أيضاً أن يبطل عقد الكفيل. لكن إذا أجاز المدين عند زوال نقص الأهلية، أو جاز وليه أو وصية أو القيم عليه بإذن المحكمة عند الإقتضاء، العقد الأصلي، ففي رأي الدكتور السنهوري أن الكفيل لا يستطيع أن يبطل عقد الكفالة ما دام العقد الأصلي قد أجيز، فإذا كان الكفيل ليس فحسب عالماً بنقص الأهلية، بل هو قد كفل ناقص الأهلية بسبب أهليته، فإنه لا يستطيع أن يبطل عقد الكفالة حتي لو تمسك المدين بنقص أهليته وأبطل العقد الأصلي، أصبح الكفيل مديناً أصلياً وصار مسئولا عن المدين نحو الدائن، وهو إنما تعاقد مع الدائن ناظراً لهذا الإحتمال.

وللكفيل أن يتمسك بإنقضاء إلتزامه ككفيل، تبعاً لإنقضاء إلتزام المدين.

فإذا إنقضي المدين بالوفاء، جاز للكفيل أن يتمسك بإنقضاء إلتزامه هو أيضاً تبعاً لإنقضاء إلتزام المدين. ويقوم العرض الحقيقي بالنسبة إلي

المدين مقام الوفاء إذا تلاه إيداع يتم وفقاً لأحكام تقنين المرافعات أو تـلاه أي إجراء مماثل، وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته.

وللكفيل، فضلا عن الدفوع التي يجوز أن يحتج بها المـدين، دفـوع خاصة به لا يشترك فيها المدين، وهذه الدفوع إما أن تكون متعلقـة بعقـد الكفالة ذاته، أو أن تكون راجعة إلي مركز الكفيل بإعتباره كفيلا.

فالدفوع المتعلقة بعقد الكفالة ذاته ترجع إلي بطلان هذا العقد أو قابليته للإبطال دون أن يكون العقد المنشئ لإلتزام المدين باطلاً أو للإبطال، وقد ترجع إلي ما يرد علي إلتزام الكفيل وحده من أوصاف لـم تـستمد مـن الإلتزام الأصلي، كعدم تحقق الشرط الواقف أو تحقـق الـشرط الفاسـخ، فيتمسك الكفيل بأن إلتزامه لم ينشأ لأنه كان معلقاً علي شرط فاسـخ وقـد تحقق هذا الشرط. وقد ترجع إلي إنقضاء إلتزام الكفيل بطريق أصلي دون أن ينقضي إلتزام المدين.

وسيأتي بيان تلك الدفوع في مواضيعها.

(الوسيط ـ ١٠ ـ للدكتور السنهوري ـ المرجع السابق – ص ١٠٦ ومابعدها)

٢- يطابق نص المادة ٧٨٢ من التقنين الجديد المادة ٥٠٩/ ٦٢٢ من التقنين القديم مع شئ من الإيضاح اقتضاه عن قصد المشرع فالمقصود من عبارة المادة القديمة " ماعدا الأوجه الخاصة بشخـصه " هـو الإحتجـاج بنقص أهلية المدين ولما كان حرمان الكفيل بهذا الدفع ليس مطلقاً فينبغـى أن تفرق بين ما إذا كان الكفيل يعلم وقت التعاقد بنقص أهلية المكفول فـلا يجوز له فى هذه الحالة أن يحتج ببطلان الإلتزام الأصلى وبين ما إذا كان يجهل نقص الأهلية فيكون له الحق فى الإحتجاج بذلك وفقاً للقواعد العامة التى تقضى ببطلان الإحتجاج بذلك وفقاً للقواعد العامة التى تقضى ببطلان

إلتزام الكفيل كلما بطل الإلتزام الأصلى كما توجب إنقضاء الأول بمجرد إنقضاء الثانى.

(التقنين المدني – للدكتور محمد علي عرفة – المرجع السابق –ص٥٧٥)

٣- الأوجه التى يستطيع ان يتمسك بها الكفيل فى مواجهة الدائن بخصوص موضوع إلتزامه والغالب ان يتمسك الكفيل بهذه الأوجه عن طريق دفع مطالبة الدائن ولكن ليس هناك مايمنع من ان يتمسك بها عن طريق الطلب.

وهذه الأوجه تنقسم إلى قسمين: الأول يشمل الأوجه التى يحتج بها المدين على الدائن لتعلقها بالإلتزام الأصلى ويستطيع الكفيل أن يتمسك بها نظراً لتبعية إلتزامه للإلتزام الأصلى، والثانى ويشمل الأوجه الخاصة بإلتزام الكفيل نفسه بصرف النظر عن الإلتزام الأصلى.

الأوجه الخاصة بالإلتزام الأصلى – للكفيل وهو ما يلتزم بإلتزام تابع لإلتزام المدين أن يتمسك فى مواجهة الدائن بما يستطيع المدين ان يتمسك به فكل مايؤثر فى الإلتزام الكفيل، من حيث صحته أو إنقضاؤه يؤثر فى إلتزام الكفيل. (م٧٨٢/١مدنى) وللكفيل أن يتمسك بهذه الأوجه ولو كان متضامنا مع المدين (م٧٩٤مدنى).

والكفيل يتمسك بهذه الأوجه باسمه هو لاباسم المدين لأن محل إلتزامه هو ضمان تنفيذ إلتزام المدين فكل ما يؤثر فى هذا الإلتزام يؤثر مباشرة فى إلتزام الكفيل، ويترتب على ذلك مايلى:

(أ) ان يكون للكفيل الحق فى التدخل فى اى وقت فى الدعوى القائمة بين الدائن والمدين ليتمسك بوجه من الأوجه قد لايتمسك به المدين نفسه بل للكفيل ان يتمسك بهذه الأوجه بدعوى مبتداة برفعها على الدائن.

(ب) للكفيل ان يتمسك بوجه من هذه الأوجه ولو نزل عنـه المـدين، فيجوز له مثلا ان يتمسك بتقادم الدين المكفول ولو نزل المـدين صـراحة عن حقه فى التمسك بالتقادم إلا إذا نزل المدين عن حقه فى طلب إبطـال العقد القابل للإبطال بان اجاز العقد فيمتنع على الكفيل ان يطلب الإبطـال إلا إذا ثبت أن المدين كان متواطئاً مع الدائن للاضرار بالكفيل.

وللكفيل أن يتمسك فى مواجهة الدائن ببطلان العقد المنـشئ للإلتـزام الأصلى بطلانا مطلقاً أياً كان سبب البطلان كإنعدام الرضـا أو إسـتحالة المحل أو عدم مشروعيته أو عدم السبب أو تخلف الشكل الـذى يتطلبـه القانون لإنعقاد العقد. ولـه كذلك أن يتمسك بإبطال العقد القابل للإبطـال. ولكن المشرع بعد أن قرر فى الفقرة الأولى من المادة ٧٨٢ مـدنى حـق الكفيل فى التمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين فإن فـى الفقـرة الثانية: " على انه إذا كان الوجه الذى يحتج به المدين وهو نقص أهليتـه وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد فليس له أن يحتج بهذا الوجه "ويتضح من ظاهر عبارة هذا النص أن الكفيل الذى كان يعلم وقت الكفالة بـنقص أهلية المدين دون أن يكفل بسبب هذا النقص ليس له أن يطلب إبطال العقد النشئ للإلتزام الأصلى ولكن إذا طلب المدين نفسه الإبطال وقـضى زال الإلتزام الأصلى وإلتزام الكفيل بالتبعية لأن الكفيل لا يبقى ملتزمـاً رغـم الإبطال إلا إذا كانت الكفالة بسبب نقص الأهلية (٧٧٧مدنى).

ولكن الشراح لا يأخذون بهذا المعنى الظـاهر مـن عبـارة الـنص ويذهبون إلى ان الكفيل لايحرم من التمسك بالإبطال لا إذا كانت الكفالـة بسبب نقص الأهلية مستندين فى هذا أساساً إلى أن تاريخ النص يكشف عن أن المشرع لم يقصد حرمان الكفيل من التمسك بالإبطال إلا فى الحالة التى يبقى فيها ملتزما ولو أبطل الإلتزام بناء على طلب المدين أى كانت الكفالة

بسبب نقص الأهلية (٧٧٧مدنى). ويبدو للدكتور منصور مصطفى منصور أن هذا الرأى محل نظر فلا يجوز مخالفة عبارة النص الصريحة إلا إذا كان هناك تعارض بين النصوص يجب رفعه حين أنه ليس هناك تعارض بين ظاهر نص المادة ٧٨٢ /٢ والمادة ٧٧٧مدنى ولا مع القواعد العامة.

ومقتضى المادة ٧٨٢ مدنى ان يبرا الكفيل بمجرد براءة المدين وأن للكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين وأسباب إنقضاء الإلتزام الأصلى. هى: الوفاء – الوفاء بمقابل – التجديد والإنابة – المقاصة إتحاد الذمة الإبراء إستحالة التنفيذ التقادم.

(عقد الكفالة- للدكتور منصور مصطفي – المرجع السابق – ص٦٢ ومابعدها)

- **تمسك الكفيل بالدفوع التي يحتج بها المدين :** الالتزام المكفول أما أن يكون باطلا أو صحيحا، فإن كان باطلا فقد يكون بطلانه بطلانا مطلقا أو بطلانا نسبيا، وإن كان صحيحا فإما أنه لا يزال قائما وإما أنه قد انقضى بأى سبب من أسباب الانقضاء، وعلى ذلك بالدفوع المتعلقة بالالتزام المكفول تهدف إما الى تقرير وقوعه باطلا، وإما الى تقرير وقوعه قابلا للإبطال والتمسك بذلك لتقرير بطلانه، وإما الى تقرير انقضائه وبراءة ذمة المدين منه مع التسليم بصحته أصلا، ولا نزاع في أن صاحب الحق الأول في كل هذه الدفوع إنما هو المدين، فيجوز له يتمسك بها جميعا، سواء كانت جائزة لغيره أيضا أو غير جائزة، ولأن التزام الكفيل التزام تابع لا يقوم إلا لضمان الوفاء بالالتزام الأصلي، أجيز للكفيل أن يتمسك بكافة الدفوع المتعلقة بالالتزام المكفول فيجوز له أن يتمسك بالدفوع المتعلقة ببطلان الالتزام المكفول كالدفع ببطلانه لانعدام الرضا أو المحل أو السبب، أو لمخالفة محله أو سببه للنظام العام أو الآداب، أو لعدم توافر الشكل الخاص الذي اشترطه القانون في العقد الذي أنشأ ذلك

الالتزام. أما الدفوع التي تؤدي الى اعتبار الالتزام المكفول قابلا للإبطال، فهى أيضا يجوز للكفيل أن يتمسك بها، فيما عدا أن يكون التـزام المـدين قابلا للإبطال لنقص الأهلية التمييز بين ما إذا كان يعلم بها، فإن كان الكفيل لا يعلم بنقص أهلية المدين، كان له أن يتمسك بإبطال العقد الأصلي لنقص الأهلية، ويستوي في ذلك أن يجاز العقد الأصلي أو لا يجاز، ففي الحالتين يكون للكفيل أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة. أما إذا كان الكفيل عالما بنقص أهلية المدين، فله أيضا أن يبطل عقد الكفالة، لكن إذا أجاز المـدين عنـد زوال نقص الأهلية، أو أجاز وليه أو وصيه أو القيم عليه بإذن المحكمـة عند الاقتضاء، العقد الأصلي، ففي رأينا أن الكفيل لا يستطيع أن يبطل عقد الكفالة حتى لو تمسك المدين بنقص أهليته وأبطل العقد الأصلي، وذلك بأن الكفيل إنما كفل المدين بسبب نقص أهليته، فإذا تمـسك المـدين بـنقص الأهلية، وابطل العقد الأصلي، أصبح الكفيل مدينا أصليا وصدر مـسئولا عن الدين نحو الدائن، وهو إنما تعاقد مع الدائن نـاظرا لهـذا الاحتمـال. (السنهوري ص٩٠) ويجوز للكفيل أن يتمسك بكافة الأوجه التي يعتبر من طرق القضاء الالتزام المكفول بالوفاء أو التجديـد أو الإنابـة الكاملـة أو المقاصة حتى لو لم يتمسك المدين بها أو حتى لو تنازل المدين عن التمسك بها، وباتحاد الذمة على أن يستمر هذا الاتحاد إذ أن لزواله أثر رجعي ويتم اتحاد الذمة في شخص المدين وكفله في حالة ما إذا ورث أحدهما الآخـر، وباستحالة التنفيذ التي ليس للمدين دخل في أحداثها، وبالتقادم حتى لو لـم يكن التزام الكفيل قد تقادم بأن يكون قد اشترط في الكفالة أجلا أطولا مـن أجل المدين فالكفالة هنا تابعة، والمقرر عملا بالمادة ٣٨٧ مـن القـانون المدني أن للكفيل التمسك بالتقادم ولو لم يتمسك به المدين أو تنازل عنـه. (أنور طلبة ص٦٩٢).

من أحكام القضاء:

١- للدائن الحق فى الرجوع على الكفلاء المتضامنين دون قيد الكفيل المتضامن يعتبر فى حكم المدين المتضامن للدائن مطالبته وحده بكل الدين دون إلتزام بالرجوع أولا على المدين الأصلى أو حتى مجرد إختصامه فى دعواه بمطالبة ذلك الكفيل بكل الدين.

جرى قضاء هذه المحكمة على أن حق الدائن فى الرجوع على الكفلاء المتضامنين على مقيد بأى قيد وأن الكفيل المتضامن يعتبر بوجه عام فى حكم المدين المتضامن من حيث جواز مطالبة الدائن له وحده بكل الدين دون إلتزام بالرجوع أولا على المدين الأصلى أو حتى مجرد إختصامه فى دعواه بمطالبة ذلك الكفيل بكل الدين.

(الطعن ٦٤٧ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٥/١/١٦س٤٦ص١٧٦)

٢- الكفيل المتضامن يعتبر فى حكم المدين المتضامن للدائن مطالبته وحده بكل الدين دون الإلتزام بالرجوع أولا على المدين الأصلى أو حتى مجرد إختصامه فى دعواه بمطالبة ذلك الكفيل بكل الدين.

الكفيل المتضامن يعتبر فى حكم المدين المتضامن من حيث مطالبة الدائن له منفرداً دون إلتزام بالرجوع أولا على المدين أو حتى مجرد إختصامه فى دعوته بمطالبة الكفيل.

(الطعن ٥٠٨٣ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٥/١/٢٩س٤٦ص٢٧٠)

* * *

براءة ذمة الكفيل

النص التشريعي (مـادة ٧٨٣):

إذا قبل الدائن أن يستوفى فى مقابل الدين شيئا آخر برئت ذمة الكفيل ولو إستحق هذا الشئ.

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية المواد التالية: مادة ٧٦٢ ليبى و٧٤٩ سورى و ١٠٢٩عراقـى و ١٠٩٦البنـانى و٦٦٥سودانى.

الأعمال التحضيرية :

يطابق هذا النص المادة ٥١١/ ٦٢٤ من التقنين الحالى، والمبدأ الوارد به مقرر فى معظم التقنيات (كالتقنين الفرنسى والإيطالى والهولندى الـخ) والواقع انه مجرد تطبيق للقواعد العامة فى تجديد الإلتزام (انظر م ١٨٨/ ١٥٢ من التقنين الحالى و ٢٩٣ فقرة ٢ من المشروع).

(مجموعة الأعمال التحضيرية القانونية – الجزء ٥ـ ص٤٧٠)

رأى الفقه :

١- لما كان التكييف للوفاء بمقابل وهو التكييف الذى يغلب فى الفقـه المعاصر هو ان الوفاء بمقابل مزيج من التجديد الوفاء عن طريـق نقـل الملكية فانه يجب تحليل الوفاء بمقابل إلى عنصرية الأولين:

فهو اولا تجديد بتغيير محل الدين القديم وهذا هو التجديد ويترتب على هذه الخطوة ان الدين الأصلى ينقضى معه تأميناته ومنها الكفالة، وعلـى ذلك تبرأ ذمة الكفيل نهائيا بإنقضاء الدين الأصلى عن طريق التجديد.

والوفاء بمقابل هو وفاء الدين الجديد الذى حل محل الدين القديم، وذلك عن طريق نقل الملكية فتسرى إذن على الوفاء بمقابل أحكام البيع بإعتباره ناقلا الملكية وتسرى عليه أيضاً أحكام الوفاء بإعتباره أنه يقضى الدين ومن أحكام البيع ضمان الإستحقاق فإذا إستحق المقابل فى يد الدائن رجع بهذا الضمان على المدين ولكنه لا يرجع بالدين الأصلى فان هذا الدين قد إنقضى بالتجديد وقد إنقضت تأميناته معه فبرئت ذمة الكفيل نهائيا. إذ التجديد قد أصبح باتاً لا رجوع فيه وهو الذى قضى الدين الأصلى بتأميناته وأمام مقامه الدين الجديد الذى يستوجب تنفيذه نقل الملكية.

وأياً كان سبب إستحقاق المقابل، فإن الوفاء بمقابل يبرئ ذمة الكفيل نهائياً وذلك ما لم يكن المقابل مملوكاً للكفيل نفسه وكان الكفيل يعلم أن المدين الأصلى قد أعطى هذا المقابل للدائن ففى هذه الحالة إذا رجع الكفيل بضمان الإستحقاق على الدائن لم تبرأ ذمته من الكفالة لأنه هو الذى تسبب بعلمه فى ضمان الإستحقاق.

ويجوز للدائن عند تسلمه المقابل، أن يحتفظ بحقه فى الرجوع على الكفيل لو إستحق هذا المقابل ففى هذه الحالة يكون إنقضاء الكفالة معلقاً على شرط واقف هو عدم الإستحقاق المقابل وقد يتخلف الشرط بإستحقاق المقابل.

والذى يقع غالباً أن المدين هو الذى يقدم شيئا مملوكاً له فى المقابل ذلك أنه لو كان الذى قدم المقابل هو الكفيل وإستحق المقابل تبرأ ذمة الكفيل بل يرجع عليه الدائن بضمان الإستحقاق.

وإذا إنقضى الدين المكفول بالتجديد بأن حدد المدين الأصلى دينه بتغيير الدائن أو تغيير الدين فى محله أو مصدره فإن المدين المكفول ينقضى وتنقضى تبعا لإنقضائه الكفالة.

وإذا إنقضى الدين المكفول بالمقايضه بأن كان فى ذمة الدائن للمـدين دين يصلح للمقاصة فى الدين الثابت فى ذمة المدين للدائن إنقضى الـدين المكفول بالمقاصة وإنقضت الكفالة تبعا لذلك.

وإذا إنقضى الدين المكفول بإتحاد الذمة بـأن ورث المـدين الـدائن فورث حقه وأصبح هو الدائن لنفسه فإنقضى الدين بإتحاد الذمة إنقـضت الكفالة التى كانت تضمن الدين تبعاً لذلك وبرئت ذمة الكفيل.

وإذا إنقضى الدين المكفول بالإبراء (بإبراء الدائن للمدين مـن الـدين إنقضى الدين المكفول بالإبراء وإنقضت تبعاً لإنقضاءه الكفالة.

وإذا إنقضى الدين المكفول بإستحالة التنفيذ لـسبب اجنبـى إنقـضت بإنقضائه الكفالة.

وإذا إنقضى الدين المكفول بالتقادم إنقضت بإنقضائه الكفالة وقد يزول الدين المكفول بالفسخ أو بالإبطال فتزول الكفالة بزواله.

(الوسيط- ١٠- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص٢١٥ ومابعدها)

٢- تطابق صيغة نص المادة ٧٨٣ من التقنين المـدنى فـى معناهـا النص الوارد بالتقنين القديم والمبدأ الوارد بها مجرد تطبيق للقواعد العامة فى تجديد الإلتزام فإذا استوفى الدائن مقابل الدين من المـدين أو غيـره إنقضى بهذا الوفاء إلتزام الكفيل نهائياً ولو إستحق المقابل تحت يد الـدائن فيما بعد أما إذا إستوفى المقابل من الكفيل فإن هذا الأخير يـضمن بداهـة إستحقاق الشئ، ولا تبرأ ذمته طبقاً للقواعد العامة.

(التقنين المدني – للدكتور محمد علي عرفة – المرجع السابق –ص٥٧٥)

- **براءة ذمة الكفيل بقبول الدائن أن يستوفى في مقابل الدين شيئا آخر :**

إذا قبل الدائن عينا مقابل الدين الذي له، كان هذا وفاء بمقابل، تبرأ ذمـة المدين بموجبه كما تبرأ ذمة الكفيل تبعا لذلك، ولكن لا يعتبر وفاء بمقابـل

أن يكون الدائن مجبرا على قبول شيء آخر في مقابل الدين، فإن شرط الوفاء بمقابل أن يكون الدائن قد قبل مختارا هذا للوفاء، فإذا نفذ الدائن على عقار للمدين وباع هذا العقار بالمزاد، فرسا عليه المزاد فأخذ العقار تنفيذا للمدين، لم يكن هذا وفاء بمقابل بل يكون وفاء، وعلى ذلك إذا استحق هذا العقار، عاد التزام الكفيل لأن ذمته لم تبرأ نهائيا كما في الوفاء، بمقابل. (بودري وفال، فقرة ١١٤٩) ويترتب على قبول الدائن شيئا في مقابل الدين تجديد الالتزام تغيير محله مما يترتب عليه انقضاء الالتزام القديم بتأميناته ومنها الكفالة، ويحل محله دين هو ما تم الوفاء به، ولكن قد يكون الوفاء بمقابل معلقا على شرط واقف هو عدم استحقاق المقابل، ومن ثم تكون الكفالة معلقة على ذات الشرط بحيث إذا استحق المقابل رجع الدائن على الكفيل، وتسري الأحكام السابقة حتى لو كان الذي وفى بمقابل شخص آخر غير المدين وغير الكفيل، فلا ينصرف نص المادة ٧٨٣ من القانون المدني إلا الى الحالة التي يستوفى فيها الدائن مقابل الدين من المدين أو من الغير عدا الكفيل، لأنه لو استوفى المقابل من الكفيل، فإن هذا الأخير يكون ضامنا لاستحقاق المقابل، وبالتالي لا تبرأ ذمته من الدين الأصلي، ويجب في حالة الوفاء بمقابل من الغير، أن يكون هذا الوفاء صحيحا، فإن كان باطلا أو قابلا للإبطال، باعتباره تصرفا قانونيا، ف، براءة ذمة الكفيل تكون معلقة على عدم القضاء ببطلان الوفاء، بحيث إذا قضى بذلك، ترتب على الأثر الرجعي للبطلان، اعتبار الوفاء كأن لم يكن منذ القيام به، فتظل ذمة الكفيل مشغولة بالدين الأصلي، وإذا سقط حق الموفى في طلب البطلان بالتقادم، انقضت الكفالة بالوفاء ولو لم يتمسك المدين بهذا التقادم، أو تنازل عنه، إذ لا يمتد ذلك للكفيل ويظل حقه قائما في التمسك بالتقادم إذا رجع الدائن عليه. (أنور طلبة ص٦٩٥)

براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعت من ضمانات

النص التشريعي (مـادة ٧٨٤):

(١) تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما إضاعة الدائن بخطئة من الضمانات (٢) ويقصد بالضمانات فى هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدائن ولو تقرر بعد الكفالة، وكل تأمين مقرر بحكم القانون.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية المواد التالية: مادة ٧٩٣ ليبى و ٧٥٠ سورى و ١٠٢٧ عراقى و ١٠٨٩ لبنانى و ٦٦٦ سوادانى.

الأعمال التحضيرية:

تطابق الفقرة الأولى من هذا النص المادة ٥١٠/ ٦٣٣وهى تقرر الدفع بإضاعة التأمينات.

ولما كان قد ثار نزاع فى العمل بشأن تحديد الضمانات التى يترتب على ضاعها بخطأ الدائن إبراء الكفيل فقررت بعض الأحكام أن المقصود هو التأمين الإتفاقى كالرهن التأمينى أو الحيازى (انظر على الأخص إستئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩١٢ ب ٢٤ ص ١٩٨- ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ب ٢٦ص ٧٦- ٢٧ يناير سنة ١٩١٥ ب ٢٧ص ١٣٧ – ١٤ إبريل سنة ١٩١٥ ب ٢٧ص ٢٧٨- ٧ يونيو ١٩١٧ ب ٢٩ص ٤٩٠). ورات غالبية الأحكام أن المقصود هو كل تأمين خصص الوفاء الدين حتى لو كان تأميناً قانونيا (راجع إستئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩١٣ ب ٢٥ص ٣٧٦- ١٥ مايو سنة ١٩٢٣ب ٣٥ص ٤٤٥) كذلك قام الخلاف بشأن التأمينات التى توجد بعد قيام الكفالة وهل يشملها النص وقد جرى

القضاء على ان هذه التأمينات لم يقصدها المشرع فلا يترتب على ضياعها بخطأ الدائن إبراء الكفيل (انظر إستئناف اعلى ٢٢ مايو سنة ١٩١٢ الحقوق ٢٨ص ٥١- إستئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩١٤ ب ٢٦ ص ١٥٦- ١٣ مارس سنة ١٩٢٣ ب ٣٥ص ٣٧٦- ٧ مارس سنة ١٩٣٩ب ٥١ص ١٨٦) ولكن يعاب على هذا الحل ان مبنى الدفع فكرة الحلول والتبعية وأن الكفيل يحل محل الدائن فى التأمينات التى تتقرر بعد الكفالة وضياعها بخطئه يحرمه من ذلك الحلول وقد قضى المشروع على كل هذا الخلاف بان قرر فى الفقرة الثانية ان الضمانات المقصودة فى هذه المادة تشمل كل تأمين خصص لضمان الدين حتى لو تقرر بعد الكفالة وكذلك كل تأمين مقرر بحكم القانون.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٥ـ ص ٤٧٤ و٤٧٥)

رأى الفقه :

١- لما كان نص المادة ٧٨٤ مدنى يبرى ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطاه من الضمانات فإن الأمر يقتضى بحث المسائل الخمس التالية:

(١) الكفلاء الذين يحق لهم التمسك ببراءة ذمتهم – بحق لكل كفيل شخصى التمسك ببراءة ذمته متضماناً كان أو غير متضامن.

(٢) الأساس الذى يقوم عليه براءة ذمة الكفيل – تبرأ ذمة الكفيل لأن الدائن قد تسبب بخطئه فى جعل الكفيل فى ضماناته مستحيلاً وقد كان من حق الكفيل ان يحل محل الدائن فى هذه بضمانات.

(٣) الخطأ الذى يرتكبه الدائن – يجب أن يرتكب الدائن خطأ يترتب عليه أضعاف التأمينات التى له كان يبرئ ذمة احد الكفلاء أو ينزل عن رهن ترتب لمصلحته كذلك يعتبر خطأ من الدائن أن يهمل فى إتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على رهن لضمان حقه كان يعلم فى تجديد

الرهن الرسمى أو كان يبيع بثمن القيم التى إرتهنها ضمانا لحقه اوان يتأخر فى إستيفاء حقه عن دائنين كان له أن يتقدم عليهم.

ويكون الدائن مسئولاً إذا هو جعل المدين يضعف مـن أثـر الـرهن المترتب على عقار مملوكاً له فتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضعف المدين من أثر هذا الرهن كذلك يكون الدائن مسئولا إذا هو أنقص من قيمة العقار بان استاجره لمدة طويلة.

ولايكون الدائن مسئولاً عن الخطأ الذى يرتكبه الغير أو الكفيل اوالذى يشترك فيه الأخير.

(٤) الضمانات التى يضيعها الدائن بخطئة – فقـد كـان هنـاك رأى بقصرها على التأمينات الإتفاقية كالرهن الرسمى الحيازى ولكـن الـرأى الذى تغلب فى هذا الصدد هو أن يدخل أى تأمين حتى لـو كـان تأمينـاً قانونياً كحقوق الإمتياز وقد ورد نص المادة ٣/٧٨٤ مدنى وحتى لو كـان تأمينا قضائيا كحق الإختصاص (أو حق الحبس أو حق الدائن فى الفسخ).

كذلك قام خلاف فيما إذا كان يدخل فى هذه الضمانات التى توجد بعـد قيام الكفالة فذهب رأى إلى أن هـذه التأمينـات لا تـدخل ولا تـدخل إلا التأمينات التى كانت موجودة عند قيام الكفالة ولكن الرأى الغالب والـذى اخذ به التقنين المدنى المصرى الجديد صراحة (م٣/٧٨٤مـدنى) هـو أن جميع التأمينات تدخل سواء ماجد منها عند قيام الكفالة أو ما يوجد منهـا بعد قيام الكفالة ولكن يعاب على هذا الرأى ان مبنى الدفع فكـرة الحلـول والتبعية وأن الكفيل يحل محل الدائن فى التأمينات الت تتقرر بعد الكفالـة وضياعها بخطئه يحرمه من ذلك الحلول وقد مضى المشروع على كل هذا الخلاف بأن قرر فى الفقرة الثانية أن الضمانات المقصودة فى هذه المـادة

تشمل كل تأمين مخصص لضمان الدين حتى لو تقرر بعد الكفالة وكذلك كل تقرير مقرر بحكم القانون (الأعمال التحضيرية)

(٥) الشروط الواجب توافرها لبراءة ذمة الكفيل – حتى تبرأ ذمة الكفيل يجب عليه ان يثبت انه قد أصابه ضرر من عمل الدائن وأن يتمسك ببراءة ذمته وألا يكون هناك إتفاق على عدم حلول الكفيل محل الدائن.

فيجب أولاً أن يثبت الكفيل أنه قد أصابه ضرر من عمل الدائن فلا يجوز للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته إذا نزل الدائن عن رهن متأخر فى المرتبة بحيث لا يسعفه أصلاً فى تقاضى حقه أو نزل عن كفيل فى نظير أن يحل محله كفيل آخر يمثله فى اليسار كذلك لا يجوز للكفيل أن يطلب براء ذمته وإذ رضى الدائن ببيع أشياء مرهونه له بثمن لا يقل عن قيمتها الحقيقية ولو بيعت هذه الأشياء دون إتباع الإجراءات التى رسمها القانون ويجب أن يثبت الكفيل أن الضرر الذى أصابه من عمل الدائن ضرر محقق وليس مجرد محتمل ويطلب الكفيل براءة ذمته، بمقدار ما أصابه من ضرر ويجب ثانيا أن يتمسك الكفيل ببراءة ذمته فلا يعطى الحق فى براءة الذمة إلا إذا طلب ذلك ومن ثم لا يجوز للكفيل أو يتمسك إلا إذا رفع الدائن عليه الدعوى وتمسك هو ببراءة الذمة أن بدعوى يرفعها هو على الدائن ولكن يجوز إذا رفع الدائن عليه الدعوى أن يتمسك ببراءة ذمته فى أى وقت حتى تحجز القضية للحكم وله أن يتمسك ببراءة ذمته أمام محكمة الإستئناف لأول مرة ولكن لا يجوز له أن يتمسك بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض لأن التمسك ببراءة الذمة هنا لا يعتبر من النظام العام بل هو من حق الكفيل.

ويجب ثالثا، ألا يكون هناك إتفاق بين الدائن والكفيل على ألا يتمسك الكفيل ببراءة الذمة أى على عدم حلول الكفيل محل الدائن فإذا وجد هذا

الإتفاق إمتنع على الكفيل أن يتمسك ببراءة الذمة لأنه لا يحل محل الـدائن فيما أضاعه هذا من التأمينات.

(الوسيط ـ ١٠ ـ للدكتور السنهوري – المرجع السابق ـ ص٢٤٠ ومابعدها)

٢- تقرر المادة ٧٨٤ مدنى الدفع بإضاعة التأمينات ويعاب على الـنص القديم انه لم يحدد المقصود بالتأمينات فثار نزاع فىالعمـل بـشأن تحديـدها وإختلف فى ذلك أحكام القضاء فقضى المشرع على هـذا الخـلاف بـالنص صراحة فى الفقرة الثانية على أن الضمانات المقصودة فى هذه المادة تـشمل كل تأمين خصص لوفاء الدين حتى لو كان تأمينا قانون (كالإمتياز) وحتى لو تقرر بعد الكفالة خلافاً لما جرى عليه القضاء فى ظل التقنين القديم.

(التقنين المدني – للدكتور محمد علي عرفة – المرجع السابق –ص٥٧٦)

٣- الحكمة من تقرير القاعدة المنصوص عليها فى المادة ٧٨٤ مدنى ان الكفيل عندما بقى للدائن يرجع على المدين ويحل محل الدائن فيما لـه من التأمينات تضمن الوفاء بالإلتزام الذى وفاه الكفيل فإذا أضـاع الـدائن شيئاً من هذه التأمينات بخطئه فيكون قد أضر بالكفيل إذا يقلل من إحتمـال حصوله على حقه عند الرجوع فيجعل المشرع براءة ذمة الكفيـل جـزاء على خطأ الدائن.

ويستفيد من حكم هذه القاعدة كل كفيل شخص ولو كان متضامنا مـع المدين اما الكفيل العينى فقد ثار الخلاف حول سريان هذا الحكم عليه ففى رأى أنه لايسرى عليه وفى رأى آخر – وهو سائد والذى يفضله الـدكتور منصور مصطفى منصور – ان حكم النص يسرى علىالكفيل العينى فهو كالكفيل الشخصى مسئول عن دين غيره وله إذا ماوفاه ان يرجـع علـى المدين ويحل محل الدائن فيما له من تأمينات وليس هنـاك مايـدعو إلـى حرمانه من التمسك فى مواجهة الدائن بالدفع بأضعاف التأمينات.

ويختلف مركز الكفيل المتضامن عن مركز المدين المتضامن فالمدين المتضامن مع غيره لا يبرا من إلتزامه لمجرد إضاعة الدائن بخطئه التأمينات التى تضمن الدين ولوانه تستفيد من هذه التأمينات عند رجوعه على غيره بدعوى الحلول ولكن يجوز للمدين المتضامن إذا أضاع الدائن بخطئه تأمينا ان يرجع عليه بالتعويض عما أصابه من ضرر على أساس المسئولية التقصيرية أو على أساس المسئولية العقدية إذا كان الدائن قد تعهد له بالمحافظة على التأمينات.

إن حكم المادة ٧٨٤ مدنى لا تسرى إذا كانت أضاعه التأمين قبل أن تبرأ ذمة الكفيل بالوفاء للدائن فإذا أضاع الدائن تأميناً بعد أن وفاه الكفيل وقبل أن يستوفى الكفيل حقه فى يكون للكفيل فلا أن يرجع عليه وفقا للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية:

(عقد الكفالة- للدكتور منصور مصطفي منصور- المرجع السابق –ص٧٣ومابعدها)

٤- تنص المادة ٧٨٤ مدنى على براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات وهذا لأنه طبقاً لنظرية الحلول يحل الكفيل محل الدائن إذا ما أوفى له بالإلتزام فإذا أضاع الدائن التأمينات التى تضمن له الوفاء كالرهن أو الإمتياز فيترتب على ذلك براءة ذمة الكفيل بقدر التأمينات التى تسبب الدائن بإهماله أو بفعله فى أضاعتها.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٨ بأن المادة ٢٠٢٧ مدنى فرنسى (المقابلة للمادة ٧٨٤مدنى مصر) تضع قواعد عامة فى براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاع الدائن من ضمانات ولا تفرقة بين أضاعته للضمانات بإهماله أو بفعله المباشر إذا ان مبدأ الأنصاف التى ترمى إليه نظرية الحلول لصالح الكفيل تحمل الدائن ليس فقط نتيجة تصرفاته التى ترتب عنها فقد انه لحقوقه وضماناته والتى كان من اللازم أن يحل فيها الكفيل محله

بل ونتيجة إهماله فى القيام بالمحافظة عليها وفى نفس المعنى أقرت محكمة النقض المصرية فى صدد حكمها عن الكفالة التضامنية بأنه ينبنى على كون إلتزام الكفيل تابعاً لإلتزام المدين أنه ينقضى حتماً بإنقضائه (نقض – جلسة ١٩٥٢/٤/٢٤ – المحاماة – السنة ١٩٨/٢٤ ص٤٥٨) وعلى عكس هذا المدين المتضامن الذى لا تبرأ ذمته حتى ولو أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين (م٢٨٩مدنى).

(الكفالة التضامنية – مقال للدكتور المستشار أبو اليزيد – المحاماه – السنة ٣٩ـ العدد ٩ ص١٢٧٠ ومابعدها)

- **براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن من ضمانات :** يجوز للكفيل أن يتمسك ببراءة الذمة بقدر ما أضاعه بخطئه من الضمانات سواء كان الكفيل متضامنا أو غير متضامن شخصيا أو عينيا .

- **شروط براءة ذمة الكفيل :** هناك ثلاثة شروط يجب توافرها لتمسك الكفيل بالدفع ببراءة الذمة وهى :

(١) أن يكون الدائن قد أضاع تأمينا خاضا : لقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٧٨٤ على أنه " يقصد بالضمانات في هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين "، فيجب إذن أن يكون الدائن قد أضاع تأمينا خاصا، أيا كان مصدر هذا التأمين سواء كان، الاتفاق : الرهن الرسمي والرهن الحيازي. أو القانون: كحقوق الامتياز أو حكم القضاء، كحق الاختصاص وأيا كان نوعه شخصيا كالكفالة أو عينيا كالرهن أو كان حقا في الحبس، وأيا كان تاريخ وجوده، أى سواء وجد هذا التأمين قبل انعقاد الكفالة أم بعدها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه: " تطابق الفقرة الأولى من هذا النص المادة ٦٣٢/٥١٠ وهى تقرر الدفع بإضاعة التأمينات ". ولما كان قد ثار نزاع في العمل بشأن تحديد الضمانات التي يترتب على ضياعها بخطأ

الدائن إبراء الكفيل، فقررت بعض الأحكام أن المقصود هو التأمين الاتفاقي كالرهن التأمين أو الحيازي. (انظر على الأخص استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩١٢ ب٢٤ ص١١٨، ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ ب١٦ ص٧٦، ٢٧ يناير سنة ١٩١٥ ب٢٧ ص١٣٧، ١٤ أبريل سنة ١٩١٥ ب٢٧ ص٢٧٨، ٧ يونيو سنة ١٩١٧ ب٢٩ ص٤٩٠)، ورأت غالبية الأحكام أن المقصود هو كل تأمين خصص لوفاء الدين حتى لو كان تأمينا قانونيا (راجع استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩١٣ ب٢٥ ص٣٧٦، ١٥ مايو سنة ١٩٢٣ ب٣٥ ص٤٤٥) كذلك قام الخلاف بشأن التأمينات التي توجد بعد قيام الكفالة وهل يشملها النص، وقد جرى القضاء على أن هذه التأمينات لم يقصدها المشرع، فلا يترتب على صياغتها بخطأ الدائن إبراء الكفيل (انظر استئناف أهلي ٢٢ مايو سنة ١٩١٢ الحقوق ٢٨ ص٥١، استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩١٤ ب٢٦ ص١٥٦، ١٣ مارس سنة ١٩٢٣ ب٣٥ ص٣٧٦، ٧ مارس سنة ١٩٣٩ ب٥١ ص١٨٦) ولكن يعاب على هذا الحل أن مبنى الدفع فكرة الحلول والتبعية، وأن الكفيل يحل محل الدائن في التأمينات التي تقرر بعد الكفالة وضياعها بخطئه يحرمه من ذلك الحلول، وقد قضى المشروع على كل هذا الخلاف بأن قرر في الفقرة الثانية أن الضمانات المقصودة في هذه المادة تشمل كل تأمين خصص لضمان الدين حتى لو تقرر بعد الكفالة، وكذلك كل تأمين مقرر بحكم القانون ". (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٤٧٤ وما بعدها).

ولكن لا يشترط أن يكون التأمين الخاص من التأمينات المسماة، بل يكفي أن يكون ضمانا خاصا أو ميزة خاصة. مثل ذلك أن يتنازل الدائن عن حقه في استيفاء الدين مقدما، كما لو اشترط في عقد الإيجار أن تدفع الأجرة مقدما، ولكن المؤجر وهو الدائن تنازل عن هذا الحق، فإن للكفيل

الذي كفل المستأجر أن يتمسك ببراءة ذمته (سمير تناغو ص٩٢) أمـا إذا كان الضمان ينحصر في مجرد حق الضمان العام المقرر لكل دائن علـى أموال مدينه فإن النص لا ينصرف إليه، ولا يجوز بالتالي الدفع بإضعاف التأمينات لمجرد أن الدائن أهمل أو قصر في المحافظة على الضمان العام، وبناء على ذلك إذا تباطأ في مطالبة المدين حتى أعسر أو قصر في رفع الدعوى البوليصية أو الدعوى غير المباشرة أو منح المدين أجلا جديدا أو تنازل عن إجراء تنفيذي أو تحفظي أو أهمل في اتخاذه فإنه لا يكون قـد أضاع تأمينا خاصا.

وإضاعة التأمين الخاص تكون بأية وسيلة تنشأ بخطأ الدائن وتقصيره، وعدم المحافظة على هذا التأمين. مثل ذلك إهمال قيد الرهن أو تجديـده، وهلاك الشيء المحمل برهن حيازي أو بامتياز بفعل الدائن نفـسه، وقـد تكون إضاعة التأمين عن طريق عدم الإفادة منه الإفادة الطبيعيـة، مثـل التنازل عن أولويته في مرتبة الرهن، بل قد تكون إضاعة التأمين الخاص بإبراء الدائن أحد الكفلاء أو تنازله عن حقه في الحبس أو عن الرهن.

(٢) أن تكون إضاعة التأمينات بسبب خطأ الدائن : يـشترط كـذلك لكـى يتمسك الكفيل بالدفع بإضاعة التأمينات أن تكون إضاعة التأمينات بـسبب خطأ الدائن، وهذا الخطأ قد يكون بفعل إيجابي كـإبراء أحـد الكفـلاء أو التنازل عن الرهن كما قد يكون بفعل سلبي مثل عدم قيد الرهن أو عـدم تجديده، ويقع على الكفيل عبء إثبات ضياع التأمين بسبب خطأ الدائن. أما إذا كانت إضاعة التأمينات بسبب خطأ مشترك بين الدائن والكفيل، فالبعض ذهب الى أنه في هذه الحالة لا تبرأ ذمة الكفيل ولو جزئيا إذ لا يـصح أن يتأذى من عمل اشترك في إيقاعه أو على الأقـل كـان يمكنـه تلافيـه. (السنهوري ص٢٠٠، محمد كامل مرسي ص٦٧) وذهب البعض الآخـر

الى أن المسئولية توزع على قدر خطأ كل من الدائن والكفيل وتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما وقع من الدائن من يقصر وهذا الرأى هو المرجع. (محمد علي إمام ص١٨٧، رمضان أبو السعود ص١١٤، نبيل إبراهيم سعد ص١٥٩)

(٣) **حدوث ضرر للكفيل بسبب إضاعة التأمينات :** يجب أني ترتب على إضاعة التأمينات حدوث ضرر للكفيل، وحدوث الضرر يكون بإضاعة تأمين فينتج ولو كان المدين موسرا أو كان الدين المكفول مضموما أيضا بتأمينات أخرى كافية لوفاء الدين. فمجرد ضياع تأمين فتح من شأنه أن ينقص ضمانات الدين ويريد احتمالات عدم تحصيله. أما إذا كان التأمين الذي أضاعه الدائن غير منتج ككفالة شخص أصبح معسرا أو رهن متأخر على عقار مثقل بديون تجاوز قيمته، فلا يترتب على إضاعته ضرر للكفيل، ولا يثبت بضياعة حق الكفيل في براءة ذمته (سليمان مرقص ص١٠٨، محمد علي إمام ص١٨٨ وما بعدها) ومتى توافرت الشروط الثلاثة اللازمة لصحة الدفع بإضاعة الدائن التأمينات بخطئه تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من تأمين خاص، ويجب على الكفيل التمسك في مواجهة الدائن ببراءة ذمته لإضاعة التأمينات، لأن ذلك لا يقع بقوة القانون فالدفع لا يتعلق بالنظام العام، ويكون للكفيل التمسك بهذا الدفع ولو أمام محكمة الاستئناف ولكن لا يجوز له التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض.

من أحكام القضاء:

١- إذ يعتبر الضرر متوافرا – في حالة المادة ٧٨٤ من القانون المدني – بمجرد إضاعة تأمين خاص دون أن يستبدل به تأمين آخر لا يقل

عنه في قيمته فلا على الحكم المطعون فيه إن هو لم يستعرض هذا الضرر أو الدليل عليه بعد أن أوضح أن البلدية "الدائن" هو الذي أضاع الإمتيـاز الخاص المقرر بالمادة ٢٧ من قانون الضريبة العقاريـة وذلـك بإهمـال عمالها في تحصيل الضريبة عن هذه المباني وفي المحافظة علـى حـق الإمتياز الخاص المقرر عليها لدين الضريبة.

(الطعن رقم ٧٨ـ لسنة ٣٥ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٤ / ٠٦ / ١٩٦٩)

٢- إذ تمسك المطعون ضده "الكفيل" بحكم المادة ٧٨٤ مـن القـانون المدني وطلب براءة ذمته من دين الضريبة لأن الطاعن وهو الـدائن قـد أضاع بتقصيره التأمين الخاص المقرر لهذه الضريبة وهو حق الامتيـاز المنصوص عليه بالمادة ٢٧ من القانون رقـم ٥٦ لـسنة ١٩٥٤ بـشأن الضريبة على العقارات المبنية والمقرر على المباني قبل إزالتهـا وعلـى الأنقاض بعد هدمها، و كان مفاد المادة ٢٧ سالفة الذكر أن للحكومة حـق امتياز خاص بدين الضريبة على المباني فإن الحكم المطعون فيه إذ رتـب على أن الطاعن "الدائن" هو الذي تسبب بخطئه في ضياع هـذا الـضمان الخاص المقرر بحكم القانون لدين الضريبة، أن ذمة الكفيل – المطعـون ضده – تبرأ بقدر ما أضاع الدائن من هذه الضمانات، فإنه لا يكـون قـد خالف حكم المادة ٧٨٤ من القانون المدنى، ولا محل لما يثيره الطاعن من أن تأخيره في المطالبة بالضريبة لا يترتـب عليـه إلا مجـرد إضـعاف الضمان العام المقرر له على أموال مدينه وهو ما نصت عليه المادة ٧٨٥ من القانون المدني لأنها لا تنطبق على واقعة الدعوى.

(الطعن رقم ٧٨ـ لسنة ٣٥ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٤ / ٠٦ / ١٩٦٩)

* * *

براءة ذمة الكفيل لعدم اتخاذ الدائن إجراءات المطالبة

النص التشريعي (مادة ٧٨٥):

(١) لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر فى إتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها.

(٢) على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن بإتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن مالم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٧٦٤ ليبى و ٧٥١ سورى و ١٠٣٦ عراقى و ١٠٧٩ لبنانى و ٧٦٧ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

الفقرة الأولى إقتبسها المشروع من أحكام القضاء المصرى وهى تقررفى جزئها الأول حكما مجمعاً عليه وهو أن الكفيل لا تبرأ ذمته لمجرد تأخر الدائن فى إتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها لأن للكفيل الحق فى الرجوع على المدين بمجرد حلول الأجل حتى لو مد الدائن الأجل له على أنه قد تصدر من الدائن عمال إيجابية (كتنازله عن حجز تنفيذى أو تحفظى أو حجز مال مدينه لدى الغير أو إجراءات التنفيذ العقارى أو وضع أموال المدين تحت الحراسة أو إيداع المبالغ الناتجة من بيع المنقولات فى خزينة المحكمة) أو أعمال الحراسة سلبية (كعدم قيامه بإتخاذ إجراء تنفيذى أو تحفظى لايستطيع الكفيل القيام به لجمله إياه أو لعدم وجود المستندات اللازمة لإجرائه وكذلك عدم التقدم فى التوزيع أو سقوط الحق بسبب التأخر اوالإهمال فى القيام بإجراء معين أو إبراز مستندا) لا ترتب عليها

ضياع التأمينات وكلها مع ذلك تؤثر فى حق الكفيل فتضيعه أو تنقص منه كل هذه الأعمال يجب أن يسأل عنها الدائن طبقاً لقواعد المسئولية مادام قد ترتب عليها ضرر لكفيل والتقنين الحالى لم يتعرض لذلك ولكـن بعـض التقنينات الحديثة أوردت نصوصاً فى هذا الصدد (انظـر مـثلا التقنـين الالمانى م ٧٧٦) والمشروع قياساً على هذه التقنينات أورد هـذه الفتـرة مقتبسا ما حكمها من القضاء المصرى (راجع إستئناف مختلط ٧ ديـسمبر ١٩١٥ ب ٢٨ ص٤٦).

والفقرة الثانية إستعد المشروع فكرتها من المشروع الفرنسى الإيطالى (م٧٣٩) والتقنين السويسرى (م٥٠٢) والتقنين البولونى (م ٧٣٧).

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني –الجزء ٥ـ ص٤٧٩)

رأى الفقه :

١– يفترض التقنين المدنى فى المادة ٧٨٥ أن الدين المكفول قد حـل وأن الدائن لم يتخذ الإجراءات للمطالبة بالدين أو أنه تأخر فـى إتخاذهـا فنص على حق الكفيل فى هذه الحالة فى أن ينذر الدائن لإتخاذ الإجراءات فإذا لم يتخذها فى خلال ستة أشهر من وقت الإنذار ولم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً برئت ذمة الكفيل من الكفالة وكان التقنين المدنى السابق يجعل للكفيل الحق فى مطالبة المدين عند حلول الأجل إذا منح الدائن للمدين أجلا جديداً ولم يبرئ الكفيل من الكفالة ويبدو أن التقنين المدنى الجديد لم ينتظر حتى يمنح الدائن للمدين أجلاً جديداً بل أعطى للكفيل الحق فى إنذار الدائن فى أن يطالب المدين بدينه فإذا لم يفعل ذلك خلال ستة أشهر مـن وقـت إنذار الكفيل برئت ذمة الكفيل وذلك مالم يعطه ضمانا كافيا.

وإذا أراد الكفيل إتخاذ الإحتياطات اللازمة وجب عليه ان ينذر الدائن ليتخذ هذا الإجراءات الواجبة قانونا عند حلول الدين ضد المدين وذلك طبقاً

لما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٧٨٥ مدنى وهذه الفقرة استعدها المشرع من المادة ٧٣٩ من المشروع الفرنسى الإيطالى ومن المادة ٥٠٢ من تقنين الإلتزامات السويسرى ومن المادة٦٢٧ من تقنين الإلتزامات البولونى.

ولا يتخذ الكفيل هذا الإحتياط إلا عند حلول أجل الدين المكفول أو فى أى وقت بعد حلول هذا الأجل وذلك لأن الإنذار يتضمن تنبيه الدائن إلى وجوب إتخاذ الإجراءات الواجبة قانوناً ولا يمكن إتخاذ هذه الإجراءات الا عند حلول أجل الدين.

والعبرة بحلول الأجل الأصلى للدين المكفول فإذا حل هذا الأجل جاز الكفيل إنذار الدائن حتى لو أن الدائن مد للمدين فى الأجل المحدد أصلاً فالكفيل لا يلتزم بإحترام هذا المد إلا إذا كان قد إرتضاه فإذا لم يرتضيه جاز له أن ينذر الدائن عند حلول الأجل الأصلى بأن يتخذ الإجراءات الواجبة قانوناً نحو المطالبة المدين بالدين.

والمدة التى تسبق هذا الإنذار لايعتد بها.

وتقول الفقرة الثانية من المادة ٧٨٥ مدنى: " على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن بإتخاذ الإجراءات ضد المدين للكفيل ضماناً كافياً فيجب إذن، إذ أنذر الكفيل الدائن أن يتخذ الدائن الإجراءات الواجبة ضد المدين، أو أن يقدم المدين الكفيل ضماناً كافياً فى حالة ما إذا لم يتخذ الدائن الإجراءات الواجبة ضد المدين.

فإذا اتخذ الدائن الإجراءات الواجبة قانونا ضد المدين وسار فى إتخاذها بالعناية اللازمة كان هذا كافيا ويكون هذا بان يرفع الدائن الدعوى المدين يطالبه فيها بالدين إذا كان سند الدين عرفياً، اما إذا السند تنفيذياً، حكماً كان أو ورقة رسمية فإنه يجب على الدائن أن يباشر إجراءات التنفيذ على أموال المدين.

فإذا لم يتخذ الدائن الإجراءات الواجبة قانونا ضد المدين فـي خـلال الستة الأشهر من وقت وصول إنذار الكفيل للدائن برئت ذمة الكفيل مـن الكفالة وبذلك يتقضى عقد الكفالة بطريق أصلى دون أن يتقـضى الـدين المكفول.

على انه يجوز للمدين قبل إنقضاء الستة الأشهر سالفة الذكر ان يقـدم الكفيل ضماناً كافياً لما عسى ان يدفعه الكفيل للدائن ويتفق الدائن مع المدين على هذا الضمان الواجب تقديمه للكفيل وقاضى الموضوع هو الذى يقـدر عند المنازعة ما إذا كان الضمان الذى يقدمه المدين للكفيل ضمانا كافيا فإذا قدم المدين للكفيل هذا الضمان الكافى وصل للكفيل إلى ما يبتغيه وصـار عليه ان ينتظر حتى يطالب الدائن المدين بالدين فإذا دفع المـدين الـدين للدائن وقف الأمر عند هذا الحد وبرئت ذمة المدين وبرئت ذمة الكفيل تبعاً لذلك أما إذا لم يدفع المدين الدين للدائن وقف الأمر عند هذا الحـد برئـت ذمة المدين وبرئت ذمة الكفيل تبعاً لذلك اما إذا لم يدفع المدين الدين للدائن ورجع الدائن على الكفيل بهذا الدين كان لدى الكفيل الضمان الكافى الـذى قدمه المدين فيدفع الدين للدائن ويستوفيه من هذا الضمان.

(الوسيط ـ ١٠ ـ للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص٢٤٩ ومابعدها)

٢- تقرر المادة ٧٨٥ فى فقرتها حكما مجمعا عليه وهـو أن الكفيـل لاتبرأ ذمته لمجرد تأخير الدائن فى إتخاذ الإجـراءات ضـد المـدين لأن للكفيل حق الرجوع على المدين حتى لو عد الدائن الأجل له ومع ذلك فقد عمد المشرع إلى حماية الكفيل بالنص فى الفقرة الثانية على براءة ذمتـه لعدم قيام الدائن بإتخاذ الإجراءات ضد المدين بعد إنذار الكفيل الدائن بستة أشهر إلا إذا قدم المدين للكفيل ضماناً يكفى الوفاء بالدين.

(التقنين المدني – للدكتور محمد علي عرفة – المرجع السابق ـ ص٥١٦ و٥٧٧)

٣- الأصل ان ذمة الكفيل لا تبرأ تأخر الدائن فى إتخاذ الإجراءات ضد المدين ولو ترتب على هذا أن أعسر المدين فأصبح رجوع الكفيل عليه قديم الجدوى وقد نص المشرع على ذلك فى المادة ١/٧٨٥ مدنى بقوله: " لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر فى إتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها "

ولكن إذا كان تأخر الدائن فى إتخاذ الإجراءات لا يعتبر أضعافاً للتأمينات فلا تبرأ ذمة الكفيل الا انه يعرض الكفيل لخطر إعسار المدين بعد يسره فلا يستفيد من الرجوع وقد كان القانون القديم يخول لكفيل دفعا لهذا الخطر الحق فى مطالبة المدين عند حلول اجل الدين ولو مد الدائن الأجل ولم يبرئ الكفيل ولكن القانون الجديد لا يجيز رجوع الكفيل على المدين إلا إذا كان قد وفى الدين فلجأ إلى وسيلة اخرى لحماية الكفيل من تأخر الدائن فى مطالبة المدين فنص فى الفقرة الثانية من المادة ٧٨٤مدنى: " على ان ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن بإتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين الكفيل ضمانا كافيا"

ولما كان الغرض من الإنذار هو مطالبة الدائن بإتخاذ الإجراءات ضد المدين ووضعه موضع التقصير إذا لم يتخذها فيجب ان يتم فى وقت يستطيع الدائن فيه مباشرة هذه الإجراءات أى عند إستحقاق الدائن المكفول فلا أثر للإنذار الذى يوجه قبل ذلك ولكن العبرة فى تحديد وقت إستحقاق الدين هى بحلول الأجل الأصلى فيجوز توجيه الإنذار عند حلول هذا الأجل ولو كان الدائن قد منح المدين اجلا جديد لأن الكفيل له أن يتجاهل إمتداد الأجل.

فإذا تم الإنذار كان على الدائن أن يتخذ الإجراءات ضد المدين خـلال ستة أشهر وذلك بان يرفع الدعوى أن كان سند الـدين عرفيـا أو يتخـذ إجراءات التنفيذ ان كان بيده سند تنفيذى فإن لم يفعل ذلك ولم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً لإستيفاء ما قد يضطر إلى دفعه للدائن كان للكفيـل أن يتمسك ببراءة ذمته فى مواجهة الدائن سواء بدفع دعوى الدائن أن يرفـع دعوى مبتداة يطلب فيها الحكم ببراءة ذمته ولو كان المدين موسراً.

وإذا بدأ الدائن فى الإجراءات خلال ستة أشهر فيجب عليه أن يـسير فيها وفقاً لذلك الرجل المعتاد فلا يسعى إلى إطالة الإجراءات اويهمل فيها حتى تطول وإلا كان مسئولاً وفقاً للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية.

(عقد الكفالة – للدكتور منصور مصطفي – المرجع السابق –ص٥٩و٨٠)

- **براءة ذمة الكفيل لتـأخر الـدائن في اتخـاذ الإجـراءات ضـد المـدين :** إذا حل الدين المكفول، كان للدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ، فإذا لم يتخذها، أو تأخر في اتخاذها لم تبرأ ذمة الكفيل لذلك، بل يبقى ملتزما بالكفالة، ذلـك لأن الكفيل إذا هو وفى الدين للدائن عند حلول الأجـل، الرجـوع علـى المدين، حتى لو مد الدائن الأجل للمدين دون رضاء الكفيل، وقـد كانـت الفقرة الأولى من المادة ٧٨٥ مدني سالفة الذكر تتضمن في آخرها العبارة الآتية " إلا إذا ترتب على خطئه (خطأ الدائن) ضرر للكفيل، وبقدر هـذا الضرر "، وقد طلب أحد الأعضاء حذف الفقرة الأولى، لأنه سيترتب عليها اشكاليات كثيرة في العمل، ويجب ترك تقديره للقضاء لا لـنص تـشريع، فأجابت الحكومة بأن هذا النص تقنين لما استقر عليه القضاء في مصر في هذا الموضوع أن تردد كثيرا في أول الأمر في تقريره بسبب وجود خطـأ فيما إذا كان التأخر في اتخاذ إجراءات تحفظية أو تنفيذية، يمكن أن يعتبر خطأ تطبيقا لقواعد المسئولية التقصيرية، ثم اتجه الرأى أخيرا فـي لجنـة

مجلس الشيوخ الى استبقاء الفقرة، مع حذف العبارة الأخيرة الواردة فيها وهى إلا إذا ترتب على خطئه ضرر للكفيل، ويقدر هذا الضرر "، وقد قررت أغلبية اللجنة حذف العبارة المذكورة، لأن في القواعد العامة في المسئولية التقصيرية ما يغني عن المعنى الذي قصدت هذه العبارة الى استظهاره.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي " في خصوص هذه الفقرة الأولى ما يأتي " الفقرة الأولى اق تبسها المشروع من أحكام القضاء المصري وهى تقرر في جزئها الأول حكما مجمعا عليه، وهو أن الكفيل ى تبرأ ذمته لمجرد تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها، لأن للكفيل الحق في الرجوع على المدين بمجرد حلول الأجل، حتى لو مد الدائن الأجل له، على أنه قد تصدر من الدائن أعمال إيجابية كتنازله عن حجز تنفيذي أو تحفظي أو حجز ما لمدينه لدى الغير أو إجراءات التنفيذ العقاري أو وضع أموال المدين تحت الحراسة أو إيداع المبالغ الناتجة من بيع المنقولات في خزينة المحكمة، أو أعمال سلبية كعدم قيامه باتخاذ إجراء تنفيذي أو تحفظي لا يستطيع الكفيل القيام به لجهله إياه أو لعدم وجود المستندات اللازمة لإجرائه وكذلك التقدم في التوزيع أو سقوط الحق بسبب التأخر أو الإهمال في القيام لإجرائه معين أو إبراز مستند ما، لا يترتب عليها ضياع التأمينات، ولكنها مع ذلك تؤثر في حق الكفيل فتضيعه أو تنتقص منه، كل هذه الأعمال يجب أن يسأل عنها الدائن طبقا لقواعد المسئولية، مادام قد ترتب عليها ضرر للكفيل، والتقنين الحالي (السابق) لم يعترض لذلك، ولكن بعض التقنيات الحديثة أوردت نصوصا في هذا الصدد (أنظر مثلا التقنين الألماني م٧٦٦) والمشروع قياسا على

هذه التقنيات أورد هذه الفقرة مقتبسا حكمها من القضاء المصري (راجع استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩١٥ م٢٨ ص٤٦). (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٤٧٩) مفاد ما تقدم أن تأخر الدائن في اتخاذ إجراءات مطالبة المدين، أو عدم اتخاذها، لا يبرئ ذمة الكفيل، وإنما الذي يرتب هذا الأثر، هو أن يترتب على إهمال الدائن، ضرر بالكفيل، إذ لا يكفي الخطأ وحده لتحقق مسئولية الدائن، وإنما يجب أن يترتب عليه ضرر للكفيل، وفقا للقواعد العامة في المسئولية المدنية، ويكون الجزاء هو تحمل الدائن وحده الدين وبراءة ذمة الكفيل، وأقام المشرع قرينة قانونية قاطعة تدل على تحقق الضرر إذا أنذر الكفيل الدائن لاتخاذ إجراءات الرجوع على المدين وانقضت ستة أشهر دون اتخاذها، وتلك القرينة من شأنها إعفاء الكفيل من عبء إثبات الضرر، وباعتبارها قاطعة، فإنها تحول دون الدائن ونفى وقوع ضرر للكفيل. فإن كان الدائن لم يتخذ الإجراءات سالفة الذكر أو تأخر في اتخاذها، ظلت الكفالة قائمة بالرغم من ذلك، لكن يجب على الكفيل، حفاظا على حقه، أن يبادر الى إنذار الدائن باتخاذ الإجراءات الكفيلة باستيفاء الحق بمجرد حلول الدين أو في وقت لاحق (أنور طلبة ص٦٩٨) والعبرة بحلول الأجل الأصلي للدين المكفول، فإذا حل هذا الأجل، جاز للكفيل إنذار الدائن، حتى لو أن الدائن مد للمدين في الأجل المحدد أصلا. فالكفيل لا يلتزم باحترام هذا المد إلا إذا كان قد ارتضاه، فإذا لم يرتضه جاز لها أن ينذر الدائن عند حلول الأجل الأصلي بأن يتخذ الإجراءات الواجبة قانونيا نحو مطالبة المدين بالدين. فإذا اتخذ الدائن الإجراءات الواجبة قانونا ضد المدين وسار في اتخاذها بالعناية اللازمة كان هذا كافيا، ويكون ذلك بأن يرفع الدائن الدعوى على المدين يطالبه فيها

فإنه يجب على الدائن أن يباشر إجراءات التنفيذ على أموال المدين، فإذا لم يتخذ الدائن الإجراءات الواجبة قانونا ضد المدين في خلال الستة الأشهر من وقت وصول إنذار الكفيل للدائن، برئت ذمة الكفيل، وبذلك ينقضي عقد الكفالة بطريق أصلي، دون أن ينقضي الدين المكفول (السنهوري ص٢٠٣) والستة أشهر، هى مدة سقوط وليست مدة تقادم، ومن ثم لا يرد عليها وقف أو انقطاع وتسري في حق الكافة بمن فيهم الغائب وناقص الأهلية متى استوفى الإنذار أوضاعه القانونية، ويكفي في ذلك أن يعلن إعلانا صحيحا، ولم يتطلب القانون بالنسبة له بيانات معينة أو إيضاحا لقصد الكفيل منه أو إشارة لنص المادة ٧٨٥ من القانون المدني، إذ يرتب الإنذار أثرا قانونيا أفصحت عنه المادة سالفة الذكر متى أرسل من الكفيل الى الدائن لحثه على اتخاذ ما يلزم لاستداء حقه من المدين (أنور طلبة ص٦٩٩) على أنه يجوز للمدين، قبل انقضاء الستة الأشهر سالفة الذكر، أن يقدم للكفيل ضمانا كافيا لما عسى أن يدفعه الكفيل للدائن، ويتفق الدائن مع المدين على هذا الضمان الواجب تقديمه للكفيل، وقاضي الموضوع هو الذي يقدر، عند المنازعة. ما إذا كان الضمان الذي يقدمه المدين للكفيل ضمانا كافيا. فإذا قدم المدين للكفيل هذا الضمان الكافي، وصل الكفيل الى ما يبتغيه، وصار عليه أن ينتظر حتى يطالب الدائن المدين بالدين. فإذا دفع المدين للدائن وقف الأمر عند هذا الحد، وبرئت ذمة المدين، وبرئت ذمة الكفيل تبعا لذلك. أما إذا لم يدفع المدين الدين للدائن، ورجع الدائن على الكفيل بهذا الدين، كان لدى الكفيل الضمان الكافي الذي قدمه المدين، فيدفع الدين للدائن، ويستوفيه من هذا الضمان.

من أحكام القضاء:

١- إنه وإن كان الأصل أنه إذا إمتد الإيجار بحكم القانون بعد إنقضاء مدته فانه طبقاً للقواعد المقررة فى إمتداد الإيجار يمتـد بـنفس شـروط الإيجار الأصلى فتكون إلتزامات المؤجر هى نفـسها إلتزاماتـه الـسابقة وكذلك تكون إلتزامات المستأجر، وتبقى التأمينات العينية والشخصية التى تكفل إلتزامات المستاجر فى الإيجار الأصلى كافلة لهذا الإلتزامات بعد ان إمتد الإيجار الا انه متى كان الإمتداد تطبيقا لتشريعات استثنائية فان الكفيل المستاجر قبل صدور هذه التشريعات لا تمتد كفالته لإلتزامات المـستاجر عند إمتداد الإيجار الا إذا قبل ذلك لانه وقت أن كفل المستأجر كان يقصد كفالته فى المدة المتفق عليها فى الإيجار ولم يدخل فى حسابه ان هذه المدة ستمتد بحكم التشريع الاستثنائى إذا كان ذلك وكان الطاعن الثالث قد كفـل الطاعنين الأول والثانى فى سداد اجرة السنتين المتفق عليهما فى العقد قبل صدور القرار بقانون رقم ١٣٩ سنة ١٩٦٩ وهو تشريع استثنائى قـضى بإمتداد عقود الإيجار بحكم القانون إلى نهاية سنة ١٩٦٤/ ١٩٦٥ الزراعية فان كفالته لاتمتد بإمتداد الإيجار الا إذا قبل ذلك ولما كان الحكم المطعون فيه خالف هذا النظر وإستخلص إمتداد الكفالة اخذ بإمتـداد العقـد دون ان يعنى ببحث دفاع الطاعن الثالث من أنه لم يرتض إمتداد كفالته وهو بحث قد تتغير به وجه الرأى فى الدعوى فانه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون وشابه قصور فى التسبيب ولا وجه لما يقول الطاعن الثالث من أن كفالته قد إنقضت لتأخر الدائن فى إتخاذ الإجراءات ضد المدين ذلك لأن قوام هذا النعى التمسك بتطبق المادة ٧٨٥ من القانون المدنى وهو دفـاع قـانونى يخالطة واقع لم يسبق التمسك به أمام محكمة الموضوع ولم تكن عناصره

الواقعية مطروحة عليها ومن ثم تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض.

(نقض – جلسة ١٩٧٥/٢/١٧ـ مجموعة المكتب الفني – السنة ٢٣ـ مدني –ص٦١٠)

٢- النص في الفقرة الثانية من المادة ٧٨٥ من القانون المدني على أن "على ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً "مؤداه أنه يحق للكفيل عند حلول أجل الدين أن ينذر الدائن إلى وجوب اتخاذ الإجراءات الواجبة قانوناً ضد مدينه خلال ستة أشهر من تاريخ ذلك الإنذار فإذا اتخذ الدائن هذه الإجراءات ضد المدين وسار في اتخاذها بالعناية اللازمة كان هذا كافيا ويتم ذلك بأن يرفع الدائن دعوى على مدينه يطالبه فيها بدينه إذا كان سند الدين عرفيا أما إذا كان السند تنفيذياً فإنه يجب على الدائن أن يباشر إجراءات التنفيذ على أموال مدينه فإذا لم يتخذ الدائن هذه الإجراءات خلال ستة أشهر من وقت وصول الإنذار إليه ولم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا برئت ذمة هذا الأخير إذ يعتبر الدائن مخطئا لمجرد عدم اتخاذ الإجراءات بالرغم من إنذاره بوجوب اتخاذها.

(الطعن رقم ٣١٨٠ ـ لسنة ٧٩ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٨ / ٠٢ / ٢٠١٠)

٣- المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تفسير الإقرارات والاتفاقات وسائر المحررات بما تراه أوفى إلى نية عاقديها مستهدية بوقائع الدعوى وظروفها دون رقابة عليها من محكمة النقض في ذلك طالما لم تخرج في تفسيرها عن المعنى الذي تحتمله عباراتها وكان قضاؤها قد أقيم على أسباب سائغة.

(الطعن رقم ٣٨٧١ ـ لسنة ٦٧ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٧ / ٠٤ / ٢٠١٠)

تقدم الدائن فى تفليسة المدين للرجوع على الكفيل

النص التشريعي (مـادة ٧٨٦):

إذا أفلس المدين وجب علي الدائن أن يتقدم في التفلسه بالدين وإلا سقط حقه في الرجوع علي الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن.

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٧٩٥ ليبى و٧٥٢ سورى و١٠٢٨ عراقى و١٠٧٣ لبنانى و٦٦٨ سودانى.

الأعمال التحضيرية :

اقتبس المشروع هذه النص من تقنين الإلتزامات السويسرى (م٥١١) والتقنين البولونى (م٦٤٣) وليس له مقابل فى التقنين المصرى ولافى التقنين الفرنسى أو المشرع الفرنسى الإيطالى على ان الحكم الوارد به أصبح من الواجب تقريرة بعد ان نص المشروع على عدم مسئولية لدائن لمجرد التأخر فى إتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٥ـ ص٤٨٣و٤٨٤و٤٨٥و٤٨٦)

رأى الفقه :

١- تعرض المادة ٧٨٦ مدنى لحالة ما إذا أفلس المدين قبل حلول الدين المكفول فتنص على أنه يجب على الدائن فى هذه الحالة أن يتقدم بحقة فى تفليسة المدين ويتقاضى من هذا المقدار الذى يصيبه بحسب قيمة هذا الحق فإذا لم يفعل فلم يصبه من تفليسه المدين شئ وأراد الرجوع على الكفيل سقط من حقه فى الرجوع على الكفيل ما كان يصيبه لو أنه تقدم بحقه فى تفليسة المدين ويبدو أن هذا هوالحكم أيضاً فيما لو أعسر المدين

فيجب على الدائن أن يتقدم للحصول على ما يمكن الحصول عليه من حقه من مال المدين ثم يرجع بالباقى له على الكفيل وإذا كانت المادة ٧٨٦ مدنى لم تعرض إلا لحالة إفلاس المدين فإن ذلك لم يكن إلا تطبيقاً للقواعد العامة من حيث إلزام الدائن بمطالبة المدين فى الوقت المناسب وإلا كان الدائن مسئولاً عن ذلك محو الكفيل.

(التقنين المدني – للدكتور محمد علي عرفة – المرجع السابق- ص٥٧٧)

٢- إقتبس المشرع هذا النص (م٧٨٦مدنى) عن تقين الإلتزام السويسرى (م٥١١) والتقنين البولونى (٦٤٣).

وليس لهذا النص مقابل فى التقنين المدنى القديم والحكم الوارد به إستثناء من القاعدة العامة الواردة بالمادة السابقة والتى تقضى بعدم مسئولية الدائن عن التأخر فى الإجراءات أو عن عدم القيام بها.

(الوسيط- ١٠- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص٢٥٥ ومابعدها)

٣- إذا كان المدين تاجراً وأشهر إفلاسه حل أجل الإلتزام المكفول وتكون وسيلة الدائن للحصول على حقه أو فى الأقل بعض هذا الحق هى التقدم بالدين فى التفليسة ولما كان من غير الجائز أن يدخل الكفيل قبل أن يفى للدائن فى تفليسه المدين فقد حماه القانون بأن نص فى المادة ٧٨٦ مدنى على أنه: " إذا أفلس المدين وجب عمل الدائن أن يتقدم فى التفليسة بالدين والا سقط حقه فى الرجوع على الكفيل بقدر ما أسباب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن فإذا لم يتقدم الدائن بدينه فى التفليسة كان للكفيل أن يتمسك فى مواجهته بدفع أو بدعوى ببراءة ذمته من قدر من الدين يساوى ما كان يحصل عليه الدائن لو أنه تقدم فى التفليسة.

(عقد الكفالة- للدكتور منصور مصطفي – المرجع السابق- ص٨٠و٨١)

● **تقدم الدائن في تفليسة المدين :** تعرض المادة ٧٨٩ مدني لحالة ما إذا أفلس المدين قبل حلول المكفول، فتنص على أنه يجب على الدائن في هذه الحالة أن يتقدم بحقه في تفليسة المدين، ويتقاضى من هذه التفليسة المقدار الذي يصيبه بحسب قيمة هذا الحق. فإذا لم يفعل، فلم يصيبه من تفليسة المدين شيء، وأراد الرجوع على الكفيل، سقط من حقه في الرجوع على الكفيل ما كان يصيبه لو أنه تقدم بحقه في تفليسة المدين .

ويبدو أن هذا هو الحكم أيضا فيما إذا أعسر المدين، فيجب على الدائن أن يتقدم للحصول على ما يمكن الحصول عليه من حقه من مال الدين، ثم يرجع بالباقي له على الكفيل، وإذا كانت المادة ٨٧٦ مدني لم تعرض إلا لحالة إفلاس المدين، فإن ذلك لم يكن إلا تطبيقا للقواعد العامة من حيث إلزام الدائن بمطالبة المدين في الوقت المناسب، وإلا كان الدائن مسئولا عن ذلك نحو الكفيل، وينحصر حكم المادة ٧٨٦ من القانون المدني في الدائن العادي والدائن صاحب حقوق الامتياز العامة الذين تضمهم جماعة الدائنين، وبالتالي يخرج عن نطاق هذه المادة، الدائن المرتهن وصاحب حق الاختصاص وصاحب حق الامتياز العقاري، كالبائع والمقايض، وبالتالي إذا أفلس المدين المكفول، فلا شأن لدائنه بالتفليسة لعدم اندراجه في جماعة الدائنين بسبب ماله من تأمين خاص يضمن حقه ويدرأ عنه خطر إفلاس المدين، إذ يكون له الحق في مباشرة إجراءات فردية بالرجوع بدعوى والتنفيذ على المال المحمل بالتأمين سواء قبل الحكم بشهر إفلاس المدين أو بعده، ويترتب على ذلك، أن الدائن صاحب التأمين لا يتدخل في تفليسة المدين وليس من شأن عدم تدخله سقوط حقه في الرجوع على الكفيل، بل يظل له هذا الحق إذا لم يستوف كامل حقه عند التنفيذ على محل لتأمين، وإذا حل أجل الدين بعد رفع دعوى الإفلاس وقبل صدور حكم

نهائي فيها بشهر إفلاس المدين، فإن صحة الوفاء ترتبط بالتاريخ الذي تحدده المحكمة للتوقف عن الدفع، فإن دخل الوفاء خلال فترة الريبة، كان باطلا فلا يقضي التزام الكفيل، وحينئذ يجب على الدائن أن يتقدم في التفليسة عند افتتاحها بصدور الحكم النهائي. (أنور طلبة ص٧٠٢).

- **كفيل الصلح الواقي من الإفلاس :** يجوز أن يعقد الصلح (الواقي) بشرط الوفاء إذا أيسر المدين خلال مدة معينة في شروط الصلح على ألا تجاوز خمس سنوات من تاريخ التصديق على الصلح، ولا يعتبر المدين قد ايسر إلا إذا زادت موجوداته على الديون المترتبة عليه بما يعادل عشرة في المائة على الأقل، وللدائنين أن يشترطوا تقديم ضمان عيني أو شخصي لتنفيذ الصلح " (م٢/٧٥٩، ٣ من قانون التجارة الجديد) فيجوز إذن أن يوجد كفيل يضمن تنفيذ الصلح الواقي يكون مسئولا أمام جماعة الدائنين عن ذلك، ويكون لهم مطالبته بالدين محل هذا الصلح، وتكون له صفة في كل ما يمس الصلح مما يوجب اختصامه في الدعوى المتعلقة به. (أنور طلبة ص٧٠٣).

من أحكام القضاء:

١- متى كان الحكم الإبتدائى قد إنتهى فى أسبابه إلى تقرير جواز رجوع الكفيل على المدين المفلس بما اداه من ديون لدائنيه وقضى فى منطوقه بندب خبير لبيان المبلغ الذى استفاده المدين مما أداه كفيله عنه فان الحكم بذلك يكون قد قضى قضاء قطعيا فى اصل الحق المتنازع عليه وهو حق الرجوع وانهى النزاع بين الطرفين فى هذا الخصوص وحصر الخصومة بعد ذلك فى بيان المبلغ الذى إستفادة المدين المكفول مما اداه عنه الكفيل.

(جلسة ١٩٥٨/٢/٦ـ مجموعة المكتب الفني – السنة ٩ـ مدني – ص١٢٠)

٢- إفلاس المدين قبل حلول اجل الدين المكفول وجوب تقدم الدائن بحقه فى تفليسة المدين والا سقط حقه فى الرجوع على الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر المادة ٧٨٦ مدنى.

النص فى المادة ٧٨٦ من القانون المدنى على انه " إذا أفلس المدين وجب على الدائن ان يتقدم فى التفليسة بالدين والا سقط حقه فى الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن " مفاده انه إذا أفلس المدين قبل حلول أجل الدين المكفول فإنه يتعين على الدائن أن يتقدم بحقه فى تفليسه المدين ليحصل على ما يمكنه الحصول عليه من حقه ثم يرجع بالباقى عند حلول الأجل على الكفيل فإذا قصراً الدائن ولم يتقدم فى تفليسة المدين فإذا ذمة الكفيل تبرأ بقدر ما كان يستطيع الدائن الحصول عليه من التفليسة.

(الطعن ٦٤٧ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٥/١/١٦س٤٦ص١٧٦)

٣- لئن كان مفاد نص المادة ٧٨٦ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أنه إذا أفلس المدين قبل حلول أجل الدين المكفول، يتعين على الدائن أن يتقدم بحقه في تفليسة المدين ليحصل على ما يمكنه الحصول عليه من حقه، ثم يرجع عند حلول الأجل على الكفيل، فإذا قصر الدائن ولم يتقدم في تفليسة المدين فإن ذمة الكفيل تبرأ بقدر ما كان يستطيع الدائن الحصول عليه من التفليسة، إلا أنه لما كان يترتب على الحكم بقفل أعمال التفليسة لعدم كفاية أموالها طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٦٥٨ قبل كفيله المتضامن دون إلزام عليه بتجريد المدين المفلس أولاً. بما لا محل لإعمال نص المادة ٧٨٦ من القانون المدنى سالفة البيان. لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن البنك المطعون ضده قدم أمام محكمة الموضوع - وهو ما أورده الحكم المطعون فيه - شهادة صادرة من جدول

محكمة إفلاس الجيزة الابتدائية مفادها أنه تم إشهار إفلاس شركة المنصورية للتجارة والتوزيع في الدعوى رقم ٣٥٦ لسنة ٢٠٠٠ إفلاس الجيزة وأقفل باب التفليسة فيها بتاريخ ٢٠٠٨/١٢/٢٧ لعدم كفاية أموالها، فإن تمسك الطاعنين بحق التجريد الوارد بالمادة ٧٨٦ من القانون المدنى سالفة البيان يكون لا جدوى منه، ولا على الحكم المطعون فيه إن لم يرد على هذا الدفاع.

(الطعن رقم ١٥٩٦٠ لسنة ٨٣ جلسة ٢٠١٦/٤/٢٨)

* * *

التزام الدائن بتسليم الكفيل سندات الدين عند الوفاء له

النص التشريعي (مـادة ٧٨٧):

(١) يلتزم الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لإستعمال حقه فى الرجوع. فإذا كان مضموناً بمنقول مرهون أو محبوس، وجب على الدائن ان يتخلى عنه للكفيل.

(٢) أما إذا كان الدائن مضمونا بتأمين عقاري، فإن الدائن يلتزم أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين، ويتحمل الكفيل مصروفات النقل علي أن يرجع بها علي المدين.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٧٩٦ ليبي و٧٥٣ سوري و١٠٢٦ عراقي و ٦٦٩ سوداني.

الأعمال التحضيرية:

يقرر هذا النص واجباً منطقياً علي الدائن بإزاء الكفيل مبناه حلـول الكفيل محل الدائن، فيجب إذن أن يمكن له من هذه الحلول، والنص منقول علي المادة ٥٠٨ من تقنين الإلتزامات السويسري، مع شئ من التفـصيل قصد به زيادة الإيضاح ومنع اللبس، وحكمه غني عن التعليق إذ هو مجرد تطبيق للقواعد العامة.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٥ـ ص٤٩٢و٤٩٣)

رأي الفقه:

١- يفترض نص المادة ٧٨٧ مدني أن الكفيل لم ينجح في دفع دعوى الدائن أو لم يدفعها بدفع ما، فحكم عليه بالدين، أو أن الكفيل تقدم مختـاراً للدائن دون دعوى ووفي الدين، ففي هذه الحالة يكون للكفيل الذي وفي عن المدين حق الرجوع علي هذا الأخير إما بالدعوى الشخصية أو بـدعوى

الحلول، وسيأتي بيان ذلك، وفي جميع الأحوال، عند وفاء الكفيل بالدين للدائن، يجب علي هذا الأخير أن يمكنه بما يستطيع من الرجوع علي المدين، ويكون ذلك عقب وفاء الكفيل بالدين، إذا أظهر الدائن استعداده للقيام بإلتزامه بمجرد استيفائه، فإذا آنس لكفيل من الدائن أنه غير مستعد للوفاء بإلتزامه، استطاع الكفيل بدلا من أن يوفي له الدين، أن يودعه إيداعا قضائياً طبقاً للقواعد المقررة بذلك، وعند ذلك يستطيع بعد هذا الإيداع القضائي أن يرجع علي المدين. وكان ذلك قياساً علي مانصت عليه المادة ٣٤٩ مدني.

والذي يلزم به الدائن نحو الكفيل إذا وفي هذا الأخير الدين الأول، هو ما يأتي:

أولاً – أن يسلم الدائن للكفيل المستندات اللازمة لإستعمال حقه في الرجوع ومن أهم هذه المستندات مستندات الدين المكفول وهي في يد الدائن فيجب أن يسلمها للكفيل حتي يرجع هذا بموجبها على المدين ومخالصة من الدائن بانه استوفى الدين من الكفيل وبذلك يثبت هذا الأخير أنه وفى الدين فيستطيع الرجوع على المدين وغنى عن البيان أن الكفيل إذا إضطرا إلى إيداع الدين إيداعاً قضائياً كما قدمنا يستطيع ان يحصل على شهادة بذلك فتغنية عن مستندات الدين وعن المخالصة فتمكن من الرجوع على المدين.

ثانيا – ولما كان الكفيل يستطيع الرجوع على المدين بدعوى الحلول كما سنرى فإن الدائن يلتزم بتمكينه من هذه 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 الكفيل هذا المنقول وذلك حق يحل فيه محل الدائن فى حق رهن الحيازة أو فى الحق فى الحبس فيحبسه فى يده كما كان يحبـسه الدائن ضمانا لحقه فى الرجوع على المدين.

ثالثا – اما إذا كان التأمين عقارياً بأن كان هناك عقار مرهون رهنا رسميا أو رهنا حيازيا أو ماخوذا عليه حق إختصاص أو واقعا عليه حق إمتياز ضماناً للدين، فإنه يجب على الدائن أن يقوم بالإجراءات اللازمـة لنقل هذا التأمين إلى الكفيل ليحل محله فيه ويتحمل الكفيل مصروفات هذا النقل على ان يرجع بها على المدين ضمن مايرجع به عليه.

ويترتب على ما تقدم أن الدائن يلتزم بالمحافظة على تأمينات الـدين عقاراً كانت كانت منقولاً سواء قدمت مع الكفالة أو قبلها أو بعـدها حتـى يحل فيها الكفيل محله.

(الوسيط ـ ١٠ ـ للدكتور السنهوري ـ المرجع السابق ـ ص١٣٤ومابعدها)

٢- نص المادة ٧٨٧ مدنى منقول عنالمادة ٥٠٨ من تقنين الإلتزامات السويسرى مع زيادة بعض التفأصيل.

ولا مقابل له فى التقنين المدنى القديم وحكمه مجرد تطبيـق للقواعـد العامة فيما أن الكفيل يحل محل الدائن فمن واجبه إذن أن يمكن له من هذا الحلول، سواء بتسليم الكفيل سند الداين ام بإحلاله محل الدائن فى التأمينات التى تكون ضامنة لهذا الدين.

(التقنين المدني – للدكتور محمد علي عرفة ـ المرجع السابق ـ ص٥٧٨)

٣- نص الفقرة الأولى من المادة ٧٨٧ مدنى يقرر كما تقول المذكرة الإيضاحية واجبا منطفيا على الدائن بازاء الكفيل مبناه حلول الكفيل محـل الدائن فيجب إذن ان يمكن له من هذا الحلول.

وينشأ إلتزام الدائن بحكم القانون بمجرد إستيفاء حقه من الكفيل بل بمجرد إبداء إستعداده للوفاء فإذا إمتنع الدائن عن تسليم المستندات جاز للكفيل أن يمتنع عن الوفاء وله أيضاً أن يلجأ إلى الإيداع القضائى.

وبعد ذلك أن نص المشرع فى المادة ١/٧٨٧ مدنى على إلزام الدائن بتسليم المستندات للكفيل نص فى الفقرتين التاليتين على إلتزام كالسابق مبناه حلول الكفيل محل الدائن، فالكفيل يحل محل الدائن فيما له من تأمينات، فيجب علي الدائن أن يمكنه من الإستفادة من هذا الحلول.

وهنا أيضاً يجوز للكفيل أن يمتنع عن الوفاء إلي أن يقوم الدائن بما يجب عليه في سبيل نقل التأمينات، وله أن يلجأ إلي الإيداع القضائي.

(عقد الكفالة – للدكتور منصور مصطفي منصور – المرجع السابق ص٨١و٨٢)

- **التزام الدائن بتسليم الكفيل مستندات الدين عند وفاته :** يترتب على إبرام عقد الكفالة، أو توقيع الكفيل على العقد الأصلي، أن يضمن تنفيذ التزامات المدين، وأن يصبح الكفيل ملتزما بتنفيذ هذه الالتزامات إذا امتنع عند تنفيذها، ويترتب هذا الأثر فور حلول أجل تلك الالتزامات، فإن تمثلت في الوفاء بمبلغ، وامتنع المدين عن الوفاء به، جاز للكفيل القيام بالوفاء للدائن مباشرة، ثم الرجوع بما وفاه على المدين، وهذا يقتضي من الكفيل تقديم الدليل على مديونية المدين للدائن، وقيام الكفيل بالوفاء بتلك المديونية للدائن، وبالتالي يجب على الدائن أن يسلم الكفيل المستندات المثبتة لمديونية المدين له، والتي كان يرجع بموجبها على المدين إن لم يوجد كفيل (أنور طلبة ٧٠٥) وهذا الحكم نتيجة طبيعية لاعتبار التزام الكفيل التزاما تابعا يخوله إذا ما أوفى به أن يرجع على المدين بما وفاه، فإن حق الكفيل في الرجوع على المدين يوجب على الدائن أن يمكنه من المستندات اللازمة لاستعمال هذا الحق (سليمان مرقص ص٨١) ومن أهم هذه المستندات مستندات الدين المكفول

وهى في يد الدائن فيجب أن يسلمها للكفيل حتى يرجع هذا بموجبها علـى المدين، ومخالصة من الدائن بأنه استوفى الدين من الكفيل وبذلك يثبت هذا الأخير أنه وفى الدين فيستطيع الرجوع على المدين، وغني عن البيان أن الكفيل، إذا اضطر الى إيداع الدين إيداعا قضائيا، يستطيع أن حصل على شهادة بذلك تغنيه عن مستندات الدين وعن المخالصة، فيتمكن من الرجوع على المدين (السنهوري ص١١٢).

الالتزام بالمحافظة على التأمينات الخاصة وأملاك الكفيل فيها عند وفاء الدين: إذا كان الدين المكفول مضمونا أيضا بتأمينات أخرى خاصة، وجب على الدائن أن يحافظ على هذه التأمينات حتى يستطيع أن يحل فيها الكفيل إذا ما وفى الدين المكفول، وعليه أن يبذل في المحافظة على هذه التأمينات ما يبذله الرجل المعتاد من عناية، وإلا كان مسئولا عما أضاعه من هـذه التأمينات بتقصيره، ووقعت المقاصة بين التزامه بالتعويض والتزام الكفيل، وليس يكفي أن يحافظ الدائن على هذه الضمانات محافظة الرجل المعتـاد، بل يجب أيضا أن يقوم بكل ما يلزم ليحل الكفيل محله فيها بمجرد استيفاء حقه منه، فإذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس، وجب على الدائن أن يتخلى عنه الكفيل "م٧٨٧ فقرة ثانية" (سليمان مـرقص ص٨٢) أما إذا كان التأمين عقاريا، بأن كان هناك عقار مرهون رهنا رسـميا أو رهنا حيازيا أو مأخوذ عليه حق اختصاص أو واقع عليه حق امتياز ضمانا للدين، فإنه يجب على الدائن أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين الى الكفيل ليحل محله فيه، ويتحمل الكفيل مصروفات هذا النقل علـى أن يرجع بها على المدين ضمن ما يرجع به عليه، ويترتب على ما سـبق أن الدائن يلتزم بالعمل على نقل تأمينات الدين عقارا كانت أو منقولا، سـواء

قدمت مع الكفالة أو قبلها أو بعدها، حتى يحل فيها الكفيل محله. (السنهوري ص١١٣).

من أحكام القضاء:

١- إذا كان أساس دعوى رجوع الكفيل على المدين بما أوفاه عنه هو حلول الكفيل محل الدائن في الرجوع على المدين - حلولاً مستمداً من عقد الحلول المبرم بين الدائن والكفيل ومستنداً إلى المادتين ١/٣٢٦ و٣٢٩ من القانون المدني اللتين تقضيان بأنه إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه إذا كان الموفي ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه وأن من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع وكان القرض - المكفول - عملاً تجارياً بالنسبة لطرفيه فإن الكفيل الموفي يحل محل الدائن الأصلي فيه بما له من خصائصه ومنها صفته التجارية وبالتالي يكون للكفيل أن يرفع دعواه على المدين أمام المحكمة التجارية المتفق بين الدائن والمدين على اختصاصها.

(الطعن رقم ٢٨٩ ـ لسنة ٣١ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٥ / ١ / ١٩٦٨)

* * *

رجوع الدائن على الكفيل بعد رجوعه على المدين

النص التشريعي (مـادة ٧٨٨):

(١) لا يجوز للدائن أن يرجع علي الكفيل وحده إلا بعد رجوعه علي المدين.
(٢) ولا يجوز له أن ينفذ علي أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله، ويجب علي الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٧٩٧ ليبي و٧٥٤ سوري و١٠٢١ عراقي و١٠٧٢ لبناني ٦٧٠ سوداني و١٤٩٨ تونسي.

الأعمال التحضيرية:

تعرض هذه النصوص (من ١١٤٤- ١١٤٧) المختلفة لحق التجريـد، ويقابلها في التقنين الحالي (القديم) ٦١٢/٥٠٢.

وقد احتلفت وجهات النظر بين التقنيات المختلفة بشأن التجريد: يجوز للدائن أن يرجع مباشرة علي الكفيل أن يدفع هذا التجريد إذا شاء، أم يلتزم الدائن قبل الرجوع علي الكفيل بأن يجرد المدين مـن أموالـه، والتقنـين المصري، شأنه شأن التقنين الفرنسي والمشروع الفرنسي الإيطالي ومعظم التقنينات الآخري يجيز للدائن الرجوع علي الكفيل مباشرة. وهناك أقليـة من التقنينات تلزم الدائن بتجريد المدين قبل أي رجوع علي الكفيل (أنظـر علي الأخص التقنين الألمـاني م ٧٧١ والتقنـين العينـي م ٧٤٥)، أمـا المشروع فإنه يجاري رأي الأغلبية لأنه الرأي الذي يوفق بين المـصالح المختلفة، مصلحة الدائن ومصلحة الكفيل، فهو يجـوز للـدائن الرجـوع مباشرة علي الكفيل، علي أن يدفع هذا بالتجريد إذا شاء لكن يلزمه في هذه الحالة إثبات وجود أموال لدي المدين تكفي لوفاء الدين.

والمادة ١١٤٤ تطابق المادة ٧١٩ من المشروع الفرنسي الإيطالي التي هي بدورها مجرد تكرار للمادة ٢٠٢١ من التقنين الفرنسي، والحكم الوارد بها يطابق حكم التقنين الحالي في المادة ٦١٢/٥٠٢، وذلك فيما عدا أن المشروع لم يتطلب كالتقنين الحالي أن يكون أموال المدين كفاية لوفاء الدين بتمامه، مراعاة لجانب الكفيل خصوصاً وأنه لن يترتب علي ذلك ضرر للدائن إن يحق له أن يطالب الكفيل في الحال بأداء الباقي.

والمادة ١١٤٥ تطابق المادة ٧٢٠ من المشرع الفرنسي الإيطالي المنقولة عن المادة ٢٠٢٢ من التقنين الفرنسي، ولم تعرض المادة ٦١٢/٥٠٢ من التقنين الحالي صراحة لبيان متي يجب الدفع بالتجريد: هل يلزم التمسك به قبل التعرض لموضوع الدعوى، أم أن هذا الدفع يصح إبداؤه في أي وقت إلا إذا حصل من الكفيل ما يدل علي تنازله عنه ؟ وقد إختلف القضاء المصري في هذا الموضوع (أنظر علي الأخص نقص ٣١ يناير سنة ١٩٣٧ مج نقض ٢ص ٧٦ رقم ٣١- إستئناف أهلي ٧ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماه ٨ ص ٨٨٩ رقم ٥٣٤- ٩ مارس سنة ١٨٩٩ القضاء ٦ ص٣٤٢- إستئناف مختلط ٨ يونيو سنة ١٩٢٢ ب ٣٤ ص ٤٧٨- المنصورة الإبتدائية أول ديسمبر سنة ١٩١٤ مج (١٦ص٤٨ رقم ٣٩) والنص الذي يقرره المشروع يقطع برأي في هذا الخلاف.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٥ـ ص٤٩٥و٤٩٦ و ٤٩٧)

رأي الفقه :

١- يخلص من نص المادة ١/٧٨٨ مدنى انه إذا بدا الدائن بالرجوع على الكفيل وحده فللكفيل ان يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب رجوعه أولاً على المدين والذى يقع فى العمل ان الدائن يبدا الرجوع على الكفيل وحده وكذلك لا يبدأ بالرجوع على المدين وحده وإنما يرجع عليهما معا فى وقت

واحد ويطالبهما بوفاء المدين بإعتباره مديناً أصلياً والكفيل بإعتباره كفيلا وفىهذه الحالة لا محل للدفع بوجوب الرجوع عن المدين أولاً فقد رجع الدائن على المدين والكفيل وقت واحد.

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

وإذا وجد نص المادة ١/٧٨٨ فى التقنين المدنى المصرى الجديد فقد وجب على الدائن أن يرجع أولاً علىالمدين وذلك قبل أن يرجع علىالكفيل فإن يرجع على الكفيل أولاً كان لهذا أن يدفع رجوع الدائن بوجوب رجوعه أولاً على المدين ويبدو أن هذا الدفع بسبق الرجوع على المدين كان يختلط فى ظل التقنين المدنى السابق كما يختلط الان فى ظل التقنين المدنى الفرنسى بالدفع التجريد الذى سيأتى بيانه فكان الكفيل يدفع رجوع الدائن عليه أولاً بالدفع بالتجريد وكان عليه منذ مطالبة الدائن له أن يقوم بإرشاده إلى أموال للمدين تفى بالدين كله ولا يتنظر حتى يجئ دور التنفيذ على ماله فلم يكن هناك إلا دفع واحد هو الدفع بالتجريد يدلع به الكفيل مطالبة الدائن إياه إذا أبدا بدا هذا بمطالبته فإذا فات الكفيل أن يدفع مطالبة الدائن إياه الدفع بالتجريد وحصل الدائن على حكم قابل التنفيذ ضد الكفيل وشرع الدائن بالتنفيذ على أموال الكفيل فقد كان لهذا الأخير أن يتدارك ما فاته عند مطالبة الدائن اياه بالدين ويدفع بالتجريد متمسكاً بأنه لا يجوز التنفيذ على ماله إلا بعد تجريد المدين ولكن الدفع بالتجريد هو بنفس شروطه وأثاره سواء دفع به من مبدأ الأمر عند مطالبة الدائن الكفيل أو

دفع به بعد ذلك عند تنفيذ الدائن على مال الكفيل وهناك إذن في التقنين المدنى الجديد دفعان متميزان أحدهما عن الآخر الدفع برجوع الدائن على المدين أولاً والدفع بالتجريد وأصبح هذا التمييز قائماً فى التقنين المدنى الجديد ولم يقتصر الأمر على مجرد التسمية بل تعداه إلى الشروط.

ففيما يتعلق بوجوب رجوع الدائن على المدين اولا نبحث شروط هذا الدفع ومايترتب عليه من أثر.

اما شروط الدفع فثلاثة:

الأول – الا يكون الكفيل قد نزل عن حقه فى رجوع الدائن على المدين أولاً قبل أن يرجع عليه، فإن هذا تقرر لمصلحته فله أن ينزل عنه صراحة أو ضمناً فى عقد الكفالة أو بعد ذلك.

الثانى – أن يكون رجوع الدائن على المدين إذا 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 في ذلك، وعبء الإثبات هنا يقع علي الدائن لا علي الكفيل، فعلي الدائن أن يثبت أن المدين معسر أو ظاهر العجز عن الوفاء بالدين، وهذا بخلاف الدفع بالتجريد فستري أن عبء إثبات وجود أموال المدين يمكن التنفيذ عليها يقع علي الكفيل.

الثالث– أن يتمسك الكفيل بالدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام محكمة الإستئناف، وذلك بأن الدفع هو دفع بعدم القبول، والدفع بعدم قبول الدعوى يجوز التمسك به في أية حالة كانت عليها لدعوي، ولكن لابد من أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

ويترتب علي التمسك بالدفع بوجوب رجوع الدائن علي المدين أولاً، إذا استوفي هذا الدفع الشروط الثلاثة السابق بيانها، أن يقضي بعدم قبـول الدعوى، التي رفعها الدائن علي الكفيل وحده. ويجب عندئذ علي الدائن إذا لم يرفع الدعوى علي كل من المدين والكفيل في وقت واحد فتكون مقبـول أو يرجع علي المدين أولاً يطالبه قضائياً بوفاء الدين فلا يكفي إذن إعذار علي المدين بالوفاء، بل تجب المطالبة القضائية، ويحل محـل المطالبـة القضائية التنبية بالوفاء، إذا كان لدي الدائن سند رسمي قابل التنفيذ ضـد المدين، كذلك يحل محل المطالبة القضائية إذا كان المدين قد أفلس فـإمتنع علي الدائن إتخاذ إجراءات فردية ضده أن ينقسم الدائن بحقه في التفليسة، وهذا يعتبر رجوعاً علي المدين.

وتقضي الفقرة الثانية من المادة ٢٨٨ مدني بأنه لا يجوز للـدائن أن ينفذ علي أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أموالـه، ويجـب علـي الكفيل في هذه الحالة ان يتمسك بهذا الحق والدفع بالتجريـد لايكـون إلا عندما يحصل الدائن عن سند قابل التنفيذ من الكفيل وبشرع فى التنفيذ عن أمواله فحينئذ يحق للكفيل أن يدفع بأنه لا يجوز لتنفيذ عليه إلا بعد تجريـد الدائن المدين من أمواله.

والدفع بالتجريد– بمعناه الواسع الشامل للدفع بوجوب الـدائن علـى المدين اولا – مبنى على إعتبارات قائمة على العدالة فقد كان الكفيل طبقاً لحرفية إلتزامه مسئولا عن الوفاء بالدين إذا لم يقم المدين بوفائه عند حلول اجله إذا كان الكفيل بضمن الدائن الوفاء الأمين بالدين أى الوفاء عند حلول اجل الدين ولكن القانون اتاح الكفيل هذا التأجيل عن طريق الدفع بالتجريد لان الكفيل جدير بالرعاية فهو يوفى ديناً ليس لدينه بل دين غيره ويريـد بذلك عادة تقديم خدمة لهذا الغير بكفالته وتقوية ئنمائه فيكون من العدل أن

يتاح الكفيل أن يطلب من الدائن قبل أن يرجع عليه أن يتاكد من استحالة تنفيذ المدين لإلتزامه ولا ضرر فى هذا على الدائن إذ هو سيستوفى حقه من الكفيل إذا لم يستوفه من المدين ويمكن القول أيضاً أن هذه النية المفترضة للكفيل عندما كفل المدين إذا هو رجع عليه.

(الوسيط ـ ١٠ ـ للدكتور السنهوري ـ المرجع السابق ـ ص٩٧ص١١٢ومابعدها)

٢- يجارى المشرع التقنين القديم، وأغلبية التقنينات الأجنبية فيجيز للدائن الرجوع مباشرة على الكفيل على أن يدفع هذا التجريد إذا شاء وهذا الحكم يوفق بين مصلحة الداين ومصلحة الكفيل، كما جارى المشرع التقنين لحلول فى انه لم يعرض صراحة لبيان متى يجب الدفع بالتجريد هل يلزم التمسك به قبل التعرض لموضوع الدعوى أم يصح إبداءه فى أى وقت مادام الكفيل لم يتنازل عنه ؟ ومعلوم ان هذا الموضوع مثلا خلاف فى القضاء ،فكان أجدر بالمشرع أن يقطع برأى فيه فلا يتركه معلقاً. وقد كانت المادة ١١٤٥ من مشروع اللجنة التحضيرية تقضى بوجوب إبداء هذا الدفع عند الإجراءات الأولى التى توجه ضد الكفيل وبعبارة اخرى قبل التعرض لموضوع الدعوى ولكن هذه العباره حذفت من مشروع الحكومة (م٨٥٦) ولم يرد ذكرها فى المادة ٧٨٨ مدنى فإذا جعلنا لهذا الحذف دلالته أمكن أن نستنتج أن المشرع قد إتحاز إلى الرأى القائل بإمكان إبداء هذا الدفع فى اية حالة كانت عليها الدعوى الا إذا حصل من الكفيل ما يدل على تنازله عنه.

(التقنين المدني ـ للدكتور محمد علي عرفة ـ المرجع السابق ـ ص٥٧٩و٥٨٠)

٣- المقصود بالرجوع على الكفيل فى نص المادة ١/٧٨٨ مدنى هو المطالبة القضائية اى رفع الدعوى فلا يكفى لرفع الدعوى على الكفيل أن يكون الدائن قد أعذر المدين بل يجب أن يكون قد رفع دعوى من قبل على

المدين أو على الأقل أن يرفع الدعوى على الكفيل والمدين معا ولكـن إذا كان المقصود بالرجوع على المدين هو رفع الدعوى فذلك عندما يكون هو الإجراء الطبيعى للمطالبة وعلى ذلك فإذا كان الدين ثانياً بـسند رسـمى وحيث لايكون الدائن فى حاجة إلى رفع الدعوى علـى المـدين فيكفـى لرجوعه على الكفيل أن يكون قد أعذر المدين بالوفاء من قبل وكـذلك إذا أفلس المدين التاجر فإمتنع على دائنه إتخاذ الإجراءات الفردية ضده فيكفى أن يكون الدائن قد تقدم بدينه فى التفليسة حتى يثبت له الحق فى المطالبـة الكفيل.

فإذا رفع الدائن الدعوى على الكفيل وحده وقبل ان يطالب المـدين أو قبل إعذاره فى حالة وجود سند رسمى أو التقدم فى التفليسة عند الإفـلاس كان للكفيل أن يدفع مطالبته هذه وهذا الدفع ليس دفعاً موضوعياً إذا لا يرد عل الحق المطالب به كما أنه ليس دفعاً شكلياً إذا لا يدخل فىالدفع الشكلية التى نص عليها القانون المرافعات على سبيل الحصر بل هودفع بعدم قبول الدعوى ولهذا يجوز إبداءه فى أية حالة تكون عليها الـدعوى ولـو فـى الإستئناف ولا يمس الحكم به أصل الحق فيجوز للدائن أن يعود ويطالـب الكفيل بعد أن يكون قد رفع الدعوى علـى المـدين أو إشـراك المـدين والكفيل معا فى المطالبة فما هى الشروط التى يجب أن تتوفر حتى يجوز للكفيل ان يتمسك بهذا الدفع وهل يلزم ان يتمسك بـه الكفيـل أن يجـوز للمحكمة أن تحكم بعدم القبول دون تمسك الكفيل.

فإذا توافرت الشروط الثلاثة لعدم مطالبة المدين وهى: (١) ألا يكـون الكفيل متضامناً مع المدين (٢) أن يكون مطالبة المـدين مجديـة (٣) ألا يكون الكفيل قد نزل عن حقه فى أن يرجع الدائن على المدين قبل رجوعه عليه سواء كان النزول عند عقد الكفالة أو بعد ذلك وسواء كان النزول –

إذا توافرت هذه الشروط فهل يلزم حتى تحكم المحكمة بعدم قبول دعوى الدائن أن يتمسك ذلك الكفيل أم يجوز للمحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها ؟ هذه مسالة خلافية ففى رأى أن المشرع لا يشترط تمسك الكفيل بالدفع فللمحكمة أن تقضى بعدم القبول من تلقاء نفسها وهو ما يستخلص من مقارنة الفقرة الأولى من المادة نفسها التى تنص على حق الكفيل فى تجريد المدين وتقول: "ويجب علىالكفيل فىهذ الحالة أن يتمسك بهذا الحق " وفى رأى آخر وهو الغالب أنه لا يجوز للمحكمة أن تحكم بعدم القبول من تلقاء نفسها بل يجب أن يتمسك بذلك الكفيل ولو أن المشرع لم ينص على ذلك كما تنص بالنسبة للدفع بالتجريد وذلك لأن عدم قبول الدعوى لرفعها على الكفيل وحده قبل مطالبة المدين قد قصد به حماية مصلحة خاصة للكفيل فهو لا يتعلق بالنظام العام وبالتالى لا يجوز أن تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها وهذا هو الرأى أى يفضله الدكتور منصور مصطفى منصور وخصوصا وصاحب الرأى الأول يسلم بحق الكفيل فىالنزول من التمسك بالدفع ويقول أن هذا لا يتسق مع ما بدا من قصد المشرع إعتبار الدفع قائما دون حاجة إلى تمسك الكفيل به ولا يأخذ برأيه فى جواز الحكم بعدم القبول دون تمسك الكفيل الا على أساس ان إرادة المشرع فى هذا المعنى واضحة من مقارنه فقرتى المادة ٧٨٨ مدنى بما لا يتحمل تفسيراً أو تأويلاً، بل أن الرجوع إلى الأعمال التحضيرية لهذه المادة يريد هذا المعنى تاكيداً فلا يفى إلا التسليم به بالرغم مما يرد عليه من نقد ويرى الدكتور منصور مصطفى منصور أن إرادة المشرع غير واضحة فى إشتراط أو عدم إشتراط تمسك الكفيل بالدفع بعدم القبول من مقارنه فقرتى المادة ٧٨٨ مدنى فلا يكون ذلك إلا عن طريق الاستنتاج بمفهوم المخالفة هو غير جائز فى هذه الحالة إذ ليس بين الدفع بعدم القبول لعدم مطالبة المدين أولاً والدفع

بالتجريد أية صلة تسمح بإستنتاج حكم للأول مخالف للحكـم المنـصوص عليه بالنسبة للثانى ولهذا يعتبر مسألة لزوم أو عدم لزوم تمـسك الكفيـل بالدفع سكوتاً عنها فيفصل فيها على ضوء الغرض من الدفع.

(عقد الكفالة- للدكتور منصور مصطفي – المرجع السابق- ص٥٤ وما بعدها)

- **وجوب رجوع الدائن على المدين أولاً قبل الكفيل :** لقد نـصت الفقـرة الأولى من المادة ٧٨٨ مدني على أنه " لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين ". فهذا النص يفرض قيدا على حق الدائن في مطالبة الكفيل. فإذا رفع الدائن الدعوى على الكفيل قبل أن يرفعها علـى المدين، كانت دعواه على الكفيل غير جائزة القبول لعدم توافر الشرط الـذي اشترطته المادة ٧٨٨ فقرة أولى المذكورة (سليمان مرقس ص٩٦) لا يعتبر هذا الدفع دفعا موضوعيا إذ أنه لا يرد على الحق المطالب به، ولا يعتبـر دفعا شكليا لأن الدفوع الشكلية ذكرتها المادة ١٣٢ مرافعـات علـى سـبيل الحصر وليس من بينها هذا الدفع، وإنما يعتبر دفعا بعـدم قبـول الـدعوى fin de non-recevoir لأنه مبنى على عدم توافر شرط لازم لقبول الدعوى.

- **شروط قبول الدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين :**

أولاً : يشترط لقبول الدفع بوجوب الرجوع علـى المـدين أولاً قبـل الكفيل توافر ثلاثة شروط:

الشرط الأول: بالإضافة الى أن الكفيل لا يكون متضامنا مع الأصـيل كما هو المفروض، يجب أيضا ألا يكون الكفيل قد نزل عن حقه في رجوع الدائن على المدين أولاً قبل أن يرجع عليه، فإن هذا حق قد تقرر لمصلحته فله أن ينزل عنه صراحة أو ضمنا، في عقد الكفالة أو بعد ذلك.

والشرط الثاني : أن يكون رجوع الدائن على المدين ذا فائدة، فإذا كان المدين معسرا، أو ظاهر العجز عن الوفاء بالدين بأن لم تكن لـه أمـوال

ظاهرة يمكن التنفيذ عليها، فلا فائدة من تمسك الكفيل بحقه ولا مصلحة له في 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، وخلافا للدفع بالتجريد أيضا، لا يلزم لتوافر هذا الشرط الثاني أن يكون عند المدين أموال كافية للوفاء بكل الدين، بل يكفي أن يكون عنده أموال تفي ببعض الدين، فيرجع الدائن على هذه الأموال ثم يستوفى بقية الدين من الكفيل، وفي الدفع بالتجريد تقضي المادة ١/٧٨٩ مدني أنه يجب على الكفيل أن يرشد الدائن الى أموال للمدين تفي بالدين كله.

والشرط الثالث: أن يتمسك الكفيل بالدفع، ويجوز للكفيل أن يتمسك بالدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، وذلك بأن الدفع هو دفع بعده قبول الدعوى، والدفع بعدم قبول الدعوى يجوز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولكن لابد من أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها. (السنهوري ص٨٦)

- **الدفع بالتجريد :** المقصود بتجريد المدين هو منع الدائن من التنفيذ على أموال الكفيل، حتى ينفذ أولاً على أموال المدين، وتنص الفقرة الثانية من المادة ٧٨٨ من القانون المدني على أنه لا يجوز للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق، يدل على أن حق الكفيل في الدفع بالتجريد ينشأ عندما يبدأ الدائن في اتخاذ إجراءات التنفيذ على أمواله، أما قبل ذلك فلا يثبت له هذا الحق خلافا للمدين، والدفع بالتجريد حق منحه القانون الكفيل مراعاة منه لصفة التزامه باعتباره التزاما احتياطيا، أى لا يتعين

عليه الوفاء به إلا إذا لم يف المدين بالتزامه، ويستطيع الكفيل بمقتضى هذا الحق أن يقف إجراءات التنفيذ على أمواله إلى أن يتم التنفيذ على أمـوال المدين ويتضح عدم كفايته لوفاء الدين (سليمان مرقص ص٩٦) وللكفيـل التمسك بالدفع بالتجريد في صورة إشكال أمام المحضر عند التنفيذ علـى أمواله، أو بصحيفة تودع قلم كتاب محكمة التنفيذ، للحكم بصفة مـستعجلة وقف التنفيذ، أو بدعوى تنفيذ موضوعية أو مـستعجلة، وإن لـم يتمـسك الكفيل بالدفع عند توقيع الحجز، فلا يقطع ذلك في تنازله عنـه، وبالتـالي يجوز له أن يتمسك به في مرحلة البيع، لكن إذا قام الدليل على تنازله عنه في مرحلة الحجز، سقط حقه فيه وامتنع عليه التمسك به في مرحلة البيـع ويخضع الدفع بالتجريد للقواعد المقررة في شأن منازعات التنفيذ، فإن قدم كإشكال، ترتب عليه وقف التنفيذ، وهكذا، والمحظور على الـدائن، هـو التنفيذ على أموال الكفيل، أما الإجراءات التحفظيـة كـالحجز التحفظـي ووضع الأختام على تركة الكفيل، فيجوز له اتخاذها لوضع أموال الكفيـل تحت يد القضاء، حتى إذا رجع على المدين وتبين قيامه بتهريب أمواله أو عدم كفايتها، كان للدائن الرجوع على الكفيل بعد صيرورة الحجز تنفيذا أو اتخاذ إجراءات الرجوع عليه، ولكفيل الكفيل التمسك بالدفع ليرجع الـدائن على الكفيل، ما لم يكن الكفيلان متضامنين، غلا يجوز حينئذ لكفيل الكفيل التمسك بالدفع، وينحصر الدفع في الكفيل الشخصي دون الكفيـل العينـي الذي يقدم عينا ضمانا للدين، وبالتالي يكون من حق الدائن التنفيـذ عليهـا كتأمين عيني ولا يكون للكفيل في هذه الحالة الدفع بالتجريد لتعارض الدفع مع الحق العيني التبعي الثابت للدائن، وذلك ما لم يوجد اتفاق يقضي بـأن للكفيل العيني الحق في التجريد عملا بالمادة ١٠٥٠ من القـانون المـدني (أنور طلبة ص٧١٠ وما بعدها).

● **شروط الدفع بالتجريد :** يشترط للتمسك بالدفع بالتجريد توافر أربعة شروط:

الشرط الأول : ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين : كانت المادة ٦١٢/٥٠٢ مدني قديم تنص على أن " للكفيل الغير المتضامن الحق ... في إلزام رب الدين بمطالبة المدين بالوفاء ...."، وتنص المادة ٧٩٣ مدني على أن " لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد "، وذلك لأن التضامن بطبيعته يخول الدائن أن يطالب أيا من المتضامنين بالدين كله دون توقف على مطالبة سائر المتضامنين، أى أن الكفيل الذي يلتزم بالتضامن مع المدين يفرض فيه أنه نزل ضمنا عن حقه في تجريد المدين، فلا يجوز له التمسك بهذا الدفع عند اتخاذ الدائن إجراءات التنفيذ على أمواله، إلا إذا كان مع التزامه بالتضامن قد احتفظ لنفسه بحق التجريد.

وقد قضت محكمة النقض بأن : " الدفع بالتجريد مقصور على العلاقة بين الدائن والكفيل غير المتضامن عند الشروع في التنفيذ على أمواله " (نقض مدني ٦ ديسمبر ١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض ٣٠-٣-١٧١-٣٣٢) ولأن الكفلاء في الكفالة القضائية وفي الكفالة القانونية يكونون دائما متضامنين (م٧٩٥ مدني) يعتبر الأصل فيهم أنه لا يجوز لهم التجريد، ولا يؤثر تضامن الكفيل مع المدين في حق كفيل الكفيل في الدفع بالتجريد إذا لم يكن الكفيل متضامنا مع الكفيل أو مع المدين، فيجوز لكفيل الكفيل أن يطلب تجريد كل من الكفيل والمدين، وكذلك لا يؤثر في ذلك تضامن الكفلاء فيما بينهم إذا لم يكونوا متضامنين مع المدين، فيجوز لكل منهم أن يطلب تجريد المدين مادام ليس متضامنا معه (سليمان مرقص ص١١٣).

الشرط الثاني : عدم النزل عن حق التجريد : حق التجريد منحة خولها القانون الكفيل بحث يجوز له أن يحتفظ بها أن ينزل عنها. فإذا نزل عنها انقضى حقه في استعمالها ولم يجز له الرجع في ذلك (سلمان مرقص ص١١٤) والتنازل قد يتم وقت الكفالة أو بعد انعقادها، كما قد يكون صريحا أو ضمنيا ولكن يجب في الحالتين أن يكون قصد النزول واضحا لا لبس فيه،

والشرط الثالث : أن يتمسك الكفيل بحق التجريد : فيجب أن يتمسك الكفيل بحقه في التجريد (م٢/٧٨٨ مدني) وذلك لأن المشرع لم يقرر الدفع بالتجريد لمصلحة عامة وإنما راعى فيه جانب الكفيل، وعلى ذلك لا يعتبر التجريد من النظام العام ولا يصح بالتالي للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها، وتنص المادة ٢٠٢٢ مدني فرنسي على أنه يجب على الكفيل أن يدفع بالتجريد عند الإجراءات الأولى التي توجه ضده، والمقصود بذلك أن يتمسك الكفيل بحق التجريد قبل الخوض في موضوع الدعوى، وإلا عد نازلا عن التمسك بهذا الحق، ويعتبر خوضا في موضوع الدعوى المناقشة فلا الالتزام المكفول. أما المناقشة في وجود التزام الكفيل أو عدمه فلا يعتبر كذلك ولا يعد نزولا عن الدفع بالتجريد، ولم يكن في التقنين المصري الملغي نص يقابل نص المادة ٢٠٢٢ مدني فرنسي، فاختلفت الآراء، في وجوب العمل بحكم هذه المادة عندنا أو عدمه، وذهب فريق الى وجوب العمل به باعتبار أن الكفيل إذا لم يتمسك بحق التجريد بمجرد اتخاذ الإجراءات ضده عد متنازلا ضمنا عن التمسك به، وذهب فريق آخر الى أن المشرع المصري لم يأخذ بما قرره المشرع الفرنسي وأراد أن يكون هذا الدفع مقبولا في كل وقت ما لم يتركه الكفيل، وأخذت بهذا الرأى الأخير محكمة النقض حيث قضت في ٢١ يناير ١٩٣٧ بأن للكفيل

غير المتضامن الحق في إبداء الدفع بتجريد المدين في أى وقت مناسب، ما لم يصدر منه قول أو فعل أو ترك يدل على تنازله عنه. (المحاماة ١٧-٨٥٧-٤٢٤ ملحق القانون والاقتصاد ٧-٣-٨٩-٣٦ مجموعة القواعد القانونية ٢-٧٦-٣١) وقد اتفق الفريقان على أنه إذا آلت الى المدين بعد مطالبة الدائن الكفيل أموال جديدة، جاز للكفيل أن يطلب التجريد ولو لم يكن قد طلبه بمجرد اتخاذ الإجراءات ضده، إذ لا يمكن في هذه الحالة اعتباره متنازلا عن التجريد لمجرد عدم التمسك به وقت الإجراءات الأولى لعدم توافر شروط التمسك به في ذلك الوقت (سليمان مرقص).

والشرط الرابع : أن يرشد الكفيل الى أموال للمدين تفي بالدين كله :

فلا يكفي أن يطلب الكفيل تجريد المدين، بل يجب أن يدل الدائن على أموال المدين التي يمكن تجريده منها واستيفاء حقه من ثمنها، ويكتفي القانون الفرنسي بأن يدل الكفيل الدائن على أموال للمدين ذات قيمة بحيث يكون التنفيذ عليها منتجا ولو لم يكن كافيا لوفاء الدين كله، ويؤخذ على ذلك أن الدفع بالتجريد يؤدي الى إلزام الدائن بقبول وفاء جزئي خلافا للأصل الذي يخوله أن يرفض كل وفاء جزئي (م١٢٤٤ مدني فرنسي، م٢٣١/١٦٨ مدني مصري قديم، م٣٤٢ فقرة أولى مدني) ولكن الشراح يعللون حكم القانون في هذا الشأن بأنه لا يلحق بالدائن ضررا جسيما لأن الدائن إذا لم يستوف كل حقه من تجريد المدين كان له أن يستوفى الباقي من الكفيل. أما المشرع المصري، فقد راعى عند وضع التقنين الملغي جانب الدائن، وأراد أن يتفادى إلزامه باتخاذ إجراءات التنفيذ مرتين الأولى على أموال المدين ليستوفى منها ما تيسر، والثانية على أموال الكفيل ليستوفى الباقي، فاشترط في قبول الدفع بالتجريد أن تكون أموال المدين الجائز حجزها تفي بأداء الدين بتمامه (م٦١٢/٥٠٢ مدني قديم) وقصد

بذلك أن تفي بأصل الدين وفوائد ومصاريفه، وقد أخـذ واضـعو التقنـين الحالي بذلك أيضا بعد شيء من التردد، فنصوا في المادة ٧٨٩ فقرة أولى على أنه " إذا طلب الكفيل التجريد، وجب أن يقوم على نفقاته بإرشاد الدائن الى أموال للمدين تفي بالدين كله "، وبناء على ذلك يكون الدفع بالتجريـد غير مقبول إذا كانت أموال المدين التي أرشد عنها الكفيل لا تفي بالـدين كله من أصل وفوائد ومصروفات، ويتعين على القاضي قبل أن يفصل في هذا الدفع بالقبول أو الرفض أن يقدر قيمة أموال المدين التي أرشد عنهـا الكفيل وكفايتها أو عدم كفايتها لوفاء الدين بتمامه، وهو في هذا التقـدير لا يخضع لرقابة محكمة النقض. (سليمان مرقص).

من أحكام القضاء:

١- الدفع بالتجريد – قبوله من الكفيل غير المتضامن – شرطه شروع الدائن في التنفيذ على أمواله بسند قابل للتنفيذ وليس مطالبته بالدين، ثبوت أن الطاعن الأول كفيل متضامن مع الطاعن الثانية المدينة الأصـلية وأن المطعون ضده طالبهما معا بالدين المكفول استعمالا لحقه القانوني كـدائن. نعى الطاعنين على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه إذ رفضت الدفع بعدم قبول الدفع بالتجريد (رفضه الدفع بعدم قبول الدعوى لاختصام الكفيل – الطاعن الأول – مع المدينة الأصلية – الطاعنة الثانية – بالمخالفة لما أوجبته المادتان ١/٢٠١ من قانون المرافعـات ٧٨٨ مـن القانون المدني من عدم الجمع بين الكفيل والمدين في كل طلب استـصدار أمر الأداء الواحد، ومن عدم الرجوع إلا بعد تجريد المدين الأصـلي مـن أمواله) يكون على غير أساس.

(الطعن رقم ٤٦١٤ لسنة ٧٠ق ـ جلسة ٢٠٠٢/٥/١٤)

٢- أن التجريد رخصة تخول الكفيل غير المتضامن الحق في أن يمنع التنفيذ على أمواله وفاءا للدين المكفول إلا بعد فشل الدائن في استيفاء حقه جبرا من المدين، ومن ثم فإن التجريد لا يكون إلا في العلاقة بين الدائن والكفيل وبصدد شروع الدائن في التنفيذ على أموال الكفيل ولا يثبت للكفيل المتضامن أما في دعوى عدم نفاذ التصرف التي يقيمها الدائن على مدينه وعلى من تصرف إليهم هذا المدين حسب الدائن – على ما تقضي به المادة ٢٣٩ من القانون المدني – أن يثبت مقدار ما في ذمة مدينه من ديون وحينئذ يكون على المدين المتصرف نفسه أن يثبت أن له مالاً يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها، ويجوز ذلك للمتصرف إليهم أيضا، ولا يعتبر ذلك منهم دعا بالتجريد وإنما هو إثبات لتخلف أحد شروط الدعوى المذكورة وهو تسبب التصرف في إعسار المتصرف أو في زيادة إعساره.

(نقض ١٩٧٩/١٢/٦ طعن ٤١٣س ٤٦ق)

٣- لما كان البين من عقد الكفالة ومن تقرير الخبير المندوب في الدعوى أن الطاعن الأول كفيل متضامن مع المدينة الأصلية – الطاعنة الثانية – وأن المطعون ضده استعمل حقه القانوني كدائن في مطالبتهما معا بالدين المكفول، هذا بالإضافة الى أن الدفع بالتجريد لا يكون مقبولا من الكفيل غير المتضامن إلا عندما يشرع الدائن في التنفيذ على أمواله بسند قابل للتنفيذ وليس عند مطالبته بالدين، ومن ثم فإن النعى على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه إذ رفضت الدفع بعدم قبول الدفع بالتجريد (رفضه الدفع بعدم قبول الدعوى لاختصام الكفيل – الطاعن الأول – مع المدينة الأصلية – الطاعنة الثانية – بالمخالفة لما أوجبته المادتان ٢/٢٠١ من قانون المرافعات، ٧٨٨ من القانون المدني من عدم الجمع بيت الكفيل والمدين في كل طلب استصدار أمر الأداء الواحد، ومن

عدم الرجوع إلا بعد تجريد المدين الأصلي من أمواله) يكون علـى غيـر أساس.

(نقض ٢٠٠٢/٥/١٤ طعن ٤٦١٤ س ٧٠ق)

٤- إن الشارع قد وكل الى المحكمة التي يقدم الكفيل إليها دفعه بتجريد المدين أمر الفصل فيما إذا كان الظاهر من أموال المدين الجائز حجزهـا يفي بأداء الدين بتمامه، ثم الحكم بإيقاف المطالبة الحاصلة للكفيـل إيقافـا مؤقتا أو بعدم إيقافها مؤقتا أو بعدم إيقافها على حسب الأحوال، مع عـدم الإخلال بالإجراءات التحفظية، فلا رقابة لمحكمة النقض على مـا تـراه محكمة الموضوع في ذلك.

(نقض ١٩٣٧/١/٢١ طعن ٧٨ س ٦ق)

٥- أن للكفيل غير المتضامن أن يتمسك في أى وقت يكـون مناسـبا بالدفع بتجريد المدين وذلك ما لم يصدر منه قول أو فعل أو ترك يدل على تنازله عن هذا الدفع، فإذا كان عليه أن يبين للدائن ما عساه يكون للمـدين من مال جائز الحجز عليه لاستيفاء دينه منه، وأن تقديمه لهذا البيان علـى دفعة واحدة وعند البدء في التنفيذ فإن له كذلك أن يبين ما يكـون قـد آل للمدين من مال بسبب جديد، وإذن فإذا كان الكفيل عند إعلانه من الـدائن بتنبيه نزع الملكية قد بادر إلى المعارضة فـي التنبيـه وأعلـن صـحيفة المعارضة للدائن في الميعاد القانونية مبينا له ما يمتلكه المدين مما يجـوز له أن يستند بدينه منه، ثم لما جد للمدين ميراث بادر أيضا إلـى إعـلان الدائن بأن مدينه قد ورث ما يمكنه أن يستد بدينه منه بغير رجوع عليـه، فإنه لا يصح اعتباره متوانيا في الدفع بتجريد المدين من هذا الملك الجديد الذي آل إليه ولا تاركا له بمقولة أنه فاته أن يبديه عند البدء في التنفيـذ،

ولذلك لا تكون المحكمة مخطئة في تطبيق القانون إذا هى بحثت في قيام هذا الملك وإمكان استيفاء الدائن دينه منه.

(نقض ١٩٣٧/١/٢١ طعن ٧٨س ٦ق)

٦- أن هناك مبدأ عاماً يقضى بأن الضامن لا يطالب بالضمان إذا أثبت أن حلوله محل الدائن أصبح متعذراً بفعل هذا الأخير أو حتى بمجرد تقصير منه كما إذا أجرى المكرى إتفاقا مراكنه مع المكترى على فسخ عقدة الكراء التى لم تننه منها وبدون إعلام الضمان بذلك وتمكين المكترى المذكور (وهوالمدين) من إخراج البضاعة التى كانت بالمكترى بدون إجراء حق الحبس الذى خوله القانون وقد ضيع هكذا على الضامن ضمانه ومنع حصول الحلول القانونى بصفة مفيدة كما أنه بفعله هذا قد ضيع حق الإنتفاع بالتسويغ الذى يتبع كسب المدين والذى كان من الممكن للضامن التصرف فيه ولذا فإنه لم يبق مطلوبا بأدنى ضمان تطبيقاً للفصلين ٢٢٦و ٧٨٨ فقرة الثالثة والفصل ١٤٩٨ الفقرة الثانية من المجلة المدنية.

(محكمة التعقيب التونسية- جلسة ١٩٤٤/٥/١٦- مجلة القضاء والتشريع -١٩٦٠ العدد ٩ و١٠-ص١٤١)

٧- الدفع بالتجريد قبوله من الكفيل غير المتضامن شرطه شروع الدائن فى التنفيذ على أمواله بسند قابل للتنفيذ وليس مطالبته بالدين ثبوت أن الطاعن الأول كفيل متضامن مع الطاعنة الثانية المدنية الأصلية وان المطعون ضده طالبهما معا بالدين المكفول إستعمالا لحقه القانونى كالدائن نعى الطاعنين على الحكم المطعون فيه بمخالفته القانون والخطأ فى تطبيقه لرفضه الدفع المبدى منهما بعدم قبول الدفع بالتجريد بالمخالفة للمادتين ٢/٢٠١ مرافعات و ٧٨٨مدنى على غير أساس.

لما كان البين من عقد الكفالة ومن تقرير الخبير المندوب فى الدعوى ان الطاعن الأول كفيل متضامن مع المدينة الأصلية – الطاعنة الثانية –

وان المطعون ضده إستعمل حقه القانونى كدائن فى مطالبتهما معاً بالـدين المكفول، هذا بالإضافة إلى أن الدفع بالتجريد لا يكون مقبولاً من الكفيـل غير المتضامن إلا عندما يشرع الدائن فى التنفيذ على أمواله بـسند قابـل للتنفيذ وليس عند مطالبته بالدين ومن ثم النعى على الحكم المطعون فيـه بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه إذا رفضت الدفع بعـدم قبـول الـدفع بالتجريد (برفضه الدفع بعدم قبول الدعوى لإختصام الكفيـل – الطـاعن الأول – مع المدنية الأصلية – الطاعنة الثانية – بالمخالفة لمـا أوجبتـه المادتان ٢/٢٠١ من قانون المرافعات ، ٧٨٨ من القانون المدنى من عدم الجمع بين الكفيل والمدين فى كل طلب إستصدر أمر الأداء الواحد ومـن عدم الرجوع الا بعد تجريد المدين الأصلى من أمواله) يكون علـى غيـر أساس.

(الطعن ٤٦١٤ لسنة ٧٠ق جلسة ٢٠٠٢/٥/١٤ لم ينشر بعد)

٨- إن مفاد نص المادة ١/٧٨٨ من القانون المدني أنه إذا بدأ الـدائن بالرجوع على الكفيل وحده فللكفيل أن يدفع رجوع الدائن عليـه بوجـوب رجوعه أولا على المدين، ويشترط لذلك ألا يكون الكفيل قد نزل عن حقه في رجوع الدائن على المدين أولا قبل أن يرجع عليه، ذلك أن هذا الحق قد تقرر لمصلحته فله أن ينزل عنه صراحة أو ضمنا في عقد الكفالة أو بعـد ذلك، وأن يكون رجوع الدائن على المدين ذا فائدة، وأن يتمـسك الكفيـل بالدفع لما كان ذلك وكان البين أن الحكم المطعون فيه قـد رفـض دفـع الطاعنة بإخلال المطعون ضده بالتزاماته وأيد الحكم الابتدائي فيما قـضى به من رفض الدفعين بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان ولرفعها علـى غير ذي كامل صفة استنادا إلى ما استخلصه من وثيقة الـضمان وعقـد الاتفاق المبرم بين الطرفين في ٢٠٠٠/٧/٦ والذي تضمن البند الـسادس

منه اتفاقهما على أنه لا يشترط لمطالبة الجمعية الطاعنة بسداد النسبة المتفق عليها بينهما من قيمة القرض المستحق على العميل خلال المدة المشار إليها فيه سوي أن يرفق المطعون ضده بالمطالبة صورة من الإنذار مع محضر الحجز الإداري أو صورة من صحيفة الدعوى المرفوعة على العميل بالمطالبة بمبلغ المديونية، وقد خلا كل من العقد والوثيقة سالفي البيان من وجود ثمة اتفاق بين الطرفين على ضرورة الرجوع على المدين أولا، وأن المطعون ضده قام باستيفاء جميع الإجراءات اللازمة لمطالبة الطاعنة بأن قام بمخاطبتها في ٢٠٠٢/١/٣٠، ٢٠٠٢/٥/٨ بسرعة سداد الدين المطالب به دون جدوى فقام بإنذارها على يد محضر في ٢٠٠٢/١١/١٧ قد أرفق مع المطالبة محضر حجز إداري، وهو ما يكون معه المطعون ضده قد قام باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة قبل رفع الدعوى، وهو استخلاص سائغ له أصل ثابت في الأوراق ومن شانه أن يؤدي إلى النتيجة التي انتهي إليها ويدل على تنازل الكفيل "الطاعنة" عن حقها في الدفع برجوع الدائن على المدين الأصلي أولا قبل الرجوع عليها ومن ثم فإن النعي لا يعدو أن يكون جدلا في شأن سلطة محكمة الموضوع في تقدير الأدلة واستخلاص الصفة في التداعي وهو غير جائز إثارته أمام هذه المحكمة ويضحى النعي على غير أساس.

(الطعن رقم ٤٠٨ ـ لسنة ٧٥ ق ـ تاريخ الجلسة ١٣ / ١٢ / ٢٠٠٥)

* * *

إرشاد الكفيل عن أموال المدين

النص التشريعي (مـادة ٧٨٩):

(١) إذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه ان يقوم على نفقتـه بإرشـاد الـدائن إلى أموال للمدين تفى بالدين كله.

(٢) ولاعبرة بالأموال التى يدل عليهـا الكفيـل إذا كانـت هـذه الأمـوال تقـع خارج الأراضى المصرية أو كانت أموالا متنازعا فيها.

النصوص العربية المقابلة:

هذ المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٧٩٨ ليبى و ٧٥٥سورى و ١٠٢٢عراقـى و ١٠٧٢لبنـانى و٦٧١سودانى و ١٤٩٨ تونسى.

الأعمال التحضيرية:

المادة ١١٤٤٤ مكررة مطابقة للمادة ٧٢١ فقرة أولى من المـشروع الفرنسى الإيطالى ولا مقابل لها فى التقنين الحالى (القديم) ولكن ذلك لـم يمنع القضاء المصرى من الاخذ بحكمها (انظر عـن الأخـص إسـتئناف مختلط ٤ مايو سـنة ١٩١١ ب ٢٣ث ٢٠٠- ١٦ فبرايـر سـنة ١٩١٦ ب٢٨ث ١٥٧- ٢٢ مارس سنة ١٩١٦ب ٢٨ص ٢٠٧* ٨ يونيـة سـنة ١٩٢٢ب ٣٤ص ٤٧٨- ١٥ مايو سنة ١٩٣٣ب ٢٥ص ٤٥) وقـد رأى المشروع من المناسب أن يدعم هذا القضاء ينص صريح.

اما المادة ١١٤٦ فهى تطابق الفقرة الثانيـة مـن المـادة ٧٢١ مـن المشروع الفرنسى الإيطالى.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني- الجزء٥- ص٥٠٢و٥٠٣و٥٠٤و٥٠٥)

رأى الفقه :

١- يستخلص من المادة ٧٨٩ مدنى ومن المادة التى قبلها أن شروط دفع الكفيل بالتجديد ثلاثة:

(١) يجب أن يكون الكفيل قد نزل مقدماً عن الدفع بالتجريد اما عند الكفالة اوبعد ذلك إذا الدفع بالتجريد حق خاص بالكفيل تترد لصالحه فله ان يتنزل أنه وعندئذ لا يجوز له إستعماله بعد هذا النزول وتنص على ذلك صراحة المادة ٢٠٢١ مدنى فرنسى وغنى عن البيان أنه إذا كان الكفيل متضامنا مع المدين فليس له حق التجريد إذا أن قواعد التضامن تنقضى أن يرجع الدائن إذا شاء على الكفيل المتضامن أولاً أما الكفيل غير المتضامن له أن يطلب تجريد المدين إلا إذا قد نزل عن هذا الحق ويكون النزول عن الدفع بالتجريد صريحاً أو ضمنياً.

(٢) يجب ان يتمسك الكفيل بحقه فى التجريد فلايحكم به القاضى من تلقاء نفسه وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٢/٧٨٨ مدنى ولما كان الدفع بالتجريد فى التقنين المدنى الجديد إنما يتعلق بالتنفيذ لا بالمطالبة القضائية فيبدو انه يترتب على ذلك أن الدفع لايكون مقبولاً من الكفيل إلا عندما يشرع الدائن فى التنفيذ عن أمواله بموجب سند مقابل للتنفيذ عنده ويظهر أن الكفيل يستطيع إبداء الدفع بالتجريد عن طريق الإستشكال فى التنفيذ وكذلك يستطيع عقب التنبيه على الكفيل بالوفاء وإيداع قائمة شروط البيع فى العقار أن يبدى الدفع بالتجريد بطريق الإعتراض على قائمة شروط البيع وعلى ذلك إذا لم يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد فى أثناء نظر دعو مطالبة الدائن إياه بالدين لم يعتبر ذلك منه نزولا ضمنيا عن هذا الدفع لان الدفع يتعلق بالتنفيذ لا بالمطالبة ويبقى حق الدفع بالتجريد للكفيل بعد

ذلك وبخاصة إذا وجد للمدين مال يصلح للتنفيذ عليه فيما بعد أن سـكوت الكفيل عن الدفع بالتجريد قبل ان يجد للمدين هذا المـال لايعتبـر نـزولاً ضمنياً عن الدفع فيكون للكفيل ان يدفع بالتجريد إبتداء من شروع الـدائن فى التنفيذ عن ماله إلى أن يتم هذا التنفيذ ما لم ينزل الكفيـل عـن الـدفع صراحة أو ضمناً ويمكن إستخلاص النزول الضمنى عن الدفع عن عـدم تمسك الكفيل به إلى أن يقطع الدائن فى التنفيذ مرحلة كبيرة وعلى كل حال يعتبر النزول الضمنى عن الدفع مـسئولية موضـوعية يقـدرها قاضـى الموضوع فيجوز فى تطبيق النص الحالى والقانون القديم للكفيل التمـسك بالدفع بالتجريد فى أى وقت مالم يصدر عنه يدل على نزوله عنه.

(٣) يجب ان يقوم الكفيل عن نفقته إرشاد الدائن إلى أموال المدين تفى بالدين كله بشرط ان تكون هذه الاموا ل واقعه فى داخل البلاد المـصرية وليس أموال متنازعاً فيها – فيتخلف هذا الشروط إذا أشهر إفلاس المـدين أو إعاره ويجب أن تفى تلك الأموال التى رشد الكفيل عنها بالدين كله لا يجزئه ويصح أن يكون تلك الأموال عقاراً أو منقولاً وأن تكون فى داخل الجمهورية حتى يسهل التنفيذ عليها وإلا تكون متنازعاً فيها لأن الأمـوال المتنازع فيها غير مأمونه العاقبة يصعب التنفيذ عليها وقد تقضى إجراءات قضائية طويلة ومعقدة وأن يكون الإرشاد عن تلك الأموال على نفقة الكفيل لأنه المستفيد من هذا الإرشاد (م٢/٧٨٩مدنى) ومن المـصروفات التـى يتحملها الكفيل فى هذا الصدد مصروفات إستخراج صور المستندات ملكية المدين للأموال التى دل عليها وكذلك مـصروفات الـشهادات العقاريـة الخاصة بهذه الأموال.

(الوسيط ـ ١٠ ـ للدكتور السنهوري ـ المرجع السابق ـ ص١١٥ومابعدها)

٢- تطلب المشرع فى المادة ٧٨٩ مدنى كالتقنين القديم أن تكون أموال المدين كافية لوفاء الدين بتمامه وأضاف فى المادة ٧٨٩ مدنى حكماً أخذ به القضاء بالرغم من عدم التصريح به فى التقنين القديم وهو يقضى بإلزام الكفيل بإرشاد الدائن إلى أموال المدين تفى بالدين كله وبأن يتحمل الكفيل نفقه هذا الإرشاد ويتضح من عبارة النص أنه لا محل لإبرام الكفيل بدفعها مقدماً خاصة وأن مقدار هذه المصروفات يصعب عملاً تعيينه من قبل.

(التقنين المدني – للدكتور محمد علي عرفة- المرجع السابق ص٥٨)

- **وجوب إرشاد الكفيل الدائن إلى أموال المدين تكفي للوفاء بالدين كله :**

إذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله (م١/٧٨٩ مدني) ولا يكفي الإرشاد عن أموال تفي بجزء من الدين فقط أو حتى بمعظم الدين. ذلك بأن أموال المدين إذا كانت لا تفي بالدين كله، اضطر الدائن عند التنفيذ عليها أن يقبل وفاء جزئيا لحقه، ولا يجوز إجبار الدائن على أن يقبل هذا الوفاء الجزئي (م١/٣٤٢) والقانون الفرنسي لا يشترط أن تكون أموال المدين تفي هذه الحالة، إذ لا يناله من ذلك كبير ضرر فهو يرجع فورا على الكفيل ببقية الدين، وقد كان المشروع التمهيدي لنص المادة ١/٧٨٩ مدني مصري لا يتضمن هذا الشرط أسوة بالتقنين المدني الفرنسي، فأضيف الشرط في لجنة المراجعة واستقر في التقنين المدني المصري الجديد، وذلك أسوة بالتقنين المدني المصري السابق (م٦١٢/٥٠٢) الذي كان يشترط هذا الشرط، وأموال المدين التي يرشد إليها الكفيل يصح أن تكون عقارا أو منقولا، ولكن يجب أن تكون مملوكة للمدين، فلا يصح للكفيل أن يطلب تجريد كفيل آخر كفل نفس الدين ولو كان غير متضامن معه، بل الذي صح في هذه الحالة هو التقسيم إذا توافرت شروطه، كما لا يصح أن يطلب كفيل

لمدين متضامن مع مدينين آخرين أن يطلب تجريد هؤلاء المدينين الآخرين، ولا يطلب إلا تجريد المدين الذي كفله (السنهوري ص١٠٠ وما بعدها) وقد نص التقنين المدني المصري الحالي على ذلك حيث نصت المادة ٧٨٩ فقرة ثانية منه بأن " لا عبرة بالأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي المصرية أو كانت أموالا متنازعا فيها "، وبناء على ذلك يكون الدفع بالتجريد مقبولا سواء كانت الأموال التي أرشد إليها الكفيل منقولات أو عقارات مادام التنفيذ عليها لا تكتنف صعوبات خاصة، ومن الصعوبات التي نص عليها التقنين الحالي والتي يترتب عليها عدم التعويل على الأموال التي أرشد إليها الكفيل وقوع هذه الأموال خارج الأراضي المصرية لأن من شأن ذلك أن يجعل التنفيذ يصادف صعوبات جمة تحول دون الوصول الى الغاية المنشودة، وكذلك كون الأموال التي أرشد إليها الكفيل متنازعا فيها، لأن التنفيذ عليها يقتضي من الدائن أن يصفى المنازعة أولاً، ومن شأن ذلك أن يكبده عناء ووقتا ونفقات هو في غنى عن بذلها، ولا يشترط في اعتبار المال متنازعا فيه أن تكون قد رفعت بشأنه دعوى بل يكفي أني قوم في شأنه نزاع جدي (انظر م٤٦٩ فقرة ثانية مدني) لأن ذلك يجعل من المحتمل تعثر إجراءات التنفيذ وإطالتها، ويرى الفقه في فرنسا أن يقيس على ذلك العقارات المملوكة شيوعا لأن التنفيذ عليها يقتضي اتخاذ إجراءات قسمتها أولاً ولا يجوز أن يكلف الدائن اتخاذ هذه الإجراءات. لذا يمكن القول بأنه لا عبرة في قبول الدفع بالتجريد بالأموال التي يرشد إليها الكفيل إذا كانت تلك الأموال غير قابلة للحجز عليها، أو كانت مثقلة بديون مقيدة تجاوز قيمتها، أو كانت لا تترك للدائن المكفول دينه ما يفي كل الدين إذا لم يرشد الكفيل الدائن إلى غير هذه الأموال، لأن إرشاد الكفيل إلى هذه الأموال لا يكون منتجا،

وكذلك لا يكون منتجا إرشاد الكفيل إلى أموال للمدين قابلة للحجز وغير متنازع فيها ولا مثقلة برهون ولو كانت في ذاتها كافية لوفاء الدين المكفول مادام المدين في حالة إفلاس أو في حالة إعسار ثابت يجعل من المؤكد أن تنفيذ أى دائن على هذه الأموال لا يمكن أن يؤدي بسبب تزاحم الدائنين في هذه الحالة إلى تحصيل ذلك الدائن حقه كاملا، وإذن يكفي أن يثبت الدائن أن المدين الأصلي قد شهر لإفلاسه أو إعساره أو أن مجموع أموال المدين غير كاف لسداد جميع ديونه ليجعل الدفع بالتجريد غير مقبول أيا كانت أموال المدين التي يرشد إليها الكفيل (سليمان مرقص ص١٢٣) ويكون إرشاد الكفيل للدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله على نفقة الكفيل، لأنه هو الذي يستفيد من هذا الإرشاد (انظر م١/٧٨٩ مدنني سالفة الذكر) ومن المصروفات التي يتحملها الكفيل في هذا الصدد مصروفات استخراج صور مستندات ملكية المدين للأموال التي دل عليها الكفيل، وكذلك مصروفات الشهادات العقارية الخاصة بهذه الأموال، وقد كان المشروع التمهيدي للمادة ١/٧٨٩ مدني يتضمن نصا يوجب على الكفيل أن يقدم للدائن المبالغ الكافية للقيام بالتجريد، وفي لجنة مجلس الشيوخ عدل النص، فصار واجبا على الكفيل، لا تقديم المبالغ الكافية للقيام بالتجريد، بل القيام بنفقات إرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله، وجاء في تقرير اللجنة ما يأتي " 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 للمدين تفي بالدين كله، ورأت الاكتفاء بأن يتحمل الكفيل نفقة هذا الإرشاد. (السنهوري ص١٠٥).

من أحكام القضاء:

١- التجريد رخصة تخول الكفيل غير المتضامن الحق في أن يمنـع التنفيذ على أمواله وفاءاً للدين المكفول إلا بعد فشل الدائن في استيفاء حقه جبراً من المدين. ومن ثم فإن التجريد لا يكون إلا في العلاقة بين الـدائن والكفيل وبصدد شروع الدائن في التنفيذ على أموال الكفيل ولا يثبت للكفيل المتضامن أما في دعوى عدم نفاذ التصرف التي يقيمها الدائن على مدينـه وعلى من تصرف إليهم هذا المدين حسب الدائن - على ما تقـضى بـه المادة ٢٣٩ من القانون المدني - أن يثبت مقدار ما ذمة مدينه من ديـون وحينئذ يكون على المدين المتصرف نفسه أن يثبت أن له ما لا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها. ويجوز ذلك للمتصرف إليهم أيضاً. ولا يعتبر ذلـك منهم دفاعاً بالتجريد وإنما هو إثبات لتخلف أحد شروط الدعوى المـذكورة وهو تسبب التصرف في إعسار المتصرف أو في زيادة إعساره.

(الطعن رقم ٤١٣ـ لسنة ٤٦ ق ـ تاريخ الجلسة ٦ / ١٢ / ١٩٧٩)

* * *

عدم رجوع الدائن بعد إرشاد الكفيل عن أموال المدين

النص التشريعي (مادة ٧٩٠):

فى كل الأحوال التى يدل فيها الكفيل على أموال المدين يكون الدائن مسئولاً قبل الكفيل عن إعسار المدين الذى يترتب على عدم إتخاذه الإجراءات اللازمة فى الوقت المناسب.

النصوص العربية القابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٧٩٩ ليبى و ٧٥٦سورى و ٦٧٢ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

المادة ١١٤٥ مكررة تطابق نص المشروع الفرنسى الإيطالى (م٧٢٢) الذى نقله بدوره عن المادة ٢٠٢٤ من التقنين الفرنسى وحكمها مجرد تطبيق للقواعد العامة (فى المسئولية).

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني –الجزء٥ـ ص٥٠٨)

رأى الفقه:

١- المفروض أن الدفع بالتجريد الذى أبداه الكفيل قد استوفى فى الشروط المطلوبة وانه قد قبل، فيترتب على ذلك وقت الإجراءات التنفيذ على أموال الكفيل ثم يجب على الدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين التى دل عليها الكفيل فإذا لم يتخذها فى الوقت المناسب كان مسئولا قبل الكفيل عن إعسار المدين الذى يترتب على ذلك كما تقول المادة ٧٩٠ مدنى 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 هو إذن وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل بل انه عند أبداه الكفيل للدفع وقبل الفصل فيه

تقف إجراءات التنفيذ حتى تفصل المحكمة فى الدفع فإذا رفض إستمر الدائن فى إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل اما إذا قبل فانه يمتنع إستمرار الدائن فى إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل ولكن ما تم من هذه الإجراءات يبقى حافظاً لأثاره ويلغى ما إتخذ من إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل عند أبداء الدفع بالتجريد فيلعن مثلاً حجز ما للكفيل لدى الغير ويجب رفع الحجز ويلغى التنبيه بنزع الملكية الذى كما اتخذ ضد الكفيل وما يترتب عليه من آثار وتلغى إجراءات الحجز التنفيذى الواقع على منقولا المدين إذا لم تكن هذه الإجراءات قد تمت ويمتنع على الدائن ان يجرى المقاصة بين إلتزام الكفيل نحوه وإلتزام آخر فى ذمة الدائن للكفيل ولكن ذلك لايمنع الدائن من إتخاذ الإجراءات التحفظية على أموال الكفيل، وقد كان التقنين المدنى القديم ينص على ذلك صراحة ولم يأت القانون الجديد بنص مماثل لان ذلك تطبيق للقواعد العامة فيجوز العمل بالحكم دون نص.

وبعد وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل يجب على الدائن ان يتخذ إجراءات على أموال المدين التى دل عليها الكفيل، ويكون مسئولا لدى الكفيل عن إعسار المدين الذى يترتب علىعدم إتخاذ إجراءات التنفيذ فى الوقت المناسب (م ٧٩٠ مدنى) فإذا دل الكفيل على منقولات المدين وتباطأ الدائن فى إتخاذ إجراءات التنفيذ عليها حتى تمكن المدين من إخفائها أو تهريبها أو تبديدها كان الدائن مسئولاً عما كان يحصل عليه من ثمن هذه المنقولات لو أنه إتخذ إجراءات التنفيذ بمجرد أن دل عليها الكفيل لأن سهولة تهريب المنقولات تقضى إتخاذ إجراءات سريعة للتنفيذ عليها وكذلك يكون مسئولاً عن ترك الغير يكتسب ملكية عقار للمدين بإستكماله مدة التقادم المكسب على الرغم من إرشاد الكفيل عن هذا العقار وفقاً لأحكام

المسئولية التقصيرية وذلك تطبيق للقواعد العامة ويقع عبء إثبات تقصير الدائن على الكفيل.

وعلى الدائن أن يثبت أنه نفذ على جميع الأموال التى أرشد عنها الكفيل وإنه لم يحصل من التنفيذ عليها على حقه كاملا ويثبت ذلك عادة بمحاضر الحجز ومحاضر عدم الوجود.

(الوسيط-١٠- للدكتور السنهوري- المرجع السابق – ص١٢٥ومابعدها)

- **مسئولية الدائن قبل الكفيل عن إعسار المدين :** يجب على الدائن بعد قبول الدفع بالتجريد وفقا للشروط الموضحة بالمادة ٧٨٩ أن يتخذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين التي أرشده عنها الكفيل وذلك في الوقت المناسب وإلا كان مسئولا قبل الكفيل عن إعسار المدين الذي يترتب على عدم اتخاذ إجراءات التنفيذ في الوقت المناسب (أنور طلبة ص٧١٦) فقد يقوم المدين بعد التمسك بالدفع من قبل الكفيل بتهريب أمواله أو إخفائها أو التصرف فيها أو أن يدل الكفيل على عقار للمدين في يد الغير فيتباطأ الدائن في اتخاذ الإجراءات اللازمة لقطع التقادم المكسب حتى تكاملت مدة التقادم للغير وملك العقار بهذا السبب من أسباب كسب الملكية، ففي مثل هذه الأحوال يكون الدائن هو المسئول عن إعسار المدين قبل الكفيل، ولما كان إبداء الدفع بالتجريد يؤدي الى وقت إجراءات التنفيذ حتى يفصل في الدفع، فإذا قبل امتنع على الدائن الاستمرار في التنفيذ على أموال الكفيل ولكن هذا لا يمنع الدائن من اتخاذ الإجراءات التحفظية على أموال الكفيل كقطع التقادم وقيد الرهن وتجديده وتوقيع الحجز التحفظي (أنور طلبة ص٧١٦) وقد كان التقنين المدني السابق (م٦١٢/٥٠٢) ينص على ذلك صراحة، إذ يقول " وحينئذ فللمحكمة الحكم في إيقاف المطالبة الحاصلة للكفيل إيقافا مؤقتا، مع عجم الإخلال بالإجراءات التحفظية "، ولم يرد نص مماثل في

التقنين المدني الجديد، ولكن نص التقنين المدني السابق لـيس إلا تطبيقـا للقواعد العامة، فيجوز العمل بالحكم دون نص فيجوز للـدائن أن يقطـع التقادم بالنسبة الى أموال الكفيل. كما يجوز له أن يفيد رهنا لصالح الكفيل أو أن يجدد هذا القيد، بل يجوز له أن يحصل على حق اختصاص علـى عقار الكفيل بموجب حكم واجب التنفيذ صادر لصالحه ضد الكفيل، فأخـذ حق اختصاص لا يعدو أن يكون إجراء تحفظيا، ولكن لا يجوز لـه بعـد الحصول على حق الاختصاص أن ينفذ على عقار الكفيل إلا بعد تجريـد أموال المدين، وبعد وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل، يجب علـى الدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين التي دل عليها الكفيل ن ويكون مسئولا لدى الكفيل عن إعسار المدين الذي يترتب على عدم اتخاذ إجراءات التنفيذ في الوقت المناسب (م٧٩٠ مدني) أما إذا اتخذ الدائن فـي الوقت المناسب إجراءات التنفيذ على أموال المدين التي دل عليها الكفيـل، فالغالب أنه يحصل من هذا التنفيذ على حقه كـاملا، لأن المفـروض أن الكفيل قد دل على أموال للمدين تفي بالدين كاملا، ومن ثم تبرأ ذمة الكفيل بعد أن استوفى الدائن حقه من أموال المدين، ولكن قد يقع عند تنفيذ الدائن على هذه الأموال لا يحصل الدائن على حقه كاملا فقد تنخفض قيمتها عن الوقت الذي أرشد فيه عنها الكفيل أو ظهر دائنون عاديون قاسموا الـدائن هذه الأموال فإن ذمة الكفيل لا تبرأ إلا بمقدار ما حصل عليه الـدائن أمـا الباقي فيرجع به على الكفيل، ويشترط في هذا الرجوع أن يثبت الدائن أنه رجع على جميع أموال المدين، وذلك بتقديم محاضر الحجز، فـإذا كـان الظاهر منها أن الأموال التي تم توقيع الحجز عليها لا تكفي للوفـاء بكـل الدين، رفض قاضي التنفيذ الدفع بالتجريد في الحدود التي يـتمكن معهـا الدائن من استيفاء باقي دينه من أموال الكفيل، لكن إذا تبين له أن المـدين

معسر ولا توجد له أموال ظاهرة يمكن التنفيذ عليها، وجب رفض الدفع برمته والاستمرار في التنفيذ على أموال الكفيل، أما إذا تبين كفاية الأموال، قضى بقبول الدفع ووقف التنفيذ، ولا يلزم أن يدل الكفيل على أموال المدين عند بدء التنفيذ، إنما يكفي أن يدل على بعض الأموال في ذلك الوقت، ثم يدل على بعض الأموال في ذلك الوقت، ثم يدل بعد ذلك على ما آل المدين من أموال أخرى بطريق الميراث أو الوصية أو غيرهما. (أنور طلبة ص٧١٧).

* * *

الرجوع عند أجتماع الكفالة مع تأمين عينى

النص التشريعي (مـادة ٧٩١):

إذا كان هناك تأمين عينى خصص قانوناً أو إتفاقا لضمان الدين وقدمت كقالة بعد هذا التأمين أو معه ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التى خصصت لهذا التأمين.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٨٠٠ ليبى و ٧٥٧سورى و ١٠٢٣ عراقى و ١٠٧٢ لبنانى و ٦٧٣ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

اقتبس المشروع المادة ١١٤٧ عن المادة ٤٩٥ فقرة ٢ من التقنين السويسرى وقد جاء التقنين الالمانى أيضاً بحكم مشابه لهذا النص فى المادة ٧٧٢ لفقرة ٢ ويمتاز النص الذى اورده المشروع بدقة العبارة بحيث يستبعد أوجه النقد التى اثارها نص التقنين الالمانى والسويسرى فالحكم الوراد بالمادة عام يشمل كل تأمين على من منقول أو عقار، سواء كان هذا التأمين قد خصص لوفاء الدين المكفول وحده أو مع ديون أخرى.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٥ـ ص٥١١)

رأى الفقه:

١- إذا كان هناك تأمين عينى على مال المدين يضمن نفس الدين فيجوز للكفيل غير المتضامن مع المدين ان يطلب التنفيذ على هذا التأمين

العينى قبل التنفيذ على أمواله هو وذلك إذا كان قد إعتمد على هذا التأمين العينى بأن كفل المدين والتأمين العينى موجود أى كفله بعد هذا التأمين أو معه.

والمقصود بالتأمين مال للمدين عقار أو منقولاً، يكون مرهوناً رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً فى الدين أو عليه حق إختصاص أو حق إمتياز ضماناً للدين وإذا كان النص (م٧٩١مدنى) يقول: " إذا كان هناك تأمين عينى خصص قانوناً أو إتفاقاً لضمان الدين فإقتصر على تأمين عينى مصدره القانون أو الإتفاق فإنه لا يجب إبعاد حق الإختصاص ويؤخذ بموجب حكم قضائى لا بالقانون ولا بالإتفاق لأن أحكام الرهن الرسمى تسرى عن حق الإختصاص ولكن يجب إستبعاد المال الذى يباشر عليه الدائن الحق فى الحبس لان الحق فى الحبس ليس بتأمين عينى.

ولا يشترط فى التأمين العينى أن يكون قد خصص لضمان الدين المكفول وحده بل يجوز أن يضمن ديوناً اخرى معه كما تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى وظاهر ان هذه صورة خاصة للدفع بالتجريد.

١- ان يكون هناك تأمين عينى قدمه المدين لضمان دينه ويستوى أن يكون هناك تأمين عن عقار أو منقول مخصصاً لضمان الدين المكفول وحده أو لضمان ديون أخرى معه ويستوى كذلك أن يكون هذا التأمين العينى للوفاء بالدين أو غير كان للوفاء به ويشمل التأمين الرهن الرسمى وحق الإختصاص والرهن الحيازى وحق الإمتياز ولا يشمل الحق فى الحبس.

٢- أن يكون هذا التأمين العينى قد قدمه المدين قبل عقد الكفالة أو معاصراً له أولاً 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 علىالمدين فى التأمين العينى الذى قدمه وفى سائر أمواله ويجب كذلك ألا يكون الكفيل قد نـزل عن حقه فى مطالبة الدائن بالتنفيذ أولاً على المال ترتـب عليـه التـأمين العينى.

٤- ان يتمسك الكفيل بوجوب تنفيذ الدائن اولا على المال الذى ترتب عليه التأمين العينى فلا يجوز للمحكمة ان تقضى بذلك من تلقاء نفسها.

(الوسيط- ١٠- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص١٢٩ ومابعدها)

٢- تقضى المادة ٧٩١ مدنى بأنه إذا وجد التأمين عينى لضمان ذات الدين فيجب إستيفاء الدين منه أولاً ولا يكون هناك محل عند طلب الكفيـل التجريد أن يدل على المال محل التأمين العينى كما أن الحكم الوارد بهـذا النص عام يشمل كل تأمين عينى منقولاً كان أم عقاراً سـواء كـان هـذا التأمين قد خصص لوفاء الدين المكفول وحده أو مع ديون أخرى.

(التقنين المدني – للدكتور محمد علي عرفة – المرجع السابق- ص٥٨٠)

٣- نص المادة ٧٩١ مدنى مستحدث فى قانوننا فليس له مقابـل فـى القانون المدنى القديم وقالت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيـدى أنـه مقتبس من التقنين السويسرى وأن التقنين الألمانى قد جاء بحكم مشابه.

والقاعدة الواردة بهذا النص تعتبر صورة خاصة من الدفع بالتجريـد تتميز على الخصوص بأنه لا يشترط فى المال الذى يجب أن ينفـذ عليـه الدائن قبل أن ينفذ على أموال الكفيل أن يكون كافياً للوفاء بالدين كله.

ويشترط لتطبيق هذا النص:

١- أن يكون هناك تأمين عينى تقرر لضمان الدين المكفول سواء على عقار أو منقول خصص لضمان الدين المكفول وحده اولضمان ديون أخرى معه وسواء كانت قيمة المال الذى يرد عليه التأمين تكفى أو لا تكفى للوفاء بالدين كله وبالرغم من أن النص يقول: " خصص قانوناً أو إتفاقاً " مما يفيد أن المقصود هو حقوق الإمتياز والرهن بنوعيه دون حق الإختصاص حيث لا ينشأ بحكم القانون ولا بالإتفاق وإنما بحكم القاضى إلا أن المسلم مع هذا أن النص يشمل أيضاً حق الإختصاص إذ يسرى على هذا الشرط أنه لا يكفى لأعمال النص أن يكون لدى الدائن مالا يباشر عليه الحق فى الحبس.

٢- ويشترط ان يكون التأمين العينى قد تقرر قبل الكفالة اومعها ذلك ان المحكمة من إلزام الدائن التنفيذ على المال المحمل بالتأمين العينى قبل ان ينفذ على أموال الكفيل هىان الكفيل قد اعتمد على وجود هذا التأمين عند الكفالة.

٣- ويشترط وفقاً للرأي السائد وبالرغم منالظاهر، أن يكون التأمين العينى وارداً على مال مملوك للمدين وإذا كان النص يقول: " إذا كان التأمين عينى خصص قانوناً أو إتفاقا فإن الشراح يستندون فى تطلب هذا الشرط إلى مايلى (أولاً) أن الحكم الوارد بهذا النص ليس الا صورة خاصة من الدفع بالتجريد بدليل أن النص ورد عقب النصوص الخاصة بالتجريد يكون من أموال المدين (ثانياً) أن النصوص التى إستمد منها المشرع المصرى حكم المادة ٧٩١ مدنى تشترط أن يكون التأمين على مال المدين ولو أراد المشرع مخالتفها لأشار إلى ذلك فى المذكرة الإيضاحية كما اشار

إلى النواحى التى خرج فيها عن القوانين التى اقتبس منها (ثالثاً) أن المبادئ العامة تقضى بأن الكفيل الشخصى لايجوز له تجريد الكفيل العينى فكلاهما مسئول عن وفاء دين غيره وإذا وفى أحدهما كان له أن يرجع علىالآخر بقدر نصيبه من الكفالة فلا يجوز القول بتجريد الكفيل العينى ثم يعود هذا الأخير ويرجع على الكفيل الشخصى.

٤- ويشترط كذلك كما فى الدفع بالتجريد بوجه عام أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين.

٥- يلزم كما فى التجريد بوجه عام ان يتمسك الكفيل بالدفع ولو أن المشرع لم يصرح بذلك كما فعل فى المادة ٢/٧٨٨مدنى فالتجريد فى جميع الأحوال مقرر لمصلحة الكفيل فيجب أن يتمسك به ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها كما يجوز للكفيل أن ينزل عن حقه فى التمسك به.

(عقد الكفالة- للدكتور منصور مصطفي منصور- المرجع السابق- ٩٢ ص ومابعدها)

تجريد المدين من التأمين العيني المخصص لضمان الدين المكفول : رأينا أن المادة ٧٩١ مدني قد نصت على أنه " إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانونا أو اتفاقا لضمان الدين، وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه، ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين. فيتضح من نص المادة هذه أنه إذا كان هناك تأمينا عينيا على مال للمدين يضمن نفس الدين، فيجوز للكفيل غير المتضامن مع المدين أن يطلب التنفيذ على هذا التأمين العيني قبل التنفيذ على أمواله هو، وذلك إذا كان قد اعتمد على هذا التأمين العيني بأن كفل المدين والتأمين العيني موجود، أى كفله بعد هذا التأمين أو معه، والمقصود بالتأمين مال للمدين، عقار أو منقول يكون مرهونا رهنا

رسميا أو رهنا حيازيا في الدين، أو عليه حق اختصاص أو حق امتياز ضمانا للدين، وإذا كان النص يقول "إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانونا أو اتفاقا لضمان الدين"، فاقتصر على تأمين عيني مصدره القانون أو الاتفاق، فإنه لا يجب استبعاد حق الاختصاص ويؤخذ بموجب حكم قضائي إلا بالقانون ولا بالاتفاق لأن أحكام الرهن الرسمي تسري على حق الاختصاص، ولكن يجب استبعاد المال الذي يباشر عليه الدائن الحق في الحبس، لأن الحق في الحبس ليس بتأمين عيني، ولا يشترط في التأمين العيني أن يكون قد خصص لضمان الدين المكفول وحده، بل يجوز أن يضمن ديونا أخرى معه، وظاهر أن هذه هي صورة خاصة للدفع بالتجريد، فالكفيل هنا يطلب من الدائن أن ينفذ على التأمين العيني المخصص لضمان الدين قبل التنفيذ على أمواله هو أى أن يطلب تجريد التأمين العيني الذي قدمه المدين أولاً، على أن الكفيل كان له أن يطلب تجريد المدين من أمواله، ولكن هذا التجريد في صورته العامة يشرط فيه أن يدل الكفيل على مال للمدين يكفي للوفاء بالدين كله كما رأينا، أما هنا حيث قدم المدين تأمينا عينيا، فلا يشترط في هذه الصورة الخاصة من التجريد أن يكون التأمين العيني كافيا للوفاء بالدين كله، فحتى لو لم يكن هذا التأمين كافيا، فإنه يجوز للكفيل أن يطلب من الدائن تجريد هذا التأمين العيني واستيفاء جزء من حقه، وما بقى من الدين يستوفيه الدائن من الكفيل، ولكن يبدو أن للكفيل في هذه الحالة أن يدفع بالتجريد في صورته العامة، فيطلب من الدائن عندما يرجع هذا على الكفيل بما يبقى من الدين أن ينفذ على بقية أموال المدين غير المال الذي قدمه المدين تأمينا عينيا ويشرط لذلك أن يدل الكفيل على أموال أخرى للمدين تكون كافية للوفاء بكل الباقي من الدين، وإلا نفذ الدائن بالباقي من الدين على أموال الكفيل

(السنهوري ص١٠٨) ويجب لتطبيق المادة٧٩١ مدني سالفة الذكر توافر خمسة شروط أولها : أن يكون هناك تأمين عيني قدمه المدين لضمان دينه، ويستوي أن يكون هذا التأمين على عقار أو على منقول، مخصصا لضمان الدين المكفول وحده أو لضمان ديون أخرى معه، ويستوي كذلك أن يكون هذا التأمين العيني كافيا للوفاء بالدين، أو غير كاف للوفاء به، ويشمل التأمين العيني الرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي حق الامتياز، ولا يشمل الحق في الحبس (السنهوري ص١١٠)، وثانيها: وأن يكون هذا التأمين العيني قد تقرر على مال مملوك للمدين، ولو أن النص لم يشترط ذلك صراحة بل جاءت عبارته مبنية للمجهول بحيث تتسع لأن يكون تخصيص التأمين العيني لضمان الدين حاصلا من المدين نفسه أو من غيره، ومما يؤيد ضرورة هذا الشرط موضع هذا النص من القانون والأعمال التحضيرية والمبادئ العامة، وأما موضعه من القانون فلأنه قد ورد عقب النصوص المتعلقة بحق التجريد بحيث يدور ملحقا بها ومتمما لها، ولأن التجريد لا يكون إلا بالنسبة الى أموال المدين، ويظهر من الأعمال التحضيرية أن لجنة المرحوم كامل صدقي باشا قد اقتبست هذا النص من المادة ١٠٧٢ من التقنين اللبناني وهى تطابق المادة ١١٣٦ من التقنين المراكشي وقد اشترطت كلتاهما أن يكون التأمين الخاص واردا على مال مملوك للمدين، وأشارت مذكرة المشروع التمهيدي عن نص المادة ١١٤٧ منه (م٧٩١ مدني جديد) الى أنه اقتبس من المادة ٤٩٥ فقرة ٢ من التقنين السويسري وأن التقنين الألماني جاء أيضا بحكم مشابه لهذا النص في المادة ٧٧٢ فقرة ٢ منه، وكلاهما يفترضان أن التأمين الخاص وارد على مال مملوك للمدين، وقالت "أن النص الذي أورده المشروع يمتاز بدقة العبارة بحيث يستبعد أوجه النقد التي أثارها نص التقنين

الألماني والسويسري. فالحكم الوارد بالمادة عام يشمل كل تأمين عيني من منقول أو عقار، سواء كان هذا التأمين قد خصص لوفاء الدين المكفول وحده أو مع ديون أخرى "، فلو أن واضع المشروع قصد أن يحيد عن التقنينين اللذين قارن بهما النص الذي وضعه فيما يتعلق بشروط ورود التأمين الخاص على مال مملوك للمدين لأشار الى ذلك على الأقل في مذكرته الإيضاحية في معرض الموازنة التي عقدها بين نص المشروع والنصوص التي اقتبسه منها، أما المبادئ العامة فتقضي باعتبار كل من الكفيل العيني والكفيل الشخصي في مركز واحد لأن التزام كل منهما التزام احتياطي ولأن كلا منهما إذا وفى الدين كان له أن يرجع على الآخر بقدر نصيبه من الكفالة، وإذا كان الكفيل العيني لا يجوز له أن يطلب تجريد المدين (م١٠٥٠ مدني جديد) مع جواز ذلك الكفيل الشخصي، فلا يوجد ما يسوغ أن يطلب أى من الكفيلين تجريد الآخر، وغاية الأمر أنه يجوز لكل منهما أن يدفع بالتقسيم إذا توافرت شروطه. (سليمان مرقص)، وثالثها : أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين، وإلا وجب تطبيق أحكام التضامن، فيجوز الرجوع على الكفيل قبل الرجوع على المدين في التأمين العيني الذي قدمه وفي سائر أمواله، ويجب كذلك ألا يكون الكفيل قد نزل عن حقه في مطالبة الدائن بالتنفيذ أولاً على المال الذي ترتب عليه التأمين العيني وقد سبق بيان هذا الشرط عند الكلام في حق التجريد بوجه عام، ورابعها : أن يكون التأمين الخاص قد تقرر وقت الكفالة أو قبلها، وذلك لأن الكفيل يكون في هذه الحالة قد اعتمد على التأمين الخاص في وفاء الدين المكفول وقصد أن لا يلتزم إلا بما يجاز قيمة هذا التأمين الخاص، فلا يجوز التنفيذ على أمواله بأكثر مما قصد أن يلتزم به. أما إذا تقرر تأمين خاص بعد الكفالة، فإن الكفيل لا يكون قد اعتمد عليه ولا قصد أن

يقصر التزامه على ما يجاوز قيمة هذا التأمين، فلا محل لإلـزام الـدائن قانونا بتجريد المدين من المال الذي تقرر عليه هـذا التـأمين اللاحـق، وخامسها : أن يتمسك الكفيل بوجوب تنفيذ الدائن أولاً على المـال الـذي ترتب عليه التأمين العيني، لا يجوز للمحكمة أن تقضي بذلك مـن تلقـاء نفسها، وقد سبق بيان هذا الشرط أيضا عند الكلام في حق التجريد بوجـه عام. (منصور مصطفى منصور ص٤٧، الـسنهوري ص١١١، سـليمان مرقص ص١٣٤ وما بعدها).

* * *

مناط تضامن الكفلاء عند تعددهم

النص التشريعي (مادة ٧٩٢):

(١) إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامن فيما بينهم قسم الدين عليهم ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه فى الكفالة.

(٢) أما إذا كان الكفلاء قد إلتزموا بعقود متوالية فإن كل واحد منهم يكون مسئولاً عن الدين كله إلا إذا كان قد إحتفظ لنفسه بحق التقسيم.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ١٠٨ ليبي و٧٥٨ سوري و١٠٢٤ عراقي و ١٠٧٥ لبناني و٦٧٤ سوداني و١٥٠٠ تونسي.

الأعمال التحضيرية:

يتناول المشروع فى هذه النصوص (م ١١٤٨/ ١١٤٩) حق التقديم وقد استبدل المادة ١١٤٨ بالمادة ٥٠٤ / ٦١٦ من التقنين الحالى التى تعرض لمسالتين مختلفتين فهى تبين اولا مدى حق الدائن فى الرجوع على الكفلاء إذا تعددوا أو ما يسمى بالتقسيم بين الكفلاء ومن ناحية أخرى تعرض للتضامن بين الكفلاء وقد رأى المشروع من المناسب أن يبحث هنا مسالة التقسيم على أن يترك التضامن بين الكفلاء للنصوص الخاصة بالكفالة التضامنية على العموم وفيما عدا هذا الحكم الواردة بالمادة ١١٤٨ هو بعينه المقرر فى التقنين الحالى.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء٥ـ ص٥١٤و٥١٥و٥١٦و٥١٧)

رأى الفقه :

١- قد يتعدد الكفلاء للدين الواحد ويخلص من نص المادة ٧٩٢ مدنى أنه لتحديد المقدار الذى يطالب به الدائن كل كفيل عند الرجوع عليه يجب التمييز بين فرضين:

الأول – تعدد الكفلاء بعقد واحد – إذا تعدد الكفلاء وكانوا جميعاً قد إلتزموا كفالة الدين بعقد واحد فالمشرع المصرى يتخذ من وحدة العقد دليلاً بين الكفلاء المتعددين بقرة القانون، فإذا كان الكفلاء ثلاثة مثلاً، وكان الدين تسعمائة جنيه مثلا وكفله الثلاثة بعقد واحد ولم يبنوا فى عقد الكفالة مقدار مايكفل كل منهم من الدين إنقسم الدين عليهم بعدد الرءوس ويكفل كل منهم ثمنمائه جنية فقط وعن ذلك إذا طالب الدائن أى كفيل منهم لم يطالبه الا بمقدار ثمنمائه جنية فقط وإذا طالبه بأكثر من ذلك إستطاع هذا أن يدفع الطلب بتقسيم الدين بل للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بتقديم الدين طلب ولا تقسم على أى كفيل بأكثر من ثلثمائه جنية والدين ينقسم على الكفلاء من وقت إبرام عقد الكفالة لا من وقت حكم المحكمة ولا من الدفع بتقسيم الدين وعلى ذلك إذا اعسر أحد الكفلاء بعد إبرام عقد الكفالة ولو قبل مطالبة الدائن الكفلاء بحقة فليس الدائن أن يوزع حصة الكفيل المعسر على سائر الكفلاء بل يتحمل وحده نتيجة هذا الإعسار.

ولكن يشترط لتقسيم الدين على الكفلاء أربعة شروط :

(١) أن يتعدد الكفلاء (٢) أن يكفل الكفلاء المتعددين ديناً واحد – فإذا كفل كفيلان كل منهما ديناً غير الذى كفله الآخر، لم ينقسم أى الدينين عليهما بل يبقى كل منهما مسئولاً عن كل الدين الذى كلفه وعلى ذلك لا ينقسم الدين على الكفيل وكفيل الكفيل ذلك لأن الكفيل قد كفل الدين الأصلى وكفل

الكفيل دين الكفيل والدين الأصلى دين اخر غير دين الكفيل (٣) أن يكفل الكفلاء المتعددون نفس المدين أو نفس المدينين – فإذا كفل كفيلان كل منهما مدنياً متضامنا بنفس الدين، فقد كفلا ديناً واحداً ولكنهما لم يكفلا نفس المدين إذا كفل كل منهما مديناً غير المدين الذى كفله الآخر وعلى ذلك لا ينقسم الدين بينهما بل يبقى كل منهما مسئولاً عن الدين بكامله ولكن إذا نقل كل من الكفيلين المدينين المتضامنين معاً فقد كفلا ديناً واحداً وكفلا نفس المدينين، وعلى ذلك ينقسم الدين عليهما.

(٤) ألا يكون الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم – ذلك لان المدينين المتضامنين فيما بينهم يمكن الرجوع على اى منهم بكل الدين طبقاً لأحكام التضامن فلا ينقسم الدين عليهم فإذا كان هناك كفيلان يكفلان دينا واحدا فى عقد واحد وكان هذان الكفيلان متضامنين كان كل منهما مسئولا عن كل الدين، أما إذا كان الكفيلان غير متضامنين إنقسم الدين عليهما وصار كل منهما مسئولا عن نصف الدين إذا لم يكن هناك إتفاق على نسبة أخرى وإذا كان احد الكفيلين متضامناً مع المدين ولكنه غير متضامن مع المدين الآخر لم يكن الكفيلان متضامنين فيما بينهما ولكن الكفيل المتضامن مع المدين يكون مسئولا عن الدين كله كالمدين الأصلى الذى تضامن معه فلا يكون له حق التقسيم وكذلك لا يكون له حق التجريد وإنما يثبت حق التقسيم وحق التجريد للكفيل الآخر الذى لم يتضامن مع المدين.

الثانى – تعدد الكفلاء بعقود متواليه وإذا تعدد الكفلاء ولكن بعقود متوالية لا بعقد واحد ولو كانوا جميعا يكفلان ديناً واحداً ومديناً واحدا فالمفروض أن تعدد العقود التى كفلوا الدين بموجبها لا يجعلهم يعتمدون بعضهم على بعض ولما كان كل منهم قد كفل كل الدين بعقد على حدة فقد

أصبح كل منهم مسئولاً عن كل الدين ولكنهم لا يكونون مسئولين بالتضامن بل بالتضامم.

وعلى ذلك إذا طالب الدائن أحد هؤلاء الكفلاء فانه يطالبه بالدين كله لا بجزء منه كما كان يفعل فى الفرض السابق إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد فإنقسم الدين عليهم فإذا إستوفى الدائن الدين كله من احد الكفلاء برئت ذمة الكفلاء الباقين نحوه ولكن الكفيل الذى دفع كل الدين يرجع بدعوى الحلول على سائر الكفلاء كل بقدر نصيبه فى الدين أما إذا لم يستوف الدائن الا جزء من الدين فإنه يستطيع ان يستوفى بقية الدين من ان كفل آخر لأن هذا الكفيل مسئول عن كل الدين فيكون بداهة مسئولا عن بقيته إذا كان الدائن قد إستوفى جزءاً منه ثم يرجع الكفيلان اللذان دفعاً كل الدين بدعوى الحلول على سائر الكفلاء فينقسم الدين عليهم فى النهاية وذلك فى العلاقة فيما بينهم لا فى علاقتهم مع الدائن.

على أنه يجوز أن ينقسم الدين حتى فى علاقة الكفيل بالدائن إذا كان هذا الكفيل وقت ان كفل الدين بعقد على حدة إحتفظ لفنسه بحق التقسيم فمسئولية بعقد على حدة عن كل الدين انما يقوم على قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس وإحتفاظ الدائن بحق التقسيم هوالدليل العكسى المطلوب وفى هذة الحالة لا يجوز للدائن عند مطالبة هذا الكفيل إلا أن يطالبه بجزء من الدين طبقاً لما إحتفظ به فى عقد الكفالة اما أثر الكفلاء الذين لم يحتفظوا بحق التقسيم فتبقى قرينة مسئوليتهم عن كل الدين قائماً بالنسبة إليهم وإذا طالب الدائن جاز له ان يطالبه بكل الدين فإذا دفع الكفيل كل الدين للدائن جاز له الرجوع على سائر الكفلاء ويدخل فيهم الكفيل الذى إحتفظ لنفسه بحق التقسيم كل بقدر حصته فى الدين وذلك بدعوى الحلول ويجوز أن يحتفظ كل كفيل كفل الدين بعقد على حدة لنفسه يحق التقسيم وعند ذلك

ينقسم الدين على جميع الكفلاء كما فى الفرض السابق ويحل إحتفاظ كل منهم بحق التقسيم محل كفلتهم للدين بعقد واحد وفى هذه الحالة لايستطيع الدائن أن يطالب أى كفيل إلا بجزء من الدين طبقاً لما إحتفظ به الكفيل من حق التقسيم نفسه.

(الوسيط ـ ١٠ ـ للدكتور السنهوري ـ المرجع السابق ـ ص ٩٢ ومابعدها)

٢- يتناول المشرع فى نص المادة ٧٩٢ مدنى حق التقسيم والحكم الوارد بها هو بعينه المقرر فى التقنين القديم وإن كان المشرع قد إقتصر على أن يبحث فى هذا النص مسألة التقسيم وحدها ولم يتعرض فيه للتضامن بين الكفلاء، كما فعل التقنين القديم وذلك لأن هاتين المسألتين مختلفتين، فرأى المشرع من المناسب أن يترك التضامن بين الكفلاء للنصوص الخاصة بالكفالة التضامنية على العموم.

(التقنين المدني – للدكتور محمد علي عرفة – المرجع السابق ـ ص٥٨١)

٣- حتى ينقسم الدين – فى تطبيق نص المادة ٧٩٢ مدنى يجب ان تتوافر الشروط التالية:

(١) ان يتعدد الكفلاء

(٢) ان يكون الكفلاء قد كفلوا ديناً واحداً.

(٣) ان يكون الكفلاء قد كفلوا مديناً واحداً (لم يصرح به المشرع)

(٤) الايكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم.

(٥) ان يكون الكفلاء قد إلتزموا بعقد واحد.

فإذا توافرات الشروط السابقة انقسم الدين بين الكفلاء بحكم القانون بمعنى أن كل كفيل لا يلتزم إبتداء إلا بضمان حصته من الدين فقط وإذا لم يتفق فى عقد الكفالة على تقسيم الدين بين الكفلاء على وجه خاص فتكون حصصهم متساوية، أى يقسم الدين على عددهم.

ويترتب على إنقسام الدين بقوة القانون أنه لا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل الا بقيمة حصته فقط، فإذا طالب كفيلا بكل الدين فبالاضافة إلى حق الكفيل فى دفع هذه المطالبة فى أية حالة كانت عليها الدعوى فللمحكمة الا تحكم على الكفيل إلا بحصته فقط ولو لم يتمسك بالتقسيم ولما كان إنقسام الدين بقوة القانون يعنى أن كل كفيل لا يلتزم إبتداء أى منذ إنعقاد الكفالة إلا بحصته فقط فالدائن هو الذى يتحمل نتيجة إعسار أحدهم فليس له أن يوزع حصة من يعسر على الآخرين.

(عقد الكفالة- للدكتور منصور مصطفي منصور- المرجع السابق- ص٥٩ ومابعدها)

- **تعدد الكفلاء:** إذا تعدد كفلاء الدين الواحد وكانوا غير متضامنين فلهم أن يلتزموا جميعا بالكفالة في عقد واحد أو أن يلتزموا بها في عقود متوالية.

- **تعدد الكفلاء بعقد واحد:** إذا تعدد الكفلاء لضمان الدين بموجب عقد واحد ينقسم الدين عليهم بعددهم وذلك بحكم القانون، فإن رجع الدائن على أحدهم بكل الدين كان لهذا الكفيل أن يدفع بتقسيم الدين بينه وبين باقي الكفلاء فيقسم الدين بالتساوي فيما بينهم ولا يلزم كل كفيل إلا بقدر نصيبه من الدين، ويجوز للمحكمة، ولو من تلقاء نفسها، أن تقسم الدين ولا تلزم الكفيل الذي رجع الدائن عليه إلا بقدر نصيبه، ويترتب على ذلك أنه إذا أعسر أحد الكفلاء تحمل الدائن حصة هذا الكفيل، ويشترط لهذا التقسيم انتفاء التضامن بين الكفلاء إذ في حالة التضامن يجوز الرجوع بكل الدين على أى من الكفلاء، وإن كان هناك تضامين بين بعض الكفلاء وبين المدين، جاز الرجوع بكل الدين على أى من الكفلاء المتضامنين مع المدين أما غير المتضامنين فيقسم الدين بالنسبة لهم بعدد الكفلاء جميعا. (أنور طلبة ص٧١٩) ولكن يشترط لتقسيم الدين على الكفلاء ما يلي: ١- أن يكون ثمة

عدة كفلاء لدين واحد في ذمة واحد، فلا محل للتقسيم بين الكفيل والمدين بالرغم من تعدد الملتزمين بالدين لأن المدين يختلف عن الكفيل ولأنه يشترط في التقسيم تعدد الكفلاء لا تعدد الملتزمين. ولا محل كذلك للتقسيم بين الكفيل وكفيل الكفيل لأنهما لم يكفلا دينا واحدا إذ أن محل التزام الكفيل ضمان الوفاء بالتزام المدين ومحل التزام كفيل الكفيل ضمان الوفاء بالتزام الكفيل. ٢- أن يكفل الكفلاء المتعددون دينا واحدا، فإذا كفل كفيلات كل منهما دينا غير الذي كفل الآخر، لم ينقسم أى الدينين عليهما، بل يبقى كل منهما مسئولا عن كل الدين الذي كفله، وعلى ذلك لا ينقسم الدين على الكفيل وكفيل الكفيل، ذلك لأن الكفيل قد كفل الدين الأصلي وكفل كفيل الكفيل لدين الكفيل، والدين الأصلي دين آخر غير دين الكفيل. ٣- أن يكفل الكفلاء المتعددون نفس الدين أو نفس المدينين. فإذا كفل كفيلان كل منهما مدينا متضامنا بنفس الدين، فقد كفلا دينا واحدا ولكنهما لم يكفلا نفس المدين، إذ كفل كل منهما مدينا غير المدين الذي كفله الآخر، وعلى ذلك لا ينقسم الدين بينهما، بل يبقى كل منهما مسئولا عن الدين بكامله، ولكن إذا كفل كل من الكفيلين المدينين المتضامين معا، فقد كفلا دينا واحد وكفلا نفس المدينين، وعلى ذلك ينقسم الدين عليهما. (منصور مصطفى منصور) ٤- ألا يكون الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم، ذلك لأن المدينين المتضامنين فيما بينهم يمكن الرجوع على أى منهم بكل الدين طبقا لأحكام التضامن، فلا ينقسم الدين عليهم. فإذا كان هناك كفيلان يكفلان دينا واحدا ومدينا واحدا في عقد واحد، وكان هذان الكفيلان متضامنين، كان كل منهما مسئولا عن كل الدين. أما إذ كان الكفيلان غير متضامنين. انقسم الدين عليهما، وصار كل منهما مسئولا عن نصف الدين إذا لم يكن هناك اتفاق على نسبة أخرى، وإذا كان أحد الكفيلين متضامنا مع المدين، ولكنه غير متضامن

مع المدين الآخر، لم يكن الكفلان متضامنين فيما بينهمـا، ولكـن الكفيـل المتضامن مع المدين يكون مسئولا عن الدين كله كالمدين الأصلي الـذي تضامن معه، فلا يكون له حق التقسيم، وكذلك لا يكون له حق التجريـد، وإنما يثبت حق التقسيم، وحق التجريد للكفيل الآخر الذي لم يتضمن مـع المدين. (السنهوري ص٧٨) ٥- ألا يكون هؤلاء الكفلاء قد نزلـوا عـن حقهم في انقسام الدين عليهم، سواء كان نزولهم عنه صريحا أو ضـمنيا، ذلك أن انقسام الدين مقرر لمصلحة الكفلاء دون غيرهم وهو غير متعلـق بالنظام العام فيجوز لهم أن ينزلوا عنه، وإنما لا يؤخذ نزولهم بالظن بـل يجب أن يكون واضحا إما من طريق العبارة الصريحة وإما مـن اتخـاذ مسلك لا يدع في الظروف التي حصل فيها مجالا للشك في دلالته. ويعتبر من قبيل النزول عن حق التقسيم سكوت الكفيل عن التمسك به الى أن يحكم عليه بكل الدين، وكذلك قبول الكفيل الالتزام بالتضامن مـع المـدين لأن تضامنه مع المدين يفيد التزامه وحده بكل الدين، وكذلك أيـضا تـضامن الكفلاء فيما بينهم ولو لم يكونوا متضامنين مع المدين لأن تضامنهم فيمـا بينهم يجعل كلا منهم مسئولا عن كل الدين ويحرمه مـن حـق التقـسيم. (سليمان مرقص ص١٣٥).

- **تعدد الكفلاء بعقود متوالية :** وإذا تعدد الكفلاء، ولكن بعقود متوالية لا بعقد واحد، لو كانوا جميعا يكفلون دينا واحدا ومدينا واحدا، فالمفروض أن تعدد العقود التي كفلوا الدين بموجبها لا يجعلهم يعتمدون بعضهم علـى بعض، ولما كان كل منهم قد كفل كل الدين بعقد على حدة، فقد أصبح كل منهم مسئولا عن كل الدين، ولكنهم لا يكونون مـسئولين بالتـضامن بـل بالتضامم (in solidum) وعلى ذلك إذا طالب الدائن أحد هؤلاء الكفلاء، فإنه يطالبه بالدين كله، لا بجزء منه كما كان يفعل في الفرض الـسابق إذا

تعدد الكفلاء بعقد واحد فانقسم الدين عليهم، فإذا استوفى الدائن الدين كله من أحد الكفلاء، برئت ذمة الكفلاء الباقين نحوه، ولكن الكفيل الذي دفع كل الدين يرجع بدعوى الحلول على سائر الكفلاء كل بقدر نصيبه في الدين. أما إذا لم يستوف الدائن إلا جزءا من الدين، فإنه يستطيع أن يستوفى بقية الدين من أى كفيل آخر لأن هذا الكفيل مسئول عن كل الدين كما قدمنا، فيكون بالبداهة مسئولا عن بقيته إذا كان الدائن قد استوفى جزءا منه، ثم يرجع الكفيلان اللذان دفعا كل الدين بدعوى الحلول على سائر الكفلاء، فينقسم الدين عليهم في النهاية وذلك في العلاقة فيما بينهم لا في علاقاتهم مع الدائن. على أنه يجوز أن ينقسم الدين حتى في علاقة الكفيل بالدائن، إذا كان هذا الكفيل وقت أن كفل الدين بعقد على حدة احتفظ لنفسه بحق التقسيم. فمسئولية الكفيل بعقد على حدة عن كل الدين إنما يقوم على قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس. (السنهوري ص١١٢) إذ يجوز لكل لكل من الكفلاء أن يثبت أنه قصد أن يتعاون في ضمان الدين مع سائر الكفلاء وأن يقصر التزامه على نصيبه بينهم، وهذا ما قصده المشرع بقوله "إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم"، ومع أن الأصل في إثبات عكس القرائن القانونية أن يجوز بكافة الطرق بما فيها البينة والقرائن، فإن إثبات عكس هذه القرينة بالذات لا يكون إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها، وذلك لأن محل هذا الإثبات إرادة ذات اثر قانوني أو بعبارة أخرى عمل قانوني، وأن هذا العمل القانوني من شأنه لو ثبت أن يعدل من آثار عقد الكفالة وهى عمل قانوني يجب وفقا للقانون الحالي ثبوته بالكتابة، فلا يجوز إثبات تعديله إلا بالكتابة أيضا أو بما يقوم مقامها. (سليمان مرقص ص١٥٥).

من أحكام القضاء:

١ – حق الدائن فى الرجوع على الكفلاء المتضامنين غير مقيد بـأى قيد فإذا كان الحكم قد إنتهى إلى أن الشريك المتضامن قد أخطأ فى الكفالة التى عقدها مع الغير بإخفائه حقيقة صفته فى النيابة عن شركة ورتب على ذلك أن هذا الغير أصابه ضرر هو حرمانه من تضامن الشركة التى إدعى الشريك أنه يمثلها مع المدين فى الوفاء بالدين – فإنه لايؤثر فى تحقق هذا الضرر القول بملاءة المدين أو الضامنين الآخرين ولا يقبل من الشريك المذكور أن يدفع مسئوليته بالقول بوجود ضمان اخرين مسئولين لأن مسئوليته مردها الخطأ التدليس.

(نقض- جلسة ١٩٥٢/٦/٢٧- مجموعة المكتب الفني – السنة ٨- مدني- ص٦٢٥)

٢ – إن مقتضى التضامم نتيجة تعدد مصدر الدين مع بقاء محله واحداً أنه يجوز الدائن أن يطالب أن مدين بكل الدين ولايجوز للمدين الذى دفع الدين ان يرجع عن مدين آخر بذات الدين لإنعدام الرابطة بينهما ولانه اممما دفع عن نفسه.

(نقض – جلسة ١٩٦١/١١/٢١- المرجع السابق – السنة ١٨- ص١٧١٧)

* * *

لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين الدفع بالتجريد

النص التشريعي (مادة ٧٩٣):

يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٨٠٢ ليبى و ٧٥٩ سورى و١٠٢١عراقى و١٠٦٩ لبنانى و٦٧٥سودانى.

الأعمال التحضيرية:

ولم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي، وقد أضافته لجنة المراجعة نقلا عن المادة ١١٥٧ من لجنة الأستاذ كامل صدقي، وأصبح رقمه ٨٦١ في المشروع النهائي، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦٠، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩٣. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٥٣٤ – ص٥٣٥).

رأى الفقه:

١- رأينا ان للكفيل العادى أن يتمسك بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً وله أن يتمسك أيضاً بتنفيذ الدائن على أموال المدين أولاً وهذا هو الدفع بالتحريد أما الكفيل المتضامن فليس له ان يتمسك بأى من الحقين.

فإذا رجع الدائن على الكفيل المتضامن قبل أن يرجع على المدين فليس للكفيل المتضامن أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب أن يرجع هذا الأخير أولاً على المدين وهذا الحكم هو من أهم أحكام الكفيل المتضامن ومن أجل

هذا جعل الكفيل متضامناً مع المدين فالكفيل المتضامن مسئول عـن كـل الدين كالكفيل العادى ولكنه يختلف عن الكفيل العادى فى أن الدائن يستطيع أن يرجع عليه بكل الدين قبل أن يرجع على المدين فالدائن إذن مخيـر أن شاء رجع على المدين وأن شاء رجع على الكفيل المتـضامن وإذا رجـع على أحدهما فإن ذلك لا يمنعه من الرجوع على الآخر وترك الرجوع على الأول بل الدائن أن يرجع عليهما معاً فى وقت واحـد سـواء كـان بعـد الرجوع على احدهما اما للكفيل العادى فلا يجوز للدائن أن يرجع عليه قبل المدين.

وإذا فعل الدائن ذلك كان الكفيل العادى ان يدفع رجوع الدائن عليـه بوجوب رجوعه اولا على المدين.

كذلك يجوز للدائن ان ينفذ بالدين على أموال الكفيل المتـضامن مـع المدين أولاً ولا يستطيع هذا الأخير أن يتمسك قبل الدائن بحـق التجريـد وهذه مزية أخرى هامة لتضامن الكفيل مع المدين، أما الكفيل العادى فـلا يجوز الدائن ان ينفذ الدين على أمواله أولاً وله أن يتمسك بحق التجريد.

(الوسيط – ١ـ للدكتور السنهوري ص١٤٦و١٤٧و١٤٨)

٢- يشترط – تطبيقاً لنص المادة – ٧٩٣مدنى – أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين ذلك أنه ذلك كما يحرم الكفيل المتضامن الدفع بوجوب مطالبة المدين أولاً يحرم كذلك من الدفع بالتجريد ولكن ليس هناك ما يمنع من الإتفاق فى عقد الكفالة على إحتفاظ الكفيل رغم تضامنه مـع المـدين بحقه فى تجريده.

والضامن الذى يحرم الكفيل من الدفع بالتجريد هو – كما يظهر مـن النص – التضامن مع المدين فإذا كان الكفيل متضامناً مع غيره من الكفلاء فلا تمتنع عليه الدفع بالتجريد مادام غير متضامن مع المدين.

٣- ولايؤثر تضامن الكفيل مع المدين فى حق كفيل الكفيل فى الدفع بتجريد الكفيل إذا لم يكن متضامناً معه ولكن تضامن الكفيل مع المدين يمنع كفيل الكفيل فيما يرى الدكتور منصور مصطفى منصور ولو لم يكن متضامن مع المدين من الدفع بتجريد المدين ما دام الكفيل نفسه لا يستطيع أن يدفع بتجريد المدين وألا يترتب على وجود كفيل الكفيل الإنتقاص من حقوق الدائن.

(عقد الكفالة- للدكتور منصور مصطفي –ص٨٣و٨٤)

- **الكفيل المتضامن مع المدين لا يجوز له أن يطلب التجريد :** لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب تجريد المدين. فإذا رجع الدائن على الكفيل المتضامن قبل أن يرجع على المدين، فليس للكفيل المتضامن أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب أن يرجع هذا الأخير أولاً على المدين، وهذا الحكم هو من أهم أحكام الكفيل المتضامن، ومن أجل هذا جعل الكفيل متضامنا مع المدين. فالكفيل المتضامن مسئول عن كل الدين كالكفيل العادي، ولكنه يختلف عن الكفيل العادي في 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 فإن ذلك لا يمنعه من الرجوع على الآخر وترك الرجوع على الأول، بل للدائن أن يرجع عليهما معا في وقت واحد، سواء كان الرجوع ابتداء أو كان بعد الرجوع على أحدهما، وتنص المادة ١٠٣١ مدني عراقي في هذا الصدد على أنه " إذا كان الكفيل متضامنا مع المدين. فالدائن مخير في المطالبة إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب الكفيل، ومطالبته أحدهما لا تسقط حق مطالبته الآخر، فبعد مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر، وله أن يطالبهما معا، أما الكفيل العادي، فلا يجوز للدائن أن يرجع عليه قبل

المدين، وإذا فعل الدائن ذلك، كان للكفيل العادي أن يدفع رجـوع الـدائن عليه بوجوب رجوعه أولاً على المدين. (السنهوري ص١٢٣).

من أحكام القضاء:

١- حق الدائن فى الرجوع على الكفلاء المتضامنين غير مقيد بأى قيد فإذا كان الحكم قد انتهى إلى أن الشريك المتضامن قد أخطأ في الكفالة التي عقدها مع الغير بإخفائه حقيقة صفته في النيابة عن الشركة ورتب علـى ذلك أن هذا الغير أصابه ضرر هو حرمانه من تضامن الـشركة- التـي ادعى الشريك أنه يمثلها – مع المدين فى الوفاء بالدين فإنه لا يـؤثر فـى تحقق هذا الضرر القول بملاءة المدين أو الضامنين الآخرين. ولا يقبل من الشريك المذكور أن يدفع مسئوليته بالقول بوجود ضمان آخرين مـسئولين لأن مسئوليته مردها الخطأ التدليسي.

(الطعن رقم ٢٢ لسنة ٢٣ ق – تاريخ الجلسة ١٩٥٧/٦/٢٧)

٢- إن الحق في طلب التجريد هو للكفيل العادي لا للمدين ذاته، وأن انتفاءه في حالة الكفيل المتضامن مع المدين يسوغ للدائن الرجـوع علـى أيهما شاء على حد سواء.

(الطعن رقم ١٠١٢ ـ لسنة ٨ ق ـ تاريخ الجلسة ١١ / ٦ / ١٩٦٧)

* * *

تمسك الكفيل بالدفوع

النص التشريعي (مادة ٧٩٤):

يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقه بالدين.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٨٠٣ ليبى و ٧٦٠سورى و ٦٩٠ لبنانى و ٦٧٦ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

المادة ١١٥١ تبحث فى مركز الكفيل المتضامن مع المدين. وقد كان هذا المركز دائما 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 بها الكفيل العادى مع حرمانه من حق التقسيم والتجريد والتشريع المصرى (م٥٠٩/ ٦٢٢) ويجاريه المشروع فى ذلك يؤيد الرأى القائل بأن الكفيل متضامنا أم عاديا له أن يدفع بكل دفوع الدين ما عدا نقص الأهلية إذا كان الكفيل يعلم به ويتفق هذا الرأى فىالواقع مع إتجاه التقنينات الحديثة نحو توسيع حق الكفيل بكل الدفوع التى للمدين حتى الشخصية منها.

كذلك يجارى القضاء المصرى هذا الرأى أيضاً (انظر على الأخص نقض ٦ يونية سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ ص ٢٢٢ رقم ١٥٤- إستئناف أهلى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٦المحاماة ٢٠ ص ١١٦٢رقم ٤٩١ – إستئناف مختلط ١٤فبراير سنة ١٨٩٥ب ٧ص ١٣٧- ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٠ب

١٣ص ٢٣ – ٢٠إبريل سنة ١٩١١ب ٢٣ص ٢٧٣– راجع مع ذلك بنـى سويف ٢٩مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ص ١١٠٠ رقم ٦٠٠).

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٥ـ ص٥٢٥و٥٢٦)

رأى الفقه :

١– أوجه الدفع التى يحتج بها المدين المتضامن منصوص عليها فـى الفقرة الثانية من المادة ٢٨٥مدنى.

أما أوجه الدفع التى يحتج بها الكفيل المتضامن مع المدين فتنص المادة ٧٩٤ مدنى على أنه: " يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك بـه الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين) فالكفيـل المتـضامن فـى التقنين المدنى الجديد ليس فى مركز المدين المتضامن بـل يبقـى كفـيلاً إلتزامه تابع للإلتزام الأصلى ويتفق هذا الحكم كما تقول المذكرة الإيضاحية " مع إتجاه التقنينات الحديثة نحو توسيع حق الكفيل فى التمسك بكل الدفوع التى للمدين، حتى الشخصية منها ولما كان للكفيل المتضامن ان يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين ولما كان الكفيـل غير المتضامن طبقاً للمادة ٨٧٢/ مدنى: " له أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين فإن الكفيل المتضامن مع المدين أن يحتج بأوجه الدفع إلى مدى أبعد مما يحتج به المدين المتضامن فللكفيل المتضامن مع المـدين أن يتمسك ببطلان إلتزام المدين لعيب فى الشكل أو لإنعدام الرضاء أو لعـدم توافر شروط المحل أو لعدم مشروعية السبب لأى سبب آخر من أسـباب بطلان الإلتزام أما المدين المتضامن فإنه لا يستطيع أن يحتج ببطلان إلتزام مدين متضامن آخر إذا كان سبب البطلان خاصاً بهذا المدين الآخر كـان إنعدام رضاء هذا المدين الآخر دون أن ينعدم رضاء بهـذا المـدين الأول وللكفيل المتضامن مع المدين أن يتمسك بإبطال عقد المدين الأصـلى لأن

إلتزامه يكون تبعا لذلك قابلاً للإبطال أما المدين المتضامن فلا يستطيع أن يحتج بقابلية إلتزام مدين متضامن آخر للبطلان إذا كان سبب ذلك راجعاً إلى المدين الآخر 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 وإذا إنقضى إلتزام المدين الأصلى بسبب غير الوفاء كالتجريد أو المقاصة أو إتحاد الذمة أو الإبراء أو التقادم جاز الكفيل المتضامن مع المدين وإلتزامه تابع لإلتزام المدين المتضامن فإنه لا يستطيع أن يتمسك بإنقضاء إلتزامه إلا بقدر حصة المدين المتضامن الذى قام به سبب الإنقضاء وهناك دفوع ترجع إلى مركز الكفيل بإعتباره كفيلاً 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 بخطئه من التأمينات ويتأخر الدائن فى إتخاذ الإجراءات ضد المدين الأصلى وبعدم تقدم الدائن فى تفليسة المدين الأصلى ولا يستطيع المدين المتضامن الإحتجاج بشئ من ذلك.

(الوسيط – ١٠ـ للدكتور السنهوري ـ المرجع السابق ـ ص١٤٨ومابعدها)

٢- تميز المادة ٧٩٤ مدنى حق التجريد للكفيل المتضامن أسوة بما هو مقرر فى التقنين القديم (م٥٠٩/ ٦٢٢) وأن يدفع بكل الدفوع التى للمدين حتى الشخصية منها (كالدفع بالبطلان لعيب فى الرضاء) ماعدا نقص الأهلية إذا كان الكفيل يعلم به (م٧٧٧) ويجارى القضاء المصرى هذا الرأى أيضاً.

وفى هذا يختلف مركز الكفيل عن مركز المدين المتضامن الذى لا يجوز له التمسك بغير دفوعه الشخصية والدفوع المتعلقة بالدين.

(التقنين المدني – للدكتور محمد علي عرفة – المرجع السابق ـ ص٥٨٢)

٣- تقضى المادة ٧٩٤ مدنى بأنه: " يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين ".

والكفيل يتمسك بهذه الأوجه بإسمه هو لاباسم المدين لأن محل إلتزامه هو ضمان تعهد إلتزام المدين فكل ما يؤثر فى هذا الإلتزام يؤثر مباشرة فى إلتزام الكفيل – ويترتب على ذلك مايلى:

اولا – ان يكون للكفيل الحق فى التدخل فى اى وقت فى الدعوى القائمة بين الدائن والمدين ليتمسك بوجه من هذه الأوجه قد لأى يتمسك به المدين نفسه بل للكفيل أن يتمسك بهذه الأوجه بدعوى مبتداة يرفعها على الدائن.

ثانيا – للكفيل أن يتمسك بوجه من هذه الأوجه ولو نزل عنه المدين فيجوز له مثلا ان يتمسك بتقادم الدين المكفول ولو نزل المدين صراحة عن حقه فى التمسك بالتقادم إلا إذا نزل المدين عن حقه فى طلب إبطال العقد القابل للإبطال بأن أجاز العقد، فيمتنع عن الكفيل أن يطلب الإبطال إلا إذا ثبت أن المدين كان متواطئاً مع المدين للإضرار بالكفيل.

(عقد الكفالة – للدكتور منصور مصطفي منصور – المرجع السابق ص٦٣و٦٤)

٤- لم يتعرض نصوص القانون للتفرقة بين الكفيل المتضامن والمدين المتضامن فى علاقة كل منهما بالدائن يتضح أن الفقه والقضاء قد إستقرا على أن إلتزام الكفيل ولو متضامناً يعبتر إلتزاما تابعاً لإلتزام المدين الأصلى بعكس المدين المتضامن الذى يعتبر ملتزماً أصلاً بالدين وقد أقرت محكمة النقض المصرية بجلسة ٢٤/ ٤/ ١٩٥٢ بأنه لا يجوز أن يسوى فى حكمه عن طريق القياس بين الكفيل المتضامن من والمدين المتضامن لأن الكفيل مع المدين لا يصبره مديناً أصلياً بل يبقى إلتزامه تبعياً. وأن

كان لا يجوز له التمسك بإلزام الدائن بمطالبة المدين بالوفاء أو التنفيذ على أمواله أولاً (المحاماة – السنة ٣٤– رقم ١٩٨ – ص٤٥٨).

وعلى ذلك فإن كان الكفيل المتضامن يفقد بعض الحقوق المخولة للكفيل العادى كحق الدفع بالتجريد وحق التقسيم إلا أنه يتمتع بسائر الحقوق الآخرى المتعلقة بالدين والتى يتمتع بها الكفيل العادى (م ٧٩٤ مدنى) وعلى عكس ذلك المدين المتضامن الذى لا يجوز له أن يحتج بأوجه النفع الخاصة بغيره من المدينين.

(الكفالة التضامنية- مقال للدكتور أبو اليزيد- المثبت المحاماه المرجع السابق- ص١١٧٢ومابعدها)

- **الدفوع التي يجوز للكفيل المتضامن التمسك بها :** تنص المادة ٧٩٤ مدني على أنه " يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير لمتضامن من دفوع متعلقة بالدين "، فالكفيل المتضامن إذن في التقنين المدني الجديد ليس في مركز المدين المتضامن، بل يبقى كفيلا التزامه تابع للالتزام الأصلي، ولما كان للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين، ولما كان الكفيل غير المتضامن طبقا للمادة ١/٧٨٢ مدني له أن يتنسك بجميع الأوجه التي يحتج به المدين المتضامن. فللكفيل المتضامن مع المدين أن يتمسك ببطلان التزام المدين لعيب في الشكل أو لانعدام الرضاء أو لدم توافر شروط المحل أو لعدم مشروعية السبب أو أى 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 خاصا بهذا المدين الآخر، كأن انعدم رضاء هذا المدين الآخر دون أن ينعدم رضاء المدين الأول، وللكفيل المتضامن مع المدين أن يتمسك بإبطال عقد المدين الأصلي لأن التزامه

يكون تبعا لذلك قابلا للإبطال. أما المدين المتضامن فلا يستطيع أن يحتج بقابلية التزام مدين متضامن آخر للبطلان إذا كان سبب ذلك راجعا الى المدين الآخر، كأن كان رضاؤه معيبا أو كان هذا المدين الآخر ناقص الأهلية، ويستطيع الكفيل المتضامن مع المدين أن يتمسك بنقص أهلية المدين الأصلي، إلا إذا كان قد كفل هذا المدين بسبب نقص أهليته كما سبق القول، وله أن يتمسك بانقضاء الالتزام بغير الوفاء كالتجديد أو المقاصة أو الإبراء أو اتحاد الذمة أو التقادم، كما يستطيع التمسك ببراءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن من تأمينات كانت مقررة لصالح الدين إذ تأخر في اتخاذ إجراءات التنفيذ ضد المدين وكذلك بما أضاعه بسبب عدم تقدمه في تفليسة المدين، كما يجوز للكفيل التمسك بالدفوع المتعلقة بالتزامه قبل الدائن، كغلط في إبرام الكفالة أو تدليس وقع فيه أو إكراه اضطره إبراء الكفالة، أو لنقص في أهليته هو. فضلا عن الدفوع التي انتظمتها نصوص الكفالة، كالدفع بالتجريد بالنسبة للكفيل غير المتضامن مع المدين والدفع بعدم جواز رجوع الدائن على الكفيل غير المتضامن، والدفع بالرجوع على التأمين العيني أولاً، والدفع بإعسار المدين بعد إرشاد الكفيل عن أمواله، والدفع بعدم التنفيذ لحين تسليم مستندات الدين، والدفع بسقوط حق الدائن في الرجوع على الكفيل خلال ستة أشهر من تاريخ إنذار الدائن باتخاذ الإجراءات، وتتعلق هذه الدفوع بأصل الدين المكفول، وبالتالي تكون دفوعا موضوعية يجوز للكفيل أن يتمسك بها في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ولو لم تتضمنها صحيفة الاستئناف، ما لم يقم الدليل على تنازل الكفيل عنها. (أنور طلبة ص٧٢٧)

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه: " المادة ١١٥١ تبحث في مركز الكفيل المتضامن مع المدين، وقد كان هذا المركز دائما محل خلاف

شديد : هل يعتبر الكفيل المتضامن في حكم المدين المتضامن فلا يجوز له التمسك بغير دفوعه الشخصية والدفوع المتعلقة بالدين دون الدفوع الخاصة بالمدين، أم أن له أن يتمسك بكل الدفوع التي يتمسك بها الكفيل العادي مع حرمانه من حق التقسيم والتجريد؟ والتشريع المصري (م٦٢٢/٥٠٩) ويجاريه المشروع في ذلك، يؤيد الرأى القائل بأن الكفيل، متضامنا أم عاديا، له أن يدفع بكل دفوع الدين، ما عدا نقص الأهلية إذا كان الكفيل يعلم به، ويتفق هذا الرأى في الواقع مع اتجاه التقنينات الحديثة نحو توسيع حق الكفيل في التمسك بكل الدفوع التي للمدين حتى الشخصية منها، كذلك يجارى القضاء المصري هذا الرأى أيضا " (انظر على الأخص نقض ٦ يونيو سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ ص٣٢٢ رقم ١٥٤، استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٨٩٥ ب٧ ص١٣٧، ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٠ ب١٣ ص٢٣، ٢٠ أبريل سنة ١٩١١ ب٢٣ ص٢٣٧، راجع مع ذلك بني سويف ٢٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص١١٠ رقم ٦٠٠ – مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٥٢٥ وما بعدها).

من أحكام القضاء:

١- حيث أنه بالرجوع إلى التعهد آنف الذكر، يتضح أنه خال فعلاً من توقيع للمدعي عليه الأول، وأنه تضمن توقيعاً على الشق الثاني منه منسوباً إلى مورث المدعي عليهم (والد المدعي عليه الأول)، مصدقاً عليه من اثنين من المشايخ، اللذين صدق على إمضاءيهما مأمور مركز الشرطة بتاريخ ٢/ ١٠/ ١٩٥٥، وفيه يتعهد الوالد بطريق التضامن مع المدعي عليه الأول، بدفع مصروفات التعليم بمعهد المعلمين الكائن بمبنى المدرسة الجامعة للصناعات بمصر الجديدة، بمقدار ٢٠ ج عن كل سنة دراسية

أو جزء منها، إذا لم يقم المدعي عليه الأول بالتدريس مدة الخمس سنوات التالية لإتمام الدراسة به: حسب الشروط التي تقررها وزارة التربية والتعليم – وبالرجوع إلى شهادة ميلاد المدعي عليه الأول، المودعة ضمن مصوغات تعيينه، في ذات الملف المقدم من إدارة قضايا الحكومة، يتضح أنه مولود في ١٣/ ٧/ ١٩٣٢.

ومن حيث أنه يبين من ذلك أن المدعي عليه الأول كان بالغاً سن الرشد في تاريخ تحرير ذلك التعهد، ومع ذلك لم يوقع عليه مما لا يتأتى معه القول بنشوء الالتزام الوارد فيه قبله خاصة وأن إدارة قضايا الحكومة قررت بجلسة ٣١/ ١٠/ ١٩٧١ أمام المحكمة، عدم وجود لائحة تلزم المدعى عليه الأول برد مصروفات دراسته بالمعهد آنف الذكر، في حالة عدم قيامه بالتدريس مدة الخمس سنوات اللاحقة لتخرجه فيه، كما أن محامى المدعي عليهم لم يبد دفاعه في الدعوى على أساس التسليم بقيام التزاماتهم الواردة بالمعهد المذكور، بل على النقيض من ذلك أنكر قيام هذه الالتزامات، بل وأنكر توقيع أي من المدعى عليه الأول أو المرحوم والده على هذا التعهد. فلا يكفى مجرد التحاق المدعي عليه الأول بذلك المعهد وقبول الوزارة المدعية ذلك، القول بانعقاد عقد غير مكتوب بين المدعي عليه الأول وهذه الوزارة يتضمن التزام المدعي عليه الأول بالقيام بالتدريس مدة الخمس سنوات اللاحقة لتخرجه فيه، وإلا التزم برد جميع مصروفات دراسته بالمعهد المذكور بمقدار ٢٠ ج عن كل سنة دراسية – مما يتعين معه رفض الدعوى بالنسبة إلى المدعى عليه الأول.

ومن حيث أنه بالنسبة للمرحوم والد المدعي عليه الأول ومن بعده ورثته، فإنه بغض النظر عن إنكار محامى ورثته لتوقيعه الوارد في الشق الثاني من التعهد سالف الذكر فإن تكييف وضعه قانوناً في هذا التعهد، أنه

كفيل متضامن، على ضوء نص المادة ٧٧٢ من القانون المدني مما يجوز له معه، تطبيقاً للمادة ٧٩٤ من هذا القانون، التمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين. والمادة ٧٧٦ من هذا القانون تنص على أنه "لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً". كما أن المادة ٧٨٢ منه تنص في فقرتها الأولى على أنه "يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين". وهو ما ينتهي إلى عدم قيام التزام قبل هذا الوالد أو ورثته من بعده، برد مصروفات الدراسة التي يطالب بها المدعى في هذه الدعوى. مما يتعين معه رفض الدعوى كذلك بالنسبة إلى سائر المدعي عليهم.

(الطعن رقم ٤٢٢ـ لسنة ٢٢ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٢ / ٠١ / ١٩٧٢)

٢- إلتزام الكفيل – متضامناً كان أو غير متضامن – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو التزام تابع لإلتزام المدين الأصلي فلا يقوم إلا بقيامه.

(الطعن رقم ١٧١٧ ـ لسنة ٤٩ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٤ / ٠١ / ١٩٨٤)

٣- التزام الكفيل متضامنا أو غير متضامن – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – وهو التزام تابع لالتزام المدين الأصلي فلا يقوم إلا بقيامه إذ لا يسوغ النظر في إعمال أحكام الكفالة على التزام الكفيل قبل البت في التزام المدين الأصلي، وللكفل أن يتمسك في مواجهة الدائن بما يستطيع المدين أن يتمسك به إعمالا لنص المادتين ٧٨٢/١، ٧٩٤ من القانون المدني، فكل ما يؤثر في الالتزام الأصلي يؤثر في التزام الكفيل.

(الطعن رقم ٤٧٤٦ـ لسنة ٦١ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٧ / ٠٦ / ١٩٩٢)

* * *

التضامن بين الكفلاء فى الكفالة القضائية أو القانونية

النص التشريعي (مـادة ٧٩٥):

فى الكفالة القضائية أو القانونيه يكون الكفلاء دائماً متضامنين.

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٨٠٤ ليبى و ٧٦١سـورى و ١٠٣٠عراقـى و ١٠٦٩ لبنـانى و٦٧٧ سودانى.

الأعمال التحضيرية :

لم تعرض التقنين الحالى للكفالة التضامنية فىنصوص منفصلة قائمـة بذاتها بل أورد أحكامها متفرقة فـى المـواد ٤٩٨/ ٦٠٨و ٤٩٩ / ٦٠٩و ٥٠٢/ ٦١٢و ٥٠٤/ ٦١٥- ٥٠٦٦١٦/ ٦١٨ وقد تفادى المشروع.

فالمادة ١١٥٠ تبين حالات الكفالة التضامنية والأحكام الـواردة بهـا متفقة مع التقنين الحالى فالفقرة الأولى التى تقرر وجوب إشتراط التضامن بين الكفيل والمدين صراحة تطابق الفقرة الأخيرة من المـادة ٤٩٨/ ٦٠٨ ،والفقرة الثانية تقرر وجوب إشتراط التضامن ما بين الكفـلاء الملتـزمين بعقد واحد وهو الحكم الوارد بالمادة ٥٠٤ فقرة اولى / ٦١٥ امـا الفقـرة الثالثة وهى التى تنص على التضامن فى الكفالة القـضائية فحكمهـا وارد بالمادة ٤٩٩/ ٦٠٩ غير أن المشروع جعل النص عاماً شاملاً فأضاف إلى الكفالة القضائية الكفالة القانوينة.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني –جزء٥ـ ص٥٢٨)

رأى الفقه :

١- يفهم من نص المادة ٧٩٥ مدنى أنه متى قدم المدين للدائن كفيلاً يكفل الدين بموجب حكم قضائى، أو بموجب نص فى القانون كان هذا الكفيل متضامناً مع المدين.

وعلى ذلك يكون مصدر التضامن مابين الكفيل والمدين هو نفس مصدر التضامن مابين المدينين الأصليين فيكون المصدر إذن هو الإتفاق أو القانون.

المصدر الأول – الإتفاق: وأكثر ما يكون تضامن الكفيل مع المدين مصدره الإتفاق فيشترط الدائن تضامنهما معاً وهذا الذى يقع فى العمل غالباً فالتضامن بين الكفيل والمدين وإن كان من الناحية النظرية ليس هو الأصل إذ لابد من إشتراطه إلا أنه من الناحية العملية هو الذى يقع فى المادة فيشترط الدائن عادة تضامن الكفيل مع المدين ويصح أن يكون إشتراط الدائن التضامن فى العقد ذاته الذى أنشأ الدين وهذا هو الغالب كما يصح أن يكون فى عقد مستقل يأتى تالياً لعقد الدين كما إذا كانت الكفالة فى عقد مستقل يأتى تالياً لعقد الدين فيشترط الدائن فيه التضامن فإذا لم يشترط التضامن فسر العقد لمصلحة الكفيل فيكون غير متضامن مع المدين، وشرط التضامن قد يكون ضمنياً ولكنه لا يفترض ويثبت شرط التضامن وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات وعند الشك فى قيامه يعتبر أن التضامن غير موجود.

المصدر الثانى: - القانون: كما فى الكفالة القضائية والكفالة القانونية (م٧٩٥ مدنى) كما فى التضامن فى الأوراق التجارية (م ١٣٧ و ١٢٩ تجارى و ١/١٣ يجرى).

وقد يتعدد الكفلاء ويكونون متضامنين فيما بينهم، وغير متضامنين مع المدين ومصدر هذا التضامن هو الإتفاق أو القانون.

ويجوز أن يكون الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين فى وقت واحد وهذا هو الغالب، أو غير متضامنين معه اوبعضهم فقط.

ويجوز ان يتعدد الكفلاء والمدينون فى دين واحد ويكون المدينون متضامنين فان كان الكفلاء أيضاً متضامنين فيما بينهم ولكنهم غير متضامنين مع المدينين المتضامنين لم يكن لهؤلاء المدينين 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 متوالية لم يكن لهم حق التقسيم إلا إذا إحتفظ اى منهم بهذا الحق فيكون له ولكن لهم حق التجريد لأنهم غير متضامنين مع المدينين المتضامنين فإذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين أيضاً مع المدينين المتضامنين لم يكن لهم لاحق التقسيم ولا حق التجريد.

ويطبق على الكفلاء المتضامنين فيما بينهم وكذلك على الكفيل المتضامن مع المدين بوجه عام أحكام التضامن.

ففيما يتعلق بالكفلاء المتضامنين قيماً 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 ان يطالب ايا من الكفلاء المتضامنين فيما بينهم بكل الدين ويرجع ذلك إلى فكرة وحدة الحل ويجوز لكل كفيل أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به بأوجه الدفع المشتركة بين الكفلاء جميعا

ولكن ليس له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بكفيل آخر أما إذا إنقضى إلتزام أحد الكفلاء بسبب غير الوفاء كتجريد أو مقاصة أو إتحاد ذمة أو إبراء أو تقادم فإن أثر إنقضاء الإلتزام يقتصر عليه ولا يحتج أن كفيل آخر بهذا السبب إلا بقدر حصة الكفيل الذى قام به سبب الإنقضاء ويرجع ذلك إلى فكرة تعدد الروابط وهناك نيابة تبادلية بين الكفلاء المتضامنين فيما بينهم فيعتبر كل كفيل ممثلاً للكفلاء الآخرين ونائباً عنهم فيما ينفعهم وفيما 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 بما له من حق الحلول قد يرجع بدعوى الدائن.

وفيما يتعلق بالكفيل المتضامن مع المدين يكون الإثنان 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 للعادى (أى غير المتضامن مع المدين) فى أنه خاص ليس له أن يتمسك بحق التجريد ثم يختلف عن المدين المتضامن فى الدفوع التى يستطيع ان يحتج بها فنقارن الكفيل المتضامن بالكفيل العادى من جهة، ثم نقارنه بالمدين المتضامن من جهة أخرى.

(الوسيط ـ ١٠ ـ للدكتور السنهوري ـ المرجع السابق ـ ص١٣٩ ومابعدها)

٢- المادة ٧٩٥ مدنى وارد بالمادة ٤٩٩/ ٦١٥ من التقنين القديم غير ان المشرع جعل النص عاما وأضاف إلى الكفالة القضائية بالكفالة القانونية وجعل التضامن حتميا فى كل منهما.

٣- نص القانون صراحة على عدم جواز دفع الكفيل المتضامن بتجريد المدين وهذا هو فيصل التفرقة بين الكفيل العادى و الكفيل المتضامن فالكفيل العادى طبقاً للمادة ٧٧٢ مدنى يلتزم بالوفاء إذا لم يف

به المدين نفسه معنى ذلك ان الدائن يرجع اولا على المدين وليس على الكفيل الذى يعتبر إلتزامه تابعا لإلتزام المدين ولا يرجع عليه إلا إذا عجز هذا الأخير عن الوفاء والا دفع الكفيل العادى بالتجريد وعلى العكس من ذلك الكفيل المتضامن لانه قد تعهد بالوفاء إذا ما رجع عليه الدائن وهذا لأن التضامن لا يفترض بل يجب الإتفاق عليه (أما الكفالة القانونية أو القضائية فهى دائماً تضامنية بصريح المادة ٧٩٥ مدنى) وعند الشك يجب القول بعدم التضامن، إذن العلة فى عدم إعطاء الكفيل المتضامن حق الدفع بالتجريد ترجع إلى إلتزامه بالتضامن مع المدين فى الوفاء وعلى الدائن الرجوع على أحدهما للوفاء بالإلتزام.

وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية بان الكفيل المتضامن يلتزم طبقاً لقواعد التضامن، وللدائن إما أن يرجع بالدين على المدين الأصلى أو على الكفيل المتضامن.

ولايشترط لكى يكون الكفيل متضامن إستعمال ألفاظ معينة بل يشترط أن تكون صيغة العقد دالة دلالة صريحة علىوجود التضامن وهذا يتفق أيضاً مع ما جاء بنص المادة ٢٧٩مدنى فى أن التضامن لا يفترض بل يكون بناء على إتفاق أو نص القانون وإلا فالكفالة تعتبر عادية.

والإتفاق بين المتعاقدين على التضامن لايشترط ان يكون بصريح العبارة بل يرجع هذا إلى نية المتعاقدين وعلى القاضى أن يستنتجها دون أن يتوسع فى تفسيرها.

وحتى تعرف ماهية الإتفاق الذى يجعل الكفيل متضامنا مع المدين فعلينا الرجوع إلى القواعد العامة للعقود حيث يتضح لنا ان وسائل التعبير عن الإرادة العامة وباى طريقة يستدل منها على نية المتعاقدين فكما قد يكون بصريح العبارة قد تكون ضمنية كما إذا تنازل الكفيل مقدماً عن حق

الدفع بالتجريد أو كمن يقدم عقاره كرهن رسمى لدين على المدين وعلى قاضى الموضوع أن يبحث عن النية الحقيقية للمتعاقدين لأنه يرتبط بها كإرتباطه بالقانون (م١٤٧/١مدنى).

وحيث ان الإتفاق هو جوهر عقد الكفالة المميز بين حالة التضامن وغيرها فانه احتراما لمبدأ الإرادة يلتزم القاضى بما إتفق عليه الطرفان، إذا لم يكن إتفاقهما فيه مخالفة للنظام العام اوالاداب العامة.

يخلص من ذلك ان الدائن له أن يرجع أما على الكفيل المتضامن وأما على المدين الأصلى أيهما يشاء ولا يستطيع الكفيل المتضامن الدفع بتجريد المدين وفى هذا يتحدد مركز الكفيل المتضامن بالمدين المتضامن.

(الكفالة التضامنية- مقال الدكتور أبن اليزيد المثبت- المرجع السابق- ص١٢٧١و١٢٧٢)

٤- إن إلتزام الكفيل الدائن بضمان تنفيذ الإلتزام الأصلى ينشأ دائما من عقد الكفالة ولهذا تعتبر الكفالة من حيث مصدر إلتزام الكفيل دائما إتفاقية.

وقد يقدم المدين لدائنه كفيلاً يضمنه دون أن يكون ملتزم بذلك من قبل ولكن قد يكون المدين ملتزم بتقديم كفيل للدائن اما بنص القانون أو بحكم القضاء أو بمقتضى عقد بينه وبين الدائن وعندئذ يكون إلتزام المدين قانونياً أو قضائياً أو إتفاقياً وتوصف الكفالة التى تتم تنفيذا لهذا الإلتزام تجوزاً بأنها قانونية أو قضائية أو إتفاقية تبعا لمصدر إلتزام الدين بتقديم كفيل.

وللتفرقة بين أنواع الكفالة هذه اهميتها إذ ينص المشرع فى المادة ٧٩٥ مدنى على أنه: " فى الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائما متضامنين فإلتزام الكفيل فى الكفالة القضائية أو القانونية اشد منه فى الكفالة إلا تفاقية إذ يعتبر متضامنا بحكم القانون أى دون حاجة إلى إشتراط التضامن فى عقد الكفالة فى حين أن الكفيل فى الكفالة الإتفاقية لا يكون

متضامناً إلا إذا إتفق على ذلك فى عقد الكفالة والمحكمة من هذا التشديد هى تحقيق أكبر قدر من الحماية للدائن تلك الحماية التى تستوجبها الظروف التى اقتضت فرض إلتزام على المدين بالنص أو بحكم القاضى تقديم كفيل وإذا تعدد الكفلاء فى الكفالة القانونية أو القضائية فيعتبر كل منهم متضامنا بحكم القانون أى دون حاجة إلى إشتراط التضامن فى عقد الكفالة فى حين أن الكفيل فى الكفالة الإتفاقية لايكون متضامنا إلا إذا إتفق على ذلك فى عقد الكفالة والحكمة من هذا التشديد هى تحقيق أكبر قدر من الحماية للدائن تلك الحماية التى تستوجبها الظروف التى إقتضت فرض إلتزام المدين بالنص أو بحكم القاضى بتقديم كفيل وإذا تعدد الكفلاء فى الكفالة القانونية أو القضائية فيعتبر كل منهم متضامناً مع المدين ومتضامناً مع غيره من الكفلاء.

وإذا إلتزم المدين بتقديم كفيل سواء بنص القانون أو بحكم القاضى الإتفاق فيجب ان ينفذ هذا الإلتزام على الوجه الذى يحق الغرض منه ولهذا يشترط القانون فى الكفيل الذى يقدمه المدين شروطا خاصة ومن ناحية اخرى فإذا كان الغرض من الإلتزام بتقديم كفيل هو الوصول إلى ضمان تنفيذ الإلتزام فيكفى لتحقيق هذا الغرض ان يقدم الملتزم تأميناً كافياً غير الكفالة.

(عقد الكفالة للدكتور منصور مصطفي المرجع السابق ص ١٧و١٨)

- **تضامن الكفلاء في الكفالة القضائية أو القانونية :** والكفالة القضائية هى التي يلتزم فيها المدين بتقديم كفيل بمقتضى حكم من القضاء. أما الكفالة القانونية هى التي يلتزم فيها المدين بتقديم كفيل بمقتضى نص في القانون، ويتبين من نص المادة ٧٩٥ مدني سالفة الذكر أن كلا من الكفيل القضائي والكفيل القانوني يكون دائما وبحكم القانون متضامنا مع المدين، فمتى قدم المدين للدائن كفيلا يكفل الدين، بموجب حكم قضائي أو بموجب

نص في القانون، كان هذا الكفيل متضامنا مع المدين، وعلى ذلك تكون هذه الحالة هى إحدى حالات تضامن الكفيل مع المدين، وقد قررها القانون بنص صريح.

أما في الكفالة الاتفاقية فلا يكون ثمة تضامن إلا إذا اتفق على ذلك صراحة ولا يجوز التوسع في تفسير عبارات الاتفاق ويفسر الشك لمصلحة الكفيل أى أنه يحمل على عدم التضامن. (سليمان مرقص ص١٣٩) وبناء على ما تقدم 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 معا، وهذا الذي يقع في العمل غالبا، فالتضامن بين الكفيل والمدين وإن كان من الناحية النظرية ليس هو الأصل إذ لابد من اشتراطه، إلا أنه من الناحية العملية هو الذي يقع في العادة، فيشترط الدائن عادة تضامن الكفيل مع المدين، ويصح أن يكون اشتراط الدائن للتضامن في العقد ذاته الذي أنشأ الدين وهذا هو الغالب، كما يصح أن يكن في عقد مستقل يأتي تاليا لعقد الدين. كما إذا كانت الكفالة في عقد مستقل يأتي تاليا لعقد الدين فيشترط الدائن فيه التضامن، سواء كان الاتفاق على التضامن واقعا في العقد الذي أنشأ الدين أو كان تاليا له، فإنه لا يجوز افتراض وجود التضامن دون الاتفاق على ذلك اتفاقا واضحا لا شك فيه، فإذا لم يشترط الدائن التضامن، فسر العقد لمصلحة الكفيل فيكون غير متضامن مع المدين، وشرط التضامن قد يكون ضمنيا، إذ الشرط الضمني غير الشرط المفترض، فالتضامن لا يجوز أن يقوم على شرط مفترض ولكن يجوز أن يقوم على شرط ضمني ويترتب على عدم جواز افتراض التضامن أن من يدعى قيام التضامن عليه أن يثبت وجوده، ويثبت

شرط التضامن طبقا للقواعد العامة في الإثبات، وعند الشك في قيام التضامن يعتبر أنه غير موجود. (السنهوري ص١١٨) (المصدر الثاني) القانون: فقد يكون القانون هو مصدر التضامن كنص المادة ٤٤٢ تجاري فيلتزم ساحب الكمبيالة وقابلها ومحيلها قبل الحامل الوفاء متضامنين، والمادة ٤٢٠ تجاري إذا كانت الكفالة عن ضمان أوراق تجارية فيكون الكفيل متضامنا مع المدين، وفي حالة تقديم كفيل عندما يقرن النفاذ المعجل للحكم بشرط الكفالة. (أنور طلبة ص٧٢٩).

- **تعدد الكفلاء :** قد يتعدد الكفلاء، ويكونون متضامنين فيما بينهم وغير متضامنين مع المدين، ومصدر تضامن الكفلاء فيما بينهم هو أيضا، كمصدر تضامن الكفيل مع المدين فيما قدمناه، الاتفاق أو القانون.

ويجوز أن يكون الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين في وقت واحد، وهذا هو الغالب، فيكون الكفلاء والمدين متضامنين جميعا، الأولون باعتبارهم كفلاء والأخير باعتباره مدينا أصليا، ويجوز أن يكون كل الكفلاء المتعددين متضامنا مع المدين، دون أن يكون هؤلاء الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم، فلو أن مدينا واحدا كان له كفيلان، وكان كل كفيل متضامنا معه، فإن الكفيلين لا يكونان متضامنين فيما بينهما، مع أن كل كفيل منهما متضامنا مع المدين، ولكن مع ذلك يسري 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 إن كلا منهما مسئول عن كل الدين بحكم تضامنه مع المدين، ويجوز أن يتعدد الكفلاء، ويكون بعضهم متضامنا مع المدين وبعض آخر غير متضامن معه، فلو أن مدينا واحدا 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 في الدين، ويكون له أيضا حق التجريد. (السنهوري ص١٢٧) وإذا كان هناك مدينان متضامنان، كفل أحدهما كفيل وكفل الثاني كفيلان بعقد واحد، فإن كفيل المدين الأول يكون مسئولا عن كل الدين لأنه كفل مدينا متضامنا مسئولا عن كل الدين. أما كفيلا المدين الثاني فينقسم 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 ص١١٤) مفاد ما تقدم أنه في حالة تعدد الكفلاء، فقد يكونون متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين، وقد يكونون متضامنين مع المدين، وقد يكون بعضهم متضامنا مع بعض ومع المدين وقد يكون هذا البعض متضامنا فيما بينهم وغير متضامن مع المدين، وقد يكون كل كفيل غير متضامن مع الكفلاء الآخرين ولكنه متضامنا مع المدين، وقد تتوافر هذه الفروض إذا تعدد الكفلاء والمدينون، ومتى توافر التضامن سرت أحكامه ومتى انتفى كان لكل كفيل أن يدفع بالتقسيم. (أنور طلبة ص٧٢٩).

كذلك قضى بأنه : " مسئولية المتبوع من أعمال تابعه غير المشروعة هى مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور وهى تقوم على فكرة الضمان القانوني، فالمتبوع يعتبر في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد، ومن ثم فإن للمتبوع الحق في أن يرجع على تابعه محدث الضرر بما يفي به من التعويض للمضرور كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذي كفله لأنه مسئول عنه وليس مسئولا معه، وهذه القاعدة هى التي قننها المشرع في المادة ١٧٥ من القانون المدني

التي تقضي بأن للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر، ولم يقصد بتلك المادة أن يستحدث للمتبوع دعوى شخصية جديدة يرجع بها على تابعه، وأن مطالبة المضرور للمتبوع بالتعويض مطالبة قضائية وإن كانت تقطع التقادم بالنسبة للمتبوع إلا أنها لا تقطعه بالنسبة للتابع وذلك أخذا بما نصت عليه المادة ٢٩٢ من القانون المدني من أنه إذا انقطعت مدة التقادم بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي المدينين، وإذا كان قطع التقادم بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين لا يترتب عليه أثر بالنسبة لباقي المدينين فمن باب أولى لا يكون لقطع التقادم بالنسبة للكفيل ولو كان متضامنا مع المدين الأصلي أثر بالنسبة الى هذا المدين، ولئن كان لا يحق للمتبوع أن يرجع على تابعه بالتعويض المحكوم به للمضرور إلا إذا قام بأدائه للمضرور، إلا أن القضاء قد أجاز للمتبوع أن يختصم تابعه في الدعوى التي يرفعها المضرور وحده وأن يطالب المتبوع في هذه الدعوى الحكم على تابعه بما قد يحكم به عليه للمضرور وذلك لما للمتبوع من مصلحة في هذا الاختصام لأن مسئوليته تبعية لمسئولية التابع فإذا استطاع هذا درء مسئوليته وهو بطبيعة الحال أقدر من المتبوع على الدفاع عن نفسه، استفاد المتبوع من ذلك وانتقت بالتالي مسئوليته هو، وإذا لم يستطع التابع، كان حكم التعويض حجة عليه فلا يمكنه أن يعود فيجادل في وقوع الخطأ منه عندما يرجع عليه المتبوع بما أوفاه للمضرور من التعويض المحكوم به، وطبيعي أنه إذا حكم للمتبوع في تلك الدعوى على التابع بما حكم به للمضرور على المتبوع فإن تنفيذ الحكم الصادر للمتبوع على التابع يكون معلقا على وفاء المتبوع بالتعويض المحكوم عليه للمضرور، وحق المتبوع في الرجوع على تابعه وإن كان

لا ينشأ إلا من تاريخ الوفاء عملا بالمادة ٣٨١ من القانون المدني إلا أنه يشترط لذلك ألا يكون التعويض الذي يوفى به قد سقط بالتقادم بالنسبة للتابع، ومن ثم فإذا تبين عند الفصل في الدعوى التي رفعها المضرور على المتبوع واختصم هذا فيها تابعه أن حق المضرور قبل التابع قد سقط بالتقادم وتمسك التابع بهذا التقادم فإنه لا يجوز أن يحكم عليه بشيء للمتبوع لأنه لا جدوى من حكم لا يمكن تنفيذه ولو حكم للمضرور على المتبوع بالتعويض بسبب رفع الأول الدعوى على الثاني قبل انقضاء مدة تقادمها، وهذه النتيجة أدى إليها ما أجازه القانون للمضرور من حق في الرجوع بالتعويض على المتبوع وحده إذا آثر للمضرور ذلك دون حاجة الى اختصامه التابع في الدعوى، وما تقتضيه نصوص القانون من أن رفع الدعوى على المتبوع لا يقطع التقادم بالنسبة للتابع " (الطعن رقم ٥٤٠ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٩/١/٣٠) وبأنه " يستطيع المتبوع الرجوع على تابعه بالدعوى الشخصية المنصوص عليها في المادة ٣٢٤ مدني التي تقضي بأنه إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه، وهذه الدعوى سواء كان أساسها الإثراء بلا سبب أو الفضالة فإن المتبوع لا يستطيع الرجوع بها إذا كان قد أوفى التعويض للدائن المضرور بعد أن كان حق الدائن فيه قد سقط بالنسبة للتابع لأن هذا لم يفد شيئا من هذا الوفاء وليس للمتبوع أن يرجع على تابعه بالتعويض الذي أوفاه عنه بالدعوى الشخصية التي قررها القانون في المادة ٨٠٠ من القانون المدني للكفيل قبل المدين، وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع الكفيل بهذه الدعوى إذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وحده، وضمان المتبوع لأعمال تابعه هو ضمان قرره القانون لمصلحة الدائن المضرور وحده " (الطعن رقم ٨٧١ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٩/٥/١٠) وبأنه " مسئولية المتبوع عن

أعمال تابعه غير المشروعة هى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور، وتقوم على فكرة الضمان القانوني فيعتبر المتبوع في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد، ومن ثم فإذا أوفى المتبوع بالتعويض كان له أن يرجع به كله على تابعه محدث الضرر كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذي كفله لأنه المسئول عنه وليس مسئولا معه، وهذه القاعدة ه ى التـــي قننها المشرع في المادة ١٧٥ من القانون المدني التي تقضي بأن للمسئول عن همل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هـــذا الغيـــر مسئولا عن تعويض الضرر، ولم يقصد المشرع بتلك المادة أن يـــستحدث للمتبوع دعوى شخصية جديدة يرجع بها على تابعه، وللمتبوع عند وفائـــه بالتعويض للدائن المضرور أن يرجع على التابع بإحدى دعويين الأولـــى دعوى الحلول المنصوص عليها في المادة ٧٩٩ من القانون المدني والتي ليست إلا تطبيقا للقاعدة العامة في الحلول القانوني المنصوص عليها فـــي المادة ٣٢٦ من القانون المذكور والتي تقضي بأن الموفى يحل محل الدائن الذي استوفى حقه إذا كان الموفى ملزما بوفاء الدين عن المدين، والدعوى الثانية هى الدعوى الشخصية المنصوص عليها في المادة ٣٢٤ مـــن ذات القانون التي تقضي بأنه إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه، وليس للمتبوع أن يرجع على تابعه بالتعويض الـــذي وفاه عنه بالدعوى الشخصية التي قررها المشرع فـــي المـــادة ٨٠٠ مـــن القانون المدني لكفيل قبل المدين، وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع الكفيل بهذه الدعوى إذا كانت الكفالة لمصلحة الـــدائن وحـــده، وضـــمان المتبوع لأعمال تابعه هو ضمان قرره القانون لمصلحة الدائن المـــضرور وحده، والمصروفات القضائية وأتعاب المحاماة تمثل نفقات فعلية تكبـــدها

المحكوم لهما في تلك الدعوى فتعتبر من قبيل التعويض وتأخذ حكمه في حلول المتبوع في كل ما وفى به من التعويض محل الدائن المضرور ومن ثم يكون للطاعن أن يرجع على تابعه المطعون ضده لاقتضاء هذه المصروفات بدعوى الحلول " (الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٧).

من أحكام القضاء:

١- مسئولية المتبوع عن أعمال تابعة إعتبار المتبوع فى حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون.

النص فى المادة ١٧٤ من القانون المدنى على أن يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه حال تأدية وظيفته أو بسببها قد دل على أن مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة مسئولية تبعية مقررة لمصلحة المضرور وتقوم على فكرة الضمان الثانونى، فالمتبوع يعتبر فى حكم الكفيل المتضامن كفاله مصدرها القانون وليس العقد.

(الطعن ١٦٧ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٣/٢/١٨ س٤٤ص٦٣٥)

٢- مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة ماهيتها إعتبار المتبوع فى حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون للمتبوع حق الرجوع على التابع بما أوفاه من تعويض للمضرور. م١٧٥مدنى. لم يستحدث المشرع بهذه المادة دعوى شخصية جديدة للمتبوع يرجع بها على تابعه.

من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان مسئولية المتبوع عن اعمال تابعه غير المشروعة هى مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور وهى تقوم على فكرة الضمان القانونى فالمتبوع يعتبر فى حكم

الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد. ومن ثم فإن للمتبوع الحق فى الرجوع على تابعه محدث الضرر بما يفى به مـن التعـويض للمضرور كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذى كفله لأنه مسئول عنه وليس مسئولا معه وهذه القاعدة هى التى قننها المشرع فـى المـادة ١٧٥ من القانون المدنى التى تقضى بأن للمسئول عن عمل الغيـر حـق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولاً عـن تعـويض الضرر ولم يقصد المشرع بتلك المادة أن يستحدث للمتبوع دعوى شخصية جديدة يرجع بها على تابعه.

(الطعن ٣٥٣٥ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٥/١/٥س٤٦ص٨٢)

* * *

رجوع الكفيل المتضامن على باقي الكفلاء

النص التشريعي (مادة ٧٩٦):

إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله كان له أن يرجع على كل من الباقين بحصته فى الدين وبنصيبه فى حصه المعسر منهم.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٠٤ ليبى و٧٦٢ سورى و١٠٢٣عراقى و١٠٨٢ لبنانى و٦٧٨ سودانى و١٥٠٧ تونسى.

الأعمال التحضيرية:

المادة ١١٥٢ تطابق المادة ٥٠٦/ ٦١٨ من التقنين المدنى الحالى (القديم) وحكمها هو الحكم الطبيعى المقررفى حالة تعدد المسئولين عن الدين كما ان تطبيقه لم يثر صعوبه ما فى العمل.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني –الجزء ٥ـ ص٥٣٠)

رأى الفقه:

١- نص المادة ٧٩٦مدنى مقصور على حالة واحدة من حالات تعدد الكفلاء الشخصيين الذين يضمنون ديناً واحداً وهى حالة ما إذا هؤلاء الكفلاء متضامنين فيما بينهم.

فإذا تعدد الكفلاء وكانوا جميعاً قد إلتزموا كفالة الدين بعقد واحد فالمشرع يتخذ من وحدة العقد دليلاً على أن كل كفيل قد إعتد على الكفلاء الآخرين فينقسم الدين فيما بين الكفلاء المتعددين بقوة القانون ويشترط لذلك.

١- ان يتعدد الكفلاء الشخصيون.

٢- وان يكون للكفلاء المتعددون نفس الدين.

٣- وان يكفلوا نفس المدين.

٤- والا يكونوا متضامنين فيما بينهم.

وعلى ذلك لايكون كل كفيل ملتزماً إلا بقدر نصيبه فى الكفالة، فإذا وفى هذا النصيب للدائن لم يرجع بشئ على الكفلاء الآخرين لانه لم يف بأنصبائهم فى الدين بل وفى بنصيبه وحده وانما يرجع على المدين الذى كلفه بمقدار ماوفى عنه من الدين إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول على ما سبق بيانه، وهو إذا وفى نصيب احد الكفلاء الآخرين وهو غير مسئول عن هذا النصيب لم يستطع الرجوع عليه بدعوى الحلول، وإنما يرجع عليه بالدعوى الشخصية المبنية على الإثراء بلا سبب فيرجع بأقل القيمتين، القيمة التى دفعها ومقدار ما أفاد منه هذا الكفيل.

وإذا أعسر أحد الكفلاء لم يتحمل أحد من الباقين، أى نصيب فى حصه المعسر.

اما إذا تعدد الكفلاء متضامنين يما بينهم فلا فرق فى الحكم بين حالة التضامن وحالة التضامم، لا فى مسئولية كل كفيل نحو الدائن عن كل الدين ولا فى رجوع الكفيل على كل من الكفلاء الباقين بحصته فى الدين وبنصيبه فى حصه المعسر وقد تكفل ببيان الحكم الأول وهو مسئولية كل كفيل عن كل الدين الفقرة الثانية من المادة ٧٩٢ مدنى وتكفل ببيان الحكم الثانى وهو رجوع الكفيل على كل من الكفلاء الآخرين بحصته وبنصيبه فى حصه المعسر المادة ٧٩٦ مدنى ولا فرق بين الإلتزام التضاممى والإلتزام التضامن الا فى انه فى الإلتزام التضامنى تجمع بين المدينين المتضامنين وحدة المصلحة المشتركة وهذه المصلحة هى التى تبرر ان

كل مدين متضامن يمثل الآخرين فيما ينفعهم لا فيما يضرهم أما فى الإلتزام التضاممى فلا توجد مصلحة مشتركه بين المدينين المتضامنين فلا يقوم هذا التمثيل بينهم حتى فيما ينفعهم.

وتقول المادة ٧٩٦مدنى فيما بين إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ان للكفيل الذى وفى الدين كله عند حلوله ان يرجع على كل من الباقين بحصته فى الدين وبنصيبه فى حصة المعسر منهم وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا كان الكفلاء متضامنين لا متضاممين فيجوز للدائن أن يرجع بكل الدين على أى كفيل منهم ولهذا الكفيل أن يرجع على كل من الباقين بحصته فى الدين وبنصيبه فى حصة المعسر والكفلاء متضامنين أو كانوا متضاممين ليسوا إلا مدينين للدائن متضامنين أو متضاممين.

وأساس رجوع الكفيل الذى وفى بكل الدين على الكفلاء الآخرين هونفس أساس رجوع المدين المتضامن أو المدين المتضامم على المدينين الآخرين فيرجع الكفيل الذى وفى بكل الدين على كل مدين من المدينين الآخرين أما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول.

فإذا رجع بالدعوى الشخصية فإنما يرجع بدعوى الوكالة أو بدعوى الفضالة أو بدعوى الإثراء بلا سبب وتسرى هنا قواعد رجوع المدين المتضامن إذا وفى بكل الدين على سائر المدينين المتضامنين وإذا رجع بدعوى الحلول فإنه يحل محل الدائن الذى وفاه الدين ولكنه يرجع على كل كفيل متضامن معه أو متضام بقدر حصته فى الدين وبنصيبه فى حصه المعسر.

ويشترط فى رجوع الكفيل على باقى الكفلاء سواء بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول أن يكون هذا الكفيل قد وفى الدين كله للدائن وان يكون هذا الوفاء مبرئاً لذمة الكفلاء الآخرين نحو الدائن.

وليس نص المادة ٧٩٦ مدنى الا تطبيقا للقوعد العامة من حيث تحديدا مقدار ما يرجع الكفيل به على سائر الكفلاء المتضامنين الذين ليسوا الا مدينين متضامنين تجاه الدائن ٠يراجع نص المادتين ٢٩٧و ٢٩٨مدنى).

فإذا وفى أحد الكفلاء المتضامنين أو المتضامنين كل الدين للدائن رجع على باقى الكفلاء كل بقدر حصته فى الدين سواء راجع بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول وتتعين حصص الكفلاء فى الدين بموجب الإتفاق فيما بينهم منذ نشوء الدين فى ذمتهم أو بموجب نص فى القانون فإذا لم يوجد إتفاق أو نص لم يقل إلا جعل حصص الكفلاء جميعاً متساوية إذ لا مبرر لجعل حصة أكبر من الآخرى.

ويتحمل الكفلاء المتضامنون أو المتضامون حصة المعسر منهم فتنقسم هذه الحصة بينهم بنسبة الحصة الأصلية لمن منهم فى الدين، ويرجع الكفيل الذى وفى كل الدين على اى من الكفلاء الموسرين بمقدار حصته وبنصيبه فى حصة المعسر.

٢- تطابق المادة ٧٩٦ مدنى جديد المادة ٦١٨/٥٠٦ من التقنين المدنى القديم وهى تقرر حكماً طبيعياً عاماً فى حالة تعدد المسئولين على الدين فإن وجد بين الكفلاء المتضامنين من معسر وقت رجوع من وفى الدين منهم عند حلوله فإن الدين يقسم بين المقتدرين ويتحمل كل منهم بما يخصه من حصة المعسر ولم يثر تطبيق هذا الحكم صعوبة هما فى العمل.

(الوسيط ـ ١٠ ـ للدكتور السنهوري ـ المرجع السابق ـ ص٥٨٢ ومابعدها)

٣- قد يكفل المدين كفيل واحد متضامن أو أكثر من كفيل متضامن فإذا رجع الدائن على الكفيل المتضامن فلا يحق لهذا الأخير الدفع بالتقسيم إذن للدائن الحق فى الرجوع على أى من الكفلاء المتضامنين بكل الإلتزام وليس لأحدهم الحق فى التمسك بالتقسيم وإذا اوفى أحدهم بالإلتزام فله حق

الرجوع على غيره من الكفلاء كل بقدر حصته فى الإلتزام وهذا واضح من نص المادة ٧٩٦ مدنى ويتبين منه أن علاقة الكفلاء المتضامنين فيما بينهم هى تماما كعلاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم (م٢٩٧ و٢٩٨ مدنى) فكل منهم يلتزم بالوفاء إذا ما رجع عليه الدائن على أن يعود باقى الكفلاء كل منهم بحسب حصته فى الدين إلا إذا كان احد الكفلاء معسراً فتقسم حصته على باقى الكفلاء.

والواقع ان المادة ٧٩٦ مدنى تخالف مخالفة صريحة نظرية الحلول القانونى لأننا أخذنا بنظرية الحلول محل الكفيل المتضامن الذى اوفى بالإلتزام محل الدائن ومطالب أحد الكفلاء المتضامنين بكل الإلتزام وهذا أمر يخالف المنطق والقانون.

والكفيل المتضامن قد يكون كفيلاً شخصياً كما قد يكون كفيلاً عينياً فإذا أوفى الكفيل الشخصى بالإلتزام فليس من حقه الرجوع على الكفيل العينى إلا بقدر ما حمل به هذا الآخر عقاره من تأمينات لان حصته لاتتعدى ذلك معنى ذلك ان الكفيل العينى لا يتعدى إلتزامه قيمة ما قدمه من تأمينات وهذا بعكس الكفيل الشخصى الذى يلتزم اصلا بكل إلتزام فإذا ما رجع هذا الأخير على الكفيل العينى فله ان يطالبه بحصته فى الإلتزام إذا لم تتعد ما قدمه من تأمينات، أما إذا كانت الحصة أكثر مما قدمه من تأمينات فهو غير ملتزم إلا فى حدود التأمينات التى قدمها.

يخلص من كل ما تقدم أن الكفالة التضامنية وإن كانت تقريب من التضامن السلبى فى بعض المظاهر إلا أن لا ينفى طبيعة كونها نوع من أنواع الكفالة العامة مثلها تماماً مثل الكفالة العادية.

(الكفالة التضامنية- مقال- للدكتور المستشار أبو اليزيد المتست- المرجع السابق- ص١٢٧٥و١٢٧٦)

● **رجوع الكفيل الذي وفى الدين عند حلوله على الكفلاء الباقين :** إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم، فللدائن أن يرجع على أى منهم بكل الدين ولمن وفى منهم أن يرجع على كل من الباقيين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم بمسبة الحصص ويكون هذا الرجوع إما بالدعوى الشخصية وهى دعوى الفضالة أو الإثراء بلا سبب وإما بدعوى الحلول. (أنور طلبة ص٧٣٢) أما دعوى الإثراء دون سبب، فأساسها افتقار الموفى وإثراء الآخرين الدين تبرأ ذمتهم من الدين بسبب هذا الافتقار، ولا يعترض على ذلك بأن من قام بوفاء الدين كله وإنما وفى التزاما في ذمته فلم يفتقر لأنه حصل بما وفاه على براءة ذمته، إذ أن التضامن لا يلزم كلا من المتضامنين بكل الدين إلا في علاقتهم بالدائن. أما في العلاقة بينهم فإن الدين ينقسم في النهاية عليهم بقدر عدد الموسرين منهم (م٢٩٧ فقرة أولى) فلا يعتبر موفى الكل مستفيدا من هذا الوفاء براءة ذمته إلا بقدر نصيبه ويعتبر مفتقرا بما يجاوز هذا النصيب، وبالعكس من ذلك يعتبر كل من الكفلاء الآخرين أنه قد أثرى بالقدر الذي برئت به ذمته بسبب هذا الوفاء من نصيبه في الدين، فيجوز بناء على ذلك للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على الكفلاء المتضامنين معه كل منهم بقدر حصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم، فلا يجوز للموفى أن يرجع بكل ما دفعه لأنه لم يفتقر إلا بقدر ما وفاه زيادة عن نصيبه في الدين فيجب أن يستنزل عند الرجوع هذا النصيب، ويشترط في رجوعه على كل من الآخرين بنصيبه أن يكون الوفاء قد عاد عليهم بإثراء من حيث أنه أبرأ ذمتهم من دين ثابت فيها، فإذا كان أحد الكفلاء الآخرين قد سقط عنه وقت الوفاء التزامه بالكفالة سواء كان سقوطه بالتقادم أو الإبراء من الكفالة أو بغيرهما فإنه لا يكون قد أثرى من وفاء الموفى ولا يصح الرجوع عليه،

ويلاحظ أن رجوع الموفى في غيره من الكفلاء لا يخل بحق كل منهم في الجوع بدوره على المدين، فإذا ارتكب الموفى خطأ ترتب عليه سقوط حقه وحق سائر الكفلاء في الرجوع على المدين كما إذا لم يخطر المدين بعزمه على الوفاء قبل حصوله فترتب على ذلك أن قام المدين أيضا بالوفاء من جانبه، جاز للكفلاء الآخرين مؤاخذته على هذا الخطأ واعتباره ملزما إزاءهم بتعويض عن ضياع حقهم في الرجوع، ويقدر هذا التعويض بالنسبة الى كل منهم بقدر نصيبه في الدين وتحصل المقاصة بينه وبين حق الموفى في الرجوع على كل منهم بدعوى الإثراء دون سبب، ويؤدي ذلك عمليا في هذه الحالة الى رفض رجوع الموفى على غيره من الكفلاء المتضامنين معه. أما عن دعوى الحلول، فقد يتبادر الى الذهن أن الكفيل الموفى يحل محل الدائن في كافة حقوقه قبل المدين وسائر الكفلاء، فيجوز له بناء على ذلك أن يرجع على أى من الكفلاء المتضامنين بكل الدين، غير أن القول بذلك يؤدي الى الدور في حلقة مفرغة إذ أن كل من يرجع عليه من الكفلاء ويقوم بوفاء الدين جميعه يجوز له الرجوع على غيره بكل الدين وهكذا ... وتفاديا لذلك نص المشرع في باب التضامن على أنه " إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين ــ فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقين إلا بقدر حصته في الدين، ولو كان بما له كن حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن " (م٢٩٧ فقرة أولى) على أن " إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين تحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذى وفى بالدين وسائر المدينين الموسرين، كل بقدر حصته " (م٢٩٨ مدني) وبناء على ذلك سواء رجع الكفيل الذي قام بالوفاء على غيره من الكفلاء بالدعوى الشخصية (دعوى الإثراء دون سبب) أو بدعوى الحلول محل الدائن، فإنه لا يرجع على كل منهم وفقا للقواعد العامة إلا بقدر حصته في الدين ونصيبه في

حصة المعسر منهم. (سليمان مرقص ص١٩٧) ويشترط في رجوع الكفيل على باقي الكفلاء، سواء بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول، أن يكون هذا الكفيل قد وفى الدين كله للدائن، وأن يكون هذا الوفاء مبرئا لذمة الكفلاء الآخرين نحو الدائن. فيجب أولاً أن يكون الكفيل قد وفى الدين كله للدائن عند حلوله وقد يقضي كفيل الدين بما يقوم مقام الوفاء، كالوفاء بمقابل والتحديد والمقاصة، ولا يكفي أن يخشى الكفيل أن يكون رجوعه على الكفلاء الآخرين مهددا بالخطر، فيرجع عليهم قبل أن بقى بالدين للدائن، بل يجب أن يكون الكفيل قد قضى الدين فعلا بالوفاء أو بما يقوم مقام الوفاء، وإذا اقتصر الكفيل على دفع حصته في الدين وقبل الدائن منه ذلك، لم يردع الكفيل بشيء على سائر الكفلاء، لكن إذا دفع الكفيل للدائن أكثر من حصته دون أن يفي كل الدين وقبل الدائن منه هذا الوفاء الجزئي كان للكفيل أن يرجع بما زد على حصته على سائر الكفلاء، كل بنسبة حصته في الدين، وعبء إثبات الوفاء يقع على عاتق الكفيل الذي يتمسك بهذا الوفاء، ويكون الإثبات طبقا للقواعد العامة المقررة في الإثبات، فلا يجوز إثبات الوفاء بما يزيد على النصاب القانوني للبينة إلا بالكتابة أو بما يقوم بمقام الكتابة (السنهوري ص١٦٨) يجب ثانيا أن يكون هذا الوفاء مبرئا لذمة الكفلاء الآخرين نحو الدائن، فإذا كان الوفاء باطلا لم يكن مبرئا للذمة ولا يعتد به، ولا يجوز للكفيل الذي قام بهذا الوفاء الباطل أن يرجع على بقية الكفلاء، وحتى لو كان الوفاء صحيحا ورجع الكفيل الذي قام بهذا الوفاء الصحيح على كفيل آخر، وحتى لو كان لهذا الكفيل الآخر أن يتمسك بدفع يبرئ ذمته غير هذا الوفاء. لما جاز الرجوع، وذلك كأن يكون الدائن قد أبرأ هذا الكفيل من الكفالة، أو أن يكون عقد كفالته باطلا أو قابلا للإبطال، أو أن يكون الدين المكفول باطلا أو قابلا للإبطال أو انقضى

بسبب من أسباب الانقضاء ووفى الكفيل الذي يريد الرجوع دون نظر إلى شيء من ذلك. (السنهوري، محمد كامل مرسي ص١٦٩).

- **رجوع الكفيل الذي وفى الدين على الكفيل العيني :** يجوز للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على باقي الكفلاء شخصيين أو عينيين كل بمقدار حصته في الدين، وإذا وفى كفيل شخصي بالدين كله كان له أن يرجع على الكفيل العينين بمقدار حصته في الدين. يبقى أن نحدد حصة الكفيل العيني في الدين، ولما كان هذا الكفيل غير مسئول عن الدين إلا بمقدار قيمة المال الذي رهنه في الدين، فإذا كانت هذه القيمة تساوي الدين أو أكثر كانت مسئوليته عن الدين بمقدار مسئولية الكفيل الشخصي. أما إذا كانت أقل من قيمة الدين بأن كانت مثلا ثلثى الدين، فإن حصته في الدين تحسب نسبة هذه القيمة. فإذا كان الدين مثلا ثلاثة آلاف وله كفيل شخصي بكل الدين، وكفيل عيني رهن في الدين عقارا قيمته ألفان، حسبت حصة الكفيل العيني في الدين بمقدار ثلثى حصة الكفيل الشخصي، فتكون حصة الكفيل الشخصي في الدين ثلاثة أخماس. أما حصة الكفيل العيني فخمسان، وعلى هذا الأساس إذا وفى الكفيل الشخصي الدين فإنه يرجع على الكفيل العيني بمقدار خمسى الدين، ويتحمل هو ثلاثة الأخماس. (السنهوري ص١٧١).

- **انتفاء النيابة المتبادلة بين الكفلاء المتضامنين :** كان القانون المدني القديم يأخذ بقاعدة النيابة المتبادلة بين المدنيين المتضامنين، ولكن بصدور القانون المدني الجديد لم يأخذ بها. بحيث إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة لأحدهم، فلا يستفيد من ذلك باقي المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين، وليس للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة

بين المدنيين جميعا، وهو ما يخضع له الكفلاء المتضامنين في ظل القانون المدني الجديد. (أنور طلبة ص٧٣٣).

من أحكام القضاء:

١- إن الكفيل المتضامن وإن كان يفقد بعض المزايا المقررة للكفيل العادى والتى لا تتفق أساساً مع فكرة التضامن الا انه يظل على أى حال ملزماً إلتزاماً تابعاً يتحدد نطاقه – طبقاً للقواعد العامة بموضوع الإلتزام الأصلى فى الوقت الذى عقدت فيه الكفالة – لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد إلتزم هذا النظر وقضى بمساءلة الطاعن قبل المطعون ضدها الأولى عن إخلال المقاول بالتنفيذ إلتزاماته بإعتبار الطاعن كفيلاً متضامناً مع المقاول فى إلتزاماته المترتبة على المقاولة فى الوقت الذى عقدت فيه بتاريخ ١٩٥٦/٨/٦ فانه لايكون قد خالف القانون.

(نقض جلسة ١٩٦٦/٤/٥ـ مجموعة المكتب الفني – السنة ١٧ـ مدني ص٧٩٢)

* * *

كفالة الكفيل المصدق

النص التشريعي (مادة ٧٩٧):

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.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٠٦ ليبى و ٧٦٣ سورى و ١٠٣٩ عراقى و ١٠٦٣ لبنانى و ٦٧٩ سودانى و ١٥٠١تونسى.

الأعمال التحضيرية:

يعالج هذا النص موقف المصدق والفقرة الأولى منه مطابقة للمادة ٧٢٧ من المشروع الفرنسى الإيطالى وهى خاصة بحالة وجود مصدق مع عدة كفلاء يلتزمون بجميع الديون، فإن الدائن لا يرجع على المصدق إلا إذا لم يمكنه الرجوع على الكفلاء والمدين الأصلى.

أما الفقرة الثانية فقد أضافتها اللجنة وقصدت بها حالة ما إذا كان الكفيل الذى كفله المصدق قد إلتزم بجزء من الدين.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٥ـ ص ـ ٥٣٢ـ ٥٣٣و٥٣٤)

رأى الفقه:

١- كفيل الكفيل (المصدق) يكفل إلتزاما تابعا هوإلتزام الكفيل لا إلتزاماً أصلياً، هو إلتزام المدين، وإلتزام كفيل الكفيل تابع لإلتزام الكفيل كما أن إلتزام الكفيل تابع لإلتزام المدين الأصلى ولا تفترض كفالة الكفيل فإذا كفل المدين الأصلى كفيلان احدهما كفيل اول والآخر كفيل ثان لم يفترض فى الكفيل الثانى انه كفيل الأول بل هو كفيل ثان للمدين الأصلى.

ولما كان كفيل الكفيل إنما كفل الكفيل دون المدين الأصلى فإن الكفيل يعتبر بالنسبة إليه مدينا أصلياً ويعتبر هو بالنسبة إلى الكفيل كفيلاً وعلى ذلك تسرى فى العلاقة ما بين الكفيل وكفيل الكفيل أحكام الكفالة فإذا كان كفيل الكفيل غير متضامن مع الكفيل جاز له ان يطلب من الدائن أن يرجع أولاً على المدين الأصلى ثم على الكفيل وذلك قبل أن يرجع الدائن عليه هو كذلك لكفيل الكفيل أن يدفع بتجريد المدين الأصلى ثم بتجريد الكفيل فلا ينفذ الدائن على أموال كفيل الكفيل قبل ان ينفذ اولا على أموال المدين الأصلى ثم على أموال الكفيل وليس لكفيل الكفيل ان يطالب تقسيم الدين مع الكفيل لانهما لا يكفلان ديناً واحداً فكفيل الكفيل يكفل، إلتزام الكفيل أما الكفيل فيكفل إلتزام المدين الأصلى ولكن إذا تعدد كفيل الكفيل انقسم الدين على كفلاء الكفيل المتعددين لانهم يكفلون جميعا إلتزاما واحدا على إلتزام الكفيل وذلك طبقاً للقواعد المقررة فى حق التقسيم.

ولكفيل الكفيل ان يتمسم بالدفوع التى يجوز للكفيل التمسك بها ومن هذه الدفوع دفوع خاصة بالكفيل ودفوع خاصة بالمدين الأصلى ويجوز له ان يتمسك بالدفوع الخاصه به هو كبطلان عقد كفالة الكفيل أو قابليته للإبطال وإنقضاء إلتزام كفيل الكفيل بطريق اصلى وله كذلك أن يتمسك بأن ينفذ الدائن على كفالة عينية قدمها المدين الأصلى كما يتمسك بذلك الكفيل المكفول وله ان يستعمل حقوق الكفيل الذى كفله بإسم هذا الكفيل، كما يستعمل الدائن حقوق المدين فى الدعوى غير المباشرة.

أما إذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل فانه تسرى فى علاقته مع الكفيل أحكام الكفيل المتضامن فلا يجوز لكفيل الكفيل أن يطالب الدائن بالرجوع أولاُ على الكفيل أو على المدين الأصلى، ولا أن ينفذ الدائن أولاً على أموال الكفيل أو على أموال المدين الأصلى ولكن إذا كان الكفيل

غير متضامن مع المدين الأصلى فإنه يجوز لكفيل أن يستعمل حقوق الكفيل بإسم هذا الأخير فيطلب من الدائن الرجوع أولاً على المدين الأصلى وكذلك التنفيذ على أموال المدين الأصلى قبل التنفيذ على أمواله هو.

وإذا وفى كفيل الكفيل الدين كان له أن يرجع على الكفيل اوعلى المدين الأصلى أو عليهما معاً مسئولين بالتضامم ويكون رجوعه بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول.

(الوسيط- ١٠- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص١٣٦ ومابعدها)

٢- يعرض نص المادة ٧٩٧ مدنى لمرقف المصدق (كفيل الكفيل) فلا يجيز للدائن أن يرجع على المصدق إلا إذا لم يمكنه الرجوع على المدين الأصلى والكفيل ويستثنى من ذلك المصدق الذى إلتزم مع الكفيل على وجه التضامن.

(التقنين المدني – للدكتور محمد علي عرفة- المرجع السابق- ص٥٨٣)

كفالة الكفيل : قد يكون التزام الكفيل محلا لكفالة أخرى فيكون للكفيل كفيل، وكفيل الكفيل هو شخص يلزم بوفاء التزام الكفيل إذا لم يقم هذا بالوفاء، ويقال له المصدق certificateur وتعتبر كفالته كفالة في الصف الثاني، أى أنه ليس كفيلا للمدين بل كفيلا لمن كفل المدين، فيعتبر الكفيل الأول في علاقته بكفيله في مثل مركز المدين الأصلي بالنسبة الى كفيله، ويعتبر التزام كفيل الكفيل التزاما تابعا لالتزام الكفيل الذي يعتبر تابعا لالتزام المدين، وبناء على ذلك يجوز لكفيل الكفيل أن يتمسك – فوق تمسكه بما له من الدفوع المتعلقة بعقد الكفالة الثانية أو المترتبة عليه – بجميع الدفوع التي يجوز للكفيل الأصلي التمسك بها بما في ذلك الدفوع الخاصة بشخص المدين (سليمان مرقص ص١٤٨) ولا تفترض كفالة الكفيل فذا كفل المدين الأصلي كفيلان أحدهما كفيل أول والآخر كفيل ثان

لم يفرض في الكفيل الثاني أنه كفيل للكفيل الأول، بل هو كفيل ثان للمدين الأصلي، ولما كان كفيل الكفيل إنما كفل الكفيل دون المدين الأصلي، فإن الكفيل يعتبر بالنسبة إليه مدينا أصليا، ويعتبر هو بالنسبة الى الكفيل كفيلا، وعلى ذلك تسري في العلاقة ما بين الكفيل وكفيل الكفيل أحكام الكفالة، فإذا كان كفيل الكفيل غير متضامن مع الكفيل جاز له أن يطلب من الدائن أن يرجع أولاً على المدين الأصلي ثم على الكفيل، وذلك قبل أن يرجع الدائن عليه هو. كذلك لكفيل الكفيل أن يدفع بتجريد المدين الأصلي ثم بتجريد الكفيل، فلا ينفذ الدائن على أموال كفيل الكفيل قبل أن ينفذ أولاً على أموال المدين الأصلي ثم على أموال الكفيل، وليس لكفيل الكفيل أن يطلب تقسيم الدين مع الكفيل لأنهما لا يكفلان دينا واحدا، فكفيل الكفيل يكفل التزام الكفيل. أما الكفيل فيكفل التزام المدين الأصلي، ولكن إذا تعدد كفيل الكفيل، انقسم الدين على كفلاء الكفيل المتعددين لأنهم يكفلون جميعا التزاما واحدا هو التزام الكفيل، وذلك طبقا للقواعد المقررة في حق التقسيم (السنهوري ص١١٤) ولكفيل الكفيل أن يتمسك بالدفوع المقررة للكفيل وبالدفوع الخاصة به كبطلان عقده الذي كفل به الكفيل والدفع بالبدء في التنفيذ على الكفيل العيني (م٧٩١) وله أن يستعمل حقوق الكفيل المقررة بعقد الكفالة بالدعوى غير المباشرة وله، على خلاف في الرأى، أن يدفع بتجريد المدين ولو كان هذا المدين متضامنا مع الكفيل، وتسري أحكام الكفيل المتضامن على الصدق إذا كان متضامنا مع الكفيل (م٧٩٣) وإذا وفى المصدق الدين كان له الرجوع على الكفيل أو على المدين ولو مجتمعين إما بالدعوى الشخصية وإما بدعوى الحلول (م٨٠٠) ما لم يكن الدائن قد حول له الدين ونفذت الحوالة في حق المدين، فيرجع بسلوك طريق أمر الأداء (أنور طلبة ص٧٣٥) وإذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل، فإنه تسري في

علاقته مع الكفيل أحكام الكفيل المتضامن، فلا يجوز لكفيل الكفيل أن يطالب الدائن بالرجوع أولاً على الكفيل أو على المدين الأصلي، ولا أن ينفذ الدائن أولاً 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 أولاً على المدين الأصلي، وكذلك التنفيذ على أموال المدين الأصلي قبل التنفيذ على أمواله هو. (السنهوري ص١١٥)

* * *

٢- العلاقة بين الكفيل والمدين

النص التشريعي (مـادة ٧٩٨):

(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 أوكانت عقده وقت الإستحقاق أسباب تقضى ببطلان الدين أو بإنقضائه.

(٢) فإذا لم يعارض المدين فى الوفاء بقى للكفيل حقه فى الرجوع عليه لو كان المدين قد دفع الدين لو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بإنقضائه.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٨٠٧ ليبى و ٧٦٤سورى و ١٠٢٣عراقـى و ١٠٨٦ لبنـانى و ٦٨٠سودانى و ١٥١١تونسى.

الأعمال التحضيرية:

قرر التقنين المصرى (م ٥٠٧/ ٦١٩) مدنى (القديم) نقلا عن التقنين الفرنسى (م٢٠٣١) إلتزاماً على الكفيل بإخبار المدين قبل الوفـاء للـدائن حتى يعترض عليه ان كان هناك وجه لذلك كما انـه يخطـره بالمطالبـة الحاصلة من الدائن فإذا أهمل الكفيل فى ذلك ووفى الدين دون أن يخطـر المدين بعزمه على الوفاء أو بالمطالبة الحاصلة له من الدائن مع انه كانت لدى المدين أسباب تقضى ببطلان الدين أو إنقضائه كان مسئولا عن ذلك وقد أخذ المشروع بهذا الحكم فى الفقرة الأولى من هذه المادة وهى تكـاد تكون مجرد تكرار للمادة ٥٠٧/ ٦١٩ من التقنين الحالى مـع شـئ مـن الإيضاح والتبسيط فى العبارة.

أما الفقرة الثانية فقد اضافها المشروع وهى تقرر واجباً عكسياً فى جانب المدين، إذ يجب عليه إذا اخطره الكفيل بعزمه على الوفاء أو بالمطالبة الحاصلة له من الدائن أن يعترض على ذلك فإذا لم يعارض المدين فى الوفاء ووفى الكفيل الدين فعلاً كان له أن يرجع على المدين حتى لو كان هذا الأخير قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بإنقائه

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء٥ـ ص٥٣٩و٥٤٠)

رأى الفقه :

١- يرجع الكفيل علىالمدين 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 بإعتباره مديناً متضامناً أصلياً والكفيل غير المأجور والكفيل المأجور والكفيل الشخصى والكفيل العينى.

أما إذا عقدت الكفالة بعلم الدين ولكن الرغم من معارضته فان هذا الفرض لا يدخل فى نص الفقرة الأولى من المادة ٨٠٠ مدنى.

وإذا عقدت الكفالة لمصلحة الدائن دون مصلحة المدين، كان عقد الكفيل الكفالة بعد عقد الدين لتأمين الدائن دون أية فائدة للمدين لم يكن الكفيل سواء كانت الكفالة لمصلحته أو لم تكن ان يرجع على المدين إلا بدعوى الإثراء بلا سبب فيرجع بما دفعه من الدين وهو مقدار ما إفتقر به وفى الوقت ذاته مقدار ما إغتنى به المدين دون ان يرجع بالمصروفات أو بالفوائد أما إذا عقدت الكفالة لمصلحة كل من المدين والدائن معا فإن الكفيل يرجع على المدين بنفس الدعوى الشخصية كالتى يرجع بها لو أن الكفالة

عقدت لمصلحة المدين وحده وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا إعتبرت الكفالة لمصلحة المدين والكفيل معا.

وقد ثار خلاف حول الأساس القانونى الذى تقوم عليه الدعوى الشخصية.

ففى الفقه الفرنسى – يذهب الفقهاء بوجه عام إلى أن الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل على المدين ليست إلا دعوى الكفالة بعلم المدين ودون معارضته وتكون الوكالة صريحة إذا رضى المدين بالكفالة رضاء صريحا وتكون الوكالة ضمنية إذا رضى المدين بالكفالة رضاء ضمنيا أى سكت ولم يعارض فى الكفالة أما إذا عقدت الكفالة بغير علم المدين فان الكفيل يكون فضوليا ويرجع إذا وفى الدين بدعوى الفضالة على المدين ومعنى أن الأساس القانونى فى الدعوى 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.

أما غالبية الفقهاء المصرين – فيذهبون مذهباً آخر ويقولون ان 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 الفضالة بل هى دعوى أخرى متميزة عن كل من الدعوتين ويسمونها بدعوى الكفالة.

وقائد الفكر القانونى السنهورى لا يرى أهمية كبيرة فى القول بان الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل على المدين هى دعوى خاصة نص عليها القانون وليست بدعوى الفضالة ولا يظهر من الأعمال التحضيرية ان المشرع قصد ان يخالف نظريه الفقه الفرنسى فى هذا

الصدد بل يبدو انه اراد ان يسلم بها بنقله نص المادة ٨٠٠ مدنى عن المشروع الفرنسى الإيطالى وليست هناك اهمية عملية كبيرة من القول بالنظرية الجديدة وهى نظرية دعوى الكفالة دون القول بالنظرية التقليدية وهى نظرية دعوى الكفالة أو دعوى الفضالة فالحلول العملية واحدة فى كل من هاتين النظريتين.

وهناك شروط ثلاثة لابد من توافرها حتى يرجع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية – هى:

١–قيام الكفيل بوفاء الدين عن المدين.

٢–وفاء الكفيل بالدين عند حلول أجله.

٣–إخطار الكفيل المدين قبل الوفاء وعدم معارضة المدين – خشية ان يكون المدين قد وفى الدين قبل ان يوفيه الكفيل اما إذا اخطر الكفيل المدين قبل الوفاء فانه يتعين علىالمدين إذا كان قد وفى الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بإنقضائه ان يعارض فى الوفت المناسب فىان بقى 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 ان يقع عبء الإثبات على المدين فإذا تمت المعارضة وجب على الكفيل أن يمتنع عن الوفاء وأن يدخل المدين فى الدعوى إذا طالبه الدائن قضائيا حتى يتولى المدين دفع مطالبة الدائن.

(الوسيط ـ ١٠٠ ـ للدكتور السنهوري ـ المرجع السابق ـ السابق ص١٥٦و١٥٧ومابعدها)

٢– تكاد الفقرة الأولى من المادة ٧٩٨ مدنى أن تكون تكرار للمادة ٦١٩ /٥٠٧ من التقنين القديم وهى تلزم الكفيل بإخطار المدين قبل الوفاء للدائن حتى يعترض على الوفاء أن كان هناك وجه، فإذا أهمل فى الإخطار

سقط حقه فى الرجوع على المدين إذا أثبت هذا انه وفى الدين بنفسه أو أن لديه أسبابا ببطلان الدين أو إنقضائه (كالسبب غير المشروع أو التقادم).

وقد أضاف المشرع الفقرة الثانية رغبة منه فى الإيـضاح والتبـسيط فقضى بأن على المدين إذا أخطره الكفيل بعزمه على الوفاء أن يعتـرض على ذلك فإذا لم يعترض وفى الكفيل الدين فعلاً ثبت له حق الرجوع على المدين حتى لو كان هذا الأخير قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقـضى ببطلانه أو بإنقضائه.

(التقنين المدني – للدكتور محمد علي عرفة – المرجع السابق – ص ٥٨٤)

- **يجب على الكفيل إخطار المدين قبل الوفاء بالدين :** لقد أوجبت المادة ١/٧٩٨ مدني على الكفيل أن" يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين، وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين أو بانقـضائه "، فيجـب إذن على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين، وذلك سـواء أراد الكفيل أن يقوم بوفاء الدين من تلقاء نفسه أو طالبه الدائن بالدين مطالبـة قضائية، ففي الحالتين يجب إخطار المدين قبل الوفاء، وذلـك خـشية أن يكون المدين قد وفى الدين قبل أن يوفيه الكفيل فينقضي ويكون وفاء الكفيل للدين بعد ذلك غير ذي فائدة، أو خشية أن الكفيل بعد أن يفي بالـدين دون إنذار المدين بذلك يأتي المدين دون علم منه بوفاء الكفيل يفي بالدين مـرة أخرى، أو خشية أن يكون للمدين وقت استحقاق الدين أسباب تبطل الـدين أو نقضه من غير الوفاء به، وإخطار الكفيل المدين قبل الوفاء بالدين ليس له شكل خاص، فيصح أن يكون رسميا على يد محضر، ويصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل، ويصح أن يكون شفويا على أن يثبت الكفيل أنه قد قام بهذا الإخطار، فإذا لم يخطر الكفيل لا يفقد حقه في الرجوع على

المدين بالدعوى الشخصية، إلا إذا اثبت المدين أنه كان قد وفى الدين قبل وفاء الكفيل به، أو أثبت أنه وفى الدين بعد وفاء الكفيل، 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 المدين) كمقاصة أو تجديد أو اتحاد ذمة أو غبراء أو تقادم (السنهوري ص١٤١) فإن لم يثبت المدين شيئا من ذلك كان وفاء الكفيل صحيحا ورجع على المدين بالدين ن ويسقط حق الكفيل في الرجوع على المدين بقدر الضرر الذي يعود على المدين بسبب عدم إخطاره بالعزم على الوفاء، فإن كان المدين قد وفى بجزء من الدين ن بينما قام الكفيل بالوفاء بكل الدين، فإن حق الكفيل يسقط بالنسبة للجزء الذي قام المدين بالوفاء به أو لانقضاء هذا الجزء بالمقاصة لتوافر مديونية الدائن للمدين بقدر هذا الجزء، أما باقي الدين فلا يسقط حق الكفيل في الرجوع به رغم عدم إخطاره المدين بالوفاء. (أنور طلبة ص٣٧٨)

- **اعتراض المدين على الوفاء :** إذا أخطر الكفيل المدين قبل الوفاء، فإنه يتعين على المدين إذا كان قد وفى الدين أو كان لديه أسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه أن يعارض في الوقت المناسب في أن يفي الكفيل بالدين، ولا يوجد شكل خاص لهذه المعارضة كمل لا يوجد شكل خاص لإخطار الكفيل المدين قبل الوفاء، فتصح أن تكون هذه المعارضة بورقة رسمية على يد محضر، ويصح أن تكون 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 في الدعوى إذا طالبه الدائن قضائيا حتى يتولى للمدين دفع مطالبة الدائن. أما إذا لم يعارض المدين في الوفاء، فإن الكفيل يكون في حل من وفاء الدين للدائن، إذ أن عدم معارضة

المدين في الوفاء يجعل الكفيل يعتقد أن المدين لم يف بالدين وأنه ليس لديه أسباب تقضي 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 تقضي ببطلانه أو بانقضائه، وقد نصت المادة ٢/٧٩٨ مدني على هذا الحكم، إذ تقول " فإذا لم يعارض المدين في الوفاء، بقى للكفيل حقه في الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه ". (السنهوري ص١٤٣)

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه : " أما الفقرة الثانية، فقد أضافها المشروع، وهى تقرر واجبا عكسيا في جانب المدين، إذ يجب عليه إذا أخطره الكفيل بعزمه على الوفاء أو بالمطالبة الحاصلة له من الدائن أن يعترض على ذلك. فإذا لم يعارض المدين في الوفاء ووفى الكفيل الدين فعلا، كان له أن يرجع على المدين حتى لو كان هذا الأخير قد دفع الدين، أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٥٤٠)

* * *

حلول الكفيل محل الدائن بقدر ما وافاه

النص التشريعي (مادة ٧٩٩):

إذا وفى الكفيل الدين كان له ان يحل محل الدائن فى جميع ماله من حقوق قبل المدين ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه الا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٨٠٨ ليبى و ٧٦٥سورى و ١٠٢٣عراقى و ١٠٨٤لبنانى و٦١٨سودانى و١٠٥٩تونسى.

الأعمال التحضيرية:

إستمد المشروع المادة ١١٥٣ من المادة ٧٢٨ من المشروع الفرنسى الإيطالى مع إضافة الفقرة الخاصة بحالة الوفاء الجزئى وهى تطابق فى أحكامها المادة ٥٠٥/ ٦١٧ من التقنين الحالى والكفيل الذى يوفى عند حلول اجل الدين يكون له الحلول محل الدائن فى جميع ماله من حقوق قبل المدين فان كان قد وفى قبل حلول الأجل بإتفاق مع المدين فانه يكون له كذلك ان يحل محل الدائن قبله فان كان الوفاء قبل الأجل قد تم بغير رضاء المدين فان الكفيل يعرض نفسه لخطر ضياع حقه فى الرجوع على المدين والحلول محل الدائن إذا كان الدين قد إنقضى فى المدة بين الوفاء وحلول الأجل بسبب المقاصة أو إتحاد الذمة مثلاً أو كانت لدى المدين دفوع تبرئ ذمته من الدين فان كان الوفاء جزئياً فان الكفيل لايستطيع تطبيقا لقواعد الحلول (م٤٦٥من المشروع) الرجوع على المدين والحلول محل الدائن قبل أن يستوفى هذا الأخير نهائيا ماله.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – جزء٥ـ ص٥٤٢و٥٤٣و٥٤٤و٥٤٥)

رأى الفقه :

١- كل كفيل يرجع بدعوى الحلول على المدين، يستوى فى ذلـك أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين وحده أو لمصلحة الدائن وحـده أو لمصلحة الإثنين معاً أو لمصلحة المدين والكفيل أو لمصلحة الدائن والكفيل وعلى ذلك يستوى الكفيل غير المأجور ويـستوى أيـضاً الكفيـل غيـر المتضامن مع المدين والكفيل المتضامن معه.

وليست المادة ٧٩٩ مدنى إلا تطبيقاً تـشريعياً للمـادة ٣٢٦ مـدنى ويجب توافر شرطين لرجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول، هما:

١- قيام الكفيل بوفاء الدين عن المدين.

٢- وفاء الكفيل بالدين عند حلول أجله.

فيحل الكفيل محل الدائن فى حقه بما لهذا الحق من خصائص فإذا كان حق الدائن حقاً تجارياً إنتقل إلى الكفيل على هذه الصفة حقاً تجاريـاً وإذا كان حقا يسقط بالتقادم بإنقضاء مدة قصيرة خمس سنوات أو أقل فإنه ينتقل إلى الكفيل قابلاً للسقوط بالتقادم بهذه المدة القصيرة.

كما أن الكفيل يحل محل الدائن فى حقه بما يلحق هذا الحق من توابع (كالفوائد والحق فى دعوى الفسخ والحق فى الطعن بالدعوى البوليـصية والحق الحبس وإستعمال الشرط الجزائى)

كما يحل الكفيل محل الدائن فى حقه فى التأمينات العينيـة (كـالرهن الرسمى أو الحيازى وحق الإختصاص والإمتياز).

ويحل محله فى حقه بما يرد عليه مـن دفـوع (كالـدفع بـالبطلان وبإنقضاء الدين بالوفاء أو غيره كالمقاصة والتجديد والإبراء والتقـادم أو تحقق الشرط الواقف أو الفاسخ أو الأجل).

ويرجع الكفيل على المدين فى دعوى الحلول بما دفعه للدائن من اصل الدين والفوائد (قانونية كانت أو إتفاقية).

مقارنة بين دعوى الحلول والدعوى الشخصية: تتميز دعوى الحلول على الدعوى الشخصية بأن الكفيل إذا رجع بدعوى الحلول كان له جميع تأمينات الحق الذى وفاه وينتقل إليه الحق بما له من خصائص وما يلحقه من توابع على ما تقدم – ولا يشترط فى دعوى الحلول أن يكون الكفيل قد أخطر المدين بعزمه على الوفاء ويشترط ذلك فى الدعوى الشخصية.

ولكن الدعوى الشخصية قد تكون لها ميزات على دعوى الحلول منها:

١- أن الكفيل فى الدعوى الشخصية يستحق الفوائد القانونية على جميع مادفعه للدائن وفاء للدين من وقت الدفع ويرجع فيها أيضاً بالمصروفات التى أنفقها فى سبيل الوفاء بإلتزامه وكل ما حكم عليه به من المصروفات للدائن كما يرجع بالتعويض عن الضرر الذى يكون قد أصابه دون خطأ منه بسبب تنفيذ إلتزامه ولا يرجع الكفيل فى دعوى الحلول لا بالفوائد القانونية ولا بالمصروفات ولا بالتعويض.

٢- إذا رجع الكفيل بالدعوى الشخصية فإن 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 سريان تقادم هذا الحق منذ أن إستحق أو قبل أن يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الدعوى الشخصية، وقد تكون مدة تقادم حق الدائن قد أوشكت على الإنقضاء فلا تلبث أن تنقضى بعد إنتقال الحق إلى الكفيل.

٣- إذا كان الكفيل قد وفى الدين وفاء جزئياً وأراد الرجوع بدعوى الحلول فانه يتأخر عن الدائن حتى يستوفى الدائن من المدين الباقى من حقه

أما إذا رجع الكفيل بالدعوى الشخصية فإنه يتعاون مع الـدائن ولا يقـدم الدائن عليه ويقتسمان مال المدين إقتسام الغرماء.

(الوسيط ـ ١٠ ـ للدكتور السنهوري ـ المرجع السابق ـ ص١٨٠ ومابعدها)

٢- تعرض المادة ٩٩ مدنى لدعوى الحلول وهـى تطـابق المـادة ٦١٧/٥٠٥ من التقنين القديم فتقرر أن الكفيل الذى يوفى الدين عند حلول الأجل وبعد إخطار المدين وعدم إعتراضه يكون له الحلول محل الدائن فى جميع ماله من حقوق قبل المدين ولكن إذا كان الوفاء جزئيا فإن الكفيل لا يستطيع تطبيقاً لقواعد الحلول الرجوع على المدين بدعوى الحلول قبل أن يستوفى الدائن ما يفى من دينه.

(التقنين المدني ـ للدكتور محمد علي عرفة –ص ٥٨٥ ـ ويراجع: عقد الكفالة للدكتور منصور مصطفي منصور ـ ص١٠٣ ومابعدها)

- **رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول :** وضع المـشرع القاعـدة العامة لدعوى الحلول بالمادة ٣٢٦ من القانون المدني التي يجرى نـصها بأنه " إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفى محل الـدائن الـذي استوفي حقه في الأحوال الآتية : (أ) إذا كان الموفى ملزما بالـدين مـع المدين أو ملزما بوفائه عند - ...."، ثم جاء بتطبيق لهذه القاعدة بالنـسبة للكفالة بما نص عليه في المادة ٧٩٩ من القانون المدني، من حلول الكفيل محل الدائن متى وفى الكفيل بالدين تنفيذا لالتزامه بالوفاء عـن المـدين، سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلم المدين أو بغير علمه، أو لمـصلحته أو لمصلحة الدائن وحده، أو رغم معارضته كأن يكون الكفيـل أراد تـأمين الدائن فإنه يحل محل الدائن في الرجوع على المدين بموجب دعوى الحلول وفقا لقواعد الإثراء بلا سبب أى بقدر ما افتقر به الكفيل وأثرى به المدين. (أنور طلبة ص٧٤٥).

● **شروط رجوع الكفيل بدعوى الحلول :** هناك شرطان يجب توافرهما لرجوع الكفيل بدعوى الحلول على المدين: (الشرط الأول) قيام الكفيل بوفاء المدين، فيجب على الكفيل حتى يرجع على المدين بدعوى الحلول أن يكون قد قام بوفاء الدين عن المدين، وقد رأينا المادة ٧٩٩ تقول " إذا وفى الكفيل الدين، كان له أن يحل محل الدائن ..."، والكفيل لا يقوم بوفاء الدين عن المدين إلا إذا كان متضامنا معه أو إلا لم يدفع لم يدفع التجريد أو فشل في هذا الدفع، فعندئذ يضطر الى وفاء الدين للدائن ويحل محله في رجوعه على المدين، وقد يقضي الكفيل الدين بما يقوم مقام الوفاء، كما إذا وفى الدين بمقال أو جدد الدين بتغيير المدين مثلا، أو قضى الدين بطريق المقاصة، فكل هذه أسباب تقوم مقام الوفاء فينقضي بها الدين، ومن ثم يحل الكفيل محل الدائن بمجرد انقضاء الدين. أما إذا لم يف الكفيل الدين أو يقضه بسبب يقوم مقام الوفاء، كما إذا برأ الدائن الكفيل من الكفالة أو تقادم دين الكفيل، فإن هذا لا يعتبر وفاء للدين، فلا يحل الكفيل محل الدائن، وقد يعمد الدائن التنفيذ على أموال كل من المدين والكفيل، فعلى الكفيل في هذه الحالة أن يتقدم في التوزيع المفتوح بالنسبة الى أموال المدين، حتى إذا استوفى الدائن حقه من أموال المدين وأموال الكفيل معا، حل الكفيل محل الدائن في توزيع أموال المدين بنسبة ما استوفاه الدائن من أمواله هو. (السنهوري ص١٥٠). (الشرط الثاني) أن يكون الوفاء عند حلول أجل الدين، فإن كان الوفاء قبل الأجل قد تم بغير رضاء المدين فإن الكفيل يعرض نفسه لخطر ضياع حقه في الرجوع على المدين والحلول محل الدائن إذا كان الدين قد انقضى في المدة بين الوفاء وحلول الأجل بسبب المقاصة أو اتحاد الذمة مثلا أو كانت لدى المدين دفوع تبرئ ذمته من الدين. (أنور طلبة ص٧٤٦) ومتى توافر الشرطان، الوفاء بكامل الدين

وحلول أجل الوفاء حل الكفيل محل الدائن في الحق بذات خصائصه وتوابعه وتأميناته ودفوعه بقوة القانون، ويترتب على ذلك النتائج الآتية :
١- أن الحلول لا يتم إلا إذا ظل حق الدائن قائما وقت الوفاء الذي قام به الكفيل. أما إذا كان هذا الحق قد انقضى أو تقرر بطلانه قبل ذلك فلا محل لحلول الكفيل فيه، ويجوز حينئذ للكفيل أن يرجع على الدائن بدعوى استرداد ما دفع دون حق، ويجوز له أيضا إذا كان قد أخطر المدين قبل الوفاء ولم يخبره المدين بانقضاء الدين أو ببطلانه أن يرجع عليه بالدعوى الشخصية. ٢- أن الكفيل يحل محل الدائن في حقه بما لهذا الحق من خصائص ومن توابع، فإذا كان الدين تجاريا كان للكفيل أن يتمسك بهذه الصفة وبخاصة فيما يتعلق بالاختصاص وبالإثبات وبسعر الفوائد القانونية، وإذا كان الدين ثابتا بسند تنفيذي جاز للكفيل أن يباشر التنفيذ ضد المدين بهذا السند ذاته دون حاجة به للحصول على سند تنفيذ باسمه خاصة، وإذا كان الدائن لم يطالب المدين بعد حلول الأجل فإن المدة التي انقضت قبل وفاء الكفيل تحسب للمدين إذا ما تمسك بالتقادم بعد ذلك في مواجهة الكفيل، وإذا كان الدين مما يتقادم بمدة أقل من مدة التقادم العام، بقيت له هذه الصفة أيضا في مواجهة الكفيل، وإذا كان الدين منتجا فوائد لمصلحة الدائن ظل ينتجها أيضا لمصلحة الكفيل وبالسعر ذاته، وإلا فلا يكون للكفيل حق في فوائد إلا وفقا للقواعد العامة. ٣- أن الكفيل يحل محل الدائن في حقه بكل ما يرد عليه من دفوع، فإذا كانت للمدين دفوع يجوز له التمسك بها ضد الدائن، سواء كانت تلك الدفوع متعلقة بالدين أو خاصة بشخصه، كالدفع ببطلان الدين لسبب متعلق بالنظام العام أو لنقص في الأهلية أو لعيب في الرضا أو بانقضائه بالمقاصة أو التقادم الخ .. جاز له التمسك بهذه الدفوع ذاتها في مواجهة الكفيل، ويستوي في ذلك أن يكون المدين قد

أخطر بها الكفيل قبل الوفاء أو لم يخطره، لأنه مادم الكفيل قد حل في حق الدائن بجميع خصائصه، فإن هذه الدفوع ترد عليه كما كانت ترد في حق الدائن. (سليمان مرقص ص١٨٤). ٤- ويحل الكفيل محل الدائن في حقه، بما يكفله من تأمينات، فينتقل الى الكفيل مع حق الدائن ما يكفل هذا الحق من تأمينات عينية، كالرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي على عقار أو منقول وحقوق الامتياز على عقار أو منقول، والحلول في التأمينات يقع بحكم القانون، فلا يحتاج الكفيل الى اتفاق مع الدائن على إحلاله محله في رهن أو في أى تأمين آخر أو في أى طلب للدخول في التوزيع بدلا منه، ولا يجوز للدائن أن ينزل عن الرهن أو عن مرتبة هذا الرهن إضرارا بحق الكفيل الذي حل محله في هذا الرهن. (السنهوري ص١٥٤)

- **حكم الوفاء الجزئي :** إذا لم يوف الكفيل إلا بعض الدين، فإن ذلك لا يمنعه من الحلول قانونا محل الدائن بقدر ما وفاه، ولكن لا يجوز له مباشرة دعوى الحلول قبل أن يستوفى الدائن باقي حقه وأن يستغنى بذلك عن الدعوى بهذا الحق وعن التأمينات الضمانة له، وقد نصت المادة ٧٩٩ مدني على أنه " إذا لم يوف الكفيل إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين، ويعتبر نصها تطبيقا للمادة ٣٣٠ فقرة أولى التي تقضي بأنه " إذا وفى الغير الدائن جزءا من حقه وحل محله فيه، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء، ويكون في استيفاء ما بقى له من حق مقدما على من وفاه، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك "، ولا يشترط في مباشرة الكفيل دعوى الحلول أن يكون الدائن قد استوفى باقي حقه من الكفيل نفسه، بل يكفي أن يكون قد استوفى حقه من المدين أو من أى شخص آخر، لأن المعول عليه إنما هو استغناء الدائن عن الدعوى المتعلقة

بحقه وعن تأمينات ذلك الحق. فإذا استوفى الدائن باقي حقه من المـدين، جاز للكفيل مباشرة دعوى الحلول والانتفاع بكل تأمينات الدين في استيفاء الجزء الذي وفاه منه، وكذلك إذا استوفى الدائن باقي حقه من شخص لـه حق الحلول عومل هذا الشخص والكفيل الذي وفى جزءا من الدين علـى قدم المساواة، وجاز لهما مباشرة دعوى الحلول في الوقت ذاته وكان لهما أن يقتسما الناتج من هذه الدعوى قسمة غرماء، وقد نـصت المـادة ٣٣٠ فقرة ثانية على ذلك حيث قضت بأنه " إذا حل شخص آخر محـل الـدائن فيما بقى له من حق رجع من حل أخيرا هو من تقدمه في الحلول كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء "، ولأن الغرض مـن اشـتراط استيفاء الدائن كامل حقه قبل مباشرة الكفيل الذي لم يوف إلا بعض الـدين دعوى الحلول إنما هو ضمان له، فيجوز للدائن النزول عن هـذا الـشرط والسماح للكفيل الذي وفى جزءا فقط من الدين بمباشرة دعوى الحلول قبل أن يستوفى الدائن كامل حقه، ولذلك يعتبر حكم المادة ٣٣٠ فقـرة أولـى حكما مقررا يجوز الاتفاق على ما يخالفه وقد نصت المادة المذكورة على ذلك صراحة. (سليمان مرقص ص١٨٦ وما بعدها)

من أحكام القضاء:

١- إذا كان أساس دعوى رجوع الكفيل عن المدين بما أوفاه عنه هو حلول الكفيل محل الدائن فى الرجوع علـى المـدين حلـولا مستمداً من عقد الحلول المبرم بين الدائن والكفيل ومستنداً إلـى المـادتين ١/٢٢٦و ٢٢٩ من القانون المدنى اللين تقضيان بأنه قام بالوفاء شـخص غير المدين حل الموفى محل الدائن الذى إستوفى حقه إذا كـان المـوفى ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه وأن من حل قانوناً أو إتفاقـاً

محل الدائن له حله بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع وكان القرض – المكفول – عملاً تجارياً بالنسبة لطرفيه فإن الكفيل الموفى يحل محل الدائن الأصلى بما له من خصائصه ومنها صفته التجارية وبالتالى يكون للكفيل أن يرفع دعواه على المدين أمام المحكمة التجارية المتفق بين الدائن والمدين على إختصاصها.

(نقض – جلسة ١٩٦٨/١/٢٥ـ مجموعة المكتب الفني – السنة ١٩ـ مدني – ص١١٦)

٢- حق المتبوع فى الرجوع على التابع بما أوفاه من تعويض للمضرور سبيله دعوى الحلول المادتان ٣٢٦، ٧٩٩مدنى. أو الدعوى الشخصية. م ٣٤مدنى رجوع المتبوع على التابع بدعوى الكفيل قبل المدين. المادة ٨٠٠ مدنى. غير جائز علة ذلك.

للمتبوع عند وفائه بالتعويض للدائن المضرور أن يرجع على التابع بإحدى دعوتين الأولى دعوى الحلول المنصوص عليها فى المادة ٧٩٩ من القانون المدنى والتى ليست إلا تطبيقاً للقاعدة العامة فى الحلول القانونى المنصوص عليها فى المادة ٣٢٦ من القانون المذكور والتى تقضى بأن الموفى – يحل محل الدائن الذى استوفى حقه إذا كان الموفى ملزما بوفاء الدين عن المدين والدعوى الثانية هى الدعوى الشخصية المنصوص عليها فى المادة ٣٢٤ من ذات القانون التى تقضى بأنه إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه وليس للمتبوع أن يرجع على تابعه التعويض الذى وفاه عنه الدعوى الشخصية التى قررها المشرع فى المادة ٨٠٠ من القانون المدنى لكفيل قبل المدين وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع الكفيل بهذه الدعوى إذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن

وحده وضمان المتبوع لأعمال تابعه هو ضمان قرره القانون لمصلحة الدائن المضرور وحده.

(الطعن ٩٦٠ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٧س٤١ص١٠٢٣)

٣- رجوع المتبوع على التابع بما اوفاه من تعويض للمضرور بدعوى الحلول المادتان ٣٢٦، ٧٩٩ مدنى للتابع التمسك قبل المتبوع بإنقضاء حق المضرور بالتقادم الثلاثى المقرر بالمادة ١٧٢ مدنى أساس ذلك.

للمتبوع – وهو فى حكم الكفيل المتضامن – عند وفائه بالتعويض إلى الدائن المضرور أن يرجع على التابع بدعوى الحلول المنصوص عليها فى المادة ٧٩٩ من القانون المدنى والتى ليست إلا تطبيقاً للقاعدة العامة فى الحلول القانونى المنصوص عليها فى المادة ٣٢٦ من القانون المذكور والتى تقضى بان الموفى يحل محل الدائن الذى إستوفى حقه إذا كان الموفى ملزماً بوفاء الدين عن المدين واذ كان للمدين فى حالة الرجوع عليه بهذه الدعوى أن يتمسك فى مواجهة الكفيل بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها فى مواجهة الدائن فإن من حق التابع أن يتمسك قبل المتبوع الذى أوفى بالتعويض عنه للمضرور بإنقضاء حق الدائن المضرور قبله بالتقادم الثلاثى المقرر فى المادة ١٧٢ من القانون المدنى بدعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع على أساس أنه إنقضى على علم المضرور بحدوث الضرر بالشخص المسئول عنه أكثر من ثلاث سنوات دون أن يرفع المضرور عليه الدعوى بطلب التعويض وعلى أساس أن رفعه الدعوى على المتبوع المطعون ضده لا يقطع التقادم بالنسبة إلى التابع الطاعن والتقادم هنا لا يرد على حق المتبوع فى الرجوع على التابع وإنما حق الدائن الأصلى (المضرور) فيه أذى إنتقل إلى المتبوع بحلوله

محل الدائن (المضرور) فيه والذى يطالب به المتبوع تابعه ذلك بأن المتبوع حين يوفى التعويض للدائن المضرور فإنه يحل محل هذا الدائن فى نفس حقه وينتقل إليه هذا الحق بما يرد عليه من دفوع.

(الطعن ٣٥٣٥لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٥/١/٥س٤٦ص٨٢)

٤- أن مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هي وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ــ مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور وتقوم على فكرة الضمان القانوني فيعتبر المتبوع في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد ومن ثم فإذا أوفى المتبوع التعويض كان له أن يرجع به كله على تابعه محدث الضرر كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذي كفله لأنه المسئول عنه وليس مسئولا معه. وهذه القاعدة هي التي قننها المشرع في المادة ١٧ من القانون المدني التي تقضي بأن المسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر ولم يقصد المشرع بتلك المادة أن يستحدث للمتبوع دعوى شخصية جديدة يرجع بها على تابعه وإنما يكون له عند وفائه بالتعويض للدائن المضرور أن يرجع على التابع بإحدى دعويين، الأولى دعوى الحلول المنصوص عليها في المادة ٧٩٩ من القانون المدني والتي ليست إلا تحقيقا للقاعدة العامة في الحلول القانوني المنصوص عليه في المادة ٣٢٦ من القانون المذكور والتي تقضي بأن الموفي يحل محل الدائن الذي استوفى حقه إذا كان الموفي ملزما بوفاء الدين عن المدين وإذ كان للمدين في حالة الرجوع عليه بهذه الدعوى أن يتمسك في مواجهة الكفيل بالدفوع التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة الدائن فإن من حق التابع أن يتمسك قبل المتبوع الذي أوفى التعويض عنه للمضرور بانقضاء حق هذا الدائن المضرور قبله

بالتقادم المقرر في المادة ١٧٢ من القانون المدني لدعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع على أساس إنه انقضى على علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه أكثر من ثلاث سنوات دون أن يرفع المضرور عليه الدعوى بطلب التعويض وعلى أساس أن رفعه الدعوى على المتبوع "الطاعن" لا يقطع التقادم بالنسبة إليه والتقادم هذا لا يرد على حق المتبوع في الرجوع على التابع، وإنما على حق الدائن الأصلي الذي انتقل إلى المتبوع بحلوله محل الدائن المضرور فيه والذي يطالب به المتبوع تابعه، ذلك بأن المتبوع حين يوفي التعويض للدائن المضرور فإنه يحل محل هذا الدائن في نفس حقه وينتقل إليه هذا الحق بما يرد عليه من دفوع، والدعوى الثانية التي يستطيع المتبوع الرجوع بها على تابعه هي الدعوى الشخصية المنصوص عليها في المادة ٣٢٤ مدني التي تقضي بأنه إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه. وهذه الدعوى سواء كان أساسها الإثراء بلا سبب أو الفضاله فإن المتبوع لا يستطيع الرجوع بها إذا كان قد أوفى التعويض للدائن المضرور بعد أن كان حق الدائن فيه قد سقط بالنسبة للتابع لأن هذا لم يغير شيئا من هذا الوفاء وليس للمتبوع أن يرجع على تابعه بالتعويض الذي أوفاه بالدعوى الشخصية التي قررها القانون في المادة ٨٠٠ من القانون المدني للكفيل قبل المدين وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع الكفيل بهذه الدعوى إذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن المضرور وحده،

(الطعن رقم ٨٧٣٣ـ لسنة ٧٧ ق ـ تاريخ الجلسة ١٤ / ٥ / ٢٠٠٨)

* * *

رجوع الكفيل الموفى على المدين

النص التشريعي (مادة ٨٠٠):

(١) الكفيل 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 إتخذت ضده.

(٣) ويكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه إبتداء من يوم الدفع.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٠٩ ليبى و٧٦٦ سورى و١٠٢٣ عراقى و١٠٨٠ لبنانى و٦٨٢ سوادنى و ١٥٠٥ تونسى.

الأعمال التحضيرية:

نقل المشروع المادة ١١٥٣ مكررة عن المادة ٧٢٩ من المشروع الفرنسى الإيطالى وهى تعرض للدعوى الشخصية التى للكفيل قبل المدين وقد أثر المشروع ان يبين ما يرجع به الكفيل فى الدعوى الشخصية فهو يرجع باصل الدين وبالفوائد والمصروفات والتعويضات وهذه الأحكام معمول بها فى ظل التقنين الحالى رغم عدم النص عليها.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني –جزء٥- ص٥٤٧)

رأى الفقه:

١- يرجع الكفيل – بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ٨٠٠ مدنى 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 بإعتباره مديناً متضامناً أصلياً والكفيل غير المأجور والكفيل الشخص والكفيل العينى.

أما إذا عقدت الكفالة بعلم المدين ولكن بالرغم من معارضته فان هذا الفرض لايدخل فى نص الفقرة الأولى من المادة ٨٠٠ مدنى، صحيح أن الكفالة فى هذا الفرض تعقد بعلم المدين إذا هو يعارض فيها ولكن النص عندما تحدث عن كفالة تعقد بعلم المدين إنما إفترض أنها عقدت برضاء المدين، ولو أراد كفالة تعقد بالرغم من معارضة المدين لذكر ذلك صراحة كما ذكره فى حالات أخرى (م ٢/٢٢٣و ٢/٢٢٤و ٧٧٥مدنى) وعلى ذلك يكون النص قد اغفل هذا الفرض فلم يبق إلا تطبيق المبادئ العامة وهى تقضى بان الكفيل يرجع على المدين بقاعدة الإثراء بلا سبب أى يرجع بمقدار ما دفع عن المدين ولكن الكفيل لا يرجع بالمصروفات التى تكبدها لأن المدين لم يغتن بمقدارها وإن كان الكفيل قد إفتقر ولا يرجع الكفيل بفوائد ما دفعه لا من وقت المطالبة القضائية بالفوائد طبقاً للقواعد العامة وليس من وقت دفعها خلاف للكفيل الذى عقد الكفالة لعلم المدين وبرضاه الصريح أو الضمنى أو عقد بغير علمه فإنه 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.

ويخلص من نصوص الفرتين ٢و ٣ من المادة ٨٠٠ مدنى ان الكفيل يرجع على المدين فى الدعوى الشخصية بما ياتى:

(١) أصل الدين وفوائده الإتفاقية أو القانونية ما دامت تدخل ضمن الدين المكفول.

(٢) الفوائد.

(٣) المصروفات.

(٤) التعويض وقد اجمع الفقه المصرى على جواز رجوع الكفيل بتعويض على المدين وان كان بعض الفقهاء يشترط سوء نية المدين.

(الوسيط ـ ١٠ ـ للدكتور السنهوري ـ المرجع السابق ـ ص١٥٩ ومابعدها)

٢- تعرض المادة ٨٠٠ مدنى للدعوى الشخصية التى للكفيل قبل المدين وتبين فى فقرتها الثانية ان الكفيل يرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات التى أنفقها من وقت إخطار المدين بالمطالبة الخاصة من الدائن وهذه الأحكام معمول بها فى ظل التقنين القديم برغم عدم النص عليها وقد أضاف المشرع إلى ذلك حكماً جديداً إذ قرر فى الفقرة الثالثة ان الفوائد تسرى لصالح الكفيل عن كل ما دفعه إبتداء من يوم الدفع وهذا إستثناء جديد من أحكام القواعد العامة التى تجعل المطالبة القضائية موعداً لبدء سريان الفوائد القانونية.

(التقنين المدني –للدكتور محمد علي عرف – المرجع السابق ـ ص٥٨٥و٥٨٦)

٣- بعد ان قرر المشرع فى الفقرة الأولى من المادة ٨٠٠ مدنى حق الكفيل فى الرجوع على المدين نص فى الفقرتين التاليتين هى ان الكفيل يرجع بما يلى:

(١) بما دفعه الدائن لإبراء ذمة المدين ويدخل فى هذا أصل دين المدين والفوائد التى إستحقت عنه إلى اليوم الذى وفى فيه الكفيل، والمصروفات التى انفقها الدائن فيما إتخذه من إجراءات ضد المدين واضطر الكفيل إلى دفعها لدخولها فيما يلتزم به نحو الدائن.

(٢) بالمصروفات التى أنفقها الدائن فيما إتخذه من إجراءات ضد الكفيل ودفعها الكفيل للدائن وبالمصروفات التى انفقها هو كمصروفات الدعوى التى رفعها عليه الدائن ومصروفات الإرشاد إلى أموال المدين عند التجريد ولما كان من الجائز ان يجهل المدين الإجراءات الموجهة ضد

الكفيل ولو علم بها لوفى الدين للدائن تجنباً للمصاريف فيجب على الكفيل أن يخطره بهذه الاجراءات فإن لم يفعل كان مقصرا وتحمل هو المصروفات التى تنفق منه أو من الدائن إبتداء من الوقت الذى كان يجب فيه الإخطار ولهذا فلا يرجع الكفيل الا بالمصروفات اللاحقة للإخطار وبالرغم من إطلاق نص المادة ٢/٨٠٠ مدنى فيجب إستثناء مصروفات المطالبة الأولى كمصروفات التنبيه على الكفيل بالوفاء ومصروفات رفع الدعوى عليه لأن هذه المصروفات ينفقها الدائن قبل أن يصل أى إجراء إلى الكفيل مما يوجب عليه إخطار المدين فيلتزم بها المدين دون الكفيل.

(٣) بفوائد ما دفعه للدائن وهنا خرج المشرع على القاعدة العامة التى تقضى بان الفوائد القانونية لا تسرى إلا من تاريخ المطالبة القضائية (م ٢٢٦مدنى) فقرر سريان الفوائد إبتداء من يوم الدفع (م ٣/٨٠٠مدنى) كما فعل بالنسبة للفضولى والوكيل(م ١٩٥ و ٧١٠مدنى).

(٤) يرى بعض الشراح عدم جواز الرجوع بالتعويض لعدم النص على ذلك وإذا كان المشرع قد ترك الأمر للقواعد العامة فهذه لا تخول للكفيل الرجوع بالتعويض ويرى البعض الآخر – وهو ما يفضله الدكتور منصور مصطفى منصور – جواز الرجوع بالتعويض إذا كان المدين قد تسبب بسوء نية فيما لحق الكفيل من ضرر وذلك إستناداً إلى القواعد العامة فإستحقاق الكفيل بالتعويض فيما يزيد عن حد الفوائد منوط بأن يثبت سوء نية المدين كأن يثبت أنه كان قادراً على الوفاء وأخفى ما لديه من أموال مما أدى إلى التنفيذ على أموال الكفيل.

(عقد الكفالة- للدكتور منصور مصطفي منصور- المرجع السابق – ص٩٦ ومابعدها)

- **رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية :** لقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٨٠٠ مدني على أنه " للكفيل الذي وفى الدين أن رجع

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 الضمني، أو بغير علمه، ويستوي في ذلك الكفيل العادي والكفيل المتضامن والكفيل الذي تقدم باعتباره مدينا متضامنا أصليا والكفيل غير المأجور والكفيل المأجور، والكفيل الشخص والكفيل العين. فإذا عقدت الكفالة بعلم المدين ولكن بالرغم من معارضته، فإن هذا الفرض لا يدخل في نص الفقرة الأولى من المادة ٨٠٠ مدني. صحيح أن الكفالة في هذا الفرض تعقد بعلم المدين إذ هو يعارض فيها، ولكن النص عندما 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 في حالات أخرى، وعلى ذلك يكون النص قد أغفل هذا الفرض، فلم يبق إلا تطبيق المبادئ العامة، وهذه تقضي بأن الكفيل في هذا الفرض إذا وفى الدين عن المدين يكون قد افتقر بمقدار ما دفع، ويكون المدين قد اغتنى أيضا بهذا المقدار لأن الدين كان في ذمته فبرئت ذمته منه، فيرجع الكفيل على المدين بقاعدة الإثراء بلا سبب، أى يرجع بمقدار ما دفع المدين إذا كانت ذمة المدين قد برئت بهذا المقدار، ولكن الكفيل لا يرجع بالمصروفات التي تكبدها لأن المدين لم يغتن بمقدارها وإن كان الكفيل قد افتقر، ولا يرجع الكفيل بفوائد ما دفعه إلا من وقت المطالبة القضائية بالفوائد طبقا للقواعد العامة، فلا يرجع بالفوائد من وقت الدفع، وهذا بخلاف الكفيل الذي عقد الكفالة بعلم المدين ورضاه الصريح أو الضمني، 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، وإذا عقدت الكفالة لمصلحة

الدائن دون مصلحة المدين، كأن عقد الكفيل الكفالة بعد عقد الدين لتـأمين الدائن دون أية فائدة للمدين، لم يكن الكفيل سواء كانت الكفالة لمصلحته أو لم تكن أن يرجع على المدين، كما في الفرض السابق، إلا بدعوى الإثراء بلا سبب، فيرجع بما دفعه من الدين وهو مقدار ما افتقر به وفـي الوقـت ذاته مقدار ما اغتنى به المدين، دون أن يرجع بالمصروفات أو بالفوائـد. أما إذا عقدت الكفالة لمصلحة كل من المدين والدائن معا، فإن الكفيل يرجع على المدين بنفس الدعوى الشخصية كالتي كان يرجع بها لـو أن الكفالـة عقدت لمصلحة المدين وحده، وهذا هو الحكم أيضا فيما إذا اعتبرت الكفالة لمصلحة المدين والكفيل معا. (راجع فيما تقدم السنهوي ص١٣٣، سليمان مرقص ص١٢٢، محمد علي إمام ص١٣١، منصور مصطفى منـصور ص٩٨، عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٠٣).

- **الـشروط الواجـب توافرهـا لرجـوع الكفيـل علـى المـدين بالـدعوى الشخصية:** ١- أن يكون الكفيل قد وفى الدين، وذلك لأن الوفاء هو الـذي يخول الكفيل الرجوع أى أنه مصدر حق الرجوع، فلا رجوع ما لم يسبقه الوفاء. ٢- أن يكون الوفاء تم عندما حل أجل الدين، فإن تم قبـل ذلـك، بدون موافقة المدين، فعلى الكفيل إرجاء المطالبة حتى يحين أوانها بحلول الأجل، وأن حل الأجل وأقام الكفيل الدعوى الشخصية ثم أثبت المـدين أن الدين انقضى في الفترة ما بين الوفاء وحلول الأجل فإنـه يتعـين رفـض الدعوى، والعبرة بالأجل الأصلي دون الأجل الذي يمنحه الدائن أو القاضي للمدين بعد الأجل الأصلي. ٣- أن تعود على المدين منفعة من هذا الوفاء، وذلك لأنه إذا كان وفاء الكفيل هو الذي يبرر حقه في الرجـوع، فإنـه لا يكفي لتبرير التزام المدين بأن يرد للكفيل ما وفاه وإنما الذي يبـرر هـذا الالتزام الأخير أن يكون المدين قد أفاد من وفاء الكفيل براءة ذمته من دين

كان يشغلها، ولا يشترط أن تكون منفعة المدين معادلة ما بذله الكفيل في الوفاء، فلو وفى الكفيل دينا كان المدين سبق وأن وفى جزءا منه أو كانت لديه دفوع تبطله أو تجعله منقضيا في جزء منه، فإن وفاء الكفيل لا يعود على المدين إلا بفائدة جزئية، ويكون ذلك كافيا لرجوع الكفيل على المدين ولكن بقدر مت عاد على الأخيرة من نفع بسبب الوفاء. ٤- أن يكون الكفيل قد أخطر المدين بعزمه على الوفاء وفقا لما أوضحناه فيما تقدم. (راجع في هذه الشروط سليمان مرقص ص١٧٩، أنور طلبة ص٧٥٢)

- **ما يرجع به الكفيل على المدين في الدعوى الشخصية :** يرجع الكفيل على المدين في الدعوى الشخصية بما يأتي:

أولا: أصل الدين – والمقصود بأصل الدين جميع المبالغ التي كانت مستحقة للدائن في ذمة المدين والتي وفاها الكفيل للدائن، فيشمل ذلك أصل دين المدين وفوائده التي استحقت الى الوقت الذي وفى فيه الكفيل الدين والمصروفات التي أنفقها الدائن في مواجهة المدين، كل ذلك يعتبر في علاقة الكفيل بالمدين أصل الدين. (سليمان مرقص ص١٧١).

ثانيا: الفوائد – وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٠٠ مدني في هذا الصدد كما رأينا " يكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع، فكل ما قام بدفعه للدائن على النحو السابق بيانه ينتج فوائد بالسعر القانوني من يوم دفع الكفيل الدين للدائن، وهذه الفوائد القانونية يرجع بها الكفيل على المدين بالإضافة الى الدين، وليس في هذا إلا تطبيق لقواعد الوكالة إذا رجع الكفيل على المدين بدعوى الوكالة (م٧١٠ مدني) ولقواعد الوكالة إذا رجع الكفيل على المدين بدعوى الفضالة (م١٩٥ مدني) أما القواعد العامة فكانت تقضي بأن الفوائد القانونية لا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية بها (م٢٢٦) فخرج القانون على هذه القواعد العامة

في دعوى الوكالة وفي دعوى الفضالة، ومن ثم اقتضى الأمر الخروج أيضا على هذه القواعد العامة في الدعوى الشخصية التي يرجع بها الكفيل على المدين كما رأينا في المادة ٣/٨٠٠ مدني، ويلاحظ أن القواعد القانونية التي يرجع بها الكفيل على المدين يكون بعضها فوائد على فوائد أصل الدين التي يرجع بها الكفيل على المدين فيما قدمنا، ولا يعتبر ذلك فوائد مركبة، لأن فوائد أصل الدين تدخل ضمن أصل الدين فيما يتعلق بالكفيل، ويلاحظ أيضا أن الفوائد القانونية التي يرجع بها الكفيل على المدين كما تقضي المادة ٣/٨٠٠ مدني لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة في دعوى الوكالة، وتتقادم بثلاث سنوات في دعوى الفضالة. أما القاعدة العامة فتقضي بتقادم الفوائد بخمس سنوات هذا والرجوع بالفوائد القانونية على المدين ميزة للدعوى الشخصية على دعوى الحلول، وسنرى أن الكفيل في 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. (السنهوري ص١٤٤).

ثالثا: المصروفات – وليس المقصود بالمصروفات هنا ما أنفقه الدائن في إجراءات ضد المدين لأن هذه النفقات في العلاقة بين الكفيل والمدين تعتبر داخلة في أصل الدين، وإنما المقصود بها المصروفات التي أنفقها الكفيل في الوفاء بالتزامه كمصروفات العرض الحقيقي والإيداع إذا اقتضى الأمر ذلك ومصروفات الإرشاد عن أموال المدين لتجريدها، على أنه لا يرجع الكفيل على المدين إلا بالمصروفات التي أنفقها من وقت إخباره المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده (م٨٠٠ فقرة ثانية) إذ يحتمل أن المدين كان يوفى الدين بمجرد إخطاره فيوفر على الكفيل هذه النفقات، فلا يلزم المدين إلا بما ينفقه الكفيل بعد هذا الإخطار.

رابعا : التعويض – جاءت المادة ٨٠٠ خلوا من أى ذكر للتعويضات، ولكن الرجوع إلى الأعمال التحضيرية يتضح أن المادة ١١٥٣ مكررة من المشروع التمهيدي وهى أصل المادة ٨٠٠ من القانون كان يتكون من أربع فقرات لا من ثلاث فقط وأن الفقرة الرابعة منها كانت تنص على أن " للكفيل فوق ذلك أن يرجع بالتعويض "، وأن لجنة المراجعة قد عدلت صياغة الفقرة الثالثة من هذه المادة وحذفت الجزء الأخير منها اكتفاء بالقواعد العامة كما حذفت الفقرة الرابعة اكتفاء بتطبيق القواعد العامة. (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني الجديد ٥ ص٥٤٧) وبناء على ذلك لا يصح أن يحمل إغفال ذكر التعويضات في المادة ٨٠٠ من القانون على أن المشرع قصد حرمان الكفيل منها بل يتعين تفسيره بأنه قصد به الرجوع الى القواعد العامة، وهى المنصوص عليها في المادة ٢٣١ مدني التي تنص على أنه " يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف الى الفوائد، إذا أثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية "، أى أن الكفيل لا يكون له الرجوع بالتعويض على المدين إلا إذا أثبت الضرر الذي يجاوز قيمة الفوائد القانونية وأثبت أن هذا الضرر راجع الى سوء نية المدين في عدم الوفاء بدينه للدائن في الوقت المناسب. (سليمان مرقص ص١٧٤).

موازنة بين الدعوى الشخصية ودعوى الحلول : من مميزات دعوى الحلول على الدعوى الشخصية:

أولاً : أنها تثبت لكل كفيل قدم بوفاء الدين سواء كانت الكفالة معقودة لمصلحة الدائن و لمصلحة المدين، وسواء عقدت بعلم المدين ورضاه أو بغير علمه أو بالرغم من اعتراضه في حين أن الدعوى الشخصية المستندة

الى الكفالة لا تثبت للكفيل إذا كانت الكفالة قد عقدت لمصلحة الدائن وحده أو بالرغم من اعتراض المدين، وغاية الأمر أنه تثبت للكفيل في هاتين الحالتين الأخيرتين دعوى شخصية أخرى مستندة الى القواعد العامة تخوله رجوعا أقل مدى مما تخوله دعوى الكفالة.

ثانياً: أنه لا يشترط في مباشرتها أن يكون الكفيل قد أخطر المدين بعزمه على الوفاء قبل حصوله، فيجوز للكفيل مباشرتها ولو لم يخطر المدين قبل الوفاء لأن عدم إخطاره المدين لا يؤثر في حق الأخير في التمسك بالدفوع التي كان يجوز له التمسك بها قبل الدائن. أما الدعوى الشخصية المستندة الى الكفالة فلابد في مباشرتها من إخطار الكفيل المدين قبل الوفاء، وإلا سقط حق الكفيل فيها إذا ترتب على عدم إخطار المدين ضرر تعادل قيمته مبلغ الدين.

ثالثاً: أنها تجعل الكفيل يحل محل الدائن في التأمينات الضمانة للدين خلافا للدعوى الشخصية، وهذه هى أهم ميزة تحمل الكفيل على تفضيل دعوى الحلول على الدعوى الشخصية. ولكن قد يكون للدعوى الشخصية من جهة أخرى مميزات على دعوى الحلول ومن هذه المميزات: ١- يستحق الكفيل في الدعوى الشخصية الفوائد القانونية على جميع ما دفعه للدائن وفاء للدين من وقت الدفع، ويرجع الكفيل أيضا في الدعوى الشخصية بالمصروفات التي أنفقها في سبيل الوفاء بالتزامه وكل ما حكم عليه به من المصروفات للدائن، كما يرجع بالتعويض عن الضرر الذي يكون قد أصابه دون خطأ منه بسبب تنفيذ التزامه، ولا يرجع الكفيل في دعوى الحلول لا بالفوائد القانونية ولا بالمصروفات ولا بالتعويض وهذه هى إحدى الميزات الأساسية للدعوى الشخصية على دعوى الحلول.
٢- إذا رجع الكفيل بالدعوى الشخصية، فإن حقه يكون قد نشأن منذ الوقت

الذي وفى فيه المدين للدائن، فلا يبدأ التقادم إلا من ذلك الوقت. أما في دعوى الحلول فيرجع الكفيل بنفس حق الدائن، وقد بدأ 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 تنقضي بعد انتقال الحق إلى الكفيل، وفي هذا تتميز الدعوى الشخصية على دعوى الحلول. ٣- إذا كان الكفيل قد وفى الدين وفاء جزئيا وأراد الرجوع بدعوى الحلول، فقد رأينا أنه يتأخر عن الدائن حين يستوفى الدائن من المدين الباقي من حقه. أما إذا رجع الكفيل بالدعوى الشخصية، فإنه يتعاون مع الدائن ولا يتقدم الدائن عليه، ويقتسمان مال المدين اقتسام الغرماء.

من أحكام القضاء:

١- أن مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هي وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ــ مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور وتقوم على فكرة الضمان القانوني فيعتبر المتبوع في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد ومن ثم فإذا أوفى المتبوع التعويض كان له أن يرجع به كله على تابعه محدث الضرر كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذي كفله لأنه المسئول عنه وليس مسئولا معه. وهذه القاعدة هي التي قننها المشرع في المادة ١٧ من القانون المدني التي تقضي بأن المسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر ولم يقصد المشرع بتلك المادة أن يستحدث للمتبوع دعوى شخصية جديدة يرجع بها على تابعه وإنما يكون له عند وفائه بالتعويض للدائن المضرور أن يرجع

على التابع بإحدى دعويين، الأولى دعوى الحلول المنصوص عليها في المادة ٧٩٩ من القانون المدني والتي ليست إلا تحقيقا للقاعدة العامة في الحلول القانوني المنصوص عليه في المادة ٣٢٦ من القانون المذكور والتي تقضي بأن الموفي يحل محل الدائن الذي استوفى حقه إذا كان الموفي ملزما بوفاء الدين عن المدين وإذ كان للمدين في حالة الرجوع عليه بهذه الدعوى أن يتمسك في مواجهة الكفيل بالدفوع التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة الدائن فإن من حق التابع أن يتمسك قبل المتبوع الذي أوفى التعويض عنه للمضرور بانقضاء حق هذا الدائن المضرور قبله بالتقادم المقرر في المادة ١٧٢ من القانون المدني لدعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع على أساس إنه انقضى على علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه أكثر من ثلاث سنوات دون أن يرفع المضرور عليه الدعوى بطلب التعويض وعلى أساس أن رفعه الدعوى على المتبوع "الطاعن" لا يقطع التقادم بالنسبة إليه والتقادم هذا لا يرد على حق المتبوع في الرجوع على التابع، وإنما على حق الدائن الأصلي الذي انتقل إلى المتبوع بحلوله محل الدائن المضرور فيه والذي يطالب به المتبوع تابعه، ذلك بأن المتبوع حين يوفي التعويض للدائن المضرور فإنه يحل محل هذا الدائن في نفس حقه وينتقل إليه هذا الحق بما يرد عليه من دفوع، والدعوى الثانية التي يستطيع المتبوع الرجوع بها على تابعه هي الدعوى الشخصية المنصوص عليها في المادة ٣٢٤ مدني التي تقضي بأنه إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه. وهذه الدعوى سواء كان أساسها الإثراء بلا سبب أو الفضاله فإن المتبوع لا يستطيع الرجوع بها إذا كان قد أوفى التعويض للدائن

المضرور بعد أن كان حق الدائن فيه قد سقط بالنسبة للتابع لأن هذا لم يغير شيئا من هذا الوفاء وليس للمتبوع أن يرجع على تابعه بالتعويض الذي أوفاه بالدعوى الشخصية التي قررها القانون في المادة ٨٠٠ من القانون المدني للكفيل قبل المدين وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع الكفيل بهذه الدعوى إذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن المضرور وحده،

(الطعن رقم ٨٧٣٣ـ لسنة ٧٧ ق ـ تاريخ الجلسة ١٤ / ٥ / ٢٠٠٨)

* * *

رجوع الكفيل الموفى على أى من المدينين المتضامنين

النص التشريعي (مـادة ٨٠١):

إذا تعدد المدينون فى دين واحد وكانوا متضامنين فالكفيل الذى ضمنهم جميعاً أن يرجع على أى منهم بجميع ما وفاه من الدين.

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٨١٠ ليبى و ٧٦٧ سورى و ١٠٣٥عراقى و ٦٨٣ سوادنى.

الأعمال التحضيرية :

المادة ١١٤٥ تطابق المادة ٧٣٠ من المشروع الفرنسى الإيطالى وهى تقرر الحق للكفيل الذى يكفل عدة مدينين فى أن يرجع على كل منهم بمقتضى دعواه الشخصية بما أنه كفل كلا منهم من أجل كل الدين.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – جزء٥ـ ص٥٥٠)

رأى الفقه :

١- يفرض نص المادة ٨٠١ مدنى أن هناك مدينين متعددين متضامنين فى دين واحد وان كفيلا قد ضمنهم جميعاً وهناك فرض آخر هو أن هناك مدينين متعددين متضامنين فى دين واحد وأن كفيلاً ضمن بعضهم دون الباقين.

(١) فبالنسبة للفرض الأول (مدينون ضمنهم الكفيل جميعاً)هذا هو الفرض الذى أورد حكمه نص المادة ٨٠١ مدنى وهو أبسط الفرضين فللكفيل أن يرجع على أى من المدينين لا متضامنين إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول.

(٢) وبالنسبة للفرض الثانى (مدينون متضامنون ضمن الكفيل بعضهم) فإن الكفيل يرجع على المدين الذى ضمنه بكل الدين سواء كان ذلك بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول.

إن الكفيل يرجع بدعوى الحلول على اى من المدينين المتضامنين بكل الدين سواء ضمنهم كلهم أو ضمن بعضهم فقط، أما إذا رجع بالدعوى الشخصية فإنه يجب التمييز بين ما إذا كان الكفيل قد ضمن كل المدينين المتضامنين أو ضمن بعضهم دون البعض الآخر فإن كل قد ضمن المدينين المتضامنين فإنه يرجع على أى منهم بكل الدين أما إذا كان قد ضمن بعضهم فقط فانه على المدين الذى ضمنه بكل الدين ويرجع على المدين بالذى لم يضمنه بقدر حصته فى الدين.

(الوسيط ـ ١٠ ـ للدكتور السنهوري ـ المرجع السابق ـ ص١٩٣ ومابعدها)

٢- تقرر المادة٨٠١ مدنى أن الكفيل الذى يكفل عدة مدينين متضامنين أن يرجع على من يختاره من بينهم بكل ما دفعه بمقتضى دعواه الشخصية بما انه كفل كلا منهم فى الدين كله، ولا مقابل لهذا النص فى التقنين القديم.

(التقنين المدني – للدكتور محمد علي عرفة –ص ٥٨٦، ويراجع: عقد الكفالة – للدكتور منصور مصطفي منصور – المرجع السابق –ص١١٠ومابعدها)

إذا تعدد المدينون وكانوا متضامنين ووفى الكفيل الدين فإنه يرجع بكل الدين على أى مدين منهم إما بالدعوى الشخصية، فيرجع بكل الدين على أى من الدينين المتضامنين وبالفوائد القانونية والمصروفات والتعويض، وللمدين الذي وفى أن يرجع على سائر المدينين كل بقدر حصته (م٢٩٠) فإذا أعسر أحدهم تحمل باقي المدينين كل بنسبة حصته من هذا الإعسار (م٢٩٨) فإن رجع بدعوى الحلول، فيرجع بكل الدين الذي وفاه على أى

من المدينين المتضامنين، فإذا أعسر أحدهم تحمل باقي المدينين كل بنسبة حصته من هذا الإعسار ولا يرجع بالفوائد القانونية ولا بالمصروفات ولا بالتعويض (أنور طلبة ص٧٥٦) أما إذا لم يكفل الكفيل إلا من المدينين دون بعضهم الآخر. فإذا كان هناك ثلاثة مدينين متضامنين، وقد ضمن الكفيل المدين الأول منهم دون أن يضمن الاثنين الآخرين، ووفى الكفيل كل الدين للدائن، فإنه يرجع على المدين الذي ضمنه بكل الدين، سواء كان ذلك بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول، لنفس الأسباب التي قدمناها عندما يرجع الكفيل على أحد المدينين المتضامنين بعد أن يكون قد ضمنهم جميعا، وإذا رجع الكفيل بالدعوى الشخصية على أحد المدينين الاثنين اللذين لم يضمنهما، فإنه يرجع عليه إما بدعوى مدينه الذي ضمنه أى بالدعوى غير المباشرة، أو بدعوى الإثراء بلا سبب، فإن رجع بالدعوى غير المباشرة، فإنه يرجع كما كان يرجع هذا المدين، أى بحصة المدين الذي يرجع عليه ونصيب هذا الأخير في حصة من يعسر من المدينين المتضامنين، لأن المدينين المتضامنين ينقسم الدين فيما بينهم عند رجوع أحدهم على الآخرين وتنقسم عليهم حصة المدين المعسر طبقا لقواعد التضامن، وكذلك إذا رجع الكفيل بدعوى الإثراء بلا سبب، فإنه يرجع بقدر حصته في الدين ونصيبه في حصة من يعسر من المدينين المتضامنين، فيرجع الكفيل على المدين هنا أيضا بقدر حصة هذا المدين ونصيب هذا المدين في حصة من يعسر، وفي الحالتين يحتج المدين المتضامن الذي رجع عليه الكفيل بالدفوع التي كان يستطيع أن يحتج بها على المدين المتضامن الذي ضمنه الكفيل، كما لو أبرئت ذمة المدين المتضامن الذي رجع عليه الكفيل. 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. (السنهوري ص١٦١) مفاد ما تقدم أن الكفيل يرجع بدعوى الحلول على أى من المدينين المتضامنين بكل الدين، سواء ضمنهم كلهم أو ضمن بعضهم فقط، أما إذا رجع بالدعوى الشخصية، فإنه يجب التمييز بين ما إذا كان الكفيل قد ضمن كل المدينين المتضامنين، فإنه يرجع على أى منهم بكل الدين. أما إذا كان قد ضمن بعضهم فقط، فإنه يرجع على المدين الذي ضمنه بكل الدين، ويرجع على المدين الذي لم يضمنه بقدر حصته في الدين .

- **رجوع الكفيل على مدينين غير متضامنين :** إذا كان المدينون غير متضامنين، وضمنهم جميعا كفيل واحد، وحل أجل الدين، فقام الكفيل بالوفاء به، فإنه يرجع على كل واحد منهم بما يخصه من الدين، سواء رجع بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية، لأنه في الدعوى الأولى يحل محل الدائن في الرجوع على المدينين، ولانتفاء تضامنهم، فإن الدين كان ينقسم بينهم، وبالتالي فإنه ينقسم عند رجوع الكفيل عليهم، ولأنه في الدعوى الثانية لا يلزم المدين بالوفاء إلا بقدر ما برئت منه ذمته، وهو يتمثل في حصته في الدين التي كان ملوما بها دون باقي الدين. أما إذا كفل بعض المدينين غير المتضامنين، فإنه لا يكون ملزما بالوفاء إلا بالنسبة لحصة هؤلاء في الدين، ولانتفاء التضامن فيما بينهم، فإن الكفيل يرجع على كل منهم بقدر حصته في الدين، سواء رجع بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية على نحو ما تقدم. (أنور طلبة ص٧٥٨)

- **تعدد المدنيين في التزام غير قابل للانقسام :** في حالة تعدد المدينين في التزام غير قابل للانقسام وضمن الكفيل بعض هؤلاء فإنه يكون ملزما بوفاء الدين كاملا في مواجهة الدائن، ومتى قام بالوفاء، فإنه يرجع في كل

مدين بما يخصه من الدين، إذ يصبح الدين، بعد الوفاء به، قابلا للانقسام، ويرجع الكفيل على من ضمنهم بدعوى الحلول أو الدعوى الشخصية، بينما يرجع على من لم يضمنهم بالدعوى الشخصية وفقا للقواعـد العامـة، لأن التزامه بالوفاء بحصصهم لم يرجع إلى أنه ملتزم معهم أو عـنهم، وإنمـا رجع الى طبيعة الدين وعدم قابلية للانقسام. (أنور طلبة، مرجع سابق)

انقضـاء الكفـالـة

- **انقضاء الكفالة بصفة تبعية وانقضاؤها بصفة أصلية :** أن التـزام الكفيل التزام تابع يدور مع الالتزام الأصلي وجودا وعدما، فكل ما يـؤثر في الالتزام المكفول يؤثر بالتالي في التزام الكفيل، فينقضي هذا الالتـزام الأخير بصفة تبعية بجميع الأسباب التي ينقضي بها الالتزام الأول. غير أن تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول لا تمنع أنه التـزام مـستوف جميـع مقومات الالتزام وخاضع في نشوئه وفي انقضائه للقواعد العامة، فيجـوز للكفيل مثلا أن يطعن في عقد الكفالة بصدوره منه في حالة نقص أهليته أو تحت تأثير عيب في الرضا أو بأى سبب آخر من أسباب البطلان فيـؤدي ذلك إلى تقرير بطلان الكفالة، ويجوز له أيضا أن يتمسك بانقضاء التزامه – بقطع النظر عن انقضاء الكفالة في هذه الحالة بصفة أصـلية، وهنـاك أسباب الانقضاء العامة، ويكون انقضاء الكفالة في هـذه الحالـة بـصفة أصلية، وهناك أسباب خاصة بالكفالة ينقضي بها التزام الكفيل بصفة أصلية أيضا أى دون أن ينقضي الالتزام المكفول. (سليمان مرقص ص١٩٥)

أولاً : انقضاء الكفالة بصفة تبعية: أسباب انقضاء الدين المكفول هـى نفس أسباب انقضاء أى دين، انقضى هذا الدين بسبب من أسباب الانقضاء فقد انقضت الكفالة، لأن التابع لا يبقى بغير الأصـل، وانقـضاء الـدين

المكفول يكون بالوفاء، والوفاء بمقابل، وبالتجديد، والمقاصة، واتحاد الذمة، والإبراء، واستحالة التنفيذ والتقادم، وقد يفسخ الدين المكفول أو يتمسك بإبطاله فتزول الكفالة تبعا لذلك.

انقضاء الدين المكفول بالوفاء : قد يقضي المدين الأصلي دينه المكفول بالوفاء، فيفي هذا الدين للدائن، فينقضي الدين المكفول، وينقضي تبعا له دين الكفيل فتنقضي الكفالة، ويكفي لقضاء الدين المكفول أن يحجز الدائن على أموال المدين ويبيعها ويكون الثمن كافيا لوفاء حقه، حتى لو هلك المال قبل تسليمه للمشتري، فإن الضامن للهلاك في هذه الحالة لا يكون هو الدائن بل المدين إذ يعتبر أنه هو البائع، وإذا لم يقبل الدائن الوفاء، واضطر المدين لعرض الدين عرضا حقيقيا تلاه الإيداع، فإن العرض الحقيقي يقوم مقام الوفاء إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته (م٣٣٩ مدني) ويجوز للمدين أن يرجع في هذا العرض مادام لم يقبله أو مادام لم يصدر حكم بصحته، وإذا رجع لم يعتبر المدين قد وفى الدين، ومن ثم لا تبرأ ذمته الكفيل (م١/٣٤٠ مدني) أما إذا رجع لم يعتبر المدين في العرض بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته، وقبل الدائن هذا الرجوع لم يكن لرجوع المدين اثر في حق الكفيل واعتبر الدين موفى بالنسبة إليه وبرئت ذمته نهائيا (م٢/٣٤٠ مدني) وإذا كان الوفاء باطلا أو أبطل، اعتبر كأن لم يكن فيعود الدين المكفول وتعود معه الكفالة (سليمان مرقس ص١٥٢) وهذا بخلاف الوفاء بمقابل، فسنرى أنه إذا استحق الشيء المدفوع في مقابل الدين، فإن الوفاء بمقابل يبقى مبرئا لذمة الكفيل ولا تعود الكفالة، وتوجد حالة يوفى فيها بالدين المكفول، ومع ذلك لا ينقضي هذا الدين، ذلك إذا وفى الغير بهذا الدين للدائن، وحل محله فيه حلول اختياريا أو قانونيا، ففي هذه الحالة يرجع الموفى بالدين على المدين بنفس

الدين كما تقضي قواعد الحلول، فلا يكون الدين قد انقضى بالرغم من وفائه ويبقى التزام الكفيل. (السنهوري ص١٧٩)

انقضاء الدين المكفول بالوفاء بمقابل : راجع شرح النص التشريعي للمادة ٧٨٣ مدني فيما تقدم.

انقضاء الدين المكفول بالمقاصة : للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه، وما هو مستحق له قبل هذا الدائن، ولو اختلف سبب الدينين، إذا كان موضوع كل منهما نقودا أو مثليات متحدة في النوع والجودة، وكان كل منهما خاليا من النزاع مستحق الأداء صلحا للمطالبة به قضاء، ويترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما منذ الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة، وإن كانت المقاصة تقع بقوة القانون من وقت تلاقي الدينين بقدر الأقل منهما، فإن آثارها تترتب من ذلك الوقت، وتتوقف على التمسك بها ممن تقررت لمصلحته، فإن تمسك بها المدين، فإنها تقضي دينه حتى لو كانت مدة تقادمه قد اكتملت ودفع المدين الآخر بالتقادم، طالما تلاقى الدينان قبل اكتمال مدة التقادم، وبالتالي يجوز أن يتمسك بالمقاصة بين الدين المكفول ودين لمكفوله في ذمة الدائن حتى لو دفع بالتقادم، طالما تلاقى الدينان قبل اكتمال مدة التقادم، ولا يتوقف القضاء بانقضاء الدين المكفول بالمقاصة على تمسك المدين فيها، اكتفاء بتمسك الكفيل، وإذا تلاقى الدينان، وقام المدين بحوالة حقه الى الغير، وقبل المدين هذه الحوالة دون تحفظ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال به بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله الحوالة، وبالتالي لا تقع المقاصة ولا ينقضي الدين المكفول، مما يحول دون الكفيل والتمسك في هذه الحالة بالمقاصة، لانتقال الدين بتأميناته للمحال له عملا بالمادة ٣٠٧ من القانون المدني (أنور طلبة ص٧٦٥) ولما كانت المقاصة ليست

من النظام العام فيجوز النزول عنها. فإذا نزل عنها المدينان معا بعد أن توافرت شروطها وتلاقى الدينان، فعلى كل من المدينين أن يؤدي الدين الذي في ذمته، وله أن ينقضى حقه من مدينه، فبعد أن كانت المقاصة قد قضت الدينين معا منذ تلاقيهما، فإن النزول عن المقاصة بين الدينين الى الوجود بما كان لهما من تأمينات، وذلك دون إضرار بحقوق الغير، فلو أن أخذ المدينين كان مضمونا بكفيل، ووقعت المقاصة بين المدينين، انقضى الدين المكفول وانقضت معه الكفالة، فإذا نزل المدين في الدين المكفول عن المقاصة، فإن الدين يعود ولكن لا تعود الكفالة ذلك أن الكفيل كان قد تخلص من الكفالة منذ أن انقضى الدين المكفول بالمقاصة، فلا يضار بنزول المدين عن مقاصة الدين المكفول. (السنهوري ص١٨٠)

انقضاء الدين المكفول باتحاد الذمة : نصت المادة ٣٧٠ مدني على أنه " إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة الى دين واحد، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة، وإذا زال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة، وكان لنزاله أثر رجعي، عاد الدين الى الوجود هو وملحقاته بالنسبة الى ذوي الشأن جميع، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن "، وبناء على ذلك إذا ورث الدائن المدين المكفول أو ورث المدين الدائن فإن الدين المكفول ينقضي باتحاد الذمة وينقضي تبعا له التزام الكفيل، غير أنه إذا زال سبب اتحاد الذمة، كأن ظهر وارث أقرب من الدائن أو المدين، فإن زواله يترتب عليه عودة الدين المكفول الى الظهور وعودة الكفالة كذلك. (سليمان مرقص ص٢٠٧)

انقضاء الدين المكفول باستحالة التنفيذ : وإذا انقضى الدين المكفول باستحالة التنفيذ لسبب أجنبي، انقضت بانقضائه الكفالة، فإذا كان للدين كفيل، ثم استحال تنفيذ الدين بسبب أجنبي فانقضى وبرئت ذمة المدين منه،

فإن ذمة الكفيل تبرأ تبعا لبراءة ذمة المدين، وإذا استحال تنفيذ الدين خطأ المدين، فإن محل الدين يتحول الى تعويض، ولا تبرأ ذمة المدين، كذلك لا تبرأ ذمة الكفيل، بل يبقى كفيلا للتعويض. أما إذا هلك الشيء بفعل الكفيل، فإن ذمة المدين تبرأ من الدين، إذ يعتبر فعل الكفيل سببا أجنبيا بالنسبة الى المدين، وتبرأ ذمة الكفيل باعتباره كفيلا تبعا لبراءة ذمة المدين، ولكن الكفيل يبقى مسئولا عن خطأه كمدين اصلي نحو الدائن. (السنهوري ص١٨٥)

انقضاء الدين المكفول بالتجديد : يتجدد التزام المدين، بتغيير الدين المكفول أو بتغيير المدين أو الدائن، ويشترط للتجديد أن يكون الالتزامان القديم والجديد قد خلا كل منهما من أسباب البطلان، فإن كان الالتزام القديم ناشئا عن عقد قابل للإبطال فلا يكون التجديد صحيحا إلا إذا قصد بالالتزام الجديد إجازة العقد وأنم يحل محله، ويترتب على التجديد أن ينقضي الدين المكفول بتوابعه وأن ينشأ مكانه التزامه جديد لا تنتقل إليه الكفالة، عينية كانت أو شخصية إلا إذا رضى الكفيل بذلك، فإن لم يرض، انقضت كفالته بالتجديد، ولا تنتقل إلى الالتزام الجديد، فإن توافر سبب من أسباب بطلانه أحد الالتزامين، فإن التجديد لا يكون قد تم، وبالتالي لا يكون الدين المكفول قد انقضى، فيظل قائما هو وكفالته، أما إذا كان الالتزام القديم ناشئا عن عقد قابل للإبطال، فلا يكون التجديد صحيحا – إلا إذا قصد بالالتزام الجديد إجازة العقد وأن يحل محله، وبالتالي تنقضي الكفالة متى كان التجديد صحيحا بانصراف القصد الى إجازة العقد، كما يجوز للكفيل التمسك بإبطال العقد في حالة عدم التجديد ليقضي له بانقضاء كفالته، إذ للكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين.

انقضاء الدين المكفول بالإبراء : إذا أبرأ الدائن مدينه من الدين، انقضى الالتزام الأصلي وانقضى تبعا له التزام الكفيل، وإذا تقرر بطلان الإبراء عاد المدين الأصلي الى الوجود وعاد تبعا له التزام الكفيل، غير أن إبراء المدين المفلس من جزء من دينه نتيجة لتصلح معه لا يعتبر إبراءً حقيقياً بل يتخلف عنه التزام طبيعي في ذمة المفلس، ولا يترتب عليه انقضاء التزام الكفيل لأن الغرض من الكفالة هو قيام الكفيل بالوفاء في مثل هذه الحالة التي يتعذر فيها على الدائن كامل حقه من المدين، ولأن صلح الدائن مع المدين لم يقصد به التبرع للمدين وإنما قصد به تفادى إجراءات الإفلاس والتصفية التي من شأنها زيادة مركز المدين سوءا وإضعاف احتمال حصول الدائن على كامل حقه، لذلك نصت المادة ٣٥٩/٣٤٩ تجاري على أن " للمدين مطالبة الشركاء في الدين بتمام دينه ولو حصل الصلح مع المفلس "، وتشمل عبارة الشركاء في الدين les co-obligés الكفلاء والمدينين المتضامنين. (سليمان مرقص ص٢٠٨)

انقضاء الدين المكفول بالتقادم : إذا انقضى الدين المكفول بالتقادم، انقضى تبعا له التزام الكفيل ولو كانت مدة التقادم الخاصة به لم تتم، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب الكفيل ولو نزل المدين عن التمسك به. (م٣٨٧ فقرة أولى)

ثانياً : انقضاء الكفالة بصفة أصلية : ينقضى التزام الكفيل بصفة أصلية بكافة أسباب الانقضاء التي ينقضي بها أى التزام آخر، فينقضي بوفاء الكفيل الدين المكفول، سواء كان الوفاء بذلك الدين عينا أو وفاء بمقابل، وسواء قبل الدائن الوفاء أو اضطر الكفيل أن يسلك في سبيل ذلك

إجراءات العرض والإيداع، وينقضي أيضا بالتجديد سواء أكان ذلك باستبدال أى تأمين آخر بالكفالة، وكذلك ينقضي التزام الكفيل بصفة أصلية من طريق المقاصة إذا صار الكفيل دائنا للدائن بما يعادل الالتزام المكفول، ويجوز للكفيل أن يتمسك بهذه المقاصة في أى وقت، ولكن لا يجوز للدائن ذلك إلا إذا لم يكن للكفيل أن يتمسك بالدفع بعدم جواز مطالبته قبل مطالبة المدين أو بالدفع بالتجريد أو كان له الحق في التمسك بهما واستنفذ حقه دون جدوى، لأنه مادام للكفيل أن يتمسك بأحد هذين الدفعين فإن التزامه لا يعتبر حال الأداء وبالتالي لا يعتبر صالحا للمقاصة به، وتنقضي الكفالة بصفة أصلية أيضا باتحاد الذمة كما إذا ورث الكفيل الدائن أو العكس، وتنقضي أخيرا بالتقادم الخاص بها وبقطع النظر عن تقادم الدين المكفول .

ثالثاً : انقضاء الكفالة لأسباب خاصة : هناك أسباب خاصة لانقضاء الكفالة وهى ترجع إلى طبيعة التزام الكفيل باعتبار الكفيل ملتزما عن المدين التزاما أريد به أن يكون ضمانا احتياطيا للدائن في حالة عدم كفاية أموال المدين للوفاء بدينه ومن شأنه الوفاء به أن يخول الكفيل حق الرجوع على المدين، أو إلى إرادة الكفيل. فإذا قصد الكفيل وضع حد لكفالته بأجل معين أو غير معين، فتنقضي الكفالة بصفة أصلية بحلول هذا الأجل، وقد يكون هذا القصد صريحا أو ضمنيا. فإذا كفل شخص ديون تاجر بدون تعيين أجل صريح لذلك، فمن الممكن أن تعتبر الكفالة مقصورة على الديون التي يلتزم بها التاجر المكفول حال حياته، ولا تشمل الديون التي يلتزم بها ورثته من بعده إذا خلفوه في مباشرة تجارته، وإذا أهمل الدائن في مطالبة المدين إهمالا ترتب عليه تعذر تحصيل الدين كله أو بعضه من أموال المدين أو إذا أضاع شيئا من التأمينات الضامنة للدين، برئت ذمة الكفيل بقدر الضرر الذي أصابه من إهمال الدائن في الحالة الأولى، وبقدر

قيمة التأمين الذي أضاعه الدائن بخطئه في الحالة الثانية، ويعتبر إهمال الدائن في مطالبة الدين ونشوء ضرر من ذلك الكفيل، وكذلك إضاعة الدائن بخطئه شيئا من التأمينات الضامنة للدين المكفول سببين خاصين لانقضاء التزام الكفيل بصفة أصلية، وقد تقدمن دراستهما فتكتفي في شأنهما بالإحالة إلى ما تقدم. وسبق أن أوضحنا من قبل أن الكفالة تنقضي بالفسخ أو الإبطال، وإذا ما نشأ التزام الكفيل، فإنه لا ينقضي بموته، وإنما يظل دينا في تركته، مما يجوز معه للدائن أن يرجع بالدين المكفول على الورثة لإلزامهم به من تركة مورثهم، أما الديون التي تخرج عن نطاق الكفالة، كتلك التي لم يتضمنها عقدها أو التي نشأت في ذمة المدين بعد موت الكفيل ولم يكن الكفيل قد وافق على أنه يضمن الديون المستقبلة التي تدخل في ذمة المدين، فإن الدائن لا يجوز له أن يرجع بها على الورثة، أما إن كان الكفيل قد وافق على ذلك، فإن نطاق الكفالة يمتد إلى هذه الديون، عملا بالمادة ٧٧٨ من القانون المدني. (أنور طلبة، مرجع سابق)

* * *

فهرس المحتويات

الموضـــوع	الصفحة
مقدمة.....	٥
أركان الكفالة	٧
النص التشريعي (مادة ٧٧٢)	٧
النصوص العربية المقابلة.....	٧
الأعمال التحضيرية.....	٧
رأي الفقه.....	٨
التعريف بالكفالة.....	١٠
خصائص عقد الكفالة	١١
١- عقد الكفالة عقد رضائي	١١
٢- عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد.....	١٢
٣- عقد الكفالة عقد تابع	١٣
٤- الكفالة من عقود التبرع.....	١٣
٥- الكفالة عقد من عقود الضمان الشخصية.....	١٤
أنواع الكفالة.....	١٤
(١) كفالة اتفاقية	١٤
(٢) كفالة قانونية	١٥
(٣) كفالة قضائية.....	١٥
أركان الكفالة.....	١٦
الركن الأول: الرضا.....	١٦
شروط الرضاء	١٦
(١) التعبير عن الإرادة.....	١٦

الموضـــوع	الصفحة
(٢) أهلية الطرفين في الكفالة	١٧
(٣) أن يكون رضا الكفيل صريحاً	١٨
استخلاص الكفالة	١٩
تفسير الكفالة	٢٠
كفالة الكفيل	٢٠
الوعد بالكفالة	٢١
الركن الثاني: المحل	٢٢
الشرط الأول: وجود الالتزام المكفول	٢٢
الشرط الثاني: صحة الالتزام المكفول	٢٣
الشرط الثالث: تعيين الالتزام المكفول	٢٤
الركن الثالث: السبب	٢٥
أحكام القضاء	٢٦
إثبات الكفالة	٢٧
النص التشريعي (مادة ٧٧٣)	٢٧
النصوص العربية المقابلة	٢٧
الأعمال التحضيرية	٢٧
رأي الفقه	٢٨
إثبات الكفالة	٣٠
أحكام القضاء	٣٢
الشروط الواجب توافرها فى الكفيل	٣٤
النص التشريعي (مادة ٧٧٤)	٣٤

الموضـــوع	الصفحة
النصوص العربية المقابلة.....	٣٤
الأعمال التحضيرية.....	٣٤
رأي الفقه.....	٣٥
الالتزام بتقديم كفيل	٤١
جواز تقديم عوض عن الكفيل	٤٤
كفالة المدين بغير علمه ورغم معارضته	٤٥
النص التشريعي (مادة ٧٧٥)	٤٥
النصوص العربية المقابلة.....	٤٥
الأعمال التحضيرية.....	٤٥
رأي الفقه.....	٤٥
كفالة المدين بغير علمه ورغم معارضته	٤٩
أحكام القضاء.....	٥٢
الالتزام الذي ترد عليه الكفالة	٥٣
النص التشريعي (مادة ٧٧٦)	٥٣
النصوص العربية المقابلة.....	٥٣
الأعمال التحضيرية.....	٥٣
رأي الفقه.....	٥٤
الالتزام الذي ترد عليه الكفالة.....	٥٧
كفالة الالتزام الباطل.....	٥٨
كفالة الالتزام القابل للإبطال	٥٩
أحكام القضاء.....	٦٠

الموضـــوع	الصفحة
كفالة ناقص الأهلية	٦٣
النص التشريعي (مادة ٧٧٧)	٦٣
النصوص العربية المقابلة.....	٦٣
الأعمال التحضيرية.....	٦٣
رأي الفقه.....	٦٤
كفالة التزام ناقص الأهلية.....	٦٨
أحكام القضاء.....	٧١
كفالة الدين المستقبل	٧٥
النص التشريعي (مادة ٧٧٨)	٧٥
النصوص العربية المقابلة.....	٧٥
الأعمال التحضيرية.....	٧٥
رأي الفقه.....	٧٦
جواز الكفالة في الدين المستقبل.....	٨٠
جواز الكفالة في الدين الشرطي.....	٨٢
كفالة الالتزام الطبيعي	٨٣
أحكام القضاء.....	٨٤
كفالة الدين التجارى والأوراق التجارية	٨٦
النص التشريعي (مادة ٧٧٩)	٨٦
النصوص العربية المقابلة.....	٨٦
الأعمال التحضيرية.....	٨٦
رأي الفقه.....	٨٦

الموضـــوع	الصفحة
كفالة الدين التجاري عملا مدنيا	٩١
الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تظهير هذه الأوراق	٩١
أحكام القضاء	٩٤
عدم تجاوز الكفالة للالتزام الأصلى	٩٥
النص التشريعي (مادة ٧٨٠)	٩٥
النصوص العربية المقابلة	٩٥
الأعمال التحضيرية	٩٥
رأي الفقه	٩٦
التزام الكفيل لا يجوز أن يكون اشد من الالتـــزام المكفـــول ولكن يجوز أن يكون أهون	٩٨
أحكام القضاء	١٠٠
نطاق الكفالة	١٠١
النص التشريعي (مادة ٧٨١)	١٠١
النصوص العربية المقابلة	١٠١
الأعمال التحضيرية	١٠١
رأي الفقه	١٠٢
ما تتضمنه الكفالة في حالة عدم وجود اتفاق خاص	١٠٥
أحكام القضاء	١٠٧

الموضـــوع	الصفحة
آثار الكفالة	
١ـ العلاقة ما بين الكفيل والدائن	١١١
النص التشريعي (مادة ٧٨٢)	١١١
النصوص العربية المقابلة.....	١١١
الأعمال التحضيرية.....	١١١
رأي الفقه.....	١١١
تمسك الكفيل بالدفوع التي يحتج بها المدين.....	١١٧
أحكام القضاء.....	١١٩
براءة ذمة الكفيل	١٢٠
النص التشريعي (مادة ٧٨٣)	١٢٠
النصوص العربية المقابلة.....	١٢٠
الأعمال التحضيرية.....	١٢٠
رأي الفقه.....	١٢٠
براءة ذمة الكفيل بقبول الدائن أن يستوفى في مقابل الـــدين شيئا آخر	١٢٢
براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعت من ضمانات	١٢٤
النص التشريعي (مادة ٧٨٤)	١٢٤
النصوص العربية المقابلة.....	١٢٤
الأعمال التحضيرية.....	١٢٤
رأي الفقه.....	١٢٥
براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن من ضمانات	١٣٠

الموضـــوع	الصفحة
شروط براءة ذمة الكفيل	١٣٠
(١) أن يكون الدائن قد أضاع تأمينا خاضا	١٣٠
(٢) أن تكون إضاعة التأمينات بسبب خطأ الدائن	١٣٢
(٣) حدوث ضرر للكفيل بسبب إضاعة التأمينات	١٣٣
أحكام القضاء	١٣٣
براءة ذمة الكفيل لعدم اتخاذ الدائن إجراءات المطالبة	١٣٥
النص التشريعي (مادة ٧٨٥)	١٣٥
النصوص العربية المقابلة	١٣٥
الأعمال التحضيرية	١٣٥
رأي الفقه	١٣٦
براءة ذمة الكفيل لتأخر الدائن في اتخاذ الإجـراءات ضـد المدين	١٤٠
أحكام القضاء	١٤٤
تقدم الدائن فى تفليسة المدين للرجوع على الكفيل	١٤٦
النص التشريعي (مادة ٧٨٦)	١٤٦
النصوص العربية المقابلة	١٤٦
الأعمال التحضيرية	١٤٦
رأي الفقه	١٤٦
تقدم الدائن في تفليسة المدين	١٤٨
كفيل الصلح الواقي من الإفلاس	١٤٩
أحكام القضاء	١٤٩

الموضـــوع	الصفحة
التزام الدائن بتسليم الكفيل سندات الدين عند الوفاء له	١٥٢
النص التشريعي (مادة ٧٨٧)	١٥٢
النصوص العربية المقابلة.....	١٥٢
الأعمال التحضيرية.....	١٥٢
رأي الفقه.....	١٥٢
التزام الدائن بتسليم الكفيل مستندات الدين عند وفاته	١٥٥
الالتزام بالمحافظة على التأمينات الخاصة وأمـــلاك الكفيـــل فيها عند وفاء الدين.....	١٥٦
أحكام القضاء.....	١٥٧
رجوع الدائن على الكفيل بعد رجوعه على المدين	١٥٨
النص التشريعي (مادة ٧٨٨)	١٥٨
النصوص العربية المقابلة.....	١٥٨
الأعمال التحضيرية.....	١٥٨
رأي الفقه.....	١٥٩
وجوب رجوع الدائن على المدين أولاً قبل الكفيل.....	١٦٦
شروط قبول الدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين.....	١٦٦
الدفع بالتجريد	١٦٧
شروط الدفع بالتجريد	١٦٩
الشرط الأول: ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين.....	١٦٩
الشرط الثاني: عدم النزل عن حق التجريد.....	١٧٠
الشرط الثالث: أن يتمسك الكفيل بحق التجريد	١٧٠

الموضـــوع	الصفحة
الشرط الرابع: أن يرشد الكفيل الى أموال للمدين تفي بالدين كله	١٧١
أحكام القضاء	١٧٢
إرشاد الكفيل عن أموال المدين	١٧٨
النص التشريعي (مادة ٧٨٩)	١٧٨
النصوص العربية المقابلة	١٧٨
الأعمال التحضيرية	١٧٨
رأي الفقه	١٧٩
وجوب إرشاد الكفيل الدائن إلى أموال المدين تكفي للوفـــاء بالدين كله	١٨١
أحكام القضاء	١٨٤
عدم رجوع الدائن بعد إرشاد الكفيل عن أموال المدين	١٨٥
النص التشريعي (مادة ٧٩٠)	١٨٥
النصوص العربية المقابلة	١٨٥
الأعمال التحضيرية	١٨٥
رأي الفقه	١٨٥
مسئولية الدائن قبل الكفيل عن إعسار المدين	١٨٧
الرجوع عند أجتماع الكفالة مع تأمين عينى	١٩٠
النص التشريعي (مادة ٧٩١)	١٩٠
النصوص العربية المقابلة	١٩٠
الأعمال التحضيرية	١٩٠

الموضـــوع	الصفحة
رأي الفقه	١٩٠
تجريد المدين من التأمين العيني المخصص لضمان الـــدين المكفول	١٩٤
مناط تضامن الكفلاء عند تعددهم	١٩٩
النص التشريعي (مادة ٧٩٢)	١٩٩
النصوص العربية المقابلة	١٩٩
الأعمال التحضيرية	١٩٩
رأي الفقه	٢٠٠
تعدد الكفلاء	٢٠٤
تعدد الكفلاء بعقد واحد	٢٠٤
تعدد الكفلاء بعقود متوالية	٢٠٦
أحكام القضاء	٢٠٨
لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين الدفع بالتجريد	٢٠٩
النص التشريعي (مادة ٧٩٣)	٢٠٩
النصوص العربية المقابلة	٢٠٩
الأعمال التحضيرية	٢٠٩
رأي الفقه	٢٠٩
الكفيل المتضامن مع المدين لا يجوز له أن يطلب التجريد	٢١١
أحكام القضاء	٢١٢
تمسك الكفيل بالدفوع	٢١٣
النص التشريعي (مادة ٧٩٤)	٢١٣

الموضـــوع	الصفحة
النصوص العربية المقابلة.....	٢١٣
الأعمال التحضيرية.....	٢١٣
رأي الفقه.....	٢١٤
الدفوع التي يجوز للكفيل المتضامن التمسك بها.....	٢١٧
أحكام القضاء.....	٢١٩
التضامن بين الكفلاء فى الكفالة القضائية أو القانونية	٢٢٢
النص التشريعي (مادة ٧٩٥)	٢٢٢
النصوص العربية المقابلة.....	٢٢٢
الأعمال التحضيرية.....	٢٢٢
رأي الفقه.....	٢٢٣
تضامن الكفلاء في الكفالة القضائية أو القانونية.....	٢٢٨
تعدد الكفلاء.....	٢٣٠
أحكام القضاء.....	٢٣٥
رجوع الكفيل المتضامن على باقي الكفلاء	٢٣٧
النص التشريعي (مادة ٧٩٦)	٢٣٧
النصوص العربية المقابلة.....	٢٣٧
الأعمال التحضيرية.....	٢٣٧
رأي الفقه.....	٢٣٧
رجوع الكفيل الذي وفى الدين عند حلوله على الكفلاء الباقين	٢٤٢
رجوع الكفيل الذي وفى الدين على الكفيل العيني.....	٢٤٥

الموضـــوع	الصفحة
انتفاء النيابة المتبادلة بين الكفلاء المتضامنين	٢٤٥
أحكام القضاء	٢٤٦
كفالة الكفيل المصدق	٢٤٧
النص التشريعي (مادة ٧٩٧)	٢٤٧
النصوص العربية المقابلة	٢٤٧
الأعمال التحضيرية	٢٤٧
رأي الفقه	٢٤٧
كفالة الكفيل	٢٤٩
٢ – العلاقة بين الكفيل والمدين	٢٥٢
النص التشريعي (مادة ٧٩٨)	٢٥٢
النصوص العربية المقابلة	٢٥٢
الأعمال التحضيرية	٢٥٢
رأي الفقه	٢٥٣
يجب على الكفيل إخطار المدين قبل الوفاء بالدين	٢٥٦
اعتراض المدين على الوفاء	٢٥٧
حلول الكفيل محل الدائن بقدر ما وافاه	٢٥٩
النص التشريعي (مادة ٧٩٩)	٢٥٩
النصوص العربية المقابلة	٢٥٩
الأعمال التحضيرية	٢٥٩
رأي الفقه	٢٦٠

الموضـــوع	الصفحة
رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول	٢٦٢
شروط رجوع الكفيل بدعوى الحلول	٢٦٣
حكم الوفاء الجزئي	٢٦٥
أحكام القضاء	٢٦٦
رجوع الكفيل الموفى على المدين	٢٧١
النص التشريعي (مادة ٨٠٠)	٢٧١
النصوص العربية المقابلة	٢٧١
الأعمال التحضيرية	٢٧١
رأي الفقه	٢٧١
رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية	٢٧٤
الشروط الواجب توافرها لرجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية	٢٧٦
ما يرجع به الكفيل على المدين في الدعوى الشخصية	٢٧٧
موازنة بين الدعوى الشخصية ودعوى الحلول	٢٧٩
أحكام القضاء	٢٨١
رجوع الكفيل الموفى على أى من المدينين المتضامنين	٢٨٤
النص التشريعي (مادة ٨٠١)	٢٨٤
النصوص العربية المقابلة	٢٨٤
الأعمال التحضيرية	٢٨٤
رأي الفقه	٢٨٤

الموضـــوع	الصفحة
رجوع الكفيل على مدينين غير متضامنين	٢٨٧
تعدد المدنيين في التزام غير قابل للانقسام	٢٨٧
انقضـــاء الكفـــالـة	٢٨٨
انقضاء الكفالة بصفة تبعية وانقضاؤها بصفة أصلية	٢٨٨
أولاً: انقضاء الكفالة بصفة تبعية.....	٢٨٨
انقضاء الدين المكفول بالوفاء	٢٨٩
انقضاء الدين المكفول بالوفاء بمقابل.....	٢٩٠
انقضاء الدين المكفول بالمقاصة	٢٩٠
انقضاء الدين المكفول باتحاد الذمة	٢٩١
انقضاء الدين المكفول باستحالة التنفيذ	٢٩١
انقضاء الدين المكفول بالتجديد	٢٩٢
انقضاء الدين المكفول بالإبراء	٢٩٣
انقضاء الدين المكفول بالتقادم.....	٢٩٣
ثانياً: انقضاء الكفالة بصفة أصلية	٢٩٣
ثالثاً: انقضاء الكفالة لأسباب خاصة	٢٩٤
فهرس المحتويات.....	٢٩٧

تم بحمد الله