العدالة في القانون المدني

عقد الكفالة

في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء

أركان الكفالة – إثبات الكفالة – الشروط الواجب توافرها فى الكفيل – كفالة المدين بغير علمه ورغم معارضة – كفالة ناقص الأهلية – كفالة الدين التجاري والأوراق التجارية – أثار الكفالة - العلاقة ما بين الكفيل والدائن - براءة ذمة الكفيل - تقدم الدائن فى تفليسة المدين للرجوع على الكفيل - التزام الدائن بتسليم الكفيل سندات الدين عند الوفاء له - إرشاد الكفيل عن أموال المدين - الرجوع عند اجتماع الكفالة مع تأمين عيني - 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 - رجوع الكفيل الموفى على المدين .

المستشار القانوني

أشرف أحمد عبد الوهاب

المحامي بالنقض والإدارية العليا

المستشار

إبراهيم سيد أحمد

رئيس محكمة الاستئناف

الطبعة الأولى ٢٠١٨

دار العدالة للنشر والتوزيع

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

Tel: 00202/23916135 – fax: 00202/23955271

WWW. ELADALAH.COM -002/ 01002551699

openkotob.com

اسم الكتاب : عقد الكفالة في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء

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 : ٢٠١٨

الترقيم الدولي :

رقم الإيداع :

الموقع : www. ELADALAH.com

الإيميل eladalahashrf@gmail.com

obeikandi.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 إنسانُ 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"...

obeikandl.com

obeikandl.com

بسم الله الرحمن الرحيم

مُقَدِّمَة

هذا الكتاب (عقد الكفالة) يتضمن شرحا فقهياً وتعليقاً بآراء الفقهاء كما ضمنته أيضاً أهم المبادئ القضائية الحديثة التي أرست قواعدها المحاكم المصرية والعربية. تيسيراً لمهمة القاضي والمحامي والباحث في الوصول إلى الرأي الصحيح ، والمبدأ المستقر.

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

والله وحده المستعان . . . وهونعم المولى ونعم النصير ،،،

المستشار القانوني

أشرف أحمد عبد الوهاب

المحامي بالنقض والإدارية العليا

٢٠١٨/١/١٣

obeikandl.com

obeikandl.com

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 و١٠٥٣البنانى 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 والمدين إلا أنه بالنسبة لعقد الكفالة هو طرف فيه (٣) استبدل بعبارة " الكفيل يقوم بالوفاء إذا لم يؤده المدين "وهى العبارة ذاتها التى إستعملها التقنين 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 " وطبقاً لهذه العبارة العامة يمكن ان ترد الكفالة كما قال بحق الاستاذ دوهلتس على أى إلتزام مهما كان نوعه مادام يمكن تقديره نقدا أو يترتب على عدم تنفيذه الحكم بتعويضات. (٤) حذف العبارة الأخيرة " على ان يحتفظ بحق الرجوع على المدين " لان حكمها مفهوم بداهة من سياق النصوص مادام 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 بل أن كفالة المدين تجوز بغير علم المدين وبرغم معارضته إذ أن هذا الإلتزام هو الذى يضمنه الكفيل فيجب ان يكون مذكوراً فى وضوح ودقة فى عقد الكفالة وهذا الإلتزام المكفول أكثر ما يكون مبلغ من النقود وقد يكون إعطاء شئ غير النقود كما قد يكون عملاً أو إمتناعا عن عمل فإذا لم يكن الإلتزام المكفول مبلغا من النقود ضمن الكفيل ماعسى أن يكون على المدين الأصلى من تعويض من جراء إخلاله بالإلتزام بإعطاء شئ غير 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 والدائن 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.

ولايعتبر 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 يكون أى إلتزام 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 تنفيذ 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 فهى تفترض وجود إلتزام ايا كان محله يعبر عنه بالإلتزام الأصلى أو الإلتزام الكفولة وتنعقد بين الكفيل والدائن بهذا الإلتزام الأصلى ويعتبر عنه المشرع بالدائن أما المدين بالإلتزام الأصلى وهوالذى يعبر عنه بالمدين فلا يعتبر طرفاً فى عقد الكفالة.

ومحل الكفالة تعهد الكفيل الدائن بأن يفى بالإلتزام الأصلى إذا لم يف به المدين نفسه ولا تعنى عبارة: (إذا لم يف به المدين نفسه) أن الكفيل يتعهد بإلتزام معلق على شرط واقف هوعدم قيام المدين بالوفاء والرأى السائد ان الكفيل يتعهد بحسب الأصل إلتزام غير معلق على شرط ويرجع عدم إعتبار إلتزام الكفيل إلتزاماً شرطياً إلى أن الشرط بمعناه الفنى لا يكون إلا أمراً عارضاً يمكن تصور قيام الإلتزام بدونه فى حين أن إلتزام الكفيل بتنفيذ الإلتزام الأصلى يكون حتماً معلقاً على عدم وفاء المدين نفسه

بهذا الإلتزام فالكفيل يتعهد بإلتزام تابع لإلتزام المدين وصفة التبعية هذه هى التى تدل عليها عبارة: (إذا لم يف به المدين نفسه)

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

من أحكام القضاء:

١- إذا تعاقد الشريك المتضامن غير المدين بإسم الشركة مع الغير فىغير أغراضها فإن تعاقده وإن لم يكن ملزماً للشركة إلا أنه يلزمه شخصيا قبل الغير الذى تعاقد معه وعلى ذلك فإذا كان الحكم قد قرر مسئولية ذلك الشريك شخصيا عن الكفالة عقدها منتحلاً فيها صفة غير صحيحة وهى أنه مدير الشركة حالة كونه غير مدير لها وليس من أغراض الشركة ضمان الغير فإن الحكم يكون قد أصاب فى القانون.

(نقض – جلسة ١٩٥١/٦/٢٧- مجموعة المكتب الفني – السنة ٨ ص٦٢٥)

٢- الكفالة يمكن أن ترد على أى إلتزام متى كان صحيحاً وأياً كان نوعه أو مصدره مادام يمكن تقديره نقداً أو ترتب على عدم تنفيذه الحكم بتعويضات وليس فى أحكام الكفالة ما يمنع من أن يكفل شخص واحد تنفيذ الإلتزامات المترتبة على عقد فى ذمة عاقديه كليهما بأن يتعهد لكل منهما بأن يفى له بإلتزام المتعاقد الآخر له حالة تخلف تختلف هذا المدين عن الوفاء به وفى هذه الحالة ينعقد عقد الكفالة بي الكفيل وبين كل من المتعاقدين بوصف كل منهما دائناً للآخر بالإلتزامات المترتبة له فى ذمته بمقتضى العقد الأصلى المبرم بينهما.

(نقض – جلسة ١٩٦٩/٤/١٧- المرجع السابق- السنة ٢٠- ص٦١٦)

obeikandl.com

٣- عقد الكفالة مقتضاه تعهد الكفيل بأداء مبلغ الدين للدائن إذا لم يوفه له المدين. مقتضى عقد الكفالة ان الكفيل يتعهد بأداء مبلغ الدين للدائن إذا لم يوفه له المدين.

(الطعنان رقما ٣٤٨، ٣٩٥ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٩/٢/٢٨)

٤- مفاد نص المادة ٧٧٢ من القانون المدني يدل على أن الكفالة عقد بين الكفيل والدائن يلتزم فيه الكفيل شخصياً بوفاء الدين عند حلول أجله إذا لم يوفه المدين، ولازم ذلك أن التزام الكفيل متضامناً أو غير متضامن ليس التزاماً أصلياً وإنما التزام تابع للالتزام المكفول بحيث إذا التزم المسئول عن دين الغير التزاماً أصلياً فإنه لا يكون كفيلاً بل مديناً أصليا التزامه مستقل عن التزام المدين.

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

٥- 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)

* * *

obeikandl.com

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 ١٠٥٩لبنانى 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 ـ ١٠ ـ للدكتور السنهوري ـ 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 ـ المرجع السابق ـ 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)

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 وقـع التعهـد بوصفه وليا على ابنته المدعى عليها الاولى التى كانت قاصرا عندئذ.

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

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

* * *

obeikandl.com

الشروط الواجب توافرها فى الكفيل

النص التشريعي (مادة 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 تقرر ان الإلتزام بتقديم كفيل بتنفيذ طبقاً للأوجه المقررة بقانون المرافعات ومما يعاب عن هذه النصوص أنها أحلت فيها يتعلق بكيفية الوفاء بالإلتزام بتقديم كفيل عن تقنين المرافعات مع أنه من الواجب أن يعرض التقنين المدنى لذلك بنص صريح لأن الأمر يتعلق بالموضوع لا بالشكل كذلك يؤخذ على التقنين الحالى أنه لم يذكر الشروط الواجب توافرها فىالكفيل والمشروع يستدرك هذا النقص.

والمادتان ١١٤١و ١١٤١ مكررة نقلهما المشروع عن المادتين ٧٦٥و ٧١٦ من المشروع الفرنسى الإيطالى وهما تعرضان لبيان الشروط الواجب توافرها فى الكفيل فيجب أن يكون مقيماً فى مصر وذلك مراعاه لمصلحة الدائن والتسهيل عليه عند مطالبته الكفيل كذلك يجب أن يكون موسراً وفى تقدير ذلك اليسار ينظر المشروع الفرنسى الإيطالى (م٧١٦) إلى أمواله العقارية لأن المنقولات فضلاً عن سهولة إخفائها يصعب

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 ينص فيها القانون على ذلك ومن هذه الأحوال ما نصت عليه المواد 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 يقدم له كفيلا بالدين وعند ذلك يكون مصدر إلتزام المدين بتقديم الكفيل هوالإتفاق.

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

(١) **يسار الكفيل:** فيجب ان يكون الكفيل موسراً أى قادراً على الوفاء 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 يثبت أن هذا 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 يضمن المدين كذلك إذا كان المال مرهوناً أو مثقلاً بحق عينى آخر كحق إنتفاع وجب أن يستبعد من قيمته ما ثقل به من رهن أو إنتفاع أو غير ذلك 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 يقدر قاضى الموضوع أن الدين المكفول دين زمن فيصح ان يكون مال الكفيل

منقولا ولم يشترط التقنين المدنى المصرى هذا الشرط وخيرا فعل فيصح 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 آخر 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 كان ملتزم بموجب القانون أو الإتفاق بتقديم كفيل لدائنه فإن له أن يثدم عوضاً عن الكفيل 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 طريق التسليم المادى أو قيماً منقولة أسمية عن طريق التحويل أو قيماً منقولة إذنية عن طريق التظهير ويستطيع المدين كذلك أن يرهن لتأمين دينه بدلا من الكفالة الشخصية، عقاراً أما رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً ولا شئ يمنع من أن يكون التأمين العينى الكافى الذى يحل محل الكفيل الشخصى مرتبا على مال الغير برضاء هذا الغير كذلك يجوز أن يستكمل المدين يسار الكفيل غير الكافى بتأمين عينى فيتخلص من الكفالة الشخصية التأمين العينى تأمين كاف للدين هذا وقد وردت فى تقنين المرافعات نصوص خاصة بتقديم الكفالة فى حالة الكفالة القانونية والكفالة القضائية فيجب تطبيق هذه النصوص فى الدائرة المرسومة لها وهى المواد ٢٩٢و ٣٩٣و ٢٩٤مرافعات.

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

٢- لم يذكر التقنين المدنى القديم الشروط التى يجب توافرها فى الكفيل وأن كان يفهم ضمينا من المادة ٥٠٠/ ٦١٠ منه أن الكفيل يجب أن يكون موسراً وكذلك يؤخذ على هذا التقنين أنه حال فيما يتعلق بكيفية 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 فى الكفيل صرح المشرع بشرطين لم يعرض لشرط ثالث لبداهته:

١– فيشترط أولاً بنص المادة ٧٧٤ مدنى أن يكون الكفيل موسراً ويسر الكفيل يعنى أن يكون لديه من أمواله العقارية أو المنقولة ما يكفى للوفاء بالإلتزام المضمون والحكمة فى هذا الشرط ظاهرة، فإذا لم يكن الكفيل موسراً ما حقق تنفيذ الإلتزام بتقديم كفيل الغرض منه وتقدير يسر الكفيل مسالة موضوعة تفصل فيها المحكمة إذا نازع الدائن فى ذلك، وبديهى أن المحكمة لا تدخل فى إعتبارها ما لدى الكفيل من أموال لايجوز الحجز عليها كما لا تدخل فى ما ثقيل أموال الكفيل من حقوق وتكاليف تنقص من قيمتها ولكن هل تدخل فى إعتبارها ما يوجد من أموال الكفيل فى الخارج ؟ ليس فى المادة مايدل على وجوب الإعتداد فقط بالأموال الموجودة فى مصر وليس فى الأعمال التحضيرية ما يبين العلة فى تغيير ما ورد فى المشروع التمهيدى فى هذا الخصوص ونظرا لعموم النص وترك مسالة يسر الكفيل لتقدير القاضى فلا محل لإشتراط وجود أموال للكفيل فى مصر تكفى للوفاء بالإلتزام وان كنا نرى أنه كان الأفضل الابقاء على هذا الشرط الذى يبدو لنا أولى بالتقرير من شرط إقامة الكفيل فى 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 الملتزم بتقديم 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)

كفالة المدين بغير علمه ورغم معارضة

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

obeikandl.com

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)

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)

* * *

openkandl.com

كفالة المدين بغير علمه ورغم معارضة

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:

ينظر – لاحقا – التعليق – بالأعمال التحضيرية – الوارد على نص المادة ٧٧٧ مدنى.

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)

obeikandl.com

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

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

٣- إذا كان محل إلتزام الكفيل هو تنفيذ الإلتزام الأصلى فـإن شـرط 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 ينـشأ الإلتزام الأصلى وتطبيقا لهذا الشرط نصت المادة ٧٧٦ مدنى على أنـه: " لا يكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان إلتزام الكفالة صحيحاً " وعلى هذا إذا كان الإلتزام الأصل ناشئاً عن عقد باطل بطلاناً مطلقاً أيـاً كـان سـبب البطلان فلا تنعقد الكفالة أى تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً.

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

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 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)

* * *

obeikandi.com

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 و ٦٥٩ 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

openkanal.com

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 الأهلية فالمدين الأصلى 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 وتسرى جميع أحكام الكفالة إلا أن هذا الفرض مختلف عن الفرض السابق فى أن الكفيل يعلم نقص أهلية المدين الأصلى فيكون بعلمه هذا نازلاً حتماً عن التمسك بعدم الأهلية فيما إذا نزل عنه المدين الأصلى وأجاز العقد وعلى ذلك إذا تمسك المدين الأصلى ناقص الأهلية بنقص أهليته وأبطل العقد الأصلى جاز للكفيل أيضاً كما فعل المدين الأصلى أن يتمسك بنقص الأهلية وأن يبطل عقد الكفالة وفى هذا يستوى هذا الفرض مع الفرض السابق أما إذا نزل المدين الأصلى عن التمسك بنقص أهليته وأجاز العقد فإن الكفيل خلافا للفرض السابق ولا يستطيع ان يتمسك هو بنقص الأهلية ويعتبر أنه قد نزل عن هذا الدفع لأنه كان يعلم وقت أن كفل المدين أن هذا الأخير ناقص الأهلية.

الثالث – أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته وهذا الفرض هوالذى عرضت له المادة ٧٧٧ مدنى والمفروض أن كلا من الكفيل والدائن والمدين الأصلى عالم بنقص أهلية هذا الأخير وأن العقد الذى أبرمه هذا الأخير مع الدائن قابل للإبطال فيجوز للمدين ان يبطله

وتوقعا لهذا الإحتمال عقدت الكفالة إذا هى لم تعقد إلا بسبب نقص أهلية 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 ـ ١٠ ـ للدكتور السنهوري ـ المرجع السابق ـ 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 ـ للدكتور محمد علي عرفة ـ المرجع السابق ـ 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 تبعاً لذلك بأثر رجعى كن يتحقق بذلك الإحلال بالتعهد عن الغير فيلتزم الكفيل المتعهد بتنفيذ الإلتزام الأصلى على سبيل التعويض لأنه أخل بإلتزامه الناشئ عن التعهد عن الغير ويكون إلتزامه هذا إلتزام أصلياً غير تابع لغيره.

يخلص من هذا أن بقاء الكفيل ملتزماً رغم بطلان الإلتزام الأصلى 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 الأهلية وكفالة الإلتزام المنشئ من عقد قابل للإبطال لعيب فى الرضا إذا عقدت بسبب ما يهدد العقد من قابلية للإبطال اى إذا قصد المتعاقدان أن يؤمن 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 عن المدين بعدم تمسكه بالبطلان المطلق لأن هذا البطلان متعلق بالنظام العام فيكون التعهد عن الغير نفسه باطلاً لمخالفته النظام العام.

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

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، وما ورد بالفقرة ثامنا من ان يقدم الطالب كفيلا مقتدرا يتعهد بالتضامن مع الطالب برد نفقات التعليم وقدرها ٢٥ جنيها عن كل سنة دراسية وكذلك ثمن الكتب والادوات التى تصرف للطالب والمكافات الشهرية والمزايا العينية التى 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 الخدمة او فصل تاديبيا قبل انقضاء المدة المذكورة الزم مع كفيله بالتضامن باداء المبالغ المبينة بالفقرة الثامنة من المادة (٢) واستنادا على 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 ونصت المادة ٤ منها على ان يقدم 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 بالفقرة الثامنة من المادة(٢) واستنادا على 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 على ان يقدم الطالب طلب الالتحاق على استمارة خاصة تعدها هيئة البريد مصحوبا بعدة اوراق منها تعهد من الطالب وكفيله متضامنين بالتزام الطالب بالانتظام في 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 جنيهات وثلاثمائة مليم وقيمة الزى المدرسى بوصفه من المزايا العينية وقدره عشرة جنيهات وثلاثمائة واربعة وثمانون مليما ومجموع ذلك كله اربعة وستون جنيها وستمائة واربعة وتسعون مليما.

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

* * *

opelkandl.com

كفالة الدين المستقبل

النص التشريعي (مـادة 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 يأثر 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 قبـل 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 فـى عقـد 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 مبلـغ كدا والسبب فى وضع هذا القيد حماية الكفيل فهو يقوم على كفالـة ديـن 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 مقداره.

الثـانى – وهو ماينص عليه الفقرة الثانية من المادة ٧٧٨ مدنى فـإذا 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 كفالتـه أو عين مدة للكفالة لم يرجع الكفيل فى خلالها الدين المكفول فإن الكفيـل 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 ـ 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 (م١/١٣١مدنى)، 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 اراداته 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 الىعلم 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 الدين ولا يضمن ما ينشأ بعد ذلك.

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

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

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 ـ جلسة ١٩٧٢/٥/٩ ـ مجموعة المكتب الفني ـ السنة ٢٣ ـ مدني ص٨٢٠)

openkanon.com

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)

* * *

obeikandl.com

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 ٧٤٥سورى و ١٠١٦ عراقى.

الأعمال التحضيرية:

ليس على هذه المادة تعليق بالأعمال التحضيرية – يستحق التنويه به.

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 يجب 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 ١٤٠و ١٤١من 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 فى ذمته بإعتباره كفيلا يعبتر إلتزاماً تجارياً لا إلتزاماً مدنياً..

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

٢– لما كانت الكفالة بحسب الأصل من اعمال التبرع حيث يقصد الكفيل إلى أداء خدمة بغير مقابل، فتعتبر بحسب الأصل عملاً مدنياً سواء

كان الإلتزام الأصلى مدنياً أو تجارياً وسواء كان الكفيل تاجراً أو غير تاجر لأن قيمة التبرع تتنافى مع فكرة العمل التجارى ولحسم كل خلاف حول الصفة المدنية للكفالة إذا كان الدين المضمون تجارياً أو أن الكفيل تاجراً نص المشرع فى المادة ٧٧٩/ مدنى على أن: " ؛كفالة الدين التجارى تعتبر عملاً مدنياً ولو كان الكفيل تاجراً وعلى هذا فالكفالة 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 بنك شخصاً من الأشخاص تعتبر عملاً تجارياً.

ودفعاً لما قد يثور من شك حول الصفة التجارية لكفالة غير التاجر الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً إحتياطياً أو عن تظهير هذه الأوراق أكد المشرع صفتها التجارية بقوله فى المادة ٢/٧٧٩ مدنى (على أن الكفالة الناشة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً أو عن تظهير هذه 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 عقد تابع بطبيعته 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 souveranimentun 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 حكوميـــة والتى ترمى فى نظر عاقديها إلى ضمان تنفيذ إلتزام المدين إذا لـــم يقـــم هونفسه بتنفيذه فهى هى الكفالات المصرفية، وهى فى حقيقتها عقود كفالة لتوافر جميع مقومات هذا العقد فيها، وعلى ذلك تخضع لأحكـــام القـــانون المدنى المنظمة لعقد الكفالة لأحكام القانون التجارى فيما إذا كانـــت كفالـــة 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 افترضـــت وجـــود 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 تكييفهـــا 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)

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 - لسنة ٤٧ ق - تاريخ الجلسة ٢ / ٣ / ١٩٨١)

* * *

obeikandi.com

عدم تجاوز الكفالة للالتزام الأصلى

النص التشريعي (مـادة 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 المـواد التالية: مادة ٧٨٩ ليبى و ٧٤٦سورى و ١٠١٣ عراقى و ١٠٦٤ لبنانى و ٦٦٢ سودانى و ١٤٩٠تونسى.

الأعمال التحضيرية :

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

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

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

openkandil.com

رأى الفقه :

١- يخلص من نص المادة ٧٨٠ مدنى أن الإلتزام المكفول هو الذى يحدد مدى إلتزام الكفيل فلا يجوز ان يكون إلتزام الكفيل أشد من إلتزام 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 من إلتزام المكفول فلا يجوز أولاً أن يكون إلتزام الكفيل أشد من الإلتزام المكفول وعلى ذلك لاتجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين الأصلى فإذا كان المستحق على المدين ألفا لم تجز فى كفالته فى ألف ومائتين مثلاً. وإذا كان الدين الأصلى لا ينتج فوائد، لم يجز أن ينتج 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 المكفول ولا توفيه إلتزام الكفيل فى مكان أبعد أو أشد مشقة من المكان الذى يوفى فيه الإلتزام المكفول وإذا كان الإلتزام المكفول معلقا على شرط لم يحجز أن يكون إلتزام الكفيل منجزاً غير معلق على هذا الشرط وأداة كان الدين الأصلى مؤجلاً على الأصيل وكفل به أحد تأجل على الكفيل أيضاً وإذا أجل الدائن الدين على الأصيل تأجل على الكفيل (م ١٠١٣مدنى عراقى) 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 المكفول أن يكون إلتزام الكفيل مضموناً ويرهن مثلاً حتى لو كان الإلتزام المكفول ديناً عادياً

غير مضمون يرهن ولا بكفالة عينية وإذا كان إلتزام مماثلاً للإلتزام 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 من المشروع الفرنسى الإيطالى.

ويقرر نص المادة ٧٨٠ من التقنين المدنى نفس الأحكام المقررة بالتقنين القديم فلا يلتزم الكفيل بما يجاوز إلتزام الأصيل حتى يضمن 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)

من أحكام القضاء:

١- يلتزم الكفيل بتقديم الدليل على القدر الذى قبضه الدائن من الدين 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 الكفيل بل إنقاصه إلى أن يبلغ حد الالتزام المكفول، ومع ذلك يجوز أن يكون التزام الكفيل أهون من الالتزام المكفول.

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

* * *

obeikandi.com

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

opelkandil.com

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 ـ ١٠ ـ للدكتور السنهوري ـ المرجع السابق ـ 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 فى جميع الأحوال والنوع الثانى هوالمصروفات اللاحقة لرفع الدعوى إلى ان يستوفى الدائن حقه وهذه لاتدخل 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)

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 الثاني على إقرار آخر بتعهده بملاحظة سلوك الطالب وإخبار المدرسة في حالة انقطاعه عنها بسبب غيابه. وفي ٢٦ من أغسطس سنة ١٩٦٥ قررت المدرسة فصل المدعى عليه الأول بسبب انقطاعه عن الدراسة بصورة متصلة لمدة زادت عن خمسة عشر يوماً، وطالبت المدعى عليه الثاني في ١٥ من فبراير سنة ١٩٦٦ بالمبالغ المستحقة بسبب عدم تنفيذ الالتزام المتعهد به، وجملتها ٩٢,٢٦١ جنيهاً تمثلت في ١٤,٨٦٠ جنيه قيمة 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 والمزايا العينية التي تمنح له، وذلك في حالة فصل الطالب بسبب سوء السيرة، ونصت المادة ١٩ على أن يلزم خريج المدرسة بأن يعمل في هيئة البريد 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 سالفة الذكر، وقد أصدر وزير 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 المدعى عليه الأول هو الذي قدم المدعى عليه الثاني ليتعهد بالتضامن معه في تنفيذ الالتزام المذكور، ومن مؤداه قيام التزام أصلي على عاتق المدعى عليه الأول يلتزم بمقتضاه برد المبالغ آنفة الذكر إلى هيئة البريد في حالة إخلاله بالتزاماته التي نص عليها القرار الجمهوري سالف الذكر، وتلك التي تضمنها قرار وزير المواصلات رقم ٢٥٥ لسنة ١٩٦١ والتعهد الذي وقعه المدعى عليه الثاني، وهذا الالتزام وإن لم يكن مكتوباً إلا أن قرائن الحال على ما سلف بيانه تقطع بقيامه أخذاً في الاعتبار أنه وليد عقد إداري تكاملت له أركانه الأساسية، وأن العقد الإداري لا يشترط دائما أن يكون مكتوباً. وبذلك يكون الحكم المطعون فيه قد جانب الصواب فيما انتهى إليه من عدم وجود التزام أصلي على المدعى عليه الأول يكفله المدعى عليه الثاني.

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

اثار الكفالة

١- العلاقة ما بين الكفيل والدائن

النص التشريعي (مـادة 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

obeikandi.com

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 تلاه أي إجراء مماثل، وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته.

وللكفيل، فضلا عن الدفوع التي يجوز أن يحتج بها المدين، دفوع خاصة به لا يشترك فيها المدين، وهذه الدفوع إما أن تكون متعلقة بعقد الكفالة ذاته، أو أن تكون راجعة 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 لم تستمد من الإلتزام الأصلي، كعدم تحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ، فيتمسك الكفيل بأن إلتزامه لم ينشأ لأنه كان معلقاً علي شرط فاسخ وقد تحقق هذا الشرط. وقد ترجع إلي إنقضاء إلتزام الكفيل بطريق أصلي دون أن ينقضي إلتزام المدين.

وسيأتي بيان تلك الدفوع في مواضيعها.

(الوسيط- ١٠- للدكتور السنهوري- 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 بشخصه " هو الإحتجاج بنقص أهلية المدين ولما كان حرمان الكفيل بهذا الدفع ليس مطلقاً فينبغي أن تفرق بين ما إذا كان الكفيل يعلم وقت التعاقد بنقص أهلية المكفول فلا

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 بمجـرد إنقضاء الثانى.

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

٣- الأوجه التى يستطيع ان يتمسك بها الكفيل فـى مواجهـة الـدائن بخصوص موضوع إلتزامه والغالب ان يتمسك الكفيل بهذه الأوجـه عـن طريق دفع مطالبة الدائن ولكن ليس هناك مايمنع من ان يتمسك بها عـن طريق الطلب.

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

الأوجه الخاصة بالإلتزام الأصلى – للكفيل وهو ما يلتزم بإلتزام تـابع لإلتزام المدين أن يتمسك فى مواجهة الدائن بما يستطيع المدين ان يتمسك به فكل مايؤثر فى الإلتزام الكفيل، من حيث صحته أو إنقضاؤه يؤثر فـى إلتزام الكفيل. (م٧٨٢/١مدنى) وللكفيل أن يتمسك بهذه الأوجه ولـو كـان 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 مباشـرة 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 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 بان اجاز العقد فيمتنع على الكفيل ان يطلب الإبطال إلا إذا ثبت أن المدين كان متواطئاً مع الدائن للاضرار بالكفيل.

وللكفيل أن يتمسك فى مواجهة الدائن ببطلان العقد المنشئ للإلتزام الأصلى بطلانا مطلقاً أياً كان سبب البطلان كإنعدام الرضا أو إستحالة المحل أو عدم مشروعيته أو عدم السبب أو تخلف الشكل الذى يتطلبه القانون لإنعقاد العقد. وله كذلك أن يتمسك بإبطال العقد القابل للإبطال. ولكن المشرع بعد أن قرر فى الفقرة الأولى من المادة ٧٨٢ مدنى حق الكفيل فى التمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين فإن فى الفقرة الثانية: " على انه إذا كان الوجه الذى يحتج به المدين وهو نقص أهليته 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 بنقص أهلية المدين دون أن يكفل بسبب هذا النقص ليس له أن يطلب إبطال العقد النشئ للإلتزام الأصلى ولكن إذا طلب المدين نفسه الإبطال وقضى زال الإلتزام الأصلى وإلتزام الكفيل بالتبعية لأن الكفيل لا يبقى ملتزماً رغم الإبطال إلا إذا كانت الكفالة بسبب نقص الأهلية (٧٧٧مدنى).

ولكن الشراح لا يأخذون بهذا المعنى الظاهر من عبارة النص ويذهبون إلى ان الكفيل لايحرم من التمسك بالإبطال لا إذا كانت الكفالة 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)

من أحكام القضاء:

١– إن إلتزام الكفيل تابع لإلتزام المدين ولا يقوم هذا الإلتزام إلا إذا كان إلتزام المدين قائماً وأن كان الحكم الصادر من محكمة أول حاجة بعدم إختصاص المحاكم المصرية بنظر الدعوى بالنسبة إلى الطاعنة قد حال دون الحكم عليها إلا أن المحكمة الإبتدائية بقضائها على المطعون عليها الثانية وهى الضامنة قد فصلت لزوماً فى مسئولية الشركة المضمونه وهى الطاعنة وناقشت دفاعهما فى الموضوع الذى أبدته فى مذكرتها المقدمة إليها وبذلك تكون قد إستنفدت ولايتها فى الفصل فى موضوع النزاع، ومن

ثم يكون من غير المستاغ إعادة القضية إليها بعد إلغاء حكم الإختصاص وتأييد الحكم الإبتدائى فيما قضى به على المطعون عليها الثانية لما كان ذلك فأن محكمة الاستئناف لا تكون قد خالفت القانون إذ فصلت فى مسئولية الشركة الطاعنة والشركة الضامنة لها فى الإستئناف المرفوع إليها من الأخيرة عن الحكم الصادر عليها إذا هذه الحالة لا تعتبر فى حقيقتها من حالات التصدى.

(نقض – جلسة ١٩٥٣/١/٨ـ مجموعة القواعد القانونية (٢٥عاما) –١٤٧ـ ص٣٠٧)

٢– لا يجوز أن يسوى الحكم عن طريق القياس بين الكفيل المتضامن والمدين المتضامن لأن تضامن الكفيل مع المدين لايصيره مدنياً أصلياً بل يبقى إلتزامه تبعياً وأن كان لا يجوز له التمسك بإلزام الدائن بمطالبة بالوفاء أو التنفيذ على أمواله أو لا وينبنى على كون إلتزام الكفيل تابعاً لإلتزام المدين أنه ينقضى حتماً بإنقضائه ولو كان التقادم قد إنقطع بالنسبة للكفيل ولا فرق فى هذا الحكم بين الكفيل المتضامن والكفيل غير المتضامن.

(نقض – جلسة ١٩٥٢/٤/٢٤ـ المرجع السابق –١٢ـ ص٩٣٧)

٣– إلتزام الكفيل متضامناً أو غير متضامن – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو إلتزام تابع لإلتزام المدين الأصلى فلا يقوم إلا بقيامه إذ لا يسوغ النظر فى اعمال أحكام الكفالة فى إلتزام الكفيل قبل البت فى إلتزام المدين الأصلى وللكفيل أن يتمسك فى مواجهة الدائن بما يستطيع المدين أن يتمسك به إعمالاً لنص المادتين ١/٢٨٢، ٧٩٤ من القانون المدنى فكل ما يؤثر فى الإلتزام الأصلى يؤثر فى إلتزام الكفيل.

(الطعن ٤٧٤٦ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٢/٦/٧ س٤٣ص٨٠٢)

٤- 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)

٥- 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)

* * *

obeikandi.com

براءة ذمة الكفيل

النص التشريعي (مادة 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 و ٧٤٩سورى و ١٠٢٩عراقى و ١٠٩٦لبنانى و ٦٦٥سودانى.

الأعمال التحضيرية:

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

(مجموعة الأعمال التحضيرية القانونية – الجزء ٥ـ ص٤٧٠)

رأى الفقه:

١– لما كان التكييف للوفاء بمقابل وهو التكييف الذى يغلب فى الفقه المعاصر هو ان الوفاء بمقابل مزيج من التجديد الوفاء عن طريق نقل 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، وعلى ذلك تبرأ ذمة الكفيل نهائيا بإنقضاء الدين الأصلى عن طريق التجديد.

opelkanon.com

والوفاء بمقابل هو وفاء الدين الجديد الذى حل محل الدين القديم، وذلك عن طريق نقل الملكية فتسرى إذن على الوفاء بمقابل أحكام البيع بإعتباره نأقلا الملكية وتسرى عليه أيضاً أحكام الوفاء بإعتباره أنه يقـضى الـدين ومن أحكام البيع ضمان الإستحقاق فإذا إستحق المقابل فى يد الدائن رجـع بهذا الضمان على المدين ولكنه لا يرجع بالدين الأصلى فان هذا الدين قـد إنقضى بالتجديد وقد إنقضت تأميناته معه فبرئت ذمة الكفيـل نهائيـا. 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 الكفيـل نهائياً وذلك ما لم يكن المقابل مملوكاً للكفيل نفسه وكان الكفيـل يعلـم 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 شـرط واقف هو عدم الإستحقاق المقابل وقد يتخلف الشرط بإستحقاق المقابل.

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

وإذا إنقضى الدين المكفول بالتجديد بأن حدد المـدين الأصـلى دينـه بتغيير الدائن أو تغيير الدين فى محله أو مصدره فإن المـدين المكفـول ينقضى وتنقضى تبعا لإنقضائه الكفالة.

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

وإذا إنقضى الدين المكفول بإتحاد الذمة بأن ورث المدين الدائن فورث حقه وأصبح هو الدائن لنفسه فإنقضى الدين بإتحاد الذمة إنقضت الكفالة التى كانت تضمن الدين تبعاً لذلك وبرئت ذمة الكفيل.

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

وإذا إنقضى الدين المكفول بإستحالة التنفيذ لسبب اجنبى إنقضت 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 المدنى فى معناها النص الوارد بالتقنين القديم والمبدأ الوارد بها مجرد تطبيق للقواعد العامة فى تجديد الإلتزام فإذا استوفى الدائن مقابل الدين من المدين أو غيره إنقضى بهذا الوفاء إلتزام الكفيل نهائياً ولو إستحق المقابل تحت يد الدائن فيما بعد أما إذا إستوفى المقابل من الكفيل فإن هذا الأخير يضمن بداهة إستحقاق الشئ، ولا تبرأ ذمته طبقاً للقواعد العامة.

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

* * *

براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعت من ضمانات

النص التشريعي (مادة 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 من أثر الرهن 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 – فقد كان هناك رأى بقصرها على التأمينات الإتفاقية كالرهن الرسمى الحيازى ولكن الرأى الذى تغلب فى هذا الصدد هو أن يدخل أى تأمين حتى لو كان تأميناً قانونياً كحقوق الإمتياز وقد ورد نص المادة ٣/٧٨٤ مدنى وحتى لو كان تأمينا قضائيا كحق الإختصاص (أو حق الحبس أو حق الدائن فى الفسخ).

كذلك قام خلاف فيما إذا كان يدخل فى هذه الضمانات التى توجد بعد قيام الكفالة فذهب رأى إلى أن هذه التأمينات لا تدخل ولا تدخل إلا التأمينات التى كانت موجودة عند قيام الكفالة ولكن الرأى الغالب والذى اخذ به التقنين المدنى المصرى الجديد صراحة (م٣/٧٨٤مدنى) هو أن جميع التأمينات تدخل سواء ماجد منها عند قيام الكفالة أو ما يوجد منها بعد قيام الكفالة ولكن يعاب على هذا الرأى ان مبنى الدفع فكرة الحلول والتبعية وأن الكفيل يحل محل الدائن فى التأمينات الت تتقرر بعد الكفالة وضياعها بخطئه يحرمه من ذلك الحلول وقد مضى المشروع على كل هذا

الخلاف بأن قرر فى الفقرة الثانية أن الضمانات المقصودة فى هذه المادة 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 الدائن 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 النص القديم انه لم يحدد المقصود بالتأمينات فثار نزاع فىالعمل بشأن تحديدها وإختلف فى ذلك أحكام القضاء فقضى المشرع على هذا الخلاف بالنص صراحة فى الفقرة الثانية على أن الضمانات المقصودة فى هذه المادة تشمل 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 له من التأمينات تضمن الوفاء بالإلتزام الذى وفاه الكفيل فإذا أضاع الدائن شيئاً من هذه التأمينات بخطئه فيكون قد أضر بالكفيل إذا يقلل من إحتمال حصوله على حقه عند الرجوع فيجعل المشرع براءة ذمة الكفيل جزاء على خطأ الدائن.

ويستفيد من حكم هذه القاعدة كل كفيل شخص ولو كان متضامنا مع المدين اما الكفيل العينى فقد ثار الخلاف حول سريان هذا الحكم عليه ففى رأى أنه لايسرى عليه وفى رأى آخر – وهو سائد والذى يفضله الدكتور

منصور مصطفى منصور – ان حكم النص يسرى علىالكفيل العينى فهو كالكفيل الشخصى مسئول عن دين غيره وله إذا ماوفاه ان يرجع على المدين ويحل محل الدائن فيما له من تأمينات وليس هناك مايدعو إلى 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 أضـاعته للضمانات بإهماله أو بفعله المباشر إذا ان مبدأ الأنصاف التـى ترمـى إليـه 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 محكمـة النقض المصرية فى صدد حكمها عن الكفالة التضامنية بأنه ينبنى على كـون إلتزام الكفيل تابعاً لإلتزام المدين أنه ينقضى حتماً بإنقضائه (نقض – جلـسة ١٩٥٢/٤/٢٤ – المحاماة – السنة ١٩٨/٢٤ ص٤٥٨) وعلى عكـس هـذا المدين المتضامن الذى لا تبرأ ذمته حتى ولو أبـرأ الـدائن أحـد المـدينين المتضامنين (م٢٨٩مدنى).

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

من أحكام القضاء:

١– إذ يعتبر الضرر متوافرا – في حالة المـادة ٧٨٤ مـن القـانون 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 من القانون المدني وطلب براءة ذمته من دين الضريبة لأن الطاعن وهو الدائن قد أضاع بتقصيره التأمين الخاص المقرر لهذه الضريبة وهو حق الامتياز المنصوص عليه بالمادة ٢٧ من القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن الضريبة على العقارات المبنية والمقرر على المباني قبل إزالتها وعلى الأنقاض بعد هدمها، و كان مفاد المادة ٢٧ سالفة الذكر أن للحكومة حق امتياز خاص بدين الضريبة على المباني فإن الحكم المطعون فيه إذ رتب على أن الطاعن "الدائن" هو الذي تسبب بخطئه في ضياع هذا الضمان الخاص المقرر بحكم القانون لدين الضريبة، أن ذمة الكفيل – المطعون ضده – تبرأ بقدر ما أضاع الدائن من هذه الضمانات، فإنه لا يكون قد خالف حكم المادة ٧٨٤ من القانون المدنى، ولا محل لما يثيره الطاعن من أن تأخيره في المطالبة بالضريبة لا يترتب عليه إلا مجرد إضعاف 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)

* * *

obeikandl.com

براءة ذمة الكفيل لعدم اتخاذ الدائن إجراءات المطالبة

النص التشريعي (مـادة 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 و٧٥١ سورى و١٠٣٦ عراقى و١٠٧٩ لبنانى و٧٦٧ 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 ولكن بعض التقنينات الحديثة أوردت نصوصاً فى هذا الصدد (انظر مثلا التقنين الالمانى م ٧٧٦) والمشروع قياساً على هذه التقنينات أورد هذه الفترة مقتبسا ما حكمها من القضاء المصرى (راجع إستئناف مختلط ٧ ديسمبر 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 حل وأن الدائن لم يتخذ الإجراءات للمطالبة بالدين أو أنه تأخر فى إتخاذها 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 من وقت 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 الفقـرة اسـتعدها المشرع من المادة ٧٣٩ من المشروع الفرنسى الإيطالى ومن المادة ٥٠٢ من تقنين الإلتزامات السويسرى ومن المادة٦٢٧ من تقنـين الإلتزامـات 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 إلـى 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 المحـدد أصـلاً فالكفيل لا يلتزم بإحترام هذا المد إلا إذا كان قد إرتضاه فإذا لم يرتـضيه جاز له أن ينذر الدائن عند حلول الأجل الأصلى بأن يتخـذ الإجـراءات 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 فيجـب إذن، إذ أنذر الكفيل الدائن أن يتخذ الدائن الإجراءات الواجبة ضد المدين، أو أن يقدم المدين الكفيل ضماناً كافياً فى حالة مـا إذا لـم يتخـذ الـدائن 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 فى خلال الستة الأشهر من وقت وصول إنذار الكفيل للدائن برئت ذمة الكفيل من الكفالة وبذلك يتقضى عقد الكفالة بطريق أصلى دون أن يتقضى الدين المكفول.

على انه يجوز للمدين قبل إنقضاء الستة الأشهر سالفة الذكر ان يقدم الكفيل ضماناً كافياً لما عسى ان يدفعه الكفيل للدائن ويتفق الدائن مع المدين على هذا الضمان الواجب تقديمه للكفيل وقاضى الموضوع هو الذى يقدر عند المنازعة ما إذا كان الضمان الذى يقدمه المدين للكفيل ضمانا كافيا فإذا قدم المدين للكفيل هذا الضمان الكافى وصل للكفيل إلى ما يبتغيه وصار عليه ان ينتظر حتى يطالب الدائن المدين بالدين فإذا دفع المدين الدين 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 الحد برئت 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 الذى 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 وهو أن الكفيل لاتبرأ ذمته لمجرد تأخير الدائن فى إتخاذ الإجراءات ضد المدين 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 ذمته 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- 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 خلال ستة أشهر وذلك بان يرفع الدعوى أن كان سند الدين عرفيا أو يتخذ 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 للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته فى مواجهة الدائن سواء بدفع دعوى الدائن أن يرفع دعوى مبتداة يطلب فيها الحكم ببراءة ذمته ولو كان المدين موسراً.

وإذا بدأ الدائن فى الإجراءات خلال ستة أشهر فيجب عليه أن يسير 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)

من أحكام القضاء:

١- إنه وإن كان الأصل أنه إذا إمتد الإيجار بحكم القانون بعد إنقضاء مدته فانه طبقاً للقواعد المقررة فى إمتداد الإيجار يمتد بنفس شروط الإيجار الأصلى فتكون إلتزامات المؤجر هى نفسها إلتزاماته السابقة 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 المستاجر 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 كفل الطاعنين الأول والثانى فى سداد اجرة السنتين المتفق عليهما فى العقد قبل صدور القرار بقانون رقم ١٣٩ سنة ١٩٦٩ وهو تشريع استثنائى قضى 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 بإمتداد العقد 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 دفاع قانونى 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)

* * *

obeikandi.com

تقدم الدائن فى تفليسة المدين للرجوع على الكفيل

النص التشريعي (مـــادة 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 السويـــسرى (م٥١١) والتقنين البولونى (م٦٤٣) وليس له مقابل فى التقنين المـــصرى ولافـــى التقنين الفرنسى أو المشرع الفرنسى الإيطالى على ان الحكم الوارد بـــه أصبح من الواجب تقريرة بعد ان نص المشروع على عدم مسئولية لـــدائن 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 قبـــل حلـــول الدين المكفول فتنص على أنه يجب على الدائن فى هذه الحالـــة أن يتقـــدم 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 أنـــه تقـــدم 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)

openkanon.com

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)

opelkanal.com

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)

* * *

obeikandi.com

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 حلول الكفيل محل الدائن، فيجب إذن أن يمكن له من هذه الحلول، والنص منقول علي المادة ٥٠٨ من تقنين الإلتزامات السويسري، مع شئ من التفصيل 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 مختاراً للدائن دون دعوى ووفي الدين، ففي هذه الحالة يكون للكفيل الذي وفي عن

المدين حق الرجوع علي هذا الأخير إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى 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 علي 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 الـدين وجـب 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 محل 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)

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)

* * *

opeikandl.com

رجوع الدائن على الكفيل بعد رجوعه على المدين

النص التشريعي (مادة 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 التجريد، 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 من أمواله، والتقنين المصري، شأنه شأن التقنين الفرنسي والمشروع الفرنسي الإيطالي ومعظم التقنينات الآخري يجيز للدائن الرجوع علي الكفيل مباشرة. وهناك أقلية من التقنينات تلزم الدائن بتجريد المدين قبل أي رجوع علي الكفيل (أنظر علي الأخص التقنين الألماني م ٧٧١ والتقنين العيني م ٧٤٥)، أما المشروع فإنه يجاري رأي الأغلبية لأنه الرأي الذي يوفق بين المصالح المختلفة، مصلحة الدائن ومصلحة الكفيل، فهو يجوز للدائن الرجوع مباشرة علي الكفيل، علي أن يدفع هذا بالتجريد إذا شاء لكن يلزمه في هذه الحالة إثبات وجود أموال لدي المدين تكفي لوفاء الدين.

obeikandl.com

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 فى 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 قبول الدعوى، التي رفعها الدائن علي الكفيل وحده. ويجب عندئذ علي الدائن إذا لم يرفع الدعوى علي كل من المدين والكفيل في وقت واحد فتكون مقبول أو يرجع علي المدين أولاً يطالبه قضائياً بوفاء الدين فلا يكفي إذن إعذار علي المدين بالوفاء، بل تجب المطالبة القضائية، ويحل محل المطالبة القضائية التنبية بالوفاء، إذا كان لدي الدائن سند رسمي قابل التنفيذ ضد المدين، كذلك يحل محل المطالبة القضائية إذا كان المدين قد أفلس فإمتنع 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 للدائن أن ينفذ علي أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله، ويجب علي الكفيل في هذه الحالة ان يتمسك بهذا الحق والدفع بالتجريد لايكون 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 تجريد الدائن المدين من أمواله.

والدفع بالتجريد– بمعناه الواسع الشامل للدفع بوجوب الدائن على المدين اولا – مبنى علىإعتبارات 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 اسـتحالة تنفيذ المدين لإلتزامه ولا ضرر فى هذا على الدائن إذ هو سيستوفى حقه من الكفيل إذا لم يستوفه من المدين ويمكن القـول أيـضاً أن هـذه النيـة المفترضة للكفيل عندما كفل المدين إذا هو رجع عليه.

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

٢- يجارى المشرع التقنين القديم، وأغلبية التقنينات الأجنبية فيجيـز 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 فـى أى وقـت مادام الكفيل لم يتنازل عنه ؟ ومعلوم ان هذا الموضوع مثلا خـلاف فـى القضاء ،فكان أجدر بالمشرع أن يقطع برأى فيه فلا يتركه معلقـاً. وقـد كانت المادة ١١٤٥ من مشروع اللجنة التحضيرية تقضى بوجوب إبـداء 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 هـذا الدفع فى اية حالة كانت عليها الدعوى الا إذا حصل من الكفيل مـا يـدل على تنازله عنه.

(التقنين المدني- للدكتور محمد علي عرفة- المرجع السابق- 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 ولكن إذا كان المقصود بالرجوع على المدين هو رفع الدعوى فذلك عندما يكون هو الإجراء الطبيعى للمطالبة وعلى ذلك فإذا كان الدين ثانياً بسند رسمى وحيث لايكون الدائن فى حاجة إلى رفع الدعوى على المدين فيكفى لرجوعه على الكفيل أن يكون قد أعذر المدين بالوفاء من قبل وكذلك 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 المطالبة الكفيل.

فإذا رفع الدائن الدعوى على الكفيل وحده وقبل ان يطالب المدين أو قبل إعذاره فى حالة وجود سند رسمى أو التقدم فى التفليسة عند الإفلاس 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 الدعوى ولو فى الإستئناف ولا يمس الحكم به أصل الحق فيجوز للدائن أن يعود ويطالب الكفيل بعد أن يكون قد رفع الدعوى على المدين أو إشراك المدين والكفيل معا فى المطالبة فما هى الشروط التى يجب أن تتوفر حتى يجوز للكفيل ان يتمسك بهذا الدفع وهل يلزم ان يتمسك به الكفيل أن يجوز للمحكمة أن تحكم بعدم القبول دون تمسك الكفيل.

فإذا توافرت الشروط الثلاثة لعدم مطالبة المدين وهى: (١) ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين (٢) أن يكون مطالبة المدين مجدية (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 للحكم المنصوص عليه بالنسبة للثانى ولهذا يعتبر مسألة لزوم أو عدم لزوم تمسك الكفيل بالدفع سكوتاً عنها فيفصل فيها على ضوء الغرض من الدفع.

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

من أحكام القضاء:

١- 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 تتنه 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 ٩و١٠–ص١٤١)

٢- 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 بالدين المكفول، هذا بالإضافة إلى أن الدفع بالتجريد لا يكون مقبولاً من الكفيل غير المتضامن إلا عندما يشرع الدائن فى التنفيذ على أمواله بسند قابل للتنفيذ وليس عند مطالبته بالدين ومن ثم النعى على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه إذا رفضت الدفع بعدم قبول الدفع بالتجريد (برفضه الدفع بعدم قبول الدعوى لإختصام الكفيل – الطاعن الأول – مع المدنية الأصلية – الطاعنة الثانية – بالمخالفة لما أوجبته المادتان ٢/٢٠١ من قانون المرافعات ، ٧٨٨ من القانون المدنى من عدم الجمع بين الكفيل والمدين فى كل طلب إستصدر أمر الأداء الواحد ومن عدم الرجوع الا بعد تجريد المدين الأصلى من أمواله) يكون على غير أساس.

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

٣- إن مفاد نص المادة ١/٧٨٨ من القانون المدني أنه إذا بدأ الدائن بالرجوع على الكفيل وحده فللكفيل أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب 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 بعد ذلك، وأن يكون رجوع الدائن على المدين ذا فائدة، وأن يتمسك الكفيل بالدفع لما كان ذلك وكان البين أن الحكم المطعون فيه قد رفض دفع الطاعنة بإخلال المطعون ضده بالتزاماته وأيد الحكم الابتدائي فيما قضى به من رفض الدفعين بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان ولرفعها على غير ذي كامل صفة استنادا إلى ما استخلصه من وثيقة الضمان وعقد الاتفاق المبرم بين الطرفين في ٢٠٠٠/٧/٦ والذي تضمن البند السادس 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 شـــانه أن يؤدي إلى النتيجة التي انتهي إليها ويدل على تنازل الكفيل "الطاعنة" عـــن 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 ٤٠٨ـ لسنة ٧٥ ق ـ تاريخ الجلسة ١٣ / ١٢ / ٢٠٠٥)

* * *

opeikandl.com

إرشاد الكفيل عن أموال المدين

النص التشريعي (مادة ٧٨٩):

(١) إذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه ان يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفى بالدين كله.

(٢) ولاعبرة بالأموال التى يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع 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 ١٠٢٢عراقى و ١٠٧٢لبنانى و ٦٧١سودانى و ١٤٩٨ تونسى.

الأعمال التحضيرية:

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

اما المادة ١١٤٦ فهى تطابق الفقرة الثانية من المادة ٧٢١ من المشروع الفرنسى الإيطالى.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني- الجزء٥- ص٥٠٢و٥٠٣و٥٠٤و٥٠٥)

openkandil.com

رأى الفقه :

١- يستخلص من المادة ٧٨٩ مدنى ومن المـادة التـى قبلهـا أن شروط دفع الكفيل بالتجديد ثلاثة:

(١) يجب أن يكون الكفيل قد نزل مقدماً عن الدفع بالتجريد اما عنـد 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 ذلـك صراحة المادة ٢٠٢١ مدنى فرنسى وغنى عن البيان أنه إذا كان الكفيـل 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 مـن تلقاء نفسه وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٢/٧٨٨ مدنى ولمـا كـان الدفع بالتجريد فى التقنين المدنى الجديد إنما يتعلق بالتنفيـذ لا بالمطالبـة القضائية فيبدو انه يترتب على ذلك أن الدفع لايكون مقبولاً من الكفيـل إلا عندما يشرع الدائن فى التنفيذ عن أمواله بموجب سند مقابل للتنفيذ عنـده ويظهر أن الكفيل يستطيع إبداء الدفع بالتجريد عن طريق الإستشكال فـى التنفيذ وكذلك يستطيع عقب التنبيه على الكفيل بالوفاء وإيداع قائمة شروط البيع فى العقار أن يبدى الدفع بالتجريد بطريق الإعتراض علـى قائمـة 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 بعـد

ذلك وبخاصة إذا وجد للمدين مال يصلح للتنفيذ عليه فيما بعد أن سكوت الكفيل عن الدفع بالتجريد قبل ان يجد للمدين هذا المال لايعتبر نزولاً ضمنياً عن الدفع فيكون للكفيل ان يدفع بالتجريد إبتداء من شروع الدائن فى التنفيذ عن ماله إلى أن يتم هذا التنفيذ ما لم ينزل الكفيل عن الدفع صراحة أو ضمناً ويمكن إستخلاص النزول الضمنى عن الدفع عن عدم تمسك الكفيل به إلى أن يقطع الدائن فى التنفيذ مرحلة كبيرة وعلى كل حال يعتبر النزول الضمنى عن الدفع مسئولية موضوعية يقدرها قاضى الموضوع فيجوز فى تطبيق النص الحالى والقانون القديم للكفيل التمسك 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 المصرية وليس أموال متنازعاً فيها – فيتخلف هذا الشروط إذا أشهر إفلاس المدين 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 الأموال 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 (م٧٨٩/٢مدنى) ومن المصروفات التى يتحملها الكفيل فى هذا الصدد مصروفات إستخراج صور المستندات ملكية المدين للأموال التى دل عليها وكذلك مصروفات الشهادات العقارية 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)

من أحكام القضاء:

١- التجريد رخصة تخول الكفيل غير المتضامن الحق في أن يمنع 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 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 تقضى به المادة ٢٣٩ من القانون المدني – أن يثبت مقدار ما ذمة مدينه من ديون 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 ذلك منهم دفاعاً بالتجريد وإنما هو إثبات لتخلف أحد شروط الدعوى المذكورة وهو تسبب التصرف في إعسار المتصرف أو في زيادة إعساره.

(الطعن رقم ٤١٣ - لسنة ٤٦ ق - 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 لأحكـام المسئولية التقصيرية وذلك تطبيق للقواعد العامة ويقع عبء إثبات تقصير الدائن على الكفيل.

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

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

* * *

obeikandl.com

الرجوع عند أجتماع الكفالة مع تأمين عينى

النص التشريعي (مادة 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)

* * *

obeikandi.com

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)

obeikandl.com

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 قـد 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 يطالبـه الا بمقدار ثمنمائه جنية فقط وإذا طالبه بأكثر من ذلك إستطاع هـذا أن يـدفع الطلب بتقسيم الدين بل للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بتقـديم الـدين طلب ولا تقسم على أى كفيل بأكثر من ثلثمائه جنية والدين ينقـسم علـى 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 ولـو 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- ١٠- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- 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- 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.

obeikandi.com

فإذا توافرات الشروط السابقة انقسم الدين بين الكفلاء بحكـم القـانون 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 يطالـب كل كفيل الا بقيمة حصته فقط، فإذا طالب كفيلا بكل الدين فبالاضافة إلـى 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)

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 الـشريك المذكور أن يدفع مسئوليته بالقول بوجود ضـمان اخـرين مـسئولين 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 دفـــع الدين ان يرجع عن مدين آخر بذات الدين لإنعدام الرابطة بينهما ولانه اما دفع عن نفسه.

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

* * *

obeikandl.com

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:

ليس على هذه المادة تعليق – بالأعمال التحضيرية يستحق التنويه به.

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 عن كل الدين كالكفيل العادى ولكنه يختلف عن الكفيل العادى فى أن الدائن يستطيع أن يرجع عليه بكل الدين قبل أن يرجع على المدين فالدائن إذن مخير أن

شاء رجع على المدين وأن شاء رجع على الكفيل المتضامن وإذا رجع على أحدهما فإن ذلك لا يمنعه من الرجوع على الآخر وترك الرجوع على الأول بل الدائن أن يرجع عليهما معاً فى وقت واحد سواء كان بعد 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 عليه بوجوب رجوعه اولا على المدين.

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

(الوسيط – ١٠ـ للدكتور السنهوري ـ 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 مع المدين بحقه فى تجريده.

والضامن الذى يحرم الكفيل من الدفع بالتجريد هو – كما يظهر من 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)

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 على ذلك أن هذا الغير أصابه ضرر هو حرمانه من تضامن الشركة- التي ادعى الشريك أنه يمثلها – مع المدين فى الوفاء بالدين فإنه لا يؤثر فى تحقق هذا الضرر القول بملاءة المدين أو الضامنين الآخرين. ولا يقبل من الشريك المذكور أن يدفع مسئوليته بالقول بوجود ضمان آخرين مسئولين لأن مسئوليته مردها الخطأ 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 الرجوع على أيهما شاء على حد سواء.

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

* * *

obeikandl.com

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 ٦٧٦سودانى.

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 ٢١ص ٢٢٢رقم ١٥٤- إستئناف أهلى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٦المحاماة ٢٠ص ١١٦٢رقم ٤٩١ – إستئناف مختلط ١٤فبراير سنة ١٨٩٥ب ٧ص ١٣٧- ٢٨فبراير سنة ١٩٠٠ب

١٣ص ٢٣ – ٢٠إبريل سنة ١٩١١ب ٢٣ص ٢٧٣– راجع مع ذلك بنى 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 فى 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 به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين) فالكفيل المتضامن فى التقنين المدنى الجديد ليس فى مركز المدين المتضامن بل يبقى كفيلاً 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 الكفيل 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 المدين أن يتمسك ببطلان إلتزام المدين لعيب فى الشكل أو لإنعدام الرضاء أو لعدم توافر شروط المحل أو لعدم مشروعية السبب لأى سبب آخر من أسباب بطلان الإلتزام أما المدين المتضامن فإنه لا يستطيع أن يحتج ببطلان إلتزام مدين متضامن آخر إذا كان سبب البطلان خاصاً بهذا المدين الآخر كان إنعدام رضاء هذا المدين الآخر دون أن ينعدم رضاء بهذا المدين الأول

وللكفيل المتضامن مع المدين أن يتمسك بإبطال عقد المدين الأصلى 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- 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 ٧٩٤مدنى) 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)

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)

* * *

opelkandil.com

التضامن بين الكفلاء فى الكفالة القضائية أو القانونية

النص التشريعي (مـــادة 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 –جزء٥- ص٥٢٨)

obeikandl.com

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 ٧٧٢مدنى 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.

obeikandl.com

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)

من أحكام القضاء:

١- جرى قضاء محكمة النقض فى ظل القانون المدنى القديم بأن مؤدي نص المادة ١١٠ منه أن مطالبة أى واحد من المدينين المتضامنين تسرى فى حق باقى المدينين كما أن مطالبة أى واحد من الكفلاء المتضامنين تسرى فى حق سائر زملائه لإتحادهم فى المركز والمصلحة إتحاد إتخذ منه القانون أساساً لافتراض نوع من الوكالة بينهم فى مقاضاه الدائن لهم ومن ثم كان حكم المادة ١١٠ سالف الذكر سارياً فيما بين المدينين المتضامنين بعضهم وبعض ،فيما بين الكفلاء المتضامنين بعضهم وبعض وتكون مطالبة الدائن لبعض الكفلاء المتضامنين بالدين مطالبة منه للآخرين ويكون الحكم الصادر ضد هذا البعض حجة على باقى الكفلاء المتضامنين وقاطعاً لمدة التقادم بالنسبة لهم.

(نقض – جلسة ١٩٦٦/٢/١٠- مجموعة المكتب الفني- السنة٦٢- مدني –ص٢٧٩)

٢- متى كان وفاء الكفيل المتضامن وفاء صحيحا لدين قائم فإنه يحق له أن يرجع على باقى الكفلاء المتضامنين معه كل بقدر حصته فى الدين الذى أوفاه للدائن ويكون هذا الرجوع إما بدعوى الحلول بالدعوى الشخصية التى أساسها النيابة التبادلية المفترضة قانونياً بين المتعهدين المتضامنين فى الدين على ماتقرره المادة ١٠٨ من القانون المدنى الملغى وإذا كانت الدعوى الشخصية تقدم على الوكالة المفترضة بين الكفلاء المتضامنين فى شأن تقادمها أعمال قواعد التقادم المقررة فى شأن الوكالة وإعتبار مدة التقادم بالنسبة لتلك الدعوى خمسة عشرة سنة تبدأ من تاريخ وفاء الكفيل المتضامن إذا من هذا التاريخ فقط ينشأ حقه فى الرجوع على المتعهدين المتضامنين معه ويصبح هذا الحكم مستحق الأداء.

(نقض – جلسة ١٩٦٦/٢/١٠- المرجع السابق- ص ٢٧٩)

openkanal.com

٣- مسئولية المتبوع عن اعمال تابعة غير المشروعة ماهيتها إعتبار المتبوع فى حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون للمتبوع حق الرجوع على التابع بما اوفاه من تعويض للمضرور. م١٧٥ مدنى.

مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هى – وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة – مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور وتقوم على فكرة الضمان القانونى فيعتبر المتبوع فى 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 الذى كفله لأنه المسئول عنه وليس مسئولاً معه وهذه القاعدة هى التى قننها المشرع فى المادة ١٧٥ من القانون المدنى التى تقضى بأن للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر ولم يقصد المشرع بتلك المادة أن يستحدث للمتبوع دعوى شخصية جديدة يرجع بها على تابعه.

(الطعن ٩٦٠ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٧س٤١ص١٠٢٣)

٤- 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)

٥- 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 من التعويض للمضرور كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذى كفله لأنه مسئول عنه وليس مسئولا معه وهذه القاعدة هى التى قننها المشرع فى المادة ١٧٥ من القانون المدنى التى تقضى بأن للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر ولم يقصد المشرع بتلك المادة أن يستحدث للمتبوع دعوى شخصية جديدة يرجع بها على تابعه.

(الطعن ٣٥٣٥ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٥/١/٥س٤٦ص٨٢)

* * *

obeikandl.com

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 المادتنين 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- ١٠- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص٥٨٢ ومابعدها)

obeikandl.com

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)

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 ١٩٦٦/٤/٥- مجموعة المكتب الفني – السنة ١٧- مدني ص٧٩٢)

* * *

obeikandl.com

كفالة الكفيل المصدق

النص التشريعي (مـادة 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 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 يطالـب الـدائن 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 حقـوق الكفيـل بإسم هذا الأخير فيطلب من الدائن الرجوع أولاً علـى المـدين الأصـلى وكذلك التنفيذ على أموال المدين الأصلى قبل التنفيذ على أمواله هو.

وإذا وفى كفيل الكفيل الدين كان له أن يرجع علـى الكفيـل اوعلـى المدين الأصلى أو عليهما معاً مسئولين بالتضامم ويكون رجوعه بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول.

(الوسيط ـ ١٠ ـ للدكتور السنهوري ـ المرجع السابق ـ 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 المـدين الأصلى والكفيل ويستثنى من ذلك المصدق الذى إلتزم مع الكفيل على وجه التضامن.

(التقنين المدني – للدكتور محمد علي عرفة ـ المرجع السابق ـ ص٥٨٣)

* * *

openkanon.com

٢- العلاقة بين الكفيل والمدين

النص التشريعي (مادة 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 ١٠٢٣عراقى و ١٠٨٦ لبنانى 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 الوفاء للدائن حتى يعترض عليه ان كان هناك وجه لذلك كما انه يخطره بالمطالبة الحاصلة من الدائن فإذا أهمل الكفيل فى ذلك ووفى الدين دون أن يخطر 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 تكاد تكون مجرد تكرار للمادة ٥٠٧/ ٦١٩ من التقنين الحالى مع شئ من 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 للمـادة ٥٠٧/ ٦١٩ 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)

* * *

obeikandl.com

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 ذلك أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين وحده أو لمصلحة الدائن وحده أو لمصلحة الإثنين معاً أو لمصلحة المدين والكفيل أو لمصلحة الدائن والكفيل وعلى ذلك يستوى الكفيل غير المأجور ويستوى أيضاً الكفيل غير المتضامن مع المدين والكفيل المتضامن معه.

وليست المادة ٧٩٩ مدنى إلا تطبيقاً تشريعياً للمادة ٣٢٦ مدنى 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 تجارياً 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 البوليصية والحق الحبس وإستعمال الشرط الجزائى)

كما يحل الكفيل محل الدائن فى حقه فى التأمينات العينية (كالرهن الرسمى أو الحيازى وحق الإختصاص والإمتياز).

ويحل محله فى حقه بما يرد عليه من دفوع (كالدفع بالبطلان وبإنقضاء الدين بالوفاء أو غيره كالمقاصة والتجديد والإبراء والتقادم 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 الحلـول على الدعوى الشخصية بأن الكفيل إذا رجع بدعوى الحلول كان له جميـع تأمينات الحق الذى وفاه وينتقل إليه الحق بما له من خصائص وما يلحقـه 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 دعـوى الحلـول منها:

١- أن الكفيل فى الدعوى الشخصية يستحق الفوائد القانونيـة علـى جميع مادفعه للدائن وفاء للدين من وقـت الـدفع ويرجـع فيهـا أيـضاً 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 الحلـول لا بالفوائد القانونية ولا بالمصروفات ولا بالتعويض.

٢- إذا رجع الكفيل بالدعوى الشخصية فإن حقه يكون قد نـشأ منـذ 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 فـلا 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 الدائن ولا يقدم الدائن عليه ويقتسمان مال المدين إقتسام الغرماء.

(الوسيط- ١٠- للدكتور السنهوري- المرجع السابق- ص١٨٠ومابعدها)

٢- تعرض المادة ٩٩ مدنى لدعوى الحلول وهى تطابق المادة 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- للدكتور محمد علي عرفة –ص ٥٨٥- ويراجع: عقد الكفالة للدكتور منصور مصطفي منصور- ص١٠٣ ومابعدها)

من أحكام القضاء:

١- إذا كان أساس دعوى رجوع الكفيل عن المدين بما أوفاه عنه هو حلول الكفيل محل الدائن فى الرجوع على المدين حلولا مستمداً من عقد الحلول المبرم بين الدائن والكفيل ومستنداً إلى المادتين ١/٢٢٦و ٢٢٩ من القانون المدنى اللين تقضيان بأنه قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفى محل الدائن الذى إستوفى حقه إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه وأن من حل قانوناً أو إتفاقاً 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 (مـادة 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، المـواد التالية: مادة ٨٠٩ ليبى و٧٦٦ سورى و١٠٢٣ عراقـى و١٠٨٠ لبنـانى و٦٨٢ سوادنى و ١٥٠٥ تونسى.

الأعمال التحضيرية:

نقل المشروع المادة ١١٥٣ مكررة عن المادة ٧٢٩ مـن المـشروع الفرنسى الإيطالى وهى تعرض للدعوى الشخصية التى للكفيل قبل المدين وقد أثر المشروع ان يبين ما يرجع به الكفيل فى الدعوى الشخصية فهـو يرجع باصل الدين وبالفوائد والمصروفات والتعويضات وهـذه الأحكـام معمول بها فى ظل التقنين الحالى رغم عدم النص عليها.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني –جزء٥ـ 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 القرتين 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)

من أحكام القضاء:

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

(نقض – جلسة ١٩٥٨/٣/٦ـ مجموعة المكتب الفني – السنة ٩ـ مدني – ص١٢٠)

٢- لما كان المتبوع وهو فى حكم الكفيل المتضامن ولا يستطيع الرجوع عن تابعه عند وفائه التعويض للدائن المضرور بالدعوى الشخصية التى قررها القانون فى المادة ٨٠٠ من القانون المدنى للكفيل قبل المدين وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع الكفيل بهذه الدعوى إذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وحده وضمان المتبوع لاعمال تابعه هو ضمان قرره القانون لمصلحة الدائن المضرور وحده، فإنه لايكون للمتبوع فى رجوعه على المدين الا دعوى الحلول المنصوص عليها فى المادة ٧٩٩ من القانون المدنى وهى تطبيق للقاعدة العامة فى الحلول القانونى المنصوص عليها فى المادة ٣٢٦ من القانون المذكور والتى تقضى بأن الموفى يحل محل الدائن الذى إستوفى حقه إذا كان الموفى ملزماً بوفاء الدين عن المدين.

(نقض – جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ـ المرجع السابق – السنة ١٩ـ ص٣٢٧)

openkanal.com

٣- رجوع المتبوع على التابع بالدعوى الشخصية المنصوص عليها فى المادة ٣٢٤ مدنى شرطه رجوع المتبوع على التابع بدعوى الكفيل على المدين. م ٨٠٠ مدنى غير جائز علة ذلك.

يستطيع المتبوع الرجوع على تابعه بالدعوى الشخصية المنصوص عليها فى المادة ٣٢٤ من القانون المدنى التى تقضى 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 لايستطيع الرجوع بها إذا كان قد أوفى التعويض للدائن المضرور بعد أن كان حق الدائن فيه قد سقط بالنسبة للتابع لأن هذا لم يفد شيئاً من هذا الوفاء وليس للمتبوع أن يرجع على تابعه بالتعويض الذى أوفاه عنه بالدعوى الشخصية التى للكفيل قبل المدين والمقررة فى المادة ٨٠٠ من القانون المدنى 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 ٣٥٣٥ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٥/١/٥ س٤٦ص٨٢)

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 ٨٧٣٣ ـ لسنة ٧٧ ق ـ تاريخ الجلسة ١٤ / ٥ / ٢٠٠٨**)

* * *

opelkandl.com

رجوع الكفيل الموفى على أى من المدينين المتضامنين

النص التشريعي (مادة 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)

* * *

obeikandl.com

فهرس المحتويات

obeikandl.com

obeikandl.com

الموضـــوع	الصفحة
مقدمة.....	٥
أركان الكفالة	٧
النص التشريعي (مادة ٧٧٢)	٧
النصوص العربية المقابلة.....	٧
الأعمال التحضيرية.....	٧
رأي الفقه.....	٨
أحكام القضاء.....	١١
إثبات الكفالة	١٣
النص التشريعي (مادة ٧٧٣)	١٣
النصوص العربية المقابلة.....	١٣
الأعمال التحضيرية.....	١٣
رأي الفقه.....	١٤
أحكام القضاء.....	١٦
الشروط الواجب توافرها فى الكفيل	١٩
النص التشريعي (مادة ٧٧٤)	١٩
النصوص العربية المقابلة.....	١٩
الأعمال التحضيرية.....	١٩
رأي الفقه.....	٢٠
كفالة المدين بغير علمه ورغم معارضة	٢٧
النص التشريعي (مادة ٧٧٥)	٢٧
النصوص العربية المقابلة.....	٢٧

obeikandi.com

الموضـــوع	الصفحة
الأعمال التحضيرية.....	٢٧
رأي الفقه.....	٢٧
أحكام القضاء.....	٣٢
كفالة المدين بغير علمه ورغم معارضة	٣٣
النص التشريعي (مادة ٧٧٦)	٣٣
النصوص العربية المقابلة.....	٣٣
الأعمال التحضيرية.....	٣٣
رأي الفقه.....	٣٣
أحكام القضاء.....	٣٦
كفالة ناقص الأهلية	٣٩
النص التشريعي (مادة ٧٧٧)	٣٩
النصوص العربية المقابلة.....	٣٩
الأعمال التحضيرية.....	٣٩
رأي الفقه.....	٤٠
أحكام القضاء.....	٤٥
كفالة الدين المستقبل	٤٨
النص التشريعي (مادة ٧٧٨)	٤٨
النصوص العربية المقابلة.....	٤٨
الأعمال التحضيرية.....	٤٨
رأي الفقه.....	٤٩
أحكام القضاء.....	٥٤

obeikandi.com

الموضـــوع	الصفحة
كفالة الدين التجارى والأوراق التجارية	٥٦
النص التشريعي (مادة ٧٧٩)	٥٦
النصوص العربية المقابلة.....	٥٦
الأعمال التحضيرية.....	٥٦
رأي الفقه.....	٥٦
أحكام القضاء.....	٦١
عدم تجاوز الكفالة للالتزام الأصلى	٦٢
النص التشريعي (مادة ٧٨٠)	٦٢
النصوص العربية المقابلة.....	٦٢
الأعمال التحضيرية.....	٦٢
رأي الفقه.....	٦٣
أحكام القضاء.....	٦٥
نطاق الكفالة	٦٦
النص التشريعي (مادة ٧٨١)	٦٦
النصوص العربية المقابلة.....	٦٦
الأعمال التحضيرية.....	٦٦
رأي الفقه.....	٦٧
أحكام القضاء.....	٧٠
أثار الكفالة	
١ـ العلاقة ما بين الكفيل والدائن	٧٤
النص التشريعي (مادة ٧٨٢)	٧٤

obeikandl.com

الموضـــوع	الصفحة
النصوص العربية المقابلة.....	٧٤
الأعمال التحضيرية.....	٧٤
رأي الفقه.....	٧٤
أحكام القضاء.....	٨٠
براءة ذمة الكفيل	٨٣
النص التشريعي (مادة ٧٨٣)	٨٣
النصوص العربية المقابلة.....	٨٣
الأعمال التحضيرية.....	٨٣
رأي الفقه.....	٨٣
براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعت من ضمانات	٨٦
النص التشريعي (مادة ٧٨٤)	٨٦
النصوص العربية المقابلة.....	٨٦
الأعمال التحضيرية.....	٨٦
رأي الفقه.....	٨٧
أحكام القضاء.....	٩٢
براءة ذمة الكفيل لعدم اتخاذ الدائن إجراءات المطالبة	٩٤
النص التشريعي (مادة ٧٨٥)	٩٤
النصوص العربية المقابلة.....	٩٤
الأعمال التحضيرية.....	٩٤
رأي الفقه.....	٩٥
أحكام القضاء.....	٩٩

obeikandi.com

الموضـــوع	الصفحة
تقدم الدائن فى تفليسة المدين للرجوع على الكفيل	١٠٢
النص التشريعي (مادة ٧٨٦)	١٠٢
النصوص العربية المقابلة.....	١٠٢
الأعمال التحضيرية.....	١٠٢
رأي الفقه.....	١٠٢
أحكام القضاء.....	١٠٤
التزام الدائن بتسليم الكفيل سندات الدين عند الوفاء له	١٠٦
النص التشريعي (مادة ٧٨٧)	١٠٦
النصوص العربية المقابلة.....	١٠٦
الأعمال التحضيرية.....	١٠٦
رأي الفقه.....	١٠٦
أحكام القضاء.....	١٠٩
رجوع الدائن على الكفيل بعد رجوعه على المدين	١١١
النص التشريعي (مادة ٧٨٨)	١١١
النصوص العربية المقابلة.....	١١١
الأعمال التحضيرية.....	١١١
رأي الفقه.....	١١٢
أحكام القضاء.....	١١٩
إرشاد الكفيل عن أموال المدين	١٢٣
النص التشريعي (مادة ٧٨٩)	١٢٣
النصوص العربية المقابلة.....	١٢٣
الأعمال التحضيرية.....	١٢٣

obeikandl.com

الموضـــوع	الصفحة
رأي الفقه	١٢٤
أحكام القضاء الحديثة	١٢٦
عدم رجوع الدائن بعد إرشاد الكفيل عن أموال المدين	١٢٧
النص التشريعي (مادة ٧٩٠)	١٢٧
النصوص العربية المقابلة	١٢٧
الأعمال التحضيرية	١٢٧
رأي الفقه	١٢٧
الرجوع عند أجتماع الكفالة مع تأمين عينى	١٣٠
النص التشريعي (مادة ٧٩١)	١٣٠
النصوص العربية المقابلة	١٣٠
الأعمال التحضيرية	١٣٠
رأي الفقه	١٣٠
مناط تضامن الكفلاء عند تعددهم	١٣٥
النص التشريعي (مادة ٧٩٢)	١٣٥
النصوص العربية المقابلة	١٣٥
الأعمال التحضيرية	١٣٥
رأي الفقه	١٣٦
أحكام القضاء	١٤٠
لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين الدفع بالتجريد	١٤٢
النص التشريعي (مادة ٧٩٣)	١٤٢
النصوص العربية المقابلة	١٤٢
الأعمال التحضيرية	١٤٢

obeikandl.com

الموضـــوع	الصفحة
رأي الفقه.....	١٤٢
أحكام القضاء.....	١٤٤
تمسك الكفيل بالدفوع	١٤٥
النص التشريعي (مادة ٧٩٤)	١٤٥
النصوص العربية المقابلة.....	١٤٥
الأعمال التحضيرية.....	١٤٥
رأي الفقه.....	١٤٦
أحكام القضاء.....	١٤٩
التضامن بين الكفلاء فى الكفالة القضائية أو القانونية	١٥٢
النص التشريعي (مادة ٧٩٥)	١٥٢
النصوص العربية المقابلة.....	١٥٢
الأعمال التحضيرية.....	١٥٢
رأي الفقه.....	١٥٣
أحكام القضاء.....	١٥٩
رجوع الكفيل المتضامن على باقي الكفلاء	١٦٢
النص التشريعي (مادة ٧٩٦)	١٦٢
النصوص العربية المقابلة.....	١٦٢
الأعمال التحضيرية.....	١٦٢
رأي الفقه.....	١٦٢
أحكام القضاء.....	١٦٧

obeikandl.com

الموضـــوع	الصفحة
كفالة الكفيل المصدق	١٦٨
النص التشريعي (مادة ٧٩٧)	١٦٨
النصوص العربية المقابلة.....	١٦٨
الأعمال التحضيرية.....	١٦٨
رأي الفقه.....	١٦٨
٢ – العلاقة بين الكفيل والمدين	١٧١
النص التشريعي (مادة ٧٩٨)	١٧١
النصوص العربية المقابلة.....	١٧١
الأعمال التحضيرية.....	١٧١
رأي الفقه.....	١٧٢
حلول الكفيل محل الدائن بقدر ما وافاه	١٧٦
النص التشريعي (مادة ٧٩٩)	١٧٦
النصوص العربية المقابلة.....	١٧٦
الأعمال التحضيرية.....	١٧٦
رأي الفقه.....	١٧٧
أحكام القضاء.....	١٧٩
رجوع الكفيل الموفى على المدين	١٨٤
النص التشريعي (مادة ٨٠٠)	١٨٤
النصوص العربية المقابلة.....	١٨٤
الأعمال التحضيرية.....	١٨٤

obeikandl.com

الموضـــوع	الصفحة
رأي الفقه.....	١٨٤
أحكام القضاء.....	١٨٨
رجوع الكفيل الموفى على أى من المدينين المتضامنين	١٩٢
النص التشريعي (مادة ٨٠١)	١٩٢
النصوص العربية المقابلة.....	١٩٢
الأعمال التحضيرية.....	١٩٢
رأي الفقه.....	١٩٢
فهرس المحتويات.....	١٩٥

تم بحمد الله

obeikandl.com