

# الضوابط القانونية الناظمة لحق الكفيل بالمال في الدفع بتجريد المدين: دراسة مقارنة بين القانونين المدنين الأردني والكويتي

د. علاء وصفي المستريحي

أستاذ القانون المدني المساعد

كلية القانون، جامعة اليرموك

المملكة الأردنية الهاشمية

## الملخص

يهدف هذا البحث إلى تحديد موقف كل من المشرعين الأردني والكويتي من حق الكفيل بدفع مطالبة الدائن بتجريد المدين، وهي مسألة تكتسي أهميتها من ضرورة تحديد المركز القانوني للكفيل بالمال والمركز القانوني للمدين المتضامن في ضوء الخلط التشريعي الحاصل في القانون المدني الأردني، وذلك من خلال تناول الخصائص المميزة لالتزام الكفيل بالمال عن التزام المدين المتضامن، ومن ثم بيان ومناقشة الحكم القانوني لرجوع الدائن على الكفيل لالمال قبل رجوعه على المدين. وفي سبيل ذلك، فقد اعتمد البحث أولاً على المنهج الاستقرائي التحليلي ثم ثانياً على المنهج المقارن باستعراض أحكام القانون المدني الكويتي في هذا المجال.

وقد خلص البحث إلى أن المشرع الأردني خلط بين المركز القانوني للكفيل بالمال، والمركز القانوني للمدين المتضامن، وذلك عندما لم يجز للكفيل غير المتضامن أن يدفع مطالبة الدائن بتجريد المدين، معتبراً بأن للدائن الحق في الرجوع على الكفيل والتنفيذ على أمواله قبل الرجوع على المدين والتنفيذ على أمواله باستثناء حالة واحدة، وهي رجوع الدائن على الكفيل قبل تنفيذه على التأمينات العينية للدين المكفول، على أنه بالمقابل منح لكفيل الكفيل مطلق الحق بدفع مطالبة الدائن بتجريد المدين، وذلك كله على خلاف المشرع الكويتي الذي ميّز بصورة دقيقة بين المركز القانوني للكفيل بالمال والمركز القانوني للمدين المتضامن بأن منح للكفيل غير المتضامن مطلق الحق بدفع مطالبة الدائن بتجريد المدين، وكان من ضمن ذلك عدم جواز رجوع الدائن على الكفيل قبل تنفيذه على التأمينات العينية للدين المكفول، وعدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين، دون أن يميز في هذا الصدد بين الكفيل وكفيل الكفيل.

**كلمات دالة:** الكفالة بالمال، الدفع بتجريد المدين، الكفيل المتضامن، التأمينات العينية للدين المكفول.

## المقدمة

عرّف المشرع الأردني الكفالة بموجب المادة (950) من القانون المدني التي نصت على أنها: «ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام»، وعرّفها المشرع الكويتي في المادة (745) من القانون المدني بأنها: «عقد بمقتضاه يضم شخص ذمته إلى ذمة الأصيل في تنفيذ التزام عليه بأن يتعهد للدائن بأدائه إذا لم يؤديه الأصيل»، وهذا التعريف هو ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم 282<sup>(1)</sup>. وتقسم الكفالة بصورة أساسية إلى نوعين وهما الكفالة بالنفس والكفالة بالمال<sup>(2)</sup>.

وترجع نشأة الكفالة بالمال كنظام قانوني يهدف إلى توفير الائتمان للدائن، ويضمن استيفاء الأخير لدينه الذي في ذمة المدين، إلى القانون الروماني، والذي كانت فيه الكفالة تركز على التضامن العائلي الذي يمثل حجر الزاوية في التنظيم الاجتماعي آنذاك، ولم يكن مركز الكفيل في القانون الروماني يختلف عن مركز المدين، فقد كان الكفيل بمثابة مدين متضامن مع المدين، وكان يحق للدائن أن يرجع على أي منهما بكامل الدين، ثم بدأت تتخذ الكفالة صفة التبعية، وتستقل عن نظام التضامن بين المدينين، خاصة مع ظهور ما يعرف بالكفالة المصرفية.

ومن هنا ظهر ما بات يعرف قانونياً بحق الكفيل بالدفع بالتجريد، والذي يُراد بها حق الكفيل بالتمسك بعدم صحة رجوع الدائن عليه والتنفيذ على أمواله بشأن الدين المكفول قبل رجوعه على المدين والتنفيذ على أمواله<sup>(3)</sup>، وهو ما يُتاح للكفيل بموجب القانون المدني الأردني في الحالة التي لا يكون فيها الكفيل متضامناً مع المدين، ويكون فيها الدين المكفول مضموناً بتأمينات عينية نشأت قبل نشأة الكفالة أو متزامنة معها، سواء أكانت مملوكة للمدين أم لغيره، وذلك على خلاف ما هو عليه الحال بموجب القانون المدني الكويتي، والذي يُتاح بموجبه للكفيل الدفع في تجريد المدين في كافة الأحوال ما لم يكن الكفيل متضامناً مع المدين.

## أهمية البحث

إن أهمية هذا البحث تنبثق من جانبين: أحدهما نظري والآخر عملي، أما على الصعيد

(1) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 282 لسنة 2005، منشورات قسطاس: <http://www.qestas.com/login> تاريخ الزيارة: 2020/8/30.

(2) يقصد بالكفالة بالنفس: «التزام الكفيل بإحضار المكفول في الوقت المعين عند طلب المكفول له»، ويقصد بالكفالة بالمال: «الكفالة التي يلتزم بموجبها الكفيل بأن يؤدي ما لا التزم الأصيل بتأديته للدائن».

(3) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج10، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015، ص104.

النظري فإن من شأن هذا البحث تسليط الضوء على الحدود الفاصلة بين المركز القانوني للكفيل بالمال والمركز القانوني للمدين المتضامن، وذلك في ضوء الخط التشريعي الذي وقع فيه المشرع الأردني مقارنة مع المشرع الكويتي فيما يتعلق بمركز كل منهما، وتحديد الضوابط القانونية الناظمة لحق الكفيل بالمال بالدفع بتجريد المدين قبل رجوع الدائن عليه بقيمة الدين المكفول، وقبل التنفيذ على أمواله بموجب التشريعين الأردني والكويتي. كما تكمن أهمية البحث في بيان المسوغات القانونية التي تبرر موقف المشرعين الأردني والكويتي من مدى جواز دفع الكفيل بالتجريد من عدم جواز ذلك.

أما على الصعيد العملي، فإن من شأن هذا البحث كشف اللثام عن الإيجابيات والسلبيات التي اعترت تنظيم المشرعين الأردني والكويتي لالتزام الكفيل في مواجهة الدائن، والخروج بتوصيات من شأنها تعزيز الإيجابيات وتلافي السلبيات عند تعديل التشريعات الناظمة للكفالة بالمال مستقبلاً، هذا علاوة على أن من شأن هذا البحث إثراء المكتبتين الأردنية والكويتية خاصة والمكتبة العربية عامة بمرجع قانوني متخصص في موضوع الكفالة بالمال وبصورة مقارنة بين التشريعين الأردني والكويتي.

### إشكالية البحث

إن الإشكالية الأساسية التي جاء هذا البحث لمعالجتها تتمثل في التساؤلات التالية: إلى أي حد يحق للكفيل بالمال دفع مطالبة الدائن له بالدين المكفول بتجريد المدين بموجب كل من القانونين المدنين الأردني والكويتي؟ وبعبارة أخرى، هل يحق للكفيل رفض الوفاء بالدين المكفول طالما أن الدائن لم يرجع على المدين، أو أنه لم ينفذ على أمواله؟ وفي هذا الصدد هل يختلف الحكم القانوني بالنسبة لكفيل الكفيل أو أن الحكم ذاته الذي يسري على الكفيل يسري على كفيل الكفيل؟ وهل ثمة فرق قانوني بين تضامن المدينين كنظام قانوني والكفالة، وإن كان ثمة فرق بينهما فما مدى مراعاة كل من المشرعين لهذا الفرق؟

### نطاق البحث

إن هذا البحث جاء لمعالجة موضوع الضوابط القانونية الناظمة لحق الكفيل بالمال بالدفع بتجريد المدين بصورة مقارنة بين القانون المدني الأردني<sup>(4)</sup>، والقانون المدني الكويتي<sup>(5)</sup>. وتجدد الإشارة إلى أن دراستنا في هذا البحث ستنصب على حق الكفيل غير المتضامن

(4) رقم 43 لسنة 1976 المنشور في الجريدة الرسمية في العدد رقم 2645 على الصفحة رقم 2 بتاريخ 1976/8/10.

(5) رقم 67 لسنة 1980 المنشور في الجريدة الرسمية في العدد رقم 1335 بتاريخ 1981/1/5، والمعدل بموجب القانون رقم 15 لسنة 1996.

في الدفع في تجريد المدين، نظراً لأن الكفيل المتضامن لا يختلف عن المدين المتضامن، حيث يعتبر بوجه عام في حكم المدين المتضامن من حيث جواز مطالبة الدائن له بكل الدين من دون التزام على الدائن بالرجوع أولاً على المدين الأصلي أو حتى مجرد اختصاصه في دعواه بمطالبة الكفيل بكل الدين<sup>(6)</sup>، وذلك بخلاف ما هو عليه الحال بالنسبة للكفيل غير المتضامن، والذي ينبغي أن لا يعتبر بمثابة المدين المتضامن، والأصل أن الدائن لا يحق له الرجوع عليه إلا بعد الرجوع على المدين الأصلي.

### منهجية البحث

يعتمد هذا البحث على المنهج الاستقرائي، حيث تم من خلاله تحليل النصوص القانونية الناظمة لالتزام الكفيل في مواجهة الدائن، وحدود حق الدائن في الرجوع على الكفيل والتنفيذ على أمواله قبل رجوعه على المدين والتنفيذ على أمواله، والأثر القانوني المترتب على تضامن الكفيل مع المدين على حق الدائن في الرجوع مباشرة على الكفيل قبل رجوعه على المدين، والأثر القانوني لوجود التأمينات العينية على حق الدائن في الرجوع على الكفيل قبل الرجوع على المدين، والأثر القانوني المترتب على وجود أموال للمدين على حق الدائن في الرجوع على الكفيل والتنفيذ على أمواله قبل رجوعه على المدين والتنفيذ على أمواله.

ولإيجاد الحل لإشكالية هذا البحث وتحقيقاً لأهدافه، فقد اتبع الباحث إلى جانب المنهج التحليلي المنهج المقارن وما يقتضيه ذلك من نظر وتمحيص في النصوص القانونية الناظمة للضوابط القانونية لحق الدائن في الرجوع على الكفيل والتنفيذ على أمواله قبل رجوعه على المدين والتنفيذ على أمواله بموجب كل من القانونين المدنيين الأردني والكويتي.

وللعلم فإن اختيار القانون المدني الكويتي للمقارنة بينه وبين القانون المدني الأردني، جاء انطلاقاً مما لمسناه من إمكانية الخروج بمقترحات للمشرع الأردني تسهم في إزالة الفراغ التشريعي والتناقضات الموجودة في تنظيمه لحق الكفيل بالدفع في تجريد المدين، مقارنة مع موقف المشرع الكويتي الذي جاء في تنظيمه لهذا الحق متقدماً على أغلب التشريعات العربية بما فيها التشريع الأردني.

(6) قرار صادر عن محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 1189، دوائر تجارية، جلسة 2017/05/25. انظر في تفصيل القرار: الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية، [https://www.cc.gov.eg/judgment\\_single?id=111356716&ja=140787](https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111356716&ja=140787) تاريخ دخول الموقع: 2020/8/30.

## خطة البحث

ليس ثمة شك بأن إلقاء الضوء على التساؤلات المحيطة بهذا البحث، وتقديم إجابات لها يستوجب اتباع نسق بحثي متكامل، وتحقيقاً لذلك وجدنا من الضروري إعداد هذا البحث ضمن مبحثين، وهما:

المبحث الأول: الخصائص المميزة لالتزام الكفيل بالمال عن التزام المدين المتضامن

المبحث الثاني: الحكم القانوني لرجوع الدائن على الكفيل بالمال قبل رجوعه على المدين

## المبحث الأول

### الخصائص المميزة لالتزام الكفيل بالمال عن التزام المدين المتضامن

نظراً لمدى التشابه الكبير بين كل من التزام الكفيل والتزام المدين المتضامن، وما يترتب على ذلك من نتائج بالغة الأهمية في تحديد حق الكفيل بالدفع بتجريد المدين عند رجوع الدائن عليه بالدين المكفول والتنفيذ على أمواله، لذا فقد وجدنا من الضروري أن نخصص هذا المبحث لتسليط الضوء على الخصائص المميزة لالتزام الكفيل بالمال عن التزام المدين المتضامن.

ونظراً لأن أهم ما يميّز التزام الكفيل عن التزام المدين المتضامن هو أن التزام الكفيل يعتبر التزاماً تبعياً، فإن التزام المدين المتضامن يعتبر التزاماً أصيلاً، وأن التزام الكفيل هو التزام ينطوي على الصفة التبرعية، بيد أن التزام المدين المتضامن لا ينطوي على الصفة التبرعية لذا؛ فإن هاتين الخاصيتين سوف تكونان محلاً لدراستنا في هذا المبحث، وذلك من خلال مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: الصفة التبرعية لالتزام الكفيل

المطلب الثاني: مدى وجود الصفة التبرعية في التزام الكفيل

## المطلب الأول

### الصفة التبرعية لالتزام الكفيل

إن الأصل في كافة التأمينات أنها ذات طابع تبعي، ونظراً لأن الكفالة لا تعدو كونها نوعاً من أنواع تأمينات الدين، لذا فإنها لا تُستثنى من هذا الأصل، فالكفيل لا يتقدم إلا لضمان التزام معين فهو يلتزم بالتبرعية بالوفاء بالالتزام الأصلي إن لم يف به المدين، فالكفيل لا يلتزم التزاماً أصلياً بالوفاء بالدين، ولا يغيّر من ذلك أن يكون الكفيل متضامناً مع المدين بالوفاء بالالتزام لأن التزام الكفيل لا يقوم بذاته بل يقوم سناً لالتزام المدين، وتعهد الكفيل بالوفاء بهذا الالتزام هو بالضرورة تعهد تابع لأنه يرتبط في وجوده وزواله بالالتزام المكفول، ومن هنا يوصف التزام الكفيل بأنه التزام تبعي<sup>(7)</sup>.

ويترتب على هذه الخاصية لالتزام الكفيل مجموعة من النتائج، وهي:

(7) رمضان أبو السعود، الوسيط في التأمينات الشخصية والعينية، دون ناشر، القاهرة، 1980، ص 47.

1. ينبغي حتى يكون التزام الكفيل صحيحاً قانونياً، أن يكون التزام المدين صحيحاً قانونياً، وبالتالي فإن التزام المدين إن لم يكن صحيحاً قانونياً، فإن ذلك ينعكس مباشرة على التزام الكفيل ويكون الأخير غير صحيح قانونياً<sup>(8)</sup>. وبالرجوع إلى تنظيم المشرع الأردني للكفالة، فإننا لا نجد أنه نص على هذا الشرط من شروط الكفالة، وذلك على خلاف المشرع الكويتي والذي جاء نصه على هذا الشرط واضحاً بموجب المادة (750/1) من القانون المدني والتي نصت على أنه: «1- لا تكون الكفالة صحيحة، إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً».

2. إن التزام الكفيل لا يجوز أن يزيد عن التزام المدين، وأساس ذلك أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين، وأن الأخير ينبغي أن يكون الأساس في تحديد التزام الكفيل، لذلك لا يجوز أن يزيد التزام الكفيل عن التزام المدين، إلا أن الإشكالية قد تثور في الحالة التي يزيد فيها التزام الكفيل عن التزام الأصل، ففي هذه الحالة ما هو التكييف القانوني لعقد الكفالة؟ فهل يبطل كامل عقد الكفالة، أم أن ما يبطل هو ما زاد عن التزام الأصل ويصح التزام الكفيل في حدود التزام الأصل؟

وعلى الرغم من أهمية هذا الشرط من شروط الكفالة، إلا أن المشرع الأردني لم ينص عليه في القانون المدني، وذلك على خلاف موقف نظيره الكويتي والذي نص عليه في المادة (751) من القانون المدني، التي جاء فيها أنه: «1- لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول. 2- وتجوز الكفالة بمبلغ أقل وبشروط أهون».

ونظراً لخلو التشريع الأردني من نص يعالج هذه الإشكالية، لذلك فإننا نتفق من جانبنا مع الرأي القاضي بأنه إذا كان التزام الكفيل أشد عبئاً من التزام الأصل، فإن التزام الكفيل لا يبطل بل يُرد للحد الذي يجعله مساوياً لالتزام المدين<sup>(9)</sup>.

3. إن الكفالة تتبع للالتزام الأصلي من حيث الانقضاء والحوالة، فتبعية الكفالة تؤدي لانقضاء التزام الكفيل بانقضاء الالتزام المكفول، كما أن التزام الكفيل يعتبر تابعاً للالتزام الأصلي بالحوالة، فحوالة الحق تستتبع أيضاً حوالة توابع الحق وضمائنه، فتعتبر الكفالة قد أحيلت ضمناً للغير مع حوالة الحق نفسه<sup>(10)</sup>.

(8) عدنان السرحان، شرح القانون المدني العقود المسماة: «المقاول، الوكالة، الكفالة»، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2013، ص 231.

(9) زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، ج16، دار الثقافة، بيروت، 1970، ص 230. عبد السلام ذهني، في التأمينات، مطبعة الاعتماد، القاهرة، 1926، ص 6، 7.

(10) محمد أحمد، تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين في القانون المدني مقارناً بالفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة عين شمس، القاهرة، 1996، ص 75.

4. ويتفرع عن أن التزام الكفيل تابع لالتزام الأصيل بأنه لا يجوز أن يكون التزام الكفيل منجزاً إذا كان التزام الأصيل معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل، كما أن التزام الكفيل يتبع التزام الأصيل في قابليته للفسخ، وبالدفوع التي يُدفع بها الدين<sup>(11)</sup>.

وبناء على ماسبق، يُلاحظ أن من الخصائص الجوهرية لالتزام الكفيل أنه تابع لالتزام المدين، وذلك على خلاف التزام المدين المتضامن، والذي لا يعتبر ولا بأي حال من الأحوال التزاماً تابعاً، بل إنه يعتبر دائماً التزاماً أصيلاً، فالتضامن بين المدينين يقوم على أساس ضم الذمم المالية للمدينين المتضامنين بعضها إلى بعض، بحيث يكون كل مدين من المدينين المتضامنين مديناً أصيلاً من الدرجة الأولى بشأن كامل الدين وهو مسؤول عن الوفاء بكامل الدين، وبطلان التزام أحد المدينين المتضامنين لا يؤثر في قيام التزام باقي المدينين لأن جميع التزامات المدينين المتضامنين بالنسبة للدين هي التزامات أصلية<sup>(12)</sup>.

ومن هنا فإننا نجد أن كلاً من المشرعين الأردني والكويتي قد أجاز للدائن الرجوع على من يشاء من المدينين المتضامنين بكامل الدين، حيث نص المشرع الأردني في المادة (428/1) من القانون المدني على أنه: «للدائن أن يطالب بدينه كل المدينين المتضامنين أو بعضهم، مراعيًا ما يلحق علاقته بكل مدين من وصف يؤثر في الدين»، وقد نص المشرع الكويتي في المادة (346/1) من القانون المدني على أنه: «يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين، ويراعي في ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين، وإذا طالب الدائن أحد المدينين ابتداء لم يمنعه ذلك من مطالبة الباقيين».

## المطلب الثاني

### مدى وجود الصفة التبرعية في التزام الكفيل

إن من المتفق عليه فقهيًا وقضائياً بأن التزام المدين المتضامن لا يقوم على التبرع، بل إن المدين دائماً ما يكون التزامه بمقابل، حيث إنه يكون قد أخذ مقابلًا من الدائن؛ مما جعل ذمته المالية شاغرة للدائن<sup>(13)</sup>، وهو ما يبرر بأن التزام المدين المتضامن يكون دائماً التزاماً أصيلاً لا تبعياً، على أن الأمر إن كان على هذا النحو بالنسبة لالتزام المدين المتضامن، فإن الحال يختلف بالنسبة لالتزام الكفيل، وقد تعددت الآراء الفقهية وتباين موقف المشرعين

(11) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 27، 28.

(12) عبد القادر الفار وبشار ملكاوي، أحكام الالتزام: آثار الحق في القانون المدني، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2019، ص 156.

(13) أوس جرار، الأحكام القانونية لرجوع الدائن على الكفيل في الكفالة بالمال: دراسة في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة اليرموك، الأردن 2014، ص 8.



الأردني والكويتي من توفر صفة التبرعية كخاصية مميزة لالتزام الكفيل.

فعلى الصعيد الفقهي؛ ظهرت ثلاثة آراء بشأن تحديد مدى وجود الصفة التبرعية في التزام الكفيل، وذلك على التفصيل التالي:

– **الرأي الأول:** يذهب أصحابه للقول بأن عقد الكفالة يعتبر كقاعدة عامة عقداً تبرعياً، نظراً لأن طرفي هذا العقد هما الكفيل والمكفول له «الدائن»، وباعتبار أن الأصل بأن الكفيل لا يأخذ من المكفول له مقابل ما دياً للكفالة. لذلك فإن عقد الكفالة يعتبر عقداً تبرعياً، ويترتب عليه اعتبار التزام الكفيل التزاماً تبرعياً. وفي ضوء ذلك، فإنه يشترط في الكفيل أن يتمتع بأهلية التبرع وقت إبرام عقد الكفالة، على أن هذا العقد يمكن أن ينقلب لعقد معاوضة إن التزم المكفول له بأن يؤدي للكفيل مقابل ما مالياً كعوض عن كفالاته للمدين<sup>(14)</sup>.

– **الرأي الثاني:** يذهب أصحابه للقول: بأن الأصل في الكفالة أنها بمقابل، أي أنها تتم على سبيل المعاوضة والاستثناء أن تكون تبرعية، وذلك في حالة الكفالة في صورتها البسيطة التي تكون معقودة لمصلحة الدائن – وهي حالة نادرة الوقوع –، فالكفيل في عقد الكفالة لا يكون متبرعاً للدائن، وإنما يهدف إلى الحصول على قرض للمدين أو على أجل جديد لسداد المدين للمدين، فالتزام الكفيل يكون بمقابل، وإن كان الكفيل قد قصد التبرع للمدين بما اشترطه لمصلحته، فإن هذه العلاقة بين الكفيل والمدين لا صلة لها في تكييف عقد الكفالة ذاته، لأن المدين لا يعد طرفاً في هذا العقد. لذلك فإنه لا يشترط في الكفيل أهلية التبرع وقت إبرام عقد الكفالة، ما لم تكن الكفالة بسيطة، وهي نادرة الوجود من الناحية العملية<sup>(15)</sup>.

– **الرأي الثالث:** ويذهب أصحابه للقول بأن عقد الكفالة يعد تصرفاً قانونياً محايداً في العلاقة بين الكفيل والدائن، فلا هو تبرع لانتهاء نية التبرع ولا هو معاوضة لانتهاء الأجر<sup>(16)</sup>.

(14) حشمت أبو ستيت، شرح القانون المدني، مطبعة مصر، القاهرة، دون سنة نشر، ص 63؛ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 26؛ عدنان السرحان، مرجع سابق، ص 229، 230؛ محمد منصور، النظرية العامة للائتمان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001، ص 5؛ محمود زكي، التأمينات الشخصية والعينية، مطابع دار الشعب، القاهرة، 1978، ص 35.

(15) مصطفى حجازي، عقد الكفالة في القانون المدني: دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2006، ص 33، 34؛ سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، ج 3، دون ناشر، 1994، ص 77.

(16) عبد الباقي عبد الفتاح، أحكام القانون المدني المصري: التأمينات الشخصية والعينية، دون ناشر، 1954، ص 37، 38.

ومن جانبنا فإننا نميل لاعتبار عقد الكفالة عقداً تبرعياً؛ لأن الأصل أن الكفيل لن يحصل على عوض مادي من المدين أو من الغير نظير الكفالة، وما سوف يحصل عليه عوضاً معنوياً يتمثل بحصول المدين على الدين أو بحصوله على أجل للوفاء بالدين، على أن الكفالة سوف تعتبر عقد معاوضة في الحالة التي يحصل فيها الكفيل على عوض مادي نظير الكفالة، سواء حصل عليه من المدين أو من الغير، وهذه الكفالة هي ما يُعبر عنها بالكفالة التجارية.

أما على الصعيد التشريعي، فإنه وبالرجوع إلى تنظيم كل من المشرعين الأردني والكويتي لعقد الكفالة؛ فإننا نجد بأن المشرع الأردني كان موقفه أقرب ما يكون للرأي الأول بشأن اعتبار عقد الكفالة من العقود التبرعية، وذلك عندما اشترط في المادة (952) لصحة الكفالة أن يتمتع الكفيل بأهلية التبرع، وذلك على خلاف المشرع الكويتي الذي كان موقفه أقرب للرأي الثاني بشأن اعتبار عقد الكفالة من عقود المعاوضة، حيث لم يشترط لصحة الكفالة أن يتمتع الكفيل بأهلية التبرع.

وعند مقارنة موقف كل من المشرعين الأردني والكويتي من اشتراط أهلية التبرع لصحة عقد الكفالة، فإننا نجد أن موقف المشرع الكويتي كان أكثر مرونة في هذا الصدد، لأنه يوسّع من نطاق عقد الكفالة، فالأخير سوف يصح إن كان عقد معاوضة، سواء أكان الكفيل يتمتع بأهلية التبرع أم أنه لا يتمتع بأهلية التبرع، وذلك على خلاف ما هو عليه الحال في القانون المدني الأردني والذي بموجبه لن يصح عقد الكفالة إلا إن كان الكفيل متمتعاً بأهلية التبرع، سواء أكان عقد الكفالة عقد معاوضة أم أنه ليس عقد معاوضة، وهذا من شأنه التضييق من نطاق عقد الكفالة.

## المبحث الثاني

### الحكم القانوني لرجوع الدائن على الكفيل

### بالمال قبل رجوعه على المدين

نظراً لأن الغاية من الكفالة هي توفير الائتمان للدائن، بحيث يتمكن من الرجوع على الكفيل لاستيفاء دينه المقرر في ذمة المدين، وباعتبار أن الكفيل قد ارتضى من البداية أن يقوم بضمان الوفاء بالدين الذي في ذمة المدين، فإن من الطبيعي أن يكون للدائن الحق في الرجوع على الكفيل ومطالبته بالوفاء بكامل الدين الذي كفله، إلا أن الإشكالية التي تتور لتكون محلاً لدراستنا في هذا المبحث هي بشأن حق الدائن في الرجوع على الكفيل بالمال قبل رجوعه على المدين، بخاصة أن الكفيل بالمال وكما لاحظنا لا يعتبر مديناً متضامناً مع المدين.

فهل يحق للدائن الرجوع على الكفيل بالمال والتنفيذ على أمواله لاستيفاء الدين المكفول قبل رجوعه على المدين والتنفيذ على أمواله؟ وهل يعامل كفيل الكفيل في هذا الصدد معاملة الكفيل أم أن الحكم القانوني بالنسبة لكفيل الكفيل يختلف عما هو عليه بالنسبة للكفيل؟ وإلى أي حد يؤثر كلاً من وجود التأمينات العينية للدين المكفول، وامتلاك المدين للأموال الكافية للوفاء بالدين، على حق الدائن في الرجوع على الكفيل والتنفيذ على أمواله؟

وإن كان يحق للدائن الرجوع على الكفيل والتنفيذ على أمواله قبل رجوعه على المدين، فإلى أي حد ينسجم ذلك مع قواعد العدالة؟ وما هي الإيجابيات والسلبيات المترتبة على مثل هذا الحق للدائن؟ وهل يكون هذا الحق للدائن على إطلاقه أم أن هناك استثناءات مقررّة قانونياً عليه؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات، فقد عمدنا إلى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: التنظيم القانوني لحق الدائن في الرجوع على الكفيل غير المتضامن قبل رجوعه على المدين

المطلب الثاني: الاستثناءات القانونية على حق الدائن في الرجوع على الكفيل غير المتضامن

## المطلب الأول

### التنظيم القانوني لحق الدائن بالرجوع على الكفيل

#### غير المتضامن قبل رجوعه على المدين

نص المشرع الأردني في المادة (967) من القانون المدني على أنه: «للدائن مطالبة الكفيل أو الأصيل أو كليهما معا»، وبالعطف على هذا النص فإنه يلاحظ بأن المشرع قد أجاز للدائن الرجوع على الكفيل بالمال قبل رجوعه على الأصيل أو في الرجوع على كليهما في الوقت ذاته، ولم يقيّد حق الدائن في الرجوع على الكفيل برجوعه أولاً على المدين، أو بأن يكون الكفيل متضامناً مع المدين.

وبالتالي فإنه بموجب نص المادة (967) إن قام الدائن في الرجوع على الكفيل قبل رجوعه على المدين، فلا يحق للكفيل الدفع بتجريد المدين حتى ولو لم يكن متضامناً مع المدين، بل إن عليه الوفاء للدائن بالدين المكفول.

إن المتتبع لتنظيم المشرع الأردني لحق الدائن في الرجوع على الكفيل قبل رجوعه على المدين يلمس بوضوح بأن المشرع ساوى بين التزام الكفيل والتزام المدين المتضامن، فقد نص في المادة (428) من القانون المدني على أنه: «للدائن أن يطالب بدينه كل المدينين المتضامين أو بعضهم»، وقد أكدت محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم 1905/2008 بأن الكفيل يعتبر متضامناً مع الأصيل بالدين المكفول شأنه شأن المدين المتضامن<sup>(17)</sup>.

ومن جانبنا فإننا ننفق مع الرأي القاضي بأن المتتبع لتنظيم المشرع الأردني لالتزام كل من المدين المتضامن والتزام الكفيل بالمال، يلمس بوضوح بأن المشرع وقع في اللبس، وتحديدًا فيما يتعلق بحق الدائن في الرجوع على الكفيل بالمال، فالمشرع الأردني ساوى بين كل من التزام الكفيل والتزام المدين المتضامن، على الرغم من أن الكفيل لا يعتبر مديناً متضامناً سناً للفروق الجوهرية بين كل من التزام الكفيل والتزام المدين - والتي سبق وأن أشرنا إليها في المبحث الأول - هذا علاوة على أن التضامن بموجب نص المادة (426) من القانون المدني إما أن يكون بموجب اتفاق صريح أو بموجب نص قانوني، وبما أن المشرع لم ينص صراحة على تضامن الكفيل بالمال مع المدين، فإنه لا يمكن اعتبار الكفيل مديناً متضامناً.

لذلك وعلى الرغم من التقاطع الموجود بين كل من التزام الكفيل والتزام المدين المتضامن بموجب القانون المدني الأردني، إلا أنه لا يجوز اعتبار الكفيل متضامناً ضمناً مع

(17) منشورات قسطاس: <http://www.qestas.com/login> تاريخ الزيارة: 2020/1/26.

الأصيل بالدين المكفول، وما يبزر موقف المشرع الأردني بشأن تنظيمه لحق الدائن في الرجوع على الكفيل بالمال قبل رجوعه على المدين تأثره في تشريعه لنظام الكفالة بالفقه الحنفي الذي أجاز للدائن الرجوع على الكفيل قبل رجوعه على المدين<sup>(18)</sup>.

وعلى الرغم من وجهة هذا التبديد، إلا أننا نجد من جانبنا أن المشرع الأردني لم يكن موفقاً بالتأثر بالفقه الحنفي في هذا الصدد، نظراً لأن الأخير عندما أجاز للدائن الرجوع على الكفيل قبل رجوعه على المدين لم يقع في اللبس مع النظام القانوني للتضامن بين المدينين كما هو حال المشرع الأردني لأن الفقه الحنفي لم يأخذ أصلاً بنظام التضامن بين المدينين إلا في الكفالة بالمال<sup>(19)</sup>، وذلك على خلاف المشرع الأردني الذي أخذ بنظام التضامن بين المدينين بموجب القانون المدني، مما أدى لوجود اللبس الذي لاحظناه آنفاً بين النصوص القانونية الناظمة للتضامن بين المدينين والنصوص القانونية الناظمة للكفالة بالمال.

وإن كان المشرع الأردني أجاز للدائن الرجوع على الكفيل قبل رجوعه على المدين، فبالمقابل فإن موقف المشرع الكويتي جاء على خلاف ذلك، فقد جاء في المادة (760/1) من القانون المدني الكويتي النص على أنه: «لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين، كما لا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله، وذلك كله ما لم يكن الكفيل متضامناً مع المدين».

ومن خلال هذا النص، يتضح جلياً بأن المشرع الكويتي أوجب لنشوء حق الدائن في الرجوع على الكفيل أن يكون قد رجع أولاً على المدين، وعلى الدائن أن يثبت ذلك، على أن ما يلاحظ على نص المادة (760/1) بأن المشرع الكويتي أجاز للدائن الرجوع في الوقت ذاته على كل من المدين والكفيل، أي بمعنى أنه لا يحق للدائن الرجوع على الكفيل قبل رجوعه على المدين، ولكن يحق للدائن الرجوع على كل منهما في الوقت ذاته، وهذا يقودنا للقول بأنه بموجب القانون المدني الكويتي؛ فإن الدائن إن قام في الرجوع على المدين ورفض الأخير الوفاء بالدين، فإنه يحق له الرجوع على الكفيل، إلا أنه على الدائن أن يثبت بأنه قام في الرجوع على المدين قبل رجوعه على الكفيل، وفي هذا الصدد فإننا نتفق مع الرأي القاضى بأن المطالبة الودية لا تكفي لنشوء حق الدائن في الرجوع على الكفيل ولا حتى مجرد توجيه إنذاراً عدلياً، بل إن المطالبة ينبغي أن تتخذ صبغة الدعوى القضائية<sup>(20)</sup>.

(18) أوس جرار، مرجع سابق، ص 10، 11.

(19) محمد بلعتروس، تضامن المدينين والكفلاء: دراسة تحليلية بين القانون الوضعي والفقه الاسلامي، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، المجلد رقم 1، العدد رقم 1، 2013، ص 7.

(20) عدنان السرحان، مرجع سابق، ص 265.

وتجدر الإشارة إلى أن المنتبج لنص المادة (760) بفقرتها الأولى والثانية يلمس بوضوح بأن المشرع الكويتي عندما لم يجرز للدائن الرجوع على الكفيل قبل رجوعه على المدين كان ذلك ضمن شرطين اثنين، هما:

1- بموجب نص المادة (760) من القانون المدني الكويتي، فإنه يتعين ألا يكون الكفيل متزامناً مع المدين في الدين المكفول حتى لا يحق للدائن الرجوع على الكفيل قبل رجوعه على المدين، علماً بأن وجود التضامن بموجب نص المادة (341) من القانون المدني يستدعي وجود اتفاق أو نص قانوني يقضي بهذا التضامن، فقد نص المشرع الكويتي في المادة (341) من القانون المدني على أن: «التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون، وذلك مع مراعاة قواعد التجارة».

ومن جانب آخر تجدر الإشارة إلى أن هذا الشرط لا يطبق إلا في الكفالة المدنية، أما في الكفالة القانونية أو القضائية أو التجارية، فإنه بموجب نص المادة (766) من القانون المدني الكويتي وبموجب نص المادة (99) من قانون التجارة الكويتي، فإن المشرع افترض التضامن بين الكفيل والمدين<sup>(21)</sup>.

وقد أكدت محكمة التمييز الكويتية في قرارها رقم 1653 لسنة 2011 على أن التضامن بين الكفيل والمدين في الكفالة المدنية غير مفترض، وذلك على عكس ما هو الحال في الكفالة التجارية، حيث جاء في قرارها النص على أنه: «من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن الكفالة عقد بمقتضاه يضم شخص ذمته إلى ذمة المدين في تنفيذ التزام عليه بأن يتعهد للدائن بأدائه إن لم يؤده المدين، وذلك طبقاً لما عرّفه به المشرع في المادة (745) من القانون المدني بما مؤداه أن الكفالة تقتضي وجود التزام مكفول في ذمة المدين الأصلي».

كما تفترض وجود عقد بين الكفيل والدائن يرتب التزاماً في ذمة الكفيل بتنفيذ الالتزام الأصلي، وإن لم ينفذه فيكون التزام الكفيل تابعاً للالتزام الأصلي، وأن النص في المادة (99) من قانون التجارة جاء على أن في الكفالة التجارية يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين، وللدائن إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب الكفيل، ومطالبته أحدهما لا تسقط حق مطالبته للآخر، فبعد مطالبته

(21) نص المشرع الكويتي في المادة (766) من القانون المدني على أنه: «في الكفالة القانونية أو القضائية أو التجارية يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين»، ونص في المادة (99) من قانون التجارة على أنه: «في الكفالة التجارية يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين والدائن مخير في المطالبة إن شاء طالب المدين، وإن شاء طالب الكفيل ومطالبته أحدهما لا تسقط حق مطالبته للآخر، فبعد مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما معاً».

أحدهما له أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما معاً، وذلك على خلاف الكفالة المدنية والتي لا يفترض فيها تضامن الكفلاء مع بعضهم أو مع المدين»<sup>(22)</sup>.

2- ينبغي على الكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له بتجريد المدين، أي بمعنى أن على الكفيل أن يثير الدفع بعدم صحة رجوع الدائن عليه لعدم رجوعه على المدين أولاً.

ومن جانبنا فإننا نجد أن موقف المشرع الكويتي من اشتراط هذا الشرط هو موقف إيجابي ومحمود، حيث إننا نتفق مع الرأي القاضي بوجوب إثارة هذا الدفع من قبل الكفيل في مواجهة الدائن، نظراً لأنه مقرر بالدرجة الأولى لمصلحة الكفيل وهو لا يتعلق بالنظام العام، لذلك فإنه يتعين على الكفيل إثارته في مواجهة الدائن، وإلا فإن المحكمة لن تثير هذا الدفع من تلقاء نفسها، وبالتالي فإن مطالبة الدائن للكفيل سوف تعتبر صحيحة قانونياً<sup>(23)</sup>.

وعند مقارنة موقف كل من المشرعين الأردني والكويتي من رجوع الدائن على الكفيل، فإننا نتفق من جانبنا مع الرأي القاضي بأن منع رجوع الدائن على الكفيل قبل رجوعه على المدين والتنفيذ على أمواله فيه تحقيق للعدالة، فطالما كان المكفول حاضراً مليئاً، وطالما أن الكفيل لم يتنازل صراحة عن حقه بالدفع بتجريد المدين فإنه من باب العدالة أن تتم مطالبة المدين قبل مطالبة الكفيل، خاصة أن التزام الكفيل بالأساس هو التزام تابع لالتزام المدين، فالكفيل فرع والمدين هو الأصل وليس من العدالة مطالبة الفرع قبل مطالبة الأصل، خاصة إن كان الأصل ميسور الحال<sup>(24)</sup>.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الأردني نص في المادة (972) من القانون المدني على أنه: «لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل ما لم يكن متضامناً معه»، وفي هذا الصدد فإننا نتفق مع الرأي القاضي بأن المشرع وقع في التناقض بين تنظيمه لحق الدائن في الرجوع على الكفيل وحق الدائن في الرجوع على كفيل الكفيل.

ففي الوقت الذي نلاحظ فيه بأن المشرع الأردني أجاز بموجب المادة (967) من القانون المدني للدائن الرجوع على الكفيل قبل الرجوع على المدين، فإنه لم يجز للدائن بموجب نص المادة (972) من القانون ذاته الرجوع على كفيل الكفيل قبل الرجوع على الكفيل، وبالتالي فإن المشرع الأردني يكون قد حرم الكفيل من الدفع بتجريد المدين، وبالمقابل فإنه منح هذا الحق لكفيل الكفيل وهذا التمييز بين الحكم القانوني لرجوع الدائن على

(22) قرار صادر عن محكمة التمييز الكويتية، الدائرة التجارية، رقم 1653 لسنة 2011 بتاريخ 2012/7/6.

(23) منصور مصطفى، عقد الكفالة، دار نشر الثقافة، الإسكندرية، 1980، ص 56.

(24) سمير تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 62.

الكفيل قبل رجوعه على المدين ورجوع الدائن على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل لا نجد ما يبرره<sup>(25)</sup>، بخاصة أن الفقه الحنفي والذي تأثر به المشرع الأردني عند تشريعه لنظام الكفالة بالمال لم يميز بين حق الدائن في الرجوع على الكفيل وحقه في الرجوع على كفيل الكفيل.

على أن المتتبع لتنظيم المشرع الكويتي لعقد الكفالة يلمس بوضوح بأنه لم يميز بين الحكم القانوني لرجوع الدائن على الكفيل قبل رجوعه على المدين، والحكم القانوني لرجوع الدائن على كفيل الكفيل قبل الرجوع على الكفيل.

وبناء على ما سبق فإننا نرى من جانبنا بأن موقف المشرع الكويتي من تنظيم حق الدائن في الرجوع على الكفيل قبل رجوعه على المدين كان أكثر إيجابية من موقف نظيره الأردني، نظراً لأنه لم يخلط بين النظام القانوني للكفالة والنظام القانوني للتضامن بين المدينين، ولأن من شأنه أن يحقق العدالة أكثر، هذا علاوة على أن من شأنه التشجيع على إبرام عقود الكفالة لأن الكفيل سوف يكون مطمئناً إلى أن الدائن لا يحق له الرجوع عليه والتنفيذ على أمواله قبل الرجوع على المدين والتنفيذ على أمواله، وفي هذا تيسير للمعاملات المالية في المجتمع بما يحقق المصلحة العامة، وحبذا لو أن موقف المشرع الأردني من تنظيم حق الدائن في الرجوع على الكفيل جاء كموقف نظيره الكويتي.

## المطلب الثاني

### الاستثناءات القانونية على حق الدائن في الرجوع

#### على الكفيل غير المتضامن

إن المتتبع لتنظيم المشرع الأردني لالتزام الكفيل، يلمس بوضوح بأنه وإن كان أجاز للدائن الرجوع على الكفيل قبل رجوعه على المدين، إلا أن ذلك لا يؤخذ على إطلاقه، فالمشرع الأردني وضع استثناء على حق الدائن في الرجوع على الكفيل، وهو في الحالة التي يكون فيها الدين المكفول مضموناً بتأمينات عينية، ففي هذه الحالة لا يجوز للدائن الرجوع على الكفيل قبل التنفيذ على تأمينات الدين العينية، وهذا هو ذاته الاستثناء الوارد في القانون المدني الكويتي. فالمشرع الكويتي وإن كان أجاز للدائن الرجوع على الكفيل إن أثبت رجوعه على المدين، إلا أنه لا يحق للدائن الرجوع على الكفيل قبل التنفيذ على تأمينات الدين العينية، حتى وإن أثبت بأنه رجوع قضائياً على المدين.

ونظراً لأن المشرع الكويتي - وكما لاحظنا سابقاً - لم يجز للدائن الرجوع على الكفيل

(25) أوس جزار، مرجع سابق، ص 40 وما بعدها.



قبل الرجوع على المدين. لذلك فإنه أضاف استثناءً ثانياً وهو عدم جواز تنفيذ الدائن على أموال الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين.

وبناء على ما سبق؛ فإن بحثنا في هذا المطلب سوف ينصب على دراسة هذين الاستثناءين على حق الدائن في الرجوع على الكفيل وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين.

على أنه وقبل الشروع في بحث هذين الاستثناءين على حق الدائن في الرجوع على الكفيل، فإنه تجدر الإشارة إلى أن هذين الاستثناءين لا يتعلقان بالنظام العام، وإنما هما مقرران تحقيقاً لمصلحة الكفيل بما يحقق العدالة - كما سوف نلاحظ عند بحث كل استثناء من هذين الاستثناءين - لذا؛ فإنه يتعين على الكفيل التمسك بأي منهما بناء على الأحكام القانونية النازمة لكل منهما إذا ما أراد أن يدفع مطالبة الدائن له بالدين المكفول.

## الفرع الأول

### عدم جواز الرجوع على الكفيل قبل التنفيذ على تأمينات الدين العينية

نص المشرع الأردني في المادة (971) من القانون المدني على أنه: «إذا كان الدين مؤثقاً بتأمين عيني قبل الكفالة ولم يكن الكفيل متضامناً، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على الأموال الموثقة للدين»، ونص المشرع الكويتي في المادة (763) من القانون المدني على أنه: «إذا كان هناك تأمين عيني مقرر على مال للمدين ضماناً للدين وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه، جاز للكفيل إذا لم يكن متضامناً مع المدين أن يطلب التنفيذ على المال المحمل بالتأمين العيني قبل التنفيذ على أمواله هو».

ومن خلال هذين النصين فإنه يتضح بأن كلا المشرعين نهج النهج ذاته بشأن منح الكفيل الحق بالدفع بتجريد المدين في مواجهة الدائن في الحالة التي يكون فيها الدائن رجع على الكفيل قبل تنفيذه على تأمينات الدين العينية المقدمة من المدين لضمان الوفاء بالدين المكفول، إلا أنه بموجب القانونين المدنيين الأردني والكويتي، فإن هذا الحق للكفيل تم تأطيره ضمن ثلاثة شروط هي:

### 1- أن يكون الدين المكفول مضموناً بتأمين عيني

إن هذا الشرط يستدعي أن يكون الدين ذاته مضموناً بتأمينات عينية، وفي هذا الصدد فإننا نتفق مع الرأي القاضي بأن التأمين العيني للدين يستوي أن يكون مصدره اتفاقاً أو قانونياً<sup>(26)</sup>، إلا أن الإشكالية التي قد تنثور في هذا الصدد تتجسد في التساؤل التالي:

(26) أحمد عبد الخالق حسن، الكفالة: دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي، دار الهدى للطباعة، القاهرة، 1986، ص 160.

هل يتعين أن يرد التأمين العيني على مال مملوك للمدين حتى يحق للكفيل الدفع بالتجريد في حال رجوع الدائن عليه قبل تنفيذه على تأمينات الدين العينية، أم أنه يستوي أن يكون مملوكاً للمدين أو لغيره «الكفيل العيني»<sup>(27)</sup>؟

ونظراً لخلو القانونين المدنيين الأردني والكويتي من إجابة عن هذا التساؤل؛ فإنه بالرجوع إلى الحكمة التشريعية من وراء تشريع حق الكفيل بالدفع بالتجريد في هذه الحالة، فإننا نجد أن هذه الحكمة تتجسد في سعي كل من المشرعين لتحقيق العدالة، لأن الكفيل عندما قبل بإبرام عقد الكفالة، فإنه حتماً سوف يكون أخذ بعين الاعتبار وجود هذا التأمين العيني للمدين، مما دفعه لإبرام عقد الكفالة، وبالتالي فإنه لتحقيق العدالة ينبغي أن يتم التنفيذ على تأمينات الدين العينية قبل الرجوع على الكفيل. لذلك فإننا نتفق مع الرأي القاضي بأنه يحق للكفيل الدفع بالتجريد في هذه الحالة سواء أكانت تأمينات الدين العينية واردة على أموال المدين أم على أموال غيره «الكفيل العيني»<sup>(28)</sup>.

## 2- أن يكون التأمين العيني قد تقرر لضمان الوفاء بالدين المكفول قبل وجود الكفالة أو مع وجودها

إن كلاً من المشرعين الأردني والكويتي اشترط صراحة لقيام حق الكفيل بالدفع بالتجريد حال رجوع الدائن عليه قبل التنفيذ على تأمينات الدين العينية، أن تكون هذه التأمينات سابقة لوجود عقد الكفالة، لأنه وكما لاحظنا آنفاً فإن الغاية من وراء حق الكفيل بالدفع بالتجريد في هذه الحالة هو تحقيق العدالة، نظراً لأن الكفيل سوف يكون قد أخذ بعين الاعتبار وجود هذا التأمين العيني للمدين؛ مما دفعه لإبرام عقد الكفالة، وباعتبار أن هذه الحكمة غير متوفرة في الحالة التي تكون فيها التأمينات العينية تقرر كضمان للوفاء بالدين المكفول بعد إبرام عقد الكفالة. لذلك فإنه لا يحق للكفيل الدفع بوجوب التنفيذ على تأمينات الدين العينية قبل رجوع الدائن عليه.

## 3- ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين بشأن الدين المكفول

إن كلاً من المشرعين الأردني والكويتي اشترط صراحة لقيام الكفيل بالدفع بالتجريد حال رجوع الدائن عليه قبل التنفيذ على تأمينات الدين العينية، ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين بشأن الدين المكفول، إلا أنه عند تقييم هذا الشرط الوارد النص عليه في كل من المادة (971) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (763) من القانون المدني الكويتي،

(27) يُراد بالكفالة العينية: «اتفاق بين الدائن والكفيل بأن يقدم الأخير عقاراً أو منقولاً مملوكاً له كضمان للوفاء بالدين الذي في ذمة المدين، ويصطلح على الكفيل في هذه الكفالة بالكفيل العيني.

(28) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 131.

نجد أن المشرع الكويتي عندما نص على هذا الشرط لم يناقض نفسه، لأنه لم يجعل الكفيل في مركز المدين المتضامن، فهو وكما لاحظنا سابقاً لم يجز للدائن الرجوع على الكفيل قبل رجوعه على المدين، وميَّز بصورة واضحة بين المركز القانوني للكفيل والمركز القانوني للمدين المتضامن، بيد أن المشرع الأردني عندما نص على هذا الشرط فإنه وقع في التناقض، فهو من جانب يعتبر الكفيل في مركز المدين المتضامن، وذلك تحديداً عندما أجاز للدائن الرجوع على الكفيل قبل الرجوع على المدين، ومن جانب آخر فإنه يميِّز بين مركز الكفيل ومركز المدين المتضامن، ولا يجعل كلاهما في المركز ذاته عندما يشترط لرجوع الدائن على الكفيل أن يكون قد نفذ على تأمينات الدين العينية حال وجودها ما لم يكن الكفيل متضامناً مع المدين، وهذا ما يؤكد ما توصلنا إليه آنفاً من أن المشرع الأردني خلط بين المركز القانوني للكفيل والمركز القانوني للمدين المتضامن.

## الفرع الثاني

### عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين

نظراً لأن المشرع الأردني أجاز للدائن الرجوع على الكفيل قبل الرجوع على المدين ولم يمنح للكفيل الحق في الدفع بتجريد المدين، فقد كان من المنطقي ألا ينص في القانون المدني على عدم جواز تنفيذ الدائن على أموال الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين، فالمشرع اعتبر في هذا الصدد أن الكفيل بمثابة المدين المتضامن مع المدين بشأن الدين المكفول، وبالتالي فإننا نرى بأنه بموجب القانون المدني الأردني مهما بلغ مقدار الأموال التي يملكها المدين، فإن للدائن الحق في الرجوع على الكفيل والتنفيذ على أمواله دون الرجوع على المدين والتنفيذ على أمواله.

وبالمقابل فإن المشرع الكويتي، وكما أنه لم يجز للدائن الرجوع على الكفيل قبل الرجوع على المدين؛ فإنه بموجب نص المادة (760) من القانون المدني لم يجز للدائن التنفيذ على أموال الكفيل طالما أنه لم يقدّم بالتنفيذ على أموال المدين، ومنح الكفيل الحق في الدفع بالتجريد للتخلص من مطالبة الدائن في هذه الحالة.

إلا أنه يتضح من خلال نص المادة (761) أن المشرع الكويتي اشترط ثلاثة شروط حتى يكون مقبولاً قانونياً دفع الكفيل بتجريد المدين قبل التنفيذ على أمواله، وهي:

- 1- أن يقوم الكفيل على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين، وبالتالي فإنه لا يكفي لقبول الدفع المقدم من الكفيل بتجريد المدين أن يقوم بالادعاء بأن المدين يمتلك أموالاً تكفي للوفاء بالدين، بل يتعين عليه أن يرشد الدائن وعلى نفقته لهذه الأموال.

ومن جانبنا فإننا نجد أن هذا الموقف للمشرع الكويتي هو موقف إيجابي ومحمود نظراً لأن من شأنه أن يمنع الكفيل من التحايل على الأحكام القانونية الناظمة لعقد الكفالة، ويمنعه من الاساءة في استعمال حقه في الدفع بتجريد المدين.

2- ينبغي حتى يكون الدفع بتجريد المدين مقبولاً قانونياً أن تكون الأموال التي يملكها المدين كافية للوفاء بكامل الدين المكفول، وبناء عليه فإن المدين إن لم تكن الأموال التي يملكها كافية للوفاء بالدين المكفول فإن الدفع بتجريد المدين لا يكون مقبولاً قانونياً ويحق للدائن الحجز على أموال الكفيل والتنفيذ عليها.

3- إن المشرع الكويتي اعتبر أن الأموال التي تكون محل اعتبار لصحة دفع الكفيل بتجريد المدين هي أموال المدين غير المتنازع بشأنها والتي تكون موجودة داخل دولة الكويت، ومن جانبنا فإننا نجد أن هذا الموقف للمشرع الكويتي هو موقف إيجابي ومحمود نظراً لأن الأموال المتنازع بشأنها لن يكون بوسع الدائن التنفيذ عليها، وأما الأموال التي تكون خارج دولة الكويت فإنه قد يتعذر على الدائن التنفيذ عليها وإن كان من الممكن التنفيذ عليها فإن ذلك في الأغلب الأعم سوف يكون مرهقاً بالنسبة للدائن.

على أنه بموجب نص المادة (762) من القانون المدني الكويتي فإن ذمة الكفيل تبرأ تجاه الدائن إن قام بارشاد الدائن لأموال المدين، إلا أنه تعذر على الدائن استيفاء قيمة دينه من هذه الأموال بسبب عدم اتخاذه الإجراءات القانونية اللازمة للتنفيذ عليها في الوقت المناسب.

## الخاتمة

نعرض فيما يلي النتائج أولاً، ثم للتوصيات ثانياً، وذلك على النحو الآتي:

### أولاً: النتائج

1. إن التزام الكفيل يختلف اختلافاً جوهرياً عن التزام المدين المتضامن لأن التزام الكفيل يعتبر التزاماً تبعياً، بيد أن التزام المدين المتضامن يعتبر التزاماً أصيلاً، فالتزام الكفيل لا يقوم بذاته بل يقوم سندا للالتزام المدين، كما أن التزام الكفيل قد يعتبر التزاماً تبرعياً أو أنه بمقابل، وهناك من اعتبره التزاماً وسطاً وذلك بخلاف التزام المدين المتضامن الذي يعتبر دائماً التزاماً بمقابل.
2. إن المشرع الأردني اعتبر التزام الكفيل التزاماً تبرعياً لأنه اشترط في الكفيل توفر أهلية التبرع عند إبرامه لعقد الكفالة، وذلك على خلاف نظيره الكويتي الذي اعتبره التزاماً بمقابل لأنه لم يشترط لصحة عقد الكفالة أن يتمتع الكفيل بأهلية التبرع عند إبرام العقد.
3. إن المشرع الكويتي افترض تضامن الكفيل مع المدين في الكفالة القانونية والقضائية والتجارية.
4. لم يأخذ المشرع الأردني بفكرة الدفع بتجريد المدين إلا في الحالة التي لا يكون فيها الكفيل متضامناً مع المدين، ويكون فيها الدين المكفول مضموناً بتأمينات عينية نشأت قبل نشوء الكفالة، أو متزامنة معها سواء أكانت مملوكة للمدين أم لغيره.
5. إن المشرع الأردني أخذ بفكرة الدفع بالتجريد بالنسبة لكفيل الكفيل مجيزاً للأخير أن يدفع مطالبة الدائن بتجريد الكفيل طالما أنه لم يكن متضامناً معه.
6. أخذ المشرع الكويتي بفكرة الدفع بتجريد المدين في كافة الأحوال ما لم يكن الكفيل متضامناً مع المدين، ودون أن يميز في هذا الحكم بين الكفيل وكفيل الكفيل.
7. يعتبر الدفع بتجريد المدين غير مقبول قانونياً بموجب القانون المدني الكويتي طالما أن الدائن رجع على المدين والكفيل في الوقت ذاته، ما لم يكن الدفع بتجريد المدين منصباً على رفض مطالبة الدائن نظراً لأنه لم ينفذ على تأمينات الدين العينية بشرط أن تكون هذه التأمينات نشأت قبل نشوء الكفالة أو متزامنة معها

سواء أكانت مملوكة للمدين أم للغير، أو أن المدين يمتلك أموالاً تكفي للوفاء بالمدين المكفول وأن الدائن لم ينفذ عليها شريطة أن يرشد الكفيل وعلى نفقته الدائن لهذه الأموال، وأن لا تكون أموالاً متنازعاً عليها، وأن لا تكون خارج دولة الكويت.

8. إن المشرع الأردني ساوى في تنظيمه التزام الكفيل بين المركز القانوني للكفيل والمركز القانوني للمدين المتضامن عندما لم يأخذ بفكرة الدفع بتجريد المدين، وأجاز للدائن الرجوع على الكفيل قبل رجوعه على المدين، ثم وقع في التناقض في تنظيمه التزام الكفيل عندما أخذ بفكرة الدفع بالتجريد إذا كان الدين مضموناً بتأمينات عينية، فهو تارة يعتبر الكفيل بمثابة المدين المتضامن وتارة أخرى لا يعتبره مديناً متضامناً.

9. بموجب كل من القانونين المدينين الأردني والكويتي فإن الدفع بتجريد المدين لا يعتبر من النظام العام. لذا؛ فإنه يتعين على الكفيل وعلى كفيل الكفيل أن يدفع مطالبة الدائن بالتجريد في الحالات التي يجوز فيها ذلك قانونياً حتى يتم الحكم برد مطالبة الدائن.

## ثانياً: التوصيات

1. نوصي المشرع الأردني بالنص في القانون المدني على وجوب أن يكون التزام الأصيل صحيحاً حتى يكون التزام الكفيل صحيحاً، وذلك على غرار ما ورد النص عليه في المادة (750/1) من القانون المدني الكويتي.
2. نوصي المشرعين الأردني والكويتي بأن ينصا في القانون المدني على أنه: "لا يبطل التزام الكفيل إن كان أشد عبثاً من التزام الأصيل بل يرد للحد الذي يجعله مساوياً لالتزام المدين".
3. نوصي المشرع الأردني بأن يتخلى عن موقفه الوارد في المادة (952) من القانون المدني بشأن اشتراط أهلية التبرع في الكفيل وقت إبرام عقد الكفالة، وأن يتبنى موقف المشرع الكويتي الذي لم يشترط لصحة الكفالة أن يتمتع الكفيل بأهلية التبرع، لما لذلك من أثر إيجابي في زيادة نطاق عقد الكفالة.
4. نوصي المشرع الأردني بتعديل نص المادة (967) من القانون المدني ليصبح على النحو التالي: «1- لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه قضائياً على المدين، كما لا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد

المدين من أمواله، وذلك كله ما لم يكن الكفيل متضامناً مع المدين. 2- يجب على الكفيل في الحالتين أن يتمسك بحقه. 3- إذا طلب الكفيل تجريد المدين من أمواله وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله، ولا عبرة بالأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت متنازعاً فيها أو كانت موجودة خارج المملكة الأردنية الهاشمية».

5. نوصي المشرع الكويتي بتعديل نص المادة (760/1) من القانون المدني ليصبح على النحو التالي: «لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه قضائياً على المدين، كما لا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله، وذلك كله ما لم يكن الكفيل متضامناً مع المدين».

## المراجع

### أولاً: الكتب

- أحمد عبد الخالق، الكفالة: دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي، دار الهدى للطباعة، القاهرة، 1986.
- زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، ج16، دار الثقافة، بيروت، 1970.
- حشمت أبو ستيت، شرح القانون المدني، مطبعة مصر، القاهرة، دون سنة نشر.
- محمد بلعتروس، تضامن المدينين والكفلاء: دراسة تحليلية بين القانون الوضعي والفقہ الاسلامي، مجلة القانون والمجتمع، المجلد رقم 1، العدد رقم 1، المغرب 2013.
- محمد منصور، النظرية العامة للائتمان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001.
- محمود زكي، التأمينات الشخصية والعينية، مطابع دار الشعب، القاهرة، 1978.
- منصور مصطفى، عقد الكفالة، دار نشر الثقافة، الإسكندرية، 1980.
- مصطفى حجازي، عقد الكفالة في القانون المدني: دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2006.
- سمير تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
- سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، ج3، دون ناشر، 1994.
- عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام القانون المدني المصري: التأمينات الشخصية والعينية، دون ناشر، 1954.
- عدنان السرحان، شرح القانون المدني العقود المسماة «المقاوله، الوكالة، الكفالة»، دار الثقافة، عمان، الأردن 2013.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 10، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الأردن 2015.
- عبد القادر الفار، وبشار ملكاوي، أحكام الالتزام: «آثار الحق في القانون المدني»، دار الثقافة، عمان، الأردن 2019.
- عبد السلام ذهني، في التأمينات، مطبعة الاعتماد، القاهرة، 1926.



- رمضان أبو السعود، الوسيط في التأمينات الشخصية والعينية، بلا ناشر، القاهرة، 1980.

### ثانياً: الأبحاث العلمية والرسائل الجامعية

- أوس جرار، الأحكام القانونية لرجوع الدائن على الكفيل في الكفالة بالمال: دراسة في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة اليرموك، إربد، الأردن 2014.
- محمد أحمد، تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين في القانون المدني مقارناً بالفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة عين شمس، القاهرة، 1996.

### ثالثاً: المراجع الإلكترونية

- منشورات قسطاس : <http://www.qestas.com/login> تاريخ الزيارة : 26/1/2020م
- الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية،  
[https://www.cc.gov.eg/judgment\\_single?id=111356716&ja=140787](https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111356716&ja=140787)  
تاريخ دخول الموقع : 30/8/2020.

## المحتوى

الصفحة	الموضوع
643	الملخص
644	المقدمة
648	المبحث الأول: الخصائص المميزة لالتزام الكفيل بالمال عن التزام المدين المتضامن
648	المطلب الأول: الصفة التبعية لالتزام الكفيل
650	المطلب الثاني: مدى وجود الصفة التبعية في التزام الكفيل
653	المبحث الثاني: الحكم القانوني لرجوع الدائن على الكفيل بالمال قبل رجوعه على المدين
654	المطلب الأول: التنظيم القانوني لحق الدائن بالرجوع على الكفيل غير المتضامن قبل رجوعه على المدين
658	المطلب الثاني: الاستثناءات القانونية على حق الدائن في الرجوع على الكفيل غير المتضامن
659	الفرع الأول: عدم جواز الرجوع على الكفيل قبل التنفيذ على تأمينات الدين العينية
659	1- أن يكون الدين المكفول مضموناً بتأمين عيني
660	2- أن يكون التأمين العيني قد تقرر لضمان الوفاء بالدين المكفول قبل وجود الكفالة أو مع وجودها
660	3- أن لا يكون الكفيل متضامناً مع المدين بشأن الدين المكفول
661	الفرع الثاني: عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين
663	الخاتمة
666	المراجع