# التأمينات العينية والشخصية

إعداد الدكتور : عبدالله المزيني

(المستوى السابع – قسم الأنظمة( نظم ٤٠٦)

تحت رعاية عمادة التعليم الإلكتروني والتعليم عن بعد

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

# بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي تُستفتح باسمه كل رسالة ومقالة ، والصلاة والسلام على نبينا محمد صاحب النبوة والرسالة ، قاشع ظلمات الجهالة والهادي من الضلالة ، وعلى آله وصحبه وسار على دربه إلى يوم الدين ، وبعد .....

# مادة :التأمينات العينية والشخصية

- رمز المقرر: نظم ٤٠٦
- قسم الأنظمة : المستوى السابع
- عدد الساعات المعتمدة : ٢ ( ساعتان )

## • أهداف المقرر

**يهدف هذا المقرر إلي :**

1- تعريف الطالب بمختلف الضمانات المقررة للحقوق، سواء كانت ضمانات شخصية مثل الكفالة بأنواعها، أو ضمانات عينية مثل الرهن الرسمي والحيازي وحق الامتياز وحق الاختصاص.

2- تسليط الضوء علي الدور الذي تؤديه هذه الضمانات ،والذي يتمثل في توفير الثقة والاطمئنان للدائن مما يحقق الاستقرار ، وانتعاش المعاملات وازدهارها .

3- كما يهدف المقرر إلي بيان الشروط الشكلية والموضوعية الواجب توافرها في كل ضمان من الضمانات المقررة للحقوق، كما يتناول كذلك طرق انقضاء هذه الضمانات

## • تمهيد

١-تقسم الحقوق **المالية** التي يكتسبها الشخص في القانون إلى حقوق ١- **شخصية**و٢- **معنوية و ٣- عينية** ، فالحقوق **الشخصية** هي التي يعبر عنها بالالتزامات وهي في حقيقتها : رابطة قانونية بين شخصين تخول احدهما وهو الدائن أن يطالب المدين بأداء معين لمصلحته ، وهذا الاداء قد يكون قياماً بعمل أو امتناعاً عن عمل أو إعطاء لشيء ما ، إذاً فهي الحقوق التي بمقتضاها تترتب التزامات وهي حقوق تتعلق بشخص الدائن أو المدين ، أما الحقوق **المعنوية** فتعني تلك الحقوق التي ترد على الأشياء غير المادية التي تعرف بحقوق الملكية الذهنية أو الفكرية ، سواء تلك التي تندرج في إطار الملكية الصناعية والتجارية أو تلك التي تندرج تحت حقوق المؤلف ، وأخيرا فإن الحقوق **العينية** يقصد بها تلك السلطة المباشرة التي يكتسبها شخص على شيء مادي معين ، يستطيع بمقتضاه استعمال ذلك الحق مباشرة ، دون حاجة إلى وساطة شخص آخر بين صاحب الحق و الشيء محل الحق.

٢- تقسم هذه الحقوق العينية آنفة الذكر إلى قسمين رئيسين هما : ١- **الحقوق العينية الأصلية و٢- الحقوق العينية التبعية** ، فالحقوق العينية **الأصلية** هي تلك الحقوق التي تقوم بنفسها مستقلة عن غيرها ، ولا تستند في وجودها إلى حق آخر ، وتعني حق الملكية وما يتفرع عنه من حقوق الانتفاع ، والاستعمال والسكنى ، والارتفاق، والوقف ، والحكر ، أما الحقوق العينية **التبعية** فتعني تلك الحقوق التي لا تقوم مستقلة بذاتها ، وإنما تنشأ ضمانا للوفاء بحق من الحقوق الشخصية ، وترتكز في وجودها على توفر رابطة المديونية ، وتتمثل هذه الحقوق العينية التبعية في ١- حق الرهن بنوعيه الرسمي والحيازي ٢- وحق الاختصاص ٣- وحق الامتياز .

**٣-** هذه الضمانات العينية التبعية( الرهن والاختصاص والامتياز )ما هي في حقيقتها إلاّ ضمانات خاصة يحصل عليها الدائن من مدينه إذا شعر بأن الضمان العام الذي يرد على جميع أموال مدينه ليس كافيا لضمان استيفاء حقه منه ، وذلك لأن مقتضى قاعدة الضمان العام يفيد بأن جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان العام ،بالإضافة إلى أن ذلك لا يرفع يد المدين عن التصرف في أمواله ، كما أنه لا يمنعه من الاستدانة بديون جديدة ، وعندئذ تأتي هذه الحقوق العينية التبعية لتعالج هذا القصور في هذا الضمان العام ، فتعطي للدائن الحق في تتبع العين الضامنة ،والتنفيذ عليها في أي يد تكون ، كما أنه يعطيه الحق في التقدم على سائر الدائنين العاديين ، أو الدائنين ذوي الضمانات الخاصة التالين له في المرتبة .

**٤-** هذا ، وقد يكون هذا الضمان الخاص شخصياً، وبناء عليه ينشأ ما يسمى **بالكفالة** الشخصية التي يضم فيها المدين ذمة كفيل أو أكثر إلى ذمته ليُضمن في مواجهة الدائن عند العجز عن الوفاء ، وقد يكون هذا الضمان الخاص عينياً تبعيا من خلال الرهن بنوعيه ، وحق الاختصاص ، وحق الامتياز .

**٥-** هذا وقد نظم المنظم المصري التأمينات الشخصية ( **الكفالة** ) في القانون المدني رقم (١٣١ سنة ١٩٤٨ )ضمن مواد الباب الخامس من الكتاب الثاني المخصص للعقود المسماة في المواد ٧٧٢ – ٧٨١، كما نظم أحكام التأمينات العينية في الكتاب الرابع ابتداء من المادة ١٠٣٠ إلى المادة ١١٤٩، كما عرضت لها وثيقة الكويت في أكثر من أربعين مادة ، أما النظام السعودي فقد عالجها في نصوص متناثرة ، بعضها بأوامر سامية ، وبعضها بقرارات وزارية ، وهي أوامر وقرارات استمدت من فقه الشريعة الاسلامية

**٦-** إذاً يتبين لنا مما سبق أن الضمانات : شخصية كانت أو عينية، وسيلة لضمان الوفاء بالالتزام أو الدين ، فالضمان الشخصي ( الكفالة ) مبني على فكرة ضم الذمة المالية للكفيل إلى الذمة المالية للمدين ليطمئن الدائن ، فإن تعثر المدين في السداد ، تقدم الكفيل الموسر لسداد المديونية التي قبل كفالتها في كل ذمته المالية وليس مالا محددا ( ما لم يكن كفيلا عينيا )، ثم

إنه بعد أن يوفي الكفيل الدائن حقه يستطيع هو شخصياً أن يرجع على المدين المكفول بما تكبده ودفعه للوفاء بالمديونية بالدعوى الشخصية ، أو دعوى الحلول ، أو دعوى الإثراء بلا سبب، أما الضمانات العينية فإنها تدور مع المديونية وجودا وعدما ، وتمنح الدائن حزمة من المزايا مثل :

١-حصوله على حقه كاملا متقدما على سائر الدائنين فيما يسمى **بحق التقدم** ٢- منحه الحق في تتبع المال المقرر له عليه حق عيني تبعي في أي يد كان ، والتنفيذ عليه بالبيع بالمزاد العلني تحت يدٍ حائزة فيما يسمى **بحق التتبع**، هذا و تعتبر هذه الضمانات العينية حصرية أي محصورة في الرهن العقاري أو الرسمي والرهن الحيازي وحق الامتياز وحق الاختصاص ، فلا يجوز الاتفاق على إنشاء غيرها مما لم ينص عليه القانون .

**٧-** وفي هذه المذكرة الموجزة والمركزة سأتناول بالحديث والدراسة التأمين الشخصي المتمثل في الكفالة الشخصية أولاً ، ثم سأردفه بالحديث والدراسة للتأمينات العينية التبعية ثانياً إن شاء الله تعالى ،معتمدا في كل ذلك على التقنين المدني المصري ووثيقة الكويت والأنظمة السعودية مع المقارنة مع الفقه الإسلامي ما أمكن .

**٨-** وقد حاولت في هذه المذكرة جهدي أن أربط السابق باللاحق بغية تحقيق الانسجام بين أجزائها ، وتوطئة لتسهيل هضمها وفهمها على الدارسين ، محاولاً قطع الرتابة والملل المحتمل بتوجيه الأسئلة ، ثم الإجابة عليها في معظم فقرات هذه المذكرة ، وكل ذلك أملاً في وصول المعلومة سهلة سلسلة هينة لينة للطلبة الأعزاء ، هذا والله أسأل التوفيق والسداد ، إنه ولي ذلك والقادر عليه .

# القسم الأول : الضمانات الشخصية

# الكفالة

**وفيها مطالب :**

**المطلب الأول :تعريف الكفالة وبيان حقيقتها نظاما وفقها**

**المطلب الثاني : خصائص الكفالة**

**المطلب الثالث : أنواع الكفالة**

**المطلب الرابع : مصادر الكفالة**

**المطلب الخامس : تمييز الكفالة عن غيرها من الأنظمة الأخرى**

**المطلب السادس :شروط الكفالة**

**المطلب السابع :مقتضيات الالتزام المكفول لتصح الكفالة**

**المطلب الثامن :نطاق الكفالة وكيفية تحديده**

**المطلب التاسع :آثار الكفالة**

**المطلب العاشر : انقضاء الكفالة**

## المطلب الأول : تعريف الكفالة وبيان حقيقتها نظاماً و فقهاً

**وفيه النقاط التالية :**

**١- تعريف الكفالة في القانون المدني**

**٢- ملاحظات على التعريف القانوني للكفالة**

**٣- ما يستخلص من هذه التعريفات**

**٤- الطبيعة القانونية للكفالة**

### ١- تعريف الكفالة في القانون المدني

- عرف القانون المدني المصري الكفالة في المادة ٧٧٢ بأنها :عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بان يفي بهذا الالتزام اذا لم يف به المدين نفسه.

- وعرفها صاحب مرشد الحيران بأنها عقد يضم بمقتضاه شخص ذمته إلى ذمة المدين في تنفيذ التزام عليه ، بان يتعهد للدائن بأدائه إذا لم يؤده المدين.

- الفقه الإسلامي :ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام لحق يثبت في ذمتهما جميعاً

### ٢- ملاحظات على التعريف القانوني للكفالة

- ( **عقد** ) : تعني أنه يشترط فيها ما يشترط في كل العقود من ، التراضي ، والمحل ، والسبب ، والأهلية ، وخلو الإرادة من العيوب .
- **(شخص)** : لتشمل الشخص الطبيعي والاعتباري ، وذلك تصحيحا لما كان عليه القانون المدني القديم الذي كان فيه كلمة **إنسان** بدلا من شخص .
- **(التزام )**: وهو ما قد يكون إعطاء نقود أو شيء، أو عمل ، أو امتناعا عن عمل ما

## ٣- ما يستخلص من هذه التعريفات

**أ) أن الكفيل لا يخصص أي مال من أمواله الخاصة لضمان الدين،** فهو يضم ذمته إلى ذمة المدين ، فيصبح للدائن ضمانان ، الأول عام على اموال المدين ، والثاني عام على أموال الكفيل .

- ***ما معنى الضمان العام ؟***

- تعني قاعدة الضمان العام أن :(أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه مهما كان الدين صغيراً ، وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان )

- ***هل هي قاعدة قوية ؟***

- **الجواب** : لا ، لأنها لا تعطي للدائن حق التقدم أو الأفضلية أو حق التتبع . ، فالدائنون كلهم متساوون في قسمة أموال مدينهم ، بالإضافة إلى أنها لا تقتضي منع المدين من التصرف في أمواله وكذلك لا تمنعه من استدانة ديون جديدة .

- يعتبر هذا الفرق هو الفرق الجوهري بين الكفالة كتأمين شخصي وبين التأمينات العينية التبعية التي يتعلق فيها حق الدائن بمال خاص ، كما سيأتي بيانه في الحديث عن حق الرهن والاختصاص والامتياز .

- **ما الموقف إذا قام الكفيل بتقديم مال معين مملوك له ضماناً لدين الدائن فضلا عن الضمان العام ؟**

- **الجواب** :نحن نكون حينئذ أمام **كفالة عينية** يجمع فيها الكفيل بين صفته ككفيل و صفته كراهن في وقت واحد.

**ب) أن الكفالة في القانون عبارة عن عقد بين الدائن والكفيل ، والمدين ليس طرفا فيها ، وتتم بدون رضاه ، ورغم معارضته .**

- **لكن ما موقف الفقه الإسلامي من هذه النقطة ؟**

اتجه **جمهور** الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الكفالة ليست عقدا وتتم بإرادة منفردة هي إرادة الكفيل وحدها، وذلك خلافا **للأحناف** الذين يعتبرونها عقداً.وسيأتي مزيد تفصيل لهذه النقطة عند الحديث عن الطبيعة القانونية للكفالة .

**ج ) الكفالة ليست مستقلة بذاتها ، بل تقوم على التزام أصلي هو الالتزام المكفول ، وهذا يؤكد معنى التبعية في الكفالة .**

**٤- الطبيعة القانونية للكفالة**

**أ)في الفقه القانوني :**الكفالة عقد ثنائي بين الكفيل والدائن ، ويعتبر رضا الدائن شرطا جوهريا لانعقاد الكفالة ووجودها .

**ب) في فقه الشريعة الإسلامية :**

- **الجمهور :** يرى جمهور الفقهاء أن الكفالة تصرف بإرادة منفردة هي إرادة الكفيل ، ولا يلزم رضا الدائن لانعقاد الكفالة ووجودها ، لأن القبول ليس ركناً في الكفالة وليس لازما لانعقادها ، وبذلك ينشأ عقد الكفالة بإيجاب الكفيل وحده دون حاجة لقبول المكفول له، ولكنها ترتد برده ، واستند أصحاب هذا الرأي في صحة ما ذهبوا إليه على حديث أبي قتادة الذي ضمن فيه دين الميت ابتغاء أن يصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم بعد أن عزم على خلاف ذلك ، وهذا يدل على أن أبا قتادة قد كفل الدين دون رضا كل من : ، المكفول عنه ( المدين أو ورثته ) والمكفول له ( الدائن ) ،بالإضافة إلى أن الكفالة وثيقة لا يعتبر فيها القبض فأشبهت الشهادة ، وكذلك فإنه ليس في الكفالة معنى التمليك حيث إنها ليست إلا ضم لذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة ، وعليه فإنها تتم بالإيجاب وحده كالنذر .( شرح الزرقاني على مختصر خليل ج٦/٢٦، نهاية المحتاج للرملي ج٤/٤٢٥، المغني لابن قدامة ج٥/٧١

-ورأي الجمهور هذا، هو المعمول به في المملكة العربية السعودية ،فبمجرد قبول الكفيل كفالة المدين يعد مسؤولا عن سداد دين ذلك المدين ، وفي ذلك نصت المادة (١١) من نظام الإقامة السعودي على أن ( كفالة الكفيل في جميع أحكام هذا النظام نهائية لا سبيل إلى الانفكاك منها ، ما لم يتقدم كفيل آخر ( كفيل الكفيل )بنفس الالتزامات ، وله نفس الصفات المرضية التي للكفيل الذي يطالب بالانفكاك .

- **المذهب الحنفي :**

حسب هذا المذهب تعتبر الكفالة عقدا ثنائيا لا ينعقد إلا بإيجاب وقبول من طرفيه وهما : الكفيل والدائن ،والمكفول عنه ليس طرفا في هذا العقد ، وهو بهذا يتطابق مع الفقه القانوني في هذه الجزئية ، وحجة أصحاب هذا الراي أن الكفالة ليست التزاما محضا حتى تنعقد بالإيجاب وحده ، وإنما فيها معنى التمليك ، والتمليك لا يتم إلا بالإيجاب والقبول كالبيع .(بدائع الصنائع للكاساني ج٢/٦)

## المطلب الثانى : خصائص الكفالة

**وفيه النقاط التالية :**

**١- عقد رضائي**

**٢- عقد ضمان**

**٣- عقد ملزم لجانب واحد**

**٤- عقد تبرع**

**٥- عقد مدني**

**٦- عقد تبعي**

**٧- عقد احتياطي**

## ١- الكفالة عقد رضائى

- مر بنا سابقا أنه يكفي لانعقاد الكفالة في القانون الرضابين الدائن والكفيل ، أما المدين فلا يشترط رضاؤه بها ، وتجوز بدون علمه ، بل ورغم معارضته ، وذلك تطبيقا للقاعدة القانونية التي تفيد ب :

**(جواز الوفاء بالدين ممن ليست له مصلحة في هذا الدين ، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم معارضته**

- ***هل يجب أن يكون رضاء الكفيل صريحاً ؟***

- قد يكون التعبير عن الإرادة صريحًا او ضمنياً ، إلا أن جانبا من الفقه اشترط أن يكون الرضا عن الكفالة صريحاً وذلك لخطورة هذا العقد بالنسبة للكفيل ، ولعل هذا هو ما دفع المنظم المصري إلى حسم هذه المسالة بنصه على أن الكفالة لا تفترض ، ويجب أن يكون

رضا الكفيل فيها صريحاً، اعتبارأ بان التزام الكفيل من الالتزامات التبرعية ، فيجب لذلك أن يكون رضاؤه بالكفالة قاطعا أو صريحاً، وقد تواتر قضاء محكمة النقض على أن في إثبات الرضا بالكتابة ضمان كاف لجعله صريحا .

- ***هل الكتابة شرط ضروري لانعقاد العقد أم إنها وسيلة لإثباته ؟***

**الجواب :**مما سبق يتضح بأنه وعلى الرغم من تحتم الكتابة ، إلا أنه يجب أن لا يغيب عن الحسبان أنها ( أي الكتابة ) ليست شكلا ضروريا لانعقاد العقد ، بل هي وسيلة لإثباته ، وهذا ما أكده الواقع وجرى عليه العمل .

- **ما موقف وثيقة الكويت من هذه النقطة ؟**

ذهبت وثيقة الكويت إلى انه يكفي لانعقاد الكفالة إيجاب الكفيل ما لم يردها المكفول له ، ولم تشترط الرضا الصريح أو المكتوب من الكفيل( المادة ٨٧٤ من وثيقة الكويت )

- ***ما المعمول به في النظام في المملكة العربية السعودية ؟***

لا يشترط في الكفالة شكل خاص من الناحية النظرية ، أما من الناحية العملية فإنها يجب أن توثق لدى كاتب العدل حتى تكون صالحة للعمل بها في المحاكم الشرعية بلا بينة ، وهذا يعني أنه لا يكفي رضاء الكفيل ، بل يجب ان يفرغ في الشكل الرسمي ،وفي ذلك نصت المادة ١٩ من نظام كتاب العدل الصادر بالأمر السامي رقم ١١٠٨٣وتاريخ ١٩- ٨- ١٣٦٤ هج على أن (الأوراق التي تعطي وتنظم من قبل كتاب العدل في المملكة موثوقة ومعمول بها لدى عموم المحاكم الشرعية ، ويجب العمل بمضمونها بلا بينة بشرط أن يكون ما ذكر من عموم الأوراق وما عطف عليها موافقا للوجه الشرعي ، طبق المعتمد في مذهب الإمام أحمد )وكذلك نصت المادة ٢٠ من نفس النظام على أن ( سندات الكفالة الرسمية المطبوعة من قبل الجهات

المالية المختصة تكون معتبرة وموثوق بها بعد التصديق عليها من لدن كتاب العدل حسب الاصول )

## ٢- الكفالة عقد ضمان شخصي

- تقوم الكفالة أصلا على تعدد المدينين ، دون أن يكون ذلك تضامناً فيما بينهم ، حيث تعطي الدائن حق الضمان العام ، ليس فقط على اموال مدينه ، كما هو الشأن في أحكام الضمان العام ، وإنما كذلك على أموال الكفيل كلها، فتعتبر لذلك عقداً من عقود الضمان الخاص ، أو عقدا من عقود التوثيق الشخصية على حد تعبير وثيقة الكويت ، ولذا توصف مسئولية الكفيل فيها بانها مسئولية شخصية لا مسئولية عينية

- ***في أي شيء تميز هذه الخاصية الكفالة عن غيرها ؟***

- والجدير بالذكر أن هذه الخاصية في الكفالة ( أي أنها عقد ضمان شخصي ) تميزها عن مصطلح الكفالة المستخدم بشأن دفع مبلغ نقدى أو أوراق مالية ككفالة أو كضمان لما ينشأ في ذمة بعض الأشخاص من التزامات بسبب قيامهم بعملهم: كالصيارفة والأمناء والمحصلين، ومن يرسو عليهم المزاد، وأعضاء مجالس إدارة الشركات ، فهذا بمثابة رهن حيازي، أى تأمين عيني يرد على المال المقدم على سبيل الضمان.

-كذلك تتميز الكفالة، باعتبارها ضمان شخصي، عن مصطلح الكفالة المستخدم بشأن ما يدفعه المتهم من مال في المواد الجنائية عند الإفراج عنه مؤقتاً ، أو بشأن تعهد شخص بإحضار المفرج عنه، فهذه إحدى نظم القانون الجنائي.

## ٣- الكفالة عقد ملزم لجانب واحد

- الكفالة عقد ملزم لجانب واحد **هو الكفيل** الذي يلتزم بأداء الدين للدائن عندما لا يفي به المدين ، ولا يلتزم الدائن حسب الأصل بشيء نحو الكفيل .

- ***لكن هل هذا يعني أنه ليس على الدائن أي نوع من أنواع الالتزام؟***
**الجواب : كلا** فالدائن ملزم أيضا بالحفاظ على المستندات و إعطاء الضمانات للكفيل بعد سداده لدين المدين ، ولكن هذا الالتزام **مصدره القانون** وليس عقد الكفالة .، وبالتالي فهذا لا يغير من طبيعة الكفالة من أنها عقد ملزم لجانب واحد .

- **هل من الممكن أن تكون الكفالة ملزمة للطرفين قانوناً ؟**

**الجواب :** نعم ، وذلك في حالة ما **إذا دفع الدائن للكفيل** مبلغا من النقود في مقابل تحمله الضمان فيما يسمى بثمن الضمان ، فإن الكفالة حينئذٍ تصبح ملزمة للطرفين، أي كأنه قال له (اضمنه وانا أدفع لك كذا) ، وبشكل عام تصبح الكفالة عقدا ملزما للجانبين لا سيما في الحالات التي تعد فيها الكفالة عملا تجارياً، حيث يلتزم فيها الدائن بدفع عوض للكفيل في مقابل الكفالة .

- هذا وقد اعتبر نظام المحكمة التجارية السعودي – على سبيل الاستثناء - الكفالة عملا تجارياً في حالتين :
الأولى : إذا كان الكفيل بنكا ، لأن جميع الاعمال المصرفية بحكم المادة ٢/ج أعمال تجارية .
الثانية : إذا ضمن الكفيل أحد الموقعين على ورقة من الأوراق التجارية فيما يسمى بالضمان الاحتياطي

- ***ما الموقف إذا كان الدافع للكفيل مقابل الكفالة هو المدين ؟***

- إذا **دفع المدين للكفيل** مبلغا من النقود في مقابل تحمله الضمان( كأن قال له اضمني ولك كذا ) فإن ذلك لا يغير من صفة الكفالة أنها عقد ملزم لطرف واحد ،وذلك لأن المدين ليس طرفاً في عقد الكفالة.

## ٤ ـ الكفالة عقد تبرع

- الأصل أن الكفالة عقد تبرع بدون مقابل بالنسبة للكفيل ، وأعمال التبرع تخرج عن نطاق الأعمال التجارية ، وعليه فإن الكفالة تعتبر تصرفا مدنيا حتى ولو كان الكفيل تاجراً ، أما بالنسبة للدائن فيرى بعض الفقه أنها ليست عملا تبرعيا لأن الدائن قد أخذ الكفالة مقابل الدين والأجل .

- ***هل أثر التطور الحديث على الخاصية التبرعية للكفالة ؟***

**الجواب : نعم** ، أثّر التطور الحديث في الخاصية التبرعية للكفالة ، خصوصاً الكفالات البنكية بوصفها من العمليات المصرفية أو من وظائف البنوك التي لا تقوم بدون مقابل ، ومن ثم اصبح العقد معاوضة.( انظر الاستثناءان اللذان استثناهما نظام المحكمة التجارية السعودي في المادة ٢/ج المذكوران أعلاه )

- ***ما المعيار الذي يتحدد على أساسه ما إذا كانت الكفالة عقد تبرع أم معاوضة ؟***

المعيار هو أننا ننظر الى **الدائن والكفيل( طرفي عقد الكفالة )** فاذا كان الكفيل يتقاضى مقابلا عن الكفالة من الدائن كانت الكفالة عقد معاوضة ، واذا لم يكن يتقاضى شيئا منه مقابل الكفالة عد ذلك تبرعا، أما بالنسبة للمدين فهو كما مر بنا سابقا ، ليس طرفا في عقد الكفالة ، وبالتالي فإعطاؤه عوضا للكفيل لا يؤثر في الخاصية التبرعية للكفالة

- ***هل من آثار تترتب على اعتبار الكفالة عقد تبرع أو معاوضة*** ؟

**الجواب :**نعم خاصة فيما يتعلق بالأهلية التي يلزم توافرها في الكفيل أو في دعوى عدم نفاذ التصرف، حيث تشترط أهلية التبرع إذا اعتبرت الكفالة عقد تبرع .

- **أهم النتائج التي تترتب على الصفة التبرعية للكفالة:**

١- أنها عمل مدني وليس تجارياً

٢- إذا قام بها بنك أو عملت على ورقة تجارية فإنها تصبح تجارية- استثناء - ، فطبقاً لنظام المحكمة التجارية السعودي تعد الكفالة عملاً تجاريا في حالتين :

**أ)**إذا كان الكفيل بنكاً لأن جميع الأعمال المصرفية حسب المادة ٢/ج تعتبر أعمالاً تجارية.

**ب)**إذا ضمن الكفيل أحد الموقعين على ورقة من الأوراق التجارية

٣- أنها يلزم لها توكيل خاص .

٤- الطعن بالدعوى البوليصية وهنا فإن علينا اتباع شروط الدعوى البوليصية في الأعمال التبرعية .

## ٥-الكفالة عقد مدني

- يترتب على اعتبار الكفالة عملا من أعمال التبرع أن تأخذ صفة العمل المدني حتى ولو كان الكفيل تاجراً، وكان الالتزام المكفول التزاما تجاريا ، بل وحتى ولو كان كل من الدائن والمدين تاجرا وكان الكفيل نفسه تاجرا أيضا وهذا ما تؤكده المادة ٧٧٩في التقنين المدني المصري ، وأساس ذلك هو أن الأصل في الكفيل أن يكون متبرعا لا مضاربا ، والعمل التجاري يقوم على فكرة المضاربة الأمر الذى يتعارض مع نية التبرع، وإذن فالكفيل يقوم بعمل مدنى لا تجارى.

- ***ما أهمية تحديد ما إذا كانت الكفالة تصرفا مدنياً أم تجاريا؟***

تتضح أهمية تحديد ما إذا كانت الكفالة عملا مدنيا أم تجاريا من خلال عدة مسائل منها :

١-**مسألة تحديد المحكمة المختصة** ، إذ يكون الاختصاص للمحكمة المدنية إذا كان الكفيل هو المدعى عليه.

٢- **مسألة الإثبات** ، حيث تثبت الكفالة بالنسبة إلى الكفيل بالطرق المدنية فى الإثبات

٣- **مسألة تحديد سعر الفائدة**، فتحسب الفوائد التأخيرية على الكفيل بالسعر المدني لا بالسعر التجاري .

## ٦- الكفالة عقد تبعي

- فلا تقوم الكفالة بذاتها ، بل تقوم تابعة لالتزام أصلي تضمن به الوفاء للدائن إذا لم يف به المدين .وقد أشارت وثيقة الكويت إلى هذه الصفة التبعية لعقد الكفالة بقولها (*إذا وقعت الكفالة مطلقة فإن التزام الكفيل يتبع التزام الأصيل ، معجلا كان أو مؤجلا ) المادة : ٨٩٢*)

- ***ما أهم النتائج التي تترتب على خاصية التبعية للالتزام الأصلي هذه؟***

تترتب على خاصية التبعية للكفالة مجموعة من النتائج ، من أهمها :

١- عدم إمكان وجود كفالة صحيحة بدون التزام أصلي صحيح

٢- عدم إمكان التزام الكفيل بشروط أشد من شروط المدين أو بمبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين

٣- أنأي شيء سيحسّن من مركز المدين سيستفيد منه الكفيل ، وأي شيء يسوِّء من مركز المدين لا يضر الكفيل

٤- أن انقضاء التزام المدين الأصلي يترتب عليه انقضاء التزام الكفيل ، لكن قد ينقضي التزام الكفيل دون انقضاء التزام المدين .

- وبشكل عام فإن خاصية التبعية للكفالة تعني أنها تتبع الالتزام المكفول في الوجود، والصحة ، والقابلية للإبطال ، والتعليق على شرط ، والإضافة إلى أجل.
- ***هل تبطل الكفالة لو ضمن الكفيل المدين الأصلي بمبلغ أكبر من الدين ؟***

**الجواب :**لا تبطل ولكنها ترد إلى المعقول

- *وسيأتي مزيد تفصيل لهذه النقطة عند الحديث عن شروط الالتزام المكفول*

## ٧- الكفالة عقد احتياطي

- وتعني هذه الصفة الاحتياطية أن المطالبة بالدين تكون للمدين الاصلي أولاً قبل الكفيل( في حالة الضامن غير المتضامن ) ، وكذلك التنفيذ على الأموال ، حيث أنه يكون بالتنفيذ على أموال المدين أولاً قبل الكفيل ، إلا إذا كان الكفيل متضامناً ، فإنه في هذه الحالة سيفقد هذه الصفة الاحتياطية .

# المطلب الثالث : أنواع الكفالة

**وفيه النقاط التالية :**

**١- من حيث المحل ( كفالة النفس / كفالة المال )**

**٢- من حيث الإطلاق والتقييد ( مطلقة / مقيدة )**

**٣- من حيث التعجيل والتأجيل ( معجلة / مؤجلة )**

## ١- من حيث المحل (كفالة النفس / كفالة المال )

- **١- كفالة النفس :**

والمقصود بكفالة النفس هنا : التزام الكفيل بإحضار من عليه حق مالي إلى الدائن ، فإن لم يتمكن من ذلك التزم هو بما عليه من الدين ، وقد أشارت وثيقة الكويت إلى كفالة النفس بالمواد ٨٣٨ وما بعدها وعرفتها بأنها :***التزام الكفيل بإحضار المكفول في الوقت المعين عند طلب المكفول له ، فإن لم يفعل ، جاز للمحكمة ان تقضي عليه بغرامة تهديدية ، ولها أن تعفه منها إذا ثبت عجزه عن إحضاره ،*** ومن الجدير بالذكر أن القانون المدني المصري لم ينص على كفالة النفس على أساس أن التزام الكفيل بإحضار المكفول يعد التزاما بعمل ، وهو التزام أصلي وليس التزاما تابعا ، وقد تابعه التقنين المدني الكويتي في ذلك .

- **موقف الفقه الإسلامي :**

ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز كفالة النفس ، واعترض عليها البعض على أساس عدم قدرة الكفيل على إحضار المكفول ، ومن ثم يكون قد كفل ما لا قدرة له عليه ، لكن يمكن الرد عليه بأنه يمكن للكفيل الاستعانة بأعوان القاضي لتسليمه ، وإذا لم يتمكن من ذلك فإنه

سيتحمل ما عليه من دين وهو مقدور عليه .وفي ذلك نصت المادة /٨٨٣ من مرشد الحيران على انه ( ***إذا تعذر على الكفيل إحضار المكفول بأن توارى أو غاب عن البلد ، أمهل مدة يمكنه فيها إحضاره ، فإذا مضت ولم يحضره لزمه ما على المكفول*** )، ولكن إذا اشترط الكفيل البراءة من ضمان الدين في عقد كفالة النفس هذا فإنه لا يلزمه أداء ما كان على المكفول من دين إذا لم يقدر على إحضاره .

- **٢- كفالة المال أو الكفالة الغُرمية:**

ويقصد بها ضمان الكفيل الوفاء بما على المكفول عنه من مال ، وإيفائه للمكفول له عند حلول الأجل إذا لم يف به المدين الاصلي ، وبتعبير آخر: هي الكفالة يكون التزام الكفيل فيها التزاما مالياً، وهذا الالتزام قد يكون التزاماً بإعطاء شيء( نقود أو غيرها ) أو أداء عمل أو امتناعاً عن عمل .

## ٢- من حيث الإطلاق والتقييد

- **١- الكفالة المطلقة** :

وهي التي تكون صيغتها مطلقة من أي قيد ، كقيد التأجيل والتعجيل أو التأقيت ، ويثبت الدين في هذه الحالة في ذمة الكفيل **بالصفة التي ثبت بها الدين في ذمة الأصيل** ، لأن التزام الكفيل التزام تابع لالتزام الأصيل كما تقرر سابقاً.

- **٢- الكفالة المقيدة أو المؤقتة :**

وهي الكفالة المحددة بأجل محدد كالضمان للدين لمدة شهر مثلا ، أو بتاريخ محدد تسري فيه الكفالة وتبرأ ذمة الكفيل منها بعد انقضاء ذلك التاريخ ، فمثلا لو قال : أنا أكفل فلانا في دينه من هذا اليوم إلى شهر مثلا ، فإن الكفيل لا يطالب إلا في ظرف هذا الشهر الذي حدده

، ويبرأ من الكفالة بعد مضيّه ، وهي صحيحة في التقنينات المدنية المعاصرة ، ويكون التزام الكفيل فيها مضافاً إلى أجل فاسخ ، بمعنى أن يقع حكم العقد في الحال لكنه ينقضي بحلول ذلك الأجل الذي تم تحديده ، طالما لم يطالبه الدائن في غضون ظرف مدة ذلك الأجل .

- ***ما موقف الفقه الإسلامي من الكفالة المؤقتة ؟***

- **الأحناف :** ذهب الحنفية إلى جواز تأقيت الكفالة بمدة معينة ، وقد نصت المادة ٦٣٩ من مجلة الأحكام العدلية على أنه : لا يطالب الكفيل في الكفالة إلا في ظرف مدة الكفالة ) وبهذا يتطابق المذهب الحنفي مع القانون المدني في هذه الحيثية .
- **الحنابلة :**فرقوا في هذا الخصوص بين كفالة النفس وكفالة المال ، فأجازوا تأقيت الكفالة في الأولى ولم يجيزوها في الثانية

## ٣- من حيث التعجيل والتأجيل

- **١- الكفالة المعجلة**

- وهي التي يكون استحقاقها قبل أجل الدين ،كأن يقول الكفيل مثلا أنا كفيل لدين فلان حالاً مع أن الدين في ذمة الأصيل مؤجل لسنة مثلاً، فالكفيل هنا شدد على نفسه بحلول الدين قبل أجله ، وهنا **يساوي القانون المدني فيها بين الأجلين** فيمتد أجل دين الكفيل إلى أجل دين الأصيل ، ***لأنه لا تجوز الكفالة بمبلغ أكثر مما هو مستحق ولا بشروط أشد( المادة : ١/٧٨٠ مدني مصري )*** ، وذلك بناء على خاصية التبعية التي تم الحديث عنها سابقا ، فليرجع إليها لاستجلاء الصورة .

- **لو اتفق في عقد على تعجيل التزام الكفيل وتأجيل التزام المدين فما الموقف القانوني من هذا العقد ؟**

**الجواب :**يصح العقد ويبطل الشرط ،ويصح التزام الكفيل مؤجلاً بنفس أجل المدين .

- ***ما موقف الفقه الإسلامي من صحة هذا النوع من الكفالة المعجلة ؟***

- **الجمهور :صحيح** عند جمهور الحنفية والمالكية والشافعية ، فيجوز التعجيل عند **الحنفية** ، وعليه نصت المادة ٦٢٥ من مجلة الأحكام العدلية ، كما يجوز التعجيل عند **المالكية** بشرط سقوط الأجل بالنسبة للأصيل ، كما أنه جائز عند **الشافعية** لأن الضمان تبرع يحتمل فيه اختلاف صفة الدين في ذمة المكفول عنه للحاجة ، ولأن الكفيل بضمانه المؤجل حالاً قد تبرع بالتزام التعجيل (مفتاح الكرامة ج٣٥٢/٥، نهاية المحتاج للرملي ج٤٤٣/٤، المغني ج٥٤٤/٤)

- **الحنابلة :غير صحيح** ، فالتزام تعجيل المؤجل غير صحيح، وكذلك لا يصح تأجيله إلى أقرب من أجله ، فلو ضمن الدين المؤجل حالاً أو إلى أجل أقرب لم يلزمه أداؤه إلا عند حلول أجله وعليه نصت المادة ١٠٩٩من مجلة الأحكام الشرعية ،واستندوا في ذلك إلى أن الضامن فرع للمضمون عنه ، ولأن الضمان التزام في الذمة ، فلا يجوز أن يلتزم الضامن مما لا يلزم المضمون عنه ( المغني ج٥٤٤/٤) وهذا الرأي كما هو جلي يتوافق مع ما ذهب إليه التقنين المدني المصري وغيره من التقنينات العربية والأجنبية .

- **٢- الكفالة المؤجلة**

- وهي التي تكون فيها الكفالة مؤجلة ويكون التزام الكفيل في وقت لاحق لأجل الدين المضمون ، سواء كان الدين حالاً أم مؤجلاً إلى وقت أقرب من أجل الكفيل ،وبعبارة أخرى فإنها تعني أن تنعقد الكفالة في الحال ، ولكن لا تثبت آثارها إلا في المستقبل بالرغم من كون التزام المدين فيها معجلا ،أي ان التزام الكفيل يقع مؤجلا بالرغم من

كون التزام المدين معجلا ، وهي صحيحة حسب التقنين المدني حيث أنه وبناء على خاصية التبعية ، يمكن أن تكون الكفالة مضافة إلى أجل واقف( مؤجل ) بالرغم من أن التزام المدين حال ، كما يمكن أن يكون التزام المدين مضافا والتزام الكفيل مضاف ايضاً ولكن إلى اجل أبعد من أجل التزام المدين ، فالتزام الكفيل في هذه الحالة يكون – بناء على خاصية التبعية – بشروط أخف من التزام المدين تاسيساً على نص المادة ٧٨٠/ ١ مدني مصري .ويلتزم الدائن في هذه الحالة بمطالبة الكفيل بعد انقضاء أجل الكفالة .

- ***ما موقف الفقه الإسلامي من هذا النوع من الكفالة المؤجلة ؟***

- اختلف الفقهاء في صحة هذا النوع من الكفالة ، إلا أن الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من تصحيحه ، ويبدو أن السبب في ذلك هو أن الكفالة تبرع وإحسان ، والقاعدة المقررة تفيد أنه ما على المحسنين من سبيل، خاصة وأن هذا الالتزام لا يحمل بين طياته أي تشديد زائد على الكفيل بل على العكس من ذلك ، فيه تخفيف وتيسير وتسهيل ، وبشكل عام من أجاز الكفالة المعجلة يعد مجيزا للكفالة المؤجلة من باب أولى .

- **جاء في المغني لابن قدامة( ج٥/٨٠ ) :***إذا ضمن الدين الحال مؤجلا صح ، ويكون حالا على المضمون عنه ؛ مؤجلا على الضامن )*

- *وجاء في* **المادة١٠٩٦ من مجلة الأحكام الشرعية أنه :***(يصح ضمان الدين الحال مؤجلاً، ويجوز أن يضمن الكفيل دينا مؤجلاً إلى أجل أبعد من المدين الاصلي )*

## المطلب الرابع : مصادر الكفالة وثمرة التفرقة بينها

١- **نص القانون** (الكفالة القانونية)

٢- **القضاء** (الكفالة القضائية)

٣- **الاتفاق** (الكفالة الاتفاقية)

### ١- الكفالة القانونية

- هي الكفالة التي يكون مصدر التزام المدين فيها بتقديم كفيل تجاه الدائن هو نص القانون .
- **أمثلة :**

١- نصت المادة (١٠) من قرار وزير الداخلية رقم ٢٠ وتاريخ ٢-١-١٤٠٦ بإصدار لائحة الإجراءات التي تتبع بإدارات الحقوق المدنية عند المطالبة بحقوق خاصة ، والذي جاء فيه أنه( إذا ادعى المدين الإعسار فيسجن ، ما لم يقدم كفيلا غرمياً مليئاً يؤدي عنه الدين خلال مهلة يقبلها الدائن .)

٢-نصت المادة (١٠٧٣) من وثيقة الكويت على أنه تفرض على المنتفع بالمنقول تقديم تأمينات للمالك إذا أثبت أن المنتفع به في خطر . ولفظة التأمينات الواردة بالنص عامة يمكن أن تنصرف كذلك إلى الكفالة .

### ٢- الكفالة القضائية

- هي الكفالة التي يكون مصدر التزام المدين فيها بتقديم كفيل هو حكم القاضي أو حكم المحكمة.

- **أمثلة :**

- ١-ما ورد بنص المادة ٩٦٩/٢ من وثيقة الكويت بأنه : إذا وافقت المحكمة على قرار أغلبية الشركاء في الشيوع ، وهم الذين يملكون على الأقل ثلاثة ارباع المال الشائع ، بإجراء تغييرات أساسية أن تقرر ما تراه من التدابير ومن ذلك مثلا ، **أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة** تضمن الوفاء بما يستحق من تعويضات عن أخطاء التنفيذ ( انظر كذلك المادة ٨٢٩/ مدني مصري

## ٣- الكفالة الاتفاقية

- وهي الكفالة التي يكون مصدر التزام المدين فيها بتقديم كفيل هو الزام المدين نفسه بذلك وبرضاه و بالاتفاق مع الطرف الآخر ، وذلك في حال عدم الزامه بنص القانون ولا بحكم القاضي أو المحكمة ، فعلى سبيل المثال : إذا رفض المدين تقديم كفيل ، ورفع الأمر إلى المحكمة ، فأصدرت حكما بإلزامه بذلك ، فإن مصدر الكفالة يظل هو الاتفاق وليس حكم القاضي ، وذلك لأن حكم القاضي في هذه الحالة ليس حكما منشئاً للكفالة ولكنه حكما مقرراً لها .

- ***ما الذي يترتب على هذه التفرقة بين أنواع الكفالة ؟***

- أنه في الكفالة القضائية والقانونية **يكون الكفلاء دائما متضامنين (مسؤولية مشددة )** مع بعضهم البعض ومع المدين ، وذلك بخلاف الكفالة الاتفاقية التي لا يفترض فيها التضامن بين الكفلاء أو بين الكفيل والمدين ، وإنما لا بد من اتفاقهم على ذلك ، أو النص عليه صراحة ، وذلك لأن التضامن لا يفترض .

- ***ما الذي يترتب على اعتبار الكفيل متضامناً( ضامن متضامن )؟***

١-إذا كان الكفيل متضامنا كما في حالة الكفالة القانونية والقضائية ، **فلا يجوز له الدفع بالتقسيم** ( أي لا يجوز له المطالبة بتقسيم الدين على باقي الكفلاء بالتساوي أو كلٌّ بقدر نصيبه في تحمل الدين، لأن الفرض في التضامن هو : جواز رجوع الدائن على أي من الكفلاء المتضامنين بكل الدين )، وسيأتي بيانه لاحقا عند الحديث عن الدفع بالتقسيم ، بينما يجوز الدفع بالتقسيم ، أي بتقسيم الدين على باقي الكفلاء إذا كان الكفيل غيرمتضامن.

٢-أنه يكون للدائن الرجوع على الكفيل أولاً قبل الرجوع على المدين ، ويكون له التنفيذ على أموال الكفيل قبل تجريد المدين ، فإن لم يكن الكفيل متضامنا كما في الكفالة الاتفاقية فلا يجوز للدائن ذلك ، أي لا بد له حينئذ ( حالة عدم التضامن ) الرجوع على المدين الأصلي أولاً.

## المطلب الخامس : تمييز الكفالة عن غيرها من الأنظمة القانونية الأخرى المشابهة لها

وفيه النقاط التالية :

**١- الفرق بين الكفالة والتضامن بين المدينين**

**٢- الفرق بين الكفالة والإنابة الناقصة**

**٣-الفرق بين الكفالة والتعهد عن الغير**

**٤- الفرق بين الكفالة والتجديد**

**٥- الفرق بين الكفالة وتأمين الثقة أو تامين الإعسار**

- **١-الفرق بين الكفالة والتضامن بين المدينين**

- تختلف الكفالة عن التضامن بين المدينين في أن المدين المتضامن يلتزم بصفة أصلية في تجاه الدائن ، بينما يكون التزام الكفيل التزاما تبعيا تابعاً للالتزام الأصلي .

- **ما الذي يترتب على ذلك ؟**

- يترتب على ذلك أن يكون للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته إذا ما أضاع الدائن التأمينات التي كانت مخصصة لضمان الدين ، وذلك بخلاف المدين المتضامن الذي لا يستطيع أن يفعل ذلك

- **٢- الفرق بين الكفالة والإنابة الناقصة**

-هنالك نوعان من الإنابة ، **الأولى** تسمى الإنابة الكاملة ، وفيها يختفي المنيب ( المدين ) تماما ليحل محله المناب ( الكفيل )، بحيث لا يكون أمام المناب له ( الدائن ) سوى مدين واحد هو المناب، **الثانية :** وتسمى الإنابة الناقصة ، وفيها لا يذوي التزام المنيب ، بل يبقى ويضاف إليه التزام آخر هو التزام المناب ، وبالتالي يكون للمناب له الحق في الرجوع على مدينين هما المنيب والمناب ، لا على مدين واحد .

- **ما وجه الاتفاق والاختلاف بين كل من الكفالة والنيابة الناقصة**

**وجهة الاتفاق بينهما** : أن الكفالة تقوم على تعدد المدينين بالالتزام ( المدين الأصلي + الكفيل أو الكفلاء )، وفي الإنابة الناقصة ينشأ التزام جديد على عاتق المناب إلى جانب المنيب بحيث يجوز للدائن الرجوع على مدينيْن لا على مدين واحد .

**وجه الاختلاف** : أن المناب يلتزم في النيابة الناقصة بصفة أصلية تجاه الدائن على عكس الكفيل الذي يلتزم بصفة تبعية تجاه الدائن ، وقد عرفنا سابقا ما الذي تعنيه خاصية التبعية هذه والآثار المترتبة عليها

- **ما الأثر المترتب على هذه التفرقة ؟**

أنه لا يجوز للمناب أن يدفع في مواجهة الدائن بالتجريد أي : التنفيذ أولا على أموال المدين قبل البدء بالتنفيذ على أمواله ، وذلك لما ذكرناه آنفا من أن التزامه تجاه الدائن إنما هو التزام أصلي لا تبعي أو احتياطي .

- **٣- <u>الفرق بين الكفالة والتعهد عن الغير</u>**

- **التعهد عن الغير :**هو التزام المتعهد( الكفيل ) بجعل الغير يلتزم بأمر ما بحيث إذا رفض الغير ذلك التعهد وجب على المتعهد تعويض المتعهد له( الدائن )

- .**وجه الشبه** : أن كلا من المتعهد والكفيل ينفذان التزاما كان من المفروض أن يقوم به شخص آخر

**-أوجه الاختلاف :**

**١-**أن المتعهد يلتزم بصفة **أصلية** بينما يلتزم الكفيل بصفة تبعية

٢ -في التعهد عن الغير لا يوجد إلا التزام أصلي واحد هو الالتزام المتعهد به بينما تشتمل الكفالة على **التزامين** هما :

الالتزام المكفول( التزام المدين الأصلي ) والتزام الكفيل .

**٣-**يعتبر التزام المتعهد هو مجرد **تعويض** عن تخلف الالتزام الذي تعهد هو به بصفة أصلية ، بينما يقوم جوهر الكفالة على أساس الوفاء بالتزام توجب على شخص آخر ، بحيث يصبح واجبا على الموفي إذا لم يقم الشخص الآخر بالوفاء به ، أي أنه التزام تبعي احتياطي .

## ٤- الفرق بين الكفالة والتجديد

- **التجديد هو :** أن يحل المدين الجديد محل المدين الأصلي في تنفيذ الالتزام مع براءة ذمة الأخير ، **وعليه :** فلن يوجد أمام الدائن سوى **مدين واحد** هو المدين الجديد ، وهذا على عكس الكفالة التي تقوم على فكرة **تعدد المدينين( الضامنين )** ، حيث يوجد أمام الدائن إلى جانب المدين الأصلي ، الكفيل الذي هو المدين التابع .

## ٥- الفرق بين الكفالة وتأمين الثقة أو الإعسار

- **تأمين الثقة أو الإعسار :** عقد يغطي به الدائن مخاطر إعسار مدينه عن طريق التأمين لدى إحدى شركات التأمين ضد إعسار مدينه ، ويبدو في الظاهر أن المؤمَّن هو في مركز الكفيل ، بحيث يوفي بالدين إذا أعسر المدين الأصلي ، ولكن الصحيح أن المؤمَّن **لا يكفل التزام المدين( المستأمن ) ، بل يلتزم بالتزام أصلي** بدفع مبلغ التأمين إلى الدائن في حال إعسار المدين ، وهذا طبعا بخلاف الكفالة التي يكون فيها التزام الكفيل التزاما تبعيا لا أصلياً.

# المطلب السادس : شروط الكفيل

**وفيه النقطتان التاليتان :**

**١- أن يكون الكفيل موسراً**

**٢- أن يكون سعودي الجنسية مقيماً في المملكة**

- **الشرط الأول : أن يكون الكفيل موسراً**

يشترط في الكفيل ليكون التزامه صحيحاً أن تتحقق لديه الأهلية ، وأن تكون إرادته خالية من العيوب ، كما تشترط الأنظمة السعودية في الكفيل بالإضافة إلى ذلك ، **أن يكون سعودي الجنسية وأن يكون مليئاً ( موسرا)**.

هذا ، وقد ورد النص في النظام السعودي على اشتراط ملاءة الكفيل في المادتين ٣٨ و٥٧ من قانون تنظيم الأعمال الإدارية في الدوائر الشرعية ،وفي المادة العاشرة من قرار وزير الداخلية رقم ٢٠بتاريخ ٢-١-١٤٠٦هج، وهو شرط منطقي لأن الكفيل المعسر لن يفيد الدائن شيئاً، ولا يحقق المقصود من الكفالة ، ولضمان تحقق هذا الشرط نص الامر السامي رقم ٥٢٣٨بتاريخ ٤-٥-١٣٨٤ هج على أنه لا تقبل كفالة إنسان لأكثر من ثلاث كفالات إذا كان مليئاً مقتدراً ، وإذا كان الكفيل متوسط الحال فيجب ألا تقبل كفالته إلا لشخص واحد وبعد التثبت من قدرة الكفيل على دفع ما يترتب على مكفوله ، ثم صدر الامر السامي رقم ٧٢٠/ ٨ بتاريخ ١٠- ٧- ١٤٠٧ هج بالتعميم على الامارات وإدارات الحقوق المدنية بعدم قبول كفالة أي كفيل إلا إذا كانت جهة مالية مليئة أو شخصا مكفولاً من قبل جهة مالية تلتزم بسداد ما التزم الكفيل بسداده ، أو أن يكون للكفيل عقارات توازي قيمتها مبلغ الدين الذي يلتزم الكفيل بسداده .

**- ملاحظة :**

**#** يسار الكفيل معناه أن يكون لديه أموال تكفي للوفاء بما ألزم نفسه به سواء كانت هذه الأموال **عقارات أو منقولات**

# لا يشترط أن تكون هذه الأموال داخل البلاد (المشروع التمهيدي المصري كان يشترط وجودها في مصر )

#عبء إثبات يسر الكفيل **يقع على كاهل المدين** إذا ادعى الدائن إعساره .

- **<u>الشرطالثاني:أن يكون الكفيل سعودي الجنسية مقيماً في المملكة</u>**

-يشترط النظام في المملكة العربية السعودية أن يكون الكفيل سعودي الجنسية مقيما في المملكة ، ( انظر الأمر السامي رقم ١٥٧٨٠ بتاريخ ١٢-٨-١٣٨٩هج، كما نصت عليه المادة ٣٨/ هج من نظام تنظيم الأعمال الإدارية في الدوائر الشرعية ، وكذلك قرار وزير الداخلية رقم ٥١٩٣ بتاريخ ٤-٩-١٤٠٧ هج ) ،ومن الجدير بالذكر أن التقنين المدني المصري لم يشترط أن يكون الكفيل حاملا للجنسية المصرية واكتفي باشتراط الإقامة فيها فحسب( المادة ٧٧٤ مدني مصري ، والمادة ٢٠١٨ مدني فرنسي )

- **ما الحكمة من اشتراط أن يكون الكفيل سعوديا مقيما في المملكة ؟**

الحكمة من هذا الشرط هي تمكين الدائن من الرجوع على الكفيل إذا أعسر المدين بدون أن تحمله نفقات مقاضاة شخص خارج البلاد، وكذلك تمكين الدائن من مراقبة الكفيل وتتبعه بسهولة .

- **ما الذي يجب على المدين ان افتقر الكفيل او غادر البلاد حسب التقنين المدني المصري ؟**

يجب في هذه الحالة تقديم كفيل آخر أو تقديم تأمين عيني ، إلا أنه تجدر الإشارة هنا إلى أن بعض الفقه في مصر قد ذهب إلى أنه لا يلزم المدين

في هذه الحالة تقديم كفيل آخر أو تقديم تأمين عيني ، وذلك **لأنه فعل ما عليه فعله** وبالتالي فتبرأ ذمته وينقضي الالتزام .

- **ما الحالات التي تبرأ فيها ذمة المدين وينقضي الالتزام بسبب إعسار الكفيل أو مغادرته البلاد ؟**

١- إذا كان **الدائن هو من اختار** ذلك الكفيل ،والسبب في ذلك أنه كان عليه أن يتحرى الدقة في يساره أو إقامته.

٢- إذا كان **الكفيل قد التزم قبل الدائن دون علم المدين** أو برغم معارضته

- **ما الحل المقترح ؟**

كفيل الكفيل ، بمعنى أن يشترط عند عقد الكفالة على الكفيل المقيم الذي لا يحمل جنسية البلاد التي يقيم فيها أن يأتي بمن يكفله عند غيابه .

**<u>ملخص شروط الكفالة في النظام السعودي</u>**

**١- أن يكون الكفيل سعودياً مقيما بالمملكة**

**٢-ألا يغادر الكفيل ومكفوله المملكة قبل أداء المكفول به**

**٣-لا تقبل كفالة أي إنسان لأكثر من ثلاث كفالات إذا كان مقتدراً ومليئاً**

**٤- إذا كان الكفيل متوسط الحال فيجب ألا تقبل كفالته إلا لشخص واحد**

**٥-لا تقبل كفالة البعثات الدبلوماسية لتمتعها بالحصانة الدبلوماسية والقضائية**

## المطلب السابع : مقتضيات الالتزام المكفول لتصح الكفالة

ذكرنا سابقاً أن التبعية هي من أهم خصائص الكفالة ويترتب عليها عدة نتائج مهمة تعد بمثابة شروط للالتزام المكفول الذي هو محل التزام الكفيل لتنتج عن ذلك صحة الكفالة وهي :

**١- أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً**

**٢- أن يكون الالتزام المكفول موجوداً**

- **الشرط الأول : لا بد أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً لتكون الكفالة صحيحة**

-لا بد أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً للحكم بصحة الكفالة ، و ذلك لأن التزام الكفيل تابع للالتزام المكفول ، والأول لا يكون صحيحا إلا إذا استند إلى التزام أصلي صحيح ، يدعمه التزام الكفيل ويضمن الوفاء به ، وهذا يعني أنه إذا كان الالتزام المكفول باطلا ، أو قابلا للإبطال ، كان التزام الكفيل بالتبعية باطلا أو قابلا للإبطال كذلك .

هذا ، ولا يشترط في الالتزام المكفول أي شروط تتعلق **بمصدره،** فيمكن أن يكون مصدره العقد أو الإرادة المنفردة أو الإثراء بلا سبب ، ولا تشترط أية شروط تتعلق **بمحله** وبالتالي فيمكن ان يكون عملا أو امتناعا عن عمل أو إعطاءً لشيء :

**وبناء على ما سبق :**

**١- لا تجوز كفالة الالتزام الباطل بطلانا مطلقا**

**هل من استثناء من هذه القاعدة العامة ؟**

نعم ، وهي في حالة ما إذا حل الكفيل محل المدين في الالتزام الباطل بطلانا مطلقا فإنه يصح ، ويسمى حينئذ التزاما لا كفالة .

**٢- تجوز كفالة الالتزام القابل للإبطال ، كأن يكون هناك عيب في الإرادة كالإكراه مثلاً ، ولكنها تكون أيضا قابلة للإبطال** ، فإذا طلب المدين إبطال

العقد الأصلي وقضي له به ، فإن التزام الكفيل ينقضي بالتبعية بأثر رجعي شأنه في ذلك شأن الالتزام المكفول.

- **ما القاعدة في ذلك في القانون المقارن ؟**

***(أن العقد القابل للإبطال كالعقد الصحيح إلى أن يحكم بإبطاله ، وكالعقد الباطل بعد الحكم بإبطاله)***

**٣- كفالة التزام ناقص الأهلية على التفصيل التالي :**

- ثلاثة فروض :

**الأول:**إذا كفل الكفيل التزام ناقص الأهلية( المدين ) وهو يعلم انه ناقص الاهلية

**الثاني** : إذا كفل الكفيل التزام ناقص الأهلية( المدين ) وهو لا يعلم ذلك

**الثالث:** إذا كفل الكفيل التزام ناقص الاهلية( المدين ) لأنه ناقص الاهلية **الموقف من هذه الحالات الثلاث :**

- **- الفرض الأول والثاني** يتعامل مع الكفيل فيهما كما في المسألة السابقة أي مسالة كفالة الالتزام القابل للبطلان ، فإذا طلب المدين إبطال العقد الأصلي وقضي له به ، فإن التزام الكفيل ينقضي بالتبعية بأثر رجعي
- **الفرض الثالث :إذا كفل الكفيل ناقص الأهلية لأنه كذلك**

معناه : كأن الكفيل يقول يأيها الدائن أنا أعرف أن المدين الاصلي ناقص الأهلية ، ومن الممكن أن يتمسك ببطلان التزامه ، فإذا أبطل التزامه فأنا ملتزم مكانه .

- **الموقف :**يصبح الكفيل في هذه الحالة في موضع المدين الأصلي بناء على أن قصده هنا هو تأمين الدائن من خطر تمسك المدين بالبطلان.

- **خلاصة القول :أن هناك حالتان :**

**١-إذا تمسك المدين الأصلي بإجازة الالتزام الأصلي ، صحت الكفالة واستقرت .**

**٢- إذا أبطل المدين الأصلي الالتزام الأصلي ، لم يبطل التزام الكفيل ، ويتحول الكفيل هنا إلى مدين أصلي**

- **<u>الشرط الثاني :يجب أن يكون الالتزام المكفول موجوداً</u>**

فيجب أن يكون الالتزام المكفول موجوداً للحكم بصحة الكفالة ، **ومع ذلك يجوز** – أخذاً من القواعد العامة وبالنص أيضا حسب وثيقة الكويت – كفالة كل مما يلي :

**١- كفالة الالتزام المعلق على شرط**

فتجوز كفالة الالتزام الشرْطي، أي كفالة الدين المعلق على شرط ، سواء كان الشرط فاسخا أم واقفا ، وتكون الكفالة معلقة ،وعليه :

- **أ) إن كان الالتزام المكفول معلقاً على شرط فاسخ**

فإن تحقق الشرط في هذه الحالة يزيل الالتزام الأصلي ومعه التزام الكفيل ، وإذا تخلف الشرط ظل الالتزام الأصلي نافذا وكذلك التزام الكفيل .

- **ب)وإن كان الشرط المعلق عليه الالتزام المكفول واقفا**

في هذه الحالة يكون التزام الكفيل فيها تابعا للالتزام المكفول ، فإذا تحقق الشرط كان كل من الالتزام المكفول والتزام الكفيل نافذا، وإن تخلف الشرط زال كل من الالتزامين معاً.

**٢- كفالة الالتزام المستقبلي**

ويقصد به الالتزام غير الموجود وقت إبرام الكفالة والذي اتجهت فيه إرادة طرفي العقد مع ذلك إلى إبرامها اعتمادا على أنه سينشأ في المستقبل .

- وقد أجازت المادة ٧٧٨ من القانون المدني المصري كفالة الالتزام المستقبل والالتزام الشرْطي ، و نصت المادة ٨٧٦ من وثيقة الكويت على أنه **يصح** أن تكون الكفالة مضافة إلى زمن مستقبل ، كما نصت على أنه يجوز كفالة الالتزام المستقبل إذا حدد مقدماً مدى التزام الكفيل، أي أنه حدَّد المبلغ المكفول مقدماً أو حده الأقصى ، فالالتزام المستقبلي **هو التزام غير موجود وقت انعقاد الكفالة** ، لكنه سيوجد في المستقبل ، كأن يقول مثلا سأضمنه فيما عسى أن يشتريه منك في حدود ألف ريال ، أو كالاعتماد المستندي بمبلغ حده الأقصى مليون ريال مثلا ، وكذلك الالتزامات الناشئة عن الحساب الجاري ، فهي كفالة لدين مستقبل ، وذلك لأنه لا يتعين مقداره إلا عند قفل الحساب وتصفية الرصيد واستخراجه .

- هذا والجدير بالذكر أن بعض الفقه في مصر قد اتجه إلى اعتبار كفالة الالتزام المستقبل نوع من أنواع الكفالة المعلقة على شرط ، ولكن الذي يترجح هو أن كفالة الالتزام المستقبل ليست معلقة على شرط ولكن نفاذها هو المعلق على شرط .

- **هل يجوز أن يرجع الكفيل في كفالة الالتزام المستقبل ؟**

- فرضان :

**الأول : إذا تحددت مدة الكفالة في كفالة الالتزام المستقبلي**

إن تحددت مدة الكفالة فإنه لا يصح الرجوع فيها

**الثاني :إذا لم تتحدد مدة الكفالة في كفالة الالتزام المستقبل**( التزامك الذي قد يوجد )

إن لم تتحدد مدة الكفالة في الالتزام المستقبلي ، فإنه يصح الرجوع فيها بإرادة منفردة طالما لم يوجد التزام .

- **ما الحكمة من ذلك ؟**

**الجواب :**ألا يظل الكفيل ملتزماً بكفالة الدين المستقبل إلى الأبد، **حتى لا تتأبد الالتزامات** .

- هذا والجدير بالذكر أن جانبا من الفقه قد ذهب إلى أن هذا استثناء حيث تم إنهاء العقد بإرادة منفردة ، ولكن الرأي الراجح أن هذا ليس استثناءً حيث أن الرجوع يصح في كل العقود غير المحددة المدة

**٣- كفالة الالتزام الطبيعي( يسمى في وثيقة الكويت بالالتزام القائم ديانة )**

يقوم الالتزام الطبيعي على عنصر المديونية دون المسئولية ، فلا يمكن إجبار المدين فيه على الوفاء به ، بينما تقوم الكفالة على التزام أصلي يجبر المدين على الوفاء بالدين ، **وعليه فقد أجمع الفقه القانوني على عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعي** لأننا لو قلنا بغير ذلك فهذا يعني أن التزام الكفيل سيصبح أشد من الالتزام الأصلي (المكفول )، وهذا مخالف لما تم تقريره سابقاً من عدم صحة التزام الكفيل بشروط أشد من شروط المدين أو بمبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين

- **إذا كفل الكفيل التزاما مدنياً ثم تحول هذا الالتزام المدني إلى التزام طبيعي بسبب التقادم مثلا فما الموقف ؟**

الجواب :ينقلب التزامه في هذه الحالة إلى التزام طبيعي ، وعليه إذا وفى بالدين فلا يحق له قانونا استرداده من المدين الأصلي .

- مثال ذلك :دين سقط بعد ١٥ سنة بالتقادم ، فالدين باق لكن بدون إجبار على الوفاء

- **ما الموقف إذا قدم المدين للدائن كفالة في التزام طبيعي؟**

الجواب : يصح ذلك و سوف ينقلب التزامه إلى التزام مدني إعمالا **لقاعدة أن الالتزام الطبيعي يصلح سببا لالتزام مدني**

## المطلب الثامن : نطاق الكفالة

عرفنا سابقا ان التزام الكفيل يتبع التزام المكفول في وجوده ولذا فإن نطاق الكفالة بعد قيامها يتحدد تبعا لمقتضى الالتزام المكفول( الأصلي )، و الذي يحدد بدوره مدى التزام الكفيل من خلال الأمرين التاليين :

**أولاً : العقد**

**ثانياً : الالتزام الأصلي**

- **أولاً : (العقد )**

-يتحدد مدى التزام الكفيل من خلال العقد وعليه ، فإذا كفل الكفيل **جزءًا** من التزامات المدين ، **فإنه لا يسأل إلا عن هذا الجزء** ، وإذا كفل فتح **اعتماد** في حدود مبلغ معين مثلاً ، فإنه لا يكون ملزما بضمان ما تجاوزه.

-وكذلك فإنه لا يجوز أن تتعدى الكفالة **شخص المدين** ، وبناء على ذلك إذا تغير شخص المدين ، فإن الكفيل لا يضمن المدين الجديد ،فمثلا إذا تمت حوالة الدين المكفول إلى شخص غير المدين الاصلي ، فإن الكفيل لا يضمن المدين الجديد إلا إذا رضي بذلك بعقد جديد ، بالإضافة إلى أن **العقد أيضاً يحدد مدة الكفالة** فلا يتجاوزها الكفيل ، كما هو الشأن في الالتزام المستقبل لمدة معينة .

- **ثانياً : ( الالتزام الأصلي )**

- فيتحدد مدى التزام الكفيل من خلال الالتزام الأصلي ،أي أنه لا يجوز أن يتجاوز التزام الكفيل حدود الالتزام الأصلي ، وترتيباً على ذلك فإنه :

- **لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول ، ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشروط أخف**

- **الخلاصة :أي أن نطاق كفالة الدين يتحدد ب:**

**١- المدين ( وليس المدين المتضامن معه )**

**٢- مقدار الدين (الالتزام المكفول )**

**٣- المدّة**

# المطلب التاسع :آثار الكفالة

وتكون في بيان العلاقة بين كل من :

**١- الكفيل والدائن**

**٢- الكفيل والمدين**

**٣- الكفيل وغيره من الكفلاء**

- **العلاقة الأولى : العلاقة بين الدائن والكفيل**
- هذه العلاقة تحكمها خاصية التبعية وبالتالي فلا يمكن للدائن الرجوع على الكفيل قبل مطالبة المدين الأصلي وتخلفه عن الوفاء ، ويكون للكفيل تجاه الدائن **دفوع ثلاثة** هي الدفع يسيق الرجوع على المدين الأصلي أولاً أو التجريد أو التقسيم
- **وثيقة الكويت :**خولت الدائن الرجوع على الأصيل أو مطالبتهما ( أي الأصيل والكفيل )معاً حسب المادة / ٨٨٩ ، وذلك تمشيا مع المذهب المالكي
- وحق الدائن في الرجوع على الكفيل ينقضي بانقضاء التزام الكفيل أياً كان سبب الانقضاء وعليه فإن دراستنا لهذه العلاقة بين الدائن والكفيل ستكون من خلال البندين التاليين :

**البند الأول : دفوع الكفيل قبل الدائن**

**البندالثاني : انقضاء التزام الكفيل**

## • *البند الأول : دفوع الكفيل قبل الدائن*

- إذا رجع الدائن على الكفيل أولاً قبل الرجوع على المدين الأصلي فإن الكفيل يستطيع أن يدفع بالدفوع التالية :

**أولاً- الدفع بالرجوع ( الدفع بوجوب سبق الرجوع على المدين الأصلي أولاً )**

**ثانياً - الدفع بالتجريد( الدفع بتجريد المدين الأصلي من أمواله أولاً )**

**ثالثاً - الدفع بالتقسيم إذا تعدد الكفلاء وقت مطالبته وحده**

- **أولاً: <u>الدفع بالرجوع (المطالبة بوجوب الرجوع على المدين أولاً)</u>**

- إن رجع الدائن على الكفيل أولا ، فللكفيل دفع ذلك بوجوب سبق رجوع الدائن على المدين أولاً ، وذلك بناء على خاصية التبعية، والحكم الصادر قي هذا الدفع -إذا توافرت شروطه- يكون بعدم قبول المطالبة ،وعلى الدائن رفع الدعوى على الكفيل بعد مطالبة المدين .

- **- ما معنى الرجوع ؟**

**المطالبة القضائية** وبالتالي لا يكفي إعذار المدين بالوفاء ، بل يجب على الدائن رفع الدعوى القضائية أولاً على المدين ليتسنى له بعد ذلك الرجوع على الكفيل ، لكن إن كان للدائن **سند رسمي قابل للتنفيذ** ضد المدين الأصلي فإن التنبيه بالوفاء يحل محل المطالبة القضائية في هذه الحالة

**- ملاحظة :**لا يجوز للمحكمة أن تقضي بوجوب سبق رجوع الدائن على المدين الأصلي أولاً من تلقاء نفسها ،لأنها مصلحة خاصة ، بل لا بد أن يكون ذلك بعد اعتراض الكفيل ، فإذا لم يعترض فللمحكمة الحكم بالتنفيذ على أموال الكفيل للوفاء بالدين .

- **شروط الدفع بالرجوع**

لا يجوز للكفيل التمسك بالرجوع إلا بتوافر الشروط التالية :

**١- أن يكون للكفيل مصلحة أو فائدة من هذا الدفع وإلا لم يكن له التمسك بها**

فإذا أثبت الدائن أمام المحكمة أن المدين معسر ، فلن يكون للكفيل مصلحة في التمسك بهذا الدفع ، لأن إلزام الدائن بالرجوع على المدين سيكون ضرباً من العبث لا طائل ولا جدوى من ورائه هنا .

**٢- ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين الأصلي**

لأنه إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين ، فإن مقتضى ذلك أن يكون للدائن الرجوع على أي منهما دون الالتزام بالرجوع على الآخر أولاً

- **لكن ما الموقف إن كان الكفيل متضامنا لكن كفيل الكفيل غير متضامن ؟**

في هذه الحالة يحق لكفيل الكفيل الدفع بالرجوع على المدين الاصلي ثم على الكفيل كذلك .

**٣- ألا يكون الكفيل قد تنازل عن الحق في التمسك بوجوب سبق الرجوع على المدين أولاً صراحة أم ضمنا**

وذلك لأن الرجوع مصلحة خاصة للكفيل لا تتعلق بالنظام العام ، فإذا تنازل عنها ، صحت مطالبة الدائن للكفيل المتنازل .

- **<u>ثانياً :الدفع بالتجريد</u>**

الدائن يمر بمرحلتين :

**المرحلة الأولى :**مرحلة المطالبة الأولى / التقاضي ، حيث يطالب فيها الدائن المدين الأصلي ، فإن طالب الكفيل ، كان للكفيل حينئذ الدفع بوجوب سبق الرجوع على المدين الأصلي أولاً )

**المرحلة الثانية :** مرحلة التنفيذ ، وتكون عندما يحصل الدائن على سند من المحكمة قابل للتنفيذ على أموال الكفيل ، وعندئذ يكون للكفيل أن يتمسك بالدفع بالتجريد، أي المطالبة بتجريد المدين من أمواله أولاً للوفاء بالتزامه )

**وسنتناول هذا الموضوع من خلال المسائل التالية :**

**١- شروط الدفع بالتجريد**

**٢-آثار الدفع بالتجريد**

**٣- صورة خاصة للدفع بالتجريد**

- ***المسالة الأولى : شروط الدفع بالتجريد***

**١- أن يكون الكفيل شخصيا لا عينياً**

يستتبع كون الكفيل كفيلا شخصياً أن يكون داخلاً تحت قاعدة الضمان العام التي تفيد بأن أموال المدين ( وبالتبع أموال الكفيل ) جميعها ضامنة للوفاء بديونه ، وبناء على ذلك يستطيع الدائن التنفيذ على أي مال من أموال الكفيل إذا توافرت الشروط الأخرى ، وذلك بخلاف الكفيل العيني الذي لا يسأل عن الدين الذي ضمنه إلا في حدود المال الذي رهنه ، وهذا يشير إلى أن مركز الكفيل العيني أقرب إلى الراهن منه إلى الكفيل، وبالتالي لا يجوز له الدفع بالتجريد .

**٢-أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين الأصلي**

لأنه إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين ، لم يعد للترتيب في الالتزام مكان ، وتلاشت بذلك خاصية التبعية ، وبالتالي فإن المطالبة بالتجريد تكون للكفيل غير المتضامن حصراً، وهذا ما نصت عليه المادة ٧٩٣ من القانون المدني المصري بقولها (لا يجوز للكفيل المتضامن مع الكفيل ان يطلب التجريد )

- **لكن ما الموقف إن كان الكفيل متضامنا لكن كفيل الكفيل غير متضامن ؟**

في هذه الحالة يحق لكفيل الكفيل الدفع بالرجوع على المدين الاصلي ثم على الكفيل كذلك .

**٣- أن يتمسك الكفيل بحق الدفع بالتجريد**

لأنه حق شخصي لا تمنحه المحكمة من تلقاء نفسها ومن الممكن التنازل عنه مقدما ، سواء في عقد الكفالة أو باتفاق لاحق .

**متى يكون للكفيل الدفع بالتجريد ؟**

والوقت المناسب للدفع بالتجريد هو عند شروع الدائن بالتنفيذ على أموال الكفيل ، كما يجوز للكفيل الدفع بالتجريد في مرحلة المطالبة الأولى ،أي أن الدفع بالتجريد يصح في أي من المرحلتين ( مرحلة التقاضي ، مرحلة التنفيذ ) على الراجح من اتجاهات الحقوقيين ، وفي أي مرحلة لاحقة بناء على أنه قد يظهر للكفيل أموال للمدين لم يكن يعرفها من قبل .

**٤-أن يرشد الكفيل الدائن على أموال مملوكة للمدين تفي بالدين كله**

جاء في المادة ٧٨٩ مدني مصري( (١ )إذا طلب الكفيل التجريد ، وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله (٢) ولا عبرة بالأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي المصرية ، أو كانت أموالاً متنازعا فيها )

**ما الشروط اللازم توافرها في هذه الأموال ؟**

١-أن تكون مملوكة للمدين

٢- أن تكون كافية للوفاء بكل الدين ، تجنبا لتكرر التنفيذ إذا لم تكن كافية

٣- أن تكون موجودة داخل البلاد حتى لا يرهق الدائن ماديا في التنفيذ عليها خارجها

٤-أن تكون قابلة للحجز عليها

٥-ألاّ تكون متنازعاً عليها أمام القضاء

٦- ألا تكون مرهونة

- **الخلاصة**

**إذا كان الكفيل شخصيا لا عينيا ، وغير متضامن ، وتمسك بالدفع بالتجريد في وقت مناسب ، وأرشد إلى أموال مملوكة للمدين الاصلي، كافية للوفاء بكل الدين ، موجودة في البلاد ، غير متنازع فيها ، وغير قابلة للحجز عليها ، وغير مرهونة ، وجب قبول الدفع بالتجريد وتترتب الآثار القانونية التي سيأتي تفصيلها .**

- ***المسألة الثانية : آثار التمسك بالدفع بالتجريد***

**١-عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل أولاً ، أو إيقاف إجراءات التنفيذ ضد الكفيل وإلغاء ما تم منها**

-كإلغاء الحجز التنفيذي على منقولات الكفيل، و عدم المقاصة بين الدائن والكفيل ، إلا أن ذلك لا يمنع الدائن من اتخاذ الإجراءات التحفظية في مواجهة الكفيل ، وذلك لأن للتمسك بالتجريد احتمالان :

**الاول** :أن تكون اموال المدين كافية ، وفيه لا يرجع الدائن على الكفيل ،
**الثاني** : ألا تكون كافية : وفيه يستطيع الدائن حينها التنفيذ على اموال الكفيل بقدر ما تعذر على الدائن استيفاؤه من الدين

**٢- وجوب قيام الدائن باتخاذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين الأصلي**
فيجب على الدائن المبادرة باتخاذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين وعلى نفقته ثم يرجع بها على المدين ، فإذا قصر الدائن أو تأخر فعلى الكفيل إثبات ذلك على نفقته الخاصة ، و تبرأ ذمته بقدر ما تعذر على الدائن استيفاؤه من المدين ، أما إذا لم يقصر الدائن فإن ذمة الكفيل تبرأ عندئذ بمقدار ما استوفاه الدائن من المدين .

- **ما موقف وثيقة الكويت من الدفع بالتجريد ؟**
  لم تنص على الدفع بالتجريد ، بل نصت على عكس ذلك وهو أن للدائن مطالبة المدين والكفيل معاً

- ***المسألة الثالثة :صورة خاصة للدفع بالتجريد ( التمسك بالدفع بالتجريد العيني )***

**صورة المسألة :** تقوم المسألة على اساس أن هناك تأمين عيني سابق على الكفالة ، والكفيل يعلم بذلك ، فهل يستطيع الدفع بتجريد التأمين العيني هذا أولاً ؟

**الجواب :**نعم يستطيع أن يدفع بتجريد التأمين العيني أولاً

**هل يشترط أن يكفي التأمين العيني الدين كله ؟**

لا يشترط أن يكون التأمين العيني كافياً للوفاء بالدين ، ولكن يشترط لذلك الشروط التالية : **(شروط الدفع بتجريد التأمين العيني أولاً):**

**١-أن يوجد تأمين عيني لضمان تفس الدين المشمول بالكفالة، قبلها أو معها لا بعدها**

**٢-ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين ، لما تم ذكره سابقا في مناسبات عدة .**

**٣-أن يتمسك الكفيل به** ، وذلك لأنه مصلحة خاصة لا تتعلق بالنظام العام وبالتالي فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، وللكفيل ان يتمسك بهذا الدفع سواء في مرحلة التقاضي أم في مرحلة التنفيذ

**٤- أن يكون مملوكا للمدين** ، وهذا حسب القواعد العامة ، وهذا ما ذهب إليه كل من القانون الألماني والسويسري ، لأن وجود هذا التأمين العيني هو الذي شجع الكفيل على قبول الكفالة ، إلا أن جانبا من الفقه قد ذهب إلى إمكان أن يكون هذا التأمين العيني مقررا على مال الغير ، ويسمى هذا الغير كفيلا عينيا ، وذلك لأن النص عام، وهو ما أميل إليه وأرجحه.

-إذا توفرت الشروط السابقة أمكن للكفيل أن يطلب التنفيذ على المال المحمل بالتأمين العيني قبل التنفيذ على أمواله.

**ما الإجراء المتبع إذا حكم على الكفيل بالدين أو قام بالوفاء به مختاراً ؟**

-إذا لم يفلح الكفيل في دفع الدائن فإنه سيحكم عليه بالدين ، وكذلك الحكم إذا قام بالوفاء بالدين مختارا ، وعندها يجب على الدائن في هذه الحالات أن يمكن الكفيل من الحلول محله في التأمينات المتعلقة بالدين ، وتكون نفقات نقل التأمين في هذه الحالة على الكفيل ،على أن يرجع بها على المدين فيما بعد.

- **ثالثا: الدفع بالتقسيم**

- إعمالا للمادة ٨٩٦ من وثيقة الكويت ( إذا تعدد الكفلاء **بعقد واحد** ، وكفلوا نفس الدين ونفس المدين ، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم بالتساوي ، ما لم يبين العقد مقدار ما يكفل كل منهم ،فإذا التزم الكفلاء **بعقود متوالية** ، كان كل منهم مسئولاً عن الدين كله ما لم يحتفظ لنفسه بحق التقسيم ) فما شروط الدفع بالتقسيم ؟، وما الآثار المترتبة عليه ؟

**وبناء على ذلك سنتناول هذا الموضوع من خلال المسألتين التاليتين :**

**المسألة الأولى : شروط الدفع بالتقسيم**

**المسألة الثانية : آثار الدفع بالتقسيم**

- ***المسألة الأولى : شروط الدفع بالتقسيم***

**١- أن يتعدد الكفلاء،** فطلب الدفع بالتقسيم فرع عن تعدد الكفلاء بداهة، لأنه لا تقسيم في حالة الكفيل الواحد ، حيث إنه سيرجع عليه بكل الدين .

**٢- أن يكفلوا نفس المدين**

فقد يكون الدين واحدا ، ولكن يلتزم به أكثر من مدين ، فإذا كفل كل كفيل مدينا ، فإن الدين لا ينقسم بين الكفلاء ، بل يضمن كل كفيل نصيب المدين الذي كفله ، أما إذا كفل جميع الكفلاء مدينا واحداً أو كفلوا جميع المدينين ، فإن الدين ينقسم على هؤلاء الكفلاء في هذه الحالة .

**٣- أن يكفلوا نفس الدين**

لأنه إذا اختلفت الديون فلا وجه للدفع بالتقسيم لاختلاف الجهة، وبناء على ذلك لا يجوز لكفيل الكفيل المطالبة بتقسيم الدين بينه وبين الكفيل ، وذلك لأن ضمان التزام المدين الأصلي شيء ، وضمان التزام الكفيل شيء آخر .

**٤- أن يكفلوا ذلك الدين بعقد واحد**

وذلك لأن وحدة العقد تدل على أن كل كفيل قد اعتمد على الكفلاء الآخرين فينقسم الدين فيما بينهم ، أما إذا كفل كل من الكفلاء الدين بعقد مستقل( عقود متوالية ) فإنه لا يكون قد اعتمد على غيره من الكفلاء وبالتالي فلا ينقسم الدين بينهم ، و عليه فإنه لا يستطيع أي منهم الدفع بالتقسيم ، إلا في حالة اشتراطه لذلك بناءً على التضامم ( أي الاتفاق على ضم الذمم إلى بعضها في مواجهة الدين )

**٥- ألا يكون الكفلاء المتعددون متضامنين مع بعضهم البعض** ، لأنه إذا كان الكفيل متضامناً فيمكن الرجوع عليه بالدين كله كما تقرر سابقا .

**٦-أن يكون الكفيل كفيلا شخصياً لا عينياً**، وقد مال جانب من الفقه إلى ذلك ، إلا أن الذي يترجح لدي هو ما ذهب إليه جانب آخر من الفقه ، حيث يرى إمكانية التقسيم فيما بين الكفيل العيني والشخصي ، وتأسيساً على ذلك تكون حصة صاحب التأمين العيني بنسبة قيمة العين التي قدمها رهناً، والباقي يتحمله الكفيل الشخصي .

- ***المسألة الثانية: آثار الدفع بالتقسيم***

إذا تحققت الشروط السابقة ترتبت الآثار التالية :

١- لا يجوز للدائن أن يطالب أياً من الكفلاء المتعددين إلا بمقدار نصيبه وليس بكل الدين ، ويتحدد هذا النصيب بالاتفاق عند إبرام عقد الكفالة ، فإذا لم يتم ذلك قسم الدين بينهم بالتساوي .

٢- لا يجوز للدائن أن يوزع حصة المدين المتعسر على باقي الكفلاء ، وعليه وحده أن يتحمل نتيجة إعساره بخلاف حالة التضامن .

٣- الدفع بالتقسيم يقع بقوة القانون ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها دون حاجة لتمسك الكفيل بالتقسيم **(خلافاً للدفع بالرجوع والتجريد)**

٤- يجوز للكفيل التمسك بالتقسيم في أي مرحلة من مراحل الدعوى

- ***البندالثانى : انقضاء التزام الكفيل***

**أسباب عامة لانقضاء التزام الكفيل قبل الدائن**

- ينقضي التزام الكفيل بصفة تبعية لانقضاء التزام المدين الأصلي ، سواء كان متضامنا أو غير متضامن ،عن طريق الوفاء بالدين أو التجديد أو الإنابة أو المقاصة أو اتحاد الذمة أو الإبراء أو مضي المدة .

**أسباب خاصة لانقضاء التزام الكفيل قبل الدائن**

**١- إضاعة التأمينات بخطأ من الدائن**

**٢-عدم اتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين رغم إنذار الكفيل**

**٣- عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين**

وإليك التفصيل :

**١- إضاعة التأمينات بخطأ من الدائن**

وذلك كأن يهمل في تجديد قيد الرهن ، أو أن لا يطالب باسترداد ما خرج من حيازته في حالة الرهن الحيازي ، أو أن يهمل في استئناف الحكم الصادر بإلغاء الرهن، فإنه يعاقب في كل هذه الحالات ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن ، لأنه سيحل محله في مواجهة المدين الأصلي ، ولكن لا بد من تمسك الكفيل ببراءة ذمته في هذه الحالة ، بالإضافة إلى إثباته أنه قد أصابه ضرر من قبل الدائن .

**٢-عدم اتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين رغم إنذار الكفيل**

إذا أنذر الكفيل الدائن باتخاذ إجراءات ضد المدين ، كان للكفيل أن يطلب ببراءة ذمته إذا لم يقم الدائن باتخاذه هذه الإجراءات خلال ثلاثة أشهر حسب وثيقة الكويت ( ستة أشهر حسب التقنين المدني المصري والكويتي) من تاريخ الإنذار ، ولا بد أن يكون الإنذار وقت استحقاق الدين، لا قبله ، لان الدائن لا يستطيع مباشرة الإجراءات قبل انقضاء المهلة القضائية .

**٣- عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين**

لأن الكفيل ممنوع من دخول التفليسة فإن لم يدخل الدائن فيها ، فلن يبقى له من حماية سوى سقوط حق الدائن في الرجوع عليه بقدر ما يستوفيه لو تقدم في التفليسة ويبقى ملزما بالباقي ، هذا مع الاخذ بعين الاعتبار ضرورة تمسك الكفيل ببراءة ذمته بقدر الضرر الذي تكبده من جراء من إهمال الدائن الدخول في تفليسة المدين ، لأنه دفع لمصلحة خاصة ولا يتعلق بالنظام العام ، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، وفي المقابل يجوز للكفيل التنازل عنه ، وأخيرا فإن هذا الدفع يشمل كلا من الكفيل المتضامن وغير المتضامن .

## • العلاقة الثانية : العلاقة بين الكفيل والمدين

- على الكفيل أن يخطر المدين قبل الوفاء بالدين وذلك ليتمكن المدين من منعه إذا كان قد وفى بالدين ، أو كانت لديه أسباب من شأنها أن تؤدي إلى بطلانه .

- إذا وفى الكفيل الدين للدائن ، فله الرجوع على المدين( صاحب المصلحة ) بما وفاه **ب ١-الدعوى الشخصية أو٢- دعوى الحلول أو٣- دعوى الرجوع على المدينين** .وعليه فستكون دراستنا لهذا الموضوع من خلال المسائل التالية :

**المسألة الأولى : رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية**

**المسألة الثانية : رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول**

## المسألة الثالثة : رجوع الكفيل في حالة تعدد المدينين

- ***المسألة الأولى :رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية(دعوى الكفالة)***
- للكفيل الذى وفى الدين أن يرجع على المدين بما أداه من دين وتوابعه وبمصروفات المطالبة الاولى ، وبما يكون قد أنفقه من مصروفات من وقت إخطاره المدين بالإجراءات التي اتخذت ضده .

- **١- ما أساس الرجوع بالدعوى الشخصية ؟**

اختلف الفقه القانوني في هذه المسألة على رأيين :

**الرأي الأول**: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية على المدين يعتبر **وكالة** إذا عقدت بعلم المدين ودون اعتراضه ، وتعتبر **فضالة** إذا أبرمت بغير علم المدين أو برغم اعتراضه ، وفي الحالة الأولى يرجع الكفيل بدعوى الكفالة وفي الثانية يرجع بدعوى الفضالة

**الرأي الثاني :**الدعوى الشخصية ليست سوى دعوى مستقلة ومتميزة ناشئة عن عقد الكفالة

**-الراجح :** الثاني ، وذلك لأن القول بأن الكفالة تتأسس على الوكالة إن كانت بعلم المدين أو الفضالة إن كانت بغير علم المدين ، لا يقصد منه سوى تشبيه الكفيل بالوكيل أو الفضولي وليس القصد تطبيق أحكام الوكالة أو الفضالة على علاقة الكفيل بالمدين .

**٢- شروط الرجوع بالدعوى الشخصية**

**١- أن يكون الكفيل قد وفى بالدين للدائن**

يشترط حتى يكون للكفيل الحق في الرجوع على المدين أن يكون قد قام بقضاء الدين للدائن ، سواء كان ذلك القضاء بطريقة اختيارية أم بطريقة إجبارية عن طريق التنفيذ على أموال الكفيل واقتضاء الدين من ثمنها ، وسواء أتم قضاء الدين عن طريق أداء نفس الدين إذا كان عينيا أو بما

يقوم مقام الوفاء كالمقاصة أو اتحاد الذمة ، أي أنه لا يشترط حتى يرجع الكفيل على المدين أن يكون قد وفى الدين بالمعنى القانوني للوفاء ، بل يكفي أن يقضي هذا الدين عن طريق أي سبب من اسباب الانقضاء التي تقوم مقام الوفاء كالوفاء بمقابل أو المقاصة أو اتحاد الذمة

**ما الموقف لو وفى بجزء من الدين ؟**

لو وفى الكفيل بجزء من الدين فله الرجوع بما وفى شريطة أن يكون الدائن قد قبل بذلك ، و تقسم أموال المدين على الكفيل والدائن قسمة غرماء في هذه الكفالة الجزئية ، أما في حالة عدم قبول الدائن الوفاء بجزء من الدين من قبل الكفيل فإنه ليس للكفيل مزاحمة الدائن في استيفاء الجزء الباقي في هذه الحالة ، وإذا صالح الكفيل الدائن على مقدار معين من الدين فإنه يرجع بما أداه صلحا لا بجميع الدين.

**٢-أن يقوم الكفيل بإخطار المدين قبل الوفاء بالدين**

وهذا ما نصت عليه المادة ٧٩٨ في القانون المدني المصري فإذا لم يخطر الكفيل المدين ، ثم وجده قد وفى الدائن ، سقط حقه في الرجوع ،لعدم انشغال ذمة المدين بالدين ، ولكنه لو وفى بدون إخطار المدين ولم يكن المدين قد وفى الدائن أو أخطره فاعترض دون إبداء أسباب مقنعة فله الرجوع على المدين ، لأن الكفيل وفى بما عليه وتبرأ ذمته لعدم الضرر

**٣- أن يكون أجل الدين قد حل**

فلو وفى قبل حلول الأجل فلا رجوع على المدين إلا بعد حلول الأجل، إلا أنه يجوز الرجوع لو تنازل المدين عن الأجل ، فإذا انقضى دين المدين بدون وفاء كالتقادم مثلاً فلا يرجع الكفيل على المدين في هذه الحالة .

**٤- أن يكون للمدين مصلحة في إبرام الكفالة**

فيشترط لرجوع الكفيل بدعوى الكفالة على المدين أن تكون الكفالة قد أبرمت لمصلحة المدين ، لأن ذلك هو الذي يبرر رجوع الكفيل عليه

استناداً إلى عقد الكفالة الذي لم يكن المدين طرفا فيه ، وعليه فإذا كانت الكفالة مثلا قد أبرمت لمصلحة الدائن فقط فإنه لن يكون للكفيل حيتئذ الرجوع على المدين على أساس دعوى الكفالة ، بخلاف ما إذا أبرمت لمصلحة كل من الدائن والمدين معا ، فإنه سيكون للكفيل حق الرجوع على المدين هنا ، هذا على الرغم من عدم النص على هذا الشرط في المادة ٨٠٠ في القانون المدني المصري ، ويمكن تفسير ذلك بأنه من النادر أن تنعقد الكفالة لمصلحة الدائن وحده ، ويغلب أن تنعقد لمصلحة المدين أو الدائن والمدين معاً .

- فإذا توافرت الشروط السابقة كان للكفيل الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية، سواء كان الكفيل شخصيا أو عينيا أو متضامنا أو غير متضامن ، بعوض وبغير عوض ، بوفاء كلي أو جزئي ، فإذا لم تكف أموال المدين للوفاء ، وتزاحم كل من الدائن والكفيل عليها ، اقتسما قسمة غرماء .

- ***<u>المسألة الثانية : رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول</u>***

تنص المادة ٧٩٩ من القانون المدني المصري على أنه ( إذا وفى الكفيل الدين ، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق قبل المدين ، ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين ، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين ) ويكون ذلك طبقا لقواعد الحلول القانوني .

**شروط الرجوع بدعوى الحلول :**

**١- الوفاء بالدين كله أو ما يعادل الوفاء،** فإذا كان هناك جزء من الدين باقياً بغير وفاء لم يكن للكفيل أن يرجع على المدين حالاً محل الدائن ، ويبقى حق الرجوع هذا خاصا بالدائن حتى يستوفي حقه .

**٢- الوفاء عند حلول الأجل دون قصد التبرع للمدين (** لأنك لو وفيت قبل الأجل فستكون على مسؤوليتك )

**٣- إخطار المدين قبل الوفاء**

- **من هم الكفلاء الذين يجوز لهم الرجوع بدعوى الحلول ؟**

-أي كفيل متضامن أو غير متضامن ، سواء تمت بعلم المدين أو بغير علمه

- **ما أهم الفروق بين الدعوى الشخصية ودعوى الحلول ؟**

**١- معارضة المدين :**لا يشترط عدم معارضة المدين للكفالة في دعوى الحلول بخلاف الدعوى الشخصية التي فيها خلاف حول هذه النقطة

**٢- الوفاء** :في الرجوع بالدعوى الشخصية يفترض أن يكون قد وفى بجزء من الدين أو كل الدين ، وله مزاحمة الدائن عند رجوعه بباقي الدين على المدين ، أما دعوى الحلول فتفترض أن الدائن قد استوفى حقه كاملا.

**٣- التأمينات :**يستفيد الكفيل من التأمينات إذا رجع بدعوى الحلول ولا يستفيد منها إذا رجع بالدعوى الشخصية ، وذلك لأن الدعوى الشخصية دعوى خاصة ومستقلة عن دعوى الدائن )

**٤- رجوع الكفلاء على المدين :**في دعوى الحلول يجوز لكل الكفلاء الرجوع على المدين بدعوى الحلول ، سواء علم بالكفالة أم لا ، وسواء تمت برغم معارضته أم لا ، أما بالنسبة للدعوى الشخصية فلا يكون للكفيل الرجوع بها على المدين إلا إذا علم الأخير بالكفالة أو تمت دون معارضة منه، وإلا انتفت الحكمة التي من أجلها تقررت الدعوى الشخصية .

- ***المسالة الثالثة :رجوع الكفيل فى حال تعدد المدينين***

- **فرضان :**

**١-إذا كان المدينون متضامنين :**

**أ)كفالة جميع المدينين المتضامنين**

للكفيل إذا وفى بالدين أن يرجع على أي من هؤلاء المدينين بالدين كله ، إما بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية

**ب )كفالة بعض المدينين المتضامنين**

للكفيل الرجوع على أي منهم بكل الدين الذي وفاه إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول ، فإذا أدى الدين كله فله الرجوع على الباقين بدعوى الإثراء بلا سبب كل بقدر نصيبه من الدين مضافا إليه نصيبه في حصة المعسر

**٢-إذا كان المدينون غير متضامنين**

**أ)كفالة جميع المدينين غير المتضامنين**

لا يجوز للكفيل الرجوع على أي منهم إلا بقدر نصيبه في الدين ، سواء رجع بالدعوى الشخصية أم بدعوى الحلول ، ويتحمل الجميع المعسر

**ب)كفالة بعض المدينين غير المتضامنين**

لا يرجع الكفيل ألا على من كفله بقدر حصته من الدين ، ولا يستطيع أن يرجع على الآخرين إلا إذا أدى الدين كله بدعوى الإثراء بلا سبب

- **العلاقة الثالثة : العلاقة بين الكفيل وغيره من الكفلاء**

هنالك حالتان :

**أولاً: الكفلاء متعددين ومتضامنين :**

-إذا وفى أحدهم الدين **فبحلوله** محل الدائن يكون له الرجوع على كل من الباقين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر بالنسبة للمدينين الموسرين .

- يمكن أن يرجع عليهم بدعوى الإثراء بلا سبب حيث لا يتسنى له الرجوع إلا بقدر حصة الكفيل الذي يرجع عليه ونصيبه في حصة المعسر

- التضامن بين الكفلاء في عقد واحد ودين واحد يتساوى في الحكم مع وجود عدة كفلاء التزموا في عقود متوالية إذا لم يحتفظ أي منهم لنفسه بحق التقسيم

- **ثانياً : تعدد الكفلاء وعدم تضامنهم**

- الدين ينقسم عليهم فلا يكون أي منهم مسئولاً قبل الدائن إلا بقدر نصيبه

- يترتب على ذلك **آثار** منها :

١- إذا وفى أحد هؤلاء الكفلاء غير المتضامنين بالقدر المسئول عنه، فلا يجوز له أن

يرجع على الكفلاء الآخرين اعتباراً بأن كلا منهم مسئول بقدر نصيبه من الدين

٢- إذا وفى أحد الكفلاء بكل الدين جاز له أن الرجوع على بقية الكفلاء بدعوى الإثراء بلا سبب في حدود حصة كل كفيل في الدين

٣- يجوز كذلك للكفيل الذي وفى كل الدين الرجوع عليهم بدعوى الحلول محل الدائن ، لأنه لم يكن ملتزما أصلا بالوفاء عن المدين فيما يجاوز نصيبه من الدين

٤- إذا أعسر أحد الكفلاء فإن الدائن( الموفي) يتحمل وحده حصة المعسر ، فلا يتحملها بقية الكفلاء.

# المطلب العاشر : انقضاء الكفالة

-تنقضي الكفالة في التقنين المدني بشكل العام بتحقق الآتي :

١- **انقضاء الالتزام المكفول** : أيا كان سبب هذا الانقضاء ، كالوفاء أو ما يعادل الوفاء كالوفاء بمقابل ، أو التجديد أو المقاصة أو اتحاد الذمة )

٢-**انقضاء التزام المدين الأصلي بدون وفاء** : كالإبراء أو التقادم المسقط أو استحالة التنفيذ

٣- **بطلان عقد الكفالة وزواله :** كالرجوع في كفالة الدين المستقبل غير محدد المدة ، وغبراء الدائن للكفيل دون المدين ( الأصيل )، أو حلول اجل الكفالة المؤقتة ، أو تحقق الشرط الفاسخ الذي علقت عليه الكفالة ، أو سقوط التزام الكفيل بالتقادم المسقط ، أو اتحاد الذمة بين الكفيل والدائن .

٤- **تحقق الاسباب الخاصة التي نص عليها القانون وهي :**

١- إضاعة الدائن التأمينات بخطئه

٢-تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ثلاثة أشهر حسب وثيقة الكويت ( ستة أشهر حسب التقنين المدني المصري والكويتي ) من إنذار الكفيل له ، ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافيا

٣- عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين

ولا يختلف الفقه الإسلامي كثيرا عما تقرر في التقنين المدني حول انقضاء الكفالة المذكور آنفا

# القسم الثاني

# التأمينات العينية

**وفيه تمهيد وأربعة مطالب:**

**المطلب الأول : الرهن الرسمي**

**المطلب الثاني : الرهن الحيازي**

**المطلب الثالث : حق الاختصاص**

**المطلب الرابع : حق الامتياز**

**تمهيد ( مدخل ومنطلق):**

الذي يضمن أداء المدين تجاه الدائن هي قاعدة الضمان العام التي تفيد أن:

***أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه مهما كان الدين صغيراً، وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان ( قسمة الغرماء )***

***هل هذا الضمان العام يعطي حق التقدم أو التتبع ؟***

لا ، وهذا يجعل قاعدة الضمان العام قاعدة ضعيفة .

- من هنا جاءت فكرة الضمان العيني التبعي ، فإلى جوار الضمان العام هناك رهن يمنح الدائن حق التقدم على باقي الدائنين وحق التتبع إذا ما تم التصرف في ذلك الرهن ، وهذ يجعل الدائن المرتهن **دائن ممتاز**

- - الحقوق العينية التبعية أربعة هي :الرهن الرسمي / الرهن الحيازي / حق الاختصاص/ حق الامتياز.
- - سميت تبعية لأنها لا توجد مستقلة بل تابعة لدين
- - تسمى تأمينات لأنها تؤمن حق الدائن
- - تسمى عينية لأن الذي يضمن حق الدائن هو شيء وليس شخص
- - **وظيفتها :**تجعل الدين دينا ممتازا
- - **الطرفان :**الدائن المرتهن ، الراهن ( قد يكون المدين وقد يكون غيره )
- **الخصائص الإجمالية للتأمينات العينية**

**١- الرهن الرسمي :**لا يرد إلا على عقار/ يرد بمقتضى عقد / لا ينقل حيازة الشيء عن طريق القيد بالشهر العقاري .

**٢- الرهن الحيازي :** يرد على عقار ومنقول/ يرد بمقتضى عقد/ ينقل حيازة الشيء

**٣- حق الاختصاص :**لا يرد إلا على عقار / لا يرد بمقتضى عقد وإنما بحكم القاضي /لا ينقل الحيازة

**٤- حق الامتياز :**يرد على عقار ومنقول / لا يرد إلا بنص القانون

- **المنظم السعودي ووثيقة الكويت**
- -جدير بالملاحظة أن **المنظم السعودي** في سعيه لتوفير الضمانات العينية لمانحي الائتمان العقاري ، أولى الرهن العقاري عناية خاصة فأصدر نظام الرهن العقاري في ١٤٣٤، ولم يشترط لانعقاده أن يكون رسمياً، ولم يرد نظام خاص بالرهن الحيازي لإمكان التعامل معه من خلال كتب الفقه الاسلامي ، كما ورد النص على حقوق الامتياز في عدد من الأنظمة المتناثرة كما هو الحال في نظام العمل ونظام التأمينات الاجتماعية ونظام المحكمة .
- - **وثيقة الكويت :** ورد النص على الرهن الرسمي الذي لا يرد إلا على العقارات في المواد ١١٢٦ وما بعدها ، كما تناولت الوثيقة الرهن الحيازي الذي يقع على العقارات والمنقولات في المواد ١١٧٢ وما بعدها ، كما عرضت الوثيقة لحقوق الامتياز وأسمتها التوثيق العيني بنص القانون بالمواد ١٢١٩ وما بعدها ، لكنها لم تتناول حق الاختصاص كضمان عيني كما فعل المنظم المصري .

- **المطلب الأول : الرهن الرسمي**

**وفيه النقاط التالية :**

**١- تعريف الرهن الرسمي**

**٢- خصائص الرهن الرسمي**

**٣- انعقاد الرهن الرسمي**

**٤- آثار انعقاد الرهن الرسمي وانقضاؤه**

- **١- تعريف الرهن الرسمي**

عرف المنظم المصري في المادة /١٠٣٠ الرهن الرسمي بأنه :***عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد تكون )***

- **٢- خصائص الرهن الرسمي**

**١- حق عيني** (عيني تبعي / ينشأ علاقة مباشرة بين الدائن المرتهن والمال المرهون دون حاجة لتدخل المدين )

**٢- حق تبعي** ( لا رهن بدون مديونية ويتبعها وجودا وعدما / حسب المادة ١٠٤٢/١ لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون بل

يكون تابعا له في صحته وانقضائه ما لم ينص القانون على غير ذلك )

**٣- حق عقاري (** العقار فقط (١٠٣٥/١)/ شبه العقار مثل الطائرة والسيارة يعامل معاملة العقار / يدخل في حكم العقار العقار بالتخصيص أي المخصص لخدمة العقار الأصلي حسب المادة ١٠٣٦ : يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقارا)

**٣- عقد شكلي (**لا بد أن يفرغ في محرر **كتابي** / الكتابة **ركن** في انعقاده / لا تكفي الكتابة العرفية بل تشترط **الكتابة الرسمية** على يد موثق الشهر العقاري / حسب المادة ١/ ١٠٣١ ( لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية )/ تهدف الرسمية إلى تنبيه المدين **لخطورة** هذا التصرف / تمنح الدائن المرتهن سند تنفيذي يستطيع بمقتضاه التنفيذ على المال المرهون تحت يد المدين أو الحائز دون حاجة لاستصدار حكم قضائي بذلك وهذه ميزة خطرة في نفس الوقت )

**٤- عقد لا يقبل التجزئة**

- **بالنسبة للعقار المرهون :**كل العقار يضمن الوفاء بالدين / لو قسم العقار بسبب وفاة المدين مثلا فإن هذا التقسيم لا يعتد به الراهن المرتهن فيحق له التنفيذ على كل العقار أو بعضه إن شاء ولا يحتج عليه بالتقسيم /لا يسقط الرهن عن جزء من العقار المرهون بنسبة ما سدده المدين فيبقى الجزء غير المسدد مضمونا بالعقار المرهون كله، **فتجزئة العقار المرهون لا تؤدي إلى تجزئة الرهن )**

- **بالنسبة للدين المضمون (**تجزئة الدين المضمون لا تؤدي إلى تجزئة الرهن وعليه فإذا توفي الدائن ووزع الدين على ورثته استطاع كل منهم أن ينفذ على كل العقار المرهون / كذلك إذا انقضى جزء من الدين بالوفاء مثلا فإنه لا يترتب على ذلك تحرير جزء من العقار المرهون بنسبة ما انقضى من الدين ن بل يظل العقار كله ضامنا للجزء الباقي من الدين

- **يعني : أن كل العقار المرهون أو بعضه يعتبر ضامنا لكل الدين أو بعضه ، وكل الدين أو بعضه مضمون بكل المرهون أو بعضه**
- **المادة /١٠٤١ :** *كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين ،وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المضمونة كلها، ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك )*
- **ملاحظة :** هذه القاعدة ليست من النظام العام بل تلبي حاجات ومصالح خاصة ، فللدائن المرتهن قصر حقه على بعض المرهون دون بعض ، إما لأنه استوفى أغلب دينه وإما لأن قيمة الجزء المقصور عليه كافية للوفاء بحقه ، وبالتالي يقع اتفاقه مع المدين أو الحائز صحيحا قانونا
- **٣- <u>انعقاد الرهن الرسمي</u>**

ينعقد الرهن – شانه شأن غيره من العقود – بتوافر الرضا والمحل والسبب ، كما يشترط له خلو الإرادة من العيوب وتوافر الاهلية لدى طرفيه بالإضافة إلى ركن الشكلية ( الكتابة الرسمية )

**الركن الاول : التراضي (**الطرفين الدائن المرتهن والراهن / **أهلية التصرف** ببلوغ سن الرشد من **المدين الراهن** لأن الرهن من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، ولذلك فإن القاصر لا يكون أهلاً لرهن عقار من عقاراته /**الكفيل العيني** الراهن غير المدين يشترط أن تكون له أهلية التبرع لأن عمله تبرعي / يصح عقد الرهن من الدائن **المرتهن** إذا كان مميزا أي يتوفر لديه أهلية مباشرة للقيام بالأعمال النافعة نفعا محضاً /

- **المحل في الرهن ( المرهون )**
- **شروطه:**

**١- لا بد أن يكون عقارا**(رهن البناء مع الارض او مستقلا عنها/ يشمل ملحقات العقار

**٢-أن يكون العقار مما يصح بيعه استقلالاً بالمزاد العلني (**لا يجوز رهن المال الموقوف او المال العام / رهن الرهن الرسمي لان الحكمة لا تتحقق )

**٣- أن يكون العقار المرهون موجوداً (**لا يجوز رهن المال المستقبل بنص المادة ١٠٣٣/٢ لتعارضه مع مبدأ تخصيص الرهن وهذا خروج عن القواعد العامة التي تشترط أن يكون المحل موجودا أو قابلا للوجود ورهن المال المستقبل في حكم القابل للوجود / لماذا؟ :لأن المال المستقبل الذي لا وجود له وقت إبرام الرهن لن يستطيع المتعاقدان تعيينه تعيينا دقيقا / التطورات الحديثة خففت من حدة هذه القاعدة خاصة في مسالة التمويل العقاري )

**٤- أن يكون العقار المرهون مملوكاً للراهن(**لا يستطيع الشخص ان يقرر رهنا على ما لايملكه ولا على اكثر مما يملكه/ يصح رهن المشاع ، لكن إن وقع في نصيبه الأعيان التي رهنها بعد القسمة استقر الرهن وإن وقع في نصيبه اعيان اخرى للمرتهن عند زوال ملكية الراهن

**٥- أن يكون العقار معيناً(**لا بد أن يكون معينا تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه وان يرد هذا التعيين في عقد الرهن ذاته او في عقد رسمي لاحق

- القواعد العامة في العقد تشترط أن يكون المحل موجوداً أو قابلا للوجود

- **الدين المضمون بالرهن :**
- **شروطه :**
- **١- أن يكون صحيحا (**ليس باطلا أو قابلا للابطال / الرهن لدين على مجنون أو عديم الأهلية باطل /الدين الباطل نسبيا يمكن ضمانه بالرهن
- **٢- أن يكون الدين مشروعا (** الرهن الذي ينعقد ضمانا لدين قمار أو ضمانا لدين جلب مخدرات يعتبر باطلا )

- **٣-أن يكون الدين معينا تعيينا كافيا** ( من حيث مصدره ، مقداره ، أجله فيما يعرف بمبدأ تخصيص الرهن )

**ما حكم الرهن لضمان دين مستقبلي ؟**

**أجاز المنظم المصري مسايرة للاعتبارات العملية خاصة مع البنوك انعقاد الرهن ضمانا لدين قد ينشأ في المستقبل ولكن بشرط أن يحدد الحد الأقصى للدين.**

**المادة /١٠٤٠ (يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي ، كما يجوز أن يترتب ضمانا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار ، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين )**

- **٤- آثار عقد الرهن وانقضاؤه**

- **الراهن** (عليه المحافظة على المرهون / له حق الحصول على غلات المرهون

- **المرتهن الدائن** (له الحق في التنفيذ على العقار إذا حل اجله /الحق في التقدم والتتبع

- **عقد الرهن** (ينقضي تبعا لانقضاء الدين تطبيقا لمبدأ التبعية / ينقضي بسبب تخلف احد الاركان والشروط ، كعدم تعيين العقار المرهون تعيينا دقيقا أو عدم ابرامه على يد موثق رسمي / قد ينقضي لأسباب خاصة من هلاك العقار المرهون أو اتحاد الذمة بين الدائن والمدين ، أو التنفيذ على العقار المرهون أو تطهير العقار المرهون أو النزول عن الرهن .

- **المطلب الثانى : الرهن الحيازي**

**وفيه النقاط التالية :**

- **تمهيد**

**١- تعريفه**

**٢- خصائصه**

**٣-انعقاده**

**٤- آثاره وانقضاؤه**

- **تمهيد**

- وردت أحكام الرهن الحيازي بوثيقة الكويت بالمواد ١١٧٢-١٢١٨، تناولت إنشاء الرهن الحيازي في الفصل الأول ، وأحكام خاصة ببعض الرهون الحيازية في الفصل الثاني ، وانقضاء الرهن في الفصل الثالث .
- - لم يرد قانون خاص بتنظيم الرهن الحيازي في النظام السعودي ، لكن القاضي يمكنه استيفاء أحكامه من كتب الفقه الإسلامي الذي اتجه في مجموعه إلى مشروعية الرهن الحيازي سواء كان الراهن

هو المدين نفسه أو شخص آخر خلاف المدين ، كما يمكنه الإحالة في أحكام الرهن الحيازي على ما ورد بقانون الرهن العقاري .

- 

## ١- تعريف الرهن الحيازي

**عرفت المادة (١٠٩٦)**الرهن الحيازي بأنه :عقد به يلتزم شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئا يترتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون)

**وثيقة الكويت :**هو عقد يتم به احتباس مال في الدائن أو يد عدل ضمانا لحق يمكن استيفاؤه منه كله أو بعضه بالتقدم على سائر الدائنين )

**تعليق :** تعريف الوثيقة أفضل من تعريف المدني المصري ، حيث يشمل وعاء التقدم الشيء المرهون ذاته وأي مبلغ يحل محل المال المرهون ، كالتعويض أو مقابل التأمين ، أما النص في المدني المصري فقد قصر سلطة الدائن في التقدم على ثمن الشيء المرهون، وهو منتقد

- **٢- خصائص الرهن الحيازي**

- يشترك الرهن الحيازي مع الرهن الرسمي في كونه حقا عينيا ، تبعيا ، لا يقبل التجزئة، لكنه يختلف عنه في أنه ليس عقدا شكليا(رضائي ) ، وأنه يرد على العقار والمنقول ، وأنه يفترض نقل حيازة المرهون للدائن المرتهن لينفذ الرهن ،خاصة في مواجهة الغير ، وعليه فالخصائص المميزة للرهن الحيازي **هي:١- عقد رضائي لا شكلي ٢- يرد على العقار والمنقول٣- ينقل حيازة المرهون للمرتهن**

**١- عقد رضائي لا شكلي(**لعدم ظهور الحكمة هنا وذلك لأنه يرد على العقار والمنقول والقاعدة أن المنقولات لا تشهر التصرفات المتعلقة بها ، بالإضافة إلى أن انتقال حيازة المرهون للدائن المرتهن قد يكون وسيلة

أقوى وأوضح في الشهر ، فلن يذهب ذو المصلحة للشهر العقاري ليتبين حقيقة الأمر ، بل هو ظاهر أمام الجميع ، فالحيازة في يد الدائن وهو يعلن أنه دائن مرتهن للمال وليس مالكا له .

**والرهن الحيازي** ليس عقداً شكليا يكون القبض أو التسليم ركنا فيه ، بل هو رضائي ، ونقل الحيازة للمرتهن تظل أثرا من آثار العقد وليس ركناً لانعقاده ، فإن أخل المدين بالتزامه بالتسليم ونقل الحيازة طبقت عليه القواعد العامة في الفسخ والتعويض

**٢- عقد يرد على العقار والمنقول**

- هو يرد أساسا على المنقول ، وهو الأمر الشائع عملا ، فصاحب العقار قد يلجأ إلى الرهن الرسمي، وفيه نوع من الستر وعدم شيوع أمر المديونية بين الناس ، فتهتز صورته واسمه أمام الناس ، أما صاحب المنقول فلا سبيل أمامه عند الاستدانة إلا النزول على مقتضى أحكام الرهن الحيازي ، وقبول نقل حيازة ملكه لغيره .
- ولكن هذا لم يمنع من جواز ورود الرهن الحيازي على العقار أيضا إن اتفق الطرفان على ذلك ، مع انطباق الأحكام السابقة الخاصة بالعقار بالتخصيص
- **٣- نقل حيازة المرهون للمرتهن**
- وهو المبرر لتسمية الرهن الحيازي بهذا الاسم ، وهو الوسيلة الفعالة للدائن لكي يطمئن على حقه ، ولإعلام الغير والاحتجاج في مواجهته كدائن مرتهن بما له من حقوق قبل المدين ، وممارسة حق التقدم وحق التتبع .
- - نقل حيازة المرهون ليس ركنا في انعقاد الرهن الحيازي
- -هذا الانتقال للحيازة يفرض التزامات على عاتق المرتهن من حفظ المال واستثماره وخصم صافي الريع من أصل المديونية ، والمسئولية عن هلاك الموهون في يده ، ورد المرهون بعد انقضاء

الرهن وغيرها من الالتزامات المنظمة في المادة ١١٠٣ مدني وما بعدها

- **٣- انعقاد الرهن الحيازي**

- له أركان ثلاثة من رضاء ومحل وسبب، كما يفترض في الرضا توافر شرطي الاهلية وخلو الإرادة من العيوب ، كما توجد فيه شروط في المحل من الوجود والتعيين والقابلية للبيع بالمزاد العلني والمشروعية ،

- وهي ذات القواعد والشروط التي رأيناها في الرهن الرسمي ، فنحيل عليها كما أحال المنظم .

- -أما بشأن قواعد رهن المنقول وأنواع المنقولات المادية والمعنوية الجائز رهنها ورهن الديون فقد نظمتها المادة /١١١٧ وما بعدها من القانون المدني

- **٤- آثار الرهن الحيازي وانقضائه**

- **الراهن :يلتزم** بتسليم المرهون ، وضمان سلامة الرهن ونفاذه ، وضمان هلاك المرهون بقوة قاهرة أو بخطأ من جانب الراهن (بيع ، هدم العقار)

- **- له الحق في** الحصول على صافي ريع المرهون ، خصما من أصل الدين ، كما الحق في التصرف في المرهون

- **المرتهن : يلتزم** بالمحافظة على المرهون ، وإدارته واستثماره وتنميته ، ويضمن هلاك المرهون بخطئه

- **- له الحق** في حبس المرهون ، وفي التنفيذ على المرهون إذا حل الأجل دون وفاء ، كما له الحق في التقدم والحق في التتبع (المعنوي ).

- - أما فيما يتعلق بانقضاء الرهن الحيازي ، فينقضي طبقا للقواعد العامة سواء تبعا لانقضاء الدين ، أو لاعتبارات خاصة بعقد الرهن

ذاته ، أو لأسباب خاصة بالرهن من النزول عن الرهن وتطهير المرهون، والتنفيذ عليه ، وهلاكه ، واجتماع صفة المدين و الدائن في شخص واحد .

- **المطلب الثالثً : حق الاختصاص**
  - **١- تعريفه**
  - **٢- خصائصه**

**٣- شروط إنشاء حق الاختصاص**

**٤-الحالات التي يمتنع فيها ترتيب حق الاختصاص**

**٥-آثار حق الاختصاص وانقضائه**

- **١- تعريف حق الاختصاص**

**قدرة الدائن الذي بيده حكم موضوعي نهائي على أخذ أحد عقارات المدين ضمانا للحصول على حقه بأمر من المحكمة المختصة**

- **٢- خصائص حق الاختصاص**

- **١- أنه حق عيني** (سلطة على شيء معين تمنح بعض المزايا التي يعترف بها القانون/ ينشيء علاقة مباشرة بين الدائن والمال المقرر عليه الحق / لا وساطة في تدخل الدائن )
- **٢- أنه حق عيني تبعي** (يميز بين الدائن العادي والممتاز / تبع لوجود مديونية /

**٣- حق يرد على عقار (** عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد الحق / قابلية بيعها بالمزاد العلني )

**٤- حق لا يقبل التجزئة**

**بالنسبة للعقار(**كل العقار يضمن الوفاء بالدين / القسمة بين الورثة لا يؤثر على الاختصاص /

**الدين المضمون :**لا يسقط الاختصاص عن جزء من العقار المرهون بنسبة ما سدده المدين

- **٥- يتقرر حق الاختصاص بأمر من المحكمة الابتدائية**
- ينفرد بهذا عن بقية الحقوق العينية التبعية ...لا بعقد ولا بقوة القانون ،/ بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرة اختصاصها محكمة العقار المطلوب أخذ حق الاختصاص عليه ، بناء على عريضة تقدم إليه من الدائن /لا بد ان تصحب بصورة رسمية من الحكم وأن تشتمل على البيانات التالية :اسم الدائن ، اسم المدين ،تاريخ الحكم وبيان المحكمة التي أصدرته ،مقدار الدين ،تعيين العقارات تعيينا دقيقا/ ممكن يكون الاختصاص لكل العقار أو جزء منه إذا كان كافيا
- **٣- <u>شروط إنشاء حق الاختصاص</u>**

**١-وجود حكم قضائي موضوعي(** مدني ، جنائي / محكمة محلية لا أجنبية إلا إذا اصبحت واجبة النفاذ)

**٢-أن يكون الحكم واجب النفاذ(** نهائي لا يقبل الطعن ، لماذا ؟ لكي يسمح فورا بالتنفيذ على أموال المدين

- **٣- أن يتضمن الحكم أداء معينا على المدين(**دفع مبلغ من النقود مثلا ، القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، ومتى كان ملزما للمدين بأداء معين ، جاز أخذ الاختصاص بموجبه

- **٤- أن يكون الدائن حسن النية (**لو باع المدين عقارا له ، ثم أخذ الدائن حق اختصاص على هذا العقار وهو عالم ببيعه ، وقيد حق الاختصاص قبل تسجيل البيع ، فإن هذا الحق لا ينفذ في حق المشتري )

- **٤- الحالات التي يمتنع فيها ترتيب حق الاختصاص**

- يحظر القانون ترتيب حق الاختصاص وإن توافرت الشروط – استثناء – في حالتين :

**١- وفاة المدين (**فلا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار في التركة لأنه لا يجوز لأحد الدائنين أن يغير من ضوابط التوزيع شيئاً لمصلحته

**٢- إعسار المدين (**إذا بدأ الدائنون بإجراءات شهر إعسار المدين فلا يجوز لأي منهم أن يفضل أحدا على الآخر ، وكل تصرفاته في فترة الريبة يمكن الطعن عليها

- **٥- آثار حق الاختصاص وانقضائه**

- **الدائن (**يكون للدائن الذي تقرر له حق اختصاص على أحد العقارات ضمانا لتنفيذ حكم قضائي موضوعي نهائي ذات الحقوق المقررة قانونا للدائن المرتهن رسميا ، كما يخضع لذات الاحكام المتعلقة بالقيد وتجديده ومحوه وانقضاء الحق

- -/ يجب قيد حق الاختصاص للاحتجاج به في مواجهة الغير

- **انقضاء حق الاختصاص (**أجاز المنظم لكل ذي مصلحة أن يطلب من ذات المحكمة التي أصدرت أمر الاختصاص أن تنقصه الى الحد المناسب ، ويكون إنقاص حق الاختصاص إما بقصره على جزء من العقار أو العقارات التي رتب عليها ، أو بنقله إلى عقار آخر تكون قيمته كافية لضمان الدين ، وتقع مصروفات الإنقاص على من يطلبه ، حتى ولو كان بموافقة الدائن

## • المطلب الرابع : حق الامتياز

**وفيه النقاط التالية :**

**تمهيد**

**١- تعريفه**

**٢- خصائصه**

**٣- أنواعه**

**٤- آثاره وانقضاؤه**

- **تمهيد**

- عرضت **وثيقة الكويت** لحقوق الامتياز في الباب الثالث من الكتاب الرابع وقسمته إلى فصلين الاول :للأحكام العامة ، الثاني : في بعض أنواع الحقوق الممتازة .
- **الأنظمة السعودية :** وردت حقوق الامتياز متناثرة في نظام العمل ، والتأمينات الاجتماعية ، ونظام المحكمة التجارية ، ومن الأول امتياز المبالغ المستحقة للعامل في مواجهة صاحب العمل ، ومن الثاني امتياز الوكيل بالعمولة والامتيازات البحرية

- **١- تعريف حق الامتياز**

- رأى المنظم أن بعض الحقوق أو الديون يجب الوفاء بها قبل غيرها لصفة هامة فيها تمنحه الأولوية ، فالعبرة بصفة الدين لا بشخص الدائن ، كدين النفقة ، وأجر العمال، و المؤجر ، وصاحب الفندق ، والخزانة العامة ....الخ

- **التعريف : أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته**

- **٢- خصائص حق الامتياز**

- تجتمع فيه خصائص الحقوق العينية التبعية ، وينفرد عنها بميزات خاصة فهو حق عيني ، تبعي ، يرد على عقار ومنقول ، ولا يقبل التجزئة ، وتقرره إرادة المنظم وحدها

- **- يقرره المنظم وحده**

- **(**لا يكون للحق امتياز إلا بنص قانون / القانون يتولى تنظيم أحكامه من حيث المرتبة والقيد ووعاء الامتياز/ الطرفان لا يملكان إنشاءه / لا يجوز لأي محكمة أن تقضي بترتيب حق امتياز غير وارد النص عليه / حق استثنائي خروجا على قاعدة التساوي أمام الضمان العام

- **٣- أنواع حقوق الامتياز**

- **١- حقوق الامتياز العامة (** محلها كل ما في الذمة المالية للمدين / تتقرر لبعض الدائنين الذين تصعب مطالبتهم بتقييد حقوقهم في السجلات الرسمية الخزانة العامة والنفقة ...الخ / البعض ذهب إلى انها ليست حقوق عينية بالمعنى الصحيح

- **٢- حقوق الامتياز الخاصة على المنقول (**لا يجب تقييد هذه الحقوق مثل امتياز المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وما يلزمه من ترميم ، وامتياز المبالغ المستحقة للمؤجر ، وامتياز صاحب الفندق

**٣- حقوق الامتياز الخاصة على العقار (** أوجب المنظم فيها الشهر بالقيد في الشهر العقاري تماما مثل الرهن الرسمي ، ولا تنفذ في حق الغير إلا من تاريخ قيدها، وحدد مرتبة الامتياز وأولويته / أمثلتها : امتياز بائع العقار ،امتياز المقاول والمهندس المعماري ، امتياز متقاسم العقار

- - قد يسبق حق الرهن حق الامتياز الوارد على عقار لأنه أسبق منه في القيد مثلا

- حقوق الامتياز العامة كحقوق الخزانة العامة وحق المصروفات القضائية ودين النفقة والأجراء كلها تتقدم على أي رهن رسمي أو حيازي أو حق اختصاص .

- - من الديون الممتازة في الفقه الاسلامي دين الزكاة، النفقة ، تجهيز الميت ، الدين الموثق برهن

- **٤- آثار حقوق الامتياز وانقضاؤها**

**أ) الآثار**

- **-الشهر والتسجيل :**حقوق الامتياز العامة لا تخضع للشهر أو التسجيل ولو كان محلها عقارا ، وحقوق الامتياز الخاصة الواردة على منقول لا تخضع للشهر ، أما حقوق الامتياز الخاصة الواردة على عقار فلا تكون نافذة إلا في مواجهة الغير إلا إذا تم قيدها أو تسجيلها ، كما أنها يسري عليها أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا يتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق

- **- حق التقدم :** حق الامتياز يخول صاحبه التقدم على سائر الدائنين العاديين / إذا تعدد الدائنون الممتازون ، أو تزاحم دائن ممتاز مع صاحب تأمين عيني آخر حدد القانون مرتبتهم أيا كان نوع الامتياز

- **- حق التتبع :**يثبت هذا الحق لأصحاب الحقوق الممتازة الخاصة الواقعة على عقار أو منقول

- **ب) انقضاء حقوق الامتياز**

- - ينقضي حق الامتياز بنفس الطريقة التي ينقضي بها الرهن الرسمي والرهن الحيازي ووفقا لأحكام انقضاء هذين الحقين ، وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه تلك الأحكام مع طبيعة حق الامتياز.