كلية القانون
College of Law
QATAR UNIVERSITY جامعة قطر

دار نشر جامعة قطر
Qatar University Press

OPEN ACCESS

Submitted: 25/10/2020
Accepted: 25/01/2021

وقت ونطاق الرجوع على الكفيل - دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الإماراتي

موسى رزيق
أستاذ زائر، جامعة الكويت
moussa.rezig@ku.edu.kw

ملخص

تتعلق هذه الدراسة بعقد الكفالة؛ وفقًا للأحكام المنصوص عليها بالمواد: (1056) إلى (1105)، من قانون المعاملات المدنية الإماراتي. وتنحصر الدراسة في تناول موضوع جزئي في علاقة الكفيل بالدائن، يتعلق بحق الدائن في الرجوع على الكفيل؛ بحكم أنه ضامن للوفاء بالتزام الأصيل. وتناقش الدراسة في هذا الشأن مسألتين؛ تتعلق الأولى بتسليط الضوء على مفهوم وقت الرجوع على الكفيل من حيث مضمونه، وتعيينه، وتأثره بتقلبات أجل الوفاء. وتتعلق الثانية بتسليط الضوء على مسائل نطاق الرجوع على الكفيل في حالتي اتساع النطاق وضيقه؛ فعندما يتسع النطاق يكون للدائن الرجوع على كل من له صلة بالدين والضمان؛ بدءًا بالأصيل، فالكفيل، وكفيل الكفيل إن وُجد، دون قيد. وعندما يضيق النطاق؛ يتعين على الدائن التقيّد بمراعاة أولويةٍ، وترتيبٍ معينين للرجوع على الكفيل.

الكلمات المفتاحية: كفالة، الرجوع على الكفيل، كفيل، ضمان، دائن، مدين

للاقتباس: رزيق، موسى. "وقت ونطاق الرجوع على الكفيل – دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الإماراتي"، المجلة الدولية للقانون، المجلد العاشر، العدد المنتظم الثاني، 2021

https://doi.org/10.29117/irl.2021.0175

© 2021، رزيق، الجهة المرخص لها: دار نشر جامعة قطر. تم نشر هذه المقالة البحثية وفقًا لشروط Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0). تسمح هذه الرخصة بالاستخدام غير التجاري، وينبغي نسبة العمل إلى صاحبه، مع بيان أي تعديلات عليه. كما تتيح حرية نسخ، وتوزيع، ونقل العمل بأي شكل من الأشكال، أو بأية وسيلة، ومزجه وتحويله والبناء عليه، طالما يُنسب العمل الأصلي إلى المؤلف.

دار نشر جامعة قطر
Qatar University Press

كلية القانون
College of Law
QATAR UNIVERSITY جامعة قطر

OPEN ACCESS
Submitted: 25/10/2020
Accepted: 25/01/2021

Claiming against the Guarantor; Its Time and Scope – Analytical Study within Light of the United Arabian Emirates Civil Transactions Law

Moussa Rezig
Visiting professor, Kuwait University
moussa.rezig@ku.edu.kw

Abstract

This study relates to the sponsorship contract according to the provisions stipulated in Articles: 1056 to 1105, of the UAE Civil Transactions Law. The study is limited to dealing with a partial issue in the sponsor's relationship with the creditor related to the creditor's right of recourse to the guarantor by virtue of the fact that he is a guarantor to fulfill the principal's obligation. The study discusses in this regard two issues: First, it discusses conditions where the creditor is entitled to claim against the guarantor, with reference to content, designation and terms' effects of reimbursement. Second, it highlights issues concerning the scope of the creditor's right to claim against the guarantor within two situations; in a broader context, the creditor has the right to claim against all parties connected to the debt and warranty without any ordinal or temporal limitations. In a narrower context, however, the creditor is required to adhere to specific limitations and priority arrangements for claiming against the guarantor.

Keywords: Sponsorship; Claiming against the guarantor; Guarantor; Warranty; Creditor; Debtor

Cite this article as:Rezig., "Claiming against the Guarantor; Its Time and Scope – Analytical Study within Light of the United Arabian Emirates Civil Transactions Law" *International Review of Law*, Volume 10, Issue 2, 2021

https://doi.org/10.29117/irl.2021.0175

© 2021, Rezig, licensee QU Press. This article is published under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0), which permits non-commercial use of the material, appropriate credit, and indication if changes in the material were made. You can copy and redistribute the material in any medium or format as well as remix, transform, and build upon the material, provided the original work is properly cited.

المقدمة[1]

من المعلوم أن الكفالة، بدلالة الاصطلاح القانوني، نوع من جنس عقود التأمينات الشخصية[2]. طرفاها؛ الكفيل، والدائن. وهي بين طرفيها، عقد لازم ينشئ التزامًا مفردًا في ذمة الكفيل بضمان دين للدائن في ذمة المدين. وهي بحسب الأصل، عمل تبرّعي، الغرض منه تقديم خدمة مجانية للمدين[3]. وتُعد الكفالة، بهذا المفهوم، من أظهر عقود الضمان في مجال العلاقات القائمة على المديونية، إذ تنشئ للدائن ضمانًا شخصيًا في ذمة الكفيل، يحثه على قبول التعامل مع المدين وهو مطمئن إلى النتيجة؛ حيث تكون له ذمتان ضامنتان للوفاء بحقوقه؛ ذمة المدين، وذمة للكفيل.

منطلق هذه الدراسة هو تسليط الضوء على حدود الضمان الذي تنشئه الكفالة لمصلحة الدائن، في ضوء أحكام المواد: (1056) إلى (1105)، من قانون المعاملات المدنية الإماراتي[4]. ويندرج الموضوع ضمن حق الدائن في الرجوع على الكفيل دون الرجوع أولًا على المدين؛ ذلك أن القانون يتيح للدائن مطالبة الكفيل ابتداءً، بل وكفيل الكفيل إن وُجد، وترك مطالبة المدين. بمعنى آخر أن النص يجيز للدائن الرجوع على كل من له صلة بالدين؛ الأصيل، أو الكفيل، أو كفيل الكفيل، ويضيف إلى ذلك أن رجوع الدائن على أيٍّ من هؤلاء لا يخضع لترتيب، أو أولوية؛ فله أن يرجع على الكفيل قبل الأصيل وعلى كفيل الكفيل قبل الكفيل[5].

وتقديرنا أن من شأن إفساح مجال الرجوع أمام الدائن على هذا النحو أن يضرّ بتوازن عقد الكفالة، خاصة إذا وضعنا في الاعتبار أمرين؛ الأول، أن توازن عقد الكفالة مطلوب لذاته؛ لأن الكفيل يكون أصلًا متبرعًا بالضمان، فلا ينبغي أن يعامل ابتداءً كمدين بالدين. الثاني، أن ضوابط، أو محددات وقت ونطاق الرجوع على الكفيل لا يزالان خاضعين – بوجه عام – لأحكام القواعد العامة، وهذه الأخير لا تتضمن قيدًا خاصًا على إرادة الدائن.

---

1 في هذه الدراسة، درجنا على استخدام الاصطلاحات التالية: **القانون**: القانون الاتحادي رقم (5/ 1985)، المتعلق بقانون المعاملات المدنية الإماراتي. **المذكرة**: المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي. **المشرع**: السلطة التشريعية في دولة الإمارات العربية المتحدة. **معاملات**: قانون المعاملات المدنية الإماراتي. **كفيل الكفيل**: الكفيل الثاني ومن يليه.

2 من المفيد الإشارة هنا إلى قِدَم التعامل بالكفالة. ويُنقل عن مؤرخي القانون ما يفيد أن الكفالة قد ظهرت قديمًا كعقد ضمان "عائلي" في القانون الروماني القديم، فكان يشترط في الكفيل أن يكون من أقرباء المدين، ويلزم بالدين متضامنًا كما لو كان هو المدين. ثم تطور التعامل بالكفالة فأصبح الكفيل ملتزمًا بالضمان دون أن يكون متضامنًا مع المدين. وفي وقت لاحق اعترف المشرع في القانون الفرنسي القديم للكفيل بالدفع بمطالبة المدين أولًا "الدفع بالتجريد". انظر في الموضوع: منصور مصطفى منصور، **عقد الكفالة**، منشأة المعارف، مصر، (د.ت)، ص 12، وما بعدها؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، م 10، دار التراث العربي، بيروت، 1975، ص 57، وما بعدها.

3 لا يختلف الفقهاء حول الطابع التبرعي للكفالة، وشاهدهم في ذلك مستمد من طبيعة العلاقة التي تجمع الكفيل بالدائن؛ فالكفيل –في الأصل– لا يتلقى مقابلًا من الدائن نظير ما يقدمه له من ضمان، وذلك هو واقع الكفالة المدنية ولو كان الكفيل تاجرًا؛ لأن العمل التجاري لا يعرف التبرع، وإذا حصل أن استحق الكفيل من الدائن مقابلًا لكفالته فذلك يغير طبيعتها من عقد كفالة إلى عقد تأمين "دين". ويستثني المشرع من "مدنية الكفالة" حصول الكفالة بضمان الأوراق التجارية، فتكيف الكفالة عقدًا تجاريًا. وقد ورد النص بهذا المعنى في المادة (651)، أنه "تعتبر كفالة الدين التجاري عملًا مدنيًا، ولو كان الكفيل تاجرًا. غير أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية، ضمانًا احتياطيًا، أو عن تظهير هذه الأوراق، تعتبر دائمًا عملًا تجاريًا". وفي غير ما سبق بيانه تظل الكفالة عملًا تبرعيًا مدنيًا صِرفًا. لمزيد من التفاصيل حول الموضوع، انظر: منصور، مرجع سابق، ص 12؛ السنهوري، مرجع سابق، ص 58؛ سمير عبد السيد تناغو، **التأمينات العينية والشخصية**، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 5، 2008. ص 24، وما بعدها.

4 الصادر بالقانون الاتحادي رقم (5) لسنة 1985، معدل بالقانون رقم (1) لسنة 1987.

5 تنص **المادة 1078، معاملات**، على أن: "1– للدائن مطالبة الأصيل أو الكفيل أو مطالبتهما معًا. 2– وإن كان للكفيل كفيل فللدائن مطالبة من شاء منهما. 3– على أن مطالبته لأحدهم لا تسقط حقه في مطالبة الباقي".

لكن بالمقابل نجد أن المشرع عاد مستدركًا الحفاظ على قدر من توازن علاقة الكفيل بالدائن، فنص على نوع "هش" من القيود على حق الدائن، فمنع، من جهة، الدائن من الرجوع على الكفيل في حالة الدين المضمون بتأمين عيني بأن جعل الرجوع على الأخير تاليًا. وأجاز للكفيل، من جهة أخرى، اشتراط أن يكون الرجوع عليه بعد الرجوع على المدين، أو على الكفيل الأول في حالة تعدد الكفلاء. ونتساءل: هل يكون المشرع بمسلكه هذا قد حقق التوازن المطلوب بين طرفي الكفالة باعتبارها عقدًا يحفظ للدائن مصلحة على حساب الكفيل المتبرع للدائن بالضمان؟

هذا، وقد تبيّن من خلال الدراسة، بوجه عام، أن المشرع خلال تنظيمه لعلاقة الكفيل بالدائن لم ينشغل بموضوعي "وقت" و"نطاق" الرجوع على الكفيل، على أهميتهما في حفظ توازن الكفالة على النحو المنوّه عنه أعلاه. فجاءت النصوص تتجاهل خصوصية المركز القانوني للكفيل كضامن لالتزام المدين، لا كمدين بالدين. بل وتبيّن لنا أن تجاوز المشرع عن ذلك قد شغل الشراح دون مقتضًى مكافئ، فضلًا عن أنه ظل يثير اضطرابًا في أروقة المحاكم. ففي تقديرنا أن المحكمة الناظرة في دعاوى تعيين وقت ونطاق الرجوع على الكفيل قد لا تستسيغ – من منظور العدالة – تطبيق القواعد العامة نفسها التي تنظم حق الدائن في الرجوع على المدين، في العلاقة بين الدائن والكفيل؛ لأن العلاقة التي تجمع الأخِيريْن هي علاقة ضمان وليست علاقة دَيْنيّة.

أخذًا لما سبق في الاعتبار، نستعرض مسألتين؛ تتعلق الأولى بمحاولة تحديد ضوابط لتعيين وقت الرجوع على الكفيل، وتتعلق الثانية بمحاولة تحديد ضوابط لبيان حد نطاق الرجوع على الكفيل. وتشكل هاتان المسألتان "الموضوع الرئيس" في هذه الدراسة.

خصصنا لبحث المسألة الأولى المبحث الأول، تناولنا فيه، من جهة، تعيين وقت الرجوع على الكفيل، من حيث مضامينه، وتعيينه، وتأثره بتقلبات أجل الوفاء، مبينين فيما نعرضه؛ متى يتحدد الوقت وفق ما يتفق عليه في العقد، ومتى يتحدد تبعًا لما يقرره القضاء. ثم نستعرض تحديد وقت الرجوع تبعًا لنوع الكفالة؛ متى ما انعقدت مطلقة، أو انعقدت مقيدة، أو انعقدت مؤجلة. ونستعرض، من جهة أخرى، حالات الأجل الذي يحصل فيه الرجوع، وتشمل ثلاث حالاتٍ: حالة اختلاف الأجل، وحالة امتداد الأجل، وحالة سقوط الأجل.

وخصصنا لبحث المسألة الثانية المبحث الثاني، استعرضنا فيه نطاق الرجوع على الكفيل في حالتين: الأولى، عندما يتسع نطاق الرجوع بحيث يكون للدائن الرجوع على كل من له صلة بالدين والضمان: بدءًا بالأصيل، فالكفيل، وكفيل الكفيل إن وُجد. الثانية، عندما يضيق نطاق الرجوع بحيث يتقيد الدائن بالرجوع أولًا على الأصيل في حالة الكفيل المفرد، ويتقيد بالرجوع أولًا على الكفيل الأول في حال تعدد الكفلاء.

هذا، وقد اكتفينا في دراستنا هذه بتناول هاتين المسألتين – في موضوع رجوع الدائن على الكفيل – لأهمية الربط بينهما. وتظهر هذه الأهمية في كونهما يمثلان حجر الزاوية فيما ينبغي أن يحتاط له الدائن لضمان رجوع هادئ وتام على الكفيل: فمن جهة أن اهتمام الدائن بترقب حلول وقت الرجوع على الكفيل يفسح له المجال لاتخاذ ما يلزم من إجراءات تحفظية يتيحها له القانون قبل مباشرة دعوى الرجوع؛ حيث يصبح التزام الكفيل واجب الوفاء بعد أن كان مؤجلًا. ومن جهة أخرى أن علم الدائن بنطاق الرجوع على الكفيل يجعله على بيّنة بمقدار الدين الذي يرجع

به على الكفيل، مما يتيح له مجالًا لتقدير كفاية وكلفة الدعوى القضائية في مواجهة الكفيل، مقارنة بقيمة ما يحصل عليه من وفاء. وعليه، فإن إحاطة الدائن بتفاصيل أحكام هاتين المسألتين من شأنها أن تيسّر له رجوعًا على الكفيل أكثر فائدة، وأقل كلفة.

مشكلة الدراسة:

تعالج الدراسة تقدير كفاءة مسلك المشرع في تناوله وقت ونطاق الرجوع على الكفيل، من حيث؛ هل أفلح في إقامة التوازن المطلوب بين طرفي العلاقة؟ هل أخذ بعين الاعتبار أن الكفالة بما تتضمنه من ضمان تنعقد لصالح الدائن أولًا، فوجب – تحقيقًا للتوازن – أن يكون تحديد الوقت والنطاق لصالح الكفيل أولًا على أساس أن الكفيل ابتداءً ليس بمدين بالدين، وإنما هو مدين بالضمان تبرعًا؟

منهج البحث:

سلكت في هذه الدراسة المنهج التحليلي المنطقي؛ أستعرض النص القانوني للوقوف على مُراد المشرع، ثم أستطلع رأي الفقه إذا دعت الحاجة، لأخلص من هذين إلى النتيجة.

خطة البحث:

وزّعت موضوع الدراسة إضافة إلى المقدمة والخاتمة على مبحثين؛ تناولت في الأول منهما "وقت الرجوع على الكفيل"، وتناولت في الثاني "نطاق الرجوع على الكفيل".

المبحث الأول: وقت الرجوع على الكفيل

وقت الرجوع على الكفيل هو الوقت المحدد الذي يصبح فيه حق الدائن واجب الأداء في مواجهة الكفيل، ويتخذ شكل أجل، أو شرط؛ يتوقف على حصول أي منهما تنفيذ التزام الكفيل بالضمان. ويعد الكلام في تعيين وقت الرجوع على الكفيل استثناءً من فكرة "التصرف المنجز"[6] التي تفيد حصول الوفاء بالتصرف فور إبرام العقد، فتترتب آثار العقد في الحال بمجرد صدور الإيجاب إذا لم يردّه الدائن في حالة الكفالة تحديدًا[7]. ومناط الاستثناء هنا النظر إلى الكفالة باعتبارها عقدًا "معلقًا" لقيامه ابتداءً على ضمان التزام "دين" يكون إما مضافًا إلى أجل، أو معلقًا على شرط.

---

6 **المادة 421، معاملات:** "التصرف المنجز هو ما تم بصفة مطلقة غير مقيدة بشرط، أو مضافة إلى زمن مستقبل ويقع حكمه في الحال". وخلاف ذلك هو "التصرف المعلق"، **المادة 422، معاملات:** "التصرف المعلق هو ما كان مقيّدًا بشرط غير قائم أو بواقعة مستقبلة، ويتراخى أثره حتى يتحقق الشرط".

7 من المفيد التنويه بأن معنى عبارة "فتترتب آثار العقد في الحال بمجرد صدور الإيجاب إذا لم يردّه الدائن في حالة الكفالة تحديدًا"، أن الكفالة عقد يقوم على الرضا، بتطابق القبول مع الإيجاب. لكن يجب الأخذ في الاعتبار أن في الكفالة دون غيرها لابد أن يكون التعبير صراحة في جانب الكفيل مقابل الاكتفاء بالتعبير ضمنًا في جانب الدائن؛ ويعد تعبيرًا ضمنيًا عن رضا الدائن بالكفالة عدم رده لها، بل ويكفيه في ذلك السكوت. وبهذا المعنى جرى نص المشرع على كيفية انعقادها، فنص في **المادة 1057، معاملات** على أن: "1– تنعقد الكفالة بلفظها وبألفاظ الضمان. 2– ويكفي في انعقادها ونفاذها إيجاب الكفيل ما لم يردها المكفول له". وفي تقديرنا أن سبب تمييز الرضا بالكفالة على هذا النحو هو طابعها التبرعي؛ حيث يلتزم الكفيل بالضمان دون مقابل في جانب الدائن، رغم ما يتحمله من غبن معتبر. لمزيد من التفاصيل: منصور، مرجع سابق، ص 14؛ السنهوري، مرجع سابق، ص 67، وما بعدها؛ جميل الشرقاوي، **دروس في التأمينات الشخصية والعينية**، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.ت). ص 87، وما بعدها.

وأسلط الضوء فيما يلي على وقت الرجوع على الكفيل من حيث: مفهومه وتعيينه.

المطلب الأول: مفهوم وقت الرجوع

يعني وقت الرجوع بيان الميعاد، أو الحد الذي يتيح القانون فيه للدائن مطالبة الكفيل بالوفاء بالتزامه. وللوقوف على ذلك يتعين تسليط الضوء على أمرين: وقت الرجوع، وملاءمته لمقتضى الكفالة.

الفرع الأول: وقت الرجوع

يتكون وقت الرجوع على الكفيل من أحد عنصرين: عنصر زمني وهو "الأجل"، وآخر موضوعي وهو "الشرط".

1- الأجل:

لم يخص المشرع عنصر الأجل بتعريف صريح، لكنه كشف ضمنيًا عن بعض مضمونه من خلال بيانه جواز إضافة التصرف إلى أجل، جاء ذلك في المادة (429)، بالقول: "يجوز إضافة التصرف إلى أجل تترتب عند حلوله أحكام نفاذه أو انقضائه".

وتومئ عبارة النص إلى بعض معاني الأجل: فهو، من جهة، أمر خارجي؛ لأن الالتزام يضاف إليه. وهو، من جهة أخرى، أمر مستقبلي؛ لأن بحلوله ينفذ الالتزام، أو ينقضي.

لكن عبارة النص لا تتضمن تعريفًا وافيًا للأجل؛ إذ لم تشر إلى خاصية جوهرية وهي أنه أمر محقق حتمي الوقوع. ولأن طلب التعريف يكون أجدى في عمل الفقهاء، ونكتفي منه باثنين[8]، بسبب محدودية موضوع الدراسة؛ جاء في الأول، الأجل "أمر مستقبلي محقق الوقوع يترتب على حلوله نفاذ الالتزام، أو انقضاؤه دون أن يكون لذلك أثر رجعي"[9]. وجاء في الثاني أنه "أمر مستقبلي محقق الوقوع يترتب على حلوله نفاذ الالتزام، أو انقضاؤه"[10]. ونستكمل بهذين التعريفين معنى الأجل وهو أمر مستقبلي محقق الوقوع، يضاف إليه الالتزام، ويكون بحلوله نفاذه، أو انقضاؤه، كالاتفاق على جعل الوفاء بالتزام الكفيل، أو بانقضائه تحديد تاريخ قادم، أو مناسبة قادمة محققة.

2- الشرط:

خلافًا لما تم في شأن الأجل، فقد خص المشرع الشرط بتعريف صريح، جاء ذلك في المادة 420، بالقول: "الشرط أمر مستقبل يتوقف عليه وجود الحكم، أو زواله عند تحققه".

ويبيّن النص فكرة الشرط بصيغة أوضح؛ فهو الأمر المستقبل الذي ينبئ حصوله بوجوب وفاء الكفيل بالتزامه، أو بانقضاء ذلك الالتزام؛ كجعل مطالبة أحد الكفلاء متوقفة على مطالبة الكفيل الأول. ووضوح الشرط

---

8 التعاريف لمن يطلبها كثيرة، واكتفينا من الكثرة باثنين لتحقيقهما المراد. انظر في الموضوع: مصطفى الدراجي، **الالتزام الموصوف والقواعد التي تحكم تنفيذه**، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، منشورات جامعة عمر المختار، ليبيا، 2005. ص 146.

9 جلال العدوي، **أحكام الالتزام دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني**، الدار الجامعية، القاهرة، 1985، ص 242.

10 عبد الرحمن الحلالشة، **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، آثار الحق الشخصي، أحكام الالتزام**، دراسة متقابلة مع الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية المصري والسوري واليمني، وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية، وقانون الالتزامات والعقود المغربي، دار وائل للنشر، عمان، ط 1، 2006، ص 279؛ جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص 87.

في تعريف النص أعلاه يغني عن غيره[11].

ويصح أن يجتمع العنصران الزمني والموضوعي – الأجل والشرط – في تعيين وقت الرجوع على الكفيل؛ كما إذا ضمن الكفيل الدين لأجله، واشترط على الدائن الرجوع على المدين أولًا. كما يصح أيضًا اقتصار تعيين وقت الرجوع على أحدهما، وغالبًا يكون الأجل.

وفي كل الأحوال، لا يصحّ تعيين وقت الرجوع إلا إذا قام الأجل والشرط لرجوع الدائن على الكفيل صحيحين ومرتبين لآثارهما القانونية:

1 – صحّة الأجل:

في غياب بيان صريح من المشرع، يرْجح في صحة الأجل قول الفقه، ومن أصوب ما جاء في ذلك: "أن الأجل الصحيح في حالة الكفالة يستلزم بالضرورة – بالإضافة إلى الاستناد إلى ميعاد، أو واقعة مستقبلية حتمية الوقوع – أن يكون حقيقيًا أي غير قائم على تصوّر واهم"[12]. ويعد الأجل كذلك؛ إذا تعلق بميعاد يتجاوز واقع الضمان في التصرف المضاف. وعليه، إذا تبيّن أن الميعاد المختار للرجوع على الكفيل لم يكن أمرًا مستقبلًا بل كان واقعًا وقت إبرام الكفالة، أو كان أمرًا عارضًا، أو يتجاوز التصرف المضاف، عُد الأجل باطلًا، واعتبرت الكفالة ناجزة في حينها[13].

وبالمقابل لا يعد انتقاصًا من صحّة الأجل عدم علم طرفي الكفالة بوقت حصوله، كما إذا تعلق الأجل بوقائع لا يمكن التنبؤ بوقت حصولها بالضبط، كتعلق الأجل بوفاة كائن حي، أو تعلقه بتغيير حتمي في وضع قائم؛ كبدء موسم الحر، أو تساقط الثلوج، أو هطول المطر في كل سنة، إذ العبرة بميعاد الأجل لا بالعلم بوقت حصوله. كما لا يعد انتقاصًا من صحّة الأجل تعلقه بميعاد، أو حدث غير مشروع، إذ العبرة بتحقق الميعاد نفسه لا بمضمون الحدث المبيّن حصوله.

ونؤيد ما يذهب إليه الفقه في هذا الشأن من القول: "...، فجوهر الأجل هو عنصر "الوقت"، ولما كان عنصر "الوقت" أمرًا غير متصل بالإرادة، فهو بذلك منيع من معايير المخالفة والمشروعية"[14].

2 – صحّة الشرط:

على خلاف الأمر في صحّة الأجل، فقد أبان المشرع الحكم في صحّة الشرط بشكل واضح صريح، فنص في المادة 424، على أن "يبطل التصرف إذا علق وجوده على شرط مستحيل، أو أحل حرامًا، أو حرم حلالًا، أو خالف النظام العام، أو الآداب".

فالنص يضيف ضابط المشروعية؛ فيشترط لصحة الشرط – بالإضافة إلى كونه أمرًا مستقبلًا وغير محقق ولا مستحيل الوقوع – ألّا يكون مخالفًا لأحكام الشريعة الإسلامية ولا للنظام العام، أو الآداب العامة. وذلك، في

11 الدراجي، مرجع سابق، ص 148.
12 المرجع نفسه.
13 الحلالشة، مرجع سابق، ص 281، وما بعدها.
14 المرجع نفسه، ص 281.

تقديرنا، مراعاة لأمرين:

الأول: أن الشرط ليس كالأجل، فهو من فعل الإرادة، وفعلها من المحتمل أن يلتبس بعدم المشروعية، فيبطل.

الثاني: أن تعليق الالتزام على الشرط يوجب أن يكون مدلول فعل الشرط محايدًا، وقد جرى النص على ذلك في المادة 423، بالقول: "يشترط لصحة التعليق ان يكون مدلول فعل الشرط معدومًا على خطر الوجود لا متحققًا ولا مستحيلًا".

وأخذًا لما يشترطه هذا النص لصحة التعليق في الاعتبار، فإننا نؤيد استنتاج البعض بطلان الكفالة لعدم مشروعية الشرط؛ وما أقاموا عليه حجتهم القائلة بفكرة لزوم تعدي المشروعية، بقولهم: "...، لا يصح وقف الأمر المشروع على غير المشروع"[15].

لكن ينبغي ملاحظة أن أثر بطلان الشرط لا يجري على إطلاقه، فيختلف الأمر في حالة الكفالة المعلقة على الشرط الفاسخ، حيث يقف أثر البطلان عند الشرط، فيزول سبب الفسخ بزوال الشرط الباطل، وتبقى الكفالة ناجزة. وتستثنى من ذلك حالة أن الشرط الفاسخ – وقد تقرر بطلانه لعدم المشروعية – هو السبب الباعث على الكفالة، فيجوز لصاحب المصلحة التمسك ببطلان الكفالة، لا لبطلان الشرط؛ وإنما لبطلان السبب الباعث عليه.

وفي كل الأحوال، لا فائدة من اقتران الأجل، أو الشرط بعقد الكفالة، إذا لم يستوف التزام الكفيل جميع عناصر تكوينه؛ فإذا تبيّن بطلان التزام الكفيل أصلًا، أو بالتبعية – لبطلان التزام الأصيل – فلا قيمة للأجل ولا للشرط ولو قاما صحيحين منتجين لآثارهما[16].

الفرع الثاني: ملاءمة مقتضى الكفالة

يجري الفقه في شأن تكوّن وقت الرجوع على وجوب مراعاة ملاءمة الأجل والشرط لمقتضى الكفالة[17]، لا سيّما من حيث هي عقد لازم، ومن حيث هي عقد تابع.

1 – الكفالة عقد لازم:

الكفالة، بطبيعتها، عقد لازم بموجب تعلق التزام الكفيل بالضمان، وكما هو معلوم أن الضمان لا يصحّ إلا إذا لزم[18]. جرى النص على ذلك في المادة 1077، بالقول: "1 – على الكفيل أن يفي بالتزامه عند حلول الأجل. 2 – فإذا كان التزامه معلقًا على شرط وجب الوفاء عند تحقق الشرط".

فالنص صريح في التأكيد على لزوم الكفالة، إذ لا مناص من وجوب الوفاء على الكفيل بمجرد حلول الأجل، أو تحقق الشرط، وفقا للمتفق عليه في العقد. وزيادة في التأكيد على لزوم الكفالة أضاف المشرع النص على بطلان

15 الدراجي، مرجع سابق، ص 149.

16 الحلالشة، مرجع سابق، ص 284.

17 **المادة 425، معاملات**: "لا ينفذ التصرف المعلق على شرط غير مناف للعقد إلا إذا تحقق الشرط".

18 مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ط 1، دار القلم، دمشق، (د.ت)، ص 188، وما بعدها. من المفيد التنويه أن المؤلف يُعتبر من أوضح من تناول فكرة لزوم العقد، جاء في مستهل حديثه أن: "اللزوم فكرة أساسية ضرورية في العقود، ولولاها لفقد العقد أهم مزاياه في الأعمال والحياة الاكتسابية...". وفي تقديرنا أن فكرة اللزوم تكون واجبة للكفالة من باب أولى لتعدي الكفالة إلى علاقة الكفيل بالمدين، وذلك يفضي بالضرورة إلى تحول التزام المدين إلى "محل" لالتزام الكفيل دون أن يكون الأول طرفًا في الكفالة.

الكفالة إذا اقترنت بخيار الشرط. جرى النص بذلك في المادة 1059، بالقول: "تبطل الكفالة إذا شرط الكفيل لنفسه خيار الشرط".

فهذا النص يؤكد سابقه في لزوم الكفالة؛ لأن "خيار الشرط"[19] ينفي لزوم الكفالة، إذ يجيز للكفيل حق الرجوع عن التزامه بالضمان، وهذا يخرج بالكفالة عن طبيعتها كعقد ضمان. والدارج بين الفقهاء، في هذا الشأن أن: "الضمان يقيمه اللزوم، وينفيه الخيار". وجاء في تعليل ذلك، أنه: "لا يثبت في الضمان والكفالة خيار؛ لأن الخيار لدفع الغبن، وطلب الحظ، أي جُعِل الخيار ليعرف ما فيه الحظ، والضمين والكفيل على بصيرة أنه مغبون ولا حظ لهما"[20].

ولما كان شرط الكفيل لنفسه خيار الشرط يتيح له إنهاء العقد بإرادته دون الرجوع إلى الدائن، فإن غاية المشرع من تقرير بطلان الكفالة هو دفع ضرر مؤكد بمصالح الدائن الذي قَبِل الكفالة.

ويثير حكم النص أعلاه – القاضي ببطلان الكفالة إذا اقترنت بخيار الشرط للكفيل – خلافًا في الرأي[21]، بين من يقول ببطلان الكفالة ومن يرى الاكتفاء بإسقاط الشرط دون الكفالة.

فأما سند من رأى بطلان الكفالة، فاتخذ من طبيعة الضمان مبررًا لبطلانها، وذهب إلى القول بأن خيار الشرط للكفيل يتعارض وطبيعة الضمان الذي ينطوي على التزام، بات لا يصحّ إلا بصيغة اللزوم، ويترتب على ذلك أن الكفالة لا تصحّ، وتبطل قانونًا، إذا شرط الكفيل لنفسه خيار الشرط.

وأما سند من رأى الاكتفاء بإسقاط خيار الشرط عن الكفيل وبقاء الكفالة ناجزة؛ فقد اتخذ من فكرة ملاءَمة الشرط لمقتضى العقد مسوغًا للقول إن خيار الشرط يخول الكفيل حق الرجوع عن الضمان، وفي ذلك خروج على مقتضى الكفالة. ولما كان الشرط لا يصحّ إذا خالف مقتضى العقد، فيتعيّن إسقاطه؛ لعدم ملاءمة مقتضى الكفالة.

وبمقابلة هذين الرأيين بموقف المشرع، القاضي ببطلان الكفالة، يرجح – في نظرنا – ما ذهب إليه القائلون بالاكتفاء بإسقاط الشرط بسبب عدم ملاءمة مقتضى الكفالة. ذلك أنه، من جهة، أن الكفالة صحيحة، وأن الإشكال في اقتران "الخيار" بها. ومن جهة أخرى، أن الكفالة تنعقد لمصلحة الدائن، وإبطالها لا يجلب نفعًا للكفيل بقدر ما يلحق ضررًا بالدائن. ومن جهة ثالثة، أن الكفالة باعتبارها عقد تبرع تدفع الدائن – بما تمنحه من ضمان – إلى قبول العقد مع المدين، فإسقاط الخيار عن الكفيل يحقق مقتضى العقد، فيكون أولى من إبطال الكفالة. بل ونجد سندًا من التشريع لإبطال الشرط بسبب عدم ملاءمة مقتضى الكفالة بالقياس على حالة انعقاد الكفالة بشروط أشد، فإن المشرع ذهب إلى عدم إبطال التزام الكفيل، وإنما يُنقص إلى أن يبلغ حد الالتزام المكفول، وتصح الكفالة[22].

2 – الكفالة عقد تابع:

الكفالة بطبيعتها عقد تابع بسبب نشأتها – ابتداءً – متعلقة بالتزام سابق هو دين الأصيل[23]. وجاء التعريف

19 الزرقا، مرجع سابق، ص 191، وما بعدها.

20 المرجع نفسه.

21 السنهوري، مرجع سابق، ص 61؛ منصور، مرجع سابق، ص 16؛ تناغو، مرجع سابق، ص 28.

22 محمد عزمي البكري، **موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد**، م 10، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 2001. ص 518، وما بعدها.

23 الكفالة بطبيعتها عقد "تابع" لأنها توجد ابتداءً ضمانًا لدين سابق وتظل مرتبطة به؛ تظهر آثار هذه التبعية عند نشوء الكفالة، وبقائها، ◄

بها قانونًا يحمل معنى "التبعية". ورد ذلك في المادة (1056)، بالقول: "الكفالة ضم ذمة شخص هو الكفيل إلى ذمة مدين في تنفيذ التزامه".

تبرز من هذا النص فكرة تبعية الكفالة، من خلال تصويرها "بضمّ ذمة إلى ذمة" بما يعني التتابع؛ فتسبق ذمّة المدين محمّلة بالدين، وتلحق بها ذمّة الكفيل محمّلة بالضمان؛ فيصبح الالتزام المكفول محلًا لالتزام الكفيل[24]، وهكذا تنعقد الكفالة تابعة لعقد الدين.

ويترتب على تبعية الكفالة أمران[25]:

الأول: أن يرتبط التزام الكفيل في وجوده، ونفاذه، وانقضائه، بوجود الالتزام المكفول ونفاذه، وانقضائه.

الثاني: أن يتقيد التزام الكفيل بعدم تجاوز مقدار الالتزام المكفول؛ فلا يكون بقيمة أكبر، ولا بشروط أشدّ. ويندرج ضمن هذين الأمرين الأخذ في الاعتبار ملاءمة ما يضاف إليه التزام الكفيل من أجل وشرط، لمقتضى الكفالة؛ فلا يصحّ أن يضاف التزام الكفيل إلى أجل أقصر من أجل التزام الأصيل؛ لأن ذلك يجعل التزام الكفيل أشد؛ ولا يصحّ أن يعلق التزام الكفيل على شرط من شأنه تعطيل نفاذ الضمان الذي التزم به الكفيل، كأن يعلق الكفيل التزامه بالضمان على قبول الأصيل[26].

المطلب الثاني: تعيين وقت الرجوع

لما كان الرجوع على الكفيل بالضمان أمرًا يتعلق بتنفيذ الكفالة، وكانت الكفالة عقدًا يقوم على الرضاء[27]، فقد أجاز القانون للمتعاقدين، من جهة، الاتفاق على تعيين وقت الرجوع حال إبرام الكفالة. ورخّص لهما، من جهة أخرى، إذا اختلفا في الأمر، في اللجوء إلى القضاء. ومن ثم، ينحصر تعيين وقت الرجوع على الكفيل في ثلاثة: العقد، والقضاء، وتغير الأجل.

وانقضائها. وبهذا المعنى والمضمون جرى تعريف المشرع وتنظيمه لها: المادة (1056)، معاملات: "الكفالة ضم ذمة شخص هو الكفيل إلى ذمة مدين في تنفيذ التزامه"؛ والمادة 1057، معاملات: "1- تنعقد الكفالة بلفظها وبألفاظ الضمان. 2- ويكفي في انعقادها ونفاذها إيجاب الكفيل ما لم يردها المكفول له"؛ والمادة (1080): "إذا وقعت الكفالة مطلقة فإن التزام الكفيل يتبع التزام الأصيل معجلًا كان، أو مؤجلًا"؛ والمادة (1099)، معاملات: "تنتهي الكفالة بما يأتي: أ- بأداء الدين، ب- بتلف العين تحت يد المكفول بقوة قاهرة...، ج- بزوال العقد الذي وجب به الحق المكفول، د- بإبراء... المدين من الدين، هـ- بموت المكفول...". للتفاصيل، انظر: السنهوري، مرجع سابق، ص55؛ منصور، مرجع سابق، ص 13؛ عبد الودود يحي، **التأمينات الشخصية والعينية**، دار النهضة العربية، 1976، القاهرة، ص 291؛ الحلالشة، مرجع سابق، ص 263؛ الدراجي، مرجع سابق، ص 131. تناغو، مرجع سابق، ص 31.

24 جدير بالتنويه هنا أن محل العقد، بوجه عام، يستوجب ألّا يتعارض ما يضاف إليه من أجل، أو شرط مع مضمون العقد، والفقه، على اختلاف توجهاته، يؤيد فكرة وجوب ملاءمة الأجل والشرط لمقتضى الالتزام في العقد، من منطلق منطق العقد نفسه؛ حيث لا يصح أن يكون ما يضاف إلى الالتزام من أوصاف تنافي مقتضى الالتزام نفسه. لمزيد من التفاصيل، انظر: البكري، مرجع سابق، ص 521، وما بعدها؛ يحي، مرجع سابق، ص 301؛ الحلالشة، مرجع سابق، ص 268؛ الدراجي، مرجع سابق، ص 136.

25 السنهوري، مرجع سابق، ص 71؛ البكري، مرجع سابق، ص 521؛ الشرقاوي، مرجع سابق، ص 91.

26 يجري الفقه في عمومه في عقود المديونية، ومنها الكفالة، على أن الأجل يمثل عنصًرا جوهريًا في الالتزام بسبب كونه محددًا أساسيًا لالتزام المدين. انظر في ذلك: يحي، مرجع سابق، ص 312؛ السنهوري، مرجع سابق، ص 77؛ الحلالشة، مرجع سابق، ص 273، وما بعدها؛ الدراجي، مرجع سابق، ص 139.

27 انظر: هامش 6.

الفرع الأول: العقد

لما كانت الكفالة عقد ضمان، فقد جرى النص على تعريفها بالنظر إلى أنها ذمّة مدينة، جاء ذلك في المادة (1056)، التي تعرفها كالآتي: "الكفالة ضم ذمة شخص هو الكفيل إلى ذمة مدين في تنفيذ التزامه".

ومما يؤخذ من هذا النص ان الكفالة، وهي عقد تابع[28]، متصلة بالضرورة بالتزام سابق، يمثل محل التزام الكفيل. وفي هذه الحالة يصحّ أن يكون أجل الوفاء بالتزام الكفيل، أو شرطه – بالتبعية – هو نفسه أجل، أو شرط الالتزام المكفول.

ولما كانت الكفالة عقدًا رضائيًا؛ فقد جرى النص على صحة انعقادها مضافة إلى أجل، أو معلقة على شرط. جاء ذلك في نص المادة (1060)، صريحًا: "يصح أن تكون الكفالة منجزة أو مقيدة بشرط صحيح، أو معلقة على شرط ملائم أو مضافة إلى زمن مستقبل أو مؤقتة".

ويؤخذ من هذا النص جواز اتفاق الأطراف على أجل تضاف إليه الكفالة، أو على شرط يقيدها.

والمستفاد من حكم النصين مجتمعين أن تعيين وقت الرجوع على الكفيل يؤخذ من اتفاق الطرفين في العقد؛ ويشمل ذلك عقدين: عقد الدين، وعقد الكفالة:

أ- فأما تعيين وقت الرجوع بالاستناد إلى عقد الدين فينحصر في الكفالة المطلقة، وهي الأصل في الكفالة، ويحصل ذلك إذا اقتصر الاتفاق على التزام الكفيل بالضمان دون قيد من أجل، أو شرط، وبهذا جرى نص المادة (1080)، مقررًا: "إذا وقعت الكفالة مطلقة؛ فإن التزام الكفيل يتبع التزام الأصيل معجلًا كان، أو مؤجلًا".

فالشاهد في النص عبارة: "معجلًا كان، أو مؤجلًا"، وتفيد تبعية التزام الكفيل حيث يحل أجل الوفاء بالتزامه بحلول أجل الوفاء بالتزام الأصيل؛ فيتبعه معجلًا إذا تزامنت الكفالة مع حلول الأجل، ويتبعه مؤجلًا إذا تراخى أجل الوفاء إلى ما بعد تاريخ انعقاد الكفالة.

ولا تتطلب الكفالة المطلقة صيغة معينة للقول بتبعية التزام الكفيل لالتزام الأصيل، بل يكفي في ذلك أن تنعقد الكفالة بصيغة ضمان الدين، دون تحديد أجل، أو شرط إضافي، فهذا يعني ضمنًا أن الطرفين قد ارتضيا الكفالة لأجل وشرط الدين. فيترتب على ذلك أن يكون للدائن الرجوع على الكفيل بالضمان تبعًا للأجل، أو للشرط المقرر للوفاء بالدين الأصلي كما لو كان الكفيل هو المدين.

ورغم وضوح النص أعلاه، فإن البعض في بيانهم المقصود بالكفالة المطلقة يحملون "تبعية التزام الكفيل" ما ليس له، ومن هؤلاء من يعرف الكفالة المطلقة أنها ".. التي تخلو من قيد التعجيل، أو التأجيل فتثبت المطالبة في ذمة الكفيل بالصفة التي تثبت بها في ذمة الأصيل..، بحيث تكون مطابقة للالتزام الأصلي من حيث نطاقه وملحقاته وشروطه وطريقة الوفاء به مكانًا وزمانًا"[29]. ومنهم من يرى "أن الكفالة تكون مطلقة طالما أنها ضامنة للالتزام

28 انظر: هامش 22.

29 سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، **عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه، دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري**، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، 2006. ص 90؛ الشرقاوي، مرجع سابق، ص 98.

المكفول،...، فيكون التزام الكفيل تابعًا للالتزام المكفول عندما لا يخالف شروطه ولا يتجاوز أجله..."[30].

وتقديرنا للرأيين، أن الأول يجانب الصواب عندما يجمع بين المقصود بإطلاق الكفالة والمقصود بتبعية التزام الكفيل؛ والصواب أن إطلاق الكفالة يعني أنها مجردة حصرًا من الأجل والشرط. أما تبعية التزام الكفيل فيعني أن الكفالة لا تصح إلّا إذا صحّ التزام الأصيل، وتنقضي إذا انقضى. وأما الثاني، فيجانب الصواب عندما يجعل تقيد الكفيل بشروط ومقدار الالتزام المكفول من ضمن ما يندرج تحت مبدأ "تبعية الكفالة". والصواب أن الكفالة قد تنعقد على شرط، أو أجل مختلفين عما انعقد عليهما الالتزام المكفول، فيجوز أن يكون الشرط أهون، ويجوز أن يكون الأجل أوسع، وذلك لا ينفي عن الكفالة صفة التبعية.

ب- وأما تعيين وقت الرجوع بالاستناد إلى عقد الكفالة فيحصل، استثناءً من الأصل أعلاه، حيث يجيز القانون الاتفاق في الكفالة على أجل، أو شرط آخرين لالتزام الكفيل يختلفان عن الأجل، أو الشرط المقررين للوفاء بالدين. وقد بيّن القانون ذلك صراحة في المادة (1060)، بالقول: "يصح أن تكون الكفالة منجزة أو مقيدة بشرط صحيح، أو معلقة على شرط ملائم أو مضافة إلى زمن مستقبل أو مؤقتة".

ويؤخذ من هذا النص أربعة أحكام استثنائية ذات صلة بتعيين وقت الرجوع[31]؛ حكمان يتعلقان بالأجل، وآخران يتعلقان بالشرط:

1- فأما ما يتعلق بالأجل فالنص يجيز، من جهة، انعقاد الكفالة مضافة إلى زمن "مستقبلي"، بأن يُضاف التزام الكفيل إلى أجل تالٍ بالنسبة لأجل الدين المكفول، بحيث يكون الرجوع على الكفيل بعد الرجوع على المدين. ويجيز، من جهة أخرى، انعقاد الكفالة "مؤقتة"، أي يكون الضمان لفترة بين حدين: يبدأ عند أحدهما وينقضي عند الثاني.

2- وأما ما يتعلق بالشرط فالنص يجيز، من جهة، انعقاد الكفالة مقيدة بشرط "صحيح"، ويحصل ذلك عندما لا يُقيد التزام الكفيل بالضمان بشرط يخالف مقتضى الكفالة؛ فلا يصح، على سبيل المثال، أن تنعقد الكفالة على احتفاظ الكفيل لنفسه بخيار الشرط، لما في ذلك من احتمال انتفاء الضمان.

ويجيز، من جهة أخرى، انعقاد الكفالة معلقة على شرط "ملائم"، ويحصل ذلك عندما لا ينتقص الشرط من تبعية الكفالة لعقد الدين؛ فلا تصح، على سبيل المثال، كفالة دين ناجز معلقة على شرط واقف، ولا كفالة معلقة على شرط فاسخ، لدين معلق على شرط واقف.

وتقديرنا أن هذا الاستثناء يتماشى مع تعلق الكفالة بالمصالح الخاصة التي يحيل القانون التعامل فيها لمطلق

30 أبو مشايخ، مرجع سابق، ص 90؛ البكري، مرجع سابق، ص 519.

31 تفسيرنا هذا يوافق مضمون ما جاء في **المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية**، فيما يتعلق بالمادة (1060)، كالآتي: "وتقرر هذه المادة أن الكفالة تصح أن تكون منجزة، أو مقيدة بشرط صحيح، أو معلقة على شرط ملائم، أو مضافة إلى زمن مستقبل، أو مؤقتة". وحكم هذه المادة يُعرف من الرجوع إلى: ص 616، ج 1، شرح: علي حيدر للمادة (162) من **مجلة الأحكام العدلية**، (د.ت)، ومن المواد (617، 624، 625) وشرحها للأستاذين علي حيدر والأتاسي، والمادة (846) من: **مرشد الحيران ورد المحتار**، ج 4، ص 264، وجاء في الهامش أن: (كما تتفق مع المادة (223) من مشروع التقنين الحنبلي التي تنص على أنه يصح تعليق الكفالة على شرط وتوقيتها بزمن بعيد)، والمادة (225) من مشروع التقنين الحنبلي اللتان تجيزان أن تكون الكفالة حالّة، أو مؤجلة).

حرية الإرادة[32]، في حدود ما تتناوله القواعد العامة من أحكام تتعلق بمسائل الأجل[33] والوفاء[34]، وكذا القواعد ذات الصلة بالكفالة، كالتي تنص صراحة على حق الكفيل اشتراط أجل للوفاء مغايرًا لأجل الوفاء بالدين المكفول[35]، وحقه، تعليق التزامه بالضمان على شرط، أو إضافته إلى زمن مستقبلي[36].

استثناء الكفالة المؤجلة

استثنى المشرع، بنص مفرد، تعيين وقت الرجوع في الكفالة المؤجلة. ورد ذلك في المادة (1081)، بالقول: "إذا كفل أحدهم بالدين المعجل كفالة مؤجلة، تأجل الدين على الكفيل والأصيل معًا، إلا إذا أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه أو اشترط الدائن الأجل للكفيل، فإن الدين لا يتأجل على الأصيل".

ويعالج النص فرضية حلول أجل الوفاء مع عدم قدرة المدين على الوفاء بالدين، فتنعقد الكفالة لأجل مستقبل ضمانًا لدين حال. ويقوم هذا النص على افتراض أن رضاء الدائن بالكفالة المؤجلة يخفي رضاءه ضمنيًا تأجيل الدين. وأساس هذا الافتراض هو تعلق مصلحة الدائن بضمان الكفيل أكبر من تعلقها بوفاء المدين. ومن هذا التصور استقرت القاعدة في النص: "الكفالة المؤجلة تقتضي تأجيل الدين".

ولما كان الغالب في قواعد التعامل أن "لكل قاعدة استثناء" فقد رجح لدى المشرع أن يكون الاستثناء من قاعدة: "الكفالة المؤجلة تقتضي تأجيل الدين"، لصالح الكفيل والدائن، ليتيح لأي منهما حق اشتراط اقتصار الأجل على الكفيل دون الأصيل. وحينئذ يكون للدائن الرجوع على الأصيل مرة، ثم على الكفيل مرة أخرى، لكن حين يحل أجل الوفاء بالتزامه.

الفرع الثاني: القضاء

استنادًا إلى ما للقضاء من رقابة على الإرادة التعاقدية، حيث يجوز للمحكمة – في ضوء القواعد الضابطة لسلطان القضاء في تفسير وتعديل العقد[37]– النظر في مضمون العقد بمناسبة لجوء أي من طرفيه إلى القضاء لمعالجة خلافاتهما، ومنها الخلاف حول وقت الرجوع على الكفيل مما قد يستجد من ظروف تعيق تنفيذ الالتزام بوجه عام.

---

32 المادة (132)، معاملات: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، أو بالكتابة ويجوز أن يكونا بصيغة الماضي كما يكونان بصيغة المضارع أو الأمر إذا أريد بهما الحال أو بالإشارة المعهودة عرفًا ولو من غير الأخرس أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي أو باتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكًا في دلالته على التراضي".

33 المادة (429)، معاملات، وما بعدها: "يجوز إضافة التصرف إلى أجل تترتب عند حلوله أحكام نفاذه أو انقضائه".

34 المادة (338)، معاملات، وما بعدها: "يجب وفاء الحق متى استوفى شروط استحقاقه القانونية، فإن تخلف المدين وجب تنفيذه جبرًا عليه تنفيذًا عينيًا أو تعويضيًا طبقًا للنصوص القانونية".

35 المادة (1081)، معاملات: "إذا كفل أحدهم بالدين المعجل كفالة مؤجلة تأجل الدين على الكفيل والأصيل معًا إلا إذا أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه أو اشترط الدائن الأجل للكفيل، فإن الدين لا يتأجل على الأصيل".

36 المادة (1060)، معاملات: "يصح أن تكون الكفالة منجزة أو مقيدة بشرط صحيح أو معلقة على شرط ملائم أو مضافة إلى زمن مستقبل أو مؤقتة".

37 في حالة عدم تحديد أجل الوفاء في العقد، وذلك افتراض شاذ، يجوز للمحكمة الناظرة في الدعوى وضع أجل، وفقا للقواعد العامة في الوفاء بما يكفل للمتقاضيين القدر المطلوب من العدالة. انظر المواد (257)، معاملات: "الأصل في العقد رضاء المتعاقدين وما التزماه في التعاقد"؛ (267)، معاملات: "إذا كان العقد صحيحًا لازمًا فلا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص في القانون"، وما بعدهما من نصوص ضابطة لتفسير العقد.

فتباشر المحكمة – إذا قبلت ظروف إعسار الكفيل وفق ما تقضي به قواعد المهلة القضائية، أو ما يعرف بـ "نَظِرة الميسرة"[38] – تعيّين أجلٍ للوفاء بمدّ الأجل المتفق عليه، أو بتعيين أجل جديد لتفسح للكفيل المعسر مجالًا أوسع للوفاء. وقد ورد النص على ذلك في المادة (430)، بالقول: "إذا تبين من التصرف أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة حدد القاضي أجل الوفاء مراعيًا موارد المدين الحالية والمستقبلة ومقتضيًا منه عناية الحريص على الوفاء بالتزامه".

وتتقيد سلطة المحكمة في منح الأجل بقيدين؛ قيد من القانون، وآخر من الفقه:

أ- فأما قيد القانون، فيؤخذ من عبارة النص أعلاه، القائلة: "...، حدد القاضي أجل الوفاء مراعيًا موارد المدين الحالية والمستقبلة ومقتضيًا منه عناية الحريص على الوفاء..."، أن هناك قيدين:

الأول: أن يثبت الكفيل – وهو المدين بالضمان – أن سيكون في ذمته المستقبلة من المال ما يكفي للوفاء بالتزامه، بحيث إذا منح الأجل ضمن المقدرة على الوفاء.

الثاني: أن يكون الكفيل حسن النية فيما حل به من ظرفٍ منعه من الوفاء عند حلول الأجل، ويتحقق ذلك إذا أثبت سبق حرصه على الوفاء.

ب- وأما قيد الفقه، فتداوله الشراح بصيغ مختلفة[39]، نجملها في ثلاث:

1- أن تتأكد المحكمة من أن يكون منح الأجل مجديًا في الوفاء، ويتحقق ذلك إذا أثبت الكفيل للمحكمة جدية ملاءة ذمته للوفاء فيما لا يتجاوز الأجل الممنوح له.

2- ألّا يتسبب منح الأجل في ضرر جسيم للدائن، كأن يتسبب الأجل في زيادة أعباء الدائن بما يلحق به خسارة معتبرة. والمفترض في هذه الحالة أن على المحكمة أن تراعي مصالح الدائن فهي الأولى بالعناية.

3- أن يكون الأجل معقولًا، وذلك أمر تقدره المحكمة؛ ومعيارها ألا يضر الأجل بالدائن وإن سبب ضررًا للكفيل. فعلى افتراض أن ضيق الأجل الممنوح يسبب خسارة للكفيل، وسعته تسبب ذات

---

38 أخذًا في الاعتبار أن لـ"نظرة الميسرة" أصلًا في الشريعة الإسلامية، ومصدرها في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة، 280].

وواضح من هذه الآية أن "نظرة الميسرة" قد أوحت للفقهاء بجملة من القواعد التي تجمع بين المبادئ الأخلاقية ومعالجة الأوضاع المالية ذات الصلة بالكسب؛ فجاءت أحكامهم مفصلة للالتزامات المؤجلة على وجه لا يدع فرصة لكل من المدين، أو الدائن ليضّر أي منهما بها الاخر. هذا، وقد جرى الفقه الإسلامي، بمذاهبه المختلفة، على حق المدين المعسر في طلب نظرة الميسرة دون تمييز لدين، أو لمدين، إذا ما ثبت الإعسار بالبينة. انظر الموضوع في: أبو مشايخ، مرجع سابق، ص 97، ب؛ وما بعدها؛ الحلالشة، مرجع سابق، ص 271؛ الدراجي، مرجع سابق، ص 142.

وتقوم "نظرة الميسرة" على إعطاء المحكمة صلاحية إنظار المدين المعسر إلى ميسرة في العقود التي حلّ أجل وفائها وتعذر عليه الوفاء، حيث متى أصبح المدين موسرًا لزمه الوفاء حالًا. هذا ومن المفيد ملاحظة أن الأجل الذي يمنح للمدين ينطوي على حقيقتين أساسيتين؛ الأولى، أن الأجل يتقرر تقديرًا للظروف التي أدت إلى إعسار المدين. الثانية، أنه لما كان إعسار المدين ينهي العقد، وفي ذلك ضرر محقق، فإن منح أجل للمدين يبقي العقد، ويحول دون حصول الضرر. وهكذا يُصنف إنظار المدين المعسر ضمن أشكال تعديل العقد. لمزيد من التفاصيل في الموضوع انظر: أبو مشايخ، مرجع سابق، ص 97، ب؛ وما بعدها؛ الحلالشة، مرجع سابق، ص 271؛ الدراجي، مرجع سابق، ص 142.

39 رمضان أبو السعود، **أحكام الالتزام**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 288؛ خوخة إباليدن، **انقضاء الالتزام بالوفاء على ضوء القانون المدني الجزائري**، رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمن ميرة، الجزائر، 2013، ص 22.

الخسارة للدائن، فتنحاز المحكمة إلى الأجل الضيق.

ويجدر التنويه إلى أمرين:

الأول: أن سلطة المحكمة في منح الأجل من النظام العام؛ فلا يجوز الاتفاق ابتداءً على استبعادها.

الثاني: أن المحكمة في تقديرها أحقية المدين في الحصول على الأجل تعتمد على عناصر من الواقع، كما هي مبينة أعلاه، ومن ثم، فتكون سلطتها مطلقة لا رقابة عليها، طالما أنها لم تخالف صريح القانون[40].

الفرع الثالث: تغير الأجل

لما كان الأجل أمرًا خارجيًا يضاف إليه الالتزام[41]، وكان الأجل هو المؤذن بوقت الرجوع على الكفيل. ولما كان من المتصور ألّا يثبت الأجل على حال؛ فقد يختلف أجل الوفاء بين الكفيل والأصيل، وقد يمتد حينًا وقد يسقط حينًا آخر؛ فلا شك أن لتغير الأجل أثرًا في تعيين وقت الرجوع؛ نسلط الضوء فيما يلي على وقت الرجوع على الكفيل في حالات اختلاف الأجل، وامتداده، وسقوطه:

1- اختلاف الأجل:

يحصل اختلاف الأجل بين التزام الكفيل والتزام الأصيل عندما تنعقد الكفالة على أجل مغاير لأجل الوفاء بالدين المكفول، ويحصل ذلك استثناء من الأصل القائم على تماثل الأجل[42]. ومصدر اختلاف الأجل بين التزام الأصيل والتزام الكفيل هو إرادة المتعاقدين، وذلك مما تجيزه النصوص ضمن ما ينضوي تحت مبدأ حرية التعاقد[43].

لكن الفقه – رغم قبوله فكرة اختلاف الأجل – قد اختلف جزئيًا حول مسألة تقديم وتأخير أجل التزام الكفيل عن أجل التزام الأصيل، ويمكن التفرقة في هذا الشأن بين اتجاهين[44]:

اتجاه يذهب إلى القول بوجوب مراعاة مبدأ "تبعية التزام الكفيل" عند الاتفاق على الأجل؛ بحيث يتبع التزام الكفيل أجل التزام الأصيل[45]. وتعني تبعية الأجل هنا؛ ألا يكون أجل التزام الكفيل أشدّ، ذلك أن مقتضى التبعية

40 عبد الحكيم فوده، **إنهاء القوة الملزمة للعقد**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1993، ص 454.

41 أبو السعود، مرجع سابق، ص 288؛ إباليدن، مرجع سابق، ص 22.

42 إباليدن، مرجع سابق، ص 24، وفيه يؤكد المؤلف أن "الكفالة تنعقد ناجزة مطلقة على أصل يكون فيه أجل الوفاء بالتزام الكفيل هو نفسه أجل الوفاء بالالتزام المكفول". وفي تقديرنا أن هذا الاستثناء إنما يعبر عن مراد المشرع تخفيف العبء على الكفيل فأتاح له اختيار ما يناسب التزامه من أجل، أو شرط، ولو خالف ذلك الأجل المقرر للوفاء بالدين المكفول. بل نعتبر ذلك مسلكا محمودا من المشرع بموجب أنه؛ من جهة، أن التخفيف على الكفيل مطلوب بحكم أن الكفالة بطبيعتها عقد تبرعي فلا أقل من أن تخفف القيود على إرادة الكفيل. ومن جهة أخرى، أن الأجل أمر خارجي يضاف إليه الالتزام دون أن يؤثر – ، أو ينتقص – من الضمان الذي يلتزم به الكفيل.

43 انظر: المادة (1060)، معاملات: "يصح أن تكون الكفالة منجزة أ مقيدة بشرط صحيح، أو معلقة على شرط ملائم، أو مضافة إلى زمن مستقبل، أو مؤقتة"؛ والمادة (1080)، معاملات: "إذا وقعت الكفالة مطلقة فإن التزام الكفيل يتبع التزام الأصيل معجلا كان، أو مؤجلا"؛ والمادة (1081)، معاملات: "إذا كفل أحدهم بالدين المعجل كفالة مؤجلة تأجل الدين على الكفيل والأصيل معا إلا إذا أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه، أو اشترط الدائن الأجل للكفيل فإن الدين لا يتأجل على الأصيل".

44 أبو السعود، مرجع سابق، ص 290؛ إباليدن، مرجع سابق، ص 29؛ فوده، مرجع سابق، ص 459.

45 من المفيد التنويه عن أن الأجل، في الالتزام بوجه عام، وفي الكفالة بوجه خاص، هو أمر خارجي يضاف إلى الالتزام وليس منه، غير أن تغير الأجل فضلا عن اختلافه قد يؤثر في التزام الكفيل بالضمان؛ فلا يترتب على اختلاف أجل التزام الكفيل عن أجل التزام الأصيل خروج

ألا يتقدم التزام الكفيل على التزام الأصيل، بمعنى ألا يكون حق الدائن واجب الأداء في مواجهة الكفيل إلا بعد أن يكون كذلك في مواجهة الأصيل، وهذا يتطلب أن يكون التزام الكفيل تاليًا – أو في أقل تقدير– متزامنًا مع التزام الأصيل. ويترتب على عدم مراعاة ذلك أن يصبح التزام الكفيل أشدّ من التزام الأصيل، وذلك أمر يخرجه عن منطق الكفالة التي تقوم بالضرورة على مبدأ "تبعية التزام الكفيل".

ويذهب اتجاه آخر إلى أن مبدأ "تبعية التزام الكفيل" لا يتأثر بالأجل؛ لأن الكفالة إنما تتعلق بضمان التزام الأصيل، ووقوع الأجل أقرب، أو أقصر لا يسقط هذا الضمان، إنما يتيح للدائن مطالبة الكفيل قبل مطالبة الأصيل، وفي هذه الحالة يكون الكفيل – حال وفائه بالدين قبل حلول الأجل – يعتبر باختياره الأجل القصير، كمن عجل الوفاء قبل حلول الأجل، ويترتب على ذلك امتناع رجوع الكفيل على الأصيل بما وفاه عنه إلا بعد حلول الأجل.

وتقديرنا أن القول في هذه المسألة إنما يتوقف على التفريق بين انعقاد الكفالة على أجل أقصر من أجل الوفاء بالدين، وبين تعجيل الكفيل الوفاء بالتزامه قبل حلول الأجل.

فأما انعقاد الكفالة على أجل أقصر؛ فيخرجها عن طبيعتها كعقد تابع قائم على "ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين"؛ ذلك أن أصل الكفالة وعلة وجودها هو وجود دين قائم في ذمة الأصيل سابق على انعقاد الكفالة، ويقوم الدين المكفول في هذه الحالة كمحل لالتزام الكفيل. ومن ثم إذا انعقدت الكفالة على أجل أقصر من أجل التزام الأصيل تبطل لانعدام المحل، إذ لا يتصور حلول التزام الكفيل قبل حلول التزام الأصيل؛ استنادًا إلى قاعدة "تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين".

وأما تعجيل الكفيل الوفاء بالتزامه قبل حلول الأجل فجائز استنادًا للقواعد العامة في الوفاء؛ إذ يعد التعجيل بالوفاء قبل حلول الأجل تبرعًا من الكفيل بحكم أنه مالك الأجل، ويرتب تعجيل الوفاء في ذمة الكفيل التزامًا مستجدًا بعدم الرجوع على الأصيل إلا بعد حلول أجل الوفاء بالدين، وذلك مراعاة لما هو مقرر في عقد الكفالة نفسه وقد قامت على ضمان الوفاء بالتزام الأصيل حين يحين أجله. وقد جرى النص على ذلك صراحة في المادة (1090) معاملات: "ليس للكفيل أن يرجع على الأصيل بشيء مما يؤديه عنه إلا إذا كانت الكفالة بطلبه، أو موافقته وقام الكفيل بأدائها. وليس له أن يرجع بما عجل أداءه من الدين المؤجل إلا بعد حلول الأجل".

2– امتداد الأجل

يحصل امتداد الأجل عندما يتأخر أجل الوفاء للأصيل إلى تاريخ لاحق، فيتأخر تبعًا لذلك أجل الوفاء بالتزام الكفيل. والمرجع في امتداد الأجل هو لإرادة الدائن أصلًا، واستثناء لسلطان القضاء.

فأما الامتداد الحاصل بإرادة الدائن فيحصل وفق ما يراه محققًا لمصالحه، ذلك أن أجل الدين مقرر كليًا لمصلحة الدائن؛ فهو بمثابة القيد بيده ليلزم به المدين. وقد أجاز القانون للدائن مدّ أجل الوفاء إلى تاريخ لاحق. على ألا

الكفالة عن مبدأ "تبعية التزام الكفيل"، ذلك أن مضمون هذا المبدأ ينصرف إلى ألّا يستقل التزام الكفيل عن التزام الأصيل في نشأته وطبيعته وانقضائه. وعليه نعتبر أن انعقاد الكفالة على أجل مغاير لا يغير من طبيعتها كعقد "تابع" يلزم الكفيل بضمان الوفاء بالتزام الأصيل كما هو في نشأته وطبيعته وانقضائه.

يكون ذلك ضارًا بحقوق، أو مصالح الكفيل[46].

وأما الامتداد بسلطان القضاء فيحصل عندما تمنح المحكمة المدين الممتنع عن الوفاء أجلًا إضافيًا، آخذة بعين الاعتبار ظروف إعساره؛ تطبيقًا لأحكام "نظرة الميسرة"[47]، فيتأخر تبعًا لذلك أجل الوفاء بالتزام الكفيل. ولامتداد الأجل أثر على أجل التزام الكفيل، وله صورتان:

الأولى: أن تنعقد الكفالة "مطلقة" فيحكمها مبدأ "تبعية التزام الكفيل"[48]، وبحكم هذه التبعية يمتد أجل التزام الكفيل بامتداد أجل التزام الأصيل. ويترتب على ذلك أن يمتنع على الدائن مطالبة الكفيل قبل حلول الأجل الجديد.

الثانية: أن تنعقد الكفالة "مقيدة" على أجل مغاير، فلا يتأثر أجل التزام الكفيل بامتداد أجل التزام الأصيل؛ تطبيقًا لمبدأ "القوة الملزمة للعقد"، فيمتنع على الدائن مطالبة الكفيل قبل حلول أجل التزامه[49].

غير أن البعض يرى أن القول بعدم تأثر أجل التزام الكفيل بامتداد أجل التزام الأصيل من شأنه أن ينشئ فرضية تُخرج الكفالة عن طبيعتها؛ بالقول أن امتداد الأجل – في الكفالة المقيدة – يجعل التزام الكفيل واجب الأداء قبل أجل الالتزام المكفول، بما يجيز للدائن مطالبة الكفيل قبل حلول أجل الوفاء بالالتزام المكفول، وهذا الوضع يجعل التزام الكفيل أشدّ من التزام الأصيل، وهو وضع يخرج بالكفالة عن طبيعتها كـ"التزام تابع"[50].

ويرى آخرون أن هذا الفرض لا يمكن أن يقوم في الواقع إذا أخذنا بمفهوم أوسع لمبدأ "تبعية التزام الكفيل" ليشمل انعقاد الكفالة وتنفيذها، وحينئذ يكون للكفيل دفع مطالبة الدائن استنادًا إلى أن امتداد الأجل أحال التزامه أشد من التزام الأصيل. وفي هذه الحالة لا يسوغ للدائن التمسك بما هو منصوص عليه قانونًا بإلزام الكفيل بالوفاء بالتزامه عند حلول الأجل[51]، استنادًا إلى أن النص المتضمن بطلان الكفالة إذا انطوت على التزام أشد من التزام الأصيل يقيد النص الذي يلزم الكفيل بالوفاء بالتزامه عند حلول الأجل[52].

ومع تقديرنا ما للرأيين من وجاهة، إلا أننا نرى أن الكفالة – بحسب الأصل – لا تضارّ بعدم تأثر أجل التزام الكفيل بامتداد أجل التزام الأصيل على النحو المنوّه عنه أعلاه، ذلك أن مبدأ عدم جواز أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام الأصيل إنما ينصرف إلى انعقاد الكفالة لا إلى تنفيذها، هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى، أن تعديل التزام بين طرفين بسبب خارج عن إرادتيهما معًا هو أمر يتعارض مع مبدأ "القوة الملزمة للعقد".

هذا، ونؤيد قول من يرى مشروعية الزام الكفيل في الكفالة المقيدة بالوفاء في الأجل المقرر لالتزامه هو، وإن

---

46 أبو السعود، مرجع سابق، ص 293؛ إباليدن، مرجع سابق، ص 230؛ فوده، مرجع سابق، ص 462، ويضيف المؤلف: "بشرط ألا يضر ذلك بمصالح الكفيل...".

47 انظر: هامش 39.

48 أبو مشايخ، مرجع سابق، ص 98، وما بعدها؛ الحلالشة، مرجع سابق، ص 277؛ الدراجي، مرجع سابق، ص 145.

49 تنص المادة (1077)، معاملات على أن: "1- على الكفيل أن يفي بالتزامه عند حلول الأجل 2- فإذا كان التزامه معلقًا على شرط وجب الوفاء عند تحقق الشرط".

50 أبو مشايخ، مرجع سابق، ص 107. الحلالشة، مرجع سابق، ص 277.

51 المادة (1077)، معاملات، هامش: 52.

52 إباليدن، مرجع سابق، ص 221؛ أبو مشايخ، مرجع سابق، ص 78.

صار أقصر من أجل الأصيل، لكنه بالمقابل له الرجوع على الأصيل وفق الأجل القديم لا الأجل الممتد، وعلة ذلك أن الأجل الممتد ينحصر أثره بين الدائن والأصيل، ويمتنع على الكفيل[53].

3- سقوط الأجل

يحصل سقوط الأجل أصلًا بسبب إفلاس الأصيل، أو عدم تقديم ما وعد بتقديمه من تأمينات الدين، أو بسبب إضعافه التأمينات[54]، فيؤثر سقوطه في تعيين وقت الرجوع، وذلك محل خلاف؛ بين من يرى عدم سقوط أجل التزام الكفيل، وبين من يوقف القول فيه على أسباب السقوط.

فأما منطلق من يرى عدم سقوط أجل التزام الكفيل، قولهم: إن سقوط الأجل أمر يتعلق بشخص المدين حصريًا، بل غالبًا ما يتقرر بسبب تقصير الأصيل؛ كأن يتعرض لشهر الإفلاس، أو يمتنع عن تقديم ما وعد بتقديمه من تأمينات، أو يضعف تأمينات الدين. ومن ثم فالقول بسقوط أجل الكفيل يحيل التزامه أشد من التزام المدين[55]. لكن من الفقهاء من يعترض على هذا الرأي بالقول: إن بقاء أجل التزام الكفيل قائمًا بعد سقوط أجل الالتزام المكفول يناقض مبدأ "تبعية التزام الكفيل"، إذ المفترض أن ما يطرأ على الالتزام المكفول من تغيير يصيب التزام الكفيل، والقول بغير ذلك ينتقص الضمان الذي تقدمه الكفالة حيث يظل حق الدائن ممتنعًا إلى حين حلول أجل التزام الكفيل[56].

وأما منطلق من يوقف القول على أسباب السقوط، فقولهم بوجوب التفرقة عند النظر في مصدر السبب المسقط للأجل، بين ما إذا كان سبب سقوط أجل الدين يرجع إلى فعل - أو تقصير - الأصيل، كما إذا لم يقدم ما وعد به من تأمينات، أو أضعف بفعله التأمينات، فإن أجل التزام الكفيل لا يسقط. والقول بغير ذلك يعد زيادة غير مشروعة في عبء التزام الكفيل بإرادة الأصيل. أما إذا كان سقوط الأجل بسبب لا يرجع إلى إرادة الأصيل، كما إذا كان الإفلاس، أو عدم تقديم التأمينات، أو إضعافها، راجعًا لسبب أجنبي، ففي هذه الحالة يسقط أجل التزام الكفيل تبعًا لسقوط أجل الالتزام المكفول تحقيقًا لمقتضى الكفالة باعتبارها عقد ضمان[57].

هذا، ويضيف البعض أنه بالرجوع إلى مقتضى عقد الكفالة، يمكن القول بسقوط أجل التزام الكفيل إذا سقط أجل الالتزام المكفول بسبب عدم تقديم المدين التأمينات التي وعد بتقديمها إذا كان الكفيل على علم بهذا الوعد عند انعقاد الكفالة، إذ يضمن الكفيل في هذه الحالة تنفيذ المدين لوعده إلى جانب ضمانه الوفاء بالدين، إلا إذا ظهر من العقد ما يفيد غير ذلك[58].

---

53 فوده، مرجع سابق، ص 471.

54 تنص المادة (1089)، معاملات، على أن: "على الدائن إذا أفلس مدينه أن يتقدم في التفليسة بدينه وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما ترتب على تراخيه من ضرر".

55 الشرقاوي، مرجع سابق، ص 56، وما بعدها؛ أبو مشايخ، مرجع سابق، ص 99، وما بعدها؛ إباليدن، مرجع سابق، ص 230-232.

56 الشرقاوي، مرجع سابق، ص 110. وينتقد المؤلف هذا الرأي بـ"أن تبعية التزامه لا تمنع أن يكون منعقدًا بشروط أخف، ومن ثم يجوز أن يكون الالتزام المكفول حالا والتزام الكفيل مؤجلا. ويستند أنصار هذا الرأي إلى أن إفلاس المدين في القانون التجاري، لا يترتب عليه سقوط الأجل وحلول الدين إلا بالنسبة إلى المدين المفلس".

57 منصور، مرجع سابق، ص 49. تناغو، مرجع سابق، ص 52.

58 تناغو، مرجع سابق، ص 52؛ الشرقاوي، مرجع سابق، ص 110.

ومع ترجيحنا لرأي من يوقف القول على أسباب السقوط، لموافقته القواعد العامة التي تحكم الالتزام، من جهة، ومراعاته لمقتضى الكفالة باعتبارها عقد ضمان من جهة أخرى، إلا أننا لا نتفق مع هذا الرأي في قوله إن الكفيل يضمن تنفيذ المدين لوعده بتقديم تأمينات إلى جانب ضمانه الوفاء بالدين، ونرى أن القول بضمان الكفيل "وعد" الأصيل بتقديم تأمينات، يخرج عن نطاق الكفالة باعتبارها عقد ضمان مالي صرف، وقد عرفها القانون بـ"ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين"[59]، والمعنى هنا ينصرف إلى ضمان "الوفاء بالدين" الذي يتعلق بالذمة المالية. أما ضمان الكفيل تنفيذ الأصيل لوعده فذلك أمر آخر غير ضمان الوفاء بالدين، ويتطلب عقدًا خاصًا آخر غير عقد الكفالة[60].

المبحث الثاني: نطاق الرجوع

نطاق الرجوع هو الحيّز القانوني الذي يتاح فيه للدائن الرجوع بالضمان على الكفيل بطريق الدعوى القضائية على النحو السابق بيانه[61]. بيّنت النصوص ذلك مفرقة بين حالات يتسع فيها النطاق، وأخرى يضيق فيها، وذلك ما نستعرض أحكامه تباعًا في المطلبين التاليين.

المطلب الأول: اتساع النطاق

من حيث المبدأ، يتسع نطاق الرجوع أمام الدائن ليبلغ مداه؛ فيكون له الرجوع على الأصيل، والكفيل، وكفيل الكفيل. ورد النص على ذلك في المادة (1078)، بقولها: "1- للدائن مطالبة الأصيل، أو الكفيل، أو مطالبتهما معًا، 2- وإن كان للكفيل كفيل فللدائن مطالبة من شاء منهما، 3- على أن مطالبته لأحدهم لا تسقط حقه في مطالبة الباقي"[62].

ويفيد هذا النص إطلاق يد الدائن في الرجوع على المدين وكافليه، فله، من جهة، أن يرجع على الأصيل والكفيل معًا، أو أن يكتفي بالرجوع على أحدهما. وتفيد أداة التخيير "أو" في النص أن الخيار للدائن، وله نفس خيارات الرجوع في حالة تعدد الكفلاء. ورجوعه، من جهة أخرى، على أي من هؤلاء لا يسقط حقه في الرجوع على الآخرين.

---

59 تنص المادة (1056)، معاملات، على أن: "الكفالة ضم ذمة شخص هو الكفيل إلى ذمة مدين في تنفيذ التزامه".

60 السنهوري، مرجع سابق، ص 91. وقد أشار في الهامش إلى:

"Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, Ed. II, T. XI, "Le contrat civil", Note 1512, p: 984".

وانظر في نفس الموضوع: سليمان مرقس، **عقد الكفالة**، مؤسسة الكتاب العربي، القاهرة، 1959، ص 33؛ محمد كامل مرسي، **الحقوق العينية التبعية**، ط 3، دار النهضة العربية، 1955، ص 88؛ تناغو، مرجع سابق، ص 56؛ يحي، مرجع سابق، ص 74؛ الشرقاوي، مرجع سابق، ص 56.

61 انظر المطلب الثاني من المبحث الأول.

62 الحلالشة، مرجع سابق، ص 279. وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون عن بيان خلفية هذا النص، ما يلي: "جعلت هذه المادة للدائن مطالبة الأصيل، أو الكفيل، أو مطالبتهما معا فإن كان للكفيل كفيل فللدائن مطالبة من شاء منهما، وقررت هذه المادة أن مطالبة الدائن لأحدهم لا تسقط حقه في مطالبة الباقين وحكم هذه المادة يُعرف من مطالعة نصوص المواد: (626، 644، 645) من **مجلة الأحكام العدلية** وشرحها لعلي حيدر والأتاسي، والمادة (856) من **مرشد الحيران**؛ و**بدائع الصنائع**، ج 6، ص 14؛ **ونهاية المحتاج**، ج 4، ص 458؛ و**المغني**، ج 5، ص 81،83؛ **وبداية المجتهد**، ج 2، ص 248، و**المدخل الفقهي**، ج 1، الفقرة 213، للزرقا.

الفرع الأول: الرجوع على الكفيل

للدائن الرجوع على الكفيل مباشرة، على النحو المبيّن أعلاه، لا يقيده في ذلك إلا أمران: حلول الأجل، وتحقق الشرط إن وجد. وهذان قيدان شكليان ورد بهما النص صراحة[63]. وخارج هذين القيدين يكون للدائن الرجوع على الكفيل دون حاجة إلى البدء بمطالبة الأصيل، أو التنبيه عليه بالوفاء، أو إعذاره، على النحو الذي جرى به النص. ويظهر النص أن المشرع – بتقريره إفساح المجال أمام الدائن في الرجوع على الكفيل – كأنه أخذ بالفكرة القديمة في القانون الروماني القائمة على معاملة الكفيل كالمدين المتضامن، بحيث يكون للدائن الرجوع عليه بالدين مباشرة باعتباره مدينًا إلى جانب المدين[64].

ويثير الرجوع على الكفيل مباشرة، على هذا النحو، غموضًا في المركز القانوني للكفيل: هل هو مدين أم هو ضامن لدين الغير؟ ويبدو لنا أن مرد هذا الغموض إلى القانون، حيث إن النص يعرف الكفالة بأنها: "..، ضم ذمة شخص هو الكفيل إلى ذمة مدين في تنفيذ التزامه"[65]. فتتسع عبارة النص لمعنيين:

الأول: أن الكفيل، بضم ذمته إلى ذمة المدين، يكون ضامنًا للدين، على أساس أن الذي يتعلق بالذمة هو الضمان وليس الدين.

الثاني: أن الكفيل، بضم ذمته إلى ذمة المدين، يكون مدينًا إلى جانب المدين، على أساس أن الذي يتعلق بالذمة هو الدين.

وتقديرنا أن المعنى الأول أكثر توافقًا مع جوهر الكفالة باعتبارها عقد "ضمان" لا عقد "دين"، حيث لا يمكن تصور أن يكون الكفيل مدينًا في ظل وجود الأصيل الذي هو المدين حقيقة. علمًا أن الفقه الحديث[66] قد نبذ فكرة اعتبار الكفيل كالمدين المتضامن بعد أن تبيّن الفرق بين التزام المدين والتزام الكفيل من حيث إن التزام الأول بالدين؛ أما التزام الثاني فبالضمان؛ أي أنه يضمن عدم وفاء الأصيل بالدين.

الفرع الثاني: الرجوع في حالة تعدد الكفلاء

من المعلوم أنه إذا كان الكفيل مفردًا، جاز للدائن أن يطالبه بكل الدين إذا توافرت الشروط التي يتطلبها القانون، وذلك أمر تتسع له القواعد العامة في كفالة الدين[67]. أما إذا تعدد الكفلاء للدين الواحد، فيثور التساؤل عما إذا كان يجوز للدائن الرجوع على كل منهم بكل الدين، أو أن يرجع على كل منهم بنصيبه في المسؤولية عن الدين. تجيب عن هذا التساؤل المادة (1085) معاملات، بالقول: "إذا تعدد الكفلاء لدين واحد جازت مطالبة كل

63 المادة (1077)، معاملات: "1- على الكفيل أن يفي بالتزامه عند حلول الأجل. 2- فإذا كان التزامه معلقًا على شرط وجب الوفاء عند تحقق الشرط".

64 انظر في الموضوع هامش: 1.

65 المادة (1056)، معاملات: "الكفالة ضم ذمة شخص هو الكفيل إلى ذمة مدين في تنفيذ التزامه"؛ الحلالشة، مرجع سابق، ص 283.

66 ذلك هو اتجاه عام لدى الشراح، نذكر منهم: السنهوري، مرجع سابق، ص 84، وما بعدها؛ منصور، مرجع سابق، ص 48؛ الشرقاوي، مرجع سابق، ص 49؛ يحي، مرجع سابق، ص 63.

67 انظر بوجه خاص المواد: (342)، معاملات وما بعدها، تحت عنوان: "الوفاء". والمواد: (1077) إلى (1092)، معاملات، تحت عنوان: "**آثار الكفالة**"، **معاملات**.

منهم بكل الدين إلا إذا كفلوا جميعًا بعقد واحد، ولم يُشترط فيه تضامنهم، فلا يطالب أحد منهم إلا بقدر حصته". ويتضح من هذا النص أن المشرع استند إلى قاعدة تقسيم الدين في رجوع الدائن على الكفلاء[68].

ولكي ينقسم الدين بين الكفلاء يستلزم توافر الشروط الآتية:

أولًا: أن يتعدد الكفلاء لدين واحد، فمن جهة، لا ينقسم الدين بين الكفيل والمدين، لاختلاف المحل بين التزاميهما؛ فمحل التزام الكفيل هو ضمان الوفاء بالتزام المدين، أما محل التزام المدين فهو الوفاء بالدين. ومن جهة أخرى، لا ينقسم الدين بين الكفيل وكفيل الكفيل لاختلاف المحل بين التزاميهما؛ إذ إن التزام الكفيل محله ضمان الوفاء بالتزام المدين، أما محل التزام كفيل الكفيل فهو ضمان الوفاء بالتزام الكفيل.

هذا، ويثير البعض تساؤلًا حول فرضية تعدد الكفلاء بينهم الكفيل الشخصي والكفيل العيني؛ فهل ينقسم الدين بينهما. تفرق الرأي في هذه المسألة:

يرى البعض أن للكفيل العيني، دون الكفيل الشخصي، حق التمسك بتقسيم الدين بينه وبين غيره من الكفلاء الشخصيين؛ استنادًا إلى أن الكفالة العينية أثبت في الضمان من الكفالة الشخصية لسهولة التنفيذ على العين الواردة عليها الكفالة.

ويرى آخرون أن الكفيل العيني لا يحق له التمسك بتقسيم الدين؛ استنادًا فقط إلى نوعية الكفالة؛ لأن الضمان واحد بالنظر إلى قيمة الدين.

ويذهب فريق ثالث في شأن هذه الفرضية إلى القول بـ"...، عدم جدوى بحث هذه الفرضية لاستنادها إلى تصور نظري صرف،...، إذ من النادر في واقع المعاملات المدنية أن يكفل كفيل عيني وكفيل شخصي دينًا واحدًا بعقد واحد"[69].

ثانيًا: أن يكون التزام الكفلاء بعقد واحد؛ لأن كل كفيل في هذه الحالة يكون قد أدخل في اعتباره مسؤولية غيره من الكفلاء، وأنه لن يُطالب إلا بحصة محددة من الدين. أما إذا تعدد الكفلاء لدين واحد، بعقود متوالية، فإن الدين لا ينقسم بقوة القانون، ويكون للدائن أن يطالب كلًا منهم بكل الدين. والملاحظ أن المشرع الإماراتي وإن لم ينص صراحة على فرضية "تعدد الكفلاء بعقود متوالية"، فإن هذا الحكم يمكن أن يؤخذ بمفهوم المخالفة من نص المادة (1085)، المنوّه عنها في صدر الفقرة أعلاه.

ثالثًا: أن يكون المدين واحدًا، فإذا تعدد المدينون، فلا ينقسم الدين بينهم كما في حالة التزام عدة أشخاص على سبيل التضامن بنفس الدين، وكفل كل منهم أحد الكفلاء، فلا ينقسم الدين بينهم. ويلاحظ أن هذا

---

68 انظر حول أصل القاعدة في تقسيم الدين، تعليق: يحي، مرجع سابق، ص57، وجاء فيه: "...، لكن معظم التقنينات العربية – على غير عادتها – خالفت في هذه المسألة **القانون المدني الفرنسي** الذي يفترض التضامن بين المدينين إذا تعدد الكفلاء للدين الواحد، حيث نص في المادة (2025)، على أنه: "إذا التزم عدة كفلاء بضمان دين واحد فإن كلًا منهم يلتزم بكل الدين"، ثم أضافت المادة (2026): "لكل كفيل الحق في طلب التقسيم عند مطالبته بكل الدين". وتقديرنا لو أن المشرع الإماراتي سلك مسلك نظيره الفرنسي لكان أقرب إلى منطق الكفالة حين يتعدد الكفلاء.

69 السنهوري، مرجع سابق، ص 94؛ منصور، مرجع سابق، ص 60.

الشرط يكون متوفرًا إذا كفل كل كفيل جميع المدينين المتضامنين[70].

رابعًا: ألا يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم، إذ إن التضامن يجعل للدائن حق الرجوع على كل منهم بكل الدين؛ طبقًا لأحكام التضامن، ومن ثم لا ينقسم الدين. فإذا كفل اثنان دينًا واحدًا لمدين واحد في عقد واحد وكانا متضامنين، فلا ينقسم الدين، ويسأل كل منهما عن الدين كله. وخلافًا لذلك، إذا كان الكفيلان غير متضامنين فإن الدين ينقسم بينهما بالتساوي؛ فيكون كل منهما مسئولًا عن نصف الدين إن لم يكن هناك اتفاق على نسب أخرى[71].

فإذا توافرت هذه الشروط الأربعة انقسم الدين بين الكفلاء بقوة القانون، وانقسم تبعًا لذلك الضمان بينهم، وتعين أن يلتزم كل منهم بضمان حصته فقط من وقت انعقاد الكفالة، وهذا هو الوضع الأمثل في حالة تعدد الكفلاء.

وبالنتيجة، يترتب على القول بانقسام الدين بقوة القانون بين الكفلاء، أن كلًا منهم يستطيع إجبار الدائن على قبول حصته من الدين، وبمعنى آخر، قبول الوفاء الجزئي. وإذا طولب الكفيل بضمان كل الدين؛ فإن المحكمة لا تلزمه الوفاء إلا بقدر نصيبه من الدين حتى لو لم يطلب منها ذلك؛ لأن انقسام الدين يصدر عن إرادة تشريعية مقيدة للمحكمة. وفي حالة إعسار أحد الكفلاء فإن نصيبه لا يقسم بين الكفلاء، ويتحمل الدائن نتيجة هذا الإعسار[72].

وفي كل الأحوال، نؤيد ما يذهب إليه بعض الفقهاء[73]، من القول بأن مسألة تقسيم الدين من عدمه، بطبيعتها الحسابية، لا تؤثر في قيمة الضمان الذي تقدمه الكفالة، ومن ثم فحكم المادة (1085) أعلاه ليس من النظام العام، فيكون للكفيل – في كل أوضاعه – التمسك بتقسيم الدين بين الكفلاء إذا احتفظ لنفسه في العقد بحق التقسيم.

المطلب الثاني: ضيق النطاق

استنادًا إلى النصوص، يضيق نطاق الرجوع أمام الدائن في حالتين:

الأولى: تتعلق بالدين المضمون بتأمين عيني إذا اشترط الكفيل الرجوع على الأصيل أولًا.

الثانية: إذا كان للكفيل كفيل، أو أكثر، واشترط الكفيل الرجوع أولًا على الكفيل الأول.

ويبدو في هاتين الحالتين أن المشرع عاد واستدرك من سعة نطاق الرجوع أمام الدائن، ليحقق قدرًا من توازن العلاقة، فأقام القيود على رجوع الدائن على الكفيل.

الفرع الأول: اشتراط الكفيل الرجوع أولًا على الأصيل

تنص المادة (1082) معاملات، على أنه: "إذا كان الدين مضمونًا بتأمين عيني قبل الكفالة وكان الكفيل قد اشترط الرجوع على الأصيل أولًا؛ فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على الأموال الضامنة للدين"[74].

---

70 الحلالشة، مرجع سابق، ص 283.

71 المادة (1086)، معاملات: "إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله كان له أن يرجع على كل من الباقين بحصته في الدين ونصيبه في حصة المفلس منهم".

72 السنهوري، مرجع سابق، ص 96؛ يحي، مرجع سابق، ص 79؛ الشرقاوي، مرجع سابق، ص 56.

73 السنهوري، مرجع سابق، ص 96.

74 الحلالشة، مرجع سابق، ص 287. ومن جانب آخر جاء في **المذكرة الإيضاحية للقانون**، في بيان حكم هذا النص ما يلي: "وقد أخذ حكم هذه المادة من مذهب الإمام مالك حيث جاءت أحكام الكفالة من كتاب **الفقه على المذاهب الأربعة**، ج 3، ص 239، عند ذكر مذهب المالكية، أن ◄

يضيف هذا النص ما يشبه الاستثناء من مبدأ حق الدائن في الرجوع على الأصيل والكفيل معًا[75]، وذلك حصريًا في حالة الدين المضمون بتأمين عيني[76]؛ ولهذا الاستثناء شرطان: أن يسبق التأمين العيني انعقاد الكفالة، وأن يشترط الكفيل الرجوع على الأصيل أولًا. وواضح أن علة الاستثناء التخفيف على الكفيل إذ الرجوع على التأمين السابق على الكفالة أولى من الرجوع على الكفيل؛ بحكم أن التأمين العيني يكون من أموال المدين كرهن مسجل، أو أي تأمين عيني آخر.

وجدير بالتنويه هنا، أن عبارة النص تتعلق بموضوع التنفيذ على الأموال الضامنة للدين، لا بالرجوع على الأصيل، ومعلوم أن "التنفيذ" إجراء لاحق للرجوع، ويعني حصريًا المطالبة القضائية، كما سبقت الإشارة إلى ذلك[77]. وتعلق عبارة النص بحق الدائن في التنفيذ تبين أن اشتراط الكفيل الرجوع على الأصيل أولًا؛ لا يمنع رجوع الدائن على الكفيل أولًا كإجراء تحفظي وقائي، إذ إن وجود التأمين العيني لا يعطل التزام الكفيل بالضمان، لكن لا يكون للدائن أن ينفذ بحقه على أموال الكفيل إلا بعد النفاذ على الأموال الضامنة للدين، حتى إذا لم يجد فيها وفاءً نفذ بحقه على أموال الكفيل. ولهذا السبب قيّد المشرع اشتراط الكفيل على الدائن بقيد موضوعي يتعلق بحق الدائن في "التنفيذ" على أموال الكفيل بالتنفيذ أولًا على الأموال الضامنة للدين. وهذا ما دعانا إلى الإشارة في صدر هذه الفقرة إلى القول إن نص المادة (1083) أعلاه يضيف ما يشبه الاستثناء من مبدأ حق الدائن في الرجوع على الأصيل، أو الكفيل، أيهما يختار أولًا.

الفرع الثاني: اشتراط الكفيل الرجوع على الكفيل الأول

تنص المادة (1083) معاملات، على أنه: "يجوز لكفيل الكفيل أن يشترط على الدائن الرجوع على الكفيل الأول".

وفق هذا النص يكتفي المشرع، في تقديرنا، بوضع قيد شكلي على حق كفيل الكفيل يتمثل في اشتراط الرجوع على الكفيل الأول[78]. ونتفق مبدئيًا مع من يرى أن النص على هذا القيد – في غير حالات التضامن بين المدينين – لا يعد إضافة موضوعية لعلاقة الكفلاء؛ لأن مركز الكفيل من المدين يختلف عن مركز كفيل الكفيل من الكفيل[79]. ونؤيد ما يذهب إليه البعض بالقول إنه "على الكفيل أن يتمسك في حالة الشرط بالدفع بعدم قبول دعوى الدائن ضده إلا بعد، أو مع مطالبة الأصيل، ذلك أن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام، وإنما يهدف إلى تحقيق مصلحة

المضمون إذا كان موسرًا حاضرًا فليس لصاحب الدين مطالبة الضامن"، وهذا بعمومه يشمل الكفيل بالنسبة للأصيل كما يشمل كفيل الكفيل بالنسبة للكفيل. وكذلك ما جاء في **بداية المجتهد** ج 2، ص 248، من أن مالكًا في أحد قوليه، أنه "ليس للدائن أن يأخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه". وهذه المادة تقابل المواد (972) أردني، (763) سوري، (1039) عراقي".

75 المنصوص عليه في المادة (1078)، معاملات: "1– للدائن مطالبة الأصيل أو الكفيل أو مطالبتهما معًا. 2– وإن كان للكفيل كفيل فللدائن مطالبة من شاء منهما. 3– على أن مطالبته لأحدهم لا تسقط حقه في مطالبة الباقين".

76 المادة (1083)، معاملات: "يجوز لكفيل الكفيل أن يشترط على الدائن الرجوع على الكفيل الأول".

77 انظر المطلب الأول، من المبحث الأول.

78 من المفيد هنا التنويه عن أن المقصود برجوع الدائن على الكفيل هو المطالبة القضائية وفقا للأشكال والإجراءات القانونية؛ فيتعين على الدائن رفع الدعوى القضائية على الكفيل الأول، ليحصل على حكم يلزمه بالوفاء، ولذا لا يُكتفي في الرجوع بإعذار الكفيل تمامًا كما هو الحال بالنسبة للرجوع على الأصيل.

79 الحلالشة، مرجع سابق، ص 289.

خاصة للكفيل، والمحاكم لا تقضي بذلك من تلقاء نفسها"[80]. ويستتبع القول بعدم تعلق هذا الدفع بالنظام العام أن يصح لكفيل الكفيل النزول عنه – عند العقد – صراحة، أو ضمنًا؛ وحينئذ يكون للدائن مطلق الرجوع على من يختار من الكفلاء.

ويلاحظ أن حق كفيل الكفيل في الدفع بعدم قبول دعوى الدائن ضده قبل مطالبة الكفيل الأول يسقط إذا كان الكفيل متضامنًا مع المدين؛ قياسًا بوجه عام على القاعدة العامة للتضامن التي تقضي بحق الدائن الرجوع على أي من المدينين المتضامنين[81]. ويستثني المشرع من ذلك؛ الكفالة عندما تتم بنص القانون، أو بحكم القضاء فتكون مطلقة حيث يعد تضامن الكفلاء فيها قاعدة [82]، لا استثناء لها[83].

لكن المشرع عاد ليضيف قيدًا آخر على حق الدائن في الرجوع، وذلك في حالة إفلاس مدينه، بإلزامه بالدخول في التفليسة قبل الرجوع على الكفيل، وإلا سقط حقه في الرجوع بقدر ما ترتب على امتناعه، أو تراخيه من ضرر على حقوق الكفيل، إذ إن مناط هذا القيد ضمان حق الكفيل في الرجوع على المدين[84]. كذلك الحال إذا تعدد دائنو المدين المفلس، وامتنعوا عن اتخاذ إجراءات فردية ضده، فإنه يكفي تقدم أحد الدائنين منفردًا بحقه الدخول في التفليسة، ليستطيع الرجوع فورًا على الكفيل، ويؤيد هذا الوضع عدد من رجال الفقه[85].

وفي كل الأحوال لا يضطر الدائن للدخول في التفليسة إذا كان حقة ثابتًا بسند رسمي؛ في هذه الحالة يكفي أن يكون الدائن قد قام بالبينة على مطالبة المدين بالوفاء، ولو اكتفى بإعذاره، فيرجع على الكفيل طالما أن السند يكفل رجوع الدائن على الأصيل.

خاتمة

خلص لدينا من تناولنا موضوع "وقت ونطاق الرجوع على الكفيل بالضمان"، أن المشرع الإماراتي اجتهد، ما وسعه الجهد، في أن تقوم الرابطة بين الكفيل والدائن على قدر معتبر من التوازن. فجعل الأمر في تعيين وقت الرجوع على الكفيل إلى مطلق إرادة الطرفين، وما يتفقان عليه في العقد، ما لم يختلفا، فيكون حينئذ أمر تعيين الوقت إلى القضاء. أما تحديد نطاق الرجوع؛ فجعل الأمر كله إلى مطلق إرادة الطرفين وما يتفقان عليه في العقد.

واتضح لدينا – من حرص المشرع على أن تقوم الرابطة بين الكفيل والدائن على قدر أكبر من التوازن – أن عقيدته في ذلك قد انصرفت إلى تشجيع التعامل بالكفالة؛ لما فيه من تقوية لروابط الائتمان بين الأفراد وتزايد وتيرة

80 المرجع نفسه.

81 المادة (1085)، معاملات: "إذا تعدد الكفلاء لدين واحد جازت مطالبة كل منهم بكل الدين إلا إذا كفلوا جميعًا بعقد واحد ولم يشترط فيه تضامنهم فلا يُطالب أحد منهم إلا بقدر حصته"؛ المادة 1086، معاملات: "إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله كان له أن يرجع على كل من الباقين بحصته في الدين ونصيبه في حصة المفلس منهم".

82 تنص المادة (1087)، معاملات: "تستلزم الكفالة بنص القانون أو بحكم القضاء عند إطلاقها تضامن الكفلاء".

83 الحلالشة، مرجع سابق، ص 290. السنهوري، مرجع سابق، ص 101؛ منصور مصطفى منصور. ص 61؛ يحي، مرجع سابق، ص 81؛ جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص 74.

84 المادة (1089)، معاملات: "على الدائن إذا أفلس مدينه أن يتقدم في التفليسة بدينه وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما ترتب على تراخيه من ضرر".

85 المادة ذاتها.

تداول الأموال، وما ينتظر من ورائه من تزايد الخيرات.

وفي نظرنا؛ أن المشرع – وإن برزت عقيدته تلك – فقد اضطرب وضعف نهجه، لا سيّما في تحديد نطاق الرجوع على الكفيل، حيث قرر من جهة إفساح المجال واسعًا أمام حق الدائن، وهو ما ورد في المادة (1078): "1– للدائن مطالبة الأصيل، أو الكفيل، أو مطالبتهما معًا. 2– وإن كان للكفيل كفيل فللدائن مطالبة من شاء منهما. 3– على أن مطالبته لأحدهم لا تسقط حقه في مطالبة الباقي". ثم أتاح للكفيل، من جهة أخرى، حق اشتراط قيدٍ على حق الدائن في الرجوع، وهو ما ورد في المادة (1083): "يجوز لكفيل الكفيل أن يشترط على الدائن الرجوع على الكفيل الأول". وما ورد في المادة (1082)، معاملات: "إذا كان الدين مضمونًا بتأمين عيني قبل الكفالة، وكان الكفيل قد اشترط الرجوع على الأصيل أولًا؛ فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على الأموال الضامنة للدين".

ويتضح من هذه النصوص مجتمعة، مدى اضطراب وضعف نهج المشرع في تناول الموضوع، فتقريره إفساح المجال أمام الدائن للرجوع على من شاء من الأصيل، أو الكفيل، ثم منحه الكفيل حق وضع شرط الرجوع أولًا على الأصيل في حالة وجود تأمين عيني قبل إبرام الكفالة، ينشئ في تقديرنا تعارضًا؛ من جهةٍ، مع طبيعة الكفالة، كعقد ضمان. ومن جهة أخرى، يثير لبسًا حول وضع الشرط في عقد الكفالة نفسه.

فأما التعارض مع طبيعة الكفالة؛ فمرجعه إلى مخالفة الأصل في الكفالة، ذلك أن التزام الكفيل بالضمان، بطبيعته، يحميه من رجوع الكفيل عليه قبل رجوعه على الأصيل؛ فمنطق الضمان يقتضي وجوب الرجوع على المدين قبل الرجوع على الضامن؛ علمًا أن المشرع الإماراتي لم يأخذ بذلك.

وأما اللبس الذي يثيره اشتراط الكفيل الرجوع أولًا على الأصيل، أو على الكفيل الأول في حال تعدد الكفلاء، فإن الشرط هنا جاء منتقصًا؛ إذ المفترض أن يشمل الشرط تقرير رجوع الدائن أولًا على الأصيل، أو على الكفيل الأول أيضًا في حالة الدين غير المكفول بتأمين عيني؛ فذلك أقرب لمنطق الكفالة، من إطلاق يد الدائن في الرجوع على حساب مصالح الكفلاء.

آخذين في الاعتبار كل ما سبق عرضه في هذه الدراسة، وبعضًا مما تقدم مناقشته فيها من مسائل؛ نوصي بإعادة النظر في صيغة المادة (1078) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي بما يفيد الآتي:

1– تقرير حق الدائن في الرجوع على الكفيل؛ لكن بعد الفراغ من الرجوع على الأصيل، مع النص على عدم جواز الاتفاق على خلافه.

2– تقرير امتناع الدائن الرجوع على كفيل الكفيل قبل الرجوع على الكفيل الأول، ما لم يُتفق على خلافه.

المراجع

أولًا: المراجع العربية

إباليدن، خوخة، **انقضاء الالتزام بالوفاء**. رسالة، جامعة عبد الرحمن ميرة، الجزائر،2013.

أبو السعود، رمضان. **أحكام الالتزام**. دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، (د.ت).

أبو مشايخ، سليمان. **عقد الكفالة المدنية – دراسة مقارنة**. رسالة، جامعة النجاح الوطنية، 2006.

البكري، محمد عزمي. **موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد – المجلد العاشر. دار محمود للنشر والتوزيع، مصر**، 2001.

تناغو، سمير عبد السيد. **التأمينات الشخصية**. منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975.

الحلالشة، عبد الرحمن. **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، دراسة متقابلة مع الفقه الاسلامي والقوانين المدنية العربية المصري والسوري واليمني وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية وقانون الالتزامات والعقود المغربي**. دار وائل للنشر، عمان، الطبعة الأولى، 2006.

الدراجي، مصطفى. **الالتزام الموصوف وقواعد تنفيذه – دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي**. منشورات جامعة عمر المختار، ليبيا، 2005.

الزرقا، مصطفى. **المدخل الفقهي العام**. ط. 1، دار القلم، دمشق، 1973.

السنهوري، عبد الرزاق أحمد. **الوسيط في شرح القانون المدني**. ط. 3، دار احياء التراث العربى، بيروت، 1971.

الشرقاوى، جميل. **دروس في التأمينات الشخصية والعينية**. دار النهضة العربية، القاهرة، 1976.

عبد الباقى، عبد الفتاح. **الوسيط في التأمينات**. دار النهضة العربية، القاهرة، 1956.

العدوي، جلال. **أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني**. الدار الجامعية، القاهرة، 1985.

فوده، عبد الحكيم. **إنهاء القوة الملزمة للعقد**. دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1993.

مرسي، محمد كامل. **الحقوق العينية التبعية**. ط. 3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976.

مرقس، سليمان. **عقد الكفالة**. منشأة المعارف، الإسكندرية، 1959.

منصور، مصطفى منصور. **عقد الكفالة**. (د. م) 1961.

يحي، عبد الودود. **التأمينات الشخصية والعينية**. دار النهضة العربية، القاهرة، 1976.

ثانيًا: المراجع الأجنبية

References:

ʿAbd al-Bāqi, ʿabd al-Fattāḥ. *al-Wasīṭ fī al-tảmīnāt* (in Arabic), Dār al-Nahḍah al-ʿarbīyah, al-Qāhirah, 1956.

Al-bakrī, Muḥammad ʿazmī. *Mawsūʿat al-Fiqh wa-al-qaḍāʾ wa-al-tashrīʿ fī al-Qānūn al-Madanī al-*

jadīd - al-mujallad al-ʿāshir (in Arabic), Dār Maḥmūd lil-nashr wa-al-tawzīʿ, Miṣr, 2001.

Abū al-Saʿūd, Ramaḍān. *Aḥkām al-iltizām* (in Arabic), dār al-Jāmiʿah al-jadīdah, al-Iskandarīyah, (d.t).

Abū Mashāyikh, sulaymān. ‘eqd alkfalh almdnyh walathar almtrtbh ‘elyh, drash mqarnh byn mjlh alahkam al’edlyh walqanwn almdny almsry, *rsalh majstyr, jam’eh alnjah alwtnyh, 2006.*

Al-Darājī, Muṣṭafá. *al-Iltizām al-Mawṣūf wa-qawāʿid tanfīdhih, dirāsah muqaranah bayna al-sharīʿah al-islāmīyah wa-al-qānūn al-waḍʿī* (in Arabic), Manshūrāt jāmiʿat ʿumar al-Mukhtār, lībyā, 2005.

Al-Zarqā, Muṣṭafá. *al-Madkhal al-Fiqhī al-ʿām* (in Arabic), 1st ed, dār al-Qalam, Dimashq, 1973.

Al-Ḥalālshih, ʿabd al-Raḥman. *al-Wajīz fī sharḥ al-Qānūn al-Madanī al-Urdunī, dirāsah mutaqābilah maʿa al-Fiqh al-Islāmī wa-al-qawānīn al-madnīyah al-ʿarabīyah al-Miṣrī wa-al-Sūrī wa-al-Yamanī wa-Qānūn al-Muʿāmalāt al-Madanīyah li-dawlat al-Imārāt al-ʿarabīyah wa-Qānūn al-Iltizāmāt wa-al-ʿuqūd al-Maghribī*, (in Arabic), 1st ed, dār Wāʾil lil-nashr, ʿammān, 2006.

Al-ʿadawī, Jalāl. *Aḥkām al-iltizām, dirāsah muqāranah fī al-qānūnayn al-Miṣrī wa-al-Lubnānī* (in Arabic), al-Dār al-Jāmiʿīyah, al-Qāhirah, 1985.

Al-Sanhūrī, ʿabd al-Razzāq Aḥmad. *al-Wasīṭ fī sharḥ al-Qānūn al-Madanī* (in Arabic), vol. 10, 3rd ed., dār Iḥyāʾ al-turāth al-ʿarabi, Bayrūt, 1971.

Al-Sharqāwi, Jamīl. *Durūs fī al-tảmīnāt al-shakhṣīyah wa-al-ʿaynīyah*, (in Arabic), dār al-Nahḍah al-ʿarabīyah, al-Qāhirah, 1976.

Fūdah, ʿabd al-Ḥakīm. *Inhāʾ al-qūwah al-mulzimah lil-ʿaqd* (in Arabic), dār al-Maṭbūʿāt al-jāmiʿīyah, al-Iskandarīyah, 1993.

Ibālīdun, khūkhah. *Inqiḍāʾ al-iltizām bil-wafāʾ* (in Arabic), risālah, jāmiʿat ʿabd al-Raḥmān mīrah, al-jazāʾir, 2013.

Marqas, Sulaymān. *ʿaqd al-Kafālah* (in Arabic), Munshảat al-Maʿārif, al-Iskandarīyah, 1959.

Manṣūr, Muṣṭafá Manṣūr. *ʿaqd al-Kafālah* (in Arabic), (d. m) 1961.

Mursī, Muḥammad kāmil. *al-Ḥuqūq al-ʿaynīyah al-tabaʿīyah* (in Arabic), 3rd ed, dār al-Nahḍah al-ʿarabīyah, al-Qāhirah, 1976.

Tanāghū, Samīr ʿabd al-Sayyid. *al-Tảmīnāt al-shakhṣīyah* (in Arabic), Munshảat al-Maʿārif, al-Iskandarīyah, 1975.

Yaḥyá, ʿabd al-Wadūd. *al-Tảmīnāt al-shakhṣīyah wa-al-ʿaynīyah* (in Arabic), dār al-Nahḍah al-ʿarabīyah, al-Qāhirah, 1976.