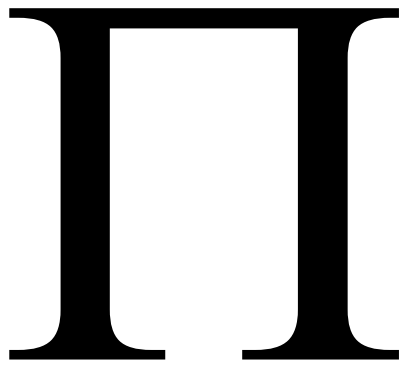
اقليم كوردستان العراق
وزارة العدل
رئاسة الادعاء العام

الاثار المترتبة على الاخلال بالكفالة المدنية والجزائية

بحث تقدم به عضو الادعاء العام شعبان عبدالله حسن الى مجلس القضاء في إقليم كوردستان العراق كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الرابع الى الصنف الثالث من اصناف الادعاء العام

بإشراف المدعي العام
سعيد خضر خلف

١٤٣٨هـ ٢٧١٧ك ٢٠١٧م



{ ۆ و و ۆ ۆ ې ې ب ب □ □
□ □ □ }

صدق الله العظيم
سورة آل عمران الآية
٤٤

بەناوی خودای بەخشندە و میهرەبان

بەڕێزان سەروك و ئەندامانی لیژنەی تاوتوێ کردنی توێژینەوە

دوای ووردبونەوە لە توێژینەوەی بەڕێز شعبان عبدالله حسن ئەندامێ داواکاری گشتی بەناونیشانی (الاثار المترتبة على الاخلال بالكفالة المدنية والجزائية) دیاربوو بۆمان کە توێژینەوەکە شایستەی تاوتوێکردنە. بفەرمون بە وەرگرتنی لە گەڵ ڕێزدا.

سەرپەرشتی توێژینەوە

سعید خضر خلف

داواکاری گشتی

الاهداء

الى روح والدي العزيز ..... طيب الله ثراه
ووالدتي الحنونة ..... اطال الله في عمرها
والى جميع افراد اسرتي ..... تقديراً واحتراماً

الباحث

شكر وتقدير

بعد ان انتهيت من اعداد هذا البحث يسعدني ويشرفني ان اتقدم بفائق شكري وخالص احترامي الى المدعي العام الاستاذ (سعيد خضر خلف) الذي تفضل مشكوراً بالاشراف على البحث، وكان لملاحظاته وتوجيهاته الاثر الكبير في اخراج هذا البحث بهذه الصورة.
كما اتوجه بخالص شكري وتقديري الى الاخ (ابو يوسف) لقيامه بمد يد العون والمساعدة لي فجزاءه الله عني خير الجزاء.

الباحث

الفهرس

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمة	١ – ٢
المبحث الاول: نشأة الكفالة و تعريفها و انواعها	٣ – ١٠
المطلب الاول: نشأة الكفالة	٣
المطلب الثاني: تعريف الكفالة	٥
المطلب الثالث: انواع الكفالة	٨

المبحث الثاني: شروط وخصائص وطرق انقضاء الكفالة	١١ — ١٩
المطلب الاول: شروط الكفالة	١١
المطلب الثاني: خصائص الكفالة	١٣
المطلب الثالث: طرق انقضاء الكفالة	١٦
المبحث الثالث: أهمية الكفالة و أركانها و تمييزها عن النظم المشابهة والآثار المترتبة على الاخلال بالكفالة الجزائية والمدنية	٢٠ — ٢٩
المطلب الاول: أهمية الكفالة و أركانها	٢٠
المطلب الثاني: تمييز الكفالة عن غيرها من النظم المشابهة	٢٣
المطلب الثالث: الآثار المترتبة على الاخلال بالكفالة المدنية والجزائية	٢٥
الخاتمة	٣٠ — ٣١
قائمة المراجع والمصادر	٣٢

المقدمة

ان الاساس في تقييم تحضر وتطور الشعوب المعاصرة هو مدى ضمانها لحقوق وحريات افرادهاوحمايتها من التعدي ولا بد للحق من حماية وتتمثل حماية الحق العيني بتمكين صاحبه من مباشرة السلطة والتصرف على الشيء الذي يرد عليه اما حماية الحق الشخصي فتبدو اكثر صعوبة وقديما اسرف الرومان في القسوة على المدين في سبيل حماية الدائن حتى انهم اباحوا استرقاق المدين وقتله[1] وكذلك كانت مثل ذلك في المجتمعات البدائية الاخرى. وان القوانين النافذة حاليااليست وليدةالعصور الحديثة بل لها امتداد تاريخي ظهرت جذورها الاولى في اقدم حضارة قانونية متمثلة في تشريعات بلاد الرافدين[2] وبالاخص في قانون حمورابي. ولضمان عدم تعرض المدين لمثل هذه العقوبات القاسية ولحماية حقوق الدائن من الضياع ظهرت نظام الكفالة وقد أبدى خدمات جليلة للمجتمع والافراد معا ونظرا لاهميتها فقد ورد ذكرها في ايات كثيرة من القرآن الكريم والاحاديث النبوية الشريفة وكذلك ورد ذكرها او بما معناها في اكثر من عشرة مواد في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥[3] المواد (١٦، ١٩، ٢٢، ٢٤، ٢٨، ٣٠، ٣٣، ٣٧، ٣٩، ٤٣، ٩٣، ١٣٢) وكذلك قامت معظم دول العالم بتنظيمها في قوانينها المدنية والجزائية . فالكفالة اذا عقد يتوقف انعقادها على وجود ارادتين هما ارادة الكفيل وارادة الدائن ومحلها تنفيذ التزام قائم في ذمة المدين سواء كان مبلغا من المال اوالقيام بعمل اوالامتناع عن عمل وهي بذلك تقدم خدمات مهمة حيث انها وسيلة تتيح لمن يرغب بالاستدانة تامين حاجته وتبعث لدى الدائن مزيدا من الثقة مما يسهل التعامل بين الاشخاص ولاهمية الموضوع ولتعريف المجتمع بخطورة الاخلال بالكفالة المدنية والجزائية والاثار السلبية الخطيرة المترتبة عليها قمت باختيار هذا البحث وتناولته بالتفصيل التالي لخطة البحث ورغم حجم الموضوع الا انني قسمت الموضوع الى ثلاثة مباحث؛ في المبحث الاول قمت بتناول موضوع نشأة الكفالة وتعريفها وانواعها وتنقسم الى ثلاثة مطالب . المطلب الاول بحثت نشاة وتطور الكفالة منذ العصور البدائية والى وقتنا الحاضر اما في المطلب الثاني فقمت بالتطرق الى تعريف الكفالة لغة واصطلاحا واما المطلب الثالث فبحثت فيها انواع الكفالة المدنية والجزائية وأنواعها لدى فقهاء المسلمين اما المبحث الثاني فتناولت فيها شروط الكفالة وخصائصها وطرق انقضائها وتنقسم الى ثلاثة مطالب ايضا في المطلب الاول بحثت شروط الكفيل والكفالة اما المطلب الثاني فبحثت فيها خصائص الكفالة من انه عقد تبعي وملزم لجانب واحد وعقد تبرعي وعقد تابع.

---

(١) د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية التبعية، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٦، ص٥.

(٢) المدعي العام سعيد خضر خلف، ضمانات المتهم في مرحلة المحاكمة، الطبعة الاولى، مطبعة دهوك، ٢٠١٣، ص٩١.

(٣) دستور جمهورية العراق سنة ٢٠٠٥.

اما المطلب الثالث فبحثت في طرق انقضاء الكفالة المدنية والجزائية كل على حدة اما المبحث الثالث فتناولت فيها اهمية الكفالة واركانها والتمييز بينها وبين النظم المشابهة لها والاثار المترتبة على الاخلال بها .حيث بحثت في المطلب الاول اهمية الكفالة واركانها من الرضا والمحل والسبب . اما المطلب الثاني فتناولت تمييز الكفالة عن الانظمة المشابهة لها كنظام التامين وتضامن المدينين والتعهد عن الغير واخيرا تطرقت في المطلب الثالث وهو الاهم في البحث عن الاثار المترتبة عند الاخلال بالكفالة المدنية والجزائية مع اهم المقترحات والاستنتاجات التي تؤدي حسب ما ارى لضمان حقوق الدائن وتفادي الكفيل للعواقب المترتبة على الاخلال وقيام المدين باداء التزامه امام الدائن وذلك كله ضمانا لاحقاق الحق وتحقيق العدالة وأخيراً ختمتها بجملة من المقترحات وادراج قائمة المراجع والمصادر.

المبحث الاول
نشأة الكفالة وتعريفها وانواعها

المطلب الاول
نشأة الكفالة

لعبت الكفالة دورا هاما عندما كانت فكرة التأمينات العينية غير متطورة في عالم القانون . وفي القانون الروماني كانت للكفالة شأنها وأهميتها حيث كان يتقدم لضمان دين المدين أحد أفراد عائلته او أحد أصدقائه وكان الكفيل في الأصل ملزما باعتباره مدينا اصليا بكل الدين . وكان من حق الدائن ان يختار ايهما (المدين الأصلي أو الكفيل) وهل يرجع على المدين أم يرجع على الكفيل أولا .

فالكفالة في هذه الحالة اختلطت بالتضامن وكانت هذه الصلة التضامنية بين الكفيل والمدين تفسرها الطابع الشكلي للقانون الروماني القديم فقد كان الكفيل في روما يتعهد شخصيا . في هذا النظام اذا مارس الدائن دعوى قبل احدهم فأن دعواه يسقط قبل الآخر فأذا اختار الدائن مثلا الرجوع على الكفيل فأنه يفقد بهذا التصرف حقه بالرجوع الى المدين وهذا الأمر لم يكن يحقق فائدة مؤكدة للدائن . لذلك تطور نظام الكفالة الى نظام آخر يتفادى هذا العيب فنشأ بما يسمى (فيدجيفيسو). وفي هذا النظام لا يترتب على اختيار الدائن لشخص المسؤول ان تسقط دعواه قبل الشخص الآخر وفي عهد (جستنيان) تم تعميم هذا الحكم على كل انواع الكفالة ونشأ ما يسمى بالدفع (بالتجريد) أي أن الدائن لا يفقد حقه أذا بدأ بالرجوع اولا على المدين قبل الكفيل وقد حقق هذا الرجوع الغاية الاقتصادية من الكفالة وهي انها تهدف الى ضمان الدائن ضد خطر اعسار المدين . ولكن كان يحق للكفيل ان يدفع دعوى الدائن بالدفع بالتجريد اي بوجوب الرجوع اولا على المدين وكذلك اقر الدفع بالتقسيم في حالة تعدد الكفلاء علما بأنه في القانون الروماني كانت قد منعت النساء من الكفالة حتى ولو كان المدين هو الزوج[1] .

وقد عرف البابليون نوعين من الكفالة ،كفالة على المال ويلتزم بها الكفيل بأداء الدين الذي بذمة المدين ودفع مبلغ الكفالة عند اخلال المدين بألتزاماته التعاقدية . وكفالة على النفس وتنصب على التزام الكفيل بأحضار شخص معين في أجل معين والا ترتب عليه المسؤولية[2].حيث عاش البابليون حياة اقتصادية نشيطة وممارسة الاعمال التجارية، تلك النشاطات استلزمت وجود تنظيمات لضبطها

---

(١) د. حسني محمود عبد الدائم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص٤٥-٤٩.

(٢) د. لقاء جليل عيسى، الكفالة في النصوص المسمارية البابلية القديمة ، بغداد، ٢٠١٠، ص١٣٠.

فكانت الكفالة الوسيلة الناجحة لاتمامها وقد ورد بعض احكام الكفالة في شريعة حمورابي المواد ١١٤ و١١٥ و١١٦ صراحة[١]

اما في الشريعة الاسلامية فقد وردت ايات قرآنية واحاديث نبوية شريفة عديدة في الكفالة منها في القرآن الكريم چ و ۇ ۇ ى ى ېچ[٢] و چ □ □ □ □ □□چ[٣] وغيرها . أما الاحاديث النبوية (لا كفالة في حد) و(الزعيم الغارم) والزعيم بمعنى الكفيل والغارم أي الضامن[٤] وقد تعمق فقهاء المسلمون في كتابة الامور الخاصة بالكفالة ولا يزال المسلمون يكفل بعضهم بعضا من عصر النبوة والى يومنا هذا .

ويتضح لنا بأن الفرنسيين قد قاموا في العصر الحديث بصورة خاصة بتطوير معظم القوانين وتقنينها وذلك بعد الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ م ومنها الكفالة حيث استمد معظم الدول الغربية والعربية قوانينها من القانون الفرنسي حسب دراستي لتاريخ القانون.

---

(١) الاب سهيل القاشا، ترجمة محمود الامين، شريعة حمورابي، دار الوراق ، لندن، ٢٠٠٧، ص٣٦-٣٧.

(٢) سورة القصص، الاية ١٢،

(٣) سورة آل عمران، الاية ٣٧.

(٤) الشيخ سيد سابق، فقه السنه، المجلد الثالث، مؤسسة الرسالة، الطبعة الاولى، ٢٠١٣، ص ٢٣٦-٢٣٧.

المطلب الثاني
تعريف الكفالة

اولا :حقيقة الكفالة في اللغة

الكفالة معناها في اللغة الضم[١] وهي اسم مشتق من الجذر كفل. والكفل في اللغة الضعيف ويقال انه النصيب. وذو الكفل اسم نبي من انبياء الله عليهم السلام. والكفل الذي لا يثبت على ظهور الخيل والكفيل الضامن يقال كفلت به كفالة وكفلت عنه بالمال لغريمه وكفل المال بالمال ضمه (وكفلها زكريا) أي ضمها الى نفسه وتكفل بحضانتها وقال الرسول عليه الصلاة والسلام (انا وكافل اليتيم في الجنة هكذا واشار بالسبابة والوسطى) أي ضم اليتيم الى نفسه .

وللكفالة في اللغة سبعة الفاظ كلها مترادفة وهي :الحميل والزعيم والقبيل والاذين والصبير والضامن والكفيل)[٢]. تكفل بالشيء اوجبه على نفسه يقال تكفل بالدين أي التزم به .
والكفيل : المثيل وكفاه الشيء –كفالة استغنى به عن غيره[٣].

ثانيا: تعريف الكفالة واصطلاحها:

لقد اختلف الفقهاء في تعريف الكفالة تبعا لاختلافهم فيما يترتب عليها من آثار شرعا وقانونا:

١- تعريف الكفالة شرعا :

عرفها فقهاء الشافعيه: بأنها التزام حق ثابت في ذمة الغير أو احضار من هو عليه عين مضمونه وعرفها فقهاء الحنابلة: بأنها التزام رشيد احضار من عليه حق مالي الى غيره

وعرفها المالكيه: بأنها التزام مكلف غير سفيه دينا على غيره او التزام المكلف مطالبته شخصيا عليه الدين لمن هو بما يدل عليه.

وعرفها الشيعة الزيدية: بانها ضم ذمه الى اخرى في الدين. وعرفها الشيعة الجعفريه: بانها عقد شرع لنقل الدين من ذمة الى اخرى غير مشغولة بمثله وعرفها الحنفية : بانها ضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل في المطالبة بنفس او دين او عين[٤].

---

(١) الشيخ، سيد سابق، المصدر السابق، ص٣٧.

(٢) حسني محمود عبد الدائم، المصدر السابق، ص٣-٥

(٣)د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، احكام عقد الكفالة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص١١.

(٤) حسني محمود عبد الدائم، المصدر السابق، ص٢٦-٢٧.

٢- تعريف الكفالة في التشريعات المقارنة :

ان تعريف الكفالة يختلف من بلد الى اخر حسب القوانين الخاصة كل حسب انظمتهم الداخلية. فقد عرفها المشرع المدني الفرنسي في المادة ٧٠٦ يضمن الكفيل شخصيا للدائن تنفيذ الالتزام على اخر وعرفها القانون المدني الالماني في المادة ٧٦٥ عقد به يلتزم الكفيل نحو الدائن لضمان تنفيذ تعهد شخص آخر.

وعرفها القانون السويسري في المادة ٤٩٢ الكفالة عقد به يتعهد شخص للدائن بضمان وفاء الدين الذي يعقده المدين.

وعرفها القانون البولندي في المادة ٦٢٥ عقد يلتزم الكفيل للدائن بتنفيذ التزام المدين اذا كان المدين لا يؤده بنفسه.

وعرفها القانون المدني المصري في المادة ٧٧٢ الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بان يتعهد للدائن بان يفي بهذا الالتزام اذا لم يفي به المدين بنفسه.

وعرفها القانون المدني السوري في المادة ٧٣٨ الكفاله عقد به يلتزم انسان بأداء دين انسان اخر اذا كان هذا الاخر لا يؤديه[١].

وعرفها القانون الاردني في المادة ٩٥٠ من القانون المدني الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بالتنفيذ، أما القانون العراقي فقد عرفها في المادة ١٠٠٨ من القانون المدني ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام[٢].

(وارى بان تعريف فقهاء الحنفية بالكفالة اكثر ملائمة ومناسبة للكفالة كونها يشمل الكفالة بالنفس والدين والعين وحسنا فعل المشرع العراقي بأن اخذ هذا التعريف من الفقه الحنفي لانه يضم جميع انواع الكفالات).

٣- تعريف الكفالة الجزائية في القوانين الجنائية والفقه الجنائي

على الرغم من البحث في معظم القوانين الجنائية فلم ارى تعريفا للكفالة الجزائية في أي منها بعكس القوانين المدنية المقارنة ولسكوت المشرع الجنائي عن اعطاء تعريف اخر خاص للكفالة الجزائية فهذا يدل بان الكفالة اصلا مدنية ونظرا لما تمتاز به الكفالة الجزائية من احكام خاصة ولاهميتها فقد خاض الفقهاء لتلافي هذا النقص واعطاء مفهوم خاص بها . أي بمعنى اخر حاول الفقه الجنائي استخلاص تعريف خاص للكفالة الجزائية من المفهوم العام لها وهي تقترب من نفس التعاريف الخاصة

---

(١) سامي سليمان فقي، الكفيل في الدعوى الجزائية، مطبعة شهاب، اربيل، ٢٠١٠، ص١٠ – ١١.

(٢) القاضي نبيل عبدالرحمن الحياوي، القانون المدني العراقي رقم ٤٠لسنة ١٩٥١، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩، ص١٩٧.

بالنفس المنصوص عليها في القوانين المدنية ولكن بصياغة اكثر ملائمة ودقة فعرفها البعض (ضمان شخص اخر وضم ذمته الى ذمته في التعهد) وعرفها اخرون (عقد يلتزم به شخص بان يحضر شخص اخر لدى القضاء او عند استحقاق الموجب او عند الحاجة) كما عرفها البعض (بانها عبارة عن تعهد او التزام يأخذه شخص على نفسه (الكفيل) بان يحضر شخص اخر (المتهم) في زمان ومكان معينين في مقابل اطلاق السراح عن هذا الاخير وفي حالة الاخلال بذلك الالتزام يلتزم الكفيل بدفع مبلغ معين من المال يحدده المرجع الذي اصدر قرار اخلاء السبيل في سند الكفالة.

وعرفها غيرهم عقد الكفالة الجزائية بانها عقد بين الكفيل والمكفول له المتمثل بالسلطات القضائية والتنفيذية التي يكون الموقوف متعلقا لها بمقتضى قضية جزائية[1].

---

(١) سامي سليمان فقي، المصدر السابق، ص ٩-١٣.

المطلب الثالث
انواع الكفالة

تتنوع الكفالة بتنوع مصدرها فهنالك كفالة مدنية وكفالة جزائية كما فرق الفقه الاسلامي ايضا بين انواع الكفالة:

اولا- الكفالة المدنية:- تنقسم الكفالة المدنية الى ثلاثة انواع وهي كفالة اتفاقية وكفالة قانونية وكفالة قضائية:

أ- الكفالة الاتفاقية:- هي الكفالة التي يكون المدين قد التزم بارادته ان يقدمها للدائن بموجب اتفاق سابق بينهما وبالتالي يعد الاتفاق مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل ويلحق بالكفالة الاتفاقية الكفالة التي يتطوع المدين بتقديمها دون ان يكون ملزما بذلك[1].

ب- الكفالة القانونية:- تكون الكفالة قانونية اذا كان مصدر التزام المدين بتقديم كفيل هو نص القانون، من ذلك مثلا ما تنص عليه المادة ٤٥٧ من القانون المدني المصري من انه اذا حدث تعرض للمشتري او خيف ان ينزع المبيع من يده جاز له ان يحبس الثمن ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة ان يطالب باستيفاء الثمن على ان يقدم كفيلا . وكذلك ما تقضي به المادة ٩٩٢ من نفس القانون (اذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا وجب جرده ولزم المنتفع تقديم كفالة به) وذلك ضمانا للوفاء بالتزامه برد الشيء المنتفع به بعد انتهاء حق الانتفاع.

جـ- الكفالة القضائية:- الكفالة التي يلتزم المدين بتقديمها بناء على حكم القاضي ، في غير الحالات التي يكون فيها المدين ملزما بتقديم كفيل بمقتضى اتفاق او بموجب نص في القانون ، ويحكم بها القاضي استنادا الى ما له من سلطة تقديرية ممنوحة له من قبل المشرع . وعليه يكون هذا الحكم هو مصدر التزام المدين بتقديمها .

- ما تقضي به المادة ٢/٨٢٩ مدني مصري من انه (اذا وافقت المحكمة على قرار الشركاء الذين يملكون على الاقل ثلاثة ارباع المال الشائع باجراء تغييرات اساسية فيه فان لها ان تأمر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق له من تعويضات)[2]. وكذلك المادة ١٠٩/أ من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقية تنص (اذا كان الشخص المقبوض عليه متهما بجريمة معاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاث سنوات او بالسجن المؤقت او المؤبد فللقاضي ان يأمر بتوقيفه مدة لا تزيد عن

---

(١) د. حسني محمود عبد الدائم، المصدر السابق، ص٨٦.

(٢) د. احمد شرف الدين، التأمينات الشخصية والعينية الكفالة والرهن والاختصاص والامتياز، بدون مكان طبع وتاريخ الطبع ص١٩-٢٠.

خمسة عشر يوما في كل مرة او يقرر اطلاق سراحه بتعهد مقرون بكفالة شخص ضامن او بدونها بأن يحضر متى طلب منه ذلك اذا وجد القاضي ان اطلاق سراح المتهم لا يؤدي الى هروبه ولا يضر بسير التحقيق[1].

(واميل الى الكفالة الاتفاقية كون الكفالة عقد بين ارادة الدائن والكفيل ولا يمكن فرض الارادة على المتعاقدين) .

ثانيا – الكفالة الجزائية : وتنقسم الى قسمين وهما :

أ- الكفالة المقترنة بمبلغ مالي ومضمونها تعني الزام الكفيل باحضار مكفوله (المتهم) في الموعد المحدد للمحاكمة أو متى طلب منه ذلك لأي سبب كان. وبعكسه يكون ملزماً بأداء مبلغ الكفالة المحددة في سند الكفالة بعد الاحالة الى المحكمة المختصة ولها أن تلزمه بتحصيل المبلغ كاملة أو بعضه أو تعفيه حسب ظروف كل قضية أو أية ظروف أخرى حالت دون احضار مكفولها. ولها أن تقرر تحصيله مقسطاً لمدة لا تتجاوز (سنة واحدة) أو حجز المبلغ المودع[2].

ب- الكفالة المجردة، أي الخالية من أي مبلغ مالي وهي بمثابة تعهد شخصي أو وعد باحضار (المتهم) وهي على شكل تعهد خطي مدون كتابة وتربط بالدعوى. وغالباً ما تسمى (بالتعهد الشخصي) والتي تتم من جانب المتهم شخصياً دون أن يكون هناك طرف ثاني في الموضوع وغالباً ما تلجأ اليها المحكمة عندما يكون المتهم ذو مكانة أو سمعة اجتماعية، وترى فيه الثقة والاطمئنان.

ثالثا : الكفالة في الفقه الاسلامي:- وتنقسم الى قسمين:

أ- الكفالة بالنفس:- ومعناه التزام الكفيل باحضار مكفوله شخصياً الى المكفول له بقوله (انا كفيل بفلان ونفسه اما اذا كان الكفالة في حدود الله) فانها لا تصح سواء كان الحد حقاً لله تعالى كحد (الخمر) أو كان حقاً لأدمي كحد القذف.

الا ان بعض العلماء والفقهاء قد أكدوا على منع هذه الكفالة أصلاً، منهم ابن حزم فقال لا تجوز الضمان بالوجه أصلاً لا في المال ولا في الحد ولا في شيء من الاشياء الا ان كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل.

وقال الاحناف يحبس الكفيل الا ان يأتي به أو يعلم موته. وكذلك يبريء الكفيل اذا سلم المكفول نفسه.

---

(١) نبيل عبد الرحمن الحياوي، قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١، المادة ١٠٩/أ، المكتبة القانونية، بغداد ٢٠٠٨، ٢٠٠٨، ص٣٩.

(٢) المادة ١١٩ من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقية.

ب- الكفالة بالمال: ومعناه التزام الكفيل بأداء المبلغ عوضاً عن المكفول الى المكفول له. وهي أنواع ثلاثة:

١- الكفالة بالدين: وهي التزام أداء دين الغير بموجب الكفالة. ويشترط في الدين:

أ- أن يكون الدين ثابتاً مستحقاً فإن لم يكن كذلك فلا يجوز ذلك.

ب- أن يكون معلوماً وليس مجهولاً فلا ضمان لمجهول وهذا ما ذهب اليه الشافعية وابن الحزم.

٢- كفالة بالعين او كفالة بالتسليم : وهي التزام تسليم عين معينة موجودة بيد الغير مثل : رد المغصوب الى الغاصب وتسليم المبيع الى المشتري. ويشترط فيها ان تكون العين مضمونة على الاصيل كما في المغصوب . فاذا لم تكن مضمونة كالعارية والوديعة فان الكفالة لا تصح .

٣- كفالة بالدرك : أي بما يدرك المال المبيع ويلحق به من خطر بسبب سابق على البيع ، أي انها كفالة وضمانة لحق المشتري تجاه البائع اذا ظهر للمبيع مستحق ، كما لو تبين ان المبيع مملوك للغير او مرهون[١] .

---

(١) نقلاً من سيد سابق، مصدر سابق، ص٢٣٧ – ٢٣٨.

المبحث الثاني
شروط وخصائص وطرق انقضاء الكفالة

المطلب الاول
شروط الكفالة

هناك شروط يجب توفرها في شخص الكفيل ، كما هناك شروط تتعلق بكيفية تحديد مبلغ الكفالة ، بالاضافة الى شروط اضافية قد تشترطها السلطة التحقيقية بما يتلائم مع ظروف ومقتضيات سلامة التحقيق ، عليه سوف نتناول هذا المطلب كما يلي :

١- شروط الكفيل: لا يقبل أي شخص لان يكون كفيلا بل يجب ان تتوافر فيه شروط خاصة ، وهذا بالنسبة الى جميع انواع الكفالة أي سواء اكانت اتفاقية ام قانونية ام قضائية .

فالكفالة كما رأينا تبرع محض لا مصلحة فيها للكفيل . ولكي تكون هذه الكفالة صحيحة يجب ان تتوفر في الكفيل اهلية التبرع . وهذا يعني ضرورة ان يكون الكفيل عاقلاً بالغاً رشيداً، فلا تصح كفالة المجنون والمعتوه والصبي ، ولا تصح كفالة المريض مرض الموت اذا كان مديناً بدين يحيط بماله ، وتصح كفالته اذا لم يكن مديناً حيث تطبق عليها عندئذ احكام الوصية .

ولكون الكفالة عقد فهي بهذه الصفة يجب ان تتوافر فيها الشروط العامة اللازمة لجميع العقود وهي وجود الرضا ومحل الالتزام والسبب المشروع .

وتجوز الكفالة باسم الشخص المعنوي من المفوض له بذلك ، فلا يشترط ان يكون الكفيل شخصا طبيعيا أي انسانا بل يصح ان يكون شخصا اعتباريا .

وان الشروط الواجب توافرها في الكفيل ثلاثة :

١- اهلية التعاقد .

٢- ان تكون اقامته في دائرة محكمة الاستئناف الواجب تقديم الكفالة فيها .

٣- ان يكون موسرا أي يملك مالا يكفي للقيام بموضوع الالتزام .

كما على الكاتب العدل عند تنظيمه او توثيقه أي سند التأكد من خلوه من شائبة التزوير او التحريف عليه ان يرفض التنظيم او التوثيق اذا ظهر فيه شيء من ذلك او اذا اتضح ان الشروط المنصوص عليها قانونا لتوثيقه لا تتوافر فيه.

وفي بعض الاحيان يجب أن يكون الكفالة مصدقة من كاتب العدل كأن تكون المصادقة على المقدرة المالية للكفيل أو اذا قدم الكفيل عقاراً لضمان الدين[١].

---

(١) المادة ١١ /خامساً، والمادة ٢٠ قانون كتاب العدول لاقليم كوردستان رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٨.

وعلى اية حال فان تقدير توفر الشروط اللازمة في الكفيل في القوانين الاجرائية امر متروك لقاضي التحقيق او المحقق او مسؤول المركز حيث ينص المشرع العراقي على انه (تقبل الكفالة اذا اقتنع القاضي او المحقق او المسؤول في مركز الشرطة باقتدار الكفيل على دفع مبلغها)، ١١٤/ب من قانون الاصول الجزائية العراقي فالقائمون بالتحقيق هم اقدر الناس على مراعاة مصلحة التحقيق والتأكد فيما اذا كان الكفيل قادر على الوفاء من عدمه . ويلاحظ من خلال التطبيقات القضائية ان قضاة التحقيق غالبا ما يشترطون في قراراتهم باخلاء السبيل ان يكون الكفيل من الاشخاص المقتدرين والمعرفين ضمن دائرة محكمتهم[١].

(وارى ان يضاف الى شروط الكفيل بان يكون حسن السيرة والسلوك ومعروفا وان لا يكون عائدا كأن يكون قد اخل قبل ذلك بكفالة وان يكون سوابقه خاليا من عالم الاجرام وخصوصاً الجرائم المخلة بالشرف).

٢- شروط مبلغ الكفالة :-

ان وسيلتي اخلاء السبيل (التعهد او الكفالة) قد اشترط قانون اصول المحاكمات الجزائية لصحة التصرف بموجبها عدة شروط حددها في (المادة /١١٤) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي . فبالرغم من ان تحديد نوع الكفالة وتحديد مبلغها امر منوط بارادة القاضي وحسب ظروف القضية وظروف المتهم الا انه يتم مراعاة جملة عوامل وظروف في تقدير مبلغ الكفالة او التعهد منها :

١- مدى جسامة الجريمة. فنوع الجريمة ومدى خطورتها وفيما اذا كانت جناية او جنحة او مخالفة تتحكم في توليد القناعة لدى القاضي لتحديد مبلغ الكفالة الذي يتناسب مع تلك الجريمة .

٢- مركز المتهم وحالته المالية وما يترتب عليه هذا المركز من التزام بالقانون او عدم الاكتراث به، فهناك اشخاص معروفين كشخصيات تحترم القانون ولا يخشى منهم الهروب، وهناك اشخاص من ارباب السوابق الاجرامية ويخشى منهم الهروب او ارتكاب جرائم اخرى وغيرها من الظروف التي يضطر معها القاضي في تخفيض او زيادة مبلغ الكفالة .

٣- مدى كفاية الادلة ضد المتهم ومدى اتصاله بالجريمة .

٤- الظروف التي روعيت اثناء اصدار الامر بتوقيف المتهم .

---

(١) نقلاً عن: سامي سليمان فقي، المصدر السابق، ص٢٧-٢٩.

وكما اشرنا اليه اعلاه فان امر تقدير مبلغ الكفالة من صلاحية القاضي المختص ، أي يتوقف على قناعته وهذه الظروف والعوامل المشار اليها اعلاه غير منصوص عليها في القوانين الاجرائية ، وانما ذكرها الفقهاء على سبيل المثال .

ويجب ان لا يكون المبلغ باهضا بحيث يعجز المتهم عن تقديم كفيل له و تكون الغاية من المبلغ الباهض هي ابقاء المتهم قيد التوقيف. واذا كانت الجريمة على درجة معينة من الخطورة ، وكان المتهم ذو مركز اقتصادي كبير – على سبيل المثال – فليس من المعقول ان يقرر القاضي اطلاق سراحه اذا قدم تعهدا مقرونا بكفالة شخص ضامن بمبلغ زهيد ، لان مثل هذا الشخص يستطيع ان يضمن هذا المبلغ بسهولة واذا اراد الهرب وعدم الحضور فلا يردعه ذلك قيد المبلغ المذكور الى خزينة الدولة لانه لا يساوي له شيئا يذكر . مع العلم ان تقدير قيمة الكفالة التي يتوجب على المكفول تقديمها امر متروك للجهة التي تقرر اخلاء السبيل بكفالة بلا رقابة عليها في ذلك من محكمة التمييز[1].

المطلب الثاني
خصائص الكفالة

من اهم خصائص الكفالة هي كالتالي:-

١- عقد الكفالة عقد رضائي :-

فعقد الكفالة ينعقد بمجرد توافر التراضي ما بين الكفيل والدائن فلا حاجة في انعقاده الى شخص خاص. واذا كانت المادة ٧٧٣ مدني مصري تنص على انه (لا تثبت الكفالة الا بالكتابة) فالكتابة ليست ضرورية الا للاثبات فهي ليست ضرورية لانعقاد الكفالة بل تنعقد الكفالة بمجرد التراضي وتثبت بالكتابة او بالاقرار او باليمين . ولو كانت الكفالة عقدا شكليا لا تنعقد الا بالكتابة لما انعقدت اذا لم توجد الكتابة ولما جاز اثباتها بالاقرار او باليمين لان غير المنعقد لا يجوز اثباته اصلا .

وتجدر الاشارة ان العقود من حيث الاركان اللازمة لانعقادها تنقسم الى عقود رضائية وعقود غير رضائية . فالعقود الرضائية هي تلك العقود التي تكفي لانعقادها توافق ارادتين على انشائها دون حاجة الى أي اجراء اخر ودون حاجة الى افراغ التراضي في شكل خاص . فيجوز ان يتم التراضي كتابة او شفاهة او اشارة . وعلى هذا الاساس يعتبر عقد الكفالة عقدا رضائيا وكذلك عقد الوكالة وعقد البيع[2].

---

(١) سامي سليمان فقي، المصدر السابق، ص٢٩-٣١.

(٢) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، المصدر السابق، ص٢٩-٣٢.

اما العقود غير الرضائية فهي تلك التي لا تكفي لانعقادها التراضي عليها بل يجب بالاضافة الى هذا التراضي توافر اجراء اخر ، والاجراء الذي يلزم تحققه في العقد غير الرضائي قد يكون شكلا معينا يجب ان يسلكه التراضي ، وقد يكون تسليم شيء معين او عينة معينة[1] .

٢- عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد :

العقد اللازم هو العقد الذي لا يجوز لاحد طرفيه ان يتحلل منه بدون رضاء الطرف الاخر . اما العقد غير اللازم فهو العقد الذي يجوز لكل من طرفيه او لاحد الاطراف فيه التحلل منه دون الحاجة الى الحصول على موافقة الطرف الاخر .

والاصل في العقود اللزوم ولذلك فان اعتبار العقد لازما لا يحتاج الى تقرير صريح في القانون بذلك ، اما اعتبار العقد غير لازم فلا يكون الا بنص صريح في القانون او باتفاق المتعاقدين .

وعقد الكفالة عقد ملزم لجانب الكفيل ، فالكفيل وحده هو الذي يلتزم بعقد الكفالة بوفاء الدين للدائن ان لم يف به المدين الاصلي ، اما الدائن فلا يلتزم عادة بشيء نحو الكفيل وهذا هو الاصل . ولكن ذلك لا يمنع من ان تكون الكفالة عقدا ملزما للجانبين اذا التزم الدائن نحو الكفيل بدفع مقابل في نظير كفالته للدين ، فيصبح كل من الكفيل والدائن ملتزما نحو الاخر ويكون عقد الكفالة في هذه الحالة ملزما للجانبين .

واذا كان المدين هو الذي يلتزم بالدفع مقابل الكفيل كما يقع احيانا وخاصة اذا كان احد المصارف هو الذي يقدم كتاب ضمان للمدين فيكون كفيلا له ويتقاضى اجرا على كفالته ، فان الكفالة تبقى مع ذلك عقدا ملزما لجانب واحد لان المدين ليس بطرف في الكفالة ، بل طرفا الكفالة هما الكفيل والدائن ،والكفيل وحده دون الدائن هو الملتزم . ولكن ذلك يجعل الكفيل مأجورا والكفالة عقد معاوضة لا عقد تبرع لان الكفيل متى ما اخذ اجرا ولو بغير موجب عقد الكفالة يكون مأجورا .

واذا كان الاصل ان الكفالة عقد ملزم لجانب واحد فليس ذلك معناه ان الكفالة ارادة منفردة تصدر من جانب واحد . بل الكفالة عقد لا يتم الا بتبادل ارادتين متطابقتين من الكفيل والدائن ، ولا يتم بارادة الكفيل وحده ولو ان الكفالة لمصلحة الدائن .

فاذا اوجب الكفيل الكفالة وكان الايجاب غير ملزم ، كان للكفيل ان يرجع في ايجابه قبل صدور القبول من الدائن .

---

(١) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، المصدر السابق، ص٣٢-٣٣.

٣- عقد الكفالة عقد تبرعي :-

عقد المعاوضة هو العقد الذي يحقق منفعة لجميع اطرافه بحيث يأخذ كل منهم مقابلا لما يقدمه. اما عقد التبرع فهو العقد الذي لا يحقق منفعة الا لاحد طرفيه فقط ، وبحيث لا يقدم هذا الطرف مقابلا لمنفعته التي حصل عليها وبحيث لا يأخذ الطرف الاخر بدلا عن المنفعة التي قدمها .

وعقد الكفالة عادة عقد تبرعي بالنسبة للكفيل ، فالكفيل يتبرع عادة بكفالته للدين . اما بالنسبة الى الدائن المكفول فالكفالة عقد معاوضة لان الدائن حصل على كفالة في مقابل اعطاء الدين[١] .

واذا كان الدائن قد اعطى الدين للمدين لا للكفيل والمدين ليس طرفا في عقد الكفالة فانه ليس من الضروري في عقود المعاوضة ان يكون العوض قد اعطي لاحد المتعاقدين ، بل يكفي اعطاؤه للغير وهو هنا المدين .

والعقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسبة الى احد المتعاقدين وتبرعا بالنسبة الى المتعاقد الاخر ، خاصة ان التبرع لا يشترط فيه ان يكون المتبرع قد تبرع للمتعاقد الاخر . وعقد الكفالة هو المثل على ذلك . فهو عادة عقد تبرع بالنسبة الى الكفيل ، فالكفيل تبرع للغير وهو المدين وليس الدائن . وهو عقد معاوضة بالنسبة الى الدائن ، فالدائن لم يعط الدين للطرف الكفيل بل اعطاه للغير وهو المدين .

هذا ويجدر الاشارة ان الكفالة قد تكون عقد معاوضة بالنسبة الى الكفيل نفسه فيأخذ هذا مقابلا لكفالته الدين . وهذا المقابل اما ان يأخذ من الدائن المتعاقد معه فيكون العوض مأخوذا من المتعاقد الاخر وهو الدائن . او يأخذه من المدين فيكون العوض مأخوذا من الغير وهو المدين .

ومع ذلك فان الصورة المألوفة للكفالة هي ان تكون عقدا تبرعيا بالنسبة الى الكفيل ، على اعتبار كونه لا يأخذ عادة مقابلا لكفالته الدين سواءً من الدائن او المدين .وعلى ذلك يشترط في الكفيل اهلية التبرع .

٤- الكفالة عقد تابع :-

التزام الكفيل يعتبر تابعا لالتزام المدين الاصلي . وعلى ذلك اذا التزم المسؤول عن دين الغير التزاما اصليا لا التزاما تابعا ، فانه لا يكون كفيلا بل يكون مدينا اصليا ويضحى التزامه مستقل عن التزام المدين .

ويتتبع كون التزام الكفيل التزام تابع لالتزام المدين الاصلي، ان الالتزام الاول لا يجوز ان يزيد على الالتزام الاخر ، او ان يكون اشد عبئا ، وان كان يجوز ان يكون اقل حملا فيكفل مثلا ثمة جزء من المديونية ، واخيرا وليس اخرا لا يجوز ان يبقى قائما بعده . كذلك لا يجوز ان يكون التزام الكفيل منجزا اذا كان التزام المدين الاصلي معلقا على شرط او مقترنا باجل ، ولا منتجا لفوائد اذا كان التزام

(١) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، المصدر السابق، ص٣٤.

المدين الاصلي لا ينتج فوائد ما . ويتبع التزام المدين الاصلي في صحته وفي بطلانه وفي قابليته للفسخ ، وفي الدفوع التي يدفع بها الدين – هذا ولا يكفل الكفيل ما زاد في عبء الدين الاصلي بعد الكفالة بارادة المدين الاصلي او بسبب خطئه .

وقد درجت احكام محكمة النقض المصرية على اعتبار التزام الكفيل – متضامنا او غير متضامن – التزاما تابعا لالتزام المدين الاصلي فلا يسوغ النظر في اعمال احكام الكفالة على التزام الكفيل قبل البت في التزام المدين الاصلي[1].

(وارى بان الكفالة هو عقد خيري وانساني غايته مساعدة المدين في الحصول على مايحتاجه لغرض تلبية متطلباته في الحياة سواء كان مبلغا من المال اوضمان احضاره لدى السلطات المختصة وكذلك منح الدائن مزيدا من الثقة لتنفيذ التزام المدين والكفيل هنا يقوم بكل ذلك تطوعا من دون الحصول على شيء يذكر سوى مساعدة الاطراف الاخرى وهذا بحد ذاته عمل انساني محض).

المطلب الثالث
طرق انقضاء الكفالة

تنقضي الكفالة باحدى الطرق التالية:

اولا- انقضاء الكفالة الجزائية:- ان الكفالة المحددة بمدة تنقضي بانقضاء مدتها . غير ان الكفالة الجزائية قد تنقضي بقرار من المحكمة وقد تنقضي بطلب من الكفيل او بوفاته كما تنقضي بانقضاء الدعوى الجزائية وتنقضي بدفع مبلغ الكفالة عند الاخلال .

وعليه سوف نبحث هذا الموضوع كما يلي :-

١- انقضاء الكفالة بطلب من الكفيل:- للكفيل ان يطلب اعفائه من الكفالة على ان يحضر مكفوله امام القاضي او يسلمه الى مركز الشرطة وعندئذ يصدر القاضي قرارا بالغاء الكفالة وله ان يقرر توقيف المتهم مالم يقدم كفالة اخرى.

٢- انقضاء الكفالة بوفاة الكفيل:- تنص المادة (١٢٠ – الفقرة ب) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي (اذا توفى الكفيل تقف الاجراءات ضده عن الاخلال بالكفالة) كما تنص (الفقرة ج) منه (تقف اجراءات الحجز والبيع وتحصيل الاقساط الباقية ..... وتبرأ الذمة من المبالغ التي لم يتم تحصيلها) .

---

(١) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، المصدر السابق، ص٣٤.

فالكفالة تنتهي بوفاة الكفيل ، اذا حصلت الوفاة قبل مصادرة او استيفاء مبلغ الكفالة ، فتبرأ تركته من كل التزام يتعلق بالكفالة .

٣- انقضاء الكفالة بأمر من المحكمة:- (اذا توفي الكفيل او اختلت الكفالة بظهور ضعف في اقتدار الكفيل او غش منه او ظهور خطأ في الكفالة او غير ذلك مما يخل بصحتها او اصبح الكفيل غير قادر على الوفاء بها فللقاضي ان يصدر امرا بالقبض على المتهم او يكلفه بتقديم كفالة اخرى فان لم يقدمها قرر توقيفه) .

٤- انقضاء الكفالة بانقضاء الدعوى الجزائية:- فالكفالة وكما اشرنا الى ذلك التزام تبعي فاذا انقضت الدعوى الجزائية تنتهي معها التعهد او الكفالة . وتنقضي الدعوى الجزائية بوفاة المتهم او صدور حكم بات بادانته او برائته او حكم او قرار بات بعدم مسؤوليته عن الجريمة المسندة اليه او قرار نهائي بالافراج عنه او بالعفو عن الجريمة او بوقف الاجراءات فيها وقفا نهائيا او في الاحوال التي نص عليها القانون[١].

ثانيا- انقضاء الكفالة المدنية:- تنقضي الكفالة المدنية باحدى طريقتين ، اما بطريق تبعي او بطريق اصلي .

اولا- الانقضاء بطريق تبعي:- الكفالة عقد تابع للالتزام الاصلي فكل سبب ينقضي به الالتزام الاصلي تنقضي به الكفالة وللكفيل ان يتمسك قبل الدائن بانقضاء الالتزام الاصلي مهما كان سبب الانقضاء ومن هذه الاسباب

١- الوفاء :- قد يقضي المدين الاصلي دينه المكفول بالوفاء ففي هذا الدين للدائن فينقضي الدين المكفول وينقضي تبعا له دين الكفيل فتنقضي الكفالة .

٢- الوفاء بمقابل :- اذا قبل الدائن ان يستوفي في مقابل الدين شيئا اخر برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء[٢]

---

(١) سامي سليمان فقي، المصدر السابق، ص٣٢-٣٩.

(٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، كتاب الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، مطبعة نهضة مصر، ٢-١١، ص ٢١٤-٢١٥.

٣- التجديد :- يترتب عليه ان ينقضي الالتزام الاصلي بتوابعه وان ينشأ مكانه الالتزام الجديد أي زوال الدين وايجاد دين غيره بدله . ولا ينتقل الى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام الاصلي فلا يضمن الكفيل الا الدين الاول .

٤- المقاصة:- للكفيل ان يتمسك بانقضاء الدين بسبب المقاصة اذا صار المدين الاصلي دائنا للدائن وهذا ايضا حتى لو نزل المدين عن المقاصة صراحة او ضمنا ولا ينقضي التزام الكفيل الا اذا تساوى الدينان اما اذا بقي شيء على المدين من الدين الاصلي فان الكفالة تبقى بقدره .

٥- اذا اجتمعت صفتا الدائن والمدين في احدهما كما اذا ورث المدين الاصلي الدائن والعكس فانه يترتب على ذلك انقضاء الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة .

٦- الابراء :- اذا ابرأ الدائن المدين من الدين سرى ذلك على الكفيل واذا كان انقضاء الدين بسبب الصلح مع المفلس فان التزام الكفيل يبقى رغم الصلح ، وكذلك الحكم بالنسبة الى التسوية الودية حيث يجوز للكفيل ان يتمسك بالصلح الذي ينزل فيه الدائن للمدين عن جزء من دينه .

٧- التقادم :- تنقضي الكفالة اذا سقط الحق في الالتزام الاصلي بالتقادم .

٨- هلاك الشيء :- هلاك الشيء المستحق يبرىء الكفيل اذا كان الهلاك بحادث فجائي لانه يبرىء المدين الاصلي ولكن اذا كان الهلاك بتقصير من المدين فلا يبرىء الكفيل .

٩- فسخ او ابطال الالتزام الاصلي :- فسخ الالتزام الاصلي يترتب عليه انقضاء الكفالة ولو التزم المدين بعد ذلك من جديد فالكفيل الذي كفل المزايد ينقضي التزامه اذا تقدم مزايد اخر حتى ولو تقدم بعد ذلك المدين المكفول ورسا عليه المزايد .

١٠- اليمين :- تطبيقا للقواعد العام فان اليمين التي يحلفها المدين تبرىء الكفيل كما ان اليمين التي يحلفها الكفيل تبرئ المدين ، بشرط ان تكون اليمين على المدين لا على حصول الكفالة .

ثانيا- انقضاء الكفالة بصفة اصلية:- قد تنقضي الكفالة مستقلة عن الالتزام الاصلي وبعض هذه الحالات مشترك مع الالتزامات الاخرى

١- اسباب الانقضاء المشتركة مع سائر الالتزامات :-

ا- التجديد :- كأن يحصل التجديد مع المدين بحلول ضمانات اخرى محل الكفالة .

ب- المقاصة :- اذا صار الكفيل دائنا للدين الاصلي وبقي كذلك الى الوقت الذي يطالبه فيه الدائن بالاداء فان له في هذه الحالة ان يدفع بالمقاصة بين الدين الذي في ذمة الدائن له وبين المبلغ المطالب هو به بصفته كفيلا .

ج- اتحاد الذمة في شخص الكفيل :- كأن ورث الكفيل الدائن او ورثه الدائن ففي هذه الحالة تنقضي الكفالة ولكن لا ينقضي الدين الاصلي .

د- الابراء :- تنقضي الكفالة بالابراء أي تنازل الدائن عن الكفالة .

هـ- التقادم :- ان التزام الكفيل كسائر الالتزامات يسقط بالتقادم مستقلا عن الالتزام الاصلي وان انقطاع المدة ضد الكفيل لا يقطعها ضد المدين مع مراعاة ان الكفالة عقد تابع فاذا لم تقطع المدة بالنسبة الى المدين وانقضى دينه بالتقادم فان الكفالة تنقضي حتما تبعا له[١] .

٢- اسباب الانقضاء الخاصة بالكفالة :-

الكفالة تنقضي اذا اضاع الدائن بخطئه التأمينات التي له لضمان المدين كما تنقضي الكفالة في القانون المصري اذا لم يتخذ الدائن الاجراءات ضد المدين خلال ستة اشهر من انذار الكفيل للدائن. وفي القانون العراقي شهر واحد بعد انذار الكفيل للدائن بمطالبة المدين بتنفيذ التزامه اما القانون المدني العراقي فقد عالج موضوع انتهاء الكفالة من المواد (١٠٤٠ الى ١٠٤٧) حيث ينتهي الكفالة فيها ايضا بالوفاء وابراء الذمة وينفسخ محل الكفالة وحالات اخرى لم يتطرق الى التقادم، وهذا بحده نقص في القانون يستلزم تعديله[٢].

---

(١) د. عبدالمنعم يحيى جواد السامرائي، المحاضرة الثالثة، مقدمة في عقد الكفالة وشروطها وآثارها، بدون مكان طبع وتاريخ الطبع، ص٦-٩.

(٢) انظر المواد من ١٠٤٠ – ١٠٤٧ من القانون المدني العراقي.

المبحث الثالث

اهمية الكفالة واركانها وتمييزها عن الانظمه المشابهة لها والاثار المترتبة على الاخلال بالكفالة الجزائية والمدنية .

المطلب الاول

اهمية الكفالة واركانها

اولا- اهمية الكفالة:- لعبت الكفالة منذ القانون الروماني وحتى الان دورا هاما في الائتمان وذلك لسهولة حصول المدين على كفيل يضمنه في تنفيذ التزامه وذلك بفضل الروابط العائلية القوية في الماضي . وعند ظهور البنوك ومؤسسات الائتمان التي تحترف ضمان عملائها مقابل اجر في الاونة الاخيرة بسبب ضعف الروابط العائلية الان . بل انه يمكن القول بان التأمينات العينية اضحت اليوم تلعب دورا ثانويا في عالم الائتمان ولا يلجأ اليها الا عندما يتعذر العثور على كفيل موسر .

هذا، وتؤدي الكفالة خدمات جليلة في الحياة العملية ، من حيث انها تتيح لمن يرغب في الاستدانه وسيلة تبعث في نفس الدائن مزيدا من الثقة والاطمئنان ، فتقرب بين الدائن والمدين وتسهل التعامل بينهما وتزيد من الائتمان .

ولقد ازدادت اهمية الكفالة في الوقت الحاضر لا سيما بعد انتشار نظام البيع بالتقسيط في كثير من السلع والمواد الاستهلاكية ، حيث تعد الكفالة هي الوسيلة المتاحة لمعظم المستهلكين في حصولهم على الائتمان بالنسبة لما يحتاجونه من هذه المواد .

غير ان خطورتها للكفيل لا تخفى ، فالكفيل يعرض نفسه لوفاء دين المدين من ماله الخاص ، واذا كان القانون يخوله الرجوع على المدين بما وافاه فان هذا الرجوع كثيرا ما يكون غير مجدي بسبب اعسار المدين ، فتسفر الكفالة في النهاية عن غرم خالص للكفيل ، وقد جرى المثل من قديم بان الضامن غارم . لذلك جرت الشرائع على حماية مصلحة الكفيل سواء بالتشدد في ثبوت الكفالة او بالتضييق في تفسيرها او بمنح الكفيل دفوعا تحد من مضار التنفيذ على امواله ، كالدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم ، او بمنحه ضمانات في الرجوع على المدين ، كالحلول محل الدائن في التأمينات المقدمة من المدين ، او بابراء ذمته من الكفالة بقدر ما اضاعه الدائن بتقصيره من تلك التأمينات[1].

---

(١) د. حسني محمود عبد الدائم، المصدر السابق، ص٤٢-٤٤.

ثانيا- اركان الكفالة:- يجب ان تتوافر جميع الاركان اللازمة لاجراء العقد وهي الرضا والمحل والسبب ولا يشترط لانعقاد الكفالة أي شكل خاص بها .

١- الرضا:- تنعقد الكفالة بمجرد توافق ارادتي الكفيل والدائن وتبادل التعبير عنها ، دون حاجة لرضاء المدين او علمه ، فالمدين ليس طرفا في الكفالة وهي قد تنعقد بغير علم المدين او رغم معارضته ، وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٧٧٥ مدني مصري . ومع ذلك فان ما يحدث عملا هو ان الكفالة تنعقد عادة باذن المدين او بناءا على طلبه ، لان الكفيل لا يتقدم من تلقاء نفسه لضمان حق الدائن ، بل يسبق تقدمه عادة طلب من المدين للكفيل ليكفله .

وهكذا فانه يجب لكي تنعقد الكفالة صحيحة ان يتوافر رضاء الدائن والكفيل بها .

فبالنسبة لرضاء الدائن يكون التعبير عن ارادته باي طريقة من طرق التعبير عن الارادة فهو يعبر عن رضاءه بالكفالة اما صراحة او ضمنا ، بل ان سكوته عن الرد على ايجاب الكفيل بالكفالة يعتبر قبولا منه اذ ان هذا الايجاب يتحقق لمصلحته .

اما بالنسبة لرضاء الكفيل فلم ينص القانون المصري على وجوب ان يكون التعبير عنه صريحا ، مع ذلك فقد ذهب جانب من الفقه الى ضرورة ان يكون هذا الرضاء صريحا لخطورة عقد الكفالة بالنسبة للكفيل، خصوصا وان المشرع استلزم ان يكون اثباتها بالكتابة هذا الى ان المذكرة الايضاحية في القانون المدني المصري تشير الى وجوب ان تستند ارادة الكفيل الى رضاء صريح قاطع . وذهب اخرون الى انه لا يشترط ان يكون التعبير عن رضاء الكفيل صريحا الا اذا اتفق على ذلك .

(ونحن من جانبنا نميل الى ضرورة ان يكون رضاء الكفيل بالكفالة صريحا واضح الدلالة في نيته قد انصرفت الى التحمل بالتزام يقع في اصل وضعه على غيره) . وربما جاز تفسير ما ورد في القانون بشأن وجوب اثبات الكفالة بالكتابة ، اضافة الى اشارة المذكرة الايضاحية سالفة الذكر ، على ان القانون يستلزم ان يكون التعبير عن رضاء الكفيل صريحا .

ويجب ان يكون الرضاء صادرا عن شخص ذي اهلية ، فيشترط ان تتوافر في الكفيل اهلية التبرع لان الكفالة من عقود التبرع ، ومن ثم يجب ان يكون الكفيل بالغا رشيدا والا كانت كفالته باطلة . اما بالنسبة للدائن فلا يشترط فيه الا اهلية قبول التبرع لانه متبرع له ، وهي اهلية الصبي المميز ومن في حكمه. ويجب الا تشوب ارادة الكفيل عيب من عيوب الارادة فاذا وقع الكفيل في خطأ جوهري ، في خصوص الدين الذي يكفله مثلا جاز ابطال العقد للخطأ[١].

(١) د. حسني محمود عبد الدائم، المصدر السابق، ص٤٢.

٢- المحل:- محل التزام الكفيل هو الوفاء بالالتزام الاصلي – وهو التزام المدين – اذا لم يوف هذا به. والتزام الكفيل يستند الى هذا الالتزام الاصلي فاذا لم يوجد او وجد ثم ابطل فلا تكون هناك كفالة ، لان التزام الكفيل تابع يتبع الالتزام الاصلي المكفول. ونظرا لارتباط التزام الكفيل بالتزام المكفول فان شروط الالتزام الاول ، وهي الامكان والتعيين ، ترتبط هي الاخرى بالتزام المكفول .

٣- السبب:- ثمة خلاف بين الفقهاء حول المقصود بالسبب الذي يتعين وجوده لينعقد العقد ، فمنهم من يرى انه يتمثل وفقا لنظرية تقليدية ، في الغرض المباشر الذي يقصد اليه المتعاقد ، ومنهم من يرى انه الباعث الدافع للتعاقد . ولما كان الغالب ان تكون الكفالة تبرعيا فقد قيل بانه يكفي توافر نية المتبرع باعتبارها الغرض المباشر .

اما اذا كانت الكفالة معاوضة ، بان يتعهد الدائن بتقديم شيء للكفيل مقابل كفالته ، فان سبب التزام الكفيل ، أي الغرض المباشر يكون هو التزام الدائن بالمقابل ويتخلف شرط وجود السبب بمعنى الغرض المباشر اذا انتفت نية التبرع في الحالة الاولى او اذا كان محل التزام الدائن مستحيلا او مخالفا للنظام العام والاداب العامة .

اما بالنسبة لشرط مشروعية السبب فانه يبحث عنه في الباعث الدافع الذي دفع الكفيل الى الالتزام ، فاذا كان الكفيل يقصد اسداء جميل للمدين فانه يكون باعثا مشروعا . اما اذا كان الباعث الدافع غير مشروع بطل التزام الكفيل لعدم مشروعية السبب ، ويجب حتى يبطل التزام الكفيل لهذا السبب ان يكون الدائن عالما بعدم مشروعية السبب .

وقد اثير التساؤل، تفريعا عن شروط وجود السبب بمعنى الغرض المباشر ، فيما اذا كان التزام الكفيل هل يجب ان يكون مسببا ام انه يجوز ان يكون مجردا عن السبب . ويرى جانب من الفقه ان الكفالة تصرف مجرد لا يبطل اذا لم يكن لها سبب بمعنى العرض المباشر او حتى لعدم مشروعية الباعث الدافع، و في القانون المصري الذي استلزم (م ١٣٦ مدني) ان يكون لكل التزام ارادي سببا مشروعا ، مستبعدا بذلك فكرة التصرف المجرد كقاعدة عامة ولم يستثنى الكفالة من هذه القاعدة[١].

(١) د. احمد شرف الدين، المصدر السابق، ص ٢٤-٢٨.

المطلب الثاني
تمييز الكفالة عن غيرها من النظم المشابهة

توجد في عالم القانون المدني والتجاري انظمة اخرى قد تشتبه بالكفالة من زاوية او اخرى وان كانت تختلف عنها في احكامها القانونية الجوهرية . ومن هذه الانظمة نظام التأمين وتضامن المدينين والتعهد عن الغير ونفحص كل حالة منها على حدة توضيحا للتمييز والفروق بينها وبين الكفالة .

اولا :- الكفالة ونظام التأمين :-

يعرف التأمين بانه عملية فنية تزاولها هيئات منظمة مهمتها جمع اكبر عدد ممكن من المخاطر المتشابهة وتحمل تبعتها عن طريق المقاصة وفقا لقوانين الاحصاء واداة ذلك بالنسبة للمؤمن لصالحهم هو عقد التأمين والذي بمقتضاه يحصل المؤمن لمن يعينه ، حال تحقق الخطرالمؤمن منه على العوض المالي المتفق عليه في العقد وعقد التامين على هذا النحو هو عقد احتمالي ملزم للجانبين ، كما انه عقد اصلي مقصود لذاته في حين ان التزام الكفيل ، كما اشرنا ، هو التزام تابع يدور في وجوده مع الالتزام الاصلي . ومن ذلك فقد تختلط الامور في بعض الفروض العملية ، حيث يقدم لنا العمل مثلا حالة الوكيل بالعمولة مع شرط الضمان .

حيث يتعهد الوكيل بالعمولة بالقيام بالعملية القانونية المتفق عليها ثم يضيف الى التزامه التزاما اخر بضمان تنفيذ الطرف الاخر بالتزاماته ، ويكون ذلك في المقابل عمولة متفق عليها . والحقيقة هنا ان التزام الوكيل بالعمولة بضمان تنفيذ المتعاقد الاخر بالتزاماته ليس كفالة بالمعنى القانوني . لان الالتزام المشار اليه هو جزء من العملية القانونية التي اتفق الوكيل بالعمولة على القيام بها ككل . وهو بالتالي ليس التزاما تبعيا لالتزام المدين .

ومن هنا كان الاقرب الى الصحيح ان العقد في شقه الثاني هو عقد تأمين . ويظل هذا التكييف الاخير هو التكييف الصحيح ما لم يتبين من الاتفاق صراحة ان نية الطرفين قد انصرفت الى ابرام عقد كفالة تابع بالمعنى الكامل . والامر هنا يتحدد على ضوء تقدير القاضي لظروف التعاقد وتفسيره لنية اطرافه.

كذلك تختلف الكفالة عن حالة التأمين الائتماني، وفيها يعقد التأمين بقصد طمأنة الدائن على حصوله على حقه من المدين ولكن عن طريق ابرام عقد تأمين . ومثاله ان يفتح شخص اعتمادا لاخر مع[1]

---

(١) د. حمدي عبد الرحمن، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، بدون مكان طبع وتاريخ الطبع، ص٣٠٨-٣١٢.

الزام المستفيد بابرام عقد تأمين لدى احدى شركات التأمين كي تقوم هذه الاخيرة بتعويض الدائن عما يلحقه من خسارة نتيجة عدم الوفاء بالمديونية . والتزام شركة التأمين في هذا الفرض ليس التزاما تابعا بل هو التزام مستقل بذاته محله تقديم عوض عن عدم الوفاء وليس الوفاء البديل بالمديونية . واخيرا لا وجه للخلط بين الكفالة واعادة التأمين ، فبالرغم ان اعادة التأمين تستهدف قيام الشركة اعادة تأمين بالوفاء بمبلغ التأمين عند عدم قيام المؤمن عليه بالوفاء ، الا ان هذه الاعادة ليست كفالة بالمعنى الفني والقانوني ذلك ان اعادة التأمين هو مستوى من مستويات التأمين بما له من خصائص ومميزات يستقل بها .

ثانيا :- الكفالة وتضامن المدينين :

في القانون الروماني كان هناك خلط بين الكفالة والتضامن حيث لم يكن هذا القانون يفرق بينهما خاصة في حالة تعدد المدينين المتضامنين مع انحصار المصلحة في الدين في شخص مدين واحد من بينهم ، فاذا اوفى احدهم بالدين كان له الرجوع على المدين صاحب المصلحة بكل ما وفاه ومع ذلك فان الفرق بين النظامين (الكفالة والتضامن) قد تبلور بوضوح متمثلا في اختلاف جوهر الفكرة في كل منها عن الاخر. فالمدين المتضامن يلتزم بصفة اصلية ولا يجوز له ان يدفع بسبق مطالبة المدين الاخر او بسبق تجريده من امواله . اما الكفيل فهو ملتزم بصفة تبعية كما سبق ان بينا وتجوز له هذه الدفوع وما يدور في فلكها ويقوم على ذات منطقها كالدفع بالتقسيم والدفع بإضاعة التأمينات والتمسك بدفوع الدين الاصلي ، وبناءا على ذلك يضحى التزام المدين المتضامن اشد عبئا من التزام الكفيل ، وقد ترتب على هذه المفارقة بين النظامين انه اذا ثار شك حول طبيعة الالتزام وهل هو على سبيل الكفالة ام على سبيل التضامن تعيين التفسير في اتجاه الكفالة باعتبارها وطأة من التضامن واخذا بقاعدة ان الشك يفسر لمصلحة الملتزم .

ولكن يلاحظ ان من الصور العملية ما يضاف فيها التضامن الى الكفالة فيشترط الدائن ان يكون الكفيل متضامنا مع المدين فاذا ما اضيف هذا الوصف على هذا النحو فقد الكفيل امكانية الدفع بسبق المطالبة او بالتجريد او بالتقسيم ، واصبح مركزه في هذا الخصوص كمركز المدين المكفول .

ولكن – ورغم ذلك – تبقى فروق هامة اهمها ان الكفيل ولو كان متضامنا ، يقف في منطقة الالتزام التبعي . بما يخفف من مسؤوليته بالمقارنة مع المدين فيجوز الكفيل المتضامن ان يتمسك بالدفوع المتعلق بالانقضاء كالدفع بالمقاصة والتقادم والدفوع المتعلقة بشخص المدين كالدفع بعيوب الارادة ونقص الاهلية (مالم تكن الكفالة بسبب نقص الاهلية) ، كما ان للكفيل ولو كان متضامنا ان يدفع باضاعة التأمينات ... وكل ذلك غير جائز بالنسبة للمدين المتضامن[1] .

---

(١) نقلاً عن: د. حمدي عبد الرحمن، المصدر السابق، ص٣٠٨-٣١٢.

ثالثا:- الكفالة والتعهد عن الغير:

التعهد عن الغير هو عقد يلتزم بمقتضاه شخص بان يجعل الغير يلتزم بامر معين (م / ١٥٣ مدني مصري). ومن هذا المعنى قد يثور الخلط بينه وبين الكفالة . ورغم هذه الشبهة الا ان فروقا اساسية تباعد بين النظامين ، فالمتعهد عن الغير يلتزم التزاما اصليا بالقيام باداء معين هو حمل الغير على الالتزام بامر معين في حين ان التزام الكفيل التزام تبعي .

وعلى هذا الاساس فان الكفيل في ضمانه لالتزام المدين الاصلي انما يقوم بالوفاء اذا تقاعس هذا المدين عن الوفاء بالدين ، في حين ان المتعهد عن الغير اما ان يفي بما التزم به في صورة حمل الغير على قبول التعهد فتنتهي مسؤوليته عند هذا الحد واما ان يفشل في مهمته فيسأل عن تعويض المتعهد له عما لحق به من ضرر نتيجة لعدم تنفيذ ما تعهد به : أي انه مسئول عن اخلاله بالتزامه بوصفه مدينا اصليا وليس بوصفه كفيلا . ومن ناحية اخرى فان الكفيل اذا اوفى بالدين رجع على المدين بما اوفاه ، اما المتعهد فهو ينفذ التزاما شخصيا فلا رجوع له – بطبيعة الحال – بما اوفاه من تعويض حال فشله في حمل الغير على الالتزام[١].

المطلب الثالث
الاثار المترتبة على الاخلال بالكفالة الجزائية والمدنية

اولا- الاخلال بالكفالة الجزائية:- يشكل اخلال الكفيل بالكفالة الجزائية و عدم قيامه بالوفاء بتعهده في الكفالة و هو عدم احضار المتهم امام الجهات القضائية و الرسمية في الموعد و المكان المحدد لها مسؤولية كبيرة و يترتب عليها آثار سلبية جسيمة و خطيرة على كل من الكفيل نفسه و على خصوم المتهم من المشتكين و المدعين بالحق المدني فاخلال الكفيل بالكفالة يترتب عليه مسؤليتين جزائية و مدنية فالمسؤلية الجزائية يتمثل بالضرر الذي يصيب المجتمع في تسببه بافلات المتهم من فرض العقوبة و كذلك يعرض الكفيل الى عقوبة يحدده محكمة الجنح بفرض تسديد مبلغ الكفالة او حتى حبسه لمدة تصل الى ستة اشهر عند عدم قيامه بتسديد مبلغ الكفالة أما المسؤلية المدنية فتتمثل بالحاق الاضرار بخصوم المتهم في حقوقهم بالمطالبة بالتعويض من المتهم للاضرار التي لحقت بهم جراء فعل المتهم الهارب[٢].

---

(١) نقلاً عن: د. حمدي عبد الرحمن، المصدر السابق، ص٣٠٨-٣١٢.

(٢) سامي سليمان الفقيه، المصدر السابق، ص٤٦.

ولم يعرف المشرع العراقي مفهوم الاخلال و لم يحدد حالاته حصرا حيث ورد في المادة ١١٦ من قانون اصول المحاكمات الجزائية بعض حالات الاخلال على سبيل المثال و هي اذا اصبح الكفيل غير قادر على الوفاء بأداء التزامه في احضار مكفوله و كذلك في حالة الضعف في اقتدار الكفيل و الغش في الكفالة او ظهور خطأ فيها او حالات اخرى .

اما في المادة ١١٩ من نفس القانون فقد تطرق الى العقوبة الذي يتعرض له الكفيل عند اخلاله بالكفالة .

حيث يحال الكفيل المخل على محكمة الجنح و هنالك حالتين للكفيل المخل بالكفالة :

الحالة الاولى: التزام الكفيل باحضار مكفوله المقرون بمبلغ مالي حيث يحال الكفيل على محكمة الجنح بقرار من قاضي التحقيق او المحكمة الجزائية لتحصيل المبلغ ممن اخل بالتزامه ولمحكمة الموضوع ان تقرر احدى الحالات الآتية:

١- اذا رأت المحكمة ان حالة المخل بعد دراستها لحالته والظروف اخلاله تستدعي اعفائه جزئيا أي ان قرار تحصيل جزء من مبلغ التعهد او الكفالة هو المناسب فتصدر قرارا بتحصيل ذلك الجزء .

٢- و لها ان تقرر تحصيل كامل مبلغ التعهد او الكفالة ان اقتنعت بعد الاطلاع على أحوال المخل و ظروف اخلاله انه ليس جديرا بأي اعفاء .

٣- في حالة جنوح المحكمة الى قرار بتحصيل كل المبلغ او جزء منه فلها ان تقرر وجوب تحصيله خلال سنة من تاريخ صدور القرار موزعا على عدة اقساط تحددها

٤- اذا كان المخل قد اودع مبلغ التعهد او الكفالة في صندوق المحكمة او مركز الشرطة او دائرة كاتب العدل او جهة اخرى فبإمكان محكمة الجنح ان تقرر ضمن احدى فقرات قرار التحصيل حجز المبلغ المقرر تحصيله و مصادرته و قيده ايراداً نهائيا للخزينة .

٥- اذا لم يكفي المبلغ المودع المقدار المقرر تحصيله من اصل مبلغ الكفالة فانها تقرر الطلب الى مديرية التنفيذ لاتخاذ الاجراءات التنفيذية وفق قانون التنفيذ لتحصيل المبلغ المتبقي .

٦- ولها ان تصدر قرار بحبس الكفيل مدة لا تتجاوز ستة اشهر عند امتناعه عن دفع المبلغ الكفالة المحكوم بها اما اذا قام بعد ذلك بدفع المبلغ فيتم اخلاء سبيله

٧- على المحكمة عند الزام الكفيل بدفع مبلغ الكفالة او جزء منه ان تقرر قيده ايراداً لخزينة الدولة .

الحالة الثانية: التزام الكفيل المجرد باحضار مكفوله لم نجد في المادة ١١٩ من قانون اصول المحاكمات الجزائية على حكم يحدد جزاءا عقابيا باخلال الكفيل في حالة التعهد المجرد من المبلغ المالي وهنا ارى[١]

(١) د. نقلاً عن: سامي سليمان، المصدر السابق، ص٤٧-٥٨.

بأنه يمكن لمحكمة الجنح ان تذهب الى احكام عقد الكفالة بالنفس في القانون المدني العراقي في المادة ١٠١٧ حيث جاز للمحكمة ان تقضي على الكفيل بغرامة تهديدية عند عدم احضاره لمكفوله اوتحيله الى محكمة البداءة و هناك اتجاه آخر حيث يمكن لمحكمة التحقيق ان يحيل الكفيل المخل وفق احكام المادتين ٢٣٨ و ٢٤٠ من قانون العقوبات العراقي لاجباره على تنفيذ التزامه و الا تعرض للعقوبة الواردة في القانون .

أي ان القانون قد منح الحق لقاضي محكمة الجنح ان يصدر قراره على الكفيل المخل بالكفالة حسب ظروف كل قضية فلها ان تعفيه منه اذا كان الاخلال لسبب اضطراري و لها ان تحكم عليه بجزء من المبلغ ولها ان تحكم عليه بجميع المبلغ .

و أرى بأنه لضمان تنفيذ سند الكفالة و عدم الاضرار باطراف القضية و عدم هروب المتهم المكفل و تحقيقا للعدالة اتباع النقاط الآتية :

١- ايداع مبلغ الكفالة وفي كل الحالات لدى صندوق المحكمة وذلك لضمان سهولة تحصيلها لدى اخلال الكفيل بكفالته وايقاف اصدار الكفالات المجردة من مبلغ مالي .

٢- ان يصدق جميع سندات الكفالة لدى الكاتب العدل لانها تصبح وثيقة رسمية يسهل تنفيذها و يعود بإيرادات جيدة الى خزينة الدولة .

٣- يحدد مبلغ الكفالة تبعا لظروف كل قضية و ان يشمل ايضا الاضرار التي قد تلحق بالمشتكين و المدعين بالحق المدني و ان ينقسم المبلغ الى قسمين , قسم لتعويض الخصوم والقسم الآخر كجزاء لاخلال الكفيل و يقيد ايرادا لخزية الدولة

٤- ان تكون مدة الكفالة محددة حسب السقوف الزمنية للدعاوي فتكون لمدة شهر في المخالفات و ثلاثة أشهر في الجنح و ستة أشهر في الجنايات ويمكن تجديدها عند الضرورة لانه لا يمكن للكفيل ان يكفل متهما الى ما لا نهاية .

٥- ارى ان على محكمة الجنح عند فرض العقوبة في قرارها ان تحكم باعطاء الحق للخصوم بمراجعة المحاكم المدنية للمطالبة بالتعويض من المدان الهارب و الكفيل المخل بكفالته معا لانه تسبب بهروبه .

٦- كان على المشرع الجزائي سن تشريع لضمان الكفيل المخل يكون ضامنا للاضرار المادية التي قد تلحق بالخصوم جراء فعل المدان الهارب مثل القوانين المدنية[١] .

٧- ارى بان من الافضل سن قانون يكافيء فيه الكفيل المخل وذلك بالغاءالعقوبة الصادرة بحقه اذا ما قام باحضار المدان الهارب امام المحكمة بعد اصدار القرار بالعقوبة بعد فترة محددة ثلاثة اشهرمثلاوذلك بمنحه فرصة اخرى لتجنب العقوبة ولامكان الخصوم بالحصول على التعويض من المدان ولتنفيذ قرار الحكم على المدان.

---

(١) د. نقلاً عن: سامي سليمان، المصدر السابق، ص٤٧-٥٨.

ثانيا : الاخلال بالكفالة المدنية:

ان الاثار المترتبة على الاخلال بالكفالة المدنية تختلف عنها في الكفالة الجزائية وان كانت هنالك نقاط التقاء عديدة بينهما حيث لايوجد نص جزائي يفرض عقوبة الحبس على الكفيل المخل بالتزامه مثل الكفالة الجزائية على الرغم من وجود الكفالة بالنفس في القانون المدني .

وحيث ان هنالك نوعين رئيسيين في الكفالة المدنية وهما الكفالة بالمال والكفالة بالنفس لذلك فلا بد من بحثهما كلا على حدة :

- الحالة الاولى: حالة الاخلال بالكفالة بالمال:

عند حلول اجل الوفاء بالالتزام في المال وعدم قيام المدين الاصلي بالوفاءوحيث يكون المكفول به مضمونا بنفسه عن الاصيل مادة ١٠٢٠ من القانون المدني العراقي فيكون للدائن الحق بمطالبة الكفيل لاداء التزام المدين وللكفيل في هذه الحالة اذا طالبه الدائن ان يطالبه باستيفاء دينه من اموال المدين واتخاذالاجراءات ضده اذا ظهران امواله القابلة للحجزتكفي لوفاء دينه باكمله مادة (١٠٢١) من القانون المدني العراقي وعلى الكفيل ايضا ان يدل الدائن على اموال المدين القابلة للحجزولاعبرة لاموال المدين المتواجدة خارج العراق او المتنازع عليها اما اذا ثبت عدم وجود اموال للمدين تكفي لسداد دينه عند ذلك يكون للدائن الحق في مطالبة الكفيل باداء دين المدين بدلا عنه فاذا قام باداءه برئت ذمته من الكفالة وبعكسه يكون الكفيل مخلا بالتزامه ويكون للدائن الحق باتخاذ الاجراءات القانونية بحقه امام المحكمة المختصة وهي محكمة البداءة في مطالبته بتحصيل مبلغ الكفالة وملحقات الدين ومصروفات المطالبة بهاوما يستجد من المصروفات بعد اخطار الكفيل كالمطالبة برسوم ومصاريف الدعوى واذا تعدد الكفلاء يجوز للدائن ان يطلب من أي واحد منهم بجميع الدين اذا كان كل واحد منهم قد كفل الدين على حدة بعقد مستقل. وان كانواقد كفلوا معافي عقد واحدقسم الدين بينهم وطولب كل واحد منه بحصته وعندما يقوم الدائن بتنفيذ سند الكفالة بحق الكفيل واستيفاء دينه منه فقد اعطى القانون الحق للكفيل المخل بالرجوع الى المدين بما اداه من دينه للدائن وبما اضطرالى صرفه عند تنفيذه مقتضى الكفالة المواد (١٠١٥و١٠٢٢و١٠٢٤و١٠٣٨) من القانون المدني العراقي .

الحالة الثانية : الكفالة بالنفس:

أي احضار المكفول به وتسليمه في وقت معين أي بمعنى اجبار الكفيل على احضار مكفوله المدين امام الجهة التي طلبته في وقت محدد فان احضره يبرأ ذمته وان لم يحضره جاز للمحكمة ان تقضي على الكفيل بغرامة تهديدية حسب وضع الكفيل ومضمون الكفالة[١] .

(١) د. نقلاً عن: سامي سليمان، المصدر السابق، ص٤٧-٥٨.

واذا تعهد الكفيل بالنفس ان يسلم المكفول به الذي عليه الدين في وقت معين فاذا احضره برئت ذمته من الكفالة والا يعد مخلا بالكفالة وعليه اداء الدين بدلا منه كما هو حال الكفالة بالمال ويتبع نفس الطرق والاجراءات لتحصيل الدين وله حق الرجوع على من كفله بما اداه من دينه وصرف على تنفيذ مقتضى الكفالة أي ان الكفيل يحل محل الدائن في جميع ما لهذا الدائن من الحقوق سواء كانت الكفالة بامر المدين اوبغير امره اذا قام بايفاء دين المدين للدائن .

ان هذه المادة من الامور الاجرائية اكثر منه من الامور القضائيةوان الكفالة بالنفس نادرا ما تقع في الامورالمالية في وقتنا الحاضر وان الكفالة بالنفس كانت في العصور السابقة اثر مهم اذ لم يكن جائزا انذاك ان تسمع الدعوى غيابيا كما هوالحال عندنا الان ولكن يمكننا الاستفادة منها في الامور الشرعية ومحاكم الاحوال الشخصية كما لو الزمت المحكمة الأم على تسليم ولدها الذي اكمل الحضانة وطالب والده به فادت كفيلا بنفس الصغير[1].

---

(١) المحامي سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، الجزء الثاني، ص٤٠٧ شركة الطبع والنشر الاهلية بغداد ١٩٦٢

الخاتمة

بعد ان انتهينا من كتابة هذا البحث وجدنا بان الاخلال بالكفالة من المواضيع الهامة لتعلقها بحقوق الافراد و تطرقت فيها الى موضوع الكفالة بصفة عامة و الاخلال بها بصورة خاصة وقد تبين بان الكفيل هو شخص متبرع يقوم دائما بالتوفيق بين مصلحة الدائن والمدين وهو الشخص المتضرر في حالة عدم قيام المدين بأداء التزامه وبالنظر لخطورة الكفالة واهميتها والاخلال بها و خطورتها على الكفيل فقد قمت بتوضيح وبيان الاثار الخطيرة التي تترتب نتيجة الاخلال وتنبيه افراد المجتمع عامة على الخطر اللازم قبل ان يقوم بكفالة شخص ما ومن اجل ضمان تنفيذ سند الكفالة و عدم الاضرار باطراف القضية من المشتكين و المدعين بالحق المدني وعدم هروب المشتكي او المدين وتحقيقا للعدالة ارى بان يتم سن و تعديل بعض النصوص القانونية و اضافة بعضها وكما يلي

١- ان يتم تصديق جميع سندات الكفالة لدى الكاتب العدل لكي تصبح وثيقة رسمية يسهل تنفيذها ويعود بايرادات جيدة الى خزينة الدولة.

٢- ايداع مبلغ الكفالة و في كل الحالات في صندوق المحكمة و ذلك لضمان سهولة تحصيلها لدى اخلال الكفيل بكفالته.

٣- ايقاف اصدار سندات الكفالة المجردة من مبلغ مالي لانها صعبة التنفيذ لدى الاخلال بها و صعوبة الاجراءات عند تنفيذها .

٤- بما ان مبلغ الكفالة تقدر لظروف كل قضية عليه اطلب ان ينقسم مبلغ الكفالة الى قسمين قسم يخصص لتعويض المتضررين من الاخلال عند هروب المتهم او المدين والاخر يخصص كعقوبة جزائية على الكفيل المخل يقيد ايرادا لخزينة الدولة.

٥- ان تكون مدة الكفالة محددة حسب السقوف الزمنية للدعاوي فتكون لمدة شهر في المخالفات و ثلاثة اشهر لدعاوي الجنح و ستة اشهر في دعاوي الجنايات و يمكن تجديدها عند الضرورة لانه لا يمكن للكفيل ان يكفل متهما الى مالا نهاية لانه قد يحتاج الى السفر خارج الدولة احيانا والتي تنعكس سلبياً على حرية الافراد.

٦- ارى بان من الافضل سن قانون يكافئ فيه الكفيل المخل و ذلك بالغاء العقوبة الصادرة بحقه اذا ما قام باحضار المدان الهارب امام المحكمة بعد اصدار القرار بالعقوبة بعد فترة محددة ثلاثة اشهر على سبيل المثال وذلك بمنحه فرصة اخرى للتخلص من العقوبة ولإمكان الخصوم في الحصول على التعويض من المدان و لتنفيذ قرار الحكم بالعقوبة على المدان.

٧- ارى ان على محكمة الجنح عند فرض العقوبة في قرارها ان تعطي الحق لخصوم المدان الهارب بمراجعة المحاكم المدنية للمطالبة بالتعويض من المدان الهارب و الكفيل المخل بكفالته معا لانه تسبب بهروبه.

٨- ارى بان يسن مادة قانونية في القانون المدني يجعل فيها التقادم سببا من اسباب انقضاء الكفالة كما هو الحال في القانون المدني المصري.

قائمة المصادر و المراجع

بعد القران الكريم والاحاديث النبوية الشريفة.

اولاً: الكتب

١- د. أحمد شرف الدين، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة والرهن والامتياز، بدون مكان طبع وتاريخ الطبع.

٢- د. حسني محمود عبد الدائم، الكفالة كتأميم شخصي لحقوق الاسكندرية دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٨.

٣- د. حمدي عبدالرحمن، التامينات الشخصية والعينية، بدون مكان طبع وتاريخ الطبع.

٤- السيد سابق، فقه السنة المجلد الثالث، بيروت، ١٩٧١.

٥- القاضي سامي سليمان فقي، الكفيل في الدعوة الجزئية، أربيل، ٢٠١٠ .

٦- المدعي العام سعيد خضر خلف، ضمانات المتهم في مرحلة المحاكمة، الطبعة الاولى، ٢٠١٣.

٧- المحامي سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، الجزء الثاني، شركة النشر والطبع الاهلية، ١٩٦٢.

٨- الاب سهيل القاشا، ترجمة محمود الامين، شريعة حمورابي، دار الوراق ، لندن، ٢٠٠٧.

٩- د. عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، مطبعة نهضة مصر، ٢٠١١.

١٠- د. عبدالمنعم السامرائي، مقدمة في عقد الكفالة وشروطها وأثارها، بدون مكان طبع وتاريخ الطبع.

١١- د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الكفالة الاسكندرية، الطبعة الاولى، ٢٠٠٢.

١٢- أ. لقاء جليل عيسى، الكتابة في النصوص المسمارية القديمة، بغداد، ٢٠١٠.

١٣- د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الكتاب الثالث، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٦.

١٤- القاضي نبيل ابراهيم حياوي، القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ بغداد، ٢٠٠٩.

١٥- القاضي نبيل ابراهيم حياوي، قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٨، بغداد، ٢٠٠٨.

ثانياً: الدساتير والقوانين:

١- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

٢- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ سنة ١٩٥٠ وتعديلاته.

٣- قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ وتعديلاته.

٤- قانون كتاب العدول رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٨ وتعديلاته.