

الحماية القانونية للكفيل الشخصي وفق أحكام القانون المدني الليبي

ابوعجيلة أمعر عبدالله مفتاح

عضو هيئة تدريس / بكلية القانون ترهونة - جامعة الزيتونة - ليبيا ، AKAF201030@gmail.com

الملخص

تُعد الكفالة من أهم الضمانات الشخصية التي نظمتها التشريعات وسنتها لصالح الدائنين حتى لا تضيع حقوقهم تجاه مدينهم، بحيث يتقدم المدين لدائنه بكفيل شخصي يتعاقد معه هذا الأخير بموجب عقد كفالة ليتولى سداد دين المدين في حال عجزه هو شخصياً عن السداد وبعد تجريده كون أن الكفالة تُعد من الضمانات التي لا تشكل استثناءً من الضمان العام، أي أنه يفترض أن تُطبق على المدين أولاً قاعدة "أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه" الواردة في نص المادة 237 من القانون المدني الليبي، بمعنى أن يُجرد المدين أولاً من أمواله قبل مطالبة الكفيل، إلا أن الواقع العملي يوضح إنه قد يتم التحايل على هذه الحماية الممنوحة للكفيل من قبل المشرع؛ وذلك بتحويل هذا العقد لخدمة مصالح الدائنين مما حدا بأغلب التشريعات ومن بينها تشريعنا المدني الليبي، إلى توفير العديد من الوسائل والضمانات لشخص الكفيل ليدافع بها عن نفسه، والتي تتمحور أساساً في فكرة الدفع، إذ إن الكفالة ما هي إلا التزام تبعية للالتزام الأصلي أي أنها ضمان احتياطي وليس أصلي للوفاء، ففكرتها تقوم على ضم ذمة إلى أخرى وفاءً للدين . لذلك ينبغي وضع تدابير تكفل توازن هذه العلاقة العقدية بين الدائن والكفيل بحيث تضمن للدائن الوصول إلى حقه في حالة عدم وفاء المدين به وتوفير للكفيل الحماية المطلوبة.

استلمت الورقة بتاريخ 2023/5/14 وقيلت بتاريخ 2023/7/10 ونشرت بتاريخ 2023/7/16

الكلمات المفتاحية:
حماية الكفيل - الضمانات - الدفع - التجريد -

المقدمة

لما كان العقد شريعة للمتعاقدين - فإن الغاية الأساسية التي يسعى إليها الدائن هي قيام المدين بتنفيذ ما التزم به طبقاً للعقد، وبالطبع متى خشي الدائن عدم تنفيذ المدين لالتزامه فإنه يحق له أن يطلب إليه تقديم ضمانات تكفل له استيفاء حقه .

وهذه الضمانات التي قد يلجأ لها الدائن لضمان الحصول على دينه تنقسم إلى قسمين، قسم شخصي كالالتزام بين المدينين والكفالة، وقسم عيني كالتأمينات العينية أي الرهون والامتيازات، وهذه الضمانات بشقيها تُعد من قبيل الضمان الخاص ومرد لجوء الدائن إليها على الرغم من وجود قاعدة الضمان العام المنصوص عليها في المادة 237 من التقنين المدني، هو قصور أحكام هذا الأخير وضعف الوسائل القانونية المقررة لحمايته، علاوة على أنه يضع الدائن في مركزٍ متساوٍ مع كل الدائنين الآخرين الذين سوف يقاسمونه ما قد يحصل عليه من أموال في ذمة مدينه بحسبان أن جوهر الضمان العام متمثلٌ في أن جميع أموال هذا الأخير تعتبر ضامنة للوفاء بديونه.

ولعل من أهم الضمانات أو التأمينات الشخصية التي يختار الدائن اللجوء إليها لضمان حقه نظراً لعمليتها وسهولة إقرارها هي تقديم كفيل شخصي بناء على عقد يُبرم بينه وبين شخص الكفيل يلتزم فيه هذا الأخير بسداد الحق للدائن إذ أعسر المدين وعجز عن سداد ذلك الحق، فيضم ذمته إلى ذمة المدين ليزيد من ضمان الدائن نحو تحصيل مطلوبه¹.

ذلك أن الكفالة تعتبر من الضمانات الشخصية التي لا تمثل استثناءً من الضمان العام وبذلك فهي قائمة على فكرة تعدد الذمم أمام الدائن، فإذا تعدر عليه الحصول على حقه من مدينه الأصلي، فإنه يرجع بدينه على الكفيل الشخصي الذي يُعد ضماناً للدين بكل ذمته المالية حال كون مدينه معسراً، وذلك بخلاف الكفيل العيني الذي لا يسأل في ضمانه لدين غيره إلا في حدود العين التي كان قد قدمها كضمان لتسديد ذلك الدين دون غيرها من بقية أمواله الأخرى.

إلا أن الدائن ليس حراً في التنفيذ واقتضاء حقه في حال تعدد الذمم طبقاً لفكرة الخيار، بل يجب عليه أن يطلب إلى مدينه الأصلي السداد أولاً ويطبق عليه أحكام الضمان العام سالفة الذكر حتى إذا يئس منه في تحصيل حقه سار إلى الذمة الأخرى الضامنة لذلك المدين، غير أن الواقع العملي أثبت أن هناك تجاوزات قد تحدث عند التنفيذ بخلاف القول

¹ عقد الكفالة من الناحية الشرعية يُعد من عقود الاستيثاق التي جاءت بها شريعتنا الإسلامية الغراء، بل وقد كانت معروفة حتى من قبلها عند الأمم السابقة، ولقد أوردها العلي القدير سبحانه وتعالى في مُحكم تنزيله عند سرد قصة سيدنا يوسف عليه السلام بقوله ((قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم)) يوسف الآية 72، وجاء في تفسير كلمة زعيم أنها بمعنى الكفيل، مشار إليه عند د. عبدالسلام بن محمد الشويعر، عقد الكفالة وتطبيقاته الحديثة، بحث محكم منشور بمجلة العدل - جامعة الملك فهد ، الرياض العدد 43 لسنة 1430 هـ ، ص 143.

السابق مما حدا بأغلب التشريعات ومن بينها تشريعنا المدني الليبي، إلى توفير العديد من الوسائل والضمانات لشخص الكفيل ليدافع بها عن نفسه، والتي تتمحور أساساً في فكرة الدفع، إذ إن الكفالة ما هي إلا التزام تبعية للالتزام الأصلي أي أنها ضمان احتياطي وليس أصلي للوفاء.

وبناء على ذلك فإن الناظر إلى أغلب التشريعات يجد أنها قد نظمت عقد الكفالة بصورة طبيعية تضمن للدائن استيفاء حقه وتوفر بالمقابل حماية تشريعية للكفيل، وهذا هو السبب الدافع إلى دراسة هذا الموضوع وبحثه بغية التعرف إلى مدى الحماية التشريعية التي أقرها المشرع الليبي لشخص الكفيل عند سنه لضوابط عقد الكفالة في الباب الخامس من الفصل الأول المتعلق بالكفالة، وهل كانت الوسائل والأطر الحمائية المقررة للكفيل كافية لوقايته من تحمل تبعات التزام غيره الذي كفله بشخصه؟ وأن لا يضار بجريرة غيره بالتنفيذ عليه أولاً قبل الملتزم أساساً بالدين؟ والذي هو مدار إشكالية هذا البحث حيث تتولى بعض الجهات وخاصة المصارف الرجوع بالتنفيذ المباشر على ذمة الكفيل لاستيفاء ديونها الناجمة عن علاقتها الأصلية بالمدين المتعاقد معها، مهمشة مركز الكفيل القانوني، وضماناته التشريعية التي كفلها له القانون في مواجهة تلك الجهات المخالفة عند التنفيذ وحتى قبله.

ويُعد موضوع (الحماية التشريعية للكفيل) من المواضيع المهمة في بلادنا، وتبرز أهمية دراسته من ناحيتين: ناحية نظرية، وأخرى عملية، فأما الأولى فهي أن هذا الموضوع لم يحظ بالدراسة البحثية الدقيقة في بلادنا بحسب اطلاعنا، وهنا يجب أن لا ننكر على الباحث في البلدان المجاورة تناولهم لجزئيات معينة منه بالدراسة المعمقة حسب ما نظمته تقنياتهم المدنية من نصوص في هذا الشأن، وذلك سواء في بعض المؤلفات العامة، أو الأطروحات العلمية، ولكن لا يوجد من بينهم من تناول الموضوع بنفس العنوان بالبحث والدراسة المدعمة بأراء الفقه، والنصوص القانونية، وأحكام المحاكم المنصبة على صلب الموضوع.

أما بالنسبة لأهمية الموضوع العملية فهي تتمثل في محاولة الباحث تقديم بعض الحلول العملية للحد من المخاطر التي قد يتعرض لها الكفيل عند امتناع المدين الأصلي أو تأخره بسبب أو بدونه عن سداد دين دائنه، كالرجوع المباشر عليه من قبل الدائن قبل تجريده للمدين الأصلي، ومن ثم بيان الوسائل والتدابير والإجراءات الوقائية التي سنها المشرع للكفيل عند تنظيمه لعقد الكفالة والتي من شأنها أن توفر له الحماية اللازمة لحقوقه إن خشي من ضياعها، وعلى هذا الأساس قمت بتقسيم موضوع هذه البحث وفق خطة ثنائية هي على النحو التالي :-

المطلب الأول :- الدفع المستمدة من العلاقة الأصلية (الدائن - المدين).

المطلب الثاني :- الدفع الخاصة بالكفيل .

المطلب الأول :- الدفع المستمدة من العلاقة الأصلية بين (الدائن - المدين) :

للكفيل أن يدفع في مواجهة الدائن، بالدفع التي للمدين أن يحتج بها عليه؛ لأن الكفالة نظراً لوجود صفة التبعية فيها ترتبط في قيامها وفي بقائها بالالتزام الأصلي، فكما أن قيامها رهين بقيام الالتزام الأصلي فإن بقائها كذلك رهين ببقائه؛ لأن محل التزام المدين في الحقيقة، هو ذاته محل التزام الكفيل، الذي يتعهد بالوفاء به للدائن إذا لم يفي به المدين نفسه.⁽¹⁾

وفي ذلك نصت المادة 1/791 من القانون المدني الليبي على أنه " يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين "

يفهم من هذا النص أن التزام الكفيل تابع للالتزام الأصلي وهو يبطل كلما بطل ذلك الالتزام، كما أنه ينقضي بمجرد انقضائه وهذا ما يُعد من الأوجه التي للكفيل أن يحتج بها في حال العودة عليه .

أولاً : تمسك الكفيل بالدفع بالبطان والدفع بالإبطال :-

أ. إذا كان التزام المدين باطلاً ليعيب في الشكل أو لانعدام الرضا، أو لعدم توافر شروط المحل أو لعدم مشروعية السبب، أو لأي سبب آخر من أسباب بطلان الالتزام، كان التزام الكفيل باطلاً أيضاً لذات السبب، ويتيح ذلك للكفيل التمسك ببطلان التزامه كما هو الحال بالنسبة للمدين²، إذ أنه إذا سقط الأصل سقط الفرع أيضاً، كما أنه يمكن أن يشوب التزام الكفيل عيب موضوعي يؤدي إلى بطلانه بصفة مستقلة أي بأن يكون الالتزام الأصلي صحيحاً ولكن التزام الكفيل باطل، فهنا يبطل التزام الكفيل وحده بينما يبقى الالتزام الأصلي المضمون صحيحاً؛ لأن التزام الكفيل هو التابع للأصل وليس العكس، وبالتالي يستطيع الكفيل أن يتمسك بالدفع ببطلان التزام المدين أي بالالتزام الأصلي، ويستطيع أيضاً أن يتمسك ببطلان التزامه هو استقلالاً عن الأصل كونه التزام تابع³.

¹ د. محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، مطابع دار الشعب، القاهرة، الطبعة الثالثة 1979 ص 90 .

² وهذا القول ربما يذكرنا ببعض القواعد الاصولية التي تفيد بهذا المعنى كقاعدة (إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه) وقاعدة (الفرع يسقط إذا سقط الأصل)، أي بمعنى أنه إذا بطل مضمون العقد يبطل أيضاً ما بني عليه من أحكام وما ترتب عنه من التزامات .

³ سعاد توفيق سليمان ابومشاج، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه - دراسة مقارنة بين مجلة الاحكام العدلية والقانون المصري، رسالة ماجستير - كلية الدراسات العليا- جامعة النجاح الوطنية نابلس - فلسطين 2006 ص 109.

ب. كما للكفيل أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة؛ لأن عقد المدين قابل للإبطال لعيب في الرضا كأن يكون قد شابه غلط أو تدليس أو اكراه مما يجعل العقد قابلاً للإبطال.⁽¹⁾ ولكن ينبغي مراعاة الاستثناء الوارد في المادة 2/791 من القانون المدني، والتي تجري ((على أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص الأهلية، وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد، فليس له ان يحتج بهذا الوجه)) وقد ورد النص على هذه الحالة في مادة سابقة عن المادة 2/791 وهي المادة 786 المعنونة (ب) كفالة ناقص الأهلية (والتي تجري " من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية كان ملزماً بتنفيذ الالتزام اذا لم ينفذه المدين المكفول "

وفي تفسير هذا النص يجب التمييز بين حالتين :-

1. ما اذا كان الكفيل لا يعلم بنقص أهلية المدين، فهنا يكون له أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة، كما يكون للمدين أن يتمسك بإبطال العقد الأصلي لنقص أهليته.
2. أما اذا كان الكفيل عالماً بنقص أهلية المدين، فليس له أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة اذا كان قد كفل المدين وهو عالم بنقص أهليته وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، فإذا تمسك المدين بنقص أهليته وأبطل العقد الأصلي، أصبح الكفيل مديناً أصلياً وصار مسئولاً عن الدين نحو الدائن، ويكون التزامه هنا معلقاً على شرط واقف مضمونه ألا ينفذ المدين الأصلي الالتزام، وبالتالي فإنه يجب على الشخص الذي تقدم بصفته كفيلاً وقد أصبح مديناً أصلياً بتحقيق الشرط سالف الذكر أن ينفذ ذلك الالتزام.²

ولكن على الرغم من ذلك فإن هناك من يرى³؛ بأنه اذا كان الكفيل عالماً بنقص أهلية المدين ولكن كفله ليس بسبب نقص أهليته وإنما لسبب آخر فله أن يتمسك بنقص أهلية المدين، إلا إذا أجاز المدين العقد بعد زوال نقص أهليته، أو أجاز له وليه أو وصيه أو القيم عليه بإذن المحكمة فعندها لا يجوز للكفيل أن يطلب إبطال عقد الكفالة، أما اذا تمسك المدين بنقص أهليته في هذه الحالة وأبطل الالتزام الأصلي فإنه يسقط تبعاً له التزام ذلك الكفيل باعتباره التزام تابع للالتزام الأصلي.

ثانياً : تمسك الكفيل بالدفع بانقضاء الالتزام الأصلي :-

للكفيل التمسك بانقضاء التزامه ككفيل تبعاً لانقضاء التزام المدين فإذا انقضى التزام المدين أيأ كانت طريقة انقضائه، انقضى معه التزام الكفيل؛ لأن التزام هذا الأخير التابع فينقضي بانقضاء الالتزام الأصلي . وهذا ما يفهم من نص المادة 1 /791 ق. م. ل. والتي تجري " ببراء الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين "

وانقضاء الالتزام قد يتم بعدة طرق على النحو الآتي :-

1- حالة انقضاء التزام المدين بالإبراء :-

وهو ما جاء في نص المادة 358 مدني ((ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ويرتد برده))، يفهم من هذا النص أن الإبراء يعتبر تصرفاً احادي الجانب أي من طرف الدائن ولا يشترط فيه قبول المدين، إلا أنه يجوز لهذا الأخير رد ذلك الإبراء وبذلك يعود الدين إلى ذمته من جديد ويكل ما يلحقه من توابع، وهو ما يعني عودة الكفالة أيضاً؛ ولكن هنا يجوز للكفيل أن يتخلص من تبعات الرد عليه بأن يطعن في رد المدين للإبراء عن طريق الدعوى البوليصة، ومتى تم قبول طعنه في الرد بالدعوى البوليصة، فإن ذلك الرد من المدين يسري عليه وحده ولا يسري في حق الكفيل الطاعن⁴.

أما إذا تم إبرأ المدين من دينه الأصلي ولم يتم برد ذلك الإبراء، فيكون للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعاً لذلك ولا يعتبر قبول الدائن الصلح من المدين المفلس إبراءً له من جزء من الدين بل يبقى الكفيل ضامناً لهذا الجزء، إذ أن فائدة الكفالة لا تظهر إلا عند إفلاس المدين، فتكون ذمة الكفيل ضامنة للسداد؛ ولأن صلح الدائن مع المدين لم يقصد منه التبرع، بل تقادي إجراءات الإفلاس والتصفية التي قد تزيد مركز المدين سوءاً وتضعف احتمال حصول الدائن على حقه.

2- حالة انقضاء التزام المدين بالوفاء :-

إذا وفي المدين بالدين انقضى التزامه، وتبعاً لذلك ينقضي التزام الكفيل أيضاً، كما أن التزام الكفيل ينقضي أيضاً إذا قام هو بالوفاء مباشرة بحسبان أنه صاحب مصلحة في القيام بالوفاء كما جاء في نص المادة 1/310 م والتي جرى

¹ د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الكفالة، منشأة المعارف الاسكندرية. ط 2002، ص 121

² د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح أحكام القانون المدني، الجز العاشر، في التأمينات الشخصية والعينية، دون طبعة، دار النهضة العربية - القاهرة، 1970م، ص 3-4

³ د. قدرى عبدالفتاح الشهاوي، مرجع سابق ص 12.

⁴ عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح أحكام القانون المدني، مرجع سابق ص 228

- نصها ((يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء، وذلك مع مراعاة ما جاء بالمادة 211م))¹
- 3- حالة انقضاء التزام المدين بالمقاصة بين دينه ودين له في ذمة الدائن . وهي وسيلة سلبية في تسوية الديون المتقابلة بين ذمتين كل منها دائنة للأخرى ومدينة لها معاً وذلك بمقدار الأقل، فإذا تمت المقاصة بين دين الدائن والمدين فإن التزام المدين ينقضي وينقضي تبعاً لذلك التزام الكفيل وإذا تمت المقاصة بين التزام الكفيل والدائن فالتزام الكفيل والمدين ينقضيان بالمقاصة، مع الاحتفاظ بحق الكفيل في الرجوع على المدين، ولا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها كل من له مصلحة في ذلك بحسب ما جاء في نص المادة 1/352 مدني (لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها ، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها)، كما إنه بالإضافة إلى المدين يجوز للكفيل متضامناً أو غير متضامن التمسك بها حتى لو لم يتمسك بها المدين بحسب نص المادة 803 من القانون المدني الليبي.
- وكذلك يجوز التنازل عن المقاصة، وإن حصل وفعل المدين ذلك؛ فإنه لا يجوز أن يكون نزوله إضراراً بالغير، والغير هنا هو الكفيل بحسب نص المادة 354 مدني، وتأسيساً عليه فإنه يجوز للكفيل التمسك بالمقاصة حتى ولو نزل عنها المدين².
- 4- حالة انقضاء التزام المدين باتحاد الذمة :- وهي حال اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد، كما لو ورث المدين الدائن أو أوصى الدائن للمدين بالدين؛ فإنه يجوز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعاً لذلك⁽³⁾.
- فإذا تم الاتحاد في شخص المدين انقضى الالتزام الأصلي، فينقضي بذلك الالتزام التابع له أي التزام الكفيل، أما إذا تم اتحاد الذمة في شخص الكفيل، فإن التزام الكفيل وحده هو الذي ينقضي دون التزام المدين.
- 5- حالة انقضاء التزام المدين باستحالة التنفيذ لسبب لا يد له فيه :- لقد نصت على هذه الحالة المادة 360 م والتي جاء في نصها ((ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه)).
- فإذا انقضى التزام المدين في هذه الحالة انقضى التزام الكفيل أيضاً تبعاً له، أما إذا أصبح تنفيذ التزام المدين مستحيلاً بخطنه، فإنه يصبح مسؤولاً عن التعويض ويبقى الكفيل ضامناً لهذا التعويض⁴.
- 6- حالة انقضاء التزام المدين بالوفاء بمقابل :- ويحدث ذلك في حال أن يتفق الدائن مع المدين أو مع الكفيل على قبول شيء آخر بدلاً عن الدين الأصلي، فيقوم أي منهم بنقل ملكية ذلك الشيء إلى دائنهم فتبرأ بذلك ذمتهم من الدين وهو ما سُمي لدى البعض (بالوفاء الاعتيادي)⁵، وبالتالي فإنه يجوز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعاً لذلك وهذا ما نصت عليه المادة 792 ق. م. ل، والتي تنص على أنه " إذا قبل الدائن أن يستوفي في مقابل الدين شيئاً آخر، برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء" ومن المعلوم أن تطبيق القواعد العامة هنا يؤدي إلى وجوب أن يقع انقضاء الالتزام الأصلي صحيحاً حتى تبرأ ذمة الكفيل، فإذا قُضي بإبطال الإبراء، لعيب شاب رضا الدائن؛ فإن الإبراء يعتبر كأن لم يكن ولا يكون له أثر على الالتزام الأصلي الذي يبقى في ذمة المدين ويظل من ثم الالتزام التابع قائماً في ذمة الكفيل⁽⁶⁾.
- إلا أن المشرع خرج على هذه المبادئ في حالة انقضاء الدين بتقديم مقابل للوفاء به، إذا استحق الشيء الذي استعاض به الدائن عن حقه الأصلي بحسب ما ورد في نص المادة سالفة الذكر .
- وبعد أن عرضنا للدفع المستمدة من العلاقة الأصلية بين الدائن والمدين والتي يكون للكفيل التمسك بها فإن له أيضاً دفوعاً أخرى خاصة بوضعه ككفيل وهذا ما سنبحثه في المطلب الثاني .
- **المطلب الثاني : الدفوع الخاصة بالكفيل :-**
- إن للكفيل بالإضافة للدفوع التي ذكرناها أعلاه والمستمدة من العلاقة الأصلية، بين الدائن والمدين دفوعاً أخرى خاصة به، يستمدتها من وضعه ككفيل، أو مدين ثانوي، ملتزم بدين في ذمة غيره، وله الرجوع عليه إذا وفي الدين بدلاً منه.
- وهذه الدفوع نوعان :-
- الأول.** يؤدي إلى انقضاء الكفالة، وبراءة ذمة الكفيل، كلياً أو جزئياً دون أن ينقضي الالتزام المكفول به .

¹ حيث جاء في نص المادة 211 أنه ((في الالتزام بعمل ، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين))، بمعنى أنه إذا كانت شخصية المدين ذات اعتبار في التنفيذ بحيث لا يصح التنفيذ بدونه أو من غيره، فإن الوفاء الذي يقوم به الغير نيابة عنه، سواء بالوكالة أو الكفالة لا يصح ويجوز للدائن أن يرفضه إذا حصل .

² سعاد توفيق سليمان ابومشاج، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه، مرجع سابق ص114

³ د. قدرى الشهواني، مرجع سابق، ص124

⁴ سعاد توفيق سليمان ابومشاج، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه، مرجع سابق ص112

⁵ سعاد توفيق سليمان، نفس المرجع السابق ص113.

⁶ محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص95

والثاني. يؤدي إلى وقف التنفيذ على أمواله، حتى ينفذ الدائن على أموال أخرى .
وهي على التفصيل التالي بيانه:-

أولاً : الدفوع التي يترتب عليها انقضاء الكفالة كلياً أو جزئياً :-

سنكتفي بتعداد هذه الدفوع فقط دون التفصيل فيها لأن محل دراستها هو الجزء الخاص بانقضاء عقد الكفالة أو زوالها وهي تتمثل في ثلاثة دفوع :-

- 1- الدفع ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أضعاه الدائن بخطئه من الضمانات (م 793 مدني).
- 2- الدفع ببراءة ذمة الكفيل لتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين (م 794 مدني).
- 3- الدفع ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر بسبب عدم تقدم الدائن في تغطية المدين (795 مدني)

ثانياً : الدفوع التي يترتب عليها وقف التنفيذ على أموال الكفيل حتى ينفذ الدائن على أموال أخرى :-

وتتمثل هذه الدفوع في دفعان أساسيان أولهما الدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً (بمعنى قبل الرجوع على الكفيل) وثانيهما الدفع بتجريد المدين . وينقسم هذان الدفعان على مرحلتين، حيث يتم الدفع بوجوب الرجوع على المدين في مرحلة المطالبة (1) ثم يتم الدفع بالتجريد في مرحلة أخرى تالية الا وهي مرحلة التنفيذ (2).

1- مرحلة المطالبة :-

الأصل أنه لا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل بدينه الناشئ عن عقد الكفالة إلا بعد حلول أجل هذا الدين، فإذا لم يكن هناك اتفاق على تحديد أجل دين الكفيل، فإن هذا الأجل يحل باستحقاق دين المدين، ولكن إذا اتفق على أجل خاص لدين الكفيل فلا تجوز مطالبته إلا بعد حلول هذا الأجل، ولو كان دين المدين قد حل أجله من قبل (1). وفي الواقع إن الكفيل في عقد الكفالة يلتزم بصفة احتياطية، فهو يضمن دين غيره، أي يضمن دين لا مصلحة له فيه، ولذلك فإنه يكون من العدل ألا يطالبه الدائن بالدفع، قبل أن يرجع على المدين الأصلي بهذا الدين²، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 797 / 1 ق. م. ل. والتي جاء في نصها انه:-

" لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين "

والمقصود بالرجوع في هذا النص هو المطالبة القضائية (رفع دعوى) ولذلك لا يكفي أن يعذر الدائن المدين حتى يحق له الرجوع على الكفيل بعدها ، ويستثنى من ذلك حالة ما إذا أفلس المدين، فإنه يتمتع على دانيه اتخاذ الاجراءات الفردية في مواجهته ولا يجوز لهم إلا التقدم في التفليسة، حيث يعتبر التقدم في تغطية المدين رجوعاً عليه يجيز للدائن أن يرجع بعده على الكفيل، وكذلك فإنه إذا كان دين الدائن قبل المدين ثابتاً في سند رسمي يجوز التنفيذ بمقتضاه دون حاجة إلى استصدار حكم قضائي، فلا يطلب من الدائن أن يقوم برفع دعوى على المدين للمطالبة بدينه، ويعتبر أنه قد رجع على المدين بمجرد تكليفه بالدفع، ويجوز له بعد ذلك أن يرجع على الكفيل .

وإذا لم يراع الدائن هذا الحكم بأن رجع على الكفيل أولاً وقبل أن يرجع على المدين فإن للكفيل أن يدفع هذا الرجوع، بدفع وهو الدفع بضرورة رجوع الدائن على المدين أولاً³.

ولكن يجب مراعاة أنه إذا كان المدين معسراً أو عاجزاً عن الوفاء بالدين فلا مصلحة للكفيل في التمسك بحقه بمطالبة المدين أولاً، ويقع على الدائن عبء إثبات أن المدين معسر أو عاجز عن الوفاء بالدين، كما أن الدائن لا يُرغم على قبول الوفاء بجزء من الدين من المدين ومن ثم يرجع على الكفيل بالجزء المتبقي ، ولكن إذا تم الإتفاق على ذلك فلا مانع⁴.

¹ د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة أطلس، القاهرة، د ط 1994، ص58

² إذ أن الكفالة الشخصية تُعد من الضمانات الخاصة التي لا تشكل استثناءً من الضمان العام، بمعنى أنه يجب أن يتم التنفيذ على المدين أولاً بمقتضى أحكام الضمان العام م 237 م، وبعد أن يجرّد ذلك المدين بالدين أصالة يتم الرجوع بعدها على الذمة الضامنة احتياطياً للوفاء أي الكفيل الشخصي إذا لم تفي الذمة الأولى بكامل أصل الدين، وذلك بخلاف الكفيل العيني الذي يقدم مالا عينياً (عقارات) مملوكاً له ضماناً للوفاء بدين غيره، وهو ما يعد من فئة الضمانات الخاصة أيضاً إلا أنه يختلف عن سابقه أي في أن هذا الاخير يُعد استثناءً من الضمان العام بحيث يتم التنفيذ على الضمان العيني أولاً وإذا لم تفي قيمته بسداد كامل أصل الدين يتم الرجوع على الذمة الملزمة أصالة بسداد الدين بمقتضى أحكام الضمان العام، إذ أنه في الحالة الأولى يسأل الملتزم احتياطياً عن كامل أصل الدين كما يسأل الأصل أي يضمن السداد بكل ممتلكاته، بينما في الحالة الثانية لا يسأل الكفيل العيني إلا في حدود الضمان العيني المقدم من قبله للوفاء بدين المدين الأصلي دون التعرض لبقية ممتلكاته الأخرى الخاصة به.

³ وفي هذا الصدد أيضاً قضت المحكمة العليا الموقرة في أحد أحكامها، بأن تقاعس المدين في استرداد سند الدين من الدائن بعد تمام عملية الوفاء لا يحول دون براءة ذمته كمدين والذي يؤدي بدوره حتماً إلى براءة ذمة الكفيل بحسبان أن التزام هذا الأخير هو التزام تابع للالتزام الأصلي و يتحدد نطاقه به في الوقت الذي عقدت فيه الكفالة.

- طعن مدني رقم 44/103 ق جلسة 2001/11/19م غير منشور.

⁴ وهو ما نصت عليه المادة 1/329 والتي جاء في نصها أنه(لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئياً لحقه، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك)

ولا مرأه في أن الحق في المطالبة والتنفيذ هما حقان مستقلان عن بعضهما للدائن ، فإذا تنازل الكفيل عن حقه في مطالبة الدائن للمدين أو لآ؛ فإن ذلك لا يعني أنه تنازل عن حقه في الدفع بالتنفيذ، فلا يجوز للدائن التنفيذ على أموال الكفيل إذا تمسك الأخير بهذا الحق.¹

2- مرحلة التنفيذ :-

إذا كان الدائن لا يجوز له - كما أسلفنا - أن يطالب الكفيل وحده قبل مطالبة المدين، وذلك لصفة التبعية التي تلحق التزامه؛ فإن الكفيل يجوز له بقيود معينة لهذه الصفة بعينها، أن يلزم الدائن بالتنفيذ على أموال المدين لاستيفاء حقه قبل أن يقوم بالتنفيذ على أمواله ككفيل، وبعبارة أخرى تقرر للكفيل بقيود معينة، الحق في أن يطلب إلى الدائن تجريد المدين من أمواله قبل الرجوع عليه وإجباره على الوفاء بدلاً من هذا الأخير، وهذا هو (الدفع بالتجريد) ويعني هذا الدفع: أن من حق الكفيل أن يوقف إجراءات التنفيذ على أمواله إلى أن يتم التنفيذ على أموال المدين أولاً ومن ثم تتم العودة عليه فقط بالجزء الذي عجز المدين عن سداه من إجمالي الدين، ويرجع هذا الدفع إلى القانون الروماني الذي لم يعرفه في عصوره الأولى وإنما عرفه مؤخراً في مرحلة حكم جستينيان ، حيث ظهرت فكرة التبعية والصفة الاحتياطية في التزام الكفيل تجاه المدين⁽²⁾

والدفع بالتجريد وضع لحماية الكفيل وبما أن الكفيل متبرع لضمان الدين فمن باب أولى أن تتم حمايته، وكذلك لما في التجريد من توفير للوقت والجهد فالتنفيذ يكون على أموال المدين أولاً ثم على أموال الكفيل، إذ ليس من العدل أن يرى الكفيل أمواله تنتزع من بين يديه بينما أموال المدين قائمة ولم تُمس بالتنفيذ، على الرغم من التزامه احتياطي وليس أصلي وهو الأولى بالرعاية كونه يؤدي الدين عن غيره.³

أ- شروط الدفع بالتجريد :-

ينص من خلال نص المادتين 2/797 و 798 أن للدفع بالتجريد ثلاثة شروط يجب توافرها لكي يحق للكفيل الدفع بالتجريد وهي :-

- 1- يجب أن لا يكون الكفيل قد نزل مقدماً عن الدفع بالتجريد سواء عند انعقاد عقد الكفالة أو فيما بعد :-
فالدفع بالتجريد حق خاص بالكفيل مقرر لصالحه، فله أن ينزل عنه وحينئذ لا يجوز له استعماله بعد هذا النزول. ومن المعلوم إنه إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين فليس له حق التجريد، إذ أن قواعد التضامن تقتضي أن يرجع الدائن إذا شاء على الكفيل المتضامن أولاً وهو ما يفهم من نص المادة 802م ، والذي جاء فيه أنه(لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد)⁴.
- والنزول عن الدفع بالتجريد قد يكون صريحاً أو ضمناً، ويغلب أن يشترط الدائن براءة الكفيل النزول عن حق التجريد حيث أحصى هذا الشرط مألوفاً في التعامل⁵، والنزول المعني قد يستخلص من الظروف فربما يستخلص من تعهد الكفيل بدفع الدين فوراً إذا لم يقم المدين بدفعه عند حلول أجله .
ولكن أكثر ما يكون النزول الضمني بعد انعقاد عقد الكفالة، حال شروع الدائن في التنفيذ على أموال المدين حيث يلزم الكفيل الصمت عند الدفع بالتجريد مما يفيد أنه نزل عن هذا الدفع ضمناً .
- 2- أن يتمسك الكفيل بحقه في التجريد :-
فالقاعدة أن القاضي لا يحكم به من تلقاء نفسه وقد قضت بذلك صراحة المادة 2/797 مدني إذ ورد بها " ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق " ولما كان الدفع بالتجريد، إنما يتعلق بالتنفيذ لا بالمطالبة القضائية،

¹ ولكن النصوص في هذا الصدد ليست من النظام العام وبالتالي فإنه يجوز الاتفاق على خلافها لاعتبارها قواعد مكملة وليست أمرة فإذا اتفق الكفيل والدائن على الدفع بمطالبة المدين قبل الكفيل أو التنفيذ على أموال المدين قبل التنفيذ على أموال الكفيل حتى مع توافر شروط الرجوع على هذا الأخير أولاً (أي الرجوع على الكفيل قبل المدين) فهذا جائز طبقاً لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين التي أوردتها المادة 147 من القانون المدني.

² د. سمير عبدالسيد تتاعو، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص64

³ أحمد محمد زياد، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق - جامعة الشرق الأوسط 2012م ، ص

76

⁴ ولا مرأه في أن التضامن في القانون المدني لا يكون مفترضاً بل يجب أن يكون مقررأً أما بنص قانوني أو باتفاق فيما بين الأطراف المتضامنين، وذلك بعكس القانون التجاري الذي يكون التضامن فيه مفترضاً بحسبان أنه قانون قوامه السرعة والائتمان، وفي ذات الصدد أيضاً قضت المحكمة العليا الموقرة في أحد مبادئها بأنه وفقاً لنصوص المواد 781 و 797 و 802 من القانون المدني أن الكفالة عقد مدني بين الدائن والكفيل يتعهد فيه الكفيل بالوفاء بالتزام الغير إذا لم يوفي به للدائن في أجله، وأنه لا يجوز للدائن الرجوع على الكفيل إلا بعد رجوعه على المدين ولا يكون له أن ينفذ على أمواله إلا بعد تجريد المدين من أمواله إلا إذا كان الكفيل متضامناً في الالتزام مع المدين، لأنه في هذه الحالة يجب أن يسري على التزام الكفيل الأحكام الخاصة بالتضامن الذي لا يكون مفترضاً في المعاملات المدنية كما أسلفنا، طعن مدني رقم 57/976 ق جلسة 2014/12/22 غير منشور.

⁵ وهذا ما أثبتته الواقع العملي لا سيما فيما يتعلق بأعمال المصارف والبنوك، حيث تعتمد في سبيل ضمان تحصيل مديونياتها من العميل إلى مطالبته بتقديم كفيل بموجب عقد كفالة يُتفق فيه على أحقية المصرف في الرجوع على الكفيل أولاً قبل تجريد المدين.

فترتب على ذلك أن الدفع لا يكون مقبولاً من الكفيل إلا عند ما يشرع الدائن في التنفيذ على أمواله بموجب سند قابل للتنفيذ (سند تنفيذي) كما أن الكفيل يستطيع إبداء الدفع بالتجريد عن طريق الاستشكال في التنفيذ . وعلى ذلك إذا لم يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد في أثناء نظر دعوى مطالبة الدائن إياه بالدين، فإن ذلك لا يعتبر نزولاً ضمنياً عن هذا الدفع؛ لأن الدفع بالتجريد يتعلق بالتنفيذ لا بالمطالبة، وفي المقابل يُعد الدفع بالتجريد من الدفوع الشكلية التي لا تتعلق بالنظام العام فالمحكمة لا تقضي به من تلقاء نفسها بل الأمر موكل إلى الكفيل صاحب المصلحة فله أن يتمسك بهذا الدفع في أي مرحلة من مراحل التنفيذ على أن لا يتأخر إلى الحد الذي قد يفهم من خلاله أن قد نزل ضمنياً عن ذلك الحق¹.

وإذا تمسك الكفيل بحقه في تجريد المدين سواء قبل البدء في إجراءات التنفيذ عليه من قبل الدائن أو حتى بعد البدء فيها عن طريق الاستشكال في التنفيذ؛ فإن هذا الأمر يفرض على الدائن ضرورة التوقف عن السير في إجراءات التنفيذ حتى يثبت القاضي في أمر الدفع بالتجريد، حيث أنه إذا تبين له أن شروط الدفع بالتجريد متوفرة سيقبل الدفع ويحكم بوقف السير في إجراءات التنفيذ ضد الكفيل حتى يتم تجريد المدين من أمواله أولاً، بل والغاء ما تم منها وتعطيل اثره، فيتم مثلاً الغاء تنبيه نزع الملكية الموجه من الدائن إلى الكفيل، وتُلغى أيضاً حتى إجراءات الحجز التحفظي على أموال الكفيل.

3- أن يقوم الكفيل على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله :-

لقد ورد هذا الشرط في المادة 798 مدني حيث ورد بها " 1 " اذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي الدين كله " ويشترط في ذلك أن تكون هذه الأموال واقعة داخل الأراضي الليبية وأن لا يكون متنازعا فيها، وقد قضت بذلك الفقرة الثانية من نفس المادة إذ ورد بها " 2. " ولا عبرة بالأموال التي يدل عليها الكفيل، إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي الليبية، أو كانت أموالاً متنازعا فيها " وأموال المدين التي يرشد الكفيل الدائن إليها يجب أن تفي بالدين كله فلا يكفي أن تفي بجزء من الدين أو حتى بمعظم الدين، وذلك حتى لا يضطر الدائن عند التنفيذ أن يقبل بالوفاء الجزئي .

وهذا النص يعتبر فيه إجحاف حيث إنه يحرم الكفيل من ميزة الوفاء الجزئي، وذلك مثل أن يكون لدى المدين أموال تفي بنصف الدين، فهنا يفترض أن يعود الدائن على الكفيل بالنصف الباقي من الدين فقط، ولكن النص المذكور حرم الكفيل من هذه الميزة، ولعل ذلك الحرمان غايته جليلة مفادها أن الحكمة من اشتراط التجريد هي منع تكرار التنفيذ وهذه لن تتأتى إذا كان المال منقوصاً ولا يفي بكامل الدين².

وهو ما يطرح التساؤل هنا عن نوعية الأموال التي يرشد الكفيل الدائن إليها ؟

يصح أن تكون تلك الأموال عقارات أو منقولات ، شريطة أن تكون مملوكة للمدين، ويجب كذلك أن تكون أموال المدين التي يرشد إليها الكفيل لا يصعب التنفيذ عليها، بمعنى أن لا تكون خارج الأراضي الليبية حتى يسهل التنفيذ عليها، وألا تكون أموالاً متنازعا فيها والنزاع المقصود هنا يفترض فيه الجدية أو أن يكون برفع دعوة قضائية، كما أنه لا مناص من اشتراط شرط آخر بديهي متعلق بالتنفيذ على تلك الأموال حتى وإن لم يُذكر صراحة في نص المادة سالفة الذكر مفاده أن تكون تلك الأموال قابلة للحجز عليها بغية حصول التنفيذ إذ لا طائل من الحصول على مال لا يقبل الحجز عليه³.

وإرشاد الكفيل للدائن إلى أموال المدين يكون على نفقة الكفيل؛ لأنه هو المستفيد من ذلك الإرشاد⁴ وإذا توافرت هذه الشروط فإن الدفع بالتجريد يكون صحيحاً ويقبل؛ إلا أنه في حال قيام الكفيل بإرشاد الدائن إلى أموال المدين فإن الدائن يكون مسؤولاً اتجاه الكفيل عن اعسار المدين الذي يترتب على عدم اتخاذه الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب. وقد قضت بذلك صراحة المادة 799 مدني حيث ورد بها " في كل الأحوال التي يدل فيها الكفيل على أموال المدين، يكون الدائن مسؤولاً قبل الكفيل عن عدم يسار المدين الذي يترتب على عدم اتخاذه الاجراءات اللازمة في الوقت المناسب "

ب- الصورة الخاصة للدفع بالتجريد :-

وتتمثل هذه الصورة في (الدفع بتجريد التأمين العيني قبل التنفيذ على أموال الكفيل) وقد نصت على ذلك المادة 800 مدني إذ ورد بها (إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانوناً أو اتفاقاً لضمان الدين وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه ولم يكن الكفيل متضامناً مع المدين، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين).

¹ أحمد محمد زياد، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة، مرجع سابق ص78

² ورأي المشرع الليبي هنا ورويته جاءت معاكسة لرؤية أصله التاريخي الأول أي الفرنسي حيث جوز الأخير الوفاء الجزئي من قبل المدين أن تتم تكملته من طرف الكفيل، إذ لم يشترط أساساً أن تكون أموال المدين كافية للوفاء بكامل الدين.

³ إذ أنه وفقاً لأحكام قانون المرافعات تم النص على إخراج بعض المنقولات من القابلية للحجز عليها ككثياب المستاجر وثياب زوجته والكتب اللازمة لمهنته، وكل ما يلزم لقوته وأسرته لمدة شهر بحسب نصوص المواد 396 - 397 - 402 من قانون المرافعات الليبي.

⁴ د. قدرى الشهاوي، مرجع سابق، ص136

والمقصود بالتأمين العيني هو مال خاص بالمدين سواء كان عقاراً أو منقولاً، ومن ثم يكون أمام الدائن ضمانان ضمان عيني وآخر شخصي لاستيفاء دينه، ويكون ذلك المال مخصصاً كتأمين للدين بشكل قانوني أو اتفاقي بمعنى أن يكون المنقول أو العقار محل التأمين مرهوناً رهناً رسمياً أو حيازي، أو عليه حق رهن قضائي أو حق امتياز ضماناً للدين، مع ملاحظة أن هناك جانب من الفقه القانوني ينادي بعدم جواز إقرار الرهن الحيازي على العقارات في ليبيا تأسيساً على أحكام القانون رقم 38 لسنة 1977م الذي نص في مادته الأولى على إلغاء الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية أو أي حق عيني آخر على عقار وبالتالي عدم جواز إقرار الرهن الحيازي إذا كان محله عقار¹، وهذا القول رد عليه نفر آخرون بالقول أنه طالما أن المشرع قد أجاز التصرف في حق الانتفاع الوارد على الأراضي الزراعية وأجاز للمنتفع أن يقوم بترتيب كافة التصرفات القانونية عليها بما فيها الرهن²، فإنه يجوز له أيضاً رهن تلك الحقوق بغية الحصول على الاقتراض بضمان تلك العقارات، كما أن عدم الأخذ بالرهن الحيازي يتنافى مع الحكمة التي ابتغاهها المشرع من وراء إقراره وهي التخفيف على المتعاقدين من وطأة الشكلية الموجودة في الرهن الرسمي، ومما يعزز هذا القول أيضاً أن يد الدائن المرتهن هنا على العقار المرهون حيازياً والذي انتقلت إليه حيازته المادية يد عارضة ومؤقتة إلى حين استيفاء دينه الأصلي، حيث أن المشرع ألزمه بعد ذلك بالتزام قانوني قوامه رد المال المرهون بعد تمام الوفاء بالدين بل وأعطى للمدين أيضاً مكنة المطالبة به عبر الطريق القانوني المحدد لذلك وهو برفع دعوى استرداد الحيازة على الدائن حال تقاعسه عن الرد³.

ولعله من نافلة القول أن المشرع عندما أقر القانون 38 لسنة 1977م بشأن إلغاء الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية، إنما أنصب الإلغاء فيه والتعطيل على نص المادة 972 مدني والتي جاء فيها أنه (من حاز منقولاً أو عقاراً دون أن يكون مالاً له أو حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاضعاً به، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة) أي أن ذلك الإلغاء يبقى مده محدوداً فيما تقرر عليه الإلغاء دون أن يطل نص المادة 968 من ذات القانون والتي تفيد بأن حيازة الحق أو الشيء منقولاً كان أم عقار تعد قرينة على ملكيته للحائز حتى يثبت العكس فقد جاء في النص أنه (من كان حائزاً للحق أعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل على العكس) ولا مرأى في أنه هناك اختلاف كبير بين سبب وجود الشيء والدليل عليه، كما أن الإلغاء جاء محدد محل الحيازة كسبب وليست كدليل على وجود الملك.

فإذا وجد هذا التأمين العيني وجب على الدائن التنفيذ عليه قبل الرجوع على الكفيل ولكن ذلك التنفيذ يظل مرهوناً بتوافر عدة شروط ألا وهي :-

- 1- يجب أن يكون هذا التأمين العيني قد نشأ قبل الكفالة أو وقت إبرامها، فلا ينطبق حكم المادة 800 على التأمين الذي ينشأ بعد الكفالة .
- 2- يجب أن يكون هذا التأمين العيني قد نشأ على مال مملوك للمدين .
- 3- يجب كذلك ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين، فليس للكفيل المتضامن أن يتمسك بنص المادة 800 م. ويجوز للدائن التنفيذ عليه قبل التنفيذ على المال المثقل بتأمين عيني خصص لوفاء الالتزام المكفول به .
- 4- ويجب أخيراً أن يتمسك الكفيل بوجوب التنفيذ أولاً على المال المثقل بالتأمين العيني، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها كونه من صور الدفع بالتجريد المشروط تمسك صاحب المصلحة به لإقراره⁽⁴⁾.

¹ ومن بين هؤلاء د. جمعة محمود الزريقي، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، ط2، الجزء الثاني، 2002 ص257، حيث أشار إلى الرأي المذكور وأيده.

² طعن مدني رقم 33/54 ق، جلسة 1990/1/1م مجلة المحكمة العليا ص26 ع 3-4.

³ د. عبدالقادر محمد شهاب، و محمد بن عبدالقادر محمد، الوجيز في الحقوق العينية في الفقه والقانون المقارن، ط4 دار الفضيل للنشر والتوزيع - بنغازي 2021 ص448.

⁴ د. محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص13 .

الخاتمة

بعد أن انتهيت من بحث موضوع (حماية الكفيل) والمتمثل في الدفوع سواء ما كان منها راجعاً إلى العلاقة الأصلية بين الدائن ومدينه ومن ثم اجاز المشرع للكفيل الاستفادة منها بحسبان أن التزامه التزام تابع للالتزام الأصلي، أو ما كان منها خاصاً بوضع الكفيل وحالته نجد أن المشرع في تنظيمه لعقد الكفالة في القانون المدني في الفصل الأول من الباب الخامس من الكتاب الأول قد أحاط الكفيل بجملة من الدفوع و التي تعتبر كما أسلفنا بمثابة الأسلحة الدفاعية له . بينما نجد في الواقع العملي أن الكفيل يكون احياناً مركز أضعف مما رسمه له القانون وهذا ما أوصلني في النهاية إلى جملة من النتائج والتوصيات

أولاً. النتائج:-

1. إن المشرع قد اعتنى بمركز الكفيل وأحاطه بالحماية اللازمة له من خلال ما قرره له من الدفوع التي عرضنا لها .
 2. أن الواقع العملي يثبت أن الكفيل في وضع ضعيف على خلاف ما رسمه له القانون من أطر حمائية.
 3. كما يثبت الواقع العملي إنه قد يتم التحايل على هذه الحماية الممنوحة للكفيل من قبل المشرع؛ وذلك بتحويل هذا العقد لخدمة مصالح الدائنين حيث يتم أحياناً النص في العقد على تنازل الكفيل عن أهم دفع له وهو الدفع بتجريد المدين قبل الرجوع عليه، ولكن بالمقابل أجاز المشرع للكفيل النزول طواعية عن حقه في تجريد المدين قبل الرجوع عليه بقيمة الدين لعدم تعلق الأمر بالنظام العام .
 4. كما ينبغي وضع تدابير تكفل توازن هذه العلاقة العقدية بين الدائن والكفيل بحيث تضمن للدائن الوصول إلى حقه في حالة عدم وفاء المدين به وتوفير للكفيل الحماية المطلوبة .
- ثانياً. التوصيات:-
1. تعزيز الثقافة القانونية لدى المصارف والهيئات التي تعتمد في تعاملاتها على نظام الكفالة كضمان لتحصيل حقوقها وذلك بتوضيح الإطار التشريعي الحمائي الممنوح للكفيل في مقابل الدائن.
 2. تعديل نص المادة 798 مدني والتي لا تجيز للكفيل الوفاء الجزئي بالدين الذي وفي المدين بجزئه الأول، حيث أشترط النص المذكور أن يقول الكفيل بإرشاد الدائن إلى أموال المدين شريطة كونها كافية للوفاء بكامل الدين، وهذا اجحاف فيه حرمان للكفيل من ميزة الوفاء الجزئي التي كفلها القانون الفرنسي للكفيل ولم ينظمها قانوننا المدني في النص سالف الذكر.

قائمة المصادر المراجع

أولاً المصادر:-

1. القرآن الكريم برواية الامام قالون عن نافع المدني.
2. القانون المدني الليبي الصادر سنة 1953 وتعديلاته.
3. قانون النشاط الاقتصادي رقم 23 لسنة 2010م.
4. مجلة المحكمة العليا، مجلة تصدرها المحكمة العليا الليبية، طرابلس، أعداد مختلفة.

ثانياً:- المراجع:-

أ. الكتب.

1. د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة أطلس، القاهرة، د ط ، 1994 .
2. د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح أحكام القانون المدني، الجزء العاشر، في التأمينات الشخصية والعينية، دون طبعة، دار النهضة العربية - القاهرة، 1970م.
3. د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الكفالة، منشأة المعارف، الاسكندرية، د ط ، 2002 .
4. د. محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، مطابع دار الشعب، القاهرة، الطبعة الثالثة 1979 .
5. د. عبدالقادر محمد شهاب ومحمد بن عبدالقادر محمد، الوجيز في الحقوق العينية في الفقه والقانون المقارن، دار الفضيل للنشر والتوزيع، بنغازي - ليبيا، الطبعة الرابعة 2021.
6. رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الاسكندرية، د ط 1995.
7. د. جمعة محمود الزريقي، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، الجزء الثاني، المركز القومي للدراسات والبحوث العلمية، طرابلس - ليبيا، ط2، 2002.
8. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في العقود المسماة، المجلد الثالث، دار الكتب القانونية - القاهرة، ط5، 1988.
9. د. تاج السر محمد حامد، الوجيز في أحكام العقود والإرادة المنفردة - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية - القاهرة، دط، 2008م.
10. د. نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف - الاسكندرية، د ط، 1982.
11. د. نبيل ابراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، منشأة المعارف - الاسكندرية، دط، 1998.
12. د. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، التأمينات العينية والشخصية - عقد الكفالة، دار الكتاب الحديث - القاهرة، دط، 2005.

ب. الرسائل والاطروحات:-

1. أحمد محمد زياد، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة الشرق الأوسط، 2012.
2. سعاد توفيق سليمان ابومشانج، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه - دراسة مقارنة بين مجلة الاحكام العدلية والقانون المصري، رسالة ماجستير - كلية الدراسات العليا. جامعة النجاح الوطنية نابلس - فلسطين 2006.

ج. البحوث والمقالات:-

1. د. عبدالسلام بن محمد الشويعر، عقد الكفالة وتطبيقاته الحديثة، بحث محكم منشور بمجلة العدل - جامعة الملك فهد ، الرياض العدد 43 لسنة 1430 هـ .
2. د. علاء وصفي المستريحي، الضوابط القانونية الناظمة لحق الكفيل بالمال في الدفع بتجريد المدين - دراسة مقارنة بين القانونين المدنيين الأردني والكويتي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة التاسعة - العدد 2 لسنة 2021.