مصادر التضامن في الكفالة وفقاً للقانون العماني دراسة مقارنة

محمد إبراهيم بنداري

أستاذ القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة السلطان قابوس.

bendari1962@yahoo.com

تاريخ الاستلام: ٢٠٢٢/٠٤/٢٣ **تاريخ القبول**: ٢٠٢٢/٠٥/١٦

الملخص

الكفالة التضامنية هي تلك التي يفقد فيها الكفيل صفته الاحتياطية لالتزام المدين، مع بقاء التزامه تبعيا للمدين، ويترتب عن ذلك عدم جواز تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد أو بالدفع بالتقسيم، أو الدفع بعدم جواز مطالبته قبل مطالبة المدين؛ ولذلك فهي أقسى من الكفالة البسيطة. ومع ذلك تعد الكفالة التضامنية أسبق من الناحية التاريخية من الكفالة البسيطة وقد عرفها القانون الروماني في عصوره الأولى، كما أن الكفالة التضامنية هي الصورة المعروفة في الفقه الإسلامي. والقاعدة العامة أن التضامن لا يفترض في الكفالة؛ ومع ذلك لم يلتزم القانونان الإماراتي والأردني هذه القاعدة وقررا أن الكفالة تكون تضامنية بمجرد تعهد الكفيل بكفالته دون حاجة إلى اتفاق على التضامن. ولقد تعددت مصادر التضامن في الكفالة؛ فقد ينشأ تضامن الكفيل بمقتضى الاتفاق، وقد ينص القانون على هذا التضامن كما هي الحال في الكفالة القانونية أو القضائية، وأخيراً ينص القانون التجاري على التضامن في الكفالة التجارية؛ ليس مع المدين فحسب بل ومع غيره من الكفلاء.

الكلمات المفتاحية: تضامن، كفالة تضامنية، كفالة قانونية، كفالة قضائية، كفالة تجارية.

Sources of Solidarity in Guarantee According to Omani Law: A Comparative Study

Mohammed Ibrahim Bendari
Professor of civil law, College Of Law, Sultan Qaboos University.
bendari1962@yahoo.com

Received: 23/04/2022 **Accepted**: 16/05/2022

Abstract

A solidarity guarantee is a type of guarantee in which the guarantor loses the reserve status of the debtor's commitment while their obligations remain subsidiary to the debtor, and as a result, it is not permissible for the guarantors to pay in installments, stripping, or claim them before claiming the debtor; it is, therefore, harsher than a simple guarantee. The solidarity guarantee is historically earlier than the simple guarantee because Roman law defined it in its early ages. It is also widely known in Islamic jurisprudence. Although the general rule is that solidarity is not supposed to be in guarantees, the UAE and Jordanian laws have not adhered to this rule since they have agreed that guarantees are solidarity once the guarantor undertakes to guarantee it without a need for an agreement on solidarity. Regarding the sources of solidarity in guarantees, they are multiple. For instance, a guarantor's solidarity may arise under an agreement; such solidarity may be provided for by law as in legal or judicial guarantees. In addition, commercial law states that solidarity in commercial guarantees does not only with debtors but also with other guarantors.

Keywords: solidarity, solidarity guarantee, legal guarantee, commercial guarantees, judicial guarantees.

مقدمة:

يتناول بحثنا تحديد مصادر الكفالة التضامنية؛ إذ وصف التضامن في الكفالة يجعل التزام الكفيل أقسى إذا ما قورن بالتزام الكفيل في الكفالة البسيطة. ولقد لوحظ في العمل تواتر الكفالة التضامنية إذا ما قورنت بالكفالة البسيطة، ومع ذلك فلم تشر القوانين إليها إلا إشارات عابرة في نصوص متناثرة. ويعد مصطلح الكفالة التضامنية من المصطلحات القانونية التي تسترعي الانتباه؛ إذا إن مركز الكفيل يجعل التزامه تبعياً واحتياطياً للمدين، ووصفه بالمتضامن يقتضي أن يكون التزامه على قدم المساواة مع المدين الأصلي، ومع ذلك فقد تم صهر الكفالة والتضامن في بوتقة واحدة ونتج منهما نظام قانوني واحد. والملاحظ أنه رغم أن القاعدة العامة أن التضامن لا يفترض؛ فإننا رأينا بعض القوانين كالقانون الإماراتي والأردني قد افترضت تضامن الكفيل بمجرد تعهده بالكفالة دون حاجة إلى اشتراط ذلك؛ بل إن معظم القوانين تفترض التضامن في الكفالة القانونية أو القضائية، بالإضافة لافتراض التضامن بقوة القانون في الكفالة التجارية؛ مما يثير الشك حول جدوى قاعدة: التضامن لا يفترض في الكفالة إزاء كثرة حالات التضامن فيها بقوة القانون أو بحكم القاضي.

منهج الدراسة: رأيت دراسة هذا الموضوع دراسة تحليلية مقارنة بين القانون العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٩ لسنة ٢٠١٣م، والقانون المصري والفرنسي، وكذلك القانون الإماراتي والأردني بهدف الوصول إلى أفضل النتائج؛ وذلك لأن القانونين الإماراتي والأردني لهما منهج مختلف عن القانون العماني في تنظيم الكفالة، على الرغم من أن ثلاثتهم قد تأثر بالفقه الإسلامي، وعلى الخصوص مجلة الأحكام العدلية المقننة في معظمها وفقاً للفقه الحنفي، وهي التي كانت مطبقة في الدولة العثمانية، كما أن القانونين المصري والفرنسي قد أثرا بدرجات متفاوتة في سائر قوانين الدول العربية.

تقسيم البحث: لما كانت القاعدة أن التضامن لا يفترض وإنما يكون بناءً على اتفاق أو نص في القانون؛ فإن القانون قرر أن الكفلاء في الكفالة القانونية أو الكفالة القضائية يكونون متضامنين، كما أن التضامن مفترض بقوة القانون في الكفالة التجارية؛ بل إن الدائن كثيرا ما يشترط على الكفيل تضامنه في الكفالة الاتفاقية.

ولذلك رأيت تقسيم هذا البحث إلى مطلب تمهيدي نبين فيه ماهية الكفالة التضامنية من حيث تعريفها وأهميتها ونشأتها، ومطلب أول نوضح فيه تضامن الكفيل بمقتضى الاتفاق، وكيف أن القانونين الإماراتي والأردني افترضا التضامن في الكفالة دون حاجة إلى اتفاق. ومطلب ثان نتناول فيه تضامن الكفيل بمقتضي نص قانوني أو حكم قضائي ونطاق هذا التضامن. وأخيراً خاتمة نوضح فيها أهم نتائج البحث والتوصيات التي يتم الوصول إليها. وبناء على ذلك يكون التقسيم على النحو الآتي:

المطلب التمهيدي: مضمون الكفالة التضامنية.

المطلب الأول: تضامن الكفيل بمقتضى الاتفاق.

المطلب الثاني: تضامن الكفيل بنص القانون أو بحكم القاضي.

الخاتمة: نتائج البحث والتوصيات.

المطلب التمهيدي: ماهية الكفالة التضامنية

يجب قبل الولوج في مصادر التضامن في الكفالة أن نبين تعريف الكفالة التضامنية في فرع أول وأهميتها في فرع ثان ونشأتها التاريخية في فرع ثالث.

الفرع الأول: تعريف الكفالة التضامنية

عرف الفقهاء الكفالة التضامنية بتعريفات مختلفة: فعرفها بعضهم بأنها جمع بين نظام الكفالة ونظام التضامن[1]. ولكن ينتقد هذا التعريف –في رأينا- لأن الكفالة التضامنية لا تجمع بالكامل بين نظام الكفالة ونظام التضامن، وإنما يكون هذا الجمع في حدود معينة بما لا يتعارض مع الصفة التبعية لالتزام الكفيل؛ فليس من شأن تضامن الكفيل أبداً تطبيق قواعد التضامن بالكامل عليه؛ وسيظل محتفظاً بمركزه مدينا تبعيا.

وعرفها بعض آخر بأنها هي تلك الكفالة التي يتنازل فيها الكفيل عن الدفع بالتجريد وعن الدفع بالتقسيم، أيا كانت صورة هذا التنازل مادام أنه ليس محل شك[2] وقريب من هذا التعريف ما ذهب إليه بعض آخر أن الكفالة التضامنية هي تلك التي يجوز فيها للدائن أن يطالب المدين أو الكفيل دون أن يستطيع الكفيل الدفع بالتجريد أو بالتقسيم

(1) Marty et Raynad droit civil,T3,No 568. Roland,les sûrétés,Dalloz,1983,No 27.

(2) Philippe Jestaz,,encycl Dalloz, No 244

أو بضرورة مطالبة المدين قبله[١]. ولكن يؤخذ على هذين التعريفين أنهما ليسا محددين لمضمون الكفالة بقدر ما هما بيان لآثارها القانونية.

والواقع أن صعوبة وضع تعريف خال من النقد للكفالة التضامنية يرجع إلى أن مصطلح الكفالة التضامنية يبدو غريباً في النظام القانوني[٢]؛ إذ إنه يجمع بين نظامين متعارضين: التضامن من ناحية، والكفالة من ناحية أخرى. فالتضامن يجعل الملتزم في مركز المدين الأصلي، والكفالة تجعله في مركز المدين التبعي. ومع ذلك فإن هذا المصطلح قد ذاع في الفقه والقضاء بل والتشريع[٣] على أن يكون مفهوماً أنه لا يقصد به زوال صفة التبعية عن التزام الكفيل؛ وإنما مجرد تطبيق لبعض أحكام التضامن بما لا يتعارض مع صفة التبعية لالتزام الكفيل، بحيث لا يصل أبداً إلى درجة المدين المتضامن وإنما يستطيع الدائن بناءً على تضامن الكفيل أن يطالب المدين أو الكفيل دون أن يتمسك هذا الأخير في مواجهته بالدفع بالتجريد أو بالتقسيم، أو بعدم جواز مطالبته قبل مطالبة المدين أولاً؛ لأن التضامن يؤدي إلى عدم جواز تمسكه بهذه الدفوع لافتقاد الكفيل صفته الاحتياطية بعد التضامن، ولكن مع بقاء صفته مدينا تبعيا للمدين الأصلي مع ما يترتب على ذلك من نتائج.

ولذلك يمكن تعريف الكفالة التضامنية –من وجهة نظرنا- بأنها الكفالة التي يفقد الكفيل فيها صفته الاحتياطية؛ بحيث لا يكون له الدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم.

الفرع الثاني: أهمية الكفالة التضامنية

تحقق الكفالة التضامنية كثيراً من المزايا للدائن أهمها:

- تخول الكفالة التضامنية للدائن بالإضافة إلى مزايا الكفالة البسيطة بعض مزايا التضامن بين المدينين؛ بحيث يعد الكفيل المتضامن في مركز أقسى وأشد من مركز

(١) مرقس، سليمان. (١٩٩٤). الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، مصر: نقابة المحامين المصرية. مج٣، ص١٣٧.

(2) Philippe Jestaz, No 41.

(٣) انظر: المادة ٧٥٤ و ٧٥٥ معاملات مدنية عماني. والمواد ٧٩٣-٧٩٥ مدني مصري. والمادة ٩٧٥ مدني أردني. والمادة ١٠٨٧ معاملات مدنية إماراتي.

الكفيل البسيط[١] إذ يكون محروماً من الدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم والدفع بعدم جواز مطالبة المدين أولاً. ولا شك أن هذا من شأنه تدعيم الضمان الممنوح للدائن، ويسهل له استيفاء حقه دون جهد أو مشقة[٢] على عكس الكفالة البسيطة التي لا تخول الدائن مطالبة الكفيل إلا بعد رجوعه على المدين الأصلي وتجريده من أمواله[٣]، وهذا ما يفسر تواتر الاتفاق على الكفالة التضامنية في الحياة العملية؛ بل إن القانون نفسه يجعل الكفالة القانونية والقضائية تضامنية دائماً.

- تنتشر الكفالة التضامنية في الحياة التجارية؛ إذ إن مقتضيات السرعة في التجارة تقتضي حرمان الكفيل من الدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم. ذلك أن الدائن الذي قد يكون بنكاً أو مؤسسة من مؤسسات الائتمان لا يقبل بغير الكفالة التضامنية؛ لما فيها من السهولة في الوفاء وهو ما لا يتوافر في الكفالة البسيطة[٤] بل إن قانون التجارة العماني نص في المادة ٢٣٨ على أنه "في الكفالة التجارية يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم، ومتضامنين مع المدين" فالتضامن مفترض إذن في الكفالة التجارية.
- ولقد زادت أهمية الكفالة التضامنية في الآونة الأخيرة بعد انتشار نظام البيع بالتقسيط لأفراد المجتمع فيما يشترونه من سلع وخدمات؛ حيث تعد الكفالة التضامنية الوسيلة المتاحة لمعظم المستهلكين في حصولهم على الائتمان لما يشترونه من سلع بالتقسيط[٥] إذ قلما يرضى البائع (الدائن) بغير الكفالة التضامنية في هذه الحالة؛ لأنها تسمح له باستيفاء حقه دون تأخير أو تعقيد في الإجراءات.

---

(١) سليمان مرقس، مرجع سابق، ١٣٧.

(2) Marty et Raynaud, No 568.

(٣) هيئة حسم المنازعات التجارية بمسقط ١٩٨٨/١/١٩، الدعوى رقم ٨٦/٦٩٤، س ٤ق، ص ١٨٨. وحكمها في ١٩٨٨/١٢/٦، الدعوى رقم ٨٨/٣٣، س ٤ ق، ص٤٤.

(٤) السنهوري، عبد الرزاق، (١٩٩٨). الوسيط في شرح القانون المدني. د.ط. بيروت: منشورات الحلبي. ج١٠، ص٨٠.

(٥) أبو السعود، رمضان و محمود، همام. (١٩٨٩). التأمينات الشخصية والعينية. د.ط. الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. ص٣١.

وبناءً على ما سبق فإنه يمكن القول أن الهيمنة في الحياة العملية أصبحت للكفالة التضامنية، وأمست الكفالة البسيطة ضرباً من الدراسة النظرية يبتعد كثيراً عن الواقع العملي، وهذا ما لاحظه الأساتذة مازو عندما قرروا أن الكفالة البسيطة التي نظمها القانون المدني فقدت جانباً كبيراً من أهميتها العملية[١].

ويجدر أن نشير إلى أن هذه المزايا السابقة للتضامن في الكفالة إنما هي مقررة لمصلحة الدائن وليس لمصلحة الكفيل المتضامن؛ ومن ثم فلا يجوز لهذا الأخير أن ينعي على الحكم عدم قضائه بتضامن المدين معه في أداء الدين المكفول؛ وذلك لانعدام مصلحته في ذلك. "فالمشرع قرر قاعدة أصولية تقضي بأنه لا دعوى ولا طعن ولا دفع بغير مصلحة. والمقصود بالمصلحة هي الفائدة العملية التي تعود على المدعي أو المتمسك بالدفع؛ لما كان ذلك وكان التضامن بين الكفيل والمدين في أداء الدين المكفول إنما هو مقرر لمصلحة الدائن وليس لمصلحة الكفيل؛ ومن ثم فلا مصلحة للطاعن وهو كفيل فيما يثيره بشأن عدم قضاء الحكم المطعون فيه بتضامنه مع المدين في أداء الدين المكفول"[٢].

الفرع الثالث: نشأة الكفالة التضامنية

تعد فكرة التأمينات الشخصية متمثلة في الكفالة بصفة خاصة، أسبق ظهوراً من الناحية التاريخية من فكرة التأمينات العينية (الرهن بنوعيه التأميني والحيازي) لأمرين: أولها أنه كان من السهل على المدين العثور على كفيل يضمنه في الوفاء بالتزامه؛ وذلك بسبب الروابط القوية بين أفراد الأسرة بل بين أفراد المجتمع كله بصفة عامة[٣] ثانيها: صعوبة الحصول على تأمين عيني في المجتمعات القديمة؛ لأن المنقولات كانت قليلة القيمة، وكانت العقارات –غالباً- ملكاً مشتركاً بين أفراد القبيلة يديرها شيخ القبيلة

(1) Mazeaud, par Chabas, Leçons de droit civil, T,3,1,6 édition, No 9.

(٢) تمييز دبي. الإمارات العربية المتحدة ١٩٩٨/٥/٣٠، الطعنان رقما ٧١ و ٧٨ لسنة ١٩٩٨، مجموعة هاني إسماعيل، ص ٣١٣، القاعدة رقم ٤٥٨.

(3) Mazeaud, No 6.

لمصلحتهم ولا يتصرف فيها[١] وظل الأمر كذلك حتى في القانون الروماني –رغم بلوغه شأناً عظيماً- حيث كان يعد العقارات من الأموال النفيسة التي لا يجوز تملكها لعامة الناس.

ولذلك أدت الكفالة منذ القدم -وما تزال- دوراً مهماً في عالم الائتمان بفضل الروابط العائلية في الماضي، ونتيجة لظهور المصارف ومؤسسات الائتمان التي تحترف ضمان عملائها في الوقت الحاضر.

ولقد كانت الكفالة في بداية نشأتها في القانون الروماني تجعل الكفيل يلتزم بصفته مدينا أصليا على قدم المساواة مع المدين المكفول، وليس مديناً احتياطياً وتبعياً للمدين الأصلي[٢] ولذلك وجد خلط كامل بين مركز الكفيل ومركز المدين المتضامن حيث كان من المسموح للدائن مطالبة الكفيل، ويترك المدين دون أن يواجه بأي دفع بالتجريد أو بالتقسيم أو بسبق مطالبة المدين أولاً[٣].

ولم يستمر هذا الخلط بين مركز المدين المتضامن ومركز الكفيل في القانون الروماني؛ إذ منح الفقيه جستنيان Justenien للكفيل حق الدفع بتجريد المدين أولاً قبل التنفيذ على أمواله؛ ومن هنا بدأت تظهر صفة التبعية والاحتياطية لالتزام الكفيل، وأصبح يتميز عن المدين المتضامن بعد تطور طويل[٤].

ومع ذلك يلاحظ أن تحسن المركز القانوني للكفيل بجعله مديناً تبعياً واحتياطياً للمدين الأصلي لم يدم طويلاً؛ إذ سرعان ما تطلبت ضرورات الائتمان أن يتنازل الكفيل عن الدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم وغيرهما من المزايا التي خولها له القانون باعتباره

(١) عبد الباقي، عبد الفتاح. (١٩٥٠). التأمينات الشخصية والعينية. د.ط. الإسكندرية: مطبعة دار نشر الثقافة. ص٢٠. زكي، محمود جمال الدين. (١٩٧٩). التأمينات الشخصية والعينية. ط٣. د.ن، رقم٦.

(٢) تناغو، سمير. (١٩٨٦). التأمينات الشخصية والعينية. د.ط. الإسكندرية: منشأة المعارف. ص ٦.

(٣) عبد الرحمن، حمدي. (١٩٩٢). التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة. د.ن. ص٢١. سعد، نبيل إبراهيم. (٢٠٠٠). التأمينات الشخصية. د.ط. الإسكندرية: منشأة المعارف. ص ٧. أبو السعود و محمود، مرجع سابق، ص٣٠.

(٤) زكي، مرجع سابق، رقم ٦.

مديناً احتياطياً؛ فأوجد العمل ما يعرف بالكفالة التضامنية، والتي أقرتها التشريعات المختلفة بعد ذلك؛ لأن من شأنها أن تزيد من ضمان الدائن فتسمح له بالحصول على استيفاء حقه بسهولة دون تعقيد في الإجراءات[١] وذلك بفضل السماح للدائن بمطالبة المدين أو الكفيل أو مطالبتهما معاً، دون أن يسمح للدائن بدفع هذه المطالبة بضرورة مطالبة المدين أولا أو بتجريد المدين؛ ولذلك اعتاد الناس في تعاملاتهم على اشتراط تضامن الكفيل لمعالجة ما أصاب الكفالة -بصفتها وسيلة تأمين للدائن- من ضعف بسبب الدفوع الممنوحة للكفيل باعتبار التزامه احتياطياً للمدين[٢].

ولذلك يمكن القول أن هناك اتجاهاً لدى المجتمع للعودة بالكفالة إلى ما كانت عليه في القانون الروماني من الشدة والقسوة في معاملة الكفيل، بل إن بعض التشريعات قد اتجهت هذا المنحى كالقانون الأردني والإماراتي اللذيْن يعدان الكفيل متضامناً بحسب الأصل، ما لم يوافق هو على استبعاد التضامن.

المطلب الأول: تضامن الكفيل بمقتضى الاتفاق

تمهيد وتقسيم:

تخضع الكفالة لقاعدة عدم افتراض التضامن؛ بل لابد من الاتفاق عليه بطريقة واضحة وعند الشك يفسر الاتفاق لمصلحة الكفيل، ومع ذلك فإن القانون الإماراتي وصنوه القانون الأردني قد افترضا تضامن الكفيل مع المدين. ولذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين: نبين في الأول قاعدة عدم افتراض التضامن في الكفالة الاتفاقية، ونوضح في الثاني افتراض تضامن الكفيل الاتفاقي في القانونين الإماراتي والأردني.

الفرع الأول: عدم افتراض التضامن في الكفالة الاتفاقية

تضامن الكفيل لا يفترض في القانون العماني والمصري والفرنسي:

أخضع القانون العماني، والمصري، والفرنسي، الكفالة للقاعدة العامة في التضامن، وهي التي تقضي بأن التضامن لا يفترض، ولا بد من الاتفاق عليه بطريقة لا

(1) Philippe Simler, encyc, Dalloz, No 197. Jestaz, No 41.

(٢) ذهني، عبد السلام. (١٩٢٦). التأمينات. د.ط. القاهرة: مطبعة الاعتماد. ص ١٣.

تحتمل الشك أو الغموض[1] وبعد موت الكفيل المتضامن ينتقل التزامه إلى تركته بهذه الصفة تطبيقاً لقاعدة "لا تركة إلا بعد سداد الديون". ولكن هل يعني ذلك أن يكون الاتفاق على تضامن الكفيل صريحاً أو أنه يكفي الرضاء الضمني ما دام أنه واضح الدلالة على التضامن؟ اختلف الفقه في الإجابة عن هذا التساؤل إلى رأيين: الرأي الأول يرى وجوب التعبير الصريح، والرأي الثاني يرى الاكتفاء بالتعبير الضمني شريطة أن يكون واضح الدلالة على التضامن. وسنبين هذين الرأيين بالتفصيل.

الرأي الأول: وجوب التعبير الصريح عن التضامن

لم يكتف القانون المدني الفرنسي في نشوء التضامن بالاتفاق الواضح؛ وإنما اشترط أن يكون التضامن بطريقة صريحة، طبقاً للمادة ١٢٠٢، وكذلك تشترط المادة ٢٠١٥ أن يكون الرضاء بالكفالة صريحاً، ولا يكفي الرضاء الضمني؛ ومن ثم فإذا كان القانون الفرنسي يشترط التعبير الصريح في الكفالة البسيطة فيكون هذا الشرط من باب أولى في الكفالة التضامنية. وهذا ما جعل بعض الفقه المصري[2] يذهب إلى وجوب الاتفاق الصريح على التضامن ولا يكفي الاتفاق الضمني متأثرين في ذلك بالقانون الفرنسي، وبما كان موجوداً في القانون المدني المصري الملغي؛ إذ كانت المادة ٤٩٨ منه تنص على أنه "في حالة عدم وجود شرط صريح فإن الكفالة لا توجب التضامن" حيث يرى هذا الجانب من الفقه أنه بالرغم من عدم وجود نص في القانون المصري يماثل المادة ٢٠١٥ مدني فرنسي إلا أنه يجب اتباع حكمه في الكفالة التضامنية؛ وذلك لأن الكفالة بصفة عامة من أكثر العقود ضرراً بالمتعاقد؛ إذ يلتزم الكفيل بضمان دين على غيره، وإذا كان القانون سمح له بالرجوع على المدين بما وفاه فإن ذلك في الحقيقة نوعاً من الوهم؛ لأن المدين

(١) المادة ٣١٩ من قانون المعاملات المدنية العماني، والمادة ٢٧٩ مدني مصري، والمادة ١٢٠٢مدني فرنسي.

(٢) مرسي، محمد كامل. (د.ت). التأمينات الشخصية والعينية. د.ط. القاهرة: مطبعة نصر. بند رقم ١٨. سلامة، أحمد. (د.ت). دروس في التأمينات المدنية. د.ط. القاهرة: مكتبة عين شمس، ص٤٦. مرقس، مرجع سابق، ص ١٣٩. عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٢٩. تناغو، مرجع سابق، بند رقم ٤٦.

غالباً يكون في حالة إعسار[١] يضاف إلى ذلك أنه من المقرر تفسير الكفالة تفسيراً ضيقاً؛ مما يعني أن رضاء الكفيل المتضامن يجب أن يكون صريحاً[٢].

الرأي الثاني: الاكتفاء بالتعبير الضمني عن التضامن مادام واضحاً

بينما يرى الرأي الثاني[٣] أن الاتفاق على التضامن قد يكون صريحاً أو ضمنياً؛ المهم أن يكون واضحاً لا يحتمل شكاً أو غموضاً وإلا وجب القول بعدم وجوده. ويدعم وجهة نظره بأكثر من حجة: فمن ناحية أن الأصل -طبقاً للقواعد العامة- أنه يستوي أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً أو ضمنياً، ما لم يشترط القانون في حالات معينة أن يكون التعبير صريحاً كما فعل قانون الإثبات في الاحتجاج بما دونه الشخص في دفاتره وأوراقه المنزلية؛ حيث قضت المادة ١٨ من قانون الإثبات العماني وكذلك المصري بأن هذه الدفاتر والأوراق المنزلية تكون حجة على من صدرت منه في حالتين فقط؛ أولها: إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دينه. وثانيها: إذا ذكر فيها صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق أن يقوم مقام السند لمن أثبت حقاً لمصلحته. ومن ناحية أخرى فإن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري أفصحت عن أن التضامن يستوي أن يكون صراحة أو ضمناً يستفاد من الظروف والملابسات، المهم أن يكون واضح الدلالة دون شك، حيث جاء فيها "من الأصول المقررة أن التضامن بنوعيه لا يفترض، وليس يقصد بذلك إلى وجوب اشتراطه بصريح العبارة فقد تنصرف إليه الإرادة ضمناً، ولكن ينبغي أن تكون دلالة الاقتضاء في مثل هذه الحالة واضحة لا خفاء فيها، فإذا اكتنف الشك هذه الدلالة وجب أن يؤول لنفي التضامن لا لإثباته[٤].

رأينا في الموضوع:

ونحن نؤيد الرأي الثاني فيما ذهب إليه من الاكتفاء بأن يكون رضاء الكفيل المتضامن واضحاً لا شك فيه ولا يشترط أن يكون صريحاً؛ ولذلك يقع عبء إثبات

(١) محمد كامل مرسي، مرجع سابق، بند رقم ١٨، عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٢٩.
(٢) عبد الرحمن، حمدي، مرجع سابق، ص ٣٤.
(٣) السنهوري، مرجع سابق، ص١٤٢. منصور، مصطفى منصور. (١٩٦٠). عقد الكفالة. القاهرة: المطبعة العالمية. ص٤٣. أبو السعود و محمود، مرجع سابق، ص ٥٨. زكي، مرجع سابق، ص٥٠.
(٤) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، ج ٣، ص٥١.

التضامن على من يدعي وقوعه ولا يؤخذ بقوله المرسل في هذا الصدد[١] بل ويستوي أن يكون تضامن الكفيل قد تم وقت انعقاد الكفالة أو في وقت لاحق بعد انعقادها كاتفاق مستقل[٢]. ويرجع ذلك إلى أن استدلال الرأي الأول بوجوب الاتفاق الصريح على التضامن بما ورد في القانون الفرنسي، وبما كان موجوداً في القانون المدني المصري الملغي هو استدلال يجافي القانون من وجهة نظرنا؛

فمن جانب: لا يجوز الاستناد على نص ورد في قانون أجنبي (القانون الفرنسي) إذ لا حجية له في القانون الوطني، كما أن القانون المدني المصري الجديد أغفل نص المادة ٤٩٨ من القانون المدني القديم مما يعني عدوله عن الحكم الوارد في هذا النص.

ومن جانب آخر: فإن تفسير الكفالة تفسيراً ضيقاً لا يعني أبداً أن يكون رضاء الكفيل المتضامن صريحاً؛ وإنما يعني أن يكون واضحاً لا يكتنفه شك أو غموض؛ فالشرط الضمني غير الشرط المفترض، ولا يجوز أن يقوم تضامن الكفيل على شرط مفترض، ولكن يمكن أن يقوم على شرط ضمني[٣] مادام واضح الدلالة على التضامن.

تفسير الشك لمصلحة الكفيل المتضامن:

يترتب على أن تضامن الكفيل لا يفترض وإنما لابد من النص عليه بطريقة واضحة لا لبس فيها أنه إذا اكتنف التضامن شكٌّ أو غموضٌ فسِّر ذلك لمصلحة الكفيل؛ فيكون مجرد كفيل بسيط غير متضامن. فالتفسير الضيق يجب أن يهيمن على كافة شروط الكفالة؛ حتى يتم التخفيف من التزامات الكفيل[٤] فالقاعدة أن الشك يفسر لمصلحة المدين طبقاً للمادة ١/١٦٦ معاملات مدنية عماني والكفيل المتضامن مدين تبعي.

---

(١) بنداري، محمد إبراهيم. (٢٠١٥). الوجيز في أحكام الالتزام في قانون المعاملات المدنية العماني. القاهرة: دار النهضة العربية. ص ٢٥٤ و ٢٧٦ و ٢٧٧.

(٢) السنهوري، مرجع سابق، ص١٤١.

(٣) السنهوري، مرجع سابق، ص١٤٢.

(٤) سلامة، مرجع سابق، ص ٤٦. منصور، مرجع سابق، ص ٤٤. عبد الرحمن، حمدي، مرجع سابق، ص٤٣. أبو السعود و محمود، مرجع سابق، ص ٨٦. سعد، مرجع سابق، ص ٨٠ . وفي فرنسا : Jestaz, No 48. Marty et Raynaud, No 39. Simler, No 184.
وهذا ما حكمت به محكمة تمييز دبي في ١٩٨٨/١٢/١٢، الطعن رقم ٢٧٩ لسنة ١٩٩٨، مجموعة

ويعد استخلاص تضامن الكفيل أو عدم تضامنه من المسائل الموضوعية التي تدخل في اختصاص محكمة الموضوع دون رقابة عليها من المحكمة العليا (النقض)؛ إلا إذا خالفت قاعدة تفسير الشك لمصلحة الكفيل المتضامن أو مبدأ التفسير الضيق لالتزامه؛ فتخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا لتعلق الأمر بقاعدة قانونية وليس بمسألة واقع[١].

ومع ذلك فقد حكمت محكمة النقض الفرنسية بصحة تفسير محكمة الموضوع الذي ذهب إلى أن اتفاق المتعاقدين على أن الكفالة هي من قبيل الضمان الاحتياطي تفيد اتجاه إرادتيهما إلى جعل الكفيل ملتزماً بالتضامن؛ لأن المتعاقدين لم يكونا بصدد كفالة لورقة تجارية يطبق عليها أحكام الضمان الاحتياطي (قانون الصرف) وإنما كانا إزاء التزام مدني يخضع لأحكام الكفالة المدنية، وهما بذلك أرادا تطبيق الأحكام القاسية الموجودة في الضمان الاحتياطي وبذلك يكون التزام الكفيل قد تم بالتضامن؛ لأن الإشارة إلى الضمان الاحتياطي في عقد الكفالة ينشئ قرينة لا تقبل إثبات العكس على أن الكفالة كانت على سبيل التضامن[٢].

ولقد علق أحد الفقهاء الفرنسيين على هذا الحكم بقوله "أن الإشارة في عقد الكفالة إلى الضمان الاحتياطي ينشئ دائماً كفالة تضامنية تخضع لأحكام قانون الصرف"[٣].

عدم اتفاقنا مع حكم محكمة النقض الفرنسية:

ونحن لا نوافق محكمة النقض الفرنسية فيما ذهبت إليه، ولا نؤيد ما أورده بعض الفقهاء تعليقاً على هذا الحكم؛ لأن ذلك يتعارض مع قاعدة تفسير الشك لمصلحة الكفيل

أحكام تمييز دبي للمستشار هاني إسماعيل، ص ٣١٢، القاعدة ٤٥٦. تمييز دبي ١٩٩٧/١١/١، الطعن رقم ٨٧ لسنة ١٩٩٧، مجموعة هاني إسماعيل، ص ٣١١، القاعدة ٤٥٥.

(١) السنهوري، مرجع سابق، ص ٨٥. أبو السعود و محمود، مرجع سابق، ص ٨٦. سعد، مرجع سابق، ص ٨٠.

(2) cass. Civ. 17 Juill. 1962. Bull. Civ. 1. No 380.

(3) Jestaz. No 131.

المتضامن، ومع مبدأ التفسير الضيق لالتزاماته؛ حيث إن الكفيل بمثابة مدين احتياطي للمدين الأصلي فهو أولى بتفسير الشك لمصلحته.

فيبدو لنا أنه إذا أشار الطرفان في عقد الكفالة إلى الضمان الاحتياطي ولم يكن محل الكفالة مما يطبق عليه قانون الصرف أي لم نكن بصدد ورقة تجارية؛ فإن الأصلح للكفيل في هذه الحالة هو عدم اعتباره كفيلاً متضامناً وإنما مجرد كفيل "بسيط"، بالإضافة إلى تخلف شرط من شروط الضمان الاحتياطي وهو أن يكون محله ورقة تجارية؛ فالضمان الاحتياطي لا يأتي إلا على الالتزام الذي يكون محله ورقة تجارية.

ونشير أخيراً إلى وجوب أن يقتصر التفسير على الصورة التي تم فيها الاتفاق على التضامن؛ فإن رضي الكفيل أن يكون متضامناً مع المدين وجب عدم مده إلى تضامنه مع غيره من الكفلاء عند تعددهم[١].

الفرع الثاني: افتراض تضامن الكفيل في القانون الإماراتي والأردني

انفراد القانون الإماراتي والأردني بهذا الحكم

رغم أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي وكذلك نظيره الأردني قد نصا صراحة على أن التضامن لا يفترض بين المدينين، وإنما لابد من الاتفاق عليه أو أن يقضي به القانون[٢] فإنهما لم يلتزما بهذه القاعدة عند تنظيمهما للكفالة حيث إنهما عاملا الكفيل معاملة الكفيل المتضامن مع المدين بمجرد كفالته دون حاجة إلى اشتراط التضامن؛ فالكفالة بطبيعتها تضامنية في القانون الإماراتي والأردني دون حاجة إلى اتفاق؛ تأثراً بالفقه الإسلامي وعلى وجه الخصوص بما ورد في مجلة الأحكام العدلية[٣] أي أن التضامن مفترض في الكفالة في هذين القانونين. **ومما يؤكد قولنا بأن الكفالة بطبيعتها وبحسب أصلها تعتبر تضامنية في القانون الإماراتي والأردني عدة أمور:**

(١) منصور، مرجع سابق، ص ٤٤. سلامة، مرجع سابق، ص ٤٦.

(٢) المادة ٤٥٠ معاملات مدنية إماراتي، والمادة ٤٢٦ مدني أردني.

(٣) يراجع: تنظيم الكفالة في المجلة وعلى الخصوص المواد: ٦١٢ و ٦٤٤ و ٦٤٥.

أولها: المادة ١٠٥٦ معاملات مدنية إماراتي التي تنص على أن "الكفالة هي ضم ذمة شخص هو الكفيل إلى ذمة المدين في تنفيذ التزامه"[١] فهذا النص صريح في أن الكفيل يضم ذمته إلى ذمة المدين في تنفيذ الالتزام دون أن يجعل الكفيل احتياطياً للمدين، فهو لم يعلق مطالبة الدائن للكفيل على عدم وفاء المدين؛ لأن الذمتين مشغولتان على قدم المساواة طبقاً للتعريف.

ثانياً: المادة ١٠٧٨ معاملات مدنية إماراتي التي تنص على: "١- للدائن مطالبة الأصيل أو الكفيل أو مطالبتهما معاً. ٢- وإن كان للكفيل كفيل فللدائن مطالبة من شاء منهما. ٣- على أن مطالبته لأحدهم لا تسقط حقه في مطالبة الباقين"[٢] فهذا النص يخول للدائن حق مطالبة المدين وحده أو الكفيل وحده أو يطالبهما معاً. وأنه إذا كان للكفيل كفيل وهو ما يطلق عليه في الفقه مصدق الكفيل؛ فللدائن مطالبة من شاء منهم دون ترتيب معين، وأن مطالبته لأحدهم لا تسقط حقه في مطالبة الباقين. وهذا هو جوهر التضامن في الكفالة حيث لم يمنح القانون للكفيل الدفع بمطالبة المدين أولاً قبل مطالبته، أو الدفع بتجريد المدين أولاً من أمواله.

ثالثاً: أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني لم ينصا بين المواد المنظمة للكفالة على الدفع بتجريد المدين؛ وهذا أمر منطقي إذ مادام التضامن مفترضا في الكفالة فلا يكون للكفيل هذا الدفع، وهذا التنظيم للكفالة هو الذي يتبعه الفقه الإسلامي.

والخلاصة أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي (وكذلك الأردني) لا يعد الكفيل مديناً احتياطياً للمدين الأصلي؛ بل يعده في مقام المتضامن مع المدين الأصلي؛ بحيث يكون للدائن الرجوع على من شاء منهما دون ترتيب معين أو يرجع عليهما معاً.

مدى جواز الاتفاق على عدم تضامن الكفيل في القانون الإماراتي والأردني:

(١) وهي تقابل المادة ٩٥٠ مدني أردني، وكلاهما مأخوذ من المادة ٦١٢ من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) وهي تقابل المادة ٩٦٧ مدني أردني، وكلاهما مستمد من المادتين ٦٤٤ و ٦٤٥ من مجلة الأحكام العدلية.

وإذا كان القانون الإماراتي والأردني يفترض التضامن في الكفالة دون حاجة إلى اتفاق على ذلك؛ فإنه يثور التساؤل حول جواز الاتفاق بين الكفيل والدائن على عدم تضامن الكفيل؟

والجواب أننا نرى جواز ذلك، ويترتب على هذا الاتفاق أن يصبح الكفيل كفيلاً بسيطاً فيكون له أن يدفع في مواجهة الدائن برجوعه على المدين أولاً قبل الرجوع عليه، كما له أن يدفع بتجريد المدين أولاً من أمواله؛ لأنه بمقتضى هذا الاتفاق صار التزامه بسيطاً بلا تضامن. وهذا الحكم يستفاد من المادة ١٠٨٢ معاملات مدنية إماراتي (والمادة ٩٧١ مدني أردني) التي تنص على أنه "إذا كان الدين مضموناً بتأمين عيني قبل الكفالة وكان الكفيل قد اشترط الرجوع على الأصيل أولاً؛ فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على الأموال الضامنة للدين".

ويستخلص من هذا النص جواز اشتراط الكفيل على الدائن أن يرجع على المدين أولاً قبل رجوعه عليه؛ لأن هذا النص وإن ورد بشأن حالة وجود تأمين عيني سابق على الكفالة، إلا أنه لا يوجد ما يمنع امتداد حكمه ليشمل الحالة التي لا يوجد فيها تأمين عيني سابق على الكفالة[١]، وذلك لأن تضامن الكفيل مع المدين في القانون الإماراتي دون حاجة إلى اتفاق ليس من النظام العام، وإنما يتعلق بمصلحة خاصة للدائن فيجوز الاتفاق على غير ذلك؛ ولذلك يسمح القانون التجاري بالاتفاق على عدم تضامن الكفيل رغم أن تضامنه مفترض بقوة القانون[٢].

رأينا في افتراض تضامن الكفيل في الإمارات والأردن:

وخلاصة ما سبق أن الأصل في القانون الإماراتي (وكذلك الأردني) هو تضامن الكفيل مع المدين، ما لم يستبعد هذا التضامن باتفاق خاص مع الدائن. وهذا عكس القانون المصري (وكذلك العماني والفرنسي) الذي يعد الأصل هو عدم تضامن الكفيل ما

(١) الشرقاوي، جميل. (١٩٩٥). الكفالة كتأمين شخصي للحقوق في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الأمن والقانون. دبي: أكاديمية شرطة دبي، السنة٣، ع٢، ص٤٤.

(٢) انظر على سبيل المثال: المادة ٤٧ و٤٨ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م.

لم يتفق على التضامن بوضوح في الكفالة أو في اتفاق لاحق. **ولا شك أن موقف القانون الإماراتي والأردني منتقد -من وجه نظرنا- لعدة أمور:**

أولا: أنه يشدد في التزامات الكفيل رغم أنه متبرع بكفالته حيث لا يجوز له أن يأخذ أجراً (مقابلاً) عن كفالته في القانون الإماراتي[١] والسياسة التشريعية تقضي دائماً التخفيف عن التزامات المتبرع[٢] ولا تثقل التزامه؛ فالقاعدة أن التزام المتبرع أخف دائماً من التزام المعاوض.

ثانيا: لا يوجد داع لأن يستثني القانون الإماراتي والأردني الكفالة من قاعدة عدم افتراض التضامن.

ثالثا: أن الكفيل -في غالب الأحيان- يتعهد بكفالة الدين ثم يفاجأ بأن القانون يجعله كفيلاً متضامناً وليس عادياً، ولا يجوز له الاعتذار بالجهل بالقانون أو الغلط فيه؛ لأن الجهل بالقانون ليس بعذر، كما أنه لا تتوافر شروط الغلط في القانون[٣].

المطلب الثاني: تضامن الكفيل بنص القانون أو بحكم القاضي

تمهيد وتقسيم:

تنص المادة ٧٥٥ معاملات مدنية عماني المطابقة للمادة ٧٩٥ مدني مصري على أنه "في الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائماً متضامنين"[٤] وهذا يعني صراحة

(١) تنص المادة ١٠٩٨ معاملات مدنية إماراتي على أنه "لا يجوز للكفيل أن يأخذ عوضاً عن كفالته فإن أخذ عوضاً عنها وجب عليه رده لصاحبه، وتسقط عنه الكفالة إن أخذه من الدائن أو من المدين أو من أجنبي بعلم من الدائن، فإن أخذه بدون علم منه لزمته الكفالة مع رد العوض".

(٢) انظر مثلاً: المواد من ٤٥٦ حتى ٤٥٩ معاملات مدنية عماني. والمواد من ٤٩٤ حتى ٤٩٦ مدني مصري. والمواد من ٦٣٨ حتى ٦٤١ معاملات مدنية إماراتي. والمواد من ٥٦٨ حتى ٥٧١ مدني أردني. وهذه المواد تتعلق بضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية في عقد الهبة.

(٣) انظر المادة ١٢٢ مدني مصري. والمادة ١٩٦ معاملات مدنية إماراتي، والمادة ١٥٤ مدني أردني.

(٤) وهي تقابل المادة ١٠٨٧ معاملات مدنية إماراتي، والمادة ٩٧٦ مدني أردني.

أن الكفيل في الكفالة القانونية أو القضائية يكون دائماً متضامناً، ولو لم ينص على ذلك في الكفالة التي تعهد بها الكفيل لأن التضامن يتولد بذاته وبقوة القانون[١].

كما أن الكفالة التجارية تكون تضامنية بقوة القانون طبقاً للمادة ٢٣٨ من قانون التجارة العماني. وحددت المادة ٢٣٣ حالات معينة تكون فيها الكفالة تجارية وهي الضمان الاحتياطي، وكفالة الدين التجاري بالنسبة إلى المدين[٢].

وبناءً على ذلك؛ فإننا نقسم هذا المطلب إلى فروع ثلاثة: نتناول في الفرع الأول مضمون الكفالة القانونية والقضائية، ونبين في الفرع الثاني التضامن في الكفالة التجارية؛ لأن لها أحكامها الخاصة التي تنفرد بها وخاصة الضمان الاحتياطي (ضمان الالتزام الناشئ من ورقة تجارية)، ونوضح في الفرع الثالث حكمة التضامن في الكفالة القانونية أو القضائية ونطاقه.

الفرع الأول: مضمون الكفالة القانونية أو القضائية

نقد مصطلح الكفالة القانونية أو القضائية:

بادئ ذي بدء لقد انتقد مصطلح الكفالة القانونية ومصطلح الكفالة القضائية؛ وذلك على أساس أن مصدر التزام الكفيل يكون دائماً هو التصرف القانوني الذي أنشأ الكفالة (العقد في القانونين المصري والفرنسي، والإرادة المنفردة في القانون العماني والإماراتي والأردني) [٣] ولذلك فهذان المصطلحان من شأنهما أن يثيرا نوعاً من الالتباس بصدد مصدر التزام الكفيل -الذي يكون في جميع الأحوال هو تعهد الكفيل نفسه وليس نص القانون أو حكم القاضي- ومن ثم اقترح بعضهم تقسيم الكفالة إلى كفالة إجبارية وتشمل الكفالة القانونية أو القضائية، وإلى كفالة اختيارية وهي التي تنشأ بالاتفاق[٤].

---

(١) عبد الباقي، مرجع سابق، ص ١١١.

(٢) وانظر كذلك المادتين ٤٧ و٤٨ من قانون التجارة المصري.

(٣) فعلى حسب تعبير المادة ٧٣٧ عماني والمادة ٩٥١ أردني "يكفي في انعقاد الكفالة ونفاذها إيجاب الكفيل" والمادة ٢/١٠٥٧ إماراتي، مما يقطع أنها تنعقد بإرادة الكفيل وحده.

(٤) حمدي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ٣٠. وفي فرنسا انظر: Marty et Raynaud, No 539

ومع ذلك فلقد جرت العادة على تقسيم الكفالة إلى: كفالة اتفاقية، وكفالة قانونية، وكفالة قضائية وذلك على حسب مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل[١] فإذا كان المدين ملزماً بتقديم كفيل بناءً على نص في القانون كانت الكفالة حينئذ كفالة قانونية، وإذا كان المدين ملزماً بتقديم كفيل بناءً على حكم قضائي كانت الكفالة قضائية. وأخيراً، إذا التزم المدين بتقديم كفيل بناءً على اتفاقه مع الدائن أو مع شخص يشترط لمصلحة الدائن كانت الكفالة اتفاقية[٢] وعلى أي حال فهذه التسمية هي التي شاعت تشريعاً وفقهاً وقضاءً، ولا بأس بها مادام لها مفهومها المعروف دون لبس.

تعريف الكفالة القانونية وأمثلة لها:

تعرف الكفالة القانونية بأنها كفالة للدائن تقدم تنفيذاً لنص في القانون يلزم المدين بتقديم كفيل. فمصدر التزام المدين بتقديم كفيل هو نص القانون[٣]

ومن أمثلة الكفالة القانونية: المادة ٢/٤٥٧ مدني مصري التي تنص على أنه "إذا تعرض أحد للمشتري مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري، جاز له ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر. ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلاً" وهذا ما نص عليه القانون الأردني والإماراتي[٤] فالبائع ملزم بنص القانون بتقديم كفيل للمشتري يضمن له رد الثمن عند ثبوت الاستحقاق، وإلا كان للمشتري حبس الثمن.

---

(١) وبصرف النظر عن مصدر التزام الكفيل نفسه؛ إذ إنه في جميع الأحوال لا يلتزم إلا بتعهده هو.

(٢) تناغو، مرجع سابق، ص ٢٩.

(٣) مرقس، مرجع سابق ص ٢١. عبد الباقي مرجع سابق، ص ٤٥. زكي، مرجع سابق، رقم ٢٠.

(٤) انظر المادة ٥٢٨ مدني أردني، والمادة ٥٦٤ معاملات مدنية إماراتي التي تنص على أنه "إذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع مستندة إلى حق سابق على البيع أو آيل إليه من البائع، جاز للمشتري أن يحتبس الثمن حتى يقدم البائع كفيلاً مليئاً يضمن للمشتري رد الثمن عند ثبوت الاستحقاق، وللبائع أن يطلب إلى المحكمة تكليف المشتري إيداع الثمن لديها بدلاً من تقديم الكفيل".

وكذلك المادة ٢٨٩ من قانون المرافعات المدنية المصري التي تنص على أن "النفاذ المعجل واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة في المواد التجارية وذلك بشرط تقديم كفيل" فالكفالة واجبة بقوة القانون إذا أراد المحكوم له تنفيذ الحكم نفاذاً معجلاً[١] ولا سلطة للقاضي في تقدير الحكم بها. وبذلك وازن القانون بين مصلحة التاجر في اقتضاء حقه بسرعة، ومصلحة المحكوم ضده فيما لو ألغى الحكم بعد تنفيذه نفاذاً معجلاً.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الكفالة القانونية لا يملك القاضي أي سلطة تقديرية إزاءها؛ فليس أمامه إلا الحكم بها دون طلب لأنها واجبة بقوة القانون وإلا يتعرض حكمه للطعن.

ويلاحظ أننا لم نعثر على نص في قانون المعاملات المدنية أو في قانون الإجراءات المدنية في سلطنة عُمان يقرر الكفالة القانونية المقررة بقوة القانون، فحتى حالات النفاذ المعجل الوجوبي (الأحكام في المواد المستعجلة، الأوامر على العرائض) المنصوص عليها في المادة ٣٤٦ من قانون الإجراءات المدنية جعل القانون الكفالة فيها جوازية للقاضي أي أنها تعد كفالة قضائية كما سنرى في البند التالي.

تعريف الكفالة القضائية وأمثلة لها:

تعرف الكفالة القضائية بأنها تلك التي يجوز أن يحكم بها القاضي بما له من سلطة تقديرية خولها له المشرع[٢] وأمثلتها عديدة في القانون العماني على عكس ما رأيناه في الكفالة القانونية. ومن أمثلتها ما يأتي:

- المادة ٢/٨١٤ معاملات مدنية عماني التي تنص على أنه "للمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية أن تقرر مع هذا ما تراه مناسباً من التدابير، ولها بوجه

(١) والنفاذ المعجل هو تنفيذ الحكم قبل أن يصبح حائزاً لقوة الأمر المقضي به، أي تنفيذ الحكم رغم قابليته للطعن فيه بالمعارضة أو بالاستئناف أو رغم الطعن فيه بأحد هذين الطريقين، وذلك مراعاة للمحكوم له في حالات معينة. انظر: صاوي، أحمد و الروبي، أسامة. (٢٠٠٥). التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية. د.ط. القاهرة: دار النهضة العربية. ص٣٢.

(٢) محمود، همام محمد. (د.ت). التأمينات العينية والشخصية. د.ط. الإسكندرية: دار المعرفة الجامعية. ص ٣٢. مرقس، مرجع سابق، ص ٢٢.

خاص أن تقرر إعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات"[1] فالقانون قد أجاز للمحكمة إذا أقرت رأي الأغلبية أن تحكم للأقلية بكفالة لضمان حصولهم على التعويض من الأغلبية إن كان له مقتض، ولها أن تقر رأي الأغلبية دون الحكم عليهم بتقديم كفالة للأقلية .

- وكذلك المادة ٢/٨٨٣ معاملات مدنية عماني التي تنص على أنه "يجوز للورثة بمجرد انقضاء الميعاد المحدد للمنازعات المتعلقة بجرد التركة المطالبة بتسلم الأشياء والنقود التي لا تستلزمها التصفية أو بعضها، وذلك بصفة مؤقتة مقابل تقديم كفالة أو بدونها"[2] فالقانون سمح للورثة بعد انقضاء ميعاد المنازعات الخاصة بجرد التركة أن يطلبوا تسلم الأشياء والنقود التي لا يحتاج وصي التركة أو المصفي لها، وذلك مقابل تقديم الكفالة التي يجوز للمحكمة الأمر بها أو عدمه وفقاً لسلطتها التقديرية في كل حالة على حدة.

- كما ورد في قانون الإجراءات المدنية العماني بعض الأمثلة للكفالة القضائية؛ فالمادة ٣٤٦ الخاصة بالنفاذ المعجل الوجوبي تنص على أن "النفاذ المعجل واجب بقوة القانون في الأحوال الآتية: أ- الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة أياً كانت المحكمة التي أصدرتها. ب- الأوامر الصادرة على العرائض. ويكون النفاذ المعجل بغير كفالة ما لم ينص الحكم أو الأمر على تقديم كفالة"[3] فالنفاذ المعجل في هاتين الحالتين واجب بقوة القانون، ولكن تقديم الكفالة أمر يرجع إلى تقدير القاضي فله الحكم بها أو عدمه .

---

(١) وهي تطابق المادة ٢/٨٢٩ مدني مصري. والمادة ٢/١٢٤٣ معاملات مدنية إماراتي. والمادة ١٠٣٥ مدني أردني.

(٢) وهي تطابق المادة ٢/٩٠٠ مدني مصري. والمادة ٢/١١٥٧ معاملات مدنية إماراتي. والمادة ٢/١١١٠ مدني أردني.

(٣) وكذلك تجعل المادة ٢٨٨ مرافعات مدنية مصري الأحكام في المواد المستعجلة تنفذ نفاذاً معجلاً بغير
كفالة بحسب الأصل، إلا إذا نص الحكم على تقديم كفالة قبل إجراء التنفيذ.

وأخيراً تناولت المادة ٣٤٧ إجراءات مدنية عماني حالات النفاذ المعجل الجوازي بكفالة أو بدونها حيث تنص على أنه "يجوز للمحكمة بناءً على طلب ذي الشأن شمول حكمها بالنفاذ المعجل بكفالة أو بدونها في الأحوال الآتية: أ- الأحكام الصادرة في المواد التجارية .ب- إذا كان المحكوم عليه قد أقر بنشأة الالتزام. ج- إذا كان الحكم قد صدر تنفيذاً لحكم سابق حائز لقوة الأمر المقضي ... ز- في أية حالة أخرى إذا كان يترتب على تأخير التنفيذ ضرر جسيم بمصلحة المحكوم له، على أن يبين ذلك في الحكم بياناً وافياً"[١]

ومن الواضح أن تلك الحالات الواردة في النص السابق، إنما هي على سبيل المثال وليس الحصر وهذا واضح من الفقرة الأخيرة. ولذلك فللمحكوم له طلب النفاذ المعجل من القاضي في غير الحالات المذكورة في النص، كما لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالنفاذ المعجل الجوازي من تلقاء نفسها بل يجب أن يُطلب ذلك منها[٢].

وتجدر الإشارة إلى أن الكفالة القضائية هي التي تنشأ أصلاً بحكم القاضي بما له من سلطة تقديرية فيكون حكمه منشئاً لها؛ ومن ثم فالكفالة لا تكون قضائية لمجرد صدور حكم قضائي بها تطبيقاً لنص في القانون يوجبها أو إعمالاً لاتفاق الطرفين، وذلك عندما يثار نزاع بشأنها ويرفع الأمر إلى المحكمة فتقضي بها[٣] لأن حكم المحكمة هنا لم ينشئ الكفالة؛ بل كشف عنها في مصدرها الأصلي وهو نص القانون أو اتفاق الطرفين؛ فهو حكم تقريري كاشف في هذه الحالة[٤].

---

(١) وهي تقابل المادة ٢٩٠ مرافعات مدنية مصري، ولكن يلاحظ أن القانون المصري في المادة٢٨٩ جعل الأحكام الصادرة في المواد التجارية نافذة نفاذاً معجلاً بقوة القانون، أي وجوبياً لكن بشرط تقديم كفيل.

(٢) عكاشة، عبد الحكيم. (٢٠٠٧). التنفيذ الجبري للأحكام في قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني. د.ط. مصر: دار الكتب القانونية . ص ٦٧.

(٣) فرج، توفيق حسن. (١٩٨٤). التأمينات الشخصية والعينية. د.ط. الإسكندرية: مؤسسة الثقافة الجامعية. ص ١٧. سليمان مرقس، مرجع سابق، رقم ٢٠. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص٤٦. نبيل سعد، مرجع سابق، ص ٣٠. منصور مصطفى، مرجع سابق ص ١٧، هامش رقم٢.

(٤) محمود، مرجع سابق، ص ٣٢.

التضامن مفترض بقوة القانون في الكفالة القانونية أو القضائية:

لا شك أن معرفة المصدر الذي ألزم المدين بتقديم كفيل على جانب كبير من الأهمية بالنسبة لمركز الكفيل الذي يقبل كفالة هذا المدين؛ وذلك لأنه إذا كان كفيلاً بمقتضى نص في القانون أو حكم قضائي ألزم المدين بتقديم كفيل؛ فإن كفالته تكون تضامنية بقوة القانون دون حاجة إلى اشتراط ذلك في رضائه بالكفالة. وهذا ما نص عليه القانون العماني والمصري والإماراتي والأردني صراحة بقوله "في الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائماً متضامنين[١].

وتطبيقاً لذلك حكمت محكمة النقض المصرية أنه "إذا كان مؤدى نص المادة ٧٩٥ من القانون المدني أنه في الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائماً متضامنين؛ ومن ثم فإن الكفيل القانوني يكون بنص القانون متضامناً مع المدين، ومتى قدم المدين هذا الكفيل القانوني يكون متضامناً مع المدين"[٢].

ويلاحظ أنه رغم أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي ينظم الكفالة على افتراض تضامن الكفيل دون حاجة إلى اتفاق على ذلك؛ فإنه قد نص في المادة ١٠٨٧ على تأكيد تضامن الكفلاء في الكفالة القانونية والقضائية. وهذا النص تبدو فائدته في تضامن الكفلاء أيضاً فيما بينهم عند تعددهم قطعاً لدابر أي خلاف قد يثار في هذا الصدد.

الفرع الثاني: التضامن في الكفالة التجارية

التضامن مفترض بقوة القانون في الكفالة التجارية:

تنص المادة ٢٣٨ من قانون التجارة العماني على أنه "في الكفالة التجارية يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين. والدائن مخير في المطالبة إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب الكفيل، ومطالبته لأحدهما لا تسقط حق مطالبته للآخر، فبعد مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما معا". يتضح من هذا النص

(١) المادة ٧٩٥ مدني مصري، والمادة ٧٥٥ معاملات مدنية عماني، والمادة ١٠٨٧ معاملات مدنية إماراتي، والمادة ٩٧٦ مدني أردني.

(٢) نقض مدني مصري في ١٩٨٤/٢/١٦، الطعن رقم ٢٣٧، مجموعة المكتب الفني، س ٥٠ ق، ص١١٢٢.

صراحة أنه في الكفالة التجارية يكون الكفلاء دائماً متضامنين، ليس فقط مع المدين المكفول بل أيضاً متضامنين فيما بينهم عند تعددهم. وبذلك يكون النص قد قطع دابر أي خلاف يمكن أن يثار حول حدود التضامن في الكفالة التجارية، فهي كفالة تضامنية مع المدين ومع الكفلاء عند تعددهم.

ولذلك حكمت المحكمة العليا بمسقط بأن "الكفالة التجارية يكون فيها الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين... ومن ثم فإن النعي على الحكم المطعون فيه بعدم إدخال المدين في الدعوى لا سند له من حيث القانون ويتعين الالتفات عنه... لأن للدائن الخيار عند حلول الدين أن يرجع على الكفيل أو المدين الأصلي أو عليهما معاً"[(١)].

ومع ذلك يؤخذ على نص المادة ٢٣٨ تجاري عماني أنه أطنب في الصياغة دون داع؛ إذ كان يكفيه النص على تضامن الكفلاء مع المدين وفيما بينهم دون ذكر التفاصيل الواردة في النص عن كيفية المطالبة بقوله "والدائن مخير في المطالبة إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب الكفيل، ومطالبته لأحدهما لا تسقط حق مطالبته للآخر، فبعد مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما معا"؛ لأن هذا هو الأثر المترتب عن التضامن ولا يحتاج إلى النص عليه؛ بحيث يكون النص بهذا الإطناب.

حالات الكفالة التجارية:

من الواجب بيان متى تكون الكفالة تجارية؛ لأنه عندما تكون كذلك يكون الكفيل متضامناً بقوة القانون. ولقد نصت المادة ٢٣٣ من قانون التجارة العماني على أنه "تكون الكفالة تجارية إذا كان الكفيل يضمن ديناً تجارياً بالنسبة إلى المدين. والكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو عن تظهير هذه الأوراق تكون دائماً تجارية" كما نصت المادة التاسعة في الفقرة السابعة على أنه "تعد بوجه خاص الأعمال الآتية أعمالاً تجارية: ... أعمال المصارف العامة والخاصة"، وبذلك يتضح أن قانون التجارة العماني يجعل الكفالة تضامنية بقوة القانون في حالات ثلاث نوضحها في الفقرات الآتية:

(١) المحكمة العليا في مسقط ٤/٥/ ٢٠٠٦، الطعن رقم ٢٠٠٥/٢٣٢ تجاري عليا، مجموعة المكتب الفني، س ٦، ص ٤٥١. ونفس المعنى هيئة حسم المنازعات التجارية ١٩٩٥/١٢/١٧، الدعوى رقم ٩٥/٨١٦، س١٣ ق، ص ٤٢٤.

الحالة الأولى: إذا كان الدين المكفول ديناً تجارياً

قضت المادة ٢٣٣ -سالفة الذكر- من قانون التجارة العماني أن ضمان الكفيل لدين يعتبر تجارياً بالنسبة للمدين يجعل الكفالة تجارية. ويمكن رد ذلك في –رأينا- إلى أن قانون التجارة طبق قاعدة "الفرع يتبع الأصل" وأن "التابع تابع ولا ينفرد بالحكم".

ويلاحظ هنا وجود تعارض بين نص المادة ٢٣٣ من قانون التجارة التي اعتبرت كفالة الدين التجاري بالنسبة للمدين عملاً تجارياً، وبين المادة ٧٤٤ من قانون المعاملات المدنية العماني التي اعتبرت مثل هذه الكفالة عملاً مدنياً؛ حيث تنص على أنه " تعتبر كفالة الدين التجاري عملاً مدنياً ولو كان الكفيل تاجراً".

ونرى أنه يجب العمل بما ورد في قانون التجارة العماني باعتباره نصاً خاصاً يعمل به في نطاقه فقط، أي حال كون الدين المكفول تجارياً بالنسبة للمدين، بالإضافة إلى أنه يتفق مع القاعدة الأصولية في الفقه الإسلامي في كون التابع لا ينفرد بالحكم بل يتبع حكم الأصل. وهذا ما قرره القضاء العماني حيث قضي أن "الأصل في عقد الكفالة – طبقاً للقواعد العامة- أنه عقد تابع وأن التزام الكفيل فيه حتماً التزام تابع لالتزام المدين الأصلي؛ فإذا كان التزام المدين الأصلي تجارياً كان التزام الكفيل حتماً التزاماً تجارياً"[(١)]

ويلاحظ أن اعتبار الكفالة عملاً تجارياً عندما يكون دين المدين المكفول تجارياً في القانون العماني، إنما ذلك ينصرف إلى الكفالة وحدها دون أن يمتد إلى الكفيل ذاته؛ فلا يكتسب صفة التاجر لمجرد أنه مارس كفالة تتصف بالتجارية. ولذلك فالكفالة التجارية تبعاً للدين المكفول (لأنه دين تجاري بالنسبة للمدين)، لا تؤدي إلى إشهار إفلاس الكفيل عند توقفه عن الوفاء مادام أن الكفيل ليس أصلاً تاجراً[(٢)].

أما قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فقد نص في المادة ٤٨ منه على أنه "لا تعتبر كفالة الدين التجاري عملاً تجارياً إلا إذا نص القانون على ذلك أو كان الكفيل بنكاً أو كان تاجراً وله مصلحة في الدين المكفول. ولا يجوز في الكفالة التجارية أن يطلب الكفيل –ولو كان غير متضامن- تجريد المدين ما لم يتفق على غير ذلك" ويتضح من هذا

(١) هيئة حسم المنازعات التجارية بمسقط ١٩٨٨/١٠/١٩، الدعوى رقم ٨٧/٣٤٨، س ٥ ق، ص ١٠٩.
(٢) هيئة حسم المنازعات التجارية بمسقط ١٩٩٨/١/١٧، الدعوى رقم ٩٨/٢، س ١٤ ق، ص ٥٢٠.

النص أن قانون التجارة المصري يخالف قانون التجارة العماني؛ فالأول لا يعتبر كفالة الدين التجاري من قبيل الكفالة التجارية كقاعدة عامة، وإنما تكون الكفالة تجارية فقط عندما يكون الكفيل بنكاً أو يكون تاجراً وله مصلحة في الدين المكفول.

ونرى أن قانون التجارة المصري بهذا النص يفضل ما ورد في قانون التجارة العماني؛ لأنه يوفر حماية للكفيل عندما يكون شخصاً عادياً (غير تاجر) ويبرم كفالة لضمان دين تجاري؛ فتظل كفالته مدنية ولا تتصف بالصفة التجارية التي تجعل مركز الكفيل أسوأ من مركز الكفيل في الكفالة المدنية.

الحالة الثانية: الضمان الاحتياطي

تنص المادة ٢٣٣ من قانون التجارة العماني بأن "الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو عن تظهير هذه الأوراق تكون دائماً كفالة تجارية" ومن ثم يكون الكفيل متضامناً، وذلك ما لم يوجد شرط بغير ذلك[١] أي أن التضامن لا يتعلق بالنظام العام فيجوز الاتفاق على عدمه وهذا ما أفصحت عنه المادة ٤٧ من قانون التجارة المصري التي قررت التضامن بين الملتزمين في المعاملات التجارية بصفة عامة إلا إذا تم الاتفاق على غير ذلك[٢].

ويمكن تعريف الضمان الاحتياطي بأنه كفالة التزام ثابت في ورقة تجارية[٣] يهدف إلى إضافة ملتزم جديد يسمى الضامن الاحتياطي؛ يكون مسؤولاً عن الوفاء بقيمة الورقة التجارية على وجه التضامن مع من ضمنه[٤].

وينفرد الضمان الاحتياطي ببعض الخصائص أهمها:

---

(١) تناغو، مرجع سابق، ص ٢٧. منصور، مرجع سابق، ص٤٣، هامش رقم ١. وفي فرنسا:
Planiol et Ripert, traité de droit civil. T, X, No 1527.Jestaz, No 6. Roland, No 31.

(٢) انظر في الضمان الاحتياطي في القانون الإماراتي المادة ٥٢٨ من قانون التجارة. وفي فرنسا المادة ١٣٠ تجاري.

(٣) والأوراق التجارية التي نظمها قانون التجارة العماني هي : الكمبيالة والشيك والسند لأمر.

(٤) بدر، أمين محمد، الأوراق التجارية في التشريع المصري، ٢١١ وما بعدها. مشار إليه لدى: عثمان، عبد الحكم. (١٩٩٥). أصول قانون المعاملات التجارية، الأوراق التجارية. د.ط. دبي: مطبوعات أكاديمية شرطة دبي، ص ٢٤٨.

أنه من ناحية يكون محله ضمان دين ثابت في ورقة تجارية ولكن يستوي بعد ذلك أن يتم الاتفاق على الكفالة في صلب الورقة التجارية أو في ورقة مستقلة وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤٦٣ من قانون التجارة العماني بقولها "يجوز إعطاء الضمان الاحتياطي على ورقة مستقلة"، وهو في ذلك يختلف عن القانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ الذي لا يجيز ورود الضمان الاحتياطي في ورقة مستقلة(١). ولا شك أن جواز الضمان الاحتياطي في ورقة مستقلة في القانون العماني، يتضمن خروجاً على مبدأ الكفاية الذاتية للأوراق التجارية(٢) ومع ذلك فيمكن تبرير هذا الاستثناء بالرغبة في تجنب التشكيك في يسار المدين المكفول(٣).

ومن ناحية أخرى يتميز الضمان الاحتياطي بأن الكتابة شرط لانعقاده وليست طريقة لإثباته، بمعنى أنه لا يمكن نشوؤه إلا بالكتابة؛ ومن ثم لا يصح الإقرار أو اليمين أو شهادة الشهود عوضاً عن الكتابة(٤) وهذا الحكم بطبيعة الحال لا شأن له بالكفالة بصفة عامة، التي تخضع للقواعد العامة في الإثبات في القانون العماني والإماراتي والأردني، وذلك عكس القانون المصري الذي أوجب إثبات الكفالة بالكتابة حتى لو كان الالتزام الأصلي مما يجوز إثباته بالبينة(٥).

وأخيراً، يتسم الضمان الاحتياطي بالشدة في أحكامه بالمقارنة بالكفالة العادية فمثلاً لا يجوز منح المدين أو الضامن الاحتياطي نظرة الميسرة لأن الأوراق التجارية كالنقود في الوفاء، فيجب توافر الثقة الكاملة في ميعاد الوفاء بها(٦)، كما أن التزام الضامن

(١) أما قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ أوجب أن يكون الضمان الاحتياطي في نفس
الورقة. انظر المادة ٤١٩ و ٥٠١ من هذا القانون، وذلك عكس القانون الملغى.

(٢) ويقصد بهذا المبدأ أن تتضمن الورقة التجارية بذاتها كافة الأمور المتعلق بالالتزام الثابت فيها بحيث يكفي الاطلاع عليها لمعرفة كل ما يتعلق بها.

(٣) وهو على أية حال استثناء قديم جرت عليه القوانين. انظر: عثمان، مرجع سابق، ص٢٤٨.

(٤) عثمان، المرجع السابق، ص ٢٤٨.

(٥) المادة ٧٧٣ مدني مصري.

(٦) راجع: بنداري، محمد إبراهيم. (٢٠١٥). الوجيز في أحكام الالتزام في قانون المعاملات المدنية العماني. د.ط. القاهرة: دار النهضة العربية. ص ٥٩. وانظر المادة ٤٩٦ تجاري عماني.

الاحتياطي يتصف بالاستقلال والتجريد عن التزامات الموقعين الآخرين على الورقة التجارية؛ بحيث "يكون التزامه صحيحا ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلاً لأي سبب آخر غير عيب في الشكل" طبقاً للمادة ٤٦٢ من قانون التجارة العماني. ونظراً لهذه القسوة التي يتسم بها الضمان الاحتياطي فإن الوكيل المخول بإبرام الكفالة العادية لا تمتد سلطاته إلى إبرام الضمان الاحتياطي، وإلا كان متجاوزاً حدود سلطاته[١].

والخلاصة أن الضمان الاحتياطي يعد إحدى صور الكفالة التضامنية، ويكون التضامن فيها بقوة القانون وهي تخضع للقواعد العامة في الكفالة، ولا يستبعد من هذه القواعد إلا ما يتعارض مع طبيعة قانون الصرف وما يقتضيه من شدة وقسوة على الملتزم وسرعة في تنفيذ الالتزام[٢].

الحالة الثالثة: إذا كانت الكفالة عملا تجاريا بطبيعته

تعد الكفالة عملاً تجارياً إذا كانت من الأعمال التجارية بطبيعتها، وذلك كما هي الحال في الكفالة المقدمة من المصارف لضمان دين على أحد عملائها. ولقد ذكرت المادة التاسعة من قانون التجارة العماني الأعمال التي تعد تجارية على وجه خاص، وتضمنت الفقرة السابعة من هذه المادة الإشارة إلى معاملات المصارف حيث تنص على أنه "تعد بوجه خاص الأعمال الآتية أعمالاً تجارية:... أعمال المصارف العامة والخاصة" إذ إن الكفالة تكون في هذه الحالة صادرة من تاجر، وبقصد تحقيق ربح فتتسم بالصفة التجارية بطبيعتها.

الفرع الثالث: حكمة التضامن في الكفالة القانونية أو القضائية ونطاقه

الحكمة من التضامن في الكفالة القانونية أو القضائية:

رأينا فيما سبق أن التشريعات المختلفة قد شددت على الكفيل القانوني أو القضائي إذ جعلته في مركز أقسى من الكفيل الاتفاقي؛ حيث افترضت التضامن في الكفالة

(1) Paris, 9 Fév, 1945, Gaz, Pal, 1945, 1, 89

(2) Roland, No, 31. Jestaz, No, 53

القانونية والقضائية، على عكس الكفالة الاتفاقية التي أخضعتها للقاعدة العامة في عدم افتراض التضامن[١].

وترجع الحكمة من هذا التشديد على الكفيل القانوني والقضائي إلى تحقيق أكبر قدر من الحماية للدائن، بحيث يحصل على حقه بيسر وسرعة؛ فالقانون والقاضي ما ألزما المدين بتقديم كفيل إلا لأنهما يريان أن الدائن في حاجة إلى الرعاية والحماية في حصوله على حقه؛ فعمد المشرع إلى زيادة فعالية الضمان وذلك بجعله الكفيل متضامناً في هذه الحالات[٢].

حدود تضامن الكفيل القانوني و القضائي:

إذا كان الفقه والقضاء في مصر مجمعين على تضامن الكفيل القانوني والقضائي لوجود نص صريح بذلك في القانون المصري (المادة ٧٩٥) والعماني (المادة ٧٥٥) والأردني (المادة ٩٧٩) والإماراتي (المادة ١٠٨٧) يقضي بأنه "في الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائماً متضامنين" إلا أنه قد وقع الاختلاف حول حدود هذا التضامن؛ هل يقتصر على التضامن بين الكفيل والمدين، أو أنه يمتد ليشمل التضامن بين الكفلاء عند تعددهم؟ ولقد انقسم الفقه في الإجابة عن هذا التساؤل إلى رأيين، نوضحهما بالتفصيل.

الرأي الأول: التضامن يكون مع المدين والكفلاء عند تعددهم

يذهب الرأي الغالب في الفقه[٣] إلى أن المقصود بالتضامن في الكفالة القانونية والقضائية التضامن بمعناه الواسع، أي سواء أكان بين الكفيل والمدين أم بين الكفلاء عند تعددهم. واستدلوا لرأيهم بما يأتي:

---

(١) مع ملاحظة أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي، وكذلك القانون المدني الأردني قد افترضا تضامن الكفيل في الكفالة الاتفاقية تأثراً بمجلة الأحكام العدلية.

(٢) منصور، مرجع سابق، ص ١٨. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٤٧. فرج، مرجع سابق، ص١٨. سعد، مرجع سابق، ص ٣٠، محمود، مرجع سابق، ص ٣٣.

(٣) منصور، مرجع سابق، ص ١٨. عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٤٨. فرج، مرجع سابق، ١٩. محمود، مرجع سابق، ص ٣٣. حمدي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ٣١. أبو السعود و محمود، مرجع سابق، ص ٤٨. سعد، مرجع سابق، ص ٣١.

أ- أن المشرع قد استعمل في المادة ٧٩٥ مدني مصري (المطابقة للمادة ٧٥٥ معاملات مدنية عماني) لفظ "الكفلاء" بصيغة الجمع، ولو كانت نيته تنصرف إلى أن الكفيل القانوني أو القضائي لا يكون متضامناً إلا مع المدين فقط لاستعاض عنه بلفظ "الكفيل" بصيغة المفرد. كما أن كلمة "دائماً" التي وردت في النص تدل على رغبة المشرع في تقرير تضامن الكفيل في جميع الأحوال. أي سواء بينه وبين المدين أو بينه وبين غيره من الكفلاء إذا تعددوا(١).

ب- أن الأعمال التحضيرية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري كانت تنص في المادة ١١٥٠ منه على أنه "١- لا يفترض التضامن بين الكفيل والمدين بل يجب اشتراط التضامن في عقد الكفالة أو في عقد مستقل. ٢- كذلك يجب اشتراط التضامن بين الكفلاء الملتزمين بعقد واحد. ٣- أما في الكفالة القضائية أو القانونية فيكون الكفلاء دائماً متضامنين" فمن الواضح أن الفقرة الأولى من هذا النص كانت تقضي بعد افتراض التضامن بين الكفيل والمدين، وإنما يجب اشتراط ذلك في عقد الكفالة أو في عقد مستقل. والفقرة الثانية تقرر أنه أيضاً يجب اشتراط التضامن بين الكفلاء الملتزمين بعقد واحد ولا يفترض تضامنهم. أما الفقرة الثالثة فأضافت استثناءً من حكم الفقرتين الأولى والثانية؛ وقضت بتضامن الكفلاء في الكفالة القانونية والقضائية دون حاجة إلى اشتراط ذلك في عقد الكفالة أو في عقد مستقل. وقد رأت لجنة المراجعة حذف الفقرتين الأولى والثانية لأنهما مجرد تطبيق للقواعد العامة التي تقرر "أن التضامن لا يفترض"، وأبقت على الفقرة الأخيرة على نحو ما جاء في المادة ٧٩٥ مما يدل على انصراف التضامن بين الكفيل والمدين وبين الكفلاء عند تعددهم(٢).

الرأي الثاني: التضامن يكون بين الكفيل والمدين فقط

(١) عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٤٨.

(٢) فرج، مرجع سابق، ص ١٩. أبو السعود و محمود، مرجع سابق، ص ٤٨.

بينما يذهب بعض الفقهاء[١] إلى اقتصار التضامن في الكفالة القانونية والقضائية على التضامن بين الكفيل والمدين فقط دون تضامن الكفلاء عند تعددهم. ويستدلون على رأيهم بما يأتي:

أ- أنه ليس في صياغة نص المادة ٧٩٥ مصري (المطابقة للمادة ٧٥٥ عماني) ما يوحي بهذا التفسير الواسع الذي يذهب إليه أصحاب الرأي الأول، لا سيما وأن التضامن لا يفترض لصفته الاستثنائية فلا يجوز التوسع في تفسير البند العقدي الذي يقرره أو النص التشريعي الذي يقضي به[٢].

ب- أن أنصار الرأي الأول يفترضون أن المدين الملتزم قانوناً أو قضاءً بتقديم كفيل قد قدم للدائن عدة كفلاء؛ ولأن هذا الفرض لا يقع عملاً؛ إذ إن المدين الملتزم بتقديم كفيل قانوني أو قضائي يقدم -عادة- كفيلاً واحداً، ولا يقبل منه تكملة الكفالة بكفالة أخرى إلا إذا رضي الدائن بذلك، وهو غالباً لا يرضى بهذا ويفضل كفيلاً واحداً ذا يسار كاف لضمان الدين؛ ولذلك فمن المستبعد أن يكون المشرع قد قصد بالمادة ٧٩٥ مدني مواجهة هذا الفرض الذي يندر وقوعه[٣]

رأينا في الموضوع:

ونحن من جانبنا نؤيد أصحاب الرأي الأول في أن المقصود بتضامن الكفيل القانوني أو القضائي هو تضامنه مع المدين ومع الكفلاء عند تعددهم؛ وذلك لقوة أدلته واتفاقها مع التفسير المنطقي للنصوص، ومع تاريخ وضع نص المادة ٧٩٥ مدني مصري وكذلك اتفاقه مع ما ورد صراحة في المادة ٤٧ تجاري مصري والمادة ٢٣٨ تجاري عماني التي نصت على أنه "في الكفالة التجارية يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين"[٤] ولا شك أن النصوص يكمل بعضها بعضاً، كما يجب أن يكون بينها نوع من

(١) مرقس، مرجع سابق، ص ٣٧ هامش رقم ٢١٤. زكي، مرجع سابق، ص ٤٣.

(٢) زكي، مرجع سابق، ص ٤٣.

(٣) مرقس، مرجع سابق، ص ٣٧، هامش رقم ٢١٤.

(٤) ولقد قررت محكمة النقض المصرية أن الأعمال التحضيرية، والمصادر التاريخية، والحكمة من النص والجمع بين النصوص من الوسائل التي يتم اللجوء إليها للكشف عن قصد المشرع. نقض تجاري مصري في ٢٠١١/٣/٢٢، الطعن رقم ١٤٥، س ٧٤ ق، الموقع الرسمي للمحكمة على الإنترنت.

التناغم والتناسق، ولا يكون كل نص كأنه في جزيرة منعزلة عن باقي النصوص. ويمكننا تفنيد أسانيد الرأي الثاني على النحو الآتي: أن ما ذهب إليه هذا الرأي من أن التضامن لا يفترض ومن ثَم لا يتوسع في تفسيره، هو كلام صحيح في ذاته؛ ولكن حيث يكون اللفظ واضحاً وبصيغة العموم؛ فلا يمكن تفسيره بطريقة تناقض هذا الوضوح بذريعة عدم التوسع في تفسيره، وإلا كان تفسيراً معيباً ينحرف بالنص عن معناه الواضح. كما أنه لا يجوز الادعاء بأن المشرع لا يمكن أن قد عالج هذا الفرض النادر وهو تعدد الكفيل القانوني أو القضائي. ذلك لأننا لو سلمنا جدلاً أن هذا فرض نادر فلا يمكن تفسير النص بطريقة ملتوية بحجة عدم معقولية معالجة المشرع لأمر نادر الوقوع عملاً، فالمشرع في فروع القوانين المختلفة قد نظم بعض الأمور التي لم يكتب لها التطبيق إلا نادراً.

خاتمة

النتائج والتوصيات

نخلص من هذه الدراسة إلى ما يأتي:

- من الملاحظ كثرة حالات الكفالة التضامنية في الواقع العملي بل وفي النصوص التشريعية؛ فمن الناحية العملية يندر أن يقبل الدائن في الكفالة الاتفاقية كفيلاً بسيطاً، وإنما من المألوف أنه يشترط الدائن عليه التضامن في كفالته.

- أن القانونين الإماراتي والأردني يجعلان الكفيل متضامناً بمجرد التزامه بالكفالة دون حاجة إلى اتفاق على ذلك، أي أن التضامن مفترض في الكفالة في هذين القانونين، وهذا أمر يمثل خطورة كبيرة للكفيل الذي يجهل غالباً أن التزامه سيكون تضامنياً.

- أن قانون المعاملات المدنية العماني يجعل الكفالة القضائية والقانونية تضامنية بقوة القانون أو بمقتضى الحكم القضائي، بالإضافة إلى أن القانون التجاري العماني ينص على تضامن الكفيل في الكفالة التجارية بقوة القانون، ويقضي باعتبار الكفالة تجارية مادام الدين المكفول تجارياً حتى لو كان الكفيل غير تاجر.

- أن الكفالة الاتفاقية يندر أن تنعقد في صورة غير تضامنية، وإذا كانت الكفالة القضائية أو القانونية تضامنية بقوة القانون، وإذا كانت الكفالة التجارية تضامنية بنص القانون؛ فإننا نستطيع أن نقرر أن الكفالة البسيطة لم يبق لها من أهمية عملية إلا النزر القليل؛ وهذا يجعلنا نتساءل عن مدى فعالية القاعدة العامة التي تقضي أن التضامن لا يفترض في الكفالة، ولا شك أن هذا أمر يشكل خطورة بالغة على الكفيل الذي يُقدم على كفالته -عادة- بدافع الشهامة والمروءة ثم يفاجأ أن كفالته تضامنية تسلبه صفة الاحتياطية للمدين.

وبناءً على ذلك فإننا نوصي المشرع بالآتي:

- مناشدة المشرع العماني بإزالة التعارض بين قانون المعاملات المدنية وقانون التجارة، وذلك بإعادة النظر في المادة ٢٣٣ من قانون التجارة فيما قضت به أن الكفالة تكون تجارية إذا كان الكفيل يضمن ديناً تجارياً بالنسبة للمدين؛ بحيث تصبح كفالة

الدين التجاري عملاً مدنياً. وهذا ما تنص عليه فعلاً المادة ١/٧٤٤ معاملات مدنية عماني، لأن هذا الاقتراح يؤدي إلى التناغم والتناسق بين القانون المدني والقانون التجاري، ويزيل ما بينهما من تعارض، فضلاً عن أن الاتجاه التشريعي هو التخفيف من على عاتق الكفيل، إذا كان شخصاً ليس تاجراً؛ لأنه يكون متبرعاً بكفالته.

- أوصي المشرع العماني بأن ينص على الالتزام بالتبصير لمصلحة الكفيل المتضامن، ويكون هذا الالتزام على عاتق الدائن الذي يشترط التضامن على الكفيل، خاصة إذا كان هذا الدائن مصرفاً أو شركة تمويل؛ باعتبار أن الكفالة تنعقد مع شخص خبير في عمله، وخاصة أن الكفيل -في كثير من الأحيان- لا يدرك عواقب كفالته التضامنية، وقديماً قالوا "الكفالة أولها شهامة وآخرها ندامة".

- مناشدة المشرع الإماراتي والأردني إعادة النظر في نصوص الكفالة الواردة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني؛ بحيث يكون التزام الكفيل بسيطاً مالم يتفق على التضامن، ولا يفترض تضامنه بمجرد تعهده بالكفالة؛ لأن ذلك من جانب يخفف عن عاتق الكفيل وخاصة أن قاعدة عدم أخذ الكفيل مقابلاً عن كفالته قاعدة آمرة في القانون الإماراتي، كما أن في هذا الاقتراح تفعيل لقاعدة "التضامن لا يفترض".

المصادر ومراجع

- أبو السعود، رمضان و محمود، همام. (١٩٨٩). التأمينات الشخصية والعينية. د.ط. الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.
- بنداري، محمد إبراهيم. (٢٠١٥). الوجيز في أحكام الالتزام في قانون المعاملات المدنية العماني. د.ط. القاهرة: دار النهضة العربية.
- تناغو، سمير. (١٩٨٦). التأمينات الشخصية والعينية. د.ط. الإسكندرية: منشأة المعارف.
- ذهني، عبد السلام. (١٩٢٦). التأمينات. د.ط. القاهرة: مطبعة الاعتماد.
- زكي، محمود جمال الدين. (١٩٧٩). التأمينات الشخصية والعينية. ط٣. د.ن.
- سعد، نبيل إبراهيم. (٢٠٠٠). التأمينات الشخصية. د.ط. الإسكندرية: منشأة المعارف.
- سلامة، أحمد. (د.ت). دروس في التأمينات المدنية. د.ط. القاهرة: مكتبة عين شمس،
- السنهوري، عبد الرزاق، (١٩٩٨). الوسيط في شرح القانون المدني. د.ط. بيروت: منشورات الحلبي.
- الشرقاوي، جميل. (١٩٩٥). الكفالة كتأمين شخصي للحقوق في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الأمن والقانون. دبي: أكاديمية شرطة دبي، السنة٣، ع٢.
- صاوي، أحمد و الروبي، أسامة. (٢٠٠٥). التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية. د.ط. القاهرة: دار النهضة العربية.
- عبد الباقي، عبد الفتاح. (١٩٥٠). التأمينات الشخصية والعينية. د.ط. الإسكندرية: مطبعة دار نشر الثقافة.
- عبد الرحمن، حمدي. (١٩٩٢). التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة. د.ن.
- عثمان، عبد الحكم. (١٩٩٥). أصول قانون المعاملات التجارية، الأوراق التجارية. د.ط. دبي: مطبوعات أكاديمية شرطة دبي.
- عكاشة، عبد الحكيم. (٢٠٠٧). التنفيذ الجبري للأحكام في قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني. د.ط. مصر: دار الكتب القانونية.

- فرج، توفيق حسن. (١٩٨٤). التأمينات الشخصية والعينية. د.ط. الإسكندرية: مؤسسة الثقافة الجامعية.
- محمود، همام محمد. (د.ت). التأمينات العينية والشخصية. د.ط. الإسكندرية: دار المعرفة الجامعية.
- مرسي، محمد كامل. (د.ت). التأمينات الشخصية والعينية. د.ط. القاهرة: مطبعة نصر. بند رقم ١٨.
- مرقس، سليمان. (١٩٩٤). الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، مصر: نقابة المحامين المصرية.
- منصور، مصطفى منصور. (١٩٦٠). عقد الكفالة. القاهرة: المطبعة العالمية.

- Gabriel Marty et Pierre Raynaud, droit civil, T3.
- Mazeaud, paar Chabas, leçons de droit civil, T,3, 6e, edition.
- Philippe Jestaz,encycl Dalloz, cautionnement.
- Philippe Simler. encycl Dalloz, cautionnement.
- Roland,les sûrétés,Dalloz,Ed,1983.

- الدعوى رقم ٨٧/٣٤٨، الدعوى رقم ٩٥/٨١٦، الدعوى رقم ٩٨/٢. مسقط: هيئة حسم المنازعات التجارية.
- الطعن رقم ١٤٥، س ٧٤ ق، نقض تجاري مصري في ٢٠١١/٣/٢٢، الموقع الرسمي للمحكمة على الإنترنت.
- الطعن رقم ٢٠٠٥/٢٣٢ تجاري عليا، مسقط: مجموعة المكتب الفني.
- الطعن رقم ٢٣٧. مصر: مجموعة المكتب الفني، س ٥٠ ق، ص١١٢٢.
- الطعن رقم ٨٧ لسنة ١٩٩٧، الطعن رقم ٢٧٩ لسنة ١٩٩٨، مجموعة أحكام تمييز دبي للمستشار هاني إسماعيل.
- قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م.
- القانون المدني الأردني.
- القانون المدني الفرنسي.

- القانون المدني المصري.
- قانون المعاملات المدنية الإماراتي.
- قانون المعاملات المدنية العماني.
- مجلة الأحكام العدلية.
- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري.