الدفع بتجريد المدين في عقد الكفالة خلال مرحلتي التقاضي والتنفيذ

م.د ستار جبار زاير

جامعة وارث الأنبياء (ع)

https://doi.org/10.61353/ma.0100447

تاريخ استلام البحث ٢٠٢٢/٤/٣٠ تاريخ قبول البحث ٢٠٢٢/٦/١ تاريخ نشر البحث ٢٠٢٢/٩/٣٠

إن تجريد المدين من أمواله أولاً وقبل استحصال الديون من أموال الكفيل، من الوسائل القانونية لمعالجة ذلك السلوك الاتكالي من المدين، ولكن هذه الوسيلة قد تفاوتت التشريعات، في معالجتها سعةً وضيقاً، فبعضها نظم التجريد على أنه إجراء يتم على مرحلة واحدة وصرته على مرحلة التنفيذ فقط، والبعض الآخر توسع في ذلك فقرر بنصوص صريحة أنه إجراء يتم في مرحلتي التقاضي والتنفيذ، فلم تقصر المطالبة بالدفع بتجريد المدين كدفع لرد دعوى الدائن، وإنما تم النص صراحةً على التبكير بهذا الدفع وخلال بدأ إجراءات المطالبة القضائية الأولى وأن لم تسمه تجريداً، إنما وسمته باسم آخر، ولكن يبقى المضمون نفسه وهو الرجوع على المدين أولاً، وهذا الدفع الأخير لا يوجد ما يمنع منه حتى وفق التشريعات ذات الإجراء الواحد، كما ثبت خلال البحث، ومع ذلك يمكن أن المشرع المدني العراقي أن يعمد إلى تشريعيه في كل مرحلة على حدة، لما له من أثر في إتاحة الفرصة للكفيل لحماية أمواله لحين استيفاء ما يمكن استيفاؤه من أموال المدين الأصلي، والرجوع على الكفيل بما تبقى من الدين بعد تجريد المدين خلال الإجراءات التنفيذية.

Stripping the debtor of his money first and before collecting debts from the sponsor's money is one of the legal means to address that dependent behavior of the debtor. , and others expanded on that and decided with explicit texts that it is a procedure that takes place in the stages of litigation and implementation, so the demand for payment was not limited to stripping the debtor as a payment for the refutation of the creditor's claim. Another, but the content remains the same, which is to refer to the debtor first, and this last payment is not prevented from it even according to the one-procedure legislation, as it was proven during the research. It has the effect of giving the guarantor the opportunity to protect his money until what can be collected from the original debtor's funds, and to refer to the guarantor for the remainder of the debt after stripping the debtor during the executive procedures.

الكلمات المفتاحية: الكفالة، التجريد، تجريد المدين، الرجوع على المدين، الضمان، الزعيم غارم.

المقدمة

يعتبر عقد الكفالة من العقود المهمة في حياة البشر ليس اليوم بل منذ أقدم العصور، فقد عرفتها اغلب الحضارات ولاسيما القديمة منها، فقد أشارت النصوص المسمارية إلى ان العراقيين القدماء قد عرفوا عقد الكفالة والضمان.

إن ما يقدمه عقد الكفالة من خدمات في الحياة العملية مهم جداً، إذ يسهم في تعزيز دور الائتمان وخاصة في مجال الاعمال والتجارة لذلك بادرت معظم التشريعات الى تنظيمه بقواعد قانونية خاصة به، ولكونه عقداً فهو يتطلب أن يشترك فيه على الأقل طرفان، أحدهما الكفيل الذي يعرض نفسه لوفاء دين طرف ثالث من ماله الخاص.

ويرجع الدفع بتجريد المدين إلى القانون الروماني، لكن ليس في عهده الأول بل في عهده الأخير، تحت حكم (جوستنيان)، فقد كان مركز الكفيل في بداية تطور القانون الروماني أسوء من مركز المدين، فمع ظهور الحاجة إلى كفلاء لضمان الوفاء بدين من تعوزه الحاجة إلى ائتمان الغير، كان المفروض أن الكفيل غير مدين أصلاً بالدين، ومع ذلك فالدائن لم يكن له حق التنفيذ الجبري على المدين الأصلي، وإزاء ذلك فإن الدائن لم يكن أمامه من وسيلة لاستيفاء حقه، إلا باتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهة الكفيل. ووصل الأمر إلى أن هذا الكفيل كان يتعرض لأن يقتل أو يباع عبداً في الأسواق إذا لم يقم المدين بالوفاء، وكان هو نفسه معسر، ثم ما لبث أن تطور الأمر تحت تأثير أفكار القانون الطبيعي ومبادئ العدالة أولاً ثم بعد ذلك في القانون، فأدى الى أن تساوى مركز الكفيل بمركز المدين، أي اصبح الكفيل في مركز المدين المتضامن. ثم ما لبث المشرع الروماني ان تبين قوة مركز الكفيل، فعمد تدريجياً إلى التخفيف من حدته وانتهى التطور في عهد (جستنيان) إلى منح الكفيل حق الدفع بتجريد المدين أولاً.

أهمية البحث:

والقوانين الحديثة خولت الكفيل حق الرجوع على المدين بما وفاه عنه، وفق شروط معينة، إلا أن هذا الرجوع قد لا يكون نافعاً للكفيل في أغلب الأحيان، بسبب مماطلة المدين، وقد انتبه المشرعون لهذا الأمر ولم يتركوا الكفيل بدون حماية بل منحوه مجموعة من الحقوق؛ منها الدفع بمواجهة الدائن إذا رجع عليه ابتداءً بأن يرجع على المدين أولاً لاستيفاء حقه، وهذا ما يسمى بحق التجريد، أي أن الدائن عليه بالرجوع على المدين أولاً ثم على الكفيل، أي ان الدائن لا يستطيع التنفيذ على أموال الكفيل قبل ان ينفذ على أموال المدين وتجريده من أمواله.

مشكلة البحث:

ولكن المشكلة أن هذه المعالجة على أهميتها قد اختلفت التشريعات الوضعية في طريقة التعاطي معها، فمن المشرعين من وسع من آفاق منح حق التجريد للكفيل في مرحلتين منفصلتين هما مرحلتي التقاضي

والتنفيذ، إمعاناً في تعزيز حماية حقوقه من باب أنه صاحب المصلحة الأولى بالرعاية، وتشريعات أخرى ضقت من مدى حق التجريد فقررته في أحدى المرحلتين الذكورتين آنفاً دون المرحلة الأخرى، وكان لفقهاء الإسلام مواقف متعددة من حق التجريد بتعدد المدارس والمذاهب الإسلامية.

وعقد الكفالة تعهدته أقلام الفقهاء والباحثين بالدراسة وأفاضوا فيه، إلا أن حق التجريد لم يتم بحثه بشكل مستقل ألا نادراً، دون تمييز بين ما يكون منه خلال مرحلة التقاضي وما يكون في مرحلة التنفيذ، وهذا هو السبب الذي شجعنا للكتابة في هذا الموضوع.

منهجية البحث:

ومنهج البحث قائم على استقرائي تحليلي، مستند على ما بين التشريعات العراقية والمصرية والفرنسية من اختلافات في النظرة إلى حق التجريد، مع ذكر أهم أراء فقهاء الإسلام بخصوص هذا الموضوع.

هيكلية البحث:

ولتحقيق غاية هذا البحث فسنقسمه إلى مبحثين، سنتناول في المبحث الأول ماهية الدفع بالتجريد، وفي المطلب الثاني سندرس آثار الدفع بالتجريد في مرحلتي التقاضي والتنفيذ.

المطلب الأول

مفهوم الدفع بالتجريد

لغرض الإحاطة بماهية الدفع بالتجريد، سندرس تعريفه وجذوره التاريخية أولاً ومن ثم نبحث في خصائص هذا الدفع وشروطه، وذلك يقتضي منا قسمته على فرعين، سنخصص الفرع الأول لتعريف الدفع بالتجريد وتحديد نطاقه، وسنتناول في الفرع الثاني خصائص الدفع بالتجريد وشروطه.

الفرع الأول

تعريف تجريد المدين وتحديد نطاقه

أولاً- تعريف تجريد المدين:

التجريد لغة: يعني عزل صفة أو علاقة عزلاً ذهنياً، وقصر الاعتبار عليها أو ما يترتب على ذلك ويقال: (جرده) قشره وأزال ما عليه، ويقال: جرد فلاناً الثوب أو من الثوب: عرّاه ويقال: جرّد الكتاب: عرّاه من الضبط، وجرّد السيف من غمده: سلّه، ورجل مجرد بتخفيف الراء، أخرج من ماله، وقد عرف الجرجاني التجريد بأنّه: إماطة السوي والكون عن السر والقلب(١).

أما اصطلاحاً فقد عرف فقهاء القانون حق التجريد بتعريفات عديدة منها أنه: "الحق الممنوح للكفيل الذي يطالب بأداء الدين في إلزام الدائن بمطالبة المدين اولاً إذا كان موسراً بشرط أن يثبت الكفيل ان المدين يمتلك أموالاً تفي بأداء الدين"، وهذا التعريف يقصر حق التجريد على حالة كون المدين (موسراً) في حين ان

مقتضى عقد الكفالة يقضي بأن الملتزم الاول بالدين والمسؤول عنه هو (المدين) دون تحديد حالته يسراً أو عسراً، فيجب على الدائن ان يرجع على المدين ليأخذ حقه منه أو جزء من ذلك الحق في حالة إذا كان المدين ليس لديه ما يكفي للوفاء بالدين كله ويرجع بالباقي على الكفيل[٢].

كما عرف حق التجريد بأنّه: "رخصة تخول الكفيل غير المتضامن الحق في أن يمنع التنفيذ على امواله وفاء للدين المكفول إلّا بعد فشل الدائن في استيفاء حقه جبراً من المدين"[٣]، ومما يلاحظ على هذا التعريف أنه عد الحق في التجريد رخصة، والرخصة غير الحق فالرخصة هي مكنة اكتساب الحق، وهي لا تحميها دعوى، بخلاف الحق الذي تحميه دعوى، بالإضافة إلى أنّه أبرز شرط عدم التضامن بين الكفيل والمدين، وترك الشروط الأخرى الواجب توافرها للتمسك بحق التجريد.

وخلاصة لما سبق، فإنه يمكن أن يكون تعريف الدفع بالتجريد بأنّه: حق الكفيل، إذا توافرت شروط معينة في أن يدفع مطالبة الدائن، بأن ينفذ أولاً على أموال المدين الأصلي، قبل أن يبدأ إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل[٤].

ويلاحظ ان الكفالة في القانون الروماني تتم بلا مقابل[٥]، كما نلاحظ أن قانون فيلبس قد قرر الحظر على النساء في أن تكفل الغير وعلى الأخص كفالتهن لأزواجهن في عهد جستنيان[٦]، وبذلك تأكدت الصفة الأساسية للكفالة وهي صفة الاحتياطية، وانتقل الدفع بالتجريد من القانون الروماني إلى القانون الفرنسي القديم، ومن الأخير انتقل الدفع بالتجريد إلى القانون الفرنسي الحالي دون تعديل في المادة التي اشارت إليه (٢٠٢١) ولكن تم تقييد حق التجريد في المجموعة المدنية الفرنسية بقيود تضمن حماية الدائن، حيث أوجب على الكفيل أن يتمسك بالدفع بالتجريد عند (الاجراءات الأولى)[٧].

أما في القوانين الحديثة فقد تأكدت صفة التبعية لعقد الكفالة، مما ترتب على ذلك أن الدائن لا يستطيع أن ينفذ على أموال الكفيل قبل أن ينفذ على أموال المدين، وهذا ما يسمى الدفع بالتجريد، وتبدو أهمية هذا الدفع في حماية الكفيل وتأكيد دوره الاحتياطي ووضعه التبعي، إذ أن الكفيل يلتزم غالباً بالوفاء بدين لا مصلحة له فيه، فهو ضامن لدين غيره، فمن العدالة أن لا يرى أمواله تنزع منه، بينما أموال المدين قائمة لا تمس، فيجب أن يُمَكّن هذا الكفيل من دفع إجراءات التنفيذ التي تقع على أمواله ومطالبة الدائن بأن يلجأ إلى أموال المدين للتنفيذ عليها، إذ أنه قد يجد ما يكفي لسداد دينه، وعلى فرض السماح للدائن بالتنفيذ على أموال الكفيل فإنه سيكون من حق الكفيل أن يطالب بالرجوع على المدين بكل ما دفعه عنه، والتشريعات سمحت للكفيل بنصوص قانونية محددة، اختصاراً للوقت والنفقات، أن يدفع بتجريد المدين أولاً، قبل التنفيذ على أمواله، حتى يتلافى بقدر الإمكان هذا الرجوع، كما أن الدائن لن يضار بالبدء بالتنفيذ على أموال المدين، لأن كل ما يهمه هو الحصول على دينه ويستوي لديه أن يحصل عليه من أموال المدين أو الكفيل[٨].

وبناءً على ما سبق فإن الدفع بالتجريد يحقق مصلحة الكفيل، وفي الوقت نفسه لن يضار الدائن منه، وإذا نفذ على المدين فقد تحققت بذلك مصلحة الكفيل، وهو أولى بالرعاية في الموازنة بين مصلحته ومصلحة المدين، والأصل أن لكل كفيل ان يتمسك بالتجريد، فلا يحرم منه، إلا إذا تنازل عنه صراحةً أو ضمناً، أو كان متضامناً مع المدين، فلا ينظر في الدفع بالتجريد إلى ما إذا كان الكفيل قد التزم بالكفالة بناءً على طلب المدين أو بعلمه فقط، أو رغم معارضته، ولا فرق بين الكفيل الذي اشترط مقابلاً لالتزامه والكفيل الذي تقدم بالضمان تبرعاً، وذلك لأن الدفع بالتجريد حق ثابت للكفيل في مواجهة الدائن فلا ينظر إلى طبيعة علاقته بالمدين أو سبب قبوله بهذا الالتزام(٩).

ثانياً- نطاق حق تجريد المدين:

لرسم حدود واضحة بين ما يدخل ضمن نطاق التجريد مما لا يدخل ضمنه، تحديد النطاق الشخصي لحق تجريد المدين لا بد من توضيحه من حيث النطاق الشخصي، فإن هذا الدفع مقرر للكفيل فقط، ولا يجوز للمدين المتضامن أن يدفع بتجريد مدين متضامن معه، لأن كل منهما مسؤول على نفس الدرجة أي إن كل منهما مسؤول مسؤولية كاملة عن الدين كله.

والذي له حق التمسك بالدفع بالتجريد هو الكفيل العادي، وعلى ذلك ليس للكفيل المتضامن مع المدين أن يدفع بالتجريد (م/١٠٣١) من القانون المدني العراقي، إذ نصّت على أنه: "اذا كان الكفيل متضامناً مع المدين، فالدائن مخير في المطالبة ان شاء طالب المدين وان شاء طالب الكفيل، ومطالبته احداهما لا تسقط حق مطالبته الآخر فبعد مطالبته احدهما، له ان يطالب الآخر وله ان يطالبهما معاً"، وبما إن الكفيل في الكفالة القضائية والكفالة القانونية والكفالة التجارية يعتبر متضامناً بنص القانون (م٢/١٠٣٠) مدني عراقي، فإنه لا يحق له التمسك بالدفع بالتجريد. ولا يهم بعد ذلك ما إذا كان الكفيل قد التزم بالكفالة بناءً على طلب المدين أو بعلمه فقط أو برغم إرادته، ولا فرق بين الكفيل الذي اشترط مقابلاً لالتزامه، والكفيل الذي تقدم للضمان متبرعاً، فللكفيل الشخصي في كل هذه الحالات أن يدفع بالتجريد متى توافرت شروطه(١٠)، أما الكفيل العيني فقد اختلف الفقه القانوني حول حقه في الدفع بالتجريد إلى رأيين:

الرأي الأول:

يذهب غالبية الفقه(١١) إلى ان الكفيل العيني لا يحق له ان يتمسك بحق التجريد، وتبريرهم في ذلك، إن الكفيل العيني وقد رهن ماله ضماناً لدين على آخر يعتبر قد خول سلطة التنفيذ على هذا المال حتى ولو كانت هناك أموال للمدين مرهونة في ذات الدين، ونعتقد أن هذا الاتجاه يتفق مع موقف المشرع العراقي الوارد في المادة (١٣٠٠) مدني عراقي التي نصّت على أنه: "إذا كان الراهن في الرهن التأميني غير المدين فلا يجوز التنفيذ على شيء من ماله الذي لم يخصص لضمان حق الدائن، ولا تجاوز مسؤوليته عن هذا

الحق حد ما رهنه من المال، لكن ليس له أن يطلب من المرتهن ان يجرد المدين قبل التنفيذ على العقار المرهون ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك".

الرأي الثاني:

ويذهب أصحاب هذا الرأي(١٢) إلى أن الكفيل العيني يحق له ان يتمسك بحق التجريد اسوة بالكفيل الشخصي، وحجتهم في ذلك أن نص المشرع على حرمان الكفيل العيني من الدفع بالتجريد لم يكن نصاً آمراً، بل نصاً مفسراً، ولهذا يجوز للكفيل ان يشترط على الدائن الرجوع أولاً على المدين وتجريده من أمواله، فإذا فشل رجع عليه. بمعنى ان يحتفظ الكفيل العيني لنفسه بموجب هذا الشرط بالحق بالتجريد،(١٣) ولكن هذا الرأي يكون صحيحاً فقط في حالة وجود اتفاق على تجريد المدين أولاً، أما في حالة عدمه، فلا مناص من تطبيق المادة (١٣٠٠) أعلاه، والتنفيذ على العقار المرهون دون تجريد المدين، ولا وجه للتهرب من هذا الحكم على أساس أن النص ليس آمراً، فهذا النص آمر وملزم بغياب الاتفاق على خلافه.

وبعد هذا الوصف للنطاق الشخصي لحق التجريد، لا بد من تحديده من حيث الموضوع، أي تحديد أوصاف الأموال المشمولة بالتجريد، وهذه الأوصاف هي كالآتي:

١- أن تكون الأموال التي يرشد الكفيل الدائن إليها مملوكة للمدين:

إذا لم تكن هذه الأموال مملوكة للمدين، فعند ذلك لا تدخل في وعاء الذمة المالية الخاصة به، والتي تعتبر ضماناً عاماً لدائنيه ومن ثم يسقط عن الكفيل الحق بالتمسك بالتجريد، كما إذا أرشد الكفيل الدائن لأموال مملوكة لزوجة المدين أو لابنه أو لأبيه، لانتفاء الرابطة بينه وبين هؤلاء، وقد أشارت إلى هذا الشرط المادة (٢/١٠٢١) من القانون المدني العراقي إذ جاء فيها (.... باستيفاء دينه من أموال المدين).

وهذا ما سارت عليه محكمة تمييز العراق في العديد من قراراتها، وقد جاء في أحدها: "لدى التدقيق والمداولة وجد أن المميز كان قد كفل الدكتور اوهان ارتين وتعهد بموجب العقد المصدق من كاتب العدل بأن يدفع المبلغ الذي يتحقق بذمة مكفوله في حالة إخلاله بشروط العقد ومنها وجوب الرجوع إلى العراق والخدمة لدى الحكومة العراقية، وقد تحقق هذا الاخلال بعدم عودة الدكتور إلى العراق وسفره إلى أمريكا، ولدى الرجوع إلى الاعتراضات التمييزية وجد ان المميز دفع بمرور الزمان (التقادم)، وهذا الدفع غير وارد لأن الدعوى أقيمت ضمن المدة القانونية أما الدفع الثاني والذي تمسك به المميز وهو وجوب مطالبة المدين الأصلي أولاً وهو الدكتور اوهان ارتين، وأنه وبعد صرف المميز عليه النظر عن مطالبة المذكور لا يحق له مطالبته لأن الكفالة هي غير تضامنية، إن هذا الدفع غير وارد أصلاً لأن الكفالة وإن لم تكن كفالة تضامنية، إلا إنه كان على المميز عليه النظر في مطالبة المذكور ووفقاً لنص المادة يمكن له طلب ايقاف الاجراءات مؤقتاً ضده لحين استيفاء الدين من هذه الاموال، وحيث إن المميز لم يثبت وجود مثل هذه للمدين لذا يكون

الحكم المميز الذي قضى بإلزامه بالمبلغ المدعى عليه به صحيحاً، فقرر تصديقه من حيث النتيجة ورد الاعتراضات التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ١٩٧٥/٨/٩"[١٤].

وأموال المدين التي يرشد الكفيل الدائن يجب أن تفي بالدين كله، فلا يكفي أن تفي بجزء من الدين أو حتى معظم الدين، وذلك لأنَّ أموال المدين إذا كانت كافية للوفاء بجزء من الدين فقط، فلا يجوز التمسك بالدفع، ويقال في تبرير هذا الحكم إنه إذا كانت الأموال غير كافية فإن الدائن سيضطر إلى التنفيذ من جديد على الكفيل فتتعدد الاجراءات، وكذلك فإن الزام الدائن بالتنفيذ على المدين يضطره أن يقبل وفاء جزئياً لحقه، ولا يجوز إجبار الدائن أن يقبل هذا الوفاء الجزئي.

ويلاحظ إن القانونين الفرنسي والمصري لم يشترطا أن تكون الأموال التي يرشد إليها الكفيل كافية للوفاء بالدين كله، وفي هذه الحالة فإن الدائن ينفذ على المدين والكفيل في وقت واحد، أي ينفذ على المدين بكل دينه ولا ينفذ إلا بالباقي من الدين بعد استنزال قيمة الأموال التي أرشد إليها الكفيل[١٥].

ونعتقد أن هذا التوجه للمشرعين المذكورين أكثر إصابةً للحق، لأن حرمان الدائن من المطالبة بتجريد المدين أولاً بحجة أن أمواله غير كافية سيجعل من هذا الدفع غير ذي قيمة إلا إذا كانت أموال المدين كافية تماماً للوفاء بالدين، ثم إن ذلك سيكون على خلاف الإطلاق الوارد في الفقرة الأولى من المادة ١٠٢١ من القانون المدني العراقي، التي نصّت على أنه: "يفرض في الكفالة انها انعقدت معلقة على شرط عدم وفاء المدين ما لم يكن الكفيل قد نزل عن هذا الشرط او كان قد تضامن مع المدين"، ومن الواضح من هذا النص أن الكفالة من حيث الاصل قد انعقدت معلقة على شرط (عدم وفاء المدين)، ولم يحدد هذا الوفاء بوصفه جزئياً أو كلياً، وطبقاً لهذا الإطلاق فإن عدم كفاية اموال المدين ليست مبرر للدائن لرفض الوفاء الجزئي من أموال المدين، وهذا ما تقتضيه دواعي العدالة، ولكن المشرع العراقي في الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه قد اشترط كفاية أموال الدائن كشرط للدفع بتجريد المدين أولاً[١٦]، وهو ما سنأتي على تفصيله عند بحث شروط الدفع بتجريد المدين.

٢- أن تكون هذه الاموال قابلة للحجز عليها:

وهذا الشرط نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١٠٢١) من القانون المدني العراقي: (... إذا ظهر أن أمواله القابلة للحجز ...) وهذا ما أكدته محكمة التمييز بقرارها المنشور آنفاً (رقم ١٨٢ في ١٩٧٥/٨/٩) والذي جاء فيه: "على الكفيل إذا ما طولب بمبلغ الكفالة ورغب في إيقاف الاجراءات هذه، أن يثبت أن للمدين أموالاً قابلة للحجز ...".

أما بالنسبة للمشرع المصري فأنه لم ينص صراحة على هذا الشرط إلا ان الفقه والقضاء أخذا به[١٧]، وكذلك الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي حيث لم يشترط صراحة هذا الشرط، ولكن يمكن الاستناد

إلى نص المادة (٢٣٠٠) من القانون المدني الفرنسي، إذ أنها أوجبت على الكفيل الذي يطالب بالتجريد أن يحدد للدائن أموال المدين الأصلي، وبالتالي لا يجوز أن تكون هذه الأموال غير قابلة للحجز عليها[١٨].

٣- ان تكون هذه الأموال غير متنازع فيها:

للتمسك بحق التجريد يشترط أن تكون الاموال التي يرشد الكفيل الدائن إليها غير متنازع فيها، لأن الأموال المتنازع فيها غير مأمونة العاقبة، فقد يسفر فض النزاع الحاصل بشأنها بثبوت ملكيتها لغير المدين، كما أن الاموال المتنازع فيها يصعب التنفيذ عليها، إذا يقتضي النزاع غالباً التقاضي وما يترتب عليه من طول الاجراءات وتعقيدها. وقد نصت على هذا الشرط الفقرة الثانية من المادة (١٠٢٢) من القانون المدني العراقي إذ جاء فيها: "... ولا عبرة في الأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال ... أو كانت أموالاً متنازع فيها". ويكون المال متنازع فيه إذا كان قد رفعت به دعوى أمام القضاء أو قام بشأنه نزاع جدي[١٩].

٤- أن لا تكون هذه الأموال واقعة خارج الاراضي العراقية:

وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١٠٢٢) من القانون المدني العراقي إذ جاء فيها: "ولا عبرة بالأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي العراقية ..." وإن الحكمة من هذا الشرط هو أن المشرع يريد أن يجنب الدائن مباشرة إجراءات طويلة ومعقدة للتنفيذ عليها إذا كانت هذه الأموال خارج العراق.

الفرع الثاني

خصائص الدفع بالتجريد وشروطه

للدفع بالتجريد خصائص تميزه عن غيره وله شروط لا يقوم إلا بها، لذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنبحث في الفرع الأول خصائص التجريد، وفي الفرع الثاني سندرس شروط التجريد.

أولاً- خصائص حق تجريد المدين:

من خلال ما تم استعراضه، يتبين لنا ان حق التجريد له خصائص يتميز بها وهي:

١- حق التجريد هو حق خاص بالكفيل بوصفه كفيلاً:

يلتزم الكفيل بمقتضى عقد الكفالة ان يضمن التزام المدين والوفاء به إذا لم يفِ به المدين نفسه، ويترتب على ذلك ان للدائن ان يطالب الكفيل بالوفاء بالالتزام محل عقد الكفالة، وله ان ينفذ على أمواله ليحصل على حقه، ولأن عقد الكفالة يتمتع بصفة التبعية لالتزام أصلي، فإنه يجب على الدائن أن يطالب المدين أولاً قبل أن يطالب الكفيل كما أنه يجب أن ينفذ على أموال مدينه الأصلي لاستيفاء حقه قبل ان ينفذ على أموال الكفيل، فالتجريد هو حق يثبت للكفيل بوصفه كفيلاً وكون التزامه تابع لالتزام المدين[٢٠].

٢- حق التجريد ليس من النظام العام:

بمعنى أنه يتعين على الكفيل ان يتمسك به لأنه حق مقرر لمصلحته الخاصة، ومن ثم لا يجوز للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفســـها، فالدائن في الأحوال التي يكون له فيها مطالبة الكفيل ابتداءً لا يجبر على تجريد المدين أولاً، وكذلك المحكمة لا تقضي بذلك من تلقاء نفسها، فلا يبقى إلا أن يطالب به الكفيل، لأن هذا الحق ليس من النظام العام بل هو حق خاص [٢١].

٣- حق التجريد هو حق يوفر الإجراءات والمصاريف:

إن الكفيل إذا قام بأداء الدين للدائن كان له أن يرجع على المدين بما وفاه، إذاً فليس هناك ما يدعو إلى إطالة أمد الإجراءات بأن يباشـــر الدائن التنفيذ على أموال الكفيل، ثم يعود هذا الأخير فيطالب المدين وينفذ على أمواله، متى أمكن للدائن أن يستوفي حقه من مدينه الأصلي، بأن كان لديه ما يفي بالدين، وفي الوقت نفســـه ليس للدائن مصـــلحة في أن ينفذ على أموال الكفيل إذا كان لدى مدينه الأصـــلي ما يفي بالدين[٢٢]، لأنه في النتيجة ينشد الحصول على دينه ولا يهمه الجهة التي ستحقق له ذلك.

ثانياً- موقف الفقه الإسلامي من الدفع بالتجريد

لقد تباينت مواقف فقهاء الإسلام من حيث الأخذ بحق التجريد وعدم الأخذ به، ولكنهم اتفقوا ابتداءً على اعتبار الضـامن غارم، مادام أن المدين غائب أو أنه حاضر ولكنه معسر بالدين، بيد أن هؤلاء الفقهاء اختلفوا في مسألة إذا حضر المدين والكفيل وكان كلاهما موسر، فهل يقوم الدائن بالتنفيذ على أموال المدين أم على أموال الكفيل؟ فقد انقسم الفقهاء المسلمون في ذلك في رأيين:

الرأي الأول: عدم الأخذ بحق التجريد.

الفريق الأول: يذهب إلى أن الدائن بالخيار في الرجوع على المدين والكفيل أيهما شاء. ومطالبة أيهما شاء، ومطالبة أحدهما لا تســـقط حق مطالبة الآخر، كما أنه إذا طالب احدها وأخذ مقدار من الدين فله مطالبة الآخر بالباقي. وقد أخذ بهذا الرأي فقهاء: (الحنفية، والحنابلة، والشافعية في الأصلح عندهم). فقد جاء عند الحنفية في المبســـوط: (إذا كفل الرجل عن الرجل بمال فللطالب أن يأخذ به أيهما شـــاء ومطالبة احدهما لا يسقط في مطالبة الآخر)[٢٣]، وقد استدل أصحاب هذا الفريق على رأيهم بالسنة والمعقول:

وروي عن إمامة الباهلي أنه قال: سمعت رسول الله (ص) يقول: (الزعيم غارم) فبموجب هذا الحديث النبوي الشـــريف إن الدين ثابت في ذمة الضـــامن مع ثبوته في ذمة المضـــمون عنه ومن هنا جاز للدائن إن يطالب ايهما شاء.

كما استندوا إلى المعقول من حيث:

١- إن الكفالة هي ضم ذمة إلى ذمة، وبذلك يسوغ للدائن مطالبتهما أو مطالبة من شاء منهما.

٢- إنه لا يترتب على مطالبتهما معاً، أن يأخذ الدائن حقه مرتين وذلك لأنه وإن طالبهما معاً لكن لا يستوفي حقه إلا من أحدهما فقط.

أما عند الإمامية فقد جاء في المبسوط في فقه الإمامية: (إن قبل الضمان كان دين الأصيل وبعد الضمان دين الضامن) وجاء في فقه الصادق عليه السلام: (لا خلاف ولا إشكال في أنه إذا تحقق الضمان على الوجه المعتبر شرعاً ينتقل المال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن وتبرأ ذمة المضمون عنه)[٢٤] وحسب هذا الرأي لا يحق للدائن مطالبة الأصيل إنما تتوجه المطالبة فقط إلى الكفيل، ويشترك في هذا الرأي مع الإمامية الظاهرية[٢٥].

الرأي الثاني: الأخذ بحق التجريد:

فرّق اصحاب هذا الرأي بين ما إذا كان الدائن قد اشترط إن يطالب من شاء منهما بحقه ام لم يشترط ذلك، فإذا اشترط الدائن الخيار كان له ما شرطه، فإن شاء طالب المدين وإن شاء طالب الكفيل. [٢٦] وهذا مذهب المالكية يقول الإمام مالك إذا كان الأصيل حاضراً موسراً فحينئذ لا يحق للدائن مطالبة الكفيل (إلا اذا نقص من حقه شيئاً فيأخذه من الضامن) أما إذا كان الأصيل غائباً أو معسراً فللدائن حق مطالبة الكفيل[٢٧]، وقد استند أصحاب هذا الرأي لدعم رأيهم بما يأتي:

إن الكفيل فرع والمدين أصل، والفروع لا يصار إليها إلا عند تعذر الأصول، وقياس الكفالة على الرهن بجامع إن كلا منهما للتوثق وحفظ الحقوق فكما الراهن لا يستوفى منه الحق إلا عند تعذر الاستيفاء من المدين فكذلك في الكفالة لا يستوفى الحق من الكفيل إلا عند تعذر الاستيفاء من المدين[٢٨].

ثالثاً- شروط الدفع بتجريد المدين:

توجد شروط لا بد من توافرها لكي يمارس الكفيل حقه في الدفع بتجريد المدين، وهذه الشروط تكون متعلقة بتمسك الكفيل بهذا الدفع وعلى أن لا يكون متضامناً مع المدين، وأن يقوم بإرشاد الدائن إلى أموال المدين.

١- تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد:

لما كان الهدف من تقرير الدفع بالتجريد هو حماية مصلحة الكفيل فهو يلتزم بالوفاء بالدين في حالة عدم قيام المدين بالوفاء عند حلول الأجل، ومن ثم فإن الكفيل حتى في حالة قيامه بالوفاء بالدين فسيرجع بذلك على المدين، وبغية عدم إطالة أمد الإجراءات والاقتصاد في النفقات وجد الدفع بالتجريد، فأساس هذا الدفع هو توفير الاجراءات والنفقات وتحقيق العدالة، لأنه مادام المدين ميسوراً ليس من العدل الزام الكفيل بالوفاء بالدين[٢٩].

والكفيل الذي يحق له التمسك بحق تجريد أموال المدين، هو الكفيل الذي تقدم للضمان عن طريق ضم ذمته الى ذمة المدين الأصلي، حيث يلتزم الكفيل هنا التزاماً شخصياً تجاه الدائن، ولا تتحدد مسؤوليته بمال معين، بل يقوم الجانب الإيجابي في ذمته بالضمان، وهذه هي الصورة المألوفة للكفالة[٣٠].

فالكفيل له وحده حق الدفع بتجريد المدين ومن ثم فلا يجوز لمدين متضامن مع مدينين، آخرين أن يدفع قيام الدائن ضده بالتنفيذ بتجريد غيره من المدينين المتضامنين، ويقتصر الدفع بحق التجريد على الكفيل الشخصي، ولا يجوز للكفيل العيني التمسك بهذا الحق[٣١].

وإلى ذلك أشارت المادة (١٠٢١) من القانون المدني العراقي حينما قررت حق الكفيل في وقف الاجراءات القضائية الموجهة ضده من قبل الدائن أن يدفع ذلك بأن يطالب الدائن باستيفاء دينه من أموال المدين أولاً، إذ نصت هذه المادة على أنه: (١ – يفرض في الكفالة انها انعقدت معلقة على شرط عدم وفاء المدين ما لم يكن الكفيل قد نزل عن هذا الشرط او كان قد تضامن مع المدين. ٢ – فإذا طولب الكفيل اولاً جاز له عند الاجراءات الاولى التي توجه ضده، ان يطالب الدائن باستيفاء دينه من اموال المدين واتخاذ الاجراءات ضده اذا ظهر ان امواله القابلة للحجز تكفي لوفاء الدين بأكمله، وتقدر المحكمة ما اذا كان هناك محل لوقف الاجراءات مؤقتاً ضد الكفيل حتى يتم الاستيفاء).

ونعتقد أن العبارة الأخيرة للمادة أعلاه "وتقدر المحكمة ما إذا كان هناك محل لوقف الاجراءات مؤقتاً ضد الكفيل حتى يتم الاستيفاء"، يمكن تفسيرها في أن السلطة التقديرية للمحكمة ضمن حدود التأكد من مسألة تنازل أو عدم تنازل الكفيل عن حقه في تجريد المدين أولاً، فإذا ثبت لها أنه لم يتنازل عن هذا الحق، تصدر قرارها بوقف الإجراءات، وإذا ثبت لها العكس مضت إجراءات مطالبة الدائن للكفيل، لأنه لا مبرر للسلطة التقديرية للمحكمة مقابل حق مقرر بنص القانون، خصوصاً إذا أخذنا بنظر الاعتبار أن التزام الكفيل على سبيل الاحتياط والتبعية، أما مسألة أن أموال المدين تكفي أو لا تكفي لسداد الدين فهذه مسألة سنتناولها في موضعها من البحث.

وقد نصت المادة (١٠٥٠) من القانون المدني المصري على أنه: "إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله، إلا ما رهن من المال، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك"، وفسرت مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ذلك بما يأتي: "....ولكن لا يجوز للكفيل العيني أن يجبر الدائن أن يرجع أولاً على مال المدين، وهذا هو حق التجريد، لأن عقار الكفيل مرهون في الدين، ويجوز للدائن إذن أن يبدأ التنفيذ على هذا العقار حتى لو كان في مال المدين عين أخرى مرهونة في نفس الدين".

ولا يدفع الكفيل إلا بتجريد المدين الذي كفله، فإذا تعدد المدينون وكفل الكفيل بعضهم دون البعض الآخر، فلا يحق له أن يدفع بتجريد المدينين الذين لم يكفلهم[٣٢]، ونصت الفقرة الثانية من المادة (٧٨٨) من

القانون المدني المصري على شرط تمسك الكفيل بحق التجريد بقولها " .... ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق"(٣٣).

أما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي فقد نصت المادة (١٢٩٨) على أنه: (لا يلزم الكفيل تجاه الدائن بدفع دينه إلا إذا تخلف المدين الذي يجب أن يلاحق في أمواله أولاً، باستثناء الحالة التي يتنازل فيها الكفيل عن حق التجريد، أو عندما يلزم الكفيل بالتضامن مع المدين، فيخضع تعهده في هذه الحالة للأصول المقررة للديون المتضامنة)(٣٤).

ويذكر أن الحق في التجريد لا يعد من النظام العام، فهو حق مقرر لمصلحة الكفيل، ومن ثم فهو يقرر التمسك بهذا الحق أو عدم التمسك به، ولا يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تقضي بالزام الدائن بتجريد أموال المدين قبل التنفيذ على أموال الكفيل(٣٥).

إن تنازل الكفيل عن الدفع بتجريد المدين قد يكون صريحاً، وقد يكون ضمنياً يستشف من الظروف، من قبيل ذلك سكوت الكفيل وعدم معارضته في التنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال المدين(٣٦).

وفي المقابل فإنه لا يؤثر في ثبوت حق الكفيل في الدفع بتجريد المدين، أن يكون الكفيل متبرعاً أو حصل على مقابل لالتزامه بالضمان بناءً على طلب المدين، أو على العكس بغير علمه أو حتى رغم معارضته(٣٧).

ولكن لا يعد تنازلاً عن الدفع بالتجريد التزام الكفيل بوفاء دين المدين، إذا تخلف هذا الأخير عن الوفاء به في ميعاد محدد، وكذلك إذا ترك الكفيل الدائن ينفذ على أمواله لأنه لم يكن للمدين أموالاً تكفي للوفاء بالدين، أي لم تتوفر شروط التمسك بالدفع، فإذا ظهر للمدين أموالاً بعد ذلك لم يعتبر سكوت الكفيل عن التمسك بالدفع نزولاً ضمنياً إذا هو بادر ودفع بالتجريد بمجرد أن تظهر أموال للمدين، كما لا يعد تنازلاً ضمنياً أن تكون الكفالة في مسائل تجارية، فالدفع بالتجريد جائز في المسائل التجارية جوازه في المسائل المدنية(٣٨)، أما فيما يتعلق بوقت التمسك بحق التجريد، فقد ذهب اتجاه في الفقه إلى أنه يجوز للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع في أي وقت مناسب له، إلى أن يصدر منه ما يقطع برغبته في التنازل عنه(٣٩)، وهذا التوجه مردود وفق نص المادة

في حين ذهب اتجاه آخر إلى أن الدفع بالتجريد يتعلق بمرحلة التنفيذ على أموال الكفيل لا بالمطالبة القضائية، فلا يجوز للكفيل التمسك بهذا الدفع إلا عندما يبدأ الدائن في إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل بمقتضى سند تنفيذي، ولا يكون الدفع بالتجريد مقبولاً قبل ذلك(٤٠).

وهناك اتجاه ثالث يقول انه يجوز إبداء الدفع بحق التجريد عند نظر الدعوى، وفي أي حالة تكون عليها، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، فإذا كان أثر قبول الدفع يقتصر على منع التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين، فلا يؤثر هذا على سير الدعوى التي يطالب فيها الدائن الكفيل، ولا يوجد ما

يمنع من إبداء هذا الدفع أثناء الدعوى، وعندئذ تستمر المحكمة في نظرها وتحكم بالزام الكفيل بالدين، وبعدم جواز التنفيذ على أمواله إلا بعد تجريد المدين(٤١).

والأمر ليس كذلك بالنسبة للمشرع المصري، إذ إن الكفيل غير مقيد بنص تشريعي يعين الوقت الذي يستطيع فيه الكفيل الدفع بالتجريد، فيجوز ذلك للكفيل في أي وقت سواء عند الإجراءات القضائية أو في مرحلة الإجراءات التنفيذية مالم يصدر عنه ما يدل على نزوله عن هذا الحق(٤٢)، ويؤكد العلامة السنهوري هذا الاتجاه في أن المقصود بالتجريد هو ما يمارسه الدائن في بداية إجراءات التنفيذ على امواله، وليس في بداية مرحلة التقاضي، بقوله: "وعلى ذلك إذا لم يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد في أثناء نظر دعوى مطالبة الدائن إياه بالدين، لم يعتبر ذلك نزولاً ضمنياً عن هذا الدفع، لأن الدفع يتعلق بالتنفيذ لا بالمطالبة، ويبقى حق الدفع بالتجريد للكفيل بعد ذلك، وبخاصةً إذا جد للمدين مال يصلح للتنفيذ عليه فيما بعد، فقد قدمنا أن سكوت الكفيل عن الدفع بالتجريد قبل أن يجد للمدين مال لا يعتبر نزولاً ضمنياً عن الدفع، فيكون للكفيل أن يدفع بالتجريد ابتداءً من شروع الدائن في التنفيذ على ماله إلى أن يتم هذا التنفيذ، ما لم ينزل الكفيل عن الدفع صراحةً أو ضمناً، ويمكن استخلاص النزول الضمني عن الدفع من عدم تمسك الكفيل به إلى أن يقطع الدائن في التنفيذ مرحلة كبيرة، وعلى كل حال يعتبر النزول الضمني عن الدفع مسألة موضوعية يقدرها قاضي الموضوع".

٢- عدم تضامن الكفيل مع المدين:

كانت الكفالة تاريخياً تختلط بالتضامن، عندما كان يتم تشبيه الكفيل بالمدين المتضامن، إلا أنه يلاحظ أن المدين المتضامن مدين أصلي في مواجهة الدائن، في حين يعد الكفيل مديناً تابعاً، فالدائن يستطيع مطالبة أي من المدينين المتضامنين دون أن يسبق سؤال المدين ذو المصلحة في الدين، في حين أن في الكفالة لا يستطيع الدائن أن يطالب الكفيل إلا إذا رجع أولاً على المدين ليقوم بالوفاء بنفسه(٤٣).

لقد أقرت القوانين العربية ومنها القانون المدني العراقي بحق الكفيل في الدفع بالتجريد، على أن لا يكون متضامناً مع المدين، فإذا كان متضامناً فلا يحق له التمسك بالدفع بالتجريد، لأن التضامن يقتضي حق الدائن في الرجوع على الكفيل والمدين باعتبارهما متضامنين في تسديد الدين، فيكون حال الكفيل كحال المدين، أي يكون مديناً أصلياً كما هو الحال بالنسبة للمدين، وذلك بانضمام ذمة أخرى إلى ذمة المدين لضمان الوفاء بالالتزام.

فقد نص المشرع العراقي صراحةً على أنه لا يمكن افتراض التضامن بين الكفيل والمدين، ولا مجال لاستنتاجه من الظروف بل يجب النص عليه صريحاً في عقد الكفالة أو في عقد آخر، وقد حددت الحالات التي يفترض فيها التضامن بين الكفيل والمدين، أي تعدُ الكفالة تضامنية دون الحاجة إلى النص عليها، فقد نصت المادة (١٠٣٠) من القانون المدني العراقي على أنه: "١ – لا تضامن بين الكفيل والمدين، ما لم

يشـــترط ذلك في عقد الكفالة او عقد منفصـــل. ٢- اما في الكفالة القضـــائية والقانونية والتجارية، يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين"(٤٤).

ولكن ليس كل كفالة متعلقة بعمل تجاري تعتبر تجارية وبالتالي تكون مشـــمولة بنص الفقرة الثانية من المادة (١٠٣٠) المذكورة أعلاه، بل إن اعتبار تجارية الكفالة أو مدنيتها، وما يترتب على ذلك من اعتبار الكفيل متضامناً مع المدين أم غير متضامن يخضع لنص المادة (١٠١٦) من القانون المدني العراقي التي نصت على أن: "١ – كفالة المدين في دين تجاري تعتبر كفالة مدنية، حتى لو كان الكفيل تاجراً. ٢ – على ان الكفالة الناشـئة عن ضـمان الاوراق التجارية ضـماناً احتياطياً او عن تظهير هذه الاوراق تكون دائماً كفالة تجارية"، وعليه تكون الكفالة تجارية ولا يحق للكفيل الدفع بالتجريد في حالتين هما:

أ- إذا كانت الكفالة ناشئةً عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً.

ب- إذا كانت الكفالة ناشئة عن تظهير الأوراق التجارية.

وذهب رأي إلى أن تظهير الورقة التجارية على سبيل الضـمان يعد رهناً لها ضـماناً لدين آخر، وليست كفالة أصلاً حتى توصف بأنها مدنية أو تجارية، بل هي رهن لدين، وهو من صور الرهن التجاري(٤٥).

ولا يجوز للكفيل القانوني والقضـائي التمسـك بالدفع بالتجريد، لأن القانون اعتبرهما متضـامنين بحكم القانون، والمتضـامن بشـكل عام لا يجوز له التمسـك بالدفع بالتجريد، وهذا ما قررته الفقرة الثانية من المادة (١٠٣٠) السالفة الذكر.

وهذا التوجه نفسه للمشرع المصري الذي قرر في المادة (٧٩٥) من القانون المدني المصري، والتي نصت على أنه: (في الكفالة القضـائية أو القانونية يكون الكفلاء دائماً متضـامنين)، وفي هذا السـياق فإن المادتين اللتين تسبقان هذه المادة تؤكدان أن هذا التضامن المفترض هو بين الكفيل القانوني والمدين(٤٦)، وبين الكفيل القضائي والمدين، وليس كما قد يتبادر إلى الذهن من أن التضامن المقصود هنا هو الكفلاء فيما بينهم.

أما في القانون المدني الفرنســي، والاجتهادات القضــائية الفرنســية، فإذا كانت الكفالة بطبيعتها عقداً مدنياً، فإنها تتحول إلى عقد تجاري عندما يكون للكفيل مصـلحة شـخصـية في العملية التجارية التي تدخل بمناسبتها، ويعود تقدير المصلحة الشخصية للكفيل في التعهد التجاري إلى السلطة المطلقة لقضاة الموضوع، وأن واقعة كون الكفيل هو الزوج الشريك في الأموال الشائعة، مع مديرة الشركة المدينة الأصلية مالكة نصف رأس المال، لا يكفي لتوصـيف المصـلحة الشـخصـية، ويفترض أنه لمن يكفل شـركة يتولى إدارتها له مصـلحة مالية في العملية المضمونة، ولا يكفي الطابع التجاري لإضفاء الصفة التجارية على الكفيل(٤٧).

٣- قيام الكفيل بإرشاد الدائن إلى أموال المدين:

رغبة من المشرع في أن يأتي استخدام الدفع بالتجريد محققاً لأساس تقريره المتمثل بالصفة الاحتياطية لالتزام الكفيل بالنسبة لالتزام المدين الأصلي[٤٨]، والضمان الاحتياطي الذي تعهد الكفيل بتقديمه للدائن (تعهد الوفاء بالالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه)، بحيث لا يستخدم من جانب الكفيل اتكائه للتهرب من تعهده بالضمان، ولمجرد التسويف ومضيعة للوقت والنفقات[٤٩].

فبعد أن دفع الكفيل مطالبة الدائن له، بالرجوع إلى المدين لتجريده من المال الذي بحوزته بمقدار ما للدائن من دين في ذمة المدين، يجب على الكفيل أن يقوم بإرشاد الدائن إلى أموال المدين.

وإلى ذلك أشارت الفقرة الأولى من المادة (١٠٢٢) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه: "١ – اذا طلب الكفيل استيفاء الدائن دينه من اموال المدين وجب عليه ان يدل الدائن على هذه الاموال، وان يقدم له مبلغاً يكفي للوفاء بتكاليف الاجراءات".

وقد قرر المشرع المصري في قانونه المدني الشرط نفسه، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٧٨٩) منه على أنه: " إذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله".

المطلب الثاني

آثار الدفع بتجريد المدين في مرحلتي التقاضي والتنفيذ

سبقت الإشارة إلى أن الدفع بالتجريد هو حق أو مكنة أو منحة وضعها القانون للكفيل، مراعاة منه لصفة التزامه باعتباره التزاماً احتياطياً (اي لا يتعين الوفاء به إلا إذا لم يف المدين بالتزامه)، يستطيع الكفيل بمقتضاه، إذا توافرت شروط معينة أن يوقف إجراءات التنفيذ على امواله، إلى أن يتم التنفيذ على أموال المدين ويتضح عدم كفايتها لوفاء الدين[٥٠].

وللدفع بتجريد المدين آثاراً تبدأ منذ اللحظات الأولى للمطالبة القضائية من قبل الدائن، وقد عالجته التشريعات بطريقتين، الأولى قصرته على مرحلة التقاضي، والثانية وسعته ليشمل مرحلة التنفيذ، فضلاً عن إقرار حق الكفيل في المطالبة به خلال مرحلة التقاضي، لذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتناول في الفرع الأول آثار الدفع بتجريد المدين في مرحلة التقاضي، وسنعقد الفرع الثاني لآثار الدفع بتجريد المدين خلال مرحلة التنفيذ.

الفرع الأول

آثار الدفع بتجريد المدين خلال مرحلة التقاضي

لقد نظمت أغلب القوانين الوضعية حق التجريد وأخذت به خلال مرحلة التقاضي فقط، ومن جانب آخر توجد قوانين لم تنظمه، ولكل توجه منها مبرراته ودواعيه، فقد نحى المشرعين العراقي والفرنسي هذا

المنحى مع بعض التشريعات المقارنة، لذلك سنبحث موقف المشرعين العراقي والفرنسي كإنموذج لهذا التوجه التشريعي في الفقرتين الآتيتين:

أولاً- موقف المشرع العراقي:

لقد نظم المشـــرع العراقي في القانون المدني حين نص في المادة (٢/١٠٢١) منه حيث نصـــت المادة المذكورة على : "١- يفترض في الكفالة أنها انعقدت معلقة على شـــرط عدم وفاء المدين ما لم يكن الكفيل قد نزل عن هذا الشـرط أو كان قد تضـامن مع المدين". وقد رتب المشـرع العراقي على هذا الافتراض حق للكفيل في التجريد، وهو نظام استمده من القوانين المدنية الحديثة. وقد حدد القانون المدني العراقي مضمون هذا الحق في الفقرة الثانية من المادة (١٠٢١) التي جاء فيها: "فإذا طولب الكفيل أولاً جاز له عند الإجراءات الأولى التي توجه ضده أن يطالب الدائن باستيفاء دينه من أموال المدين واتخاذ الإجراءات ضده إذا ظهر أن امواله القابلة للحجز تكفي لوفاء الدين بأكمله وتقدر المحكمة ما إذا كان هناك محل لوقف الإجراءات مؤقتاً ضد الكفيل حتى يتم الاستيفاء".

يتضح من ذلك أن مضمون حق التجريد هو إلزام الكفيل للدائن بإيقاف الإجراءات التي توجه ضده وتوجيهها إلى المدين أولاً بهذا فإن التجريد يكون عنصراً مكملاً لذلك الافتراض وإن الجمع بين التجريد وبينه يقتضـي أن يجرد أموال المدين أولاً، أي ان يوجه إجراءات المطالبة إلى المدين حتى إذا ثبت إعسـار المدين أو إفلاسه وجه المطالبة إلى الكفيل(٥١).

وهناك أمر آخر يمكن استنتاجه من نص المادة أعلاه، وهو أنها خلطت بين دفعين مختلفين في السبب والتوقيت ومتفقين في النتيجة، هما الدفع بالتجريد والدفع برجوع الدائن على المدين أولاً، إذ أن الدفع الأخير يجب أن يكون في المراحل الأولى من الدعوى وقبل الخوض في أسـاسـها، أما الدفع بالتجريد فهو دفع يتعلق بإيقاف الاجراءات التنفيذية، وهذا الخلط أدى إلى شـيوع فكرة الدفع بالتجريد، وضـمور فكرة الدفع برجوع الدائن على المدين أولاً، وعدم إمكان التمييز بينهما في هذه المادة(٥٢).

بينما ميز المشـرع المصـري تمييزاً واضـحاً بين الدفع برجوع الدائن على المدين أولاً، والدفع بالتجريد، إذ قررت المادة (٧٨٨) من القانون المدني المصـري كل حالة بفقرة مسـتقلة، إذ نصـت على أنه: " ١- لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده، إلا بعد رجوعه على المدين. ٢- ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق".

فالمشرع العراقي جاء واضـحاً في حسم الخلاف بخصـوص تحديد وقت التمسـك بالدفع بالتجريد، وإن كان يؤخذ عليه الخلط بين الدفع برجوع الدائن على المدين أولاً، وبين الدفع بالتجريد والذي مر ذكره)، حينما جاءت عبارته واضـــحة في الفقرة الثانية من المادة (١٠٢١) من القانون المدني العراقي والتي ورد فيها

(... فإذا طولب الكفيل اولاً جاز له عند الاجراءات الاولى التي توجه ضده، ان يطالب الدائن باستيفاء دينه من اموال المدين...).

والإجراءات الأولى حسب نص المشرّع العراقي تعني أن يتمسك الكفيل بحق التجريد قبل الخوض في موضوع الدعوى، وإلا عد نازلاً عن التمسك بهذا الحق، ويعتبر خوضاً في موضوع الدعوى المناقشة في الالتزام المكفول، أما المناقشة في وجود التزام الكفيل أو عدمه فلا يعتبر كذلك، ولا يعد نزولاً عن الدفع(٥٣).

ويبدو أن المشرع العراقي قصد بهذه العبارة (الإجراءات الأولى التي توجه ضده...) انصرافها الى بداية المطالبة القضائية الموجهة من الدائن ضد الكفيل، وهذا الدفع لا يسمى تجريداً وإنما يحسن أن يسمى دفعاً بالرجوع على المدين أولاً، لأن الدفع بالتجريد حالة تتعلق بالإجراءات التنفيذية، بدليل إن العلّامة السنهوري قال في هذا الصدد: " لما كان الدفع بالتجريد في التقنين المصري الجديد، إنما يتعلق بالتنفيذ لا بالمطالبة القضائية، فيبدو انه يترتب على ذلك أن الدفع لا يكون مقبولاً من الكفيل إلا عندما يشرع الدائن في التنفيذ على أمواله بموجب سند قابل للتنفيذ عنده، ويظهر أن الكفيل يستطيع إبداء الدفع بالتجريد عن طريق الاستشكال في التنفيذ، وكذلك يستطيع عقب التنبيه على الكفيل بالوفاء وإيداع قائمة شروط البيع في العقار، أن يبدي الدفع بالتجريد بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع"، وطبقاً لنص المشرع العراقي أعلاه فإن الكفيل لا يستطيع الدفع بتجريد المدين ابتداءً خلال مرحلة التنفيذ، حتى لو استجدت أموال لهذا المدين ودخلت في ذمته المالية بعد مرحلة التقاضي وإصدار الحكم الفاصل في الدعوى، وبذلك يكون الكفيل قد حرم من حق المطالبة بتجريد المدين، واختزلت حقوقه في المطالبة بالرجوع على المدين أولاً، وهذا مختص بمرحلة التقاضي دون التنفيذ.

ثانياً- موقف المشرع الفرنسي:

أما موقف المشرع الفرنسي فهو مماثل لموقف المشرع العراقي بالنسبة لحق التجريد حيث أنه نص في المادة (٢٢٩٨) من القانون المدني على أنه: "لا يلتزم الكفيل تجاه الدائن بدفع دينه إلا إذا تخلف المدين الذي يجب أن يلاحق في أمواله أولاً، باستثناء الحالة التي يتنازل فيها الكفيل عن حق التجريد، أو عندما يلتزم الكفيل بالتضامن مع المدين فيخضع تعهده في هذه الحالة للأصول المقررة للديون المتضامنة".

ومما يجدر ذكره أن المشرع الفرنسي في مقدمة النص يوجب على الدائن ان يرجع على المدين أولاً، لاستيفاء دينه منه، وبهذا فإنه يجعل الكفيل غير ملزم إلا اذا تخلف المدين عن الوفاء بالدين، هذا بالإضافة إلى أن المادة (٢٢٨٨) جاء في نهايتها (... بتأدية هذا الالتزام اذا لم يفِ به المدين نفسه) وبذلك فإنها تحتوي على شرط بالتزام الكفيل، وأيضاً تؤكد على الصفة التبعية لالتزامه، كما ويظهر إن المادة السالفة الذكر تعترف ضمنياً بضرورة إشعار المدين الأصلي، لكنها أيضاً تسلم بأن ذلك غير مجدي إذا ثبت إعسار المدين

بالفعل أما عن طريق إفلاســه أو عن طريق رسمي بعجزه أو أي ظروف أخرى)، وبذلك فإن موقف المشــرع الفرنسي من حق التجريد لا يختلف عن موقف المشرع العراقي.

وتوجد تشــريعات لم تأخذ لا بحق الرجوع على المدين أولاً ولا بحق الدفع بتجريده، ومنها المشــرع الأردني، الذي لم يقر في قانون المدني حق التجريد للكفيل أصــلاً، لأنه يجعل الكفيل في حكم المتضــامن مع المدين بكل حال من الأحوال(٥٤).

الفرع الثاني

الدفع بالتجريد في مرحلة التنفيذ

ذهب المشــرع المصــري إلى غير ما ذهب إليه المشــرعين العراقي والفرنســي، إذ إنه لم يجز للدائن الرجوع مباشــــرة على الكفيل إلا بعد الرجوع على المدين أولاً، فإذا رجع الدائن على الكفيل وقبل أن يرجع على المدين فإنه يجوز للكفيل وفي الإجراءات الأولى، الدفع بمواجهته بوجوب الرجوع على المدين أولاً وهذا ما جاء في الفقرة الأولى من المادة (٧٨٨) من القانون المدني المصري (لا يجوز للدائن ان يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين)، وبعد ذلك إذا حصل الدائن على سند للتنفيذ على أموال الكفيل جاز للكفيل في هذه الحالة أن يطلب من الدائن تجريد المدين من امواله أولاً وهذا ما نصــــت عليه الفقرة الثانية من المادة المذكورة سالفاً: (ولا يجوز له (الدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله ويجب على الكفيل في هذه الحالة ان يتمسك بهذا الحق). وبذلك فإن المشرع المصري جعل الحق بالتجريد لا يكون إلا عندما يحصل الدائن على سند قابل للتنفيذ على أموال الكفيل(٥٥).

يقول العلامة الســنهوري بهذا الخصــوص: (أما الأن وقد وجد نص المادة (٧٨٨/١) في التقنين المدني المصــــري الجديد فقد وجب على الدائن أن يرجع أولا على المدين، وذلك قبل أن يرجع على الكفيل، فإذا رجع على الكفيل أولاً كان لهذا أن يدفع رجوع الدائن بوجوب رجوعه أولاً على المدين، ويبدو أن هذا الدفع بســـبق الرجوع على المدين، كان مختلطاً في ظل التقنين المدني الســـابق، كما هو مختلط الآن في ظل التقنين المدني الفرنسي، بالدفع بالتجريد، فكان الكفيل يدفع رجوع الدائن عليه أولاً بالدفع بالتجريد وكان عليه منذ مطالبة الدائن له أن يقوم بإرشـــاده إلى أموال المدين تفي بالدين كله، ولا ينتظر حتى يجئ طور التنفيذ على ماله، فلم يكن هنالك إلا دفع واحد هو الدفع بالتجريد، يدفع به الكفيل مطالبة الدائن إياه إذا بدأ هذا بمطالبته، فإذا فات الكفيل أن يدفع مطالبة الدائن إياه بالدفع بالتجريد، وحصـــل الدائن على حكم قابل للتنفيذ ضــد الكفيل، وشــرع الدائن على أموال الكفيل، فقد كان لهذا الأخير أن يتدارك ما فاته عند مطالبة الدائن إياه بالدين ويدفع بالتجريد، متمسكاً بأنه لا يجوز التنفيذ على ماله إلا بعد تجريد المدين، ولكن الدفع بالتجريد هو هو، بنفس شــروطه وآثاره ســواء دفع به من مبدأ الأمر عند مطالبة الدائن للكفيل، أو دفع به بعد ذلك عند تنفيذ الدائن على مال الكفيل، ولكن صــياغة التقنين المدني الجديد ميزت بين الدفع في مبدأ

الأمر عند مطالبة الدائن للكفيل فسمته الدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً (الفقرة ١من المادة/٧٨٨ مدني مصري)، والدفع عند تنفيذ الدائن على مال الكفيل أولاً فسمته وحده دون الدفع الأول بالدفع بالتجريد (الفقرة ٢ من المادة ٧٨٨)، فهنالك إذن في التقنين المدني الجديد دفعان متميزان أحدهما عن الآخر هما الدفع برجوع الدائن على المدين أولاً، والدفع بالتجريد، وأصبح هذا التمييز قائماً في التقنين المدني الجديد، ولم يقتصر الأمر على مجرد التسمية بل تعداه إلى الشروط، فشروط الدفع بالتجريد بقيت كما هي، أما شروط الدفع برجوع الدائن على المدين فتختلف عن شروط الدفع بالتجريد(٥٦).

ومن كل ما تقدم اتضح أن المشرع المصري نص على دفعين، يختلف كل واحد منهما عن الآخر من حيث الحكم ومن حيث التوقيت، الأول الدفع بوجوب الرجوع على المدين أولاً والثاني الدفع بالتجريد.

فإذا فات الكفيل ان يدفع مطالبته الدائن إياه بالدفع بالتجريد، واستحصل الدائن على حكم قابل للتنفيذ ضد الكفيل، وشرع الدائن بالتنفيذ على أموال الكفيل، فقد كان لهذا الأخير ان يتدارك ما فاته عند مطالبة الدائن إياه ويدفع بالتجريد، متمسكاً بأنه لا يجوز التنفيذ على أمواله إلا بعد تجريد المدين، ولكن الدفع بالتجريد هو بنفس شروطه وآثاره سواء دفع به في بداية الأمر عند مطالبة الدائن له أو دفع به بعد ذلك عند تنفيذ الدائن على ماله، فالقانون المصري سمى الدفع خلال الدعوى القضائية عند مطالبته بالدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً وقد ورد ذلك في نص الفقرة الأولى من المادة (٧٨٨) من القانون المدني المصري بينما سمى الدفع عند تنفيذ الدائن على مال الكفيل أولاً بالدفع بالتجريد، وهذا ما قضت به الفقرة الثانية من المادة المشار إليها أعلاه(م٢/٧٨٨)(٥٧).

ويجب أن تتوافر عدة أمور حتى يصح قيام الكفيل بإرشاد الدائن إلى أموال المدين، وإلا كان الدفع بتجريد المدين غير ذي جدوى، وهذه الأمور هي:

أ- أن يكون إرشاد الدائن على نفقة الكفيل:

بالرجوع إلى النصوص المذكورة من القانونين المدنيين العراقي والمصري، نجد أن النص صريح في أن يتحمل الكفيل هذه النفقات، وأن يقدم للدائن مبلغاً يكفي للإيفاء بتكاليف الإرشاد على أموال المدين، وتبرير ذلك برأينا أنه من مقتضيات العدالة أن لا يتحمل الدائن هذه النفقات.

ب- أن تكون هذه الأموال مملوكة للمدين وكافية للوفاء بالدين:

حتى يكون إرشاد الدائن من قبل الكفيل منتجاً لآثاره، وحتى يتحقق الغرض من تقرير الدفع بالتجريد، وهو حصول الدائن على حقه من المدين وتجنبه ضرورة الرجوع على الكفيل، فلا بد أن تكون الأموال مملوكة للمدين، وكافية للوفاء بالدين كله، أما إذا كانت تكفي للوفاء بجزء من الدين، فلا يجوز التمسك بالدفع بالتجريد، ذلك أن الزام الدائن بالقبول بالوفاء الجزئي، وما يتبع ذلك من تأخيره في استيفاء حقه، وذلك ما لم يرى له المشرع مبرراً.

فالفقرة الأولى من المادة (١٠٢١) من القانون المدني العراقي صرحت في عبارتها الآتية (...اذا ظهر ان امواله القابلة للحجز تكفي لوفاء الدين بأكمله...)، وهي بذلك قطعت الطريق على إلزام الدائن بالقبول بالوفاء الجزئي، وهو نفس موقف المشرع المصري في الفقرة الأولى من المادة (٧٨٩) من القانون المدني المصري في العبارة الآتية: (...بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله).

ولقد انحاز المشرع للرأي الذي يشترط أن تكون الأموال المرشد عنها كافية للوفاء بالدين المكفول بتمامه لتجنب تكرار المطالبة، وتفادي مضاعفة المصروفات، فضلاً عن أن القول العكسي يفضي إلى إرغام الدائن على قبول الوفاء الجزئي بحقه، وفي جميع الأحوال فإن تقدير كفاية الأموال المرشد عنها للوفاء بكامل الدين يعد مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة التمييز[٥٨].

والقانون الفرنسي لا يشترط أن تكون أموال المدين تفي بالدين كله، فيجوز أن تفي ببعض الدين، ويجبر الدائن على قبول الوفاء الجزئي في هذه الحالة، إذ لا يناله من ذلك كبير ضرر فهو يرجع فوراً على الكفيل ببقية الدين[٥٩]، حيث تبرأ ذمة الكفيل بقدر قيمة الأموال التي أرشد عليها، ولا ينفذ عليه إلا بالباقي من الدين بعد استنزال قيمة الأموال التي المستوفاة من المدين[٦٠].

وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، في نص المادة (٧٨٩/١) مدني مصري، لا يتضمن هذا الشرط أسوةً بالتقنين المدني الفرنسي، فأضيف الشرط في لجنة المراجعة واستقر في التقنين المدني المصري، وذلك أسوة بالتقنين المدني المصري السابق، الذي كان يشترط هذا الشرط[٦١].

وفي ظل صراحة الفقرة الأولى من المادة (١٠٢١) من القانون المدني العراقي فلا مجال للرأي، ولكننا مع ذلك نعتقد أن الحل الذي يأخذ به القانون المدني الفرنسي هو الأقرب إلى المعقول، وهو لا يؤدي إلى إجبار الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه، فهو ينفذ بكل حقه على المدين بحدود ما يملكه، وعلى الكفيل في الجزء الباقي، أما مسألة ازدواج الاجراءات فعلى الدائن أن يقبلها كنتيجة طبيعية لوجود مدين أصلي ومدين احتياطي، وخصوصاً أن الدائن قد قبل مسبقاً بذلك عند عدم اشتراطه التضامن بين المدين والكفيل.

وأموال المدين التي يرشد اليها الكفيل يصح أن تكون عقاراً أو منقولاً، ولكن يجب أن تكون مملوكة للمدين، فلا يصح للكفيل أن يطلب تجريد كفيل آخر كفل نفس الدين ولو كان متضامناً معه، بل الذي يصح في هذه الحالة هو التقسيم إذا توافرت شروطه، كما لا يصح أن يطلب كفيل لمدين متضامن مع مدينين آخرين، أن يطلب تجريد هؤلاء المدينين الآخرين، ولا يطلب إلا تجريد المدين الذي كفله[٦٢].

ت- أن لا تكون أموال المدين متنازع فيها:

ويشترط في الأموال التي يدل عليها الكفيل أن تكون قابلة للحجز وفق القانون، وأن لا تكون متنازع فيها، ولا يشترط لاعتبار المال متنازع فيه أن تكون هناك دعوى مرفوعة أمام المحكمة، بل يكفي أن يكون

هناك نزاع جدي، وهذا يتفق مع تعريف المشرع للمال المتنازع فيه، ولأن ذلك يجعل من المحتمل تعثر إجراءات التنفيذ وإطالتها(٦٣).

فالمشرع العراقي أشار إلى أن لا تكون الاموال التي يرشد اليها الكفيل متنازع فيها، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (١٠٢٢) من القانون المدني العراقي(٦٤) على أنه: (... او كانت اموالاً متنازعاً فيها)، وقد وصفت الفقرة الثانية من المادة (٥٩٣) من القانون نفسه الحق المتنازع فيه بالآتي: (ويعتبر الحق متنازعاً فيه، اذا كان قد رفعت به دعوى او قام بشأنه نزاع جدي).

ويرى الفقه في فرنسا أن يقيس على ذلك العقارات المملوكة شيوعاً لأن التنفيذ عليها يقتضي اتخاذ إجراءات قسمتها أولاً ولا يجوز أن يكلف الدائن اتخاذ هذه الاجراءات، ومن الصعوبات التي نص عليها القانون الفرنسي، (والتي تزيد التنفيذ تعقيداً أو تجعله أكثر كلفة، بحيث لا يصح أن يجبر عليه الدائن أن يكون المال الذي يرشد اليه الكفيل موهوناً في الدين المكفول ذاته، وأن يكون قد خرج من حيازة المدين، والمقصود بذلك ملكيته قد انتقلت إلى الحائز، بحيث يقتضي التنفيذ عليه اتخاذ الاجراءات في مواجهة حارس يعين لذلك، فلا يجبر الدائن على التنفيذ على هذا المال الذي يقتضي منه زيادة في الاجراءات)(٦٥).

ويمكن تطبيقاً لهذا المبدأ القول: بأنه لا عبرة في قبول الدفع بالتجريد بالأموال التي يرشد اليها الكفيل إذا كانت نلك الاموال غير قابلة للحجز عليها، أو كانت مثقلة بديون مقيدة تتجاوز قيمتها، أو كانت لا تترك للدائن المكفول دينه ما يفي كل الدين، إذا لم يرشد الكفيل الدائن الى غير هذه الأموال لأن إرشاد الكفيل إلى هذه الأموال لا يكون منتجاً، وكذلك لا يكون منتجاً ارشاد الكفيل الى أموال للمدين قابلة للحجز وغير متنازع فيها، ولا مثقلة برهون، ولو كانت في ذاتها كافية لوفاء الدين المكفول ما دام المدين في حالة إفلاس أو في حالة إعسار ثابت يجعل من المؤكد أن تنفيذ أي دائن على هذه الأموال لا يمكن أن يؤدي بسبب تزاحم الدائنين في هذه الحالة إلى تحصيل ذلك الدائن حقه كاملاً(٦٦).

وإذن يكفي أن يثبت الدائن أن المدين قد شهر إفلاسه أو إعساره أو إن مجموع أموال المدين غير كاف لسداد جميع ديونه، كل ذلك يجعل الدفع بالتجريد غير مقبول أياً كانت أموال المدين التي يرشد اليها الكفيل.

٤- وجود الأموال في البلد نفسه:

يشترط القانون أن تكون أموال المدين التي يدفع الكفيل بتجريدها على نفقته أن تكون هذه الأموال التي يدل عليها موجودة داخل البلد، فلا عبرة بالأموال العائدة للمدين إذا كانت موجودة خارج البلد، وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (١٠٢٢) من القانون المدني العراقي بأنه: (ولا عبرة بالأموال التي يدل عليها الكفيل اذا كانت هذه الاموال تقع خارج الاراضي العراقية، ...)، وقد ورد النص نفسه في الفقرة الثانية من المادة (٧٨٩) من القانون المدني المصري.

فوجود الأموال في الخارج يعيق الحجز عليها، وبالتالي قد يعيق التنفيذ عليها، لأن الإجراءات التي تتخذ بصدد الأموال الموجودة في الخارج تحكمها قوانين البلد الذي يوجد فيه المال، إضافةً إلى تعلق الأمر باتفاقيات دولية مبرمة بين البلد الذي تتخذ فيه الإجراءات بصـــدد المال، والبلد الذي يوجد فيه المال، ويترتب على ذلك تأخير الدائن في حصوله على حقه(٦٧).

الخاتمة

من خلال ما تقدم من صفحات هذا البحث، نختمه بمجموعة من النتائج التي سنردفها بتوصيات وهي كالآتي:

أولاً النتائج:

١- أن المطالبة بتجريد المدين هو حق كفله القانون، وهو ترجمة حرفية لتوصـــيف التزامه بكونه تبعياً، ويبدو أن هناك قصور في مطالبة الكفلاء بحقهم في الاستفادة من هذا الدفع ربما بسبب عدم العلم به.

٢- أن حق التجريد دفعين وليس دفع واحد، يختلفان في التوقيت ويتحدان في الســـبب والموضـــوع، الأول في بداية مرحلة التقاضي ويسمى الدفع بتجريد المدين، والثاني خلال مرحلة التنفيذ ويسمى الدفع بالرجوع على أموال المدين أولاً، وقد نص عليهما المشرع المصري تفصيلاً.

٣- أن المشـرع العراقي قد اشـترط صـراحةً كفاية أموال المدين التي يرشـد اليها الدائن حتى يمكن له أن يتمسك بالدفع بالتجريد، ولم يسمح بتجريد المدين إذا كانت أمواله تفي بمعظم الدين أو بجزء منه، بينما ترك المشرعين المصري والفرنسي للقاضي صلاحية تقدير ذلك.

٤- لم يتضمن القانون المدني العراقي إلا دفعاً واحداً ووقته خلال مرحلة التقاضي، أما في مرحلة التنفيذ فلا وجود للدفع بالرجوع على أموال المدين أولاً، والنص قطعي الدلالة ولا يمكن حمله على الأخذ بالدفع الأخير بأي حال من الأحوال، وهذا الاتجاه نفسه الذي ذهب إليه القانون المدني الفرنسي.

٥- يرى الإمامية والظاهرية أن الدائن يطالب الكفيل حصـــراً وليس له الرجوع على المدين، وهما في ذلك قد ساووا بين الكفالة الشخصية والكفالة العينية، أما باقي المذاهب كالحنفية مثلاً فقد أجازوا للدائن أن يرجع على من يشـــاء منهما (الكفيل أو المدين)، ولكن في المجمل جميع المذاهب الإســـلامية لم تتعرض لحق الكفيل في دفع مطالبة الدائن بطلب تجريد المدين أولاً، فلم يعرف الفقه الإسلامي هذا النوع من الدفوع.

ثانياً- التوصيات:

١- نوصي بأن يكثف السادة الباحثين جهودهم في تناول مثل هذه الموضوعات التي ربما تعزز الثقافة القانونية الاجتماعية مما يسهل على المكلف (الكفيل) معرفة حقوقه القانونية ومن ثم استعمالها وعدم التفريط بها.

٢- نوصي أن يتم تعديل الفقرة الثانية من م /١٠٢١ من القانون المدني العراقي لتسمح بتجريد المدين حتى مع عدم كفاية أمواله لأن في ذلك مراعاة لمصلحة الكفيل ولن يضار الدائن من ذلك.

٣- نوصي أن يطال التعديل عبارة (الإجراءات الأولى) التي وردت في صدر الفقرة الثانية من م/١٠٢١ من القانون المدني العراقي، التي قصرت حق الكفيل في الدفع بالتجريد في بداية مرحلة التقاضي بينما خلت مرحلة التنفيذ من ضمانة مثل هذه لصالح الكفيل، وينحو نفس منحى المشرع المصري الذي نص على الدفع بتجريد المدين في مرحلة التقاضي، والدفع بالرجوع على أموال المدين أولاً في مرحلة التنفيذ.

المصادر والمراجع:

[١] د. مريم عبد طارش، التنظيم القانوني لحق التجريد في الكفالة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٧، ص٧١.

[٢] د. سمير السيد تناغو، التأمينات العينية والشخصية، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ص٧١.

[٣] د. مريم عبد طارش، المصدر السابق، ص٧٢.

[٤] د. حسني محمود عبد الدائم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص٣٠٦

[٥] د. حسني محمود عبد الدائم، المصدر السابق، ص٣٠٩.

[٦] د. رمضان ابو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٣، ص٣٢-٣٣.

[٧] د. محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية، ط/٣، مطابع دار الشعب، ١٩٧٩، ص١١١.

[٨] د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٧، ص٩٦-٩٧.

[٩] د. حسني محمود عبد الدائم، مصدر سابق، ص٣١١.

[١٠] صابر محمد محمد سيد، مصدر سابق، ص٣٦٧.

[١١] د. علي فوزي الموسوي، مصدر سابق، ص٥٥، د. سمير السيد تناغو، مصدر سابق، ص٦٦، د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص٣٩٢، د. صابر محمد محمد سيد، مصدر سابق، ص٣٦٧.

[١٢] د. رمضان ابو السعود، مصدر سابق، ص١٤٤، د. حسني عبد الدائم عبد الصمد، مصدر سابق، ص٣١١.

[١٣] مريم عبد طارش، مصدر سابق، ص١٤٨.

[١٤] رقم القرار ١٨٢/ مدنية ثالثة/ ١٩٧٥ في ١٩٧٥/٨/٩، مجلة الاحكام العدلية، العدد الثالث، السنة السادسة، ١٩٧٥، مجلة تصدرها وزارة العدل العراقية.

[١٥] د. سمير السيد تناغو، مصدر سابق، ص٧٤.

[١٦] نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٢١ من القانون المدني العراقي على ما يأتي: (فإذا طولب الكفيل اولاً جاز له عند الاجراءات الاولى التي توجه ضده، ان يطالب الدائن باستيفاء دينه من اموال المدين واتخاذ الاجراءات ضده اذا ظهر ان امواله القابلة للحجز تكفي لوفاء الدين بأكمله، وتقدر المحكمة ما اذا كان هناك محل لوقف الاجراءات مؤقتاً ضد الكفيل حتى يتم الاستيفاء).

[١٧] د. رمضان ابو السعود، مصدر سابق، ص١٥١.

[١٨] مريم عبد طارش، مصدر سابق، ص١٣٨.

[١٩] تنص المادة (٢/٥٩٢) مدني عراقي على: (ويعتبر الحق متنازعاً فيه، إذا كان قد رفعت به دعوى أو قام بشأنه نزاع جاري).

[٢٠] د. علي فوزي الموسوي، عقد الكفالة، مكتبة نور العين، بغداد، ٢٠١٨، ص٤٦.

[٢١] مريم عبد طارش الزبيدي، مصدر سابق، ص٧٥.

[٢٢] المصدر نفسه، ص٧٥.

[٢٣] السرخسي، المبسوط ج(١٩-٢٠)، مطبعة السعادة، دون ذكر سنة النشر، ص٢٨.

[٢٤] السيد محمد صادق الروحاني، فقه الصادق، ج٣، ط١، منشورات الاجتهاد، قم، ٢٠٠٨، ص٢١.

[٢٥] المحلي، ج٦، ط١، الطباعة المنيرية بمصر، ١٣٥٠هـ، ص٣٩٦.

[٢٦] عبد الكريم زيدان، الكفالة والحوالة في الفقه المقارن، مكتبة القدس، دون ذكر سنة الطبع، ص١٩٢.

[٢٧] اسماء شناوي صالح، عقد الكفالة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٣، ص٢٤٨.

[٢٨] الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج٦، ط٢، المطبعة الأميرية، بولاق، ١٣٧١هـ، ص٢٨.

[٢٩] د. همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، بلا طبعة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص١٤٢.

[٣٠] د. المصدر نفسه، ص١٤٢.

[٣١] د. عصمت عبد المجيد، حق الكفيل في الدفع بتجريد أموال المدين –دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة الثانية والثلاثون، ٢٠١٢، ص٥

[٣٢] د. عصمت عبد المجيد، مصدر سابق، ص٩.

[٣٣] ورد النص ذاته في المواد (٢/٧٥٤) مدني سوري، (٩٢٥) مدني فلسطيني، والفصل (١٤٩٨) تونسي والذي نص على (إذا طولب الكفيل كان له الحق أن يكلف الدائن بتتبع كسب المدين أولاً من منقول أو عقار)، وكذلك الفصل (١١٣٦) مغربي والذي نص على (للكفيل الحق في أن يطلب من الدائن أن يقوم أولاً بتجريد المدين من أمواله العقارية والمنقولة).

[٣٤] د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني – عقد الكفالة- الجزء الثالث، ط٣، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ١٩٩٤، ص١١٦.

[٣٥] المصدر نفسه، ص١١٦.

[٣٦] المصدر نفسه، ص١١٨.

[٣٧] د. همام محمد محمود زهران، المصدر السابق، ص١٤١.

[٣٨] د. رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، بلا طبعة، مطبعة منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ١٩٩٥، ص١٧٠.

[٣٩] د. سليمان مرقس، المصدر السابق، فقرة ٧٨ ص١١٦.

[٤٠] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط...، التأمينات...، ج١٠، مصدر سابق، ص١١٨-١١٩.

[٤١] د. منصور مصطفى منصور، عقد الكفالة، بلا طبعة، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٠، فقرة ٤٥ ص٨٥-٨٦

[٤٢] د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص١٢٠.

[٤٣] رمضان أبو السعود، المصدر السابق، ص٤٢-٤٣.

[٤٤] أنظر المادة (٧٩٥) مدني مصري، والمادة (٧٦١) مدني سوري، والمادة (٩٣٢) مدني فلسطيني، والمادة (٧٦٦) مدني كويتي.

[٤٥] د. سمير عبد السيد تناغو، المصدر السابق، المصدر السابق، الفقرة١٢، ص٣٠.

[٤٦] أنظر المادتين (٧٩٣ و٧٩٤) من القانون المدني المصري.

[٤٧] أنظر الصفحة ٢٠٣٠، ٢٠٣١ القانون المدني الفرنسي باللغة العربية، مطبعة دالوز، نقلاً عن د. عصمت عبد المجيد، المصدر السابق، ص٢٦

[٤٨] الوفاء في هذا المقام يفهم منه الوفاء الاختياري، استجابةً لعنصر المديونية في الالتزام أو الوفاء الإجباري الذي يعتبر حقاً للدائن في مباشرته استناداً لعنصر المسؤولية في الالتزام، وفي نفس الوقت واجباً يمليه عليه واجب الرجل العادي الحريص على استيفاء حقه، واتخاذ ما يلزم من اجراءات لذلك يتحمل الضامن صاحب الالتزام التابع والاحتياطي تبعة تقصيره أو اهماله في الرجوع على المدين الأصلي. د. همام محمد محمود زهران، المصدر السابق، ص١٥١، هامش رقم ٢.

[٤٩] المصدر نفسه، ص١٥٢،١٥١.

[٥٠] د. حسني عبد محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص٣١٠.

[٥١] د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، ج ٢، مطبعة دار المعرفة، بغداد، ١٩٥٤، ص٢٧٨.

[٥٢] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات العينية والشخصية، الجزء العاشر، بلا طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنا، ١٩٩٨، ص١٠٠-١٠١.

[٥٣] د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص١١٦.

[٥٤] مريم عبد طارش الزبيدي، مصدر سابق، ص٧٩.

[٥٥] د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، العقود المسماة (الكفالة، الوكالة، ...) ج١، ط٢، المطبعة العلمية، ١٩٥٢، ص١٠٨.

[٥٦] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق، ص١٠٠-١٠١.

[٥٧] د. جابر محمد محمد سعيد، رجوع الدائن على الكفيل، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠، ص٣٦٤.

[٥٨] د. همام محمد محمود زهران، المصدر السابق، ص١٥٤.

[٥٩] د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص١٢١

[٦٠] د. حسني محمود عبد الدايم، مصدر سابق، ص١١٨-١١٩.

[٦١] د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص١١٨.

[٦٢] د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص١٢١

[٦٣] د. سليمان مرقس، المصدر السابق، الفقرة٧٩ ص١٢٠.

[٦٤] النص نفسه ورد في الفقرة الثانية من المادة (٧٨٩) من القانون المدني المصري.

[٦٥] د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص١١٨

[٦٦] د. سليمان مرقس، مصدر سابق، الفقرة٧٩ ص١٢٢.

[٦٧] د. عصمت عبد المجيد، مصدر سابق، ص٥٤.