جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
معهد العلمين للدراسات العليا
فرع القانون الخاص

علاقة الكفيل الشخصي بالمدين

– دراسة مقارنة –

أطروحة دكتوراه تقدم بها الطالب

بديوي مجاهد مطر

لمجلس معهد العلمين وهي جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في فلسفة القانون الخاص

إشراف الدكتور

عزيز كاظم جبر الخفاجي

أستاذ القانون المدني المتمرس

١٤٤٢هـ ٢٠٢١ م

(يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)

صدق الله العلي العظيم

المائدة : الآية (١)

الإهـــــداء

إلـــــــــــــــــــــــــــــــى .....

الرسول المسدد ...

والنبي المؤيد .....

المحمود الأحمد....

المصطفى الأمجد...

سر الوجود ، والواسطة لإيصال الفيض والجود ، مولانا ، وسيدنا ، وشفيعنا

أبي القاسم محمد صلى الله عليه وآله وسلم

أهـــدي

هذا الجهد المتواضع.....

بديـــــــــــــــوي

شكر وعرفان

أتقدم بالشكر والامتنان والاعتراف بالفضل لجميع من أعانني على خروج هذه الأطروحة للوجود ، كما أتقدم لكل من ساهم فيها في التقويم اللغوي والعلمي ، و أتوجه بالشكر للأساتذة الذين تولوا تقييم وتقويم هذه الأطروحة في يوم المناقشة ، وزادوني علما بالتحف التي أهدوها لي خلال المناقشة واتي هي من فيوضاتهم العلمية بكل ود واحترام كما أتوجه بالشكر والامتنان للأستاذ الكبير والمربي الفاضل والأكاديمي المخضرم أستاذي

الأستاذ المتمرس الدكتور

عزيـــز كـاظم جـبر الخـفاجي

الذي تتلمذت على يديه وكان له الفضل واليد الطولى في بداياتي ونهاياتي الدراسية جزاه الله عني أفضل جزاء المحسنين

بديـــــــــــــوي

المستخلص

إن أطروحتي الموسومة : (علاقة الكفيل الشخصي بالمدين – دراسة مقارنة) تقع ضمن عملية الكفالة ، التي تعد من أهم التأمينات المدنية ، وكان لابد لي من التمييز بين كل من عملية الكفالة ، وعقد الكفالة ، من حيث الأطراف والآثار ، إن عملية الكفالة تعد من العمليات القانونية ثلاثية الأطراف ، فهي تتكون من ثلاث علاقات هي الالتزام الأصلي المكفول وهو بين الدائن والمدين ، والالتزام الناشئ عن عقد الكفالة الذي يربط الدائن بالكفيل ، وهناك العلاقة على الاتفاق على أن يقوم الكفيل بكفالة المدين وهو ما يسمى التعهد بالكفالة.

وأما عقد الكفالة فهو عقد يبرم بين الكفيل والدائن ، ولا شأن للمدين به فهو أجنبي عنه بحسب الفقه القانوني ، ولا يتوقف على علمه ، أو رضاه ، بل لا يأبه حتى بمعارضته بحسب بعض التشريعات المدنية ، وإن كان الغالب في العمل هو اتفاقهما ، و يترتب علي هذا الاتفاق آثار عدة.

وقد اخترت العلاقة التي تترتب بين الكفيل الذي هو طرف في عقد الكفالة ، وبين المدين الذي هو أجنبي عن عقد الكفالة كما يعبر الفقه القانوني ، وبيان موقف الفقه الإسلامي منها من جانب ، وموقف القانون المدني من جانب آخر ، وما هي الالتزامات التي تلقى على عاتق المدين نتيجة ابرام عقد لا يعد طرفا فيه؟ وما هو الأساس الذي يستند إليه في الفقه الإسلامي؟ وما هو الأساس القانوني الذي يستند إليه في القانون المدني؟

وقبل الإجابة على ذلك كله بحثت ماهية عقد الكفالة والخصائص العامة والخاصة به ، باعتباره تأمينا شخصيا ، لبيان الأثر القانوني المترتب على كل خاصية ، وبيان مواطن الاختلاف الفقهي الإسلامي فيه ، مع بيان للمركز القانوني لكل من الكفيل والمدين في عملية الكفالة باعتبار أن لا عقد يجمع بينهما ، وذلك في الفصل الأول من الأطروحة .

والكفيل تارة يمتنع عن الوفاء امتناعا قانونيا ، إما بشكل دائم أو مؤقت ، وهذه الحالة القانونية لها نظم وقواعد قانونية خاصة ، وتسمى قانونا بالدفوع ، وهي مقررة أساسا للكفيل في مواجهة الدائن ، لكنها تؤثر تأثيرا مباشرا ومؤكدا على مركز المدين وترتب علاقة بينهما ، و هنا تناولت كل من الدفع بالرجوع على المدين ، والدفع بتجريد المدين ، وهناك دفوع أخرى ، منها ما هو مقرر للكفيل باعتباره كفيلا ، ومنها ما هو مقرر للمدين ، ولكن القانون أجاز للكفيل أن يستعملها كل بحسبه ، وتناولت ذلك موضحا موقف الفقه الإسلامي منها .

وتارة أخرى الكفيل يوفي بالتزامه ، فيوفي عن المدين دينه ، وباعتبار أنه يوفي بدين غيره ، أجاز له الفقه الإسلامي الرجوع على المدين وفق شروط معينة ، و كذلك القانون أيضا أجاز له الرجوع على المدين في دعويين ، هما الدعوى الشخصية ودعوى الحلول ، ولكل من هذين الدعويين شروطا وآثارا مختلفة عن بعضهما البعض ، كما أنهما يختلفان في الموضوع ، وقد بينت متى يحق للكفيل الرجوع بالدعوى الشخصية ، ومتى يحق له الرجوع بدعوى الحلول ، مع بيان لكل منهما وايضاح الفوارق الجوهرية بينهما وهذا كله في الفصل الثالث من الأطروحة ، وأخيرا ختمت الأطروحة بخاتمة تتضمن أهم ما توصلت له من النتائج ، وبعض المقترحات القانونية التي أرى أهميتها وضرورتها لاستقرار المعاملات .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

فهرست الموضوعات

التقسيم	العنوان	الصفحة
المقدمة		١ – ٣
الفصل الأول	**ماهية الكفالة الشخصية ومركز الكفيل والمدين**	٤ – ٨٦
المبحث الأول	**مفهوم الكفالة الشخصية**	٥ – ٥٦
المطلب الأول	معنى الكفالة الشخصية	٦ – ٤٢
الفرع الأول	تعريف الكفالة الشخصية	٦ – ١٩
الفرع الثاني	خصائص الكفالة الشخصية	١٩ – ٤٢
المطلب الثاني	تمييز الكفالة الشخصية عما يشتبه بها من نظم قانونية	٤٢ – ٤٧
الفرع الأول	الكفالة الشخصية والتضامن السلبي	٤٣ – ٤٤
الفرع الثاني	الكفالة الشخصية والإنابة الناقصة	٤٤ – ٤٥
الفرع الثالث	الكفالة الشخصية والتعهد عن الغير	٤٦ – ٤٧
المطلب الثالث	أنواع الكفالة الشخصية	٤٧ – ٥٦
الفرع الأول	الكفالة الشخصية من حيث مصدرها	٤٨ – ٥١
الفرع الثاني	الكفالة الشخصية من حيث طبيعتها	٥١ – ٥٤
الفرع الثالث	الكفالة الشخصية من حيث نطاقها	٥٤ – ٥٦
المبحث الثاني	**مركز الكفيل والمدين**	٥٧ – ٨٦
المطلب الأول	مركز الكفيل والمدين في الفقه الإسلامي	٥٧ – ٧١
الفرع الأول	مركز الكفيل في الفقه الإسلامي	٥٨ – ٦٧
الفرع الثاني	مركز المدين في الفقه الإسلامي	٦٨ – ٧١
المطلب الثاني	مركز الكفيل والمدين القانون المدني	٧١ – ٧٩
الفرع الأول	المركز القانوني للكفيل	٧١ – ٧٨
الفرع الثاني	المركز القانوني للمدين	٧٨ – ٧٩
المطلب الثالث	التعهد بالكفالة	٧٩ – ٨٦
الفرع الأول	التعهد بالكفالة في الفقه الإسلامي	٨٠ – ٨١

الفرع الثاني	التعهد بالكفالة في القانون المدني	٨١ – ٨٦
الفصل الثاني	**دفوع الكفيل ما قبل التنفيذ وفي مرحلة المطالبة والتنفيذ**	٨٧ – ١٥٢
المبحث الأول	**دفوع الكفيل ما قبل التنفيذ**	٨٨ – ١١٧
المطلب الأول	الدفع المتعلق بالالتزام الأصلي	٨٨ – ٩٨
الفرع الأول	تقرير الدفع المتعلق بالالتزام الأصلي	٨٩ – ٩٥
الفرع الثاني	أحكام الدفع المتعلق بالالتزام الأصلي	٩٥ – ٩٨
المطلب الثاني	الدفع بنقص أهلية المدين	٩٨ – ١٠٦
الفرع الأول	موقف الفقه الإسلامي من نقص أهلية المدين	٩٩ – ١٠٠
الفرع الثاني	موقف القانون المدني من نقص أهلية المدين	١٠٠ – ١٠٦
المطلب الثالث	الدفع الناشيء عن تقصير الدائن	١٠٦ – ١١٧
الفرع الأول	الدفع بتأخر الدائن في اتخاذ الاجراءات ضد المدين	١٠٧ – ١١٠
الفرع الثاني	الدفع بإضاعة الدائن للتأمينات	١١٠ – ١١٦
الفرع الثالث	الدفع بعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين	١١٦ – ١١٧
المبحث الثاني	**دفوع مرحلة المطالبة والتنفيذ بالرجوع والتجريد**	١١٨ – ١٥٢
المطلب الأول	الدفع بالرجوع	١١٨ – ١٣٢
الفرع الأول	الدفع بالرجوع في الفقه الإسلامي	١١٨ – ١٢٦
الفرع الثاني	الدفع بالرجوع في القانون المدني	١٢٦ – ١٣٢
المطلب الثاني	الدفع بالتجريد	١٣٢ – ١٥٢
الفرع الأول	الدفع بالتجريد في الفقه الإسلامي	١٣٢ – ١٣٦
الفرع الثاني	الدفع بالتجريد في القانون المدني	١٣٧ – ١٥٢
الفصل الثالث	**رجوع الكفيل الموفي على المدين من حيث الأساس والموضوع**	١٥٣ – ٢١٢
المبحث الأول	**أساس رجوع الكفيل الموفي على المدين**	١٥٤ – ١٨٩
المطلب الأول	أساس رجوع الكفيل الموفي على المدين في الفقه الإسلامي	١٥٥ – ١٦٥
الفرع الأول	الكفالة بأمر المدين	١٥٥ – ١٦٣
الفرع الثاني	الكفالة بغير أمر المدين	١٦٣ – ١٦٥

المطلب الثاني	أساس رجوع الكفيل الموفي على المدين	١٦٦ – ١٨٩
الفرع الأول	الدعوى الشخصية	١٦٦ – ١٨٢
الفرع الثاني	دعوى الحلول	١٨٢ – ١٨٦
الفرع الثالث	مقارنة بين الدعوى الشخصية ودعوى الحلول	١٨٦ – ١٨٩
المبحث الثاني	**موضوع رجوع الكفيل الموفي على المدين**	١٩٠ – ٢١٢
المطلب الأول	موضوع رجوع الكفيل الموفي على المدين في الفقه الإسلامي	١٩٠ – ١٩٩
الفرع الأول	وحدة الكفيل والمدين	١٩٠ – ١٩٥
الفرع الثاني	تعدد الكفلاء والمدينين	١٩٥ – ١٩٩
المطلب الثاني	موضوع رجوع الكفيل الموفي على المدين في القانون المدني	١٩٩ – ٢١٢
الفرع الأول	موضوع رجوع الكفيل الموفي على المدين الواحد	٢٠٠ – ٢٠٩
الفرع الثاني	موضوع رجوع الكفيل الموفي على المدينين المتعددين	٢٠٩ – ٢١٢
الخاتمة	**النتائج والمقترحات**	٢١٣ – ٢١٧
النتائج		٢١٣ – ٢١٦
المقترحات		٢١٦ – ٢١٧
المصادر والمراجع		٢١٨ – ٢٣٢