الرقم الدولي: ISSN2075-7220

الرقم الدولي الالكتروني: ISSN2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن

كلية القانون بجامعة بابل

بعض البحوث التي وردت ضمن هذا العدد:

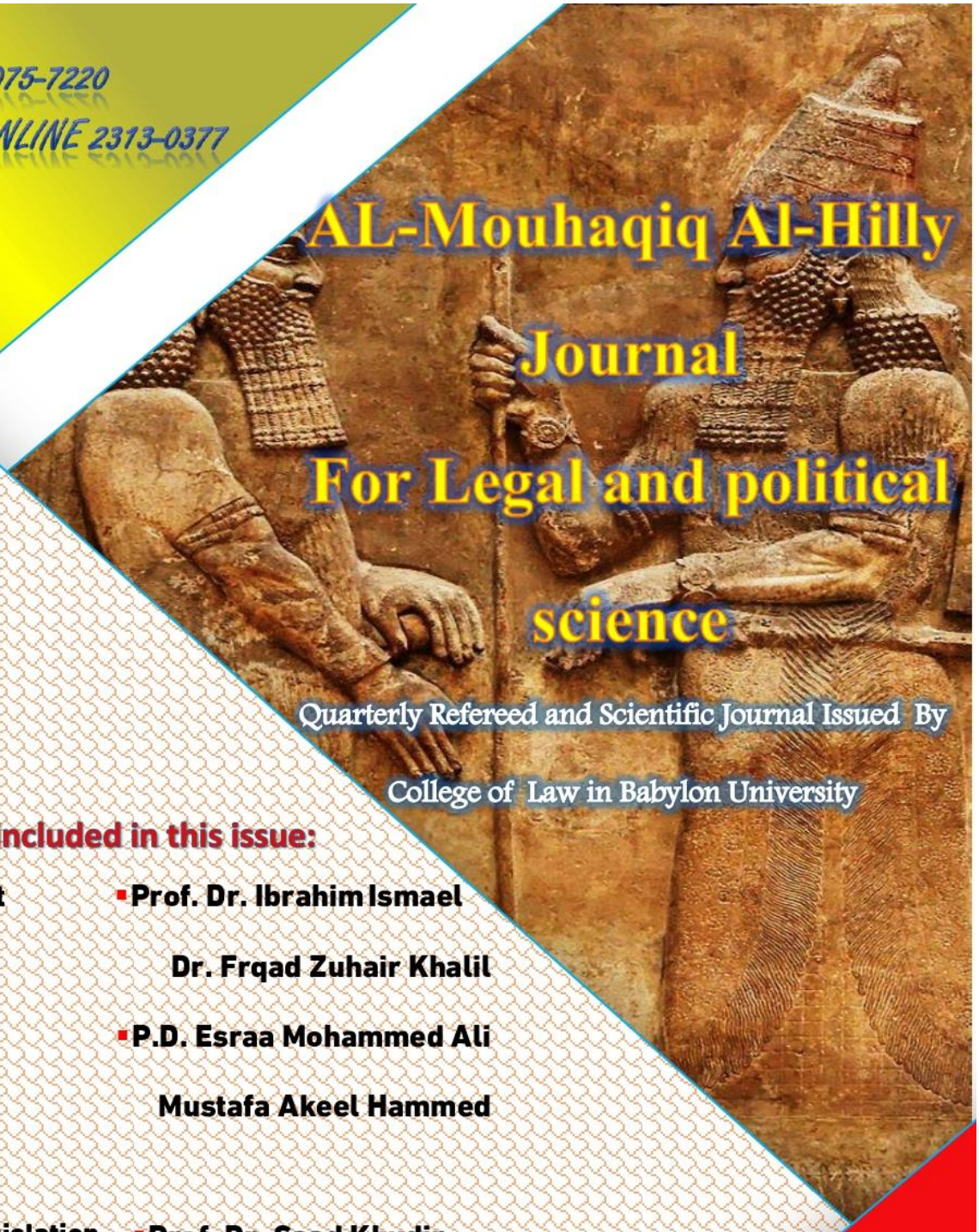
- ادارة مخاطر منح الائتمان المصرفي — أ. متمرس د. ابراهيم اسماعيل
- الأحكام الموضوعية لجريمة لعب القمار -دراسة مقارنة- — م.د. فرقد زهير خليل
- دور التشريعات المالية في ظهور الشركات القابضة في العراق بعد ٢٠٠٣ — ا.د اسراء محمد علي
- حقوق الجهة الادارية في عقود الشراكة خدمة الكهرباء بين القطاعين العام والخاص (دراسة مقارنة) — مصطفى عقيل حميد
- أ.د. سعد خضير عباس
- أ.د. اسماعيل صعصاع غيدان
- م. اقبال عبد العباس يوسف

السنة الثانية عشر العدد الثالث

٢٠٢٠

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ١٣٩١ لسنة ٢٠٠٩

ISSN 2075-7220
ISSN ONLINE 2313-0377



AL-Mouhaqiq Al-Hilly Journal For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By
College of Law in Babylon University

Some of the research included in this issue:

- **Credit Risk Management** — **Prof. Dr. Ibrahim Ismael**
  Dr. Frqad Zuhair Khalil
- **Objective Judgments To Crime Of Play Gambling -A comparative Study-** — **P.D. Esraa Mohammed Ali**
  Mustafa Akeel Hammed
- **The Role of Financial legislation in the emergence of holding companies in Iraq after 2003.** — **Prof. Dr. Saad Khudir**
  Abbas Al rahamee
- **Authority in the electricity service partnership contracts between the public and private sectors (Comparative study)** — **Prof. Ismail Sasa' Al-Budair**
  Iqbal Abdel Abbas

THIRTEEN YEAR
2021
THIRD ISSUE

No. Deposit in the Archives office – office 1291
for the national Baghdad in 2009

ت	البحث	اسم الباحث	رقم الصفحة
١.	ادارة مخاطر منح الائتمان المصرفي	أ.د.المتمرس.ابراهيم اسماعيل ابراهيم م.د. فرقد زهير خليل	٩-٧١
٢.	الأحكام الموضوعية لجريمة لعب القمار -دراسة مقارنة-	ا.د اسراء محمد علي مصطفى عقيل	٧٢-١٠٢
٣.	دور التشريعات المالية في ظهور الشركات القابضة في العراق بعد٢٠٠٣	ا.د. سعد خضير عباس	١٠٣-١٢٣
٤.	حقوق الجهة الادارية في عقود الشراكة خدمة الكهرباء بين القطاعين العام والخاص (دراسة مقارنة)	أ.د.اسماعيل صعصاع غيدان م.اقبال عبد العباس يوسف	١٢٤-١٤٦
٥.	احكام التزام المرفوض بادارة المال المرهون (دراسة مقارنة)	ا.د. منصور حاتم محسن حازم محمد جواد	١٤٧-١٨٥
٦.	مفهوم عقد الكفالة المؤقتة (دراسة مقارنة)	ا.د.ايمان طارق مكي علي عايد فالح	١٨٦-٢١٧
٧.	المفهوم القانوني لعقد التجميد(دراسة مقارنة)	أ.د. سلام عبدالزهرة عبدالله مشتاق عبدالحي عبدالحسين	٢١٨-٢٥١
٨.	الاساس القانوني للالتزام بضمان سلامة السائح	أ.د. هادي حسين عبدعلي بلسم محمد طالب	٢٥٢-٢٨٢
٩.	اثر قواعد الاسناد لحماية المستهلك الالكتروني في العلاقات الدولية	أ.د. عبدالرسول عبدالرضا حسين عمران جرمط	٢٨٣-٣٢٤
١٠.	جريمة الاعتداء على محطات القوة الكهربائية (دراسة مقارنة)	ا.دحسون عبيد هجيج شهد حيدر	٣٢٥-٣٦٠
١١.	السياسية العقابية لجريمة اخفاء العمل الارهابي (دراسة مقارنة)	أ.د. عمار عباس الحسيني علي منديل عبدالله	٣٦١-٣٨٧
١٢.	الجريمة دولية (جريمة الاستيلاء انموذجاً)	ا.د.صدام حسين وادي حازم سكران خضير	٣٨٨-٤٢٣
١٣.	ماهية الاعتداء على البيانات الشخصية لمستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي وتطبيقاتها العملية	أ.د. ميري كاظم عبيد فلاح ساهي خلف	٤٢٤-٤٦١
١٤.	انتقاص الاجراء القضائي (دراسة تحليلية مقارنة)	أ.د. وسن قاسم غني م. م احمد خضير عباس أحمد	٤٦٢-٤٨٣
١٥.	نطاق امتياز مؤجر العقار	أ.د. وسن قاسم غني هاجر عبد العظيم عنبر	٤٨٤-٥١٩
١٦.	ظهور المصلحة الفضلى للطفل كضابط إسناد في العلاقات الخاصة الدولية	أ.د. فراس كريم شيعان خضير مخيف فارس	٥٢٠-٥٥٤
١٧.	المحل في عقد الرعاية الرياضية	أ.د. ذكرى محمد حسين ايناس هاشم رشيد	٥٥٥-٥٨٨
١٨.	الدور الذاتي لمبادئ القانون الدولي الخاص في معالجة الفراغ التشريعي (دراسة مقارنة)	أ.د. خير الدين كاظم الامين نور حسين جواد	٥٨٩-٦٣٧
١٩.	حالات النكول في المناقصات الحكومية	أ.د. صادق محمد علي عماد محمد شاطي	٦٣٨-٦٦٦
٢٠.	جريمة اعطاء وصفة طبية بمواد مخدرة أو مؤثرات عقلية لغير اغراض العلاج الطبي "في القانون العراقي"	ا.د محمد اسماعيل ابراهيم أ.م. احمد هادي عبد الواحد	٦٦٧-٧٠٦
٢١.	جريمة التحريض على تبني افكار او توجهات تتعارض مع التداول السكن	ا.د اسماعيل نعمه عبود ثامر ماهر حسون	٧٠٧-٧٣٠
٢٢.	جريمة تنظيم عصابة مسلحة ارهابية (دراسة مقارنة)	ا.د.لمى عامر محمود	٧٣١-٧٧٠

		احمد حسن حسون	
٢٣.	الضمانات القضائية لحماية الحق في حرية البحث العلمي	أ.د. حسين جبار عبد لقاء عباس مهدي	٧٧١-٧٩٩
٢٤.	التأمين من المخاطر التجارية في سوق الاوراق المالية (دراسة مقارنة)	أ.د. سماح حسين علي مازن عبدالله عبد	٨٠٠-٨٣٥
٢٥.	تقييد حدود المسؤولية المدنية الناشئة عن الحوادث الرياضية (دراسة مقارنة)	أ.د. حيدر حسين الشمري م. محمد عبدالرزاق محمد	٨٣٦-٨٨٣
٢٦.	الرقابة على التمويل العام للاحزاب السياسية	أ.د رافع خضر صالح رشا محمد امين	٨٨٤-٩١٤
٢٧.	التعويض من القلق من الموت الوشيك	ا.م.د. محمد جعفر هادي	٩١٥-٩٥٦
٢٨.	تنفيذ المصادرة الإدارية " دراسة مقارنة "	ا.م.د.رفاه كريم كربل غيث حميد كاظم عباس	٩٥٧-٩٨٢
٢٩.	الحماية الدولية لحق السجين في الصحة (دراسة في قواعد القانون الدولي لحقوق الانسان)	ا.م.د. سرمد عامر عباس عدي كاظم حمزة	٩٨٣-١٠٢٢
٣٠.	مبدأ قرينة البراءة امام المحكمة الجنائية الدولية	ا.م.د حيدر عبد محسن شهد نورس هادي وحيد	١٠٢٣-١٠٤٣
٣١.	تعارض المصالح في سوق الاوراق المالية (دراسة مقارنة)	ا.م.د ميثاق طالب عبد جلال حسن حنتوش	١٠٤٤-١٠٨٧
٣٢.	شروط الحماية القانونية للمؤشرات الجغرافية التجارية والاجار المترتبة عليها(دراسة مقارنة)	ا.م.د ميثاق طالب عبد ياسين خضير داخل	١٠٨٨-١١١٧
٣٣.	الاحكام الموضوعية لجريمة نقل الحدود (دراسة مقارنة)	ا.م.د منى عبد العالي موسى كوثر عهد محمد	١١١٨-١١٦٢
٣٤.	جريمة اخذ الصغير	ا.م.د منى عبد العالي موسى	١١٦٣-١١٨٣
٣٥.	الاحكام الموضوعية لجريمة الرشوة التي من شانها الاضرار بالمصلحة الوطنية (دراسة مقارنة)	ا.م.د. نافع تكليف مجيد ريام سلام عبيد	١١٨٤-١٢١٨
٣٦.	اختصاص البرلمان في صحة العضوية البرلمانية	ا.م.د. ليلى حنتوش ناجي بشار محمد كريم	١٢١٩-١٢٥٦
٣٧.	حالات الظرف الطارئ في عقد الايجار (دراسة مقارنة)	ا.م.د. حبيب عبيد مرزه زينب ثامر شهيد	١٢٥٧-١٢٩٤
٣٨.	نقل الدعوى واثره على الاختصاص في القضاء المدني (دراسة مقارنة)	أ.م.د.عبدالله عبدالامير كمال رحيم عزيز	١٢٩٥-١٣٣٩
٣٩.	اشكاليات تكوين المحكمة الاتحادية العليا في العراق واثرها في جودة احكامها	ا.م.د. غانم عبد دهش	١٣٤٠-١٣٧٩
٤٠.	حق المراة العراقية في الكرامة الانسانية (دراسةفياطارالدستوروالقانون العراقي)	ا.م.د. ميسون طه حسين	١٣٨٠-١٤٠٣
٤١.	فعالية المحكمة التجارية العراقية في تسوية المنازعات التجارية (دراسة قانونية في ضوء البيان الصادر من مجلس القضاء الاعلى رقم (٧٤) لسنة ٢٠٢٠.	م.د.ماهر محسن عبود	١٤٠٤-١٤٢٥
٤٢.	التنظيم القانوني لعقوبة قطع الراتب (دراسة مقارنة)	م.د. امين رحيم	١٤٢٦-١٤٦٢
٤٣.	الخطأ المشترك في الاصابة بفيروس كورونا المستجد (كوفيد١٩) (دراسة مقارنة مع الفقه الاسلامي)	م.د. احمد عبدالحسين الياسري	١٤٦٣-١٤٨٣
٤٤.	عقد الاختيار بين الوحدة والتعدد	م.د. هند فائز الحسون م.م. ارم عصام خضير	١٤٨٤-١٥٠٨
٤٥.	دور الاجهزة الرقابية في عملية الاصلاح الاداري والمالي في العراق	م.د قتاده صالح م.م حيدر جاسم محمد	١٥٠٩-١٥٤٥
٤٦.	جرائم جلسات المحاكم (دراسة مقارنة)	م.د منتظر فيصل كاظم	١٥٤٦-١٥٨٤
٤٧.	دور منظمة الامم المتحدة في تنظيم عمل الطائرات المسلحة المسيرة	م.قاسم ماضي حمزة م.د.هاني عبد الله عمران	١٥٨٥-١٦١١
٤٨.	دور التنظيمات النقابية في حماية حقوق العامل في العراق	م.رشا ظافر محي الدين رضا	١٦١٢-١٦٤١
٤٩.	استنباط الاحكام القانونية بدلالة الظهور اللفظي	م.م حسن ضعيف حمود	١٦٤٢-١٦٦٧
٥٠.	التاثير القانوني لفيروس كورونا المستجد على الالتزامات التعاقدية	م.م. عمر محمد صالح	١٦٦٨-١٦٩٥

مفهوم عقد الكفالة المؤقتة
(دراسة مقارنة)

أ. د . ايمان طارق الشكري

جامعة بابل/ كلية القانون

علي عايد فالح

جامعة بابل/ كلية القانون

ملخص البحث

ان الوظيفة الاساسية التي تؤديها الكفالة بأنواعها المختلفة هي ضمان الوفاء بالالتزامات، وهي بشكل عام ضمان يمكن الدائن من الحصول على حقه وتجنبه خطر اعسار المدين المحتمل وهذا الضمان في الحقيقة يؤدي وظيفة اقتصادية واجتماعية للدائن والمدين معاً اذ تمنح الدائن الامن والضمان وللمدين الثقة والائتمان وتمكنه من الحصول الى ما هو في حاجة اليه من قرض أو أجل.

كما ان الكفالة عقد تبعي حيث تكون تابعة للالتزام الاصلي من حيث تعجيله وتأجيله ، وبطلانه وانقضاؤه، اما الكفالة المؤقتة وهي موضوع بحثنا وان كانت عقد تابع الا انها تنتهي بانتهاء مدتها قبل انتهاء الالتزام الاصلي وتبرأ ذمة الكفيل حتى وان كان الالتزام الاصلي لا يزال قائما.

ومن اجل بيان مفهوم عقد الكفالة المؤقتة تطرقنا لتعريفها وبيان معناها وتحديد طبيعتها، وتمييزها عما يشتبه بها من اوضاع قانونية اخرى.

المقدمة

اجاز المشرع العراقي في المادة ١٠٤٦ من القانون المدني تحديد الكفالة بوقت محدد واطلق عليها وصف الكفالة المؤقتة الا انه لم يتطرق الى تفصيلات هذا النوع من الكفالة ، وكذلك عدم تحديد طبيعتها، مما يقتضي تحديد معنى عقد الكفالة المؤقتة وتمييزه عن غيره من اوضاع قانونية اخرى، وهذا ما سنتناوله في هذا البحث

اولا : الهدف من الدراسة

١. التعرف على عقد الكفالة المؤقتة والاثار المترتبة عليه من حيث حقوق الدائن وحقوق الكفيل

٢. بيان موقف القانون العراقي ازاء هذا النوع من الكفالة ومقارنته المصري والفرنسي والفقه الاسلامي

٣. معرفة طبيعة عقد الكفالة المؤقتة . ولماذا اجازتها القوانين مع انها محددة بوقت يختلف عن اجل الدين .

ثالثا: اشكالية البحث

تمثلت اشكالية الدراسة في مدى امكانية اقتران الكفالة بمدة محددة تختلف عن اجل اداء الالتزام من قبل المدين حيث اختلف الفقهاء في جواز وصف الكفالة بوقت محدد، ان اشكالية البحث في عقد الكفالة المؤقتة تبتدئ بتعريفها وتنتهي بانتهائها ، وأن هذه الإشكاليات ترجع الى أصل واحد هو طبيعة عقد الكفالة المؤقتة، هل هو عقد معلق على شرط واذا كان معلق على شرط فهل هو واقفا ام فاسخا، ام هو عقد مضاف الى اجل، واذا كان مضاف الى اجل فهل هو اجل واقف ام اجل فاسخ، وهذا ما سوف نحاول الاجابة عليه بشكل يستقيم مع توجهات النصوص وبشكل لا يتعارض وطبيعة هذا العقد .

رابعا : منهجية البحث

تقوم منهجية البحث على الدراسة التحليلية للنصوص التشريعية التي تؤدي الى دراسة الموضوع بشكل تفصيلي بحيث تحدد مواطن الضعف والقوه في كل مفصل من مفاصل البحث، مع منهج المقارنة والتي تؤدي الى التوصل الى نتائج من خلال مقارنة النصوص الفقهية أو القانونية ، وإن منهج المقارنة الذي اعتمدناه هو المقارنة بين القوانين المدنية الوضعية كل من القانون العراقي والمصري والفرنسي وبين الفقه الإسلامي .

خامسا: خطة البحث

أما بالنسبة للخطة المتبعة في البحث التي تحتوي ثلاثة مباحث ، المبحث الأول لتعريف عقد الكفالة المؤقتة في مطلبين ، المطلب الاول، معنى عقد الكفالة المؤقتة، والمطلب الثاني خصائص عقد الكفالة المؤقتة والمبحث الثاني طبيعة عقد الكفالة المؤقتة، وفيه مطلبين، الاول عقد الكفالة المؤقتة معلق على شرط، والمطلب الثاني عقد الكفالة المؤقتة مضاف الى اجل، اما المبحث الثالث لتمييز عقد الكفالة المؤقتة عما يشتبه بها من اوضاع قانونية اخرى، ويحتوي على مطلبين، المطلب الاول تمييز عقد الكفالة المؤقتة عن الكفالة المنجزة والمعلقة، والمطلب الثاني تمييز عقد الكفالة المؤقتة عن الكفالة المعجلة والمؤجلة.

المبحث الأول

التعريف بعقد الكفالة المؤقتة

لعقد الكفالة المؤقتة عدة تعاريف ومجموعة من الخصائص ، سوف نتطرق اليها من خلال هذا المبحث في مطلبين في الأول منها نبين تعريف عقد الكفالة المؤقتة في القوانين محل المقارنة والفقه الاسلامي وفي المطلب الثاني تمييز عقد الكفالة المؤقتة عما يشتبه به من اوضاع قانونية اخرى .

المطلب الاول

معنى عقد الكفالة المؤقتة

تطرق أغلبية الفقهاء الى موضوع عقد الكفالة المؤقتة بشكل وجيز ومختصر ليس كعقد منفصل عن عقد الكفالة بشكل عام بل من خلال شرحهم لموضوع عقد الكفالة العامة يتطرقون بعض الشيء للكفالة المؤقتة، وهذا ما سنبينه من خلال استعراض تعاريفهم .

عرف عقد الكفالة المؤقتة بعدة تعريفات منها :هي التي يعين الكفيل فيها مدة تبرأ ذمته بعد انقضائها، فإذا ارتضى شخص ان يتحمل بالكفالة الى وقت محدد فلا يتجاوز التزامه حدود هذا الوقت[١].

وعرفها آخرون بأنها : ان يكفل شخص آخر مدة معلومة ومحددة فإذا انتهت المدة المحددة انتهت الكفالة وبرأ الكفيل[٢] .

وايضا عرفها البعض بأنها : كفالة منجزة لا معلقة ولا مضافة وانما تتحدد فيها مسؤولية الكفيل بمدة معينة يبرأ بعدها من التزامه كما لو قال انا كفيل بما لك عليه من دين الى نهاية الشهر الحالي[٣].

نرى ان جميع تعاريف الفقهاء للكفالة المؤقتة متقاربة بالمعنى بعض الشيء وان اختلفت بالألفاظ ، ونجد من خلال التدقيق في التعاريف اعلاه انه يحق للكفيل في عقد الكفالة المؤقتة ان

يحدد كفالتة بمدة معينة فإذا انتهت المدة برأت ذمته، ولكن التعريفين الاول والثاني لم يبينا طبيعة هذه الكفالة هل هي معلقة ام مضافة ام غير ذلك، اما التعريف الاخير من التعاريف اعلاه يشير انها كفالة منجزه ولكن محددة بوقت معين تنتهي فيه مسؤولية الكفيل، فمن الممكن ان تكون كفالة الكفيل لمدة سنة مثلا، ففي هذه الحالة هي كفالة غير معلقة ولا مضافة وانما محددة، ولكن لا نتفق مع هذا التعريف في قوله انها غير مضافة ، فإذا قال الكفيل ، انا ضامن بدين هذا الشخص من اليوم الى نهاية السنة، ففي هذه الحالة نكون امام اجل فاسخ .

ويصوغ الباحث تعريفا للكفالة المؤقتة على انها (كفالة مضافة الى اجل فاسخ تتحدد فيها مسؤولية الكفيل من بداية الاجل الى نهايته وتبرأ ذمته وتنقضي الكفالة).

كما عرفها فقهاء المذاهب الاسلامية على انها: ان يكفل الكفيل الدين مدة معلومة محددة ، فإذا انقضت تلك المدة يبرأ بعدها من التزامه وتنتهي الكفالة [٤].

وقد اختلف الفقهاء في صحة توقيت الكفالة بسبب الأثر الذي يترتب عليها، فمنهم من رأى ان ذمة الكفيل لا تشغل بالدين وانما يطالب فقط بأدائه فأجازوا الكفالة المؤقتة ، وقيدوا المطالبة بالمدة المتفق عليها ، اما من ذهب الى ان ذمة الكفيل تصبح مشغولة بالدين ايضا وليس فقط المطالبة الى جانب ذمة المدين فلم يجيزوا توقيت الكفالة، لأن الذمة اذا شغلت بدين صحيح فإنها لا تبرأ إلا بالأداء او الإبراء وهذا المعهود شرعا، فقبول الكفالة للتوقيت ينتج عنه سقوط الدين عن الكفيل دون اداء او إبراء فلو قال : كفلت فلان من هذا اليوم الى شهر ، تنتهي الكفالة بانتهاء الشهر بلا خلاف وهذا قول الحنفية [٥] ، اما الحنابلة جاء في كشاف القناع عندهم : ان في توقيت الكفالة وجهين : التوقيت في الكفالة بالنفس تصح ، اما توقيت كفالة المال فلا تصح[٦] ، اما المالكية فتوقيت الكفالة جائز عندهم في حالتين ان يكون المدين ليس معسرا بل موسرا ولو في اول التوقيت، يجوز التوقيت ، او ان يكون معسرا والعادة انه لا يوسر خلال مدة الكفالة ، فلا يجوز توقيت الكفالة [٧] ، اما عند الشافعية فتوقيت الكفالة بالمال لا يجوز لأن المقصود به الاداء ،اما الكفالة بالنفس فعند بعضهم غير جائزه والاصح انها جائزه لأنه قد يكون للكفيل غرض في تسليم المكفول خلال مدة التوقيت[٨] .

وعند المذهب الامامي، لا يصح توقيت الكفالة، فقد جاء في مفتاح الكرامة "لا يصح ان يقول : انا ضامن الى شهر فإذا مضى ولم اغرم فإنا بريء "[٩] .

بالنسبة للقانون المدني الفرنسي لا يوجد نص صريح لتعريف الكفالة المؤقتة ، ولكن نرى ان المشرع الفرنسي اعطى حرية للطرفين في رسم حدود الكفالة وذلك من خلال نص المادة ٢٢٩٢من القانون الفرنسي التي نصت " لا تفرض الكفالة ابدا ، بل يجب ان تكون صريحة ولا يمكن التوسع بها الى ما يتجاوز الحدود التي عقدت ضمنها " نرى من خلال نص هذه المادة ان المشرع الفرنسي اجاز تحديد الكفالة بمدة معينة واوجب ان لا تتجاوز الكفالة الحدود التي حددها الطرفين ، لذلك نجد ان المشرع الفرنسي لم يشير للكفالة المؤقتة بشكل صريح بل تفهم من خلال نصوص المواد انه اعطى حرية لإرادة الطرفين في تحديد مدى التزام كل منهما من ناحية الزمان والمكان[١٠] .

كذلك هو الحال بالنسبة للقانون المدني المصري لم ينص على تعريف للكفالة المؤقتة ، ولكنه تطرق للكفالة المؤقتة في كفالة الالتزامات المستقبلية، ويفهم ذلك من خلال نص المادة ٧٧٨ التي نصت " ١. تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدما الدين المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين الشرطي،٢. على انه اذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة للكفالة كان له الرجوع في اي وقت ان يرجع فيها مادام الدين المكفول لم ينشأ " ، نرى من خلال نص هذه المادة ان المشرع المصري اجاز كفالة الدين المستقبل وان كان غير موجود وقت الكفالة ، وايضا اعطى للكفيل حرية تحديد مدة لكفالته.

فإذا كانت الكفالة محددة المدة كأن يتفق الكفيل على ان يضمن ما ينشأ بذمة شخص مدة سنة ، فهنا يبقى الكفيل ضامنا لكل ما ينشأ من الدين المكفول خلال السنة المحددة ، فإذا انقضت المدة ولم ينشأ شيء من الدين المكفول برأت ذمة الكفيل، واذا نشأ خلال هذه المدة الدين يكون الكفيل ضامن، واذا نشأ دين اقل من الحد المتفق عليه فيقتصر ضمان الكفيل على هذا الجزء من الدين ولا يضمن ما ينشأ بعد ذلك [١١].

ومن الملاحظ انه لا يشترط لصحة كفالة الالتزام المستقبل، تحديد مدة معينة لالتزام الكفيل ، بحيث تصح كفالة الالتزام المستقبل بغير تحديد مدة ، كذلك تشترك كفالة الالتزام المستقبل غير محددة المدة مع الكفالة محددة المدة في انه لا يحق للكفيل التنصل من الكفالة بإرادته المنفردة بعد اذ نشأ الالتزام الاصلي المكفول في ذمة المدين الاصلي ،في المقابل يمكن للكفيل الرجوع في الكفالة غير محددة المدة عن كفالته مادام الدين المكفول لم ينشأ بعد في ذمة المدين الاصلي بعد اخطار الدائن بالرجوع[١٢].

اما فيما يخص موقف القانون المدني العراقي من الكفالة المؤقتة ايضا لم يذكر تعريف للكفالة المؤقتة ، لكن معناها واضح من خلال نص المادة ١٠٤٦ من القانون المدني العراقي فيما يخص الكفالة المؤقتة حيث نصت على " لا يطالب الكفيل في الكفالة المؤقتة الا في مدة الكفالة فإذا انتهت هذه المدة برئت ذمة الكفيل ".

من خلال نص المادة اعلاه نرى ان المشرع العراقي ذكر الكفالة المؤقتة لكنه لم يبين هذا النوع من الكفالة بشكل تفصيلي حيث لم يبين طبيعة الكفالة المؤقتة ، حيث اجاز في المادة ١٠٠٩ ان تكون الكفالة منجزه او معلقة على شرط او مضافة الى زمن مستقبل ولم يتطرق للكفالة المؤقتة فهنا يثور تساؤل هل هي معلقة على شرط ام منجزه ام هي كفالة ذات طبيعة خاصة ،لذلك هناك غموض حول طبيعة هذه الكفالة ، كذلك هو لم يوضح ما هو الضمان البديل للدائن بعد انتهاء مدة الكفالة وهذه مشكلة تواجه مصير ضمان حقوق الدائن اتجاه المدين.

المطلب الثاني

خصائص عقد الكفالة المؤقتة

من خلال التعاريف التي تم ذكرها سابقا نجد ان لعقد الكفالة المؤقتة جملة من الخصائص ، الا انه لابد من الاشارة الى ان هناك خصائص تعد من خصائص الكفالة بشكل عام باعتبار ان الكفالة المؤقتة هي نوع من انواع الكفالة سوف نذكر هذه الخصائص ومن ثم نذكر الخصائص التي تتميز بها الكفالة المؤقتة وكما يأتي:

تتحدد الخصائص العامة للكفالة وفقا لتعريفها ، كالتعريف الذي وضعه المشرع العراقي في المادة ٢٠٠٨ والتي نصت " الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام".

كذلك التعريف الذي اورده المشرع المصري في المادة ٧٧٢ والتي نصت " الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام اذا لم يف به المدين نفسه".

يتضح من التعريفين ان الكفالة بشكل عام تتميز بجملة من الخصائص وهي كالتالي:

اولا: الكفالة عقد رضائي:

لم يشترط القانون المدني العراقي في النصوص الخاصة بالتأمينات الشخصية أو في نصوص الكفالة على أي شكل خاص لانعقاد عقد الكفالة وهذا ما جاء في الفقرة الاولى من نص المادة (١٠٠٩) "تنعقد الكفالة بإيجاب وقبول من الكفيل والمكفول له"، وكذلك القوانين الاخرى التي نصت على عقد الكفالة، وهذا يعني أنه عقد من العقود الرضائية في القانون ومن ثم فهو يخضع الى القواعد العامة في إبرام العقود الرضائية[١٣].

وأن كون العقد رضائيا فهذا يعني أن يتم بمجرد تطابق الارادتين بين طرفيه ولا يحتاج لأي إجراء شكلي معين ، وهي القاعدة العامة في العقود ، فعقد الكفالة المؤقتة يتم بين الكفيل والدائن بمجرد تراضيهما دون حاجه الى إفراغ هذا التراضي في شكل محدد[١٤].

ويقصد بالشكلية هو أن يحدد القانون شكل معين لأبرام العقد ولا يتم بمجرد التراضي بل يجب إن يكون هذا التراضي في شكل رسمي نص عليه القانون ، وبذلك تكون الشكلية ركنا لانعقاد العقد ، وبذلك يترتب على عدم وجودها عدم وجود العقد، وهي استثناء من قاعدة رضائية العقود[١٥].

وبهذا فإن الشكلية المطلوبة للانعقاد ليس الشكلية التي يشترطها القانون لإثبات العقد ، والتي في حالة انتفائها يجوز إثبات العقد بوسيلة إثبات أخرى كاليمين والإقرار ، فهي بهذا ليست ركنا لانعقاد العقد[١٦].

كذلك هو موقف القانون المدني المصري لم يشترط القانون اي شكل خاص لانعقاد الكفالة ،بل يكفي لانعقادها توافر الايجاب والقبول ، اما ما جاءت به المادة ٧٧٣ " لا اتثبت الكفالة إلا بالكتابة ، ولو كان من الجائز أثبات الالتزام الأصلي بالبينة " فهو ليس شكلا ضروريا بل هي مجرد وسيلة لإثبات العقد وليس لصحته(١٧).

ايضا القانون المدني الفرنسي لم يشترط شكلية معينة لأبرام العقود وهذا ما نجده في نص المادة ١١١٣ التي جاء فيها" يتكون العقد من اجتماع عرض وقبول يعرب الطرفان بموجبه عن استعدادهما للالتزام..."

اما ما يخص الرضائية في الفقه الاسلامي ، فالكفالة عقد رضائي ، اجمع الفقهاء على ان الكفالة تنعقد بمجرد التراضي ،وإن مبدأ رضائية العقود وما يترتب عليه من الاكتفاء برضا الطرفين لتمامها مبدأ اخذ به فقهاء الشريعة الإسلامية كقاعدة عامة في إبرام العقود(١٨)

ثانيا: الكفالة عقد تبرع : يوصف العقد بأنه عقد تبرع أذا كان لا يحقق المنفعة إلا لأحد طرفيه فقط دون الأخر ، وهذا ما يميزه عن عقد المعاوضة الذي تتحقق فيه المنفعة لكلا طرفيه ، بحيث يأخذ كل منهما مقابلا لما قدم. فهو العقد الذي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما أعطاه ، ولا يعطي المتعاقد الأخر مقابلا لما أخذه(١٩).

ان الكفالة عقد تبرع بالنسبة للكفيل لأن الكفيل يلتزم دون مقابل وتظهر صفة التبرع للكفالة في مواجهة المدين ، اما بالنسبة للدائن (المكفول له) فالكفالة عقد معاوضة لأنه حصل عليها مقابل اعطاء الدين(٢٠).

ولكن صفة التبرع وان كانت من طبيعة عقد الكفالة فهي ليست من مستلزماته لذلك يجوز ان تكون الكفالة بعوض ، وذلك في حالة وجود مقابل لما يقدمه الكفيل، مثلا يأخذ مقابلا نظير كفالته ، وبذلك تكون الكفالة من عقود المعاوضات، لأن التزام الكفيل في هذه الحالة لا يكون بقصد التبرع(٢١).

ويرى البعض ان الدائن اذا التزم في العقد بدفع مقابل للكفيل مقابل كفالته للدين سقط عن العقد تكييف الكفالة واصبح بمثابة عقد تأمين ، ومن ثم عقدا اصليا لا تابعا(٢٢).

ولا تختلف نظرة الفقه الاسلامي لعقد الكفالة كونه عقد تبرع ، يقصد به الثواب لله سبحانه وتعالى ومعاونة الناس ورفع الضيق عنهم، فالحنفية قالوا الكفالة عقد تبرع فتصح ممن يملك التبرع ولا تصح ممن لا يملكه[٢٣]، كذلك الحنابلة جاء عندهم في المغنى "ولأنه اي الكفيل تبرع بالتزام مال فلم يعتبر معرفة من تبرع له كالنذر"[٢٤]. كذلك المالكية قالو ، اذا حصل الكفيل على عوض نظير كفالته للدين بطلت الكفالة فقد جاء عندهم في شرح الخرشي "تبطل الحمالة اذا افسدت نفسها كما اذا اخذ الضامن جعلا من رب الدين او المدين "[٢٥].

ثالثا: الكفالة من عقود الضمان

عقود الضمان هي تلك الوسائل التي تتيح لصاحب الحق من ضمان استيفاء حقه وتأكيده قبل المدين ، وأن للدائن في القانون ضمانين : أولهما ضمانا عاما على جميع أموال مدينه ومتساويا في ذلك مع غيره من الدائنين العاديين ، وثانيهما ضمانا خاصا يتميز به عن باقي الدائنين في استيفاء حقه ، وهذا الضمان الخاص الذي أقره القانون وكفله للدائن يعرف بالتأمين الخاص[٢٦].

لذلك هذه التأمينات الخاصة تعطي ضمان اضافي للدائن في سعيه للحصول على حقه بما يجنبه مخاطر الضمان العام سواء المتمثلة في زيادة التزامات مدينه أو في تصرفاته اللاحقة لنشوء الالتزام وقبل شروع الدائن بالتنفيذ بحقه في العناصر الايجابية لذمته المالية وبما يوفر لديه من ناحية أخرى تميز عن غيره من الدائنين[٢٧].

ان التأمينات تهدف الى تحصين الدائن من خطر عدم تنفيذ الالتزام من قبل المدين وتحصنه من أن يخضع لقاعدة المساواة بين الدائنين في حالة إعسار ذلك المدين ، فهي تبث الطمأنينة في نفس الدائن الذي لا يقنع بالضمان العام حيث تعطيه مركز قانوني أفضل عن طريق ما تقرره له من أفضلية عن غيره من الدائنين العاديين او الدائنين التالين له في المرتبة[٢٨]

رابعا: الكفالة عقد ملزم لجانب واحد

الكفالة عقد ملزم لجانب واحد هو الكفيل لأن الكفيل التزم بأداء الدين لشخص آخر، اما الدائن فهو لا يلتزم بشيء عادة اتجاه الكفيل[٢٩]

ولا يغير من طبيعة الكفالة ان يأخذ الكفيل عوضا من المدين لأن المدين ليس طرف في العقد ، كذلك لا يغير من طبيعتها ان تنشأ حقوق للكفيل قبل المدين لأن هذه الحقوق تجد مصدرها في عقد آخر بين الكفيل والمدين او في قواعد الفضالة او مبادئ الأثراء بلا سبب[٣٠] .

وذهب بعض الفقهاء الى ان عقد الكفالة ملزم لجانبين، وذلك لأن الكفالة ينشأ عنها التزام الدائن بأن يتخذ اجراءات مطالبة المدين بالدين في الوقت المناسب بحيث اذا اخل بهذا الالتزام واضر بالكفيل اصبح مسؤولا عن تعويض ما اصاب الكفيل من ضرر[٣١].

خامسا: الكفالة عقد تابع

الكفيل يتعهد بوفاء التزام المدين عندما لم يقم المدين بوفاء التزامه ، والتزام الكفيل في هذه الحالة هو التزام تابع للالتزام الاصلي، ولذلك يوصف عقد الكفالة بأنه تابع[٣٢] .

وصفة التبعية هذه هي التي تميز الكفالة عن غيرها من النظم القانونية الاخرى التي تشتبه بها مثل التعهد عن الغير[٣٣]

نتيجة لذلك فإن التزام الكفيل يتبع الالتزام الاصلي من حيث الوجود والصحة والنطاق والآثار والانقضاء ، فإذا كان الالتزام الاصلي غير صحيح ، فإن التزام الكفيل ايضا غير صحيح ، واذا انقضى التزام المدين لأي سبب من اسباب الانقضاء فإن التزام الكفيل ينقضي تبعا له[٣٤]

كذلك الحال في الفقه الاسلامي ان التزام الكفيل التزام تابع الالتزام المكفول عنه ، لأن التزام المدين هو الاصل والتزام الكفيل هو الفرع ، ويترتب على ذلك ان محل ما يؤثر في التزام المكفول عنه يؤثر في التزام الكفيل[٣٥].

الخصائص التي سبق ذكرها تنطبق على عقد الكفالة بشكل عام، وتنطبق ايضا على عقد الكفالة المؤقتة باعتبارها احد انواع الكفالة ، الا انه هناك خصائص تتميز بها الكفالة المؤقتة ليس باعتبارها كفالة عامة والتي توصلنا اليها من خلال تعريف عقد الكفالة المؤقتة: هي التي يعين الكفيل فيها مدة تبرأ ذمته بعد انقضائها، فإذا ارتضى شخص ان يتحمل بالكفالة الى وقت محدد فلا يتجاوز التزامه حدود هذا الوقت[٣٦].

يظهر من هذا التعريف ان الكفالة المؤقتة تتميز بالخصائص الآتية:

اولا : الكفالة المؤقتة عقد محدد المدة : وبهذا تختلف الكفالة المؤقتة عن الكفالة العادية بأنها محددة المدة ، تنقضي بانتهاء مدتها وتبرأ ذمة الكفيل حتى وان لم يقوم المدين بالوفاء بالتزامه ، ولكن الكفيل في الكفالة المؤقتة ملزم بالكفالة خلال المدة المحددة ولا يحق له الرجوع عنها ، اما الكفيل في الكفالة غير محددة المدة يحق له الرجوع عن كفالته متى شاء اذا كان الدين لم يترتب في ذمة الاصيل.[٣٧]

ثانيا : الضمان في الكفالة المؤقتة مؤقت : اذا ارتضى شخص ان يكفل آخر بالكفالة الى وقت محدد، فإن ضمانه لا يتجاوز الوقت المحدد، لأن الكفيل في الكفالة المؤقتة يضمن حق الدائن خلال مدة الكفالة فقط ، اما بعد انتهاء مدة الكفالة ينتهي الضمان وتبرأ ذمة الكفيل سواء قام المكفول بالوفاء بالدين ام لا ، وفي حالة انتهاء مدة الكفالة وعدم قيام المدين بالوفاء بالتزامه ففي هذه الحالة يصبح حق الدائن بدون ضمان، لذلك الضمان في الكفالة المؤقتة مؤقت[٣٨].

المبحث الثاني

طبيعة عقد الكفالة المؤقتة

لقد اجاز المشرع العراقي الكفالة المعلقة على شرط وهذا ما نصت عليه الفقرة ثانيا من المادة ١٠٠٩ من القانون المدني العراقي " ويجوز ان تكون الكفالة منجزة او معلقة على شرط او مضافة الى زمن مستقبل ".

وايضا القانون المدني المصري اجاز في المادة ٧٧٨ كفالة الدين الشرطي ، ويكون التزام الكفيل مرتبطا بمصير الشرط الذي تم تعليق الالتزام عليه.

كذلك هو الحال في القانون الفرنسي حيث اجاز كفالة الدين الشرطي وهذا ما نلاحظه في المادة ٢٢٩٢ التي مضمونها،" لا تفرض الكفالة ابدا. ، بل يجب ان تكون صريحة ولا يمكن التوسع بها الى ما يتجاوز الحدود التي عقدت ضمنها".

اما بالنسبة لعقد الكفالة المؤقتة ، الذي يلتزم بها الكفيل خلال مدة محددة ، فما هي طبيعة هذا العقد فهل هو عقد معلق على شرط ،ام مضاف الى اجل، ام هو عقدا منجزا، هذا ما سنوضحه من خلال فرعين الاول عقد الكفالة المؤقتة معلق على شرط والثاني عقد الكفالة المؤقتة مضاف الى اجل.

المطلب الاول

عقد الكفالة المؤقتة معلق على شرط

الشرط يعرف بأنه أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله ، فإذا كان وجود الالتزام هو المترتب على وقوع الشرط ، كان الشرط واقفا" ، أما أذا كان الالتزام قد وجد فعلا وكان زواله هو المترتب على وقوع الشرط ، كان الشرط فاسخا[٣٩].

ان كان الشرط في القانون يقسم من حيث الأثر الى نوعين واقف وفاسخ، حيث نصت المادة (٢٨٦) من القانون المدني العراقي على الاتي :"العقد المعلق هو ما كان معلقا على شرط واقف او فاسخ ". ففي كلا النوعين يجب أن يكون الشرط أمرا لم يتحقق بعد ويحتمل تحققه في المستقبل، ويترتب على ذلك أنه أذا كان الشرط أمرا ماضيا أو حاضرا او الامر محققا[٤٠]

اختلف الفقه القانوني في تكييف عقد الكفالة المؤقتة على رأيين :

الرأي الاول ، ذهب الى ان عقد الكفالة المؤقتة معلق على شرط واقف هو نشوء الدين في المدة المحددة وتقتصر الكفالة على ما ينشأ من الدين خلال المدة المحددة ، وهذا يجعل الكفيل

ملتزم بكفالته ولا يمكن له التحلل منها قبل انتهاء الاجل المعين للكفالة ، ولا يلتزم الكفيل بوفاء الدين طالما لم ينشأ بعد ، وانما يضمن وفاء الدين عند نشوئه ، فإذا رجع الكفيل في وعده قبل انتهاء الوقت المحدد ، كان مخلا بوعده ويمكن الزامه بالتعويض عن عدم قيامه بكفالة الدين لا عن عدم وفائه[٤١]

الرأي الثاني، يرى ان عقد الكفالة المؤقتة هو مجرد وعد بالكفالة ، ولا يلتزم الكفيل بوفاء الدين طالما لم ينشأ بعد ، وانما يضمن وفائه عند نشوئه ، فإذا رجع الكفيل قبل انتهاء الاجل المحدد كان مخلا بوعده ويجوز الزامه بالتعويض عن عدم قيامه بكفالة الدين لا عن عدم وفاء الدين[٤٢].

اما فيما يخص موقف الفقه الاسلامي في طبيعة عقد الكفالة المؤقتة:

اختلف الفقهاء المسلمين في اجازة الكفالة المؤقتة، فالذين اجازوها هم الحنفية والمالكية والحنابلة، ذهبوا الى انها كفالة منجزة غير معلقة ولا مضافة ، وانما تتحدد فيها مسؤولية الكفيل بمدة معينة يبرأ بعدها من التزامه[٤٣].

يرى الباحث ان التزام الكفيل في عقد الكفالة المؤقتة ينشأ منذ بداية العقد ، حيث يكون الكفيل ملتزم بضمان الدين من بداية كفالته وحتى انتهاء مدتها سواء حل اجل الدين ام لم يحل، فالتزام الكفيل في عقد الكفالة المؤقتة ليس معلق على تحقق او تخلف شرط، وانما هو التزام موجود من بداية العقد الى نهاية المدة المحددة.

كذلك يتضح لنا من نصوص القانون المدني العراقي ، ان عقد الكفالة المؤقتة ليس معلق ، لأن القانون اجاز للكفيل الرجوع عن الكفالة المعلقة قبل ترتب الدين في ذمة المدين وهذا ما نصت عليه المادة (١٠١٠)"ليس للكفيل ان يخرج نفسه من الكفالة ، ولكن له ذلك قبل ترتب الدين في ذمة الاصيل المعلقة والكفالة المضافة" نرى من خلال هذا النص يمكن للكفيل الرجوع عن كفالته المعلقة قبل نشوء الدين في ذمة المدين، اما في الكفالة المؤقتة لا يجوز للكفيل الرجوع عن كفالته طيلة مدة الكفالة سواء نشأ الدين ام لا، وهذا ما نلاحظه من خلال نص المادة (١٠٤٦) من القانون العراقي التي نصت "لا يطالب الكفيل في الكفالة المؤقتة الا في مدة الكفالة

، فإذا انقضت المدة برئت ذمة الكفيل"، نرى انه لا يجوز للكفيل الرجوع عن كفالته ولا تبرأ ذمته الا في نهاية المدة المحددة.

يتضح لنا مما سبق ذكره ان عقد الكفالة المؤقتة هو عقد غير معلق على شرط سواء كان واقفا او فاسخا.

المطلب الثاني

عقد الكفالة المؤقتة مضاف الى اجل

يمكن تعريف الأجل كوصف من أوصاف الالتزام أو العقد بأنه أمر مستقبل محقق الوقوع يضاف إليه نفاذ العقد أو انقضاءه ، فإذا كان نفاذ العقد ، أو تنجيزه هو الذي أضيف الى الأجل كان الأجل واقفا ، واذا كان انقضاء العقد وزواله هو الذي أضيف الى الأجل كان الأجل فاسخا أو منهيا[٤٤] .

إن الفرق الجوهري بين الشرط والأجل هو تحقق الوقوع وعدم تحققه ، فكلاهما أمر يقع في المستقبل ، ولكن الأجل محقق الوقوع ، أما الشرط فوقوعه غير محقق[٤٥].

فالأجل الواقف لا يؤثر في وجود الالتزام ، وانما يؤثر في استحقاقه ، فالالتزام المعلق على أجل واقف يكون موجودا من وقت توافر السبب المنشئ له ، ولكنه لا يكون مستحق الأداء ، ويظل كذلك حتى يتحقق الاجل[٤٦]، فالالتزام بإحضار شخص وتسليمه بعد شهر يكون موجودا منذ إبرام عقد الكفالة ولكنه غير مستحق إلا بعد انتهاء الشهر وهذا ما جاءت به المادة (٢٩٣) من القانون المدني العراقي على الاتي :"العقد المضاف الى أجل واقف ينعقد سببا في الحال ولكن يتأخر وقوع حكمه الى حلول الوقت المضاف اليه".

يتضح لنا من المادة السابق ذكرها ان عقد الكفالة المؤقتة لا يمكن ان يكون معلق على اجل واقف ، لأن عقد الكفالة المؤقتة مستحق الإداء منذ ابرامه، اما العقد المعلق على اجل واقف لا يكون مستحق الإداء حتى يتحقق الاجل.

أما الأجل الفاسخ والذي أشارت اليه الفقرة الثانية من المادة (٢٩٣) والتي نصت على " والعقد المقترن بأجل فاسخ يكون نافذا في الحال ولكن يترتب على انتهاء الأجل انقضاء العقد ". فهو الذي يترتب على حلوله انقضاء الالتزام ، وهذا يعني استحقاق الالتزام منذ نشوء العقد المبرم ولغاية حلول الأجل الفاسخ ، واذا ما نظرنا الى عقد الكفالة المؤقتة وطبيعته نلاحظ انه من الممكن ان يقترن هذا العقد بأجل فاسخ ، فأن قال الكفيل : أنا كفيل بدين فلان من اليوم ولغاية نهاية الشهر كانت الكفالة مضافة الى اجل فاسخ، إضافة الى أن الأجل الفاسخ دائما ما يقترن بالعقود محددة المدة، أي العقود التي يعتبر الزمن فيها عنصر جوهري كعقد الإيجار وعقد العمل وعقد التوريد.

لذلك يرى الباحث ان عقد الكفالة المؤقتة، هو عقد مضاف الى اجل فاسخ ، فعقد الكفالة المؤقتة ينشأ فيه الالتزام منذ بداية العقد ولغاية حلول الاجل الفاسخ وهو نهاية المدة المحددة للكفالة، وبحلول هذا الاجل تبرأ ذمة الكفيل.

المبحث الثالث

تمييز عقد الكفالة المؤقتة عما يشتبه به

ما تحققه بعض الانظمة للدائن من ضمان قد يثير الالتباس بينها وبين عقد الكفالة المؤقتة كنظام قانوني للضمان ، وفي ضوء تعريف عقد الكفالة السابق وما ذكرناه من خصائص ، نميز عقد الكفالة المؤقتة عن بعض ما قد يشتبه بها من انظمة قانونية.

المطلب الاول

تمييز عقد الكفالة المؤقتة عن الكفالة المنجزة والمعلقة

اولا: تميز عقد الكفالة المؤقتة عن الكفالة المنجزة

لقد عرف المشرع المدني العراقي العقد المنجز في نص المادة ٢٨٥ على الاتي :"العقد المنجز ما كان بصيغة مطلقة غير معلقة على شروط أو مضافة الى وقت مستقبل ويقع حكمه في الحال"، فالمشرع بمقتضى هذا النص نظم الكفالة، حيث نصت الفقرة الثانية

من المادة ١٠٠٩ في القانون المدني العراقي على الاتي :" ويجوز أن تكون الكفالة منجزة أو معلقة على شرط أو مضافة الى زمن مستقبل "

ونصت المادة ٧٨١ من القانون المدني المصري على انه "اذا لم يكن هناك اتفاق خاص فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين وكل مصروفات المطالبة .." بمقتضى هذا النص اذا لم يوجد اتفاق خاص يوضح مدى التزام الكفيل بأن جاءت الكفالة مطلقة فإن الكفيل يسأل عن اصل الالتزام المكفول وملحقاته .

اما عقد الكفالة المؤقتة فهو الذي يعين الكفيل فيه مدة تبرأ ذمته بعد انقضائها، فإذا ارتضى شخص ان يتحمل بالكفالة الى وقت محدد فلا يتجاوز التزامه حدود هذا الوقت[٤٧]. فهو يختلف عن الكفالة المنجزة لأنه محدد بوقت يختلف عن الامد الذي ينتهي به اجل الدين ولا يتبع الدين في ذمة الكفيل صفته في ذمة المدين الاصلي فهو ينتهي بانتهاء المدة بكل صفاته وشروطه . اما الكفالة المنجزة فهي غير محددة المدة وتنتهي بانتهاء اجل الدين.

اما الكفالة المنجزة في الفقه الاسلامي فهي جائزه وصحيحة عند فقهاء المذاهب الاسلامية وتعني الكفالة التي صدرت بصيغة خالية من الاقتران بالشرط والتعليق والاضافة الى زمن مستقبل[٤٨]

ثانيا: تمييز عقد الكفالة المؤقتة عن الكفالة المعلقة

الكفالة المعلقة هي التي علقت على شرط ، اي علق وجودها بوجود شيء آخر[٤٩]

وفي نطاق العلاقة بين الكفيل غير المتضامن والدائن افترض المشرع في المادة (١٠٢١)من القانون المدني ان الكفالة تنعقد معلقة على شرط إذ نصت على انه" يفرض في الكفالة أنها انعقدت معلقة على شرط عدم وفاء المدين مالم يكن الكفيل قد نزل عن هذا الشرط ، أو كان قد تضامن مع المدين " التي افترضت في كفالة المال أنها كفالة انعقدت معلقة على شرط عدم وفاء المدين عما ترتب في ذمته من دين للدائن إلا إذا كان الكفيل متضامنا مع المدين ، نجد هذا الشرط الذي علقت الكفالة عليه لابد وأن يكون واقفا بحيث يتحقق التزام الكفيل بتحققه

.وفي الحقيقة ومن خلال ذلك نجد أن المشرع العراقي لم يفرق في تعليق الكفالة بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ ، وأنه أجاز تعليق الكفالة بصورة عامة وترك ذلك لإرادة الطرفين[٥٠].

اما بالنسبة لموقف الفقه الاسلامي من الكفالة المعلقة ، اختلف الفقهاء في تعليق الكفالة الى قولين وعلى النحو التالي:

القول الاول : ذهب الحنفية[٥١] والمالكية[٥٢] ، ووجه من الشافعية[٥٣] ، الى القول بصحة تعليق الكفالة على شرط ملائم.

القول الثاني: ذهب بعض الشافعية ، ورواية عند الحنابلة [٥٤]الى القول بعدم صحة تعليق الكفالة على شرط.

أما الفقه الامامي فنجد أنه يشترط التنجيز عموما في عقد الكفالة ، ويعود ذلك الى اختلاف نظرتهم للشرط ، فلو قال أحد : أنا كفيل بإحضاره أن لم يحضر فلا يصح لأن الكفالة لابد من الجزم فيها ولا جزم مع التعليق[٥٥].

مما سبق نرى ان عقد الكفالة المؤقتة يتميز عن عقد الكفالة المعلقة ،ان عقد الكفالة المؤقتة هو عقد محدد المدة فإذا انتهت المدة انقضت الكفالة وبرئت ذمة الكفيل ، لذلك نرى ان عقد الكفالة المؤقتة مضاف الى اجل فاسخ وليس عقد معلق.

المطلب الثاني

تمييز عقد الكفالة المؤقتة عن الكفالة المؤجلة والمعجلة

اولا: تمييز عقد الكفالة المؤقتة عن الكفالة المضافة الى اجل واقف

وهي التي يكون فيها إيفاء الكفيل بما كفل به في وقت لاحق لانعقاد الكفالة ، فلا يطالب الكفيل الا عند حلول الاجل الواقف حتى لو كان الدين بالنسبة للأصيل حالا[٥٦].

اجاز القانون المدني العراقي تأجيل الكفالة ، وذلك في نص المادة ١٠١٤ التي نصت "....اذا اضاف الكفيل الأجل الى نفسه او اشترط الدائن وقت الكفالة الأجل للكفيل خاصة ...."

ولا يوجد نص في القانون المدني المصري يشابه نص القانون العراقي، كذلك هو موقف القانون الفرنسي حيث جاء في المادة ٢٢٩٠ " لا يمكن ان تتجاوز الكفالة ما هو متوجب على المدين كما لا يمكن ان تعقد بشروط اكثر كلفة ...". نلاحظ من خلال هذا النص انه اذا كان الدين مؤجل على الاصيل ، فيمكن تأجيل التزام الكفيل ، اما اذا كان الدين غير مؤجل على المدين فلا يمكن التأجيل بالنسبة للكفيل ، لأنه لا يمكن ان تتجاوز الكفالة ما هو متوجب على المدين الاصلي.

اما موقف الفقه الاسلامي لقد قال الفقهاء في جواز تأجيل الكفالة فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة الى القول بجواز تأجيل الكفالة ، وشرط الحنفية ان يكون الاجل معلوما وان تكون جهالته غير فاحشة[٥٧]، وكذلك ذهب الشافعية الى عدم جواز تأجيل ضمان الكفيل في حال كون الاجل مجهول جهالة فاحشة[٥٨].

وايضا الفقه الامامي ، فقد ذهبوا الى جواز الكفالة المؤجلة، فيجوز للكفيل ان يكون ضامنا مؤجلا وان كان عل الاصيل حالا[٥٩].

لذلك نرى ان عقد الكفالة المؤقتة يتميز عن الكفالة المضافة الى اجل واقف ، كون الكفيل في عقد الكفالة المؤقتة يضمن من بداية العقد الى انقضاء المدة المحددة ، اما التزام الكفيل في الكفالة المضافة الى اجل واقف فهو يبدأ من نهاية الاجل المحدد في بداية عقد الكفالة المؤجلة.

ثانيا: تمييز عقد الكفالة المؤقتة عن الكفالة المعجلة

يقصد بالكفالة المعجلة هي التي يطالب فيها الكفيل بالحال حتى وان كانت مؤجلة بحق الاصيل[٦٠].

اجاز القانون المدني العراقي الكفالة المعجلة اذا كان الدين معجلا في حق الاصيل والكفيل وذلك في الفقرة الاولى من نص المادة ١٠٢٠ " للدائن حق مطالبة الكفيل بالدين المكفول به ويطالبه حالا اذا كان الدين معجلا في حق الاصيل والكفيل ، فإذا كان مؤجلا ولو في حق احدهما طولب الكفيل عند حلول الاجل" يفهم من خلال هذا النص انه للدائن مطالبة

الكفيل حالا اذا كان الدين معجلا بحق الكفيل والمدين ، فإذا كان مؤجلا بحق احدهما فلا يجوز المطالبة حالا ، وبهذه الحالة لا تجوز الكفالة المعجلة .

وعلى ذلك نصت المادة ٧٨٠ من القانون المدني المصري التي جاء فيها " لا يجوز الكفالة في مبلغ اكبر مما هو مستحق على المدين ، ولا بشروط اشد من شروط الدين المكفول " واذا حصل وعقدت بين الكفيل والدائن كفالة معجلة فأن الكفالة لا تبطل وانما تتأجل الى نفس مدة الالتزام الاصلي[٦١]

اما فيما يخص موقف الفقه الاسلامي من الكفالة المعجلة ، فلا خلاف اذا كان التزام المكفول حالا فيكون التزام الكفيل حالا[٦٢].

الا انهم اختلفوا فيما اذا كانت الكفالة معجلة على الكفيل ومؤجلة على المدين على النحو التالي

عند الحنفية يجوز ان يكون التزام الكفيل حالا ولو كان التزام المكفول مؤجلا ، كما يجوز ان يكون اجل التزام الكفيل اقل من اجل التزام المدين[٦٣].

كذلك عند المالكية يجوز ان يكون التزام الكفيل معجلا ولو كان التزام المدين مؤجلا[٦٤]، الا انهم يقيدون الجواز بشرطين هما:

١. ان يقوم المدين بأسقاط حقه في الاجل.

٢. ان يكون الالتزام المكفول مما يجوز تعجيله

اما الشافعية فقد اختلفوا في تعجيل التزام الكفيل على ثلاثة آراء[٦٥] :

الاول : يصح الضمان ويلزم الضامن بتعجيل الدين دون المضمون عنه لأنه ضمن له دينا بعقد.

الثاني : لا يصح الضمان لأن الضامن فرع للمضمون عنه ، فلا يجوز مطالبة الضامن دون المضمون عنه.

الثالث : يصح الضمان ولا يلزمه التعجيل كأصله.

كذلك الامامية اختلفوا في تعجيل التزام الكفيل في قولين :

الاول : يجوز تعجيل التزام الكفيل فجاء عندهم ، يجوز ضمان الدين الحال بمؤجل ، والمؤجل بمعجل او زيادة الاجل[٦٦] .

القول الثاني: لا يجوز تعجيل التزام الكفيل ، فإذا كان الدين مؤجلا فضمنه حالا لم يصح ، لأن الفرع لا يرجع على الاصل[٦٧] .

ان عقد الكفالة المؤقتة يتميز عن الكفالة المعجلة ، ان الكفيل في الكفالة المعجلة يكون التزامه حالا غير مؤجل، اما التزام الكفيل في عقد الكفالة المؤقتة فهو يلتزم بالضمان خلال مدة الكفالة المحددة اذا لم يف المدين الاصلي بالتزامه.

الخاتمة

توصلنا في نهاية هذا البحث الى جملة من النتائج والتوصيات، وعلى النحو التالي:

اولاً : النتائج

١. لا يطالب الكفيل في الكفالة المؤقتة الا في مدة الكفالة ، فإذا انتهت مدتها برئت ذمة الكفيل.

٢. ان عقد الكفالة المؤقتة هو عقد مضاف الى اجل فاسخ ينتهي بانتهاء هذا الاجل وتبرأ ذمة الكفيل.

٣. اختلف فقهاء المذاهب الاسلامية في صحة توقيت الكفالة، الحنفية قالوا: ان ذمة الكفيل لا تشغل بالدين وانما يطالب فقط بأدائه فأجازوا الكفالة المؤقتة ، وقيدوا المطالبة بالمدة المتفق عليها، اما الحنابلة فإن في توقيت الكفالة على وجهين : التوقيت في الكفالة بالنفس تصح ، اما توقيت كفالة المال فلا تصح، اما المالكية فتوقيت الكفالة عندهم اذا كان المدين موسرا ولو في اول التوقيت، يجوز التوقيت ، اما اذا كان معسرا والعادة انه لا يوسر خلال مدة الكفالة ، فلا يجوز توقيت الكفالة، اما عند الشافعية فتوقيت الكفالة بالمال لا يجوز لأن المقصود به الاداء ،اما الكفالة بالنفس فعند بعضهم غير جائزه والاصح انها جائزه لأنه قد يكون للكفيل غرض في

تسليم المكفول خلال مدة التوقيت، وعند الامامية لا يصح توقيت الكفالة، فهم لم يجيزوا توقيت الكفالة سواء بالمال او بالنفس.

٤ . اجازت القوانين المدنية العراقي والمصري والفرنسي ان تكون الكفالة مؤقتة

ثانياً : التوصيات

١. ندعوا المشرع العراقي للتوسع في احكام الكفالة المؤقتة، وذلك لأنه ذكر في المادة (١٠٤٦) ان الكفيل لا يطالب الا في مدة الكفالة ، وتبرأ ذمته بعد انتهائها، ولم يوضح ما يضمن حقوق الدائن بعد انتهاء مدة الكفالة، لذلك نقترح على المشرع ان يضيف للمادة اعلاه عبارة (ويجب على المدين ان يقدم ضمان بديل بعد انتهاء مدة الكفالة).

٢. نقترح على المشرع العراقي إعادة النظر في نص المادة (١٠١٩) من القانون المدني العراقي والتي نصت على تعهد الكفيل بدين المكفول عند عدم إحضاره ، قد أخرجت العقد من طبيعته الأصلية ، أذ يستطيع الدائن أن يلجأ الى كفالة المال ويكون الكفيل قد تكفل بالدين مباشرة ، وهذا ما يسهل حصوله على حقه بسرعة وضمان أكثر مما توفره له الكفالة بالنفس التي تقترن بالأداء .

وآخر دعوانا ان الحمد لله ولي التوفيق

الهوامش

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات الشخصية والعينية ، مطبعة دار نشر الثقافة ، الاسكندرية ، ١٩٥٠، ص ٩٦.
(٢) سعاد توفيق ابو مشايخ ، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليها، اطروحة مقدمة الى جامعة النجاح الوطنية ـ كلية الدراسات العليا ، ٢٠٠٧، ص ٩٤.
(٣) د. عبد الكريم زيدان ، الكفالة والحوالة ، مكتبة القدس ، ١٩٧٥، ص ١٣٩.
(٤) الموسوعة الفقهية الكويتية ، ج ٣٤، ص٢٩٤.
(٥) حاشية رد المحتار ، للعلامة محمد امين عمرو بن عبد العزيز بن احمد المعروف بابن عابدين الدمشقي الحنفي ، الطبعة الثانية ، مطبعة مصطفى الحلبي ، ج٥، ص٢٨٩.
(٦) كشاف القناع ، للشيخ منصور بن يونس بن صلاح الدين المعروف بالبهوتي الحنبلي،ج٢،مكتبة النصر الحديثة ،الرياض، ص١٨١.
(٧)حاشية الدسوقي، للعلامة شمس الدين محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي المالكي على الشرح الكبير للدردير ، ج٣، ص٣٣١.
(٨)نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن شهاب الدين الرملي ، ج٤، طبعة مصطفى الحلبي، ص ٤٥٦.
(٩) السيد محمد جواد العاملي، مفتاح الكرامة ، ج٥، الطبعة الاولى، ١٩٩٨، ص٣٥٢.
(١٠) نقلا عن الموقع https://www.legifrance.gouv.fr/

Article 2292 Le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté.

(١١) د. منصور مصطفى منصور ،عقد الكفالة، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٠، ص ٣٧.
(١٢) د. همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية ، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤، ص٧٣.
(١٣) تقسم العقود من حيث التكوين الى رضائية وشكلية وعينية ، عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد ، ج١، ص ١١١.

(١٤) تظهر أهمية طبيعة العقد رضائيا أم غير رضائيا من خلا ل أنعقاد العقد من عدمه ، فالرضا وحده هو ركن العقد ، حسن علي الذنون ، النظرية العامة للألتزام (مصادر الالتزام) ، مطبعة العاني، بغداد،١٩٧٦، ص ٣١
(١٥) نص القانون المدني العراقي على العقود الشكلية وحصرها في نطاق ضيق استثناء على قاعدة الرضائية في المواد (٥٠٨) المتعلقة ببيع العقار والماده (١٢٨٦) المتعلقة بالرهن التاميني، وكذلك ورد الأستثناء من الرضائية في المادة (٥) من قانون المرور المعدل لسنة ١٩٧١ المتعلق ببيع السيارات ، والمادة (٢) من قانون تسجيل المكائن ٥٦ لسنة ١٩٥٢
(١٦) المادة (٧٧٣) من القانون المدني المصري الخاصة بكفالة المال والتي نصت على:"لاتثبت الكفالة إلا بالكتابة ، ولو كان من الجائز أثبات الالتزام الأصلي بالبينة ".
(١٧) د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ، ج١٠، دار النهضة العربية،١٩٧٠،ص٢٤.

(١٨) الحنفية : شرح فتح القدير، لأبن الهمام ،ج٧، مطبعة مصطفى الحلبي ، ص١٧٤.
المالكية : شرح الخرشي ، ج٦، ط٢، مطبعة بولاق الاميرية ، ١٣١٧ هـ ، ص ٢٥.
الشافعية : مغني المحتاج ، الشربيني، ج٢، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ص٢٠٠.
الامامية: كاظم الحسيني الحائري ، فقة العقود ، ج١، ط٣ ، الناشر مجمع الفكر الاسلامي ، قم المقدسة ، ١٣٧٩، ص ٢٠٥.
(١٩) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج١، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ، ١٩٩٨، ص ١٣٦.

(٢٠) د. محمد كامل مرسي ، العقود المسماة ، المطبعة العالمية ، ١٩٩٤٨، ص١٩.
(٢١) د. توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٤،ص١٢.
(٢٢) د. محمد علي امام ، التأمينات العينية والشخصية ، مطبعة نهضة مصر، ص٢٥.
(٢٣) معين الاحكام ، علاء الدين الطرابلسي، مطبعة مصطفى الحلب،١٩٧٣، ص ٢٥٥.
(٢٤) المغنى، لأبي محمد عبدالله بن محمد بن قدامة ،ج٥، دار الكتاب العربي ، ص٦٢.
(٢٥) شرح الخرشي ، ج٦، ط٢، مطبعة بولاق الاميرية ، ١٣١٧ هـ ،ص ٣٠.
(١) د. حمدي احمد سعد ، مدى مسؤولية الأمين في عقود التوثيقات ، دار الكتب القانونية ، مصر، ٢٠٠٧، ص ١٨.
(٢٧) د. همام محمد محمود ، التأمينات الشخصية والعينية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤، ص١٥
(٢٨) د. السيد محمد السيد عمران ، التأمينات الشخصية والعينية ، بدون طبع ، (٢٠٠٢-٢٠٠٣) ، ص ٥.

(٢٩) د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشاة المعارف ، الاسكندرية ،ص ٢٨.
(٣٠) د. محمد كامل مرسي، العقود المسماة ، المطبعة العالمية ، مصر ، ١٩٤٨،ص١٩.
(٣١) د. سليمان مرقس، عقد الكفالة ، دار النشر للجامعات المصرية ، ١٩٥٩، ص٨.

(٣٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي ، التأمينات الشخصية والعينية ، دار نشر الثقافة ، الاسكندرية ، ١٩٥٠، ص ٣٧.
(٣٣) د. منصور مصطفى منصور، عقد الكفالة ، المطبعة العالمية ، ١٩٦٠، ص ١٠.
(٣٤) د. همام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية ،دار الجامعة الجديدة،٢٠٠٤، ص٢٣.
(٣٥) شرح فتح القدير ، مصر سابق ص ١٩٢، شرح الخرشي ، مصدر سابق ص٢٧، مغنى المحتاج مصدر سابق ص٢٠٨، المغنى ، مصدر سابق ، ص ٨٣.
(٣٦) د. عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات الشخصية والعينية ، مطبعة دار نشر الثقافة ، الاسكندرية ، ١٩٥٠، ص ٩٦.
(٣٧) د. مصطفى عبد الجواد حجازي، عقد الكفالة ،دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٦، ص٦٩.
(٣٨) عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات الشخصية والعينية ، مطبعة دار نشر الثقافة ، الاسكندرية ، ١٩٥٠، ص ٩٦.
(٣٩) د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج٣ ، مصدر سابق ، ص ٧.
(٤٠) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج٣ ، المصدر نفسه ، ص ١٢
(٤١) د. سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص ٤٩.
(٤٢) د. مصطفى عبد الجواد حجازي ، عقد الكفالة في القانون المدني ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٦، ص ٧٠
(٤٣) حاشية رد المحتار ، للعلامة محمد امين عمرو بن عبد العزيز بن احمد المعروف بابن عابدين الدمشقي الحنفي ، الطبعة الثانية ، مطبعة مصطفى الحلبي ، ج٥، ص٢٨٩، كشاف القناع ، للشيخ منصور بن يونس بن صلاح الدين المعروف بالبهوتي الحنبلي،ج٢،مكتبة النصر الحديثة ،الرياض، ص١٨١، حاشية الدسوقي، للعلامة شمس الدين محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي المالكي على الشرح الكبير للدردير ، ج٣، ص٣٣١.

(٤٤) عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، القانون المدني وأحكام الالتزام ، ج٢ ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، توزيع المكتبة القانونية ببغداد ، بدون سنة ، ص ١٧٥.
(٤٥) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج٢، مصدر سابق ، ص ٧.
(٤٦) مصطفى الجمال و رمضان ابو السعود و نبيل ابراهيم السعد ، مصادر وأحكام الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٤ ، ص ٤٧٥.

(٤٧) د. عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات الشخصية والعينية ، مطبعة دار نشر الثقافة ، الاسكندرية ، ١٩٥٠، ص ٩٦.
(٤٨) الشيخ احمد ابو الفتح ، المعاملات في الشريعة الاسلامية ، مطبعة نهضة مصر ، ١٩٢٤، ص ١٥٠، بدائع الصنائع ، مصدر سابق ، ص ١٣.
(٤٩) محمد حسين حمد العواودة، الكفالة في الشريعة الاسلامية، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الخليل ، كلية الدراسات العليا ، فلسطين، ص١٥٩.
(٥٠) د. حسن علي الذنون ، أحكام الالتزام ، ج٢، ط١ ، دار وائل للنشر ، عمان ، ٢٠٠٤، ص ١٧٢.
(٥١) شرح العناية على الهداية ، لكمال الدين محمد البابرتي، ج٧، ص ١٨٣.
(٥٢) بغية السالك لأقرب المسالك، لشيخ احمد محمد الصاوي،ج٣، مطبعة مصطفى الحلبي ، ١٩٥٢، ص٤٣٢.
(٥٣) نهاية المحتاج ، لرملي ، ج٤، مصدر سابق ، ص٤٥٦.
(٥٤) مطالب اولى النهى شرح غاية المنتهى ، مصطفى بن سعيد الرحيباني،ج٣، دار الكتب الاسلامية، ص ٣١٧.
(٥٥) فقه الامام الصادق، محمد جواد مغنية، مصدر سابق ، ص ٧٤.
(٥٦) د. عبد الكريم زيدان ، الكفالة والحوالة ، مكتبة القدس ، ١٩٧٥، ص ١٤٢.
(٥٧) بدائع الصنائع ، للكاساني، مصدر سابق ، ص ٤، منح الجليل ، محمد عليش، مصدر سابق، ص ٢٠٨، كشاف القناع ، للبهوتي الحنبلي، ج٣، مكتبة النصر الحيثة ، الرياض، ص ٣٧٦.
(٥٨) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، احمد بن محمد الهيتمي،ج٥، دار احياء التراث العربي، ص ٢٧٠.
(٥٩) مفتاح الكرامة ، للعاملي ، ج٥، مصدر سابق ، ص ٣٥٢.
(٦٠) سعاد توفيق ابو مشايخ ، مصدر سابق ، ص ٩٦.
(٦١) د. انور طلبة ، الوسيط في القانون المدني ،ج٤،دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ،١٩٩٨، ص ١١٠٢.
(٦٢) بدائع الصنائع ، الكاساني، ج٦،مصدر سابق ، ص٣. شرح الخرشي، ج٦، مصدر سابق، ص٣٠.
(٦٣) المبسوط ، لشمس الائمة ابي بكر بن احمد السرخسي ،ج٢٠، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت ، ص٦٧.
(٦٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج٣، مصدر سابق ، ص ٣٣١.
(٦٥) مغنى المحتاج ، الشربيني، ج٢، مصدر سابق، ص٢٠٧.
(٦٦) جواد مغنية ، فقه الامام جعفر الصادق ، ج٤، مصدر سابق ، ص٥٢.
(٦٧) المحقق الحلي ، شرائع الاسلام، مصدر سابق، ص٢٠٠٦.

المصادر

اولاً : الكتب القانونية

١ . احمد سلامه، دروس في التأمينات المدنية، دار النهضة العربية ، ١٩٦٨.

٢ . انور طلبة ، د. انور طلبة ، الوسيط في القانون المدني ،ج٤،دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ،١٩٩٨.

٣ . توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٤.

٤ . حسن علي الذنون ، أحكام الالتزام ، ج٢، ط١ ، دار وائل للنشر ، عمان ، ٢٠٠٤.

٥ . حسن علي الذنون ، النظرية العامة للألتزام (مصادر الألتزام) ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٦ .

٦ . حسن علي الذنون ومحمد سعيد الرحو ، الوجيز في النظرية العامة للألتزام – أحكام الألتزام – ج٢ ، ط١ ، دار وائل للنشر ، ٢٠٠٣.

٧ . حسن كيرة ، المدخل الى القانون ، الاسكندرية ، منشأة المعارف ، ١٩٦٩.

٨ . حسني محمود عبد الدايم ، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق – دراسة مقارنة بين الفقه الأسلامي والقانون المدني – ط ١ ، دار الفكر الجامعي ، الأسكندرية ، ٢٠٠٩.

٩ . حمدي احمد سعد ، مدى مسؤولية الأمين في عقود التوثيقات ، دار الكتب القانونية ، مصر، ٢٠٠٧.

١٠ . رمضان ابو السعود، التأمينات الشخصية والعينية ،ج١، الطبعة الاولى ، ١٩٨٠.

١١ . سليمان مرقص ، عقد الكفالة ، ط ٢ ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٨.

١٢ . سمير عبد السيد تناغو، التامينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٦.

١٣ . سي يوسف زاهية ، عقد الكفالة ، الطبعة الرابعة، دار الامل ، ٢٠٠٤.

١٤ . السيد محمد السيد عمران ، التأمينات الشخصية والعينية، دار الهدى للمطبوعات ، القاهرة ، ٢٠٠٢ـ ٢٠٠٣.

١٥ . صابر محمد محمد سيد ، رجوع الدائن على الكفيل ، دار الكتب القانونية ، مصر، ٢٠١٠.

١٦ . صلاح الدين الناهي ، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية ، ج٢ ، مطبعة دار المعرفة ، بغداد ، ١٩٥٤.

١٧ . عامر محمد الكسواني، أحكام الألتزام – أثار الحق في القانون المدني – ط ٢ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠.

١٨ . عبد الخالق حسن احمد، الكفالة ، بدون طبعة، بدون مكان طبع، ١٩٨٦.

١٩ . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج (١،٢،٣،١٠) ، ط ٣ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٩.

٢٠ . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق ، ج ١ ، ط ٣ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٨.

٢١– عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد ، ج ١، ج ٢ ، ط ٢ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٨.

٢٢– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ، ج١٠، دار النهضة العربية،١٩٧٠.

٢٣– عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات الشخصية والعينية ، مطبعة دار نشر الثقافة ، الاسكندرية ، ١٩٥٠.

٢٤- عبد الكريم زيدان ، الكفالة والحوالة ، مكتبة القدس ، ١٩٧٥.

٢٥- عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج١ ،ج٢ ، ط٦ ، دار العاتك لصناعة الكتب ، القاهرة ، ٢٠٠٩.

٢٦- عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، القانون المدني وأحكام الألتزام ، ج ٢ ، دار العاتك لصناعة الكتب ، القاهرة ، بدون سنة نشر.

٢٧- قدري عبد الفتاح الشهاوي ، أركان عقد الكفالة العينية والشخصية ، دار الأيمان للطباعة ، القاهرة ، ٢٠٠٥.

٢٨- محمد ابراهيم الموسى، نظرية الضمان الشخصي، الكفالة، ج١، ادارة الثقافة والنشر، السعودية، ١٩٩١.

٢٩- محمد علي امام ، التأمينات العينية والشخصية ، مطبعة نهضة مصر.

٣٠- محمد علي عبده ، عقد الكفالة (دراسة مقارنة) ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٥.

٣١- محمد كامل مرسي ، العقود المسماة ، المطبعة العالمية ، ١٩٤٨.

٣٢- مصطفى الجمال و رمضان ابو السعود و نبيل ابراهيم السعد ، مصادر وأحكام الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٤

٣٣- مصطفى عبد الجواد حجازي ، عقد الكفالة في القانون المدني ، مطابع شتات ، مصر ، ٢٠٠٦.

٣٤- منصور محمد حسين ، النظرية العامة للائتمان، صور الائتمان، الطبعة الاولى، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ، ٢٠٠١.

٣٥- منصور مصطفى منصور ، عقد الكفالة ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٠.

٣٦- منير القاضي ، المذكرة الإيضاحية المختصرة لمشروع القانون المدني العراقي ، مطبعة الحكومة ، بغداد ، ١٩٤٨.

٣٧- همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية ، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤.

ثانيا: كتب الفقه الاسلامي

١- ابن ابراهيم بن نجيم ، الاشباه والنظائر ، مؤسسة الحلبي للطبع والنشر.

٢- ابن محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم، المحلى، منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.

٣- أبو القاسم الخوئي ، المسائل المنتخبة ، ط ١٥ ، مطبعة مهر ، قم ، أيران ، ١٤١٢هـ.

٤- أبو القاسم الخوئي ، منهاج الصالحين ، ج٢ ، ط٨ ، مطبعة النعمان ، النجف الأشرف ، ١٣٩٧ هـ .

٥- ابي اسحاق ابراهيم بن علي الفيروزبادي الشيرازي، المهذب، مطبعة مصطفى الحلبي، بدون سنة نشر.

٦- أبي عبد الله بن عبد الرحمن المغربي ، مواهب الجليل ، المعروف بالحطاب ،ج٥، دار احياء الكتب العربية، مطبعة عيسى الحلبي، ١٩٧٨.

٧- ابي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، دار احياء التراث العربي، بيروت.

٨- ابي عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي، شرح الخرشي، على مختصر خليل للإمام خليل بن اسحاق، مطبعة بولاق الاميرية.

٩- ابي محمد عبد الله بن احمد بن قدامه، المغنى، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

١٠- احمد البرلسي الملقب بعميره، حاشية عميرة على شرح الجلال المحلى، طبعة محمد علي صبيح.

١١- احمد الدردير مع بغية السالك، الشرح الصغير، مطبعة الحلبي، بدون سنة نشر.

١٢- احمد بن احمد القيلوبي، حاشية قيلوبي على شرح الجلال المحلى، مطبعة محمد علي صبيح.

١٣- احمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج،ج٥، دار احياء التراث العربي، بيروت.

١٤- احمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار لمذهب علماء الامصار ،ج٥، مطبعة السنة المحمدية، ١٩٤٩.

١٥- احمد محمد الصاوي ،بغية السالك لأقرب المسالك، ،ج٣، مطبعة مصطفى الحلبي ، ١٩٥٢.

١٦- الحسن بن يوسف المطهر الحلي ، تذكرة الفقهاء ، ج ١٤ ، تحقيق مؤسسة ال البيت لإحياء التراث ، قم ، أيران ، بدون سنة نشر.

١٧- زكريا الانصاري الغرر البهية شرح البهجة، ،ج٣، المطبعة الميمنية ، مصر.

١٨- زين الدين بن أبراهيم المعروف بأبن نجيم المصري الحنفي ، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق ، ضبطه وصحح أحاديثه زكريا عمران ، ج ٦ ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العربية ، بيروت ، لبنان ، بدون سنة نشر.

١٩- زين الدين بن علي العاملي ، مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام ، ج٤ ، ط ٢ ، تحقيق ونشر مؤسسة المعارف الأسلامية ، قم ، أيران ، مطبعة عترت ، ١٤٢٣هـ.

٢٠- شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج ١٩ ، ط ٢ ، دار المعرفة للنشر ، بيروت ، لبنان ، بدون سنة نشر.

٢١- شمس الدين محمد بن ابي العباس بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج، مطبعة مصطفى الحلبي.

٢٢- شمس الدين محمد بن شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ج٤، طبعة مصطفى الحلبي.

٢٣- شمس الدين محمد عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي، طبعة دار احياء الكتب العربية، عيسى الحلبي.

٢٤- صالح الازهري ، جواهر الإكليل ، ج٢، مطبعة دار الكتب العربية.

٢٥- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدئع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٦ ، ط ١ ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٦.

٢٦- علاء الدين ابي الحسن بن خليل الطرابلسي، معين الاحكام، الطبعة الثانية، مطبعة مصطفى الحلبي، ١٩٧٣.

٢٧- على حيدر ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ، ج ١ ، ط ١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠.

٢٨- كاظم الحسيني الحائري ، فقه العقود ، ج ١ ، ط ٣ ، الناشر مجمع الفكر الأسلامي ، قم ، أيران ، ١٣٧٩هـ.

٢٩- كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام، شرح فتح القدير، مطبعة مصطفى الحلبي، بدون سنة نشر.

٣٠- مالك بن انس، المدونة الكبرى، دار صادر بيروت، بدون سنة نشر.

٣١- محمد الشربيني، مغنى المحتاج ، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.

٣٢- محمد أمين المعروف بأبن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج ٥ ، ط ٢ ، دار المعرفة للطبع ، بيروت ، لبنان ، ١٩٦٦.

٣٣- محمد بن أحمد الشربيني الخطيب الشافعي ، مغني المحتاج الى معرفة معاني المنهاج ، ج ٢ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ١٩٥٨.

٣٤- محمد بن الحسن الحر العاملي ، تفصيل وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة ، ج ١٨ ، تحقيق مؤسسة ال البيت لإحياء التراث ، بدون مكان طبع ، بدون سنة نشر.

٣٥- محمد جمال الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، مكتبة معهد الدراسات العربية.

٣٦- محمد جواد العاملي، مفتاح الكرامة ، ج٥، الطبعة الاولى، ١٩٩٨.

٣٧- محمد جواد مغنيه ، فقه الأمام جعفر الصادق (عرض وأستدلال) ، ج ٣ ، ط ٧ ، مؤسسة أنصاريان للطباعة والنشر ، قم ، أيران ، ٢٠٠٧.

٣٨- محمد حسن البجنوردي ، القواعد الفقهية ، تحقيق مهدي المهريزي ومحمد حسن الداريتي ، ج ٦ ، ط ٢ ، منشورات دليل ما ، مطبعة نكارش ، قم أيران ، ١٣٩٠هـ.

٣٩- محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام ، حققه وعلق عليه الشيخ علي الاخوندي ، ج ٢٦ ، ط ٧ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨١

٤٠- محمد عليش ، شرح منح الجليلي، مكتبة النجاح، طرابلس، ليبيا ، بدون سنة نشر.

٤١- محمد كاظم الطباطبائي ، العروة الوثقى ، مطبعة الحيدري ، طهران، ١٣٧٧هـ ، ج٣

٤٢- مصطفى بن سعيد الرحيباني ، مطالب اولى النهى شرح غاية المنتهى،ج٣، دار الكتب الاسلامية

٤٣- منصور بن يونس بن صلاح الدين المعروف بالبهوتي الحنبلي كشاف القناع ، ،ج٢،مكتبة النصر الحديثة ،الرياض،

٤٤- وجداني فخر ، الجواهر الفخرية في شرح الروضة البهية ، ج ٨ ، منشورات سماء قلم ، قم ، أيران ، ١٣٨٣هـ.

ثالثا: الاطاريح والرسائل

١. سعاد توفيق ابو مشايخ ، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليها، اطروحة مقدمة الى جامعة النجاح الوطنية . كلية الدراسات العليا ، ٢٠٠٧.

٢. محمد حسين حمد العواودة، الكفالة في الشريعة الاسلامية، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الخليل ، كلية الدراسات العليا ، فلسطين.

رابعا : الموسوعات الفقهية

١. الموسوعة الفقهية الكويتية ، أصدار وزارة الأوقاف والشؤون الأسلامية ج٢٤ ، ط١ ، مطابع دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع ، الكويت ،١٩٩٥.

خامسا : القوانين

١. القانون المدني العراقي ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته.
٢. القانون المدني المصري ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٣. القانون المدني الفرنسي بالعربية (دالوز).
٤. قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي (٢٣) لسنة ١٩٧١.
٥. مجلة الأحكام العدلية.

Abstract

The primary function performed by the various types of guarantees is to ensure the fulfillment of obligations, and it is generally a guarantee that enables the creditor to obtain his right and avoids the risk of insolvency of the potential debtor and this guarantee in fact performs an economic and social function for the creditor and the debtor together as it gives the creditor security and guarantee and the debtor trust and credit and enables him to obtain To what is needed from a loan or term.

Also, the guarantee is an auxiliary contract as it is subordinate to the original obligation in terms of its expediting, postponement, nullity and expiration. As for the temporary guarantee, which is the subject of our discussion, even if it is a dependent contract, it ends with the expiration of its period before the end of the original commitment and the guarantor is discharged even if the original commitment is still in place.

In order to clarify the concept of a temporary bail contract, we dealt with its definition, its meaning, and its nature, and distinguishing it from suspected other legal situations.

The concept of a temporary sponsorship contract

(Comparative study)

Prof.Dr.Iman Tariq Al-Shukry

University of Babylon/College of Law

Ali Ayed Faleh

University of Babylon/College of Law