كفالة التزام ناقص الأهلية

م.م.زينة حسين علوان

المبحث الاول
التعريف بالكفالة

سنتناول في هذا المبحث التعريف بالكفالة من خلال مطلبين نتناول في المطلب الاول تعريف الكفالة وفي المطلب الثاني نتناول اركان عقد الكفالة

المطلب الاول
تعريف الكفالة

الكفالة في اللغة لها معنيان الاول يدل على العول ومنه قوله تعالى و(كفلها زكريا)والثاني يدل على الضمان اي ضمان المال[١]

اما فقها فهي ضم ذمة في المطالبة بالدين وهي جائزة في الشريعة الاسلامية ودليل جوازها الكتاب والسنة والإجماع[٢]

فالكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بان يتعهد للدائن بان يفي هذا بهذا الالتزام اذا لم يف به المدين نفسه .

ويؤخذ من هذا التعريف ان الكفالة عقد بين الكفيل والدائن اما المدين الاصلي ليس طرفا في عقد الكفالة بل ان كفالة المدين تجوز بغير علم المدين وتجوز ايضا رغم مقاطعته والذي يهم في الكفالة التزام هذا المدين اذ ان هذا الالتزام هو الذي يضمنه الكفيل فيجب ان يكون مذكورا في وضوح ودقة في عقد الكفالة وهذا الالتزام المكفول اكثر ما يكون مبلغ من النقود وقد يكون اعطاء شيء غير النقود كما قد يكون عملا او امتناعا عن عمل فاذا لم يكن الالتزام المكفول مبلغا من النقود ضمن الكفيل ما عسى ان يحكم على المدين الاصلي من تعويض من جراء اخلاله بالالتزام باعطاء شيء غير النقود او من جراء اخلاله بالالتزام بعمل او بالامتناع عن عمل فالكفالة اذن تفترض وجود التزام مكفول وهذا الالتزام يفترض وجود مدين اصلي به ودائن كما تفترض الكفالة وجود عقد بين الكفيل والدائن بالالتزام الاصلي المكفول بموجبه يفي الكفيل بهذا الالتزام اذا لم يف به المدين الاصلي[٣]

ولقد عرفت مجلة الاحكام العدلية الكفالة في المادة ٦١٢ الكفالة ضم ذمة الى ذمة في مطالبة شيء يعني ان يضم احد ذمة اخر ويلتزم ايضا المطالبة التي لزمت حق ذلك. [٤]

وقد عرف القانون المدني العراقي الكفالة في المادة ١٠٠٨ "بانه ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام "

اما القانون المدني المصري عقد الكفالة في المادة ٧٧٢منه بانه"عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ الالتزام بان يتعهد للدائن بان يفي بهذا الالتزام اذا لم يف به المدين نفسه" ولا يؤخذ من العباره الاخيرة الواردة اذا لم يف به المدين نفسه ان الكفالة بطبيعتها عقد شرطي معلق وجوده على عدم وفاء المدين فتعهد الكفيل منجز لا شرطي والتزامه يوجد بمجرد انعقاد الكفالة ويجوز للدائن ان يطالبه عند حلول الدين ولا يشترط اثبات اعسار المدين . [٥]

يفهم مما تقدم انه لكي تقوم الكفالة يجب ان يوجد التزامان اثنان :

الاول :التزام اصلي من الممكن ان يتنوع في موضوعه وفي سببه كان يكون التزاما بدفع مبلغ من النقود او التزاما بعمل او امتناعا عن عمل وقد يكون سبب هذا الالتزام هو العقد او العمل النافع او الفعل الضار او نص القانون

---

[١] محمد بن ابي بكر الرازي مختار الصحاح دار الرسالة الكويت ١٩٨٣ ٥٧٥.

[٢] علي حيدر درر الحكام شرح مجلة الاحكام دار الجيل ص ٧٢١ منشور على الموقع الالكتروني shamela.ws.index php book. .

[٣] د.عبدالرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني ج١٠دار احياء التراث العربي بيروت بلاسنة طبع ص ١٩-٢٠.

[٤] مجلة الاحكام العدلية ص١١٥ منشورة على الموقع الالكتروني shamela .ws.browse.php book .

[٥] القانون المدني المصري.

الثاني :التزام اخر يقوم بجانب هذا الالتزام الاصلي لضمان الوفاء به وسببه هو العقد وموضوعه هو ان يقوم من يتحمل به الوفاء بالالتزام الاول اذا لم يقم به المدين الاصلي .[١]
فالكفالة ترتكز على التزام اصلي وتعمل على ضمان الوفاء به فالكفالة ترتب التزاما المدين الاصلي .شخصيا في ذمة الكفيل محله الوفاء بالالتزام الاصلي في وجوده وانقضائه وصحته وبطلانه بل وفي اوصافه ويستطيع الكفيل ان يدفع بكل الدفوع المتعلقة بالالتزام المكفول ويترتب على ذلك ان التزام الكفيل لايجوز ان يكون اشد من الالتزام المكفول ولكنه يجوز ان يكون اخف كما ان الكفيل يستفيد من كل تغير طارئ في الالتزام المكفول ولكنه لا يضار من هذا التغيير.
ومما تجدر الاشارة اليه ان التزام الكفيل التزام معلق على شرط واقف وهو عدم قيام المدين الاصلي بالوفاء فالتزام الكفيل التزام بات يترتب في ذمة الكفيل بمجرد انعقاد الكفالة والتي تجعل الكفيل ملتزما من الدرجة الثانية بمعنى ان الدائن ملزم بان يطالب اولا المدين وان يبدا بالتنفيذ على اموال المدين قبل التنفيذ على امواله
اذا التزام الكفيل ليس التزاماشرطيا بل انه التزام بات غير معلق على شرط ودليل ذلك انه يقوم بمجرد قيام عقد الكفالة كما انه يحل بمجرد حلول اجل الالتزام الاصلي.[٢]

المطلب الثاني
اركان الكفالة

الكفالة عقد ومن ثم يلزم لقيامها ان تتوفر سائر الشروط التي يتطلبها القانون لانعقاد العقد بوجه عام اي اركان العقد من تراضي ومحل وسبب وسنبحث فيما ياتي هذه الاركان
١.التراضي : ينعقد عقد الكفالة بمجرد ارتباط الايجاب والقبول فلم يتطلب القانون شكلا خاصا لانعقاد الكفالة وهذا كاف بذاته لاعتباره عقدا رضائيا
وطرفا عقد الكفالة هما الدائن والكفيل لذا يشترط ان تتوافر لدى كل منهما ارادة معتبرة قانونا ومقتضى ذلك ان يكون كلاهما مميزا على الاقل لانه لا ارادة لعديم التمييز فاذا كان الدائن او الكفيل غير مميز كان العقد باطلا بطلانا مطلقا
كما يلزم ان يتم التعبير عن هذه الارادة والاصل هنا ان التعبير عن الارادة قد يكون صريحا او ضمنيا نص المادة٧٩ من القانون المدني العراقي من جهة اخرى لا يكفي لانعقاد الكفالة ان يتم التعبير عن ارادة الكفيل على نحو ضمني بل يلزم ان ان يكون التعبير عن هذه الارادة صريحا سواء كان ايجابا او قبولا ومن ثم لا يعتبر سكوت الكفيل اذا وجه اليه الدائن ايجابا بالكفالة قبولا وايا ما كان الامر فان شرط التعبير قد تطلبه المشرع بالنسبة لرضا الكفيل فقط اما بالنسبة لتعبير الدائن عن ارادته فتسري بشانه القواعد العامة ومن ثم يجوز ان يكون صريحا او ضمنيا وبالتالي يعتبرسكوته اذا وجه اليه الكفيل ايجابا بالكفالة قبولا[٣] وايا ما كان الامر فان شرط التعبير قد تطلبه المشرع بالنسبة لرضا الكفيل فقط اما بالنسبة لتعبير الدائن عن ارادته فتسري بشانه القواعد العامة ومن ثم يجوز ان يكون صريحا او ضمنيا وبالتالي يعتبر سكوته اذا وجه اليه الكفيل ايجابا بالكفالة دون مقابل قبولا كما ان انعقاد الكفالة لا يتطلب تعبيرا من جانب المدين على ارادته بل ينعقد بارادة طرفيها الكفيل والدائن اما المدين فهو من جهة ليس طرفا في الكفالة بل يمكن ان تنعقد دون علمه او حتى رغم معارضته.[٤]
صحة الرضا :
لا يكفي لصحة التراضي على الكفالة ان يتم التعبير عن ارادة الكفيل والدائن على الوجه المتقدم بل يلزم ان يصدر هذا الرضا من شخص تتوافر فيه الاهلية اللازمة لابرام الكفالة وان يكون رضاء سليما خاليا من العيوب :
١.الاهلية اللازمة لابرام الكفالة :

---

[١] د.راقية عبد الجبار علي التامين والكفالة ط١ جامعة العلوم التطبيقية البحرين ٢٠١٢ص٢٧٢.
[٢] راقية عبد الجبار علي المصدر السابق ص ٢٢٧.
[٣] محمد حسين عبد العال الوجيز في التامينات العينية والشخصية في القانون المدني البحريني بلا مكان طبع٢٠٠٤ ص ٢٣٧.
[٤] السنهوري المصدر السابق ص ٩١.

ينبغي التفرقة فيما يتعلق بالاهلية اللازمة لابرام الكفالة بين الكفيل والدائن ففيما يتعلق بالكفيل تعتبر الكفالة في الاصل من اعمال التبرع لذا يلزم ان تتوافر فيه اهلية التبرع لان الكفالة تعتبرعندئذ تصرفا ضارا به ضررا محضا فلا تصح منه الا اذا كان كامل الاهلية اي ان كفالة الصبي المميز او من في حكمه تقع باطله بطلانا مطلقا .

اما اذا تقاضى الكفيل اجرا او مقابلا نظير كفالته سواء من الدائن او المدين فتعتبر الكفالة بالنسبة اليه تصرفا دائرا بين النفع والضرر ومن ثم تصح منه اذا كان كامل الاهلية وتكون قابلة للابطال اذا كان ناقص الاهلية وبالنسبة للدائن تعتبر الكفالة عملا نافعا له نفعا محضا لانه يفيد من الضمان دون ان يلزمه في العادة بشئ ومن ثم يكفي لصحة الكفالة ان يكون الدائن مميزا

اما اذا التزم الدائن باجر يدفعه للكفيل نظير كفالته فان الكفالة تصبح بالنسبة اليه عملا دائرا بين النفع والضرر ومن ثم يلزم ان تتوافر فيه اهلية التصرف بحيث تكون كفالته قابلة للابطال اذا كان صبيا مميزا او من في حكمه . [١]

٢.سلامة الرضا من العيوب

يلزم لصحة التراضي على الكفالة فضلا عما تقدم ان يكون رضا الطرفين سليما اي خاليا من العيوب والعيوب التي قد تشوب الرضا هي الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال.

ففي الاكراه وهو التعاقد تحت سلطان وهيبة تولدت نتيجة التهديد بخطر فالاكراه يحبس حرية المتعاقد وذلك لانه يجبر على القيام بعمل بحيث لا يرضى ان يقوم به لو لا هذا الاكراه مثل حمل الزوج زوجته بماله من سلطة عليها ان تكفله في دين كبير عليه وهي تعلم ان زوجها لا يستطيع الوفاء بهذا الدين ويجب ان يثبت الكفيل المكره (وهي الزوجة في المثال) ان الدائن يعلم او يستطيع ان يعلم ان الكفيل تعرض للاكراه من المدين م ١٢٨ مدني مصري

وفي الغلط كان يقع الكفيل في غلط جوهري كان يعتقد ان الدين لا يرتب فوائد واذا به يرتب فوائد وتكون الكفالة قابلة للابطال اذا شاب رضا الكفيل تدليس كان يوهم الدائن الكفيل بان المدين موسرا اوهناك ضمانات اخرى تضمن الوفاء بذات الدين

اما بالنسبة للاستغلال فانه من المتصور ان تستغل امراة شابة الهوى الجامع لدى زوجها الطاعن في السن ليضمنها لدى الدائن لكي يمنحها قرضا كبيرا لكن يشترط في هذه الحالة ايضا لكي يستطيع الكفيل ان يبطل عقد الكفالة ان يكون الدائن على علم بذلك حتى لا يفاجا بابطال عقد لا يعرف سببه شيئا وذلك لاستقرار المعاملات[٢]

الركن الثاني :المحل في عقد الكفالة

وهو الركن الثاني لعقد الكفالة فيتحدد التزام الكفيل في الكفالة تبعا للالتزام الاصلي المكفول من حيث وجود الاخير او امكانية وجوده او صحته وان يكون مشروعا وصحيحا وكذلك يجب على الكفيل ان يكون التزامه معين تجاه الدائن بما يراه مناسبا

١.فالكفالة عقد تابع لالتزام اصلي قائم قانونا ودون هذا هذا الاخير لا تقوم الكفالة .فيجوز كفالة الالتزام ايا كان مصدره كالعقد مثل كفالة عقد قرض فيكون للمقترض كفيل بالمبلغ الذي اقترضه ويمكن ان يكون كفالة التزام مصدره العمل غير المشروع حيث يكفل الكفيل المدين في مقدار التعويض امام الدائن وقد يكون مصدره الاثراء بلا سبب مثل ان يقدم رب العمل كفيلا للفضولي يضمن فيه التزامه نحوه وقد يكون كفالة الالتزام مصدره القانون مثل الجار ياتي بكفيل يكفله امام جاره في التزام بتعويض الاضرار بسبب الجوار

٢.ان يكون الالتزام الاصلي صحيحا ومشروعا حتى يكون التزام الكفيل قائما وصحيحا يجب ان يكون التزام المدين الاصلي صحيحا بداية وهذا مقتضى التبعية

وبناء عليه اذا كان الالتزام الاصلي باطلا او موقوف كان التزام الكفيل كذلك . [٣]

---

[١] محمد حسين عبد العال المصدر السابق ص٢٣٧.

[٢] سعد توفيق سليمان عقد الكفالة المدنية والاثار المترتبة عليه دراسة مقارنة بين مجلة الاحكام العدلية والقانون المدني المصري رسالة ماجستير كلية الحقوق جامعة النجاح فلسطين ٢٠٠٦ ص٧٠.

[٣] د.راقية عبد الجبار المصدر السابق ص٢٨٠.

٣.ان يكون الالتزام الاصلي معينا تعيين محل التزام الكفيل بما ينفي عنه الجهالة الفاحشة التي تفضي للنزاع حول محله او موضوعه وقد تم تعيين محل التزام الكفيل تبعا للالتزام الاصلي من حيث اطرافه ومصدره ومحله واجله وهو ما يسمى بالكفالة المطلقة وقد يخفف الكفيل او يزيد من التزامه في عقد الكفالة وهو ما يسمى بالكفالة المحددة فان تعيين محل التزام الكفيل يكون متروكا لحرية الكفيل .[١]
الركن الثالث السبب في عقد الكفالة :نصت المادة ١٣٢من القانون المدني العراقي "ويفترض في كل التزام ان له سببا مشروعا ولو لم يذكر هذا السبب في العقد مالم يقم الدليل على غير ذلك "
ان التزام الكفيل نحو الدائن التزام له سبب فهم لا ياخذون بفكرة الالتزام المجرد في الكفالة وذلك لانه يجب البحث عن السبب في الكفالة في العلاقة بين الدائن والكفيل لانهما طرفا العقد وليس في علاقة الكفيل بالمدين
ويشترط الفقه في الباعث الدافع ان يكون مشروعا فاذا لم يكن كذلك فان العقد يكون باطلا عليه فانه يلزم لكي يكون العقد صحيحا ان يكون الباعث الدافع اليه مشروعا بان لا يكون مخالفا للنظام العام او الاداب [٢]
وقد يكون السبب في عقد الكفالة تبرعا وهو الاصل وقد يكون معاوضة وهذا يرجع لارادة الكفيل بما التزم في عقد الكفالة وكما ياتي :
١.اذا كان السبب تبرعا وهو ان يتقدم الكفيل للدائن بضمان دين سابق له للدائن على المدين دون الحصول على مقابل (سواء من الدائن او من المدين)فيكون سبب التزام الكفيل هو نية التبرع وبالتالي لا يستطيع الرجوع على المدين بما ادى لانه متبرع ويشترط ان تتوفر فيه اهلية التبرع حتى تكون الكفالة صحيحة

٢.اذا كان السبب معاوضة كما لو كان العقد يرتب التزاماعلى كل من الطرفين مثل ان يكون الدائن ملتزما تجاه الكفيل بمد اجل الدين الذي حل على المدين او اعطاء قرض للمدين ويكون التزام الكفيل هنا تنفيذ التزام المدين تجاه الدائن اذا لم يقر به المدين .[٣]

المبحث الثاني

احكام كفالة التزام ناقص الاهلية

مقتضى تبعية التزام الكفيل للالتزام الاصلي انه يترتب على بطلان الالتزام الاصلي بطلان الكفالة ولكن لهذه القاعدة استثناء وهو انه اذا كانت الكفالة حاصلة بسبب نقص اهلية المدين وفي هذا المبحث سنبحث في كفالة ناقص الاهلية من خلال تعريف ناقص الاهلية في مطلب اول ونبحث في مطلب ثاني تصرفات ناقص الاهلية التي ترد عليها الكفالة اما المطلب الثالث نخصصه لاثار كفالة التزام ناقص الاهلية

المطلب الاول

تعريف ناقص الاهلية

الاهلية وصف يقوم بالشخص فيجعله قابلا لان يكون له حقوق وعليه واجبات والاهلية اما اهلية وجوب او اهلية اداء وويتصف كل شخص باهلية الوجوب بشرط ان يولد حيا اما اهلية الاداء فهي صلاحية الشخص لا ستعمال الحقوق وقد يكون للشخص اهلية الوجوب من غير ان تكون له اهلية الاداء كالصغير فانه يملك الحقوق ولكن ليس له ان يتصرف فيها الا بتدخل من له الولاية على امواله
وقد يكون الشخص متصفا بالاهليتين معا كالبالغ العاقل ولكن لا يتصور وجود اهلية الاداء من غير اهلية الوجوب اذ لا يتصور ان يتصرف شخص في حق لا يملكه فاهلية الاداء تقتضي اهلية الوجوب دائم.[٤]
والاشخاص من حيث اهلية الاداء ثلاثة اقسام :
ا.كاملو الاهلية :جاء في المادة ٤٦ من القانون المدني العراقي "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية غير محجور عليه يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية
ونص القانون المصري في المادة ٤٤ على ان سن الرشد

---

[١]د.همام محمد محمود زهران التامينات العينية والشخصية منشاة المعارف الاسكندرية سنة ٢٠٠٢ص٩٢.
[٢]د.راقية عبد الجبار المصدر السابق ص٢٧٥.
[٣]سعد توفيق المصدر السابق ص٩٩.
[٤]محمد كامل مرسي باشا شرح القانون المدني الالتزامات منشاة المعارف الاسكندرية ٢٠٠٥.

ب.عديمو الاهلية :جاء في المادة ()فيما يختص بهم "لا يكون اهلا لمباشرة ِحقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن او عته او جنون "
وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز "
ج.ناقصو الاهلية :وهم كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها او ذا غفلة يكون ناقص الاهلية وفقا لما يقرره القانون .
يتبين لنا ان ناقص الاهلية هوالصبي المميز والسفيه ودا الغفلة
فنقص الاهلية اما ان يكون طبيعيا اصليا او طارئا ونقص الاهلية الطبيعي او الاصلي يرجع الى السن وهو يدور مع التمييز وجودا وعدما ونقص الاهلية الطارئ يعود الى امور تقع فتؤدي الى اختلال في القوى العقلية اي في التمييز وهذه الامور يقال لها عوارض الاهلية .[١]
فيعتبر الصبي مميزا من وقت بلوغه سن التمييز اي سن السابعة الى وقت بلوغه سن الرشد
اما المعتوه :هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير ولكنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون والعته ان ذهب بالعقل والتمييز فهو نوع من الجنون الهادئ ويترتب عليه فقد الاهلية اما ان لم يذهب بالتمييز فيجعل المعتوه في حكم الصغير المميز لا يختلف عنه في شي واعتبر المعتوه كالصبي المميز م١٠٧ وعليه فانه يتمتع باهلية اداء ناقصة ويستطيع القيام بالتصرفات التي يستطيع الصبي المميز القيام بها وتنطبق عليه احكام الصبي المميز .[٢]
اما السفيه :القانون المدني كذلك لم يعرف السفه وقد عرفت المادة (٩٤٦)من المجلة السفيه بانه الذي يصرف ماله في غير موضعه ويبذرفي مصارفه ويضيع امواله ويتلفها بالاسراف .
ولم يعتبر القانون المدني السفيه محجورا لذاته بل اوجب الحجر عليه وسبب الحجر هو المحافظة على اموال السفيه واذا حجر على السفيه اصبح في حكم الصبي المميز فيصبح من الضروري الحصول على اذن وليه للقيام بالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر ولكن تصرفاته الصادرة قبل صدور الحكم بالحجر تبقى صحيحة الا اذا وقعت غشا بطريق التواطؤ مع من تعامل معه توقعا للحجر واذا عاد السفيه الى رشده رفعت المحكمة الحجر عنه
اما ذو الغفلة هو الذي لا يهتدي الى التصرفات الرابحة المفيدة فيغبن في المعاملات لسلامة نيته وقد اعتبرته المادة (١١٠) من القانون المدني في حكم السفيه .[٣]

المطلب الثاني

تصرفات ناقص الاهلية التي ترد عليها الكفالة

ان التصرفات بصورة عامة تقسم ثلاثة اقسام :
١.تصرفات نافعة نفعا محضا وهي تصرفات يغتني بها من يباشرها دون ان يدفع مقابلا لذلك كقبول الهبة او الاشتراط لمصلحة الغير وتسمى اعمال الاغتناء
٢.تصرفات ضارة ضررا محضا وهي تصرفات يفتقر بها حتما من يباشرها دون ان ياخذ مقابلا لذلك كالهبة والايصاء وتسمى اعمال التبرع
٣.تصرفات تدور بين النفع والضرر وهي تصرفات يلتزم بموجبها العاقد ويأخذ مقابلا لما التزم به فتارة يكون هو الرابح وتارة يكون هو الخاسر كالبيع والاجارة والشركة والمقايضة وتسمى اعمال التصرف وهي اذا ابرمت بقصد استغلال راس المال والتصرف في ريعه تسمى اعمال الادارة . والعبرة في هذا التقسيم بطبيعة التصرف في ذاته وكونه ينشا التزامات في ذمة احد الطرفين فقط او في ذمة كل منهما .[٤]
بالنسبة لناقص الاهلية فتكون التصرفات النافعة نفعا محضا تكون تصرفات صحيحة اذا صدرت منه ولو لم يجزها وليه او لم ياذن بها فيستطيع ان يقبل هبة اوابراء من دين او عارية الخ
اما التصرفات الضارة ضررا محضا فلا يحق له اجراؤها ولو اذن له وليه فلا يستطيع هبة امواله ولا اعارتها

---

[١]عبد المجيد الحكيم الموجز في شرح القانون المدني مصادر الالتزام المكتبة القانونية بغداد بلا سنة طبع ص ١١٧.
[٢]سليمان مرقس مصادر الالتزام ص١٤٣.
[٣]عبد المجيد الحكيم المصدر السابق ص١١٨.
[٤]سليمان مرقس المصدر السابق ص١٣٩.

اما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتنعقد موقوفة على اجازة الولي في الحدود التي يجوز له فيها التصرف ابتداءا. [١]
السؤال الذي يطرح هنا هل جميع تصرفات ناقص الاهلية ترد عليها الكفالة؟
باعتبار ان الكفالة يقصد بها ضمان الوفاء بالالتزام الاصلي المكفول فان صحتها رهن بصحة الالتزام الاصلي المكفول بحيث لا تصح الكفالة الا في التزام صحيح وتبطل اذا كان الدين المكفول باطلا وهو ما يعد احد نتائج تبعية التزام الكفيل وعدم قيامه بذاته وضرورة ارتكازه على الالتزام الاصلي ومع ذلك قد يكون القصد من الكفالة تامين الدائن من خطر التمسك بالبطلان حيث تكون قد قدمت بسبب نقص الاهلية او غيرها من اسباب الابطال . [٢]
وعلى ذلك فان وجود التزام اصلي يضمن الكفيل تنفيذه يشكل شرطا بدهيا لانعقاد الكفالة فاذا لم يوجد هذا الالتزام كان محل التزام الكفيل مستحيلا بما يستتبع بطلان الكفالة
وتطبيقا لذلك لا تنعقد الكفالة اذا كان الالتزام الاصلي ناشئا عن عقد باطل بطلانا مطلقا لان مقتضى البطلان المطلق ان يعتبر العقد كان لم يكن وتزول كافة اثاره فيكون الالتزام الاصلي غير موجود قانونا بينما ان التزام الكفيل هو التزام تابع لا يوجد اذا لم ينشا الالتزام الاصلي.
فالالتزام الباطل اذن هو الالتزام الذي يرد انشاؤه بعقد باطل والعقد يكون باطلا اذا اختل احد اركانه فانعدم ركن التراضي مثلا او كان محله غير معين او مستحيلا او غير مشروع او كان سببه غير مشروع او كان غير مستوف للشكل الذي يتطلبه القانون والامثلة على العقد الباطل كثيرة من ذلك دين المقامرة او الرهان ودين الربا الفاحش فيما زاد على مقدار الفائدة المسموح بها قانونا والدين الذي يكون محله غير موجود او مستحيلا او غير مشروع والدين الذي يكون مصدره التعاقد على شركة مستقبلة والدين الذي يكون مصدره هبة باطلة في الشكل كل هذه ديون باطلة لان مصدرها عقد باطل وبناء على ذلك لما كانت هذه التصرفات من التصرفات الضارة ضررا محضا بناقص الاهلية فانها تعتبر من العقود الباطلة بالنسبة له وعلى ذلك لا تجوز كفالتها ويكون التزام الكفيل في هذه الحالة باطلا بطلان الالتزام الاصلي المكفول. [٣]
اما اذا كان التزام ناقص الاهلية موقوف اي من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر؟
ففي هذه الحالة فان البطلان بالنسبة الى الالتزام الاصلي يكون غير مؤثر في الالتزام التابع فاذا كفل شخص قرضا لقاصر فللقاصر عند بلوغه ان يطلب البطلان ولكن ليس للكفيل ذلك فقد جاء في المادة ٧٧٧ من القانون المصري "من كفل التزام ناقص الاهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الاهلية كان ملزما بتنفيذ الالتزام اذا لم ينفذه المدين المكفول "
وقد استمد هذا النص من المادة ٧١٠ من المشروع الفرنسي الايطالي التي جاء فيها "لاتوجد الكفالة الامن اجل التزام صحيح ومع ذلك تكون صحيحة كفالة الالتزام الذي يعقده شخص ناقص الاهلية وبناء على ما تقدم يصح ان يقضى ببطلان الالتزام الاصلي مع بقاء الالتزام التابع ولما كان من الصعب تصور وجود التزام تابع من غير وجود التزام اصلي فقد اراد الشرح تعليل هذه الحالة فقالوا بوجودالتزام طبيعي مكان الالتزام المدني بسبب نقص اهلية المدين وان هذا الالتزام الطبيعي هو الذي ترتكز عليه الكفالة . [٤]
ولم يرد في القانون المدني العراقي نص خاص بكفالة التزام ناقص الاهلية
ونعتقد ان الدائن الذي اعتمد على تعهد الكفيل وابطل الالتزام لنقص اهلية المدين نرى انه لايجوز للكفيل ان يتمسك بالبطلان فالتزام الكفيل في هذه الحالة لا يكون التزاما تبعيا يستند الى التزام اصلي بل ان الكفيل يلتزم بصفة اصلية لا باعتباره كفيلا . وتترتب على كفالة التزام ناقص الاهليةالقابلة للابطال تترتب بعض الاثار وهذا ما نبحثه في المطلب الاتي .

المطلب الثالث
اثار كفالة التزام ناقص الاهلية القابلةللابطال

---

[١] ليث عبدا ا لامير محمد رضا الصباغ النظام القانوني للصبي المأذون له بالتجارة ط١ منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ٢٠٠٥ص ٢٧.
[٢] همام محمد محمود زهران المصدر السابق ص١٠٦.
[٣] السنهوري المصدر السابق ص٤٢.
[٤] محمد كامل مرسي المصدر السابق ص ١٢٦.

لمعرفة الاثار التي تترتب على كفالة التزام ناقص الاهلية لابد من التمييز بين فروض ثلاثة بحسب علم الكفيل بسبب البطلان وقت انعقاد الكفالة

الفرض الاول :الكفيل لا يعلم بقابلية الالتزام الاصلي للابطال

اذا لم يكن الكفيل على علم بقابلية الالتزام الاصلي للابطال انطبقت عليه القواعد العامة للكفالة .بحيث يعتبر التزامه التزاما قائما صحيحا منتجا لاثاره الى حين الحكم بابطال الالتزام المكفول .

فاذا حكم بابطال الالتزام الاصلي بناء على طالب المدين بطل بالتبعية له التزام الكفيل بالنظر لاستحالة محله اعمالا لمقتضى الاثر الرجعي لبطلان الالتزام الاصلي الذي يمثل محلا لالتزام الكفيل واذا سقط المدين حقه في التمسك بالابطال (بالتقادم او بالاجازة) استقر الالتزام الاصلي صحيحا وصح التزام الكفيل تبعا له على انه حتى لو اجاز المدين (ناقص الاهلية)الالتزام فان للكفيل الحق في ابطال التزامه بموجب الكفالة ذلك لانه ابرمها تحت تاثير الغلط الجوهري اي ان ارادته كانت معيبة بعيب الغلط والغلط هنا جوهري لانه تعلق بصفة من صفات المدين وهو نقص اهليته وهذا الغلط هو الذي دفع بالكفيل الى قبول الكفالة ظنا منه انما يكفل التزام مدين يتمتع بكمال الاهلية ،ومن ثم تعد الكفالة في مثل هذا الفرض قابلة للابطال من قبل الكفيل فله ان يقرر بطلانها وله ان يجيزها واذا تمسك الكفيل ببطلان التزامه بالكفالة لعيب الغلط ليس من شانه التاثير على الالتزام المكفول فهذا الالتزام لا يبطل لاستقلاله عن التزام الكفيل بل يظل قائما منتجا لاثاره طالما لم يتمسك القاصر او نائبه القانوني ببطلانه بسبب نقص الاهلية .[١]

٢. الفرض الثاني :ان يكون الكفيل قد كفل ناقص الاهلية وهو عالم بنقص اهليته :

ان يكون الكفيل قد كفل ناقص الاهلية وهو عالم بنقص اهليته وفي هذا الفرض يكون الكفيل كفيلا لا مدينا اصليا وتسري جميع احكام الكفالة الا ان هذ الفرض يختلف عن الفرض السابق في ان الكفيل يعلم نقص اهلية المدين الاصلي فيكون بعلمه هذا نازلا حتما عن التمسك بعدم الاهلية فيما اذا نزل عنه المدين الاصلي واجاز العقد وعلى ذلك اذا تمسك المدين الاصلي ناقص الاهلية بنقص اهليته وابطل العقد الاصلي جاز للكفيل ايضا كما فعل المدين الاصلي ان يتمسك بنقص الاهلية وان يبطل عقد الكفالة وفي هذا يستوي هذا الفرض مع الفرض السابق اما اذا نزل المدين الاصلي عن التمسك بنقص اهليته واجاز العقد فان الكفيل خلافا للفرض السابق لا يستطيع ان يتمسك هو بنقص الاهلية ويعتبرانه قد نزل عن هذا االدفع لانه كان يعلم وقت ان كفل المدين ان هذا الاخير ناقص الاهلية .[٢]

٣.الفرض الثالث :ان يكون الكفيل قد كفل ناقص الاهلية بسبب نقص اهليته وهذا هو الفرض الذي عرضت له المادة ٧٧٧ اشرنا لها فيما سبق وفي ذذا الفرض فان كلا من الكفيل والدائن والمدين الاصلي عالم بنقص اهلية هذا الاخير وان العقد الذي ابرمه هذا الاخير مع الدائن قابل للابطال فيجوز للمدين ان يبطله وتوقعا لهذا الاحتمال عقدت الكفالة اذ هي لم تعقد الابسبب نقص الا بسبب نقص اهلية المدين الاصلي وعلى ذلك يمكن تفسير الكفالة التي تمت على الوجه الاتي :اذا تمسك المدين الاصلي ناقص الاهلية بنقص اهليته وابطل العقد الاصلي كان الكفيل هو المدين الاصلي بموجب العقد الذي ابرمه مع الدائن وكان ملزما بتنفيذ الالتزام الاصلي لان المدين الاصلي لم ينفذه وفي هذه الحالة لا يكون الكفيل كفيلا بل يكون مدينا اصليا وهومدين بالالتزام الاصلي تحت شرط واقف وهو الا ينفذ المدين الاصلي هذا الالتزام فاذا تحقق الشرط ولم ينفذ المدين الاصلي الالتزام وجب على من تقدم بصفته كفيلا وقد اصبح مدينا اصليا بتحقق الشرط ان ينفذ هو هذا الالتزام .

اما اذا اجاز ناقص الاهليه العقد وانقلب العقد صحيحا بالاجازة فان المدين الاصلي يصبح ملزما بتنفيذ الالتزام الاصلي ويكون الكفيل ضامنا له في تنفيذ هذا الالتزام باعتباره كفيلا لا مدينا اصليا وتسري جميع احكام الكفالة.[٣]

الـخـاتـمـة

في خاتمة بحثنا لابد من تسجيل اهم النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها

---

[١] د.راقية عبد الجبار علي المصدر السابق ص ٢٩٦.

[٢] السنهوري المصدر السابق ص ٤٩ ،د.السيد عبد نايل احكام الضمان العيني والشخصي مطابع جامعة الملك السعود ١٤١٩ ص٧٣.

[٣] د.راقيه عبد الجبار المصدر السابق ص٢٩٧.

١.النتائج
ا.ان عقد الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزامه بان يتعهد للدائن بان يفي بهذا الالتزام اذا لم يف به المدين نفسه فالكفالة تنعقد بين طرفين هما الكفيل وهو الملتزم والمكفول له وهو الدائن اما المدين بالالتزام المكفول فليس طرفا في عقد الكفالة
٢.الكفالة شانها شان اي عقد اخر لابد من توافر الاركان العامة لانعقاد العقد وهي الرضا والمحل والسبب
٣.تتميز الكفالة بتبعيتها للالتزام الاصلي الذي وجدت لضمان الوفاء فالتزام الكفيل تابع للالتزام الاصلي ويترتب على ذلك انه لايمكن ان توجد كفالة صحيحة الا اذا كان هناك التزام صحيح
٤.اذا كان الالتزام الاصلي باطل بطلانا مطلقا كما اذا كان هبة باطلة بسبب الشكل او ارباحا فاحشة او دين قمار او باطل بطلانا نسبيا حسب الاحوال تبعا للالتزام الذي تضمنه ويجوز للكفيل كما يجوز للمدين ان يدفع بالبطلان
٥.ترد على قاعدة بطلان الالتزام الاصلي بطلان الكفالة استثناء في حالة اذا كانت الكفالة حاصلة بسبب نقص اهلية المدين فان البطلان بالنسبة الى الالتزام الاصلي يكون غيرمؤثر في الالتزام التابع
التوصيات :
١.نوصي المشرع العراقي الاشارة الى كفالة التزام ناقص الاهلية فلا يوجد تنظيم تشريعي لاحكام كفالة التزام ناقص الاهلية اسوة بالتشريعات المقارنة كالتشريع المصري والبحريني .
قائمة المراجع

١.كتب اللغة
محمد بن ابي بكر الرازي مختار الصحاح دار الرسالة الكويت ١٩٨٣
٢.الكتب القانونية
١.راقية عبد الجبار التامين والكفالة الطبعة الاولى جامعة العلوم التطبيقية البحرين ٢٠١٢
٢.عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني ج ١٠ دار احياء التراث العربي بيروت بلا سنة طبع
٣.علي حيدر درر الحكام شرح مجلة الاحكام دار الجيل منشور على الموقع الالكتروني
Shamela ws index php book
٤.محمد حسين عبد العال الوجيز في التامينات العينية والشخصية في القانون المدني البحريني بلا مكان طبع سنة ٢٠٠٤
٥.محمدكامل مرسي باشا شرح القانون المدني الالتزامات الطبعة العالمية القاهره ١٩٦٤
٦.محمد كامل مرسي في العقود
٧.مجلة الاحكام العدلية منشور على الموقع الالكتروني
٨.همام محمد محمود زهران التامينات العينية والشخصية منشاة المعارف الاسكندرية ٢٠٠٢