مجلة جامعة الإمارات للبحوث القانونية UAEU LAW JOURNAL

Volume 83
Issue 83 *Year 34, Issue No. 83 July 2020*

Article 1

1983

The Claim against Principal Debtor before Payment of the Debt guaranteed under the Jordanian Civil Law: Justice to be reviewed

Yousef Mohammad Obaidat
College of Law in the University of Sharjah, UAE, yusuf@yu.edu.jo

Follow this and additional works at: https://digitalcommons.aaru.edu.jo/sharia_and_law

Part of the Civil Law Commons

Recommended Citation

Obaidat, Yousef Mohammad (1983) "The Claim against Principal Debtor before Payment of the Debt guaranteed under the Jordanian Civil Law: Justice to be reviewed," *مجلة جامعة الإمارات للبحوث القانونية UAEU LAW JOURNAL*: Vol. 83: Iss. 83, Article 1.
Available at: https://digitalcommons.aaru.edu.jo/sharia_and_law/vol83/iss83/1

This Article is brought to you for free and open access by Arab Journals Platform. It has been accepted for inclusion in مجلة جامعة الإمارات للبحوث القانونية UAEU LAW JOURNAL by an authorized editor. The journal is hosted on Digital Commons, an Elsevier platform. For more information, please contact rakan@aaru.edu.jo, marah@aaru.edu.jo, u.murad@aaru.edu.jo.

The Claim against Principal Debtor before Payment of the Debt guaranteed under the Jordanian Civil Law: Justice to be reviewed

Cover Page Footnote

Ms. Asma Abu Bakr College of Law, Misurata University, Libya Prof. Youssef Obeidat College of Law, Yarmouk University, Jordan

This article is available in مجلة جامعة الإمارات للبحوث القانونية UAEU LAW JOURNAL: https://digitalcommons.aaru.edu.jo/sharia_and_law/vol83/iss83/1

الدفع بالتجريد في القانون المدني الأردني: عدالة تستحق المراجعة*

الأستاذة أسماء أبو بكر* **أ.د. يوسف عبيدات***

الملخص

تناولت هذه الدراسة مبدأ الدفع بالتجريد في عقد الكفالة الشخصية، ومدى أهميته بالنسبة للكفيل، والمجتمع ككل في تطوير وتنمية عملية الائتمان، وبث روح التآلف بين أفراد المجتمع، فالكفالة الشخصية هي الوسيلة التي يلجأ إليها الدائن لتوثيق حقّه في مواجهة المدين. ولما كانت المعاملات تكشف عن نوايا الأفراد في تعاملهم، كان لابدّ من توفير وسيلة للكفيل يضمن بها حقّه، بحيث إذا تقاعس المدين عن أداء التزامه عند حلول أجل الدين دون أن يكون له مبرر لذلك، كان للكفيل دفع تنفيذ الدائن عليه. فكان الدفع بالتجريد هو الوسيلة الفعالة لذلك.

لم يكن موقف المشرّع الأردني واضحاً من هذا الدفع، فلم يأخذ بالدفع بالتجريد في صورته العامة، لأنه جعل الكفيل والمدين متضامنين في تنفيذ الالتزام طبقاً لنص المادة (٩٥٠)، وأعطى الحقّ للدائن مطالبة المدين أو الكفيل أو مطالبتهما معاً، وذلك بموجب نص المادة (٩٧٩). وفي الوقت ذاته أوجد تطبيقات خاصة للدفع بالتجريد ضمن نصوص المواد (٩٧١)، (٩٧٢). وهذا ما أنشأ التضارب في نصوص القانون المدني الأردني، الذي استمدّ المشرّع الأردني أحكام الكفالة من الفقه الإسلامي، ولكنه تأثر- أيضاً- بالقوانين الوضعية، مما أدى لعدم اتساق نصوصه مع بعضها البعض. وقد جاءت هذه الدراسة لوضع حل لهذا

* أجيز للنشر بتاريخ ١٩/ ١٢/ ٢٠١٩.

* كلية القانون-جامعة مصراته- ليبيا .

* أستاذ القانون المدني- كلية القانون- جامعة اليرموك- الأردن.

التعارض من خلال التعرض للموضوعات التالية: تقييم موقف المشرّع الأردني من الدفع بالتجريد، العدالة في تقنين مبدأ الدفع بالتجريد، وأخيراً القواعد التي تحكم فكرة التبعية تعزز فكرة تقنين الدفع بالتجريد.

الكلمات المفتاحية: الدفع بالتجريد، الكفالة، الكفيل، القانون المدني.

المقدمة

لم يتضمن القانون المدني الأردني نصّاً صريحاً يعالج فيه الدفع بالتجريد في صورته العامة، ذلك أن المشرّع الأردني تأثر بالفقه الإسلامي فيما يتعلق بأحكام الكفالة الشخصية؛ فقد نصت المادة (٩٥٠) من القانون المدني الأردني على أن: "الكفالة هي ضّم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام". وهي بذلك جاءت مطابقة لتعريف الكفالة في الفقه الحنفي[١]، كما أن ما ورد في المادة (٩٦٧) منه جاء مطابقاً لما ذهب إليه جمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية والحنابلة) [٢]، حيث جاء فيها: "١- للدائن مطالبة الأصيل، أو الكفيل أو مطالبتهما معًا. ٢- وإن كان للكفيل كفيل فللدائن مطالبة من شاء منهما. ٣- على أن مطالبته لأحدهم لا تسقط حقّه في مطالبة الباقين". فلو اكتفى المشرّع الأردني بنصّوص هذه المواد لكان موقفه من الدفع بالتجريد محدداً وواضحاً في أنه اعتبر الكفيل متضامناً مع المدين، الأمر الذي يعني بصورة واضحة وصريحة ومباشرة أنه لم يقنن مبدأ الدفع بالتجريد.

(١) حيث عرّف الأحناف الكفالة في الرأي الظاهر عندهم بأنها: " ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقًا بنفس أو دين أو عين". برج، أحمد محمد اسماعيل الكفالة بالمال وأثرها في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة" وتطبيقات معاصرة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤، ص٩.

(٢) يرى جمهور الفقهاء بأن الكفالة إذا تمّت وحلّ أجل الدين كان من حقّ المكفول له مطالبة من شاء الكفيل أو المكفول عنه". السالوس، على أحمد الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة "دراسة في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون، الكويت، مكتبة الفلاح، بدون سنة نشر، ص٩٥.

إلا أن المشرّع الأردني تأثر–من جهة أخرى– في مسألة الدفع بالتجريد بالقوانين الوضعية. ونجد ذلك في نصّ المادة (٩٧١) من القانون المدني، والخاصة بكفالة الدين الموثق بتأمين عيني، وكذلك في نص المادة (٩٧٢)، والخاصة بالرجوع على كفيل الكفيل.

ولما كانت نصوص القانون المدني الأردني تقرأ معاً كوحدة واحدة، فإن ما يظهر من خلال هذه النّصوص أن المشرّع الأردني لم يحدد موقفه من الدفع بالتجريد، فأشار في بعضها إلى أن الكفيل متضامن مع المدين، ولا حقّ له في التمسّك بالدفع بالتجريد [٣]، بينما أشار في بعضها الآخر إلى إمكانية تمسّك الكفيل بالدفع بالتجريد. وهذا التناقض يجعل موقف المشرّع الأردني محلّ بحث ودراسة، ويستدعي الوقوف عند هذه المسألة الهامة التي تخص السياسة التشريعية والأهمية الاجتماعية والاقتصادية لهذا الدفع في علاقات أفراد المجتمع مع بعضهم، وصولاً لتحديد موقف معين يستجيب لهذه الاعتبارات. مهمة هذه الورقة البحثية لن تكون شرحاً للدفع بالتجريد، وإنما بيان تعارض النصوص المتعلقة به في القانون المدني الأردني بأسلوب تحليلي، وبيان أهميته لتحقيق العدالة والاستقرار والتوازن في المجتمع الواحد.

وفي سبيل تناول هذا الموضوع بشكل مفيد للمعرفة القانونية، تم تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث وكالآتي:

المبحث الأول: تقييم موقف المشرّع الأردني من الدفع بالتجريد

المبحث الثاني: العدالة في تقنين مبدأ الدفع بالتجريد

المبحث الثالث: القواعد التي تحكم فكرة التبعية تعزز فكرة تقنين الدفع بالتجريد

(٣) انظر قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق)، رقم ٢٠١٧/١٥٤٨، هيئة خماسية، تاريخ ٤/ ٧/ ٢٠١٧.

المبحث الأول:
تقييم موقف المشرّع الأردني من الدفع بالتجريد

ذهب المشرِّع الأردني في المادة ٩٥٠ من القانون المدني إلى أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام. وقد التزم المشرع في هذا الصدد بالاتجاه السائد في الفقه الحنفي الذي يضع الكفيل متضامناً مع المدين في الوفاء بدين الدائن، دون التقيد بما استقر عليه الوضع في القوانين الوضعية التي قننت مبدأ الدفع بالتجريد، ودون التقيد بما جاء في رأي جمهور الفقهاء المسلمين الذي ذهب إلى عدم جواز مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين أولاً. ثم عاد المشرّع وأورد تطبيقين للدفع بالتجريد وهما الدفع بتجريد التأمين العيني ودفع كفيل الكفيل بضرورة تجريد الكفيل.

المطلب الأول:
بيان التضارب في القانون بخصوص الدفع بتجريد التأمين العيني

نصّت المادة ٩٧١ من القانون المدني الأردني على أنه: " إذا كان الدين موثقاً بتأمين عيني قبل الكفالة ولم يكن الكفيل متضامناً فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على الأموال الموثقة للدين"(٤). يلاحظ على هذا النص أنه حدد الدفع دون التقيد بمصدر معين للتأمين، كما أنه حدد التأمين الذي ينشأ قبل الكفالة، ولم يوضح حكم التأمين الذي ينشأ مع الكفالة.

مضمون هذا الدفع يتمثل في أنه متى قُدم للدائن تأمين عيني لضمان الدين الذي في ذمة المدين، وكان الكفيل غير متضامن مع المدين، فإنه لا يكون للدائن التنفيذ على أموال الكفيل

(٤) وتطبيقاً وتأكيداً لذلك قضت محكمة التمييز بأنه:" يستفاد من أحكام المادة ٩٧١ من القانون المدني أنه إذا كان الدين المكفول موثقاً بتأمين عيني بتاريخ سابق للكفالة فللمدين غير المتضامن أن يتمسك بالتنفيذ أولاً على المال الموثق بتأمين عيني حتى إذا لم يكف ثمن العين يصار إلى التنفيذ بالباقي على الكفيل المحكوم عليه، أي أن حكم هذه المادة يقتصر على التنفيذ ولا يعالج موضوع الحق أو الالتزام وعليه يكون الحكم بإلزام المميز بالتكافل والتضامن بالحق المطالب به يتفق وأحكام القانون". تمييز حقوق رقم ٣٢٥٤/ ٢٠٠٤ (هيئة خماسية) تاريخ ١٤/ ٢/ ٢٠٠٥ منشورات مركز عدالة.

إلا بعد التنفيذ على التأمين العيني[٥]. فإذا كان الدفع بالتجريد في صورته العامة يقضي بالتنفيذ على أموال المدين عامة، فإن خصوصية هذه الصورة تأتي من كونها تتعلق بالتنفيذ على مال معين، هو التأمين العيني الذي خصص للوفاء بنفس الدين المضمون بالكفالة؛ فالكفيل عندما كفل الدين المضمون بتأمين عيني كان يعول على هذا التأمين في الوفاء بالدين، فكان على الدائن، إذا لم يتحصل على حقّه من المدين، أن يقوم بالتنفيذ على المال الذي يرد عليه التأمين العيني أولاً، ولا يكون له التنفيذ على الكفيل إلا إذا كان المال المحمل بالتأمين غير كافٍ لسداد الدين كاملاً، ومن هنا تأتي الحكمة من وجود هذه الصورة الخاصة للدفع بالتجريد، حيث فيها راعى المشرّع تدخل الكفيل لضمان الدين في الوقت الذي يكون فيه الدين موثقاً بتأمين عيني[٦].

وجدير بالذكر أن هذه الصورة الخاصة للدفع بالتجريد تحقّق التوازن بين أصحاب العلاقات المستقلة، وهم: الدائن، والمدين، والكفيل؛ فالدائن يتحصل على تأمين عيني لضمان الحصول على حقّه من جهة، كما أنه يحميه من مزاحمة بقية الدائنين له في حال تعددهم من جهة أخرى[٧]. أما بالنسبة لمصلحة المدين، فلو افترضنا أن له أموالاً تتمثّل في مجموعة من العقارات، ولتكن خمس عقارات مثلاً، وخصص واحد منها كتأمين عيني لضمان دين الدائن المضمون بكفالة شخصية، فإن المدين في هذه الحالة يضمن تنفيذ الدائن على العقار المخصص للوفاء فقط دون بقية العقارات، وفي هذا مصلحة للمدين، بحيث إذا كان العقار غير كافٍ لسداد الدين سيرجع الدائن بما تبقى على الكفيل. أما مصلحة الكفيل فتتمثّل بأن المال

(٥) أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٩٥، ص ١٨٢.

(٦) سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، (الرهن الرسمي حقّ الاختصاص، الرهن الحيازي ـ حقوق الامتياز، الكفالة): بيروت–لبنان، منشورات الحلبي، ٢٠١٠، ص ١٠٤.

(٧) فلو افترضنا أن للمدين أكثر من دائن وكانت أموال المدين مستغرقة لديونه وكان أحدهم دينه مضموناً بتأمين عيني وكفالة شخصية، عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه تجاه الدائنين فإنهم سيقومون بالتنفيذ على جميع أمواله لاستيفاء حقوقهم، وذلك استناداً الى أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه باستثناء المال الذي يقع عليه تأمين عيني، فأنه يخرج من الضمان العام، فيقسم المال بينهم قسمة غرماء، لكن الدائن الذي له توثيق عيني لدينه وكفالة شخصية، فإنه يضمن الحصول على حقّه لوجود ضمان له، و لا يدخل في القسمة بالنسبة للمال الذي خصص بتأمين عيني للوفاء بدينه،

المخصص لتأمين الدين المضمون إما أن يفي بالدين كله، وبالتالي تبرأ ذمته من الكفالة، وإما ألا يكون المال كافياً لسداد كل الدين فيتحمّل الكفيل الجزء الباقي، وفي كل الحالات هناك مصلحة للكفيل، بحيث لا يتحمل الوفاء بالدين كاملاً فإما ألا يفي بشيء، وإما أن يفي بجزء منه.

ما يعنينا-هنا- هو بيان وجه التضارب المقصود بالعنوان. فقد جعل المشرّع الأردني الكفيل متضامناً مع المدين في كل الأحوال وفقاً لما ورد في المادة (٩٥٠) من القانون المدني[٨]، مما يعني أنه نفى المركز الاحتياطي للكفيل، مما يكون معه متاحاً للدائن الحقّ في اختيار أيّ منهما للوفاء بالدين دون أن يكون للكفيل دفع ذلك إذا ما تمت مطالبته أولاً[٩]. ثم عاد المشرع ليشير في المادة (٩٧١) إلى وجود تطبيق للدفع بالتجريد في القانون المدني الأردني. ومن شروط تطبيق هذا الدفع ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين، مع أن النصّ القانوني يجعل الكفيل دائماً متضامناً مع المدين؛ فكيف يمكن للكفيل المتضامن التمسّك بالدفع بالتجريد ويشترط المشرّع لتمسّك الكفيل بالدفع بتجريد التأمين العيني ألا يكون متضامناً مع المدين؟ وبالتالي فإن وجود المادة (٩٥٠) من القانون المدني الأردني ما هو إلا خرق لأهم الشروط التي يقوم عليها الدفع بالتجريد في صورته العامة، وكذلك صوره الخاصة.

(٨) وتطبيقاً لذلك أكدت محكمة التمييز هذا المضمون في عدة أحكام، حيث قضت بأنه:" تعتبر الكفالة هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام حسب نص المادة ٩٥٠ من القانون المدني الأردني وأن ذمة كل من المدين والكفيل بحيث تكون ذمة كل منهما ضامنة للدين . وحيث أن التسوية التي وافق عليها البنك مع المدين لسداد القرض لا تغير من شروط العقد ولا تعدلها ولا تعفي الكفيل من التزامه بالوفاء حسب عقد القرض الأصلي. وحيث إن عقد الكفالة هو عقد تبعي وإن التزام الكفيل يتبع التزام الأصيل فيكون الكفيل ملزماً بسداد القرض رغم التسوية مع المدين. وطالما أن التسوية لم تتضمن شرطاً من أن كفالة المدعي للمدين تجاه المدعى عليها معلقة على قيام المدين الأصلي بتقديم ضمانات محددة بسند التسوية فإن التزام الكفيل يبقى قائماً لحين سداد الدين". قرار محكمة تمييز حقوق رقم ٢٦١٠ لسنة ٢٠٠٨ -05-2009 06، موقع قسطاس. وانظر أيضاً تمييز حقوق٩١٣/ ١٩٩٥ هيئة عامة تاريخ ٢٩/ ٦/ ١٩٩٥ منشورات مركز عدالة، تمييز حقوق رقم ٣٦٤/ ٢٠٠٩ هيئة خماسية تاريخ ٨/ ٣/ ٢٠١١ منشورات مركز عدالة، تمييز حقوق رقم ٤٢٠٦/ ٢٠١٠ هيئة خماسية تاريخ ٣/ ٢/ ٢٠١١، منشورات مركز عدالة، تمييز حقوق رقم ٢١٣٦/ ٢٠٠٦ هيئة خماسية تاريخ ٦/ ١/ ٢٠٠٧، منشورات مركز عدالة.

(٩) المادة ٩٦٧ من القانون المدني الأردني.

وبناءً على ذلك، وفي ظل وجود نصّ المادة (٩٥٠) فإنه لا مجال لتطبيق هذه الصورة من الدفع طبقاً لأحكام القانون المدني الأردني لتخلف شرط مهم من شروط تطبيق هذا الدفع، ويرجع هذا التضارب إلى أن المشرّع الأردني قد أخذ هذا النصّ من القوانين الوضعية التي تجعل الكفيل في مركز احتياطي، وهو ما لا يتماشى مع أحكام القانون المدني الأردني المستقاة من الفقه الإسلامي والتي تجعل من الكفيل متضامناً مع المدين، ولكي تتسق أحكام القانون فإن المشرّع الأردني بالخيار بين إلغاء نصّ المادة (٩٥٠) أو نصّ المادة (٩٧١) المتعلقة بالدفع بتجريد التأمين العيني [١٠].

وقد يتبادر لدى البعض أنه يمكن حلّ هذا التضارب بالرجوع لنصّ المادة (١٣٤٠) من القانون المدني الأردني والتي تقضي بأنه: " إذا كان الراهن كفيلاً عينياً فلا يجوز اقتضاء الدين من غير العقار المرهون، وليس له أن يطلب الرجوع على المدين قبل التنفيذ على عقاره"، ولكننا نرى أنه لا يمكن الاستناد لنصّ المادة (١٣٤٠) من القانون المدني الأردني لإزالة التضارب بين نصّ المادة (٩٥٠) والمادة (٩٧١) من القانون المدني الأردني. فالمقصود بالكفيل العيني:-هو الشخص الذي يضمن تنفيذ التزام المدين؛ فالكفيل العيني يكون مسؤولاً في مواجهة الدائن، إلا أن مسؤوليته تكون محدودة تتركز في حدود المال المرهون، كما أنه لا يكون له دفع تنفيذ الدائن عليه بتجريد المدين أولاً، وذلك راجع إلى أن الكفيل العيني وإن كان التزامه تابعاً للالتزام الأصلي إلا أنه يكون ملزماً بالدين في مواجهة الدائن بصفة أصلية، وهذه الصفة تجعله غير قادر على دفع مطالبة الدائن له. وهنا يظهر الفرق بين الكفيل العيني والكفيل الشخصي، فالكفيل الشخصي ما لم يكن متضامناً مع المدين فإنه يتمتع بمركز احتياطي يجعله ملتزماً بالدين من الدرجة الثانية، وهذا المركز يمنحه التمسّك بدفع مطالبة الدائن له إذا ما طالبه قبل المدين[١١]. وبالتالي يتضح أن ما ورد في نصّ المادة (١٣٤٠) من

(١٠) السرحان، عدنان، شرح القانون المدني العقود المسماة، "المقاولة، الوكالة، الكفالة "، الأردن، دار الثقافة،، ٢٠٠٧، ص ٢١٤-٢١٥.

(١١) أبو السعود، رمضان، مرجع سابق، ص ٢٦٤.

القانون المدني الأردني لايمكن الاستناد إليه على أنه حلّ للتضارب بين نصّ المادة (٩٥٠) والمادة (٩٧١)، ويمكن إرجاع ذلك للأسباب الآتية:

أولاً: إن الكفيل العيني لا يتمتع بمركز احتياطي يخوله دفع مطالبة الدائن له؛ لأنه ملتزم بالدين بصفة أصلية، وما ورد في المادة (١٤٣٠) ما هو إلا تأكيد لمركز الكفيل العيني، وأنه مطالب بتنفيذ الالتزام بصفة أصلية. فما ورد في نصّ المادة (١٤٣٠) صحيح أنه ينفي تطبيق الدفع بالتجريد، ولكن ليس في الصورة الوارد النصّ عليها في المادة (٩٧١)، وإنما نفي التمسّك بالدفع بالتجريد لمن لا تكون له الصفة الاحتياطية، وهو الكفيل العيني.

ثانياً: لو تم إمعان النظر في المادة (٩٧١) والمادة (١٣٤٠) لوجد أن المادة (٩٧١) تقوم على وجود مال مثقل بتأمين عيني لضمان دين للدائن في ذمة المدين، والدين ذاته تمت كفالته كفالة شخصية، فالدين مضمون بتأمين عيني وكفالة شخصية. بينما ما ورد في المادة (١٣٤٠) يشير إلى أن الدين مضمون بكفالة عينية فقط.

ثالثاً: إن نصّ المادة (١٣٤٠) يمكن الاستناد عليه لبيان حدود مسؤولية الكفيل العيني، وتميزها عن مسؤولية الكفيل الشخصي، فإذا كانت مسؤولية الكفيل الشخصي مطلقة في كل أمواله، فإن مسؤولية الكفيل العيني مقيدة فقط بالمال المرهون.

المطلب الثاني:

بيان التضارب في القانون المدني الأردني بخصوص دفع كفيل الكفيل

تنص المادة ٩٧٢ من القانون المدني على أنه: "لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل ما لم يكن متضامناً معه". هذه المادة تمنح كفيل الكفيل الحق بالدفع بالتجريد في مواجهة الدائن. ولا يعنينا-هنا- شرح هذه المادة، وإنما بيان وجه التضارب بين هذه المادة ونظرة المشرع بالنسبة للدفع بالتجريد. إن التضارب الوارد في المادة (٩٧٢) من القانون المدني الأردني يستدعي البحث عن نية المشرّع الأردني، وما الذي قصده في هذه المادة، هل هو الدفع بالمطالبة أم الدفع بالتجريد؟ وبالرجوع إلى الفقه الأردني يُلاحظ أنه لم يبين

المقصود من هذه المادة، ولكنه فسر النصّ على أنه من الممكن أن يكون خاصاً بالدفع بالمطالبة، ومن الممكن أن يكون خاصاً بالدفع بالتجريد[١٢]. وفي كل الأحوال سواءً أكان النصّ خاصاً بالدفع بالمطالبة أم بالدفع بالتجريد فإن ما ورد في المادة (٩٧٢) يعتبر متعارضاً مع أحكام الكفالة الشخصية طبقاً لهذا القانون، وسيتم بيان التعارض في كل من الدفعين وذلك على النحو الآتي:

فقد يكون ما ورد في المادة (٩٧٢) القصد منه الدفع بالمطالبة فيتضح التعارض بين نصوص القانون المدني الأردني المتعلقة بأحكام الكفالة بالنسبة لهذا الدفع، وذلك عندما أعطى المشرّع الأردني الخيار للدائن بمطالبة الكفيل أو كفيل الكفيل بموجب نصّ المادة (٩٦٧/ ٢) التي جاء فيها " وإن كان للكفيل كفيل، فللدائن مطالبة من شاء منهما"، وأعطى كفيل الكفيل الحقّ في دفع مطالبة الدائن له بموجب نصّ المادة (٩٧٢)؛ فكيف يُعطي المشرّع الخيار للدائن بمطالبة من شاء (كفيل الكفيل أو الكفيل) بموجب نصّ المادة (٩٦٧/ ٢)، ويعطي كفيل الكفيل الحقّ في دفع مطالبة الدائن له بموجب نصّ المادة (٩٧٢)؟ وقد حاول جانب من الفقه الأردني حلّ هذا التعارض باعتبار أن ما ورد في المادة (٩٦٧) خاص بالدفع بالمطالبة[١٣]، وبالتالي لا وجود للتعارض بين نصّ المادة (٩٧٢) والمادة (٩٦٧)، بل أن ما ورد في المادة (٩٦٧) يتماشى مع أحكام الكفالة طبقاً للقانون المدني الأردني، باعتبار أن المشرّع الأردني جعل الكفيل متضامناً مع المدين بموجب نصّ المادة (٩٥٠) من القانون المدني الأردني، وهذا التضامن يعطي الحقّ للدائن في الخيار بمطالبة الكفيل أو المدين دون أن يكون ملزماً باتباع ترتيب معين، أو أن يكون للكفيل الحقّ في دفع مطالبة الدائن إذا ما تمت مطالبته أولاً، وبما أن كفيل الكفيل يعتبر بمثابة كفيل للكفيل، والكفيل يعتبر بمثابة مدين له، فإن نصوص المواد (٩٥٠)، (٩٦٧) تسري على كفيل الكفيل كما تسري على الكفيل.

(١٢) عدنان السرحان، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص ٢١٦.

(١٣) عدنان السرحان، شرح القانون المدني، المرجع نفسه، ص ٢١١.

ما ذهب إليه هذا الرأي في هذا الشأن يبدو للوهلة الأولى أنه مقنع، لاسيما وأنه استند في ذلك إلى نصوص قانونية، إلا أننا نرى أنه إذا كان هذا الرأي يُعتقد أنه أزال التعارض بين نصّ المادة (٩٦٧) والمادة (٩٧٢) من القانون المدني الأردني باعتبار أن ما ورد في المادة (٩٧٢) هو صورة خاصة للدفع بالتجريد فهو أمر غير مقبول ومجحف بحقّ كفيل الكفيل، فهو بذلك يكون قد أنشأ تعارضاً آخر بما ذهب إليه، وذلك بين نصّ المادة (٩٧٢) والمادة (٩٥٠)، وبالتالي لا يمكن القول بأنه أزال التعارض، لكن يمكن التعبير عن ذلك بالقول أنه نقل التعارض بين نصّ المادة (٩٦٧)، والمادة (٩٧٢)، إلى تعارض بين نصّ المادة (٩٥٠) والمادة (٩٧٢).

كما قد يكون ما قصده المشرّع في المادة (٩٧٢) هو صورة خاصة للدفع بالتجريد. فإذا كان المقصود من الدفع الوارد في المادة (٩٧٢) هو صورة خاصة للدفع بالتجريد، فقد اشترط المشرّع في نصّ المادة (٩٧٢) لإثارة هذا الدفع من قبل كفيل الكفيل أن يكون غير متضامن مع الكفيل، وفي الوقت ذاته أقام علاقة الكفيل مع المدين على قاعدة أساسية فحواها أن الكفيل متضامن مع المدين حكماً وليس نصاً، وذلك يفهم من تفسير نصّ المادة (٩٥٠) من القانون المدني الأردني. وبالتالي فإن أحكام التضامن هي التي تطبق، ويكون للدائن الحقّ في مطالبة من شاء، كفيل الكفيل أولاً أو الكفيل، دون أن يكون لكفيل الكفيل حقّ في الاعتراض على ذلك، ولما كانت علاقة كفيل الكفيل بالكفيل تسري عليها أحكام الكفالة فكيف يكون لكفيل الكفيل دفع تنفيذ الدائن عليه، وهو في الوقت نفسه متضامن مع الكفيل. ومن هنا يتضح التعارض بين نصوص أحكام القانون المدني الأردني المتعلقة بالكفالة. ولإزالة هذا التعارض، المشرّع الأردني مخير بين أمرين، إما أن يحذف نصّ المادة (٩٧٢)، وإما أن يقوم بتعديل نصّ المادة (٩٥٠)، وهو الأولى.

ومن كل ما سبق نخلص للقول: بأن المشرّع الأردني لم يأخذ بالدفع بالتجريد في صورته العامة، وفي الوقت ذاته أوجد تطبيقات خاصة له، مما أنشأ التعارض بين نصوصه. وهذا أدى بدوره إلى إغفال المشرّع الأردني وسيلة لحماية الكفيل في حال قيام الدائن بالتنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على المدين الأصلي. وهذا ما يقودنا لدراسة الدالة في تقنين الدفع بالتجريد لتحقيق هذه الحماية.

المبحث الثاني:
العدالة في تقنين مبدأ الدفع بالتجريد

نعتقد بأن تقنين مبدأ الدفع بالتجريد يولي حماية هامة للكفيل، ونسوق التبريرات الآتية لتوضيح وجهة نظرنا:

أولاً: اعتبارات السياسة التشريعية

يُعاب على السياسة التشّريعية للقانون المدني الأردني، والمتعلقة بأحكام الكفالة بصفة عامة، والدفع بالتجريد بصفة خاصة، أنها قائمة على الانتقاء العشوائي لبعض النّصوص الموجودة في القوانين الوضعية، وإقحامها ضمن نصوص القانون، مما ترتب عليه تعارض في النصّوص القانونية وتضارب في الأحكام. فغني عن البيان أن المشرّع الأردني استقى أحكامه من الفقه الإسلامي- بعد القانون العراقي- الذي جاءت جُل أحكامه تأثراً بالشريعة الإسلامية. أما فيما يتعلق بالكفالة، وعلى الأخص الدفع بالتجريد، فنجد أنه تأثر بما ذهب له جمهور الفقهاء، بأن جعل الخيار للدائن في مطالبة الكفيل أو المدين، لكنه في الوقت ذاته تأثر بالقوانين الوضعية في بعض أحكام الكفالة الخاصة بالدفع بالتجريد، ومنها ما ورد في المادتين (٩٧١) و(٩٧٢) من القانون المدني الأردني على سبيل المثال[١٤]. فمثل هذه المواد تشير إلى وجود تطبيق للدفع بالتجريد في إطار القانون المدني الأردني، مع أن المشرّع جعل الكفيل في حكم المتضامن بنصّ المادة (٩٥٠).

إلا أن السياسة التشريعية للمشرع الأردني لا تمنع من تقنين الدفع بالتجريد للأسباب التالية:

١-إن نصّوص القانون تقرأ معاً كوحدة واحدة، وليس بمعزل عن بعض. فالمشرّع الأردني عندما عرّف الكفالة في المادة (٩٥٠) بأنها ضم ذمة إلى ذمة، وجعل الكفيل متضامناً مع المدين، ثم جاء في نصّ المادة ٩٦٧ من القانون المدني الأردني، وجعل للدائن الحقّ في مطالبة من شاء، ولم يمنح الكفيل الحقّ في الدفع بالتجريد كان منطقياً مع نفسه. ولكن المشرّع

(١٤) وهناك أيضاً المادتان ٩٧٨، ٩٨١ من القانون المدني الأردني.

عاد ومنح كفيل الكفيل في المادة (٩٧٢) الحقّ في التمسّك بالدفع بالتجريد. وبالتالي لا يمكن الوقوف عند نصّ المادتين (٩٥٠،٩٦٧)، بل لا بدّ من النظر في باقي أحكام الكفالة؛ لأن نصوص القانون تقرأ معاً عند التطبيق العملي لها.

٢-إذا كان المشرّع الأردني يبرر عدم أخذه بالدفع بالتجريد على أساس أن السياسة التشريعية متأثرة بما ذهب إليه جمهور الفقهاء، فإن الأخذ بالدفع بالتجريد وتنظيم أحكامه ضمن نصوص القانون لا يعتبر خروجاً عن منهج الشريعة الإسلامية. فما جاء في القوانين الوضعية الأخرى، مشابه لما ذهب إليه الإمام مالك في الرواية الظاهرة له، فالمشرّع الأردني لو نظّم الدفع بالتجريد ضمن أحكام الكفالة لا يكون بذلك مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية في وضع سياسته التشريعية. ولا نبتعد بهذا الحكم عن أحكام الفقه الإسلامي حيث أن هنالك رأيا للمالكية يؤكد هذا المضمون، حيث يرى المالكية أنه لا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل إلا إذا تعذر مطالبة المدين، كما إذا كان المدين غائباً أو معسراً[١٥]. وقد أيد المالكية رأيهم هذا بأسباب ثلاثة [١٦]وهي:

أ- أنه إذا حكم على الكفيل أولاً، فمن الطبيعي أنه سيحكم له على المدين لاسترداد ما دفع للدائن، فالحكم عليه ابتداء أقل عناء ومشقة من الحكم على الكفيل.

ب- إن الكفيل تكفّل بموجب الكفالة بسداد الدين، فأشبه بذلك الرهن، والرهن لاسبيل للجوء إليه إلا عند عدم الوفاء بالدين المطلوب، فكذلك الكفالة لا سبيل للجوء إليها إلا عند عدم الوفاء بالدين المكفول من قبل المدين.

ت- إن الكفيل متبرع يتوثق به الدائن على دينه، وما دام متبرعاً فلا يثقل عليه بجعله في مرتبة المدين.

(١٥) انظر الموسى، محمد، نظرية الضمان الشخصي (الكفالة)، جامعة الإمام محمد بن سعود، السعودية، الجزء الثاني، ١٩٩٩، ص ٣٩٦.

(١٦) انظر في ذلك بكر، حمد أحمد، تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين في القانون المدني مقارناً بالفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٩٦ ص ٣٥٩.

فهل يسمح القانون الرجوع لرأي المالكية؟

تنص المادة (٢) من القانون المدني الأردني على أنه:"١- تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص. ٢- فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية...". يُلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الأردني لم يقيد القاضي بالرجوع إلى مذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي الأربعة وهي: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنبلية. وبناء على ذلك فإن القاضي الأردني يرجع إلى الأحكام والقواعد الكلية في أحكام الفقه الإسلامي التي لا تخالف نصوص القانون المدني، وتكون أكثر موافقة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين. وهدف المشرع الأردني من ذلك يبدو جلياً وهو الرغبة في تحقيق التنسيق في الأحكام لاحتمال تعارض الآراء الفقهية في المسائل الجزئية بين المذاهب الأربعة[١٧]. وبالتالي فإن تنسيق حكم القانون الأردني مع القوانين الوضعية الأخرى في نظام الكفالة، من حيث العودة إلى تقرير الصفة الاحتياطية للكفالة، لا يسلخ القانون من صفته الرئيسية من حيث الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية، خاصة أن المذهب المالكي، كما ذكرنا، يتبنى هذه الصفة ولذلك يعد حكمه الأكثر موافقة لنصوص القانون من ناحية، وأكثر موافقة لروح العلاقات الاجتماعية والاقتصادية من ناحية أخرى.

وبالتالي يجب عدم الانحياز لجانب من الفقه في كل ما يتضمنه من أحكام، فإذا كان المشرّع الأردني أخذ جل أحكامه من المذهب الحنفي، فإنه لا مانع من المزج بين المذاهب الفقهية في تنظيم أحكامه بما يتفق مع مصالح الناس، والتوسعة عليهم.

٣- كذلك ما يعاب على السياسة التشريعية للمشرّع الأردني أن هناك من القوانين الوضعية التي أخذت بالتعريف ذاته للكفالة، أي كما ورد في الفقه الحنفي، ومنها القانون العراقي في المادة (١٠٠٨)، بحيث تكون ذمة الكفيل مشغولة بالمطالبة فقط، وليس بالدين

(١٧) انظر في تفصيل موضوع الفقه الإسلامي كمصدر للقانون الداودي، غالب، المدخل إلى علم القانون، دار وائل للنشر-عمان، الطبعة السابعة، ٢٠٠٤، ص١٤٧-١٥١.

ذاته، فالدين واجب ابتداءً على المدين، وبالتالي يجب مطالبته أولاً قبل مطالبة الكفيل، وذلك قياساً على حال الدائن المرتهن، فكما لا سبيل للراهن إلا عند عدم وفاء المدين، فكذلك لاسبيل للكفيل إلا عند عدم وفاء المدين. والقانون المدني الأردني أيضاً أخذ التعريف نفسه، لكنه ذهب إلى أبعد من ذلك، فاعتبر الكفيل متضامناً مع المدين ليس في المطالبة فقط بل في الدين ذاته، وهذا ما أدى لنفي الصفة الاحتياطية للكفيل، وتعذر إمكانية تمسّكه بالدفع بالتجريد(١٨).

٤- كما أن هناك قاعدة فحواها أنه كلما زاد المبنى اختلف المعنى، ومفهوم هذه القاعدة أنه كلما زاد اللفظ زاد المعنى، فكلما طرأت زيادة على عدد الحروف الأصلية المؤدية لأصل المعنى، فإنه ترتب على ذلك اختلاف المعنى، ووجود تفريعات جديدة في المفهوم يختلف عن المعنى في الجذر الأصلي(١٩). وإذا أسقطت هذه القاعدة وتم تطبيقها على كلمتي التضامن والضمان (فعقد الكفالة هو عقد ضمان)(٢٠)، لوجد أن هناك اختلافاً في معنى كل منهما بالرغم من اقترابهما في المبنى، إلا أن التضامن فيه زيادة في بنية الكلمة عن الضمان، وبالتالي يكون لكل منهما معنى مختلف وأحكامه الخاصة التي تحكمه، وطالما اختلف معنى كل منهما، فكيف للمشرع الأردني أن يجمع بينهما في نصّ قانوني واحد؟

ثانياً: الاعتبارات الاجتماعية والأخلاقية

إن الدفع بالتجريد تقتضيه الاعتبارات الاجتماعية التي كان على المشرّع الأردني أخذها في اعتباره عند تنظيم أحكام الكفالة ومن أبرزها تنمية التكافل الاجتماعي داخل المجتمع، فالإنسان مدني بطبعه لا يستطيع العيش بمفرده مهما أوتي من قوة، فالحياة أحياناً تفرض على

(١٨) عدنان السرحان، مرجع سابق، ص ٢١١.

(١٩) الراشدي، محمد ذنون، إشكالية زيادة المبنى و دلالتها على زيادة المعنى دراسة تطبيقية على السين وسوف في القرآن الكريم، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، جامعة الموصل، ٢٠٠٩، المجلد ٨، ص١٠

(٢٠) وقضت محكمة التمييز في ذلك: "...بأن الكفالة هي عقد ضمان، وهو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون، أما ما تعنيه المادة ٩٥٤من القانون المدني والتي نصّها: "يشترط لصحة الكفالة أن يكون المكفول به مضموناً على الأصيل..."، فهو أن يكون المكفول به مضمونًا على الأصيل؛ أي أن إيفاءه يُلزم الأصيل، وعند المطالبة أن يكون الكفيل ملزماً على إيفائه عينًا أو بدلًا..." قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق)، رقم ١٠٦٨/ ١٩٩٧، هيئة خماسية، بتاريخ ١٠/ ٤/ ١٩٩٠.

الإنسان اللجوء إلى غيره لتحقيق غاياته ومآربه المختلفة. وهذا ما يمكن تحقيقه في الكفالة الشخصية، حيث يلجأ إليها المدين للحصول على حاجاته ويطلبها الدائن لتوثيق الحصول على حقّه، لكن لن يجد المدين من يضمنه إذا لم يكن هناك وسيلة يضمن من خلالها الكفيل حقّه في عدم التنفيذ عليه إلا بعد التنفيذ على المدين أولاً، وهذا لن يتحقّق إلا بإعطاء الكفيل الحقّ بالدفع بالتجريد، فحينها فقط تكتمل أدوار الناس، ويبرز دور التكافل الاجتماعي في تحقيق الغايات المختلفة. فقد قال رسول الله ﷺ:" مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم مثل الجسد، إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر جسده بالسهر والحمى"، وكذلك قوله عليه الصلاة وأزكى التسليم: "المؤمن للمؤمن كالبنيان المرصوص يشد بعضه بعضا"[٢١]. ويمكن إجمال صور التكافل الاجتماعي التي يحقّقها الدفع بالتجريد في النقاط الآتية:-

أ- الحثّ على فعل الخير[٢٢]:- فإذا كانت الكفالة قد شُرعت للتوسعة على الناس والتيسير عليهم في تلبية احتياجاتهم، فيجب ألا تكون هذه التوسعة ذات أثر سلبي على الكفيل؛ فالبعض لا يتسنّى له الحصول على احتياجاته إلا بتقديم ضمان لذلك، فكانت الكفالة من ضمن هذه الضمانات التي تيسّر وتسّهل على الناس الحصول على احتياجاتهم[٢٣]، ولكن تحميل الكفيل بالدين بصفة أصلية كما فعل المشرّع الأردني وعدم إعطائه أية وسيلة للدفاع عن حقّه يجعل الناس يبتعدون عنها، ولا يقدم أية شخص على كفالة أية شخص آخر محتاج. فالمشرّع الأردني لا يحمي فزعات الطيبين (الكفلاء)، وبالتالي تحول الكفيل في القانون المدني الأردني كبش فداء أمام مكفوله[٢٤]. بعكس ما لو أعطي الكفيل وسيلة يحافظ بها على

(٢١) المجدوب، أحمد على، التكافل الاجتماعي وأثره في منع الجريمة والوقاية منها، الرياض، المركز العربي للدراسات الأمنية في التدريب، ١٩٩٢ ص ٥٩.

(٢٢) إبراهيم، حسني عبد السميع، موقف الفقهاء من ضمان الأموال في الشريعة الإسلامية "دراسة مقارنة". الإسكندرية –مصر، منشأة المعارف، ٢٠٠٩ ص ١٩.

(٢٣) الموسى، محمد، نظرية الضمان الشخصي (الكفالة)الجزء الأول، المملكة العربية السعودية، إدارة الثقافة والنشر بالجامعة، ١٩٩٩ص ١٢٤.

(٢٤) الزهراني، عبدالرزاق (٢٠١١) "ضحايا الكفالة "النظام لا يحمي "فزعات الطيبين، العدد ١٥٦٣٢، ٢٠١١.

حقّه، كالدفع بالتجريد، حيث سيقدم الناس على فعل الخير ومدّ يد العون للمحتاج، وذلك بضمان دينه في سبيل تأمين حاجته.

ب- الحفاظ على روابط الألفة والمحبة، فعادةً ما يكون سبب الكفالة راجعاً لصلة قرابة، كأب يكفل ابنه، أو لصداقة، كأن يقوم صديق بكفالة صديقه، فلو قام الدائن بالتنفيذ على أموال الكفيل أولاً طبقاً للقانون المدني الأردني، وكان المدين لديه القدرة على الوفاء ولم يفِ، فإن ذلك سيقضي على الروابط الاجتماعية بين الأحباب. لكن بوجود الدفع بالتجريد لا يمكن أن يحدث ذلك، فالكفيل عندما يدفع بالتجريد، فإن ذلك لن يزعج المدين؛ لأنه الملتزم أصلاً، ولن ينسى أن الكفيل قد مدّ له يد العون، كما يعلم أنه إذا لم تكن له أموال فإن الكفيل سيفي بالدين.

ج- كما أنه لن تكتمل الصورة التي يجسدها التكافل الاجتماعي بالكفالة إلا إذا تميز الكفيل بمركز متميز عن المدين الأصلي، وهذا يكون بمنح الكفيل مركزاً احتياطياً يجعله مطالباً بتنفيذ الالتزام بصفة احتياطية، ولا يمكن التنفيذ عليه قبل التنفيذ على المدين الأصلي، وهذا يمكن تحقّيقه بمنح الكفيل الحقّ بالتمسّك بالدفع بالتجريد.

د- وإذا كان الدفع بالتجريد مظهراً من مظاهر التكافل الاجتماعي داخل المجتمع فإن بالتكافل يتحقّق التوازن والانسجام بين أحوال الناس وأوضاعهم كالغنى والفقر، فلو لم يكن هناك تكافل بين أفراد المجتمع الواحد لأدى ذلك لوجود تفاوت بين الطبقات بحيث ازداد الغني جشعاً واستغلالاً للفقير، وتحكماً في ذوي الحاجة. وإذا ما تم قياس ذلك على الكفالة، فإن المدين محتاج، والدائن بدوره يوفر للمدين ما يحتاجه، لكن بوجود ضمان لحقّه وهو الكفالة، كما لن يجد المدين من يكفله لو لم يضمن الكفيل حقّه، ولن يضمنه إلا بوجد نظام الدفع بالتجريد، وإلا فلن يكون للمدين ضامن له ولن يعطي الدائن المدين ما يحتاجه، وبالتالي تظل الكفالة قاصرة عن تحقّيق التكافل الاجتماعي بين الأفراد[٢٥].

(٢٥) المجدوب، أحمد على، مرجع سابق، ص ٣٥٩.

ثالثاً:- الاعتبارات الاقتصادية: للائتمان أهمية في سير الحياة الاقتصادية وتطورها سواءً كان ذلك على المستوي الفردي أو على مستوي المجتمع ككل، فقلما يوجد مشروع يعتمد في تمويله على المقدرة الذاتية للفرد، بل أن الغالب أن يتم التمويل عن طريق ائتمان من الغير(٢٦). ولما كان للكفالة بصفة عامة دور كبير في تطور الجانب الاقتصادي عن طريق تشجيع وتسهيل عملية الائتمان وتنشيط المعاملات، بحيث يستطيع المدين الحصول على احتياجاته مقابل تقديم من يكفله(٢٧) فكان لابدّ من إعطاء الكفيل وسيلة يضمن بها حقّه، ويتحقّق ذلك بالدفع بالتجريد باعتبار أنه الوسيلة الفعالة في تحقّيق ذلك. وهذا ما يكون له أثره في انعدام العوز والحاجة، فعندما يعلم الكفيل أن لديه نظاماً يكفل له الدفاع عن حقّه، وعدم جعله ملتزماً بالدين بصفة أصلية، سيقدم الناس على الكفالة، ويتحقّق للمدين الحصول على حاجته.

والدفع بالتجريد لا يمكن أن يكون له أثر سلبي على تيسير المعاملات التي يطلب فيها الدائن كفيلاً لضمان الحصول على حقّه؛ لأنه في كل الأحوال إذا لم يتحصل على حقّه من المدين الأصلي لعدم قدرته على تنفيذ التزامه فإنه سيتحصل عليه من الكفيل(٢٨).

وعملياً فإن نص المادة ٩٥٠ هو مدعاة لبذل مزيد من الجهد وضياع الوقت وإنفاق مجموعة من المصروفات؛ فحكم هذه المادة يمنح الدائن الرجوع على الكفيل مباشرة حتى ولو كان المدين مليئاً موسراً، وإن تحقق هذا الرجوع واستوفى الدائن حقه من الكفيل، احتفظ الأخير بحقه في الرجوع على المدين لاسترجاع ما وفاه للدائن(٢٩). فيلاحظ أن منطق وطبيعة

(٢٦) تناغو، سمير، التأمينات العينية والشخصية "الرهن الرسمي – حقّ الاختصاص – الرهن الحيازي – حقوق الامتياز –الكفالة –قانون التمويل الاقتصادي " الكتاب الثاني، مصر، منشأة المعارف، ٢٠٠٨، ص ٥.

(٢٧) الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة –التضامن –التضامم في التشريع المصري والمقارن، الإسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٢ ص٧.

(٢٨) إبراهيم، حسني عبدالسميع، مرجع سابق، ص ٢٠.

(٢٩)انظر المادة ٩٨٢ من القانون المدني الأردني. وانظر أيضاً تمييز حقوق رقم ٢٠١٤/٤٥٤ هيئة عادية تاريخ ٢٠١٤/٦/١٥ منشورات مركز عدالة. تمييز حقوق رقم ١٩٩٩/١١٩٠ هيئة خماسية تاريخ ١٩٩٩/١١/٢٨، منشورات مركز عدالة.

الكفالة تقف في مواجهة نص المادة ٩٥٠، فالكفيل بعد أن يقوم بأداء دين المدين يعود على المدين بما أداه. فإذا كان المدين موسراً غير عاجز عن أداء الدين فليس من المنطقي التنفيذ على أموال الكفيل أولاً، ثم بعد ذلك يقوم الكفيل بالرجوع على المدين لاسترداد ما دفع(٣٠).

فمن الأفضل بالنسبة للجميع أن يتجنب الكفيل إنفاق الأموال للتحضير والتجهيز لرفع دعوى على المدين، فبدلاً من التبذير وإلحاق الخسارة به، يجب أن نعود إلى إقرار الصفة الاحتياطية للكفالة؛ وهذا ما ينعكس بالنهاية بفائدة اقتصادية بالنسبة لأطراف العقد والمجتمع بالكامل. بكلمات أخرى، إن إلغاء النص المتعلق بتضامن الكفيل مع المدين من شأنه أن يغني الدائن من اللجوء للكفيل إلا إذا لم يف المدين بالدين، ويوفر الجهد والوقت والنفقات، وبالتالي يغني الكفيل من الرجوع على المدين.

كما أن الدائن لا يتضرر في ذات الوقت من التنفيذ على أموال المدين أولاً إذا ما كان مليئاً قادراً على الوفاء، لأن ما يهم الدائن هو حصوله على حقه المضمون، سواء أكان ذلك من المدين أو الكفيل. وعلى الجانب الآخر، نتجنب تعسف الدائن في استعمال حقه من جهة استعمال نص المادة (٩٥٠) لإدخال الكفيل المحكمة للنكاية به على الرغم من علمه بملاءة المدين وقدرته على الوفاء بمبلغ الدين.

كما نرى بأن القواعد القانونية يجب أن تصاغ بطريقة تقلل إلى الحد الأدنى عدم العدالة والدمار أو الفساد الاقتصادي والاجتماعي الذي يمكن أن يصيب الكفيل الذي أقدم على ضمان دين غيره تحريراً للحمل الذي يقع على كاهل هذا الغير.

(٣٠) أبو السعود، رمضان، مرجع سابق، ص ١٦٦.

المبحث الثالث:

القواعد التي تحكم فكرة التبعية تعزز فكرة تقنين الدفع بالتجريد

بالرجوع لنصوص القانون المدني الأردني الخاصة بأحكام الكفالة، يتضح أنها أيضاً أسبغت صفة التبعية على التزام الكفيل. ومن مظاهر التبعية في القانون الأردني **التبعية من حيث الوجود؛ حيث** تقتضي فكرة التبعية أن يكون الالتزام المكفول قائماً؛ أي أن يكون المدين ملزماً بالوفاء بالدين الأصلي، بحيث يكون من الممكن مطالبته به قضاءً؛ فالالتزام التابع لا يقوم إلا إذا كان الالتزام المتبوع قائماً(٣١). وقد نصّت على ذلك المادة (٩٥٤) من القانون المدني الأردني، حيث جاء فيها: "يشترط لصحة الكفالة أن يكون المكفول به مضموناً على الأصيل..."(٣٢). وبالتالي لا تطبق أحكام الكفالة على التزام الكفيل قبل التحقّق من وجود الالتزام الأصلي، بحيث يتوقف نفاذ التزام الكفيل على التزام المدين الأصلي، وأن يكون مستوفياً لشروطه، ووجوده القانوني(٣٣). كما أنه إذا كان التزام الكفيل لم ينشأ إلا ضمانًا للوفاء بالالتزام المكفول فلا محلّ لاستمراره قائمًا إذا انقضى الالتزام الأصلي، حيث يعتبر ذلك من مقتضيات فكرة التبعية. وبالتالي فإن نص المادة (٩٥٠) لا ينزع عن الكفالة صفة التبعية، فالأمر متعلق بمنح الدائن ضماناً أكبر بنص القانون، لأنه حتى في ظل هذا الحكم في القانون الأردني، تبرأ ذمة الكفيل تبعاً لانقضاء الالتزام الأصلي لأي سبب كان. فقد ذهبت محكمة التمييز إلى أنه: "إذا شرط في عقد القرض على أن تظل الكفالة مستمرة وسارية المفعول على كافة القرض حتى في الحالات التي يوافق فيها البنك على إمهال المدين بالدفع، أو على إجراء ترتيبات أو تسويات أخرى، فإن هذا الشرط لا يخالف القانون أو النظام العام أو الآداب العامة وهو ملزم لأطراف العقد ومنهم الكفيل. إن الترتيبات التي وافق عليها البنك مع

(٣١) السرحان، عدنان إبراهيم، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص ١٩٨-١٩٩.

(٣٢) انظر قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق)، رقم ١٠٦٨/ ١٩٩٧، هيئة خماسية، بتاريخ ١٠/ ٤/ ١٩٩٠.

(٣٣) وقد جاءت أحكام القضاء الأردني مطابقة لذلك، حيث قضت في حكم لها: "....لا يجوز إعمال نصوص الكفالة، ومطالبة الكفلاء بقيمتها، قبل أن تقوم الجهة المميزة ضدها بإثبات مديونية الأصيل..."(٣٣) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٥٢٢/ ٩٩، هيئة خماسية، تاريخ ٢٨/ ٢/ ١٩٩٩.

المدين على أن يستوفي ٤٠٪ من قيمه الفواتير لسداد القرض لا تغير شروط العقد ولا تعدلها ولا تعفي الكفيل من التزامه بالوفاء لصراحة نص المادة التاسعة من عقد القرض، يضاف إلى ذلك أن الترتيبات الجارية مع المدين التي وافق عليها البنك على أن يقوم بحسم النسبة المشار إليها لا تعفي المدين الأصلي من الوفاء بقيمة القرض. إن عقد الكفالة هو عقد تبعي أي أن التزام الكفيل يتبع التزام الأصيل، فيكون الكفيل ملزماً بسداد القرض رغم الترتيبات الجارية مع المدين" .

فالتزام الكفيل لم يوجد إلا بعد وجود الالتزام المكفول، وبالتالي فإن الفرع يتبع الأصل لأن التابع تابع ولا يفرد بالحكم، وإذا سقط الأصل سقط الفرع. وترتيباً على ذلك تبرأ ذمة الكفيل في الحالات التالية:

١ – الوفاء أو الإبراء: تبرأ ذمة الكفيل بصفة تبعية إذا ما أوفى المدين بدينه المكفول أو بإبراء الدائن لمدينه من الدين أو بإبراء الكفيل من الكفالة.

٢ – اتحاد الذمتين: إذا مات الدائن وانحصر إرثه في المدين برىء الكفيل من الكفالة فإن كان له وارث آخر برىء الكفيل من حصة المدين فقط .

٣– الوفاء بمقابل: إذا استوفى الدائن في مقابل دينه شيئاً آخر برئت ذمة الأصيل والكفيل إلا إذا استحق ذلك الشيء .

٤ – الصلح: إذا صالح الكفيل أو المدين الدائن على قدر من الدين برئت ذمتهما من الباقي فإذا اشترطت براءة الكفيل وحده فالدائن بالخيار إن شاء أخذ القدر المصالح عليه من الكفيل والباقي من الأصيل وإن شاء ترك الكفيل وطالب الأصيل بكل الدين.

كما أن فكرة التبعية تحكم آثار الكفالة، والمتمثلة في العلاقة بين الدائن والكفيل، بحيث يكون للكفيل التمسّك بالدفوع المتعلقة بالتزام المدين في مواجهة الدائن. ولكن التبعية في الكفالة الشخصية طبقاً للقانون المدني الأردني لا تعطي الكفيل أي مركز متميز، بل يكون مُطالباً بالدين مع المدين بصفته متضامناً معه، ولا يكون له أي حقّ في دفع مطالبة الدائن له قبل مطالبة المدين.

وتطبيقاً لقاعدة أن نصوص القانون يجب أن تقرأ معاً وليس بمعزل عن بعضها البعض، ولكي تتضح معالم التبعية في عقد الكفالة الشخصية، فإننا نبين أدناه القواعد التي تحكم صفة التبعية في القانون المدني الأردني والتي استقاها بدوره من الفقه الإسلامي.

فقاعدة التابع تابع لا يفرد بالحكم[٣٤] تعزز فكرة تقنين الدفع بالتجريد في عقد الكفالة: تنص المادة ٢٢٨ من القانون المدني الأردني على أن: "التابع تابع ولا يفرد بالحكم". بما أن الفرع يتبع الأصل، فيجب أن يلحق متبوعه في الحكم؛ لأن ما لم يوجد مستقلاً بنفسه، وكان وجوده تابعاً لوجود غيره، فهو في حكم المعدوم من حيث الأحكام، وبالتالي لا يفرد بالحكم[٣٥]. كما أن ما لا يصح إيراد العقد عليه منفرداً لا يصح استثناؤه من العقد؛ كاللؤلؤ في الصدف، والنوى في الثمر.

ويكمن التطبيق البارز لهذه القاعدة في عقد الكفالة الشخصية؛ فالتزام الكفيل لا يمكن أن ينشأ مستقلاً بذاته، بل ينشأ لضمان التزام المدين، وتقتضي هذه التبعية ألا يأخذ التزام الكفيل حكماً مستقلاً عن الالتزام الأصلي، وبالتالي إذا كان التزام الأصيل حالاً، كانت الكفالة حالة، وإن كان الالتزام الأصلي مؤجلاً تأجلت الكفالة أيضاً، لأن الكفالة بمضمون على الأصيل، فتتقيد بصفة المضمون[٣٦]. ومن مقتضيات قاعدة عدم إفراد التابع بالحكم أنه إذا كان الدين حالًا على الأصيل ثم تأجل عليه، فإنه يترتب على ذلك تأجيل الدين أيضاً بالنسبة للكفيل وكفيله إن كان له كفيل[٣٧]؛ لأنه إذا بقي الدين حالًا على الكفيل وحده يكون قد أفرد بالحكم.

(٣٤) الزرقا، أحمد، شرح القواعد الفقهية، دمشق –سورية، دار القلم، ط٢، ١٩٨٩،ص ٢٥٧.

(٣٥) الغزي، محمد صدقي بن أحمد البورنو أبو الحارث، موسوعة القواعد الفقهية المجلد٢، حرف التاء، ١٩٩٧، ص ١٦٤.

(٣٦) الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت –لبنان، دار الكتب العلمية، ط٣، ١٩٨٦، الجزء ٦،ص ٣

(٣٧) الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقين الأحاديث النبوية وتخريجها وفهرسة ألفبائية للموضوعات وأهم المسائل الفقهية، الجزء الخامس، دمشق، دار الفكر، ط٣، ١٩٨٥، ص ١٣٦.

ويستثنى من هذه القاعدة، بمعنى قد يفرد الكفيل بالحكم حالة إبراء الكفيل من قبل الدائن فإنه يبرأ وحده مع بقاء المدين ملتزماً بالدين(٣٨). ونجد تطبيق هذه القاعدة في القانون المدني الأردني، وذلك في نصّ المادة (٩٦٩) من القانون المدني الأردني: "إذا وقعت الكفالة مطلقة فإن التزام الكفيل يتبع التزام الأصيل معجلاً كان أم مؤجلاً" كما يمكن وجود استثناء من هذه القاعدة في القانون المدني الأردني، وذلك في نصّ المادة (٩٧٠)، حيث جاء فيها: "إذا كفل أحدهم بالدين المعجل كفالة مؤجلة تأجل الدين على الكفيل، والأصيل معًا إلا إذا أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه أو اشترط الدائن الأجل للكفيل، فإن الدين لا يتأجل على الأصيل"، حيث يتضح من هذه المادة أن الفرع يتبع الأصل، ولكن يمكن أن يستقل الفرع في الحكم عن الأصل، بحيث يكون التأجيل للكفيل وحده، بينما يبقى التزام الأصيل محتفظاً بأجله.

ومما تضيفه قواعد التبعية أن التابع يسقط بسقوط المتبوع. تنص المادة (٢٢٨) من القانون المدني الأردني على أن: "إذا سقط الأصل سقط الفرع". المقصود بهذه القاعدة أنه إذا سقط الأصل سقط الفرع، ويُعنى بالفرع- هنا- هو ما ليس له وجود مستقل بنفسه وإنما وجوده مرتبط بغيره، الذي يعتبر هذا الغير أصلاً له، فإذا سقط هذا الأصل سقط الفرع(٣٩). وهناك من يرى أن هذه القاعدة شبه مطردة في المحسوسات والمعقولات؛ فالشيء الذي يكون وجوده مرتبطاً بوجود شيء آخر، فيتبعه في الوجود، ويكون مبنياً عليه كالإيمان بالله عز وجل أصل، وجميع الأعمال فروع له، فإذا زال الإيمان –والعياذ بالله – حُطت باقي الأعمال لأن اعتبارها مبني عليه(٤٠).

(٣٨) الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي، مرجع سابق، ص ١١.

(٣٩) زيدان، عبد الكريم، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية بيروت-لبنان، مؤسسة الرسالة، ط١، ٢٠٠١، ص ١١٤

(٤٠) الغزي، محمد صدقي بن أحمد البورنو أبو الحارث الغزي، المجلد ٢، حرف التاء، مرجع سابق، ص١٦٥.

ومن تطبيقات هذه القاعدة في الكفالة الشخصية أنه إذا برأ الأصيل برأ تبعاً لذلك الكفيل، ولكن إذا برأ الكفيل لا يبرأ الأصيل(٤١)، وقد جاء النصّ على ذلك في المواد (٧٦١) و (٧٦٢) من كتاب مرشد الحيران، حيث نصّت المادة (٧٦١)على أن: "إبراء الدائن الأصيل يوجب براءة الكفيل "، بينما نصّت المادة (٧٦٢) على أنه: "لا يلزم براءة الأصيل ببراءة الكفيل، فلو أبرأ الدائن الكفيل فلا يبرأ الأصيل"(٤٢). ونجد تطبيق هذه القاعدة في القانون المدني الأردني، وذلك في المادة (٩٨٧)، حيث جاء فيها: " تنتهي الكفالة بأداء الدين...، وبإبراء الدائن للمدين، أو كفيله من الدين"، فهنا يتضح أن الكفالة سقطت بسقوط الالتزام الأصلي، فبمجرد أن قام الأصيل بأداء الدين أو قام الدائن بإبراء الأصيل تنتهي الكفالة.

وقد قيل في تبرير هذا الحكم أن الدين ثابت في ذمة الأصيل، أما الكفيل فإن الثابت في ذمته هو المطالبة بالدين وليس الدين ذاته، وبالتالي كان إبراء الأصيل فيه إسقاط عنه للدين، ولما كانت المطالبة تابعة للدين فإنها تسقط تبعاً لسقوط الدين؛ فالمطالبة أصبحت شيئاً محالاً بسقوط الدين، وسقوط الأصل يستوجب سقوط الفرع (٤٣).

وأخيراً فإن التابع لا يتقدّم على المتبوع. وقد تم تطبيق هذه القاعدة في القانون المدني الأردني في المادة (٩٧١)، والمادة (٩٧٢). وبما أن التابع تال للمتبوع، ومتأخر عنه في الوجود فلا يجوز أن يتقدّم عنه في الفعل والعمل؛ لأنه إذا تقدّم عليه في الفعل تقدّم عليه في الحكم، وهذا غير جائز؛ لأنه تابع لمتبوعه في أحكامه، ومن أمثلة هذه القاعدة أن المأموم لا يتقدّم على إمامه في الوقف، ولا في تكبيرة الإحرام، والسلام ولا في سائر أفعال الصلاة(٤٤).

(٤١) الزرقا، أحمد بن الشيخ مصطفى، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص ٢٦٣.

(٤٢) باشا، محمد قدري، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، مصر، المطبعة الكبرى الأميرية، ط١٨٩١،٣، ص ١٣٤.

(٤٣) الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، مرجع سابق، ص ١١

(٤٤) الغزي، محمد صدقي بن أحمد البورنو أبو الحارث الغزي، مرجع سابق، ص ١٦٢.

وفي المادتين المشار إليهما لم يبتعد المشرع الأردني عن الفقه الإسلامي، حيث ذهب الإمام مالك إلى أنه لا يكون للدائن مطالبة الكفيل أو التنفيذ عليه، إلا إذا تعذّر أخذ الدين من المدين. وبالتالي نجد أن تقنين مبدأ الدفع بالتجريد، بمطالبة المدين أولاً، ثم الكفيل إن لم يف الأول، يحقّق الغرض الذي يسعى له الشارع، والمتمثّل في أن يسارع كل مدين في أداء ما التزم به سواءً كان ذلك بالقرض، أو بالسلف أو بالرهن، أو غير ذلك، والكفيل ألزم نفسه بكفالته للمدين، وبالتالي وجبت مطالبته، ولكن تسقط عنه المطالبة إذا كان المدين له القدرة على السداد؛ لأن إلزام الكفيل بتنفيذ التزامه مع قدرة المدين على الوفاء به يؤدي إلى إحجام الناس عن فعل الخير باعتبار أن الكفيل متبرع بكفالته للمدين(٤٥). كما أنه يؤدي إلى إنهاء الخصومة(٤٦)؛ فالدائن عندما يرجع على المدين أولاً، ويستوفي منه حقّه يؤدي ذلك لانقضاء الالتزام، وانتهاء الكفالة تبعاً لذلك. لكن رجوع الدائن على الكفيل أولاً يجعل الكفيل يدفع في مواجهة الدائن بالرجوع على المدين أولاً، وبالتالي يلجأ الدائن لإقامة دعوى أخرى في مواجهة المدين، وهذا من شأنه إطالة الخصومة بعكس لو أن الدائن رجع على المدين أولاً. وبالتالي يكون اتباع الترتيب في المطالبة طريقاً أسرع لإنهاء الخصومة، وهذا يحقّق اليسر في المطالبة، ويقلل عناء المكفول له في الحصول على حقّه، فالمكفول له يكون أيسر عنده في الحصول على حقّه من المدين الأصلي به من الرجوع على الكفيل(٤٧).

بالإضافة إلى ذلك نرى أن العدل هو مناط كل شيء، ومن دون عدل لا يمكن أن تستقر الحياة، أو تستمر المعاملات، والعدل لن يتحقّق إلا إذا تحقّق التوازن بين أصحاب المصالح، وفي الكفالة يمكن تحقيق التوازن، بما ذهب إليه الإمام مالك – رحمه الله.

(٤٥) حسني عبد السميع ابراهيم، موقف الفقهاء من ضمان الأموال في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٩-٢٠.

(٤٦) الخفيف، على، الضمان في الفقه الإسلامي، (الكفالة، الديات)، القسم الثاني، دراسة مقارنة، القاهرة، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧٣، ، ص ١٠٣.

(٤٧) سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل "دراسة مقارنة " في الفقه الإسلامي والقانون المدني، مصر، دار الكتب القانونية، ٢٠١٠.ص ٣٥٨.

الخاتـــــمة

توصلت هذه الدراسة إلى النتائج والتوصيات التالية:

١- ظهر بعد هذه الدراسة أن موقف المشرّع الأردني من مبدأ الدفع بعدم التجريد يشوبه الغموض وعدم الوضوح، فهو لم يقتفِ أثر القوانين الوضعية الأخرى التي أخذت بهذا الدفع، وفضَّل سلوك مسلك الفقه الإسلامي، وبالأخص الفقه الحنفي بأن جعل الكفيل متضامناً مع المدين.

٢- ولّما كان التضامن ينفي المركز الاحتياطي للكفيل، كان للدائن الحقّ في التنفيذ على من شاء (الكفيل أو المدين) دون أن يكون ملزماً بترتيب معين. لكن المشرّع الأردني في مواد لاحقة ظهر بأنه تأثّر ببعض أحكام الكفالة الواردة في القوانين الوضعية من خلال سنّه لصور خاصة للدفع بالتجريد في المادتين (٩٧١) و (٩٧٢). وبذلك نجد أن المشرّع الأردني قد أخذ استثناءً بالدفع بالتجريد، وهذا ما يولد التعارض والتضارب بين نصوصه؛ فالدفع بالتجريد، سواءً في صورته العامة أو الخاصة، يستوجب عدم تضامن الكفيل مع المدين، والمشرّع الأردني يجعل الكفيل متضامناً مع المدين.

٣- إذا كانت الكفالة لها أهميتها، خاصةً أن الاقتصاد الحديث يعتمد بالدرجة الأولى على الائتمان، مع تشعّب العلاقات وتشابكها وتعقيدها، مما لم يَعد معه المدين قادراً على تنفيذ التزامه العقدي وحده وبمعزل عن الاستعانة بالغير، فإن عدم الأخذ بنظام الدفع بالتجريد في الكفالة الشخصية، كما فعل المشرّع الأردني، أمر لا يؤدي إلى الاطمئنان في المعاملات؛ لأن المدين لن يجد من يكفله في ظل الحكم الحالي لنص المادة (٩٥٠). كما لم يضع المشرّع الأردني أية وسيلة لحماية الكفيل إذا ما قام الدائن بالتنفيذ عليه أولاً، ولا يمكن القول بأن دعوى الكفالة، أو دعوى الحلول يمكن أن تكون البديل عن الدفع بالتجريد في حماية الكفيل.

٤- لا يمكن الاستناد لنصّ المادة (١٣٤٠) على أنها أزالت التعارض القائم بين نصّ المادة (٩٧١)، والمادة (٩٥٠)؛ لأن ما ورد في نصّ المادة (١٣٤٠) خاص بالكفيل العيني، والكفيل العيني لا يتمتع بمركز احتياطي يخول له دفع مطالبة الدائن له؛ لأنه ملتزم بالدين

بصفة أصلية، وما ورد في المادة (١٤٣٠) ما هو إلا تأكيد لمركز الكفيل العيني، وأنه مطالب بتنفيذ الالتزام بصفة أصلية. إن ما ورد في نصّ المادة (١٤٣٠) ينفي التمسّك بالدفع بالتجريد لمن لا تكون له الصفة الاحتياطية، وهو الكفيل العيني. ومن هنا يمكن القول استناداً لنص المادة ٩٧١ أن للكفيل الشخصي وحده الحقّ في التمسّك بالدفع بالتجريد دون الكفيل العيني.

٥- اعتماداً على مبدأ نصوص القانون تقرأ معاً كوحدة واحدة وليس بمعزل عن بعضها، نعزز الفكرة بضرورة تقنين مبدأ الدفع بالتجريد. فنص المادة (٩٧١) الخاصة بالدين الموثق بتأمين عيني قبل الكفالة، والمادة (٩٧٢) المتعلقة بمنح كفيل الكفيل حق الدفع بالتجريد في مواجهة الدائن، بالإضافة إلى المواد المتعلقة بتفسير العقود وهي المادة (٢٢٨) التي تجعل من التابع تابعاً ولا يفرد بالحكم، والمادة (٢٢٩) التي تقضي بسقوط الفرع إذا سقط الأصل، أوحت بمجموعها أن المادة (٩٥٠) لا تتناسب مع مجموع النصوص السابقة، وهي التي تضعف كل حماية تُمنح للكفيل، وتضعف قوة الروابط الاجتماعية والتآلف بين أفراد المجتمع الواحد، لأنها تدفع كل شخص إلى رفض كفالة أي قريب أو صديق طالما أنها ستجعل الكفيل في واجهة المطالبة بتنفيذ الالتزام جنبا إلى جنب مع المدين.

وبناء على ما سبق نوصي المشرّع الأردني اجراء التعديلات التالية على بعض مواد القانون المدني الأردني المتعلقة بالكفالة، وكالآتي:

أ- المادة (٩٥٠) بحيث يكون نصّها كالآتي: "الكفالة هي عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام، بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه".

ب- تعديل نصّ المادة (٩٦٧) لكي يتسق مع بقية النصوص المتعلقة بالكفالة ليصبح على النحو الآتي:"١-لا يجوز للدائن الرجوع على الكفيل قبل رجوعه على المدين. ٢-ولا يجوز له التنفيذ على الكفيل قبل تجريد المدين من أمواله، وللكفيل في هذه الحالة التمسّك بهذا الحقّ".

المراجع

١. إبراهيم، حسني عبد السميع، موقف الفقهاء من ضمان الأموال في الشريعة الإسلامية "دراسة مقارنة". الإسكندرية –مصر، منشأة المعارف، ٢٠٠٩

٢. أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٩٥.

٣. باشا، محمد قدري، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، مصر، المطبعة الكبرى الأميرية، ط١.

٤. برج، أحمد محمد إسماعيل الكفالة بالمال وأثرها في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة" وتطبيقات معاصرة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤.

٥. بكر، حمد أحمد، تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين في القانون المدني مقارناً بالفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٩٦ .

٦. تناغو، سمير، التأمينات العينية والشخصية "الرهن الرسمي – حقّ الاختصاص – الرهن الحيازي – حقوق الامتياز –الكفالة –قانون التمويل الاقتصادي " الكتاب الثاني، مصر، منشأة المعارف، ٢٠٠٨.

٧. الخفيف، على، الضمان في الفقه الإسلامي،(الكفالة، الديات)، القسم الثاني، دراسة مقارنة، القاهرة، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧٣.

٨. الداودي، غالب، المدخل إلى علم القانون، دار وائل للنشر–عمان، الطبعة السابعة، ٢٠٠٤.

٩. الراشدي، محمد ذنون، إشكالية زيادة المبنى و دلالتها على زيادة المعنى دراسة تطبيقية على السين وسوف في القرآن الكريم، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، جامعة الموصل، المجلد ٨، ٢٠٠٩.

١٠. الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقين الأحاديث النبوية وتخريجها وفهرسة ألفبائية للموضوعات وأهم المسائل الفقهية، ج٥، دمشق، دار الفكر، ط٣، ١٩٨٥.

١١. الزرقا، أحمد، شرح القواعد الفقهية، دمشق –سورية، دار القلم، ط٢، ١٩٨٩.

١٢. الزهراني، عبدالرزاق (٢٠١١) "ضحايا الكفالة "النظام لا يحمي "فزعات الطيبين، العدد ١٥٦٣٢، ٢٠١١.

١٣. زيدان، عبد الكريم، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية بيروت-لبنان، مؤسسة الرسالة، ط١، ٢٠٠١.

١٤. السالوس، على أحمد الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة "دراسة في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون، الكويت، مكتبة الفلاح، بدون سنة نشر.

١٥. السرحان، عدنان، شرح القانون المدني العقود المسماة، "المقاولة، الوكالة، الكفالة "، الأردن، دار الثقافة،، ، ٢٠٠٧.

١٦. سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، (الرهن الرسمي حقّ الاختصاص، الرهن الحيازي ـ حقوق الامتياز، الكفالة): بيروت-لبنان، منشورات الحلّبي، ٢٠١٠.

١٧. سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل "دراسة مقارنة " في الفقه الإسلامي والقانون المدني، مصر، دار الكتب القانونية، ٢٠١٠.

١٨. الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة –التضامن –التضامم في التشريع المصري والمقارن، الإسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٢.

١٩. الغزي، محمد صدقي بن أحمد البورنو أبو الحارث، موسوعة القواعد الفقهية المجلد٢، حرف التاء، ١٩٩٧.

٢٠. الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت –لبنان، دار الكتب العلمية، ط٣، ١٩٨٦، الجزء ٦.

٢١. المجدوب، أحمد على، التكافل الاجتماعي وأثره في منع الجريمة والوقاية منها، الرياض، المركز العربي للدراسات الأمنية في التدريب، ١٩٩٢.

٢٢. الموسى، محمد، نظرية الضمان الشخصي (الكفالة)، جامعة الإمام محمد بن سعود، السعودية، الجزء الثاني، ١٩٩٩.