مجـــلـة الحـــق للعلوم الشرعية والقانونية
Al-haq Journal for Sharia and Legal Sciences
تصدر عن كلية القانون – جامعة بني وليد – ليبيا
Website: https://www.al-haqjournal.ly/index.php/alhaq/index
المجلد الثاني عشر ـ العدد الثاني 2025 ـ الصفحات (35-50)
ISSN 3005 – 3919 معامل التأثير العربي 1.67 لسنة 2024 2.113 (ISI) لسنة 2025

# الدفع بالتجريد ودوره في حماية الكفيل الشخصي وفق أحكام القانون المدني الليبي

**أبوبكر الهادي فرج ***
قسم القانون الخاص، كلية القانون، جامعة الزيتونة، ترهونة، ليبيا
a.farag@azu.edu.ly

# The Plea of Discussion (Défense de Discussion) and its Role in Protecting the Personal Guarantor under Libyan Civil Law

**ABUBAKER ALHADI FARAJ ***
Department of Private Law, Faculty of Law AL-Zaytoonah University, Tarhuna, Libya

تاريخ الاستلام: 15-05-2025 تاريخ القبول: 25-06-2025 تاريخ النشر: 06-07-2025

**الملخص**
تهدف الكفالة الاتفاقية كأحد أبرز الضمانات الشخصية على تشجيع الائتمان، وتحقيق التكافل بين الأفراد، ولكن يجب ألا تؤدي الكفالة هذا الدور عن طريق استغلال الكفيل وتحميله عبء الدين قبل معرفة مدى قدرة المدين على الوفاء به؛ لذا حرصت أغلب القوانين الحديثة ومن ضمنها القانون المدني الليبي على الاعتراف للكفيل بالحق في مطالبة الدائن بالتنفيذ على أموال المدين أولاً قبل الرجوع عليه، وذلك عن طريق الدفع بالتجريد، وهو ما يتطابق تماماً مع طبيعة الكفالة وطبيعة التزام الكفيل إذ لا يعدو كونه مديناً احتياطياً، إلا أن هذا الدفع وعلى أهميته لم يحظ بالتنظيم التشريعي الكافي في ليبيا، حيث اعتراه القصور في العديد من جوانبه، مما فتح الباب أمام الدائنين لاستغلال الكفلاء بالرجوع عليهم قبل المدين، مع ما يشكله ذلك من إضعاف لهذه الضمانة بعزوف الأفراد عن كفالة ديون الغير، وهو ما ترتب عليه حرمان العديد من الأفراد من الخدمات أو استدانة الأموال التي يشترط فيها تقديم كفيل شخصي؛ الأمر الذي يتطلب وضع حلول تضمن للكفيل استعمال هذا الدفع حمايةً لحقوقه من جهة، ومنعاً من إفراغ الكفالة الاتفاقية كضمان شخصي احتياطي وتابع من جوهرها ومضمونها.

**الكلمات الدالة:** تجريد، حماية، دفع، كفالة، كفيل.

**Abstract**
The contractual guarantee, as one of the most prominent personal guarantees, aims to encourage credit and achieve solidarity between individuals. However, the guarantee must not perform this role by exploiting the guarantor and burdening him with the debt before knowing the extent of the debtor's ability to repay it. Therefore, most modern laws, including the Libyan Civil Code, have been keen to recognize the guarantor's right to demand that the creditor execute on the debtor's funds first before recourse to him, by means of a defense of abstraction, which is

completely consistent with the nature of the guarantee and the nature of the guarantor's obligation, as he is nothing more than a reserve debtor. However, this defense, despite its importance, has not received sufficient legislative regulation in Libya, as it has been plagued by shortcomings in many of its aspects, which has opened the door for creditors to exploit guarantors by recourse to them before the debtor, with what this constitutes in terms of weakening this guarantee by individuals' reluctance to guarantee the debts of others, which has resulted in many individuals being deprived of services or borrowing money that require the provision of a personal guarantor. This requires finding solutions that guarantee the guarantor's ability to use this defense to protect his rights, on the one hand, and to prevent the contractual guarantee from being emptied as a personal reserve guarantee and a subsidiary of its essence and content.

**Keywords:** strip, protect, pay, guarantee, guarantor.

.

## المُقَدّمَةُ:

تعد الكفالة الاتفاقية من أهم نظم التأمينات الشخصية وأقدمها؛ لما تتميز به من سهولة إجراءاتها، وما تفترضه من الثقة في أطرافها، كما أنها من أكثر النظم تطبيقا في الوقت الحاضر خاصة لدى المصارف، وهي كما نصت عليها المادة (781) من القانون المدني (عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه)، ومن ثم فإن الكفالة تقوم على فكرة تعدد الذمم المالية المتاحة للدائن، حيث تعتمد ذمة الكفيل المالية إلى جانب ذمة المدين كأساس لهذا الضمان دون الخروج على فكرة الضمان العام.

ولما كان الكفيل هو محور عقد الكفالة؛ لأن كل ما ينسب إليها كأداة ضمان إنما يدفع ثمنه هو دون غيره؛ لذا فهو بحاجة ماسة إلى توفير الحماية اللازمة له؛ حتى لا يكون ضحية مطل المدين عن الوفاء بدينه، وتسرع الدائن في الرجوع عليه قبل المسؤول الأول عن الدين وهو المدين الأصلي.

وهذا ما حرص المشرّع الليبي على تأكيده في القانون المدني، حيث أعطى الكفيل العديد من وسائل الحماية وعلى رأسها حقه في الدفع بتجريد المدين ما لم يكن متضامناً معه، فطالما أن الكفيل يضمن دين غيره لا دينه هو، فمن العدل أن يرجع الدائن على المدين أولاً، فإن لم يجد ما يوفي دينه رجع على الكفيل، وبحيث يتمكن الكفيل بموجبه من حماية أمواله ومنع التنفيذ عليها قبل أموال المدين، إلا أن هذا الدفع وعلى أهميته لم يحظ بالاهتمام اللازم من المشرّع الليبي؛ حيث ظلت القواعد المنظمة له - مع ما نراه من قصورها- على حالها منذ صدور القانون المدني عام 1953م شأنه شأن أحكام عقد الكفالة بشكل عام، رغم التطور الكبير الذي لحق بالمعاملات المالية على اختلاف أنواعها والتي لم تتخل عن الكفالة كضمان له اعتباره في هذا المجال؛ الأمر الذي يبرر التساؤل عن مدى فعالية الحماية التي توخى المشرّع توفيرها للكفيل وفعالية الوسائل التي منحها إياه لتحقيقها وأهمها الدفع بالتجريد.

**إشكالية البحث:**

تكمن إشكالية هذا الموضوع في أن الدفع بالتجريد على أهميته لا يعد من النظام العام، ومن ثم يجوز للدائن أن يشترط على الكفيل التنازل عنه والذي غالباً ما يكون مضطراً لقبول هذا الشرط كما هو مطبق اليوم في الكفالات التي تطلبها المصارف كضمان لتقديم بعض الخدمات، ورغم خطورة هذا التنازل فإن المشرّع الليبي لم ينظم آليته أو شروطه، حيث اكتفى بالنص على وجوب أن يتمسك الكفيل بهذا الحق (المادة 2/797 مدني) فهل يُتصور أن يكون ضمنياً أم يجب أن يكون صريحا مكتوباً أو شفهياً؟ كذلك فإن المشرّع لم يحدد بشكل واضح وقت إبداء هذا الدفع، وموقف كفيل الكفيل منه، ومدى أحقية الكفيل المتضامن في الاحتفاظ به؛ الأمر الذي يثير التساؤل عن مدى فاعلية الحماية التي يفترض أن يوفرها هذا الدفع للكفيل، وكيفية تعزيزها؟

**أهمية الدراسة:** تبدو أهمية هذا الموضوع من حقيقة أن الدائن وإن كان من مصلحته الحصول على ما يضمن به استيفاء دينه عن طريق الكفالة، فإن ذلك يجب ألا يكون على حساب الكفيل؛ خاصة لما يغلب على هذه

الضمانة من اعتبارات أخلاقية، ولما تقدمه من خدمة كبيرة في تشجيع الائتمان والتكافل بين أفراد المجتمع؛ لذا فإن الحفاظ على حق الكفيل في عدم الرجوع والتنفيذ على أمواله قَبل المدين عن طريق الدفع بالتجريد وإزالة كل ما من شأنه عرقلة استفادته منه يعد أمراً غاية في الأهمية لضمان قيام الكفالة بهذا الدور.

**صعوبات البحث:**

رغم ما حظي به عقد الكفالة من دراسات في مختلف نواحيه إلا أن إفراد الدفع بالتجريد بالبحث وخاصةً في إطار نصوص القانون المدني الليبي لم يكن أولويةً، إذ غالباً ما يتم تناوله بشكل عام عند الحديث عن عقد الكفالة، أو وسائل حماية الكفيل دون التفصيل في أحكامه، ومحاولة معالجة الإشكاليات التي يثيرها، حيث غلب على هذه الدراسات –مع قلتها- الاقتصار على ترديد القواعد العامة التي نظمته دون إعطائه ما يستحق من دراسة وتحليل.

**منهج البحث:**

نظراً لخصوصية هذه الدراسة، وللحاجة إلى معالجة الإشكاليات التي يثيرها التنظيم التشريعي لهذا الدفع ارتأينا اتباع المنهج التحليلي الاستقرائي للوصول إلى نتائج حقيقية تخدم البحث العلمي، وفي سبيل الوصول للغاية المرجوة من هذا البحث فقد تم تقسيمه وفق خطة منهجية ثنائية من مطلبين، حيث خُصص المطلب الأول لدراسة ماهية الدفع بالتجريد وشروطه، في حين تناول المطلب الثاني دور الدفع بالتجريد في حماية الكفيل، وتقييم هذه الحماية وسبل تقويتها.

**المطلب الأول- ماهية الدفع بالتجريد:**

من مظاهر حرص المشرّع على تحقيق التوازن بين الكفيل والدائن بحيث يحقق الحماية اللازمة للكفيل؛ خشية أن يكون هو الضحية الأولى لعلاقة المديونية القائمة بين المدين والدائن، وفي المقابل توفير الضمان اللازم للدائن، والذي لم يوافق على التفريط في جزء من ذمته المالية لولا وجود من يكفل رده إليه، أن منح الكفيل الحق في الدفع بتجريد المدين الأصلي من أمواله ابتداءً، لاعتبارات تمليها أسباب وجيهة (الفرع الأول) إلا أن الكفيل لن يستفيد من هذه الحماية ما لم تتوفر جملة من الشروط قررها القانون (الفرع الثاني)

**الفرع الأول- مفهوم الدفع بالتجريد والغاية منه:**

**أولاً- مفهوم الدفع بالتجريد:**

نص المشرّع الليبي على حق الكفيل في الدفع بالتجريد في المادة (2/797) من القانون المدني، والتي جاء نصها كالآتي (ولا يجوز له -أي الدائن- أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله، و يجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق).

يتضح من هذا النص أن الدفع بالتجريد هو في حقيقته وسيلة حماية للكفيل منحها المشرّع إياه؛ كي يحمي نفسه من تحمل عبء الدين المكفول، وذلك برجوع الدائن عليه مباشرة والتنفيذ عليه قبل مطالبة المدين بالدين والتنفيذ عليه، وهي لا شك مستمدة من طبيعة التزامه باعتباره مسئولاً عن الوفاء بالدين إذا لم يقم المدين الأصلي بوفائه عند حلول أجله، فما هو إلا مدين احتياطي، طالما أنه يوفي دينا ليسِ بدينه هو وإنما دين غيره،[1] وبحيث يستطيع أن يدفع في مواجهة الدائن إذا ما رجع عليه وحاول التنفيذ على أمواله بوجوب الرجوع على المدين الأصلي وتجريده من أمواله أولا، وهذا الدفع يملكه الكفيل وحده دون المدين الذي لا يتصور أن يُمنح مثل هذا الدفع فذمته المالية هي الضمان الأول للدين؛ لذا فإن الدفع بالتجريد يعد من طائفة الدفوع الخاصة بالكفيل بصفته كذلك[2].

---

[1] فالكفالة ونظراً لصفة الكفيل التبعية فيها ترتبط في قيامها وفي بقائها بالالتزام الأصلي، فكما أن قيامها رهين بقيام الالتزام الأصلي، حيث لا يتصور قيامها بذاتها دون وجود دين تضمنه، فإن بقاءها كذلك متوقف على استمرار هذا الدين؛ لأن محل التزام المدين في الحقيقة هو ذاته محل التزام الكفيل الذي يتعهد بالوفاء به للدائن إذا لم يف به المدين نفسه، انظر في ذلك عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، الجزء العاشر، التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، دون طبعة،1970، ص114، محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، مطابع دار الشعب، القاهرة، الطبعة الثالثة 1979 ص 90.

[2] كما يملك الدفع ببراءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات (م793مدني) والدفع ببراءة ذمته لتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين (794مدني) والدفع ببراءة ذمته بقدر ما أصابه من ضرر بسبب عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين (795مدني) وللمزيد حول الدفوع التي يملكها الكفيل بشكل عام سواء الخاصة به أو المستمدة من علاقته مع المدين انظر أبو عجيلة إمعمر عبد الله، بحث بعنوان (الحماية القانونية للكفيل الشخصي وفق أحكام القانون المدني الليبي) مجلة البحوث الاكاديمية، العدد السادس والعشرون، 2023م، ص60 وما بعدها.

أما عن وقت إبداء هذا الدفع فهو على خلاف ما يشير إليه نص المادة 2/797 من القانون المدني والذي قد يفهم منه أنه مقتصر فقط على مرحلة التنفيذ على أموال الكفيل، إذ يملك هذا الأخير الدفع به بمجرد مطالبته بدفع الدين[1]، كما يملك الكفيل إلى جانب الدفع بالتجريد الدفع بوجوب الرجوع على المدين الأصلي أولاً[2] وهو ما نص عليه المشرّع الليبي في المادة 1/797 من القانون المدني حيث جاء فيها أنه (لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين)[3] وهو ما أكدته أيضاً المحكمة العليا في العديد من أحكامها حيث قضت بـ (أن العلاقة بين الدائن والكفيل لا تلزم الدائن بالرجوع على الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله طبقا لنص المادة 2/797،1 من القانون المدني)[4].

فالدفع بوجوب الرجوع على المدين الأصلي أولاً إنما يكون في مرحلة المطالبة بالدين فقط ، أما الدفع بالتجريد فيملكه الكفيل سواء في هذه المرحلة أو عند مباشرة الدائن إجراءات التنفيذ على أمواله قَبل المدين حيث يجوز له –أي الكفيل- المطالبة بتجريد المدين من أمواله أولاً قبل التنفيذ عليه هو، وهو ما يستتبع إما إيقاف إجراءات التنفيذ إن بدأت، أو بطلانها إن تمت كما سنرى عند دراسة أثار هذا الدفع، وبحيث يتخلص الكفيل من دفع الدين كله أو على الأقل جزء منه[5].

ويرجع الأصل التاريخي للدفع بالتجريد باعتباره حقاً للكفيل إلى القانون الروماني، إلا أنه كان يتيح له فقط أن يطلب تجريد المدين إذا كان هذا الأخير لم يلتزم إلا بدفع ما لا يستطيع الدائن الحصول عليه من المدين إن هو رجع عليه، ثم تطورت صورة هذا الدفع في عهد "جستنيان" حيث أصبح من حق كل كفيل دون تمييز الدفع بالتجريد.[6]

وتجدر الإشارة إلى وجود صورة خاصة للدفع بالتجريد وهي الدفع بتجريد التأمين العيني قبل التنفيذ على أموال الكفيل، نص عليها المشرّع في المادة 800 من القانون المدني بأنه (إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانوناً أو اتفاقاً لضمان الدين وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه ولم يكن الكفيل متضامناً مع المدين، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين)[7]

والمقصود بالتأمين العيني هو تخصيص مال يملكه المدين عقاراً كان أو منقولاً، تأميناً للدين وهو ما يعرف بالضمان العيني وسواء تم تخصيص هذا المال بوصفه ضماناً للدين بشكل اتفاقي كالرهن الرسمي والحيازي أو بأمر من القضاء كالرهن القضائي أو بنص القانون كالرهن القانوني والامتيازات، وهو الأمر الذي يجعل للدائن ضمانين، أحدهما عيني والآخر شخصي وهو الكفالة، فإذا وجد هذا التأمين العيني، وجب على الدائن التنفيذ عليه قبل الرجوع على الكفيل إلا أن ذلك متوقف على توافر عدة شروط أهمها أن يكون هناك تأمين عيني قدمه المدين لضمان دينه قبل إبرام الكفالة، أو أثناء انعقادها، كما يجب أن ينشأ التأمين العيني على مالٍ مملوك للمدين وألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين، وأخيراً يجب أن يتمسك الكفيل بوجوب التنفيذ على المال المثقل بالتأمين العيني أولاً فلا تملك المحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها.

---

[1] سنفصّل الحديث عن وقت ابداء الدفع بالتجريد والخلاف الدائر حوله عند الحديث عن أثار هذا الدفع.

[2] يجب ملاحظة أنه يقصد بالرجوع هنا المطالبة القضائية، أي رفع دعوى للمطالبة بالدين، حيث لا يكفي مجرد إعذار الدائن للمدين بالوفاء بالدين، فهذا لا يمنحه الحق في الرجوع على الكفيل، ويستثنى من هذا الحكم حالة كون الدين ثابتاً في سند رسمي مما اعتبره المشرّع سنداً تنفيذياً صالحاً للتنفيذ دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، حيث يعتبر الدائن قد رجع على المدين بمجرد المطالبة بالدفع، وكذلك حالة إفلاس المدين، حيث يتقدم دائنه أو الدائنون في التفليسة وهذا التقدم يعد في ذاته رجوعاً على المدين مما يفتح الباب أمام الرجوع على الكفيل دون حاجة لرفع دعوى، وأخيراً فإنه يجوز الاتفاق مقدما على تنازل الكفيل عن هذا الحق أي المطالبة بالرجوع على المدين أولاً، الأمر الذي يترتب عليه رجوع الدائن مباشرة على الكفيل قبل المدين، وهو ما يشكل خرقاً حقيقياً للحماية التي توخاها المشرع في هذا المجال.

[3] النصوص الواردة في هذا الصدد ليست من النظام العام لذلك فإنه يجوز الاتفاق على خلافها.

[4] طعن مدني، رقم 33/133ق، جلسة1987/6/8م،غير منشور، أنظر كذلك بذات المعنى طعن مدني رقم 976 / 57 ق جلسة 22 / 12 / 2014م، غير منشور.

[5] يشترط القانون المدني الليبي على الكفيل عند الدفع بالتجريد أن يدل الدائن على أموال للمدين تكفي للسداد بكامل الدين (المادة798 مدني) ما يبدو معه أن الكفيل إما أن يتخلص من الدين كاملاً أو أن يتم الرجوع عليه بكامل مبلغه، بحيث لا يجوز أن تقل هذه الأموال عن قيمة الدين، وبحيث لا يجبر الدائن على قبول الوفاء الجزئي، ولا شك أن في هذا عبئاً على الكفيل كما سنرى عند الحديث عن شروط الدفع بالتجريد؛ الأمر الذي يستلزم معالجته.

[6] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق،ص114

[7] وهو ما أكدته المحكمة العليا الليبية حيث قضت في حكم لها (إن مفاد نص المادة 800 من القانون المدني إن كفيل المدين له أن يطلب من الدائن أن ينفذ على التأمين العيني المخصص لضمان الدين قبل التنفيذ على أمواله هو) طعن مدني، رقم 46/380ق، جلسة 2004/1/17م،غير منشور.

**ثانياً- الاعتبارات التي يقوم عليها الدفع بالتجريد:**

الغاية التي توخاها المشرّع من منح الكفيل حق الدفع بالتجريد هي حرصه على حمايته؛ إذ ليس من العدل أن يرى الكفيل أمواله تدفع وفاءً لدين على غيره حيث لا يعد ملزماً بهذا الوفاء إلا بصفة احتياطية، بينما أموال المدين الاصلي والمسؤول الأول عن الدين والمستفيد منه قائمة لا تمس[1].

فالكفيل في نظر المشرع جدير بالحماية؛ لأنه إنما يكفل دين غيره في الغالب بدافع أخلاقي هو تقديم خدمة لهذا الغير بكفالته، وتقوية ائتمانه دون مقابل[2]، فالأصل إذاً ان يتم الرجوع على المدين أولاً باعتباره صاحب الالتزام الأصلي فإن عجز عن الوفاء حل محله الكفيل الذي لم يلتزم بالدفع إلا في هذه الحالة؛ ولأن هذا الوضع هو ما يتفق مع فلسفة نظام الكفالة أساساً.

والواقع أنه بجانب اعتبارات العدالة التي يقوم عليها الدفع بالتجريد فإن هناك اعتبارات منطقية أخرى تبرره، منها أن غاية الدائن الحقيقية هي تحصيل قيمة دينه أياً كان الموفي به، ومن ثم يستوي لديه أن يكون هذا الوفاء من المدين الأصلي أو الكفيل إذ لن يلحق به أي ضرر، إلا إنه إن نفذ على أموال الكفيل أولاً فإن هذا الأخير وبالرغم من أنه لن يفقد حقه إذ يمكنه الرجوع على المدين بما دفعه ولو بالتنفيذ على أمواله ونزع ملكيتها إلا أن ذلك سيكلفه قدراً من الوقت والنفقات التي هو في غنىً عنها.

لذلك وتفادياً لتحميل الكفيل مشقة هذه الإجراءات دأبت أغلب القوانين المعاصرة على التأكيد بأن الدائن ملزم بأن يرجع على المدين الاصلي أولا[3]، فإن لم يجد لديه ما يكفي للوفاء بدينه رجع به على الكفيل؛ لذا فإن غايته الوحيدة وهي استيفاء دينه متحققة في الغالب، ثم أن من مقتضيات حسن النية ألا يتعمد الدائن مطالبة الكفيل والتنفيذ على أمواله أولاً، خاصة إذا ما نظرنا إلى الغاية السامية التي غالبا ما تكون دافع الكفيل للقيام بكفالة دين غيره، ألا وهي التكافل والتعاون بين الأفراد ليحصل كل على ما يحتاجه من أموال وائتمانات[4]؛ وكي لا يؤدي هذا المسلك إلى عزوف الأفراد عن كفالة ديون غيرهم مما يضعف هذه الضمانة وما تساهم به في تسهيل الائتمان وتقويته، ومع ذلك فإن الدفع بالتجريد مع ما يوفره من حماية للكفيل لن يكون مجدياً ما لم تتوافر شروطه التي نص عليها المشرّع.

**الفرع الثاني- شروط الدفع بالتجريد:**

يشترط كي يتمكن الكفيل من التمسك بالدفع بالتجريد في مواجهة الدائن توافر عدة شروط نص عليها القانون المدني في المواد (797-798-802-1054) هذه الشروط يمكن تقسيمها إلى طائفتين، إحداهما تتعلق بصفة الكفيل من حيث كونه كفيلا عينيا أو شخصيا، أو كونه كفيلا متضامنا أم لا (أولاً)، في حين تتعلق الطائفة الأخرى بما يفرضه القانون من واجبات على الكفيل كي يتمكن من الدفع بالتجريد (ثانياً)

**أولاً- الشروط التي ترجع لصفة الكفيل:**

وهي تتمحور بشكل أساسي حول طبيعة التزام الكفيل ومداه على النحو الآتي:

---

[1] سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية و العينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، دون طبعة،1991،ص65.

[2] يجب ملاحظة أن الكفالة وإن كانت بمقابل فإن ذلك لا يحرم الكفيل من الحق في الدفع بالتجريد، وذلك لأنه حق ثابت له في مواجهة الدائن، ومن ثم فلا ارتباط له بطبيعة علاقة الكفيل بالمدين، للمزيد انظر حسني محمود عبد الدائم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، الطبعة الأولى، 2008م، ص311، كما أن الأصل في الكفالة أنها تبرعية، انظر في ذلك علاء وصفي المستريحي، بحث بعنوان (الضوابط القانونية الناظمة لحق الكفيل بالمال في الدفع بتجريد المدين) مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة التاسعة، العدد الثاني، 2021م، ص652.

[3] حرصت أغلب التشريعات المعاصرة على منح الكفيل الشخصي هذا الحق من ذلك مثلاً القانون المدني المصري في المادة 2/788، والقانون المدني السوري في المادة 2/754، والقانون المدني العراقي في المادة 2/1021، وقانون الموجبات والعقود اللبناني في 1072،والقانون الجزائري في المادة660/2، بعكس القانون الأردني حيث لا يعطي للكفيل الشخصي هذا الحق وذلك بإتاحة المجال أمام الدائن لمطالبة الكفيل قبل الدائن باستثناء حالة واحدة هي حالة تجريد التأمين العيني حيث جاء في نص المادة 967 منه أن (للدائن مطالبة الأصيل أو الكفيل أو مطالبتهما معاً) وبذلك يكون الكفيل في حكم المتضامن مع المدين، وللمزيد حول أحكام الدفع بالتجريد في القانون الأردني انظر أحمد فيصل شرف، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، 2012م، ص104 وما بعدها.

[4] وهذا ما يبدو جلياً من نصوص القانون المدني التي نظمت الكفالة، من ذلك تأكيده على مدنية الكفالة ولو كانت بسبب نشاط تجاري (1/788) باستثناء الكفالة التي تنشأ لضمان أوراق تجارية (المادة 2/788) كذلك إجازته لعقد الكفالة حتى دون علم المدين إذا كانت دون عوض وهو الغالب عليها (784) وللمزيد أنظر محمود جمال الدين زكي، التأمينات العينية والشخصية، مطابع دار الشعب، القاهرة مصر، الطبعة الثالثة، 1979،ص111 وما بعدها.

**الشرط الأول**- أن يكون الكفيل كفيلاً شخصياً لا عينياً[1] إذ لا يجوز لهذا الأخير الدفع بالتجريد وفقاً لنص المادة 1054 من القانون المدني الذي جاء فيه (إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك)؛ حيث راعى المشرّع المركز الخاص للكفيل العيني الذي هو في حقيقته كمركز المدين الراهن، وصورته أن يقوم الكفيل بتقديم مال معين مملوك له عقاراً كان أو منقولاً ضمانا لدين على غيره، فهو يختلف عن الكفيل الشخصي في أن مسؤوليته عن الدين المكفول محدودة بقدر هذا المال، حيث لا يسئل عن الدين فيما عداه، بحيث لا يجوز للدائن إذا لم يكفِ هذا المال للوفاء بدينه أن يتجاوزه فينفذ على أموال أخرى مملوكة له[2]، وبذلك فإن الكفيل العيني يعد في موقف أفضل؛ حيث لا يخاطر بكامل ذمته المالية بل بجزء منها فقط، في حين أن الكفيل الشخصي يضم ذمته إلى ذمة المدين الأصلي فيضمن دين الأخير واضعاً أمواله كلها محلاً لهذا الضمان، لذلك يحق للدائن أن ينفذ على أي مال من أموال الكفيل الشخصي، وكأنما انطبقت عليه القاعدة التي تقرر أن (جميع أموال المدين ضامنة لديونه)[3] ومن أجل ذلك لا يجوز للكفيل العيني الدفع بالتجريد تغليبا لفكرة الرهن على الكفالة؛ ونظراً للحماية التي يتمتع بها أصلاً فهو غير مهدد في ماله كله، ذلك أنه برهنه ماله ضماناً لدين المدين يكون قد خوّل الدائن التنفيذ عليه مباشرة، ونرى أن الدائن يملك ذلك حتى وإن كان المدين قد قدم رهناً ضماناً لذات الدين؛[4] لذا فإن الكفيل العيني ليس له دفع تنفيذ الدائن عليه بتجريد المدين أولاً؛ وذلك راجعٌ إلى أن الكفيل العيني وإن كان التزامه تابعاً لالتزام المدين إلا أنه يكون ملزماً بالدين بحيث يعتبر هو المدين في حدود المال الذي رهنه[5].

ومع ذلك فإن التساؤل الذي يطرح هنا هو هل يجوز للكفيل العيني أن يتفق مع الدائن على الاحتفاظ بحقه في الدفع بالتجريد؟ يمكن القول هنا بأن نص المادة (1054) من القانون المدني الذي جاء فيه عدم إمكان الدفع بالتجريد للكفيل العيني لا يعدو كونه نصاً مكملاً لا آمراً، ومن ثم يجوز للكفيل العيني أن يتفق مع الدائن على الحق في الدفع بالتجريد شأنه شأن الكفيل الشخصي، أما في حالة وجود هذا الاتفاق فلا مجال للدفع بالتجريد.[6]

**الشرط الثاني**: كي يتمكن الكفيل من الدفع بالتجريد يجب ألا يكون متضامناً مع المدين، وهو ما نص عليه المشرّع في المادة (802) من القانون المدني من أنه (لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد) فهنا لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين الدفع بالتجريد[7]؛ لأن فكرة التضامن غير متصورة إلا إذا كان من حق الدائن أن يرجع أو ينفذ على أموال المدين أو الكفيل أيهما شاء، دون أن يكون للأخير الحق في الدفع بالتجريد؛ لأنه –أي الدائن- ما طلب التضامن إلا لتحقيق هذا الغرض، مع ملاحظة أن التضامن غير مفترض هنا بل يجب أن يكون مقرراً إما بنص قانوني، أو باتفاق بين الدائن والكفيل، وذلك بعكس القانون التجاري الذي يكون التضامن فيه مفترضا[8]ومع ذلك فإن تساؤلاً يُطرح هنا مفاده مدى جواز الاتفاق على احتفاظ

---

(1) يجب ملاحظة الفرق بين التأمين العيني الذي يقدمه المدين والذي جاء النص عليه في المادة 800 من القانون المدني والتي نصت على عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين، وبين الكفيل العيني الذي يقدم أموالاً يملكها ضماناً لدين المدين.

(2) وهذا ما أكدته المحكمة العليا الليبية في العديد من أحكامها، طعن مدني، 19/129ق، جلسة 1974/6/30م، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، السنة الحادية عشر، ص126.

(3) المادة 237 من القانون المدني الليبي.

(4) انظر في تأييد هذا الرأي سمير السيد تناغو، مرجع سابق، 66، نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2017م، ص392، زينة قدرة لطيف، بحث بعنوان (محدودية ضمان الكفيل العيني في مواجهة الدائن المرتهن)، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، الجامعة العراقية، العدد الأول،ص52.

(5) رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، دون طبعة، 2013م، ص160.

(6) في هذا المعنى انظر رضان أبو السعود، المرجع السابق، ص145،144، حسني محمود عبد الدائم، مرجع سابق، 311.

(7) يرى البعض أن التضامن بين الكفيل والمدين من شأنه نفي صفة التبعية لالتزام الكفيل بحيث يصبح التزامه أصلياً لا تبعياً، علاء وصفي المستريحي، مرجع سابق، 650.

(8) وهو ما أكدته المحكمة العليا الليبية في أحد أحكامها بأنه ووفقا لنصوص المواد 781 و 797 و 802 من القانون المدني فإن الكفالة عقد مدني بين الدائن والكفيل يتعهد فيه الأخير بالوفاء بالتزام المدين إذا لم يوف به للدائن في أجله، وأنه لا يجوز للدائن الرجوع على الكفيل إلا بعد رجوعه على المدين وليس له أن ينفذ على أمواله إلا بعد تجريد المدين من أمواله إلا اذا كان الكفيل متضامنا في الالتزام مع المدين، لأنه في هذه الحالة يجب أن يسري على التزام الكفيل الأحكام الخاصة بالتضامن الذي لا يكون مفترضا في اطار القانون المدني، طعن مدني رقم 976 / 57 ق جلسة 22 / 12 / 2014 غير منشور.

الكفيل المتضامن بحقه في التجريد؟ يرى الباحث هنا أن نص المادة (802 من القانون المدني) ليس آمراً ولا يفهم منه عدم جواز هذا الاتفاق، وإنما فقط يمتنع على الكفيل المتضامن الدفع بالتجريد، فإن طلب الكفيل الاحتفاظ بهذا الدفع وتم الاتفاق عليه انتج أثره وكان له استعماله إعمالاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

أما إذا كان الكفيل غير متضامن مع المدين، وإنما متضامناً مع غيره من الكفلاء في حال تعددهم فلا يوجد ما يمنع أحدهم من التمسك بتجريد المدين؛ لأن هذا التضامن يقتصر أثره فقط على عدم تقسيم الدين في مواجهة الدائن، بحيث يملك الرجوع على أي منهم(المادة 801 مدني)، أمّا إذا كان للكفيل كفيل يضمنه فيحق له التمسك بتجريد المدين الأصلي ومن ثم تجريد الكفيل الأول[1]، ومع ذلك فإننا نتساءل عن مدى حق كفيل الكفيل في الدفع بتجريد المدين في حالة ما إذا كان الكفيل الأول متضامناً مع المدين؟

يرى أغلب الفقه أن كفيل الكفيل لا يجوز له أن يتمسك بتجريد المدين الأصلي إن كان الكفيل الأول متضامناً مع المدين؛ إذ لا يجوز ذلك للكفيل المتضامن الذي كفله ففاقد الشيء لا يعطيه، أما إذا لم يكن الكفيل الأول متضامناً مع المدين فإنه يملك الدفع بالتجريد في مواجهته أيضاً[2] ومع ذلك فإننا نرى وفي سبيل حماية كفيل الكفيل أنه حتى وإن كان الكفيل الأول متضامناً مع المدين فلا شيء يمنع كفيل الكفيل من الدفع بتجريد المدين أولاً؛ لأن دفوعه مستقلة عنه، ولأن عدم جواز الدفع بالتجريد يكون نتيجة التضامن بينه وبين الكفيل الأول، فإن لم يوجد هذا التضامن فإنه لا يفترض بل لابد أن يثبت بنص أو اتفاق، وبالرجوع للنصوص القانونية المنظمة لهذا الدفع لا نجدها قد تطرقت لجواز الرجوع على كفيل الكفيل دون أن يحق له الدفع بتجريد المدين إلا في حالة التضامن بينه وبين الكفيل الأول فقط، دون الإشارة إلى تضامن الكفيل الأول مع المدين (المادة 806 مدني)، ومن ثم فلا مجال للقول بوجود التضامن بين الكفيل الأول وكفيله ما لم يتم الاتفاق عليه صراحة بينهما[3].

**ثانياً- الشروط التي تتعلق بواجبات الكفيل:**

**الشرط الأول**: يجب أن يقوم الكفيل على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال يملكها المدين تفي الدين كله وفقاً لما نصت عليه المادة (798) من القانون المدني في فقرتها الأولى، في حين اشترطت في فقرتها الثانية أن تكون هذه الأموال داخل الإقليم الليبي وغير متنازعٍ فيها[4]، وبعبارةٍ أخرى أن تكون مما لا يصعب التنفيذ عليها، ومن باب أولى أن تكون صالحة للحجز عليها وغير مثقلة بحق عيني تبعي كالرهون والامتيازات مالم يتضح أن ما سيبقى من هذه الأموال بعد التنفيذ عليها يعد كافياً للوفاء بالدين[5].

إلا أنه يلاحظ أن اشتراط المشرّع ضرورة أن تكون الأموال التي يرشد الكفيل الدائن إليها كافية للوفاء بالدين كله غير مبرر، حيث لا شيء يمنع من أن تكون الأموال كافية للوفاء بجزء من الدين فقط، أما بقية الدين فيرجع بها على الكفيل[6]، كما أن هذا الشرط قد يسبب إرهاقاً وعنتا للكفيل؛ لأن الأشخاص دائماً ما يحيطون أموالهم وممتلكاتهم بقدرٍ كبير من السرّية؛ لذلك سيتحمل الكفيل الكثير من النفقات والجهد في سبيل الوصول إلى تلك الأموال، وربما لا ينجح في النهاية في إثبات ملاءة المدين، ومع ذلك يرى جانب من الفقه وجاهة هذا الشرط؛ لأن أموال المدين إن كانت أقل من الدين بحيث لا تكفي لسداده بأكمله فسيضطر الدائن في هذه الحالة

---

[1] تنص المادة 806 من القانون المدني على أنه (تجوز كفالة الكفيل، وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل، إلا إذا كان الكفيل متضامناً مع الكفيل) إلا أنه يلاحظ أن النص لم يتعرض للدفع بالتجريد، إذ اقتصر في لفظه على الرجوع فقط، فهل معنى ذلك أن كفيل الكفيل يمتلك فقط الحق في الدفع بالرجوع على المدين أولاً فقط دون الدفع بالتجريد؟ يمكن القول أنه ورغم القصور في صياغة النص إلا أن حق الكفيل في الدفع بالتجريد ما زال قائما شأنه شأن الدفع بالرجوع على المدين أولاً.

[2] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، 139، رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص150.

[3] كما نرى أن كفيل الكفيل يملك الدفع بالتجريد ولو تنازل الكفيل الأول عنه، وكان كفيل الكفيل عالما بهذا التنازل، فلا يسقط حقه فيه إلا بتنازله هو عنه، عنه، والقول بغير ذلك معناها افتراض التضامن بيه وبين الكفيل الأول، وهذا لا يكون إلا بنص قانوني أو اتفاق.

[4] تنص المادة 798 من القانون المدني على أنه (1- اذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي الدين كله 2 ولا عبرة بالأموال التي يدل عليها الكفيل، إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي الليبية، أو كانت أموالاً متنازعا فيها).

[5] انظر في هذا المعنى المستشار أنور طلبة-العقود الصغيرة-الوكالة والكفالة-المكتب الجامعي الحديث- 2004 .ص142، سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص70.

[6] يرى البعض أن المشرّع لم يشترط كفاية هذه الأموال لسداد كامل الدين بل يكفي أن تغطي معظمه انظر في ذلك سمير السيد تناغو، المرجع السابق، 74.

عند التنفيذ عليها أن يقبل وفاءً جزئياً لحقه، ولا يجوز إجبار الدائن على قبول هذا الوفاء الجزئي[1]، ومع ذلك يمكن الرد على هذا الرأي بأن الدائن كان عليه أن يتوقع منذ البداية هذا الأمر نظراً لوجود مدين أصلي ومدين احتياطي خاصةً عند عدم اشترط التضامن بينهما.

الشرط الثاني: عدم تنازل الكفيل عن حقه في الدفع بالتجريد، حيث إن أهم شروط الدفع بالتجريد هو عدم تنازل الكفيل عن هذا الدفع، سواء عند إبرام عقد الكفالة أو بعد ذلك، إلا أنه غالبا ما يكون التنازل الصريح في عقد الكفالة ذاته وبعبارات لا تقبل التأويل، ويعد هذا الشرط أثراً لطبيعة الدفع بالتجريد القانونية؛ فهو ليس من النظام العام؛ لأنه حق خاص بالكفيل تقرر لصالحه فله أن ينزل عنه وعندئذ لا يجوز له استعماله بعد ذلك[2].

إلا أنه وإن كان التنازل الصريح عن هذا الدفع أمرٌ جائز ولا جدال فيه كما يتضح من نص المادة 2/797 من القانون المدني، فإن التساؤل الذي يجب أن يثار هو مدى إمكانية أن يكون هذا التنازل مفترضاً حسب مسلك الكفيل؟ يمكن القول هنا بأن الفقه والقضاء قد استقرا على أن النزول عن الدفع بالتجريد كما يكون صريحاً، فإنه قد يكون ضمنياً يستخلص من الظروف أو سلوك الكفيل، ومنها تعهده بأنه سيدفع الدين فورا إذا لم يقم المدين بدفعه عند حلول أجله، أو عدم دفعه بالتجريد أصلاً عند مباشرة اجراءات التنفيذ على أمواله من قبل الدائن رغم يسار المدين[3]، ولا شك أن هذا النظر والتساهل في استخلاص التنازل الضمني عن الدفع بالتجريد من شأنه إضعاف الحماية التي يوفرها هذا الدفع للكفيل؛ لذا نرى ضرورة التشدد في هذا الشأن بحيث لا يعد الكفيل متنازلاً عن هذا الدفع لمجرد تعهده بدفع الدين إذا لم يدفعه المدين عند حلول أجله -ما لم يكن متضامنا معه- أو لمجرد عدم مبادرته به عند التنفيذ على أمواله، بحيث يتم تضييق نطاق هذا التنازل إلى الحد الذي يصبح فيه الدفع بالتجريد غير ذي جدوى للكفيل.

فإذا توفرت الشروط السابقة، كان من حق الكفيل الدفع بالتجريد في مواجهة الدائن إذا بدأ الأخير أو حاول التنفيذ على أمواله، ومن ثم حمايته من تحمل عبء الدين قبل الرجوع على المدين أولاً، وهذا الأثر هو الصورة الحقيقية للحماية التي راعى المشرّع توفيرها للكفيل بمنحه هذا الدفع، الأمر الذي يستوجب دارسة مظاهر هذه الحماية ومدى فعاليتها في الواقع العملي.

**المطلب الثاني- دور الدفع بالتجريد في حماية الكفيل الشخصي:**

حماية الكفيل التي حرص المشرع على تحقيقها من خلال منحه حق الدفع بالتجريد تظهر من خلال معرفة الأثار المترتبة على هذا الدفع (الفرع الأول) إلا أن قصور النصوص التشريعية التي نظمت هذا الدفع يُظهر عكس ذلك عند النظر للتطبيق العملي لعقد الكفالة؛ الأمر الذي يستدعي البحث عن ضمانات أكثر فاعلية (الفرع الثاني)

**الفرع الأول- الأثار المترتبة على الدفع بالتجريد:**

الأثر الأول للدفع بالتجريد الذي يبديه الكفيل إذا توافرت شروطه وتم قبوله هو عدم التنفيذ على أمواله، أو وقف إجراءات التنفيذ إذا كانت قد بدأت فعلاً، ومن ثم إلزام الدائن باتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهة المدين الأصلي بعناية الرجل العادي، وإلا كان مسؤولاً في مواجهة الكفيل.

**أولاً- امتناع التنفيذ على اموال الكفيل ووقف إجراءاته إن بدأ:**

إذا تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد أثناء الدعوى وقبل بدء التنفيذ، فستكون نتيجته عدم جواز التنفيذ عليه قبل تجريد المدين، لذلك يمتنع على الدائن التنفيذ على أموال الكفيل قبل أن ينفذ على أموال المدين، وإن هو نفذ على أموال الكفيل أولاً فإن إجراءات التنفيذ تكون باطلة طالما أن الكفيل قد تمسك بهذا الدفع؛ أما إذا لم يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد في هذه المرحلة وانتظر حتى صدور حكم يلزمه بالدين، أو كان بيد الدائن سند تنفيذي صالح للتنفيذ، وبدأ الأخير على ضوئه باتخاذ إجراءات التنفيذ ضده، فإنه يكون بإمكان الكفيل التمسك بالدفع

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص120.

[2] ولا شك أن فتح المجال أمام الدائن لاشتراط تنازل الكفيل عن الحق يعد بمثابة إهدار للحماية التي حاول المشرّع توفيرها للكفيل، انظر في ذلك عصمت عبد المجيد البكر، بحث بعنوان (حق الكفيل في الدفع بتجريد أموال المدين) مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العراق، المجلد الخامس، العدد الثامن عشر، 2016م، 30.

[3] رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص147، عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص117، محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص114،115.

بالتجريد بطريق الاستشكال في التنفيذ[1] شريطة ألا يتأخر إلى الحد الذي يمثل نزولاً ضمنياً عن هذا الحق[2]، فإن تم قبول الدفع أمرت المحكمة بوقف إجراءات التنفيذ التي تم الشروع فيها وإلغاؤها، ولا يجوز للدائن في هذه الحالة أن يتخذ أي إجراءات جديدة ضد الكفيل، أما إن رفضت المحكمة هذا الدفع فيجوز للدائن مباشرة إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل أو الاستمرار فيها إن كان قد بدأها.

لذلك فإنه يستوي أن يدفع الكفيل بالتجريد عند بدء مطالبة الدائن إياه بالدين أو عند بدء التنفيذ، المهم أن ألا يتأخر إلى الحد الذي يوحي بتنازله عن هذا الدفع، ولا يقدح في هذا الرأي القول بأن هناك خلطاً بين دفعين يملكهما الكفيل يتميز كل منهما عن الأخر، وهما الدفع بوجوب الرجوع على المدين أولاً (1/797 مدني) والدفع بالتجريد (2/797مدني) إذ أن ميعاد الدفع الأول محدد ببدء المطالبة القضائية كما سبق وبينا، فإن فوَّته الكفيل ولم يدفع به في هذه المرحلة فإن ذلك لا يحرمه الحق في الدفع بالتجريد عند بدء التنفيذ على أمواله، وهو إلى ذلك يستطيع الدفع بالتجريد حتى عند بدء المطالبة القضائية بحيث لا يلزمه الانتظار حتى بدء التنفيذ على أمواله[3].

فإذا ما تحققت شروط الدفع بالتجريد وتمسك به الكفيل فان ذلك يؤدي إلى وقف التنفيذ على أموال الكفيل، إلا أن تمسك الكفيل بهذا الدفع عند توافر شروطه لا يغل يد المحكمة عن نظر الدعوى المرفوعة ضده لإلزامه بالدين، حيث تستمر المحكمة في نظر الدعوى، فإن قضت بإلزامه بالدين فإن تنفيذ هذا الحكم يوقف إلى غاية تجريد المدين من أمواله أولاً، كما أن إيقاف الإجراءات التنفيذية ضد الكفيل لا يمنع من اتخاذ الإجراءات التحفظية ضده كقطع التقادم وإبقاء الحجز التحفظي على أمواله.

لذلك يجب على الدائن أن يقوم بالتنفيذ على أموال المدين أولاً، فإذا استوفى دينه منها كاملاً فإنه لا يرجع بشيء على الكفيل، أما إذا لم يستوف دينه بالكامل بسبب عدم كفاية هذه الأموال والتي دله عليها الكفيل، وهو أمر متصور الوقوع رغم صياغة المادة (798) من القانون المدني، التي تشترط أن تكون أموال المدين التي يدل الكفيل الدائن إليها كافية للوفاء بالدين كله؛ إذ من الممكن أن يبالغ القاضي في تقدير قيمتها، كما قد تنخفض قيمة هذه الأموال بسب تغير الأسعار وقيمة العملة، أو ظهور دائنين آخرين يتقاسمون مع الدائن هذه الأموال.

فإذا تحققت إحدى هذه الحالات جاز للدائن العودة بباقي الدين على الكفيل بعد أن جرّد المدين من أمواله فعلاً، ولا يملك الكفيل الدفع بعدم التنفيذ على أمواله في هذه الحالة، لأن الدفع بالتجريد ينتهي مفعوله عند هذا الحد، ولأن الدائن حُقّ له أن يستفيد من الكفالة بحصوله على حقه طالما أن المدين الأصلي لا يملك من الأموال ما يفي الدين، أو أنها غير كافية لذلك.

**ثانياً- التنفيذ على أموال المدين بعناية الرجل العادي:**

الأثر الثاني المترتب على الدفع بالتجريد حال قبوله هو ضرورة قيام الدائن بإجراءات التنفيذ على أموال المدين التي دله عليها الكفيل بعناية الرجل العادي، وعدم تراخيه في ذلك، وإلا عُدّ مسؤولا قِبل الكفيل عن إعسار المدين الذي يترتب على عدم اتخاذه إجراءات التنفيذ في الوقت المناسب، وهذا ما تقرره المادة (799) من القانون المدني ونصها كالآتي: (في كل الأحوال التي يدل فيها الكفيل على أموال المدين يكون الدائن مسؤولا قبل الكفيل عن عدم يسار المدين الذي يترتب على عدم اتخاذه الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب).

وطبقا لهذا النص فإن على الدائن أن يبادر إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهة المدين، وذلك على نفقته الخاصة، على أن يعود بها فيما بعد على المدين، أو الكفيل، وعليه أن يبذل في هذه الإجراءات عناية الرجل

---

[1] تمسك الكفيل بحقه في تجريد المدين بعد البدء في اجراءات التنفيذ من قبل الدائن يكون عن طريق الاستشكال في التنفيذ؛ بحيث يلزم الدائن بالتوقف عن مواصلة اجراءات التنفيذ حتى تفصل المحكمة في أمر الدفع بالتجريد، فإن تبين لها أن شروط الدفع بالتجريد متوفرة قبلت الدفع ولها الحكم بوقف السير في إجراءات التنفيذ ضد الكفيل حتى يتم تجريد المدين من أمواله أولاً، والغاء ما تم منها، فيتم مثلاً الغاء تنبيه نزع الملكية الموجه من الدائن إلى الكفيل، وتُلغى ايضا إجراءات الحجز التحفظي على أموال الكفيل.

[2] سمير تناغو، مرجع سابق، ص70، أحمد فيصل شرف، رسالته الدفع بالتجريد في عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 78.

[3] في تأييد هذا الرأي انظر منصور مصطفى منصور، عقد الكفالة، المطبعة العالمية، دون طبعة، 1960م، ص85 وما بعدها، وعكس هذا الرأي انظر عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص118 وما بعدها.

العادي، فإذا دله الكفيل على منقولات مملوكة للمدين وتباطأ في اتخاذ إجراءات التنفيذ عليها حتى تمكن المدين من إخفائها أو تهريبها، كان الدائن مسؤولا عما كان سيحصل عليه من ثمن هذه المنقولات لو أنه بادر باتخاذ إجراءات التنفيذ عليها بمجرد أن أبلغه بها الكفيل؛ لأن الأموال المنقولة تتميز بسهولة التصرف فيها؛ الأمر الذي يقتضي اتخاذ إجراءات سريعة للتنفيذ عليها؛[1] لذا فإن إهمال الدائن في هذا الشأن يجعله مسؤولا عن عدم كفاية أموال المدين للوفاء بالدين بعد أن كانت كافية، وهو ما يترتب عليه براءة ذمة الكفيل في مواجهة الدائن بقدر إعسار المدين؛ حيث كان من الممكن تجنب هذا الإعسار إن بذل الدائن إجراءات التنفيذ بسرعة، وبالعناية المطلوبة[2].

ومع ذلك فإن هذه الأحكام لا تحقق في الواقع حماية مطلقة للكفيل؛ لأن مسألة إثبات إهمال الدائن في التنفيذ على أموال المدين التي دلَّه عليها الكفيل ليست بالأمر السهل في غالب الحالات، ولا شك أن عبء الإثبات هنا إنما يقع على الكفيل، فكيف سيثبت هذا الإهمال؟ حيث يستطيع الدائن رد هذا الادِّعاء بأنه بذل من العناية ما يكفي، ولكنه لم يفلح في العثور على أموال المدين، أو أنها كانت غير كافية للوفاء بكامل الدين، ومن ثم الرجوع بالدين أو ما بقي منه على الكفيل.

عموماً يمكن القول بأن الدفع بالتجريد يمثل –على الأقل من ناحية نظرية- وسيلة فعَّالة لحماية الكفيل، وهو ما يظهر من خلال ما عرضناه من آثاره؛ فهو يحمي الكفيل من تحمل مسؤولية دفع الدين إلا بعد التأكد من عدم قدرة المسؤول الأول عنه ألا وهو المدين على الوفاء به، ثم أن الدائن لن يضار إن تعجل و بذل العناية الكافية في التنفيذ على أموال المدين؛ فهو لا يُحرم من حقه بل ولا يؤجل حصوله عليه إن قام بذلك، وإن كان هذا الحال على صعيد النصوص القانونية التي نظمت هذه الوسيلة لحماية الكفيل فإنه ولاشك أن التطبيق العملي هو الفيصل الحقيقي لمعرفة مدى فاعلية هذه الحماية.

**الفرع الثاني- تقييم الحماية التي يوفرها الدفع بالتجريد للكفيل:**

رأينا في العرض السابق مدى أهمية الدفع بالتجريد الذي منحه المشرع للكفيل في مواجهة الدائن، والذي يعد أبرز صور الحماية التي أراد المشرّع توفيرها للكفيل، إلا أنه وللأسف نجد أن التطبيق العملي يتناقض مع هذا الطرح وذلك بسبب ما تتضمنه أغلب عقود الكفالة من شرط النزول عن الحق في الدفع بالتجريد (أولاً)، وهو ما يحتم ضرورة البحث عن حلول تكفل تحقيق هذه الحماية بشكل فعَّال (ثانياً).

**أولاً- قصور التنظيم التشريعي للدفع بالتجريد عن حماية الكفيل:**

بُنية عقد الكفالة الاتفاقية كضمان شخصي هي بنية متكاملة من الناحية النظرية، حيث حرص المشرع على توفير الحماية لأطرافها خاصة الكفيل، وهو ما يظهر جلياً من النصوص القانونية المنظمة لها، وما قررته له من دفوع في مواجهة الدائن[3]، وعلى رأسها الدفع بالتجريد؛ إلا أن التطبيق العملي لهذا الضمان يكشف غير ذلك، وخاصة في الكفالات المصرفية؛ لأن الدائن وأمام كل هذه الدفوع قد تقل فرصة حصوله على حقه بسرعة وسهولة ودون إجراءات معقدة[4].

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص128.

[2] انظر في هذا المعنى، نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص404.

[3] حيث يملك الكفيل إلى جانب الدفع بالتجريد أن يدفع بوجوب الرجوع على المدين الأصلي أولاً بمجرد مطالبة الدائن إياه بالدفع وقبل بدء التنفيذ عليه، كما يملك الدفع ببطلان التزامه بسبب عيب من عيوب الارادة، أو الدفع ببطلان التزام المدين نفسه، أو الدفع بانقضاء التزام المدين بأي سبب من أسباب الانقضاء حيث نصت المادة 791 / 1 من القانون المدني على أنه (يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين) كما أن للكفيل دفوعا خاصة به منحها إياه المشرع على النحو التالي (الدفع ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات المادة 793 من القانون المدني)، (الدفع ببراءة ذمة الكفيل لتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين المادة 794 من القانون المدني)، (الدفع ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر بسبب عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين المادة 795 من القانون المدني).

[4] يجب مراعاة عدم الخلط بين الكفالة التي تشترطها المصارف كضمان لتقديم بعض الخدمات وهي المقصودة هنا، وبين الكفالة المصرفية التي يؤدي فيها المصرف دور الكفيل، حيث تعد أداة ائتمان مهمة يقدمها المصرف لضمان لالتزام مالي على عميله مقابل عمولة محددة، وللمزيد حول الكفالة المصرفية أنظر فرج سليمان حمودة، العمليات المصرفية في القانون الليبي، مكتبة الوحدة، طرابلس، الطبعة الأولى، 2023م، ص92 وما بعدها، مع ملاحظة أن المصرف هنا لا يملك حق الدفع بالتجريد وإن كان كفيلاً لأن الكفالة المصرفية من الأعمال التجارية شأنها شأن كل الأعمال المصرفية، انظر في شرح ذلك حسين اكريم جازع، راقية عبد الجبار علي، بحث بعنوان (الدفع بالتجريد في عقد الكفالة الشخصية، دراسة مقارنة) مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، كلية الحقوق، المجلد السابع والثلاثون، 2023م، ص560، أما على الصعيد القضائي فقد قضت محكمة استئناف بنغازي الدائرة الأولى في الاستئناف رقم 1981/139م، في جلستها المنعقدة بتاريخ 1983/1/27م عن الحكم الصادر من محكمة بنغازي الابتدائية في الدعوى رقم 1980/284م بأنه (وحيث أنه من المقرر فقهاً وقضاءً أن دور المصرف في خطاب الضمان هو دور الكفيل؛ إذ يصدر خطاب الضمان بناءً على طلب عميله إلى

هذه الاعتبارات تدفع الدائنين في الغالب للبحث عن وسيلة للتخلص من هذه الدفوع، خاصة المصارف التي هي مؤسسات مالية تقوم على السرعة، واحتراف العمليات المالية والمصرفية، لذلك فهي دائما ما تلجأ إلى الاشتراط على الكفيل إما التضامن مع المدين، أو تخليه عن حقه في الدفع بالتجريد في عقد الكفالة[1]؛ لأنها وللاعتبارات التي ذكرنا لا تحتمل الخضوع لآثار هذا الدفع، لذلك نجدها تشترط على الكفيل ابتداءً ومن خلال عقود مُعدة سلفا أن يتنازل عن حقه في هذا الدفع، وهو ما يلاحظ في العديد من المعاملات المصرفية التي تتطلب تقديم كفيل، كالقروض، وعقود المرابحة الإسلامية، والسلف الاجتماعية وغيرها، ففي جميع هذه المعاملات إذا توقف المدين الأصلي عن سداد أقساط الدين، فإن المصرف يقوم بالرجوع على الكفيل مباشرة عن طريق حسابه الموجود بالمصرف، والذي يمثل العنصر الأساس في معرفة مدى ملاءة كل من المدين والكفيل.

بعبارة أخرى فإن الحساب المصرفي هو الصورة الافتراضية لذمة كل من المدين والكفيل المالية، فالمصارف لا ترجع على المدين إلا في حدود حسابه دون النظر لباقي أمواله وإن كانت كافية للوفاء بالدين، فإن لم تجد في حسابه ما يفي بالدين أو أحد أقساطه، رجعت مباشرة إلى حساب الكفيل.

لذلك يمكن القول إن التطبيق العملي للكفالة جعلها بمثابة عقد إذعان؛ لأن المصرف هو الطرف الأقوى في هذا العقد، في حين أن الكفيل هو الطرف الأضعف، فلا خيار أمامه سوى الموافقة على شروط عقد الكفالة، أو حرمان المدين من بعض الخدمات المصرفية، خلاصة القول إن التطبيق العملي للكفالة قد جعلها ضمانةً تحمي حق الدائن فقط على حساب الكفيل على خلاف وظيفتها الرئيسية؛ وذلك بتجريد الكفيل من جميع أسلحته، ولكن التساؤل الذي يطرح هو مدى مشروعية هكذا اتفاقات أو اشتراطات؟

البحث عن مدى مشروعية حرمان الكفيل من حقه في الدفع بالتجريد يقتضي البحث في طبيعة القواعد القانونية التي نظمته، لمعرفة ما إذا كانت آمرة أم مكملة، وبالعودة لنص المادة 2/797 من القانون المدني التي نصت على هذا الدفع نجد أنها قاعدة مكملة يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، حيث لا تنطبق إلا في حالة عدم وجود هكذا اتفاق، ومن هنا يمكن القول وانطلاقاً من كون الكفالة عقداً من العقود، و تأكيداً لمبدأ سلطان الإرادة، وطالما أن العقد شريعة المتعاقدين؛ فإنه يجوز لأطرافه أن يُوردوا اتفاقات مخالفة للقواعد القانونية المكملة، والكفالة عموما والدفع بالتجريد خصوصا ليست في حلٍ من ذلك؛ لذلك فإن ما يجري به العمل من اشتراط المصارف على الكفيل التنازل عن حقه في الدفع بالتجريد لا يعد مخالفا لصحيح القانون؛ لأن الدفع بالتجريد وجد لحماية مصالح الكفيل الخاصة، فهو مقرر لمصلحته الخاصة، ومن ثم يجوز له التنازل عنه؛ لأنه غير متعلق بالنظام العام ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

لذلك فإن اشتراط الدائنين تنازل الكفيل عن هذا الدفع أمر جائز؛ لأن المشرّع و إن حرص على توفير الحماية الكاملة للكفيل حتى يكون في مأمن من مخاطر عقد الكفالة؛ فإن هذه الحماية ليست إلا ذات طابع نظري فحسب؛ لأن الدائنين عموما والمصارف خصوصا لا يتصور أن تترك بيد الكفيل مثل هذا السلاح، والذي قد يؤخر حصولها على الدين المكفول، فوجدت من واقع النصوص المنظمة لعقد الكفالة بشكل عام والدفع بالتجريد بشكل خاص الفرصة السانحة لتحقيق مصالحها، وتأكيد حقها، وإن كان ذلك على حساب الكفيل ودون اعتبار للطبيعة التبرعية لعقد الكفالة، واعتبارات الثقة والتعاون التي تدفع الأفراد لضمان ديون غيرهم؛ الأمر الذي يحتم معالجة هذا القصور التشريعي ومحاولة البحث عن بدائل توفر حماية أكثر فعالية للكفيل.

---

المستفيد لضمان تنفيذ التزام ذلك العميل، ومن هنا تنعقد الكفالة برضا الكفيل وهو المصرف والمستفيد "الدائن" وتضحى بناءً على ذلك التزامات اطراف هذا العقد محكومة بعقد الكفالة في حدود ما تسمح به طبيعة هذا النوع من التعامل).

[1] كما تشترط النزول عن حقه في المطالبة بالرجوع على المدين أولاً، وحتى مع عدم اشتراط التنازل عن هذا الدفع فإن الكفيل بنزوله عن الدفع بالتجريد يكون قد فقد الحماية التي هدف إليها المشرّع من كلا الدفعين، إلا أنه لا يجوز للمصرف بحال من الأحوال حتى مع وجود هذا التنازل أن يخصم من حساب الكفيل ما يجاوز التزام المدين، وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا بمناسبة الطعن في حكم استئنافي قضى بعدم أحقية المصرف خصم أقساط القرض بعد براءة ذمة المدين وإن لم يقم بسحب سند الدين (الكمبيالة) من المصرف بأن (التزام الكفيل في عقد الكفالة يتحدد نطاقه بموضوع الالتزام الأصلي وقت الكفالة ولا يتعدى ضمان سداد الأقساط وما يستحق عنها من فوائد ومصاريف) طعن مدني، رقم 44/103ق، جلسة 2001/11/19م، غير منشور.

**ثانياً- حماية حق الكفيل في الدفع بالتجريد:**

تحليل النصوص القانونية المنظمة لعقد الكفالة بشكل عام، وتلك التي نظمت الدفع بالتجريد بشكل خاص في سبيل توفير الحماية للكفيل يدعونا للقول بوجود قصور تشريعي في هذا المجال؛ حيث لا يتمتع الكفيل في الواقع –كما سبق وأن بينا- بأي حماية حقيقية في مواجهة الدائن؛ وذلك بسبب تمكين هذا الأخير من اشتراط نزول الكفيل عن هذا الدفع؛ الأمر الذي يحتم ضرورة تمكين الكفيل من الدفاع عنه نفسه عن طريق اقتراح حلول منطقية لهذه الإشكالية، حيث يمكن القول بأن اشتراط التنازل عن الدفع بالتجريد وكما هو مطبق لدى المصارف اليوم، وبالنظر لطبيعة العقود المعدة سلفاً منها في هذا الشأن يعد في حقيقته عقد إذعان[1]؛ حيث يُفرض هذا الشرط فرضاً على الكفيل، لذلك يمكن للكفيل التوجه للقضاء للمطالبة بتعديله أو إعفائه منه[2] ولا شك أن هذا الحل من شأنه الإسهام في جعل الدفع بالتجريد أكثر حماية للكفيل، إلا أنه ومع ذلك ليس كافياً؛ حيث لا يمكن تطبيقه على عقود الكفالة المبرمة مع الاشخاص الطبيعيين، والتي قد يُستغل فيها الكفيل بشكل يفوق ما تفعله المصارف دون أن يصدق عليه وصف الإذعان.

كذلك فإن من الحلول التي لعلها تساهم في حماية الكفيل وتشجيع الأفراد على تقديم هذه الخدمة دون تردد، محاولة الاستفادة من النصوص الحالية التي نظمت الكفالة، ومحاولة تطويعها لجعل الدفع بالتجريد أكثر فائدة، فمثلاً نجد أن المشرّع الليبي قد نص في المادة 782 من القانون المدني على أنه (لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة)[3] وبتحليل هذا النص يتضح أن اشتراط الكتابة هنا هو لمصلحة الكفيل لا الدائن، بحيث يتم التأكد من أن رضاء الكفيل في عقد الكفالة كان صريحاً لا لبس فيه، وأن لا سبيل لإثبات التزامه بكفالة الدين إلا بالكتابة، ولو كانت قيمة الدين المكفول تجيز إثباته بالبينة، وكذلك لتنبيهه بخطورة الكفالة، وذلك على عكس الدائن؛ لأن الكفالة تكون لمصلحته[4] وهو ما يثير التساؤل حول مسألة التنازل عن الدفع بالتجريد فهل يجب أن يكون هذا التنازل مكتوباً هو الآخر أم لا؟

لا شك أن الغرض من الكتابة هنا إنما هو الإثبات لا الانعقاد، بمعنى أن عقد الكفالة ما زال عقداً رضائياً لا شكليا، فهو ينعقد صحيحاً ولو لم يكن مكتوباً، ولكن لا سبيل لإثبات –التزام الكفيل- إلا بالكتابة أو اليمين أو الإقرار، وهو ما يدعونا للقول بضرورة أن يكون التنازل عن الدفع بالتجريد مكتوباً أيضاً، بحيث نصل في نهاية المطاف إلى استبعاد التنازل الضمني عن هذا الدفع؛ لما يشكله من خطر على ذمة الكفيل المالية، وضرورة أن يكون التنازل صريحاً، سواءً تم في عقد الكفالة ذاته أو في ورقة مستقلة.

---

[1] ولا يقدح في هذا التأويل القول بأن هذه العقود لا ينطبق عليها وصف الإذعان؛ لأن تقديم القروض أو منتجات المرابحة الإسلامية وغيرها من هذه المعاملات ليست حكراً على المصارف، ومن ثم فإن الحصول عليها ممكن من غيرها، حيث يمكن الرد على ذلك بالقول ن تقديم هذه الخدمات مثل القروض المالية وان كان متصوراً من غيرها فإنه يكاد يكون مستحيلا بالنسبة للإقراض السكني، ثم إن الأجل الذي تمنحه المصارف سواءً بالنسبة للقروض أو المرابحة الإسلامية والذي قد يمتد لعشرات السنين لا يمكن بحال من الأحوال أن يمنحه غيرها، كذلك فإن تقديم القروض السكنية اليوم موكول حصراً لمصرف الادخار والاستثمار العقاري، ومن ثم فلا سبيل لمن يرغب في الاستفادة من هذه الخدمات سوى اللجوء إلى المصرف، من ذلك مثلاً القرار رقم (58) لسنة 2013م الصادر عن مجلس الوزراء بشأن بعض الأحكام المتعلقة بالإقراض للأغراض السكنية، حيث أعطى الاختصاص بمنح القروض السكنية لمصرف الادخار، واشترط تقديم ضامن متضامن من العاملين بالدولة، على أن يكون المستفيد نفسه موظفاً لا يقل مرتبه عن 450 دينار (المادة الأولى من القرار)، وكذلك قرار مجلس الوزراء رقم 926 لسنة 2022م بشأن تقرير بعض الأحكام المتعلقة بالتمويل للأغراض السكنية، والذي صدر بناءً عليه قرار مجلس الوزراء رقم 44 لسنة 2023م بشأن ضوابط وشروط التمويل النقدي للأغراض السكنية، حيث اشترط تقديم اثنين أو ثلاثة من الضامنين المتضامنين (بحسب إذا كان موظفاً، أو يعمل لحسابه الخاص) المادة الأولى من القرار.

[2] عقود الإذعان هي التي يتولى وضع شروطها الطرف القوي في العقد على شكل نموذج معد سلفاً، حيث لا يكون أمام المتعاقد الأخر (الطرف الضعيف) إلا أن يوافق عليها وبالتالي الاستفادة من العقد كما أراد الطرف القوي، أو أن يرفض التعاقد، ومن ثم حرمانه من هذه الاستفادة، إلا أن ما يهمنا هو ما تنص عليه المادة 149 من القانون المدني من أنه (إذا تم العقد بطرق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك) لذلك فإذا ما عرض الأمر على القضاء المختص واتضح له أن شرط التنازل عن الدفع بالتجريد كان تعسفياً؛ خاصة وأن رجوع المصرف على المدين لا يتجاوز حدود حسابه المصرفي، فإن للقاضي أن يعدل في هذا الشرط، كما له أن يقضي بإلغائه وإعفاء الكفيل بحسبانه الطرف المذعن منه، وللمزيد حول عقود الاذعان ودور القاضي بشأنها انظر محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، الطبعة الخامسة، 2012م، 67 وما بعدها.

[3] وهو ما أكدته أيضاً المحكمة العليا في أحد أحكامها الذي قضت فيه بأن (الكفالة لا تثبت إلا بالكتابة) طعن مدني رقم 27/46ق، جلسة 1983/1/11م، مجلة المحكمة العليا، العدد الرابع، السنة التاسعة عشر، ص97.

[4] انظر في ذلك عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، 79، زهراء خليل إبراهيم، عقد الكفالة وأثره على الغير، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالى، 2017م، ص21،20.

كما يمكن حماية حق الكفيل في استعمال هذا الدفع بتعديل النصوص الحالية، وذلك بجعل التنازل عن الدفع بالتجريد لا ينتج أثراً إلا إذا تم في ورقة رسمية، وإلا أنه سيكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، بحيث تُشترط الشكلية المطلقة؛ لما لها من أثر في استقرار المعاملات وصعوبة الانكار، ولما لها أيضاً من تأثير في نفس المتعاقد – الكفيل- وتنبيهه بخطورة هذا الاتفاق، وهو ما يستتبع أن التنازل عن هذا الدفع لا يكون إلا صريحاً، وهو الأدعى لعدم الإضرار بالكفيل كما هو الحال في النصوص الحالية، فبمجرد انشغال الكفيل وعدم اعتراضه على التنفيذ على أمواله، أو لمجرد جهله بالموافقة على التنفيذ عليه أولا، يجعله متنازلاً عن الدفع بالتجريد، وهذا مسلك يجب اعادة النظر فيه؛ نظراً لما سبق بيانه من اعتبارات الكفالة وأسسها الاجتماعية والأخلاقية والاقتصادية[1].

ولا شك أن اشتراط الرسمية كفيل ببيان خطورة التنازل عن هذا الدفع، خاصةً وأن المشرّع الليبي قد نحا هذا المنحى في كل من الرهن الرسمي، والهبة في العقار، حيث اشترط الرسمية في كليهما لحث الراهن والواهب على مزيد من التأني والتفكير، وإشعارهم بخطورة هذه التصرفات[2].

كما يمكن اقتراح تعديل نص المادة 2/797 من القانون المدني بأن يكون النزول عن الدفع بالتجريد مرتبطاً بقيمة الدين أو أجله، فيكون جائزاً إن لم تتجاوز قيمته مبلغاً محدداً، وأجله زمناً معيناً، أو أنه لا يكون جائزاً ما لم يقدم المدين ضماناً آخر لدينه، كي لا يتحمل عبئه الكفيل وحده في حال عجزه عن الوفاء به[3]، كما يمكن ربط التنازل عن هذا الدفع بمدى كون الكفالة تبرعاً أم بمقابل، بحيث يُمنع في الأولى أو على الأقل يقيد بشرط الشكلية، في حين يُسمح به في الحالة الثانية[4].

كذلك فإنه لا شيء يمنع من جعل مسألة الرجوع على المدين أولا وعدم التنفيذ على أموال الكفيل قَبله من النظام العام، بحيث يكون النص على ذلك بصياغة واضحة ودقيقة وبصفة آمرة، ولا يقدح في هذا النظر القول بأنه سيجعل العلاقة بين الكفيل والدائن معقدة، أو القول بجعل الكفالة عديمة الجدوى بالنسبة للدائن، أو تفضيل الكفيل عليه وإهدار حقه، حيث يمكن تجاوز ذلك بجعل التضامن بين الكفيل والمدين بديلاً عن النزول عن

---

(1) ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن العديد من نصوص القانون المدني، والعديد من القوانين الأخرى قد جرت محاولة تعديلها من قبل المؤتمر الوطني العام ما بين عامي 2016/2015م وذلك بغرض جعلها متوافقة مع أحكم الشريعة الرسمية، حيث تم تشكيل لجنة بإشراف دار الافتاء الليبية مكونة من ثلاثين عضواً، إضافة إلى الخبراء بمختلف التخصصات الشرعية والقانونية والاقتصادية، ومن ضمن نصوص القانون المدني التي تم تعديلها كان نص المادة 2/797 ومع ذلك لم يضف هذا التعديل شيئاً جديداً سوى استبدال كلمة (ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق) بكلمة (وللكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق) كما طال التعديل نص المادة 809 من ذات القانون باستبعاد الفوائد مما يعود به الكفيل الذي وفى الدين على المدين، القانون رقم 6 لسنة 2016م بتعديل بعض أحكام القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد الثاني، بتاريخ 2016/3/3م، إلا أنه يجب ملاحظة أن البرلمان الليبي قد أصدر القانون رقم 1 لسنة 2020م بإلغاء كافة القوانين والقرارات الصادرة عن المؤتمر الوطني بعد انتهاء ولايته بتاريخ 2014/3/8م، الجريدة الرسمية، السنة التاسعة، العدد الأول، بتاريخ 2020/1/15م.

(2) تنص المادة 1/1034 من القانون المدني على أنه (لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية وفقاً لأحكام النظام العقاري) وفي هذا الاشتراط تنبيه للراهن إلى خطورة هذا التصرف، لا سيما أنه يظل محتفظاً بحيازة عقاره المرهون، بحيث قد لا يشعر بآثار هذا الرهن في حال عدم قيامه بالوفاء بالدين المضمون بالرهن، مما ينتج عنه في نهاية المطاف التنفيذ عليه من قبل الدائن، لذا اشترط المشرّع الرسمية هنا بحيث لا يقدم المدين على رهن عقاره إلا بعد التأني والتفكير والتدبر في عواقبه، لمزيد من التفصيل في هذا الشأن انظر عبد القادر محمد شهاب، الوجيز في الحقوق العينية في الفقه والقانون المقارن، دار ومكتبة الفضيل للنشر والتوزيع، بنغازي، الطبعة الثالثة، 2013م، ص276 وما بعدها، وهو ما ينطبق أيضاً على عقد الهبة العقارية، (المادة 477 من القانون المدني). لذلك فإن الرسمية تزيد من وضوح العقد ومقاصده، حيث يصيغه موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة فإذا طبق في شأن التنازل عن الدفع بالتجريد فمن شأنه أن يوضح للكفيل بشكل دقيق كنه التزامه، وأثر تنازله عن الدفع بالتجريد، كما أن الرسمية تضمن التأكد من أهلية الكفيل وسلامة ارادته.

(3) كما سيتيح له هذا الحل الدفع بتجريد التأمين العيني قبل التنفيذ عليه ككفيل الذي نصت عليه المادة 800 من القانون المدني، مع ملاحظة أن هذه المقترحات يجب أن تشمل الدفع بالتجريد في صورته الخاصة، لأنه لا يختلف عن الدفع بالتجريد في صورته العامة ومن ثم جواز الاتفاق على تنازل الكفيل عنه.

(4) وهو ما يمكن اللجوء إليه أيضاً من ناحية مدى أهلية المدين المكفول، فإن كان كامل الأهلية أتيح للدائن ان يشترط على الكفيل النزول عن الدفع بالتجريد بالشروط التي تم اقتراحها لكونه أقدر على الوفاء بالدين، ومن ثم عدم الحاجة للرجوع على الكفيل، في حين لا يجوز ذلك إن كان ناقص الأهلية لاحتمال عدم قدرته على الوفاء، ما لم تكن الكفالة بسبب نقص الأهلية بحيث يكون الغرض من الكفالة حماية الدائن من تمسك المدين بإبطال التزامه بسبب نقص أهليته، وبحيث لا يتم التعارض مع نص المادة 786 من القانون المدني وفيها أن (من كفل التزم ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول) وهو ما يشكل استثناء من اشتراط صحة الالتزام المكفول حتى يكون عقد الكفالة صحيحاً (المادة 785مدني) ومن حق الكفيل التمسك بكافة الدفوع التي تكون للمدين المكفول (المادة 791مدني) وللمزيد حول أحكام ناقص الأهلية في القانون الليبي انظر زهور عتيق القماطي، بحث بعنوان(مدى توافق نصوص القانون الليبي مع أحكام الشريعة الإسلامية في شأن كفالة ناقص الأهلية) مجلة العلوم الشرعية والقانونية، مجلة علمية محكمة تصدر عن كلية القانون/ جامعة المرقب، عدد خاص بالمؤتمر الدولي حول دور التشريع والقضاء في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، 2021م، ص515 وما بعدها، أبو عجيلة امعمر عبد الله، مرجع سابق ص61.

الدفع بالتجريد، فكل كفيل يرغب في مساعدة المدين بحيث يقبل الرجوع والتنفيذ على أمواله ولو قبل المدين يمكنه أن يعبر عن ذلك بالتضامن معه، وفي هذا ضمان لحق كل من الدائن والكفيل[1].

**الخاتمة:**

بعد الانتهاء من محاولة بحث حق الكفيل في الدفع بالتجريد ودوره في حماية الكفيل، وتحليل نصوص القانون المدني الليبي التي نظمت شروطه وآثاره، ها نحن نأتي لمحاولة عرض أهم النتائج التي تم التوصل إليها، وما تم اقتراحه من توصيات متواضعة، وهي كما يلي:

**أولاً- النتائج:**

1- الدفع بالتجريد وُجد أساسا لحماية الكفيل من أن يتحمل عبء الدين المكفول قبل الرجوع على المدين، وهو ما تقتضيه طبيعة الكفالة والتزام الكفيل فيها، فهو ليس إلا التزاماً احتياطياً وتابعاً للالتزام الأصلي، وللكفيل استعمال هذا الحق في جميع الحالات، باستثناء ما إذا كان كفيلا عينياً أو متضامناً مع المدين، ما لم يتم الاتفاق على احتفاظه به، أو في حالة تنازله صراحةً أو ضمناً عن هذا الدفع، إذ لا يعد من النظام العام.

2- آثار الدفع بالتجريد هي معقد الحماية التي يوفرها هذا الدفع للكفيل، ففي حالة الدفع به وقبوله يُمتنع التنفيذ على أمواله، ويتوجب على الدائن التنفيذ على أموال المدين الأصلي أولاً، وإلا كان مسؤولا تجاه الكفيل عن إعسار المدين، فتبرأ ذمة الكفيل بقدر ذلك.

3- لم ينظم المشرع الليبي بشكل دقيق مسألة تنازل الكفيل عن الدفع بالتجريد رغم خطورة هذا التنازل، كما يحيط الغموض بمدى إمكانية أن يكون التنازل ضمنياً وضوابط ذلك، كما لم يتطرق لحق الكفيل المتضامن في الاحتفاظ بحقه في هذا الدفع من عدمه، ومدى حق كفيل الكفيل في الدفع به إذا كان الكفيل الأول متضامناً مع المدين، كما لم يحدد بشكل قاطع الوقت الذي يجب فيه على الكفيل إبداء الدفع بالتجريد.

4- التطبيق العملي لعقد الكفالة أظهر مدى قصور قواعد القانون المدني التي نظمت الدفع بالتجريد كوسيلة لحماية الكفيل الشخصي، حيث يحرص الدائنون دائماً وخاصة المصارف على حرمان الكفيل من هذا الحق حمايةً لمصالحهم مع ما يشكله ذلك من خطر على ذمة الكفيل المالية.

5- الخدمات المصرفية التي تتطلب تقديم كفيل أصبحت بمثابة عقود إذعان؛ حيث لا يملك الكفيل فيها إلا التنازل عن حقه في الدفع بالتجريد؛ إذ لا يملك تعديل شروطها، فيجوز للمصرف الرجوع عليه مباشرة بمجرد توقف المدين عن الدفع، وكل ذلك في إطار حساب كل منهما في المصرف دون غيره من الأموال.

6- خلو عقد الكفالة من الدفع بالتجريد جعلها ضمانة قوية وأكيدة للوفاء بالدين، وهذه القوة لم تأت من النصوص القانونية التي نظمتها، بل من التطبيق العملي لها من المصارف، التي طوعتها لتكون كذلك ولو على حساب الكفيل، ودون اعتبار لطبيعة الكفالة التبرعية، ودوافعها الأخلاقية.

**ثانياً- التوصيات:**

1- نهيب بالمشرّع الليبي حتى تكون الحماية التي أراد توفيرها للكفيل بمنحه حق الدفع بالتجريد حقيقية، أن يعدل النصوص القانونية التي نظمته، بحيث يحيط هذا الدفع بإجراءات أكثر صرامة من جهة، وأيضاً مسايرة التطور الكبير الذي شهدته المعاملات المالية المختلفة التي تتطلب وجود الكفالة كضمان وزيادة مخاطرها على الكفيل من جهة أخرى، كاشتراط الشكلية لصحة التنازل عنه، أو ربط هذا التنازل بقيمة الدين وطبيعته وأجله وأهلية المدين المكفول، أو النص صراحةً على عدم جواز التنازل عنه، بحيث يكون التضامن مع المدين بديلاً مناسباً للتنازل عن هذا الدفع.

2- ضرورة النص بشكل صريح على حق الكفيل المتضامن في الدفع بالتجريد في حال اتفاقه مع الدائن على ذلك، وعلى حق كفيل الكفيل في الاحتجاج بهذا الدفع ولو كان الكفيل الأول متضامناً مع المدين حيث لا يفترض التضامن بينه وبين الكفيل الأول، وإلى أن يتم كل ذلك يجب إلزام المصارف بتضمين نماذج

[1] وهذا ما بدأت تركز عليه المصارف اليوم، حيث تشترط على عملائها الراغبين في الحصول على خدماتها التي تحتاج ضماناً كالقروض السكنية مثلاً ضرورة تقديم كفيل أو كفلاء متضامنين.

عقود الكفالة لديها ببيانات واضحة حول آثار التنازل عن الدفع بالتجريد، حتى يكون الكفيل على بينة من أمره قبل الموافقة عليه.

**قائمة المراجع:**

**أولاً- الكتب:**


1- حسني محمود عبد الدائم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، الطبعة الأولى، 2008م.
2- رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2013م.
3- سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية و العينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د ط،1991م.
4- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج 10، التأمينات الشخصية والعينية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط،1970م.
5- عبد القادر محمد شهاب، الوجيز في الحقوق العينية في الفقه والقانون المقارن، دار ومكتبة الفضيل للنشر والتوزيع، بنغازي، الطبعة الثالثة، 2013م.
6- فرج سليمان حمودة، العمليات المصرفية في القانون الليبي،، مكتبة الوحدة، طرابلس، الطبعة الأولى، 2023م
7- محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، الطبعة الخامسة، 2012م
8- محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، مطابع دار الشعب، القاهرة، الطبعة الثالثة 1979م.
9- محمود جمال الدين زكي، التأمينات العينية و الشخصية، مطابع دار الشعب، القاهرة مصر، ط3، 1979م.
10- المستشار أنور طلبة، العقود الصغيرة الوكالة والكفالة، المكتب الجامعي الحديث، 2004م.
11- منصور مصطفى منصور، عقد الكفالة، المطبعة العالمية، دون طبعة، 1960م.
12- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2017م.


**ثانياً- الرسائل العلمية:**


1- أحمد فيصل شرف، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2012 م.
2- زهراء خليل إبراهيم، عقد الكفالة وأثره على الغير، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالى، العراق، 2017م.


**ثالثاً- البحوث والمقالات:**


1- أبو عجيلة إمعمر عبد الله، بحث بعنوان (الحماية القانونية للكفيل الشخصي وفق أحكام القانون المدني الليبي) مجلة البحوث الاكاديمية، العدد السادس والعشرون، 2023م.
2- حسين اكريم جازع، راقية عبد الجبار علي، بحث بعنوان (الدفع بالتجريد في عقد الكفالة الشخصية، دراسة مقارنة) مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، كلية الحقوق، المجلد السابع والثلاثون، 2023م.
3- زهور عتيق القماطي، بحث بعنوان(مدى توافق نصوص القانون الليبي مع أحكام الشريعة الإسلامية في شأن كفالة ناقص الأهلية) مجلة العلوم الشرعية والقانونية، مجلة علمية محكمة تصدر عن كلية القانون/ جامعة المرقب، عدد خاص بالمؤتمر الدولي حول دور التشريع والقضاء في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، 2021م.
4- زينة قدرة لطيف، بحث بعنوان (محدودية ضمان الكفيل العيني في مواجهة الدائن المرتهن)، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، الجامعة العراقية، العدد الأول، 2021م.
5- علاء وصفي المستريحي، بحث بعنوان (الضوابط القانونية الناظمة لحق الكفيل بالمال في الدفع بتجريد المدين) مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة التاسعة، العدد الثاني، 2021م.

6- عصمت عبد المجيد البكر، بحث بعنوان (حق الكفيل في الدفع بتجريد أموال المدين) مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العراق، المجلد الخامس، العدد الثامن عشر، 2016م.

**رابعاً- القوانين والقرارات:**

1- القانون المدني الليبي، الجريدة الرسمية، عدد خاص، بتاريخ 1954/2/13م.
2- القانون رقم 6 لسنة 2016م بتعديل بعض أحكام القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد الثاني، بتاريخ 2016/3/3م.
3- القانون رقم 1 لسنة 2020م بإلغاء كافة القوانين والقرارات الصادرة عن المؤتمر الوطني العام بعد انتهاء ولايته بتاريخ 2014/3/8م، الجريدة الرسمية، السنة التاسعة، العدد الأول، بتاريخ 2020/1/15م.
4- قرار مجلس الوزراء رقم 58 لسنة 2013م بشأن بعض الأحكام المتعلقة بالإقراض للأغراض السكنية.
5- قرار مجلس الوزراء رقم 926 لسنة 2022م بشأن تقرير بعض الأحكام المتعلقة بالتمويل للأغراض السكنية.
6- قرار مجلس الوزراء رقم 44 لسنة 2023م بشأن ضوابط وشروط التمويل النقدي للأغراض السكنية.

**خامساً- الأحكام القضائية:**

1- طعن مدني، 19/129ق، جلسة 1974/6/30م، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، السنة الحادية عشر، ص126.
2- طعن مدني رقم 27/46ق، جلسة 1983/1/11م، مجلة المحكمة العليا، العدد الرابع، السنة التاسعة عشر، ص97.
3- طعن مدني، رقم 33/133ق، جلسة1987/6/8م، غير منشور.
4- طعن مدني، رقم 44/103ق، جلسة 2001/11/19م، غير منشور.
5- طعن مدني، رقم 46/380ق، جلسة 2004/1/17م، غير منشور.
6- طعن مدني رقم 976 / 57 ق جلسة 22 / 12 / 2014م، غير منشور.
7- حكم محكمة بنغازي الابتدائية، الدائرة الثانية في الدعوى رقم 1980/284م، جلسة 1981/4/22م، غير منشور.
8- حكم محكمة استئناف بنغازي، الدائرة الأولى في الاستئناف رقم 1981/139م، جلسة 1983/1/27م، غير منشور.