سعة الوكالة في اصدار الكفالة
دراسة تحليلية لحكم محكمة التمييز بالطعنين
رقمي 3561، 3526 لسنة 2018 تجاري/2 المؤرخ
2019/7/7 (*)

د. فايز عبدالله الكندري
أستاذ مشارك بقسم القانون الخاص
كلية الحقوق – جامعة الكويت
عميد شئون الطلبة سابقاً

(*) حكم غير منشور، باعتبار صدوره حديثا. وهذا شأن عدد من الأحكام والقرارات القضائية غير المنشورة، التي سوف يتم الاشارة إليها. والتي استطعنا بتوفيق من الله في الوصول إليها بتعاون وتفهم البنوك المحلية وغيرهم.

في نزاع قضائي حديث بين عميل والبنك الأهلي المتحد بشأن كفالة شخصية تم منحها للبنك بموجب وكالة عامة نص فيها صراحة على سلطة وأحقية الوكيل في إعطاء الكفالات عن موكله، قضت محكمة أول درجة وأيدتها في ذلك محكمة الاستئناف بعدم نفاذ عقد القرض المضمون بالكفالة الشخصية في مواجهة الكفيل ومن ثم عدم أحقية البنك بمطالبة الكفيل بقيمة القرض المضمون بكفالته، وذلك على سند من أن الكفالة في الأصل تبرعيه، أي من أعمال التبرع، وبالتالي يتعين أن تصدر في وكالة خاصة يتحدد فيها تفصيلاً محل الكفالة على وجه التخصيص.

طُعِن على هذا الحكم بالتمييز، وقضت محكمة التمييز – في غرفة المشورة – بعدم قبول الطعن لكون ما هو معروض عليها متعلق بمسألة موضوعية تنأى عن رقابتها محكمة التمييز ومما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع من ناحية، ولعدم تضمين الوكالة التي تم التوقيع بموجبها على عقد الكفالة الشخصية تعييناً كافياً للدين المكفول من ناحية أخرى((1)).

وهو ما حدا بإدارة التوثيق في وزارة العدل بمنع إصدار وكالات عامة مدرج فيها عبارة "إعطاء الكفالات"، لتصدر بعد ذلك تعميما((2)) يقضي بحذف هذه العبارة من نماذج التوكيلات الرسمية العامة المدرجة على جهاز الحساب الآلي للإدارة، ووجهت موثقيها بمراعاة استصدار توكيل رسمي خاص (موثق) في حالة طلب

((1)) الطعن بالتمييز رقم 132 لسنة 2018 تجاري/3– جلسة 2018/9/24.

((2)) تعميم داخلي رقم 147 لسنة 2019– صادر بتاريخ 2019/5/8.

صاحب الشأن توكيل يتضمن إعطاء الكفالات على أن يشمل بيانات القرض وقيمته ومدته وتعيينه تعييناً كاملاً وفق لنموذج خاص أُعد لهذا الغرض((1)).

البنوك من جهتها عقدت اجتماعات عاجلة مع الإدارات المعنية فيها (القانونية – عمليات الائتمان – المخاطر – تمويل الشركات) لمناقشة تداعيات قرار محكمة التمييز والمخاطر والآثار القانونية التي يمكن أن تترتب على الكفالات الشخصية والعينية التي مُنحت على سند من وكالة عامة مدرج فيها عبارة "إعطاء الكفالات"، وأوقفت التعامل بموجب الوكالة العامة حتى ولو كان منصوص فيها على عبارة (إعطاء الكفالات) وذكر فيها الرهن لقبول الكفالات الشخصية والعينية في عقود تسهيلاتها الائتمانية، وطلبت أن يتم توقيع الكفيل شخصياً بنفسه على عقد التمويل وإقرار الكفالة سواء أكان الكفيل شخص طبيعي أو شخص اعتباري.

((1)) توكيل رسمي خاص إعطاء الكفالات:

إنه في يوم ـــــ الموافق ـــــــ

لدي أنا: ـــــــــــ الموثق بالإدارة رقم المعاملة: ـــــــ

حضر:ـــــــــــــــ

باتخاذ كافة الإجراءات الرسمية والقانونية لتمثيله أمام بنك ـــــــــ وأمام كاتب العدل (الموثق) بوزارة العدل والتوقيع نيابة عنه كفيلاً وضامناً على القرض الرسمي بمبلغ ـــــــــــ ومدته ـــــــــ والمضمونة برهن ـــــــــ الموصوفة بالوحدة رقم ـــــــــ من القطعة رقم ـــــــــ وأوصافه ـــــــــ والتوقيع على كافة ما يلزم من أوراق وسجلات وفي تقديم وسحب جميع المستندات اللازمة وله أن يوكل من يشاء في كل ما تقدم أو بعضه وله كافة الصلاحيات بخصوص ما ذكر.

كما عقدت لجنة المستشارين القانونيين باتحاد مصارف الكويت((1)) إلى اجتماع عاجل لمناقشة وجهة النظر القانونية في القرار المشار إليه وتداعيات تأثيره على البنوك، وانتهت إلى توصية بعدم قبول توقيع وكيل الكفيل على عقود التمويل المصرفية بموجب وكالة عامة وأن كان التوكيل يتسع لهذا التصرف ومنصوص فيه صراحة على الرهن إعطاء الكفالات، وذلك من باب الاحتراز وإلى حين الوقوف على تبعات قرار محكمة التمييز.

العرض السابق لقرار محكمة التمييز الصادر في غرفة المشورة بتاريخ 2018/9/24 وتبعاته كان مقدمة لازمة لبيان سبب اختيارنا في هذا البحث التعليق على حكم لمحكمة التمييز صدر لاحقا على القرار المشار إليه بفترة لم تتعد السنة من تاريخ صدور هذا القرار، والتي استطاعت به المحكمة – وكذا محكمة الاستئناف ومحكمة الدرجة الأولى – من الفصل وبجداره بنزاع قانوني مماثل بتاريخ 2019/7/7 في مسائل قانونية حول مشروعية منح الكفالة بموجب وكالة خاصة منصوص فيها فقط على إعطاء الكفالات، وذلك بقضائها برفض بطلان رهن رسمي لعقار ورهن حيازي لأسهم وكفالة شخصية تضامنية أجريت بموجب عقدي تسهيلات مصرفية على سند من هذه الوكالة وبالرغم من خلوها من بيان العقار

((1)) يهدف اتحاد مصارف الكويت إلى دعم الروابط بين المصارف المحلية وتوثيق عرى التعاون بينها والتنسيق بين نشاطاتها. وعضوية الاتحاد من أعضاء عاملون وهم المصارف الكويتية المسجلة في سجلات البنوك لدى البنك المركزي، وأعضاء منتسبون وهم فروع المصارف الأجنبية التي يرخص لها بمزاولة أعمالها في دولة الكويت.

والأسهم المرهونة على وجه التخصيص وعدم تحديد الدين المضمون بالوكالة تحديدا دقيقا((1)).

ليبدد ذلك الكثير من المخاوف لدى البنوك من مخاطر فقد ضماناتها في عقود تسهيلاتها المصرفية بالنسبة للكفالات الشخصية والعينية التي منحت على سند من وكلات خاصة خلت من تعيين محل هذه التصرفات على وجه التخصيص، وبما يضمن استمرار فعالية الكفالة كتأمين خاص في تحقيق غايتها بعدم إحجام البنوك تبعاً بقبولها عن طريق وكالة عامة وفق ما جرى العمل عليه فيها، وبالتيسير لعملائها وتمكينهم من قضاء احتياجاتهم للتمويل المصرفي.

حيث لا ريب بأن التأمينات الخاصة بنوعيها تلعب دورا مزدوجا، فإلى جانب وظيفتها التأمينية التي تتمثل في ضمان حصول البنوك وغيرهم من الدائنين على حقوقهم إزاء عجز الضمان العام عن توفير ذلك((2))، هناك وظيفة ائتمانية

((1)) محكمة التمييز – الطعنين بالتمييز رقمي 3516، 3526 لسنة 2018 تجاري/2 – جلسة 2019/7/7.

((2)) بشأن الحاجة إلى التأمينات الخاصة، انظر: الدكتور عبدالرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني– ج 10– في التأمينات الشخصية والعينية– دار النهضة العربية– 19940– ص 9، الدكتور حسام الأهواني– التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي– مؤسسة دار الكتب– الطبعة الأولى– الجزء الأول– 1985– ص 7 وما بعدها، الدكتور جابر محجوب والدكتور فايز الكندري– التأمينات العينية في القانون الكويتي– الكويت– 2004– ص 5 وما بعدها، الدكتور سامي الدريعي– أحكام التأمينات العينية في القانون الكويتي– الكويت– 2013– ص 4.

على قدر كبير من الأهمية. فعن طريق التأمينات الخاصة يمكن للشخص – طبيعيا كان أو اعتباريا – الحصول على الائتمان الذي يحتاج إليه مع تقديم ضمان كاف للبنك يجعله واثقا من استيفاء حقه عند حلول الأجل، وانتشار الائتمان ييسر التعامل ويساعد على تداول الأموال ويحقق، من ثم، نتائج اقتصادية بالغة الأهمية((1)).

لما كان ذلك، وكان التأمين الخاص الذي يحصل عليه الدائن قد يتمثل في التزام شخص آخر غير المدين بالوفاء بالدين إذا لم يوف به المدين نفسه بنموذج الكفالة الشخصية (كفيل شخصي) الذي يضم الكفيل ذمته إلى ذمة المدين ويكون ملتزما عنه بالدين (تأمين شخصي)، أو بكفالة عينية (تأمين عيني) يخصص فيها غير المدين لمال مملوك له – عقارا أو منقولا– لتأمين حق الدائن بمنحه ميزتي التقدم والتتبع في التنفيذ على المال، وقد درج العمل في المصارف على قبولها منه في عقود تسهيلاتها المصرفية بموجب وكالة خاصة ينص فيها صراحة على الرهن وعبارة "إعطاء الكفالات" دون تحديد محلها، كانت الحاجة ماسة لدراسة تحليلية لمدى سعة هذه الوكالة الخاصة في منح الكفالات الشخصية والعينية من خلال التعليق على حكم محكمة التمييز سالف الذكر – والذي نحسبه بأنه أخر حكم صدر في هذا الموضوع تحديدا – بالمبادئ القانونية التي ارستها ومقارنتها مع التطبيقات القضائية السابقة في هذا الشأن ومحاولة البحث في أبعادها، على أمل أن نوفق أن نضع بين يدي المعنيين من قضاة ومحامين وباحثين وعاملين في وزارة

((1)) الدكتور جابر محجوب والدكتور فايز الكندري– ص9– فقرة 6.

العدل والبنوك وغيرهم من المهتمين دراسة متخصصة في هذا الجانب، بخلاف المراجع العامة والأبحاث القانونية التي انصرفت لدراسة عقد الوكالة والكفالة واحكامهما بصفة عامة.

وحتى يتسنى لنا ذلك، نعرض في المبحث الأول للأحكام الخاصة بسعة الوكالة ومن ثم نطاق الكفالة وطبيعتها القانونية. نستهل بعدها، في المبحث الثاني، في التعليق على حكم محكمة التمييز. وقبل ذلك نعرض في مبحث تمهيدي وقائع الحكم واسبابه.

مبحث تمهيدي: وقائع وأسباب الحكم.

المبحث الأول: احكام الوكالة والكفالة.

المبحث الثاني: التعليق على الحكم.

مبحث تمهيدي

وقائع الحكم وأسبابه

من أجل الإلمام بوقائع النزاع في الدعوى، نعرض لقضاء محكمة الدرجة الأولى، ومحكمة الاستئناف، ثم نتناول قضاء محكمة التمييز.

وعلى ضوء ما انتهى إليه من مبادئ ومقارنته بما صدر من أحكام قضائية في أنزعه قضائية مماثلة، نشرع بعد ذلك في دراسة حدود اعتبار الكفالة من اعمال التبرع (أولا)، وحدود السلطة التقديرية للمحكمة في هذا الشأن(ثانيا).

وقبل ذلك، من الأهمية بمكان التأكيد على أن التعليق على الأحكام القضائية لا يمثل مساسا بها وبكون الحكم القضائي عنونا للحقيقة، إذ ان الفقه والقضاء تفسيران يكمل بعضهما البعض الآخر، كلاهما له دور فاعل في تطوير القواعد القانونية وتفسيرها((1))، وبأن الغاية الأساسية للبحث هي في تنمية الثقافة القانونية وربط التطبيق بالنظرية((2)).

((1))حول هذا الموضوع انظر الدكتور محمد هشام قاسم – أثر الاجتهاد القضائي في تطوير القانون – محاضرة ألقيت بجامعة الكويت بتاريخ 1968/4/1 – مجلة القضاء والقانون– العدد الثاني – السنة الأولى – 1968 – ص10 وما بعدها.

((2)) بشأن التعليق على الأحكام القضائية، انظر الدكتور عبدالفتاح مراد– أصول التعليق على أحكام القضاء– مجلية الحقوق– جامعة الكويت– 2008– ص 475.

1-قضاء محكمة الدرجة الأولى

المدعي كفيل عيني راهن وشخصي متضامن أقام الدعوى ضد بنك وآخرون بطلب الحكم ببطلان الرهن الرسمي الوارد على عقار يملكه، وكذلك بطلان الرهن الحيازي لأسهم المدعي والبالغ عددها 29625000 وما يترتب على ذلك من آثار بمحو وشطب قوائم القيد وذلك بخصوص العقد رقم ..... جلد/3 بتاريخ 2007/12/11 المبرم بين المدعى عليه الأول (البنك) والمدعى عليها الثانية (زوجة المدعي). كما طالب ببطلان الكفالة الشخصية التضامنية وذلك بخصوص العقد المذكور، وكذلك بخصوص العقد رقم ..... جلد/٣ المؤرخ 2007/11/1 والمبرم بين المدعى عليه الأول (البنك) والمدعى عليها الثالثة (شركة عقارية).

وذلك على سند من القول بأنه كفيل عيني راهن لعقار وأسهم وكفيل شخصي متضامن للمدعى عليها الثانية بصفتها مدينة للبنك بمبلغ سبعة وعشرين مليون وخمسمائة ألف دولار أمريكي وذلك بموجب عقد رسمي بتسهيلات مصرفية بالدولار الأمريكي المؤرخ في 2007/12/11، كما أنه أيضا كفيل شخصي متضامن للمدعى عليها الثالثة بصفتها مدينة للبنك بموجب عقد تسهيلات المؤرخ في 2007/11/1 عبارة عن قرض خمس ملايين دينار كويتي وقرض دائري يدور كل 90 يوما بمبلغ ستة ملايين دينار كويتي حد لخطابات ضمان شراء ١٢ شهر بمبلغ ستمائة ألف دينار كويتي بمجموع احدي عشر مليون وستمائة ألف دينار كويتي. وبأن البنك قد باشر إجراءات التنفيذ الجبري عليه بصفته كفيل شخصي متضامن

وكفيل عيني راهن للمدعى عليها الثانية وكفيل شخصي متضامن للمدعى عليها الثالثة استنادا للعقدين سالفي الذكر، ولما كان هذا الرهن الرسمي على العقار والرهن الحيازي للاسهم والكفالة الشخصية التضامنية الواردة بهما قد تم توقيعها من وكيل لا يملك سلطة القيام به لخلو الوكالة التي تم بموجبها إجراء الكفالة والرهن من بيان العقار والأسهم المرهون وتعيينه على وجه التخصيص، كما أن هذه الوكالة لا تجيز للوكيل جراء الكفالة الشخصية التضامنية الواردة في العقدين الأمر الذي يبطل معه هذه الكفالة عملا بأحكام المادة 702 من القانون المدني، كما أن الدين غير محدد تحديدا دقيقا في الوكالة الامر الذي يبطل الرهن لذلك عملا بأحكام المادة 981 من ذات القانون.

من جانبه، قام البنك – بموجب صحيفة – بإدخال خصم جديد (أم المدعي) لكونها من أطراف عقد التسهيلات المؤرخ في 2007/12/11 وإلزامها بتقديم ما تحت يدها من مستندات خاصة بهذا العقد بشأن الدعوى رقم 2009/26 المقامة في إمارة دبي (في الإمارات العربية المتحدة) المقضي فيها بتاريخ 2015/10/7 لصالحها ونجلها المدعي وزوجته المدعى عليها الثانية ضد بنك محلي عامل في دبي، وأيضا بشأن الدعوى المتداولة في دبي برقم 2016/14م المقامة منهم ضد البنك المذكور بالمطالبة بالتعويضات التكميلية تأسيسا على أنها أحد أطراف العقد المشار إليه كما أنها أحد أطراف الدعاوى المذكورة والمرفوعة في دبي بشأن طلب التعويضات عن الأضرار التي لحقت بهم من جراء خسارة استشاراتهم التي يديرها البنك المذكور والدعوي الأخرى بطلب التعويضات التكميلية.

كما قدم البنك حوافظ طويت على مستندات اهمها صور أحكام صادرة من الدوائر المستعجلة بطلب وقف بيع ضمانات العقد المذكور واشكالات التنفيذ، صور خطابات المدعي للبنك بطلب تسوية عقدي الرهن المؤرخين في 2007/12/11م و 2007/11/1م، صورة خطاب مكتب المدعي بتاريخ 2007/11/20 ببيان الأسهم المملوكة لإجراء الرهن عليها، صورة خطاب من مكتب المدعي بتاريخ 2007/11/22 بإرفاق أصل وثيقة تملك الأرض في الشامية محل الرهن .. وصورة كتاب أخر من المدعي بتاريخ 2007/11/18 ببيان بطاقات الأسهم مذيل بتوقيعه ... صورة كتاب مذيل بتوقيع المدعي إلى البنك بطلب تسوية المديونية عن العقدي سالفي الذكر مؤرخ 2015/11/24... صورة كتاب آخر عن ذات الطلب بتوقيع المدعي بتاريخ 2014/11/3.

قضت محكمة الدرجة الأولى بتاريخ 2018/5/7 برفض الدعوى((1))، وذلك على سند أنه من المقرر بأن "الرهن ليس من التبرعات بل من أعمال التصرف لذلك لا يشترط في التوكيل به أن يعين العقار الذي يكون محلا للرهن بل يكفي التوكيل في الرهن وعندئذ يجوز للوكيل أن يرهن أي عقار مملوك للموكل رهناً رسمياً إذا كان الموكل هو نفسه المدين، أما إذا كان الموكل كفيلا عينيا وليس هو المدين الأصلي فالغالب أن يكون متبرعا وإن ثبت ذلك يجب تحديد العقار محل التصرف بالذات وإلا بطل التصرف .. لما كان ذلك وكان الثابت من المكاتبات بين المدعي والمدعى عليه الأول بعرض المدعي عقاره والأسهم على البنك الرهن ثم بطلب

((1)) القضية رقم 2017/1259 تجاري مدني كلي/12.

تسوية المديونية ما يدل على أن المدعي لم يكن متبرعا تبرعا محضا وإنما اتجهت إرادته إلى توفير الضمانات اللازمة التمويل المدعي عليها الثانية بالتسهيلات المصرفية (العقد المؤرخ 2007/12/11) للاشتراك معها في استثمارات خارجية مما تصح الوكالة بالتصرف وعليه يكون الطلب قائم علي سند صحيح وتقضي المحكمة برفضه".

وعن طلب المدعي بطلان الكفالة الشخصية التضامنية بخصوص العقد المؤرخ 2007/12/11 والعقد المؤرخ 2007/11/1 لصدوره من وكيل بوكالة عامة لا تبيح له سلطة القيام بها وانه يجب فيه توكيل عام وكانت المحكمة قد انتهت على النحو السالف بيانه إلى أن المدعي لم يكن متبرعا في تلك العقود سيما وأن المدعي هو الممثل القانوني للشركة الممنوح لها القرض في العقد رقم ....جلد/3 (العقد المؤرخ 2007/11/1)، ولما كانت عبارات التوكيل العام رقم ..... جلد/6 قد جاءت صريحة في أحقية الوكيل في (إعطاء الكفالات) .. .. مما تخلص المحكمة إلى أن ارادة المدعي اتجهت إلى منح البنك المدعى عليه الأول الضمانات اللازمة لإتمام التعاقد في العقدين مما تصح معه الكفالة الشخصية فيهما وعليه تقضي المحكمة برفض هذا الطلب".

2- قضاء محكمة الاستئناف

طعن المدعي بالحكم الصادر من محكمة أول درجة بالاستئناف والقضاء مجددا بطلباته السابقة وبذات الأسباب التي كان قد تمسك بها، وأضاف عليها اغفال

الحكم المستأنف الرد على دفاعه ببطلان عقد الرهن محل الدعوى لكون التوكيلات محل الرهن والكفالة صادرة من وكيل ليس له سلطة إبرام الرهن بموجب وكالة عامة وذلك لخلوها من تخصيص العقار محل الرهن وفي تحديد مبلغ الدين المكفول وفي تحديد المدين على وجه التخصيص مما يبطل الرهن والكفالة، وبأن الحكم قد انطوى على مخالفة للقانون والخطأ في تطبيقه بقوله أن الرهن محل الدعوى هو عمل تبرعي بالنسبة له بدلالة خلو الأوراق من دليل مديونيته للبنك أو أي من أطراف الدعوى وليست له أي مصلحة أو منفعة في عقد الرهن الأمر الذي يعيب الحكم المستأنف بما بوجب إلغاؤه.

قضت محكمة الاستئناف برفض الاستئناف وتأييد حكم محكمة الدرجة الأولى بتاريخ 2018/12/2((1))، وذلك بتقريرها على أن الحكم قد أصاب صحيح الواقع والقانون للأسباب السائغة التي بنى عليها، وعلى سند أيضاً من موافقة لاحقة وإجازة لتصرفات الوكيل.

حيث انتهت إلى أنه كان "الثابت للمحكمة من الطلب المقدم من المستأنف للبنك المستأنف ضده الأول والمذيل بتوقيعه والمؤرخ 2014/11/3 وذلك بخصوص تسوية مديونية العقدين رقم .... جلد/3 المؤرخ 2007/12/11 ورقم .... جلد/3 المؤرخ 2007/11/1م، وكان هذا الكتاب لاحق لتاريخ توكيل المستأنف لوكيله بموجب الوكالة العامة ومن ثم يكون قد أجاز تصرفه أنه كفيل عيني راهن

((1)) الاستئناف رقم 1517 لسنة 2018- تجاري مدني حكومة/1.

وشخصي متضامن لمديونية المستأنف ضدها الثانية بالعقد رقم .... جلد/3 المؤرخ 2007/12/11 وأنه كذلك كفيل عيني راهن وشخص متضامن لمديونية شركة .... (المدعي عليه الثالث) بموجب العقد رقم .... جلد/3 المؤرخ 2007/11/1 فضلا عن إقرار المستأنف وموافقته على انه كفيل للمديونية الواردة بالعقد رقم .... جلد/3 المؤرخ 2007/12/11 وذلك حسبما ثبت من صحيفة الدعوى 2009/2903 تظلمات والمقامة منه ضد البنك المستأنف ضده الأول – تظلما من أمر منع سفره تنفيذا لعقد القرض سالف الذكر والذي يقر فيه المستأنف بعدم وجود أسباب تدعو للخشية من الدين لكونه كفيل لمديونية المستأنف ضدها الثانية المملوكة والمرهونة لتلك المديونية وكذا إقراره في الدعوى رقم 2009/4241م تجاري مدني كلي/13 تجاري والمقامة منه ضد البنك بندب خبير لبيان التسهيلات المصرفية المقدمة من البنك لشركة ..... والذي يقر المستأنف فيها أيضا بأنه قام بكفالة هذه المديونية كفالة شخصية تضامنية الأمر الذي تستخلص معه المحكمة من كل ما تقدم على أن هناك موافقة لاحقة واجازة لتصرفات الوكيل بموجب الوكالة العامة رقم ....جلد6 بتاريخ 2006/9/26 وبأنه كفيل عينى راهن وشخصي متضامن لمديونية المستأنف ضدها الثانية والثالثة بموجب العقدين سالفي البيان وبصحتهما ونفاذهما في مواجهته".

3

- قضاء محكمة التمييز

بالطعن في حكم محكمة الاستئناف بطريق التمييز بالطعنين رقمي 3516 و 3526 تمسك الكفيل (المدعي) بالطعن الأول على سبب واحد بمخالفة القانون، والخطأ في تطبيقه، وتفسيره، والقصور في التسبيب، والفساد في الاستدلال، والإخلال بحق الدفاع، ومخالفة الثابت بالأوراق، على سند بأن محكمة الموضوع قد غيرت مركزه "من الكفيل المتبرع إلى المدين دون أن تبين الدليل القانوني والواقعي الذي استقت منه وقوع الاشتراك في الاستثمارات الخارجية كما لم تبين دليلها على أن الكفالة والرهن في العقدين لم يكن أي منهما علي سبيل التبرع وأن الطاعن حصل على مقابلهما، كما أنه إذا كانت الرسمية ركن جوهري في عقد الرهن الرسمي فلا يجوز الاعتداد بمكاتبات ومراسلات وطلبات غير رسمية للقوا بإجازته واذا كان الطاعن هو الممثل القانوني للشركة المطعون ضدها الثالثة الممنوح لها التسهيلات في العقد رقم .... جلد/3 (2007/11/1) فإن ذلك لا يعني اتحاد ذمته المالية مع ذمتها المالية أو أنه يسأل عن ديونها في أمواله الخاصة سيما أنه ليس شريكا متضامنا فيها علاوة على أنه في العقد الثاني رقم .... جلد/3 (العقد المؤرخ 2007/12/11) لا يمثل المطعون ضدها الثانية المدينة الأصلية في العقد، كما أن كتاب الطاعن للبنك بخصوص تسوية الدين لا تتوافر فيه الرسمية المطلوبة في عقد الرهن الرسمي الذي إذا بطل فلا ترد عليه الإجازة علاوة على أن الحكم لم يورد في أسبابه ماهية العبارات التي تضمنها طلب التسوية واستدل منها على الإجازة اللاحقة لتصرف وكيله أو تلك التي تضمنتها صحيفتا الدعويين المار

ذكرهما واستخلص منهما وجود إقرار قضائي من الطاعن بالكفالات العينية والشخصية موضوع التداعي سيما أن ما ورد بصحيفتي الدعويين المنوه عنهم ما هو إلا وجه من أوجه دفاع الطاعن خاصة أن الرهن جاء باطلا بطلانا من النظام العام لا ترد عليه الإجازة ولا التصحيح ولا يجوز الاتفاق على صحته بما يعيب الحكم المطعون فيه ويستوجب تمييزه".

وفي الطعن الثاني رقم 3526 نعى الكفيل الطاعن بخطأ الحكم الابتدائي في استناده إلى مجرد مكاتبات دائرة بينه والبنك وإلى طلبه المقدم للبنك لتسوية الدين المضمون بقوله "أنه ممثل للشركة المطعون ضدها الثالثة وأن عبارات التوكيل صريحة وتجيز التوكيل أبرام الكفالات العينية والشخصية باسم الطاعن لأنه لم يجري تلك الكفالات على سبيل التبرع وإنما كان له مصلحة في إتمام التسهيلات المصرفية المضمونة لمشاركة المطعون ضدها الثانية في استثمارات خارجية كما تعمل بأن الحكم الصادر من محكمة استثمار دبي المقدم من البنك المطعون ضده الأول للتدليل على أن الطاعن له مصلحة في إتمام التسهيلات المصرفية المضمونة وليس متبرعا يتعارض مع صورة العقد رقم .... جلد/3 المؤرخ 2007/11/14 المقدمة من الطاعن لمحكمة أول درجة بجلسة 2017/12/25 الثابت بها أن الطاعن استحصل هو الآخر على قرض شخصي من البنك المطعون ضده الأول لتمويل استثماراته في دبي وأن المطعون ضدها السادسة (أم الكفيل الطاعن) استحصلت من البنك على قرض آخر وتم تسوية القرضين والتصالح بشأنهما مع البنك وصدر بالصلح الحكم رقم 4065 لسنة 2009 تجاري

وهو ما يعني أن استثمارات الطاعن في الخارج والتي طالب أمام محكمة دبي بالتعويضات عن خسائره فيها قام بتمويلها من أمواله الخاصة التي حولها للخارج أي أن هناك مغايرة بين قرض الطاعن وقرض المطعون ضدها الثانية وأنه لا يوجد ارتباط بين عقد الأخيرة الذي يكفله الطاعن وبين استثماراته في الخارج وهو ما أكده الحكم الصادر من محكمة دبي مار الذكر الثابت به أن تعويضات الطاعن كانت عن استثمارات شخصية خاصة به ضد بنك..... ولا علاقة لها باستثمارات المطعون ضدهما الثانية والثالثة وهو ما يدل على عدم وجود مصلحة أو منفعة أو مقابل مادي حصل عليه الطاعن من تلك الكفالات ويؤكد أنها كانت على سبيل التبرع... بما يعيب الحكم المطعون فيه ويستوجب تمييزه".

وتمهيدا لقضائها في الطعنين المار ذكرهما، أكدت محكمة التمييز على عدد من المبادئ القانونية اللازمة لذلك بشأن الرهن الرسمي والرهن الحيازي، والتخصيص المطلوب حسب الأحوال في عقد الرهن والوكالة، وسلطة محكمة الموضوع في تحديد طبيعة العلاقة بين طرفي الخصومة، وحدود مسايرة حكم الاستئناف لأسباب الحكم الابتدائي. وذلك بتقريرها على أنه "من المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن النص في المادة 981 من القانون المدني على أنه "يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبلي أو دين احتمالي، فيجوز أن يترتب ضمانة لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين "يدل – وعلى ما ورد بالمذكرة الإيضاحية القانون – على جواز عقد رهن رسمي لضمان دين ينشأ

مستقبلا أو دينا احتمالية وإعمالا لمبدأ تخصيص الرهن الذي يترتب ضمانة لاعتماد مفتوح مشروط أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين الذي يضمنه الرهن أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين وعلى ذلك فإن الدين المضمون لا بد أن يكون محددة تحديدا كافيا حتى يكون الرهن مخصصا من ناحيته وإلا كان عقد الرهن باطلا لعدم التخصيص فلا يجوز أن ينعقد رهن رسمي لضمان كل الديون التي تثبت في ذمة المدين. و بأن الرهن ليس من التبرعات بل من أعمال التصرف لذلك لا يشترط في التوكيل به أن يعين العقار الذي يكون محلا للرهن بل يكفي التوكيل في الرهن وعندئذ يجوز للوكيل أن يرهن أي عقار مملوك للموكل رهنا رسميا إذا كان الموكل هو نفسه المدين أما إذا كان الموكل كفيلا عينيا وليس هو المدين الأصلي فالغالب أن يكون متبرعاً وإذا ثبت ذلك يجب تحديد العقار محل التصرف بالذات والا بطل التصرف. وبأن الرهن الحيازي طبقا لنص المادة 1027 من القانون المدني هو عقد به يلتزم شخص، ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلي عدل يعينه المتعاقدان، شيئا يترتب عليه للدائن حق عيني يخوله حبس الشيء حتى استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في اقتضاء حقه من هذا الشيء في أي يد يكون، وبأنه طبقا للمادة 1029 تسري على الرهن الحيازي أحكام المواد 974 و 975 و 978 و 981 و 982 و 983 المتعلقة بالرهن الرسمي. وبأن النص في المادة 745 من القانون المدني على أن "الكفالة عقد بمقتضاه يضم شخص ذمته إلى ذمة المدين في تنفيذ التزام عليه بأن يتعهد للدائن بأدائه إذا لم يؤده المدين" يدل، وعلى ما ورد المذكرة

الإيضاحية، على أن الكفالة تفترض وجود التزام مكفول في ذمة المدين الأصلي، كما تفترض وجود عقد بين الكفيل والدائن يرتب التزاما في ذمة الكفيل بتنفيذ الالتزام الأصلي، كما تفترض وجود عقد بين الكفيل والدائن يرتب التزاما في ذمة الكفيل بتنفيذ الالتزام الأصلي إذا لم ينفذه المدين. ومن المقرر أيضاً – في قضاء هذه المحكمة – بأن المناط في التعرف على مدى سعة الوكالة من حيث ما تشتمل عليه من تصرفات قانونية خول الموكل الوكيل إجراء ها يتحدد بالرجوع إلى عبارات التوكيل ذاته وما جرت به نصوصه وهو أمر يخضع لسلطة قاضي الموضوع بغير معقب ما دام تفسيره واقعا على توكيل قائم وتحتمله عباراته وأن سائر المعاوضات وإن كان لا بد فيها من وكالة خاصة تطبيقا لحكم المادة 702 من القانون المدني – تبين نوع التصرف إلا أنه يصح أن تصدر دون تحديد المحل الذي يقع عليه التصرف وذلك على خلاف التبرعات إذ يجب أن تكون الوكالة فيها خاصة في نوع التصرف وخاصة أيضا في محله، وبأن لمحكمة الموضوع التعرف على حقيقة العلاقة التي تربط بين طرفي الخصومة، ولها استظهار مدلول الاتفاقات وفهم الواقع في الدعوى وتفسير العقود والمشارطات ما دامت لم تخرج في تفسيرها عن المعنى الذي تحمله عبارات العقد دون رقابة عليها مادامت قد أقامت قضاءها على أسبابه سائغة، وأنها إذا استندت إلى عدة قرائن مساندة تؤدي في مجموعها إلى النتيجة التي انتهت إليها فلا يجوز مناقشة كل قرينة على حده لإثبات عدم كفايتها في ذاتها وهي غير مكلفة أن تذكر في حكمها كافة حجج الخصوم وتفندها بل كل ما يتطلبه القانون منها هو أن يكون حكمها مسبب تسبيبا كافيا لتسويغ ما حكمت

به. وبأن لمحكمة الاستئناف وهي تؤيد الحكم الابتدائي، أن تحيل إلى ما جاء فيه سواء في بيان وقائع الدعوى أو في الأسباب التي أقيم عليها وأن تأخذ بأسباب الحكم الابتدائي دون إضافة متى رأت في هذه الأسباب ما يغني عن إيراد جديد، وبأن التناقض الذي يعيب الحكم هو ما تتماحى به أسبابه بحيث لا يبقى بعدها ما يمكن حمل الحكم عليه أو أن يكون التناقض واقعة في أساس الحكم بحيث لا يفهم معه على أي أساس قضت المحكمة بما قضت به. وبأنه إذا أقام الحكم المطعون فيه قضاء وعلى دعامتين مستقلتين إحداهما عن الأخرى فإنه إذا استقامت الدعامة الأولي وكانت كافية وحدها لحمل الحكم فإن النعي على الدعامة الأخرى – بفرض صحته – يكون غير منتج".

وما ان انتهت محكمة التمييز ببيان ما سلف من مبادئ قانونية، حكمت برفض الطعنين بقضائها على أنه "لما كان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاء وبرفض الدعوى على ما استخلصه سائغا من العقدين موضوع التداعي وأوراق الدعوى وما قدم فيها من مستندات أن الطاعن لم يكن متبرعا محضا بخصوص التأمينات الشخصية والعينية المطعون عليها وإنما اتجهت إرادته إلى توفير الضمانات اللازمة لتمويل المطعون ضدها الثانية المدينة في العقد الأول رقم .... جلد/٣ مؤرخ 2007/12/11 بالتسهيلات المصرفية للاشتراك معها في استثمارات خارجية وأنه هو الممثل القانوني للشركة المطعون عليها الثالثة في العقد الثاني رقم ..... جلد/3 المؤرخ 2007/11/1 وأن إرادته قد اتجهت إلى منح البنك المطعون ضده الأول الضمانات اللازمة لإتمام التعاقد في العقدين وأن عبارات

التوكيل العام رقم ..... جلد/6 المؤرخ 2006/9/26 قد جاءت صريحة في أحقية الوكيل في إبرام الكفالات والرهن وخلص الحكم من ذلك إلى أن الوكالة العامة بالتصرف التي تمت بموجبها تلك التأمينات الشخصية والعينية صحيحة وتجيز للوكيل إبرامها أي أن وكيل الطاعن الذي أبرم عقدي الرهن الرسمي والحيازي والكفالة الشخصية التضامنية لم يخرج عن حدود وكالته التي تبيح له إبرامها بعدما ثبت أن الطاعن لم يكن متبرعا. لما كان ذلك، وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه أيضا برفض طلب بطلان الرهن لعدم تخصيص الدين وبيان العقار المرهون على ما استخلصه سائغا من الأوراق والعقد المطعون فيه رقم .... جلد/3 المؤرخ 2007/12/11 بأن العقار المرهون معين بالعقد تعيين دقيقة من حيث طبيعته وموقعه وأن التسهيلات المصرفية محددة بمبلغ الدين الذي يضمنه الرهن والحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين وبأنه متعلق بتسهيلات مصرفية في صورة خطابات ضمان لمدة ثلاث سنوات من تاريخ الإصدار بحد أقصى 27500000 دولار أمريكي وانتهى الحكم إلى صحة الرهن من حيث تخصيص الدين وبيان العقار المرهون، وكان هذا كله الذي خلص إليه الحكم صحيحة سائغا له معينه ويتفق مع الثابت بالأوراق والعقدين والتوكيل ويتضمن الدعامة المستقلة الكافية لحمل قضاءه والتي تكفى أيضا للرد على أسباب الاستئناف ومن ثم لا تكون محكمة الموضوع ملزمة من بعد بتتبع شتى مناحي دفاع الخصوم والرد عليها استقلالا، إذ في قيام هذه الحقيقة التي اقتنعت بها وأوردت دليلها الرد الضمني المسقط لما عداها، كما أنه لا يعيب الحكم المطعون

فيه عدم رده على دفاع الطاعن المتعلق بتناقض الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه إذ أنه دفاع غير صحصح لأن الحكم جاء خاليا من التناقض إذ تضمن في اسبابه ومنطوقه رفض الدعوى، لما كان ذلك، فإن تعييب الحكم المطعون فيه في دعامته الثانية التي أوردها دعما للحكم الابتدائي بخصوص الإجازة اللاحقة من الطاعن لتصرفات وكيله وإقراره اللاحق بالتأمينات المطعون عليها – أيا كان وجه الرأي فيها – يكون غير منتج ومن ثم غير مقبول ويضحي النعي بأسباب الطعنين على غير أساس".

المبحث الأول

أحكام الوكالة والكفالة

الوكالة تحدد بصفة أساسية بالمساحة التي يتركها الموكل للوكيل في تنفيذ التصرفات القانونية، وتتسع تبعا لما يتفق عليه الطرفان((1)). مع ذلك، يقيد المشرع الوكالة في أعمال قانونية في حالات خاصة شأن الكفالة.

وهو ما يتطلب تباعا البحث أولا: في الأحكام العامة لسعة الوكالة المقررة في القانون المدني، ومن ثم الوقوف ثانيا: على موقع الكفالة منها وتحديد نطاقها.

أولا: نطاق الوكالة

تمثل عقد الوكالة "مظهرا من مظاهر التعاون بين أفراد المجتمع، وخاصة عندما تكون الوكالة بلا أجر، ذلك أن كثيرا من الناس يحتاج إلى من ينوب عنه في إجراء

((1)) حول هذا الموضوع راجع الدكتور عبدالرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء السابع – المجلد الأول – العقود الواردة على العمل (المقاولة – الوكالة – الوديعة – الحراسة) – محدث ومنقح بواسطة المستشار أحمد مدحت المراغي – عام 2010 – ص302 وما بعدها، الدكتور محمد شريف عبدالرحمن – الوكالة في التصرفات القانونية – دار الفكر والقانون – عام 2011 – ص14 وما بعدها، الدكتور قدري عبدالفتاح الشهاوي – أحكام عقد الوكالة في التشريع المصري والمقارن – عام 2001 ص93، ص94، الدكتور محمد عزمي البكري– موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد–المجلد التاسع–عقد الوكالة– عقد الوديعة–عقد الحراسة – عقود الغرر (المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة) – طبعة 2021/2020 ص4 وما بعدها.

التصرفات التي لا يمكنه بها: لقلة خبرته، أو لبعده عن مكان إجرائها، أو لادخار وقته"((1)).

وإذا كان عقد الوكالة من العقود القائمة على عنصر الاعتبار الشخصي، حيث إن الموكل يدخل في اعتباره شخصية الوكيل لاختياره نائبا عنه مقام نفسه في مباشرة التصرفات القانونية((2))، فإن ذلك لا يعني انحسارها فحسب بين الأشخاص التي تربطهم صلة قرابة أو علاقة زوجية، بل إنها تتعد ذلك من الناحية العملية باستخدامها بصفة شائعة من جانب ممثلي الشركات باختلافها ورجال الأعمال والتجار وغيرهم ممن درج على توكيل من يجد فيه أهلا للثقة والكفاءة والدراية والخبرة لإدارة اعماله أو تفويضه بإبرام التصرفات القانونية نيابة عنه بسبب انشغالاته أو كثرة سفره للخارج أو لتجنب تكلف ومشقة وعناء مراجعة الجهات الرسمية وغيرها والحضور أمامها للتوقيع واتمام المعاملات السابقة على ذلك بالجهد والوقت المطلوبين.

((1)) الدكتور محمد الألفي– عقد الوكالة في ضوء قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات المتحدة وأحكام الفقه الإسلامي– مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة– 1994– ص 5، الدكتور محمد شريف عبدالرحمن – المرجع السابق – ص32.

((2)) في الاعتبار الشخصي في عقد الوكالة، انظر: الدكتور مشعل حياة– مدى جدية عنصر الاعتبار الشخصي في عقد الوكالة. دراسة مقارنة وفقا للقانون الكويتي والقوانين المقارنة– مجلة الحقوق– جامعة الكويت– العدد 1– السنة 33– 2009–ص 13.

وقبل دراسة مدى سعة الوكالة في القانون الكويتي، يتعين التمييز بين الوكالة وإدارة الشركة لتحديد إطار البحث الماثل.

1-الوكالة وإدارة الشركة

محل البحث حول سعة الوكالة بتقرير الحق للوكيل في إبرام عقد الكفالة باسم الموكل، أي في جميع الأحوال التي يبرم فيها العقد من خلال وكالة. وهو ما ينبغي عدم الخلط معه بين الوكالة وإدارة الشركة. إذ أن الممثل القانوني للشركة، من مدير أو مجلس إدارة الشركة ورئيس المجلس ونائبه حال غيابه، يعتبر أداة للشركة لا وكيلاً عنها((1)).

ذلك أن التصرفات والأعمال التي يجريها نائب الشخص الاعتباري قد أجريت من قبل هذا الشخص الاعتباري مباشرة لا من قبل نائبه، وهي تعبر عن إرادة الشخص الاعتباري نفسه لا عن إرادة النائب. الشخص الاعتباري يتمتع بالإرادة التامة وأهلية الأداء، ولكنه لا يستطيع أن يعبر عن إرادته إلا بواسطة نائبة أو ممثلة الذي تتجلى

((1)) انظر الدكتور عبدالرزاق السنهوري- العقود التي تقع على الملكية – الهبة والشركة- الجزء الخامس- دار النهضة العربية- 1987- ص 285، الدكتور عبدالرزاق السنهوري- المقاولة والوكالة- المرجع السابق- ص 483، الدكتورة سميحة القليوبي- الشركات التجارية- دار النهضة العربية- 2018- ص 105.

ارادته في ارادته إرادة الشخص الاعتباري نفسه، والذي لا يعدو أن يكون العضو أو الجهاز الذي يعبر بواسطته الشخصي الاعتباري عن الإرادة((1)).

فالإرادة التي يعبر عنها ممثل الشخص الاعتباري والتصرفات التي يجريها يعدها القانون، بمثابة إرادة الشخص المعنوي وتصرفات الشخص المعنوي، فهو "مجرد وسيلة لإبراز أو اظهار إرادة ذاك الشخص"((2)).

وأهلية الشخص الاعتباري تختلف بنوعيها – أهلية الوجوب وأهلية الأداء – عن أهلية الشخص الطبيعي وتنقص عنها مدى واتساعا((3)). فأهلية الشخص الطبيعي هي، بحسب الأصل العام، مطلقة غير محددة تخوله اكتساب جميع أنواع الحقوق وممارسة مختلف أنواع التصرفات، بما فيها الكفالة. بالمقابل، أهلية الشخص

((1)) في هذا الشأن، انظر الدكتور هشام القاسم– المدخل إلى علم القانون– المطبعة الجديدة– دمشق– 1975– ص 430 وما بعدها، الدكتور علي عوض– عمليات البنوك من الوجهة القانونية – في قانون التجارة الجديد وتشريعات الدول العربية– دار النهضة العربية– الطبعة الثالثة– 2000– ص 907، الدكتورة سميحة القليوبي– المرجع السابق– ص 110.

((2)) الدكتور عبدالحي حجازي– المدخل لدراسة العلوم القانونية– الحق وفقا للقانون الكويتي – دراسة مقارنة– مطبوعات جامعة الكويت– 1970– ص 544.

((3)) الدكتور هشام القاسم– المرجع السابق– ص 428.

الاعتباري في الكفالة لا تثبت إلا ضمن الحدود التي يعنيها سند إنشائه والغرض الذي نشأ من أجله، وذلك كله فضلا عما يقرره القانون((1)).

هو ما يعني لزاماً الرجوع بالنسبة لأهلية الشركة في الكفالة إلى عقد الشركة، وفي الحدود التي يعينها القانون. وفي هذا الصدد، تنص المادة 184 من قانون الشركات المتعلقة بسلطة مجلس الإدارة في الشركات المساهمة على أن "لمجلس الإدارة أن يزاول جميع الأعمال التي تقتضيها إدارة الشركة وفقا لأغراضها، ولا يحد من هذه السلطة إلا من نص عليه في القانون أو عقد الشركة أو قرارات الجمعية العامة". وبمقتضى الفقرة الثانية منها أوضحت على أنه "ويبين في عقد الشركة مدى سلطة مجلس الإدارة في الاقتراض ورعن عقارات الشركة وعقد الكفالات، والتحكيم، والصلح، والتبرعات". بما يعني عدم أن أهلية الشركة بالكفالة تطلب النص في عقد الشركة على سلطتها في ذلك((2))، فإن ابرم رئيس مجلس إدارة الشركة لعقد كفالة دون النص في عقد الشركة على حق الشركة بالرهن والكفالات أو دون الحصول ووفق ما جاء بعقد الشركة على موافقة مجلس الإدارة أو بالمخالفة لقرارته، يبطل العقد بسبب عدم أهلية الشركة ذاتها باعتبار أن رئيس مجلس الإدارة

((1)) "تتحدد أهلية الشخص الاعتباري، فيما يثبت له من حقوق وما يتحمل به من التزامات، بما يقضب به سبب إنشائه، كما تتحدد بالغرض الذي نشا من أجله، وذلك كله فضلا عما يقرره القانون"، مادة 19 مدني.

((2)) Piedelievre S. et Putman E.- Droit Bancaire) Economica) 2011- p. 669- n. 684.

ليس إلا عضو تعبر الشركة من خلاله لإرادتها((1))، ومن ثم لا مجال للحديث عن تجاوز رئيس مجلس الإدارة عن حدود الوكالة أو عدم اتساعها لعقد الكفالة الذي قام بإبرامه.

وهذا ما خلص إليه حكم لمحكمة أول درجة بتاريخ 2013/5/14 في دعوى خاصمت فيها شركة (شركة قابضة) أحد البنوك المحلية بطلب الحكم بعدم نفاذ الكفالة العينية برهن الأسهم العائدة له والمشار إليها في عقد تمويل المؤرخ 2011/1/23م والمبرم بين البنك وشركة استثمارية، وشطب تباعا رهن المحفظة الاستثمارية العائدة لها والمودعة لدى شركة استثمارية بصفتها عدل بالرهن، وأحقيتها في استلامها، وبعدم أحقية البنك في الرجوع عليها بأية مبالغ.

وشيدت طلباتها على سند من القول أنه في تاريخ 2012/5/29 أرسل البنك إنذاراً للشركة العدل في الرهن والشركة الاستثمارية التي اقترضت من البنك بمقتضى عقد التمويل المصرفي المشار إليه، والذي تضمن الإشارة لهذا العقد وعقد رهن محفظة استثمارية للاسهم المذكورة وبما يفيد بمديونية الشركة الاستثمارية في ذمة البنك وقد ورد في عقد المحفظة السالفة الذكر أنها كفيل عيني راهن، وقد وقع هذا العقد باطلاً وغير نافذ في حقها لأن اتفاقية عقد الرهن الرسمي للمحفظة الاستثمارية رقم .....

((1)) يمثل مجلس الإدارة الشركة في علاقاتها مع الغير وأمام القضاء، إلى جانب الاختصاصات الأخرى التي يبينها عقد الشركة، ويعتبر توقيعه كتوقيع مجلس الإدارة في علاقة الشركة بالغير، وعليه تنفيذ قرارات مجلس الإدارة وأن يتقيد بتوصياته، ويحل نائب الرئيس محل الرئيس عند غيابه، أو قيام مانع لديه من ممارسة اختصاصاته. المادة 183 قانون الشركات.

المؤرخ في 2011/1/23 موقعة من نائب رئيس مجلس الإدارة بالشركة وهو لا يملك صلاحية التوقيع على عقود الشركة في ظل وجود رئيس مجلس الإدارة. كما أن عقد تأسيسها ونظامها الأساسي قد تضمنا الإشارة إلى سلطات وصلاحيات رئيس ونائب رئيس مجلس إدارتها وليس من بين تلك الاختصاصات أعمال التصرف كالتبرعات والصلح والرهن والإقرار والتحكيم والتي استلزمت لها المادة 702 من القانون المدني توكيلاً خاصاً، وقد أوجب عقد الشركة ونظامها الأساسي موافقة الجمعية العامة للشركة على أي عمل من أعمال الرهن أو الكفالة. ولم يصدر منها ثمة توكيل أو تفويض لمجلس الإدارة في توقيع العقد المؤرخ في 2011/1/23 والمتضمن كفالة عينية من الطالبة ورهن المحفظة الاستثمارية المملوكة لها، الأمر الذي تكون معه تلك الكفالة وذلك الرهن غير نافذين في حق الشركة.

وفي هذا الشأن، التفتت المحكمة عن ما ساقته الشركة من دفاع بشأن في بطلان وشطب الكفالة العينية وهن المحفظة الاستثمارية على سند من أن صلاحيات رئيس مجلس الإدارة ونائبه ليس من بينها أعمال التصرف كالتبرعات والصلح والرهن والاقرار والتحكيم والتي استلزمت المادة 702 من القانون المدني توكيلا خاصا بشأنها، باعتبار أن لا مجال للبحث في طبيعة الوكالة وسعتها في اصدار الكفالة العينية، وبأن توقيع نائب رئيس مجلس الإدارة لعقد المحفظة الاستثمارية بمثابة تعبير عن إرادة الشركة ليكون مناط الفصل في النزاع المطروح الوقوف على صلاحية الشركة وممثلها القانوني في ابرام هذا العقد هو بالصلاحيات المحددة في

عقد الشركة ذاتها وبما يتفق مع نص المادة 138 من قانون الشركات التجارية الملغي((1)).

عليه، قضت المحكمة ببطلان وشطب الكفالة العينية ورهن المحفظة الاستثمارية على سند من أن الثابت من مطالعتها لعقد الشركة "أنه تضمن بمادته 25 على أن لمجلس إدارة الشركة أوسع السلطات لإدارة الشركة والقيام بجميع الأعمال التي تقتضيها إدارة الشركة وفقا لأغراضها ولا يحد من هذه السلطة إلا ما نص عليه في القانون أو قرارات الجمعية العامة، ولا يجوز لمجلس الإدارة بيع عقارات الشركة أو رهنها أو اعطاء الكفالات أو عقد القروض بناء على ما تقتضيه مصلحة الشركة إلا بعد موافقة الجمعية العمومية، فإن مؤدى ذلك أن نائب رئيس مجلس إدارة الشركة المدعية حيث ابرم عقد الرهن الرسمي للمحفظة الاستثمارية سالف البيان المتضمن رهن رهنا حيازيا ذو مرتبه أولى لصالح المدعي عليه الأول (البنك) لك تكن سلطته تخوله طبقا لأحكام قانون الشركات التجارية ونظام الشركة المدعية سوى أعمال الإدارة بما يضمن تسيير النشاط العادي للشركة دون أن يكون لها الحق في إجراء ذلك الرهن وإعطاء الكفالات بحسابنا أن ذلك من أعمال التصرف"((2)).

((1)) والتي تقابل المادة 184 من قانون الشركات الجديد الصادر بمرسوم قانون رقم 26 لسنة 2012، والذي أعيد إصداره بموجب القانون رقم 1 لسنة 2016.

((2)) القضية رقم 102 لسنة 2013 تجاري مدني كلي حكومة/6، تم تسوية النزاع وديا بين اطراف الدعوى، لينتهي النزاع بذلك، في ذات المعني، وبشأن بطلان شرط التحكيم لعدم تفويض مجلس الإدارة الشركة لرئيس المجلس في قبوله، انظر حكم محكمة التمييز صادر في

وفي طعن بالتمييز نعت به شركة .... للتجارة والمقاولات على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، وذلك بإلزامها بصفتها كفيل للسيد/ مكرم... المدين لبنك ... عن تسهيلات مصرفية مقدراها 135000 دينار بإداء المبلغ بالتضامن مع المذكور للبنك، وبأنها تمسكت في دفاعها أمام محكمة الموضوع ببطلان كفالتها لأنها وقعت ممن ليس له لحق في ذلك وبأن الحكم المطعون فيه لم يعن بتحقيق هذا الدفاع بالرغم أنه دفاع جوهري يتغير به وجه الرأي في الدعوى، قضت محكمة التمييز في حكم مؤرخ 2004/5/8 بإن "هذا النعي مردود، ذلك أنه لما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الصفة في الدعوى تقوم بالمدعى عليه متى كان الحق المطلوب فيها موجودا في مواجهته باعتبار أنه صاحب الشأن فيه والمسئول عنه حال ثبوت أحقية المدعى فيه، كما أن تحري صفة الخصوم واستخلاص توافرها أو انتفائها في الدعوى، وقيام الكفالة أو نفيها هو من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع وحسبها أن تبين الحقيقة التي اقتنعت فيها في هذا الخصوص وان تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله. لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن المطعون ضده الثاني – المدين المار ذكره – حصل على من البنك المطعون ضد الأول على تسهيلات مصرفية بموجب العقد المؤرخ 1999/9/1 بمبلغ 135000 دينار وقد تضمن هذا العقد والمقدم في حافظة

2012/2/14. الطعن بالتمييز رقم: 588 لسنة 2011 تجاري/1، حكم غير منشور، وكذلك، حكم سابق لمحكمة التمييز صادر في 2000/1/23، الطعن بالتمييز رقم 568 لسنة 1998، والتعليق على هذا الحكم: سلطة مجلس إدارة شركة مساهمة في قبول شرط التحكيم– احمد الملحم– مجلة الحقوق– جامعة الكويت– 2010– العدد الأول– ص 15.

مستندات البنك إلى محكمة أول درجة بجلسة 2000/11/21 إقرار الشركة الطاعنة بكفالة المدين في الوفاء بالتزاماته الناشئة عن هذا العقد وموقع على الإقرار بتوقيعات انتهى الخبير المنتدب في الدعوى أنها لمن يمثل الشركة الطاعنة، وكان الحكم المطعون فيه قد واجه الدفاع المشار إليه بسبب النعي واطرحه على ما ورد بمدوناته ... بأنها لم تقدم دليلا على عدم انصراف ارادة الشركاء للتعاقد بما ينتفي معه وجه النعي في هذا الخصوص ولا أساس له"[(1)].

إذا كان الأمر كذلك، بالتمييز بين الوكالة وإدارة الشركة على النحو المتقدم، فإن الأمر مغاير بشأن التوكيل الصادر من ممثل الشخص الاعتباري. فإذا كان هذا التوكيل لا يؤثر في صحته أو استمراه زوال هذا الممثل باعتبار أن الوكالة صادرا من الشخص الاعتباري الذي لم تتأثر شخصيته بتغيير ممثله[(2)]، فإن سعة الوكالة

((1)) الطعون بالتمييز أرقام 301، 305، 315 لسنة 2003 تجاري – مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز – وزارة العدل – محكمة التميز – المكتب الفني– أبريل 2009– القسم الخامس– المجلد التاسع– ص 630. في حكمي محكمة الموضوع: حكم محكمة الاستئناف= =المؤرخ 2003/3/19. مقيدين بأرقام: 1513، 1521، 1525 لسنة 2002 تجاري 6. حكم أول درجة المؤرخ 2002/5/28. القضية رقم: 3310 لسنة 2000 تجاري كلي/14.

((2)) الطعن بالتمييز رقم: 317 لسنة 2001 تجاري. جلسة 2003/5/26. المبادئ القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال أربعين عاما – الفترة من 1972/10/1 حتى 2011/12/31 – وزارة العدل – محكمة التمييز – المكتب الفني– المرافعات 3– أكتوبر 2016– ص 22– البند 101.

في منح الكفالة تتحدد بالسعة التي يعنيها سند انشائه والغرض الذي نشأ من أجله، وذلك كله إلى جانب عما يقرره القانون.

2- سعة الوكالة

نظم القانون المدني الكويتي عقد الوكالة كعقد مسمى في الفصل الثاني من الباب الثالث بعنوان "العقود الوارد على العمل"، والذي استهلت المادة 698 منه بتعريف الوكالة على أنها "عقد يقيم به الموكل شخصا آخر مقام نفسه في مباشرة تصرف قانوني"[(1)] والذي يخلص منه بأن محل الوكالة الأصلي يكون دائما تصرفا قانونيا، حتى ولو استتبع هذا التصرف القيام بأعمال مادية تعتبر ملحقة به وتابعه له. وهذا ما يميز الوكالة عن غيرها من العقود وبخاصة عقدي العمل والمقاولة[(2)].

((1)) وردت أحكام الوكالة في مجلة الاحكام العديلية في الكتاب الحادي عشر، وتعرف المادة 1449 منها الوكالة على أنها "تفويض واحد أمره لآخر واقامته مقامه في ذلك الأمر ويقال لذلك الواحد موكل ولمن إقامة عنه وكيل ولذلك الأمر الموكل به"، انظر الدكتور محمود المغربي – أحكام العقد في الشريعة الإسلامية – دراسة مقارنة – المكتبة الحديثة – 1988– ص 241.

((2)) في عقد الوكالة، انظر الدكتور عبدالرزاق السنهوري– الوسيط في شرح القانون المدني– الجزء السابع – المجلد الأول– العقود الوارد على العمل– دار النهضة العربية– 1989– ص 463= =وما بعدها، الدكتور إبراهيم أحمد–عقد الوكالة فقها وقضاء–الطبعة الأولى–المكتب الجامعي الحديث–الإسكندرية– 2003، الدكتور محمد عزمي البكري– موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد– المرجع السابق– ص27 ومابعدها، الدكتور قدري الشهاوي– احكام عقد الوكالة في التشريع المصري والمقارن– منشأة المعارف – الإسكندرية– الطبعة الأولى– 2001، الدكتور مصطفى عدوي– الوجيز في عقد الوكالة في القانونين المصري

وفي إنشاء عقد الوكالة، فرق القانون المدني من ناحية التصرفات القانونية التي تكون محلا لها بين الوكالة العامة والوكالة خاصة، إذ إن المشرع وأن كان لم يغل حرية العمل التي يتركها الموكل للوكيل في تعين تصرف قانوني أو أكثر، إلا أنه لم يطلقها مع ذلك دون قيود لتضيق الوكالة وتتسع ليس تبعا لما يتفق عليه بل أيضا لما هو مقرر لنطاق الوكالة في المواد 701- 703 من القانون المدني.

ففي الأحوال التي لا يعين فيها الموكل محل التصرف القانوني المعهود به إلى الوكيل ولا يعين نوع هذا التصرف، تكون الوكالة حينها وكالة عامة لا تخول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة شأن الايجار الذ ي لا تزيد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون وغيرها((1))، وذلك سواء اشارت الوكالة في مفرداتها إلى الإدارة من عدمه. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 1/701 من القانون المدني بتقريرها على أن "الوكالة الواردة في ألفاظ عامة

والأمريكي- الطبعة الأولى- جامعة المنوفية- 1997، محمد الألفي- عقد الوكالة- المرجع السابق.

Starck B., Roland H. et Boyer L- Droit civil- Les obligations- 2. Contrat- 6. Ed- Litec- 1998- p.94.

((1)) جاء في البند الثاني من المادة 702 من القانون المدني طائفة من أعمال الإدارة على سبيل المثال باعتبارها من أبرز أعمال الإدارة، وذلك بنصها على أنه "ويعد من أعمال الإدارة، الإيجار أذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون ويدخل فيها أيضا كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة".

لا تخصيص فيها حتى لنوع التصرف القانوني محل الوكالة، لا تخول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة".

وعلى ذلك، فإن انصراف نية الموكل في منح حرية واوسع الصلاحيات للوكيل في تقدير ما يقوم به من تصرفات قانونية وما يأخذ وما يدع كأن يقرر فيها: وكلتك في إدارة أعمالي، أو في مباشرة ما تراه صالحا لي، أو جعلتك وكيلا مفوضا عني، أو نحو ذلك من العبارات العامة لا يكفي لمنح الوكيل الحق في القيام بأي عمل من اعمال التصرف، تبرعا كان أم معاوضة. ومن ثم لا يجوز للوكيل بوكالة عامة، كما افصحت المذكرة الإيضاحية، "أن يهب مال الموكل لا كله ولا بعضه، ولا أن يبيع أي مال للموكل، أو يشارك به، أو يقرضه، أو يصالح عليه، أو يحكم فيه، أو يرهنه، أو يرتب عليه أي حق عيني أصليا كان هذا الحق أو تبعيا".

لذا، وعلى خلاف أعمال الإدارة التي تحتمل الوكالة العامة على النحو المذكور آنفا، كما تحتمل الوكالة الخاصة على عمل معين بالذات أو أكثر من أعمال الإدارة، فإن التصرفات التي لا تدخل في أعمال الإدارة ولخطورتها لا يصح أن تكون محلا إلا لوكالة خاصة يحدد فيها تصرف أو تصرفات قانونية معينة. وفي هذا الصدد، تنص المادة 1/702 من القانون المدني على أنه "لا بد من وكالة خاصة في كل تصرف ليس من أعمال الإدارة، وبوجه خاص في التبرعات والبيع والصلح والرهن والإقرار والتحكيم وكذلك في توجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء".

وإذا كان مفهوم الوكالة الخاصة لا يقتصر على تعين تصرف واحد من التصرفات فيها، شأن بيع عقار معين أو رهنه، وانما أيضا اشتمالها نوعا معينا أو طائفة منها كالتوكيل في البيع أو التوكيل في الرهن دون تعيين للمحل الذي يقع عليه التصرف، يستلزم المشرع مع ذلك "خصوصية "إضافية في الوكالة الخاصة إذا كان التصرف من التبرعات يجعل التميز في اعمال التصرف بين المعاوضات والتبرعات أمرا لازما لتحديد سعة الوكالة للقيام بها. إذ استتبعت المادة 702 في البند 2 منها لتقضي على أنه:

"تصح الوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع التصرفات القانونية ولو لم يعين محل هذا التصرف على وجه التخصيص، إلا إذا كان التصرف من التبرعات"((1)).

((1)) وفق المادة 47 من المرسوم بقانون رقم 5 لسنة 1959 بشأن التسجيل العقاري، "الوكالة الواردة في الفاظ عامة لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل لا تخول الوكيل سلطة إلا في اعمال الإدارة. ولابد من وجود وكالة خاصة في كل عمل ليس من اعمال الإدارة وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والاقرار. والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل تصرف وللعرف الجاري". وهو ما يتفق مع ما قضت به كل من المادتين 1/701 و 1/702 من القانون المدني.

بالمقابل، وباعتبار أن القانون المدني قد صدر لاحقا على قانون التسجيل العقاري، بالمرسوم بالقانون رقم 67 لسنة1980، فإن البند 2 من المادة 702 منه يمثل حكما جديدا عن ما جاء في قانون التسجيل العقاري، خاص بعدم صحة الوكالة الخاصة دون تعين محل هذا التصرف على وجه التخصيص إذا كان التصرف من التبرعات. باعتبار أن النص الاحق الخاص يعدل النص القائم الخاص بما تضمنه من احكام جديدة.

ترتيبا على ما تقدم، إذ كان التصرف من التبرعات، فإن التوكيل فيه يجب أن يعين المحل الذي يرد عليه التصرف، فلا يكفي أن يوكل شخص شخصا آخر بتصرف من التبرعات دون تعيين للمحل وذلك لخطورة هذه التصرفات كما افصحت المذكرة الإيضاحية الشارحة للنص المذكور. وهو ما يجعل للتمييز ين عقود المعاوضة وعقد التبرع في هذا الشأن أهمية لا يتم الالتفات والإشارة إليها غالبا بمعرض بيان أهمية التقسيم العقود إلى عقود معاوضة وعقود تبرع.

حيث تظهر المراجع الفقهية أهمية التمييز بين عقود المعاوضة وعقود التبرع من وجوه عده: شأن التصرفات التي يقوم بها المدين اضرارا بدائنيه، والأهلية والولاية، وعيوب الإرادة، وشكل العقد ومحله، والمسؤولية((1)). وذلك دون بيان أهمية هذا

ويقابل نص المادة 702 من القانون المدني في النصوص العربية: المادة 702 من التقنين المصري، المادة 836 من التقنين الأردني. المادة 778 من التقنين اللبناني. وفي النصوص الأجنبية: المادة 1988 من التقنين الفرنسي. في هذا الشأن، انظر القانون المدني – مجموعة الأعمال التحضرية– المجلد الخامس– العقود الواردة على العمل – الكفالة – التأمين– مجلس الوزراء – إدارة الفتوى والتشريع– ص 2158 وما بعدها.

((1)) في هذا الشأن، انظر الدكتور عبدالرزاق السنهوري– الوسيط في شرح القانون المدني– الجزء الأول– نظرية الالتزام بوجه عام – مصار الالتزام – دار أحياء التراث العربي – بيروت– ص 162 وما بعدها، الدكتور سليمان مرقس– الوافي في شرح القانون المدني– في الالتزامات – نظرية العقد والإرادة المنفردة– الجزء الثاني– الطبعة الرابعة– دار الكتاب القانونية – المنشورات الحقوقية– 1978/ ص100 وما بعدها، الدكتور عبدالحي حجازي– النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي – دراسة مقارنة– الجزء الأول – مصادر الالتزام– المجلي الأول – نظرية الالتزام – تحليل العقد– مطبوعات جامعة الكويت– 1982– ص 489.

التمييز بالنسبة لنطاق الوكالة وسعتها من حيث وجوب تعيين محل التصرف القانوني على وجه التخصيص في الوكالة من عدمه((1)).

وإذا كان من اليسير القول بأن التوكيل يجب أن لا يقتصر على تحديد تصرف الهبة أو الإبراء، وبأنه لا يكفي أن يوكل شخص شخصا آخر في الهبة أو في الإبراء دون أن يعين المال الذي وكله في هبته أو الدين الذي وكله في الإبراء منه، وذلك باعتبارهما من التبرعات بل ومن الأمثلة البارزة التي يتم الاستشهاد فيها غالبا في هذا المجال. فإن الأمر مغاير بالنسبة للكفالة التي تثير لغطا كبيرا في تحديد الحالات التي تكون فيها عقد معاوضة أو عقد تبرع، وذلك غالبا بمعرض المنازعات القضائية التي يدفع الكفيل بها في عدم سعة الوكالة الممنوحة لوكيله في ابرامها لعدم تعيين محل الكفالة في الوكالة الخاصة التي حدد فيها الكفالة كتصرف فقط. مما يمثل دفعا خاص بالكفيل، ينبغي الالتفاف واضافته إلى الدفوع القانونية المقررة له.

حيث لا نجد غالبا إشارة في المراجع الفقهية إلى عقد الكفالة، سواء كانت شخصية أم عينية، عند البحث في تمييز العقود إلى عقود معاوضة وعقود تبرع. وفي دراسة

Larroumet Ch./ Droit civil/Les obligation – Le contrat/ T.3/ 3 Ed/ Econnomica/ 1996/ P. 171.

()(1) في النتائج المترتبة أيضا على اعتبار الكفالة من عقود التبرع، انظر لاحقا: في مسوغات توجه المشرع في حماية الكفيل، وكذلك في تبني القضاء لمبدأ التفسير الضيق للكفالة لتحديد مدى التزام الكفيل.

الكفالة درجت الكتابات التقليدية البحث في تكييفها وتصنيفها ضمن عقود التبرع فقط بمعرض بيان خصائص عقد الكفالة، ودون تأصيل باعتبار أن هذا التقسيم لا يمثل أهمية في تحديد التزامات الكفيل.

وهنا يبرز وبشكل خاص محور البحث الماثل وأهميته، وذلك بتحديد ما إذا كانت الكفالة تعد من عقود المعاوضة أم من عقود التبرع، ليس للوقوف على شكل الوكالة بشأنها والتي ينبغي لها أن تكون في جميع الأحوال وكالة خاصة تحدد فيها الكفالة وفق ما جاء بالبند الأول من المادة 702 المار بيانها باعتبارها تصرفا قانونيا بطبيعة يستحيل أن تمتد الوكالة العامة إليها، بل بمدى سعة التوكيل الخاص بالكفالة بذاته لتقرير الحق للوكيل بالقيام بها نيابة عن الموكل أم أن يتعين كذلك تعيين للمحل الذي تقع عليه الكفالة عملا بما في البند الثاني من الماد 702 سالفة الذكر.

ثانيا: الطبيعة القانونية للكفالة ونطاقها

لا ريب في أن الدائن يجاهد في سبيل الحصول على المزيد من الضمانات، بل ويعتمد على تعدد الضمانات لتعويض ما قد يعتري بعضها من ضعف. وهو في ذلك يفرد دراسة ائتمانية تفصيلية لطبيعة الضمان المقدم وكفايته باستيفاء حقه كاملا، آخذا بالاعتبار بالمخاطر المحتملة في عدم تحقق ذلك. وهو

ما يتطلب معه، برأينا، اليوم وجوب تحديد مخاطر قبول توقيع وكيل على الكفالة الممنوحة له، وليس فقط تحري الملاءة المالية للكفيل((1)).

والمخاطر هنا ليس في اعتماد الدائن للوكالة العامة على النحو المتقدم، والتي لا تخول الوكيل إلا صفة في أعمال الإدارة. حيث أن الكفالة تصرف قانوني ليس من أعمال الإدارة، ولابد لها من وكالة خاصة عملا بأحكام المادة 1/702 من القانون المدني.

((1)) بشأن ضوابط البنوك بشأن الكفالة لدرء المخاطر الائتمانية في استيفاء مديونياتها بالمطالبة القضائية للعميل المدين وكفيله، يوضح أ.د صلاح شحاته مدير عام الرقابة على البنوك في البنك= =المركزي المصري على أن الواقع المصرفي فرض "على البنوك كثير من الضوابط عند قبول الكفالة عن العملاء المقترضين طرف الجهاز المصرفي ومنا التأكد من الملاءة المالية للكفيل والتحقق من صحة المعلومات والبيانات المقدمة عنه وقدرته على سداد دين البنك في حالة تقاعس المدين الأصلي عن السداد. كما يجب على البنوك استيفاء استعلام عن الكفيل من مصادر موثق فيها، وفقا للنماذج المعدة سلفا من مجلس إدارة البنك، مع مراعاة تجديد الاستعلام عن عميل البنك وكفيله بشكل دوري..، كما يجب أن يتحقق أيضا البنك من حسن سمعة الكفيل وقدرته على الوفاء بالتزاماته، والاطلاع على البيان المجمع بالبنك المركزي عن مديونيات العملاء طرف الجهاز المصرفي وخاصة بند الكفالات للتعرف على مديونية الكفيل إلى جانب مديونية العميل طالب الائتمان وحجم الدين المكفول بمعرفتهم طرف الجهاز المصرفي". الكفالة – خطاب الضمان– منتدى فض المنازعات المصرفية– معهد العدالة – الجمعية العربية للعلوم القانونية– القاهرة– 2019.

في الكويت، ووفق تعليمات بنك الكويت المركزي بتاريخ 2018/11/11، يتعين على الجهة المانحة للتمويل (بنوك وشركات تمويل) الحصول على المعلومات اللازمة عن الكفيل التي تؤكد فعالية كفالته للعميل في تأمين حقوقها، وذلك سواء من الكفيل أو من مصادر الاستعلام الأخرى.

وحيث لا يتصور مع طبيعة الكفالة، برأينا، أن يسبقها أعمال إدارة تقتضي القيام بها أو اعتبارها من التوابع الضرورية لما هو محدد بالوكالة، فأنه لا نرى مجالا لتطبيق ما قضت به المادة 2/701 من القانون المدني بتقريرها على أنه يدخل من أعمال الإدارة كل عمل من اعمال التصرف تقتضيه الإدارة، وما نصت عليه كذلك المادة 703 من هذا القانون بشأن ثبوت الصفة للوكيل في ما تقتضيه الأمور المحددة في الوكالة من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري وما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين. وهو ما افصحت المذكرة الإيضاحية بشأنهما بأن الوكالة العامة "تمتد أيضا إلى أعمال التصرف، إذا كانت أعمال الإدارة تقتضيها، ومن ذلك بيع المحصول وقبض ثمنه، وبيع المنقول الذي يسرع إليه التلف، وشراء ما يستلزمه المال الذي يديره الوكيل من أدوات لحفظه واستغلاله. والوكالة بالبيع تشمل تسليم المبيع، والوكالة بالاقتراض تشمل تسلم مبلغ القرض، كما تشمل الوكالة بقبض الدين إعطاء المخالصات بدفعه وشطب الرهن الذي يضمنه وقبض الدين قبل ميعاد حلوله، واستيفاء جزء من الدين إذا جرى العرف بذلك أو انصرفت إليه نية المتعاقدين وهكذا".

مع ذلك، فإن العبرة باعتبار الوكالة خاصة ليس بالمسمى أو ما يطلق عليها، فهي تعتبر كذلك بالرغم من تسميتها أو اطلق عليها وصف "وكالة عامة "إذا تضمنت تصرفات قانونية محددة شأن الشراء والبيع والرهن، والاقتراض والمقايضة، وإعطاء الكفالات والاعتمادات والتسهيلات وما شابهها من تصرفات. فالوكالة هنا تعد توكيلا خاصا في ابرام تصرفات قانونية وإن صدر في شكل توكيل عام كما جرى

العمل عليه في إدارة التوثيقات بوزارة العدل. على النقيض، الوكالة لا تخول الوكيل إلا صفة في اعمال الإدارة وأن حملت عنوان "وكالة خاصة"متى ما خلت من تحديد لتصرف أو تصرفات قانونية.

إذ أن من المقرر في قضاء محكمة التمييز "أن المناط في التعرف على مدى الوكالة من حيث ما تشتمل عليه من تصرفات قانونية خول الموكل الوكيل إجراءها يتحدد بالرجوع إلى عبارات التوكيل ذاته وما جرت به نصوصه وهو أمر يخضع لسلطة قاضي الموضوع بغير معقب مادام تفسيره واقعا على توكيل قائم وتحتمله عباراته وأن سائر المعاوضات وإن كان لابد فيها من وكالة خاصة – تطبيقا الحكم المادة ٧٠٢ من القانون المدني – تبين نوع التصرف إلا أنه يصح أن تصدر دون تحديد المحل الذي يقع عليه التصرف وذلك على خلاف التبرعات إذ يجب أن تكون الوكالة فيها خاصة في نوع التصرف وخاصة أيضا في محله"((1)).

وفي قرار في غرفة المشورة مؤرخ 2018/9/24 سالف الذكر، قضت محكمة التمييز بأنه لما "كان من المقرر أن التزام الكفيل في عقد الكفالة التزام تبرعي، ووجوب وكالة خاصة فيه وأيضا في محله. أو وكالة عامة بنص فيها صراحة على تفويض بإجراء ذلك التصرف وأن يعين المحل الذي يرد عليه. وأن المناط في

((1)) الطعنان بالتمييز رقمي 903، 906 لسنة2008 تجاري 3. جلسة 2012/1/17، بذات المعني، انظر لاحقا بشأن سلطة القاضي في تحديد سعة الوكالة.

التعرف على مدى الوكالة الرجوع إلى عبارات التوكيل ونصوصه، وهو أمر يخضع لقاضي الموضوع بغير معقب مادام تفسيره واقعا على توكيل وتحتمله عباراته".

كما قضت محكمة الاستئناف في حكم مؤرخ 2017/12/24 على أنه لما "كان الثابت بالأوراق أن عقد القرض المؤرخ 2011/5/23 يعد من أعمال التصرف ولابد له من وكالة خاصة أو وكالة عامة ينص فيها صراحة على تفويض الوكيل بإجراء التصرف المذكور ويحدد فيه الحد الأقصى لما يلتزم به الكفل وذلك حماية للأخير حتى لا يتورط في كفالة التزام لا يعلم مقداره، وكان البين من الأوراق أن التوكيل الذي بموجبه أبرمت المستأنف عليها الثالثة عقد القرض مع المستأنف وجعلت من المستأنف عليه الأول في شخصية متضامنة هو توكيل عام خلا من أي تحديد لكفالة الأخير للشركة المغرضة ولم ينص على توكيل المستأنف عليها الثالثة في إبرام عقد القرض بالمبلغ الثابت به ومن ثم لا تكون لها صفة في مباشرة العقد المذكور نيابة عن المستأنف عليه الأول وباعتباره كفيلا شخصيا متضامنا ولا ينفذ التصرف في حق الأخير ولا ينصرف أثره إليه ولا يلتزم بما يولده من آثار لخروجه عن نطاق الوكالة وحدودها المرسومة للوكيلة"((1)).

وفي حكم لمحكمة أول درجة مؤرخ في 2013/1/20 قضي على "أن المحكمة تأسس قضائها على التوكيل رقم ..... جلد/6 بتاريخ 2006/10/31م الثابت به يحق للمدعى عليه الثاني إدارة أملاك المدعين جميعاً وفي أي وجهة..... وفي

((1)) الاستئناف المقيد برقم: 2579 لسنة 2017 تجاري/2. الدائرة التجارية الثانية.

شراء وبيع ورهن ما يرى من أملاك والعقارات والاعيان الثابت منها والمنقول بالثمن والشروط المناسب وفي التوقيع على عقود الشراء والبيع والرهن... وأن المحكة تستخلص مما تقدم أن المدعى عليه الثاني بموجب تلك الوكالة يحق له إبرام العقد سند الدعوى المؤرخ 2009/11/15م والتوقيع عن المدعي بصفته كفيل عيني راهن بموجب وكالة تحق له ذلك حيث أنه موكل في شراء وبيع ورهن ما يرى من أملاك والعقارات أنها ترتب قبلهم جميع الاثار القانونية التي ترتبها التزاماتهم فينصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل (المدعين) وإلى من يتعاقد مع الوكيل ومن ثم فيكون السند التنفيذ وهو (عقد رسمي بقرض مضمون برهن رسمي عقاري) والمؤرخ 2009/11/15 صحيح في مواجهة المدعي فيما التزموا به من التزامات ثابتة بالعقد ومن ثم جاءت طلبات المدعين على غير سند من الواقع والقانون وترفضها المحكمة"((1)).

لما كان ذلك، وكانت سعة الوكالة في منح الكفالة مردها ليس فقط بأن تكون وكالة خاصة تحدد فيها صراحة كتصرف قانوني، بل أيضا وفق ما إذا كانت الكفالة قد قدمت على سبيل المعاوضة أم التبرع لتحديد ما إذا كان يجب تباعا تعين من عدمه محل الكفالة في هذه الوكالة. وقبل الشروع في دراسة هذه المسألة تحديدا في المبحث الثالث بالتعليق على الحكم محل البحث والوقوف على سلطة محكمة الموضوع في تقدير قيام الوكالة الخاصة أو نفيها وتحديد مدى سعتها لمنح الكفالة.

((1)) القضية رقم: 5213 لسنة 2011 تجاري كلي/3. الدائرة تجاري كلي/3.

نرى أنه من الأهمية تسليط الضوء على نطاق الكفالة الذي يستوعب الكفالة الشخصية والكفالة العينية وبما هو مطلوب من احكام لهذا الدراسة والتعليق.

إذ انه وعلى خلاف ما يذهب البعض إليه، الكفالة لا تقتصر على نموذجها التقليدي بعقد الكفالة الشخصية بل أنها تشمل كذلك عقد الكفالة العينية. فهي عقد من عقود الضمان تفترض وجود دين في ذمة شخص والتزام الكفيل بضمان هذا الدين للدائن، بمعنى أنها علاقة بين الدائن والكفيل وهما طرفا العقد (عقد الكفالة) دون غيرهما ولكنها تفترض وجود علاقة أولى بين الدائن والمدين وهي العلاقة التي نشأ عنها الالتزام المكفول، وهي التي دفعت الكفيل إلى كفالة الدين للدائن. وهي بذلك قد تكون شخصية أو عينية

1-الكفالة الشخصية

الأصل في الكفالة أن يتقدم شخص غير المدين لضمان وفاء ما على المدين لدائنه، فيضم ذمته إلى ذمة المدين ليزيد من ضمان الدائن لتحصيل حقه، فيصبح بذلك للدائن حق الضمان العام ليس على جميع أموال مدينه فحسب، بل أيضاً على جميع أموال الكفيل، وتسمى الكفالة في هذه الحالة كفالة شخصية لأنها تنشئ في ذمة الكفيل التزاماً شخصياً ينفذ في جميع امواله.

والكفالة الشخصية في اصطلاح الفقهاء، وحسب ما افصحت المذكرة الايضاحية للقانون المدني، هي ضم ذمة الكفيل ذمته إلى ذمة الأصيل إي إلى ذمة المكفول عنه بالشيء المكفول به. وقد عرضت مجلة الاحكام العدلية للكفالة بكتابها الثالث

منها، فتكلمت في ركن الكفالة وشرائطها واحكامها والبراءة منها، معتبرة الكفالة تصرفا يقوم على الإرادة المنفردة وليس عقدا بالمفهوم السائد في القوانين المدنية((1)).

وفي القانون المدني، جاء تنظيم الكفالة في الباب الرابع بعنوان "الكفالة والتأمين"لتعرف المادة 754 منه الكفالة بأنها "عقد بمقتضاه يضم شخص ذمته إلى ذمة المدين في تنفيذ التزام عليه، أن يتعهد للدائن بأدائه إذا لم يؤده المدين"((2))، بما يوضح بأن الكفالة تفترض وجود التزام مكفول في ذمة المدين الأصلي، كما

((1)) في هذا الشأن، انظر الدكتورة نسيبه حمو/ الكفالة وخطاب الضمان تصرفان أم تصرف واحد- جامعة الموصل- كلية الإدارة والاقتصاد- 1981- العدد 4- ص 109، الدكتور أحمد سعد- التأمينات الشخصية والعينية في القانونين المصري واليمني- دار النهضة العربية- 1990- ص 81، الدكتور عبد الرسول عبدالرضا والدكتور جمال النكاس- عقد الكفالة في القانون الكويتي- مؤسسة دار الكتب- الكويت- الطبعة الأولى- 2005- ص 24، الدكتور عبدالسلام فيغو- عقد الكفالة- مجلة الحقوق- سلسلة المعرف القانونية والقضائية- 2016- العدد 39- ص 259 وما بعدها، الدكتور حسني محمود عبدالدايم – الكفالة كتأمين شخصي للحقوق "دراسة مقارنة" – دار الفكر الجامعي – عام 2009 – ص69 وما بعدها، الدكتور علي محمد عبدالحافظ – الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي – دار الفكر الجامعي – عام 2008 – ص3 وما بعدها، الدكتور محمد عزمي البكري- موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد- المجلد العاشر- عقد التأمين- عقد الكفالة- عام 2021/2020- ص448 ومابعدها.

((2)) وفق المادة 612 من مجلة الأحكام العدلية "كفالة ضم ذمة إلى ذمة في مطالبة شيْ، يعني أن يضم أحد ذمته إلى ذمة آخر، ويلتزم أيضا المطالبة التي لزمت في حق ذلك".

تفترض وجود عقد بين الكفيل والدائن يرتب التزاما في ذمة الكفيل بتنفيذ الالتزام الأصلي إذا لم ينفذ المدين، فيكون التزام الكفيل تباعا للالتزام الأصلي.((1))

((1)) بشأن الكفالة الشخصية، المراجع المتخصصة، الدكتور منصور منصور- عقد الكفالة- المطبعة العالمية- 1960. الدكتور سليمان مرقس- الوافي في شرح القانون المدني- في العقود المسماة – عقد الكفالة- المجلد الثالث- دار الكتاب القانونية- مصر – المنشورات الحقوقية- لبنان- الجزء السابع- الطبعة الثالثة- 1994، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة- الدكتور جميل الشرقاوي- مجلة الأمن والقانون- اكاديمية شرطة دبي- 1995- العدد 2، الدكتور قدري الشهاوي- أحكام عقد الكفالة- منشأة المعارف- الاسكندرية- 2002. الدكتور عبد الرسول عبدالرضا والدكتور جمال النكاس- عقد الكفالة في القانون الكويتي- المرجع السابق، الدكتور عبدالسلام فيغو- عقد الكفالة- المرجع السابق.

Simler Ph./ Cautionnement et guaranties autonomes/ Litce/ 2. E./ 1991. Dominique L./ Le cautionnement/ Economica/ 1995. Aynes L./ Le cautionnement/ Dalloz/ 2. Ed./ 1997.

في المراجع الأخرى، انظر الدكتور توفيق فراج- التأمينات الشخصية والعينية- الإسكندرية- 1984، الدكتور عبدالرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني- التأمينات الشخصية والعينية- الجزء العاشر- دار النهضة العربية- 1994، الدكتور رمضان أبو السعود- التأمينات الشخصية والعينية- منشأة المعارف- الإسكندرية- 1995، الدكتور أحمد سعد- التأمينات الشخصية والعينية في القانونين المصري واليمني- المرجع السابق، الدكتور سمير تناغو- التأمينات الشخصية والعينية- منشأة المعارف- الإسكندرية- 1996، الدكتور أحمد الزقرد- التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الكويتي- الكويت- الطبعة الأولى- 1999، الدكتور علي عوض- عمليات البنوك من الوجهة القانونية – في قانون التجارة الجديد وتشريعات الدول العربية- دار النهضة العربية- الطبعة الثالثة- 2000.

وعليه، فإنه بخلاف الالتزام الأصلي الذي تضمنه الكفالة الذي تتعدد مصادره بتعدد مصادر الالتزام من عقد أو إرادة منفردة أو عمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو نص في القانون((1))، الالتزام الناشئ عن الكفالة مصدره العقد دائما((2))، وأن وصفت تجوزا بأنها قانونية أو قضائية في الأحوال التي يكون فيها المدين ملتزما بتقديم كفيل على نص من القانون((3)) أو حكم قضائي((1)) وترتب على ذلك حكما خاصا بشأن التضامن بين الكفلاء حال تعددهم((2)).

Cabrillac M. et Mouly C./ Droit des suretes/ Litec/ 1995. Pascal A./ Droit des suretes/ Litiec/ 1998. Piedelievre S. et Putman E./ Droit Bancaire/ Economica/ 2011. Simler Ph. Et Delebecque/ Droit civil. Les Suretes. La publicite fonciere/ Dalloz/ 6. Ed./ 2012.

((1)) الدكتور سمير تناغو– المرجع السابق– ص 21.

((2)) الكفالة في القانون الإمارات العربية المتحدة لا تنشأ بعقد، بل هي تعبير عن إرادة منفردة (تعهد من الكفيل بالوفاء بالتزام المكفول). انظر: الدكتور جميل الشرقاوي– المرجع السابق– ص 167 وما بعدها.

((3)) من هذا نص المادة 1/500 من القانون المدني التي تقرر بأنه إذا تعرض أحد للمشتري مستندا إلى جق سابق على البيع أو نتيجة فعله، أو إذا خيف لأسباب جدية أن يستحق المبيع، جاز للمشتري ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن حتى ينتهي التعرض أو يزول خطر الاستحقاق. ولكن يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا. ومثال ذلك أيضا ما تنص عليه المادة 193/د من قانون المرافعات الكويتي بأن يكون النفاذ المعجل بتقديم كفالة "إذا كان الحكم صادرا بأداء أجور أو مرتبات أو تعويض ناشئ عن علاقة عمل ..". وكذا ما تنص عليه المادة 196/ج من قانون المرافعات من سقوط أمر بمنع سفر المدين "إذا كان قدم المدين كفالة مصرفية كافية أو كفيلا مقتدرا".

والعقد التي لا تقوم الكفالة الشخصية إلا به، طرفاه الدائن في الالتزام الأصلي والكفيل. أما المدين في الالتزام الأصلي فليس طرفا في عقد الكفالة، بل أن المادة 748 من القانون المدني قضت جواز "كفالة المدين بغير علمه أو بالرغم من معارضته"((3)). وللكفيل في جميع الحالات أن يرجع على المدين إذا وفى الدين عنه أيا كان تكييف الدعوى التي يرجع بها عليها((4))، "ويستوي في ذلك أن يكون

((1)) من هذا نص المادة 193 من قانون المرافعات في فقرتها الأخيرة بأن ".... ويكون النفاذ المعجل في الحالات الواردة في الفقرات (أ) و (ب) و (ج) بغير كفالة، ما لم ينص في الحكم أو الأمر على تقديم كفالة".

((2)) في الكفالة التي يكون مصدرها القانون أو حكم محكمة يكون الكفلاء دائما متضامنين، وهذا بخلاف الكفالة التي يكون مصدرها المدين بتقديمه للكفيل أو الكفيل ذاته فإن التضامن بين الكفلاء لا يفترض. وفي هذا تنص المادة 766 من القانون المدني "في الكفالة القانونية أو القضائية أو التجارية، يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين".

((3)) يقابلها في النصوص العربية: المادة 775 من التقنين المصري، المادة 1062 من التقين اللبناني، المادة 741 من التقنين السوري. وفي النصوص الأجنبية: المادة 2014 من التقنين الفرنسي. في هذا الشأن، انظر: القانون المدني – مجموعة الأعمال التحضيرية– مشار إليه– ص 2318.

((4)) وفي ذلك يكون المشرع، حسبت ما افصحت المذكرة الإيضاحية للمادة 748، قد خرج عن أحكام الفقه الحنفي التي تحرم الكفيل الذي يضمن المدين بغير أذنه، أو على الرغم من عدم رضاه، من حق الرجوع عليه تأسيسا على الكفالة بلا أمر، وان كانت صحيحة، فهي تبرع، فليس للكفيل بعد أداء الدين الرجوع على الأصيل. ليتبنى المشرع الكويتي في المقابل ما ذهب إليه الإمامان مالك وأحمد من أن للكفيل بغير أمر المدين حق الرجوع لأن الدائن بقبوله الدين منه يعتبر أنه قد ملكه ما على المدين من الدين فيحل محله في المطالبة".

سبب التزام المدين بتقديم كفيل راجع لمحض اختياره هو، أو بناء على طلب الدائن، أو أن يرجع ذلك لنص القانون مباشرة أو بسبب حكم قضائي"[(1)].

مع ذلك، يلعب المدين دورا أساسيا في انعقادها[(2)] أيا كان مصدر التزام الأصلي لهذا المدين، باعتباره هو من يدعو الكفيل في الغالب الأعم إلى التعاقد مع الدائن ضمانا لالتزامه قبل هذا الدائن. ويتضح ذلك جليا في الأحوال التي يكون فيها الدائن مصرفا، حيث يسعى المدين من جانبه على الحصول على ائتمان مصرفي أو يجدد الائتمان السابق فيقدم لهذا الغرض كفيل موسر يقبله البنك. بل أن المتبع فعليا هو بعدم توقيع البنك لعقد كفالة مستقل مع الكفيل لضمان مديونية العميل المدين، بل بتوقيع عقد تمويلات مصرفية من جانب البنك، والعميل الدائن والكفيل أو الكفلاء ليكون واقعا لا يمكن تجاهله في تكييف طبيعة الكفالة.

كما أن الكفالة عقد ثانوي تابع لا ينشأ مستقلا بذاته، بل ينشأ تابعا لالتزام المدين الأصلي محل الكفالة، فهي ضمان للوفاء بهذا الالتزام والتزام الكفيل لم ينشأ بالعقد إلا بوجوده ويكون تابع له في وجوده وصحته وآثاره وانقضائه[(3)]. وهذه هي

((1)) الدكتور عبد الرسول عبدالرضا والدكتور جمال النكاس– المرجع السابق– ص 27.

((2)) الدكتور سمير تناغو– المرجع السابق– ص 21.

((3)) في بطلان التزام الكفيل ببطلان التزام المدين الأصلي، انظر: طعني التمييز: 566، 577 لسنة 2003 تجاري. جلسة 2004/10/9. مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز –وزارة العدل – محكمة التميز – المكتب الفني– أبريل 2009– القسم الخامس– المجلد التاسع– ص 632.

خصيصة التأمينات بأنواعها المختلفة الشخصية منها والعينية((1)). وفي هذا الشأن، تعرض نصوص المواد من 750 – 753 من القانون المدني للأحكام التي تتفرع عن تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول في صحته وفي بطلانه وانقضائه، وفي تحديد التزام الكفيل مقدارا وشروطا وعبئا وموعد حلول ومكان الوفاء وغير ذلك مما يحدد الالتزام المكفول فضلا عن تحديد التزام الكفيل بالنسبة لتوابع الالتزام المكفول ومصروفات المطالبة به((2)).

وسواء كانت الكفالة بعقد مستقل أم في إطار عقد آخر شأن عقد التسهيلات المصرفية وبالرغم من تبعية التزام الكفيل الناشئ عنه للالتزام المكفول، العقد بحسب الأصل العام ملزم لجانب واحد هو الكفيل الذي يلتزم قبل الدائن بوفاء الدين إذا لم يوفه المدين. ولا يغير من ذلك تلقي الكفيل مقابلا من الغير شأن المدين أو غيره باعتباره ليس طرفا في عقد الكفالة((3)).

((1)) الدكتور سمير تناغو– المرجع السابق– ص 24.

((2)) في نتائج تبعية الكفالة في القانون المدني الكويتي، انظر: الدكتور أحمد الزقرد– المرجع السابق– ص 20.

((3)) الدكتور عبد الرسول عبدالرضا والدكتور جمال النكاس– المرجع السابق– ص 18، الدكتور عبدالسلام فيغو– المرجع السابق– ص 264. بالمقابل، يرى البعض بأن حال تعهد الدائن بدفع مبلغ من النقود للكفيل مقابل التزامه بضمان دين المدين، فإن العقد يكون حينها عقد تأمين، وليس عقد كفالة، يقوم الكفيل بدور المؤمن والمبلغ الذي يدفعه الدائن هو قسط التأمين، والخطر المؤمن منه هو اعسار المدين. وينتقد البعض الآخر هذا التكييف للعقد على أساس أنه

وإذا كانت الكفالة الشخصية، وعلى النحو المتقدم، تتطلب عقد بين الدائن والكفيل، تابع في وجوده للالتزام الأصلي للمدين دون فرض التزامات ما على عاتق الدائن مقابل التزام الكفيل بالوفاء بالدين حال عدم سداده من جانب المدين، فإنها بذلك لا تختلف عن الكفالة العينية. كل ما هنالك أن الكفالة الشخصية تفترق عن الكفالة العينية بأن الكفيل الشخصي يلتزم في كل أمواله بينما الكفيل العيني تتحدد مسؤوليته فحسب بالمال الذي يرهنه لصالح الدائن لضمان الوفاء بالتزام المدين.

لا يوجد خطر= =حقيقي وهو ما لا يتصور التأمين بغيره، لأن الكفيل سيرجع على المدين بما دفعه وفاء لحق الدائن. في هذا الشأن انظر: الدكتور سمير تناغو– المرجع السابق– ص 26.

2-الكفالة العينية

إذا كان حق الدائن يرد على الضمان العام لمدينه وأصبح بالكفالة الشخصية يرد أيضا على الضمان العام للكفيل، فإن حقه لن يمتد إلا على مال خاص للكفيل بالكفالة العينية((1)).

فقد يقصر شخص ما التزامه في سداد دين المدين ويحدد نفاذه في مال معين فقط من أمواله، فيقوم لمصلحة الدائن حقاً عينياً تبعياً على هذا المال ضماناً وتأميناً للوفاء بدين المدين كأن يرهن له عقاراً أو أسهم أو ودائع أو غيرها من الأموال الأخرى التي يمتلكها. وهذا ما صرح به المشرع في المادة 973 من القانون المدني التي أجازت "أن يكون الراهن هو المدين أو شخصا آخر غيره". ونص في المادة 1027 من مواد الرهن الحيازي على أن "الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص، ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو الى عدل بعينه المتعاقدان، شيئاً يترتب عليه للدائن حق عيني يخوله حبس الشيء حتى استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في القضاء حقه من هذا الشيء في أي يد يكون".

((1)) الدكتور عبدالرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء العاشر والأخير – التأمينات الشخصية والعينية – تحديث وتنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي – دار الشروق – عام 2011 – ص193 وما بعدها، الدكتور منصور مصطفى منصور – عقد الكفالة – طبعة عام 2001 – فقرة 5 – ص236، الدكتور محمد إبراهيم بنداري – المراجع السابق – ص48، الدكتور حسني محمود عبدالدايم – المراجع السابق – ص71، الدكتور محمد عزمي البكري– المرجع السابق– ص459 ومابعدها.

حيث يطلق على الراهن غير المدين فيها الكفيل العيني، فهو في علاقته بالمدين يعتبر كفيلا له في الوفاء بالتزامه جهة الدائن وليس مدينا. وتسمى الكفالة في هذه الحالة كفالة عينية، تنشئ في ذمة الراهن التزاما عينيا تبعيا على المال محل الرهن.

والكفالة العينية بذلك تعد من التأمينات العينية الاتفاقية((1))، يجمع فيها الكفيل العيني صفة الكفيل وصفة الراهن((2)). وإنه بحسب الأصل تسري، وإلى جانب قواعد الرهن، قواعد الكفالة في العلاقة بين المدين والكفيل العيني ما لم ينص على خلاف ذلك((3)).

فإذا كان الرهن يتبع الدين المضمون، ولهذا يحق للكفيل العيني إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به أن يتمسك بما للمدين من أوجه الدفع المتعلقة بالدين ويبقى له الحق ولو نزل عنه المدين عملا بنص المادة 1/983 من القانون المدني، فإن

((1)) الدكتور عبدالناصر العطار- التأمينات العينية- جامعة أسيوط- 1980- ص 13، الدكتور حسام الأهواني- المرجع السابق- 77، الدكتور إبراهيم أبوالليل- الحقوق العينية التبعية – التأمينات العينية- جامعة الكويت- 1993- ص 20، الدكتور سمير تناغو- المرجع السابق- ص 22، 168، الدكتور أنور العمروسي- الحقوق العينية التبيعة – التأمينات العينية في القانون المدني- منشأة المعرف- الاسكندرية- 2003- ص 39، الدكتور جابر محجوب والدكتور فايز الكندري- المرجع السابق- ص 30، الدكتور سامي الدريعي- المرجع السابق- ص 12.

((2)) الدكتور سمير تناغو- المرجع السابق- ص 22 وما بعدها، الدكتور عبدالسلام فيغو- المرجع السابق- ص 267.

((3)) الدكتور سمير تناغو-المرجع السابق- ص 22، الدكتور حسام الأهواني- المرجع السابق-ص77.

ذلك يعتبر بالنسبة له أيضا، الكفيل العيني، من تطبيقات المادة 1/750 من ذات القانون، وهي من المواد المنظمة للكفالة الشخصية، والتي تقضي بأن الكفالة لا تكون صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا. وهذا ما قضت به محكمة التمييز في حكم مؤرخ 1981/3/4 بتقريرها على "للكفيل العيني في التمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالمدين إلى جانب الدفوع الخاصة به ولو نزل عنها المدين، ومن ثم استناد الطاعنة لإقرار المدين ببقاء الدين في محضر الصلح المبرم بينهما – بعد التقرير بالوفاء به أثر تحديد المدين له إعمالا للمادة 324 من قانون التجارة وبرفض صحته – يكون لا أثر له على مركز الكفيل العيني – المدعية في الدعوى – الذي يحق له التمسك بهذا الوفاء رغم نزول المدين عنه"((1)).

وإن استثنى من هذا الأصل بالزام الكفيل في مواجهة الدائن بوفاء الالتزام المكفول باعتباره مدينا اصليا حالة ما إذا كانت الكفالة بسبب نقص أهيلة المدين وأبطل التزامه وفق نص المادة 2/750((2))، فقد استقر الفقه على أعمال هذا الحكم في مجال الكفالة العينية ومن ثم، وقياسا على الكفالة الشخصية، لا يجوز للكفيل الراهن أن يتمسك ببطلان العقد المضمون أو أم يستفيد من إبطاله بسبب نقص

((1)) الطعنان بالتمييز رقما: 119، 123 لسنة 1980 تجاري– جلسة 1981/3/4. مجموعة القواعد القانونية– وزارة العدل – محكمة التمييز – المكتب الفني– يناير 1994– القسم الأول– المجلد الثاني– ص 495.

((2)) في ذلك، انظر: الطعن بالتمييز: 122 لسنة 1986– جلسة 1986/12/31.مجموعة القواعد القانونية–وزارة العدل – محكمة التمييز – المكتب الفني– يونيو 1996– القسم الثاني– المجلد الثالث– ص 507.

أهلية المدين[(1)]. بالمقابل، لا يجوز للكفيل العيني حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك عملا بالمادة 1/991 من القانون المدني والتي تنص على أنه "إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على أمواله إلا ما رهن منها. ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك". وذلك بعكس الكفيل الشخصي غير المتضامن مع المدين والذي يثبت له الحق وفق المادة 760 من القانون المدني طلب تجريد المدين قبل التنفيذ على أمواله[(2)].

وعليه، فإن كانت الكفالة العينية لا تدخل في التأمينات الشخصية، إلا أنها لا يمكن أن تكون بأي حال مجرد رهن وذلك باعتبار أن الكفيل "لا يلتزم التزاماً شخصياً كما يلتزم الكفيل في التأمينات الشخصية، بل يقدم مالاً مملوكاً له كأنه يكون رهناً يضمن حقاً شخصياً للدائن، ومن هنا جاءت تسميته بالكفيل العيني، فالكفالة العينية يغلب فيها معنى العينية على معنى الكفالة، وهي في الواقع من الأمر تأمين عيني لا تأمين شخص، ولكنه يتميز بأن الذي يقيم ضمانا لحق الدائن ليس هو المدين كما هو الأمر عادة في التأمين العيني، بل شخص آخر غير

((1)) انظر الدكتور حسام الأهواني– المرجع السابق– ص 79.

((2)) الدكتور عبدالرزاق السنهوري– في التأمينات الشخصية والعينية– المرجع السابق– ص 20.

المدين يضمن المدين، بأن يقدم عيناً مملوكة له يجعلها رهناً في التزام المدين، فالكفالة العينية هي في حقيقتها رهن"[(1)].

ذلك بأن الكفالة العينية وإن كانت تفرض فحسب على الكفيل العيني تقديم شيئاً مملوكاً له، عقاراً أو منقولاً، رهناً لوفاء دين الغير، والرهن إما أن يكون رهناً حيازياً إذا وقع على عقار أو منقول، أو رهناً رسمياً إذا وقع على عقار، وإنه في جميع الأحوال لا يكون الكفيل العيني ملتزماً التزاماً شخصياً بضمان الدين، بل الذي يضمن الدين هو الرهن الذي قدمه، أي أن التأمين هنا تأمين عيني لا تأمين شخصي، وكان ذلك من شأنه أن يستبعدها من نطاق الكفالة الشخصية[(2)]، إلا أنه لا يستبعدها من نطاق الكفالة ويغير من طبيعتها القانونية ككفالة. لذا، فأن تسمية الراهن هنا كفيل عيني ليس مجرد مصطلح يطلق عليه، بل بما يتفق وطبيعة التزامه جهة الدائن بالنسبة للالتزام الأصلي المكفول بالرهن.

فالكفالة قد تكون أداء من أدوات التأمين الشخصي، وقد تكون أداة من أدوات التأمين العيني[(3)]، وفي الحالة الأولى يطلق عليها "الكفالة الشخصية" وفي الحالة الثانية يطلق عيها "الكفالة العينية" فكلا من الأداتين تعرف "بالكفالة"[(4)] وإن كان

((1)) الدكتور حسام الأهواني–المرجع السابق–ص 79.

((2)) الدكتور قدري الشهاوي– المرجع السابق– ص 25.

((3)) في نشأة التأمينات الشخصية وظهور التأمينات العينية انظر:

Simler Ph. et Delebecque Ph./ op. cit/ p.9.

((4)) الدكتور أحمد سلامة – دروس في التأمينات المدنية– ص 27.

بين النظامين فوارق فهي في حقيقتها الفوارق بين التأمين الشخصي والتأمين العيني، باعتبار أن الكفالة العينية رهن يقدمه غير المدين بخلاف الكفالة الشخصية. فهي "مزيج من الكفالة أو التأمينات الشخصية، والتأمينات العينية، فمعنى الكفالة يوجد من كون أن الكفيل يضمن الوفاء بدين غيره، ومعنى التأمينات العينية يرد حيث لا يلتزم الكفيل شخصيا بضمان الوفاء بالدين وإنما يخصص مالا من أمواله، يضمن دون غيره الوفاء بالدين المضمون. فالذمة المالية للكفيل لا تضمن الوفاء بالدين أنما يضمنه أحد الأموال فقط وهو ذلك المخصص والمقدم كضمان للدين"((1)).

ولا يغير من ذلك خضوع الكفيل العيني لأحكام الرهن، إذ أن ذلك يكون في الحدود التي تتفق مع طبيعة مركزة باعتباره ليس الملتزم الأصلي عن الدين المضمون بالرهن وانما كفيل في الوفاء به في حدود المال المرهون دون غيره. وإنه بحسب الأصل العام، وكما قدمنا، تسري قواعد الكفالة في العلاقة بين المدين والكفيل العيني في المسائل التي لا تنظمها احكام الرهن.

وإن كان القانون المدني قد أفرد للكفالة الشخصية فصلاً يندرج تحت القسم الاول المتعلق في "الحقوق الشخصية أو الالتزامات"ونظمها في المواد من 745 إلى

((1)) الدكتور حسام الأهواني–المرجع السابق، الدكتور عبدالرزاق أحمد السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء العاشر – المرجع السابق – ص345 وما بعدها، الدكتور سليمان مرقس – الوافي في شرح القانون المدني – في العقود المسماه – عقد الكفالة – عام 1994 – ص146 وما بعدها.

772، ولم يتناول فيها "الكفالة العينية"، بينما أفرد للرهن الرسمي والحيازي بابين يندرجان تحت القسم الثاني المتعلق بالحقوق العينية التعبية (التأمينات العينية) ويشتمل البابان على المواد من 971 الى 1060، وتناول فيهما "أحكام الرهن" دون أن يستخدم مصطلح الكفالة العينية في أي موضع، فإن ذلك لا يعني بطبيعة الحال بأن المشرع قد خلع عن الراهن إذا كان شخصا آخر غير المدين صفة الكفيل واخرجه من نطاق الكفالة، وبأن معالجة أحكام التزامه في الموضع المخصص للرهن الرسمي والحيازي يعني تمييز الرهن الذي يقيمه على عين مملوكة له ضمانا لدين غيره عن خصائص الكفالة وطبيعتها القانونية.

فالتسميات والعناوين لا تهم في تحديد الطبيعة القانونية للتصرف، بقدر ما تهم الحقائق والمفاهيم. ذلك أن تنظيم الكفالة الشخصية بوجه مستقل مرده طبيعتها في ضم ذمة الكفيل بمجملها إلى ذمة المدين في ضمان دين الدائن، فهي من نظم التأمينات الشخصية، بل هي الصورة النموذجية لهذه النظم، فكان من الطبيعي أن يخصها المشرع بأحكام خاصة تحت مظلة الحقوق الشخصية أو الالتزامات، وليس ضمن إطار "التأمينات العينية "التي تقوم على تخصيص مال أو أموال لضمان الوفاء بالالتزام من المدين أو غيره، باعتبار أن الكفيل الشخصي لا يرهن مال من أمواله ضمانا لدين المدين، والدائن لا يحصل على حق عيني تبعي على أموال الكفيل، ولكن حقه يرد فقط على الضمان على الكفيل. وبأن تنظيم الكفالة الشخصية على النحو المتقدم لا يعني حصر نطاق الكفالة عليها واستبعاد الكفالة العينية، وأن لم يسبغ المشرع أو يستخدم مصطلح "كفيل عيني "في أي من أحكامه

المنظمة للرهن. حيث أن ذلك لا يعني انصراف نية المشرع على قصر نطاق الكفالة على الكفالة الشخصية.

وأيه ذلك، ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني بمعرض بيانها للمادة 973 منه والتي تنص على أنه "يجوز أن يكون الراهن هو المدين أو شخصا آخر غيره"، مقرره أنها تعرض للراهن "وهو الذي يبرم عقد الرهن بالاتفاق مع الدائن المرتهن، وقد يكون هو المدين، وهو الغالب، وقد يكون شخصا أخر يرهن عقارا مملوكا له لضمان الدين وهذا هو الكفيل العيني". وبشأن المادة 1/991((1))، جاء بالمذكرة الإيضاحية على أنها تعرض "لحالة ما إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين، أي للكفيل العيني، وقررت أنه لا يجوز التنفيذ على أمواله إلا ما رهن منها. كما قررت أنه لا يكون لهذا الراهن الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك. كما قررت الفقرة الثانية أنه يجوز للراهن أن يتفادى أي إجراء موجه إليه إذا هو تخلي عن العقار المرهون وفقا للأوضاع وطبقا للأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار. وكل هذه الأحكام مسلمة ترجع إلى أن الراهن ليس مسئولا شخصيا عن الدين".

((1)) "إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على أمواله إلا ما رهن منها. ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك"، انظر الدكتور عبدالرزاق السنهوري – المرجع السابق – ذات الصفحة، الدكتور سليمان مرقس – المرجع السابق – ص148.

وفي ضم الكفالة الشخصية والكفالة العينية تحت مظلة "التأمينات "التي يقدمها شخص أخر غير المدين يستوى في ذلك أن يكون كفيلا شخصيا أم كفيلا عينيا، ما نصت عليه المادة 1006 من القانون المدني((1)) والتي افصحت المذكرة الإيضاحية في معرض شرحها بشأن حق الحائز عند حلول الدين المضمون بالرهن بالوفاء به وحقه تباعا بالرجوع بكل ما أداه على كل من المدين ومن تلقي منه حقه بدعوى شخصية، وبأن يحل محل الدائن فيما كان له من حقوق، بأنه يكون للحائز((2)) "حق الدائن بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وبما يكفله من تأمينات فيما عدا التأمينات التي قدمها شخص آر غير المدين، ويرجع استثناء

((1)) "للحائز عند حلول الدين المضمون بالرهن أن يقضيه هو وملحقاته بما في ذلك ما صرف في الإجراءات من وقت إنذاره بدفع الدين. ويبقى حقه هذا قائما إلى يوم رسو المزاد، ويكون له في هذه الحالة أن يرجع بكل ما يوفيه على المدين وعلى من تلقى منه الحق، كما يكون له أن يحل محل الدائن الذي استوفى الدين فيما له من حقوق إلا ما كان منها متعلقا بتأمينات شخص آخر غير المدين".

((2)) يعتبر حائز للعقار المرهون "كل من انتقلت إليه بأي سبب غير الميراث، ملكية هذا العقار أو أي حق عيني عليه قابل للرهن دون أن يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن"المادة 2/1004 مدني. ويقترب الكفيل العيني بذلك من الحائز في أن كل منهما لا يسأل عن الالتزام ويقتصر حق الدائن في التنفيذ على العقار المرهون. ولكنهما يختلفان من حيث أن الكفيل العيني يكون طرفا في عقد الرهن بخلاف الحائز الذي يتبع العقار تحت يده، كما أن الكفيل العيني تبرأ ذمته بقدر ما اضاعه الدائن بخطئه بعكس الحائز، وإذا وفى الكفيل العيني كل الدين أو بعضه حل محل الدائن في حقه طبقا لقواعد الحلول القانوني بينما الحائز فلا يجوز له أن يحل محل الدائن فيما يتعلق بالتأمينات التي قدمها الكفيل العيني. في ذلك، انظر: الدكتور حسام الأهواني–المرجع السابق–ص 78.

هذه التأمينات إلى أن العقار لو بقي في يد المدين ونفذ عليه الدائن لما كان للمدين أن يرجع على الكفيل فلا يصح أن يسوء مركز الكفيل لمجرد وجود حائز".

وفي نطاق أحكام الكفالة الشخصية، وتحديدا المادة 763 من القانون المدني والتي تعرض صورة خاصة للدفع بالتجريد في حالة وجود تأمين عيني يضمن الدين، والتي تجيز للكفيل الشخصي غير المتضامن مع المدين أن يطلب التنفيذ على المال المحمل بالتأمين العيني قبل التنفيذ على أمواله هو حال ما إذا عول على هذا التأمين بأن كفل المدين والتأمين العيني موجود. جاء في المذكرة الإيضاحية الشارحة لها بأن "يجب أم يكون التأمين العيني مقررا على مال مملوك للمدين لأنه إذا كان التأمين العيني مقررا على مال للغير، فإن هذا الغير يكون كفيلا عينيا لا يجوز للكفيل الشخصي أن يطلب تجريده". وهو ما يعني بعدم مفاضلة الكفيل الشخصي عن الكفيل العيني في هذا المسألة((1)).

وترتيبا على ذلك، وشأن عقد الكفالة الشخصية، الكفالة العينية عقد طرفاه الدائن والراهن الكفيل والمدين يعد من الغير فيه. وهو عقد ملزم لطرف واحد الكفيل العيني، ولا يغير من ذلك فرض جملة من الالتزامات على عاتق الدائن المرتهن في

((1)) وهذا بخلاف ما انتهى إليه بعض الفقه بأنه إذا كان الكفيل يستفيد من بعض أحكام الكفالة فإنها قد تؤدي إلى وضع أسوأ من الكفيل الشخصي عملا بنص المادة 763 مدني بتقري الحق للكفيل الشخصي، إذا لم يكن متضامنا مع المدين، أن يطلب تجريد الكفيل العيني بالتنفيذ على المال المحمل بالتأمين العيني قبل التنفيذ على أمواله هو حال ما إذا كان هذا التأمين مقرر ضمانا للدين وقدمت الكفالة بعد هذا التأمين أو معه. انظر: الدكتور حسام الأهواني–المرجع السابق– ص 78.

الرهن الحيازي في المواد 1037 – 1040 من القانون المدني، فهي ليست مقابل لالتزام الكفيل بالضمان العيني لالتزام المدين الأصلي بل اشتراطات لحفظ هذا الضمان وصيانته وضوابط الانتفاع به واستثماره وادارته ورده. وأخيرا، فإن العقد تابع للالتزام الأصلي للمدين نشأ بمقتضاه التزام الكفيل العيني وينقضي بانقضائه.

ويضحى بذلك التمييز بين الرهن والكفالة العينية مسألة أولية في تحديد سعة الوكالة في كل منهما. ويكون بذلك من غير المقبول قانونا التمسك بأن الكفالة العينية في حقيقتها مجرد رهن يسري عليها ما يسري على الرهن من احكام، والقول تباعا بأنها من المعاوضات شأن البيع وإن كان لابد فيها من وكالة خاصة إلا أنه يصح أن تصدر هذه الوكالة دون تحديد للمال الذي يقع عليه الرهن، فتكون خاصة في نوع التصرف وعامة في محله، ومن ثم يجوز أن يوكل شخصا آخر في رهن مال معين، كما يجوز له أن يوكله بالرهن بوجه عام.

وهذا ما قضت به تحديدا محكمة التمييز، وكما سوف يأتي تفصيله لاحقا، بالتفاتها عن هذا الدفع وذلك بتقرير أن المطعون ضدهم من الأول حتى السابع ليسوا من المدينين بل هم كفلاء عينين لتصدر في قراراها بغرفة المشورة بالنسبة لسعة الوكالة على هدي من ذلك بتقرير بطلانها((1))، والقضاء ببطلان الرهن لصدوره من وكيل لا يملك سلطة القيام به بعد أن ثبت لديها بأن الرهن لم ينشأ لضمان مديونية مباشرة في ذمة المورثيين – الموكل – بل ضمانا لمديونية الشركة المطعون ضدها

((1)) جلسة 2014/4/30. الطعن بالتمييز رقم: 1626 لسنة 2013 تجاري/4.

عن عقود مرابحة وهو ما يعتبر معه الرهن من اعمال التبرع بالنسبة إليهم بصفتهم كفلاء عينيين للمديونية((1)).

مع ذلك، يبقى تساؤل مستحق بشأن سعة لفظ الكفيل أو الكفالة في الوكالة، دون تحديد للكفالة العينية. حيث نتفق مع ما ذهب إليه البعض بأن المقصود هو الكفيل الشخصي والكفالة الشخصية((2))، ليس لأن الكفالة تنحصر بها بل لأن الكفالة العينية تتطلب رهن مالا مملوكا للكفيل العيني ضمانا لدين المدين، وهو ما ينبغي معه تقرير الحق للوكيل بالرهن. وهذا ما يستخلص من الحكم محل التعليق وجملة الأحكام، وكما سوف نرى لاحقا، التي قضت في سعة الوكالة الخاصة بإصدار الكفالة العينية بعد التثبت من تحديد تصرف الرهن في الوكالة. وفي جميع الأحوال، تتطلب إدارة التوثيق بوزارة العدل في الوكالة الخاصة للكفالة العينية نموذجا خاصا بذلك يحدد في أيضا محل الرهن دون الاكتفاء بذكر الرهن في الوكالة.

((1)) حكم محكمة التمييز جلسة 2012/1/17. الطعنين بالتمييز رقمي: 903، 906 لسنة 2008 تجاري/3.

((2)) الدكتور سمير تناغو–المرجع السابق–ص 23.

المبحث الثاني

التعليق على الحكم

يتصل موضوع الحكم محل التعليق في مدى كفاية النص في الوكالة على "الرهن واعطاء الكفالات"من تقرير الحق للوكيل في منح كفالة شخصية أو عينية عن موكله (الكفيل) في عقود التسهيلات المصرفية وغيرها، وذلك بالرغم من خلوها من بيان المال المرهون على وجه التخصيص وعدم تحديد الدين المضمون بالوكالة تحديدا دقيقا.

ويدور محور التعليق بشكل خاص حول نص المادتين 1/701 والمادة 702 بمجملها من القانون المدني سالفة الذكر، وبطبيعة الحال لأحكام الكفالة. وذلك، للبحث في اعتبارات تكييف الكفالة من أعمال التبرع، لتحديد ما إذا كانت تعتبر دائما من عقود التبرع لابد فيها من وكالة خاصة فيها وخاصة في محلها(أولا)، وحدود سلطة قاضي الموضوع التقديرية في هذا الشأن (ثانيا). وذلك من واقع الرجوع ما سطرته بأحرف من نور حكم محكمة التمييز محل التعليق، ومقارنتها بغيرها من الأحكام التي صدرت في منازعات مماثلة.

أولا: اعتبارات تكييف الكفالة من اعمال التبرع

التعرف على حدود اعتبار الكفالة من اعمال التبرع، وهي المسألة التي تمثل جوهر الحكم محل التعليق وغيرها من المنازعات القضائية التي تكون فيها الكفالة قد

صدرت من وكيل وليس من الكفيل ذاته، مردها تحديد المصلحة التي تعود على الكفيل من الدين المكفول، وهو ما يستبعد معه طبيعة الكفالة كأساس لتحديد ما إذا كانت الكفيل متبرعا محضا من عدمه.

1-استبعاد طبيعة الكفالة

سعة الوكالة في اصدار الكفالة قائمة على تحديد ما إذا كانت الكفالة قد قدمت حسب الأصل العام على سبيل التبرع أم بإثبات أن الكفالة قد عادت على الكفيل بمصلحة كانت الباعث الدافع لها، يستوي في ذلك أن تكون الكفالة مدنية أم تجارية، أو تكون كفالة عينية قائمة على الرهن.

(أ) الكفالة المدنية والكفالة التجارية

الأصل هو اعتبار الكفالة عقدا مدنيا وليس تجاريا، وبرجع في ذلك إلى أن الكفالة هي بحسب الأصل العام من عقود التبرع، وهي صفة لا تتفق مع المعاملات التجارية القائمة على عنصر المضاربة [1].

وقد نص المشرع المصري على هذا الحكم في المادة 1/779 من التقنين المدني بنصها على أن "كفالة الدين التجاري تعتبر عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا"، ولم يستثني من ذلك – بالمادة 2/779 – سوى الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق

((1)) الأعمال التجارية وفق نص المادة 3 من قانون التجارة "هي الاعمال التي يقوم بها الشخص بقصد المضاربة"، الدكتور سليمان مرقس – المرجع السابق – ص8 وما بعدها.

التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تظهير هذه الأوراق((1)). وهو بذلك أرسى قاعدة عامة مؤداها أن عقد الكفالة يكون عقداً مدنياً في جميع الاحوال حتى لو كان الكفيل تاجراً، وسواء كان الدين المكفول تجارياً أم مدنياً((2)).

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن ما نصت عليه المادة 1/779 من التقنين المدني "يدل على أن الأصل في الكفالة أن تعتبر عملا مدنيا وتبقى الكفالة عملا مدنيا بالنسبة للكفيل حتى لو كان الالتزام المكفول التزاما تجاريا أو كان كل من الدائن والمدين تاجرا أو كان الكفيل نفسه تاجرا وذلك استثناء من القاعدة التي تقضي بأن التزام الكفيل تابع لالتزام المكفول لأن الأصل في الكفالة أن يكون الكفيل متبرعا لا مضاربا فهو إذن لا يقوم بعمل تجاري بل بعمل مدني"((3)).

المشرع الكويتي أخذ منحنى مخالف في قانون التجارة، وذلك بترك تحديد طبيعة عقد الكفالة من حيث اعتباره عقداً مدنياً أو تجارياً إلى طبيعة الدين المكفول بالنسبة

((1)) انظر: الدكتور سمير تناغو–المرجع السابق– ص 30.

((2)) الدكتور عبدالرزاق السنهوري– التأمينات الشخصية والعينية– المرجع السابق– ص 85 وما بعدها، الدكتور سليمان مرقس – المرجع السابق – ص17، الدكتور عبدالودود يحيى – عقد الكفالة – سنة 1961 – نبذة 9 – ص15.

((3)) جلسة 1981/3/2. الطعن بالنقض رقم: 1041 لسنة 1947. مشار إليه: محمد البكري– موسوعة الفقه والقضاء– في شرح قانون التجارة الجديد– الالتزامات – العقود التجارية – عمليات البنوك– المجلد الثاني– دار محمود للنشر والتوزيع– 2018– ص 11.

إلى المدين. وذلك بالنص في المادة 98 على أن "تكون الكفالة تجارية إذا كان الكفيل يضمن دينا يعتبر تجاريا بالنسبة إلى المدين"((1)).

وتظهر أهمية اعتبار الكفالة مدنية أو تجارية بوجه خاص في الاختصاص وفي الاثبات والفائدة القانونية والتضامن((2)). فإن كانت الكفالة التجارية، كان القضاء التجاري هو المختص، ويجوز اثباتها بكافة طرق الإثبات وأن تجاوز قيمة التصرف 5000 الاف دينار كويتي، ويستحق عنها فوائد قانونية((3))، ويكون الكفلاء

((1)) في اعتبار التزام الكفيل تجاري كالالتزام المكفول في كفالة الدين التجاري بالنسبة للمدين. انظر: الطعن بالتمييز رقم: 296 لسنة 2001 مدني. جلسة 2002/2/11. مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز- وزارة العدل – محكمة التميز – المكتب الفني- أبريل 2009- القسم الخامس- المجلد التاسع- ص 625. وفي جواز مطالبة الكفيل دون المدين ابتداء، وبأن مطالبو أحدهما لا تسقط مطالبة الآخر، انظر: الطعن بالتمييز رقم: 54 لسنة 1980 تجاري. جلسة 1981/2/4، مجموعة القواعد القانونية- وزارة العدل – محكمة التمييز – المكتب الفني- يناير 1994- القسم الأول- المجلد الثاني- ص 497. الطعن بالتمييز رقم: 9 لسنة 1984- جلسة 1985/6/12- مجموعة القواعد القانونية- يناير 1994- مشار إليها- ص 499.

((2)) Aynes L./ op.cit./ p. 13.

((3)) في عدم جواز اثبات الكفالة المدنية متى ما جاوزت قيمة التصرف 5000 دينار كويتي إلا بالكتابة، عملا بقانون الاثبات في المواد المدينة والتجارية، انظر: الطعن بالتمييز رقم: 183 لسنة 1985 تجاري. جلسة 5/14/ 1986. مجلة القضاء والقانون- وزارة العدل – المكتب الفني- السنة 14= =-العدد الأول- مايو 1993/ ص 244، راجع الدكتور سليمان مرقس – الوافي في شرح القانون المدني – عقد الكفالة – المرجع السابق – ص20، الدكتور عبدالرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – التأمينات الشخصية والعينية – المرجع السابق – ص68.

متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين((1)). بالمقابل، سعة الوكالة في اصدار الكفالة لا تتحدد بمدنية أو تجارية الكفالة.

إذ ان مناط تحديد ما إذا كانت الكفالة من عقود التبرع أم معقود المعاوضة، وكما سوف يأتي تفصيله لاحقا، هو بمنح الكفالة مقابل مصلحة للكفيل في الدين المكفول من عدمه وليس ما إذا كانت مدنية أو تجارية بتقرير أن الكفيل يكون متبرعا في ضمان الالتزام الأصلي للمدين في الكفالة المدنية ومضاربا في الكفالة التجارية يتوخى منها مقابل أو منفعة له أو لغيره.

والقول بغير ذلك مردود عليه، ليس لما يترتب عليه من نتيجة غير منطقية باعتبار جميع الكفالات التي تمنح كضمان في عقود التسهيلات المصرفية تكون على سبيل المعاوضة في القانون الكويتي لأنها، عملا بالمادة 98 المذكورة، كفالات تجارية لضمانها لديون تجارية، ومن ثم فإنها لا تحتاج إلا لوكالة خاصة تسمح بها وتتسع

((1)) في تقرير الكفالة التضامنية فيما بين الكفلاء ومع المدين في تسهيلات مصرفية منحها البنك للعميل بشكل قرض لاستعماله في الحساب الجاري لدى البنك، انظر: الطعن بالتمييز رقم: 183 لسنة 1985 تجاري– مشار إليه، انظر أيضا في تضامن الكفلاء حال تعددهم في الكفالة التجارية: الطعن بالتمييز رقم: 507 لسنة 2004 تجاري– جلسة 2006/3/11. مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز– وزارة العدل – محكمة التميز – المكتب الفني– أبريل 2009– القسم الخامس– المجلد التاسع– ص 635، وفي أثر تضامن الكفيل مع المدين في عدو جواز مطالبة الكفيل المطالبة بالرجوع أولا على المدين أو تجريده من أموال، انظر: الطعن بالتمييز رقم: 212 لسنة 1996 تجاري– جلسة 1997/4/7. مجموعة القواعد القانونية– وزارة العدل – محكمة التمييز – المكتب الفني– يونيو 2004– القسم الرابع– المجلد الخامس– 891.

إليها دون ضرورة في تحديد محلها. بل لأن ذلك يتعارض مع مفهوم النص المذكور، وأسس التفرقة كما اشرنا بين العقود ما اذا كانت علي سبيل التبرع أو المعاوضة، ولم ينظر إليه كذلك في الفقه والقضاء.

إذ ان القول بأن اضفاء المشرع بالمادة 98 للصبغة التجارية على الكفالة التي تضمن دين تجاري تقرير لحكم بأنها على سبيل المعاوضة بالأثار التي يترتب على ذلك بما فيها تحديد سعة الوكالة، يتعارض مع الأصل في الكفالة أن يكون الكفيل متبرعا لا مضاربا والذي حمل المشرع المصري في التقنين المدني على اعتبار الكفالة مدنية وأن كانت تضمن دينا تجاريا وكان الكفيل تاجرا، ومع الغاية التي توخاها المشرع والتي تتمثل في اخضاع الكفيل لالتزام تجاري كالتزام المكفول بالنتائج المشار إليها آنفا، باعتبار ان التزام الكفيل التزام تبعي بغض النظر عن صفة الكفيل ونيته التي قد تكون قد اتجهت للتبرع وليس تحريا لمقابل أو منفعة. فغاية المشرع بإسباغ الصفة التجارية على كفالة الدين التجاري لا لشيء إلا لتوحيد النظام القانوني الذي يخضع له العمل التجاري وغيره من الأعمال المدنية بطبيعتها التي تكون مرتبطة به أو لازمة له((1)). فالكفالة، وهي عمل مدني بطبيعته، نمط من الأعمال التجارية بالتبعية لارتباط العمل المدني بالعمل التجاري((2)).

((1)) بشأن تبني المشرع الكويتي نظريتي الأعمال التجارية بالتبعية الموضوعية وبالتبعية الشخصية، ومبررات ذلك، انظر: الدكتور حسني المصري، القانون التجاري الكويتي- مؤسسة دار الكتب- 1996- ص 169 وما بعدها.

((2)) الدكتور حسني المصري- المرجع السابق- ص 172.

وهذا ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة – تعليقاً على هذ النص – "بأن المادة (98) اعتبرت "كفالة الدين التجاري بذاتها عملاً تجارياً. وهو الحل الذي اخذت به الفقرة الأولى من المادة 502 من القانون التجاري القائم رغم أن الاصل في الكفالة أن يكون الكفيل متبرعاً لا مضارباً، وقد أثر المشروع استبقاء هذا الحل بتقدير أن التزام الكفيل التزام تبعي، فمن الواجب أن يكون التزامه تجارياً كالتزام المكفول بقطع النظر عن صفة الكفيل أو نيته. وغني عن البيان أن الكفالة تعتبر أيضا عملا تجاريا بالتبعية بالنسبة للكفيل إذا كان تاجرا وقام بها لعمل مرتبط لحاجات تجارته. كأن يكفل التاجر عميلا هاما من عملائه في دين مدني حتى لا يتعرض لفقده أن لم يكفله فالكفالة هنا عمل تجاري تابع لنشاطه التجاري".

ولهذا جاء المشرع، بعدما قرر أن يكون التزام الكفيل تجاريا بالتبعية للالتزام الأصلي للمدين، ليقرر في المادة التي تليها على أحد أهم النتائج المتوخاة من ذلك وهي تضامن الكفلاء فيما بينهم وبين المدين. حيث تنص المادة 99 من قانون التجارة على أن "في الكفالة التجارية يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين. والدائن مخير في المطالبة إن شاء طالب المدين، وإن شاء طالب الكفيل. ومطالبته احدهما لا تسقط حق مطالبته للآخر، فبعد مطالبته احدهما له ان يطلب الآخر وله أن يطالبهما معا". وهو ما أكد عليه المشرع في القانون المدني اللاحق في صدوره على قانون التجارة، في المادة 766 بنصها على أنه "في الكفالة القانونية أو القضائية أو التجارية، يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين".

وقد كرس المشرع المصري بدوره هذا التضامن في قانون التجارة الجديد((1))، فنصت المادة 1/47 على تضمان الملتزمين معا بدين تجاري ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك، ونصت الفقرة الثانية على سريان هذا التضامن في حالة تعدد الكفلاء. ولتحقيق ذلك، وبعد التأكيد في الفقرة الأولى من المادة 48 من قانون التجارة الجديد القاعدة التي نصت عليها المادة 1/779 من التقنين المدني سالفة الذكر التي تقضي باعتبار كفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا، اورد المشرع استثناءات على هذه القاعدة واعتبرت الكفالة عملا تجاريا منفردا إذا نص القانون على ذلك – شأن ما نصت عليه المادة 2/779 من التقنين المدني – أو كان الكفيل بنكا، أو كان تاجرا وله مصلحة في الدين المكفول((2)).

وقد درجت الكتابات الفقهية بمجملها، كما سوف نرى لاحقا، في شأن الكفالة على تصنيفها بصفة عامة ضمن عقود التبرع، والبحث في الأحوال التي تكون فيها معاوضة. وذلك كله، دون أن يكون المعتبر لديهم التمييز بين الكفالة المدنية والتجارية. والشأن ذاته بالنسبة لأحكام القضاء، التي وان كانت تستند إلى نص المادة 98 من قانون التجارة المذكور وما افصحت به المذكرة الإيضاحية بشأنه

((1)) الدكتور صلاح شحاتة– المرجع السابق– ص 2، الدكتورة سميحه القليوبي – تعليق على مواد قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 – الباب الأول والثاني – المواد من 1 إلى 377 – الطبعة الأولى – عام 2011 – ص 125.

((2)) "لا تعتبر كفالة الدين التجاري عملا تجاريا إلا إذا نص القانون على ذلك أو كان الكفيل بنكا أو كان تاجرا وله مصلحة في الدين المكفول"المادة 1/48 من قانون التجارة المصري الجديد رقم 17 لسنة 1999، الدكتورة سميحه القليوبي – المرجع السابق – ص125 وما بعدها.

فذلك لتعويل عليها فحسب في تقرير التضامن بين الكفلاء حال تعددهم. وفي سعة الوكالة، فإن احالتها للنص المذكور لا يمثل الأساس القانوني التي تعول عليه في تقرير صحة الكفالة أو بطلانها بل بما هو ثابت لديها من ظروف الدعوى تحري الكفيل لمقابل أو منفعة م ضمانه لدين المدين.

وهذا ما انتهت إليه محكمة التمييز في الحكم المؤرخ 2002/2/11 بقضائها على أنه "من المقرر أن الكفالة عقد بمقتضاه يضم شخص ذمته إلي ذمة المدين في التزام عليه، بأن يتعهد للدائن بأدائه إذا لم يؤده المدين، ورغم أن الأصل في الكفالة أن يكون الكفيل متبرعة لا مضاربة، إلا أن قانون التجارة نص في المادة 98 منه على أن تكون الكفالة تجارية إذا كان الكفيل يضمن دينا يعتبر تجارية بالنسبة إلى المدين، وقد أثر المشرع هذا الحل بتقدير أن التزام الكفيل التزام تبعي فمن الواجب أن يكون التزامه تجاريا كالتزام المكفول، بقطع النظر عن صفة الوكيل أو نيته، وطبقا لنص المادة 99 من قانون التجارة فإنه في الكفالة التجارية يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع الدين والدائن مخير في المطالبة، أن شاء طالب المدين وإن شاء طالب الكفيل، ومطالبته أحدهما لا تسقط حق مطالبته للأخر، فبعد مطالبته أحدهما له أن يطالب الأخر وله أن يطالبهما معا، لما كان ذلك وكان الثابت بعقد المديونية سند الحجز موضوع التداعي أنه محرر بين البنك التجاري الكويتي المطعون ضده طرف أول دائن مرتهن، وبين كل من .... طرف ثان مدين و طرف ثالث كفيل عيني ويفيد مع الدائن تسهيلات مصرفية بشكل قرض للمدين وذلك لاستعماله في حساب الجاري لدي الدائن بكفالة الطرف الثالث،

فإن هذا العقد يعد عملا تجارياً باعتباره من أعمال البنوك وتكون الكفالة تجارية لأن الكفيل يضمن دينة تجارية بالنسبة للمدين، ولذلك فإن البنك الدائن يكون مخير في المطالبة أن شاء طالب المدين، وأن شاء طالب الكفيل، وإذ اختار مطالبة ورثة المدين فإن تلك المطالبة تكون متفقة وصحيح القانون، وإن انتهى الحكم المطعون فيه إلى هذه النتيجة فإن النعي يضحي على غير أساس"((1)).

وفي حكم مؤرخ قضت محكمة أول درجة إلى أن "مؤدى نص المادتين 701، 702 من القانون المدني أن الوكالة العامة هي تلك التي ترد في الفاظ عامة لا تخصيص فيها لنوع التصرف القانوني محل الوكالة ولا تخول الوكيل الصفة إلا في أعمال الإدارة، وإذا كان الاتفاق بين الوكيل والغير منطويا على تصرف قانوني فإنه يجب عندئذ أن يكون لدى الوكيل وكالة خاصة تخول له إبرام هذا التصرف القانوني. لما كان ذلك، وكانت الكفالة بحسب الأصل تبرعيه ولئن كانت كفالة تضمن دينا تجاري ذلك أن عقد الكفالة هو المستثنى وحده بالكاد من اعتبار العقود التجارية عقود معاوضة..... ومن ثم تكون الكفالة من أعمال التصرف لا الإدارة ولا بد فيه من وكالة خاصة حتى يكون للوكيل صفة في إجرائه"((2)).

((1)) طعن بالتمييز رقم: 296 لسنة 2001 مدني. أحكام التمييز في شأن اعمال البنوك– الدكتور أحمد دومة والدكتور عبداللطيف الثنيان– وزارة العدل – المكتب الفني – محكمة التمييز – 2017.

((2)) الدعوى رقم: 3808 لسنة 2012 تجاري كلي/3. الدائرة التجارية الثالثة.

وأخيرا، فإن كل ما تقدم ذكره جاء بمدلول الحكم محل التعليق، إذا أنه على الرغم من ان الدين في كل من عقدي التسهيلات المصرفية تجاري بالنسبة للمدين فيهما (زوجة الكفيل والشركة)، ومن ثم تعتبر الكفالة العينية والكفالتين الشخصيتين بهما كفالات تجارية بتطبيق المادة 97 من قانون التجارة، إلا أن محكمة التمييز – ومحكمة الاستئناف ومحكمة أول درجة – لم تقضي بصحة هذه الكفالات على سند من ذلك بل بعد ما ثبت لديها من واقع المستندات بأن الكفيل ليس متبرعا محضا. فالحكم حسم أمر نطاق الوكالة الصادرة بالكفالة ببحث وتحري مصلحة الكفيل في الدين المكفول، ولم يتعرض أو يمس موضوع الكفالة ذاتها سواء كانت تجارية أو مدنية باعتبار أن ذلك – وأيا كان وجه الرأي فيها – غير منتج في الطعن ببطلان الكفالات التي صدرت بموجب الوكالة في عقدي التسهيلات.

(ب) الرهن والكفالة العينية

الكفالة العينية، وكما اسهبنا بوقت سابق، ليست مجرد رهن، بل هي مزيج بين الرهن والكفالة بما تقرره من تأمين عيني يتطلب لزاما رهن مال مملوك للكفيل ضمانا للوفاء بالالتزام الأصلي للمدين، فهي صورة مركبة من الكفالة ومن الرهن((1)) ليسري عليها ما يسري على الكفالة في المسائل التي لم يرد بها نص خاص في احكام الرهن.

((1)) الدكتور سليمان مرقس– عقد البيع وعقد الكفالة– المرجع السابق– ص 2.

وتظهر أهمية التمييز بين الرهن والكفالة العينية في سعة الوكالة في القيام بهما. فالرهن ليس من التبرعات ولا يشترط في التوكيل به أن يعين المال المرهون على وجه التحديد، بل يكفي التوكيل بالرهن حتى يقرر الحق للوكيل في رهن أي مال مملوك للموكل رهنا رسميا أو حيازيا((1)). "فالمدين يقدم الرهن بغية الحصول على ميزة مالية معينة مثل الحصول على الائتمان أو البيع بثمن مؤجل، أو من أجل الوفاء. بالرهن يتعاصر عادة في ابرامه مع الحصول على المدين. بل يغلب أن يسبق الرهن في وجوده الدين مثل ضمان الدين المستقبل أو إذا كان الرهن لاحقا في تاريخه على الحصول على الدين فإن ذلك يكون تنفيذا من الراهن لالتزام سابق بتقديم الرهن"((2)).

((1)) الدكتور عبدالرزاق السنهوري– في التأمينات العينية والشخصية– المرجع السابق– ص 337، الدكتور سمير تناغو– المرجع السابق– ص 132. الدكتور جاير محجوب والدكتور فايز الكندري– المرجع السابق– ص 32. في رأي مخالف، يذهب د. الدكتور سليمان مرقس بأن التوكيل في الرهن الرسمي يشترط إلى جانب حصوله بورقة رسمية أن يخصص فيه محل الرهن يبين فيه العقار المراد رهنه والدين الذي يراد تقرير الرهن ضمانا لوفائه، وذلك باعتبار أن الشكل الواجب في الرهن الرسمي يتطلب عملا بالمادة 700 من التقين المدني تحرير ورقة رسمية به مع اشتمالها على البيانات التي يتخصص بها الرهن. انظر: الحقوق العينية التبعية– المرجع السابق– ص45.

((2)) الدكتور حسام الأهواني– المرجع السابق– ص 68، الدكتور سليمان مرقس– الوافي في شرح القانون المدني– في الحقوق العينية التبعية– دار الكتاب القانونية – المنشورات الحقوقية– الجزء الثاني– الطبعة الثالثة– 1995– ص 28، الدكتور أحمد الزقرد– المرجع السابق– ص 109.

بالمقابل، إذا كان الراهن غير المدين وهو الكفيل العيني((1))، فإن عقد الرهن لا ينبغي النظر له بمعزل عن الكفالة لتقرير بأنه لا يمكن أن يكون تبرعا، بل معاوضة. ذلك ان ليس بالضرورة أن يحصل فيه الكفيل الراهن على مقابل أو مصلحة لما أداه للدائن المرتهن.

وعلى ذلك، لا نتفق مع ما ذهب إليه البعض بأن الرهن لا يعتبر تبرعاً من الراهن وأن كان شخصا آخر غير المدين (كفيل)، على سند من أن الرهن "إما أن يكون وفاء منه لالتزام المدين بتقديم رهن، وإما أن يكون الغرض منه حمل الدائن على اقراض المدين أو إهماله فيعتبر بمثابة اشتراط لمصلحة الغير، أما العلاقة بين الراهن والمدين فهي أجنبية من عقد الرهن، وقد يكون بينهما أي اتفاق على الزام بتقديم الراهن بتقديم الرهن سواء كان هذا الالتزام بمقابل أو بدون مقابل، وقد لا يكون بينهما أساسا اتفاق على ذلك، فإذا كان الدافع إلى الرهن المتبرع للمدين بضمانه لدى الدائن، فإن هذا الدافع لا يكفي ليضفي على عقد الرهن المبرم بين الراهن والدائن صفة التبرع ولا ينفي وجود التقابل في ذهن كل من الراهن والدائن

((1)) قد يجمع الراهن بين صفة المدين والكفيل العيني، كما لو رهن شريك في شركة تضامن عقارا لكفالة عقد فتح اعتماد مستندي رسمي للشركة، فهو كفيل عيني ومدين متضامن عن ديون الشركة في أمواله الخاصة، حتى لو كان الدين محل التنفيذ ثابتا في ذمة شركة التضامن وحدها. نقض 1971/1/19- مجموعة الأحكام- س 22- ص 52، مشار إليه: الدكتور عبدالناصر العطار- المرجع السابق- ص 13- هامش(1).

تقرير الرهن ونشوء الدين أو مد أجلهن وبعبارة أخرى فإن هذا التقابل مستفاد من إرادة الطرفين الضمنية"((1)).

إذ المدين يعد من الغير بالنسبة لعقد الكفالة والتزامه بالرهن جهة الدائن لا يفرض التزام على غيره بكفالة التزامه الرئيسي، كما أنه وبخلاف ما ارتكز عليه الرأي السابق والقائم على أن الكفالة هي معاوضة بالنظر إلى توخي الكفيل مصلحة المدين وما استتبع ذلك بالنظر إلى الرهن الصادر منه على أنه ليس تبرعا فإن تحديد ما إذا كانت الكفالة العينية – الصورة المركبة من الكفالة ومن الرهن – تبرعيه من عدمه كما سوف نعرض لاحقا مرده مصلحة الكفيل في الدين المكفول.

وهو ما استطاعت محكمة التمييز في حكمها محل البحث أن تقطع فيه باقتدار، بمعرض الرد على الطعن في شقه المتعلق بالكفالة العينية لرهن العقار الرسمي والرهن الحيازي لأسهم الكفيل (الطاعن) والبالغ عددها 29625000 بخصوص العقد رقم ..... جلد/3 بتاريخ 2007/12/11 المبرم البنك) والمطعون ضدها الثانية (زوجة الطاعن).

وذلك بقضائها على أنه من المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن النص في المادة 981 من القانون المدني على أنه "يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبلي أو دين احتمالي، فيجوز أن يترتب ضمانة لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو

((1)) الدكتور سليمان مرقس– الحقوق العينية التبعية– المرجع السابق– ص 29.

الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين "يدل – وعلى ما ورد بالمذكرة الإيضاحية القانون – على جواز عقد رهن رسمي لضمان دين ينشأ مستقبلا أو دينا احتمالية وإعمالا لمبدأ تخصيص الرهن الذي يترتب ضمانة لاعتماد مفتوح مشروط أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين الذي يضمنه الرهن أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين وعلى ذلك فإن الدين المضمون لا بد أن يكون محددة تحديدا كافيا حتى يكون الرهن مخصصا من ناحيته وإلا كان عقد الرهن باطلا لعدم التخصيص فلا يجوز أن ينعقد رهن رسمي لضمان كل الديون التي تثبت في ذمة المدين. و بأن الرهن ليس من التبرعات بل من أعمال التصرف لذلك لا يشترط في التوكيل به أن يعين العقار الذي يكون محلا للرهن بل يكفي التوكيل في الرهن وعندئذ يجوز للوكيل أن يرهن أي عقار مملوك للموكل رهنا رسميا إذا كان الموكل هو نفسه المدين أما كان الموكل كفيلا عينيا وليس هو المدين الأصلي فالغالب أن يكون متبرعاً وإذا ثبت ذلك يجب تحديد العقار محل التصرف بالذات والا بطل التصرف. وبأن الرهن الحيازي طبقا لنص المادة 1027 من القانون المدني هو عقد به يلتزم شخص، ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلي عدل يعينه المتعاقدان، شيئا يترتب عليه للدائن حق عيني يخوله حبس الشيء حتى استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في اقتضاء حقه من هذا الشيء في أي بد يكون، وبأنه طبقا للمادة 1029 تسري على الرهن الحيازي أحكام المواد 974 و 975 و 978 و 981 و 982 و 983 المتعلقة بالرهن الرسمي".

ولعل ذلك في نظرنا يمثل أحد أهم ركائز الحكم وأهميته، من خلال تحديدها للحدود بين الرهن والكفالة العينية وتبعات ذلك على سعة الوكالة((1))، فهي في نهاية

((1)) من الجدير بالذكر، التمييز بين الرهن والكفالة العينية بالنسبة لتحديد سعة الوكالة لا يعني بطبيعة الحال حرمان الكفيل من التمسك ببطلان رهن ما يملكه لكفالة الالتزام الأصلي للمدين لتحلل من التزامه بالكفالة باعتباره التزام تبعي لالتزام المدين. وهو ما تمسك به تحديدا الكفيل بالكفالة العينية بالرهن الرسمي للعقار والرهن الحيازي في عقد التسهيلات رقم .... جلد/3 بتاريخ 2007/12/11 في الدعوى التي صدر بها حكم محكمة التمييز محل التعليق في البحث، وذلك بالدفع – السبب الرابع من أسباب الدعوي– ببطلان الرهن لعدم تخصيص الدين المضمون بالرهن تحديدا دقيقا في العقد المذكور. وقد تصدت محكمة الدرجة الأولى لهذا الدفع بقضائها على أنه "لما كان ذلك وكان الثابت بالعقد الرسمي رقم 4240 جلد/3 بتاريخ 2007/12/11م أن المدعي رهن العقار المملوك له وبينه وصفا في العقد وعينه بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه في عقد الرهن ... وذلك ضمانا السداد التسهيلات المصرفية والمبينة به محددة في عقد الرهن بمبلغ الدين الذي يضمنه الرهن و الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين .. وذلك بتسهيلات مصرفية بصورة خطابات ضمان مالية لمدة ثلاث سنوات من تاريخ الإصدار بحد أقصى 27500000 دولار أمريكي لاستخدامها في اصدار خطابات ضمان .. من اجل تمويل استثمارات خارجية مما تخلص= =المحكمة إلى صحة الرهن الواقع على العقار المذكور في العقد محل المطالبة مما تكون المطالبة ببطلانه قائمة على غير سند صحيح من الواقع والقانون". وهذا ما ايدته محكمة التمييز بقضائها "لما كان ذلك، وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه أيضاً برفض طلب بطلان الرهن لعدم تخصيص الدين وبيان العقار المرهون على ما أستخلصه سائغا من الأوراق والعقد المطعون فيه رقم ..... جلد/3 المؤرخ 2007/12/11 بأن العقار المرهون معين بالعقد تعيين دقيقة من حيث طبيعته وموقعة وأن التسهيلات المصرفية محددة بمبلغ الدين الذي يضمنه أثرهن والحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين وبأنه متعلق بتسهيلات مصرفية في صورة خطابات ضمان لمدة ثلاث سنوات من تاريخ الإصدار بحد اقصى 27500000 دولار أمريكي وانتهى الحكم إلى صحة الرهن من حيث تخصيص الدين وبيان العقار المرهون، وكان هذا كله الذي خلص إليه الحكم صحيحة سائغا له

المطاف انتهت بقضائها إلى صحة الكفالة العينية – والكفالتين الشخصيتين في عقدي التسهيلات – بعدما ما اعتبرت أن ما خلص إليه حكم الاستئناف المطعون فيه جاء صحيحا وسائغا له معينه في أوراق الدعوى وظروفها بأن الكفيل لم يكن متبرعا، ومن ثم كان يكفيها تقرير صحة الكفالة العينية التي صدرت من وكيل بتوكيل بالرهن والكفالة دون أن يحدد فيها طبيعة وعدد الأسهم المرهونة. إلا أن محكمة التمييز حرصت مع ذلك على ايضاح الفارق بين الرهن المجرد الصادر من المدين لضمان مديونيته والرهن المصاحب لكفالة هذا الدين بشأن سعة الوكالة في اصدارهما. فكأن لسان حال المحكمة يقول بأن رهن المدين رسميا كان أم حيازيا يكفيه في جميع الأحوال وكالة خاصة بتحديد الرهن كتصرف فيها فقط، بخلاف الكفالة العينية التي قد تستلزم أن تكون فيها الوكالة أيضا خاصة في محلها بتحديد المال المرهون بمقتضاها((1)).

وقد تعرض قضاء محكمة الدرجة الأولى لمسألة التمييز بين الرهن والكفالة العينية بالنسبة لتحديد سعة الوكالة بقضائها على لما "كان المدعي يطالب بإبطال الرهن الرسمي الواقع على عقاره المبين بصحيفة الدعوى والوارد بالعقد رقم جلد/3

معينه ويتفق مع الثابت بالأوراق والعقد والتوكيل ويتضمن الدعامة المستقلة الكافية لحمل قضاءه والتي تكفى أيضا للرد على أسباب الاستئناف".

((1)) فضلا عن ذلك، حسمت محكمة التمييز في حكمها مفهوم الرسمية في الوكالة الخاصة بالرهن الرسمي للعقار بأنها لا تتطلب تخصيص العقار والدين فيها، وبأن يكفي مجرد التوكيل بالرهن دون أن تخصص فيه العين الموكول رهنها إلى الوكيل وتحديد الدين الذي يراد تقرير الرهن ضمانة لوفائه، وبأن تخصيص العقار والدين يكون في عقد الرهن ذاته.

بتاريخ 2007/12/11 وأبطال الرهن الحيازي الوارد على الاسهم لصدوره من وكيل لا يملك سلطة القيام به وكان الثابت في العقد رقم .... جلد/3 بتاريخ 2007/12/11 أنه مبرم بين البنك المدعى عليه الأول والمدعي عليها الثانية بمنح تسهيلات مصرفية والخصم المدخل كفيل عيني راهن والمدعي كفيل عيني راهن و شخصي متضامن وقع من اطرافه غير أن الموقع عن المدعي المدعو/ عبدالله ..... بصفته وكيلا عنه بموجب توكيل رسمي عام برقم ..... جلد6 بتاريخ 2006/9/26م .. وجاء في بند الضمانات أن طرف الرابع – المدعي – يرهن العقار الواقع بالشامية – المبين الأوصاف – ويرهن الأسهم المبينة رهنا حيازيا كما انه يقر بكفالة شخصية تضامنية للطرف الثاني – المدعي عليها الثانية – وكان المدعي يطعن على تصرف الوكيل عنه برهن العقار والأسهم بوكالة عامة لا تبيح له التصرف باعتباره متبرعا وكان من المقرر على النحو السالف بيانه أن الرهن ليس من التبرعات بل من أعمال التصرف لذلك لا يشترط في التوكيل به أن يعين العقار الذي يكون محلا للرهن بل يكفي التوكيل في الرهن وعندئذ يجوز للوكيل أن يرهن أي عقار مملوك للموكل رهناً رسمياً إذا كان الموكل هو نفسه الدين، أما إذا كان الموكل كفيلا عينيا وليس هو الدين الأصلي فالغالب أن يكون متبرعا وإن ثبت ذلك يجب تحديد العقار محل التصرف بالذات وإلا بطل التصرف. لما كان ذلك وكان الثابت من المكاتبات بين المدعي والمدعى عليه الأول بعرض المدعي عقاره والأسهم على البنك الرهن ثم بطلب تسوية المديونية ما يدل على أن المدعي لم يكن متبرعا تبرعا محضا وإنما اتجهت إرادته إلى توفير الضمانات

اللازمة التمويل المدعي عليها الثانية بالتسهيلات المصرفية للاشتراك معها في استثمارات خارجية مما تصح الوكالة بالتصرف وعليه يكون الطلب قائم علي سند صحيح وتقضي المحكمة برفضه".

وفي سياق الحكم محل التعليق، انتهت محكمة التمييز في حكم سابق مؤرخ 2012/1/17 بالتمييز بين الرهن والكفالة العينية على النحو المار بيانه، لتقضي ببطلان الرهن لصدوره من وكيل لا يملك سلطة القيام به بعد أن ثبت لديها بأن الرهن لم ينشأ لضمان مديونية مباشرة في ذمة المورثيين – الموكل – بل ضمانا لمديونية الشركة المطعون ضدها عن عقود مرابحة وهو ما يعتبر معه الرهن من أعمال التبرع بالنسبة إليهم بصفتهم كفلاء عينيين للمديونية. حيث قررت على "أن المناط في التعرف على مدى الوكالة من حيث ما تشتمل عليه من تصرفات قانونية خول الموكل الوكيل إجراءها يتحدد بالرجوع إلى عبارات التوكيل ذاته وما جرت به نصوصه وهو أمر يخضع لسلطة قاضي الموضوع بغير معقب مادام تفسيره واقعا على توكيل قائم وتحتمله عباراته وأن سائر المعاوضات وإن كان لابد فيها من وكالة خاصة – تطبيقا الحكم المادة 702 من القانون المدني – تبين نوع التصرف إلا أنه يصح أن تصدر دون تحديد المحل الذي يقع عليه التصرف وذلك على خلاف التبرعات إذ يجب أن تكون الوكالة فيها خاصة في نوع التصرف وخاصة أيضا في محله . ومن المقرر – أيضا – أن الرهن ليس من التبرعات بل من أعمال التصرف لذلك لا يشترط في التوكيل به أن يعين العقار الذي يكون محلا للرهن بل يكفي التوكيل في الرهن وعندئذ يجوز للوكيل أن يرهن أي عقار مملوك

للموكل رهنا رسميا إذ كان الموكل هو نفسه المدين أما إذا كان الموكل كفيلا عينيا وليس هو المدين الأصلي فالغالب أن يكون متبرعا وإذ ثبت ذلك يجب تحديد العقار محل التصرف بالذات وإلا بطل التصرف لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه أقام قضائه ببطلان عقد الرهن على ما خلص إليه من أن ذلك العقد أجراه المطعون ضده الخامس بصفته وكيلا عن مورث المطعون ضدهم ثالثا – بموجب – التوكيل الرسمي المؤرخ في 1984/1/23 على العقار المملوك للمورث ضمانة لمديونية الشركة المطعون ضدها الأولى قبل الطاعن الناشئة عن عقود المرابحة ولم ينشأ هذا الرهن لضمان مديونية مباشرة في ذمة المورث – الموكل – واستدل الحكم على ما خلص إليه بما ورد بالبند التمهيدي من عقد الرهن ذاته من أن الدين المشمول بالرهن عبارة عن تسهيلات ائتمانية باسم الشركة المطعون ضدها الأولى وبما ورد بالإنذار المرسل من الطاعن إلى المورث والوكيل والشركة سالفة البيان من أن المورث كفيلا لمديونية الأخيرة ولم يشر إلى أن المورث مدين أصلي وانتهى الحكم من ذلك إلى أن الرهن يعتبر من أعمال التبرع بالنسبة للمورث بوصفه كفيلا عينيا للمديونية مما كان يلزم لانصراف أثره إليه والي ورثته من بعده أن يعين محله على وجه التخصيص في التوكيل الصادر منه إلى المطعون ضده الخامس تطبيقا لحكم المادة 2/702 من القانون المدني سالف البيان وقضى ببطلان الرهن لصدور من وكيل لا يملك سلطة القيام به بعد أن استظهر خلو عبارات التوكيل الذي أجري بموجبه المطعون ضده الخامس رهن العقار المملوك لمورثه من بيان العقار المرهون وتعيينه على وجه التخصيص وإن كانت الأسباب التي خلص اليها الحكم

المطعون فيه وأقام عليها قضاءه سائغة ولها أصلها الثابت بالأوراق ومن شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها وتكفي لحمله ولا مخالفة فيها للقانون فإن النعي عليه بما ورد بهذا الوجه من سبب الطعن يكون على غير أساس"((1)).

كما التفتت محكمة التمييز في قرارها بغرفة المشورة المؤرخ 2014/4/30، والمشار إليه سابقا((2))، عن أحد الدفوع الأساسية التي تم التمسك بها من جانب الكفيل باعتبارها مجرد رهن لا يلزمها إلا وكالة خاصة بتحديد الرهن كتصرف قانوني، وذلك بتقرير أن المطعون ضدهم من الأول حتى السابع ليسوا من المدينين بل هم كفلاء عينين لتصدر في قراراها بغرفة المشورة بالنسبة لسعة الوكالة على هدي من ذلك بتقرير بطلانها. حيث قضت على أنه "وكان الثابت من عقد القرض محل الالتزام المكفول أن المطعون ضدهم من الأول حتى السابع ليسوا المدينين بل هم كفلاء عينين، ومن ثم فإنهم يكونوا في الغالب متبرعين وهو ما تمسكوا به ولم ينفي المطعون ضده الثامن ذلك ولم يذكر بالتوكيل –سالف الذكر– الذي بموجبه أبرم المطعون ضده الثامن عقد الكفالة العينية للبنك الطاعن ورتب عليه رهناً رسمياً لوفاء دين الذي خلا من ذكر حصول الكفيل على مقابل لكفالته ومن ثم يكون عقد الكفالة العينية هذا من عقود التبرع وحتى يكون هذا العقد نافذاً بحق الكفلاء المطعون ضدهم من الأول حتى السابع – كمتبرعين لا بد أن يعين في التوكيل بالكفالة العقار الذي يكون محلاً للرهن وقد خلا التوكيل من تعيين ذلك المال ورغم

((1)) الطعنين بالتمييز: 903، 906 لسنة 2008 تجاري/3.

((2)) الطعن بالتمييز رقم: 1626 لسنة 2013 تجاري/4.

ذلك رتب عليه المطعون ضده الثامن رهناً رسمياً، حال أنه لا صفة له في إجراء نيابة عن المطعون ضدهم من الأول حتى السابع ومن ثم لا ينصرف أثره إليهم ولا يلزمون بما ولده من آثار لخروج الوكيل عن حدود ونطاق الوكالة الصادر له، ويكون العقد الرسمي المؤرخ 2009/11/15م بما تضمنه من التزامات بشأن عقاري التداعي على المطعون ضدهم من الاول حتى السابع لا يصلح سنداً تنفيذياً يجيز للدائن اتخاذ إجراءات بيع العقارين المملوكين لهم فيما يجاوز حصتهم فيها ويسري في حدود حصة المطعون ضده الثامن المشاعة في العقارين".

جملة القول، وعلى ما سبق بيانه فإن التعرف على ما إذا كان الكفيل متبرعا محضا من عدمه منفك الصلة عن كون الكفالة مدنية أم تجارية، ولا يغير من ذلك حالة ما إذا كانت الكفالة تتطلب رهن مال مملوك للكفيل، أي ما إذا كانت الكفالة عينية. بل أن ذلك مرده تحقق من عدمه مصلحة للكفيل من الدين المكفول.

2-مصلحة الكفيل من الدين المكفول

حتى يتسنى لنا من تحديد مفهوم المنفعة التي يتوخاها الكفيل من ضم ذمته لذمة المدين في سداد التزام لا يتحمله ولا يقع على عاتقه، فإنه ينبغي لنا أولا التأكيد على أن المعتبر في تحديد ما إذا كان الكفيل متبرعا ما إذا كان يعود عليه، وليس على المدين، مصلحه من عدمه وإن لم يقابل ذلك بأي التزام جهة الدائن.

(أ) مصلحة الكفيل ذاته

(1) المصلحة مع عدم التزام الدائن

اعتاد الشراح أن يقسموا العقود من وجهات نظر شتى، ومن حيث محلها ومضمونها – وهو ما يهمنا هنا – يقسمونها إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد على أساس تقابل الالتزامات من عدمه((1)).

لذا، يصنف عقد الكفالة على أنه عقد ملزم لجانب واحد، حيث يكون الكفيل مدينا فقط بالتزامه بالوفاء بالالتزام الأصلي إذا لم يوفه المدين، والدائن دائنا فقط لا يلتزم بشيء في مواجهة الكفيل بل يتلقى منه التزامه بالوفاء ويستفيد منه.

ولا يغير من الأمر تقرير المشرع لجملة من الالتزامات على عاتق الدائن في عقد الكفالة، من ذلك التزامه بالمحافظة على التأمينات التي تضمن لوفاء بالدين وفق نص المادة 1/756 من القانون المدني، والتزامه باتخاذ الإجراءات في مواجهة المدين بمجرد انذار الكفيل له باتخاذها عملا بنص المادة 2/757 من ذات القانون، والتزامه بنص المادة 758 من القانون بالتقدم بتفليسة المدين. حيث ان الدائن لا يتحمل هذه الالتزامات، والتي هي في حقيقتها واجبات فرضها القانون، مقابل التزام الكفيل بالوفاء بالدين بل لمصلحة الكفيل والحفاظ على حقوقه جهة

((1)) الدكتور عبدالحي حجازي– المرجع السابق– ص 477.

Larroumet Ch./ op. cit./ p.172/ n. 191.

المدين ولا تنشأ إلا بمناسبة وفاء الكفيل بالدين وليس بمقتضى عقد الكفالة((1))، وهي بذلك لا تعدو أن تكون شروطا بغيرها لا يتسنى للدائن الرجوع على الكفيل بالالتزام المكفول((2)).

ولذلك، "لا يبدو مقبولا ما ذهب إليه البعض من أن الواجبات السابق ذكرها والتي يفرضها القانون على الدائن، تجعل من عقد الكفالة ملزما للجانبين"((3))، ومن ثم تقرير بطبيعة الحال اقتضاء الكفيل بذلك مصلحة من الكفالة((4)).

كما لا يغير، برأينا، من طبيعة عقد الكفالة على أنه ملزم للدائن فحسب، اشتراط الكفيل على الدائن عند ابرام الكفالة أن يمنح المدين أجلا، أو أن يزيد في

((1)) الدكتور عدنان السرحان- شرح القانون المدني- العقود المسماة- مكتبة دار الثقافة- عمان- ص 182 وما بعدها، الدكتور عبدالسلام فيغو- المرجع السابق- ص 264، الدكتور سمير تناغو- المرجع السابق- 25. الدكتور جميل الشرقاوي- المرجع السابق- ص 11.

((2)) الدكتور مصطفى السنهوري- المرجع السابق- ص 24، الدكتور منصور منصور- المرجع السابق- ص 13، الدكتور أحمد الزقرد- المرجع السابق- ص 18، الدكتور سمير تناغو-= =المرجع السابق- ص 25. الدكتور عبدالرسول عبدالرضا والدكتور جمال النكاس- المرجع السابق- ص 30، الدكتور حسني محمود عبدالدايم – الكفالة كتأمين شخصي للحقوق – المرجع السابق – ص36 وما بعدها، الدكتور توفيق حسن فرج – التأمينات العينية والشخصية – المرجع السابق – ص9، الدكتور رمضان أبو السعود – التأمينات الشخصية والعينية – منشأة الإسكندرية – 1995 – ص29.

((3)) الدكتور سمير تناغو- المرجع السابق- ص 26.

((4)) في اعتبار أن عقد الكفالة ملزم للجانبين، وذلك بفرض المشرع التزما على الدائن بأن يتخذ إجراءات المطالبة في الوقت المناسب. انظر: الدكتور سليمان مرقس- عقد الكفالة- المرجع السابق- ص11.

مقدرا القرض الممنوح له، أو ينزل عن رهن على أموال المدين، والتمييز تباعا بين الكفالة في صورتها البسيطة التي يكون الكفيل فيها متبرعا إلى الدائن بما يؤديه إلى الأخير من خدمة في كفالة حقه وعلى طلب منه، وبين الكفالة التي يلتزم الكفيل بضمان وفاء الدين في مقابل منح الدائن القرض للمدين أو مد أجله، أي "أنه يلتزم إزاء الدائن ليحصل منه على منفعة للمدين"، للقول بأن قبول الدائن لهذه الشروط، ينطوي على اشتراط لمصلحة الغير يجعل الدائن متعهدا في هذا الاشتراط، ولا يكون الكفيل متبرعا منه للدائن بل ملتزما بذلك، ويجعل الكفالة تباعا عقدا ملزما لهما((1))، وبمعنى آخر نكون بصدد عقد مركب من كفالة واشتراط لمصلحة الغير وفي مجموعة يعتبر ملزما للجانبين"((2)).

بل نرجح الجانب الأخر من الفقه بالقول بأننا بصدد عقدين، عقد الكفالة وعقد الاشتراط، تظل فيها الكفالة محتفظة بصفتها الأصلية كعقد ملزم لجانب واحد وهو الكفيل، مقابل التزامات يتحملها الدائن بمقتضى عقد الاشتراط((3)). يستوي في ذلك أن يكون المدين، وفي اطار التسهيلات المصرفية على سبيل المثال، قد الزم

((1)) الدكتور سليمان مرقس: عقد الكفالة- المرجع السابق- ص9 وما بعدها، الحقوق العينية التبعية- المرجع السابق- ص 29 وما بعدها، الدكتور جميل الشرقاوي- الكفالة- مشار إليه- ص11.

((2)) الدكتور سمير تناغو- المرجع السابق- ص 26.

((3)) الدكتور رمضان أبو السعود- المرجع السابق- ص 46. الدكتور عبد الرسول عبدالرضا والدكتور جمال النكاس- المرجع السابق- ص 30.

على تقديم الكفالة للحصول على التمويل المصرفي ابتداء أو لزيادة الحد الائتماني للتمويل بعد ذلك، أو لإعادة جدولة سداد دين هذا التمويل بآجال جديدة أو تسوية منه للمديونية المستحقة مع البنك. أم أن الكفيل بذاته قد اشترط على البنك في عقد الكفالة بمنح المدين أيا مما سبق.

عليه، لا عبرة في تكييف العلاقة السابقة التي تكون بين الكفيل والدائن قبل انعقاد الكفالة وما قد يصاحبها من اشتراط لمصلحة الغير (المدين) على تكييف عقد الكفالة ذاته كعقد ملزم للكفيل دون الدائن. وبأن واقع منح الكفالة على طلب من المدين أو بمبادرة من الكفيل بحكم العلاقة أو المصلحة المشتركة التي تجمع بينها، لا ينفي بأن المدين يعتبر أجنبيا في عقد الكفالة.

(2) التمييز بين مصلحة الكفيل ومصلحة المدين

عقد الكفالة، وعلى خلاف الظاهر، ليس تصرف قانوني من ثلاث اشخاص، ليس لأنه بتعريف المادة 745 من القانون المدني "عقد بمقتضاه يضم شخص ذمته إلى ذمة المدين في تنفيذ الالتزام عليه، بأن يتعهد للدائن بأدائه إذا لم يؤده المدين"، بل ان المادة 748 من ذات القانون تجيز الكفالة بغير علم المدين أو حتى بالرغم من معارضته. لذا، فإن المدين في الالتزام الأصلي ليس طرفا في عقد الكفالة، ولا يصبح مدينا أو دائنا بمقتضي هذا العقد((1)).

بيد أن ذلك ليس بمستغرب، ليس لأن المشرع في تعريفه السابق لعقد الكفالة أورد بالذكر لثلاثة اشخاص من بينهم المدين، بل ولأن المدين يلعب دورا رئيسا في انعقادها، فهو الذي يدعو الكفيل في معظم الأحوال((2)) وبحكم علاقته به((3)) إلى الالتزام جهة الدائن بكفالة التزامه الأصلي، وهو ما يفسر توقيع الكفيل غالبا على العقد الذي ينشأ الالتزام الأصلي المكفول((4)).

((1)) Larroumet Ch./ op.cit/ p. 452/ n. 480.

((2)) الدكتور سمير تناغو- المرجع السابق- ص 21.

((3)) Larroumet Ch./ op.cit/ p. 452/ n. 480.

((4)) حسب تعليمات بنك الكويت المركزي بتاريخ 2018/11/11، وقبلها كذلك، في حالة وجود كفيل في عقد التمويلات المصرفية، الشخصية أو التجارية، فإنه يتعين توقيع الكفيل على عقد التمويل.

وإن كنا نتفق تماما مع عدم التسليم باستقلال الكفالة وانفصالها عن عقد المديونية، ليس للاعتبارات سابقة الذكر، بل باعتبارها وكما عبر الفقه شطر "من عملية اقتصادية واحدة تشملها هي ونشوء الدين المضمون أو مد أجله، وان النظر إليها كعمل قانوني مستقل بذاته ان كانت له مزية التبسيط فإنه من المحقق أنه لا يطابق الواقع ولا يؤدي إلى النتائج الصحيحة التي تتفق مع هذا الواقع"((1))، وبأن تقرير تباعا ما إذا كانت تبرعا أم معاوضة لا ينظر فيه إلى طرفيها فحسب((2)) بل أيضا إلى العملية الاقتصادية برمتها، إلا أن ذلك لا يعني برأينا الابتعاد بالكفالة عن طبيعتها كعقد ضمان يهدف أساسا تمكين المدين من الحصول على المنفعة من الدائن، والخلط بينها وبين ما قد يكون للكفيل ذاته من منفعة في الدين المكفول. إلا أنه، لا ينبغي الخلط بين المنفعة التي تعود على الكفيل من الدين المكفول، والمنفعة التي تتحقق للمدين من كفالة الدين. وبأن الأساس لاعتبار الكفيل متبرعا من عدمه بمنفعة الكفيل أي مصلحته من الكفالة.

إذ أن الطبيعة القانونية للكفالة قائمة على ضمان الدين المكفول وحمل الدائن على منحه للمدين أو مد أجل سداد الدين إلى حين، وبأن ذلك متحقق في جميع صور الكفالة النمطية منها أو بالصورة الجديدة لها كما سيأتي ذكره.

((1)) الدكتور سليمان مرقس– عقد الكفالة– ص 10.

Aynes L./ op.cit./ p. 3.

((2)) بخلاف هذا الرأي: انظر: الدكتور أحمد الزقرد– المرجع السابق– ص 19.

وهذا هو اتجاه قضاء محكمة التمييز الذي فصل في ما إذا كانت الكفالة تبرعا أم معاوضة على سند تحقق مصلحة للكفيل من عدمه في الدين، وهذا في جميع المنازعات القضائية التي استطعنا الوصول إليها بشأن صحة الكفالات – الشخصية والعينية – الصادرة بتوكيلات خاصة بها ولكن دون تحديد لمحلها، وذلك على الرغم من تقديم هذا الكفالات للبنوك كمتطلب منها لمنح تمويلات مصرفية تجارية لعملائها، أي أن الكفيل منهم يكون ملتزما هنا إزاء الدائن (البنك) مقابل ما يشترط عليه من مصلحة للمدين بالحصول على هذه التسهيلات أو بمد آجال سداد اقساطها أو بالتسوية بشأنها مع البنوك.

(ب) المنفعة من الدين المكفول

(1) مدى تحقق المنفعة

يميز الشراح عادة في عقود التبرع بين الهبات وعقود التفضل أو تقديم خدمة بلا مقابل((1)). وفي ذلك، عرف المشرع الهبة، في المادة 542 من القانون المدني، بأنها "عقد على تمليك مال في الحال بغير عوض"، وهو تعريف كما

((1)) الدكتور سليمان مرقس– نظرية العقد– مشار إليه– ص 100، الدكتور عبدالحي حجازي– النظرية العامة للالتزام– مشار إليه– ص491، الدكتور عبدالودود يحيى– الموجز في النظرية العامة للالتزامات– القسم الأول – مصادر الالتزام– دار النهضة العربية– 1994– ص25.

Larroumet Ch./ op. cit./ p. 171. Starck B., Roland H. et Boyer L./ op.cit./ p.37.

افصحت المذكرة الإيضاحية يميزها عن عقود المعاوضة وكذلك عن غيرها من أعمال التبرعات.

ففي الهبة، يخرج الشخص بها عن ملكية مال من أمواله ويملكها بلا عوض لوجه الموهوب له وحده كإعطاء مبلغ من النقود أو أي منقول آخر أو كإعطاء عقار، لتفتقر بذلك الذمة المالية للواهب مقابل اثراء الموهوب له((1)). وهو ما لا ينطبق في جميع الأحوال على الكفيل الذي يقتصر التزامه في عقد الكفالة على الوفاء بالدين فقط في حالة عدم وفاء المدين به، مع تقرير حق الرجوع له على المدين بما أداه للدائن((2)). فالدائن في عقد الكفالة لا يفيد بأي حق مالي إضافي عدا ما يستحقه في ذمة مدينه، والكفيل لن يغرم في ذمته المالية قيمة الدين، حيث يبرأ الكفيل ببراءة المدين (م. 735 مدني)، ويرجع على المدين بما أداه من أصل الدين وتوابعه، وأيضا بما يكون قد انفقه من مصروفات (م. 770)((3)).

وإن اتجه البعض من الفقه في فرنسا إلى تكييف الكفالة على أنها هبة غير مباشرة في الأحوال التي يتنازل فيها الكفيل بعقد الكفالة عن حقه بأي رجوع على المدين بالالتزام الأصلي، باعتبار أن نيته متجه إلى تحمل وزر الدين من ذمته المالية.

((1)) الدكتور عبدالحي حجازي- المرجع السابق- ص 491- بند 352.

((2)) Aynes L./ Le Cautionnement/ op. cit./ 12/ n. 1.

((3)) في رجوع الكفيل على المدين، انظر: الطعن بالتمييز رقم: 216 لسنة 1999 تجاري. جلسة 2000/4/15. مجموعة القواعد القانونية- وزارة العدل – محكمة التمييز – المكتب الفني- يونيو 2004-القسم الرابع- المجلد الخامس- 893.

فإن ذلك لا يتفق مع أحكام الكفالة والهبة في القانون الكويتي، وكذا التقنين المدني المصري، وبأن الكفيل وأن عد متبرعا للمدين بالكفالة بتبرعه بحقه في الرجوع عليه بعد الوفاء بالدين((1)) إلا أنه ليس واهبا له في ذلك((2)).

والشأن ذاته في الكفالة بسبب نقص أهلية المدين. إذ انه واستثناء من بطلان التزام الكفيل ببطلان الالتزام المكفول، يلتزم الكفيل، عملا بنص المادة 2/750 من القانون المدني – بتنفيذ الالتزام المكفول باعتباره مدينا اصليا إذا ابطل التزام المدين بسبب نقص أهليته((3))، لما افصحت عنه المذكرة الإيضاحية بسبب توقع الكفيل "لاحتمال أن يطلب ابطال التزامه "بسبب نقص أهلية المدين، وهو ما يجعله، بنظرنا، متبرعا محضا لا محالة ولكن ليس واهبا لعدم افتقار ذمته بقيمة الدين وقت الكفالة ولزاما بعد ذلك حال سداد وفاء المدين للالتزام المكفول.

وعلى ذلك، وإن درجت المؤلفات واحكام القضاء في شأن تصنيف الكفالة عادة ضمن عقود التبرع، فإن ذلك لا يعنى سوى أنها من عقود التفضل أو تقديم خدمة بلا مقابل (مجانية) شأن عقد عارية الاستعمال وعقد الوديعة المجانية وعقد

((1)) الدكتور سمير تناغو– المرجع السابق– ص 27.

((2)) ووفق هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية AAOIFI، تنقسم الكفالة إلى نوعين: كفالة مع حق الرجوع على المكفول به، وهي التي تتم بطلب المدين أو رضاه، وكفالة مع عدم حق الرجوع على المكفول عنه، وهي التي تتحصل من غير إذن المدين، وهي تبرع. المعايير الشرعية– ديسمبر 2015– ص 131.

((3)) في تطبيق ذلك، انظر، الطعن بالتمييز: 122 لسنة 1986. جلسة 31/ 1986/12. مشار إليه.

القرض بدون فائدة. وهذا كله، بطبيعة الحال، في غياب منفعة أو ميزة تحققت للكفيل من كفالته للدين.

حيث أنه لا تلازم بين أن العقد ملزم لجانب واحد وبين أن يكون هذا العقد لزاما عقد تبرع((1)). وعقد الكفالة هو المثل على ذلك. إذ لا "يشترط لاعتبار العقد معاوضة أن يكون المتعاقد قد أخذ المقابل من المتعاقد الآخر، كالكفالة وهي عقد يتم بين الدائن والكفيل، عقد معاوضة بالنسبة للدائن المكفول، لأنه أخذ كفالة من المتعاقد معه (وهو الكفيل) وأعطى الدين للمدين وهو المتعاقد الآخر في عقد الكفالة. فالكفالة تعتبر معاوضة بالنسبة للدائن"((2)). والأمر ذاته بالنسبة للكفيل، فقد تكون الكفالة بالنسبة له أيضا عقد معاوضة متى ما أخذ مقابلا لكفالته للدين.

وهذا ما يفسر اتجاه الفقه والقضاء لوصف الكفالة على انها من اعمال التبرع من خلال تعريفها وتحديد طبيعتها القانونية على سبيل المثال: "في العادة"((3))، "بحسب الأصل العام((1))"، أو "بطبيعتها"((2)). وأحيانا، استدراك ذلك

((1)) B.Starck, Roland H. et Boyer L./ op. cit./ p.37/ n. 110. Larroumet Ch./ op. cit./ p.171/ n. 189.

((2)) الدكتور عبدالرزاق السنهوري- التأمينات العينية والشخصية- مشار إليه- ص 23، الدكتور عبدالودود يحيى- النظرية العامة للالتزامات- مشار إليه- ص 25- بند 4.

((3)) الدكتور عبدالرزاق السنهوري- التأمينات العينية والشخصية- المرجع السابق- ص 32، الدكتور أحمد الزقرد- المرجع السابق- ص19.

لتقرير على ان الكفالة تكون معاوضة بالنسبة للكفيل بالقول "ما لم يحصل الكفيل "على مقابل أو "ولكن ليس ما يمنع أن يقتضي الكفيل مقابلا من المدين"[(3)].

وهذا ما أوضحته المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة في معرض شرحها نص المادة (98) سالفه الذكر، فبعد تقريرها بأن الاصل في الكفالة أن يكون الكفيل متبرعاً لا مضارباً وبيان الاعتبارات التي حملت المشرع إلى اسباغ الصفة التجارية على كفالة الدين التجاري، اكدت وبما يفيد على أن الكفالة قد تحقق مصلحة للكفيل من الدين المكفول وينتفي عنها طابعها التبرعي بقولها على "أنه غني عن البيان ان الكفالة تعتبر أيضا عملا تجاريا بالتبيعة بالنسبة للكفيل إذا كان تاجرا وقام بها لعمل مرتبط لحاجات تجارته. كأن يكفل التاجر عميلا هاما من عملائه في دين مدني حتى لا يتعرض لفقده ان لم يكفله. فالكفالة هنا عمل تجاري تابع لنشاطه التجاري".

كما وأنه في الشركات التي تربطها وحدة اقتصادية واحدة أو تخضع لنظام التركز الائتماني مثل الشركة القابضة والشركة التابعة ففي حالة كفالة الشركة القابضة للشركة التابعة أو كفالة الشركة التابعة للشركة القابضة، فإن الكفالة في هذه الحالة تكون كفالة تجارية ولا يمكن تفسيرها على أنها كفالة تبرعية، لأنه توجد مصلحة

((1)) الدكتور عبد الرسول عبدالرضا والدكتور جمال النكاس- عقد الكفالة- مشار إليه- ص31، الدكتور جميل الشرقاوي- الكفالة- مشار إليه- ص10، الدكتور عبدالسلام فيغو- عقد الكفالة- مشار إليه- ص265.

((2)) الدكتور علي عوض- عمليات البنوك- مشار إليه- ص 902- بند 905.

((3)) الدكتور علي عوض- عمليات البنوك- مشار إليه- ص 902- بند 905.

للكفيل (الشركة الكفيلة) من الكفالة سواء أكان الكفيل هو الشركة التابعة أو الشركة القابضة لأن كلتا الشركتين تربطهما وحدة اقتصادية واحدة[(1)]، ومن ثم تكون المصلحة في مثل هذا النوع من الكفالة محققة.

وهذا ما يستفاد أيضا من حكم الاستئناف محل الطعن بالتمييز الصادر فيح حكم محكمة التمييز محل البحث، وذلك بتأييده لأسباب حكم اول درجة، بتقريرها على أنه "وحيث أنه عن موضوع الاستئناف فإنه لما كان الحكم المستأنف قد أصاب صحيح الواقع والقانون للأسباب السائغة التي بني عليها ولها الثابت بأوراق ومستندات الدعوي ومن شأنها أن تؤدي إلى ما انتهى إليه صائبا برفض الدعوي استنادا إلى أن الرهن ليس من التبرعات بل أعمال التصرف لذلك لا يشترط في التوكيل به أن يعين العقار يكون محلا للرهن بل يكفي التوكيل في الرهن وعندئذ يجوز للوكيل رهن أي عقار مملوك للموكل رهنا رسميا إذا كان الموكل هو نفسه، أما إذا كان الموكل كفيلا عينيا وليس هو المدين الأصلي فالغالب أن يكون متبرعا واذا ثبت ذلك يجب تحديد العقار محل التصرف بالذات". حيث قضى الحكم بأن الغالب أن يكون الكفيل متبرعا أي لم يقطع بذلك، بل على النقيض قضى برفض دعوى طلب بطلان الكفالة التي صدرت بتوكيل خاص لعدم تحديد محلها بعد ما

((1)) انظر الدكتور نادر محمد إبراهيم – التعليق على حكم التحكيم – باب الاجتهاد الدولي – الأحكام التحكيمية الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، مجلة التحكيم العالمية 2013 – العدد الثامن عشر – ص680 وما بعدها، الدكتور فتحي والي – قانون التحكيم في النظرية والتطبيق – منشأة المعارف الإسكندرية – عام 2007 – ص173، 174.

ثبت لمحكمة الاستئناف بأن هناك مصلحة قد عادت على الكفيل من كفالة الدين مما لا تكون معه بذلك من اعمال التبرع ولا يلزم تباعا ان تكون الوكالة خاصة في محل الكفالة لتقرير سعة الوكالة بإصدارها وتقرير صحتها بناء على ذلك. وحكم محكمة التمييز محل البحث ايد بدوره تكييف الكفالة على هذا النحو وبالمصادقة على الأسباب التي بني عليها حكم الاستئناف وما أحال بشأنها إلى الأسباب التي جاءت بها محكمة أول درجة.

وهكذا يبين بأن عقد الكفالة بالنسبة للكفيل يمكن أن يكون تبرعا في ظروف معينة ومعاوضة في أخرى. وبعدما كانت ظروف التبرع في الكفالة هي السائدة في زمن نشأتها والقول معها تباعا بأن الكفيل يكون غالبا متبرعا، غلبت اليوم ظروف المعاوضة فيها بعدما تغيرت اعتبارات الكفالة.

(2). تغير اعتبارات الكفالة:

أ. الصورة النمطية للكفالة

مع طبيعة المجتمعات القديمة، كان افراد الأسرة الواحدة يبادر كل منهم إلى كفالة غيره إذا احتاج إلى كفالة، بل أن "الرئيس السياسي يبادر أيضا إلى كفالة

غيره إذا احتاج إلى كفالة((1))، وغير ذلك من صور التضامن بين الأفراد في هذه المجتمعات، والتي ما زالت سائدة في مجتمعنا الحديث.

ففي التمويلات المصرفية الشخصية، وهي التمويلات الاستهلاكية وتمويلات شراء منزل أو ترميمه التي تقدم لعملاء البنك من الأفراد، يكفل فيها الأب أو الأخ أو الصديق الدين لقبول البنك تمويل المدين به أو زيادة مبلغه أو منحه أجل للسداد أو، والشأن كذلك في كفالة أي من المذكورين في شراء المدين سيارة على نظام الأقساط الوكالة، أو في كفالة الطالب كشرط لقبول ابتعاثه لاستكمال دراساته في الخارج بضمان تحمل سداد جميع الرسوم والمصاريف حال عدم انتظامه بالبعثة الدراسية أو استكمالاها.

هذه الصور من الكفالات الشخصية والمعمول فيها بالمصارف، ووكالات بيع السيارات وغيرها من المنتجات الاستهلاكية باختلافها، وجهات الابتعاث الدراسية، وغيرها كذلك. وهي في حقيقتها تمثل الصورة النمطية للكفالة التي كانت سائدة في المجتمعات البدائية، أو كما اطلق عليها الفقه بالصورة المألوفة للكفالة((2)) أو الصورة المبسطة من الكفالة((3))، التي تصدر لمصلحة الدائن وحده، والكفيل بها يكون فيها متبرعا محضا لا يتوخى منها مصلحة أو منفعة مقابل ضمانه سداد دين

((1)) الدكتور سمير تناغو– المرجع السابق– ص 10، الدكتور عبدالرزاق السنهوري – المرجع السابق – ص18 وما بعدها.

((2)) الدكتور عبدالرزاق السنهوري– في التأمينات الشخصية والعينية– مشار إليه– ص 33.

((3)) الدكتور سليمان مرقس– عقد الكفالة– المرجع السابق– ص 10.

المدين، بل يلتزم بذلك عل أساس من اعتبارات أسرية أو أخلاقية أو مجتمعية تفرضها العلاقة القائمة بينه وبين المدين من صلة قرابة أو نسب أو صداقة.

و"بساطة الكفالة" وبعدها عن التعقيد، على النحو السابق، الدافع الفعلي للتشريع والفقه والقضاء إلى تكييف الكفالة وتنظيم احكامها على أساس من هذه الصورة المبسطة منها"((1)).

إذ أنه وبتتبع تطور نظم التأمينات وخاصة الشخصية منها((2))، يبين أن ما دفع القائمون على تنظيم الكفالة في التقنين المدني – وكذلك الفقه والقضاء – إلى تكييفها وتنظيمها على أساس هذه الصورة النمطية المبسطة بإظهار طابع التعاضد والتضامن في الكفالة باعتبارها من اعمال التبرع بتقديم خدمة بلا مقابل للمدين بحكم علاقة القرابة أو الصداقة التي تربطه مع الكفيل[3]. فكان في ذهن المشرع آنذاك ومنذ عام 1804[4] ما يسود في المجتمعات القديمة من مبادرة كل من افراد

((1)) الدكتور سليمان مرقس– عقد الكفالة– مشار إليه– ص 10.

((2)) الدكتور عبدالرسول عبدالرضا والدكتور جمال النكاس– المرجع السابق ص 15، الدكتور سمير تناغو– المرجع السابق– ص 10.

Simler Ph. et Delebecque Ph./ op. cit./ p. 7/ n. 4. Piedelievre St. et Putman Em./ op. cit./ p. 663/ n. 678.

((3)) الدكتور سليمان مرقس– عقد الكفالة– المرجع السابق– ص 10.

Simler Ph. et Delebecque Ph./ op. cit./ p. 36/ n. 41.

((4)) Piedelievre St. et Putman Em./ op. cit./ p. 664/ n. 678.

الأسرة الواحدة إلى كفالة غيره إذا احتاج إلى الكفالة، والشأن كذلك في كفالة الصديق لصديقه.

وهذا شأن المشرع المصري، بالنص في المادة 1/779 من التقنين المدني على أن "كفالة الدين التجاري تعتبر عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا"، بالنظر إلى أن الكفالة عمل لا يقوم على فكرة المضاربة أو يتحرى فيه الكفيل على مصلحة ما من الدين المكفول.

المشرع الكويتي احتفظ بدوره بوجه عام في القانون المدني في تنظيم الكفالة بالأحكام المنصوص عليها في التقنين المصري والمستمد من التقنين الفرنسي، وبطبيعة الحال باعتبار التزام الكفيل هو أساسا من الالتزامات التبرعيه كما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون بشأن أركان الكفالة. بل وقبل ذلك في قانون التجارة، فكما اشرنا سابقا بصدد تقرير تجارية الكفالة دون النظر إلى طبيعة الدين المكفول، افصحت المذكرة الإيضاحية للقانون تعليقاً على نص المادة (98) بأنها "اعتبرت كفالة الدين التجاري بذاتها عملاً تجارياً. وهو الحل الذي اخذت به الفقرة الأولى من المادة 502 من القانون التجاري القائم رغم أن الاصل في الكفالة أن يكون الكفيل متبرعاً لا مضارباً، وقد أثر المشروع استبقاء هذا الحل بتقدير أن التزام الكفيل التزام

تبعي، فمن الواجب أن يكون التزامه تجارياً كالتزام المكفول بقطع النظر عن صفة الكفيل أو نيته". ((1))

وهو ما يبرر، النصوص القانونية المنظمة للكفالة في القانون المدني التي يمكن القول معها باتجاه نية المشرع – وعلى غرار القوانين المقارنة – فيها حماية الكفيل نسبة إلى تحريه مصلحة الدائن، لما يراه أنه غالبا ما يكون متبرعا في الكفالة. على سبيل المثال: عدم افتراض الكفالة، ووجوب أن يكون رضاء الكفيل صريحا (م. 746) وقاطعا أيضا كما افصحت المذكرة الإيضاحية لما جاء فيها بأن التزام الكفيل هو أساسا من الالتزامات التبرعية، تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين الأصلي (م. 753)((2))، وتمسك الكفيل في مواجهة الدائن بجميع الأوجه التي يلتزم فيها

((1)) في تقرير أن اثبات رضاء الكفيل بالكتابة ضمان كاف لجعله صريحا: الطعن بالتمييز رقم: 237 لسنة 1990 تجاري– جلسة 1993/3/7. مجموعة القواعد القانونية– وزارة العدل – محكمة التمييز – المكتب الفني– يوليو 1999– القسم الثالث– المجلد الثالث– ص 535.

((2)) في الالتزام التبعي للكفيل وبطلانه ببطلان الالتزام الأصلي للمدين، انظر: طعني التمييز رقمي: 566، 577. مشار إليهما. الطعن بالتمييز رقم 37 لسنة 1982. جلسة 1982/7/7. مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز– في المدة من 1972/10/16 إلى آخر ديسمبر سنة 1984– مجموعة الأيوب والماجد لأحكام التمييز– ص 311. الطعون: 33، 36، 39 لسنة= =1995 تجاري. جلسة 1995/11/19. مجموعة القواعد القانونية– وزارة العدل – محكمة التمييز – المكتب الفني– يوليو 1999– القسم الثالث– المجلد الثالث– ص 536. طعن رقم 133 لسنة 1984 تجاري. جلسة 1985/7/17. مجموعة القواعد القانونية– وزارة العدل – محكمة التمييز – المكتب الفني– يناير 1994– القسم الأول– المجلد الأول– ص500. في استثناء كفالة التزام ناقص الأهلية وبطلانه بسبب نقصها، وبقاء التزام الكفيل في مواجهة الدائن

المدين (م. 1/754)[(1)]، وبراءة ذمة الكفيل بقدر ما اضاعه الدائن بخطئه من التأمينات (م. 1/756)[(2)]، وتقسيم الدين بالتساوي على الكفلاء حال تعددهم في عقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم (م. 759)، سقوط حق الدائن بالرجوع على الكفيل حال افلاس المدين دون ان يتقدم في التفليسة (م. 758)[(3)]، وأخيرا،

بوفاء الالتزام المكفول باعتباره مدينا أصليا، انظر: الطعن بالتمييز: 122 لسنة 1986. جلسة 1986/12/31. مشار إليه.

((1)) وكذلك حق الكفيل في اختيار طريقة السداد المناسبة إذا امتنع المدين عن ذلك، بالاستفادة من التيسيرات المتاحة للمدين، انظر: الطعنان بالتمييز رقمي 695، 697 لسنة 1997 تجاري. جلسة 2001/9/24. مجموعة القواعد القانونية– وزارة العدل – محكمة التمييز – المكتب الفني– يونيو 2004– القسم الرابع– المجلد الخامس– 895. وفي حق الكفيل العيني في التمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالمدين إلى جانب الدفوع الخاصة به ولو نزل عنها المدين، انظر: الطعنان بالتمييز رقما: 119، 123 لسنة 1980 تجاري. جلسة 1981/3/4. مشار إليه.

((2)) في براءة ذمة الكفيل المتضامن أو غير المتضامين بسبب إضاعة الدائن التأمينات الضامنة للدين المكفول، انظر: الطعن بالتمييز: 330 لسنة 2003 تجاري. جلسة 2004/4/28. مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز– وزارة العدل – محكمة التميز – المكتب الفني– أبريل 2009– القسم الخامس– المجلد التاسع– ص 628. الطعن بالتمييز رقم 347 لسنة 2004 تجاري. جلسة 2005/1/8. ذات مجموعة القواعد– ص 632. الطعن بالتمييز رقم 37 لسنة 1982. مشار إليه.

((3)) في افلاس المدين وعدم تقدم الدائن بالدين في التفليسة، وسقوط حق الدائن تباعا في الرجوع على الكفيل بقدر ما كان يستوفيه لو أنه تقد بدينه فيها، انظر الطعن بالتمييز رقم 300 لسنة 2003 تجاري. مشار إليه.

بعدم جواز رجوع الدائن على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين((1)) أو التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله (760)((2)).

وهذا موقف القضاء أيضا بالتوجه السائد له بالتضيق في مدى التزام الكفيل وتفسير الكفالة، في حماية للكفيل لما يراه بأنه متبرعا محضا فيفرض فيه أن يلتزم بالأقل لا بالأكثر((3)). حيث قضت محكمة التمييز بأن "الكفالة بحسب الأصل العام تعتبر من عقود التبرع، ولذلك يتعين تفسيرها ضيقا بغير توسع، وعند الشك يفسر

((1)) في وجوب تمسك الكفيل بحقه في عدم جواز رجوع الدائن عليه إلا بعد الرجوع على المدين، وعدم اعتبار هذا الدفع غير متعلق بالنظام العام لا يقبل من الكفيل التحدي به أمام محكمة التمييز، انظر: الطعن بالتمييز رقم: 216 لسنة 1995 تجاري. جلسة 1996/3/26. مجموعة القواعد القانونية– وزارة العدل – محكمة التمييز – المكتب الفني– يوليو 1999– القسم الثالث– المجلد الثالث– ص 536.

((2)) في رجوع الكفيل على المدين بما وفاد للدائن، قضي وأن كان عدم إخطار الكفيل للمدين بعزمه على الوفاء قبل حصوله لا يسقط حقه في الرجوع على المدين بما أوفاه للدائن، إلا أن ذلك مشروط بعد ثبوت أن المدين كان قد أوفى بالدين أو لديه أسباب تؤدى إلى انقضائه أو بطلانه. طعن بالتمييز مجموعة القواعد القانونية– وزارة العدل – محكمة التمييز – المكتب الفني– يناير 1994– القسم الأول– المجلد الثاني– ص 500.

((3)) في مدى التزام الكفيل وتفسير الكفالة بما يحقق حماية الكفيل، انظر: الدكتور عبدالرزاق السنهوري– في التأمينات الشخصية والعينية– المرجع السابق– ص 108 وما بعدها، الدكتور سليمان مرقس– عقد الكفالة– المرجع السابق– ص 36 وما بعدها. الدكتور علي عوض– عمليات البنوك– مشار إليه– ص 911 وما بعدها.

Simler Ph. Delebecque Ph./ op. cit./ p.36/ n. 41. Larroumet Ch./ op. cit./ p.497/ n.517.

العقد لمصلحة الكفيل"[(1)]، وقضائها أيضا على أن "كل كفيل رهين بالدين الذي يكفله، فلا تمتد كفالته إلى ما سواه من ديون ولو كانت لذات المدين، وهو ما يتفق والقواعد العامة. ولما كان من المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن تحديد مدى التزام الكفيل هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع عن طريق تفسير عقد الكفالة، ومن الأصول المقررة في هذا الصدد أن عقد الكفالة بتعين تفسيره تفسيرا ضيقا دون توسع، وأنه عند الشك يكون التفسير لمصلحة الكفيل، بحيث يتحدد التزامه في أضيق نطاق تحتمله عبارات الكفالة"[(2)].

((1)) بشأن تقرير عدم التزام الكفيل بالديون المستقبلية من أجور استحقت بعد تحرير دولة الكويت ومكافأة نهاية الخدمة التي استحقت بعدها، طعني التمييز رقم: 137، 138 لسنة 2003– عمالي. جلسة 2004/5/10. مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز– وزارة العدل – محكمة التميز – المكتب الفني– أبريل 2009– القسم الخامس– المجلد التاسع– ص 630.

((2)) بشأن كفيل لدين وفق القانون 41 لسنة 1993 في شراء الدولة بعض المديونيات. الطعن بالتمييز رقم: 102 لسنة 2003. جلسة 14/ 6/ 2004. ذات مجموعة القواعد القانونية المشار إليها– ص 631. في ذات المعنى، قضت محكمة التمييز على"أن المقرر أن الكفالة بحسب الأصل العام تعتبر من عقود التبرع فقد تعين تفسيرها تفسيرا ضيقا بغير توسع وعند الشك يفسر العقد لمصلحة الكفيل"وقررت تباعا بوجوب قصر الكفالة على الأجل المحدد لها وتمييز حكم محكمة الاستئناف الذي حاد عن ذلك، انظر: الطعن بالتمييز: 58 لسنة 1985 تجاري. جلسة 1986/1/22. مجموعة القواعد القانونية– وزارة العدل – محكمة التمييز – المكتب الفني– يونيو 1996– القسم الثاني– المجلد الثالث– ص 500. في ذات المعنى، الطعن بالتمييز: 62 لسنة 1987 تجاري. جلسة 1987/1/16. مجموعة القواعد القانونية– وزارة العدل – محكمة التمييز – المكتب الفني– يونيو 1996–القسم الثاني– المجلد الثالث– ص 509، الدكتور محمد عزمي

وفي اعتبار أن اثبات رضاء الكفيل بالكتابة ضمان كاف لجعله صريحا، قضي أنه "من المقرر أن عقد الكفالة من العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد التراضي بين الكفيل والدائن، وأنه يجب أن يكون رضاء الكفيل على اعتبار أن التزامه هو أساسا من الالتزامات التبرعية"((1)).

وهذا ما قد يرجح بوجهة نظرنا توجه القضاء الكويتي تقرير بطلان الكفالة التي صدرت بتوكيل اكتفي فيه بتحديد تصرفي الكفالة والرهن دون تحديد للدين المكفول وتعيين للمال المزمع رهنه لكفالة الدين، وذلك خلال العشر السنوات الأخيرة ابتداء من حكم صادر لمحكمة التمييز في 2012 اعقبته بقرارين في غرفة المشورة في 2014 و 2018.

حيث قضت محكمة التمييز في حكم مؤرخ 2012/1/17 ببطلان الكفالة العينية التي صدرت بتوكيل خاص لم يحدد فيها محل الكفالة من حيث الدين المكفول والعقار المزمع رهنه لهذا الغرض. ليس سوى أن الرهن يعتبر من أعمال التبرع بالنسبة للمورث (المطعون عليه الثالث) بوصفه كفيلا عينيا للمديونية.

وذلك بتقريرها على أنه "إذا كان الموكل كفيلا عينيا وليس هو المدين الأصلي فالغالب أن يكون متبرعا وإذ ثبت ذلك يجب تحديد العقار محل التصرف

البكري– موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد– المرجع السابق– ص466 ومابعدها.

((1)) الطعن بالتمييز رقم: 237 لسنة 1990 تجاري. مشار إليه.

بالذات وإلا بطل التصرف، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه أقام قضائه ببطلان عقد الرهن على ما خلص إليه من أن ذلك العقد أجراه المطعون ضده الخامس بصفته وكيلا عن مورث المطعون ضدهم ثالثا – بموجب – التوكيل الرسمي المؤرخ في 1984/1/23 على العقار المملوك للمورث ضمانة لمديونية الشركة المطعون ضدها الأولى قبل الطاعن الناشئة عن عقود المرابحة ولم ينشأ هذا الرهن لضمان مديونية مباشرة في ذمة المورث – الموكل – واستدل الحكم على ما خلص إليه بما ورد بالبند التمهيدي من عقد الرهن ذاته من أن الدين المشمول بالرهن عبارة عن تسهيلات ائتمانية باسم الشركة المطعون ضدها الأولى وبما ورد بالإنذار المرسل من الطاعن إلى المورث والوكيل والشركة سالفة البيان من أن المورث كفيلا لمديونية الأخيرة ولم يشر إلى أن المورث مدين أصلي وانتهى الحكم من ذلك إلى أن الرهن يعتبر من أعمال التبرع بالنسبة للمورث بوصفه كفيلا عينية للمديونية مما كان يلزم لانصراف أثره إليه والي ورثته من بعده أن يعين محله على وجه التخصيص في التوكيل الصادر منه إلى المطعون ضده الخامس تطبيقا لحكم المادة 2/702 من القانون المدني سالف البيان وقضى ببطلان الرهن لصدور من وكيل لا يملك سلطة القيام به بعد أن استظهر خلو عبارات التوكيل الذي أجري بموجبه المطعون ضده الخامس رهن العقار المملوك لمورثه من بيان العقار المرهون وتعيينه على وجه التخصيص وإن كانت الأسباب التي خلص اليها الحكم المطعون فيه وأقام عليها قضاءه سائغة ولها أصلها الثابت بالأوراق ومن شأنها أن

تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها وتكفي لحمله ولا مخالفة فيها للقانون فإن النعي عليه بما ورد بهذا الوجه من سبب الطعن يكون على غير أساس"((1)).

وهذا هو ما انتهت إليه محكمة التمييز أيضا بقرار لها في غرفة المشورة المؤرخ 2014/4/30، المشار إليه سابقا، إذ انه بصدد طعن مشابه للطعن السابق في ظروفه، قضت على أنه "وكان الثابت من عقد القرض محل الالتزام المكفول أن المطوعون ضدهم من الأول حتى السابع ليسوا المدينين بل هم كفلاء عينين، ومن ثم فإنهم يكونوا في الغالب متبرعين وهو ما تمسكوا به ولم ينفي المطعون ضده الثامن (الوكيل) ذلك ولم يذكر بالتوكيل –سالف الذكر– الذي بموجبه أبرم المطعون ضده الثامن عقد الكفالة العينية للبنك الطاعن ورتب عليه رهناً رسمياً لوفاء دين الذي خلا من ذكر حصول الكفيل على مقابل لكفالته ومن ثم يكون عقد الكفالة العينية هذا من عقود التبرع وحتى يكون هذا العقد نافذاً بحق الكفلاء المطعون ضدهم من الأول حتى السابع – كمتبرعين لا بد أن يعني في التوكيل بالكفالة العقار الذي يكون محلاً للرهن وقد خلا التوكيل من تعيين ذلك المال ورغم ذلك رتب عليه المطعون ضده الثامن رهناً رسمياً، حال أنه لا صفة له في إجراء نيابة عن المطعون ضدهم من الأول حتى السابع ومن ثم لا ينصرف أثره إليهم ولا يلزمون بما ولده من آثار لخروج الوكيل عن حدود ونطاق الوكالة الصادر له، ويكون العقد الرسمي المؤرخ 2009/11/15م بما تضمنه من التزامات بشأن عقاري التداعي على المطعون ضدهم من الاول حتى السابع لا يصلح سنداً تنفيذياً

((1)) الطعن بالتمييز رقمي: 903، 906 لسنة 2008 تجاري/ 3.

يجيز للدائن اتخاذ إجراءات بيع العقارين المملوكين لهم إل فيما يجاوز حصتهم فيها ويسري في حدود حصة المطعون ضده الثامن المشاعة في العقارين"((1)).

وأخيرا، جاءت محكمة التمييز في قرار صادر لها في غرفة المشورة مؤرخ 2018/9/24 لتقرر بأن التزام الكفيل (كفيل شخصي) بشكل قاطع هو التزام تبرعي يستوجب وكالة خاصة فيها وأيضا في محلها، لتقضي تباعا بعدم انصراف آثار عقد التسهيلات المصرفية إلي المطعون ضده الأول بوصفه ضامنا دينا (الكفيل) لصدورها بتوكيل خاص خلت من تحديد الدين المكفول.

حيث جاء بقضاء المحكمة "لما كان من المقرر أن التزام الكفيل في عقد الكفالة التزام تبرعي ووجوب وكالة خاصة فيه وأيضا في محله. أو وكالة عامة ينص فيها صراحة على تفويض بإجراء ذلك التصرف وأن يعين المحل الذي يرد عليه. وأن المناط في التعرف على مدى الوكالة الرجوع إلى عبارات التوكيل ونصوصه، وهو أمر يخضع لقاضي الموضوع بغير معقب مادام تفسيره واقد على تشكيل وتحتمله عباراته، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تأييد الحكم الابتدائي في قضائه بعدم انصراف آثار العقد الرسمي موثق برقم .... جلد/3 بتاريخ 2011/5/23 إلي المطعون ضده الأول بوصفه ضامنا دينا. والذي وقعته المطعون ضدها الثالثة بوصفها نائب عنه بمقتضى توكيل رسمي شامل مسجل التوثيق رقم .... جلد/10 سنة 2011 المؤرخ 2011/5/22 استنادا إلى أن هذا

((1)) الطعن بالتمييز رقم: 1626 لسنة 2013 تجاري/ 4.

التوكيل خول الوكيل إجراء الكفالة دون أن يعين الدين الذي وكله في كفالته. فلا يكون للوكيل صفة في مباشرة العقد الذي ذكر سابقا، وتبعا لذلك لا تنصرف أثاره إلى المطعون ضده الأول. وكان هذا الذي ذهب إليه الحكم المطعون فيه سائغ ولا خروج فيه على نصوص التوكيل فلا تدخل محكمة التمييز لأن ذلك من سلطة قاضي الموضوع. وكان يتضح من الرجوع إلى الأوراق وما أدلى المطعون ضده الأول في أول درجة من أوجه دفاع في الموضوع كان مصحوب دائما بالدفوع لا يعد إقرارا بالتصرف مثار النزاع. وكان توكيل خاص سجل التصديق رقم 1050 جلد/س سنة 2011 المؤرخ 2011/5/19 وإن فوض الوكيل بإجراء الكفالة بيد أنه لم يتضمن تعيين الدين المكفول تعينا كافيا فلا يكون للوكيل بموجبه سلطة القيام بذلك التصرف. فإن ما أثاره البنك الطاعن في هذا الصدد لا يستند إلى أساس سليم ومن ثم فلا يكون له وجه لطرحة"((1)).

وقرار محكمة التمييز مار البيان بما قضي فيه بشأن سعة الوكالة في اصدار الكفالة كان قد احدث، وكما اوضحنا في مقدمة البحث، زعزعة في المصارف وقلق شديد لديها بالنسبة للكفالات التي منحت على أساسها البنوك تمويلاتها المصرفية لعملائها والصادرة بتوكيلات خاصة بها دون تحديد محلها وفق

((1)) الطعن بالتمييز رقم 132 لسنة 2018 تجاري/ 3. في تقرير أن الأصل في الكفالة أن يكون الكفيل متبرعا لا مضاربا في معرض النظر في مسائل أخرى بخلاف سعة الوكالة، انظر: الطعن بالتمييز رقم: 296 لسنة 2001 مدني– مشار إليه.

ما كان يجري العمل فيه في البنوك، للتوقف بعد قرار التمييز عن قبول مثل هذه الوكالات في اصدار الكفالة.

بل إن إدارة التوثيق ذاتها قد أوقفت بعد هذا القرار إضافة عبارة "وإعطاء الكفالات "في التوكيلات العامة الرسمية الموثقة التي تصدرها، وأصدرت تعميما اقتضت بموجبه أن يكون التوكيل في الكفالة خاصا بها وخاصا أيضا في محلها بتعين الدين المكفول والمال محل الرهن في الكفالة العينية، وكل ذلك على نموذج خاص أعدته لهذا الغرض.

بيد أن كل ذلك مآله التغيير حتما، بعدما اعادت محكمة التمييز الأمور لنصابها في الحكم محل البحث ليس فقط بالنسبة لسعة الوكالة والرجوع إلى النسبية في عقد الكفالة بأن الكفيل يمكن أن يكون متبرعا في ظروف معينة ولا يكون كذلك في أخرى، بل أيضا فيما يخص بالنظر إلى الصورة الحديثة للكفالة.

ب. الصورة الحديثة للكفالة

بعد أن مرت المجتمعات بالعديد من التطورات، صاحبها مستجدات في مجالي التمويل والائتمان تطلبه زخم تنوع وتطور واتساع حجم النشاط الاقتصادي والمشاريع باختلافها التجارية والاستثمارية والصناعية والزراعية وغيرها، اصبح من النادر أن يعتمد في التمويل الاقتصادي لمشروع ما على القدرة الذاتية لمن يقوم بهذا المشروع، بل الغالب أن يتم التمويل عن طرق ائتمان من الغير((1)).

والغير الممول لم يعد اليوم مجرد فرد يقبل بتمويل آخر بكفالة قريب له أو صديق، بل أضحى التمويل تجارة تمارس من اعتى المؤسسات واضخمها في المراكز المالية والبنية التشغيلية من بنوك وشركات تمويل متخصصة((2)).

ومن هنا تحديدا عادت الكفالة الشخصية إلى البروز مرة أخرى بعدما تراجعت كضمان بسبب ضعف روح التضامن الأسري والصداقة المحفز لها، ولكن بصورة مغايرة عما كانت عليه ليس في طبيعة الكفالة ومفهومها كضمان، بل في اعتبارات انعقادها والباعث من ورائها. وصاحبها في ذلك، بطبيعة الحال، الكفالة العينية بما تحققه للدائن من ضمان متين في استيفاء حقه.

((1)) الدكتور سمير تناغو– المرجع السابق– ص 8، الدكتور عبدالرزاق السنهوري – المرجع السابق – ص31.

((2)) Piedelievre St. et Putman Em./ op. cit./ p. 664/ n. 678.

حيث جرى العمل في البنوك، على منح تمويلات للشركة بكفالة واحد – أو أكثر – من الشركاء أو الملاك في الشركة، والعكس صحيح فقد تكفل الشركة التمويل المصرفي الممنوح لأحد الشركاء أو ملاك الشركة، كما أن الشركة القابضة قد تتحصل على تمويل بكفالة أحد شركاتها التابعة أو الزميلة((1))، وقد تكفل الشركة القابضة التمويل الممنوح لأحد شركاتها التابعة أو الزميلة وهكذا((2)).

وهو ما حدا الفقه للقول بأنه "من خلال الكفالة، تم اختراق الصورة التي وجدت للشخص الاعتباري"((3))، في كناية إلى تداخل الذمم المالية والمصالح المشتركة لمجموعة الشركات التي يربطها وحدة اقتصادية فيما بينها وبين وملاكها.

والبنوك حتي توافق على منح تمويلات مصرفية، وخاصة التمويلات التجارية((4))، بمبالغ ضخمة للأفراد والشركات في مختلف مشاريعهم تتطلب

((1)) وفق قانون هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية وتعديلاته: الشركة التابعة، هي الشركة التي يملك بها شخص نسبة تزيد على 50% من رأس مالها أو يكون لديه السيطرة الفعلية عليها. الشركة الزميلة، هي الشركة التي تمتلك بها شركة أخرى بشكل مباشر أو غير مباشر لنسبة ملكية تزيد على 20% ولا تتجاوز 50% من رأس مالها، أو إذا كانت تملك تأثيرا هاما على قراراتها.

((2)) Simler Ph. et Delebecque/ op. cit/ p. 82/ n. 92.

((3)) Piedelievre St. et Putman Em./ op. cit./ p. 664/ n. 678.

((4)) إلى جانب التمويلات التجارية التي تمنحها البنوك للأفراد والشركات مقابل ضمانات عينية وشخصية، بمبالغ تمويل ضخمة للعميل الواحد. تمنح البنوك للأفراد فقط تمويلات شخصية لأغراض استهلاكية وإسكانية. التمويل الاستهلاكي: تمويل شخصي متوسط الأجل لا تتجاوز خمس سنوات، يقدم للعميل بغرض تمويل الاحتياجات الشخصية الاستهلاكية، ومبالغ التمويل

ضمانات كافية لاستيفائها تجنبها مخاطر احتساب خسائر عنها في حال الامتناع أو التأخر عن السداد لأي من الأسباب، وهي في ذلك تسعى إلى تنويع الضمانات وبأن تكون مقدمة ليس فقط من المدين الذي قد يتعثر بإعساره أو افلاسه عن سداد التمويلات الممنوحة له، بل أيضا من جانب كفيل أو كفلاء لهذا التمويلات.

وهي بذلك لا تكتفي غالبا بالكفالات الشخصية المهددة في جميع الأحوال بمخاطر الضمان العام من اعسار الكفيل، بل إنها تتطلب معها كفالات عينية بتخصيص مال لضمان تمويلاتها بتقرير حقها على أموال الكفلاء من عقارات وأسهم وسندات وصكوك ووحدات صناديق استثمار وغيرها، وذلك برهنها لصالحها تمكنها من استيفاء ديونها بالتنفيذ عليها بالأفضلية على غيرها من الدائنين العاديين أو الدائنين المرتهنين التالين لهم في المرتبة.

المشرع المصري استدرك بدوره المتغيرات سالفة الذكر في عام 1999 بمناسبة اصدار قانون التجارة الجديد، ليقرر بنص المادة 1/48 منه بأن كفالة الدين التجاري تعتبر عملا تجاريا إذا نص القانون على ذلك، أو كان الكفيل بنكا، أو كان تاجرا وله مصلحة في الدين المكفول". وهو بذلك لم يتبع خطى المشرع الكويتي في إضفاء الصفة التجارية على كفالة الدين التجاري بسبب تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين على النحو سالف الذكر، بل ساير تغير اعتبارات منح الكفالة

فيها للعميل الواحد بحد أقصى خمسة وعشرين ألف دينار كويتي . التمويل الإسكاني: تمويل شخصي طويل الأجل لا تتجاوز مدته خمس عسرة سنة، يقدم للعميل بغرض شراء أو بناء سكن خاص، ومبالغ التمويل فيها للعميل الواحد بحد أقصى سبعين ألف دينار كويتي.

عما كانت عليه في السابق ليقرر الصفة التجارية لكفالة الدين التجاري من تاجر ثبت أن له مصلحة في الدين المكفول، ليحيد بذلك عن الصورة النمطية للكفالة التي ينظر فيها للكفيل على أنه متبرعاً ولا يتوخى منفعة أو ميزة ما من كفالته للدين.

بالمقابل، ظلت نصوص القانون الكويتي المنظمة لها في بالروح التي سادت مرحلة تقرريها قائمة دون أي تعديل، لتنتظر تطبيقها واعمال احكامها بالروح الجديدة للكفالة بمتغيرات اعتبارات إصدارها على النحو المذكور، ومن ثم عدم التسليم دائما والقطع بأن الكفيل فيها دائما متبرع بنية التبرع دون تحرى ما إذا كان له من عدمه مصلحة له من كفالة الدين.

وهذا تحديدا ما تم بقضاء محكمة التمييز في حكمها الأخير المؤرخ 2019/7/7 محل البحث، الذي يمثل بوجهة نظرنا تحولا جوهريا في الاجتهاد القضائي المستقر والمتواتر لتوجه قضائي جديد يضع الأمور في نصابها القانوني الصحيح وبما يتفق مع المنطق السليم للأمور، وذلك بتقرير صحة الكفالة التي منحت بتوكيل خاص بها ودون تحديد لمحلها لما ثبت لديها بأن للكفيل مصلحة من الدين المكفول.

حيث استهل الحكم بالقول على أنه"من المقرر في قضاء هذه المحكمة ... و بأن الرهن ليس من التبرعات بل من أعمال التصرف لذلك لا يشترط في التوكيل به أن يعين العقار الذي يكون محلا للرهن بل يكفي التوكيل في الرهن وعندئذ

يجوز للوكيل أن يرهن أي عقار مملوك للموكل رهنا رسميا إذا كان الموكل هو نفسه المدين أما إذا كان الموكل كفيلا عينيا وليس هو المدين الأصلي فالغالب أن يكون متبرعاً وإذا ثبت ذلك يجب تحديد العقار محل التصرف بالذات والا بطل التصرف".

لتقضي محكمة التمييز، بعد ذلك، على أنه "لما كان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاء و برفض الدعوى على ما استخلصه سائغا من العقدين موضوع التداعي وأوراق الدعوى وما قدم فيها من مستندات أن الطاعن لم يكن متبرعا محضا بخصوص التأمينات الشخصية والعينية المطعون عليها وإنما اتجهت إرادته إلى توفير الضمانات اللازمة لتمويل المطعون ضدها الثانية (زوجة الكفيل) المدينة في العقد الأول رقم .... جلد/٣ مؤرخ 2007/12/11 بالتسهيلات المصرفية للاشتراك معها في استثمارات خارجية وأنه هو الممثل القانوني للشركة المطعون عليها الثالثة في العقد الثاني رقم ..... جلد/3 المؤرخ 2007/11/1 وأن إرادته قد اتجهت إلى منح البنك المطعون ضده الأول الضمانات اللازمة لإتمام التعاقد في العقدين وأن عبارات التوكيل العام رقم ..... جلد/6 المؤرخ 2006/9/26 قد جاءت صريحة في أحقية الوكيل في إبرام الكفالات والرهن وخلص الحكم من ذلك إلى أن الوكالة العامة بالتصرف التي تمت بموجبها تلك التأمينات الشخصية والعينية صحيحة وتجيز للوكيل إبرامها أي أن وكيل الطاعن الذي أبرم عقدي الرهن الرسمي والحيازي والكفالة الشخصية التضامنية لم يخرج عن حدود وكالته التي تبيح له إبرامها بعدما ثبت أن الطاعن لم يكن متبرعا. لما

كان ذلك، وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه أيضا برفض طلب بطلان الرهن لعدم تخصيص الدين وبيان العقار المرهون على ما استخلصه سائغا من الأوراق والعقد المطعون فيه رقم .... جلد/3 المؤرخ 2007/12/11 بأن العقار المرهون معين بالعقد تعيين دقيقة من حيث طبيعته وموقعه وأن التسهيلات المصرفية محددة بمبلغ الدين الذي يضمنه الرهن والحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين وبأنه متعلق بتسهيلات مصرفية في صورة خطابات ضمان لمدة ثلاث سنوات من تاريخ الإصدار بحد أقصى 27500000 دولار أمريكي وانتهى الحكم إلى صحة الرهن من حيث تخصيص الدين وبيان العقار المرهون، وكان هذا كله الذي خلص إليه الحكم صحيحة سائغا له معينه ويتفق مع الثابت بالأوراق والعقدين والتوكيل ويتضمن الدعامة المستقلة الكافية لحمل قضاءه والتي تكفى أيضا للرد على أسباب الاستئناف ومن ثم لا تكون محكمة الموضوع ملزمة من بعد بتتبع شتى مناحي دفاع الخصوم والرد عليها استقلالا، إذ في قيام هذه الحقيقة التي اقتنعت بها وأوردت دليلها الرد الضمني المسقط لما عداها، كما أنه لا يعيب الحكم المطعون فيه عدم رده على دفاع الطاعن المتعلق بتناقض الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه إذ أنه دفاع غير صحيح لأن الحكم جاء خاليا من التناقض إذ تضمن في اسبابه ومنطوقه رفض الدعوى، لما كان ذلك، فإن تعييب الحكم المطعون فيه في دعامته الثانية التي أوردها دعما للحكم الابتدائي بخصوص الإجازة اللاحقة من الطاعن لتصرفات وكيله وإقراره اللاحق

بالتأمينات المطعون عليها – أيا كان وجه الرأي فيها – يكون غير منتج ومن ثم غير مقبول ويضحي النعي بأسباب الطعنين على غير أساس".

وعلى ذلك، يبين برأينا من أن محكمة التمييز، وأن كانت قد سلمت بأن الكفيل عادة يكون متبرعا، مسايرة للمفهوم التقليدي الكفالة ووظيفتها وقت نشأتها على النحو سالف الذكر، إلا أنها لم تجعل من ذلك قاعدة مطلقة تقودها مباشرة للحكم بطلان الكفالة لخلو التوكيل التي صدر بها من تحديد لمحلها، ولم تتخلى المحكمة تباعا عن البحث في الباعث الدافع للكفيل والمصلحة التي يسعى إليها من الدين المكفول.

كما أنها لم تصادر حق محكمة الموضوع بذلك، بل على النقيض أكدت على السلطة التقديرية لها في تقرير سعة الوكالة لإصدار الكفالة العينية والكفالتين الشخصيتين في عقدي التسهيلات المصرفية من واقع ما ثبت لديها بأن للكفيل مصلحة فيها، بارتباط مصالحة مع مصالح المدينين في هذين العقدين، وهي المصلحة المتمثلة باشتراك الكفيل مع استثمارات زوجته المدين في عقد التسهيلات المصرفية الأول، والتي تستنتج من واقع تمثيله للشركة المدينة في عقد التسهيلات المصرفية الثاني. وهو ما يتطلب معه، بنظرنا، إعادة النظر في سلطة المحكمة في تحديد سعة الوكالة في إصدار الكفالة.

ثانيا: سلطة المحكمة في تحديد سعة الوكالة

محكمة الموضوع وأن كان لها السلطة التقديرية في تكييف الكفالة على أنها من اعمال التبرع، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة بل مقيده بما يثبت لديها في النزاع، حول بطلانها أو عدم الاعتداد بآثارها، على أسباب سائغة ومقبولة لها حاصلها وسندها بدفاع اطراف النزاع وفهم وقائعه،(1)، وهو ما ينبغي على المحكمة البحث في اعتبارات منح الكفالة بتتبع الباعث الدافع للكفيل فيها (2).

(1) حدود السلطة التقديرية لقاضي الموضوع

هذه الحدود لا تجد سندها فحسب من التزام القاضي في التسبيب(أ)، بل وتستلزمها مقتضيات العدالة بعدم تمكين الكفيل بالتبرؤ من التزامه بالضمان بزعم أنه متبرعا في الكفالة على بخلاف الواقع(ب).

(أ) تسبيب الحكم بفهم الوقائع[(1)]

عملا بالمادة 116 – الفقرة الثانية – من قانون المرافعات المدنية والتجارية، يجب أن يشتمل الحكم على "عرض مجمل لوقائع الدعوى ثم طلبات الخصوم وخلاصة

((1)) في تسبيب الحكم، انظر: الدكتور فتحي والي– الوسيط في قانون القضاء المدني– دار النهضة العربية– 1987– ص 633.

موجزة لدفعوهم ودفاعهم الجوهري ورأي النيابة العامة ثم تذكر بعد ذلك أسباب الحكم ومنطوقه"((1)).

وتواتر قضاء محكمة التمييز على "أنه متى ما كان الخصم قد قدم إلى محكمة الموضوع مستندات تمسك بدلالتها في موضوع النزاع فالتفت عنها الحكم وأعرض عن تحقيق دفاعه القائم عليها مع ما قد يكون لها من الدلالة المؤثرة في الحق محل التداعي، ولو أنه عني ببحثها وتمحيص الدفاع المؤسس عليها لجاز أن يتغير وجه الرأي في الدعوى، فإن الحكم يكون مشوبا بالقصور المبطل"((2)). بالتوجه نفسه، قضي "ولئن كان لمحكمة الموضوع سلطة تحصيل فهم الوقائع في الدعوى من الأدلة المطروحة فيها إلا أن ذلك مشروطا بأن تبين في أسباب حكمها كنتيجة

((1)) مادة 116: "يجب ان يبين في الحكم المحكمة التي أصدرته وتاريخ إصداره ومكانه وما إذا كان صادرا في مادة تجارية أو مستعجلة وأسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا في الحكم وحضروا النطق به وعضو النيابة الذي أبدى رأيه في القضية أن كان وأسماء الخصوم بالكامل وصفاتهم وموطن كل منهم أو محل عمله وحضورهم أو غيابهم.

وكما يجب أن يشتمل الحكم على عرض مجمل لوقائع الدعوى ثم طلبات الخصوم وخلاصة موجزة لدفوعهم ودفاعهم الجوهري ورأي النيابة ثم تذكر أسباب الحكم ومنطوقه.

والقصور في أسباب الحكم الواقعية، والنقص أو الخطأ الجسيم في أسماء الخصوم وصفاتهم، وكذا عدم بيان أسماء القضاة الذين اصدروا الحكم يترتب عليه بطلان الحكم".

((2)) الطعن بالتمييز رقم: 41 لسنة 2010 مدني. جلسة 2002/9/30. مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من 2002/1/1 وحتى 2006/12/31.

تحصيل هذا الفهم ودليلها عليه، وأن يكون لما حصلته سند في الأوراق ولا خروج فيه عن الثابت فيها وقائما على اعتبارات معقولة تؤدي إليها"((1)).

وفي شأن قيام الكفالة أو نفيها، قضت محكمة التمييز على "أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الصفة في الدعوى تقوم بالمدعى عليه متى ما كان الحق المطلوب فيها موجودا في مواجهته باعتبار أنه صاحب الشأن فيها والمسئول عنه حال ثبوت أحقيه المدعي فيه، كما أن تحري صفة الخصوم واستخلاص توافرها أو انتفائها في الدعوى، وقيام الكفالة أو نفيها من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع وحسبها أن تبين الحقيقة التي اقتنعت بها في هذا الخصوص وأن تقيم قضائها على أسباب سائغة تكفي لحمله"((2)). وفي حكم آخر بشأن تحديد مدى التزام الكفيل، قضي بأنه "من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع عن طريق تفسير عقد الكفالة، وله في هذا الخصوص كامل السلطة في تفسير المستندات والعقود وسائر المحررات اليت تقدم إليه واستخلاص ما يراه أوفي بمقصود عاقديها مستعينا في ذلك بظروف الدعوى وملابساتها ولا رقابة لمحكمة التمييز فيما يراه ما كان تقديره مما تحملته عباراتها ولا خروج فيه على المعنى

((1)) الطعن بالتمييز رقم: 208 لسنة 1994 تجاري. جلسة 1995/1/24. الطعن بالتمييز رقم: 29 لسنة 1997 عمالي. حلسة 1998/1/19.

((2)) في اعتبار توقيع الشريك على إقرار الشركة بكفالة الدين مفوض من جميع الشركاء. الطعون بالتمييز: 301، 305، 315 لسنة 2003/ تجاري. جلسة 2004/5/8. مشار إليه.

الظاهر لها في جملتها"[(1)]. وفي استخلاص وجود الكفالة واعتبار الطاعن كفيل الشركة المدينة في توقيعه على عقد التسهيلات المصرفية، قضت محكمة التمييز بأنه "من المقرر أن تحصيل فهم الوقاع في الدوى من شأن قاضي الموضوع متى ما أقام قضاؤه على أسباب سائغة"[(2)].

وبطلان الحكم هو الجزاء الذي يرتبه القانون على مخالفة القواعد والإجراءات التي اوجب على المحكمة اتباعها ومراعاتها وفي تحرير احكامها وفي إصدارها بنص الفقرة الأخيرة من المادة 116 سالفة الذكر، بما مؤداه جواز الطعن بالتمييز في الحكم الصادر من محكمة الاستئناف عملا بالفقرة (ب) من المادة 152 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المنظمة لحالات الطعن بالتمييز[(3)]. حيث قضي بأن

((1)) الطعن بالتمييز رقم: 180 لسنة 1993 تجاري. جلسة 1994/4/18. مجموعة القواعد القانونية– وزارة العدل – محكمة التمييز – المكتب الفني– يوليو– القسم الثالث– المجلد الثالث– ص 536.

((2)) الطعون: 108، 114، 116 لسنة 1993 تجاري. جلسة 1994/1/31. مجموعة القواعد القانونية– وزارة العدل – محكمة التمييز – المكتب الفني– يوليو 1999– القسم الثالث– المجلد الثالث– ص 535.

((3)) مادة 152: "للخصوم أن يطعنوا بالتمييز في الحكام الصادرة من محكمة الاستئناف العليا في الأحوال التالية:

إذا كان الحكم المطعون فيه مبنيا على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله.

إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم.

وللخصوم أن يطعنوا بالتمييز أيضا في أي حكم انتهائي – أيا كانت المحكمة التي أصدرته – فصل في نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم انفسهم وحاز قوة الأمر المقضي".

"أغفال الحكم بحث دفاع أبداه الخصم يترتب عليه بطلان الحكم إذا كان هذا الدفاع جوهريا ومؤثرا في النتيجة التي انتهت إليها المحكمة إذ يعتبر ذلك الإغفال قصور في أسباب الحكم الواقعية بما يقتضي بطلانه"((1)).

كما أن المستقر عليه في قضاء التمييز أنه "إذا كانت محكمة الموضوع قد بنت حكمها على فهم مخالف للثابت بأوراق الدعوى فإن حكمها يكون باطلا"((2)). وفي هذا الشأن، بسطت محكمة التمييز رقابتها على محكمة الموضوع فيما انتهت إليه من التزام الكفيل بالمخالفة لوجوب قصر الكفالة على الأجل المحدد لها، وذلك بتمييز حكم محكمة الاستئناف بسبب وحسب ما جاء في حكم محكمة التمييز أنه "قد حاد عن القصد في تفسير عبارات عقد الكفالة وللمعنى الظاهر لعبارته على نحو جره إلى الخطأ في تطبيق القانون"((3)).

وما سبق، هو تحديدا توجه محكمة التمييز في حكمها المؤرخ 2019/7/7 محل التعليق في البحث، والذي يتضح جليا على الرغم من مصادقتها على أسباب ومبررات حكم محكمة أول الدرجة ومحكمة الاستئناف في تقرير سعة الوكالة في اصدار الكفالات في عقدي التسهيلات المصرفية.

((1)) الطعن بالتمييز رقم: 4 لسنة 1997 تجاري-2. جلسة 1998/5/10.

((2)) الطعن بالتمييز رقم: 87 لسنة 1995 مدني. جلسة 1996/1/8.

((3)) الطعن بالتمييز: 58 لسنة 1985 تجاري. جلسة 1986/1/22. مشار إليه

ذلك أن محكمة التمييز وإن كانت قد اكدت على سلطة قاضي الموضوع في تحديد سعة الوكالة بإصدار الكفالة العينية والكفالتين الشخصيتين في عقدي التسهيلات المصرفية، وصادقت على ما انتهى إليه محكمة الاستئناف برفض الطعن ببطلانها بالأسباب التي وردت بحكمها والأسباب التي أحالت إليها في حكم محكمة أول الدرجة، إلا أنها مع ذلك بسطت رقابتها على هذه الأسباب وما إذا كان ذلك على فهم محكمة الاستئناف لوقائع الدعوى وبحثها لجميع أوجه دفاع الخصوم الجوهرية وتمحصيها. وما أن اطمأنت على أنها متفقة والتزامها بالتسبيب عملا بما يقضي فيه القانون والثابت في قضاء محكمة التمييز خصلت إلى سلاماتها وتأييدها بما انتهت إليه من قضاء. وهذا، على النحو التالي:

- "المناط في التعرف على مدى سعة الوكالة من حيث ما تشتمل عليه من تصرفات قانونية خول الموكل الوكيل إجراء ها يتحدد بالرجوع إلى عبارات التوكيل ذاته وما جرت به نصوصه، وهو أمر يخضع لسلطة قاضي الموضوع بغير معقب ما دام تفسيره واقعا على توكيل قائم وتحتمله عباراته".

- "لمحكمة الموضوع التعرف على حقيقة العلاقة التي تربط بين طرفي الخصومة، ولها استظهار مدلول الاتفاقات وفهم الواقع في الدعوى وتفسير العقود والمشارطات ما دامت لم تخرج في تفسيرها عن المعنى الذي تحمله عبارات العقد دون رقابة عليها مادامت قد أقامت قضاءها على أسبابه سائغة، وأنها إذا استندت إلى عدة قرائن مساندة تؤدي في مجموعها إلى النتيجة التي انتهت إليها".

- "المحكمة، غير مكلفة أن تذكر في حكمها كافة حجج الخصوم وتفندها بل كل ما يتطلبه القانون منها هو أن يكون حكمها مسبب تسبيبا كافيا لتسويغ ما حكمت به".

- "لمحكمة الاستئناف وهي تؤيد الحكم الابتدائي، أن تحيل إلى ما جاء فيه سواء في بيان وقائع الدعوى أو في الأسباب التي أقيم عليها وأن تأخذ بأسباب الحكم الابتدائي دون إضافة، متى رأت في هذه الأسباب ما يغني عن إيراد جديد".

- "لما كان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدعوى على ما استخلصه سائغا من العقدين موضوع التداعي وأوراق الدعوى وما قدم فيها من مستندات أن الطاعن لم يكن متبرعا محضا بخصوص التأمينات الشخصية والعينية المطعون عليها وإنما اتجهت إرادته إلى توفير الضمانات اللازمة لتمويل المطعون ضدها الثانية المدينة في العقد الأول رقم .... جلد/٣ مؤرخ 2007/12/11 بالتسهيلات المصرفية للاشتراك معها في استثمارات خارجية وأنه هو الممثل القانوني للشركة المطعون عليها الثالثة في العقد الثاني رقم ..... جلد/3 المؤرخ 2007/11/1 وأن إرادته قد اتجهت إلى منح البنك المطعون ضده الأول الضمانات اللازمة لإتمام التعاقد في العقدين".

- "الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه أيضا برفض طلب بطلان الرهن لعدم تخصيص الدين وبيان العقار المرهون، على ما استخلصه سائغا من الأوراق والعقد المطعون فيه رقم .... جلد/3 المؤرخ 2007/12/11".

وحكم محكمة التمييز بذلك، لم تطبق فحسب صحيح القانون وما هو مستقر عليه في قضائها، بل أنها شيدت سياجا لصون حق الدائن في الكفالة من الضياع، بزعم الكفيل عدم علمه بالكفالة التي صدرت بتوكيل منه، أو أنه كان مجرد متبرع في كفالته للدين ولا شيء سوى ذلك.

(أ) صون حق الدائن

بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي لمحكمة التمييز السابق على حكمها المؤرخ 2019/7/7، فإنه من المرجح، برأينا، أن المحكمة قد عولت على الكفالة في صورتها النمطية، ونظرت تباعا على أن الكفيل فيها متبرعا محضا، وجعلت من ذلك أساسا لقضائها في بطلان الكفالات أو عدم الاعتداد بآثار عقودها بمجرد أن ثبت لديها بأن التوكيلات التي صدرت من خلالها قد خلت من تحديد لمحالها بتعيين الدين المكفول والأموال المرهونة.

وذلك على النحو التالي:

1-حكم محكمة التمييز في 2012/1/17 (البنك: بيت التمويل الكويتي)

وهو الحكم الذي عول فحسب على أسباب محكمة الموضوع باعتبار راهن العقار في عقد التسهيلات المصرفية ليس مدينا، بل كفيلا عينيا غالبا يكون وكما جاء بالأسباب متبرعا، لتقضي ببطلانه الرهن لصدوره من وكيل لا يملك سلطة القيام به بعد أن استظهرت خلو عبارات التوكيل الذي أجري بموجبه من بيان العقار المرهون وتعيينه على وجه التخصيص. وذلك، دون البحث في اعتبارات الكفالة، والباعث الدافع للكفيل من ضمان الالتزام الأصلي للمدين (شركة ... للتجارة العامة)، في عقد تمويل مصرفي تجاري (عقود بيع مرابحة) بقيمة إجمالية مقدارها مليون وأربعمائة ألف دولار أمريكي. وفق التالي:

- "أن المناط في التعرف على مدى الوكالة من حيث ما تشتمل عليه من تصرفات قانونية خول الموكل الوكيل إجراءها يتحدد بالرجوع إلى عبارات التوكيل ذاته وما جرت به نصوصه وهو أمر يخضع لسلطة قاضي الموضوع بغير معقب مادام تفسيره واقعا على توكيل قائم وتحتمله عباراته".

- "ومن المقرر – أيضا – أن الرهن ليس من التبرعات بل من أعمال التصرف لذلك لا يشترط في التوكيل به أن يعين العقار الذي يكون محلا للرهن بل يكفي التوكيل في الرهن وعندئذ يجوز للوكيل أن يرهن أي عقار مملوك للموكل رهن رسمي إذ كان الموكل هو نفسه المدين، أما إذا كان الموكل كفيلا عينيا وليس هو الدين الأصلي فالغالب أن يكون متبرعا وإذ ثبت ذلك يجب تحديد العقار محل التصرف بالذات وإلا بطل التصرف".

- "لما كان ذلك ... وانتهى الحكم من ذلك إلى أن الرهن يعتبر من أعمال التبرع بالنسبة للمورث بوصفه كفيلا عينية للمديونية مما كان يلزم لانصراف أثره إليه والي ورثته من بعده أن يعين محله على وجه التخصيص في التوكيل الصادر منه إلى المطعون ضده الخامس تطبيقا لحكم المادة 2/702 من القانون المدني سالف البيان وقضى ببطلان الرهن لصدور من وكيل لا يملك سلطة القيام به بعد أن استظهر خلو عبارات التوكيل الذي أجري بموجبه المطعون ضده الخامس رهن العقار المملوك لمورثه من بيان العقار المرهون وتعيينه على وجه التخصيص"

- "وإن كانت الأسباب التي خلص اليها الحكم المطعون فيه وأقام عليها قضاءه سائغة ولها أصلها الثابت بالأوراق ومن شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها، وتكفي لحمله ولا مخالفة فيها للقانون فإن النعي عليه بما ورد بهذا الوجه من سبب الطعن يكون على غير أساس".

2-قرار محكمة التمييز في غرفة المشورة في 2014/4/30 (البنك: بنك برقان)

وهو القرار الذي صدر بطعن مماثل في ظروفه لطعن حكم محكمة التمييز مار البيان، ومنهجية أسبابه مماثلة لمنهجية أسباب هذا الحكم أيضا. حيث قضى بعدم الاعتداد برهن عقارين محل الكفالة العينية ووقف إجراءات بيعهما قضاء، وذلك في عقد تسهيلات مصرفية نقدية قدمت فيها الكفالة كضمان ومنح البنك على أساس منها للمدين (شقيق الكفلاء) قرض مقداره سبعة ملايين وخمسمائة ألف دينار. وكل ذلك بتعويل القرار وحسب على ما انتهي إليه قاضي الموضوع باعتبار عقد الكفالة العينية من عقود التبرع. وفق التالي:

- " كان الثابت من عقد القرض محل الالتزام المكفول أن المطوعون ضدهم من الأول حتى السابع ليسوا المدينين بل هم كفلاء عينين، ومن ثم فإنهم يكونوا في الغالب متبرعين وهو ما تمسكوا به ولم ينفي المطعون ضده الثامن (الوكيل) ذلك".

- "ومن ثم يكون عقد الكفالة العينية هذا من عقود التبرع، وحتى يكون هذا العقد نافذاً بحق الكفلاء المطعون ضدهم من الأول حتى السابع – كمتبرعين لا بد أن يعني في التوكيل بالكفالة العقار الذي يكون محلاً للرهن وقد خلا التوكيل من تعيين

ذلك المال ورغم ذلك رتب عليه المطعون ضده الثامن رهناً رسمياً، حال أنه لا صفة له في إجراء نيابة عن المطعون ضدهم من الأول حتى السابع".

- "ومن ثم لا ينصرف أثره إليهم ولا يلزمون بما ولده من آثار لخروج الوكيل عن حدود ونطاق الوكالة الصادر له، ويكون العقد الرسمي المؤرخ 2009/11/15م بما تضمنه من التزامات بشأن عقاري التداعي على المطعون ضدهم من الاول حتى السابع لا يصلح سنداً تنفيذياً يجيز للدائن اتخاذ إجراءات بيع العقارين المملوكين لهم إل فيما يجاوز حصتهم فيها ويسري في حدود حصة المطعون ضده الثامن المشاعة في العقارين".

3-قرار محكمة التمييز في غرفة المشورة في 2018/9/24 (البنك الأهلي الكويتي)

وهو القرار الذي قضى بشكل قاطع بأن التزام الكفيل (كفيل شخصي) هو التزام تبرعي، ويقرر بسبب ذلك فقط عدم انصراف آثار الكفالة في عقد تسهيلات مصرفية حصل المدين فيها على قرض بقيمة 400 الف دينار كويتي، لصدورها بتوكيل خاص خلت من تحديد الدين المكفول. وفق التالي:

- "من المقرر أن التزام الكفيل في عقد الكفالة التزام تبرعي ووجوب وكالة خاصة فيه وأيضا في محله. أو وكالة عامة ينص فيها صراحة على تفويض بإجراء ذلك التصرف وأن يعين المحل الذي يرد عليه".

- "المناط في التعرف على مدى الوكالة الرجوع إلى عبارات التوكيل ونصوصه، وهو أمر يخضع لقاضي الموضوع بغير معقب مادام تفسيره واقد على تشكيل وتحتمله عباراته".

- "وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تأييد الحكم الابتدائي في قضائه بعدم انصراف آثار العقد الرسمي موثق برقم .... جلد/3 بتاريخ 2011/5/23 إلي المطعون ضده الأول بوصفه ضامنا دينا. والذي وقعته المطعون ضدها الثالثة بوصفها نائب عنه بمقتضى توكيل رسمي شامل مسجل التوثيق رقم .... جلد/10 سنة 2011 المؤرخ 2011/5/22 استنادا إلى أن هذا التوكيل خول الوكيل إجراء الكفالة دون أن يعين الدين الذي وكله في كفالته. فلا يكون للوكيل صفة في مباشرة العقد الذي ذكر سابقا، وتبعا لذلك لا تنصرف أثاره إلى المطعون ضده الأول".

- "وكان هذا الذي ذهب إليه الحكم المطعون فيه سائغ ولا خروج فيه على نصوص التوكيل فلا تدخل محكمة التمييز لأن ذلك من سلطة قاضي الموضوع. وكان يتضح من الرجوع إلى الأوراق وما أدلى المطعون ضده الأول في أول درجة من أوجه دفاع في الموضوع كان مصحوب دائما بالدفوع لا يعد إقرارا بالتصرف مثار النزاع".

وعلى ذلك، يتبين بأن الاجتهاد القضائي لمحكمة التمييز السابق على حكمها المؤرخ 2019/7/7 محل البحث، مبني بصفة اساسية على اعتبار الكفالة من اعمال التبرع وتقرير تباعا بعدم سعة الوكالة الخاصة المحدد بها "إعطاء

الكفالات"والرهن لمنحها والقضاء ببطلانها أو عدم الاعتداد بآثارها لوقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل الشخصية والأموال المرهونة من الكفيل العيني. وهو ما يعني، برأينا، أن المحكمة قد تتبعت في بحثها لدفاع أطراف الدعوى ووقائعها والنظر بما قدم فيها من مستندات وأوراق لتحديد إذا كان الملتزم في عقد التسهيلات المصرفية مدين أم كفيل، وما أن ثبت لديها بأنه كفيل، انتهت بقضائها إلى نتيجة حتمية بتكييفها للكفالة على أنها من اعمال التبرع إلى عدم صحتها بمجرد أن ثبت لديها خلو التوكيل التي صدرت به من تعيين لمحلها، وتقصر أسباب قضائها على ذلك.

وهذا ما يرجح، برأينا، فصل محكمة التمييز، وبوقت لاحق على حكمها المؤرخ 2012/1/17، في طعني التمييز بقرار منها في غرفة المشورة في 2014، 2018، دون قبول لطرحهما للمداولة أمامها في المحكمة لسماع دفاع الخصوم فيهما وبسط رقابتها على اسباب حكمي محكمة الاستئناف على هدي منها. إذ يبدو، وبوجهة نظرنا، ان المعتبر لدى محكمة التمييز تتبع أسباب محكمة الاستئناف في تكييف الملتزم بعقدي التسهيلات المصرفية، والأسانيد التي عولت عليها للقول بأنه مجرد كفيل فيها لتصادق على حكمي المحكمة بعدم صحة الكفالة لعدم سعة التوكيل التي صدرت بها. وهذا بالرغم من تمسك الدائنين من البنوك بدفوع، نراها، جوهرية الذي يتغير بها وجه الرأي في الدعوى لارتباطها بتقرير أن الكفيل كان متبرعا أم أن له مصلحة من الدين المكفول، ومن ثم يكون التصدي لها أمرا حتميا على النحو المار بيانه.

حيث تمسك ممثل البنك في الطعن بالتمييز، الذي صدر فيه قرار محكمة التمييز في غرفة المشورة في 2014/4/30، ببطلان حكم الاستئناف وكما جاء في صحيفة الطعن "لصدوره مشوباً بعيب القصور في الاستدلال والاخلال بحق الدفاع لما كان الثابت أن البنك قد تقدم بمذكرة بجلسة 2013/3/6م خصص بها موضع لإيراد مقدمة لازمة ذهب فيها إلى أن المطعون ضدهم السبعة الاول هم أشقاء (الكفلاء) المطعون ضده الثامن (المدين) وكانت تربطهم علاقات شراكة بعضها ناتج عن الارث والبعض الآخر ناتج عن اشتراك في تارة العقارات وكان المطعون ضده الثامن يمثل اشقائه في البيع، الشراء، والتنازل والتخارج، وذلك بموجب توكيلات متعددة فكان يشتري عقارات باسمهم تارة ويبيع نائباً عنهم تارة أخرى وثالثة يتنازل لهم عن حصته– موقعاً عنه وعنهم في العقد بموجب الوكالة– وكانوا في كل هذه الحالات يتعاملون كطرف واحد في تداول عقاراته".

وتابع ممثل البنك دفاعه بعد ذلك للقول "أنه وفي هذه الاثناء حصل المطعون ضده الثامن على تسهيلات ائتمانية من البنك بضمان رهن عقارات مملوكة له أحياناً، وأحياناً أخرى بكفالة عينية برهن عقارات كان سبق له وأن قام بشرائها أو التنازل عنها لأشقائه بموجب توكيلات صادرة منهم له ..وعندما تعثر في سداد المديونية المستحقة في ذمته –بكفالتهم– وشرع البنك في اتخاذ الإجراءات القانونية قبلهم – العميل والكفلاء عيناً– خرج إخوته الذي كان يتصرف نيابة عنهم – بيعاً وشراءً وتنازلاً– وهم معه في ذلك شركاء، (خرجوا أو أخرجوا ليقيموا دعواهم محاولين أن يتشبثوا بتأويل القانون أو بالأحرى يحاولون – بالاتفاق مع شقيقهم – أن يتخذوا من

القانون مطية لسلب أموال البنك بتضييع ضمانات المديونية متظاهرين بالنزاع مع شقيقهم في محاولة يائسة منهم لعدم الوفاء بما التزموا به، وهذا منهم ببعيد، لأن القانون هو وسيلة الناس– كل الناس– للحفاظ على حقوقهم وليس أداء لأكل أموالهم بالباطل)".

ويؤكد البنك في دفاعه "بأن الظاهر مما تقدم أن المطعون ضدهم الثمانية الأول – وهو جميعاً أشقاء– كانت تربطهم جميعاً علاقة شراكة على العقارات المملوكة لهم سواء كانت هذه العقارات قد آلت إليهم بالميراث أو الشراء ويظهر كذلك أن المطعون ضده الثامن هو الذي يتعامل على هذه العقارات وكيلاً ونائباً عنهم، وبيعاً وشراءً وكفالة وكافة التصرفات القانونية الأخرى، بموجب توكيلات صادرة منهم تخوله إبرام تلك التصرفات وعندما أراد – بدأ– في التنصل من أداء المديونية المستحقة إليه أوعز لأشقائه في إقامة الدعوى موضوع هذا الاستئناف لعرقة إجراءات بيع العقارات المرهونة للبنك والمقدمة منه ومن أشقائه والتي كانت مقدمة ضماناً للمديونية التي حصل عليها من البنك".

واعتبر البنك بأن ما اورده بمذكرته في الشأن أعلاه "هو من قبيل الدفاع الجوهري الذي يتغير به وجه الرأي في الدعوى، والذي لو أقسطه المحكمة حقه من البحث والتمحيص لانتهت إلى قضاء مغاير.... وحيث خلت أسباب الحكم المطعون عليه من ثمة رد على هذا الدفاع، مما يكون الحكم قد صدر مشوباً بعيب الاخلال بحق الدفاع والقصور في التسبيب، ذلك العيب المبطل للحكم المستوجب تمييزه".

وفي الطعن بالتمييز الذي صدر به قرار من محكمة التمييز في غرفة المشورة في 2018/9/24، ,في صحيفة الطعن بالتمييز على حكم الاستئناف بتأييده لحكم محكمة الدرجة الأولى محمولا على أسبابه فيما انتهى إليه من قضاءه بعدم نفاذ عقد التسهيلات المصرفية في مواجهة الكفيل الشخصي وعدم احقية البنك في مطالبته، دفع البنك بأن أسباب الحكم قد جاءت مشوبة بالقصور المبطل والفساد بالاستدلال ومخالفة الثابت بالأوراق لعلم الكفيل الشخصي اليقيني بعقد القرض الممنوح لشركة ..... المتحدة للتجارة العامة والمقاولات واتجاه نيته لذلك تمكينا من مباشرة إجراءات عقد القرض الرسمي للشركة بضمان مقدم منها برهن متجر وحيازي لآلاتها ومعداتها وبكفالته الشخصية التضامنية. ودلل البنك على ذلك، بأن (الكفيل) وبصفته ممثلا عن الشركة اصدر للتوكيل الرسمي العام الموثق برقم ..... جلد/10 المؤرخ 2011/5/22 لزوجة شريكه (المطعون ضدها الثالثة) في الرهن أملاك الشركة والعقارات والأعيان الثابت منها والمنقول. وقبل ذلك وتحديدا قبل ثلاثة أيام، كان قد اصدر عن نفسه وبصفته في الشركة وكالة رسمية موثقة برقم .... المؤرخ 2011/5/19 للمطعون ضدها الثالث وأخرى في القيام عنه نيابة عنه وعلى كافة أصول الشركة من شاحنات ومعدات وأثاث وديكور وخلافه والحق في رهن تلك الأصول وحق إعطاء الكفالات وحق الإقراض والاقتراض، وبأن هذا التوكيل تحديدا كان المعني لاستكمال إجراءات عقد القرض الرسمي بالرهن المقدم من الشركة كفالته الشخصية ويقيم دليلا على علم الكفيل بعقد القرض وانصراف نيته بالكفالة حصول الشركة على مبلغ التمويل، الذي يمتلك فيها حصة قدرها

51% من رأسمالها. وبأنه، لا يغير من ذلك استخدام المطعون عليها الثالثة الوكالة الرسمية بتاريخ 2011/5/22 للتوقيع على عقد القرض نيابة عن الشركة فقط ودون التوقيع على الكفالة بموجبها وتوقيعها على سند من الوكالة الرسمية بتاريخ 2011/5/19.

وبعيدا عن مختلف هذه الاعتبارات، نرى بأن واجب قاضي الموضوع ليس فقط بالتصدي لدفاع الخصم وتمحيصه وفهم المراد منه ثم انزال حكم القانون عليه، بل بالبحث من تلقاء نفسها وقائع الدعوى وظروفها، وفي شأن الكفالة التصدي تحديدا لدافع الباعث الذي حمل الكفيل لقبول ضمان التزام المدين الأصلي من واقع عقد التسهيلات المصرفية وما إذا كانت شخصية أم تجارية، مبلغ القرض، صلة الكفيل بالمدين، المنفعة التي تعود على الكفيل. وذلك على النحو التالي.

(2) التصدي للباعث الدافع من الكفالة

حكم محكمة التمييز محل البحث، وأن كان قد فصل في نزاع معين بين أطراف وخصوم محددين، ومن ثم لا يكون له – طبقاً لنسبية أثر الأحكام – إلا حجية نسبية بين أطرافه بمعنى أن حجيته تكون مقصورة على أطرافه فقط لا تمتد لغيرهم، إلا أنه مع ذلك يمثل وبحق عدول في التوجه القضائي بما استقرت عليه الأحكام القضائية على أن الكفالة من عقود التبرع يتحدد معها سعة الوكالة في اصدارها بلزوم تحديد محلها في الوكالة.

والعدول في التوجه القضائي لمحكمة التمييز، ليس بإخراج الكفالة من دائرة التصرفات القانونية التي تعقد على سبيل التبرع، بل في عدم حصر تكييفها القانوني بذلك في جميع الحالات، أي في عدم قصر النظر على اعتبار الكفيل متبرعا دائما لتحديد سعة التوكيل التي تصدر به الكفالة، بل في البحث باعتبارات الكفالة، وتباعا ما إذا كانت هناك منفعة للكفيل من الدين المكفول من عدمه.

وهو التوجه الذي يمثل بلا شك سياج حماية لحق الدائن في استيفاء حقوقه من ضمان الكفيل، بتفويت الفرصة لمن يسعي إلى التحلل من التزامه بحجه عدم علمه بالكفالة أو بأنه كان متبرعا فيها. وهو بذلك، وعلى وجه الخصوص، يعزز النظام المصرفي في البنوك ويبعدها عن شبح مخاطر انكشافها بخسائر عن تمويلاتها المصرفية التجارية بمبالغ ضخمة، وتجريدهم من الضمانات التي عولت عليها بشكل أساسي لمنحها((1)). بما يضفي للكفالة منظور مغاير عن ما كان في

((1)) بل إن حكم محكمة الاستئناف المطعون فيه بالتمييز الصادر به حكم محكمة التمييز محل البحث، قد ذهب إلى أبعد من تقرير صحة الكفالة الصادرة بتوكيل رسمي دون تحديد محلها لما عاد على الكفيل من مصلحة في الدين المكفول في عقدي التسهيلات، وذلك بالقضاء أيضا بالإجازة اللاحقة للكفالة كسبب آخر لرفض دعوى عدم الاعتداد بأثارها. انظر ما سبق في وقائع وأسباب الحكم.

ذهن المشرع والفقه والقضاء في صورتها النمطية، وذلك في السعي ليس في حماية الكفيل فقط((1))، بل أيضا في حماية مصلحة الدائن في عقد الكفالة((2)).

متى ما كان ذلك، وكان تقرير مدى استفادة الكفيل من الدين المكفول لتحديد سعة التوكيل التي تمنح به الكفالة، فإن ذلك يتطلب، برأينا، تصدي المحكمة للباعث الدافع الذي حدا بالكفيل إلى ضمان التزام الأصلي للمدين، وهو ما يتعين البحث في السبب المصلحي للكفيل وعدم الاكتفاء بالسبب المنشئ الذي انحدر منه التزامه بالضمان. ذلك أن ثمة سببين لا يغني كلاهما عن الآخر في الكفالة شأن أي عقد آخر((3)).

ذلك أن السبب المنشئ واحد في جميع الالتزامات من نوع واحد، باعتباره السبب القريب المجرد الذي يكون واحدا في جميع الالتزامات، إلا أن السبب وبهذا الوصف لا يمكن التعويل عليه بحسبان أنه يعد ضرورة منطقية وبأنه من غير

((1)) في النصوص القانونية المنظمة للكفالة في القانون المدني التي اتجهت فيها نية المشرع لحماية الكفيل في مواجهة الدائن، لما يراه أنه غالبا ما يكون متبرعا في الكفالة. انظر ما سبق.

((2)) بشأن حماية الكفيل وحماية مصلحة الدائن في الكفالة، انظر:

Simler Ph et Delebecque Ph./ op. cit./ p. 36/ n. 41.

((3)) نظم القانون المدني أحكام السبب في المواد 167، 177، 178، وتنص المادة 1/176 على أنه "يبطل العقد إذا التزم المتعاقد دون سبب، أو لسبب مشروع"، تم تأتي الفقرة الثانية منها لتقرر على أن "يعتد، في تحديد مضمون السبب، بالباعث المستحث الدافع إلى التعاقد، إذا كان المتعاقد الآخر يعلمه، أو كان الباعث من المفروض عليه أن يعلمه".

المتصور عقلا أن يلتزم شخص بغير سبب"[(1)]. وهو ما يتعين البحث أيضا، عن الباعث الدافع الذي حمل بالملتزم إلى الالتزام، أي سبب الالتزام، والذي يختلف من شخص لآخر في النوع الواحد من الالتزام. فالتزام المشتري بدفع ثمن المبيع سببه واحد عند جميع المشترين الحصول ملكية المبيع، وهو السبب القريب المجرد. إلا أن هناك لا محالة دوافع أخرى خاصة بالمشتري تختلف من مشتر إلى آخر، فهناك من يشتري الأرض ليقيم عليها منزلا، وقد يكون دافع مشتر آخر الاستثمار بإعادة بيعها أو بوقف الأرض لوجه الله تعالى.

وفي هذا الشأن، قضت محكمة التمييز على بشأن النص في المادة 176 من القانون المدني على أنه يبطل العقد إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب غير مشروع ويعتد بالسبب بالباعث المستحث الذي يدفع المتعاقد "مفاده أن المشرع يوجب أن يستند التزام المتعاقد إلى سبب وأن يكون هذا السبب مشروعا وإلا فإن العقد يفتقد ركنا من الأركان التي ينبغي أن يقوم عليها فيبطل ولا يقصر المشرع سبب الالتزام على الغرض المباشر الأول الذي يسعى المتعاقد إلى تحقيقه من وراء ارتضائه التحمل بالالتزام وانما يشمل أيضا الباعث المستحث الدافع.. وينظر إلى هذا السبب ومشروعيته وقت انعقاد العقد"[(2)].

((1)) الدكتور عبدالحي حجازي– المرجع السابق– ص 375.

((2)) الطعن بالتمييز رقم: 1544 لسنة 2014 تجاري. جلسة 2015/3/11. مجموعة من أهم وأحدث المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة التمييز– وزارة العدل –محكمة التمييز – المكتب الفني– مايو 2017–ص 164.

وفكرة السبب((1)) على النحو المار بيانه، تجد أهميتها في العقد الملزم لجانب واحد أكثر منه في العقد الملزم للجانبين، ليس فقط لتقرير مشروعية السبب من حيث اتفاقه مع احكام القانون وعدم مخالفته للنظم العام والآداب العامة، بل أيضا لبيان نوع العقد، أي إذا ما كان عقد معاوضة أو عقد تبرع((2)).

ولذلك، إذا كان الالتزام ناشئا من عقد ملزم لجانب واحد، ينظر في هذا العقد غالبا أن يكون عقد تبرع أو عقد تفضل، يلزم فيه المتبرع بأن يخرج من ذمته شيئا ليدخله في ذمة شخص آخر، والمتفضل بأن يقدم خدمة بلا مقابل لشخص آخر((3)). حيث يبدو وعملا بمفهوم السبب القريب الفني، بأن المتبرع التزم بأن يتبرع أن يعطي شيئا دون أن يترقب مقابلا لذلك. وهذا القول، أي بأن السبب في الالتزام بالتبرع هو إرادة التبرع أي أن المتبرع التزم بأن يتبرع لأنه أراد أن يتبرع هو "لغو"و "ضرب من ضروب الجنون "كما وصف من جانب الفقه((4)). لذا، وفي

((1)) في نظرية السبب، انظر: الدكتور عبدالرزاق السنوري- نظرية الالتزام- مشار إليه- 554 وما بعدها، الدكتور سليمان مرقس- نظرية العقد- مشار إليه- ص 283 وما بعدها. الدكتور عبدالحي حجازي- المرجع السابق- 365 وما بعدها.

Starck B., Roland H. et Boyer L./ op. cit./ p. 294 et s. Larroumet Ch./ op. cit./p. 414 et s.

((2)) Starck B., Roland H. et Boyer L./ op. cit./ p. 309/ n. 861.

((3)) Simler Ph. et Delebecque Ph./ op. cit./ p. 54/ n. 60. Larroumet Ch./ op. cit./p. 446/ n. 476.

((4)) انظر: الدكتور عبدالحي حجازي- المرجع السابق- ص 378، ص 403.

جميع الأحوال، لا يمكن الركون في التزام المتبرع أو المتفضل إلى السبب المجرد والذي يكون واحدا عند جميع الأشخاص وهو نية التبرع أو التفضل بالخدمة، بل أيضا إلى سببه في الباعث البعيد الذي يختلف من متبرع لآخر، للفصل في مشروعية العقد وتحديد نوعه. لذلك، كان القضاء الفرنسي أشد امعانا جعل الباعث هو السبب الجوهري ولم يقف عند نية التبرع، بل اعتد بالباعث على التبرع، ونقب عن العوامل النفسية التي دفعت المتبرع إلى التجرد من ماله دون مقابل، أكان يريد الخير في ذاته، أم يريد مصلحة خاصة مشروعة، أم يرمي إلى غرض غير مشروع((1)).

وبتطبيق ما تقدم على عقد الكفالة الملزم للكفيل دون الدائن، وعلى النحو السابق ذكره، تبين علة تصنيف القضاء والفقه الكفالة على أنها عادة من عقود التبرع، وبأن الكفيل فيها يكون غالبا متبرعا محضا، وهو ما كان في ذهن القائمين أيضا وقت تشريع احكامها. وإذا كان ذلك يستقيم مع الصورة النمطية للكفالة والتي يتحد فيها السبب الفني والسبب البعيد لالتزام الكفيل في تقديم الخدمة للمدين بلا مقابل لتمكينه من الحصول على القرض أو بمد أجله، باعتبار أن تقديم هذه الخدمة هي ليست نية الكفيل فقط، بل أيضا الدافع الذي حفزه على كفالة الدين. شأن كفالة شخص لزوجته دينا لها على آخر ليس بغرض أن يحصل على ميزة أو منفعة ما من الدين المكفول، بل لمجرد بعث الطمأنينة علة نفسها وتطيب

((1)) الدكتور عبدالرزاق السنوري– نظرية الالتزام– مشار إليه– 609.

خاطرها[(1)]. بالمقابل، فإن ذلك لم يعد بالضرورة متحققا في وقتنا المعاصر نظرا لتغير اعتبارات منح الكفالة.

ففي الصورة الحديثة للكفالة، لا ينبغي على القاضي أن يقف فقط عند الوسيلة الفنية لنشأة الالتزام أي بالسبب الفني للالتزام بكفالة الدين دون مقابل وتحديد سعة الوكالة على أساس ذلك بأن الكفيل متبرعا محضا، بل عليه أن يتجاوز ذلك فيدخل في منطقة البواعث والنوايا للكفيل التي دفعت به لذلك، فإن تبين بأن حافز الكفيل توخي تحقيق منفعة من الدين المكفول، قضى بصحة الكفالة التي صدرت بتوكيل خاص بالرغم من عدم تحديد محل الكفالة باعتبار أن الكفيل بذلك ليس متبرعا. وذلك كله، برأينا، دون النظر إلى صلة القرابة أو الصداقة التي قد يرجح معها بأن الكفيل ليس إلا متبرعا محضا. إذ "أنه لضرب من الخيال أن يراد انشاء مدني موضوعي بحت لا نحفل فيه البته بنوايا المتعاقدين"[(2)]، بحيث يقف القاضي عند منطقة السبب الفني دون الدخول إلى منطقة البواعث الشخصية والتي تمثل سبب التعاقد المصلحي للكفيل.

فقد يكون الباعث الدافع لكفالة الزوج لزوجته في عقد القرض هو حصوله على مبلغ القرض لاستثماره أو للمضاربة في الأسهم أو الدخول به في مشروع تجاري يستوي في ذلك أن يكون لوحده أو بالاشتراك مع زوجته، وهي ليست حالة

((1)) الدكتور سليمان مرقس– عقد الكفالة– مشار إليه– ص 66.

((2)) انظر: الدكتور عبدالحي حجازي– المرجع السابق– ص 420.

فرضية بل تحدث كثيرا على أرض الواقع في الحالات التي لا تقبل البنوك فيها اقراض الزوج بسبب انعدام الدخل الثابت والكاف لديه((1))، أو في حالة عدم كفاية المبلغ المسموح للبنوك بإقراضه عميل في التمويلات الشخصية وحاجته لمبلغ أضافي ليدفع بأخيه أو صديقه للاقتراض بكفالته((2)). وهذا تحديدا ما انتهى إليه حكم محكمة التمييز محل البحث بقضائها على أن إرادة الكفيل قد اتجهت "إلى توفير الضمانات اللازمة لتمويل (تمويل تجاري) المطعون ضدها الثانية (زوجة الكفيل) المدينة في العقد الأول رقم .... جلد/٣ مؤرخ 2007/12/11 بالتسهيلات المصرفية للاشتراك معها في استثمارات خارجية"في دبي.

وهذا ما قد ينطبق أيضا على غيرها من الحالات، على سبيل المثال:

- كفالة شريك للشركة، وكان الدين المكفول معدا للصرف على شئون الشركة، كما هو الحال بالنسبة لموضوع الدعوى الصادر فيها قرار محكمة التمييز في غرفة المشورة حيث يمتلك الكفيل 51% من حصص رأس مال الشركة المكفولة. الكفيل هنا، سيستفيد مما تحصلت عليه الشركة من قروض تستخدم في تمويل أنشطتها، ومن ثم فإن تسهيل منح التمويلات لمصلحة الشركة سوف يعود بالنفع على الكفيل.

((1)) كما الشأن بالنسبة للعاملين في القطاع الخاص، حيث لا توافق البنوك عادة على اقراضهم لعدم تمتعهم بدخل ثابت ومستقر.

((2)) وفق تعليمات بنك الكويت المركزي بتاريخ 2018/11/11، التمويلات الشخصية لأغراض استهلاكية وإسكانية في مجموعها للعميل الواحد بحد أقصى 95 ألف دينار كويتي، وفق ما سبق ذكره. في حظر كفالة أي من الزوجين للآخر بتعليمات بنك الكويت المركزي، انظر ما سيأتي.

- كفالة الشركة القابضة((1)) لدين شركة تابعة أو زميلة لها أو العكس((2))، فالكفالة هنا جزء من عملية اقتصادية واحدة بمصلحة مشتركة للشركتين الكفيل والمكفول. ولا يستساغ النظر إلى الكفالة هنا كعمل قانوني مستقل بذاته بما لا يطابق الواقع باعتبارها خدمة مقدمة بلا مصلحة ومنعة تعود على الكفيل منها. بل إن المصلحة أو الوحدة الاقتصادية ما بين مجموعة الشركات تنفي كل نية للتبرع في كفالة بعضها للبعض الآخر أو أن يكون ذلك هو المحفز في الكفالة. وهذا تحديدا، ما حث المشرع الكويتي لأن يتبنى حكما حديثا من نوعه بشأن مسؤولية الشركة القابضة في قانون الشركات الجديد رقم 1 لسنة 2016، وذلك بتقريره بنص المادة 249 على مسؤوليتها على سبيل التضامن عن ديون شركاتها التابعة في حالة توافر عدم كفاية أموال الشركة التابعة للوفاء بما عليها من التزامات، وكذلك حال تملكها في الشركة التابعة نسبة من رأس مالها تمكنها من التحكم في تعيين غالية أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين، أو في القرارات التي تصدر عن الإدارة، وأخيرا أن تتخذ الشركات التابعة قرارات أو تقوم بتصرفات تستهدف مصلحة الشركة

((1)) بتعريف محكمة التمييز، الشركة القابضة هي الشركة التي تمتلك أسهما أو حصصا في رأسمال الشركة أو شركات أخرى مستقلة عنها بنسبة تمكنها من السيطرة المالية والإدارية على تلك الشركات التابعة. الطعن بالتمييز رقم: 2224 لسنة 2013 تجاري. جلسة 2015/5/10. مجموعة من أهم وأحدث المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة التمييز– وزارة العدل –محكمة التمييز – المكتب الفني– مايو 2017– ص 134.

((2)) في تعريف الشركة التابعة، والشركة الزميلة. انظر ما سبق.

المالكة والمسيطرة عليها وتضر بمصلحة الشركة التابعة أو دائنيها، وتكون هي السبب في عدم قدرة الشركة التابعة على الوفاء بما عليها من التزامات.

- كفالة تاجر لأحد عملائه التجار حتى لا يتوقف عن دفع ديونه التجارية وبشهر افلاسه، ويحتفظ به كعميل لرواج تجارته. وهي الحالة التي اشارت إليها المذكرة الإيضاحية في معرض شرحها للمادة 98 من قانون التجارة على النحو المذكور سابقا.

- كفالة شخص لدين أخر الذي يداين الكفيل، وذلك على سبيل المقاصة بتنازل الكفيل في عقد الكفالة عن حقه بالرجوع عليه حال وفاء بالدين للدائن((1)).

ولا يغير ما سبق ذكره، تقرير بأن التزام الكفيل في مواجهة الدائن هو التزام مجرد، وبصرف النظر عن زوال الباعث الدافع من كفالة الدين، وباعتبار أن سبب التزام الكفيل خارج عن عقد الكفالة وبأن مرجعيته في حقيقتها علاقة الكفيل بالمدين الأصلي((2)). وهذا شأن الطلاق بين الزوجين اللذين يكفل أحدهما الآخر((3))، أو

((1)) Simler Ph. et Delebecque Ph./ op. cit./ p.52/ n. 59.

((2)) في الالتزام المجرد للكفيل، انظر: الدكتور عبد الرسول عبدالرضا والدكتور جمال النكاس- المرجع السابق- ص 85، الدكتور عبدالحي حجازي- المرجع السابق- ص 411.

Simler Ph. et Delebecque Ph./ op. cit./ p. 92/ n. 102.

((3)) ولهذا السبب تحديدا يمنع بنك الكويت المركزي كفالة أي من الزوجين لآخر، والذي قد لا يعي الكفيل منهم لدين الآخر حقيقة التزامه المجرد الذي يستمر بعد الطلاق بينهما، ولتجنب تباعا المشاكل العملية التي حدث بهذا الشأن.

ترك أحد الشركاء الكفلاء للشركة[1]، حيث لا يتحلل الزوج والشريك من التزامه بالكفالة((2)).

ذلك أنه لا يجب الخلط بين سبب الالتزام ومحله((3)). فالعبرة في بيان نوع عقد الكفالة، أي إذا ما كان عقد معاوضة أو عقد تبرع، هو بالسبب المحفز للكفالة وقت ابرام العقد، وبأن انتفاء الباعث الدافع للكفيل بعد ذلك لا يغير من طبيعة العقد. وعن التزام الكفيل جهة الدائن بضمان المدين الأصلي فإن يظل مستمرا دون أن يكون للكفيل أن يتخلص منه استنادا لتبدد سبب التزامه بذلك.

وعليه، يجب النظر في تكييف التزام الكفيل إلى العملية القانونية في جملتها مع مراعاة بطبيعة الحال علاقة الكفيل بالمدين وعلى الأخص تشابك العلاقات التجارية والاستثمارية، لتنقيب عن الباعث الدافع التي حدت إلى هذا الالتزام وقت العقد((4))، والقول تباعا بأن الكفيل متبرعا محضا من عدمه((1))، أي

((1)) طعن بالتمييز رقم 284 تجاري. جلسة 1990/6/4. مجلة القانون والقضاء- المكتب الفني – محكمة التمييز – وزارة العدل- السنة 19- يوليو 1996- ص 40.

((2)) Simler Ph. et Delebecque Ph./ op. cit./ p. 89/ n. 97.

((3)) Simler Ph. et Delebecque Ph./ op. cit./ p. 54/ n. 60. Larroumet Ch./ op. cit./p. 453/ n. 480.

((4)) وهذا ما يتفق تماما مع مفهوم Common Law للسبب، بتبنيه لنظرية الاعتبار Consideration في التعاقد وهو ما يقابل الباعث الدافع في القانون الاتيني. انظر:

Larroumet Ch./ op. cit./p. p. 419/ n. 444.

دون افتراض على أن الكفيل متبرعا محضا في كفالته. ذلك أن الأحكام تبنى "على الجزم واليقين دون الاحتمال والتخمين وأن تكون أسباب الحكم مستمدة من أوراق الدعوى ومستخلصة منها استخلاصا سائغا من شأنه أن يؤدي عقلا إلى النتيجة التي انتهى إليها الحكم"((2)).

وذلك على نحو ما جاء في حكم محكمة التمييز محل التعليق الذي صادق على ما انتهت إليه محكمة الموضوع (محكمة الاستئناف ومحكمة الدرجة الأولى) بأن الكفيل لم يكن متبرعا في كفالته، بعد أن بحثت من واقع ما قدم في الدعوى من مستندات وأوراق وتمحيص لها في الباعث الدافع للكفيل وانتهت إلى أن السبب المصلحي لالتزامه في الكفالات الشخصية والعينية تحقيق مصلحة له في الدين المكفول في كل من عقدي التسهيلات المصرفية، على النحو التالي:

- "لما كان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاء و برفض الدعوى على ما استخلصه سائغا من العقدين موضوع التداعي وأوراق الدعوى وما

((1)) تحديد الباعث الدافع لالتزام الكفيل مطلب رئيسي أيضا لتحديد مشروعية السبب في الكفالة. حيث قضي ببطلان كفالة شخص لخليته دينا لها على آخر لمجرد كسب رضائها بمعاشرته واستمرار علاقته معها. انظر: الدكتور سليمان مرقس- عقد الكفالة- مشار إليه- ص 66.

((2)) الطعن بالتمييز رقم: 1989 لسنة 2013 تجاري. جلسة 2015/5/13. مجموعة من أهم وأحدث المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة التمييز- وزارة العدل -محكمة التمييز - المكتب الفني- مايو 2017- ص 218.

قدم فيها من مستندات أن الطاعن لم يكن متبرعا محضا بخصوص التأمينات الشخصية والعينية المطعون عليها".

- وإنما اتجهت إرادته إلى توفير الضمانات اللازمة لتمويل المطعون ضدها الثانية (زوجة الكفيل) المدينة في العقد الأول رقم .... جلد/٣ مؤرخ 2007/12/11 بالتسهيلات المصرفية للاشتراك معها في استثمارات خارجية".

- "وأنه هو الممثل القانوني للشركة المطعون عليها الثالثة في العقد الثاني رقم ..... جلد/3 المؤرخ 2007/11/1 وأن إرادته قد اتجهت إلى منح البنك المطعون ضده الأول الضمانات اللازمة لإتمام التعاقد في العقدين".

الخاتمة

من خلال هذا البحث، حاولنا من خلال دراسة تأصيلية لقضية نحسب بأنها لم تول الاهتمام الكافي في الكثير من الدراسات، ألا وهي تكييف الكفالة وارتباطها في تحديد سعة الوكالة في إصدارها، وذلك من خلال بحث النصوص التشريعية في القوانين ذات الصلة والسوابق القضائية، حاولنا من خلالها الوصول بفلسفة جديدة للكفالة. وكخلاصة عامة، انتهينا فيها إلى التالي:

العلاقة الحتمية بين التشريع والاجتهاد القضائي في التكييف القانوني للتصرفات القانونية، وبأن هذه العلاقة، والتي يلعب فيها الفقه دورا رئيسا، لها أهمية كبيرة في تحقي انسجام النصوص التشريعية مع تحولات المجتمع، وجعله أكثر تكييفا مع متغيراته، وبأن ذلك من شأنه أن يغني حتما من ضرورات التعديل التشريعي والحاجة له، طالما كانت النصوص تعين على ذلك وتستوعب المفاهيم الحديثة للتصرفات القانوني على الرغم من صياغتها بالمفاهيم السائدة آنذاك لدى القائمين عليها. والكفالة، مثال واضح على ذلك.

في ضوء ذلك، سعى البحث لإبراز دور الاجتهاد القضائي لمحكمة التمييز في تحديد طبيعة الكفالة بتبنيها للمفهوم الحديث لها وبما ينسجم مع تغير اعتباراتها، معيدا تموضع الموقف الفقهي والقضائي من الكفالة وفق فهم قانوني متجدد. من خلال التعليق على أحدث حكم لها، ونحسب أنه الأخير ساعة انهاء هذا البحث.

لابد من التأكيد، وبالاستشهاد بما سطر بماء من الذهب بشأن الدور المصدري للاجتهاد القضائي، على أن محكمة التمييز "حتى لو خالفت اجتهادها القضائي المستقر والمتواتر، وحكمت وفق توجه قضائي جديد، مخالفة بذلك توجهها القضائي السابق، ومؤسسة لتوجه قضائي جديد، فإن ذلك لا يطعن في الطبيعة القانونية لاجتهادها القضائي المستقر الذي تم العدول عنه من جهة، أو لتوجهها الجديد الذي تم التحول إليه من جهة أخرى، ولا يعد لا هذا ولا ذاك، بحال من الأحوال طعنا في قضية الأمن القانوني، فالثبات على موقف قضائي ليس مطلقا، كما أن العدول عنه ليس غاية في ذاته، بل كلاهما وسيلة لتحقيق المهمة الأسمى المتمثلة في الوصول لاجتهاد قضائي مستقر وموحد، يضمن العدالة القانونية والقضائية ضمن المجتمع"((1)).

حيث أن العطاء الذي يستطيع القاضي أن يقدمه للقانون عطاء كبير لا يكاد يقل في أهميته واتساعه عما يقدمه المشرع نفسه. وإذا كان هناك تمايز بين عمل المشرع وعمل القاضي، فالأول مهمته وضع القواعد القانونية وإنشائها، والثاني تقتصر مهمته على تطبيق القواعد القانونية بصدد ما يعرض عليه من منازعات وخصومات فردية، فإن القاضي ما كان قط ولا يمكن أن يكون مجرد آلة صماء تردد كلمات المشرع وتدمغ القضايا بأحكامه. ذلك أن عملية القضاء ليست على

((1)) الدكتور محمد الخطيب- حقيقة الدور "المصدري" للاجتهاد القضائي في القانون المدني "الواقعية القانونية"- مجلة كلية القانون الكويتية العالمية- العدد4- السنة السابعة – العدد التسلسلي 28 ديسمبر 2019- ص 132.

هذا القدر من السهولة الذي يمكن أن نتصوره، فالقاضي لا يكتفي بأن يثبت من الوقائع ثم يطبق حكم النص الجاهز بين يديه عليها، وإنما هو يحتاج في كثير من الأحيان إلى أن يتبين معنى النص ويستشف القصد منه، وهو قد يحتاج أيضاً إلى أن يبحث عن الحكم خارج حدود النص بل وخلاف ما يمكن أن يدل عليه النص.

وإن استطعنا أن نقصي القاضي عن مهمة التشريع، فإننا لا نستطيع أن نقصيه عن عملية التفسير والبحث عن الأحكام واستنباطها، لأن هذا من صميم اختصاصه طالما أنه المرحلة الأولى التي تمكنه من القضاي والفصل في الخصومات. ومن هذا الباب، باب التفسير، يستطيع القاضي أن يلج إلى الصرح القانوني ليسهم في تشييده ويضع فيه لبناته العديدة ويطبع عليه آثاره وبصماته.

وأول عمل يؤديه القاضي في هذا المجال هو جلاء معنى النص الغامض وتوضيحه. والنص الغامض هو النص الذي يحتمل أكثر من معنى واحد، والذي يمكن أن تستخلص منه بالتالي أحكام مختلفة باختلاف المعاني التي يتضمنها ويحويها. ومهمة القاضي هي أن يصطفي من بين هذه المعاني المتعددة المعنى الذي يراه أقرب إلى الصواب، وهو حين يفعل هذا إنما يحدد في نفس الوقت الحكم الذي يقضي به النص فإذا أردنا بعد ذلك أن نفهم النص على حقيقته ونتبين الحكم

الذي يستنتج منه كان لابد لنا من الجروع إلى اجتهاد القاضي حوله ومعرفة المعنى الذي أخذ به.((1))

وهذا الدور الذي يضطلع به القضاء في الاختصاص والتفسير يجعل لديه إمكانية – في ظل الظروف الحالية والتطور الاقتصادي – أن يفسر النصوص الخاصة بالكفالة على أنها معاوضة وليس تبرعية في جميع الحالات.

حكم محكمة التمييز محل البحث حسم مسألة الكفالة الصادرة بوكالة خاصة فيها مع عدم تحديد محلها، ولم يتعرض أو يمس موضوع الكفالة ذاتها سواء كانت تجارية أو مدنية، ودون تمييز بين ما إذا كانت كفالة شخصية أم كفالة عينية، بما نراه متفقا مع احكام القانون.

التزم الحكم صحيح القانون، ذلك أن ومن واقع ما قدم في الدعوى من مستندات وبالنظر إلى وقائعها والتمعن فيها والوقوف على طبيعة العلاقات القائمة بين جميع الأطراف في مجملها، انصب عين الحكم على البحث في حقيقة الباعث الدافع الذي حدا بالكفيل لضمان الالتزام الأصلي في الكفالات المقدمة منه في عقدي التسهيلات، دون ان تفترض أو تسلم بأنه كان متبرعا فيها. وهو ما يمثل، برأينا، نقطة التحول الجوهرية في الاجتهاد القضائي لمحكمة التمييز والذي ينسجم مع

((1)) الدكتور محمد هشام قاسم – أثر الاجتهاد القضائي في تطوير القانون – محاضرة ألقيت بجامعة الكويت بتاريخ 1968/4/1 – مجلة القضاء والقانون – العدد الثاني – السنة الأولى – 1968 – ص12، ص13.

اعتبارات تغير منح الكفالة عما كانت عليه في الصورة النمطية لها، وعلى الأخص في كفالات عقود التسهيلات المصرفية التجارية.

لينتهي الحكم بذلك إلى صحة الكفالات الممنوحة بعد ما ثبت لدى المحكمة مصلحة الكفيل فيها، ليحفظ بذلك حقوق البنك الدائن ويمد تباعا نطاق الحماية القانونية لطرفي عقد الوكالة الكفيل والدائن معا، بعدما كانت هذه الحماية خاصة في الكفيل وحده.

وعلى ذلك، لا نرى حاجة فعلية بإلزام البنوك – وغيرهم كذلك – بوكالة خاصة في الكفالات بتحديد محلها، والتضيق تباعاً على المصارف وما جرى العمل فيها من قبول الوكالة الخاصة بالكفالة بتضمينها الرهن وإعطاء الكفالات.

كما لا نرى مقتضى أو حاجة لتعديل نص المادة 2/702 من القانوني المدني، على اعتبار بأن عقد الكفالة لا يعد من عقود التبرع على إطلاقه، بل قد يكون الكفيل متبرعا أحيانا وقد يكون له مصلحة في الدين المكفول أحيانا أخرى، ليتحدد تباعاً طبيعة نوع الوكالة وفق ما جاء بالمادة المذكورة.