

الدفع بالرجوع

د. منصور احمد محمد صالح*

Abstract

One of the effects of the guarantee the right of the creditor to require the guarantor to fulfill the obligation of the original debtor when the time of fulfilment Payment is due.

The guarantor has the right to file an application with the court to demand that the creditor's claim against him be rejected before the original debtor's claim.

The payment of the creditor's claim against the creditor will result in the creditor's claim being rejected only if the creditor claims the original debtor. There are a number of controls that must be available until the payment is accepted by reference. This will be explained in this paper and the payment is subject to several general positive results to be achieved Disputes relating to bail shall be settled before the courts if they are introduced.

مستخلص

من الآثار التي تترتب على إنشاء الكفالة حق الدائن في مطالبة الكفيل بالوفاء بالتزام المدين الأصلي عند حلول أجل الوفاء به، وقد كفل فقهاء القانون الوضعي وبعض فقهاء الشريعة الإسلامية الحق للكفيل بأن يتقدم بدفع بعدم قبول الدعوى إذا طالب الدائن، عند حلول الأجل، الكفيل وحده دون مطالبة المدين الأصلي، وهذا الدفع يسمى بالدفع بالرجوع.

يترتب على دفع الكفيل لدعوى الدائن بالرجوع عدم قبول دعوى الدائن إلا إذا قام الدائن بمطالبة المدين الأصلي، وهناك عدد من الضوابط التي يجب أن تتوفر حتى يتم قبول الدفع بالرجوع، سيتم توضيحها في هذا البحث، والأخذ بالدفع بالرجوع له العديد من النتائج الإيجابية العامة التي ستتحقق وتحسم النزاعات المتعلقة بالكفالة المالية أمام المحاكم إذا تم الأخذ به.

مقدمة

الكفالة من الضمانات الشخصية وبالرغم من الالتزامات التي تترتب من الكفالة، بالنسبة للكفيل، إلا أنها أصبحت واقعا مُعاشا لا يخلو منها مجتمع من المجتمعات الإسلامية والعربية وذلك لسببين الأول الترابط الاجتماعي القوي بين أفراد هذه المجتمعات والثاني يرجع لسهولة الإجراءات المتعلقة بإنشاء الالتزام بالكفالة نفسها.

ويترتب على إنشاء الكفالة انشغال ذمة الكفيل بالدين الذي يشغل ذمة المدين الأصلي، فيثبت في ذمتيهما معا، وبانشغال ذمة الكفيل مع ذمة المدين بالدين الأصلي، يتحقق الضمان الذي هو هدف الكفالة، وعند حلول أجل الوفاء بالدين المكفول به تكون أمام الدائن ذمة المدين الأصلي وذمة الكفيل وكل ذمة مشغولة بالدين المكفول به، ويثور السؤال هنا حول الشخص الذي يحق للدائن مطالبته بسداد الدين هل هو المدين الأصلي أم الكفيل؟

الإجابة على هذا السؤال كانت هي الدافع وراء كتابة هذا البحث حيث كان للمذاهب الفقهية في الشريعة الإسلامية آراء متباينة في هذا الأمر كما أن القوانين الوضعية كان لها آراء مختلفة حول جواز مطالبة الكفيل دون مطالبة المدين الأصلي بالدين.

من يأخذ بالرأي الذي يقول بعدم جواز مطالبة الدائن للكفيل قبل مطالبة المدين الأصل أعطى الكفيل حق إجرائي يمكنه من دفع دعوى الدائن ضده إذا أقام ضده دعوى للمطالبة بالدين المكفول به تمت تسميت هذا الحق الإجرائي بالدفع بالرجوع

حيث يستطيع الكفيل أن يتقدم به للمحكمة ومن ثم يتم رفض دعوى الدائن ضد الكفيل.

وقد جاء هذا البحث مستعرضا آراء فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي حول الدفع بالرجوع، وحيث إن علم المرافعات بصورة عامة يدخل في عداد الأمور الاجتهادية التي يجوز في شأنها أن تصدر الدولة ما تراه ملائما من أحكام تنظمها أو قواعد تحدد كيفية مباشرة الدعوى والآثار التي تترتب عليها من الحماية القضائية، فقد جاء هذا البحث مقارنا بين رأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية ورأي فقهاء القانون الوضعي.

ولم يتم تناول موضوع الدفع بالرجوع بالمقارنة ما بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية من قبل الباحثين - في حدود اطلاعي - لهذا كان قراري بالبحث في هذا الدفع في الشريعة الإسلامية ومقارنته بالقوانين الوضعية.

تمهيد

في هذا البحث سأقوم - بإذن الله - بطرح الحقيقة المتعلقة بموضوع البحث وتناول رأي فقهاء الشريعة الإسلامية، في المذاهب الأربعة المشهورة، ومن بعد ذلك سأتناول رأي فقهاء القوانين الوضعية، وأقوم بالمقارنة بين الرأيين من خلال معايير الواقع العملي الحالي للترجيح بين الرأيين، ومن بعد ذلك أبين الأسباب التي دفعتمني لترجيح أحد الآراء. وللوصول لما تم ذكره ستكون خطتي الدراسية على النحو التالي:

المبحث الأول: تعريف الدفع بالرجوع.

المبحث الثاني: تكييف الدفع بالرجوع.

المبحث الثالث: أثر الدفع بالرجوع.

المبحث الأول

تعريف الدفع بالرجوع

تعريف الدفع بالرجوع لغةً:

الدَّفْعُ لُغَةً: الإِزَالَةُ بِقُوَّةٍ، وَيُقَالُ دَفَعَهُ يَدْفَعُهُ دَفْعًا وَدَفَاعًا وَدَفَاعَهُ وَدَفَعَهُ فَانْدَفَعَ وَتَدَفَّعَ وَتَدَفَّعَ، وَتَدَفَّعُوا الشَّيْءَ: دَفَعَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَنْ صَاحِبِهِ، وَتَدَفَّعَ الْقَوْمُ أَي: دَفَعَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا؛ وَدَفَّعَ كَمَنَعَ؛ وَدَفَعْتُهُ دَفْعًا نَحَيْتُهُ وَدَفَعْتُ الْقَوْلَ رَدَدْتُهُ بِالْحُجَّةِ وَدَفَعْتُ الْوَدِيعَةَ إِلَى صَاحِبِهَا رَدَدْتُهَا إِلَيْهِ قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَوْلَا دَفَعُ اللَّهُ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفَسَدَتِ الْأَرْضُ وَلَكِنَّ اللَّهَ ذُو فَضْلٍ عَلَى الْعَالَمِينَ﴾ [البقرة: ٢٥١].

أما الرجوع لغةً فهو من رَجَعَ يَرْجِعُ رَجْعًا وَرَجُوعًا وَرَجَعِي وَمَرْجَعًا قَالَ وَهُوَ نَقِيضُ الذَّهَابِ وَيَتَعَدَّى بِنَفْسِهِ فِي اللُّغَةِ الْفُصْحَى فَيُقَالُ رَجَعْتُهُ عَنِ الشَّيْءِ وَإِلَيْهِ وَرَجَعْتُ الْكَلَامَ وَغَيْرَهُ أَي رَدَدْتُهُ وَبِهَا جَاءَ الْقُرْآنُ قَالَ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ رَجَعَكَ اللَّهُ﴾ [التوبة: ٨٣]، وَرَجَعَ الْكَلْبُ فِي قَيْئِهِ عَادَ فِيهِ فَأَكَلَهُ وَمِنْ هُنَا قِيلَ رَجَعَ فِي هَيْبَتِهِ إِذَا أَعَادَهَا إِلَى مَلِكِهِ وَأَرْتَجَعَهَا وَأَسْتَرْجَعُهَا .

تعريف الدفع بالرجوع اصطلاحاً:

تعريف الدفع بالرجوع عند فقهاء الشريعة

الإسلامية:

لم يتم تعريف الدفع عند فقهاء الشريعة الإسلامية

المتقدمين تعريفاً اصطلاحياً، وقد عرفه فقهاء

الشريعة الإسلامية المعاصرون اللذين تتشابه تعريفاتهم للدفع بصورة عامة، ومن هذه التعريفات تعريف الشيخ عبد الحكيم السبكي بقوله (الدفع هو أن يأتي أحد الخصمين بدعوى تناقض دعوى الآخر، فإذا ثبتت إحداها بطلت الأخرى) .

أما بالرجوع، فهو متصور في حالة وجود مدين بدين وكفيل ضامن لهذا الدين، والمقصود به مطالبة الدائن بالرجوع على المدين الأصلي، أولاً، قبل مطالبته لكفيل هذا المدين بالدين المكفول به، وقد اختلفت المذاهب الفقهية في الشريعة الإسلامية كفالة هذا الحق لكفيل المدين وهذا ما سنبينه لاحقاً بإذن الله تعالى.

تعريف الدفع بالرجوع عند فقهاء القانون الوضعي:

المقصود بالدفع في الاصطلاح القانوني:

الدفع في اصطلاح القانون الوضعي هو ما يجيب به الخصم على طلب خصمه بقصد تفادي الحكم له بطلبه، فهو وسيلة سلبية محضة، والأصل أن القانون ينظم الدفوع باعتبارها وسيلة لرد المدعى عليه على الدعوى، حيث يتقدم الخصم إلى القاضي برد على طلب خصمه بقصد تفادي الحكم عليه بما يدعيه هذا الخصم، سواء كانت هذه الوسيلة (الدفع) موجهة إلى أصل الحق المدعى به أم إلى شكل الطلب أو الخصومة التي نشأت عن تقديمه، أم إلى حق الخصم في استعمال دعواه .

المقصود بالرجوع في الاصطلاح:

المقصود بالرجوع عند فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي: المطالبة المالية التي تكون من

الدائن لكفيل مدينه دون أن يطالب الدائن المدين الأصلي بالوفاء بالدين، فإذا ما طالب الدائن الكفيل قبل أن يطالب المدين الأصلي، ينشأ للكفيل حق دفع دعوى المدعي أمام المحكمة على أساس أن الواجب على الدائن الرجوع على المدين الأصلي ومطالبته بسداد الدين قبل أن يُطالب الكفيل بسداد الدين وهذا الدفع يسمى بالدفع بالرجوع .

أنواع الدفع التي يمكن للمدعي عليه دفع دعوى المدعي عبرها وموقع الدفع بالرجوع منها:

أنواع دفع الدعوى عند فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي:

الدفع عند فقهاء الشريعة الإسلامية نوع من الدعاوى ويقصد به أحد أمرين: إما إسقاط الخصومة عن المطلوب وإثبات عدم صحة توجيه المطالبة إليه، أو إسقاط دعوى المدعي وإثبات عدم توجيه أي حق له على المطلوب، لهذا فإن فقهاء الشريعة الإسلامية عرفوا نوعين من أنواع الدفع التي تدفع بها الدعوى وهما ما يسمى بالدفع بإسقاط الخصومة والدفع الموضوعي ونبينهما على النحو التالي: -

الدفع بإسقاط الخصومة: هو الدفع الذي يقصد به دفع الخصومة عن المدعي عليه؛ ويتحقق ذلك في رد المدعي عليه على دعوى المدعي والمتمثل في إن هذا الشيء (محل النزاع) أودعني أو أجرني أو أعارني فلان الغائب أو رهنه أو غصبته منه وبرهن عليه، دفعت خصومة المدعي بهذا الدفع عن المدعي عليه ، ودفع الخصومة لا يعني عدم وجود حق موضوعي للمدعي كما هو واضح .

وفي القانون الوضعي فإن الدفع بإسقاط الخصومة يسمى بالدفع الشكلي، والدفع الشكلي هي الدفع التي تتعلق بصحة الخصومة أو ببعض إجراءاتها أمام المحكمة كالدفع بعدم اختصاص المحكمة أو بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى، وهذه الدفع غير حصرية، ويتقدم بها عادة المدعي عليه بغرض استصدار حكم ينهي الخصومة دون الفصل في موضوع الدعوى .

ويمكن أن يكون دفع الخصومة، في القانون الوضعي، متحققا بانتفاء شرط من شروط الدعوى كأن يقول المدعي عليه أن المدعي ليس ذي صفة أو صاحب مصلحة ، أو أن يدفع بأن الدعوى سبق الفصل فيها أو تم الصلح بشأنها .

ودفع الخصومة له نفس التعريف سواء عند فقهاء الشريعة الإسلامية أو في القانون الوضعي وأثر هذا الدفع لا يمتد إلى الحق الموضوعي بل ينحصر فقط في الخصومة القضائية ولا يتجاوزها بأي حال من الأحوال، والدفع بالرجوع لا يعتبر دفع خصومة، وإن كان يتشابه مع دفع الخصومة لدرجة كبيرة، إلا أن الفرق الأساسي بينهما هو أن الدفع بالرجوع لا يؤسس على خطأ في إجراءات الخصومة أو خطأ في أي إجراء من إجراءات الخصومة، بل هو دفع يحق للمدعي عليه الدفع به لعدم توفر الشروط الخاصة بإقامة الدعوى ضده فهو بالتالي دفع يؤسس على مرحلة تسبق قيام الخصومة ضد المدعي عليه في حد ذاتها .

الدفع بإسقاط دعوى المدعي (الدفع الموضوعي): الدفع الموضوعية هي الدفع التي توجه إلى الحق المدعي به، كأن ينكر المدعي

هذا الأمر، والجدير بالذكر أن المشرع السوداني لم يعرف أي نوع من أنواع الدفوع الثلاثة بقانون الإجراءات المدنية لعام ١٩٨٣م.

المبحث الثاني

تكييف الدفع بالرجوع

ينشأ الحق للكفيل بدفع دعوى المدعي بالرجوع على المدعى عليه، إذا طالب الدائن الكفيل بدعوى قضائية بالمبلغ المكفول به دون أن يطالب المدين الأصلي، لهذا يعتبر الدفع بالرجوع دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية، إذا اشترط المشرع بنص أمر ضرورة أن تسبق مطالبة الكفيل بالوفاء بالدين المكفول به مطالبة المدين الأصلي بهذا الدين، والدفع بعدم القبول وسيلة إجرائية حددها المشرع للمدعى عليه للتمسك بها عندما تتخلف الشروط القانونية الواجب توافرها في الدعوى القضائية والتي تكون لازمة لقبول هذه الدعوى، وذلك لأن الحق في الدعوى القضائية يولد حينما يوجد للمدعي فيها حق موضوعي يحميه القانون، فإذا تم الاعتداء على هذا الحق قام القانون بإعمال حمايته في شكل الدعوى، لهذا فإن الدفع بعدم القبول هو مطالبة القاضي بعدم سماع ادعاء المدعي لانتفاء حقه في طلب الحماية القضائية .

والدفع بعدم القبول يوجه إلى حق المدعي في رفع الدعوى والحصول على حكم في موضوعها، فهو لا يوجه إلى شكل الخصومة أو موضوعها بل هو عبارة عن التمسك بعدم توافر شرط من شروط الدعوى .

عليه وجود الحق أصلا أو يدعي سقوطه أو انقضاؤه ولذلك فإن الدفوع الموضوعية تشمل كل دفع يترتب على قبوله رفض طلب المدعي وهي لا تقع تحت حصر ويجوز إبدائها في أي حالة أو مرحلة تكون عليها الدعوى إلا أمام المحكمة العليا. ويرتبط الدفع الموضوعي بأصل الحق وجودا وعدما وتنظمها القوانين المنظمة للحقوق المتنازع عليها، فهناك ارتباط بين الحق الموضوعي والدفع الموضوعي، فالحق الموضوعي يهدف إلى إعطاء مزايا الحق من سلطات ورخص خالصة إلى المدعي، أما الدفع الموضوعي فيرمي إلى إنكار تمتع المدعي بمثل هذه العناصر .

لهذا فالدفع بالرجوع لا يعتبر دفعا موضوعيا لأنه لا يوجه إلى أصل الحق بل هو دفع يوجه إلى حق المدعي في إقامة الدعوى ضد المدعى عليه (الكفيل).

الدفع بعدم القبول:

هنالك دفع ثالث يسمى في فقه قانون المرافعات المدنية بالدفع بعدم القبول؛ حيث يُعرف الدفع بعدم القبول بأنه هو الوسيلة الإجرائية التي حددها المشرع للمدعى عليه للتمسك بالشروط القانونية اللازم توافرها في الدعوى القضائية والتي تكون لازمة لقبول هذه الدعوى .

والدفع بالرجوع يعتبر دفعا بعدم القبول لأن المشرع إذا اشترط على المدعي الرجوع على المدين الأصلي قبل أن يطالب الكفيل فالواجب على الدائن (المدعي) أن يستجيب لما قرره المشرع في

يؤكدده أيضا ما ذهب إليه جمهور فقهاء المالكية، والأمر الثاني الذي يظهر لي أن رأي جمهور فقهاء المالكية، والذي ذهب إلى جواز دفع دعوى المكفول له بالرجوع على المدين الأصلي قبل مطالبة الكفيل بالشروط المذكورة، رأي معتبر ويفضل ما سواه من آراء جمهور الفقهاء وذلك للتالي:

١. مطالبة المكفول له للمكفول عنه أكثر تحقيقا للعدالة، حيث أن المكفول عنه يعلم من الدفوع التي يمكن أن يدفع بها دعوى المكفول له ما لا يعلمه الكفيل، فإذا تمت مطالبة الكفيل لوحده فإنه، وبطريقة غير مباشرة، سيحرم من تقديم هذه الدفوع سيما وأنه لا يوجد ما يلزم المكفول عنه بتمكين الكفيل من هذه الدفوع.
٢. مطالبة المكفول له للكفيل قبل مطالبة المكفول عنه تساهم في تكرار التقاضي وزيادة عدد القضايا أمام المحاكم، ذلك حيث أن من حق الكفيل أن يرجع على المكفول عنه بالدين الذي قام بسداده للمكفول له بعد أن يتم الحكم عليه بسداد نفس الدين للمكفول له، وإذا استخدم الكفيل حقه في إقامة الدعوى تكون هنالك دعوى قضائية كان بالإمكان تفاديها لو تم استخدام الدفع بالرجوع وهذا قطعاً ما يوفر الوقت والجهد على المحاكم والخصوم.
٣. من خصائص الكفالة أنها التزام تابع للالتزام الأصلي بين المكفول عنه والمكفول له وتتطلب هذه التبعية أن يلزم الأصل بالوفاء بالتزامه قبل الزام التابع.

المحكمة لهذا الدفع وترفض دعوى الدائن ضد الكفيل.

القول الثاني: القول الثاني عن المالكية هو أن الطالب الدائن - مخير بين طلب الكفيل أو المكفول عنه ؛ وهذا ما يعني أن أصحاب هذا القول لا يشترطون مطالبة المدين الأصل قبل أو مع مطالبة الكفيل لهذا لا يوجد مجال، عند أصحاب القول الثاني في المذهب المالكي، لدفع دعوى الدائن إذا أقامها ضد الكفيل فقط لعدم اشتراطهم هذا الشرط.

الشافعية: عند فقهاء الشافعية أن لصاحب الحق الدائن - مُطالبة من شاء من الكفيل أو الأصل، أو مطالبتهما جميعاً أو يطالب أحدهما ببعض الحق والآخر بباقيه ؛ ولهذا لا يوجد ما يسمى بالدفع بالرجوع عند الشافعية لأن حق الدائن في مطالبة المدين الأصلي أو الكفيل أو مطالبتهما معا حق مكفول له في المذهب.

الحنابلة: في المذهب الحنبلي حق الدائن ثابت في ذمة الكفيل والمدين الأصلي لهذا فإن لصاحب الحق مطالبة من شاء منهما - أي المدين الأصل أو الكفيل، وهذا ما يعني أن فقهاء المذهب الحنبلي لم يشترطون رجوع الدائن على المدين الأصلي قبل أن يقوم بمطالبة الكفيل، ويترتب على هذا ألا وجود للدفع بالرجوع عند فقهاء المذهب الحنبلي.

ويتضح لنا من ذلك أمران الأول أنه لا يوجد ما يمنع شرعا من الأخذ بالدفع بالرجوع والدليل على ذلك أن الأصل في الأشياء الإباحة وهذا ما

الوقت الذي يقدم فيه الدفع بالرجوع:

اختلفت الآراء عند فقهاء القانون في الوقت الذي يقدم فيه الدفع بعدم القبول على وجه العموم وبالتالي فإن اختلافهم ينصرف على الدفع بالرجوع باعتباره دفعا بعدم القبول، وقد تمثلت اتجاهات فقهاء القانون في التالي:-

الرأي الأول: ذهب هذا الرأي إلى أن الدفع بعدم قبول الدعوى يصح ابدائه في أية مرحلة كانت عليها الدعوى سواء كانت أمام محاكم الدرجة الأولى أو الثانية وهذا الرأي متأثر بالقانون الفرنسي القديم.

الرأي الثاني: يلحق الدفع بعدم القبول بالدفع الشكلية وهذا ما يعني أن يتم التمسك بهذا الدفع قبل التكلم في موضوع الدعوى، وإذا لم يتقدم المدعى عليه بهذا الدفع في هذا الوقت سقط حقه في التقدم به.

الرأي الثالث: هذا الرأي جاء به القضاء المصري، فقد فسر النص الخاص بتقديم الدفع بعدم القبول في أية مرحلة من مراحل الدعوى تفسيراً ضيقاً وأوضح القضاء المصري أن المقصود بالدفع بعدم القبول الذي يجوز ابدائه في أي وقت هو الدفع بعدم القبول الموضوعي (أي الدفع بعدم القبول لانتفاء المصلحة أو لانعدام الصفة أو لسبق الفصل في الدعوى)، ولا ينطبق حكم هذه المادة على الدفع الذي يتخذ عدم القبول الإجرائي مثل الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم .

وأجد أن الرأي الثالث الذي جاء به القضاء المصري هو الرأي الذي يتناسب مع الدفع بعدم الرجوع باعتبار أن الدفع بعدم الرجوع نوع من أنواع الدفع بعدم القبول، وتبرير ذلك أن الدفع بعدم الرجوع

شُرِع أساساً لمصلحة الكفيل، لهذا من الواجب على الكفيل أن يتقدم به قبل أن يدفع الدعوى موضوعاً، لأن عدم التقدم به في المرحلة الأولى للدعوى يفتح الباب واسعاً لتأخير الفصل في القضايا المعروضة أمام المحاكم، وسرعة الفصل في القضايا تعتبر مصلحة عامة يجب أن لا تعطل مقابل مصلحة الكفيل الخاصة الذي فرط في تقديم دفعه بالرجوع.

ونجد أيضاً أن الدفع بالرجوع دفع أقرب لأن يكون دفعا إجرائياً حيث تنقضي به الخصومة ولا تنال الدعوى بموجبه حجية الأمر المقضي فيه، مما يعني قبول الدعوى من جديد في مواجهة الكفيل إذا طالب الدائن المدين الأصلي، لهذا فإن ابداء هذا الدفع في المرحلة الأولى من مراحل الخصومة يؤدي لنهاية الخصومة باكراً مما يتحقق معه حفظ الوقت والجهد بالنسبة للمحكمة أما تقديمه بعد بذل الجهد والوقت لا تتحقق من الفائدة العامة.

هذه الأسباب تجعل تقديم الدفع بالرجوع قبل البدء في تقديم الدفوع الموضوعية مسألة لها ثمار تعود على الدعوى بصورة عامة وتنعكس إيجاباً على عدم استغلال إجراءات التقاضي في إطالة أمد الدعوى أمام المحاكم.

المبحث الثالث

أثر الدفع بالرجوع

رغم تعدد الدفوع في إجراءات التقاضي لكن يجمع بينها أنها كلها حقوق إجرائية وليست واجبات، وبالتالي يملك صاحبها الحق في استعمالها أو

ثانياً: الدفع بالرجوع باعتباره دفعا بعدم قبول الدعوى يعتبر من الدفوع التي لا يجوز للمحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها لعدم تعلقه بالنظام العام، لكن إذا أثاره المدعى عليه في أي مرحلة كانت فيها الدعوى يجب على المحكمة أن تقرر فيه، والجدير بالذكر أن الدفع بالرجوع إذا قبلته المحكمة يؤدي إلى انقضاء الخصومة في الدعوى ولكن يمكن أن تتجدد الدعوى مرة أخرى إذا تم استيفاء شرط الرجوع على المدين الأصلي .

خاتمة

تحديث القوانين الموضوعية والإجرائية ضرورة يفرضها التطور في المجتمع بصورة عامة، ونجد أن المجتمع السوداني قد تطور سواء بالزيادة الكبيرة في عدد السكان والزيادة الكبيرة في التعاملات المالية، وأصبح أفراد المجتمع الواحد لا يتعارفون بسبب الزيادة في عدد السكان وصعوبة التعرف على كل أفراد المجتمع كما كان في السابق، وهذا الأمر انعكس على التعامل المالي وأصبحت الكفالة هي الوسيلة التي من خلالها يضمن الدائن سداد أمواله.

من المشاكل التي تثيرها الكفالة مسألة الدفع بالرجوع، وقد أخذ المشرع السوداني موقفه من هذا الدفع منذ العام ١٩٨٤م لكن الضرورة العملية الآن وعدم وجود موانع فقهية تحتم عليه أن يتراجع عن قراره في عدم الأخذ بالدفع بالرجوع لأن في الأخذ به في وقتنا الحاضر تهديد للعدالة وإرهاق

عدم استعمالها حتى وإن تعلقت بالنظام العام، فهي بالنسبة لصاحب الحق تظل حقا إجرائيا قد لا يستعمله صاحبه .

وإذا استخدم الكفيل حقه في الدفع بالرجوع على المدين الأصلي في حالة مطالبته هو قبل مطالبة المدين في الوقت المحدد له فإن الواجب على المحاكم أن تفصل في هذا الدفع، وإذا ثبت للمحكمة سلامة الدفع فيترتب على ذلك عدة آثار نجملها في التالي:

أولاً: استيفاء شرط رجوع الدائن المكفول له للمدين الأصلي المكفول عنه، ورجوع الدائن على المدين الأصلي لا يقصد به مجرد المطالبة الودية أو إعدار المدين للوفاء بالتزامه، بل لا بد من المطالبة القضائية، أي رفع دعوى على المدين والحصول على حكم قضائي بإلزامه بالوفاء ثم استنفاد الدائن للوسائل القضائية في استيفاء حقه من المدين .

وللأسباب التي تم ذكرها، كمبرر للدفع بالرجوع، أرى أن الدعوى الجديدة التي تقام ضد المدين الأصلي المكفول عنه يمكن أن يتم اختصام الكفيل فيها، لأن الحصول على حكم قضائي ضد المدين أولاً قد يطول معه أمد التقاضي، ولأن المدعي لا يجبر على اختصام أي شخص فإن ضم الكفيل كمدعى عليه ثان في الدعوى الجديدة يظل حقا له لا يعوقه الدفع بالرجوع فإذا شاء أقام دعواه وإلا فإن مطالبته للمدين الأصلي يجب أن تصل غايتها باستنفاد الدائن للوسائل القضائية في استيفاء حقه.

للمحاكم دون مبرر، ومن خلال هذا البحث توصلت للنتائج التالية:

النتائج:

- ١- الدفع بالرجوع لا يعتبر دفع خصومة ولا دفعا موضوعيا بل هو دفع بعدم قبول دعوى المدعي لانتهاء حقه في طلب الحماية القضائية.
- ٢- ينشأ الحق للكفيل بدفع دعوى المدعي بالرجوع على المدعى عليه، إذا طالب الدائن الكفيل بدعوى قضائية بالمبلغ المكفول به دون أن يطالب المدين الأصلي.
- ٣- لا يوجد ما يمنع شرعا من الأخذ بالدفع بالرجوع والنص عليه في القوانين.
- ٤- مطالبة المكفول له للمكفول عنه أكثر تحقيقا للعدالة وتحول دون تكرار التقاضي أمام المحكمة وتحقيق مقصود الكفالة بأنها التزام تابع للالتزام الأصلي.
- ٥- تقديم الدفع بالرجوع يجب أن يكون قبل أن يتقدم الكفيل بأي دفع موضوعية في الدعوى وإلا فقد حقه الإجرائي في التقدم بالدفع بالرجوع أمام المحكمة.
- ٦- استيفاء شرط رجوع الدائن على المدين الأصلي يجب أن يتحقق من خلال إقامة دعوى قضائية وليس بمجرد الإعذار ويمكن أن يتحقق شرط الرجوع إذا تم ضم المدين الأصلي كمدعى عليه - لدعوى الدائن ضد الكفيل.

التوصيات:

١. تعديل نص المادة ٤٩٣/٢ من قانون المعاملات المدنية السوداني لعام ١٩٨٤م لتأتي على النحو التالي:
لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين الأصلي ما لم يكون المدين الأصلي:
أ. مجهول المكان ولا يعلم له الدائن محل إقامة ويؤدي اليمين على ذلك.
ب. ثبت إعساره بموجب حكم قضائي نهائي.
٢. النص في قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م على أنواع الدفع القانونية الثلاثة (الشكلية والموضوعية والدفع بعدم الرجوع) وتعريفها.

المراجع

مراجع الفقه الإسلامي:

- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجم المصري (المتوفي ٩٧٠هـ)، الناشر دار الكتاب الإسلامي، الجزء السابع.
- المغني لابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، الناشر: مكتبة القاهرة ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م، الجزء الرابع.
- المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ) الناشر: دار المعرفة - بيروت ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م الجزء ٢٠.
- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، شمس

غرابية، رسالة دكتوراه الجامعة الأردنية كلية الدراسات العليا ٢٠٠٧م.

• الكفالة في الفقه الإسلامي وبعض القوانين العربية، د. بهاء الدين العلايلي، الناشر: دار الشواف - الرياض ١٤٢٥هـ.

• الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، د. نبيل إسماعيل عمر، الناشر دار الجامعة الجديدة للنشر ٢٠٠٦م.

• الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، د. عبد الرزاق السنهوري - الناشر منشورات الحلبي الحقوقية - لبنان - ٢٠٠٥م

• النظرية العامة للإئتمان، د. محمد حسين أحمد منصور، الناشر: منشأة المعارف - الإسكندرية - (دون سنة نشر).

• دروس في قانون المرافعات، أ. د عبد الحكم أحمد شرف / أ. د السعيد محمد الأزمازي، الناشر: وكالة المستقبل للدعاية والإعلان، ٢٠٠٦م ص ٥٤٨، وأنظر في ذلك أصول المرافعات المدنية والتجارية، د. أحمد عوض عبد المجيد هندي، الناشر: دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع - مصر، ٢٠٠٦م.

• نظام المرافعات - دراسة فقهية بين الشريعة والقانون المدني الأردني - د. عبد الوهاب خيرى علي العاني، الناشر: المركز القومي للإصدارات القانونية - القاهرة، الطبعة الأولى ٢٠١٤م

• نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، أ.د/ محمد نعيم ياسين، الناشر: دار عالم الكتب، ١٤٢٣هـ.

الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ) الناشر: دار الفكر - بيروت (دون تاريخ)، الجزء الثاني.

• بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، الجزء السادس.

• حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: ١٢٣٠هـ) الناشر: دار الفكر - الجزء الثالث.

المعاجم:

• القاموس المحيط مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي (المتوفى: ٨١٧هـ)، الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، الطبعة الثامنة - ١٤٢٦هـ.

• المصباح المنير في غريب الشرح الكبير أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو ٧٧٠هـ)، الناشر: المكتبة العلمية بيروت (دون سنة نشر) الجزء الأول.

• لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور (المتوفى: ٧١١هـ) الناشر: دار صادر - بيروت الطبعة: الثالثة - ١٤١٤هـ الجزء الثامن.

المراجع القانونية:

• اصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، د. أحمد عوض عبد المجيد هندي، الناشر دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ٢٠٠٦م.

• الدفع بعدم الخصومة القضائية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، محمد فهد محمد

الهوامش:

- * أستاذ مساعد بالجامعة السعودية الإلكترونية - قسم القانون.
١. لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور (المتوفى: ٧١١هـ) الناشر: دار صادر - بيروت الطبعة: الثالثة - ١٤١٤هـ الجزء الثامن، فصل الدال، ص ٨٧.
٢. القاموس المحيط مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (المتوفى: ٨١٧هـ)، الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة الثامنة - ١٤٢٦هـ، فصل الدال، ص ٧١٥.
٣. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو ٧٧٠هـ)، الناشر: المكتبة العلمية - بيروت (دون سنة نشر) الجزء الأول، ص ١٩٦.
٤. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس - المرجع السابق - الجزء الأول، ص ٢٢٠.
٥. نظام المرافعات - دراسة فقهية بين الشريعة والقانون المدني الأردني - د. عبد الوهاب خيري علي العاني، الناشر: المركز القومي لإصدارات القانونية - القاهرة، الطبعة الأولى ٢٠١٤م ص ٦٠٥. وأنظر أيضاً نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، أ.د/ محمد نعيم ياسين، الناشر: دار عالم الكتب، ١٤٢٣هـ، ص ٥٨٦.
٦. الكفالة في الفقه الإسلامي وبعض القوانين العربية، د. بهاء الدين العاليلي، الناشر: دار الشواف - الرياض ١٤٢٥هـ ص ١٧٧.
٧. دروس في قانون المرافعات، أ. د عبد الحكم أحمد شرف / أ. د السعيد محمد الأزمازي، الناشر: وكالة المستقبل للدعاية والإعلان، ٢٠٠٦م ص ٥٤٨، وأنظر في ذلك أصول المرافعات المدنية والتجارية، د. أحمد عوض عبد المجيد هندي، الناشر: دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع - مصر، ٢٠٠٦م ص ٢٣٢.
٨. الكفالة في الفقه الإسلامي د. بهاء الدين العاليلي - مرجع سابق - ص ١٧٧.
٩. نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، أ. د / محمد نعيم ياسين، الناشر: دار عالم الكتب - الرياض ١٤٢٣هـ ص ٥٨٦.
١٠. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجم المصري (المتوفى ٩٧٠هـ)، الناشر دار الكتاب الإسلامي، الجزء السابع، ص ٢٢٨.
١١. اصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، د. أحمد عوض عبد المجيد هندي، الناشر دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ٢٠٠٦م ص ٢٣٦.
١٢. الدفع بعدم الخصومة القضائية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، محمد فهد محمد غرابية، رسالة دكتوراه الجامعة الأردنية كلية الدراسات العليا ٢٠٠٧م، ص ٦٩.
١٣. المسيري ٣١٢.
١٤. اصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، د. أحمد عوض عبد المجيد هندي - مرجع سابق - ص ٢٣٤.
١٥. الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، د. نبيل إسماعيل عمر، الناشر دار الجامعة الجديدة للنشر ٢٠٠٦م ص ٣٦٢ والوسيط في شرح القانون المدني الجديد، د. عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - ص ٩٠.
١٦. الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، د. نبيل إسماعيل عمر - المرجع السابق - ص ٣٦٢.
١٧. اصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، د. أحمد عوض عبد المجيد هندي - مرجع سابق - ص ٢٣٩.
١٨. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، الجزء السادس ص ١٠.
١٩. المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ) الناشر: دار المعرفة - بيروت ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م الجزء ٢٠ ص ٢٩.
٢٠. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: ١٢٣٠هـ) الناشر: دار الفكر الجزء الثالث ص ٣٣٧.
٢١. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: ١٢٣٠هـ) الناشر: دار الفكر الجزء الثالث ص ٣٣٧.
٢٢. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ) الناشر: دار الفكر - بيروت (دون تاريخ)، الجزء الثاني ص ٣١٤.
٢٣. المغني لابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم دمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، الناشر: مكتبة القاهرة ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م، الجزء الرابع ص ٤٠٩.
٢٤. نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، أ.د / محمد نعيم ياسين - مرجع سابق - ص ٦١٤.
٢٥. اصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، د. أحمد عوض عبد المجيد هندي - مرجع سابق - ص ٢٤١.
٢٦. الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، د. نبيل إسماعيل عمر، الناشر دار الجامعة الجديدة للنشر ٢٠٠٦م ص ٣٣٨.
٢٧. أنظر في ذلك الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، د. عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - ص ٩٠، وأنظر النظرية العامة للإئتمان، د. محمد حسين أحمد منصور، الناشر: منشأة المعارف - الإسكندرية، ص ١٣٩.
٢٨. الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، د. نبيل إسماعيل عمر - مرجع سابق - ص ٣٦٦.