البحث الثاني

دور القضاء فى إبطال عقود الكفالة التضامنية المرتبطة بعقود المرابحة الإسلامية كجزاء لفساد إدارة الائتمان البنكية

"دراسة تطبيقية مقارنة"

الدكتور

وليد محمد وهبه

أستاذ القانون التجارى المساعد

بكلية إدارة الأعمال - الجامعة العربية المفتوحة

ملخص البحث :

تعتبر التعاقدات الائتمانية التى تبرمها البنوك من أهم أنواع التعاقدات المالية والتى بتسعى من خلالها أن تحافظ على حقوق المودعين و على اموالهم حينما تقرر أن صرف قرض مما يجعلها حريصة فى الحصول على الضمانات الائتمانية الكافية التى تسعى من خلالها التأكد من أنها سوف تحصل هذه الاموال بما يحقق لها نفع وربح.

لكن مع الاسف فإن الفساد الإدارى و الائتمانى هو دائما ما يصيب هذه الإدارات مما يجعلها تبرم تعاقدات بصرف قروض ائتمانية وتحصل فى مقابلها على ضمانات ضعيفة وزهيدة لا تحقق الطمأنينة فى القدر على استرداد هذه الاموال مجددا مما يلجأها بالحصول على عقود كفالة تضامنية ولكن نظرا للفساد فى الحصول على الضمانات والمقابل الذى يجعلها تبرم هذه النوعية من عقود القروض فإن القضاء يوقع عليها جزاء إبطال هذه التعاقدات لكونها مجحفة بحقوق الضامنين.

ومن أجل ذلك كان بحثنا هذا عن إبطال عقود الكفالة التضامنية المرتبطة بعقود المرابحة الإسلامية كجزاء يقرره القضاء لمواجهة فساد الإدارة الائتمانية بالبنوك.

كلمات افتتاحية: بطلان، عقود، فساد، بنوك، كفالة تضامنية، مرابحة إسلامية.

Abstract

Credit contracts entered into by banks are considered one of the most important types of financial contracts، through which they seek to preserve the rights of depositors and their money when they decide to disburse a loan، which makes them keen to obtain sufficient credit guarantees through which they seek to ensure that

they will receive this money، including It brings profit and benefit.

Unfortunately، however، administrative and credit corruption is always what afflicts these departments، which makes them conclude contracts for the disbursement of credit loans and obtain in exchange for them weak and meager guarantees that do not achieve reassurance in the ability to recover this money again، which leads them to obtain joint guarantee contracts، but due to corruption in obtaining On the guarantees and the consideration that makes them enter into this type of loan contracts، the judiciary imposes on them the penalty of invalidating these contracts because they are unfair to the rights of the guarantors.
For this reason، our research was about invalidating the joint guarantee contracts associated with the Islamic Murabaha contracts as a penalty decided by the judiciary to confront the corruption of the credit administration in banks.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين الذي هدانا إلى سبيل العلم لنستزيد من فضلة وننتفع به وننفع به طالبه والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد صلى الله عليه وعلى أله وسلم وأعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا فإننا نسئل الله الهداية وطريق الرشاد.

أما بعد فإنني فى غاية الامتنان ان أتقدم بموضوعى هذا كنموذج بحثى كان فى ذهنى بالفعل تحضيره والعمل عليه لولا انشغالي وإنصرافى للقيام بأبحاث أخرى أسئل الله أن ينفعنا بها ويعلمنا ما ينفعنا وينتفع به الناس من بعدنا.

إن الهدف من هذه الدراسة هو تقديم موضوع جديد للطرح فى مؤتمرات البحث العلمى والحرص على تقديم نموذج بحثى جديد قانونى وعملى ليتميز بالواقعية والانفراد حتى يقرأه شباب المحامون ليدركوا حقيقة هامة هو لا انفصال بين الدراسة النظرية والتطبيق العملى.

وليأخذوا مثل تلك الأبحاث باهتمام لتكون مرجع عملي فى قضاياهم المستقبلية بالإضافة إلى أن يبنى لديهم الحرص والاهتمام على البحث والدراسة القانونية لأنه لولا البحث العلمى السليم ما كنا توصلنا لاى نتائج فاعلة فى القضايا التى نباشرها.

مما يثبت من خلاله أهمية البحث القانونى العلمى المنظم والذى يهدف إلى اندماج الدراسة النظرية بجانب الممارسة العملية فى مهنة المحاماة والتى تهدف إلى إثبات الحقائق والنتائج القانونية المنضبطة على وقائع القضايا.

أهداف البحث:

تهدف هذه الدراسة البسيطة فى إلقاء الضوء على أحدى القضايا العملية الهامة والمنتشرة فى المنازعات البنكية وهى من المنازعات الدقيقة جدا خاصة لقلة البحث فى الكفالة وعدم الدراية الفعلية لحقوق الكفيل بالذات فى الكفاءة التضامنية.

إضافة إلى إلقاء الضوء على مفهوم ونموذج فريد من العقود وهو عقود المرابحة والذى يتسم بالطابع الإسلامى بحسب ما تصنف بعض البنوك من أنها بنوك إسلامية وتهدف من هذا أنها لا تحصل على فائدة على المبالغ المقرضة وإنما تحصل على أرباح وأن كان فى حقيقة الامر إن هذه البنوك تخالف كافة الضوابط الشرعية المنظمة لهذه العقود وهذا ما سوف نرى مدى حقيقته من عدمه.

منهج الدراسة:

هذه الدراسة بمثابة دراسة عملية تطبيقية تجمع بين الجانب النظرى للقانون المدنى فى مفهوم التعاقدات والالتزامات والكفالة ومضمونها وأيضا ما يتم تطبيقه بشكل عملى فى القضاء.

وإننى فى هذه الدراسة ألقى الضوء على وقائع حقيقية لقضية وفقنى فيها الله سبحانه وتعالى حتى تعاد الحقوق إلى أصحابها مما جلعنى اجمع كافة وقائع وأحداث هذه القضية حت أعرضها صورة عملية وعلمية تجمع بين النظرية والتطبيق.

مدخل البحث:

إننا فى مدخل البحث نستعرض لوقائع قضية أقامها أحد البنوك الإسلامية على شخصان الأول حصل على قرض من البنك قيمته أربعون ألف جنية بغرض شراء ادوات منزلية لاستعداد للزواج وكان الضمان الوحيد الذى حصل عليه البنك هو كفالة تضامنية والتى وقع عليها المدعى عليه الثانى فى القضية.

حيث أن الاول أبرم مع البنك الإسلامي عقد مرابحة وهذا العقد الذى بموجبة تم الاتفاق على إعطائه القرض ولكن ليست أموال وإنما بضائع مكونة من مجموعة من الادوات المنزلية والاجهزة الكهربائية وتضمن العقد مجموعة من البنود كان أهمها. رهن البضائع محل عقد المرابحة تقسيط سداد مبلغ عقد المرابحة على عدة سنوات ضمان سداد مبلغ المرابحة بموجب كمبيالات ولم يتضمن عقد المرابحة اى بنود تحمل

أي ضمانات أخرى وإنما تضمن على أن يعاد سداد مبلغ المرابحة فارق مكسب للبنك تساوى ٤٨٪ من قيمة المبلغ الاساسي.

إضافة إلى توقيع المدعى عليه الثانى على عقد كفالة تضامنية يضمن فيها كامل مبلغ الدين وكافة الديون الاخرى المستحقة على المدعى عليه الاول وسداد أصل المبلغ وأرباحه فى حالة عدم التزام المدعى عليه الاول بسداد الدين محل عقد المرابحة. والجدير بالذكر ان المدعى عليهما كانا بمثابة صديقان وكان بحسن نية الكفيل بأن يساعد صديقه فى الحصول على هذا القرض لمساعدته على الزواج لم يكن يعلم بأن لدية نية اخرى فى الحصول على هذه البضائع وبيعها للكسب ثم النصب على البنك المدعى للإقاع به وهذا كان واضح خاصة لعدم سداده قيمة الدين محل عقد المرابحة لمدة تجاوزت الخمس سنوات ثم سفره خارج البلاد منذ أن أقام البنك القضية عليهما أمام المحكمة الاقتصادية.

والجدير بالذكر اننى توليت الدفاع فى هذه القضية عن الكفيل ليس فقط كموكل وإنما لكونه يرتبط بى بصلة قرابة شخصية وانا على علم بحقيقة حسن نيته فى ضمان صديقة وكفالة الدين للمساهمة فى مساعدته دون الحصو على أي مكسب.

وبعد ما أن أقام البنك الدعوى على المدعى عليهما وطالب بإلزامهم بسداد مبلغ المرابحة وفوائده القانونية والتى قررت بمبلغ يساوى ٥٨٠٠٠ جنية مصرى وأختصم فيها المدين الأصلي والكفيل المتضامن وحينها حضرت أمام هيئة المحكمة وطلبت منها إحالة القضية لمكتب خبراء المحكمة الاقتصادية لبيان قيمة الدين الفعلية وقيمة الفوائد القانونية.

وبالفعل تم إحالة القضية إلى مكتب خبراء المحكمة الاقتصادية وبالبحث فى قيمة الدين والفوائد القانونية و العائد الهامشي لحساب المدعى عليه الاول لدى البنك المدعى وقيمة المديونية المتبقية بعد خصم المبالغ المسددة وبالفعل تم حساب المبالغ

وتم خصم ٢٦٠٠٠جنية وأصبح المبلغ المتبقى للبنك بحسب تقرير الخبير مبلغ قيمته ٣٢٠٠٠ جنية.

ثم عادت القضية إلى المحكمة وحينها طلبت مجموعة من الطلبات الجوهرية التى يتحقق بها دليل براءة ذمة الكفيل فى القضية إلا أن المحكمة الابتدائية التفتت عن نظر هذه الطلبات واغفلتها تماما وقضت بإلزام المدين والكفيل بقيمة الدين بموجب تقرير الخبير.

وبناء على هذا الحكم قمت بقيد استئناف على الحكم لعدة اسباب ومجموعة من الأوجه والطلبات والدفوع لرفع الظلم الواقع على موكلى بإلزامه بمبلغ مديونية غير مستحق عليه قانونا وإنني سوف اقوم ببيان أوجة الدفاع على النحو التالى:-

الفصل الاول: شكل الاستئناف وأسبابه

الفصل الثانى: دفوع الكفيل المتضامن

الفصل الثالث: بطلان الكفالة وبراءة ذمة الكفيل

الفصل الاول

شكل الاستئناف وأسبابه

يعد الاستئناف من أدق مراحل التقاضى فى الدعوى خاصة لكونه الدرجة الثانية من القضاء الموضوعى مما يعنى أنه بمثابة الفرصة الاولى والاخيرة خاصة وأن الدعوى حينها كانت بالنسبة لى خسرانه بنسبة ٩٠ بالمائة وكان الرهان على الربح فيها مستحيل لكن وما توفيقى إلا بالله.

إضافة إلي أن الاستئناف بالنسبة للمحكمة الاقتصادية يعتبر نهائى ولا يوجد له طعن بالنقض وذلك للنصاب القانونى لقيمة الدعوى فهذا ما ورد النص عليه فى قانون المحكمة الاقتصادية الامر الذى يضع أي محام فى تولية مثل هذه القضية فى ذات الظروف فى مأزق كبير.

خاصة لفوات فرصة الدرجة الاولى عليه بنسبة ١٠٠٪ وتعويله على الاستئناف بنسبة٥٠٪ وشعور الخصم بأنه رابح الدرجة الاولى يزيد من حالة الاختناق والضغط النفسي الذى يجول اوقات نظر الدعوى والتى يجب ان يسيطر عليها المحامى.

وإننا سوف نحث هذا الفصل على مبحثان كما هو مبين على النحو الاتى:-

المبحث الاول: أسباب الاستئناف الأصلية .

المبحث الثانى: شكل الدعوى أساس قبولها .

المبحث الاول

أسباب الاستئناف الأصلية

بعد صدور حكم الإلزام من محكمة الدرجة الاولى تم عمل استئناف من قبلى كممثل الدفاع عن المدعى عليه الثانى وهو الكفيل خاصة وأن المدعى عليه الاول لم يكن متابعا لسير الدعوى نظرا لكونه سافر خارج البلاد.

وهذا كان بمثابة نتيجة طبيعية مترتبة على عدم التزامه بسداد المديونية فى مواعيدها المحددة من البداية و حتى نبحث هذا الامر فإننا سوف نقسم هذا المبحث على مطلبان على النحو التالى:-

المطلب الاول: عرض الطلبات الجوهرية لتحقيق الدليل المادى

المطلب الثانى: جزاء إغفال محكمة الدرجة الاولى للطلبات

المطلب الاول

عرض الطلبات الجوهرية لتحقيق الدليل المادى

لقد أثبت الدفاع مجموعة من الطلبات قدمت فى مذكره وثبتت فى محضر جلسة يوم ٢٠١٩/١/١٩ من أنه طلب :-

أولا: طلب التصريح باستخراج شهادة من واقع جدول المدنى عن القضية رقم ٥٥٩٠لسنة٢٠١٨ مدنى شمال القاهرة وكذا صورة رسمية من صحيفة ذات الدعوى.

ثانيا: التصريح باستخراج شهادة من قلم إفلاس المحكمة الاقتصادية تفيد عما إذا كان قد تم شهر إفلاس السيد/ المدعى عليه الاول من عدمه.

ثالثا: طلب إلزام البنك المدعى بتقديم ما يفيد باتخاذ إجراءات قانونية سابقة على رفع الدعوى المنظورة حاليا من عدمه.

رابعا: إلزام البنك المدعى بتقديم ما يفيد قيامة بتحرير بروتستو عدم السداد للمدعى عليه اولا من عدمه طبقا للبند ٨ من عقد المرابحة.

خامسا : إلزام البنك المدعى بتقديم ما يفيد قيامة بإعلان المدعى عليه اولا بروتستو عدم القبول من عدمه.

وإن هذه الطلبات لها هدف ومغزى يبتغاه الدفاع لتحقيق مدى أحقية النك المدعى فى الرجوع على الكفيل لإلزامه بقيمة الدين نتيجة اختصامه فى القضية.

بالإضافة إلى مدى صحة الإجراءات القانونية التى اتخذها البنك المدعى لإثبات قيمة المديونية وكونها لازالت قائمة خاصة بعد إثبات التلاعب فى الحسابات والذى اظهره الخبير المنتدب من قبل المحكمة الاقتصادية بعد فحص كشوفات الحسابات المقدمة من البنك المدعى.

وأن الهدف من تقديم تلك الطلبات هو تقديم مستندات هامة للسير فى إجراءات الدعوى بشكل مستقيم وهذا ما سوف نوضحه فى الآتي:-

حيث أن الطلب الاول:- بيفيد وجود قضية مرفوعة من الكفيل ضد البنك خاصة **ببطلان عقد الكفالة** المرفق بالقضية فإذا ما قضى فيها ببطلان هذا العقد سوف تنتهى صفة المستأنف فى النزاع فكان لزاما على المحكمة تحقيق هذا الطلب.

ثانيا: بالنظر إلى الطلب الثانى وهو طلب استخراج شهادة من قلم افلاس المحكمة الاقتصادية بإفلاس المدين – المدعى عليه الاول- فى صحيفة افتتاح الدعوى وان لهذا اهميته فى حال عدم إفلاسه يكون للمحكمة ان تقضى بعدم قبول الدعوى شكلا وذلك لان إفلاس المدعى عليه اولا يقتضى ان يحرر له بروتستو عدم سداد وعدم قبول وإن هذا الاجراء يجب ان تتحرى عنه المحكمة قبل نظر الموضوع لاستيفاء شكل الدعوى فلا يجوز الرجوع بدعوى الإلزام قبل الرجوع ببروتستو عدم السداد .

وهذا فيه ارتباط مع الطلب الرابع والخامس لان نص البند ٨ من عقد المرابحة يلزم البنك المستأنف ضده ان يقوم بعمل برتستو عدم سداد فى حالة عدم قيام المدعى عليه اولا بالسداد.

إذ يتضح انه قد خالف ما هو وارد صراحة فى بنود عقد المرابحة الامر الذى كان سوف يتطلب القضاء حتما عدم قبول الدعوى شكلا **طبقا للماده ٥٤٤ من قانون التجارة[١] رقم ١٧السنه١٩٩٩**

كما أن البنك لم يقدم ما يفيد قيامه بتحرير اعلان بعدم الوفاء قبل رفع الدعوى إذ أن محكمة الدرجة الأولى لم تلم بعناصر الدعوى وقضت بخلاف ما هو ثابت بالأوراق وبالمخالفة لتطبيق القانون ودون الاخذ فى الاعتبار بالطلبات التى طلب المستأنف التصريح بتقديمها.

المطلب الثانى

جزاء إغفال محكمة الدرجة الاولى للطلبات

بطبيعة الحال فإنه بعد أن اثبتنا بموجب ما هو محرر فى محضر الجلسة من إثبات طلباتنا ثم صدر حكم محكمة الدرجة الاولى بإغفال طلباتنا التى سبق توضيحها وبيان أهميتها مما كان لزاما ان يتم عمل استئناف على هذا الحكم.

---

[١] – مادة ٥٤٤ :

–على قلم المحضرين خلال الايام العشرة الاولى من كل شهر أن يرسل إلى المكتب السجل التجارى الكائن في دائرته مكان عمل الاحتجاج قائمة باحتجاجات عدم الوفاء التى حررها خلال الشهر السابق عن الكمبيالات المقبولة والسندات لأمر .

– ويجب ان تشتمل هذه القائمة علي البيانات الاتية :

أ – تاريخ الاحتجاج .

ب – اسم ساحب الكمبيالة ومهنته وموطنه .

جـ – اسم محرر السند لأمر او اسم قابل الكمبيالة ومهنته وموطنه .

د – تاريخ الاستحقاق .

هـ – مبلغ الكمبيالة او السند لأمر .

و – ملخص اسباب الامتناع عن الوفاء التى ذكرها المدين وقت تحرير الاحتجاج .

– يمسك مكتب السجل التجارى دفتر لقيد البيانات المذكورة في الفقرة السابقة ، ويجوز لكل شخص الاطلاع مقابل الرسوم المقررة . ويقوم مكتب السجل التجارى يعمل نشرة تتضمن تلك البيانات .

وكان من أهم أسباب الاستئناف هو بطلان الحكم المستأنف و إن هذا من أهم الاسباب التى يبنى عليها الاستئناف حيث ان بطلان الحكم يؤسس على:-

أولا: الخطأ فى تطبيق القانون: حيث كما بينا سلفا كان لزاما على محكمة الدرجة الاولى ان تراعى الشكل القانونى الواجب اتباعه قبل رفع الدعوى .

حيث أن الإجراءات التى لم يتخذها البنك قبل رفع الدعوى كانت ضرورية ويترتب على إغفالها القضاء بعدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق الذى رسمه القانون فى مثل تلك الدعاوى.

بالإضافة إلى الإلزام الذى يقع على عاتق البنك فى تقديم مستندات تفيد قيامه باتخاذ أى اجراءات قانونية سابقه على رفع الدعوى ذلك لأننا دفعنا بسقوط الدعوى بالتقادم وهذا سوف نبينه فيما يلى من مطالب.

بالإضافة إلى دفعنا لبراءة ذمة الكفيل وهذا ما نبتغيه من البداية فى طلباتنا فإن أي اجراء لم يقطع التقادم ولم يلزم المدين بسداد المديونية تعتبر بمثابة بطلان لاختصام الكفيل فى الدعوى مما يثبت معه أهمية هذه الطلبات والتى يترتب عليها بطلان الحكم المستأنف.

ثانيا: الإخلال الجسيم بحق الدفاع وإهدار حقوق المستأنف بتنفيذ طلبات جوهرية إذا ما تحققت لتغير بها وجة الرأي فى الدعوى.

كما بينا فى أننا تقدمنا بمجموعة من الطلبات لاستخراج تصاريح لاستصدار صور رسمية من المستندات والتى بتحقق الدليل المادى امام القضاء المدنى فى إثبات براءة ذمة الكفيل وسقوط المطالبة بالدين فى مواجهته.

وهذه المستندات كانت ضرورية لإثبات الدليل المادى فى الدعوى حيث بنى الحكم المستأنف أسبابه على ما ورد من وقائع الدعوى وتقرير مكتب الخبراء دون النظر إلي عناصر الدعوى او محتواها ودون إتاحة فرصة للدفاع فى إبداء أي طلبات فكما

هو مبين فى محاضر الجلسات ان محكمة الدرجة الاولى ظلت بعد ورود التقرير من هيئة الخبراء متعمد التأجيل لإعلان الاطراف بورود التقرير.

الامر الذى يؤكد على خطأ فى تطبيق القانون وإخلال جسيم بحق الدفاع لطلبات جوهرية إذا ما تحققت لتغير بها وجهة الرأي فى الدعوى وعدم الالمام بعناصر الدعوى مما حدى بمحكمة الدرجة الاولى الحكم بخلاف الثابت بالأوراق.

الامر الذى يستوجب معه إلغاء الحكم المستأنف والتعديل مما بالفعل قضت به محكمة الاستئناف واعطتنا التصريح بتقديم المستندات وبالفعل تم استخراجها وتقديمها لمحكمة الاستئناف والقضاء برفض الدعوى الاصلية فى مواجهة الكفيل وعدم احقية البنك بالرجوع عليه.

المبحث الثانى

شكل الدعوى أساس قبولها

من الاسس القانونية فى قانون المرافعات المدنية والتجارية هو استيفاء الشكل فإن المحكمة دائما ما تكون ملتزمة بأن تنظر إلي شكل الدعوى قبل إجابة أي طلبات فى موضوعها فإذا نظرت المحكمة الدعوى و قدم المدعى صحيفة دعواه ثم قدم المدعى دفوعه فإن المحكمة تحجز الدعوى للحكم.

وقبل ان تقضى المحكمة بالاستجابة للطلبات يجب ان تنظر إلي شكل الدعوى فإذا ما وجدت أنه هناك عيب فى شكل الدعوى الوارد فى صحيفة افتتاح الدعوى هنا تكون الخصومة غير منعقدة من الاساس.

مما يستلزم معه أن تقضى المحكمة بعدم قبول الدعوى شكلا وإن الدفع بعدم قبول الدعوى دفع شكلى أو إجرائى وهو من الدفوع التى يجوز إبدائها امام أي درجة من درجات التقاضى وتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها فى حالات.

وهناك حالات أخرى المحكمة لا تقضى به من تلقاء نفسها وإذا لم يدفع به الخصم يعد متنازلا عنه وإننا سوف نبحث هذا الدفع الاجرائى الهام على وجهان فى الاتى:-

المطلب الاول: عدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة .

المطلب الثانى: عدم قبول الدعوى لرفعها بالمخالفة للقانون .

المطلب الاول

عدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة

إن الصفة هى شرط أساسي لإقامة الدعوى فإذا انتفت انتفى معها الحق فى إقامة الدعوى ابتداء والدفع بانتفاء الصفة دفع مميز حيث أنه يأتى على وجهان الاول هو انتفاء صفة القائم برفع الدعوى والثانى انتفاء صفة المقامة عليه الدعوى.

وإننا فى قضيتنا المبينة محل البحث قمنا بالدفع بعدم قبول الدعوى شكلا لرفعها على غير ذى صفة وإن هذا دفع من الدفوع الشكلية التى يمكن أن يتمسك بها فى أي حالة من حالات الدعوى وامام محكمة الاستئناف طبقا للمادة ١١٥ مرافعات ومتحقق بناء على الاثر الناقل للاستئناف.

كما اننا أكدنا احقيتنا ايضا فى إبداء هذا امام محكمة الاستئناف لأول مرة لعدم اتاحة محكمة اول درجة فرصة للدفاع الحاضر عن المدعى عليه ثانيا- (المستأنف) الكفيل - بتقديم دفاعه كما هو مبين من محاضر الجلسات.

وكان تأسيس هذا الدفع مستندا إلى : حيث نصت المادة **٤٣٩ من قانون التجارة الجديد على أنه "**

١- فى حالة توقف المسحوب عليه عن الدفع، سواء كان قابلاً للكمبيالة أو غير قابل، أو توقيع حجز غير مجد على أمواله، لا يجوز لحامل الكمبيالة

الرجوع على الضامنين الا بعد تقديم الكمبيالة للمسحوب عليه لوفائها وبعد عمل احتجاج عدم الوفاء.

٢- فى حالة شــهر افلاس المســحوب عليه ســواء كان قابلاً للكمبيالة أو غير قابل، وكذلك فى حالة شهر افلاس ساحب الكمبيالة المشروط عدم تقديمها للقبول يكون تقديم حكم شــهر الافلاس كافياً لتمكين الحامل من اســتعمال حقوقه فى الرجوع على الضامنين"

و إنه يستفاد من ذلك النص ومن هذان البندان تحديدا امرا جوهريا المحكمة الموقرة بالطبع هى على علم بين به الا أنه واجب على الدفاع ان ينوه عنه وأن كان مستقر فى وجدانه ان المحكمة كانت سوف تقضى به من تلقاء نفسها طبقا لعلمها الغزير والواسع فى احاكم قانون التجارة"

كان المدين الأصلي للبنك ضامنا لدينه كما هو مبين بعقد المرابحة بتوقيعه للبنك الدائن على كمبيالات حيث ان المشرع ألزم الدائن فى حالة توقف المدين عن سداد الكمبيالة لا يجوز له ان يرجع على الضامنين – الكفيل- إلا بعد عمل احتجاج عدم الوفاء وفى هذا الامر تنويه هام وهو خاص بالدفع الاول فى عدم جواز نظر الدعوى لرفعها بغير الطريق الذى رسمه القانون.

الامر الثانى سقوط الحق فى الرجوع على الضامنين او الكافلين للدين ولم يفرق هنا المشرع أن كانوا موقعين على الكمبيالة من عدمه او متضامنين من عدمه حيث أن عقد القرض مضمون بكمبيالات صادرة من المقترض – المدين- إلي المقرض –البنك-.

وضمنه فيها – الكفيل- بموجب عقد كفالة تضامنية أي أنه يعود عليه بأصل الدين المضمون بالكمبيالات فكان لزاما على البنك أن يتخذ الاجراءات القانونية الصحيحة والا اصبح لا يجوز له الرجوع على الكفيل مما ينفى احقيته فى اختصام

الكفيل فى الدعوى التى اقيمت امام محكمة اول درجة مما يترتب عليه انتفاء صفة– الكفيل– فى دعوى الالزام التى اقيمت امام محكمة اول درجة.

"خاصه وأنه من المعلوم لدى الهيئة الموقرة أن الدفع بتوافر الصفة والمصلحة من الامور الهامة التى يستقيم بها نظر الدعوى فلن يصح اختصام شخص ليس له صفة فى الدعوى والصفة هنا ليس بمعناها المجرد وإنما بمعنى أنه لا محل لاختصام –الكفيل– إن كان فى الاصل لا يجوز الرجوع عليه وسقوط حق الدائن فى الرجوع عليه نتيجة إهماله وتراخيه فى استرداد الدين وعدم اتباعه الاجراءات القانونية مما تنتفى معه صفة –الكفيل– فى الدعوى وتضحى لزاما الحكم بانتفاء صفته".

كما إن التأسيس على ذات المادة فى قانون التجارة هو ما يرتبه البند السادس ايضا من وجهة نظر أخرى تماما حيث أن المشرع نص على أنه فى حالة افلاس المدين الأصلي يتم الرجوع على الضامنين بعد الحصول على حكم بشهر افلاسه وهذا ما لم يفعله البنك.

كما أن البنك لم يقم باتخاذ أي اجراء لشهر افلاسه أصلا حيث يتبين من – الشهادة الواردة للمحكمة الموقرة من قلم إفلاس المحكمة الاقتصادية بناء على قرار سيادتكم وتصريحكم تفيد أنه بالكشف على أسم السيد/ ..... أنه لم يتم شهر إفلاسه–.

وهذه الشهادة قمنا نحن بتقديم طلب بالتصريح باستخراجها من قلم إفلاس المحكمة الاقتصادية لتثبت صحة وحقيقة دفاعنا مؤيدا بالمستندات.

كما لم يقم البنك بتقديم شهر الافلاس ولم يقم بالحصول على شهادة عكسية بموجب أنه يحمل صوره من بطاقه الرقم القومى الخاصة–بالمدين– مما يسهل عملية البحث ايضا ولم يقدم ما يفيد لاتخاذه هذا الاجراء مما يمتنع عليه من الاصل ان يرجع على الكفيل إلا بعد شهر افلاس المدين مما يقضى بعدم قبول دعوى الإلزام الاصلية لرفعها على غير ذى صفة.

المطلب الثانى

عدم قبول الدعوى لرفعها بالمخالفة للقانون

ولقد دفعنا هذا الدفع مكملا للدفع السابق وذلك بالصيغة التالية:-"عدم قبول دعوى الإلزام الأصلية المقامة من -البنك- امام محكمة الدرجة الاولى ضد المستأنف لرفع الدعوى بغير الطريق الذى رسمه القانون لعدم أحقيته فى الرجوع على -الكفيل"

ولقد كان تأسيسا لهذا الدفع استناد إلى ما ورد بقانون التجارة حيث أنه **قد نصت المادة ٤٣٩ من قانون التجارة الجديد على أنه :-**

٣- يكون اثبات الامتناع عن قبول الكمبيالة أو عن وفائها باحتجاج عدم القبول أو احتجاج عدم الوفاء.

٤- يجب عمل احتجاج عدم القبول فى المواعيد المحددة لتقديم الكمبيالة للقبول، فاذا وقع التقديم الأول للقبول وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٤١٢ من هذا القانون فى اليوم الأخير من الميعاد المحدد للتقديم، جاز عمل الاحتجاج فى اليوم التالى.

٥- يجب عمل احتجاج عدم الوفاء عن الكمبيالة المستحقة الوفاء فى يوم معين أو بعد مدة معينة من تاريخ اصدارها أو من تاريخ الاطلاع عليها خلال ايام العمل الأربعة التالية ليوم الاستحقاق. واذا كانت الكمبيالة مستحقة الوفاء لدى الاطلاع وجب عمل احتجاج عدم الوفاء وفقاً للشروط المبينة بالفقرة السابقة بشان احتجاج عدم القبول.

٦- يغنى احتجاج عدم القبول عن تقديم الكمبيالة للوفاء وعن عمل احتجاج عدم الوفاء."

وأنه يستفاد من ذلك النص فى أن -الكفيل- طلب من محكمة اول درجة بأن تلزم البنك المستأنف ضده فى تقديم ما يفيد قيامه باتخاذ أى إجراءات قانونية او قضائية سابقه على رفع الدعوى خاصة وان دعوى الإلزام كانت مضمونه بكمبيالات كما هو

مبين فى البند رقم ٨ من عقد المرابحة المؤرخ فى ٢٠٠٨/٣/١٧ وعقد الكفالة التضامنية المضمون به.

ويتبين أن المشرع فى البند رقم (١) من نص المادة السابقة ألزم أن إثبات عدم الامتناع عن السداد يكون باحتجاج بعدم القبول او عدم الوفاء وبالتالى عدم تحريرها هو تقصير من الدائن – البنك – يتحمله وبالتالى لا يوجد دليل على عدم الوفاء. وهذا يثبت عدم تحقق محكمة الدرجة الاولى حينما نصت فى حكمها "على أن الدائن يثبت الالتزام والمدين يثبت التخلص منه" فإذا كانت محكمة الدرجة الاولى الزمت – البنك– لتبين لها عدم إثباته للدين اصلا حيث أن – المدين الأصلي– لم يمثل أمام محكمة الدرجة الاولى لعدم إعلانه بشكل قانوني.

كما أن البند ثانيا ألزم على الدائن وهو –البنك – بعمل احتجاج عدم قبول فى المواعيد وحدد له شروط ومواعيد والا يتحمل تبعاتها كما أن البند رقم (٣) من ذات المادة ألزم أيضا – البنك– تحرير احتجاج عدم الوفاء عن الكمبيالات المستحقة واذا كان البنك يدعى ان الكمبيالات سقطت اجالها واصبحت حالة الأداء فلما لم يحرر عنها بروتستو عدم الاحتجاج ويقدمها للمحكمة الامر الذى يضحى معه عدم جواز نظر دعواه اصلا لرفعها بغير الطريق الذى رسمة القانون.

حتى أنه لم يقم بعمل احتجاج بعدم القبول طبقا للبند رقم (٤) من ذات المادة سالفة الذكر الامر الذى يضحى معه البنك قد اقام الدعوى بالمخالفة لنص صريح وملزم فى القانون وإجراء كان واجب اتباعه حتى أنه لم يقم بتقديم أي شيء يفيد اتخاذه وحتى أنه لا يمكن ان يتخذه الان لأنه قد فاتت المواعيد المقررة لتحرير هذه الاجراءات سالفه الذكر الامر الذى يضحى معه القضاء بحكمكم العادل بعدم جواز نظر الدعوى لرفعها بغير الطريق الذى رسمه القانون

وإن الكفيل من حقه التمسك بهذا الدفع خاصه وأن المدين الأصلي قام بتظهير الورقة التجارية – الكمبيالة– للبنك أي أنه اعطى له مقابل وفاء وكانت الكفالة وارده

على الالتزام الأصلي وأن لم يوقع على الكمبيالة فيحق له التمسك بهذا الدفع فى مواجهة البنك .

الفصل الثانى

دفوع الكفيل المتضامن

تتميز دفوع الكفيل دائما بالموضوعية حيث أنها تمس اساس الحق المتنازع عليه لكونه بالنسبة للكفيل يعد بمثابة الالتزام المكفول الذى يضمن به المدين امام الدائن وأن الدفوع التى يستهدف دائما الكفيل الاستناد عليها بترتكن فى كونها ترجئ إلزامه بسداد المديونية لحين الرجوع على المدين الأصلي.

وإن اول دفع يبديه الكفيل هو الدفع بالتجريد وأن كان هذا الدفع من الدفوع التنفيذية التى تبدى امام قاضى الإشكال لوقف تنفيذ الحكم ضد الكفيل قبل المدين الا أن هذا الدفع غير مباح للكفيل المتضامن وهذا بنص القانون.

إلا اننا فى هذه الحالة وجدنا هناك أحقيه قانونية للكفيل المتضامن فى عقود المرابحة بأن يدفع بالتجريد ويدفع بسقوط الحق فى الرجوع عليه بناء على اسس قانونية أغفلتها صياغات مثل هذه العقود وإن كان الدفع بالتجريد من الدفوع التنفيذية إلا أنه يجوز ابدائه امام قاضى الموضوع ليعمل به الحكم قبل تمام التنفيذ.

وإننا فى صدد بحثنا للأساس القانوني للدفع بالتجريد وسقوط الحق بالنسبة للكفيل فإننا سوف نبحثهم فى الآتي:-

المبحث الأول: الدفع باالتجريد ٠

المبحث الثانى: سقوط الحق بالتقادم ٠

المبحث الأول

الدفع بالتجريد

تعريف: حق التجريد هو حق الكفيل الذي يطالبه الدائن بأداء الدين، في إلزام الدائن بالتنفيذ على أموال المدين أولاً إذا هو بين له أن أموال المدين القابلة للحجز تفي بأداء الدين بتمامه، (م٧٨٨) مدنى فالدفع بالتجريد إذن حق منحه القانون للكفيل

يستطيع بمقتضاه أن يقف إجراءات التنفيذ على أمواله إلى أن يتم التنفيذ على أموال المدين أولاً ويتضح عدم كفايتها لوفاء الدين.

كما يستطيع بمقتضى حقه في الدفع بعدم جواز الرجوع عليه قبل الرجوع على المدين أن يدفع دعوى المطالبة الموجهة إليه على انفراد قبل مطالبة المدين المشرع إذن فرق بين مجرد مطالبة الكفيل قضائيًا وبين التنفيذ على أمواله، ذلك أنه خول الكفيل دفعًا خاصًا بكل من هاتين الحالتين.

المطلب الاول: حالات الدفع بالتجريد ٠

المطلب الثانى: أحقية الكفيل المتضامن بالدفع بالتجريد ٠

المطلب الاول

حالات الدفع بالتجريد

جعل الدفع بالتجريد مقصورًا على حالة التنفيذ على أموال الكفيل وجعل الدفع بحق الرجوع على المدين أولاً عند المطالبة القضائية فلا يجوز للكفيل أن يدفع بالتجريد بمجرد رفع الدعوى عليه لاستصدار حكم ضده بالدين ولا يكون هذا الدفع مقبولاً منه إلا إذا اتخذت إجراءات التنفيذ على أمواله وكان الغرض من الدفع وقف تلك الإجراءات. وإذا تعدد المدينون ولو كانوا متضامنين فيما بينهم، وكفلهم جميعًا نفس الكفيل جاز له الدفع بتجريدهم جميعًا، أما إذا كفل بعضهم دون البعض فيكون له الدفع بتجريد من كفلهم دون الآخرين.

أولا: ميزة الدفع بالتجريد أنه:-

أولاً: قصد الكفيل في أن يكون التزامه احتياطيًا أي أنه لا تجوز مطالبته ولا التنفيذ عليه إلا بعد مطالبة المدين الأصلي المكفول والتنفيذ على أمواله.

وثانيًا: أن العدالة تبرر ذلك لأنه يؤدي إلى الاقتصاد في الإجراءات والنفقات لأن الدائن إذا نفذ على أموال الكفيل فلهذا الأخير أن يرجع على المدين بكل ما دفعه عنه ولهذا كان من الأفضل أن نختصر الإجراءات بإلزام الدائن بالبدء بالتنفيذ على أموال المدين

خاصة وأن الدائن لن يضار بالبدء بالتنفيذ على أموال المدين إذ كل ما يهم الدائن هو أن يحصل على دينه وسيان عنده أن يأتي ذلك نتيجة للتنفيذ على أموال المدين أو الكفيل.

كيف يستفيد الكفيل من الدفع بالتجريد؟

الأصل أن للدائن الحق في التنفيذ على أموال الكفيل بمجرد ثبوت الحق له في مطالبته واستصدار حكم بإلزامه بالدين وقد عرفنا أن الدفع بالتجريد منحة أعطاها القانون للكفيل بمقتضاها لا يستطيع الدائن التنفيذ على أموال الكفيل حتى يجرد المدين من أمواله وعلى ذلك فيجب على الكفيل أن يتمسك بالتجريد ولا يجوز للقاضي أن يحكم بتجريد المدين ما لم يطلب منه الكفيل ذلك والمادة (٧٨٨) فقرة (٢) من القانون المدنى تقطع بذلك إذ تنص على أنه (لا يجوز له (أي الدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق)

متى يستطيع الكفيل الدفع بالتجريد؟

إذا كان التزام الكفيل واردًا في سند عرفي وجب استصدار حكم ضده بإلزامه بالدين حتى يمكن التنفيذ على أمواله وفي هذه الحالة إذا رفعت الدعوى على الكفيل وحده أو على المدين والكفيل معًا وهذا هو الغالب لأن الدعوى إذا رفعت على الكفيل وحده كان له أن يدفع بعدم إمكان مقاضاته إلا بعد رجوع الدائن على المدين، كان له الحق في أن يتمسك بالدفع بالتجريد في أية حالة كانت عليها الدعوى بيد أنه يجب عليه أن يتمسك بالدفع بالتجريد قبل صدور الحكم النهائي وإلا اعتبر أنه تنازل عن حقه في الدفع بالتجريد وإذا صدر الحكم بإلزامه بالدين فإنه لا يعلق تنفيذ الحكم على تجريد المدين من أمواله فالدفع إذن بالتجريد لا يمنع من الاستمرار في الدعوى المرفوعة على الكفيل ولا يمنع من الحكم عليه وإلزامه بالدين كل ما في الأمر أن هذا الحكم لا

يمكن تنفيذه على أموال الكفيل حتى يجرد المدين من أمواله وهذا لا يمنع الدائن من اتخاذ الإجراءات التحفظية في مواجهة الكفيل.

أما إذا كان التزام الكفيل بمقتضى سند رسمي فلا يحتاج الدائن في هذه الحالة إلى استصدار حكم بإلزام الكفيل بالدين لأن التنفيذ إنما يكون بمقتضى ذات السند المثبت لالتزامه وللكفيل هنا أن يتمسك بحقه في الدفع بالتجريد بمجرد إعلانه بالسند أو عند إجراء التنفيذ على أمواله وذلك عن طريق الاستشكال في هذا التنفيذ. وإن كان هذا لا يمنع من أن يبد دفعه بالتجريد أمام قاضى الموضوع ذلك بطلب يقدم لكى يقضى بالتنفيذ على المدين الأصلي وارجاء التنفيذ على الكفيل

ثانيا: يشترط في ثبوت حق التجريد للكفيل توافر أربعة شروط هي:

١- ألا يكون الكفيل قد نزل عن هذا الحق صراحة أو ضمنًا والتنازل الصريح يكون عادة عند انعقاد الكفالة إنما لا يوجد ما يمنع من أن يقع بعد ذلك والتنازل الضمني يكون بكل قول أو فعل أو ترك يفيد رغبة الكفيل القاطعة في التنازل ويجب ألا يستخلص التنازل الضمني إلا إذا ظهرت رغبة الكفيل فيه بشكل قاطع فعند الشك يجب القول بعدم التنازل.

٢- ألا يكون متضامنًا مع المدين.

٣- أن يتمسك الكفيل بحق التجريد في الوقت المناسب.

٤- أن يرشد الكفيل الدائن عن أموال مملوكة للمدين تكفي للوفاء بالدين كله.

ولا يسري نزول الكفيل عن الدفع بالتجريد على كفيل الكفيل فيجوز لكفيل الكفيل بالرغم من نزول الكفيل عن هذا الدفع أن يتمسك ليس بتجريد الكفيل فحسب بل بتجريد المدين أيضًا.

وتنص م ٧٩٣ من القانون المدنى على أنه لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد.

فالتضامن يحرم إذن الكفيل من الحق في الدفع بالتجريد لأن من طبيعته أن يمنح الدائن الحق في أن يطلب أيًا من المدينين وأن ينفذ على أمواله، ويلاحظ أن التضامن الذي يحرم الكفيل من الدفع بتجريد المدين هو تضامنه مع المدين أما إذا كان الكفيل متضامنًا مع غيره من الكفلاء دون اشتراط تضامنه مع المدين فإنه يثبت له الحق في أن يدفع بالتجريد لأن تضامنه مع غيره من الكفلاء يحرمه فقط من حق التقسيم دون حقه في التجريد وعلى ذلك فليس للكفيل القانوني ولا القضائي الحق في الدفع بالتجريد لأنهما متضامنان مع المدين طبقًا للرأي القائل بأن الكفيل القانوني أو القضائي يكون متضامنًا مع المدين ومع غيره من الكفلاء الذين يكفلون نفس الالتزام على فرض تعددهم (م٧٩٥) من القانون المدنى. وإن كان هناك رأى اخر بأحقية الكفيل المتضامن فى الدفع بالتجريد على اساس انه ليس بشريك للمدين الأصلي[١]

وكان لهذا الراى وجهة ان الضامن غارم وأنه ليس كل الضامنين شركاء فى الدين على أساس أنهم لم يقاسموا فى الاموال مع المدين الأصلي فيجب الوقوف على حقيقه توافر النية عند ابرام عقد الكفالة ومدى اذا كان الزام الكفيل بالتضامن بموافقته ام أنه تمت اجباره على الكفالة التضامنية وفى حقيقة الامر كان ينوى الكفالة العادية فقط.

وللكفيل أن يدفع بالتجريد في أية مرحلة من مراحل التنفيذ على أمواله ما دام لم يصدر منه قبل ذلك أي قول أو فعل أو ترك يفيد نزوله عن هذا الدفع ويجوز له ذلك بوجه خاص إذا تقدم بطلبه عقب اكتساب المدين الأموال التي يطلب الكفيل تجريده منها ولو كان ذلك بعد أن قطع التنفيذ على أموال الكفيل أكثر مراحله لأن عدم الدفع بالتجريد قبل ذلك لا يمكن أن يحمل على النزول عنه وعلى العموم يعتبر استنباط قصد النزول عن هذا الدفع من مسلك الكفيل ومن عدم مبادرته إلى التمسك به مسألة موضوعية يفصل فيها قاضي الموضوع دون رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض.

---

[١] –د.سليمان مرقص – الوافى فى عقود الكفالة – دار النهضة العربية سنة ١٩٩٤ ، ص١١٣ .

تنص م (٧٨٩) من القانون المدنى على أنه (إذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله) فيجب إذن لكي يستطيع الكفيل الدفع بالتجريد أن يدل الدائن على أموال للمدين تفي بالدين كله من أصل وفوائد ومصاريف ولا شك أن هذا المبدأ يتمشى مع القواعد العامة في الوفاء التي تقضي بعدم إلزام الدائن بقبول جزء من الدين، وهذا بخلاف الحكم في فرنسا لأنه يكتفي بأن يدل الكفيل الدائن على أموال للمدين ذات قيمة بحيث يكون التنفيذ عليها منتجًا ولو لم يكن كافيًا لوفاء الدين كله.

ولا بد في قبول الدفع بالتجريد من أن يكون إرشاد الكفيل إلى أموال المدين منتجًا دون إرهاق للدائن فيلزم من ذلك:

١-أن تكون الأموال المطلوب تجريدها كافية لأداء الدين بتمامه من أصل وفوائد ومصروفات.

٢- أن تكون الأموال المطلوب تجريدها قابلة للحجز عليها.

٣-ألا تكون الأموال المطلوبة تجريدها متنازعًا فيها ويلزم لكي يعتبر المال متنازعًا فيه ألا يكون قد قامت بشأنه دعوى أو نزاع جدي بل يكفي أن يستلزم التنفيذ عليها إجراءات طويلة معقدة كالعقارات المملوكة شيوعًا لأن التنفيذ عليها يقتضي اتخاذ إجراءات قسمتها أولاً.

٤-ألا تكون الأموال المطلوب تجريدها واقعة خارج الأراضي المصرية (م ٧٨٩/ ٢) من القانون المدنى.

يخلص مما سبق أنه لكي يستطيع الكفيل الدفع بالتجريد يجب عليه أن يرشد الدائن إلى أموال للمدين تفي باعتبار قيمتها الصافية بالدين كله وأن تكون هذه الأموال قابلة للحجز عليها وألا تكون متنازعًا فيها وألا تكون واقعة خارج الأراضي المصرية، وقاضي الموضوع هو الذي يتبين على ضوء ما يقدمه له الكفيل ما إذا كانت الأموال التي يطلب الكفيل تجريدها تكفي لسداد الدين بتمامه وما إذا كانت تتوافر فيها الشروط

الأخرى أم لا ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في هذا، ويتحمل الكفيل بنفقات إرشاد الدائن إلى الأموال المطلوب تجريدها كالنفقات التي يستلزمها استخراج شهادة عقارية مثبتة لملكية المدين للعقار المطلوب تجريده لأنها لازمة لإثبات ملكية المدين للأموال التي يراد تجريده منها، أما نفقات إجراءات التنفيذ على تلك الأموال فلا يلزم الكفيل بتقديمها ويتولى الدائن صرفها على أن يخصمها بطريق الامتياز من حاصل البيع.

ما يترتب على قبول الدفع بالتجريد

١- وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل.

٢-إلزام الدائن بالتنفيذ على أموال المدين التي أرشد إليها الكفيل وتخليص الكفيل من الدين بقدر ما يتحصل من هذا التنفيذ وإلا تحمل الدائن نتيجة إعسار المدين إذا أصبح التنفيذ على هذه الأموال غير ممكن بخطئه بقدر ما كان يتحصل من إجراء هذا التنفيذ.

لا يترتب على الدفع بالتجريد منع مقاضاة الكفيل حتى يجرد المدين من أمواله لأن الدفع بالتجريد ليس دفعًا بعدم قبول الدعوى إنما يترتب على تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد وقف إجراءات التنفيذ المتخذة على أمواله وقفًا مؤقتًا إلى أن يتم تجريد المدين من أمواله التي أرشد إليها الكفيل.

وليس المقصود بوقف إجراءات التنفيذ منع الاستمرار فيها فحسب بل أيضًا تعطيل كل أثر لما تم منها وإلغاء ما تم عند الاقتضاء إذا كان عدم إلغائه يضر بالكفيل فيتعين مثلاً إلغاء التنبيه الموجه إلى الكفيل والتأشير بذلك في هامش تسجيله لأن التنبيه وتسجيله يعتبران من إجراءات التنفيذ التي يترتب عليها تقييد حقوق الكفيل في أمواله من يوم التنبيه وكذلك الحجز التنفيذي الموقع تحت يد الغير.

فالدفع بالتجريد لا يمنع إذن الاستمرار في الدعوى المرفوعة على الكفيل ولا من الحكم عليه بالدين بل كل ما في الأمر أن هذا الحكم لا يمكن تنفيذه على الكفيل حتى يجرد المدين من أمواله وهذا لا يمنع بالطبع الدائن من اتخاذ الإجراءات التحفظية في

مواجهة الكفيل كأن يطلب وضع الأختام على أموال تركته إذا مات أو أن يطلب تعيين قيِّم عليه إذا ما اعتراه جنون أوعته وله أن يوقع الحجز التحفظي وأخذ اختصاص بها. لا يقتصر أثر الدفع بالتجريد على وقف إجراءات التنفيذ المتخذة على أموال الكفيل بل يقترن هذا الأثر بإلزام الدائن بالتنفيذ على أموال المدين التي أرشده إليها الكفيل والتي يفترض أنها كافية لسداد الدين بتمامه ويعتبر ذلك حقًا للدائن إزاء المدين وواجبًا عليه إزاء الكفيل فإذا استوفى الدائن دينه كاملاً برأت ذمة الكفيل وإذا حصل لسبب ما – كنقص –قيمتها أو إذا ظهر دائنون عاديون فزاحموا الدائن في الاستيفاء من قيمة الأموال التي أرشد عنها الكفيل – أن الدائن لم يحصل على ما يكفي لسداد دينه بتمامه فإن الكفيل يبرأ بقدر ما استوفاه الدائن من المدين.

أما إذا كان عدم تحصيل الدائن باقي حقه من أموال المدين راجعًا إلى خطأ منه أو إلى تأخره في تجريد أموال المدين كان مسؤولاً عن ذلك وبرأت ذمة الكفيل بالقدر الذي يكون فيه الدائن مسؤولاً وهذا ما نصت عليه المادة (٧٩٠) من القانون المدنى بقولها: في كل الأحوال التي يدل فيها الكفيل على أموال المدين، يكون الدائن مسؤولاً قبل الكفيل عن إعسار المدين الذي يترتب على عدم اتخاذه الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب.

أي أنه إذا ثبت أنه لو لم يتأخر الدائن في تجريد أموال المدين لاستوفى منها حقه كاملاً وإنه بسبب تأخره في ذلك مكن المدين من التصرف في بعض أمواله أو من زيادة ديونه فإن الدائن المكفول دينه يكون مسؤولاً إزاء الكفيل عن القدر الذي لم يستطع تحصيله من أموال المدين بسبب تأخره في اتخاذ إجراءات التجريد وتبرأ ذمة الكفيل بهذا القدر ذاته (م ٧٩٠) من القانون المدنى ويقع عبء إثبات تقصير الدائن على الكفيل.

تجريد المدين من المال المرهون في الدين المكفول:

خول المشرع الكفيل حق طلب تجريد المدين من مال معين ولو كان هذا المال غير كافٍ لوفاء الدين بأكمله ما دام قد سبق تخصيصه لوفاء الدين المكفول حيث نص في م (٧٩١) من القانون المدنى على أنه (إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانونًا أو اتفاقًا لضمان الدين وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه ولم يكن الكفيل متضامنًا مع المدين فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين)

فيجب إذا لكي يستطيع الكفيل التمسك بحكم المادة (٧٩١) من القانون المدنى توافر الشروط الآتية:

١-أن يكون هناك تأمين عيني خصص لضمان الدين فلا يكفي أن يكون التأمين شخصيًا ولا يهم أن يكون المال المحمل بالتأمين العيني منقولاً أو عقارًا ولا أهمية لمصدر التأمين العيني ولا يهم إذا كان التأمين العيني ضامنًا للدين المكفول وحده أو ضامنًا له مع غيره من الديون.

٢-أن يكون التأمين العيني سابقًا أو معاصرًا للكفالة، أما إذا تقرر التأمين العيني بعد الكفالة فلا يلزم الدائن بالبدء بالتنفيذ على المال المحمل به.

٣-أن يكون التأمين العيني مقدمًا من المدين لأن التجريد لا يكون إلا بالنسبة إلى أموال المدين ومما يؤيد هذا الرأي أيضًا الأعمال التحضيرية كما أن المبادئ العامة تقضي باعتبار كل من الكفيل العيني والكفيل الشخصي في مركز واحد لأن التزام كل منهما التزام احتياطي ويجوز لكل منهما أن يدفع بالتقسيم إذا توافرت شروطه.

٤-ألا يكون الكفيل متضامنًا مع المدين لأن الكفيل الذي يتضامن مع المدين ينزل بذلك عن حقه في التجريد فلا يجوز له طلب تجريد المدين من جميع أمواله ولا حتى من المال الذي خصص لوفاء الدين المكفول.

٥-أن يتمسك الكفيل بتجريد المدين من المال المخصص لوفاء الدين المكفول.

يخلص مما سبق أن للكفيل فضلاً عن حقه في إلزام الدائن بتجريد المدين من جميع أمواله التي يرشده عنها الحق في أن يلزم الدائن كذلك بالبدء بالتنفيذ على الأموال المحملة بتأمين عيني سابق أو معاصر لانعقاد الكفالة ويجب على الكفيل في الحالتين أن يتمسك بحقه فكأن الحق الثابت للكفيل بمقتضى م (٧٩١) من القانون المدنى إن هو إلا تطبيق خاص للدفع بالتجريد يقتصر على الأموال المحملة بتأمين عيني وهذا الحق لا يفترق عن الحق العام في الدفع بالتجريد إلا من ناحية أنه لا يلزم فيه أن يكون المال المحمل بالتأمين كافيًا للوفاء بالدين كله إذ يجوز للكفيل أن يلزم الدائن بالبدء بالتنفيذ على المال المحمل بالتأمين أيًا كانت قيمة هذا المال أي ولو لم تكن قيمته كافيًا للوفاء بالدين بتمامه

المطلب الثانى

أحقية الكفيل المتضامن بالدفع بالتجريد

لقد سبق وأن اكدنا ان هناك احقية قانونية للكفيل المتضامن فى عقود المرابحة الاسلامية بالدفع بالتجريد وعدم جواز الرجوع عليه قبل الرجوع على المدين وبينا شروط التجريد واسبابه واننا هنا سوف نعرض لدفعنا الذى ابديناه امام المحكمة فى القضية المعروضة

حيث أننا دفعنا نصا "**عدم جواز الرجوع على الكفيل – المستأنف– قبل الرجوع على المدين – المستأنف ضده ثانيا– وندفع بتجريد المدين قبل الرجوع على الكفيل و بوقف تنفيذ حكم الإلزام فى مواجهه الكفيل حتى يتم تجريد المدين الاصلى**"

وكان هذا مستندا لتفسيرنا لنصوص القانون المدنى حيث أنه نصت المادة ٧٨٨ من القانون المدنى – **(١) لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين (٢) ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل ألا بعد تجريده المدين من أمواله ، ويجب على الكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق .**"

وإن فى دفعنا هذا حق مقرر بمقتضى نص المادة سالفة الذكر حيث لم يكن من المفترض اختصامنا فى الدعوى الاصلية منذ بدايتها قبل أن يتم اختصام المدين الأصلي بدعوى إلزام ويحكم عليه ثم يقوم البنك بالرجوع على المستأنف لكونه كفيل.

وإن كان قد استند فى اختصامه لنا بناء على نص المادة ٧٩٣من القانون المدنى الا أن أستناده قد جانبه الصواب ذلك لان الكفالة التضامنية لا تفترض والشك دائما يفسر لصالح الكفيل حيث كان لزاما على البنك المفترض فيه العلم والذى صاغ العقد ووضع شروطه وبنوده ان يؤكد صراحة فى العقد ان تلك الكفالة تضامنية بنص صريح وهذا لم يحدث بل اعتمد على ذكر كلمة تضامنية فى رأس العقد ٠

وأن هذا لا يفيد ولا يؤكد على ان الكفالة تضامنية لان الطبيعة القانونية للعقود يمكن أن تختلف عن مسمياتها فكثير من العقود تكتب على أنها بيع رغم أنها فى حقيقتها "هبه" فليس من الضروري ان تكون الكفالة تضامنية طالما أنه لم يشترط على ذلك صراحة فى عقد الكفالة او عقد المرابحة نفسه بنص واضح وصريح.

وليس هناك لدى البنك أي شيء يفيد التأكيد على التضامن بين الكفيل والمدين حيث انه لا يجوز التوسع فى تفسير بنود العقد فقد يحدث كثيرا فى العمل أن تتستر الكفالة التضامنية تحت ستار التضامن بين المدينين فيقبل الكفيل الالتزام بصفته مدين متضامن مع أنه فى الواقع ليس مدين ولم يأخذ شيء من الدين[١].

حيث نصت ال**مادة ٢٩٩ من القانون المدنى على أنه "- إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين فهو الذي يتحمل به كله نحو الباقين[٢].**

---

[١] -راجع فى ذلك" د. سليمان مرقس- الوافى فى شرح القانون المدنى – المجلد الثالث – العقود المسماة – عقد الكفالة- بدون ناشر سنة ١٩٩٤ص١٣٩ ٠

[٢] -وهذا ما أكدته ايضا محكمة النقض " نقض مدنى ٢٢ ديسمبر ١٩٨٠ مجموعة احكام محكمة النقض ٣١-٢٥٩١-٣٨٩" ٠

كما أن الكفيل سعى إلي إرشاد البنك بان المدين يمتلك بيت فى ..... مصر وهو الكائن بالعنوان الذى يرسل عليه البنك إعلانات القضية إلا أنه نظرا لسفره خارج البلاد قام بترك هذا البيت لأحد اقاربه ليقطن فيه حتى عودته

كما ان البنك لم يقم باي اجراء قانونى يحافظ من خلاله على أي تأمين عينى او ضمان لمبلغ القرض وتخلف عن اتخاذ اجراءات الرهن الواردة على البضاعة التى يدعى أن المدين الأصلي اشتراها من البنك كما سوف نوضح كما أنه لم يقم بإيقاف سفر المدين حينما أخبره الكفيل ولم يتخذ فى مواجهته اى اجراء كما سوف نبين ايضا. كما أنه – البنك– اضاع بعلم منه مقابل الوفاء الوارد على الدين الأصلي والتزامات المدين التى كان من الممكن أن يتقاضى بموجبها جزء من مستحقات الدين مما يؤكد على احقية الكفيل – المستأنف – فى التمسك بهذا الدفع وبعدم الرجوع عليه او التنفيذ عليه بموجب المواد ٧٩٠ و ٧٩١ من القانون المدنى كما انه يتمسك بكافة دفوعه الاخرى المقررة لصالحه ككفيل والدفوع المقررة للمدين الأصلي فى مواجهه الدائن تمسكا جازما ويقينيا ويقرع بها اذان المحكمة الموقرة .

كما أن هناك كفالة عينيه محدده بموجب عقد المرابحة وهى الرهن الوارد على البضاعة التى يدعى أن المدين اشتراها بأموال القرض وأن البنك رهنها لحسابه فهذا يضعف حق البنك فى الرجوع على كافة اموال الكفيل قبل التنفيذ على هذا الرهن العينى مما يعنى أنه لا يجوز الرجوع على اموال الكفيل قبل استيفاء اموال الدين من المال المرهون لدى المدين الأصلي حيث ورد فى الفقه والقضاء على أنه :–

"والذي يهم في الكفالة هو التزام هذا المدين، إذ أن هذا الالتزام هو الذي يضمنه الكفيل، فيجب أن يكون مذكوراً في وضوح ودقة في عقد الكفالة"[١]

[١]–د.السنهوري–الوسيط– الجزء العاشر–التأمينات الشخصية والعينية – تنقيح وتحديث المستشار أحمد المراغي رئيس محكمة النقض سابقاً–٢٠١٠–ص ٣٨٠ .

كما أن محكمة النقض قضت بأنه " تفسير عقد الكفالة فيما يتعلق بمدى التزام الكفيل يجب أن يكون التفسير ضيقاً دون توسع وعند الشك يكون التفسير لمصلحة الكفيل فيحدد التزاماته في أضيق نطاق تتحمله عبارات عقد الكفالة واستخلاص هذا التفسير وتحديد نطاقه من سلطة محكمة الموضوع لا سلطان عليها في ذلك من محكمة النقض مادام استخلاصها سائغاً لا يخالف الثابت بالأوراق ولا خروج فيه على المعنى الظاهر لعبارات عقد الكفالة"[١].

كما أكدت ايضا ان "التزام الكفيل – متضامناً أو غير متضامن – يعتبر التزاما تابعاً لالتزام المدين الأصلى ، فلا يسوغ النظر فى إعمال أحكام الكفالة على التزام الكفيل قبل البت فى التزام المدين الأصل"[٢]

بالإضافة إلى تأكيدها ان التزام الكفيل متضامناً كان أو غير متضامن – و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو التزام تابع لالتزام المدين الأصلي فلا يقوم إلا بقيامه. التزام الكفيل –متضامناً أو غير متضامن – يعتبر التزاما تابعاً لالتزام المدين الأصلى فلا يسوغ النظر في اعمال احكام الكفالة على التزام الكفيل قبل البت في التزام المدين الأصلي[3].

ومن كل ما سبق يتبين مدى احقية الكفيل المتضامن فى عقود المرابحة الإسلامية الدفع بالتجريد حتى وان كان التزامه تضامنى لكونه ليس بشريك فعلى فى الالتزام كما اكدت محكمة النقض فى احكامها.

---

[١] –الطعن رقم ١١٤٢١ لسنة ٧٥ ق جلسة ٢٠٠٦/٥/٢٣ .

[٢] –الطعن رقم ٨٦٠ لسنة ٤٣ ق ، جلسة ١٩٨٠/٢/١٨ .

[3] –الطعن رقم ١٧١٧ لسنة ٤٩ مكتب فنى ٣٥ صفحة رقم ١٣٤بتاريخ ٠٤–٠١–١٩٨٤ .

المبحث الثانى

سقوط الحق بالتقادم

الدفع بسقوط الحق فى إقامة الدعوى للتقادم من الدفوع الجوهرية والتى تلتزم محكمة الموضوع بالرد عليها كما انها من الدفوع المتعلقة بالنظام العام والتى تقضى بها المحكمة من تلقاء نفسها وإن هذا الدفع المسقط للخصومة ابتداء له وجهان.

الاول وهو سقوط الحق فى إقامة الدعوى من تاريخ استحقاق الدين اى من تاريخ حلول أجال استئداء الديون أما الثانى فهو من تاريخ المطالبة بالدين حين حلول ميعاد الدين دون استيفائه يسقط اجال كافة الديون الاخرى المتبقية مما يكون كامل الدين حال الاداء.

لذلك كانت المطالبة به فورية وعاجله وإننا حتى نوضح هذا تفصيلا فإننا سوف نبينه على النحو الاتى :-

المطلب الاول: التقادم من تاريخ الاستحقاق .

المطلب الثانى: التقادم من تاريخ المطالبة بالدين .

المطلب الاول

التقادم من تاريخ الاستحقاق

يعد تاريخ الاستحقاق من اهم عناصر المطالبة بالدين لأنه بمجرد حلوله بيتم احتساب مدة سقوط الدين بحسب نوع الدين وطبيعته وباعتبار أننا نتحدث عن دين القروض المترتبة على عقود المرابحة والمضمونة بكمبيالات او شيكات بنكية.

فإن ميعاد سقوطها لا يتعلق بالمطالبة الجنائية وإنما يتعلق بأخر إجراء تم للمطالبة بها مدنيا لذلك كان دفاعنا بأنه "**تدفع بسقوط الحق فى طلب الإلزام لتقادم الدعوى لمرور اكثر من ثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق طبقا لنص المادة ٤٦٥ من القانون التجارى رقم ١٧لسنه١٩٩٩**"

حيث إن التمسك بالتقادم يكون فى أى حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف طبقا للمادة ٣٨٧ من القانون المدنى حيث سبق وأن اسلفنا بأن الدين المكفول كان أساسا مضمون بكمبيالات طبقا للبند رقم ٨ من عقد المرابحة والذى ترتب عليه عقد الكفالة وإن احتجاج البنك المستأنف ضده بعقد القرض لا ينفى اصله بكون القرض كان مضمونا بكمبيالات وكانت مستحقه على مواعيد ولم يقم المدين بأدائها للبنك.

مما حل اجالها فكان لزاما أن يطالب البنك بسدادها كما هو وارد فى صحيفه افتتاح الدعوى حيث يتبين للمحكمة الموقرة أن الكفالة وارده على أصل الدين مما يحق معه للمستأنف باعتبار أنه كفيل ان يتمسك بذات الدفوع المقررة لمصلحة المدين الأصلي.

حيث نصت المادة ٤٦٥ من القانون التجارى رقم ١٧ لسنه١٩٩٩ "١- تتقادم الدعاوى الناشئة عن الكمبيالة تجاه قابلها بمضى ثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق.

٢- وتتقادم دعاوى الحامل قبل المظهرين وقبل الساحب بمضى سنه من تاريخ الاحتجاج المحرر فى الميعاد القانونى او من تاريخ الاستحقاق اذا اشتملت الكمبيالة على شرط الرجوع بلا مصاريف "

ومن هنا فإننا نحيل أيضا إلي الطلبات التى سبق وأن قدمناها للمحكمة لضرورتها فى الفصل فى النزاع حيث أننا قد طلبنا فى البند ثالثا من إلزام البنك بتقديم ما يفيد من اتخاذه أي اجراءات قانونية قبل رفع الدعوى ولم تستجب المحكمة لهذا الطلب ولو كانت قد استجابت لتبينت أن البنك لم يقدم ما يفيد قيامه باتخاذ اى إجراءات قانونية.

حيث انه ثابت للمحكمة الموقرة من تقرير الخبراء (ص ٥) أن المدين قد توقف عن السداد فى ٢٠١٣/١/١ وأن البنك قام برفع الدعوى فى ٢٠١٨/٥/٨أى بعد بمرور خمس سنوات وأربعة اشهر من تاريخ الاستحقاق

وكانت المحكمة ثابت امامها طبقا لعقد المرابحة فى البند ٧ من انه "**فى حال الامتناع عن السداد تسقط كافة الاقساط المؤجلة وتكون حالة السداد** " أى أن الاقساط التى يطالب بها البنك مستحقة منذ يوم ٢٠١٣/٣/١ ولم يقم بالمطالبة بها من المدين او من الكفيل من تاريخه. إذ ان المشرع أفرد عقوبة السقوط لإهماله وتراخيه فى طلب السداد بالمبالغ والمتابعة القضائية ولم يقدم ما يفيد قيامه باتخاذ اى اجراءات قانونية قاطعة للتقادم الامر الذى يتوافر معه حق الكفيل بالتمسك بسقوط الدعوى فى مواجهته لكونه كفيلا متضامن وله التمسك بذات الدفوع المقررة لمصلحه المدين الاصلى.

وإن محكمة اول درجه حينما التفتت عن هذا الدفاع كان أمر مخل بحق الدفاع الجوهرى الذى اذا ما تحقق لتغير به وجه الرأي فى الدعوى الامر الذى يقتضى من الهيئة الموقرة إلغاء الحكم المستأنف والقضاء بسقوط الحق فى رفع الدعوى بالتقادم و الغاء الحكم المستأنف للإخلال بحق الدفاع وأن هذا دفاع جوهرى يتمسك به المستأنف تمسكا جازما ويقينيا ويقرع به اذن المحكمة.

ولقد قضت محكمة النقض بانه :-

"**مفاد نص المادة ١٩٤ من قانون التجارة – الملغى- انه إذا انقضت مده الخمس سنوات من اى من المواعيد المبينة بتلك المادة يسقط حق الدائن فى اقامه دوى المطالبة بقيمه الدين لوارد بسند المديونية وقد اوردت المادتان ٣٨٣و٣٨٤ من القانون المدنى اسباب الانقطاع للتقادم ومن بينها المطالبة القضائية والمقصود به هو مطالبه الدائن لمدينه مطالبه صريحه جازمه بالحق قضاء وهو ما يتم بطريق رفع الدعوى لإصدار حكم بإجبار المدين الممتنع عن التنفيذ عن الوفاء بما التزم به خلال تلك المدة والا سقط حقه فى المطالبة به**"[١]

[١] -طعن رقم ٧٨٨٦ لسنه٦٦ق ج ٢٠٠٠/١/٢٠ .

وأنه يتبين للمحكمة الموقرة من هذا الحكم الصادر من محكمة النقض فى احقيتنا فى ابداء هذا الدفع جزاء للبنك لعدم اتخاذه اجراءات قانونية خلال المدة القانونية وهى الثلاث سنوات.

ومن المعلوم ان المادة ١٩٤ من قانون التجارة الملغى كانت ترتب جزاء السقوط فى القانون القديم والتى حذفت وحلت محلها المادة ٤٦٥ من قانون التجارة الحالى مما يؤكد على صحيح ابدائها فى دعاوى الإلزام والمطالبة بالحقوق الواردة على عقود مضمونه بأوراق تجارية مثل الكمبيالة والسند الأذني ما يصبح معه دفعنا جديا وجدير بالنظر للقضاء به.

المطلب الثانى

التقادم من تاريخ المطالبة بالدين

بعد أن بينا أن هناك تاريخ استحقاق الدين لم يلتزم به البنك الدائن بالمطابة بالدين قبل مدينه اصبح لدينا الوجه الثانى من أوجه السقوط وهو من تاريخ المطالبة بالدين.

حيث اننا دفعنا بأنه "سقوط الحق فى رفع دعوى الالزام لمرور اكثر من ثلاث سنوات على تاريخ الاستحقاق طبقا لنص المادة ٤٤٧ من القانون التجارى رقم ١٧لسنه١٩٩٩"

حيث نصت المادة ٤٤٧ من القانون التجارى رقم ١٧لسنه ١٩٩٩ "١- تسقط حقوق حامل الكمبيالة قبل المظهرين والساحب وغيرهم من الملتزمين ما عدا القابل بمضى المواعيد المعنية لأجراء ما يلى :-

أ-تقديم الكمبيالات المستحقة الوفاء لدى الاطلاع أو بمده معينة من الاطلاع

ب-عمل احتجاج عدم القبول او احتجاج بعدم الدفع

ج-تقديم الكمبيالة للوفاء فى حالة اشتمالها على شرط الرجوع بلا مصاريف.

٢- ومع ذلك لا يفيد الساحب من هذا السقوط الا إذا اثبت أنه اوجد مقابل الوفاء فى ميعاد الاستحقاق وفى هذه الحالة لا يبقى للحامل الا الرجوع على المسحوب عليه

٣-وإذا لم تقدم الكمبيالة للقبول فى الميعاد الذى اشترطه الساحب سقطت حقوق الحامل فى الرجوع بسبب عدم القبول وعدم الوفاء على السواء الا اذا تبين من عبارة الشرط أن الساحب لم يقصد منه سوى إعفاء نفسه من ضمان القبول وحده

٤- إذا كان المظهر هو الذى أشترط فى التظهير ميعادا لتقديم الكمبيالة للقبول فله وحده الافادة من هذا الشرطة "

وإن هذا النص يوضح لنا سبب ووجه اخر من اوجه السقوط وهو المؤكد على طلبنا الذى ابدى امام محكمة اول درجة لكونه طلب جوهرى فى وجوب إجراء بروتستو عدم سداد وعدم قبول حيث يتبين من النص سالف الذكر أن القانون استلزم على حامل الكمبيالة والتى صدرت لمصلحته ان يقوم بإجراء البروتستو بنوعيها فى المواعيد المقررة قانونا وإلا يسقط حقه فى طلب الالزام سواء قبل المدين الأصلي او قبل المستأنف باعتبار أنه كفيل وله كافه الحقوق فى التمسك بكافه الدفوع التى يدفع بها المدين الأصلي.

وأن الهيئة الموقرة لهى على بينة وعلم أكثر من الدفاع بمدى السقوط البين فى هذه الحالة والذى يتضح به أن حكم محكمة اول درجه قد خالفة تماما تطبيق القانون واخلت بحق الدفاع اخلالا جوهريًا لو كان قد تحرى من طلبنا لتغير به وجه الرأي فى الدعوى.

ولقد قضت محكمة النقض فى هذا الشأن بانه:-

"إهمال حامل الورقة التجارية فى عمل بروتستو عدم الدفع وفى اتخاذ اجراءات المطالبة خلال الفترة التى حددها قانون التجارة لا يسقط حقه فى الرجوع على المدين فقط دون الرجوع على الضامنين او الكافلين او المظهرين للورقة التجارية"[1]

كما قضت أيضا :-

" لقد قرر المشرع جزاء السقوط نتيجة لإهمال حامل الورقة التجارية يستفيد منه المظهرون والضامنون وحدهم فقط دون غيرهم"[2]

الامر الذى يتضح معه احقية الكفيل قبل البنك بالتمسك بسقوط الحق فى رفع الدعوى للوجهان السابقان و بطلان الحكم المستأنف لإخلاله بحق الدفاع فى أمر جوهرى لو كانت المحكمة تحققت منه لتغير به وجه الرأي بالدعوى مما يؤكد على دفاعنا السابق بعدم جواز نظر الدعوى لرفعها بغير الطريق الذى رسمه القانون وعدم قبولها لرفعها على غير ذى صفه وسقوط الحق فى رفعها لعدم رفعها فى الميعاد.

وجدير بالذكر أن ننوه إلي الهيئة الموقرة رغم اننى على يقين أن الهيئة الموقرة ليست فى حاجه إلي هذا التنويه ان التقادم هنا يتوافر ويثبت فى حق الكفيل حتى ولو انقطع فى حق المدين الأصلي فإن التقادم يظل يسرى فى حق الكفيل طبقا لما قضت به محكمة النقض، وأنه من الجدير بالذكر أن ننوه على أن الدفع بالتقادم متوافر بالوجهين السابقان ذلك لأن الدين المكفول ليس بكفالة مدنية وإنما كفاله تجاريه كما هو مبين بنص المادة ٧٧٩ من القانون المدنى لكون الكفالة كان احتياطيه على أوراق تجارية وهى الكمبيالات[3].

---

[1]-الطعن رقم ٨١لسنه٣٤ق – جلسة ١٩٦٧/٦/١٥- مكتب فنى ١٨- ج٣- ص ١٢٧٥ .

[2]-نقض ٣١ مارس ١٩٧٣ أحاكم نقض٢٤ ص ٥٣٢ .

[3]-نقض مدنى ٦ يونيو سنه ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٧ ص ٢٣٩- سليمان مرقس فقرة ١٤٠.

الفصل الثالث

بطلان الكفالة وبراءة ذمة الكفيل

البطلان يعد من اهم نظريات قانون المرافعات والتى بتثبت فيها عدم الاحقية الاجرائية المتبعة من الخصم قبل او اثناء نظر الدعوى ويمكن ان يكون البطلان لاحق على صدور الحكم مما يترتب عليه إلغائه او الامر بوقف تنفيذه.

مما يعنى أن البطلان يمثل الدفوع الموضوعية العامة التى تمس أصل الحق والتى يجب ان يكون المحامى حريص فى حال قيامه بالدفع به حيث يجب أن يتم تأسيسه بشكل قانونى دقيق ويتم تأصيله على اسباب واقعية مطروحة فى النزاع المعروض على المحكمة.

وإن كنا هنا قمنا بالدفع بالبطلان طبقا لمفهوم القانون المدنى وهو الدفع الجوهرى الذى يجب ان تبحثه المحكمة وان ترد عليه بوضوح فى حكمها ذلك لان إغفال التسبيب يعد قصور بين فى الحكم خاصة لما يترتب عليه من سقوط الحق كجزاء على الطالب وبراءة ذمة المطالب به.

وإننا حتى لا نطيل وننتقل للشرح التفصيلى فإننا سوف نبحث هذا الفصل الاخير من بحثنا على النحو التالى:-

المبحث الأول: براءة ذمة الكفيل من الالتزام المكفول

المبحث الثانى: بطلان عقد الكفالة المرتبط بعقد المرابحة

المبحث الأول

براءة ذمة الكفيل من الالتزام المكفول

الاصل فى الالتزام هو ثبوت الدين أما إذا كان الدين غير مثبت او شابه بطلان تبراء ذمة الملتزم به وإن ذمة الكفيل مستقله عن ذمة المدين أن كان فى الاساس ان براءة ذمة المدين تعنى براءة ذمة الكفيل.

إلا أنه يمكن أن تبراء ذمة الكفيل وحده دون المدين وذلك لأكثر من وجه واكثر من سبب حيث أن الاساس فى الكفالة ان تكون قاصرة فى حدود ما وقع عليه الكفيل من أنه التزم به دون غيره .

كما أن الشك فى الكفالة يفسر لمصلحة الكفيل ولا يجوز تحميل الكفيل التزام إضافي على التزاماته حتى ولو كان المدين ملتزم به فالكفالة الاساس فيها هو التزام الكفيل فى حدود كفالته .

وإننا سوف نبين أوجه براءة ذمة الكفيل تفصيلا على النحو التالى:-

المطلب الاول: براءة ذمته لسقوط الحق فى الرجوع عليه.

المطلب الثانى: براءة ذمته لوجود ضمان اخر.

المطلب الثالث: براءة ذمته لإضعاف الضمانات بفعل الدائن.

المطلب الاول

براءة ذمته لسقوط الحق فى الرجوع عليه

لقد دفعنا امام المحكمة تفصيلا الدفع التالى:-

"ندفع ببراءة ذمه المستأنف – الكفيل – من الالتزام المكفول طبقا للمادة ٧٨٥ لسقوط حق المستأنف ضده أولا- البنك- فى الرجوع عليه"

لقد **نصت الماهد ٧٨٥ /٢ من القانون المدنى على انه " على أن ذمة الكفيل تبراء إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات القانونية ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا"**[١]

وإن فى هذا النص استفادة كبيره للمستأنف فيا حضرات المستشارين الاجلاء كلنا يعلم المقولة المشهورة وهى " الضامن غارم" الامر الذى يتضح معه للمحكمة الموقرة سبب تمسكى بكل خيط قد يدفع المسئولية عن المستأنف وان كنت أنا نظرا لقرابه الأخوة التى بينى وبين المستأنف فإنني شاهد على تلك الواقعة منذ ان نمى إلي علمى بها وبتفاصيلها ٠

فلم يقصد المستأنف من القيام بذلك العمل الاحمق فى ضمان شخص غير مأتمن إلا ظنًا منه انه كان يساعده على الزواج وكانت البنوك ومن ضمنها بنك البركة كان لازال حديث العهد فكان يعطى قروض اجتماعيه دون أي ضمانات او بمقابل ضمانات واهية وغير جدية حتى انه يتراخى فى الرجوع عليهم لسنوات طويلة مما يفترض معه المنطق القانونى أن توضع إدارة ذلك البنك امام المسائلة الجنائية لجرائم إهدار المال العام

وكان يستغل الكثير من الشباب الجاهل وغير الواعى بأخذ هذه القروض بضمانات ميسرة وتسهيلات فى السداد فكان فيه إغراء لهم لكن المستأنف يؤخذ على حسن مقصده وسلامة نيته فى أنه ضمن المستأنف ضده ثانيا ليسانده على الزواج رغم انه لازال صغيرا وغير موسر ولا يعمل ولايزال والده ينفق عليه فى حينه وكان لازال طالبا ايضا ولم يحصل على اى منفعة لنفسه وكان البنك على علم بهذه الامور ورغم ذلك قبل كفالته بالمخالفة لأحكام قانون البنك المركزى.

الامر الذى يؤخذ فى عين الاعتبار ويواجه به البنك نظرا لتقصيره ولعدم حفاظه على حقوق واموال عملائه وقيامه بإعطاء قروض دون ضمانات وخالف تعليمات البنك

---

[١] –راجع نص المادة ٧٨٥ من القانون المدنى المصرى٠

المركزى و قانون البنك المركزى وفى النهاية يأتى لكى يطالب بحقه من المستأنف لكونه لا طاقه له بالمدين الأصلي ثم وبعد ان مر زمان على هذا الامر منذ عام ٢٠٠٨ حتى مطلع عام ٢٠١٧ أي بعد إحدى عشر عام من عقد الكفالة وبعد مرور أكثر من اربع سنوات منذ ان توقف المدين عن السداد علم الكفيل بعدم التزام المدين من الوفاء بدين القرض.

وكان ذلك فى شهر يونيه لعام ٢٠١٧ ذهب الكفيل لفرع البنك المستأنف ضده اولا بمصر الجديدة وحاول الوقوف على حقيقة الامر وتقابل مع المحاسب القانونى لدى البنك الا ان البنك لم يقبل اى تسوية ولم يقم بتوضيح الصورة بشكل لائق للكفيل وقمنا بمقابلة مع رئيس قلم المديونيات بالبنك " الاستاذ / ....." إلا أنه رفض أي حلول دون سداد كامل المبلغ رغم ابلاغه بأن الكفيل لا يقدر على هذا المبلغ فهو ليس شريك للمدين وعليهم اتخاذ اللازم لمنع المدين من السفر خارج البلاد و أعلمه المستأنف انه غير مسئول وان عليه الرجوع على المدين الأصلي وإلا يتحمل هو – أي البنك– عقبات فعلته ٠

الامر الذى حدى بالبنك المستأنف ضده اولا بمحاولة عمل الانذار المقدم فى حافظة المستندات المقدمة منهم الا انه اتخذ إجراءات رفع الدعوى بعد مرور حوالى ٩ أشهر من تاريخ إخطارهم بشكل رسمى و مباشر داخل فرع البنك الكائن بمصر الجديدة شارع الميرغنى لإبراء ذمة الكفيل الا انهم لم يحركوا ساكنا وقاموا برفع الدعوى كما هو مبين فى شهر ٢٠١٨/٥ أي بعد مرور ما يكثر عن ٩ أشهر من تاريخ علمهم عن طريق الكفيل أن المدين قد هرب وخرج من البلاد من مستهل عام ٢٠١٧.

نظرا لحصوله على عقد عمل فى دوله الكويت وأنه لن يعود إلى القاهرة قبل ٧ سنوات منذ عام ٢٠١٧ وعليهم أن يتخذوا الاجراءات القانونية ضده الا أنهم رفضوا الرد عليه ورفضوا أن يتعاونوا مع عرض المستأنف فى شأن تسوية الدين وكانت مقابلتهم فى غاية السوء ولاحوا بالتهديد تجاهه وكل هذا مثبت بموجب الخطاب المقدم

صورته فى حافظة مستنداتنا الموجة من الكفيل إلي البنك ينبهه باتخاذ الاجراءات القانونية الا انه تراخى فى اتخاذ إجراءاتها.

الأمر الذى تتبين منه المحكمة الموقرة بعد علم الكفيل من هروب المدين وتنصله من التزاماته منذ عام ٢٠١٣ وكان البنك على علم ولم يحرك ساكنا ومحاولة الكفيل فى تسوية الامر فى عام ٢٠١٧ وإبلاغهم بقيام المدين بالهرب خارج البلاد وعليهم سرعه اتخاذ الاجراءات القانونية لمنعه من السفر خاصة أنه لم يترك أي ضمانات جديده تؤكد حسن نيته الا أن البنك تراخى فى اتخاذ تلك الإجراءات.

حتى أن دليلنا فى ذلك هو إفاده اخت المستأنف ضده ثانيا على المحضرين أثناء الاعلانات أنهم يتقابلوا معها وتفيد بسفره خارج البلاد وانه غير متواجد بالمنزل وهى ترفض استلام الإعلانات حتى أنه لا توجد اموال تركها باسمه لا فى حسابه لدى البنك المستأنف ضده اولا ولا فى أي بنك اخر.

ولا حتى عقارات أو اصول الا أنه قام بأخذ القرض فى صوره سلع استهلاكية وقام ببيعها وربح ثمنها وتنصل من التزاماته من البنك حتى أنه كان يحمل الكثير من كروت الفيزا كارت الخاصة بذلك البنك وببنوك أخرى وكان يقوم باستخدامهم ولم يعترض البنك المستأنف ضده اولا ولم يطلب منه ضمانات.

فكيف يا حضرات المستشارين أن يستقيم الامر فى طلب البنك المتخاذل والمتراخى فى إلزام بسداد مبلغ القرض الذى هو بنفسه من ساهم فى ضياعه بمساهمة إجابيه ومتعمده من قبله تجاه المستأنف ضده ثانيا الامر الذى تتبين منه المحكمة الموقرة فى احقيه المستأنف فى تمسكه بهذا الدفع وبانطباقه عليه وهذا مستفاد من ظروف ودلالات الواقعة المبينة أمام عدلكم فى اوراق القضية.

فلو كان لدى البنك المستأنف ضده أي دليل على قيامه باتخاذ أي ضمانات أو إجراءات ضد المستأنف ضده ثانيا المدين لكان قام بتقديمها الا انه لم يفعل وهذا يفسر عدم تقديمة لأى اجراءات قانونية قام باتخاذها قبل رفع الدعوى بناء على طلبنا

الذى طلبناه امام محكمة اول درجه الامر الذى يستفاد منه تراخى البنك وإهماله الذى يجب ان يعاقب عليه ويتحمل تبعاته

فهذا ما كسبته يدى البنك وما جناه من عمله الامر الذى يقتضى مع عدلكم القضاء ببراءة ذمة المستأنف ذلك لفوات اكثر من سته اشهر على انذار البنك فى اتخاذ اجراءاته ضد المستأنف ضده وعدم تقديم المدين أي ضمانا جدية للكفيل مما يبرء ذمه المستأنف قانونا مما يترتب بعدم جواز الرجوع عليه لبراءة ذمته وسقوط حق المستأنف ضده أولا البنك فى الرجوع عليه لفوات المدة القانونية.

كما أن نصوص اتفاق عقد الكفالة فى البند خامسا أكد على أن البنك فى حالة وجود أخلال بالالتزام المكفول **أن يسقط عقد الكفاله** وسقوط عقد الكفالة هو لفظ مفهوم ومحدد لمصلحة المستأنف من انتهائه وعدم أحقية البنك فى الرجوع عليه.

حتى أن البنك أوضح فى انه إذا طلب ألزام الكفيل بسداد الالتزام بان يخطره بخطاب موصى عليه بعلم الوصول ويقوم المستأنف بسداد الاموال خلال شهر ومر على سقوط الالتزام أكثر من ٥ سنوات سقط بهم الالتزام الأصلي.

ولم يخطر البنك لا الكفيل ولا المدين بسداد الالتزامات ولم يقدم ما يفد قيامه باتخاذ هذه الإجراءات امام المحكمة الموقرة الامر الذى يضحى معه اعتراف بين من البنك و المدين بسقوط الكفالة وعدم الأحقية فى الرجوع على الكفيل.

المطلب الثانى

براءة ذمته لوجود ضمان اخر

ندفع ببراءة ذمه المستأنف – الكفيل– من الالتزام المكفول لتوافر مقابل وفاء لدى البنك المستأنف ضده الأول ضمانا لمبلغ القرض المستحق قبلة واستحقاقه وقت الاتفاق على القرض من المستأنف ضده ثانيا ووجود ضمان عينى ورهن على المنتجات محل عقد القرض

الوجه الاول:- مقابل الوفاء:

لقد نصت المادة ٧٨٣ من القانون المدنى على أنه " إذا قبل الدائن أن يستوفى فى مقابل الدين شيئا آخر برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء"

حيث مفهوم وعناصر النزاع المعروض نزاع مدنى مضمون طبقا **للبند ١٣ من عقد المرابحة والخاص ب:-**

" برهن المنتجات المشتراه من المدعى عليه الاول والتى سدد ثمنها البنك المستأنف ضده على ن يكون للبنك حق امتياز للرهن والحجز عليها فى حال عدم السداد"

وإن هذا مطابق لنص المادة ٧٧٤ من القانون المدنى وهو ان يقدم تعويضا عينيا بدلا من الكفيل وهذا واضح من نص المادة ١٣ من العقد اذ ان الرهن الوارد بنص العقد يتبين منه انه بمثابه تعويض عينى بديلا عن الكفالة كان من الممكن إن تحققه محكمة اول درجة وان تلزم به المستأنف ضده ثانيا بان يؤديه قبل البنك المستأنف ضده اولا"

الأمر الآخر وهو وجود **مقابل الوفاء :-**

حيث نصت المواد من قانون التجارة رقم ١٧لسنه١٩٩٩ على انه:-

مادة ٤٠١:

على ساحب الكمبيالة أو من سحبت لحسابه أن يوجد لدى المسحوب عليه مقابل وفائها ويسأل الساحب لحساب غيره قبل مظهرى الكمبيالة وحاملها دون غيرهم عن ايجاد مقابل الوفاء.

مادة ٤٠٢:

يعتبر مقابل الوفاء موجوداً اذا كان المسحوب عليه مديناً للساحب أو للآمر بالسحب فى ميعاد استحقاق الكمبيالة بمبلغ من النقود مستحق الأداء ومساو بالأقل لمبلغ الكمبيالة.

مادة ٤٠٣:

١- يعتبر قبول الكمبيالة قرينة على وجود مقابل الوفاء لدى القابل. ولا يجوز نقض هذه القرينة فى علاقة المسحوب عليه بالحامل.

٢- وعلى الساحب وحده ان يثبت فى حالة الانكار سواء حصل قبول الكمبيالة أم لم يحصل أن المسحوب عليه كان لديه مقابل الوفاء فى ميعاد الاستحقاق . فاذا لم يثبت ذلك كان ضامنا للوفاء ولو عمل الاحتجاج بعد الميعاد المحدد قانوناً. فإذا اثبت الساحب وجود المقابل واستمرار وجوده حتى الميعاد الذى كان يجب فيه عمل الاحتجاج برئت ذمته بمقدار هذا المقابل ما لم يكن قد استعمل فى مصلحته.

وبمطالعة الاوراق وعقد المرابحة يتضح انه منصوص فى عقد المرابحة **البند ٨ منه** أن البنك يضمن ديونه قبل المدين بكمبيالات وأن المدعى عليه الاول ملتزم بأن يفتح حساب لدى البنك الامر الذى تتحقق به القرينة المنصوص عليها فى القانون وهو توافر مقابل الوفاء فلما لم تطلب المحكمة قبل الحكم بالإلزام أن يتم الحجز اولا على مقابل الوفاء حتى لا يتم استيفاء الديون المقررة اكثر من مرة اذ ان فى هذا الامر عيب

واضح وظاهر من خطأ فى تطبيق القانون وقصور بين فى التسبيب والبيان مما يستوجب إلغاءه.

الوجه الثانى :- وجود ضمان عينى ورهن على المنتجات محل عقد القرض

كما أن هناك ضمان عينى يتقدم فى استنفاذه قبل الرجوع على الكفيل وهو طبقا للبند **رقم ٩ من عقد المرابحة والذى يفيد ان البنك يمكن ان يتخذ إجراءات قانونية فى حالة عدم التزام الكفيل طبقا للبندان ٥و١٣ من عقد المرابحة** إلا ان البنك المستأنف ضده اضاعه بعدم اتخاذ إجراءات الرهن عليه او شهرها او الحجز عليها منذ حلول الدين مما اضعف التأمين العينى بإهمال من البنك.

وهذا يفيد وجود ضمانا عينيا اخر يمكن الرجوع عليه بدلا من الكفالة كما ان البنك المستأنف ضده اشترط على احقيته فى الحجز على اموال الكفيل او اموال المدين سواء الموجودة فى حساباتهم لديه أو فى أي بنوك اخرى مما يثبت ان هناك مقابل وفاء لهذا الدين كان يمكن ان يستحق وان لا يكون للبنك المستأنف ضده اولا احقيه فى الرجوع على الكفيل مما يبرء ذمته ويقضى بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء ببراءة ذمة الكفيل.

المطلب الثالث

براءة ذمته لإضعاف الضمانات بفعل الدائن

ندفع ببراءه ذمه المستأنف - الكفيل – من الالتزام المكفول طبقا لنص المادة ٧٨٤ مدنى :

لقد نصت المادة ٧٨٤ من القانون المدنى على انه " تبرأ ذمه الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات٠ ويقصد بالضمانات فى هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة وكل تامين مقرر بحكم القانون " ٠

فإنه يتبين للمحكمة الموقرة أن رجوع البنك على الكفيل لكون الكفيل قام بضمان الالتزام الذى استفاد به وانتفع والزم به المدين الأصلي ولكن يا حضرات المستشارين فهناك الكثير من القول الذى يغص فى صدري واود أن اخرجه للهيئة الموقرة وذلك لثقتى فى سيادتكم وفى حكمكم العادل وقراراتكم الرشيدة.

هل حالة القضية المنظورة وحالة الاوراق التى بنى عليها عقد القرض و الكفالة والاموال التى انفقت من البنك إلي المدين هل تستقيم مع العقل والمنطق ؟

فكيف يمكن لبنك لديه إدارة قانونية ومستشار قانونى ومحاسبين وماليين واقتصاديين وخبراء ويفترض فيهم جميعا العلم بالقانون خاصة وانه الطرف المتعاقد القوى والطرف المحترف أن يقوم بإصدار قرض بهذا الوضع.

فلقد قام البنك – المستأنف ضده اولا– بإصدار قرض للمدين –المستأنف ضده ثانيا– دون اى ضمانات عينية او رهن او عقارات او حسابات فى البنوك او عمل ثابت ومؤمن عليه فيه سواء كان خاص أو حكومى.

فكيف يمكن ان يقبل العقل والمنطق هذا فأين تصرفات هذا البنك فى إصدار القرض فى تعليمات البنك المركزى وقانون البنك المركزى فلقد خالف البنك كافه النصوص طبقا للمواد٥٢،٥٠،٤٠، ٥٧ و ٦٣ من قانون البنك المركزى كما أنه خالف المواد١٧ ، ١٩ و٢٠ من اللائحة التنفيذية من قانون البنك المركزى وإنني لست فى حاجة لذكر هذه المواد فالمحكمة الموقرة اعلم منى بها[١].

ثم تأتى الطامة الكبرى أن البنك – المستأنف ضده اولا– يقوم بأخذ ضمان وهو رهن هذه المنقولات محل عقد المرابحة لصالحة وأنه يكون له عليها حق امتياز

---

[١] –من الجدير بالذكر ان وقائع نظر هذه القضية كانت قبل صدور قانون البنك المركزى والجهاز المصرفى رقم ١٩٤ لسنة٢٠٢٠ لذلك كان استنادنا على المواد المذكورة فى القانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ وسوف نوضح التفرقة فى نصوص المواد بين القانونين فيما بعد ٠

كما هو مبين من نصوص العقد طبقا للبند رقم ١٣ من عقد المرابحة والذى سوف يتم ذكره فى الدفع التالى.

فإذا كان مبلغ المرابحة مضمون برهن على المواد التى قام المستأنف ضده الثانى بشرائها فلما لم يحجز عليها البنك الا انه يتضح للهيئة الموقرة انه لم يقم باي إجراءات لتسجيل أو إثبات هذا الرهن مما يدل على أنه قام بإضاعة الضمانات التى كانت تحت يديه من بداية القرض.

كما ان المدين التزم بفتح حساب لدى البنك طبقا لبنود عقد القرض الا انه لم يقم ولم يحرك البنك ساكنا حيال ذلك ولم يلزمه بفتح هذا الحساب ولم يقم باتخاذ أي إجراء قانونى حيالها مما يفيد ان البنك اضاع هذا الضمان ايضا.

كما انه هناك مقابل وفاء كما اوضحنا فى الدفع السابق الا أن البنك المستأنف ضده أولا لم يحصل عليه ولم يضمن وجوده ولم يتمكن من التنفيذ عليه وهذا خطأه فلا يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون حيث ان دين الكمبيالات كان يجب أن يكون مضمون بمقابل وفاء الا أن البنك المستأنف ضده اولا لم يفعل مما اضاع هذا الضمان أيضا.
كما أن هناك ضمان عينى يتقدم فى استنفاذه قبل الرجوع على الكفيل وهو طبقا للبند **رقم ٩ من عقد المرابحة والذى يفيد ان البنك يمكن ان يتخذ إجراءات قانونية فى حالة عدم إلتزام الكفيل طبقا للبندان ٥ و١٣ من عقد المرابحة** إلا أن البنك المستأنف ضده اضاعه بعدم اتخاذ إجراءات الرهن عليه او شهرها او الحجز عليها منذ حلول الدين مما اضعف التأمين العينى بإهمال من البنك٠

والغريب أيضا أن البنك قام بضمان دينه بمجموعة من الكمبيالات والتى لم يحرك ساكنا وهو يرى انها تسقط بمضى المدة ولم يتخذ أى إجراء قانونى يحول دون سقوط هذه الكمبيالات بمضى المدة بموجب نصوص القانون الصريحة والتى لا جدال فى شأنها حتى انه لم يتخذ ضمانات تسمح له بالرجوع الجنائى قبل المدين مما اضعف التأمينات المتخذة على القرض تماما.

ثم ناتئ لضمان الكفيل ذاته فهو ايضا ضمان باطل لاوجه البطلان العديدة والكثيرة التى سوف نبينها للمحكمة الموقرة فى الدفوع اللاحقة والتى بيناها فى دعوى البطلان الاصلية التى اقمناها وتحدد لنظرها جلسه ٢٠٢٠/٣/١٦ امام الدائرة ١١ اقتصادي حتى ان الكفيل لا تتوافر فيه الشروط القانونية للكفالة من اليسار والعمل وغير مؤمن عليه وليس لديه مال منقول او عقارات او حسابات حتى أنه كان لازال طالبا ولم يتخرج بعد اثناء توقيعه لعقد القرض وليس مؤمن عليه من أي جهة وليس له دخل او محل عمل فكيف يمكن أن تقبل كفالته اصلا.

لكل هذه الوجوه وغيرها من وجوه البطلان التى تبطل الكفالة ذاتها وما اسلفناه تتبين منه المحكمة الموقرة مدى إهمال البنك المتعمد والواضح فى اتخاذ إجراءات جاده قبل إصدار هذا القرض مما اضاع أي ضمان كان للبنك الرجوع من خلاله على المدين مما يثبت الحق فى براءة ذمة الكفيل من المحكمة الموقرة.

المبحث الثانى

بطلان عقد الكفالة المرتبط بعقد المرابحة

وفى دراسة المبحث الثانى للفصل الثالث نستعرض فيه أوجه البطلان التى شابت عقد المرابحة والتى يترتب عليها بالطبع بطلان الالتزام المكفول مما يبرأ ذمة الكفيل والمدين معا وعلى الاخص بطلان عقد الكفالة ذاته الائم على عقد المرابحة.

حيث انه يمكن ان تبرأ ذمة الكفيل دون المدين كما بينا فى المبحث السابق من دفوع تبرء ذمة الكفيل وحدة وانما هنا نبين اوجه الرأي القانونى القائمة على بطلان عقد الكفالة ذاته لكونه مرتبط بعد المرابحة.

أوجه بطلان عقد المرابحة لكونه شابه الكثير من العيوب القانونية التى يمكن أن يتمسك بها المدين الأصلي فى مواجهة البنك الدائن وهى ايضا من حق الكفيل أن يتمسك بها فكل ما يحق للمدين الدفع به يكون للكفيل الحق بالتمسك بإبدائه.

وإننا سوف نبحث هذه المسألة فى المطالب التالية:-

المطلب الاول: عدم توافر شروط الكفالة .

المطلب الثانى: بطلان العقد لعيوب الإرادة .

المطلب الثالث: بطلان الالتزام المكفول .

المطلب الاول

عدم توافر شروط الكفالة

الكفالة فى حد ذاتها لها مجموعة من الشروط التى يجب أن تتوافر فى شخص الكفيل وإلا تكون هذه الكفالة غير مستوفية الشكل القانوني ولذلك وبفحص اوراق القضية ، قمنا بالدفع الآتي :-

ندفع ببطلان عقد الكفالة المرتبط بعقد المرابحة لإعسار الكفيل وعدم توافر شروط الكفالة فى حقه :

إنه لمن الجدير بالذكر أن نبين أمام الهيئة الموقرة ان القصور فى البيان متمثل فى قيام الحكم الكفيل بمجرد عرض أسماء الخصوم ووقائع الدعوى وعدد من أحكام محكمة النقض دون ان يبين وجه الاستناد القانونى الذى على اساسه ادعى صدور الحكم حيث لم بين فى توضيح بيانه أنه قام الكفيل بالحضور وقدم مذكرة طلبات وطلب تنفيذ عدد من التصاريح الهامه والجوهرية والتى متى تحققت سوف يتغير بها وجه الرأي فى الدعوى لم يرد أن يتحرى الدقة القانونية اللازمة والمفروضة لمقتضيات تطبيق العدالة الدستورية بين المتقاضين فى بالنظر فى مضمون دعوى البطلان التى يواجهها عقد الكفالة والتى يمكن أن تؤدى إلى بطلان الحكم المستأنف نفسه الامر الذى يصيب الحكم المستأنف بالقصور فى البيان مما يستوجب إلغاءه.

وبمتابعة النظر إلى واقعات واسباب الحكم المستأنف نجد أنه شابه القصور البين فى البيان وفى التسبيب من حيث أنه لم يعرض فى حضور دفاع المستأنف

اثناء تداول الجلسات من اثبات طلبات وهو اغفلها ولم يوضح اسباب الالتفات عن تلك الاسباب وما اوجه النظر فى رفضها

كما أنه اقتصر القول فى الزام المستأنف بالمبلغ محل الحكم المستأنف فقام على سند من القول فى تواجد عقد الكفالة وأن هذا يدعونا للعودة مرة اخرى لما سبق وأن اوضحناه للهيئة الموقرة اننا طلبنا التصريح باستخراج شهاده من واقع جدول مدنى محكمة شمال القاهرة الابتدائية عن القضية رقم ٠٠٠٠لسنة٠٠٠ مدنى كلى شمال القاهرة

وهذه الدعوى متعلقة ببطلان عقد الكفالة وانه كان مستوجب على المحكمة ان تقضى بوقف الدعوى تعليقا قبل الفصل فى موضوعها لحين الانتهاء من تلك الدعوى لعل ان يصدر حكم ببطلان العقد سوف يترتب عليه تغير وجه الرأي فى الدعوى الامر الذى يتمثل فى الاخلال بحق الدفاع.

خاصه وأنه خالف النصوص الصريحة فى القانون من حيث أن القانون فى نص **المادة ٧٧٤ من القانون المدنى اشترط أن تتوافر فى شخص موسرًا ومقيمًا فى جمهورية مصر العربية وله أن يقدم عوضا عن الكفيل تامينا عينيا كافيا**٠إلا أنه بمطالعة الحكم المستأنف افاد بالزام المستأنف بصفته كفيلا كما هو مبين فى صدر ص ٤ من الحكم المستأنف دون أن يتأكد من صحة عقد الكفالة وان كان يجب ان يبحث فى صحة الكفالة قبل القضاء بها خاصة اذا ما تبين امامه انه يوجد نزاع فى صحتها الامر الذى يعيب الحكم بالقصور فى التسبيب والبيان٠

كما أنه لم يبين ظروف الكفالة فلم يتأكد من صحة إجراءات البنك المستأنف ضده من عمليات الائتمان التى يقوم بها رغم انه ملزم بان يتحرى الدقة فى عمليات ائتمانه طبقا لقانون البنك المركزى.

كما أن المستأنف حينما قام بإبرام عقد الكفالة لم يقدم ما يفيد انه يعمل او لديه اموال او حسابات لدى البنك او غيره من البنوك حتى انه غير مؤمن عليه حتى انه كان لازال طالبا مما لا تنطبق فى حقه شروط الكفالة الصحيحة[١].

فكيف يستقيم هذا مع ما قررته احكام المواد ٤٠ و٥٧ من قانون البنك المركزى رقم ٨٨لسنه٢٠٠٣ وأيضا بالمخالفة لنص المادة ١٩ من اللائحة التنفيذية للقانون وكل هذا محل نظر فى دعوى البطلان المحدد لنظرها جلسة ٢٠٢٠/٣/٢ مما يفيد ان المنازعة جدية وحقيقية مما يقضى طبقا للقانون بطلان عقد الكفالة وينفى صفة المستأنف فى الدعوى أصلا.

حيث نصت **المادة57 من قانون البنك المركزى على أنه:-**

" يشترط لتقديم الائتمان للعميل أن يكون حسن السمعة ولديه موارد ذاتية كافية وتثبت الدراسة كفاية التدفقات النقدية المتوقعة لأنشطته للوفاء بالتزاماته، وللبنك فى الاحوال التى يقدرها ان يطلب من العميل تقديم ضمانات إضافية سواء عينيه او من أي طبيعة اخرى يقبلها البنك وتبين اللائحة التنفيذية معاير تقيم تلك الضمانات التى تقدم للبنك عما يعطيه العميل من التمويل والتسهيلات الائتمانية كما تبين الضوابط اللازمه لتطبيق أحكام هذه المادة، ولا يجوز تجديد او تعديل ائتمان قبل مصادقه العميل على ارصده التمويل والتسهيلات الائتمانية المقدمة له من البنك"[٢].

كما نصت المادة **٦٣ من ذات القانون على** انه " يضع مجلس إدارة كل بنك قواعد تقديم الائتمان للعملاء والإجراءات التى تتبع للتأكد منى الجدارة الائتمانية وصحة المعلومات المقدمة و إجراءات إتاحة هذا الائتمان ، ونظام الرقابة على استخدامه"[٣]

---

[١] -دكتور/ عبد الرزاق السنهورى -الوسيط فى شرح القانون المدنى - الجزء العاشر - التأمينات الشخصية والعينية - أحكام الكفالة - تحقيق المستشار/ احمد مدحت المراغى طبعة نقابة محامين الجيزة سنة٢٠٠٧ ص٤١٢ .

[٢] -وأن هذه المادة تتطابق مع المادة ١٠١ من القانون رقم ١٩٤ لسنة ٢٠٢٠ .

[٣] -وأن هذه المادة تتطابق مع المادة ٩٩ من القانون رقم ١٩٤ لسنة ٢٠٢٠ .

فيكمن السؤال إذا إي من تلك الإجراءات المنصوص عليها فى قانون البنك المركزى والمفترض علم البنك – المستأنف ضده أولا – بها و قيامه بإتباعها و تنفيذها.

حيث كان لزاما على البنك – المستأنف ضده أولا – قبل ان يعطى القرض للمدين – المستأنف ضده ثانيا– التأكد من يساره ولو افترضنا انه تأكد من يساره رغم أنه فى الواقع لم يفعل حيث انه لم يستطع الرجوع عليه إلا أنه كان يجب ان يتخذ ذات الإجراءات مع الكفيل –المستأنف– حيث انه ضامن فكيف يقبل ضمانته **وهو يعلم انه طالب** كما هو مبين فى خانة العمل ببطاقته الشخصية التى تقدم بها إلي البنك فى حينه.

أي أنه ليس لديه موارد ماليه ولا ربح ولا مشروع فكيف يمكن ان يكون ضامنا كما انه غير مؤمن عليه ولم يقم بتقديم ما يفيد انه يعمل لدى أي جهة الأمر الذى يتبين معه تقصير البنك البالغ مما يدفعه ثمن فعلته حيث لا يجوز له الاعتذار بالجهل بالقانون خاصة وانه هو الطرف الاقوى فكان جدير به التأكد من تلك البيانات قبل اصدار القرض الامر الذى يترتب عليه بطلان عقد الكفالة لمخالفه كافه النصوص القانونية[1].

المطلب الثانى

بطلان العقد لعيوب الإرادة

تمثل عيوب الإرادة أسباب جدية ومنازعة موضوعية فى أصل الالتزام حيث أنه إذا بطلت الإرادة لأى سبب انتهت الرابطة العقدية والتى تبنى فى الاساس على الرضاء والاتفاق وإنه لا مجال لجدال حو عدم احقية الدفع بعيوب الارادة رغم العلم بتواجدها اثناء العلاقة العقدية فلما إذا تم توقيع العقد.

---

[1] – المستشار/ رجب عبد الحكيم سليم –شرح أحكام قانون البنك المركزى والجهاز المصرفى والنقد فى ضوء أحدث مبادئ محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا – بدون دار نشر سنة٢٠١٠ ص٣١٥ .

غالبا ما تكون ظروف وملابسات حدوث الوقائع تختلف عن الظروف التى تنظر فى وقتها القضية وتغير الاحداث وظهور بواطن الامور يكشف حقائق تم اغفالها اما عمدا وإما إهمالا وإن البحث فى نظرية البطلان يمثل نقاش عميق لا ينتهى ، وأن الامر لا ينظر اليه بنظرة سطحية وإنما نظرة علمية متخصصة حيث أننا استفدنا من دراسة عيوب الارادة وتطبيقها فى هذه القضية لبيان البطلان الذى لحق بعد الكفالة لمجرد الارتباط الذى تحدد على اساسه عقد المرابحة الذى كان مبنى عليه ولذا فإننا نوضح أوجه هذه العيوب فى الآتي:-

بطلان عقد الكفالة لتعيب إرادة الكفيل وذلك لوقوعه فى غلط و تدليس لو علم به ماكان له ان يبرم عقد الكفالة .

وإن كان التدليس بمعناه العام الذى ورد فى نص المادة ١٢٥من القانون المدني فى الفقرة الثانية هو "ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسه إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة"

ولقد قضت محكمة النقض فى هذا الشأن بانه :- مجرد كتمان العاقد لواقعه جوهريه يجهلها العاقد الاخر أو ملابسة تدليس تجيز إبطال العقد شرطه ثبوت أن المدلس عليه ما كان يبرم العقد لو اتصل علمه بما سكت عنه المدلس عمدا[١].

ولقد أوضح الفقه جانبان للتدليس وهما جانب مادى وأخر معنوي:-

أولا : الجانب المادى وهو: يجب أن تتوافر فيه مجموعه شروط وهى:-

١- أن يكون هذا الامر خطيرا بحيث يؤثر فى إراده المتعاقد الذى يجهله تأثيرا جوهريا

٢- أن يعرفه المتعاقد الاخر ويعرف خطره

٣- أن يعتمد كتمه المتعاقد الاول

---

[١] -الطعن رقم ١١٩٦لسنه٥٧ جلسه ١٩٩٣/١١/١٨- الطعن رقم ٥٥٢٤لسنه٦٣ق جلسه ٢٠٠١/٤/١٧ .

٤- الا يعرفه المتعاقد الاول أو يستطيع أن يعرفه من طريق اخر

ثانيا: الجانب المعنوى وهو :-

أن يكون هذا التدليس هو الدافع لهذا التعاقد وقد أوكلت محكمة النقض لقاضى الموضوع سلطه تقدير هذا الجانب لإبطال عقد التدليس وذلك بما تواضع الناس عليه فى تعاملهم وبحاله المتعاقد الشخصية من سن وذكاء وعلم وتجارب[١].

وإنه تطبيقا للمبادئ القانونية السابقة والمستقرة فى أحكام القضاء والقانون وشروح الفقه وإنزالها على وقائع الدعوى يتبين أن المستأنف قد وقع فى غلط وتدليس وذلك لحسن نيته البين فى قيامه بمساعده احد أصدقائه وهو المستأنف ضده ثانيا وذلك ليعينه على الزواج فحينما قام المستأنف ضده ثانيا بطلب قرض من البنك فاراد البنك – المستأنف ضده الاول – أن يجلب ضامنا فقام باستدعاء المستأنف وإيهامه بانه سوف يحصل على قرض يتزوج ويجهز نفسه ويحتاج إلى كفيل فقط لضمانه.

وإن هذا الكفيل لن يتعرض لأى مسئولية قانونية وانه سوف يلتزم بسداد الاقساط المطلوبة منه للبنك الا أنه كان مبيت النية فى أنه سوف يتهرب من هذه الاقساط والدليل على ذلك هو قيامه بسداد قسطين فقط ولم يكمل باقى الاقساط أي أنه كان مبيت النية فى النصب والاستيلاء على اموال البنك وكان قد لجاء للمستأنف ليستغل طيبته وعدم خبرته.

نظرا لكونه كان لا يعمل وكان لازال طالبًا فى مرحله الدراسة الجامعية وأوهمه بأنه لن يقع فى أي مسئولية إلا أنه كتم عنه أنه سوف يكون مدين متضامنا معه فى سداد المبلغ وأنه لن يلتزم بسداد المبلغ وهذا ما حدث وأختفى وهرب ولم يتحمل أي التزام من التزاماته ولم يستطيع البنك المدعى عليه حتى التنفيذ عليه او القبض عليه

---

[١] -جلسه ١٩٧٥/٥/٢١ الطعن رقم ١٠٧٣لسنه٤٨ق- جلسه ١٢١٩٧٧/٢٧ الطعن ٣٤٦لسنه٤١ق٠

أو حتى الوصول أو تحديد مكانه الامر الذى يؤكد سوء نيته وسوء نيه البنك فى أنه يقبل كفالة فى مديونية ضخمة بالنسبة لطالب لا يعمل وليس لديه اى اموال.

وكان بإمكانه أن يتأكد من ذلك وان كان هو على علم الا أنه غض الطرف وتعمد قبول الكفالة ولم يقم بإيضاح الصورة الصحيحة للمستأنف الامر الذى يثبت للهيئة الموقرة إنه مشارك فى التدليس مع المستأنف ضده ثانيًا مما يجعله يتحمل تبعه ذلك بان يرد عليه قصده السيء بقرار كريم من الهيئة الموقرة بإبطال عقد الكفالة المبرم بين الكفيل والبنك القائم على عقد المرابحة بين البنك والمدين.

وأن هذا الغلط والتدليس توافر فى عدم التزام البنك بقواعد الإفصاح فى المعاملات حيث لم يبين للكفيل مدى خطورة الالتزام المكفول ولا قيمته ولا قيمة الفائدة المبينة فيه ولا المقررة فى شأنه ولا حتى شروط الالتزام المجحفة التى سوف يتحملها الكفيل دون المدين الأصلي كما إن المدين الأصلي اخفى عليه نيته المتعمدة فى قيامه بأخذ القرض والهروب من الالتزامات نتيجة ان هذا القرض كان للتجارة وليس لشراء ادوات للزواج كما افهمه مما اوقع الكفيل فى غلط يستوجب البطلان وتدليس لو كان يعلم به ما كان قد قدم على التوقيع على هذا العقد.

المطلب الثالث

بطلان الالتزام المكفول

إن البحث فى المطلب الثالث فى ذلك الفصل والمتعلق بدراسة البطلان اللاحق بالعقود يأتى على شقان الاول هو المنازعة فى اصل الحق وهو دفاع يمكن أن يتمسك به الكفيل لكونه مثله مثل المدين ، والثانى هو مايترتب على البطلان لكونه عائد الاثر على الكفيل فى التزامه.

مما يعنى إذا ما ثبت للمحكمة من بطلان الالتزام المكفول برأت ذمة الكفيل لبراءة ذمة المدين وكان دفعنا المبدى على النحو التالى:-

بطلان عقد الكفالة لبطلان احتساب قيمة الفوائد لتحملها نسبة ربا فاحش بالمخالفة لمبادئ النظام العام من القانون المدنى وتحميل الكفيل التزامات أكبر من التزامات المدين الأصلى ولعدم وجود محل او سبب لعقد القرض٠وإن هذا الدفع منقسم الى قسمان متعلقان بالالتزام المكفول وما يترتب عليه من التزامات عائدة على الكفيل بالتبعية للمدين الأصلي كما هو مبين ولذلك سوف نوضح هذان القسمان فى الفرعان الاتيان:-

الفرع الاول: بطلان عقد الكفالة لاحتساب قيمة ربا فاحش ٠

الفرع الثانى: بطلان عقد الكفالة لتحمل الكفيل التزامات اكثر من التزامات المدين الاصلى ٠

الفرع الاول

بطلان عقد الكفالة لاحتساب قيمة ربا فاحش

لقد نص المشرع فى المادة ٧٧٦ من القانون المدنى على انه "لا تكون الكفالة صحيحه الا إذا كان الالتزام المكفول صحيح" وإنه بمطابقة هذه المادة على وقائع النزاع نجد أن البنك من عشر سنين قام بإبرام عقد مرابحه بينه وبين المدين بشأن منحه قرض لشراء ادوات منزلية ذلك كان عرض من البنك للتسهيل على الشباب حديثي الزواج وكان البنك لا يقوم بسداد أي مبالغ مالية وإنما كان يمنحهم عروض بقيمة مبالغ معينة لشراء تلك المواد المنزلية فقام البنك بعقد عقد مرابحة **بقيمة أربعون الف جنية فقط لا غير** مع المدين وقام بتسهيل شراء مواد كهربائية له لشرائها وبالفعل قام بشرائها الا انه حدد ان المدين يلتزم بسداد مبلغ ٥٩٤٧٢ "تسعه وخمسون ألف أربعمائة وأثنان وسبعون جنيه " وقد عاد وكرر ذات السعر فى عقد الكفالة التضامنية المبرم بين البنك و المدين وذلك بغرض إلزام المدعى فى عقد الكفالة التضامنية بسداد مبلغ القرض وهو الاربعون الف جنيه مع عوائد ربح البنك والمقدرة بتسعة عشر ألاف واربعمائة وأثنان وسبعون

جنيه أي مايساوى حوالى ٤٨٪ من قيمه القرض مع احتفاظه بإلزام الكفيل بنسبة الفائدة المقررة ب١٦٪.

وثبت هذا فى اقرار الشراء على ان البنك يحصل على نسبة عائد تصل إلي ١٦٪ على ان يكون قيمه المبلغ ٥٩٤٧٢جم وهو المبلغ المحدد فى صحيفة افتتاح الدعوى سدد منهم المدعى عليه الاول ٢٧٨٦٧جم اذ يتبقى ٣١٩٩١جم كما هو مبين بتقرير الخبير وموضح فى منطوق الحكم المستأنف.

إلا أن هذا يبطل الالتزام الأصلي وذلك لأنه اشتمل على **ربا فاحش** فحددت المادة ٢٢٦ مدني سعر الفائدة القانونية بأربعة في المائة في المواد المدنية وخمسة في المائة في المواد التجارية. وهذه الفائدة تحتسب في حال ما إذا سكت المتعاقدان عن الاتفاق على تحديد سعر للفائدة.

حتى أن البنك المستأنف ضده اولا لم يقم بتحديد سعر الفائدة بحسب قرار البنك المركزى المعمول به وقتها وحدد نسبة مبالغ فيها ومفترضة من جانبه وهذا ما أثبته الخبير فى تقريره من قول أن البنك حدد طريقة جزافيه لحساب عوائد التأخير إلا أنه لم يقم بتفنيد الطريقة لنا حينها ليتم التأكد عما اذا كانت هذه الطريقة معتمده من البنك المركزى من عدمه الا أن اقراره بان هذه الطريقة هى طريقة جزافية يفيد بأنها مخالفة لأحكام البنك المركزى.

والعبرة في هذه التفرقة بين المسائل المدنية والتجارية هي بصفة المدين. فإذا كان المدين غير تاجر فإن الفوائد تحتسب على أساس ٤٪. وإن كان المدين تاجراً فإن الفوائد تحتسب على أساس ٥٪.

وبهذا التحديد الجزافي يكون المشرع قد خرج على المبادئ العامة في التعويض التي تقضي بوجوب أن يكون التعويض مساوياً للضرر.إلا أن عقد الكفالة حتى ولو وارد على مسائل تجارية فإنه يظل مدنيا خاصة وأن الكفيل مدنيا وليس بتاجر.

كما اشترطت المادة ٢٢٧ مدني ألا تزيد سعر الفائدة الاتفاقية على ٧٪ سواءً كان في المسائل المدنية أو المسائل التجارية. فإذا اتفقا المتعاقدان على فوائد تزيد على هذا السعر. وجب تخفيضها إلى ٧٪ وتعين رد ما دفع زائداً على هذا السعر.

كما حرم المشرع على الدائن تقاضي فوائد مستترة تزيد على هذا السعر تحت أي مسمى أخر. فلا يجوز له الحصول على أي عمولة أو منفعة أيا كان نوعها إذا زادت هي والفائدة الاتفاقية على الحد الأقصى المتقدم ذكره.

والهدف من تحديد سعر الفائدة بهذا السعر الجزافي بالطبع هو محاربة المشرع للربا الفاحش. ولهذا الهدف أيضاً قيد المشرع الفائدة الاتفاقية بقيدين إضافيين هما:

القيد الأول: تحريم الفوائد المركبة فلا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد.

القيد الثاني: عدم جواز زيادة مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن على رأس المال.

مع أنه يجوز في المعاملات التجارية تقاضي فوائد على متجمد الفوائد استثناءً من أصل المعاملات المدنية وإن عقد الكفالة وعقد المرابحة اللذان نحن بصددهما ليسا من ضمنا المعاملات التجارية مما لا ينطبق عليهما هذه القاعدة[١].

وأنه بالنظر إلي الحكم المستأنف نجد انه اشتمل على الالزام بقيمة عائد يساوى ٥٪ مع الموافقة على المبلغ الأصلي بذات قيمة الفوائد الربحية التى حددها البنك وان كان الاصل أن القواعد المتعلقة بالنظام العام لا يجوز مخالفتها الأمر الذى يستوجب معه أن يبطل هذا الالتزام وهو امر من النظام العام تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها[٢].

---

[١] –د. حسام رضا السيد – المشكلات العملية فى الفوائد البنكية– دار النهضة العربية سنة ٢٠١٤ ص ٣٧

[٢] –المستشار/ رجب عبد الحكيم سليم – شرح أحكام قانون البنك المركزى والجهاز المصرفى والنقد فى ضوء أحدث مبادئ محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا الطبعة الاولى بدون دار نشر سنة ٢٠١٣ –ص٤١١ .

إذ يتضح أن المحكمة المستأنف حكمها اخطأت بشكل جسيم فى تطبيق القانون وقصور بين فى التسبيب وخلل واضح فى البيان يستوجب الغاء حكمها والقضاء مجددا برفض تلك الدعوى لبطلان عقد الكفالة وعدم قبولها على المستأنف لرفعها على غير ذى صفه لما سوف يترتب على البطلان.

الامر الذى دفعنا للقيام برفع دعوى لبطلان عقد الكفالة لوجود اتفاق على ربا فاحش ولإرهاق المدين فى التزاماته ولاوجه أخرى جديرة تستحق النظر امام المحكمة التى تنظر دعوى البطلان مما قد يترتب عليه القضاء ببطلان عقد الكفالة لبطلان الالتزام المكفول.

كما أن محكمة النقض قضت بأنه:- " **العمليات المصرفية استثناؤها من قيد الحد الأقصى للفائدة المنصوص عليها فى أى تشريع. م٧/د من القانون ١٢٠ لسنه١٩٧٥ . الالتزام بسعر الفائدة فى نطاق السعر الذى حدده البنك المركزى**"[١]

وأن هذا الحكم يوضح ان الاتفاق على الفائدة يجب أن يتطابق مع سعر الفائدة المحدد بقرار البنك المركزى وفى حالة عدم الاتفاق يكون الرجوع إلى سعر الفائدة المحدد ايضا بمعرفة البنك المركزى وانه تطبيقا لما سبق يستحيل ان يكون سعر الفائدة بناء على قرار البنك المركزى يساوى ٤٨٪ من قيمة الدين مضاف إليهم ١٦٪ ربح.

الامر الذى يقضى بعدم احقية البنك باحتساب كل هذه الفوائد مما يبطل الالتزام والدين الاصلى فى مواجهة المستأنف ويبطل معه التزامه بتقديم الكفالة التضامنية قبل البنك المستأنف ضده.

ولقد ذكر الدكتور عبد الرزاق السنهورى امثلة فى الديون الباطلة وهى:-

" دين المقامرة أو الرهان **ودين الربا الفاحش** فيما زاد على مقدار الفائدة المسموح بها قانونا والدين الذى يكون محله غير مشروع والدين الذى يقوم على سبب غير مشروع والدين الذى يكون مصدره التعاقد على شركه مستقبلية والدين الذى يكون مصدره هبه

---

[١] -الطعن رقم ٤٢٥لسنه٦٧ق جلسه ٢٠٠٨/٣/١١ مجموعه الاحكام سنه٢٩ق٠

باطلة فى الشكل كل هذه الديون باطله لأن مصدرها عقد باطل وعلى ذلك لا يجوز كفالتها ويكون التزام الكفيل فى هذه الحالة باطلا بطلان الالتزام الأصلي المكفول"[1]

كما ان البنك خالف تماما كل ما جاء فى نصوص المواد ٤٠ من قانون البنك المركزى والمادة ١٧ من اللائحة التنفيذية للقانون حتى أن الاستثناء الخاص بالبنوك الذى ورد فى حكم محكمة النقض باستثناء البنوك من تلك القاعدة انتقضه بعض الفقه كما إنه لا يجوز عمل استثناء دون نص صريح فى القانون كما إن البطلان لم يأتى على تقاضى البنك لمبلغ الفائدة بموجب الإستثناء من عدمه.

وإنما جاء البطلان نتيجة مخالفة البنك لتعليمات البنك المركزى فى تقاضى معدلات الفوائد وتصويرها بصوره على غير صورتها من أنها مرابحه وليست فائدة وهذا يعنى أنها فائدة مستتره ومركبة وفوائد على متجمد الفوائد وذلك بإقرار صريح من البنك فى عقد الشراء ان مبلغ القرض ٤٠٠٠٠ حسبه هو ٥٩٠٠٠ مع ١٦٪ فوائد فهذا كثير جدا بالإضافة إلي فوائد التأخير ال ٥٪ التى هى سقطت اصلا لعدم المطالبة بها طوال هذه المدة[2].

الفرع الثانى

بطلان عقد الكفالة لتحمل الكفيل التزامات اكثر من التزامات المدين الأصلي

كما نصت المادة ٧٨٠ من القانون المدنى "لا تجوز الكفالة فى مبلغ اكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول "

وإن أسباب دفعنا بذلك هو أمران :-

---

[1] -الدكتور عبد الرزاق السنهورى -الوسيط فى شرح القانون المدنى – الجزء العاشر – التأمينات الشخصية والعينية – تنقيح المستشار احمد مدحت المراغى ٢٠٠٧ ص٣٥ ٠

[2] -راجع فى ذلك دكتور/ ثروت عبد الرحيم – القانون التجارى- عمليات البنوك – طباعة نادى القضاة – س ١٩٨٢-ص ٩٦٢ ٠

الاول :- هو ان عقد القرض كان مسمى من قبل البنك **بعقد مرابحة** على اعتبار أن البنك يتبع النظام الإسلامي فى القروض وهذا الذى حدث من البنك مخالفا تماما لأى نظام تجارى إسلامي كما يدعى البنك فى معاملاته ولا يتطابق مع نظام عقود المرابحة تماما

ثانيا: هو ان البنك أعطى مهلة لسداد المدين واعطى له امتيازات ومنافع فى استعمال واستغلال مبلغ القرض وسهل له الحصول عليه ولم يكلفه بالوفاء نهائيا فى كل المواعيد التى تأخر فيها عن السداد وأعطى له كافة الحقوق فى بيع المنتجات الغير مبينة فى صدر عقد المرابحة والتى يدعى أن المستأنف ضده ثانيا قام بشرائها.

إلا انه حينما قام بإبرام عقد الكفالة حدد شروط واضحة فى حالة عدم التزام المدين عن السداد يتم استيفاء المبالغ من الكفيل بالحجز على أي أموال تكون له سواء فى البنك المستأنف ضده او أي بنك أخر ويكون الرجوع عليه بالباقى فى أي وقت وان يحجز على أي ممتلكات له.

مع العلم انه لم يشترط تلك الشروط مع المدين الأصلي مما يعنى أنه ضمن الدين بشروط أشد من التى كان مفترض ان يتخذها على المدين الأصلي.

حيث أنه ورد فى الفقرة الاولى من عقد الكفالة فى السطر الرابع "**فى حدود مبلغ .. (تسعه وخمسون ألف وأربعمائة واثنان وسبعون جنيه) بخلاف العمولات والمصاريف**"

على الرغم أن البنك فى عقد المرابحة فى البندان ٥ و ٦ لم يلزم المدين إلا بمبلغ القرض فقط ولم يلزمه لا بعمولات ولا مصاريف ٠ثم عاد البنك المستأنف ضده أولا وأكد على ذات النص فى الفقرة الثانية على أن الكفيل " **مسئول بالتضامن عن جميع المبالغ المستحقة للبنك المذكور عن أي اعتماد بأيه صفة كانت حتى تاريخ ٢٠١٤/٣/١٦ " مع العلم ان عقد الكفالة موقع كما هو مبين فى ٢٠٠٨/٣/١٧**

أي أن الكفيل يتضامن مع المدين عن اى التزامات أو تعهدات جديده قد يقوم المدين فى الحصول عليها من البنك المستأنف ضده دون أن تكون حاله او مقدرة القيمة أو مبين محلها وكلها التزامات مستقبلية لا يعلم بها الكفيل.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأنه " **تفسير عقد الكفالة وجوب أن يكون ضيقا لمصلحه الكفيل مفاده تحديد التزاماته فى أضيق الحدود.**

التزامات الكفيلات فى عقد الكفالة بالدين الناشئ عن القرض الممنوح لعميل البنك المطعون ضده لا يمتد إلي **الأرصدة المدينة السابقة على هذا العقد او اللاحقة عليه ولونص فيه على الالتزام بها انتهاء الحكم المطعون فيه** إلي **خلاف ذلك . خطأ**"[1]

ثم جاء أيضا فى عقد الكفالة فى الفقرة الأخيرة منه إقرار على الكفيل "**وعلاوة على ذلك فمن المتفق عليه أن جميع المبالغ و الاوراق المالية و التجارية والقراطيس المالية والمستندات والاموال من أي نوع كانت المقيدة بإسمي أو التى قد تقيد بإسمي لديكم او لدى أي بنك من البنوك وفروعها تخصص كضمان لتعهدي قبلكم ولا إبراء من هذه الضمانة الا إذا أخليتم طرفى كتابة صراحة منها**"

فهذا دليل أخر على اتفاق بمبالغ اكبر وشروط اشد من التزامات المدين الأصلي حيث أنه لم ينص على ذلك مع المدين الأصلي أساسا فكيف يستقيم الامر فى اشتراط مبالغ وشروط اشد على عقد الكفالة مع إلزام البنك بعدم جواز الاتفاق على ذلك.

وان المحكمة الموقرة على علم أن هذه القواعد شروط الزامية وصيغ عقود بالنماط معينة يتبعها البنك ولا يستطيع الكفيل أو المدين الاعتراض عليها أو تعديلها مع العلم ان البنك هو الطرف القوى فيها والمحترف وانه الاعلم بعدم جواز الاتفاق على هذه

---

[1] –نقض رقم ٦٩١٥لسنه٧٧٤ق جلسه٢٠٠٨/٤/٨مجموعه سنه ٢٩ق ٠

الشروط بهذه الطريقة لبطلانها الامر الذى يتوجب علينا بيانه امام الهيئة الموقرة للقضاء بحكم عادل ببطلان عقد الكفالة.

المبحث الثالث

أوجه البطلان اللاحقة بعقد المرابحة والمترتب عليها بطلان عقد الكفالة التضامنية

بعد أن اثبتنا مجموعة من الدفوع التى قمنا بإبدائها امام محكمة استئناف القاهرة الاقتصادية بغرض إثبات براءة ذمة الكفيل من الالتزام المكفول والقضاء ببطلان عقد الكفالة التضامنية المترتب على عقد المرابحة وما شاب عقد المرابحة ذاته من أوجه بطلان ٠

وهذه الأوجه نالت من الالتزام المكفول مما تبراء ذمة المدين الأصلي ويترتب عليها براءة ذمة الكفيل ايضا بالتبيعة للمدين الأصلي فإننا هنا نبحث فى ختام البحث الوجه الاخير الذى تمسكنا به للقضاء ببطلان عقد الكفالة التضامنية لابتنائه على عقد المرابحة الباطل وما يعيب الكفالة لارتباطها بنموذج عقد المرابحة المرفق بأوراق القضية.

ثم ننتقل إلى بطلان الالتزام المكفول فى صورة جديدة بعد تفنيد اصل الالتزام لكون حكم محكمة الدرجة الاولى استند فى قضاءه على تقرير خبير اقتصادي الا أن الحكم اغفل التقرير وقضى خلافه ولم ينظر لما ثبته التقرير من وجود التزام بعد حساب قيمة كان سبق حسابها وسدادها من المدين الأصلي.

ثم الرد على مذكرة البنك على دفاعنا والتى اعتمد فيها على التلاعب بالألفاظ واستخدام نصوص قانونية دون تفسيرها تفسيرا ضيقا للوقوف على حقيقة استخدامها وطريقة الاستناد عليها وهذا يعطى نقص قانونى كبير للدفاع حينما يجهل كيفية الاستناد وما هى اسانيده القانونية فى الدعوى التى تقام من قبله.

وإنه حتى يتسنى لنا الشرح التفصيلى لكل ما سبق فإننا سوف نبحث هذا المبحث فى المطالب الاتية:-

المطلب الاول:بطلان عقد الكفالة لبطلان الالتزام المكفول

المطلب الثانى:بطلان الإسناد بالالتزام فى حكم محكمة الدرجة الاولى

المطلب الثالث: ردا على ماجاء بدفاع البنك الدائن ٠

المطلب الاول

بطلان عقد الكفالة لبطلان الالتزام المكفول

بطبيعة الحال يترتب على القضاء ببطلان الالتزام المكفول بطلان عقد الكفالة وإن كنا هنا نعكس الآية فدفعنا ببطلان الكفالة لكونه مرتبط على الالتزام المكفول بشكل يخالف صريح النصوص القانونية وإننا امام محكمة الاستئناف قمنا بالدفع التى:-

بطلان عقد الكفالة لبطلان عقد القرض طبقا لنص المادتان ١٣٣ و ١٣٦ من القانون المدنى:-

حيث أن المشرع المدنى اشترط ان تكون العقود جميعها لها محل وسبب ويجب أن يكون المحل أو السبب مشروع وحال ومحقق ويمكن تعينه حتى ولو كان مستقبل أن يكون له شروط.

وحتى لا نخوض فى تفاصيل نحن على ثقة تامة فى أن المحكمة الموقرة على علم بها فإنه بالنظر إلى الالتزام المكفول الذى يترتب عليه عقد الكفالة نجد أنه يشوبه البطلان البين من وجهان.

أولا : عدم وجود محل :-

وأن هذا سبب يبطل العقد نهائيا حيث انه كان من المفترض ان يبين عقد القرض ما هو محله حيث ورد فى العقد فى البند رقم ٣ أنه هناك سلع تقدم على شراءها المدين وطلب الحصول عليها من البنك الدائن بموجب طلب شراء وقام باستلامها بموجب إقرار استلام ووافق على ان يشتريها بموجب التوكيل الذى منحه اياه البنك ليشتريها وهذا مدون فى تعهد الشراء وجميعهم مؤرخين فى ٢٠٠٨/٣/١٧

السؤال لاى شخص قد يقرا هذا العقد ما هذه البضاعة وما هو نوعها او صنفها او كميتها وحجمها وهل يمكن هلاكها او تعويضها من عدمه وهل اسعارها تتوافق مع مبلغ القرض ام تزيد ام تنقص فيتبين حينها انه سوف يعجز عن تحديدها.

ثانيا: السبب:-

ومن المبطلات ان جميع العقود عقدت فى تاريخ واحد فإذا دققنا النظر نتبين أن السبب منعدم فلم يقم البنك الدائن توضيح سبب القرض فى طلب الشراء ولا الغرض منه وتناقض السبب فى العقد ذاته فى قوله تارة أنه سلع معمرة وادوات منزلية لعرسان والزواج ثم يأتى ويفيد بأنه قرض بغرض شراء منتجات استهلاكية بغرض بيعها ويكون للبنك نصيب فى الربح فانعدم السبب تمامًا ولا يمكن أن نقف إلى سبب حصول المدين على هذا القرض بدون أي ضمانات.

حتى أن عقد الكفالة لم يبين فيه أي اشاره لمحل هذا العقد أو مضمونه أو سببه او الغرض منه وحتى القيمة المستحقة السداد والقيمة المدفوعة وطريقة السداد حتى أنه لم يفصح طبقا لقواعد الافصاح المنصوص عليها فى قانون البنك المركزى عن سعر الفائدة ومعدلاتها على اصل مبلغ القرض فى عقد الكفالة.

مما يبطله بطلان مطلق تتبينه المحكمة من نصوص القانون وقراءه العقود جزاء لارتكاب البنك الدائن جريمة اهدار اموال عامة دون ضمانات رغم علمه بمخالفة ذلك للقواعد القانونية.

كما إن الالتزام المكفول ذاته باطلا فلا يوجد للالتزام المكفول محل فلم يعين فى عقد القرض محل للعقد ولا نوع السلعة ولا مواصفاتها ولا بيانها ولا حجمها ولا كمياتها ولا هلاكها او تعويض عنها.

فمحل الالتزام غير معين لا فى عقد القرض ولا عقد الكفالة ولا طب الشراء ولا حتى إقرار الاستلام الا أنهم اعتمدوا على تعينها فى مجموعة عروض الاسعار التى يمكن أن لا تمت للالتزام المكفول باي صلة لأنها غير موقعة لا من البنك ولا من

المستأنف ضده ثانيا مما يبطل الالتزام المكفول لعدم وجود محل طبقا لنص المادة ١٣٣ فقره ١ من القانون المدنى حتى انه ليس له سبب فى اصدار هذا القرض وارد فى عقد القرض مما يعيب العقد بانتفاء السبب ويبطله أيضا طبقا للمادة ١٣٦ من القانون المدنى أيضا حيث لم يبين العقد سبب هذا القرض او الغرض منه.

وكل هذه أسباب وغيرها سوف يوضحها ويبينها الدفاع امام محكمة الموضوع المنظور امامها دعوى بطلان الكفالة مما يبين أن منازعة البطلان جدية وجديرة بالنظر امام هيئتكم الموقرة مما قد يرتب بطلان عقد الكفالة نتيجة بطلان عقد القرض – الالتزام المكفول – كما أن المحكمة الموقرة تستطيع أن تتبين هذا البطلان وتقضى به من تلقاء نفسها طبقا لنص المادة ١٤١ مدنى و أن هذا البطلان يتحمله البنك لافتراض فيه العلم بالقانون خاصة أنه الطرف القوى ومن صاغ هذه العقود[١].

وإن الكفيل له كامل الحق فى التمسك بهذا الدفع سواء امام المحكمة الموقرة أو فى دعوى البطلان الأصلية ذلك لان محل هذه الدعوى هو عقد المرابحة وليس عقد قرض بنكى يطبق فوائد بنكية بل من المفترض انه مرابحة إسلامية إلا أن هذا العقد خالف كل القواعد الإسلامية.

فلا يجوز الاتفاق بقيمة هذه الفوائد المبينة كما اسلفنا كما انها خالفت مبادئ الإفصاح التى حددها قانون البنك المركزى مما يفيد انه إذا علم بها الكفيل ما قام بالتوقيع على العقد مما اوقعه فى غلط وتدليس ومخالفة لاحتساب قيمة الفوائد طبقا لنظم المحاسبة للبنك المركزى مما يبطل الالتزام المكفول و يبطل عقد الكفالة.

ولقد أكدت محكمة النقض هذا بحكمها :"**الالتزام المكفول الاصل وجوده عند التعاقد وتحديد مقداره فى عقد الكفالة شرط صحته عند عدم وجوده عله ذلك حماية الكفيل باعتبار أن عقد الكفالة من عقود التبرع . مؤداه وجوده على وجه غير الذى**

---

[١] –د.عبد الرزاق السنهورى – تحقيق المستشار / أحمد مدحت المراغى الوسيط فى شرح القانون المدنى – الجزء الاول – احكام الالتزام ص٧٢٠ .

اتجهت إرادة الكفيل إلى ضمانة أثره أمتناع انعقاد الكفالة لانعدام محلهما ٧٧٨/١مدنى" ٠

كما قضت بأن " **تفسير عقد الكفالة يجب ان يكون ضيقا لمصلحة الكفيل مفاده تحديد التزاماته فى أضيق النطاق"**[١] **٠**

المطلب الثانى

بطلان الإسناد بالالتزام فى حكم محكمة الدرجة الاولى

لقد فوجئنا بعد قراءة حكم محكمة الدرجة الاولى بإصدارها حكم بالإلزام واداء كامل المبلغ المطالب به بصحيفة دعوى البنك المدعى امام محكمة الدرجة الاولى والمستأنف ضده اولا امام محكمة الاستئناف.

وكان هذا منافيا لأى دليل مستمد من الأوراق أو حتى تقرير مكتب خبراء المحكمة الاقتصادية وعلى نحو غير متصور عقلا ودون أي مبرر قانونى مشار إليه فى الاوراق مما دفعنا للقيام بإبداء الدفع الآتي:-

الفساد فى الاستدلال وقصور أخر فى التسبيب والقضاء بما لم يطلبه الخصوم وبخلاف ما هو ثابت بالأوراق و بالمنافاة لتقرير مكتب الخبراء دون فحص دليل الاسناد كما ندفع ببطلان تقرير الخبير لمخالفته للحكم التمهيدي فى مباشره المأمورية٠

لقد بنى الحكم المستأنف قضائه بالإلزام بالمخالفة لما ورد من النتيجة النهائية لتقرير مكتب الخبراء مستندا على نتيجة لم ينتهى إليها التقرير حيث كان تقرير الخبير فى نتيجته الختامية والتى بين فيها أن :-

١- العلاقة بين البنك والمستأنف ضده الثانى والمستأنف علاقة تعاقدية منح البنك بمقتضاها المستأنف ضده الثانى الاول تسهيلات ائتمانية فى صورة عقد بيع

---

[١] -الطعن رقم ٦٩١٥لسنه٧٧ق جلسه٢٠٠٨/٤/٨ مجموعه الاحكام سنه ٢٩ق ٠

مرابحة بضمان وكفالة المستأنف بمبلغ وقدره ٥٩٤٧٢ جم بالشروط والاحكام الموضحة بالبند الاول من هذا التقرير.

٢- أن المستأنف ضده الثانى- المدين- لم ينتظم فى سداد اقساط المديونية بالقيمة والتواريخ المتفق عليها فضلا عن أنه توقف عن السداد كليا اعتبارا من ٢٠١٣/١/١ حيث يبلغ إجمالي قيمة المسدد من تلك الاقساط مبلغ ٢٧٨٦٧ جم من اصل قيمة المرابحة بمبلغ ٥٩٤٧٢ جم وذلك على النحو الموضح تفصيلا بالبند الثانى من هذا التقرير.

٣- إن قيمة المديونية المتبقية فى ذمة المستأنف ضده الثانى -المدين- فى تاريخ المطالبة ٢٠١٧/١٠/٢٦ تبلغ ٣١٩٩١ جم وما يستحق من عوض تأخير بعد هذا التاريخ بواقع ٥٪ سنويا وحتى تمام السداد كطلب البنك حسب الموضح تفصيلا بالبند الثالث من هذا التقرير.

وكانت هذه النتيجة النهائية لتقرير الخبير التى خالفتها محكمة الدرجة الاولى وأصدرت حكم بإلزام بكامل المبلغ دون النظر اليها وبررة حكمها بالاستناد إليها من غير النظر او التمحيص فى مضمون الاوراق فبمطالعة هذا التقرير نجد :-

أولا : أعتمد هذا التقرير احتساب إجمالي قيمة المبلغ الذى ورد اليه من كشوف الحسابات التى قدمها البنك والتى ثبتت قيمتها فى عقد المرابحة والتى تبلغ ٥٩٧٤٢ جم لكنه تناسا أن البنك المستأنف ضده أصلا لم يطلب الالزام بهذا المبلغ فكان ثابت للهيئة الموقرة أن طلب الالزام انصب على مبلغ قيمته ٥٧٩٦٤ جم فكان لزاما على المحكمة قبل أن تقضى بالإلزام بناء على تقرير الخبير أن تطالعه وتتفحصه لكنها لم تفعل وهذا واضح من قراءه الحكم لان الخبير ليس من اختصاصه تعديل طلبات الخصوم.

لكن المحكمة كانت هى الاولى ان تقوم بتعديل القيمة ليكون المبلغ المطالب بسداده ٥٧٩٦٤ جم وكان المدعى عليه الاول قام بسداد ٢٧٨٦٧ جم اى أن المبلغ

المستحق يساوى ٣٠٠٩٧ جم أى أن المحكمة لم تقم بفحص تقرير الخبير ولا مضمونه ولا أصل المبلغ الذى قام باحتسابه وما سنده فى هذا الامر ٠

ثانيا: يتبين من تقرير الخبير أنه استبعد أصل الحسابات من عوض تأخير وعوائد هامشيه ومصروفات قضائية وذلك لعدم سداد ذات المبالغ مرتان لكنه أكد على أن البنك كانت حساباته جزافيه ولم يتضمن نص العقد أى قواعد او شروط يتم على طريقتها احتسابها حتى أن الاعراف المصرفية كانت لها انظمة لتوضيح طرق مختلفة فى حساب هذه المبالغ كما أن البنك المستأنف ضده أولا لم يقم بإثبات ما يفيد بشكل رسمى ومعتمد من البنك المركزى اعتماد الطريقة الحسابية المبينة من تقرير الخبير على حسابات البنك.

الأمر الذى تتأكد منه المحكمة الموقرة بتوافر القصور فى التسبيب والفساد فى الاستدلال اصاب هذا الحكم مما يستوجب إلغائه٠

كما انه يتضح للهيئة الموقرة بالنظر إلي تقرير الخبير أنه لم يباشر مأموريته بناء على الحكم التمهيدى حيث ورد فى الحكم التمهيدى بندب الخبير ص١ أنه من مهام الخبير بيان سند البنك المدعى – المستأنف ضده أولا – فى احتساب عوض التأخير وعوائد هامشيه على حساب المدعى عليه الاول – المستأنف ضده ثانيا – من الوجهة المصرفية وهذا لم يحققه الخبير كما اننا طلبنا من السيد الخبير كما هو مثبت فى محضر جلسة الخبير ردا على المستندات التى قدمت من البنك المدعى – المستأنف ضده اولا– أن يلزم البنك بتقديم ما يفيد عما إذا كان احتساب قيمة الفوائد والعوائد الهامشية مطابقة ومعتمده طبقا لأحكام وقرارات البنك المركزى من عدمه الا أنه تجاهل هذا الطلب الجوهرى.

وكان هذا الطلب سوف يؤكد ويثبت للمحكمة الموقرة صحة دفعنا من ان البنك خالف نظم وقواعد البيع بالمرابحة وأحتسب قيمة ربا فاحش على عقد المرابحة وأن البنك احتسب فوائد على متجمد الفوائد مع الاحتفاظ برد أصل المبلغ وهذا منافى تماما

لمفهوم عقود المرابحة مما يبطل تقرير الخبير والحكم المستند عليه ويثبت بطلان التزام الكفيل لبطلان الالتزام المكفول.

المطلب الثالث

ردا على ماجاء بدفاع البنك الدائن

أولا : ردا على ما جاء بمذكره البنك المستأنف ضده اولا فى احقيته فى دعوى الإلزام وعدم سقوطها بمضى المدة طبقا لنص المادة ٦٨ من قانون التجارة ٠

إن التقادم الوارد فى صدر هذه المادة إنما شرع للمعاملات والعقود التى تجرى بين التجار فى معاملاتهم التجارية إلا ان البنك قد نسى ان العقد الذى أبرم مع المستأنف ضده ثانيا بشأن المرابحة التى حصل بموجبها على الاموال محل الدين طبقا لنص العقد فإنها مضمونه ب (**كمبيالات**) أي أن عقد المرابحة وارد على ورقة من الاوراق المالية التى يسقط بشأنها طلب الالزام بمرور ثلاث سنوات من تاريخ استحقاقها كما هو مستقر من احكام القانون واحكام القضاء وتطبيقها على الواقعة التى سبق وان بيناها فى ما سبق مما لا نطيل بشأنه.

وإن فى هذا الدفع الذى ابداه البنك دليل واعتراف واضح يؤكد نيته من أنه أخطأ متعمدًا فى رفع الدعوى ولم يكن متذكرا لصحة ميعاد السقوط وأنه اغفله وحاول الاحتجاج بهذه المادة حتى يدارى على ما وقع منه من خطأ اكتشفه بعد أن طرحة المستأنف لكونه دفاع جوهرى يتمسك به المستأنف والتفتت محكمة أول درجه من تحقيقه مما اخل بحق الدفاع.

وإنه تنويها واجبا المحكمة الموقرة على علم به أن ميعاد الانقضاء الوارد فى المادة ٦٨ هو ميعاد تقادم يمكن أن ينقطع لكن ميعاد الانقضاء الوارد بالمواد ٤٤٧ و ٤٦٥ من القانون التجارى هى مواعيد سقوط لا تنقطع أبدًا وشرعت لتكون جزاء يعاقب به المدعى إذا لم يقم الدعوى فى الميعاد المنصوص عليه ٠

ثانيا : ردا على ماجاء بمذكره البنك المستأنف ضده اولا فى احقيته فى تقرير فائدة قانونية طبقا لنص المادة ٤٠ من قانون البنك المركزى إلا أنه مع الاسف لم يقف البنك على حقيقة الفهم الصحيح لتلك المادة مما اوقعه فى غلط جزائه البطلان ٠

فى واقع الامر إننا لم نخطئ فى دفاعنا ولا فى مقصدنا ونضيف إلى ما قدمناه من أوجه لهذا الدفع وجهة نظر قانونية وقضائية وفقهية نطرحها على المحكمة الموقرة وهى فى نهاية الامر صاحبة القرار الاول والاخير.

لقد نص القانون رقم ٨٨ لسنه ٢٠٠٣ فى شأن البنك المركزى المصرى فى صدر المادة٤٠ منه على انه "**لكل بنك سلطة تحديد معدلات العائد عن العمليات المصرفية التى يقوم بها حسب طبيعة هذه العمليات كما يكون له أن يحدد اسعار الخدمات المصرفية التى يتعامل بها وذلك دون التقيد بالحدود والاحكام المنصوص عليها فى أي قانون اخر.**

وفى جميع الاحوال على البنك الافصاح للعميل عن معدلات العائد وأسعار الخدمات المصرفية وفقا لقواعد الإفصاح التى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون "كما نصت اللائحة التنفيذية فى صدر المادة ١٧ منه على أنه " على البنوك الإفصاح الكامل لعملائها عن معدلات العائد وأسعار الخدمات المصرفية التى تقدمها وذلك وفقا للقواعد الاتية:-

أ-أن يتم الإفصاح فى نصوص العقد عند التعاقد مع العميل وبإخطار من البنك للعميل وفقا لشروط العقد عند التجديد او تعديل المعدلات أو الاسعار.

ب-أن يكون الإفصاح فى صالات استقبال العملاء بالبنوك وفروعها أو فى الإعلان بالصحف ووسائل الإعلام الاخرى عن الخدمات التى يقدمها البنك للعملاء أو فى المراسلات الخاصة والنشرات المرسلة لهم.

ج-أن يتضمن الإفصاح معدلات العائد السنوية الفعلية وفقا للأعراف المصرفية"

وفى حقيقة الامر أختلف الفقه والقضاء فى فهم وتطبيق تلك المادة حتى أنه ورد عليها وعلى مثيلتها من القانون السابق الكثير من الطعون الدستورية التى كانت تنال من شرعيتها وقانونيتها.

وأن كنا يهمنا هنا مدى شرعيتها نتيجة إلى أن عقد المرابحة اساس الدين هو من العقود الإسلامية التى كان يجب ان تتوافق مع شروط العقود الإسلامية إلا أنه لم يحدث.

ولقد قضت محكمة النقض فى هذا الشأن بأنه :-

" عمليات البنوك : الحساب الجاري : ماهيته " " قفل الحساب الجارى" " مصادقة العميل على الحساب " . خبرة " سلطة محكمة الموضوع في تقدير عمل الخبير " . فوائد " الفوائد الاتفاقية : الحد الأقصى لسعر الفائدة " " فوائد العمليات المصرفية الموجز : الفوائد الاتفاقية . الأصل في استحقاقها . اتفاق الدائن مع المدين على سعر معين لها . أثره . عدم جواز استقلال الدائن برفعه . الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية . تعلقه بالنظام العام . مؤداه . بطلان الاتفاق على ما يجاوزه بطلاناً مطلقاً . علة ذلك . م ٢٢٧ مدنى . الاستثناء . عمليات البنوك . القاعدة : لئن كان المشرع قد منع بنص المادة ٢٢٧ من القانون المدني الاتفاق على فوائد تأخيريه تزيد على حد أقصى معلوم مقداره ٧% ونص على تخفيضها إليه وحرم على الدائن قبض الزيادة وألزمه برد ما قبضه منها، مع التقيد بما ورد بالمادة ٦٤ من القانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ من أنه لا يجوز في أية حال أن يكون مجموع العائد الذى يتقاضاه الدائن للتأخير في الوفاء بالديون التجارية في ميعاد استحقاقها أكثر من مبلغ الدين الذى احتسب عليه العائد إلا إذا نص القانون أو جرى العرف على غير ذلك، وهو ذات القيد الوارد بالمادة ٢٣٢ من القانون المدنى"[١].

---

[١] -الطعن رقم ١٠٣٥٨ لسنة ٨٤ قضائية الدوائر التجارية – جلسة ١٢/٠٣/٢٠١٩" وأيضا الطعون ٦٨٥١ ، ٦٩٣١ ، ٧٠٠٨ لسنه ٨٧ ق جلسه ٢٠١٨/٥/١٠ " وايضا " الطعن رقم ١٣٤٤٧لسنه ٧٥ق جلسه ٢٠١٨/١/١٧ .

كما قضت محكمة النقض أيضا:-

"إن الالتزام بسعر الفائدة الذى يحدده البنك المركزى على العمليات المصرفية مناطه اتفاق البنك وعميله على هذا السعر عدم وجود اتفاق اثره تطبيق السعر القانونى للفائدة"[1]

وغيرها الكثير والكثير من الطعون كما ورد فى أحكام القانون المدنى التى ذكرناها سابقا ونصوص المواد ٥٠ و ٦٤ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنه ١٩٩٩ .

كل هذه النصوص تؤكد على أنه يستحق البنك لفوائد قانونية وأن الاتفاق بينه وبين العميل يخضع لسلطان الارادة وانه يمكن أن يتجاوز نسبة الفوائد المتعارف عليها قانونا لكن لا يجوز له أن يتجاوزها طبقا للاستثناء المخول له من تقاضى فوائد على متجمد الفوائد او احتساب فوائد تزيد على المبلغ الأصلي.

بما يخالف قرارات البنك المركزى والا أصبح الاتفاق باطل فى حدود الزياده وصحيح فى غيره.

ويتضح من ذلك أن البنك قد خالف هذا الشرط واتفق على نسبه فائدة كما بينا تصل إلي ٤٨ % من قيمة الدين الأصلي بالمخالفة لقرار البنك المركزى ومخالفة لأحكام الشرعية الاسلامية المنظمة لعقود المرابحة.

كما أنه بالنظر الى الحكم المستأنف وعلى وجه أخر يتضح من منطوقه أنه بجلسه ٢٠١٩/١/٢٦ وبتلك الجلسة حكمت المحكمة " بإلزام المدعى عليه الاول بالتضامن والمدعى عليه الثانى بأن يؤديا للبنك المدعى مبلغ واحد وثلاثون ألف و تسعمائة و واحد وتسعون جنيها والعائد القانونى بواقع ٥٪ سنويا من تاريخ

---

[1] -الطعنين رقمى ٨٢٩٦،٨٢٤٠لسنه٦٥ق جلسه ١٩٩٧/٢٣" و"الطعن رقم ٣٠٣٩ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٦/١٠/١٧ .

٢٠١٧/١٢/٣٠ وحتى تمام السداد وألزمت المدعى عليهما بالمصروفات وخمسة وسبعين جنيها مقابل أتعاب المحاماة "٠

أولا: وهذا يعنى أنه قضى للبنك بفائدة ٥٪ مضافة الى مجموع الفوائد الاتفاقية التى وردت فى عقد من احتساب ١٦٪ فوائد تأخير على ملحقات العقد وفائدة تقدر بنسبة ٤٨٪ من اصل الدين كما بينا سابقا. الامر الذى يضحى معه هذا الحكم مخالف لتطبيق احكام القانون مما يستوجب إلغائه.

ثانيا: كما أنه لم يكن من المفترض القضاء بتلك الفائدة خاصة بعد قفل الحساب الجارى الذى كان يلتزم المدين الأصلي السداد فيه مما لا يجوز معه احتساب فوائد تأخيريه او اتفاقية من تاريخ قفل الحساب والمحدد بتاريخ الاستحقاق المقرر بناء على تقرير الخبير فى ٢٠١٣/١/١ الامر الذى كان جدير بالمحكمة أن تقضى بفائدة قانونية بسيطة تقدر بقيمة ٤٪ على اعتبار الكفالة فى النهاية من العقود المدنية ولو وردت على معاملات تجارية لأن الكفيل متبرع وليس مضارب.

ثالثا: ولقد نصت المادة ٣٧٥ من القانون المدنى على أنه "يتقادم بخمس سنوات كل حق دورى متجدد ولو اقر به المدين ، كأجرة المبانى والأراضي الزراعية ومقابل الحكر، وكالفوائد والايرادات المرتبة والمهايا والاجور والمعاشات "٠

ومن هذا وبحساب تاريخ الاستحقاق وتاريخ رفع الدعوى كما هو مبين سابقا وصحيفة الاستئناف ان البنك قد سقط حقه اصلا فى طلب الفوائد اتفاقية كانت او قانونية لإهماله فى اتخاذ الإجراءات القانونية فى المواعيد المحددة.

ومن هذا يكون جدير بالذكر أن السقوط الذى لحق بالدين الأصلي كما بيناه فى سقوط الحق فى رفع دعوى الإلزام وفى الدفاع السالف حيث يستتبع مع سقوط الدين الأصلي بكافة فوائده قانونية او اتفاقية ومن هنا يضحى دفاعنا سديد مستوجب القضاء بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء بالطلبات الواردة بمذكرة دفاعنا فى ٢٠٢٠/٣/١٤ ٠

الخاتمة

تعد عقود المرابحة الاسلامية من أكثر أنظمة التمويل المعتمدة من الفقه الإسلامي بمدى مشروعيتها خاصة لابتعادها عن مفهوم المعاوضة أو المضاربة أو تطبيق أرباح تقدر مفهوم العوائد او الفوائد القانونية دون المشاركة الفعلية.

حيث أن الهدف من نشأة هذه العقود هو تحقيق نوع من المساهمة الانسانية التى تتطلبها الشريعة الاسلامية وتحث عليها كشعور من يمتلك المال لمساعدة ومساهمة من هو فى حاجة اليه عن طريق المشاركة بنسبة ربح دون الدخول فى أي منافسة غير مشروعة أو التمويل بعائد ربوى.

إلا أننا فى هذا البحث الذى كان يمثل فى الاساس مذكرة دفاع قدمت امام محكمة استئناف القاهرة للأمور الاقتصادية يعد بمثابة توضيح للمفهوم الحقيقى لعقود المرابحة الاسلامية والانظمة المعمول بها اليوم فى البنوك المصنفة بكونها بنوك إسلامية.

حيث أن هذه البنوك تدعى بقيامها بعقود مرابحة إسلامية وتحتكم فيها إلى أنظمة الشريعة الإسلامية إلا أنها فى الواقع لا تقوم بأي شيء سوا إبرام عقود قروض عادية جدا بتطبيق نسبة فوائد وارباح وإضافة فوائد على متجمد الفوائد بصورة ربا فاحش تحت مسمى عقود المرابحة الاسلامية.

وإننا هنا لا نتهم نظم المرابحة الاسلامية وإنما نوضح الصورة الحقيقة التى تقوم بها البنوك الاسلامية فى تعاقدها التى تدعى أنها تتم تحت مفهوم الشريعة الاسلامية بغرض تحقيق أرباح اكثر من الارباح التى فرضها لها القانون.

خاصة وان الانظمة القانونية اعطت البنوك كامل الحرية فى تطبيق اسعار الفوائد بما لا يخالف قرارات البنك المركزى كما اوضحنا إلا أن مجموعة من المصارف الاسلامية قامت باستغلال مفهوم هذه العقود لتحقيق نسبة فوائد أعلا.

إضافة الى أن غالبية هذه البنوك هى التى كانت تستدرك الكثير من الشباب المقبلين على الزواج أو المشروعات الصغيرة بعروض وهمية بها نوع من الغش والتدليس بإيهامهم بقيامها بتمويلهم لقروض بشروط ميسرة وطويلة الامد فى فترات السداد وذلك للقيام فيما بعد بتحقيق اعلا نسبة عائد ربحى على سند من القول أنها مرابحة وأنها تشاركه المشروع وتحصل على نسبة من الارباح كما هو مبين فى دعوانا الموضحة فى هذا البحث،

والتى اتخذناها نموذجا لهذا البحث لكونها من الأمور العملية والتطبيقات القانونية النادرة والغير دارجة والتى نالت صوبة ومجهود متواصل للحصول على نتيجة نهائية بعد محاولات مستميته لإيصال الصورة الحقيقة لمحكمة الموضوع.

حيث قضت فى النهاية محكمة استئناف القاهرة للأمور الاقتصادية "**بقبول الاستئناف وإلغاء الحكم المستأنف والقضاء ببراءة ذمة الكفيل وسقوط الدين محل الالتزام بمضي المدة**" وكان هذا استنادا على ما قدمناه أمام المحكمة من أدلة وبراهين قانونية تثبت أحقيتنا القانونية فى المطالبة ببراءة الذمة.

ومما سبق وبناء عليه فإننا نستخلص مجموعة من النتائج التالية:-

أولا: أننا دفعنا ببطلان الحكم المستأنف لإخلاله بحق الدفاع واغفاله الرد على دفوع جوهرية اثبتنا صحتها واهميتها بشهاده الافلاس التى ضمت الى ملف القضية من قلم افلاس المحكمة والتى تؤكد أن محكمة اول درجة لو كانت تحققت من طلباتنا لتحقق دفاعنا الجوهرى وتغير وجه النظر فى الدعوى كما أن المستأنف ضده اولا لم يقدم ما يفيد اتخاذه لأى اجراءات قانونية سابقة على رفع الدعوى مما يثبت ميعاد السقوط.

ثانيا: كما أننا دفعنا بعدم قبول الدعوى الاصلية لرفعها بغير الطريق الذى رسمه القانون وذلك تأكيدًا على عدم قيام المستأنف ضده اولا- البنك- بأتباع الاجراءات القانونية التى كانت يجب أن تتخذ قبل رفع الدعوى الاصلية وعدم تنفيذ طلبنا بالزام

البنك بتقديم ما يفيد اتخاذه لأى اجراءات قانونية سابقة على رفع الدعوى خاصة وأنه كان لزاما أن يحرر البنك اجراءات البروتستو السابقة على الدعوى و إفلاس المدين ولم يقم بتلك الاجراءات كما هو مبين من شهادة قلم إفلاس المحكمة الاقتصادية المرفقة بملف القضية.

ثالثا: كما أكدنا على احقيتنا فى الدفع بالتجريد والمطالبة بوقف تنفيذ حكم الالزام المحتمل صدوره فى حق المستأنف ضده ثانيا فى مواجهة الكفيل حتى يتم تجريده قبل التنفيذ على الكفيل وذلك لعدم تحقق الكفالة التضامنية فى حق الكفيل المستأنف وأن عقد الكفالة ليس فى حقيقته تضامن وانما هو كفالة عادية للدين.

رابعا: كما أننا اكدنا على أن الكفيل براءة ذمته ولا يجوز الرجوع عليه لأكثر من وجه وأن اختصامه فى الدعوى يتحتم عدم قبولها لرفعها على غير ذى صفه وسقوط الحق فى الرجوع على المستأنف لبراءة ذمته وسقوط الحق المطالب به وسقوط الحق فى اختصامه اصلا من البداية خاصة بعد إثبات قيامنا بإنذار البنك منذ عام ٢٠١٣ بالقيام باتخاذ إجراءات قانونية للحفاظ على حقوقه المالية نظرا لعلمنا بتوقف المدين عن السداد وزعمه السفر خارج البلاد مما تبراء معه ذمه الكفيل لمرور اكثر من ٦ أشهر على اتخاذ البنك لإجراءاته القانونية ضد الكفيل والمدين طبقا لنص المادة ٧٨٥ من القانون المدنى.

كما أن ذمه الكفيل تبراء ايضا لضياع الدائن كافة الضمانات التى كان يجب إن يتخذ اجراءات لحفظها ضمانا لدينه وحتى يتمكن من التنفيذ عليها وأن وجود ضمانات عينية ومادية تغنى عن الكفالة خاصة وأنه من غير المعقول أن يقوم القرض كله بضمان الكفيل فقط دون أي ضمان اخر.

خامسا: كما ان الدائن المستأنف ضده اولا تراخى فى اجراءاته واضاع كل التأمينات العينية والمادية التى كان قد حصل عليها من المدين الأصلي من مقابل وفاء ورهن الادوات الكهربائية محل عقد القرض والمزعوم تسميته بالمرابحة.

سادسا: كما أنا ندفع دفاع موضوعى متعلق ببطلان عقد الكفالة لأكثر من وجه اولهم عدم توافر شروط الكفالة فى الكفيل إضافة إلى عيوب اراده الكفيل من وقوعه فى غلط وغش وتدليس،

إضافة إلى وجه أخر من البطلان وهو لتحمل عقد القرض لنسبة ربا فاحش وعدم الالتزام بقرارات البنك المركزي وبطلان لانعدام سبب ومحل عقد القرض وعقد الكفالة المرتبطة بعقد القرض فالعقدان ليس لهم سبب او محل ولم يرد فى عقد الكفالة مضمون عقد القرض وبيانه وتاريخه وعدم قيام التضامنية فى الدين كما أن العقود ذاتها غير معقوله لكونها جميعها حررت فى تاريخ واحد وفى يوم واحد وهذا غير متوقع وغير معقول طلب القرض والشراء وعروض الاسعار والموافقة وعقد القرض وعقد الكفالة جميعهم فى يوم واحد هذا غير منطقى.

كما أن البنك المستأنف ضده اولا قد حمل الكفيل فى عقد الكفالة اكثر من التزامات المدين فى عقد القرض مما يكون سبب أيضا للأبطال فى هذه الالتزامات المستقبلية وغير القانونية التى وردت فى عقد الكفالة واقحام الكفيل بالتزامات هو فى الاساس غير مطالب بتنفيذها وكأنه يحصل على دينه من الكفيل دون المدين وهذا غير قانونى مما يبطل عقد الكفالة إضافة الى البطلان المترتب نتيجة وجود بطلان فى عقد القرض الأصلي.

سابعا: وتأكيدًا واشتمالا لكل ما سبق توافر الفساد فى الاستدلال و القصور فى التسبيب وقضاء بما لم يطلبه الخصوم . على نحو مخالف للقانون و بالمنافاة لتقرير مكتب الخبراء وبطلان التقرير نفسه لقصور الخبير عن ممارسة مهمته طبقا للحكم التمهيدى وخطأ فى وصف الدين وقيمته وذلك لاعتماد الحكم الابتدائي على الالزام بمبلغ لم يطلبه الخصوم فى صحيفة دعواهم وقضا لهم بمبلغ اكبر منه وقضا لهم بنسبة فائدة ٥٪ عوض تأخير على الرغم من سقوط الحق فى المطالبة او القضاء لهم بهذا العوض حتى أن احتساب مبلغ القرض كان فيه خطأ لاحتساب

نسبة فائدة غير قانونية مما ادى الى مضاعفة قيمة المبلغ الامر الذى يبطل معه حكم أول درجة لقضائه بما لم يطلبه الخصوم وبالمخالفة للثابت بالأوراق كما سبق إيضاحه وإضافة أخيره ان التقرير اوضح أن المدين الأصلي توقف عن السداد.

ثامنا: وأخيرا وليس أخر يتضح أن البنك قام بتقديم مجموعة من المستندات التى تؤيد دعواه وان جميعها منتقده خاصة وأنه من غير المعقول والمقبول منطقيا أن يتم تحرير طلب القرض وعرض الاسعار وطلب الشراء والموافقة على عقد القرض وتحرير الشيكات والتوكيل بالشراء وعقد الكفالة جميعهم فى تاريخ ٢٠١٨/٣/١٧ فهذا لا يقبل عقلا حيث أن هذا وجه منتقد لمخالفته للطبيعة القانونية التى كانت يجب أن تسير بها تلك الاجراءات مما يؤكد على أن البنك لم يتخذ اجراءاته بشكل سليم مما ألحق بها اوجه البطلان المتعددة التى اوضحناها فى مذكره دفاعنا السابقة والتى نتمسك بكل ما جاء فيها.

كما أن المستأنف ضده اولا – البنك– سعى الى توجيه انذار رسمى على يد محضر موجه إلى المستأنف – الكفيل – و المستأنف ضده ثانيا– المدين– وهذا الإنذار الذى قام بتقديمه بحافظة مستنداته الا انه لم يعلن للإجابة مما يجعله عديم الاثر فى مواجهتنا.

ومن تلك النتائج التى استخلصناها من البحث بعد تقديم مذكرة دفاعنا أمام محكمة استئناف القاهرة للأمور الاقتصادية واستصدار حكم لصالحنا ببراءة ذمة الكفيل – المستأنف– الا إننا وبعد البحث فى حقيقة الموضوع وطبيعة النزاعات التى تنشأ عن عقود المرابحة وعقود الكفالة المترتب عليها.

أن هناك بعض التقصير من الادارات القانونية لدى المؤسسات البنكية التى تستخدم تلك العقود تقصير قانونى وتقصير عملى متمثل فى تخاذل وتراخى فى اتخاذ الاجراءات القانونية لحماية مقدرات البنك.

خاصة وأن هذه الاموال طبقا لقانون العقوبات تمثل أموال عامة وخاضعة لأحكام قانون العقوبات مما يوقع القائمين على ادارة البنك فى استصدار مثل تلك القروض الامر الذى يوقعها فى المسئولية الجنائية والاتهام بإهدار اموال المستثمرين بالبنك وتعرض ادارة البنك للمخاطرة الاقتصادية نتيجة التلاعب بمدخرات المودعين فى اقراض دون ضمانات.

ومن ذلك نستخلص مجموعة من التوصيات الاتية:-

أولا: المعاملات المالية الإسلامية لها خصوصية تنفرد بها عن المعاملات البنكية التقليدية فكان لزامًا على البنوك الاسلامية التى تتخذ من أحكام الشريعة الاسلامية منهاج لعملها أن تراعى تطبيق الاحكام الشرعية بأن تبتعد عن تطبيق نظم الفوائد الربوية.

ثانيا: صيغ عقود الكفالة التضامنية المرتبطة بعقود المرابحة الإسلامية ذات عوائق تنفيذية نظرا للعقبات القانونية الكثيرة التى تشوبها مما قد يجعل الاحكام القضائية الصادرة بشأنها غير قابلة للتنفيذ مما يجب تعديل الصيغ الخاصة بتلك العقود عن طريق مكاتب استشارات قانونية متخصصة.

ثالثا: صيغ عقود الكفالة التضامنية وعقود المرابحة المرتبطة بها يجب أن تراعى تفادى المخاطر المتعلقة بالتطبيقات القانونية.

رابعا: لم تكن الادارات القانونية المسئولة عن صياغات عقود الكفالة وعقود المرابحة ذات كفاءة تؤهلها لصياغة تلك التعاقدات ولا مباشرة القضايا المرتبطة بها نظرا لقلة خبرتهم العملية مما يجب أن يتم الاعتماد على مكاتب محاماة ذات خبرة للاستشارات القانونية قبل مباشرة مثل تلك القضايا.

خامسا: التسهيلات البنكية المطروحة جعلت الادارات القانونية تتراخى فى اتخاذ التدابير الاحتياطية اللازمة لضمانات القروض وتتغافل عن السير فى الاجراءات القانونية الخاصة بضمانات الرهون او التدابير الاحتياطية السابقة على رفع القضايا

مما يستوجب إعادة هيكلة تقسيم العمل الداخلى بالإدارات القانونية حفاظًا على مقدرات البنوك وعدم ضياعها بسبب فوات مواعيد التقاضي نتيجة إهمال مسئولي الادارات القانونية.

المراجع

المراجع العامة:-

د.حسام رضا السيد: المشكلات العملية فى الفوائد البنكية– دار النهضة العربية سنة٢٠١٢ ٠

د.حمدى عبد الرحمن: نظرية العقد– دار النهضة العربية سنة٢٠١١ ٠

د.رضا السيد: الاوراق التجارية –دار نصر للطباعة الحديثة سنة٢٠١١ ٠

د.سليمان مرقس: الوافى فى شرح القانون المدنى– فى العقود المساه– المجلد الثالث الكفالة – ط٣ سنة، ١٩٩٤ دون دار نشر ٠

أ.سمير الامين: الودائع وتأجير الخزن والحساب الجارى لدى البنوك المركز القومى– للمطبوعات سنة٢٠١١٠ ٠

أ.سمير الامين: السمسرة والايداع بالمستودعات العامة طبقا لقانون التجارة الجديد– المركز القومى للمطبوعات سنة٢٠١١ ٠

أ. سمير الامين: السند الأذني –المركز القومى للمطبوعات سنة٢٠١١ ٠

د.عبد الرزاق السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى – الجزء العاشر التأمينات الشخصية والعينية – طبعة نقابة محامى الجيزة تنقيح المستشار/ احمد مدحت المراغى سنة ٢٠٠٧ ٠

د.محمد المرسي زهرة: ضمانات الائتمان العينية والشخصية– ط٢ سنة٢٠١٢– دون دار نشر ٠

المراجع المتخصصة:-

د.برهام محمد عطاالله: التوريق فى قانون التمويل العقارى – دار المعارف للطباعة والنشر سنة ٢٠٠٥ .

د.حسام الدين عبد الغنى الصغير: تطور المعاملات المصرفية فى عصر التكنولوجيا الرقمية – دار نصر للمطبوعات سنة ٢٠٠٦ .

د.رشدى شحاتة: خصائص العمل المصرفى فى الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٣ .

د.رضوان محمد عبد العال: أليات التمويل فى المصارف الإسلامية بين الضوابط الشرعية والمخاطر العملية – دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٤ .

د.ماجد عبد الحميد عمار: التجمع المصرفى –دار النهضة العربية سنة٢٠٠٥ .

د.محمد الشحات الجندى: المصارف كأدوات للتنمية والاستثمار فى النظام الدولى الإسلامي – دار النهضة العربية سنة٢٠٠٤ .

د.محمد عبد الظاهر حسين: عقد الضمان المقابل– دار النهضة العربية سنة٢٠٠٥٠

د. نادية محمد معوض: حقوق الغير فى اتفاقات البنوك الداخلية – بدون دار نشر سنة٢٠٠٤ .

د.نجوى أبوهيبة : المسئولية المدنية للبنوك عن العمليات المصرفية –دار النهضة العربية سنة٢٠٠٤ .

د.هشام خالد: البنوك الاسلامية الدولية وعقودها – دار النهضة العربية سنة٢٠٠٣ .

الابحاث العلمية المتخصصة:-

د.الوثاق عطا المنان محمد أحمد: عقد المرابحة ضوابط الشريعة صياغتها المصرفية وانحرافاته التطبيقية– بحث مقدم للمؤتمر العالمى الثالث للاقتصاد الإسلامي – جامعة أم القرى– سنة٢٠١٠ .

د.خالد عقيل سليمان العقيل – عارف على عارف: المخاطر القانونية فى عقود المصرفية الاسلامية المرابحة نموذجا– بحث منشور بمجلة التجديد المجلد ١٩ العدد٢٣ سنة٢٠١٥ –صادرة عن الجامعة الاسلامية العالمية بماليزيا.

د.محمد صرصور: بيع المرابحة للأمر بالشراء دراسة بحثية صادرة عن بيت المال الفلسطيني العربي٢٠١٧.

الاحكام القضائية:-

د.وائل ممدوح راضى : المبادئ القانونية لمحكمة النقض فى شأن المحاكم الاقتصادية –صادرة عن المكتب الفنى لمحكمة النقض المصرية.

الطعن رقم ٤٢٥ لسنة ٦٧ ق بجلسة ٢٠٠٨/٣/١١ .

الطعن رقم ٦٩١٥ لسنة ٧٧ ق بجلسة ٢٠٠٨/٤/٨ .

الطعن رقم ١٣٤٤٧ لسنة ٧٥ ق بجلسة ٢٠١٨/١/١٧ .

الطعن رقم ٧٠٠٨/٦٩٣١/٦٥٨١ لسنة٨٧ق بجلسة٢٠١٨/٥/١٠ .

الطعن رقم ١٠٣٥٨ لسنة ٨٤ ق بجلسة٢٠١٩/٣/١٢ .