وزارة التعليـم العالـي والبحـث العلمـي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

المرجع: .....

قسم :القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

النظام القانوني للكفالة في القانون الجزائر

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: القانون القضائي

إعداد الطالب :

- عمور عبد الله

إشراف الأستاذة:

- بحري أم الخير

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذة..... حميدي فاطيمة .....رئيسا

الأستاذة .....بحري أم الخير.....مشرفا مقررا

الأستاذة..... مجبر فاتحة .....مناقشا

السنة الجامعية: 2022/2021

نوقشت يوم:**2022/.07/14.**

الإهداء

أهدي هذا العمل إلى أعز ما يملك الإنسان في هذه الدنيا إلى ثمرة نجاحي إلى من أوصى بهما الله سبحانه وتعالى :

" وبالوالدين إحسانا "

إلى الشمعة التي تحترق من أجل أن تضئ أيامي إلى من ذاقت مرارة الحياة وحلوها، إلى قرة عيني وسبب نجاحي وتوفيقي في دراستي إلى

"أمي -حورية "

أطال الله في عمرها

إلى الذي أحسن تربيتي وتعليمي وكان مصدر عوني ونور قلبي وجلاء حزني ورمز عطائي ووجهني نحو الصلاح والفلاح إلى

"أبي قضائ "

أطال الله في عمره

إلى أخواتي وجميع أفراد عائلتي

إلى أستاذتي " بحري أم الخير " و جميع الأساتذة الأجلاء الذين أضاءوا طريقي بالعلم

وإلى كل أصدقاء الدراسة و العمل ومن كانوا برفقتي أثناء إنجاز هذا البحث إلي كل هؤلاء وغيرهم ممن تجاوزهم قلمي ولن يتجاوزهم قلبي أهدي ثمرة جهدي المتواضع

شكر وتقدير

إننا نشكر الله العلي القدير أولا وأخيرا على توفيقه لنا لإتمام هذه المذكرة فهو عز وجل أحق بالشكر و الثناء وأولى بهما؛ ومن قوله عليه الصلاة و السلام "لا يشكر الله من لا يشكر الناس"فأنني أتوجه بالشكر و التقدير إلى أستاذتي الفاضلة "بحري أم الخير" التي أشرفت على هذه المذكرة حيث بفضل الله تعالى ثم بفضل مجهودها المتواصل وتوجهاتها السديدة ونصائحها تم إنجاز هذا العمل المتواضع لها من خالص الوفاء و التقدير و إحترام وأتوجه بالشكر إلى السعادة لجنة المناقشة وأشكر كل من ساندنا رفقة العمر و أحباء القلب من قريب و بعيد في إنجاز هذه المذكرة

مقدمة

إن التأمينات هي الضمانات أو الوسائل التي يتقي بها الشخص خطرا معينا وهذا هو المفهوم العام للتأمينات ، أما عن المفهوم القانوني فيراد بالتأمينات ضمانات تنفيذ الالتزام أي الضمانات التي تؤمن الدائن من خطر عدم الوفاء بالدين وتفتح له استيفاء حقه إذا ما حل أجل الدين ، هذا ما يؤكد أن القوانين الحديثة تقدم من الوسائل الفنية والقانونية ما يضمن بفعالية احترام وتنفيذ الالتزام دون مساس بشخص المدين [1].

تعد التأمينات سواء الشخصية suretes personnelles أو التأمينات العينية suretes réelles من الضمان الخاص أو التأمين الخاص ، الذي وفقها يكون للدائن حق عن الدائنين الآخرين خاصة بالنسبة للدائن المرتهن صاحب الحق العيني التبعي بالتالي يكون في مركز مختلف عن الدائنين الآخرين بما له من حقوق أو ما هو يسمى بحق التقدم أي حق الأفضلية على سائر دائني المدين الآخرين وحق التتبع أي تتبع المال المخصص لوفاء حقه في أي يد كانت [2].

فينفرد بذلك الدائن المرتهن بالضمان الخاص خلافا للدائن العادي الذي يتعرض المخاطر متعددة ، فقد يحدث عند تحقق الأجل أن يصبح المبين معسرا ، أو يكون للمدين عدة دائنين فلا يحصل الدائن على شيء يسير [3].

أما عن التأمينات الشخصية منها الكفالة 'cautionnement مع العلم أن هناك وسائل أخرى التي تحقق التأمين الشخصي مثل الاشتراط لمصلحة الغير والإنابة الناقصة لميكما أن للدائن أيضا العمل على كشف مساعي المدين لإبعاد أمواله عن الضمان العام،

[1]– حسين عبد اللطيف حمران : التأمينات العينية . دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن والتأمين والامتياز ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 2005 ، ص 21.

[2]– نبيل إبراهيم سعد : التأمينات العينية والشخصية . الرهن الرسمي – حق الاختصاص . الرهن الجازى حقوق الامتياز – الكفالة ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2007 ، ص8

[3]– رمضان أبو السعود : التأمينات الشخصية ، منشأة المعرف بالإسكندرية ، مصر ، 1995 ص12.

ومن خلال نجد المشرع الجزائري لقد عرف في النصوص القانونية في المادة 198 من القانون المدني الجزائري، ورغم كل هذه الوسائل إلا أنها لا تقضي على المخاطر التي قد يتعرض لها الدائن من عدم حصوله على حقه، لهذا السبب أوجد المشرع وسائل قانونية أخرى من شأنها توفير قدر أكبر من الثقة للدائن وهذه الوسائل هي ما أصطلح تسميتها بالتأمينات الخاصة والتي تتجسد في نوعين وهما التأمينات العينية والتأمينات الشخصية.

يحرص كل دائن الحق مالي على أن يكون لحقه من الضمانات ما يكفل له استيفاء دينه في موعد استحقاقه، ويقوده هذا الحرص إلى اتخاذ جميع الوسائل المؤدية لذلك، وهذه الوسائل عرفت منذ زمن بعيد ووضعت لخدمة الدائن تأمينا له للحصول على حقه كالتأمينات العينية والتأمينات الشخصية، وتقوم هذه الأخيرة على تعدد المسؤولين لتنفيذ الالتزام فيتحقق ضمان الدائن فيها من ضم ذمة أخرى إلى ذمة المدين، حيث لو يتعرض المدين لإعسار تكون الذمة الأخرى مسؤولة عن الوفاء بالدين، وبذلك تتضاعف فرص حصول الدائن على حقه، والكفالة تعتبر أهم صور التأمينات الشخصية[1].

ولقد عرف المشرع الجزائري الكفالة في المادة 644 من ق.م.ج التي تنص على أن: «الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه » [2].

ومن المادة يتضح لنا أن طرفي الكفالة هما الكفيل والدائن، أما المدين فليس طرف في العقد فيصح أن تتم دون علمه أو رغم معارضته حسب المادة 647 من ق.م.ج، مع أنها لا تتصور بغير وجود الالتزام الأصلي الذي يقع على عاتق المدين[3].

1- عبده محمد علي، عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب ومنشورات زين الحقوقية، لبنان، 2005، ص 7-8

2- الأمر رقم 58 .75 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون 0507 المؤرخ في 13 ماي 2007

3- الجريدة الرسمية رقم 31 المؤرخة في 13ماي 2007).

ونجد أن عقد الكفالة عقد يشمل على ثلاثة أنواع من روابط وهي:

1-رابطة بين الدائن والمدين: في هذه الرابطة قد يشترط الدائن على المدين تقديم كفيل حتى يقبل العقد المقترح، ويحدث ذلك أثناء تنفيذ هذا العقد خشية الدائن من إعسار المدين فيطلب منه ذلك.

ولقد تضمن القانون المدني صور يتعدد فيها المسؤولون عن ضمان الإلتزام الواحد وتنفيذه، من أهمها التضامن بين المدينين (م 217 ق م ج)، إذ للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين، فيختار من هو أكثرهم يسارا ويقضي دينه كاملا، أو يعود على أي مدين بما تبقى له من حقه إذا لم يستوفه من المدين الأصلي،[1] وكذلك عدم قابلية الإلتزام للإنقسام بين المدينين به (م 237 ق م ج)، وكذلك الإنابة في الوفاء مع بقاء المدين الأصلي مسؤولا قبل الدائن مع المدين الجديد المناب (م 294 ق م ج).

ولعل من أهم صور التأمينات الشخصية السالف ذكرها نجد عقد الكفالة وهو موضوع بحثنا، تناوله المشرع الجزائري بالتنظيم في الباب الحادي عشر المعنون بالكفالة، من الكتاب الثاني المعنون الإلتزامات والعقود، وبالتحديد المواد من 644 إلى 673 قانون مدني جزائري.

هذا ويتحدد مجال دراستنا القانونية بالرجوع إلى النصوص القانونية للقانون المدني والقانون التجاري بالإضافة إلى الإعتماد على الآراء الفقهية القانونية.

أسباب اختيار الموضوع : يعتبر عقد الكفالة من المواضيع الشيقة التي ساهمت في خلق ثقة كبيرة ين الأفراد ، كما أننا لا ننسى ميولنا و حبنا للقانون المدني ،بعد دراسة الموضوع ، تم استخلاص أن هذا الموضوع من المواضيع المتداولة كثيرا و محاولة الاستفادة ولو بجزء قليل و الحصول على المعرفة في هذا المجال .

[1]-- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني التأمينات الشخصية و العينية عقد الكفالة ،ب.ط ، عين مليلة الجزائر ، 2011 ،ص،ص 3،4

أهمية الموضوع :

تكمن أهمية دراستنا لهذا الموضوع في علاقته بحياة الناس في معاملاتهم ، حيث يزيد في الثقة و يدعم الائتمان في التعامل بينهم، كون نظام الكفالة يهدف إلى حفظ النفس و الذي يعتبر مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية ، بالإضافة إلى ذلك أن الدين الإسلامي حثنا على كفالة و رعاية الأطفال اليتامى لما له قيم إنسانية و أخلاقية في المجتمع وهذا من اجل تنشئة طفل سليم و مدمج اجتماعيا ونفسيا لا يحس بالتهميش و النقص.

أهداف الدراسة

– التعرف على عقد الكفالة والآثار المترتبة عليه من حيث حقوق الدائن وحقوق الكفيل، والنتائج المترتبة على تنفيذ هذا العقد من حيث علاقة الكفيل بالمدين وعلاقة الكفيل مع غيره من الكفلاء.

– معرفة مدى تأثير صياغة العقد والاتفاق على خلاف القواعد المكملة لعقد الكفالة على مركز الكفيل تجاه الدائن وذلك من خلال صياغة عقود مختلفة للكفالة.

– **صعوبات الدراسة** : أثناء دراستنا واجهتنا بعض الصعوبات و التي تتمثل في :

– نقص الكتب المتخصصة في موضوع أركان عقد الكفالة، وذلك مما جعلنا نعود إلى الكتب العامة لمصادر الالتزام.

– قلة المقالات التي كتبت في موضوع الكفالة.

– صعوبة جمع المعلومات وترتيبها وذلك بسبب الاستعانة بالكتب العامة والكتب المتخصصة التي لم تفصل في أركان عقد الكفالة.

وباعتبار عقد الكفالة من العقود المهمة في وقتنا الحالي، ومن خلال كل ما تطرقنا إليه نطرح الإشكالية التالية:

– ما هو النظام القانوني للكفالة في القانون الجزائري؟

هذه الإشكالية بدورها تتفرع إلى عدة تساؤلات تمت الإجابة عليها منا :

– هل الضمان الشخصي المتمثل في عقد الكفالة قادر على توفير الحماية القانونية المثلى واللازمة لكل من الدائن والمدين والكفيل ؟

– وما مدى فعالية هذه الحماية إن وجدت ؟

– وما مدى قدرة النصوص القانونية المنظمة لعقد الكفالة على مواكبة المستجدات والتطورات الإقتصادية الحالية ؟

– هل تحقق الكفالة الحماية اللازمة لأطراف العقد ؟

للإجابة عن هذه التساؤولات قمنا بالاعتماد في تحرير مذكرتنا على المنهج التحليلي وفقا للنصوص القانونية التي تطبق على النظام القانوني للكفالة في القانون الجزائري ، لان المنهج يتناسب بشكل أفضل مع صياغة الدراسة ، واعتماد على المنهج الوصفي خصوصا في الفصل الأول لعرض تعريفات والخصائص و أنواع عقد الكفالة .

وقد اعتمدنا في خطة بحتنا على التقسيم الثنائي لتكون الخطة مثالية ، حيث أدرجنا في الفصل الأول للإطار المفاهيمي للكفالة، والذي قسمناه بدوره إلى مبحثين، فتناولنا في المبحث الأول ماهية الكفالة، أما المبحث الثاني فخصصناه لإبرام عقد الكفالة وإثباته.

أما الفصل الثاني فخصصناه لوسائل القانونية لعقد الكفالة، حيث تناولنا في المبحث الأول آثار عقد الكفالة، بينما تناولنا في المبحث الثاني طرق إنقضاء عقد الكفالة.

وأنهينا بحثنا بخاتمة تطرقنا فيها لأهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها من خلال معالجاتنا لهذا الموضوع.

الفصل الأول
الإطار المفاهيمي الكفالة

تمهيد :

تعتبر الكفالة تأمين ممنوح للدائن وفي الوقت ذاته هي عبارة عن العقد الذي ينشىء هذا التأمين فالكفالة هي عقد يتعهد بموجبه الكفيل بأن يفي بالت ا زم المدين إذا لم يقوم هذا الأخير بتنفيذه ، فهي تعد تأمين اتفاقي تنشأ بإرادة الكفيل و الدائن المكفول له .

وباعتبار الكفالة هي عقد كسائر العقود فإنها تخضع في تطبيقها للقواعد العامة للقانون المدني والتي تتطلب توافر أركان لانعقادها صحيحة (الرضا ، المحل ، السبب).[1]

وستتمحور دراستنا في هذا الفصل حول ماهية عقد الكفالة و التي نظمها المشرع الجزائري في 644-653 [2] من ق.م. ج ،وعلى اثر هذه النصوص القانونية حيث سنتطرق في هذا الفصل إلى تعريف الكفالة وبيان كافة أنواعها و خصائصها لنصل إلى تمييز الكفالة عما قد يشتبه بها من عقود .

1- محمد صبري السعدي،الوضح في شرح القانون المدني التأمينات الشخصية و العينية،عقد الكفالة ، المرجع السابق ، ص. 13

2-المادة 653 من ق.م.ج "إذا لم يكن هناك اتفاق خاص ،فان الكفالة تشمل ملحقات الدين ،و مصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل"

المبحث الأول : ماهية عقد الكفالة.

إن عبارة الكفيل تعني التأمين الممنوح للدائن، كما تعني في الوقت ذاته العقد الذي ينشئ هذا التأمين فمصدر الكفالة دائما يكون العقد الذي يبلور الاتفاق بين الدائن و المدين على أن يتعهد شخص آخر يدعى الكفيل بتسديد مبلغ الدين الذي هو على عاتق المدين.[1]

أورد المشرع الجزائر تعريف للكفالة في المادة 644 في القانون المدني فيجب علينا تبيان أهمية العلاقة بين المدين و الدائن كونها تتعلق بحقوق مالية إذ أن الدائن يكون مهدد بخطر عدم تمكنه من الحصول الحق الذي له قبل مدينه وذلك متى لم يفي المدين بما عليه من دين اختياريا.و لهذا اوجد المشرع نوعين من وسائل الضمان للحفاظ على حق الدائن الأول الضمان العام و الثاني يقوم على تعدد المسئولين عن تنفيذ الالتزام، فيتحقق ضمان الدائن فيها من ضمّ ذمة أخرى إلى ذمّة المدين، ففي حالة إعسار المدين تكون الذمة الأخرى مسئولة عن الوفاء بنفس الدين، وهنا تتزايد فرص حصول الدائن على حقه.[2]

المطلب الأول : مفهوم عقد الكفالة.

إن عقد الكفالة هو عقد بسيط ويعتبر من العقود المهمة في الحياة العلمية والعملية وذلك بسبب حاجات الإنسان المتطورة والجديدة واحتياجه لتشريع قانون أو نظام يهدد علاقته بالغير والكيفية التي يتعامل بها عندما يلجأ إلى هذا العقد (الكفالة) وأين إجرائها ومع من ومن اجل الوصول إلى هذا الحق ونقدم الجمتمع وازدهاره ، و تهدف الكفالة إلى تحقيق ضمان قوي للدائن، من خلال تعدد المدينين بدرجات مختلفة على نفس الدين؛ وهذا بأنّها تُمَكّنُ الدائن من الحصول على دينه من المدين أو عدّة مدينين غير المدين الأصلي بحيث

1- محمد حسين ، الوجيز في التأمينات الشخصية و العينية في القانون المدني الجزائري ، المؤسسة الوطنية الكتاب ، الجزائر ، بدون سنة الطبع ، ص 27.

2- مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك وفقا لأحكام قانون التجارية الجديد رقم 17 سنة 1999 ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2002 ، ص 319 .

لو أعسر هذا الأخير كان الكفيل لمدين احتياطي أو الكفلاء فملزمون بتنفيذ التزام المدين، لذلك تعد الكفالة الشخصية نظام تأميني قوي يحقق إلى حدّ ما الضمان للوفاء بدين المدين اتّجاه الدائن.[1]

الفرع الأول : تعريف الكفالة.

أولا – تعريف الكفالة لغة :

الكفالة لغة: من كفل المال وبالمال، ضمنو وكفل بالرجل يكفل ويكفل كفبلَ وكفوال وكفالة، وكفل وتكفل به كله ضمنه وأكفله إياه وكفله، ضمنه وكلفت عنه المال لغريمه وتكفل بدينه تكفلا.[2] وفي التيذيب : وأما الكافل فهو الذي كفل إنسان يعوله وينفق عليه وفي الحديث « الربيب لكافل» .

والكفالة : كفل يكفل فهو كافل ومعناه هو أنفق عليه وقام بأمره، فالكفالة تدل على الرعاية .

ومنه قوله تعالى: { **فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنبَتَهَا نَبَاتاً حَسَناً وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا كُلَّمَا دَخَلَ عَلَيْهَا زَكَرِيَّا الْمِحْرَابَ وَجَدَ عِندَهَا رِزْقاً قَالَ يَا مَرْيَمُ أَنَّى لَكِ هَذَا قَالَتْ هُوَ مِنْ عِندِ اللّهِ إِنَّ اللّهَ يَرْزُقُ مَن يَشَاءُ بِغَيْرِ حِسَابٍ** } **[آل عمران 37][3]**

ثانيا – تعريف الكفالة إصطلاحا :

فقد إختلف الفقهاء في تعريف الكفالة تبعا لاختلافهم فيما يترتب عليها من أثر، فعرفها جهور الحنيفية بأنها، ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصل في المطالبة بنفس أو دين أو عين.وعرفها بعضهم بأنها ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في الدين، ويرى المالكية والشافعية في المشهور والحنابلة أن الكفالة هي أن يلتزم الرشيد بإحضار بدن من يلزم حضوره في

[1]– محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، (التأمينات، الشخصية والعينية، عقد الكفالة)، دار الهدى، الجزائر، سنة 2011 ، ص 06.

[2]- ابن منظور محمد بن مكرم الإفريقي المصري ، لسان العرب ، الطبعة الأولى، بيروت، 1990، ص 130.

[3]– **آل عمران 37**

مجلس الحكم فالحنفية يطلقون الكفالة على كفالة المال والوجه، والمالكية والشافعية يقسمون الضمان إلى ضمان المال وضمان الوجه، ويطلق الشافعية الكفالة علة ضمان الأعيان البدينة. [1]

أما عند الحنابلة فالضمان يكون التزام حق في ذمة شخص آخر والكفالة التزام بحضور بدنه إلى جلس الحكم، ويسمى الملتزم بالحق ضامنا و ضمين و حميلا وزعيما وكافلا وكفيل و صبيرا قبيلا وغريما، غير أن العرف جار بأن الضمين يستعمل في الأموال و الحميل في الديات، والزعيم في الأموال العظام، والكفيل في النفوس، والقبيل والصبير في الجمع. [2]

مع العلم أنه أحكام الكفالة ليست من النظام العام فيمكن أن توجد صور أخرى من حالات الضمان و منها الضمان المستقل حيث يجوز للكفيل كضامن أي يضمن دين غيره بصفة أصلية [3] و بهذا المفهوم يخرج المفهوم الكفالة العادية .

ثالثا– تعريف الكفالة قانونا :

لقد عرف المشرع الجزائري الكفالة في القانون المدني نصت المادة 644 أن الكفالة بأنها (عقد من خلاله يكفل شخص تنفيذ التزام على شخص معين ، أو محتمل القيام به مستقبلا إذ يتعهد للدائن بان يبقى بهذا الالتزام مستقبلا).[4]

[1]– عرف جمهور الحنفية الكفالة بأنها ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين، أما المالكية والشافعية يقسمون الضمان إلى ضمان المال والوجه.

[2]– يكون الضمان عند الحنابلة إلتزام حق في ذمة شخص آخر.

[33]- حوحو يمينة ، تنظيم لضمان المستقل وفقا لأحكام الكفالة ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، 2017، العدد 2 ، ص 187.

[4]– القانون المدني ، الصادر بموجب أمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26

الكفالة في الأصل عمل مدني، ولو كان الدين المكفول تجاريا، وهي عمل تجاري بالنسبة للبنك لأنّها من عمليات البنوك طبقا للمادة 02 من القانون التجاري ، وهي تخضع لقواعد القانون المدني، وبما أنّ لها جزء تجاري فهذا يجعلها تخضع لقواعد قانون خاص. [1]

من هذا التعريف تبين لنا في البداية أن عقد الكفالة هذا أنما نشأ عن وجود علاقة مديونية، تقوم بين دائن ومدين، وأن الكفيل إنما يأتي لضمان الوفاء بهذه المديونية، وأنه لولا عقد الكفالة لظل الكفيل غريب عن هذه العلاقة ومن ثمة كان عقد الكفالة بهذا المعنى يتم بين شخصين أساسيين هما : الدائن في الإلتزام الأصلي وبين الكفيل وأن المدين في الإلتزام الأصلي ليس طرفا في عقد الكفالة رغم أنه يلعب دورا في إنعقادها، ذلك أن المعتاد أو الغالب أنه من يدعو الكفيل للتعاقد مع الدائن ليوفر له الثقة والإئتمان، ومع ذلك يظل أجنبي عن عقد الكفالة، ولا يعتبر طرفا فيها، هذا وقد تم الكفالة من جهة أخرى دون علم المدين، وحتى رغم معارضته.

فالكفالة بما أنها ترتكز على إلتزام أصلي، وتعمل على الوفاء به فهي تابعة دائما له ومن ثمة فهي ترتب إلتزام شخصي في ذمة الكفيل محله الوفاء بالإلتزام الأصلي إن لم يف به المدين.

ومنه لا يكون مصدر الإلتزام المكفول هو العقد دائما بل تتعد مصادره بمصادر الإلتزام المعروفة وهي : العقد، الإرادة المنفردة، سبه العقد، الفعل المستحق للتعويض أو القانون بينما إلتزام الكفيل الناشئ عن عقد الكفالة مصدره دائما واحد وهو العقد[2].

هذا ومما تجدر الإشارة إليه أنه لا ينبغي أن يفهم من العبارة الأخيرة الواردة بنص المادة 644 قانون مدني جزائري «إذ لم يف به المدين نفسه» أن إلتزام الكفيل معلق على

[1]– مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 320.

[2]– ترد الكفالة على أي إلتزام مهما كان نوعه ما دام يمكن تقديره نقدا, أما يترتب على عدم تنفيذه كالحكم بالتعويضات.

شرط واقف، وهو عدم قيام المدين الأصلي بالوفاء، لأن إلتزام الكفيل بأن يترتب في ذمة الكفيل بمجرد إنعقاد الكفالة، فالمراد من هذا التنصيص العمل على إبراز الصفة الإحتياطية به للكفالة، والتي تجعل الكفيل ملتزم من الدرجة الثانية، بمعنى أن الدائن ملزم بأن يطالب الكفيل أولا وهو ما نصت عليه المادة 660 من القانون المدني الجزائري[1] وأن يبدأ بالتنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال الكفيل أيضا وهو الشيء الذي سنتعرض له بالتفصيل عند دراستنا لآثار عقد الكفالة في الفصل الثاني من هذا البحث. من هذا التحليل المختصر لمضمون المادة 644 قانون مدني نخلص أخيرا بالقول إلى أن الكفالة عقد تأمين شخصي يلتزم بموجبه شخص الكفيل بالوفاء بالإلتزام المدين حتى عرف هذا الأخير عن آدائه، وذلك بضم ذمته المالية لذمة المدين وهذا ما نصت عليه أيضا المادة 2011 من التقنين المدني الفرنسي.

من هذا التعريف بين أن الكفالة عقد يتم بين الدائن والكفيل دون المدين بل أنه لا يشترط في عقد الكفالة موافقة أو رضا المدين بل يمكنه أن يتم بدون علمه ورغم معارضته (المادة 885 مدني) ومع ذلك فإن المدين ليس بغريب تماما على عقد الكفالة، حيث أن هذا العقد ما تم إلا يضمن إلتزام هذا المدين لدائنه وبالتالي ليوفر له الثقة والائتمان لدى دائنه، ويمنح هذا الأخير الأمن والأمان[2].

وبين أيضا من هذا التعريف أن الكفالة ترتكز على إلتزام أصلي وتعمل على ضمان الوفاء به، فالكفالة ترتب إلتزاما شخصيا في ذمة الكفيل محله الوفاء بالالتزام الأصلي إذا لم يف به المدين، و إلتزام الكفيل أن ينفع بكل الدفوع المتعلقة بالإلتزام المكفول، ويترتب على ذلك أن إلتزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من إلتزام المكفول، ولكنه لا يضار من هذا التعيين.

[1] – زهية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الأمل، الجزائر، 2001.

[2] – Andry et Rau, droit civil francais. 7° edit.dalloz , paris , p 28.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه لا ينبغي أن يفهم من العبارة الأخيرة الواردة في التعريف السابق، وهو إذا لم يف به المدين، إن إلتزام الكفيل معلق على شرط واقف وهو عدم قيام المدين الأصلي بالوفاء ، فإلتزام الكفيل إلتزام بات يترتب في ذمة الكفيل بمجرد إنعقاد الكفالة، وإنما يراد من هذا التعليق إبراز الصفة الإحتياطية بالكفالة والتي تجعل الكفيل ملتزما من الدرجة الثانية، بمعنى أن الدائن ملزم بأن يطالب أولا المدين وأن يبدأ بالتنفيذ على أموال المدين قبل التنفيذ على أمواله.

يجب أن لا نخلط بين الكفالة بهذا المعنى وبين ما أصطلح تسميته كفالة، خاصة في الأحوال التي يقوم بها بعض الأشخاص بإيداع مبالغ من النقود أو القيم المنقولة كضمان لدين وكذلك من يقوم بإيداعه المتهم في المسائل الجنائية مع مبالغ نقدية في خزانة المحكمة لإطلاق سراحه.

ففي كل هذه الأحوال لسنا بصدد كفالة بالمعنى القانوني الذي أوضحنها أي كتأمين شخصي، وإنما بصدد نوع من أنواع التأمينات العينية وهو الرهن الحيازي و تسري بالتالي عليه أحكام هذا الرهن [1].

*** أنواع الكفالة**

إن الكفيل يلتزم بالكفالة وفق مصدر الالتزام بها سواء أكانت اتفاقية أم قانونية أم قضائية، ومدى التزام الكفيل ومسؤوليته تتحدد وفقًا لطبيعة هذه الكفالة مدنية كانت أم تجارية.

[1] – PH Smiler. Cantionnement et garanties autonomes, 2° edit , P 5.

أولا : أنواع الكفالة من حيث المصدر.

وضح سابقًا انه إذا التزام المدين بتقديم كفيل، وجب عليه أن يقدم كفي ً لا موسرًا ومقيما في صدر التزام المدين بتقديم كفيل يكون:

1- الكفالة الإتفاقية:

وهي التي تكون بموجب اتفاق بين الدائن والمدين على أن يقدم الأخير كفي ً لا، مقابل أن يمنحه الدائن أجلا أو قرضًا (فالعقد شريعة المتعاقدين)، أو أن يتقدم الكفيل من تلقاء نفسه بأن يؤدي خدمة للمدين أو الدائن،[1] يعد من قبيل الكفالة الإتفاقية سعي المدين للحصول على كفيل يضمنه ويقدمه للدائن حتى يحصل منه على إئتمان جديد أو أن يجدد الإئتمان السابق، ويمكن أن تنشأ الكفالة كذلك في حالة تقدم الكفيل من تلقاء نفسه لضمان المدين وإلتزامه بذلك في مواجهة الدائن، حتى ولو يعلم بها هذا الأخير أو حتى رغم معارضته، حيث يكون مصدر إلتزام الكفيل هذا هو الإرادة المنفردة، وهي مصدر إرادي يقيد به وتعتبر هاتين الحالتين من قبل الكفالة الإتفاقية وبهذا نكون أمام حالتين للكفالة الاتفاقية و هما:

الحالة الأولى: وهنا يقّدم المدين كفيل له باتّفاق مع الدائن بناء على عقد السابق.

الحالة الثانية: وهي حالة تقديم المدين كفيل له بدون علم من الدائن، أمّا الكفالة القانونية فهي التي يلتزم المدين بتقديمها بسبب النصوص القانونية، والمادة 851 من القانون المدني الجزائري التي تنصّ على أنّه يلزم المنتفع بمنقول أن يقدّم لمالكه كفالة ضامنا للوفاء بالتزامه برد المنقول أو بدله.

[1]- يحيى، عبد الودود، عقد الكفالة، مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى بابي الحلبي وأولاده،.1961 ، ص 13.

2- الكفالة القانونية

تكون الكفالة قانونية في الأموال التي يوجب فيها على المدين تقديم كفيل للدائن، ومثال ذلك نص المادة 851 من القانون المدني الجزائري والتي تلزم المنتفع بالمنقول أن يقدم لمالك الرقبة كفالة ضمان للوفاء بالتزامه أو برد المنقول أو بدله[1].

تكون عندما يأمر القانون بتقديم كفيل، من ذلك ما نصت عليه المادة 851 من القانون المدني الجزائري (تقابلها المادة 992 مصري) بمعنى أن صاحب حق الانتفاع من المنقول يجب عليه القيام بجرد ذلك المنقول و تقديم كفيل.

وأيضا ما تضمنته المادة 2/211 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على" يسقط حق المدين في الأجل إذا شهر إفلاسه وفقا لنصوص القانون ، إذا انقص بفعله إلى حد كبير ما اعطى الدائن من تامين خاص ، و لو كان هذا التامين قد أعطي بعقد لاحق او بمقتضى القانون ..." . وكذا نص المادة 212 من القانون المدني الجزائري التي تنص على:"... أنه للدائن وقبل إنقضاء الأجل، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه، ولو بوجه خاص أن يطالب بتأمين إن خشي إفلاس المدين ..." .

3- الكفالة القضائية: أي إلزام المدين بتقديم كفيل بموجب حكم قضائي، و من ذلك أنه يجوز للقاضي في الأمور المستعجلة المتعلقة بالتنفيذ أن يأمر بتقديم كفالة.

تكون الكفالة قضائية في الحالات التي يكون مصدر إلتزام المدين فيها بتقديم كفيل بحكم من القاضي، مثل ما جاءت به المادة 2/717 ، من القانون المدني الجزائري، حيث إذا وافقت المحكمة مثلا على قرار الشركاء الذين يملكون على الأقل 3/4 من المال الشائع

[1]- عوادي سمية، خاوة إسمهان، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، رسالة ماجستير ،كلية الحقوق ، جامعة باجي مختار، عنابة ، 2011-2012 ، ص30.

بإجراء تغييرات أساسية في العقود فإن لها أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق له من تعويضات.

تكون عندما يتفق الدائن و المدين على أن يقوم هذا الأخير بتقديم كفيل يضمن له الالتزام ،إن الكفالة سواء كانت إتفاقية أو قانونية أو قضائية، لها أهمية من الناحية العملية ذلك أن القانون يجعل للكفالة القانونية والقضائية أحكام خاصة لا يأخذ بها في الكفالة الإتفاقية، حيث نصت المادة 667 قانون مدني جزائري على أنه : " يكون الكفلاء في الكفالة القضائية أو القانونية دائما متضامنين" [1]، في حين أنه إذا تعدد الكفلاء في الكفالة الإتفاقية يكونون غير متضامنين إلا إذا تم الإتفاق على ذلك في عقد الكفالة، لذا يكون إلتزام الكفيل في الكفالة القانونية و القضائية أشد منه في الكفالة الإتفاقية إذ يكون متضامن مع غيره من الكفلاء بقوة القانون دون أن ينص على ذلك عقد الكفالة. [2]

ثانيا : أنواع الكفالة من حيث الطبيعة.

أنواع الكفالة بحسب طبيعتها تنقسم بحسب طبيعة العقد المبرم بين الكفيل والمكفول له إلى كفالة مدنية وكفالة تجارية، ويترتب على التمييز بين نوعي الكفالة نفس نتائج التمييز بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية من حيث أحكام الإثبات والفائدة القانونية والإختصاص القضائي والأهلية الواجب توفرها في الكفيل.

[1]– يطابق نص المادة 295 من القانون المدني المصري.

[2]– https://boubidi.blogspot.com/2012/03html ، اطلع عليه يوم 2022/04/20 ، على الساعة 18:30.

1- الكفالة المدنية:

الأصل أن الكفالة عقد مدني لأنها من عقود التبرع، في حين التجارة تقوم على الربح و المضاربة ولا تتفق أبدا مع صفة التبرع، فالكفيل متبرع لا يحصل على مقابل، وهو ما أكدته المادة 651 من القانون المدني الجزائري، ويترتب على ذلك أن الكفالة تعتبر مدنية ول كان الكفيل يضمن دين تجاري أو وليد علاقة تجارية بين المدين والدائن، حتى ولو كان الكفيل لديه الأهلية التجارية ويقوم بممارسة نشاط تجاري، طالما أن الكفالة تمت على سبيل التبرع.

2- الكفالة التجارية:

إستثنت المادة 2/651 من القانون المدني الجزائري حالتين، إعتبرت فيهما أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا إحتياطيا وأن أي تظهير لها يجعلها عمل تجاري. فالضمان الإحتياطي يقصد به ضمان الإلتزام الناشئ من الورقة التجارية ويتم ذلك بكتابته على الورقة التجارية ذاتها أو كتابته على الورقة التجارية المتصلة بها أو في ورقة مستقلة وهو ما أكدته المادة 409 من القانون التجاري الجزائري[1].

أما بالنسبة للتظهير، فعلى الرغم من إعتبار المشرع تظهيرها بمثابة كفالة تجارية، إلا أن البعض الآخر ذهب لإعتبارها صورة من صور الرهن الحيازي للورقة التجارية.

[1]- أحمد محمود سعد، المرجع السابق ، ص 136.

ثالثا : أنواع الكفالة بحسب محلها.

1 – الكفالة الشخصية :

هي الكفالة العادية التي يلتزم فيها الكفيل بضمان الوفاء بالدين إذا لم يف به المدين، فيستطيع الدائن أن يستوفي حقه من أموال المدين ومن أموال الكفيل إذا لم تكفي الأموال الأولى، وترد الكفالة على الضمان العام للكفيل أي على كل أمواله دون تخصيص [1].

2– الكفالة العينية :

وهي تأمين عيني حيث يقدم الكفيل مالا (عقار أو منقول) مملوكا له لضمان الوفاء بالتزام في ذمة شخص آخر ويسمى الكفيل هنا بالكفيل العيني، حيث يقوم برهن عقار أو منقول بملكه لضمان الوفاء بالتزام المدين وهو لا يضمن هذا الوفاء إلا في حدود المال الذي قدمه تأمينا له، فالضمان لا يرد على كل ذمته المالية. ومنه الكفيل العيني لا يكون مسؤولا شخصيا عن الدين بل يضمن الدين في حدود المال الذي قدمه ومنه الكفالة العينية تندرج تحت التأمينات العينية ضمن عقد الرهن، ويترتب على التمييز بين النوعين النتائج التالية :

أ– أن ضمان الكفيل العيني ينحصر في حدود العين المرهونة لتأمين هذا الوفاء من الكفيل الشخصي فيضمن الوفاء بالدين في كل أمواله.

ب– الكفالة العينية تجعل الدائن في مركز خاص وممتاز بحيث تجنبه خطر إعسار المدين والكفيل، بحيث يكون له إلى جانب الضمان العام للمدين سلطة التنصيب على الشيء المقدم من الكفيل رهنا رسميا أو حيازيا وهي السلطة التي تخوله حق التتبع والأولوية في إستفاء الثمن بعد بيعه [2].

---

[1]– ليونسي حداد نادية، " عقد الكفالة في القانون المدني " ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 4 الصادرة سنة 1999، ص 11 .

[2]– أحمد شرف الدين، التأمينات العينية، درا النهضة العربية، بدون تاريخ النشر، الإسكندرية ، ص 39.

أما الكفالة الشخصية تقوم على فكرة تعدد المسؤولين عن تنفيذ الإلتزام فيشترك مدين آخر مع المدين الأصلي في المسؤولية عن الوفاء بالدين وبذلك يستطيع الدائن الرجوع عليه أي ضم نمة أخرى إلى ذمة المدين، وبذلك يقوى الضمان العام الذي للدائن فيستطيع الرجوع على الكفيل بالإضافة إلى الضمان العام الذي له على أموال مدينه.

الفرع الثالث: خصائص عقد الكفالة.

تتميز الكفالة بعدة خصائص في قانون المدني كونها علاقة دائنية يمكن تحديد خصائص هذا العقد من خلال إبرازه كالتالي :

أولا – عقد الكفالة عقد ضمان شخصي

تضمن الكفالة وفاء المدين بالدين، فهي تأمين للدائن ضد إمتناع المدين عن الوفاء بالإلتزام، فتعهد الكفيل بالوفاء بالدين يزيد ثقة الدائن في حصوله على حقه فيتحقق به الضمان، حيث يضيف الكفيل ذمته إلى جانب ذمة المدين للوفاء للدائن، أي أن الكفيل يضم ضمانه العام إلى الضمان العام للمدين، ويرد هذا على كل مفردات العنصر الإيجابي في ذمته المالية، والطابع الشخصي للكفالة يميزها عن الكفالة العينية التي يقدم الكفيل فيها مالا معينا لضمان الوفاء بدين المدين وهو لا يضمن الوفاء إلا في حدود المال الذي قدمه تأمينا له، فمسؤوليته تنحصر في قيمة العين التي قدمها تأمين لحق الدائن، فهو مسؤول في حدود المال المخصص لهذا الضمان.

هذا ويترتب على إعتبار الكفالة عقد من العقود الضمان الشخص أنها لا تجنب الدائن تمام مخاطر الإعسار لأنها وإن كانت تجنبه مخاطر إعسار مدينه إلا أن الإحتمال نفسه لا يزال قائما أيضا بالنسبة للكفيل، لكن في الوقت الحاضر، أصبح الضمان الذي

تقدمه الكفالة أكثر أمانا خاصة بعد تدخل البنوك والمؤسسات المالية لتقديم ضمانها للحصول على الإئتمان اللازم على النحو السابق بيانه. [1]

ثانيا – الكفالة عقد ملزم لجانب واحد وهو الكفيل.

ينشأ عقد الكفالة بين الدائن والكفيل فقط، أين يتعهد الكفيل في هذا العقد أمام الدائن بضمان الوفاء الدين إن لم يف به المدين الأصلي، فالعقد كما سبق وأن قلنا يرتب إلتزاما بالضمان على عاتق الكفيل، أما الدين فلا يلتزم عادة بشيء نحو الكفيل.

لذا يقال بأن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد وهو الكفيل، وليس معنى أن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد أنها تصرف بإرادة منفردة، بل هي عقد ألا يتم إلا يتبادل وتطابق إرادتي كل من الكفيل وحده، فالكفالة لا تقوم بمجرد إعلان من جانب الكفيل وحده.

إن الأصل هو أن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد، إلا أنه إذا إلتزم الدائن نحو الكفيل بدفع مقابل نظير كفالته للدين فإن الكفالة تصبح عقدا ملزما للجانبين، حيث تنشئ عنه إلتزامات متبادلة على عاتق كل من الدائن والكفيل، هذه الإلتزامات المتقابلة يرتبط بعضها ببعض، بحيث يعتبر كل منها سبب لقيام الإلتزام المقابل.

فإذا تمثل المقابل الذي يدفعه الدائن للكفيل مقابل كفالته للدين في مبلغ النقود، ثار الشك حول طبيعة هذا العقد، هل يظل كفالة أم ينقلب إلى عقد تأمين من خطر إعسار المدين؟

والحال أن المرجع هو قصد المتعاقدين الذي يتضح من عبارات العقد ومضمونه، فإذا اتجه قصد الطرفين إلى أن المبلغ الذي يدفعه الدائن هو مقابل تعهد الكفيل بتأمينه من خطر الإعسار وتعويضه عن الضرر اللاحق به من جراء ذلك، فإن العقد يصبح صورة من صور

[1] – R Tender le cautionnement, dalloz , 1981, P 129.

التأمين وبتعبير أدق تأمين الإئتمان، وهو في هذه الحالة عقد أصلي وإحتمالي وليس تابع ومحدد لأنه أصبح تأمين وليس كفالة [1].

أما إن إتجهت إرادة الأطراف إلى أن الكفيل يقتصر دوره على التعهد بتنفيذ إلتزام المدين إذ لم يقم بوفائه فإن العقد يظل كفالة ولا ينفي عنه الصفة دفع مبلغ من النقود مقابل كفالته.

هذا ويمكن أن يشترط الكفيل على الدائن عند إبرام الكفالة بعض الإشتراطات لمصلحة المدين أو الغير كإشتراط منح المدين أجلا أوسع للوفاء بالدين أو اشتراط زيادة مقدار القرض له، فهنا تكون الكفالة ملزمة للجانبين في صورة اشتراط لمصلحة الغير حيث يتعهد الدائن في مواجهة الكفيل مقابل كفالته للدين بأداء معين لمصلحة المدين الذي يعتبر من الغير بالنسبة للعقد.

ويمكن أن يلتزم المدين بدفع مبلغ معين للكفيل مقابل كفالته له، ويتحقق ذلك عندما يقوم البنك بكفالة المدين من خلال تقديم خطاب الضمان، ويتقاض أجرا على ذلك في هذه الحالة تظل الكفالة عقد ملزما (جانب واحد لأن الكفيل البنك) هو الملتزم بالضمان إتجاه الدائن الذي لا يلتزم بأي شيء، فالمدين هو الذي يدفع المقابل للبنك، وهو ليس طرفا في الكفالة.

هذا وان كان القانون يفرض على الدائن بعض الإلتزامات فإنها ليست ناشئة عن عقد الكفالة وإنما يفرضها القانون عليه وهو ما نصت عليه المادة 659 قانون مدني جزائري التي تلزم الدائن وقت استقائه الدين تسليم المستندات للكفيل الإستعمال حقه في الرجوع على المدين وحقيقة الأمر أن مثل هذا الإلتزام لا يقع على الدائن نتيجة عقد الكفالة، ولكنه يترتب على واقعة الوفاء بالدين والتي تعتبر لاحقة لإبرام عقد الكفالة.

[1]– احمد زواوي ، "عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري "، المجلة القضائية ، العدد2 ، الصادرة سنة 2000 ، ص8.

ومن ثمة يكون من غير المتصور أن نصف عقد بأنه ملزم لحالتين بما يترتب من آثار عن واقعة مستقلة وخارجة عنه.

وكذلك الحالات المنصوص عليها بالمادة 657 من القانون المدني الجزائري[1] وهي ألا يعمل الدائن بخطئه على تضييع التأمينات الأخرى وأن يرجع على المدين خلال 6 أشهر من تاريخ إنذار الكفيل له وأن يدخل في تفلسة المدين، وحقيقة هذه الإلتزامات أنها شروط يفرضها القانون على الدائن الرجوعه على الكفيل وفي حالة الإخلال بها ينقض الإلتزام.

إن مثل هذه الإلتزامات لا تغير من طبيعة عقد الكفالة، وتجعله عقدا ملزما للجانبين لأنها لا تنشأ عن عقد الكفالة نفسه بل تترتب عن وفاء الدين كواقعة لاحقة إبرام العقد ومستقلة عنه أو كشروط لازمة الإمكان المطالبة والعودة على الكفيل [2].

ثالثا – الكفالة عقد رضائي:

تنعقد الكفالة بمجر التراضي بين طرفيها ، الكفيل و الدائن و لا يشترط لهذا الانعقاد أي شكل خاص ، و لا يؤثر في الطابع الرضائي لعقد الكفالة اشتراط المشرع الجزائري في المادة 645 ق م ج وجوب ثبوتها بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة.

و من ثمة كانت الكتابة هنا شرط للإثبات و ليس لانعقاد فهي بذلك تخضع للقاعدة العامة في إبرام العقود و هي الرضائية ، إنا هذا النص جاء استثناء على القاعدة العامة في الإثبات و الواردة بنص المادة 333 ق م ج ، و التي أوجبت الكتابة في كل علاقة مديونية تزيد قيمتها عن 100.000 دج، و من ثمة لا ينطبق هذا النص على عقد الكفالة لورود

[1]– تنص المادة 657 من القانون المدني الجزائري على ما يلي : «لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في إتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه يتخذها، غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن بإتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا».

[2]– زهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 40.

نص المادة السالف ذكرها بالتنصيص على الكتابة كشرط لإثبات و لو قلت القيمة عن 100.000 دج ، هذا و في الوقت الذي أكدت فيه المادة على هذا الشرط في عقد الكفالة ، و أضافت في شرطها الثاني على إمكان أن يثبت الالتزام الأصلي بالبينة مما يفيد حصر أدلة إثبات عقد الكفالة إلا في الكتابة أو ما يقوم مقامها ، كالإقرار و اليمين و يجوز الإثبات بالبينة استثناءا إن وجد مبدأ الثبوت بالكتابة الذي يفي كل كتابة صادرة من الخصم ، و يكون من شانها إن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال ، هذا و تجوز البينة في الإثبات إن وجد هناك مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي أو إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي خارج عن إرادته [1].

و الواقع أن الخروج على القواعد العامة في إثبات عقد الكفالة يرجع أساسا إلى التزام الكفيل الذي يعد تبرعا، الشيء الذي يوجب أن يستند إلى رضا صريح و قاطع ، و الهدف من هذا كله يعود إلى إرادة المشرع في حماية الكفيل و ذلك باقتضاء التزامه[2].

وقد صدر في هذا الشأن عن المحكمة العليا قرار جاء في حيثياته «من المقر قانونا أن الكفالة لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الإلتزام الأصلي بالبينة، ومن ثمة فإن النص على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير وجيه ويستوجب الرفض ولما كان من الثابت في قضية الحال أن عقد الكفالة لا يثبت بوثيقة كتابية، فإن قضاة الموضوع طبقوا القانون صحيحا حيث أخرجوا المطعون ضده من الخصومة بإعتباره ليس كفيلا ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن [3].

---

[1] – Mazeaud leçons de droit civil. 5° edit, Dalloz, paris, p45 .

[2] – ph malanriel. aynes droit civil, les suretés , 2 e édit no 103, p 50.

[3] – قرار بتاريخ 1988/07/13 ملف 65336 بين القرض الشعبي الجزائري ص، ب ومن معه، العدد 2، منشور في المجلة القضائية لسنة 1991.

رابعا – عقد الكفالة عقد تبعي .

تتميز الكفالة بتبعيتها المباشرة والضيقة للإلتزام المكفول وتفسير ذلك يرجع إلى محل التزام الكفيل هو الوفاء بالتزام المدين الأصلي عند عدم وفاء هذا الأخير له، فإن كان هناك علاقتان، علاقة بين المدين والدائن، وعلاقة بين الدائن والكفيل، إذن فإن هناك إلتزامان مستقلان إلتزام المدين في مواجهة الدائن، والتزام الكفيل في مواجهة الدائن، إلا أنه ومع ذلك يوجد دين واحد يجب الوفاء به لذا فإن كل ما يمس هذا الدين ينعكس بالضرورة على إلتزام الكفيل.

ومنه فإن كل إتفاق للضمان لا يتوفر فيه صفة التبعية، فإنه لا يعتبر كفالة، وعلى العكس فإن كل إتفاق للضمان الشخصي يتصف بهذه الصفة فإنه كفالة أيا كانت الألفاظ المستخدمة من جانب المتعاقدين.

من هذا المنطلق أعتبرت التبعية من الأمور الحتمية بالنسبة للكفالة وهو ما يتضح من نص المادة 648 قانون مدني جزائري والتي جاء فيها على أن لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الإلتزام المكفول صحيحا، وكذا ما جاء في المادة 652 قانون مدني جزائري، التي تنص على أن لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا يشرط أشد من شروط الدين المكفول، لكن لا يجب أن يفهم من ذلك أن صفة التبعية من النظام العام مبدأ الرضائية في العقود يسمح بأن يستبعد الأطراف هذه الصفة فلا تكون أي مخالفة للنظام العام، إلا أنهم بذلك يكونوا قد استبعدوا صفة الكفالة من هذا الإتفاق[1]، كما أن إشتراط التضامن بين الكفيل والمدين لا ينزع عن الكفالة صفة التبعية، كل ما هنالك أن هذا الشرط يعطي للدائن ضمان أكبر بإعتبار أن الكفيل يعد متنازلا عن الدفع بالتجريد أو بالتقسيم لكن ورغم ذلك يحتفظ دائما بالحماية اللصيقة لصفة التبعية وبصفة خاصة الإحتجاج بالدفوع

[1]– نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 16.

الناشئة عن الإلتزام المكفول وله من ثمة أن يتمسك ببراءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات (م 656 ق م ج) ، وكذا براءة ذمة الكفيل إن لم يقم بإتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من تاريخ إنذار الكفيل للدائن(م 657 ق م ج) هذا وتترتب على صفة التبعية نتائج نجملها فيما يلي :

1- الكفالة لا تكون صحيحة إلا إذا كان الإلتزام المكفول صحيحا لا يجوز الكفالة في مبلغ أكبر .

2- مما هو مستحق على المدين، ولا يشترط أشد من شروط الدين المكفول، ولكن تجوز في مبلغ.

3- أقل وبشرط أهون .

4- يستفيد الكفيل من كل تغيير طارئ في الإلتزام المكفول، ولكن لا يضار من هذا التغيير.

5- أن مصير الإلتزام الكفيل مرتبط من عدة جوانب بمصير الإلتزام الأصلي :

أ. فينقض إلتزام الكفيل بالتقادم نتيجة لإنقضاء الإلتزام الأصلي بالتقادم ولو لم تكتمل مدة التقادم.

ب. الخاصة به، حيث أن إلتزام الكفيل لا يقوم دون أن يرتكز إلى إلتزام أصلي يعمل على ضمان.

ج. الوفاء به.

د. حجية الشيء المقضي ضد المدين الأصلي والمتعلقة بوجود الدين المكفول يحتج بها في مواجهة الكفيل.

هـ. إن إنقضاء الإلتزام الأصلي بالوفاء بمقابل يؤدي إلى براءة ذمة الكفيل ولو إستحق الشيء المقضي للوفاء في يد الدائن (م 655 ق م ج).

و. يترتب على تجديد الإلتزام المكفول إنقضاؤه بتوابعه وينشأ مكانه إلتزام جديد ولا ينتقل إلى هذا الإلتزام الجديد سواء كانت الكفالة عينية أو شخصية إلا إذا رضي الكفلاء بذلك.

هذا وأن صفة التبعية لا تؤدي بالضرورة إلى تطابق تام في النظام القانوني للإلتزامين، لأن محل إلتزام الكفيل هو الوفاء بإلتزام المدين إن لم يف به، إلا أن إلتزام الكفيل مع ذلك ينشأ من عقد مستقل، هذا العقد يخضع لقواعد خاصة ومن صور مظاهر الإستقلال ما يلي:

– لان الكفالة لا تثبت إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الإلتزام الأصلي بالبينة (م 645 ق م ج).

– أن الإتفاق على تحديد الإختصاص المحلي في العقد لا يسري على الكفيل [1].

– تحديد الصيغة المدنية أو التجارية للكفالة يؤدي غالبا إلى أن الكفالة تبقى مدنية بالرغم من أن الإلتزام الأصلي تجاري ولو كان الكفيل تاجرا، مما يؤدي إلى أن كل من الإلتزامين يخضعان ل إختصاص نوعي ومحلي مختلف [2].

خامسا – عقد الكفالة عقد تبرعي:

إن القول لهذه الصفة تستوجب علينا دراسة القواعد الواجبة التوفر للقول بأن تصرف ما ينطوي على تبرع، فطبقا للقواعد العامة فإن عقد التبرع هو العقد الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلا لما يعطي مع إنصراف النية لذلك ومنه نخلص بالقول إلى أن معيار التفرقة بين عقود المعارضة والتبرع ذو شقين :

[1]– راجع المواد 648، 652، من القانون المدني الجزائري .

[2]– المادة 651 من القانون المدني الجزائري تنص على ما يلي : " تعتبر الكفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا. غير أم الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمان واحتياطا أو عن تطهير هذه الأوراق تعتبر دائما عملا تجاريا" .

الأول : إنتقاء المقابل أو العوض المعادل.

الثاني : نية التبرع أي أن تنصرف نية أحد المتعاقدين إلى إعطاء المتعاقد الآخر قيمة مالية دون مقابل، ونحن نعلم أن العلاقة المتولدة من عقد الكفالة تنشئ لنا علاقتين مستقلتين :

1- العلاقة بين الكفيل والدائن :

وهنا نجد أن الكفيل يؤدي خدمة بدون مقابل، فهو يلزم بالضمان دون أن يتلقى أي مقابل من الدائن لقاء إلتزامه عند إبرام العقد، أن يلتزم شخصيا أمامه بأن يفي له بالإلتزام الذي على عاتق المدين إن لم يف به هذا الأخير، رغم أن البعض ذهب بالقول إلى أن عقد الكفالة على مستوى هذه العلاقة لا يعد تبرعا لأن الكفيل يفتقد لنية التبرع، إلا أن هذا الرأي مهجور تماما، ومردود لأن الكفيل وإن كان من حيث المبدأ يعود على المدين بعد الوفاء بالإلتزام إلا أن المدين هو طرف يعتبر خارج عن العلاقة ومنه فالعلاقة بينها لا تؤثر بتاتا على صفة التبرع لهذا العقد[1].

2- العلاقة بين الكفيل والمدين:

العلاقة بين الكفيل والمدين هي علاقة تمت بصلة عميقة من حيث طبيعتها إلى عقد التفضل الذي يعتبر كما نعلم من عقود التبرع. أين يقدم المتبرع بغير مقابل خدمة أو منفعة للمتبرع له دون أن يخرج المال من ذمته فهو لا يتلقى أي مقابل، إلا أن صفة المجانية ليست من مستلزماته لأنه لا يوجد ما يمنع أن يشترط الكفيل مقابلا عادلا في نظير المخاطر التي يتعرض لها والصعاب التي يمكن أن يلاقيها عند رجوعه، وهذا ما يحث غالبا عندما يكون أحد البنوك كفيلا لأحد عملائه. ومن ثمة نخلص إلى أن العلاقة بين الدائن والكفيل تكون دائما عقد تبرع، بمعنى أن الدائن لا يعطيه أي مقابل للكفيل مقابل لقاء كفالته، أما إذا

[1]- هذا وبينما تعتبر طبيعة العلاقة بين الكفيل والدائن عقد تبرع بالنسبة للكفيل، فإنها تكون بالنسبة للدائن عقد معارضة لأنه يلتزم بمنح الدين للمدين مقابل كفالة الكفيل له.

تعهد الدائن للكفيل بمقابل لإلتزامه كمبلغ من النقود فإننا لا نكون بصدد عقد كفالة بل تأمين إئتمان ومن ثمة تصبح عقدا أصليا لا تابعا وإحتماليا لا محددا على نقيض الكفالة[1]. هذا ويترتب على إعتبار عقد الكفالة من عقود التبرع آثار مهمة نوردها فيما يلي :

أ- إشتراط أهلية التبرع في الكفيل حتى يعتبر العقد صحيحا.

ب- لا يجوز إبرام عقد الكفالة بطريق الوكالة إلا إذا صدر توكيل خاص يعين فيه

محلها على وجه التخصيص بأن يتعين فيها على الأقل المدين المكفول والإلتزام المكفول، وهو الأمر الذي نصت عليه المادة 574 قانون مدنى جزائري [2].

ج- يجوز الطعن في الكفالة بالدعوى البوليصية دون إشتراط تواطؤ المدين لا مع الدائن ولا مع الكفيل، إذ تنص المادة 192 قانون مدني على أنه «إذا كان تصرف المدين بعوض فإنه لا يكون حجة على الدائن إلا إذا كان هناك غش صدر من المدين وإذا كان الطرف الأخر قد علم بذلك الغش يكفي لإعتبار التصرف منطوي على الغش أن يكون قد صدر من المدين، وهو عالم بعسره.

كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بالغش إذا كان قد علم أن هذا المدين في حالة عسر.

د- كما يترتب على إعتبار الكفالة من أعمال التبرع أنها تكون في الأصل تصرف مدني وإن كان الإلتزام المكفول تجاري، والكفيل تاجرا وهذا طبقا لنص المادة 651/1 قانون مدني

[1]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني في التأمينات الشخصية و العينية ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1970 ، ص 56.

[2]- تنص المادة 574 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، لاسيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار والتحكيم، وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء، الوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو الم يعي محل هذا العمل على وجه التخصيص، إلا إذا كان العمل من التبرعات. الوكالة الخاصة لا تخول للوكيل إلا القدرة على مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر والعرف الجاري".

جزائري والسبب يعود لكون نية التبرع غريبة عن التجارة، وأن التجارة تقوم على فكرة المضاربة إلا أنها ورغم صفتها المدنية فإنها تعتبر عملا تجاريا إذ نشأت عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا إحتياطيا، ويتم ذلك إما بالكتابة على الورقة التجارية ذاتها أو على ورقة مستقلة ، فتعتبر تجارية في جميع الأحوال إن وردت على كمبيالة (سفتجة).

هـ- أما إذا وردت على سند أدنى فلا تعتبر تجارية إلا إذا كان للسند الأدنى نفسه تجاري بأن كان محرره تاجر حرره لعمل تجاري أو مدني أو كان غير تاجر ولكن العملية تجارية أو عن تظهير هذه الوراق وفقا للقانون التجاري. [1]

المطلب الثاني : تمييز عقد الكفالة عن بعض الأنظمة القانونية الأخرى المشابهة لها.

قد يصعب أحياناً تحديد القواعد التي يجب أن تطبق على عقد ما، هل هو كفالة أو عقد آخر، لتشابه الأحكام القانونية، لذلك كان لا بد من تمييز الكفالة عن أنظمة قانونية تختلط أحياناً بأحكامها.

يتضح مما تقدم أن عقد الكفالة بمقتضاه يضمن الكفيل تنفيذ إلتزام المدين بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يفي به المدين نفسه، فالكافلة من الناحية الإقتصادية أداة من أدوات الإئتمان، ومن الناحية القانونية وسيلة من وسائل الضمان، ولذلك نجد أن هناك أنظمة قانونية أخرى قد تشبه الكفالة سواء من حيث تكوينها القانوني أو من حيث وظيفتها الإقتصادية، ومن بين هذه الأنظمة ستعرض للإلتزام التضامني والإنابة الناقصة والتعهد عن الغير وتأمين اليسار أو تأمين الإئتمان. ومما تجدر الإشارة إليه منذ البداية أن صفة التبعية هي الخصية المميزة لعقد الكفالة، عليها تبني أحكامه وترتب آثاره، منها يمكن تمييزه عن غيره من العقود والأنظمة القانونية التي يمكن أن تشتبه به [2].

[1]- راجع المواد 192، 1/651 القانون المدني الجزائري.

[2]- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص299.

الفرع الأول : عقد الكفالة والتضامن بين المدينين.

إن التضامن بين المدينين أو التضامن السلبي هو أن يتعدد المدينون بدين واحد قابل للإنقسام بطبيعته، ويكون كل منهم ملزما في مواجهة الدائن بأداء الدين بأكمله. ونبني على التضامن السلبي بين المدينين أن يسأل كل مدين قبل الدائن بكل، أي أنه يستطيع الدائن أن يطالب أي مدين شاء بالدين بأكمله، كما يكون لكل مدين أن يبرئ ذمته وذمة سائر المدينين بالوفاء بكل الدين للدائن.

وفي هذا الوضع استثنائي، وخروج على قاعدة إنقسام الدين بين المدينين قبل الدائن، بحيث أن كل مدين يعتبر مسؤولا عن الدين بكامله ولو كان في علاقته بالمدينين الآخرين، لا يسأل إلا عن جزء من الدين [1] تكمن أهمية التضامن السلبي بين المدنيين في الحصول على الإئتمان اللازم، كما يهيئ للدائن تأمين شخصيا قويا لا يعلوه تأمين آخر حتى الكفالة، فهو يجنب الدائن خطر إعسار أحد المدينين.

فالتضامن بين المدينين صورة من صور التأمين الشخصي، قوامه تعدد أشخاص المسؤولين عن تنفيذ الإلتزام، فيكون أمام الدائن مدينان : المدين المتضامن مسؤولا عن الدين بصفة أصلية والتزام الكفيل كإلتزام تبعي إحتياطي لإلتزام المدين الأصلي، ينقضي بإنقضاء الدين المكفول [2].

وهذا معناه أنه للدائن أن يطالب أي مدين شاء بالدين بأكمله كما يكون لكل مدين أن يبرأ ذمته وذمة سائر المدينين بالوفاء بكل الدين للدائن، والرجوع عليهم بما يؤد به من الدين عنهم بقدر نصيب كل منهم. وتختلف الكفالة عن التضامن بين المدينين من حيث أن المدين المتضامن يلتزم بصفة أصلية في مواجهة الدائن، وذلك على نقيض إلتزام الكفيل

[1]– بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 257.

[2]– فإن كان أحدهم معسرا قسمت حصة المعسر على الباقين، بحيث يتحملوا نتيجة الإعسار فيما بينهم.

حتى ولو كان متضامنا مع المدين، فهو يعتبر إلتزام تابعا لإلتزام المدين، ويترتب على صفة التبعية هذه أن الكفيل حتى ولو كان متضامنا يتمسك ببراءة ذمته إذا ما أضاع الدائن تأمينات وكذلك سقط إلتزامه إذا لم يرجع الدائن على المدين خلال ستة أشهر من تاريخ إنذار الكفيل له (م657 ق م ج)، وإذا لم يحل الدائن في تفلسة المدين سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما كان يستطيع أن يحصل عليه في هذه التفلسة (م 658 ق م ج) [1].

الفرع الثاني : الكفالة والإنابة الناقصة :

المقصود بالإنابة أن يلتزم شخص ثالث بالوفاء بالدين مكان المدين، فإذا قامت الإنابة صحيحة برأت ذمة المنيب وأدى إلى إنقضاء الإلتزام بالإنابة في الوفاء.

ومن هنا فإنا للإنابة ثلاث أطراف : المنيب (و هو المدين الأصلي) و مناب (و هو الشخص الأجنبي الذي يلتزم بتحمل الدين والوفاء به مكان المدين)، والمناب لديه (و هو الدائن).

والإنابة لا يقتضي أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والشخص الأجنبي الذي يرتضي تحمل الدين، كما لو كان المناب بقصد من الإنابة قضاء دين بينه وبين المنيب، أو التبرع بقيمة الدين إلى المنيب، أو القيام بإقراضه بقدر ما وفى عنه من الدين.

وبمقتضى الإنابة يحل الشخص الأجنبي (المناب) محل المدين (المنيب) في الوفاء للدائن، ومن ثم فإن المناب لديه (الدائن) ليس طرفا في الإتفاق الذي يتم بين المنيب والمناب، ولكنه يشترط مع ذلك قبوله لقيام الإتفاق صحيحا[2].

ومن آثار الإنابة أنها قد تكون كاملة أو ناقصة وتتميز بأن إلتزام المناب هو تصرف قانوني مجرد عن سببه والإنابة نوعان :

[1]– راجع المواد 657، 658 من القانون المدني الجزائري.

[2]– بالحاج العربي، المرجع السابق، ص 317.

الإنابة الناقصة : هي الإنابة التي لا تتضمن تحديدا بتغيير المدين، حيث يظل المدين الأصلي المنيب ملزما بالدين في مواجهة الدائن إلى جانب إلتزام الشخص الأجنبي (المناب) ويصير للدائن أي المناب لديه) مدينان بدلا من دائن واحد، فيجوز له أن يطالب أيا منهما بكل الدين مما يحقق تأمينا شخصيا للدائن، فتكون ذمة المناب ضامنة لحقه، بالإضافة إلى ذمة المدين.

ويلاحظ أن إلتزام المناب قبل المناب لديه بالإنابة في الوفاء هو إلتزام مجرد عن سببه الذي قد يكون قضاء دين عليه قبل المنيب أو إقراضه، أو التبرع له، فهو مستقل عن إلتزام المناب قبل المنيب، حيث يضمن المناب لديه حقه قبل المناب، وهذا بصرف النظر عن مصير العلاقة بين المناب والمنيب.

فهي لا تضمن تجديدا بل يبقى الدين في ذمة المدين الأصلي، وينظم إليه المدين الجديد ليكن مدينا الذات الدائن وبنفس الدين [1].

الفرع الثالث : الكفالة والإنابة الكاملة.

تعرف الإنابة الكاملة على أنها اتفاق على أن ذمة المنيب تبرأ في مواجهة دائنه فينقضي دينه ويصبح المناب هو المدين الجديد بدلا منه ويتضمن ذلك في الحقيقة تجديد الدين بتغيير المدين، وهذه الإنابة الكاملة التي تتضمن تحديدا بتغيير المدين، هي التي ترد إليها الحوالة في الفقه الإسلامي، وخاصة عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة ونظرا لمبدأ عدم إفتراض التجديد في الإنابة، فإنه في حالة النزاع يظل المدين ملزما بالدين في مواجهة دائنه إلى جانب إلتزام المناب.

هذا ولا وجه للإلتباس بين فكرة الإنابة الكاملة والكفالة، لأن الإنابة الكاملة تنطوي على تجديد للإلتزام بتغيير المدين، فالمدين الأصلي (المنيب) يختفي ليحل محله مدين جديد

[1]– بالحاج العربي، المرجع السابق، ص 319.

(المناب). ويكمن أن يثور الإلتباس بصدد الإنابة الناقصة والكفالة، أي بين الكفيل والمناب والذي يكمن في فكرة التبعية، فالمناب يلتزم بدفع دين الغير إلتزاما أصليا لإلتزاما تابعا كما هو الحال بالنسبة للكفيل، ويستطيع الدائن أن يختار أي من المنيب أو المناب لمطالبته بحقه لأن كل منهما يلتزم إلتزاما أصليا في مواجهة الدائن، ولا يستطيع المناب أن يطلب من الدائن أن يرجع على المنيب (المنيب الأصلي)، ولو كان موسورا، ولا يستطيع أن يحتج بالدفوع التي يحتج بها المنيب على المناب لديه (الدائن).

أما بالنسبة للكفيل فإن إلتزامه تابع للإلتزام الأصلي ومن ثم يجوز له كما رأينا أن يدفع في مواجهة الدائن بضرورة رجوعه على المدين الأصلي أولا، وله أن يتمسك في مواجهته بضرورة التنفيذ على أموال المدين قبل الشروع في التنفيذ على أموال الكفيل [1].

- الكفالة والتعهد عن الغير.

التعهد عن الغير هو الحالة التي يتعاقد فيها الشخص مع شخص آخر على تعهده شخصيا، بأن يتحمل الغير قبول التعاقد أو إلتزام معين، مثال ذلك حالة الوكيل الذي يتجاوز حدود الوكالة ويتعهد شخصيا بأن يجعل الموكل يقر الإتفاق الخارج عن حدود التوكيل. والتعهد عن الغير لا يلزم الغير، فالمتعهد يلتزم شخصيا بالعقد الذي يبرمه، فهو ليس وكيلا عن الغير أو نائب عنه، ولكنه يتعهد بأن يحصل على رضاء هذا الغير بالعقد ومحل إلتزام المتعهد هو دائما إلتزام لعمل هو أن يحمل الغير على قبول إلتزام معين، أما الكفيل إلتزامه هو التزام تبعي حيث يلتزم بالوفاء بالدين إذا لم يف به المدين نفسه، أما المتعهد عن الغير فيقتصر دوره على حمل الغير على قبول الإلتزام دون أن يضمن الوفاء بهذا الإلتزام.

[1]- محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون ذكر تاريخ نشر، ص 59.

وللغير الحرية في قبول الإلتزام أو رفضه، فإذا رفض الغير القيام بالتنفيذ ما تعهد به المتعهد، فإن هذا الأخير يكون قد أخل بإلتزامه الأصلي، ويلتزم بتعويض المتعهد له عما ناله من ضرر، ويجوز للمتعهد عن الغير أن يتخلص من التعويض بأن يقوم بنفسه بما تعهد أن يقوم به الغير، أي أنه يجوز للمتعهد أن يقوم بتنفيذ نفس الإلتزام موضوع التعهد إن كان ذلك ممكنا، وذلك كصورة من صور التعويض، وقد يؤدي هذا إلى الإعتماد بأن المتعهد يعتبر هنا بمثابة كفيل لأنه ينفذ الإلتزام الذي كان من المفروض أن ينفذه الغير، إلا أن هذا الإعتقاد غير صحيح، لأن الغير لم يوجد عليه أي إلتزام أصلا حتى ينفده المتعهد بدلا منه، وإنما يقوم المتعهد بتنفيذ إلتزامه هو، وهو إلتزام أصلي وليس تابعا، ويتم ذلك عن طريق التنفيذ بمقابل أي أنه ينفذ إلتزاما بديلا لإلتزامه، أما الكفيل فإلتزامه تابع لأنه يقوم بتنفيذ إلتزام المدين إذا لم يقم به.

تأمين يسار المدين.

هو عقد يلتزم بمقتضاه أحد طرفيه وهو المؤمن، لطرف الثاني وهو المستأمن في مقابل قسط معين بضمان الخسارات التي تلحقه نتيجة إعسار مدينه[1]، هذا العقد لا يهدف لتأمين المدين، بل يلتزم إلتزاما أصليا موجب عقد التأمين لا بوفاء دين المدين ذاته بل بتعويض الدائن عن الضرر الذي يلحقه نتيجة إعسار المدينه ولا يعتبر في النهاية كفالة تأمين اليسار أو تأمين الإئتمان لأن المؤمن في هذا التأمين يلتزم أصلا بالتزام مستقل عن إلتزام المدين الذي يؤمن للدائن يساره، هذا الإلتزام الأصلي ينشأ عن عقد التأمين، ويجد سببا في القسط الذي يلتزم المستأمن بدفعه، كما أن محل عقد التأمين هو تعويض الدائن عن الضرر الذي أصابه نتيجة إعسار المدين وليس تنفيذ إلتزام هذا الأخير[2].

[1]– أحمد محمود سعد، عقد الكفالة، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، 1994، ص 134.

[2]– نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 301.

المبحث الثاني : إبرام عقد الكفالة وإثباته.

إن الكفالة عقد تأمين شخص يلتزم بموجبه الكفيل بالوفاء بالتزام المدين متى عزف هذا الأخير عن آدائه وذلك بضم ذمته المالية لذمة المدين وذلك لتجنيب الدائن خطر عدم حصوله على حقه، ولكي يكون عقد الكفالة صحيحا قانونا ومنتجا لآثاره لابد أن يقوم على مجموعة من الأركان العامة مع توفر بعض الشروط في شخص الكفيل، فإذا كانت أهلية هذا الأخير غير مشوبة بعيب من عيوب الإرادة وتوفرت فيه أهلية التبرع فهل يشترط الكتابة لإنعقاد عقد الكفالة أم لإثباتها ؟ وهو ما سنتعرض إليه بالتفصيل في هذا المبحث.

المطلب الأول : أركان الكفالة.

انطلاقا من فكرة أن عقد الكفالة اتفاق يتم بين الدائن و الكفيل فإنها تخضع للأحكام العامة للعقد الأمر الذي يستدعي توفر طرف ثالث وهو المدين الأصلي، وعلى العموم يبرم عقد الكفالة بتوافر الأركان العامة المعروفة وهي : رضا، محل، سبب، مع وجود بعض الخصوصية التي تمييزه عن غيره من العقود.

الفرع الأول : الرضا

الكفالة عقد رضائي ، بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين أين يتعهد الكفيل الوفاء بالتزام المدين إذا لم في به المدين ، فيبرم العقد بإتفاق الدائن و الكفيل ، أما المدين الذي تعقد الكفالة عادة لمصلحته ، فليس طرفا في العقد و لا يشترط رضاؤه بها ، بل تنعقد صحيحة رغم معارضته و دون علمه وهذا ما جاء في نص المادة 674 ق.م.ج.[1]

[1]- محمد صبري سعدي ، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ، ص.32.

عقد الكفالة كغيره من العقود قوامه الرضا الذي هو الأساس الطبيعي لكل عقد وهذا المنطقي بإعتباره عقد رضائي، فلقيامه يجب تطابق إرادتي الدائن والكفيل دون إشتراط شكل خاص ، ودون الحاجة إلى رضا المدين لأنه ليس طرف في عقد الكفالة[1].

والتعبير عن الإرادة من هذا المنطق يتم بالنسبة للدائن بالتعبير عن إرادته صراحة أو ضمنيا وهو ما نصت عليه المادة 60 من القانون المدني الجزائري [2].

أما بخصوص الكفيل فإن المشرع لم يحدد موقفه من ذلك وإكتفى بالقواعد العامة، غير أن وصفنا العقد الكفالة بأنه عقد تبرعي ينم عن خطورة بالنسبة للكفيل تكمن فيما يلقى على عاتقه من إلتزام[3]، ومنه إن الكفيل يجب أن تتوفر فيه أهلية التبرع وهي الأهلية اللازمة للقيام بالتصرفات القانونية خاصة الضارة منها ضررا محضا، وهو ما نصت عليه المادة 40 قانون مدني جزائري والتي حددت سن الرشد ب 19 سنة كاملة وأن لا يكون الكفيل محجور عليه وإلا وقعت الكفالة باطلة بطلان مطلقا، وعلى ذلك لا يجوز للقاصر ولا المحجور عليه أن يكفل الغير متبرعا، أما بالنسبة للدائن فإن هذا التصرف بالنسبة له يعتبر من الأعمال النافعة نفعا محضا، ومنه يكفي أن تتوافر فيه أهلية التمييز طبقا للمادة 42 من القانون المدني جزائري.

---

[1]– بإستقراء نص المادة 647 قانون مدني نجد أنه يجوز كفالة المدين بغير علمه ورغم معارضته، إلا أن هذا الأمر مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية التي تحرم على الكفيل الذي يضمن المدين بدون علمه أو رغم معارضته من حق الرجوع عليه.

[2]– تنص المادة 60 من القانون المدني جزائري على : " التعبير على الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صحيح .

[3]– في هذا الصدد ذهب جانب من الفقه المصري إلى إشتراط الكتابة في إثبات عقد الكفالة نظرا لخطورة إلتزام الكفيل إلا أن هذا الرأي ليس صائبا لأنه بالرجوع إلى نص المادة 773 مدني مصري يتضح منها أنه في حالة تخلف الكتابة يجوز إثبات الإلتزام بما يقوم مقامه من إقرار ويمين وبالتالي الكتابة تدفع إليها الضرورة نظرا لخطورة الإلتزام بإعتباره تبرعي وليس لأن المادة أوجبت الكتابة في الإثبات.

حتى يكون عقد الكفالة صحيحا يجب طبقا للقواعد العامة ألا يكون الرضا في هذا العقد مشوبا بما يلحق الإرادة من عيوب أي الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الإستغلال.

فعقد الكفالة بإعتباره عقد ملزم لجانب واحد لا ينشئ إلتزاما إلا في جانب أحد المتعاقدين وهو الكفيل، لذا نجد أن مسألة عيوب الإرادة تهم فقط الطرف المدني، أما بالنسبة للدائن وإن كان هناك إمكانية أن يقع في غلط في شخص الكفيل أو يساره، إلا أنه ليس له مصلحة في طلب إبطال العقد لهذا السبب، لأنه في مثل هذه الحالات يستطيع الدائن أن يرجع على المدين الأصلي الذي قدم له الكفالة ليطلب منه كفيل آخر، والا عرض الحقوق المكفولة بهذا الضمان للخطر كأن يطلب سقوط الأجل مثلا.

مع الإشارة أن شخص المدين وصفاته لها أهمية جوهرية في عقد الكفالة. فإن إعتقد الكفيل أنه يكفل مدين معين، ثم تبين له أن المدين شخص آخر كان للكفيل طلب إبطال العقد على أساس الغلط الجوهري الذي وقع فيه[1]. ويكون الغلط الجوهري إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد ولو لم يقع في هذا الغلط (م 82 ق م ج) ويكون الغلط الجوهري على الأخص إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، فالمادة لم تحصر حالات التي يعتبر فيها الغلط جوهري، ومنه فالغلط في شخص المدين هو غلط جوهري لأنه موضوع إعتبار في التعاقد ومنه يحق للكفيل طلب الإبطال على هذا الأساس بشرط أن يثبت أنه لولا ذلك لما قبل أن يضمن المدين[2].

أما بالنسبة للتدليس والإكراه فالقواعد العامة تقتضي أنه في حالة ما إذا صدر تدليس أو إكراه من غير المتعاقدين فليس للتعاقد المدلس عليه أو المكره عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس أو الإكراه، هذا طبقا للمادة 87 و 89 من القانون المدني الجزائري ، إن كانت في الغالب

[1]– سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991، ص 86.

[2]– إن العبرة من وجوب العلم لدى المتعاقد الآخر بالخطأ في صفة الشيء أو شخص المدين يمكن في إستقرار المعاملات حتى لا يتفاجئ الدائن بإبطال العقد فيما بعد.

أن التدليس يقع من المدين، فإنه قد يقع من الدائن نفسه الذي هو طرف في العلاقة، ففي هذه الحالة يتم الرجوع إلى نص المادة 86 قانون مدني جزائري التي تنص على جواز إبطال العقد للتدليس، إن كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة، بحيث لولاه لما أبرم الطرف الثاني العقد ونفس الشيء بالنسبة للإكراه.

أما بالنسبة لعيب الإستغلال، فإذا وقع أحد المتعاقدين في الإستغلال و تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد إستغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناءا على طلب المتعاقد المستغل أن يبطل العقد، أو ينقص إلتزامات هذا المتعاقد، وهذا طبقا لنص المادة 90 قانون مدني جزائري.

الفرع الثاني : المحل.

يجب أن تتوفر في محل الكفالة (وهو ضمان الوفاء بالالتزام المكفول) الشروط الواجب توافرها في محّل الإلتزام بصفة عامّة ، فيجب أن يكون ممكنا و معيّنا أو قابلا للتعيّين و مشروعا.

ونظرا لأنّ الكفالة تابعة للالتزام الأصلي، لذا يجب أنّ يكون هذا الالتزام (الالتزام المكفول) موجودا وصحيحا ، ومعين فلا يجوز أنّ ترد الكفالة على التزام غير موجود أو غير صحيح أو غير معّين ، أمّا شرط المشروعيّة فهو يتحقق دائما إذا تحقق شرطا المكان و التعيين ، لأن ضمان الوفاء بالتزام على شخص أخر عمل مشروع في ذاته .[1]

هو ضمان الكفيل بالوفاء بالدين المكفول تجاه الدائن .

أ/- الالتزام الأصلي المكفول في ذاته : أي مال يكون محلا للكفالة أيا كان مصدره سواء العقد أو الفعل غير المشروع كفالة التعويض .

• كفالة الالتزام الصحيح : أي الكفالة لا تكون صحيحة إلا إذا كان الالتزام الأصلي صحيحا .

[1]- محمد صبري سعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ، ص. 38

• كفالة الالتزام الباطل : تجر بطلان الكفالة .

• كفالة الالتزام القابل للإبطال : وهنا نتكلم عن ناقص الأهلية المادة 649 ق م ج وفيها ثلاث صور :

الأولى : الكفيل يجل نقص الأهلية فله ان يطلب إبطال العقد .

الثانية : الكفيل يعلم بنقص الأهلية وكفله من اجل نقص الأهلية فهنا لايطلب بإبطال التصرف

• كفالة الالتزام المستقبلي : يحدد حده الأقصى.

ب/-**الالتزام الاصلي** هو الذي يحدد مدى التزام الكفيل : ينجر عنه تبعية التزام المكفول للالتزام الاصلي . وله ثلاث صور هي :

• الأولى : لا يجب ان يكون التزام المكفول اشد عبئا من الالتزام الاصلي .

• شمول الكفالة لملحقات الالتزام المكفول .

• كفالة الدين التجاري يعد عملا مدنيا ما عدا :

- كفالة الأوراق التجارية .

- الكفالة ناشئة عن تظهير الوراق التجارية

ويمكن إضافة جملة من الشروط للمحل وهي شروط في غيره من العقود .

- ان يكون المحل المراد كفالته موجودا او قابلا للوجود .

- ان يكون المحل المراد كفالته معينا او قابلا للتعيين .

- ان يكون المحل مشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب العامة .

وقد نصّت المادّة 650 من القانون المدني الجزائري على أنّه "تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدّما المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين المشروط، غير أنّه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعيّن مدّة الكفالة، كان له أن يراجع فيها في أيّ وقت مادام

الدين المكفول لم ينشأ"[1]، وقد نصّت أيضا نفس المادة عن كفالة الالتزام الشرطي؛ أي أنّ الالتزام المدني المعلّق على شرط واقف أو شرط فاسخ يمكن ضمانه بكفالة.

وإذا كان "الالتزام الطبيعي" لا يلزم المدين بأدائه فلا يتصور كفالة الالتزام الطبيعي لأنّ الكفالة في هذه الحالة يترتب عليها أن يلتزم الكفيل بالت ا زم مدني، واجب الوفاء به، مع أنّ الدين المكفول ليس واجبا قانونيا على المدين أداؤه، وهذا ما يناقض تبعية الكفالة للالتزام الأصلي، طبقا لنص المادّة 652 من القانون المدني الجزائري " لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط المدين المكفول". [2]

أولا – الإلتزام المكفول :

أي إلتزام يمكن كفالته أيا كان مصدره وأيا كان محله، إذ يمكن كفالة الإلتزام الذي يكون مصدره العقد، أو الإلتزام الذي يكون مصدره العمل الغير مشروع، أي أن يعترف المدين في العمل الغير مشروع بمبدأ المسؤولية وبمقدار التعويض ويأتي كفيل ليضمنه فيه، وقد يكون مصدر الإلتزام الإثراء بلا سبب، وقد يكون مصدره القانون، وقد يكون إلتزام الكفيل محلا لكفالة أخرى ويسمى هنا كفيل لكفيل أو المصدق، ومن شروط إلتزام المكفول أن يكون : موجودا، صحيحا، وأن يكون معينا أو قابلا للتعيين.

الشرط الأول : وجود الإلتزام المكفول.

إلتزام الكفيل إلتزام تابع لا يقوم بذاته بل يستند إلى إلتزام آخر صحيح يضمن الوفاء به ولكن هذا لا يمنع أن يكون الإلتزام الأصلي مستقبليا أو شرطيا. ففي كفالة الإلتزام المستقبلي تنص المادة 658 من القانون المدني الجزائري على أنه : " يجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين المشروط، ير أنه

[1]– رقم المادة 650 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

[2]– رقم المادة 652 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة، كان له أن يرجع فيها في أي وقت ما دام الدين المكفول لم ينشأ " .

وعليه أجاز القانون كفالة الإلتزام المستقبلي في هذه المادة متأثرا بالقاعدة العامة الواردة بالمادة 1/92 قانون مدني جزائري التي تنص[1] على: « يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئا مستقبلي ...» مع ذلك إن الكفالة مقيدة بقاعدتين :

القاعدة الأولى : وجوب تحديد المبلغ المكفول: إشترطت المادة لإنعقاد الكفالة تحديد مقدار الدين المكفول أو الحد الأقصى الذي يمكن أن يصل إليه وإلا كانت باطلة والحكمة من ذلك هو حماية الكفيل حتى يكون على بينة من الدين الذي سوف يكلفه، وحتى لا يتورط في دين لا يعرف مقداره، ويكفي أن يكون الدين محددا المقدار أو قابل للتحديد والتعيين طبقا للقواعد العامة، وهنا يجب تحديد الحد الأقصى الذي يمكن أن يكفله الكفيل.

القاعدة الثانية : مدة الإلتزام في الكفالة المستقبلية: متى عين الكفيل مدة معينة يلتزم خلالها بكفالة الدين المستقبلي، فإنه يظل مقيد بهذه الكفالة طوال المدة المحددة لها ولا يحق له الرجوع، فإن نشأ جزء من الدين ضمنه الكفيل لأن ضمانه يقتصر على ما ينشأ من الدين خلال مدة الكفالة أما إذا لم ينشأ الدين برأت ذمة الكفيل نهائيا بإنتهاء المدة ما لم يتفق على تجديدها. وإذا لم تعين مدة الكفالة، فإن للكفيل الرجوع عنها والتحلل من إلتزامه في أي وقت ما دام الدين لم ينشأ، أما إذا نشأ فإن الكفيل لا يستطيع الرجوع عنها ولكي ينتج الرجوع أثره يجب إعلام الدائن بهذا الرجوع طبقا للقواعد العامة التي تقضي بأن التغيير لا ينتج أثره إلا من وقت الذي يصل فيه إلى علم الدائن.

[1]– إن المشرع المصري أخذ بنفس الفكرة وذلك بإستقراء نص المادة 331 قانون مدني مصري التي أجازت وجود الكفالة قبل وجود الدين، ومن ثم كانت كفالة الإلتزام المستقبل هو إلتزام صحيح وبات، لأن الإلتزام المكفول إن لم يكن موجود فهو قابل للوجود.

1- كفالة الإلتزام الشرطي : نصت المادة 650 قانون مدني جزائري على جواز الكفالة في الدين المشروط، لأن كفالة الإلتزام في الدين الشرطي جائزة، وفي هذا الصدد تطبق القواعد العامة، حيث تكون الكفالة تطبيقا لفكرة التبعية معلقة على ذات الشرط المعلق عليه الإلتزام الأصلي سواء كان شرطا فاسخا أو واقف فإذا كان الدين المكفول معلق على شرط واقف فإن الإلتزام الكفيل يكون معلق على ذات الشرط، فإن تحقق الشرط فإن كل من الإلتزام المكفول والتزام الكفيل يصبح نافذا أما إذا تخلف الشرط الواقف زال الدين الأصلي بأثر رجعي ومعه إلتزام الكفيل بالتبعية، وإذا كان الدين المكفول معلق على شرط فاسخ فإن الكفالة تكون كذلك، فإن تحقق الشرط زال كل من إلتزام المدين والتزام الكفيل في نفس الوقت بأثر رجعي، أما إذا تخلف الشرط الفاسخ فإن كل من الإلتزامين يصبح باتا [1].

2- كفالة الإلتزام الطبيعي : نظم المشرع الإلتزام الطبيعي في المواد من 160 إلى 163 من القانون المدني، ويقصد به الإلتزام الذي يتضمن عنصر المديونية فقط، ويفتقد لعنصر المسؤولية بحيث لا يمكن إجبار المدين على الوفاء به. ومن هذا المنطلق إذا كان المدين غير مجبر على تنفيذ الإلتزام إن كان طبيعيا، فإنه من غير المتصور أن تضمن الوفاء بهذا الإلتزام وهذا تطبيقا لفكرة التبعية، حتى لا يكون إلتزام الكفيل أشد من إلتزام المدين[2]. وحتى إن إنعقدت الكفالة صحيحة ضمانا للإلتزام المدني يتحول هذا الإلتزام إلى إلتزام طبيعي فإنه لا يمكن للمدين أن يسترد ما دفعه لأن نص المادة 162 قانون مدني[3] جزائري جاء فيه بأن: «لا يسترد المدين ما أداه بإختياره بقصد تنفيذ الإلتزام الطبيعي ».

[1]- بالرجوع إلى المادة 650 من القانون المدني الجزائري فإنه يجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين المشروط، وذلك لتشجيع الأفراد على القيام بتصرفات قانونية.

[2]- لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول، لكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشرط أهون.

[3]- محمدي سليمان، المرجع السابق ، ص 19.

أما إذا قدم المدين في إلتزام طبيعي كفيل للدائن ضمانا للوفاء فسر ذلك على أنه أراد أن يحول إلتزامه الطبيعي إلى إلتزام مدني، وهذا جائز طبقا لنص المادة 163 قانون مدنية والتي تنص على أنه « يمكن أن يكون الإلتزام الطبيعي سببا للإلتزام المدني ».

الشرط الثاني : أن يكون الإلتزام المكفول صحيحا: تنص المادة 648 من القانون المدني جزائري على أنه :«لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الإلتزام المكفول صحيحا ». فطبقا لنص المادة الكفالة لا تكون صحيحة إلا إذا كان الإلتزام الأصلي صحيحا، أي لا يمكن أن توجد كفالة على إلتزام باطل.

وفيما يلي نبين حكم كفالة الإلتزام الباطل، وكفالة الإلتزام القابل للإبطال ثم كفالة ناقص الأهلية بإعتبار أن المشرع خصها بحكم خاص بها.

أ- **كفالة الإلتزام الباطل :** يكون الإلتزام الأصلي باطلا إذا إختل ركن من أركان العقد كأن يكون محله غير مشروع أو لم يستوف الشكل إذا كان العقد شكليا أو كان سببه غير مشروع وعملا بفكرة تبعية الكفالة للإلتزام الأصلي من حيث الصحة والبطلان تكون الكفالة باطلة إذا كان الإلتزام الأصلي باطلا، بحيث يستطيع الكفيل التمسك ببطلان الإلتزام الأصلي أيا كان سببه، وبالتالي لا تجوز كفالته، ومنه إن كان الإلتزام الأصلي باطلا أعتبر محل إلتزام الكفيل مستحيلا في ذاته.

ب- **كفالة الإلتزام القابل للإبطال :** الإلتزام القابل للإبطال يعتبر إلتزاما صحيحا ومنتجا لكل آثاره حتى يحكم بإبطاله، ومنه كفالة هذا الإلتزام جائزة وصحيحة، ولكنها تأخذ حكم هذا الإلتزام، أي تبقى صحيحة طالما الإلتزام الأصلي لا زال قائما ولم يبطل، أما إذا أبطل الإلتزام الأصلي فتبطل الكفالة معه بالتبعية وهو الحكم الذي ينطبق على كافة الحالات القابلة للإبطال لوجود عيب من عيوب الإرادة مع مراعاة الحكم الخاص بناقصي الأهلية.

لكن قد يحدث أن يجيز المدين الأصلي إلتزامه، فما هو مصير الكفالة في هذه الحالة ؟ أي هل يسقط حق الكفيل في طلب الإبطال بمجرد أن يصبح الإلتزام الأصلي صحيحا بالإجازة أم يبقى حق الكفيل في طلب الإبطال قائما طالما لم يجز كفالته لتصبح صحيحة بدورها ؟

إن الرأي الراجح في هذه المسألة هو أن حق الكفيل في طلب إبطال كفالته لا يسقط بإجازة المدين الأصلي لعقده، وإنما يبقى حق الكفيل في طلب الإبطال قائما والحجة في ذلك هو تفسير المادة 2/654[1]، لأنها إستثنت الحالة التي لا يجوز للكفيل طلب الإبطال وتحديد هذه الحالة دليل على أن المشرع لم يرد أن يحرم الكفيل من التمسك بالإبطال في كل الحالات التي يكون فيها الإلتزام الأصلي قابل للإبطال، ماعدا في حالة كفالة ناقص الأهلية فإنه في بقية حالات قابلية العقد الأصلي الإبطال حق الكفيل لا يسقط بإجازة الإلتزام الأصلي لأن مقتضى التبعية يجب أن يكون فيما يفيد الكفيل وليس فيما يضره وهذا طبقا للمادة 652 قانون مدني جزائري.

وللكفيل التمسك بطلب الإبطال على أساس الغلط الذي وقع فيه بإعتبار أنه كفل إلتزام صحيح، في الوقت الذي كفل فيه إلتزام باطل [2].

ج- كفالة ناقص الأهلية : أورد المشرع حكم خاص لكفالة ناقص الأهلية بالمادة 649 قانون مدني جزائري والتي تنص على أنه: « من كفل إلتزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزما بتنفي الإلتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول بإستثناء الحالة المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 654 » فبعد أن أقر المشرع في المادة 654 قانون

[1]- تنص المادة 654 من القانون المدني الجزائري على أنه : « يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين. غير أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين يتمثل في نقص أهليته وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد، فليس له أن يحتج بهذا الوجه »

[2]- قد ذهب جانب من الفقه إلى أن إجازة المدين الأصلي للعقد تجعل الكفالة بالتبعية صحيحة وذلك بإستناد إلى فكرة التبعية من جهة، وأن الكفيل لا يستطيع الإستناد على سبب خاص بالمدين لطلب الإبطال من جهة أخرى.

مدني جزائري كقاعدة عامة بأن الكفيل يبرئ بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع أوجه التي يحتج بهل المدين، جاء في الفقرة الثانية بحكم خاص بناقص الأهلية بحيث إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص الأهلية وكان عالما بذلك وقت التعاقد، فليس لديه أن يحتج بهذا الوجه، ولتوضيح أكثر يجب أن نفرق بين ثلاث فرضيات :

الفرضية الأولى : حالة الكفيل الذي لا يعلم بنقص أهلية المدين المكفول: هنا إلتزام المدين قابل للإبطال بسبب نقص الأهلية ويتبع ذلك إلتزام الكفيل ومن ثمة إن طلب المدين الإبطال وحكم له به، فإن الكفيل ينقضي حتما وللكفيل التمسك بقابلية إلتزامه للإبطال ولو لم يتمسك به المدين نفسه لأنه صاحب مصلحة فيه طبقا للمادة 1/654 قانون مدني جزائري، ويبطل إلتزام الكفيل هنا دون إلتزام المدين الأصلي لأنه لا يحكم بالبطلان إلا إذا تمسك به صاحب الحق.

الفرضية الثانية : الحالة التي يكون فيها الكفيل عالما بنقص أهلية المديم المكفول: هنا إلتزام المدين قابل للإبطال، ومعه إلتزام الكفيل بالتبعية، فإن تمسك المدين بإبطال إلتزامه وحكم له به، إمتد هذا الحكم إلى إلتزام الكفيل، فإن لم يتمسك المدين بالبطلان أو أجاز العقد الأصلي القابل للإبطال، فإن العقد يظل منتج لآثاره وتظل الكفالة منتجة لآثارها وليس للكفيل الإحتجاج بنقص الأهلية لإبطال إلتزامه.

الفرضية الثالثة : الحالة التي يكفل فيها الكفيل المدين بسبب نقص الأهلية: هذه الحالة نصت عليها المادة 649 قانون مدني جزائري والتي يكون فيها كل من الدائن والكفيل الأصلي عالما بنقص أهلية المدين، فالعقد المبرم بين الدائن والمدين قابل للإبطال ومنه للمدين حق إبطاله، ووفقا لهذا عقدت الكفالة بسبب نقص أهلية المدين الأصلي. فالكفيل ملزم بالوفاء بالتزام المدين إن لم يف به هو، وذلك في حالة عدم تمسكه بإبطال العقد، أما

إن تمسك به وأبطل الإلتزام الأصلي، فإن الكفيل يصبح هو الملتزم بالوفاء لا بإعتباره كفيل لأن الإلتزام الذي كفله قد زال، وإنما بإعتباره مدين أصلي [1].

ومع ذلك يرى بعض الفقهاء أن الكفيل لا يكون كذلك بل يكون مدين أصلي تحت شرط واقف هو عدم تنفيذ المدين للإلتزام الأصلي، فإن تحقق الشرط ولم ينفذ المدين الإلتزام وجب على من تقدم بصفته كفيل أن ينفذه هو. بينما ذهب رأي آخر إلى تفسير هذه الحالة على أساس نظرية تحول العقد فالكفالة هنا صحيحة ما لم يتمسك ناقص الأهلية ببطلان الإلتزام فتبطل حينذاك ويتحول إلى تعهد منشئ لإلتزام أصلي في ذمة من تعهد ككفيل [2].

الشرط الثالث : تعيين إلتزام الكفيل: يجب أن يكون محل إلتزام الكفيل معينا أو قابلا للتعيين، وإلا كانت الكفالة باطلة، وتعيين إلتزام الكفيل يرتبط بتعيين إلتزام المدين، وبإعتبار أن إلتزام الكفيل مستقل عن إلتزام المدين، فإنه من الجائز أن يختلف محل كل من الإلتزامين، إلا أن هذا الإختلاف مقيد بقاعدة أساسية وهي أن إلتزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من إلتزام المدين[3]. ولتبسيط هذا يجب علينا أن نميز بين نوعين من الكفالة وهما الكفالة المطلقة والكفالة المحددة.

أولا – الكفالة المطلقة : تكون كذلك متى وردت بصيغة عامة وبعبارات مجملة غير مبينة لحدود الإلتزام وهنا يتحدد نطاق الكفالة على ضوء الدين المكفولة[4]. ويسأل الكفيل مسؤولية مطابقة لإلتزام المدين في مقداره وأوصافه. ومنه إلتزام الكفيل في الكفالة يشمل أصل الدين

[1]– للتوضيح أكثر يجب الرجوع إلى نص المادة 649 من القانون المدني الجزائري.

[2]– عبد الله عزام ، نظرية العقد و الكفالة على الموقع
https//:islamicfi.com/arabic/fondation/production.asp، اطلع عليه يوم 2022/03/20 على الساعة 19:00.

[3]– لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين.

[4]– يكون التحديد في هذه الحالة بناءا على تعيين الدين الأصلي المكفول، فمتي تحدد الإلتزام المكفول على هذا الشكل دون تحديد إلتزام الكفيل، فإن إلتزام هذا الأخير يكون مطابق لإلتزام المدين لأنه جاء مطلق.

وكذلك الملحقات والمصروفات وهذا طبقا لنص المادة 653 قانون مدني جزائري التي نصت على أن : « إذا لم يكن هناك إتفاق خاص فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل » ومنه فإن محل إلتزام الكفيل في الكفالة المطلقة يتكون بالإضافة إلى أصل الدين المكفول من ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأول، بالإضافة إلى ما يستجد من مصروفات بعد إخطار الكفيل.

1-ملحقات الدين : يشمل التعويضات التي يلتزم بها المدين بسبب إخلاله بإلتزامه، وتشمل أيضا فوائد الدين وإن كان المشرع يبطل القاعدة بسبب الأفراد [1]. إلا أنه يجيز ها إذا كان المقرض مؤسسة؟.[2]

2-مصروفات المطالبة الأول : وهي التي ينفقها الدائن عند المطالبة بالدين وتشمل تكاليف الإنذار أو رسم رفع الدعوى، أي تشمل المصاريف السابقة على المطالبة القضائية.

3- ما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل : وهي مصروفات لا يضمنها الكفيل إلا

إذا كانت قد صرفت بعد الإخطار من قبل الدائن بأنه قام بمطالبة المدين، فالدائن ملزم بإخطار الكفيل برجوعه على المدين ليفي بالدين الذي لم يف به هذا الأخير، فإن لم يقم بذلك تحمل الكفيل كل هذه المصاريف لأنه كان من الممكن أن يتفاداها بوفائه، فإن لم يخطر لا يلزم بدفعها، ويقتصر إلتزامه على مصروفات المطالبة الأول.

ثانيا - الكفالة المحددة : إذا لم يرد الكفيل الإلتزام بضمان كل دين المدين وملحقاته، فما عليه إلا تحديد محل إلتزامه تحديد دقيقا، وهذا جائز عملا بالقاعدة التي تقضي بأنه يجوز أن يكون إلتزام الكفيل أخف من إلتزام المدين، فقد لا يلزم الكفيل إلا بجزء من الدين أو يلتزم

[1]- بإستقراء نص المادة 454 قانون مدني جزائري يتضح أن القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك.

[2]- وهو ما جاء في نص المادة 456 قانون مدني جزائري بقولها : « يجوز لمؤسسات القرض التي يمنح قروضا قصد تشجيع النشاط الاقتصادي الوطني أن تأخذ فائدة قدرها بموجب قرار الوزير المكلف بالمالية».

به دون ملحقاته والمصاريف، فعقد الكفالة هو الذي يحدد محل إلتزام الكفيل، ومن أمثلة ذلك أن يتم تحديد الكفالة من حيث المدة بأن لا تتعدى الوقت المحدد لها أو أن يتم كفالة ديون قد تنشأ خلال فترة معينة فقط. مع الإشارة أن الكفيل يستفيد من كل تغير طارئ في الإلتزام الأصلي يكون فيه مصلحة له[1]، فإن تنازل الدائن على جزء من حقه أو قام بتقسيط الوفاء فإن الكفيل يستفيد من كل ذلك ويخف إلتزامه بالتبعية.

الفرع الثالث : السبب.

ترجع صعوبة تطبيق نظرية السبب على الكفالة إلى طبيعتها الخاصة باعتبارها عملية قانونية ثلاثية فهناك العلاقة بين الكفيل و الدائن ، و العلاقة بين الكفيل و المدين ، رغم أهميتها ، فهي علاقة خارجة عن نطاق عقد الكفالة ، لأن المدين ليس طرفا في هذا العقد.

إن تحديد ركن السبب في عقد الكفالة صعب وترجع هذه الصعوبة إلى طبيعته الخاصة بإعتبارها عملية قانونية ثلاثية، إذ هناك علاقة بين الدائن والمدين وعلاقة بين الكفيل والدائن وبين الكفيل والمدين، وهذه الأخيرة رغم أهميتها إلا أنها خارجة عن نطاق عقد الكفالة لأن المدين ليس طرفا فيها، وهنا قد يكون سبب كفالته هو إسداء خدمة بتوفير الإئتمان للمدين أو المقابل يتقاضاه منه أو قد يكون بقصد قضاء دين عليه لهذا الأخير.

ومنه هل يستطيع الكفيل أن يحتج في مواجهة الدائن بما قد يعتري علاقته بالمدين من عدم وجود السبب أو عدم مسؤولية الباعث وبناءا عليه يطالب ببطلان الكفالة [2].

ذهب البعض إلى عدم جواز ذلك لأن الكفالة تصرف مجرد فإلتزام الكفيل صحيح ولو لم يكن له سبب أو كان سببه غير مشروع، بينما أوجب المشرع المصري أن يكون للإلتزام سبب مقصود، وأن يكون الباعث الرئيسي الدافع إلى التعاقد مشروع.

---

[1]– راجع نص المادة 2/654 من القانون المدني الجزائري.

[2]– زكي محمود جمال الدين، التأمينات الشخصية والعينية، مطابع دار الشعب، القاهرة، 1994، ص 75.

ولعل السؤال المهم الذي يطرح نفسه هنا هو : لماذا إلتزام الكفيل في مواجهة الدائن ؟ والإجابة على هذا السؤال لا تجدها في العلاقة بين الكفيل والدائن، ولكن تجدها في العلاقة بين الدائن والمدين أين تجد أن الكفيل إلتزم في مواجهة الدائن ليسمح للمدين بالحصول على إئتمان من الدائن، وهذا هو سبب إلتزام الكفيل ، أما الباعث الرئيسي للتعاقد فهو شخصي غير مباشر ومتغير يختلف من كفيل إلى آخر، ويشترط فيه أن يكون مشروعا.

كما يتوجب أن يكون المتعاقد الآخر الدائن على علم به وذلك لإستقرار المعاملات وحتى لا يفاجئ ببطلان عقد لا يعلم عن سببه شيء، وإن كان الدافع إلى التعاقد غير مشروع كان العقد باطل يشترط أن يكون الدائن عالما به [1].

هذا وإذا قام نزاع حول وجود السبب أو مشروعيته فإن عبئ إثباته يقع على عاتق الكفيل، إذ عليه أن يثبت عدم وجود السبب أو مخالفته للنظام العام، وعلم الدائن بالباعث التعاقد أو إمكانية علمه بذلك، وله في ذلك أن يلجأ لكافة طرق الإثبات.

وختاما يمكن أن نشير إلى أنه بالإضافة إلى توفر الأركان العامة المعروفة التي سبق أن تطرقنا إليها بالتفصيل لابد من وجود بعض الشروط في شخص الكفيل، حتى تضفي نوع من الخصوصية على عقد الكفالة ولكي يؤدي هذا الأخير الغرض الذي أنشأ من أجله بفاعلية، هو تنفيذ الإلتزام الأصلي وتأمين الدائن في إستفاء حقه.

وقد نصت المادة 646 قانون مدني على أنه : « إذا إلتزم المدين بتقديم كفيل وجب أن يقدم شخصا موسرا ومقيما بالجزائر، وله أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا » وبإستقراء هذه المادة يتضح أنه في حالة إذا إلتزم المدين بتقديم كفيل لدائنه وجب أن تتوفر في الكفيل الشروط التالية :

[1]– ومثال ذلك أن يكفل شخص خليلته لا لشيء إلا ليخطر بإستمرار معاشرها له, فالباعث غير مشروع لمخالفته للآداب العامة.

– **أن يكون الكفيل موسرا** : أي قادر على الوفاء بالإلتزام الذي قام بضمانه إذا إقتضت الحالة ذلك، والمدين الملتزم بتقديم كفيل هو الذي يقع عليه عبئ إثبات يسار هذا الكفيل، ويسار الكفيل يقاس بما لديه من أموال للوفاء بالدين الذي كفله سواء كانت منقولات أو عقارات متى كان ذلك كافيا للوفاء بدين الدائن [1]. ومع ذلك يستطيع الدائن أن يثبت أن هذه الأموال أو بعضها متنازع فيها أو يصعب التنفيذ عليها لبعدها أو لسهولة تهريبها أو كانت مرهونة أو عليها حق عيني كحق الإنتفاع، وتوافر صفة اليسار أو الإقتدار مسألة موضوعية متروك تقديرها لقاضي الموضوع، لأنه هو من بقدر إذا كان الكفيل موسرا أم لا.

– **الإقامة بالجزائر** : إن الحكمة من هذا الشرط واضحة وهي أن الدائن يستطيع مطالبة الكفيل والرجوع عليه إذا لم يف المدين بإلتزامه، والمقصود بالإقامة في الجزائر هو أن يكون للكفيل موطن بها، ولا يشترط أن يكون الكفيل مقيما في موطن المدين، كما لا يشترط أن يكون الكفيل جزائري الجنسية، بل يمكن أن يكون أجنبيا ما دام مقيما في الجزائر وله موطن فيها، بل يكفي أن يكون له موطن مختار يعتمد عليه فيما ينشأ عن الكفالة من علاقات. هذا وبالإضافة إلى توفر هذين الشرطين المستمدين من نص المادة 646 قانون مدني، أضاف الفقه شرطا أخر لم يشر إليه المشرع ربما لبداهته.

– **وجوب توفر الأهلية الواجبة للإلتزام بالكفالة** : وهو الشرط المستمد مما تقتضيه القواعد العامة، وعلى ذلك إذا كان المدين ملزما بأن يقدم لدائنه كفيلا، فإنه يجب أن تتوافر فيه الأهلية، وذلك لأنه مقبل على إلتزام ضارا بمصالحه لذا يستوجب أن يكون واعيا بما هو قادم عليه [2]. ومن هذا المنطلق فإن المدين متى قدم كفيلا موسرا ومقيما بالبلاد وتوفرت لديه أهلية إبرام العقود فإنه يكون قد أوفي بإلتزامه بتقديم كفيل إذا طلب الدائن ذلك منه.

[1]– إن القانون الفرنسي يشترط في مادته 1019 قانون مدني أن يكون مال الكفيل الذي يثبت يساره عقارا لا منقولا ويرجع هذا إلى الفكرة السائدة التي مرادها أن المنقول يكون دائما سهل للتهريب وصعب التثبت من ملكيته.

[2]– إن السن اللازمة في سن الرشد 19 سنة كاملة وذلك تطبيقا لنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري .

أما إذا كان الكفيل قد تم إختياره بواسطة الدائن فإن المدين لا يلتزم بتقديم شخص آخر يحل محله إذا فقد أحد الشروط الواجبة، فإذا أعسر الكفيل إعسارا جزئيا جاز للدائن أن يطالب بكفالة أخرى تكمل الكفالة الأولى، ولا يكون المدين ملزما بتقديم كفيل آخر إذا مات الكفيل الأول الذي قدمه لأن إلتزام هذا الأخير ينفذ من تركته.

كما يجيز القانون للمدين أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا لأنه يحقق ضمانا أكثر للدائن في إستيفاء حقه لكن بشرط أن يكون هذا التأمين كافيا، وإذا نازع الدائن في كفاية التأمين العيني فإن تقدير الأمر متروك لقاضي الموضوع، وبهذا للمدين أن يقدم رهنا رسمي أو حيازي [1].

إن الحديث عن التأمينات المقدمة للدائن في سبيل تأمين دينه يجرنا حتما للكلام عن كفالة الكفيل في حد ذاته أو ما يسمى في إصطلاح الفقه «المصدق » وهو ما ورد في نص المادة 659 و 669 قانون مدني جزائري، والمصدق هو الشخص الذي يكفل الكفيل حيث يكفل إلتزام الكفيل دون المدين أي يكفل الإلتزام التابع وليس الإلتزام الأصلي ويلتزم المصدق بالوفاء بالإلتزام الكفيل وليس المدين الأصلي، وعلاقة المصدق بالكفيل هي نفس علاقة الكفيل بالمدين ومن ثمة تخضع لنفس أحكام الكفالة، ذلك أن إلتزام المصدق هو إلتزام تابع لإلتزام الكفيل. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل وهو ما جاء بالمادة 669 من القانون المدني الجزائري[2]، ومن ثمة فالمصدق لا

---

[1]– سليمان سارة، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة 12 ، 2001-2002 . ص 33.

[2]– بإستقراء نص المادة 669 من القانون المدني الجزائري فإنه يجوز كفالة الكفيل غير أن الدائن لا يمكنه أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل. إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامن مع الكفيل. كما تجدر الإشارة أن هناك خطأ في الترجمة بخصوص نص المادة 659 من القانون المدني الجزائري التي نصت في بدايتها على أنه: «يجوز كفالة الكفيل، وفي هذه الحالة لا يجوز المستندات اللازمة...»، إن هذا النص جاء بترجمة ركيكة فالمادة لا تتكلم على كفالة الكفيل بل تنظم إلتزام الدائن في وقت الوفاء الذي تم من الكفيل بأن يسلم لهذا الأخير المستندات اللازمة لممارسة حقه في الرجوع على المدين، فهذا هو المعنى الفعلي المقصود وذلك بالرجوع إلى النص الفرنسي.

يجبر على الوفاء للدائن وله أن يطلب من الدائن أن يرجع أولا على المدين الأصلي ثم على الكفيل.

المطلب الثاني : إثبات عقد الكفالة وكيفية تفسيره.

إذا ما توفرت في عقد الكفالة أركان إنفاذه وشروط صحته كان قائما ومنتجا لأثاره، لكن قد يثور بعد ذلك مشكلة متعلق بإثبات هذا العقد أو بتفسيره، وهو ما سنتعرض إليه بالتفصيل في هذا المطلب.

الفرع الأول : إثبات عقد الكفالة.

تنص المادة 645 من القانون المدني الجزائري على أنه : «لا تثبت الكفالة إلا لكتابة، ولو كان منة الجائز إثبات الإلتزام الأصلي بالبينة...». [1]

ويلخص من ذا النص أن الكتابة ضرورية لإثبات إلتزام الكفيل[2] حتى لو كان الإلتزام المكفول يثبت كأن يكون مثلا أقل من مئة ألف دينار 100،000 دج.

كما يجوز الإثبات بالبينة إذا وجد مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي أو إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي لابد فيه.

ونجد السبب الذي دعى المشرع المصري مثلا إلى إشترط إثبات رضا الكفيل بالكتابة هو نفس السبب الذي دعا المشرع الفرنسي إلى إشتراط أن يكون رضا الكفيل صريحا نظرا لخطورة الكتابة وضرورة التريث قبل الإقبال عليها.

وتجدر الإشارة أن يجب فيما يتعلق بالكفالة الخروج عن القواعد العامة في الإثبات لأن إلتزام الكفيل هو أساسا من الإلتزامات التبرعية، فيجب أن يستند إلى رضا صريح قاطع،

[1]– تقابلها المادة 773 من القانون اللبناني والمادة 739 من القانون السوري المدني.

[2]– كذلك الكتابة ضرورية لإثبات الوعد بالكفالة.

وقد نستطيع أحيانا التعرف على طبيعة تدخل الكفيل وتحديد مدى التزامه ونوع كفالته عن طريق شهادة الشهود وحدها [1]، ولذلك فلما تتم الكفالة عملا بغير الكتابة أي شفاهة كان الدائن يجد صعوبة في الرجوع على الكفيل لهذا قرر المشرع الجزائري أن يتم إثبات الكفالة بالكتابة.

إلا أن الإجتهاد اللبناني [2] قد إتجه إلى ضرورة إثبات الكفالة كتابة لأن ذلك يجد مبرره في طبيعة الكفالة التي تؤول إلى تحميلها إلى شخص في ظروف يكون فيها عادة الملتزم الأصلي معسرا، فيتحمل الكفيل الدين دون أمل في إستعادة ما دفعه.

إن إثبات الكفالة بالكتابة شرط ضروري في العلاقة فيما بين الكفيل والدائن و حيث أن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد وهو الكفيل فإن الإثبات بالكتابة سيكون دائما في مواجهته، ومثال ذلك أن ينكر الكفيل كفالته لدين المدين ففي هذه الحالة يجب على الدائن أن يقدم الدليل الكتابي على وجود عقد الكفالة إن أراد أن يستفيد من هذا الضمان الشخصي، أما بالنسبة للكفيل فإنه يستطيع أن يتمسك بعقد الكفالة في مواجهة الدائن كأن يطلبه مثلا بما يكون قد دفعه زائدا من المستحق عليه، ويمكنه في هذه الحالة الإثبات بغير الكتابة إذا كان جائزا طبقا للقواعد العامة.

أما بالنسبة للعلاقة بين الكفيل والمدين كأن يرجع الأول على الثاني بعد الوفاء بالإلتزام فإنها تخضع للقواعد العامة في الإثبات إذا كان رجوع الكفيل على المدين بأقل من 100،000 دج، أما إذا كان إلتزام الكفيل تجاريا فهنا لا يلزم لإثباته الكتابة وإنما يمكن إثباته بالقرائن وبالرجوع إلى القواعد العامة.

---

[1]– نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق ، ص 77 و78.

[2]– محمد علي عبده، عقد الكفالة دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوق، لبنان، بدون تاريخ نشر، ص64. 06– د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 78.

وإذا كان الغاية من الكتابة هو الإحتجاج على الغير وذلك برجوع الدائن على الكفيل إذا لم يفي المدين بإلتزامه في الأجل المحدد، فإنه يجب أن تكون هذه الكتابة ثابتة التاريخ وموقعة من قبل الأطراف المعنية [1].

الفرع الثاني : التفسير الضيق لعقد الكفالة

أكد المشرع الفرنسي من خلال المادة 152 قانون مدني فرنسي على أنه يجب أن تتجلى إرادة التكفل من قبل الكفيل طواعية وأن يكون التعبير عن هذه الإرادة صريحا وثابتا وبعبارات واضحة، غير أنه في حالة ما إذا تضمنت هذه الكفالة عبارات يشوبها نوع من الغموض، فإنه في هذه الحالة يجب تفسيرها بكل عناية وعند وجود الشك يكون التأويل في مصلحة الكفيل لأنها في الأصل من عقود التبرع.

والمرجع في تغيير الكفالة هو قصد الطرفين من عبارة العقد وقاضي الموضوع هو الذي يحدد مدى إلتزام الكفيل ويفسر عقد الكفالة تفسيرا ضيقا دون التوسع في حدود ما إلتزم به الكفيل. فالفقه والإجتهاد القضائي الفرنسي قد أجمع هنا إلى إعتبار أن الكفيل لا يمكن أن يلزم إلا ضمن حدود حرفية النص الذي وضعت فيه، وتفسير الكفالة هنا يعود لتقدير قضاة الأساس الذين إستعملوا سلطاتهم التقديرية، إذ يتم التفسير بالنظر إلى مجموعة البنود مرتبطة ببعضها البعض المدونة في الكفالة.

يبقى القول بأن تفسير قاضي الموضوع للكفالة هو مطلق و لا يخضع لرقابة المحكمة العليا، إلا إذا كان يتعارض مع متدرجات الكفالة أو كان مشوها لمعناها .

[1]– عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 80.

وخلاصة ذلك أنه لا يجوز توسيع نطاق الكفالة إلى إلتزامات ناشئة عن سبب خارجي عن عقد الكفالة أو تحويل الوقائع وجعلها تشمل أصولا لم يلحظها الكفيل وقت إعطاء الكفالة والسبب لتقدير قاعدة عدم جواز التوسع في تفسير الكفالة يرجع إلى أن الكفالة بحد ذاتها هي عملية خطرة بالنسبة للكفيل لأنه يلتزم بدين دون مقابل، ويتحمل مخاطر الرجوع بدين على المدين الأصلي الذي قد بيسوء وضعه المالي، ولذلك يجب أن تكون ألفاظ الكفالة صريحة بمدلولها عليها ولا تقبل الشك، فلا يجوز مثلا إجبار الكفيل البقاء في كفالته ولا إجباره على دفع ديون سابقة على كفالته ولم يقصد كفالتها وعلى القاضي أن لا يأخذ الكفالة بالظن والقرنية بل أن يفسرها تفسيرا حصريا وأن يوضح القراره مدى التزام الكفيل بكفالته، وقد تكون الكفالة عامة ومطلقة تشمل جميع الديون المترتبة على المدين دون قيد أو حصر[1].

وتطبيقا لذلك فإنه إذا كفل الكفيل جزءا من إلتزامات المدين لم يجز من الكفالة إلا الأجزاء الأخرى، وإذا كفل الكفيل مستأجرا في دفع الأجرة إقتصرت الكفالة على هذا الإلتزام دون غيره من الإلتزامات التي تنشأ من نفس هذا العقد كالتعويض عن التلف أو التعويض عن الحريق .[2]

كما أن الكفالة لا تمتد إلى غير هذا العقد من العقود التي تتلوه ولو كان التجديد ضمني، وإذا كان هناك تحديد لنطاق الكفالة أي فيما إذا كانت محددة أو غير محددة وجب إعتبار الكفالة محيدة.[3]

[1]– محمد علي عبدة، المرجع السابق، ص68.

[2]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص86.

[3]– نبيل إبرهيم سعد، المرجع السابق، ص81.

الفصل الثاني
الوسائل القانونية لعقد الكفالة

تمهيد :

لقد سبق وأن تقدم بأن عقد الكفالة يتم بين علاقة بين طرفين هما الكفيل والدائن دون سواهما مما يترتب عنه نشوء علاقة بينهما أساسها حقوق والتزامات تنشأ في ذمة أحدهما أو كل منهما تجاه الآخر، وهذه هي آثار عقد الكفالة ذاته، وقد تقدم أن هذه العلاقة تابعة لعلاقة مديونية أصلية بين الدائن والمدين وبالتالي تفترض غالبا وجود علاقة بين المدين والكفيل هي التي دفعت الكفيل إلى الكفالة فإن لم تتوفر هذه العلاقة فإن هذا لا يمنع أن إيفاء الكفيل– أي قيام الكفيل بالكفالة دون علم المدين أو معارضته– لقيام الكفيل بوفاء الدين عن المدين يخول الأول الرجوع على الثاني وينشأ بينهما علاقة ذات صلة وثيقة إذا لم يكن بعقد الكفالة ذاته فبتنفيذه كما أن طبيعة عقد الكفالة كعقد تابع ومرتبط وجودا وعدما بالتزام آخر، وميزاته كعقد متصل كيانا وأركانا تتطلب منا بعد دراسة هذه الأركان والعلاقات التي تربط كل هذه الأطراف في عقد الكفالة والالتزام الأصلي مكفول، دراسة كيفية انقضاء عقد الكفالة كالتزام تابع للالتزام الأصلي المكفول، الذي ينقضي بصفة تبعية بجميع الأسباب التي ينقضي بها الالتزام المكفول، كما للكفيل بانقضاء التزامه بصرف النظر عن انقضاء الدين المكفول بأي سبب من الأسباب وقد يتعدد المدينون الأصليون وقد يكونوا متضامنون أو غير متضامنون وأيضا قد يتعدد الكفلاء وقد يكون متضامنين أو غير متضامنين ولذلك فإن دراسة آثار الكفالة هي دراسة لكل هذه العلاقات.

وقد سبق أن رأينا أن الكفالة عقد تابع للإلتزام الأصلي إذ هي تقوم على ضمان الوفاء به، وعلى ذلك فهي تتبع هذا الإلتزام الأصلي كما أن هناك أسباب أخرى تؤدي إلى براءة ذمة الكفيل دون أن يترتب على ذلك إنقضاء الإلتزام الأصلي.

وفي ضوء ما إرتئينا أن نعرض آثار عقد الكفالة وإنقضائها على النحو التالي فخصصنا المبحث الأول الآثار عقد الكفالة والمبحث الثاني إنقضاء عقد الكفالة.

المبحث الأول : آثار عقد الكفالة .

الكفالة عبارة عن عقد يتم بين الدائن و الكفيل مفاده هو ضمان الوفاء بالتزام أصلي، فإن هذا حتما يؤدي لا مفر إلى نشوء علاقة بين طرفي هذا العقد، فنشأ بذلك علاقة بين الدائن و الكفيل، و تتصرف الحقوق و الالتزامات التي فتنشأ عن عقد الكفالة إليهما، و اذا وفي الكفيل بالالتزام الأصلي فإن هذا يؤدي إلى نشوء علاقتين، الأولى تكون بين الكفيل والمدين بالرغم بما أن هذا الأخير ليس طرف في عقد الكفالة، ولكن هو الملتزم الأصلي، و عليه أن يتحمل العبء في النهاية إذا ما اضطر الكفيل إلى الوفاء بالالتزام الأصلي و الثانية لا يكون لها وجود إلا إذا تعد الكفلاء، فتنشأ علاقة بين هؤلاء و بين الكفيل الوفاء بالالتزام من أحدهم يعطي له حق الرجوع عليهم بحسب ما هو مقرر قانونا، و بالتالي سنتطرق لكل هذه العلاقات في مبحثنا هذا وسنتولى دراسة كل ذلك بالتفصيل ضمن هذا المبحث.

المطلب الأول : العلاقة بين الكفيل والدائن.

علاقة الدائن بالكفيل . العلاقة بين الدائن و الكفيل كأثر لعقد الكفالة تظهر في أن الدائن اذا ما توافرت شروط معينة يستطيع مطالبة الكفيل ، و الكفيل يستطيع أن ينفع هذه المطالبة بكل ما من شأنه أن يؤدي الى براءة أمته ولذا سنتطرق في الفرع الأول إلى مطالبة الدائن للكفيل [1]، و في الفرع الثاني نعرض الدفوع التي يجوز أن يتمسك بها الكفيل في مواجهة الدائن به هذا الأخير، رغم أن البعض ذهب بالقول إلى أن عقد الكفالة على مستوى هذه العلاقة لا يعد تبرعا لأن الكفيل يفتقد لنية التبرع، إلا أن هذا الرأي مهجور تماما و مردود لإن الكفيل وإن كان– من حيث المبدأ – يعود على المدين بعد الوفاء بالالتزام إلا أن

[1]–عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر صفحة 56.

المدين هو طرف يعتبر خارج عن العلاقة، ومنه العلاقة بينهما لا تؤثر بتاتا على صفة التبرع لهذا العقد

ب/العلاقة بين الكفيل والمدين:

مطالبة الدائن للكفيل يقوم الدائن بمطالية الكفيل عند حلول أجل الدين ، و عادة يكون أجل التزام الكفيل هو نفس أجل الالتزام الأصلي المكفول و لكن قد يكون التزام الكفيل أجل يختلف عن أجل التزام المدين.

فإذا كان هذا الأجل لاحقا لأجل الالتزام الأصلي فان الدائن لا يستطيع مطالبة الكفيل الا عند حلول أجل التزامه حتى اذا حل أجل الالتزام الأصلي المكفول من الكفيل و ان كان في هذه الحالة يجوز للدائن مطالبة المدين و أين يقدم المتبرع بغير مقابل خدمة أو منفعة للمتبرع له دون أن يخرج مال من ذمته فهو لا يلتقي أي مقابل إلا أن صفة المجانية ليست من مستلزماته لأنه لا يوجد ما يمنع أن يشترط الكفيل مقابلا عادلا في نظير المخاطر التي يتعرض لها و الصعاب التي يمكن أن يلاقيها عند رجوعه، وهذا ما يحدث غالبا عند ما يكون أحد البنوك كفيلا لأحد عملائه.

ومن ثمة نخلص إلى أن العلاقة بين الدائن و الكفيل تكون دائما عقد تبرع، بمعنى أن الدائن لا يعطي أي مقابل للكفيل لقاء كفالته أما إذا تعهد الدائن للكفيل بمقابل لالتزامه كمبلغ من النقود فإننا لا تكون بصدد عقد كفالة بل تأمين إئتمان ومن ثمة تصبح عقدا أصليا لا تابعا و إحتماليا لا محددا على نقيض الكفالة هذا و يترتب على إعتبار عقد الكفالة من عقود التبرع آثار مهمة نوردها فيما يلي :

1-إشتراط أهلية التبرع في الكفيل حتى يعتبر العقد صحيحا.

2-لا يجوز إبرام عقد الكفالة بطريق الوكالة إلا إذا صدر توكيل خاص يعين فيه محلها على وجه التخصيص بأن يعين فيها على الأقل المدين المكفول و الالتزام المكفول، وهو الأمر الذي نصت عليه المادة 574 ق.م.

3-يجوز الطعن في الكفالة بالدعوى البوليصية دون إشتراط تواطؤ المدين لا مع الدائن و لا مع الكفيل، وفي هذا المجال تطبيق للقواعد العامة إذ تنص المادة 192 ق.م " إذا كان تصرف المدين بعوض، فإنه لا يكون حجة على الدائن إلا إذا كان هناك غش صدر من المدين و إذا كان الطرف الآخر قد علم بذلك الغش يكفي لإعتبار التصرف منطوي على الغش أن يكون قد صدر من المدين، وهو عالم بعسره.

علاقة الكفيل بالدائن لها وجهان، الأول يتمثل في مطالبة الدائن للكفيل بالدين عند عدم وفاء المدين به، والثاني يتمثل في الدفوع التي يتمسك بها الكفيل في مواجهة الدائن لرد هذه المطالبة. وبعد هذا نجد أن الدائن الذي إستفى حقه من الكفيل تقع عليه واجبات يلزم بها اتجاه الكفيل، وتعتبر بمثابة آثار ناتجة عن واقعة الدفع نتطرق لها فيما يلي:

الفرع الأول: مطالبة الدائن للكفيل والضوابط التي تحكم ذلك.

للدائن الرجوع على الكفيل لمطالبته بالدين متى لم يف المدين بذلك، ولكي يتمكن الدائن من الرجوع لابد له أن يحترم قاعدتين أساسيتين هما:

أولا : وجوب حلول أجل الدين بالنسبة للكفيل.

مطالبة الدائن للكفيل لا تجوز إلا عند حلول أجل الكفالة ،و الغالب أن يكون أجل إلتزام الكفيل هو نفس أجل الالتزام المكفول، إلا أنه قد يحدث أن يختلف الأجلان بالاتفاق أو بناء على واقعة أخرى تؤدي لسقوط أجل التزام المدين.

- فإن كان أجل التزام الكفيل مختلف عن أجل الالتزام المكفول فإن الأجل الممنوح للكفيل قد يحل بعد الأجل الممنوح للمدين أو قبله، فإن حل التزام الأصيل قبل حلول أجل التزام الكفيل فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل قبل حلول الأجل المحدد لالتزامه.
- وإذا حل التزام الكفيل قبل حلول التزام الأصيل، فإن أجل التزام الكفيل يمتد حتى يصبح مساويا لنفس أجل التزام الأصيل، ولا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل قبل حلول أجل الدين الأصلي.
- هذا وإن كل اتفاق بين الدائن والمدين على تعديل أجل الالتزام الأصلي يستفيد منه الكفيل و لكن لا يضار منه فإن مد أجل الالتزام الأصلي فإن الكفيل يستفيد من هذه المهلة ،ولا تجوز أي مطالبة قبل حلول الأجل الجديد، وإن اتفق على تعجيل أجل الالتزام الأصلي فإن الكفيل لا يضار و لا يجوز المطالبة إلا عند حلول أجل الكفالة ، والسبب يعود إلى الرغبة في حماية الكفيل.[1].
- لكن قد يسقط الأجل الممنوح للمدين للسداد وذلك قبل أوانه لعدة أسباب طبقا للمادة 211 ق.م وهي : الإفلاس أو الإعسار أو إضعاف تأمينات الدين، وعدم تقديم الدائن ما وعد بتقديمه من تأمينات، فما هو تأثير ذلك على الكفالة ؟ وهل يؤدي إلى سقوط أجل التزام الكفيل و يلتزم بسداد الدين حالا أم لا يجوز الرجوع عليه قبل الأجل الأصلي المتفق عليه ؟ [2]
- انقسم الفقه حول هذه المسألة، حيث يتجه البعض إلى القول بسقوط أجل التزام الكفيل بالتبعية لسقوط أجل التزام المدين ذلك أن الغرض من الكفالة هو تأمين الدين ضد مخاطر إعسار المدين، ، إلا أن الرأي الغالب استقر على أن يبقى هذا الالتزام قائما إلى حين حلول أجله، و ذلك للأسباب التالية:

[1]– محمد بن سليمان : مدونة حول التأمينات العينية والشخصية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، ص 31.

[2]– د. سمير تاناغو. المرجع السابق. ص 58 .59

1) أن تبعية الكفالة للالتزام الأصلي لا تمنع من انعقادها بشروط أخف.
2) أن سحب الثقة من المدين بسبب الإعسار أو الإفلاس أمر خاص به لا يبرر سحب الثقة من الكفيل كما لا يستطيع المدين الإساءة كمركز الكفيل بفعليه.

3) قواعد تفسير الكفالة تقضي الأخذ بالتفسير الأصلح للكفيل بوصفه تبرعا من جهة و بوصفه مدين أيضا يفسر الشك لصالحه من جهة أخرى.

أما إذا اتفق على تعجيل اجل التزام المدين فإن الكفيل لا يضار من ذلك ولا يجوز مطالبته إلا عند حلول الأجل الأصلي [1].

هذا وإذا اتفق الدائن والمدين على تعديل أجل الالتزام الأصلي فان الكفيل يستفيد من هذه المهلة سواء كان مصدرها الاتفاق أو القاضي، ولا يجوز أي مطالبة قبل حلول الأجل الجديد. وان اتفق على تعجيل أجل الالتزام الأصلي فان الكفيل لا يضار، بحيث لا يجوز مطالبته إلا عند حلول أجل الكفالة أي موعد التزامه هو، والسبب يعود إلى الرغبة في حماية الكفيل.

ثانيا: وجوب رجوع الدائن على المدين أولا قبل رجوعه على الكفيل

تنص المادة 1/660 من القانون المدني الجزائري على أنه : « لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين ». وبإستقراء هذا النص يتضح أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده، إلا بعد رجوعه على المدين أولا. [2] ومؤدى ذلك أن

[1]– بإستقراء نص المادة 652 من القانون المدني الجزائري يتضح أنه لا يجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد، لكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشرط أهون.

[2]–– إن مراد المشرع الجزائري من وضع نص المادة 660 من القانون المدني الجزائري هو حماية الكفيل من تعسف الدائن في الرجوع عليه من جهة، وتخفيف من التزامات الملقاة على عاتقه من جهة أخرى، حيث يمكن أن يحث ويفي المدين بالتزامه دون الحاجة إلى الكفيل.

الدائن يلتزم بالرجوع على المدين أولا، لكن يمكن للدائن أن يرجع على المدين والكفيل في آن واحد، ويقصد بالرجوع المطالبة القضائية أي رفع دعوى على المدين والحصول على حكم قضائي بإلزامه، ومن ثمة لا تكفي مجرد المطالبة الودية أو اعذار المدين للوفاء بالتزامه، ويرد على هذه القاعدة إستثنائين هما:

الأولى : إذا أشهر إفلاس المدين، وجب على الدائن التقدم في التفلسة بالدين وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن.

الثاني : إذا كان لدى الدائن سند صالح للتنفيذ على المدين فإن مجرد التنبيه بالوفاء يعتبر في حد ذاته رجوعا كافيا على المدين ويفتح طريق الرجوع على الكفيل.

وعليه إذا رفع الدائن دعواه على الكفيل وحده قبل الرجوع على المدين كانت دعواه غير مقبولة، لأننا بصدد قيد قانوني على الدائن مراعاته وإلا تعرضت دعواه للدفع بعدم القبول، وهذا القيد لا يتعلق بالنظام العام لذا لا تقضي له المحكمة من تلقاء نفسها، وإنما يجب أن يتمسك به الكفيل أمام المحكمة، وقد صدر في هذا الشأن قرار المحكمة العليا جاء فيه: " حيث من المقرر قانونا أنه يجب على ديوان الترقية والتسيير العقاري، وبناءا على العقد المبرم بينها وبين القرض الشعبي الوطني الرجوع بمطالبة المكفول مؤسسة البناء في الوهلة الأولى، ثم الرجوع على الكفيل، والحال أن المطعون ضده لم يقدم ما يثبت رجوعه على المدين أولا، مما يستوجب معه قبول الدفع " [1]. ومن ثم أوجبت شروط لصحة إبداء هذا الدفع هي :

1- وجوب أن لا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في هذا الدفع صراحة أو ضمنيا، لأنه مقرر لمصلحته ومن له التنازل عليه.

[1]- قرار صادر بتاريخ 29 ماي 2002 رقم 258429 غير منشور ، بين القرض الشعبي الجزائري وديوان الترقية والتسيير العقاري بقسنطينة.

2- يجب أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين، لأن الدائن هنا يستطيع الرجوع على الكفيل المتضامن ابتداء دون إمكانية أن يدفع بوجوب الرجوع على المدين[1]. وقد أخذ المشرع ذلك بوضوح في المادة 669 مدني عندما أجاز الرجوع على الكفيل إذا كان متضامنا مع الكفيل.

3- وجوب أن يكون في رجوع الدائن على الكفيل مصلحة أو فائدة فلو كان المدين معسرا، فلا فائدة من تمسك الكفيل بوجوب البدء بالرجوع على المدين، وبالمقابل للكفيل التمسك به إن كان للمدين بعض الأموال التي تكفي لسداد بعض الديون، فيرجع الدائن على هذه الأموال ثم يستوفي بقية الدين من الكفيل، ويبقى الأمر لقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كانت هناك مصلحة للكفيل في التمسك بهذا الدفع من عدمه. ويقع على الدائن عبئ إثبات إعسار المدين.

وتجدر الإشارة إلى أن الدفع بضرورة الرجوع على المدين أولا يعد من الدفوع الموضوعية لأنه لا يتعلق بوجود حق الدائن قبل الكفيل، وهو كذلك ليس من الدفوع الشكلية بل هو كما سبق وأن رأينا دفع بعدم قبول الدعوى لعدم استفاء إجراء لابد من احترامه واستفاءه.

الفرع الثاني : الدفوع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة.

يقصد بالدفوع الممنوحة للكفيل الأوجه التي يستطيع الكفيل أن يتمسك بها في مواجهة الدائن إذا طالبه بدفع الدين وذلك بهدف تأجيل المطالبة القضائية أو تقرير براءة ذمته فإذا ما فشل الكفيل في ذلك، وحصل الدائن على مستند تنفيذي ضده فإن الكفيل يستطيع رفض الوفاء قبل تجريد المدين من أمواله أولا ويثبت عدم كفايتها للوفاء بالالتزام المكفول وهناك ثلاثة أنواع من الدفوع يستطيع الكفيل التمسك بها

[1]- فهو من هذا المنطق يأخذ حكم المدين المتضامن من حيث جواز مطالبة الدائن له وحده بكل الدين.

1- الدفوع الناشئة عن عقد الكفالة وهي مستمدة من القواعد العامة فيستطيع الكفيل التمسك ببطلان تعهده بالكفالة لأي سبب من أسباب البطلان وكذلك الدفع بعدم حلول أجل التزامه أو بعدم نفاذه لتعليقه على شرط واقف أو بعدم تنفيذ الدائن لالتزامه المقابل

2- الدفوع غير الناشئة عن عقد الكفالة في حالة عقدها صحيحة وهذه متعلقة بالدفوع المتعلقة بالالتزام المكفول لأن الالتزام الكفيل تابع للالتزام الأصلي يرتبط به وجودا و عدما ويتأثر بكل ما يؤثر في هذا الالتزام

3- الدفوع المترتبة عن عقد الكفالة.

وبالتالي فإننا سنبين في هذا المطلب أولا الدفوع المتعلقة بالالتزام الأصلي المكفول ثم نتناول ثانيا الدفوع المترتبة عن عقد الكفالة

أولا : الدفوع الناشئة عن الدين الأصلي

أن تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين الأصلي أو المكفول عنه تجعله يتأثر بكل ما يؤثر في الالتزام المكفول وقد نصت على هذا الحكم المادة 1/654 قانون المدني الجزائري بقولها

(يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين)

و للكفيل أن يتمسك بهذا النوع من الدفوع ولو كان متضامنا مع المدين كما تنص المادة 666 على أنه يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير متضامن من دفوع متعلقة بالدين.

ا- فمن هذه الدفوع ما يؤدي إلى بطلان الالتزام المكفول مثل الدفع بالبطلان لانعدام التراضي أو المحل أو لتخلف الشكل القانوني في التصرف المنشئ للالتزام.

ب-ومن هذه الدفوع أيضا تلك التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام المكفول كالوفاء و التجديد والتقادم أو ما يؤدي إلى تأخير المطالبة كالدفع بقيام التنفيذ.

ج-وللكفيل أن يتمسك بقابلية العقد الذي أنشا الالتزام الأصلي المكفول للإبطال لأي عيب شاب رضاء المدين من عيوب الإرادة من غلط أو تدليس أو أكراه أما إذا كان سبب

القابلية للإبطال هو نقص أهلية المدين فقد حرر القانون حكما خاصا لذلك سنبينه في الفقرة التالية:

– ويتمسك الكفيل بهذا الدفع باسمه لا باسم المدين لأنه التزامه تابع وجودا وعدما لالتزام المكفول وهذه التبعية تنشأ له حق يخول له التمسك بكل ما يشوب هذا الالتزام أو يؤدي إلى انقضائه أو بطلانه و يستطيع الكفيل التدخل في الدعوى التي يرفعها الدائن على المدين ليتمسك بدفع قد لا يتمسك به المدين نفسه ، كما يحق له التمسك بهذه الدفوع حتى ولو نزل عنها المدين فيحق له مثلا التمسك بتقادم الالتزام المكفول حتى ولو كان المدين قد نزل عن حقه في التمسك بالتقادم

– وفي حالة أجازة العقد القابل للإبطال من طرف المدين فليس للكفيل الحق في التمسك بهذا السبب إلا إذا كان المدين في ذلك متواطئا مع الدائن للإضرار بالكفيل [1].

وللكفيل التمسك بهذه الدفوع ولو كان متضامنا مع المدين، إذ تنص المادة 666 من القانون المدني الجزائري على أنه : « يجوز للكفيل التضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين ». [2]

فطبقا لهذه النصوص يستطيع الكفيل التمسك في مواجهة الدائن بكل ما يستطيع المدين الأصلي أن يدفع به هذه المطالبة ومن هذه الدفوع ما يؤدي إلى بطلان الإلتزام المكفول كالدفع بالبطلان الإنعدام الرضا أو المحل أو السبب كما له التمسك بالدفوع المؤدية إلى انقضاء الالتزام المكفول كالوفاء، التجديد، التقادم، والوفاء بالمقابل، اتخاذ الذمة.

[1]– وهي المادة المطابقة لنص المادة 782 مدني مصري.

[2]– لأن مركز الكفيل المتضامن من المدين يختلف عن مركز المدين المتضامن مع غيره من المدينين، فالمدين المتضامن لا يستطيع أن يتمسك في مواجهة الدائم إلا بالدفوع المتعلقة بشخصه هو ، و الدفوع المتعلقة بالدين دون الدفوع الخاصة بغيره من المدينين ، أما فيما يخص الكفيل المتضامن لا يستطيع التمسك بالدفوع المتعلقة بشخص المدين ، لكن بالرجوع إلى نص المادة 666 من القانون المدني نجد أن المشرع قصد مساواة الكفيل المتضامن بالكفيل الغير المتضامن فيما يتعلق بالتمسك بالدفوع المتعلقة بالالتزام المكفول .

وللكفيل التمسك بقابلية العقد الذي أنشأ الالتزام المكفول للإبطال لأي عيب شاب رضا المدين كالغلط أو تدليس، ويتمسك الكفيل بهذه الدفوع بإسمه هو لا بإسم المدين، لأن التزامه يتعلق بالإلتزام المكفول ويرتبط به وجودا وعدما، ولذا فله بمقتضاه حق خاص فالتمسك بكل ما سيؤدي هذا الالتزام الإنقضائه، وله التدخل في الدعوى التي يرفعها الدائن على المدين ليتمسك بدفع قد لا يتمسك به المدين نفسه، وله التمسك بهذه الدفوع ولو نزل عنها المدين فله التمسك بتقادم الإلتزام المكفول حتى ولو كان المدين قد نزل عن حقه في التمسك بالتقادم.

أما إذا أجاز المدين العقد القابل للإبطال فليس للكفيل الحق في التمسك بهذا السبب إلا إذا كان المدين متواطئ مع الدائن للإضرار به. وللكفيل التمسك كذلك بقابلية العقد للإبطال بسبب نقص أهلية المدين وهذا تطبيقا للمادة 654 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية والتي نصت على أنه : « إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين يتمثل في نقص الأهلية وكان عالما بذلك وقت التعاقد، فليس له أن يحتج بهذا الوجه ».

ويتضح من هذا النص أن الكفيل لا يستطيع التمسك بنقص أهلية المدين إذا كان عالما بذلك وقت التعاقد، إلا أنه إذا تمسك المدين بنقص أهلية وحكم له بإبطال الالتزام الأصلي، فإن الكفيل يستفيد من ذلك. ويبطل التزامه بالتبعية.

غير أن هذا النص يختلف عن حكم المادة 649 من القانون المدني الجزائري الناصة على انه: « من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الإلتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول...»، ففي هذه الحالة يحرم الكفيل من التمسك ببطلان تصرف المدين المكفول [1].

[1]– محمد صبري السعيدي، عقد الكفالة في التشريع المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 1990، ص70. 79.

ثانيا: الدفوع الناشئة عن عقد الكفالة .

زيادة على الدفوع السابقة الذكر فإن المشرع منح الكفيل دفوعا خاصة به مراعاة لصفته واعتبارا الالتزامه التبرعي وهي كالآتي : الدفع بالتجريد، الدفع بالتقسيم في حالة تعدد الكفلاء، الدفع بإضاعة التأمينات بخطأ الدائن، الدفع بعدم اتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين، الدفع بعدم تدخل الدائن في تقلسة المدين [1].

1- الدفع بالتجريد:

و يرجع الأصل التاريخي للدفع بالتجريد للقانون الروماني ,فقد كان هذا يتيح هذا القانون للكفيل أن يطلب تجريد المدين إذا كان الكفيل لم يلتزم إلا بدفع ما لا يستطيع الدائن الحصول عليه من المدين إذا رجع عليه ,ثم منح جوستنيان الدفع بالتجريد لكل كفيل دون تمييز [2] .

ولم يكن الدفع بالتجريد معروفا في القانون الفرنسي القديم في أول عهوده ,وكان الدائن يطالب الكفيل أولا ثم أخذت العادات الفرنسية قبل إحياء القانون الروماني في جنوب فرنسا تتيح للكفيل أن يطالب الدائن بإدخال المدين في الدعوى ,ولما تم إحياء القانون الرماني عرف القانون الفرنسي القديم كلا من الدفع بالتجريد وكان يسمى الدفع بالترتيب في الرجوع والدفع بالتقسيم في حالة تعدد الكفلاء[3]

والحكمة من هذا الدفع أن الكفيل ليست له مصلحة في الدين ما هو إلا ضامن لدين غيره , ومن العدل ألا يرى الكفيل أمواله تنزع منه بينما أموال المدين موجودة و قائمة . ولأن الدائن إذا نفذ على أموال الكفيل فإن هذا الأخير سيرجع بدوره على أموال المدين بما دفعه إلى الدائن و لذلك واختصارا للإجراءات و النفقات من الأفضل أن يقوم الدائن بالتنفيذ أولا على المدين ثم الرجوع على الكفيل بما تبقى هذا إذا لم تفي كل أموال المدين بدينه . إذن كل ما يهدف إليه هو الحصول على حقه .

[1]– خلوفي محمد ، مداخلة " عقد الكفالة في القانون الجزائري " ، ألقيت في ملتقى وطني حول أحكام عقد الكفالة في التشريع الجزائري ، انعقد في 21 مارس 2013 ، كلية الحقوق جامعة باجي مختار عنابة ، ص 16 .

[2] – د. ع. الرزاق السنهوري. المرجع السابق. ص 98 – د. زاهية سي يوسف. المرجع السابق. ص 60

[3] – د. ع. الرزاق السنهوري. المرجع السابق. ص 97

وقد نص القانون المدني الجزائري على الدفع بالتجريد في المادة 2/660ق م ج . لذلك سندرس الدفع بالتجريد شروطه وآثاره ثم ندرس الدفع بالتقسيم .

وإن الهدف من هذا الدفع يعود إلى أن الكفيل جدير بالرعاية لأنه يوفي دينا ليس بدينه، فهو عادة يقدم خدمة للغير لتقوية ائتمانه، ولا ضرر في هذا على الدائن، إذ هو يستوفي حقه من الكفيل إن لم يستوفيه من المدين. وللإحاطة أكثر بهذا الدفع سنتناول شروطه، والآثار المترتبة عليه، ثم صور خاصة للدفع به[1].

أ- شروط الدفع بالتجريد:

1) يجب أن يكون الكفيل شخصي لا عيني : لأن الكفيل العيني راهن، ولا يحق له التمسك بالتجريد إلا إذا كان قد اشترط ذلك صراحة، وهو ما نصت عليه المادة 901 من ق.م.ج.

2) يجب أن لا يكون الكفيل قد تنازل مقدما عن هذا الدفع : وهذا ما نصت عليه المادة 2/660 يقولها:« ... على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق ..» فهو دفع ليس من النظام العام يقع على الكفيل التمسك به وليس للقاضي الحكم به من تلقاء نفسه، و قولنا أن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام يثير التساؤل عن الوقت الذي يجب على الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع؟

ذهب البعض إلى القول أنه إذا رفعت الدعوى على الكفيل، كان له الحق في التمسك بهذا الدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى، وعليه أن يتمسك بهذا الدفع قبل صدور الحكم النهائي فإذا لم يفعل، وصدر هذا الحكم بإلزامه بالدين، فلا يعلق تنفيذه على تجريد المدين من أمواله ومنه فإن هذا الدفع يتعلق بمرحلة المطالبة القضائية وليس بالتنفيذ.

ويذهب الرأي الغالب إلى أن رجوع الدائن على الكفيل يمر بمرحلتين الأولى مرحلة التقاضي والثانية مرحلة التنفيذ، و تختص كل مرحلة بدفع خاص، فالمرحلة الأولى هو الدفع بعدم القبول للدعوى لرفعها على الكفيل أولا، و يجوز التمسك بهذا الدفع في أي مرحلة من مراحل الدعوى، أما الدفع بالتجريد فهو خاص بمرحلة التنفيذ حيث يستطيع الكفيل التمسك به

[1]- وقد وجد هذا الدفع للتخفيف من شدة القانون وصرامته في تحديد الإلتزامات الملقاة على عاتق الكفيل .

في مواجهة الدائن عندما يشرع في التنفيذ على أمواله لذا، فإن هذا الدفع لا يسقط لعدم التمسك به في مرحلة التقاضي، (فهذا لا يعني عدم جواز إبدائه في مرحلة التقاضي، بل للكفيل إبداؤه أثناء نظر الدعوى).

3) ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين: وهو الشرط الوارد بنص المادة 665 ق.م.ج، ومنه للكفيل العادي التمسك بلزوم التنفيذ على أموال المدين أولا. أما الكفيل المتضامن فليس له التمسك بهذا الدفع، فالدائن يستطيع الرجوع على المدين أو الكفيل أو عليهما معا، وله التنفيذ على أموال الكفيل مع المدين أولا.

ويثور التساؤل هنا حول إمكانية الاتفاق على احتفاظ الكفيل المتضامن بالحق في التمسك بالدفع بالتجريد.؟

البعض يرى عدم جواز منح الكفيل المتضامن الحق في الدفع بالتجريد لأنه يتعارض مع طبيعة التضامن و احتفاظ الكفيل بهذا الدفع لا يجعله متضامنا في الواقع إلا أن الرأي الغالب يذهب إلى أنه ليس هناك ما يمنع مثل هذا الاتفاق إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة و حرية الكفيل في التخفيف من التزامه.

4) يجب أن يرشد الكفيل الدائن إلى أموال المدين التي تفي بكل الدين : وهو الشرط المنصوص عليه بالمادة 661 مدني.

هذا و يشترط في الأموال التي يجب أن يرشد عنها الكفيل عدة شروط هي :

أ- أن تكون الأموال مملوكة للمدين، فالأموال الغير مملوكة له لا يعتد بها ولو كانت في حيازته.

ب- أن تكون هذه الأموال قابلة للحجز عليها: وهو شرط الذي يتفق مع الغاية من الإرشاد وهو التنفيذ.

ج- أن تكون هذه الأموال كافية للوفاء بكل الدين: فإن كانت الأموال التي يرشد عنها الكفيل لا تكفي لسداد الدين كله، فإنه لا يجوز التمسك بالدفع بالتجريد.وتقدير كفاية الأموال التي يرشد إليها الكفيل مسألة واقع يفصل فيها قاضي الموضوع، و يقدر قيمتها وقت النظر في النزاع بشأنها.كما يلاحظ بأنه إذا كانت الأموال غير كافية للوفاء بكل الدين، فإن الدائن غير ملزم بالتنفيذ عليها، إذ لو ألزم بذلك لأدى هذا إلى إجباره بالوفاء الجزئي لحقه، وهو ما

يتعارض مع القواعد العامة في الوفاء حيث تنص المادة 1/277 ق.م.ج على أنه « لا يجبر المدين الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقف بغير ذلك ».

د- أن تكون الأموال موجودة بالجزائر.

و- وجوب ألا تكون الأموال متنازع عليها[1].

ويذهب الرأي الغالب إلى أن رجوع الدائن على الكفيل يمر بمرحلتين : الأولى مرحلة التقاضي والثانية مرحلة التنفيذ، وتختص كل مرحلة بدفع خاص، فالمرحلة الأولى هو الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على الكفيل أولا، ويجوز التمسك بهذا الدفع في أي مرحلة من مراحل الدعوى، أما الدفع بالتجريد فهو خاص بمرحلة التنفيذ حيث يستطيع الكفيل التمسك به في مواجهة الدائن عندما يشرع في التنفيذ على أمواله، لذا فإن الدفع لا يسقط لعدم التمسك به في مرحلة التقاضي، وللكفيل إبداؤه أثناء النظر في الدعوى.

- **أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين** : وهو الشرط الوارد بنص المادة 665 من القانون المدني الجزائري، فللكفيل العادي التمسك بلزوم التنفيذ على أموال المدين أولا، أما الكفيل المتضامن فليس له التمسك بهذا الدفع، فالدائن يستطيع الرجوع على المدين أو الكفيل أو عليهما معا. ويثور التساؤل هنا حول إمكانية الإتفاق على إحتفاظ الكفيل المتضامن بالحق في التمسك بالدفع بالتجريد ؟

وجواب أنه لا يجوز الإتفاق على إحتفاظ الكفيل بالحق في التمسك بالتجريد في كل من الكفالة القضائية والقانونية، لأن الكفيل يعتبر متضامنا بنص القانون، وتقضي طبيعة التضامن في هذه الحالة حرمان الكفيل من الحق في الدفع بالتجريد[2]، أما بالنسبة للتضامن الاتفاقي فإن البعض يرى عدم جواز منح الكفيل المتضامن الحق في الدفع بالتجريد لأنه يتعارض مع طبيعة التضامن.

---

[1]- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق ، ص 212.

[2]- وهو ما نصت عليه المادة 667 من القانون المدني الجزائري بقولها : « يكون الكفلاء في الكفالة القضائية أو القانونية دائما متضامنين ».

- **يجب أن يرشد الكفيل إلى أموال المدين التي تفي بكل الدين :** وهو الشرط المنصوص عليه بالمادة 661 قانون مدني التي نصت على ما يلي : « إذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين التي تفي بالدين كله، ولا يؤخذ بعين الإعتبار الأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي الجزائرية أو كانت متنازع فيها" ، فلكي يكون الدفع بالتجريد مقبولا وقائما ، يجب أن يكون للمدين أموال يمكن للدائن التنفيذ عليها، ويقع على الكفيل عبئ إثبات وجود أموال للمدين صالحة وكافية للوفاء بكل الدين، ويقوم بإرشاد الدائن إلى هذه الأموال على نفقته ومثالها مصروفات استخراج صور لمستندات ملكية المدين للأموال التي أرشد عنها، وهذا فضلا عن المصروفات التي سيرجع بها الدائن على الكفيل.

غير أنه يشترط في الأموال التي يجب أن يرشد عنها الكفيل عدة شروط هي :

- ✓ أن تكون الأموال مملوكة للمدين، فالأموال الغير مملوكة له لا يعتد بها ولو كانت في حيازته.
- ✓ أن تكون هذه الأموال قابلة للحجز عليها.
- ✓ أن تكون هذه الأموال كافية للوفاء بكل الدين فإن كانت الأموال التي يرشد عنها الكفيل لا تكفي السداد الدين كله، فإنه لا يجوز التمسك بالدفع بالتجريد.

وتقدير هذه الأموال التي يرشد إليها الكفيل مسألة واقع يفصل فيها قاضي الموضوع، ويقدر قيمتها وقت النظر في النزاع بشأنها، ولا يؤخذ بعين الإعتبار إلا القيمة الصافية، فإن كانت مثقلة بحقوق عينية تبعية كالرهن، فإن قيمة المال تحدد بعد تحديد الديون المضمونة بهذا الرهن.

كما يلاحظ أنه إذا كانت الأموال غير كافية للوفاء بكل الدين، فإن الدائن غير ملزم بالتنفيذ عليها، إذ لو ألزم بذلك لأدى هذا إلى إجباره بالوفاء الجزئي لحقه، وهو ما يتعارض

مع القواعد العامة في الوفاء حيث تنص المادة 277 قانون مدني على أنه: «لا يجبر المدين الدائن على قبول وفاء جزئي الحقه مالم يوجد إتفاق أو نص يقضي يغير ذلك...»

أن تكون الأموال موجودة بالجزائر : وذلك لتجنب إرهاق الدائن من خلال مباشرة إجراءات معقدة عند وجود الأموال في خارج إقليم الدولة، هذا ولا يشترط أن تكون الأموال موجودة في مكان الوفاء بالدين أو في موطن المدين.

وجوب أن لا تكون الأموال متنازع عليها لأن الأموال المتنازع عليها غير مضمونة. ويكون المال المتنازع عليه[1]، إذا كانت هناك دعوى مرفوعة بشأنه أو كان محلا لنزاع جدي[2]، ومثالها المال الشائع، حيث لا يمكن التنفيذ عليه إلا بعد الفصل في الدعوى.

ب- **آثار الدفع بالتجريد** : يترتب على توافر شروط الدفع بالتجريد وقبول المحكمة له عدة نتائج قانونية هامة تتمثل في :

ت- آثار الدفع بالتجريد:

يترتب على توافر شروط الدفع بالتجريد، وقبول المحكمة له عدة نتائج قانونية هامة تتمثل في :

1) عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل.
2) إلزام الدائن بالتنفيذ على أموال المدين التي أرشده إليها الكفيل.
3) مسؤولية الكفيل عند عدم حصول الدائن على حقه كاملا:إن اتخذ الدائن الإجراءات التنفيذية على مال المدين، في الوقت المناسب فإن ذلك يؤدي عادة إلى حصوله على حقه، إلا أنه من المتصور عدم استفاء الدائن لحقه كاملا بالرغم من قيامه بالإجراءات التنفيذية على الوجه الصحيح ، إذ قد يظهر دائنون عاديون للمدين يزاحمون الدائن و يقاسمونه حصيلة التنفيذ مما يؤثر على كفاية الأموال للوفاء بالدين، وقد تنخفض قيمة

[1]- زهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 133.

[2]- يدخل في حكم المال المتنازع عليه، الأموال التي تستلزم للتنفيذ عليها إجراءات طويلة ومعقدة حتى ولو لم يكن هناك نزاع بشأنها، التوافر نفس الحكمة وهي تجنب الدائن مشقة الإرهاق في مباشرة الإجراءات.

أموال المدين عند التنفيذ ، والنتيجة أن ذمة الكفيل لا تبرأ إلا بقدر ما استوفى الدائن من المدين بعد التنفيذ عليه، وهنا للدائن الرجوع على الكفيل بالباقي.

*دراسة لنص المادة 663 ق.م.ج المتضمنة لصورة خاصة للدفع بالتجريد،فنص المادة يوجب على الدائن، قبل التنفيذ على الكفيل البدء بالتنفيذ على أي تأمين عيني يكون قد خصص للوفاء بنفس الدين المكفول و للكفيل أن يطالب من الدائن التنفيذ على التأمين العيني الذي قدمه المدين أولا ، ويشترط للتمسك بهذا الدفع توافر عدة شروط هي :

1- أن تكون هناك تأمين عيني خصص لضمان الدين.
2- يجب أن يكون هذا التأمين وارد على مال مملوك للمدين.
3- يجب أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين.
4- يجب أن يكون هذا التأمين العيني قد تقرر قبل انعقاد الكفالة أو معها.

2 - الدفع بالتقسيم:

تنص المادة 664 ق.م.ج على أنه : « إذا تعدد الكفلاء لدين واحد، و بعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسّم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة.

أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، فإن كل واحد منهم يكون مسؤولا عن الدين كله إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقييم ».والتقسيم طبقا لهذا النص يقع بقوة القانون ، ولكي يتمكن الكفيل من التمسك بهذا الدفع لا بد من توافر شروط معينة:

أ. يجب أن يتعدد الكفلاء.
ب. يجب أن يتعدد الكفلاء لدين واحد.
ج. وجوب أن يتعدد الكفلاء لمدين واحد : و شرط وحدة المدين لا يعني حتما شخصا واحد، فإذا تعدد الكفلاء لمدينين متضامنين، و كفل كل منهم كل المدينين فإن شرط وحدة المدين يتوفر و ينقسم الدين بين الكفلاء.
د. يجب ألا يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم.

هـ. يجب أن يكون الكفلاء قد كفلوا المدين لعقد واحد.

و. يجب ألا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في التقسيم.

*وإذا توفرت الشروط السابقة الذكر رتب هذا الدفع آثار هي :أنه لا يحق للدائن أن يطالب أي من الكفلاء إلا بقدر حصته من الدين و يقسم الدين بين الكفلاء بالتساوي ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، ويقع التقسيم فيما بين الكفلاء المتعددين وغير المتضامنين بقوة القانون ولو لم يطلبه الكفلاء، و نتيجة لذلك للكفيل التمسك بهذا.الدفع في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، هذا و إذا اعسر أحد الكفلاء، فإن الدائن من يتحمل حصة المعسر و لا يمكن مطالبتهم بحصة المعسر لأن الأصل في القانون الجزائري هو انقسام الدين بينهم بقوة القانون وهو يتحد من وقت انعقاد الكفالة و ليس فقط من وقت المطالبة أو الفصل في الدعوى.

- عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل :

يترتب على قبول الدفع بالتجريد وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل، بل أن هذه الإجراءات تقف بمجرد إبداء الكفيل للدفع حتى تفصل المحكمة فيه وتسقط الإجراءات التي يكون الدائن قد إتخذها قبل الدفع بالتجريد، وتبطل كل الإجراءات التي تتخذ في سبيل التنفيذ على أموال الكفيل سواء تعلق الأمر بمرحلة التقاضي أين تم التمسك بالدفع أثناء سير الدعوى أو بمرحلة التنفيذ إن تم التمسك به عند شروع الدائن في التنفيذ عن طريق الإستشكال في التنفيذ.

فوقف المطالبة نعني بها إذن الكف عن متابعة السير في إجراءات التنفيذ[1]، إلا إن إجراءات التنفيذ لا تمنع الدائن من التحفظ على أموال الكفيل، كحجزها تحفظيا لأن هذا الإجراء لا يمس بأصل الحق فالغرض منه الحفاظ على ذمة الكفيل المالية حتى لا يتصرف فيها.

[1]- ومثالها حجز ما للكفيل لدى الغير، وإلغاء إجراءات الحجز التنفيذي على منقولاته.

- إلزام الدائن بالتنفيذ على أموال المدين التي أرشده إليها الكفيل :

على الدائن أن يبادر إلى إتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهة المدين وإلا تحمل نتيجة إعسار المدين إن تراخي في التنفيذ على أمواله، وعلى الدائن أن يبذل في إتخاذ هذه الإجراءات عناية الرجل العادي، ويتحمل النتيجة إن أصبحت أمواله غير كافية للوفاء بالدين بعد أن كانت كافية عندما أرشده الكفيل إليها، ويقع عبئ إثبات تقصير الدائن على الكفيل وفقا للقواعد العامة .[1]

- مسؤولية الكفيل عند عدم حصول الدائن على حقه كاملا :

إن إتخاذ الدائن الإجراءات التنفيذية على المدين في الوقت المناسب فإن ذلك يؤدي عادة إلى حصوله على حقه، إلا أنه من المتصور عدم إستيفاء الدائن لحقه كاملا بالرغم من قيامه بالإجراءات التنفيذية على الوجه الصحيح لسبب أجنبي لابد له فيه، إذ قد يظهر دائنين عاديين للمدين يزاحمون الدائن ويقاسمونه حصيلة التنفيذ مما يؤثر على كفاية الأموال للوفاء بالدين، وقد تنخفض قيمة أموال المدين عند التنفيذ بسبب تقلبات السوق أو يظهر أنه قد تم تقدير هذه الأموال بأكثر من قيمتها، والنتيجة أن ذمة الكفيل لا تبرأ إلا بقدر ما إستوفي الدائن من المدين بعد التنفيذ عليه، وهنا للدائن الرجوع على الكفيل بالباقي من حقه ، لكن يتعين عليه ليقوم بهذا الرجوع أن يثبت أنه قد تنفذ على جميع الأموال التي دل عليها الكفيل ويتم هذا بتقديم محضر الحجز وأوراق التنفيذ.

ج- دراسة لصورة خاصة للدفع بالتجريد :

تنص المادة 663 من القانون المدني الجزائري على أنه : « إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانونا أو إتفاقا لضمان الدين وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه ولم يكن الكفيل متضامنا مع». ويتضح من هذا النص أن الدائن قبل التنفيذ على الكفيل عليه البدء

[1]- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص204.

بالتنفيذ على أي تأمين عيني الذي قدمه المدين أولا، والحكمة من ذلك تكمن في أن الكفيل عند قبوله الكفالة كان هناك تأمين عيني الضمان الدين وهو سابق أو معاصر لها، والكفيل يكون قد إعتمد على هذا التأمين في الإلتزام الذي أقدم عليه، ويشترط للتمسك بهذا النفع توافر عدة شروط :

– **أن يكون هناك تأمين عيني خصص لضمان الدين :** سواء كان رهن رسمي أو حيازي أو حق إمتياز، ويمكن أن يرد هذا التأمين على عقار أو منقول متى كانت طبيعة هذا المنقول تسمح بذلك.

– **يجب أن يكون هذا التأمين وارد على مال مملوك للمدين :** وهذا هو المجمع عليه فأغلب شراح القانون يستندون إلى أن هذا الحكم ما هو إلا صورة خاصة من صور تجريد المدين من أمواله"[1]. هذا وأن القواعد العامة تقضي بعدم جواز طلب الكفيل الشخصي تجريد الكفيل العيني من أمواله ذلك لأن كلاهما مسؤول عن دين المدين، فإذا ما قام أحدهما بالوفاء فإنه يرجع على الأخر بقدر نصيبه في المسؤولية عن الدين. مع الإشارة أنه لا يشترط ملكية المدين للمال الوارد عليه التأمين، وذلك لعدم صراحة النص حيث جاء مطلق ولم يشترط ملكية المال للمدين.

– **يجب أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين :** لأنه عملا بالمادة 665 من القانون المدني الجزائري ليس للكفيل المتضامن الدفع بالتجريد، وزيادة عن عدم تضامنه يجب على الكفيل ألا يتنازل عن حقه في التمسك بضرورة البدء في التنفيذ على التأمين العيني لأن

[1]– إذا كان للدائن حق رهن حيازي أو حق حبس على منقول مملوك للمدين الأصلي وجب عليه أن يستوفي حقه من هذا المنقول.

المسألة ليست من النظام العام، لذا يجوز التنازل عنه وهذا الشرط مقرر كذلك في الصورة العامة للدفع بالتجريد[1].

– **يجب أن يكون هذا التأمين العيني قد تقرر قبل إنعقاد الكفالة أو معها** : ويفسر هذا على أن الكفيل منح كفالته وهو معتمد على التأمين، لذا لا ينفذ على الكفيل إلا بعد التنفيذ على التأمين العيني، أما إذا قدم التأمين بعد الكفالة ففي هذه الحالة لا يمكن للكفيل الدفع بالتنفيذ على التأمين أولا. ومنه إذا توافرت الشروط المذكورة وتم قبول الدفع من المحكمة فإنه يترتب عليه نفس الآثار التي تترتب على الدفع بالتجريد بصفة عامة ومن ثم يلتزم الدائن بالتنفيذ على التأمين العيني.

وتجدر الإشارة إلى أن إفلاس المدين أو إعساره لا يؤثر على إستقاء الدائن لحقه من التأمين العيني، لأن المرتبة التي يكتسبها على المال المحمل بهذا التأمين تضمن وقايته من آثار الإفلاس أو الإعسار.

2 – الدفع بالتقسيم :

ويثبت هذا الحق عند تعدد هذا الكفلاء في حالة ما إذا رجع الدائن على أحدهم تنص المادة 664 ق.م.ج على انه إذا تعدد الكفلاء ولدين واحد بعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم قسم الدين عليهم ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية فإن كل واحد منهم يكون مسؤولا عن الدين كله إلا إذا احتفظ لنفسه بحق التقييم"

والتقسيم طبقا لهذا النص يقع بقوة القانون وقد خرج المشرع الفرنسي في المادة 2025 من المجموعة المدنية في المبادئ العامة للعمولة في تعدد المدينين، أي أنه قرر مسؤولية كل

[1]– بن صويلح سامية ، إيمان غولي ، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة باجي مختار عنابة ، 2011–2010، ص 45.

كفيل عن الدين في مجموعة أما في المادة 2026 فنهص على حق كل كفيل في التمسك بتقسيم الدين إذا طالبه الدائن بالدين في مجموعة وليس هناك تناقض بين الحكمين لأن المشرع الفرنسي أراد فقط أن يبرز أن الأصل هو عدم التقسيم والاستثناء هو التقسيم، وتظهر أهمية ذلك إذا أعسر أحد الكفلاء فإن الكفلاء الآخرين[1].

ولكي يتمكن الكفيل من التمسك بهذا الدفع لابد من توافر شروط معينة نذكرها كالأتي:

– **يجب أن يتعدد الكفلاء** : وهذا الشرط ليس مجرد الشرط من شروط التقسيم و، و لكنه الفرض الأساسي الذي يقوم عليه الدفع بالتقسيم، فإذا كان هناك كفيل واحد ، فلا يجوز للكفيل أن يطلب تقسيم الدين بينه و بين المدين، لأنه يشترط في التقسيم تعدد الكفلاء لا تعدد المتلزمين بالدين ، و يستطيع الكفيل أن يدفع رجوع الدائن عليه ن بالرجوع أولا على المدين بكل الدين ، و إذا لم يستوف حقه كله يرجع بالباقي عليه .

– **يجب أن يتعدد الكفلاء الدين واحد** : بحيث لو إختلفت الديون المضمونة من الكفلاء، فلا مجال للتقسيم، وإنما يكون كل واحد منهم مسؤولا عن الدين الذي ضمنه ولا يمكن منهم طلب التقسيم مع مدين آخر لأنهم لم يكفلوا نفس المدين، هذا وأنه يجوز للكفيل أن يطلب من الدائن تقسيم الدين بينه و بين المصدق، لأنهما لا يكفلان نفس الإلتزام[2].

– **وجوب أن يتعدد الكفلاء لمدين واحد** : وشرط وحدة المدين لا يعني حتما شخصا واحدا، فإذا تعدد الكفلاء المدينين متضامنين وكفل كل منهم كل المدينين فإن شرط وحدة المدين يتوفر وينقسم الدين بين الكفلاء.

[1]– محمدي سليمان، المرجع السابق ، ص 38.

[2]– مداخلة الأستاذ رزقي محمد عبد الله ، التأمينات الشخصية ، ملتقى وطني حول عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري و قانون الأسرة الجزائري ، جامعة باجي مختار عنابة ، كلية الحقوق ، 2012–2013 .

– **يجب أن لا يكون الكفلاء متضامنين فما بينهم** : لأنهم إذا كانوا متضامنين فيما بينهم، يجوز للدائن الرجوع على أي منهم ويطالبه بالوفاء بكل الدين عملا بأحكام التضامن.

– **يجب أن يكون الكفلاء كفلوا المدين بعقد واحد** : لأنه في هذه الحالة يكون كل واحد منهم إعتمد على غيره من الكفلاء، لذا يقسم الدين عليهم، أما إذا كان كل من الكفلاء إلتزم بكفالة الدين بعقد مستقل فإنه لا يكون قد إعتمد على بقية الكفلاء، لذا ينقسم الدين بينه وبين غيره إلا إذا كان قد إحتفظ بحقه في التقسيم وإنقسام الدين، ففي هذه الحالة يقع بمقتضى الشرط وليس بقوة القانون. .

– **يجب أن يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في التقسيم** : فإن كان الكفلاء متعددين ورجع الدائن على أحد منهم وطلب الوفاء بالدين، وقام هذا الكفيل بالوفاء رغم توافر كل الشروط فإنه يعد متنازلا عن حقه، وإن كان هذا التقسيم يقع بقوة القانون كما سبق القول، إلا أنه لا يتعلق بالنظام العام، لذا يمكن التنازل عنه، بالتالي إذا توفرت الشروط السابقة الذكر رتب هذا الدفع آثاره بحيث لا يحق للدائن أن يطالب أي من الكفلاء إلا بقدر حصته من الدين، ويقسم الدين بين الكفلاء بالتساوي ما لم يوجد إتفاق على خلاف ذلك، ويقع التقسيم فيما بين الكفلاء المتعددين وغير المتضامنين بقوة القانون ولو لم يطلبه الكفلاء .ونتيجة لهذا فالكفيل له أن يتمسك بهذا الدفع في أي مرحلة كانت عليها الدعوى.

وتجدر الإشارة هنا أنه في حالة ما إذا أعسر أحد الكفلاء فإن المدين لا يتحمل حصة المعسر ولا يمكن مطالبته بحصة المعسر لأن الأصل في القانون هو إنقسام الدين بينهم بقوة القانون، إذ يتحدد من وقت إنعقاد الكفالة وليس فقط من وقت المطالبة أو الفصل في الدعوى.

3- الدفع بإضاعة التأمينات:

تنص المادة 656 قانون مدني جزائري على أنه : « تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات، ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو تقررت بعد الكفالة وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون ». . يتضح من هذا النص أن الدائن إن أهمل المحافظة على التأمينات بأن أضاع بخطئه شيئا منها فإن ذمة الكفيل تبرأ بقدر ما أضاعه الدائن من هذه الضمانات،[1] وللكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له.

ويشترط لثبوت حق الكفيل في التمسك بهذا الدفع توافر مجموعة من الشروط وهي كالآتي:

- أن يكون الدائن قد أضاع تأمينا خاصا، فيجب أن يكون التأمين الضائع تأمينا خاصا للوفاء بالدين المكفول سواء أكان تأمين شخصي أو عيني قدم من المدين أو شخص آخر، سواء وجد قبل الكفالة أو معها أو بعدها، وهناك رأي يقصر الضمانات على التأمينات الإتفاقية كالرهون، لكن الغالب هو الأخذ بأي ضمان سواء كان إتفاقي، قانوني، قضائي لأن النص جاء صريح، فإذا أهمل الدائن المحافظة

على الضمان العام للمدين كما لو أهمل مطالبته حتى أعسر فلا يثبت الدفع للدائن لأنه لم يضيع هنا تأمين خاص [2].

هذا ويجب أن يكون التأمين نشأ ثم ضاع بخطأ الدائن، وعليه فإن الشرط لا يكون متوفر إن كان الدين المكفول دين أجرة وأهمل الدائن مطالبة المستأجر أي المدين المكفول بوضع منقولات في العين المؤجرة لضمان الوفاء بالأجرة مما يترتب عليه عدم نشوء حق الإمتياز المنصوص عليه في المادة 995 قانون مدني جزائري.

[1]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق ، ص 76.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 245.

– يجب أن يكون ضياع التأمين بخطأ من الدائن أو بخطأ شخص ممن يسأل منهم، سواء كان فعلا إيجابيا كإبرائه لكفيل آخر أو كان الخطأ تركا كإهماله في قيد الرهن.

هذا وإذا أسهم الكفيل في إضاعة التأمين الخاص فإن الغالب من الفقه يرى أن ذمته لا تبرأ إذ أنه لا يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع، بينما ذهب الرأي الآخر إلى القول بأن المسؤولية توزع بين الدائن والكفيل وفقا لقواعد الخطأ المشترك.

– يجب أن يترتب على ضياع التأمينات ضرر بالكفيل : أي الضمانات التي أضاعها الدائن بخطئه أدت إلى الأضرار بالكفيل لأنها ذات قيمة معتبرة غير أنه إذا كانت الضمانات التي أضاعها الدائن عديمة القيمة فإنه لا يجوز للكفيل التمسك بهذا الدفع. [1]

ويتمسك الكفيل بهذا عن طريق الدفع أثناء رجوع الدائن عليه، وله طلب ذلك عن طريق رفع دعوى على الدائن يطلب فيها الحكم ببراءته بسبب إضاعة التأمينات، ويترتب على قبوله براءة ذمة الكفيل بقدر ما إضاعته الدائن بخطئه. ويتوجب التمسك بهذا الدفع لأن المحكمة لا تقضي به من تلقاء نفسها لأنه لا يتعلق بالنظام العام.

4 – الدفع بعدم إتخاذ الدائن للإجراءات ضد المدين:

نصت المادة 1/657 من القانون المدني الجزائري على انه : «لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في إتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه يتخذها...» ويتضح من هذا النص أن تأخر الدائن في الرجوع على المدين لا يترتب عليه سقوط حقه في مطالبة الكفيل ولو ترتب عنه إضرار بالكفيل نتيجة إعسار المدين و تعذر رجوع الكفيل عليه. « إلا أن القانون لم يترك الكفيل بدون حماية، لذا نص في فقرته الثانية من المادة 657 على : غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن بإتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا » ومنه إذا حل أجل الدين وخشي الكفيل أن

[1]– نزيه كبارة العقود المسماة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2010 ، ص 283 . 94

يتأخر الدائن في إتخاذ الإجراءات ضد المدين أن ينذره بإتخاذها حين يرفع الدائن دعوى على المدين أو يبدأ في إتخاذ إجراءات التنفيذ ضده إذا كان بيده سند تنفيذي، فإن إنقضت ستة أشهر من يوم الإنذار دون أن يقوم الدائن في إتخاذ هذه الإجراءات برأت ذمة الكفيل، إلا إذا قدم المدين للكفيل ضمانا كافيا يضمن به الكفيل الرجوع عليه إذا ما اضطر للوفاء للدائن، وقبول هذا الدفع يؤدي إلى رفض دعوى الدائن والحكم ببراءة ذمة الكفيل [1].

5- الدفع بعدم تدخل الدائن في تفلسة المدين:

نصت المادة 658 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: « إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة، و إلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن ». لقد فرض القانون على الدائن التدخل في التفلسة لأنها الوسيلة الوحيدة للحصوله على حقه من المدين ، فإن قصر الدائن في إتخاذ هذا الإجراء، وترتب عليه ضياع فرصته في استفاء بعض

حقه، فلا يجوز له الرجوع على الكفيل إلا بما يزيد على القدر الذي كان يحصل عليه من التفلسة لو دخل فيها. فإن لم يدخل الدائن في التفليسة وطالب الكفيل بالوفاء بكل الدين جاز لهذا الأخير التمسك في مواجهته ببراءة ذمته بالقدر الذي أضاعه لعدم تدخله في التفليسة، وله أن يتمسك بهذا في صورة دعوى للحصول على البراءة [2]، قد صدر في هذا الشأن قرار عن المحكمة العليا جاء فيه : « حيث وأن المحكمة العليا وبالرجوع إلى عناصر الملف وجدت أن المدين مؤسسة أشغال البناء قسنطينة قد حلت والحال كان على المدين عليه ديوان الترقية والتسيير العقاري أن يطالب بدينه أمام المعني قبل العودة على الكفيل (القرض

[1]- عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني الجزائري العقود المسماة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ، 2013، ص 258.

[2]- محمدي سليمان، المرجع السابق، ص 43.

الشعبي الوطني) وهو ما لم يقم به، وبذلك أخطأ في تطبيق المادة 658 من القانون المدني الجزائري ومنه كان على الدائن إتباع الإجراءات اللازمة قبل العودة على الكفيل » [1].

ثالثا : إلتزامات الدائن عند إستفاء الدين إتجاه الكفيل.

لقد نصت المادة 671 من القانون المدني الجزائري على انه : « إذا وفي الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق تجاه المدين...»، أن حكم هذه المادة ما هو إلا تطبيقا للقواعد العامة الواردة بنص المادة 261 من القانون المدني الجزائري الخاصة بالوفاء مع الحلول [2]. فالمادة 264 نصت على : «من حل محل الدائن قانونا أو إتفاقا كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع، وما يكلفه من تأمينات ما يرد عليه من دفوع و يكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن ».

ومنه يترتب على حلول الكفيل محل الدائن أن يكون للكفيل أن يرجع على المدين بحق الدائن بما له من خصائص، وما يلحقه من تأمينات، ومن ثم فإن الكفيل يقوم بعد الوفاء بالدين المكفول بالرجوع على المدين بما وفاه للدائن، وعلى هذا الأخير أن يسلمه وقت الوفاء كل المستندات اللازمة الإستعمال حقه في الرجوع بدعوى الحلول أين يحل محل الدائن في حقوقه، وأهم هذه المستندات سند الدين المكفول الموجودة في يد الدائن ومخالصة من الدائن تفيد إستفاءه للدين، فإن إمتنع الدائن عن هذا كان من حق الكفيل الإمتناع بدوره عن تنفيذ إلتزامه، لأن تصرف الدائن هذا يؤدي إلى إضعاف حق الكفيل في الرجوع و استرداد ما وفها ، و عليه عند حدوث التنازع كان للكفيل في إيداع مبلغ الدين بخزانة المحكمة، وله بعد هذا الإيداع القانوني الرجوع على المدين بعد الحصول على شهادة بذلك تغنية من مستندات الدين وعن المخالصة، هذا ولقد نصت المادة 659 من القانون المدني

[1]– قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ : 2002/11/09 غير منشور تحت رقم 264039 بين القرض الشعبي الوطني وديوان الترقية والتسيير العقاري . 97– للتوضيح أكثر راجع نص المادة 261 من القانون المدني الجزائري .

[2]– أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 167.

الجزائري على أنه : « إذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل ، أما إذا كان الدين مضمونا بتأمين عقاري، فإن الدائن يلتزم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين، ويتحمل الكفيل مصروفات هذا النقل على أن يرجع بها على المدين » فالنص ألزم الدائن القيام بنقل الضمانات الكفيل، ويتم النقل من خلال إتخاذ الإجراءات التي تتفق وطبيعة الضمان. فإن كان الدين مضمون بمنقول مرهون أو محبوس، وجب على الدائن أن يتخلى عن حيازته للكفيل، أما إن كان مضمون بتأمين عقاري (رهن رسمي أو حق إختصاص) فعلى الدائن أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقله، وذلك بالتأشير على هامش القيد مع تسليم عقد الرهن أو صورة الحكم الذي قرر حق الإختصاص ويتحمل الكفيل مصروفات النقل، على أن يرجع بها على المدين بعد ذلك [1].

المطلب الثاني : العلاقة بين الكفيل والمدين.

إذا وفى الكفيل الدين للدائن فانه قد أوفى بدين غيره ، بالإضافة إلى تنفيذ التزامه الناشئ عن عقد الكفالة ، ز طبقا للقواعد العامة فان لمن وفى دين غيره الرجوع إلى المدين الأصلي بقدر ما دفعه ، لكن إذا كان الوفاء قد تم إرادة المدين فلا يحق للموفي إلا الرجوع بأقل القيمتين ، قيمة ما أوفى به و قيمة ما عاد على المدين من فائدة نتيجة لهذا الوفاء الذي تم دون أرادته طبق لإحكام المادة 259 ق م ج و إذا من كان وفى دين غيره ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه ، فانه يستطيع الرجوع على المدين بدعوى الحلول محل الدائن طبق لأحكام نص المادة 261 ق م ج.

– بالإضافة إلى ذلك فان الكفيل الذي وفى دين يستطيع رفع دعوى شخصية أخرى تستند إلى عقد الكفالة وقد جعل القانون للكفيل في هذه الدعوى حقوق أكثر من الدعوى التي تستند إلى القاعد العامة (دعوى الإثراء بلا سبب) ويتضح مما سبق إن الكفيل

[1]– محمد صبري السعيدي، المرجع السابق، ص 110.

يستطيع استخدام ثلاث دعاوى :

1- دعوى عدم الإثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة (م 259 ق م ج)

2- دعوة الكفالة : المواد 670 ، 672 مدني جزائري

4- دعوى الحلول : طبقا للمادة 671 ق م ج

الفرع الأول : طرق رجوع الكفيل على المكفول عنه بالدعوى الشخصية

تنص المادة 670 ق م ج المقابلة للمادة 798 ق م مصري على انه « يجب على الكفيل أن يخير المدين قبل أن يقوم بالوفاء بالدين و إلا سقط حقه في الرجوع على الدين ، إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين أو انقضائه»

ومن ثم يكون للكفيل الذي كفل المدين، سواء كانت الكفالة بعلمه أو بغير علمه الرجوع بالدعوى الشخصية سواء كان متضامنا أو كفيلا عاديا، وسواء كان شخصيا أو عينيا لكن هناك إستثناء : إذ لا يدخل في نطاق هذا النص الكفيل الذي يكفل المدين رغم معارضته. ولا يدخل أيضا في نطاق هذا النص، الكفالة التي تعقد لمصلحة الدائن دون مصلحة المدين، بحيث تكون الكفالة في صالح الدائن دون المدين إذا عقدت بعد وجود الإلتزام في ذمة المدين، وذلك لتأمين الدائن ضد خطر إعسار المدين دون فائدة لهذا الأخير[1].

وفي هذه الحالة لا يحق للكفيل الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية، وإن كان له الحق في الرجوع بناءا على دعوى الإثراء بلا سبب المنصوص عليها في القواعد العامة للقانون المدني (م 141 ، 142 ق م ج). هذا وأن أغلبية الفقه الحديث يذهب إلى القول

[1]- زهية سي يوسف، المرجع السابق، 2001، ص 80 و 81.

بأن الدعوى الشخصية التي يرجع بها الكفيل على المدين طبقا للمادة 670 و 672 من القانون المدني الجزائري هي دعوى مستقلة.

كما يذهب أغلب الفقه إلى القول بوجوب حرمان الكفيل من الدعوى الشخصية متي أبرمت رغم معارضة المدين إن كانت لصالح الدائن وحده ليقتصر حقه في الرجوع على المدين بدعوى الحلول فقط، هذا ونشير إلى أن الفقه المصري يجيز للكفيل هاتين الحالتين[1].

و تجدر الإشارة هنا انه يجب من اجل ممارسة دعوى الكفالة توفر مجموعة من الشروط و هي :

– **أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين ودون معارضته:** يجمع الفقه على أن الكفالة تقتصر على الحالات التي تنعقد فيها الكفالة دون معارضة المدين وذلك على أساس أن الكفالة تحقق في الغالب مصلحة للمدين أو مصلحة للدائن والمدين معا، لأنها توفر إطمئنان للدائن فيقبل هذا الأخير التعامل مع المدين إلى المدين ويمنحه الإئتمان، ويستوي في ذلك الكفيل العادي أو المتضامن، الكفيل المأجور أو المتبرع، الكفيل الشخصي أو العيني فيحق لكل منهم الرجوع بدعوى الكفالة طالما تمت الكفالة بغير معارضة المدين وكانت تحقق مصلحة للمدين أو مصلحة للدائن والمدين معا، وفي كل هذه الأحوال يقتصر حق الكفيل في الرجوع على المدين بدعوى الكفالة وذلك لأن الدعوى الشخصية دعوى خاصة تمنح للكفيل على أساس أنه يكون قد أسدي خدمة للمدين .

– **قيام الكفيل بالوفاء للدائن :** يجب أن يقوم الكفيل بالوفاء بالدين المكفول، والوفاء قد يتم بتقديم الشيء المستحق أصلا أو القيام بما يقوم مقامه بشرط أن يؤدي إلى براءة ذمة المدين، هذا ويرجع الكفيل على المدين ولو وفي بجزء من الدين، إذا كانت الكفالة عن جزء من الدين أو قبل الدائن منه الوفاء الجزئي، وهنا تختلف دعوى الكفالة عن دعوى الحلول التي يشترط

[1]– عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص 290.

للرجوع بها أن يكون الوفاء كليا، وللدائن أن يرجع في الوقت نفسه على المدين بما تبقى من حقه، فإن كانت أموال المدين غير كافية للوفاء لكل من الكفيل والدائن فإنه يتم تقسيم المال بينهما قسمة غرماء، فالدائن لا يتقدم على الكفيل في إستفاء الباقي من أموال المدين كما هو الحال في دعوى الحلول [1].

– **وفاء الكفيل بالدين عند حلول أجله** : يجب أن يقوم الكفيل بالوفاء بالدين المكفول عند حلول أجله، فإن قام بالوفاء قبل الميعاد لم يكن له الرجوع على المدين إلا عند حلول الأجل. ويفقد حقه في الرجوع عليه إذا إنقضى الدين لسبب ما والأجل المقصود هنا هو الأجل الأصلي للدين، فإن إمتد هذا الأجل بالإتفاق أو بناءا على حكم المحكمة فإن هذا الأجل الإضافي لا يقيد الكفيل وله الوفاء بالدين بمجرد حلول الأجل الأصلي، ثم يرجع على المدين بالدعوى الشخصية حتى قبل نهاية الأجل الإضافي.

– **ألا يكون الوفاء قد حصل بخطأ من الكفيل** : يحق للكفيل الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية بما وفاه من دين للدائن بشرط أن يترتب على هذا الوفاء براءة ذمة المدين، أما إذا كان الوفاء قد تم بخطأ الكفيل لأنه لم يكن واجب بسبب بطلان مصدر الدين أو إنقضائه كليا أو جزئيا، فإنه لا يحق للكفيل الرجوع على المدين للمطالبة بما وفاه، ولهذا السبب أوجب القانون على الكفيل أن يخطر المدين قبل عزمه على الوفاء، فقد يكون لدى المدين أسباب تمنع الوفاء وعليه فإن على المدين إبداء إعتراضه على وفاء للكفيل خلال مدة معقولة، وأن يتضمن هذا الإعتراض أسباب جدية تمنع الوفاء بالدين، ولا وجود لشكل خاص، للإخطار الكفيل ، فقد يتم بورقة رسمية أو عرفية أو شفاهة، فإن قام الكفيل بالوفاء دون إخطار المدين، فإنه يتحمل مسؤولية ذلك الوفاء بحيث لو أثبت المدين بأن هذا الوفاء لم يفده، لم يكن للكفيل أن يرجع على المدين بشيء مما وفاه ويتحمل مسؤولية وفائه الخاطئ وإذا قام الكفيل بإخطار المدين ورد عليه طالبا منه عدم الوفاء مبرر أسباب ذلك، كان على

[1]– عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 109 .

الكفيل الإمتناع عن الوفاء، وإن إتخذ الدائن إجراءات المطالبة القضائية في مواجهته كان عليه أن يدخل المدين في الدعوى. هذا وإن رأى الكفيل عدم جدية إعتراضات المدين وقام بالوفاء على مسؤوليته، فإن أثبت بعد ذلك صحة هذه الإعتراضات لم يكن للكفيل الرجوع عليه، ولكن يرجع على الدائن الإسترداد ما دفع بدون حق. أما إذا لم يرد المدين على إخطار الكفيل أو تراخي ووفى الكفيل، لم ينسب له تقصير ويكون له أن يرجع بالدعوى الشخصية لإسترداد ما وفي ولو ظهر للمدين أسباب تقضي ببطلانه، إذ يتحمل تبعة تقصيره ويلتزم بأن يدفع للكفيل ما أداه [1].

وهذا ويرجع الكفيل مطالبا المدين طبقا للمادة 672 قانون مدني جزائري [2] بأصل الدين والمصروفات، غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي إتخذت ضده »

- **أصل الدين** : وهو كل ما قام الكفيل بدفعه إلى الدائن لإبراء ذمة المدين، ويشمل ذلك مقدار الدين الأصلي و كذا فوائد هذا الدين لو كان يتيح فوائد إتفاقية أو قانونية ما دامت تدخل ضمن الدين المكفول، وفي هذا الصدد قرار عن المحكمة العليا أخذ فيه إمكانية أن يطالب الكفيل بكل الفوارق بين مبلغ الكفالة والمبلغ الذي إلتزم بدفعه كالآتي : " وحيث أن المجلس لما ألزم الطاعن الحالي بدفع مبلغ الكفالة تنفيذ العقد المبرم بيد الطرفين وصرفه للقيام بدعوى مستقلة تطلب إرجاع الفرق في الضريبة يكون قد سبب قراره نسبيا، فالكفيل ملزم بالدفع دائما ولو زاد المبلغ. [3]
- **المصروفات** : وهي كل المبالغ التي أنفقها الكفيل في تنفيذ عقد الكفالة وتلك التي أنفقها الدائن في رجوعه على الكفيل وإضطر الكفيل إلى ردها له، بالإضافة إلى ذلك ما

[1]– عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 280.

[2]– راجع المادة 672 قانون مدني جزائري.

[3]– قرار صادر بتاريخ 2001/11/07 تحت رقم 903/247 ، غير منشور بين ديوان الترقية والتسيير العقاري سيدي بلعباس ومقاولة البناء العباسية.

يكون قد أنفقه في الإرشاد على أموال المدين لتجريده، ومصروفات الدعوى التي رفعها الدائن على الكفيل لكن لا يرجع بهذه المصروفات على المدين إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي إتخذها ضده لأن المدين متى أخطر بها قد يسارع إلى الوفاء بالتزامه ويتجنب بذلك المصروفات التي يقوم بها الكفيل أو الدائن ولو لم يخطر.

هذا وبالمقابل فإن حق الكفيل في الرجوع يمتد حتى إلى مصروفات المطالبة الأولى كمصروفات التنبيه بالوفاء ومصروفات رفع الدعوى، إذ أنها مصروفات تنفق قبل أن يصل الكفيل إلى إتخاذ أي إجراء بإخطار للمدين ولهذا يلتزم بها المدين لا الكفيل، هذا ولقد أثير التساؤل ما إذا كان للكفيل مطالبة المدين بالتعويض إذا لحقه الضرر؟ وهنا نقول أن المادة 672 ق م ج لم تذكر شيء عن التعويض، وهذا على غرار المشرع المصري الذي نص في المادة 800 من القانون المدني المصري على حق الكفيل بالرجوع بالتعويض ، أما المشرع الفرنسي فالمادة 228 قانون مدني فرنسي قد نصت صراحة على أن للكفيل العودة بالتعويض على المدين دون أن يشترط سوء نية هذا الأخير ، وأمام سكوت النص الجزائري نقول بضرورة العودة إلى القواعد العامة والتي تسمح بالمطالبة بالتعويض متى فعل الغير ضررا، ومثاله في هذا الموضوع أن يضطر الكفيل إلى بيع ماله بثمن بخس حتى يفي للدائن، أو أن يوقع الدائن حجزا على مال الكفيل وبيعه بثمن بخس، وفي هذا الصدد قرار من المحكمة العليا جاء فيه ما يلي: « حيث أن الطاعن (د.ع) كفل المدين (ب .س) وأن المحكمة ألزمت الطاعن بدفع 1.400.000,00 دج بصفته ضامن في صفقة تجارية، وأن هذه المطالبة مست بمركز سمعته التجارية وعرضته للخسارة، والحال أن تقدير المسؤولية المدنية والضرر الناشئ عنها هو من المساءل التي يبقى تقديرها خاضعا لقضاة

الموضوع، ولا رقابة للمحكمة العليا عليه » [1]، وهو القرار الذي يؤكد إتجاه المحكمة العليا في إمكانية المطالبة بالتعويض.

الفرع الثاني : طرق الرجوع على المكفول عنه بدعوى الحلول.

للكفيل الذي وفى الدين أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوقه قبل المدين، وهذا ما نصت عليه المادة 671 ق م ج " إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوقه اتجاه المدين، لكن إذا لم يوف إلا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين" وهذا النص لا يعدو أن يكون ترديدا لأحكام القواعد العامة المنصوص عليها في المادة 261 ق م ج " رإذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه ..." وتقابلها المادة 264 من ق المصري " من حل محل الدائن قانونا أو اتفاقا كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن "

والكفيل كما رأينا ملزم بوفاء الدين عن المدين، فيكفي لرجوع الكفيل بدعوى الحلول [2]، أن يكون قد وفي الدين ويستوي أن تكون الكفالة قد عقدت بعلم المدين أو دون علمه، أو رغم إرادته سواء كانت لمصلحة المدين أو لمصلحة الدائن، غير أن الفرق بين الدعوى الشخصية ودعوى الحلول أن هذه الأخيرة توجب أن يكون الدائن قد إستوفى كل حقه، حيث نصت المادة 671/2 على ما يلي : « ولكن إذا لم يوفي إلا ببعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن بيستوفي كل حقه من الدين »، وهو تطبيق للقواعد العامة الواردة بنص المادة 265 قانون مدني جزائري التي نصت على أنه: « إذا وفى الغير الدائن جزءا من حقه وحل

[1]– قرار صادر بتاريخ 2001/11/07 تحت رقم 247/903 غير منشور ، بين ديوان الترقية والتسيير العقاري بسيدي بلعباس ومقاولة البناء العباسية.

[2]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 104.

محله فيه، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء، ويكون في استفاء ما بقي له من حق مقدما على وفاه، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك...»، وطبقا لهذا النص فإن للدائن أن يسمح للكفيل الرجوع بدعوى الحلول قبل إستفاء كل حقه، ذلك أن الغرض من هذه الدعوى حماية مصلحة الدائن الذي له التنازل عن الحماية المقررة له، هذا وللكفيل الإستفادة من كل التأمينات التي تضمن الدين متى وفي بالإلتزام أو وفاه جزئيا وقام المدين بالوفاء بالجزء الباقي، أو قام شخص آخر غير المدين بالوفاء، وهنا يكون الشخص والكفيل على قدم المساواة ، فيقسمان الناتج من دعوى الحلول قسمة غرماء وهو ما نصت عليه المادة 265 قانون مدني جزائري بقولها : «... فإذا حل شخص أخر محل الدائن فيما بقي له من حق رجع من حل أخيرا هو ومن تقدمه في الحلول كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء».

فيترتب على حلول الكفيل محل الدائن طبقا للمواد 671، 261 ، 264 من القانون المدني الجزائري أن يكون للكفيل الرجوع على المدين بحق الدائن بما له من خصائص وما يلحقه من توابع، وما عليه من دفوع على التفصيل التالي : يرجع الكفيل بحق الدائن بما له من خصائص، وعليه فلا يمكن أن يرجع على المدين إلا عند حلول الأجل الذي يستطيع الدائن الرجوع فيه، فلو منح الدائن أو القاضي أجل للمدين فإن الكفيل لا يستطيع الرجوع قبل الأجل الجديد.

وإن كان الدين تجاريا كان رجوع الكفيل على أساس هذه الصفة وهو الذي يترتب عليه آثار خاصة بالإثبات والإختصاص في حين لو رجع بالدعوى الشخصية فإنه يرجع بإلتزام مدني.

وإذا كان حق الدائن يسقط بالتقادم القصير كانت له هذه الصفة عند رجوع الكفيل به، فيسقط بهذه المدة القصيرة وقد تكون هذه المدة أوشكت على الإنقضاء فلا تلبث أن تنقضي بعد إنتقال الحق للكفيل وهذا على غرار حالة الرجوع بالدعوى الشخصية أين رأينا أن حق الكفيل لا يسقط إلا بمرور 15 سنة، كما يرجع بما يلحق هذا الحق من توابع كالفوائد مثلا،

كما يستفيد من كل التأمينات سواء كانت شخصية أو عينية، وهي تنتقل بحكم القانون إن لا يحتاج إلى إتفاق بين الكفيل والدائن.

كما أن الكفيل يحل محل الدائن في حقه بما يرد على هذا الحق من دفوع فيتمسك المدين في مواجهة الكفيل بما كان يستطيع التمسك به في مواجهة الدائن .

الفرع الثالث : دراسة الحالة تعدد المدينين والكفلاء في الدين.

لقد سبق وأن درسنا رجوع الكفيل على المدين على فرضية أن المدين شخص واحد إلا أنه يحدث أن يتعدد المدينون بنفس الدين، وفي هذه الحالة يكون الكفيل قد ضمنهم جميعا، كما قد يكون قد كفل بعضهم، كما يمكن أن يكونوا متضامنين فيما بينهم، وقد لا يكون كذلك وفيما يلي نبين حكم هذه الفروع.

أولا : رجوع الكفيل عند تعدد المدينين المتضامنين والغير المتضامنين .

تنص المادة 673 من القانون المدني الجزائري على ما يلي : « إذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين فللكفيل الذي ضمنهم جميعا أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين » و باستقراء هذه المادة يتضح انه يجوز للكفيل عدت مدنيين متضامنين في وقت واحد ، و للكفيل بعد قيامه بالوفاء الرجوع على أي منهم بما وفاه من الدين ..

1- حالة تعدد المدينين مع عدم تضامنهم: إذا كان المدينون غير متضامنين فيما بينهم، وكفلهم الكفيل جميعا، ووفي بالدين للدائن، فإنه في هذه الحالة يرجع على كل واحد منهم بقدر نصيبه، سواء رجع الكفيل بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية أو بدعوى الإثراء بلا سبب.

أما إذا كان المدينون غير متضامنين فيما بينهم وكفل الكفيل بعضهم فقط فإنه في هذه الحالة لا يرجع إلا على المدينين الذين كفلهم وبقدر نصيبهم في الدين، وليس له الرجوع

على غيرهم سواء بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول إذا دفع أكثر من نصيب المدينين الذين كفلهم مما أدى إلى براءة ذمة المدينين الذين لم يدفع لهم مما يجيز له الرجوع على الذين لم يكفلهم بدعوى الإثراء بلا سبب.

2- حالة تعدد المدينين وتضامنهم : إذا كان المدينون متضامنين وضمنهم الكفيل جميعا فإنه في هذه الحالة يكون له الرجوع على أي منهم بكل الدين الذي وفاه، ويكون له ذلك سواء رجع بدعوى الحلول أم بدعوى الشخصية. أما إذا كان المدينون متضامنين وضمن الكفيل بعضهم فقط، فإنه يحق كذلك له أن يطالب أيا من المدينين الذين ضمنهم بكل الدين الذي وفاه سواء رجع عليه بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول، ومع ذلك هل يجوز للكفيل أن يرجع على المدين متضامن لم يكفله ؟ وبأي دعوى يتم ذلك ؟ .

من المسلم به أنه لا يجوز له الرجوع عليه بالدعوى الشخصية لأن هذه الدعوى خاصة برجوع الكفيل على المدين الذي كفله، ولكن يجوز للكفيل أن يرجع على المدينين الذين لم يضمنهم بدعوى إثراء بلا سبب بقدر الإثراء فقط، كما يمكنه أن يرجع عليهم بالدعوى الغير مباشرة مستعملا حقوق مدينه لأن الكفيل بقيامه بالوفاء يصبح دائنا للمدين وفي هذا الصدد تنص المادة 189 قانون مدني جزائري على ما يلي :« لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل بإسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها خاصا بشخصه أو غير قابل للحجز ولا يكون إستعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا، إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن إستعمال هذه الحقوق وأن هذا الإمساك من شأنه يسبب عسرة أو أن يزيد فيه، ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه غير أنه لابد أيدخله في الخصام ».

أما بالنسبة لرجوع الكفيل بدعوى الحلول فهناك من يرى أنه لا يجوز للكفيل الرجوع على المدينين الذين لم يضمنهم بهذه الدعوى، وهناك من يرى عكس ذلك وسندهم في ذلك

المادة 264 قانون مدني جزائري [1] التي تؤكد على أن من حل محل الدائن كان له حقه بما يكفل هذا الحق من ضمانات، والتضامن بين المدينين هو أحد ضمانات الوفاء بالحق، وعليه فإنه يجوز للكفيل الذي حل محل الدائن أن يرجع على أي مدين متضامن بكل الدين ولو لم يكن قد كفله، ويذهب البعض إلى القول بأن رجوع الكفيل على المدين المتضامن غير المكفول يكون بقدر حصته فقط، ولكن الرأي الغالب يذهب إلى أنه يحق للكفيل أن يرجع بكل الدين على أي من المدينين المتضامنين حتى الذي لم يكفله منهم، وعلى ذلك يكون الحكم واحد بالنسبة للكفيل الذي يضمن جميع المدينين المتضامنين، للكفيل أن يرجع بدعوى الحلول، أي يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق على أي من المدينين المتضامنين حتى من لم يكفله وبكل الدين [2].

الفرع الرابع: رجوع الكفيل بعد الوفاء على غيره من الكفلاء المتضامنين والغير المتضامنين

من المقرر قانونا أنه إذا قام الكفيل بوفاء الدين للدائن كان له حق الرجوع على الكفلاء الذين كفلوا نفس الدين، وبالنسبة لهذا الرجوع يجب أن نميز بين ما إذا كان الكفلاء متضامنين أو غير متضامنين، وهو ما سوف نتطرق له على النحو التالي :

أولا : الحالة التي يتعدد فيها الكفلاء دون تضامن.

تنص المادة 664 من القانون المدني الجزائري على ما يلي : « إذا تعدد الكفلاء الدين واحد وبعقد واحد، وكانونا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة...».

[1]– تنص المادة 264 قانون مدني جزائري على ما يلي : « من حل محل الدائن قانونا أو إتفاقا كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن ».

[2]– نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 401.

ومنه إذا تعد الكفلاء وكانوا غير متضامنين فيما بينهم فإن الدين ينقسم عليهم، ولا يكون للدائن أن يطالب كلا منهم إلا بقدر نصيبه في المسؤولية عن الدين، كما أن لكل منهم أن يتمسك بالتقسيم إذا طالبه الدائن بكل الدين، فإذا وفي الكفيل كل الدين بالرغم من عدم إلتزامه، فلا يستطيع الرجوع على غيره من الكفلاء إلا بدعوى الإثراء بلا سبب [1] وفقا للقواعد العامة، ويرجع على كل منهم بقدر نصيبه في المسؤولية عن الدين دون إعتبار لما يطرأ بعد ذلك من إعسار لبعض الكفلاء إذ لا يتحمل هذا الإعسار غيره من الكفلاء، بل الدائن هو الذي يتحمل حصة الكفيل المعسر منهم.

ثانيا : الحالة التي يتعدد فيها الكفلاء مع تضامنهم

إذا تعدد كفلاء الدين الواحد، وكانوا متضامنين فيما بينهم، وكانوا قد إلتزموا بعقود متوالية (م 664 /2 ق م ج) فإن كل منهم يكون مسؤولا عن كل الدين، ولا يستطيع أحد الكفلاء أن يتمسك بتقسيم الدين بينه وبين غيره من الكفلاء، فإذا وفي أحدهم الدين بعد مطالبته فله الرجوع على غيره من الكفلاء، إما بدعوى الإثراء بلا سبب وإما بدعوى الحلول محل الدائن، وفي الحالتين فإنه لا يرجع على كل كفيل إلا بقدر حصته ونصيبه. فإذا رجع الكفيل بدعوى الإثراء بلا سبب، فإنه يرجع بأقل القيمتين، قيمة إفتقاره أو قيمة ما أثرى به الكفيل الذي رجع عليه، وهذا الأخير قد أثرى بمقدار حصته ونصيبه في حصة المعسر، أما الكفيل الذي وفي فقد إفتقر بمقدار ما وفاه مجاوزا حصته في المسؤولية عن الدين، ولا يمكن القول أنه لم يفتقر لأنه كان ملزم بوفاء الدين كله [2].

وإذا رجع الكفيل بدعوى الحلول، فلا يرجع على كل كفيل إلا بقدر حصته في الدين ونصيبه في حصة من أعسر، وهذا طبقا للنص المادة 668 من القانون المدني الجزائري

[1]– وبالتالي لا يكون له الحق بدعوى الشخصية لأنها مقررة للعلاقة بين الكفيل والمدين، كما ليس له أن يرجع بدعوى الحلول لأنه ليس ملتزم بالوفاء عنهم ولا معهم حتى يستطيع أن يحل محل الدائن في الرجوع عليهم.

[2]– زهية سي يوسف، مرجع سابق، ص 96.

التي جاء فيها مايلي: « إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفي أحدهم الدين عند حلوله يجوز له أن يرجع على كل من الباقين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم».

المبحث الثاني : طرق إنقضاء عقد الكفالة.

ينقضي عقد الكفالة بطريق أصلي إذا انقضى العقد في حد ذاته بسبب من أسباب انقضاء الدين دون أن ينقضي الدين المكفول ، وسبق أن رأينا أن التزام الكفيل ينشأ تابعا للالتزام الأصلي الذي يقع على عاتق المدين ، مما يجعله يتأثر بما يؤثر في الالتزام الأصلي ، فهو يتبعه من حيث الوجود و الانقضاء ، و على ذلك فإن التزام الكفيل ينقضي بصفة تبعية إذا انقضى الالتزام المكفول.

وإلى جانب الأسباب التي ينقضي بها عقد الكفالة بصفة أصلية وبصفة تبعية فإنه توجد أسباب خاصة أخريترجع إلى أن الكفيل يلزم بوفاء دين على غيره ، وهو وفي الدين ، فإنه يرجع بما وفاه على المدين و لذلك يجب على الدائن ألا يهمل الرجوع على المدين مما قد يترتب عليه الإضرار بالكفيل ، كما يجب على الدائن المحافظة على التأمينات حتى يستفيد منها الكفيل في حالة رجوعه على المدين فإذا قصر الدائن في اتخاذ الاجراءات ضد المدين أو ضاع بخطئه التأمينات المقدمة لضمان الدين المكفول فان أمة الكفيل تبرأ و بمعنى آخر ينقضي التزامه بقدر ما أصابه من ضرر نتيجة إهمال الدائن أو بقدر ما أضاعه بخطئه من تأمينات .

المطلب الأول : إنقضاء الكفالة بالتبعية لإنقضاء الإلتزام الأصلي وما يعادله.

لخاصية التبعية التي تميز بها التزام الكفيل أثر هام لأنه ينقضي بنفس أسباب انقضاء الالتزام الأصلي، التي وردت في الباب الخامس من الكتاب الثاني من القانون المدني الجزائري وتتمثل في الوفاء، وما يقوم مقام الوفاء، وإما في طرق أخرى غير الوفاء كالإبراء، التقادم اتحاد الذمة ,فسخ الالتزام وإبطاله، كما يتميز التزام الكفيل عن الالتزام الأصلي فهو إذن ينقضي بذات الأسباب العامة لانقضاء الالتزام الأصلي دون انقضاء هذا الأخير.[1].

وسوف نتعرض لأسباب إنقضاء الإلتزام المكفول, فندرس في الفرع الأول إنقضاء الإلتزام الأصلي بالوفاء، وفي الفرع الثاني إنقضاء الإلتزام الأصلي بما يعادل الوفاء، وهنا نعرض للوفاء بمقابل والتجديد والانابة والمقا ثم أخيرا إتخاذ الذمة وفي الفرع الثالث ندرس فيه إنقضاء الإلتزام الأصلي دون وفاء، وندرس هنا الإبراء وإستحالة التنفيذ والتقادم.

الفرع الأول : إنقضاء الإلتزام الأصلي بالوفاء .

إذا قام المدين الأصلي بالوفاء بالدين، انقضى لتزامه بالتبعية التزام الكفيل وإذا حدث أن وفي المدين بجزء من الدين فإن براءة ذمة الكفيل لا تكون إلا في هذه الحدود أي بمقدار مالا تبرأ ذمة الكفيل إذا وفى بالدين شخص غير المدين وحل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه، فإن ذمة المدين لم تبرأ أيضا ويرى نفس الحكم إذا أحال الدائن حقه إلى دائن آخر، فإن الدين يبقى قائما بما في ذلك الكفالة ويظل الكفيل مسؤولا تجاه المحال له كما كان مسؤولا في مواجهة الدائن الأصلي المحيل

[1]– نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 410–409.

- يشترط أيضا أن يكون الوفاء الصادر من المدين صحيحا أي أن يكون الموفي مالك للشيء الذي وفي به وان يكون أهلا للتصرف فيه لتبرأ ذمة الكفيل وفقا لأحكام نص المادة 260 ق.م.ج

- و بمفهوم المخالفة إذا كان قد وفي المدين دينه المكفول وفاء صحيح، انقضى الدين المكفول و انقضى بالتبعية التزام الكفيل[1].

- أما إذا لم يقبل الدائن الوفاء وأخطر المدين بعرض الدين عرضا حقيقيا كالإيداع فإن العرض الحقيقي يقوم مقامه الوفاء إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائي لصحته م 274 ق.م.ج وإذا رجع المدين في عرضه بعد ذلك، وقبل منه الدائن هذا الرجوع لم يكن لهذا الدائن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات وتبرأ ذمة الشركاء في الدين وذمة الضامنين ومعهم الكفيل

وإذا كان الوفاء باطلا كما إذا صدر من شخص غير أهل للتصرف في الشيء الذي وفي به ولحق الموفي له ضرر من هذا الوفاء كان الوفاء غير صحيح فلا ينقضي الدين، ويبقى مضمونا بتأمينات ومنها الكفالة[2]، غير أنه إذا كان قد وفي المدين دينه المكفول وفاءا صحيحا، انقضى الدين وانقضى بالتبعية التزام الكفيل .

[1]- وهو ما نصت عليه المادة 260 قانون مدني جزائري بقولها " يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفي مالكا للشيء الذي وفي به، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه ".

[2]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 109.

الفرع الثاني : إنقضاء الإلتزام الأصلي بما يعادل الوفاء .

ينقضي الالتزام بما يعادل الوفاء بسب من الاسباب الالية: الوفاء بمقابل ، التجديد و الانابة ، المقاصة إواتحاد الأمة و يترتب عن اجتماع هذه الاسباب كلها أو أحد منها إبراء لإبراء ذمة المدين دون الوفاء بعين ما التزم به ففي الوفاء بمقابل يتلقى الدائن شيء اخر خلاف الشيء محل الالتزام وفي التجديد في المدين الالتزام القديم بإنشاء التزام جديد ، و في المقاصة و إتحاد الذمة يتم الوفاء للدائن بإنقضاء التزام عليه.

أولا – إنقضاء الدين المكفول بالوفاء بمقابل:

يعتبر الوفاء بمقابل تنص م 655 ق م ،جعلى أن : « إذا قبل الدائن شيئا اخر مقابل الدين برئت بذلك ذمة الكفيل و لو استحق هذا الشيء »، وطبقا لنص هذه المادة يتضح لنا أنه إذا قضى المدين الدين المكفول عن طريق الوفاء بمقابل أي اتفق المدين مع الدائن على الاستعاضة عن الدين الأصلي ، بنقل ملكية شيء اخر من المدين إلى الدائن و نفذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فعلا ، و من ثم تبرأ ذمة الكفيل تبعا لذلك ، فتقضي الكفالة بطريق تبعي [1]».

ولكن لا يعتبر وفاء بمقابل إذا كان الدائن مجبرا على قبول شيء اخر في مقابل الدين ، فإن شرط الوفاء بمقابل هو أن يكون الدائن قد قبل اختيار هذا الوفاء ، فإذا نفذ الدائن على عقار للمدين و باع هذا العقار بالمزاد رسى عليه المزاد فأخذ العقار تنفيذا للدين ، لم يكن هذا و فاء بمقابل بل يكون وفاء

وعلى ذلك إذا استحق هذا العقار عاد التزام الكفيل لأن ذمته لم تبرأ نهائيا كما في الوفاء بمقابل د و التحليل القانوني للوفاء بمقابل هو أنه عملية مركبة من تجديد ووفاء ، فالالتزام الأصلي ينقضي لتجديده

[1]– راجع المادة 655 من القانون المدني الجزائري.

عن طريق تغيير محله و ينشأ التزام جنيد محله الشيء الذي استعيض به عن محل الدين الأصلي ، ثم ينقضي الدين الجديد بالوفاء الفوري ، وهذا التكييف هو الغالب في الفقه المصري المعاصر على حسب تعبير الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، وإن كان الوفاء يمقابل شأنه شأن الوفاء ، بسبب انقضاء الالتزام الأصلي ، أي يترتب عليه القضاء الدين و كذلك التأمينات الضامنة له و منها الكفالة ، و تفسير ذلك أن

وإذا كان المدين قد قام بنقل ملكية الشيء إلى الدائن كمقابل الدين الذي يلتزم به في مواجهته، فإن ذلك يترتب عليه براءة ذمة المدين من الدين الأصلي، وتبرأ ذمة الكفيل وينقضي إلتزامه بطريق تبعي، وعلى ذلك فإن الوفاءا بمقابل يعتبر تجديدا و وفاءا في نفس الوقت، ففي الوقت الذي قبل فيه الدائن في إستفاء حقه مقابلا إستعاض به عن الشيء المستحق يكون قد قام بتجديد الدين القديم بتغيير محله، ويترتب على ذلك إنقضاء تأميناته تبعا لذلك، ومن بينها بطبيعة الحال الكفالة وينشأ دين جديد ينقضي في نفس الوقت بنقل ملكية الشيء الذي أعطى في مقابل الدين، وتسري في هذه الحالة أحكام الوفاء باعتباره أنه يقضي الدين. فإذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال بسبب عيب في الرضا أو نقص في الأهلية وحكم بإبطاله، فإن البيع يعتبر كأن لم يكن ويبقى الدين قائما، وتبقى أيضا الكفالة ضامنة له، لكن في حالة إستحقاق المقابل، فإن الدائن سوف يرجع على المدين بضمان الإستحقاق ولكنه لا يستطيع أن يرجع على الكفيل بشيء حيث أن ذمته قد برأت نهائيا بالوفاء بمقابل الذي تم صحيحا، هذا ما لم يكن المقابل مملوكا للكفيل نفسه وكان الكفيل يعلم أن المدين الأصلي قد أعطى هذا المقابل للدائن. فإنه في هذه الحالة لا يستطيع أن يجمع بين براءة ذمته وإسترداده المقابل في نفس الوقت، لان المقابل الذي كان سبب في براءة ذمته [1].

[1]– نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 412.

أما في حالة ما إذا قدم المدين أو الغير (غير الكفيل) مقابل للدائن فإنه في هذه الحالة ينقضي الدين الأصلي وأيضا تنقضي الكفالة ولو إستحق المقابل المدفوع من المدين أو من الغير، فإن الكفالة لا تعود لأن الوفاء بمقابل يبرئ ذمة الكفيل نهائيا وأن للدائن أن يرجع على المدين أو على الغير بضمان الاستحقاق [1].

ثانيا – انقضاء الدين المكفول بالتجديد:

يترتب على التجديد و الانابة كقاعدة عامة إنقضاء التأمينات و منها انقضاء الكفالة و هذا ما سنتطرق اليه .

أولا : التجديد

تنص م 291 ق.م. ج على أنه :« يترتب على التجديد إنقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه و إنشاء التزام جديد مكانه ، ولا تنتقل التأمينات التي تكفل تنفيذ الالتزام الاصلي إلا بنص في القانون أو إلا إذا تبين من الاتفاق أومن الظروف أن نية المتعاقدين إنصرفت إلى غير ذلك ، و يلاحظ أنه يجب حذف كلمة (غير) لتحقيق المعنى المراد [2]، و إذا المقصود أن التأمينات تنتقل إذا تبين من الاتفاق أن نية المتعاقدين إنصرفت إلى ذلك أي إنتقال التأمينات، ويتبين مما سبق أن تجديد الالتزام الأصلي المكفول يؤدي إلى إنقضائه و نشوء التزام جليد مكانه ، و تقضي تبعا لذلك الكفالة التي كانت ضامنة له ما لم يرضى الكفيل بضمان[3]

وهذا ما نصت عليه المادة 293 ق.م. ج. ، ولكي يرتب التجديد آثاره التي من بينها انقضاء الكفالة فإنه يجب توفر شروط منها :

[1]– عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 414.

[2]– زاهية سي يوسف ، عقد الكفالة ، ط.3 ، المرجع السابق ، ص.108

[3]– حمد صبري سعدي ، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ، ص.113.

أن يكون كل من الالتزام القديم و الالتزام الجديد قد خلا من أسباب البطلان. 2-أن تكون نية التجديد واضحة ، بأن يتفق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف ، حيث إن التجديد لا يفترض.

يجب أن يغاير الالتزام الجديد الالتزام القديم في عنصر من عناصره الهامة ، فتغيير الدائن و المدين كل هذا ينطوي على إدخال تعديلات جوهرية ثانيا : الانابة

إن الانابة المقصودة هنا هي الانابة الكاملة ، وهي التي يترتب عليها انقضاء الالتزام المكفول وهي أن يتفق الطرفان على أن ينقضي التزام المدين (المنيب) ليحل محله التزام جديد و هو المذاب في مواجهة الدائن (المذاب لديه)، إذن الانابة الكاملة هي تجديد التزام شخص المدين أي تبرأ ذمته المنيب قبل المذاب لديه بشرط أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المذاب صحيحا و ألا يكون المذاب معسرا وقت الانابة وهذا

طبقا لنص م 298 فق 1 ق.م. ج ، و يترتب على ذلك انقضاء التأمينات الضامنة لهذا الالتزام ومن بينها الكفالة فتبرأ ذمة الكفيل في مواجهة الدائن ما لم يرتض كفالة المدين الجديد.

أما بالنسبة للإنابة الناقصة ، فلا يوجد هناك تجليد للالتزام ، و لا ينقضي الالتزام القديم و لا تنقضي التأمينات الضامنة له ، حيث يقوم التزام المنيب المدين الأصلي بجانب المذاب عنه ، و يكون للدائن مدينان بدلا من مدين واحد ، ومن ثم يظل التزام الكفيل قائما بجانب التزام المدين الأصلي ، ولا يجوز للكفيل أن يدفع في مواجهة الدائن بانقضاء التزامه ، حيث إن التزام المدين المنيب لا ينقضي ، بل يظل قائما إلى جانب المدين الجديد وهو المذاب عنه[1].

إذا انقضى الدين المكفول بالتجديد ، بأن جدد المدين الأصلي دينه بتغير الدائن أو تغيير المدين أو تغيير الدين في محله أو مصدره ، فإن الدين المكفول ينقضي وتنقضي تبعاً

[1]- راجع المادة 287 من القانون المدني الجزائري.

لانقضائه –220 الكفالة . ويحل محل الدين المكفول دين جديد لا تنتقل إليه التأمينات التي كانت تكفل الدين المكفول ، إلا إذا نص القانون على ذلك أو تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك . وقد ورد نص صريح في هذا المعنى ، فنصت المادة 356 مدني على أنه "

ويكون متى جدد المدين الأصلي دينه بتغيير الدائن أو المدين أو تغيير الدين في محله أو مصدره، وعليه فإن الدين المكفول ينقضي والكفالة بصورة تبعية، ويحل محل الدين المكفول دين جديد لا تنتقل إليه التأمينات التي تكفل الدين المكفول، إلا إذا نص القانون على ذلك وتبين من الإتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد إنصرفت إلى ذلك، من ثمة يكفي الإتفاق على إنتقال التأمينات صراحة أو ضمنيا حتى تنتقل هذه التأمينات إلى الإلتزام الجديد. وعليه في حالة تجديد الإلتزام الأصلي ونشو إلتزام جديد تنقضي الكفالة تبعا ما لم يرضى الكفيل لضمان الإلتزام الجديد (لا تنتقل الكفالة العينية أو الشخصية ولا التضامن إلى الإلتزام الجديد إلا إذا قبل بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون (م 293 ق م ج)، ولكي يرتب التجديد آثاره ومنها إنقضاء الكفالة يجب :

1– أن يكون كل من الإلتزام القديم والجديد خال من أسباب البطلان.

2– أن تكون نية التجديد واضحة، سواء كانت صراحة أو تستخلص من ظروف الحال[1].

ثالثا : إنقضاء الإلتزام المكفول بالإنابة.

إن الانابة المقصودة هنا هي الانابة الكاملة ، وهي التي يترتب عليها انقضاء الالتزام المكفول وهي أن يتفق الطرفان على أن ينقضي التزام المدين (المنيب) ليحل محله التزام جديد و هو المذاب في مواجهة الدائن (المذاب لديه) [2].، إذن الانابة الكاملة هي تجديد التزام

[1]– سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 103.

[2]– توضيح أكثر راجع المادة 294 من القانون المدني الجزائري.

شخص المدين أي تبرأ ذمته المنيب قبل المذاب لديه بشرط أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المذاب صحيحا و ألا يكون المذاب معسرا وقت الانابة وهذا طبقا لنص م 298 فق 1 ق.م.ج ، و يترتب على ذلك انقضاء التأمينات الضامنة لهذا الالتزام ومن بينها الكفالة فتبرأ ذمة الكفيل في مواجهة الدائن ما لم يرتض كفالة المدين الجديد.

أما بالنسبة للإنابة الناقصة ، فلا يوجد هناك تجديد للالتزام ، و لا ينقضي الالتزام القديم و لا تنقضي التأمينات الضامنة له ، حيث يقوم التزام المنيب المدين الأصلي بجانب المذاب عنه ، و يكون للدائن مليئان بدلا من مدين واحد ، ومن ثم يظل التزام الكفيل قائما بجانب التزام المدين الأصلي ، و لا يجوز للكفيل أن يدفع في مواجهة الدائن بانقضاء التزامه ، حيث إن التزام المدين المنيب لا ينقضي ، بل يظل قائما إلى جانب المدين الجديد وهو المناب عنه. [1].

إذا فالإنابة تحمل إلتزام جديد بتغيير شخص المدين الذي تبرأ ذمته بشرط أن يكون الإلتزام الجديد الذي إرتضاه المناب صحيح، وأن لا يكون المناب معسرا ويترتب عليه إنقضاء التأمينات الضامنة لهذا الإلتزام ومنها الكفالة. أما الإنابة الناقصة، فهي لا تضمن تجديدا يتغيير المدين، حيث يظل المدين الأصلي ملزما بالدين في مواجهة الدائن إلى جانب إلتزام الشخص الأجنبي (المناب) ويصبح للدائن أي المناب لديه مدينان بدلا من مدين واحد، حيث لا يترتب عليها إنقضاء الدين [2].

[1]– زهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 75.

[2]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 316، 317.

رابعا – إنقضاء الدين المكفول بالمقاصة :

وإذا انقضى الدين المكفول بالمقاصة ، بأن كان ذمة الدائن للمدين يصلح للمقاصة في الدين الثابت –223 في ذمة المدين للدائن ، انقضى الدين المكفول بالمقاصة وانقضت الكفالة تبعاً لذلك .

ويستطيع الكفيل أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذي كفله ودين للمدين في ذمة الدائن ، لأن مديونيته تابعة لمديونية المدين ، فإذا تخلص المدين من مديونيته عن طرق المقاصة ، تخلص الكفيل تبعاً لذلك . ولكن لا تقع المقاصة بين دين الدائن في ذمة المدين ودين لكفيل غير متضامن في ذمة الدائن . إذ الدينان هنا غير متقابلين ، فأحدهما في ذمة المدين للدائن والآخر في ذمة الدائن للكفيل لا للمدين

. وقد نصت المادة 1294 مدني فرنسي على هذه الأحكام ، إذ تقول : "يجوز للكفيل أن يتمسك بالمقاصة في دين على الدائن للمدين الأصلي ، ولكن لا يجوز للمدين الأصلي أن يتمسك بالمقاصة في دين على الدائن الكفيل" .[1].

ولما كانت المقاصة ليست من النظام العام فيجوز النزول عنها ، فإذا نزل عنها المدينان معاً بعد أن توافرت شروطها وتلاقى الدينان ، فعلى كل من المدينين أن يؤدي الدين الذي في ذمته ، وله أن يتقاضى حقه من مدينه .

فبعد أن كانت المقاصة قد قضت الدينين معاً منذ تلاقيهما ، فإن النزول عن المقاصة يعيد الدينين إلى الوجود بما كان لهما من تأمينات ، وذلك دون إضرار بحقوق الغير .

[1]– لكن يجوز للكفيل أن يتمسك بالمقاصة في يدين له على الدائن ، إذ هو يفي بالدين المكفول عن طريق المقاصة . ولكن المقاصة هنا اختيارية لا قانونية ، فلا ينقضي الدينان إلا من وقت التمسك بالمقاصة . ولا يجوز للدائن أن يرجع على المدين بعد ذلك فقد استوفى حقه من الكفيل ، وإذا رجع جاز للمدين أن يدفع رجوعه بالمقاصة التي تسك بها الكفيل . وإنما يرجع الكفيل على المدين ، بعد أن وفى دينه عن طريق المقاصة.

فلو أن أحد المدينين كان مضموناً بكفيل ، ووقعت المقاصة بين الدينين ، انقضى الدين المكفول وانقضت معه الكفالة . فإذا نزل المدين في الدين المكفول عن المقاصة ، فإن الدين يعود ، ولكن لا تعود الكفالة . [1].

ذلك أن الكفيل كان قد تخلص من الكفالة منذ أن انقضى الدين المكفول بالمقاصة ، فلا يضار بنزول المدين عن مقاصة الدين المكفول[2].

وهناك حالة من حالات النزول الضمني عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها ، ورد في شأنها نص خاص هو المادة 369 مدني ، وتجري على الوجه الآتي : "إذا وفى المدين ديناً وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له ، فلا يجوز أن يتمسك إضراراً بالغير بالتأمينات التي كانت تكفل حقه ، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق" . [3].

وهذا النص يفرض أن المدين وفي دينه للدائن ، بالرغم من وجود حق له في ذمة الدائن كان من الممكن أن يقاضي به دينه فلم يفعل . وهنا يجب التمييز بين فرضين :

(أولا) فرض ما إذا كان المدين وهو يدفع دينه يجهل وجود حق له يمكن أن يقاص به الدين ، فهنا لا يمكن القول بأن المدين وهو يجهل وجود قه قد نزل عن التمسك بالمقاصة في هذا الحق . وكان مقتضى تطبيق القواعد العامة أن يقال إن المقاصة قد وقعت بحكم القانون ، فانقضى بها دين المدين . فإذا فدعه بعد ذلك يكون قد دفع ديناً انقضى ، فيسترد ما دفع وفاقً لقواعد استرداد غير المستحق . ولا يرجع بحقه ولا بما يكفل هذا الحق من تأمينات ، لأن هذا الحق قد انقضى أيضاً بالمقاصة وانقضت معه تأميناته . ولكن القانون

---

[1]– وسيط 3 فقرة 546 – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة 138 – سليمان مرقس فقرة 138.

[2]– الوسيط 3 فقرة 547

[3]– قد سبق أن قررنا في هذا الصدد : "وإذا اتحدت ذمة المدين الأصلي للدائن ، فإن الدين ينقضي باتحاد الذمة ، وتبرأ بذلك ذمة الكفيل . ذلك أن المدين الأصلي – وقد أصبح باتحاد الذمة دائنا – إذا حاول أن يرجع باعتبار أنه دائن على الكفيل ، فإن الكفيل يرجع عليه باعتباره مدينا ، فيشمل هذا الرجوع الأخير الرجوع الأول . وقد كانت المادة 267/203 من التقنين المدني السابق تقضي بأن اتحاد ذمة الدائن والمدين الأصلي يبرئ ذمة الكفلاء" (الوسيط 3 فقرة 570 ص 955(

جعل من جهل المدين بوجود حقه المكفول بتأمينات عذراً مقبولا ، فاعتد بالوفاء الصادر منه على أنه وفاء لدين قام في ذمته لا على أنه وفاء لدين انقضى بالقاصة . وما دامت المقاصة لم تقع ، فإن حق المدين في ذمة الدائن يبقى بما له من تأمينات ، ولو كانت هذه التأمينات كفالة شخصية فأضر بقاؤها بالكفيل ، وذلك كله رعاية لحسن نية المدين .

(ثانياً) فرض ما إذا كان المدين وهو يدفع دينه يعلم وجود حق له يمكن أن يقاص به الدين ، فلم يتمسك مع ذلك بالمقاصة ودفع الدين [1].

وهنا يجب تأويل عدم تمسك المدين بالمقاصة مع علمه بجواز التمسك بها أن هذا نزول ضمني منه عن التمسك بالمقاصة بعد ثبوتها . ومن ثم ينقضي الدين الذي كان في ذمة المدين بالوفاء ، ويعود للمدين حقه الذي كان قد انقضى بالمقاصة بعد أن نزل عنها . ولكن لا يعود من التأمينات التي كانت تكفل هذا الحق ما تضر عودته بالغير ، فلا تعود الكفالة بعد أن انقضت يقصد بالمقاصة إجتماع صفة الدائن والمدين بالنسبة إلى الدين الواحد في ذات الشخص، مما يؤدي إلى إنقضاء الدين الإتحاد الذمة بالقدر الذي إتخذت فيه، فهي وسيلة سلبية تؤدي لإنقضاء الدينين المتقابلين في الديون المتقابلة بين الذمة شخصين ، كل منهما دائنة للأخرى ومدينة لها معا، وذلك بمقدار الأقل منهما[2]. إذا أصبح المدين المكفول دائنا للدائن وتوافرت شروط المقاصة المنصوص عليها في المادة 297 قانون مدني جزائري إنقضى الإلتزام المكفول بقدر الإلتزام الذي ترتب في ذمة الدائن، وإنقضى إلتزام الكفيل بالتبعية لهذا القدر المنقضي من الإلتزام المكفول [3]. ولا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة في ذلك، وهو ما نصت عليه المادة 300 قانون مدني

[1]– عبد الفتاح عبد الباقي فقرة 139 – سليمان مرقس فقرة 139.

[22]– نزيه كبارة ، المرجع السابق، ص 326.

[3]– تنص المادة 297 من القانون المدني الجزائري على ما يلي : «للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له تجاهه ولو إختلف سبب الدينين، إذا كان موضوع كل منهما نقودا أو مثليات متحدة النوع والجودة وكان كل منها ثابت وخاليا من النزاع ومستحق أداء وصالحا للمطالبة به قضاء ، ولا يمنع المقاصة تأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضي أو تبرع بها الدائن"

جزائري [1]. وصاحب المصلحة هو المدين ولا يترتب الدفع بالمقاصة أثره إلا من الوقت الذي يصبح فيه الإلتزامين صالحين للمقاصة وللكفيل أيضا الحق في التمسك بإنقضاء الدين الأصلي بالمقاصة لأنه صاحب المصلحة، إذ يترتب على إنقضاءه إنقضاء إلتزامه بالتبعية حتى ولو كان متضامنا، وحتى ولم يتمسك بها المدين وهذا إستنادا للمادة 654 قانون مدني جزائري التي تنص على أنه "يبرا الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين " لكن لا تقع المقاصة بين دين الدائن في ذمة المدين، ودين الكفيل غير المتضامن في ذمة الدائن لأن الدينين غير متقابلين. هذا وأن المقاصة ليست من النظام العام، لذا يجوز التنازل عنها، وهنا يكون على كل من المدينين أن يؤدي الذي في ذمته، وله أن يتقاضى حقه من دينه، والنزول عن المقاصة يعيد الدينين، فإذا كان أحد المدينين مضمون بكفيل، و وقعت المقاصة بين الدينين إنقضي الدين المكفول وإنقضت تبعا لذلك الكفالة [2].

خامسا : إنقضاء الدين المكفول بإتحاد الذمة.

تقضي م 304 ق.م.ج بأنه :« إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن و المدين بالنسبة إلى دين واحد انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحلت فيه الذمة » يتبين لنا من نص م أنه إذا اتحدث ذمة المدين و الدائن بأن ورث أحدهما الآخر أو أوصى الدائن للمدين بدينه ، فإن الالتزام الأصلي (المكفول) ينقضيه، و بالتبعية يزول التزام الكفيل و يلاحظ أن التزام الكفيل ينقضي بالقدر الذي حصل فيه اتحاد الذمة غير أنه إذا زال سبب اتحاد الذمة ، فإن الالتزام الاصلي يعود و يعود بالتبعية التزام الكفيل كما إذا ظهر وارث يحجب الدائن أو المدين ، أو أبطلت الوصية ، فيعتبر وإذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة وكان لزواله

[1]– المادة 300 من قانون مدني جزائري تنص على ما يلي : " لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها، ويترتب عليها إنقضاء الدينين بقدر الأقل منهما منذ الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة، ويكون تعيين جهة الدفع في المقاصة كتعينها في الوفاء" .

[2]– راجع المادة 654 من القانون المدني الجزائري.

أثر رجعي عاد الدين إلى الوجود بملحقاته، بالنسبة إلى المعنيين بالأمر ويعتبر اتحاد الذمة كان لم يكن، وه نفس الحكم الذي قرر المشرع المصري في المادة 370 ق. مدني،وفي هذه الأحوال ينقضي الدين لاتحاد الذمة، وينقضي بالتبعية التزام الكفيل، والواقع عن اتحاد الذمة هو مانع من موانع المطالبة أكثر ما هو سبب من أسباب انقضاء الالتزام،وعليه فإن مع زوال المانع الذي أدى على اتحاد الذمة يعود الدين إلى الوجود، ومعه التزام الكفيل.

مثال ذلك إذا تبين فيما بعد أن المدين لاحق له في ميراث دائنه أو بطلب الوصية التي أوصى بها الدائن لمدينه

ومن هنا يتضح الإختلاف الجوهري بين المقاصة وإتحاد الذمة، ففي المقاصة يوجد شخصان يتحمل كل منهما دين مستقلا عن الآخر، ويكون لكل منهما صفة الدائن في دين وصفة المدين في دين آخر، أما في إتحاد الذمة فإن صفتي الدائن والمدين تجتمعان لدى الشخص الواحد، وبالنسبة الدين واحد[1] ينقضي الإلتزام إذا إجتمعت في شخص واحد صفة الدائن والمدين بالنسبة للدين الواحد، وبالقدر الذي إتخذت فيه الذمة، كأن يرث الدائن مدينه فإن في هذه الأحوال ينقضي الدين الإتحاد الذمة، ويترتب على إنقضاء الإلتزام الأصلي المكفول إنقضاء إلتزام الكفيل بالتبعية. ولكن مما يجدر ذكره هنا أن إتحاد الذمة ليس في حقيقته سببا من أسباب إنقضاء الإلتزام بقدر ما هو مانع طبيعي يحول دون المطالبة بالدين، وعلى ذلك إذ أزال السبب الذي أدى إلى إتحاد الذمة، فإن المانع يزول ويعود الدين إلى الوجود وتعود بالتالي التأمينات التي تضمنه، فإذا كان من بينها كفالة، فإن إلتزام الكفيل يعود أيضا إلى الوجود ويقوم على ضمان هذا الإلتزام كما كان من قبل ومن قبيل ذلك أن يثبت أن المدين لم يكن له الحق في أن يرث الدائن أو أن الوصية كانت باطلة[2].

[1]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 225.

[2]– نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 412.

الفرع الثالث : انقضاء الالتزام الأصلي بدون وفاء

ينقضي الالتزام دون وفاء في حالات هي الإبراء استحالة التنفيذ والتقادم وانقضائه بفسخ الدين أو إبطاله.

أولا – الإبراء :

الإبراء في التقنين المدني الجزائري حسب المادة 305 ق م ج" ينقضي الالتزام إذا أبر الدائن مدينه ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين، لكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين"إذا أبرأ الدائن مدينه فإنه ينقضي التزام المدين وينقضي معه التزام الكفيل.

أما إذا رد المدين هذا الإبراء ورفضه كان بهذا الرد يفقر نفسه، ذلك أن ذمته تبرأ من الدين بمجرد وصل الإبراء إلى علمه، فبرده الإبراء يعود الدين إلى ذمته بعد أن كان قد انقضى، ويجوز للكفيل في هذه الحالة الطعن في هذا الرد بالدعوى البوليصية فلا يسري في حقه، وتبرأ ذمة الكفيل نهائيا من الكفالة و هو تنازل الدائن صراحة أو ضمنا عن حقه في إستيفاء دينه إختياريا، متى وصل إلى علم المدين، وعندئذ يسقط الإلتزام بالإبراء، وينقضي حق الدائن في مواجهة مدينه.

فهو تصرف قانوني تبرعي بالإرادة المنفردة Acte unilateral تتجه بمقتضاه إرادة الدائن وحده إلى إنقضاء الإلتزام، بتنازله عن حقه دون مقابل، وهو ينتج أثره القانوني بمجرد علم الموجهة إليه، أي من تاريخ علم المدين بها[1].

إن الإبراء في الفقه الإسلامي يتم بإرادة الدائن المنفردة، وهو عمل من أعمال التبرعات، وهو يرتد بالرد، وهذا التصوير يغلب فيه الطابع المادي [2]، ولا يصح الإبراء إلا

[1]– المادة 305 تنص على ما يلي : ينقضي الإلتزام إذا برأ الدائن مدينه إختياريا، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكنه يصبح باطلا إذا رفضه المدين.

[2]– للتوضيح أكثر راجع المادة 306 من القانون المدني الجزائري.

من دين قائم مستحق الأداء، بأن يكون موجودا عند الإبراء منه، فإنه لا يجوز الإبراء عن دين مستقبل، ولذلك فإنه إذا إنقضى إلتزام المدين لأي سبب من أسباب إنقضاء الإلتزام فلا يقع الإبراء.

كما أنه لا يتوقف الإبراء على قبول المدين كقاعدة عامة لأن الإبراء يعتبر من قبيل التبرعات. غير أنه لهذا الأخير الحق في رده ورفضه [1] إذا أراد التخلص من تبرع لا يرغب فيه أو مفروض عليه، فإذا مات المدين قبل قبوله للإبراء ، فإن الدين محل الإبراء لا يؤخذ من التركة، ولا يلزم به الورثة الشرعيين. وهو ما عبرت عنه بكل وضوح المادة 445 من القانون الأردني بقولها : «لا يتوقف الإبراء على قبول المدين، إلا أنه يرتد برده وإن مات قبل القبول، فلا يؤخذ الدين من التركة».

ومن ثم يشترط توافر أهلية التبرع لدى الدائن، بأن يكون بالغا سن الرشد غير محجور عليه، وأن يقدم على الإبراء برضاه التام، وبكل حرية وإختيار، وأن يكون سببا مشروعا لدى المدين أيضا فإنه يجوز لدائنه الطعن فيه بالدعوى البوليصية وعلى هذا يأخذ الإبراء حكم الوصية، إذا صدر من الدائن اثبات مرض الموت وتطبق عليه أحكام الدعوى البوليصية .

غير أنه لا يشترط في الإبراء أي شكل خاص، ولو وقع على تصرف قانوني يشترط لقيامه توافر شكل معين فرضه القانون أو إتفق عليه المتعاقدان [2]. فإنه إذا كان الإبراء (Remise de dette) تبرع (Liberalite) فهو لا يعتبر هبة (Donation)، لأن الهبة

[1] – فإذا رفضه المدين، فلا ينتج الإبراء أثرا بالنسبة إليه ويبقى ملزما بالدين

[2] – راجع المادة 306 من القانون المدني الجزائري.

عقد، وهي تخضع للشكلية الواجب إتباعها في الهبة، في حين أن الإبراء لا يشترط فيه شكل خاص [1].

والإبراء سبب من أساب إنقضاء الإلتزام، ويترتب عنه براءة ذمة المدين من الدين منذ وصول التعبير المتضمن للإبراء إلى علم المدين، وينقضي معه ضماناته وتأميناته الشخصية (كالكفالة) والعينية (كالرهن)، وجميع الإلتزامات التابعة له مثل إلتزام الكفيل.

والإبراء في الفقه الإسلامي، إما أن يكون إبراء إستيفاء (ويدخل فيه الوفاء بمقابل)، وإما أن يكون ابراء إسقاط (وهو الذي يؤدي إلى إسقاط الحق الشخصي)، يدخل في أسباب إنقضاء الإلتزام [2].

كما أنه قد يكون عاما عندما ينصب إبراء الدائن لذمة مدينه من جميع الديون التي له عنده، وقد يكون خاصا عندما يبري مدينه من دين معين أو جزء منه، دون أن يؤثر ذلك على بقية الديون التي بذمته.

وذهب بعض الفقه الإسلامي إلى عدم جواز تعليق الإبراء بإعتباره من التصرفات التبرعية على شرط ما، ذلك أن الإبراء وإن كان إسقاطا للحق، إلا أن فيه معنى التمليك.

ومن المعلوم أن الدفع بالإبراء من الدفوع الموضوعية التي يجوز للمدين التمسك بها في أي مرحلة من مراحل الدعوى، فيجوز لصاحب المصلحة إثارته ولو لأول مرة أمام محكمة الإستئناف.

---

[1]– إن القانون الفرنسي والفقه الغربي في عمومه يعتبر الإبراء إتفاقا رضائيا أي عقد بين الدائن والمدين من عقود التبرعات وليس تصرفا بالإرادة المنفردة للدائن وحده، وأن الإبراء تنازل، وأن التنازل عن الحق لا يفترض، بل يكون بتعبير لا يحتمل أي لبس أو غموض، فإذا أثير الشك وجب تفسيره على معنى عدم الإبراء .

[2]– خلوفي محمد، العقد الكفالة في القانون المدني" ، ألقيت في ملتقى وطني حول احكام عقد الكفالة في القانون في التشريع الجزائري، انعقد يومي 25،26 مارس 2013 ، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، ص 20 سنة

وجدير بالذكر أن بعض القوانين المدنية العربية أوردت حكما خاصا مقتضاه أن الإبراء لا يكتمل ولا ينفذ في مواجهة المدين إلا إذا قبله أحد بأحكام الشريعة الإسلامية، فإذا رفضه لا ينفذ في مواجهته، ويبقى ملزما بالدين في مواجهة الدائن، وذلك لأن المدين قد تكون له مصلحة في أن يبقى دينه قائما إلى أن يقوم بتسديده، فتبرأ ذمتة اتجاه الدائن نهائيا، وعلى هذا الأساس فإن الإبراء لا ينهي إلا عنصر المسؤولية وحده، ذلك أن عنصر المديونية (La créance) يظل قائما رغم الإبراء الصدر من إرادة الدائن وحده، كما رأينا سابقا في الإلتزام الطبيعي [1].

ثانيا – إستحالة التنفيذ :

من خلال العنوان نجد أنه إذ استحال تنفيذ الالتزام بسبب لا يد للمدين فيه، انقضى الدين المكفول وانقضت الكفالة، أما إذا كان المدين سببا فيه فلا تبرأ ذمة الكفيل، لأن محل الالتزام يتحول إلى تعويض، ويبقى كفيلا للتعويض، وإذا هلك الشيء بفعل الكفيل، فإن ذمة المدين تبرأ؛ إذ أن فعل الكفيل يعد سببا أجنبيا بالنسبة للمدين، وتبرأ ذمة الكفيل بالتبعية ويصبح مسؤولا عثر خطؤه لمدين أصلي[2].

وهو ما نصت عليه المادة 448 قانون مدني أردني من أنه «ينقضي الإلتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لابد له فيه.

وهو ما عبرت عنه أيضا المادة 335 قانون مدني مغربي بقولها « ينقضي الإلتزام إذا نشأ ثم أصبح محله مستحيلا، إستحالة طبيعية أو قانونية، لغير فعل المدين أو خطأه وقبل أن يصير في حالة المماطلة» فلا محل لأي تعويض، إذا أثبت المدين أن عدم الوفاء بالإلتزام أو التأخير فيه ناشئ عن سبب لا اليد له فيه، كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي وهذا يكون

[1]– فإذا وفي المدين بالإلتزام الطبيعي بإختياره، صح وفاؤه ولا يجوز له أن يسترد ما أداه .

[2]– راجع المادة 307 من القانون المدني الجزائري.

بإثبات شروط السبب الأجنبي (cause étrangere) الذي لابد للمدين فيه، والذي يؤدي إلى إستحالة تنفيذ الإلتزام إستحالة مطلقة، ويدخل في مفهوم السبب الأجنبي القوة القاهرة (a force majeure) والحادث الفجائي (le cas fortuit) وخطأ الغير) (La faute d'autrui، وكذا خطأ الدائن وهي من المسائل الموضوعية التي يستقل بها قضاة الموضوع.

فإذا تبين أن التنفيذ أصبح مستحيلا، فلا مجال للمطالبة ، غير أنه إذا تسبب المدين بخطئه في إستحالة تنفيذ إلتزامه، فإن الإلتزام لا ينقضي ويلتزم المدين بتنفيذ إلتزامه بمقابل، أي عن طريق التعويض.

وفي جميع الأحوال، فإنه يشترط لإنقضاء الإلتزام بالإستحالة أن يكون تنفيذه قد أصبح مستحيلا إستحالة مطلقة منها ودائمة بالنسبة للأشخاص كافة، مادية كانت أو هلاك الشيء المعين بالذات هلاكا كليا، أما قانونية القيام دولة بنزع ملكية العقار الذي إلتزم المدين بنقل ملكيته وبإنقضاء مدة الطعن المقررة للإستئناف. وتقدر الإستحالة المطلقة بمعيار موضوعي وليس بمعيار شخصي، أي بمعنى أن يستحيل على الرجل العادي أن يفي إلتزامه في مثل الظروف التي وجد بها المدين، فإنه لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة، الأمر الذي كان من الممكن دفعه. فإذا إستحال تنفيذ المدين التزامه لسبب لا بد له فإنه يبقى التزامه قائما ومعه إلتزام الكفيل بالتبعية، وعلى المدين في هذه الحالة أن يثبت أن الوفاء أصبح مستحيلا لسبب أجنبي وإلا ترتب على ذلك مسؤولية المدين من عدم التنفيذ ويحكم عليه بالتعويض، ويكون الكفيل ضامنا لهذا التعويض، أما إذا هلك الشيء بفعل الكفيل فإن ذمة المدين تبرأ لإعتباره سبب أجنبي بالنسبة للمدين، ولكن يظل الكفيل مسؤولا عن خطئه كمدين أصلي بحق الدائن.

ثالثا : التقادم

إذا انقضى الدين المكفول بالتقادم فإن التزام الكفيل ينقضي تبعا لذلك حتى ولو كان التزام الكفيل التابع لم ينقضي بالتقادم ، ويقع ذلك إذا كان التزام الكفيل قد أنشأ بعد الدين الأصلي بضمان الكفيل الدين بعد نشوئه أو يكون أجل التزام الكفيل أبعد من أجل الالتزام الأصلي المكفول فيتقادم الالتزام الأصلي قبل التزام الكفيل فتبرأ ذمة المدين الأصلي و تبرأ تبعا لذلك ذمة الكفيلة، و يجوز للكفيل أن يتمسك بإنقضاء الالتزام الأصلي بالتقادم حتى و لو تنازل المدين عن التمسك به ، و يتمسك الكفيل بالتقادم تطبيقا للمادة 321 ق.م.ج وتنص على أنه: « لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائيا بالتقادم بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو من أحد دائنيه أو أي شخص له مصلحة فيه و لو يتمسك المدين به »،و الكفيل له مصلحة في التمسك بتقادم الدين الأصلي و إذا تنازل المدين عن التقادم ، جاز للكفيل الطعن في النزول بالدعوى البولية تطبيقا للمادة02/322 التي تنص على أنه: « وانما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن يتنازل ولو ضمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه غير أن هذا التنازل لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضرار بهم»[1]. .

وهو التقادم المسقط للحق، بمعنى مرور مدة من الزمن على حق أقره القانون، دون أن يمارسه صاحبه هذا الحق، فيسقط حقه بالمطالبة به بعد ذلك، وهو الأمر الذي يؤدي في مجال الإلتزامات إلى سقوط حق الدائن في مطالبة المدين بالدين، ويقوم التقادم على قرينة الوفاء ، فإن سكوت الدائن عن المطالبة القضائية بدينه لمدة طويلة من الزمن يعد قرينة على إستقائه له، كما أن المقصود من التقادم الطويل هو تجنب عرض منازعات قديمة على القضاء، تتعلق بحقوق مضى على إستحقاقها أمد طويل، مما يصعب الفصل فيها.

[1]– راجع المادة 320 من القانون المدني الجزائري.

ومن آثار التقادم أنه يترتب عليه إنقضاء الإلتزام حيث يتخلف عنه إلتزام طبيعي في ذمة المدين، فإذا أداه عن إختيار، فيكون ذلك وفاء مبرئا لذمته وليس تبرعا ولا دفعا لغير المستحق. ويكون قضاء الإلتزام رجعيا ويمتد ذلك إلى الفوائد، وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات، وبالإضافة إلى هذا فإنه لا يجوز التنازل عنه قبل ثبوت الحق فيه أي قبل أن تكتمل مدته، كما أنه لا يجوز الإتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي حددها القانون بالإطالة أو التقصير

إذا إنقضى الإلتزام الأصلي بالتقادم فإن إلتزام الكفيل ينقضي بالتبعية لذلك، ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة به، ويكون إنقضاء إلتزام الكفيل بالتبعية للإلتزام الأصلي، وليس إنقضاء بصفة أصلية، حيث أن مدة التقادم الخاصة لم تكتمل بعد، وللكفيل أن يتمسك بتقادم الإلتزام الأصلي، ولو لم يتمسك به المدين بل ولو تنازل عن التمسك بهذا الحق.

رابعا : إنقضاء الكفالة بفسخ الدين أو إبطاله

والمقصود هنا أن عقد الكفالة ينقضي بمجرد فسخ هذا العقد الذي أنشأه أصله، فيصبح الدين كأنه لم يكن وكذلك تصبح الكفالة كأنها لم تبعا للدين و قد يزول الدين المكفول بفسخ عقد الكفالة، كأن يضمن الكفيل إلتزام المشتري بدفع الثمن، ثم يفسخ البيع فيزول بأثر رجعي، والشيء نفسه بالنسبة لإبطال العقد، فإن كان العقد الذي أنشئ الدين المكفول قابل للإبطال، وأبطل بأثر رجعي زال الدين المكفول بأثر رجعي وزالت بزواله الكفالة بأثر رجعي [1].

[1]– يونسي حداد نادية، "التأمينات العينية و الشخصية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية و الاقتصادية، العدد 04، الصادرة سنة 1999،ص 09 .

المطلب الثاني : إنقضاء الكفالة بصفة أصلية

بانتهاء الالتزام وزواله ينتي العقد، وانقضاء عقد الكفالة يؤدي إلى زوال أثاره، سواء بأداء الدين أو تسليم المكفول به أو الإبراء وغيرها من أسباب الانقضاء ومن هنا نجد ان المشرع الجزائري لقد حدد حماية قانونية خاصة لالتزام الكفيل في المواد من 654-673 من ق.م.ج فطبقا لنص م 671 ق م.ج يتبين أنه إذا وفي الكفيل الدين، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين ولكن إذا لم يوفي إلا ببعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين ، وكذلك يحمي المشرع الكفيل من أي تقصير أو إهمال الدائن.[1].

الفرع الأول : الأسباب العامة لإنقضاء إلتزام الكفيل

مما سبق وجدنا أن الكفالة تنقضي بعدة اسباب و اول هذه الاسباب الاسباب العامة إذا كان التزام الكفيل تابعا لالتزام أصلي وبالتالي فإنه يبقى ببقائه صحيحا منتجا لآثاره وينقضي بانقضائه إلا ان هذا الالتزام له مقوماته الخاصة وشروط صحة ووجود وأسباب انقضاء مستقلة عن أسباب انقضاء الالتزام الأصلي حيث أن له ما لغيره من خصائص لذا يمكن أن ينقضي بجميع الأسباب التي تنقضي بها الالتزامات عموما فينقضي بوفاء الكفيل للدين المكفول سواء كان الوفاء عينا أو وفاء بمقابل سواء قبل الدائن الوفاء أو اضطر الكفيل الذي يسلك في سبيل ذلك إجراءات العرض، الإيداع وينقضي أيضا بالتجديد سواء كان ذلك باستبدال التزام أصلي بالالتزام التابع أم كان استبدال كفيل بكفيل أو استبدال أي تأمين آخر بالكفالة.

[1]– نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 419.

كما أن إلتزام الكفيل ينقضي إذا ما تم تجديد هذا الإلتزام بتغيير الكفيل، كأن يحل كفيل آخر محله أو أن يحل محل الإلتزام الكفيل ضمان آخر كالرهن أو أن يستبدل إلتزام الكفيل بإلتزام أصلي أي أن يلتزم الكفيل على نفس درجة إلتزام المدين وكل هذا يتم بالإتفاق بين الدائن والكفيل، وتنقضي الكفالة كذلك بالمقاصة إذا ما أصبح الكفيل دائنا، ولكن المقاصة لا تقع إلا إذا كان الدائن قد أتم الإجراءات وتخطى العقبات التي وضعها أمامه القانون في مطالبة الكفيل والتنفيذ على أمواله.

وتنقضي الكفالة أيضا بإتحاد الذمة بين الكفيل والدائن كما إذا ورث أحدهما الآخر ويترتب على ذلك إنقضاء إلتزام الكفيل فقط دون الإلتزام المكفول، وتنقضي أيضا بالإبراء، فإذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة برئت ذمة هذا الأخير دون أن يؤثر ذلك في بقاء الإلتزام الأصلي.

الفرع الثاني : الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة بصفة أصلية

حسب نص المادة 656 من القانون المدني، وهذا السبب من أجل حماية الكفيل، وذلك يظهر جليا في حالة وفائه بالدين فإنه يحل مكان الدائن فيما له من حقوق، وهذا بتوافر تأمينات ضامنة لنفس الدين المضمون بالكفالة، حيث أن هذه و هو ما ورد في المواد 656-658 من التقنين المدني .

هناك ثلاث أسباب خاصة لانقضاء الكفالة بصفة أصلية دون أن ينقضي الإلتزام الأصلي، ولقد نص التقنين المدني الجزائري على هذه الأوجه الثلاثة التي سبق دراستها عند التطرق للدفوع الممنوحة للكفيل ولذلك سوف نتطرق لهم بإختصار شديد.

أولا- إنقضاء إلتزام الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات:

نصت المادة 656 من القانون المدني الجزائري على مايلي : "تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه في الضمانات ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو تقررت بعد الكفالة ولذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون"، وللإشارة أن طريق الإنقضاء هذا تقرر الحماية الكفيل، لذا فإن أضاع الدائن بخطئه تأمين من هذه التأمينات فإنه يكون قد ضيع على الكفيل فرصته في إستقاء حقه. ومن ثمة يكون جزاء ذلك براءة ذمة الكفيل في مواجهة الدائن يقدر ما أضاعه هذا الأخير من تأمينات ولكن يشترط لإنقضاء الكفالة بهذا الطريق توافر شروط هي :

1- أن يكون التأمين الذي أضاعه الدائن تأمين خاص وهو ما نصت عليه المادة 2/656.

2 – أن يكون إضاعة التأمين الخاص نتيجة خطأ من الدائن و ناتج عن تقصيره.

3 – وجوب ترتب ضرر يلحق الكفيل والا فلا محل للتمسك ببراءة الذمة.

ثانيا- إنقضاء إلتزام الكفيل لعدم إتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين بعد إنذار الكفيل له بضرورة إتخاذها :

نصت على هذا الطريق الأصلي للإنقضاء المادة 657 قانون مدني جزائري على ما يلي: «لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في إتخاذ الإجراءات أو لمجرد أن يتخذها غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن بإتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن، ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا"و باستقراء هذه المادة يتضح أنه في حالة ماذا تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات اللازمة ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل له فأنه يؤدي ذلك إلى إبراء ذمة الكفيل.

ثالثا– إنقضاء إلتزام الكفيل لعدم تقديم الدائن نفسه في تفلسة المدين:

وهو ما نصت عليه المادة 658 قانون مدني جزائري «إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن". و باستقراء هذه المادة يتضح انه في حالة ما إذا أفلس المدين و لم يتقدم الدائن بدينه في التفليسة بإهمال منه سقط حقه في الرجوع على الكفيل [1].

[1]– عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص182.

خاتمة

في الختام نجد أن عقد الكفالة هو من أبرز التأمينات الشخصية نظرا لأهميتها العملية في استقرار المعاملات المالية و بعث الائتمان بين الأفراد، و من خلال كل ما سبق يتضح لنا أن عقد الكفالة هو عقد تبعي لعقد أصلي و أن هذه التبعية تجعل من عقد الكفالة و الكفيل يحظى من أي تغير نافع في الالتزام الأصلي، و للكفيل أن يتمسك بالدفوع التي أقرها المشرع له و المستمدة من الالتزام الأصلي و ذلك بكل الدفوع التي يمكن للمدين أن يثيرها، كما يمكن له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الكفالة .

و هذه الدفوع أقرها المشرع الجزائري للكفيل مراعيا صفة جوهرية في الكفيل هي أن هذا الأخير ليست له مصلحة أو فائدة شخصية من كفالة دين الغير لأن عقد الكفالة هو التزام من جانب واحد، لذلك جعل المشرع مساطة الكفيل تأتي بعد مساءلة المدين الأصلي، و يتبين أيضا من خلال التمسك بهذه الدفوع أن الأمة المالية للكفيل قد تبرأ نهائيا أو تبرأ جزئيا، و قد لا تبرأ إذا كان الدائن لم يجد عند رجوعه على المدين محل العقد الأصلي، كما أن غالبية هذه الدفوع لا تتعلق بالنظام العام فهي مقررة لحماية المصلحة الخاصة للكفيل و بالتالي فعلى الكفيل أن يثيرها من تلقاء نفسه عند رجوع الدائن عليه للتنفيذ على ذمته المالية.

كما يتبين من خلال هذه الدفوع أن المشرع الجزائري قد أقر هذه الدفوع بطريقة عامة تاركا للفقه استخلاص تفاصيل هذه الدفوع و كذلك لم يبين بوضوح مركز كفيل الكفيل في بعض الحالات و لذلك اعتمد الفقه على القياس و هو ما يستدعي إدخالها في التعديلات اللاحقة القانون المدني، غير أنه أشار إلى معظم هذه الدفوع سواءا في القواعد العامة أو القواعد الخاصة بعقد الكفالة التي بموجبها يكون الكفيل محميا من عيوب العقد الأصلي أو تقصير أو إهمال الدائن إلا في الحالة التي يقرر فيها الكفيل التنازل عن هذه الحماية.

و لقد حذا المشرع الجزائري حذو التشريعات العربية خاصة التشريع المصري عند سنه لقواعد عقد الكفالة و الدفوع المرتبطة بها و لقد أخذ بالمعنى الحديث لعقد الكفالة من حيث التبعية و من حيث مركز الكفيل مع المدين و كذلك الأمر بالنسبة لاستفاء الدائن لحقه من

المدين قبل الكفيل معتمدا في ذلك على الصفة الاحتياطية لعقد الكفالة كعقد تبعي لعقد أصلي ليقرر لها الحماية الواجبة بعدما كان الأمر هو تشديد مسؤولية الكفيل فقد جعله المشرع ركن أساسي في عقد الكفالة ، و يجب أن يكون خالي من عيوب الارادة (الغلط ، الاكراه ، التدليس ، الاستغلال) ، و كذلك يعد المحل عنصر هام في عقد الكفالة فبوجوده و صحته تترتب كافة اثاره ، و لكن هذا لا يعني أنه في حالة عدم تعينه وقت انعقاد الكفالة يكون العقد باطل ، لأنه يجوز كفالة الالتزام المستقبلي أو الالتزام الشرطي سواء كان معلقا على شرط واقف أو فاسخ ، كما يمكن أيضا كفالة الالتزام الطبيعي أما فيما يخص ركن الثالث (السبب) فقد ثار الخلاف حوله ، إذ نجد النظرية الحديثة تعتبره الدافع أو الباعث التعاقد أي النظر إلى نية المتعاقد ، و تشترط فيه المشروعية لصحته ، في حين نجد النظرية التقليدية تعتبره الغرض المباشر للتعاقد و تشترط فيه المشروعية و الوجود لصحته ، يوجد رأي ثالث يرى أنه ليس هناك داع لوجود السبب لإبرام عقد الكفالة ، و يجعلون الكفالة تنعقد حتى و لو لم يكن هناك سبب ، و نجد المشرع الجزائري قد أخد بالنظريتين (التقليدية و الحديثة) معا . صفة التبعية في عقد الكفالة تجعل الكفيل يحضا بأي تغيير نافع في الالتزام الأصلي ، إذ يمكن له أن يتمسك بجميع الدفوع المستمدة من عقد الكفالة ، وله أيضا أن يتمسك بالدفوع التي أقرها له المشرع الجزائري و التي تعد مستمدة من الالتزام الأصلي ، فهو له نفس الحقوق التي للمدين ، فالمشرع كان مراعيا لصفة جوهرية في الكفيل إذ ليس له مصلحة أو فائدة شخصية من كفالة دين غيره لأن عقد الكفالة هو التزام من جانب واحد و كما قلنا الكفالة تعد تبرية لهذا المشرع سبق مسألة الكفيل على مسألة المدين الأصلي ، إذ أن الكفيل من خلال تمسكه بهذه الدفوع قد تبرأ ذمته المالية جزئيا ، وقد لا تبرأ إذا كان الدائن لم يجد عند رجوعه على المدين محل العقد ، و غاليا هذه الفرع لا تتعلق بالنظام العام فهي مقررة لحماية المصلحة الخاصة للكفيل و بالتالي يحق للكفيل أن يثيرها عند رجوع الدائن عليه. وتتلخص أثارها في ثلاث علاقات ، علاقة بين طرفيها (الكفيل و الدائن)، و تتمثل في حق الدائن في مطالبة الكفيل ، و حقه في التنفيذ على أمواله ، وحق الكفيل في

مواجهة هذه المطالبة بما يتسنى له من دفوع و علاقة بين الكفيل و المدين تتمثل في حق الكفيل في الرجوع الى المدين في حالة وفاءه بالدين في مكانه

بعد دراسة لموضوع عقد الكفالة كأبرز و أهم أنواع التأمينات الشخصية تبين أن هذا الضمان الشخصي عاجز عن تحقيق الحماية الفعالة للدائن أو الدائنين ، إذ قد يفقد الكفيل أو الكفلاء إن تعدلوا أحد الشروط الواجب توافرها فيهم ، كأن يعسر أو يغير موطنه ، أو يفقد أهليته .

وأيضا لدينا اقتراح فيما يخص إضافة ركن رابع و الذي يبدو لنا ركن مهم بالإضافة إلى الأركان الثلاث الرضا المحل ، المسيب ، و الذي يتمثل في ركن الشكلية ، أي إيجاد شكل معين للكفالة بما أن الكفالة لا يمكن إثباتها إلا بالكتابة ، و كذلك نظرا لخطورة التي تشكلها بالنسبة للأطراف ، و بالإضافة ركن الشكلية إلى الأركان الثلاثة لانعقادها فإن ذلك يوفر الامان و الثقة بين أطراف العقد ، فيما يضمن الدائن حقه في حالة استيفاء دينه من المدين الرجوع على الكفيل لاستيفاءه ، و كذلك الكفيل في حالة قيامه بالوفاء للدائن | فإن ذلك يسهل عليه الرجوع على المدين للحصول على حقه منه ، و بهذا نرى أن الشكلية هي ركن ضروري العقد الكفالة.

إضافة إلى أن الدائن في هذا الضمان يظل دائنا عادي ، إذ يشترك مع غيره من الدائنين في الضمان العام ولا يتميز عن غيره ، بل يكون معهم على قدم المساوة في قسمة أموال المدين التي تشكل العام ، و لهذه الأسباب كلها عدل الكثير عن هذا الضمان الشخصي و استبدالها بفكرة الضمان العيني ، و فضلت هذه الأخيرة لأنها تكفل للدائن الحصول على حقه كاملا عن طريق تخصيص مال معين أو أموال معينة من أموال المدين للوفاء بحقه ، إضافة إلى أن الدائن يكون في مأمن من إعسار المدين بماله من حق التقدم ، وفي مأمن من غشه إذا تصرف في هذا المال بما للدائن من حق التتبع. ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع يمكن أن نقترح بعض التوصيات التي نراها مهمة في بحثنا :

يجب على المشرع إعادة النظر بخصوص عدم موافقة المدين في عقد الكفالة في م 644 ق.م،ج لأنه عند العودة إلى الدين الأصلي نجد أن المدين هو عنصر هام في العقد لذلك يجب أخذ رأيه بقبول الكفالة لكي لا يجد نفسه أمام دائن جديد قد تربطه به عداوة سابقة مثلا. – اشتراط صفة الرسمية في عقد الكفالة لتفادي وقوع الأطراف في لبس أو غلط بشأن الشخص الكفيل بإعتباره طرف مهم في عقد الكفالة و الحفاظ على حقوق كلا الطرفين.

الكفالة الشخصية لا تعد الوسيلة الأمثل في التأمينات و ذلك راجع للخطر الذي يهدد الدائن | المتمثل في ضياع الدين في حالة تعدد الكفلاء

وبهذا القدر نكون قد وصلنا إلى نهاية بحثا الذي تراه متواضعا ، و نرجو أن نكون قد ساهمنا و لو بقدر بسيط بتقديم إضافة إلى الدراسات المسابقة في هذا المجال ، فإذا قصرنا فيه فذلك يدل على طبيعة الإنسان .

قائمة المراجع

قائمة المراجع

القران الكريم

أولا – باللغة العربية :

ابن منظور محمد بن مكرم الأفريقي المصري ، لسان العرب ، الطبعة الأولى، بيروت، 1990.

أ- الكتب

1. أحمد شرف الدين، التأمينات العينية، دار النهضة العربية، بدون ذكر تاريخ النشر، الإسكندرية.

2. أحمد محمود سعد، عقد الكفالة، دار النهضة العربية للطبع و النشر و التوزيع، القاهرة، 1994.

3. بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2012.

4. جلال على العدوى، أصول الالتزامات، منشاة المعارف، الإسكندرية، 1998 .

5. حمدي سليمان، عقد الكفالة، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون ذكر تاريخ النشر.

6. زكي محمود جمال الدين، التأمينات الشخصية و العينية، مطابع دار الشعب، القاهرة، 1994.

7. زهية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر، 2001.

8. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية و العينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991.

9. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني في التأمينات الشخصية و العينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970.

10. عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني الجزائري، العقود المسماة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2013.

11. علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ،2006.

12. محمد الصبري السعدي، عقد الكفالة في التشريع الجزائري، دار الهدى للطباعة و النشر، الجزائر، بدون ذكر تاريخ النشر.

13. محمد بن سليمان، مدونة حول التأمينات العينية و الشخصية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999.

14. محمد علي عبده، عقد الكفالة، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوق، لبنان، بدون ذكر تاريخ النشر.

15. محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية و العينية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون ذكر تاريخ النشر.

16. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2003.

17. مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك وفقا لأحكام قانون التجارية الجديد رقم 17 سنة 1999 ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2002 .

18. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، (التأمينات، الشخصية والعينية، عقد الكفالة)، دار الهدى، الجزائر، سنة 2011.

19. محمد حسين ، الوجيز في التأمينات الشخصية و العينية في القانون المدني الجزائري ، المؤسسة الوطنية الكتاب ، الجزائر ، بدون سنة الطبع.

20. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية و الشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

21. نزيه كبارة، العقود المسماة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2001.

ب – المقالات :

1. ليونسي حداد نادية ،"التأمينات العينية و الشخصية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية، العدد 4، الصادرة سنة 1999. 2. مقال أحمد زواوي ، "عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري"، العدد 2 ، الصادرة سنة 2000 ،

ج – المجلات :

1. حوحو يمينة ، تنظيم لضمان المستقل وفقا لأحكام الكفالة ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، العدد 2، 2017.

2. المجلة القضائية، العدد 2، لسنة 1991.

3. المجلة القضائية ، العدد 1 لسنة 2001 .

4. المجلة القضائية ، العدد 2 ، لسنة 2002 .

د – الملتقيات :

1. خلوفي محمد، "عقد الكفالة في التشريع الجزائري" ، ألقيت في ملتقى وطني حول أحكام عقد الكفالة في التشريع الجزائري ، انعقد يومي 25 –26 مارس 2013 ، كلية الحقوق جامعة باجي مختار، عنابة ، غير منشور.

2. رزقي محمد عبد الله ، " التأمينات الشخصية " ، القيت في ملتقى وطني حول احكام عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري و قانون الأسرة الجزائري ، انعقد يومي 26-27 افريل 2012، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار ، عنابة .

و - المذكرات :

1. بن صويلح سامية ، ايمان غولي ، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة باجي مختار ، عنابة ، 2010-2011 .

2. عوادي سمية ، خاوة اسمهان ، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق باجي مختار ، عنابة ، 2011-2012.

هـ- القوانين :

1. القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007.

2. القانون التجاري الصادر بموجب الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 6 فبراير سنة 2005.

ثـد - مواقع الانترنت :

1- juridiques.net.comhttp://www.seciences ، اطلع عليه يوم 2022/05/02 ، على . 17:00 الساعة

2-http://www.boubidi.blogspot.com/2012html عبد الله عزام ، نظرية العقد و الكفالة، اطلع عليه يوم 2022/05/16 على الساعة 18:30

3- http://www.islamicfi.com/arabic/fondation/production.osp ، اطلع عليه يوم 2022/05/20، على الساعة 19:00 .

4- http://www.etudiantdz.net ، إطلع عليه يوم 2022/05/26، على الساعة 21:00 .

ثانيا- باللغة الفرنسية :

1-Andry et Rau، droit civile français،.7° édition، dalloz، paris.

2-PH Smiler، cautionnement et garanties autonomes، 2e édition ، dalloz، paris.

3-R. Tender، le cautionnement، 2° édition، dalloz ، 1981.

4-Mazeaud، leçon de droit civil، 5e édition، Dalloz، Paris، 1999.

5-PH.malanrie L.Aynes، droit civil، les sûretés، 2 édition dalloz، paris، 1999

الفهرس

إهداء

شكر و تقدير

مقدمة..... 01

الفصل الأول : الإطار المفاهيمي الكفالة..... 07

المبحث الأول: ما هية الكفالة 08

المطلب الأول : مفهوم الكفالة 08

الفرع الأول : تعريف الكفالة 09

الفرع الثاني: خصائص الكفالة 19

المطلب الثاني : تمييز عقد الكفالة عن بعض الأنظمة القانونية الأخرى المشابهة لها.... 29

الفرع الأول : عقد الكفالة و التضامن بين المدنيين 30

الفرع الثاني : الكفالة والإنابة الناقصة..... 31

الفرع الثالث : الكفالة و الإنابة الكاملة 32

المبحث الثاني : إبرام عقد الكفالة و إثباته..... 35

المطلب الأول : أركان الكفالة 35

الفرع الأول : الرضا 35

الفرع الثاني : المحل 38

الفرع الثالث : السبب 48

المطلب الثاني : إثبات عقد الكفالة و كيفية تفسيره 52

الفرع الأول : إثبات عقد الكفالة 52

الفرع الثاني : التفسير الضيق لعقد الكفالة..... 54

الفصل الثاني : الوسائل القانونية لعقد الكفالة 57

المبحث الأول : أثار عقد الكفالة 58

المطلب الأول : العلاقة بين الكفيل و الدائن..... 58
الفرع الأول : مطالبة الدائن للكفيل و الضوابط التي تحكم ذلك 60
الفرع الثاني : الدفوع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة 64
المطلب الثاني : العلاقة بين الكفيل و المدين..... 85
الفرع الأول : طرق الرجوع الكفيل على المكفول عنه بالدعوى الشخصية الدعوى الكفالة 86
الفرع الثاني : طرق الرجوع على المكفول عنه بدعوى الحلول 91
الفرع الثالث : دراسة الحالة تعدد المدينين و الكفلاء في الدين 93
الفرع الرابع : رجوع الكفيل بعد الوفاء على غيره من الكفلاء المتضامنين والغير المتضامنين 93
المبحث الثاني : طرق انقضاء عقد الكفالة 97
المطلب الأول : القضاء الكفالة بالتبعية لانقضاء الالتزام الأصلي و ما يعادله..... 98
الفرع الأول : انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء 98
الفرع الثاني : انقضاء الالتزام الأصلي بما يعادل الوفاء 100
الفرع الثالث : إنقضاء الإلتزام الأصلي بدون وفاء 112
المطلب الثاني : إنقضاء الكفالة بصفة أصلية 118
الفرع الأول : الأسباب العامة لإنقضاء إلتزام الكفيل 118
الفرع الثاني : الأسباب الخاصة لإنقضاء الكفالة بصفة أصلية 119
الخاتمة 123
قائمة المراجع 128

مـلخص مذكرة الماستر

بعد الدراسة المفصلة لعقد الكفالة باعتبارها من التأمينات الشخصية وباعتبارها سببا في تقوية ائتمان المدين تبين لنا أن الدائن يتعرض إلى جملة من المخاطر فإنه يبقى مجرد دائن عادي ، فرغم الضمانات التي تقدمها للكفيل وذلك في رجوعه على المدين وحلوله محل الدائن في مواجهة المدين ، تبقى أنها لا تقدم الضمان الجدي للدائن الذي يبقى مجرد دائن عادي يتزاحم معه الدائنين العاديين الآخرين ويكون معهم على قدم المساواة عند استيفاء حقه أي عند قسمة أموال المدين ، فالدائن بذلك قد يكون أمام خطر في حالة إعسار الكفيل الذي يضل قائما إلى جانب خطر إعسار المكفول .

فالكفالة تقدم للدائن ضمانا عاما يكون وبقية الدائنين على قدم المساواة ، وفي حالة عدم كفاية أموال المدين فإن ذلك يؤدي بطبيعة الحال إلى عدم حصول كل دائن على كامل حقه من المدين .

الكلمات المفتاحية:

1/....الكفالة 2/.أركان الكفالة 3/.إثبات عقد الكفالة / إنقضاء عقد الكفالة5/الاسباب

Abstract of The master thesis

After a detailed study of the surety contract as one of the personal insurances and as a reason to strengthen the credit of the debtor, it became clear to us that the creditor is exposed to a number of risks, so he remains just an ordinary creditor. Serious security is offered to the creditor who remains just an ordinary creditor competing with other ordinary creditors and is with them on an equal footing when fulfilling his right, i.e. when dividing the debtor’s funds.

The surety provides the creditor with a general guarantee that is equal to the rest of the creditors, and in the event of insufficient funds of the debtor, this naturally leads to the failure of each creditor to obtain his full right from the debtor.

key words:
./1guarantee 2/. Elements of guarantee 3/.Proof of the guarantee contract/expiration of the guarantee contract/5.reasons