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

عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: حقوق. التخصص: القانون القضائي

من إعداد الطالب(ة): بوشاشي رياض تحت إشراف الأستاذ(ة): بن سالم كمال

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ: بلبنة محمد رئيسا

الأستاذ:. بن سالم كمال مشرفا مقررا

الأستاذ: بن عيسى قدور مناقشا

السنة الجامعية: 2023/2022

تاريخ المناقشة: 2023/6/22

إهداء

كثيرون أولئك الذين يستحقون مني هذا الإهداء لما لهم من فضل علي في حياتي و على رأسهم من قال ربي في كتابه الكريم ﴿ ۞ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ۚ إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُل لَّهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا﴾(الإسراء 23)

إلى نبع الحنان و الحب إلى من وجدت صدرها احن علي من فرش الحرير أمي

البك يا من غمرتني بحبك وعطفك وزرعت بنفسي حب فعل الخير حبيبي أبي

إلى أخي عبد الحميد و أختي إيمان

إلى الأساتذة الأفاضل الذين تتلمذت على أيديهم ونهلت علومهم

إلى كل من لم تسعهم هذه الأسطر

إلى هؤلاء اهدي هذا العمل المتواضع اعلم انه لا يرقى إلى مكانتهم لكنه يبقى عربونا للمحبة الصادقة.

أملا من الله أن يوفقني إلى ما هو أعلى و أفضل

شكر و تقدير

جاء في الأثر من لا يشكر الناس لا يشكر الله

ومن هذا المنطلق و حرصا مني على رد و لو بعض الجميل للذين آزروني و ساعدوني وقدموا لي يد العون

.

فاني أقدم شكري الخالص للأستاذ الدكتور بن سالم الذي لم يبخل علي من وقته و علمه فكان خير سند إلى أعضاء لجنة المناقشة لتكرمهم بقبول تقييم هذا العمل المتواضع.

ويبقى الشكر الكبير لعائلتي ففضلهم اكبر من أن تسعه هذه السطور.

المقدمة العامة

مقدمة

قد لا يكفي الضمان العام الذي للدائن على مجموع أموال مدينه و إذا لم يكن الالتزام مضمونا بتأمين آخر فثمة خطر شديد يهدد الدائن، فمن التتبع فإن الدائن لا يمكنه أن يقتضي حقه من الأموال التي خرجت من ذمة مدينه المالية ما لم يكن خروجها قد حصل بطريق الغش ناحية يستطيع المدين في الفترة ما بين نشوء الحق و بين مطالبة الدائن به أن يتصرف في أمواله و لعدم وجود حق.

كما أن الدائن الذي ليس له حق الأفضلية أو التقدم يجد نفسه في تزاحم مع الدائنين الآخرين فيتعرض لقسمة الغرماء و قد لا يوفي إلا ببعض حقه إذا أعسر المدين.

و لتفادي هذا الخطر المزدوج فإن المشرع منح للدائن وسيلة للمحافظة على بها يضمن استفاء دينه مهما كانت الظروف و تتمثل هذه الوسيلة في التأمينات التي هي أداة للثقة و الائتمان.

نص المشرع الجزائري على عدة أنواع من التأمينات، فتنقسم هذه الأخيرة من حيث مصدرها إلى نوعين: تأمينات قانونية و تأمينات اتفاقية.

أما التأمينات القانونية فهي تلك التأمينات التي يرتبها القانون لحق ما فيجعل له مركزا ممتازا بصرف النظر عن إرادة الدائن و دون ما حاجة إلى إبداء رغبته، و هذا ما يعرف بحقوق الامتياز.

و التأمينات الاتفاقية فهي تلك التي تنشأ عن إرادة الطرفين كالرهن و الكفالة.

و تنقسم التأمينات من حيث موضوعها إلى تأمينات شخصية و تأمينات عينية، فالتأمينات العينية هي التي تنصب إما على جميع أموال المدين أي جميع منقولاته و عقاراته ففي هذه الحالة تدعى بالتأمينات العينية العامة و إما تنصب على عين معينة أو أعيان معينة من أموال المدين و هنا نكون أمام تأمينات عينية خاصة أما التأمينات الشخصية فتنشأ من تدخل شخص ثالث هو الكفيل الذي يضمن الوفاء بالالتزام في حالة تقاعص أو إعسار المدين الأصلي و عدم قدرته على الوفاء بالدين الذي في ذمته.

هذا ويتحدد مجال دارستنا القانونية بالرجوع إلى النصوص القانونية للقانون المدني والقانون التجاري بالإضافة إلى الإعتماد على الآر اء الفقهية القانونية.

فعقد الكفالة طرفاه دائن وكفيل، هذا الأخير ليس بمدين ولكنه يضمن إلتزام المدين إذا لم يف بالدين، وهذا ما يؤكد خطورة المركز القانوني للكفيل، لذلك فإننا نثير الإشكالية التالية : هل الضمان الشخصي المتمثل في عقد الكفالة قادر على توفير الحماية القانونية المثلى واللا زمة لكل من الدائن والمدين والكفيل؟ وما مدى فعالية هذه الحماية إن وجدت ؟

وما مدى قدرة النصوص القانونية المنظمة لعقد الكفالة عمى مواكبة المستجدات والتطورات الاقتصادية الحالية ؟

للإجابة عن هذه التساؤولات إتبعنا المنهج التحليلي لإيضاح كل ما يتعمق بأحكام عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري ، كما قسمنا موضوع المذكرة إلى فصلين، حيث خصصنا الفصل الأول للإطار ألمفاهيمي لعقد الكفالة، و الذي قسمناه بدوره إلى مبحثين، فتناولنا في المبحث الأول ماهية عقد الكفالة، أما المبحث الثاني أركان وشروط عقد الكفالة، أما الفصل الثاني فخصصناه أثار عقد الكفالة ، حيث تناولنا في المبحث الأول مفهوم عقد الكفالة، بينما تناولنا في المبحث الثاني أركان وشروط عقد الكفالة.

وأنهينا بحثنا بخاتمة تطرقنا فيها إلى التوصل الى اهم النتائج والتوصيات .

المبحث الأول : ماهية عقد الكفالة

المادة 644 في القانون المدني فيجب عمينا أن نقوم بتحليل هذا أورد المشرع تعريف الكفالة في التعريف وبيان عناصره. ثم يمكننا بعد ذلك أن نستخلص منه الخصائص المميزة للكفالة، وعلى ضوء ذلك سوف نتعرض أولا لتعريف الكفالة ، ثم يمكننا بعد ذلك أن نبين ثانيا خصائص الكفالة وبيان أنوعها.

المطلب الأول : مفهوم عقد الكفالة

لقد نظم المشرع الجزائري عقد الكفالة في القانون المدني من خلال الكتاب الثاني تحت عنوان الالتزامات والعقود، الباب الحادي عشر ، المعنون ب«عقد الكفالة»

الفرع الأول : تعريف الكفالة

نصت المادة 644 من التقنين المدني الجزائري على مايلي : «الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ لإلتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه 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 ثم 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 تتم الكفالة من جهة أخرى دون علم المدين، وحتى رغم معارضته .

ترد الكفالة على أي التزام مهما كان نوعه ما دام يمكن تقديره نقدا ا ما يترتب على تنفيذه كالحكم بالتعويضات. –(1)

2)– د/ زهية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الامل، الجزائر

فالكفالة بما أنها ترتكز على إلتزام أصلي، وتعمل على الوفاء به في تابعة دائما له ومن ثمة فهي ترتب إلتزام شخصي في ذمة الكفيل محمله الوفاء بالإلتزام الأصلي إن لم يف به المدين ومنه لا يكون مصدر الإلتزا م 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(1).

هذا ومما تجدر الإشارة إليه أنه لا ينبغي أن يفهم من العبارة الأخيرة الواردة بنص المادة 644 من قانون مدني جزائري «إذ لم يف به المدين نفسه» أن إلتزام الكفيل معمق على شرط واقف ، لأن إلتزام الكفيل بأن يترتب في ذمة الكفيل بمجرد إنعقاد الكفالة ، من هذا التنصيص العمل على إبراز الصفة الإحتياطية به للكفالة، والتي تجعل الكفيل ملتزم الدرجة الثانية، بمعنى أن الدائن ملزم بأن يطالب الكفيل أولا وهو ما نصت عليه المادة 660 من القانون المدني الجزائري (2) وأن يبدأ بالتنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال الكفيل أيضا وهو الذي سنتعرض له بالتفصيل عند دارستنا 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 ادائه وذلك بضم ذمته المالية لضم المدين وهذا ما نصت عليه أيضا المادة 2011 من التقنين المدني الفرنسي .

من هذا التعريف بين الكفالة عقد يتم بين الدائن والكفيل دون المدين بل انه لا يشترط في عقد الكفالة موافقة أو رضا المدين بل يمكنه أن يتم بدون علمه ورغم معارضته المادة 885 مدني ومع ذلك فان المدين ليس بغريب تماما على عقد الكفالة حيث أن هذا العقد ما تم إلا يضمن التزام هدا لدائنه وبالتالي ليوفر له الثقة والائتمان لدى دائنه ويمنح هذا الأخير الأمن والأمان (3)

وبين أيضا من هذا التعريف أن الكفالة ترتكز على التزام أصلي و تعمل على ضمان الوفاء به فالكفالة ترتب التزاما شخصيا في ذمة الكفيل محله الوفاء بالالتزام الأصلي إذا لم يف به المدين و التزام الكفيل التزام بات ترتب في ذمة الكفيل بمجرد انعقاد الكفالة و إنما يراد من

هذا إبراز الصفة الاحتياطية بالكفالة والتي تجعل الكفيل ملتزما من الدرجة الثانية بمعنى أن الدائن ملزم بان يطالب أولا المدين وإنما يراد من هذا التعليق إبراز الصفة الاحتياطية بالكفالة والتي تجعل الكفيل ملتزما من الدرجة الثانية بمعنى أن الدائن ملزم بان يطالب أولا المدين وان يبدأ بالتنفيذ على أموال المدين قبل التنفيذ على أمواله.

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

ففي كل هذه الأحوال لسنا بصدد كفالة بالمعنى القانوني الذي أوضحنها أي كتامين شخصي وإنما بصدد نوع من أنواع التأمينات العينية وهو الرهن الحيازي وتسري بالتالي عليه أحكام هذا الرهن(4)

الفرع الثاني: خصائص عقد الكفالة

يمكن تحديد خصائص عقد الكفالة من التعريف السابق إبرازه كالتالي :

أولا – عقد الكفالة عقد ضمان شخصي

تضمن الكفالة وفاء المدين بالدين فهيي 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 لوفاء للدائن أن الكفيل يضم ضمانه العام إلى الضمان العام للمدين، ويرد هذا على كل مفردات العنصر الإيجابي في ذمته المالية، والطابع الشخصي للكفالة يميزيها عن الكفالة العينية التي يقدم الكفيل فيها مالا معينا لضمان الوفاء بدين المدين وهو لا يضمن الوفاء إلا في 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 وان كانت تجنبه مخاطر إعسار مدينه إلا أن الإحتمال نفسه لايزال قائما 5 أيضا بالنسبة للكفيل، لكن في الوقت الحاضر، أصبح الضمان الذي تقدمه الكفالة أكثر أمانا.

---

(3). Andry et Rau, droit civil francais ، . 28 p , paris , dalloz.edit 7e –

- PH Smiler. Cantionnement et garanties autonomes, 2e edit , P5 (4).

2/ عقد الكفالة ملزم لجانب واحد

الالتزام الذي ينشئه هذا العقد.وإذا تلقى الكفيل ويقصد بها الكفيل وحده من يتحمل عوضا مقابل كفالته لعميله فان هذا العوض يتلقاه من عميله لا من دائن هذا العميل وهو في صدد تامين اعتماد ومن خلال هذا فان العقد الذي يتلقاه البنك مقابل العوض ليس عقدا ملزما لجانب واحد ناتج بين مصدر هذا العوض،وانه إذا كانت الكفالة المصروفة مصدرا لالتزامات متبادلة بين البنك الكفيل والدائن ،كما انه لو تم الاتفاق بينهما على أنقاض عن الدين المكفول أو أرجاء ميعاد استحقاقه (6).

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 نص المادة السالف ذكرها

- R Tender le cautionnement, dalloz , 1981, P 129.(5)

- محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك "دراسة مقارنة(6).

بالتنصيص على الكتابة كشرط لإثبات و لو قلت القيمة عن 100.000 دج ، هذا وفي الوقت 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 سنده الكتابي بسبب أجنبي خارج عن إرادته (7). على دليل كتابي أو إذا فقد الدائن 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(8).

رابعا– الكفالة عقد تبرعي

المعتاد أن الكفالة بدون مقابل وعليه تكون الكفالة بالنسبة أليه من أعمال التبرع وتطبق عليها قواعد التبرع من حيث الأهلية اللازمة لإبرام عقود التبرعات وكذلك من حيث الطعن بالدعوى البوليصية أما فيما يخص الدائن فتعد الكفالة من الأعمال النافعة نفعا محضا. وتصبح الكفالة من عقود المعاوضة بالنسبة للكفيل إذا التزم بها نظير مقابل سواء كان هذا المقابل من الدائن أو المدين (9).

---

(7) Mazeaud leçons de droit civil . 5e edit, Dalloz, paris, p45

(8) ph malanrie l . aynes droit civil , les suretés , 2 e édit no 103 , – p 50

(9) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص ص 18 ، 19 .

الفرع الثالث : تمييز عقد الكفالة عن بعض الأنظمة القانونية الأخرى المشابهة لها

كان لابد من التمييز بين الكفالة وبعض النظم المشابهة لها فنميز ما بين الكفالة والتضامن،الكفالة والانابة الناقصة، الكفالة والانابة الكاملة، الكفالة والتعهد عن الغير.

اولا– عقد الكفالة والتضامن بين المدينين

إن التضامن بين المدينين أو التضامن السلببي هو أن يتعدد المدينون بدين واحد قابل للانقسام 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 مدين شاء بالدين بأكمله، كما يكون لكل مدين أن يبرى ذمته وذمة سائر المدينيين بالوفاء بكل الدين للدائن .

وفي هذا الوضع استثنائي، وخروج على قاعدة انقسام 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.(10)

تكمن أهمية التضامن السلببي 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 احتياطي لالتزام المدين الأصلي، ينقضي بإنقضاء الدين المكفول(11) . وهذا معناه للدائن أن يطالب أي مدين شاء بالدين بأكمله كما يكون لكل مدين أن يبرا ذمته وذمة سائر المدينين بالوفاء بكل الدين للدائن، والرجوع عليهم بما يؤد به من الدين عنهم بقدر ، نصيب كل منهم.

---

(10)د/ بمحاج العربي، أحكام الإلتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائري، 2012 ، ص 257.

(11)فإن كان أحدهم معسرا قسمت حصة المعسر عمى الباقين، بحيث يتحملوا نتيجة الإعسار فيما بينهم.

ثانيا– عقد الكفالة والإنابة الناقصة

المقصود بالإنابة أن يلتزم شخص ثالث بالوفاء بالدين مكان المدين، فإذا قامت الإنابة صحيحة برأ ت ذمة المنيب و أدى إلى إنقضاء الالتزام بالإنابة في الوفاء.

ومن هنا فإنا للإنابة ثلاث أطراف : المنيب (و هو المدين الأصلي) و مناب (و هو الشخص الأجنبي كالذي يلتزم بتحمل الدين والوفاء به مكان المدين) ، والمناب لديه (و هو الدائن). و الإنابة لا تقتضي أن لا 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 وفي عنه من الدين.

وبمقتضى الإنابة يحل الشخص الأجنبي (المناب) محل المدين (المنيب) في الوفاء لمدائن، ومن ثم فإن المناب لديه (الدائن) ليس طرفا في الإنفاق الذي يتم بين المنيب والمناب ، ولكنه .قبوله يشترط مع ذلك لقيام الإتفاق صحيحا. (12)

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

الإنابة الناقصة : هي الإنابة التي لا تتضمن تحديدا بتغيير المدين، حيث يظل المدين الأصلي 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. (المنيب) ملزما

---

(12)د/ بالحاج العربي ، المرجع السابق ،ص 317 .

(13)د/ بالحاج العربي ، المرجع السابق ،ص 319 .

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 لذات الدائن وبنفس الدين (13).

ثالثا– الكفالة والإنابة الكاملة

تعرف الإنابة الكاملة عمى أنها اتفاق على أن ذمة المنيب تبر أ 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 التزام المدين.

هذا ولا وجه للالتباس بين فكرة الإنابة الكاملة والكفالة، لأن الإنابة الكاملة تنطوي على تجديد للالتزام بتغيير المدين، فالمدين الأصلي (المنيب) يختفي ليحل محله مدين جديدا(لمناب).

ويكمن أن يثور الإلتباس بصدد الإنابة الناقصة والكفالة اي بين الكفيل والمناب والذي يكمن في فكرة التبعية، فالمناب يلتزم بدفع دين الغير إلتزما 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 لديها (الدائن).

أما بالنسبة للكفيل فإن إلتزامه تابع للالتزام الأصلي ومن ثم يجوز لو كما أرينا أن يدفع في مواجهة الدائن بضرورة رجوعه على المدين الأصلي أولا، ولو أن يتمسك في مواجهته بضرورة التنفيذ على أموال المدين قبل الشروع في التنفيذ على أموال الكفيل . (14)

رابعا– الكفالة والتعهد عن الغير

التعهد عن الغير هو الحالة التي يتعاقد فيها الشخص مع شخص آخر على تعيده 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، فيه 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.

وللغير الحرية في قبول الإلتزام أو رفضه، فإذا رفض الغير القيام بالتنفيذ ما تعيد به المتعهد، فإن هذا الأخير يكون قد أخل بإلتزامه الأصلي، ويلتزم بتعويض المتعهد لو 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 الالتزام الذي كان من المفروض أن ينفذه الغير، إلا أن هذا الاعتقاد غير صحيح، لأن الغير لم يوجد عليه إلتزام أصلا حتى ينفده المتعهد بدلا منه، وانما يقوم المتعهد بتنفيذ التزامه هو، وهو إلتزام أصلي وليس تابعا، ويتم ذلك عن طريق التنفيذ بمقابل أنه ينفذ إلتزاما بديلا لإلتزامه ، أما الكفيلا فإلتزامه تابع لأنه يقوم بتنفيذ التزام المدين إذا لم يقم به.

---

(14)د/ محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائري، بدون نشر التاريخ ص 59.

المطلب الثاني: أنواع عقد الكفالة

يمكن إجراء أكثر من تقسيم للكفالة بسبب الزاوية المنظور إليها منها.

-من حيث المصدر : تكون الكفالة إما إتفاقية، قانونية أو قضائية.

-من حيث الطبيعة : هناك الكفالة المدنية والكفالة التجارية.0

-من حيث المحل : تكون كفالة شخصية (بسيطة أو تضامنية)أو عينية.

الفرع الأول : أنواع الكفالة من حيث المصدر

أولا- الكفالة الإتفاقية

هي التي تنشأ إتفاق المدين مع الدائن على تقديم كفيل يضمن دينه، ويكون هذا الإتفاق هو مصدر إلتزام المدين بتقديم الكفالة، سواء تم الإتفاق من قبل نشوء الدين في ذمة المدين أو بعد ذلك.

ويعد من قبيل الكفالة الإتفاقية سعي المدين للحصول عمى كفيل يضمنه ويقدمه لمدائن 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 والتزامه بذلك في مواجهة الدائن، حتى ولو يعمم بها هذا الأخير أو حتى رغم معارضته، حيث يكون مصدر إلتزام الكفيل هذا هو الإرادة المنفردة، وهي مصدر ارادي يقيد به وتعتبر هاتين الحالتين من قبل الكفالة الإتفاقية

ثانيا -الكفالة القانونية

تكون الكفالة قانونية في الأموال التي يوجب فيها عمى المدين تقديم كفيل لمدائن، ومثال ذلك نص المادة 960 من القانون المدني الجزائري والتي تلزم المنتفع بالمنقول أن يقدم لمالك الرقبة

كفالة ضمان للوفاء بإلتزامه أو برد المنقول أو بدله. (15)

وأيضا ما تضمنته 211/ 2 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على" يسقط حق المدين إذا إذا شهر إفلاسه وفقا لنصوص القانون ، انقص بفعله إلى حد كبير ما من تامين . في الأجل لدائن خاص ، و لو كان هذا التامين قد أعطي بعقد لاحق أو 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. . . "

ثالثا – الكفالة القضائية

تكون الكفالة قضائية في الحالات التي يكون مصدر إلتزام المدين فيها بتقديم كفيل بحكم من من القانون المدني الجزائري ،مثل جاءت به المادة2/717 من ق م ج ، حيث إذا وافقت المحكمة القاضي، مثلا على قرار الشركاء الذين يملكون على الأقل ¾ من المال الشائع بإجراء تغييرات أساسية في العقود فإن لها أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق له من تعويضات .

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 677 ق م ج على انه : " يكون الكفلاء في الكفالة القضائية أو القانونية دائما متضامنيين "(16)، 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.(17)

---

(15)عوادي سمية، خاوة إسمهان، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، رسالة ماجستير،كلية الحقوق ، جامعة باجي مختار،عنابة ، 2011- 2012 ص 30.

(16) يطابق نص المادة 295 من القانون المدني المصري

الفرع الثاني : 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.

أولا: 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 عمى مقابل، وهو ما أكدته المادة 760 من القانون المدني ق م ج، ويترتب على ذلك أن الكفالة تعتبر مدنية ول كان الكفيل يضمن دين تجاري أو وليد علاقة تجارية بين المدين والدائن، حتى ولو كان الكفيل لدي الأهلية التجارية ويقوم بممارسة نشاط تجاري ، طالما أن الكفالة تمت على سبيل التبرع.

ثانيا: – الكفالة التجارية

إستثنت المادة 2/651 من ق م ج حالتين، إعتبرت فيهما أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا إحتياطيا وان أي تظهر ليا يجعلها عمل تجاري. فالضمان الإحتياطي يقصد به ضمان الإلتزام الناشئ من الورقة التجارية ويتم ذلك بكتابته على الورقة التجارية ذاتيا أو كتابته على الورقة التجارية المتصلة بها أو في ورقة مستقلة وهو ما أكدته المادة409 من القانون التجاري(18). أما بالنسبة للتظهير، فعلى الرغم من إعتبار المشرع تظهيرها بمثابة كفالة تجارية، إلا أن البعض الآخر ذهب لإعتبارها صورة من صور الرهن الحيازي للورقة التاريخية.

---

(17)7106 ، على الساعة 09:31 /13/ اطمع عميو يوم 07 ، http//boubidi – .blogspot.com/2012/03html

(18) د/ أحمد محمود سعد، المرجع السابق ، ص 136

الفرع الثالث : أنواع الكفالة بحسب محلها

أولا : – 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 .(19)

ثانيا :– الكفالة العينية

وهي تأمين عيني حيث يقدم الكفيل مالا (عقار أو منقول) مملوكا له لضمان الوفاء بإلتزام في ذمة شخص آخر ويسمى الكفيل هنا بالكفيل العيني، حيث يقوم برهن عقار أو منقول بملكه لضمان الوفاء بإلتزام 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 :

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

2– الكفالة العينية تجعل الدائن في مركز خاص وممتاز بحيث تجنبه خطر إعسار.

---

(19)ليونسي حداد نادية، " عقد الكفالة في القانون المدني " ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية،العدد 4الصادرة سنة 1999ص11.

(20)د/ أحمد شرف الدين، التأمينات العينية، د ا ر النهضة العربية، بدون تاريخ النشر، الإسكندرية ، ص 93.

المدين والكفيل، بحيث يكون له إلى جانب الضمان العام للدين سلطة التنصيب على الشيء المقدم من الكفيل ، رهنا رسميا أو حيازيا وهي السلطة التي تخوله حق التتبع والأولوية في إستفاء الثمن بعد بيعه(20) . أما فيشترك مدين آخر الكفالة الشخصية تقوم على فكرة تعدد المسؤولين عن تنفيذ الإلتزام مع المدين الأصلي في المسؤولية عن الوفاء بالدين وبذلك يستطيع الدائن الرجوع عليه ضم ذمة أخرى إلى ذمة المدين، وبذلك يقوى الضمان العام الذي للدائن فيستطيع الرجوع على الكفيل بالإضافة إلى الضمان العام الذي له على أموال مدينه.

المبحث الثاني: اركان وشروط عقد الكفالة

نقسم هذا المبحث الى مطلبين اركان عقد الكفالة (المطلب الاول)وشروط عقد الكفالة (المطلب الثاني)

المطلب الاول : اركان عقد الكفالة

ان عقد الكفالة كغيره من العقود الرضائية لايتم الا بتوافر اركانه الثلاثة من تراضي- محل وسبب

الفرع اول :التراضي

عقد الكفالة كغيره من العقود , قوامه التراضي الذي هو الأساس الطبيعي لكل عقد إذن هو عقد رضائي ، إذ يجب لقيام الكفالة تطابق إرادتي الدائن والكفيل دون اشتراط أي شكل خاص ، ودون حاجة إلى رضا المدين ، لأنه ليس طرفا في عقد الكفالة.

- لم كان عقد الكفالة من العقود الخطرة بالنسبة للكفيل ويلزم أن يكون رضا هذا الأخير صحيحا.(21)

1- أهلية الكفيل:

يجب أن تتوفر في الكفيل أهلية التبرع وبالغا من العمر 19 سنة كاملة وغير محجور عليه وإلا وقعت الكفالة باطلة ، وعلى ذلك لا يجوز للمحجور عليه ولا القاصر أن يكفل الغير متبرعا لأن الكفالة بالنسبة له تصرف ضارا ضررا محضا، كما لا يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يبرم عقد الكفالة باسم ناقص الأهلية أو المحجور عليه و لو بإذن من المحكمة، إذ لا يجوز التبرع بأموال القصر أو المحجور عليهم. لكن: إذا كانت الكفالة تتم بمقابل التزم به

سواء الدائن أو المدين فيجب توفر أهلية التصرف في الكفيل، فلا يجوز لناقص الأهلية و المحجور عليه إبرام عقد الكفالة، أما إن أبرمه فيكون العقد قابلا للإبطال ما لم تلحقه الإجازة.

و يجوز للولي أو الوصي إبرام عقد الكفالة إن كان بمقابل بشرط الحصول على إذن القاضي(22)

2-أهلية الدائن: لا تشترط فيه إلا أهلية التعاقد، فيكفي أن يكون شخصا مميزا، لأن عقد الكفالة بالنسبة له نافع نفعا محضا. أما إن كانت الكفالة بمقابل التزم به الدائن، فيجب توفر أهلية التصرف.

أهلية المدين: بما أنه ليس طرفا في عقد الكفالة فلا يشترط وجود الأهلية.

عيوب الرضا *:حتى يكون عقد الكفالة صحيح فإنه يجب طبقا للقواعد العامة أن يكون الرضا سليما غير مشوب بأي عيب من عيوب الرضا: الغلط ، الإكراه ، التدليس.

الفرع الثاني : المحل

محل التزام الكفيل هو ضمان تنفيذ الالتزام الأصلي والوفاء به إذا لم يفي به المدين نفسه . ولذلك إذا كان الالتزام الأصلي غير موجود أو وجد ثم أبطل أو وجد صحيحا ثم انقضى لا يكون لالتزام الكفيل محل ، ومن ثم يقع باطلا.

-إذن محل التزام الكفيل هو الالتزام الأصلي ، أي ما يسمّى بالتزام المكفول وهذا الالتزام يمكن كفالته أيا كان مصدره وأيا كان محلّه.

-من شروط الالتزام المكفول أن يكون موجودا وصحيحا وأن يكون معيّنا أو قابلا للتعيين.

ا- وجود هذا الالتزام (الالتزام المكفول) :

حتى يكون التزام الكفيل ممكنا يجب أن يكون الالتزام الأصلي موجودا ولكن هذا لا يمنع ان يكون الالتزام الأصلي مستقبليا أو شرطيا.

---

(21)د.كتور رمضان ابو سعد ، المرجع السابق ص. 61

(22)محاضرات الأستاذ خلوفي ، القانون المدني - عقد الكفالة – كلية الحقوق سنة2010

-كفالة الالتزام المستقبلي:

لقد ورد حكم كفالة الالتزام المستقبلي في نص المادة 650 من القانون المدني التي تقضي بأنه :

"تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول ، كما تجوز الكفالة في الدين المشروط ، غير أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة ، كان له أن يراجع فيها في أي وقت ما دام الدين المكفول لم ينشا ."

مثال : كفالة الاعتماد الذي يفتحه البنك لأحد عملائه قبل أن يقبض المدين شيئا من الاعتماد يستطيع شخص تقديم كفيل يضمنه فيما عسى أن يشتريه من متجر معين فيكون الكفيل ضامنا لثمن البضائع التي سيشتريها المدين الأصلي.

-كفالة الالتزام الشرطي:

الشطر الثاني من المادة 650 ق م ج : "... كما تجوز الكفالة في الدين المشروط" . معنى الدين المشروط أن لا يعين محلّه ، أي تطبيقا للقواعد العامة تجوز كفالة الدين الشرطي سواء كان الدين الأصلي معلقا على شرط واقف أو معلقا على شرط فاسخ.

وبصفة عامة أن الكفالة لصفتها التبعية معلقة على الشرط المعلق عليه الدين الأصلي إذا كان الالتزام الأصلي معلقا على شرط واقف ، يكون التزام الكفيل معلقا على ذات الشرط فإذا تخلف الشرط الواقف زال الدين الأصلي بأثر رجعي وأعتبر كأن لم يكن ويزول معه بالتبعية التزام الكفيل ويعتبر كأن لم يكن ، أما إذا تحقق الشرط الواقف تأكّد الالتزام الأصلي أي ينفذ بأثر رجعي وينفّذ التزام الكفيل بالتبعية.

أما إذا تحقق الشرط الفاسخ فإن الدين الأصلي ينفسخ بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن وينفسخ بالتبعية التزام الكفيل.

ب-أن يكون الالتزام المكفول صحيحا :

إن فكرة تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي تهيمن على كل أحكام الكفالة ومن هنا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا فإن الكفالة تكون صحيحة وهذا استنادا إلى المادة 648 من القانون المدني.

وبناء على هذا نطرح السؤال التالي :

-ما حكم كفالة الالتزام الباطل والالتزام القابل للإبطال ؟

-حكم كفالة الالتزام الباطل : هي كفالة باطلة أيضا لأن الكفالة عقدا تبعيا أي أن التزام الكفيل يتبع الالتزام الأصلي بصحّته وبطلانه مثل : دين المقامرة ، دين ربا فاحش ، انعدام الأهلية في عقد الدين.

-حكم الالتزام المكفول القابل للإبطال : فإن الكفالة أيضا قابلة للإبطال والقابلية للإبطال تعني أن الالتزام صحيح ومنتج لآثاره حتى يحكم ببطلانه ، فإذا جاء حكم ببطلانه بناءا على طلب المدين سقطت الكفالة تبعا لذلك ، أما إذا أصبح الالتزام الأصلي القابل للإبطال صحيحا بالإجازة فإن هذا الالتزام يصبح صحيحا نهائيا بالنسبة للكفيل ، ويستطيع الكفيل أن يتمسّك بإبطال التزامه نتيجة لقابلية الالتزام الأصلي للإبطال ، إذا للكفيل أن يحتجّ بكافة الأوجه التي عند المدين نفسه.

ج-أن يكون الالتزام المكفول معينا أو قابلا للتعيين :

إن هذا الشرط ليس شرطا خاصا بالكفالة وإنما هو شرط عام بالنسبة لجميع العقود ، أي أن يكون التزام المكفول معينا أو قابلا للتعيين ، كأن يعيّن أطراف هذا الالتزام " الدائن والمدين " ويعيّن محلّه الدين ومصدره.

فتعيين أطراف الالتزام يشمل ذكر اسم الدائن ولقبه وسنّه ومهنته ومكان إقامته ويعيّن أيضا المدين باسمه ولقبه وسنّه ومهنته ومكان إقامته.

تعيين محل الالتزام المكفول كأن يذكر أن التزام المكفول هو مبلغ قدره 10000 دج أو بضاعة يحدّد نوعها ومقدارها فالتزام الكفيل يكون في حدود هذا المبلغ والمقدار ولا يتخطاهما.

تعيين الالتزام المكفول من حيث مصدره ، لأنه قد يكون للدائن أكثر من حق قبل مدينه قيمة كل منهما 10000 دج مثلا . ولكن أحدهما مصدره عقد بيع والثاني مصدره عقد قرض فينبغي تحديد أي من الدينين يضمنه الكفيل ، وإلا فإن الكفالة لا تنعقد ، وفي حالة عدم تعيين الالتزام المكفول فهذا لا يعني أنه التزام باطل بل يجوز متى كان قابلا للتعيين وإذا كان يحكم الكفالة مبدأ هام هو ألا يتجاوز التزام الكفيل حدود الالتزام الأصلي ، فلا يوجد ثمّة ما يمنع ان يلتزم الكفيل بأقل من الالتزام الأصلي أي بجزء من الدين الأصلي(24)

الفرع الثالث : السبب

إن مشروعية السبب يبحث عنه في الدافع الذي دفع الكفيل إلى الالتزام ، فإذا كان الكفيل يقصد إسداء جميل أو خدمة للمدين فإنه يكون باعثا مشروعا ، أما إذا كان الباعث غير مشروعا فسبب الالتزام إذن باطل وتبطل الكفالة تبعا لذل.

المطلب الثاني: شروط عقد الكفالة

يجب توفر شروط معينة في الكفيل العامة منها و الخاصة و هي كالآتي

الفرع الاول :الشروط العامة الواجب توفرها في الكفيل

نظرا لكون الكفالة عقد ملزم لجانب واحد و هو الكفيل فيتوجب في هذا الأخير أن يكون ذا أهلية كاملة لأن الكفالة تعتبر من أعمال التصرف لا الإدارة. عكس الدائن الذي يكفي أن يكون مميزا هذا عن الشروط العامة أما الشروط الخاصة فنوجزها كتالي

الفرع الثاني: الشروط الخاصة الواجب توفرها في الكفيل

بالرجوع إلى نص المادة 646 مدني نجدها تنص على شرطين أساسين يجب توفرهما في الكفيل وهما:

1-شرط يسار الكفيل

يجب أن يكون الكفيل في حالة يسر أي أن يكون قادرا على الوفاء بالدين المكفول فيجب أن تكون للكفيل أموال منقولة أو عقارية مما يجوز الحجز عليها و كفاية الأموال من عدمه يخضع للسلطة التقديرية للقاضي. كما أنه و بالرجوع إلى نص المادة أعلاه لانجدها تستوجب أن تكون أموال الكفيل داخل الوطن و هذا على نقيض التشريع الفرنسي (24)'شرط إقامة الكفيل في الجزائر يجب أن يكون الكفيل مقيما بالجزائر إلا أنه لا يشترط فيه أن يكون مقيما في موطن المدين على خلاف ما ورد في بعض التشريعات الأخرى و اشترط هذا الشرط لسهولة الاتصال بالكفيل و التنفيذ على أمواله.

و مما يلاحظ من خلال العمل بالمادة 646 مدني أن هذه الأخيرة لا تتطرق لجنسية الكفيل فيمكن أن يكون الكفيل أجنبيا و لكن تشترط اقامته بالجزائر .

---

(23)د. رمضان أبو سعد ، المرجع السابق ص. 89

(24) : Mazeaud, Droit Civil, troisième édition, premier volume, tome 3 , p25

ملخص الفصل الاول :

في الأخير نخلص أن الكفالة تخضع للأحكام العامة للعقد، فيجب لانعقادها أن تتوفر فيها أركان هذا الأخير، وهي التراضي، السبب و المحل، والتي لا يمكن الاستغناء عنها، وهذا ما تطرقنا له في الفصل الأول.

كما نستنتج كذلك أن عقد الكفالة يتميز عن غيره من العقود، إذ يشتمل ثلاثة أنواع من العلاقات، و هي تتمثل في علاقة المدين بالدائن وهي علاقة أصلية، وكذا علاقة الكفيل بالدائن، وأخيرا علاقة المدين بالكفيل، ولقد أثارت هذه العلاقات جدلا كبيرا بين الفقهاء حول تأثيرها على فكرة السبب وهذا ما سنتعرف عليه خلال الفصل الثاني.

الفصل الثاني

أثارعقد الكفالة

المبحث الاول : العلاقة بين الكفيل والدائن

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 نجاة الكفيل وتعتبر بمثابة آثار ناتجة عن واقعة الدفع، نتطرق لها فيما يلي

المطلب الأول: مطالبة الدائن للكفيل والضوابط التي تحكم ذلك

للدائن الرجوع على الكفيل لمطالبته بالدين متى لم يف المدين بذلك، و نحكم هذه الأخيرة قاعدتين أساسيتين هما :

الفرع الأول: وجوب حلول أجل الدين بالنسبة للكفيل

مُطالبة الدائن للكفيل لا تجوز إلا عند حلول أجل الكفالة والغالب 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 لان التزام الكفيل يمكن أن يكون أخف عبئًا(25) من الالتزام الأصلي، ويستفيد الكفيل من الأجل الممنوح له(26).

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 و ذلك لأن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد عبئا من التزام الأصيل .

2/652المادة(25)

الدكتور محمدي سليمان، مدونة حول التأمينات العينية و الشخصية ص 31، عن ديوان المطبوعات الجامعية 1999.(26)

هذا وأن كل اتفاق بين الدائن والمدين على تعديل أجل الالتزام الأصلي يستفيد منه الكفيل ولكن لا يضار منه فإن مد أجل الالتزام الأصلي فإن الكفيل و يستفيد من هذه المهلة سواء كان مصدرها الاتفاق أو القاضي ولا تجوز أي مطالبة قبل حلول الأجل الجديد، وأن اتفق على تعجيل أجل الالتزام الأصلي فإن الكفيل لا يضار و لا يجوز مطالبة إلا عند حلول أجل الكفالة أي موعد التزامه هو، والسبب يعود إلى الرغبة في حماية الكفيل .

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 ويلتزم بسداد الدين حالًا أم لا يجوز الرجوع عليه قبل الأجل الأصلي المتفق عليه؟

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، وقد تحقق ذلك مما أدى إلى سقوط الأجل المقرر للوفاء، إلا أن الرأي الغالب استقر على أن يبقى هذا الالتزام قائمًا إلى حين حلول أجله، ويظل الكفيل متمتعًا بالأجل الممنوح له ولا يجوز الرجوع عليه قبل حلول هذا الأجل ولو سقط أجل الدين الذي يكفله و ذلك للأسباب التالية :

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 تبرعًا من جهة و بوصفه مدين أيضًا يفسر الشك لصالحه من جهة أخرى .

الفرع الثاني: وجوب رجوع الدائن على المدين أولا قبل رجوعه على الكفيل

القاعدة أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل، وحده إلا بعد رجوعه على المدين و وهذا ما تضمنته نص المادة 1/660، ومؤدي ذلك أن الدائن يلتزم بالرجوع على المدين أولًا، ولا يرجع ابتداء على الكفيل ولكن يمكن للدائن أن يرجع على المدين والكفيل في آنٍ واحد، ويقصد بالرجوع المطالبة القضائية أي رفع الدعوى على المدين والحصول على حكم قضائي بإلزامه ومن ثمة لا تكفي مجرد المطالبة الودية أو إعذار المدين للوفاء بالتزامه، ويرد على هذه القاعدة إستثنائين :

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

إذا كان لدى الدائن سند صالح للتنفيذ على المدين فإن مجرد التنبيه بالوفاء يعتبر في : الثاني ذاته رجوعًا كافيًا 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 تعرّضت دعواه للدفع بعدم القبول، وهذا القيد لا يتعلق بالنظام العام، لذا لا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها وإنما يجب أن يتمسك به الكفيل أمام المحكمة وقد صدر في هذا الشأن قرار عن المحكمة العُليا جاء فيه: {حيث من المقرر قانونًا أنه يتوجب على ديوان الترقية و التسيير العقاري، وبناء 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 أولًا، مما يستوجب معه قبول الدفع}(27).ومن تم 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 ومنه له التنازل عليه .

قرار صادر بتاريخ 29 ماي 2002، رقم 258429 غير منشور بين القرض الشعبي الجزائري وديوان الترقية والتسيير بقسنطين(27).

فهو من هذا المنطق بأخذ حكم المدين المتضامن من حيث حوار مطالبة الدائن له وحده بكل الدين(28)

-يجب أن لا يكون الكفيل متضامنًا مع المدين، لأن الدائن هنا يستطيع الرجوع على الكفيل المتضامن ابتداء دون إمكانية أن يدفع بوجوب الرجوع على المدين(28) وقد طبق المشرع الفكرة بوضوح في المادة 669 مدني عندما أجاز الرجوع على كفيل الكفيل إذا كان متضامنًا مع الكفيل.

وجوب أن يكون في رجوع الدائن على الكفيل مصلحة أو فائدة فلو كان المدين ظاهر الإعسار، فلا فائدة من تمسك الكفيل بوجوب البدء بالرجوع على المدين، وبالمقابل للكفيل التمسك به إن كان للمدين بعض الأموال التي تكفي لسداد بعض الديوان فيرجع الدائن على هذه الأموال ثم يستوفي بقية الدين من الكفيل، وهنا نشير إلى أن القاضي هو الذي يقدر ما إن كانت هناك مصلحة للكفيل، في التمسك بهذا الدفع من عدمه، ويقع على الدائن عبء إثبات إعسار

المدين أو عجزه الظاهر عن الوفاء .

وأخيرا تجدر التنويه إلى أن الدفع بضرورة الرجوع على المدين أولًا يعد من الدفوع الموضوعيّة لأنه لا يتعلق بوجود حق الدائن قبل الكفيل، وهو كذلك ليس من الدفوع الشكلية بل هو كما سبق وأن رأينا دفع بعدم القبول الدعوى لعدم استفاء إجراء لا بد من إستفاته .

المطلب الثاني: الدفوع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة

يوجد شكلين من الدفوع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة نذكرها كالاتي :

الفرع الأول: الدفوع الناشئة عن الدين الأصلي

يحق للكفيل أن يتمسك بجميع الدفوع التي يستطيع المدين التمسك بها، في مواجهة الدائن، ذلك لأن تبعية التزام الكفيل تجعله يتأثر بكل ما يؤثر في الالتزام المكفول.

وقد نصت المادة 1/654 على هذا يقولها: {يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين(29) ، وللكفيل التمسك بهذه الدفوع ولو كان متضامنًا مع المدين}. إذ تنص المادة 666 على أنه {يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين}(30)

فطبقًا 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 الالتزام المكفول، كالدفع بالبطلان لانعدام الرضا المحل السب أو لتخلف الشكل القانوني.

كما له التمسك بالدفوع المؤدية إلى انقضاء الالتزام المكفول كالوفاء، التجديد، التقادم، والوفاء

بمقابل اتخاذ الذمة.

وللكفيل التمسك بقابلية العقد الذي أنشأ للالتزام المكفول للإبطال لأي عيب شاب رضا المدين كغلط أو تدليس أو إكراه، و يتمسك الكفيل بهذه الدفوع باسمه هو لا باسم المدين لأن التزامه يتعلق بالالتزام المكفول ويرتبط به وجودًا وعدمًا، ولذا فله بمُقتضى حق خاص التمسك بكل ما سيؤدي هذا الالتزام أو يؤدي لانقضائه 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 الالتزام المكفول حتى ولو كان المدين قد نزل عن حقه في التماسك بالتقادم.

أما إذا أجاز المدين العقد القابل للإبطال فليس للكفيل الحق في التمسك بهذا السبب إلا أن كان المدين متواطئ مع الدائن للإضرار بالكفيل.

هذا وأن التمسك بقابلية العقد للإبطال بسبب نقص أهلية الكفيل فإن المادة 654 ق.م في فقرتها الأولى نصت على أن: {إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص الأهلية وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد فليس له أن يحتج بهذا الوجه} ويتضح من هذا النص أن الكفيل لا يستطيع التمسك بنقص أهلية المدين إذا كان عالمًا بذلك وقت التعاقد، إلا أنه إذا تمسك المدين بنقص أهلية وحكم له بإبطال الالتزام الأصلي، فإن الكفيل يستفيد من ذلك

_____

وهي المادة المطابقة لنص المادة 782 مدني مصري و 748 سوري و 1077 ؟؟؟؟(29).

ويتلخص مضمونها بأنه يحق للكفيل أن يدلي بجميع أسباب الدفع المختصة بالدين الأصلي شخصية كانت أو عينية ومن حملتها الأسباب المبنية على عدم أهلية المدين الأصلي ويكون له هذا الحق بالرغم من معارضة المديون الأصلي أو عدو له عن تلك الأسباب.

)30(يلاحظ أن مركز الكفيل المتضامن مع المدين يختلف عن مركز المدين المتضامن مع غير من المدينين، فالمدين المتضامن لا يستطيع أن يتمسك في مواجهة الدائن إلا بالدفوع المتعلقة بشخصه، هو والدفوع المتعلقة بالدين، دون الدفوع الخاصة بغيره من المدينين، (المادة 223 مدني الجزائري) والواقع أن اختلاف صياغة المادة 1/456 عن المادة 666 قد يوحي بشيء من اللبس، فبينما المادة 1/654 على أن: {.. للكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين

..} أي الدفوع الخاصة بشخصه والدفوع المتعلقة بالدين و نص المادة: 666 نصت على:{.. للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين ..} مما يوحى أن الكفيل المتضامن لا يستطيع التمسك بالدفوع المتعلقة بشخص المدين غير أن الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري بالنسبة للمادة 794 المُطابقة للمادة 666 من قانون المدني الجزائري تدل بوضوح على أن المشرع قصد مساواة الكفيل المتضامن بالكفيل غير المتضامن فيما يتعلق بالتمسك بالدفوع المتعلقة بالالتزام المكفول. ويبطل التزامه تبعًا، ويلاحظ أن هذا النص يختلف عن حكم المادة 649 ق.م.ج الناصة على: {من كفل التزام ناقص الأهلية، وكانت الكفالة بسبب نقصد الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول} ، وهو النص الذي يتناول حكم فرض الكفيل بسبب نقص الأهلية و يحرم الكفيل من التمسك ببطلان تصرف المدين المكفول و يتمسك به المدين(31).

الفرع الثاني: الدفوع الناشئة عن عقد الكفالة

زيارة على الدفوع السابقة الذكر فإن المشرع منح الكفيل دفوعًا خاصة به مُراعاة لصفته و اعتبارًا لالتزامه التبرعي وفيما يلي يعرض لهذه الدفوع وهي: ، الدفع بالتجريد (المادة 660/ 2 المدني) الدفع بالتقييم في حالة تعدد الكفلاء ، (المادة 644 مدني) الدفع بإضاعة التأمينات، المادة 656 ق.م.ج ،الدفع بعدم اتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين)بخطأ الدائن (ق.م.ج658). ، الدفع بعدم تدخل الدائن في تفلسة المدين) (المادة 657 ق.م.ج)

أولًا: الدفع بالتجريد

تنص المادة 2/660 ق.م.ج : {ولا يجوز له (الدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله، ويجد على الكفيل في هذه المسألة أن يتمسك بهذا الدفع} .

والدفع بالتجريد بمعنى بسيط هو أنه إذا أراد الدائن التنفيذ على الكفيل فلهذا الأخير التمسك بالتنفيذ أولًا على أموال المدين وتجريده منها إذا كان له أموال كافية للوفاء بكل الدين، وهو دفع تقرر لمصلحة الكفيل باعتباره ضامنًا لدين ليس له مصلحة فيه فمن باب العدل ألا ينفذ عليه بالدرجة الأولى وأموال المدين قائمة لم ينفذ عليها.

والهدف من هذا الدفع يعود إلى أن الكفيل جدير بالرعاية لأنه يوفى دينًا ليس بدينه(32) بل بدين غيره فهو عادة يقدم خدمة للغير لتقوية ائتمانه، ولا ضرر في هذا على الدائن، إذ هو يستوفي حقه من الكفيل إن لم يستوفه من المدين.

ويفرض لدراسة هذا الدفع من خلال تناول شروطه، والآثار المترتبة عليه وصورة خاصة للدفع به .

أولا: شروط الدفع بالتجريد

1-يجب أن يكون الكفيل شخصي لا عيني: لأن الكفيل العيني راهن، ولا يحق له التمسك **1** بالتجريد إلا إذا كان قد اشترط ذلك صراحة، وهو ما نصت عليه المادة 901 من ق.م.ج بقولها: {إذا كان الراهن شخصًا آخر غير المدين، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا على ما رهنه من ماله، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك.{ وحق الكفيل قاصر على الدفع بتجريد المدين المكفول، ولا يحق له أن يدفع بتجريد مدين آخر غير مكفول، في حالة تعدد المدينين.

---

(31) عن الدكتور محمد صبري السعيدي عقد الكفالة في التشريع المدني الجزائري، دار الهدى لطباعة والنشر، عين مليلة، 1990، صفحة 70/69.

(32) وقد وجد للتخفيف من شدة القانون الروماني الذي الذي كان يقهر الكفيل على الوفاء بحق الدائن فكان مركزه شيء.

2 –يجب أن لا يكون الكفيل قد تنازل مقدمًا عن هذا الدفع: وهذا ما نصت عليه المادة2/660 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، باعتبار أنه دفع خاص بالكفيل فإنه يجوز له أن يتنازل عنه لأنه مقرر لصالحه، وقد يتم التنازل عن الدفع في عقد الكفالة ذاته، أو بعد ذلك في اتفاق مستقل، وقد يكون هذا التنازل صريح أو ضمني و مثال النزول الضمني سكوت الكفيل عن الدفع بالتجريد عندما يشرع الدائن في التنفيذ على أمواله، ومن ثم فهو يستخلص من ظروف الحال وملابستها وقولنا 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(33).

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 القبول للدعوى لرفعها على الكفيل أولًا، 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 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 متضامنًا مع المدين: وهو الشرط الوارد بنص المادة 665 ق.م.ج، ومنه للكفيل العادي التمسك بلزوم التنفيذ على أموال المدين أولًا. 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 أولًا ويثور التساؤل هنا حول إمكانية الاتفاق على احتفاظ الكفيل المتضامن بالحق في التمسك بالدفع بالتجريد.؟

وهنا نقول أنه لا يجوز الاتفاق على احتفاظ الكفيل بالحق في التمسك بالتجريد في كل من الكفالة، القضائية والقانونية لأن الكفيل فيها يعتبر متضامنًا بنص القانون وتقضي طبيعة التضامن في هذه الحالة حرمان الكفيل من الحق في الدفع بالتجريد34 ، أما بالنسبة للتضامن الإتفاقي، فإذا البعض يرى عدم جواز منح الكفيل المتضامن الحق في الدفع بالتجريد لأنه يتعارض مع طبيعة التضامن واحتفاظ الكفيل بهذا الدفع لا يجعله متضامنًا في الواقع إلا أن الرأي الغالب يذهب إلى أنه ليس هناك ما يمنع مثل هذا الاتفاق إعمالًا لمبدأ سلطان الإرادة و حرية الكفيل في التخفيف من التزامه.

———————–

(33) سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف الإسكندرية 1975، ص 212

(34) وهو ما نصت عليه المادة 667 بقولها :«يكون الكفلاء في الكفالة القضائية أو القانونيةمتضامنين دائما»

4- يجب أن يرشد الكفيل إلى أموال المدين التي تفي بكل الدين: وهو الشرط المنصوص عليه بالمادة 661 والتي 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 الاعتبار الأموال التي يدل عليها الكفيل إذ كانت هذه الأموال تقع خارج الأرض الجزائرية أو كانت متنازع عليها.«

فلكي يكون الدفع بالتجريد مقبولًا و قائمًا على أساس يجب أن تكون للمدين أموال يمكن للدائن التنفيذ عليها، ويقع على الكفيل عبء إثبات وجود أموال للمدين صالحة و كافية للوفاء بكل الدين، و يقوم بإرشاد الدائن إلى هذه الأموال على نفقته ومثالها مصروفات استخراج صور لمستندات ملكية المدين للأموال التي أرشد عنها، وهذا فضلًا عن أن مصروفات التجريد سيرجع بها الدائن على الكفيل:. ويشترط في الأموال التي يجب أن يرشد عنها الكفيل عدة شروط هي هذا

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: فلا يكفي أن تكفي الأموال للوفاء بجزء من الدين أو حتى معظمه، 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، ولا يؤخذ بعين الاعتبار إلا القيمة الصافية، فإن كانت مثقلة بحقوق عينية تبعية كالرهن، فإن قيمة المال تحدد بعد استنزال الديون المضمونة بهذا الرهن.

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: وذلك لتجنّب 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

و- وجوب ألا تكون الأموال متنازع عليها: لأن الأموال المتنازع عليها غير مأمونة العاقبة، فقد يسفر فض النزاع عن أنها غير مملوكة للمدين .

هذا ويكون المال متنازع عليه(35) إذا كانت هناك دعوى مرفوعة في شأنه أو كان محلًا لنزاع جدي (36) .

---

(35) وهو ما نصت عليه المادة 2/467 مدني مصري والمادة 1700 مدني فرنسي وهي النصوص التي عرفت المال المتنازع عليه دون التشريع الجزائري، عن مدونة الدكتور سي بوسفي، التأمين الشخصي (عقد الكفالة) سنة 1998، عن ديوان المطبوعات الجامعية صفحة133 .

(36) ويدخل في حكم المال المتنازع عليه الأموال التي تستلزم للتنفيذ عليها إجراءات طويلة و صعبة، حتى ولو لم يكن هناك نزاع شأنها لتوافر نفس الحكمة وهي تجنيب الدائن مشقه الإرهاق في مباشرة الإجراءات. ومثالها المال الشائع حيث لا يمكن التنفيذ عليه إلا بعد الفصل في دعوى القيمة.

ثانيا: 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

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

فوقف المطالبة نعني بها إذن الكف عن متابعة السير في إجراءات التنفيذ(37)، هذا وأن إجراءات التنفيذ لا يمنع الدائن من اتخاذ الإجراءات التحفظ به على أموال الكفيل لأن هذا الإجراء لا يمس بأصل الحق والعرض منه، الحفاظ على ذمة الكفيل المالية حتى لا يتصرف فيها.

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

على الدائن أن يبادر إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهة المدين وإلا تحمل نتيجة إعسار المدين إن تراخي في التنفيذ على أمواله وعلى الدائن أن يبدل في اتخاذ هذه الإجراءات عناية الرجل العادي، و يتحمل النتيجة إن أصبحت أمواله غير كافية للوفاء بالدين بعد أن كانت كافية عندما أرشده الكفيل إليها، ويقع عبء إثبات تقصير الدائن على الكفيل، وفق للقواعد العامة(38)———

(37) ومثالها إلغاء حجز ما للكفيل لدى الغير، و إلغاء التنبيه بنزع الملكية و إجراءات الحجز لتنفيذي على منقولاته.

(38) عن تأمينات الشخصية والعينية للدكتور سمير تناغو منشأة المعارف الإسكندرية 1975، صفحة .204

3-مسؤولية الكفيل عند عدم حصول الدائن على حقه كاملاً

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 كاملًا بالرغم من قيامه بالإجراءات التنفيذية، على الوجه الصحيح لسبب أجنبي لا يد له فيه، إذ قد يظهر دائنون عاديون للمدين يزاحمون الدائن و يقاسمونه 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 استوفى الدائن، من المدين بعد التنفيذ عليه، وهنا للدائن الرجوع على الكفيل بالباقي من حقه لكن يتعين عليه ليقوم بهذا الرجوع أن يثبت أنه نفذ على جميع الأموال التي دل عليها الكفيل و يتم هذا بتقديم محاضر الحجر، وأوراق التنفيذ.

دراسة لنص المادة 663 ق.م.ج المتضمنة لصورة خاصة للدفع بالتجريد:

تنص المادة 663 ق.م.ج على أنه: «إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانونًا، أو اتفاقًا لضمان الدين، وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه، ولم يكن الكفيل متضامنًا مع المدين، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين.«

فالنص يوجب على الدائن، قبل التنفيذ على الكفيل البدء بالتنفيذ على أي تأمين عيني يكون قد خصص للوفاء بنفس الدين المكفول وللكفيل أن يطالب من الدائن التنفيذ على التأمين العيني الذي قدمه المدين أولًا. والحكمة واضحة، تتمثل في أن الكفيل عند قبوله الكفالة كان هناك تأمين عيني لضمان الدين وهو سابق أو معاصر لها والكفيل، يكون قد اعتمد على هذا التأمين في الالتزام الذي أقدم عليه، ويشترط للتمسك بهذا الدفع توافر عدة شروط هي:

1-أن تكون هناك تأمين عيني خصص لضمان الدين: و التأمين العيني قد يكون رهن رسمي أو حيازي أو حق إمتياز، ويمكن أن يرد هذا التأمين على عقار أو منقول متى كانت طبيعة هذا المنقول تسمح بذلك، على أن النص لا يشمل حق الاختصاص(39)، لأنه يتقرر بأمر من القاضي لأن النص قرر « .. اتفاق أو قانونا.«..

2- يجب أن يكون هذا التأمين وارد على مال مملوك للمدين وهذا هو المجمع عليه من أغلب شراح القانون والفقه المصري، ويستندون في ذلك إلى أن هذا الحكم ما هو إلا صورة خاصة من صور تجريد المدين من أمواله، (40) هذا وأن القواعد العامة تقضي بعدم جواز طلب الكفيل الشخصي، تجريد الكفيل العيني من أمواله، ذلك لأن كلامهما مسؤول عن دين

---

(39) غير أن بعض الفقهاء ذهبوا إلى إمكان الاعتداء به رغم أن النص لم يشير إليه صراحة

(40) وهو ما نصت عليه المواد 2/495 من الالتزامات السويسري و 2/772 مدني التي نصت: « إذا كان للدائن حق رهن حيازي أو حق حبس على منقول مملوك للمدين الأصلي وجب عليه أن يستوفي حقه من هذا المنقول

المدين، فإذا ما قام أحدهما بالوفاء، فإنه يرجع على الآخر بقدر نصيبه في المسؤولية عن الدين ومنه لا يستساغ مع هذا القول أن يكون للكفيل الشخصي تجريد الكفيل العيني في حالة ورود التأمين على مال مملوك لغير المدين، ويرى بعض الفقه أنه لا يشترط ملكية المدين للمال الوارد عليه التأمين، و يستند هذا الرأي إلى عدم صراحة النص الوارد بالتقنين المدني بالمادة 663، إذ أن النص مطلق ولم يشترط ملكية المال للمدين.

3- يجب أن لا يكون الكفيل متضامنًا مع المدين، لأنه عملًا بالمادة 665 ق.م.ج نصت بأنه ليس للكفيل المتضامن الدفع بالتجريد، وزيارة عن عدم تضامنه يجب على الكفيل ألا يتنازل عن حقه في التمسك بضرورة البدء في التنفيذ على التأمين العيني لأن المسألة ليست من النظام العام، لذا يجوز التنازل عنه، وهذا الشرط مقرر كذلك في الصورة العامة للدفع بالتجريد.

4- يجب أن يكون هذا التأمين العيني قد تقرر قبل انعقاد الكفالة أو معها: ويفسر هذا على أن الكفيل منح كفالته وهو معتمد على هذا 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 أولًا.

<u>آثار تمسك بالدفع بالتجريد في هذه الصورة:</u>

إذا توافرت الشروط المذكورة وتم قبول الدفع من المحكمة، فإنه تترتب عليه نفس الآثار التي تترتب على الدفع بالتجريد بصفة عامة ومن ثم يلتزم الدائن بالتنفيذ على التأمين العيني. إلا أنه يجدر الإشارة هنا أن إفلاس المدين أو إعساره لا يؤثر على استفاء الدائن لحقه من التأمين العيني لأن المرتبة التي يكتسبها على المال المحمل بهذا التأمين تضمن وقائية من آثار الإفلاس أو الإعسار.

ثانيًا: الدفع بالتقسيم

تنص المادة 664 ق.م.ج على أنه: «إذا تعدد الكفلاء لدين واحد، وبعقد 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 مسؤولًا عن الدين كله إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقييم».

والتقسيم طبقًا لهذا النص يقع بقوة القانون، أي أنه إذ تعدد الكفلاء لدين واحد وفي عقد واحد ولم يكونوا متضامنين فيما بينهم، فإن الدين ينقسم عليه، ولا يجوز للدائن أن يرجع على أي منهم بأكثر من قدر نصيبه في الدين(41).

ولكي يتمكن الكفيل من التمسك بهذا الدفع لا بد من توافر شروط معينة:

أ- يجب أن يتعدد الكفلاء: وهذا الشرط هو الفرض الأساسي الذي يقوم فيه الدفع بالتقييم، فإذا كان هناك كفيل واحد فلا مجال للكلام عن التقييم لأنه يكون مسؤول عن الدين كله.

ب- يجب أن يتعدد الكفلاء لدين واحد: بحيث لو اختلفت الديون المضمونة من الكفلاء، فلا مجال للتقييم، 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 لا يجوز للكفيل أن يطلب من الدائن تقسيم الدين بينه وبين المصدق (كفيل الكفيل) لأنهما لا يكفلان نفس الالتزام.

ج- وجوب أن يتعدد الكفلاء لمدين واحد: و شرط وحدة المدين لا يعني حتمًا شخصًا واحد، فإذا تعدد الكفلاء لمدينين متضامنين، وكفل كل منهم كل المدينين فإن شرط وحدة المدين يتوفر و ينقسم الدين بين الكفلاء

د- يجب ألا يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم: لأنهم إذا كانوا متضامنين فيما بينهم، يجوز للدائن الرجوع على أي منهم، ويطالبه بالوفاء بكل الدين عملًا بأحكام التضامن

---

(41) الدكتور محمدي سليمان، مدونة حول الحقوق العينية والشخصية، عقد الكفالة، عن ديوان المطبوعات الجامعية سنة 1999 ص 38.

و- يجب أن يكون الكفلاء قد كفلوا المدين لعقد واحد: لأنه في هذه الحالة يكون كل واحد منهم اعتمد على غيره من الكفلاء، لذا يقسم الدين عليهم، أما إذا كان كل من الكفلاء التزم بكفالة الدين يعقد مستقل فإنه لا يكون قد إعتمد على بقية الكفلاء ولذا لا ينقسم الدين بينه و بين غيره إلا إذا كان قد احتفظ بحقه في التقييم، وانقسام الدين في هذه الحالة يقع بمقتضى الشرط وليس بقوة القانون.

هـ- يجب ألا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في التقسيم: فإن كان الكفلاء متعددون ورجع الدائن على أحدهم وطلب الوفاء بالدين، وقام هذا الكفيل بالوفاء رغم توافر كل الشروط، فإنه يعد متنازلًا عن حقه، وإن كان هذا التقييم يقع بقوة القانون، كما سبق القول، إلا أنه لا يتعلق بالنظام العام، لذا يمكن التنازل عنه، فالقاضي يحكم به من تلقاء نفسه ما لم يتنازل عنه الكفلاء

وإذا توفرت الشروط السابقة الذكر رتب هذا الدفع آثار هي:

لا يحق للدائن أن يطالب أي من الكفلاء إلا بقدر حصته من الدين ويقسم 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 ولا يمكن مطالبتهم بحصة المعسر لأن الأصل في القانون الجزائري هو انقسام الدين بينهم بقوة القانون وهو يتحد من وقت انعقاد الكفالة وليس فقط من وقت المطالبة أو الفصل في الدعوى.

ثالثًا: الدفع بإضاعة التأمينات

تنص المادة 656 ق. م. ج 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."

تتضح من نص المادة أن الدائن إن أهمل المحافظة على التأمينات بأن أضاع بخطئه شيئًا منها فإن ذمة الكفيل تبرأ بقدر ما أضاعه الدائن من هذه الضمانات وللكفيل(42) أن يدفع: الدائن له، ويشترط لثبوت حق الكفيل في التمسك بهذا الدفع توافد مطالبة شروط

أ- أن يكون الدائن قد أضاع تأمينًا خاصًا: فيجب أن يكون التأمين الضائع تأمينًا خاص للوفاء بالدين المكفول سواء أكان تأمين شخصي (كفالة أخرى)، أو عيني قدم من المدين أو شخص آخر، سواء وجد قبل الكفالة أو معها أو بعدها، وهناك رأي يقصر الضمانات على التأمينات الاتفاقية كالرهون، لكن الغالب هو الأخذ بأي ضمان سواء كان اتفاقي، قانوني، قضائي لأن النص جاء صريح .

إذا أهمل الدائن المحافظة على الضمان العام للمدين، كما لو أهمل مطالبته حتى أعسر فلا يثبت الدفع للدائن لأنه لم يضيع هنا تأمين خاص(43).

---

(42)- وهذا الدفع يصلح حتى للكفيل المتضامن مع المدين، والرأي الغالب يرى أن الدفع بإضاعة التأمينات حق للكفيل ولو كان كفيلًا عينيًا، فهو كالكفيل الشخصي مسؤول عن دين غيره وهو يرجع بما يوفى به على المدين حالًا محل الدائن، ومن حقه الاعتماد في ضمان رجوعه على المدين على تأمينات الحق الذي يرجع به، عن الدكتور، محمد صبري السعيدي عقد الكفالة، عين مليلة، 1991، ص.76.

(43) -عبد الزراق النسهوري، التأمينات الشخصية والعينية ج 10 ص 245

هذا و يجب أن يكون التأمين نشأ ثم ضاع بخطأ الدائن، وعليه فإن الشرط لا يكون متوفر إن كان الدين المكفول دين أجرة وأهمل الدائن مطالبة المستأجر (المدين المكفول) بوضع منقولات في العين المؤجرة لضمان الوفاء بالأجرة مما يترتب عليه عدم نشوء حق الامتياز المنصوص عليه في المادة 995 ق.م.ج.

ب- يجب أن يكون ضياع التأمينات بخطأ من الدائن: أو يخطأ شخص ممن يسأل عنهم، سواء كان فعلًا إيجابيًا كإبرائه لكفيل آخر أو كان الخطأ تركًا 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 و الكفيل وفقًا لقواعد الخطأ المشترك.

ج- يجب أن يترتب على ضياع التأمينات ضرر بالكفيل: إذ يتوجب أن يكون ذا قيمة معتبرة في ضمانًا حق الدائن، وبالتالي في ضمان رجوع الكفيل على المدين بعد قيامه بوفاء الدائن، ولا يؤثر في هذا أن يكون المدين موسرا أو هناك ضمانات أخرى تكفي للوفاء بكل الدين، هذا و إذا كانت الضمانات التي أضاعها الدائن عديمة القيمة فإنه لا يجوز للكفيل التمسك بهذا الدفع.

ويتمسك الكفيل بهذا عن طريق دفع 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 بقدرها إضاعة الدائن بخطته، ويتوجب التمسك بهذا الدفع لأن المحكمة لا تقضي به من تلقاء نفسها لأنه لا يتعلق بالتقادم العام.

رابعًا: الدفع بعدم اتخاذ الدائن للإجراءات ضد المدين

نصت المادة 1/657 بقولها: «لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه تتخذها(44)» يتضح من النص أن تأخر الدائن في الرجوع على المدين لا يترتب عليه سقوط حقه في مطالبة الكفيل ولو ترتب عنه إضرار بالكفيل نتيجة إعسار المدين وتعذر رجوع الكفيل عليه.

---

(44) النص الرسمي سقط منه كلمة «لم

إلا أن القانون لم يترك الكفيل بدون حماية، لذا نص في الفقرة 2 من المادة 657: «غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن، ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانًا كافيًا»، ومنه إذا خل أجل الدين وخشي الكفيل أن يتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين أن ينذره باتخاذها حتى يرفع الدائن دعوى على المدين أو يبدأ في اتخاذ إجراءات التنفيذ ضده إذا كان بيده سند تنفيذي فإن انقضت ستة أشهر من يوم الإنذار دون أن يقوم الدائن في اتخاذ هذه الإجراءات برأت ذمة الكفيل، إلا إذا قدم المدين للكفيل ضمانًا كافيًا يضمن به الكفيل الرجوع على المدين إذا ما اضطر للوفاء للدائن، وقبول هذا الدفع يؤدي إلى رفض دعوى الدائن والحكم ببراءة ذمة الكفيل.

خامسا: الدفع بعدم تدخل الدائن في تفلسة المدين

نصت المادة 658 ق.م.ج : «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.«

لقد فرض القانون على الدائن التدخل في التفليسة، لأنها الوسيلة الوحيدة للحصول من المدين على ما يمكن الحصول عليه فإن قصر الدائن في اتخاذ هذا الإجراء، و ترتب عليه ضياع فرصته في استفاء بعض حقه فلا يجوز له الرجوع على الكفيل إلا بما يزيد على القدر الذي كان سيحصل عليه من التفليسة لو دخل فيها.

فإن لم يدخل الدائن في التفليسة وطالب الكفيل بالوفاء بكل الدين جاز لهذا الأخير التمسك في مواجهة ببراءة ذمته بالقدر الذي أضاعه لعدم تدخله في التفليسة وله أن يتمسك بهذا في صورة دعوى للحصول على البراءة(45). وقد 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 وعين لها مصفى والحال كان على المدعي عليه ديوان الترقية والتسيير العقاري أن يطالب بدينه أمام المصفى قبل العودة على الكفيل (القرض الشعبي الوطني) وهو ما لم يقم به، وبذلك أخطأ في تطبيق المادة 658 ق.م ومنه كان على الدائن إتباع الاجراءات اللازمة قبل العودة على الكفيل»(46).

الفرع الثالث :التزامات الدائن عند استفاء الدين تجاه الكفيل

لقد نصت المادة 671 ق.م.ج على: «إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين»، وحكمها ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة الواردة بنص المادة 261 ق.م.ج، و ما بعدها الخاصة بالوفاء مع الحلول.

فالمادة 264 نصت: «من حل محل الدائن قانونًا أو اتفاقًا كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع و ما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع 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 وعلى ذلك نصت المادة 659 ق.م.ج على: «على أن يلتزم الدائن بأن سيلم للكفيل وقت وفاته الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع»، ومن تم فإن الكفيل يقوم بعد الوفاء بالدين المكفول بالرجوع على المدين بما وفاه للدائن، وعلى هذا الأخير أن يسلمه وقت الوفاء كل المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع، بدعوى الحلول أين يحل محل الدائن في حقوقه و أهم هذه السندات، سند الدين المكفول

_____

(45) –محمدي سليمان، عقد الكفالة، ديوان المطبوعات الجامعية 1999، ص43 والجديد بالذكر أن هذا الدفع مثل الدفوع السابقة، هو مقرر للكفيل المتضامن والغير متضامن، يتخذ التمسك به في صورة دعوى أو دفع ويتوجب التمسك به في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، ولا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها و للكفيل التنازل عند مادام مقرر لمصلحته وهو ليس من النظام العام لا يتمسك به لأول مرة أمام المحكمة العليا.

(46) –قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 2002/10/09 غير منشور تحت رقم 264039 بين القرض الشعبي الوطني وكالة 30 و ديوان الترقية والتسيير العقاري.

الموجود في يد الدائن ومخالصة من الدائن تفيد استيفاءه للدين فإن امتنع الدائن عن هذا كان من حق الكفيل الامتناع بدوره عن تنفيذ التزامه لأنه تصرف تنطوي على إضعاف لحق الكفيل في الرجوع و استرداد ما يستوفيه.

وعند النزاع بصدد أي من الطرفين يبدأ في التنفيذ كان للكفيل أن يودع مبلغ الدين بخزانة المحكمة، وله بعد هذا الإيداع القانوني الرجوع على المدين بعد الحصول على شهادة بذلك تغنيه عن مستندات الدين وعن المخالصة(47).

هذا ولقد نصت المادة 2/659 و 3 على أنه: «إذا كان الدين مضمون بمنقول مرهون أو محبوس، وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل..

وإذا كان الدين مضمون بتأمين عقاري، فإن الدائن يلتزم أن يقوم بالإجراءات اللازمة للنقل هذا التأمين و يتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على المدين.«

فالنص ألزم الدائن القيام بنقل الضمانات للكفيل، ويتم النقل من خلال اتخاذ الإجراءات التي تتفق و طبيعة 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 اختصاص) فعلى الدائن أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقله و ذلك بالتأشير على هامش القيد مع تسليم عقد الرهن أو صورة الحكم الذي قرر حق الاختصاص و يتحمل الكفيل مصروفات النقل، على أن يرجع بها على المدين بعد ذلك(48).

---

(48) الدكتور أحمد شرف الدين، التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية العربية القاهرة، ص 167

(49) الدكتور محمد صبري السعيدي عقد الكفالة في التشريع المدني الجزائري، دار الهدى عين مليلة، 1990، صفحة 110

المبحث الثاني: العلاقة بين الكفيل و المدين و دراسة لحالة تعدد الكفلاء و المدنيين

نعالج في هذا المبحث طرق رجوع الكفيل على المكفول عنه (المطلب الاول) دراسة لحالة تعدد المدينين و الكفلاء في الدين (المطلب الثاني)

المطلب الأول: طرق رجوع الكفيل على المكفول عنه

الفرع الأول:الدعوى الشخصية أو دعوى الكفالة

تنص المادة 670 ق.م.ج على أنه: «يجب على الكفيل أن يخبر المدين قبل أن يقوم بالوفاء أي بوفاء الدين وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق، أسباب تقضي ببطلان الدين أو انقضائه.

فإن لم يعارض المدين في الوفاء بقي للكفيل الحق في الرجوع عليه، ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو انقضائه.«

وتنص المادة 672 على أنه:«يكون للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو يغير علمه»

ويرجع بأصل الدين و المصروفات، غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده»

ومن ثم يكون للكفيل الذي كفل المدين، سواء كانت الكفالة بعلمه أو يغير علمه الرجوع بالدعوى الشخصية سواء كان متضامنًا أو كفيلًا عاديًا، سواء كان شخصيًا أو عينيًا، لكن هناك استثناء.

إذ لا يدخل في نطاق هذا النص الكفيل الذي يكفل المدين، رغم معارضته

ولا يدخل أيضًا في نطاق هذا النص، الكفالة التي تعقد لمصلحة الدائن دون مصلحة المدين، وتكون الكفالة في صالح الدائن دون المدين إذا عقدت بعد وجود الالتزام في ذمة المدين، وذلك لتأمين الدائن ضد خطر إعسار المدين ودون فائدة لهذا الأخير(50)، وفي هذه الحالة لا يحق للكفيل الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية، وإن كان له الحق في الرجوع بناءًا على دعوى الإثراء بلا سبب المنصوص عليها في القواعد العامة للقانون المدني (المادة 141، 142 ق.م.ج).

هذا وأن أغلبية الفقه الحديث يذهب إلى القول بأن الدعوى الشخصية التي يرجع بها الكفيل

على المدين طبقًا للمادة 670 و 672 ق.م.ج هي دعوى مستقلة هذا و يرى أغلب الفقه إلى وجوب حرمان الكفيل من الدعوى الشخصية متى أبرمت رغم معارضة المدين أن كانت لصالح الدائن، وحده ليقتصر حقه في الرجوع على المدين بدعوى الحلول فقط، هذا و تشير إلى أن الفقه المصري يجيز للكفيل في هاتين الحالتين وعلى تقضي المشرع الفرنسي الرجوع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب طبقًا للقواعد العامة(51).

شروط دعوى الكفالة:

أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين ودون معارضته:

يجمع الفقه على أن دعوى الكفالة تقتصر على الحالات التي تنعقد فيها، الكفالة دون معارضة المدين سواء كانت بعلم المدين أم بغير علمه، وذلك على أساس أن الكفالة تحقق في الغالب مصلحة المدين أو مصلحة الدائن والمدين معًا، لأنها تحقق اطمئنان الدائن إلى المدين وثقته فيه فيقبل التعامل معه و يمنحه الائتمان، ويستوي في ذلك الكفيل العادي أو المتضامن، الكفيل المأجور أو المتبرع، الكفيل الشخص أو العيني، فيحق لكل منهم الرجوع بدعوى الكفالة طالما تمت الكفالة بغير معارضة المدين و كانت تحقق مصلحة المدين أو مصلحة الدائن و المدين معا. وفي كل هذه الأحوال يقتصر حق الكفيل في الرجوع على المدين بدعوى الحلول وذلك لأن الدعوى الشخصية دعوى خاصة تمنح للكفيل على أساس أنه يكون قد أسدى خدمة للمدين.

ويجيز الفقه في هاتين الحالتين للكفيل، بالإضافة إلى دعوى الحلول الحق في الرجوع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة.

قيام الكفيل بالوفاء للدائن:

يجب أن يقوم الكفيل بوفاء الدين المكفول، والوفاء قد يتم بتقديم الشيء المستحق أصلًا أو القيام بما يقوم مقامه بشرط أن يؤدي إلى براءة ذمة المدين. هذا و يرجع الكفيل على ولو المدين وفى إلا بجزء من الدين.

———————–

(50) الدكتور زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، ص 80 و 81.

(51) سي يوسف زاهية، عقد الكفالة، دار الأمل، صفحة 82.

إذا كانت الكفالة عن جزء من الدين أو قبل الدائن منه وفاء جزئي، وهنا تختلف دعوى الكفالة عن دعوى الحلول التي يشترط للرجوع بها أن يكون الوفاء كليا، وللدائن أي 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 استفاء الباقي من أموال المدين كما هو الحالة في دعوى الحلول.

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 انقضي الدين لسبب ما بين ووفاء الكفيل بالدين وحلول الأجل المقصود هنا هو الأجل الأصلي للدين، فإن امتد هذا الأجل بالاتفاق 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 إن كان الوفاء قد تم بخطأ الكفيل لأن هذا الوفاء لم يكن واجب بسبب بطلان مصدر الدين أو انقضائه كليًا أو جزئيًا، فإنه لا وجه لرجوع الكفيل على المدين بما وفاه ولهذا السبب أوجب القانون على الكفيل أن يخطر المدين، قبل الوفاء بالدين، بعزمه على الوفاء فقد يكون لدى المدين أسباب تمنع الوفاء وعليه فإن على المدين إبداء اعتراضه على وفاء الكفيل خلال مدة معقولة، وأن يتضمن هذا الاعتراض أسباب جدية تمنع الوفاء بالدين، ولا وجود لشكل خاص لإخطار الكفيل للمدين و لاعتراض هذا الأخير على الوفاء، فقد يتم بورقة رسمية أو عرفية أو شفاهية، 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. ما إذا قام الكفيل بإخطار المدين ورد عليه طالبًا منه عدم الوفاء، مبررًا أسباب ذلك، كان على الكفيل الامتناع عن الوفاء، وإن اتخذ الدائن إجراءات المطالبة القضائية في مواجهته كان عليه أن يدخل المدين في الدعوى.

هذا وإن رأى الكفيل عدم جدية اعتراضات المدين، وقام بالوفاء على مسؤولية، فإن اثبت بعد ذلك صحة هذه الاعتراضات لم يكن للكفيل الرجوع عليه، ولكن يرجع على الدائن لاسترداد ما دفع بدون حق.

أما إذا لم يرد المدين على إخطار الكفيل أو تراخى ووفى الكفيل، لم ينسب له تقصير و يكون له أن يرجع بالدعوى الشخصية لاسترداد ما وفاء ولو ظهر أن للمدين أسباب تقضي ببطلانه، إذ يتحمل تبعة تقصيره و يلتزم بأن يدفع للكفيل ما أداه.

هذا وأن موضوع رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية فإنه وطبقا للمادة 672 نصت على أنه: «يرجع الكفيل بأصل الدين و لمصروفات غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده»، مما يفيد أن الكفيل يرجع بأصل الدين والمصروفات.

أولًا: أصل الدين

وهو كل ما قام الكفيل بدفعه إلى الدائن لإبراء ذمة المدين، و يشمل ذلك مقدار الدين الأصلي، وكذا فوائد هذا الدين لو كان ينتج فوائد اتفاقية أو قانونية ما دامت تدخل ضمن الدين المكفول وفي هذا الصدد صدر قرار عن المحكمة العليا أكد فيه على إمكانية الكفيل أن يطالب بكل الفوارق بين مبلغ الكفالة و المبلغ الذي التزام بدفعه كالآتي: "وحيث أن المجلس لما ألزم الطاعن الحالي بدفع مبلغ الكفالة تنفيذ العقد المبرم بين الطرفين وصرفه للقيام بدعوى مستقلة تطلب إرجاع الفرق في الضريبة، يكون قد سبب قراره نسبيا كافيًا." فالكفيل ملزم بالدفع دائمًا ولو زاد المبلغ (52).

ثانيًا: المصروفات

وهي كل المبالغ التي أنفقها الكفيل في تنفيذ عقد الكفالة، وتلك التي أنفقها الدائن في رجوعه على الكفيل واضطر الكفيل إلى ردها له، بالإضافة إلى ذلك ما 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 اتخذها ضده لأن المدين متى أخطر بها قد يسارع إلى الوفاء بالتزامه، ويتجنب بذلك المصروفات التي يقوم بها الكفيل أو الدائن لو لم يخطر، هذا وبالمقابل أن حق الكفيل في الرجوع يمتد حتى إلى مصروفات المطالبة الأولى بمصروفات التنبيه بالوفاء ومصروفات دفع الدعوى، إذ أنها مصروفات تنفق قبل أن يصل الكفيل إلى اتخاذ أي إجراء بالإخطار

للمدين ولهذا يلتزم بها المدين لا الكفيل.

هذا ولقد أثير التساؤل عما إذا كان للكفيل مطالبة المدين بالتعويض إذا لحقه ضرر؟ وهنا نقول أن المادة 672 مدني جزائري لم تذكر شيء عن التعويض وهذا على غرار المشرع المصري الذي نص بالمادة 800 من القانون المدني المصري على حق الكفيل بالرجوع بالتعويض لكنها حذفت أثناء المراجعة، أما المشرع الفرنسي بالمدة 2028 من ق.م.الفرنسي قد نصت صراحة على أن للكفيل العودة بالتعويض على المدين دون أن يشترط سوء نية المدين، هذا ولقد أجمع الفقه المصري على جواز رجوع الكفيل التعويض من المدين وإن كان بعض الفقهاء يشترطون سوء النية، وأمام سكوت النص الجزائري نقول بضرورة العودة إلى القواعد العامة والتي تسمح بالمطالبة بالتعويض متى سبب فعل الغير ضررًا، ومثاله في هذا الموضوع، أن يضطر الكفيل إلى بيع ماله بثمن بخس حتى يفي للدائن أو أن يوقع الدائن حجزًا على مال الكفيل وبيعه بثمن بخس وفي هذا الصدد قرار من المحكمة العليا جاء فيه: «حيث أن الطاعن (د.ع) كفيل المدين (ب.س) وأن المحكمة ألزمه الطاعن بدفع 14000.000 دج بصفته ضامن في صفقة تجارية، وأن هذه المطالبة مست بمركزه سمعته التجارية وعرضته للخسارة و الحال أن تقدير المسؤولية المدنية و الضرر الناشئ عنها هو من المسائل التي يبقى تقديرها خاضعا لقضاة الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليا(53) وهو القرار الذي يؤكد إتجاه المحكمة العليا في إمكانية المطالبة بالتعويض.

_____

(52) قرار صادر بتاريخ 2001/11/07 تحت رقم 247/903 غير منشورين ديوان الترقية والتسيير العقاري سيدي بلعباس ومقاولة البناء العباسية.

(53) قرار صادر بتاريخ 1999/10/13 تحت رقم 210460 بين دماس علي وبلقاسمية السعيد، غير منشور.

الفرع الثاني: الرجوع بدعوى الحلول

تنص المادة 671 ق.م.ج على أنه: «إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين، ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن استوفى كل حقه من المدين ».

والملاحظ أن حكم هذا النص ليس إلا تطبيقًا خاصًا للقاعدة العامة التي وردت في المادة 261 ق.م.ج: «إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفى محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال التالية: إذا كان الموفى ملزمًا بالدين مع المدين أو ملزمًا بوفائه عنه»، والكفيل كما رأينا ملزم بوفاء الدين عن المدين، فيكفي لرجوع الكفيل بدعوى الحلول(54): أن يكون قد وفى 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 بينها وبين الدعوى الشخصية التي تستند إلى الكفالة هو أنها لا تجوز إلا إذا كان الدائن قد استوفى كل حقه، بخلاف الدعوى الشخصية، فممن وفى جزء من الدين، الحق في الرجوع به على المدين.

فالرجوع بدعوى الحلول توجب أن يكون الدائن قد استوفى كل حقه، ونصت على ذلك المادة 6» :71/2ولكن إذا لم يوف إلا ببعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي كل حقه من الدين»، وهو تطبيق للقواعد العامة الواردة بنص المادة 265 ق.م.ج: "وإذا وفى الغير الدائن جزءًا من حقه وحل محله فيه، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء، ويكون في استفاء ما بقى له من حق مقدما على من وفاه، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك (55).

وطبقًا للعبارة الأخيرة من النص فإن للدائن أن يسمح للكفيل الرجوع بدعوى الحلول قبل استفاء كل حقه ذلك أن الغرض من هذه الدعوى حماية مصلحة الدائن الذي له التنازل عن الحماية المقررة له.

هذا وللكفيل الاستفادة من كل التأمينات التي تضمن الدين متى وفي بالالتزام أو وفاه جزئيًا وقام المدين بالوفاء بالجزء الباقي، أو قام شخص آخر غير المدين كالوفاء، وهنا يكون هذا الشخص والكفيل على قدم المساواة، فيقسمان الناتج من دعوى الحلول قسمة عزماء وهو ما نصت عليه المادة 265 ق.م.ج بقولها: «فإذا حل شخص آخر محل الدائن فيم بقى له من حق، رجع من حل أخيرا هو من تقدمه في الحلول، كل بقدر ما هو مستحق له، و تقاسما

قسمة عزماء ».

يترتب على حلول الكفيل محل الدائن طبقًا للمادة 671 من ق.م.ج والمادة 261 و 264 أن يكون للكفيل الرجوع على المدين بحق الدائن بما له من خصائص وما يلحقه من توابع، وعليه: من دفوع على التفصيل التالي

يرجع الكفيل بحق الدائن بماله 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(56).

وإن كان الدين تجاريًا كان رجوع الكفيل على أساس هذه الصفة وهو الشيء الذي يترتب عليه آثار خاصة بالإثبات و الاختصاص في حين أن رجع بالدعوى الشخصية فإنه يرجع بالتزام 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 الانقضاء، فلا تلبث أن تنقضي بعد انتقال الحق للكفيل وهذا على غرار حالة الرجوع بالدعوى الشخصية أين رأينا أن حق الكفيل لا يسقط إلا بمدة خمسة عشر سنة، كما يرجع بما يلحق هذا الحق من توابع (كالفوائد مثلًا)، كما يستفيد من كل التأمينات سواء كانت شخصية، أو عينية وهي تنتقل بحكم القانون إن لا يحتاج إلى اتفاق 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 وقد رأينا أن رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية، إن أخطره الكفيل بالوفاء ولم يعترضه فإنه لا يستطيع الرجوع عليه.

---

(54) الدكتور محمد صبري للسعيدي عقد الكفالة، دار الهدى عين مليلة، 1991، صفحة 104.

(55) وقد أن رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية فإنه يتساوى مع الدائن، و يقتسمان أموال المدين قسمة غرماء.

(56) رغم أننا رأينا أنه في الرجوع بالدعوى الشخصية العبرة بالأجل الأصلي للالتزام.

المطلب الثاني: دراسة لحالة تعدد المدينين و الكفلاء في الدين

نعالج في هذا المطلب رجوع الكفيل عند تعدد المدينين المتضامنين والغير المتضامنين (الفرع الاول) ، رجوع الكفيل بعد الوفاء على غيره من الكفلاء المتضامنين والغير متضامنين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: رجوع الكفيل عند تعدد المدينين المتضامنين والغير المتضامنين

تنص المادة 673 مدني على ما يلي: «إذا تعدد المدينون في دين واحد و كانوا متضامنين، للكفيل الذي ضمنهم جميعًا أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من 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 ضنهم جميعًا كما قد يكون كفل بعضهم فقط، كما يمكن أن يكونوا متضامنين فيما بينهم، وقد لا يكون كذلك، وفيما يلي نبين حكم هذه الفروض.

أولا: حالة تعدد المدينين مع عدم تضامنهم

إذا كان المدينون غير متضامنين فيما بينهم، وكفلهم الكفيل جميعًا، ووفى 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 الكفيل إلا على المدينين الذين كفلهم وبقدر نصيبهم في الدين وليس للكفيل الرجوع على غيرهم سواء بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول إذا دفع أكثر من نصيب المدينين الذي كفلهم مما أدى إلى براءة ذمة الكفلاء الذين لم يدفع لهم فإنه يجوز لـه الرجوع على الدين لم يكفلهم بدعوى الإثراء بلا سبب.

ثانيا: حالة تعدد المدينين و تضامنهم

إذا كان المدينون متضامنين وضمنهم الكفيل جميعًا فإنه في هذه الحالة يكون له الرجوع على أي منهم بكل الدين الذي وفاه، و يكون له ذلك سواء رجع بدعوى الحلول أن بالدعوى الشخصية.

أما إذا كان المدينون متضامنين، وضمن الكفيل بعضهم فقط فإنه كذلك يحق له أن يطالب

أيًا من المدينين الذين ضمنهم بكل الدين الذي وفاه سواء رجع عليه بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول، إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه عمليًا هو:

*هل يجوز للكفيل أن يرجع على مدين متضامن لم يكفله ؟ وبأي دعوى ؟

من المُسلّم 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 الإثراء بلا سبب بقدر الإثراء فقط، كما يمكنه أن يرجع عليهم بالدعوى الغير مباشرة مستعملًا حقوق مدينه، لأن الكفيل بقيامه بالوفاء يصبح دائنًا للمدين، وفي هذا الصدد تنص المادة 189 ق.م.ج، على ما يلي: «لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها خاصًا بشخصه أو غير قابل للحجز ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولًا، إلا إذا اثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره أو أن يزيد فيه ».

ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه غير أنه لا بد أن يدخله في الخصام

أما بالنسبة لرجوع الكفيل بدعوى الحلول فهناك من يرى أنه لا يجوز للكفيل الرجوع على المدينين الذي لم يضمنهم بهذه الدعوى، و هناك من يرى عكس ذلك، أي أنه يحق له ذلك، وسندهم في ذلك المادة 264 ق.م، 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 و الكفيل أن يرجع بدعوى الحلول (أي أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق) على أي من المدينين المتضامنين حتى من لم يكفله منهم و بكل الدين.

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

من المقرر قانونًا 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 1/664 على أنه: «إذا تعدد الكفلاء لدين واحد، وبعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة». ومنه إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد، 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 وفى أحد الكفلاء كل الدين، بالرغم من عدم التزامه، فلا يستطيع الرجوع على غيره من الكفلاء إلا بدعوى الإثراء بلا سبب(57) وفقًا للقواعد العامة ويرجع على كل منهم بقدر نصيبه في المسؤولية عن الدين دون اعتبار 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 أو كانوا قد التزموا بعقود متوالية (2/664 ق.م.ج) فإن كلا منهم يكون مسؤول عن كل الدين ولا يستطيع أحد الكفلاء أن يتمسك بتقسيم الدين بينه و بين غيره من الكفلاء، فإذا وفى 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 و نصيبه في حصة من أعسر من الكفلاء.

فإذا رجع الكفيل بدعوى الإثراء بلا سبب، فإنه يرجع بأقل القيمتين قيمة افتقاره أو قيمة ما أثرى به الكفيل الذي رجع عليه، وهذا الأخير قد أثرى بمقدار حصته و نصيبه في حصة المعسر، أما الكفيل الذي وفى، فقد افتقر بمقدار ما وفاه مجاوزًا حصته في المسؤولية عن

الدين، ولا يمكن القول أنه لم يفتقر لأنه كان ملزم بوفاء الدين كله وحصل مقابل الوفاء على براءة ذمته وهنا لا يمكن هذا القول إذ أن مسؤولية الكفيل المتضامن عن الدين كله إنما تكون بالنسبة لعلاقة هذا الكفيل بالدين أما بالنسبة لغيره من الكفلاء فإن الدين ينقسم وإذا رجع الكفيل بدعوى الحلول، فلا يرجع على كل كفيل إلا بقدر حصته في الدين، ونصيبه في حصة من أعسر ولا يمكن القول أن الدائن كان يستطيع الرجوع على أي من الكفلاء بكل الدين، وعليه فيستطيع الكفيل الذي حل محله ذلك، لأن القول بهذا يؤدي إلى الدخول في حلقة مفرغة لأن كل كفيل يرجع على غيره من الكفلاء بكل الدين، لذا وتجنبًا لهذه النتيجة الغير المعقولة نصت المادة 234 على: «إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين، فلا يجوز له أن يرجع على أي من الباقين إلا بقدر حصته في الدين، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن»، وكرست هذه القاعدة بنص خاص تجسد في المادة 668 الناصة على: «إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم و وفى أحدهم الدين عند حلوله يجوز له أن يرجع على كل من الباحثين بحصته من الدين و بنصيبه في حصة المعسر.

---

(57)وبالتالي لا يكون له الحق بالدعوى 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، عن الدكتور زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الأمل صفحة 96.

المطلب الثالث: انقضاء عقد الكفالة

ارتأينا أن نتطرق في هذا المطلب إلى انقضاء الكفالة ، فالكفالة هي عقد يلتزم به الكفيل لصالح الدائن المكفول له ، فلا يعطي المصرف قرضا إلا بعد تقديم الكفالة له (58) فالكفالة هي عقد تبعي كما رأينا و بالتالي تنقضي إما بطريقة تبعية و إما بطريقة أصلية

الفرع الاول : انقضاء عقد الكفالة بطريق تبعي

1-انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء وما يعادله

ا- انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء

إذا قام المدين الأصلي بالوفاء بالدين، انقضى التزامه الأصلي و انقضى بالتبعية التزام الكفيل، وإذا حدث أن وفى المدين بجزء من الدين، فإن براءة ذمة الكفيل لا تكون إلا في هذه الحدود، أي بمقدار ما وفاه المدين، ويكون للدائن أن يرجع بالباقي على المدين وعلى الكفيل.

ب- انقضاء الدين المكفول بما يعادل الوفاء:

أولا -انقضاء الدين المكفول بالوفاء بمقابل:

وطبقا لنص المادة 655 فإن المدين قد قضى الدين المكفول عن طريق الوفاء بمقابل أي اتفق المدين مع الدائن على الاستعاضة عن الدين الأصلي، بنقل ملكية شيء آخر من المدين إلى الدائن، و نفذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فعلا ومن تم تبرأ ذمة المدين من الدين الأصلي عن طرق هذا الوفاء بمقابل وتبرأ ذمة الكفيل تبعا لذلك فتنقضي الكفالة بطريق تبعي.

ثانيا-انقضاء الدين المكفول بالتجديد:

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، و يحل محل الدين المكفول دين جديد لا تنتقل إليه التأمينات التي تكفل الدين المكفول إلا إذا نص القانون على ذلك أو تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك.

ثالثا- انقضاء الالتزام المكفول بالإنابة

الإنابة هي والتي يترتب عليها انقضاء الالتزام المكفول، وهي تنطوي على انقضاء التزام المدين (المنيب) ليحل محل التزامه التزام جديد وهو (المناب) في مواجهة الدائن (المناب) لديه إذن الإنابة الكاملة، تحمل التزام جديد بتغير شخص المدين الذي تبرأ ذمته، بشرط أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب صحيح

رابعا- انقضاء الدين المكفول بالمقاصة:

إذا أصبح المدين المكفول دائنا للدائن، و توافرت شروط المقاصة المنصوص عليها في المادة 297 ق،م،ج انقضى الالتزام المكفول بقدر الالتزام الذي ت رتب في ذمة الدائن، و انقضى التزام الكفيل بالتبعية لهذا القدر المنقضي من الالتزام المكفول، ولا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة في ذلك.

خامسا – انقضاء الدين المكفول باتخاذ الذمة:

ينقضي الالتزام إذا اجتمعت في شخص واحد صفة الدائن و المدين بالنسبة للدين الواحد، و بالقدر الذي اتخذت فيه الذمة، كأن يرث المدين الدائن و أن يوصى الدائن لمدينه بالدين.

ب :انقضاء الالتزام الأصلي دون وفاء

أولا- الإبراء:

يتم الإبراء بإرادة واحدة من جانب الدائن و باختياره وهو ما نصت عليه المادة 305 و متى أبرأ الدائن مدينة فإن التزام المدين ينقضي و معه التزام الكفيل بالتبعية، ويقوم الإبراء على أساس فكرة التبرع طبقا للمادة 306 ق،م،ج.

ثانيا-استحالةالتنفيذ:

إذا استحال تنفيذ التزام المدين لسبب لا يد له فإنه ينقضي ومعه التزام الكفيل،

بالتبعية، وعلى المدين أن يثبت أن الوفاء أصبح مستحيلا لسبب أجنبي و إلا ترتب على ذلك مسؤولية المدين عن عدم التنفيذ و يحكم عليه بالتعويض، و يكون الكفيل ضامنا لهذا التعويض .

ثالثا-التقادم:

إذا انقض الالتزام الأصلي بالتقادم، فإن التزام الكفيل ينقض بالتبعية، ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة به متى كان دينه يستحق في أجل لاحق لأجل استحقاق الدين المكفول

رابعا-انقضاء الكفالة بفسخ الدين أو إبطاله:

قد يزول الدين المكفول بفسخ العقد الذي أنشأه، فيصبح الدين كأن لم يكن، وكذلك تصبح الكفالة كأن لم تكن تبعا للدين،كأن يضمن الكفيل التزام المشتري بدفع الثمن ثم يفسخ البيع فيزول بأثر رجعي.

والشيء نفسه بالنسبة لإبطال العقد فإن كان العقد الذي أنشأ الدين المكفول قابل للإبطال، وأبطل بأثر رجعي،زال الدين المكفول بأثر رجعي و زالت بزواله الكفالة بأثر رجعي.

الفرع الثاني : انقضاء الكفالة بطريق أصلي

1-الأسباب العامة لانقضاء التزام الكفيل

ا-اتحاد الذمة:

وتكون متى ورث أحدهما الآخر(الكفيل والدائن)، و ترتب عل ى ذلك انقضاء التزام الكفيل فقط دون التزام المكفول، و يستطيع من بقى منهما حيا وورث الآخر أن يطالب المدين بالدين فإن كان الدائن هو من ورث الكفيل فإنه يستطيع أن يطالب المدين بالدين لكن دون كفالة تضمنه، أما إن كان الكفيل هو من ورث الدائن فإنه يستطيع أن يطالب بالدين الأصلي بصفة عادية.

ثانيا-الإبراء:

للدائن أن يبرئ الكفيل من التزامه، ومتى وقع هذا، بقي الدين المكفول قائما، أما العكس ف غير صحيح، إذ لا يجوز للدائن يبرئ المدين و الإبقاء على التزام الكفيل لأن زوال الأصل يستتبع زوال الفرع، وإن تعدد الكفلاء، فإن إبراء الدائن لأحد الكفلاء لا يؤدي إلى براءة ذمة غيره من الكفلاء.

2-الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة لصفة أصلية

1/انقضاء التزام الكفيل يقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات : يشترط لانقضاء الكفالة بهذا الطريق توافر 3 شروط:

(1أن يكون التأمين الذي أضاعه الدائن تأمينا خاصا و هو ما نصت عليه المادة 2/656

(2يجب أن تكون إضاعة التأمين الخاص نتيجة خطأ من جانب الدائن ناتج عن تقصيره.

(3وجوب ترتب ضرر يلحق الكفيل وإلا فلا محل للتمسك ببراءة الذمة.

2/انقضاء التزام الكفيل لعدم اتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين بعد إنذار الكفيل له بضرورة اتخاذها

3/انقضاء التزام الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفلسة المدين وهو ما نصت عليه المادة 658 ق،م،ج

4- كيف ينقضي الدين المكفول : أسباب انقضاء الدين المكفول هي نفس أسباب انقضاء أي دين ، فإذا انقضى هذا الدين بسبب من أسباب الانقضاء فقد انقضت الكفالة كما قدمنا ، لأن التابع لا يبقى بغير الأصيل[2] . وانقضاء الدين المكفول يكون بالوفاء ، والوفاء بمقابل ، والتجديد ، والمقاصة ، واتحاد الذمة ، والإبراء ، واستحالة التنفيذ ، والتقادم . وقد يفسخ الدين المكفول أو يتمسك بإبطاله ، فنزول الكفالة تبعاً لذلك .

85- **انقضاء الدين المكفول بالوفاء** : فيقي قد يقضي المدين الأصلي دينه المكفول بالوفاء ، فينقضي الدين المكفول ، وينقضي تبعاً له دين الكفيل فتنقضي الكفالة[3] . ويكفي لقضاء الدين المكفول أن يحجز الدائن على أموال المدين ويبيعها ويكون الثمن كافياً لوفاء حقه ، حتى لو هلك المال قبل تسليمه للمشتري ، فإن الضامن للهلاك في هذه الحالة لا يكون هو الدائن بل المدين إذ يعتبر أنه هو البائع[4] . وإذا لم يقبل الدائن الوفاء ، واضطر المدين لعرض الدين عرضاً حقيقياً تلاه الإيداع ، فإن العرض الحقيقي يقوم مقام الوفاء إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته (م 339 مدني) . ويجوز للمدين أن يرجع في هذا العرض ما دام الدائن لم يقبله أو ما دام لم يصدر حكم بصحته . وإذا رجع لم يعتبر -215 المدين قد وفي الدين ، ومن ثم لا تبرأ ذمة الكفيل (م 1/340 مدني) . أما إذا رجع المدين

في العرض بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن هذا الرجوع ، لم يكن لرجوع المدين أثر في حق الكفيل واعتبر الدين موفى بالنسبة إليه وبرئت ذمته نهائياً (م 2/340 مدني) . وإذا كان الوفاء باطلا أو أبطل ، اعتبر كأن لم يكن ، فيعود الدين المكفول وهذا بخلاف الوفاء بمقابل ، فسنرى أنه إذا استحقا لشيء المدفوع . [5] وتعود معه الكفالة في مقابل الدين ، فإن الوفاء بمقابل يبقى مبرئاً لذمة الكفيل ولا تعود الكفالة [6] .

وتوجد حالة يوفى فيها بالدين المكفول ، ومع ذلك لا ينقضي هذا الدين . وذلك إذا وفي الغير بهذا الدين للدائن ، وحل محله فيه حلولا اختيارياً أو قانونياً . ففي هذه الحالة يرجع الموفى بالدين على المدين بنفس الدين كما تقضي قواعد الحلول ، فلا يكون الدين قد انقضى بالرغم من وفائه ويفي التزام الكفيل [7] .

ويستوي في كل ما قدمناه أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين أو متضامنا معه [8] .

86- **انقضاء الدين المكفول بالوفاء بمقابل – نص قانوني** : تنص المادة 783 مدني على ما يأتي :

" إذا قبل الدائن أن يستوفي في مقابل الدين شيئاً آخر ، برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء " [9] .

216- والمفروض هنا – وهذا الذي يقع غالباً – أن المدين قد قضى الدين المكفول عن طريق الوفاء بمقابل فاتفق المدين مع الدائن على الاستعاضة عن الدين الأصلي بنقل ملكية شيء آخر من المدين إلى الدائن ، ونفذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فعلاً ، ومن ثم تبرأ ذمة المدين من الدين الأصلي عن طرق هذا الوفاء بمقابل ، وتبرأ ذمة الكفيل تبعاً لذلك فتنقضي الكفالة بطريق تبعي [10] .

217- ولما كان التكييف القانوني للوفاء بمقابل ، وهو التكييف الذي تغلب في الفقه المعاصر ، هو أن الوفاء بمقابل مزيج من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية ، فإنه يجب تحليل الوفاء بمقابل إلى عنصريه الأولين .

فهو أولا تجديد بتغيير محل الدين ، ومتى دخل في الدين هذا التعديل الجوهر فقد أصبح ديناً جديداً يحل محل الدين القديم ، وهذا هو التجديد . ويترتب على هذه الخطوة الأولى أن الدين الأصلي ينقضي معه تأميناته ومنها الكفالة ، وعلى ذلك تبرأ ذمة الكفيل نهائياً باقتضاء الدين الأصلي عن طريق التجديد .

والوفاء بمقابل ثانياً هو وفاء الدين الجديد الذي حل محل الدين القديم . وذلك عن طريق نقل الملكية . فتسري إذن على الوفاء بمقابل أحكام البيع باعتباره ناقلا للملكية ، وتسري عليه أيضاً أحكام الوفاء باعتباره أنه يقضي الدين . ومن أحكام البيع ضمان الاستحقاق ، فإذا استحق المقابل في يد الدائن ، رجع بهذا الضمان على المدين ولكنه لا يرجع بالدين . [11]

الأصلين فإن هذا المدين قد انقضى بالتجديد كما قدمنا وقد انقضت تأميناته معه فبرئت ذمة الكفيل نهائياً ([12]) ، 218- وهو الذي قضي الدين . إذ التجديد قد أصبح باتاً لا رجوع فيه الأصلي بتأميناته ، وأقام مقامه الدين الجديد الذي يستوجب تنفيذه نقل الملكية ([13]) .

وأيا كان سبب استحقاق المقابل ، فإن الوفاء بمقابل يبرئ ذمة الكفيل نهائياً . وذلك ما لم يكن المقابل مملوكاً للكفيل نفسه وكان الكفيل يعلم أن المدين الأصلي قد أعطي هذا المقابل للدائن ، ففي هذه الحالة إذا رجع الكفيل بضمان الاستحقاق على الدائن لم تبرأ ذمته من الكفالة لأنه هو الذي تسبب بعمله في ضمان الاستحقاق ([14]) .

ويجوز للدائن ، عند تسلمه المقابل ، أن يحتفظ بحقه في الرجوع على الكفيل أو استحق هذا المقابل . ففي هذه الحالة يكون انقضاء الكفالة معلقاً على شرط واقف هو عدم استحقاق المقابل ، وقد يتخلف الشرط باستحقاق المقابل ([15]) .

وقد قدمنا أن الذي قع غالباً أن المدين هو الذي يقدم شيئاً مملوكاً له في مقابل الدين . ذلك انه لو كان الذي قدم المقابل هو الكفيل ، واستحق المقابل ، لم تبرأ ذمة الكفيل بل يرجع عليه الدائن بضمان الاستحقاق . وهذا هو الذي دعا مجلس النواب ، في مشروع المادة 783 مدني سالفة لذاكر ، أن يضيف عبارة "من المدين" بعد عبارة "إذا قبل الدائن أن يستوفي" . - 219 إذ المفروض ألا ينصرف إلا إلى حالة ما إذا استوفى الدائن مقابل الدين من المدين لا من الكفيل . أما إذا استوفى المقابل من الكفيل ، فإن هذا الأخير يكون ضامناً لاستحقاق الشيء ، ولا تبرأ ذمته طبقاً للقواعد العامة . ولكن مجلس الشيوخ أعاد النص إلى أصله "حتى يشمل المدين وأي شخص آخر ، لأن الوفاء قد يقع من المدين أو من غيره ، فليس ثمة موجب لتخصيص يخل بهذا المبدأ" ([16]) والمقصود بما قرره مجلس الشيوخ من أن الوفاء بمقابل قد يقع من المدين أو من غره ، أن يكون هذا الغير هو غير الكفيل ، لأن الوفاء بمقابل الذي يقع من الكفيل لا يبرئ ذمته إذا استحق الشيء كما سبق القول . فيجب إذن أن يكون الذي قام بالوفاء بمقابل هو أجنبي ، غير الكفيل وغير المدين . وقد سبق أن قررنا في هذا الصدد : "ولا نرى ما يمنع من أن يتفق الدائن مع غير المدين (وغير الكفيل) على أن يستوفي الدين منه بمقابل ، فينقل الغير إلى الدائن ملكية شيء مملوكة للأول وفاء للدين ، ثم يرجع الغير على المدين ، إذا لم يكن هناك اتفاق بينهما ، بدعوى الفضالة أو بدعوى الإثراء فإذا دفع مقابل الوفاء من غير المدين ومن غير الكفيل . بلا سبب" ([17]) ، بحسب الأحوال على هذا النحو ، فإن هذا الوفاء بمقابل يبرئ ذمة الكفيل نهائياً كما يبرئها نهائياً الوفاء بمقابل الواقع من المدين . ولا تعود الكفالة إذا استحق المقابل المدفوع من الغير ، كما لا تعود إذا استحق المقابل المدفوع من المدين .

87- انقضاء الدين المكفول بالتجديد : 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 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 "1- يترتب على التجديد أن ينقضي الالتزام الأصلي بتوابعه ، وأن ينشأ مكانه التزام جديد . 2- ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي إلا بنص في القانون ، أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك" .

فقد يكون الالتزام الأصلي مضموناً بكفيل ، فبانقضائه بطريق التجديد تنقضي الكفالة . ولا تنتقل الكفالة إلى الالتزام الجديد ، إلا بنص في القانون أو بالإنفاق . أما نص القانون فمثله ما ورد في المادة 355 مدني من أن 1- لا يكون تجديداً مجرد تغيير الالتزام في حساب جار . 2- وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره . على انه إذا كان الالتزام مضموناً بتأمين خاص ، فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك" . فهنا لم تنقض الكفالة بانقضاء الالتزام الأصلي بالتجديد ، بل بقيت وانتقلت إلى الالتزام الجديد ، وهو رصيد الحساب ، وذلك بحكم القانون ودون حاجة إلى رضاء الكفيل . وأما الاتفاق ، فقد وردت في شأنه المادة 358 مدني ، وتنص على أنه "لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة ، عينية كانت أو شخصية ، ولا التضامن ، إلا إذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون" . ذلك أن الكفالة قد انقضت بانقضاء الدين المكفول ، فلا تنتقل إلى الدين الجديد لتكلفه . ولا يكفي إذن ، حتى يكفل الكفيل الالتزام الجديد بعد أن كان يكفل الالتزام الأصلي ، أن يتفق على ذلك الدائن والمدين معاً ومعهما المدين الجديد أو الدائن الجديد ، بل لا بد من رضاء الكفيل أيضاً . فانه لم يكفل إلا التزاماً بعينه وهو الالتزام الأصلي ، وقد انقضى هذا الالتزام - 221 فانقضت كفالته تبعاً لذلك . فحتى يضمن الكفيل الالتزام الجديد ، ولو كان أقل قيمة ، لا بد م رضائه بذلك ، أي لا بد من كفالة جديدة ([18]) .

وإيداع الدين في قائمة التوزيع ضد المدين وتسلمه أمر الصرف لا يعتبر تجديداً ، فلا يقضي الكفالة . ويستطيع الدائن أن ينزل عن إدراجه في قائمة هذا التوزيع ، وأن يرجع على الكفيل الذي لم تبرأ ذمته ([19]) .

وحتى يكون هناك تجديد ، فتقضي به الكفالة ، لا بد أن تكون نية التجديد واضحة ، وقد نصت المادة 1/354 مدني على أن "التجديد لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة ، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف" . وحتى تقوم نية التجديد واضحة ، يجب أن يغاير الالتزام الجديد الالتزام القديم في عنصر من عناصره الهامة . فتغير محل الدين أو مصدره ، وإضافة شرط أو إلغاؤه ، وتغيير الدائن ، وتغيير المدين ، كل هذا ينطوي على إدخال تعديلات جوهرية تخلص منها نية التجديد في وضوح . وإضافة أجل ، أو مد أجل ، أو الإلغاء أجل موجود ، إضافة شرط جزائي ، أو تقديم تأمين عيني أو شخصي ([20]) قائم ، أو إلغاء هذا التأمين ، أو تغيير مكان الوفاء ، أو تعديل سعر الفائدة يخفضها أو عرفها ، أو

تغيير مقدار الدين بزيادته أو نقصه ، كل ذلك لا يكفي لاستخلاص نية التجديد ، إلا إذا وجدت ظروف أخرى تدل في وضوح على هذه النية . وقد نصت المادة 222- مدني صراحة على ذلك ، فهي تقضي بأنه "لا يستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ، ولا مما يحدث في الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته ، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره" . فمجرد كتابة سند بدين كان غير مكتوب لا يعد تجديداً ، بل هو تهيئة دليل على دين موجود فعلا ، فلا تنقضي الكفالة التي تضمن هذا الدين . كذلك إبدال ورقة تجارية بورقة تجارية أخرى ، كإبدال كمبيالة بكمبيالة أو سند إذني بكمبيالة أو كمبيالة بسند غذني بفرض مد أجل الدين ، أو تغيير سند الدين بكمبيالة أو نسد إذني ، لا يعد تجديداً ، ولا تنقضي به الكفالة . وكذلك تحرير كمبيالة أو سند إذني بثمن المبيع لا يعد تجديداً للثمن ، بل يكون ضرباً من التوثيق له ، ويبقى امتياز البائع قائماً وكذلك الكفالة حتى بعد كتابة الكمبيالة أو السند ، وهذا ما لم يتفق على غيره ، كأن يقر البائع أنه تسلم الثمن نقداً ففي هذه الحالة يقضي دين الثمن بتأميناته من امتياز وكفالة ويحل محله دين جديد هو الدين الثابت بالكمبيالة أو السند . ولا يعتبر تجديداً ، فلا تنقضي الكفالة ، الإقرار بدين بعد صدور حكم به ولو قيل في الإقرار أنه في حالة عدم الوفاء ينفذ الحكم ، ولا الإقرار الصادر من المستأجر بالتجديد في ذمته م الأجرة ، فتبقى الكفالة وامتياز المؤجر ويتقادم الدين بخمس سنوات ([21]) .

88- انقضاء 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 ([22]) . 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" .

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 . 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 . -224 ذلك أن الكفيل كان قد تخلص من الكفالة منذ أن انقضى الدين المكفول بالمقاصة ، فلا يضار بنزول المدين عن مقاصة الدين المكفول[23] .

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" . 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 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 . -225 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[24] .

89- انقضاء الدين المكفول باتحاد الذمة : وإذا انقضى الدين المكفول باتحاد الذمة ، بأن ورث المدين الدائن فورث حقه وأصبح هو الدائن لنفسه فانقضى الدين باتحاد الذمة ، انقضت الكفالة التي كانت تضمن الدين تبعاً لذلك ، وبرئت ذمة الكفيل[25] . ولكن إذا زال اتحاد الذمة بأثر رجعي ، اعتبر كأنه لم يكن ، وعادت الكفالة إلى الوجود لأنها لم تكن قد انقضت باتحاد الذمة الذي زال بأثر رجعي . وقد نصت المادة 2/370 مدني في هذا المعنى على ما يأتي : "وإذا زال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة ، وكان لزواله أثر رجعي ، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوي الشأن جميعاً ، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن"[26] .

وإذا مات الدائن ورثه الكفيل ، فاتحاد الذمة ما بين الدائن والكفيل إذا كان يقضي التزام الكفيل ، فليس ينقضي على النحو الذي ينقضي به لو أن الكفيل وفي الدين حقه . فإن الكفيل إذا وفى الدين للدائن ، انقضى -226 الدين وبرئت ذمة المدين فانقضت الكفالة بصفة تبعية ، ورجع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول . أما إذا ورث الكفيل الدائن ، فاتحدت الذمة وانقضت الكفالة بصفة أصلية ، لم ينقض الدين الأصلي ، وطالب الكفيل الذي أصبح دائناً المدين بهذا الدين ذاته ([27]) .

وإذا مات المدين وورثه الكفيل ، فاتحدت الذمة (في القانون الفرنسي) وانقضت الكفالة ، فإن انقضاء التزام الكفيل على هذا النحو لا يكون إلا من حيث المطالبة . فإذا أدى الكفيل الدين للدائن ، أداه باعتباره مديناً أصلياً بعد أن ورث المدين لا باعتباره كفيلا . أما إذا أتاه باعتباره كفيلا ، بعد أن أصبح مديناً أصلياً بالميراث ، فإنه لا يستطيع باعتباره كفيلا الرجوع على نفسه باعتباره مديناً . ولكن التزامه ككفيل يبقى مع ذلك معتداً به في غير هذه المطالبة . ويترتب على ذلك أنه إذا كان لهذا الكفيل كفيل ، فإن التزام كفيل الكفيل يبقى قائماً مستنداً إلى التزام الكفيل بالرغم من انقضاء هذا الالتزام الأخير باتحاد الذمة . فيجوز للدائن في هذه الحالة ، إذا لم يستطع استيفاء حقه من الكفيل الذي أصبح في الوقت ذاته مديناً أصلياً ، أن يرجع على كفيل الكفيل ([28]) . ولهذا الأخير ، إذا وفى الدين ، أن يرجع على الكفيل بما وفاه للدائن بالرغم من اتحاد ذمة الكفيل والمدين الأصلي . وقد نصت المادة 2035 مدني فرنسي على هذا الحكم ، إذ تقول : "اتحاد الذمة الذي يتحقق بين شخص المدين الأصلي وكفيله ، عندما يرث أدهما الآخر ، لا يقضي -227 دعوى الدائن ضد من كفل الكفيل ([29]) . وإذا كفل الكفيل مدينين متضامنين متعددين وورث أحدهم ، فصار في القانون الفرنسي كفيلا ومديناً متضامناً في وقت واحد ، فإن وفى الدين باعتباره كفيلا ، رجع على أي من المدينين المتضامنين الآخرين بالدين بعد استنزال حصة مورثه . أما إذا وفاه باعتباره مديناً متضامناً ، فانه لا يستطيع الرجوع على باقي المدينين المتضامنين إلا بقدر حصة كل منهم في الدين ([30]) .

90- انقضاء الدين المكفول بالإبراء : وإذا انقضى الدين المكفول بإبراء الدائن للمدين من الدين ، انقضى الدين المكفول بالإبراء ، وانقضت تبعاً لانقضائه الكفالة ([31]) .

والإبراء في التقنين المدني الجديد يتم بإرادة واحدة من جانب الدائن ، -228 ويرتد برد المدين إياه . وقد صرحت بذلك المادة 371 مدني ، فهي تقضي بأن الإبراء يتم "متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد برده" . فإذا رد المدين الإبراء ، كان بهذا الرد يفقر نفسه . ذلك أن ذمته تبرأ من الدين بمجرد وصول الإبراء إلى علمه ، فبرده للإبراء يعود الدين إلى ذمته بعد أن كان قد انقضى . ومن ثم يجوز للكفيل ، وهو دائن للمدين بالرجوع عليه إذا وفى الدين للدائن ، أن يطعن في رد المدين للإبراء بالدعوى البولصية ، لأن هذا الرد زاد في التزامات المدين إذ عاد الدين بالرد بعد انقضائه . ومن ثم إذا أبرأ الدائن المدين من الدين ، ورد المدين

هذا الإبراء ، فعاد الدين بعد انقضائه إلى ذمة المدين ، جاز للكفيل أن يطعن في هذا الرد بالدعوى البولصية فلا يسري في حقه ، وتبرأ ذمة الكفيل نهائياً من الكفالة .

وقد أورد التقنين المدني السابق في شأن الكفالة سلسلة من النصوص لم ينقلها التقنين المدني الجديد ، لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة ، فتسري أحكامها دون حاجة إلى نص . من ذلك أن نصت المادة 244/181 التي سبق إيرادها ، فقالت إن "إبراء ذمة المدين يترتب عليه ذمة فتبرأ ذمة الكفيل ببراءة ذمة المدين ، لأن التزام الكفيل تابع لالتزام ." [32] ضامنيه أيضاً ويستثنى من ذلك الإبراء الذي يتضمنه الصلح مع المدين [33] ، فإذا زال الأصل زال التبع . (concordat) المفلس ، إذ يجب تمييز الإبراء عن صح الدائنين مع مدينهم المفلس فالدائنون عند ما يبرئون ذمة مدينهم المفلس من 229- جزء من الديون لا يتبرعون ، ولكنهم يأملون من وراء هذا الإبراء أن يحصلوا على أكبر حصة ممكنة من حقوقهم ، وهم ييسرون على المدين السبل التي تؤدي إلى ذلك ومنها إبراؤه من جزء من ديونه ، وعلى ذلك إذا أبرأ فإنهم لا يبرئون (concordat) الدائنون مدينهم المفلس من جزء من ديونه بالصلح معه ذمة الكفلاء . بل إن فائدة الكفالة لا تظهر إلا عند إفلاس المدين ، فقد أراد الدائن أن يستوثق أما إبراء ذمة الكفل فلا يبرئ ذمة المدين الأصلي ، لأن زوال التبع لا يستوجب زوال الأصل . [34] لحقه من ذلك وفي هذا الصدد تنص المادة 247/184 من التقنين المدني السابق على أنه "لا تبرأ ذمة المدين بإبراء ذمة ضامنه" . وإذا تعدد الكفلاء ، وأبرأ الدائن أحدهم ، فإن ذلك لا يعني أنه أبرأ الباقين ، بل تجوز له مطالبة باقي الكفلاء كل بقدر الحصة التي كفلها إذا كان الكفلاء غير متضامنين ، أو أي منهم بالدين بعد استنزال حصة الكفيل الذي هذا كله ما لم يكن الكفيل الذي أبرأه الدائن قد كفل . [35] أبرأه إذا كان الكفلاء متضامنين الدين بعد أن كفله الكفلاء الآخرون ، فهو إذا كان متأخراً عنهم لا يكونون قد اعتمدوا على كفالته ، فإذا أبرأه الدائن لم يجز للكفلاء المتقدمين أن يستنزلوا حصته . بل يرجع الدائن على كل منهم بعد تقسيم الدين كله بينهم دون الكفيل المتأخر إذا كانوا غير متضامنين ، أو يرجع على أي منهم بكل الدين إذا كانوا 230- متضامنين . فرجوع الكفلاء على الكفيل الذي أبرأه الدائن . بمقدار حصته ، منوط بأن تكون ضمانه هذا الكفيل سابقة لضمانتهم أو مقارنة لها ، وفي هذا الصدد تنص المادة 248/185 من التقنين المدنين السابق على أنه "إذا تعدد الضامنون في دين واحد ، وأبرأ الدائن ذمة أحدهم ، جاز للباقي مطالبه بالضمان إذا كانت ضمانته سابقة على ضمانتهم أو مقارنه لها" [36] .

وإذا تصالح الدائن مع المدين ، وتضمن الصلح نزول من الدائن عن جزء من الدين ، فللكفيل أن يتمسك بهذا الصلح . فلا يكون مسئولا نحن الدائن إلا عن الباقي من الدين بعد استنزال الجزء الذي نزل عنه الدائن بالصلح ، وتكون مسئولية الكفيل في ذلك مثل مسئولية المدين [37] .

91- انقضاء الدين المكفول باستحالة التنفيذ : وإذا انقضى الدين المكفول باستحالة التنفيذ لسبب أجنبي ، انقضت باقتضائه الكفالة . فإذا كان للدين كفيل ، ثم استحال تنفيذ الدين بسبب أجنبي فانقضى وبرئت ذمة المدين منه ، فإن ذمة الكفيل تبرأ تبعاً لبراءة ذمة المدين .

وإذا استحال تنفيذ الدين بخطأ المدين ، فإن محل الدين يتحول إلى تعويض ، ولا تبرأ ذمة المدين . كذلك لا تبرأ ذمة الكفل ، بل يبقى كفيلا للتعويض أما إذا هلك الشيء بفعل المدين[38] . كذلك لا تبرأ ذمة الكفيل ، إذ يعتبر فعل الكفيل سبباً أجنبياً بالنسبة إلى المدين وتبرأ ذمة الكفيل باعتباره كفيلا تبعاً لبراءة ذمة المدين ، ولكن الكفيل يبقى مسئولا عن خطأه كمدين أصلي نحو الدائن[39] .

92- انقضاء الدين المكفول بالتقادم : وإذا انقضى الدين المكفول بالتقادم ، انقضت 231- باقتضائه الكفالة ، وذلك حتى لو كان التزام الكفيل التابع لم ينقص هو نفسه بالتقادم . والغالب أن يسري التقادم بالنسبة إلى الدين الأصلي في الوقت الذي يسري فيه بالنسبة إلى التزام الكفيل ، فينقضي الدينان بالتقادم في وقت واحد . وعندئذ تبرأ ذمة الكفيل إما لأن المدين الأصلي قد برئت ذمته والكفيل تابع للمدين الأصلي ، أو لأن التزام الكيل التابع قد انقضى هو نفسه بالتقادم مستقلا عن الدين الأصلي .

ولكن يحدث أن الدين الأصلي ينقضي بالتقادم دون أن ينقضي التزام الكفيل ، ويقع ذلك إذا كان التزام الكفيل قد نشأ بعد الدين الأصلي بأن يضمن الكفيل الدين بعد نشوئه ، أو حدد لالتزام الكفل أجل أبعد من الأجل الذي حدد لإلزام المدين . فعند ذلك يتقادم الدين الأصلي قبل أن يتقادم التزام الكفيل ، ويتقادم الدين الأصلي تبرأ ذمة الكفيل تبعاً لانقضاء الدين الأصلي ، وحتى إذا بدأ سريان تقادم التزام الكفيل في الوقت وذلك دون أن يتقادم التزام الكفيل[41] . الذي بدأ فيه سريان تقادم الدين الأصلي ، فقد يقطع التقادم بالنسبة إلى الكفيل فلا ينقطع بالنسبة إلى المدين الأصلي . فيتقادم الدين الأصلي في هذه الحالة قبل أن يتقادم التزام الكفيل وقد - ، فتبرأ ذمة الكفيل تبعاً لبراءة ذمة المدين الأصلي دون أن يتقادم التزام الكفيل[42] . 232 يقف التقادم بالنسبة إلى الكفيل لوجود مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه (م 1/382 مدني) ، ولا يوجد هذا المانع بالنسبة إلى المدين . فيتقادم الدين الأصلي قبل أن يتقادم التزام الكفيل ، فتبرأ ذمة الكفيل تبعاً لبراءة ذمة المدين الأصلي دون أن يتقادم التزام الكفيل .

ويحدث كذلك أن التزام الكفيل ينقضي بالتقادم ، دون أن ينقضي بالتقادم الدين الأصلي . ويكون ذلك بقطع التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي ، فإن قطع التقادم بالنسبة إلى هذا المدين وقد يقف التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي بأن يوجد لا يقطعه بالنسبة إلى الكفيل[43] . مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب المدين بحقه (م 1/382 مدني) ، ولا يوجد هذا المانع بالنسبة إلى الكفيل . فعند ذلك لا ينقطع التقادم ولا يقف بالنسب إلى الكفيل ، ويتقادم التزامه

قبل أن يتقادم الدين الأصلي . فتبرأ ذمة الكفيل بصفة أصلية كما سيأتي ، دون أن تبرأ ذمة المدين الأصلي .

وإذا تقادم الدين الأصلي ، برئت ذمة الكفيل تبعاً لذلك كما قدمنا ، حتى لو لم يتمسك المدين الأصلي بالتقادم ، فإن كان المدين الأصلي لم يتمسك بالتقادم ، جاز للكفيل أن يتمسك به هو تطبيقاً لما تنص عليه المادة 233- 1/387 مدني وتنص على أنه "لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين . والكفيل لا شك في أن له مصلحة في التمسك بتقادم الدين الأصلي ، إذ تبرأ ذمته من الكفالة . وإن كان المدين الأصلي قد نزل عن التقادم ، جاز للكفيل أن يطعن في هذا النزول بالدعوى البولصية باعتباره دائناً للمدين الأصلي ، وذلك تطبيقاً للمادة 2/388 مدني وتنص على ما يأتي : "وإنما يجوز الكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن ينزل ضمناً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ، على أن هذا النزول لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضرار بهم"[45] .

93- انقضاء الكفالة بفسخ الدين المكفول أو بإبطاله : وقد يزول الدين المكفول بفسخ العقد الذي أنشأه ، فيصبح الدين كأن لم يكن ، وكذلك تصبح الكفالة كأن لم تكن تبعاً للدين . مثل ذلك أن يضمن كفيل التزام المشتري بدفع الثمن ، ثم يسخ البيع فيزول بأثر رجعي ويعتبر دين الثمن كأن لم يكن ، وكذلك يزول التزام الكفيل تبعاً لزوال التزام المشتري بدفع الثمن . ولا تعود الكفالة بعد أن زالت ، حتى لو كان المدين الأصلي الذي زال التزامه بالفسخ التزام وكالنسخ تحقيق الشرط . فإن كان المدين الأصلي قد التزم من جديد ، بل لا بد أن يلتزم الكفيل كذلك من جديد الناسخ[46] .

وما يقال عن فسخ الدين المكفول وتحقق الشرط الفاسخ يقال كذلك عن إبطال الدين ، فإذا كان العقد الذي أنشأ الدين المكفول قابلا للإبطال وأبطل بأثر رجعي ، زال الدين المكفول بأثر رجعي ، وزالت بزواله الكفالة بأثر رجعي كذلك[47] .

([1]) وقد نصت المادة 1087 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أن "جميع أسباب البطلان أو السقوط المختصة بالموجب أصلي تسقط الكفالة" . ونصت المادة 1088 من نفس القانون على أن "موجب الكفالة يسقط بالأسباب نفسها التي تسقط سائر الموجبات ، وغن لم تكن لتلك الأسباب علاقة بالموجب الأصل" .

([2]) بودر وفال فقرة 1138 ص 597 .

([3]) جيوار فقرة 225 – بودري وفال فقرة 1139 – وإذا كان الوفاء جزئياً وكان الدين مكفولا في جزء منه دون الجزء الآخر ، فإن جهة الدفع تنصرف إلى الجزء غير المكفول .

ذلك أن الدائن ما كان ليقبل الوفاء الجزئي ، وهو يجبر عليه ، لو أن الوفاء وقع على الجزء المكفول . فهو إذا قبل هذا الوفاء الجزئي ، فلأنه يستوفي به الجزء غير المكفول من الدين ، مستبقيا الجزء المكفول فهو موثق بالكافلة (استئناف مختلط 21 نوفمبر سنة 1916 م 29 ص 57 – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة 1548) . على أن هذا الحكم مقصور على ما إذا كان الدين مكفولا في جزء منه . أما إذا كان هناك دينان مستقلان أحدهما عن الآخر ، وكان دين منهما مكفولا والآخر غير مكفول ، فجهة الدفع تنصرف إلى الدين المكفول لأن المدين كان يستطيع إجبار الدائن على استيفاء هذا الدين (استئناف مختلط 24 ماس سنة 1926 م 38 ص 306 – وانظر في أن الدين المكفول أو المضمون بحق اختصاص هو أشد كلفة فتنصرف إليه جهة الدفع : استئناف وطني 28 يناير سنة 1897 القضاء 4 ص 249 – 13 ماس سنة 1914 المجموعة الرسمية 15 رقم 106 ص 202) . وانظر في كل ذلك أوبري ورو 6 فقرة 429 ص 295 وهامش 1 مكرر – الوسيط 3 فقرة 454 ص 770 هامش 1 – محمد كامل مرسي فقرة 122 ص 173 – وانظر عكس ذلك وان جهة الدفع تنصرف إلى الجزء المكفول عبد الفتاح عبد الباقي فقرة 135 ص 203 – ص 204 .

([4]) بودري وفال فقرة 1140 .

([5]) سليمان مرقس فقرة 135 ص 152 .

([6]) لوران 28 فقرة 281 – جيوار فقرة 258 – أوبر ورو 6 فقرة 429 ص 296 – بودري وفال فقرة 1141 .

([7]) جيوار فقرة 225 – بودري وفال فقرة 1139 .

([8]) بودري وفال فقرة 1143 .

([9]) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة1160 من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم 852 في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عدل النص بإضافة عبارة ‘‘من المدين’’ بعد عبارة ‘‘إذا قبل الدائن أن يستوفي’’ ، وذلك حتى يتحدد المقصود من النص بوضوح تام ، إذ المقصود ألا ينصرف النص إلا إلى حالة ما استوفى الدائن مقابل الدين من المدين لا من الكفيل . أما إذا استوفى المقابل من الكفيل ، فإن هذا الأخير يكون ضامنا لاستحقاق الشيء ، ولا تبرأ ذمته طبقا للقواعد العامة’’ . ووافق مجلس النواب على النص ، تحت رقم 850 ، كما عدلته لجنته . وفي لجنة مجلس الشيوخ أعيد النص إلى أصله ‘‘حتى يشمل المدين وأي شخص آخر’’ ، وجاء في تقرير اللجنة : ‘‘ولم تر اللجنة محلا لأن تخصص الوفاء بوجوب حصوله من الدين ، لأن الوفاء قد يقع من الدين أو غيره ، فليس ثمة وجه لتخصيص يخل بهذا المبدأ’’ ، وأصبح رقم المادة 783 . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية 5 ص 469 – ص 472) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م 624/511 : تبرأ ذمة المدين بقبول الدائن شيئاً بصفة وفاء للدين ، ولو حصلت دعوى من الغير باستحقاق ذلك الشيء .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

(التقنين المدني السوري م 749 (مطابق .

(التقنين المدني الليبي م 792 (مطابق .

التقنين المدني العراقي م 1029 : إذا قيل الدائن أن يستوفي من المدين في مقابل الدين شيئا آخر ، برئت ذمة الكفيل حتى لو استحق هذا الشيء ، إلا إذا كان الدائن قد احتفظ بالحق في الرجوع على الكفيل في هذه الحالة .

قانون الموجبات والعقود اللبناني م 1096 : عندما يقبل الدائن مختاراً شيئاً غير الشيء الواجب إيفاء لدينه ، فإن الكفيل وإن كان متضامنا مع المديون تبرأ ذمته ، ولو نزع ذلك الشيء عن الدائن بدعوى الاستحقاق أورده الدائن بسبب عيوبه الخفية .

ولكن لا يعتبر وفاء بمقابل أن يكون الدائن مجبرا على قبول شيء آخر في مقابل ([10]) الدين ، فإن شرط الوفاء بمقابل أن يكون الدائن قد قبل مختاراً هذا الوفاء . فإذا نفذ الدائن على عقار للمدين وباع هذا العقار بالمزاد ، فرسا عليه المزاد فأخذ العقار تنفيذاً للدين ، لم يكن هذا وفاء بمقابل بل يكون وفاء . وعلى ذلك إذا استحق هذا العقا ، عاد التزام الكفيل لأن ذمته لم تبرأ نهائياً كما في الوفاء بمقابل (بودري وفال فقرة 1149) .

فيرجع ، طبقاً لأحكام هذا الضمان ، بما يأتي : (1) قيمة المقابل وقت الاستحقاق ([11]) مع الفوائد القانونية من ذلك القوت . (2) وفي الثمار التي ألزم الدائن بردها لمن استحق المقابل . (3) والمصروفات النافعة التي لا يستطيع الدائن أن يلزم بها المستحق ، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان المدين سيء النية . (4) وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، ماداما كان الدائن يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر المدين بالدعوى . (5) وبوجه عام التعويض عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المقابل .

بودري وفال فقرة 1148 مكررة ص 602 أوبري ورو فقرة 429 ص 295 – ([12]) ويعتبر هذا الحكم استثناء من القواعد العامة (بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة 1549) . غير أن هذا الاستثناء لا يتعلق بالنظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفه . ومن ثم يجوز للدائن والمدين أن يتفقا على أن يحتفظ الدائن بحق الفسخ في حالة استحقاق المقابل ، فإذا فسخ الدائن الوفاء بمقابل لاستحقاق المقابل ، عاد الدين المكفول وعادت الكفالة (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة 136 – سليمان مرقس فقرة 136 ص 154) .

انظر في ذلك الوسيط 3 فقرة 472 – فقرة 483 ([13]) .

جيوار فقرة 256 – بودري وفال فقرة 1150 – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة 136 ([14]) . – سليمان مرقس فقرة 136 ص 154

. انظر في هذا المعنى بودري وفال فقرة 1151 ([15])

. انظر نفس الفقرة في الهامش ([16])

. الوسيط 3 فقرة 474 ص 789 هامش 1 ([17])

بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة 1559 – الوسيط 3 فقرة 508 – ص 854 – ([18]) وتنص المادة 1092 لبناني على "أن تجديد الدين بين الدائن والمديون الصليل يبرئ الكفلاء ، ما لم يكونوا قد قبلوا بكفالة الدين الجديد . على أنه إذا اشترط الدائن ضمن الكفلاء إلى الموجب الجديد ، ولم يقبل هؤلاء ، فالموجب لا يسقط" .

. جيوار فقرة 254 – بودري وفال فقرة 1145 ([19])

وقد نصت المادة 1084 لبناني على "أن تحديد الأجل الذي يمنحه الدائن للمديون ([20]) الأصلي بتفنيد منه الكفيل ، ما لم يكن سبب عسر المديون . أما التجديد الذي يمنحه الدائن للكفيل فلا يستفيد منه المديون الأصلي ، ما لم يصرح الدائن بالعكس" .

انظر في كل ذلك الوسيط 3 فقرة 497 – والإنابة الكاملة تعتبر تجديداً ، فتسري ([21]) عليها أحكام التجديد . أما إذا كانت الإنابة غير كاملة فلا تعتبر تجديداً ، ويقوم التزام المناب بجانب التزام المنيب ويصبح الدائن مدينا بدلا م دين واحد . فإذا بقي التزام المنيب قائما ، فإن جميع تأميناته ومنها الكفالة تبقى معه (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة 137) .

ولكن يجوز للكفيل أن يتمسك بالمقاصة في يدين له على الدائن ، إذ هو يفي بالدين ([22]) 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 .

الوسيط 3 فقرة 546 – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة 138 – سليمان مرقس فقرة ([23]) 138 .

. انظر في كل ذلك الوسيط 3 فقرة 547 ([24])

وقد سبق أن قررنا في هذا الصدد : "وإذا اتحدت ذمة المدين الأصلي للدائن ، فإن ([25]) 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) .

. عبد الفتاح عبد الباقي فقرة 139 – سليمان مرقس فقرة 139 ([26])

. انظر الوسيط 3 فقرة 570 ([27])

وتنص المادة 1093 لبناني على "أن اجتماع صفتي الدائن والمديون الأصلي في ([28]) شخص واحد يبرئ ذمة الكفيل . وإذا حصل هذا الاجتماع في شخص المديون الأصلي بسبب وفاة الدائن ، وكان المديون الأصلي وارثاً له مع آخين ، برئت ذمة الكيل بقدر حصة المديون . أما اجتماع صفتي الدائن والكفيل في شخص واحد ، فلا يبرئ ذمة المديون الأصلي . وأما اجتماع صفتي المديون الأصلي والكفيل عندما يصبح أحدهما وارثاً للآخر ، فهو يسقط الكفالة ولا يبقى إلا المدين الأصلي . وإنما يبقى للدائن حقه في مداعات من كفل الكفيل ، ويحتفظ بالتأمينات التي اتخذها لكفالة موجب الكفيل" .

وقد كان المشروع التمهيد للتقنين المدني الجديد يتضمن نصا ، هو المادة 1161 ([29]) من المشروع ، يجري على الوجه الآتي : "اتحاد الذمة الذي يحصل في شخص المدين وكفيله ، في حالة ما إذا ورث أحدهما الآخر ، لا تنقضي به دعوى الدائن على من كفل الكفيل" . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في صدد هذه المادة ، ما يأتي : "يطابق هذا النص المادة 2035 من للتقنين الفرنسي والمادة 735 من المشروع الفرنسي الإيطالي . وحكمه طبيعي إذ هنا لم تجتمع صفة دائن ومدين في شخص واحد ، بل الكفيل الذي كان ملزماً بصفة تبعية عن غيره أصبح ملتزماً بصفة أصلية ، أو المدين ورث الكفيل فأصبح كفيلا لنفسه . وعلى ذلك تبقى الضمانات الأخرى ، ويبقى التزام المصدق باقيا لفائدة الدائن ، خاصة وأن المصدق إنما جاء ليقوى مركز الكفيل الذي لم يعتبر ضمانه كافياً " . وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة "اكتفاء بتطبيق القواعد العامة" (مجموعة الأعمال التحضيرية 5 ص 470 – ص 472 في الهامش) .

. انظر الوسيط 3 فقرة 571 ([30])

ولا يجوز للدائن الذي يبرئ المدين أن يحتفظ بحقه ضد الكفيل ، فإن رجوع الكفيل ([31]) على المدين يصبح مستحيلا بإبراء المدين (بون 2 فقرة 407 – ديمومب 28 فقرة 462 – بودر وفال فقرة 1153) . على أن الدائن يستطيع إذا أبرأ المدين ، أن يشترط ألا يحتج المدين بهذا الإبراء إذا اضطر الدائن أن يحل الكفيل محله ضد المدين (بودري وفال فقرة 1153) .

وتنص المادة 359/349 تجار على أن "للمدين مطالبة الشركاء في الدين بتمام ([32]) دينه ، ولو حصل الصلح مع المفلس . ويدخل الكفيل في عموم عبارة الشركاء في الدين" كما . يدخل المدين المتضامن (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة 140 – سليمان مرقس فقرة 141

ولا يجوز للدائن أن يبرئ ذمة المدين الأصلي مع استيفائه الكفيل ملتزماً بالدين ، ([33]) فإن حق التجريد المعطي للكفيل يمنع من ذلك . ولكن يظهر أنه يجوز للدائن الاحتفاظ بالكفيل إذا كان كفيلا متضامنا مع المدين أو كان كفيلا عينيا ، مع إبراء ذمة المدين الأصلي (انظر نفس الفقرة في الهامش – الوسيط 3 فقرة 583 ص 978 هامش 1 بيدان ولا جارد 9 فقرة . (1932

بودري وفال فقرة 1155 أوبري ورو 6 فقرة 429 ص 296 هامش 6 ثالثاً – ([34]) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة 1551 – نقض فرنسي 15 يناير سنة 1901 داللوز 1801 – 1- 325 . ولا يرجع الكفيل بما دفعه للدائن على المدين ، لأن هذا الأخير لا يلتزم بما استنزله من دينه نتيجة للصلح إلا التزاماً فلا تصح مطالبه به إجباراً وإن جاز له أن يدفعه . (اختيارا (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة 140

وقد نصت المادة 1091 لبناني على "أن إبراء المديون من الدين يبرء ذمة الكفيل ([35]) ، ولكن إبراء ذمة الكفيل لا يبرء ذمة المديون . وإبراء أحد للكفلاء بدون رضاء الآخرين ".يبرء هؤلاء بقدر حصة الكفيل الذي أبرئت ذمته

انظر في كل ذلك الوسيط 3 فقرة 583 ([36]) .

بودري وفال فقرة 1156 ([37]) .

سليمان مرقس فقرة 140 ([38]) .

بودري وفال فقرة 1164 ([39]) .

الوسيط 3 فقرة 589 ص 989 هامش 1 ([40]) .

نقض فرنسي 18 مارس سنة 1895 داللوز 95 – 1- 367 – 2 أغسطس سنة ([41]) 1904.1165 سبريه 1905 – 1- 1 185 – جيوار فقرة 161 – بودري وفال فقرة

وقد سبق أن قررنا في هذا الصدد : "كذلك إذا قطع الدائن التقادم ضد الكيل ، لم ([42]) ينقطع التقادم ضد المدين الأصلي . ويترتب على ذلك أن التقادم قد لا يكتمل بالنسبة إلى الكفيل بسبب انقطاعه ، ويكتمل التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي إذ هو لم ينقطع بانقطاع التقادم ضد الكفيل . فعند ذلك يسقط دين المدين الأصلي بالتقادم ، ويسقط تبعا له التزام الكفيل بالرغم من عدم تقادمه ، إذ هو التزام تبعي يسقط بسقوط الالتزام الأصلي" (الوسيط 3 فقرة . (639 ص 122 وهامش 3

وهذا على خلاف التقنين المدني الفرنسي (م 2250) ، فإن قطع التقادم بالنسبة ([43]) إلى المدين الأصلي بقطع التقادم بالنسبة إلى الكفيل . وتنص المادة 1095 لبناني على "أن انقطاع حكم مرور الزمن على المديون الأصلي يجري مفعوله على الكفيل ، ومرور الزمن الذي تم لمصلحة المديون الأصلي يستفيد منه الكفيل" .

وقد سبق أن قررنا في هذا الصدد : "وإذا قطع الدائن التقادم ضد المدين الأصلي ، لم ينقطع التقادم ضد الكفيل . وقد قضت محكمة النقض بأن مالية المدين واستصدار حكم عليه بالدين لا يغير مدة التقادم بالنسبة إلى الكفيل المتضامن إذا كان لم يطالب ولم يحكم عليه معه (نقض مدني 6 يونيه 1944 مجموعة عمر 3 رقم 67 ص 239 – انظر عكس ذلك المادة 2250 مدني فرنسي ، وينتقد الفقه الفرنسي ما ورد في هذا النص : بودري وتيسييه فقرة 565" (الوسيط 3 فقرة 639 ص 1122 هامش4) .

جيوار فقرة 161 – بودري وفال فقرة 1165 ([44]) .

عبد الفتاح عبد الباقي فقرة 141 – سليمان مرقس فقرة 142 ([45]) .

جيوار فقرة 228 – بودري وفال فقرة 1168 ([46]) .

بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة 1552 ص 1002 ([47]) .

بودري وفال فقرة 1169 ([48]) .

الخاتمة:

ختاما لما سبق حاولنا قدر الإمكان من خلال ما تناولته الدارسة التطرق إلى موضوع يمكن القول عنه أنه من الموضوعات الحالية التي لها أهمية كبيرة، إذ يتعمق بأحكام عقد الكفالة في التشريع الجزائري كون هذا العقد من أهم العقود الشائع تداولها بين الأفراد، بحيث يوفر نوع من الحماية لمدائن في استيفاء حقه من المدين إذا أخل هذا الأخير بالتزامه.

وهدف هذه الدراسة هو تسليط الضوء على أحكام هذا العقد ووضعه في إطارها الذي يستحقه ليصبح فكرة قانونية واضحة ومحددة المعالم، وتجسيدا لهذا توصلنا إلى النتائج التالية

– أن هذا التأمين الشخصي عاجز عن تحقيق الحماية الفعالة والمثلى للدائن أو الدائنين إذ قد يفقد الكفيل أو الكفلاء حال تعددهم أحد الشروط الموضوعية الواجبة فيهم كأن يتعرض للإعسار يفقد أهميته.

–أن الدائن في هذا الضمان يظل دائنا عاديا إذ يشترك مع غيره من الدائنين في الضمان العام ولهذه الأسباب أصبح الإحجام عنها جليا.

–أن التأمينات العينية تحتل الصادرة من حيث التفضيل، ذلك لأنها تكفل للدائن الحصول على حقه كاملا عن طريق تخصيص مال معين من أموال المدين تبقى ضامنة للوفاء بحقه في الأحوال، فيكون الدائن في مأمن من إعسار المدين عن طريق حقه في التقدم، وفي مأمن أيضا من غشه إن تصرف في هذا المال بما للدائن من حق التتبع.

–ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع يمكن أن نقترح بعض التوصيات التي نراها مهمة نقترح تعديل النصوص القانونية المنظمة لعقد الكفالة في التشريع الجزائري بما يتماشى مع التطورات الحاصلة حتى تكون أمام قواعد قانونية مرنة تتلائم مع المستجدات.

نظرا لكثرة النزاعات المتعمقة بعقد الكفالة، يجب القيام بتوعية الأفراد من خلال الندوات والنشرات الدورية حتى يكون الفرد على علم كافي بمحتوى هذا العقد وما قد ينجم عنه من التزامات.

– ضرورة إثراء مكتباتنا بالمزيد من الأبحاث القانونية والكتابات في هذا المجال.

الملاحق

نموذج عن عقد الكفالة

أنه في يوم .....الموافق ..... الساعة ..... بناء على طلب السيدٌ/ .....

ومهنته ..... المقيمٌ برقم ..... شارع .....قسم ..... محافظة .....

ومحله المختار مكتب الاستاذ ..... المحامي الكائن .....

.....أنا

.....محضر محكمة ..... قد انتقلت الى محل الاقامة :

1- السيد / رئيسٌ مجلس ادارة بنك ..... بمقره الكائن ..... مخاطبا – 2 .....

السيد / ..... ومهنته ..... المقيم برقم .....شارع ..... قسم .....

شارع .....محافظة ..... مخاطبا .....

واعلنتهما بالاتى

بموجب عقد كفالة مؤرخ ..... ضمن الطالب للمعلن اليه الاول الديوٌن التى تنشأ فى ذمة المعلن اليه الثانى منذ ابرام العمد وحتى ..... ولم يٌنص فيه على تحديدٌ الدينٌ المضمون . وإذ تلقى الطالب انذارا من المعلن اليه الاول يطٌالبة بموجبه بسداد الدينٌ

الذي ترتب في ذمة المعلن اليه الثاني وقدرة ..... جنيهٌا , فقد بادر الطالب بالرد على هذا الانذار بانذار رسمى على يدٌ محضر في..... ضمنه بطلان عمد الكفالة لخلوه من محله المتمثل فى المبلغ المضمون وبالتالى براءة ذمة الطالب منه

ولما كان نص المادة 778 من القانون المدنى لد جرى على أن تجوز الكفالة فى الديو نٌ المستقبلي إذا حدد مقدما المبلغ المكفول , مما مفاده أن الكفيل اذاعين فى الالتزام المستقبل مدة الكفالة فأنه يكٌون ضامنا لما يٌنشأ فى ذمة المدنٌ من الالتزامات خلال هذه المدة بشرط الا تجاوز هذه الالتزامات الحد الاقصى المتفق على كفالته , فان جاء عقد الكفالة خلوا من تحد يدٌ الدينٌ المكفول كان باطلا لتخلف ركن من أركانه ولا ينٌال من ذلك أمكان تحديد هذا

الدين بحصر مسحوبات المد ينٌ خلال مدة سريان عقد الكفالة , ذلك لان المشرع خالف بنص المادة 778 سالفة الذكر ما كان

ينٌص على القانون المدنى القديم الذى كان يجٌيزٌ عقد الكفالة ان جاء خلوا من تحد يدٌ الدينٌ المكفول طالما كان هذا التحديد ممكنا.

واذيتٌرتب على بطلان العقد زوالة واعتباره كأن لم يكٌن , ومن ثم فان بطلان عمد الكفالة يؤٌدى الى براءة ذمة الكفيلٌ من الد ينٌ المكفول ولا يكون أمام المعلن الاول سوى الرجوع على المعلن اليه

الثانى بموجب عقود القرض المبرم فيما بينٌهما.

بناء عليه أنا المحضر سالف الذكر قد انتقلت فى تار يخٌة الى مقر المعلن اليهٌما واعلنت كلا منهما بصورة من هذا وكلفتهما بالحضور امام محكمة ..... الدائرة ..... بمقرها الكائن بشارع ..... وذلك بجلستها المنعمدة علنا في يوٌم .....الموافق ..... الساعة ..... لسماع الحكم ببطلان عقد الكفالة المؤرخ ..... واعتباره كأن لم يكٌن وبراءة ذمة الطالب ومقابل اتعاب المحاماه وشمول الحكم بالنفاذ المعجل بلا كفالة . مع حفظ كافة الحقو ق, ولاجل العلم..

قائمة المراجع

القوانين

القانون المدني الجزائري رقم 05- 10ب 20-06-2005

- القانون المدني المصري

- المؤلفات العامة والمتخصصة

1- د/ زهية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الامل، الجزائر، 2001

2- محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك "دراسة مقارنة

المرجع السابق ،ص 317 . العربي بالحاج/ 3- د

4- د/ محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائري، بدون نشر التاريخ ص 59.

5-عوادي سمية، خاوة إسمهان، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، رسالة ماجستير،كلية الحقوق ، جامعة باجي مختار،عنابة ، 2011- 2012 ص .30

6-ليونسي حداد نادية، " عقد الكفالة في القانون المدني " ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية،العدد 4الصادرة سنة 1999ص11.

7-د/ أحمد شرف الدين، التأمينات العينية، د ا ر النهضة العربية، بدون تاريخ النشر، الإسكندرية ، ص 9 3.

8-دكتور رمضان ابو سعد ، المرجع السابق ص. 61

9-محاضرات الاستاذ خلوفي ، القانون المدني - عقد الكفالة – كلية الحقوق بودواو سنة 2010.

10-نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية و الشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 200.

11-الدكتور محمدي سليمان، مدونة حول التأمينات العينية و الشخصية ص 31، عن ديوان المطبوعات الجامعية 1999

12-سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف الإسكندرية 1975، ص 212

13-عبد الزراق النسهوري، التأمينات الشخصية والعينية ج 10 ص 245 .

14-الدكتور أحمد شرف الدين، التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية القاهرة، ص 167

16-الدكتور محمد صبري السعيدي عقد الكفالة في التشريع المدني الجزائري، دار الهدى عين مليلة، 1990، صفحة 110

ت- المقالات

1-ليونسي حداد نادية، " عقد الكفالة في القانون المدني " ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية،العدد 4الصادرة سنة 1999ص11.

ث- المجلات

1-عوادي سمية، خاوة إسمهان، عقد الكفالة في القانون المدني الجزايري والشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، رسالة ماجستير،كلية الحقوق ، جامعة باجي مختار،عنابة ، 2011- 2012 ص .30

ثانيا باللغة الفرنسية

1-Andry et Rau, droit civile français,.7e édition, dalloz, paris.

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

3-R.Tender, le cautionnement, 2e édition, dalloz , 1981.

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

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

قائمة المحتويات

المحتوى	الصفحة
المقدمة العامة	1
الفصل الأول : الإطار المفاهيمي لعقد الكفالة	4
المبحث الأول : ماهية الكفالة	4
المطلب الأول : مفهوم عقد الكفالة	**4**
1- تعريف عقد الكفالة	**4**
2- خصائص عقد الكفالة	**7**
3- تمييز عقد الكفالة عن العقود المشابهة لها	**9**
المطلب الثاني: أنواع عقد الكفالة	**13**
1- أنواع عقد الكفالة من حيث المصدر	**13**
2- أنواع عقد الكفالة من حيث الطبيعة	**15**
3-أنواع عقد الكفالة من حيث المحل	**16**
المبحث الثاني : اركان وشروط عقد الكفالة	**17**
المطلب الأول :أركان عقد الكفالة	**17**
1- التراضي	**17**
2- المحل	**18**
3- السبب	**20**
المطلب الثاني: شروط عقد الكفالة	**21**
1-الشروط الواجب توفرها في الكافل	**21**
2- الشروط الواجب توفرها في المكفول	**21**
ملخص الفصل	**22**
الفصل الثاني: أثار عقد الكفالة	**23**
المبحث الأول: العلاقة بين الكفيل و الدائن	**23**
المطلب الأول : مطالبة الدائن للكفيل والضوابط التي تحكم ذلك	**23**
1- وجوب حلول اجل الدين بالنسبة للكفيل	**23**
2- وجوب رجوع الدائن على المدين أولا قبل رجوعه على الكفيل	**25**
المطلب الثاني: الدفوع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة	**26**
1- الدفوع الناشئة عن الدين الأصلي	**26**

2- الدفوع الناشئة عن عقد الكفالة	28
3- التزامات الدائن عند استفاء الدين تجاه الدين	43
المبحث الثاني : العلاقة بين الكفيل والمدين ودراسة لحالة تعدد الكفلاء والمدنيين	45
المطلب الأول : طرق رجوع الكفيل على المكفول له	45
1- الدعوى الشخصية أو دعوى الكفالة	45
2- الرجوع بدعوى الحلول	47
المطلب الثاني : دراسة لحالة تعدد المدينيين و الكفلاء في الدين	50
1- رجوع الكفيل عند تعدد المدينين المتضامنين والغير المتضامنين	50
2- رجوع الكفيل بعد الوفاء على غيره من الكفلاء المضامنين و الغير المتضامنين	52
المطلب الثالث: انقضاء عقد الكفالة	56
1-انقضاء الكفالة بطريق أصلي	56
2-انقضاء الكفالة بطريق تبعي	59
الخاتمة	76
الملاحق	77
المراجع	80
الفهرس	84

ملخص مذكرة الماستر

يعد عقد الكفالة من أبرز العقود شائعة الاستخدام في الوقت الحالي، لأنه يوفر للدائن الأمن والطمأنينة في استيفاء حقه عند حلول الأجل، كما له خصائص مميزة تميزه عن بعض الأنظمة المشابهة وكذا له أنواع، وعقد الكفالة كباقي العقود لابد من توافر أركان حتى ينشأ صحيحا. ويترتب على عقد الكفالة آثار قانونية بين الدائن والكفيل وبين المدين والكفيل، أما بخصوص الانقضاء فعقد الكفالة .ينقضي بطريقة تبعي (أي ينقضي تبعا لإنقضاء الالتزام الأصلي) كما قد ينقضي بطريق أصلي مستقل عن انقضاء الالتزام الأصلي كما قد ينقضي لأسباب خاصة قد تم ذكرها.

الكلمات المفتاحية :

1/ عقد الكفالة 2/الدائن 3/ الكفيل 4/ المدين

Abstract of the master dissertation

The bail contract is one of the most useful contracts Nowadays, because it Provides security and tranquility of mind for the creditor in fulfilling his right when the deadline arrives. Addition to this it contains features that make it distinguish from other similar systems. And also it is divided into types .the bail contract is like all other contracts, it should contains conditions in order to arrives correctly . The bail contract is followed by legal effects between the creditor and the guarantor the debtor and guarantor. When the deadline arrives the bail contract finishes according to the particular time of the original commitment and also it can be finished onass original independent base or special reason that had been mentioned

Key– words

The bail contract / the creditor/ the guarantor/ the debtor