جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الأساسي الخاص

إنقضاء الكفالة المدنية بصفة أصلية في القانون المدني الجزائري

من إعداد و تقديم :

الطالبة : بلمختار وفاء

إشراف الأستاذ :

بن عديدة نبيل

لجنة المناقشـــــة

1- مزيود صيفي..... عضوا رئيسا

2- بن عديدة نبيل..... عضوا مقرار

3- مشرفي عبد القادر..... عضوا مناقشا

السنـــــة الجامعية : 2017/2016

كلمـــة شكـــر وتقديـــر

الحمد لله الذي وهب لنا هذا، و ما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله.

إلى الأستاذ الفاضل عديدة نبيل ، أتقدم بالشكر الجزيل على ما أولاني إياه من اهتمام وعناية إلى أن بلغ هذا البحث تمامهم.

و إلى الأساتذة الأفاضل الذين تكرموا بقبولهم مناقشة هذا البحث، ولكل من أمدنا أيضا بروح البحث والعلم من الأساتذة الكرام إلى جميع المشرفين على إدارة الكلية وإلى كل من ساهم في هذا العمل ولو بالدعاء أو الكلمة الطيبة.

إهـــــــداء

إلى من حملتني في ظلمات الرحم حتى رأيت النور إلى أن كبرت.....

أمي العزيزة حفظها الله وأمد في عمرها.

إلى الذي تجرع كؤوس المرارة والشقاء حتى يصنع من أولاده رجالا ومن بناته نساءا...

أبي العزيز حفظه الله وأطال في عمره.

إلى الذين قاسموني الحنان والحب والعطف ولقمة العيش أخواتي حفظهم الله.

إلى عائلة بالمختار.

إلى أرواح أجدادي.

الى جميع زملائي و زميلاتي في الدراسة.

إلى كل هؤلاء أهدي عملي.

قائمـــة المختصرات :

ق.م.ج : القانون المدني الجزائري .

ط : الطبعة.

ص : الصفحة.

ج.ر : الجريدة الرسمية.

مقـدمــة

القاعدة العامة في الالتزامات هي أن لكل التزام أثر هو تنفيذه و بذلك تكون أموال المدين بهذا الالتزام هي الضامنة للوفاء بالدين حسب نص المادة 188 من القانون المدني الجزائري فهي تشمل الضمان العام للدائنين ،معناه أن جميع الأموال دون تخصيص تدخل في هذا الضمان بالإضافة إلى أن كل الدائنين دون امتياز لأحدهم متساوون في هذا الدين ،ومنه في حالة عدم كفاية الأموال للوفاء بديونهم جميعا تقسم بينهم هذه الأموال قسمة غرماء، مما يترتب عنه عدم حصول كل دائن على حقه كاملا مما يستنتج منه قصور فكرة الضمان العام في حماية الدائنين، ومنه حتي يستطيع الدائن أن يطمئن على استفاء حقه من مدينه يحسن به أن يحصل على ضمان خاص لحقه يؤمن به اعسار مدينه، يتمثل هذا الضمان في التأمينات العينية و كذا التأمينات الشخصية فالتأمين العيني يقصد به ذلك التأمين الذي يخصص في مال معين يكون عادة مملوكا للمدين لتأمين حق الدائن فيكون للدائن حق عيني على هذا المال.

أما التأمينات الشخصية فيقصد بها حصول الدائن على ضمان يكفل به الوفاء بحقه رغم إعسار المدين، و يتحقق هذا إذا ما تقدم شخص اخر أو أشخاص اخرين بجانب المدين كضمان للدائن إذا ما عجز المدين عن الوفاء بالدين.

كما يقصد به أيضا الالتزامات التي تضاف إلى التزام المدين، و هي عبارة ذمة مالية إلى ذمة المدين لضمان حق الدائن مما يسمح لهذا الأخير باستيفاء حقه ولو كان المدين معسرا، و تعتبر الكفالة من أهم و أصدق صور التأمينات الشخصية[1] ، و لقد افرد لها المشرع في القانون المدني بابا كاملا و خصص لعا حوالي عشرين مادة مما

[1]- زاهية سي يوسف ، عقد الكفالة ، دار الأمل للطباعة و النشرو التوزيع ، الجزائر ,2007,ط1,ص.09.

يبين أهمية عقد الكفالة في القانون المدني , و عقد الكفالة كغيره من العقود لع شروط و أركان و قواعد متعلقة بتنفيذه و أحكام خاصة لأنقضاءه , لذلك سنتناول في موضوعنا مسألة عقد الكفالة بصفة أصلية و قد عرفتها المادة 644 من القانون المدني الجزائري ب"**عقد يكفل بمقتضاه تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يف بهذا الالتزام أذا لم يف به المدين نفسه**"[1]،نستخلص أن الكفالة ترتكز على التزام أصلي و تعمل على ضمان الوفاء به، لأن الكفالة ترتب التزاما شخصيا في ذمة الكفيل ، لأن التزامه تابع لالتزام المدين الأصل في وه و انقضائه وصته و بطلانه.

و تكمن أهمية هذه الدراسة في أن الكفيل ملتزم من الدرجة الثانية و تربطه بالمدين الأصلي علاقة تبعية،بمعنى أن الدائن لا يمكنه مطالبة الكفيل إلا بعد رجوعه على المدين فالكفيل هنا مدين احتياطي،ولكن بالرغم من هذه الصفة التي يتمتع بها الكفيل بحيث يبقى التزامه صحيحا و منتجا لأثاره، و ينقضي بانقضائه،إلا أن لهذا الإلتزام مقومات خاصة به بحيث يمكن أن ينقضي دون انقضاء الالتزام الأصلي.

و تبرو أهمية الموضوع بضرورة تحديد ضمانات إحتياطية التي أوجدها المشرع لحماية الحقوق المالية للدائن في القانون المدني خاصة عند عدم كفاية وسائل الضمان العامة.

وقد كان سبب اختيار هذا الموضوع و تبيين مركز الكفيل ،اللبس الذي اعتلى التزام الكفيل ،فاعتبار هذا الأخير تابع المدين الأصلي يولد في أذهاننا أنه غير مستقل عنه ،وهذا ما يتناقض مع وجود أساب خاصة لانقضاء التزام الكفيل غير تلك التي تنقضي بها الالتزامات عموما[2] .

---

[1]- المادة 644 من الأمر رقم 75- 85 المؤرخ في 20 رمضان 1935هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 في ج.ر, عدد 31.

[2]– أحمد محمود سعد , عقد الكفالة , دار النهضة العربية , القاهرة , 1994 ,ص.12.

وقد حاولت في بحثي ا الاجابة عن الاشكالية التالية: **إذا كان التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي فهل يمكن أن ينقضي التزام الكفيل دوم انقضاء هذا الأخير"**

وللإجابة على هذه الاشكالية اقترحت الخطة التالية:

الفصل الأول: الأسباب العامة لانقضاء الكفالة

المبحث الأول:انقضاء الكفالة بالوفاء

المبحث الثاني: انقضاء الكفالة بما يعادل الوفاء

المبحث الثالث: انقضاء الكفالة دون الوفاء

الفصل الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة

المبحث الأول: براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات

المبحث الثاني: براءة ذمة الكفيل بتأخر الدائن في اتخاذ الاجراءات ضد المدين

المبحث الثالث: براءة ذمة الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين

الفصل الأول

الأسباب العامة لانقضاء الكفالة

اذا كان التزام الكفيل تابعا للالتزام الأصلي ، فإنه يبقى ببقاؤه صحيحا منتجا لأثاره و ينقضي بانقضائه ، إلا أن هذا الالتزام له مقوماته الخاصة وبالتالي شروط الصحة و الوجود و ينقضي دون انقضاء الالتزام الأصلي ,حيث أن التزام الكفيل له ما لغيره من خصائص و لذا يمكن أن ينقضي بجميع الأسباب التي تنقضي بها الالتزامات عموما.

و المتمثلة في الوفاء في المبحث الأول ، و ما يعادل الوفاء في المبحث الثاني، و الانقضاء دون الوفاء في المبحث الثالث.[1]

[1]- زاهية سي يوسف ، عقد الكفالة ، المرجع السابق,ص.48.

المبحث الأول

إنقضاء الكفالة بالوفاء

الوفاء هو اتفاق بين الموفي و الموفي له (الكفيل و الدائن) على قضاء الدين [1] فهو يتمثل في قيام المدين بتنفيذ التزاماته على الوجه الذي إتفق عليه مع الدائن أو على الوجه الذي تم تحديده بموجب القانون، وهو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام لأنه يعتبر تنفيذا لما تعهد به المدين من التزامات سواء محل الالتزام هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو تسليم شيئ.

الوفاء كقاعدة عامة يتم من قبل المدين، ولكن قد يحصل أن يدفع الدين شخص أخر غير المدين[2]. فهو يعتبر في القانون المدني الجزائري سبب لانقضاء الالتزام. [3]ونتناول في هذا المبحث اطراف انقضاء الكفالة بالوفاء كمطلب أول، محل الوفاء كمطلب ثاني وكيفية الوفاء كمطلب ثالث.

[1]- عبد القادر الفار،أحكام الإلتزام (اثار الحق في القانون المدني)، مكتبة دار الثقافة و النشر و التوزيع ، عمان ، 1997.ط4،ص.25.

[2]- ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ، الجزء الثاني (أثار الحقوق الشخصية) عمان,203، ط1، ص.26.

[3]- عبد القادر الفار ، أحكام الإلتزام (اثار الحق في القانون المدني)،المرجع السابق،ص.43.

المطلب الأول

اطرف انقضاء الكفالة بالوفاء

قد يقع الوفاء من المدين أو من شخص من الغير، و الوفاء يتم للدائن أو لشخص اخر يكون له صفة استيفاء الدين ، و على ذالك سنتكلم على الموفى ، و ثانيا الموفى له [1]

الفرع الأول:الموفى

بالرجوع إلى المادة 258 من الالقانون المدني الجزائري تنص على " **يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أي شخص له مصلحة في الوفاء**".

و يتضح من النص المتقدم الذكر أن الوفاء يمكن أن يحصل من شخص غير المدين.[2]

أولا: الموفى هو المدين:

الأصل في الوفاء أن يكون من المدين باعتباره صاحب المصلحة الأولى في اخلاء ذمته، ويقوم به إما بشخصه ، أو عن طريق وكيل له .و اذا كان المدين ناقص الأهلية ، أمكن أن يتم الوفاء عن طريق وليه أو الوصي عليه[3]

[1]- أنور سلطان , النظرية العامة للإلتزام (أحكام الإلتزام), دار المطبوعات الجامعية ,مصر ,1997 ص.317.

[2]- محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام) ، دار الجامعية الجديدة ، مصر ،2006، ص. 477.

[3]- عبد القادر الفار ، أحكام الإلتزام (اثار الحق في القانون المدني)،المرجع السابق ، ص.26.

ثانيا: الموفى غير المدين:

قد يتم الوفاء من غير المدين و هذا الغير قد تكون له مصلحة في الوفاء بالدين كما لو كان كفيلا أو مدين متضامنا أو حائزا لعقار مرهون لضمان هذا الدين و قد لا تكون للغير مصلحة في الوفاء ، لكن يقوم به إما برغبته في التبرع للمدين بقيمة الدين الذي وفاه عنه، و إما لأنه فضوب الأصل أنه ليس للدائن رفض الوفاء من غير المدين ، بل هو ملزم بقبوله إلى في حالتين:[1]

أ : إذا نص في الاتفاق المنشئ للالتزام أو أستوجب طبيعته أن يقوم به المدين نفسه ، جاز أن يرفض الوفاء من غيره.

ب: إذا كان الغير الذي يريد الوفاء بالدين لا مصلحة له في ذالك،و اعترف المدين على قبول الوفاء منه و أبلغ الدائن هذا الاعتراض ، و في هذه الحالة يكون الدائن حرا بين قبول الوفاء من الغير أو رفضه.

فمتى حصل الوفاء من غير المدين أنقضت الكفالة ، و قام له الحق في الرجوع على المدين بما وفاه و رجوع الغير على المدين يكون بدعوى الفضالة ، إذا تم الوفاء بغير هذا الأخر ، و بدعوى الوكالة إذا أقر المدين بعد ذلك هذا الوفاء أما إذا تم الوفاء رغم اعتراض المدين، فيكون الرجوع على أساس الإثراء بلا سبب.[2]

الفرع الثاني: الموفى له

حتى يكون الوفاء صحيحا مبرئا لذمة المدين ، يجب أن يكون للدائن أو لنائبه ، إلا أن الوفاء قد يتم لشخص لا صفة له في استيفاء الدين.

[1]- أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام (أحكام الإلتزام) ، المرجع السابق، ص.318.

[2]- أنور سلطان، نفس المرجع، ص.319.

اولا: الوفاء للدائن

الأصل أن الدائن هو الذي يستوفي الدين، وكذلك خلفه العام أو خلفه الخاص ،و العبرة بثبوت صفة الدائن تكون وقت الوفاء ، كما لا يجوز أن يتم الوفاء لنائب الدائن الأصلي ، كالولي او الوصي او القيم و الوكيل بموجب توكيل عام أو خاص.[1]

يلزم أن يكون الموفى له كامل الأهلية ، فإن لم يكن كذلك وجب الوفاء لنائبه القانوني (كالولي أو الوصي), و اذا حصل الوفاء مع ذلك لناقص الأهلية ،وهلك الموفى به في يده أو ضاع منه ، فلولي الناقص الأهلية مطالبة المدين بالدين و على المدين دفع الدين مرة أخرى للولي ،ومع ذلك فإن تطبيق القواعد العامة يحملنا القول بأن الوفاء لناقص الأهلية و ان كان معيبا ،إلا أنه يبرئ ذمة المدين من الدين بقدر ما عاد على القاصر من منفعة بسبب هذا الوفاء .[2]

ثانيا:الوفاء للغير

يمكن أن يتم الوفاء لشخص لا صفة له في استيفاء الدين، و هنا لا تبرأ ذمة المدين من الدين إلا في حالات معينة هي:

أ–إقرار الدائن الوفاء:اذا قام المدين بدفع الدين إلى شخص يعلم أنه ليس هو الدائن ولا نائبه فلا تبرأ ذمته ما لم يقر الدائن بذلك الوفاء.

[1]- ياسين محمد الجبوري ، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ، الجزء الثاني (أثار الحقوق الشخصية ، المرجع السابق، ص.48.

[2]- عبد القادر الفار، أحكام الإلتزام (اثار الحق في القانون المدني) المرجع السابق، ص.71.

ب– الوفاء للدائن الظاهر:يكون ذلك عندما يتم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته [1] ويشرط لصحة الوفاء في هذه الحالة شرطان:

1– أن يكون الموفى له قد ظهر بمظهر صاحب الحق، كوارث يظهر فيها بعد أنه محجوب بوارث أخر (الوارث الظاهر).

2– أن يكون المدين قد وفى للدائن الظاهر بحسن النية ، أي معتقدا أنه يفي بالدين للدائن الحقيقي.

وإذا وقع الوفاء صحيحا في هذه الحالة لاجتماع الشرطين السالفي الذكر، لم يبق أمام الدائن الا الرجوع على الموفى له ، ويكون أساس هذا الرجوع هو المسؤولية التقصيرية .[2]

المطلب الثاني

محل الوفاء

القاعدة أنه يتعين على المدين أن يفي للدائن بالشيء المستحق و كذلك يجب أن يفي به كله.

ويتطلب الحديث في محل الوفاء عدا عن القاعدة السابق ذكرها الحديث كذلك عن تعيين جهة الدفع عند تحديد الديون.[3]

[1]- ياسين محمد الجبوري ، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، المرجع السابق ص.50.

[2]- أنور السلطان ، النظرية العامة للالتزام (أحكام الإلتزام) ، المرجع السابق، ص.366.

[3]- عبد القادر الفار، أحكام الإلتزام (اثار الحق في القانون المدني) ، المرجع السابق ص .32 ،33.

الفرع الأول:الوفاء بالشيء المستحق

تـنص المـادة 276"**الشـيء المسـتحق اصـلا هـو الـذي يكـون بـه الوفـاء فـلا يجبـر الـدائن علـى قبـول شـيء غيـره و لـو كـان هـذا الشـيء مسـاويا لـه فـي القيمـة او كانـت لـه قيمـة اعلى.**"

يجـب أن يكـون الوفـاء دائمـا بعـين مـا ألتـزم بـه المـدين ،طبقـا لعلاقـة المديونيـة الـتي تربطـه مـع الـدائن مـا لم يوافـق هـذا الأخـير علـى أن يكـون محـل الوفـاء شـيء أخـر ،وطبقـا لهـذه القاعـدة يستطيع الدائن أن يرفض الوفاء إذا تم بأي شيء أخر.[1]

اذا كـان الالتـزام بعمـل وجـب علـى المـدين القيـام بـذات العمـل المتفـق عليـه و يحـق للـدائن أن يرفض أي عمل أخر غيره.

و اذا كـان الالتـزام بـدفع مبلـغ مـن النقـود فيجـب الوفـاء بمقـدار هـذا المبلـغ ،فـإذا أوفى المـدين الأصـلي جـزءا مـن الـدين المترتـب اتجـاه الـدائن تـبرأ ذمـة الكفيـل بقـدر المبلـغ الـذي تم إيفـاؤه فعلا.[2]

-أما اذا كان الالتزام بإعطاء شيء ،فيجب تحديد الشيء الواجب إعطاؤه.[3]

ويكـون محـل الوفـاء (الـدين) ممـا يتعـين بـالتعيين وهنـا يحـق للـدائن أن يـرفض اي وفـاء بـأي شيء أخر غير محل الالتزام المعين و المحدد.

---

[1]- عامر محمود الكسواني ،أحكام الالتزام (أثار الحق في القانون المدني)دراسة مقارنة ،دار الثقافة للنشر و التوزيع،الأردن، 2008 ، ص.61.''

[2]- محمد علي عبده، عقد الكفالة , دراسة مقارنة منشورات زين الحقوقية ,لبنان,205, ط1 ,ص.183.

[3]- ياسين محمد الجبوري الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ، المرجع السابق ص .61.

أما إذا كان محل الوفاء مما لا يعين بالتعيين بأن يكون معينا بالاتفاق أو بموجب عقد أو تراضي بين الدائن و المدين، فيجوز للمدين و رغما عن الدائن الوفاء بمثل هذا المحل ولو لم يقبل الدائن. [1]

الفرع الثاني

الوفاء الكامل

المبدأ:عدم تجزئة الوفاء

ليس للمدين أن يجبر على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. ،حتى ولو كان قابلا بطبيعته للانقسام[2]بمعنى أنه من حق الدائن دائما الامتناع عن قبول وفاء جزئي لحقه،وله أن يتمسك بوفاء الدين كله.

استثناءات الواردة على مبدأ تجزئة الوفاء

أ–الاتفاق بين الدائن و المدين على تجزئة الوفاء: قد يتفق الدائن و المدين على تقسيط الدين

كما قد يقع الاتفاق بينهما وقت الوفاء، وذلك إذا ما قام المدين بوفاء جزء من الدين و قبله الدائن.

ب– عندما تقع المقاصة بين دينين متقابلين:فإن الدينين ينقضيان بمقدار الأقل منهما أي بمعنى أن الدين الأكبر سيسقط جزء منه بالمقاصة رغم إرادة الدائن.

[1]- عامر محمود الكسواني (أحكام الإلتزام) أثار الحق في القانون المدني, دراسة مقارنة , المرجع السابق ,ص.61.

[2]- عبد القادر االفار , أحكام الإلتزام , أثار الحق في القانون المدني ،المرجع السابق،ص.34.

ج– نظرة الميسرة أو المهلة القضائية: يقوم القاضي يمنح المدين الحسن النية أجالا عديدة يسقط فيها الوفاء ، وبذلك يكون الوفاء جزئيا .

د– وفاء الدائن و انقسام حقه على ورثته:فكل وارث يستوفي جزء من الدين هو حصته فيه.

هـ– الدين المتنازع في جزء منه بين الدائن و المدين:

وقبول الدائن استيفاء الجزء المعترف به [1]نصت المادة 277 فقرة 2 من الالقانون المدني الجزائري "**إذا كان الدين متنازعا في جزء منه وقبل الدائن استيفاء الجزء المعترف به ،فليس للمدين رفض الوفاء بهذا الجزء**".

بالتالي إذا كان الوفاء جزئيا ،فإن الكفالة لا تنقضي إلا بمقدار الجزء الذي حصل الوفاء به.[2]

الفرع الثالث: تعيين جهة الدفع عند تعدد الديون.

إذا تعددت الديون في ذمة المدين و كانت لدائن واحد و من جنس واحد و كان ما اداه المدين لا يفي بهذه الديون جميعا.جاز للمدين عند الوفاء تعيين الدين الذي يريد الوفاء به ما لم يوجد مانع قانوني او تعاقدي يحول دون هذا التعيين .

ويقوم المانع القانوني في حالات منها: أنه لا يجوز للمدين أن يعين جهة الدفع دينا أكبر قيمة من المبلغ المدفوع ،لأنه يكون في هذه الحالة قد أجبر الدائن على قبول وفاء جزئي.

[1]- ياسين محمد الجبوري الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ، المرجع السابق ص .63-64.

[2]- محمد صبر السعدي ،الواضح في شرح القانون المدني (التأمينات العينية و الشخصية) عقد الكفالة ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع, الجزائر, ص.112.

يبقي كل دين مستقل على الأخر في العلاقة بين الدائن و المدين و تطبق بشأن ذلك القاعدة عدم جواز تجزئة الوفاء على كل دين من الديون.

وإذا تضمن الشيء الموفي به ملحقات أو نفقات أو مصروفات و فوائد فالأصل على المدين أن يفي بأصل الدين و نفقاته كليا.[1]

– أما اذا لم يعين المدين الدين الذي يريد الوفاء به فيكون من حساب الدين المستحق أولا، فإذا تعددت الديون المستحقة فمن حساب الدين الذي يكون للمدين مصلحة أكبر .

أما اذا تساوت الديون ،فيكون الخيار للدائن.

المطلب الثالث

كيفية الوفاء

تتم عملية الوفاء في الزمان و المكان المعينين ،وسنتناول هذه العناصر على التوالي و بالتفصيل من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: زمان الوفاء

تنص المادة 281 من القانون المدني الجزائري "**يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين مالم يوجد اتفاق أو نص يقضي يغير ذلك.**"[2]

[1]- عبد القادر الفار , أحكام الإلتزام أثار الحق في القانون المدني ،المرجع السابق ص.35-36.

[2]- المادة 281 من الأمر رقم 75- 85 , المتضمن القانون المدني , السلف الذكر.

يتبين من نص المادة أن القاعدة العامة في الوفاء هي أنه متى ترتب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ،فإنه يكون واجب الأداء فورا [1]سواء بموجب اتفاق بين الدائن والمدين أو بموجب نص في القانون.[2]

ولا يعتبر الالتزام قد ترتب نهائيافي ذمة المدين اذا كان معلقا على شرط واقف،بل يجب انتظار تحقق الشرط، فإذا ما تحقق ،فقد أصبح الالتزام نافذا في الحال ،ووجب أداؤه فورا.

أما الالتزام المعلق على شرط فاسخ،فهو نافذ في الحال ،ويجب أداؤه فورا.

بالنسبة لحالة وجود اتفاق ،فيكون الالتزام واجب الأداء بعد ترتبه في ذمة المدين بمدة معينة ،وهذا ما يسمى بالأجل الواقف.[3]

أما بالنسبة لحالة وجود نص قد يدد القانون ميعادا للوفاء بالالتزام كما هو الحال في ميعاد استحقاق الفوائد التأخيرية ، و الذي حدده القانون بوقف المطالبة القضائية لتلك الفوائد[4]

كما يمكن للقاضي تحديد ميعاد الوفاء اذا أعطي للمدين أجل أو أجالا يفي فيها بالدين [5]، وهذا ما يسمى بنظرة الميسرة و هذا حسب المادة 2/281 من القانون المدني الجزائري ،ويمكن تعريف نظرة الميسرة بأنها "أجل قضائي يجوز منحه للمدين بشروط معينة" وهذه الشروط أربعة هي:

[1]- ياسين محمد الجبوري الوجيز في شرح القانون المدني الاردني , المرجع السابق ، ص.67.

[2]- عامر محمود الكسواني ,أحكام الإلتزام , أثار الحق في القانون المدني,المرجع السابق,ص.65.

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , الجزء 3 , الإلتزام بوجه عام (الأوصاف, الحوالة , الإنقضاء), المنشورات حلبي الحقوقية 'لبنان,1998, ط 3 , ص.779.

[4]- محمد ،جبوري, الوجيز في شرح القانون المدمي الأردني ، المرجع السابق ص68-69.

[5]- عبد الرزاق أحمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , الجزء 3 ,المرجع السابق ص.775.

أولا: عدم وجود نص قانوني يمنع القاضي من منحها:

لابد لمنح المدين نظرة الميسرة من قبل القاضي ،من عدم وجود أي نص قانوني يمنع منح ذلك المهلة :واذا وجد نص قانوني يمنع ذلك فلا يستطيع القاضي منحها للمدين .[1]

ثانيا: أن تكون حالة المدين المالية تستدعي منحه نظرة الميسرة:

يجب أن يكون حسن النية في تأخره في الوفاء بالتزامه ، ولا يجوز أن يكون معسرا، وإلا فلا جدوى لمنحه هذه النظرة،بل يجب أن يكون عنده من المال ما يكفي للوفاء بالإلتزامه.

ثالثا: ألا يصيب الدائن من جراء منح المدين نظرة الميسرة ضرر جسيم :

اذا كان في نظرة الميسرة ما يصب الدائن بضرر جسيم فليس للقاضي أن يمنح المدين تلك المهلة ،كما لو كان الدائن قد اعتمد على استحصال مبلغ الدين لكي يوفي دينا بذمته هو وليس بإمكانه التأخر عن الوفاء به ،و أن نظرة المسيرة تفوت عليه صفقة غير عادية كان توقيتها متوقف على استحصال مبلغ الدين، مما تسبب له نظرة الميسرة في تلك الحالة ضرر جسيما [2] فليس من العدل إغاثة المدين عن الإضرار بالدائن.

رابعا: أن يكون الأجل الممنوح للمدين أجلا معقولا:

لا يجوز أن يمنح القاضي للمدين أجلا طويلا يعطل فيه على الدائن حقه ، بل يجب أن يقاس الأجل بقدر ماهو ضروري ،ليتمكن المدين من الوفاء.

[1]- عبد القادر الفار , أحكام الإلتزام أثار الحق في القانون المدني ،المرجع السابق ص.36.

[2]- ياسين محمد الجوري الوجيز في شرح القانون المدني الاردني , المرجع السابق ، ص.52.

أما فيما يتعلق بمصالح الدائن ، فينبغي على الأجل الممنوح (نظرة الميسرة) أن يمكن الدائن في النهاية من الحصول على حقه في وقت مناسب دون أن تفوت عليه مصالح مهمة ونافعة له من ذلك التأجيل.

اذا ما توافرت هذه الشروط الاربعة كان بامكان القاضي ان يمنح المدين نظرة الميسرة و السلطة التقديرية لقاضي الموضوع.[1]

الفرع الثاني

مكان الوفاء

تنص المادة 282 من الالقانون المدني الجزائري " **اذا كان ،وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو محل الالتزام شيئا معينا بالذات نص يقضي بغير ذلك".**

أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز مؤسسته اذا كان الالتزام متعلق بهذه المؤسسة[2] "

ويتضح من النص المتقدم الذكر أن الوفاء يكون في المكان الذي اتفق عليه الطرفان أي بالرجوع إلى ارادة الطرفين المتعاقدين (الدائن و المدين) الصريحة أو الضمنية أولا و اذا لم تتبين تلك الارادة ،فالرجوع ثانيا إلى نص القانون.[3]

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , الجزء 3 , المرجع السابق ص.782.

[2]- المادة 282 من الأمر رقم 75- 85 , المتضمن القانون المدني , السلف الذكر.

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , الجزء 3 المرجع السابق ص.789.

يجب التفرقة بين التزام يتعلق بشيء معين بذاته إلى الالتزام بتسلم سيادة معينة أو قطعة أثاث معينة بذاتها وبين الالتزام الذي يتعلق بشيء معين بالنوع .

فإذا كان محل الالتزام معينا بالذات أوجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك .

واذا كان من الصعب تحديد مكان الشيء بسبب طبعه كالسيارة مثلا فإنه يرجع اتجاه ارادة المتعاقدين على ان يقم التسليم بموطن المدين .

أما اذا كان محل الالتزام غير معين بالذات أو كان محله شيء معين بالنوع مثلا وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين اذا كان الالتزام متعلق بهذه الأعمال.[1]

المبحث الثاني

انقضاء الكفالة بما يعادل الوفاء

ينقضي الالتزام بما يعادل الوفاء بسبب من الأسباب الآتية:

الوفاء بمقابل ،التجديد والإنابة، المقاصة، اتحاد الذمة، ويجمع هذه الأسباب كلها أن كلا منها يهيئ سبيلا لإبراء ذمة المدين دون الوفاء بعين ما التزم به ففي الوفاء بمقابل يتلقى الدائن شيئا آخر

[1]- عامر محمود الكسواني ,أحكام الإلتزام , أثار الحق في القانون المدني,المرجع السابق,ص .66.

خلاف الشيء محل الالتزام وفي التجديد يفي المدين الالتزام القديم بإنشاء التزام جديد، وفي المقاصة واتحاد الذمة يتم الوفاء للدائن بانقضاء التزام عليه.[1]

المطلب الأول: الوفاء بمقابل

تنص م 655 من القانون المدني الجزائري على انه"**إذا قبل الدائن شيئا آخر في مقابل الدين برئت بذالك ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء.**"[2]

ويتضح من ذالك أن الوفاء بمقابل ،هو قبول الدائن من المدين في استيفاء حقه شيئا آخر خلاف الشيئ المستحق أصلا .[3]

والتحليل القانوني للوفاء بمقابل، هو عملية مركبة من تجديد الدين بتغييرمحله الجديد,فتجديد الدين هو الذي ينقضي به الالتزام الأصلي بجميع ضماناته ومنها الكفالة ويحل محله دين جديد وهو الذي يتم به الوفاء .[4]

ويغلب في الوفاء بمقابل أن يكون التزام المدين نقديا فيؤدى عوضا عنه شيئا آخر للدائن وقد يكون التزام المدين في الأصل هو نقل ملكية الشي، ويستعاض عن ذلك بأداء نقدي، أو نقل ملكية شيئ آخر[5].

[1]- أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام (أحكام الإلتزام) ، المرجع السابق ، ص.393.

[2]- المادة 655 من الأمر رقم 75- 85 , المتضمن القانون المدني , السلف الذكر.

[3]- أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام (أحكام الإلتزام) ،المرجع السابق ،ص. 396.

[4]- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح ق م (لتامينات الشخصية و العينية)عقد الكفالة ، المرجع السابق ص. 112.

[5]- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ،النظرية العامة للالتزام و الإثبات في الفقه وقضاء النقض ،توزيع منشاة المعارف ،اسكندرية 2004، ص.279.

الفرع الأول : شروط الوفاء بمقابل

إن الوفاء بمقابل شأنه شأن الوفاء ،سببا لإنقضاء الإلتزام وحتى نكون بصدد وفاء بمقابل يشترط ما يلي:

أولا: الإتفاق على الإستعاضة عن محل الوفاء الأصلي بنقل ملكية شيئ آخر

يتفق الدائن مع المدين على أن يستعاض عن الوفاء بمحل الإلتزام الأصلي بنقل ملكية شيئ آخر من المدين إلى الدائن. فلا بد اذن لهذا الوفاء بمقابل من اتفاق يكون لاحقا لنشوء الدين والإتفاق يستدعي حتما رضا الدائن أن يستوفي الدين بمقابل، فلا يجوز حمل الدائن على أخذ غير محل الدين إجبارا ولا يتم ذلك إلا برضائه[1].

ويجب أن تتوافر الأهلية الواجبة في كل من الطرفين ،فتوافر في الدائن أهلية استيفاء الدين على النحو الذي قدمناه في الوفاء ،لأن الوفاء بمقابل ينطوي على معنى استيفاء الدين , وتوافر في المدين لا أهلية الوفاء بالدين فحسب بل أيضا أهلية التصرف ،فإنه يوفي دينه عن طريق نقل ملكية الشيء إلى الدائن فالوفاء بمقابل بالنسبة إليه ينطوي على معنى الوفاء وعلى نقل الملكية في وقت واحد.

ويجب أن تكون إرادة كل من الطرفين خالية من العيوب فلا يشوبها غلط ،تدليس أو إكراه أو استغلال.

ويجب أن يكون للإتفاق محل وسبب، فالسبب هو الوفاء بالدين الأصلي. وأما المحل فهو الإستعاضة عن المحل الأصلي بنقل ملكية شيئ آخر من المدين إلى الدائن.

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , الجزء 3 المرجع السابق ص .91.

ويسري على الوفاء بمقابل أحكام البيع في العلاقة بين الموفي والموفى له ،وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان العيوب الخفية وضمان الإستحقاق، كما تسري عليه أحكام الوفاء من حيث إنقضاء الدين، وبالأخص فيما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وإنقضاء التأمينات ،وهو ما قررته المادة 286 من القانون المدني الجزائري.

ويلاحظ أن حكم هذه المادة ليس من النظام العام فيستطيع الدائن أن يحتفظ بحقه في الرجوع على الكفيل إذا استحق هذا المقابل واعتبر الوفاء بمقابل معلقا على شرط فاسخ هو استحقاق الشئ فإذا تحقق الشرط أعتبر الوفاء بالمقابل كأن لم يكن, وضل الدين قائما , و كذالك الكفالة التي تضمنه و الحكم نفسه إذا أبطل الوفاء بمقابل لعيب في الإرادة أو نقص في الأهلية , أو إذا فسخ لإخلال المدين بإلتزامه بالتسليم أو غير ذلك من الإلتزامات الناشئة عن عقد البيع.[1]

ويتميز الوفاء بمقابل بأن الالتزام الذي يرتضيه المدين عوضا عن تنفيذ الالتزام الأصلي هو التزام بإعطاء أي بإنشاء حق عيني على شيء كحق الملكية وعلى ذالك إذا كان العوض عن الالتزام الأصلي هو التزام بعمل ،فإن ذالك يعتبر تجديدا للإلتزام بتغيير محله فينقضي الالتزام الأصلي وينشأ التزام جديد بدلا منه.

أما إذا كان العوض عبارة عن دين للمدين في ذمة الغير ،فإن الاتفاق بشأنه يكون بمثابة حوالة للحق وبالتالي يخرج عن مجال الوفاء بمقابل.

و من ناحية أخرى فإن التزام المدين الناشئ عن الوفاء بمقابل يخرج عن نطاق الالتزام الأصلي وعلى ذالك فإن وفاء المدين بأحد الالتزامات التخييرية أو البديلية لا يكون وفاء بمقابل حيث يتم

[1]- وداد باقي، الكفالة في الالقانون المدني الجزائري و الفقه الاسلامي ، دراسة مقارنة ،مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في الحقوق، تخصص عقود و مسؤولية، جامعة بومرداس ،2009،ص. 195.

تعيين هذه الالتزامات بداية منذ إبرام العقد الأصلي ولا يستلزم الأمر وبالتالي اتفاقا جديدا على الوفاء بمقابل.[1]

ثانيا: تنفيذ الاتفاق بنقل الملكية فعلا إلى الدائن

لا يكفي الاتفاق على مقابل الوفاء ،بل يجب أيضا تنفيذ هذا الإتفاق بنقل الملكية فعلا من المدين إلى الدائن أو إنشاء حق عيني عليه عوضا عن الإلتزام الأصلي وعلى ذالك فإن الإتفاق يكون تجديدا للدين بتغيير المحل فإذا كان المقابل منه قنطارا من القطن وجب إفرازها حتى تنتقل ملكيتها إلى الدائن.

وإذا كان المقابل سيارة وجب تعيينها بالذات أو كان أرضا وجب تسجيل الإتفاق على الوفاء بمقابل[2] حتى تنتقل ملكية السيارة أو الأرض من المدين إلى الدائن وهذا ما يميز الوفاء بمقابل عن التجديد,ففي التجديد يحل التزام محل التزام قديم فينقضي الإلتزام القديم بقيام الالتزام الجديد.

اما في الوفاء بمقابل فلا يكفي قيام الالتزام الجديد ،أي الالتزام بنقل الملكية، بل يجب تنفيذه أي نقل الملكية فعلا الى الدائن.[3]

[1]- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان،النظرية العامة للإلتزام و الإثبات المرجع السابق ص.280.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , الجزء 3 المرجع السابق ص .801.

[3]- احمد شوقي محمد عبد الرحمان،النظرية العامة للالتزام و الإثبات في الفقه وقضاء النقض ،المرجع السابق، ص.281.

الفرع الثاني: الآثار التي تترتب على الوفاء بمقابل

تسري على الوفاء بمقابل أحكام عقد البيع باعتباره ناقلا للملكية وأحكام الوفاء، وأحكام التجديد في ما يتعلق بانقضاء الدين.

أولا: آثار الوفاء بمقابل باعتباره ناقلا للملكية

تسري أحكام عقد البيع على الوفاء بمقابل في ما يتعلق بنقل ملكية الشيئ في مقابل الدين، ويتمثل ذالك فيما يلي:

إذا استحق الشيئ في يد الدائن،فإن الدين الأصلي لن يعود، وتتحدد حقوق الدائن ،في هذه الحالة ،وفقا لأحكام ضمان الإستحقاق الواردة في عقد البيع.

إذا كان الشيء الذي قدمه المدين قد لحقه عيب،فإنه يجوز للدائن الرجوع عليه مستندا في ذالك إلى أحكام عقد البيع الخاصة بضمان العيوب الخفية .

إذا قدم المدين عقارا كمقابل للوفاء ،فإنه يشترط تسجيل الإتفاق حتى تترتب آثار الوفاء بمقابل.[1]

وبصفة عامة يمكن القول بأن أحكام البيع الأخرى تسري على الوفاء بمقابل كحق الدائن في طلب الفسخ إذا استحق المقابل مثلا ، وحق المدين في طلب الفسخ إذا لم يؤدي الدائن المعدل النقدي المتفق عليه، ويكون حق المدين في استيفاء ذالك المعدل مضمونا بامتياز البائع[2]

[1]- احمد شوقي محمد عبد الرحمان،نفس المرجع، ص.283.

[2]- محمد حسين منصور، نظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام ،ص.441.

ثانيا: آثار الوفاء بمقابل باعتباره وفاء

إن الوفاء بمقابل باعتباره وفاء، يقضي الدين الجديد الذي حل محل الدين الأصلي، أما الدين الأصلي فقد انقضى بالتجديد، كما سبق القول ومن ثمة تترتب النتائج الآتية:

1- تزول التأمينات التي كانت للدين الأصلي ، ولا تعود حتى لو استحق المقابل في يد الدائن.

وهذه النتيجة مترتبة على أن الدين الأصلي قد انقضى، وانقضت معه تأميناته عن طريق التجديد.

يترتب على اعتبار الوفاء بمقابل تطبيق أحكام الوفاء الخاصة بتعيين جهة الدفع السابق عرضها في حالة وجود عدة ديون للدائن في ذمة المدين. وتطبق كذالك الأحكام الخاصة بتعيين مكان الوفاء وتلك الخاصة باسترداد الموفي لما دفعه طبقا لقواعد رد غير المستحق، إذا تبين أن الدين لا وجود له أو أن المدين قام بالوفاء لمن لا يستحقه، وأخيرا يجوز لدائني الموفي الطعن بالدعوى البوليصية في نقل ملكية الشيء إلى الدائن باعتباره وفاء لا تصرفا في هذا الشيئ.[1]

المطب الثاني: التجديد والإنابة

يتصل بانقضاء الالتزام بالتجديد، نظام آخر قريب منه وهو نظام الإنابة في الوفاء و علة الربط بين النظامين هو أن الإنابة تنطوي على تجديد في بعض صورها، وعلى ذالك سنتكلم أولا في التجديد و ثانيا في الإنابة.[2]

[1]- محمد حسين منصور ،نفس المرجع ، ص.442.

[2]- أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام (أحكام الإلتزام) ،المرجع السابق ، ص.400.

الفرع الأول:التجديد

التجديد هو استبدال دين جديد بدين قديم، فيكون سببا في قضاء الدين القديم وفي نشوء الدين الجديد .فالتجديد هو سبب لانقضاء الالتزام ، وهو في الوقت ذاته مصدر لنشوء الالتزام.[1]

يشترط لتمام التجديد توافر شروط ثلاثة و هي:

الشرط الأول: وجود التزام قديم

يتطلب التجديد وجود التزام قديم حتى ينشأ التزام جديد يحل محله، فإذا كان الالتزام القديم قد انقضى بأي سبب من أسباب الانقضاء، أو وقع باطلا فلا يمكن أن يكون محلا للتجديد.

أما إذا كان الالتزام القديم قابلا للإبطال لنقص في الأهلية أو عيب في الإرادة، فإنه يجوز تجديده لأنه التزام موجود لكن مهدد بالزوال. ولكن نظرا لأن الالتزام القابل للإبطال يقبل الإجازة صراحة إو ضمنيا وينقلب صحيحا بهذه الإجازة، فإنه إذا أقدم صاحب الحق في التمسك بالإبطال على تجديد الالتزام رغم علمه بالعيب الذي لحق العقد مصدر هذا الالتزام كان ذالك بمثابة إجازة ضمنية للعقد وينقلب صحيحا . ويصح التجديد بالتبعية مثال ذالك أن يبرم ناقص الأهلية عقدا وعند بلوغه سن الرشد يقوم بتجديد الالتزام الناشئ عن هذا العقد و هذا ما نصت عليم المادة 288 القانون المدني الجزائري .[2]

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , الجزء 3 ,المرجع السابق ص.810.

[2]- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام ، ،المرجع السابق ، ص.445.

الشرط الثاني : انشاء التزام جديد

تنص المادة 287 من ق.م على " **يتجدد الالتزام أولا بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاما جديدا يختلف عنه في محله أو مصدره ثانيا بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مدينا مكان المدين الأصلي وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه أو إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد ثالثا بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين و أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد**".[1]

يتضح من ذالك أن جوهر التجديد يكون في وجود اختلاف بين الالتزام القديم و الالتزام الجديدويجب أن ينصب هذا الاختلاف على عنصر جوهري من عناصر الالتزام(الدين، أو المدين أو الدائن) وعلى ذالك يتم التجديد في صور ثلاثة:

ا- التجديد بتغيير الدين

يتجدد الالتزام بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالاتزام الأصلي التزاما جديدا يختلف عنه في محله أوفي مصدره ومثال التجديد بتغيير المحل ، اتفاق الدائن والمدين على أن يقوم الثاني بعمل معين لمصلحة الأول بدلا من الالتزام القديم بدفع مبلغ من النقود أو العكس، وقد يلتزم المدين بنقل ملكية شيئ معين بدلا من التزامه بالقيام بعمل أو بدلا من النقود.

[1]- المادة 287 من الأمر رقم 75- 85 , المتضمن القانون المدني , السلف الذكر.

ويعتبر تجديدا بتغيير المحل كذالك، الاتفاق على تغيير وصف الالتزام من التزام بسيط إلى التزام معلق على شرط واقف أو فاسخ أو العكس، وكذالك الحال بالنسبة لتغيير صفة الدين ،كما لو كان دينا تجاريا واتفق على تجديده في صورة التزام مدني.[1]

ب- التجديد بتغيير المدين

كما رأينا أن الالتزام يتجدد بتغيير المدين إذا اتفق مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مدينا مكان المدين الأصلي و على أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة إلى رضائه، أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد.[2]

فالتجديد بتغيير المدين يتم بطريقتين :

أ- اتفاق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأخير مدينا مكان المدين الأصلي وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه. ويسمى التجديد في هذه الحالة تعهدا بالوفاء.

ب- حصول المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد، أي أننا نكون أمام اتفاق بين الأطراف الثلاثة الدائن و المدين لقديم و المدين الجديد، على أن يصبح الثالث ملتزما قبل الأول بدلا من الثاني[3]. وهي هنا انابة كاملة بأن الدين القديم ينقضي و يحل محله دين جديد وقد تكون الإنابة قاصرة وفيها يبقى المدين الأصلي، فلا ينقضي دينه كما في الإنابة الكاملة، وإنما ينضم إليه المدين الجديد فيصبح هو أيضا مدينا بدين آخر لنفس الدائن، ومن ثمة يصبح للدائن دينان أحدهما مدين بالدين الأصلي، والآخر مدين بالدين الجديد ومتى قضى أحدهما دينه برئت ذمة الآخر, سواء تم

[1]- محمد حسين منصور، نظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام ،المرجع السابق، ص. 447.

[2] - عبد الرزاق أحمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , الجزء 3 , المرجع السابق ص.827.

[3]- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام ،المرجع السابق ، ص.447-448.

التجديد بتغيير المدين بطريقة أو بأخرى، فإن رضاء كل من الدائن والمدين ضروري، ففي طريقة منها نكتفي برضاء كل من مدينين الاثنين، وفي الطريقة الآخرى لابد أن ينضم إلى رضاهما رضا المدين الأصلي[3]

الشرط الثالث: نية التجديد

تنص المادة 289 من القانون المدني الجزائري فقرة 01 على:" **لا يفترض التجديد بل يجب الاتفاق عليه صراحة أو استخلاصه بوضوح من الظروف**".[1]

يستخلص من هذه المادة أن التجديد لا يقع إلا إذا انصرفت إرادة المتعاقدين إلى إنشاء التزام جديد ليحل الالتزام القديم أي يجب أن تتجه نية المتعاقدين إلى التجديد، وذالك إن الاتفاق على إنشاء التزام جديد ولو كان مغايرا للالتزام القديم في محله أو في شخصية أطرافه قد يقصد به تحميل الكفيل (المدين) بالتزام جديد بالإضافة إلى الالتزام القديم نظرا لعد م وضوح نية التجديد .[2]

ونظرا لأن التجديد يتم بالاتفاق، يجب إن يتوافر الرضاء به، ويكون هذا الرضاء خاليا من عيوب الإرادة وأن يصدر عن أطراف أهل لمباشرته، وكقاعدة عامة، فإن التجديد من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ومن ثمة يلزم في من يباشره ان يكون أهلا للتصرف سواء بالنسبة للدائن أو الكفيل (المدين) و يترتب على ذالك أنه لا يجوز لمن لديه ولاية الإدارة فقط أن يباشر التجديد كالوصي والقيم والوكيل .

وكخلاصة فإن أهم أثر يترتب على التجديد هو انقضاء الالتزام الأصلي وإنشاء التزام جديد محله فيترتب على التجديد أثر مزدوج، يتمثل في انقضاء الالتزام القديم وإنشاء الإلتزام الجديد مكانه، ومقتضى

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , الجزء 3 , المرجع السابق ص.829.

[1]- المادة 289 من الأمر رقم 75- 85 , المتضمن القانون المدني , السلف الذكر.

[2]- أنور سلطان،النظرية العامة للإلتزام , أحكام الإلتزام, المرجع السابق ، ص.366.

ذالك أن تنقضي التأمينات التي كانت تكفل الالتزام الأصلي بانقضاء الالتزام القديم ولا تنتقل إلى الالتزام الجديد إلا بنص في القانون أو الاتفاق أو تبين من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذالك .[1]

الفرع الثاني:الإنابة

الإنابة تنص المادة 294 من الالقانون المدني الجزائري على" **تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين.**

ولا تقضي الإنابة أن تكون هناك علاقة مديونية سابقة بين المدين والغير".[2]

يتضح من النص أن الإنابة عمل قانوني يقتضي وجود ثلاثة أشخاص المنيب،أو المفوض (المدين)، المناب أوالمفوض إليه (الشخص الأجنبي الذي سيفي بالدين).المناب لديه أو المفوض لديه (الدائن).وينيب عنه المدين شخص أخر يتعهد بالدائن للوفاء بالدين.

فالإنابة تتم إذا حصل المدين على رضاء الدائن لشخص أجنبي يقوم بوفاء الدين مكان المدين.

ولا تقضي الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة بين المدين (المنيب) والأجنبي (المناب)، بل الأمر يتوقف على العلاقة الموجودة بين الأطراف الثلاثة للإنابة،فقد تقع الإنابة بين أشخاص لا تربطهم اي رابطة قانونية سابقة، كما لو أراد شخص أن يهيب اخر مالا، قبل أن يتوفر له هذا المبلغ، فيطلب من شخص آخر أن يقرضه هذا المبلغ ،على أن يدفعه مباشرة للموهوب له، على أن الغالب أن يكون المنيب دائنا للمناب، فيرتضي الأخير الإنابة ليقضي عن طريقها هذا الدين ،كما لو باع المدين عقارا له لكن المشتري

[1]- نبيل سعد إبراهيم ، النظرية العامة للإلتزام, الجزء الثاني, أحكام الإلتزام , دار المعرفة الجامعية,مصر,1999, ص.391.

[2]- محمد حسين منصور، نظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام ، ،المرجع السابق،ص.455.

يدفع الثمن لدائنه وقد ألحق المشرع الإنابة بالتجديد، لأنها تتضمن في إحدى صورتيها تجديدا بتغيير المدين.[1]

أنواع الإنابة:

أولا الإنابة الكاملة: إذا اتفق المتعاقدون في الإنابة أن يستبدلو بالتزام سابق التزاما جديدا كانت هذه الإنابة تجديدا للالتزام بتغيير المدين، ويترتب عليها إبراء ذمة المنيب قبل المناب لديه على أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب صحيحا وألا يكون هذا الأخير معصرا وقت الإنابة وهذا ما نصت عليه المادة 295/.01[2]

ويتضح من النص أن الإنابة تكون كاملة عندما ينيب المدين عنه شخصا آخر يتعهد للدائن بدين جديد بدل الدين الذي كان في ذمته .

فالإنابة الكاملة تؤدي إلى انقضاء الدين القديم لينشأ مكانه دين جديد وهذا تجديد بتغيير المدين. وقد تنطوي في ذات الوقت على تجديد بتغيير الدائن في حالة وجود علاقة مديونية سابقة بين المنيب و المناب فإذا كلف البائع المشتري بدفع الثمن للدائن الأول، فإن الانابة تنطوي على تجديد بتغيير المدين (لأن المشتري أصبح مدينا قبل دائن البائع بدلا من البائع) ،و تنطوي كذالك على تجديد بتغيير الدائن لأن المشتري أصبح مدينا لدائن جديد بدلا من دائنه القديم (البائع).[3]

غير أنه يشترط لكي ترتب الإنابة الكاملة أثرها من حيث براءة ذمة المنيب وهو المدين الأصلي،توافر شرطين وهما:

---

[1]- أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام (أحكام الإلتزام) ،المرجع السابق، سلطان ص.415-416.

[2]- المادة 1/295 من الأمر رقم 75- 85 , المتضمن القانون المدني , السلف الذكر.

[3]- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام ،المرجع السابق ،ص .456.

أولا: أن يكون الإلتزام الجديد الذي ارتضاه المناب صحيحا.هذا الشرط بديهي أنه تطبق للقواعد العامة في التجديد ،حيث يتعين أن ينشأ التزام جديد لكي ينقض الالتزام القديم.

ثانيا: أن لا يكون المناب معسرا وقت الإنابة، والعلة في ذالك ظاهرة، إذ لا يتصور أن يقبل الدائن أي المناب لديه إبراء ذمة مدينه المنيب ،إلا إذا توافرت في المناب الملاءة وقت الإنابة. فإن كان الأخير معسرا، وكان الدائن يجهل ذالك ، كان التجديد قابلا للإبطال للغلط أو التدليس.[1]

المطلب الثالث : المقاصة واتحاد الذمة

الفرع الأول: المقاصة

المقاصة طريق من طرق انقضاء الالتزام وتقع عندما يتلاقى دينان في ذمة شخصين كل منهما دائن ومدين للأخر، فيقضي الدينان بحكم القانون بقدر الأقل منهما، وتقوم المقاصة بوظيفة مزدوجة، فهي من ناحية وفاء مزدوج، و من ناحية أخرى ضمان.

إن المقاصة تنطوي على معنيين أولهم له معنى الوفاء.[2] أي تقابل دينين توافرت فيهما شروط معينة يقض كلا الدينين بالقدر الأقل منهما، فيكون كل مدين قد وفى الدين الذي عليه بالدين الذي له، ومن هنا كانت المقاصة أداة وفاء أو سبب من أسباب انقضاء الإلتزام بل هي أداة تبسيط في الوفاء. فهي تقضي دينين في وقت معا، دون أن يدفع أي مدين من المدينين إلى دائنه شيئا، إلا من كان دينه أكبر يدفع لدائنه ما يزيد به هذا الدين على الدين الآخر، والثاني معنى الضمان ،فذالك ظاهر من الدين

[1]- أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام (أحكام الإلتزام) ،المرجع السابق ص. 416.

[2]- محمد عزمي البكري ،موسوعة الفقة و القضاء في القانون المدني، (أوصاف الالتزام و انتقاله و انقضائه)،المجلد الخامس، محمود للنشر و التوزيع ،ط1 ص2007.

الذي في ذمته لمدينه إنما يختص الدين الذي في ذمته دون غيره من دائني المدين فيستوفي حقه منه متقدما عليهم جميعا.[1]

أنواع المقاصة: المقاصة إما تكون قانونية و إما تكون قضائية ،اختيارية.

المقاصة القانونية:

تنص المادة 297من الالقانون المدني الجزائري "**للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له تجاهه ولو اختلف سبب الدينين إذا كان موضوع كل منهما تقودا أو مثليات متحدة النوع والجودة وكان منها ثابتا وخاليا من النزاع ومستحق لأداء صالحا للمطالبة به قضاء ولا يمنح المقاصة تأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضي أو تبرع بها الدائن** ".[2]

ويلخص من النص المتقدم الذكر أن هناك شروطا خمسة يجب توافرها حتى تقع المقاصة بين دينين:

أ– تقابل الدينان: يجب لوقوع أن يون هناك دينان متقابلان المقاصة أن يكون كل من طرفي المقاصة دائن ومدين للآخر بصفتهما الشخصية، وهذا ما يفسر عدم إمكان وقوع المقاصة عندما يكون أحد أطرافها دائنا أومدينا لكن بصفته وليا على قاصر أو بصفته شريكا في شريكة أو وارثا.[3] ولا تقع المقاصة بين دين للدائن في ذمة المدين ودين الكفيل غير متضامن في ذمة الدائن، إذ الدينان هنا غير متقابلان فأحدهما في ذمة المدين للدائن و الأخر في ذمة الدائن للكفيل لا المدين.

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , الجزء 3, المرجع السابق ص.874–875.

[2]- المادة 297 من الأمر رقم 75- 85 , المتضمن القانون المدني , السلف الذكر.

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , الجزء 3 , المرجع السابق ص. 891.

ب– التماثل في المحل ما بين الدينين:يجب أن يكون كل من محل الدين نقودا أة أشياء مثلية من نوع واحد ومن درجة واحدة في الجودة .[1]

خلو الدين من النزاع: يجب لوقوع المقاصة أن يكون كل الدينين خاليا من النزاع.[2]

ج– و الدين يكون خاليا من النزاع إذا كان مؤكدا في وجوده ومحددا في مقداره وعلى ذالك لا تقع المقاصة اذا كان الدين معلقا على شرط واقف لم يتحقق أو كان الدين مستقبلا أو احتماليا حيث يعد مثل هذا الدين غير مؤكد في وجوده. فلا يصلح للمقاصة مع دين آخر مؤكد الوجود.

د– أن يكون الدينان مستحقي الوفاء : لما كانت المقاصة نوعا من الوفاء الإجباري، ولما كانت المقاصة أن يجبر المدين على الوفاء بدين لم يستحق بعد، فإنه يشترط في الدين المراد المقاصة فيه أن يكون واجب الأداء.

هـ– صلاحية كل الدائنين للمطالبة به قضاء: يجب أن يكون كل الدينين جائزا اقتضاؤه جبرا على المدين قضاء، ولذالك تمنع المقاصة إذا كان أحد الدينين قت مضت عليه مدة التقادم.

و– قابلية كل من الدينين للحجز:لا تقع المقاصة اذا كان أحد الحقين لا يجوز الحجز عليه ، فيجب أن يكون ذلك الحق قابلا للحجز .مثال ذلك حق النفقة فهو لا يصلح للمقاصة القانونية.[3]

يترتب على توافر شروط المقاصة القانونية انقضاء الدينين لكن بقدر الأقل منهما متى كان مقدار أحدهما أكبر من الآخر. ومتى انقضى الدينان انقضى معه توابعه أو ضماناته كالرهن والكفالة وغيرهما

[1]- دربال عبد الرزاق،الوجيز في أحكام الالتزام في ق.م.ج،دار العلوم للنشر و التوزيع ،الجزائر ،ص.101.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , الجزء 3 ,المرجع السابق ص. 898.

[3]- رمضان أبو السعود،التأمينات العينية و الشخصية،عقد الكفالة,دار الهدى الجزائر ،ص.514.

.وبالرغم من أن المقاصة أي بإنقضاء الدينين تقع بقوة القانون إلا أن المشرع يقرر أنها لا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها وليس للقاضي بالتالي أن يثيرها من تلقاء نفسه.[1]

لذا فأن للكفيل التمسك حتى ولو لم يتمسك بها المدين أو الدائن بل في حالة نزولهما عنها [2] وهذا ما نصت عليه المادة 300 الالقانون المدني الجزائري .

ب :المقاصة القضائية

وهي المقاصة التي يجريها القاضي عند تخلف شرط من شروط المقاصة القانونية لكون أحد الدينين لم يتوافر فيه شرط الخلو من النزاع وشر معلومية المقدار، فإذا طالب دائن مدينه بالوفاء بما عليه فتقدم المدعي عليه إلى المحكمة بطلب عارض يدعي فيه بحق ضد المدعي ينازعه هذا الخصم في وجوده أو مقداره فلن تقع المقاصة القانونية فيجب على المحكمة اأن تفصل أولا في النزاع فإن قضت بوجود الحق وقامت تعيين مقداره قضت بالمقاصة بين الحقين.[3]

ج: المقاصة الإختيارية أو الإتفاقية

يقصد بالمقاصة الاختيارية المقاصة التي بإرادة ذوي الشأن لا بحكم القانون فيجوز إتفاق الدائن والمدين وقوع المقاصة دون تكامل شروط وقوع المقاصة قانونا وشروط المقبصة منها ما هو مقرر مصلحة أحد لطرفين و منها ما هو مقرر لمصلحتهما معا ومن أمثلة الشروط المقررة قانونا لمصلحة أحد الطرفين استحقاق الأداء ،فاذا كان أحد الدينين حالا و الأخر مؤجلا فان المقاصة القانونية لا تقع،ولكن المدين

[1]- دربال عبد الرزاق ،الواجيز في أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري, المرجع السابق ،ص 103.

[2]- محمد صبري السعدي ،الواضح في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية و العينية) عقد الكفالة ،المرجع السابق ص114.

[3]- رمضان أبو السعود ، أحكام الالتزام ،دار المطبوعات الجامعية ، إسكندرية 1998، ص512.

بالدين المؤجل وهو في نفس الوقت الدائن بالدين الحال يستطيع أن ينزل عن الأجل المقرر لمصلحته، فتتم بين الدين المؤجل والدين الحال الذي له في ذمة دائنه.

ومن أمثلة الشروط المقررة قانونا لمصلحة الطرفين التماثل بين الدينين فإذا لم يكن الدينان من نوع واحد بأن كان أحدهما مبلغا من النقود والآخر قمحا أو كان من نوع واحد ولكنهما اختلفا في درجة الجودة فإن المقاصة الاختيارية بين الدين والمقاصة الاتفاقية ليس لها أثر رجعي، فلا تقع من تاريخ تقابل الدينين بل من تاريخ الإتفاق عليها.[1]

الفرع الثاني إتحاد الذمة

تنص المادة 304 فقرة 1 من ق .م .ج إ "**ذا اجتمع في شخص واحد صفة الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد إنقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة**".[2]

فاتحاد هو اجتماع بالنسبة إلى دين واحد أنقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت في الذمة فاتحاد هو اجتماع صفة الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة إلى دين واحد ويختلف اتحاد الذمة مع المقاصة في أنه في الأخير يوجد دينان متقابلان لا دين واحد ولكن الدائن قي الدين الأول هو المدين الأول هو المدين في الدين الثاني والدائن في الثاني هو المدين الأول، أما اتحاد الذمة فيفترض فيه وجود دين واحد يخلف حد طرفيه الطرف الآخر فيه.[3]

[1]- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للإلتزامات ، أحكام الإلتزام,دار الهدى, الجزائر,2002,ط,ص.37.

[2]- المادة 304 من الأمر رقم 75- 85 , المتضمن القانون المدني , السلف الذكر.

[3]- رمضان أبو السعود, أحكام الإتزام , المرجع السابق.ص.528.

و اتحاد الذمة ليس سببا لانقضاء الالتزام فهو يشكل عقبة واقعية يترتب عليه استحالة المطالبة بالحق حيث يستطيع أن يطالب الشخص نفسه وعلى ذالك فإن الدين لا ينقضي بل يقف نفاذه .[1]

أولا: حالات إتحاد الذمة:

من حالات إتحاد الذمة نجد الميراث والوصية والتي سنتناولها على التوالي:

أ- الميراث:

فإذا كان الكفيل المدين هو الوارث الوحيد فإنه يرث حق مورثه في ذمته ويصبح الوارث دائنا لنفسه وتجتمع فيه صفتي الدائن والكفيل المدين وينقض الدين باتحاد الذمة أما إذا ورث جزأ من التركة واختص بجزء من الحق فإن الدين ينقض بقدر الجزء الذي ورثه من الحق ويبقى ملتزما بالجزء الآخر لبقية الورثة .

ب- الوصية:

فإذا أوصى الدائن لمدينه بالحق الذي له في ذمته هنا يكون المدين الكفيل(الموصى له) خلفا خاصا للدائن(الموصي) ي هذا الحق فتجتمع فيه صفتي المدين و الدائن في نفس الدين بحكم الوصية، وينقضي الدين باتحاد الذمة أما إذا أوصى الدائن للكفيل الموصى له خلفا عاما للدائن الموصى ويصبح دائنا للتركة بحكم الوصية بثلث الدين في ذمته فتجتمع فيه صفتا الدائن والمدين فتتحد الذمة في حدود هذا الثلث أي أن الدين نقضي بهذا القدر ويظل مدينا للورثة بثلثي الدين .

ج . إذا زال السبب الذي أدى إلى إتحاد الذمة لزاوله أثر رجعي عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوي الشأن جميعا ويعتبر إتحاد الذمة كأن لم يكن، وعلى ذالك الدين للظهور والنفاذ بعد زوال

[1]- أنور سلطان ،النظرية العامة للإلتزام ،المرجع السابق،المرجع السابق، ص.397.

إستحالة المطالبة به، فإذا أوصى مثلا الدائن للكفيل المدين بالدين الذي له في ذمته، ثم أبطلت الوصية عاد الدين الموصي به إلى الوجود بأثر رجعي وهذا ما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 304 من الالقانون المدني الجزائري وإذا زال السبب الذي أدى لإتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي[1] . وهذا ما نصت عليه الفقرة 02 من المادة 304 من الالقانون المدني الجزائري "**واذا زال السبب الذي ادى لإتحاد ذمة وكان لزاوله اثر رجعي عاد الدين إلى الوجود بملحقاته بالنسبة الى المعنيين بالأمر و يعتبر اتحاد الذمة كأنه لم يكن**"[2]

و نلخص بذلك أن الكفالة تنقضي بإتحاد الذمة بين الكفيل و الدائن و يترتب على ذلك انقضاء التزام الكفيل قثط، دون الالتزام المكفول ،ولذلك يستطيع من بقي منهما ما ورث الأخر أن يطاب المدين فإذا كان الدائن هو الذي ورث الكفيل فإنه يستطيع أن يطابل المدين بالدين دون أن يكون هناك كفالة ضامنة له، و اذا كان الكفيل هو الذي ورث الدائن فإنه يستطيع أن يطالب المدين بالدين الأصلي كما كان يرجع قبل موته،و لكن الكفيل في هذه الحالة انقض التزامه لأن ورث الدائن فأصبح دائنا لنفسه[3].

[1]- أنور سلطان، نفس المرجع، ص.42.

[2]– المادة 304 من الأمر رقم 75- 85 , المتضمن القانون المدني , السلف الذكر.

[3]- نبيل سعد ابراهيم، التأمينات العينية و الشخصية (الرهن الرسمي,حق الإختصاص,الرهن الحيازي,حق الإمتياز,الكفالة),دار الجامعة الجديدة,مصر,2007,ص.420-421.

المبحث الثالث

انقضاء الكفالة دون الوفاء

ينقضي الالتزام دون ان يقوم المدين بالوفاء أو ما يعادل الوفاء في حالات ثلاثة هي الإبراء استحالة التنفيذ ،التقادم المسقط، ونخصص لكل منها مطلبا مستقلا. [1]

المطلب الأول :الإبراء

الإبراء هو تنازل الدائن عن حقه بإرادته المنفردة بدون مقابل ،فهو تبرع ينقضي به الدين ،وتبرء ذمة المدين دون أن يحصل الدائن على شيء.[2]

ويتميز الإبراء بخاصيتين :

1- الإبراء تصرف قانوني يتم بإرادة الدائن المنفردة ، فلا يشترط لحصول الإبراء اتفاق الدائن والمدين بل يتم بإرادة الدائن وحدها.[3]

وعلى ذالك لا يتم إلا إذا وصل إلى علم المدين وقبله ، ويصبح باطلا إذآ رفضه المدين , وهذا ما نصت عليه المادة 305 من الالقانون المدني الجزائري . [4]

---

[1]- محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام المرجع السابق، ص.487.

[2]- محمد حسين منصور،النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام ،المرجع السابق ،ص.487.

[3]- رمضان ابو السعود، أحكام الالتزام ،المرجع السابق،ص.533-534.

[4]- وداد باقي،الكفالة في ق.م.ج و الفه الإسلاميّ ،المرجع السابق،ص.198.

2- الإبراء تصرف تبرعي محض من جانب الدائن حيث يتضمن نزولا عن الدين لصالح المدين بدون مقابل .وهو بذالك يختلف عن الصلح ، فقد يتضمن الأخير إبراء و لكنه إبراء بدون مقابل. فإن كلا من المتصالحين ينزل عن بعض ما يدعيه مقابل التسلم له بالبعض الآخر.[1]

الفرع الأول :شروط الإبراء

تنص المادة 306 من القانون المدني الجزائري على أنه" **تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع ،و لا يشترط فيه شكل خاص، و لو وقع على الالتزام".**

يشترط لقيامه توافر شكل فرصة القانون او اتفق عليه فرضه القانون او اتفق عليه المتعاقدان.".[2]

ويتضح من هذا النص الأحكام التالية:

أ. من حيث الشكل:

لا يخضع الإبراء إلى أي شرط شكلي .فهو هبة غير مباشرة ذالك إن اشترط القانون شكلا معينا في الهبات ، فلا ينصرف الا إلى الهبات المباشرة دون الهبات غير المباشرة .والإبراء معفي من أي شكل حتى ولو كان الدين محل الإبراء قد نشأ عن عقد كان يشترط القانون ،أو الطرفان لإنقضائه شكلا معينا ،ولكن إذا وقع الإبراء في شكل وصية لا تنفذ إلا بعد الوفاة ، فإنه يأخذ من الوصية شكلا وموضوعا.[3]

والإبراء آلحاصل في مرض الموت يأخذ حكم الوصية طبقا للمادة 776 من القانون المدني الجزائري.

[1]- رمضان ابو السعود ،أحكام الإلتزام،المرجع السابق ،ص.534.

[2]- المادة 306 من الأمر رقم 75- 85 , المتضمن القانون المدني , السلف الذكر.

[3]- رمضان أبو السعود،التأمينات الشخصية و العينية،المرجع السابق،ص.534.

ب ـ من حيث الموضوع:

يسري على الإبراء ألأحكام الموضوعية للتبرعات ، فلا بد من أن تكون الإرادة خالية من العيوب وتتوافر في الشخص الأهلية القانونية ،فيجب أن يكون الدائن أهلا للتبرع ، لأن الإبراء تصرف تبرعي كما قدمناه .فلا يجوز للقاصر أو المحجوز عليه إبراء المدين من الدين ، لأن أهلية التبرع غير متوافرة فيهما .ولا يجوز للولي ولا للوصي ولا للقيم إبراء المدين الصغير او المحجور عليه من الدين لأنهم لا يملكون ولاية التبرع في مال المحجور عليهم ،والإبراء في جميع هذه الأحوال يكون باطلا, و الابراء يقع على أي التزام ولو كان التزاما طبيعيا ،ويجب أن يكون الالتزام محلا لإبراء غير مخالف للنظام العام و الاداب.

و يجب أن تتوافر في الإبراء ككل تصرف قانوني ،مشروعية السبب، وعدم مخالفة المحل للنظام العام والآداب وإلا كان الإبراء باطلا.[1]

الفرع الثاني : آثار الإبراء

يترتب على الإبراء سقوط الدين ، كما تسقط توابعه وما يضمنه من تأمينات شخصية أو عينية لأن الفرع يتبع الأصل ،فإبراء الدين يؤدي إلى براءة الكفيل ، ولكن إ براء الكفيل لا يترتب عليه براءة ذمة المدين.[2]

أما إذا كان الإبراء جزئيا فينقضي الدين جزئيا وتظل التأمينات ضامنة للجزء الباقي.

ومما سبق يتضح أن أهم أثر للإبراء هو ا انقضاء الدين، ويترتب على ذالك انقضاء التأمينات التي كانت

[1]- محمد صبري السعدي،الواضح في القانون المدني ،النظرية العامة للالتزامات ،أحكام الالتزام ، المرجع السابق ،ص.830.

[2]- محمد حسين منصور،النظرية العامة للالتزام،أحكام الالتزام المرجع السابق ،ص.491.

تضمن الدين كما ذكرنا، فينقضي الرهن المقدم من المدين كما تبرأ ذمة الكفيل الشخصي أو العيني.[1]

المطلب الثاني: استحالة التنفيذ

تنص المادة 307 من الالقانون المدني الجزائري "على أنه "**ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته.**"

ويتضح من هذا النص أن استحالة تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه تؤدي إلى انقضاء الالتزام وتبرء ذمة المدين منه.

واستحالة التنفيذ لم تكن نتيجة خطأ المدين ، ولذا فلا يلتزم المدين بالتعويض ويسقط الالتزام فلا ينفذ عينيا ولا بمقابل أي عن طريق التعويض.

فالمقصود اذا باستحالة تنفيذ الالتزام هي تلك الظروف الطارئة بعد نشوء الالتزام صحيحا وتمنع من تنفيذه ، فمن المتصور أن يكون الالتزام ممكنا و صحيحا إلا أنه قد تطرأ ظروف لاحقة لذالك تمنع من التنفيذ وهذه هي الاستحالة المقصودة هنا وهي الاستحالة الطارئة أو اللاحقة لنشوء الالتزام. [2]

الفرع الأول: شروط استحالة التنفيذ

إذا استحال الالتزام بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ،أدى ذالك إلى انقضاء الالتزام وبراءة ذمة المدين منه،غير أنه يشترط لانقضاء الالتزام في هذه الحالة ما يلي:

[1]- محمد صبري السعدي،الواضح في القانون المدني،النظرية العامة للالتزامات،أحكام الالتزام ،المرجع السابق،ص.381.

[2]- عامر الكسواني،أحكام الالتزام،(اثار الحق في القانون المدني)المرجع السابق،ص.289.

آ- يجب أن يصبح الالتزام مستحيلا استحالة تامة على المدين .فلا يكفي أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا،فليس من شأن الإرهاق ان يؤدي إلى انقضاء الالتزام وإن أمكن رده إلى الحد المعقول إعمالا لنظرية الظروف الطارئة. [1]

وهذه الاستحالة التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام هي تلك التي تطرأ بعد نشوء الالتزام ذالك أنه لا ينشأ إذا كان محله مستحيلا منذ البداية .وهذه الاستحالة الطارئة قد تكون استحالة مادية ،وقد تكون قانونية. فمن أمثلة الأولى هلاك الشيء المعين بذاته ومرض يمنع المدين من تنفيذ التزامه ومن أمثلة الثانية نزع ملكية العقار الذي التزم المدين بنقل ملكيته ،وتحريم السلطات الاتجار أو التعامل في بعض أنواع الأموال.

ب - يجب أن تكون الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه ،كخطأ الغير أو خطإ الدائن أو القوة القاهرة .فإذا كانت الاستحالة بسبب خطإ المدين لا ينقضي الالتزام وإنما يظل قائما ويجب تنفيذه عن طريق التعويض، ويجب على المدين أن يقيم الدليل على وجود السبب الأجنبي الذي قضى على الإلتزام, وإذا تعدد المدينون المتضامنون فاستحال تنفيذ إلإلتزام بخطإ أحدهم ،فلا يسأل الباقون ،بل ينقضي الالتزام بالنسبة إليهم. [2]

وهناك بعض الحالات التي يظل المدين فيها مسؤولا عن تنفيذ التزامه بطريق التعويض رغم استحالة تنفيذه بسبب أجنبي وهي:

1- اذا كان هناك إتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة, ويلعب المدين في هذه الحالة ،دور المؤمن حيث يؤمن الدائن من الحوادث التي ترجع إلى القوة القاهرة.

[1]- رمضان أبو السعود، التأمينات العينية و الشخصية ، عقد الكفالة ، المرجع السابق،ص.536.

[2]- رمضان أبو السعود، نفس المرجع ،ص.537.

2-إذا كان السبب الأجنبي مرده خطأ المدين كما لو احترقت أو سرقت العين التي التزم المدين بتسليمها،بتقصير المدين أو بمساهمة هذا التقصير .

3- إذا أعذر الدائن المدين بوجوب تنفيذ التزامه قبل استحالة التنفيذ فالأعذار يجعل المدين مسؤولا عن استحالة التنفيذ،ولو كانت راجعة إلى سبب أجنبي، ولا ينفضي إلتزامه،بل يتحول محله إلى تعويض

4- إذا كان التزام المدين قد نشأ في ذمته بسبب فعل غير مشروع من جانبه ،كما لو سرق شخص شيئا وهلك في يده بسبب أجنبي ،فإن التزامه بالرد لا ينقضي بل يتحول إلى الالتزام بالتعويض.[1]

الفرع الثاني:أثار استحالة التنفيذ

يترتب على الاستحالة اذا توافرت شروطها المبينة سابقا عدم قدرة الدائن على مطالبة الكفيل (المدين) بتنفيذ الالتزام وذلك تطبيقا للمادة السابق ذكرها (المادة 307 من ق.م.ج) و التي بينت أن الالتزام ينقضي اذا أثبت الكفيل أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يدان فيه و يترتب على ذلك أن الالتزام يستحيل تنفيذه بسبب أجنبي لادخل للكفيل (المدين به يؤدي إلى سقوطه وبالتالي انقضائه تماما بحيث لا يستطيع الدائن في هذه الحالة المطالبة بتنفيذه عينيا و لا المطالبة بتنفيذه تنفيذا جبريا بطريق التعويض .[2]

يترتب على سقوط الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي لادخل للكفيل (المدين)به براءة ذمة هذا الكفيل براءة تامة، بمعني أنه يخلص من الالتزام ذاته كما يخلص أيضا من مسؤولية تعويض الدائن الذي استحال تنفيذ التزامه استحالة طارئة لسبب أجنبي لادخل للكفيل (المدين) به اذا أدى هذا السبب الأجنبي إلى هلاك محل

[1] - محمد حسين منصور،النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام،المرجع السابق،ص.494-495.

[2]- عامر محمود الكسواني ،أحكام الإلتزام،المرجع السابق،ص.291.

الالتزام هلاكا كلياأما اذا كان الهلاك جزئيا فهنا يلتزم الكفيل بتسليم ما تبقى من محل الالتزام و الذي سلم من هلاك الدائن.[1]

المطلب الثالث :التقادم المسقط

الفرع الأول: تعريف التقادم المسقط وأساسه

التقادم المسقط سبب من أسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء به ،وهو عبارة عن انقضاء الحق إذا مضت عليه مدة معينة دون أن يطالب به الدائن أو دون أن يستعمله صاحبه.فالتقادم يفترض مضي مدة معينة دون أن يطالب الدائن المدين بالدين عند حلول ميعاد الوفاء به .وبانقضاء هذه المدة يستطيع المدين أن يدفع أي مطالبة للدائن بالتمسك بالتقادم المسقط .[2]

ويقوم التقادم أحيانا على أساس دعم استقرار التعامل وبالتالي النظام العام ،إذ لا يعقل أن يظل الناس يطالب بعضهم بعضا إلى ما لا نهاية. كما يؤسس التقادم أيضا على قرينة الوفاء ،أي أن مرور فترة التقادم على ديون معينة يفيد أن أصحابها استوفوها. وقد يقوم التقادم أحيانا على اعتبار آخر هو أن المدين يدفع دينه من ريعه لا من رأسماله ،خاصة في الديون الدورية المتجددة ،وتراكم مبالغ الديون على المدين مما يرهقه بحيث يضطره إلى دفع المستحقات من رأسماله لا من ريعه ،لذالك قرر المشرع مدة تقادم قصيرة بشأنها .[3]

الفرع الثاني : مدة التقادم

ينقسم التقادم المسقط حسب المدة إلى تقادم طويل المدى وتقادم قصير المدى،و سنتناول كلا منهما بالتفصيل:

---

[1]- عامر محمود الكسواني،المرجه نفسه،ص.292.

[2]- محمد حسين منصور ،النظرية العامة للإلتزام،المرجع السابق ،ص.497.

[3]- دربال عبد الرزاق،الوجيز في أحكام الإلتزام في ق.م.ج،المرجع السابق،ص.110.

أولا: التقادم الطويل المدى

ينقضي الإلتزام بمرور 15 سنة كأقصى حد ، و 10 سنوات كأدنى حد وهذا ما يسمى بالتقادم الطويل أي أن هذه المدة هي الأصل ، بمعنى أنه في جميع الحالات التي لم ينص فيها المشرع على مدة أقصر ،فإن الإلتزام ينقضي بمضي 15 سنة ,وقد روعي في هذه المدة إن تكون مناسبة لا هي بالطويلة بحيث ترهق الكفيل(المدين) ولا هي القصيرة بحيث تباغت الدائن ،وحكمة تقرير هذا التقادم الطويل هي ضرورة استقرار الحقوق بعد المدة الطويلة من الزمن. [1]ويندرج تحتها :

أ- دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب

تسقط هذه الدعوى بانقضاء 10 سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض.[2]

ب - الدعوى الناشئة عن الفضالة

تسقط الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء عشر سنوات من اليوم الذي يعلم كل طرف بحقه ، وتسقط في جميع الأحوال ،بانقضاء 15 سنة من اليوم الذي ينشأ فيه الحق .[3]

ج - دعوى ضمان المهندس المعماري والمقاول

يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم جزئي أو كلي فيما شيداه من مبان أو منشآت ثابتة ولو كان هذا التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ، وتبدأ هذه المدة من وقت تسلم العمل نهائيا .[4]

---

[1]- عبد القادر الفار،أحكام الإلتزام (أثار الحق في ق.م) ،المرجع السابق،ص.237-238.

[2] - المادة 142 من الأمر رقم 75- 85 , المتضمن القانون المدني , السلف الذكر.

[3]- المادة 159 من الأمر رقم 75- 85 , المتضمن القانون المدني , السلف الذكر.

[4]- المادة 554 من الأمر رقم 75- 85 , المتضمن القانون المدني , السلف الذكر.

ثانيا: التقادم القصير المدى : ونجد

أ– التقادم بخمس سنوات:

البطلان النسبي:

نصت على ذالك المادة 101 من الالقانون المدني الجزائري بحيث يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 5 سنوات من اليوم الذي يزول فيه سبب الإبطال .[1]

ب– التقادم بأربع سنوات:

تتقادم بأربع سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة ،سواء كانت دورية أو غير دورية ،ويبدأ سريان التقادم في الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التي تستحق عنها وفي الرسوم المستحقة عن لأوراق القضائية منذ انتهاء تريخ المرافعة في الدعوى ،ومن تاريخ تحذيرها إذا لم تحصل مرافعة.

وتتقادم بأربع سنوات أيضا الحق في المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها .[2]

ج ـ التقادم بثلاث سنوات

1– دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن:حيث تسقط بالتقادم د عوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات منذ انعقاد يوم البيع،والنسبة لعديمي الأهلية فمن يوم بنقطاع سبب العجز.[3]

د – التقادم بسنتين

تتقادم بسنتين حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين الخبراء ووكلاء التفلسة والسماسرة والأساتذة والملمين بشر أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من نعمل مهنتهم وعما تكبدوه من مصاريف.[4]

---

[1] - المادة 101 من الأمر رقم 75- 85 , المتضمن القانون المدني , السلف الذكر.

[2]- المادة 312 من الأمر رقم 75- 85 , المتضمن القانون المدني , السلف الذكر.

[3]- المادة 383 من الأمر رقم 75- 85 , المتضمن القانون المدني , السلف الذكر.

[4]- المادة 601 من الأمر رقم 75- 85 , المتضمن القانون المدني , السلف الذكر.

هـ – التقادم بسنة واحدة

تتقادم بسنة واحدة حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتبجرون فيها وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم ،المبالغ المستحقة للعمال الأجراء الآخرون مقابل عملهم .أيضا تتقادم بسنة واحدة ودعوى العيب الخفي في البيع من يوم تسليم البيع.

و– التقادم بستة أشهر

دعوى المسافر قبل صاحب الفندق :

تسقط هذه الدعوى بانقضاء ستة أشهر من اليوم الذي يغادر فيه الفندق.

كيفة حساب التقادم:

بالنسبة لسريان التقادم يبدأ السريان من اليوم الذي يصبح فيه الالتزام مستحق الأداء وهذا على اعتبار أنه من هذا التاريخ فقط يستطيع لدائن المطالبة بحقه أو يترتب على أن الدين الضاف إلى أجل واقف لا يتقادم إلا من تاريخ حلول ذلك الأجل سواء كان حلوله بصفة طبيعية ،وبسقوطه أو بالتنازل عنه، أما الالتزام المعلق على شرط واقف فلا يسري التقادم الا من تاريخ تحقق الشرط على اعتبار أنه قبل تحقق الشرط لا يمكن المطالبة بتنفيذ الالتزام المشروط.[1]

قد يخالف المشرع المشرع القاعدة السابقة بحيث يجعل التقادم يسري قبل تاريخ الاستحقاق وهذا ما يلاحظ على البطلان للإكراه مثلا اذ يبدأ السريان من تاريخ اكتشاف الاكراه .[2]

[1]- عبد الرزاق دربال،الوجيز في أحكام الإلتزام في ق.م.ج،المرجع السابق،ص.116.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني،الجزء3،المرجع السابق،ص.1060.

الفرع الثالث: وقف التقادم

يقف سريان مدة التقادم طالما وجد المانع، واذا زال المانع عاد سريان التقادم من جديد. لكن لا تحسب فيه المدة التي كان موقوفا فيها،فتضم المدة السابقة على الوقت إلى المدة اللاحقة له و يترتب على ذلك امتداد مدة التقادم بالقدر الذي وقف فيه سريانه.[1]

أولا: أسباب وقف التقادم

ترجع أسباب وقف التقادم إلى فكرة واحدة هي تعذر مطالبة الدائن بحقه سواء لوجود مانع مادي أوقانوني أو أدبي أو لنقص أهليته:

أ- يقف سريان التقادم إذا وجد مانع مادي يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه،مثال ذالك قيام حرب أو ثورة أو وجود فيضان علىنحو تنقطع معه المواصلات ،ويتوقف العمل القضائي ،فيتعذر على الدائن أن يطالب بحقه ،فيقف التقادم أيا كانت مدته إلى حين زوال المانع.

ب- ويقف سريان التقادم إذا وجد مانع قانوني يحول دون مطالبة الدائن بحقه،أو يجعل هذه المطالبة أمرا متعذرا مثال ذالك ،إتحاد الذمة، الدائن والمدين ثم يزول السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة بأثر رجعي ،في هذه الحلة لا تدخل فترة إتحاد الذمة في حساب مدة التقادم،حيث يقف سريان خلال هذه الفترة لاستحالة مطالبة لدائن لنفسه .وكذالك في الحال إذا وجدت علاقة قانونية خاصة بين الدائن والمدين ومثال ذالك العلاقة بين الأصل والنائب ،والكيل بالموكل ،في مثل هذه الحالات يقف سريان التقادم بالنسبة للحقوق الناتجة عن العلاقة ،ما دام هذه العلاقة قائمة.

[1]- محمد حسين منصور،النظرية العامة للإلتزام،المرجع السابق،ص.515.

ج– ويقف سريان التقادم إذا وجد مانع أدبي يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه،ومثال ذالك علاقة زوجية وأيضا إذا كان الدائن ناقص أوعديم الأهلية. [1]

ثانيا: اثر وقف التقادم

يترتب على وقف التقادم أن المدة التي انقضت قبل وقف التقادم تبقى قائمة لكن دون أن تضاف إليها المدة التي يكون التقادم خلالها موقوفا .ثم بعد استئناف سريان التقادم تؤخذ في عين الاعتبار المدة السابقة على الوقف.[2]

الفرع الرابع : انقطاع التقادم

تناولت المادة 317 من الالقانون المدني الجزائري قطع التقادم بنصها على "ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة وبالتنبيه، أو بالحجز ،وبالطلب الذي تقدم به الدائن مقبول حقه في تفلسة المدين ،أو توزيع أو بأي عمل يقوم به الدائن أثناء مرافعة لإثبات حقه " [3]

كذالك نجد 318 من الالقانون المدني الجزائري تنص على " ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقرارا صريحا أو ضمنيا ، ويعتبر اقرارا ضمنيا أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهونا رهنا حيا زيا تأمينا لوفاء الدين".[4]

[1]- محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام،المرجع السابق،ص.516.

[2]- عبد الرزاق دربال،الوجيز في أحكام الإلتزام في ق.م.ج،المرجع السابق،ص.120.

[3]- المادة 317 من الأمر رقم 75- 85 , المتضمن القانون المدني , السلف الذكر.

[4]- المادة 318 من الأمر رقم 75- 85 , المتضمن القانون المدني , السلف الذكر.

فالمقصود بانقطاع التقادم هو إلغاء أو محو مدة التقادم السارية قبل اكتمالها نتيجة لإجراء يتخذه الدائن أو إقرار يصدر من المدين، عل أن تبدأ مدة تقادم جديدة من وقت زوال السبب الذي أدى إلى الانقطاع ونعرض فيما يلي أسباب الانقطاع والأثر المترتب عليه:[1]

أولا: أسباب انقطاع التقادم

إن أسباب انقطاع التقادم إما أن تصدر من الدا ئن وإما أن تصدر من المدين.

أ- الأسباب المرتبطة بالدائن

و تتمثل هذه اساسا في المطالبة القضائية التي يقوم بها الدائن للمطالبة بحقه من مدينه .و ينقطع التقادم بمجرد ايداع صحيفة الدعوى لدى قلم كتاب المحكمة متى كانت الشروط المطلوبة في قبول الدعوى قائمة و يترتب على ذلك ان عدم قبول الدعوى او بطلان صحيفة الدعوى لعيب في الشكل مثلا او ترك الخصومة او سقوطها لا يقطع التقادم ولا يهم ان ترفع الدعوى امام محكمة غير مختصة نوعيا أو محليا.

وكما تكون مطالبة الدائن من مدينه في صورة دعوى،فإنها تكون أيضا في صورة طلب يعارض من الدائن.[2]

ويلحق بالمطالبة القضائية التنبيه بالوفاء ويقصد به تكليف المدين على يد محضر بأداء ما هو مطلوب منه وإنذاره بإجراء التنفيذ الجبري إذا لم يقم بأدائه.والتنبيه باعتباره من مقدمات التنفيذ لا يكون إلا بناء على سند لحكم أو عقد رسمي ولا ينقطع التقادم إلا إذآ كان كل من التنبيه والسند التنفيذي الذي يسند إليه صحيحا.ويقوم مقام التنبيه في قطع التقادم الإنذار الذي يوجهه الدائن المرتهن لحائز الغقار المرهون بالدفع أو التخلية فهو من مقدمات التنفيذ والسند الذي يجري النفيذ بموجبه هو عقد الرهن الرسمي.ويقطع التقادم

[1]- رمضان أبو السعود ،التأمينات الشخصية و العينية ،عقد الكفالة، المرجع السابق،ص.576.

[2]- دربال عبد الرزاق،الوجيز في أحكام الالتزام في ق.م.ج،المرجع السابق،ص.120.

أيضا الحجز الذي يباشره الدائن على أموال كفيله ،سوء كان حجزا تحفظيا أو تنفيذيا،بالإضافة إلى الطلب الذي يقدمه الدائن لقبول حقه في تفلسة الكفيل.[1]

ب ـ الأسباب المرتبطة بالمدين

وتتمثل أساسا في الإقرار الصادر من المدين ويستوي أن يكون هذا الإقرار صريحا ثم في شكل كتابي أو غيره طالما يفيد الاعتراف بحق الدائن دون غموض ،أو ضمنيا كتمسكه بالمقاصة أو تقديمه تأمينا لفائدة دائنه أو بالوفاء الجزئي بالدين على اعتبار أن الأثر القاطع للتقادم لا يقبل ألتجزئة.[2]

ثانيا: اثر انقطاع التقادم

نصت على الاثر المادة 319 من القانون المدني الجزائري بقولها " **اذا انقطع التقادم بدا تقادم جديد يسري من وقت انتهاء الاثر المترتب على سبب الانقطاع وتكون مدته هي مدة التقادم الاول.غير انه اذا حكم بالدين و حاز الحكم قوة الشيئ المقضي به او اذا كان الدين يتقادم بسنة و انقطع تقادمه باقرار المدين كانت مدة التقادم الجديد خمسة عشر(15) سنة الا ان يكون الدين المحكوم به متضمنا[3] لالتزامات دورية متجددة لا تستحق الاداء الا بعد صدور الحكم** ."

القاعدة انه يترتب على انقطاع التقادم الغاء المدة السابقة و يتم احتساب المدة من جديد من وقت انتهاء الاثر المترتب على سبب الانقطاع .و يبدأ تقادم جديد يعقب ذلك الذي زال بالانقطاع و الاصل ان يكون هذا

[1]- محمد حسين منصور،النظرية العامة للإلتزام،المرجع السابق،ص.520-521.

[2]- دربال عبد الرزاق،الوجيز في أحكام الإلتزام في ق.م.ج,نفس المرجع،ص.120-121.

[3]- المادة 319 من الأمر رقم 75- 85 , المتضمن القانون المدني , السلف الذكر.

التقادم الجديد مماثلا للتقادم الاول الذي انقطع .فاذا كان الحق يتقادم بخمس سنوات، و انقطع التقادم سريانه، ثم زال اثر الانقطاع ،بدا تقادم جديد بنفس المدة تحسب من جديد .[1]

و يستثنى من ذلك حالتان:

الأولى: اذا صدر حكم و حاز قوة الامر المقضي به فان الحكم الثابت بالحكم تكون مدته هي دائما مدة التقادم العادي أي خمس عشرة سنة ولو كانت مدة التقادم الاصلي اقصر و تبدأ مدة التقادم الجديد و هي خمس عشرة سنة من اليوم التالي لصدور الحكم .ويلاحظ انه بالنسبة للحقوق الدورية المتجددة كأجرة المباني و فوائد الدين .فيجب الفرقة بين ما تجمد من هذه الحقوق قبل صدور الحكم و ما يستحق منها بعد صدوره فالمتجمد منها قبل صدور الحكم يفقد صفتي الدورية و التجدد فيتقادم بمضي خمس عشرة سنة.

اما ما يستجد منها بعد الحكم فانه يظل محتفظا بصفتي الدورية و التجدد فيخضع للتقادم الخمسي.[2]

الثانيـة: اذا كان الحق مما يتقادم بسنة واحدة او انقطع تقادمه باقرار المدين كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة لان الاقرار يهدم قرينة الوفاء التي يقوم عليها هذا التقادم .اما اذا انقطع التقادم الخمسي بالإقرار فان مدة تقادمه لا تتغير بل تظل خمس سنوات كما هي أي سنة واحدة.[3]

الفرع الخامس : أثر التقادم

تنص المادة 320 من الالقانون المدني الجزائري على انه "**يترتب على التقادم انقضـاء الالتزام و لكن**

[1]- محمد حسين منصور،النظرية العامة للإلتزام،المرجع السابق،ص.524-525.

[2]- محمد صبري السعدي ،الواضح في شرح ق.م،التأمينات العينية و الشخصية،المرجع السابق،ص.429-430.

[3] - محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام،ص.590.

يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي و اذا سقط معه ملحقاته و لو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات . "[1]

اولا: اذا اكتملت مدة التقادم و تمسك به الكفيل فان الالتزام ينقضي ولا يستطيع الدائن الزامه بالوفاء و لا يسقط الالتزام بمجرد اكتمال مدة التقادم بل لا بد من تمسك الكفيل به.

ثانيا: اذا ما سقط الالتزام بالتقادم فانه يسقط بأثر رجعي أي يعتبر الدين منقضيا منذ الوقت الذي بدا فيه سريتقادم و ليس من وقت اكتمال مدته و الدليل على ذلك ان الفوائد و الملحقات تسقط و لو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بها.[2]

[1] - المادة 320 من الأمر رقم 75- 85 , المتضمن القانون المدني , السلف الذكر.

[2] - محمد حسين منصور،النظرية العامة للإلتزام،ص.591-592.

الفصل الثاني: الاسباب الخاصة لانقضاء الكفالة

الاسباب الخاصة لبراءة ذمة الكفيل تكشف بوضوح عن فكرة التبعية في التزامه فالكفيل لا مصلحة له في الدين المكفول فهو ضامن لدين غيره و هو لا يتبرع بهذا الضمان للمدين اخر الامر فالكفيل يهدف اساسا الى تقوية ائتمان المدين القيام فعلا بالوفاء بدينه ولذلك تسير الامور طبيعية في نظر الكفيل ينبغي ان يسعى الدائن الى المدين و يستوفي حقه منه و لا يعود بعد ذلك على الكفيل فاذا قصر الدائن في الرجوع على المدين او اضعف ضمانات الرجوع كان مسؤولا امام الكفيل و تبرا ذمة هذا الاخير بقدر ما اصابه من ضرر بسبب هذا التقصير و تعتبر براءة ذمة الكفيل في هذه الاحوال اسبابا خاصة لانقضاء التزام الكفيل .[1]

و سنتناول هذه الاسباب وفقا لم يلي براءة ذمة الكفيل بقدر ما اضاعه الدائن بخطئه من الضمانات في المبحث الاول براءة ذمة الكفيل لتاخر الدائن في اتخاذ الاجراءات ضد المدين في المبحث الثاني و براءة ذمة الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين في المبحث الثالث.

[1]- زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، المرجع السابق ،ص .151.

المبحث الأول

براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات

تنص المادة 656 من القانون المدني الجزائري على" **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.

وقرر هذا السبب لحماية الكفيل، لأن الكفيل إذا وفى الدين فإنه يحل محل الدائن فيما له من حقوق، ومعنى ذلك إذا كانت هناك تأمينات أخرى ضامنة لنفس الدين المضمون بالكفالة فإن الكفيل الذي يوفي بهذا الدين يكتسب هذه التأمينات كلها في رجوعه على المدين أو على غيره من الكفلاء فإذا أضاع الدائن بخطئه تأمينل من هذه التأمينات فإنه يكون قد ضيع على الكفيل فرصة[1] في استيفاء حقه الذي حل فيه محل الدائن، ويكون الجزاء على ذلك براءة ذمة الكفيل في مواجهة الدائن بقدر ما أضاعه هذا الأخير من تأمينات.[2]

[1] -زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، المرجع السابق ،ص .124.

[2] - زاهية يوسف ، المرج نفسه ،ص.124.

المطلب الأول: تحديد الكفلاء والأساس الذي تقوم عليه براءة ذمتهم.

الفرع الأول: الكفلاء الذين يحق لهم التمسك ببراءة ذمتهم.

يحق التمسك ببراءة ذمته كل كفيل شخصي، متضامن أو غير متضامن، فالكفيل غير المتضامن له التمسك ببراءة ذمته إذا ارتكب الدائن خطأ يضيع به التأمينات على الكفيل، ولا يستطيع الدائن أن يعتبر الكفيل غير المتضامن مسؤولا، فإن مسؤوليته قد رفعت بالخطأ الذي ارتكبه الدائن.

وحتى ولو كان الكفيل متضامنا مع المدين فإنه يستطيع أن يتمسك ببراءة ذمته إذا ارتكب الدائن خطأ أضاع عليه التأمينات، فالقانون لا يميز بين الكفيل غير المتضامن والكفيل المتضامن في هذا الصدد.[1]

ويكون للكفيل هذا الحق حتى ولو كان قد تنازل عن حقه في الدفع بتجريد المدين أولا، كذلك بالنسبة للكفيل العيني فهو كالكفيل الشخصي له حق التمسك بهذا الحق فكلاهما قد التزم بالوفاء بدين ليس عليه، ولكلاهما أيضا حق الحلول محل الدائن في حقه والاستفادة من الضمانات التي تضمن هذا الحق.[2]

فرغم نشوء خلاف ما إذا كان للكفيل العيني أن يستفيد من هذا الحكم حسب ما ذهب إليه البعض على أن هذا الحكم خاص فقط بالكفيل الشخصي دون الكفيل العيني، إلا أن الرأي الراجح يذهب إلى القول أن الكفيل العيني يستفيد من هذا الحكم كالكفيل الشخصي، ولا وجه للتفرقة بينهما لأن الحكمة من النص موجودة بالنسبة لهما معا فالكفيل العيني كالكفيل الشخصي ضامن لدين غيره

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري,الوسيط في شرح القانون المدني الجديد, الجزء 10, التأمينات الشخصية و العينية , دار إحياء التراث العربي ,لبنان , 1980,ص.241.

[2]- رمضان أبو السعود ، التأمينات الشخصية و العينية ، المرجع السابق ، ص. 130-131.

وليست له مصلحة أصلية في الدين فهو إذا وفى به إنما يكون ذلك بقصد الرجوع بما وفاه، وإذا رجع بمقتضى دعوى الحلول كان له حق الدائن بما يكفله من تأمينات، ويلحقه نفس الضرر الذي يلحق الكفيل الشخصي إذا أضاع الدائن بخطئه هذه التأمينات أو بعضها.[1]

وعلى العكس لا يستطيع الحائز للعقار وهو –المشتري للعقار الذي رهنه المدين في الدين– أن يتمسك ببراءة ذمته على اعتبار أنه ليس بكفيل.[2]

كما لا يستطيع التمسك ببراءة ذمته المدين المتضامن مع غيره من المدينين لأن المدين المتضامن إنما يلتزم لمصلحته هو أما الكفيل فيلتزم لمصلحة غيره وهو المدين فيجب أن تكون حمايته أوسع من حماية المدين المتضامن ولا يستطيع أن يتمسك ببراءة ذمته الوسيط إذ هو ليس بكفيل.[3]

فالكفيل وحده هو الذي يستطيع أن يتمسك ببراءة ذمته، ويكون لأي كفيل الحق سواء كان كفيلا عاديا أو كفيلا متضامنا، وسواء كان كفيلا شخصيا أو كفيلا عينيا، كما يستطيع أنى يتمسك بهذا الحق الكفيل الذي نزل عن الدفع بالتجريد.[4]

الفرع الثاني: الأساس الذي تقوم عليه براءة ذمة الكفيل.

إن الكفيل الذي يقوم بالوفاء بالتزام غيره، لا يستطيع –كما سبق أن رأينا– أن يحل محل الدائن في حقوقه قبل المدين بما لهذه الحقوق من خصائص، وبما يلحقها من توابع وما يتضمنه من تأمينات فإذا تسبب الدائن بخطئه أو بتقصيره في إضاعة التأمينات الضامنة للدين والتي كان من الممكن أن يستفيد

[1]– سمير تناغو, التامينات الشخصية و العينية (الكفالة – الدهن الرسمي–حق –الحقصاص–الرهن الياري – حقوق الامتياز)،توزيع منشاد المعارف ،اسكندرية،1996ص.90.

[2]- قدري عبد الفتاح الشهاري ، أحكام عقد الكفالة (التضامن،التضامم)، منشأة المعارف ، مصر،2002،ص. 223.

[3]- قدري عبد الفتاح الشهاري أحكام عقد الكفالة ، المرجع السابق ، ص.224-223.

[4]- نبيل سعد ابراهيم ، التأمينات العينية و الشخصية ، المرج السابق،ص .425.

منها الكفيل عند رجوعه على المدين بحلوله محل الدائن في حقه وكان خطؤه قد تسبب في وقوع ضرر للكفيل، كان لهذا الأخير أن يتمسك ببراءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من تأمينات.[1]

المطلب الثاني: الشروط الواجب توافرها لبراءة ذمة الكفيل.

حتى تبرأ ذمة الكفيل يجب أن تتوافر جملة من الشروط أولها أن يكون هناك تأمين خاص، ثاني هذه الشروط أن يحصل ضياع التأمين الخاص بخطأ من جانب الدائن، ثالثا أن يترتب على إضاعة التأمين الخاص بخطأ من الدائن ضررا للكفيل.[2]

الفرع الأول: إضاعة الدائن لتأمين خاص.

بالرجوع إلى الفقرة 2 من المادة 656 من القانون المدني الجزائري التي تنص على" **ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو تقررت بعد الكفالة وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون**"

يقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين، فيجب إذن أن يكون الدائن قد أضاع تأمينا خاصا، أيا كان مصدر هذا التأمين، الاتفاق كالرهن الرسمي والرهن الحيازي أو القانون كحقوق الامتياز، أو حكم القضاء أيا كان نوعه شخصيا كالكفالة أو عينيا كالرهن وأيا كان تاريخ وجوده أي سواء وجد هذا التأمين أثناء انعقاد الكفالة أو بعدها.[3]

[1]- زاهية سي يوسف ،عقد الكفالة ,المرج السابق،ص.125-126.

[2]– سمير تناغو ,التأمينات الشخصية والعينية, المرجع السابق, ص.91.

[3]- رمضان ابو السعود،التأمينات الشخصية و العينية ,المرجع السابق ,ص.131-132.

وعلى ذلك فإنه يجب أن يستبعد من نطاق تطبيق هذا النص، ما قد يترتب على عمل الدائن من إضعاف للضمان العام، فالأصل أنه لا يترتب على تباطؤ الدائن في اتخاذ الإجراءات براءة ذمة الكفيل حتى ولو أعسر المدين، وحتى ولو كان ذلك نتيجة لعدم قيامه بها أصلا.[1]

أيضا لا تبرأ ذمة الكفيل إذ منح الدائن أجلا للمدين إلا إذا ترتب على منح الأجل سقوط ضمان خاص كالحق في الحبس المقرر للبائع فهو يسقط إذا منح المشتري أجلا للوفاء بالثمن، وفي هذه الحالة تبرأ ذمة الكفيل بسبب ضياع الحق في الحبس وليس سبب منح الأجل للمدين.[2]

فإذا كان الدين المكفول ليس مضمونا فيما عدا الكفالة بغير حق الضمان العام المقرر للدائن على جميع أموال مدينه، فلا يثبت هذا الدفع للكفيل ولو أهمل الدائن في استعمال حق الضمان بأن تهاون في مطالبة المدين حتى أعسر أوبأن قصر في الطعن في بعض تصرفات المدين بعدم نفاذها في حقهلأن الدائن في جميع هذه الأحوال لا يكون قد أضاع تأمينات خاصة فلا تنطبق عليه المادة 656 المذكورة سابقا، وإذا جازت مؤاخذته على ما قد يكون وقع منه من إهمال يكون ذلك بمقتضى المادة 657 من ق.م.جالمتعلق بالتأخر في اتخاذ الاجراءات والتي سنتطرق إليها في المبحث الثاني.[3]

كما لا تبرأ ذمة الكفيل إذا قصر الدائن في الحصول على تأمين خاص، فالتمسك بإضاعة التأمينات يقتصر فحسب على الحالة التي يكون فيها الدائن قد حصل على التأمين ثم أضاعه، فالجوهري في التمسك بهذا الحق أن يكون هناك تأمين خاص يضيعه الدائن هذه الإضاعة قد تتحقق مثلا

---

[1]- نيل سعد ابراهيم ,التأمينات العنية و الشخصية (الرهن الرسمي نحق الاختصاص الرهن (حيازي،حقوق،الامتياز،الكفالة), دار الجامعة الجديدة ,مصر ،2007،ص.426.

[2]– سمير تناغو,التأمينات الشخصية والعينية,المرجع السابق,ص.92.

[3]- سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، في العقود المسماة ،المجلد 3, عقد الكفالة ،دار الكتاب المصري ،مصر 1994،ط1،ص.104.

عن طريق إبراء الدائن لأحد الكفلاء أو النزول عن حقه في الحبس مثال على ذلك إذا اشترى شخص شيئا وبقي الشيء تحت يد البائع وجاء كفيل يكفل هذا المشتري وقام البائع بتسليم الشيء قبل استيفاء الثمن فإن حقه في الحبس ينقضي، فيعتبر هنا أنه أضاع تأمينا خاصا فلا يستطيع أن يرجع على كفيل المشتري، أو هلك الشيء المحمل بالتأمين نتيجة خطأ الدائن كهلاك الشيء المرهون حيازيا، أو رضي بأن يتأخر دفع دينه إليه حتى تسدد ديون باقي الدائنين.[1]

ولكن إذا كانت مثل تلك الأحوال لا يترتب عليها براءة ذمة الكفيل على أساس أنها لم تتضمن ضياعا لتأمين خاص، إلا أنها ولا شك تعد من قبيل الخطأ الذي يرتكبه الدائن، فإذا ترتب على هذا الخطأ ضرر للكفيل كان لهذا الأخير أن يرجع على الدائن طبقا للقواعد العامة في المسؤولية فالدائن والكفيل طرفان في عقد الكفالة ويجب تنفيذ العقد وفقا لما يقتضيه حسن النية، وألا يقتصر المتعاقد على الالتزام بما ورد في العقد بل يلتزم أيضا بما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، والعدالة تقتضي بأن يمتنع الدائن عن كل عمل يهدد حق الكفيل في الرجوع وعلى ذلك إذا صدر من الدائن عمل خاطئ ترتب عليه ضرر للكفيل كان لهذا الأخير أن يطلب من القاضي تعويضه، ولا يوجد ثمة مانع من أن يعوض القاضي الكفيل عن طريق تقرير براءة ذمته من الدين بقدر ما ناله من ضرر إذ القاضي هو الذي يعين طريقة التعويض تبعا للظروف، فقيام الدائن بأي عمل يسبب ضررا للكفيل حتى ولو لم يترتب عليه ضياع للتأمينات يجب أن يسأل عنها الدائن طبقا لقواعد في حق الكفيل فتضعفه أو تنقص منه .[2]

[1]- رمضان أبو السعود ،التأمينات الشخصية و العينة, داؤ الجامعة الجديدة , مصر ,2006,ص.134-135.

[2]- رمضان أبو السعود التأمينات الشخصية والعينة المرجع السابق ،ص.133.

الفرع الثاني: ضياع التأمين الخاص بخطأ من الدائن.

يجب أن تكون إضاعة التأمين الخاص نتيجة خطأ من جانب الدائن لكي يستطيع الكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته نتيجة إضاعته للتأمينات، فإنه يجب أن يحدث ذلك نتيجة تقصير أو خطأ من جانب الدائن[1]. وهذا ما نصت عليه الفقرة 1 من المادة 656 من القانون المدني الجزائري " **تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات**".

وخطأ الدائن قد يكون بفعل ايجابي كالتنازل عن رهن أو مرتبة الرهن أو الحق في الحبس أو إبراء كفيل آخر لنفس الدين، ويكون أيضا بفعل سلبي كأن يهمل في قيد الرهن أو في تجديد القيد أو في المحافظة على المنقول المرهون رهنا حيازيا أو المحبوس فلا يطالب باسترداده إذا خرج من حيازته رغم إرادته أو دون علمه، أو أن يهمل في استئناف الحكم الصادر بإلغاء الرهن.

وكما يكون الخطأ عملا قانونيا كما ذكرنا سابقا من الممكن أن يكون عملا ماديا كما لو قام الدائن بأعمال أدت إلى هلاك الشيء محل التأمين هلاكا كليا أو جزئيا.[2]

ويستوي أن يكون الخطأ الذي أضاعه التأمين الخاص شخصيا للدائن أو واقعا من شخص مسؤول عنه قانونا كوكيله أو تابعه.[3]

ولا محل للدفع بإضاعة التأمينات إلا إذا وجد التأمين الخاص أولا ثم ضاع بخطأ الدائن، أما إذا كان بوسع الدائن أن يحصل على تأمين خاص فقصر في ذلك فلا يعتبر تقصيره إضاعة للتأمينات ولا يجوز للكفيل التمسك بإضاعة التأمينات، فمثلا إذا طلب المؤجر من المستأجر وضع منقولات في العين المؤجرة تكفي

[1]- زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص .127.

[2]- سمير تناغو التأمينات الشخصية و المعنية ،المرجع السابق ، ص.93.

[3]- نبيل سعد ابراهيم، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص.428.

لتأمين الوفاء بالأجرة ترتب هنا له تأمين خاص فإذا أضاعه المؤجر ثبت للكفيل التمسك بإضاعة تأمين خاص، أما إذا ترك المؤجر حقه في مطالبة المستأجر بوضع المنقولات في العين المؤجرة فإن ذلك لا يخول للكفيل حق التمسك بإضاعة التأمينات الخاصة، مع إمكانية متابعته للدائن وفقا لقواعد المسؤولية العامة إذا ثبت أنه تنازل عن حقه في مطالبة المستأجر بوضع المنقولات في العين المؤجرة قصد الإضرار بالكفيل.[1]

فإذا كانت إضاعة التأمين ناشئة عن قوة قاهرة أو عن فعل الغير أو عن فعل المدين أو فعل الكفيل نفسه، فإنه لا محل لقيام مسؤولية الدائن أصلا، حيث ليس هناك خطأ ينسب إليه.[2]

كن الإشكال الذي طرح هنا هو ما مدى تطبيق المادة السالفة الذكر في حال كانت إضاعة التأمين الخاص نتيجة خطأ مشترك بين الدائن والكفيل، ظهر هنا رأيين:

الرأي الأول:

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنه في حالة الخطأ المشترك تطبق القواعد العامة في المسؤولية التي تقضي بتوزيع التعويض على المشتركين في الخطأ فيكون الدائن مسؤولا بقدر ما أسهم به في إضاعة التأمين الخاص، والكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته في هذه الحدود، ولكن نحن بصدد قاعدة خاصة تقرر براءة ذمة الكفيل مراعاة لمصلحته، فلا يجوز تطبيق هذه القاعدة الخاصة إذا كان الكفيل قد ساهم بخطئه في إضاعة هذا التأمين ولو نسب خطأ للدائن في ذلك أيضا.[3]

---

[1]- سليمان مرقص، الوافي في شرح ق.م.ج، الجزء 03 في العقود المسماة، المرجع السابق، ص .107-108.

[2]- زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص .127.

[3]- سمير تناغو، التأمينات الشخصية والعينة، المرجع السابق، ص.94.

وعلى ذلك لا تبرأ ذمة الكفيل ولو جزئيا بل يظل ملزما بكل الدين، لأنه لا يصح للكفيل أن يتأذى من عمل اشترك في وقوعه أو على الأقل يمكن اجتنابه.[1]

الرأي الثاني:

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى وجوب توزيع المسؤولية بين الدائن والمدين على قدر الخطأ الواقع من كل منهما، وبراء ذمة الكفيل بقدر التقصير الواقع من الدائن، فقواعد المسؤولية تقضي بتوزيع الضرر بحسب نسبة الخطأ ما لم يستغرق أحد الخطأين الآخر[2] وهذا ما أشارت إليه الفقرة 01 من المادة 656 من القانون المدني الجزائري من خلال عبارة (بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات).

فهذه المادة حددت أن براءة ذمة الكفيل لا تكون إلا بالقدر الذي ضاع من التأمينات نتيجة خطأ الدائن، فإذا ما ترتب على خطأ الدائن ضياع جزئي لتأمين خاص فإن ذمة الكفيل لا تبرأ إلا بهذا القدر ويجب تطبيق نفس الحكم في حالة الخطأ المشترك مع الكفيل، فبقدر ما ترتب على خطأ الدائن يجب أن تبرأ به فقط ذمة الكفيل، ولا يستطيع أن نحمل الدائن أو الكفيل النتيجة الكاملة لهذا الخطأ المشترك حيث أن ذلك يتنافى مع المبادئ العامة ومع العدالة ويخل بالحماية التي قررها المشرع في كل أحكام الكفالة والتي تدعم جانب الكفيل.[3]

الفرع الثالث: تضرر الكفيل من ضياع التأمين الخاص بخطأ من الدائن

يشترط أن يترتب على ضياع التأمينات حصول ضرر للكفيل، فإذا لم ينشأ عن ضياعها أي ضرر للكفيل كما لو كانت التأمينات تافهة أو إذا كانت التأمينات الباقية تكفي لتعويض الكفيل إذا اضطر

[1]- رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص .136.

[2]- زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص. 128.

[3]- نبيل سعد ابراهيم، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص. 428- 429.

للوفاء، فهنا لا تبرأ ذمة الكفيل وعليه أن يثبت حصول الضرر له.[1]

ويعتبر ركن الضرر محققا بمجرد ضياع تأمين منتج، ولو كان المدين موسرا أو كان الدين المكفول مضمونا أيضا بتأمينات أخرى كافية لوفاء الدين، لأن مجرد ضياع تأمين منتج من شأنه أن ينقص ضمانات الدين ويزيد احتمالات عدم تحصيله، وليس للدائن أن يعترض على ذلك بيسار المدين أو بأن التأمينات الباقية تجاوز قيمة الدين المكفول، لأن اعتراضه يكون مردودا بأنه لا مصلحة له إذن والحال هذه في أن يتمسك بالكفالة.[2]

كذلك إذا ما نزل الدائن عن رهن متأخر في الرتبة بحيث لا يسعفه أصلا في تقاضي حقه، أو نزل عن كفيل في انتظار أن يحل محله كفيل آخر يماثله في اليسار، كذلك لا يجوز للكفيل أن يطلب براءة ذمته إذا رضي الدائن ببيع أشياء مرهونة له بثمن لا يقل عن قيمتها الحقيقية، ولو بيعت هذه الأشياء دون إتباع الإجراءات التي رسمها القانون.[3]

وبالنسبة لعبء الضرر فالكفيل وحده من يجب عليه أن يثبت أن الضرر الذي أصابه من عمل الدائن ضرر محقق وليس مجرد ضرر محتمل، وأن يطلب الكفيل براءة ذمته بمقدار ما أصابه من ضرر على اعتبار أن الكفيل هو الذي يطلب براءة ذمته وعليه هو أن يثبت ما يبرر ذلك.[4]

فيجب عليه أن يثبت:

أولا: أن الدين المكفول كان مضمونا بتأمين خاص.

---

[1]- زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، الجزء 16 في عقود الضمان والصلح والكفالة، دار الثقافة، لبنان، 1970، ط1،ص. 324.

[2]- سليمان مرقس الوافي في شرح ق م الجزء 3 في العقود المسماة، المرجع السابق، ص.109.

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح ق م الجديد، الجزء 10،ص.247-248.

[4]- قدري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الكفالة، المرجع السابق،ص 226، 227.

ثانيا: أن هذا التأمين قد ضاع أو فقد.

ثالثا: أن ضياعه أو فقده كان بخطأ الدائن أو خطأ ممن يسأل عنهم الدائن.

ومتى أثبت الكفيل كل ذلك فرض في التأمين الذي ضاع أنه كان منتجا، فلا يكلف الكفيل بإثبات ركن الضرر بل يفرض توافره إلى أن يثبت الدائن أن التأمين الذي ضاع لم يكن منتجا فينفي بذلك قرينة توافر الضرر ويدفع المسؤولية عن نفسه ويجعل الدفع بإضاعة التأمينات على غير أساس.[1]

ويجب عليه أيضا أن (الكفيل) أن يتمسك ببراءة ذمته فلا يعطي الحق في براءة الذمة إلا إذا طلب ذلك، ومن ثمة لا يجوز للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته إلا إذا رفع الدائن عليه الدعوى وتمسك هو ببراءة ذمته أو بدعوى يرفعها هو على الدائن يطلب فيها الحكم ببراءة ذمته في مواجهة الدائن، ونظرا إلى أن براءة ذمة الكفيل لا تتعلق بالنظام العام فإنه يجوز للكفيل أن يتنازل عن حقه في التمسك بذلك ويكون تنازله صريحا أو ضمنيا كما يجوز أن يكون وقت انعقاد الكفالة أو بعد ذلك وسواء كان قبل إضاعة التأمين أو بعد ذلك.[2]

كما رأينا سابقا فإن ذمة الكفيل تبرأ إذا ما تسبب خطأ الدائن في ضياع التأمينات الخاصة وهذا بغض النظر عما إذا كانت هناك تأمينات أخرى تضمن الحق، فضياع تأمين له قيمة يقلل من احتمال حصول الكفيل على حقه عند رجوعه على المدين، ولا يجوز للدائن إذا تمسك الكفيل ببراءة

[1]- سليمان مرقس، الوافي في شرح ق م., المرجع السابق,ص.110.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10 المرجع السابق، ص 248-249.

ذمته أن يعترض بيسار المدين أو بوجود تأمينات أخرى تكفي للوفاء بالدين، فقد يعسر المدين وقد يضيع التأمين فيما بعد دون خطأ من الدائن.[1]

وبالتالي لا يشترط أن يترتب على التأمين الخاص بخطأ الدائن إعسار المدين أو الزيادة في إعساره حتى يستطيع الكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته، لكن مجرد إضاعة تأمين خاص ذي قيمة دون أن يستبدل به تأمينا آخر لا يقل عنه في قيمته يبرئ ذمة الكفيل دون اعتبار لما إذا كانت هناك تأمينات أخرى يستطيع الكفيل بواسطتها استيفاء ما سيدفعه من المدين أو لا، لأنه كما سابقا فإن إضاعة التأمين الخاص يقلل على أي حال من فرصة الكفيل في استيفاء حقه.[2]

بالإضافة إلى الشروط السالفة الذكر هناك أيضا من يضيف شرط رابع وهو ألا يكون هناك اتفاق بين الدائن والكفيل على عدم تمسك الكفيل ببراءة ذمته، أي عدم حلول الكفيل محل الدائن لأنه إذا وجد مثل هذا الاتفاق امتنع على الكفيل التمسك ببراءة ذمته لأنه لا يحل محل الدائن فيما أضاعه هذا الأخير من التأمينات[3]، ولكن بالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد أنه نص في المادة 656 من القانون المدني الجزائري على أن الشروط الواجب توافرها لبراءة ذمة الكفيل هي إضاعة الدائن لتأمين خاص، ضياع التأمين الخاص بخطأ من الدائن وأخيرا تضرر الكفيل من ذلك، أي أنه لم يدرج الشرط الرابع المتعلق بالاتفاق بين الكفيل والدائن.

[1]- رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 137.

[2]- نبيل سعد ابراهيم، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص. 430.

[3]- زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص.129.

المطلب الثالث: أثر إضاعة التأمينات بخطأ من الدائن

الفرع الأول: براءة ذمة الكفيل

يترتب على إضاعة التأمينات بخطأ الدائن براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن أي بقدر قيمة التأمينات الضائعة، فإذا زادت قيمة التأمين الضائع عن قيمة التزام الكفيل فإن ذمته تبرأ بصفة كاملة أما إذا قلت قيمة التأمين الضائع عن قيمة التزام الكفيل فلا تبرأ ذمته إلا في حدود قيمة هذا التأمين.[1]

فإذا ما توفرت الشروط السابقة ثبت للكفيل حق مؤاخذة الدائن على إضاعة التأمينات سواء عن طريق الدفع في المطالبة الموجهة إليه أو عن طريق الدعوى الأصلية، والغالب أن يستعمل الكفيل حقه في ذلك عن طريق الدفع بإضاعة التأمينات وهو دفع موضوعي يجوز للكفيل التمسك به في أي حالة كانت عليها الدعوى.

على أنه لا مانع من أن يستعمل الكفيل حقه في ذلك عن طريق الدعوى ودون انتظار مطالبة الدائن إياه، فيرفع هو على الدائن دعوى يطلب فيها تقرير براءة ذمته من الكفالة بسبب إضاعة التأمينات بخطأ من الدائن.

وفي كلتا الحالتين لا يحكم ببراءة ذمة الكفيل من الدين إلا بقدر قيمة ما أضاعه الدائن من تأمينات، فإذا ضاع من التأمينات ما يساوي قيمة الدين كله حكم ببراءة ذمة الكفيل براءة تامة وإذا كان ما ضاع من التأمينات أقل من قيمة الدين حكم ببراءة ذمة الكفيل براءة جزئية أي بقدر قيمة ما ضاع من هذه التأمينات فقط.[2]

---

[1]- سمير تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص.95.

[2]- سليمان مرقس، الوافي في شرح ق.م الجزء 3، العقود المسماة، المرجع السابق، ص.110-111.

وكما قلنا سابقا فإن عبء الإثبات، طبقا للقاعدة العامة، يقع على الكفيل بأن يثبت أن إضاعة التأمين بخطأ الدائن قد تسبب له في ضرر، وإذا ادعى الدائن خلاف ذلك وقع عليه عبء الإثبات كأن يثبت مثلا أن التأمين الذي أضاعه عديم القيمة كأن يكون رهنا مقررا على مال مثقل برهون أخرى متقدمة عليه في المرتبة ومستغرقة لقيمته، أو أن الكفيل لم ينله ضرر لأنه قد استبدل بالتأمين الذي أضاعه تأمينا آخر لا يقل عنه في قيمته.[1]

الفرع الثاني: تمسك الكفيل ببراءة ذمته

إن التمسك بإضاعة التأمينات لا يعد من النظام العام، ولذلك يجوز أن يتنازل الكفيل عن حقه في هذا التمسك سواء تم هذا التنازل قبل تحقق هذا الضياع عن طريق اتفاق بينه وبين الدائن أم تم بعد تحققه ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتمسك من تلقاء نفسها.[2]

ويتمسك الكفيل عادة ببراءة ذمته لإضاعة التأمينات عن طريق دفع يبديه إذا طالبه الدائن بالوفاءوهذا يعتبر دفعا موضوعيا يمكن لكفيل أن يتمسك به في أية حال كانت عليها الدعوى وإذا كانت الصورة الغالبة هي أن الكفيل يدفع ببراءة ذمته لإضاعة التأمينات إذا ما طالبه الدائن بالوفاءإلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن يطلب الكفيل من القاضي، بدعوى يرفعها ضد الدائن، الحكم بتقرير براءة ذمته من الدين لإضاعة التأمينات كما ذكرنا سابقا.[3]

---

[1]- نبيل سعد ابراهيم، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص.430.

[2]- رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص.138.

[3]- نبيل سعد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص.431.

المبحث الثاني

براءة ذمة الكفيل لتأخر الدائن في إتخاذ الإجراءات ضد المدين

وهذه الوسيلة لحماية الكفيل من التقصير الدائن أو إهماله [1] و قد جاء هذا الحكم في نص المادة 657 من القانون المدني الجزائري بقولها :**"لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في إتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها"**.

غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذ لم يقم الدائن بإتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا.

فبالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة نجد أنه لا تبرأ ذمة الكفيل لعدم إتخاذ الدائن إجراءات التنفيذ فإذا حل الدين المكفول كان للدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ، فإذا لم يتخذها أو تأخر في إتخاذها لم تبرأ ذمو الكفيل لذلك ، بل يبقى ملتزما بالكفالة ذلك أن للكفيل إذ هو وفى الدين للدائن عند حلول الأجل الرجوع على المدين.[2]

غير أنه بتفحص الفقرة الثانية من نفس المادة نجد أنها تنص على باراءة ذمة الكفيل إذا ما لم يقم الدائت بإتخاذ إجراءات المطالبة بالدين ضذ المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل له بضرورة إتخاذها ، و تتمثل إجراءات المطالبة بالدبن طبقا لنص المادة 660 من القانون المدني الجزائري في رجوع

[1]– زاهية سي يوسف, عفد الكفالة, المرجع السابق,ص.130.

[2]– عبد الرزاق أحمد الصنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني, الجزء 10, المرجع السابق,ص.251.

الدائن على المدين أولا في المطلب الأول و الدفع بالتجريد في المطلب الثاني، بالإضافة إلى وقت و أثر الكفيل للدائن في المطلب الثالث.[1]

المطلب الأول : رجوع الدائن على المدين

الفرع الأول : مطالبة الدائن للكفيل

أولا القاعدة العامة : لا يجوز للدائن الرجوع على الكفيل إلا بعد رجوعه على المدين

إستنادا إلى الفقرة الأولى من المادة 660 من القانون المدني الجزائري فإنه "**لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين**"

ولذلك يجب على الدائن أن يرجع على المدين قبل أن يرجع على الكفيل أو على الأقل أن يرجع على الكفيل و المدين معا إذا كان أجل إلتزامهما واحدا وهذه كله في حالة عدم تضامن الكفيل مع المدين، و ذلك لأن الكفيل يلتزم بصفة إحتياطية فهو يضمن دين غيره أي يضمن دينا لا مصلحة له فيه و لذلك يكون من العدل ألا يطالبه بالدفع قبل أن يرجع على المدين الأصلي بهذا الدين.[2]

و يقصد بالرجوع المطالبة القضائية ، فلا يجوز أن يرفع الدائن الدعوى على الكفيل وحده لإلزامه بالوفاء إلا بعد أن يرفع دعوى على المدين و يحصل على حكمه ضده بإلزامه بالوفاء إذ لا يكفي

[1]- زاهية سي يوسف, عفد الكفالة, المرجع السابق,ص.130.

[2]- زاهية يوسف, عقد الكفالة , المرجع السابق,ص.61.

اعذار الدائن للمدين حتى يمكنه أن يرجع بعد ذلك على الكفيل و يترتب على ذلك أن المطالبة الودية لا تعد رجوعا بالمعنى الذي اشترطه النص.[1]

ثانيا : الإستثناء

هناك حالة استثنائية لاتطبق فيها القاعدة العامة التي تقضي برجوع الدائن على المدين أولا قبل رجوعه على الكفيل و هي :

أ–حالة إفلاس المدين :

فلا يجوز للدائن أن يرجع على المدين بمعنى أن لا يتخذ أي إجراء فردي في مواجهته، و إنما عليه التقدم في التفلسية حتى يمكنه بعد ذلك أن يرجع على الكفيل وحده طبقا للنص 658 من القانون المدني الجزائري و هذا ما سنتطرق إليه بالتفصيل في المبحث الثالث.[2]

ب–حالة حصول الدائن على سند صالح للتنفيذ :

فإذا كان لدى الدائن سند صالح للتنفيذ عليه إذ أنه ليس بحاجة إلى أن يرفع دعوى على مدينه و إنما يكفي أن يكلف المدين بالوفاء و يعتبر هذا الإجراء في ذاته رجوعا كافيا على المدين.

و يترتب على ذلك أنه في حالة ما إذا رفع الدائن على الكفيل دعوى قبل رفعها على المدين فإن للكفيل أن يدفع هذه الدعوى بوجوب الرجوع على المدين أولا، و هنا يقضي بعدم قبول دعوى الدائن عليه و على الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع أمام المحمكة و عليه أن يبديه في أي حالة تكون

[1]- نبيل سعد إبراهيم , التأمينات العينية و الشخصية, المرجع السابق,ص.304.

[2]- سمير تناغو, التأمينات الشحصية و العينية, المرجع السابق ,ص.64.

عليها الدعوى، و لا يجوز للمحمكة أن تقضي به من تلقاء نفسها لأن الحكم الوارد في المادة 660 الفقرة الاولى من القانون المدني الجزائري من النظام العام.[1]

و إذ نجح الكفيل في دفعه و حكم القاضي بعدم قبول الدعوى الدائن فإن هذا الحكم لا يعد و أن يكون عقبة في وجه الدائن و لكنه لا يمس موضوع حقه إذ يجوز له بعد ذلك أن يرجع على المدين أولا ثم بغد ذلك على الكفيل.[2]

الفرع الثاني

شروط تمسك الكفيل بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا

أولا : ألا يكون الكفيل قد نزل عن التمسك بهذا الدفع

و النزول قد يكون صريحا أو ضمنيا وقت إنعقاد الكفالة أو بعد إنعقادها ، و يكون صريحا كأن يعلن عن التمسك بهذا الدفع سواء عن طريق الكتابة أو الكلام أو غير ذلك، و يكون ضمنيا مثلا إذا ما طلب الدائن الكفيل بالوفاء قبل مطالبته للدائن و لم يتعرض الكفيل على هذه المطالبة أي أم يطلب منه الرجوع على المدين أولا فهذا يعتبر تنازلا ضمنيا عن التمسك بهذا الدفع، و الواقع أن تمسك الكفيل بعد جواز الرجوع عليه قصد منه حماية مصلحة خاصة به (الكفيل).[3]

ثانيا : ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين

و هذا الحكم خاص بالكفيل البسيط دون الكفيل المتضامن و أن الكفيل الذي يقبل أن يكون

[1]- زاهية سي يوسف, عقد الكفالة , المرجع السابق,ص.62.

[2]- سمير تناغو, التأمينات الشخصية و العينية, المرجع السابق,ص.64.

[3]- زاهية سي يوسف, عقد الكفالة, المرجع السابق,ص.63.

متضامنا مع المدين إنما يسقط بإرادته الحماية التي خولها له القانون بجعله مدينا احتياطيا لا يسأل إلا بعد مقاضاة المدين الاصلي.[1]

ثالثا : أن يكون للكفيل مصلحة في التمسك بهذا الدفع

و على ذلك فإذا كان المدين معسرا مثلا أو ظاهر العجز عن الوفاء بالدين فإنه ليس هناك فائدة من تمسك الكفيل بوجوب رجوع الدائن على المدين، لأن هنا تنتفي المصلحة و هذا الشرط لم ينص عليه المشروع و لكن الفقه أخذ به استنادا للقاعدة التي تقول (لا دعوى و لا دفع إلا بناءا على المصلحة).

و القاضي هو الذي يقرر وجود المصلحة أو عدم وجودها إذا تمسك الكفيل بهذا الدفع، كما لا يشترط للتمسك بهذا الدفع أن تكون لدى المدين أموال كافية للوفاء بكل الدين بل يكفي أن تكون لديه أموال تفي و لو بجزء من الدين، بخلاف الدفع بالتجريد-كما سنراه لاحقا- و نلخص إلى القول أنه إذا توافرت الشروط السالفة الذكر في الدفع و التمسك بها الكفيل فإنه يجب على القاضي أن يحكم بعدم قبول دعوى الدائن ضده، و ذلك لعدم ثبوت الحق في رفعها بعد.[2]

[1]- سمير تناغو, التأمينات الشخصية و العينية, المرجع السابق,ص.65.

[2]- زاهية سي يوسف,عقد الكفالة, المرجع السابق, ص.63-64.

المطلب الثاني : الدفع بالتجريد

الفرع الأول : تعريف و شروط الدفع بالتجريد

أولا: تعريف الدفع بالتجريد

الدفع بالتجريد حق منحه القانون للكفيل مراعاة منه لصفة التزامه باعتباره التزاما احتياطيا أي لا يتعين عليه الوفاء به إلا إذا لم يف المدين بإلتزامه ، و يستطيع الكفيل بمقتضى هذا الحق أن يقف إجراءات التنفيذ على أمواله إلى ان يتم التنفيذ على أموال المدين و يتضح عدم كفايتها لوفاء الدين و هذا حسب ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 600 من القانون المدني الجزائري " **ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق**".

تؤدي و ميزة الدفع بالتجريد إلى الإختصار في الإجراءات و في النفقات، إذ لولاه لجاز للدائنّ ان ينفذ على أموال الكفيل و اضطر هذا الأخير بعد ذلك أن ينفذ على أموال المدين، أما الدفع بالتجريد فيسمح بالإستعاضة عن هذه الإجراءات المزدوجة بإجراءات واحدة ينفذ بها على أموال المدين في حالة التي يرجى فيها أن يكون في هذه الإجراءات غنى عن الإجراءات المزدوجة.[1]

و الحكمة أيضا من هذا الدفع واضحة، إذ ليس للكفيل مصلحة في الدين فهو ضامن لدين غيره، و من غير المنطق أن يرى الكفيل أمواله تنزع منه بينما أموال المدين المسؤول قائمة لا تمس.[2]

[1]- سليمان مرقس, الواضح في شرح القانون المدني, المرجع السابق,ص.11.

[2]- زاهية سي يوسف ,عقد الكفالة, المرجع السابق ,ص.65.

ثانيا : شروط الدفع بالتجريد

تتمثل شروط الدفع بالتجريد فيما يلي:

أ–أن يكون الكفيل شخصيا لا عينيا :

لإن الكفيل العيني راهن أي رهن ماله لضمان دين غيره كما أن مسؤوليته عينية محدودة فهو لا يسأل عن الدين الذي ضمنه غلا في حدوح المال الذي رهنه، إذ لا يجوز للدائن إذا لم يكف هذا المال أن يجاوزه، فينفذ على أموال أخرى مولكة للكفيل العيني، فمسؤوليته عن الدين محددة بالعين الضمانة للوفاء بالدين المكفول، سواء استغرق ثمن العين الوفاء بالدين كله أو لم يستغرقه، على خلاف الكفيل الشخصي إذ تضم ذمته إلى ذمة المدين فيرد حق الدائن على الضمان العام للكفيل بما يتضمنه هذا من حق الدائن في التنفيذ على أي مال من أموال الكفيل.[1]

ب–تمسك الكفيل بهذا الحق:

ما دام أن الحق غير متعلق بالنظام العام أي خاص بالكفيل فعليه أن يتمسك به و هذا طبقا للمادة 788 من القانون المدني المصري "..... **و يجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق كما يستطيع أن يتنازل عنه سواء مقدما عند إبرام عقد الكفالة و بعدها**"، و التنازل قد يكون صريحا كما قد يكون ضمنيا كما سبق و قلنا، صريحا إذا نص عليه في عقد الكفالة، ضمنيا

[1]- سمير نتاغو, التأمينات الشخصية و العينية, المرجع السابق, ص.67.

إذا استخلص من ظروف الحال و ملابسته مثلا أن يتعهد الكفيل بأن يدفع الدين فورا عند حلول أجله و إذا ما تنزل عن هذا الحق فلا يجوز أن يستعمله بعد ذلك.[1]

لكن متى يتمسك الكفيل بهذا الدفع؟

في القانون الفرنسي تلزم المادة 2022 الكفيل بأن يتمسك بهذا الدفع عند الإجراءات الأولى قبل التكلم في الموضوع و إلا سقط حقه في التمسك به، لكن الفقه المصري أجمع على عدم الأخذ بحكم القانون الفرنسي و يقر ما كان يسير عليه القضاء من قبل من عدم إلزام الكفيل التمسك بالدفع عند بداية الإجراءات.[2]

لكن بعض الفقهاء انتقد هذا الرأي:

إن التقنين المدني المصري أورد نوعين من الدفوع، دفوع متعلق بمرحلة المطالبة و دفوع متعلقة بمرحلة التنفيذ، و يترتب على ارتباط الدفع بالتجريد بمرحلة التنفيذ أنه في الاحوال التي يكون بيد الدائن سند صالح للتنفيذ و أراد أن ينفذ بمقتضاه عاى أموال الكفيل ، فإن هذا الأخير يستطيع أن يتسمك بالدفع بتجريد أموال المدين أولا و قبل التنفيذ على أمواله و يترتب على ذلك وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل، و لا يستطيع الدائن بعد ذلك أن يدفع بسقوط حق الكفيل في التمسك بالدفع في المرحلة الأولى.[3]

و هذا كله على خلاف الحال في التقنين الفرنسي لأن المشروع الفرنسي لا يعرف الدفع بعدم قبول الدعوى و لا يعرف إلا الدفع بالتجريد، فهو لم يراع وجود مرحلتين لرجوع الدائن على الكفيل

[1]- زاهية سي يوسف, عقد الكفالة, المرجع السابق ص.66.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني, الجزء 10, المرجع السابق,ص.118.

[3]- زاهية سي يوسف, عقد الكفالة, المرجع السابق,ص.67.

بل نظر إلى الرجوع باعتباره مرحلة واحدة ، و لذلك أوجب على الكفيل أن يتمسك بالدفع في بدايتها إي عند بدء التقاضي و إلا اعتبر متنازلا ن هذا الحق.[1]

و بالرجوع إلى المادة 660 من القانون المدني الجزائري نجد أنها قد أوردت نوعين من الدفوع، دفوع متعلقة بمرحلة المطالبة (الفقرة الأولى)، و دفوع متعلقة بالتنفيذ الدفع بالتجريد (الفقرة الثانية).

ج–أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين :

فالكفيل المتضامن لا يستطيع التمسك بهذا الدفع، و هذا ما نص عليه المشروع الجزائري في المادة 665 من القانون المدني الجزائري "**لا يجوز للكفل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد**".

وذلك لأن التضامن بطبيعته يخول الدائن أن يطالب أيا من المتضامنين بالدين كله دون توقف على مطالبة سائر المتضامنين، أي أن الكفيل الذي يلتزم بالتضامن مع المدين يفرض فيه أنه تنازل ضمنيا عن حقه في تجريد المدين، فلا يجوز له التمسك بهذا الدفع عند اتخاذ الدائن إجراءات التنفيذ على أمواله إلا إذا كان متضامنا مع المدين و بقي متحفضا لنفسه بهذا الحق.[2]

د–إرشاد الكفيل الدائن إلى أموال المدين تفي بالدين كله:

تنص المادة 661 من القانون المدني الجزائري "**إذا طلب الكفيل التجريد، وجب عبيه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين تفي بالدين كله**"

[1]- سمير تناغو, التأمينات الشخصية و العينية, المرجع السابق,ص.72.

[2]- سليمان مرقس , الوافي في شرح القانون المدني,ص.114-.115.

أي على الكفيل الذي يطلب التجريد أن يقوم على نفقته بالإرشاد الدائن إلى أموال المدين و يجب أن تكفي هذه الاخيرة للوفاء بالدين كله، و يترتب على ذلك إذا كان المدين قد أشهر إفلاسه أو إعساره أو صار في حالة إفلاس أو إعسار ظاهر فإنه تنتفي الحكمة من الدفع بالتجريد لأنه حتى يكون الدفع بالتجريد قائما على أساس لا بد أن تكون للمدين أموال يستطيع الدائن أن ينفذ عليها، و على الكفيل يقع عبء الإرشاد إلى هذه الأموال مع تحمله نفقات ذلك كإستخراج الشهدات المثبة لملكية المدين لعقارات معينة[1]، و هذا ما نصت عليه أيضا المادة 789 من القانون المصري و الهدف من ذلك تفادي إتخاذ إجراءات التنفيذ مرتين الأولى على أموال المدين ليستوفي منها ما تيسر و الثانية على أموال الكفيل ليستوفي الباقي، فاشترط في قبول الدفع بالتجريد أن تكون أموال المدين الجائز حجزها تفي بأداء الدين بتمامه.[2]

أما المشروع الفرنسي فهو عكس المشرعين الجزائري و المصري بحيث يكتفي بأن يدل الكفيل الدائن على أموال للمدين ذات قيمة بحيث يكون التنفيذ عليها منتجا و لو لم يكن كافيا لوفاء الدين كله، و يؤخذ على ذلك أن الدفع بالتجريد يؤدي إلى إلزام الدائن بقبول وفاء جزئي خلافا للأصل الذي يخوله أن يرفض كل وفاء جزئي (المادة 1244 مدني فرنسي)، و لكن الشراح يعللون حكم القانون في هذا الشأن بأنه لا يلحق بالدائن ضررا جسيما لأن الدائن إذا لم يستوف كل حقه من تجريد المدين كان له أن يستوفي الجزء المتبقي من الكفيل.[3]

وتقدير كفاية الأموال التي يرشد غليها الكفيل مسألة واقع يفصل فيها القاضي عند النزاع و العبرة في هذا الشأن بقيمة هذه الأموال وقت الإرشاد إليها أو وقت نظر النزاع في قيمتها أمام

[1]- سمير تناغو , التأمينات العينية و الشخصية, المرجع السابق,ص.73.
[2]- سليمان مرقس , الوافي في شرح القانون المدني,ص.119.
[3]- سليمان مرقس,نفس المرجع,ص.119.

القاضين، كذلك العبرة بالقيمة الصافية لهذه الأموال فإذا كانت هذه الأموال مثقلة برهن أو تامين عيني أخر فإن قيمة المال تتحد بعد خصم الديون المضمونة بهذا الرهن، و يستوي أن تكون الأموال المطلوب تجريدها عقارات أو منقولات.[1]

هـ –أن تكون اموال المدين التي يرشد إليها الكفيل الغير المتنازع فيها:

وهذا ما نصت عليه المادة 661 من القانون المدني الجزائري " **ولا يؤخذ بعين الإعتبار الأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال ... أو متنازع فيها**".

إذ لافائدة من وجود اموال من هذا القبيل إطلاقا لما يشرع الدائن في التنفيذعه تعطل هذه الإجراءات بسبب استحقاق المال لشخص اخر غير مدين، ولم يبين المشرع الجزائري و لا المشرع المصري هنا المقصود بالأموال غير المتنازع فيها، لكن بالرجوع إلى المادة 400 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري نجدها أقد أعطت مفهوم للحق المتنازع فيه بقولها " ويعتبر الحق متنازعا فيه إذ رفعت من أجله دعوى أو كان مل نزاع جهوي."

ومعنى هذا النص أن المال يكون متنازعا فيه إذا رفعت بشأنه دعوى وقد يعتبر كذلك و لو لم ترفع بشأنه إذا و جد نزاع جدي بخصوصه ، كما لو كان هناك و اضع يد على عقار ينازع في ملكية المدين و لم يرفع الأمر بالقضاء بعد،ويذهب فريق من الفقهاء إلى أن المال يعتبر متنازعا فيه إذا كان التنفيذ عليه يقتضي جهدا وإرهاقا يفوق المعتاد في هذا الشأن،يرى الفقه في فرنسا أن يقيس

[1]- زاهية سي يوسف, عقد الكفالة , المرجع السابق,ص.68.

على ذلك العقارات المملوكة شيوعا لإن التنفيذ عليها يقتضي اتخاذ اجراءات قسمتها أولا و لا يجوز أن يكلف الدائن اتخاذ هذه الإجراءات.[1]

و-ألا تكون أموال المدين التي يرشد إليها الكفيل واقعة خارج الأراضي الجزائرية:

و هذا أيضا ما نصت عليه المادة 661 الفقرة الثانية السابقة الذكر "**و لا يأخذ بعين الإعتبار..... إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي الجزائرية**".

و الحكمة من ذلك واضحة بمعنى إذا كانت هذه الأموال موجوذة في الخارج فهي و إن جاز التنفيذ عليها إلا أنه في ذلك إرهاق للدائن لا مبرر له و لا يستقيم مع وجود كفيل للدائن.

كذلك لا عبرة في قبول الدفع بالتجريد بالأموال التي يرشد إليها الكفيل إذا كانت تلك الأموال غير قابلة للحجز عليها او كانت مثقلة بالديون مقيدة تجاوز قيمتها أو كانت لا تترك للدائن المكفول دينه ما يفي كل الدين، لإن إرشاد الكفيل الدئن لهذه الأموال لا يكون منتجا.[2]

ملاحظة: صور خاصة للدفع بالتجريد

هناك صورة خاصة للدفع بالتجريد نصت عليها المادة 663 من القانون المدني الجزائري "**إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانونا أو انفاقا لضمان الدين و قدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه و لم يكن الكفيل متضامنا مع المدين فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين**".

[1]- سليمان مرقس, الوافي في شرح القانون المدني,ص.123.

[2]- زاهية سي يوسف,عقد الكفالة, المرجع السابق,ص.69.

فكما قلنا سابقا أنه من شروط التمسك بالدفع بالتجريد هو أن تكون الأموال التي أرشد الكفيل الدائنّ إليها كافية للوفاء بالدين، لكن في هذه الصورة استثنى منها هذا الشرط، حيث يكون للدائن تأمين عيني سواء كان رهنا رسميا أو حيازيا أو حق إختصاص أو حق إمتياز و يكون الكفيل قد تعهد بكفالة الدين بعد نشوء هذا التأمين العيني أو معه – لا قبله – حيث يعتبر الكفيل قد اعتمد في كفالته الدين على هذا التأمين ، فيجوز له أن يدفع تنفيذ الدائن على امواله بتجريد المدين من المال الوارد عليه التأمين و لو لم يكن هذا المال يفي بالدين بأكمله.[1]

الفرع الثاني : أثار الدفع بالتجريد

استنادا إلى المادة 660 الفقرة الثانية السالفة الذكر و المادة 662 من القانون المدني الجزائري التي تنص "**يكون الدائن في كل الأحوال التي يدل فيها الكفيا على أموال المدين مسؤولا تجاه الكفيل عن إعسار المدين الذي يترتب عن عدم اتخاذه الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب**" فإن أثار المترتبة عن الدفع بالتجريد هي :

أولا: عدم جواز البدء في التنفيذ على أموال الكفيل أو وقف إجراءات التنفيذ على أمواله قبل التجريد المدين من أمواله إذا كانت قد بدئت فعلا

إذا توفرت الشروط المذكورة سابقا و المتعلقة بالتمسك بالدفع بالتجريد فإن الحكم الذي حصل عليه الدائن و لا يمكن تنفيذه إلا بعدم يجرد المدين من أمواله، وعلى الدائن في مثل هذه الأحوال أن يقوم بالتنفيذ على أموال المدين، فإذا استوفى كل دينه من المدين فإنه لايرجع بشئ على الكفيل أما إذا لم يستوف كل دينه بسبب عدم كفاية الأموال التي يملكها المدين لأنه من الجائز أن يظهر هناك

[1]- سليمان مرقس, الوافي في شرح القانون المدني, المرجع السابق, ص.124.

عدة دائنين اخرين يقاسمون الدائن ثمرة التنفيذ ، فإنه يستطيع أن يرجع على الكفيل بالباقي من حصته و لكن في هذه الحالة أن يثبت أنه نفذ على جميع أموال المدين التي دل عليها الكفيل ، و أنه لم يحصل من هذا التنفيذ على حقه كاملا و أن يثبت ذلك بتقديمه محاضر الحجز أو أوراق التنفيذ.[1]

و معنى وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل أن يلغى مثلا حجز ما للكفيل لدى الغير، و يلغى التنبيه بنزع الملكية الذي إتخذ ضد الكفيل، و تلغى الإجراءات الحجز التنفيذي على منقولاته.[2]

لكن يلاحظ أن وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل قد يضر بالدائن إذا لم تف أموال المدين التي أرشد إليها الكفيل بكامل حقوقه لأي سبب من الأسباب و كان الكفيل قد تصرف في أمواله أو هربها في أثناء إجراءات التجريد , و بناءا على ذلك أجيز للدائن الذي حكم بوقف تنفيذه على أموال الكفيل إلى حين تجريد المدين أن يتخذ الإجراءات التحفيظية على أموال الكفيل كطلب وضع الاختام على تركته إذا مات, أو توقيع حجز تحفظي على أموال الكفيل, أو أن يطلب تعين قيم عليه إذا ما اعتاره جنون أو سفه أو غفلة, و كذلك حصول الدائن على حق اختصاص على عقار مملوك للكفيل بموجب حكم واجب التنفيذ صادر لصالحه ضد الكفيل.[3]

ثانيا : حمل الدائن نتيجة إعسار المدين

وذلك إذا قصر الدائن في عدم إتخاذ إجراءات التنفيذ في الوقت المناسب , مثلا إذا دل الكفيل الدائن على منقولات المدين و تبطأ الدائن في إتخاذ إجراءات التنفيذ عليها حتى تمكن من إخفائها

[1]- عبد الرزاق الصنهوري ,الوسيط في شرح القانون المدني , الجزء 10, المرجع السابق ,ص.129.128.

[2]- زاهية سي يوسف، عقد الكفالة ، المرجع السابق،ص.71.

[3]- سليمان مرقص,الوافي في شرح القانون المدني,المرجع السابق,ص.130.

أو تهريبها أو تبديلها , كان الدائن مسؤولا عما كان يحصل عليه من ثمن هذه المنقولات لو أنه اتخذ إجراءات التنفيذ بمجرد أن دل عليها الكفيل في الحال.

و الشئ نفسه لو دل الكفيل على عقار للمدين في يد الغير و تباطأ الدائن في اتخاذ الإجراءات لقطع التقادم المكسب مما سمح للغير بتملك هذا العقار بالتقادم.[1]

ثالثا: براءة ذمة الكفيل في حدود التي يتحصل الدائن عليها من حقه نتيجة تنفيذه على أموال المدين التي أرشد إليها الكفيل

لا يقتصر أثر الدفع بالتجريد على وقف إجراءات التنفيذ المتخذة على أموال الكفيل, بل يقترن هذا الأثر بالتزام الدائن بالتنفيذ على أموال المدين التي أرشده إليها الكفيل, وهي أموال لابد أن يكون القاضي قد إقتنع بكفايتها لسداد حق الدائن بأكمله, و يعتبر ذلك حقا للدائن إزاء المدين و واجبا عليه إزاء الكفيل, فإذا نفذ الدائن على أموال المدين و حصل على حقه كاملا انقضى بذلك حقه قبل المدين و التزامه إزاء الكفيل و برئت ذمة كل من المدين و الكفيل, أما إذا لم يصب الدائن من اجراءات التنفيذ على أموال المدين إلا بعض حقه فقط, برئت ذمة الكفيل بقدر ما حصله الدائن و تعين بعد ذلك البحث في سبب عدم تحصيل الدائن كامل حقه لتحديد المسؤولية عن ذلك,[2] وهنا نجد شقين:

الشق الأول :

إذا كان عدم تحصيل الدائن باقي حقه من أموال المدين راجعا إلى سبب أجنبي عنه كما لو كانت الأموال لا تساوي القيمة التي قدرها بها القاضي الذي قبل الدفع بالتجريد, أو طرأ عليها

[1]- زاهية يوسف , عقد الكفالة , المرجع السابق, ص.71.

[2]- سليمان مرقص,الوافي في شرح القانون المدني,المرجع السابق,ص.131-132.

ما نفص قيمتها أو إذا ظهر دائنون عاديون ذوو ديون سابقة لم تكن معلومة عند قبول الدفع بالتجريد فزاحموا الدائن في الإستيفاء من قيمة الأموال التي أؤشد إليها الكفيل, كان الدائن غير مشؤول عن ذلك و جاز له التنفيذ بالباقي على أموال الكفيل.[1]

الشق الثاني :

و هذا إذا كان عدم تحصيل الدائن باقي حقه من أموال المدين راجها إلى خطأ منه أو إلى تأخره في التجريد أموال المدين, كان مسؤولا عن ذلك ر برئت ذمة الكفيل بالقدر الذي يكون فيه الدائن مسؤولا, أي أنه إذا ثبت أن لو لم يتأخر الدائن في تجريد أموال المدين لاستوفى منها حقه كاملا و أنه سبب تأخره في ذلك مكن المدين من التصرف في بعض أمواله التي أمكن التفيذ عليها غير كاف لسداد جميع ديونه و تعين تقسيمه قسمة غرماء بين جميع دائنيه, فإن الدائن المكفول دينه يكون مسؤولا إزاء الكفيل عن القدر الذي لم يستطع تحصيله من أموال المدين بسبب تأخره في اتخاذ الإجراءات التجريد, و تبرأ ذمة الكفيل بهذا القدر ذاته, فإن كان هو كل الباقي من الدين برئت ذمة الكفيل برائة تامة, وإن كان أقل من باقي الدين بقي الكفيل ملزما بالفرق.[2]

المطلب الثالث : وقت و أثر إنذار الكفيل للدائن

نصت الفقرة الثانية من المادة 657 من القانون المدني الجزائري على "**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 ضمانا كافيا**".

[1]- زاهية يوسف , عقد الكفالة , المرجع السابق, ص.71.

[2]- سليمان مرقص,الوافي في شرح القانون المدني,المرجع السابق,ص.132.

فبتفحص هذه الفقرة من المادة نجد أن المشرع الجزائري نص صراحة على براءة ذمة الكفيل إذا ما لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل له بضرورة اتخاذها فقد قرر المشرع للكفيل حقه في إنذار الدائن بإتخاذ هذه الإجراءات,فإن لم يتخذها خلال ستة أشهر من تاريخ هذا الإنذار و لم يقدم ضمانا كافيا أو تأمينا للكفيل, تبرأ ذمة الكفيل من الكفالة, و الحكمة واضحة من هذا النص و هي حماية الكفيل, لأن المشرع لم يشأ أن يترك الكفيل ملتزما بعقد الكفالة إلى مالهاية, خاصة و أن الدائن قد يتبطأ في مطالبة المدين و حقه قد لا يسقط عادة إلا بالتقادم (15 سنة), و ليس من العدل أن يفاجأ الكفيل بعد سنوات بأن دائنا يطالبه بالوفاء بالتزام كان قد كلفه وربما قد نسيه.[1]

الفرع الأول : وقت إنذار الكفيل للدائن

لم تبين المادة السالفة الذكر الوقت الذي يجورز فيه للكفيل إنذار الدائن بوجوب إتخاذ الإجراءات ضد المدين, و مع ذلك و طبقا للقواعد العامة فإن الدائن لايستطيع اتخاذ إجراءات التنفيذ ضد المدين إلا عند حلول أجل الإلتزام المكفول, أي أجل الإلتزام الأصلي وقت استحقاق الدين أو بعد استحقاقه, لكن لا يجوز للكفيل أن يقوم بتوجيه الإنذار قبل وقت الإستحقاق و إلا كان عديم المعنى فإذا حل وقت استحقاق الدين و منح الدائن المدين أجلا جديدا فان ذلك لا يسري في مواجهة الكفيل و لا يحول دون ثبوت حقه في اتخاذ اجراءات الإنذار ما لم يكن قد ارتضى هذا الأجل الجديد لأنه من غير المعقول أن يضار الكفيل بفعل الدائن إلا في حالة التي يحصل فيها المدين على مهلة

[1]- نبيل سعد ابراهيم , التأمينات العينية و الشخصية , المرجع السابق,ص.372.

قضائية, فهنا لا يجوز للكفيل أن ينذر الدائن إلا بعد انقضاء هذه المهلة, لأن الدائن لا يستطيع مباشرة الإجراءات قبل انفضائها.[1]

كذلك على الكفيل أن يتمسك بهذا الحق, باعتباره ليس من النظام العام فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها, و منه يجوز للكفيل أن يتنازل عن هذا الحق صراحة أو ضمنا.[2]

أيضا فإنه يستطيع الكفيل بالتمسك بهذ الحق يجب أن يكون الدائن قد تأخر فب اتخاذ إجراءات التنفيذ أكثر مما يتأخره الرجل المعتاد.[3]

الفرع الثاني: أثر إنذار الكفيل للدائن

إذا أنذر الكفيل الدائن عند عدم اتخاذ الإجراءات عند حلول أجل الدين المكفول أو تأخر في ذلك, فأنه يترتب على ذلك أن الدائن يصبح ملزما باتخاذ هذه الإجراءات خلال ستة أشهر من تاريخ وصول الإنذار للدائن, فإن لم يفعل برئت ذمة الكفيل.

فإذا اتخذ الدائن الإجراءات الواجبة قانونا ضذ المدين و سار في اتخاذها بعناية الرجل المعتاد كان هذا كافيا و يكون ذلك بأن يرفع الدائن الدعوى على المدين ليطالبه بالدين, أو مباشرة إجراءات التنفيذ إذا كان معه سند صالحا للتنفيذ.[4]

---

[1]- زاهية يوسف , عقد الكفالة , المرجع السابق, ص.131.

[2]- عدنان أبراهيم السرحان , شرح القانون المدني , العقود المسماة في المقاولة,الوكالة,الكفالة,دار الثقافة للنشر و التوزيع, الأردن,2001,ط1,ص.224.

[3]- سعاد توفيق سيلمان أبو المشايخ, عقد الكفالة المدنية و الأثار المترتبة عليها, دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية و القانون المدني المصري,فلسطين,2006,ص.23.

[4]- عبد الرزاق أحمد السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني, التأمينات الشخصية و العينية,الجزء 10,المرجع السابق ص.254.

و على ذلك فإذا لم يتخذ الدائن هذه الإجراءات في خلال هذه المدة, فإنه يترتب على ذلك براءة ذمة الكفيل و تنقضي بذلك الكفالة بصفة أصلية دون أن يؤثر دلك على وجود أو قيام الدين المكفول.

ويجب على الكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته نتيجة لعدم اتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين خلال ستة أشهر من تاريخ إنذار الكفيل له, حيث أنها لا تتم بقوة القانون لأن حكم هذه المادة لا يتعلق بنظام العام, ويكون تمسكه في صورة دفع أو في صورة دعوى يرفعها على الدائن.[1]

غير أنه يجوز للمدين, قبل انقضاء الستة أشهر سالفة الذكر , أن يقدم للكفيل ضمانا للكفيل لما عسى أن يدفعه الكفيل للدائن, و يتفق الدائن مع المدين على هذا الضمان الواجب تقديمه للكفيل و قاضي الموضوع هو الذي يقدر عند المنازعة ما إذا كان الضمان الذي يقدمه المدين للكفيل ضمانا كافيا, فإذا قدم المدين للكفيل هذا الضمان الكافي يكون الكفيل قذ وصل إلى ما يبتغيه , يبتغيه وصار عليه أن ينتظر حتى يطالب الدائن المدين بالدين ،فإذا دفع المدين الدين للدائن وقف الأمر عند هذا الحد وبرئت ذمة المدين ،وبرئت ذمة الكفيل تبعا لذلك.

أما إذا لم يدفع المدين للدائن ورجع الدائن على الكفيل بهذا الدين،كان لدى الكفيل الضمان الكافي الذي قدمه للمدين ،فيدفع الدين للدائن و يستوفيه من هذا الضمان.[2]

[1]- نبيل سعد ابراهيم , التأمينات العينية و الشخصية , المرجع السابق,ص.433.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني ،الجزء10،المرجع السابق ،ص.255.

المبحث الثالث:براءة ذمة الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين

وقد جاءت بهذا الحكم المادة 658 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 786 من القانون المدني الجزائري بنصها الأتي"**إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة و إلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن**".[1]

و الحكمة في هذا أن الكفيل ليس له الحق في التقدم في تفليسة المدين باعتباره لم يقم بالوفاء للدائن، و الدائن هو الذي يستطيع ذلك،لذلك تدخل المشرع حماية للكفيل مقررا أنه إذا لم يتدخل الدائن في تفليسة المدين بالدين المكفول كغيره من الدائنين فإنه يعتبر مقصرا و عليه أن يتحمل نتيجة تقصيره.[2]

و سنتناول في هذا المبحث صاحب الحق في التقدم لتفليسة المدين في المطلب الاول، و شروط براءة ذمة الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين في المطلب الثاني ،و أخيرا الأثر المترتب عن عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين في المطلب الثالث.

المطلب الأول:صاحب الحق في التقدم لتفليسة المدين

بما أن الكفيل يقوم بالوفاء بالتزام غيره،فإنه يستطيع كما سبق أن رأينا ،أن يحل محل الدائن في حقوقه قبل المدين،وفي هذه الحالة يستطيع الكفيل أن يستفيد بما لهذا الدين من مزايا مقررة للدائن،لأنه يحل محله في هذا الحق بما له من خصائص ،فإذا ما تسبب الدائن في اضاعة هذه المزايا

[1]- سليمان سارة ،عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري،مذكرة تخرج من المعهد الوطني للقضاء،الجزائر ،2004،ص.53.

[2]- زاهية سي يوسف،عقد الكفالة,المرجع السابق ،ص.132-133.

بإهماله و التي كان من الممكن أن يستفيد منها الكفيل ،كعدم تقدمه في تفليسة المدين يكون بذلك قد ضيع على الكفيل فرصة لبراءة ذمته سواء براءة تامة أو جزئية و تسبب له بضرر نتيجة هذا الإهمال.[1]

و بالرجوع إلى المادة 658 من القانون المدني الجزائري نجد أنها قد نصت على أن الدائن هو صاحب الحق في التقدم في تفلسية المدين بقولها "**إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفلسية**" فنجد هنا مصطلح "**وجب**" معناه أن الدائن ملزم بالتقدم بدينه في التفلسية و ليس لأي شخص أخر القيام بذلك حتى لو كان الكفيل بحد ذاته, فالمشرع جعل من الدائن وحده صاحب الحق في التقدم في التفلسية على اعتبار أن الكفيل لم يوف بالدين للدائن حت يتمكن من الدخول في التفلسية شأنه شأن جميع الدائنين الأخرين , فإذا ما أخل الدائن بهذا الواجب فأنه يعتبر مقصرا في حق الكفيل و عليه أن يتحمل نتيجة هذا التقصير.[2]

المطلب الثاني : الشروط الواجب توافرها لبراءة ذمة الكفيل

و سنتناول فيه شرطين وهما أن يكزن عدم تقدم الدائن في التفلسية نتيجة إهمال منه, و أم يكون هذا الإهمال قد سبب ضررا للكفيل.

الفرع الأول : إهمال الدائن و عدم تقدمه في تفلسية المدين

فكما سبق و قلنا أن الدائن هو وحده من له الحق في التقدم في تفلسية المدين, و بالتالي إذا ما قصر أو أهمل في الدخول لتصفية أموال المدين كغيره من الدائنين الأخرين ليعود بعد ذلك على

[1]- نبيل سعد ابراهيم , التأمينات العينية و الشخصية , المرجع السابق,ص.425-426.

[2]- زاهية سي يوسف،عقد الكفالة,المرجع السابق ،ص. 133.

الكفيل بما تبقى من قيمة الدين, فإنه يتحمل نتيجة هذا التقصير و التي تتمثل في سقوط حقه في مطالبة الكفيل بما أصاب هذا الأخير من ضرر.[1]

ويعتبر إهمالا من جانب الدائن إذا كام بإمكانه التقدم في تفلسية المدين و لم يقم بذلك رغم عدم حصول مانع يحول دون ذلك, فمثلا إذا كانت هناك حرب أو ظاهرة طبيعية كالفيضانات و لم يتمكن الدائن حينها من التقدم في التفلسية للمطالبة بحقه فهذا لا يعتبر إهمالا من جانب الدائن لأنها تدخل ضمن القوة القاهرة التي تعتبر سبابا أجنبيا.[2]

و هذا ما نصت عليه المادة 658 في نهايتها "**.....بسبب إهمال الدائن**".

الفرع الثاني : تضرر الكفيل من عدم تقدم الدائن في التفسية

"**.....و إلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر.....**"

هذا ما نصت عليه المادة السابقة الذكر, فحتى يستطيع الكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته في مواجهة الدائن لعدم تقدم هذا الأخير في تفلسية المدين يجب أن يكون قد تضرر من هذا التقصير, فمثلا لو أن أموال المدين المفلس لم تكن لتفي بالدين سواء به كله أو بجزء منه لأي سبب كان كأن نسبتها ضئيلة جدا أو أن بقية الدائنين الأخرين يتمتعون بامتيازات بحيث بعد استيفائهم لديونهم لا يبقى من الدين شيء لهذا الدائن , فهنا لا جدوى من دخول الدائن في التفلسية لأن الكفيل لا يلحقه ضرر من ذلك.[3]

ويقع على الكفيل الذي يتمسك ببراءة ذمته لعدم تقدم الدائن في تفلسية المدين أن يثبت الدائن قد أهمل أو قصر في دخول في التفلسية , و أنه قد تضرر من هذا التقصير , و لذلك يجب

[1]- زاهية سي يوسف،عقد الكفالة,نفس المرجع،ص. 133.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني ،الجزء10،المرجع السابق ،ص.257.

[3]- زاهية سي يوسف،عقد الكفالة,المرجع السابق،ص.133.

عليه أن يثبت أن الضرر الذي أصابه من عمل الدائن ضررا محققا و ليس مجرد ضرر محتمل الوقوع في المستقبل طبقا لما نصت عليه قواعد العامة فيما يخص شروط الضرر الموجب للمسؤولية, و على الكفيل أن يطالب ببراءة ذمته و عليه أن يثبت ما يبرر ذلك.

المطلب الثالث : الأثر المترتب عن عدم تقدم الدائن في تفلسية المدين

يترتب عن إهمال الدائن في الدخول في تفلسية المدين أثرين أساسيين و هما تمسك الكفيل ببراءة ذمته في مواجهة الدائن المقصر , و أيضا برائة ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر بسبب إهمال الدائن.

الفرع الأول : تمسك الكفيل ببرائة ذمته

إن التمسك بعم تقدم الدائن في تفلسية المدين لا يعد من النظام العام , و لذلك يجوز للكفيل أن يتنازل عن حقه في هذا التمسك سواء تم هذا التنازل قبل إفلاس المدين عن طريق اتفاق بينه و بين الدائن, أو بعد إفلاسه.[1]

و يتمسك الكفيل عادة ببراءة ذمته لعدم تقدم الدائن في تفلسية المدين عن طريق دفع يبيديه إذا طالبه الدائن بالوفاء, وهذا يعتبر دفعا موضوعيا يمكن للكفيل أن يتمسك به في أي حالة كانت عليها الدعوى.

و إذا كانت الصورة الغالبة هي أن الكفيل يدفع ببراءة ذمته لعدم تقدم الدائن في تفلسية المدين إذا ما طالبه الدائن بالوفاء, إلا أنه ليس هناك ما يمنع الكفيل من أن يطلب من القاضي بدعوى يرفعها

[1]- زاهية سي يوسف،عقد الكفالة,نفس المرجع،ص. 133.

ضد المدين الحكم بتقرير براءة ذمته لعذم تقدم الدائن في تفلسية المدين كما قلنا سابقا.[1]

الفرع الثاني : براءة ذمة الكفيل

يترتب على عدم تقدم الدائن في تفلسية المدين براءة ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر بسبب الإهمال فإذا كان الضرر يساوي قيمة التزام الكفيل فإن ذمته تبرأ بصفة كاملة, و إذا قلت نسبة الضرر عن قيمة التزام الكفيل فلا تبرأ ذمته هنا إلا في حدود نسبة الضرر.[2]

فإذا ما توفر الشرطان السالفا الذكر ثبت للكفيل الحق في مساءلة الدائن على عدم تقدمه في تفلسية المدين , سواء عن طريق الدفع الذي يبديه إذا ما طالبه الدائن بالوفاء, لإو في صورة دعوى أصلية يرفعها ضد الدائن – دون أن ينتظر مطالبة الدائن له بالوفاء – يطلب فيها براءة ذمته لعدم تقدم الدائن في تفلسية المدين.[3]

وفي كلتا الحالتين (دفع أو دعوى أصلية), لا يحكم ببراءة ذمة الكفيل من الدين لعدم تقدم الدائن في تفلسية المدين إلا بقدر الضرر تساوي أو تفوق قيمة التوام الكفيل برئا ذمته بصفة جزئية.[4]

و الحكمة من إفراد نص خاص لهذه الحالة, هو أن عدم تقدم الدائن في التفلسية المدين لا يعتبر في حكم إضاعته لتأمين خاص حتى تطبق عليه المادة 656 من القانون المدني الجزائري كما أن الكفيل لا يستطيع أن ينذر الدائن باتخاذ الإجراءات في خلال المدة المنصوص عليها في المادة 657 من القانون المدني الجزائري حيث أنه عند إفلاس المدين يمتنع على الدائن إتخاذ إجراءات فردية في مواجهته

[1]- سمير تناغو, التأمينات الشخصية و العينية,المرجع السابق ص.99.

[2] سمير تناغو, التأمينات الشخصية و العينية,نفس المرجع ص.95.

[3]- نبيل سعد ابراهيم, التأمينات العينية و الشخصية, المرجع السابق, ص.434.

[4]– زاهية سي يوسف,عقد الكفالة, المرجع السابف,ص.133.

لأن الإفلاس عبارة عن تصفية جماعية لأموال المدين المفلس, و لذلك قد تدخل المشرع بنص المادة 658 من القانون المدني الجزائري أنه إذا لم يتدخل الدائن في التفلسية بالدين المكفول, فإنه يعتبر مقصرا و عليه أن يتحمل نتيجة تقصيره, و بالتالي يجب ألا نحمل الكفيل هذا الخطأ, فلذلك تبرأ ذمة هذا الأخير بقدر ما أصابهمن ضرر بسبب إهمال الدائن.[1]

[1]- نبيل سعد ابراهيم, النظرية العامة للالتزام, المرجع السابق, ص.434.

خـــاتمـــة

في الأخير نلخص إلى أن التزام الكفيل هو التزام تابع للاتزام الأصلي , فإذا ما انقضى هذا الأخير أنقضى التزام الكفيل و انقضت معه الكفالة بصفة تبعية لأنه يعتبرا ملتزما من الدرجة الثانية .

لكن بالرجوع إلى الإلتزام الكفيل في حد ذاته نجد أن له شقين , شق يعتبر التزام الكفيل كغيره من الالتزامات ينقضي بجميع الأسباب التي تنقضي بها الالتزامات عموما وشق باعتباره كفيلا ينقضي التزامه بأسباب وردت في المواد 656,657,658 من ق.م.ج غير التي تنقضي يها الالتزامات الأخرى.

فبالنسبة للشق الأول , أي اعتبار التزام الكفيل كغيره من الإلتزامات ينقضي بجميع أسباب الإنقضاء العامة فبالرغم من صفة التبعية التي تربط الكفيل بالمدين الأصلي إلا أن هذا الإلتزام له مقوماته الخاصة, فينقضي بصفة أصلية بكافة أسباب الانقضاء التي ينقضي بها التزام أخر , فينقضي بوفاء الدين المكفول, أيضا ينقضي بما يعادل الوفاء سواء عن طريق الوفاء بمقابل في حالة استحالة الوفاء العيني أو عن طريق التجديد سواء أكان ذلك باستبدال الكفيل أو الدائن أو الإلتزام في حد ذاته أو الإنابة أو عن طريق المقاصة إذا صار الكفيل دائننا للدائن بما يعادل الإلتزام المكفول أو باتحاد ذمة كما إذا ورث الكفيل الدائن أو العكس , بالاضافة إلى إنقضاء التزام الكفيل دون وفاء وهذا بواسطة الإبراء إذا ما برأ الدائن ذمة الكفيل من الدين, أو استحالة التنفيذ بسبب أجنبي أو التقادم المسقط الخاص به بقطع النظر عن تقادم الإلتزام الأصلي, حيث يمكن أن ينقضي التزام الكفيل بصفة أصلي بتقادم مستقل عن تقادم الدين المكفول فلا يتأثر تقادمه بما يقطع تقادم الدين المكفول فيسقط التزام الكفيل بالتقادم دون أن يسقط التزام المدين الأصلي.

أما بالنسبة للشق الثاني , أي باعتباره كفيلا فهناك أسباب انقضاء خاصة بالكفيل وحده, و ترجع هذه الأسباب إلى طبيعة التزام الكفيل باعتباره ملتزما عن المدين التزاما أريد به أن يكون ضمانا احتياطيا للدائن في حالة عدم كفاية أموال المدين للوفاء بدينه و هذا كما لاأينا ما نصت عليه 656 من ق.م.ج المتعلقة باضاعة الدائن بخطئه لتأمينات خاصة مما ترتب عنه إلحاق ضرر بالكفيل أيضا تأخر الدائن في إتخاذ الإجراءات المطالبة بالدين حسب المادة 657 بالإضافة إلى عدم تقدم الدائن في تفلسية المدين طبقا للمادة 658, كلها أسباب خاصة لإنقضاء الكفالة بضفة أصلية.

فالمشروع بالرغم من أن التزام الكفيل يمكن أن ينقضي بجميع الأسباب التي تنقضي بها الإلتزامات عموما , إلا أنه أور المواد الثلاث المذكورة أعلاه الخاصة بالكفيل وحده حالات ينقضي بها التزامه, و هذا كله من أجل حماية الكفيل , فإذا كانت هناك مثلا تأمينات ضامنة للدين المضمون بالكفالة و أضاعها الدائن بخطأ منه , أو أنه لو يتخذ الإجراءات الضرورية للمطالبة بالدين المتمثلة في رجوعه على المدين أولا و الدفع بالتجريد , أو أنه لم يتقدم في تفلسية المدين لاستيفاء حقه بسبب إهماله و سبب ضررا للكفيل , ففي هذه الحالات يكون الدائن قد ضيع على الكفيل فرصة في الإستفادة من هذه الحقوق و الضمانات التي ترتبت له عن عقد الكفالة في رجوعه على المدين, و أيضا إمكانية انتهاء التزامه دون أن يقوم بالوفاء أو قيامه بوفاء جزئي.

قائمـــة المراجــع :

I. النصوص القانونية :

الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن ق.م.ج المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 في جريدة رسمية عدد31.

II. المراجع :

أ- المراجع العامة :

1. أحمد شوقي عبد الرحمان ، النظرية العامة للإلتزام و الإثبات في الفقه و قضاء النقص، توزيع منشأة المعارف إسكندرية ، 2004.
2. أنور سلطان ، النظرية العامة للإلتزام (أحكام الإلتزام)، دار المطبوعات الجامعية ، مصر، 1997
3. دربال عبد الرزاق ، الوجيز في أحكام الإلتزام في ق.م.ج ، دار العلوم للنشؤ و التوزيع ، الجزائر.
4. رمضان أبو السعود , أحكام الإلتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، إسكندرية . 1998.
5. زهدي يكن , شرح في قانون الموجبات و العقود , الجزء 16, عقود الضمان , الصلح , الكفالة) دار الثقافة لبنان , 1970, ط.1.
6. عبد القادر الفار أحكام الإلتزام (أثار الحق في القانون المدني)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان ، 1997 ط4.
7. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ، الجديد ، الجزء 3 ، الإلتزام بوجه عام (الأوصاف ، الحوالة ، الإنقضاء) ، منشورات حلبي الحقوقية ، لبنان ، 1998 ، ط.3.
8. محمد حسين منصور ، النظرية العامة للإلتزام (أحكام الإلتزام)، دار الجامعة الجديدة، مصر، .2006.

9. محمد صبري السعدي الواضح في القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام ، أحكام الإلتزام ، دار الهدى الجزائر، 2002، ط1.

10. محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه و القضاء في القانون المدني ، (أوصاف الإلتزام و أنتقاله و أنقضائه) المجلد الخامس ، محمود للنشر و التوزيع، ط.1.

11. نبيل سعد إبراهيم النظرية العامة للإلتزام ، الجزء 2 ، أحكام الإلتزام ، دار المعرفة الجامعية ، مصر ، 1999.

ب- المراجع الخاصة :

1. أحمد محمود سعد , عقد الكفالة , دار النهضة العربية , القاهرة ,1994.

2. رمضان أبو السعود التأمينات العينية و الشخصية ، عقد الكفالة ، دار الهدى ، الجزائر.

3. زاهية سي يوسف ، عقد الكفالة ، دار الامل للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2007 ، ط.4.

4. سمير تناغو ، التأمينات الشخصية و العينية (الكفالة ، الرهن الرسمي ، حق الإختصاص ، الرهن الحيازي حقوق الإمتياز)، توزيع منشأة المعارف ، أسكندرية ، 1996.

5. عبد القادر الفار أحكام الإلتزام (أثار الحق في القانون المدني)، دار الثقافة للنشر و التوزيع،عمان 1997 ، ط4

6. عبد الرزاق أحمد السنهوري ,الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري , التأمينات الشخصية و العينية دار إحياء التراث العربي , لبنان 1980.

7. عامر محمود الكسواني ، أحكام الإلتزام ، (أثار الحق في القانون المدني)، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع الأردن ، 2008

8. عدنان إبراهيم السرحان ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة في المقاولة ، الوكالة ، الكفالة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2001 ، ط.1.

9. قدري عبد الفتاح الشهاوي ، أحكام عقد الكفالة) التضامن ، التظامم) ، منشأة المعارف مصر 2002.

10. محمد صبري السعدي الواضح في شرح القانون المدني (التأمينات العينية و الشخصية) ، القسم الأول ، عقد الكفالة، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر.

11. محمد كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة ، الجزء 1 ، الكفالة ، الوكالة السمسرة الصلح ، التحكيم الودعية ، الحراسة ، منشأة المعارف ، مصر ، 2005.

12. محمدعلي عبده ، عقد الكفالة ، دراسة مقارنة ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، 2005 ، ط.1.

13. نبيل سعد إبراهيم,التأمينات العينية و الشخصية ، (الرهن الرسمي، حق الإختصاص الرهن الحيازي، حقوق الإمتياز) الكفالة دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2007.

14. ياسين محمد الجبوري ، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الثاني، (أثار الحقوق الشخصية) دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان،2003،ط1.

III. مذكـــرات:

1- وداد باقي ،الكفالة في القانون المدني الجزائري و الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في الحقوق ،تخصص عقود و مسوولية ،جامعة بومرداس، 2009.

2- سعاد توفيق ابو المشايخ، عقد الكفالة المدنية و الاثار المترتبة عليها ،دراسة مقارنة بين مجلة الاحكام العدلية و القانون المدني المصري، فلسطين، 2006.

3- سليمان سارة ،عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة التخرج من المعهد الوطني للقضاء ،الجزائر 2004.

الفهـرس

قـائمة المحتويـات **الصفحـــة**

الإهداء ..... –

شكر و تقدير ..... –

قائمة المختصارات ..... –

المقدمة 1

الخطة 3

الفصل الأول : الأسباب العامة للإنقضاء الكفالة 4

المبحث الّأول : إنقضاء الكفالة بالوفاء 5

المطلب الأول : أطراف إنقضاء الكفالة بالوفاء 6

الفرع الأول : الموفـي 6

أولا : الموفي هو المدين 6

ثانيا : الموفي غير المدين 7

الفرع الثاني : الموفـى له 7

أولا : الوفاء للدائن 8

ثانيا : الوفاء للغير 8

المطلب الثاني : محل الوفاء 9

الفرع الأول : الوفاء الشئ المستحق 10

الفرع الثاني : الوفاء الكامل 11

الفرع الثالث : تعين جهة الدفه عند تعدد الديون 12

المطلب الثالث : كيفية الوفاء 13

الفرع الأول : زمان الوفاء 13

الفرع الثاني : مكان الوفاء 16
المبحث الثاني : انقضاء الكفالة بما يعادل الوفاء 17
المطلب الأول : الوفاء بالمقابل 18
الفرع الأول : شروط الوفاء بالمقابل 19
أولا : الإتفاق على الإستعاضة عن محل الوفاء الأصلي بنقل ملكية شيء أخر 19
ثانيا : تنفيذ الإتفاق بنقل الملكية فعلا إلى الدائن 21
الفرع الثاني : الأثار التي تترتب على الوفاء بالمقابل 22
أولا : أثار الوفاء بمقابل بإعتباره ناقلا للملكية 23
ثانيا : أثار الوفاء بالمقابل باعتبارع الوفاء 23
المطلب الثاني : التجديد و الإنابة 23
الفرع الأول : التجديد 24
أ- التجديد بتعين الدين 25
ب- التجديد بتعين المدين 26
الفرع الثاني : الإنابة 28
المطلب الثالث : المقاصة و إتحاد الذمة 30
الفرع الأول : المقاصة 30
أولا : أنواع المقاصة 31
أ- المقاصة القانونية 31
ب- المقاصة القضائية 31
ج- المقاصة الإختبارية أو الإتفاق 31
الفرع الثاني : إتحاد الذمة 34
أولا : حالا إتحاد الذمة 35
أ- الميراث 35
ب- الوصية 35
المبحث الثالث : أنقضاء الكفالة دون الوفاء 37

المطلب الأول : الإجراء 38
الفرع الأول :شروط الإجراء 38
الفرع الثاني : أثار الإجراء 39
المطلب الثاني : إستحالة التنفيذ 40
الفرع الأول : شروط إستحالة التنفيذ 40
الفرع الثاني : أثار إستحالة التنفيذ 41
المطلب الثالث : التقادم المسقط 42
الفرع الأول :تعريف التقادم المسقط و أساسه 42
الفرع الثاني : مدة التقادم 42
أولا : التقادم طويل المدى 43
أ- دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب 43
ب- الدعوى الناشئة عن الفضالة 43
ج- دعوى ضمان المهندس المعماري والمقاول 43
ثانيا: التقادم القصير المدى 44
أ- التقادم بخمس سنوات 44
ب-التقادم بأربع سنوات 44
ج- دعوى ضمان المهندس المعماري والمقاول 44
د- التقادم بسنتين 44
هـ- التقادم بسنة واحدة 45
و- التقادم بسة أشهر 45
الفرع الثالث : وقف التقادم 46
أولا : أسباب وقف التقادم 46
ثانيا : أثر وقف التقادم 47
الفرع الرابع : إنقطاع التقادم 47
أولا : أسباب إنقطاع التقادم 48

أ- الأسباب المرتبطة بالدائن..... 48
ب- الأسباب المرتبطة بالمدين..... 49
ثانيا : أثر أنقطاع التقادم 49
الفرع الخامس : أثر التقادم 50
الفصل الثاني : الأسباب الخاصة للإنقضاء الكفالة..... 52
المبحث الأول : براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات..... 53
المطلب الأول : تحديد الكفلاء والأساس الذي تقوم عليه براءة ذمتهم..... 54
الفرع الأول : الكفلاء الذين يحق لهم التمسك ببراءة ذمتهم..... 54
الفرع الثاني : الأساس الذي تقوم عليه براءة ذمة الكفيل..... 55
المطلب الثاني: الشروط الواجب توافرها لبراءة ذمة الكفيل..... 56
الفرع الأول: إضاعة الدائن لتأمين خاص 56
الفرع الثاني: ضياع التأمين الخاص بخطأ من الدائن 59
الفرع الثالث: تضرر الكفيل من ضياع التأمين الخاص بخطأ من الدائن 61
المطلب الثالث: أثر إضاعة التأمينات بخطأ من الدائن 65
الفرع الأول: براءة ذمة الكفيل 65
الفرع الثاني: تمسك الكفيل ببراءة ذمته 66
المبحث الثاني : براءة ذمة الكفيل لتأخر الدائن في إتخاذ الإجراءات ضد المدين 67
المطلب الأول : رجوع الدائن على المدين 68
الفرع الأول : مطالبة الدائن للكفيل 68
الفرع الثاني : شروط تمسك الكفيل بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا 70
المطلب الثاني : الدفع بالتجريد 72
الفرع الأول : تعريف و شروط الدفع بالتجريد 72
أولا: تعريف الدفع بالتجريد 72
ثانيا : شروط الدفع بالتجريد 73
الفرع الأول : أثار الدفع بالتجريد 79

المطلب الثالث : وقت و أثر إنذار الكفيل للدائن 82
الفرع الأول : وقت إنذار الكفيل للدائن 83
الفرع الثاني: أثر إنذار الكفيل للدائن 84
المبحث الثالث:براءة ذمة الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين 86
المطلب الأول:صاحب الحق في التقدم لتفليسة المدين 86
المطلب الثاني : الشروط الواجب توافرها لبراءة ذمة الكفيل 87
الفرع الأول : إهمال الدائن و عدم تقدمه في تفلسية المدين 87
الفرع الثاني : تضرر الكفيل من عدم تقدم الدائن في التفسية 88
المطلب الثالث : الأثر المترتب عن عدم تقدم الدائن في تفلسية المدين 89
الفرع الأول : تمسك الكفيل ببرائة ذمته 89
الفرع الثاني : براءة ذمة الكفيل 90
الخاتمة 92
قائمة المراجع 94
الفهرس 97