

النظام القانوني للكفالة في الجزائر

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون أعمال

إشراف الأستاذ:

- الطاهر كشيدة

إعداد الطالب:

- السعيد زعبار

لجنة المناقشة:

عجايبي الياس.....رئيسا

الطاهر كشيدة.....مشرفا

بن حميدوش نور الدين.....مناقشا

السنة الجامعية سبتمبر 2015

مقدمة

القاعدة العامة في الالتزامات، أن لكل التزام أثرا هو تنفيذ هذا الالتزام، استجابة لعنصر المديونية، وبذلك تكون أموال المدين لهذا الالتزام هي الضامنة للوفاء بديونه، أي هي التي تشكل الضمان العام لدائنيه، فتتص المادة 180 من القانون المدني الجزائري بأنه: "أموال المدين جميعا ضامنة للوفاء بديونه، وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان".

وبناء على نص المادة أعلاه يمكن استخلاص خاصيتين:

الخاصية الأولى: جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، هذا يعني أن مسؤولية المدين عن الوفاء بالتزاماته مسؤولية شخصية غير محددة بمال معين بالذات، وإنما تنصب على كافة الاموال التي يمتلكها المدين وقت التنفيذ.

الخاصية الثانية: جميع الدائنين متساوون في الضمان العام إلا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون، وهذا يعني أن الدائنين العاديين لمدين واحد، لهم حقوق متساوية على جميع الأموال الموجودة في ذمة مدينهم أيا كان تاريخ نشوء حقهم وأيا كان تاريخ اكتساب هذه الأموال، ويترتب على هذه المساواة أنه إذا كانت أموال المدين غير كافية للوفاء بجميع ديون الدائنين كاملة، فإن هذه الأموال ينبغي أن تقسم عليهم قسمة غرماء.

إن حق الضمان العام بما يقرره للدائنين من حماية لا يرفع من ذلك يد المدين عن التصرف في أمواله أو الزيادة في التزاماته، ويترتب على ذلك أن تكون للمدين حرية التصرف في أمواله، فالضمان العام لا يعد إذا وسيلة مؤكدة لتأمين الدائنين. لذلك تدخل المشرع لحمايتهم ووضع تحت تصرفهم وسائل قانونية تهدف كلها إلى حمايتهم واستيفاء حقوقهم كاملة، بداية بالإجراءات التحفظية من ذلك مثلا أن يقطع الدائن التقادم منعا لسقوط حقه، أن يقيد رهنه، وضع الأختام على أموال مدينه، أن يحرر محضر جردها عند موت المدين أو إفلاسه.

بالإضافة إلى الطرق والإجراءات التحفظية هناك وسائل تنفيذية تتمثل في:

- الدعوى غير المباشرة، الدعوى البولصية، الدعوى الصورية.

ورغم هذه الإجراءات والوسائل فإن الضمان العام لا يوفر للدائن ضمانا كافيا لاستيفاء حقه بالأولوية على غيره من الدائنين، وهذا الأمر لا يشجع الدائنين على منح ائتمانهم للغير، لهذا السبب أوجد المشرع وسائل أخرى هي ما اصطلح تسميتها بالتأمينات الخاصة، والتي تتجسد في نوعين هما:

التأمينات العينية: هي تخصيص مال معين من أموال المدين لضمان الوفاء بالالتزام، وهي تحقق للدائن حماية من خطر تصرف مدينه في هذا المال والتنفيذ عليه في أي يد ينتقل إليها، ويقيه أيضا خطر مزاحمة الدائنين العاديين له إذ يمنحه حق التقدم

عليهم جميعا، والتأمينات العينية التي نظمها القانون المدني هي الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، وحق التخصيص، وحق الامتياز.

التأمينات الشخصية: هي عبارة عن ضم ذمة مالية إلى ذمة مالية أخرى لضمان حق الدائن. وقد يكون الضم على قدم المساواة، أي يكون المدينون ملزمون جميعا بصفة أصلية بكل الدين.

وقد يكون الضم ليس على قدم المساواة، أي أن البعض يسألون بصفة أصلية عن الوفاء بالالتزام، والبعض الآخر لا يسأل إلا بصفة تبعية كما هو الحال بالنسبة للكفيل.

والكفالة هي أهم التأمينات الشخصية وهي موضوع دراستنا وقد عرفت المادة 644 من القانون المدني على أنها: "عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه".

وقد قسم القانون المدني النصوص المتعلقة بالكفالة إلى فصلين.

الفصل الأول: خاص بأركان الكفالة وهي المواد من 644 إلى 653، والفصل الثاني خاص بالنصوص المنظمة لآثار عقد الكفالة من المواد 654 إلى 673.

❖ أهمية الدراسة:

تكمن أهمية دراسة موضوع الكفالة في كثرة التعاملات بها بين الأفراد فهي تحقق مصلحة المدين في تسهيل عملية ائتمانه وبالتالي يستطيع أن يحصل على ما يحتاجه من قروض.

كما تعد الكفالة من أهم التأمينات الشخصية التي تحقق الطمأنينة للدائن لوجود شخص آخر يمكن أن يطالبه بالوفاء.

❖ أسباب اختيار الموضوع:

توضيح وتبيان ما مدى الدور الهام الذي تلعبه الكفالة في الائتمان وتسهيل المعاملات المالية والتجارية إلى جانب ذلك التعرف على عقد الكفالة والآثار المترتبة عليه من حيث حقوق الدائن وحقوق الكفيل، والنتائج المترتبة على تنفيذ هذا العقد من حيث علاقة الكفيل بالمدين وعلاقة الكفيل مع غيره من الكفلاء.

❖ الإشكالية:

ما مدى اعتبار الكفالة ضمان من الضمانات الكافية لاستيفاء الدائن حقوقه؟

❖ المنهج المتبع:

اتبعنا في دراستنا لهذا الموضوع المنهج التحليلي للنصوص القانونية المتعلقة بالكفالة وعرض آراء الفقهاء.

❖ الخطة:

بعد جمع المادة العلمية اللازمة لخدمة هذا الموضوع ارتأينا تقسيم البحث إلى فصلين، حيث عنون الأول ماهية عقد الكفالة، تضمن مبحثين تم التطرق في المبحث الأول إلى مفهوم عقد الكفالة، في حين تم التطرق في المبحث الثاني إلى أركان عقد الكفالة، أما الفصل الثاني والذي أدرج بعنوان آثار عقد الكفالة وانقضاءها، وهو بدوره أيضا تضمن مبحثين حيث خصص الأول إلى آثار الكفالة، أما الثاني فقد تناول انقضاء الكفالة.

الفصل الأول

ماهية عقد الكفالة

سنتطرق في هذا الفصل إلى تعريف الكفالة وخصائصها وتمييزها عن بعض المفاهيم الأخرى، في مبحث أول، ثم إلى أركان هذه الكفالة وشروطها في المبحث الثاني.

المبحث الأول: مفهوم عقد الكفالة

المطلب الأول: تعريف الكفالة وخصائصها

الفرع الأول: تعريف الكفالة

نصت المادة 644 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:

"الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه".

يتبين لنا من هذا التعريف أن الكفالة عقد يتم بين الكفيل والدائن دون المدين، ولا يشترط رضا المدين وموافقته، بل يمكن أن تتم الكفالة دون علمه ورغم معارضته. ورغم ذلك فالمدين له دور هام في وجود الكفالة، حيث هذا الكفيل ما تبرع إلا ليضمن التزام هذا المدين لدائنه، وليوفر له الثقة والائتمان لدى دائنه، وبالتالي ليمنح هذا الأخير الأمن والأمان¹.

¹ زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، ط4، دار الأمل، تيزي وزو، ص 27.

ويتبين أيضا من هذا التعريف أن الكفالة تتركز على التزام أصلي، وتعمل على ضمان الوفاء به، لأن الكفالة ترتب التزاما شخصيا في ذمة الكفيل محله الوفاء بالتزام الأصلي إذا لم يف به المدين.

فالتزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي في وجوده وانقضائه وصحته وبطلانه، كما لا ينبغي أن يفهم من العبارة الواردة في التعريف السابق "إذا لم يف به المدين نفسه" أن التزام الكفيل التزام معلق على شرط واقف هو عدم قيام المدين الأصلي بالوفاء، وإنما المقصود بهذه العبارة، أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي، وهذه التبعية تعني ارتباط التزام الكفيل بالتزام المدين في وجوده، وفي مصيره، ولا تنفي أن التزام الكفيل بالضمان منذ إبرام عقد الكفالة هو التزام منجز².

الفرع الثاني: خصائصها

على ضوء التعريف السابق نستطيع أن نجمل خصائص الكفالة فيما يلي:

أولا: الكفالة عقد ضمان شخصي

تتميز الكفالة بالطابع الشخصي لأن الكفيل تضاف ذمته إلى جانب ذمة المدين للوفاء بالدين، أي أن الكفيل يضم ضمانه العام إلى الضمان العام للمدين وهذا الطابع الشخصي يميزها عن الكفالة العينية التي يقدم فيها الكفيل مالا معيناً لضمان الوفاء

² محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري -التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، دار الكتاب الحديث، (د ت ن)، 16.

بدين المدين وهو لا يضمن الوفاء بهذا الدين إلا في حدود المال الذي قدمه تأمينا له³.

ويترتب على اعتبار الكفالة عقد ضمان شخصي أنها لا تجنب الدائن تماما مخاطر إعسار مدينه إلا أن هذا الاحتمال ما زال قائما بالنسبة للكفيل، غير أنه في الوقت الحاضر، بعد شيوع استخدام الكفالة، أصبح الضمان الذي تقدمه الكفالة أكثر أمانا خاصة بعد تدخل البنوك والمؤسسات المالية الأخرى لتقدم ضمانها للحصول على الائتمان اللازم⁴.

ثانيا: الكفالة عقد رضائي

تتعقد الكفالة بمجرد تراضي بين الدائن والكفيل، ولا يشترط فيه أي شكل خاص، فالكفالة تخضع لمبدأ رضائية العقود، من حيث انعقادها ولا تثبت إلا بالكتابة، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 645 من القانون المدني بقوله: "لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينه"، وهذه الكتابة ليست شرطا لانعقاد وإنما هي شرط للإثبات فقط، ويمكن إثباتها بما يقوم مقام الكتابة، كالإقرار واليمين في حالة عدم وجود السند الكتابي⁵.

ثالثا: الكفالة عقد ملزم لجانب واحد

³ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص31.

⁴ نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص248.

⁵ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص28.

الكفالة في الأصل أنها تنشئ التزاما واحد على عاتق الكفيل، أما الدائن فلا يلتزم بشيء مقابل التزام الكفيل.

غير أنه يجوز أن تكون الكفالة عقدا ملزما للجانبين إذا التزم الدائن بالتزام مقابل التزام الكفيل بموجب عقد الكفالة، سواء كان هذا الالتزام لمصلحة المدين أو لمصلحة الكفيل.

ويرى بعض الفقه، أنه إذا كان التزام الكفيل بمقابل نقدي. فإن العقد يصبح صورة من التأمين، ويفقد صفته ككفالة وتسمى في هذه الحالة تأمين الائتمان.

غير أنه جانب من الفقه، يرى أن هذه الصورة، لا تنفي عن العقد صفة الكفالة، لأن محل التزام الكفيل يتحدد بالالتزام المكفول، لا بما يصيب الدائن من ضرر نتيجة عدم وفاء المدين⁶.

إذا كان الأصل في الكفالة عقد ملزم لجانب واحد، فهذا لا يعني أن الكفالة تصرف بالإرادة المنفردة أي تصرف يصدر من جانب واحد، بل أن الكفالة عقد لا يتم إلا بتبادل إرادتين متطابقتين من الكفيل والدائن، كل ما هنالك أن ما يترتب على هذا العقد من التزام لا يكون إلا في جانب الكفيل، فيكون مدينا بضمان الوفاء بالتزام المدين الأصلي إذا لم يف به ويكون الدائن الأصلي دائنا بهذا الالتزام⁷.

⁶ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص19، 20.

⁷ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص294.

رابعاً-الكفالة عقد من عقود التبرع

معنى ذلك أن الكفيل يلتزم بوفاء الدين عن المدين بدون مقابل، وهذا المعنى مستمد من العلاقة بين الدائن والكفيل، لأن الكفيل يؤدي خدمة بدون مقابل عادة، فهو يلتزم بضمان التزام المدين الأصلي دون أن يتلقى أي مقابل من الدائن. وبالرغم من أن الأصل في عقد الكفالة أنه من عقود التبرع، إلا أن صفة المجانية هذه ليست من مستلزماته، فليس هناك ما يمنع من أن الكفيل يشترط مقابلاً عادلاً في نظير المخاطر التي يتعرض لها والصعاب التي يمكن أن يلاقها عند رجوعه على المدين وهذا ما يحدث غالباً عندما يكون أحد البنوك كفيلاً لأحد عملائه⁸.

⁸ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص32.

ولكن ما ينبغي التنبيه إليه هو أن في العلاقة بين الدائن والكفيل يكون عقد الكفالة دائما من عقود التبرع، بمعنى أن الدائن لا يعطي أي مقابل للكفيل لقاء كفالته⁹.
أما إذا تعهد الدائن للكفيل بمقابل لالتزامه كمبلغ من النقود، فإننا لا نكون بصدد كفالة، بل تأمين ائتمان¹⁰. وبذلك يصبح عقدا أصليا لا تابعا واحتماليا لا محددًا على النقيض من الكفالة¹¹.

- ويترتب على اعتبار عقد الكفالة من عقود التبرع بالنسبة للكفيل بحسب الأصل:
- يجب توفر أهلية التبرع في الكفيل حتى يعتبر العقد صحيحا.
 - الكفالة تعتبر من الأعمال المدنية وليس من الأعمال التجارية حتى ولو كان الكفيل تاجرا، فنية التبرع غير مألوفة في التجارة.
 - لا يجوز أن تبرم عن طريق الوكالة إلا إذا صدر بها توكيل خاص.
 - إذا رفعت الدعوى البولصية من دائن الكفيل فإنه يجب أن تراعى شروط هذه الدعوى عندما تنصب على عمل تبرعي¹².

كما أن الكفالة رغم صفتها المدنية، فإنها تعتبر عملا تجاريا إذا أنشأت عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا، أو عن طريق تظهيرها وفقا لنص المادة

⁹ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 298.

¹⁰ سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1992، ص 27.

¹¹ نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه، ص 298.

¹² رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 37-38.

651 من (ق،م،ج) على أنه: "تعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا".

غير أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا، أو عن تظهير هذه الأوراق تعتبر دائما عملا تجاريا¹³.

خامسا - الكفالة عقد تابع

تعتبر هذه الخاصية من أهم خصائص الكفالة، فهي وسيلة من وسائل الوفاء بالتزام معين، وعلى ذلك فإنه يستلزم لقيام الكفالة أن يوجد التزام أصلي بين الدائن والمدين لكي تركز عليه وتقوم على ضمان الوفاء به.

ومنه فإن كل اتفاق للضمان لا يتوفر فيه صفة التبعية فإنه لا يعتبر كفالة، وعلى العكس كل اتفاق للضمان الشخصي يتصف بهذه الصفة فإنه يعتبر كفالة أيا كانت الألفاظ المستخدمة من جانب المتعاقدين، كما أن صفة التبعية تعتبر من الأمور الحتمية بالنسبة للكفالة، وهذا ما يتضح من نص المادة 648 من (ق، م، ج) والتي جاء فيها: "لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا". وكذا ما جاء بالمادة 652 من (ق، م، ج) على أنه: "لا تجوز الكفالة في مبلغ اكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول".

لكن لا يجب ألا يفهم من ذلك أن صفة التبعية في الكفالة تعتبر متعلقة بالنظام العام، فمبدأ الرضائية في العقود يسمح بإبرام الأطراف عقد من أجل ضمان دين معين

¹³ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص33.

ومع ذلك يستبعدون فيه هذه الصفة دون أن يكون في ذلك أية مخالفة للنظام العام،
غير أنهم بذلك يكونوا قد استبعدوا صفة الكفالة عن هذا الاتفاق¹⁴.

ويترتب على صفة التبعية التي تلحق التزام الكفيل عدة نتائج نجلها فيما يلي¹⁵.

- لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا، فالكفيل له

الحق في التمسك بالدفع التي يحق للمدين التمسك بها.

- الكفالة تتبع الالتزام المكفول من حيث الوجود والإنقضاء والحوالة.

- لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولا بشروط أشد

من شروط الدين المكفول، ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشروط أهون.

- أما من حيث الآثار¹⁶، فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده قبل أن

يرجع على المدين ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل قبل أن ينفذ على أموال

المدين، وفكرة التبعية تجعل الكفيل في مركز أفضل من مركز المدين، لأن المدين هو

وحده صاحب المصلحة في الدين.

المطلب الثاني: تمييز الكفالة عن بعض الأنظمة المشابهة لها

¹⁴ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 287-288.

¹⁵ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 39-40.

¹⁶ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 24.

تعتبر الكفالة أداة من أدوات الائتمان من الناحية الاقتصادية، ومن الناحية القانونية وسيلة من وسائل الضمان، ولذلك نجد أن هناك أنظمة قانونية أخرى شبيهة بالكفالة سواء من حيث تكوينها القانوني أو من حيث وظيفتها الاقتصادية.

الفرع الأول: الكفالة والتضامن بين المدينين

تختلف الكفالة عن التضامن بين المدينين لأن المدين المتضامن يلتزم بصفة أصلية في مواجهة الدائن، وهو يلتزم بنفس الدين الذي يلتزم به كل مدين متضامن معه، حتى ولو كان في علاقته بهؤلاء المدينين غير صاحب مصلحة في الدين. أما الكفيل فهو لا يلتزم بصفة أصلية، بل بصفة تبعية ويظل الكفيل ملتزماً بصفة تبعية حتى ولو كان متضامناً مع المدين الأصلي، ويترتب على صفة التبعية هذه أن الكفيل حتى ولو كان متضامناً أن يتمسك ببراءة ذمته إذا ما أضع الدائن تأمينات، وكذلك يتمسك بسقوط التزامه إذا لم يرجع الدائن على المدين خلال 06 أشهر من تاريخ إنذار الكفيل له بذلك، وإذا لم يدخل الدائن في تقييسة المدين سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما كان يستطيع أن يحصل عليه من هذه التقييسة¹⁷.

الفرع الثاني: الكفالة والتعهد عن الغير

عرف المشرع الجزائري التعهد عن الغير في نص المادة 1/114 من القانون المدني على أنه: "إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده، فإذا رفض الغير

¹⁷ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 300.

أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به".

نستخلص مما سبق أن التعهد عن الغير هو عقد يلتزم بموجبه شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر معين، فالمتعهد عن الغير لا يكفل هذا الغير، بل يلتزم التزاما أصليا بالحصول على موافقة الغير في أن يلتزم، أما التزام الكفيل هو التزام تابع، وعليه فالكفيل يقوم بالوفاء إذا تقاعس المدين عن الوفاء بالدين، بينما المتعهد عن الغير إما أن يفي بما التزم به، وهو جعل الغير يقبل التعهد، فتنتهي مسؤوليته أو تعويض المتعهد له عما لحقه من ضرر نتيجة لعدم تنفيذ ما تعهد به بوصفه مدينا أصليا وليس كفيلًا¹⁸.

ومثال التعهد عن الغير أن توجد دعوى بين اثنين، فيموت أحدهما، فيتصلح أحد الورثة مع الخصم ليضع حدا للنزاع ويتعهد نحوه بقبول باقي الورثة لهذا الصلح¹⁹.

الفرع الثالث: الكفالة والإنابة الناقصة

تختلف الكفالة عن الإنابة الناقصة من حيث أن المناب يلتزم التزاما أصليا بجانب المنيب في مواجهة الدائن²⁰، ومن ثم لا يجوز للمنيب أن يدفع في مواجهة الدائن

¹⁸ سليمان محمدي، محاضرات في القانون المدني (عقود خاصة)، أقيت على طلبة السنة الثالثة ليسانس، جامعة الجزائر، كلية الحقوق 1995/1996، ص9.

¹⁹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص43.

²⁰ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص300.

بضرورة رجوعه أولاً على المناب كما هو حق الكفيل في الدفع بضرورة رجوع الدائن أولاً على المدين²¹، ويستطيع الدائن أن يختار أي من المناب أو المنيب ليطالبه بالدين، فكل منهما ملتزم بصفة أصلية، أما بالنسبة للكفيل فهو يلتزم بصفة تبعية²². أما الإنابة الكاملة فلا وجه لالتباس بينها وبين الكفالة، لأن المنيب في الإنابة الكاملة يختفي ليحل محله المناب، فلا يكون أمام الدائن إلا مدين واحد²³.

المطلب الثالث: أنواع الكفالة والشروط الواجب توافرها في الكفيل

الفرع الأول: أنواع الكفالة

يمكن تقسيم أنواع الكفالة استناداً إلى طبيعة الكفالة واستناداً لمصدر التزام المدين بتقديم كفيل.

أولاً: أنواع الكفالة حسب طبيعتها

1 الكفالة المدنية:

تنص المادة 651 من (ق،م،ج) في الفقرة الأولى بأنه: "تعتبر كفالة الدين التجاري عملاً مدنياً ولو كان الكفيل تاجراً".

²¹ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص30.

²² زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص22.

²³ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص30.

الأصل هو اعتبار الكفالة عقدا مدنيا وليس تجاريا، فهي من عقود التبرع فلا تتفق مع العقود التجارية، فالكفالة تبقى عملا مدنيا بالنسبة للكفيل ولو كان الالتزام المكفول تجاريا وهذا يعتبر استثناء من فكرة التبعية التي تلحق التزام الكفيل باعتباره تابعا للالتزام المكفول وتبقى الكفالة عملا مدنيا حتى ولو كان الدائن والمدين تاجرا²⁴.

فالفقرة الأولى من المادة 651 انصرفت إلى تحديد طبيعة الكفالة بالنسبة للكفيل، لكن تركت تحديد طبيعتها بالنسبة للدائن للقواعد العامة، فتكون تجارية بالنسبة للدائن التاجر إذا أبرمها لحاجة تجارية أو بمناسبتها.

2 الكفالة التجارية:

تنص المادة 651 من (ق،م،ج) في الفقرة الثانية بأنه "...غير أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا، أو عن تظهير هذه الأوراق، تعتبر دائما عملا

تجاريا"، وبالتالي هذه الفقرة أوردت استثناءين على القاعدة التي تقضي أن الأصل في الكفالة أن تكون عملا مدنيا، فتكون الكفالة تجارية في الحالتين الآتيتين.

الحالة الأولى:

²⁴ أحمد شرف الدين، التأمينات العينية والشخصية، الكفالة والرهن والاختصاص والامتياز (د ت ن)، (د م ن)، ص 18-19.

إذا كانت الكفالة ناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا، فهذا يعتبر عملا تجاريا إذا ورد على كمبيالة، أما إذا ورد على سند أذني فلا يعتبر كذلك إلا إذا كان السند الأذني نفسه تجاريا²⁵.

الحالة الثانية:

وهي تظهير الورقة التجارية على سبيل الضمان، فالورقة التجارية تظهر إما لنقل ملكيتها أو لتحصيل قيمتها أو رهنها. ويترتب على اعتبار الكفالة مدنية أو تجارية أهمية من حيث الإثبات ومن حيث الاختصاص القضائي.

ثانيا: أنواع الكفالة استنادا إلى مصدر التزام المدين بتقديم كفيل

بالنسبة لالتزام المدين بتقديم كفيل قد ينشأ عن الاتفاق بينه وبين الدائن ويكون مصدر الكفالة الاتفاق، وقد يكون المدين ملتزما بتقديم كفيل بحكم القانون، كما يحدث أن يكون ملتزم بتقديم كفيل بناء على حكم قضائي.

وعليه فالكفالة تتنوع من حيث مصدر التزام المدين بتقديمها إلى كفالة اتفاقية وكفالة قانونية وكفالة قضائية.

1 الكفالة الاتفاقية:

الكفالة الاتفاقية هي التي يكون فيها المدين قد التزم للدائن بإرادته بتقديم كفيل يضمن دينه، وتعتبر اتفاقية ولو لم يقم المدين بتقديمها إلا بعد إكراهه على قضاء

²⁵ المرجع السابق، ص 19.

الدين، وتحدث غالبا في حالة رفض الدائن إعطاء المدين قرضا أو منحه أجلا، ويمكن القول أن الكفالة تعتبر اتفاقية في كل الأحوال التي لا يكون فيها المدين ملزم بتقديم كفيل بناء على نص في القانون أو بموجب حكم قضائي²⁶.

2 الكفالة القانونية:

أما في الكفالة القانونية فيكون المدين ملزما بتقديم كفيل بحكم القانون في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك. وهذا ما نصت عليه المادة 851 من (ق،م،ج) بقولها: "إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا وجب جرده ولزم المنتفع تقديم كفالة به..." وأيضا ما نصت عليه المادة 212 من (ق،م،ج) بقولها: "...على أنه يجوز للدائن، حتى قبل انقضاء الأجل أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه، وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين إذا خشي إفلاس المدين، أو عسره واستند في ذلك إلى سبب معقول".

3 الكفالة القضائية:

وتكون الكفالة القضائية إذا كان المدين ملزم بتقديم كفيل بموجب حكم قضائي، فيكون هذا الحكم هو مصدر الالتزام، وبناء على ذلك إذا كان حكم القضاء إقرارا لوجود هذا الالتزام في الاتفاق أو في القانون، فلا تكون الكفالة قضائية ولا يغير ذلك من طبيعتها الاتفاقية أو القانونية، لأن العبرة في ذلك بمصدرها الأصلي²⁷.

²⁶ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص301.

²⁷ - المرجع السابق، ص302.

ومن أمثلة الكفالة القضائية في (ق،م،ج) ما نصت عليه المادة 717 الفقرة الثانية على أنه: "والمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية، أن تقرر مع كل ما تراه مناسباً من التدابير ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من التعويضات".

ولهذه التفرقة بين أنواع الكفالة أهميتها حيث تنص المادة 667 من (ق،م،ج) بأنه: "يكون الكفلاء في الكفالة القضائية أو القانونية دائماً متضامنين".

وما يستخلص من النص أن التضامن في الكفالة الاتفاقية لا يفترض، بل لابد من الاتفاق عليه صراحة، بينما في الكفالة القضائية والقانونية، فالتضامن مفترض بين الكفلاء، فالتزام الكفيل في الكفالة القانونية والقضائية أشد عبئاً منه في الكفالة الاتفاقية²⁸.

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الكفيل

إن الهدف الأساسي من تقديم الكفالة، يتمثل في تأمين الدائن من خطر إعسار المدين، وذلك بضم ذمة أخرى إلى ذمة المدين، وينبغي كي تحقق الكفالة حماية للدائن، يجب أن تتوفر شروط معينة في الكفيل.

²⁸ وداد باقي، الكفالة في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير)، جامعة بومرداس كلية الحقوق، 2009، ص88.

وقد نص المشرع على هذه الشروط في المادة 646، بقوله: "إذا التزم المدين بتقديم كفيل، وجب أن يقدم شخصا موسرا ومقيما بالجزائر، وله أن يقدم عوضا عن الكفيل، تأميننا عينيا كافيا".

يتبين من نص المادة أنه يجب أن تتوافر في الكفيل الشروط التالية.

1- يجب أن يكون الكفيل موسرا.

أي يجب أن يتوافر لديه القدرة المالية على الوفاء بالدين عندما لا يفي به المدين، وليس مهما أن يكون يسار الكفيل متحققا عن طريق امتلاكه لعقارات مثلا، فأيا كانت الأموال التي يملكها عقارات أم منقولات،²⁹ والمدين الملتزم بتقديم كفيل هو الذي يقع عليه عبء إثبات يسار هذا الكفيل يقاس بما لديه من أموال كافية للوفاء بالدين الذي كفله، ومع ذلك يستطيع الدائن أن يثبت أن هذه الأموال أو بعضها متنازع فيها أو يصعب التنفيذ عليه لبعده أو سهولة تهريبه أو لأي سبب آخر.

وتوافر صفة اليسر أو الإقتدار في الكفيل مسألة موضوعية متروك تقديرها لقاضي الموضوع³⁰.

2- يجب أن يكون الكفيل مقيما بالجزائر

والحكمة من هذا الشرط حتى يستطيع الدائن الرجوع عليه بأسهل الطرق، وذلك إذ لم يف المدين بالتزامه، والإقامة المقصودة هنا هي الإقامة العادية، وليس العرضية،

²⁹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 52-53.

³⁰ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 305.

ولا يشترط أن يكون الكفيل مقيما في موطن المدين، كما لا يشترط أن يكون الكفيل جزائريا، بمعنى يمكن أن يكون الكفيل أجنبيا له موطن بالجزائر وحتى موطن مختار³¹.

3- يجب توافر الأهلية الواجبة للالتزام بالكفالة.

بالنسبة لأهلية الكفيل، العبرة بتوافرها عند انعقاد العقد، ولا يؤثر تغييرها بعد ذلك على التزام الكفيل وذلك طبقا للقواعد العامة³².

لكن إذا أصبح الكفيل معسرا أو غير موطنه إلى خارج الجزائر بعد انعقاد الكفالة فإنه تطبيقا للقواعد العامة يسقط أجل الدين ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا، وهذا ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 211 من (ق،م،ج): "أما إذا كان إنقاص التأمين يرجع إلى سبب لا يدخل للمدين فيه، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا". وقد يكون الضمان الجديد كفيل آخر أو تأمين عيني³³. وفي حالة وفاة الكفيل، يظل التزامه قائما، لأن تركته ضامنة لالتزامه وهذا طبقا للقواعد العامة³⁴.

³¹ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص39.

³² نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص306-307.

³³ محمدحسين، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق بن عكنون، ص18.

³⁴ همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص47.

المبحث الثاني: أركان عقد الكفالة

الكفالة -كما سبق وأن رأينا- هي عقد بين الكفيل والدائن يلتزم بمقتضاه الكفيل بأن يفي بالالتزام الأصلي إذا لم يف به المدين، ولا بد لكل عقد من أركان يقوم عليها ومن شروط ينبغي توافرها في هذه الأركان.

وأركان عقد الكفالة هي: الرضا والمحل والسبب، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال المطالب الثلاث الآتية:

المطلب الأول: الرضا

عقد الكفالة من العقود الرضائية التي لا يشترط في انعقادها أي شكل خاص، فتتعدد الكفالة بمجرد تطابق إرادتي طرفيها وهما الكفيل والدائن³⁵.

أما المدين الذي تعقد الكفالة عادة لمصلحته فليس طرفا في العقد ولا يشترط رضائه بها، بل تتعدد صحيحة رغم معارضته ودون علمه، وهذا ما نصت عليه المادة 647 من (ق، م، ج) بأنه: "تجوز كفالة المدين بغير علمه وتجاوز أيضا رغم معارضته".

³⁵ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص36.

وهكذا فإنه يجب لكي تنعقد الكفالة صحيحة أن يتوافر رضا الدائن والكفيل بها،
فبالنسبة لرضا الدائن يكون التعبير عن رضائه بالكفالة إما صراحة أو ضمناً، بل إن
سكوته عن الرد على إيجاب الكفيل بالكفالة يعتبر قبولاً منه، لأن هذا الإيجاب يحقق
مصلحته³⁶.

أما بالنسبة لرضا الكفيل، فنظر لخطورة التزامه، تشترط بعض التشريعات شروطاً
كالمرجع الفرنسي في المادة 2015 أن يكون رضؤه بالكفالة صريحاً³⁷.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فإنه لا يمكن أن تتطلب الإرادة الصريحة إلا إذا
نص القانون أو تم الاتفاق على ذلك³⁸، وهذا ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة
60 م (ق م، ج)

أما بالنسبة للوكالة، فإنه إذا أراد الكفيل أن يعطي توكيلاً لشخص ما بالكفالة
وجب أن يكون التوكيل خاصاً ومحدداً لأن عقد الكفالة من عقود التبرع.
أما بالنسبة للدائن تكفي الوكالة العامة، لأنه يستفيد من الوكالة بلا مقابل³⁹.

ويلاحظ أن القواعد العامة بالنسبة للتدليس والاكراه تقضي أنه في حالة وقوع
التدليس أو الاكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أو المكره أن
يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض

³⁶ أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 24-25.

³⁷ همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 53.

³⁸ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 36.

³⁹ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 44.

حتما أن يعلم بالتدليس أو الاكراه، وعليه فإن الكفيل لا يستطيع طلب ابطال العقد إلا إذا أثبت أن الدائن كان يعلم بالتدليس أو الاكراه.⁴⁰

الفرع الأول: الأهلية

تختلف الأهلية اللازمة لإبرام عقد الكفالة بالنسبة للكفيل عنها بالنسبة إلى الدائن، فبالنسبة للدائن يكفي أن يكون متمتعا بأهلية الاغتناء، أي يكفي أن يكون مميزا فيكون الصبي المميز أهلا لإبرام عقد الكفالة ومن في حكمه كالسفيه وذو الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر، ذلك أن الكفالة بالنسبة للدائن تعد من الأعمال النافعة نفعا محضا، إذا لم يلتزم الدائن بشيء في مقابل التزام الكفيل، أما إذا كان ملتزما بشيء في مقابل التزام الكفيل تكون الكفالة بالنسبة إليه من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، وبالتالي يجب أن يكون الدائن بالغا سن الرشد غير محجور عليه، وإلا وقعت الكفالة قابلة للإبطال لمصلحته.

أما بالنسبة للكفيل فالكفالة تتم في الأصل تبرعا، لذا يجب أن تتوافر في الكفيل أهلية التبرع أي أن يكون بالغا سن الرشد حسب ما نصت عليه المادة 40 من (ق، م، ج) والتي حددت سن الرشد بـ 19 سنة، وغير محجور عليه، وإلا وقعت الكفالة باطلة بطلان مطلق، لأن الكفالة في هذه الحالة من التصرفات الضارة ضررا محضا، أما إذا كان الكفيل قد كفل بمقابل سواء اقتضى المقابل من الدائن أم من المدين، كانت الكفالة بالنسبة للكفيل من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، وحكمها أنه إذا كان

⁴⁰ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 37.

الكفيل صبيا مميزا غير راشد أو من في حكمه، فإن الكفالة تكون قابلة للأبطال، وإذا أبرمت الكفالة بطريق الوكالة، فالأصيل لا النائب هو الذي يجب أن تتوفر فيه أهلية التعاقد اللازمة لإبرام الكفالة، وذلك لانصراف آثارها للأصيل.

الفرع الثاني: سلامة الإرادة من العيوب

يشترط لصحة الرضا بالكفالة سلامة إرادة عاقيه من عيوب الرضا، الغلط، الإكراه، التدليس، والاستغلال⁴¹.

وليس هناك قواعد خاصة لتنظيم هذه العيوب في الكفالة إذ نطبق في هذا الصدد القواعد العامة⁴².

وتكون الكفالة قابلة للإبطال لمصلحة من شاب إرادته عيبا من هذه العيوب⁴³، ومقتضى القواعد العامة أنه إذا صدر التدليس أو الإكراه من غير المتعاقدين فليس للشخص المدلس عليه أو المكره أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض أن يعلم بالتدليس والإكراه⁴⁴.

⁴¹ همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص60.

⁴² محمد حسنين، المرجع السابق، ص36.

⁴³ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص319.

⁴⁴ المادتين 87 و89 من القانون المدني الجزائري.

وطبقا لهذا فإن الكفيل لا يحق له أن يطلب إبطال العقد إذا صدر التدليس أو الإكراه من المدين، لأنه ليس طرفا في العقد إلا إذا كان الدائن يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بالتدليس أو الإكراه.

كما أنه ليس للكفيل التمسك بإبطال الكفالة للغلط، إلا إذا كان الدائن قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه من ظروف المعاملة.

والغلط الذي يصح الاستناد إليه لإبطال الكفالة، يتعين أن يكون غلطا جوهريا يبلغ حدا من الجسامة بحيث لولاه لما قام المتعاقد بإبرام العقد كأن يعتقد الكفيل بأنه يكفل دينا لا ينتج فوائد فإذا به ينتجها⁴⁵.

وما يثور غالبا من المشاكل في الواقع العملي بالنسبة للغلط هو أن يقع الكفيل في غلط متعلق بشخص المدين ويجوز طلب إبطال العقد على أساسه، حسب ما نصت عليه المادة 3/82 من (ق، م، ج) بأنه: "إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

وبالرغم من أن المدين ليس طرفا في العقد، فإن الغلط في شخصه أو في صفة من صفاته، يمكن أن يكون سببا في إبطال العقد من جانب الكفيل لأن شخص المدين موضع اعتبار في التعاقد.⁴⁶

⁴⁵ همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص62.

⁴⁶ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص39.

المطلب الثاني: المحل

محل التزام الكفيل هو أن يفي بالتزام المدين، إذا لم يف به المدين نفسه ويجب أن يكون هذا المحل ممكناً ومعيناً ومشروعاً ولكي يكون محل التزام الكفيل كذلك، يجب أن يكون الالتزام الأصلي موجوداً وصحيحاً معيناً أو قابل للتعيين، وهذا ما سنتناوله من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: وجود الالتزام المكفول

تقتض الكفالة وجود التزام مكفول، فالكفالة عقد تابع وبدون وجود هذا الالتزام لا تنشأ الكفالة، فيجوز كفالة الالتزام أياً كان مصدره، ككفالة التزام مصدره العقد، كالالتزام المتولد عن عقد الإيجار، وتجوز كفالة التزام ناشئ عن عمل غير مشروع، فيكفل الكفيل المسؤول بدفع التعويض، وكذلك تجوز كفالة الالتزام الذي مصدره القانون، فيقوم الزوج بتقديم كفيل يكفل التزامه قبل زوجته، كما تجوز كفالة التزام مصدره الإثراء بلا سبب، فيلتزم رب العمل بتقديم كفيل للفضولي⁴⁷.

ويمكن كفالة الالتزام أياً كان محله، سواء كان الالتزام بإعطاء شيء أو الالتزام بعمل أو الالتزام بامتناع عن عمل، كما يجوز أن يكون التزام الكفيل محلاً لكفالة أخرى، وهذا ما يسمى بكفيل الكفيل أو ما يطلق عليه المصدّق فيلتزم هذا الأخير بوفاء الالتزام إذا لم يف به الكفيل⁴⁸ وهذا ما نصت عليه المادة 669 من (ق، م، ج)

⁴⁷ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 69-70.

⁴⁸ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 47.

على أنه: "تجوز كفالة الكفيل، وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل".

ولا تثور الصعوبة عندما يكون محل التزام المدين هو إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، إلا أنه يصعب الأمر عندما يكون الأمر متعلقا بالتزام شخصي في ذمة المدين، أي أن العمل المطلوب قد روعي فيه أن يقوم به المدين شخصيا، فيعتبر محل الكفالة ضمان وفاء المدين شخصيا بهذا العمل أو ضمان ما قد يحكم به عليه من تعويضات جراء إخلاله بالتزامه⁴⁹.

وحتى يكون التزام الكفيل ممكنا، يجب أن يكون الالتزام الأصلي موجودا، ولكن هذا لا يمنع أن يكون الالتزام الأصلي مستقبليا، أو شرطيا، وتجدر الإشارة إلى هذين الالتزامين مع التطرق إلى كفالة الالتزام الطبيعي.

أولا: كفالة الالتزام المستقبلي

لقد نص المشرع على حكم كفالة الالتزام المستقبلي في المادة 650 من (ق،م،ج) ، والتي تقضي بأنه: "تجوز الكفالة في الدين المستقبلي إذا حدد مقدما المبلغ المكفول".

⁴⁹ رمضان أبو السعود ، المرجع السابق، ص70.

ويتبين من هذا النص أن المشرع أجاز كفالة الدين المستقبلي بشرط تحديد الدين المكفول مقدما وهذا الشرط حماية للكفيل، لأنه ليس له أي مصلحة في الكفالة⁵⁰، وحتى يكون الكفيل على بينة من الدين الذي يكفله⁵¹.

والسبب في هذا القيد هو أن الكفيل يتقدم لكفالة دين لم ينشأ بعد، والكفالة باعتبارها عقدا تابعا للالتزام أصلي، لا تقوم إلا بدونه، إلا أنه في هذه الحالة فهي تنشأ قبل نشأة الالتزام الأصلي، فما هو أساس وجودها؟ فالرأي السائد فقها هو أن الكفالة في هذه الحالة تتعقد معلقة على شرط واقف هو تحقق الالتزام الأصلي في ذمة المدين⁵²، والقانون يجيز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 92 من (ق،م،ج) بأنه: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا".

فكما يجوز بيع شيء سيوجد في المستقبل، يجوز أيضا كفالة الالتزام مستقبلا. فالكفيل إما أن يكون قد عين مدة للكفالة، وإما أن يكون قد قدم كفالته دون تحديد لمثل هذه المدة.⁵³

بينما ينتقد آخرون هذا الرأي بأنه في حالة تحقق هذا الشرط، يجب التسليم بصحة الكفالة من تاريخ انعقادها، بناء على الأثر الرجعي للشرط، مع أن الالتزام الأصلي لم

⁵⁰ سليمان محمدي، المرجع السابق، ص14.

⁵¹ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص45.

⁵² محمد حسنين، المرجع السابق، ص44.

⁵³ محمد صبري السعدي المرجع السابق، ص45-46.

يوجد إلا بعد ذلك، فكأن الكفالة تظل فترة من الزمن صحيحة دون أن تستند إلى التزام أصلي⁵⁴، ويصل أنصار هذا الرأي إلى القول بأن المشرع استثنى كفالة الالتزام المستقبلي من قاعدة وجوب ارتكازها على التزام موجود عند انعقادها.

وتنص الفقرة الثانية من المادة 650 من (ق،م،ج) على أنه: "إذا كان الكفيل في الدين المستقبلي لم يعين مدة الكفالة، كان له أن يرجع فيها في أي وقت مادام الدين المكفول لم ينشأ".

يتضح من هذه الفقرة بمفهوم المخالفة، أنه إذا عين الكفيل مدة لقيام كفالته، لا يجوز له أن يرجع في الكفالة طوال هذه المدة، ووجب عليه وفاء الدين عن المدين الأصلي متى وجد الدين وحل ولم يوفه المدين الأصلي في خلال هذه المدة⁵⁵، أما إذا لم يعين الكفيل مدة لقيام كفالته، فإن له أن يرجع عن كفالته في أي وقت مادام الدين المكفول لم ينشأ بعد في ذمة المدين الأصلي، أما إذا لم ينشأ الدين، فلا يجوز للكفيل أن يرجع في كفالته، ويظل ملتزماً بالكفالة⁵⁶.

ثانياً: كفالة الالتزام الشرطي

⁵⁴ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص46.

⁵⁵ أنور العمروسي، التضامن، والتضام، والكفالة في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 1999، ص85.

⁵⁶ أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، الوكالة، الوديعة، الحراسة، المقامرة والرهان المرتب مدى الحياة، عقد التأمين الكفالة، ج10، ط1، الاسكندرية، ص 287.

فقد نصت المادة 650 من (ق، م، ج) أيضا على كفالة الالتزام الشرطي، فبعد أن نصت على جواز كفالة الدين المستقبلي، أضافت أنه: "تجوز الكفالة في الدين المشروط".

يتضح من خلال هذه الفقرة أن الكفالة تتم سواء كان التزام المدين معلقا على شرط واقف أو على شرط فاسخ⁵⁷، وطالما أن الكفالة تابعة للالتزام الأصلي فإنها تأخذ وصفه، وتبعا لذلك إذا كان الالتزام الأصلي معلقا على شرط فاسخ فإن التزام الكفيل يكون بدوره معلقا على شرط فاسخ، فإذا تخلف الشرط الفاسخ صار الدين الأصلي باتا وكذلك يكون باتا التزام الكفيل، أما إذا تحقق الشرط الفاسخ فإن الدين الأصلي يفسخ بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن، وكذلك يفسخ التزام الكفيل ويعتبر كأن لم يكن.

أما إذا كان الالتزام الأصلي معلقا على شرط واقف فيكون التزام الكفيل معلقا على شرط واقف أيضا، فإذا تخلف الشرط الواقف زال الدين الأصلي بأثر رجعي واعتبر كأن لم يكن، وكذلك يزول التزام الكفيل ويعتبر كأن لم يكن، أما إذا تحقق الشرط الواقف فإن الالتزام الأصلي ينفذ بأثر رجعي وكذلك ينفذ التزام الكفيل⁵⁸.

ثالثا: كفالة الالتزام الطبيعي

⁵⁷ سليمان محمدي، المرجع السابق، ص15.

⁵⁸ محمد حسنين، المرجع السابق، ص46.

الالتزام الطبيعي هو الالتزام الذي يتضمن عنصر المديونية ويفقد عنصر المسؤولية⁵⁹، فإذا كان الالتزام المدني هو الالتزام الذي يستفيد من الحماية القانونية الكاملة، حيث يكون للدائن حق في إجبار المدين على الوفاء به بشتى الطرق القانونية، فإن الالتزام الطبيعي لا يستفيد من الحماية القانونية الكاملة، إذ لا يمكن إجبار المدين على التنفيذ⁶⁰.

وفي هذا الشأن، هناك من يرى أن الالتزام الطبيعي يتكون من عنصرين، عنصر المديونية الذي يتضمن الدين، وعنصر المسؤولية الذي يسمح بإكراه المدين على تنفيذ التزامه، وإذا كان الالتزام المدني يشمل العنصرين، فإن الالتزام الطبيعي يفقد عنصر المسؤولية مما يجعله قابلاً للتنفيذ الاختياري دون التنفيذ الجبري⁶¹.

وإذا كان الالتزام الطبيعي لا يلزم المدين بأدائه، فإنه لا يتصور كفالته، وهذا ما يتفق مع القواعد العامة، فطبقاً لتبعية الكفالة للالتزام الأصلي، لا يمكن أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين الأصلي⁶² طبقاً لنص المادة 652 من (ق، م، ج)، وهذا ما ذهب إليه الرأي الراجح في الفقه المصري والذي اجمع على عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعي⁶³.

⁵⁹ سليمان محمدي، المرجع السابق، ص15.

⁶⁰ علي فيلاي، التزامات النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2001، ص16.

⁶¹ المرجع نفسه، ص16-17.

⁶² محمد حسنين، المرجع السابق، ص46-47.

⁶³ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص48.

أما في فرنسا، فيرى البعض بأنه يجوز كفالة الالتزام الطبيعي لأنه إذا كان الوفاء بالالتزام الطبيعي صحيحا، فليس هناك ما يمنع من كفالة هذا الالتزام، بينما يرى آخرون أنه لا يجوز كفالة الالتزام الطبيعي⁶⁴.

وإذا كانت كفالة الالتزام الطبيعي غير جائزة، فإنه يجب مع ذلك ملاحظة ثلاث مسائل:

- إذا تقدم شخص لكفالة التزام طبيعي وهو يعلم أن الالتزام المكفول طبيعي، فإنه لا يكون كفيلا بل مدينا أصليا.
- إذا كفل شخص التزاما مدنيا ثم تحول هذا الالتزام إلى التزام طبيعي بسبب التقادم مثلا، فإن التزام الكفيل يتحول أيضا إلى التزام طبيعي وفي هذه الحالة إذا وفى الكفيل الدين باختياره فلا يحق له استرداد ما وفاه.
- إذا قدم المدين بالتزام طبيعي إلى دائنه كفيلا، فإن هذا يدل على أنه قد تعهد بالوفاء، ويصبح التزامه الطبيعي التزاما مدنيا، ويعتبر من يضمن الوفاء به كفيلا طبقا لأحكام الكفالة⁶⁵.

الفرع الثاني: صحة الالتزام المكفول

⁶⁴ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص48.

⁶⁵ أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص36.

لا يكفي لوجود الكفالة، أن يوجد التزام مكفول، وإنما يشترط فضلاً عن ذلك أن يكون هذا الالتزام المكفول صحيحاً، فقد نصت المادة 648 من (ق،م،ج) على أنه:
"لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً".

وهو نفس الحكم في القانون المدني المصري المادة 776، وبناء عليه، يجب أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً أي كان مصدره أو موضوعه حتى تكون الكفالة صحيحة، وترتب التزاماً في ذمة الكفيل بضمان الالتزام المكفول، وهو ما يعد أحد نتائج تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي⁶⁶.

ونتعرض إلى حكم كفالة الالتزام الباطل، ثم إلى كفالة الالتزام القابل للإبطال.

أولاً: كفالة الالتزام الباطل

إذا كان التزام الكفيل يتبع الالتزام الأصلي في صحته وبطلانه، فإن كفالة الالتزام الباطل تكون باطلة، وعلى ذلك تقع باطلة كفالة الهبة التي لا تأخذ الشكل القانوني، وكفالة الالتزام الباطل لانعدام الأهلية، وكفالة الالتزامات المخالفة للنظام العام والآداب، كالتصرفات المتعلقة بالتركات المستقبلية وغيرها⁶⁷.

نصت المادة 654 من (ق،م،ج) على أنه: "يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين".

⁶⁶ أنور العمروسي، المرجع السابق، ص74.

⁶⁷ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص329-330.

ومن الأوجه التي يحتج بها المدين الأصلي، بطلان التزام المكفول، فللكفيل أيضا أن يحتج بهذا البطلان، فتكون كفالة الالتزام الباطل باطل مثله⁶⁸.

ثانيا: كفالة الالتزام القابل للإبطال

ما اشترطه المشرع لصحة الكفالة من أن يكون الالتزام الأصلي صحيحا، لا يمنع من جواز كفالة الالتزام القابل للإبطال، لأنه التزام قائم قانونا، وذلك حتى الحكم بإبطاله، غير أن تبعية الكفالة للالتزام المكفول تجعل مصيرها مرتبط بمصير هذا الالتزام المكفول، فتظل قائمة ما بقي الالتزام الأصلي قائما، وتبطل إذا بطل الالتزام الأصلي⁶⁹.

والبطلان النسبي كالbطلان المطلق، يعد من المدفوع المتعلقة بالدين، وبالتالي يمكن إثارته من الكفيل، وعلى ذلك إذ تقرر إبطال العقد الذي نشأ عنه الالتزام الأصلي، محل الكفالة، بناء على طلب الكفيل أو المدين، فإن التزام المدين يزول بأثر رجعي، فيعتبر كأن لم يكن أصلا، وتتبعه الكفالة في ذلك، فتبطل وتعد كأن لم تكن أيضا.

هذه القاعدة تطبق إذا كان سبب القابلية للإبطال عيب في الرضا أو نص في القانون، أما إن كان السبب هو نقص أهلية المدين فإن القانون أورد تطبيقا خاصا بها نبحثه فيما يلي:

⁶⁸ أنور العمروسي، المرجع السابق، ص76.

⁶⁹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص80.

ثالثاً: كفالة التزام ناقص الأهلية

لقد عالج المشرع كفالة التزام ناقص الأهلية في المادتين، 649 التي تقضي بأنه: "من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول"، والمادة 2/654. التي تنص: "إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين يتمثل في نقص أهليته وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد، فليس له أن يحتج بهذا الوجه".

وتطبيق هذين النصين معاً يقتضي التفرقة بين حالات ثلاث:

- الحالة الأولى.

- إذا كان المدين المكفول ناقص الأهلية، وأن الكفيل لا يعلم بنقص أهليته، ففي هذه الحالة يكون التزام المدين قابلاً للإبطال بسبب نقص أهليته، ويتبع ذلك أن التزام الكفيل يكون أيضاً قابلاً للإبطال وذلك لأنه التزم تابع للالتزام الأصلي، وعليه إذا طلب المدين إبطال التزامه وحكم له بالبطلان فإن التزامه يعتبر كأن لم يكن وينقضي معه بالتبعية التزام الكفيل ويعتبر أيضاً كأن لم يكن. ويكون للكفيل أن يتمسك بقابلية التزامه للإبطال ولو لم يتمسك به المدين نفسه، لأنه صاحب مصلحة في التمسك بالقابلية للإبطال، وفي هذه الحالة ينقضي التزام الكفيل وتبرأ ذمته، ولكن لا يؤدي ذلك إلى إبطال التزام المدين، إذ لا يحكم به إلا إذا تمسك به صاحب الحق في ذلك.⁷⁰

- الحالة الثانية.

⁷⁰ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، 333.

- إذا كان المدين ناقص الأهلية، وكان الكفيل عالما بنقص أهليته وقت التعاقد. في هذه الحالة يكون التزام الكفيل قابلاً للإبطال بالتبعية إذا كان التزام المدين قابلاً للإبطال. أي إذا تمسك المدين بإبطال التزامه وحكم له بالإبطال، فإنه يعتبر كأن لم يكن وبالتالي يبطل التزام الكفيل بالتبعية، لكن إذا تنازل المدين عن هذا الطلب أي أجاز العقد الأصلي القابل للإبطال، فهنا يظل الالتزام الأصلي قائماً ومنتجا لآثاره، وتظل الكفالة كذلك ولا يجوز للكفيل أن يحتج بهذا الوجه ليبطل التزامه لأنه كان يعلم بنقص أهلية المدين المكفول فيكون علمه وإقدامه على التعاقد نزولاً عن التمسك بنقص أهلية المدين وهذا طبقاً لنص المادة 654/الفقرة 2 المشار إليها سابقاً⁷¹.

- الحالة الثالثة

- أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته، وهذه هي الحالة التي تعرضت لها المادة 649 المذكورة سابقاً.

ففي هذه الحالة يحرم الكفيل من التمسك ببطلان التزامه ويحرم كذلك من بطلان التزامه بالتبعية، أي لا يمكن له الاستفادة من الحكم المقرر في الحالتين السابقتين، وعليه فإذا كانت الكفالة بسبب نقص أهلية المدين، وتمسك هذا الأخير بنقص أهليته وحكم له بذلك برأت ذمته ويبقى الكفيل ملزم بالوفاء بالدين بصفة أصلية⁷².

⁷¹ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 56-57.

⁷² سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 18.

الفرع الثالث: تعيين الالتزام المكفول

يجب أن يكون محل التزام الكفيل معيناً أو قابل للتعيين حتى تصح الكفالة، وبالنظر إلى فكرة التبعية، فإن تعيين التزام الكفيل يرتبط بتعيين التزام المدين، ولكن نظراً لأن التزام الكفيل هو التزام مستقل عن التزام المدين، فإنه يمكن أن يختلف محل كل من الالتزامين، إلا أن الاختلاف المسموح به في هذا المقام محكوم بقاعدة أساسية وهي أن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من التزام المدين، وإن جاز أن يكون أخف منه⁷³.

ولتوضيح ذلك يجب أن نميز بين نوعين من أنواع الكفالة، الأولى هي الكفالة المطلقة، والثانية هي الكفالة المحددة.

أولاً: الكفالة المطلقة

في الكفالة المطلقة لا يعين الكفيل محل التزامه، اكتفاء بتعيين الالتزام الأصلي المكفول، الأمر الذي يجعل محل التزام الكفيل قابلاً للتعيين، ويتحدد التزام الكفيل بالمطابقة محل الالتزام الأصلي من حيث نطاقه، وملحقاته وشروطه وطريقة الوفاء

⁷³ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص48.

به⁷⁴، فأولا يجب تعيين طرفي الالتزام الأصلي ويكون ذلك بتعيين شخص الدائن والمدين، فالدائن طرف في عقد الكفالة، أم المدين فهو لا يشترك في إبرام العقد إلا أنه يجب تحديده، إذ من الجائز أن يكون للدائن أكثر من مدينين، فلا بد من معرفة أي مدين يضمنه الكفيل، فإذا تمت حوالة الدين المكفول إلى مدين جديد فإن الكفيل لا يضمنه إلا إذا رضي بذلك تطبيقا للمادة 254 (ق.م.ج)

ويجب كذلك تحديد محل الالتزام المكفول، فيذكر أن الالتزام المكفول هو مبلغ من النقود أو بضاعة يحدد نوعها ومقدارها.

ويجب أخيرا تعيين الالتزام المكفول من حيث مصدره فقد يكون مصدره عقد بيع، أو عقد قرض.

فإذا تحدد الالتزام المكفول على هذا النحو، دون تحديد التزام الكفيل، فإن التزام الكفيل يكون مطابقا لالتزام المدين، وهذا هو السبب في تسمية الكفالة في هذه الحالة بالكفالة المطلقة، لأن الكفيل أطلق التزامه ولم يحدده.

ولتزام الكفيل في الكفالة المطلقة، لا يشمل فقط أصل الدين المكفول، بل يشمل كذلك ملحقات هذا الدين والمصروفات على النحو الذي حددته المادة 653 من (ق.م.ج)، حيث تنص على أنه: "إذا لم يكن هناك اتفاق خاص فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين، ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل".

⁷⁴ همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص77.

وطبقا لهذا النص فإن محل التزام الكفيل يتكون من عدة عناصر هي:

1 أصل الدين المكفول.

2 ملحقات هذا الدين كالفوائد، والتعويضات التي يحكم بها على المدين لإخلاله

بالتزامه.

3 المصروفات التي أنفقها الدائن في رجوعه على المدين أو على الكفيل.

وبالنسبة للمصروفات فإن المشرع فرق بين مصروفات المطالبة الأولى، وما يلي

ذلك من مصروفات، فمصروفات المطالبة الأولى، هي مصروفات التنبيه ومصاريف

رفع الدعوى، هي مصاريف يتحملها الكفيل، وقد اوجب القانون على الدائن أن يرجع

على المدين قبل أن يرجع على الكفيل طبقا للفقرة الأولى من المادة 660 من (ق، م،

ج) ، تقابلها المادة 788 من القانون المدني المصري.

أما بالنسبة لما يلي من مصروفات كمصاريف السير في الدعوى، فإن الكفيل لا

يلتزم بها إلا إذا أخطره الدائن بمطالبته المدين المطالبة الأولى، إذ قد يبادر الكفيل

بالوفاء فيتقضى المصروفات⁷⁵.

⁷⁵ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص40-42.

أما في حالة إخطار الدائن للكفيل بهذه الإجراءات وعدم قيام هذا الأخير بالوفاء، فعليه أن يتحمل في هذه الحالة نتيجة تقصيره هو، ويسأل عن المصروفات التي ينفقها الدائن بعد هذا الإخطار⁷⁶.

ثانياً: الكفالة المحددة

قد لا يرضى الكفيل بضمان كل دين المدين ومصروفاته، فيقوم بتحديد محل التزامه تحديداً دقيقاً، وهذا الاتفاق جائز، وهو يخضع للقاعدة مؤداها أن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من التزام المدين، لكن من الجائز أن يكون أخف منه⁷⁷.

1 - الكفالة لا تتعدى الدين المكفول

إذا كفل الكفيل شخصاً معيناً بالذات فلا يمكن أن تتعدى هذه الكفالة إلى شخص آخر، لأن المدين ولو لم يكن طرفاً في العقد إلا أنه يعتبر عنصراً هاماً في الكفالة ككل، فالغلط في شخص المدين أو في صفة من صفاته يؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً نسبياً، كما أنه إذا استبدل بالمدين الذي كفله مديناً آخر، برئت ذمته، ما لم يرتضي كفالة المدين الجديد طبقاً لنص المادة 293 من (ق، م، ج) التي تنص على أنه: "لا تنتقل الكفالة العينية أو الشخصية ولا التضامن إلى الالتزام الجديد إلا إذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون" كما أن المادة 254 من (ق، م، ج) تقضي

⁷⁶ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 338.

⁷⁷ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 52.

بأنه: "يحال الدين بكامل ضماناته، غير أنه لا يبقى الكفيل، عينيا كان أو شخصيا التزام تجاه الدائن إلا إذا رضي بالحوالة".

2- الكفالة لا تتعدى الشيء المكفول

لا يلتزم الكفيل إلا في حدود ما ورد في عقد الكفالة، فإذا كفل مبلغا معيناً أو اتضح فيما بعد أن الدين أكبر من ذلك فلا يسأل عن الجزء الذي لم يكفله، كما أنه إذا كفل أصل الدين فلا يلتزم بملحقاته وإذا كفل الكفيل المستأجر في عقد الإيجار فإن كفالته تنصب على الالتزامات الناشئة عن هذا العقد، فلا يسأل عن الالتزامات المترتبة عن تجديد العقد تجديداً ضمناً، حيث يعتبر هذا التجديد الضمني إيجاراً جديداً لا مجرد امتداد للإيجار الأصلي⁷⁸.

⁷⁸ أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 39-40.

المطلب الثالث: سبب الكفالة

إن المشرع لم ينظم نصوصاً خاصة بالسبب، فيما يتعلق بالكفالة، ولذلك يجب الرجوع إلى القواعد العامة في هذا الصدد.

فالمادة 97 من (ق،م،ج) تنص على أنه: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً".

كما تقضي المادة 98 من (ق،م،ج) على أنه: "كل التزام مفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك".

ترجع صعوبة تطبيق نظرية السبب على الكفالة إلى طبيعتها الخاصة، باعتبارها عملية قانونية ثلاثية، فهناك العلاقة بين الدائن والمدين، ثم العلاقة بين الكفيل والدائن، والعلاقة بين الكفيل والمدين التي رغم أهميتها إلا إنها خارجة عن نطاق الكفالة، لأن المدين ليس طرفاً في هذا العقد.

فهل يستطيع الكفيل أن يحتج في مواجهة الدائن، بما قد يعتري علاقته بالمدين، من عدم وجود السبب أو من عدم مشروعيته؟⁷⁹.

⁷⁹ محمد علي عبده، عقد الكفالة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2005، ص 57.

لقد اختلف الفقه في تحديد المقصود بالسبب.

فذهب البعض إلى أن المقصود بسبب العقد أي الباعث الدافع للتعاقد حيث

اشتراط أن يكون مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب.

بينما ذهب البعض الآخر فضلاً عن مشروعية سبب العقد فلا بد من وجود سبب

الالتزام باعتباره الغاية الموضوعية المباشرة من العقد⁸⁰.

فإذا كانت الكفالة تبرعية كان السبب هو نية التبرع إذا أخذنا بالنظرية التقليدية

للسبب، أما إذا كانت الكفالة بعوض فإن سبب التزام الكفيل يكمن في وجود هذا

الالتزام المقابل الذي قد يتمثل في حصوله على مقابل الكفالة من الدائن أو من

المدين، وإذا كان المقابل الذي يحصل عليه الكفيل هو مبلغ تعهد به المدين المكفول

أو كان قد تعهد الكفيل بالكفالة قضاء لدين عليه، ولم يحصل الكفيل على هذا المقابل

أو كان الدين باطلاً، فلا أثر لذلك على التزام الكفيل قبل الدائن ولذلك ذهب البعض

إلى أن التزام الكفيل يعد هنا التزاماً مجرداً عن سببه.

الواقع أنه لا يمكن التسليم بهذا الرأي، فالمقابل الذي يقبل الكفالة من كفالة تبرعية

إلى كفالة عوضيه، هو ذلك المقابل الذي يحصل عليه الكفيل من الدائن وليس من

المدين أو من شخص آخر لا يرتبط بعقد الكفالة، وكذلك فإن البحث عن سبب الالتزام

يجب أن ينحصر في علاقة الدائن بالكفيل لا في علاقة الكفيل بالمدين.

⁸⁰ همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص92.

ومع ذلك فقد يتقدم الكفيل لكفالة المدين ويحدوه باعث غير مشروع، فبطلان الكفالة يتوقف على علم الدائن بهذا الباعث، فإذا كان على علم به وقت الكفالة كانت باطلة، أما إذا كان الدائن لا يعلم بالباعث غير المشروع فتكون الكفالة صحيحة⁸¹.

ملخص الفصل الأول:

تناولنا في هذا الفصل مبحثين، حيث تم تخصيص المبحث الأول إلى ماهية عقد الكفالة، وذلك من خلال تعريف المشرع لعقد الكفالة حسب نص المادة 644 من القانون المدني، ومن خلال هذا التعريف تم إبراز خصائص عقد الكفالة، حيث أنه عقد ضمان شخصي ورضائي، وملزم لجانب واحد، وعقد تبرع في الأصل، كما أنه عقد تابع وهي أهم خاصية في عقد الكفالة، إلى جانب تميز عقد الكفالة عن بعض المفاهيم المشابهة، وهي: التضامن بين المدينين، التعهد عن الغير والإنابة الناقصة.

والكفالة تنقسم من حيث طبيعتها إلى كفالة مدنية، وكفالة تجارية، واستنادا إلى مصدر التزام المدين إلى كفالة اتفاقية، وكفالة قانونية، وكفالة قضائية، كما تم الإشارة إلى الشروط الواجب توافرها في الكفيل.

أما في المبحث الثاني فقد تناولنا عقد الكفالة باعتباره من العقود التي لا تتم إلى بتوافر أركانه، والمتمثلة في الرضا، فتتعد الكفالة بمجرد تطابق إرادتي طرفيها

⁸¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 67-68.

وهما الكفيل والدائن، أما الركن الثاني فهو محل عقد الكفالة الذي يشترط فيه وجود
الالتزام المكفول، وان يكون صحيحا، وان يكون معيناً، والركن الثالث يتمثل في سبب

الكفالة

الفصل الثاني

آثار الكفالة وانقضاءها

متى أنعقد عقد الكفالة صحيحا، فإنه يترتب آثار فيما بين عاقيه وهما الدائن والكفيل، ونظرا إلى طبيعتها الخاصة وهي أنها عقد تابع للالتزام أصلي فإنه يترتب على ذلك أن تنشأ علاقة بين الكفيل والمدين في حالة ما إذا وفى هذا الكفيل بالدين المكفول وقد يتعدد المدينون الأصليون وقد يكونوا متضامنون أو غير متضامين، وأيضا قد يتعدد الكفلاء وقد يكونوا متضامين أو غير متضامين، ولذلك فإن دراسة آثار الكفالة هي دراسة لكل هذه العلاقات.

ولذلك سندرس في المطلب الأول العلاقة بين الكفيل والدائن، وفي المطلب الثاني العلاقة بين الكفيل والمدين، وفي المطلب الثالث ندرس علاقة الكفيل مع غيره من الكفلاء.

وبما أن الكفالة هي عقد تابع للالتزام الأصلي، فكل ما يؤثر في الالتزام الأصلي يؤثر في التزام الكفيل، وإنقضاء الالتزام الأصلي يعني إنقضاء التزام الكفيل بصفة تبعية، كما ينقضي التزام الكفيل بصفة أصلية دون أن ينقضي الالتزام الأصلي بجميع الأسباب التي تنقضي بها الالتزامات عموما وسندرس إنقضاء الكفالة في المبحث الثاني.

المبحث الأول: آثار الكفالة

المطلب الأول: العلاقة بين الكفيل والدائن

يلتزم الكفيل بموجب عقد الكفالة أن يضمن تنفيذ التزام المدين والوفاء به إذا لم يف به المدين نفسه، ويترتب على ذلك أن للدائن أن يطالب الكفيل بالوفاء بالالتزام المكفول فمتى يحق للدائن الرجوع على الكفيل؟ وما هي الدفع الممنوحة للكفيل في حالة رجوع الدائن عليه؟

الفرع الأول: متى يجوز للدائن الرجوع على الكفيل

هناك شروط تفرضها القواعد العامة، وهو أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل قبل حلول أجل التزام هذا الكفيل، كما يترتب ونظرا للطبيعة الخاصة للكفالة باعتبارها عقد تابع فإن الدائن لا يجوز له الرجوع على الكفيل قبل رجوعه على المدين الأصلي.

أولا: حلول أجل التزام الكفيل

لا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل بالدين المكفول إلا بعد حلول أجل هذا الدين ما لم يكن هناك أجل خاص للالتزام الكفيل، وعلى ذلك لا يجوز مطالبة الكفيل إلى بعد حلول أجل التزامه، حتى ولو كان أجل الدين المكفول قد حل قبل ذلك، لأنه يجوز أن يكون التزام الكفيل أخف من التزام المدين لكن لا يجوز أن يكون أجل التزام الكفيل اقصر من أجل الالتزام الأصلي⁸².

وكل تغيير في أجل دين المدين يستفيد منه الكفيل، ولكن لا يضر منه إذا حصل على مهلة للوفاء بأمر القاضي أو بإذن الدائن، فإن الكفيل يستفيد من هذه المهلة ولا تجوز مطالبته قبل حلول الأجل الجديد.

أما إذا اتفق على تعجيل أجل التزام المدين، فإن الكفيل لا يضر من هذا الاتفاق ولا تجوز مطالبته إلى عند حلول الأجل⁸³.

وإن لم يكن هناك اتفاق على تحديد أجل دين الكفيل، فإن هذا الأجل يحل باستحقاق دين المدين، فلا يجوز للدائن مطالبة الكفيل قبل حلول الأجل⁸⁴.

غير أنه قد ثار الخلاف حول أثر سقوط أجل الدين الأصلي على أجل التزام الكفيل بسبب إفلاس المدين أو إعساره.

⁸² نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 354-355.

⁸³ سمير عبد السيد تناعو، المرجع السابق، ص 58-59.

⁸⁴ تيري، التامينات والشهر العقاري، باريس، 1988، ص 82.

ذهب رأي إلى أن سقوط أجل الدين الأصلي، يستتبع سقوط أجل التزام الكفيل، تأسيساً من ناحية على تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي، ومن ناحية أخرى على أساس الإرادة المشتركة للمتعاقدتين التي اتجهت إلى ضمان الكفالة لإعسار المدين.

بينما ذهب رأي آخر يؤيده همام محمد محمود زهران، وسمير عبد السيد تناغو، أن سقوط أجل الدين الأصلي لا يترتب عليه سقوط أجل التزام الكفيل في حالة الكفالة المطلقة تأسيساً على:

- الإعسار الذي يضمنه الكفيل هو إعسار المدين وقت حلول الأجل المتفق عليه.

- تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي مقيدة بألا يصدر عن المدين بإرادته أو فعله ما يسوء من مركز الكفيل، فضلاً على أن هذه التبعية وإن كانت تمنع أن يحدد التزام الكفيل بشروط اشد من الالتزام الأصلي فإنها لا تمنع من أن يحدد أو أن يصير أخف من الالتزام الأصلي.

- من المقرر في القانون التجاري أن إفلاس المدين يترتب عليه حلول أجل الدين بالنسبة له فقط ولا ينصرف إلى غيره⁸⁵.

ثانياً: رجوع الدائن على المدين أولاً

نصت المادة 660 فقرة 1 من (ق.م.ج) على أنه: "لا يجوز للدائن أن

يرجع على الكفيل إلا بعد رجوعه على المدين".

⁸⁵ همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 97-98.

يتضح من خلال هذا النص، أن الدائن لا يجوز له أن يرجع على الكفيل إلا بعد رجوعه على المدين، معنى ذلك أن على الدائن أن يبدأ أولاً بمطالبة المدين لأن الكفيل يضمن ديناً لا مصلحة له فيه، ولذلك فإنه يكون من العدل ألا يطالبه الدائن بالدفع، قبل أن يرجع على المدين الأصلي بهذا الدين⁸⁶.

والمقصود بالرجوع وفقاً لنص المادة السابقة، هو المطالبة القضائية، أي رفع الدعوى، وعلى ذلك لا يكفي أن يعذر الدائن المدين حتى يمكنه أن يرجع بعد ذلك على الكفيل، ويستثنى من ذلك حالة ما إذا أفلس المدين لا يجوز للدائن أن يرجع على المدين وإنما عليه التقدم في التفليسة حتى يمكن بعد ذلك أن يرجع على الكفيل وحده، ويستثنى من ذلك أيضاً حالة ما إذا كان لدى الدائن سند صالح للتنفيذ إذ أنه ليس في حاجة إلى أن يرفع دعوى على مدينه وإنما يكفي أن يكلف الدائن المدين بالوفاء ويعتبر هذا الإجراء في ذاته رجوعاً كافياً على المدين⁸⁷، فإذا قام الدائن بمطالبة الكفيل قبل أن يرجع على المدين، كان من حق الكفيل أن يدفع دعوى الدائن هذه بدفع معين، حيث أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل إلا بعد رجوعه على المدين، وهذا الدفع لا يعد من الدفوع الشكلية ولا من الدفوع الموضوعية، وإنما يعد دفعا بعدم القبول⁸⁸، ويجوز إثارته في أية حالة تكون عليه الدعوى ولو في الاستئناف⁸⁹.

⁸⁶ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 60.

⁸⁷ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 356-357.

⁸⁸ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 109.

⁸⁹ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 357.

وحتى يستطيع الكفيل أن يتمسك بالدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً
يجب أن يتوافر عدة شروط:

1- ألا يكون للكفيل قد نزل عن التمسك بهذا الحق، والنزول قد يكون صريحاً أو ضمناً، وقد يكون وقت إنعقاد الكفالة أو بعد إنعقادها، وذلك لأن هذا الحق قد قرره المشرع لمصلحة الكفيل، فهو لا يتعلق بالنظام العام، ولذلك يجوز النزول عنه⁹⁰.

2- ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين، لأن تضامنه مع المدين يستفاد منه رضاؤه النزول عن الصفة الاحتياطية لالتزامه⁹¹، كما أن منطق التضامن يقتضي أن للدائن أن يرجع على أي من المدينين المتضامنين ليطالبه بكل الدين، وقد نص المشرع صراحة على هذا الشرط بالنسبة للرجوع الدائن على كفيل الكفيل في المادة 669 من (ق. م. ج) على أنه: "تجوز كفالة الكفيل، وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل"، وطبقاً لنص هذه المادة فإنه لا يجوز للدائن الرجوع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل إلا في حالة التضامن، فإنه يمكن عن طريق القياس الأخذ بهذا الحكم في الحالة التي نحن بصدددها لوحدة العلة، فلا يجوز

⁹⁰ سمير عبد السيد تتاعو، المرجع السابق، ص 62.

⁹¹ همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 128.

للدائن الرجوع على الكفيل قبل الرجوع على المدين ما لم يكن هناك اتفاق صريح على التضامن فيما بينهما⁹².

3- أن يكون للكفيل مصلحة في التمسك بهذا الدفع، وهو لا تكون له مصلحة في ذلك إذا كان المدين معسرا لا فائدة من الرجوع عليه أولا، وهذا الشرط لم ينص عليه المشرع ولكن الفقه يقول به استنادا إلى القواعد العامة في أنه لا دعوى ولا دفع إلا بناء على مصلحة⁹³، والقاضي هو الذي يقدر في النهاية ما إذا كان للكفيل مصلحة في التمسك بالدفع من عدمه ويجب على القاضي أن يحكم بعدم قبول الدعوى إذ تبين أن هناك فائدة ولو بسيطة من رجوع الدائن على المدين أولا، نظرا للصفة التبرعية والاحتياطية والتبعية للكفالة.

وعلى ذلك إذا كان المدين معسرا، أو ظاهر العجز عن الوفاء بالدين، فإنه ليس هناك فائدة من تمسك الكفيل بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا وبذلك تنتفي المصلحة⁹⁴.

⁹² نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص358.

⁹³ محمد علي عبده، المرجع السابق، ص127.

⁹⁴ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص359.

وعبء إثبات أن المدين معسرا أو عاجز عن الوفاء يقع على الدائن، بخلاف الدفع بالتجريد فإن عبء إثبات وجود أموال المدين يمكن التنفيذ عليها يقع على الكفيل⁹⁵.

الفرع الثاني: الدفع بالتجريد

يترتب على الصفة الاحتياطية لالتزام الكفيل، أن الدائن لا يستطيع أن ينفذ على أموال الكفيل قبل أن ينفذ على أموال المدين، هذا ما يسمى بالدفع بالتجريد وقد نص عليه المشرع في المادة 660 / 2 من (ق. م. ج) على أنه "... 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".

وأهمية⁹⁶ هذا الدفع تتجلى في حماية الكفيل وتأكيد دوره الاحتياطي ووضعه التبعية، حيث أن الكفيل يلتزم عادة بالوفاء بدين لا مصلحة له فيه، ومن العدل ألا يرى الكفيل أمواله تنزع منه بينما أموال المدين قائمة لا تمس، ومعنى هذا الدفع في صورة عملية أن الكفيل يقول للدائن عليك قبل أن تنفذ على أموالي أن تتجه أولا إلى أموال المدين فتجرده منها، وستجد لديه من الأموال ما يكفي للوفاء بدينك.

أولا: شروط الدفع بالتجريد.

⁹⁵ عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1970، ج10، ص103.

⁹⁶ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص65.

يشترط للدفع بالتجريد أن يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد وأن يرشد الدائن إلى أموال للمدين موجودة في الجزائر وكافية للوفاء بالدين كله.

1- يجب أن يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد.

الدفع بالتجريد لا يتعلق بالنظام العام، ولذلك لا بد أن يتمسك به الكفيل فلا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه،⁹⁷ وقد نصت المادة 660/2 من (ق. م. ج) بأنه: "... ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق".

ويثور البحث عن الوقت الذي يجوز فيه للكفيل التمسك بالدفع بالتجريد، والمشرع الجزائري لم يحدد الوقت الذي يجوز فيه للكفيل أن يتمسك بالدفع بالتجريد، كما فعل المشرع الفرنسي فقد قضى في المادة 2022 من (ق. م. ف) بأنه يجب على الكفيل أن يدفع بالتجريد عند الإجراءات الأولى التي توجه ضده، أي أن يدفع بالتجريد في الدعوى المرفوعة عليه قبل التكلم في الموضوع وإلا سقط حقه في التمسك به، فيعتبر عدم التمسك به عند الإجراءات الأولى من قبيل التنازل الضمني عنه، وبما أن الدفع بالتجريد حق خاص مقرر للكفيل، فإنه يجوز له أن يتنازل عنه سوء مقدما عند إبرام عقد الكفالة أو بعد إبرامها، وإذا ما تنازل عن هذا الحق فلا يجوز له أن يستعمله بعد ذلك وهذا التنازل قد يكون صريحا أو ضمنيا⁹⁸.

2- يجب ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين.

⁹⁷ المرجع السابق، ص 67.

⁹⁸ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 362-363.

تقضي المادة 665 من (ق. م. ج) صراحة على ذلك بأنه: "لايجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد"، فمنطق التضامن يجعل للدائن الحق في مطالبة أي من المدينين المتضامين بلا تمييز، فلا يكون لأحدهم الحق في طلب تجريد الآخر ويلاحظ أن التضامن الكفيل مع غيره من الكفلاء لا يحرمه من الحق في هذا الدفع، حيث لا أثر لهذا التضامن بين الكفلاء إلا في حرمانهم من الحق في التقسيم.

كما أنه ليس هناك ما يمنع من اتفاق الكفيل مع الدائن في عقد الكفالة بالاحتفاظ بهذا الدفع⁹⁹.

ومنهم من رأى أن مثل هذا الاتفاق لا يجعل الكفيل متضامنا في الواقع، ولو وصف بأنه كذلك، ويسمح للقاضي بعدم تطبيق قواعد التضامن الأخرى، لأنه لا يعتد في تكييف العلاقة بما يذكره المتعاقدان¹⁰⁰.

3- أن يرشد الكفيل الدائن إلى أموال المدين تقي بالدين كله.

⁹⁹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 149-150.

¹⁰⁰ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 67.

نصت المادة 661 من (ق. م. ج) على هذا الشرط صراحة بأنه: " إذا طلب الكفيل التجريد، وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين تقي بالدين كله.

ولا يؤخذ بعين الاعتبار الأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي الجزائرية، أو كانت متنازعا فيها".

ويمكن أن نستخلص من نص المادة ما يلي:

وحتى يكون الدفع بالتجريد قائما على أساس، لا بد أن تكون للمدين أموال يستطيع الدائن أن ينفذ عليها، وعلى الكفيل يقع عبء الإرشاد إلى هذه الأموال، وهو يتحمل نفقات ذلك، كاستخراج الشهادات المثبة لملكية المدين لعقارات معينة أو منقولات أو لحقوق شخصية كمبالغ مودعة في بنك من البنوك مثلا¹⁰¹.

ويجب أن تكون الأموال التي يرشد الكفيل الدائن إليها كافية للوفاء بالدين كله، ويترتب على ذلك إذا كان المدين قد أشهر إفلاسه أو إعساره أو صار في حالة إفلاس أو إعسار ظاهر، فإنه تنتفي الحكمة من الدفع بالتجريد.

والمشعر الفرنسي فهو عكس المشرعين المصري والجزائري إذ لا يشترط أن تكون أموال المدين كافية للوفاء بالدين كله¹⁰²، بل يكفي للتمسك بالتجريد أن تكون للمدين أموال تكفي للوفاء بجزء من الدين، وفي هذه الحالة فإن الدائن ينفذ على

¹⁰¹ المرجع السابق، ص 70.

¹⁰² زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 87.

المدين والكفيل في نفس الوقت، أي ينفذ على المدين بكل دينه، ولا ينفذ على الكفيل إلا بالباقي من الدين بعد استنزال قيمة الأموال التي أرشد إليها الكفيل¹⁰³.

كما يشترط أن تكون هذه الأموال قابلة للحجز عليها ولو لم ينص عليها القانون لأن العبرة ليست في وجود الأموال للمدين وإنما بالقدر الذي يستطيع الدائن أن يحجز عليه ويستوفي منه حقه¹⁰⁴.

ويجب كذلك أن لا تكون هذه الأموال متنازعا فيها، فالمال المتنازع فيه غير مأمون العاقبة، فقد يسفر النزاع عن أنها غير مملوكة للمدين، وهي على كل حال يصعب التنفيذ عليها إذ يقتضي النزاع فيها غالبا التقاضي وما يترتب عليه من طول الإجراءات وتعقيدها.

ويكون المال متنازع فيه إذا رفعت بشأنه دعوى، ويعتبر كذلك حتى ولو لم ترفع بشأنه دعوى، يكفي أن يكون هناك نزاع جدي حوله¹⁰⁵.

ويجب أن تكون هذه الأموال موجودة في الجزائر، أما إذا كانت الأموال موجودة في الخارج فهي وأن جاز التنفيذ عليها، إلا أن في ذلك إرهاب للدائن لا مبرر له ولا يستقيم مع وجود كفيل للدين¹⁰⁶.

¹⁰³ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص71.

¹⁰⁴ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص368.

¹⁰⁵ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص152.

¹⁰⁶ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 70-71.

ثانيا: آثار الدفع بالتجريد

يترتب على توافر شروط الدفع بالتجريد، وقبول المحكمة له عدة نتائج هامة

تتمثل في:

1- منع التنفيذ على أموال الكفيل.

إذا تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد في مرحلة المطالبة القضائية، فإنه لا يترتب عليه وقف سير الدعوى المرفوعة على الكفيل، فإذا تبين للقاضي توافر شروط هذا الدفع، فإن حكمه على الكفيل لا يمكن تنفيذه ضده حتى يجرد المدين من أمواله، وإذا ما أقدم على إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل قبل أن يجرد المدين كانت هذه الإجراءات باطلة، وقد نصت المادة 2/660 من (ق. م. ج) بأنه: "لا يجوز للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله.."، وفي حالة ما إذا تمسك الكفيل بالدفع في مرحلة التنفيذ عن طريق الاستشكال في التنفيذ وكان دفعه مقبول، فإنه يترتب على ذلك وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل، وتسقط الإجراءات التي اتخذها الدائن قبل الدفع به، فيلغى مثلا حجز ما للكفيل لدى الغير، ويلغى التنبيه بنزع الملكية الذي اتخذ ضد الكفيل ويلغى ما ترتب عليه من آثار، وتلغى إجراءات الحجز

التنفيذي على منقولاته، ولا تقع المقاصة بين التزام الكفيل والالتزام الذي ترتب له بعد ذلك في ذمة الدائن¹⁰⁷.

كما أن وقف إجراءات التنفيذ، لا يؤدي إلى منع الدائن من اتخاذ الإجراءات التحفظية، فيحق له أن يطلب وضع الأختام على أموال الكفيل إذا مات، أو أن يوقع حجزا تحفظيا على أمواله، ويجوز له كذلك قطع التقادم الحاصل بالنسبة لأموال الكفيل أو أن يقيد رهنا لمصلحته أو يجدد هذا القيد¹⁰⁸.

2- مسؤولية الدائن على إعسار المدين نتيجة عدم اتخاذه إجراءات التنفيذ في الوقت المناسب.

وقد نصت على ذلك المادة 662 من (ق. م. ج) حيث جاء فيها: "يكون الدائن في كل الأحوال التي يدل فيها الكفيل على أموال المدين، مسؤولا تجاه الكفيل عن إعسار المدين الذي يترتب عن عدم اتخاذه الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب"، وطبقا لهذا النص فإن على الدائن أن يبادر إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهة المدين، ويتخذ هذه الإجراءات على نفقته على أن يعود بها فيما بعد على المدين أو الكفيل، وعليه أن يبذل في هذه الإجراءات عناية الرجل العادي، فإذا تراخى الدائن في ذلك مما ترتب عليه إعسار المدين، أي عدم كفاية أمواله بعد أن كانت كافية، ويكون ذلك بتصرفه في بعض أمواله أو بتحملة بديون جديدة،

¹⁰⁷ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص371.

¹⁰⁸ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص155.

فإن ذمة الكفيل تبرأ في مواجهة الدائن بقدر إعسار المدين، والدائن لا يرجع بشيء على الكفيل سواء خرج بشيء من التنفيذ على المدين أو لم يخرج بشيء¹⁰⁹، ويقع عبء إثبات تقصير الدائن على الكفيل وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية¹¹⁰.

3- براءة ذمة الكفيل.

إذا قام الدائن بالتنفيذ على أموال المدين التي دل عليها الكفيل في الوقت المناسب وحصل على حقه كاملاً، برئت ذمة الكفيل، وإنقضى التزامه، لكن إذا لم يحصل الدائن على حقه كاملاً عند تنفيذه على هذه الأموال، وذلك نتيجة لانخفاض قيمتها عند التنفيذ أو ظهور دائنون عاديون للمدين يزاحمون الدائن، فإنه يستطيع أن يرجع بالباقي من حقه على الكفيل بشرط أن يثبت الدائن أنه نفذ على جميع الأموال التي دل عليه الكفيل، وأنه لم يحصل من هذا التنفيذ على حقه كاملاً، وبعد أن يثبت ذلك بتقديمه محاضر الحجز أو أوراق التنفيذ¹¹¹.

ثالثاً: صورة خاصة للدفع بالتجريد: (الدفع بالتجريد العيني قبل التنفيذ على أموال

الكفيل).

¹⁰⁹ سمير عبد السيد تتاغو، المرجع السابق، ص74.

¹¹⁰ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص128.

¹¹¹ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص373.

نص المشرع الجزائري على هذا الدفع في المادة 663 من (ق. م. ج) بقوله:
"إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانونا أو اتفاقا لضمان الدين وقدمت كفالة بعد
هذا التأمين أو معه ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين، فلا يجوز التنفيذ على أموال
الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين".

ويتضح من هذا النص أن المشرع، لا يشترط أن يكون هذا التأمين كافيا
لوفاء بدين الدائن، على خلاف القاعدة العامة في الدفع بالتجريد، وحتى يستطيع
الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع ينبغي أن تتوافر عدة شروط:

1- يجب أن يكون هناك تأمين عيني خصص لضمان الدين المكفول.

ويستوي أن يكون هذا التأمين العيني ضمانا للدين وحده أو ضامنا له مع غيره
من الديون، والتأمين قد يكون رهنا رسميا أو رهنا حيازيا أو حق امتياز، وقد يكون
واردا على عقار أو منقول.

وقد يكون مصدر هذا التأمين القانون أو الاتفاق، وذلك طبقا للمادة 663 (ق.
م. ج)، ورغم ذلك لا يجب استبعاد حق الاختصاص لأنه يؤخذ بموجب حكم قضائي،

لا بالقانون ولا بالاتفاق، وذلك طبقاً للمادة 937 من (ق. م. ج)، لأن أحكام الرهن الرسمي تسري على حق الاختصاص¹¹².

ولكن لا يدخل ضمن هذا النص الحق في الحبس حيث أنه لا يعتبر تأمينا عينيا¹¹³.

2- يجب أن يكون التأمين العيني سابقاً أو معاصراً للكفالة.

لأن مثل هذا التأمين هو وحده الذي يكون الكفيل قد اعتمد عليه وأعطى كفالاته على أساسه، أما التأمين الذي يتقرر بعد انعقاد الكفالة فلا يكون قد دخل في حساب الكفيل وقت تعهده بضمان دين المدين¹¹⁴.

3- يجب ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين.

وهذا شرط عام لتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد، فمنطق التضامن كما رأينا يخول للدائن الحق في مطالبة أي المدينين المتضامنين بلا تمييز¹¹⁵.

4- يجب أن يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد.

¹¹² وداد باقي، المرجع السابق، ص 117-118.

¹¹³ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 375.

¹¹⁴ سمير عبد السيد تتاغو، المرجع السابق، ص 76.

¹¹⁵ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 158.

لأن الدفع بالتجريد لا يتعلق بالنظام العام، وإنما هو مقر لمصلحة الكفيل، وعلى ذلك لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها¹¹⁶، وللکفيل أن يتمسك بهذا الدفع في المرحلة الأولى أي مرحلة التقاضي أو في المرحلة الثانية وهي مرحلة التنفيذ¹¹⁷.

5- هل يشترط أن يكون التأمين العيني مملوكا للمدين؟

الرأي الغالب عند الفقهاء¹¹⁸، أن يكون التأمين العيني قد تقرر على مال مملوك للمدين واستندوا في ذلك إلى أن هذا النص ينصرف إلى الحالة التي يكون فيها التأمين العيني مقدما من المدين، وذلك لأنه يعتبر صورة خاصة من الدفع بالتجريد، وهذا الدفع لا ينصرف إلى أموال المدين، وعلى ذلك فإنه لا ينصرف إلى التأمين العيني المقدم من الغير، كالتأمين المقدم من الكفيل العيني، وذلك لأن التزام كل من الكفيل العيني والكفيل الشخصي ليس في درجة المسؤولية وإنما في مدى هذه المسؤولية¹¹⁹.

وهناك من رأى عكس ذلك، أي لا يشترط أن يكون المال الذي يرد عليه التأمين العيني مملوكا للمدين، فالمشرع لم يشترط هذا الشرط، فهو قد عبر عن التأمين

¹¹⁶ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 377.

¹¹⁷ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 76.

¹¹⁸ همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 130.

¹¹⁹ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 375-376.

بأن يكون قد خصص قانونا أو اتفاقا لضمان الدين المكفول، ولم ينص على شرط ملكية المدين للمال الوارد عليه التأمين¹²⁰.

الفرع الثالث: الدفع بالتقسيم

الدفع بالتقسيم يفترض أن هناك أكثر من كفيل لدين واحد وفي عقد واحد ولم يكونوا متضامنين فيما بينهم، فإن الدين ينقسم عليهم ولا يجوز للدائن أن يرجع على أي منهم إلا بقدر نصيبه في الدين فقط، وهذا ما نصت عليه المادة 664 من (ق. م. ج) على أنه: "إذا تعدد الكفلاء لدين واحد، وبعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة.

أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، فإن كل واحد منهم يكون مسؤولاً عن الدين كله، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم".

فالمشرع الجزائري يقسم الدين فيما بين الكفلاء المتعديدين غير المتضامنين بقوة القانون، وللمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها، وهذا النص يطابق نص المادة 792 من القانون المدني المصري، أما بالنسبة للقانون الفرنسي، فإن الأصل هو عدم التقسيم، كما يظهر ذلك في المادتين: 2025، 2026.

أولاً: شروط الدفع بالتقسيم

¹²⁰ سمير عبد السيد تتاغو، المرجع السابق، ص77.

حتى يستطيع الكفيل التمسك بالدفع بالتقسيم، يجب توافر شروط معنية:

1- أن يتعدد الكفلاء.

فإذا كان للدين كفيل واحد فالدين لا ينقسم بينه وبين المدين، ولا مجال لذلك بينهما بالرغم من تعدد الملتزمين بالدين، لأن المدين يختلف عن الكفيل، ولأنه يشترط في التقسيم تعدد الكفلاء لا الملتزمين بالدين¹²¹.

2- أن يتعدد الكفلاء لدين واحد.

وعلى هذا لا يجوز للكفيل أن يطلب من الدائن تقسيم الدين بينه وبين المصدّق أي كفيل الكفيل، لأنهما لا يكفلان نفس الالتزام، إذ الكفيل يضمن الالتزام الأصلي، ويضمن المصدّق التزام الكفيل¹²².

3- أن يكفل الكفلاء المتعددون نفس الدين.

فإن تعددت الديون فلا وجه للتقسيم، لذلك لا يجوز لكفيل الكفيل أن يتمسك بتقسيم الدين بينه وبين الكفيل، لأن كلا منهما يكفل ديناً مستقلاً.

فالكفيل يضمن دين المدين أما كفيل الكفيل فيضمن دين الكفيل¹²³.

4- أن يتعدد الكفلاء بعقد واحد

¹²¹ محمد علي عبده، المرجع السابق، ص 140.

¹²² نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 379.

¹²³ عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة، دار الثقافة، 2009، ص 272.

فإذا تعدد الكفلاء وكانوا قد التزموا بعقد واحد، فإن هذا يدل على أن كل كفيل قد اعتمد على الكفلاء الآخرين، وبالتالي انصرفت نيته إلى أنه لا يلتزم إلا بقدر نصيبه ولذلك فإن المشرع قرر تقسيم الدين فيما بينهم بقوة القانون.

أما في حالة ما إذا كان كل كفيل قد كفل الدين بعقد مستقل، فإنه لا يكون قد اعتمد على غيره من الكفلاء، وبالتالي فلا ينقسم الدين بينهم إلا إذا احتفظ لنفسه بحق التقسيم طبقاً للمادة 2/664 من (ق. م. ج)، فينقسم الدين عليهم بمقتضى هذا الشرط، وليس بقوة القانون¹²⁴.

5- ألا يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم.

إذا كان الكفلاء متضامنين، فإن منطق التضامن يقضي بأن للدائن كل الحق في أن يطالب أياً منهم بكل الدين¹²⁵، والمشرع الجزائري نص صراحة على هذا الشرط في المادة 1/664 من (ق. م. ج) على أنه: "إذا تعدد الكفلاء للدين واحد، وبالعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم. . . "

ويترتب على انقسام الدين بقوة القانون بين الكفلاء أن كلا منهم يستطيع اجبار الدائن على قبول حصته من الدين.

¹²⁴ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 379.

¹²⁵ محمد علي عبده، المرجع السابق، ص 142.

أما في حالة اعسار أحد الكفلاء فإن نصيبه لا يقسم بين الكفلاء، بل يتحمل الدائن نتيجة هذا الاعسار¹²⁶.

ثانياً: آثار الدفع بالتقسيم

إذا توفرت الشروط السابق ذكرها ترتبت آثار التقسيم وهي:

1- لا يجوز للدائن أي يطالب أي من الكفلاء بكل الدين بل بحصته في الدين فقط وإذا لم يذكر تحديد لنصيب كل كفيل في الدين فإن الدين ينقسم عليهم بحسب عددهم.

2- للكفيل أن يتمسك بالدفع بالتقسيم في أي مرحلة من مراحل الدعوى .

3- التقسيم يقع بقوة القانون، وعلى القاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه دون حاجة إلى أن يتمسك به الكفيل.

4- إذا عسر أحد الكفلاء فإن الدائن هو الذي يتحمل حصة هذا المعسر¹²⁷.

الفرع الرابع: التزامات الدائن عند استيفائه الدين من الكفيل

¹²⁶ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص65.

¹²⁷ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص81-82.

إذا رجع الدائن على الكفيل، ووفى هذا الأخير بالدين له، فإنه يترتب على ذلك أن الدائن يلتزم في مواجهة الكفيل بتسليم المستندات اللازمة لمباشرة حقه في الرجوع وكذلك يلتزم بنقل التأمينات الضامنة للدين إلى الكفيل.

وقد نص المشرع في المادة 659 من (ق. م. ح) على ذلك:

أولاً: يلتزم الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع.

وتظهر أهمية ذلك في أن الكفيل الذي وفى الدين يجوز له أن يرجع على المدين ليطالبه بما وفاه عنه وعلى الكفلاء الآخرين ليطالبهم بنصيبهم في الدين في حالة ما إذا كانوا متضامنين وقام هو بالوفاء بكل الدين¹²⁸، فإذا امتنع الدائن عن تسليم الكفيل هذه المستندات، جاز للكفيل أن يمتنع عن الوفاء ويلجأ عندئذ إلى الإيداع القضائي¹²⁹.

ثانياً: التزام الدائن بنقل التأمينات الضامنة للدين إلى الكفيل.

¹²⁸ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص381.

¹²⁹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص161.

تنص المادة 3/659 من (ق. م. ج) على أنه: "إذا كان الدين مضمون بتأمين عقاري، فإن الدائن يلتزم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين، ويتحمل الكفيل مصروفات هذا النقل على أن يرجع بها على المدين".

وقد ورد في الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه: "فإذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل"، فالكفيل يحل محل الدائن إذا وفى الدين¹³⁰، وفي الرجوع على المدين بذلك، ولذلك فإنه يحل محله في الحق ذاته وما يضمنه من تأمينات، ولذلك يجب أن يعمل الدائن على تمكين الكفيل من استعمال هذا الحق، فإذا لم يقم الدائن بهذا النقل، كان للكفيل الحق في الامتناع عن الوفاء والالتجاء إلى الإيداع القضائي.

المطلب الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين

إن التزام الكفيل بمقتضى عقد الوكالة هو ضمان تنفيذ التزام المدين والوفاء به، إن لم يف به المدين نفسه، فالتزام الكفيل بالضمان عادة يكون بدون مقابل، فهو يلتزم بالتزام لا مصلحة له فيه، ولذلك فإذا وفى الكفيل الدين للدائن كان في حكم من وفى دين غيره، ولهذا كان طبيعياً أن يعطي القانون الكفيل حق الرجوع على المدين إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول.

¹³⁰ المرجع نفسه، ص 161.

الفرع الأول: الدعوى الشخصية

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

فإذا لم يعارض المدين في الوفاء بقي للكفيل الحق في الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه".

وتنص المادة 672 من (ق.م.ج) على أنه: "يكون الكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه.

ويرجع بأصل الدين والمصروفات غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده"¹³¹.

أولاً: الكفلاء الذين لهم الحق في الرجوع بالدعوى الشخصية.

طبقاً لنص المادة 1/672 من (ق.م.ج)، فإن الكفيل الذي يستطيع أن يرجع على المدين بما وفاه هو الكفيل الذي تقدم ليضمن المدين سواء كانت الكفالة

¹³¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 98.

بعلمه أو بغير علمه، ويستوي في ذلك الكفيل العادي، والكفيل المتضامن والكفيل
المأجور وغير المجور، والكفيل الشخصي والكفيل العيني¹³².

ثانياً: شروط الدعوى الشخصية.

حتى يتمكن الكفيل من استعمال هذه الدعوى، والرجوع بها على المدين، لابد
من توافر شروط معينة:

1- أن يكون الكفيل قد وفى الدين.

سواء تم هذا الوفاء نقدا للدائن، أم بما يقوم مقام الوفاء كالمقاصة أو الوفاء
بمقابل، أو بالتجديد أو الإنابة، أو باتحاد الذمة كأن يرث الكفيل الدائن فيصبح هو
الدائن فينقضي الدين¹³³، أما إذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة أو تقادم التزام الكفيل لا
يكون قد وفى الدين أو قام بعمل يقوم مقام الوفاء، وعلى ذلك فلا يستطيع الرجوع على
المدين، ولا يشترط رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية على المدين أن يكون قد قام
بالوفاء بالدين كله، أو أن يكون الدائن قد استوفى دينه بتمامه عن طريق آخر، فإذا
وفى الكفيل بجزء من الدين فقط، يجوز له أن يرجع على المدين، ويزاحم الدائن في
رجوعه على المدين بالجزء الباقي له، فإذا لم تكن أموال المدين كافية للوفاء لهما
تقاسما هذه الأموال قسمة الغرماء¹³⁴.

2- أن يكون أجل الدين قد حل.

¹³² نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص385.

¹³³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص167.

¹³⁴ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص107.

إذا قام الكفيل بوفاء الدين قبل حلول الأجل، فلا يجوز له أن يرجع على المدين إلا عند حلول الأجل، لأنه لا يستطيع إجبار المدين على الوفاء قبل ذلك¹³⁵، والعبرة هنا بالأجل الأصلي فإذا امتد هذا الأجل أمكن للكفيل أن يفي بالدين ويرجع على المدين حتى ولو كان الأجل قد امتد باتفاق الدائن مع المدين أو بمنحه من المحكمة¹³⁶.

وفي حالة ما إذا نزل المدين عن الأجل الأصلي، فإن الكفيل يستطيع أن يفيد من هذا النزول، ويقوم بالوفاء بالدين فوراً، وأن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية بما وفاه للدائن¹³⁷.

3- إخطار المدين قبل الوفاء وعدم معارضة المدين لهذا الوفاء.

هذا الشرط قد ورد في المادة 670 من (ق. م. ج) على أنه: "يجب على الكفيل أن يخبر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين، وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين أو بانقضائه.

فإذا لم يعارض المدين في الوفاء بقي للكفيل الحق في الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه".

¹³⁵ همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 161.

¹³⁶ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 168.

¹³⁷ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 388.

والحكمة من ذلك أنه قد يكون المدين قام بالوفاء بالدين من قبل، أو أنه يقوم بالوفاء بالدين مرة أخرى بعد وفاء الكفيل الذي لا يعلم به، أو أن يكون لديه دفع متعلقة بشخصه أو متعلقة بالدين، كان يستطيع أن يحصل نتيجة إبدائها على الحكم بإبطال الدين أو تقرير انقضائه¹³⁸. ونميز بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا لم يتم الكفيل بإخطار المدين قبل الوفاء بالدين، فإنه يكون مقصراً وتبرأ ذمة المدين بقدر ما أصابه من ضرر نتيجة هذا التقصير، فإذا اتضح أن الدين قد وفي كله سقط حق الكفيل في الرجوع على المدين، وإذا ثبت أن المدين قد وفى جزءاً من الدين فإن ذمة المدين تبرأ في حدود هذا الجزء، وإذا اتضح أن لدى المدين أسباباً تستند إلى عدم صحة الالتزام أو عدم وجوده، فإن ذمة المدين تبرأ كذلك.

وإذا لم يتم الكفيل بهذا الإخطار ولم يثبت أن المدين قد وفى الدين أو جزء منه ولم تكن له أسباباً تؤدي إلى براءة ذمته، فإن الكفيل إذا وفى الدين رغم عدم إخطار المدين قبل الوفاء، فإنه ليس هناك ثمة ضرر قد أصاب المدين من عدم الإخطار، فلا تبرأ ذمته¹³⁹.

الحالة الثانية: إذا قام الكفيل بإخطار المدين بعزمه على الوفاء فإن المدين يتمكن بذلك من الاعتراض على الوفاء أن كان له محل، ويجب أن يتم الإخطار في

¹³⁸ المرجع السابق، ص 389-390.

¹³⁹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 170.

وقت مناسب فإذا قام الكفيل بالوفاء لعدم معارضة المدين، ثبت حقه في الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية.

أما إذا عارض المدين وتم إخطار الكفيل في وقت مناسب بهذا الاعتراض فإن على الكفيل أن يمتنع عن الوفاء¹⁴⁰.

4- أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين.

يشترط لرجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية أن تكون الكفالة قد أبرمت لمصلحة المدين، وإذا عقدت لمصلحة كل من المدين والدائن معا فإن الكفيل يرجع على المدين بالدعوى الشخصية نفسها، والأمر كذلك إذا عقدت الكفالة لمصلحة المدين والكفيل معا.

أما إذا عقدت الكفالة لمصلحة الدائن وحده، فلا يحق للكفيل الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية، مثال ذلك إذا عقدت الكفالة بعد إبرام العقد الذي أنشأ الدين لتأمين الدائن دون أية فائدة للمدين، ويمكنه أن يرجع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب أو بدعوى الحلول¹⁴¹.

ثالثاً: موضوع الدعوى الشخصية.

¹⁴⁰ المرجع السابق، ص169.

¹⁴¹ وداد باقي، المرجع السابق، ص152.

إن الفقرة الثانية من المادة 672 من (ق.ذ.م.ج) تنص على أنه: "ويرجع بأصل الدين والمصروفات غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده".
فيتبين من هذا النص أن الكفيل يرجع على المدين بما يلي:

- 1- بأصل الدين: والمقصود به جميع المبالغ التي أوفاهها الكفيل للدائن، وتشمل أصل الدين والفوائد التي أنفقها الدائن في مواجهة المدين، وقام الكفيل بدفعها.
- 2- بالمصروفات: وهي المصاريف التي أنفقها الدائن في مطالبة الكفيل، والمصاريف التي أنفقها الكفيل في سبيل الوفاء بالتزامه كمصاريف إرشاد الدائن إلى أموال المدين عند الدفع بالتجريد، وكذلك مصاريف الدعوى التي رفعها عليه الدائن¹⁴².

الفرع الثاني: دعوى الحلول

طبقاً للقواعد العامة إذا قام الكفيل بوفاء الدين المكفول أن يحل محل الدائن طالما كان ملزماً بالدين مع المدين، أو ملزماً بالوفاء عنه، وتطبيقاً لذلك المبدأ العام قضت المادة 671 من (ق.م.ج) على أنه: "إذا وفى الكفيل الدين، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين، ولكن إذا لم يوفي إلا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين"، وهذه الحلول للكفيل

¹⁴² محمد علي عبده، المرجع السابق، ص 160-161.

محل الدائن هو حلول قانوني يتم بقوة القانون بدون حاجة إلى اتفاق خاص في هذا
الصدد¹⁴³.

أولاً: شروط دعوى الحلول.

يشترط لاستفادة الكفيل بهذه الدعوى أن:

1- أن يكون الكفيل وفي الدين فعلاً.

وما ينبغي أن نشير إليه هو أن كيفية الوفاء لا تهم، فقد يقضي الكفيل الدين بالوفاء أو بما يقوم مقام الوفاء، كالوفاء بمقابل، أو بتجديد الدين، أو بالمقاصة، وفي كل هذه الأحوال يحل الكفيل محل الدائن بمجرد انقضاء الدين¹⁴⁴.

وعلى خلاف الدعوى الشخصية، لا يجوز للكفيل أن يرجع على المدين، بدعوى الحلول إلا إذا كان الدائن، قد استوفى كل حقه من الدين، وقد نصت المادة 671 من (ق. م. ج) على أنه: "... ولكن إذا لم يوفي إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين".

فالكفيل إذا لا يجوز له أن يحل محل الدائن إذا وفي بجزء من الدين، حتى ولو كان الجزء الذي قام بوفائه هو الذي كفله فقط، ولذلك أن من قواعد الوفاء مع الحلول، ألا يضار الدائن بحلول الموفى محله، فقد نصت المادة 1/265 من (ق. م. ج) على أنه: "إذا وفي الغير الدائن جزء من حقه وحل محله فيه، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء،

¹⁴³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 173-174.

¹⁴⁴ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 395-396.

ويكون في استيفاء ما بقي له من حق مقدما على من وفاه، ما لم يوجد اتفاق يقضى بذلك".

وهذا ما قرره المادة 671 (ق. م. ج) ، حيث أن الكفيل إذا وفى جزء من الدين للدائن فلا يمكن أن يحل محله قبل المدين، لأن في ذلك ضرر للدائن، يتمثل في مزاحمة الكفيل له، في رجوعه بالباقي من دينه على المدين¹⁴⁵.

أما إذا استوفى الدائن جزءا من حقه من الكفيل والجزء الباقي من شخص آخر غير المدين، كان لهذا الشخص الآخر طبقا للقواعد العامة أن يحل محل الدائن في الرجوع على المدين بدعوى الحلول كذلك طبقا للفقرة الثانية من المادة 265 السابقة، فيتساوى الكفيل مع من حل محل الدائن، ويتقاسما قسمة الغرماء¹⁴⁶.

ولكن الحكم الذي تقرره هذه المواد مقرر لمصلحة الدائن، ولا يتعلق بالنظام العام، ولذلك يجوز الاتفاق على خلافه بأن يسمح للكفيل بالرجوع بدعوى الحلول حتى ولو لم يكن الدائن قد استوفى حقه كاملا¹⁴⁷.

2- أن يكون الكفيل قد وفى الدين عند حلول أجله.

إذا وفى الكفيل الدين قبل حلول أجله الأصلي، لم يكن له الرجوع بدعوى الحلول إلا عند حلول هذا الأجل¹⁴⁸، وقد يحدث أن يجد سبب لانقضاء الدين بين

¹⁴⁵ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص112.

¹⁴⁶ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 175.

¹⁴⁷ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 396.

¹⁴⁸ همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص170.

وفاء كفيل بالدين وبين حلول الأجل ، فلا يرجع الكفيل بدعوى الحلول عندئذ، كما إذا كان الدين قد انقضى في المدة بين الوفاء وحلول الأجل بسبب المقاصة أو اتحاد الذمة مثلاً، أو كانت لدى المدين دفع تبرئ ذمته من المدين¹⁴⁹.

ثانياً: موضوع دعوى الحلول.

نصت المادة 264 من (ق.م.ج) على أنه: "من حل محل الدائن قانوناً أو اتفاقاً كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفعات ويكون هذا الحل بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن".

وقد نصت المادة 671 من (ق.م.ج) الخاصة بالكفالة، تطبيقاً للمبدأ العام السابق، حيث جاء فيها ما يلي: "إذا وفى الكفيل الدين، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق تجاه المدين. . ."

ونخلص من هذه النصوص أن موضوع دعوى الحلول يكون على النحو التالي.

1- ويحل الكفيل محل الدائن فيما له من حق وبما يكفل هذا الحق من تأمينات سواء كانت عينية (رهن أو اختصاص أو امتياز) أم تأمينات شخصية (كفالة

¹⁴⁹ رمضان أبو السعود، المرجع نفسه، ص175.

أخرى)، ولا يهم تاريخ نشأة التأمين، قبل الكفالة أم بعدها فإذا كان التأمين الشخصي يتمثل في التضامن بين المدينين استقاد الكفيل من هذا التضامن، وإذا كان الدين المكفول مضمون برهن، استقاد الكفيل كذلك من هذا الرهن¹⁵⁰، ويجب على الدائن في هذه حالة أن يتخذ إجراءات نقل التأمينات العقارية وأن يسلمه المستندات اللازمة لمباشرة حقه في الرجوع، أما الرجوع بالدعوى الشخصية فلا يستفيد فيه الكفيل من التأمينات إلى كانت تضمن دين الدائن¹⁵¹.

2- أن الكفيل يحل محل الدائن في حقه، بما يرد على هذا الحق من دفع. فالمدين يستطيع أن يحتج في مواجهة الكفيل بكل الدفع التي كانت له قبل المدين فإذا كان دين الدائن قد انقضى بسبب من أسباب الانقضاء فإن المدين يستطيع أن يدفع بذلك في مواجهة الكفيل¹⁵².

فإذا كان الحق مصدره عقد باطل أو قابل للإبطال، جاز للمدين أن يتمسك بهذا الدفع تجاه الموفى¹⁵³.

3- يحل الكفيل محل الدائن في حقه بما لهذا الحق من خصائص وبما يلحقه من توابع.

¹⁵⁰ المرجع السابق، ص 177.

¹⁵¹ سمير عبد السيد تتاغو، المرجع السابق، ص 114.

¹⁵² نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 399.

¹⁵³ همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 178.

إذا كان حق الدائن تجارياً، فإن الكفيل يحل محله في هذا الحق بهذه الصفة¹⁵⁴. وإذا كان حق الدائن بسند تنفيذي، كأن يكون ثابتاً بحكم أو بعقد رسمي، فإنه يحق للكفيل أن يستعمل هذا السند التنفيذي ضد المدين، ويستطيع الكفيل أيضاً أن يحل محل الدائن في الإجراءات القضائية التي يباشرها الدائن في مواجهة المدين بالحالة التي وجدها عليها دون حاجة إلى تجديدها¹⁵⁵، ومن توابع الحق أيضاً دعوى الفسخ، فلو ضمن الكفيل المشتري في دفع الثمن إلى البائع وفاء لدين المشتري، إنتقل إلى الكفيل حق البائع بما يتبعه من دعوى الفسخ لعدم وفاء المشتري بالثمن، كما يعد من توابع الحق، الحق في الحبس إذا كان الدائن قد باشر على العين المحبوسة، فتنقل العين إلى الكفيل الذي يكون له الحق في حبسها حتى يستوفي الدين من المدين¹⁵⁶.

الفرع الثالث: رجوع الكفيل وتعدد المدينين

قد يحدث أن يتعدد المدينون في نفس الدين، وقد يكفلهم الكفيل جميعاً أو قد يكفل بعضهم، وفي كلتا الحالتين قد يكون المدينون متضامنين أو غير متضامنين. ونعرض لهذه الفروض في ما يلي:

أولاً: تعدد المدينين مع عدم تضامنهم.

¹⁵⁴ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص118.

¹⁵⁵ نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه، ص398.

¹⁵⁶ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص175-176.

إذا تعدد المدينون وكانوا غير متضامنين وتدخل الكفيل ليضمنهم جميعاً، وقام بالوفاء بالدين للدائن، يجوز له أن يرجع على كل منهم بقدر نصيبه من الدين فقط مثلما هو الأمر عندما يكفل ديوناً متفرقة لعدة أشخاص¹⁵⁷، ويجوز له أن يرجع على أي منهم، إما بالدعوى الشخصية أو دعوى الحلول¹⁵⁸، أما إذا كان المدينون غير متضامنين، وكفل الكفيل بعضهم فقط، فإنه لا يرجع إلا على من كفله منهم وفي حدود نصيبه في الدين¹⁵⁹، أما من لم يكفلهم فلا يرجع عليهم بالدعوى السابقة وإنما إذا وفى الدين كله فله أن يرجع عليهم طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب¹⁶⁰.

ثانياً: تعدد المدينين وتضامنهم

هذه الحالة نصت عليها المادة 673 من (ق.م.ج) حيث جاء فيها: "إذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين فللكفيل الذي ضمنهم جميعاً أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين".

وعلى ذلك فإذا كان هناك مدينون متضامنون في دين واحد وضمنهم الكفيل جميعاً، وقام الكفيل بالوفاء بالدين المكفول للدائن، فإنه يرجع على أي من المدينين

¹⁵⁷ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص112.

¹⁵⁸ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص401.

¹⁵⁹ سمير عبد السيد تتاغو، المرجع السابق، ص116.

¹⁶⁰ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص178.

المتضامنين، إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول¹⁶¹، أما إذا كان المدينون متضامنين ولكن الكفيل تقدم ليضمن بعضهم وقام الكفيل بالوفاء بالدين المكفول للدائن، فإنه لا يستطيع أن يرجع إلا على المدينين الذين كفلهم، ويمكنه أن يرجع على أي مدين منهم بكل الدين الذي وفاه سواء بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول¹⁶².

أما بالنسبة إلى رجوع الكفيل على المدينين المتضامنين الذين لم يكفلهم، يمكن تطبيق القواعد العامة، أي يمكن للكفيل الرجوع على أي من المدينين المتضامنين الذين لم يكفلهم بدعوى مدينه الذي ضمنه، أي بالدعوى غير المباشرة، كما له أن يرجع أيضا بدعوى الإثراء بلا سبب، ويرجع الكفيل على كل واحد من المدينين المتضامنين الذين لم يكفلهم بحصته في الدين ونصيبه في حصة المعسر منهم، لأن هذا هو المقدار الذي اثري به كل مدين بسبب وفاء الكفيل¹⁶³.

في المقابل لا يستطيع الكفيل الرجوع على المدين المتضامن الذي لم يكلفه بالدعوى الشخصية، لأن هذه الدعوى تنظم العلاقة بين الكفيل الموفى والمدين الذي كفله¹⁶⁴.

ولكن هل يجوز لهذا الكفيل أن يرجع على مدين متضامن لم يكلفه بدعوى

الحلول محل الدائن، وما مدى هذا الرجوع؟

¹⁶¹ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص402.

¹⁶² المرجع نفسه، ص402-403.

¹⁶³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص196.

¹⁶⁴ همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص181.

ومن المستقر عليه اليوم فقها وقضاء أن للكفيل أن يرجع على أي من المدينين المتضامنين والذين لم يكلفهم بدعوى الحلول محل الدائن ولذلك أن الكفيل عندما قام بالوفاء بالدين قد حل محل الدائن ويرجع بنفس حق الدائن وبما يلحقه من ضمانات، ومن بين هذه الضمانات التضامن بين المدينين ولذلك يجوز له أن يستفيد من ذلك ويرجع على أي من المدينين المتضامنين ليطالبه بالدين كله ولو لم يكن كفل هذا المدين.

وعلى ذلك فإن الكفيل يستطيع أن يرجع على مدين متضامن لم يكفله ويطالبه بدعوى الحلول بالدين كله وليس بقدر نصيبه فقط¹⁶⁵.

ونلخص مما سبق أنه إذا كان لا يجوز للكفيل أن يرجع على مدين متضامن لم يكفله بدعوى الكفالة الشخصية، فإنه يجوز له الرجوع عليه بالدعوى الحلول وأن يطالبه بكل الدين¹⁶⁶.

المطب الثالث: العلاقة بين الكفيل وغيره من الكفلاء

¹⁶⁵ محمد علي عبده، المرجع السابق، ص 174.

¹⁶⁶ سمير عبد السيد تتاغو، المرجع السابق، ص 118.

إذا وفى الكفيل كل الدين كان له أن يرجع على الكفلاء الآخرين، وأحكام الرجوع تختلف بحسب ما إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم أو غير متضامنين، ولكن في جميع الأحوال فإن الكفيل لا يرجع بالدعوى الشخصية على كفيل آخر، لأن هذه الدعوى خاصة فقط برجع الكفيل على المدين، أما رجوع الكفيل على غيره من الكفلاء، فيكون إما بدعوى الحلول محل الدائن أو بدعوى الإثراء بلا سبب طبقاً للقواعد العامة.

الفرع الأول: تعدد الكفلاء وعدم تضامنهم

إذا تعدد الكفلاء لنفس الدين وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، فإن الدين ينقسم عليهم، ولا يكون أي منهم مسؤولاً في مواجهة الدائن إلا بقدر نصيبه فقط¹⁶⁷، وأن إعسار أحدهم لا يتحملة غيره من الكفلاء، وإنما الدائن هو الذي يتحمل حصة الكفيل المعسر منهم¹⁶⁸، وإذا وفى أحد هؤلاء الكفلاء بنصيبه، فإنه لا يجوز له الرجوع على غيره من الكفلاء بشيء، ولكن إذا ما وفى الدين كله رغم عدم التزامه بذلك، فإنه لا يكون له الحق في الرجوع على غيره من الكفلاء إلا بدعوى الإثراء بلا سبب وذلك طبقاً للقواعد العامة، ويتحدد مدى هذا الرجوع بقدر نصيب كل كفيل من الدين، لأن هذا هو القدر الذي أثري به، ولا يستطيع الكفيل الموفى أن يطالب الآخرين بنصيبهم في حصة المعسر منهم، ولكن الذي يتحمل نصيب الكفيل المعسر هو الكفيل

¹⁶⁷ المرجع السابق، ص 119.

¹⁶⁸ محمد علي عبده، المرجع السابق، ص 176.

الموفى¹⁶⁹، ولا يجوز للكفيل الموفى أن يرجع بدعوى الحلول محل الدائن، لأنه لم يكن ملزماً بالوفاء عن المدين فيما زاد عن الحصة التي التزم بها¹⁷⁰.

الفرع الثاني: تعدد الكفلاء المتضامنين

إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد وكانوا متضامنين فيما بينهم أو التزموا بعقود متوالية يكون كل كفيل منهم مسؤولاً عن كل الدين ولا ينقسم الدين بينهم، وإذا وفى أحدهم كل الدين، فلا يجوز له أن يرجع على أي منهم إلا بقدر نصيبه في الدين مضافاً إليه نصيبه في حصة المعسر منهم.

وقد نصت على ذلك المادة 668 من (ق.م.ج) على أنه: "إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله يجوز له أن يرجع على كل من الباقيين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم".

فالحكم الوارد في هذه المادة يعد تطبيقاً للقواعد العامة في التضامن بالنسبة لرجوع المدينين المتضامنين فيما بينهم الوارد في المادتين 234 و 235 من (ق.م.ج) ويستطيع الكفيل المتضامن أن يرجع على غيره من الكفلاء بدعوى الحلول أو بدعوى الإثراء بلا سبب¹⁷¹.

¹⁶⁹ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 405.

¹⁷⁰ سمير عبد السيد تتاغو، المرجع السابق، ص 119.

¹⁷¹ المرجع نفسه، ص 119-120.

ويشترط لكي يرجع الكفيل على غيره من الكفلاء بدعوى الحلول أو بدعوى الإثراء بلا سبب أن يكون قد وفى الدين كله للدائن عند حلول أجله، فإذا لم يف إلا بحصته لم يكن له أن يرجع على الباقيين بشيء.

كما يشترط أن يكون هذا الوفاء مبرئاً لذمة باقي الكفلاء اتجاه الدائن ويجب أن يكون هذا الوفاء صحيحاً، فإذا كان باطلاً لم يكن له أن يرجع على غيره من الكفلاء، وإذا كان الدين المكفول لم يحل أجله بعد ودفعه الكفيل قبل حلول الأجل، فلا يستطيع أن يرجع على غيره من الكفلاء إلا عند حلول الأجل.

وإذا كان الكفيل الذي وفى الدين قد ارتكب تقصيراً، كأن لم يخطر الدائن بعزمه على الوفاء وقام المدين بالوفاء مرة ثانية، لم يجز الكفيل الرجوع على غيره من الكفلاء، لأن وفاء الكفيل لم يبرئ الكفلاء الآخرين بل الذي أبرأ ذمتهم هو وفاء المدين¹⁷².

المبحث الثاني: انقضاء الكفالة

سبقت الإشارة إلى أن الكفالة عقد تابع للالتزام الأصلي، إذ هي تقوم على ضمان الوفاء به، وعلى ذلك فهي تتبع هذا الالتزام في الوجود والانقضاء والصحة والبطلان، ولذلك تنقضي بانقضاء الالتزام الأصلي، كما أن هناك أسباب أخرى تؤدي إلى براءة ذمة الكفيل ودون أن يترتب على ذلك انقضاء الالتزام الأصلي.

¹⁷² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص182.

المطلب الأول: إنقضاء الكفالة بصفة تبعية

تنقضي الكفالة بصفة تبعية لانقضاء الالتزام الأصلي لأي سبب من الأسباب لانقضاء العامة، وقد أكد المشرع هذا المعنى في المادة 1/654 بقوله: " يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين"، وسوف نعرض أسباب الانقضاء العامة وهي الوفاء أو بما يعادل الوفاء أو دون وفاء.

الفرع الأول: انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء

إذا قام المدين الأصلي بوفاء كل الدين للدائن ينقضي التزامه، وينقضي تبعاً لذلك التزام الكفيل، وإذا قام المدين بوفاء جزء من الدين، فإن براءة ذمة الكفيل لا تكون إلا في هذه الحدود أي بمقدار ما وفاه المدين، ويشترط أن يكون الوفاء صحيحاً طبقاً لما نصت عليه المادة 260 من (ق. م. ج)، بأن يكون الموفي مالكا للشيء الذي وفي به، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه، فإن لم يكن كذلك، كان الوفاء غير صحيح، ومن ثمة لا ينقضي التزام الكفيل¹⁷³.

وطبقاً للقواعد العامة فإن العرض الحقيقي يقوم بالنسبة للمدين مقام الوفاء بشرط أن يتلوه إيداع الدين أو أي إجراء يماثله، وأن يقبل الدائن ذلك أو يصدر حكم نهائي بصحته، وهذا ما تنص عليه المادة 274 من (ق. م. ج)، و من ثم يترتب عليه انقضاء الالتزام الأصلي و كذلك بالتبعية انقضاء التزام الكفيل، ومع ذلك أجاز

¹⁷³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص120.

المشرع للمدين أن يرجع في هذا العرض ما دام الدائن لم يقبله أو مادام لم يصدر حكم بصحته، فإذا حدث ذلك فإنه لا تبرأ ذمة المدين الأصلي و بالتالي تبقى الكفالة قائمة لضمان هذا الدين، وقد يحدث أن يرجع المدين في العرض الحقيقي بعد قبول الدائن له أو بعد صدور حكم بصحته، ففي هذه الحالة فإن الأمر يتوقف على قبول الدائن لهذا الرجوع، فإذا ما قبل ذلك، فإن هذا الدائن لا يحق له أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات وبالتالي تبرأ ذمة الضامنين، ومن بين هؤلاء الكفيل¹⁷⁴.

على أنه قد يحدث أن يكون هناك وفاء بالدين المكفول ومع ذلك لا ينقضي هذا الدين، وفي حالة ما إذا وفى بالدين شخص غير المدين، وحل الموفى محل الدائن الذي استوفى حقه لأن ذمة الكفيل لا تبرأ، ويسري نفس الحكم إذا أحوال الدائن حقه إلى دائن آخر فإن الدين يظل قائماً بكل ضماناته بما في ذلك الكفالة، ويبقى الكفيل مسؤولاً في مواجهة المحال له كما كان مسؤولاً في مواجهة الدائن الأصلي المحيل.

أما إذا أحوال المدين التزامه إلى شخص آخر فإن الدين يظل قائماً إلا أنه مع تغير شخص المدين، فإن التزام الكفيل ينقضي، إلا إذا وافق على ضمان المدين الجديد، لأن الكفيل وضع ثقته في مدين معين بالذات¹⁷⁵، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 254 (ق.م.ج) بقولها: ". . . غير أنه لا يبقى للكفيل،

عينيا كان أو شخصيا، التزام اتجاه الدائن إلا إذا رضي بالحوالة".

¹⁷⁴ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 410-411.

¹⁷⁵ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 133.

الفرع الثاني: إنقضاء الالتزام الأصلي بما يعادل الوفاء

هناك أربع أسباب لانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء: الوفاء بمقابل، التجديد والإنابة، والمقاصة، واتحاد الذمة.

أولاً: الوفاء بمقابل.

تنص المادة 655 من (ق.م.ج) على أنه: "إذا قبل الدائن شيئاً آخر في مقابل الدين، برئت بذلك ذمة الكفيل، ولو استحق هذا الشيء".

وطبقاً لهذا النص، فإن المدين قد قضى الدين المكفول عن طريق الوفاء بمقابل، أي اتفق المدين مع الدائن على الاستعاضة عن الدين الأصلي، بنقل ملكية شيء آخر من المدين إلى الدائن، ونفذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فعلاً، ومن ثم تبرأ ذمة المدين من الدين الأصلي عن طريق الوفاء بمقابل، وتبرأ ذمة الكفيل تبعاً لذلك، فتتقضي الكفالة بطريق تبعية¹⁷⁶، ويشترط لبراءة ذمة الكفيل أن يكون الوفاء بمقابل قد تم اختياراً من المدين أو من غيره فلا يعتبر وفاء بمقابل أن يكون الدائن مجبراً على قبول شيء آخر في مقابل الدين¹⁷⁷.

والوفاء بمقابل يعتبر تجديداً ووفاء في نفس الوقت، ففي الوقت الذي قبل فيه الدائن في استيفاء حقه مقابلاً استعاض به عن الشيء المستحق يكون قد قام بتجديد الدين القديم بتغيير محله، ويترتب على ذلك انقضائه وانقضاء تأميناته تبعاً لذلك، ومن

¹⁷⁶ المرجع السابق، ص 134.

¹⁷⁷ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 121.

بينها الكفالة، وينشأ دين جديد ينقضي في نفس الوقت بنقل ملكية الشيء الذي أعطي في مقابل الدين، وتسري في هذه الحالة أحكام البيع وخاصة فيما تعلق بأهلية المتعاقدين، وضمان العيوب الخفية وضمان الاستحقاق وهذا ما نصت عليه المادة 286 من (ق.م.ج).

والغالب أن المدين هو الذي يقدم شيئاً مملوكاً في مقابل الدين، أما إذا كان الذي قدم المقابل هو الكفيل، واستحق المقابل، لم تبرأ ذمة هذا الكفيل بل يرجع عليه الدائن بضمان الاستحقاق وذلك طبقاً للقواعد العامة.

أما في حالة ما إذا قدم المدين أو الغير (غير الكفيل) المقابل للدائن، فإنه في هذه الحالة ينقضي الدين الأصلي وأيضاً تنقضي الكفالة، ولو استحق المقابل المدفوع من المدين أو الغير، لأن الوفاء بالمقابل يبرئ ذمة الكفيل نهائياً وأن للدائن أن يرجع على المدين أو على الغير بضمان الاستحقاق¹⁷⁸.

ثانياً: التجديد والإنابة

تنص المادة 291 من (ق.م.ج) على أنه: "يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه، وإنشاء التزام جديد مكانه.

ولا تنتقل التأمينات التي تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي إلا بنص في القانون أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين إنصرفت إلا غير ذلك".

¹⁷⁸ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 413-414.

ويتبين من هذا النص أن التجديد يترتب عليه إنقضاء الالتزام الأصلي و إنقضاء جميع توابعه، منها الكفالة، ولو أن المادة 2/291 أجازت الاتفاق على بقاء التأمينات، إلا أن المادة 293 من (ق. م. ج.)، اشترطت رضا الكفيل إذ نصت على أنه: "لا تنتقل الكفالة العينية، أو الشخصية، ولا التضامن إلى الالتزام الجديد إلا إذا رضي بذلك الكفلاء و المدينون المتضامنون". ولكي يترتب التجديد أثره، ومن بينها إنقضاء الكفالة، فإنه يجب توافر شروط هي:

- أن يكون كل من الالتزام القديم والالتزام الجديد قد خلا من أسباب البطلان وذلك حسب المادة 288 من (ق. م. ج.).

- أن تكون نية التجديد واضحة، بأن يتفق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف حيث أن التجديد لا يفترض، وهو ما أكدته المادة 289 من (ق. م. ج.).

- يجب أن يغير الالتزام الجديد الالتزام القديم في عنصر من عناصره الهامة، كتغير محل الدين أو مصدره، أو إضافة شرط أو الغاؤه، أو تغيير الدائن، أو تغيير المدين. كل هذا ينطوي على إدخال تعديلات جوهرية .

أما الإنابة¹⁷⁹، فلا يترتب عليها إنقضاء الكفالة إلا إذا كانت إنابة كاملة تتضمن تجديد الالتزام بتغيير المدين، بحيث ينقضي التزام المدين (المنيب) بتوابعه،

¹⁷⁹ همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 188.

ليحل محله التزام شخص آخر هو المناب في مواجهة الدائن وهو المناب لديه، ذلك ما لم يرتضي الكفيل أن يكفل المدين الجديد في الالتزام الجديد.

أما الإنابة الناقصة¹⁸⁰، فهي التي يقوم فيها التزام المناب بجانب التزام المنيب، ويصبح للدائن مدينان بدلا من مدين واحد، وهذه الإنابة لا تتضمن تجديدا للالتزام، وبالتالي لا يترتب عليها إنقضاؤه، وتبقى بذلك التأمينات قائمة على ضمانه ومن بينها الكفالة.

ثالثا: المقاصة.

إذا أصبح المدين المكفول دائنا للدائن وتوافرت شروط المقاصة المنصوص عليها في المادة 297 من (ق. م. ج)، إنقضى الالتزام المكفول بقدر الالتزام الذي ترتب في ذمة الدائن، وإنقضى التزم الكفيل بالتبعية بالنسبة لهذا القدر المنقضي من الالتزام المكفول. والأصل أن المقاصة لا تقع بقوة القانون بل لا بد أن يتمسك بها صاحب المصلحة فيها وهذا ما جاء في المادة 300 من (ق. م. ج)، وصاحب المصلحة الأصلي هو المدين¹⁸¹، والكفيل أيضا يعتبر صاحب مصلحة في التمسك بها، باعتبار أنه عن طريقها يتوصل إلى التخلص من التزامه تبعا لانقضاء الالتزام الأصلي، وهذا ما نصت عليه المادة 654 من (ق. م. ج)، بأنه: " . . . وله أن يتمسك

¹⁸⁰ نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 415.

¹⁸¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 122-123.

بجميع الواجه التي يحتج بها المدين"، ولل كفيل التمسك بالمقاصة حتى ولو كان متضامنا وحتى ولو لم يتمسك بها المدين¹⁸².

والمقاصة ليست من النظام العام، فيجوز النزول عنها، وفي حالة ما إذا تنازل المدين عن التمسك بالمقاصة يعود الدين من جديد، ولا تعود الكفالة، لأن الكفيل كان قد تخلص من الكفالة منذ أن إنقضى الدين المكفول بالمقاصة، فلا يضار بنزول المدين عن مقاصة الدين المكفول¹⁸³.

رابعاً: اتحاد الذمة

ينقضي الالتزام إذا اجتمعت في شخص واحد صفتا الدائن و المدين بالنسبة للدين الواحد، وبالقدر الذي اتحدت فيه الذمة، كأن يرث المدين الدائن أو أن يوصي الدائن لمدينه بالدين فإن في هذه الأحوال ينقضي الدين لاتحاد الذمة وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 304 من (ق.م.ج)، ويترتب على إنقضاء الالتزام الأصلي المكفول باتحاد الذمة انقضاء التزام الكفيل بالتبعية.

وفي الحقيقة أن اتحاد الذمة ليس سببا من أسباب إنقضاء الالتزام بقدر ما هو مانع طبيعي يحول دون المطالبة بالدين، وبالتالي إذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة، فإن المانع يزول ويعود الدين إلى الوجود ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن ويعود

¹⁸² همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص190.

¹⁸³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص224.

التزام الكفيل إلى الوجود، ومن قبيل ذلك أن يثبت أن المدين لم يكن له الحق في أن يرث الدائن، أو أن الوصية كانت باطلة¹⁸⁴.

الفرع الثالث: إنقضاء الالتزام الأصلي دون وفاء

ينقضي الالتزام بدون وفاء في حالات هي:

أولاً: الإبراء

إذا أبرأ الدائن المدين من الدين، إنقضى الالتزام، وينقضي بالتبعية كذلك التزام الكفيل¹⁸⁵، ويشترط ليرتب الإبراء آثاره، أن يكون صحيحاً، وأن يكون الدائن قد أبرأ المدين مختاراً، كما أن الإبراء تصرف بالإرادة المنفردة من جانب الدائن، وعلى ذلك لا يتم إلا إذا وصل إلى علم المدين وقبله، و يصبح باطلاً إذا رفضه المدين و هذا ما نصت عليه المادة 305 من (ق.م.ج). وعلى ذلك إذا أبطل الإبراء، أعتبر كأن لم يكن وعاد الدين إلى الوجود، وعادت معه التأمينات الضامنة له¹⁸⁶، إلا أنه في هذه الحالة يحق للكفيل أن يطعن في رفض المدين للإبراء بالدعوى البولصية¹⁸⁷.

ويسري على الإبراء الأحكام الموضوعية، (كالأهلية والدعوى البولصية) للتبرع دون أن يشترط فيه شكل خاص ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه

¹⁸⁴ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص416-417.

¹⁸⁵ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص101.

¹⁸⁶ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 144.

¹⁸⁷ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص126.

القانون أو اتفق عليه المتعاقدان¹⁸⁸. وهذا ما نصت عليه المادة 306 من (ق. م.

ج) .

ولا يعتبر من قبيل الإبراء، الصلح الذي يعقده الدائن مع مدينه المفلس و يتنازل بمقتضاه عن جزء من دينه، وذلك لعدم توفر نية التبرع للمدين، وإنما قصد الدائن من وراء ذلك إبقاء خطر إفلاس المدين و الحصول على أي جزء من دينه، ويترتب على ذلك أن الكفيل يبقى ملتزماً بالوفاء بكل الدين المكفول حتى ولو بالنسبة إلى الجزء الذي قد تم التصالح بشأنه.

أما إذا و فى الكفيل بالجزء الذي تصالح عليه الدائن مع المدين، لا يجوز له الرجوع به على المدين، إذ لا يكون له بالنسبة إلى هذا الجزء إلا حقا طبيعيا¹⁸⁹.

ثانيا: استحالة التنفيذ

ينقضي التزام المدين لاستحالة تنفيذه ، فإذا استحال تنفيذ التزام المدين لسبب أجنبي (كقوة قاهرة ، أو حادث فجائي)، إنقضى الالتزام وإنقضى التزام الكفيل بصفة تبعية، أما إذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين ، فإن محل الالتزام يتحول الى تعويض فلا تبرأ ذمة المدين ويبقى الكفيل ضامنا للتعويض¹⁹⁰.

¹⁸⁸ همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص193.

¹⁸⁹ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص417-418.

¹⁹⁰ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص127.

² سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص103.

والالتزام بالتعويض ليس التزاما جديدا ولكنه طريقة مختلفة لتنفيذ نفس الالتزام ،
وهي طريقة يكشف عنها عنصر المسؤولية في نفس الالتزام¹⁹¹.

أما إذا استحال التنفيذ بفعل الكفيل نفسه فإن ذمة المدين تبرأ، إذا يعتبر فعل
الكفيل سببا أجنبيا بالنسبة للمدين، كما تبرأ ذمة الكفيل تبعا لذلك، إلا أنه يبقى مسؤولا
قبل الدائن كمدين أصلي لا كفيل عن هذا الفعل¹⁹².

ثالثا: التقادم

إذا إنقضى الالتزام الأصلي بالتقادم إنقضى بالتبعية له التزام الكفيل ولو لم
تكمل مدة التقادم الخاصة به¹⁹³، ويجوز للكفيل أن يتمسك بإنقضاء التزامه بصفة
تبعية، ولو لم يتمسك المدين بإنقضاء التزامه¹⁹⁴، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى
من المادة 321(ق. م. ج) بأنه: "لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائيا بالتقادم بل يجب
أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو من احد دائنيه، أو أي شخص له مصلحة
فيه ولو لم يتمسك المدين به".

المطلب الثاني: انقضاء الكفالة بصفة أصلية

³ رمضان أبو السعود، المرجع نفسه، ص127.

⁴ همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص194.

⁵ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص102.

إذا كان التزام الكفيل تابعا للالتزام الأصلي، فإنه يبقى بقاءه صحيحا منتجا لأثاره، وينقضي بإنقضائه، إلا أن هذا الالتزام له مقوماته الخاصة، وبالتالي شروط صحة ووجود، ويمكن أن ينقضي بأسباب الإنقضاء العامة مثله مثل أي التزام.

الفرع الأول: الأسباب العامة لإنقضاء الكفالة بطريق أصلي

ينقضي التزام الكفيل بالأسباب التي ينقضي بها الالتزام عموما، فتتقضي الكفالة بالوفاء الحاصل من الكفيل، ويترتب على هذا الوفاء إنقضاء التزام الكفيل، وفي نفس الوقت إنقضاء الدين المكفول.

كما أنه يكون إنقضاء التزام الكفيل بما يعادل الوفاء، وذلك إذا قدم الكفيل شيئا آخر مقابل للدين الأصلي وقبل الدائن ذلك، فهذا الوفاء بمقابل يؤدي أيضا إلى إنقضاء التزام الكفيل وفي نفس الوقت الإلتزام المكفول، لكن إذا لم يوفى الكفيل إلا بعض الدين، فلا تبرأ ذمته ولا ذمة مدينه إلا بالقدر الذي وفاه.

كما أن التزام الكفيل ينقضي إذا ما تم تجديد هذا الالتزام بتغيير الكفيل، كأن يحل كفيل آخر محله، أو أن يحل محل التزام الكفيل ضمان آخر، كالرهن، وكل هذا يتم بالاتفاق بين الدائن والكفيل.

وتتقضي الكفالة أيضا بالمقاصة، إذا ما أصبح الكفيل دائئا للدائن، أما بالنسبة للمدين فإنه لا يستطيع أن يتمسك بهذه المقاصة، حيث أن ليس له أي مصلحة في ذلك.

وتتقضي الكفالة أيضا بالإبراء، فإذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة برئت ذمة هذا الأخير دون أن يؤثر ذلك في بقاء الالتزام الأصلي، ولكن العكس غير صحيح بمعنى أنه إذا أبرأ الدائن المدين الأصلي فإن الكفالة تنقضي حتما بالتبعية لإنقضاء الالتزام الأصلي، ولا يستطيع الدائن أن يستبقي الكفالة بعد إبرائه للمدين الأصلي من الالتزام المكفول¹⁹⁵.

الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة بطريق أصلي

لقد قرر المشرع جزءا مناسباً لتقصير المدين أو إهماله، وهو براءة ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من نتيجة هذا الإهمال أو هذا التقصير، وهناك ثلاث أسباب تنقضي بها الكفالة دون أن ينقضي الالتزام الأصلي.

أولاً: براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضعاه الدائن بخطئه من الضمانات.

نصت المادة 656 من (ق. م. ج) على أنه: " تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضعاه الدائن بخطئه من الضمانات.

¹⁹⁵ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 419-421.

ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو
تقررت بعد الكفالة وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون. "

فالدائن ملتزم بالمحافظة على التأمينات التي تسهل للكفيل الحصول على حقه
من الدين وتضمنه له، والمشرع قرر جزاء خاصا للإخلال بهذا الالتزام هو براءة ذمة
الكفيل في مواجهة الدائن متى ترتب على ضياع التأمين ضرر للكفيل¹⁹⁶، وهذا ما
نصت عليه المادة السابقة.

1- الكفلاء الذين لهم حق التمسك بهذا الحق

لقد ثار خلاف حول ما إذا كان للكفيل العيني أن يستفيد من هذا الحكم، ولكن
الرأي الراجح في الفقه يذهب إلى أن الكفيل العيني يستفيد من هذا الحكم كالكفيل
الشخصي، فالكفيل العيني كالكفيل الشخصي، ضامن لدين غيره وليست له مصحة
أصلية في الدين¹⁹⁷.

أما المدين المتضامن لا يجوز له أن يتمسك بإضاعة التأمينات لأنه يلتزم
التزاما أصليا بالدين كله، وكذلك لا يجوز لحائز العقار أن يتمسك بإضاعة التأمينات
لأنه ليس كفيلًا.

¹⁹⁶ وداد باقي، المرجع السابق، ص203.

¹⁹⁷Planiol, ripert et savatier, traite theorique et pratique de droit civil, 2eme, 1954, p1004.

نخلص مما سبق أن الكفيل وحده هو الذي يستطيع أن يتمسك ببراءة ذمته، إذا ارتكب الدائن خطأً وضيع التأمينات، سواء كان كفيلًا عاديًا أو كفيلًا متضامنًا، وسواء كان كفيلًا شخصيًا أو كفيلًا عينيًا¹⁹⁸.

2- الشروط الواجب توافرها لبراءة ذمة الكفيل

يجب أن يكون التأمين الذي أضاعه الدائن تأمينًا خاصًا.

وهذا ما نصت عليه المادة 2/256 من (ق. م. ج) بأنه: " يقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو تقررت بعد الكفالة، وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون".

ومن خلال هذه الفقرة، فإنه لا يشترط أن يكون التأمين الخاص تأمينًا عينيًا، فيجوز أن يكون تأمينًا شخصيًا، المهم أن يكون الدين المكفول مضمونًا إما برهن رسمي أو رهن حيازي، أو بكفالة شخصية أو عينية أو حق اختصاص، أو حق حبس، وأيا كان تاريخ وجوده، أي سواء وجد هذا التأمين قبل انعقاد الكفالة أم بعدها¹⁹⁹.

يجب أن يكون إضاعة التأمين الخاص نتيجة خطأ من الدائن.

¹⁹⁸ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 425.

¹⁹⁹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 131.

نصت المادة 2/656 من (ق. م. ج) على أنه: " تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات". ولكي يستطيع الكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته نتيجة إضاعته للتأمينات، فإنه يجب أن يحدث ذلك نتيجة تقصير أو خطأ من جانب الدائن²⁰⁰.

أما إذا كان ضياع التأمين راجع الى فعل الغير أو فعل الكفيل نفسه أو كان نتيجة قوة قاهرة فلا تبرأ ذمة الكفيل²⁰¹.

- يجب أن يترتب على إضاعة التأمين الخاص بخطأ الدائن ضرر للكفيل.

فيجب لكي يكون هناك تعويض، أن يكون هناك ضرر من جراء الخطاء الذي ترتب عليه إضاعة التأمين الخاص، وعليه فإذا لم يكن هناك ضرر قد أصاب الكفيل، فإن الكفيل لا يستطيع أن يتمسك ببراءة ذمته²⁰².

²⁰⁰ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص156.

²⁰¹ سمير عبد السيد تتاغو، المرجع السابق، ص89.

²⁰² نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص429.

ويجب على الكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته لإضاعة الدائن التأمينات، لأن التمسك ببراءة الذمة لا يعتبر من النظام العام وهو حق قرر لمصلحة الكفيل فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها²⁰³.

ثانياً: براءة ذمة الكفيل لتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين بعد إنذاره.

نصت المادة 657 من (ق. م. ج) بأنه: "لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها.

غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار لكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً."

وهذا النص يتعرض للحالة التي يتباطأ فيها الدائن في إتخاذ إجراءات المطالبة بالدين بالرغم من حلول الآجل أو تأخره في إتخاذها، فقد قرر المشرع للكفيل حقه في إنذار الدائن بإتخاذ هذه الإجراءات، فإن لم يتخذها خلال 6 أشهر من تاريخ هذا الإنذار، ولم يقدم المدين ضماناً أو تأميناً كافياً للكفيل، تبرأ ذمة الكفيل من التزامه²⁰⁴.

ثالثاً: براءة ذمة الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين

²⁰³ محمد حسنين، المرجع السابق، ص265.

²⁰⁴ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص160.

نصت المادة 658 من (ق. م. ج) بأنه: "إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن".

فإذا لم يتقدم الدائن في التفليسة فإن ذمة الكفيل تبرأ بالقدر الذي كان سيصيبه الدائن لو أنه تقدم في التفليسة²⁰⁵، فإذا قصر الدائن في اتخاذ هذا الإجراء مما ترتب عليه ضياع فرصته في استيفاء بعض حقه، فلا يجوز له أن يرجع على الكفيل إلا بما يزيد على القدر الذي كان سيحصل عليه من التفليسة لو أنه دخل فيها²⁰⁶، ويجب على الكفيل أن يتمسك بهذا الحق، إذ أنه لا تبرأ ذمته بقوة القانون، وتمسك الكفيل يكون في صورة دفع أو دعوى يرفعها ضد الدائن²⁰⁷.

ملخص الفصل الثاني:

²⁰⁵ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص142.

²⁰⁶ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص94-95.

²⁰⁷ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص434.

تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، حيث عرضنا في المبحث الأول آثار الكفالة، وذلك من خلال التطرق إلى العلاقة بين الكفيل والدائن، أي متى يجوز للدائن الرجوع على الكفيل وماهي الدفوع التي يتمسك بها هذا الأخير.

أما العلاقة بين الكفيل والمدين فيتمثل في الدعوى التي يمكن أن يرفعها الكفيل في حالة رجوعه على المدين، وذلك في حالة قيام الكفيل بتنفيذ التزامه، وهي الدعوى الشخصية، ودعوى الحلول.

كما أنه إذا قام الكفيل بوفاء الدين للدائن كان له حق الرجوع على الكفلاء الذين كفلوا نفس الدين، ويجب في هذه الحالة التمييز بين حالتين:

- تعدد الكفلاء وتضامنهم.

- تعدد الكفلاء مع عدم تضامنهم.

أما في المبحث الثاني تناولنا انقضاء الكفالة، أي براءة ذمة الكفيل مما التزم به، فتتقضي الكفالة بصفة تبعية بانقضاء الالتزام الأصلي لأي سبب من أسباب الانقضاء العامة.

كما تتقضي الكفالة بصفة أصلية أي دون انقضاء الالتزام الأصلي لأي سبب من الأسباب العامة إضافة إلى الأسباب الخاصة.

الخاتمة

خاتمة

بحثنا هذا الموضوع في فصلين، الفصل الأول ودرسنا فيه ماهية عقد الكفالة وأركان هذا العقد، والفصل الثاني آثار الكفالة وانقضاؤها.

الفصل الأول تم تقسيمه إلى مبحثين، فالمبحث الأول، تم التطرق فيه إلى ماهية عقد الكفالة، وذلك من خلال تعريف عقد الكفالة حسب تعريف المشرع في المادة 644 (ق،م،ج) على أنها: "عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه"، ويتبين لنا من نص المادة أن المشرع الجزائري حدد طبيعة الكفالة بأنها عقد وليست التزام بإرادة منفردة، كما أنها تتم بين الكفيل والدائن، ومن خلال النص نستخلص خصائص عقد الكفالة فيتبين أنه عقد ضمان شخصي، ورضائي، وملزم لجانب واحد، وعقد تبرع في الأصل، كما أنه عقد تابع وهي من أهم خصائص الكفالة حيث يبرز الصفة التبعية للالتزام الكفيل.

كما تم التمييز بين عقد الكفالة وبعض المفاهيم الأخرى المشابهة لها، لما في ذلك من أهمية عند تطبيق أحكام الكفالة، وهذه المفاهيم هي: التضامن بين المدينين، التعهد عن الغير، والإنابة الناقصة وتنقسم الكفالة من حيث طبيعتها إلى كفالة مدنية في الأصل، وكفالة تجارية إذا كانت كفالة لضمان أوراق تجارية، أو عن طريق تظهيرها. واستنادا إلى مصدر التزام المدين إلى كفالة اتفاقية وكفالة قانونية وكفالة قضائية، وإذا كان الغرض من تقديم كفيل هو تأمين الدائن ضد مخاطر إعسار

مدينة، يجب أن تتوفر شروط في الكفيل وهي: أن يكون الكفيل موسرا، وان يكون مقيما بالجزائر، وان تكون له أهلية إبرام العقد.

وعلى اعتبار أن الكفالة من العقود التي يجب توافر فيها أركان فقد تم دراسة هذه الأركان في المبحث الثاني من الفصل الأول، وهذه الأركان هي الرضا فتنعقد الكفالة بمجرد تطابق إرادة طرفيها وهما الكفيل والدائن، ولا يشترط في انعقادها أي شكل خاص، أما الركن الثاني فهو محل عقد الكفالة، الذي يشترط فيه وجود الالتزام المكفول، وأن يكون صحيحا، وان يكون معيناً.

أما في الفصل الثاني فقد تمت دراسة آثار الكفالة وانقضاؤها.

ففي المبحث الأول عرضنا آثار الكفالة وذلك من خلال العلاقة بين الكفيل والدائن، فرأينا متى يجوز للدائن الرجوع على الكفيل، وذلك بتوافر شرطين هما: حلول أجل التزام الكفيل والكفيل ورجوع الدائن على المدين أولا. أما حقوق الكفيل فهي تتمثل بدفع يجوز له التمسك بها ومن أبرزها الدفع بالتجريد، أي الدفع بالتنفيذ على أموال المدين قبل التنفيذ على أموال الكفيل.

أما في المطلب الثاني تناولنا نتائج تنفيذ الكفيل التزامه بعقد الكفالة أي العلاقة بين الكفيل والمدين. فهناك دعاوي يمكن أن يرفعها الكفيل في حاله رجوعه على المدين بعد أداء الدين وهذه الدعاوي هي:

الدعوى الشخصية ودعوى الحلول، وتم تناول موضوع هذه الدعاوي وشروطها.

إلى جانب رجوع الكفيل على المدينين في حالة تعددهم هناك حالتين.

الحالة الأولى: هي تعدد المدينين دون تضامن فيما بينهم.

الحالة الثانية: هي تعدد المدينين مع تضامنهم.

وأما المطلب الثالث فقد درسنا فيه رجوع الكفيل على غيره من الكفلاء في حالة

قيام الكفيل بوفاء الدين للدائن فيجب التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: تعدد الكفلاء وتضامنهم.

الحالة الثانية: تعدد الكفلاء مع عدم تضامنهم.

أما في المبحث الثاني فقد تطرقنا إلى انقضاء الكفالة، أي براءة ذمة الكفيل مما

التزم به بعقد الكفالة، فقد يكون الإبراء تابع لانقضاء التزام المدين، كما قد يكون

الإبراء بصفة أصلية.

فتتقضي الكفالة بصفة تبعية بانقضاء الالتزام الأصلي، لأي سبب من أسباب

الانقضاء العامة وهي: الوفاء أو ما يعادل الوفاء، أو دون وفاء.

أما انقضاء الكفالة بصفة أصلية أي دون انقضاء الالتزام الأصلي، فإنه يقع بأي

سبب من أسباب الانقضاء العامة، إضافة إلى الأسباب الخاصة وهي:

براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن يخطئه من الضمانات، براءة ذمة الكفيل لتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين، براءة ذمة الكفيل لعدم تقدم الدائن في تقليصة المدين.

النتائج:

بعد دراسة الكفالة كأبرز وأهم أنواع التأمينات الشخصية، تبين أن هذا الضمان الشخصي عاجز عن تحقيق الحماية الفعالة للدائن، إذ قد يفقد الكفيل أحد الشروط الواجب توافرها فيه، كأن يتعرض للإعسار أو يفقد أهليته، ضف إلى ذلك أن الدائن في هذا الضمان يظل دائنا عاديا، إذ يشترك مع غيره من الدائنين في الضمان العام، ولا يتميز عن غيره، بل يكون معهم على قدم المساواة في قسمة أموال المدين التي تشكل الضمان العام، لهذه الأسباب أدى بالكثير من الأشخاص إلى العدول عن هذا الضمان الشخصي وبدأت التأمينات العينية تحتل الصدارة من حيث التفضيل لأنها تكفل للدائن الحصول على حقه كاملا عن طريق تخصيص مال معين

أو أموال معينة من أموال المدين للوفاء بحقه، إضافة الى أن الدائن يكون
في مأمن أيضا من إعسار المدين بما له من حق التقدم، وفي مأمن من
غشه إذا تصرف في هذا المال بما للدائن من حق التتبع.



قائمة المصادر والمراجع

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

1- الكتب

أ- الكتب العامة

➤ أحمد شرف الدين، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة والرهن والاختصاص

والامتياز، (د ت ن)، (د م ن).

➤ أنور العمروسي، التضامن، والتضامم، والكفالة في القانون المدني، ط1، دار

الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1992.

➤ أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، الوكالة، الوديعة، الحراسة،

المقامرة والرهن المرتب مدى الحياة، عقد اللامين، الكفالة، ج10، ط1،

الاسكندرية، 2004.

➤ همام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة،

2004.

➤ رمضان أبو السعود، التأمينات العينة والشخصية، دار الجامعة الجديدة،

الإسكندرية، 2007.

◀ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، ط1، (د ت ن)، دار الكتاب الحديث.

◀ نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية والعينية، الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007

◀ سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1992.

◀ عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، ج10، التراث العربي، بيروت، 1970.

◀ عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة، دار الثقافة، 2009.

◀ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2001.

ب- الكتب المتخصصة.

◀ زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، ط4، دارالأم، تيزي وزو، (د.ت.ن).

◀ محمد علي عبده، عقد الكفالة، (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2005.

◀ محمد حسنين، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق بن عكنون.

3- الرسائل الجامعية.

◀ وداد باقي، الكفالة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير)، جامعة بومرداس، كلية الحقوق، 2009.

4- المحاضرات:

◀ سليمان محمدي، محاضرات في القانون المدني (عقود خاصة)، أُلقيت على طلبة السنة الثالثة ليسانس، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 1996/1995.

5- النصوص القانونية.

◀ أمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، معدل ومتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، والمنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 30 سبتمبر 1975، عدد رقم 78، ص 990.

ثانيا: باللغة الاجنبية.

-Planiol, Ripert et savetier, traite théorique et pratique de droit civil, 2^{ème} 1954.

الفهرس

النظام القانوني للكفالة في الجزائر

—	شكر وعرافان
—	اهداء
أ-هـ	مقدمة
	الفصل الأول: ماهية عقد الكفالة
7	المبحث الأول: مفهوم عقد الكفالة
7	المطلب الأول: تعريف الكفالة وخصائصها
7	الفرع الأول: تعريف الكفالة
8	الفرع الثاني: خصائصها
14	المطلب الثاني: تمييز الكفالة عن بعض المفاهيم الأخرى المشابهة لها
14	الفرع الأول: الكفالة والتضامن بين المدينين
15	الفرع الثاني: الكفالة والتعهد عن الغير
15	الفرع الثالث: الكفالة وعقد التأمين
16	المطلب الثالث: أنواع الكفالة والشروط الواجب توفرها في الكفيل
16	الفرع الأول: أنواع الكفالة
17	الفرع الثاني: الشروط الواجب توفرها في الكفيل
23	المبحث الثاني: أركان عقد الكفالة
23	المطلب الأول: الرضا
24	الفرع الأول: الأهلية
25	الفرع الثاني: سلامة الإرادة من العيوب
27	المطلب الثاني: المحل
27	الفرع الأول: وجود الالتزام المكفول
33	الفرع الثاني: صحة الالتزام المكفول

37	الفرع الثالث: تعيين الالتزام المكفول
42	المطلب الثالث: سبب الكفالة
	الفصل الثاني: آثار الكفالة وانقضاؤها
47	المبحث الأول: آثار الكفالة
47	المطلب الأول: العلاقة بين الكفيل والدائن
47	الفرع الأول: متى يجوز للدائن الرجوع على الكفيل
52	الفرع الثاني: الدفع بالتجريد
62	الفرع الثالث: الدفع بالتقسيم
65	الفرع الرابع: التزامات الدائن عند استيفائه الدين من الكفيل
67	المطلب الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين
67	الفرع الأول: الدعوى الشخصية
72	الفرع الثاني: دعوى الحلول
77	الفرع الثالث: رجوع الكفيل وتعدد المدينين
80	المطلب الثالث: العلاقة بين الكفيل وغيره من الكفلاء
80	الفرع الأول: تعدد الكفلاء وعدم تضامنهم
81	الفرع الثاني: تعدد الكفلاء المتضامنين
82	المبحث الثاني: انقضاء الكفالة
82	المطلب الأول: انقضاء الكفالة بصفة تبعية
83	الفرع الأول: انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء
84	الفرع الثاني: انقضاء الالتزام الأصلي بما يعادل الوفاء
89	الفرع الثالث: انقضاء الالتزام الأصلي دون وفاء
92	المطلب الثاني: انقضاء الكفالة بصفة أصلية
92	الفرع الأول: الأسباب العامة لانقضاء الكفالة بطريق أصلي
93	الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة بطريق أصلي
100	خاتمة

—	ملخص الدراسة
—	المراجع
—	الفهرس

الملخص.

تعتبر الكفالة من أهم التأمينات الشخصية لما لها من أهمية في الائتمان، فهي تحقق مصلحة المدين في تسهيل عملية ائتمانه وبالتالي يستطيع أن يحصل على ما يحتاجه من قروض، كما أنها تحقق أمنا وطمأنينة للدائن لوجود شخص ثاني يمكن أن يسأله الوفاء عند تخلف المدين عنه، إلا أن هذا الضمان لا يحقق فاعلية في الائتمان بشكل مطلق بعيد عن كل خطر، فطالما اعتمدنا على ائتمان شخصي للفرد، فإن هذا الفرد قد يتعرض إلى هزة في ائتمانه فيكون معسرا عند مطالبتة بالدين، فلا بد من وسيلة أخرى تحول دون هذا الخطر.

ومن بين هذه الوسائل التأمينات العينية، لأنها تحقق أمنا للدائن، فهي تؤمنه ضد خطر إفسار المدين بما توفره من حق الأفضلية، كما تؤمنه ضد خطر تصرف المدين في ماله، وتمنحه الحق في التتبع.

Le résumé

La caution de l'assurance de personne plus important en crédit est dans l'intérêt du débiteur dans le processus de crédit plus facile et donc peuvent obtenir les prêts nécessaires, et aussi il faire sur et tranquillité au créancier pour une seconde personne peut lui demande la fidélité lorsque le débiteur est retarder. Et cette garantie personnelle ne réalise absolument une efficacité loin de tout danger. Aussi en longtemps que nous nous sommes appuyés sur le crédit personnel de l'individu puisque ce dernier peut éprouver à son actif, le choc est insolvable lorsque la créance doit être une autre façon de prévenir ce risque. Et entre ces moyens d'assurances en nature ils font le créancier la sécurité double et s'assurer contre le risque de la conduite du débiteur dans son argent avec le bon suivi.