الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف المسيلة

كلية: الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق

الرقم التسلسلي:...../.....

1-رقم التسجيل: 161635101341

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر: تخصص: قانون أعمال

بعنوان:

عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري

إعداد الطالبة:

- **شريف شيماء**

تحت إشراف

أ/ بوعكة كاملة

أمام لجنة المناقشة المكونة من السادة الأساتذة:

د/ يحي مريم	جامعة المسيلة	رئيسا
د/ بوعكة كاملة	جامعة المسيلة	مشرفا ومقررا
د/ غضبان سمية	جامعة المسيلة	ممتحنا

السنة الجامعية : 1442-1443هـ- 2021- 2022 م

بسم الله الرحمن الرحيم

* ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في ..... 2020 ديسمبر 27

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف - المسيلة -

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): شريقا شيماء ..... الصفة: طالب، أستاذ، باحث .....

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم [illegible] والصادرة بتاريخ 2016-04-24 .....

المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق ..... قسم قانون أعمال .....

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه).

عنوانها: عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري .....

.....

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: 2022-05-30

توقيع المعني (ة)

عن رئيس المجلس الشعبي البلدي
المكلف برئاسة المجلس الشعبي البلدي
الحاجي صليحة

تعذر وصد التوقيع
البلدية
المسيلة في 30 ماي 2022
رئيس المجلس الشعبي البلدي

استمارة معلومات

الصورة

المعلومات الشخصية:

الاسم: شيماء اللقب: شريفا

اسم الاب: لخضر اسم ولقب الأم: بوزيد فريدة

تاريخ الازدياد: 1997.02.18 مكان الازدياد: مقرة

رقم الهاتف: 0657690218

البريد الالكتروني: charifchaima15@gmail.com

العنوان الشخصي: مشتة أولاد سعيد

الباكالوريا:

المعدل: 11.84 الشعبة/التخصص: علوم تجريبية سنة الحصول على شهادة الباكالوريا: 2016

الليسانس:

تخصص الليسانس: حقوق الدفعة/ سنة التخرج: 2020

الماستر:

تخصص الماستر: قانون أعمال الدفعة/ سنة التخرج: 2022

المعدل الترتيبي للماستر: (المعدل العام)

الوضعية المهنية:

موظف: ☐ عاطل عن العمل: ☑

في حالة موظف:

وظيف عمومي: قطاع خاص:

المصلحة المستخدمة: اسم المؤسسة / الشركة:

الرتبة في العمل:

الصيغة:

موظف دائم: موظف في إطار عقود: نوع العقد:

امضاء الطالب

شكر وعرفان

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (من لم يشكر الناس لم يشكر الله ومن أسدى لكم معروفا فكافئوه فإن لم تستطيعوا فادعوا له).

وعملا بهذا الحديث واعتر افا بالجميل، نحمد الله عزوجل ونشكره على أن وفقنا لإتمام هذا العمل المتواضع.

و أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذة المشرفة "بوعكة كاملة" التي رفقتني طيلة هذا البحث وأمدتني بالمعلومات والنصائح القيمة راجية من الله عز وجل أن يسدد خطاها ويحقق مناها فجزاها الله كل خير.

والشكر الجزيل كذلك للأستاذ "رويماث مسعود" الذي لم يبخل علي في كل مرة أسأله فيها.

وأخيرا لا يفوتنا أن نعبر عن بالغ تحياتنا إلى كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد في إنجاز هذا البحث المتواضع..

الإهداء:

إلى كل من علمني حرفا في هذه الدنيا الفانية.
إلى أبي الحنون والغالي سند دربي.
إلى أمي الغالية التي شجعتني للوصول لهذه المرحلة في حياتي.
إلى كل عائلتي التي فرحت وتفاخرت بنجاحي وخاصة أخوي الكبيرين إلياس وأسامة.
إلى صديقاتي وكذا أساتذتي الذين تعرفت عليهم في دراستي.
إلى روح صديقاتي الغالية هجيرة.
إلى كل هؤلاء وهؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع.
ونسأل الله أن يجعله نبراسا لكل طالب علم.
آمين يا رب العالمين.

شريف شيماء

قائمة المختصرات

/	فقرة
ق م ج	قانون مدني جزائري
د م ن	دون مكان نشر
د ب ن	دون بلد نشر
د س ن	دون سنة نشر
ص	صفحة

مقدمة

مقدمة:

تكتسي علاقة المديونية التي تربط الدائن بالمدين أهمية كبيرة لتعلقها بحقوق مالية، فالدائن يكون مهدد بخطر عدم تمكنه من الحصول على حقه من مدينه، وذلك إذا لم يف المدين بما عليه من دين اختياريا، لأن القاعدة العامة في الالتزامات هي أن لكل التزام أثرا هو تنفيذه وبذلك تكون أموال المدين بهذا الالتزام هي الضامنة للوفاء بديونه، لهذا الغرض بالذات قد أوجد القانون نوعين من الوسائل لضمان حق الدائن من الضياع، الأول الضمان العام والثاني التأمينات الخاصة.

والمقصود بالضمان العام هو أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه م188قانون مدني جزائري، أي أن أموال المدين هي الضمان العام يكون فيها جميع الدائنين غلى قدم المساواة، فإذا اتسعت لهم جميعا أموال المدين استبقوا حقوقهم كاملة، أما إذا لم تتسع لهم جميعا إجراءات التنفيذ على هذه الأموال فإنهم يتقاسمونها قسمة القدماء كل بنسبة حقه فلا يحصل كل منهم إلا على جزء من هذا الحق، وقد أحاط المشرع الجزائري هذا الضمان بوسائل قانونية للمحافظة عليه.

كما قد أوجد المشرع وسائل قانونية أخرى من شأنها أن توفر قدرا أكبر من الثقة للدائن وهي ما أطلق عليها تسمية التأمينات الخاصة وتعني أن يحصل الدائن على ضمان يكفل به الوفاء بحقهن رغم إعسار المدين، وتتجسد هذه التأمينات في نوعين هما: التأمينات العينية والتأمينات الشخصية.

فالتأمينات العينية هي تخصيص مال معين يكون عادة مملوك للمدين لتأمين حق الدائن فيكون للدائن حق عيني على هذا المال وهو حق تبعي، ويكفل هذا التأمين العيني الوفاء بحق الدائن ويتقدم هنا الدائن على الدائنين العاديين بل على الدائن الأنزل منه مرتبة، وللدائن ان يتبع هذا الحق إذا انتقلت ملكيته من المدين إلى غيره ويستطيع أن يحجز عليه وهو في يد الغير ويستوفي منه حقه.

فيراد بالتأمينات الشخصية صم ذمة مالية إلى ذمة مالية أخرى لضمان حق الدائن، فيكون للدائن مدينان أو أكثر، وكلهم مسؤولون عن الدين، بالتالي الضمان الذي تقدمه التأمينات الشخصية يقوم على تعدد الأشخاص المسؤولين عن تنفيذ الالتزام الذي يتعهدون بالوفاء بالدين عن المدين، بحيث يسأل كل منهم عن الدين مسؤولية شخصية غير محدودة في جميع أحواله، ويعتبر هذا الشخص أجنبي عن المدين وهذا ما يطلق عليه بالكفالة الشخصية.

ويراد بالتأمينات الشخصية كذلك أن ينظم إلى المدين جملة من المدينين حتى إذا ما ضمت أموالهم إلى أموال المدين إطمأن الدائن إلى الحصول على دينه عند حلول الأجل.

وتعد الكفالة (عقد الكفالة) أهم صور التأمينات الشخصية وأوضحها فهي تلعب دورا هاما في الإئتمان وفي تسهيل المعاملات المالية والتجارية، ومازالت تلعبه لسهولة حصول المدين على كفيل يضمنه في تنفيذ التزامه، إذ هي وسيلة تبعث في نفس الدائن مزيدا من الثقة والإئتمان، وتبعث في نفس المدين الضمان والأمن والاطمئنان، وهو من العقود المعروفة قديما والتي تقوم على أساس التضامن.

ومن ثم، فإن أسباب اختيار هذا الموضوع ترجع إلى جملة من الدوافع الذاتية وأخرى موضوعية.

فالأسباب الذاتية تكمن في الميل الذاتي لدراسة هذا النوع من الدراسات القانونية لما تثيره من إشكالات، أما الأسباب الموضوعية فتكمن في تسليط الضوء على أحكام عقد الكفالة في التشريع الجزائري لأنه موضوع يتميز بكثرة الاستعمال والتداول بين الأفراد من الناحية العلمية وهذا ما يزيد من أهميته كموضوع يحتاج إلى بحث وتدقيق.

وقد اعترى البحث في هذا الموضوع جملة من الصعوبات لعل أهمها تكمن في قلة الباحثين في عقد الكفالة .

كما اقتضى استكمال البحث في موضوع عقد الكفالة الرجوع إلى الدراسات التي اهتمت بدراسته، وأهم الدراسات التي تم الاطلاع عليها هي:

-أحمد فيصل شرق قدمت الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجيستير في القانون الخاص والتي تناولت موضوع الدفع بالتجريد في عقد الكفالة (دراسة مقارنة) في مختلف التشريعات

-سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ قدمت هذه الاطروحة استكمالا لمتطلبات درجة الماجيستير في القانون الخاص المرسومى بعقد الكفالة لمدينة الأثار المترتبة عليه (دراسة مقارنة) بين مجلة الاحكام العدلية والقانون المدني المصري.

انطلاقا من المعطيات السابق ذكرها يمكن طرح الإشكالية التالية: هل الضمان الشخصي المتمثل في عقد الكفالة قادر على توفير الحماية القانونية المثلى واللازمة لكل من الدائن والمدين والكفيل على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري؟

ويندرج تحته إشكالات فرعية هي:

-كيف نظم المشرع الجزائري العلاقة بين الكفيل والدائن؟

-ماهي الدعاوى التي يعود بها الكفيل على المدين عند تسديده الدين؟

في سبيل الإجابة على الإشكالية وسعيا لتحقيق أهداف الدراسة سيتم الإعتماد على المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل نصوص القانون المدني فضلا عن ذلك سيتم الإستعانة بالمنهج الوصفي وذلك من خلال ضبط مفهوم المعارف ذات الصلة بموضوع الدراسة.

وفي سبيل الاجابة على الاشكالية تكون خطة البحث كالتالي:

مقدمة:

الفصل الأول: ماهية عقد الكفالة

المبحث الأول: ماهية عقد الكفالة.

المطلب الأول: مفهوم عقد الكفالة.

المطلب الثاني: أنواع عقد الكفالة.

المبحث الثاني: كيفية قيام عقد الكفالة وإثباته.

المطلب الأول: أركان عقد الكفالة.

المطلب الثاني: شروط عقد الكفالة وكيفية إثباته.

الفصل الثاني: أحكام عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري

المبحث الأول: آثار عقد الكفالة.

المطلب الأول: العلاقة بين الكفيل والدائن.

المطلب الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين.

المبحث الثاني: إنقضاء عقد الكفالة

المطلب الأول: الأسباب العامة لانقضاء التزام الكفيل

المطلب الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة بصفة أصلية

خاتمة

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لعقد الكفالة في القانون المدني الجزائري

- المبحث الأول: ماهية عقد الكفالة.
- المبحث الثاني: كيفية قيام عقد الكفالة وإثباته.

تمهيد:

الإطار المفاهيمي لعقد الكفالة في القانون المدني الجزائري يعتبر عقد الكفالة من أبرز العقود الشائعة في المعاملات المدنية، حيث تجسد الكفالة الصورة المثلى للتأمينات الشخصية التي تقوم على اتساع وعاء الضمان العام وتدعيمه مما يتيح للدائن استيفاء حقه بالتنفيذ على الذمة المالية لشخصين أو أكثر هما: المدين الأصلي والكفيل أو الكفلاء في حال عجز المدين عن الوفاء.

فالكفالة باعتبارها وسيلة قانونية مقدرة لحماية أموال الدائن من الضياع، فإن تطبيقها على أطراف العلاقة –الدائن والكفيل– يخضع لنظام قانوني مستقل بذاته، له أحكامه الخاصة به والذي يميزه عن باقي التأمينات الأخرى لأجل ذلك سنعالج في هذا الفصل شرح عقد الكفالة بالتطرق لماهيته في المبحث الأول ثم نتطرق إلى كيفية قيام عقد الكفالة وإثباته في المبحث الثاني.

المبحث الأول: ماهية عقد الكفالة.

يشكل عقد الكفالة أحد الضمانات الممنوحة للدائن لاستبقاء حقه اتجاه المدين، ونظرا لأهميته فقد الفقه والقانون بتعاريف متباينة بحسب نظرة كل منها ألى مضمون هذا العقد والغرض من وجوده، وهو ما أدى إلى عدم ضبط تعريف موحد له لذلك سنتطرق لمفهوم عقد الكفال. في المطلب الاول ثم تبيان انواعه في المطلب الثاني .

المطلب الأول: مفهوم عقد الكفالة.

سنتطرق في هذا المطلب لتعريف عقد الكفالة لغة، اصطلاحا وقانونا في الفرع الأول، ثم نستخلص أهم الخصائص المميزة لهذا العقد في الفرع الثاني، وفي الفرع الثالث نتعرض لأهم ما يميز عقد الكفالة عن بعض الأنظمة القانونية المشابهة له.

الفرع الأول: تعريف عقد الكفالة.

تميزت الكفالة بعدة معاني في اللغة (أولا) كما كانت موضوع تعريف لدى المذاهب الاسلامية (ثانيا) وقد تطرق القانون أيضا لتعريفها (ثالثا).

أولا: تعريف الكفالة لغة.

الكفالة لغة: تعني الضم، تكفل فلان بالشيء أي ألزم نفسه به ومنه قوله تعالى: ﴿ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ﴾[1] أي ضمن زكريا عليه السلام حضانة مريم عليها السلام وتكفل القيام بأمرها.

وفي الحديث الشريف (أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما شيئا له)، والكفيل هو الضامن والكافل هو الذي يعول إنسانا وينفق عليه.

والكفالة (مص، كفل، ج، كفايات): الضمان، في القانون: العقد الذي يلتزم به الكفيل وكفل فلان المال، أي جعله يضمنه.[2]

---

[1]– سورة آل عمران، الآية 37.

[2]– سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، كلية الدراسات العليا، ص7.

ثانيا: تعريف الكفالة اصطلاحا.

لقد اختلف الفقهاء في تعريف الكفالة تبعا لاختلافهم فيما يترتب عليها من أثر.

- **تعريف فقهاء الحنفية للكفالة:**

لقد عرف جمهور فقهاء الحنفية الكفالة بأنها: ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، ومنهم من عرفها بأنها: ضم ذمة إلى ذمة بالدين.

- **تعريف فقهاء الشافعية للكفالة:**

عرفها الشافعية بأنها: التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونه.

- **تعريف فقهاء الحنابلة للكفالة:**

عرفوها بأنها: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في الالتزام بالحق، فيثبت في ذمتها جميعا، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما.

- **تعريف فقهاء المالكية للكفالة:**

الكفالة: هي التزام مكلف غير سفيه دينا على غيره، أو التزام المكلف مطالبته شخصا عليه الدين من هو له بما يدل عليه.

- **تعريف فقهاء الإمامية للكفالة:**

الضمان: هو عقد شرح للتعهد بمال أو نفس، التعهد بالمال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال، قد لا يكون، وهو نقل المال من ذمة إلى ذمة أخرى.[1]

[1] – مريم عبد طارش الزبيدي، التنظيم القانوني لحق التجريد في عقد الكفالة، دار الجامعة الجديدة، (د.م.ن)، 2017، ص 26- 29.

ثالثا: تعريف الكفالة قانونا.

تعرف الكفالة بأنها عقد يتم بين شخصين شخص يسمى الكفيل، وشخص آخر وهو الدائن يلتزم بموجبه الكفيل أن يضمن للدائن الوفاء بالدين الذي له على المدين.

وقد عرفتها المادة[1] (644 ق.م.ج) بقولها: (الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخصا تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه)[2].

يتبين لنا من خلال هذا التعريف أن عقد الكفالة هذا إنما نشأ عن وجود علاقة مديونية، تقوم بين دائن ومدين، وأن الكفيل يأتي لضمان الوفاء بهذه المديونية وأنه لولا الكفالة لظل الكفيل غريبا عن هذه العلاقة.[3]

كما يؤخذ من هذا التعريف أن الكفالة هي عقد بين الكفيل والدائن، أما المدين الأصلي فليس طرفا في عقد الكفالة.[4] ولا يشترط رضا المدين وموافقته، بل يمكن أن تتم الكفالة دون علمه ورغم معارضته.[5]

ورغم ذلك فالمدين له دور هام في وجود الكفيل، فهو ما تبرع إلا ليضمن التزام هذا المدين لدائنه، وليوفر له الثقة والائتمان لدى دائنه، وبالتالي ليمنع هذا الأخير الأمن والأمان.[6]

والذي يهم في الكفالة هو التزام هذا المدين، إذ أن هذا الالتزام هو الذي يضمنه الكفيل فيجب أن يكون مذكورا بوضوح ودقة في عقد الكفالة.[7]

---

[1] – قانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007، المتضمن القانون المدني.

[2] – محمد صبري السعدي، التامينات الشخصية والعينية، دار الكتاب الحديثة (د.م.ن)، 2005، ص15.

[3] – معزوز دليلة، محاضرات التأمينات العينية والشخصية (الرهن الرسمي-الكفالة)، ألقيت على طلبة ليسانس، جامعة أكلي معند أولحاج، البويرة، كلية الحقوق، 2020-2021، ص80.

[4] – عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، ج10، دار التراث العربي، لبنان، (د.ن.ن)، ص19.

[5] – المادة 647 قانون م. جزائري (تجوز كفالة المدين بغير علمه، وتجوز أيضا رغم معارضته).

[6] – زاهية حورية سي يوسف، الوجيز في عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، ص25.

[7] – عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص19.

فالكفالة بما أنها ترتكز على التزام أصلي، وتعمل على الوفاء به فهي تابعة دائمة له ومن ثمة فهي ترتب التزام شخصي في ذمة الكفيل محله الوفاء بالالتزام الأصلي إن لم يف به المدين. ومنه لا يكون مصدر الالتزام المكفول هو العقد دائما بل تتعدد مصادره بمصادر الالتزام المعروفة وهي العقد، الإرادة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض أو القانون بينما التزام الكفيل الناشئ عن عقد الكفالة مصدره دائما واحد وهي العقد.[1]

ومما تجدر الإشارة إليه أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي في وجوده وانقضاءه وصحته[2] وبطلانه بل وفي أوصافه[3] أيضا. كما لا ينبغي أن يفهم من العبارة الواردة في التعريف السابق (إذا لم يف به المدين) أن التزام الكفيل التزام معلق على شرط واقف هو عدم قيام المدين الأصلي بالوفاء لأن التزام الكفيل التزام بأن يترتب في ذمة الكفيل بمجرد انعقاد الكفالة، ويراد من هذا التعليق إبراز صفة التبعية لالتزام الكفيل التي تجعله ملتزما من الدرجة الثانية، بمعنى أن هذا الدائن لا يسوغ له مطالبة الكفيل بالدين إلا إذا رجع على المدين ولم يجد من أمواله ما يكفي للوفاء بما عليه.[4]

الفرع الثاني: خصائص عقد الكفالة.

احتوت التعاريف السابقة على خصائص عقد الكفالة فهي تكمن في كون عقد الكفالة عقد ضمان شخصي في عقد ملزم بجانب واحد

تتميز عقد الكفالة بالخصاص التالية:

[1] – براهم أسماء وعطوي صفاء، أحكام عقد الكفالة في ظل التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر، جامعة 08 ماي 1945، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014-2015، ص3-4.

[2] – تنص المادة 648 ق م ج (لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا).

[3] – تنص المادة 650 (تجوز الكفالة. في الدين المستقبلي إذا حدد مقدما المبلغ المكفول كما تجوز الكفالة في الدين المشروط).

[4] – زهية حورية سي يوسف ، المرجع السابق ، ص25

1.عقد رضائي: تنص المادة 645 ق م ج (لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة).

يستدل من ذلك أن المشرع لم يخرج عن قاعدة الرضائية كأصل عام لإبرام العقود كعقد الكفالة، بحيث أن عقد الكفالة ينعقد بمجرد تلاقي الإرادتين المتطابقتين للدائن والكفيل بغير تطلب أوضاع أخرى لانعقاده، أما الكتابة المستلزمة في م 645 فهي للإثبات وليس للانعقاد، ومن ثم فإن عدم كتابة الكفالة لا يحول دون اعتبارها منعقدة ويجوز إثباتها بما يقوم مقام الكتابة من إقرار أو يمين حاسمة.[1]

إذ لو كانت الكتابة شرطا للانعقاد بما أدى الإثبات بغيرها بما يقوم مقامها إلى القول بوجود العقد.[2]

2. عقد ضمان شخصي: فالكفالة التزام شخصي للكفيل يضاف إلى التزام المدين، أي أنها تمنع الدائن ضمانا شخصيا بالتزام الكفيل بالوفاء بما إلتزم به المدين عند عدم وفاء هذا الأخير بالتزامه.[3]

وهي تأمين للدائن منذ إمتناع الدين عن الوفاء بالتزامه، وتتميز الكفالة بالطابع الشخصي، لأن الكفيل تضاف ذمته إلى ذمة المدين للوفاء بالدين. أي ضم الضمان العام للكفيل إلى الضمان العام للمدين.[4]

ويترتب على اعتبار الكفالة عقد من العقود الضمان الشخصي أنها لا تجنب الدائن تماما مخاطر الإعسار لأنها وإن كانت تجنبه مخاطر إعسار مدينه إلا أن هذا الاحتمال ما زال قائما أيضا بالنسبة للكفيل.[1]

---

[1] – همام محمد محمود زهوان، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص21.

[2] – زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص26.

[3] – نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية، (د.م.ن)، 2000، ص12.

[4] – بقة عبد الحفيظ، محاضرات التأمينات الشخصية والعينية، ألقيت على طلبة ليسانس، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2019-2020، ص10-11.

3.عقد ملزم لجانب واحد: عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد وهو الكفيل، عقد ملزم لجانب واحد وهو الكفيل، فالكفيل وحده هو الذي يلتزم بعقد الكفالة بوفاء الدين للدائن، إن لم يفي به المدين الأصلي، أما الدائن فلا يلتزم عادة بشيء نحو الكفيل وهو الأصل[2]، لكن يجوز أن تكون الكفالة عقدا ملزما لجانبين إذا التزم الدائن نحو الكفيل بدفع مقابل في نظير كفالته للدين، كما لو قام الكفيل بوفاء الالتزام المكفول إلى الدائن، فيتعين على هذا الأخير أن يسلم للكفيل المستندات والوثائق اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع على المدين الأصلي، ويكون حقه قبل المدين مضمونا بذات التأمينات التي كانت تضمن حق الدائن الذي يلتزم بالقيام بالإجراءات اللازمة لنقل هذه التأمينات ويتحمل الكفيل مصاريف النقل وإذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس لدى الدائن يتعين عليه التخلي عنه لصالح الكفيل[3] طبقا للمادة 659 ق م ج[4] وحقيقة الأمر أن مثل هذا الالتزام لا يقع على الدائن نتيجة عقد الكفالة ولكنه يترتب على واقعة الوفاء بالدين والتي تعتبر لاحقة لإبرام عقد الكفالة.

إن مثل هذه الالتزامات لا تغير من طبيعة عقد الكفالة، وتجعله عقدا ملزما لجانبين لأنها لا تنشأ عن عقد الكفالة نفسه بل تترتب عن وفاء الدين كواقعة لاحقة لإبرام العقد ومستقلة عنه أو كشروط لازمة لإمكان المطالبة والعودة على المدين.[5]

4.عقد تبرعي: الكفالة عادة عقد تبرعي بالنسبة للكفيل، أما بالنسبة للدائن المكفول فهو عقد معاوضة، لأن الدائن المكفول حصل على كفالة في مقابل إعطاء الدين للمدين، وإذا كان

---

[1] – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص12.

[2] – مريم عبد طارش الزبيدي، المرجع السابق، ص34.

[3] – غالي كحلة، التأمينات الشخصية، محاضرات ألقيت على طلبة الماستر، جامعة محمد بن أحمد2، وهران، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2020–2021، ص5.

[4] – تنص المادة 659 مدني جزائري على (تجوز كفالة الكفيل، وفي هذه الحالة لا يحوز المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع.

فإذا كان الدين مضمونا مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه الكفيل.

أما إذا كان الدين مضمونا بتأمين عقاري، فإن الدائن يلتزم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين ويتحمل الكفيل مصروفات هذا النقل على أن يرجع بها على المدين).

[5] – براهم أسماء وعطوي صفاء، مرجع سابق، ص13–14.

الدائن المكفول حصل على كفالة في مقابل إعطاء الدين للمدين، وإذا كان الدائن قد أعطى الدين للمدين لا للكفيل، والمدين ليس طرفا في عقد الكفالة، فإنه ليس من الضروري في عقود المعاوضة أن يمنح العوض لأحد المتعاقدين، بل يكفي إعطاؤه للغير، وهنا يعطى العوض للمدين.

والعقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسبة لأحد المتعاقدين، وتبرعا بالنسبة للمتعاقد الآخر (عقد تبرع بالنسبة للكفيل ومعاوضة بالنسبة للدائن والعقد يبرم بين الكفيل والدائن).

وقد تكون الكفالة عقد معاوضة بالنسبة للكفيل نفسه، فيأخذ مقابل كفالته للدين وهذا المقابل إما أن يأخذه من الدائن المتعاقد معه فيكون العوض مأخوذا من الغير (المدين).

غير أن الصورة المألوفة للكفالة هي أن تكون عقدا تبرعيا بالنسبة للكفيل وعادة لا يأخذ الكفيل مقابلا لهذه الكفالة لا من الدائن ولا من المدين، لهذا يشترط في الكفيل عادة أهلية التبرع، ويجوز الطعن في الكفالة بالدعوى البولصية دون إشتراط تواطؤ الكفيل لا مع الدائن ولا مع المدين.[1]

5.عقد تابع: ويقصد بها أن ما يستحمله الكفيل من التزامات هو ناتج عن التزامات المدين الذي يكفله، وهذا التزام بالتبعية، ويترتب على ذلك أن الدائن لا يستطيع الرجوع على الكفيل إلا بعد الرجوع على المدين (المادة 660 قانون مدني جزائري).

وهذا الإلتزام يكون متساوي مع التزام المكفول الأصلي؛ حيثث لا يجوز أن يكون أكثر من ذلك أو أقل. وهذا حسب نص المادة 652 (لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا يشترط أشد من الدين المكفول، ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل بشرط أهون). حيث يمكن أن يلتزم الكفيل بجزء من المدين، كما أنه لا يكفل ما زاد في عبء الدين الأصلي بعد الكفالة بإرادة المدين الأصلي أو بسبب خطئه، ونتاج هذه التبعية أن

[1] – بقة عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص10-11.

الكفيل يستطيع التمسك بالدفوع التي تقدم للمدين الأصلي، وإذا أبطل الالتزام لزاما على ذلك يسقط التزام الكفيل.[1]

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

تشترك الكفالة مع بعض النظم القانونية الأخرى في خصائص معينة، إلا أن لكل منها أحكام قانونية مستقلة تميزها عن الأخرى مثلا: التضامن بين المدينين، التعهد عن الغير، الإنابة الناقصة وكذا الكاملة وأخيرا عقد التأمين.

أولا- الكفالة والتضامن بين المدينين:

يراد بالتضامن بين المدينين أو التضامن السلبي أن يتعدد المدينون لدين واحد قابل للإنقسام بطبيعته، ويكون كل منهم ملزما في مواجهة الدائن بأداء الدين بأكمله، وهو يعني أن الدائن يستطيع أن يطالب بالدين كله، كما على المدين أن يبرئ ذمته وذمة سائر المدينين بالوفاء بكل الدين للدائن.

ويتمثل وجه التشابه في أن كليهما يمنع الدائن ضمانا وتأمينا شخصيا بمقتضاه يكون له الحق في التنفيذ ليس فقط على أموال المدين الأصلي بل أيضا على أموال المدين المتضامن معه أو على أموال الكفيل.[2]

تختلف الكفالة عن التضامن بين المدينين من حيث أن المدين المتضامن يلتزم بصفة أصلية في مواجهة الدائن، وذلك على نقيض التزام الكفيل حتى ولو كان متضامنا مع المدين، فهو يعتبر التزاما تابعا لالتزام المدين.[3]

[1] – زينب عشور، ضمانات منح القروض في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018-2019، ص11.

[2] – معزوز دليلة، المرجع السابق، ص98.

[3] – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص27.

فالدائن لا يستطيع مطالبة الكفيل إلا بعد مطالبة المدين، وله الدفع بتجريد المدين من أمواله إذا ما طولب، وحتى في حالة تنازل الكفيل عن حقه في التجريد فإن التزام المدين المتضامن يختلف عن التزام الكفيل، فالمدين المتضامن يلتزم بالدين مع المدين الأصلي ويساوي، أما إلتزام الكفيل فهو إلتزام تابع للإلتزام الأصلي ويرتبط عمه وجودا وعدما، ويترتب على هذه التبعية أنه في حالة إبراء الدائن مدينه فإن ذمة الكفيل تبرأ م 654 ق م ج، أما في حالة المدين المتضامن فلا تبرأ ذمته إذا أبرأ الدائن المدين الأصلي إلا إذا أصرح الدائن. م 227 ق م ج.[1]

ثانيا– الكفالة والتعهد عن الغير:

التعهد عن الغير م 114 ق م ج هو الحالة التي يتعاقد فيها الشخص مع شخص آخر على تعهده شخصيا، بأن يتحمل الغير قبول التعاقد أو التزام معين، مثال ذلك: حالة الوكيل الذي يتجاوز حدود الوكالة ويتعهد شخصيا بأن يجعل الموكل يقر الاتفاق الخارج عن حدود التوكيل.[2]

والمتعهد عن الغير لا يلزم الغير، بل يلتزم شخصيا بالعقد الذي يبرمه، فهو ليس وكيلا عنه أو نائبا عنه ولا يملك سلطة في إلزامه، ولكن يتعهد بأن يحصل على رضا هذا الغير بالعقد.

فإذا رفض الغير تنفيذ الالتزام المتعهد به يكون قد أخل بالتزامه ويلتزم بتعويض المتعهد له عما أصابه من ضرر، لكن يجوز للمتعهد عن الغير أن يتخلص من التعويض، إذا ما قام هو بهذا الالتزام ليس بصفته ككفيل، بل يقوم به كملتزم أصلي، أما الكفيل فهو يلتزم بصورة تبعية، بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه.[3]

[1] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص31.

[2] – براهم أسماء وعطوي صفاء، المرجع السابق، ص21.

[3] – زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص21.

ثالثا– الكفالة والإنابة الناقصة:

نصت عيها المادة 294 ق م ج وتعني الإنابة بصفة عامة أن المدين قد أناب عنه شخصا آخر يتعهد للدائن بالوفاء بالدين الموجود في ذمته، فهي تتم إذا حصل المدين على موافقة من الدائن بوجود شخص أجنبي ينوب عنه.[1]

والإنابة الناقصة لا تتضمن تجديدا للمدين الأصلي، بل يبقى الدين في ذمة المدين الأصلي، وينظم إليه المدين الجديد، ليكون مدينا بنفس الدين، فالمناب بالإنابة الناقصة يلتزم إلتزاما أصليا في مواجهة الدائن لا التزاما تبعيا كما هو الحال في الكفالة، ويستطيع الدائن أن يختار أي من المناب أو المنيب ليطالبه بالدين، فكل منهما ملتزم بصفة أصلية، أما بالنسبة للكفيل فهو ملتزم بصفة تبعية.[2]

رابعا– الكفالة والإنابة الكاملة:

تعرف الإنابة الكاملة بكونها اتفاقا على أن ذمة المنيب تبرأ في مواجهة دائنه فينقضي دينه ويصبح المناب هو المدين الجديد بدلا منه، ويتضمن ذلك في الحقيقة تجديد الدين بتغيير المدين، وهذه الإنابة الكاملة التي تتضمن تحديدا بتغيير المدين، هي التي ترد إليها الحوالة في الفقه الإسلامي، وخاصة عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة ونظرا لمبدأ عدم إفتراض التجديد في الإنابة، فإنه في حالة النزاع يظل المدين ملزما بالدين في مواجهة دائنه إلى جانب التزام المناب. هذا ولا وجه للإلتباس بين فكرة الإنابة الكاملة والكفالة، لأن الإنابة الكاملة تنطوي على تجديد للالتزام بتغيير المدين، فالمدين الأصلي (المنيب) يختفي ليحل محله مدين جديد المناب.[3]

[1] – بوخاتم، مقياس التأمينات الشخصية والعينية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014–2015، ص7.

[2] – زاهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص22.

[3] – معزوز دليلة، المرجع السابق، ص100.

خامسا– الكفالة وعقد التأمين:

قد تشتبه الكفالة مع نوع من التأمين، وهو تأمين الإئتمان الذي بموجبه يؤمن الدائن لدى شركة تأمين ضد إعسار مدينه، فالشركة هنا تبدو كأنها كفيل تضمن الوفاء بالدين إذا لم يف به المدين الأصلي.

ولكن نجد فرق بينهما، فالتزام شركة التأمين (المؤمن) ليس التزاما تابعا بل هو التزام أصلي مصدره عقد التأمين، ومحله هو التعويض عن الضرر الذي يصيب الدائن من ضرر إعسار مدينه، وسببه ما يدفعه الدائن من أقساط للشركة، وعندما تدفع الشركة التعويض للدائن فإنها لا ترجع على المدين، كما هو الحال في الكفالة.[1]

المطلب الثاني: أنواع عقد الكفالة.

يمكن إجراء أكثر من تقسيم للكفالة بسبب الزاوية المنظور إليها منها إلى:

- **من حيث المصدر**: تكون الكفالة إما إتفاقية، قانونية، او قضائية.
- **من حيث الطبيعة:** هناك الكفالة المدينة والكفالة التجارية.
- **من حيث المحل:** تكون كفالة شخصية أو عينية.

الفرع الأول: أنواع الكفالة من حيث المصدر.

تنقسم الكفالة من حيث مصدرها إلى كذا:

إتفاقية (أولا) ثم كفالة قانونية (ثانيا) وأخيرا كفالة قضائية.

[1] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 30–31.

أولا: الكفالة الاتفاقية.

حيث يكون مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل هو الاتفاق المبرم بينه وبين الدائن، بغير أن يلزمه بذلك نص في القانون أو حكم قضائي، كما يصدق هذا الوصف على الحالة التي يلتزم فيها الكفيل للكفالة دون أن يكون هناك التزام على المدين بتقديمها.[1]

ثانيا: الكفالة القانونية.

وتكون الكفالة قانونية في الأحوال التي يوجب القانون فيها على المدين تقديم كفيل للدائن.[2] ومثال ذلك نص المادة 851 ق م ج (إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا وجب جرده ولزم المنتفع تقديم كفالة به...) وكذا نص المادة 388 ق م ج (التي تخول للبائع بأن يقدم كفيلا إذا أراد إستيفاء الثمن رغم التعرض للمشتري، ورغم حق المشتري في الحبس).[3]

وأيضا ما تضمنته المادة 2/211 ق م ج والتي تنص على (يسقط حق المدين في الأجل إذا شهر إفلاسه وفقا لنصوص القانون، إذا أنقص بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطي بعقد لاحق أو بمقتضى القانون...).

كما نصت المادة 212 ق م ج 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...)[4].

[1] – همام محمد محمود زهوان، المرجع السابق، ص34.

[2] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص34.

[3] – زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص32.

[4] – براهم أسماء وعطوي صفاء، المرجع السابق، ص22.

ثالثا: الكفالة القضائية.

تكون الكفالة قضائية إذا كان المدين ملزما بتقديم كفيل بموجب حكم قضائي.[1] كما في حال المادة 2/717 ق م ج إذ تنص على أنه إذا وافقت المحكمة على قرار الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع بإجراء تغييرات أساسية فيه، فإن لها أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق له من تعويضات. ومثاله أيضا المادة 2/40 ق إجراءات مدنية وإدارية التي تقضي بأنه يجوز للقاضي أن يأمر بكفالة في حالة الاستعجال بالتنفيذ المعجل.[2]

وعليه فالكفالة سواء كانت اتفاقية أو قانونية أو قضائية، تملك أهمية من الناحية العملية ذلك أن القانون يجعل الكفالة القانونية والقضائية أحكاما خاصة لا يأخذ بها في الكفالة الإتفاقية، بحيث نصت المادة 667 ق م على أنه (يكون للكفلاء في الكفالة القضائية أو القانونية دائما متضامنين)، لكن إذا تعدد الكفلاء في الكفالة الإتفاقية يكونون غير متضامنين إلا إذا تم الاتفاق على ذلك في عقد الكفالة، وبالتالي يكون إلتزام الكفيل في الكفالة القانونية والقضائية أشد منه في الكفالة الإتفاقية، حيث يكون متضامن مع غيره من الكفلاء بقوة القانون دون أن ينص على ذلك عقد الكفالة.[3]

الفرع الثاني: أنواع الكفالة من حيث الطبيعة.

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

[1] – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص30.

[2] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص23.

[3] – معزوز دليلة، المرجع السابق، ص96.

أولا: الكفالة المدنية.

القاعدة أن الكفالة عقد مدني لأنه من عقود التبرع، والتجارة تقوم على الربح والمضاربة ولا تتفق مع صفة التبرع، فالكفيل متبرع ولا يحصل على مقابل وهو ما أكدته المادة 651 ق م (تعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا).

ويترتب على ذلك أن الكفالة تعتبر مدنية ولو كان الكفيل يضمن دينا تجاريا أو وليد علاقة تجارية بين المدين والدائن، ولو كان الكفيل لدية الأهلية التجارية، ويقوم بممارسة نشاط تجاري، طالما أن الكفالة تمت على سبيل التبرع.

ثانيا: الكفالة التجارية.

استثنت المادة 2/651 ق م حالتين اعتبرت فيهما أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا، أو عن تظهير هذه الأوراق، تعتبر دائما عملا تجاريا.

فالضمان الاحتياطي يقصد به ضمان الالتزام الناشئ من الورقة التجارية ويتم ذلك بكتابته على الورقة التجارية ذاتها أو كتابته على الورقة المتصلة بها أو في ورقة مستقلة وهو ما أكدته المادة 409 ق تجاري جزائري.

أما بالنسبة للتظهير فعلى الرغم من اعتبار المشروع تظهيرها بمثابة كفالة تجارية، إلا أن البعض الآخر ذهب لاعتبارها صورة من صور الرهن الحيازي للورقة التجارية.[1]

الفرع الثالث: أنواع الكفالة من حيث المحل.

تنقسم الكفالة من حيث المحل إلى كفالة شخصية (أولا) وكفالة عينية (ثانيا) وهو ما سنتناوله بالشرح في هذا الفرع.

[1] – من الأنترنيت، أنواع الكفالة في القانون الجزائريposts<htts://m.face book.com، طلع عليه يوم 16-04-2022، على الساعة 11:15.

أولا- الكفالة الشخصية:

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

ثانيا- الكفالة العينية:

تعد هذه الكفالة تأمين عيني بحيث يقدم الكفيل مالا (عقارا أو منقولا) مملوكا له لضمان الوفاء بالتزام في ذمة شخص آخر ويسمى الكفيل في هذه الحالة بالكفيل العيني، حيث يقوم الكفيل برهن العقار أو المنقول الذي يملكه لضمان الوفاء بالتزام المدين، كما أنه لا يضمن هذا الوفاء إلا في حدود المال الذي قدمه تأمينا له، فالضمان لا يرد على كل ذمته المالية، ومنه الكفيل العيني لا يكون مسؤولا شخصيا عن الدين بل يضمن الدين في حدود المال الذي قدمه ومنه الكفالة العينية تندرج تحت التأمينات العينية ضمن عقد الرهن، وتترتب النتائج التالية عن التمييز بين النوعين من الكفالة:

- ضمان الكفيل العيني يقع في حدود العين المرهونة لتأمين هذا الوفاء أن الكفيل الشخصي فيضمن الوفاء بالدين في كل أمواله.
- الكفالة العينية تجعل الدائن في مركز خاص أي ممتاز بحيث تجنبه خطر إعسار والكفيل، بحيث يكون له إلى جانب الضمان العام للمدين سلسلة الأولوية على الشيء المقدم من الكفيل سواء كان رهنا رسميا أو حيازيا وهي السلسلة التي تخوله حق التتبع والأولوية في استيفاء الثمن بعد بيعه.[2]

[1] – براهم أسماء وعطوي صفاء، المرجع السابق، ص25.

[2] – معزوز دليلة، المرجع السابق، ص97.

المبحث الثاني: كيفية قيام عقد الكفالة وإثباته.

يستند عقد الكفالة كغيره من العقود إلى وجود أركان لإنشائه، والملاحظ أن عقد الكفالة بالمعنى الضيق يكون بين الدائن والكفيل، إلا أنه بالإستناد إلى تعريف الكفالة يتبين لنا أن هنا شخصا ثالثا يهمه الأمر وهو المدين الأصلي، إذ بالرغم من تدخل الكفيل بصفة بصفته ضامنا للوفاء بالدين المترتب في ذمة المدين، إلا ان هذا الأخير لا يعفى من المسؤولية تماما، إذ أنه عند حلول الأجل لابد أن يلتزم بالوفاء بما عليه من ديون اتجاه الدائن لتبرأ ذمته وإلا اعتبر مخلا بتعهداته المالية.

ولكي يكون عقد الكفالة صحيحا قانونا ومنتجا لآثاره لابد من توفر بعض الشروط في شخص الكفيل، كما سنتطرق كذلك إلى كيفية إثبات عقد الكفالة وكل منهما (الشروط وكيفية الإثبات) سنتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الأول: أركان عقد الكفالة.

عقد الكفالة شأنه شأن العقود الأخرى يتطلب لانعقاده توافر الأركان المعروفة قانونا والمتمثلة في كل من الرضا والمحل والسبب وهو ما سنشرحه بالتفصيل في هذا المطلب.

الفرع الأول: الرضا في عقد الكفالة.

عقد الكفالة كغيره من العقود، قوامه التراضي فهو الأساس القانوني لكل عقد، إذن هو عقد رضائي إذ يجب لقيام الكفالة تطابق إرادتي الدائن والكفيل دون اشتراط أي شكل خاص، ودون حاجة إلى رضا المدين، لأنه ليس طرفا في عقد الكفالة، فلا يتوقف عليه قيامه، بل ممكن أن يتم عقد الكفالة بدون علم المدين بل أيضا رغم معارضته إذا ما علم بهذا العقد[1] المادة 647 ق م.

[1] – معزوز دليلة، نفس المرجع، ص104.

أما بالنسبة للأهلية الواجب توافرها في طرفي العقد فهي تختلف من الكفيل إلى الدائن، فالكفالة بالنسبة للكفيل تتم في الأصل تبرعا، ولذا تلزم فيه أهلية الأداء الكاملة، وكذلك الأمر إذا تمت معاوضة، فإنه يجب أن تتوافر هذه الأهلية وإن كان الكفيل صبيا مميزا أو من هو في حكمه فإن الكفالة في الحالة الأخيرة إن كانت بعوض تكون قابلة بلا بطال.

أما بالنسبة للدائن، فإذا تلقى الكفالة دون مقابل فهي تعتبر بالنسبة إليه من الأعمال النافعة نفعا محضا، لذا يكفي أن تتوافر أهلية الإعتناء أي مجرد التمييز، أما إذا كانت بمقابل، فيجب أن تتوافر فيه الأهلية لذلك.[1]

وتطبيقا للقواعد العامة، ولا سيما المادة 60 ق م ج فإن تعبير أطراف عقد الكفالة عن إرادتهما، يتم بالنسبة للدائن بالتعبير عن إرادته بشكل صريح أو ضمني، لأن الكفالة تعقد لمصلحته (المحضة)[2]، وتطبيقا للمادة 2/68[3] ق م ج فقد يعتبر سكوته قبولا دون مقابل إذا ما وجه له الكفيل إيجابا.

أما بخصوص الكفيل فإن المشرع لم يحدد موقفه من ذلك واكتفى بالقواعد العامة، غير أن وصفنا لعقد الكفالة بأنه عقد تبرعي ينم عن خطورة بالنسبة للكفيل تكمن فيما يلقى على عاتقه من التزام.[4] إلا أننا نرى بأن حماية الكفيل تتحقق بمقتضى المادة 112 ق م التي تنص على أن الشك يفسر (يؤول) لمصلحة المدين، وإذا ثار شك في أن الكفيل قد ارتضى الكفالة أم لم يرتضيها فيفسر لمصلحته ونعتبره لم يقبل بها.[5]

وحتى يقوم عقد الكفالة صحيحا، فإنه يجب طبقا للقواعد العامة أن يكون الرضا سليما غير مشوب بأي عيب من عيوب الإرادة كالغلط ولتدليس والإكراه والاستغلال.

---

[1] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص35.

[2] – غالي كحلة، المرجع السابق، ص10.

[3] – تنص المادة 2/68 ق مدني جزائري على (ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابقا بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه).

[4] – براهم أسماء، عطوي صفاء، المرجع السابق، ص27.

[5] – بقة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص17.

ولكي يطلب الكفيل إبطال عقد الكفالة نتيجة لوقوعه في الغلط، فإنه يشترط أن يكون هذا الغلط جوهريا وأن يكون المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط وكان على علم به.

ويكون الغلط جوهريا تطبيقا للقواعد العامة إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط المادة 82 ق م. مثلا يمكن للكفيل أن يطلب إبطال العقد نتيجة لاعتقاده خطأ يسار المدين، وهذا يدل على مدى أهمية المدين في عملية الكفالة فبالرغم من أن المدين ليس طرفا في عقد الكفالة، فإن الغلط في شخصه أو صفة من صفاته أو في الالتزام المكفول يمكن أن يكون سببا في إبطال عقد الكفالة.[1]

هذا ويلاحظ أن القواعد العامة بالنسبة للتدليس والإكراه تقضي أنه في حالة وقوع التدليس أو الإكراه 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 حتما أن يعلم بالتدليس أو الإكراه (المواد 87، 89 ق م)، وتطبيقا لهذا الحكم فإذا قام المدين بالتدليس أو وقع منه الإكراه، فإن الكفيل لا يستطيع طلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن الدائن كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بالتدليس أو الإكراه.[2]

أما بالنسبة لعيب الاستغلال، فإذا وقع أحد المتعاقدين في الاستغلال وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المستغل أن يبطل العقد، أو ينقص إلتزامات لهذا المتعاقد تطبيقا لنص المادة 90 ق م.

الفرع الثاني: المحل في عقد الكفالة.

محل التزام الكفيل هو أن يفي بالتزام المدين إذا لم يفي به المدين نفسه، ويجب أن تتوافر في محل الكفالة الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام بصفة عامة وهي: أن يكون

[1] – زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص42.

[2] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص37.

ممكنا، معينا أو قابلا للتعيين ومشروعا. وباعتبار أن الكفالة تابعة للالتزام الأصلي (التزام تبعي)، فإنه يجب أن يكون الالتزام المكفول موجودا، صحيحا ومعينا.

أولا: وجود الالتزام المكفول.

حتى يكون التزام الكفيل ممكنا يجب أن يكون الالتزام الأصلي موجودا، لكن هذا لا يمنع أن يكون الالتزام الأصلي مستقبليا أو شرطيا أو طبيعيا.

أ- كفالة الالتزام المستقبلي.

تنص المادة 650 ق م (تجوز لكفالة في الدين المستقبل إذا عدد مقدما مقدار المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين المشروط.

غير أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين هذه الكفالة كان له أن يتراجع فيها في أي وقت ما دام الدين المكفول لم ينشأ).

ويستفاد من هذه المادة أن القانون أجاز كفالة الالتزام المستقبلي، ولكن بشرط أن يتحدد مقدار الدين المكفول.[1]

وطبقا لفقرة 1 من المادة 650 فكفالة الدين المستقبلي جائزة إذا حدد مقدما مقدار الدين المستقبلي المكفول في عقد الكفالة، فإذا تعذر تحديد المقدار بدقة فيجب أن يحدد الحد الأقصى الذي يمكن أن يكفله الكفيل، والحكمة من ذلك واضحة وهي حماية الكفيل حتى لا يتورط في كفالة دين لم يوجد ولم يعلم مقداره، أما بالنسبة للفقرة 2 من نفس المادة فتجيز للكفيل إذا لم يعين مدة الكفالة أن يرجع فيها في أي وقت مادام الدين المكفول لم ينشأ بعد، وهذا تطبيق للقواعد العامة في العقود غير المحددة المدة والتي تجيز لأي من الطرفين أن

[1] – أنظر : المادة :650 من القانون المدني الجزائري.

ينهي العقد بإرادته المنفردة. أما إذا عين للكفالة مدة فلا يحق له أن يرجع عنها طوال هذه المدة، أما إذا انقضت المدة دون أن ينشأ الدين برأت ذمة الكفيل بصفة نهائية.[1]

ب- كفالة الالتزام الشرطي:

نصت المادة 650 على جواز كفالة الالتزام الشرطي، سواء كان الدين الأصلي معلقا على شرط واقف أو معلقا على شرط فاسخ. وبصفة عامة بما أن الكفالة تابعة للالتزام الأصلي، فتكون معلقة على ذات الشرط المعلق عليه الدين الأصلي.[2]

ففي حالة تعليق الالتزام الأصلي على شرط واقف، وتحقق هذا الشرط فيتبين قيام هذا الالتزام الأصلي ويثبت تبعا لذلك التزام الكفيل. أما إذا تخلف الشرط فإن الالتزام الأصلي يزول وتبعا لذلك يزول التزام الكفيل.

أما إذا كان الالتزام المكفول (الأصلي) معلق على شرط فاسخ، فإن التزام المدين يقوم منذ البداية، وإن كان معرضا للزوال مع الالتزام الأصلي يقول بأثر رجعي وينقضي التزام الكفيل نتيجة لذلك.[3]

ت- كفالة الالتزام الطبيعي:

الالتزام الطبيعي هو التزام ناقص لأنه ينقصه عنصر المسؤولية، واستنادا للقاعدة التي تنص على أن الكفالة لا تجوز بشروط أشد من شروط الدين المكفول م 652 ق م فإنه لا يجوز كفالة الالتزام الطبيعي إذا كان يقصد بالكفالة أن ترتب في ذمة الكفيل التزام مدني يضمن الالتزام الطبيعي المكفول، ذلك أن الكفالة على هذا النحو تفتح سبيلا لإجبار المدين على الوفاء بالتزامه الطبيعي عن طريق غير مباشر، إذ يجبر الدائن الكفيل على الوفاء ثم يرجع الكفيل على المدين الأصلي فيكون المدين بالتزام طبيعي قد أجبر بالنهاية وبطريق غير مباشر على الوفاء بالتزامه وهذا لا يجوز.[4]

---

[1] – بوخاتم، المرجع السابق، ص15.

[2] – زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص47.

[3] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص47.

[4] – بوخاتم، المرجع السابق، ص15-16.

ثانيا: صحة الالتزام المكفول.

لا جود للالتزام الأصلي (الالتزام المكفول) إلا إذا كان صحيحا، فإذا أنشأ الالتزام من عقد باطل فإن الكفالة تكون باطلة. فقد نصت المادة 648 ق م على (لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا). وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى حكم كفالة الالتزام الباطل ثم حكم الالتزام القابل للإبطال وأخيرا إلى كفالة التزام ناقص الأهلية.

أ-حكم كفالة الالتزام الباطل:

الالتزام الأصلي الباطل هو الالتزام الذي ت إنشاؤه بعقد باطل، ويكون العقد باطلا إذا اختل ركن من أركانه. لكون محله غير مشروع أو لم يستوف الشكل إذا كان العقد شكليا أو كان سببه غير مشروع، وعملا بفكرة تبعية الكفالة للالتزام الأصلي من حيث الصحة والبطلان، تكون الكفالة باطلة بالتبعية إذا كان الالتزام الأصلي باطلا بحيث يستطيع الكفيل التمسك ببطلان الالتزام الأصلي، فلا تجوز كفالته ويصبح التزام الكفيل مستحيلا أصلا.[1]

ب- حكم كفالة الالتزام القابل للإبطال:

إذا كان الالتزام قابلا للإبطال، فإنه مع ذلك يعتبر قائما ومنتجا لكل آثاره حتى يحكم بأبطاله، وعلى ذلك فإنه يجوز كفالة الالتزام القابل للإبطال، ولكن تتبع الكفالة حكم الالتزام الأصلي، بمعنى أنها تكون هي الأخرى قابلة للإبطال، فتظل صحيحة ومنتجة لآثارها ما بقي الالتزام الأصلي. فإذا حكم بإبطال الالتزام الأصلي فإن ذلك يتشبع بالضرورة إبطال عقد الكفالة، وللكفيل أن يحتج بكافة الأوجه التي يحتج بها المدين نفسه. وعلى هذا فإن الكفيل يستطيع أن يتمسك بإبطال التزامه نتيجة لقابلية الالتزام الأصلي للإبطال. أما إذا كان الالتزام القابل للإبطال قد أصبح صحيحا بالإجازة، فإن هذا الالتزام يصبح صحيحا نهائيا بالنسبة

[1] – معزوز دليلة، المرجع السابق، ص112-113.

للمدين الأصلي، ولكن للكفيل أن يتمسك بإبطال الكفالة ما لم يجز هو بدوره الكفالة فتصبح صحيحة بعد أن كانت قابلة للإبطال، أو ما لم يسقط حقه في التمسك بالإبطال بالتقادم.[1]

ت- كفالة التزام ناقص الأهلية:

ناقص الأهلية هو القاصر المميز ومن في حكمه كالمحجور عليه بسبب غفلة أو سفه.[2]

فإذا التزم ناق الأهلية بالتزام ما فإن التزامه يكون صحيحا لكنه مهدد بالإبطال، وعليه إذا تقدم كفيل للكفالة التزام ناقص الأهلية فإنه لا يخرج عن ثلاث افتراضات:[3]

الافتراض الأول: أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية وهو غير عالم بنقص أهليته: فقد كتن يعتقد أنه كامل الأهلية، وفي هذا الفرض يكون الكفيل قد وقع في غلط في سن المدين، وهو غلط في صفة جوهرية، يميز له طلب إبطال عقد الكفالة إذا توافرت شروط الإبطال للغلط وأن يثبت الكفيل أنه ما كان ليبرم عقد الكفالة لو علم سن المدين الحقيقية.[4]

الافتراض الثاني: أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية وهو عالم بنقص أهليته:

وفي هذا الفرض يكون الفيل كفيلا أيضا لا مدينا أصليا، وتجري جميع أحكام الكفالة عليه، إلا أن هذا الفرض يختلف عن الفرض السابق في أن الكفيل يعلم نقص أهلية المدين الأصلي.[5]

فهنا يكون التزام الكفيل قابلا للإبطال بالتبعية إذا كان التزام المدين قابلا للإبطال، فإذا 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

[1] – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص60.

[2] – بوخاتم، المرجع السابق، ص13.

[3] – بقة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص19.

[4] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص42.

[5] – عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص48.

للإبطال، فهنا يظل الالتزام الأصلي قائما ومنتجا لآثاره، وتظل الكفالة قائمة ومنتجة لآثارها، أيضا ولا يجوز للكفيل أن يحتج بهذا الوجه لإبطال التزامه، لأنه كان يعلم بنقص أهلية المدين المكفول فيكون علمه هذا وإقدامه على التعاقد نزولا عن التمسك بنقص أهلية المدين وهذا طقا للمدة 2/654 ق م. لكن إذا كان المدين متواطئا مع الدائن، جاز للكفيل طلب إبطال عقد الكفالة ولو كان يعلم بنقص أهلية المدين.[1]

الافتراض الثالث: أن يكون المكفول ناقص الأهلية وكان الكفيل عالما بذلك بل إنه تقدم ليكفل المدين بسبب نقص أهليته: وهذا هو الفرض الذي نصت عليه المدة 649 ق م (من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول...). وطبقا لهذا الفرض فإن كلا من الكفيل والدائن والمدين الأصلي عالم بنقص أهلية هذا الأخير، وأن العقد الذي أبرمه الدائن مع المدين قابل للإبطال وبالتالي يجوز للمدين أن يبطله. وتوقعا لهذا الاحتمال عقدت الكفالة، إذ هي لم تعقد إلا بسبب نقص أهلية المدين الأصلي.

وعلى ذلك فإن الكفيل ضامن للوفاء بالتزام المدين إذا لم يفي به المدين نفسه، وذلك في حالة عدم تمسك المدين بإبطال التزامه. أما إذا تمسك المدين الأصلي بنقص أهليته وأبطال العقد الأصلي، فإن الكفيل يصبح هو الملتزم بالوفاء بالدين ليس باعتباره كفيلا، حيث أن الالتزام الأصلي الذي يكفله قد زال. وإنما باعتباره مدينا أصليا.[2]

ثالثا: تعيين محل التزام الكفيل.

لكي يتعين التزام الكفيل لابد من تعيين الالتزام المكفول الذي تعقد الكفالة لضمان الوفاء به، ويتم تعيين الالتزام المكفول بتعيين طرفيه ومحله ومصدره.

[1] – زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص52.

[2] – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص63.

أ-تعيين طرف الالتزام المكفول:

ويكون ذلك بتعيين أطراف الدين أي بتحديد شخص الدائن والمدين.

فالدائن هو الطرف الثاني في عقد الكفالة إلى جانب الكفيل. أما المدين فهو ليس طرفا في عقد الكفالة ولكنه يعتبر عنصرا هاما فيها، حيث أن الغلط في شخص المدين أو في صفة من صفاته يجعل العقد قابلا للإبطال، وكذلك إذا استبدل بهذا الأخير مدينا آخر أو حول الدين إلى مدين جديد برئت ذمة الكفيل، وتستنتج من هذا كله أن المدين محل اعتبار في الكفالة حتى ولو لم يكن طرفا فيها.[1]

ب- تعيين محل الالتزام المكفول:

وكما يجب تعيين طرفي الالتزام المكفول، يلزم أيضا تعيين محله، فيذكر أنه الوفاء بمبلغ من النقود والقيام بعمل معين مثلا، أو الامتناع عن عمل معين.[2]

ث- تعيين مصدر الالتزام المكفول:

ويكون ذلك بذكر الواقعة القانونية التي أنشأت هذا الالتزام، فيذكر أن مصدر الدين المكفول عقد قرض، أو أنه تعويض عن فعل ضار، أو الإثراء بلا سبب أو القانون. ولا يشترط أن يكون محل الالتزام المكفول معينا تعيينا دقيقا في جميع الأحوال بل يكفي أن يكون قابلا للتعيين.

ويلاحظ أنه يجوز أن يتفق الدائن والكفيل على أن يكون التزام الكفيل مختلفا في مقداره أو في شروطه أو في أوصافه عن الالتزام الأصلي، فيجب أن يكون دائما في حدود التزام المدين، فلا يزيد عنه في المقدار، ولا يكون أشد عبئا منه.[3] ونصت على ذلك المادة 652 ق م (لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا شرط أشد من شروط الدين المكفول).

[1] – زاهية حورية سي بوسف، المرجع السابق، ص56.

[2] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص50.

[3] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص50.

ونخلص من هذا النص أن الالتزام المكفول هو الذي يحدد مدى التزام الكفيل، فلا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المكفول، فإذا كان أشد أو أصبح أشد فإنه لا يكون باطلا ولكن يجب إنقاصه إلى أن يبلغ حد الالتزام المكفول، ويجوز أن يكون التزام الكفيل أهون من التزام المكفول، وعلى ذلك لا يجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق من المدين الأصلي، وعلى ذلك أيضا لا يجوز أن يلتزم الكفيل لأجل أقرب من أجل الالتزام المكفول، ولا أن يوفي بالالتزام في مكان أبعد أو أشد مشقة من المكان الذي يوفى فيه الالتزام المكفول، وإذا كان التزام الكفيل أشد من التزام المكفول فالجزاء على ذلك ليس البطلان بل إنقاص التزام الكفيل إلى أن يبلغ حد الالتزام المكفول، وإذا كان لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول فإنه يجوز أن يكون أهون (652 ق م ج)، فيجوز أن يكفل الكفيل المدين الأصلي في جزء من الدين أو لأجل أطول من أجل الدين الأصلي.[1]

رابعا- شمولية الكفالة الملحقات الالتزام المكفول:

بالرجوع إلى نص المادة 653 ق م ج نجدها تنص على ما يلي (إذا لم يكن هناك اتفاق خاص، فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من مصروفات بعد إخطار الكفيل).

ويتضح من نص هذه المادة أن القانون حمل الكفيل ليس فقط ضمان الدين الأصلي بل أيضا ملحقاته ومصروفاته.

أ- ملحقات الدين:

تتكون من التعويضات التي يلتزم بها المدين بسبب إخلاله بالتزامه، وتحتوي على فوائد الدين أيضا وإن كان المشرع يبطل القاعدة بسبب الأفراد[2]، إلا أنه يجيزها إذا كان المقرض مؤسسة، وهذا ما نصت عليه المادة 456 ق م ج (يجوز لمؤسسات القرض التي تمنح

[1] – بوخاتم، المرجع السابق، ص16-17.

[2] – يتضح من نص المادة 454 ق.م.ج (أن القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك).

قروضا قصد تشجيع النشاط الاقتصادي الوطني أن تأخذ فائدة يحدد قدرها بموجب قرار من الوزير المكلف المالية)[1].

ب-مصروفات المطالبة الأولى:

وهي التي ينفقها الدائن في مطالبة المدين بالوفاء وتشمل تكاليف الإعذار، ورسوم رفع الدعوى ومصروفاتها، أي تشمل المصاريف السابقة على المطالبة القضائية مع نفقات هذه المطالبة.[2]

ت- ما يستجد من مصروفات بعد إخطار الكفيل:

هي تلك المصروفات التي لا يضمنها الكفيل إلا إذا كانت قد صرفت بعد الإخطار من قبل الدائن بأنه قام بمطالبة المدين، فالدائن ملزم بإخطار الكفيل رجوعه على المدين ليفي بالدين الذي لم يقابله هذا الأخير، فإن لم يقم بذلك تحمل الكفيل كل هذه المصاريف لأنه كان من الممكن أن يتفاداها بوفائه. فإن لم يخطر لا يلزم بدفعها، ويقتصر التزامه على مصروفات المطالبة الأولى.[3]

الفرع الثالث: السبب في عقد الكفالة.

عند الحديث عن السبب كركن من أركان عقد الكفالة يجب التفرقة بين سبب الكفالة عندما تعقد لمصلحة الدائن، وسبب الكفالة عندما تعقد لمصلحة المدين.

أولا- الكفالة التي تعقد لمصلحة الدائن:

إذا كانت الكفالة تعقد لمصلحة الدائن بمقابل، فالسبب هو الباعث (الدافع) إلى التعاقد، وهنا تكون الكفالة عقد ملزم للجانين ويكون سبب التزام الكفيل هو المقابل الذي يحصل عليه

[1] – معزوز دليلة، المرجع السابق، ص115.

[2] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص53.

[3] – معزوز دليلة، المرجع السابق، ص115.

من الدائن، أما إذا تمت الكفالة لمصلحة الدائن تبرعا، فيكون سبب التزام الكفيل هو نية التبرع.[1]

ثانيا- الكفالة التي تعقد لمصلحة المدين:

في هذه الحالة قد يكون الكفيل قد تلقى مقابلا لذلك من المدين، أو قد يكون المدين قد تعهد بشيء للكفيل مقابل الكفالة، ففي هذه الحالة يكون هذا المقابل أو التعهد هو سبب التزام الكفيل.

أما إذا كان الكفيل قد تبرع للمدين بالكفالة، فإن سبب التزامه يكون نية التبرع وتكون الكفالة باطلة، إذا كان الباعث على التبرع غير مشروع[2]، ويجب أن يكون السبب مشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وأن يكون موجودا.[3]

المطلب الثاني: شروط عقد الكفالة وكيفية إثباته.

لا بد من توفر شروط معينة في الكفيل، حتى تضفي نوع من الخصوصية على عقد الكفالة ولكي يؤدي هذا الأخير الغرض الذي أنشأ من أجله بفاعلية، هو تنفيذ الالتزام الأصلي وتأمين الدائن في استيفاء حقه، كما قد يثور إشكال منطق بكيفية إثبات هذا العقد، وعليه سنتطرق إلى شروط عقد الكفالة في (الفرع الأول) ثم لكيفية إثبات هذا العقد في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط عقد الكفالة.

تنص المادة 646 ق م ج على (إذا التزم المدين بتقديم كفيل وجب أن يقدم شخصا موسرا ومقيما بالجزائر، وله أن يقدم عوضا عن الكفيل، تأمينا عينيا كافيا).

[1] – زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص61.

[2] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص55-56.

[3] – زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص61.

وباستقراء هذه المادة يتضح أنه في حالة إذا التزم المدين بتقديم كفيل وجب أن تتوفر في الكفيل الشروط التالية:

أولا- يجب أن يكون الكفيل موسرا:

يشترط في الكفيل الذي يلتزم المدين تقديمه، أن يكون ميسور الحال، أي لديه القدرة على الوفاء بالالتزام الذي يضمنه إذا لزم الأمر ذلك، تعتبر الكفالة التي يقوم بها الكفيل المعسر لا قيمة لها.[1]

والمقصود بيسار الكفيل، أن تكون لديه من الأموال ما يكفي للوفاء بالدين المكفول، وسواء أكانت هذه الأموال عقارية أو منقولة، وتكون قابلة للحجز عليها.

ومسألة يسار الكفيل مسألة موضوعية تخضع لتقدير القضاء، ويلاحظ أنه يجب إخراج ما يثقل أموال الكفيل من ديونه، عند حساب القضاء لتلك الأموال.[2]

والمدين الذي قدم الكفيل هو الذي يتحمل عبء إثبات يساره، فيثبت أن الكفيل مالا ولو شائعا عقارا أو منقولا. إذ لا قيمة للكفالة إذا كان الكفيل معسرا، وللدائن أن يثبت أن هذا المال أو بعضه متنازع فيه، أو يصعب التنفيذ عليه لبعده أو لسهولة تهريبه أو سهولة إخفاءه أو لأي سبب آخر فيستبعد هذا المال كضمان للمدين.[3] وعليه لا بد على المدين تقديم ضمان آخر وإلا سقط أجل الدين.[4]

ثانيا- أن يكون الكفيل مقيما بالجزائر:

والحكمة من هذا الشرط واضحة حتى يستطيع الدائن الرجوع عليه بأسهل الطرق، وذلك إذا لم يفي المدين بالتزامه، والإقامة المقصودة هنا هي الإقامة العادية وليست العرضية، ولا

[1] – معزوز دليلة، المرجع السابق، ص105.

[2] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص25.

[3] – بوخاتم، المرجع السابق، ص11.

[4] – معزوز دليلة، المرجع السابق، ص106.

يشترط أن يكون الكفيل مقيما في موطن المدين.[1] وذلك مراعاة لمصلحة الدائن وللتسهيل عليه، عند مطالبته للكفيل.

ويلاحظ عدم اشتراط أن تكون الجزائر هي الموطن العام للكفيل، بل يكفي أن يكون له فيها موطن مختار حتى يتمكن من تنفيذ الالتزامات التي تنشأ عن الكفالة.[2]

ثالثا- أهلية الكفيل:

لم ينص القانون على هذا الشرط، إلا أن غيابه من شأنه عدم تحقق الغرض من الكفالة، ولا يكسب الدائن الضمان المنشود من هذا العقد، علما أن للدائن الحق في رفض الكفيل ناقص أو منعدم الأهلية ومطالبة المدين بتقديم كفيل يتمتع بالأهلية الكاملة، علما أن هذا الشرط يجب أن يتوافر وقت إبرام العقد دون حاجة لاستمراره بعد ذلك، وإذا تم الحجز على الكفيل لفقده الأهلية فإن عقد الكفالة يبقى صحيحا، خلافا لإعسار المدين وفقدان الكفيل لموطنه في الجزائر، فإنه يمنح الحق للدائن أن يطالب المدين بتقديم كفيل آخر.

وإذا كان المدين ملزما بتقديم كفيل بموجب نص المادة 646 ق مدني جزائري فإنه يستطيع أن يقدم بدلا عنه تأمينا عينيا كافيا، والتأمين العيني قد يكون رهنا رسميا أو حيازيا على منقول أو على عقار، وهو ما يسمى بالاستعاضة عن الكفالة بتأمين عيني.

الفرع الثاني: إثبات الكفالة.

تنص المادة 645 ق م ج (لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة).

يتضح من هذا النص، أن الكتابة ضرورية لإثبات التزام الكفيل، كنها غير ضرورية لانعقاد الكفالة، وبذلك يكون المشرع قد خرج عن القواعد العامة التي تجيز الإثبات بالبينة إذا كانت قيمة التصرف القانوني لا تزيد عن نصاب معين (100000 دج) المادة 1/333 ق م

[1] – زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص36.

[2] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص26.

ج لأن التزام الكفيل هو أساسا من الالتزامات التبرعية، فيجب أن يستند إلى رضاء صريح قاطع، وقد يكون من العسير، أو قد يستحيل أحيانا التعرف على طبيعة تدخل الكفيل وتحديد مدى التزامه، ونوع كفالته، حتى عن طريق شهادة الشهود. ولهذه الأسباب قرر المشرع حماية الكفيل بعدم جواز إثبات ذلك إلا بالكتابة، ورغم ذلك تظل الكفالة عقد رضائي، وكل ما يثور عند تخلف الكتابة يتعلق بإثبات العقد وليس بوجوده، ومع ذلك يجوز إثبات الكفالة بما يقوم مقامها كالإثبات باليمين، الإقرار والقرائن[1]. كما أنه يجوز الإثبات البينة إذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابة أو إذا وجد مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي أو إذا فقد الدائن السند الكتابي لسبب أجنبي لا بد له فيه.[2]

والحكمة من هذا التشديد في إثبات الكفالة هو أن الكفيل سوف يلتزم ويكون مسؤولا عن الوفاء بالتزام المدين إذا لم يفي به المدين نفسه، وعادة يكون التزام الكفيل بدون مقابل. فلذلك استلزم المشرع أن يكون إثبات هذا الالتزام بالكتابة حتى ينبه الكفيل إلى خطورة ما هو مقدم عليه.[3]

إن إثبات الكفالة بالكتابة شرط ضروري في العلاقة فيما بين الكفيل والدائن، حيث أن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد وهو الكفيل فإن الإثبات بالكتابة سيكون دائما في مواجهة، مثل أن ينكر الكفيل كفالته لدين المدين ففي هذه الحالة يجب على الدائن أن يقدم الدليل الكتابي على وجود عقد الكفالة إن أراد أن يستفيد من هذا الضمان الشخصي.[4] أما بالنسبة للكفيل فإنه يستطيع أن يتمسك بعقد الكفالة في مواجهة الدائن، كأن يطالبه مثلا بما قد يكون قد دفعه زائدا عن المستحق عليه.

[1] – زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص63.

[2] – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص79.

[3] – المرجع نفسه، ص77.

[4] – براهم أسماء وعطوي صفاء، المرجع السابق، ص37.

أما بالنسبة للعلاقة بين الكفيل والمدين، كان يرجع الأول على الثاني بعد الوفاء بالالتزام فإنها تخضع للقواعد العامة، أي تجيز الإثبات بكافة الطرق، لأن المدين ليس طرفا في عقد الكفالة، ومن ثم فهو يعتبر بالنسبة له واقعة مادية.[1]

وإذا كان الغاية من الكتابة هو الاحتجاج على الغير وذلك برجوع الدائن على الكفيل إذا لم يفي المدين بالتزامه في الأجل المحدد، فإنه يجب أن تكون هذه الكتابة ثابتة التاريخ وموقعة من قبل الأطراف المعنية.[2]

أما إذا كان الالتزام الكفيل تجاريا، فإنه لا يلزم بداهة لإثباته بالكتابة وإنما يمكن إثباته بالبينة والقرائن، وذلك طبقا للمبادئ العامة.[3]

أما إذا كان الالتزام الكفيل تجاريا، فإنه لا يلزم بداهة لإثباته بالكتابة وإنما يمكن إثباته بالبينة والقرائن، وذلك طبقا للمبادئ العامة.[4]

[1] – زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص64.

[2] – براهم أسماء وعطوي الوفاء، المرجع السابق، ص37-38.

[3] – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص79.

[4] – المرجع نفسه، ص79.

خلاصة الفصل:

لعقد الكفالة تعريف خاص به سواء لغة أو اصطلاحا أو قانونا وهو المعنى في دراستنا هذه كما أن له خصائص مميزة نميزه عن باقي العقود المشابهة له، بالإضافة إلى ذلك للكفالة أنواع، وعقد الكفالة كباقي العقود لابد من توافد أركان حتى ينشأ صحيحا وهي الرضا والمحل والسبب، بالإضافة إلى ذلك لابد من توافر شروط معينة كيسار الكفيل وأن يكون مقيم في الجزائر حتى تقبل الكفالة من طرف الدائن، ويتم الإثبات في عقد الكفالة بالكتابة رغم أنها تنعقد بدون الكتابة.

الفصل الثاني

أحكام عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري

- المبحث الأول: آثار عقد الكفالة.
- المبحث الثاني: إنقضاء عقد الكفالة

تمهيد.

متى انعقد عقد الكفالة صحيحا، فإنه يرتب آثاره فيما بين عاقديه وهما الدائن والكفيل.

ونظرا إلى طبيعتها الخاصة وهي أنها عقد تابع لالتزام 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 متضامنين. ولذلك فإن دراسة آثار الكفالة هي دراسة لكل هذه العلاقات.

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

ولهذا فقد خصصت هذا الفصل لدراسة آثار الكفالة في المبحث الأول، أما المحث الثاني فهو لانقضاء عقد الكفالة.

المبحث الأول: آثار عقد الكفالة.

بما أن الكفالة عقد يتم بين الكفيل والدائن وهما طرفان دون غيرهما، فمن الطبيعي أن يرتب على هذه العلاقة حقوق والتزامات تنشأ في ذمة أحدهما أو كل منهما تجاه الآخر.

وإذا كان المدين ليس طرفا في عقد الكفالة، إلا أنه هو الملتزم الأصلي الذي يتحمل عبء الدين (الالتزام) إذا ما اضطر الكفيل إلى الوفاء بالالتزام الأصلي للدائن، وهذا الوضع يؤدي إلى نشوء علاقة بين الكفيل والمدين.

وعليه سنتناول آثار الكفالة في مطلبين، نتناول في المطلب الأول العلاقة بين الكفيل والدائن. في حين تخصص المطلب الثاني للعلاقة بين الكفيل والمدين، والتي تنشأ عن الوفاء الذي قام به الكفيل للدائن ولا تنشأ عن عقد الكفالة.

المطلب الأول: العلاقة بين الكفيل والدائن.

إن العلاقة بين الدائن والكفيل تحكمها فكرة أن الكفالة التزام تبعي وشخصي في الوقت ذاته وإذا كان التزام الكفيل تبعيا فإنه يلتزم بكل الدين من أصل وفوائد ومصاريف وأيضا التعويضات، ولكنه لا يلزم إلا بالدين ذاته الذي كفله ويجب ألا يتحمل سقوط الأجل ولا امتداد الأجل إلا في حدود ما ينفعه. إذن فنظر الالتزام الكفيل بأداء الدين فيمكن للدائن مطالبته بأداء الدين وهذا ما سنعالجه في الفرع الأول إلا أن للكفيل دفع طلب الدائن بالأداء وذلك في حالات معينة وهذا ما سندرسه في الفرع الثاني، أما الفرع الثالث فسيكون لالتزامات الدائن عند استيفائه الدين.

الفرع الأول: مطالبة الدائن للكفيل بقيمة الدين.

من البديهي أن الدائن يمكنه مطالبة الكفيل استنادا لعقد الكفالة، لذلك سندرسه في هذا الفرع زمن المطالبة (أولا) ثم نتطرق لمطالبة المدين قبل الكفيل أو معه (ثانيا) ثم لانقسام الضمان في حالة تعدد الكفلاء (ثالثا).

أولا- زمن المطالبة:

لا تجوز مطالبة الدائن للكفيل إلا عند حلول أجل الدين، وعادة ما يكون أجل الالتزام الكفيل هو نفسه أجل الالتزام الأصلي المكفول، وقد يكون لالتزام الكفيل أجل يختلف عن أجل التزام المدين.[1]

فإذا ما حدد أجل خاص لالتزام الكفيل، وكان لاحقا لأجل الالتزام الأصلي، فهنا تكون المطالبة عند حلول هذا الأجل وليس عند انتهاء أجل الدين الأصلي.[2]

ولكن قد لا يحل الالتزامات في وقت واحد، فإذا حل التزام الكفيل قبل حلول التزام الأصيل، فذلك يرجع إما لأنه قد حدد أجل لكل من الالتزامين وأجل التزام الكفيل أقصر، أو لأنه حدد أجل واحد ككل من الالتزامين ولكن التزام الأصيل قد مد أجله بإرادة الدائن أو بحكم القاضي. وفي الحالتين يكون التزام الكفيل أشد عبئا من التزام الأصيل فيجب جعل التزام الكفيل مساويا في العبء لالتزام الأصيل، بأن يمتد أجل أجل التزام الكفيل حتى يساوي أجل التزام الأصيل أو بأن يستفيد الكفيل من مد أجل التزام الأصيل فيعتمد أجل التزامه بالقدر الذي امتد به أجل التزام الأصيل.[3]

وإذا لم يتم تحديد أجل خاص لالتزام الكفيل، كان أجل هذا الالتزام هو أجل التزام الأصلي.[4]

لكن قد يسقط الأجل الممنوح للمدين للسداد وذلك قبل أوانه لعدة أسباب طبقا للمادة 211 ق م ج وهي، إذا أشهر إفلاسه أو إذا أنقص بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص أو إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من تأمينات.[5]

---

[1] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص59.

[2]– زهدور كوثر، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مجلة الفقه والقاون، (د.ذ.س)، (د.ذ.ع)، ص6.

[3] – عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص90.

[4] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص59.

[5] – براهم أسماء، عطوي صفاء، المرجع السابق، ص43.

فهل يسقط أجل التزام الكفيل بالتبعية أم لا؟

يفترض أن الأجل واحد بالنسبة للالتزام الأصلي والتزام الكفيل، أما في حالة اختلاف الأجلين، فإن أجل الالتزام الكفيل يبقى ولا يتأثر بسقوط أجل الالتزام الأصلي المكفول على أساس تبعية التزام الكفيل، وعليه يكون الكفيل ملزما بالوفاء، ولا يمكنه التمسك بالأجل الذي حدد له.

وهناك رأي آخر يقر بعدم سقوط أجل التزام الكفيل، لأن تبعية الالتزام لا تمنع من أن يكون التزام الكفيل بشروط أخف، فيكون بذلك الالتزام الأصلي المكفول حالا والتزام الكفيل مؤجلا، ويستند أيضا هذا الرأي إلى كون الإفلاس لا يترتب عليه سقوط الأجل وحلول أجل الدين إلا بالنسبة للمدين المفلس وهو الرأي السائد.

وهناك رأي ثالث، يفرق بين إذا كان سبب سقوط الأجل يعود إلى فعل المدين، كما لو امتنع عن تقديم التأمينات أو أضعفها بفعله، فإن أجل التزام الكفيل لا يسقط، إذ لا يجوز زيادة عن التزام الكفيل بإرادة المدين، أما إذا سقط لأجل بسبب لا يعود لإرادة المدين كإفلاسه أو إضعاف التأمينات بسبب خارج عن إرادته، فإنه في هذه الحالة يسقط أجل التزام الكفيل بسقوط أجل الالتزام الأصلي ويبدو أن هذا الرأي هو الراجح.[1]

ثانيا- مطالبة المدين قبل الكفيل أو معه:

تنص المادة 660 من القانون المدني الجزائري على أنه (لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين) بشرط ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين، أما إذا كان متضامنا مع المدين فللدائن أن يرجع عليه مباشرة، والرجوع معناه المطالبة القضائية فلا يجوز للدائن أن يرفع الدعوى على الكفيل إلا بعد أن يرفع دعوى على المدين باستثناء حالة إفلاس المدين، فهما لا يجوز للدائن أن يرجع على المدين بمعنى لا يستطيع أن يتخذ إجراءا فرديا في مواجهته وإنما عليه التقدم بالتفليسة حتى يتمكن بعد ذلك من

[1] – بقة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص28-29.

الرجوع على الكفيل، كذلك باستثناء ما إذا كان للدائن سند صالح للتنفيذ عليه فليسفي حالة إلى رفع دعوى على مدينه وإنما يكف أن يكلف المدين بالوفاء، يفهم من هذا أنه في حالة ما إذا رفع الدائن على الكفيل دعوى قبل رفعها على المدين فإن للكفيل أن يدفع بوجوب الرجوع على المدين أولا، وبمعنى آخر يقضي بعدم قبول دعوى الدائن عليه، وللكفيل أن يتمسك بهذا الدفع أمام المحكمة وفي أي حالة تكون عليها الدعوى، لكن لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها لأن الحكم الوارد في المادة 1/660 ليس من النظام العام، وحتى يستطيع الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع يجب توافر شروط وهي:

1.يشترط ألا يكون الكفيل قد تنازل عن التمسك بهذا الدفع.

2.يجب ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين.

3.يشترط ألا يكون للكفيل مصلحة بهذا الدفع، فإذا كان المدين معسرا أو أظهر العجز عن الوفاء بالدين فإنه ليس هناك فائدة من تمسك الكفيل بوجوب رجوع الدائن على المدين.[1]

ثالثا- انقسام الضمان في حالة تعدد الكفلاء:

نصت المادة 664 ق م ج على هذا بما يلي (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 مسؤولا عن الدين كله، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم). وعليه إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وفي عقد واحد ولم يكونوا متضامنين فيما بينهم فإن الدين يقسم عليهم.

ولا يجوز للدائن أن يرجع على أي منهم بأكثر من قدر نصيبه في الدين.[2] ولكي يتمكن الكفيل من التمسك بهذا الدفع لا بد من توافر شروط معينة نذكرها كالآتي:

[1] – بوخاتم، المرجع السابق، ص22.

[2] – معزوز دليلة، المرجع السابق، ص128-129.

1- أن يتعدد الكفلاء: فإذا كان للدين كفيل واحد لم ينقسم الدين بينه وبين المدين، بل يرجع الدائن أولا على المدين بكل الدين، فإذا لم يتقاض منه شيئا رجع بكل الدين على الكفيل.[1]

2- أن يتعدد الكفلاء لدين واحد: وعلى هذا لا يجوز للكفيل أن يطلب من الدائن تقسيم الدين بينه وبين المصدق، أي كفيل الكفيل، لأنهما لا يكفلان نفس الدين، إذ الكفيل يضمن الالتزام الأصلي أما المصدق فيضمن التزام الكفيل.[2]

3- أن يكون التزام الكفلاء بعقد واحد: 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.[3]

4- أن يكون المدين واحدا: فإذا تعدد المدينون وكانوا متضامنين فيما بينهم، وقدم كل منهم كفيلا، فكل كفيل من هؤلاء يكفل دينا واحدا ولكن لا يكفل نفس المدين، أي كل كفيل كفل مدينا غير المدين الذي كفله كفيل آخر، ولذا لا يجوز لأحد هؤلاء الكفلاء أن يطلب التقسيم، بل يبقى كل منهم مسؤولا عن الدين بأكمله. أما إذا كفل هؤلاء الكفلاء المدينين المتضامنين، فإنهم يكونون بذلك قد كفلوا دينا واحدا ونفس المدينين ولذلك ينقسم الدين عليهم. وإذا كان المدينون غير متضامنين، فينقسم بالتالي على الكفلاء طبقا للقواعد العامة.[4]

5- ألا يكون الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم: إذ أن التضامن يجعل للدائن حق الرجوع على كل منهم بكل الدين طبقا لأحكام التضامن، فلا ينقسم الدين، أما في حالة عدم التضامن بينهما فإن الدين ينقسم بينهما، ويصبح كل منهما مسؤولا عن انصاف الدين إن لم يكن هناك اتفاق على نسبة أخرى.

---

[1] – عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص94.

[2] – زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص89.

[3] – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص110.

[4] – زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص89.

فإذا توافرت الشروط السابق ذكرها، انقسم الدين بين الكفلاء بقوة القانون فلا يلتزم كل منهم إلا بضمان حصته فقط من وقت انعقاد الكفالة.

ويترتب على انقسام الدين بقوة القانون بين الكفلاء أن كلا منهم يستطيع إجبار الدائن على قبول حصته من الدين، وبمعنى آخر قبول الوفاء الجزائي، وإذا طولب الكفيل بالدين، فإن المحكمة لا تحكم عليه إلا بقدر نصيبه فقط، حتى ولو لم يطلب منها ذلك، وفي حالة إعسار أحد الكفلاء فإن نصيبه لا يقسم بين الكفلاء، بل يتحمل الدائن نتيجة هذا الإعسار.[1]

الفرع الثاني: الدفوع التي يجوز للكفيل التمسك بها (حقوق الكفيل).

تتمتع الدفوع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة في الدفوع الناشئة عن الدين الأصلي (أولا) والدفوع الناشئة عن عقد الكفالة (ثانيا).

أولا- الدفوع الناشئة عن الدين الأصلي:

للكفيل حق التمسك بجميع الدفوع التي تسمح للمدين التمسك بها ضد الدائن لأن تبعية التزام الكفيل حتما تجعله متأثرا كل ما يؤثر في الالتزام المكفول، وهذا طبقا لما ورد في المادة 654: ق مدني جزائري (يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين).

ويحق للكفيل التمسك بهذه الدفوع ولو كان متضامنا مع المدين، إذ تنص المادة 666 ق م ج على أنه (يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين).

وطبقا للنصوص السابقة يستطيع الكفيل التمسك في مواجهة الدائن بكل الدفوع التي يمكن للمدين الأصلي أن يدفع بها هذه المطالبة، كالدفوع المتعلقة ببطلان الالتزام المكفول،

[1] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص65.

كالدفع بالبطلان لانعدام الرضا أو عدم وجود محل أو عدم مشروعية السبب أو تخلف الشكلية التي يتطلبها القانون في التصرف المنشئ للالتزام.

كما يمكن للكفيل أن يتمسك بالدفوع التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام المكفول، كالوفاء والتقادم أو ما يؤدي تأخير المطالبة كالدفع بعدم التنفيذ.

ويمكن للكفيل أن يتمسك بالبطلان النسبي (قابلية الالتزام الأصلي للإبطال) لعيب من عيوب الرضا كالغلط، التدليس، الإكراه، الإستغلال. علما أن الكفيل يتمسك بهذه الدفوع باسمه لا باسم المدين الأصلي لأن التزامه مرتبط الالتزام الأصلي وجودا وعدما.[1]

وله بمقتضى حق خاص التمسك كل ما يؤدي لانقضاء هذا الالتزام، وله التدخل في الدعوى التي يرفعها الدائن على المدين ليتمسك بدفع قد لا يتمسك به المدين نفسه، وله التمسك بهذه الدفوع ولو نزل عنها المدين فله التمسك بتقادم الالتزام المكفول حتى ولو كان المدين قد نزل عن حقه في التمسك بالتقادم.

أما إذا أجاز المدين العقد القابل للإبطال فليس للكفيل الحق في التمسك بهذا السبب إلا إذا كان المدين متواطئ مع الدائن للإضرار به.[2]

وطبقا للمادة 2/654 ق.م.ج التي نصت على أنه (إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين يتمثل في نقص الأهلية وكان عالما بذلك وقت التعاقد، فليس له أن يحتج بهذا الوجه).

فإنه يمنع على الكفيل التمسك بنقص أهلية المدين إذا كان عالما بذلك وقت التعاقد إلا أنه إذا تمسك المدين بنقص الأهلية وحكم له بإبطال الالتزام الأصلي، فإن التزام الكفيل يبطل بالتبعية.

[1] – انظر: محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص69-70.

[2] – براهم أسماء، عطوي صفاء، المرجع السابق، ص45.

لكن هناك من يرى أن هذا النص يختلف عن حكم المادة 649 ق.م.ج السابقة الذكر، ففي هذه الحالة يحرم الكفيل التمسك ببطلان تصرف المدين المكفول.[1]

ثانيا- الدفوع الناشئة عن عقد الكفالة:

زيادة على الدفوع السابقة الذكر فإن المشرع منح الكفيل دفوعا خاصة به مراعاة لصفته واعتبارا لالتزامه التبرعي وهي كالآتي:

الدفع بعدم جواز الرجوع على الكفيل وحده إلا بعد الرجوع على المدين، الدفع بعدم اتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين بعد إنذار الكفيل له، الدفع بإضاعة التأمينات بخطأ الدائن، الدفع بعدم تدخل الدائن في تفليسه المدين، الدفع بالتجريد.

2- الدفع بعدم جواز الرجوع على الكفيل وحده إلا بعد الرجوع على المدين:

سبق أن رأينا المادة 660 مدني جزائري وقلنا أنه طبقا لهذا النص يجب على الدائن مطالبة المدين أولا قبل أن يطالب الكفيل مع المدين، أما إذا طالب الكفيل وحده أو قبل المدين فإن دعواه ترفض.

ويلاحظ أن الدفع بعدم جواز مطالبة الكفيل وحده قبل مطالبة المدين لا يعتبر من الدفوع الموضوعية إذ لا يتعلق بأصل الحق المطالب به، كما أنه لا يعتبر دفعا شكليا لأن قانون الإجراءات المدنية لم ينص عليه، ولكن هو دفع بعدم قبول الدعوى، ذلك لعدم توافر شرط من الشروط اللازمة لقبولها، وبناء على ذلك فيمكن إبداء هذا الدفع ولو لأول مرة أمام المجلس القضائي (محكمة الإستئناف) وإذا قبل هذا الدفع فإنه لا يترتب عليه سوى عدم قبول الدعوى المدفوعة على الكفيل من الدائن، ويستطيع الدائن أن يعود إلى مطالبة الكفيل إذا كان قد رفع الدعوى على المدين.[2] ومن شروط التمسك بهذا الدفع:

[1] – معزوز دليلة، المرجع السابق، ص124.

[2] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص72-73.

• عدم تنازل الكفيل عن حقه في التمسك بهذا الدفع سواء كان هذا التنازل صريحا أو ضمنيا، أو يكون هذا التنازل عند إبرام عقد الكفالة أو بعده.

• ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين، لأنه من المعروف في القواعد العامة للتضامن أنه يحق للدائن أن يطالب أي مدين من المدينين المتضامنين أو يطالبهم مجتمعين، وقياسا على نص المادة 669 مدني جزائري التي سبق التطرق إليها (لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل قبل رجوعه على المدين، إلا إذا كان الكفيل متضامنا مع المدين) علما أن الكفيل الذي يقبل التضامن مع المدين يكون قد قبل توجيه المطالبة إليه من طرف الدائن قبل أن يوجهها إلى المدين.

• وجوب وجود مصلحة للكفيل للتمسك بهذا الدفع (أي أن يكون رجوع الدائن على المدين مجديا) فإذا كان المدين معسرا، فليس للكفيل مصلحة للتمسك بهذا الدفع، ورغم اختلاف الآراء حول مدى إمكانية إثارة المحكمة تلقائيا لهذا الدفع، إلا أننا نرى بأن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام، وهو مقرر لمصلحة الكفيل لذا وجب على هذا الأخير التمسك به.[1]

2- الدفع بعدم اتخاذ إجراءات من المدين بعدم إنذار الكفيل له:

رأينا أنه يجب على الدائن مطالبة المدين عند حلول أجل الدين، ولكن لا يترتب على تأخر الدائن في الرجوع على المدين سقوط حقه في مطالبة الكفيل، فلا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات أو عدم اتخاذها ضد المدين حتى لو ترتب إضرار بالكفيل على هذا التأخير نتيجة إعسار المدين وتعذر على الكفيل الرجوع على المدين. وقد نصت على هذا الحكم المادة 1/657 بقولها (لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات او لمجرد أنه لم يتخذها).[2]

يستطيع الكفيل إذا حل أجل الدين وخشي أن يتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين أن ينذر الدائن باتخاذ هذه الإجراءات وذلك بأن يبدأ في إجراءات التنفيذ ضد المدين

[1] – بقة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص34.

[2] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص75.

إذا كان بيده سند تنفيذي أو يرفع دعوى ضد المدين، فإذا انتهت مدة 6 أشهر من يوم الإنذار دون أن يقوم الدائن باتخاذ هذه الإجراءات تبرأ ذمة الكفيل إلا إذا قد المدين ضمانا كافيا (المادة 2/657 قانون مدني جزائري).[1]

3- الدفع بإضاعة التأمينات بخطأ من الدائن:

نص المشرع الجزائري على هذا الدفع في نص المادة 656 بقولها (تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات. ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو تقررت بعد الكفالة وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون).

من خلال هذا النص، فإن الدائن إذا أهمل المحافظة على التأمينات بأن أضاع بخطئه شيئا منها فإن ذمة الكفيل تبرأ بقدر ما أضاعه الدائن من هذه الضمانات، ويستطيع الكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له، يشترط لثبوت حق الكفيل في التمسك بهذا الدفع توافر هذه الشروط:[2]

- **أن يكون الدائن قد أضاع تأمينا خاصا:**

بحيث يكون التأمين الضائع تأمينا خاصا للوفاء بالدين المكفول فقد يكون تأمينا شخصيا أو عينيا قدم من المدين أو شخصا آخر[3]، سواء كان قبل إبرام الكفالة أو بعدها لتقوية الائتمان لأجل وفاء الدين المكفول ويخرج من هذه الحالة الدعاوى التي كان من المفروض أن يستعملها الدائن للحفاظ على الأموال المخصصة للوفاء بالدين، كالدعوى غير المباشرة، الدعوى الصورية أو الدعوى البرلمنية...الخ.[4]

[1] – زهدور كوثر، المرجع السابق، ص8.

[2] – معزوز دليلة، المرجع السابق، ص130.

[3] – المرجع نفسه، ص130.

[4] – بوخاتم، المرجع السابق، ص27.

- **أن تكون إضاعة التأمينات بخطأ من الدائن أو بخطأ ممن يسأل عنهم:**

سواء كان خطأ الدائن فعلا إيجابيا، كإبرائه كفيلا آخر، أو نزوله عن حق رهن، أو عن حق امتياز أو عن حقه في الحبس. أو كان هذا الخطأ تركا كإهماله في قيد الرهن، أو تجديد القيد، أو التقصير في استرداد المنقول المحبوس أو المرهون رهن حيازة إذا خرج عن حيازته.

وإذا كانت إضاعة التأمين، فيرى بعض الفقه أن ذمة الكفيل لا تبرأ، بمعنى آخر لا يستطيع أن يتمسك هذا الدفع، بينما يرى البعض الآخر أن المسؤولية توزع بين الدائن والكفيل وفق القواعد الخطأ المشترك (فلا تبرأ ذمة الكفيل بقدر كل ما ضاع من التأمينات، بل بقدر نصيبه في المسؤولية من هذا الضياع) ونحن نفضل هذا الرأي.[1]

- **أن يترتب على ذلك إضرار بالكفيل:**

ويشترط في هذا الضرر أن يكون محققا وإلا فلا يثبت للكفيل الحق في الدفع بإضاعة التأمينات. ويعد الضرر محققا بمجرد ضياع التأمين الخاص حتى لو كان المدين موسرا، أو كان الدين مكفول بتأمينات أخرى كافية للوفاء به، ذلك لأن مجرد ضياع التأمين الخاص من شأنه أن ينقص ضمانات الدين، ويزيد من فرص تحصيله.

ويقع على الكفيل عبء إثبات الضرر وتعيين مقداره وذلك لأن الكفيل هو الذي يطلب إبراء نفسه فعليه أن يثبت ما يبرر ذلك، كما أن الإبراء هنا ما هو إلا طلب تعويض عن تقصير الدائن وفي دعاوى التعويض يقع عبء الإثبات على طالب التعويض.[2]

ويتوجب التمسك بهذا الدفع لأن المحكمة لا تقضي به من تلقاء نفسها لأنه لا يتعلق النظام العام.[3]

[1] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص79.

[2] – مريم عبد الطارش الزبيدي، المرجع السابق، ص63.

[3] – براهم أسماء، عطوي صفاء، المرجع السابق، 53.

4-الدفع بعدم تدخل الدائن في تفليسة المدين:

نظم المشرع الجزائري في هذه الحالة في نص المادة 658 قانون مدني جزائري (إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن).

فمن خلال هذا النص نجد أن المشرع أعطى الدائن حق التدخل في التفليسة لأنها آلية قانونية لاستيفاء حقه من المدين، فإن ضيعها فلا يجوز له الرجوع على الكفيل إلا ما يزيد على القدر الذي كان يحصل عليه من التفليسة لو دخل فيها، كما أنه إذا لم يدخل الدائن في التفليسة وطالب الكفيل بالوفاء بالدين، فهنا سوف يتمسك الكفيل بمواجهته ببراءة ذمته بالقدر، الذي أضاعه لعدم تدخله في التفليسة وله أن يتمسك هذا في صورة دعوى للحصول على البراءة.[1]

وقد صدر في هذا الشأن قرار عن المحكمة العليا جاء فيه (حيث وأن المحكمة العليا وبالرجوع إلى عناصر الملف وجدت أن المدين مؤسسة أشغال لبناء قسنطينة قد حلت والحال كان على المدين عليه ديوان الترقية والتسيير العقاري أن يطالب بدينه أمام المعني قبل العودة على الكفيل (القرض الشعبي الوطني) وهو مالم يقم ه وبذلك أخطأ في تطبيق المادة 658 من القانون المدني الجزائري ومنه كان على الدائن إتباع الإجراءات اللازمة قبل العودة على الكفيل).[2]

5-الدفع بالتجريد:

الدفع بالتجريد حق قرره القانون للكفيل بمقتضاه يستطيع الكفيل -إذا توافرت شروط معينة- منع الدائن من التنفيذ على أمواله، قبل أن ينفذ على أموال المدين ويتضح عدم كفايتها للوفاء بالدين. وقد نصت المادة 2/660 على (ولا يجوز له أن ينفذ على أموال

[1] - معزوز دليلة، المرجع السابق، ص131-132.

[2] - براهم أسماء، عطوي صفاء، المرجع السابق، ص54.

الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق). فالتنفيذ يكون أولا على أموال المدين ثم أموال الكفيل، والدفع بالتجريد يعد من مظاهر تبعية التزام الكفيل إذ أن الغاية من التزام الكفيل هو ضمان الوفاء بالالتزام المكفول إذا لم يفي به المدين نفسه، فليس من العدل أن يرى الكفيل أمواله تنتزع من بين يديه بينما أموال المدين قائمة لا تمس، وأنه هو الأولى بالرعاية إذ أنه يوفي بما ليس بدينه بل دين غيره.[1]

وللإحاطة أكثر بهذا الدفع سنتناول شروطه والآثار المترتبة عليه ثم صور خاصة للدفع به.

أ-شروط الدفع بالتجريد:

لكي يستطيع الكفيل أن يتمسك بحقه ففي تجريد المدين من أمواله لا بد من توافر عدد من الشروط هي:

- **يجب أن يكون الكفيل شخصي لا عيني:**

لأن الكفيل العيني راهن، ولا يحق له التمسك بالتجريد إلا إذا كان قد اشترط ذلك صراحة، وهو ما نصت عليه المادة 901 ق م ج كما يلي (إذا كان الراهن شخص آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا على ما رهنه من ماله، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين إلا إذا وجد مدين آخر غير مكفول في حالة تعدد المدينين).[2]

- **ألا يكون الكفي قد نزل عن هذا الخطأ صراحة أو ضمنا:**

باعتبار أن الدفع بالتجريد ليس من الدفوع المتعلقة بالنظام العام، وبالتالي يمكن للكفيل النزول عن هذا الحق صراحة أو ضمنا، غير أنه يجب أن تكون إرادة الكفيل دالة دلالة واضحة، وفي حالة الشك يفسر لمصلحة المدين (الكفيل) ومصلحته تقتضي عدم نزوله عن هذا الحق، وبالتالي يفسر الشك بعدم نزوله.

---

[1] – أحمد فيصل شرف، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2012، ص76.

[2] – معزوز دليلة، المرجع السابق، ص125.

وفي حالة عدم نزول الكفيل عن هذا الدفع فبإمكانه ممارسة هذا الحق، أما في حالة نزوله عن التمسك بالدفع بالتجريد، فإنه يجوز لكفيل الكفيل التمسك بتجريد الكفيل من أمواله وتجريد المدين أيضا رغم نزول الكفيل عن هذا الدفع.[1]

- **ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين:**

نصت المادة 665 ق م ج (لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد) يتعين على الكفيل حتى يتمسك بحقه في التجريد ألا يكون متضامنا مع المدين، وأن التضامن يقتضي بطبيعته أن يكون للدائن الحق في الرجوع على أي واحد من المتضامنين دون الحاجة إلى تجريد الآخرين، كما أن الكفيل عندما يكون متضامنا مع المدين فإنه يلتزم بالدين بصفة أصلية ومن ثم يستطيع الدائن أن ينفذ عليه مباشرة بكل الدين فكان من باب أولى ألا يثبت هذا الحق للكفيل المتضامن مع المدين.[2]

وتضامن الكفيل مع غيره من الكفلاء لا يمنع كلا منهم من التمسك بالدفع بالتجريد إلا إذا كانوا متضامنين مع المدين، فالنص صريح في تحريم حق الدفع على الكفيل المتضامن مع المدين، ويستطيع كفيل الكفيل أن يتمسك بتجريد الكفيل المتضامن من أمواله أولا، لأن تضامن الكفيل مع المدين لا يحرم كفيل الكفيل حقه في أن يتمسك بهذا الدفع.[3]

- **أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع:**

ما دام أن هذا الحق غير متعلق بالنظام العام، أي خاص بالكفيل، فعليه أن يتمسك به، وهذا ما نصت عليه المادة 2/660 ق م ج (...ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق)، والتنازل قد يكون صريحا إذا نص عليه في عقد الكفالة، او ضمنيا إذا استخلص من ظروف الحال وملابساته.[4]

---

[1] – بقة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص39.

[2] – مريم عبد طارش الزبيدي، المرجع السابق، ص95.

[3] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص84.

[4] – زاهية حورية سي يوسف، المرجع الساق، ص84.

غير أنه يجب أن تكون إرادة الكفيل تدل بوضوح على النزول عن حقه في التمسك بهذا الدفع، ويفسر الشك بعدم نزوله.[1]

- **أن يقوم الكفيل بإرشاد الدائن إلى أموال المدين التي تفي الدين كله:**

نصت على ذلك المادة 661 ق مدني جزائري بقولها (إذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين التي تفي بالدين كله...).

ويستخلص من النص أن على الكفيل الذي يطلب التجريد أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن على أموال المدين، ويجب أن تكفي هذه الأخيرة 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، لأنه حيث يكون الدفع بالتجريد قائما على أساس لا بد أن تكون للمدين عقارات معينة أو منقولات معينة أو حقوق شخصية، كمبالغ مودعة في بنك من البنوك.[2]

- **يجب أن تكون أموال المدين موجودة في الجزائر وغير متنازع فيها:**

وقد نصت على ذلك المادة 2/661 ق.م.ج (ولا يأخذ بعين الاعتبار الأموال التي يدل عليها، وإذا كانت هذه الأموال تقع على خارج الأراضي الجزائرية أو كانت متنازعا فيها).

ويشترط أيضا في تلك الأموال أن تكون غير متنازع فيها لأن التنفيذ عليها يستدعي أولا الفصل في النزاع القائم بشأنها، وقد ينتهي إلى ثبوت ملكية تلك الأموال لغير اللمدين، ولا يشترط لاعتبار المال متنازعا فيه أن تكون وقعت بشأنه.

وفي حالة إفلاس أو إعسار المدين، فإن الدفع بالتجريد لا يقبل مهما كانت الأموال التي يكون الكفيل قد أرشد إليها، إذ أن حالة الإفلاس أو الإعسار تفترض عدم استيفاء

[1] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص85.

[2] – زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص80.

الدائنين لكل حقوقهم عند التنفيذ على أموال المدين أو إعساره ليحول دون قبول الدفع بالتجريد.

ونفقات الإرشاد إلى أموال المدين يتحملها الكفيل، كمصروفات استخراج صور مستندات ملكية المدين للأموال التي أرشد إليها الكفيل، ويتحمل الدائن نفقات التجريد وهي نفقات إجراءات التنفيذ على أموال المدين ثم يستردها الدائن من أموال المدين مع أصل الدين.[1]

ب- الآثار المترتبة على الدفع بالتجريد:

يتعين على المحكمة إذا توافرت شروط الدفع بالتجريد، وتمسك به الكفيل أن نقضي به، ويترتب على قبول هذا الدفع الآثار الآتية:

- لا يجوز للدائن التنفيذ على أموال الكفيل، إلا عد تجريد المدين من أمواله.[2]
- يجب على الدائن أن ينفذ على أموال المدين التي أرشده إليها الكفيل، وإلا أصبح مسؤولا اتجاه الكفيل عن إعسار المدين.[3]
- يتحمل الدائن إعسار المدين أو إقدامه على إخفاء المنقولات إذا تراخى الدائن في التنفيذ عليها في الوقت المناسب (مدة 6 أشهر) من تاريخ إخطاره من قبل الكفيل، أما إذا حصل الإفلاس أو الإعسار قبل ذلك فلا تبرأ ذمة الكفيل من الضمان في ميعاد الاستحقاق وهذا ما قضت به المادة 657 ق مدني جزائري.[4]
- يمكن للكفيل أن يتمسك بالدفع بالتجريد أثناء سير الدعوى المرفوعة عليه من الدائن أو أثناء التنفيذ على أمواله.

---

[1] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص89.

[2] – زينب عشور، المرجع السابق، ص31.

[3] – بن عبد الكريم صورراية، وبن شعلال حمزة، الدفوع المرتبطة بعقد الكفالة في القانون المدني مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، كلية الحقوق العلوم السياسية، 2012-2013، ص53.

[4] – بوخاتم، المرجع السابق، ص24.

فإذا تمسك الكفيل بالدفع أثناء الدعوى حكم له القاضي بعدم جواز التنفيذ على أمواله، أما إذا تمسك الكفيل هذا الدفع أثناء التنفيذ فإن المحكمة تقضي بوقف إجراءات التنفيذ.[1]

- يترتب على قبول الدفع بالتجريد إلزام الدائن باتخاذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين التي أرشد عنها الكفيل، فإذا نفذ الدائن على هذه الأموال واستوفى حقه من ثمنها، برئت ذمة المدين، ويرى الكفيل تبعا لذلك.

أما إذا لم تف أموال المدين بحق الدائن، فله أن يرجع على الكفيل بالجزء الذي لم يستطع الحصول عليه من المدين، إذ قد يحدث انخفاض قيمة هذه الأموال عند التنفيذ عليها أو ظهور دائنين آخرين شاركوا فيها.[2]

ت- صورة خاصة للدفع بالتجريد:

هذه الصورة نفترض أن هناك تأمينا عينيا مقدما من المدين وقد خصص قانونا أو اتفاقا لضمان الدين، ثم تعاصرت معه أو جاءت بعده كفالة ولم يكن الكفيل متضامنا.

في هذه الحالة أجاز المشرع للكفيل أن يطلب التنفيذ على الأموال المثقلة بهذا التأمين قبل التنفيذ على أمواله هو، وهذا ما نصت عليه المادة 663 ق مدني جزائري (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)[3]. ويشترط لتطبيق هذا النص توافر الشروط التالية:

[1] – بقة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص41.

[2] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص91.

[3] – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص104.

• **أن يكون التأمين عيني لضمان نفس الدين:** فقد يكون رهنا رسميا أو حيازيا أو حق امتياز، ويمكن أن يرد هذا التأمين على عقار أو منقول من كانت طبيعة هذا المنقول تسمح بذلك.[1]

• **يجب أن يكون هذا التأمين وارد على مال مملوك للمدين:** إن القواعد العامة تقضي بعدم جواز طلب الكفيل الشخصي تجريد الكفيل العيني من أمواله ذلك لأن كلاهما مسؤول عن دين المدين، فإذا ما قام أحدهما بالوفاء فإنه يرجع على الآخر بقدر نصيبه في المسؤولية عن الدين، مع الإشارة أنه لا يشترط ملكية المدين للمال الوارد عليه التأمين، وذلك لعدد صراحة أيضا حيث جاء مطلقا ولم يشترط ملكية المال للمدين.[2]

• **أن تكون الكفالة لاحقة للتأمين العيني أو تقررت معه:** يفهم أن الكفيل قد وضع في اعتباره عند تقدمه لضمان الدين أن هناك تأمين، أما إذا كانت الكفالة قد سبقت التأمين، فإن الكفيل لا يستطيع أن يدفع بالتجريد لأن هذا التامين لا يكون قد دخل في اعتبار الكفيل عند تعهده بالضمان.[3]

• **يجب أن يكون الكفيل متضامنا مع المدين:** وهذا الشرط شأنه شأن الدفع بالتجريد في صورته العامة، إذ أن تضامنه مع المدين يجعل الكفيل في مركز المدين الأصلي، وبالتالي نزوله عن صفته الاحتياطية لالتزامه ولا يجوز له الدفع بالتجريد وبالتالي يمكن للدائن مطالبة الكفيل أو المدين أو كليهما.[4]

• **أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع:** على الكفيل أن يتمسك بوجوب تنفيذ الدائن أولا على المال المقرر عليه التأمين العيني قبل التنفيذ على أمواله، ولا يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن

[1] – معزوز دليلة، المرجع السابق، ص128.

[2] – براهم أسماء، عطوي صفاء، المرجع السابق، ص50.

[3] – زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص86.

[4] – أحمد فيص شرف، المرجع السابق، ص95.

تلزم الدائن بالبدء في التنفيذ على الأموال المحملة بالتأمين العيني، لأن هذا الدفع مقرر لمصلحة الكفيل ويجوز له التنازل عن هذا الحق.[1]

ومنه إذا توافرت الشروط المذكورة وتم قبول الدفع من المحكمة فإنه يترتب عليه نفس الآثار التي تترتب على الدفع بالتجريد بصفة عامة ومن ثم يلتزم الدائن بالتنفيذ على التأمين العيني.

وتجدر الإشارة إلى أن إفلاس المدين أو إعساره لا يؤثر على استيفاء الدائن لحقه من التأمين العيني، لأن المرتبة التي يكتسبها على المال المحمل لهذا التأمين تضمن وقايته من آثار الإفلاس أو الإعسار.[2]

الفرع الثالث: التزامات الدائن عند استيفائه الدين.

يلتزم الدائن بموجب عقد الكفالة بعدة التزامات، وردت في المادة 659 قانون مدني جزائري وتتمثل فيما يلي:

1.التزامه بأن يسلم للكفيل وقت استيفائه الدين، المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع.

2.التزامه بالتخلي عن التأمين المتمثل في منقول، وهذا أيضا بصريح الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه فإن كان الدين مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه الكفيل.

3.التزامه بنقل التأمينات الضامنة للدين، وذلك إذا كان الدين مضمونا بتأمين عقاري، فإن الدائن يلتزم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين، ويتحمل الكفيل مصروفات هذا النقل على أن يرجع بها على المدين (3/669 قانون مدني جزائري).

[1] – زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص87.

[2] – براهم أسماء، عطوي صفاء، المرجع السابق، ص50.

4.إذا كان هناك تأمينا آخر شخصيا يضمن الدين، أي كفيلا آخر، ففي هذه الحالة الكفيل الذي وفى الدين الرجوع على الكفيل الآخر بنصيبه في الدين. تظهر أهمية هذا المعنى في حالة تعدد الكفلاء كما أشرنا إليه سابقا في المادة 664 قانون مدني جزائري.[1]

إن الكفيل يحل محل الدائن في الدين الذي وفاه له، حيث أن هذا الحلول يعطي الكفيل نفس حق الدائن بما يكفله من ضمانات، فلذلك يجب على الدائن أن يتخلى للكفيل عن المنقول المرهن أو المحبوس، حتى يوفر له نفس الضمان في استيفاء حقه.

وللكفيل أن يمتنع عن الوفاء للدائن إذا لم يقم بهذا الالتزام، ولا يعتبر الكفيل مخلا بالتزامه، وذلك حتى يضغط على الدائن ليحصل منه على هذه الضمانات حتى يستفيد منها عند الرجوع على المدين، وذلك بحلوله محل الدائن في حقه بما يكفله من ضمانات وما يلحقه من توابع وبما له من صفات.[2]

المطلب الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين.

إذا وفى الكفيل الدين للدائن، كان في حكم من وفى دين غيره. ذلك بأن الكفيل لم يكن في الأصل ملتزما بالدين، وإنما التزم به بموجب عقد الكفالة، فهو قد وفى دين غيره وإن كان قد وفى دين نفسه، لأنه التزم بهذا الوفاء، وحكم من وفى دين غيره طبقا للقواعد العامة هو أن يرجع على المدين الأصلي، ويرجع إليه بإحدى الدعوتين، إما بالدعوى الشخصية (دعوى الكفالة) أو بدعوى الحلول، وهو ما سنتطرق إليه في هذا المطب بالإضافة إلى رجوع الكفيل لى المدنبين عند تعددهم وعلى غيره من الكفلاء.

[1] – زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص94.

[2] – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص112.

الفرع الأول: دعوى الكفالة أو الدعوى الشخصية.

تنص المادة 670 ق مدني جزائري (يجب على الكفيل أن يخبر المدين بل أن يقوم وفاء الدين، وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين، إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين أو انقضاؤه.

فإذا يم يعارض المدين في الوفاء بقي للكفيل الحق في الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت له أسباب تقضي ببطلانه أو انقضائه).

وتنص المادة 672 ق م ج على (يكون للكفيل 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).

واستثناء لهذين النصين فإنه من البديهي استعراض شروط رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية المستندة إلى الكفالة (أولا) ثم تبيان ما يرجع به الكفيل على المدين (ثانيا).

أولا- شروط رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية المستندة إلى الكفالة:

هناك أربعة شروط لا بد من توافرها حتى يرجع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية:

1.أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين ودون اعتراض منه:

أجمع الفقه على أن الكفالة تقتصر على الحالات التي تنعقد فيها الكفالة دون معارضة المدين، وذلك على أساس أن الكفالة تحقق غالبا مصلحة للمدين وتأمين ضد خطر إعسار المدين، فيقبل هذا الأخير التعامل مع المدين.[1]

[1] – معزوز دليلة، المرجع السابق، ص134.

كما يجب أن تكون الكفالة قد تمت دون معارضة المدين، وسبق أن رأينا أن الكفالة قد تعقد بعلم المدين، أو دون علمه، كما قد تعقد رغم معارضته المادة 647 ق.م.ج.

غير أن المادة 672 ق م ج لا تجيز الرجوع لهذه الدعوى إلا إذا كانت الكفالة قد عقدت بعلم المدين أو دن علمه. أما إذا كانت قد عقدت رغم معارضته في يجوز الرجوع عليه لهذه الدعوى، ويكون للكفيل في هذه الحالة الرجوع على المدين.[1]

2.أن يكون الكفيل قد وفى الدين للدائن:

يجب على الكفيل حتى يرجع على المدين بالدعوى الشخصية، أن يكون قد قام بوفاء الدين عن المدين.[2] ولا تهم وسيلة لوفاء سواء أكانت المقاصة أو الوفاء بالمقابل أو لتحديد أو اتحاد الذمة، ويلزم أن يكون الوفاء مبرئا لذمة المدين، فإذا حصل الوفاء بشيء غير مملوك للكفيل واستحق فيما بعد للغير امتنع على الكفيل الرجوع على المدين. والوفاء لا يشترط فيه أن يكون كليا بل قد يكون جزئيا، شريطة أن يرضى الدائن بهذا الوفاء الجزئي. وفي هذه الحالة أي الوفاء الجزئي له أن يزاحم الدائن في رجوعه على المدين بالجزء الباقي له، فإذا لم تكن أموال المدين كافية للوفاء لهما، فإنهما يتقاسمان هذه الأموال قسمة الغرماء.[3]

3.أن يكون أجل الدين قد حل:

فإذا قام الكفيل بالوفاء للدائن بالدين قبل حلول الأجل، فإنه لا يستطيع أن يرجع على المدين بهذه الدعوى إلا عند حلول الأجل، الأجل الذي يعتد به هنا هو الأجل الأصلي للدين المكفول.[4]

[1] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص100.

[2] – عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص167.

[3] – زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص100-101.

[4] – نبيا إبراهيم، المرجع السابق، ص118.

فإذا منح الدائن المدين أجلا جديدا، أو امتد الأجل بحكم القضاء، فإن ذلك لا يمنع الكفيل الذي وفى من الرجوع على المدين عند حلول الأجل الأصلي.

وإذا نزل المدين عن الأجل، فيحق للكفيل التمسك بهذا النزول ويفي بحق الدائن فورا ويرجع على المدين.[1]

4.ألا يقع من الكفيل تقصير بسبب ضررا للمدين:

خشية من المشرع أن يدفع الكفيل الدين دون علم المدين فيدفعه هذا الأخير مرة ثانية أو أن يدفعه المدين أولا دون علم الكفيل فيدفعه هذا الأخير مرة ثانية، اشترط المشرع على الكفيل أن يخطر المدين قبل قيامه بالوفاء، وهذا تفاديا لأن يكون المدين قد وفى الدين، أو كانت عنده أساب تقضي ببطلان الدين أو انقضائه، وهذا ما جسدته المادة 670 ق مدني جزائري السالفة الذكر.

وعليه يجب على الكفيل إخطار المدين قبل أن يوفي بالدين، سواء أراد الكفيل وفاء الدين من تلقاء نفسه أو إثر مطالبته من الدائن مطالبة قضائية، وفي كلتا الحالتين يجب إخطار المدين قبل الوفاء.[2]

فإذا أخطر الكفيل المدين فيجب على الأخير أن يبادر بالاعتراض إذا كان قد وفى الدين، أم كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه او انقضائه، وأن يكون هذا الاعتراض في الوقت المناسب.

وفي هذه الحالة يجب على الكفيل الامتناع عن الوفاء ويترك الدائن يسير في إجراءات الدعوى، ويدخل المدين فيها لإبداء الاعتراضات التي لديه.

أما إذا قام الكفيل بالوفاء بالرغم من اعتراض المدين، فإن حقه في الرجوع على هذا الأخير يسقط بكل ما وفى أو بجزء منه إذا كان لدى المدين أسباب تؤدي إلى انقضاء الدين

[1] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص501–502.

[2] – بقة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص46–47.

كله أو بعضه، وفي حالة عدم اعتراض المدين في الوقت المناسب، فإنه لا يمكن أن ينسب إلى الكفيل خطأ أو تقصير، فإذا وفى الدين قله الرجوع على المدين، ولا يحق في هذه الحالة أن يحتج هذا الأخير بوجود أسباب لدية تؤدي إلى بطلان الدين أو انقضائه لأنه قصر بعدم الاعتراض ويتحمل نتيجة هذا التقصير.

أما إذا لم يخطر الكفيل المدين قبل الوفاء، فإما أن يكون للمدين أسباب تؤدي إلى بطلان الدين وانقضائه، وإما ألا يكون لديه تلك الأسباب.

فإذا كان لديه سبب يترتب عليه انقضاء الدين أو بطلانه، أو أن لديه دفع يؤدي إلى الحكم بطلان العقد المنشء للالتزام المكفول، ففي هذه الحالة يكون الكفيل مقصرا، لأنه قد أخطأ في الوفاء دون إخطار المدين، ومن ثم يتحمل نتيجة خطئه فيسقط حقه في الرجوع على المدين بكل ما وفى أو بجزء منه.

أما إذا لم يكن لدى المدين سبب الاعتراض على الوفاء، فعندئذ يستطيع الكفيل الرجوع على المدين ولا يسقط حقه بالرغم من خطئه في عدم الإخطار قبل الوفاء، إذ أن ذلك لم يسبب ضرر للمدين.[1]

مع العلم أن هذا الإخطار ليس له شكل خاص فيصح أن يكون على يد محضر قضائي أو عن طريق رسالة موصى عليها أو رسالة إلكترونية أو حتى شفويا.

لكن يبقى عن إثبات الإخطار على الكفيل، وإثبات الاعتراض على المدين وفقا للمبادئ العامة في الإثبات.[2]

ثانيا- موضوع رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية:

تنص المادة 2/672 ق مدني جزائري على (ويرجع بأصل الدين والمصروفات غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي

[1] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص102-103.

[2] – زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص102.

بالإجراءات التي اتخذت ضده). فقد حددت هذه المادة ما يرجع به الكفيل الذي وفى الدين على المدين وذكرت أصل الدين والمصروفات.

1- أصل الدين: ويقصد به كل ما قام الكفيل يدفعه إلى الدائن لإبراء ذمة المدين، ويشمل ذلك مقدار الدين الأصلي، كما يشتمل المصروفات التي أنفقها الدائن في مواجهة المدين، إذ أن هذا كله يلتزم به المدين فيعتبر بالنسبة له أصل الدين إذا دفعها الكفيل.[1]

2- المصروفات: وهي كل المبالغ التي أنفقها الكفيل في تنفيذ عقد الكفالة، وتلك التي أنفقها الدائن في رجوعه على الكفيل واضطر الكفيل إلى دفعها له، بالإضافة إلى ذلك ما قد يكون أنفقه في الإرشاد إلى أموال المدين لتجريدها او مصروفات العرض الحقيقي، ومصروفات الدعوى التي رفعها الدائن على الكفيل، لكن لا يرجع الكفيل لهذه المصروفات على المدين إلا بالذي دفعه من وقت إخباره المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده لأن المدين من أخطر بها قد يسارع إلى الوفاء بالتزامه، ويتجنب بذلك المصروفات التي يقوم بها الكفيل أو الدائن لو لم يخطر.[2]

3- التعويضات: أي التعويض عن الأضرار التي أصابت الكفيل من اضطراره للوفاء بالدين.[3]

وهنا يثور التساؤل عما إذا كان يجوز للكفيل مطالبة المدين بالتعويض إذا كان قد لحقه ضرر؟

وفي هذا الصدد لم تذكر المادة 672 ق مدني جزائري شيئا عن التعويض.[4] ولكن يمكن الرجوع إلى القواعد العامة التي تقضي برجوع الكفيل على المدين بتعويضه عن الضرر الذي يكون قد أصابه.[5]

---

[1] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص03-04.

[2] – زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص03.

[3] – المرجع نفسه، ص04

[4] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص109.

[5] – زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص104.

وفي هذا الصدد أيضا قرار من المحكمة العليا جاء فيه ما يلي: (حيث أن الطاعن (د.ع) كفل المدين (ب.س) وأن المحكمة ألزمت الطاعن بدفع 1.400,000,000 دج بصفته ضامنا في صفقة تجارية، وأن هذه المطالبة مست سمعته التجارية وعرضته للخسارة، والحال أن تقدير المسؤولية المدنية والضرر الناشئ عنها هو من المسائل التي يبقى تقديرها خاضعا لقضاة الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه). وهو القرار الذي يؤكد اتجاه المحكمة العليا في إمكانية المطالبة بالتعويض.[1]

الفرع الثاني: دعوى الحلول.

تنص المادة 671 ق مدني جزائري على أنه (إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق اتجاه المدين، ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين).

وحكم هذا النص ليس إلا تطبيقا خاصا للقاعدة العامة التي وردت في المادة 261 ق مدني جزائري والتي تقضي بأنه (إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال الآتية:

إذا كان الموفي ملزما بالدين مع المدين، أو ملزما بوفاته عنه).

والكفيل كما رأينا ملزما بوفاء الدين عن المدين.

فيكفي لرجوع الكفيل بدعوى الحلول أن يكون قد وفى الدين، ويستوي أن تكون الكفالة قد عقدت بعلم المدين أو دون علمه، أو رغم إرادته وسواء كانت لمصلحة المدين أو لمصلحة الدائن.

فدعوى الحلول ليست إلا تطبيقا للقواعد العامة، يرجع بها كل كفيل وفى الدين سواء كان كفيلا شخصيا أو عينيا متضامنا مع المدين أو غير متضامن.[2]

[1] – براهم أسماء، عطوي صفاء، المرجع السابق، ص53.

[2] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص106-107.

ولا فرق إذا بين دعوى الحلول والدعوى الشخصية التي تستند إلى الكفالة إلا في جزئية هي أن دعوى الحلول لا تجوز إلا إذا كان الدائن قد استوفى كل حقه بخلاف الدعوى الشخصية التي لا تشترط الوفاء الكلي للدين وتكتفي بالوفاء الجزئي، وفي هذا الإطار نصت المادة 671 من القانون المدني الجزائري على ما يلي (ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين).

ويستوي أن يستوفي الدائن حقه كاملا من الكفيل أو يستوفي جزءا من الكفيل وجزءا من المدين أو من أي شخص آخر فالمهم أن يستوفي الدائن حقه كاملا.

وإذا استوفى الدائن حقه من الكفيل ومن شخص آخر له حق الحلول يكون الكفيل وهذا الشخص على قدم المساواة فيقتسمان العائدات الناتجة عن دعوى الحلول قسمة الغرماء وهذا ما نصت عليه المادة 265 ق مدني جزائري.[1]

وفي هذا الصدد لا بد من استعراض شروط هذه الدعوى، ثم التطرق بعد ذلك للآثار المترتبة عنها:

1- شروط دعوى الكفالة:

يشترط لكي يحل الكفيل محل الدائن في حقوقه قبل المدين أن يكون وفى الدين فعلا، ولكن مما ينبغي الإشارة إليه هو أن كيفية الوفاء لا تهم، فقد يقضي الكفيل الدين بالوفاء أو بما يقوم مقام الوفاء، كالوفاء بمقابل، أو بتجديد الدين بتغيير الدين، أو قضى الدين بطريقة المقاصة، وفي كل هذه الأحوال يحل الكفيل محل الدائن بمجرد إنقضاء الدين.[2]

[1] – تنص المادة 256 (إذا وفى غير الدائن جزءا من حقه وحل محله فيه، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء، ويكون في استيفاء ما بقي له من حق مقدما على من وفاه، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك، فإذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقي له من حق رجع من حل أخيرا هو ومن تقدمه في الحلول كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء).

[2] – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص126.

يشترط أن يكون وفاؤه للدين كاملا، أي أن الكفيل لا يستطيع الرجوع على المدين بدعوى الحلول إلا بعد أن يكون الدائن قد استوفى حقه كاملا سواء كان من الكفيل وحده أو من الكفلاء.

لأن من قواعده الوفاء مع الحلول ألا يضار الدائن بحلول الموفى محله، والحكمة من ذلك واضحة، لأنه إذا سمحنا للكفيل بالرجوع على المدين بدعوى الحلول قبل أن يستوفي الدائن حقه كاملا، فإن هذا الأخير قد يضار بهذا الرجوع لما قد ينشأ من مزامنة الكفيل له في رجوعه بالباقي من دينه قبل المدين.[1]

يجب أن يون الكفيل قد وفى الدين عند حلول أجله، وعلى ذلك فإذا وفى الكفيل الدين للدائن قبل حلول الأجل الأصلي فإنه لا يستطيع أن يرجع بدعوى الحلول على المدين إلا عند حلول هذا الأجل.[2]

لكن الحكم الذي تقرره هذه المواد مقرر لمصلحة الدائن ولا يتعلق بالنظام العام، أي يجوز الاتفاق على خلافه بأن يسمح للكفيل بأن يرجع بدعوى الحلول ولو لم يكن الدائن قد استوفى حقه كاملا، لكن بشرط أن تكون له لهذا الأخير في الرجوع على المدين، ونصت على ذلك المادة 265 ق م ج.

2- الآثار المترتبة على حلول الكفيل محل الدائن:

سبق القول أن المادة 671 مدني جزائري اقتصرت على النص بأنه (إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين).

ورأينا أن حكمها ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة التي وردت في المادة 261 ق مدني جزائري وما بعدها الخاصة بالوفاء مع الحلول.

[1] – زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص107.

[2] – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص127.

وإذا ما رجعنا إلى المادة 264 نجدها تنص على أنه (من حل محل الدائن قانونا أو اتفاقا كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن).

فيترتب على حلول الكفيل محل الدائن، أن يكون للكفيل أن يرجع على المدين بحق الدائن بماله من خصائص، وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع، ونفصل ذلك فيما يلي:[1]

1- أن الحلول لا يتم إلا إذا ظل حق الدائن قائما وقت الوفاء الذي قام به الكفيل، وعليه إذا كان هذا الحق قد انقضى أو تقرر بطلانه قبل ذلك فلا مجال لحلول الكفيل فيه، ويجوز عندئذ للكفيل أن يرجع على الدائن بدعوى استرداد ما دفعه دون حق أو بالدعوى الشخصية المستندة إلى الكفالة إذا كان (الكفيل) قد أخطر المدين قبل الوفاء ولم يعترض المدين بانقضاء الدين أو بطلانه.[2]

2- يرجع الكفيل بحق الدائن بماله من خصائص، وبالتالي لا يمكن أن يرجع على المدين إلا عند حلول أجل الدين، فلو منع الدائن أو القاضي آجلا للمدين، فإن الكفيل لا يستطيع الرجوع على المدين قبل هذا الأجل الجديد.

وإن كان الدين تجاريا يرجع الكفيل على أساس الدين التجاري، وما يترتب عليه من آثار خاص بالإثبات والاختصاص، غير أنه لو رجع بالدعوى الشخصية، فإنه يرجع بالتزام مدني.[3]

وإذا كان حق الدائن مزودا بسند تنفيذي، فإن الكفيل يستطيع استعماله ضد المدين دون الحاجة إلى الحصول على سند تنفيذي آخر.

---

[1] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص108.

[2] – بقة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص51.

[3] – معزوز دليلة، المرجع السابق، ص136.

وإذا كان حق الدائن يسقط بالتقادم القصير، كانت له هذه الصفة عند رجوع الكفيل به، فيسقط بهذه المدة القصيرة، وقد تكون هذه المدة أو شكت على الانقضاء فلا تلبث أن تنقضي بعد انتقال الحق إلى الكفيل.

أما في حالة الرجوع بالدعوى الشخصية فقد رأينا حق الكفيل لا يسقط إلا لمضي خمس عشرة سنة، تبدأ من اليوم الذي يستطيع فيه الرجوع على المدين.[1]

3- يحل الكفيل محل الدائن بما يلحق هذا الحق من توابع، فلو كان حق الدائن متضمنا شرطا جزائيا فمن حق الكفيل التمسك به، ولو كان للدائن الحق في الطعن في تصرف المدين بالدعوى البولصية انتقل هذا الحق للكفيل، كما يعتبر من التوابع الحق في الحبس.[2]

4- ويحل الكفيل أيضا محل الدائن في حقه بما يكفله من التأمينات، سواء تأمينات شخصية أو عينية، قدمت من المدين أو من شخص آخر ويستوي أن تكون هذه التأمينات قدمت قبل الكفالة أو معها أو بعدها.[3]

والحلول في التأمينات يقع بحكم القانون فلا يحتاج إلى اتفاق بين الكفيل والدائن فحتى لو تنازل الدائن عن حقه في الرهن مثلا (الرهن تأمين يكون قد تحصل عليه الدائن ضمانا للدين). يمكن للكفيل مطالبة الدائن بهذا الحق.[4]

ويستفيد الكفيل من رجوعه على المدين من التأمينات الشخصية كوجود كفلاء آخرين أو مدينين متضامنين ملزمين بنفس الدين.

وبالنسبة للتأمينات العينية المقدمة من المدين، فإن الكفيل يحل فيها محل الدائن، سواء بقي المال المحمل بالتأمين في ذمة المدين أم انتقل إلى شخص آخر شرط أن يكون الكفيل قد اتخذ الإجراءات اللازمة لنقل هذه التأمينات ليستطيع الاحتجاج في مواجهة الغير بحلوله

[1] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص110.

[2] – براهم أسماء، وعطوي جفاء، المرجع السابق، ص60.

[3] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص130.

[4] – زهدور، المرجع السابق، ص10.

محل الدائن في هذه التأمينات وقد نصت عليه المادة 659 (فإذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل).

أما إذا كان الدين مضمونا بتأمين عقاري، فإن الدائن يلزم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين، ويتحمل الكفيل مصروفا هذا النقل على أن يرجع بها على المدين.[1]

5- للمدين المكفول الاحتجاج تجاه الكفيل الموفي بكل الدفوع المتعلقة بالحق الذي حل فيه الكفيل محل الدائن، سواء كانت هذه الدفوع أسبابا لبطلانه أو لانقضائه، فإذا كان الحق مصدره عقد باطل أو قابل للإبطال، جاز للمدين أن يتمسك بهذا الدفع اتجاه الموفى. وإذا كان الحق قد انقضى، بالوفاء وبأي سبب آخر كالمقاصة أو الإبراء أو التقادم أو التجديد، قبل الوفاء الصادر من الكفيل، جاز للمدين التمسك بكل ذلك اتجاه الكفيل الموفى.[2]

الفرع الثالث: رجوع الكفيل على المدينين عند تعددهم وعلى غيره من الكفلاء.

إذا وفى الكفيل بالدين فإنه في هذه الحالة يرجع على المدين ليطالبه بما وفاه هذا إذا كان شخصا واحدا، أما إذا كانوا عدة أشخاص فإننا نميز بين حالتين وهي تضامنهم. أما بالنسبة لباقي الكفلاء الذين ضمنوا نفس الدين فبأننا كذلك نميز بين حالتين وهما تعدد الكفلاء بعقد واحد دون تضامن وحالة تضامن الكفلاء أو التزامهم بعقود متوالية. وهو ما سنشرحه على التوالي:

أولا- رجوع الكفيل وتعدد المدينين:

إذا تعدد المدينون بالدين المكفول، فإما أن يكونوا متضامنين فيما بينهم وإما أن يكونوا غير متضامنين، وفي كلتا الحالتين، قد يكون الكفيل قد كفلهم جميعا وإما أن يكون قد كفل بعضهم دون الآخر وفيما يلي نعالج كل حالة على حدا.

[1] - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص60.

[2] - همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص177-178.

1- حالة تعدد المدينين بلا تضامن:

إذا كان المدينون غير متضامنين وتدخل الكفيل ليضمنهم جميعا ثم وفى بالدين، فإنه عند رجوعه عليهم، يستطيع أن يرجع على كل مدين بقدر نصيبه في الدين[1]، ويكون هذا الرجوع إما باستخدام دعوى الكفالة أو دعوى الحلول وينقسم الدين في هذه الحالة بين المدينين.[2]

أما إذا كان المدينون غير متضامنين وقد كفل الكفيل بعضهم فقط فإنه لا يرجع إلا على من كفله في حدود نصيبه في الدين، ولا يرجع على غير هذا المدين الذي كفله إلا إذا كان قد دفع زيادة عن نصيب المدينين الذين كفلهم وترتب على ذلك براءة ذمة مدينين آخرين لم يكفلهم، فإنه يكون له حق الرجوع على هؤلاء المدينين بدعوى ثراء لا سبب طبقا للقواعد العامة.[3]

2- تعدد المدينين وتضامنهم:

وهذا هو الفرض الذي تعرضت له المادة 673 ق مدني جزائري (إذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين فللكفيل الذي ضمنهم جميعا أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين).

فإذا كان الكفيل قد ضمن جميع المدينين المتضامنين، فيستطيع أن يطالب أي منهم بكل الدين باستخدامه دعوى الكفالة، أو دعوى الحلول لأنه حل محل الدائن[4]. فإذا رجع الكفيل بالدعوى الشخصية (دعوى الكفالة)، إذا توافرت شروطها فإنه يرجع بما وفاه للدائن، أي لكل الدين على أي من المدينين المتضامنين، وذلك طبقا لقواعد التضامن فيما بين المدينين.

---

[1] – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص132.

[2] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص112.

[3] – زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص115.

[4] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص112-113.

أما إذا رجع الكفيل بدعوى الحلول فإنه يرجع بنفس حق الدائن، وبما لهذا الحق من أوصاف. فإذا كان الدائن يستطيع أن يرجع على أي من المدينين المتضامنين بكل الدين فإنه يحق ذلك أيضا للكفيل لأنه يحل محل الدائن في حقه قبل المدينين المتضامنين.[1]

ويحق للمدين المتضامن الذي رجع عليه الكفيل الموفى، أن يرجع بدروه على زملائه من المدينين المتضامنين معه كل بقدر حصته في الدين.[2]

أما الحالة التي يكون فيها الكفيل قد كفل بعضهم فقط فهذه الحالة لم ينص عليها المشرع في باب الكفالة[3]، لكن يكون للكفيل أن يرجع على المدينين الذين ضمنهم بكل الدين سواء بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول.[4]

أما بالنسبة للمدينين الذين يكفلهم فيستطيع الرجوع على كل منهم بالدعوى الشخصية المستندة إلى القواعد العامة.[5] أي يمكن للكفيل بعد قيامه بالوفاء أن يرجع على أي من المدينين المتضامنين الذين لم يكفهم بدعوى مدينه الذي ضمنه، أي بالدعوة غير المباشرة. كما له أن يرجع أيضا بدعوى الإثراء بلا سبب.[6] ولكن لا يستطيع الكفيل أن يرجع على المدين المتضامن الذي لم يكفله بدعوة الكفالة، أي بالدعوة الشخصية لأن هذه الدعوى خاصة بالعلاقة فيما بين الكفيل والمدين الذي كفله.[7]

ولكن يستطيع أن يرجع على أي من المدينين المتضامنين والذين لم يكفلهم بدعوى الحلول محل الدائن، وهو يرجع بنفس حق الدائن، وبما يلحقه من ضمانات، ومن بين هذه الضمانات تضامن المدينين. ولذلك يجوز للكفيل أن يستفيد من ذلك ويرجع على أي من

---

[1] – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص33.

[2] – همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص180.

[3] – بوخاتم، المرجع السابق، ص33.

[4]– زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص112.

[5] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص113.

[6] – زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص112.

[7] – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص134.

المدينين المتضامنين بكل الدين، ولو لم يكن قد كفل هذا المدين.[1] وعلى ذلك فإن الكفيل يستطيع أن يرجع على مدين متضامن لم يكفله ويطالبه بدعوى الحلول بالدين كله وليس بقدر نصيبه فقط.[2]

ثانيا- رجوع الكفيل على غيره من الكفلاء:

من المقرر قانونا أنه إذا قام الكفيل بوفاء الدين للدائن كان له حق الرجوع على الكفلاء الذين كفلوا نفس الدين، وبالنسبة لهذا الرجوع يجب التمييز بين ما إذا كان هؤلاء متضامنين أو غير متضامنين.

1- تعدد الكفلاء بعقد واحد دون تضامن:

إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم فإن الدين ينقسم عليهم، ولا يكون للدائن أن يطالب كلا منهم إلا بقدر نصيبه في المسؤولية عن الدين م1/664 ق مدني جزائري.[3] فلا يلتزم كل كفيل إلا بقدر نصيبه من الكفالة، وأن إعسار أحدهم لا يتحمله غيره من الكفلاء، وإنما الدائن هو الذي يتحمل حصة الكفيل المعسر منهم.

فإذا وفى أحد الكفلاء بنصيبه، فإنه لا يجوز له الرجوع على غيره من الكفلاء بشيء، لكن إذا وفى الدين كله رغم عدم التزامه بذلك.[4]

ففي هذه الحالة لا يكون للكفيل الحق في الرجوع إلا بدعوى الإثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة، وبالتالي لا يكون له الحق في الدعوى الشخصية لأنها مقررة للعلاقة بين الكفيل والمدين.

[1] – زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص112-113.

[2] – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص134.

[3] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص

[4] – زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص115.

كما ليس له أن يرجع بدعوى الحلول لأنه ليس ملتزما بالوفاء عنهم ولا معهم حتى يستطيع أن يحل محل الدائن في الرجوع عليهم.[1]

2- حالة تضامن الكفلاء أو التزامهم بعقود متوالية:

إذا تعدد كفلاء الدين الواحد أو كانوا قد التزموا بعقود متوالية وهذا ما نصت عليه المادة 2/664 بقولها (أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، فإن كل واحد منهم يكون مسؤولا عن الدين كله، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم)، فإن كلا منهم يكون مسؤولا عن الدين ولا يستطيع أحد الكفلاء أن يتمسك بتقسيم الدين بينه وبين غيره من الكفلاء.[2]

فإذا وفى أحدهم الدين كله، لا يجوز أن يرجع على أي كفيل متضامن غلا بقدر نصيبه في الدين، مضافا إليها نصيبه في حصة المعسر منهم، وقد نصت على هذا الحكم المادة 668 ق مدني جزائري بقولها (إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم بالدين عند حلوله يجوز له أن يرجع على كل من الباقيين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم).[3]

وعلى ذلك، فإنه طبقا للقواعد العامة، يكون للكفيل التضامن مع غيره من الكفلاء إذا وفى الدين كله أن يرجع على أي منهم بدعوى الإثراء بلا سبب، ولما كانت هذه الدعوى لا تعطي هذا الكفيل حقا في الرجوع على غيره من الكفلاء إلا بقدر ما أثرى به، والكفيل لا يثرى إلا بقدر ما برئت ذمته في مواجهة الدائن نتيجة لهذا الوفاء. ولما كانت ذمة أي كفيل متضامن لا تبرأ، في علاقته مع غيره من الكفلاء المتضامنين، فعلى ذلك يكون للكفيل الذي

[1] – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص136.

[2] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص16.

[3] – زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص113.

أوفى الدين كله، أن يرجع على أي منهم بهذا القدر بشرط أن يكون قد ترتب على هذا الوفاء براءة ذمة الكفيل الذي يرجع عليه.[1]

وإذا رجع الكفيل بدعوى الحلول فلا يرجع على كل كفيل إلا بقدر حصته في الدين ونصيبه في حصة من أعسر، ولا يمكن القول أن الدائن كان يستطيع الرجوع على أي من الكفلاء بكل الدين، وهكذا. وتجنبا لهذه النتيجة غير المعقولة فقد نصت المادة 234 ق مدني جزائري على أنه (إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين، فلا يرجع على أي من الباقين إلا بقدر حصته في الدين، ولو كان بدعوى الحلول على الدائن).

ثم طبقت الإرادة التشريعية هذه القاعدة بنص خاص في الكفالة هو نص المادة 668 ق مدني جزائري السالفة الذكر.

ونخلص مما سبق أن رجوع الكفيل الذي وفى عن غيره من الكفلاء لا يكون إلا بحصة الكفيل الذي يرجع عليه، ونصيبه في حصة من أعسر من الكفلاء، سواء كان الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب أو بدعوى الحلول.[2]

[1] – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص136.

[2] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص117.

المبحث الثاني: إنقضاء عقد الكفالة

لقد سبق أن رأينا أن الكفالة عقد تابع للإلتزام الأصلي، إذ هي تقوم على ضمان الوفاء به، وعلى ذلك فهي تتبع هذا الالتزام في الوجود والإنقضاء والصحة والبطلان. ولذلك تنقضي بانقضاء الالتزام الأصلي، كما أن هناك أسباب أخرى تؤدي إلى براءة ذمة الكفيل ودون أن يترتب على ذلك انقضاء للالتزام الأصلي، وهو ما سندرسه فيما يلي:

المطلب الأول: الأسباب العامة لانقضاء التزام الكفيل

ينقضي التزام الكفيل بصورة تبعية لانقضاء الالتزام الأصلي بالأسباب العامة المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري من المادة 258 إلى 322، كما قد ينقضي بالأسباب العامة بصورة أصلية أي دون انقضاء الالتزام الأصلي.

الفرع الأول: الأسباب العامة لانقضاء الكفالة بصفة تبعية

فخاصية التبعية التي يتميز بها التزام الكفيل تجعله ينقضي بنفس أسباب انقضاء الالتزام الأصلي، وتتمثل هذه الأسباب في الوفاء وما يقوم مقام الوفاء، وإما بطرق أخرى غير الوفاء، كالإبراء والتقادم واتحاد الذمة...الخ

أولا: انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء وما يقوم مقام الوفاء:

1- **الوفاء:** إذا وفى المدين بالدين الذي عليه برأت ذمته وبرأت بالتبعية ذمة الكفيل (في حالة الوفاء الكلي)[1]، وإذا حدث أن وفى المدين بجزء من الدين فإن براءة ذمة الكفيل لا تكون إلا في هذه الحدود، أي بمقدار ما وفاه المدين، ويكون للدائن أن يرجع بالباقي على المدين وعلى الكفيل[2] .

ويلزم لقضاء الدين المكفول أن يجري الدائن حجزا على أموال المدين وبيعها ويكون الثمن كافيا للوفاء بحقه حتى لو هلك المال قبل تسليمه للمشتري فإن الضامن للهلاك في هذه الحالة لا يكون هو الدائن بل المدين إذ يعتبر هو البائع، ويشترط أن يكون الوفاء

[1] بوخاتم، المرجع السابق، ص34.

[2] زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص120.

صحيحا[1]، طبقا لما نصت عليه المادة 260من القانون المدني الجزائري(يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفي مالكا للشيء الذي وفى به، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه).

يفهم من نص هذه المادة بأن يكون الموفي مالكا للشيء الذي وفى به وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه فإن لم يكن كذلك، كان الوفاء غير صحيح، وبالتالي لا ينقضي التزام الكفيل[2].

وطبقا للقواعد العامة فإن العرض الحقيقي يقوم بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء بشرط أن يتلوه إيداع الدين أو أي إجراء يماثله، وأن يقبل الدائن ذلك أو يصدر حكم نهائي بصحته، المادة 274 ق مدني جزائري. فإذا توافرت هذه الشروط فإنه يترتب على العرض الحقيقي براءة ذمة المدين وبالتالي تبرأ ذمة الكفيل تبعا لذلك[3].

هذا وهناك حالة يتم فيها الوفاء بالدين المكفول دون انقضاء هذا الدين وذلك إذا وفى الغير بهذا الدين للدائن فيحل محله حلولا قانونيا أو اتفاقيا[4]. ويرجع الموفي على المدين كما تقضي قواعد الحلول فلا ينقضي الدين بالرغم من وفائه ويبقى التزام الكفيل[5]

2- انقضاء الدين المكفول بالوفاء بمقابل:

تنص المادة 655ق مدني جزائري على(إذا قبل الدائن شيئا آخر في مقابل الدين برئت بذلك ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء).

والمفروض هنا أن المدين قد قضى الدين المكفول عن طريق الوفاء بمقابل فاتفق المدين مع الدائن على الاستعاضة[6] عن الدين الأصلي بنقل ملكية شيء آخر من المدين

---

[1] بن جاب الله فوزي، عقد الضمان في مادة التأمينات بين الفقه الشرعي و التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر ،جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق أهراس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018_2019م، ص 82,

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص120.

[3] تنص المادة274 ق م ج (يقوم العرض الحقيقي بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء، إذا تلاه إيداع وفقا لأحكام قانون الاجراءات المدنية، أو تلاه إجراء مماثل بشرط قبول الدائن أو ضمته يحكم له قوة الشيء المقضي فيه),

[4] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص121.

[5] بن جاب الله محمد فوزي، المرجع السابق، ص 82.

[6] تنص المادة 285 ق م ج على (إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء).

إلى الدائن، ونفذ هذا الإتفاق بنقل الملكية فعلا، ومن ثم تبرأ ذمة المدين من الدين الأصلي عن طريق هذا الوفاء بمقابل، وتبرأ ذمة الكفيل تبعا لذلك فتنقضي الكفالة بطريق تبعي[1].

والتحليل القانوني للوفاء بمقابل، هو أنه عملية مركبة من تجديد ووفاء، فالالتزام الأصلي ينقضي بتجديده عن طريق تغيير محله وينشأ التزام جديد محله، الشيء الذي استعيض به عن محل الدين الأصلي، ثم ينقضي الدين الجديد بالوفاء الفوري[2]

وإذا استحق الشيء الموفى به ن فلا يكون له أثر على انقضاء الالتزام الأصلي وانقضاء التزام الكفيل بالتبعية[3] .

3- إنقضاء الدين المكفول بالتجديد:

يراد بالتجديد إنشاء علاقة قانونية جديدة تحل محل العلاقة السابقة التي سقطت بفعله، فيكون انقضاء الدين المكفول بالتجديد كتجديد المدين دينه بتغيير الدائن أو تغيير الدين، فينقضي بذلك الدين المكفول وتنقضي معه بالتبعية الكفالة[4].

وقد نصت المادة 291ق م ج على(يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه وانشاء التزام جديد)، فالتجديد هنا هو اتفاق بين الطرفين على انهاء الالتزام الأصلي أو القديم القائم بينهما مقابل إنشاء التزام آخر جديد يحي محله، ويؤدي تجديد الالتزام الأصلي المكفول إلى انقضائه ونشوء التزام جديد مكانه وتنقضي تبعا الكفالة الضامنة له مالم يرضا الكفيل بضمان الالتزام الجديد وذلك طبقا لنص المادة 293[5] ق م ج. ويقتضي لإجراء التجديد شروطا حتى يرتب آثاره، فيجب أن يكون الالتزام الجديد الذي يحل محله

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص216.

[2] زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص 122.

[3] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 121.

[4] نساخ فطيمة، عقد الكفالة وفق القانون المدني الجزائري، ألقيت على طلبة ليسانس ، جامعة الجزائر1، بن يوصف بن خدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سعيد حمدين، 2018_2019م، ص 88.

[5] تنص المادة 293 ق م ج على (لا تنتقل الكفالة العينية أو الشخصية ولا التضامن إلى الالتزام الجديد إلا إذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون) .

صحيحين، ويكون متى جدد المدين الأصلي دينه بتغيير الدائن أو المدين أو تغيير الدين في محله أو مصدره طبقا لما ورد في المادة 287ق م ج [1].

4- إنقضاء الدين المكفول بالإنابة:

إن الإنابة المقصودة هنا هل الإنابة الكاملة التي تتضمن تجديدا للإلتزام بتغييرالمدين، بحيث ينقضي التزام المدين(المنيب) بتوابعه: البدل محله التزام شخص آخر هو المناب في مواجهة الدائن وهو المناب لديه[2].

ففي هذه الحالة تكون الإنابة بتجديد الالتزام بتغيير المدين، ويترتب عليها أن تبرأ ذمة المنيب قبل المناب لديه، على أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب صحيحا ولا يكون معسرا وقت الانابة وهذا ما نصت عليه المادة 1/295 ق مدني جزائري، وكما سبق أن رأينا أنه يترتب على ذلك انقضاء التأمينات الضامنة لهذا الالتزام، ومن بينها الكفالة فتبرأ ذمة الكفيل في مواجهة الدائن، مالم يرد كفالة المدين الجديد[3].

أما بالنسبة للإنابة الناقصة فلا يوجد هناك تجديد الالتزام، وبالتالي لا ينقضي الالتزام القديم ولا تنقضي التأمينات الضامنة له، حيث يقوم التزام المنيب (المدين الأصلي) بجانب التزام المناب عنه، ويكون للدائن مدينان بدلا من مدين واحد ومن ثم يظل التزام الكفيل قائما بجانب التزام المدين الأصلي، ولا يجوز للكفيل أن يدفع في مواجهة الدائن بانقضاء التزامه، حيث أن التزام المدين المنيب لا ينقضي بل يظل قائما إلى جانب المدين الجديد وهو المناب[4].

---

[1] معزوز ليلة، المرجع السابق، ص138.

[2] همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 189.

[3] نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 145.

[4] زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص 125.

5- انقضاء الدين المكفول بالمقاصة:

إذا تم الوفاء بالدين عن طريق المقاصة، بأن يكون ممن له دين للمدين في ذمة دائنه، هنا ينقضي دين المكفول وانقضت الكفالة تبعا للمواد (297_ 308 من القانون المدني الجزائري)[1].

والمقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها(المادة300 ق م ج)[2]، لذل فإن للكفيل التمسك بها حتى ولو لم يتمسك بها المدين أو الدائن بل حتى في حالة نزولهما عنها[3].

6- انقضاء الدين المكفول باتحاد الذمة:

تقضي المادة 304 ق م ج بأنه (إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة).

وانقضى الدين المكفول باتحاد الذمة، بأن ورث المدين الدائن فورث حقه وأصبح والدائن لنفسه فانقضى الدين باتحاد الذمة، انقضت الكفالة التي كانت تضمن الدين تبعا لذلك، وبرئت ذمة الكفيل[4].

لكن مما يجدر ذكره، هنا أن اتحاد الذمة ليس في حقيقته سببا من أسباب انقضاء الالتزام بقدر ما هو مانع طبيعي يحول دون المطالبة بالدين، وعلى ذلك، إذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة فإن المانع يزول ويعود الدين إلى الوجود وتعود بالتالي التأمينات التي تضمنه[5].

---

[1] زينب عشوري، المرجع السابق، ص 31.

[2] تنص المادة 300 على(لا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها).

[3] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 123.

[4] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص225.

[5] تنص المادة 304على (و إذا زال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي عاد الدين إلى الوجود بملحقاته بالنسبة إلى المعنيين بالأمر ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن).

فإذا كان من بينها الكفالة، فإن التزام الكفيل يعود أيضا إلى الوجود ويقوم على ضمان هذا الالتزام كما كان من قبل ومن قبيل ذلك أن يثبت أن المدين لم يكن له الحق في أن يرث الدائن أو أن الوصية كانت باطلة[1].

ثانيا: انقضاء الالتزام الأصلي دون الوفاء:

لقد حدد القانون الحالات التي ينقضي فيها الالتزام دون الوفاء وهي كالتالي:

1- **الإبراء:** ويراد بالإبراء من الدين هو تنازل الدائن عن حقه في تحصيل ديونه من الكفيل، وهو لا يكون إلا بموجب اتفاق أي عقد بين أصحاب الشأن.

فإذا أبرأ الدائن المدين من الدين انقضى الدين المكفول بالإبراء وبالتبعية تنقضي الكفالة، فالإبراء يتم بإرادة منفردة صاحبها الدائن، لكنه يصبح باطلا إذا رفضه المدين[2]. هذا ما كرسه المشرع الجزائري وفق المادة 305 التي جاء في فحواها أنه (ينقضي الالتزام إذا برأ الدائن مدينه اختياريا ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين).

والإبراء يقوم أساسا على فكرة التبرع وطبقا لنص المادة 306ق م ج (تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع). ويشترط ليرتب الإبراء آثاره ما يلي:

-أن يكون صحيحا.

-أن يكون الدائن قد أبرأ المدين مختارا.

-كما أن الإبراء تصرف بإرادة منفردة من جانب الدائن، وعلى ذلك لا يتم إذا وصل إلى علم المدين وقبله.

-والإبراء لا يشترط فيه توافر شكل خاص حتى ولو كان الالتزام موضوع الإبراء يشترط فيه توافر شكل معين بنص في القانون أو باتفاق الأطراف [3].

---

[1] معزوز دليلة، المرجع السابق، ص40.

[2] نساخ فطيمة، المرجع السابق، ص 92.

[3] زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص130، 131.

وعلى ذلك فإنه إذا أبطل الإبراء، اعتبر كأن لم يكن، وعاد الدين إلى الوجود، وعادت معه كل التأمينات الضامنة له، فإذا كان من بين هذه التأمينات كفالة، عاد التزام الكفيل أيضا إلى الوجود[1].

ونية التبرع هي أساس الإبراء (306 من القانون المدني الجزائري) فإذا عقد الدائن صلحا مع مدينه المفلس وتنازل بموجبه عن جزء من دينه فلا يعد هذا إبراء، لأن الدائن هنا ليس له نية التبرع[2] بل لكي يتفادى إجراءات الإفلاس والتصفية التي يترتب عليها تدهور مركز المدين، فيحصل الدائن على أقل مما حصل عليه بالصلح .

ويلاحظ أن الكفيل لا يستطيع إجبار المدين على الوفاء له بالجزء الذي وفاه الدائن إذ لا يتخلف عن ذلك إلا الإلتزام الطبيعي، وهنا نجد أنه إذا قام الدائن بتبرئة ذمة الكفيل فلا تبرأ ذمة المدين في هذه الحالة[3].

2_ إستحالة التنفيذ:

إذا انقضى الدين المكفول باستحالة التنفيذ لسبب أجنبي، لا يد للمدين فيه انقضت الكفالة بانقضائه.

وإذا استحال تنفيذ الدين بخطأ المدين، فإن محل الدين يتحول إلى تعويض، ولا تبرأ ذمة المدين، كذلك لا تبرأ ذمة الكفيل، بل يبقى كفيلا للتعويض، أما إذا هلك الشيء بفعل الكفيل، فإن ذمة المدين تبرأ من الدين، إذ يعتبر فعل الكفيل سببا أجنبيا بالنسبة إلى المدين، وتبرأ ذمة الكفيل باعتباره كفيلا تبعا لبراءة ذمة المدين، ولكن الكفيل يبقى مسؤولا عن خطأه كمدين أصلي نحو الدائن[4].

---

[1] نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 147، 148.

[2] زينب عشور، المرجع السابق، ص 51_52.

[3] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 124.

[4] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 230.

3- التقادم المسقط:

يراد بالتقادم انقضاء الحق إذا مضت عليه مدة معينة دون أن يطالب به الدائن أو دون أن يستعمله صاحبه، وبالرجوع إلى عقد الكفالة فإن انقضاء الدين المكفول بالتقادم تنقضي معه الكفالة ولو لم ينقضي التزام الكفيل التابع بالتقادم، لكن غالبا ما يكون زمن انقضاء الدين المكفول هو زمن التزام الكفيل، فيكون الإنقضاء لهما في نفس الوقت[1] .

ويجوز للكفيل أن يتمسك بانقضاء الالتزام الأصلي بالتقادم حتى ولو تنازل المدين عن التمسك به[2].

ويتمسك الكفيل بالتقادم تطبيقا للمادة 321 ق م ج وتنص على أنه (لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائيا بالتقادم بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو من أجد دانيه، أوأي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك المدين به)، والكفيل له مصلحة في التمسك بتقادم الدين الأصلي، وإذا تنازل المدين عن التقادم، جاز للكفيل الطعن في النزول بالدعوى البولصية تطبيقا للمادة 2/322 التي تنص على (وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن يتنازل ولو ضمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه غير أن هذا التنازل لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضرار بهم).

4- انقضاء الكفالة بفسخ الدين أو إبطاله:

قد يزول الدين المكفول بفسخ العقد الذي أنشأه فيصبح الدين كأن لم يكن وكذلك تصبح الكفالة كأن لم تكن تبعا للدين[3] .

كأن يضمن الكفيل التزام المشتري بدفع الثمن، ثم بفسخ البيع فيزول بأثر رجعي، والشيء نفسه بالنسبة لإبطال العقد، فإن كان العقد الذي أنشأ الدين المكفول قابل للإبطال، وأبطل بأثر رجعي زال الدين المكفول بأثر رجعي وزالت بزواله الكفالة بأثر رجعي[4].

---

[1] نساخ فطيمة، المرجع السابق، ص 93.

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 126.

[3] زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص 134.

[4] معزوز دليلة، المرجع السابق، ص 142.

الفرع الثاني: الأسباب العامة لانقضاء الكفالة بطريق أصلي

إن التزام الكفيل يحمل خصوصية وكذا مقومات خاصة به لذلك قد ينقضي دون انقضاء الالتزام الأصلي، ومن هنا فإنه يمكن أن ينقضي بجميع أسباب انقضاء الالتزامات، كما قد ينقضي التزام الكفيل ككفيل دون أن ينقضي الدين المكفول، وهنا نكون أمام انقضاء الكفالة بطريق أصلي، وذلك بسبب من أسباب انقضاء الالتزام، يتناول انقضاء التزام الكفيل باتحاد الذمة (أولا) ثم انقضاء التزام الكفيل بالإبراء (ثانيا) وأخيرا انقضاء التزام الكفيل بالتقادم (ثالثا).

أولا: انقضاء التزام الكفيل باتحاد الذمة:

قد ينقضي التزام الكفيل باتحاد الذمة، دون أن ينقضي الدين المكفول، ويتحقق إذا مات الدائن وورثه الكفيل، فاتحدت الذمة وانقضت الكفالة، فإن التزام الكفيل ينقضي بصفة أصلية لأنه ورث الدائن فأصبح دائنا لنفسه ولكن الدين المكفول لا ينقضي، فيستطيع الكفيل الذي أصبح دائنا باتحاد الذمة أن يرجع على المدين بالدين ذاته كما كان يرجع الدائن قبل موته [1]

ثانيا: انقضاء التزام الكفيل بالإبراء:

إذا أبرأ الدائن الكفيل من التزامه، برئت ذمة هذا الأخير، دون أن ينقضي الدين المكفول، فيكون الدائن قد نزل عن الكفيل واستبقى المدين الأصلي، أما العكس فغير صحيح، فلا يجوز للدائن أن يبرئ ذمة المدين الأصلي دون أن يبرئ ذمة الكفيل، ذلك أن زوال الأصل يستتبع زوال التابع، ولأن الكفالة تنقضي حتما بالتبعية للالتزام الأصلي، هذا الغرض يكون في حالة وجود كفيل واحد، أما في حالة تعدد الكفلاء فإن إجراء الدائن حدهم لا يؤدي إلى إجراء ذمة غيره من الكفلاء الآخرين، وتجوز مطالبة الكفلاء الآخرين بقدر حصته إذا كانوا غير متضامنين، أو مطالبة أي منهم بكل الدين بعد خصم حصة الكفيل الذي أبرأ إذا كان الكفلاء متضامنين[2]

[1] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص56

[2] زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص 36.

ثالثا: انقضاء التزام الكفيل بالتقادم

قد ينقضي التزام الكفيل بالتقادم دون أن ينقضي الدين المكفول، ويحدث غالبا عند قطع التقادم بالنسبة للمدين دون قطعه للكفيل، فيترتب على ذلك بقاء التزام المدين الأصلي مع انقضاء التزام الكفيل، كذلك في حالة توقف التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي ولا يقف بالنسبة للكفيل، هنا يتقادم التزام الكفيل قبل أن يتقادم التزام المدين الأصلي، وهنا تبرأ ذمة الكفيل مع الإبقاء على التزام المدين الأصلي[1]

المطلب الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة بصفة أصلية

نص القانون المدني الجزائري على ثلاثة أسباب خاصة لانقضاء الكفالة بصفة أصلية دون أن ينقضي الالتزام الأصلي، فهذه الأسباب سبق دراستها عند ذكر الدفوع الممنوعة للكفيل، لذلك سنتطرق لها من خلال انقضاء التزام الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات(الفرع الأول) وانقضاء التزام الكفيل لعدم اتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين بعد إنذار الكفيل له بضرورة اتخاذها (الفرع الثاني) وأخيرا انقضاء التزام الكفيل بعدم تقديم الدائن نفسه في تفليسة المدين (الفرع الثالث) .

الفرع الأول: انقضاء التزام الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات:

نصت المادة 656 ق م ج، على مايلي: (تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه في الضمانات، لقد نصت هذه المادة على الضمانات وهي كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو تقدرت بعد الكفالة وأيضا كل التأمينات المقررة بحكم القانون.

فإن أضاع الدائن بخطئه تأمينا من هذه التأمينات، فإنه قد ضيع على الكفيل فرصته في استيفاء حقه، وفي نفس الوقت ينتج عن ذلك براءة ذمة الكفيل في مواجهة الدائن بقدر ما أضاعه هذا الأخير من تأمينات[2] إلا أنه يشترط لانقضاء الكفالة بهذا الطريق توافر شروط:

---

[1] نساخ فطيمة، المرجع السابق، ص 96.

[2] معزوز دليلة، المرجع السابق، ص 143_144.

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

-أن يكون إضاعة التأمين الخاص نتيجة خطأ من الدائن وناتج عن تقصيره.

-وجوب ترتب ضرر يلحق الكفيل وإلا فلا محل للتمسك ببراءة الذمة[1] .

الفرع الثاني: انقضاء التزام الكفيل لعدم اتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين بعد إنذار الكفيل له بضرورة اتخاذها.

هذه وسيلة لحماية الكفيل من تقصير الدائن أو إهماله، وقد جاء النص عليها في المادة 2/567 من القانون المدني (غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة (6) أشهر من إنذار الكفيل للدائن، مالم المدين للكفيل ضمانا كافيا). هذه الحالة التي يتباطئ فيها الدائن باتخاذ الإجراءات للمطالبة بالدين رغم حلول الأجل أو تأخره في اتخاذها، فقد قرر المشرع للكفيل حقه في إنذار الدائن باتخاذ هذه الاجراءات فإن لم يتخذها خلال ستة أشهر من تاريخ هذا الانذار برأت ذمة الكفيل، والحكمة من هذا النص واضحة وهي حماية الكفيل، لأن المشرع لم يشأ أن يترك الكفيل ملتزما بعقد الكفالة إلى ما لا نهاية[2].

ويجب على الكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته نتيجة لعدم اتخاذ الدائن الاجراءات في مواجهة المدين خلال ستة أشهر من تاريخ إنذار الكفيل له، حيث أنها لا تتم بقوة القانون، لأن حكم هذه المادة لا ينطق بالنظام العام[3].

الفرع الثالث: انقضاء التزام الكفيل لعدم تقديم الدائن نفسه في تفليسة المدين

وفقا للمادة 658 ق م ج، التي جاء في فحواها أنه (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).

---

[1] براهيم أسماء وقطوي صفاء، المرجع السابق، ص 73.

[2] بوخاتم، المرجع السابق، ص 38.

[3] نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 164.

انطلاقا من نص المادة 658 مدني أنه إذا أفلس المدين ولم يتقدم الدائن في تفليسة المدين، فإن ذمة الكفيل لا تبرأ إلا بالقدر الذي كان يستطيع الدائن الحصول عليه في التفليسة.

من هنا فإنه يقع على الدائن أن يتقدم بحقه في تفليسة المدين، ويأخذ من تفليسة المدين حسب قيمة الحق الذي له، أما إذا لم يتقدم إلى تفليسة المدين، وأراد الرجوع على الكفيل سقط حقه في الرجوع غلى الكفيل[1] .

ويجب على الكفيل أن يتمسك بهذا الحق سواء في صورة دفع أو دعوى، لكن حق الكفيل في ذلك ليس من النظام العام، فيجوز له النزول عنه، ولا يحكم به القاضي من تلقاء نفسه[2].

[1] نساخ فطيمة، المرجع السابق، ص 101.

[2] زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص 148.

خلاصة الفصل الثاني:

بعد انعقاد الكفالة تترتب عنها أحكام قانونية تتمثل في الآثار القانونية والتي هي العلاقة بين الدائن والكفيل والتي تستند إلى مطالبة الدائن الكفيل بالالتزام، وبدوره يستطيع الكفيل أن يدفع هذه المطالبة بكافة الدفوع وأهمها أن يدفع بتجريد المدين من أمواله، بالإضافة إلى العلاقة بين الكفيل والمدين والتي تستند إلى عدة دعاوي يعود بها والكفيل على المدين في حالة تسديده الدين عوض المدين، وعقد الكفالة كباقي العقود ليس أبدي بل ينقضي بانقضاء الالتزام الأصلي لأنه عقد تابع له وكذلك ينقضي بطريق أصلي مستقل عن الالتزام المكفول كما ينقضي لأسباب خاصة حددها القانون.

الخاتمة

الخاتمة:

بعد الدراسة المفصلة لعقد الكفالة باعتبارها من التأمينات الشخصية باعتبارها سببا في تقوية ائتمان المدين يبين لنا أن الدائن يتعرض لجملة من المخاطر فإنه يبقى مجرد دائن عادي، فرغم الضمانات التي يقدمها للكفيل وذلك في رجوعه على المدين وحلوله محل الدائن في مواجهة المدين، تبقى أنها لاتقدم الضمان الجدي للدائن الذي يبقى مجرد دائن عادي يتزاحم معه الدائنين العادين الآخرين ويكون معهم على قدم المساواة عند استبقاء حقه أي عند قسمه أموال المدين، فالدائن بذلك يكون أمام خطر في حالة اعسار الكفيل الذي يضل قائما إلى جانب خطر اعسار الكفيل.

كما أن الهدف من هذه الدراسة هو تسليط الضوء على أحكام هذا العقد ووضعة في اطاره الذي يستحقه ليصبح فكرة قانونية واضحة ومحددة المعالم وتجسيدا لهذا توصلنا إلى النتائج التالية:

- ✓إن الكفالة أصلا تتم بين الدائن والكفيل أما المدين فلا يعتبر طرفا في عقد الكفالة لكننا لا يمكن أن نتجاهل الدور الذي يؤديه لانعقاد الكفالة وذلك باعتباره أنه هو من يقدم الكفيل كضامن للدين.
- ✓الكفالة إذا ماهي إلا ضم ذمة إلى ذمة المدين كضامن للدائن هذا ماينشىء التزاما جديدا للدائن على عاتق الكفيل وهو الالتزام بضمان الدين الأصلي وذلك في مواجهة الدائن الذي تربطه علاقة عقدية أي عقد الكفالة وبذلك يكون في مواجهة الدائن مدينان أو أكثر مسؤولون كلهم على الدين.
- ✓أن الدائن في هذا الضمان يضل دائنا عاديا إذ يشترك مع غيره من الدائنين في الضمان العام ولهذه الاسباب أصبح الإحجام عنها جليا.
- ✓الكفالة تقدم للدائن ضمانا عاما يكون وبقية الدائنين على قدم المساواة وفي حالة عدم كفالية أموال المدين فإن ذلك يؤدي بطبيعة الحال إلى عدم حصول كل دائن على كامل حقه من المدين.

✓أن هذا التأمين الشخصي عاجز عن تحقيق الحماية الفعالة والمثلى للدائن أو الدائنين اذا يفقد الكفيل أو الكفلاء حال تعددهم أحد الشروط الموضوعية الواجبة فيهم كأن يتعرض للإعسار أو يفقد أهليته.

✓الكفالة تأمين خاص لكن ليس لها نفس الدور في الضمان مثل التأمين العيني التبعي الذي يمنح للدائن حق الأفضلية على سائر دائني المدين وله كذلك مايسمى حق التتبع فله تتبع المال المخصص لوفاء حقه في أي يد كانت، وبذلك.

✓نظرا للمزايا التي يقدمها الضمان العيني تم التراجع عن الكفالة باعتبارها تأمين شخصيا ولا يتعدى إلى اعتباره تأمينا عينيا .

✓ خص المشرع الجزائري بموجب الأحكام الدنية عقد كفالة بشروط موضوعية وأخرى شكلية وهذا راجع للإستخدام الواسع لها .

ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع يمكن أن نقترح بعض التوصيات التي نراها مهمة:

- ضروره ايجاد شكل معين للكفاله بما أنه لا يمكن إثباتها إلا بالكتابة نتيجة للخطورة التي تشكلها لأطراف العقد.
- لابد من إيجاد حل البديل في حالة اعسال الكفيل أو فقد أهليته كتعبير الكفالة بتأمين عيني لضمان حق الدائن من الضياع.
- نظرا لكثرة النزاعات المتعلقه بعقد الكفالة يجب القيام بتوعية الأفراد من خلال الندوات والنشارات الدورية حتى يكون الفرد على علم كافي بمحتوى هذا العقد وما قد ينجم عنه من التزامات.
- ضروره إثراء مكتباتنا بالمزيد من الأبحاث القانونية والكتابات في هذا المجال.

قائمة

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أ- الكتب :

1)زاهية حورية سي يوسف، الوجيز في عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر.

2)عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، ج10، دار التراث العربي، لبنان، (د.ن.ن).

3)محمد صبري السعدي، التأمينات الشخصية والعينية، دار الكتاب الحديثة (د.م.ن)، 2005.

4)مريم عبد طارش الزبيدي، التنظيم القانوني لحق التجريد في عقد الكفالة، دار الجامعة الجديدة، (د.م.ن)، 2017.

5)نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية، (د.م.ن)، 2000.

6)همام محمد محمود زهوان، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.

ب-المذكرات:

7)بن جاب الله محمد فوزي، عقد الضمان في مادة التأمينات بين الفقه الشرعي و التشريع الجزائري، (مذكرة ماستر) جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق أهراس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018_2019م.

8)أحمد فيصل شرف، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، (رسالة ماجستير)، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2012.

9)براهم أسماء وعطوي صفاء، أحكام عقد الكفالة في ظل التشريع الجزائري، (شهادة ماستر)، جامعة 08 ماي 1945، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014-2015.

10) بن عبد الكريم صورایة، وبن شعلال حمزة، الدفوع المرتبطة بعقد الكفالة في القانون المدني (مذكرة ماستر)، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، كلية الحقوق العلوم السياسية، 2012-2013.

11) زينب عشور، ضمانات منح القروض في التشريع الجزائري، (مذكرة ماستر)، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018-2019.

12) سعاد توفيق سليمان أبو مشايغ، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، كلية الدراسات العليا.

ج-المقالات :

13) زهدور كوثر، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مجلة الفقه والقاون، (د.ذ.س)، (د.ذ.ع).

د-المحاضرات:

14) بقة عبد الحفيظ، محاضرات التأمينات الشخصية والعينية، ألقيت على طلبة ليسانس، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2019-2020.

15) بوخاتم، مقياس التأمينات الشخصية والعينية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014-2015.

16) غالي كحلة، التأمينات الشخصية، ألقيت على طلبة الماستر، جامعة محمد بن أحمد2، وهران، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2020-2021.

17) معزوز دليلة، محاضرات التأمينات العينية والشخصية (الرهن الرسمي-الكفالة)، ألقيت على طلبة ليسانس، جامعة أكلي معند أولحاج، البويرة، كلية الحقوق، 2020-2021.

18) نساخ فطيمة، عقد الكفالة وفق القانون المدني الجزائري، ألقيت على طلبة ليسانس، جامعة الجزائر1، بن يوصف بن خدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سعيد حمدين، 2018_2019م.

هـ-النصوص القانونية

19) القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007.

و- مواقع الانترنيت:

20) من الأنترنيت، أنواع الكفالة في القانون الجزائري، طلع عليه يوم 16-04-2022، على الساعة 11:15.

فهرس
المحتـــويات

فهرس المحتويات

شكر وعرفان

مقدمة: 1-3

الفصل الأول: ماهية عقد الكفالة

المبحث الأول: ماهية عقد الكفالة. 7

المطلب الأول: مفهوم عقد الكفالة. 7

الفرع الأول: تعريف عقد الكفالة. 7

أولا: تعريف الكفالة لغة. 7

ثانيا: تعريف الكفالة اصطلاحا. 8

ثالثا: تعريف الكفالة قانونا..... 9

الفرع الثاني: خصائص عقد الكفالة..... 10

الفرع الثالث: تمييز الكفالة عن بعض الأنظمة القانونية الأخرى المشابهة لها..... 14

أولا- الكفالة والتضامن بين المدينين: 14

ثانيا- الكفالة والتعهد عن الغير: 15

ثالثا- الكفالة والإنابة الناقصة: 15

رابعا- الكفالة والإنابة الكاملة:..... 16

خامسا- الكفالة وعقد التأمين: 16

المطلب الثاني: أنواع عقد الكفالة. 17

أولا: الكفالة الاتفاقية. 17

ثانيا: الكفالة القانونية. 17

ثالثا: الكفالة القضائية..... 18

الفرع الثاني: أنواع الكفالة من حيث الطبيعة..... 19

أولا: الكفالة المدنية. 19

ثانيا: الكفالة التجارية. 19

الفرع الثالث: أنواع الكفالة من حيث المحل..... 20

أولا- الكفالة الشخصية:.....20
ثانيا- الكفالة العينية: 20
المبحث الثاني: كيفية قيام عقد الكفالة وإثباته. 21
المطلب الأول: أركان عقد الكفالة. 21
الفرع الأول: الرضا في عقد الكفالة. 21
الفرع الثاني: المحل في عقد الكفالة.....24
أولا: وجود الالتزام المكفول. 24
ثانيا: صحة الالتزام المكفول.....26
ثالثا: تعيين محل التزام الكفيل. 28
رابعا- شمولية الكفالة الملحقات الالتزام المكفول:.....31
الفرع الثالث: السبب في عقد الكفالة. 32
أولا- الكفالة التي تعقد لمصلحة الدائن:.....32
ثانيا- الكفالة التي تعقد لمصلحة المدين: 32
المطلب الثاني: شروط عقد الكفالة وكيفية إثباته. 33
الفرع الأول: شروط عقد الكفالة.....33
أولا- يجب أن يكون الكفيل موسرا:.....33
ثانيا- أن يكون الكفيل مقيما بالجزائر:.....34
ثالثا- أهلية الكفيل: 34
الفرع الثاني: إثبات الكفالة.....35
خلاصة الفصل:.....37
الفصل الثاني: أحكام عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري
تمهيد.....40
المبحث الأول: آثار عقد الكفالة.....41
المطلب الأول: العلاقة بين الكفيل والدائن. 41
الفرع الأول: مطالبة الدائن للكفيل بقيمة الدين. 41
أولا- زمن المطالبة: 42
ثانيا- مطالبة المدين قبل الكفيل أو معه:.....43

ثالثا– انقسام الضمان في حالة تعدد الكفلاء: 44
الفرع الثاني: الدفوع التي يجوز للكفيل التمسك بها (حقوق الكفيل). 44
أولا– الدفوع الناشئة عن الدين الأصلي: 44
ثانيا– الدفوع الناشئة عن عقد الكفالة: 48
الفرع الثالث: التزامات الدائن عند استيفائه الدين. 59
المطلب الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين. 60
الفرع الأول: دعوى الكفالة أو الدعوى الشخصية. 61
أولا– شروط رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية المستندة إلى الكفالة: 61
ثانيا– موضوع رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية: 64
الفرع الثاني: دعوى الحلول..... 66
الفرع الثالث: رجوع الكفيل على المدينين عند تعددهم وعلى غيره من الكفلاء..... 71
أولا– رجوع الكفيل وتعدد المدينين: 71
ثانيا– رجوع الكفيل على غيره من الكفلاء:..... 74
المبحث الثاني: إنقضاء عقد الكفالة 77
المطلب الأول: الأسباب العامة لانقضاء التزام الكفيل 77
الفرع الأول: الأسباب العامة لانقضاء الكفالة بصفة تبعية 77
أولا: انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء وما يقوم مقام الوفاء: 77
ثانيا: انقضاء الالتزام الأصلي دون الوفاء:..... 82
الفرع الثاني: الأسباب العامة لانقضاء الكفالة بطريق أصلي 85
أولا: انقضاء التزام الكفيل باتحاد الذمة:..... 85
ثانيا: انقضاء التزام الكفيل بالإبراء:..... 85
ثالثا: انقضاء التزام الكفيل بالتقادم 86
المطلب الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة بصفة أصلية 86
الفرع الأول: انقضاء التزام الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات: 86
الفرع الثاني: انقضاء التزام الكفيل لعدم اتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين بعد إنذار الكفيل له بضرورة اتخاذها..... 87
الفرع الثالث: انقضاء التزام الكفيل لعدم تقديم الدائن نفسه في تفليسة المدين..... 88

خلاصة الفصل الثاني: 89
الخاتمة: 91
قائمة المصادر والمراجع: 94
فهرس المحتويات 98

الملخص

مـــــــلخص :

يعد عقد الكفالة من أبرز العقود شائعة الاستخدام في الوقت الحالي، لأنه يوفر للدائن الأمن والطمأنينة في استيفاء حقه عند حلول الأجل، كما له خصائص مميزة تميزه عن بعض الأنظمة المشابهة وكذا له أنواع، وعقد الكفالة كباقي العقود لابد من توافر أركان حتى ينشأ صحيحا.

ويترتب على عقد الكفالة آثار قانونية بين الدائن والكفيل وبين المدين والكفيل، أما بخصوص الانقضاء فعقد الكفالة .ينقضي بطريقة تبعي (أي ينقضي تبعا لإنقضاء الالتزام الأصلي) كما قد ينقضي بطريق أصلي مستقل عن انقضاء الالتزام الأصلي كما قد ينقضي لأسباب خاصة قد تم ذكرها.

General summary

The bail contract is one of the most useful contracts Nowadays, because it Provides security and tranquility of mind for the creditor in fulfilling his right when the deadline arrives. Addition to this it contains features that make it distinguish from other similar systems. And also it is divided into types .the bail contract is like all other contracts, it should contains conditions in order to arrives correctly.

The bail contract is followed by legal effects between the creditor and the guarantor the debtor and guarantor. When the deadline arrives the bail contract finishes according to the particular time of the original commitment and also it can be finished onass original independent base or special reason that had been mentioned