جامعة 08 ماي 1945
كلية الحقوق والعلوم السياسة

قسم العلوم القانونية والإدارية
تخصص قانون خاص (قانون أعمال)

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون

أحكام عقد الكفالة في ظل التشريع الجزائري

إعداد الطلبة:

1/ براهم أسماء

2/ عطوي صفاء

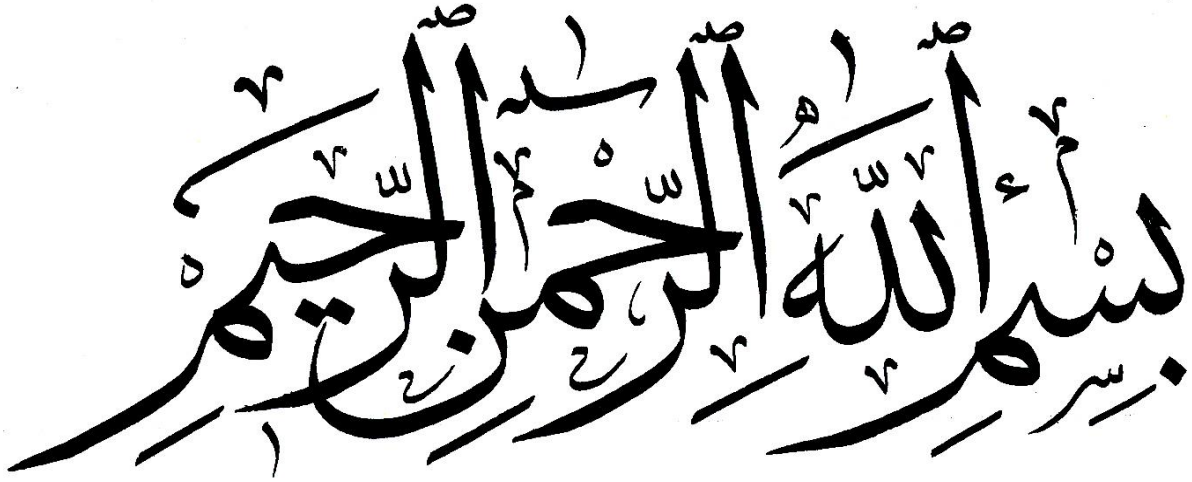
تحت إشراف:

الدكتورة: عيساوي نبيلة

تشكيل لجنة المناقشة

الرقم	الأستاذ	الجامعة	الرتبة العلمية	الصفة
1	د. نبيلة عيساوي	جامعة قالمة	أستاذ محاضر	مشرفا
2	د. حسون مُحَمَّد علي	جامعة قالمة	أستاذ محاضر	رئيسا
3	د. مراد ميهوبي	جامعة قالمة	أستاذ محاضر	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2014—2015


بسم الله الرحمن الرحيم

تشكـرات

قال رسول الله صلى الله عليه و سلم :

" من لم يشكر الناس، لم يشكر الله "

رواه الإمام عبد الله بن احمد

يشرفنا أن نتقدم بخالص الشكر إلى كل من قدم لنا يد المساعدة في انجاز هذا العمل و نخص بالذكر الأستاذة الفاضلة "عيساوي نبيلة " على مساعدتها لنا ، و قبولها الإشراف على هذه المذكرة فلها منا كل عبارات الشكر و التقدير.

كما نتقدم بالشكر إلى أعضاء اللجنة المناقشة الدكتور "ميهوبي مراد" و الدكتور "حسون محمد علي" .

و إلى جميع أساتذة كلية الحقوق جامعة *08* ماي *1945* –قالمة .

المقدمة

مقدمة :

إن علاقة المديونية التي تربط الدائن بالمدين تكتسي أهمية كبيرة لتعلقها بحقوق مالية، فالدائن يكون مهدد بخطر عدم تمكنه من الحصول على الحق الذي له قبل مدينه، وذلك متى لم يف المدين بما عليه من دين إختياريا، ولهذا الغرض بالذات أوجد القانون نوعين من الوسائل لضمان حق الدائن من الضياع، الأول يسمى بالضمان العام ومؤداه أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، وهو المبدأ المقرر في المادة 188 من التقنين المدني الجزائري، إلا أنه لا يكفي لتأمين حق الدائن لسببين، أحدهما يعود لعموميته بإعتبار أنه يشمل أموال المدين دون تخصيص شيء منها للوفاء بحق الدائن، الشيء الذي يجعل للمدين الحق في التصرف في هذا المال مما يؤدي حتما إلى إنقاص هذا الضمان، والثاني أنه مشترك بين كل الدائنين، مما يجعلهم متساوين فيه، فيقسمون أموال المدين قسمة غرماء بنسبة قيمة حق كل منهم، ويزاحم بعضهم البعض في ذلك، فإن لم تكف أمواله للوفاء بجميع حقوق الدائنين ضاع لكل منهم جزء من حقه.

هذا ولقد أحاط المشرع الجزائري هذا الضمان بوسائل قانونية للمحافظة عليه، ومن ذلك ما جاءت به المادتين 189 و190 من القانون المدني الجزائري، من إمكان الدائن إتباع الدعوى الغير المباشرة أو دعوى عدم نفاذ التصرف أي ما يصطلح عليه بالدعوى البوليصية .

كما أن للدائن أيضا العمل على كشف مساعي المدين لإبعاد أمواله عن الضمان العام، وذلك بإنتهاج الدعوى الصورية المنصوص عليها في المادة 198 من القانون المدني الجزائري، ورغم كل هذه الوسائل إلا أنها لا تقضي على المخاطر التي قد يتعرض لها الدائن من عدم حصوله على حقه، لهذا السبب أوجد المشرع وسائل قانونية أخرى من شأنها توفير قدر أكبر من الثقة للدائن وهذه الوسائل هي ما أصطلح تسميتها بالتأمينات الخاصة والتي تتجسد في نوعين وهما التأمينات العينية والتأمينات الشخصية.

فألتامينات العينية تقوم على تخصيص المدين مال معين من أموله لضمان الوفاء بالإلتزام وهي تحقق للدائن الحماية من خطر تصرف مدينه في هذا المال، لأنه يخول للدائن حق تتبع هذا المال و التنفيذ عليه في أي يد ينتقل إليها، ويقيه أيضا من خطر مزاحمة بقية الدائنين له، إذ يمنحه حق التقدم عليهم جميعا، والتأمينات العينية التي تضمنها التقنين المدني هي الرهن الرسمي (م 882 ق م ج)، والرهن الحيازي (م 948 ق م ج)، وحق التخصيص (م 937 ق م ج)، وحق الإمتياز (م 882 ق م ج).

أما التأمينات الشخصية فتقوم على تعدد المسؤولين عن تنفيذ الإلتزام، فيتحقق ضمان الدائن فيها بضم ذمة أخرى إلى ذمة المدين، بحيث لو أعسر المدين تكون الذمة الأخرى مسؤولة عن الوفاء بنفس الدين ومن ثمة تتزايد فرص حصول الدائن على حقه.

ولقد تضمن القانون المدني صور يتعدد فيها المسؤولون عن ضمان الإلتزام الواحد وتنفيذه، من أهمها التضامن بين المدينين (م 217 ق م ج)، إذ للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين، فيختار من هو أكثرهم يسارا ويقضي دينه كاملا، أو يعود على أي مدين بما تبقى له من حقه إذا لم يستوفه من المدين الأصلي، وكذلك عدم قابلية الإلتزام للإنقسام بين المدينين به (م 237 ق م ج)، وكذلك الإنابة في الوفاء مع بقاء المدين الأصلي مسؤولا قبل الدائن مع المدين الجديد المناب (م294 ق م ج).

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

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

وتكمن أسباب إختيارنا لهذا الموضوع في الرغبة في البحث فيه، وتسليط الضوء على أحكام عقد الكفالة في التشريع الجزائري كونه موضوع يتميز بكثرة الإستعمال والتداول بين الأفراد من الناحية العملية، وهذا ما يزيد من أهميته كموضوع يحتاج إلى بحث وتدقيق.

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

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

للإجابة عن هذه التساؤولات إتبعنا المنهج التحليلي لإيضاح كل ما يتعلق بأحكام عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، كما قسمنا موضوع المذكرة إلى فصلين، حيث خصصنا الفصل الأول للإطار المفاهيمي لعقد الكفالة، والذي قسمناه بدوره إلى مبحثين، فتناولنا في المبحث الأول ماهية عقد الكفالة، أما

المبحث الثاني فخصصناه لكيفية قيام عقد الكفالة وإثباته، أما الفصل الثاني فخصصناه لأحكام عقد الكفالة، حيث تناولنا في المبحث الأول آثار عقد الكفالة، بينما تناولنا في المبحث الثاني طرق إنقضاء عقد الكفالة.

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

الفصـــل الأول

الفصل الأول : الإطار المفاهيمي لعقد الكفالة .

يتخذ التأمين في الحياة العملية إحدى الصورتين، فإما أن يكون تأمينا شخصيا، وإما أن يكون تأمينا عينيا ففي التأمين الشخصي تضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي، فيصبح للدائن بدلا من مدين واحد مدينان أو أكثر، كلهم مسؤولون عن الدين، إما في وقت واحد أو على التعاقب (الكفالة).

أما في التأمين العيني فيخصص مال معين يكون عادة مملوكا للمدين لتأمين حق الدائن، فيكون للدائن حق عيني على هذا المال، ويكفل هذا التأمين العيني الوفاء بحق الدائن كالرهن مثلا.

وترمي التأمينات إلى توفير ضمان كاف للدائن، فهي أداة للثقة والإئتمان، إذ تمكنه من أن يقدم لدائنه ضمانا كافيا لحقه وبذلك تسهل التعامل بين الناس، إذ تؤمنهم على حقوقهم، والتأمين الخاص سواء كان شخصيا أم عينيا يكفل دائما حقا شخصيا، فالدائن له حق شخصي في ذمة المدين ويريد أن يطمئن لإستفاءه هذا الحق في ميعاد إستحقاقه، فيطالب مدينه بتقديم تأمين خاص، فيكفل التأمين الخاص على هذا الوجه حقا شخصيا للدائن في ذمة المدين.

ولم توجد التأمينات الخاصة إلا لكفالة الحقوق الشخصية الثابتة في ذمة المدينين للدائنين، حتى يتخطى هؤلاء بها عقبة إعسار المدين، أو غشه أو إهماله أو غير ذلك من الوجوه التي تهدد بها أموال المدين التي تشكل الضمان العام.

والتأمين الخاص يضمن أي حق شخصي، أيا كان مصدره ومحله فقد يكون مصدر الحق الشخصي العقد أو العمل الغير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو القانون. وقد يكون محل الحق الشخصي نقل حق عيني أو عملا أو إمتناعا عن العمل فيقدم المدين تأمينا خاصا (كفالة أو رهن) لضمان إلتزامه.

والتأمين الخاص وهو يضمن حقا شخصيا، يكون تابعا لهذا الحق، فالكفالة تتبع الإلتزام المكفول، فتكون صحيحة إذا كان الإلتزام صحيحا وتكون باطلة أو قابلة للإبطال إذا كان الإلتزام صحيحا أو باطلا أو قابلا للإبطال، وعليه فإن التأمين الخاص لابد أن يتبع حقا شخصيا لضمانه فلا يقوم إلا بقيامه. ويزول بزواله إذ أن التابع يتبع الأصل.

وقد ظهرت التأمينات الشخصية تاريخيا قبل التأمينات العينية، إذ أن هذه الأخيرة تفترض تنظيم حق الملكية ثم تفريع الحقوق العينية الأخرى عن هذا الحق، ثم التمييز بين الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية والتأمينات العينية ليست سوى حقوق عينية تبعية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن سبق التأمينات الشخصية إلى الظهور مراده كذلك إلى أن المدينين في أول الأمر كانوا من الطبقة الفقيرة التي لم تكن تملك ما تقدمه كتأمينات عينية، فكانوا يلجئون إلى التضامن الأسري، فكان الفرد لا يهتم لأفراد قبيلته ثم من أفراد أسرته من يتضامن معه ويكفل الدين عنه.

ونكتفي هنا بدارسة الكفالة التي تعد تأمينا شخصيا وقد نص عليها في الباب الحادي عشر من الكتاب الثاني الخاص بالإلتزامات والعقود في المواد 644، 673 قانون مدني الجزائري.

ففي هذا الفصل سنتطرق إلى تعريف الكفالة وبيان خصائصها لنصل إلى تمييز الكفالة عما قد يشتبه بها من عقود ثم في النهاية نبرز أنواع الكفالة.

المبحث الأول : ماهية عقد الكفالة.

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

المطلب الأول : مفهوم عقد الكفالة.

لقد نظم المشرع الجزائري عقد الكفالة في القانون المدني من خلال الكتاب الثاني تحت عنوان : الإلتزامات والعقود، الباب الحادي عشر، المعنون بـ «عقد الكفالة».

الفرع الأول : تعريف الكفالة.

أولا – تعريف الكفالة لغة :

الكفالة لغة : من كفل المال وبالمال، ضمنه وكفل بالرجل يكفل ويكفل كفلاَ وكفولا وكفالة، وكفل وتكفل به كله ضمنه وأكفله إياه وكفله، ضمنه وكلفت عنه المال لغريمه وتكفل بدينه تكفلا.[1] وفي التهذيب : وأما الكافل فهو الذي كفل إنسان يعوله وينفق عليه وفي الحديث « الربيب لكافل» وهو زوج أم اليتيم، كأنه كفل نفقته اليتيم.

والكفالة : كفل يكفل فهو كافل ومعناه هو أنفق عليه وقام بأمره، فالكفالة تدل على الرعاية والزعامة لقوله تعالى : «وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ»[2]

ثانيا – تعريف الكفالة إصطلاحا :

فقد إختلف الفقهاء في تعريف الكفالة تبعا لإختلافهم فيما يترتب عليها من أثر، فعرفها جمهور الحنيفية بأنها، ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصل في المطالبة بنفس أو دين أو عين.وعرفها بعضهم بأنها ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في الدين، ويرى المالكية والشافعية في المشهور والحنابلة أن الكفالة هي أن يلتزم الرشيد بإحضار بدن من يلزم حضوره في مجلس الحكم فالحنفية يطلقون الكفالة على كفالة المال والوجه، والمالكية والشافعية يقسمون الضمان إلى ضمان المال وضمان الوجه، ويطلق الشافعية الكفالة علة ضمان الأعيان البدينة[3].

أما عند الحنابلة فالضمان يكون إلتزام حق في ذمة شخص آخر والكفالة إلتزام بحضور بدنه إلى جلس الحكم، ويسمى الملتزم بالحق ضامنا و ضمين وحميلا وزعيما وكافلا وكفيل وصبيرا قبيلا

---

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

[2]- سورة يوسف الآية 72 .

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

وغريما، غير أن العرف جار بأن الضمين يستعمل في الأموال و الحميل في الدَيات، والزعيم في الأموال العظام، والكفيل في النفوس، والقبيل والصبير في الجمع[4].

ثالثا- تعريف الكفالة قانونا :

نصت المادة 644 من التقنين المدني الجزائري على ما يلي :«الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ لإلتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه».

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

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

ومنه لا يكون مصدر الإلتزام المكفول هو العقد دائما بل تتعد مصادره بمصادر الإلتزام المعروفة وهي : العقد، الإرادة المنفردة، سبه العقد، الفعل المستحق للتعويض أو القانون بينما إلتزام الكفيل الناشئ عن عقد الكفالة مصدره دائما واحد وهو العقد[5].

هذا ومما تجدر الإشارة إليه أنه لا ينبغي أن يفهم من العبارة الأخيرة الواردة بنص المادة 644 قانون مدني جزائري «إذ لم يف به المدين نفسه» أن إلتزام الكفيل معلق على شرط واقف، وهو عدم قيام المدين الأصلي بالوفاء، لأن إلتزام الكفيل بأن يترتب في ذمة الكفيل بمجرد إنعقاد الكفالة، فالمراد من هذا التنصيص العمل على إبراز الصفة الإحتياطية به للكفالة، والتي تجعل الكفيل ملتزم من الدرجة الثانية، بمعنى أن الدائن ملزم بأن يطالب الكفيل أولا وهو ما نصت عليه المادة 660 من القانون المدني الجزائري[6] وأن يبدأ بالتنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال الكفيل أيضا وهو الشيء الذي سنتعرض له بالتفصيل عند دراستنا لآثار عقد الكفالة في الفصل الثاني من هذا البحث.

من هذا التحليل المختصر لمضمون المادة 644 قانون مدني نخلص أخيرا بالقول إلى أن الكفالة عقد تأمين شخصي يلتزم بموجبه شخص الكفيل بالوفاء بالإلتزام المدين حتى عرف هذا الأخير عن

---

[4]- يكون الضمان عند الحنابلة إلتزام حق في ذمة شخص آخر.

[5]- ترد الكفالة على أي إلتزام مهما كان نوعه ما دام يمكن تقديره نقدا, أ ما يترتب على عدم تنفيذه كالحكم بالتعويضات.

[6]- د/ زهية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الامل، الجزائر، 2001.

آدائه، وذلك بضم ذمته المالية لذمة المدين وهذا ما نصت عليه أيضا المادة 2011 من التقنين المدني الفرنسي.

من هذا التعريف بين أن الكفالة عقد يتم بين الدائن والكفيل دون المدين بل أنه لا يشترط في عقد الكفالة موافقة أو رضا المدين بل يمكنه أن يتم بدون علمه ورغم معارضته (المادة 885 مدني) ومع ذلك فإن المدين ليس بغريب تماما على عقد الكفالة، حيث أن هذا العقد ما تم إلا يضمن إلتزام هذا المدين لدائنه وبالتالي ليوفر له الثقة والائتمان لدى دائنه، ويمنح هذا الأخير الأمن والأمان[7].

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

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

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

ففي كل هذه الأحوال لسنا بصدد كفالة بالمعنى القانوني الذي أوضحنها أي كتأمين شخصي، وإنما بصدد نوع من أنواع التأمينات العينية وهو الرهن الحيازي و تسري بالتالي عليه أحكام هذا الرهن[8].

الفرع الثاني: خصائص عقد الكفالة.

يمكن تحديد خصائص عقد الكفالة من التعريف السابق إبرازه كالتالي :

أولا – عقد الكفالة عقد ضمان شخصي

تضمن الكفالة وفاء المدين بالدين، فهي تأمين للدائن ضد إمتناع المدين عن الوفاء بالإلتزام، فتعهد الكفيل بالوفاء بالدين يزيد ثقة الدائن في حصوله على حقه فيتحقق به الضمان، حيث يضيف الكفيل ذمته إلى جانب ذمة المدين للوفاء للدائن، أي أن الكفيل يضم ضمانه العام إلى الضمان العام للمدين، ويرد هذا على كل مفردات العنصر الإيجابي في ذمته المالية، والطابع الشخصي للكفالة يميزها عن

---

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

[8] - PH Smiler. Cantionnement et garanties autonomes, 2e edit , P 5.

الكفالة العينية التي يقدم الكفيل فيها مالا معينا لضمان الوفاء بدين المدين وهو لا يضمن الوفاء إلا في حدود المال الذي قدمه تأمينا له، فمسؤوليته تنحصر في قيمة العين التي قدمها تأمين لحق الدائن، فهو مسؤول في حدود المال المخصص لهذا الضمان.

هذا ويترتب على إعتبار الكفالة عقد من العقود الضمان الشخص أنها لا تجنب الدائن تمام مخاطر الإعسار لأنها وإن كانت تجنبه مخاطر إعسار مدينه إلا أن الإحتمال نفسه لا يزال قائما أيضا بالنسبة للكفيل، لكن في الوقت الحاضر، أصبح الضمان الذي تقدمه الكفالة أكثر أمانا خاصة بعد تدخل البنوك والمؤسسات المالية لتقديم ضمانها للحصول على الإئتمان اللازم على النحو السابق بيانه[9].

ثانيا – الكفالة عقد ملزم لجانب واحد وهو الكفيل.

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

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

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

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

والحال أن المرجع هو قصد المتعاقدين الذي يتضح من عبارات العقد ومضمونه، فإذا اتجه قصد الطرفين إلى أن الميلغ الذي يدفعه الدائن هو مقابل تعهد الكفيل بتأمينه من خطر الإعسار وتعويضه عن الضرر اللاحق به من جراء ذلك، فإن العقد يصبح صورة من صور التأمين وبتعبير أدق تأمين الإئتمان، وهو في هذه الحالة عقد أصلي وإحتمالي وليس تابع ومحدد لأنه أصبح تأمين وليس كفالة[10].

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

---

[9] - R Tender le cautionnement, dalloz , 1981, P 129.

[10] احمد زواوي ، "عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري "، المجلة القضائية ، العدد2 ،الصادرة سنة 2000 ، ص 8.

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

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

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

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

وكذلك الحالات المنصوص عليها بالمادة 657 من القانون المدني الجزائري[11] وهي ألا يعمل الدائن بخطئه على تضييع التأمينات الأخرى وأن يرجع على المدين خلال 6 أشهر من تاريخ إنذار الكفيل له وأن يدخل في تفلسة المدين، وحقيقة هذه الإلتزامات أنها شروط يفرضها القانون على الدائن لرجوعه على الكفيل وفي حالة الإخلال بها ينقض الإلتزام.

إن مثل هذه الإلتزامات لا تغير من طبيعة عقد الكفالة،وتجعله عقدا ملزما للجانبين لأنها لا تنشأ عن عقد الكفالة نفسه بل تترتب عن وفاء الدين كواقعة لاحقة إبرام العقد ومستقلة عنه أو كشروط لازمة لإمكان المطالبة والعودة على الكفيل[12].

ثالثا – الكفالة عقد رضائي:

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

---

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

[12]- د/ زهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 40.

و من ثمة كانت الكتابة هنا شرط للإثبات و ليس لانعقاد فهي بذلك تخضع للقاعدة العامة في ابرام العقود و هي الرضائية ، إنا هذا النص جاء استثناء على القاعدة العامة في الإثبات و الواردة بنص المادة 333 ق م ج ، و التي أوجبت الكتابة في كل علاقة مديونية تزيد قيمتها عن 100.000 دج، و من ثمة لا ينطبق هذا النص على عقد الكفالة لورود نص المادة السالف ذكرها بالتنصيص على الكتابة كشرط لإثبات و لو قلت القيمة عن 100.000 دج ، هذا و في الوقت الذي أكدت فيه المادة على هذا الشرط في عقد الكفالة ، و أضافت في شرطها الثاني على إمكان أن يثبت الالتزام الأصلي بالبينة مما يفيد حصر أدلة إثبات عقد الكفالة إلا في الكتابة أو ما يقوم مقامها ، كالإقرار و اليمين و يجوز الإثبات بالبينة استثناءا إن وجد مبدأ الثبوت بالكتابة الذي يفي كل كتابة صادرة من الخصم ، و يكون من شانها إن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال ، هذا و تجوز البينة في الإثبات إن وجد هناك مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي أو إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي خارج عن إرادته [13].

و الواقع أن الخروج على القواعد العامة في إثبات عقد الكفالة يرجع أساسا إلى التزام الكفيل الذي يعد تبرعا، الشيء الذي يوجب أن يستند إلى رضا صريح و قاطع ، و الهدف من هذا كله يعود إلى إرادة المشرع في حماية الكفيل و ذلك باقتضاء التزامه[14].

وقد صدر في هذا الشأن عن المحكمة العليا قرار جاء في حيثياته«من المقر قانونا أن الكفالة لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الإلتزام الأصلي بالبينة، ومن ثمة فإن النص على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير وجيه ويستوجب الرفض ولما كان من الثابت في قضية الحال أن عقد الكفالة لا يثبت بوثيقة كتابية، فإن قضاة الموضوع طبقوا القانون صحيحا حيث أخرجوا المطعون ضده من الخصومة بإعتباره ليس كفيلا ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن[15].

رابعا – عقد الكفالة عقد تبعي .

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

ومنه فإن كل إتفاق للضمان لا يتوفر فيه صفة التبعية، فإنه لا يعتبر كفالة، وعلى العكس فإن كل

---

[13] -Mazeaud leçons de droit civil . 5e edit, Dalloz, paris, p45

[14] - ph malanrie l . aynes droit civil , les suretés , 2 e édit no 103 , p 50 .

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

إتفاق للضمان الشخصي يتصف بهذه الصفة فإنه كفالة أيا كانت الألفاظ المستخدمة من جانب المتعاقدين.

من هذا المنطلق أعتبرت التبعية من الأمور الحتمية بالنسبة للكفالة وهو ما يتضح من نص المادة 648 قانون مدني جزائري والتي جاء فيها على أن لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الإلتزام المكفول صحيحا، وكذا ما جاء في المادة 652 قانون مدني جزائري، التي تنص على أن لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا يشرط أشد من شروط الدين المكفول، لكن لا يجب أن يفهم من ذلك أن صفة التبعية من النظام العام

فمبدأ الرضائية في العقود يسمح بأن يستبعد الأطراف هذه الصفة فلا تكون أي مخالفة للنظام العام، إلا أنهم بذلك يكونوا قد استبعدوا صفة الكفالة من هذا الإتفاق[16]، كما أن إشتراط التضامن بين الكفيل والمدين لا ينزع عن الكفالة صفة التبعية، كل ما هنالك أن هذا الشرط يعطي للدائن ضمان أكبر بإعتبار أن الكفيل يعد متنازلا عن الدفع بالتجريد أو بالتقسيم لكن ورغم ذلك يحتفظ دائما بالحماية اللصيقة لصفة التبعية وبصفة خاصة الإحتجاج بالدفوع الناشئة عن الإلتزام المكفول وله من ثمة أن يتمسك ببراءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات (م 656 ق م ج) وكذا براءة ذمة الكفيل إن لم يقم بإتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من تاريخ إنذار الكفيل للدائن (م 657 ق م ج)

هذا وتترتب على صفة التبعية نتائج نجملها فيما يلي :

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

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

3- أقل وبشرط أهون .

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

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

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

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

ج- الوفاء به.

---

[16]- د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 16.

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

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

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

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

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

- أن الإتفاق على تحديد الإختصاص المحلي في العقد لا يسرى على الكفيل[17].

- تحديد الصيغة المدنية أو التجارية للكفالة يؤدي غالبا إلى أن الكفالة تبقى مدنية بالرغم من أن الإلتزام الأصلي تجاري ولو كان الكفيل تاجرا، مما يؤدي إلى أن كل من الإلتزامين يخضعان ل إختصاص نوعي ومحلي مختلف[18].

خامسا - عقد الكفالة عقد تبرعي:

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

الأول : إنتقاء المقابل أو العوض المعادل.

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

1- العلاقة بين الكفيل والدائن :

---

[17]- راجع المواد 648، 652، من القانون المدني الجزائري .

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

وهنا نجد أن الكفيل يؤدي خدمة بدون مقابل، فهو يلزم بالضمان دون أن يتلقى أي مقابل من الدائن لقاء إلتزامه عند إبرام العقد، أن يلتزم شخصيا أمامه بأن يفي له بالإلتزام الذي على عاتق المدين إن لم يف به هذا الأخير، رغم أن البعض ذهب بالقول إلى أن عقد الكفالة على مستوى هذه العلاقة لا يعد تبرعا لأن الكفيل يفتقد لنية التبرع، إلا أن هذا الرأي مهجور تماما، ومردود لأن الكفيل وإن كان من حيث المبدأ يعود على المدين بعد الوفاء بالإلتزام إلا أن المدين هو طرف يعتبر خارج عن العلاقة ومنه فالعلاقة بينها لا تؤثر بتاتا على صفة التبرع لهذا العقد[19].

2- العلاقة بين الكفيل والمدين:

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

ومن ثمة نخلص إلى أن العلاقة بين الدائن والكفيل تكون دائما عقد تبرع، بمعنى أن الدائن لا يعطيه أي مقابل للكفيل مقابل لقاء كفالته، أما إذا تعهد الدائن للكفيل بمقابل لإلتزامه كمبلغ من النقود فإننا لا نكون بصدد عقد كفالة بل تأمين إئتمان ومن ثمة تصبح عقدا أصليا لا تابعا وإحتماليا لا محددا على نقيض الكفالة[20]. هذا ويترتب على إعتبار عقد الكفالة من عقود التبرع آثار مهمة نوردها فيما يلي :

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

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

التخصيص بأن يتعين فيها على الأقل المدين المكفول والإلتزام المكفول، وهو الأمر الذي نصت عليه المادة 574 قانون مدني جزائري[21].

ج- يجوز الطعن في الكفالة بالدعوى البوليصية دون إشتراط تواطؤ المدين لا مع الدائن ولا مع

---

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

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

[21]- تنص المادة 574 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، لاسيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار والتحكيم، وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء، الوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعي محل هذا العمل على وجه التخصيص، إلا إذا كان العمل من التبرعات.

الوكالة الخاصة لا تخول للوكيل إلا القدرة على مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر والعرف الجاري".

الكفيل، إذ تنص المادة 192 قانون مدني على أنه «إذا كان تصرف المدين بعوض فإنه لا يكون حجة على الدائن إلا إذا كان هناك غش صدر من المدين وإذا كان الطرف الآخر قد علم بذلك الغش يكفي لإعتبار التصرف منطوي على الغش أن يكون قد صدر من المدين، وهو عالم بعسره.

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

د- كما يترتب على إعتبار الكفالة من أعمال التبرع أنها تكون في الأصل تصرف مدني وإن كان الإلتزام المكفول تجاري، والكفيل تاجرا وهذا طبقا لنص المادة 1/651 قانون مدني جزائري والسبب يعود لكون نية التبرع غريبة عن التجارة، وأن التجارة تقوم على فكرة المضاربة إلا أنها ورغم صفتها المدنية فإنها تعتبر عملا تجاريا إذ نشأت عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا إحتياطيا، ويتم ذلك إما بالكتابة على الورقة التجارية ذاتها أو على ورقة مستقلة ، فتعتبر تجارية في جميع الأحوال إن وردت على كمبيالة (سفتجة).

هـ- أما إذا وردت على سند أدنى فلا تعتبر تجارية إلا إذا كان للسند الأدنى نفسه تجاري بأن كان محرره تاجر حرره لعمل تجاري أو مدني أو كان غير تاجر ولكن العملية تجارية أو عن تظهير هذه الوراق وفقا للقانون التجاري[22].

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

يتضح مما تقدم أن عقد الكفالة بمقتضاه يضمن الكفيل تنفيذ إلتزام المدين بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يفي به المدين نفسه، فالكافلة من الناحية الإقتصادية آداة من أدوات الإئتمان، ومن الناحية القانونية وسيلة من وسائل الضمان، ولذلك نجد أن هناك أنظمة قانونية أخرى قد تشبه الكفالة سواء من حيث تكوينها القانوني أو من حيث وظيفتها الإقتصادية، ومن بين هذه الأنظمة ستعرض للإلتزام التضامني والإنابة الناقصة والتعهد عن الغير وتأمين اليسار أو تأمين الإئتمان.

ومما تجدر الإشارة إليه منذ البداية أن صفة التبعية هي الخصية المميزة لعقد الكفالة، عليها تبني أحكامه وترتب آثاره، منها يمكن تمييزه عن غيره من العقود والأنظمة القانونية التي يمكن أن تشتبه به[23].

الفرع الأول : عقد الكفالة والتضامن بين المدينين.

إن التضامن بين المدينين أو التضامن السلبي هو أن يتعدد المدينون بدين واحد قابل للإنقسام بطبيعته، ويكون كل منهم ملزما في مواجهة الدائن بأداء الدين بأكمله.

ونبني على التضامن السلبي بين المدينين أن يسأل كل مدين قبل الدائن بكل، أي أنه يستطيع الدائن أن يطالب أي مدين شاء بالدين بأكمله، كما يكون لكل مدين أن يبرئ ذمته وذمة سائر المدينين

---

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

[23]- د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 299.

بالوفاء بكل الدين للدائن.

وفي هذا الوضع استثنائي، وخروج على قاعدة إنقسام الدين بين المدينين قبل الدائن، بحيث أن كل مدين يعتبر مسؤولا عن الدين بكامله ولو كان في علاقته بالمدينين الآخرين، لا يسأل إلا عن جزء من الدين[24].

تكمن أهمية التضامن السلبي بين المدنيين في الحصول على الإئتمان اللازم، كما يهيئ للدائن تأمين شخصيا قويا لا يعلوه تأمين آخر حتى الكفالة، فهو يجنب الدائن خطر إعسار أحد المدينين.

فالتضامن بين المدينين صورة من صور التأمين الشخصي، قوامه تعدد أشخاص المسؤولين عن تنفيذ الإلتزام، فيكون أمام الدائن مدينان : المدين المتضامن مسؤولا عن الدين بصفة أصلية وإلتزام الكفيل كإلتزام تبعي إحتياطي لإلتزام المدين الأصلي، ينقضي بإنقضاء الدين المكفول[25].

وهذا معناه أنه للدائن أن يطالب أي مدين شاء بالدين بأكمله كما يكون لكل مدين أن يبرأ ذمته وذمة سائر المدينين بالوفاء بكل الدين للدائن، والرجوع عليهم بما يؤد به من الدين عنهم بقدر نصيب كل منهم.

وتختلف الكفالة عن التضامن بين المدينين من حيث أن المدين المتضامن يلتزم بصفة أصلية في مواجهة الدائن، وذلك على نقيض إلتزام الكفيل حتى ولو كان متضامنا مع المدين، فهو يعتبر إلتزام تابعا لإلتزام المدين، ويترتب على صفة التبعية هذه أن الكفيل حتى ولو كان متضامنا يتمسك ببراءة ذمته إذا ما أضاع الدائن تأمينات وكذلك سقط إلتزامه إذا لم يرجع الدائن على المدين خلال ستة أشهر من تاريخ إنذار الكفيل له (م657 ق م ج)، وإذا لم يحل الدائن في تفلسة المدين سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما كان يستطيع أن يحصل عليه في هذه التفلسة (م 658 ق م ج)[26].

الفرع الثاني : عقد الكفالة والإنابة الناقصة :

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

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

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

وبمقتضى الإنابة يحل الشخص الأجنبي (المناب) محل المدين (المنيب) في الوفاء للدائن، ومن ثم

---

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

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

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

فإن المناب لديه (الدائن) ليس طرفا في الإتفاق الذي يتم بين المنيب والمناب، ولكنه يشترط مع ذلك قبوله لقيام الإتفاق صحيحا[27].

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

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

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

فهي لا تضمن تجديدا بل يبقى الدين في ذمة المدين الأصلي، وينظم إليه المدين الجديد ليكن مدينا لذات الدائن وبنفس الدين[28].

الفرع الثالث : الكفالة والإنابة الكاملة.

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

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

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

---

[27]–د/ بالحاج العربي، المرجع السابق، ص 317.

[28]– د/ بالحاج العربي، المرجع السابق، ص 319.

أما بالنسبة للكفيل فإن إلتزامه تابع للإلتزام الأصلي ومن ثم يجوز له كما رأينا أن يدفع في مواجهة الدائن بضرورة رجوعه على المدين الأصلي أولا، وله أن يتمسك في مواجهته بضرورة التنفيذ على أموال المدين قبل الشروع في التنفيذ على أموال الكفيل[29].

الفرع الرابع : الكفالة والتعهد عن الغير.

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

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

الفرع الخامس : تأمين يسار المدين.

هو عقد يلتزم بمقتضاه أحد طرفيه وهو المؤمن، لطرفه الثاني وهو المستأمن في مقابل قسط معين بضمان الخسارات التي تلحقه نتيجة إعسار مدينه[30]، هذا العقد لا يهدف لتأمين المدين، بل يلتزم إلتزاما أصليا موجب عقد التأمين لا بوفاء دين المدين ذاته بل بتعويض الدائن عن الضرر الذي يلحقه نتيجة إعسار المدين.

ولا يعتبر في النهاية كفالة تأمين اليسار أو تأمين الإئتمان لأن المؤمن في هذا التأمين يلتزم أصلا

---

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

[30]د/ أحمد محمود سعد، عقد الكفالة، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، 1994، ص 134.

بالتزام مستقل عن إلتزام المدين الذي يؤمن للدائن يساره، هذا الإلتزام الأصلي ينشأ عن عقد التأمين، ويجد سببا في القسط الذي يلتزم المستأمن بدفعه، كما أن محل عقد التأمين هو تعويض الدائن عن الضرر الذي أصابه نتيجة إعسار المدين وليس تنفيذ إلتزام هذا الأخير[31].

المطلب الثالث : أنواع الكفالة

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

- ✓ من حيث المصدر : تكون الكفالة إما إتفاقية، قانونية أو قضائية.
- ✓ من حيث الطبيعة : هناك الكفالة المدنية والكفالة التجارية.
- ✓ من حيث المحل : تكون كفالة شخصية (بسيطة أو تضامنية) أو عينية.

الفرع الأول : أنواع الكفالة من حيث المصدر.

أولا– الكفالة الإتفاقية:

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

ويعد من قبيل الكفالة الإتفاقية سعي المدين للحصول على كفيل يضمنه ويقدمه للدائن حتى يحصل منه على إئتمان جديد أو أن يجدد الإئتمان السابق، ويمكن أن تنشأ الكفالة كذلك في حالة تقدم الكفيل من تلقاء نفسه لضمان المدين وإلتزامه بذلك في مواجهة الدائن، حتى ولو يعلم بها هذا الأخير أو حتى رغم معارضته، حيث يكون مصدر إلتزام الكفيل هذا هو الإرادة المنفردة، وهي مصدر إرادي يقيد به وتعتبر هاتين الحالتين من قبل الكفالة الإتفاقية

ثانيا –الكفالة القانونية:

تكون الكفالة قانونية في الأموال التي يوجب فيها على المدين تقديم كفيل للدائن، ومثال ذلك نص المادة 851 من القانون المدني الجزائري والتي تلزم المنتفع بالمنقول أن يقدم لمالك الرقبة كفالة ضمان للوفاء بإلتزامه أو برد المنقول أو بدله[32].

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

وكذا نص المادة 212 من القانون المدني الجزائري التي تنص على:"... أنه للدائن وقبل إنقضاء الأجل، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه، ولو بوجه خاص أن يطالب بتأمين إن خشي إفلاس المدين...." .

---

[31]– د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 301.

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

ثالثا – الكفالة القضائية:

تكون الكفالة قضائية في الحالات التي يكون مصدر إلتزام المدين فيها بتقديم كفيل بحكم من القاضي، مثل ما جاءت به المادة 2/717 ، من القانون المدني الجزائري، حيث إذا وافقت المحكمة مثلا على قرار الشركاء الذين يملكون على الأقل ¾ من المال الشائع بإجراء تغييرات أساسية في العقود فإن لها أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق له من تعويضات.

إن الكفالة سواء كانت إتفاقية أو قانونية أو قضائية، لها أهمية من الناحية العملية ذلك أن القانون يجعل للكفالة القانونية والقضائية أحكام خاصة لا يأخذ بها في الكفالة الإتفاقية، حيث نصت المادة667 قانون مدني جزائري على انه : " يكون الكفلاء في الكفالة القضائية او القانونية دائما متضامنين" [33]، في حين أنه إذا تعدد الكفلاء في الكفالة الإتفاقية يكونون غير متضامنين إلا إذا تم الإتفاق على ذلك في عقد الكفالة، لذا يكون إلتزام الكفيل في الكفالة القانونية و القضائية أشد منه في الكفالة الإتفاقية إذ يكون متضامن مع غيره من الكفلاء بقوة القانون دون أن ينص على ذلك عقد الكفالة.[34]

الفرع الثاني : أنواع الكفالة من حيث الطبيعة.

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

أولا: الكفالة المدنية:

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

ثانيا – الكفالة التجارية:

إستثنت المادة 2/651 من القانون المدني الجزائري حالتين، إعتبرت فيهما أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا إحتياطيا وأن أي تظهير لها يجعلها عمل تجاري.فالضمان الإحتياطي يقصد به ضمان الإلتزام الناشئ من الورقة التجارية ويتم ذلك بكتابته على الورقة

---

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

[34] – http//boubidi .blogspot.com/2012/03html، اطلع عليه يوم 2015/03/16 ، على الساعة 18:30 .

التجارية ذاتها أو كتابته على الورقة التجارية المتصلة بها أو في ورقة مستقلة وهو ما أكدته المادة 409 من القانون التجاري الجزائري[35].

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

الفرع الثالث : أنواع الكفالة بحسب محلها.

أولا – الكفالة الشخصية :

هي الكفالة العادية التي يلتزم فيها الكفيل بضمان الوفاء بالدين إذا لم يف به المدين، فيستطيع الدائن أن يستوفي حقه من أموال المدين ومن أموال الكفيل إذا لم تكفي الأموال الأولى، وترد الكفالة على الضمان العام للكفيل أي على كل أمواله دون تخصيص[36].

ثانيا – الكفالة العينية :

وهي تأمين عيني حيث يقدم الكفيل مالا (عقار أو منقول) مملوكا له لضمان الوفاء بإلتزام في ذمة شخص آخر ويسمى الكفيل هنا بالكفيل العيني، حيث يقوم برهن عقار أو منقول بملكه لضمان الوفاء بإلتزام المدين وهو لا يضمن هذا الوفاء إلا في حدود المال الذي قدمه تأمينا له، فالضمان لا يرد على كل ذمته المالية.

ومنه الكفيل العيني لا يكون مسؤولا شخصيا عن الدين بل يضمن الدين في حدود المال الذي قدمه ومنه الكفالة العينية تندرج تحت التأمينات العينية ضمن عقد الرهن، ويترتب على التمييز بين النوعين النتائج التالية :

1- أن ضمان الكفيل العيني ينحصر في حدود العين المرهونة لتأمين هذا الوفاء من الكفيل

الشخصي فيضمن الوفاء بالدين في كل أمواله.

2- الكفالة العينية تجعل الدائن في مركز خاص وممتاز بحيث تجنبه خطر إعسار المدين والكفيل،

بحيث يكون له إلى جانب الضمان العام للمدين سلطة التنصيب على الشيء المقدم من الكفيل

---

[35]- د/ أحمد محمود سعد، المرجع السابق ، ص 136.

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

رهنا رسميا أو حيازيا وهي السلطة التي تخوله حق التتبع والأولوية في إستفاء الثمن بعد بيعه[37].

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

المبحث الثاني : كيفية قيام عقد الكفالة وإثباته.

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

المطلب الأول : أركان الكفالة.

إذا كان عقد الكفالة بالمعنى الضيق طرفاه هما الدائن والكفيل إلا أن المعنى الواسع للكفالة يدل على أن هناك طرف ثالث وهو المدين الأصلي، وعلى العموم يبرم عقد الكفالة بتوافر الأركان العامة المعروفة وهي : رضا، محل، سبب، مع وجود بعض الخصوصية التي تمييزه عن غيره من العقود.

الفرع الأول : الرضا

عقد الكفالة كغيره من العقود قوامه الرضا الذي هو الأساس الطبيعي لكل عقد وهذا المنطقي بإعتباره عقد رضائي، فلقيامه يجب تطابق إرادتي الدائن والكفيل دون إشتراط شكل خاص ، ودون الحاجة إلى رضا المدين لأنه ليس طرف في عقد الكفالة[38].

والتعبير عن الإرادة من هذا المنطق يتم بالنسبة للدائن بالتعبير عن إرادته صراحة أو ضمنيا وهو ما نصت عليه المادة 60 من القانون المدني الجزائري[39].

---

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

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

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

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

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

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

مع الإشارة أن شخص المدين وصفاته لها أهمية جوهرية في عقد الكفالة. فإن إعتقد الكفيل أنه يكفل مدين معين، ثم تبين له أن المدين شخص آخر كان للكفيل طلب إبطال العقد على أساس الغلط الجوهري الذي وقع فيه[41]. ويكون الغلط الجوهري إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد ولو لم يقع في هذا الغلط (م 82 ق م ج) ويكون الغلط الجوهري على الأخص إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، فالمادة لم تحصر حالات التي يعتبر فيها الغلط جوهري، ومنه فالغلط في شخص المدين هو غلط جوهري لأنه موضوع إعتبار في التعاقد ومنه يحق للكفيل طلب الإبطال على هذا الأساس بشرط أن يثبت أنه لولا ذلك لما قبل أن يضمن المدين[42].

---

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

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

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

أما بالنسبة للتدليس والإكراه فالقواعد العامة تقتضي أنه في حالة ما إذا صدر تدليس أو إكراه من غير المتعاقدين فليس للتعاقد المدلس عليه أو المكره عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس أو الإكراه، هذا طبقا للمادة 87 و 89 من القانون المدني الجزائري ، إن كانت في الغالب أن التدليس يقع من المدين، فإنه قد يقع من الدائن نفسه الذي هو طرف في العلاقة، ففي هذه الحالة يتم الرجوع إلى نص المادة 86 قانون مدني جزائري التي تنص على جواز إبطال العقد للتدليس، إن كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة، بحيث لولاه لما أبرم الطرف الثاني العقد ونفس الشيء بالنسبة للإكراه.

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

الفرع الثاني : المحل.

محل إلتزام الكفيل هو أن يفي بإلتزام المدين إذا لم يفي به المدين نفسه، ويجب أن يكون المحل ممكنا ومعينا ومشروعا، ولكي يكون محل إلتزام الكفيل ممكنا يجب أن يكون الإلتزام الأصلي موجودا أو قابلا للوجود وصحيحا، وعليه نتطرق للأحكام المتعلقة بالدين المكفول، لأن محل إلتزام الكفيل لا يكون ممكنا إلا بتوافر شروط معينة في الدين الأصلي، كما أن شرط تعين محل إلتزام الكفيل أو قابليته للتعيين لا يتحقق إلا إذا كان محل إلتزام المدين الأصلي كذلك، أما مشروعية محل إلتزام الكفيل فلا تثير أي إشكال لأن التعهد بضمان إلتزام صحيح يعد مشروعا في حد ذاته.

أولا – الإلتزام المكفول :

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

الشرط الأول : وجود الإلتزام المكفول.

إلتزام الكفيل إلتزام تابع لا يقوم بذاته بل يستند إلى إلتزام آخر صحيح يضمن الوفاء به ولكن هذا لا يمنع أن يكون الإلتزام الأصلي مستقبليا أو شرطيا.

ففي كفالة الإلتزام المستقبلي تنص المادة 658 من القانون المدني الجزائري على أنه : " يجوز

الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين المشروط، ير أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة، كان له أن يرجع فيها في أي وقت ما دام الدين المكفول لم ينشأ "

وعليه أجاز القانون كفالة الإلتزام المستقبلي في هذه المادة متأثرا بالقاعدة العامة الواردة بالمادة 1/92 قانون مدني جزائري التي تنص[43] على: « يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئا مستقبلي...»

مع ذلك إن الكفالة مقيدة بقاعدتين :

القاعدة الأولى : وجوب تحديد المبلغ المكفول.

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

القاعدة الثانية : مدة الإلتزام في الكفالة المستقبلية.

متى عين الكفيل مدة معينة يلتزم خلالها بكفالة الدين المستقبلي، فإنه يظل مقيد بهذه الكفالة طوال المدة المحددة لها ولا يحق له الرجوع، فإن نشأ جزء من الدين ضمنه الكفيل لأن ضمانه يقتصر على ما ينشأ من الدين خلال مدة الكفالة أما إذا لم ينشأ الدين برأت ذمة الكفيل نهائيا بإنتهاء المدة ما لم يتفق على تجديدها.

وإذا لم تعين مدة الكفالة، فإن للكفيل الرجوع عنها والتحلل من إلتزامه في أي وقت ما دام الدين لم ينشأ، أما إذا نشأ فإن الكفيل لا يستطيع الرجوع عنها ولكي ينتج الرجوع أثره يجب إعلام الدائن بهذا الرجوع طبقا للقواعد العامة التي تقضي بأن التغيير لا ينتج أثره إلا من وقت الذي يصل فيه إلى علم الدائن.

1- كفالة الإلتزام الشرطي .

نصت المادة 650 قانون مدني جزائري على جواز الكفالة في الدين المشروط، لأن كفالة الإلتزام في الدين الشرطي جائزة، وفي هذا الصدد تطبق القواعد العامة، حيث تكون الكفالة تطبيقا لفكرة التبعية معلقة على ذات الشرط المعلق عليه الإلتزام الأصلي سواء كان شرطا فاسخا أو واقف فإذا كان الدين المكفول معلق على شرط واقف فإن لإلتزام الكفيل يكون معلق على ذات الشرط، فإن تحقق الشرط فإن كل من الإلتزام المكفول وإلتزام الكفيل يصبح نافذا أما إذا تخلف الشرط الواقف زال الدين الأصلي بأثر رجعي ومعه إلتزام الكفيل بالتبعية، وإذا كان الدين المكفول معلق على

---

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

شرط فاسخ فإن الكفالة تكون كذلك، فإن تحقق الشرط زال كل من إلتزام المدين وإلتزام الكفيل في نفس الوقت بأثر رجعي، أما إذا تخلف الشرط الفاسخ فإن كل من الإلتزامين يصبح باتا[44].

2- كفالة الإلتزام الطبيعي :

نظم المشرع الإلتزام الطبيعي في المواد من 160 إلى 163 من القانون المدني، ويقصد به الإلتزام الذي يتضمن عنصر المديونية فقط، ويفتقد لعنصر المسؤولية بحيث لا يمكن إجبار المدين على الوفاء به.

ومن هذا المنطلق إذا كان المدين غير مجبر على تنفيذ الإلتزام إن كان طبيعيا، فإنه من غير

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

المتصور أن تضمن الوفاء بهذا الإلتزام وهذا تطبيقا لفكرة التبعية، حتى لا يكون إلتزام الكفيل أشد من إلتزام المدين[45]. وحتى إن إنعقدت الكفالة صحيحة ضمانا للإلتزام المدني يتحول هذا الإلتزام إلى إلتزام طبيعي فإنه لا يمكن للمدين أن يسترد ما دفعه لأن نص المادة 162 قانون مدني جزائري جاء فيه بأن : « لا يسترد المدين ما أداه بإختياره بقصد تنفيذ الإلتزام الطبيعي ».

أما إذا قدم المدين في إلتزام طبيعي كفيل للدائن ضمانا للوفاء فسر ذلك على أنه أراد أن يحول إلتزامه الطبيعي إلى إلتزام مدني، وهذا جائز طبقا لنص المادة 163 قانون مدني[46] والتي تنص على أنه « يمكن أن يكون الإلتزام الطبيعي سببا للإلتزام المدني ».

الشرط الثاني : أن يكون الإلتزام المكفول صحيحا.

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

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

أ- كفالة الإلتزام الباطل :

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

ب- كفالة الإلتزام القابل للإبطال :

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

---

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

[46]- د/ محمدي سليمان، المرجع السابق ، ص 19.

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

إن الرأي الراجح في هذه المسألة هو أن حق الكفيل في طلب إبطال كفالته لا يسقط بإجازة المدين الأصلي لعقده، وإنما يبقى حق الكفيل في طلب الإبطال قائما والحجة في ذلك هو تفسير المادة 654 /2[47]، لأنها إستثنت الحالة اتي لا يجوز للكفيل طلب الإبطال وتحديد هذه الحالة دليل على أن المشرع لم يرد أن يحرم الكفيل من التمسك بالإبطال في كل الحالات التي يكون فيها الإلتزام الأصلي قابل للإبطال، ماعدا في حالة كفالة ناقص الأهلية فإنه في بقية حالات قابلية العقد الأصلي لإبطال حق الكفيل لا يسقط بإجازة الإلتزام الأصلي لأن مقتضى التبعية يجب أن يكون فيما يفيد الكفيل وليس فيما يضره وهذا طبقا للمادة 652 قانون مدني جزائري.

وللكفيل التمسك بطلب الإبطال على أساس الغلط الذي وقع فيه بإعتبار أنه كفل إلتزام صحيح، في الوقت الذي كفل فيه إلتزام باطل[48].

ج- كفالة ناقص الأهلية :

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

فبعد أن أقر المشرع في المادة 654 قانون مدني جزائري كقاعدة عامة بأن الكفيل يبرئ بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع أوجه التي يحتج بهل المدين، جاء في الفقرة الثانية بحكم خاص بناقص الأهلية بحيث إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص الأهلية وكان عالما بذلك وقت التعاقد، فليس لديه أن يحتج بهذا الوجه، ولتوضيح أكثر يجب أن نفرق بين ثلاث فرضيات :

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

---

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

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

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

الفرضية الثالثة : الحالة التي يكفل فيها الكفيل المدين بسبب نقص الأهلية:

هذه الحالة نصت عليها المادة 649 قانون مدني جزائري والتي يكون فيها كل من الدائن والكفيل الأصلي عالما بنقص أهلية المدين، فالعقد المبرم بين الدائن والمدين قابل للإبطال ومنه للمدين حق إبطاله، ووفقا لهذا عقدت الكفالة بسبب نقص أهلية المدين الأصلي.

فالكفيل ملزم بالوفاء بالتزام المدين إن لم يف به هو، وذلك في حالة عدم تمسكه بإبطال العقد، أما إن تمسك به وأبطل الإلتزام الأصلي، فإن الكفيل يصبح هو الملتزم بالوفاء لا بإعتباره كفيل لأن الإلتزام الذي كفله قد زال، وإنما بإعتباره مدين أصلي[49].

ومع ذلك يرى بعض الفقهاء أن الكفيل لا يكون كذلك بل يكون مدين أصلي تحت شرط واقف هو عدم تنفيذ المدين للإلتزام الأصلي، فإن تحقق الشرط ولم ينفذ المدين الإلتزام وجب على من تقدم بصفته كفيل أن ينفذه هو.

بينما ذهب رأي آخر إلى تفسير هذه الحالة على أساس نظرية تحول العقد فالكفالة هنا صحيحة ما لم يتمسك ناقص الأهلية ببطلان الإلتزام فتبطل حينذاك ويتحول إلى تعهد منشئ لإلتزام أصلي في ذمة من تعهد ككفيل[50].

الشرط الثالث : تعيين إلتزام الكفيل.

يجب أن يكون محل إلتزام الكفيل معينا أو قابلا للتعيين، وإلا كانت الكفالة باطلة، وتعيين إلتزام الكفيل يرتبط بتعيين إلتزام المدين، وبإعتبار أن إلتزام الكفيل مستقل عن إلتزام المدين، فإنه من الجائز أن يختلف محل كل من الإلتزامين، إلا أن هذا الإختلاف مقيد بقاعدة أساسية وهي أن إلتزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من إلتزام المدين[51]. ولتبسيط هذا يجب علينا أن نميز بين نوعين من الكفالة وهما الكفالة المطلقة والكفالة المحددة.

أولا – الكفالة المطلقة : تكون كذلك متى وردت بصيغة عامة وبعبارات مجملة غير مبينة لحدود الإلتزام وهنا يتحدد نطاق الكفالة على ضوء الدين المكفول[52]. ويسأل الكفيل مسؤولية مطابقة لإلتزام

---

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

[50]- عبد الله عزام ، نظرية العقد و الكفالة ,على الموقع ، http :islamic fi.com/ arabic/fondation /production .asp ، اطلع عليه يوم 2015/03/20 على الساعة 19:00 .

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

المدين في مقداره وأوصافه.

ومنه إلتزام الكفيل في الكفالة يشمل أصل الدين وكذلك الملحقات والمصروفات وهذا طبقا لنص المادة 653 قانون مدني جزائري التي نصت على أن : « إذا لم يكن هناك إتفاق خاص فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل »

ومنه فإن محل إلتزام الكفيل في الكفالة المطلقة يتكون بالإضافة إلى أصل الدين المكفول من ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأول، بالإضافة إلى ما يستجد من مصروفات بعد إخطار الكفيل.

1- **ملحقات الدين** : يشمل التعويضات التي يلتزم بها المدين بسبب إخلاله بإلتزامه، وتشمل أيضا

فوائد الدين وإن كان المشرع يبطل القاعدة بسبب الأفراد[53]. إلا أنه يجيز ها إذا كان المقرض مؤسسة[54].

2- **مصروفات المطالبة الأول** : وهي التي ينفقها الدائن عند المطالبة بالدين وتشمل تكاليف الإنذار

أو رسم رفع الدعوى، أي تشمل المصاريف السابقة على المطالبة القضائية.

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

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

ثانيا - الكفالة المحددة :

إذا لم يرد الكفيل الإلتزام بضمان كل دين المدين وملحقاته، فما عليه إلا تحديد محل إلتزامه تحديد دقيقا، وهذا جائز عملا بالقاعدة التي تقضي بأنه يجوز أن يكون إلتزام الكفيل أخف من إلتزام المدين، فقد لا يلزم الكفيل إلا بجزء من الدين أو يلتزم به دون ملحقاته والمصاريف، فعقد الكفالة هو الذي يحدد محل إلتزام الكفيل، ومن أمثلة ذلك أن يتم تحديد الكفالة من حيث المدة بأن لا تتعدى

---

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

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

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

الوقت المحدد لها أو أن يتم كفالة ديون قد تنشأ خلال فترة معينة فقط.

مع الإشارة أن الكفيل يستفيد من كل تغير طارئ في الإلتزام الأصلي يكون فيه مصلحة له[55]، فإن تنازل الدائن على جزء من حقه أو قام بتقسيط الوفاء فإن الكفيل يستفيد من كل ذلك ويخف إلتزامه بالتبعية.

الفرع الثالث : السبب.

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

ومنه هل يستطيع الكفيل أن يحتج في مواجهة الدائن بما قد يعترى علاقته بالمدين من عدم وجود السبب أو عدم مسؤولية الباعث وبناءا عليه يطالب ببطلان الكفالة[56].

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

ولعل السؤال المهم الذي يطرح نفسه هنا هو : لماذا إلتزام الكفيل في مواجهة الدائن ؟

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

كما يتوجب أن يكون المتعاقد الآخر الدائن على علم به وذلك لإستقرار المعاملات وحتى لا يفاجئ ببطلان عقد لا يعلم عن سببه شيء، وإن كان الدافع إلى التعاقد غير مشروع كان العقد باطل يشترط أن يكون الدائن عالما به[57].

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

---

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

[56]– د/ زكى محمود جمال الدين، التأمينات الشخصية والعينية، مطابع دار الشعب، القاهرة، 1994، ص 75.

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

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

وقد نصت المادة 646 قانون مدني على أنه : « إذا إلتزم المدين بتقديم كفيل وجب أن يقدم شخصا موسرا ومقيما بالجزائر، وله أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا ».

وبإستقراء هذه المادة يتضح أنه في حالة إذا إلتزم المدين بتقديم كفيل لدائنه وجب أن تتوفر في الكفيل الشروط التالية :

– أن يكون الكفيل موسرا : أي قادر على الوفاء بالإلتزام الذي قام بضمانه إذا إقتضت الحالة ذلك، والمدين الملتزم بتقديم كفيل هو الذي يقع عليه عبئ إثبات يسار هذا الكفيل، ويسار الكفيل يقاس بما لديه من أموال للوفاء بالدين الذي كفله سواء كانت منقولات أو عقارات متى كان ذلك كافيا للوفاء بدين الدائن[58]. ومع ذلك يستطيع الدائن أن يثبت أن هذه الأموال أو بعضها متنازع فيها أو يصعب التنفيذ عليها لبعدها أو لسهولة تهريبها أو كانت مرهونة أو عليها حق عيني كحق الإنتفاع، وتوافر صفة اليسار أو الإقتدار مسألة موضوعية متروك تقديرها لقاضي الموضوع، لأنه هو من يقدر إذا كان الكفيل موسرا أم لا.

– الإقامة بالجزائر : إن الحكمة من هذا الشرط واضحة وهي أن الدائن يستطيع مطالبة الكفيل والرجوع عليه إذا لم يف المدين بإلتزامه، والمقصود بالإقامة في الجزائر هو أن يكون للكفيل موطن بها، ولا يشترط أن يكون الكفيل مقيما في موطن المدين، كما لا يشترط أن يكون الكفيل جزائري الجنسية، بل يمكن أن يكون أجنبيا ما دام مقيما في الجزائر وله موطن فيها، بل يكفي أن يكون له موطن مختار يعتمد عليه فيما ينشأ عن الكفالة من علاقات.

هذا وبالإضافة إلى توفر هذين الشرطين المستمدين من نص المادة 646 قانون مدني، أضاف الفقه شرطا آخر لم يشر إليه المشرع ربما لبداهته.

– وجوب توفر الأهلية الواجبة للإلتزام بالكفالة : وهو الشرط المستمد مما تقتضيه القواعد العامة، وعلى ذلك إذا كان المدين ملزما بأن يقدم لدائنه كفيلا، فإنه يجب أن تتوافر فيه الأهلية، وذلك لأنه مقبل على إلتزام ضارا بمصالحه لذا يستوجب أن يكون واعيا بما هو قادم عليه[59]. ومن هذا المنطلق فإن المدين متى قدم كفيلا موسرا ومقيما بالبلاد وتوفرت لديه أهلية إبرام العقود فإنه يكون قد أوفى بإلتزامه بتقديم كفيل إذا طلب الدائن ذلك منه.

---

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

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

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

كما يجيز القانون للمدين أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا لأنه يحقق ضمانا أكثر للدائن في إستيفاء حقه لكن بشرط أن يكون هذا التأمين كافيا، وإذا نازع الدائن في كفاية التأمين العيني فإن تقدير الأمر متروك لقاضي الموضوع، وبهذا للمدين أن يقدم رهنا رسمي أو حيازي[60].

إن الحديث عن التأمينات المقدمة للدائن في سبيل تأمين دينه يجرنا حتما للكلام عن كفالة الكفيل في حد ذاته أو ما يسمى في إصطلاح الفقه « المصدق » وهو ما ورد في نص المادة 659 و669 قانون مدني جزائري، والمصدق هو الشخص الذي يكفل الكفيل حيث يكفل إلتزام الكفيل دون المدين أي يكفل الإلتزام التابع وليس الإلتزام الأصلي ويلتزم المصدق بالوفاء بالإلتزام الكفيل وليس المدين الأصلي، وعلاقة المصدق بالكفيل هي نفس علاقة الكفيل بالمدين ومن ثمة تخضع لنفس أحكام الكفالة، ذلك أن إلتزام المصدق هو إلتزام تابع لإلتزام الكفيل.

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل وهو ما جاء بالمادة 669 من القانون المدني الجزائري، ومن ثمة فالمصدق لا يجبر على الوفاء للدائن وله أن يطلب من الدائن أن يرجع أولا على المدين الأصلي ثم على الكفيل[61].

المطلب الثاني : إثبات عقد الكفالة وكيفية تفسيره.

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

الفرع الأول : إثبات عقد الكفالة.

تنص المادة 645 من القانون المدني الجزائري على أنه : «لا تثبت الكفالة إلا لكتابة، ولو كان منة الجائز إثبات الإلتزام الأصلي بالبينة...»[62].

---

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

[61]– بإستقراء نص المادة 669 من القانون المدني الجزائري فإنه يجوز كفالة الكفيل غير أن الدائن لا يمكنه أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل. إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامن مع الكفيل.

كما تجدر الإشارة أن هناك خطأ في الترجمة بخصوص نص المادة 659 من القانون المدني الجزائري التي نصت في بدايتها على أنه: « يجوز كفالة الكفيل، وفي هذه الحالة لا يجوز المستندات اللازمة...»، إن هذا النص جاء بترجمة ركيكة فالمادة لا تتكلم على كفالة الكفيل بل تنظم إلتزام الدائن في وقت الوفاء الذي تم من الكفيل بأن يسلم لهذا الأخير المستندات اللازمة لممارسة حقه في الرجوع على المدين، فهذا هو المعنى الفعلي المقصود وذلك بالرجوع إلى النص الفرنسي.

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

ويلخص من ذا النص أن الكتابة ضرورية لإثبات إلتزام الكفيل[63] حتى لو كان الإلتزام المكفول يثبت كأن يكون مثلا أقل من مئة ألف دينار 100,000 دج.

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

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

وتجدر الإشارة أن يجب فيما يتعلق بالكفالة الخروج عن القواعد العامة في الإثبات لأن إلتزام الكفيل هو أساسا من الإلتزامات التبرعية، فيجب أن يستند إلى رضا صريح قاطع، وقد نستطيع أحيانا التعرف على طبيعة تدخل الكفيل وتحديد مدى إلتزامه ونوع كفالته عن طريق شهادة الشهود وحدها[64]، ولذلك فلما تتم الكفالة عملا بغير الكتابة أي شفاهة كان الدائن يجد صعوبة في الرجوع على الكفيل لهذا قرر المشرع الجزائري أن يتم إثبات الكفالة بالكتابة.

إلا أن الإجتهاد اللبناني[65] قد إتجه إلى ضرورة إثبات الكفالة كتابة لأن ذلك يجد مبرره في طبيعة الكفالة التي تؤول إلى تحميلها إلى شخص في ظروف يكون فيها عادة الملتزم الأصلي معسرا، فيتحمل الكفيل الدين دون أمل في إستعادة ما دفعه.

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

أما بالنسبة للعلاقة بين الكفيل والمدين كأن يرجع الأول على الثاني بعد الوفاء بالإلتزام[66] فإنها تخضع للقواعد العامة في الإثبات إذا كان رجوع الكفيل على المدين بأقل من 100,000 دج، أما إذا كان إلتزام الكفيل تجاريا فهنا لا يلزم لإثباته الكتابة وإنما يمكن إثباته بالقرائن وبالرجوع إلى القواعد العامة.

وإذا كان الغاية من الكتابة هو الإحتجاج على الغير وذلك برجوع الدائن على الكفيل إذا لم يفي

---

[63]– كذلك الكتابة ضرورية لإثبات الوعد بالكفالة.

[64]– د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق ، ص 77 و78.

[65]– د/ محمد علي عبده، عقد الكفالة دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوق، لبنان، بدون تاريخ نشر، ص64.

[66]– د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 78.

المدين بإلتزامه في الأجل المحدد، فإنه يجب أن تكون هذه الكتابة ثابتة التاريخ وموقعة من قبل الأطراف المعنية[67].

الفرع الثاني : التفسير الضيق لعقد الكفالة

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

والمرجع في تغيير الكفالة هو قصد الطرفين من عبارة العقد وقاضي الموضوع هو الذي يحدد مدى إلتزام الكفيل ويفسر عقد الكفالة تفسيرا ضيقا دون التوسع في حدود ما إلتزم به الكفيل.

فالفقه والإجتهاد القضائي الفرنسي قد أجمع هنا إلى إعتبار أن الكفيل لا يمكن أن يلزم إلا ضمن حدود حرفية النص الذي وضعت فيه، وتفسير الكفالة هنا يعود لتقدير قضاة الأساس الذين إستعملوا سلطاتهم التقديرية، إذ يتم التفسير بالنظر إلى مجموعة البنود مرتبطة ببعضها البعض المدونة في الكفالة.

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

وخلاصة ذلك أنه لا يجوز توسيع نطاق الكفالة إلى إلتزامات ناشئة عن سبب خارجي عن عقد الكفالة أو تحويل الوقائع وجعلها تشمل أصولا لم يلحظها الكفيل وقت إعطاء الكفالة والسبب لتقدير قاعدة عدم جواز التوسع في تفسير الكفالة يرجع إلى أن الكفالة بحد ذاتها هي عملية خطرة بالنسبة للكفيل لأنه يلتزم بدين دون مقابل، ويتحمل مخاطر الرجوع بدين على المدين الأصلي الذي قد يسوء وضعه المالي، ولذلك يجب أن تكون ألفاظ الكفالة صريحة بمدلولها عليها ولا تقبل الشك، فلا يجوز مثلا إجبار الكفيل البقاء في كفالته ولا إجباره على دفع ديون سابقة على كفالته ولم يقصد كفالتها وعلى القاضي أن لا يأخذ الكفالة بالظن والقرنية بل أن يفسرها تفسيرا حصريا وأن يوضح لقراره مدى إلتزام الكفيل بكفالته، وقد تكون الكفالة عامة ومطلقة تشمل جميع الديون المترتبة على المدين دون قيد أو حصر[68].

وتطبيقا لذلك فإنه إذا كفل الكفيل جزءا من إلتزامات المدين لم يجز من الكفالة إلا الأجزاء الأخرى، وإذا كفل الكفيل مستأجرا في دفع الأجرة إقتصرت الكفالة على هذا الإلتزام دون غيره من الإلتزامات التي تنشأ من نفس هذا العقد كالتعويض عن التلف أو التعويض عن الحريق[69].

---

[67]– د/ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 80.

[68]– د/محمد علي عبدة، المرجع السابق، ص 68.

كما أن الكفالة لا تمتد إلى غير هذا العقد من العقود التي تتلوه ولو كان التجديد ضمني، وإذا كان هناك تحديد لنطاق الكفالة أي فيما إذا كانت محددة أو غير محددة وجب إعتبار الكفالة محددة[70].

[69]– د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 86.

[70]–د/ نبيل إبرهيم سعد، المرجع السابق، ص 81.

الفـــصل الـثـــانـي

الفصل الثاني : أحكام عقد الكفالة.

متى إنعقد عقد الكفالة صحيحا، فإنه يرتب آثاره، فيما بين عاقديه وهما الدائن والكفيل، وحيث أن الكفالة عملية قانونية أوسع من العقد ذاته، ونظرا إلى طبيعتها الخاصة وهي أنها عقد تابع للإلتزام الأصلي، 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 متضامنون وأيضا قد يتعدد الكفلاء وقد يكون متضامنين أو غير متضامنين ولذلك فإن دراسة آثار الكفالة هي دراسة لكل هذه العلاقات.

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

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

المبحث الأول : آثار عقد الكفالة .

يترتب على الكفالة مجموعة من العلائق تتخذ كل منها صفات معنية وتترتب عليها أحكام خاصة، بعضها ينشأ عن عقد الكفالة ذاته، وهو العقد الذي طرفاه هما الدائن والكفيل، وبعضها ينشأ بسبب تنفيذ هذا العقد بسبب واقعة الوفاء الحاصل من الكفيل للدائن، هذه العلاقة الأخيرة تنشأ آثار في الصلة بين الكفيل والمدين المكفول عنه وفي الصلة بين الكفلاء إذا تعددوا، وسنتولى دراسة كل ذلك بالتفصيل ضمن هذا المبحث.

المطلب الأول : العلاقة بين الكفيل والدائن.

علاقة الكفيل بالدائن لها وجهان، الأول يتمثل في مطالبة الدائن للكفيل بالدين عند عدم وفاء المدين به، والثاني يتمثل في الدفوع التي يتمسك بها الكفيل في مواجهة الدائن لرد هذه المطالبة.

وبعد هذا نجد أن الدائن الذي إستفى حقه من الكفيل تقع عليه واجبات يلزم بها اتجاه الكفيل، وتعتبر بمثابة آثار ناتجة عن واقعة الدفع نتطرق لها فيما يلي:

الفرع الأول: مطالبة الدائن للكفيل والضوابط التي تحكم ذلك.

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

أولا : وجوب حلول أجل الدين بالنسبة للكفيل.

مطالبة الدائن للكفيل لا تجوز إلا عند حلول أجل الكفالة، والغالب أن يكون أجل إلتزام الكفيل هو نفس أجل الإلتزام المكفول، إلا أنه قد يحدث أن يختلف الأجلان بناء على واقعة تؤدي لسقوط أجل التزام المدين.

فان كان اجل التزام الكفيل مختلف عن أجل الالتزام المكفول فإن الأجل الممنوح للكفيل قد يحل بعد الأجل الممنوح للمدين أو قبله، فان حل اجل الالتزام الأصلي قبل حلول أجل إلتزام الكفيل فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل قبل حلول الأجل المحدد لإلتزامه، لأن إلتزام الكفيل يكون أخف عبئ من الالتزام الأصلي ويستفيد الكفيل من الأجل الممنوح له[71].

وإذا حل التزام الكفيل قبل حلول التزام الأصيل، فان أجل التزام الكفيل يمتد حتى يصبح مساويا لنفس أجل التزام الأصيل، ولا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل قبل حلول أجل الدين الأصيل، وذلك لأن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد عبئا من التزام الأصيل[72].

---

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

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

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

لكن قد يسقط الأجل الممنوح للمدين للسداد وذلك قبل أوانه لعدة أسباب طبقا للمادة 211 من القانون المدني الجزائري وهي، إذا أشهر افلاسه أو إذا أنقص بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، إذا لم للدائن ما وعد بتقديمه من تأمينات. فما تأثير ذلك على الكفالة ؟ وهل يؤدي هذا الأمر إلى سقوط أجل التزام الكفيل ويلتزم بسداد الدين حالا ؟

انقسم الفقه حول هذه المسألة، حيث يتجه البعض إلى القول بسقوط أجل التزام الكفيل بالتبعية لسقوط أجل التزام المدين، ذلك أن الغرض من الكفالة هو تأمين الدين ضد مخاطر إعسار المدين، وقد تحقق ذلك مما أدى إلى سقوط الأجل المقر للوفاء.

إلا أن الرأي الغالب استقر على أن يبقى هذا الالتزام قائما إلى حين حلول أجله، ويظل الكفيل متمتعا بالأجل الممنوح له، ولا يجوز الرجوع عليه قبل حلول هذا الأجل ولو سقط أجل الدين الذي يكفله وذلك للأسباب التالية:

- أن تبعية الكفالة للإلتزام الأصلي لا تمنع من انعقادها بشروط أخف.
- أن سحب الثقة من المدين بسبب الإعسار أو الإفلاس أمر خاص به لا يبرر سحب الثقة من الكفيل، كما لا يستطيع المدين الإساءة لمركز الكفيل بفعله.

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

تنص المادة 1/660 من القانون المدني الجزائري على أنه : « لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين ».

وبإستقراء هذا النص يتضح أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده، إلا بعد رجوعه على المدين أولا[73]. ومؤدى ذلك أن الدائن يلتزم بالرجوع على المدين أولا، لكن يمكن للدائن أن يرجع على المدين والكفيل في آن واحد، ويقصد بالرجوع المطالبة القضائية أي رفع دعوى على المدين والحصول على حكم قضائي بإلزامه، ومن ثمة لا تكفي مجرد المطالبة الودية أو اعذار المدين للوفاء بإلتزامه، ويرد على هذه القاعدة إستثنائين هما:

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

---

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

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

وعليه إذا رفع الدائن دعواه على الكفيل وحده قبل الرجوع على المدين كانت دعواه غير مقبولة، لأننا بصدد قيد قانوني على الدائن مراعاته وإلا تعرضت دعواه للدفع بعدم القبول، وهذا القيد لا يتعلق بالنظام العام لذا لا تقضي له المحكمة من تلقاء نفسها، وإنما يجب أن يتمسك به الكفيل أمام المحكمة، وقد صدر في هذا الشأن قرار المحكمة العليا جاء فيه:

« حيث من المقرر قانونا أنه يجب على ديوان الترقية والتسيير العقاري، وبناءا على العقد المبرم بينها وبين القرض الشعبي الوطني الرجوع بمطالبة المكفول مؤسسة البناء في الوهلة الأولى، ثم الرجوع على الكفيل، والحال أن المطعون ضده لم يقدم ما يثبت رجوعه على المدين أولا، مما يستوجب معه قبول الدفع »[74]. ومن ثم أوجبت شروط لصحة إبداء هذا الدفع هي :

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

2- يجب أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين، لأن الدائن هنا يستطيع الرجوع على الكفيل المتضامن ابتداء دون إمكانية أن يدفع بوجوب الرجوع على المدين[75]. وقد أخذ المشرع ذلك بوضوح في المادة 669 مدني عندما أجاز الرجوع على الكفيل إذا كان متضامنا مع الكفيل.

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

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

الفرع الثاني : الدفوع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة.

أولا : الدفوع الناشئة عن الدين الأصلي

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

---

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

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

وقد نصت المادة 1/654 من القانون المدني الجزائري على هذا بقولها : « يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين »[76].

وللكفيل التمسك بهذه الدفوع ولو كان متضامنا مع المدين، إذ تنص المادة 666 من القانون المدني الجزائري على أنه : « يجوز للكفيل التضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين »[77].

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

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

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

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

غير أن هذا النص يختلف عن حكم المادة 649 من القانون المدني الجزائري الناصة على انه: « من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الإلتزام إذا لم

---

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

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

ينفذه المدين المكفول...»، ففي هذه الحالة يحرم الكفيل من التمسك ببطلان تصرف المدين المكفول[78].

ثانيا: الدفوع الناشئة عن عقد الكفالة .

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

الدفع بالتجريد، الدفع بالتقسيم في حالة تعدد الكفلاء، الدفع بإضاعة التأمينات بخطأ الدائن، الدفع بعدم اتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين، الدفع بعدم تدخل الدائن في تفلسة المدين[79].

1 - الدفع بالتجريد:

تنص المادة 660 من القانون المدني الجزائري على أنه : « لا يجوز لدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين، ولا يجوز له أن ينقذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الخالة أن يتمسك بهذا الحق ».

فبالرجوع إلى هذا النص نجد أن الدفع بالتجريد بمعناه البسيط هو أنه إذا أراد الدائن التنفيذ على الكفيل فلهذا الأخير التمسك بالتنفيذ على أموال المدين أولا وتجريده منها إذا كان له أموال كافية للوفاء بكل الدين، وهو دفع تقرر لمصلحة الكفيل بإعتباره ضامنا لدين ليس له مصلحة فيه. فمن باب العدل أن لا ينفذ عليه بالدرجة الأولى وأموال المدين قائمة لم ينقد عليها.

وإن الهدف من هذا الدفع يعود إلى أن الكفيل جدير بالرعاية لأنه يوفي دينا ليس بدينه، فهو عادة يقدم خدمة للغير لتقوية ائتمانه، ولا ضرر في هذا على الدائن، إذ هو يستوفي حقه من الكفيل إن لم يستوفيه من المدين.

وللإحاطة أكثر بهذا الدفع سنتناول شروطه، والآثار المترتبة عليه، ثم صور خاصة للدفع به[80].

أ- شروط الدفع بالتجريد:

- **يجب أن يكون الكفيل شخصي لا عيني:** لأن الكفيل العيني راهن، ولا يحق له التمسك بالتجريد إلا إذا كان قد اشترط ذلك صراحة، وهو ما نصت عليه المادة 901 من قانون المدني بقولها : « إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين، فلا يجوز التنفيذ على ما له إلا على ما رهنه من ماله، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين إلا إذا وجد مدين آخر غير مكفول في حالة تعدد المدينين».

- **يجب أن لا يكون الكفيل قد تنازل مقدما عن هذا الدفع :**

لأن هذا الدفع ليس من النظام العام يقع على الكفيل التمسك به، وليس للقاضي الحكم به من تلقاء

---

[78]- د/ محمد صبري السعيدي، عقد الكفالة في التشريع المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 1990، ص 70.

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

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

نفسه، بإعتبار أنه دفع خاص بالكفيل فإنه يجوز له أن يتنازل عنه لأنه مقرر لصالحه، وقد يتم التنازل عن الدفع في عقد الكفالة ذاته أو في اتفاق مستقل، وقد يكون هذا التنازل صريح أو ضمني كما لو سكت الكفيل عن الدفع بالتجريد عندما يشرع الدائن في التنفيذ على أمواله، ومن ثمة فهو يستخلص من ظروف الحال وملابساتها أن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام يثير التساؤل عن الوقت الذي يجب على الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع ؟

ذهب البعض إلى القول أنه إذا رفعت دعوى على الكفيل، كان له الحق في التمسك بهذا الدفع قبل صدور حكم نهائي، فإذا لم يفعل صدر الحكم بالزامه، ومنه فإن هذا الدفع يتعلق بمرحلة المطالبة القضائية وليس بالتنفيذ[81].

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

- **أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين** : وهو الشرط الوارد بنص المادة 665 من القانون المدني الجزائري، فللكفيل العادي التمسك بلزوم التنفيذ على أموال المدين أولا، أما الكفيل المتضامن فليس له التمسك بهذا الدفع، فالدائن يستطيع الرجوع على المدين أو الكفيل أو عليهما معا.

ويثور التساؤل هنا حول إمكانية الإتفاق على إحتفاظ الكفيل المتضامن بالحق في التمسك بالدفع بالتجريد ؟

وجواب أنه لا يجوز الإتفاق على إحتفاظ الكفيل بالحق في التمسك بالتجريد في كل من الكفالة القضائية والقانونية، لأن الكفيل يعتبر متضامنا بنص القانون، وتقضي طبيعة التضامن في هذه الحالة حرمان الكفيل من الحق في الدفع بالتجريد[82]، أما بالنسبة للتضامن الاتفاقي فإن البعض يرى عدم جواز منح الكفيل المتضامن الحق في الدفع بالتجريد لأنه يتعارض مع طبيعة التضامن.

- **يجب أن يرشد الكفيل إلى أموال المدين التي تفي بكل الدين** : وهو الشرط المنصوص عليه بالمادة 661 قانون مدني التي نصت على ما يلي : « إذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين التي تفي بالدين كله، ولا يؤخذ بعين الإعتبار الأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي الجزائرية أو كانت متنازع فيها"

---

[81]– د/ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق ، ص 212.

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

.فلكي يكون الدفع بالتجريد مقبولا وقائما ، يجب أن يكون للمدين أموال يمكن للدائن التنفيذ عليها، ويقع على الكفيل عبئ إثبات وجود أموال للمدين صالحة وكافية للوفاء بكل الدين، ويقوم بإرشاد الدائن إلى هذه الأموال على نفقته ومثالها مصروفات استخراج صور لمستندات ملكية المدين للأموال التي أرشد عنها، وهذا فضلا عن المصروفات التي سيرجع بها الدائن على الكفيل.

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

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

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

كما يلاحظ أنه إذا كانت الأموال غير كافية للوفاء بكل الدين، فإن الدائن غير ملزم بالتنفيذ عليها، إذ لو ألزم بذلك لأدى هذا إلى إجباره بالوفاء الجزئي لحقه، وهو ما يتعارض مع القواعد العامة في الوفاء حيث تنص المادة 277 قانون مدني على أنه: « لا يجبر المدين الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه مالم يوجد إتفاق أو نص يقضي يغير ذلك...»

- ✓ أن تكون الأموال موجودة بالجزائر : وذلك لتجنب إرهاق الدائن من خلال مباشرة إجراءات معقدة عند وجود الأموال في خارج إقليم الدولة، هذا ولا يشترط أن تكون الأموال موجودة في مكان الوفاء بالدين أو في موطن المدين.
- ✓ وجوب أن لا تكون الأموال متنازع عليها لأن الأموال المتنازع عليها غير مضمونة.

ويكون المال المتنازع عليه[83]، إذا كانت هناك دعوى مرفوعة بشأنه أو كان محلا لنزاع جدي[84]، ومثالها المال الشائع، حيث لا يمكن التنفيذ عليه إلا بعد الفصل في الدعوى.

ب- آثار الدفع بالتجريد :

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

- عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل :

يترتب على قبول الدفع بالتجريد وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل، بل أن هذه الإجراءات تقف بمجرد إبداء الكفيل للدفع حتى تفصل المحكمة فيه وتسقط الإجراءات التي يكون الدائن قد

---

[83]- د/ زهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 133.

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

إتخذها قبل الدفع بالتجريد، وتبطل كل الإجراءات التي تتخذ في سبيل التنفيذ على أموال الكفيل سواء تعلق الأمر بمرحلة التقاضي أين تم التمسك بالدفع أثناء سير الدعوى أو بمرحلة التنفيذ إن تم التمسك به عند شروع الدائن في التنفيذ عن طريق الإستشكال في التنفيذ.

فوقف المطالبة نعني بها إذن الكف عن متابعة السير في إجراءات التنفيذ[85]، إلا إن إجراءات التنفيذ لا تمنع الدائن من التحفظ على أموال الكفيل، كحجزها تحفظيا لأن هذا الإجراء لا يمس بأصل الحق فالغرض منه الحفاظ على ذمة الكفيل المالية حتى لا يتصرف فيها.

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

على الدائن أن يبادر إلى إتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهة المدين وإلا تحمل نتيجة إعسار المدين إن تراخى في التنفيذ على أمواله، وعلى الدائن أن يبذل في إتخاذ هذه الإجراءات عناية الرجل العادي، ويتحمل النتيجة إن أصبحت أمواله غير كافية للوفاء بالدين بعد أن كانت كافية عندما أرشده الكفيل إليها، ويقع عبئ إثبات تقصير الدائن على الكفيل وفقا للقواعد العامة[86].

- **مسؤولية الكفيل عند عدم حصول الدائن على حقه كاملا :**

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

ج- دراسة لصورة خاصة للدفع بالتجريد :

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

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

---

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

[86]- د/ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 204.

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

– **يجب أن يكون هذا التأمين وارد على مال مملوك للمدين :** وهذا هو المجمع عليه فأغلب شراح القانون يستندون إلى أن هذا الحكم ما هو إلا صورة خاصة من صور تجريد المدين من أمواله[87].

هذا وأن القواعد العامة تقضي بعدم جواز طلب الكفيل الشخصي تجريد الكفيل العيني من أمواله ذلك لأن كلاهما مسؤول عن دين المدين، فإذا ما قام أحدهما بالوفاء فإنه يرجع على الآخر بقدر نصيبه في المسؤولية عن الدين.

مع الإشارة أنه لا يشترط ملكية المدين للمال الوارد عليه التأمين، وذلك لعدم صراحة النص حيث جاء مطلق ولم يشترط ملكية المال للمدين.

– **يجب أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين :** لأنه عملا بالمادة 665 من القانون المدني الجزائري ليس للكفيل المتضامن الدفع بالتجريد، وزيادة عن عدم تضامنه يجب على الكفيل ألا يتنازل عن حقه في التمسك بضرورة البدء في التنفيذ على التأمين العيني لأن المسألة ليست من النظام العام، لذا يجوز التنازل عنه وهذا الشرط مقرر كذلك في الصورة العامة للدفع بالتجريد[88].

– **يجب أن يكون هذا التأمين العيني قد تقرر قبل إنعقاد الكفالة أو معها :** ويفسر هذا على أن الكفيل منح كفالته وهو معتمد على التأمين، لذا لا ينفذ على الكفيل إلا بعد التنفيذ على التأمين العيني، أما إذا قدم التأمين بعد الكفالة ففي هذه الحالة لا يمكن للكفيل الدفع بالتنفيذ على التأمين أولا.

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

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

2 – الدفع بالتقسيم :

تنص المادة 664 من القانون المدني الجزائري على ما 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 إلتزموا بعقود متوالية، فإن كل واحد منهم يكون مسؤولا عن الدين كله، إلا

---

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

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

إذا كان قد إحتفظ لنفسه بحق التقسيم ».

والتقسيم طبقا لهذا النص يقع بقوة القانون، أي أنه إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وفي عقد واحد ولم يكونوا متضامنين فيما بينهم فإن الدين ينقسم عليهم، ولا يجوز للدائن أن يرجع على أي منهم بأكثر من قدر نصيبه في الدين[89].

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

- **يجب أن يتعدد الكفلاء** : وهذا هو الشرط الأساسي الذي يقوم عليه الدفع بالتقسيم، فإذا كان هناك كفيل واحد فلا مجال للكلام عن التقسيم لأنه مسؤول عن الدين كله.

- **يجب أن يتعدد الكفلاء لدين واحد** : بحيث لو إختلفت الديون المضمونة من الكفلاء، فلا مجال للتقسيم، وإنما يكون كل واحد منهم مسؤولا عن الدين الذي ضمنه ولا يمكن منهم طلب التقسيم مع مدين آخر لأنهم لم يكفلوا نفس المدين، هذا وأنه يجوز للكفيل أن يطلب من الدائن تقسيم الدين بينه و بين المصدق، لأنهما لا يكفلان نفس الإلتزام[90].

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

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

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

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

---

[89]– د/ مهدي سليمان، المرجع السابق ، ص 38.

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

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

3- الدفع بإضاعة التأمينات :

تنص المادة 656 قانون مدني جزائري على أنه : « تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات، ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو تقررت بعد الكفالة وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون ».

يتضح من هذا النص أن الدائن إن أهمل المحافظة على التأمينات بأن أضاع بخطئه شيئا منها فإن ذمة الكفيل تبرأ بقدر ما أضاعه الدائن من هذه الضمانات، وللكفيل[91] أن يدفع مطالبة الدائن له.

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

- أن يكون الدائن قد أضاع تأمينا خاصا: فيجب أن يكون التأمين الضائع تأمينا خاصا للوفاء بالدين المكفول سواء أكان تأمين شخصي أو عيني قدم من المدين أو شخص آخر، سواء وجد قبل الكفالة أو معها أو بعدها، وهناك رأي يقصر الضمانات على التأمينات الإتفاقية كالرهون، لكن الغالب هو الأخذ بأي ضمان سواء كان إتفاقي، قانوني، قضائي لأن النص جاء صريح، فإذا أهمل الدائن المحافظة على الضمان العام للمدين كما لو أهمل مطالبته حتى أعسر فلا يثبت الدفع للدائن لأنه لم يضيع هنا تأمين خاص[92].

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

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

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

- يجب أن يترتب على ضياع التأمينات ضرر بالكفيل : أي الضمانات التي أضاعها الدائن

---

[91]- د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق ،ص 76.

[92]- د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 245.

بخطئه أدت إلى الأضرار بالكفيل لأنها ذات قيمة معتبرة غير انه إذا كانت الضمانات التي أضاعها الدائن عديمة القيمة فإنه لا يجوز للكفيل التمسك بهذا الدفع[93].

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

4 – الدفع بعدم إتخاذ الدائن للإجراءات ضد المدين:

نصت المادة 1/657من القانون المدني الجزائري على انه : « لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في إتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه يتخذها...»

ويتضح من هذا النص أن تأخر الدائن في الرجوع على المدين لا يترتب عليه سقوط حقه في مطالبة الكفيل ولو ترتب عنه إضرار بالكفيل نتيجة إعسار المدين و تعذر رجوع الكفيل عليه.

« إلا أن القانون لم يترك الكفيل بدون حماية، لذا نص في فقرته الثانية من المادة 657 على : غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن بإتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا ».

ومنه إذا حل أجل الدين وخشي الكفيل أن يتأخر الدائن في إتخاذ الإجراءات ضد المدين أن ينذره بإتخاذها حين يرفع الدائن دعوى على المدين أو يبدأ في إتخاذ إجراءات التنفيذ ضده إذا كان بيده سند تنفيذي، فإن إنقضت ستة أشهر من يوم الإنذار دون أن يقوم الدائن في إتخاذ هذه الإجراءات برأت ذمة الكفيل، إلا إذا قدم المدين للكفيل ضمانا كافيا يضمن به الكفيل الرجوع عليه إذا ما اضطر للوفاء للدائن، وقبول هذا الدفع يؤدي إلى رفض دعوى الدائن والحكم ببراءة ذمة الكفيل[94].

5 – الدفع بعدم تدخل الدائن في تفلسة المدين:

نصت المادة 658من القانون المدني الجزائري على ما يلي: « إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة، و إلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن ».

لقد فرض القانون على الدائن التدخل في التفلسة لأنها الوسيلة الوحيدة للحصوله على حقه من المدين ، فإن قصر الدائن في إتخاذ هذا الإجراء، وترتب عليه ضياع فرصته في استفاء بعض حقه، فلا يجوز له الرجوع على الكفيل إلا بما يزيد على القدر الذي كان يحصل عليه من التفلسة لو دخل فيها.

فإن لم يدخل الدائن في التفليسة وطالب الكفيل بالوفاء بكل الدين جاز لهذا الأخير التمسك في

---

[93]- د/ نزيه كبارة العقود المسماة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2010 ، ص 283 .

[94]– د/ عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني الجزائري العقود المسماة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ، 2013، ص 258.

مواجهته ببراءة ذمته بالقدر الذي أضاعه لعدم تدخله في التفليسة، وله أن يتمسك بهذا في صورة دعوى للحصول على البراءة[95]، قد صدر في هذا الشأن قرار عن المحكمة العليا جاء فيه : « حيث وأن المحكمة العليا وبالرجوع إلى عناصر الملف وجدت أن المدين مؤسسة أشغال البناء قسنطينة قد حلت والحال كان على المدين عليه ديوان الترقية والتسيير العقاري أن يطالب بدينه أمام المعني قبل العودة على الكفيل (القرض الشعبي الوطني) وهو ما لم يقم به، وبذلك أخطأ في تطبيق المادة 658 من القانون المدني الجزائري ومنه كان على الدائن إتباع الإجراءات اللازمة قبل العودة على الكفيل »[96].

الفرع الثالث : إلتزامات الدائن عند إستفاء الدين إتجاه الكفيل.

لقد نصت المادة 671 من القانون المدني الجزائري على انه : « إذا وفي الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق تجاه المدين...»، ان حكم هذه المادة ما هو إلا تطبيقا للقواعد العامة الواردة بنص المادة 261 من القانون المدني الجزائري الخاصة بالوفاء مع الحلول[97].

فالمادة 264 نصت على :«من حل محل الدائن قانونا أو إتفاقا كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع، وما يكلفه من تأمينات ما يرد عليه من دفوع و يكون هذا الحلول بالقدر الذي آداه من ماله من حل محل الدائن ».

ومنه يترتب على حلول الكفيل محل الدائن أن يكون للكفيل أن يرجع على المدين بحق الدائن بما له من خصائص، وما يلحقه من تأمينات، ومن ثم فإن الكفيل يقوم بعد الوفاء بالدين المكفول بالرجوع على المدين بما وفاه للدائن، وعلى هذا الأخير أن يسلمه وقت الوفاء كل المستندات اللازمة لإستعمال حقه في الرجوع بدعوى الحلول أين يحل محل الدائن في حقوقه، وأهم هذه المستندات سند الدين المكفول الموجودة في يد الدائن ومخالصة من الدائن تفيد إستفاءه للدين، فإن إمتنع الدائن عن هذا كان من حق الكفيل الإمتناع بدوره عن تنفيذ إلتزامه، لان تصرف الدائن هذا يؤدي إلى إضعاف حق الكفيل في الرجوع و استرداد ما وفها ، و عليه عند حدوث التنازع كان للكفيل في إيداع مبلغ الدين بخزانة المحكمة، وله بعد هذا الإيداع القانوني الرجوع على المدين بعد الحصول على شهادة بذلك تغنية من مستندات الدين وعن المخالصة[98]، هذا ولقد نصت المادة 659 من القانون المدني الجزائري على أنه : « إذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل،أما إذا كان الدين مضمونا بتأمين عقاري، فإن الدائن يلتزم بالإجراءات

---

[95]– د/ محمدي سليمان، المرجع السابق، ص 43.

[96]– قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ : 2002/11/09 غير منشور تحت رقم 264039 بين القرض الشعبي الوطني وديوان الترقية والتسيير العقاري.

[97]– للتوضيح أكثر راجع نص المادة 261 من القانون المدني الجزائري.

[98]–د/ أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 167.

اللازمة لنقل هذا التأمين، ويتحمل الكفيل مصروفات هذا النقل على أن يرجع بها على المدين ».
فالنص ألزم الدائن القيام بنقل الضمانات للكفيل، ويتم النقل من خلال إتخاذ الإجراءات التي تتفق وطبيعة الضمان. فإن كان الدين مضمون بمنقول مرهون أو محبوس، وجب على الدائن أن يتخلى عن حيازته للكفيل، أما إن كان مضمون بتأمين عقاري (رهن رسمي أو حق إختصاص) فعلى الدائن أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقله، وذلك بالتأشير على هامش القيد مع تسليم عقد الرهن أو صورة الحكم الذي قرر حق الإختصاص ويتحمل الكفيل مصروفات النقل، على أن يرجع بها على المدين بعد ذلك[99].

المطلب الثاني : العلاقة بين الكفيل والمدين.

إذا وفي الكفيل الدين للدائن، فإنه يكون قد أوفى بدين غيره، في نفس الوقت يكون قد نفذ إلتزامه الناشئ عن عقد الكفالة وطبقا للقواعد العامة فإن لمن وفى دين غيره الرجوع على المدين الأصلي بقدر ما دفعه، ولكن إذا كان الوفاء قد تم رغم إرادة المدين، فلا يحق للموفى إلا الرجوع بأقل القيمتين، قيمة ما أوفى به، وقيمة ما عاد على المدين من فائدة نتيجة لهذا الوفاء الذي تم دون إرادته (م 259 ق م ج).

وإذا كان من وفى دين غيره ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه، فإنه يستطيع الرجوع على المدين بدعوى الكفالة أو بدعوى الحلول محل الدائن طبقا لنص المادة 261 من القانون المدني الجزائري، وهو ما سنتطرق إليه بالتفصيل في هذا المطلب.

الفرع الأول : طرق رجوع الكفيل على المكفول عنه بالدعوى الشخصية (دعوى الكفالة)

تنص المادة 670 من القانون المدني الجزائري على أنه : « يجب على الكفيل أن يخبر المدين قبل أن يقوم بالوفاء أي بوفاء الدين وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفي الدين أو كان عنده وقت الاستحقاق، أسباب تقضي ببطلان الدين أو إنقضائه...».

وتنص المادة 672 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يكون للكفيل الذي وفي 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 ».

ومن ثم يكون للكفيل الذي كفل المدين، سواء كانت الكفالة بعلمه أو بغير علمه الرجوع بالدعوى الشخصية سواء كان متضامنا أو كفيلا عاديا، وسواء كان شخصيا أو عينيا لكن هناك إستثناء : إذ لا يدخل في نطاق هذا النص الكفيل الذي يكفل المدين رغم معارضته.

ولا يدخل أيضا في نطاق هذا النص، الكفالة التي تعقد لمصلحة الدائن دون مصلحة المدين، بحيث

---

[99]– د/ محمد صبري السعيدي، المرجع السابق، ص 110.

تكون الكفالة في صالح الدائن دون المدين إذا عقدت بعد وجود الإلتزام في ذمة المدين، وذلك لتأمين الدائن ضد خطر إعسار المدين دون فائدة لهذا الأخير[100].

وفي هذه الحالة لا يحق للكفيل الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية، وإن كان له الحق في الرجوع بناءا على دعوى الإثراء بلا سبب المنصوص عليها في القواعد العامة للقانون المدني (م 141 ، 142 ق م ج). هذا وأن أغلبية الفقه الحديث يذهب إلى القول بأن الدعوى الشخصية التي يرجع بها الكفيل على المدين طبقا للمادة 670 و672 من القانون المدني الجزائري هي دعوى مستقلة.

كما يذهب أغلب الفقه إلى القول بوجوب حرمان الكفيل من الدعوى الشخصية متى أبرمت رغم معارضة المدين إن كانت لصالح الدائن وحده ليقتصر حقه في الرجوع على المدين بدعوى الحلول فقط، هذا ونشير إلى أن الفقه المصري يجيز للكفيل هاتين الحالتين[101].

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

- أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين ودون معارضته:

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

- قيام الكفيل بالوفاء للدائن :

يجب أن يقوم الكفيل بالوفاء بالدين المكفول، والوفاء قد يتم بتقديم الشيء المستحق أصلا او القيام بما يقوم مقامه بشرط أن يؤدي إلى براءة ذمة المدين، هذا ويرجع الكفيل على المدين ولو وفى بجزء من الدين، إذا كانت الكفالة عن جزء من الدين أو قبل الدائن منه الوفاء الجزئي، وهنا تختلف دعوى الكفالة عن دعوى الحلول التي يشترط للرجوع بها أن يكون الوفاء كليا، وللدائن أن يرجع في الوقت نفسه على المدين بما تبقى من حقه، فإن كانت أموال المدين غير كافية للوفاء لكل من الكفيل والدائن فإنه يتم تقسيم المال بينهما قسمة غرماء، فالدائن لا يتقدم على الكفيل في إستفاء

---

[100]- د/ زهية سي يوسف، المرجع السابق، 2001، ص 80و 81.

[101]- د/ عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص 290.

الباقي من أموال المدين كما هو الحال في دعوى الحلول[102].

- وفاء الكفيل بالدين عند حلول أجله :

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

- ألا يكون الوفاء قد حصل بخطأ من الكفيل :

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

هذا وإن رأى الكفيل عدم جدية إعتراضات المدين وقام بالوفاء على مسؤوليته، فإن أثبت بعد ذلك صحة هذه الإعتراضات لم يكن للكفيل الرجوع عليه، ولكن يرجع على الدائن لإسترداد ما دفع بدون حق.

أما إذا لم يرد المدين على إخطار الكفيل أو تراخى ووفى الكفيل، لم ينسب له تقصير ويكون له أن يرجع بالدعوى الشخصية لإسترداد ما وفى ولو ظهر للمدين أسباب تقضي ببطلانه، إذ يتحمل تبعة تقصيره ويلتزم بأن يدفع للكفيل ما أداه[103].

وهذا ويرجع الكفيل مطالبا المدين طبقا للمادة 672 قانون مدني جزائري[104] بأصل الدين والمصروفات، غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار

---

[102]- د/ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 109 .

[103]- د/ عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 280.

[104]- راجع المادة 672 قانون مدني جزائري.

المدين الأصلي بالإجراءات التي إتخذت ضده ».

✓ **أصل الدين :**

وهو كل ما قام الكفيل بدفعه إلى الدائن لإبراء ذمة المدين، ويشمل ذلك مقدار الدين الأصلي و كذا فوائد هذا الدين لو كان يتيح فوائد إتفاقية أو قانونية ما دامت تدخل ضمن الدين المكفول، وفي هذا الصدد قرار عن المحكمة العليا أخذ فيه إمكانية أن يطالب الكفيل بكل الفوارق بين مبلغ الكفالة والمبلغ الذي إلتزم بدفعه كالآتي :

« وحيث أن المجلس لما ألزم الطاعن الحالي بدفع مبلغ الكفالة تنفيذ العقد المبرم بيد الطرفين وصرفه للقيام بدعوى مستقلة تطلب إرجاع الفرق في الضريبة يكون قد سبب قراره نسبيا، فالكفيل ملزم بالدفع دائما ولو زاد المبلغ »[105].

✓ **المصروفات :**

وهي كل المبالغ التي أنفقها الكفيل في تنفيذ عقد الكفالة وتلك التي أنفقها الدائن في رجوعه على الكفيل وإضطر الكفيل إلى ردها له، بالإضافة إلى ذلك ما يكون قد أنفقه في الإرشاد على أموال المدين لتجريده، ومصروفات الدعوى التي رفعها الدائن على الكفيل لكن لا يرجع بهذه المصروفات على المدين إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي إتخذها ضده لأن المدين متى أخطر بها قد يسارع إلى الوفاء بإلتزامه ويتجنب بذلك المصروفات التي يقوم بها الكفيل أو الدائن ولو لم يخطر.

هذا وبالمقابل فإن حق الكفيل في الرجوع يمتد حتى إلى مصروفات المطالبة الأولى كمصروفات التنبيه بالوفاء ومصروفات رفع الدعوى، إذ أنها مصروفات تنفق قبل أن يصل الكفيل إلى إتخاذ أي إجراء بإخطار للمدين ولهذا يلتزم بها المدين لا الكفيل، هذا ولقد أثير التساؤل ما إذا كان للكفيل مطالبة المدين بالتعويض إذا لحقه الضرر؟ وهنا نقول أن المادة 672 ق م ج لم تذكر شيء عن التعويض، وهذا على غرار المشرع المصري الذي نص في المادة 800 من القانون المدني المصري على حق الكفيل بالرجوع بالتعويض ، أما المشرع الفرنسي فالمادة 228 قانون مدني فرنسي قد نصت صراحة على أن للكفيل العودة بالتعويض على المدين دون أن يشترط سوء نية هذا الأخير ، وأمام سكوت النص الجزائري نقول بضرورة العودة إلى القواعد العامة والتي تسمح بالمطالبة بالتعويض متى فعل الغير ضررا، ومثاله في هذا الموضوع أن يضطر الكفيل إلى بيع ماله بثمن بخس حتى يفي للدائن، أو أن يوقع الدائن حجزا على مال الكفيل وبيعه بثمن بخس، وفي هذا الصدد قرار من المحكمة العليا جاء فيه ما يلي: « حيث أن الطاعن (د.ع) كفل المدين

---

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

(ب.س) وأن المحكمة ألزمت الطاعن بدفع 1.400.000,00 دج بصفته ضامن في صفقة تجارية، وأن هذه المطالبة مست بمركز سمعته التجارية وعرضته للخسارة، والحال أن تقدير المسؤولية المدنية والضرر الناشئ عنها هو من المساءل التي يبقى تقديرها خاضعا لقضاة الموضوع، ولا رقابة للمحكمة العليا عليه »[106]، وهو القرار الذي يؤكد إتجاه المحكمة العليا في إمكانية المطالبة بالتعويض.

الفرع الثاني : طرق الرجوع على المكفول عنه بدعوى الحلول.

تنص المادة 671 قانون مدني جزائري على انه : « إذا وفي الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين، ولكن إذا لم يوفي إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلا يستوفى الدائن كل حقه من المدين ».

والملاحظ أن حكم هذا النص ليس إلا تطبيقيا خاصا للقاعدة العامة التي وردت في المادة 261 قانون مدني جزائري التي تنص علي ما يلي : « 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 بوفائه عنه إذا كان الموفي دائنا و وفى دائنا أخر مقدما عليه بماله من تامين عيني ولو لم يكن للموفي أي تامين... »

والكفيل كما رأينا ملزم بوفاء الدين عن المدين، فيكفي لرجوع الكفيل بدعوى الحلول[107]، أن يكون قد وفى الدين ويستوي أن تكون الكفالة قد عقدت بعلم المدين أو دون علمه، أو رغم إرادته سواء كانت لمصلحة المدين أو لمصلحة الدائن، غير أن الفرق بين الدعوى الشخصية ودعوى الحلول أن هذه الأخيرة توجب أن يكون الدائن قد إستوفى كل حقه، حيث نصت المادة 2/671 على ما يلي : « ولكن إذا لم يوفي إلا ببعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي كل حقه من الدين »، وهو تطبيق للقواعد العامة الواردة بنص المادة 265 قانون مدني جزائري التي نصت على أنه: « إذا وفى الغير الدائن جزءا من حقه وحل محله فيه، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء، ويكون في استفاء ما بقي له من حق مقدما على وفاه، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك...»، وطبقا لهذا النص فإن للدائن أن يسمح للكفيل الرجوع بدعوى الحلول قبل إستفاء كل حقه، ذلك أن الغرض من هذه الدعوى حماية مصلحة الدائن الذي له التنازل عن الحماية المقررة له، هذا وللكفيل الإستفادة من كل التأمينات التي تضمن الدين متى وفى بالإلتزام أو وفاه جزئيا وقام المدين بالوفاء بالجزء الباقي، أو قام شخص آخر غير المدين بالوفاء، وهنا يكون الشخص والكفيل على قدم المساواة ، فيقسمان الناتج من دعوى الحلول قسمة غرماء وهو ما نصت عليه المادة 265 قانون مدني جزائري بقولها

---

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

[107]– د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 104.

: «...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».

فيترتب على حلول الكفيل محل الدائن طبقا للمواد 671، 261 ، 264 من القانون المدني الجزائري أن يكون للكفيل الرجوع على المدين بحق الدائن بما له من خصائص وما يلحقه من توابع، وما عليه من دفوع على التفصيل التالي :

يرجع الكفيل بحق الدائن بما له من خصائص، وعليه فلا يمكن أن يرجع على المدين إلا عند حلول الأجل الذي يستطيع الدائن الرجوع فيه، فلو منح الدائن أو القاضي أجل للمدين فإن الكفيل لا يستطيع الرجوع قبل الأجل الجديد.

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

وإذا كان حق الدائن يسقط بالتقادم القصير كانت له هذه الصفة عند رجوع الكفيل به، فيسقط بهذه المدة القصيرة وقد تكون هذه المدة أوشكت على الإنقضاء فلا تلبث أن تنقضي بعد إنتقال الحق للكفيل وهذا على غرار حالة الرجوع بالدعوى الشخصية أين رأينا أن حق الكفيل لا يسقط إلا بمرور 15 سنة، كما يرجع بما يلحق هذا الحق من توابع كالفوائد مثلا، كما يستفيد من كل التأمينات سواء كانت شخصية أو عينية، وهي تنتقل بحكم القانون إن لا يحتاج إلى إتفاق بين الكفيل والدائن.

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

المطلب الثالث : دراسة لحالة تعدد المدينين والكفلاء في الدين.

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

الفرع الأول : رجوع الكفيل عند تعدد المدينين المتضامنين والغير المتضامنين .

تنص المادة 673 من القانون المدني الجزائري على ما يلي : « إذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين فللكفيل الذي ضمنهم جميعا أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين ».

و باستقراء هذه المادة يتضح انه يجوز للكفيل عدت مدنيين متضامنين في وقت واحد ، و للكفيل بعد قيامه بالوفاء الرجوع على أي منهم بما وفاه من الدين .

أولا : حالة تعدد المدينين مع عدم تضامنهم.

إذا كان المدينون غير متضامنين فيما بينهم، وكفلهم الكفيل جميعا، ووفى بالدين للدائن، فإنه في هذه الحالة يرجع على كل واحد منهم بقدر نصيبه، سواء رجع الكفيل بدعوى الحلول أو بالدعوى

الشخصية أو بدعوى الإثراء بلا سبب.

أما إذا كان المدينون غير متضامنين فيما بينهم وكفل الكفيل بعضهم فقط فإنه في هذه الحالة لا يرجع إلا على المدينين الذين كفلهم وبقدر نصيبهم في الدين، وليس له الرجوع على غيرهم سواء بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول إذا دفع أكثر من نصيب المدينين الذين كفلهم مما أدى إلى براءة ذمة المدينين الذين لم يدفع لهم مما يجيز له الرجوع على الذين لم يكفلهم بدعوى الإثراء بلا سبب[108].

ثانيا : حالة تعدد المدينين وتضامنهم

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

أما إذا كان المدينون متضامنين وضمن الكفيل بعضهم فقط، فإنه يحق كذلك له أن يطالب أيا من المدينين الذين ضمنهم بكل الدين الذي وفاه سواء رجع عليه بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول، ومع ذلك هل يجوز للكفيل أن يرجع على المدين متضامن لم يكفله ؟ وبأي دعوى يتم ذلك ؟

من المسلم به أنه لا يجوز له الرجوع عليه بالدعوى الشخصية لأن هذه الدعوى خاصة برجوع الكفيل على المدين الذي كفله، ولكن يجوز للكفيل أن يرجع على المدينين الذين لم يضمنهم بدعوى إثراء بلا سبب بقدر الإثراء فقط، كما يمكنه أن يرجع عليهم بالدعوى الغير مباشرة مستعملا حقوق مدينه لأن الكفيل بقيامه بالوفاء يصبح دائنا للمدين وفي هذا الصدد تنص المادة189 قانون مدني جزائري على ما يلي : « لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل بإسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها خاصا بشخصه أو غير قابل للحجز ولا يكون إستعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا، إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن إستعمال هذه الحقوق وأن هذا الإمساك من شأنه يسبب عسرة أو أن يزيد فيه، ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه غير أنه لابد أ يدخله في الخصام ».

أما بالنسبة لرجوع الكفيل بدعوى الحلول فهناك من يرى أنه لا يجوز للكفيل الرجوع على المدينين الذين لم يضمنهم بهذه الدعوى، وهناك من يرى عكس ذلك وسندهم في ذلك المادة 264 قانون مدني جزائري[109] التي تؤكد على أن من حل محل الدائن كان له حقه بما يكفل هذا الحق من ضمانات، والتضامن بين المدينين هو أحد ضمانات الوفاء بالحق، وعليه فإنه يجوز للكفيل الذي حل محل الدائن أن يرجع على أي مدين متضامن بكل الدين ولو لم يكن قد كفله، ويذهب البعض إلى القول بأن رجوع الكفيل على المدين المتضامن غير المكفول يكون بقدر حصته فقط، ولكن الرأي الغالب يذهب إلى أنه يحق للكفيل أن

---

[108]– د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 404.

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

يرجع بكل الدين على أي من المدينين المتضامنين حتى الذي لم يكفله منهم، وعلى ذلك يكون الحكم واحد بالنسبة للكفيل الذي يضمن جميع المدينين المتضامنين، للكفيل أن يرجع بدعوى الحلول، أي يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق على أي من المدينين المتضامنين حتى من لم يكفله وبكل الدين[110].

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

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

أولا : الحالة التي يتعدد فيها الكفلاء دون تضامن.

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

ومنه إذا تعدد الكفلاء وكانوا غير متضامنين فيما بينهم فإن الدين ينقسم عليهم، ولا يكون للدائن أن يطالب كلا منهم إلا بقدر نصيبه في المسؤولية عن الدين، كما أن لكل منهم أن يتمسك بالتقسيم إذا طالبه الدائن بكل الدين، فإذا وفى الكفيل كل الدين بالرغم من عدم إلتزامه، فلا يستطيع الرجوع على غيره من الكفلاء إلا بدعوى الإثراء بلا سبب[111] وفقا للقواعد العامة، ويرجع على كل منهم بقدر نصيبه في المسؤولية عن الدين دون إعتبار لما يطرأ بعد ذلك من إعسار لبعض الكفلاء إذ لا يتحمل هذا الإعسار غيره من الكفلاء، بل الدائن هو الذي يتحمل حصة الكفيل المعسر منهم.

ثانيا : الحالة التي يتعدد فيها الكفلاء مع تضامنهم

إذا تعدد كفلاء الدين الواحد، وكانوا متضامنين فيما بينهم، وكانوا قد إلتزموا بعقود متوالية (م664 /2 ق م ج) فإن كل منهم يكون مسؤولا عن كل الدين، ولا يستطيع أحد الكفلاء أن يتمسك بتقسيم الدين بينه وبين غيره من الكفلاء، فإذا وفى أحدهم الدين بعد مطالبته فله الرجوع على غيره من الكفلاء، إما بدعوى الإثراء بلا سبب وإما بدعوى الحلول محل الدائن، وفي الحالتين فإنه لا يرجع على كل كفيل إلا بقدر حصته ونصيبه.

فإذا رجع الكفيل بدعوى الإثراء بلا سبب، فإنه يرجع بأقل القيمتين، قيمة إفتقاره أو قيمة ما أثرى به الكفيل الذي رجع عليه، وهذا الأخير قد أثرى بمقدار حصته ونصيبه في حصة المعسر، أما الكفيل الذي وفى

---

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

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

فقد إفتقر بمقدار ما وفاه مجاوزا حصته في المسؤولية عن الدين، ولا يمكن القول أنه لم يفتقر لأنه كان ملزم بوفاء الدين كله[112].

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

« إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله يجوز له أن يرجع على كل من الباقين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم »،

المبحث الثاني : طرق إنقضاء عقد الكفالة.

لقد سبق أن رأينا أن الكفالة عقد تابع للإلتزام الأصلي، إذ هي تقوم على ضمان الوفاء به، وعلى ذلك فهي تتبع هذا الإلتزام في الوجود والإنقضاء والصحة والبطلان. ولذلك تنقضي بإنقضاء الإلتزام الأصلي، كما أن هناك أسباب أخرى تؤدي إلى براءة ذمة الكفيل دون أن يترتب على ذلك إنقضاء الإلتزام الأصلي، و فيما يلي نسلط الضوء على أسباب إنقضاء الكفالة.

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

هذا المطلب ليس إلا تطبيقا للمبادئ العامة، حيث أن الإلتزام المكفول ينقضي بسبب من أسباب الإنقضاء العامة الواردة في التقنين المدني، وحيث أنه إذا إنقضى الإلتزام الأصلي المكفول الذي يرتكز عليه إلتزام الكفيل، فيجب أن ينقضي هذا الأخير بالتبعية, لأن الفرع يتبع الأصل وأن التابع يتبع المتبوع، وهذا نتيجة حتمية لطبيعة إلتزام الكفيل، حيث أن محل هذا الإلتزام هو ضمان الوفاء بالإلتزام الأصلي، فإذا إنقضى هذا الأخير أصبح إلتزام الكفيل بغير محل زمن ثم ينقضي هذا الأخير أصبح إلتزام الكفيل بغير محل ومن ثم ينقضي دوره[113].

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

الفرع الأول : إنقضاء الإلتزام الأصلي بالوفاء.

إذا قام المدين الأصلي بالوفاء بالدين، انقضى لتزامه بالتبعية التزام الكفيل وإذا حدث أن 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 المكفول.

أما إذا وفى بالدين شخص غير المدين وحل الموفى محل الدائن الذي استوفى حقه فإن ذمة الكفيل لا

---

[112]– د/ زهية سي يوسف، مرجع سابق، ص 96.

[113]– د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 410–409.

تبرأ لأن ذمة المدين لم تبرأ أيضا، ويسري نفس الحكم إذا أحال الدائن حقه إلى دائن آخر، فإن الدين يظل قائما بكل ضماناته بما في ذلك الكفالة، ويظل الكفيل مسؤولا في مواجهة المحال له كما كان مسؤولا في مواجهة الدائن الأصلي المحيل.

أما إذا أحال المدين التزامه إلى شخص آخر فإن الدين يظل قائما، لكن مع تغيير شخص المدين فإن إلتزام الكفيل ينقضي إلا إذا وافق على ضمان المدين الجديد، لأن الكفيل وضع ثقته في مدين معين بالذات، فلا تتجاوز الكفالة هذا المدين، ويشترط لبراءة ذمة الكفيل بالوفاء الصادر من المدين أن يكون هذا الوفاء صحيحا، أي أن يكون الموفى مالكا للشيء الذي وفى به وأن يكون أهلا للتصرف فيه[114]. وإذا كان الوفاء باطلا كما إذا صدر من شخص غير أهل للتصرف في الشيء الذي وفى به ولحق الموفى له ضرر من هذا الوفاء كان الوفاء غير صحيح فلا ينقضي الدين، ويبقى مضمونا بتأمينات ومنها الكفالة[115]، غير أنه إذا كان قد وفى المدين دينه المكفول وفاءا صحيحا، انقضى الدين وانقضى بالتبعية التزام الكفيل.

الفرع الثاني : إنقضاء الإلتزام الأصلي بما يعادل الوفاء.

وهنا نجد أن التقنين المدني قد تعرض لأربع أسباب لإنقضاء الإلتزام بما يعادل الوفاء : الوفاء بمقابل، التجديد، الانابة والمقاصة وإتخاذ الذمة.

أولا – إنقضاء الدين المكفول بالوفاء بمقابل:

تنص المادة 655 من القانون المدني الجزائري على ما يلي : «إذا قبل الدائن شيء آخر في مقابل الدين، برئت بذلك ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء[116]».

الوفاء بمقابل يفترض أن الميدن قد قدم للدائن عوضا عن المحل الأصلي، وأن هذا الدائن قد قبل هذا العرض كمقابل للشيء المستحق فإن ذلك يقوم مقام الوفاء وينقضي به الدين.

وإذا كان المدين قد قام بنقل ملكية الشيء إلى الدائن كمقابل للدين الذي يلتزم به في مواجهته، فإن ذلك يترتب عليه براءة ذمة المدين من الدين الأصلي، وتبرأ ذمة الكفيل وينقضي إلتزامه بطريق تبعي،

وعلى ذلك فإن الو فاءا بمقابل يعتبر تجديدا و وفاءا في نفس الوقت، ففي الوقت الذي قبل فيه الدائن في إستفاء حقه مقابلا إستعاض به عن الشيء المستحق يكون قد قام بتجديد الدين القديم بتغيير محله، ويترتب على ذلك إنقضاءه وإنقضاء تأميناته تبعا لذلك، ومن بينها بطبيعة الحال الكفالة، وينشأ دين جديد ينقضي في نفس الوقت بنقل ملكية الشيء الذي أعطى في مقابل الدين، وتسري في

---

[114]– وهو ما نصت عليه المادة 260 قانون مدني جزائري بقولها " يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشيء الذي وفى به، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه ".

[115]– د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 109.

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

هذه الحالة أحكام الوفاء باعتباره أنه يقضي الدين.

فإذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال بسبب عيب في الرضا أو نقص في الأهلية وحكم بإبطاله، فإن البيع يعتبر كأن لم يكن ويبقى الدين قائما، وتبقى أيضا الكفالة ضامنة له، لكن في حالة إستحقاق المقابل، فإن الدائن سوف يرجع على المدين بضمان الإستحقاق ولكنه لا يستطيع أن يرجع على الكفيل بشيء حيث أن ذمته قد برأت نهائيا بالوفاء بمقابل الذي تم صحيحا، هذا ما لم يكن المقابل مملوكا للكفيل نفسه وكان الكفيل يعلم أن المدين الأصلي قد أعطى هذا المقابل للدائن. فإنه في هذه الحالة لا يستطيع أن يجمع بين براءة ذمته وإسترداده المقابل في نفس الوقت، لان المقابل الذي كان سبب في براءة ذمته[117].

والغالب أن المدين هو الذي يقدم شيئا مملوكا في مقابل الدين، أما إذا كان الذي قدم المقابل هو الكفيل، وإستحق المقابل لن تبرأ ذمة هذا الكفيل بل يرجع عليه الدائن بضمان الإستحقاق وذلك طبقا للقواعد العامة.

أما في حالة ما إذا قدم المدين أو الغير (غير الكفيل) مقابل للدائن فإنه في هذه الحالة ينقضي الدين الأصلي وأيضا تنقضي الكفالة ولو إستحق المقابل المدفوع من المدين أو من الغير، فإن الكفالة لا تعود لأن الوفاء بمقابل يبرئ ذمة الكفيل نهائيا وأن للدائن أن يرجع على المدين أو على الغير بضمان الاستحقاق[118].

ثانيا – انقضاء الدين المكفول بالتجديد:

التجديد هو إنقضاء الإلتزام في مقابل إنشاء إلتزام جديد يحل محله، فهو إتفاق بين الطرفين على إنهاء الإلتزام الأصلي أو القديم القائم بينهما، مقابل إنشاء إلتزام آخر جديد يحل محله، ومثال ذلك أن يكون إلتزام الطرفين القديم هو دفع مبلغ من النقود قدره 10,000 دج فيتفقا على تجديده بتسليم كمية معينة من بضاعة متفق عليها.

والتجديد هو تصرف قانوني ينشأ إلتزاما جديدا له ثلاث أنواع : التجديد بتغيير الدين (كما هو الحال في الإلتزام البدلي، وفي الوفاء بمقابل)، والتجديد بتغيير المدين (وهو حوالة الدين)[119] وأخيرا التجديد بتغيير الدائن (وهو حوالة الحق) ، ويلزم لإجراء التجديد أن يكون الإلتزام القديم صحيحا، وأن يكون الإلتزام الجديد الذي يحل محله صحيحا أيضا.

والتجديد له صور كثيرة في الحياة العملية، يجمعها دائما الإتفاق الحاصل بين الدائن مع المدين، والذي قد ينصب على حلول دين جديد محل الدين القديم بتغيير أحد أطرافه أو بتغيير محله أو مصدره[120].

---

[117]– د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 412.

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

[119]– إن التجديد بتغيير المدين تظهر أهميته خاصة في التشريعات التي تأخذ بحوالة الدين، كالقانون الفرنسي مثلا.

[120]–راجع المادة 287 من القانون المدني الجزائري.

ويكون متى جدد المدين الأصلي دينه بتغيير الدائن أو المدين أو تغيير الدين في محله أو مصدره، وعليه فإن الدين المكفول ينقضي والكفالة بصورة تبعية، ويحل محل الدين المكفول دين جديد لا تنتقل إليه التأمينات التي تكفل الدين المكفول، إلا إذا نص القانون على ذلك وتبين من الإتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد إنصرفت إلى ذلك، من ثمة يكفي الإتفاق على إنتقال التأمينات صراحة أو ضمنيا حتى تنتقل هذه التأمينات إلى الإلتزام الجديد.

وعليه في حالة تجديد الإلتزام الأصلي ونشؤ إلتزام جديد تنقضي الكفالة تبعا ما لم يرضى الكفيل لضمان الإلتزام الجديد (لا تنتقل الكفالة العينية او الشخصية ولا التضامن إلى الإلتزام الجديد إلا إذا قبل بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون (م 293 ق م ج)، ولكي يرتب التجديد آثاره ومنها إنقضاء الكفالة يجب :

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

2- أن تكون نية التجديد واضحة، سواء كانت صراحة أو تستخلص من ظروف الحال[121].

ثالثا : إنقضاء الإلتزام المكفول بالإنابة.

المقصود بالإنابة هو أن يلتزم شخص ثالث بالوفاء بالدين مكان المدين، فإذا قامت الإنابة صحيحة برئت ذمة المنيب وأدى إلى إنقضاء الإلتزام بالإنابة في الوفاء[122].

ومن هنا فإن للنابة ثلاثة أطراف : المنيب وهو المدين الأصلي، والمناب هو الشخص الأجنبي الذي يلتزم بتحمل الدين والوفاء به مكان المدين والمناب لديه هو الدائن، والإنابة لا تقتضي أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والشخص الأجنبي الذي يرتضي تحمل الدين، كما لو كان المناب يقصد من الإنابة قضاء دين بينه وبين المنيب.

وبمقتضى الإنابة يحل الشخص الأجنبي (المناب) محل المدين (المنيب) في الوفاء للدائن ومن ثم فإن المناب لديه (الدائن) ليس طرفا في الإتفاق الذي يتم بين المنيب والمناب ولكنه يشترط مع ذلك قبوله لقيام الإتفاق صحيحا[123].

والإنابة المقصودة هي الإنابة الكاملة والتي يترتب عليها إنقضاء الإلتزام المكفول، وتكون كذلك إذا تم الإتفاق 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 تجديدا بتغيير المدين هي التي ترد عليها الحوالة في الفقه الإسلامي، وخاصة عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة، ونظرا لمبدأ عدم إفتراض التجديد في الإنابة فإنه في حالة النزاع يظل المدين ملزما بالدين في مواجهة دائنه إلى جانب إلتزام المناب.

---

[121]- د/ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 103.

[122]-لتوضيح أكثر راجع المادة 294 من القانون المدني الجزائري.

[123]- د/ زهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 75.

إذا فالإنابة تحمل إلتزام جديد بتغيير شخص المدين الذي تبرأ ذمته بشرط أن يكون الإلتزام الجديد الذي إرتضاه المناب صحيح، وأن لا يكون المناب معسرا ويترتب عليه إنقضاء التأمينات الضامنة لهذا الإلتزام ومنها الكفالة.

أما الإنابة الناقصة، فهي لا تضمن تجديدا يتغيير المدين، حيث يظل المدين الأصلي ملزما بالدين في مواجهة الدائن إلى جانب إلتزام الشخص الأجنبي (المناب) ويصبح للدائن أي المناب لديه مدينان بدلا من مدين واحد، حيث لا يترتب عليها إنقضاء الدين[124].

رابعا – إنقضاء الدين المكفول بالمقاصة :

يقصد بالمقاصة إجتماع صفة الدائن والمدين بالنسبة إلى الدين الواحد في ذات الشخص، مما يؤدي إلى إنقضاء الدين لإتحاذ الذمة بالقدر الذي إتخذت فيه، فهي وسيلة سلبية تؤدي لإنقضاء الدينين المتقابلين في الديون المتقابلة بين الذمتين، كل منهما دائنة للأخرى ومدينة لها معا، وذلك بمقدار الأقل منهما[125].

إذا أصبح المدين المكفول دائنا للدائن وتوافرت شروط المقاصة المنصوص عليها في المادة 297 قانون مدني جزائري إنقضى الإلتزام المكفول بقدر الإلتزام الذي ترتب في ذمة الدائن، وإنقضى إلتزام الكفيل بالتبعية لهذا القدر المنقضي من الإلتزام المكفول[126]. ولا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة في ذلك، وهو ما نصت عليه المادة 300 قانون مدني جزائري[127]. وصاحب المصلحة هو المدين ولا يترتب الدفع بالمقاصة أثره إلا من الوقت الذي يصبح فيه الإلتزامين صالحين للمقاصة وللكفيل أيضا الحق في التمسك بإنقضاء الدين الأصلي بالمقاصة لأنه صاحب المصلحة، إذ يترتب على إنقضاءه إنقضاء إلتزامه بالتبعية حتى ولو كان متضامنا، وحتى ولم يتمسك بها المدين وهذا إستنادا للمادة 654 قانون مدني جزائري التي تنص على أنه "يبرا الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين " لكن لا تقع المقاصة بين دين الدائن في ذمة المدين، ودين الكفيل غير المتضامن في ذمة الدائن لأن الدينين غير متقابلين.

هذا وأن المقاصة ليست من النظام العام، لذا يجوز التنازل عنها، وهنا يكون على كل من المدينين أن يؤدي الذي في ذمته، وله أن يتقاضى حقه من دينه، والنزول عن المقاصة يعيد الدينين، فإذا كان أحد

---

[124]– د/ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 316، 317.

[125]– د/ نزيه كبارة ، المرجع السابق، ص 326.

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

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

المدينين مضمون بكفيل، و وقعت المقاصة بين الدينين إنقضى الدين المكفول وإنقضت تبعا لذلك الكفالة[128].

خامسا : إنقضاء الدين المكفول بإتحاد الذمة.

يقصد بإتحاد الدمة إذا إجتمع في الشخص الواحد صفة الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد، إنقضى هذا الدين بالقدر الذي إتخذت فيه الذمة.

إن الإلتزام يقتضي قانونا وجود شخصين مختلفين، أحدهما يكون دائن والآخر يكون مدين فإذا إجتمعت صفة الدائن والمدين في الشخص الواحد لأي سبب من الأسباب وبالنسبة إلى دين واحد، إنقضى هذا الإلتزام بسبب قيام عقبة قانونية دون مطالبة الشخص لنفسه بتنفيذ الإلتزام.

ومثال ذلك عند قيام المستأجر بشراء العين المؤجرة من المالك المؤجر، فهنا تجتمع صفة المؤجر والمستأجر لدى نفس الشخص.

وقد يتم إتحاذ الذمة بسبب الوفاة، كما لو إذا توفى الدائن وورثه مدينه أو توفى المدين فورثه دائنه، فتجتمع صفة الدائن والمدين لدى الوارث في الدين ذاته.

ومن هنا يتضح الإختلاف الجوهري بين المقاصة وإتحاد الذمة، ففي المقاصة يوجد شخصان يتحمل كل منهما دين مستقلا عن الآخر، ويكون لكل منهما صفة الدائن في دين وصفة المدين في دين آخر، أما في إتحاذ الذمة فإن صفتي الدائن والمدين تجتمعان لدى الشخص الواحد، وبالنسبة لدين واحد[129].

ينقضي الإلتزام إذا إجتمعت في شخص واحد صفة الدائن والمدين بالنسبة للدين الواحد،وبالقدر الذي إتخذت فيه الذمة، كأن يرث الدائن مدينه فإن في هذه الأحوال ينقضي الدين لإتحاد الذمة، ويترتب على إنقضاء الإلتزام الأصلي المكفول إنقضاء إلتزام الكفيل بالتبعية.

ولكن مما يجدر ذكره هنا أن إتحاد الذمة ليس في حقيقته سببا من أسباب إنقضاء الإلتزام بقدر ما هو مانع طبيعي يحول دون المطالبة بالدين، وعلى ذلك إذ أزال السبب الذي أدى إلى إتحاد الذمة، فإن المانع يزول ويعود الدين إلى الوجود وتعود بالتالي التأمينات التي تضمنه، فإذا كان من بينها كفالة، فإن إلتزام الكفيل يعود أيضا إلى الوجود ويقوم على ضمان هذا الإلتزام كما كان من قبل ومن قبيل ذلك أن يثبت أن المدين لم يكن له الحق في أن يرث الدائن أو أن الوصية كانت باطلة[130].

الفرع الثالث : انقضاء الالتزام الأصلي بدون وفاء

ينقضي الإلتزام دون وفاء في أحوال حددها القانون وهي كالآتي : الإبراء، إستحالة التنفيذ والتقادم المسقط.

أولا – الإبراء :

---

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

[129]– د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 225.

[130]– د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 412.

وهو تنازل الدائن صراحة أو ضمنا عن حقه في إستيفاء دينه إختياريا، متى وصل إلى علم المدين، وعندئذ يسقط الإلتزام بالإبراء، وينقضي حق الدائن في مواجهة مدينه.

فهو تصرف قانوني تبرعي بالإرادة المنفردة Acte unilatéral تتجه بمقتضاه إرادة الدائن وحده إلى إنقضاء الإلتزام، بتنازله عن حقه دون مقابل، وهو ينتج أثره القانوني بمجرد علم الموجه إليه، أي من تاريخ علم المدين به[131].

إن الإبراء في الفقه الإسلامي يتم بإرادة الدائن المنفردة، وهو عمل من أعمال التبرعات، وهو يرتد بالرد، وهذا التصوير يغلب فيه الطابع المادي[132]، ولا يصح الإبراء إلا من دين قائم مستحق الآداء، بأن يكون موجودا عند الإبراء منه، فإنه لا يجوز الإبراء عن دين مستقبل، ولذلك فإنه إذا إنقضى إلتزام المدين لأي سبب من أسباب إنقضاء الإلتزام فلا يقع الإبراء.

كما أنه لا يتوقف الإبراء على قبول المدين كقاعدة عامة لأن الإبراء يعتبر من قبيل التبرعات. غير أنه لهذا الأخير الحق في رده ورفضه[133] إذا أراد التخلص من تبرع لا يرغب فيه أو مفروض عليه، فإذا مات المدين قبل قبوله للإبراء، فإن الدين محل الإبراء لا يؤخذ من التركة، ولا يلزم به الورثة الشرعيين.

وهو ما عبرت عنه بكل وضوح المادة 445 من القانون الأردني بقولها : «لا يتوقف الإبراء على قبول المدين، إلا أنه يرتد برده وإن مات قبل القبول، فلا يؤخذ الدين من التركة».

ومن ثم يشترط توافر أهلية التبرع لدى الدائن، بأن يكون بالغا سن الرشد غير محجور عليه، وأن يقدم على الإبراء برضاه التام، وبكل حرية وإختيار، وأن يكون سببا مشروعا لدى المدين أيضا فإنه

يجوز لدائنه الطعن فيه بالدعوى البوليصية وعلى هذا يأخذ الإبراء حكم الوصية، إذا صدر من الدائن اثبات مرض الموت وتطبق عليه أحكام الدعوى البوليصية .

غير أنه لا يشترط في الإبراء أي شكل خاص، ولو وقع على تصرف قانوني يشترط لقيامه توافر شكل معين فرضه القانون أو إتفق عليه المتعاقدان[134]. فإنه إذا كان الإبراء (Remise de dette) تبرع (Libéralité) فهو لا يعتبر هبة (Donation)، لأن الهبة عقد، وهي تخضع للشكلية الواجب إتباعها في الهبة، في حين أن الإبراء لا يشترط فيه شكل خاص[135].

---

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

[132]- للتوضيح أكثر راجع المادة 306 من القانون المدني الجزائري.

[133]- فإذا رفضه المدين، فلا ينتج الإبراء أثرا بالنسبة إليه ويبقى ملزما بالدين.

[134]- راجع المادة 306 من القانون المدني الجزائري.

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

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

والإبراء في الفقه الإسلامي، إما أن يكون إبراء إستيفاء (ويدخل فيه الوفاء بمقابل)، وإما أن يكون ابراء إسقاط (وهو الذي يؤدي إلى إسقاط الحق الشخصي)، يدخل في أسباب إنقضاء الإلتزام[136].

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

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

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

وجدير بالذكر أن بعض القوانين المدنية العربية أوردت حكما خاصا مقتضاه أن الإبراء لا يكتمل ولا ينفذ في مواجهة المدين إلا إذا قبله أحد بأحكام الشريعة الإسلامية، فإذا رفضه لا ينفذ في مواجهته، ويبقى ملزما بالدين في مواجهة الدائن، وذلك لأن المدين قد تكون له مصلحة في أن يبقى دينه قائما إلى أن يقوم بتسديده، فتبرأ ذمتة اتجاه الدائن نهائيا، وعلى هذا الأساس فإن الإبراء لا ينهي إلا عنصر المسؤولية وحده، ذلك أن عنصر المديونية (La créance) يظل قائما رغم الإبراء الصدر من إرادة الدائن وحده، كما رأينا سابقا في الإلتزام الطبيعي[137].

ثانيا – إستحالة التنفيذ :

ينقضي الإلتزم إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه بشكل مطلق ودائم، بسبب أجنبي (cause étrangère) لابد له فيه (Non imputable) طرأ بعد قيامه، لا يمكن توقعه (Imprévisible) ولا دفعه[138].

وهو ما نصت عليه المادة 448 قانون مدني أردني من أنه «ينقضي الإلتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لابد له فيه[139].

---

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

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

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

وهو ما عبرت عنه أيضا المادة 335 قانون مدني مغربي بقولها « ينقضي الإلتزام إذا نشأ ثم أصبح محله مستحيلا، إستحالة طبيعية أو قانونية، لغير فعل المدين أو خطأه وقبل أن يصير في حالة المماطلة» فلا محل لأي تعويض، إذا أثبت المدين أن عدم الوفاء بالإلتزام أو التأخير فيه ناشئ عن سبب لا اليد له فيه، كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي وهذا يكون بإثبات شروط السبب الأجنبي (cause étrangère) الذي لابد للمدين فيه، والذي يؤدي إلى إستحالة تنفيذ الإلتزام إستحالة مطلقة، ويدخل في مفهوم السبب الأجنبي القوة القاهرة (la force majeure) والحادث الفجائي (le cas fortuit) وخطأ الغير (La faute d'autrui) ، وكذا خطأ الدائن وهي من المسائل الموضوعية التي يستقل بها قضاة الموضوع.

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

وفي جميع الأحوال، فإنه يشترط لإنقضاء الإلتزام بالإستحالة أن يكون تنفيذه قد أصبح مستحيلا إستحالة مطلقة منها ودائمة بالنسبة للأشخاص كافة، مادية كانت أو هلاك الشيء المعين بالذات هلاكا كليا، أما قانونية القيام دولة بنزع ملكية العقار الذي إلتزم المدين بنقل ملكيته وبإنقضاء مدة الطعن المقررة للإستئناف.

وتقدر الإستحالة المطلقة بمعيار موضوعي وليس بمعيار شخصي، أي بمعنى أن يستحيل على الرجل العادي أن يفي إلتزامه في مثل الظروف التي وجد بها المدين، فإنه لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة، الأمر الذي كان من الممكن دفعه.

فإذا إستحال تنفيذ المدين التزامه لسبب لا بد له فإنه يبقى التزامه قائما ومعه إلتزام الكفيل بالتبعية، وعلى المدين في هذه الحالة أن يثبت أن الوفاء أصبح مستحيلا لسبب أجنبي وإلا ترتب على ذلك مسؤولية المدين من عدم التنفيذ ويحكم عليه بالتعويض، ويكون الكفيل ضامنا لهذا التعويض، أما إذا هلك الشيء بفعل الكفيل فإن ذمة المدين تبرأ لإعتباره سبب أجنبي بالنسبة للمدين، ولكن يظل الكفيل مسؤولا عن خطئه كمدين أصلي بحق الدائن.

ثالثا : التقادم

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

فالتقادم في الفقه الإسلامي لا يقوم الحق ولا ينقضي مهما طال أمد السكوت عنه، فلا يكفي مرور الزمن وحده لنشوء الحق أو سقوطه، إستنادا إلى القاعدة الفقهية الحق لا يسقط بالتقادم ولكن الذي سقط هو المطالبة القضائية به أمام القضاء دون إعتبار لمضي المدة[140].

ومن آثار التقادم أنه يترتب عليه إنقضاء الإلتزام حيث يتخلف عنه إلتزام طبيعي في ذمة المدين، فإذا أداه عن إختيار، فيكون ذلك وفاء مبرئا لذمته وليس تبرعا ولا دفعا لغير المستحق.

ويكون قضاء الإلتزام رجعيا ويمتد ذلك إلى الفوائد، وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات، وبالإضافة إلى هذا فإنه لا يجوز التنازل عنه قبل ثبوت الحق فيه أي قبل أن تكتمل مدته، كما أنه لا يجوز الإتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي حددها القانون بالإطالة أو التقصير[141].

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

رابعا : إنقضاء الكفالة بفسخ الدين أو إبطاله

قد يزول الدين المكفول بفسخ عقد الكفالة، كأن يضمن الكفيل إلتزام المشتري بدفع الثمن، ثم يفسخ البيع فيزول بأثر رجعي، والشيء نفسه بالنسبة لإبطال العقد، فإن كان العقد الذي أنشئ الدين المكفول قابل للإبطال، وأبطل بأثر رجعي زال الدين المكفول بأثر رجعي وزالت بزواله الكفالة بأثر رجعي[142].

المطلب الثاني : إنقضاء الكفالة بصفة أصلية

إذا كان إلتزام الكفيل تابع للإلتزام الأصلي، وبالتالي فإنه يبقى ببقاءه صحيحا منتجا لآثاره، وينقضي لإنقضاءه، إلا أن هذا الإلتزام له مقوماته الخاصة، وبالتالي شرائط صحة ووجود، ويترتب على ذلك أن إلتزام الكفيل يمكن أن يكون باطلا أو صحيحا، ويمكن أن ينقضي بأسباب الإنقضاء العامة مثله مثل أي إلتزام، بجانب ذلك فإن الطبيعة الخاصة للإلتزام الكفيل تقتضي نوعا من الحماية قد اقرها القانون واخص بها هذا الإلتزام، ولذلك سنعرض في الفرع الأول لإنقضاء إلتزام الكفيل بسبب من أسباب الإنقضاء العامة والفرع الثاني أسباب الإنقضاء الخاصة[143].

---

[140]- د/ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص350.

[141]- راجع المادة 320 من القانون المدني الجزائري.

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

[143]– د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 419.

الفرع الأول : الأسباب العامة لإنقضاء إلتزام الكفيل

حيث أن إلتزام الكفيل لما له من خصائص، فإنه تبعا بلذلك يمكن أن ينقضي بجميع الأسباب التي تنقضي بها الإلتزامات عموما، وقد أكد هذا الحكم المشرع الفرنسي في مادته 3034 من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها: «الإلتزام الناتج عن الكفالة ينقضي بنفس الأسباب التي تنقضي بها الإلتزامات الأخرى».

وعلى ذلك فإن الكفالة تنقضي أولا بالوفاء الحاصل من الكفيل ويترتب على هذا الوفاء إنقضاء إلتزام الكفيل وفي نفس الوقت إنقضاء الدين المكفول، كما أنه يمكن أن يكون إنقضاء إلتزام الكفيل بما يعادل الوفاء، وذلك إذا قدم الكفيل شيئا آخر مقابل للدين الأصلي وقبل الدائن ذلك.

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

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

الفرع الثاني : الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة بصفة أصلية

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

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

نصت المادة 656 من القانون المدني الجزائري على مايلي : "تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه في الضمانات ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو تقررت بعد الكفالة ولذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون"، وللإشارة أن طريق الإنقضاء هذا تقرر لحماية الكفيل، لذا فإن أضاع الدائن بخطئه تأمين من هذه التأمينات فإنه يكون قد ضيع على الكفيل فرصته في إستفاء حقه.

ومن ثمة يكون جزاء ذلك براءة ذمة الكفيل في مواجهة الدائن بقدر ما أضاعه هذا الأخير من تأمينات ولكن يشترط لإنقضاء الكفالة بهذا الطريق توافر شروط هي :

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

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

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

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

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

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

وهو ما نصت عليه المادة 658 قانون مدني جزائري «إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن".

و باستقراء هذه المادة يتضح انه في حالة ما إذا أفلس المدين و لم يتقدم الدائن بدينه في التفليسة بإهمال منه سقط حقه في الرجوع على الكفيل[144].

1 –د/عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص182.

الـخـــاتـــمـة

الخاتمة

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

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

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

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

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

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

- نقترح تعديل النصوص القانونية المنظمة لعقد الكفالة في التشريع الجزائري بما يتماشى مع التطورات الحاصلة حتى تكون أمام قواعد قانونية مرنة تتلائم مع المستجدات.

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

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

الـــمـــلاحـــق

نموذج عن عقد الكفالة

أنه فى يوم .....الموافق ..... الساعة ..... بناء على طلب السيد/ .....
ومهنته ..... المقيم برقم ..... شارع .....قسم ..... محافظة .....
ومحله المختار مكتب الاستاذ ..... المحامى الكائن .....أنا .....
.....محضر محكمة ..... قد انتقلت الى محل اقامة :
-1السيد/ رئيس مجلس ادارة بنك ..... بمقره الكائن ..... مخاطبا -2 .....
السيد/ ..... ومهنته ..... المقيم برقم .....شارع ..... قسم .....
شارع .....محافظة ..... مخاطبا .....
واعلنتهما بالاتى

بموجب عقد كفالة مؤرخ ..... ضمن الطالب للمعلن اليه الاول الديون التى تنشأ فى ذمة المعلن اليه الثانى منذ ابرام العقد وحتى ..... ولم ينص فيه على تحديد الدين المضمون . وإذ تلقى الطالب انذارا من المعلن اليه الاول يطالبة بموجبه بسداد الدين الذى ترتب فى ذمة المعلن اليه الثانى وقدرة ..... جنيها , فقد بادر الطالب بالرد على هذا الانذار بانذار رسمى على يد محضر فى ..... ضمنه بطلان عقد الكفالة لخلوه من محله المتمثل فى المبلغ المضمون وبالتالى براءة ذمة الطالب منه .

ولما كان نص المادة 778 من القانون المدنى قد جرى على أن تجوز الكفالة فى الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول , مما مفاده أن الكفيل اذا عين فى الالتزام المستقبل مدة الكفالة فأنه يكون ضامنا لما ينشأ فى ذمة المدين من الالتزامات خلال هذه المدة بشرط الا تجاوز هذه الالتزامات الحد الاقصى المتفق على كفالته , فان جاء عقد الكفالة خلوا من تحديد الدين المكفول كان باطلا لتخلف ركن من أركانه ولا ينال من ذلك أمكان تحديد هذا الدين بحصر مسحوبات المدين خلال مدة سريان عقد الكفالة , ذلك لان المشرع خالف بنص المادة 778 سالفة الذكر ما كان ينص عليه القانون المدنى القديم الذى كان يجيز عقد الكفالة ان جاء خلوا من تحديد الدين المكفول طالما كان هذا التحديد ممكنا .

واذ يترتب على بطلان العقد زوالة واعتباره كأن لم يكن , ومن ثم فان بطلان عقد الكفالة يؤدى الى براءة ذمة الكفيل من الدين المكفول ولا يكون أمام المعلن اليه الاول سوى الرجوع على المعلن اليه الثانى بموجب عقود القرض المبرم فيما بينهما .

بناء عليه

أنا المحضر سالف الذكر قد انتقلت فى تاريخة الى مقر المعلن اليهما واعلنت كلا منهما بصورة من هذا وكلفتهما بالحضور امام محكمة ..... الدائرة ..... بمقرها الكائن بشارع ..... وذلك بجلستها المنعقدة علنا فى يوم .....الموافق ..... الساعة ..... لسماع الحكم ببطلان عقد الكفالة المؤرخ ..... واعتباره كأن لم يكن وبراءة ذمة الطالب ومقابل اتعاب المحاماه وشمول الحكم بالنفاذ المعجل بلا كفالة .

مع حفظ كافة الحقو ق, ولاجل العلم..

قـــائمـــة المـراجـــع

قائمة المراجع

أولا – باللغة العربية :

أ – القوانين :

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

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

ب– المصادر و القواميس :

1. القران الكريم

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

ت– المؤلفات العامة و المتخصصة :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ث – المقالات :

1. ليونسي حداد نادية ،"التأمينات العينية و الشخصية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية، العدد 4 ، الصادرة سنة 1999 .

2. مقال احمد زواوي ، "عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري"، العدد 2 ،الصادرة سنة 2000 ،

ح – المجلات :

1. المجلة القضائية، العدد 2، لسنة 1991.

2. . المجلة القضائية ، العدد 1 لسنة 2001 .

3. المجلة القضائية ، العدد 2 ، لسنة 2002 .

ج – الملتقيات :

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

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

خ – المذكرات :

1. بن صويلح سامية ، ايمان غولي ، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري ، رسالة ماجستير،

كلية الحقوق جامعة باجي مختار ، عنابة ، 2010–2011 .

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

3. سليمان سارة ، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 12 ، لسنة 2012 –2013 .

د – مواقع الانترنت :

1. http://www.seciences juridiques.net.com ، اطلع عليه يوم 2015/03/02، على الساعة 17:00.

2. http://www.boubidi.blogspot.com/2012html عبد الله عزام ، نظرية العقد و الكفالة، اطلع عليه يوم 2015/03/16 على الساعة 18:30 .

3. http//www.islamicfi.com/arabic/fondation/production.osp ، اطلع عليه يوم 2015/03/20 ، على الساعة 19:00 .

4. http://www.etudiantdz.net إطلع عليه يوم 2015/04/26 ، على الساعة 21:00.

ثانيا– باللغة الفرنسية :

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

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

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

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

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

الـفـــهـــرس

الفهرس	الصفحة
مقدمة :	1
الفصل الأول : الإطار المفاهيمي لعقد الكفالة	4
المبحث الأول: ما هية عقد الكفالة	5
المطلب الأول : مفهوم عقد الكفالة	5
الفرع الأول : تعريف الكفالة	5
أولا: تعريف الكفالة لغة	5
ثانيا : تعريف الكفالة اصطلاحا	5
ثالثا: تعريف الكفالة قانونا	6
الفرع الثاني: خصائص عقد الكفالة	7
أولا : عقد الكفالة عقد ضمان شخصي	7
ثانيا : الكفالة عقد ملزم لجانب واحد و هو الكفيل	8
ثالثا : الكفالة عقد رضائي	9
رابعا : عقد الكفالة عقد تبعي	10
خامسا : عقد الكفالة عقد تبرعي	12
المطلب الثاني : تمييز عقد الكفالة عن بعض الأنظمة القانونية الأخرى المشابهة لها.....	14
الفرع الأول : عقد الكفالة و التضامن بين المدنيين	14
الفرع الثاني : الكفالة والإنابة الناقصة.....	15
الفرع الثالث : الكفالة و الإنابة الكاملة	16
الفرع الرابع : الكفالة و التعهد عن الغير	16
الفرع الخامس : تامين يسار المدين	17
المطلب الثالث : أنواع الكفالة.....	17
الفرع الأول : أنواع الكفالة من حيث المصدر	18
أولا : الكفالة الاتفاقية	18
ثانيا: الكفالة القانونية.....	18
ثالثا : الكفالة القضائية	18
الفرع الثاني : أنواع الكفالة من حيث الطبيعة	19
أولا: الكفالة المدنية	19
ثانيا : الكفالة التجارية.....	19
الفرع الثالث : أنواع الكفالة بحسب محلها	20
أولا : الكفالة الشخصية.....	20
ثانيا : الكفالة العينية	20
المبحث الثاني : كيفية قيام عقد الكفالة و إثباته.....	20
المطلب الأول : أركان الكفالة	21
الفرع الأول : الرضا	21
الفرع الثاني : المحل	23
أولا : الكفالة المطلقة	

ثانيا : الكفالة المحددة	27
الفرع الثالث : السبب	28
المطلب الثاني : إثبات عقد الكفالة و كيفية تفسيره	29
الفرع الأول : إثبات عقد الكفالة	31
الفرع الثاني : التفسير الضيق لعقد الكفالة.....	31
الفصل الثاني : أحكام عقد الكفالة	33
المبحث الأول : أثار عقد الكفالة	34
المطلب الأول : العلاقة بين الكفيل و الدائن.....	35
الفرع الأول : مطالبة الدائن للكفيل و الضوابط التي تحكم ذلك	35
أولا: وجوب حلول اجل الدين بالنسبة للكفيل.....	35
ثانيا : وجوب رجوع الدائن على المدين أولا قبل رجوعه على الكفيل	35
الفرع الثاني : الدفوع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة	36
أولا : الدفوع الناشئة عن الدين الأصلي	37
ثانيا : الدفوع الناشئة عن عقد الكفالة	37
الفرع الثالث : التزامات الدائن عند استفاء الدين اتجاه الكفيل.....	39
المطلب الثاني : العلاقة بين الكفيل و المدين	47
الفرع الأول : طرق الرجوع الكفيل على المكفول عنه بالدعوى الشخصية لدعوى الكفالة...	48
الفرع الثاني : طرق الرجوع على المكفول عنه بدعوى الحلول	48
المطلب الثالث : دراسة لحالة تعدد المدينين و الكفلاء في الدين	52
الفرع الأول : رجوع الكفيل عند تعدد المدينين المتضامنين و الغير المتضامنين.....	53
أولا : حالة تعدد المدينين مع عدم تضامنهم	53
ثانيا : حالة تعدد المدينين مع تضامنهم	53
الفرع الثاني : رجوع الكفيل بعد الوفاء على غيره من الكفلاء المتضامنين و الغير متضامنين	54
أولا : الحالة التي يتعدد فيها الكفلاء دون تضامن	55
ثانيا : الحالة التي يتعدد فيها الكفلاء مع التضامن	55
المبحث الثاني : طرق انقضاء عقد الكفالة	55
المطلب الأول : انقضاء الكفالة بالتبعية لانقضاء الالتزام الأصلي و ما يعادله.....	56
الفرع الأول : انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء	56
الفرع الثاني : انقضاء الالتزام الأصلي بما يعادل الوفاء	56
أولا : انقضاء الدين المكفول بالوفاء بالمقابل	57
ثانيا : انقضاء الدين المكفول بالتجديد	57
ثالثا : انقضاء الالتزام المكفول بالإنابة	58
رابعا : انقضاء الدين المكفول بالمقاصة	59
خامسا : انقضاء الدين المكفول باتحاد الذمة.....	60
الفرع الثالث : إنقضاء الإلتزام الأصلي بدون وفاء	61
أولا : الابراء	62

ثانيا : إستحالة التنفيذ	**62**
ثالثا : التقادم	**64**
رابعا : إنقضاء الكفالة لفسخ الدين أو لإبطاله	**65**
المطلب الثاني : إنقضاء الكفالة بصفة أصلية	**65**
الفرع الأول : الأسباب العامة لإنقضاء إلتزام الكفيل	**66**
الفرع الثاني : الأسباب الخاصة لإنقضاء الكفالة بصفة أصلية	**66**
أولا : إنقضاء إلتزام الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات	**67**
ثانيا : إنقضاء إلتزام الكفيل لعدم إتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين بعد إنذار الكفيل له بضرورة إتخاذها	**67**
ثالثا : إنقضاء إلتزام الكفيل لعدم تقديم الدائن نفسه في تفلسة المدين	**67**
الخاتمة	**67**
الملاحق	**69**
قائمة المراجع	**70**
الفهرس	**72**
	75