جامـعة عبد الرحمـــان ميـرة – بجـــاية

كليــة الحقــوق و العلـــوم السياســـية

قسـم القـــانون الخاص

الكفالة كتأمين شخصي

مذكرة لنيـــل شهـــادة المـــاستر في الحقـــوق

شعبة: القانون الخاص

تخصص: القانون الخاص الشامل

من إعـداد الطالبتين:

- حمداوي صوراية
- مسعودان فتيحة

تحت إشراف الأستاذة:

- لحضيري وردية

لجـنـة المنـــاقشة :

- الأستاذ: موري سفيان.....رئيسا .
- الأستاذة: لحضيري وردية.....مشرفة.
- الأستاذة: سعدون كريمة.....ممتحنة .

تاريخ المناقشة: 2013/06/22

بسم الله الرحمن الرحيم

إهـــــــداء

إلى من علّمني الصعود والعزّة

«إليكَ والدي»

إلى من كانت منبع الحب والفخر

«إليكِ أمّي»

إلى من لم تبخل يوما بالدعاء لي أطال الله في عمرها

«إليكِ جدّتي»

إلى من اجتمعوا معي على دفئ موقد الشتاء وتقاسموا معي ظلمات الليالي

«إليكم إخوتي»

إلى كل من يحمل لقب حمداوي

إلى كل صديقاتي وزملائي

إلى كل من علّمني حرفاً ورسموا لي طريق النجاح

«إليكم أساتذتي الكرام»

إليكم جميعا أهدي ثمرة جهدي هذا.

صورايـة

إهـــداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى كل من علمني النهوض بعد السقوط

وكل من كان لي عونا

إلى أبي وأمي وكل أفراد عائلتي من صغير وكبير حفظهم الله ورعاهم

فـتـيحـة

شـكـر وتـقـديـر

قبل كل شيء نشكر الواحد الأحد الذي لم يلد ولم يولد، الذي خلقنا وهدانا ورحمنا وعلمنا بالقلم ما لم نعلم

«الله»

ونشكر كل من ساهم في نشر رسالة العلم وتطويرها من أساتذة وعلماء وباحثين وإلى كل من كان عونا لنا في عملنا هذا سواء كان من بعيد أو من قريب.

كما نتقدم بشكرنا الخاص إلى الأستاذة المشرفة علينا أطال الله في عمرها

«الأستاذة لحضيري وردية»

مـــقـــدمـــــة

تقتضي العلاقة التي تربط بين المدين الدائن، حماية هذا الأخير من خطر عدم تحصله على حقه، لهذا تدخل المشرع الجزائري لحمايته بمجموعة من الوسائل، تتمثل في التأمينات العامة وهي الضمان العام، ومفاده أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، وهو المبدأ المقرر في المادة 188 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه " **أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه.**

وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون، فإن جميع الدائنين متساوون تجاه الضمان"[1]

طبقا لنص المادة يمكن للدائن أن ينفذ على أي مال من أموال المدين التي هي في ذمته وقت التنفيذ، فإذا قام المدين بالتصرف في بعض أمواله قبل اتخاذ الدائن إجراءات التنفيذ، فلا يحق لهذا الأخير أن يتتبع هذا المال في يد من انتقل إليه، إضافة على ذلك فقد يجد نفسه في تزاحم مع الدائنين الآخرين، فيتعرض لقسمة غرماء، ولهذا أحاط المشرع الجزائري هذا الضمان بمجموعة من الوسائل للمحافظة عليه، والمتمثلة في الدعوى غير المباشرة، الدعوى البوليصية (دعوى عدم نفاذ التصرف)، الدعوى الصورية، وهذه الدعاوى منصوص عليها في المواد 189 إلى 199 ق.م.ج.[2]، لكن رغم كل هذه الوسائل إلا أن الدائن يمكن أن تهدده مخاطر عدم الحصول على حقه.

وأمام هذا القصور الذي يتعرض له الضمان العام، كان لابد من إيجاد وسائل يستطيع الدائن بموجبها حماية نفسه من إعسار مدينه والحصول على دينه كاملًا، لذلك ظهرت فكرة التأمينات الخاصة وهي الوسيلة الثانية التي توفر قدر أكبر من الثقة للدائن، بحيث تنقسم هذه التأمينات من حيث موضوعها إلى تأمينات عينية وتأمينات شخصية، فالأولى هي التي تنصب إما على جميع أموال المدين أي جميع منقولاته وعقاراته، ففي هذه الحالة تدعى بالتأمينات العينية العامة، وإما تنصب على عين معينة أو أعيان معينة من أموال المدين هنا نكون أمام تأمينات عينية خاصة[3]، وهذه التأمينات تحقق للدائن حماية من خطر تصرف مدينه

---

[1]- المادة 188 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج. عدد 78 الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، ج.ر.ج.ج. عدد 31 مؤرخ في 13 مايو 2007.

[2]- أنظر المواد من 189 إلى 199 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع نفسه.

[3]- زهدور كوثر، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، ص. 01، أنظر في ذلك الموقع التالي:
www.majalah.new.ma. أطلع عليه بتاريخ 2013/04/02.

في هذا المال، والتنفيذ عليه في أي يد ينتقل إليها، وتقيه أيضا من خطر مزاحمة بقية الدائنين له، إذ يمنحه حق التقدم عليهم جميعاً، وأنواع التأمينات العينية التي نظمها المشرع الجزائري هي الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، حق التخصيص وحق الامتياز.

أما التأمينات الشخصية فهي التي تتحقق عن طريق ضم ذمة مالية أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي، حيث يلتزم شخص أخر إلى جانب المدين بضمان الوفاء بحق الدائن[1]، ويتعدد بذلك المسؤولين عن الدين، ويتوسع بذلك الضمان العام، فإذا أعسر المدين رجع الدائن على المسؤوليين الآخرين، ومن أمثلة التأمينات الشخصية نجد على سبيل المثال حالة تضامن المدينين، عدم قابلية الالتزام للانقسام ، الإنابة، وأخيرا الكفالة وهذا هو موضوع بحثنا.

ظهرت الكفالة كتأمين شخصي في القانون الروماني القديم، حيث كان الشخص أو الكفيل الذي يضمن الوفاء بالدين هو أحد أفراد عائلة المدين، أو أحد أصدقائه، وكان الكفيل ملزما باعتباره مدينا أصليا بكل الدين، لذلك يحق للدائن أن يختار بين المدين الأصلي أو الكفيل للمطالبة بالدين عند تاريخ الوفاء، فالكفالة في هذه الصورة اختلطت بالتضامن، لأن الصلة التضامنية التي بين الكفيل والمدين كان تفسيرها الطابع الشكلي للقانون الروماني القديم، حيث كان الكفيل في روما يتعهد شخصيا، ويكون التزامه تجاه الدائن مستقلا عن التزام المدين.

هذا النظام يعاب كونه لا يحقق فائدة مؤكدة للدائن، لأن المدين له الخيار بين أن يمارس دعواه في مواجهة المدين الأصلي أو الكفيل، لذلك إذا مارس الدعوى قبل أحدهما يفقد حقه في ذلك تجاه الأخر، فمثلا إذا اختار الرجوع على الكفيل، فإنه يفقد بهذا التصرف حقه في الرجوع على المدين.

وأمام هذا العيب كان لابد أن يتطور هذا النظام إلى نظام أخر، فنشأ ما يسمى(fidjevissed)، حيث اختلفت في هذا النظام الصياغة الشكلية للكفالة، فيلزم الدائن بالرجوع أولا على المدين قبل رجوعه على الكفيل، ومن مزايا هذا النظام أنه وضع حداً للعيوب التي صاحبت نظام الكفالة القديم، حيث لا يؤدي رجوع الدائن على المدين سقوط حقه في الرجوع على الكفيل.

وفي عهد(جستنيان) نشأ ما يسمى بالدفع بالتجريد والذي مفاده أن الكفيل يحق له أن يدفع دعوى الدائن، أي بوجوب الرجوع أولًا على المدين ويجرده من أمواله، وإلى جانب هذا الدفع أقر دفع أخر وهو الدفع بالتقسيم في حالة تعدد الكفلاء.

[1]- زهدور كوثر، مرجع سابق، ص. 1.

ونفس الشيء في القانون الفرنسي القديم، حيث اختلطت في أول عهود هذا القانون الكفالة بالتضامن في المديونية، لكن شيئاً فشيئاً بدأت الكفالة تتميز عن التضامن، وأصبح الكفيل يضمن دينا في ذمة الغير، وبذلك يحق له الدفع بالتجريد ما لم يكن هناك تضامن بينهما، والحق بالتقسيم بينه وبين الكفلاء في حالة تعددهم إذا كانوا غبر متضامنين [1].

أما المشرع الجزائري فقد نظّم أحكام الكفالة في القانون المدني في الباب الحادي عشر من الكتاب الثاني للالتزامات والعقود، من المادة 644 الى673، وبعد كل ما تم استعراضه في ما سبق يتعين علينا طرح هذا الإشكال: **ما مفهوم الكفالة وماهي أحكامها؟**

وللإجابة على هذا الإشكال يقتضي منا إتباع منهج وصفي تحليلي، وذلك بتقسيم خطتنا إلى فصلين:

الفصل الأول: نعالج فيه مفهوم الكفالة في مبحثين، الأول نخصصه لتعريف الكفالة، خصائصها وأنواعها، والثاني نعالج فيه أركان الكفالة وتمييزها عن بعض النظم القانونية المشابهة لها.

أما الفصل الثاني: سنعالج فيه أحكام الكفالة بتقسيمه إلى مبحثين، الأول نتطرق فيه إلى آثار الكفالة، والثاني نخصصه لانقضاء الكفالة.

1- حسني محمود عبد الدايم،الكفالة كتامين شخصي للحقوق،دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني،الطبعة الأولى،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،مصر،2009،ص.45،47.

الفصل الأول

الفصل الأول

مفهوم الكفالة

تطرقنا في المقدمة للقول أن **الكفالة** من التأمينات الشخصية التي تضمن للدائن الحصول على حقه في حالة إعسار مدينه، وفي هذا الفصل نحاول دراسة الكفالة من حيث مفهومها الذي يندرج فيه التعريف والخصائص والأنواع وهذا كمبحث أول، فنقسمه بدوره إلى مطلبين اثنين نتناول في الأول تعريف الكفالة خصائصها، أما المطلب الثاني فنخصصه لأنواع الكفالة.

وفي المبحث الثاني نتطرق لأركان الكفالة وتمييزها عن بعض النظم القانونية المشابهة لها، وهذا بتقسيمه إلى مطلبين نتعرض في الأول لأركان الكفالة التي لا يمكن أن تنعقد إلا بتوفرها، أما المطلب الثاني فنخصصه لتمييز الكفالة عن بعض النظم القانونية المشابهة لها.

المبحث الأول

تعريف الكفالة وبيان خصائصها وأنواعها

للكفالة عدة تعاريف، و مجموعة من الخصائص، وتكون في شكل عدة صور، فتختلف من حيث المصدر و الطبيعة و من حيث حدود التزام الكفيل، هذا ما سنراه من خلال هذا المبحث.

المطلب الأول: تعريف الكفالة وبيان خصائصها

نتناول في هذا المطلب تعريف الكفالة وخصائصها في فرعين.

الفرع الأول: تعريف الكفالة

أولا: تعريف الكفالة لغة

الكفالةُ في اللغة تعني الضَمَانُ، وهي كلمة مشتقة من الفعل كَفَلَ، والكِفْل بكسر الكاف يعني الضِّعف والنصيب والحظّ[1]، قال تعالى:﴿ يَا أَيُهَا الذِينَ آَمَنُوا إِتَقُوا الله وَآَمِنُوا بِرُسُولِهِ يُؤْتِكُمْ كِفْلَيْنِ مِنْ رَحْمَتِهِ...﴾[2].

ويُقال كَفِلَ المَالَ، وكَفِلَ عنه المَالَ لِغريمهِ فهو كافِلٌ، وأكفل فلانًا المال أي جَعَلهُ يضمنُهُ، والجمع أكفال، والكِفْل أيضا: الذي لا يثبت على ظهور الخليل[3].

والكَفِيل يعني الضّامن، وجمعه: كُفلاَءُ، أما الكَافِل فهو الذي يَكْفُلُ إنساناً يَعُولهُ أي العَائِلْ[4]، ومنه قوله تعالى:"﴿...وَكَفَلَهَا زَكَرِيَّا...﴾[5].

---

[1]- محمد الدين بن يعقوب الفروزابادي، **القاموس المحيط**، طبعة خامسة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، سوريا، 1996، ص.1361.

[2]- سورة الحديد، الآية 28.

[3]- مرعشي أسامة، مرعشي نديم، **الصحاح في اللغة والعلوم**، المجلد الثاني، دار الحضارة العربية، بيروت، ص.400.

[4]- مرجع نفسه، ص.400.

[5]- سورة آل عمران، الآية 37.

ثانيا: تعريف الكفالة اصطلاحا

لا تبتعد الكفالة في الاصطلاح الفقهي عن معناها اللّغوي، فهي عند الفقهاء الضّم والضّمان، فالكفيل ضامن، أي تضم ذمته إلى ذمة المدين للوفاء بالدين، إلا أن التعاريف التي أطلقها الفقهاء على الكفالة مختلفة، فهناك جانب من الفقهاء فرق بين لفظي الكفالة والضّمان، وهناك جانب آخر لم يفرق بينهما واعتبر اللفظين لهما نفس المعنى، وهذا ما سنبينه من خلال استعراض تعريفاتهم.

1- تعريف الحنفية

أطلق فقهاء الحنفية تعريفان للكفالة:

الأول: هي " ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة.

الثاني: هي ضم الذمة إلى ذمة في الدين.

ويوافق الأول ما ذكره صاحب مرشد الحيران حينما عرّف الكفالة بقوله:(هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين).

ويرى ابن عابدين أنّ من عرفّها بالضّم في الدّين إنّما أراد تعريف نوع منها وهو الكفالة بالمال، وأما الكفالة بالنّفس فهي في المطالبة اتفاقاً، وهما ماهيتان لا يمكن جمعهما في تعريف واحد، لذا يترجح التعريف الأول لشموله أقسام الكفالة جميعاً، ولقصور الثاني، فالكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس، وقد رجّح الأول معظم فقهاء الحنفية"[1].

2- تعريف المالكية

عرّفها المالكية بأنها:

" شغل ذمة أخرى بالحق مع بقاءه شاغلا للذمة الأولى"[2].

---

[1]- محمود أحمد مروح مصطفى، **الكفالة (أنواعها وطرق الإبراء منها)**، دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية وواقع الكفالة المعاصرة، طبعة أولى، دار النفائس، للنشر والتوزيع، الأردن، 2003، ص.18.

[2]- حسني محمود عبد الدايم، **الكفالة كتأمين شخصي للحقوق**، دراسة مقارنة بين الفقه والقانون المدني، طبعة أولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009، ص. 26.

3- تعريف الشافعية

عرّف الشافعية الضّمان بقولهم هو: "حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار عين مضمونة أو بدن من يستحق حضوره"

الإمامان النووي والماورديّ من الشافعية فرقا بين لفظي الضّمان والكفالة في الاستعمال، حيث أن الضّمان خاص بإحضار المال، والكفالة خاصة بإحضار البدن، لذا يقال: كفالة البدن وضمان المال[1].

4- تعريف الحنابلة

أطلق فقهاء الحنابلة عبارات كثيرة ومتعددة لتعريف الضّمان، فمنها ما يبدأ بكلمة (ضّم ذمة)، ومنها ما يبدأ بكلمة(التزام)، ولكن مفادها واحد لا يخالف تعريفهم الأتي:

الضّمان هو" التزام من يصح تبرعه بما وجب أو قد يجب على غيره مع بقاءه".

فرّق فقهاء الحنابلة بين الكفالة والضّمان، مثل الشافعية، فعرّفوا الكفالة على أنها: "التزام رشيد إحضار من عليه حقٌّ ماليّ لربه"، وبهذا فهم يخصّون الكفالة بالأبدان بعكس الضّمان[2].

عرّف الدكتور حسني محمود عبد الدايم الكفالة اصطلاحا، وذلك بالاستناد إلى تعريف الفقه الإسلامي على أنها: "ضم ذمة من يصح تبرعه إلى ذمة الأصيل في المطالبة بدين أو عين أو نفس، ليكون المكفول به ، إما نفس أو عين أو دين. فالمضمون في الكفالة بالنفس هو إحضار المكفول، وفي الكفالة بالعين إما تسليمها إلى المكفول له أو ضمانها، وفي الكفالة بالدين أداؤه"[3].

ثالثا: تعريف الكفالة قانونا

تطرق المشرع الجزائري إلى تعريف الكفالة في القانون المدني، وذلك في المادة 644 بنصها على أنه" **الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد الدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف**

[1]- محمود أحمد مروح مصطفى، مرجع سابق، ص. 19.

[2]- محمود أحمد مروح مصطفى، مرجع نفسه، ص. 20.

[3]- حسني محمود عبد الدايم، مرجع سابق، ص.29.

به المدين نفسه"[1].

فالكفالة إذن هي عقد بين الدائن والكفيل، غير أن المدين الأصلي ليس طرفا فيه بل يظل أجنبيا عنه[2]، كما يمكن أن يتم بغير علمه بل حتى رغم معارضته، كما تقضي عليه المادة 647 ق.م.ج. التي تنص على أنه " **تجوز كفالة المدين بدون علمه، وتجوز أيضا رغم معارضته**"[3]، إلا أنه يلعب دورا في انعقادها، ذلك أن المعتاد أو الغالب هو الذي يدعو الكفيل للتعاقد مع الدائن لوجود علاقة مديونية بينه وبين هذا الأخير، ليوفر له الثقة والائتمان، حيث يلتزم الكفيل بمقتضى هذا العقد بأن ينفذ الالتزام الأصلي عند حلول أجله إذا لم يقم المدين بتنفيذه.

وإذا كانت المادة 644 ق.م.ج. تنص في مضمونها على أنه " **إذا لم يف به المدين نفسه**"، فلا ينبغي أن يفهم من ذلك أن التزام الكفيل معلق على شرط واقف، أي عدم قيام المدين بالوفاء، وإنما المقصود بها أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي، وهو ما يجعل التزامه يكون في الدرجة الثانية، بمعنى أن الدائن ملزم بأن يطالب المدين الأصلي أولا، وأن يبدأ بالتنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال الكفيل[4]، وهذا ما سنتعرض له بالتفصيل عند دراستنا لآثار الكفالة في الفصل الثاني.

وتجدر الإشارة إلى أن مصدر الالتزام المكفول ليس العقد دائما، بل تتعدد مصادره بمصادر الالتزام المعروفة وهي العقد، الإرادة المنفردة، شبه العقد، الفعل المستحق للتعويض أو القانون، بينما التزام الكفيل الناشئ عن عقد الكفالة مصدره دائما هو العقد[5].

الفرع الثاني: خصائص الكفالة

تتحدد خصائص الكفالة وفقا لتعريفها الوارد في **المادة** 644 ق.م.ج. السابقة الذكر، بأنها عقد من عقود الضمان الشخصي، و عقد رضائي، إضافة إلى أنها في الأصل عقد تبرعي وملزم لجانب واحد، وهي عقد تبعي، وكل هذه الخصائص نتعرض لها بنوع من التفصيل فيما يلي:

---

[1]- المادة 644 من الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[2] - Dominique Legeais , Le Cautionnement, Economica, paris, 1995, p. 10.

[3]- المادة 647 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[4]- محمد صبري السعدي ، **الوجيز في شرح القانون المدني(التأمينات الشخصية والعينية- عقد الكفالة)**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص. ص. 13- 14.

[5]- سليمان سارة، **عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري**، مذكرة التخرج، المعهد الوطني للقضاء، 2004، ص. 4.

أولا: الكفالة عقد ضمان شخصي

الكفالة عقد ضمان بمعنى أنّها تضمن وفاء دين المدين، فهي تعتبر تأمين لصالح الدائن في حالة امتناع المدين عن الوفاء بالتزامه، فالتزام الكفيل بالوفاء بالدين يزيد من ثقة الدائن في حصوله على حقه فيتحقق به الضمان[1].

أما الطابع الشخصي فلا نقصد به التنفيذ على شخص الكفيل بحد ذاته، وإنما التنفيذ على أمواله فالعلاقة التي تربط بين الدائن والمدين هي علاقة اقتضاء وليست علاقة تسلط، نظرا للكرامة التي يتمتع بها الإنسان[2]، وبالتالي فالمقصود بالطابع الشخصي لعقد الكفالة هو إضافة ذمة الكفيل إلى ذمة المدين في الوفاء بالدين، أي الكفيل يضم ضمانه العام إلى الضمان العام للمدين، وهذا الطابع الشخصي يميزها عن الكفالة العينية، التي تتمثل في تقديم الكفيل مالاً معينا لضمان الوفاء بدين المدين، فيسمى في هذه الحالة الكفيل بالكفيل العيني، لذلك فإن حق الدائن يرد على ذلك المال الذي قدمه تأمينا له[3].

ويترتب على اعتبار الكفالة من عقود الضمان الشخصي، أنها لا تجنب الدائن تماما مخاطر الإعسار، لأنها وإن كانت تجنب مخاطر إعسار مدينه إلا أنه يظل الخطر قائما بالنسبة للكفيل.

ثانيا:الكفالة عقد رضائي

عقد الكفالة لا يخرج عن الأصل العام في إبرام العقود ألا وهو مبدأ رضائية العقود، بحيث يتم عقد الكفالة بمجرد تراضي أو تطابق إرادة طرفيها الكفيل والدائن،ولا يشترط فيه أي شكل للانعقاد، وهذا ما يتضح في المادة 644 ق.م.ج.[4]التي سبق ذكها.أما الشكل الذي تتطلبه المادة 645 ق.م.ج[5]فهو شكل

---

[1]- محمد علي عبده، **عقد الكفالة (دراسة مقارنة)**، المؤسسة الحديثة للكتاب، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص. ص.70- 71.

[2]- فيلالي علي، **نظرية الحق**، موفم للنشر، الجزائر، 2011، ص. 132.

[3]- سي يوسف زاهية حورية، **عقد الكفالة**، طبعة رابعة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص. 31.

[4]- المادة 644 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق، وتقابلها **المادة** 772 ق.م.م..

[5]- المادة 645 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع نفسه، و وتقابلها المادة 773 ق.م.م، على خلاف المشرع اليمني الذي يشترط شكلا معينا للإثبات، حيث يجوز إثبات الكفالة بالشهود والكتابة وغيرها.

متطلب للإثبات[1]لا للإنعقاد[2] لأن الكتابة قد تكون كركن شكلي لانعقاد العقد كما قد تكون تقنية للإثبات[3]، وقد نصت المادة السابقة الذكر

على أنه " **لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة**".

وهذا يعني أنه إذا وقع أي نزاع مثلاً وكانت قيمة الالتزام الأصلي أقل من 100.000 د.ج. يمكن إثباته بأي وسيلة من وسائل الإثبات حسب القواعد العامة، إلاّ أنه لا يمكن إثبات الكفالة التي تضمنت هذا الالتزام إلاّ بالكتابة[4]، وهذا النص يعد استثناء عن القاعدة العامة في الإثبات الواردة في نص المادة 333 ق.م.ج.[5] التي أوجبت الكتابة في كل علاقة مديونية تزيد قيمتها عن 100.000 د.ج. وهذا لحماية مصلحة الكفيل الذي يتبرع بضمان دين لا مصلحة له فيه، وقد يكون من غير الممكن أو يستحيل أحيانا أن يعرف نوع كفالة الكفيل، و طبيعة تدخله وتحديد مدى التزامه بواسطة شهادة الشهود وحدها[6].

و يمكن إثباتها بما يقوم مقام الكتابة، كالإقرار واليمين في حالة عدم وجود السند الكتابي أو وجود مانع يستحيل به على الدائن الحصول عليه، وهذا دليل على أن الكتابة ليست شرطا للانعقاد، ولو كانت كذلك لما أمكن الإثبات بغيرها[7].

ثالثا:الكفالة عقد تبرعي

الكفالة هي عقد تبرعي[8] ومعنى ذلك أن الكفيل يلتزم بوفاء الدين عن المدين دون مقابل، وهذا هو

---

[1]- نظم المشرع الجزائري طرق الإثبات في المواد 323 إلى 350 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق، والمواد 70 إلى 193 من القانون رقم 08/ 09 مؤرخ في 25 فبراير،المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر. عدد 21، 2008، وتتمثل هذه الطرق أساسا في الكتابة، الشهود، القرائن، الإقرار، اليمين، البينة، الخبرة...إلخ.

[2]- زهدور كوثر، مرجع سابق، ص. 4.

[3]- عجة الجلالي، **مدخل للعلوم القانونية**، الجزء الثاني، برتي للنشر، الجزائر، 2009. ص. 560.

[4]- زهدور كوثر، مرجع سابق، ص.5.

[5]- أنظر المادة 333 من الأمر رقم 75- 58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[6]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. 36.

[7]- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص.28.

[8]- **عقد التبرع**: هو العقد الذي يقدم فيه أحد المتعاقدين منفعة للعاقد الأخر من غير أن يحصل على مقابل لها، أما إذا التزم كل طرف بأن يعطي عوض للمتعاقد الآخر في مقابل ما قدمه عندئذ نكون أمام عقد معاوضة. أنظر جلال على العدوى، **أصول الالتزامات، مصادر الالتزام**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص. 62.

الأصل في عقد الكفالة[1].

إلّا أنه ليس هناك ما يمنع من أن يشترط الكفيل مقابلاً عادلاً في نظير المخاطر و الصعاب التي يمكن أن تعتريه عند رجوعه على المدين، و هذا ما يحدث غالبا عندما يكون أحد البنوك[2] كفيلا لأحد عملائه[3].

والقول أن عقد الكفالة من عقود التبرع مستمد من العلاقة بين الدائن والكفيل، بمعنى أن الكفيل لا يتلقى أي مقابل من الدائن نظير كفالته، أما إذا تعهد الدائن بتقديم مبلغ من النقود مقابلا لالتزام الكفيل فهنا لا يعتبر عقد كفالة وإنما كيّفه البعض بأنه[4] تأمين ائتمان [5].

ويترتب على اعتبار عقد الكفالة من عقود التبرع، اشتراط أهلية التبرع في الكفيل حتى يكون العقد صحيحا، وكذلك يعد تصرفا مدنيا ولو كان الالتزام المكفول تجاريا، والكفيل تاجرا، لأن التبرع فكرة غريبة عن التجارة[6].

---

[1]- رمضان محمد أبو السعود، همام محمد محمود زهران، **التأمينات الشخصية والعينية**، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1998، ص.35.

[2]- البنوك لها دور كبيرة في ازدياد أهمية الكفالة كوسيلة للضمانات في العصر الراهن، وذلك بتدخلها في تمويل المشروعات، والمساهمة في عملية الإنتاج، وتنشيط الاقتصاد القانوني، لكن تحتاج بيوت الائتمان إلى وسائل معينة تضمن عودة أموالها وتجنب خطر إعسار المدين وغالبا ما تكون الكفالة هي الوسيلة المثالية لتقديم هذا الضمان. أنظر تناغو سمير عبد السيد، **التأمينات الشخصية والعينية**، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1996، ص.13.

[3]- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص.32.

[4]-تناغو سمير، **التأمينات العينية و الشخصية**، توزيع منشأة المعارف، مصر، 2008، ص.24.

[5]- **عقد تأمين أو ما يسمى بتأمين الائتمان**: هو عقد ملزم لجانبين، وليس عقد تبرع، حيث يقوم الكفيل فيه بدور المؤمن والمبلغ الذي يدفعه الدائن هو قسط التأمين، والخطر المؤمن منه هو إعسار المدين.أنظر تناغو سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص.26.

[6]- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص.32.

رابعا:الكفالة عقد ملزم لجانب واحد

الكفالة عقد ملزم لجانب واحد[1] لأنه لا ينشأ التزامات إلا في ذمة الكفيل، الذي يلتزم بالوفاء بالدين المدين إذا لم يقم هذا الأخير بتنفيذه[2]، وبهذا تكون الكفالة غير ملزمة للدائن وغير ملزمة للمدين أيضا هذا هو الأصل.

ولكن إذا التزم الدائن نحو الكفيل بدفع مقابل نظير كفالته للدين، فإن عقد الكفالة هنا يكون عقد ملزم لجانبين[3]، ولا يغير من طبيعة عقد الكفالة باعتباره عقد ملزم لجانب واحد بحسب الأصل ما يتحمله المدين قبل الكفيل من التزامات، لأن مصدر هذه الالتزامات ليس عقد الكفالة، إذ أن المدين ليس طرفا فيها، ونفس الشيء يقال بالنسبة للالتزامات التي يتحملها الدائن في هذا العقد، التي يكون مصدرها القانون، مثل ما تفرضه المادة 659 ق.م.ج[4]، على الدائن أن يسلم للكفيل وقت وفائه بالدين، المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع على المدين، والالتزام بنقل التأمينات العينية مثل الرهن الرسمي أو الحيازي أو حق التخصيص إذا كان الالتزام الأصلي مضمونا بها، أي على الدائن أن يتخلى عن هذه التأمينات لصالح الكفيل[5].

وإذا كان الأصل أن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد، فلا يعني ذلك أن الكفالة تصدر بإرادة منفردة من

---

[1]- **العقد الملزم لجانب واحد:** هو الذي يكون فيه واحد أو أكثر من المتعاقدين ملزما بالتزام أو مجموعة من الالتزامات أما الأطراف الأخرى فهم منتفعون فقط. أنظر في ذلك سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، **عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه**، رسالة الماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2006، ص.15.

[2]- Francine Macorig-Venier, Droit civil: les suretés, L´Hermès éditeur, Paris, 1ère édition, 1999, P. 161.

[3]- عدنان إبراهيم السرحان، **شرح القانون المدني، العقود المسماة (المقاولة- الوكالة- الكفالة)**، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2007، ص.180.

[4]- المادة 659/1 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق، صياغتها خاطئة التي وردت كالأتي: "**تجوز كفالة الكفيل، وفي هذه الحالة لا يجوز المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع**"، أما صياغتها في القانون الفرنسي كالأتي " **يلتزم الدائن بأن يسلم إلى الكفيل وقت وفاء الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع** " إذن فهذه الصياغة هي الأصح .

[5]- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص. ص.29- 30.

جانب واحد، بل الكفالة عقد لا يتم إلا بتبادل إرادتين متطابقتين من الكفيل والدائن[1].

خامسا: الكفالة عقد تابع

تعتبر خاصية التبعية[2]من أهم خصائص الكفالة، بل وأكثر من ذلك فهي الجوهر الذي تتميز به، كونها المعيار الأمثل لتمييزها عن وسائل الضمان الشخصية الأخرى، فالكفيل يلتزم بالتبعية تجاه الدائن بتنفيذ التزام المدين، إذا لم يقم هذا الأخير بتنفيذه، فعقد الكفالة بهذه الصورة لا يتمتع بكيان مستقل عن نطاق العقد الأصلي، بل هو تابع له[3]، و فكرة التبعية هذه تحكم كذلك أثار الكفالة، فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده قبل أن يرجع على المدين الأصلي، ويترتب أيضا على صفة التبعية أن التزام الكفيل يكون في حدود الالتزام المكفول، كما أنه لا يصح أن يكون التزام الكفيل منجزاً، إذا كان الالتزام الأصلي معلقا على شرط (شرط واقف أو فاسخ) أو مضافاً إلى أجل، كذلك إذا كان الالتزام الأصلي باطل يكون التزام الكفيل باطل بالتبعية[4].

غير أنه يجب أن نضع في الحسبان أن لهذه الخاصية استثناءات وحدود وهي:

- من حيث إثبات عقد الكفالة

إذا كان العقد الأصلي يخضع من حيث الإثبات للقواعد العامة، فإن التزام الكفيل أو عقد الكفالة لا يخضع لهذه القاعدة، وإنما أخضعه المشرع لنص خاص، وهذا ما أشرنا إليه سابقا[5].

- من حيث سقوط الأجل

بالرغم أن التزام الكفيل يعتبر تبعيا إلا أن سقوط الأجل بالنسبة للمدين بسبب إعساره أو إفلاسه لا

---

[1]- السنهوري عبد الرزاق أحمد، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، جزء 10، طبعة ثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص.25.

[2]- **العقد التابع**: هو الذي يعقد تبعا لعقد أخر، بحيث لا يتصور وجوده وحده. أنظر سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، مرجع سابق، ص.17.

[3]- محمد علي عبده، مرجع سابق، ص.74.

[4]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. ص. 16- 17.

[5]- زهدور كوثر، مرجع سابق، ص. 5.

يؤدي إلى سقوط التزام الكفيل، هذا ما أخذ به الفقه الراجح[1]، فمثلا إذا تحصل شخص في تاريخ 1جانفي 2013 على دين بمبلغ 60 مليون، وقام بإحضار كفيل وتم الاتفاق على أن تاريخ استحقاق الدين يكون في تاريخ 2013/11/20، وفي تاريخ 2013/05/05 تم صدور حكم من القسم التجاري يتضمن شهر إفلاس المدين، وقد قضت المادة 211 ق.م.ج.[2] بسقوط الأجل الذي منحه الدائن للمدين بسبب الإفلاس لذلك يصبح الدين حال الأداء، ولابد للدائن أن يدخل في جماعة الدائنين للحصول على حقه، إلا أن الكفيل لا يتضرر بما أصيب به شخص المدين، إذ لا يؤدي ذلك إلى سقوط الأجل بالنسبة له.

- صحة التزام الكفيل بالرغم من أن التزام المدين قابلا للإبطال بسبب نقص الأهلية

إذا كان التزام المدين قابل للإبطال بسبب نقص أهليته، وكانت هذه الأخيرة هي السبب الذي دفع الكفيل لكفالة المدين، ففي هذه الحالة لا يمكن له الاحتجاج بسقوط التزامه بسبب قابلية الالتزام الأصلي للبطلان، متمسكا بذلك بقاعدة التبعية[3].

المطلب الثاني: أنواع الكفالة

الكفالة بصفتها عقد لها أنواع متعددة، سنحاول إلقاء الضوء على أهمها، فتتنوع من حيث مصدرها إلى ثلاثة أنواع كفالة إتفاقية، كفالة القانونية، كفالة قضائية، ومن حيث الطبيعة كفالة مدنية، وكفالة تجارية ولهذه التفرقة أهمية عملية لاسيما في مجال الاختصاص والإثبات، وتنقسم إلى كلية وجزئية ومحددة بحسب حدود التزام الكفيل، سنتعرض لكل هذه الأنواع بنوع من التفصيل في ثلاث فروع متتالية.

الفرع الأول: أنواع الكفالة بحسب مصدرها

أولا: الكفالة الاتفاقية

الكفالة الاتفاقية هي التي تنشأ بموجب اتفاق بين الدائن و المدين، على أن يقدّم هذا الأخير كفيلا مقابل أن يمنحه الدائن أجلا أو قرضا، ويكون هذا الاتفاق هو مصدر التزام المدين بتقديم الكفالة، سواء تم

[1]- تناغو سمير، مرجع سابق، ص. 61.

[2]- أنظر المادة 211 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[3]- سرايش زكريا، **الوجيز في شرح أحكام الكفالة والرهن الرسمي**، طبعة أولى، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2010، ص.15.

الاتفاق قبل نشوء الدين في ذمة المدين أو بعد ذلك، ويعد أيضا من قبيل الكفالة الاتفاقية تقدم الكفيل من تلقاء نفسه، بأن يؤدي خدمة للمدين أو للدائن[1].

ثانيا: الكفالة القانونية

تكون الكفالة قانونية عندما ينص القانون على وجوب تقديم كفيل للدائن من طرف المدين، و مثال ذلك ما ورد في نص المادة851 ق. م. ج.، التي تنص على أنه " **إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا وجب جرده ولزم المنتفع تقديم كفالة...**"[2].

فهذه المادة تلزم المنتفع بمنقول أن يقدم لمالك الرقبة كفالة تضمن الوفاء بالتزامه برد المنقول عند نهاية الانتفاع[3].

وكذلك ما نصت عليه المادة **388/2 ق.م.ج.**[4]التي تخول للبائع بأن يقدم كفيلا إذا أراد استفاء الثمن رغم التعرض للمشتري ورغم حق المشتري في حبس الثمن[5].

ثالثا: الكفالة القضائية

الكفالة القضائية هي الكفالة التي يلتزم المدين بتقديمها بناءا على حكم من القاضي، أي لا يلتزم بتقديم كفيل بمقتضى الاتفاق أو بموجب نص في القانون كما سبق الإشارة إليه، ويكون حكم القاضي هو

---

[1]- محمد محمود معطي، **الكفالة في ضوء الفقه والاجتهاد**، طبعة أولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص. 47.

[2]- المادة 851 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق، وتطابق المادة 992 من ق.م.م. التي تنص: " **إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا، وجب جرده و لزم المنتفع تقديم كفالة به...**"

[3]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. ص. 21-22.

[4]- المادة 388/2 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق، وتنص على أنه:

"...**فإذا تعرض أحد للمشتري مستندا إلى حق سابق أو آل من البائع، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من المشتري، جاز له إن لم يمنعه شرط في العقد أن يمسك الثمن إلى أن ينقطع التعرض أو يزول الخطر، ومع ذلك يجوز للبائع أن يطالب باستيفاء الثمن إذا ظهر للمشتري عيب في شيء المبيع**".

[5]- خلالفة نجوم، **عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري(التأمينات الشخصية)**، مذكرة لنيل شهادة الليسانس، جامعة فرحات عباس،سطيف، 2009، ص. 04.

مصدر التزام المدين بتقديم كفيل بالاستناد إلى السلطة التقديرية الممنوحة له من قبل المشرع[1]، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 717/2 ق.م.ج. "...**وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية، أن تقرر مع هذا كل ما تراه مناسبا من التدابير ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من تعويضات**"[2].

حسب هذا النص إذا وافقت المحكمة على قرار الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع بإجراء تغييرات أساسية فيه، فلها أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق له من تعويضات.

واعتبار الكفالة اتفاقية أو قانونية أو قضائية له أهمية بالغة من الناحية العملية ذلك أن القانون هو الذي يجعل للكفالة القانونية والقضائية أحكاماً خاصة لا يأخذ بها في الكفالة الاتفاقية، حيث تنص المادة 667 ق.م.ج. على أنه " **يكون الكفلاء في الكفالة القضائية أو القانونية دائما متضامنين.**"[3]، لكن إذا تعدد الكفلاء في الكفالة الاتفاقية، يكونون غير متضامنين، إلا إذا تم الاتفاق على ذلك في عقد الكفالة[4].

ومتى كان المدين ملزما بتقديم كفيل وجب توفر شروط في هذا الأخير المنصوص عليها في المادة 646 ق.م.ج.[5] وهي:

1. **يسار الكفيل:** وجب أن يكون الكفيل المقدم من طرف المدين موسرا، ويقع عبء إثبات يسر الكفيل على المدين حيث يثبت للكفيل مالا عقارا أو منقولا يستطيع أن يستوفي الدائن منه حقه، وإذا كان هذا المال متنازع فيه أو يصعب التنفيذ عليه ما على الدائن إثبات ذلك[6].
2. **إقامة الكفيل في الجزائر:** والإقامة المقصودة هي الإقامة العادية وليس العرضية، وليس

---

[1]- حسني محمود عبد الدايم، مرجع سابق، ص.88.

[2]- المادة 717/2 من الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق.

[3]- المادة 667 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع نفسه.

[4]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. 22.

[5]- أنظر المادة 646 من الأملر 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[6]- قدري عبد الفتاح الشهاوى، **أحكام عقد الكفالة(التضامن والتضامم)**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص.41.

أن يكون الكفيل جزائري أو مقيما في موطن المدين، والغرض من هذا الشرط هو سهولة رجوع الدائن على الكفيل[1].

3. **الأهلية:** هذا الشرط غير منصوص عليه في المادة السابقة الذكر، إلا أنه شرط بديهي وجب توفره في الشخص الكفيل من أجل صحة التزامه[2].

الفرع الثاني : أنواع الكفالة بحسب طبيعتها

أولا:الكفالة المدنية

الأصل أن الكفالة تعتبر عملا مدنيا دائما بالنسبة للكفيل لأنها من عقود التبرع، حتى ولو كان الكفيل يقوم بممارسة نشاط تجاري، وكان الدين الذي يكفله تجاريا أو ناتج علاقة تجارية بين الدائن والمدين، لأن الهدف منها هو أداء الكفيل خدمة للمدين[3]، وهذا ما نصت عليه المادة651/1 ق.م.ج. ""**تعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا**".

ويترتب على اعتبار الكفالة مدنية أهمية من حيث الإثبات، و من حيث الاختصاص القضائي، فتثبت وفقاً لقواعد الإثبات المعروفة في القانون المدني أي بالكتابة أو ما يقوم مقامها، أما في ما يخص الاختصاص، فالمحكمة المدنية هي المختصة إذا كان الكفيل هو المدعي عليه[4].

ثانيا: الكفالة التجارية

تكون الكفالة تجارية إذا كان الكفيل تاجرا و يحترف الكفالة بمقابل، ككفالة مصرف من المصارف دين أحد الأشخاص نظير مقابل أو عمولة.

وتعتبر عملا تجاريا أيضا إذا تعلقت بدين ثابت في ورقة وقّع عليها الكفيل بصفته ضامنا احتياطيا أو مظهرا[5]، وهذا ما ورد في المادة 651/2 التي تنص "...**غير أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق**

---

[1]- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص. 39.

[2]- رمضان محمد أبو السعود، همام محمد محمود زهران، مرجع سابق . ص. 51.

[3]- قدرى عبد الفتاح الشهاوى، مرجع سابق،.30.

[4]- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص.33.

[5]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص.20.

التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تظهير[1] هذه الأوراق، تعتبر دائما عملا تجاريا"[2]

الفرع الثالث: أنواع الكفالة بحسب التزام الكفيل

سبق لنا أن تطرقنا إلى خصائص الكفالة وقلنا أنها عقد تابع، حيث يكون التزام الكفيل فيها تابع للالتزام الأصلي المكفول، ومن مظاهر هذه التبعية أنه لا يجوز إلزام الكفيل بأكبر من الالتزام الأصلي، وبهذا يمكن تقسيم أنواع الكفالة بحسب التزام الكفيل إلى كلية، جزئية، و محددة.

أولا: الكفالة الكلية

تكون الكفالة كلية أو كاملة إذا ضمن الكفيل الدين الأصلي كله، مثلا إذا كان الدين الأصلي ألف دينار، التزم الكفيل بضمان الوفاء به كاملا.

ثانيا: الكفالة الجزئية

الكفالة الجزئية تكون في حالة ما إذا التزم الكفيل بضمان جزء من الدين، كأن يكون الدين الأصلي ألف دينار واقتصر التزام الكفيل على ضمان ثلاثمائة دينار، فمجرد أن يحصل الدائن على هذا المبلغ فإن ذمة الكفيل تبرأ[3]، وهذا ما نصت عليه المادة 652 ق.م.ج[4].

ثالثا: الكفالة المحددة

تعرف الكفالة المحددة على أنها تلك التي يضمن فيها الكفيل نسبة معينة من الدين، حيث يبقى الكفيل ملزما اتجاه الدائن بالنسبة المكفولة إلى غاية استفاء الدائن دينه كاملا، فبالنسبة للمثال السابق إذا

---

[1]- يوجد ثلاثة أنواع للتظهير وهي: التظهير الناقل للملكية: وهو الذي تنتقل بموجبه ملكية الورقة التجارية، إذ ينقل للحائز كل الحقوق، التظهير التوكيلي : وهو توكيل المظهر إليه لقبض مبلغ الورقة بدلاً من مالكها. أنظر راشد راشد، **الأوراق التجارية، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري**، طبعة سادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص. 43، التظهير التأميني: وهو الذي يقوم فيه المظهر برهن الورقة بما تتضمنه من حق ضماناً لدين في ذمته للمظهر إليه. أنظر فوزي محمد سامي، **شرح القانون التجاري(الأوراق التجارية)**، الجزء الثاني، طبعة أولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009. ص. 139.

[2]- المادة 651/2 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[3]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق ، ص.20.

[4]- أنظر المادة 652 من الأمر رقم 75- 58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

وفى المدين 500 ألف دينار فإن التزام الكفيل لا ينقضي، بل يبقى ضامنا لما تبقى من الدين ولكن بثلاثمائة دينار فقط[1] .

[1]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص.21.

المبحث الثاني

أركان الكفالة و تمييزها عن بعض النظم القانونية المشابهة

عرفنا فيما سبق الكفالة بأنها عقد يتم بين الكفيل ودائن شخص آخر يلتزم بموجبه الكفيل بأن يضمن للدائن الوفاء بالدين الذي له على المدين.

لذلك فإن الكفالة تخضع للأحكام العامة للعقد، فيجب إذن أن تتوافر فيها أركانه، وهي التراضي، المحل والسبب، لذا سنتعرض لكل هذه الأركان في المطلب الثاني، وذلك بتقسيمه إلى ثلاث فروع، نخصص الأول للتراضي، الثاني للمحل، والأخير نخصصه للسبب.

أما المطلب الثاني فنتطرق فيه إلى تمييز هذا العقد عن بعض النظم القانونية المشابهة له، لاستعراض أوجه التشابه والاختلاف بينهم، لأن رغم اشتراك عقد الكفالة مع هذه النظم في بعض الخصائص، إلا أن لكل واحد منهم أحكام خاصة ومستقلة تميزها عن الأخرى.

المطلب الأول: أركان الكفالة

الكفالة عقد كغيره من العقود، لابد أن تتوفر فيه أركان، وسبق القول أن من خصائصها أنها عقد رضائي لذلك يكمن أحد أركانها في التراضي الذي هو الأساس الطبيعي لكل عقد، والركن الثاني يكمن في المحل، والثالث هو السبب، وسندرس كل ركن على حدى وذلك في ثلاث فروع.

الفرع الأول: التراضي

باعتبار الكفالة عقدا وجب توافر الرضا لدى طرفيه، الكفيل و المكفول له (الدائن)، أما عن المكفول عنه (المدين) فلا حاجة لرضائه[1]، إذ تجوز الكفالة دون علم هذا الأخير، ورغم معارضته، وهذا وفقاً للمادة 647 ق.م.ج.[2].

[1]- العمروسي أنور، **التضامن والتضامم و الكفالة في القانون المدني**، طبعة أولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 1999، ص.238.

[2]- المادة 647 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

أولا: وجود التراضي

التراضي هو تطابق الإيجاب والقبول كتعبير عن إرادتي طرفي العقد، وعلى هذا نصت المادة 59 قانون مدني جزائري[1] على أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين[2].

والتراضي لا يكون موجودا إلاّ إذا كان هناك إيجاب تام تتجه فيه إرادة المتعاقد إلى إبرام العقد بصفة جازمة، أما بالنسبة للقبول فيجب أن يكون مطابقا للإيجاب مطابقة تامة، وإذا جاء مخالفا له في أحد عناصر العقد فلا يعد في هذه الحالة قبول بل يعتبر إيجاباً جديداً، والتساؤل الذي يثار في هذا المقام يتمثل في كون هل الرضا يكون ضمنيا أو صريحا ؟

وللإجابة على هذا التساؤل ينبغي علينا التطرق لرضا كلا المتعاقدين، فبالنسبة لرضا الدائن فيرى الفقه والقضاء الفرنسيين، أنه يجوز أن يكون صريحا أو ضمنيا، لأن الدائن لا يتلزم بشيء مقابل الكفالة[3]، أما بالنسبة للكفيل فنظرا لكون التزامه خطيرا هناك من اشترط أن يكون رضاءه صريحا، كالقانون الفرنسي في المادة 2015 ق.م.ف.[4].

أما في القانون المصري فلا يوجد نص يشترط رضا صريح من الكفيل، إلاّ أن غالبية الفقه المصري يأخذ بحكم القانون الفرنسي، ويستندون في رأيهم هذا إلى خطورة التزام الكفيل، أما الجانب الأخر فيرى تطبيق القواعد العامة، فكما يكون رضاء الكفيل صريحا يكون ضمنيا.

أما القانون المدني الجزائري كذلك لا يحتوي على أي نص خاص يقضي بوجوب الرضا الصريح أو الضمني من الكفيل، واكتفى بالقواعد العامة أي الحكم المنصوص عليه في المادة 60 ق. م. ج.،[5] والتي تجيز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذ لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا، لكن الرأي الذي يُفضل هو الرأي الذي يشترط الرضا الصريح، وهذا لحماية الكفيل الذي يكون التزامه خطيراً.

---

[1]- أنظر المادة 59، من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[2]- بلحاج العربي، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري**، الجزء الأول، طبعة خامسة، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 2007، ص. 57.

[3]- عدنان إبراهيم السرحان، مرجع سابق، ص.188.

[4]- أنظر المادة 2015 من القانون المدني الفرنسي، الصادر في 1804 المعدل والمتمم.

[5]- أنظر المادة 60 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

وتجدر بنا الإشارة إلى أن في حالة وجود شك في عقد الكفالة فإنه يفسر لمصلحة الكفيل وهذا وفقا لما هو معروف في القواعد العامة أين قضت المادة 112/1[1] بأن الشك يفسر لمصلحة المدين، فمثلا إذا ما ثار شك حول معرفة إذا كان الكفيل قد ارتضى الكفالة أو لم يرتضيها، فيفسر العقد لمصلحته بأنه لم يقبل الكفالة لأنه هو المدين[2].

ثانيا: صحة التراضي

لكي يكون رضا طرفي عقد الكفالة صحيحا وجب توفر شرط الأهلية، وفي هذه الأخيرة وجب التمييز بين أهلية الكفيل وأهلية الدائن، وإضافة لذلك يجب أن يكون رضاهما خالي من العيوب المعروفة في كل عقد.

1. الأهلية:

الأهلية شرط لازم لصحة الكفالة، لذلك يجب أن نميز بين أهلية الكفيل، وأهلية الدائن، فبالنسبة لشخص الكفيل يجب أن يكون كامل الأهلية وفقا للقواعد العامة أي 19 سنة، وإذا كان ناقص أو عديم الأهلية فعقد الكفالة يكون باطل بطلان مطلق، على أساس أن عقد الكفالة هو تصرف ضار ضررا محضاً بالنسبة له، كالكفالة المعطاة من شخص مختلاً عقلياً، مما يجعله غير مدرك لأفعاله، والمفلس الذي غلت يده عن التصرف في أمواله[3].

أما بالنسبة للأهلية اللازمة في الشخص الدائن، فيكفي أن تتوفر فيه أهلية التمييز إذا كانت الكفالة تبرعية، أما إذا كانت بمقابل يجب أن يكون كامل الأهلية لكي تكون الكفالة صحيحة، وإلاّ فإنها تكون قابلة للإبطال لمصلحته[4].

2. خلو التراضي من العيوب:

بما أن الكفالة عبارة عن عقد فإنها تخضع في ذلك للقواعد العامة فيما يخص عيوب الإرادة،

---

[1]- المادة 112/1 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق، التي تنص على أنه "يؤول الشك لمصلحة المدين".

[2]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. 34.

[3]- محمد علي عبده، مرجع سابق، ص. ص.26-27.

[4]- سرايش زكريا، مرجع سابق، ص. 17.

لذلك يجب أن تكون إرادة الشخص الدائن وإرادة الشخص الكفيل خالية من العيوب المتمثلة في الغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال، وإلاّ كان العقد قابلا للإبطال[1].

أ.الغلط

الغلط عبارة عن وهم يتولد في ذهن المتعاقد فيصور له العقد على غير حقيقته، فيرى صفة موجودة في المعقود عليه مع أنها ليست كذلك في الواقع، أو يعتقد أن المعقود عليه خاليا من هذه الصفة مع أنها متوفرة في الحقيقة بحيث يدفعه ذلك إلى التعاقد[2]، بحيث يبرم عقداً لو كان يعلم بحقيقة الأمر مسبقا لما أقدم على إبرامه، ولكي يستطيع المتعاقدين إبطال عقد الكفالة نتيجة وقوعه في الغلط، يجب أن يكون هذا الأخير جوهريا، وأن يبلغ درجة من الجسامة[3]، مثلا يمكن للكفيل أن يطلب إبطال العقد على أساس الغلط في شخصية أو صفة المدين رغم أنه ليس طرفا في العقد، إلا أن شخصيته هي موضع الاعتبار في التعاقد، أو الوقوع في غلط فيما يخص الالتزام المكفول، كأن يقع الكفيل في غلط جوهري باعتقاده أن الدين المكفول هو ثمن بيع عقار مضمون بامتياز البائع في حين أنه دين عادي، كذلك يحق للدائن أن يطلب الإبطال أيضا[4]،(المادة 82 ق.م.ج.)[5].

ب. التدليس

"التدليس هو استعمال شخص طرقا احتيالية بقصد إيقاع شخص آخر في غلط يدفعه إلى التعاقد، فالتدليس إذن غلط مستثار يقع فيه المتعاقد نتيجة الحيل التي يستخدمها المتعاقد الآخر"[6]، فحسب هذا

المفهوم يجوز إبطال العقد من طرف الكفيل إذا وقع في تدليس أو حيل من طرف المدين يحمله على التعاقد، ولكن بعد أن يثبت أن المتعاقد الأخر كان يعلم، أو من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس،

---

[1]- حسني محمود عبد الدايم، مرجع سابق، ص.148.

[2]- يوسف محمد عبيدات، **مصادر الالتزام في القانون المدني**، دراسة مقارنة، طبعة ثانية، دار المسيرة للنشر و التوزيع والطباعة، الأردن، 2011، ص. 127.

[3]- سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، مرجع سابق، ص. 70.

[4]- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص. 45.

[5]- أنظر المادة 82 من الأمر رقم 75- 58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[6]- محمد حسن قاسم، **مبادىء القانون، المدخل إلى القانون -الالتزامات**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2002. ص. 278.

لأن المدين طرف أجنبي في العقد كما سبق القول[1]، وهذا تطبيقا للمادة 87 ق.م.ج. التي تنص على أنه" **إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الأخر كان يعلم، أو كان من الفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس**"[2].

ج. الاستغلال

يحدث الاستغلال عندما يستغل أحد المتعاقدين طيشاً بينا أو هوى جامحا في المتعاقد الأخر ويحمله على التعاقد، لذلك يحق لهذا الأخير طلب إبطال العقد وهذا فيما يخص كل العقود، أما في عقد الكفالة فلا يستطيع الكفيل الذي وقع في استغلال المدين إبطال العقد إلاّ إذا كان الدائن على علم بذلك، حتى لا يفاجأ بإبطال عقد لا يعرف عن سببه شيئا، ومثال ذلك أن تستغل امرأة شابة الهوى الجامح لدى محبوبها الطاعن في السن ليضمنها لدى الدائن الذي يمنحها قرضا كبيراً[3] .

د.الإكراه

من الممكن أن ينشأ عقد الكفالة تحت ضغط أو تهديد على شخص الكفيل، أو أمواله أو أحد أفراد عائلته لإرغامه على التعاقد، ومثال ذلك الكفالة المقدمة من عامل لصالح رب العمل الناتجة عن تهديد بالصرف عن العمل[4]، وفي هذه الحالة يستطيع الكفيل إبطال الكفالة ولكن بعد أن يثبت أن المتعاقد الأخر كان يعلم أو كان من الفروض حتما أن يعلم بالإكراه، هذا لأن المدين ليس طرفا في العقد، وهذا حسب المادة 89 ق.م.ج. "**إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه**" [5].

الفرع الثاني: المحل

المحل في عقد الكفالة هو ضمان تنفيذ الالتزام الأصلي من طرف الكفيل، والوفاء به إذا لم يفِ به المدين نفسه، وهذا هو الهدف في الكفالة، فالتزام الكفيل إذن تابع للالتزام الأصلي المكفول كما سبق

---

[1]- حسني محمود عبد الدايم، مرجع سابق، ص.149.

[2]- المادة 87 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[3]- حسني محمود عبد الدايم، مرجع سابق، ص.150.

[4]- محمد علي عبده، مرجع سابق، ص.20.

[5]- المادة 89 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

الإشارة إليه، لذلك يشترط في هذا الأخير مجموعة من الشروط لكي يكون التزام الكفيل ممكنا وصحيحا تبعا له، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أولا: أن يكون الالتزام الأصلي موجوداً أو ممكن الوجود

لكي ينشأ التزام الكفيل، يجب أن يكون الالتزام الأصلي موجودا مهما كان مصدره لأن عقد الكفالة عقد تابع، وفي حالة عدم وجوده لا تنعقد الكفالة لعدم وجود محلها أو موضوعها هذا هو الأصل، ولكن هذا لا يمنع أن يكون الالتزام الأصلي مستقبلي أو شرطي[1].

أما كفالة الالتزام المستقبلي والشرطي وارد في المادة 650 ق.م.ج.، والتى تنص على أنه **"تجوز الكفالة فى الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين المشروط.**

غير أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة كان له أن يراجع فيها ما دام الدين المكفول لم ينشإ"[2].

ويتضح من الفقرة الأولى أنه يمكن كفالة الالتزام المستقبلي، فمثلا يستطيع شخص أن يقدم كفيلا يضمنه في ثمن البضائع التي سيشتريها في المستقبل، لذلك يجب أن يحدد مقدار الدين المستقبلي المكفول بدقة، فإذا تعذر ذلك فيجب أن يحدد الحد الأقصى الذي يمكن كفالته من طرف الكفيل.

أما بالنسبة للفقرة الثانية من نفس المادة السابقة الذكر، فتمنح للكفيل إذا لم يعين مدة الكفالة الرجوع فيها في أي وقت ما دام الدين المكفول لم ينشأ بعد، كضمان الكفيل لما ينشأ في ذمة المدين من ديون خلال سنة من تاريخ التعاقد، وفي هذه الحالة لا يحق للكفيل الرجوع فيها خلال هذه المدة حتى ولو لم ينشأ الالتزام، أما إذا انقضت المدة المحددة دون نشوء الالتزام تبرأ ذمة الكفيل نهائيا.

---

[1]- رمضان محمد أبو السعود، همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص. 62.

[2]- المادة 650 من الأمر رقم 75 -58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق، المشرع في هذه المادة خرج عن الأصل فأجاز كفالة الالتزام قبل وجوده إلا أن هذا الخروج يعد مبرراً حيث تقتضيه متطلبات التعامل في الوقت الحاضر، لأن بعض المتعاملين لا يقبلون إعطاء ائتمان إلا إذا حصلوا مقدما على تأمين يضمن لهم استفاء حقوقهم، وغالبا ما يكون ذلك في التعامل التجاري والمصرفي، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد تأثر ببعض القوانين الوضعية الأخرى التي تجيزها، ومنها القانون المصري.

أما بالنسبة لكفالة الالتزام الشرطي، فهو وارد أيضا في المادة 650 ق.م.ج. في شطرها الثاني بنصها: "...**كما تجوز الكفالة في الدين المشروط...**".

تطبيقا لهذه المادة تجوز كفالة الدين الشرطي سواء كان الدين الأصلي معلقا على شرط واقف أو معلقا على شرط فاسخ[1]، ويترتب على الصفة التبعية لالتزام الكفيل أن يكون التزامه أيضا موصوفا بذات الوصف الذي يتصف به الدين الأصلي، فإذا كان الدين المكفول معلقا على شرط واقف يكون التزام الكفيل كذلك، وإذا تخلف الشرط الواقف زال الدين الأصلي بأثر رجعي واعتبر كأنه لم يكن ويزول معه بالتبعية التزام الكفيل، أما إذا تحقق الشرط الواقف ينفذ الالتزام الأصلي بأثر رجعي وينفذ التزام الكفيل بالتبعية.

وفي حالة ما إذا كان الالتزام الأصلي معلقا على شرط فاسخ، يكون التزام الكفيل معلقا على ذات الشرط، فإذا تخلف الشرط الفاسخ صار الدين الأصلي باتا ويكون التزام الكفيل باتا بالتبعية، أما إذا تحقق الشرط الفاسخ، فإن الدين الأصلي يفسخ بأثر رجعي، ويفسخ تبعا له التزام الكفيل[2].

ثانيا: أن يكون الالتزام المكفول صحيحا

لا يكفي لإنشاء الكفالة وجود الالتزام المكفول، بل يشترط زيادة على ذلك أن يكون هذا الالتزام صحيحا، وهذا هو مقتضى التبعية، لأن التزام الكفيل يتماشى مع الالتزام الأصلي صحةً وبطلاناً، وجوداً وعدماً، وتطبيقا لذلك إذا كان الالتزام الأصلي باطلا أو قابلا للإبطال، فالكفالة تكون باطلة أو قابلة للإبطال أيضا، وهذا ما نستشفه من المادة 648 ق.م.ج. التي تنص على أنه " **لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا**"[3].

وبناءا على هذا فما حكم كفالة الالتزام الباطل بطلانا مطلقا أو القابل للإبطال ؟[4]

- إذا كان الالتزام الأصلي المكفول باطلا بطلانا مطلقا، كانت الكفالة باطلة بالتبعية، وعلى سبيل المثال إذا كان موضوع الالتزام الأصلي دين المقامرة أو دين الربا أو دين يقوم على سبب غير مشروع،

---

[1]- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص. ص.47، 50.

[2]- رمضان محمد أبو السعود، همام محمد زهران، مرجع سابق، ص.63.

[3]- المادة 648 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[4]- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص.53.

فإن مثل هذه الديون هي ديون باطلة لأن مصدرها عقد باطل، وبالتالي لا يجوز كفالتها ويكون التزام الكفيل في هذه الحالة باطلا بطلانا مطلقا تبعا للالتزام الأصلي، وللكفيل أن يتمسك ببطلان الالتزام الأصلي المكفول، وهذا ما أشارت إليه بوضوح المادة 654/1 ق.م.ج. التي تنص" **يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين**"[1]، ومن هذه الأوجه التي يحتج بها المدين بطلان التزامه المكفول.

- يكون الالتزام الأصلي قابلا للإبطال لأي سبب كان سواء كان نقص الأهلية، أو عيب من عيوب الإرادة، ولكن رغم ذلك يعتبر قائما ومنتجا لكل أثاره حتى يحكم بإبطاله، لذلك يجوز كفالة الالتزام القابل للإبطال، إلاّ أن الكفالة في هذه الحالة تتبع حكم الالتزام الأصلي، بمعنى أنها هي قابلة للإبطال، فإذا قام المدين الأصلي بتأييد (بإجازة) العقد القابل للإبطال فإن التزامه ينقلب صحيحا بأثر رجعي، وهذا ينطبق أيضا على التزام الكفيل، لكن الإشكال الذي يثور في هذا الصدد هل يستطيع الكفيل أن يدفع بإبطال الالتزام الأصلي بالرغم من عدم إثارة المدين لهذا الدفع ؟

وللاجابة علي ذلك ينبغي التميز بين الحالة التي يكون فيها الكفيل على علم بسبب البطلان، والحالة التى لا يعلم فيها بسبب البطلان الذي يهدد الالتزام الأصلي، فإذا تقدم الكفيل للكفالة وهو على علم بسبب البطلان ، كأن يقصد بذلك ضمان الدائن ضد خطر تمسك المدين بالدفع بالبطلان، ففي هذا الفرض لا يمكن للكفيل التمسك بالبطلان إذا تمسك المدين المكفول به.

أما إذا لم يعلم الكفيل ببطلان الالتزام الأصلي، فيعتبر الكفيل قد تقدم قاصدا كفالة التزام صحيح في هذه الحالة يستطيع الكفيل التمسك بالبطلان بالرغم من عدم تمسك المدين الأصلي به[2].

أما المشرع الجزائري فقد خصّ بالذكر حالة واحدة وهي الحالة التي يكون فيها المدين ناقص الأهلية، وهذا في نص المادة 649 ق.م.ج. التي تنص على أنه ""**من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول، باستثناء الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 654 ق.م.ج.**"[3].

---

[1]- المادة 654/1 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[2]- محمد علي عبده، مرجع سابق، ص. ص.44، 46.

[3]- المادة 649 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق،

فوفقا لهذا النص يقوم الكفيل بكفالة الالتزام لحماية الدائن من تمسك المدين بإبطال الالتزام على أساس نقص الأهلية لذلك فإن الكفيل يجب عليه تنفيذ التزام المدين لا بصفته كفيل بل كمدين أصلي، هذا في حالة ما إذا أبطل المدين التزامه، أما إذا أيده أو أجازه فينقلب العقد صحيحا، ويصبح الكفيل ضامنا للمدين الأصلي بتنفيذ التزامه وذلك بصفته كفيلا.

تنص المادة 654/2 ق.م.ج. على أنه "...**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**"[1].

فبناءا على هذا النص إذا كان الكفيل قد تقدم للكفالة، وهو عالم بسبب البطلان أي نقص أهلية المدين الذي يهدد الالتزام الأصلي، ففي هذه الحالة لا يستطيع التمسك بالبطلان في حالة عدم تمسك المدين به.

أما إذا كان الكفيل غير عالم ببطلان الالتزام الأصلي، بسبب نقص الأهلية، وقصد كفالة التزام صحيح، فهنا باستطاعته التمسك بالبطلان على أساس قابلية الالتزام الأصلي للإبطال رغم عدم تمسك المدين به[2].

ثالثا: أن يكون الالتزام المكفول معيناً أو قابلاً للتعيين

ليس هناك نص صريح وارد في القانون ينص على ضرورة تعيين الالتزام المكفول بجميع عناصره، ولكن المبادئ العامة تقضي بأن يكون محل أي عقد معينا أو قابلا للتعيين، وبما أن الكفالة عبارة عن عقد فإنه يستوجب بالضرورة أن يكون التزام المكفول معينا تعيينا نافيا للجهالة، أو على الأقل قابلا للتعيين، كأن يعين أطراف هذا الالتزام أي الدائن والمدين، ويعين محل الدين أي إذا كان مبلغ من النقود أو بضاعة يحدد نوعها ومقدارها، ويعين مصدره مثلا إذا كان عقد بيع أو عقد قرض...الخ، لأن من حق الكفيل عندما يتقدم للدائن بكفالته أن يعرف مقدار المبلغ الذي يلتزم المدين به وطبيعة الأعمال التي يكون ملزما بها[3]، وفي حالة عدم تعيين الالتزام المكفول، هذا لا يعني أنه التزام باطل بل يجوز متى كان قابلا

---

[1]- المادة 654/2 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق، و تقابلها المادة 782/2 ق.م..م.

[2]- سرايش زكريا، مرجع سابق، ص. 15.

[3]- أحمد" محمد زياد" فيصل شرف، **الدفع بالتجريد في عقد الكفالة (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2002، ص. ص.29- 30.

للتعيين، كأن يكفل للدائن حقه في التعويض عن فعل ضار وقع من شخص ما، والوفاء بهذا التعويض يكون عند إتمام تقريره[1].

رابعا: أن يكون التزام الكفيل في حدود الالتزام المكفول

تعتبر الكفالة عقد تابع، فلا يجوز أن تكون أكثر من الالتزام الأصلي ولا بشروط أشد من شروطه، ولهذا لا يجوز أن يلتزم الكفيل بمبلغ يتجاوز المبلغ المطلوب من المدين الأصلي، ولا أن يدفع فوائد أكثر من الفوائد الواجبة على المدين، وهذا ما قضت به المادة 652/1 ق.م.ج" التي تنص على أنه "**لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول**"[2]، فمثلا إذا كان التزام الأصلي 120 مليون سنتم، فإنه لا يجوز إلزام الكفيل بدفع 140 مليون سنتم أما الفقرة الثانية من نفس المادة فتنص أنه "...**ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشرط أهون**" وهذا يعني أنه يجوز أن يكون التزام الكفيل أقل من التزام الأصلي كأن يلتزم بدفع 70 مليون سنتم.

وإذا تبين اتفاق في عقد الكفالة على أن التزام الكفيل يفوق في مقداره الالتزام الأصلي، فهذا لا يعني أن عقد الكفالة يكون باطلا، بل يمكن تخفيظ التزام الكفيل إلى حدود التزام المدين[3].

الفرع الثاني: السبب

الكفالة قد تعقد لمصلحة الدائن كما قد تعقد لمصلحة المدين، وقد يكون التزام الكفيل بمقابل أو تبرعيا، وعلى كل حال فإن سبب الكفالة هو الباعث أو الدافع للتعاقد.

فإذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وبمقابل، فإن سبب التزام الكفيل يكون المصلحة التي سيحصل عليها، أما إذا تمت الكفالة تبرعيا، فيكون سبب التزام الكفيل هو نية التبرع.

أما إذا انعقدت الكفالة لمصلحة المدين، فقد يكون هذا الأخير تعهد بشيء للكفيل، ففي هذه الحالة يكون هذا المقابل هو سبب التزام الكفيل، وفي كل الحالات يجب أن يكون ممكناً (ليس مستحيلاً) و

[1]- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص.58.

[2]- المادة 652/1 من الأمر رقم 75- 58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[3]- سرايش زكريا، مرجع سابق، ص. ص.19- 20.

مشروعاً وغير مخالفاً لنظام العام وإلا كان العقد باطلا[1]، هذا ما قضت به المادة 97 ق.م.ج. بنصها: "**إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا**"[2].

المطلب الثاني: تمييز الكفالة عن بعض النظم القانونية المشابهة

تشترك الكفالة مع بعض النظم القانونية الأخرى في خصائص معينة، إلاّ أنّ لكل واحدة من هذه النظم أحكام قانونية مستقلة وخاصة بها تميزها عن الأخرى مثلا عقد التأمين، الإنابة الناقصة والتضامن.

الفرع الأول: الكفالة وعقد التأمين

عقد التأمين هو عقد ملزم لجانبين، كما أنه عقد أصلي قائم بذاته، في حين التزام الكفيل كما سبق أن ذكرنا هو عقد تابع يرتكز في وجوده على الالتزام الأصلي، وهو عقد ملزم لجانب واحد، بالإضافة إلى تشابههما في حالة التأمين ضد خطر الإعسار،الذي هو عقد يلتزم به الدائن بتغطية مخاطر إعسار مدينه عن طريق التأمين لدى إحدى الشركات ففي هذه الحالة تبدو الشركة[3] في مركز الكفيل[4].

الفرع الثاني: الكفالة والإنابة الناقصة

الإنابة بصفة عامة، تفترض وجود مدين ودائن وأجنبي، بحيث يتفق الدائن مع المدين على أجنبي ليلتزم بالوفاء بالدين للدائن مكان المدين الأصلي[5]، وهذا وفقا للمادة 294 **ق.م.ج. التي تنص "تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين.**

ولا تقتضي الإنابة أن تكون هناك حتما مديونية سابقة بين المدين والغير.[6].

والإنابة نوعين: كاملة وناقصة، فتكون إنابة كاملة عندما يتقدم شخصا أخر وينيب المدين في

---

[1]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. ص.52-53.

[2]- المادة 97 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[3]- لكن الواقع أن الشركة (المؤمن) لا تكفل المدين إطلاقا لكنها تلتزم التزاما أصليا بدفع تعويض إلى الدائن، في الحالة التي يتحقق فيها خطر إعسار المدين. أنظر حسني محمود عبد الدايم، مرجع سابق، ص. 78.

[4]- مرجع نفسه، ص. ص.77- 78.

[5]- دربال عبد الرزاق، **الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري**، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص. 96.

[6]- المادة 294 من الأمر 75- 58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

التزامه حيث تبرأ ذمة هذا الأخير من الدين، ويبقى الأجنبي وحده المسؤول، مثلا أن يقرض أ 1000 د.ج. إلى ب ثم بعد فترة يشتري من ج بضاعة بقيمة 1000 د.ج.، وبدل أن يدفع ثمنها إلى ج يكلف مدينه ب بأن يلتزم بالوفاء بقيمة القرض إلى البائع ج مباشرة بعد الحصول على رضا هذا الأخير، وبهذه الكيفية(الإنابة) ينقضي دين أ تجاه ج وينقضي دين ب تجاه أ، في نفس الوقت تنشأ علاقة قانونية جديدة بين المدين الجديد والدائن[1].

أما في الإنابة الناقصة فيلتزم المناب قِبل الدائن(المناب لديه) بجانب التزام المنيب (المدين)، أي انضمام المناب إلى جانب المدين الأصلي ويلتزمان بنفس الدين، وهنا يبقى الدين في ذمة المدين الأصلي[2].

لذلك يتشابه موقف المناب مع موقف الكفيل، في أن التزام المناب تجاه المناب لديه (الدائن) يكون بجانب التزام المنيب(المدين)، لكن رغم هذا التشابه إلا أن التزام المناب هو التزام أصلي بجانب التزام المدين، في مواجهة الدائن، ولا يعتبر المناب كفيلا للمدين، ومن ثم لا يستطيع المناب أن يدفع بضرورة رجوع الدائن أولاً على المدين، ولا أن يدفع بالتجريد، عكس الكفيل الذي يحق له ذلك وسنرى ذلك لاحقاً[3].

الفرع الثالث: الكفالة والتضامن

التزام الكفيل يختلف عن التزام المتضامن، ويكمن هذا الاختلاف في أن الدائن في الكفالة لا يستطيع مطالبة الكفيل إلا بعد مطالبة المدين، وله الدفع بالتجريد المدين من أمواله إذا ما طولب، وإذا تنازل الكفيل عن حقه في التجريد فإنّ التزام المدين المتضامن دائما يختلف عن التزام الكفيل، فالتزام المدين المتضامن بالدين يكون مع المدين الأصلي ويساويه، أما التزام الكفيل فهو التزام تابع للالتزام الأصلي ويرتبط معه وجوداً وعدماً كما سبق القول ، ويترتب على ذلك أنه إذا أبرأ الدائن مدينه فإنّ ذمة الكفيل تبرأ، حسب المادة 654 ق.م.ج.[4] التي سنتطرق لها لاحقا في الفصل الثاني في أثار الكفالة، أما

[1]- دربال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص. 96.

[2]- أبو مشايخ سعاد توفيق سليمان، مرجع سابق، ص.90.

[3]- حسني محمود عبد الدايم، مرجع سابق، ص.76.

[4]- المادة 654 من الأمر 75- 58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

في حالة المدين المتضامن فلا تبرأ ذمته إذا أبرأ الدائن المدين الأصلي إلاّ إذا صرح الدائن بذلك[1]، حسب المادة 227 ق.م.ج. التي تنص على أنه "**إذا أبرأ الدائن أحد مدينيه المتضامنين فلا تبرأ ذمة الباقين إلا إذا صرح الدائن بذلك**" [2].

[1]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. ص. 30- 31.

[2]- المادة 227 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

الفصل الثاني

الفصل الثاني

أحكام الكفالة

بعد أن تطرقنا في الفصل الأول إلى مفهوم الكفالة، فقدمنا لها تعريف، وبيننا خصائصها، أنواعها، أركانها، وميزناها عن بعض النظم القانونية المشابهة لها، سنتطرق في هذا الفصل إلى أحكام الكفالة، فنبدأ بذكر آثارها والتي تتلخص في ثلاث علاقات، علاقة بين الكفيل والدائن تظهر إلى الواقع العملي، إذا لم ينفذ المديون الأصلي التزامه، إما لسبب إعساره، أو لأي سبب آخر يكون مقبولا قانونا يسمح للدائن بممارسة حقه في الرجوع على الكفيل، وعلاقة بين الكفيل و المديون الأصلي بالدين، والعلاقة الثالثة تكون ما بين الكفيل والكفلاء في حالة تعددهم والتزامهم بالوفاء بنفس الدين، ولنفس المدين، ومصدر هاتين العلاقتين الأخيرتين سببها هي واقعة الوفاء التي تصدر من الكفيل، وكل هذه النقاط سندرسها في المبحث الأول.

لننتقل في المبحث الثاني للدراسة والكلام بالقدر المستطاع عن انقضاء الكفالة التي لا تختلف ولا تخرج أسبابها عن المذكورة والمعروفة في القواعد العامة، سواء تعلق الأمر بالأسباب العامة لانقضائها بصورة تبعية أو بالأسباب العامة لانقضائها بصورة أصلية، إلا أنه بالإضافة إلى الأسباب العامة التي تشترك فيها الكفالة مع باقي الالتزامات، نجد المشرع قد أفردها ببعض الأسباب الخاصة للانقضاء، والمتعلقة بتقصير الدائن وخطئه، كأن يتأخر في اتخاذ الإجراءات ضد المدين بعد إنذار الكفيل له باتخاذها.

المبحث الأول

آثار الكفالة

بما أن الكفالة عبارة عن عقد يتم بين الدائن والكفيل مفاده هو ضمان الوفاء بالتزام أصلي، " إذ تعرف على أنها عقد يتم بين شخص يسمى الكفيل ودائن شخص أخر، يلتزم بموجبه الكفيل أن يضمن للدائن الوفاء بالدين الذي له على المدين"[1]، فإن هذا حتماً سيؤدي لا مفر إلى نشوء علاقة بين طرفي هذا العقد، فتنشأ بذلك علاقة بين الدائن والكفيل، وتنصرف الحقوق والالتزامات التي تنشأ عن عقد الكفالة إليهما، وإذا وفى الكفيل بالالتزام الأصلي فإن هذا سيؤدي إلى نشوء علاقتين، الأولى تكون بين الكفيل والمدين، بالرغم من أن هذا الأخير ليس طرفا في عقد الكفالة، ولكنه هو الملتزم الأصلي، وعليه أن يتحمل العبء في النهاية إذا ما اضطر الكفيل إلى الوفاء بالالتزام الأصلي، والثانية لا يكون لها وجود إلا إذا تعدد الكفلاء، فتنشأ علاقة بين هؤلاء وبين الكفيل، والوفاء بالالتزام من أحدهم يعطي له حق الرجوع عليهم بحسب ما هو مقرر قانونا، وبالتالي سنخصص لكل هذه العلاقات مطلب مستقل.

المطلب الأول

علاقة الكفيل بالدائن

لقد سبق وأن أشرنا إلى أن طرفي عقد الكفالة هما الدائن والكفيل، لذا يفترض نشوء علاقة بينهما، والهدف منها هو تحقيق الضمان، فيعتبر الكفيل ضامن احتياطي يتعين عليه الوفاء بالتزامه إذا لم يوفي المدين نفسه بما التزم به، وبهذا يكون من حق الدائن مطالبة الكفيل بالرجوع عليه والتنفيذ على أمواله، وفي مقابل ذلك نجد أن للكفيل حق في الدفاع عن نفسه من أجل إسقاط الالتزام الملقى على عاتقه، وذلك باستعمال كافة الدفوع سواء المتعلقة بعقد الكفالة أو العقد الأصلي، وسوف نتعرض لهذه الحقوق في فرعين.

الفرع الأول: حقوق الدائن

تتلخص حقوق الدائن في الحق في المطالبة والحق في التنفيذ.

[1]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. 13.

أولا: مطالبة الكفيل

1- شروط المطالبة

تقتضي هذه المطالبة توفر مجموعة من الشروط وهي:

أ- حلول أجل الدين

إذ لا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل بدينه الناشئ عن عقد الكفالة إلاّ بعد حلول أجل الدين[1]، فإذا لم يكن هناك اتفاق على تحديد أجل دين الكفيل فإن هذا الأجل يحل باستحقاق دين المدين، ولكن إذا اتفق على أجل خاص لدين الكفيل، فلا يجوز مطالبته إلاّ بعد حلول هذا الأجل ولو كان دين المدين قد حلّ أجله من قبل، إذ لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين [2].

وما تجدر الإشارة إليه أنه أثير إشكال حول ماهو الحكم في حالة سقوط أجل التزام المدين بسبب لإفلاسه أو إعساره أو إضاعة التأمينات، حيث ذهب رأي للقول أن سقوط التزام المدين يؤدي إلى سقوط أجل التزام الكفيل لأن مقتضى فكرة التبعية والغرض منها هو ضمان حق الدائن ضد مخاطر إعسار المدين أو إفلاسه وقد تحقق ذلك بالفعل.

ولكن الفقه الغالب يرفض هذه الفكرة ويقرر أن سقوط أجل هذا الدين لا يؤدي إلى سقوط أجل التزام الكفيل لأن مقتضى فكرة التبعية أنه لا يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين، ولكن ليس هناك ما يمنع أن يكون التزام الكفيل أخف من التزام المدين، وكذلك مقتضى عقد الكفالة هو ضمان حق الدائن ضد إعسار المدين وإفلاسه، وأن المتفق عليه في القانون التجاري أن سقوط الأجل بسبب إفلاس المدين لا ينصرف إلى غيره ولا ينصرف بصفة خاصة إلى الكفيل وهذا الجدال لا يثور في حالة ما إذا كان لدين الكفيل أجل خاص[3]

ب- الرجوع على المدين قبل الكفيل

تنص المادة 660/1 ق م ج.على أنه " **لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه**

---

[2]- تناغو سمير، مرجع سابق، ص. 60.

[3]- تناغو سمير، مرجع نفسه، ص. 61.

رجوعه على المدين..."[1].

إذ يتضح من خلال هذا النص أنه لا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل بالوفاء، إلاّ بعد مطالبة المدين أو مطالبتهما معاً[2] في نفس الوقت، وفي حالة تعذر هذا الشرط، سيؤدي ذلك إلى عدم قبول دعواه[3]، وهذا ما أيدته المحكمة العليا بقرارها رقم 264039، الصادر بتاريخ 2002/10/09، حيث قضت بأن قضاة الموضوع قد خرقوا أحكام المادة 660 والمادة 658 ق.م.ج.[4]، وعرضوا بذلك قرارهم للنقض،وذلك لكون الدائن المطالب بدينه وجب عليه الرجوع على المدين بما أنه قد تم تصفية مؤسسته[5].

2- نطاق مطالبة الكفيل عند تعدد الكفلاء

يستطيع الدائن أن يطالب الكفيل بكل الدين إذا كان واحداً وتوفرت شروط المطالبة التي يتطلبها القانون، لكن في حالة تعدد الكفلاء هنا يُطرح تساؤل حول ما إذ يجوز للدائن الرجوع على كل منهم بكل الدين، أو يرجع على كل منهم بنصيبه في المسؤولية عن الدين ؟

والإجابة على هذا التساؤل موجود في نص **المادة** 664 ق.م.ج. بنصها " **إذا تعدد الكفلاء لدين واحد، وبعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلاّ بقدر نصيبه في الكفالة.**

أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، فإن كل واحد منهم يكون مسؤولاً عن الدين كله، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم "[6].

---

[1]- المادة 660/1 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[2]- المقصود بالمطالبة هنا ليس إعذار المدين بالوفاء، وإنما هو رفع دعوى قضائية ضد المدين لاستصدار حكم يلزمه بالوفاء. أنظر محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. 58.

[3]- مرجع نفسه، ص. 58.

[4]- المادة 658 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[5]- المحكمة العليا، المحكمة المدنية، قرار رقم 264039 مؤرخ في 2002/10/09،(قضية ق-ش. ضد د-ن)، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2002، ص. 209، 211.

[6]- المادة 664 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق، وتتطابق هذه المادة مع نص المادة 792 ق.م.م.

يتضح من خلال هذا النص أن القانون المدني الجزائري أخذ بقاعدة تقسيم الدين في رجوع الدائن على الكفلاء[1].

إلا أنه من أجل التمسك بهذا الدفع وجب توفر بعض الشروط، وهي أن يتعدد الكفلاء، فإذا كان للدين كفيل واحد فلا مجال للكلام عن التقسيم بينه وبين الكفلاء، وكذلك يجب أن يتعدد الكفلاء لضمان دين واحد، فلا مجال للدفع بتقسيم الدين بين الكفيل وكفيل الكفيل لأن التزامهما ليس واحداً، فالأول التزام بوفاء الالتزام الأصلي، والثاني التزام بوفاء التزام الكفيل، إذ يكون الكفلاء المتعددين قد كفلوا نفس الدين أو نفس المدينين فإذا كفل الكفلاء جميع المدينين المتضامنين بدين واحد، فهنا يحق لهم الدفع بتقسيم الدين فيما بينهم، ويجب أن يكون تعدد الكفلاء بعقد واحد، فوحدة العقد عبارة عن دليل على اتجاه إرادتهم إلى تقسيم الدين فيما بينهم بحيث يعتمد كل كفيل على الكفلاء الآخرين، وبالتالي اتجهت إرادته أن لا يلتزم إلاّ بقدر نصيبه، أما إذا كان تعدد الكفلاء لدين واحد ولمدين واحد بموجب عقود متوالية هنا لا يقرر القانون تقسيم الدين فيما بينهم بقوة القانون، وإنما يكون للكفلاء الحق بذلك إن احتفظوا بحق التقسيم، فلمن احتفظ به الحق في طلب التقسيم، وأخيراً أن لا يكون الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم، فالتضامن يقضي بأن للدائن الحق في أن يطالب أي منهم بكل الدين، وإذا كان أحد الكفلاء متضامن مع المدين يصبح بذلك في نفس مركز المدين الأصلي ولا يحق له التمسك بالتقسيم بينه وبين الكفلاء الآخرين ويسأل بكل الدين، ويثبت للكفلاء الآخرين الحق في التقسيم إذا كانوا غير متضامنين[2].

ثانيا: التنفيذ

يعتبر التنفيذ إجراء ثاني مقرر للدائن كحق من حقوقه، ويكون له ذلك في حالة عدم حصوله على حقه من طرف المدين الأصلي بعد رجوعه عليه، ولم يجد في ذمته أي مال يمكن التنفيذ عليه، كما يكون له أيضا هذا الحق إذا كان الكفيل متضامن مع المدين، فلا مجال هنا لدفع الكفيل بوجوب رجوع الدائن على المدين والتنفيذ على أمواله قبل الرجوع عليه والتنفيذ على أمواله، إذ يحق للدائن اتخاذ إجراءات التنفيذ على من يشاء منهما دون أن يكون لأي منهما معارضته، إلا إذا كان سبب المعارضة هو دافع آخر كالدفع بانقضاء الدين بسبب الوفاء مثلا أو غيرها من الدفوع المقررة.

[1]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. 60.

[2]- محمد علي عبده، مرجع سابق، ص. ص. 140، 142.

يتضح مما سبق أن التنفيذ على الكفيل يجب أن يكون بمراعاة وبإتباع الأوضاع المقررة قانوناً، إذ يختلف الأمر فيما إذا كان الكفيل متضامن أو غير متضامن مع المدين، ويظهر ذلك من خلال الوقت الذي يحق فيه للدائن اتخاذ إجراءات التنفيذ، ففي الحالة التي لا يكون فيها الكفيل متضامن مع المدين يجب التنفيذ أولا على أموال المدين ثم يأتي دور الكفيل، أما في الحالة العكسية أين يكون فيها الكفيل متضامن مع المدين فلا مجال للتفرقة بين الكفيل والمدين وإنما يمكن للدائن التنفيذ على من يشاء.

الفرع الثاني: دفوع الكفيل

تتشعب الدفوع التي يمكن للكفيل التمسك بها من أجل مواجهة مطالبة الدائن له، فمنها ما يتعلق بالعقد الأصلي، ومنها ما يرتبط بعقد الكفالة وهذا ما سنراه.

أولا: الدفوع المتعلقة بالالتزام الأصلي

يحق للكفيل التمسك بكل الدفوع التي يستطيع المدين التمسك بها في مواجهة الدائن، وهذا كله نظراً لكون التزام الكفيل هو التزام تبعي، وبالتالي سنتطرق إلى هذه الدفوع فيما يلي:

1- الدفع ببطلان الالتزام الأصلي:

إذا كان العقد الأصلي باطلاً في هذه الحالة يحق للكفيل التمسك ببطلان الكفالة على أساس أن الالتزام المكفول باطلاً، ومثاله أن يكون التزام المدين باطلاً بطلاناً مطلقاً لانعدام الرضا بين المدين والدائن، أو لعدم توفر شروط المحل أو عدم مشروعية السبب وهذا سيؤدي إلى بطلان التزام الكفيل، إذ يحق للكفيل دفع دعوى الدائن ببطلان التزام المدين وببطلان التزامه تبعاً[1].

2- الدفع بانقضاء الالتزام الأصلي:

كما سبق القول أن فكرة التبعية تقضي أنه إذا انقضى الالتزام الأصلي المكفول ينقضي تبعاً لذلك الالتزام التبعي، وانقضاء التزام المدين يكون إما بالوفاء، أو الوفاء بمقابل، أو المقاصة، أو التجديد والإنابة إلى غير ذلك من أسباب الانقضاء، فإذا قام المدين بالوفاء بالدين انقضى التزامه وانقضى بالتبعية التزام

[1]- رمضان محمد أبو السعود، همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص. 99.

الكفيل، وإذا اتفق الدائن مع مدينه على قبول شيء آخر من المدين في مقابل الدين، فيقوم هذا الأخير بنقل ملكية الشيء إلى دائنه فتبرأ ذمة الكفيل بالتبعية[1].

3- الدفوع الخاصة بإبطال الالتزام المكفول:

وهو ما يسمى بالبطلان النسبي، كأن يكون المدين ناقص الأهلية، أو شاب إرادته أحد عيوب الرضا[2]، فيكون للكفيل الحق في التمسك بإبطال التزام المدين لهذه الأسباب، إلاّ أنه فيما يخص تمسك الكفيل بإبطال العقد الأصلي وعقد الكفالة بسبب نقص أهلية المدين، لا ينتج أثاره إلاّ إذا كان لا يعلم بنقص أهلية المدين.[3]

ثانيا: الدفوع المتعلقة بعقد الكفالة

1- الدفع بالرجوع

تنص المادة 660/1 ق. م. ج. على أنه " **لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين**"[4].

والمقصود بالدفع بالرجوع هو أن يدفع الكفيل تجاه الدائن بضرورة رجوع، أو بضرورة مطالبة الشخص المدين قبل مطالبته هو بتنفيذ الالتزام، والدفع بعدم جواز مطالبة الكفيل وحده قبل مطالبة المدين لا يعتبر من الدفوع الموضوعية، كما لا يعتبر دفعاً شكلياً[5]، ولكنه كُيِّف على أنه دفع بعدم قبول، وبناءًا على ذلك فيمكن إبداء هذا الدفع ولو لأول مرة أمام المجلس القضائي، وقبول هذا الدفع لا يترتب عنه سوى عدم قبول الدعوى المرفوعة على الكفيل من الدائن[6] ، إلّا أنه حتى يتمكن الكفيل من التمسك بهذا الدفع وجب توفر بعض الشروط وهي:

---

[1]- رمضان محمد أبو السعود، همام محمد محمود زهران، مرجع سابق ، ص. 99.

[2]- سرايش زكريا، مرجع سابق، ص. 24.

[3]- رمضان محمد أبو السعود، همام محمود زهران، مرجع سابق، ص. 99.

[4]- ويطابق نص المادة 788 ق.م.م. بنصها " **لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين**".

[5]- نصت المادة 108 من قانون المرفعات الجديد المصري على الدفوع الشكلية على سبيل الحصر ولم يذكر فيها هذا الدفع، وكذلك قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد لم تعتبره دفعاً شكلياً.

[6]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. ص. 67- 68.

أ- أن لا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في الدفع بالرجوع

النزول قد يكون ضمنياً أو صريحاً وقد يكون وقت انعقاد الكفالة أو بعدها، وهذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام لأن الهدف منه هو تحقيق مصلحة خاصة وهي مصلحة الكفيل، لذلك يجوز النزول عنه.[1].

ب- أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين

لأن التضامن حسب ما تقتضي به القواعد العامة، أنه يحق للدائن أن يطالب من المدينين المتضامنين من يشاء أو يطالبهم مجتمعين، وبالتالي في حالة تضامن الكفيل مع المدين يحق للدائن الرجوع على أي منهما أو على كلاهما معاً،[2] وهذا الحكم مستنتج بالقياس عن المادة 669 **ق.م.ج. بنصها على أنه " تجوز كفالة الكفيل، وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل قبل رجوعه على الكفيل إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل**"[3]، وما يلاحظ عن هذه المادة أن المشرع قد أغفل ذكر كلمة الكفيل، إذ الصياغة الصحيحة تكون كالتالي "...**لايجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل...**".

ج- وجود مصلحة للكفيل في التمسك بالدفع بالرجوع

ويعني ذلك أن لا يثبت للمحكمة أنه ليس هناك للكفيل مصلحة في التمسك بهذا الدفع، ومثال ذلك أن يكون المدين معسراً بحيث ليس له أموال يمكن التنفيذ عليها، وبالتالي لا توجد هناك مصلحة من إثارة هذا الدفع[4].

2- الدفع بالتجريد في صورته العامة

الكفالة تعطي للكفيل صفة احتياطية، حيث يترتب من خلالها أن الدائن لا يستطيع أن ينفذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين، وهذا ما يسمى بالدفع بالتجريد.

---

[1]- تناغو سمير، مرجع سابق، ص. 64.

[2]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. ص. 68- 69.

[3]- المادة 669 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[4]- همام محمد محمود زهران، **التأمينات العينية والشخصية**، دار الجامعة الجديدة، د. ب.ن.، 2004. ص. ص. 101-102.

والدفع بالتجريد مقرر فقط للكفيل الشخصي، وبالتالي ليس للكفيل العيني الحق في التمسك بهذا الدفع، حيث يحق للكفيل الشخصي التمسك بهذا الدفع سواء كانت الكفالة قد تمت بناءا على طلب المدين، أو بعلمه، ورغم معارضته، ويقتصر حق الكفيل بالدفع بتجريد أموال هذا الأخير[1]، ولكن لاستعمال هذا الحق وجب توفر مجموعة من شروط وتتمثل في:

أ- أن يتمسك الكفيل بالتجريد

وهذا وفقاً للمادة 660/2 ق.م.ج.[2]، فالدفع بالتجريد ليس دفعاً متعلقاً بالنظام العام، ومنه لا يجوز للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها، وهذا ما يستوجب أن على الكفيل أن يتمسك به لكي يكون مقبولاً.

ب- أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين

فإذا كان الكفيل متضامن مع المدين يعتبر مسؤولا بصفة رئيسية عن الدين، و لذلك يجوز التمسك بهذا الدفع.

ج- أن لا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في الدفع بالتجريد

بما أن الدفع بالتجريد مقرر لتحقيق مصلحة خاصة فإنه ليس من النظام العام، وهذا يعني إمكانية التنازل عنه سواء بصفة صريحة أو ضمنية.[3].

د- إرشاد الكفيل الدائن إلى أموال المدين التي يمكن التنفيذ عليها

وهذا وفقا لنص المادة 661 ق.م.ج. التي تنص على أنه: " **إذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين تفي بالدين كله.**

ولا يؤخذ بعين الاعتبار الأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي الجزائرية، أو كانت متنازعا فيها"[4].

---

[1]- نبيل إبراهيم سعد، **التأمينات العينية والشخصية(الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز)**، الكفالة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص.362.

[2]- أنظر المادة 660/2 من الأمر رقم 75- 58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[3]- سرايش زكريا، مرجع سابق، ص. ص. 26 -27.

[4]- المادة 661 من الأمر رقم 75- 58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق

فوفقا لهذه المادة يجب على الشخص الكفيل الذي تمسك بالدفع بالتجريد، أن يرشد الدائن إلى أموال المدين التي يمكن لهذا الأخير التنفيذ عليها، ومن أجل صحة الدفع بالتجريد وجب أن تكون الأموال التي يرشد إليها الكفيل الشخص الدائن متوفرة على بعض الشروط التي تتمثل في:

- **أن تكون هذه الأموال غير متنازع فيها وتقع في الجزائر.**

تجدر الإشارة هنا إلى أن المقصود بالمال المتنازع عليه، لا يقتصر فقط على المال الذي يكون قد رفعت بشأنه دعوى، وإنما يشمل أيضا كل نزاع جدي يؤدي إلى إرهاق الدائن في التنفيذ على أموال المدين، ولا نجد في القانون الجزائري أي نص يبين المقصود بالمال المتنازع عليه على عكس المشرع المصري والفرنسي[1].

- **أن تكون الأموال التي يرشد لها الكفيل تفي بالدين كله.**

وتجدر الإشارة إلى أنه لا مانع للدائن من أن يتخذ الوسائل الاحتياطية في حق الكفيل[2].

3- الدفع بالتجريد في صورته الخاصة

تفترض هذه الصورة وجود تأمين عيني على مال المدين يضمن نفس الدين، فيجوز للكفيل أن يطلب التنفيذ على التأمين العيني قبل التنفيذ عليه[3].

نص المشرع الجزائري على هذا الدفع بموجب نص المادة 663 ق.م.ج.على أنه "**إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانونا أو اتفاقا لضمان الدين وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين، قلا يجوز التنفيذ علي أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التى خصصت لهذا التأمين**"[4]، وهناك شروط يجب توافرها لكي يستطيع الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع وهي:

أ- وجود تأمين عيني خصص لضمان نفس الدين

ويمكن أن يكون هذا التأمين خصص لضمان الدين المكفول وفي نفس الوقت لضمان ديون أخرى

---

[1]- زاهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص. 88.

[2]- مصطفى العوجي، القانون المدني، الموجبات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقي، بيروت، لبنان، 2006، ص. 298.

[3]- قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص. 140.

[4]- المادة 663 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

معه بشرط أن يظل مفيدا للدائن، لأن لا دفع بدون مصلحة، ويمكن أن يكون هذا التأمين عقارا أو منقولا مقررا بموجب اتفاق أو القانون أو حق الامتياز، ولا خلاف بالنسبة للتأمين العيني المخصص بموجب حق اختصاص[1].

ب- يكون الكفيل غير متضامن مع المدين

التضامن يجعل الكفيل في مركز المدين الأصلي، وبالتالي لايجوز له التمسك بالتجريد في صورته الخاصة بما انه مقرر أيضا في الدفع بالتجريد في صورته العامة[2].

ج- تمسك الكفيل بالدفع

يجوز للكفيل التمسك به في مرحلة التقاضى أو مرحلة التنفيذ، وهذا الدفع ليس من النظام العام فلا يمكن للمحكمة التمسك به من تلقاء نفسها[3].

د- أن تكون الكفالة لاحقة للتأمين العيني أو تقررت معه

الكفيل عند تقدمه لكفالة دين المدين وضع في اعتباره أن هناك تأمين، أما إذا سبق التأمين الكفالة فلا يكون الكفيل قد اعتمد عليه، وبالتالي لا يكون له الحق بالتمسك بالتجريد[4].

و- أن يكون التأمين العيني مقررا علي مال مملوك للمدين

هذا الشرط اختلف فيه الفقه فهناك جانب لا يقول بضرورة أن يكون التأمين العيني ملكا للمدين، في حين الفقه الراجح يقول بوجوب ملكية التأمين العيني للمدين حتى يتمكن الكفيل من التمسك به[5].

4- الدفع بعدم اتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين

إذا كان الهدف من الدفع بالتجريد وبالذات إرشاد الكفيل الدائن إلى أموال المدين للتنفيذ عليها، فهذا

---

[1]- همام محمد محمود زهران، مرجع سابق. ص. 129.

[2]- خلافة نجود، مرجع سابق، ص.71.

[3]- تناغو سمير عبد السيد، مرجع سابق. ص. 76.

[4]- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق. ص. 94.

[5]- خلافة نجود، مرجع سابق.ص. 72.

يعني أنه ليس من العدل أن يذهب الدائن مجهود الكفيل سوداً، وبالتالي على الدائن أن يبذل في ذلك عناية الرجل العادي في التنفيذ على أموال المدين التي أرشد لها، بحيث يتحمل قبل الكفيل مسؤولية إهماله[1].

إلاّ أنّ تأخر الدائن في الرجوع على المدين لا يعني سقوط حقه في مطالبة الكفيل، وهذا ما نصت عليه المادة 657/1ق.م.ج.[2]، غير أن القانون لم يترك الكفيل دون حماية فقد نص في الفقرة الثانية من المادة 657 على أنه "**غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا**"[3].

فطبقا لهذا النص إذا خشي الكفيل من أن يتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين، له أن ينذر الدائن باتخاذ الإجراءات وذلك بأن يرفع دعوى ضد المدين، أو يبدأ في اتخاذ إجراءات التنفيذ ضده إذا كان بيده سند تنفيذي، فإذا انقضت ستة أشهر من وقت الإنذار دون أن يقوم الدائن باتخاذ هذه الإجراءات برئت ذمة الكفيل، إلاّ إذا قدم المدين للكفيل ضمانا كافيا يضمن به الكفيل الرجوع على المدين إذا ما اضطر للوفاء للدائن[4].

5- الدفع بإضاعة الدائن للتأمينات

يتعين على الدائن المحافظة على التأمينات التي يكون الالتزام الأصلي قد ضمن بها سواء كانت عينية أو شخصية إذ أن الإخلال بهذه الأخيرة من شأنه أن يضر بمركز الكفيل، وضياعها يزيد من احتمالية الرجوع على الكفيل، لهذا نص المشرع بأحقية الكفيل في التمسك ببراءة الذمة، وهذا ما قضت به المادة 656 ق.م.ج. التي تنص 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

---

[1]- همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص. 134.

[2]- المادة 657 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق، حيث تنص على أنه " **لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه يتخذها**".

[3]- تقابلها المادة 790 ق.م.م. التي تنص أنه " **في كل الأحوال التي بدل فيها الكفيل على أموال المدين يكون الدائن مسؤولا قبل الكفيل عن إعسار المدين الذي يترتب على عدم اتخاذ الإجراءات**".

[4]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. 71.

وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون"[1]، ومن أمثلة إضاعة الدائن للتأمينات إبراء الدائن لأحد الكفلاء[2].

المطلب الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين

إذا قام الكفيل بالوفاء بالدين للدائن فهنا تنشأ علاقة بين الكفيل و المدين، حيث يحق للكفيل الرجوع على المدين من أجل الحصول على ما وفى به، لهذا أعطى المشرع للكفيل طريقين يسلكهما من أجل الحصول على حقوقه، وهما الدعوى الشخصية و دعوى الحلول، وهذا ما سنتطرق إليه فيمايلي:

الفرع الأول: الدعوى الشخصية

يحق للكفيل الرجوع على المدين إذا ما وفى بالدين بالدعوى الشخصية، ولكن لا يحق له ذلك إلاّ إذا توفرت مجموعة من الشروط سنتطرق لها.

أولا: شروط الدعوى الشخصية

تتمثل شروط الدعوى الشخصية في:

1- حلول أجل الدين

يشترط لرجوع الكفيل على المدين حلول أجل الدين المضمون، والأجل الذي يعتد به هنا هو الأجل الأصلي للدين المكفول، فلا يحق للكفيل الرجوع على المدين إلاّ بحلوله، إلّا أنه إذا امتد الأجل الأصلي بسبب مهلة منحها الدائن للمدين، فإن هذا الامتداد لا يحتج به في مواجهة الكفيل، ويجوز له أن يرجع على المدين بمجرد حلول الأجل الأصلي، و على العكس من ذلك فإنه في حالة تنازل المدين عن الأجل الأصلي الممنوح له، سيستفيد الكفيل من هذا التنازل ويحق له الرجوع على المدين عند حلول الأجل الجديد[3].

---

[1]- المادة 656 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[2]- سرايش زكريا، مرجع سابق، ص. 25.

[3]- تناغو سمير، مرجع سابق، ص. 114.

2- أن يكون الكفيل قد وفى بكامل الدين أو جزء منه

من شروط عودة الكفيل على المدين أن يكون الكفيل قد وفى بالدين، إمّا كله، أو جزء منه، و لا يقتصر الأمر هنا على الوفاء بالالتزام فقط، وإنما ينصرف الأمر أيضا إلى أسباب الانقضاء الأخرى، كالوفاء بمقابل، المقاصة...الخ[1].

3- يجب على الكفيل إخطار المدين

يجب على الكفيل قبل قيامه بالوفاء أن يخطر المدين وهذا ما قضت به المادة 670 ق. م.ج.[2]، وبالتالي فإن قيام الكفيل بالوفاء دون إخبار المدين سيفقده حق الرجوع عليه، بحيث تبرأ ذمة المدين، إلاّ أنّ عدم إخبار الكفيل للمدين لا يؤدي دائماً وفي جميع الحالات إلى براءة ذمته، وذلك في حالة وفاء الكفيل بالالتزام ولم يكن للمدين أسباب تؤدي إلى بطلان الالتزام و انقضاءه[3].

4- أن تكون الكفالة عقدت لمصلحة المدين و دون اعتراضه

المفروض أن الكفالة تعقد عادة لمصلحة المدين، إلاّ أنه أحياناً تعقد لمصلحة الدائن وحده، ومثالها إذا انعقدت بعد نشوء الالتزام الأصلي ولم يحصل المدين على أية فائدة، ففي هذه الحالة لا يستطيع الكفيل بعد وفاءه بالدين المضمون، الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية.

كما يجب أن تتم الكفالة دون معارضة من المدين، فتجوز عودة الكفيل على المدين في الكفالة التي عقدت بعلم المدين أو دون علمه، أما التي عقدت رغم معارضته فلا يجوز الرجوع عليه بهذه الدعوى[4]،وهذا ما اتضح لنا من نص المادة 672/1 ق. م. ج.[5].

ثانيا: مضمون الدعوى الشخصية

يرجع الكفيل بما وفاه على المدين بأصل الدين والمصروفات، وهذا ما نصت عليه المادة 672/2

---

[1]- نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص. ص. 388- 389.

[2]- أنظر المادة 670 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[3]- سرايش زكريا، مرجع سابق، ص. ص. 30- 31.

[4]- محمد صبري السعدي ، مرجع سابق، ص. ص. 93- 94.

[5]- المادة 672 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق، والتي تنص على أنه " **يكون للكفيل الذي وفي الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه**".

ق.م.ج. على أنه "**ويرجع بأصل الدين والمصروفات غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلاّ بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده**"[1]، وهذا ما سنراه طبقا للتفصيل الآتي:

1- **أصل الدين**: يتمثل في مبلغ الدين المكفول مضافاً إليه ملحقاته ومصاريف مطالبة الدائن للمدين[2].

2- **المصروفات**: وتشمل المصروفات كل ما أنفقه الدائن في الإجراءات التي اتخذها ضد الكفيل، والتي قام هذا الأخير بدفعها، ومثالها مصروفات رفع الدعوى، مصروفات التنبيه بالوفاء، وتدخل فيها أيضاً المصروفات التي أنفقها الكفيل في سبيل إرشاد الدائن إلى أموال المدين من أجل التنفيذ عليها[3].

ومن خلال نص المادة 672/2 ق.م.ج يتضح لنا أن الكفيل يرجع على المدين بالمصروفات التي أنفقها بعد إخطار المدين بالإجراءات التي اتخذها ضده، إلا أنه من المسلم به حق الكفيل في الرجوع بالمصروفات المطالبة الأولى، إذ أن هذه المصروفات تنفق قبل أن يصل إلى الكفيل أي إجراء يوجب عليه إخطار المدين، لذلك يلزم بها المدين لا الكفيل[4].

3- **مطالبة الكفيل بالتعويض**: المادة 800 ق.م.م.[5] حيث كان المشروع التمهيدي لهذه المادة يتضمن فقرة تقضي بأن " **للكفيل أن يرجع بالتعويض**" ولكنها حذفت في لجنة المراجعة، والتقنين المدني الفرنسي في المادة 2028[6] منه تقضي صراحة على رجوع الكفيل بالتعويض على المدين ولم يشترط القانون الفرنسي في تعويض الكفيل سوء النية.

في حين أجمع الفقه المصري على جواز رجوع الكفيل بتعويض على المدين وإن كان البعض منهم يشترطون سوء نية المدين[7]، أما المشرع الجزائري فلم ينص على ذلك في المادة 672 ق.م.ج..

---

[1]- المادة 672/2 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع نفسه.

[2]- سرايش زكريا، مرجع سابق، ص. 31.

[3]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. 97.

[4]- مرجع نفسه، ص. ص. 97- 98.

[5]- أنظر المادة 800 من القانون المدني المصري، الصادر بموجب قانون رقم 131، لسنة 1948.

[6]- انظر المادة 2028 من القانون المدني الفرنسي، مرجع سابق.

[7]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص.98.

الفرع الثاني: دعوى الحلول

يمكن للكفيل في حالة وفائه بالدين المضمون للدائن أن يحل محل هذا الأخير في الرجوع على المدين، وللكفيل الحق في دعوى الحلول سواء كانت الكفالة عقدت لمصلحة المدين أو لمصلحة الدائن، وسواء تمت بعلم المدين أم بغير علمه **أو** حتى رغم معارضته، ويستوي كذلك أن يكون الكفيل متضامناً أو غير متضامن وسواء كان الكفيل كفيل شخصي أو عيني[1].

أولا: شروط دعوى الحلول

لكي يستطيع الكفيل العودة على المدين بدعوى الحلول وجب توفر مجموعة من الشروط تتمثل في:

1- حصول الدائن على كامل دينه

هذا ما نستنتجه من المادة 671 ق.م.ج. والتي تنص على ما يلي: " **إذا وفى الكفيل الدين، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق تجاه المدين. ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين**"[2].

فوفقا لهذا النص نفهم أنه حتى يستطيع الكفيل الرجوع على المدين يجب أن يكون الدائن قد استوفى حقه كاملا، ولا يعني ذلك أنه يجب أن يكون الكفيل هو الموفي بالدين بأكمله، وإنما يمكن أن يكون الكفيل وفى فقط بجزء من الدين، والجزء الأخر المتبقي وفى به المدين أو شخص آخر من الغير، فالعبرة من هذا الشرط هو استفاء الدائن لدينه بأكمله وقت رجوع الكفيل عليه بدعوى الحلول، أما إذا حصل الدائن على جزء من الدين المضمون، فلا يحق للكفيل الرجوع على المدين، وإنما عليه الانتظار إلى غاية حصول الدائن على كامل حقه[3].

2- أن يتم الوفاء عند حلول أجل الدين الأصلي

عند رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول فإنه يحل بذلك محل الدائن، فإذا وفى الكفيل بالدين قبل حلول أجل الدين، فإنه لا يحق له الرجوع على المدين بدعوى الحلول، إلا عند حلول أجل دين الدائن

[1]- رمضان محمد أبو السعود، همام محمود زهران، مرجع سابق، ص. 142.

[2]- المادة 671 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[3]- رمضان محمد أبو السعود، همام محمود زهران، مرجع سابق، ص.142.

مع المدين، غير أنه إذا قبله هذا الأخير فلا مانع من رجوعه، وفي حالة التمديد في الأجل الأصلي للمدين اتفاقاً أو قضاء، كان للكفيل إن أراد الرجوع بدعوى الحلول احترام هذا الأجل الممتد، لأن حق الكفيل مرتبط بحق الدائن والدائن هنا حقه مؤجل[1].

ثانيا: مضمون دعوى الحلول

تنص المادة 671 ق.م.ج. على أنه:" **إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق تجاه المدين...**"[2].

يفهم من خلال هذا النص أن الكفيل الموفى يحل محل الدائن في جميع حقوقه تجاه المدين، وهذا ما هو إلاّ تطبيقا للقواعد العامة[3]، إذ تنص المادة 261 ق.م.ج. على هذا الحكم بنصها " **إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حلّ الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال الآتية:**

- **إذا كان الموفي ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه.**
- **إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفي حق الحلول**"[4].

وما تشمل عليه دعوى الحلول من طلبات مذكورة في نص المادة 264 ق.م.ج. بنصها على" **من حل محل الدائن قانونا أو اتفاقا كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن**"[5]، فحسب هذه المادة موضوع دعوى الحلول يتمثل في:

1- حلول الكفيل محل الدائن في الحق الذي كان له قبل المدين

إذ أن الكفيل يرجع بذات حق الدائن، ولا يجوز للكفيل الرجوع على المدين بهذا الحق إذا كان قد

---

[1]- همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص. ص. 170- 171.

[2]- تتطابق مع نص المادة 799 ق.م.م.

[3]- محمد حسين منصور، **النظرية العامة للائتمان**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، د. س.ن.، ص. 181.

[4]- المادة 261 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق، وتتطابق مع نص المادة 326 ق.م.م.

[5]- المادة 264، من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع نفسه. وتتطابق مع نص المادة 329 ق.م.م.

انقضى، وإنما يجوز له في مثل هذا الوضع الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية[1].

2- رجوع الكفيل بحق الدائن بما له من خصائص

ويمكن أن نورد أمثلة عن هذه الحالة إذا كان دين الدائن له صفة تجارية، فإنّ هذا الحق ينتقل للكفيل بهذه الصفة[2]، و اقتران حق الدائن بأجل يسري على الكفيل، في هذه الحالة لا يجوز له الرجوع على المدين إلا بحلول ذلك الأجل[3].

3- رجوع الكفيل بحق الدائن بما يتبعه من توابع

فالكفيل يستفيد من الفوائد التي ينتجها الدين المضمون، إذ يحق له الرجوع بها على المدين، أما إذا كان الدين لا ينتج فوائد، فإن رجوعه يكون على ما تقرره له القواعد العامة من فوائد قانونية تبدأ من وقت المطالبة القضائية[4].

4- يحل الكفيل محل الدائن في حقه بما له من ضمانات

يحق للكفيل أن يحل محل الدائن في حقه فيما كان يكفله من ضمانات، ولا يختلف الأمر فيما إذا كانت هذه الضمانات(التأمينات) شخصية أو عينية موجودة وقت إبرام الكفالة أو قدمت فيما بعد، وسواء قدمت من المدين نفسه أو من الشخص الغير[5]، ومثال الضمانات العينية التي تدخل في حق الكفيل في الحلول نجد الرهن الرسمي، الرهن الحيازي...إلخ، غير أنه من أجل حلول الكفيل محل الدائن في التأمينات لا يسري في حق الغير إلا باتخاذ الإجراءات اللازمة[6].

---

[1]- تناغو سمير، مرجع سابق، ص. 121.

[2]- قدري عبد الفتاح الشهاوي مرجع سابق، ص.181.

[3]- تناغو سمير، مرجع سابق، ص.121.

[4]- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص. 182.

[5]- هاري أدوار نجيم، **الكفالة في القوانين والاجتهادات اللبنانية والأجنبية**، طبعة أولى، د. د.ن، د. ب. ن، 1996، ص. 244.

[6]- محمد كامل مرمي باشا، **شرح القانون المدني، العقود المسماة**، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005، ص. 267.

5- حلول الكفيل محل الدائن في حقه وما يتصل به من دفوع

ومقتضى هذا الحق أن المدين يستطيع مواجهة مطالبة الكفيل بكل ما كان يستطيع أن يدفع به رجوع الدائن عليه، كأن يدفع بأن حق الدائن معلق على شرط واقف أو فاسخ أو مضاف إلى أجل[1].

الفرع الثالث: حالة تعدد المدينين

قد سبق وأن تطرقنا في الفرع الثاني إلى رجوع الكفيل على المدين في حالة وجوده وحيداً، لكن قد يحدث أن يتعدد المدينون في نفس الدين فإمّا أن يكفلهم الكفيل جميعاً، أو قد يكفل بعضهم فقط، وفي كلتا الحالتين يمكن أن يكون المدينون متضامنين، أو غير متضامنين، وهذا ما سوف نتعرض إليه فيما يلي:

أولا: تعدد المدينين غير المتضامنين

يجب أن نميز بين حالتين وهما: حالة كفالة الكفيل لجميع المدينين الغير المتضامنين، والحالة الثانية وهي حالة كفالة بعضهم فقط.

الحالة الأولى: إذا كان المدينون غير متضامنين ودخل الكفيل وضمنهم جميعا ثم وفى الدين، فهنا عند رجوعه عليهم يرجع على كل واحد منهم بقدر نصيبه في الدين، وله ذلك إمّا باستعمال حقه في دعوى الكفالة (الدعوى الشخصية) أو بدعوى الحلول[2].

الحالة الثانية: إذا قام الكفيل بكفالة بعض المدينين غير المتضامنين دون المدين الآخر، يكون له الحق في الرجوع على المدينين الذين كفلهم كل بحسب نصيبه في الدين وذلك إما بدعوى الكفالة أو بدعوى الحلول.

أما بالنسبة للمدينين الذين لم يكفلهم الكفيل فلا يحق له الرجوع عليهم بدعوى الكفالة، ولكن إذا كان قد وفى بكامل قيمة الدين، فيحق له الرجوع عليهم بدعوى الإثراء بلا سبب طبقاً للقواعد العامة[3].

---

[1]- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص. 183.

[2]- سي يوسف زاهية حورية ، مرجع سابق، ص.122.

[3]- نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص.402.

ثانيا: تعدد المدينين المتضامنين

في هذه الحالة أيضا نميز بين حالتين وهما: حالة ما إذا كان الكفيل قد ضمن المدينين المتضامنين كلهم وحالة اقتصار كفالة الكفيل للبعض منهم.

الحالة الأولى: وهذه الحالة منصوص عليها في المادة 673 ق.م.ج. والتي تنص على أنه: "**إذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين فللكفيل الذي ضمنهم جميعا أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين.**[1]"، يفهم من نص هذه المادة أنه إذا قام الكفيل بالوفاء بالدين المكفول، وكان المدينون الذين كفلهم متضامنين، فهنا يحق للكفيل الرجوع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول[2].

الحالة الثانية: هذه الحالة لم ينص عليها المشرع الجزائري، ولكن المستقر عليه هو أنه في حالة كفالة الكفيل لبعض المدينين وكانوا متضامنين، فإنه يقوم بالرجوع على المدينين الذين ضمنهم إمّا بدعوى الحلول، أو بدعوى الشخصية [3].

أما بالنسبة لرجوع الكفيل على المدينين المتضامنين الذين لم يكفلهم فيمكن تطبيق القواعد العامة، أي يمكن للكفيل بعد قيامه بالوفاء بالعودة على أي من المدينين الذين لم يكفلهم، إما بالدعوى غير المباشرة، أو بدعوى الإثراء بلا سبب[4]، ولا يمكن للكفيل العودة على المدينين المتضامنين الذين لم يكفلهم بدعوى الكفالة[5].

كما يستطيع الكفيل أن يرجع على أي من المدينين المتضامنين والذين لم يكفلهم بدعوى الحلول، ذلك لأن الكفيل بوفائه للدين قد حلّ محل الدائن، وبالتالي يرجع بنفس حق الدائن، وبما يلحقه من ضمانات

---

[1]- المادة 673 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق، وتقابلها نص المادة 886 من القانون الأردني بنصها" **إذا كان المدينين متضامنين فلمن كفلهم أن يطلبهم جميعا وأن يرجع على أي منهم بكل ما وفاه من الدين**"، كما تتطابق مع المادة 801 ق.م.م.

[2]-سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص.123.

[3]- مرجع نفسه، ص.123.

[4]-نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص.403.

[5]- سرايش زكريا، مرجع سابق، ص. 33.

ومن بين هذه الضمانات نجد "تضامن المدينين"[1].

المطلب الثالث: العلاقة بين الكفيل وغيره من الكفلاء

لقد سبق وأن أشرنا إلى حق الكفيل بالرجوع على المدين في وفاءه بالدين، وتكلمنا أيضاً على رجوعه على المدينين في حالة تعددهم، والأمر لا يقف عند هذا الحد، وإنما يحق أيضا للكفيل الذي وفى بالدين الرجوع على الكفلاء الآخرين في حالة تعددهم، إلاّ أنه يجب التمييز بين حالتين وهما حالة تعدد الكفلاء المتضامنين وحالة تعدد الكفلاء غير المتضامنين وهذا ما سنتطرق إليه فيما يلي:

الفرع الأول: تعدد الكفلاء غير متضامنين

إذا تعدد الكفلاء وكانوا جميعا قد التزموا بكفالة الدين بعقد واحد[2]، أو بعقود متوالية مع احتفاظ كل واحد بحقه بالتقسيم، فإن الأصل أن يقسم الدين فيما بينهم كلٌ بحسب نصيبه، وأن إعسار أحد هؤلاء لا يتحمله غيره من الكفلاء وإنما يتحمله الدائن[3]، وإذا دفع واحد منهم الجزء الخاص به فلا يستطيع الرجوع على باقي الكفلاء بشيء[4].

لكن في حالة وفاءه بالدين كله وهو غير ملزم بذلك، فلا يكون له الحق في الرجوع على غيره من الكفلاء بدعوى الحلول، لأنه ليس ملزماً بالوفاء عنهم ولا معهم، ولا يكون له الحق في العودة عليهم بدعوى الشخصية لأن هذه الأخيرة مقررة للعلاقة بين الكفيل والمدين، فما عليه إلاّ العودة عليهم بدعوى الإثراء بلا سبب[5]، وفي حالة وجود كفيل معسر بينهم فلا يمكن له أن يطالبهم بحصتة وإنما يتحملها الكفيل الموفي[6].

الفرع الثاني: تعدد الكفلاء المتضامنين

وتتلخص هذه الوضعية في وجود عدة كفلاء لدين واحد وبعقد واحد مع تضامنهم، أو وجود عدة

---

[1]- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص. 124.

[2]-قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص.196.

[3]- نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص. 405.

[4]- سرايش زكريا، مرجع سابق، ص. 34.

[5]- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص. 127.

[6]- نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص. 405.

كفلاء لدين واحد وبعقود متوالية مع عدم احتفاظ أي منهم لنفسه بحق التقسيم، فيكون كل منهم مسؤولاً بكل الدين[1].

فإذا تعدد الكفلاء وكانوا متضامنين فيما بينهم فهنا لا ينقسم الدين بينهم، ولا يختلف الوضع فيما إذا كانوا قد كفلوا ديناً واحداً بعقد واحد أو كانوا ملزمين بعقود متوالية، فكل واحد منهم يكون مسؤولاً بكامل الدين، وحالة تعدد الكفلاء وتضامنهم قد نصت عليه المادة 668 ق.م.ج. والتي تنص على 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**"[2].

إذن إذا وفى أحد الكفلاء المتعددين بالدين فإنه يرجع على أي كفيل متضامن بقدر نصيبه في الدين، مضافاً إليها نصيبه في حصة الكفيل المعسر[3].

[1]- نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص. 405.

[2]- المادة 668 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[3]- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص. ص. 124- 125.

المبحث الثاني

انقضاء الكفالة

تنقضي الكفالة إمّا بصورة تبعية وهذا لكون عقد الكفالة عقد تابع، إذ لا وجود لهذه الأخيرة إذا لم يكن هناك التزام أصلي جاءت من أجل ضمان الوفاء به، وبالتالي تطبيقا للقاعدة التي تقول التابع يتبع المتبوع، فإن كل ما يؤدي إلى انقضاء الالتزام الأصلي سيؤدي إلى انقضاء الكفالة تبعا له، كما تنقضي الكفالة بصورة أصلية لكون أن هذه الأخيرة لها مقوماتها الخاصة، وبالتالي إذا توفر في هذا العقد أسباب الانقضاء، فإنه يؤدي إلى انتهاء الكفالة وزوالها، وهذا ما سنحاول التطرق إليه خلال مطلبين، الأول نخصصه لانقضاء الكفالة بصورة تبعية لانقضاء الالتزام الأصلي، و الثاني لانقضاء الكفالة بصورة أصلية.

المطلب الأول: انقضاء الكفالة بالتبعية لانقضاء الالتزام الأصلي

تتعد صور انقضاء العقد الأصلي، فإما أن ينقضي بصورة طبيعية وهي الوفاء، أو بصورة أخري يحصل فيها الدائن على منفعة غير التي كان يحق له طلبها، وهو ما يسمي بالوفاء بمقابل، كما تنقضي في حالات أخرى دون وفاء وهذا ما سنراه فيما يلي:

الفرع الأول: انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء

وفاء المدين الأصلي بالدين يؤدي إلى انقضاء التزامه و يؤدي بصورة تبعية إلى انقضاء الكفالة، و الوفاء الجزئي الصادر من المدين الأصلي يؤدي إلى براءة ذمة الكفيل في حدود هذا الجزء، فيبقى للدائن الحق بالرجوع على الكفيل والمدين بالباقي، وإذا كان الوفاء من طرف الغير يعني شخص آخر غير المدين، فإن الموفى يحل محل الدائن الذي استوفى حقه، وفي هذه الحالة لا تبرأ لا ذمة الكفيل و لا ذمة المدين نفسه، و نفس الشيء بالنسبة لإحالة الدائن حقه إلى دائن آخر، وهنا الدين يبقي قائما بكل ضماناته بما في ذلك الكفالة، أما إذا كانت الإحالة صادرة من طرف المدين الأصلي، بأن قام بتحويل التزامه إلى شخص آخر فإن الدين يظل قائما، إلا أنه بتغيير الشخص المدين فإن التزام الكفيل ينقضي، إلا إذا قبل بضمان المدين الجديد[1].

[1]- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص.132-133.

ولكي يكون الوفاء منتجاً لآثاره يجب أن يكون صحيحاً، وذلك طبقاً لنص المادة 260 ق.م.ج[1]، بحيث يجب أن يكون الشيء الموفى به ملكاً للموفي، وأن يكون هذا الأخير آهلاً للتصرف فيه، وإلا أعتبر الوفاء غير صحيح ولا ينتج لآثاره، وبالتالي لا ينقضي التزام الكفيل[2].

وفي حالة اضطرار المدين لعرض الدين عرضاً حقيقياً، واستتبع ذلك الإيداع، فإن هذا العرض يعتبر بمثابة الوفاء، أي يقوم مقام الوفاء إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته[3]، إذ نجد المادة 274 ق.م.ج. تقضي بذلك بنصها " **يقوم العرض الحقيقي بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء، إذا تلاه إيداع وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية، أو تلاه أي إجراء مماثل يشترط قبول الدائن أو صحته بحكم له قوة الشيء المقضي به**"[4].

الفرع الثاني: انقضاء الالتزام الأصلي بما يعادل الوفاء

ومن صوره نجد الوفاء بمقابل، التجديد، الإنابة، المقاصة، اتحاد الذمة.

أولا: الوفاء بمقابل

يعتبر الوفاء بمقابل طريق من طرق انقضاء الحق وإنهاءه، ويتم اللجوء إلى هذه الوسيلة في الحالة التي يتراضى فيها طرفي الحق على استبدال الحق الجديد المتفق عليه بالحق الأصلي[5]، إذن الوفاء بمقابل هو عملية مركبة من تجديد ووفاء، ولقد نصت على الوفاء بمقابل المادة 285 ق.م.ج. بنصها على أنه " **إذا قبل الدائن في استفاء حقه مقابلاً استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء**"[6]، ويترتب على الوفاء بمقابل انقضاء الدين الأصلي بجميع ضماناته ومنها الكفالة[7].

---

[1]- أنظر المادة 260 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[2]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. 112.

[3]- قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص. 208.

[4]- أنظر المادة 274 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[5]- إسحاق إبراهيم منصور، **نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية**، طبعة عاشرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008. ص. 355.

[6]- المادة 285 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[7]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. 112.

فإذا أخذ الدائن عوضاً عن موضوع الدين الأصلي، وأن الدائن قد قبل هذا العوض كبديل للشيء المستحق، هذا يقوم مقام الوفاء وينقضي به الدين، وتبرأ ذمة المدين الأصلي وكذلك ذمة الكفيل[1]، كما نجد المادة 655 ق.م.ج. تنص على أن " **إذا قبل الدائن شيئاً آخر في مقابل الدين برئت بذلك ذمة الكفيل ولو أستحق هذا الشيء**"[2].

ويفهم من هذا النص أنه إذا أستحق الشيء الموفى به، فلا يكون له آثار على انقضاء التزام الكفيل بالتبعية[3]، وإذا كان قبول الدائن الشيء الآخر لم يكن اختياريا لا نكون أمام وفاء بمقابل، فإن شرط الوفاء بمقابل أن يكون الدائن قد قبله اختيارياً، والحكم الوارد في المادة السابقة الذكر ليس من النظام العام[4].

ثانيا: التجديد والإنابة

قد ينقضي الدين المكفول بالتجديد، بحيث يقوم المدين الأصلي بتجديد دينه، وذلك إمّا بتغيير المدين أو تغيير الدين في محله أو مصدره أو تغيير الدائن، هذا ما قضت به المادة 287 ق.م.ج.[5]، ففي هذه الحالة ينقضي الدين المكفول وتنقضي تبعا لذلك الكفالة، ويحل محل الدين المكفول دين جديد، ولا تنتقل إليه التأمينات التي كانت تكفل الدين الأصلي[6]، وهذا ما يقضي به نص المادة 291 ق.م.ج.[7]، ولكي تنتقل الكفالة إلى الدين الجديد يجب أن يكون برضا من الكفيل[8]، وهذا ما يفهم من خلال نص المادة 293 ق.م.ج."**لا تنتقل الكفالة العينية ولا الشخصية ... إلى الالتزام الجديد إلا إذا**

---

[1]- محمد علي عبده، مرجع سابق، ص. ص. 184- 185.

[2]- المادة 655 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق، وتتطابق مع المادة 783 ق.م.م.، وتقابلها المادة 1096 موجبات وعقود التي تنص على أنه "**عندما يقبل الدائن مختاراً شيئاً غير الشيء الواجب إيفاء لدينه، فإنّ الكفيل وإن كان متضامناً مع المديون تبرأ ذمته ولو نُزع ذلك الشيء من الدائن بالدعوى الاستحقاق أو ردّه الدائن بسبب عيوبه الخفية**".

[3]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. ص. 112- 113.

[4]- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص. ص. 134،136.

[5]- أنظر المادة 287 من الأمر رقم 75- 58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[6]- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص. 136.

[7]- أنظر المادة 291 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[8]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. 113.

رضي بذلك الكفلاء"[1]، ونية التجديد لابد أن تكون واضحة ، وهذا ما هو منصوص عليه في نص المادة 289/1 ق.م.ج. "**لا يفترض التجديد بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو يستخلص بوضوح من الظروف**"[2].

أما فيما يخص الإنابة ، فلا ينقضي الالتزام الأصلي إلا إذا كنّا أمام الإنابة الكاملة، حيث يتم الاتفاق على أن ينقضي التزام المدين (المنيب)، ليحل محله التزام جديد(المناب)، في مواجهة الدائن وتؤدي الإنابة إلى انقضاء التأمينات الضامنة للالتزام المكفول، ومن بينها الكفالة، بحيث تبرأ ذمة الكفيل[3].

فالإنابة الكاملة هي تجديد الالتزام بتغيير الشخص المدين كما سبق الإشارة، وبالتالي تسري أحكام التجديد من حيث انقضاء الدين الأصلي ، كما تنقضي تبعا لذلك الكفالة التي جاءت من أجل ضمانه، إلا إذا رضي الكفيل بضمان الالتزام الجديد، ولكن الإنابة لا تكون كاملة إلا إذا اتفق على التجديد، أما إذا لم يتفق على التجديد فإن الإنابة تكون ناقصة، وهي الإنابة التي يكون فيها التزام المدين وهو المنيب قائما إلى جانب المدين الجديد وهو المناب، إذ يصبح للدائن مدينين وبالتالي لا تنقضي الكفالة لأن التزام المدين الأصلي لم ينقضي[4].

ثالثا: المقاصة

إذا ثبت في ذمة الدائن دين للمدين يصلح للمقاصة، يعني توفرت فيه شروط المقاصة، فإن هذا يعطي الحق للكفيل بأن يتمسك بالمقاصة[5]، والمقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة بذلك[6] وهذا ما هو منصوص عليه في المادة 300 ق.م.ج.[7]، إذ يجوز التمسك بالمقاصة من طرف الكفيل

[1]- المادة 293 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[2]- المادة 289 من الأمر رقم 75-58، مرجع نفسه، وهي تتطابق مع المادة 304 ق.م.م..

[3]- نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص. 415.

[4]- تناغو سمير، مرجع سابق، ص. ص. 105- 106.

[5]- قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص.214.

[6]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. 114.

[7]- أنظر المادة 300 من الأمر رقم 75- 58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

حتى وإن لم يتمسك بها المدين أو الدائن، بل و يجوز له ذلك حتى في حالة نزولهما عنها[1].

والكفيل يمكنه التمسك وطلب المقاصة بما يجب على الدائن نحو المدين الأصلي، في حين أنه لا يجوز للمدين الأصلي التمسك بالمقاصة بما يجب للكفيل على الدائن، لأن العلاقة التي تربط بين الكفيل و الدائن مستقلة عن العلاقة التي تربط بين الكفيل و المدين الأصلي[2]، وهذا ما قضت به المادة 1293 ق.م.ف.[3].

رابعا: اتحاد الذمة

قد تجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين، ومثال ذلك إذا ورث المدين دائنه، أو في حالة ما إذا أوصى الدائن لمدينه بالدين، فإن هنا إذا كان هناك التزام فإنه ينقضي لاتحاد الذمة، وبالتالي تنقضي تبعا لذلك الكفالة[4].

وينقضي الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة، والواقع أن اتحاد الذمة ليس سببا لانقضاء الالتزام بالقدر ما هو مانع من موانع المطالبة به، وفي حالة زوال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة ، فإنه يعود بذلك الدين الأصلي ويعود التزام الكفيل إلى الوجود، ويعتبر اتحاد الذمة كأنه لم يكن، ومثال ذلك لو تبين أن المدين لا حق له في ميراث دائنه، أو كما لو أبطلت الوصية التي أوصى بها الدائن لمدينه[5]، وهذا ما نصت عليه المادة 304/2 ق.م.ج.[6].

وفي حالة وفاة الدائن وورثه الكفيل واتحدت بذلك ذمتهما، فالكفالة تنقضي بصفة تبعية، بحيث تنتهي الكفالة كما لو أن الكفيل وفى بالدين، وبالتالي يحق للكفيل الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية أو بدعوى الكفالة، أما إذا ورث الدائن الكفيل، فاتحدت الذمة ، وانقضت بذلك الكفالة بصفة أصلية، فهنا

---

[1]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. 114.

[2]- محمد محمود معطي، مرجع سابق، ص. 149.

[3]- أنظر المادة 1293 من القانون المدني الفرنسي ، مرجع سابق.

[4]- تناغو سمير، مرجع سابق، ص. 106.

[5]- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص.ص. 141- 142.

[6]- أنظر المادة 2/304 من الأمر رقم 75- 58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق، وهي تقابل المادة 2/370ق.م.م.

لا ينقضي الدين الأصلي، وبهذا يحق للدائن مطالبة المدين الأصلي بالدين الأصلي[1]، وتنص على اتحاد الذمة المادة 304 ق.م.ج. بنصها على" **إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن و المدين بالنسبة إلى دين واحد، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة...**"[2].

الفرع الثالث: انقضاء الالتزام الأصلي دون وفاء

وتنقضي الكفالة بانقضاء الالتزام الأصلي دون وفاء وذلك في حالة الإبراء، استحالة التنفيذ، والتقادم.

أولاً: الإبراء

الإبراء هو تصرف قانوني بموجبه يتنازل الدائن مختارا وبلا مقابل عماّ له من حق في مواجهة المدين[3]، وإبراء الدائن المدين يؤدي إلى انقضاء التزام المدين وهو الدين المكفول ويتبعه انقضاء الكفالة[4]. وتنص المادة 305 ق.م.ج. على أنه" **ينقضي الالتزام إذا برأ الدائن مدينه اختياريا ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين، ولكن يصبح باطلاً إذا رفضه المدين**"[5]، فإذا رفض المدين الإبراء الذي صدر من الدائن، فإن هذا يؤدي إلى عودة الدين إلى ذمته بعد أن كان قد انقضى، وفي مثل هذا الوضع يجوز للدائن أن يطعن في هذا الرد بدعوى البوليصية، حتى لا تسري في حقه، وتبرأ ذمته نهائياً[6].

والإبراء يقوم على أساس التبرع [7]، ونصت عليه المادة 306 ق.م.ج." **تسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسرى على كل تبرع...**"[8]، وإبراء ذمة الكفيل لا يؤدي إلى إبراء ذمة المدين الأصلي، لأن زوال التابع لا يؤدي إلى زوال الأصل.

---

[1]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. 114.

[2]- المادة 304 من الأمر رقم 75- 58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[3]- عبد القادر الفار، **أحكام الالتزام**، د.د.ن.، عمان، 2000، ص. 207.

[4]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق ، ص.115.

[5]- المادة 305 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق، وهي تقابلها المادة 371 ق.م.م..

[6]- سي يوسف زاهية حورية ، مرجع سابق، ص.143.

[7]- تناغو سمير، مرجع سابق، ص.107.

[8]- المادة 306 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني مرجع سابق.

وفي حالة تعدد الكفلاء وقام الدائن بإبراء أحدهم، فإذا كان الكفلاء غير متضامنين فإن ذلك لا يؤدى إلي إبراء الباقين، بل يجوز للدائن مطالبة باقي الكفلاء كل بقدر نصيبه في الدين، أما إذا كان الكفلاء متضامنين، فله الحق أن يطالب أي منهم بالدين بعد إخراج حصة الكفيل الذي أبرأه[1].

وفي حالة إبطال الإبراء فإن الالتزام الأصلي يعود بكل ضماناته، ومنها الكفالة[2]، كما أن الإبراء لا يشترط أن يتوفر على شكل خاص حتى و إن كان الالتزام موضوع الإبراء يتطلب الشكلية[3].

ثانياً: استحالة التنفيذ

يقصد بالاستحالة أن يكون الوفاء بالدين مستحيلا[4]، إذا استحال تنفيذ التزام المدين بسبب لا يد له فيه، فإن التزامه ينقضي وينقضي تبعا له التزام الكفيل[5]، أما إذا كان سبب الاستحالة يرجع إلى المدين فهنا محل التزام المدين يتحول إلى تعويض ولا تبرأ ذمته ، وتبقي ذمة الكفيل ملزمة بالدين، إذ أن تحول محل الدين الأصلي إلى التعويض لا يعتبر التزاماً جديداً[6].

وفي حالة استحالة التنفيذ بسبب فعل الكفيل تبرأ ذمة المدين، ففعل الكفيل يكيف على أنه سبباً أجنبياً بالنسبة للمدين، ويعتبر هنا الكفيل كمدين أصلي لا ككفيل[7].

ثالثا: التقادم

تقادم الدين المكفول يؤدي إلى انقضاءه و في نفس الوقت إلى انقضاء التزام الكفيل، حتى و إن كان التزام هذا الأخير لم ينقضي بعد بالتقادم، كأن يكون أجل التزام الكفيل أبعد من أجل التزام المدين

---

[1]- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص.ص.143، 145.

[2]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص.115.

[3]- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص.144.، كما قد ينقضي الالتزام الأصلي بفسخ العقد الذي أنشأه، فيصبح الدين كأنه لم يكن، وكذلك تصبح الكفالة وكأنها لم تكن، كما قد ينقضي بإبطال الدين، فإذا كان العقد الذي أنشأ الدين المكفول قابلا للإبطال وأبطل بأثر رجعي كذلك،أنظر قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص.219.

[4]- مصطفى الجمّال، نبيل إبراهيم سعد، **النظرية العامة للقانون(القاعدة القانونية، الحق)**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002. ص.662.

[5]- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص. 145.

[6]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص.116.

[7]- محمد علي عبده، مرجع سابق، ص.193.

الأصلي، فيتقادم هنا الالتزام الأصلي قبل تقادم التزام الكفيل، فتبرأ ذمة الكفيل تبعاً لبراءة ذمة المدين[1]، ويجوز للكفيل أن يتمسك بتقادم الالتزام الأصلي بالرغم من أن المدين لم يتمسك به[2]، إذ تنص المادة 321 ق.م.ج. على أنه"**لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائياً بالتقادم بل يجب أن يكون ذلك بناءاً على طلب المدين أو من أحد دائنيه، أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين...**"[3].

المطلب الثاني: انقضاء الكفالة بصفة أصلية

الكفالة شأنها شأن باقي الالتزامات، تنقضي بكل الأسباب العامة التي ينقضي بها كل التزام حسب ما هو معمول به في القواعد العامة، وهذا ما يتماشى مع الطبيعة العقدية لها، إلاّ أن المشرع الجزائري حماية للشخص الكفيل، كونه يقوم بضمان التزام في غالب الأحيان لا يعود عليه بالنفع، فإنه أقرّ له الحق في التمسك بانقضاء الكفالة، في حالة ما إذا تسبب الدائن بضرر للكفيل، وفي هذه الحالة نكون أمام الأسباب الخاصة لانقضاء عقد الكفالة بصفة أصلية، لذا سنتعرض لكل هذه الأسباب في مطلبين نتناول في المطلب الأول الأسباب العامة لانقضاء الكفالة، والمطلب الثاني نخصصه لأسباب الانقضاء الخاصة بالكفالة.

الفرع الأول: الأسباب العامة

لقد سبق وأن أشرنا في المطلب الأول من المبحث الثاني إلى أسباب انقضاء الكفالة بصورة تبعية والتي لا تخرج عن الأسباب العامة لانقضاء أي التزام من الالتزامات، وهذه الأسباب نفسها هي التي تؤدي إلى انقضاء الكفالة بصفة أصلية وبالأسباب العامة، غير أنه ما يمكن ملاحظته هو أن انقضاء التزام الكفيل بصورة أصلية وبالأسباب العامة، لا يؤدي إلى انقضاء الالتزام الأصلي دائما، في حين كل ما يؤدي إلى انقضاء الالتزام الأصلي يؤدي إلى انقضاء الكفالة، ونحن سنتعرض لبعض هذه الأسباب.

أولا: انقضاء التزام الكفيل بإتحاد الذمة

يمكن أن ينقضي التزام الكفيل بإتحاد الذمة وذلك دون أن ينقضي الدين المكفول، ويكون ذلك في حالة وفاة أحد أطراف عقد الكفالة أي الدائن أو الكفيل ويرث واحد فيهما الآخر، فتتحد بذلك ذمّتهما

---

[1]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص.116.

[2]-سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص. 146.

[3]- المادة 321 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

وتنقضي الكفالة، ويستطيع من بقي منهما حيا أن يطالب المدين بالدين، وإذا كان الدائن هو الذي ورث الكفيل فإنه يستطيع أن يطالب المدين بالدين لكن دون المطالبة بكفالة تضمنه، أما في الحالة العكسية أي الكفيل هو الذي ورث الدائن فيمكنه أن يطالب بالدين الأصلي بصفة عادية[1].

أما إذا اتحدت الذمة بين الكفيل والمدين بأن ورث الكفيل المدين أو العكس، في هذه الحالة إذا أدى الكفيل الدين للدائن فهو يؤديه باعتباره مديناً أصلياً لا كفيلاً والعبرة من ذلك أنه لا يستطيع أن يعود على نفسه إذا أدى الدين ككفيل، إلا أن التزامه ككفيل يبقى قائماً ومعتداً به إذا كان له كفيل آخر يكفله، حيث يكون التزام كفيل الكفيل قائماً مستندًا إلى التزام الكفيل بالرغم من انقضاء التزام هذا الأخير باتحاد الذمة، إذ يستطيع الدائن في هذه الحالة إذا لم يحصل على حقه من الكفيل الذي أصبح مديناً أصلياً أن يرجع على كفيل الكفيل، ولهذا الأخير الحق في الرجوع على الكفيل أو المدين، بما وفاه للدائن بالرغم من اتحاد الذمة بين الكفيل والمدين[2].

ثانيا: انقضاء التزام الكفيل بالإبراء

إذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة، برأت ذمة هذا الأخير دون أن ينقضي الدين المكفول، فيكون الدائن في هذه الحالة قد تنازل عن الكفيل وترك فقط المدين الأصلي، والعكس غير صحيح بمعنى أنه إذا أبرأ الدائن المدين الأصلي فالكفالة تسقط حتماً بالتبعية لسقوط الالتزام الأصلي.

وفي حالة تعدد الكفلاء، فإن إبراء الدائن لأحد الكفلاء لا يؤدي إلى براءة ذمّة غيره من الكفلاء، ويجوز مطالبتهم كل بقدر الحصة التي ضمنها إذا كان الكفلاء غير متضامنين، أمّا في الحالة العكسية أي كون الكفلاء متضامنين يجوز حينئذٍ مطالبة أي منهم بالدين لكن بعد استنزال (إنقاص) حصة الكفيل الذي أبرأ[3].

ثالثا: انقضاء التزام الكفيل بالتقادم

قد ينقضي التزام الكفيل بالتقادم دون أن ينقضي الدين المكفول، وهذا يخالف الغالب وهو سريان

---

[1]- السنهوري عبد الرزاق أحمد، مرجع سابق، ص. 236.

[2]- زُهدي يكَن، **شرح قانون الموجبات والعقود(في عقود الضمان، والصلح، والكفالة)**، الجزء السادس عشر، طبعة أولى، د.د.ن.، د.ب.ن.، 1970، ص. ص. 232-233.

[3]- قدري عبد الفتاح الشهاوى، مرجع سابق، ص. 221.

التقادم بالنسبة إلى التزام المدين في الوقت الذي يسري فيه بالنسبة لالتزام الكفيل، فينقضيان بناءًا على ذلك في نفس واحد، ويكمن هذا الاختلاف في حالة قطع التقادم[1] أو وقف التقادم، ففي حالة قطع التقادم بالنسبة للمدين دون قطعه بالنسبة للكفيل يترتب عليه بقاء التزام المدين الأصلي مع انقضاء التزام الكفيل، ونفس الشيء يحدث في حالة وقف التقادم، فإذا وقف التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي دون وقفه بالنسبة للكفيل، فإن التزام الكفيل يتقادم قبل أن يتقادم التزام المدين الأصلي، وفي كل هذه الأحوال تبرأ ذمة الكفيل بصفة أصلية، مع بقاء المدين الأصلي ملتزماً بالدين.

الفرع الثاني: الأسباب الخاصة

قد يكون الدائن مقصرا في حق الكفيل، بأن يقوم بتضييع الضمانات التي له بموجب الدين الذي بينه وبين المدين، وقد لا يتخذ الإجراءات تجاه مدينه الأصلي بعد إنذاره من طرف الكفيل، كما يمكن أن يتم شهر إفلاس مدينه ولا يقوم بالدخول في التفليسة مع جماعة الدائنين، وكل هذا يؤدي إلى سقوط حق الدائن في مطالبة الكفيل، وبالتالي انقضاء التزام هذا الأخير، وسوف نحاول دراسة كل سبب بنوع من التفصيل.

أولا: براءة ذمة الكفيل لإضاعة الدائن الضمانات بخطئه

إن ذمة الكفيل تبرأ إذا كان حلول الكفيل محل الدائن أصبح غير ممكن بسبب فعل الدائن[2]، فقد يضمن الدين بتأمينات أخرى بجانب الكفالة، وإضاعتها من طرف الدائن بخطئه كلها أو بعضها، يرتب على ذلك براءة ذمة الكفيل بالقدر الذي أصابه من ضرر[3]، والسبب في براءة و انقضاء كفالة الكفيلأن هذا الأخير قد اعتمد على تلك الضمانات عندما قام بكفالة مدينه، واعتبره بمثابة تأمين له إذا قام بالوفاء بالدين مكان المدين وحل محله الدائن[4]، وهذا الحكم منصوص عليه في المادة 656 ق.م.ج. بنصها على أنه " **تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات.**

---

[1]- على خلاف التقنين المدني الفرنسي حسب المادة 2250 منه الذي نص صراحة على أن قطع التقادم بالنسبة للمدين الأصلي يقطع التقادم بالنسبة للكفيل.

[2]- محمد محمود معطي، مرجع سابق، ص.171.

[3]- نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص.424.

[4]- محمد علي عبده، مرجع سابق، ص.204.

ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو تقررت بعد الكفالة وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون"[1].

ودراسة هذا الوجه الخاص لانقضاء الكفالة يقتضي منا الإشارة إلى الكفلاء الذين يحق لهم التمسك بهذا الحق، والأساس القانوني له، شروطه، وأثر إضاعته، وهذا ما سنراه فيما يلي:

1- الكفلاء الذين يحق لهم التمسك ببراءة الذّمة

يحق لكل كفيل شخصي أن يتمسك ببراءة الذّمة، سواء كان متضامناً أو غير متضامن، وحتى وإن كان متضامنا مع المدين فإنه يحق له ذلك إذا ارتكب الدائن خطأ أضاع عليه هذه التأمينات، كما يمكن أيضا التمسك بهذا الحق من طرف الكفيل العيني[2].

إذن هو حق للكفيل وحده سواء كان كفيلا شخصيا أو كفيلا عينيا، عاديا أو متضامنا[3]، وهذا ما نصت عليه المادة 784ق.م.م. بأنه" ...**ويكون لأي كفيل هذا الحق سواء كان كفيلا عاديا أم كفيلا متضامن أو كان كفيلا شخصيا أم عينيا"**[4].

2- الأساس القانوني الذي تقوم عليه براءة ذمّة الكفيل

الأساس القانوني الذي تقوم عليه براءة ذمّة الكفيل بسبب إضاعة الدائن للتأمينات، هي قاعدة الحلول التي تقضي بحلول الكفيل الذي وفى بالدين محل الدائن في كل حقوقه قبل المدين بما لها من خصائص، وما يلحقها من ضمانات، و توابع[5]، وفي حالة ضياع هذه التأمينات بسبب خطأ الدائن، سيحرم الكفيل من فرصة الحلول محله في هذه التأمينات، لهذا يحق للكفيل التمسك ببراءة ذمّته، وهذا تطبيقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية[6].

---

[1]- المادة 656 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق، وتتطابق مع نص المادة 784 ق.م.م..

[2]- قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص.223.

[3]- نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص.425.

[4]- المادة 784من القانون المدني المصري، مرجع سابق.

[5]- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص.154.

[6]- همام محمد زهران، مرجع سابق، ص.142.

3- شروط التمسك ببراءة الذمّة

أ- إضاعة تأمين خاص

يجب أن يكون الدائن قد أضاع تأميناً خاصًا يضمن نفس الدين المكفول، سواء كان ذلك الضمان كفالة أخرى، أو كان رهنًا حيازياً، أو رسمياً(كفالة عينية)، أو كان تضامن بين المدينين.

وما يجب الإشارة إليه هو أنه لا يهم متى تقرر ذلك الضمان، فيمكن أن يكون قبل الكفالة، أو وقت انعقادها، أو بعد نشوءها، لأن أساس براءة ذمّة الكفيل ليس اعتماده على هذا التأمين وقت الكفالة، ولكن اعتماده عليه وقت الرجوع بما يوفيه بمقتضي دعوى الحلول، وقد اهتم المشرع بالنص على أن الحكم ينطبق ولو كان التأمين مقرر بحكم القانون[1]، وهذا الحكم منصوص عليه في نص المادة 656 ق.م.ج.

ويجب أن نستبعد ما يترتب على عمل الدائن من إضعاف الضمان العام، ومثال ذلك لو أن المدين قام بإجراء تصرف يضر بالدائن، ولم يقوم هذا الأخير باستعمال حقه في الدعوى البوليصية، لإبطال ذلك التصرف، إن هذا لا يؤدي إلى براءة ذمّة الكفيل ، لأن لا يوجد هنا أي إضاعة للتأمين الخاص، لكن هذا لا يمنع من أن الكفيل يستطيع مساءلة الدائن إذا صدرت منه هذه الأفعال عن خطأ، وتسببت في ضرر للكفيل[2].

ب- خطأ الدائن في إضاعة التأمين الخاص

بحيث يرتكب الدائن عملا أو امتناعا يؤدي إلى ضياع أو إنقاص الحقوق و الامتيازات التي له قبل ذلك الدين، كأن يتنازل عن حق الرهن، أو لا يجدد التأمين[3].

وعلى الكفيل أن يثبت وقوع خطأ سببه الدائن، إذ أن فعله يؤدي إلى استحالة حلول الكفيل محل الدائن في الحقوق، ففي هذه الحالة تبرأ ذمة الكفيل[4]، أما إذا كانت إضاعة التأمينات لم تكن بخطأ الدائن، و إنما كانت بسبب قوة قاهرة أو خطأ الكفيل، أو فعل المدين، فلا تبرأ ذمة الكفيل، ولا محل لقيام

---

[1]- تناغو سمير، مرجع سابق، ص.91.

[2]- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص.155.

[3]- محمد محمود معطي، مرجع سابق، ص.172.

[4]- محمد علي عبده، مرجع سابق، ص.202.

مسؤولية الدائن[1].

ج- تضرر الكفيل من إضاعة التأمينات

لا يكفي لقيام مسؤولية الدائن إثبات خطئه، وإنما إضافة إلى ذلك، يجب على الكفيل أن يثبت أن التأمين الذي ضاع منه ذو قيمة، كانت لتعود عليه بالنفع في حالة رجوعه على المدين الأصلي ، وينتقل عبء الإثبات إلى الدائن إذا ادعى غير ذلك، بأن يثبت أن التأمين الضائع كان عديم القيمة، كأن يكون رهنا مقررا على مال مثقل برهون أخرى مقدمة عليه في المرتبة ومستغرقة لقيمته[2]، فإذا لم يترتب للكفيل ضرر فلا محل للتمسك ببراءة الذمة[3].

د- تمسك الكفيل به وعدم تنازله عنه

إذا تمسك الكفيل بهذا الدفع ولم يتنازل عنه صراحة أو ضمنيا، عند انعقاد الكفالة، أو بعدها قبل ضياع التأمين أو بعده وتوفرت شروطه، فإنه يجوز له التمسك به سواء بطريق دعوى مبتدئة، أو بطريق دفع، ويعتبر دفعا موضوعيا يمكن إثارته في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، وهو مقرر لمصلحة خاصة، إذ لا يمكن أن تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها[4].

4- أثر إضاعة التأمينات

إذا توفرت الشروط السالفة الذكر، فإن ذمّة الكفيل ستبرأ، وذلك بقدر ما أضاعه الدائن من التأمينات[5].

ثانيا:براءة ذمّة الكفيل لعدم اتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين بعد إنذار الكفيل له

من مصلحة الكفيل أن يبادر الدائن الذي أستحق دينه إلى استفاء حقه، لأن الدائن باستحقاقه الدين لا يكون مجبرا بمطالبة المدين فوراً، بل يستطيع أن ينتظر ويتريث إلى أي وقت شاء ما دام أن الدعوى

---

[1]- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص.156.

[2]- همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص. 147.

[3]- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص. 157.

[4]- همام محمد محمود زهران، ص. 148.

[5]- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص. 159.

بالحق لم تمنع بالتقادم، إلاّ أن المتضرر هنا ليس الدائن، وإنما المتضرر هو الكفيل لأنه قد يعسر المدين فيقوم هو بالوفاء في مكانه[1]، إلاّ أن المشرع حماية للشخص الكفيل أقرّ ببراءة ذمته إذا ما قام هذا الأخير بإنذار الدائن باتخاذ إجراءات التنفيذ على المدين، وكل هذا حتى لا يبقى الكفيل ملزماً بعقد الكفالة إلى ما لا نهاية، خاصة وأن الدائن قد يتباطىء في مطالبة المدين، وحقه لا يسقط عادة إلا بالتقادم[2]، وقد نص المشرع الجزائري على هذا الحكم في نص المادة 657 ق.م.ج. بنصها على " **لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه يتخذها.**

غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال 06 أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً[3].

ويستفاد من هذا النص أنه يجوز للدائن مطالبة المدين بمجرد حلول أجل الدين، و أن عدم قيامه بهذا الإجراء أو تأخره في اتخاذه لا يؤدى إلى براءة ذمة الكفيل[4].

وتتعرض للحالة التي يتماطل فيها الدائن في اتخاذ إجراءات المطالبة بدينه رغم حلول أجله، فأعطى المشرع للكفيل الحق في إنذار الدائن باتخاذ إجراءات التنفيذ على المدين، فإذا لم يتخذها خلال المدة المحددة ، ولم يقدم المدين ضمانا كافيا للكفيل، تبرأ ذمة الكفيل من التزامه[5].

ويشترط لممارسة الكفيل هذا الحق، حلول أجل الدين الأصلي للالتزام، أو في أي وقت بعده، على اعتبار أنه يمنع على الدائن مطالبة مدينه قبل حلول أجل الدين[6]، والعبرة هنا بالأجل الأصلي للالتزام المكفول، أي الأجل المتفق عليه عند تقدم الكفيل لضمان الوفاء به، فإذا منح الدائن المدين أجلاً جديداً ولم يكن الكفيل راضياً بهذا الأجل، فإنه لا يحول دون ثبوت حق الكفيل في إنذار الدائن في اتخاذ الإجراءات[7]، ولكن إذا حصل المدين على مهلة قضائية فلا يجوز للكفيل أن ينذر الدائن إلا بعد انقضاء هذه المهلة، فحسب المادة 657 ق.م.ج. فإذا قام الكفيل بإنذار الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين، ذلك

1- عدنان إبراهيم السرحان، مرجع سابق، ص. 278.

2- تناغو سمير، مرجع سابق، ص. ص. 92- 93.

3- تتطابق مع نص المادة 785 ق.م.م..

4- قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص. ص. 229- 230.

5- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص. 160.

6- همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص. 137.

7- نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص. 432.

كون الدائن لم يقم باتخاذها أو تأخر في اتخاذها، فإنه بمجرد صدور هذا الإجراء من الكفيل، يصبح الدائن ملزماً باتخاذه خلال 06 أشهر تبدأ من تاريخ وصول الإنذار للدائن[1]، إلا أنه يجوز قبل انقضاء الستة الأشهر أن يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً، ويتفق الدائن مع المدين على هذا الضمان الواجب تقديمه للكفيل، وفي حالة النزاع في تقدير كفاية الضمان المقدم للكفيل يعود الأمر إلى قاضي الموضوع[2].

ويجب ملاحظة أنّ الدفع ببراءة ذمة الكفيل لعدم اتخاذ الدائن للإجراءات، ليس من النظام العام لأنه مقرر لحماية مصلحة خاصة، وبالتالي لا يمكن للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وإنما يجب أن يتمسك به الكفيل[3].

ثالثا: براءة ذمة الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين

الإفلاس عبارة عن تصفية جماعية لأموال المدين المفلس[4]، حيث يمنع على الدائن اتخاذ إجراءات فردية في مواجهته[5]، فأقر القانون على عاتق الدائن واجب قانوني بالتقدم في تفليسة المدين، ليحصل على ما يمكن الحصول عليه من هذا التقدم، ثم يرجع بالباقي على الكفيل[6]، لأنه إذا أفلس المدين لا يحق للكفيل أن يتدخل في التفليسة، إلا إذا كان قد وفى بالدين، وبالتالي إفلاس المدين قبل وفاء الكفيل يجعل حق الدخول في التفليسة مقررا للدائن دون سواه، وهذا للحفاظ على حقه وحق الكفيل في نفس الوقت، فدخوله في التفليسة تعتبر الوسيلة الوحيدة للحصول على حقه أو جزءا منه على نحو يؤدي إلى براءة ذمة الكفيل أو التخفيف عنها[7].

فعدم تدخل الدائن في التفليسة بالدين المكفول كغيره من الدائنين، يعتبر في حكم القانون مقصرا

---

[1]- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص. 161.

[2]- قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص. 231.

[3]- عدنان إبراهيم السرحان، مرجع سابق، ص. 279.

[4]- مصطفى كمال طه، **أصول القانون التجاري(الأوراق التجارية والإفلاس)**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص. 302.

[5]- نبل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص. 434.

[6]- همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص. ص. 140- 141.

[7]- عدنان إبراهيم السرحان، مرجع سابق، ص. 279.

ومسؤولا، بحيث تبرأ بذلك ذمة الكفيل بالقدر الذي كان يستطيع الدائن أن يحصل عليه في التفليسة[1].

وهذا الحكم منصوص عليه في نص المادة 658 ق.م.ج. بنصها على أنه " **إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن.**"[2]،

وتدخل الدائن في تفليسة المدين لا يحتاج إلى وجوب إخطار من الكفيل، وإنما يكون من واجب الدائن من تلقاء نفسه[3]، ولا تبرأ ذمة الكفيل بقوة القانون، وإنما وجب على الكفيل أن يتمسك بمثل هذا الدفع، لأنه مقرر لمصلحته، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، فهو ليس من النظام العام[4]، والتمسك به يكون في صورة دفع، أو في صورة دعوى يرفعها ضد الدائن[5].

وعدم تقدم الدائن في التفليسة لانطبق عليه حكم المادة 656 لأنه لا يعتبر إضاعة للتأمينات، كما لا نطبق عليه المادة 657 **ق.م.ج.**، لأن الكفيل لا يستطيع أن ينذر الدائن باتخاذ الإجراءات الفردية في مواجهته[6].

وعلى الرغم من أن النصوص القانونية السابقة لم تشير إلى تطبيق هذا الحكم في حالة إعسار المدين، فإن الرأي المستقر عليه هو إعمال ذات الحكم في حالة الإعسار وذلك لتحقق ذات العلة[7].

---

[1]- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص. 162-163.

[2]- المادة 658 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[3]- عدنان إبراهيم السرحان، مرجع سابق، ص. 280.

[4]- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص. 163.

[5]- نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص. 434.

[6]- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص. 163.

[7]- همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص. 141.

خاتمة

توصلنا من خلال بحثنا إلى أن:

الكفالة تندرج ضمن التأمينات الشخصية والتي يقصد بها ضم ذمة إلى ذمة أخرى في الوفاء بالدين، بحيث يتعدد الضمان العام فيعطي فرصة أكبر للدائن في استفاء حقه، وهناك وسائل أخرى تحقق الائتمان وتدخل تحت طائفة التأمينات الشخصية والتي تختلف من حيث مقدار الفعالية في تحقيق المراد منها، فنجد على سبيل المثال التضامن بين المدينين.

تعرف على أنها عقد يلتزم بمقتضاه شخص يسمى الكفيل تجاه شخص آخر يسمى الدائن بتنفيذ التزام المدين إذا لم يفي به هذا الأخير، فهي عقد ضمان شخصي، وعقد رضائي إذ تخضع للقاعدة التي تقول العقد شريعة المتعاقدين من حيث الانعقاد أما من حيث الإثبات فالأمر يختلف، وأنها عقد تبعي، وتكون في الأصل من العقود الملزمة لجانب واحد وهو الكفيل، ويغلب عليها الطابع التبرعي إذ لا تعود بأي نفع للكفيل.

وتتلخص أثارها في ثلاث علاقات، علاقة بين طرفيها(الكفيل و الدائن)، وتتمثل في حق الدائن في مطالبة الكفيل، وحقه في التنفيذ على أمواله، وحق الكفيل في مواجهة هذه المطالبة بما يتسنى له من دفوع، وعلاقة بين الكفيل والمدين تتمثل في حق الكفيل في الرجوع على المدين في حالة وفاءه بالدين في مكانه، والعلاقة الأخيرة تكون بين الكفيل وغيره من الكفلاء تتمثل مثلا في حق الكفيل الموفي بالدفع بالتقسيم في حالة توفر شروطه، وكذلك في الحق بالعودة عليهم بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية.

وانقضاءها إما أن يكون بصورة تبعية لانقضاء الالتزام الأصلي ولا تخرج أسبابها عن الأسباب العامة لانقضاء أي التزام، وإما أن يكون بصورة أصلية، والتي تتمثل في أسباب عامة وأسباب خاصة تنتج بسبب خطأ الدائن و إهماله.

واستنتجنا أن الدائن يتعرض في رجوعه على الكفيل لنفس المخاطر التي يتعرض لها في رجوعه على المدين وهي مخاطر الضمان العام ، فقد يعسر الكفيل، أو يتعدد مدينو الكفيل فيدخل معهم في قسمة غرماء، فلا يتحصل على كامل حقه، لهذا لا تعتبر في نفس الدرجة مع التأمينات العينية التي تمنح لصاحبها ميزتي التتبع و الأفضلية، وذلك لكون أن محل التنفيذ يكون في الغالب شيء معين بالذات كما هو الحال بالنسبة للرهن الرسمي، إلا أنه ما يمكن ملاحظته أن قيمة الكفالة في الضمان تتحدد بحسب مركز الكفيل ودرجة يسره، فإذا كان الكفيل عبارة عن بنك، فإن إمكانية استيفاء الدائن لحقه تكون أكبر

من لو كان الكفيل عبارة عن شخص عادي (شخص طبيعي)، ففي تدخل البنوك في كفالة الالتزامات أصبحت الكفالة تؤدى الدور الذي انعقدت من أجله.

فالكفالة إذن تحقق الكثير من الفوائد، سواء كان ذلك بالنسبة للدائن، أو بالنسبة للمدين، أو بالنسبة للوضع الاقتصادي والائتماني العام، فمن جهة أولى توفر للدائن الطمأنينة التي تشجعه على إقراض أمواله واستثمارها بشكل أفضل، و بحسب ما يراه مناسبا لكي ينتفع منها دون أن يساوره الشك أو الخوف من التعرض للمخاطر التي يمكن أن تنجم عن هذا الاستثمار، فتؤدي إلى خسارتها بشكل كامل أو ضياع جزء منها، وبذلك لا يعود لديه أي سبب من أجل اكتنازها أو تجميدها، ومن جهة ثانية تؤمن للمدين الائتمان الذي يبحث عنه فيكون في موضع ثقة، مما يعطي له فرصة الحصول على ما يحتاج إليه ، وتغلب الصورة أن يكون عبارة عن مبلغ معين من المال، مع حصوله في نفس الوقت على أجل لرد ما تحصل عليه، فيتمكن من تسيير شؤونه ولا يقلق من السداد لأنه قد منح له أجل، إذ ينتفي بهذا أي سبب يجعله مضطرا لأن يتحمل فوائد فاحشة قد يطلبها الدائن من أجل عمليات الإقراض التي يتحصل عليها، فيقوم بعملياته الاستثمارية والائتمانية بشروط وتسهيلات مريحة ومبسطة، ومن جهة ثالثة يتبين لنا أن تشجيع الائتمان الذي توفره الكفالة يساعد على تنشيط حركة تبادل الأموال والنقود، ويؤدي بالتالي إلى ازدهار التجارة وتحريك عجلة الاقتصاد وتطورها، فيتسع أفق العلاقات بين المواطنين ليس فقط داخل الدولة الواحدة، بل أيضا بين المواطنين في الدول المختلفة، حيث تخضع الكفالة لأول طلب الذي تقوم به المصاريف أو المؤسسات المالية عادة دورا بارزا و أساسيا في تنشيط هذه العلاقة التي تجمع بين جنسيات و قواعد وأعراف اقتصادية مختلفة.

قائـمـة المراجـع

أولا: المراجع باللغة العربية

I. القرآن الكريم

II. الكتب

1. إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، الطبعة العاشرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
2. السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، جزء 10، طبعة ثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
3. العمروسي أنور، التضامن، والتضامم، والكفالة في القانون المدني، طبعة أولى، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية، مصر، 1999.
4. العوجي مصطفى، القانون المدني، الموجبات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص. 298.
5. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، طبعة خامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2007.
6. تناغو سمير، التأمينات العينية والشخصية، طبعة أولى، توزيع منشأة المعارف، مصر 2008.
7. تناغو سمير عبد السيد، التأمينات الشخصية والعينية، طبعة أولى، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1996.
8. حسني محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق ، دراسة مقارنة بين الفقه والقانون المدني، طبعة أولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009.
9. جلال على العدوى، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، طبعة أولى، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1997.
10. دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، طبعة أولى، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر،2004.
11. راشد راشد، الأوراق التجارية، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون المدني الجزائري، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

12.رمضان محمد أبو السعود، همام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998.

13.زُهدي يكَن، شرح قانون الموجبات والعقود، في عقود الضمان، والصلح، والكفالة، الجزء السادس عشر، الطبعة الأولى، د.د.ن.، د.ب.ن.، 1970.

14.سرايش زكريا، الوجيز في شرح أحكام الكفالة والرهن الرسمي، طبعة أولى، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2010.

15.سي يوسف زاهية حورية، عقد الكفالة، طبعة رابعة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

16.عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، د.د.ن.، عمان، 2000.

17.عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، الجزء الثاني، برتي للنشر، الجزائر، 2009.

18. عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة (المقاولة– الوكالة– الكفالة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

19. عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة (المقاولة– الوكالة الكفالة)، طبعة أولى، دار الثقافة والتوزيع، الأردن، 2007.

20. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، الأوراق التجارية، الجزء الأول، طبعة أولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

21– فيلالي علي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011.

22. قدري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الكفالة، التضامن والتضامم، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002.

23– محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، المدخل إلى القانون– الالتزامات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2002.

24. محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر.

25. محمد صبري السعدي، الوجيز في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، دار الهدى للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، 2011.

26. محمد علي عبده، عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، طبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.

27. محمد كامل مرسى باشا، شرح القانون المدني، العقود المسماة، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005.

28. محمد محمود معطي، الكفالة في ضوء الفقه والاجتهاد، طبعة أولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.

29. محمود أحمد مروح مصطفى، الكفالة (أنواعها وطرق الإبراء منها)، دراسة فقهية مقارنة بين المذاهب الفقهية وواقع الكفالة المعاصرة، طبعة أولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2003.

30. مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، القاعدة القانونية، الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.

31. مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس، طبعة أولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.

32. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، الكفالة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.

33. هاري أدوار نجيم، الكفالة في القوانين والاجتهادات اللبنانية والأجنبية، طبعة أولى، د. د. ن.، د. ب. ن. 1996.

34. همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، د. ب. ن.، 2004.

35- يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة، طبعة أولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، 2011.

III. الرسائل والمذكرات:

أ. الرسائل

1. أحمد "محمد زياد" فيصل شرف، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجيستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2002.

2. سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، عقد الكفالة المدنية و الأثار المترتبة عنها، رسالة ماجيستير، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2006.

ب. المذكرات

1. خلافة نجود، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الليسانس، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2009.

2. سليمان سارة، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج، المعهد الوطني للقضاء، 2004.

IV. النصوص القانونية

1. أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج.عدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم07- 05 المؤرخ في 13 مايو 2007، ج.ر.ج.ج. عدد 31 المؤرخ في 13 مايو 2007.

2. قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر. عدد 21، 2008.

3. القانون المدني الفرنسي، الصادر في 1804 المعدل والمتمم.

4. القانون المدني المصري، الصادر بموجب قانون رقم 131 لسنة 1948.

V. الاجتهاد القضائي

- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 264039، مؤرخ في 2002/10/09، (قضية ق-ش ضد د-ت)، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2002.

VI. المعاجم

1. محمد الدين بن يعقوب الفروزابادي، القاموس المحيط، طبعة خامس، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، سوريا، 1996.

2. مرعشي أسامة نديم، الصحاح في اللغة والعلوم، المجلد الثاني ص- ي، دار الحضارة العربية، بيروت، د.س.ن..

VII. المواقع الإلكترونية

- زهدور كوثر، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري متوفر في الموقع التالي:

www. majalah. New. Ma

ثانيا: باللغة الفرنسية

1- ouvrages

1. Francine Macorig- Venier, Droit civil: Les suretés, L´Hermès éditeur, Paris, 1ère édition, 1999.

2. Dominique Legeais, Le cautionnement, Economica, paris, 1995.

الـــفـــهـــرس

العناوين **الصفحات**

المقدمة.....**01**

الفصل الأول: مفهوم الكفالة.....**04**

المبحث الأول: تعريف الكفالة وبيان خصائصها وأنواعها.....**05**

المطلب الأول: تعريف الكفالة وبيان خصائصها.....05

الفرع الأول: تعريف الكفالة.....05

أولا : تعريف الكفالة لغة.....05

ثانيا تعريف الكفالة اصطلاحا.....06

1- تعريف الحنفية.....06

2- تعريف المالكية.....06

3- تعريف الشافعية.....07

4- تعريف الحنابلة.....07

ثالثا: تعريف الكفالة قانونا.....07

الفرع الثاني: خصائص الكفالة.....08

أولا: الكفالة عقد ضمان شخصي.....09

ثانيا: الكفالة عقد رضائي.....09

ثالثا: الكفالة عقد تبرعي.....10

رابعا: الكفالة عقد ملزم لجانب واحد.....12

خامسا: الكفالة عقد تابع.....13

المطلب الثاني: أنواع الكفالة.....14

الفرع الأول: أنواع الكفالة بحسب مصدرها.....14

أولا: الكفالة الإتفاقية.....14

ثانيا: الكفالة القانونية.....15

ثالثا: الكفالة القضائية.....15

الفرع الثاني: أنواع الكفالة بحسب طبيعتها.....17

أولا: الكفالة المدنية.....17

ثانيا: الكفالة التجارية.....17

الفرع الثالث: أنواع الكفالة بحسب التزام الكفيل.....18

أولا: الكفالة الكلية.....18

ثانيا: الكفالة الجزئية.....18

ثالثا: الكفالة المحددة.....18

المبحث الثاني: أركان الكفالة وتمييزها عن بعض النظم القانونية المشابهة.....20

المطلب الأول: أركان الكفالة.....20

الفرع الأول: التراضي.....20

أولا: وجود التراضي.....21

ثانيا: صحة التراضي.....22

1. الأهلية.....22

2. خلو التراضي من العيوب.....22

أ. الغلط.....23

ب. التدليس.....23

ج. الاستغلال.....24

د. الإكراه.....24

الفرع الثاني: المحل.....24

أولا: أن يكون الالتزام الأصلي موجودا أو ممكن الوجود.....25

ثانيا: أن يكون الالتزام المكفول صحيحا.....26

ثالثا: أن يكون الالتزام المكفول معينا أو قابلا للتعيين.....28

رابعا: أن يكون التزام الكفيل في حدود الالتزام المكفول.....29

الفرع الثاني: السبب.....29

المطلب الثاني: تمييز الكفالة عن بعض النظم القانونية المشابهة.....30

الفرع الأول: الكفالة وعقد التأمين.....30

الفرع الثاني: الكفالة والإنابة الناقصة.....30

الفرع الثالث: الكفالة والتضامن.....31

الفصل الثاني: أحكام الكفالة.....33

المبحث الأول: آثار الكفالة.....34

المطلب الأول: علاقة الكفيل بالدائن.....34

الفرع الأول: حقوق الدائن.....34

أولا: مطالبة الكفيل.....35

1- شروط المطالبة.....35

أ- حلول أجل الدين.....35

ب- الرجوع على المدين قبل الكفيل.....35

2- نطاق مطالبة الكفيل عند تعدد الكفلاء.....36

ثانيا: التنفيذ.....37

الفرع الثاني: دفوع الكفيل.....38

أولا: الدفوع المتعلقة بالالتزام الأصلي.....38

1- الدفع ببطلان الالتزام الأصلي.....38

2- الدفع بانقضاء الالتزام الأصلي.....38

3- الدفوع الخاصة بإبطال الالتزام المكفول.....39

ثانيا: الدفوع المتعلقة بعقد الكفالة.....39

1- الدفع بالرجوع.....39

أ- أن لا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في الدفع بالرجوع.....40

ب- أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين.....40

ج- وجود مصلحة للكفيل في التمسك بالدفع بالرجوع.....40

2- الدفع بالتجريد في صورته العامة.....40

أ- أن يتمسك الكفيل بالتجريد.....41

ب- أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين.....41

ج- أن لا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في الدفع بالتجريد.....41

د- إرشاد الكفيل الدائن إلى أموال المدين التي يمكن التنفيذ عليها.....41

3- الدفع بالتجريد في صورته الخاصة.....42

أ- وجود تأمين عيني خصص لضمان نفس الدين.....42

ب- يكون الكفيل غير متضامن مع المدين.....43

ج- تمسك الكفيل بالدفع.....43

د- أن تكون الكفالة لاحقة للتأمين العيني أو تقررت معه.....43

و- أن يكون التأمين العيني مقررا على مال مملوك للمدين.....43

4- الدفع بعدم اتخاذ الإجراءات ضد المدين.....43

5- الدفع بإضاعة الدائن للتأمينات.....44

المطلب الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين.....45

الفرع الأول: الدعوى الشخصية.....45

أولا: شروط الدعوى الشخصية.....45

1- حلول أجل الدين.....45

2- أن يكون الكفيل قد وفى بكامل الدين أو جزء منه.....46

3- يجب على الكفيل إخطار المدين.....46

4- أن تكون الكفالة عقدت لمصلحة المدين ودون اعتراضه.....46

ثانيا: مضمون الدعوى الشخصية.....46

1- أصل الدين.....47

2- المصروفات.....47

3- مطالبة الكفيل بالتعويض.....47

الفرع الثاني: دعوى الحلول.....48

أولا: شروط دعوى الحلول.....48

1- حصول الدائن عل كامل دينه.....48

2- أن يتم الوفاء عند حلول أجل الدين الأصلي.....48

ثانيا: مضمون دعوى الحلول.....49

1- حلول الكفيل محل الدائن في الحق الذي كان له قبل المدين.....49

2- رجوع الكفيل بحق الدائن بما له من خصائص.....50

3- رجوع الكفيل بحق الدائن بما يتبعه من توابع.....50

4- يحل الكفيل محل الدائن في حقه بما له من ضمانات.....50

5- حلول الكفيل محل الدائن في حقه وما يتصل به من دفوع.....51

الفرع الثالث: حالة تعدد المدينين.....51

أولا: تعدد المدينين غير المتضامنين.....51

ثانيا: تعدد المدينين المتضامنين.....52

المطلب الثالث: العلاقة بين الكفيل وغيره من الكفلاء.....53

الفرع الأول: تعدد الكفلاء غير متضامنين.....53

الفرع الثاني: تعدد الكفلاء المتضامنين.....53

المبحث الثاني: انقضاء الكفالة.....55

المطلب الأول: انقضاء الكفالة بالتبعية لانقضاء الالتزام الأصلي.....55

الفرع الأول: انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء.....55

الفرع الثاني: انقضاء الالتزام الأصلي بما يعادل الوفاء.....56

أولا: الوفاء بمقابل.....56

ثانيا: التجديد والإنابة.....57

ثالثا: المقاصة.....58

رابعا: إتحاد الذمة.....59

الفرع الثالث: انقضاء الالتزام الأصلي دون وفاء.....60

أولا: الإبراء.....60

ثانيا: استحالة التنفيذ.....61

ثالثا: التقادم.....61

المطلب الثاني: انقضاء الكفالة بصفة أصلية.....62

الفرع الأول: الأسباب العامة.....62

أولا: انقضاء التزام الكفيل بإتحاد الذمة.....62

ثانيا: انقضاء التزام الكفيل بالإبراء.....63

ثالثا: انقضاء التزام الكفيل بالتقادم.....63

الفرع الثاني: الأسباب الخاصة.....64

أولا: براءة ذمة الكفيل لإضاعة الدائن الضمانات بخطئه.....64

1- الكفلاء الذين يحق لهم التمسك ببراءة الذمة.....65

2- الأساس القانوني الذي تقوم عليه براءة ذمة الكفيل.....65

3- شروط التمسك ببراءة الذمة.....66

أ- إضاعة تأمين خاص.....66

ب- خطأ الدائن في إضاعة التأمين الخاص.....66

ج- تضرر الكفيل من إضاعة التأمينات.....67

د- تمسك الكفيل به وعدم تنازله عنه.....67

4- أثر إضاعة التأمينات.....67

ثانيا: براءة ذمة الكفيل لعدم اتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين بعد إنذار الكفيل له.....67

ثالثا: براءة ذمة الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفلسة المدين.....69

خاتمة.....71

قائمة المراجع.....73

الفهرس.....78