

جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون الخاص

الدفع المرتبطة بعقد الكفالة في القانون المدني

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

شعبة القانون الخاص

تخصص القانون الخاص الشامل

من إعداد

الطالبة بن عبد الكريم صوراية

الطالب بن شعلال حمزة

تحت إشراف

الأستاذ/سرايش زكريا

لجنة المناقشة

الأستاذ/ خلفي أمين (رئيس)

الأستاذ/ موساسب زهير (ممتحن)

بجاية 2012 - 2013

كلمة شكر

بعد شكر العلي القدير على ما منه علينا من فضل نتقدم بخالص الشكر و التقدير لكل من ساعدنا و ساهم في إنجاز هذا العمل المتواضع سواء الأساتذة الذين لم يبخلوا علينا بنصائحهم و توجيهاتهم أو الزملاء الذين ساندونا.

و باعتزاز، فقد تضيق كلمات الشكر وتعجز عبارات التقدير عن تقديم وافر شكرنا و عظيم امتناننا إلى الوالدين الكريمين و الإخوة الأعزاء الذين كانوا سندا لنا بعطفهم و حنانهم و عطائهم اللامحدود.

الإهداء

إلى من نخفض لهما جناح الذل من الرحمة

إلى الوالدين

و إلى كل الأصدقاء و الأقارب

و إلى أنيس و ماسين خلوفي

و إلى عمي العزيز مرزوق

و إلى خطيبي

و إلى صديقتي العزيزة عايدة جمعي

الدفع المرتبطة بعقد الكفالة في القانون المدني

قائمة المختصرات

المختصر	الكلمة المختصرة
• ص	صفحة
• ق.م.ج	القانون المدني الجزائري.....
• ق.م.م	القانون المدني المصري.....
• ت.إ.ب	تقنين الالتزامات البولندي.....
• ت.إ.السويسري	تقنين الالتزامات السويسري.....
• ق.أ.ج	قانون الأسرة الجزائري.....
• ق.ت.ج	القانون التجاري الجزائري.....
• ت.م.س	التقنين المدني السوري.....
• ق.م.ف	قانون مدني فرنسي.....
• ق.م.و.ع.ل	قانون الموجبات و العقود اللبناني.....
• د.س.ن	دون سنة نشر.....
• د.د.ن	دون دار نشر.....
• د.ب.ن	دون بلد نشر.....
• ج.ر.ج.ج	جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية.....
• الخ	إلى آخره.....
• p	page.....
• V	.voir
• /	فقرة.....

مقدمة

الفصل الأول

الدفع المستمدة من الالتزام الأصلي

الفصل الثاني

الدفع المستمدة من عقد الكفالة

خاتمة

قائمة المراجع

مقدمة

ظهرت العقود بين الأفراد منذ فجر التاريخ و أخذت بالتطور و الاتساع مواكبة بذلك تطور الإنسانية و نتيجة لذلك التطور أصبحت العقود بحاجة إلى نظام أكثر ضمانا و ائتمانا يجعل المعاملات بين الأفراد أكثر يسارة و سهولة، و تضمن حقوق كلا المتعاقدين ذلك في مختلف المجالات.

الأصل أن الضمان العام للدائن يقع على ذمة المدين المالية، فيستطيع الدائن أن ينفذ بحقه على ذمة المدين، و لكن هذا الضمان العام لا يخلو من الخطورة فيما يتعلق بالدائن لأنه قد يحدث تغير في ذمة المدين يؤدي إلى إضعاف ضمان الدائن، فمن ناحية قد يعمد المدين إلى التصرف في أمواله بنقل ملكيتها إلى شخص آخر، فإذا جاء وقت التنفيذ فإن الدائن لن يجد لدى مدينه شيئاً يأخذ منه حقه، و من ناحية أخرى قد يكون هناك زيادة في التزامات المدين، فإذا جاء وقت التنفيذ ظهر دائنون آخرون لا يستطيع الدائن أن يدعي أفضليته عليهم.

و لهذا ظهرت عدة حلول جعلت استفاء الدائن لدينه أمرا ممكنا حتى في حالة إعسار مدينه و بذلك ظهرت التأمينات العينية و كذا التأمينات الشخصية و التأمينات العينية هي تخصيص عقار أو منقول أو حق امتياز لفائدة الدائن ينفذ عليه في حالة إعسار مدينه، و التأمينات الشخصية هي إضافة ذمة مالية أخرى لشخص ما خارج عن العقد الأصلي إلى جانب ذمة المدين تكون احتياطية ينفذ عليها في حالة عدم إمكانية التنفيذ على ذمة المدين الأصلي لإعساره.

و من التأمينات الشخصية نجد الكفالة المدنية التي بموجبها يتدخل شخص ثالث في العقد يسمى الكفيل ليكفل الدين لصالح الدائن في حالة إعسار المدين عن أداء دينه في الآجال المحددة و هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين في الدين المكفول بحيث تتعدد الذمم أمام الدائنين، حيث يمكن للدائن الرجوع على الكفيل أو على المدين أيهما شاء و مطالبته بأداء الدين إليه.

حيث أن الكفالة تمتاز بأنها عقد رضائي فتتعدد بمجرد التراضي بين الكفيل و الدائن و أن التراضي وحده مع توافر الشروط الأخرى كاف لانعقاد الكفالة بدون أية شكلية كالكتابة العرفية و الرسمية مثلاً، كذلك الكفالة عقد ملزم لجانب واحد فهي بحسب الأصل عقد لازم للكفيل غير لازم للدائن و يترتب عليه أن الكفيل يلتزم بموجب الكفالة بالوفاء بدين المدين الأصلي إذا لم يف به المدين أما الدائن فلا يلتزم بشي في عقد الكفالة.

كذلك تعتبر الكفالة عقد تبرعي فهي عقد تبرع بالنسبة للكفيل معاوضة بالنسبة للدائن والكفيل يلتزم كمبدأ عام بأداء دين المدين الأصلي دون أدنى مقابل فإذا قام بالوفاء بالدائن في وقت الاستحقاق كان له أن يرجع على المدين بقيمة ما وفاه فالأصل أن ليس للكفيل أن يأخذ أجراً على ضمانه لدين المدين الأصلي وتوثيقه للدائن، كما أن الكفالة عبارة عن عقد مدني حيث تعتبر كذلك حتى لو كان الدين المضمون تجارياً و به أخذت معظم القوانين العربية.

و لكون الكفيل هو الحلقة الأضعف في هذا العقد فقد تم حمايته من طرف المشرع بنصوص قانونية جعلت له مجموعة من الدفوع تحميه من تعسف أطراف العقد الأصلي و تلاعبهما، فالكفيل يعرض نفسه لخطر بمناسبة عقد الكفالة و ذلك أنه يوفي دين المدين من ماله الخاص، رغم أن القانون يعطيه الحق في الرجوع على المدين بالدائن الذي وفاه فهذا الرجوع كثيراً ما يكون بلا فائدة بسبب إعسار المدين لهذه الأسباب قامت مختلف التشريعات بحماية مصلحة الكفيل و ذلك بمنحه دفوعاً تحد من خطر التنفيذ على أمواله.

و لهذا نتساءل ما هي هذه الدفوع هذه الدفوع المؤثرة في عقد الكفالة؟

حيث تكمن أهمية دراستنا هذه في تبيان مدى توفير المشرع الحماية للكفيل من خطر التنفيذ على أمواله، لذلك سنقتصر دراستنا على الدفوع التي يملكها الكفيل لدفع مطالبة الدائن له، و للإجابة على هذه الإشكالية و الإلمام بجميع عناصر الموضوع ارتأينا إلى إتباع المنهج التحليلي الذي يساعدنا على التحليل و الملاحظة و الاستنتاج.

وها هو موضوع بحثنا حيث نهدف من خلاله إلى تبيان الدفوع التي منحها القانون للكفيل و ذلك حماية له و لكي ينقص من ضرر التنفيذ على أمواله، باعتبار أن الكفالة تعد من أهم التأمينات الشخصية التي تحقق مصلحة لكل من الدائن و المدين فهي تحقق مصلحة للمدين في حصوله على ما يحتاجه من الدائن و ذلك من خلال تسهيل عملية ائتمانه، كما أنها تحقق الطمأنينة للدائن لوجود شخص آخر يمكن أن يطالبه بالوفاء، و باعتبار أن الكفيل هو الحلقة الأضعف.

و سندرس موضوعنا هذا من خلال تقسيمه إلى فصلين أساسيين، نخصص الفصل الأول للدفوع المستمدة من الالتزام الأصلي و الفصل الثاني للدفوع المستمدة من عقد الكفالة و ذلك على النحو التالي:

الفصل الأول:الدفوع المستمدة من الالتزام الأصلي

الفصل الثاني:الدفوع المستمدة من عقد الكفالة

الفصل الأول

الدفع المستمدة من الالتزام الأصلي

نعرض في هذا الفصل الدفع التي يكون للكفيل الحق في التمسك بها في مواجهة الدائن عند مطالبته و المستمدة من الالتزام الأصلي أي العقد الذي يجمع بين الدائن و المدين و هذا نظرا إلى خاصية التبعية التي يمتاز بها عقد الكفالة، وهذا في مبحثين، حيث نخصص المبحث الأول للدفع الخاصة ببطان الالتزام الأصلي، أما المبحث الثاني فسوف نخصصه للدفع الخاصة بانقضاء الالتزام الأصلي و ذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: الدفع الخاصة ببطان الالتزام الأصلي

المبحث الثاني: الدفع الخاصة بانقضاء الالتزام الأصلي.

المبحث الأول

الدفع الخاصة ببطان الالتزام الأصلي

يستطيع الكفيل أن يتمسك بالدفع التي للمدين أن يتمسك بها في مواجهة الدائن و ذلك حتى لا تمتد آثار العقد الباطل إليه، و لكي لا يكفل الكفيل عقدا هو في الأصل غير معترف به قانونا أو مهددا بالإبطال، و سنعالج في هذا المبحث الدفع الخاصة ببطان الالتزام الأصلي سواء البطان المطلق أو القابلية للإبطال أي البطان النسبي و ذلك وفقا للتقسيم التالي:

المطلب الأول: الدفع بالبطان المطلق للالتزام الأصلي

المطلب الثاني: الدفع بالبطان النسبي للالتزام الأصلي.

المطلب الأول

الدفع بالبطلان المطلق للالتزام الأصلي

قد يكون العقد الذي يجمع بين الدائن و المدين باطل بطلان مطلق و يكون هذا العقد مكفول بموجب عقد كفالة و بالتالي يكون الكفيل في هذه الحالة كافل لدين غير موجود، و بما أن للكفيل الحق في التمسك ببعض الدفع التي للمدين أن يتمسك بها و منها الدفع بالبطلان المطلق للالتزام الأصلي حيث سندرسه كما يلي:

الفرع الأول: أسباب الدفع بالبطلان المطلق للالتزام الأصلي

الفرع الثاني: آثار الدفع بالبطلان المطلق للالتزام الأصلي.

الفرع الأول

أسباب الدفع بالبطلان المطلق للالتزام الأصلي

سبق ذكر أن للكفيل الحق في التمسك بالدفع التي يحق للمدين التمسك بها و ذلك بسبب خاصية التبعية أو بعبارة أخرى بسبب خاصية التبعية التي يمتاز بها عقد الكفالة فكما نصت المادة 654 من ق.م.ج: «يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين و له أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين»⁽¹⁾، من خلال نص المادة نلاحظ أن ذمة الكفيل تبرأ بمجرد براءة ذمة المدين منه نستنتج خاصية التبعية الموجودة بين التزام المدين و هو الالتزام الأصلي و التزام الكفيل، و لهذا يحق للكفيل التمسك بجميع الدفع التي للمدين التمسك بها.

(1) أنظر: الأمر رقم 75- 58، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل إلى غاية القانون رقم 07- 05، المؤرخ في 13 مايو 2007، ج.ر.ج. عدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975.

كما أضافت المادة 648 من ق.م.ج : >> لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً، منه نلاحظ أن الكفالة تتبع الالتزام المكفول في صحته و في بطلانه و هذا تأكيد على خاصية التبعية التي يمتاز بها عقد الكفالة، من خلال خاصية التبعية إذا كان الالتزام الأصلي باطلا بطلانا مطلقا فإن للكفيل الحق في التمسك ببراءة ذمته اتجاه الدائن و ذلك من خلال التمسك بالدفع بالبطلان المطلق للالتزام الأصلي، و هذا في حالة ما إذا تحققت حالة البطلان المطلق في الالتزام المكفول باعتباره عقدا كباقي العقود يخضع للأحكام العامة للعقود و من بينها البطلان.

البطلان عامة هو الجزاء الذي يقرره القانون على العقد عند عدم توفر ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته و هو يعدم أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين و كذلك بالنسبة للغير، كذلك يعتبر باطلا العقد الذي لم تراعى القواعد القانونية في تكوينه فلا ينتج أي أثر عنه، أي لا يمنح حقوقا كما لا يحمل التزامات⁽¹⁾.

أما البطلان المطلق فهو ذلك البطلان الذي يلحق بالعقد أو التصرف القانوني الذي لا يتوافر على ركن من أركانه أو لم يفرغ في الشكل المطلوب قانونا، و يترتب عن ذلك أنه لا ينتج أي أثر قانوني، كما أن للبطلان المطلق أسباب خاصة و متعددة يكفي أن يتحقق سبب واحد فقط منها ليعتبر العقد أو التصرف القانوني باطلا بطلانا مطلقا⁽²⁾.

و بالعودة إلى عقد الكفالة فقد سبق تبيان أن عقد الكفالة يتبع الالتزام المكفول في صحته و في بطلانه و منه إذا ما تحقق في الالتزام المكفول سبب من أسباب البطلان المطلق للتصرفات القانونية فيعد باطلا و لا ينتج أي أثر قانوني فلا يمنح حقوقا و لا يحمل التزامات، منه و وفقا لخاصية التبعية فإن ذمة الكفيل تبرأ اتجاه الدائن و هذا تبعا لبراءة ذمة المدين؛ فكما أشير إن البطلان المطلق يتحقق في حالة ما إذا تخلف ركن من أركان العقد أو لانعدام الأهلية في أحد الطرفين أو لإبرام العقد في شكل مخالف للقانون.

(1) أنظر: بلحاج (العربي)، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول (التصرف القانوني العقد و الإرادة المنفردة)، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص.171.

(2) أنظر: شعوادي (هلال) و شنة (رابح) و غانم (مصطفى)، نظرية بطلان العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ليسانس في العلوم القانونية و الإدارية، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق، بجاية، 2001، ص.19.

من كل هذا التمهيد يمكن استخلاص أسباب الدفع بالبطلان المطلق للالتزام الأصلي و منها تخلف الشكلية في الالتزام الأصلي حيث أن في القواعد العامة المشرع الجزائري يأخذ بمبدأ الرضائية في العقود و هذا ما يتضح من خلال نص المادة 59 من ق.م.ج : >> يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية<<، منه فإن اشتراط الشكلية في العقود هو حالة استثنائية و غير معروفة في كل العقود فالأصل أن العقود رضائية و الاستثناء هو أنه في بعض الحالات يشترط القانون شكلا معيناً لإبرام العقد.

مثلا قد يشترط القانون إفراغ العقد في قالب رسمي أي يشترط الكتابة الرسمية و هذه الأخيرة عرفها المشرع الجزائري في المادة 324 من ق.م.ج : >> العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقاً للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه<<.

منه يستخلص أنه يشترط في العقد الرسمي أن يكون محرراً من طرف شخص مؤهل قانوناً و هو إما موظف، أو ضابط عمومي، أو شخص مكلف بخدمة عامة، حيث يحزر العقد في حدود اختصاصه الممنوح له قانوناً كما يمكن أيضاً أن يشترط القانون مثلاً أن يحزر العقد باللغة العربية...الخ⁽¹⁾، فإذا اشترط القانون شكلية معينة لإبرام الالتزام المكفول و أبرم هذا الأخير مخالفاً لهذه الشكلية أي مخالفاً للقانون فيكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، و منه يحق للكفيل التمسك بالدفع بالبطلان المطلق للالتزام الأصلي و بالتالي براءة ذمته اتجاه الدائن، منه بطلان الالتزام المكفول يمنح الكفيل باعتباره صاحب مصلحة الحق في التمسك بهذا البطلان ليدفع به رجوع الدائن عليه و هذا ما أكدته المادة 102 من ق.م.ج : >> إذا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان...<<.

من خلال ما سبق ومن خلال نص المادة 102 نخلص للقول أنه بما أن تخلف ركن الشكلية في حالة اشتراطها قانوناً يؤدي إلى بطلان العقد باعتباره أبرم مخالفاً للقانون و بالتالي لا يحدث أي أثر قانوني كما سبق التبيين هذا من جهة، و من جهة أخرى ما نصت عليه المادة 102 من القانون المدني السابقة الذكر؛ لأن هذا ينطبق على الالتزام المكفول نقول أن تخلف ركن الشكلية فيه يعد سبباً للدفع بالبطلان المطلق للالتزام الأصلي.

(1) أنظر: فيلالي(علي)، الالتزامات(النظرية العامة للعقد) ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2001 ، ص.230 إلى

بالإضافة إلى ذلك من الأسباب التي تؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا انعدام ركن الرضا في العقد، حيث أن الرضا يعتبر ركن أساسي من أركان العقد و لا يمكن إبرام عقد دون توافره، فبوجوده يكون العقد صحيحا و يرتب جميع آثاره القانونية، و بانعدامه يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا و لا يرتب أي آثار قانونية، يتحقق الرضا بتطابق الإرادتين أي إرادة المتعاقدين و في حالة ما إذا لم يكن هنالك توافق يكون الرضا منتفيا مما يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا، و لكن عدم توافر الرضا في العقد لا يعد السبب الوحيد لبطلان العقد بطلانا مطلقا، فقد يكون الرضا موجودا و متوافرا في العقد ولكن يعتبر العقد باطلا بطلانا مطلقا؛ و ذلك في حالة ما إذا اشترط القانون لتمام العقد أن يفرغ الرضا في قالب رسمي مما يجعل توافر ركن الرضا وحده لا يكفي لقيام العقد صحيحا، بل يجب إفرغه في الشكل الرسمي المطلوب قانونا و إلا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا.

فالمادة 59 من ق.م.ج السالفة الذكر تؤكد أن العقد يبرم بمجرد تبادل الطرفين لإرادتهما و تتطابق الإرادتين، و منه نخلص أن عدم وجود الرضا يؤدي حتما إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا، و المقصود بتطابق الإرادتين الذي يحقق الرضا هو تطابق الإيجاب و القبول كتعبيرين عن الإرادتين أي إرادة طرفي العقد⁽¹⁾، منه يستنتج أن في حالة ما إذا تخلف ركن الرضا أثناء إبرام الالتزام الأصلي أي الالتزام المكفول و المقصود به العقد بين الدائن و المدين فإن العقد يعد باطلا بطلانا مطلقا، و منه بطلان عقد الكفالة بالتبعية له، بعبارة أخرى فإنه إذا بطل الالتزام المكفول بسبب تخلف ركن الرضا فإنه يعتبر باطلا بطلانا مطلقا و لا يحدث أي أثر قانوني، وبالتالي تبرأ ذمة المدين اتجاه الدائن، كما تبرأ ذمة الكفيل تجاه الدائن بالتبعية؛ و منه في هذه الحالة إذا ما طالب الدائن الكفيل بالدين المكفول يحق للكفيل الدفع بالبطلان المطلق للالتزام الأصلي تجاه الدائن و التمسك ببراءة ذمته.

منه نستنتج أن تخلف ركن الرضا في الالتزام الأصلي يعد سببا للدفع بالبطلان المطلق للالتزام الأصلي و الذي يدفع به الكفيل رجوع الدائن عليه بالدين المكفول، و هذا ما أكدته المادة 102 من ق.م.ج السالفة الذكر، يعد كذلك من أسباب البطلان المطلق انعدام المحل في الالتزام المكفول حيث أنه يعتبر كذلك ركن أساسي من أركان العقد، و العقد الصحيح في القانون المدني هو العقد الذي يحتوي على جميع أركانه و شروط صحته التي يتطلبها القانون؛ فلا بد من أن يتوافر فيه أولا ركن الرضا كما سبق و أن بينا كما يجب أن يتوافر فيه أيضا ركن المحل و هو الموضوع الذي ينصب عليه العقد و كما يجب أن يتوفر ركن السبب و هذا ما سنبينه لاحقا.

(1) أنظر: شعواوي(هلال) و شنة(رابح) و غانم(مصطفى)، المرجع السابق، ص.31.

منه فإذا تخلفت هذه الأركان يعتبر العقد باطلا بطلانا مطلقا، كما يجب أيضا مراعاة ما يتطلبه العقد من شكل ولا ينعقد العقد إلا به، من هنا فالمحل في الالتزام المكفول هو الدين المكفول أي ذلك المبلغ المالي الذي يعطيه الدائن للمدين، و إن كان غير موجود فلا وجود للعقد أصلا، فالبطلان المطلق يتحقق كما سبق الإشارة إذا تخلف في العقد ركن أو أكثر من ركن⁽¹⁾، كما يمكن أن يكون محل العقد موجودا لكنه غير مستوفي للشروط المنصوص عليها قانونا و بالتالي يعتبر العقد كذلك باطلا، فالمشرع يشترط أن يكون محل العقد معينا أو قابلا للتعين، كما يجب أن يكون موجودا و أن يكون مشروعاً أي مما يجوز التعامل به.

و المقصود بأن يكون محل العقد معينا أو قابلا للتعين هو أن يكون محل العقد معينا بذاته أو معينا بنوعه و مقداره و إلا كان العقد باطلا هذا ما أكدته المادة 1/94 من ق.م.ج: >>إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته، و جب أن يكون معينا بنوعه و مقداره و إلا كان باطلا<<، و في موضوعنا فإن محل الالتزام المكفول عبارة عن نقود لهذا يتعين تحديده بنوع العملة و مقدارها، و إذا تحدد المحل هكذا عند إبرام العقد، فإن على المدين الوفاء به كما ورد في العقد؛ أما إذا لم يعين مقدار الدين في العقد فيعتبر العقد باطلا لتخلف ركن المحل فيه⁽²⁾.

كما يجب أن يكون محل العقد موجودا أثناء إبرام العقد و إن كان غير ذلك يعد العقد باطلا، و نحدد وجود المحل بلحظة إبرام العقد فإذا تلف محل العقد بعد إبرام العقد يبقى العقد صحيحا لأن استحالة التسليم تدخل في تنفيذ العقد لا في صحته، كما يمكن أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبليا⁽³⁾، و هذا ما أكدته المادة 92 من ق.م.ج حيث نصت: >>يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا و محققا<<.

(1) أنظر: جعفرور(محمد سعيد)، نظرات في صحة العقد و بطلانه في القانون المدني و الفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، د.س.ن، ص.32، 33 و 61.

(2) أنظر: فوده(عبد الحكم)، البطلان في القانون المدني و القوانين الخاصة، الطبعة الثانية، دار الفكر و القانون، مصر، 1999، ص.196 و 198.

(3) أنظر: بينابت(ألان) ترجمة القاضي(منصور)، القانون المدني الموجبات(الالتزامات)، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، لبنان، 2004، ص.108.

كما يجب أن يكون محل العقد شيئاً مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة و هذا الشرط شرط عام أي يفرض على محل العقد بصفة عامة أياً كان عملاً، نقوداً، شيئاً... الخ⁽¹⁾، و قد نصت على هذا المادة 93 من ق.م.ج: >إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة، كان باطلاً بطلاناً مطلقاً<>، منه إذا كان محل العقد غير مشروع كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، من خلال ما سبق، يتضح أن للكفيل الحق في التمسك بالدفع بالبطلان المطلق للالتزام الأصلي في حالة ما إذا بطل الالتزام المكفول بطلاناً مطلقاً بسبب تخلف ركن المحل فيه أو أتى منافياً للشروط القانونية و هذا ما أكدته المادة 102 من ق.م.ج السالفة الذكر، منه يعتبر بطلان الالتزام المكفول بسبب تخلف ركن المحل فيه سبباً للتمسك بالدفع بالبطلان المطلق للالتزام الأصلي.

و يؤدي كذلك إلى بطلان الالتزام المكفول بطلاناً مطلقاً انعدام السبب فيه حيث أنه لكي يتم العقد صحيحاً و يترتب جميع آثاره القانونية لا يكفي توافر الشكلية المطلوبة و ركن الرضا، و ركن المحل بشروطه و لكن يجب أن يتوافر ركن آخر في العقد و الذي لا يمكن أن يقوم من دونه و هو ركن السبب؛ فانعدامه في العقد يؤدي إلى بطلان هذا الأخير بطلاناً مطلقاً؛ لكن وجود السبب لا يعني أن العقد صحيحاً بل يجب أن تتوافر فيه الشروط القانونية و إلا أعتبر العقد باطلاً⁽²⁾.

المقصود بالسبب هو الدافع الذي أدى بالمتعهد إلى الالتزام، فهو الغرض الذي يريد المتعاقد أن يصل إليه من وراء التزامه⁽³⁾، فهو الغرض المباشر المراد تحقيقه و هو السبب الحقيقي المذكور في العقد حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك⁽⁴⁾، و بما أن الالتزام المكفول عقد كغيره من العقود فيجب أن تتوافر فيه جميع أركان العقد و منها ركن السبب، و لكن كما سبق الإشارة ليس فقط انعدام ركن السبب هو الذي يؤدي إلى بطلان العقد بل يجب أن يكون كذلك مستوفياً لجميع الشروط القانونية، يشترط في السبب أن يكون موجوداً فإذا كان منتقياً بطل العقد، أي أنه لا بد أن يكون الالتزام أو بعبارة أخرى أن يكون للملتزم سبب لالتزامه⁽⁵⁾.

(1) أنظر: بلحاج(العربي)، المرجع السابق، ص.146.

(2) أنظر: شعواوي(هلال) و شنة(رابح) و غانم(مصطفى)، المرجع السابق، ص.38.

(3) أنظر: فوده(عبد الحكم)، المرجع السابق، ص.212.

(4) أنظر: فيلال(علي)، المرجع السابق، ص.201.

(5) أنظر: بلحاج(العربي)، المرجع السابق، ص.166.

و بما أن السبب ركن من أركان العقد فيجب أن يذكر في العقد و يعد هذا السبب هو السبب الحقيقي للتعاقد ما لم يقر الدليل على خلاف ذلك، وهذا ما أكدته المادة 2/98 من ق.م.ج التي نصت: > و يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي، حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك<>، كذلك يجب أن يكون السبب مشروعاً أي لا يخالف النظام العام و الآداب العامة، و إلا كان العقد باطلاً، و هذا ما أكدته المادة 97 من ق.م.ج التي تنص: > إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب، كان العقد باطلاً<>، فالعقد قد يكون محله مشروع و لكن في نفس الوقت سببه غير مشروع و بالتالي يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً، و لقد أكسب القضاء الفرنسي ركن السبب مرونة أكبر لأنه يعدد بالبائع الحقيقي للتعاقد، فقد يكون السبب المذكور في العقد ليس هو الدافع الحقيقي للتعاقد، و عليه فيبطل العقد من جراء ذلك و يستفيد الكفيل من ذلك.

فحسب النظرية القديمة فإنه يعدد بالبائع أو الدافع للالتزام بالعقد كسبب يجب أن يكون مشروعاً حتى يكون العقد صحيحاً، فإذا كان سبب التزام الدائن أو المدين غير مشروع فإن ذلك يؤدي إلى بطلان عقدهم، وبالتالي يمكن للكفيل إثارة هذا الدفع في مواجهة الدائن، أما حسب النظرية الحديثة للالتزام و نظراً للانتقادات الموجهة للسبب بمفهومه القديم أصبح الفقه و القضاء علاوة على سبب الالتزام فإنه يعدد بسبب التعاقد أي البائع الذي يهدف إليه المتعاقد من وراء تعاقدته و ليس ذلك السبب الظاهر في العقد، مثلاً قد يكون السبب الحقيقي للالتزام المشتري ليس شراء المنزل و إنما إهداءه إلى خطيبته فهذا الأخير هو السبب الحقيقي الذي يعدد به القضاء والفقه و متى كان غير مشروع يمكن للقضاء إبطال العقد و باعتبار الالتزام المكفول كغيره من العقود يمكن للكفيل التمسك بالسبب الغير مشروع للدفع ببراءة ذمته أمام الدائن و ذلك باعتباره صاحب مصلحة، و هذا ما أكدته المادة 102 من ق.م.ج السالفة الذكر لأن انعدام السبب أو عدم مشروعيته يعد سبباً للدفع بالبطلان المطلق.

بالإضافة إلى كل ما سبق هنالك أسباب أخرى و هي تلك المتعلقة بالأهلية في حالة ما إذا توفرت في العقد أركانه الأساسية من رضا و محل و سبب، ينعقد العقد، و باعتبار أن العقد عبارة عن تصرف قانوني أساسه الإرادة بالتالي قد تكون هذه الإرادة معدومة أي منتفية في هذه الحالة يصبح العقد باطلاً و لا يحدث أي أثر قانوني، منه يجب لكي يصبح العقد نهائياً و صحيحاً و قانونياً، و يرتب جميع آثاره القانونية أن يحتوي العقد على أركانه بالإضافة إلى الأهلية أي أن يكون التصرف صادر عن شخص ذو أهلية و لم يشبه أي عيب من عيوب الإرادة⁽¹⁾.

(1) أنظر: بلحاج(عربي)، المرجع السابق، ص.96، 163، 164.

المعروف أن الأهلية نوعان؛ أهلية وجوب و هي التي تثبت للشخص منذ ولادته، و أهلية أداء و هي التي تعني قدرة الشخص لمباشرة تصرفاته القانونية و هذه الأخيرة هي التي تهمننا في موضوعنا، عامة كل شخص يعتبر أهلا لمباشرة تصرفاته أو شؤونه القانونية بنفسه ما لم يقضي القانون بخلاف ذلك، و هذا ما أكدته المادة 78 من ق.م.ج التي نصت: >> كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون <<، حيث أن أساس الأهلية هو الإدراك أو التمييز فهو مرتبط بها؛ وجودا و عدما، منه إذا وجد الإدراك وجدت الأهلية و إذا انعدم انعدمت معه، و كامالا و نقصانا حيث إذا اكتمل الإدراك عند الشخص اعتبرت أهليته كاملة و إذا نقص اعتبرت ناقصة، عامة فوجود الأهلية و كمالها تعتبر تصرفات الشخص صحيحة و قائمة و بغيابها تكون باطلة بطلانا مطلقا.

و نفس الشيء إذا كانت الأهلية متوافرة لكن مستها عوارض أو موانع الأهلية، منه من الأسباب التي تؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا إضافة إلى الأسباب المذكورة سابقا لدينا انعدام الأهلية أو إصابتها بعوارضها⁽¹⁾، كما يجب الإشارة إلى أن أحكام الأهلية تعتبر من النظام العام و لا يجوز التنازل عنها أو الاتفاق على مخالفتها إلا بمقتضى نص قانوني⁽²⁾، و هذا ما أكدته المادة 45 من ق.م.ج التي تنص: >> ليس لأحد التنازل عن أهليته و لا لتغيير أحكامها <<، فانعدام الأهلية يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا سواء كان هذا التصرف من التصرفات النافعة نفعاً محضاً، أو ضارة ضرراً محضاً، أو دائرة بين النفع و الضرر، حيث أن حالة انعدام الأهلية تبدأ من ولادة الإنسان إلى غاية بلوغه سن التمييز و المقدرة بثلاثة عشر (13) سنة⁽³⁾ و هذا ما أكدته المادة 2/42 من ق.م.ج التي تنص: >> يعتبر غير مميز، من لم يبلغ ثلاث عشر سنة <<.

ففي هذا السن يعد الشخص منعدم الأهلية و بعد بلوغه هذا السن يصبح ناقص الأهلية و تكتمل أهليته عند بلوغه سن الرشد الذي حدده المشرع الجزائري بتسعة عشر (19) سنة كاملة و هذا ما أكدته المادة 40 من ق.م.ج التي تنص: >> كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية و لم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، و سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة <<، و في كل الأحوال من لم يبلغ سن 13 سنة يعتبر عديم الأهلية و مصير جميع تصرفاته هو البطلان المطلق، لأنه غير أهل لمباشرة تصرفاته القانونية و هذا ما أكدته المادة 1/42 من ق.م.ج التي نصت: >> لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية، من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون <<.

(1) أنظر: شعواوي(هلال) و شنة(رابح) و غانم(مصطفى)، المرجع السابق، ص.23، 24.

(2) أنظر: بلحاج(العربي)، المرجع السابق، ص.97.

(3) أنظر: شعواوي(هلال) و شنة(رابح) و غانم(مصطفى)، المرجع السابق، ص.25.

كذلك نقص الأهلية يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا حيث أن مرحلة نقص الأهلية تبدأ من سن 13 سنة إلى غاية بلوغ سن الرشد و هو 19 سنة كاملة كما سبق الإشارة، و في هذه المرحلة فإن الشخص يمكن له مباشرة فقط بعض التصرفات القانونية و هي التصرفات التي تعود عليه بالنفع أي النافعة نفعاً محضاً، مثل قبول هبة أما التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر فله الحق أن يباشرها و لا تكون باطلة بطلانا مطلقاً و إنما قابلة للإبطال و هذا ما سنراه لاحقاً.

و ما يهمنا هنا هو التصرفات الضارة ضرراً محضاً و هذا النوع من التصرفات لا يمكن لناقص الأهلية مباشرتها و إذا فعل فتعد هذه التصرفات باطلة بطلانا مطلقاً، كأن يفرض مالا فإذا كان الدائن شخصاً ناقص الأهلية يعتبر الالتزام المكفول باطلاً بطلانا مطلقاً و منه تعتبر الكفالة باطلة بالتبعية و في هذا الصدد يجب الإشارة إلى أن يمكن للكفيل التمسك بهذا الدفع أي البطلان بسبب نقص الأهلية إذا كان لا يعلم بنقص أهلية المدين⁽¹⁾ و هذا ما أكدته المادة 2/654 من ق.م.ج التي نصت: >> غير أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين يتمثل في نقص أهليته و كان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد، فليس له أن يحتج بهذا الوجه <<.

لو نحلل نص المادة نجد أنها تنص على استثناء على قاعدة أن للكفيل الحق في التمسك بالأوجه التي يحتج بها المدين وفقاً لخاصية التبعية و هذا الاستثناء هو حالة علمه بنقص أهلية المدين، أما فيما يخص عوارض الأهلية فالمقصود بها أنه قد يحدث و أن يبلغ الشخص سن الرشد و لكن تصيبه عوارض الأهلية التي تفقده الإدراك و بالتالي يعتبر كل تصرفاته باطلة بطلانا مطلقاً، عامة عوارض الأهلية هي السفه، الغفلة، الجنون و العته، لكن العوارض التي تؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقاً و التي تهمننا الآن هي الجنون، و العته، فالمجنون و المعتوه يأخذان حكم عديم الأهلية⁽²⁾، و هذا ما أكدته المادة 42 من القانون المدني السالفة الذكر إذا أبرم عقد و كان أحد المتعاقدين في حالة جنون أو عته كان تصرفه باطلاً بطلانا مطلقاً و هذا ما أكدته المادة 85 من ق.أ.ج التي نصت: >> تعتبر تصرفات المجنون و المعتوه و السفه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه <<⁽³⁾.

(1) أنظر: عبد الدايم(حسنى محمود)، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق(دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009، ص.255.

(2) أنظر: شعوايدي(هلال) و شنة(رابح) و غانم(مصطفى)، المرجع السابق، ص.25 إلى 27.

(3) أنظر: الأمر رقم 84-11، المؤرخ في 09 رمضان 1404، الموافق ل 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-09، المؤرخ في 04 مايو 2005، ج.ر.ج. عدد 43، الصادرة في 22 يونيو 2005.

الفرع الثاني

آثار الدفع بالبطلان المطلق للالتزام الأصلي

الدفع بالبطلان المطلق عبارة عن دفع موضوعي، يحكم بالبطلان بمجرد إثارته و يجوز إثارته في أية مرحلة من مراحل الدعوى، و بما أن هذا الدفع ليس بدعوى فلا تسري عليه قواعد التقادم فالمشروع يفرق بين دعوى البطلان و بين الدفع بالبطلان، فدعوى البطلان تسقط بمرور خمس عشر (15) سنة من وقت إبرام العقد لكن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم أبداً.

و عدم تطبيق قواعد التقادم على الدفع بالبطلان يعني أن العقد يبقى باطلا رغم فوات مدة تقادم دعوى البطلان، و منه إذا قضى بالبطلان المطلق بناء على الدفع به هذا يوجب الأمر برد دعوى الخصم، لأن العقد يعتبر بعد ذلك كأنه لم يوجد، و لا يترتب أي آثار في مواجهة طرفيه أو الغير، فتقرير البطلان المطلق أي قبول الدفع بالبطلان المطلق يعيد الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد⁽¹⁾.

و كما سبقت الإشارة فإن التزام الكفيل تابع للالتزام المكفول أي الالتزام الأصلي، في وجوده و عدمه⁽²⁾، و يتأثر بكل ما يؤدي إلى بطلانه، منه يترتب عن بطلان الالتزام الأصلي، بطلان الكفالة بالتبعية، إلا إذا كانت الكفالة في الأصل من أجل الوفاء إذا كان الالتزام الأصلي باطلا في هذه الحالة لا تبطل، أما غير ذلك فتبطل بالتبعية للالتزام الأصلي.

و كما سبق القول أن الالتزام لا يكون باطلاً إلا إذا كان التزاماً عقدياً فالالتزام الباطل هو الذي ينشأ بعقد باطل، و العقد يكون باطلاً إذا اختل أحد أركانه كما سبق تبين ذلك، منه يكون التزام الكفيل باطلاً طالما كان الالتزام الأصلي باطلاً، حتى و لو لم يطلبه المدين و قضى له به حيث أنه لكل ذي مصلحة أن يطلبه و باعتبار الكفيل ذو مصلحة فإن له الحق في أن يتمسك به و هذا ما أكدته المادة 102 من ق.م.ج السابقة الذكر⁽³⁾.

(1) أنظر: شعواوي (هلال)، شنة (رايح)، غانم (مصطفى)، المرجع السابق، ص.47، 46.

(2) أنظر: طلبية (أنور)، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض من إنشائها سنة 1931، الجزء التاسع، دار نشر الثقافة، مصر، د.س.ن، ص.432.

(3) أنظر: عبد الدايم (حسنى محمود)، المرجع السابق، ص.252 إلى 255.

بالإضافة إلى ذلك للكفيل الحق بالتمسك بهذه الدفوع سواء بالتبعية لتمسك المدين بها أو مستقلة عنه و دون أن ينتظر تحديد موقفه منها، كذلك للكفيل الحق في أن يتمسك بهذه الدفوع حتى و لو تنازل عنها المدين، فهو يتمسك بهذا الدفع باسمه هو لا باسم المدين⁽¹⁾.

كذلك يترتب عن بطلان الالتزام الأصلي براءة ذمة الكفيل باعتبار أن الكفيل يعاد إلى الحالة التي كان عليها قبل إبرام عقد الكفالة و هذا بالتبعية للالتزام الأصلي منه ينجم عن ذلك تحلل الكفيل من جميع التزاماته التي يفرضها عليه عقد الكفالة فالبطلان المطلق للالتزام الأصلي يترتب براءة ذمة الكفيل بالإضافة إلى أن كل التزاماته تكون غير قابلة للتنفيذ لأن العقد يعتبر كأنه لم يكن و بالتالي الكفيل يعتبر غير ملزم.

ومن خلال كل ما سبق يستنتج أن الدفع بالبطلان المطلق للالتزام الأصلي من الدفوع الممنوحة للكفيل لحمايته من التنفيذ على أمواله و من خلال التمسك بهذا الدفع يمكنه رد مطالبة الدائن له بالدين المكفول و إبراء ذمته اتجاهه باعتبار أن عقد الكفالة باطل بالتبعية لبطلان الالتزام الأصلي.

المطلب الثاني

الدفع بالبطلان النسبي للالتزام الأصلي

سبق تبيان أن للكفيل الحق في التمسك ببعض الدفوع التي للمدين أن يتمسك بها كما هو الأمر بالنسبة للدفع ببطلان الالتزام الأصلي، و بالتبعية للدفع الأول فإنه يمكن للكفيل أن يتمسك أيضا بالدفع بالبطلان النسبي للالتزام الأصلي في مواجهة الدائن، و هو محل دراستنا في هذا المطلب حيث سندرسه على النحو التالي:

الفرع الأول: أسباب الدفع بالبطلان النسبي للالتزام الأصلي

الفرع الثاني: آثار الدفع بالبطلان النسبي للالتزام الأصلي.

(1) أنظر: زهران (همام محمد محمود)، التأمينات العينية و الشخصية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص.132، 133.

الفرع الأول

أسباب الدفع بالبطلان النسبي للالتزام الأصلي

البطلان النسبي يقرر على العقد الذي تخلف فيه شرط من شروط الصحة، مثل عدم توافر الأهلية اللازمة لإبرام العقد لدى أحد الطرفين، أو إصابة الرضا بأحد عيوبه مثل الإكراه، أو التدليس، أو الغلط، أو الاستغلال، كما يجب الإشارة إلى أن العقد الباطل بطلانا نسبيا يأخذ حكم العقد الصحيح أي أنه يرتب جميع آثاره القانونية حتى يقوم من له مصلحة بإثارته و التمسك به، حيث أنه في حالة ما إذا أقر إبطال العقد زالت جميع آثاره القانونية التي رتبها و انعدم بأثر رجعي⁽¹⁾، فالبطلان النسبي يتحقق عند توافر جميع أركان العقد الضرورية لكنه لم يستوفي شروط صحته، و المتمثلة في توافر الأهلية الكاملة و سلامة الإرادة من العيوب⁽²⁾.

بالنسبة للأسباب المتعلقة بالأهلية التي تؤدي إلى بطلان الالتزام بطلانا نسبيا، سبق ذكر أن الأهلية قد تكون أهلية وجوب أو أهلية أداء و لكن هذه الأخيرة هي التي تهمنا كما سبق التوضيح، فتوافرها يعني صلاحية الشخص لأن يباشر تصرفاته القانونية أي قدرة الشخص على اكتساب حقوق و تحمل الالتزامات، فالأهلية إما أن تكون كاملة و هنا لا يكون هناك أي إشكال و إما أن تكون ناقصة فلا يمكنه القيام إلا ببعض التصرفات و إما أن تكون معدومة فلا يستطيع القيام بأي تصرف كان، و مناط أهلية الأداء هو التمييز و الإدراك كما تتأثر بالسن و عوارض الأهلية⁽³⁾.

فالعقد يكون قابلا للإبطال في حالة تصرفات ناقص الأهلية و بالتحديد التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر، و منه فإن نقص الأهلية يكون سببا من أسباب البطلان النسبي للعقد فقط بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع و الضرر، كذلك يعتبر من أسباب البطلان النسبي للعقد أن تصاب أهلية الشخص بعوارض الأهلية، التي تتمثل في السفه و الغفلة أما ما يتعلق بالجنون و العته فقد رأيناها سابقا في البطلان المطلق، فالسفيه و ذو الغفلة يأخذان حكم ناقص الأهلية و بالتالي تعد تصرفاتهما النافعة نفعا محضا صحيحة و تصرفاتهما الضارة ضررا محضا باطلة بطلانا مطلقا أما التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر قابلة للإبطال و هذا ما يهمنا⁽⁴⁾.

(1) أنظر: بلحاج(العربي)، المرجع السابق، ص.172.

(2) أنظر: شعوادي(هلال) و شنة(رابح) و غانم(مصطفى)، المرجع السابق، ص.60.

(3) أنظر: فوده(عبد الحكم)، المرجع السابق، ص.101، 102.

(4) أنظر: شعوادي(هلال) و شنة(رابح) و غانم(مصطفى)، المرجع السابق، ص.62.

بالتالي إذا كان المدين ناقص الأهلية فتصرفه يعد قابل للإبطال، و يمكن للكفيل أن يتمسك بإبطاله من أجل دفع دعوى الدائن ضده لكن يجب التذكير أنه إذا كان الكفيل يعلم بنقص أهلية المدين أو كان نقص الأهلية هو سبب الكفالة فلا يمكنه التمسك بالدفع بالبطلان النسبي للالتزام الأصلي لإبراء ذمته اتجاه الدائن، و بالتالي نقص الأهلية أو تعرضها لعوارض الأهلية يعد سببا للدفع بالبطلان النسبي للالتزام الأصلي و يحق للكفيل التمسك به باعتباره صاحب مصلحة.

بالإضافة إلى ذلك هنالك أسباب متعلقة بالرضا، فكما سبق التبيين أن وجود ركن الرضا شيء ضروري لقيام العقد و ليرتب آثاره القانونية، كما سبق التوضيح أنه في حالة ما إذا انعدم ركن الرضا انعدم العقد كذلك فلا يمكن للعقد أن يقوم دون توفر ركن الرضا لكن يمكن أن يكون الرضا موجود لكن شابه عيب من عيوب الرضا ففي هذه الحالة لا يعد العقد باطل بطلانا مطلقا و إنما يعد العقد قابل للإبطال، ففساد الإرادة بأحد عيوب الرضا و هي الغلط، الإكراه، التدليس، و الغبن أو الاستغلال يؤدي إلى جعل العقد قابل للإبطال⁽¹⁾، الغلط عبارة عن وهم يدور في ذهن المتعاقد يدفعه إلى ظن ما يخالف الواقع، فإذا كانت الواقعة غير صحيحة يعتقد أنها صحيحة أو العكس، و الغلط الذي يهمننا في دراستنا هذه هو الغلط الذي يدخل في تكوين الإرادة، أما الغلط المانع أو الغلط في مفهوم العقد، أو في التعبير عن الإرادة، أو نقلها أو في شرط من الشروط المتفق عليها في العقد فهذا لا يدخل في نطاق دراستنا.

حيث أن الغلط الذي يعيب الإرادة هو الذي يؤدي إلى البطلان النسبي للعقد⁽²⁾، كما أن المشرع الجزائري اشترط في الغلط الذي يؤدي إلى إبطال العقد أن يكون جوهريا من جهة، و داخلا في نطاق العقد من جهة أخرى⁽³⁾، هذا ما أكدته المادة 81 من ق.م.ج التي نصت: >>يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرية وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله<< كما أضافت المادة 83 من ق.م.ج: >>يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون، إذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81 و 82، ما لم يقض القانون بغير ذلك<<، و يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث أنه لو لم يقع هذا الغلط لما أبرم المتعاقد العقد و هذا ما نصت عليه المادة 1/82 من ق.م.ج: >>يكون الغلط جوهريا، إذا بلغ حدا من الجسامة، بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط<<.

(1) أنظر: بلحاج(العربي)، المرجع السابق، ص.172.

(2) أنظر: شعوايدي(هلال) و شنة(رابح) و غانم(مصطفى)، المرجع السابق، ص.64، 65.

(3) أنظر: بلحاج(العربي)، المرجع السابق، ص.103.

و يعد الغلط جوهريا خاصة إذا وقع في صفة الشيء التي يراها المتعاقد جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد أو لحسن النية و هذا ما أكدته المادة 2/82 من ق.م.ج: >> و يعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد و لحسن النية<<، بالإضافة إلى ذلك يعتبر الغلط جوهريا إذا وقع في ذات المتعاقد، أو في صفة من صفاته، و كانت هذه الصفة هي السبب الرئيسي في التعاقد، و هذا ما نصت عليه المادة 3/82 من ق.م.ج: >> إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، و كانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد<<، منه الغلط الذي يعتد به المشرع الجزائري للبطان النسبي للعقد هو الغلط الجوهري بالتالي إذا وقع المدين في غلط جوهرى يمكن للكفيل التمسك بالدفع بإبطال الالتزام الأصلي و بالتالي انقضاء التزامه بالتبعية.

كما يمكن أن يشوب الرضا عيب التدليس و المقصود به هو استعمال طرق احتيالية لإيقاع المتعاقد في الغلط، و من هنا نلاحظ أن التدليس له علاقة وثيقة بالغلط؛ أي أنه وسيلة تستخدم لإيقاع المتعاقد في الغلط، و يكون البطان النسبي بسبب الغلط، و قد نص المشرع الجزائري على التدليس في المادتين 86 و 87 من ق.م.ج⁽¹⁾، و بالتالي إذا وقع المدين في التدليس يحق له إبطال العقد و منه يحق للكفيل كذلك التمسك بالدفع بإبطال العقد بالتبعية للالتزام المكفول و هذا إذا ما ثبت أنه لولا وقوع التدليس لما أبرم العقد⁽²⁾.

(1) أنظر: نص المادة 86 من ق.م.ج: >> يجوز إبطال العقد للتدليس، إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

و يعتبر تدليسا، السكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة.<<

و نصت المادة 87 من ق.م.ج: >> إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس.<<

(2) أنظر: شعوادي(هلال) و شنة(رابح) و غانم(مصطفى)، المرجع السابق، ص.70.

بالإضافة إلى ذلك هنالك عيب آخر يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا نسبيا، و هو الإكراه و الذي هو عبارة عن >> ضغط يتعرض له العاقد فيولد في نفسه رهبة أو خوفا يحمله على التعاقد⁽¹⁾، و قد نص المشرع الجزائري على الإكراه في المادة 88 من ق.م.ج: >> يجوز إبطال العقد لإكراه، إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق<<، بالتالي فإنه في حالة ما إذا ثبت أن المدين قد تعرض لإكراه و هذا ما دفعه للتعاقد ففي هذه الحالة يحق للكفيل التمسك بإبطال الالتزام الأصلي كدفع ليواجه به دعوى الدائن و ليبراً ذمته اتجاهه دائما لاعتبار أن التزامه تابع لالتزام المدين وجودا و عدما.

و أخيرا لدينا عيب الاستغلال و هو من العيوب التي تفسد الرضا و تجعل العقد قابلا للإبطال، والمقصود به أنه >> انتهاز أحد المتعاقدين لظروف نفسية في التعاقد الآخر فيستصدر منه تصرفات تكون فيها التزامات كل منهما غير متعادلة ماديا، فيكون هناك اختلال بين ما يدفعه المتعاقد و بين ما يأخذه في مقابله و هذا ما يسمى بالغبن⁽²⁾، من هنا نستنتج أن الاستغلال عبارة عن أمر نفسي لا يعتبر الغبن إلا صورة مادية له، عامة إذا شاب إرادة المتعاقدين عيب من عيوب الرضا فإن العقد يكون قابل للإبطال و يحق للكفيل التمسك به لإبراء ذمته اتجاه الدائن باعتباره صاحب مصلحة.

الفرع الثاني

آثار الدفع بالبطلان النسبي للالتزام الأصلي

البطلان النسبي لا يقع بقوة القانون و إنما يحتاج دائما إلى حكم قضائي لتقريره فكما سبق الإشارة إلى أن العقد القابل للإبطال يكون صحيحا و يرتب آثاره القانونية حتى يتقرر بطلانه؛ فيبطل بأثر رجعي، كما أن البطلان النسبي ليس من النظام العام لأنه يرمي إلى حماية مصلحة خاصة، كما أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالبطلان النسبي من تلقاء نفسها بل يجب أن يتمسك به من له مصلحة، بالإضافة إلى ذلك فالبطلان النسبي يزول بالإجازة و التقادم.

(1) أنظر: بلحاج(العربي)، المرجع السابق، ص.115.

(2) أنظر: شعواوي(هلال) و شنة(رابح) و غانم(مصطفى)، المرجع السابق، ص.73.

منه في حالة ما إذا كان الالتزام المكفول باطلا بطلانا نسبيا فإن للكفيل الحق في التمسك بهذا البطلان كدفع ليرد به رجوع الدائن عليه، و ذلك باعتبار أن الكفيل صاحب مصلحة حيث أن تمسك المدين بالبطلان النسبي يؤدي منطقيا إلى بطلان الكفالة و هذا وفقا لخاصية التبعية، و بالتالي في حالة ما إذا قررت المحكمة إبطال العقد أي الالتزام الأصلي فإن الكفالة تبطل بالتبعية و منه تبرأ ذمة الكفيل اتجاه الدائن، لكن في حالة ما إذا قام المدين الأصلي بإجازة العقد القابل للإبطال فيصبح العقد صحيح و كذلك الكفالة تصبح صحيحة بحكم تبعيتها للالتزام الأصلي و بالتالي لا يمكن للكفيل التمسك بإبطال الالتزام الأصلي إلا إذا ثبت أن هنالك تحايل بين المدين و الدائن للإضرار به⁽¹⁾.

بالإضافة إلى ذلك فإنه إذا كان الكفيل عالما بسبب الإبطال عند كفالاته للمدين فإن الكفيل لا يستطيع أن يتمسك بإبطال في حالة عدم تمسك المدين به، أما إذا كان لا يعلم أثناء تقدمه للكفالة بقابلية العقد للإبطال أي أنه كان يعتقد أنه يكفل التزاما صحيحا ففي هذه الحالة يستطيع الكفيل التمسك بالدفع بالبطلان حتى و لو لم يتمسك به المدين، كذلك يجب الإشارة أنه في حالة ما إذا كان الكفيل يعلم بقابلية العقد للإبطال و كان هذا سبب الكفالة ففي هذه الحالة إذا تقرر بطلان الالتزام الأصلي تبرأ ذمة المدين لكن لا تبرأ ذمة الكفيل و يصبح مدينا أصليا قبل الدائن لأنه قام بضمان هذا الأخير ضد هذا البطلان⁽²⁾.

و للكفيل التمسك بالدفع ببطلان الالتزام الأصلي حتى ولو كان متضامنا مع المدين فهذا ما أكدته المادة 666 ق.م.ج: > يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفع متعلقة بالمدين <<، كما أن الكفيل يتمسك بهذه الدفع باسمه لا باسم المدين، كما له أن يتمسك بهذا الدفع حتى و لو تنازل عنه المدين⁽³⁾، كما تجدر الإشارة إلى أن الدفع بالبطلان النسبي لا يصح إلا كدعوى فرعية⁽⁴⁾، كخلاصة قول إذا تقرر إبطال الالتزام الأصلي فتبطل الكفالة بالتبعية و يعاد الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد و منه تبرأ ذمة الكفيل اتجاه الدائن.

(1) أنظر: سليمان(سارة)، عقد الكفالة في القانون المدني، مذكرة التخرج لنيل شهادة القضاء، المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية عشر، 2001، 2004، ص.30.

(2) أنظر: أبو السعود(محمد رمضان) و زهران(همام محمد محمود)، التأمينات الشخصية و العينية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1998، ص.70، 71، 72.

(3) أنظر: شعواوي(هلال) و شنة(رابح) و غانم(مصطفى)، المرجع السابق، ص.81.

(4) أنظر: السعدي(محمد صبري)، الواضح في شرح القانون المدني(التأمينات الشخصية و العينية)، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص.64، 65.

المبحث الثاني

الدفع الخاصة بانقضاء الالتزام الأصلي

بالإضافة إلى الدفع بالبطلان المطلق و الدفع بالبطلان النسبي الذي يثيره الكفيل في مواجهة الدائن، فإن القانون قد رخص للكفيل أن يتمسك بدفع أخرى مستمدة من الالتزام الأصلي و هذه الدفع هي الخاصة بانقضاء الالتزام الأصلي، و ذلك حتى لا يبقى الكفيل ملتزماً بأداء دين يعتبر أصلاً منقضي بين المدين و الدائن، و سنعالج هذه الدفع وفقاً للشكل التالي:

المطلب الأول: انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء أو بما يعادله

المطلب الثاني: انقضاء الالتزام الأصلي دون الوفاء.

المطلب الأول

انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء أو بما يعادله

انقضاء الالتزام هي النهاية الطبيعية لكل عقد و بما أن عقد الكفالة هو عقد تابع للعقد الأصلي فإن انقضاء هذا الأخير عن طريق أدائه من طرف المدين يؤدي إلى انتهاء التزام الكفيل تبعاً له، و هنالك طرق عديدة لانقضاء الالتزام، و سندرس في هذا المطلب طريقتين لانقضاء الالتزام و هي انقضاء الالتزام بالوفاء أو بما يعادله و ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء

الفرع الثاني: انقضاء الالتزام الأصلي بما يعادل الوفاء.

الفرع الأول

انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء

انقضاء الالتزام بالوفاء هي النهاية الطبيعية للعقود يتم على إثرها تنفيذ الالتزام، و بالنسبة لعقد الكفالة تنفيذ الالتزام يتمثل في الوفاء بالدين و يتم ذلك إذا قام المدين بالوفاء بكل الدين و تبعا لذلك فإن التزام الكفيل ينقضي كله و للكفيل أن يتمسك بوفاء المدين للدين لانقضاء التزامه، و يتم الوفاء حسب المادة 260 ق.م.ج: >> يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفي مالكا للشيء الذي وفى به، و أن يكون ذا أهلية للتصرف فيه<<، منه لكي يصح الوفاء يجب أن يكون الموفي مالكا للشيء الموفي به و متمتعا بأهلية التصرف فيه.

و يتم الوفاء إذا قام المدين بإيداع أو إذا قام بأي إجراء آخر يقبله الدائن و يعتبر كذلك إذا عرضه المدين على الدائن أو إذا صدر حكم نهائي بصحته و ذلك حسب المادة 274 من ق.م.ج: >> 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<<، منه ينقضي التزام الدائن و ينقضي التزام الكفيل بالتبعية⁽¹⁾، و إذا وفى المدين بجزء من الدين الأصلي فإن التزام الكفيل ينقضي بقدر ما حصل من الوفاء، و بذلك فإن الكفالة تنقضي جزئيا، كما أنه في حالة تعدد الديون في ذمة المدين فإذا وفى بأحد الديون كان عليه أن يحدد، أي يحدد أي من الديون التي وفى بها، فإذا كان الدين الموفى به هو المكفول فإن التزام الكفيل ينقضي بالتبعية للالتزام الأصلي⁽²⁾.

غير أنه إذا قام الغير بالوفاء مكان المدين جاز له أن يحل محل الدائن الأصلي و بالتالي يبقى المدين مدينا للدائن الجديد و لا ينقضي به الالتزام الأصلي و بالتالي فإن الكفالة تبقى قائمة رغم الوفاء بالدين الأصلي، أما في حالة ما إذا وفى المدين بجزء من دينه فإن التزامه ينقضي بقدر ما وفاه، و بما أن عقد الكفالة عقد تابع للعقد الأصلي فإنه يتأثر بمركز المدين لأنه قد حدث له تغيير نافع و بالتالي فإن الكفيل لا يلتزم إلا بالقدر الباقي من التزام المدين الأصلي⁽³⁾.

(1) أنظر: الشهاوي(قديري عبد الفتاح)، أحكام عقد الكفالة(التضامن، التضامم)، منشأة المعارف، مصر، د.س.ن، ص. 132.

(2) أنظر: أبو السعود(رمضان محمد) و زهران(همام محمد محمود)، المرجع السابق، ص.100، 101.

(3)V : Macorig-Venier (Francine), Droit Civil : Les sûretés, L'Hermès éditeur, Lyon,

1^{ère} édition, 1999, p.217.

من خلال كل ما سبق يتبين أنه يمكن للكفيل التمسك بالدفع بانقضاء الالتزام الأصلي في حالة ما إذا قام المدين بالوفاء بدينه و ذلك باعتباره صاحب مصلحة هذا ما أكدته المادة 102 من ق.م.ج السالفة الذكر، بالإضافة إلى ذلك يمكنه التمسك بانقضاء جزء من التزامه و ذلك لأن المدين قد قام بالوفاء بجزء من دينه بالتالي ينقضي التزامه جزئياً أي في حدود الجزء الموفى به، و ذلك ينطبق على عقد الكفالة بحكم خاصية التبعية التي يمتاز بها عقد الكفالة، باعتبار أنه يتبع الالتزام المكفول وجوداً و عدماً و هذا ما أكدته المادة 648 من ق.م.ج السابقة الذكر.

الفرع الثاني

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

بالإضافة إلى انقضاء الالتزام عن طريق الوفاء هنالك طريقة أخرى لانقضاء الالتزام و هي انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء منه إذا انقضى الالتزام المكفول بهذه الطريقة يجوز للكفيل التمسك به كدفع لإبراء ذمته و يتم ذلك في حالة الوفاء بمقابل أو التجديد و الإنابة، أو المقاصة، أو إتحاد الذمة.

أولاً: الوفاء بمقابل:

المقصود به تقديم المدين عوضاً عن المحل الأصلي للالتزام و يجب أن يقبله الدائن و هذا عندما يقوم المدين بإعطاء الدائن شيء آخر مملوك له بدلاً من المحل الأصلي للالتزام و يعتبر بذلك مقابلاً و بالتالي يعتبر تجديداً للمحل الأصلي إلى محل جديد و ينقضي به المحل الأصلي⁽¹⁾، فالوفاء بمقابل عبارة عملية مشكلة من تجديد و وفاء في نفس الوقت، حيث أن الالتزام الأصلي ينقضي بتجديده و ذلك باستبداله بمحل آخر ومنه ينشأ التزام جديد و ينقضي بالوفاء الفوري، و بما أن تبديل المحل يكون عن طريق نقل ملكية شيء آخر بالتالي تعتبر هذه العملية عملية بيع و يكون المبيع هو الشيء المقابل و الثمن هو مبلغ الدين الأصلي⁽²⁾، و هذا ما نصت عليه المادة 286 ق.م.ج التي نصت >> تسري أحكام البيع و خصوصاً ما يتعلق منها بأهلية الطرفين و بضمان الاستحقاق و بضمان العيوب الخفية على الوفاء بمقابل، فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطى في مقابله الدين...<<.

(1) أنظر: السرحان(عدنان إبراهيم)، العقود المسماة في المقاوله، الوكالة، الكفالة، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1996، ص.143.

(2) أنظر: تناغو(سمير عبد السيد)، التأمينات الشخصية و العينية، منشأة المعارف، مصر، 1996، ص.98.

فالفداء بمقابل هو أن المدين يقوم بالفداء بدينه لكن ليس بإعطائه مبلغ الدين و إنما بإعطائه شيئاً آخر مكان المبلغ المالي، حيث أن هذا الشيء يجب أن يكون مملوكاً له⁽¹⁾، و سواء كان هذا الشيء منقولاً أو عقاراً و من البديهي أن تكون قيمة ذلك الشيء أي العقار أو المنقول أكثر أو مساوية لمبلغ الدين، كذلك يجب أن يقبل الدائن بهذا الشيء عوضاً عن الالتزام الأصلي أي الدين هذا ما أكدته المادة 285 ق.م.ج التي نصت: >> إذا قبل الدائن في استثناء حقه مقابلاً استعاض به عن الشيء المستحق، قام هذا مقام الوفاء <<.

منه إذا تحقق كل هذا ينقضي التزام المدين و بالتبعية ينقضي التزام الكفيل و يمكنه التمسك بالدفع بانقضاء الالتزام في حالة مطالبة الدائن له بالدين المكفول؛ أما إذا كانت قيمة الشيء أو الوفاء بمقابل أقل من الالتزام الأصلي ففي هذه الحالة يمكن أن نستنتج ثلاث فرضيات؛ الأولى أنه رغم الاختلاف الموجود بين قيمة المقابل و قيمة الالتزام الأصلي بغض النظر إن كان الاختلاف فاحش أو ليس كبير و قبل الدائن به فإن الالتزام ينقضي و بالتبعية ينقضي التزام الكفيل.

أما الفرضية الثانية هي أن الدائن رفض المقابل الذي عرضه المدين بسبب الاختلاف الموجود بين قيمة المقابل و الالتزام الأصلي ففي هذه الحالة يجب على المدين إما تكلمة ما تبقى ليساوي مبلغ الدين، أو عرض عليه مقابل آخر يساوي قيمة الالتزام الأصلي و بهذا يكون قد وفى بالتزامه و ينقضي التزام الكفيل بالتبعية لذلك، أما الفرضية الثالثة هي أن الدائن قبل بالمقابل رغم الاختلاف و اعتبره وفاء جزئياً أي أنه يبقى ملزماً بالفداء بالجزء المتبقي و بالتالي ينقضي التزامه جزئياً و ذلك ينطبق على عقد الكفالة بحكم التبعية له.

كذلك يجب الإشارة إلى حالة ما إذا قبل الدائن الوفاء بمقابل و لكن اشترط أن يحتفظ بحقه في الرجوع على الكفيل في حالة ما إذا أستحق هذا المقابل أي في هذه الحالة يكون الوفاء بمقابل معلق على شرط فاسخ، و هو استحقاق الشيء يفهم من ذلك أنه بعد الوفاء بمقابل يبقى المدين ملزماً بضمان التعرض و الاستحقاق، منه إذا تحقق الشرط الفاسخ أي إذا أستحق المقابل أعتبر الوفاء بمقابل كأنه لم يكن و عاد أطراف العقد إلى الحالة التي كانوا عليها قبل الوفاء بمقابل، بعبارة أخرى يبقى الدين قائماً و كذلك تبقى الكفالة قائمة و الكفيل ملزم بالضمان.

(1) أنظر: السنهوري (عبد الرزاق)، الوسيط في شرح القانون المدني(التأمينات الشخصية و العينية)، الجزء العاشر، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1970، ص.218.

بالإضافة إلى ذلك في حالة ما إذا أبطل الوفاء بمقابل لعيب في الإرادة أو بسبب نقص الأهلية... الخ، فإن الوفاء بمقابل يعتبر كأنه لم يكن و يعاد الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبله منه يمكن للدائن مطالبة الكفيل بالدين المكفول باعتبار أن الوفاء بمقابل قد بطل⁽¹⁾، و في الحالة المقابلة أي أن الدائن يقبل بالوفاء بمقابل دون أن يشترط أن يحتفظ بحقه في الرجوع على الكفيل في حالة استحقاق المقابل ففي هذه الحالة إذا أستحق المقابل ينقضي التزام الكفيل رغم ذلك، و لا تعود الكفالة لأن الوفاء بمقابل يبرئ ذمة الكفيل نهائياً⁽²⁾، و هذا منصوص في المادة 655 ق.م.ج: >> إذا قبل الدائن شيئاً آخر في مقابل الدين، برئت بذلك ذمة الكفيل و لو استحق هذا الشيء <<، و بالتالي يمكن للكفيل التمسك بالدفع بانقضاء الالتزام الأصلي للوفاء بمقابل و رد دعوى الدائن ضده.

ثانياً: التجديد و الإنابة:

يعتبر كل من التجديد و الإنابة طريقتان من طرق انقضاء الالتزام الأصلي فتبرأ ذمة الكفيل بهما، بالنسبة للتجديد فقد نص عليه المشرع الجزائري في المواد 287 إلى 293 من ق.م.ج، إذا انقضى الدين المكفول و إذا جدد المدين الأصلي دينه و ذلك بتغيير الدائن أو المدين، أو تغيير الدين في محله أو مصدره، ففي هذه الحالة ينقضي الدين المكفول و تنتضي الكفالة تبعاً لذلك و في حالة تجديد الدين لا تنتقل التأمينات التي كانت تكفل الدين المكفول، إلا إذا نص القانون على ذلك أو اتفقوا على ذلك⁽³⁾ و هذا ما أكدته المادة 2/291 من ق.م.ج التي نصت: >> و لا تنتقل التأمينات التي تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي إلا بنص في القانون أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين انصرفت إلى غير ذلك <<.

و لكن المشرع استثنى الكفالة من هذا، حيث أنه اشترط لكي تنتقل الكفالة إلى الدين الجديد رضا الكفيل أي أنه لا يكفي رضا أطراف العقد الذي جدد الالتزام كما هو الحال بالنسبة للتأمينات الأخرى⁽⁴⁾ و هذا ما أكدته المادة 293 من ق.م.ج التي نصت: >> لا تنتقل الكفالة العينية أو الشخصية و لا التضامن إلى الالتزام الجديد، إلا إذا رضي بذلك الكفلاء و المدينون المتضامنون <<.

(1)V: SIMLER(Philippe) , Cautionnement et garanties autonomes , Litec , Paris, 2^{ème} édition, 1991, p. 572.

(2) أنظر: السعدي(محمد صبري)، المرجع السابق، ص.112.

(3) أنظر: السنهوري(عبد الرزاق)، المرجع السابق، ص.219، 220.

(4) أنظر: تناغو(سمير عبد السيد)، المرجع السابق، ص.100.

منه فإذا اكتملت عناصر التجديد و خلا من أسباب البطلان في الالتزام القديم و الجديد و كانت نية التجديد واضحة أو استخلصت من ظروف تؤدي إلى تأويل واحد أدى ذلك إلى انقضاء الالتزام المكفول، و يستفيد منه بانقضاء التزام الكفيل بالتبعية؛ لأن التجديد يفضي إلى انقضاء التأمينات التي كانت تضمن الدين الأصلي⁽¹⁾، غير أنه إذا قبل الكفيل ضمان الدين الجديد تبقى الكفالة قائمة كما يجب أن يتضمن التجديد محل الدين و ليس زمان الوفاء أو مكانه، منه إذا انقضى الالتزام المكفول بالتجديد انقضت الكفالة بالتبعية له و بالتالي في حالة ما إذا طالب الدائن الكفيل بالدين المكفول على أساس أن التأمينات تنتقل إلى الدين الجديد عند التجديد، يمكن الكفيل التمسك بانقضاء التزامه على أساس المادة 293 السابقة الذكر.

أما بالنسبة للإجابة فهي تنقسم إلى نوعين؛ الإجابة الكاملة و الإجابة الناقصة، و الإجابة التي تهمننا هنا هي الإجابة الكاملة و التي يترتب عليها انقضاء الالتزام المكفول، و المقصود بها أنه يتفق المدين الأصلي و هو المنيب مع من يحل محله و هو المناب في قضاء دينه في مواجهة الدائن، و تترتب عليها أن تبرأ ذمة المنيب اتجاه المناب لديه⁽²⁾، و هذا ما أكدته المادة 295 من ق.م.ج التي نصت: >> إذا اتفق المتعاقدون في الإجابة أن يستبدلوا التزام سابق التزاما جديدا، كانت هذه الإجابة تجديدا للالتزام بتغيير المدين و يترتب عليها إبراء ذمة المنيب قبل المناب لديه، على أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب صحيحا و ألا يكون هذا الأخير معسرا وقت الإجابة<<، منه ينقضي الالتزام و ذلك بتجديده و تغيير الشخص المدين و ينتج عن ذلك براءة ذمة المدين الأصلي و بالتالي انقضاء الكفالة، كما تجدر الإشارة إلى أنه يجب أن يكون المدين الجديد غير معسر وقت الإجابة و أن تكون إجابته صحيحة.

و تقابل الإجابة الكاملة إجابة ناقصة التي تعني دخول مدين جديد إلى جانب المدين الأصلي و بذلك يصبح للدائن مدينين، و الإجابة الناقصة لا تجدد الالتزام و عليه فإن المدين الأصلي لا تبرأ ذمته بل هو مطالب بالوفاء مع المدين الجديد، و يترتب على ذلك عدم انقضاء الدين بالنسبة للمدين الأصلي و بالتبعية تبقى التزامات الكفيل قائمة و كذلك هي التأمينات الضامنة لهذا الالتزام⁽³⁾.

(1) أنظر: سعد(نبيل إبراهيم)، التأمينات الشخصية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2000، ص.144.

(2) أنظر: سي يوسف(زاهية حورية)، عقد الكفالة، الطبعة الرابعة، دار الأمل، الجزائر، د.س.ن، ص.138.

(3) أنظر: سعد(نبيل إبراهيم)، التأمينات الشخصية، المرجع السابق، ص.145.

لهذا كما قلنا سابقا فإن الإنابة التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام المكفول هي الإنابة الكاملة و يترتب عليها كذلك انقضاء التأمينات الضامنة لهذا الالتزام و منها الكفالة، فتبرأ ذمة الكفيل في مواجهة الدائن ما لم يرغب الكفيل كفالة المدين الجديد، منه يمكن للكفيل الدفع بانقضاء الالتزام الأصلي بالإنابة لرد مطالبة الدائن له و ذلك لأنه ليس ملزم بضمان المدين الجديد ما لم يرغب بذلك.

ثالثا: المقاصة:

المقصود بها أن يصبح المدين المكفول دائنا للدائن و توفرت شروط المقاصة المنصوص عليها في المادة 297 من ق.م.ج: >> للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه مما هو مستحق له تجاهه و لو اختلف سبب الدينين، إذا كان موضع كل منهما نقودا أو مثلثات متحدة النوع و الجودة و كان كل منها ثابتا و خاليا من النزاع و مستحق الأداء و صالحا للمطالبة به قضاء، و لا يمنع المقاصة تأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضي أو تبرع بها الدائن <<، انقضى الدينين بقدر أقلهما.

و بالتالي فإذا كانت التزامات الدائن أكبر من التزامات المدين ينقضي كل الدين بالنسبة للمدين، و بالتالي يستفيد الكفيل من هذا التغيير النافع بالنسبة له، و يجيز القانون أن يتمسك بالمقاصة كل من له مصلحة في ذلك حتى الكفيل الضامن في حالة ما إذا تنازل المدين عنها، و لكن لا يمكن للمدين أن يتمسك بالمقاصة في حالة أين يكون دائنه مدينا للكفيل لأن الدينين غير متقابلين، و يمكن الدفع بالمقاصة من الوقت الذي يصبح فيه الدينان صالحين للمقاصة⁽¹⁾، و هذا ما أكدته المادة 2/300 من ق.م.ج التي نصت: >> و يترتب عليها انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما منذ الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة و يكون تعيين جهة الدفع في المقاصة كتعيينها في الوفاء <<.

أما إذا كان التزام المدين أكبر من التزام الدائن فإن الدين ينقضي بموجب المقاصة بقدر التزام الدائن و بذلك تخفف التزامات الكفيل إلى حدود التزامات المدين و لا تنقضي الكفالة نهائيا و إنما تنقضي جزئيا، و بالتالي يستطيع الكفيل أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذي كفله و بين دين المدين في ذمة الدائن و ذلك بحكم علاقة التبعية، منه إذا انقضى التزام المدين عن طريق المقاصة انقضى التزام الكفيل تبعا لذلك، بالتالي لا يمكن التكلم عن المقاصة بين دين الدائن في ذمة المدين و دين الكفيل في ذمة الدائن؛ لأن الدينين غير متقابلين، و بما أن المقاصة ليست من النظام العام يمكن التنازل عنها.

(1) أنظر: سعد(نبيل إبراهيم)، التأمينات الشخصية، المرجع السابق، ص.146.

المقصود بذلك أنه رغم توافر شروط المقاصة يمكن للمدينين التنازل عنها بعبارة أخرى أي أن يختار المدينين أن لا ينقضي التزامهما عن طريق المقاصة فعلى كل منهما أن يفي الدين الذي في ذمته⁽²⁾، أما في حالة ما قضت المقاصة الدينين معا منذ تلاقهما فإن التنازل عن المقاصة يعيد الدينين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل انقضاء الدين بالمقاصة مع عودة ما كان لهما من تأمينات، مع عدم الإضرار بحقوق الغير فإن كان أحد الدينين مضمونا بكفالة، و انقضى الدينين بالمقاصة بالتالي ينقضي الدين المكفول و تبرأ ذمة المدين كما تنقضي الكفالة و تبرأ ذمة الكفيل بالتبعية.

بعدها إن حصل هنالك تنازل عن المقاصة بعبارة أدق إن تنازل المدين في الدين المكفول عن المقاصة، ففي هذه الحالة يعود الدين لكن لا تعود معه الكفالة لأن الكفيل برأت ذمته منذ انقضاء الدين بالمقاصة و لا يمكن الإضرار بحقوقه⁽¹⁾، بالتالي في حالة ما إذا رجع عليه الدائن لمطالبته بالدين المكفول على أساس عودة الدين للتنازل عن المقاصة ففي هذه الحالة يمكن للكفيل التمسك بالدفع بانقضاء الالتزام الأصلي، بالإضافة إلى ذلك هناك حالات أين يكون فيها النزول عن المقاصة ضمناً و هنا يجب التمييز بين فرضيتين؛ الأولى في حالة ما إن كان المدين و هو يفي بدينه لا يعلم وجود حق له في ذمة دائنه يمكن أن يقاص به الدين في هذه الحالة لا يمكن اعتبار هذا نزولاً عن المقاصة بل أن في هذه الحالة تعتبر المقاصة وقعت بحكم القانون و ينقضي بها دين المدين.

و إذا وفى به يكون قد وفى بدين انقضى فيسترد ما دفعه وفقاً لقواعد الاسترداد غير المستحق، و لا يرجع بحقه و لا بما يكفل هذا الحق من التأمينات، و رغم وفاء المدين بدينه للدائن يبقى حقه قائماً في ذمة الدائن بما له من تأمينات، أما الثانية إذا كان المدين و هو يفي بدينه يعلم بأن له حق في ذمة الدائن يمكن أن يقاص به الدين مع ذلك لم يتمسك بالمقاصة و قام بالوفاء بالدين ففي هذه الحالة يعتبر نزولاً ضمناً عن المقاصة و منه ينقضي الدين المكفول و الكفالة معه⁽²⁾.

(1) أنظر: السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع السابق، ص. 223، 224.

(2) أنظر: سي يوسف (زاهية حورية)، المرجع السابق، ص. 140، 141.

كذلك يجوز للكفيل التمسك بالمقاصة في دين له في ذمه الدائن بالتالي يعد هذا وفاء بالدين المكفول عن طريق المقاصة و في هذه الحالة لا ينقضي الدينان إلا من وقت التمسك بالمقاصة و بالتالي ينقضي الدين المكفول و تبرأ ذمة المدين كما تنقضي الكفالة و تبرأ ذمة الكفيل، منه لا يمكن للدائن أن يطالب المدين بالدين لأنه استوفى الدين من الكفيل، و إذا طالبه بذلك يمكن للمدين أن يتمسك بالمقاصة التي تمسك بها الكفيل ليدفع رجوعه، و لكن يمكن للكفيل أن يرجع على المدين بالدين الذي وفاه للدائن عن طريق المقاصة⁽¹⁾.

رابعاً: إتحاد الذمة:

هو اجتماع صفتي المدين و الدائن في شخص واحد بالنسبة للدين الواحد و ذلك بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة و يظهر ذلك جلياً بالنسبة للمدين الذي يرث دائته و بالتالي يصبح دائن لنفسه فينقضي الدين بإتحاد الذمة، أو الدائن الذي يوصي بدينه لفائدة المدين⁽²⁾، و هذا ما نصت عليه المادة 304 من ق.م.ج: >> إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن و المدين بالنسبة إلى دين واحد، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة<<، و عليه فإن إتحاد الذمة يؤدي إلى انقضاء الالتزام المكفول و كذلك انقضاء جميع توابعه و منها الكفالة.

و ما يجب الإشارة إليه أن إتحاد الذمة في حد ذاته لا يعتبر سبباً من أسباب انقضاء الالتزام و إنما سبباً طبيعياً يحول دون المطالبة بالوفاء بالدين، و لكن إذا زال سبب إتحاد الذمة فإن الالتزام الأصلي يعود و كذلك تعود الكفالة بالتبعية له، كما لو ثبت أن المدين محجوب أي ليس له الحق في الإرث، أو أن الوصية باطلة؛ فإن حالة إتحاد الذمة تنتفي و تعود الأمور إلى أصلها بحيث أن المدين يبقى مطالباً بدفع الدين و الكفيل يبقى مطالباً بضمائه⁽³⁾، و هذا ما أكدته المادة 2/304 من ق.م.ج: >> و إذا زال السبب الذي أدى لإتحاد الذمة و كان لزواله أثر رجعي، عاد الدين إلى الوجود بملحقاته بالنسبة إلى المعنيين بالأمر و يعتبر إتحاد الذمة كأنه لم يكن<<.

(1) أنظر: السنهوري(عبد الرزاق)، المرجع السابق، ص.223.

(2) أنظر: يكن(زهدي)، شرح قانون الموجبات و العقود، الجزء السادس عشر، د.د.ن، د.ب.ن، 1980، ص.331.

(3) أنظر: عبد الدايم(حسنى محمود)، المرجع السابق، ص.269.

منه في حالة تحقق إتحاد الذمة يمكن للكفيل التمسك بانقضاء الالتزام الأصلي كدفع لرد دعوى الدائن ضده عند مطالبته بالدين المكفول إذا حدث و أن اتحدت ذمة الدائن و ذمة الكفيل و ذلك بأن يرث الكفيل الدائن مثلاً ففي هذه الحالة تنقضي الكفالة بصفة أصلية، و بالتالي يحق للكفيل أن يطالب المدين بالدين ذاته، و لكن إذا قام الكفيل بوفاء الدائن حقه قبل حدوث اتحاد الذمة فلا يحق له الرجوع على المدين إلا بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول⁽¹⁾.

أما إذا حدث و إن اتحدت الذمة بين المدين و الكفيل و هذا بأن يرث الكفيل المدين، ففي هذه الحالة الكفالة تنقضي، للتوضيح أكثر في هذه الحالة انقضاء التزام الكفيل بهذا الشكل لا يكون إلا من حيث المطالبة به، فالكفيل عندما يقوم بالوفاء بالدين للدائن، يفي به باعتباره مديناً أصلياً و ليس باعتباره كفيلاً و هذا بعد أن ورث المدين، أما في حالة ما إذا قام بالوفاء بالدين باعتباره كفيلاً و ذلك بعد أن أصبح مديناً أصلياً، فمن المنطقي في هذه الحالة أنه لا يستطيع الرجوع باعتباره كفيلاً على نفسه بالدين الذي وفاه باعتباره مديناً⁽²⁾.

و لكن التزامه ككفيل يبقى قائماً و معتداً به في غير هذه المطالبة منه ينتج على ذلك أنه إذا كان لهذا الكفيل كفيلاً آخر يكفله ففي هذه الحالة يبقى التزام كفيل الكفيل قائماً مستنداً إلى التزام الكفيل رغم انقضاءه باتحاد الذمة، منه في هذه الحالة يجوز للدائن الرجوع على كفيل الكفيل إذا لم يستطع استثناء حقه من الكفيل في الوقت الذي أصبح فيه هذا الأخير مديناً أصلياً، و إذا قام كفيل الكفيل بالوفاء بالدين للدائن يحق له بعد ذلك الرجوع على الكفيل بالدين الذي وفاه بالرغم من اتحاد الذمة بين الكفيل و المدين⁽³⁾.

من خلال كل ما سبق اتضح أن اتحاد الذمة يؤدي إلى انقضاء الالتزام المكفول و منه في حالة مطالبة الكفيل بالدين المكفول رغم انقضاء الالتزام الأصلي بإتحاد الذمة يحق للكفيل الدفع بانقضاء الالتزام الأصلي و ذلك لإبراء ذمته و رد دعوى الدائن ضده هذا لأن و كما سبق و أن قلنا انقضاء الالتزام الأصلي يؤدي بالتبعية إلى انقضاء الكفالة بما في ذلك انقضاء التزام الكفيل.

(1) أنظر: عبده (محمد علي)، عقد الكفالة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2005، ص.199.

(2) أنظر: السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع السابق، ص.225، 226.

(3) أنظر: عبد الدايم (حسني محمود)، المرجع السابق، ص.270.

المطلب الثاني

انقضاء الالتزام الأصلي دون الوفاء

قد ينقضي الالتزام الأصلي الذي وقع على ذمة المدين بطريقة أخرى غير الوفاء أو بما يعادل الوفاء و هي طريقة اسماها القانون انقضاء الالتزام دون الوفاء، و فيها تبرأ ذمة المدين الأصلي من العقد الذي يربطه مع الدائن، و سندرس في هذا المطلب حالة براءة ذمة المدين دون الوفاء بدينه و كيف يمكن للكفيل أن يستفيد من هذه الحالة وهذا وفقا للتقسيم التالي:

الفرع الأول: الإبراء

الفرع الثاني: استحالة التنفيذ

الفرع الثالث: التقادم.

الفرع الأول

الإبراء

الإبراء هو تصرف بالإرادة المنفردة من الدائن يؤدي إلى انقضاء الدين بالنسبة للمدين، و يتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين و لم يرفضه، و يجب أن يكون صحيحا و أن يكون الدائن مختارا أي غير مكره⁽¹⁾، و هذا ما أكدته المادة 305 من ق.م.ج التي نصت >> ينقضي الالتزام، إذا برأ الدائن مدينه اختياريا و يتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين و لكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين<<، فمتى وقع ذلك تبرأ ذمة الكفيل و إذا بطل الإبراء يعتبر كأنه لم يكن و بالتالي يعود الالتزام الأصلي و تعود التأمينات الضامنة، كما أنه إذا رفض المدين الإبراء فللكفيل أن يطعن في ذلك بالدعوى البوليصية إذا ثبت أن المدين قام برفض الإبراء قصد الإضرار به، و عليه تبقى التزامات المدين بينما تنقضي التزامات الكفيل⁽²⁾.

(1) أنظر: سي يوسف(زاهية حورية)، المرجع السابق، ص.143، 144.

(2) أنظر: عبد الدايم(حسنى محمود)، المرجع السابق، ص.271.

كما أنه إذا أبرأ الدائن الكفيل يتحرر هذا الأخير من التزاماته غير أن المدين يبقى دائماً ملزماً بالوفاء لأن زوال التابع لا يستوجب زوال الأصل، كما أن إبراء الدائن لأحد الكفلاء لا يؤدي إلى إبراء غيره من الكفلاء و تجوز مطالبتهم كل بقدر الدين الذي قام بكفالاته هذا في حالة ما إذا كان الكفلاء غير متضامنين، أما في حالة التضامن فيمكن مطالبة أحدهم لكن بعد نزع حصة الكفيل الذي أبرأ⁽¹⁾.

بالإضافة إلى ذلك يسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على التبرع، كما أنه لا يشترط فيه أي شكلية معينة حتى و لو كان الالتزام محل الإبراء يشترط فيه شكل خاص سواء بنص قانوني أو باتفاق الأطراف⁽²⁾، و هذا ما أكدته المادة 306 من ق.م.ج التي نصت >> تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع و لا يشترط فيه شكل خاص و لو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان <<.

و لا يعتبر الصلح من قبيل الإبراء الذي يبرمه الدائن مع مدينه المفلس حيث يتنازل بموجبه عن جزء من دينه و هذا لعدم اتجاه نية الدائن إلى التبرع و إنما اتجهت نية الدائن إلى تجنب خطر إفلاس مدينه و الحصول و لو على جزء من الدين و من هذا الجانب تبدو أهمية الكفالة و الكفيل كذمة احتياطية ضامنة للمدين الأصلي، و ينتج على ذلك أن الكفيل يبقى ملزماً بالوفاء بكل الدين المكفول حتى و لو بالنسبة إلى الجزء الذي قد تم التصالح بشأنه، و إذا وفى الكفيل للدائن الجزء الذي تصالح عليه هذا الأخير فلا يجوز له الرجوع على المدين حيث أنه لا يكون له قبله، بالنسبة لهذا الجزء إلا حق طبيعي⁽³⁾، منه في حالة الإبراء يمكن للكفيل التمسك بالدفع بانقضاء الالتزام الأصلي.

(1) أنظر: عبده(محمد علي)، المرجع السابق، ص.200.

(2) أنظر: سي يوسف(زاهية حورية)، المرجع السابق، ص.143.

(3) أنظر: السعدي(محمد صبري)، المرجع السابق، ص.115.

الفرع الثاني

استحالة التنفيذ

نص المشرع الجزائري على استحالة التنفيذ في نص المادة 307 من ق.م.ج: >> ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلا عليه بسبب أجنبي عن إرادته<<، و عليه فإن استحالة التنفيذ يجب أن تكون بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه مثل القوة القاهرة، أو الحادث الفجائي، أو خطأ الغير، أو الدائن نفسه⁽¹⁾، و إذا تأسست هذه الاستحالة على هذا النحو فإنه تبرأ ذمه المدين من الالتزام و تتبعه بذلك التزامات الكفيل، غير أنه إذا استحال التنفيذ بسبب خطأ المدين يتحول التزامه إلى مسؤولية تقصيرية و يترتب عن ذلك مسؤولية المدين عن عدم التنفيذ و يحكم عليه بالتعويض و بالتالي فإن جميع الضمانات تبقى قائمة و عليه فإن الكفيل يبقى مطالبا بكفالة التزام المدين.

كذلك إذا حصلت استحالة التنفيذ بسبب خطأ الكفيل فإنه تبرأ ذمة المدين من التزامه في مواجهة الدائن ليحل محله الكفيل بصفته مدين للدائن بسبب خطئه لأن فعل الكفيل يعد بالنسبة للمدين كسبب أجنبي و بالتالي تبرأ ذمة المدين من الدين الأصلي و يصبح الكفيل مدينا أصليا للدائن⁽²⁾، أي يبقى مسؤولا كمدين للدائن لا ككفيل، و لكي تبرأ ذمة المدين بسبب استحالة التنفيذ عليه أن يثبت أن الوفاء بالدين أصبح مستحيلا عليه و هذا لسبب لا يد له فيه أي راجع لسبب أجنبي لأنه كما سبق و أن قلنا لو ثبت أن استحالة التنفيذ وجدت بسبب المدين أي بخطأ منه ففي هذه الحالة يلتزم بالتعويض و تظل الكفالة قائمة ليس لكفالة الدين و إنما لكفالة التعويض⁽³⁾.

و بما أن التزامات الكفيل تستفيد من أي تغيير نافع على العقد الأصلي حسب المادة 652 من ق.م.ج التي تنص: >> لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين و لا شرط أشد من شروط الدين و لكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل و بشرط أهون<<، و عليه و من خلال نص المادة يفهم أن الكفيل محمي من طرف المشرع لأنه ليس بالمدين الأصلي، و جعل له أن التزامه يأتي احتياطيا بعد التزام المدين و بالتالي فإذا كان المدين قد برأت ذمته بسبب استحالة التنفيذ فإنه أولى أن يستفيد الكفيل من هذا الوضع بما أن ذمته مسؤولة احتياطيا.

(1) أنظر: زهران(همام محمد محمود)، المرجع السابق، ص.193.

(2) أنظر: الشهاوي(قديري عبد الفتاح)، المرجع السابق، ص.217.

(3) أنظر: سي يوسف(زاهية حورية)، المرجع السابق، ص.145.

الفرع الثالث

التقادم

يقصد بالتقادم فوات مدة معينة من الوقت دون المطالبة بالحق و جل التشريعات قد اعتمدت و نصت على التقادم لما يمثله في استقرار المعاملات و دوره في ذلك، و قد نص المشرع الجزائري على التقادم في نص المادة 308 من ق.م.ج: >> يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر سنة، فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون...<<، وعليه فإن مدة تقادم الالتزامات مختلفة و المدة الطويلة هي خمسة عشر سنة، و في الكفالة المدنية يمكن أن يتقادم التزام المدين و بالتالي تبرأ ذمته و بالتبعية تبرأ ذمة الكفيل⁽¹⁾، و يتحقق ذلك إذا كان التزام الكفيل قد نشأ بعد نشوء الالتزام الأصلي أي بعد نشوء الدين الأصلي أو بعبارة أخرى أن الكفيل قام بضمان الدين بعد نشوئه، أو في حالة ما إذا كان أجل التزام الكفيل أبعد من أجل التزام المدين فيتقادم الالتزام الأصلي أي التزام المدين قبل تقادم التزام الكفيل، منه تبرأ ذمة المدين و تبرأ بالتبعية له ذمة الكفيل⁽²⁾، و للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع حتى و لو لم يتمسك به المدين الأصلي أو تنازل عنه⁽³⁾.

كما أنه قد تتقادم التزامات المدين و الكفيل معاً⁽⁴⁾، و قد يحدث أن يتقادم التزام الكفيل وينتهي قبل انتهاء تقادم التزام المدين ذلك أن تقادم التزام المدين الأصلي قد ينقطع سريانه و يترتب على ذلك أنه تبرأ ذمة الكفيل لأن مدة تقادم التزامه قد اكتملت و بالتالي يحق له التمسك به كدفع لرد دعوى الدائن ضده، بينما تبقى ذمة المدين مسؤولة عن أداء الدين و لا يستطيع أن يحتج في مواجهة الدائن بتقادم التزام كفيله ذلك أن التزامه لم يكتمل بعد تقادمه⁽⁵⁾.

(1) أنظر: سعد(نبيل إبراهيم)، التأمينات العينية و الشخصية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص.418.

(2) أنظر: السعدي(محمد صبري)، المرجع السابق، ص.116.

(3) أنظر: زهران (همام محمد محمود)، المرجع السابق، ص.194.

(4) أنظر: الشهاوي(قدي عبد الفتاح)، المرجع السابق، ص.221.

(5) أنظر: سي يوسف(زاهية حورية)، المرجع السابق، ص.146.

و التقادم لا يعتبر من النظام العام فإذا لم يتمسك به أطراف العقد أو من له مصلحة فليس بإمكان القاضي أن يثيره من تلقاء نفسه و هو ما وضحته المادة 321 من ق.م.ج: >> لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائيا بالتقادم بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو من أحد دائنيه أو أي شخص له مصلحة و لو لم يتمسك به المدين...<<، و يفهم من العبارة الأخيرة من المادة أن المشرع الجزائري قد أجاز للكفيل أن يتمسك بتقادم التزام مكفوله و ذلك في أية مرحلة وصلت إليها الدعوى⁽¹⁾، و إذا حدث و أن تنازل المدين عن التقادم، يمكن للكفيل الطعن في النزول بالدعوى البوليصية و طبقا لنص المادة 2/322 التي نصت: >> و إنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن يتنازل و لو ضمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه، غير أن هذا التنازل لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضرار بهم<<.

تحت ضوء كل ما سبق يستنتج أنه في حالة تقادم الالتزام الأصلي يحق للكفيل التمسك بالدفع بانقضاء الالتزام الأصلي في مواجهة الدائن لرد دعواه و إبراء ذمته تجاهه و ذلك بحكم تبعية التزامه أي تبعية عقد الكفالة لالتزام المدين أي الالتزام الأصلي.

(1) أنظر: السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع السابق، ص.233.

الفصل الثاني

الدفع المستمدة من عقد الكفالة

بعد أن درسنا في الفصل الأول الدفع التي للكفيل التمسك بها و المستمدة من الالتزام الأصلي سندرس في هذا الفصل الدفع التي للكفيل أن يتمسك بها و المستمدة من القواعد الخاصة بعقد الكفالة المدنية، أو بعبارة أخرى انقضاء الكفالة بصفة أصلية و ذلك وفقا للخطة التالية:

المبحث الأول: الدفع المبنية على تقصير الدائن

المبحث الثاني: الدفع المبنية على عدم احترام الدائن لأولوية الرجوع و التنفيذ.

المبحث الأول

الدفع المبنية على تقصير الدائن

يمكن للدائن عند حلول أجل استحقاق الدين أن ينفذ على أموال المدين و إذا أهمل أو قصر في تحصيل دينه في مواجهة المدين فإنه يكون بذلك قد ألحق بالكفيل ضررا و لقد خصص له المشرع دفوعا يدفع بها هذا الضرر و سنعالج في هذا المبحث الدفع التي يحق للكفيل أن يتمسك بها و المبنية على تقصير الدائن و ذلك في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: الدفع الراجعة إلى عدم اتخاذ الدائن لإجراءات محددة

المطلب الثاني: الدفع ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من التأمينات.

المطلب الأول

الدفع الراجعة إلى عدم اتخاذ الدائن لإجراءات محددة

لقد ألزم المشرع الدائن بضرورة اتخاذ بعض الإجراءات المحددة لكي يستطيع أن يستوفي دينه من المدين، و إذا لم يتقيد بها فإنه يمكن للكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بتقصيره و ذلك لعدم تقدمه في تقليسة المدين أو عدم اتخاذه لإجراءات التنفيذ، حيث سنعالج هذا المطلب في فرعين و ذلك بالشكل التالي:

الفرع الأول: الدفع بعدم تقدم الدائن في تقليسة المدين

الفرع الثاني: الدفع بعدم اتخاذ الدائن لإجراءات التنفيذ ضد المدين بعد إنذار الكفيل له بذلك.

الفرع الأول

الدفع بعدم تقدم الدائن في تفضيلة المدين

في هذا الفرع سنقوم بدراسة حالة عدم تقدم الدائن في تفضيلة المدين و كيف يستفيد الكفيل من هذا الوضع و كيف يمكن أن يستعمله كدفع ليرد به مطالبة الدائن له و ذلك من خلال دراسة أولاً شروط الدفع بعدم تقدم الدائن في تفضيلة المدين، و ثانياً آثار هذا الدفع.

أولاً: شروط الدفع بعدم تقدم الدائن في التفضيلة

قبل الدخول في الشروط يجب الإشارة إلى أنه يمكن للمدين المكفول دينه أن يفس، و يترتب على إفلاسه مجموعة من الإجراءات و من بينها غل يد المدين المفلس من إدارة أو التصرف بأمواله من طرف المحكمة و بذلك تسقط آجال كل الديون و تصبح حالة التنفيذ و هذا ما أكدته المادتين 244 و 246 من ق.ت.ج⁽¹⁾، و أمام هذه الحالة يكون الكفيل الشخصي في خطر الوفاء أو في محل مطالبة من الدائن، و قد ألزم المشرع الجزائري كل دائن أن يدخل و يتقدم بدينه في تفضيلة المدين على اعتبار أنها الوسيلة الوحيدة لاستفاء حقوقهم؛ لأنه غالباً ما يتم تصفية أموال المدين من خلال إجراءات التفضيلة.

و الدائن الذي كفل دينه في ذمة المدين المفلس بموجب عقد الكفالة إذا لم يتقدم في التفضيلة فإنه يفقد فرصة استثناء حقه أو دينه من المدين، و ذلك أن المدين المفلس لا يستطيع الوفاء بديونه إلا من خلال تصفية أمواله من طرف القاضي المنتدب خلال إجراءات الإفلاس⁽²⁾، فإذا لم يتصرف الدائن هذا التصرف أي امتنع عن الدخول في التفضيلة يجعله عرضة لدفع أقره المشرع للكفيل و هو الدفع بعدم تقدم الدائن في تفضيلة المدين، ذلك لأن الدائن بسلوكه هذا فإنه يضر بالكفيل الذي بدوره لا يستطيع أو لم يسمح له المشرع بالدخول في تفضيلة المدين إلا إذا وفي الدائن بكامل الدين مكان مدينه⁽³⁾.

(1) أنظر: الأمر رقم 75 - 59، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، الذي يتضمن القانون التجاري، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05 - 02، ج.ر.ج. عدد 11، الصادرة في 09 فيفري 2005، نصت المادة 244: >> يترتب بحكم القانون على الحكم بإشهار الإفلاس، و من تاريخه، تخلي المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها... <<، كذلك نصت المادة 1/246: >> يؤدي حكم الإفلاس أو التسوية القضائية إلى جعل الديون غير المستحقة حالة الأجل بالنسبة للمدين <<.

(2) أنظر: السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع السابق، ص. 256.

(3) أنظر: سعد (نبيل إبراهيم)، التأمينات الشخصية، المرجع السابق، ص. 165.

و عليه فإن الدائن يعتبر أنه قد قصر في حق الكفيل، باعتبار أنه بدخوله في تفليسة المدين فهو يراعي بذلك مصلحته الشخصية و من ثمة يراعي مصلحة الكفيل بالدرجة الثانية، و بالتالي فإن دفع الكفيل بعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين هي النتيجة التي رتبها المشرع الجزائري كجزاء للدائن على إهماله المطالبة بحقوقه و هذا ما أكدته المادة 658 ق.م.ج التي تنص: >> إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة، و إلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن<<، و لقد حذا المشرع الجزائري في حكم هذا النص حذو التشريعات المقارنة بحيث أنه يقابل هذا النص المادة 786 من ق.م.م، و المادة 511 من ت.إ.السويسري، و المادة 643 من ت.إ.ب.⁽¹⁾.

و يتبين من خلال عبارة >> يجب على الدائن<<، و عبارة >> و إلا سقط حقه<< المنصوص عليها في المادة المذكورة أعلاه أن المشرع يريد حماية الكفيل من إهمال الدائن و الإضرار به و ذلك بالاعتماد على هذا الدفع؛ لأن الكفيل يتضرر من جراء مطالبة الدائن له بدين كان له أن يحصله أو يحصل جزء منه لو أنه تقدم و دخل في تفليسة مدينه، لكن لكي يستطيع الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع و إنتاج آثاره عليه التقييد ببعض الشروط التي يأتي بيانها.

وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون التجاري الجزائري فإنه إذا تمت مباشرة إجراءات التفليسة من طرف المحكمة و عين وكيل متصرف قضائي فإنه يمنع على المدين المفلس التصرف و إدارة أمواله، و بذلك تصبح كل ديونه حالة سواء المستحقة الأداء أو المستقبلية⁽²⁾، و عليه فمن واجب الدائن أن يتقدم بدينه في تفليسة مدينه كما سبق الذكر، و ذلك أن حق التقدم في التفليسة هو حق أصيل للدائن باعتباره صاحب الحق في نمة المدين، و لا يثبت هذا الحق للكفيل إلا إذا وفي للدائن بجميع الدين المكفول.

لقد نص المشرع الجزائري على شرط عدم تقدم الدائن في تفليسة مدينه باعتباره صاحب حق؛ لأنه بسلوك الدائن هذا يضيع على نفسه و على الكفيل فرصة استثناء و لو جزء صغير من الدين أثناء تصفية أموال المدين من طرف المحكمة، و عليه فلا يمكن للكفيل أن يحتج أو يدفع بهذا الدفع أمام المحكمة إلا إذا أثبت أن المدين مفلس أو معسر حسب بعض الفقهاء، و لم يتقدم الدائن بدينه في التفليسة.

(1) أنظر: السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع السابق، ص.256.

(2) أنظر: أبو مشايخ (سعاد توفيق سليمان)، عقد الكفالة المدنية و الآثار المترتبة عليه (دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية و القانون المدني المصري)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح في نابلس، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2006، ص.149.

و الشرط الثاني الذي يضاف إلى شرط عدم تقدم الدائن في التفليسة هو إفلاس المدين أو حالة إفلاس المدين، بحيث أنه لا يمكن أن يحتج الكفيل و يدفع بعدم دخول الدائن في تفليسة مدينه و المدين غير مفلس، ضيف إلى ذلك فإن حالة إفلاس المدين أو بمجرد البدء في إجراءات الإفلاس فإن جميع دائني المدين يدخلون بديونهم إلى التفليسة و تقسم أموال المدين بينهم و غالبا ما تكون ذمة المدين معسرة، بعد ذلك لا ينفذ الدائن عليه بل يعود بكامل الدين على الكفيل، لكن المشرع رخص للكفيل أن يرد رجوع الدائن عليه لأنه لم يتقيد بأحكام إعسار أو إفلاس المدين و لم يدخل في التفليسة.

الشرط الثالث الذي يتقيد به الكفيل لكي يستطيع أن يثير هذا الدفع هو أن يكون قد لحق به ضرر من جراء عدم دخول الدائن في تفليسة مدينه⁽¹⁾، و الضرر هنا مفترض على أساس أن الدائن الذي لم يدخل أو يتقدم بدينه في تفليسة مدينه لا يصيبه في الغالب ضرر ما دام أن مدينه مكفول بالكفيل، الذي ينفذ عليه أو يرجع إليه لاستفاء حقه في حالة إعسار أو إفلاس مدينه؛ لأن الغرض من عقد الكفالة هو ضمان الوفاء للدائن، و هذا على عكس الكفيل الذي يجد نفسه مطالبا بأداء الدين رغم عدم مطالبة المدين الأصلي بذلك من طرف الدائن أثناء النظر في التفليسة، و هي بذلك تعتبر قرينة على تضرر الكفيل.

و بعبارة أخرى أن مجرد امتناع الدائن عن الدخول في تفليسة مدينه يعد خطأ و يسبب ضرر للكفيل و هذا الأخير لا يلزمه القانون بتحمل أخطاء الآخرين، و بالنظر إلى خصوصية هذا الضرر أجاز المشرع الجزائري للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع كلما لحق به ضرر من الدائن و ذلك تحقيقا للعدالة و حماية الكفيل من أخطاء الدائن⁽²⁾.

و الشرط الرابع أن على الكفيل وجوب التمسك بهذا الدفع في مواجهة الدائن عند مطالبته بأداء محل الدين، ذلك أن الدفع بعدم تقدم الدائن في تفليسة مدينه لا يعتبر من النظام العام، و لأن هذا الدفع يخدم مصلحة الكفيل الشخصية، و عليه فإن القاضي لا يستطيع أن يثيره من تلقاء نفسه أثناء السير في الخصومة القضائية، و نتيجة لهذا الشرط فإنه يجب أن لا يتنازل الكفيل عن هذا الدفع في مواجهة الدائن؛ لأنه إذا تنازل عنه يفقد حقه، و التنازل قد يكون صريحا أثناء إبرام عقد الكفالة بين الكفيل و الدائن، أو ضمنيا أثناء وصول الأمر أو الخصومة إلى القضاء و عدم إثارته من جانب الكفيل، منه إذا كان التنازل صريحا أو ضمنيا فإنه يضع حدا لهذا الدفع.

(1) أنظر: السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع السابق، ص.257.

(2) أنظر: عبد الدايم (حسنى محمود)، المرجع السابق، ص.302.

كما أن المشرع الجزائري لم يشترط على الكفيل ضرورة إنذار الدائن للتقدم في التقلية كما سنراه في الدفوع اللاحقة، و إنما بمجرد البدء في إجراءات التقلية يتعين على الدائن أن يتقدم إليها بدينه و بدون أن ينتظر وصول إنذار من طرف الكفيل⁽¹⁾، و بذلك فإن الشروط التي يمكن استخلاصها لكي يستطيع الكفيل الدفع بعدم تقدم الدائن في تقلية مدينه هي؛ إفلاس المدين، و حصول ضرر للكفيل جراء تقصير الدائن، و تمسك الكفيل بهذا الدفع.

ثانيا: آثار الدفع بعدم تقدم الدائن في تقلية مدينه

كما سبق الذكر أنه في حالة إفلاس و إفسار المدين، و مباشرة إجراءات الإفلاس من طرف المحكمة فإن كل الآجال التي كانت على عاتق المدين المفلس تصبح مستحقة الأداء عند افتتاح إجراءات الإفلاس، و بالتبعية فإن كان أجل استحقاق الدائن المكفول حقه بموجب كفالة مؤجل إلى تاريخ لاحق بعد الإفلاس فإنه يسقط و يحل مع الإفلاس، و عليه فإن الدائن لا يستطيع أن يرد على الدفع بعدم تقدمه في تقلية مدينه بأن أجل استحقاق الدين لم يحل بعد، و بذلك يكون لزاما على الدائن أن يدخل و يتقدم في تقلية مدينه أثناء السير في إجراءات التقلية و يزاحم بذلك جميع دائني المدين⁽²⁾.

و إذا لم يدخل الدائن في التقلية فإنه يعرض نفسه إلى إمكانية الدفع بعدم التقدم في التقلية من طرف الكفيل، فهذا الدفع جعله المشرع الجزائري نتيجة لخطأ و تقصير الدائن أو تقاعسه في تحصيل دينه في ذمة المدين، بينما كان يجب عليه أن يبذل عناية الرجل العادي الحريص على أمواله، و بذلك فإنه يتحمل تبعة هذا السلوك، و تمكين الكفيل بهذا الدفع هي نتيجة حتمية دعت إليها مقتضيات العدالة، كما تجدر الإشارة إلى أن الدائن الذي لم يدخل في إجراءات التقلية و لم يطالب بدينه فيها، يجعل منه عرضة للدفع من طرف الكفيل في حدود ما كان سيحصل عليه لو أنه دخل في التقلية⁽³⁾.

(1) أنظر: تناغو (سمير عبد السيد)، المرجع السابق، ص.94.

(2) أنظر: سي يوسف (زاهية حورية)، المرجع السابق، ص.163.

(3) أنظر: السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع السابق، ص.257.

و للتوضيح أكثر فإذا كان دخول و تقدم الدائن في تغطية مدينة سيحصل على نصف الدين الذي كان له في ذمة المدين، أو هذا ما تحصل عليه جراء منافسته لباقي دائني المدين فإنه و بالتبعية يكون للكفيل الحق في الدفع في حدود هذا النصف، بينما يبقى النصف الآخر أو الجزء الآخر مضمونا و يسأل عنها الكفيل الشخصي، و يجب في هذه الحالة على أن يطلب استئصال ما كان سيحصل عليه الدائن من تغطية المدين و بالتالي تبرأ ذمة الكفيل بقدر هذا النصف أو الجزء الذي كان سيصيب الدائن، و هذا الأثر الطبيعي و يحقق العدالة أكثر لأن الكفيل لا يستطيع أن يتمسك ببراءة ذمته كاملة باستخدام هذا الدفع.

غير أنه لو تقدم الدائن في تغطية المدين سيحصل على جزء فقط من دينه نتيجة مزاحمته لباقي الدائنين، أما إذا كان دخول الدائن إلى تغطية المدين كان سيحصل على كامل الدين الذي في ذمة مدينه، فهنا تثبت للكفيل براءة ذمته المالية كاملة من التزامه الناتج عن عقد الكفالة بحيث أن الدائن قد ضيع على نفسه فرصة استفاء حقه كاملا لو أنه دخل في تغطية مدينه، و يكون بذلك قد اعتمد كلياً على ذمة الكفيل للتنفيذ عليها في الوقت الذي كان باستطاعته استفاء حقه كاملا، و يعتبر ذلك تقصيرا من طرفه و يتحمل بالتالي مسؤولية الإضرار بالكفيل، و نتيجة لما تقدم فإن ذمة الكفيل تبرأ سواء جزئياً أو كلياً قياساً بما يمكن للدائن أن يحصل عليه عند دخوله و تقدمه في تغطية مدينه.

المشرع الجزائري بموجب المادة 658 من ق.م.ج السالفة الذكر منح للكفيل حق الدفع ببراءة ذمته بسبب عدم تقدم الدائن في تغطية مدينه، و ذلك تعويضا له عن عدم إمكانية دخول الكفيل شخصيا في تغطية المدين إلا إذا وفى بالدين كاملا للدائن؛ و لكن رغم براءة ذمة الكفيل بسبب تقصير الدائن إلا أنه بالرجوع إلى القواعد العامة فإن ذمة المدين تبقى مسؤولة تجاه الدائن، و بالرجوع إلى أحكام المادة 658 من ق.م.ج فإن المشرع الجزائري نص فقط على حالة إفلاس المدين و عدم تقدم الدائن في تغطية المدين إلا أن بعض الفقهاء يرون أن هذا الحكم يمكن أن يطبق على حالة إعسار المدين⁽¹⁾.

(1) أنظر: زهران (همام محمد محمود)، المرجع السابق، ص.141.

و عدم مطالبة الدائن لمدينه في الوقت المناسب أي قبل إيساره و هذا تطبيقا للقواعد العامة⁽¹⁾، بحيث إذا أعرس المدين فيجب على الدائن أن يتقدم للحصول على ما يمكن الحصول عليه من حقه من مال المدين ثم يرجع بالباقي على الكفيل⁽²⁾، بحيث أن الإفلاس و الإعسار في الأصل يرميان إلى عدم تمكن المدين من الوفاء و بالتالي فمن المستحسن إضافة حالة إيسار المدين إلى أحكام المادة 658 من ق.م.ج حتى يكون الكفيل محميا أكثر من المشرع الجزائري و لكون إمكانية اعتبار إيسار المدين و عدم قدرته على الوفاء هي كصورة الإفلاس في شقها المدني.

الفرع الثاني

الدفع بعدم اتخاذ الدائن لإجراءات التنفيذ ضد المدين بعد إنذار الكفيل له بذلك

بما أن التزام الكفيل هو التزام احتياطي أي يأتي في المرتبة الثانية بعد التزام المدين، فمن الضروري على الدائن عند حلول أجل استحقاق الدين و بعد إنذاره من طرف الكفيل أن يسارع إلى اتخاذ جميع إجراءات التنفيذ ضد مدينه و إذا لم يفعل كان للكفيل استغلال هذا الظرف لصالحه و استعماله كدفع، حيث سنقوم بدراسة هذا الدفع أولاً من حيث الشروط و ثانياً من حيث الآثار.

أولاً: شروط الدفع بعدم اتخاذ الإجراءات

قبل التطرق للشروط يجب أولاً معرفة مضمون الدفع، حيث أنه كما سبق الذكر عند حلول أجل استحقاق الدين و بعد إنذار الدائن من طرف الكفيل على الدائن أن يسارع إلى اتخاذ جميع إجراءات التنفيذ ضد مدينه، و ذلك بدون تباطؤ أو مماطلة خاصة إذا كان بيده سند رسمي، أما في حالة ما إذا لم يكن له سند رسمي أو كان له سند عرفي عليه أن يرفع دعوى قضائية يطالب فيها المدين بضرورة الوفاء له بالدين، و العبرة من ذلك واضحة مفادها أن الكفيل غير ملزم بالبقاء على التزامه طيلة التزام مدينه بعد استحقاق الدين الذي قد يطول إلى خمسة عشر (15) سنة و يتفاجأ بمطالبة الدائن له بالوفاء⁽³⁾ هذا من جهة.

(1) أنظر: أبو السعود (رمضان محمد) و زهران (همام محمد محمود)، المرجع السابق، ص.117.

(2) أنظر: السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع السابق، ص.257.

(3) أنظر: أبو مشايخ (سعاد توفيق سليمان)، المرجع السابق، ص.147.

و من جهة أخرى أنه بحلول أجل استحقاق الدين قد يكون ميسرا آنذاك و يستطيع الوفاء للدائن، و على نقيض ذلك قد يصبح المدين بعد ذلك معسرا مستقبلا، و بالتالي لا يستطيع الدائن التنفيذ عليه و على أمواله، و يعود بعد ذلك إلى التنفيذ على ذمة الكفيل الذي سيصيبه حتما ضرر جراء ذلك، و كذا أن الكفيل غير ملزم بتحمل تقصير و إهمال الدائن في استفاء حقوقه، و عليه فقد نص المشرع الجزائري على هذا الدفع في نص المادة 667 من ق.م.ج التي تنص[>] لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها، غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا[<]، و يقابل هذا النص المادة 785 من ق.م.م، و المادة 751 من ت.م.س، و المادة 1079 من ق.م.و.ع.ل⁽¹⁾.

نلاحظ أن المشرع الجزائري قد جاء بمبدأ عام مضمونه أنه لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد عدم اتخاذ الدائن لإجراءات التنفيذ ضد مدينه؛ لكنه وضع استثناء على ذلك في المادة 2/657 من ق.م.ج، بحيث أنه بفوات مدة ستة أشهر من تاريخ إنذار الكفيل للدائن بضرورة اتخاذ إجراءات التنفيذ على المدين تصبح ذمة الكفيل بريئة من المطالبة، و الأمر هنا طبيعي ما دام أن المشرع الجزائري قد منع الكفيل من اتخاذ أي إجراء تنفيذ ضد المدين قبل أن يوفي بكامل الدين للدائن، لكنه عوضه بمنحه الحق بإنذار الدائن بضرورة اتخاذ إجراءات التنفيذ لأن الدائن هو صاحب هذا الحق، حتى لا يصيب الكفيل أي ضرر جراء إهمال الدائن بالمطالبة بحقوقه.

و لقد وضع المشرع الجزائري شرطا قيد به الكفيل في ممارسة و إثارة هذا الدفع و هو ما نص عليه في العبارة الأخيرة من المادة السالفة الذكر، مفاده أنه إذا قدم المدين تأمينا كافيا للكفيل يضمن فيه أنه يستطيع الرجوع عليه و يستوفي الكفيل حقه كاملا من المدين إذا ما اضطر للوفاء للدائن هنا لا يكون باستطاعة الكفيل أن يدفع في مواجهة الدائن ببراءة ذمته لعدم اتخاذ الدائن لإجراءات اللازمة للتنفيذ على أموال مدينه و أكثر من ذلك فلا يستطيع الكفيل أن ينذر الدائن أصلا بمباشرة إجراءات التنفيذ؛ غير أن هذا العرض الذي يقدمه المدين للكفيل يخضع للرقابة القضائية و إلى السلطة التقديرية للقاضي الذي قد يجيزه أو يرفضه⁽²⁾، و بصفة عامة يفترض القانون أن أجل الدين المكفول قد حل و أن الدائن لم يتخذ الإجراءات اللازمة للمطالبة بالدين بعد إنذار الكفيل له خلال ستة أشهر⁽³⁾، و هذا وفقا للشروط التالية:

(1) أنظر: السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع السابق، ص.251.

(2) أنظر: عبد الدايم (حسنى محمود)، المرجع السابق، ص.297.

(3) أنظر: السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع السابق، ص.251.

أولاً لكي يستطيع الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع يجب عليه أن ينتظر تاريخ استحقاق أو أجل الوفاء حتى يستطيع إنذار الدائن بضرورة اتخاذ الإجراءات ضد المدين، و إذا قام الكفيل بإعذار الدائن قبل وصول تاريخ الاستحقاق؛ فإن إعداره يكون عديم الجدوى⁽¹⁾ و لا ينتج آثاره القانونية ذلك أن الدائن و قبل وصول تاريخ استحقاق الدين لا يستطيع اتخاذ أي إجراء ضد المدين، كما أنه ليس لتأخر الدائن في اتخاذ تلك الإجراءات أن يعطي للكفيل الحق في إثارة هذا الدفع و إنما يجب على الكفيل إنذار الدائن بضرورة اتخاذ إجراءات التنفيذ ضد المدين، و يحصل الإنذار متى وصل إلى علم الدائن أو إلى محل إقامته⁽²⁾.

و إذا لم ينذر الكفيل الدائن بذلك فلا يستطيع التمسك بهذا الدفع، و متى حصل الإنذار كان لزاماً على الدائن أن يقوم بإجراءات التنفيذ على مدينه إذا كان بيده سند رسمي أو يرفع دعوى قضائية، في حالة ما إذا كان بيده سند عرفي يطالب به المدين بالوفاء و ذلك في ميعاد حدده المشرع الجزائري بستة أشهر يبدأ سريانها من تاريخ الإنذار و عليه فإن احتجاج الكفيل بهذا الدفع يكون بعد استنفاد هذه المدة و لا يستطيع الدفع به قبل انقضائها و هذا ما أكدته المادة 657 من ق.م.ج السالفة الذكر من خلال عبارة >> غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر <<.

كما أنه يجب على الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع فهو حق خالص للكفيل يحمي مصلحته الخاصة، و ليس من النظام العام فلا يجوز للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها كما أنه يستطيع الكفيل أن يتنازل عنه صراحة أو ضمناً و إن كان من مصلحة الكفيل التمسك بهذا الحق لأنه يخفف عليه عبء رجوع الدائن عليه، و الشرط الثالث هو أنه يجب أن يتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات أكثر مما يتأخر الرجل العادي المعقول أو متوسط العناية، و التأخر هنا يبدأ من تاريخ إنذار الكفيل للدائن كأن يعمد الدائن إلى إطالة إجراءات التنفيذ أو المماطلة عند تنفيذها بطريقة يضر بها بالكفيل، و كما سبق القول أن الكفيل غير ملزم بالبقاء مدة طويلة عند التزامه و بعد تاريخ استحقاق الدين، و إذا تأخر الدائن في اتخاذ إجراءات التنفيذ ضد مدينه و كان هذا التأخر أكثر مما يتأخر الرجل متوسط العناية تعد قرينة على سوء نية الدائن تجاه الكفيل و اعتماده الكامل على التنفيذ على أموال الكفيل.

(1) أنظر: زكي (محمود جمال الدين)، دروس في التأمينات الشخصية والعينية، مطابع دار الشعب، القاهرة، 1974، ص.89.

(2) أنظر: شرف (فيصل أحمد محمد زياد)، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، 2012، ص.66.

و لقد واجه المشرع الجزائري هذه الحالة أي سوء نية الدائن بأن أعطى للكفيل حق الدفع ببراءة ذمته بالدفع بعدم اتخاذ الدائن لإجراءات التنفيذ ضد مدينه⁽¹⁾، كذلك هنالك شرط آخر و هو أن يلحق بالكفيل ضرر نتيجة عدم اتخاذ الدائن لإجراءات التنفيذ و ذلك أنه بمجرد سلوك الدائن هذا السلوك السلبي يؤدي به إلحاق ضرر بالكفيل⁽²⁾، أو بعبارة أخرى أن مجرد عدم اتخاذ الدائن لإجراءات التنفيذ ضد المدين لاستفاء حقه يجعل من الكفيل متضررا لأن الكفيل لا يستطيع أو لم يخول له القانون أن يتخذ أي إجراء تنفيذ ضد المدين ما دام أنه لم يوفي بالدين للدائن، و بما أن مصلحة الكفيل تكون عندما يوفي المدين نفسه للدائن كان من الأجدر على الدائن أن يطالب بحقه عند إنذار الكفيل له بذلك و إلا فإنه سيلحق ضرر بالكفيل.

هذا و يجب أن لا يعرض المدين للكفيل ضمانا أو تأمينا كافيا يعود به عليه في حالة ما إذا وفى الكفيل للدائن بكامل الدين هذا لأنه إذا تم هذا العرض فإن الكفيل لا يستطيع الدفع بعدم اتخاذ الدائن لإجراءات التنفيذ ضد المدين، أو يكون دفعه عديم الجدوى و لا ينتج أي أثر بما أن المدين أعطى ضمانا بالرجوع و استفاء حقه منه، و عليه فإن مسألة إفسار المدين مستقبلا غير واردة بحكم أن الكفيل يحوز على سند تنفيذي رسمي ينفذ به على ذمة المدين، و هذا ما يستخلص من العبارة الأخيرة من نص المادة 657 من ق.م.ج التي نصت: << ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا >>؛ غير أن العرض الذي يقدمه المدين للكفيل لا ينتج آثاره إذا لم يجزه القاضي فمتى لم يحز المدين على موافقة القاضي يصبح عرض المدين و كأنه لم يكن و بالتالي فيسترجع الكفيل حقه في الدفع في مواجهة الدائن⁽³⁾.

(1) أنظر: السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع السابق، ص.253.

(2) أنظر: سرايش (زكريا)، الوجيز في شرح أحكام الكفالة و الرهن الرسمي، دار الهدى للطباعة و النشر، الجزائر، د.س.ن، ص.24.

(3) أنظر: الشهاوي (قدي عيد الفتاح)، المرجع السابق، ص.241.

ثانيا: آثار الدفع بعدم اتخاذ الإجراءات

كما سبق الذكر أن دفع الكفيل بعدم اتخاذ الدائن لإجراءات التنفيذ ضد مدينه ليس من النظام العام و لا يتم بقوة القانون⁽¹⁾، مع العلم أن حرية الدائن في اختيار وقت التنفيذ على مدينه يكون في الفترة التالية لحلول أجل الدين و يدوم ذلك إلى ما قبل تقادمه، دون أن يهتم بإعسار مدينه بعد ذلك، و أن تقدم الكفيل لضمان دين الدائن لا يسلبه هذه الحرية في اختيار وقت التنفيذ⁽²⁾، فلكي ينتج الدفع بعدم اتخاذ إجراءات التنفيذ ضد المدين آثاره يجب أن يكون بعد إنذار الكفيل للدائن بذلك بعد حلول أجل الاستحقاق كما تقتضيه القواعد العامة، و عليه فإذا عمد الدائن إلى عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب و بعد إنذار الكفيل له بذلك، يحق للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته لأن الدائن أخل بالتزامه و تنقضي بذلك الكفالة بصفة أصلية دون أن يؤثر ذلك على وجود الدين المكفول⁽³⁾.

فأثر براءة ذمة الكفيل لعدم اتخاذ الدائن لإجراءات التنفيذ ضد مدينه بعد إنذاره له بذلك يكون بعد فوات مدة ستة أشهر من تاريخ وصول الإنذار لأن المشرع الجزائري و بموجب المادة 657 من ق.م.ج السالفة الذكر يعتبر أن مدة ستة أشهر من تاريخ الإنذار و بعد تاريخ استحقاق الدين أنها مدة كافية للدائن أن ينفذ على أموال المدين خاصة إذا كان يحوز على سند تنفيذي، و يكون هذا التنفيذ بعناية الرجل العادي فلا يسعى إلى إطالة الإجراءات أو يعمل فيها حتى تطول و إلا كان مسؤولا وفقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية⁽⁴⁾، ومن جانب آخر أن المشرع الجزائري لم يرخص للكفيل أن يقوم و يتخذ أي إجراء تنفيذي على المدين إلا إذا وفي بكامل الدين للدائن و عليه فهذا الحق أعطاه المشرع حصريا للدائن، و لكي لا يبقى الكفيل تحت رحمة دائن مهمل في المطالبة بحقوقه عوضه بهذا الدفع لكي تبرأ ذمته و يتحرر من التزامه فقد يطلب منه أن يؤديه بعد فوات مدة طويلة قد تصل إلى خمسة عشر سنة كان قد كفله و ربما يكون قد نسيه⁽⁵⁾.

(1) أنظر: سعد(نبيل إبراهيم)، التأمينات الشخصية، المرجع السابق، ص.174.

(2) أنظر: زهران (همام محمد محمود)، المرجع السابق، ص.135.

(3) أنظر: سعد(نبيل إبراهيم)، التأمينات العينية و الشخصية، المرجع السابق، ص.433.

(4) أنظر: أبو السعود(رمضان محمد) و زهران (همام محمد محمود)، المرجع السابق، ص.117.

(5) أنظر: سي يوسف(زاهية حورية)، المرجع السابق، ص.160.

و قد يعمد الدائن إلى منح أجل جديد للمدين للوفاء بدينه يمتد إلى ما بعد تاريخ استحقاق الدين و قد يظهر من خلال هذا التمديد أن التزام الكفيل يمتد معه و عليه فلا يستطيع الكفيل إنذار الدائن إلا بعد أن يحل الأجل الجديد؛ غير أنه للكفيل أن يتجاهل هذا الأجل الجديد و ينذر الدائن بمجرد حلول الأجل الأصلي إذا كان من مصلحته التقيد بهذا الأجل حسب تقديره هو، لأنه من غير المقبول أن يضر الكفيل من قبل الدائن، بينما حقه في التمسك ببراءة ذمته مقرر لحمايته من تقصير الدائن بفعله السلبي، فيكون من باب أولى أن يراعي الدائن مصلحة الكفيل بالتمسك بالتاريخ الأصلي و عدم إطالة أمد التزام الكفيل⁽¹⁾؛ غير أنه إذا حصل المدين على مهلة قضائية من القاضي، فلا يجوز للكفيل أن ينذر الدائن إلا بعد انقضاء هذه المهلة لأن الدائن لا يستطيع مباشرة الإجراءات قبل انقضائها، و لأن الحكم القضائي يلغي الأجل الأصلي.

غير أن هذا الدفع له استثناء إذا ورد فإنه يعدم آثاره هو عدم تقديم المدين ضمانا كافيا للكفيل بأنه إذا وفى للدائن يستطيع الرجوع على المدين لاستفاء حقه، ذلك أن الكفيل في هذه الحالة يكون قد حاز على ضمان أو تأمين يضمن بها حقه في ذمة المدين، و المشرع يقدر في هذه الحالة أن الكفيل لا يتضرر إذا لم يحم الدائن بمباشرة إجراءات التنفيذ ضد مدينه ما دام أن حق الكفيل مضمون الاستيفاء؛ غير أن هذا العرض الذي يقدمه المدين للكفيل يخضع للرقابة القضائية و لتقدير القاضي، فإذا أجازة يفقد الكفيل حق الدفع و إذا لم يجزه فإن الكفيل سيسترجع حقه في إثارة هذا الدفع و التمسك ببراءة ذمته⁽²⁾، كما تجدر الإشارة إلى أن الكفيل يستطيع التمسك ببراءة ذمته المالية من الالتزامات الواردة عن عقد الكفالة لعدم اتخاذ الدائن لإجراءات التنفيذ ضد مدينه في خلال ستة أشهر بعد الإنذار و ذلك إما في صورة دفع أو في صورة دعوى قضائية⁽³⁾.

(1) أنظر: تناغو (سمير عبد السيد)، المرجع السابق، ص.93.

(2) أنظر: أبو السعود (رمضان محمد) و زهران (همام محمد محمود)، المرجع السابق، ص.117.

(3) أنظر: سعد (نبيل إبراهيم)، التأمينات العينية و الشخصية، المرجع السابق، ص.433.

المطلب الثاني

الدفع ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أضره الدائن بخطئه من تأمينات

سبق الذكر أنه يمكن للكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بتقصيره و ذلك لعدم تقدمه في تقيسة المدين أو عدم اتخاذه لإجراءات التنفيذ، كذلك يدخل ضمن تقصير الدائن إضاعة الدائن للتأمينات و الذي يمكن للكفيل التمسك به كدفع في مواجهة الدائن حيث سنعالج هذا المطلب في فرعين و ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: شروط الدفع بإضاعة التأمينات

الفرع الثاني: آثار الدفع بإضاعة التأمينات.

الفرع الأول

شروط الدفع بإضاعة التأمينات

يرى بعض الفقهاء أن من واجب الدائن أن يلتزم برعاية مصلحة الكفيل بالمحافظة على الضمانات و التأمينات التي يقدمها المدين و التي تضمن الالتزام المكفول، فإذا سقط حق الدائن في هذه التأمينات نتيجة خطئه فأضر بذلك الكفيل، فإن القانون يرتب على خطأ الدائن هذا سقوط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر⁽¹⁾، و لقد رأينا في ما سبق أن الكفيل ليست له مصلحة شخصية في الدين الأصلي و أنه إذا ما وفى الكفيل للدائن بكامل الدين كان له الرجوع و الحل محل الدائن في المطالبة بحقوقه في مواجهة المدين⁽²⁾.

و عليه فإذا كان هناك تأمين خاص يجب على الدائن المحافظة عليه لكي يمكن للكفيل الاستفادة منه في حالة رجوعه على المدين بعد أن يكون قد وفى بالدين للدائن، و لقد نص المشرع الجزائري على هذا الدفع في نص المادة 656 من ق.م.ج: >> تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضره الدائن بخطئه من الضمانات، و يقصد بالضمانات في هذه المادة، كل التأمينات المخصصة لضمان الدين و لو تقررت بعد الكفالة و كذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون >>، و يمكن استخلاص الشروط التي بها يستطيع الكفيل التمسك بهذا الدفع في مواجهة الدائن.

(1) أنظر: أبو السعود (رمضان محمد) و زهران (همام محمد محمود)، المرجع السابق، ص.108.

(2) أنظر: تناغو (سمير عبد السيد)، المرجع السابق، ص.86.

يجب أن يكون الدائن قد أضع تأمين أو ضمان خاص أنشأه المدين لمصلحه الدائن للتنفيذ على هذه التأمينات في حالة عدم وفاء المدين بدينه، و سواء كان حق الدائن شخصي أو عيني، أو كان التأمين قد قيد قبل عقد الكفالة أو بعدها، و يعتبر هذا الشرط متوافرا إذا كان هناك إلى جانب كفالة الكفيل تأمين خاص كالرهن الرسمي أو الحيازي، أو حق الاختصاص، أو امتياز، أو كفالة شخصية أو عينية⁽¹⁾، و يخرج من هذه الضمانات الضمان العام، بحيث إذا لم يستعمل الدائن الدعوى البوليسية للوصول إلى إبطال تصرف قام به المدين يضعف به ضمانه العام فهنا الكفيل لا يستطيع التمسك أو إثارة الدفع ببراءة ذمته نتيجة إضاعة الدائن لضمان عام.

غير أن هذا لا يمنع من أن الكفيل يستطيع مساءلة الدائن إذا صدرت منه هذه الأفعال عن خطأ و تسببت في ضرر للكفيل، و ذلك طبقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية⁽²⁾، و في هذا الصدد جاء في المذكرة التفسيرية للمشروع التمهيدي المصري ما يلي: >> قد تصدر من الدائن أعمال إيجابية كتنازله عن حجز تنفيذي أو تحفظي، أو تنازله عن وضع أموال المدين تحت الحراسة أو أعمال سلبية كعدم تقدمه في التوزيع أو سقوط الحق بسبب التأخر أو الإهمال في القيام بإجراء معين أو إبراز مستند ما، فهنا لا يترتب عليها ضياع التأمينات، و مع ذلك فهي تؤثر في حق الكفيل، فإن الدائن يكون مسؤولا عنها طبقا لقواعد المسؤولية ما دام قد ترتب عليها ضرر للكفيل⁽³⁾.

كذلك لا يستطيع الكفيل إثارة هذا الدفع إذا منح الدائن أجل آخر غير الأجل الأصلي، و لم يترتب على هذا التمديد سقوط الضمان الخاص، و مثال ذلك أن الدائن و قبل وصول تاريخ الاستحقاق يقوم بتمديد هذا الأجل إلى تاريخ لاحق مسمى، و يكون الضمان أو التأمين الخاص الضامن للدين لا يسقط بهذا التاريخ الجديد، كما يجب أن يكون ضياع التأمين الخاص نتيجة لخطأ أو تقصير الدائن شخصيا، بحيث يجب على الدائن أن يبذل عناية الرجل العادي في المحافظة على التأمين الخاص، فلا يكفي أن يكون الدائن قد أهمل في اكتساب تأمين خاص كان من الممكن الحصول عليه، و مثال ذلك عدم قيام المؤجر و هو الدائن بإلزام المستأجر و هو المدين بوضع منقولات في العين المؤجرة تكفي للوفاء بدين الأجر لمدة سنتين، أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك، و ذلك حتى يكون للمؤجر الدائن حق امتياز على هذه المنقولات؛ فإن ذلك لا يعتبر من قبيل إضاعة التأمين الخاص الذي يدخل في نطاق تطبيق هذه الحالة.

(1) أنظر: أبو مشايخ(سعاد توفيق سليمان)، المرجع السابق، ص.143.

(2) أنظر: سعد(نبيل إبراهيم)، التأمينات العينية و الشخصية، المرجع السابق، ص.427.

(3) أنظر: سي يوسف(زاهية حورية)، المرجع السابق، ص.155.

و يكون على عاتق الكفيل إثبات ضياع التأمين الخاص بسبب الدائن، أو بسبب عدم بذل عناية الرجل العادي في المحافظة على الضمان أو التأمين، كما قد يكون الخطأ أو تقصير الدائن إيجابياً أو سلبياً، حيث يتمثل الأول في إبراء أحد الكفلاء في حالة تعدد الكفلاء، أو التنازل عن حق الحبس، أو عن الرهن أو الامتياز⁽¹⁾، و قد يكون الخطأ سلبياً مثل الدائن الذي لا يقيد حق الرهن أو لم يجده، أو عدم استرداد الشيء المرهون رهناً حيازياً خرج من حيازته، كما يشترط في شرط الخطأ أن يكون بفعل الدائن شخصياً ناتج عن تصرفه هو أو من هو مسؤول عنه⁽²⁾، فإذا صدر الخطأ نتيجة قوة قاهرة، أو فعل الغير، أو فعل الكفيل نفسه، فهنا لا يمكن للكفيل الاحتجاج بضياع التأمينات الخاصة نتيجة لخطأ الدائن، و عليه فإن التزاماته ككفيل تبقى قائمة و ذمته لا تبرا.

و مثال ذلك تسبب الكفيل نفسه في إضاعة تأمين خاص وضعه المدين ضماناً للوفاء للدائن، و لقد ثار خلاف بين الفقهاء في حالة أين يكون الخطأ المشترك بين الدائن و الكفيل، فذهب أغلب الفقهاء إلى القول أنه في هذه الحالة يجب العودة إلى القواعد العامة في المسؤولية، و ذلك بتوزيع المسؤولية بين الدائن و الكفيل و هذا ما أكدته المادة 126 من ق.م.ج التي نصت: >> إذا تعدد المسئولون عن فعل ضار، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، و تكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض<<، فيترتب عن ذلك عدم براءة ذمة الكفيل من المساءلة، و بمعنى آخر لا يستطيع الكفيل التمسك بهذا الدفع، إلا في حدود مساهمة الدائن في ضياع هذا التأمين⁽³⁾.

غير أن الأستاذ سمير عبد السيد تناغو يرى و يذهب عكس ذلك بل يجب إعمال القواعد الخاصة بعقد الكفالة، و ذلك أن الكفيل ليست له مصلحة في الدين الأصلي و عليه فإن ذمته تبرا و يستطيع التمسك بإثارة الدفع بإضاعة التأمينات الخاصة حتى و إن ساهم هو مع الدائن في إحداث ضياع التأمينات، كما يشترط في الخطأ أن يكون قد رتب أو ألحق ضرراً للكفيل و يعتبر الضرر ثابتاً في حق الكفيل بمجرد أن أضرع الدائن تأميناً خاصاً، لأن هذا التأمين الذي أضرعه الدائن كان سيعتمد عليه الكفيل عند عودته على المدين لاستفاء حقه، و بذلك يتم تعويض ضرر الكفيل من سلوك الدائن هذا بالتمسك بهذا الدفع ليصل إلى براءة ذمته المالية.

(1) أنظر: عبد الدايم (حسنى محمود)، المرجع السابق، ص.288.

(2) أنظر: تناغو (سمير عبد السيد)، المرجع السابق، ص.91.

(3) أنظر: السعدي (محمد صبري)، المرجع السابق، ص.74.

و عليه فالضرر يحصل عندما يكون ذو قيمة معتبرة في ضمان حق الدائن، بحيث أنه إذا أضع الدائن تأميناً خاصاً ليست له قيمة معتبرة فلا يستطيع الكفيل التمسك بإثارة هذا الدفع لأنه لا يتضرر، و كمثل على ذلك أنه قد يتنازل الدائن عن رهن متأخر في المرتبة⁽¹⁾، أو استبدال تأمين بغيره من تأمينات يساويه في القيمة، و يكفي أن يضيع الدائن تأميناً أو ضماناً واحداً من بين عدة تأمينات حتى يتقرر حق الكفيل في إثارة هذا الدفع و التمسك ببراءة ذمته، لأن التأمينات الباقية قد تضيع مستقبلاً و عليه فإنه يعتبر أن الدائن الذي يضيع بخطئه تأميناً واحداً قد قلل من فرص الكفيل في التنفيذ على هذه التأمينات.

و بالتالي لا يمكن للدائن أن يحتج بأن الكفيل غير متضرر، لأنه بقيت له تأمينات أخرى ينفذ عليها أو يحتج بأن المدين بقي ميسراً بعد ضياع الدائن للتأمين، بحيث أن المشرع الجزائري نص على ضياع التأمينات دون أن يحدد عددها، كما يشترط أن لا يكون هناك اتفاق بين الدائن و الكفيل على عدم تمسك الكفيل ببراءة ذمته، أي عدم حلول الكفيل محل الدائن، لأنه إذا وجد مثل هذا الاتفاق امتنع على الكفيل التمسك ببراءة ذمته، لأنه لا يحل محل الدائن فيما أضع من تأمينات⁽²⁾، و بما أن هذا الدفع ليس من النظام العام، فإنه لا يمكن للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه و أن لا يتنازل عنه الكفيل في مواجهة الدائن لا أثناء النظر في الدعوى و لا باتفاق بين الكفيل و الدائن، كما يستطيع الكفيل و عند التقيد بكل هذه الشروط أن يتمسك بإثارة الدفع بإضاعة الدائن للتأمينات و ذلك في صورة دعوى قضائية يرفعها على الدائن أو في صورة دفع و هي الصورة الغالبة التي يعتمد عليها الكفلاء⁽³⁾.

(1) أنظر: تناغو (سمير عبد السيد)، المرجع السابق، ص.90.

(2) أنظر: سي يوسف (زاهية حورية)، المرجع السابق، ص.158.

(3) أنظر: سعد (نبيل إبراهيم)، التأمينات العينية و الشخصية، المرجع السابق، ص.431.

الفرع الثاني

آثار الدفع بإضاعة التأمينات

إن الدفع بإضاعة التأمينات مقرر لحماية الكفيل من أخطاء و تقصير الدائن في المحافظة على الضمانات، و عليه فإنه دفع خاص يصون مصلحة الكفيل، و بالتالي فعلى الكفيل أن يتمسك به لكي ينتج آثاره، لأن هذا الدفع لا يطبق تلقائياً من طرف المحكمة لأنه لا يتعلق بالنظام العام، و يمكن أن يتمسك به الكفيل إما في الصورة التي يطلب الدائن منه بالوفاء، أو في صورة دعوى قضائية يرفعها الكفيل على الدائن و بالتبعية لذلك، فيمكن للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع في أي مرحلة وصلت إليها الدعوى إلى في محكمة النقض لأنه دفع موضوعي⁽¹⁾.

و لكي ينتج هذا الدفع آثاره يجب على الكفيل أن يثبت أن خطأ الدائن في إضاعة الضمانات التي أوجدها المدين له إلى جانب عقد الكفالة قد تسببت في ضرر له و إذا أثبت ذلك فيقع على الدائن إثبات العكس، كأن يثبت مثلاً أن التأمين الذي أضاعه عديم القيمة، كأن يكون رهناً مقرراً على مال متقل برهون أخرى متقدمة عليه في المرتبة و مستغرقة لكامل قيمته، أو أن الكفيل لم يصبه ضرر لأن الدائن قد استبدل التأمين الذي أضاعه بتأمين آخر يساويه في القيمة و لا يقل عنه.

و الأثر الأول الذي ينتجه الدفع بإضاعة التأمينات بخطأ الدائن هو براءة ذمة الكفيل من عقد الكفالة، لأن الدائن بتصرفه هذا كان قد حرم الكفيل أو أضاع له فرصة استحقاق دينه من المدين على أساس أن الكفيل يحل محل الدائن في استقاء حقه من المدين عندما ينفذ عليه الدائن و يستوفي حقه من الكفيل، و عليه كان أولى من الدائن المحافظة على التأمينات و الضمانات الأخرى لتمكين الكفيل منها، و تكون براءة الكفيل كاملة إذا كان التأمين أو الضمان الضائع مساوي لقيمة الدين⁽²⁾، و مثال ذلك أن المدين أعطى تأميناً قدره عشرة آلاف دينار جزائري و كانت قيمة الكفالة تساوي هذا التأمين أو أكبر عنه فإن في هذه الحالة يستطيع الكفيل أن يدفع و يتمسك ببراءة ذمته المالية كاملة، أما إذا كان التأمين الضائع أقل قيمة من التزام فإن براءة ذمة الكفيل تكون في حدود ما أضاعه الدائن من تأمين و مثال ذلك فإذا أنشأ المدين تأميناً خاصاً إلى جانب كفالة الكفيل قدره نصف ما التزم به الكفيل و أضاعه الدائن بخطئه فإن ذمة الكفيل تبرأ في حدود هذا النصف.

(1) أنظر: سعد (نبيل إبراهيم)، التأمينات الشخصية، المرجع السابق، ص.161.

(2) أنظر: أبو مشايخ (سعاد توفيق سليمان)، المرجع السابق، ص.146.

و كما سبقت الإشارة أنه يكفي أن يضيع الدائن تأميناً واحداً من بين عدة تأمينات حتى يتقرر للكفيل إثارة هذا الدفع، كما أن هذا الدفع يؤدي إلى انقضاء عقد الكفالة التي تربط بين الكفيل و الدائن، و ذلك أن الكفيل ما إن يتمسك بإثارة هذا الدفع حتى يتقرر حقه في براءة ذمته كاملة كما سبق الذكر، و عليه فإن تحرر الكفيل من التزامه في مواجهة الدائن يعني انقضاء و انتهاء عقد الكفالة، و يكون تمسك الكفيل بانقضاء التزامه في صورة دفع يدفع به الكفيل مطالبة الدائن له بالوفاء بالتزام المكفول، كما يجوز أيضاً للكفيل أن يرفع دعوى قضائية مبتدئة في مواجهة الدائن يطلب فيها الحكم ببراءة ذمته في مواجهته⁽¹⁾.

(1) أنظر: تناغو (سمير عبد السيد)، المرجع السابق، ص.92.

المبحث الثاني

الدفع المبنية على عدم احترام الدائن لأولوية الرجوع و التنفيذ

تعتبر الذمة المالية للكفيل احتياطية في المسائلة بعد ذمة المدين، و عليه فيمكن كذلك للكفيل التمسك بدفوع أخرى بالإضافة إلى الدفوع السابقة و التي يبنيتها على أساس عدم احترام الدائن لأولوية الرجوع و التنفيذ، حيث يدخل ضمن هذه الحالة الدفع بالمطالبة، الدفع بالتجريد و الدفع بالتقسيم، و ندرسها في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: الدفع بالمطالبة و الدفع بالتجريد

المطلب الثاني: الدفع بالتقسيم.

المطلب الأول

الدفع بالمطالبة و الدفع بالتجريد

عند حلول أجل استحقاق الدين المكفول، فإنه يمكن للدائن أن ينفذ على أي ذمة مالية يختارها سواء ذمة المدين أو الكفيل، غير أن المشرع أجاز للكفيل أن يدفع في مواجهة الدائن بإلزامه بالتنفيذ على المدين أولاً قبل التنفيذ عليه، و كما سبق الذكر من الدفوع المبنية على عدم احترام الدائن لأولوية الرجوع و التنفيذ هنالك الدفع بالتجريد و الدفع بالمطالبة، حيث سنعالج هاذين الدفعين في فرعين وفقاً للشكل الآتي:

الفرع الأول: الدفع بالمطالبة

الفرع الثاني: الدفع بالتجريد.

الفرع الأول

الدفع بالمطالبة

إذا طالب الدائن الكفيل بالدين عند تاريخ الاستحقاق يحق لهذا الأخير أن يدفع بضرورة مطالبة المدين أولاً قبل مطالبته، و يطلق أيضاً على هذا الدفع الرجوع أي أنه بما أن ذمة الكفيل ذمة احتياطية فلا يجوز الرجوع عليها قبل مطالبة المدين الذي يعتبر ذمة أصلية، و سنعالج هذا الدفع أولاً من حيث الشروط و ثانياً من حيث الآثار.

أولاً: شروط الدفع بالمطالبة

كان مركز الكفيل منذ العهد الروماني أسوأ من مركز المدين ثم تطور الأمر حتى تساوى الكفيل مع المدين، و في عهد جستينيان ألزم القانون على الدائن أن لا ينفذ على أموال الكفيل قبل أن ينفذ على أموال المدين⁽¹⁾، و منه نصت معظم التشريعات الحديثة على إمكانية تمسك الكفيل بالدفع بالمطالبة الذي يعني أنه في حالة ما إذا طالب الدائن الكفيل أن يوفي له بالدين عند تاريخ الاستحقاق يمكن للكفيل أن يدفع بضرورة مطالبة المدين أولاً قبل مطالبته هو ثانياً، و هذا ما يكرس الصفة الاحتياطية لعقد الكفالة، و لقد نص المشرع الجزائري على هذا الدفع بموجب المادة 660 من ق.م.ج: >> لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين^{<<}، و لكي يستطيع الكفيل التمسك بهذا الدفع و إنتاج آثاره يجب عليه التقيد ببعض الشروط.

كي يستطيع الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع يجب أن لا يكون متضامناً مع المدين في المساءلة، لأنه حسب القواعد العامة إذا كان هناك ذمتان ماليتان متضامتان فإن الدائن يستطيع التنفيذ على أي منهما أو عليهما معاً، و لا يستطيع المدين المتضامن أن يدفع بعدم مطالبته و إنما مطالبة زميله المدين، و بإسقاط هذه الأحكام على عقد الكفالة نجد أن الكفيل المتضامن مثله مثل المدين، و عليه فإن الدائن يستطيع مطالبة الكفيل قبل مساءلته للمدين⁽²⁾.

بالنسبة للأحكام الخاصة بعقد الكفالة نجد أن المشرع الجزائري نص بطريقة غير مباشرة على هذا الحكم في نص المادة 669 من ق.م.ج التي نصت: >> تجوز كفالة الكفيل و في هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل^{<<}، و يستخلص من هذه المادة أن المشرع الجزائري ألزم الدائن أن يطالب الكفيل أولاً و إذا لم يوفي، فله أن يطالب كفيل الكفيل، و نفس الحكم ينتج أن على الدائن أن يطالب المدين أولاً بالوفاء قبل أن يطالب الكفيل بالوفاء إلا في حالة التضامن بين الكفيل و المدين؛ لأن الكفيل يعتبر في مركز المدين و كفيل الكفيل يعتبر في مركز الكفيل.

(1) أنظر: عبده(محمد علي)، المرجع السابق، ص.122.

(2) أنظر: السعدي(محمد صبري)، المرجع السابق، ص.68.

و التضامن قد يكون بحكم القانون أو بحكم قضائي، أو باتفاق بين الكفيل و الدائن عند إبرام العقد، و عليه فإذا قبل الكفيل التضامن مع المدين بإرادته المنفردة، فهذا يعني أنه قد تنازل عن حقه أي بجواز مطالبته أولاً، و بالتالي يكون الكفيل في هذه الحالة قد تنازل عن الحماية التي قررها القانون له، و عليه فإن الكفيل المتضامن قد قبل سلفاً توجيه المطالبة إليه من الدائن قبل أن يوجهها إلى المدين، و تجدر الإشارة إلى أن الكفيل المتضامن لا يجوز له التمسك بالدفع بعدم مقاضاة المدين أولاً، غير أن التضامن بين الكفيل و المدين لا يسقط عن الكفيل الصفة التبعية فهو لا يزال مديناً تابعاً للمدين الأصلي⁽¹⁾، و عليه فله أن يتمسك بالدفع الأخرى غير الدفع بالمطالبة⁽²⁾.

و الشرط الثاني لكي يستطيع الكفيل أن يتمسك بالدفع بعدم مقاضاته أولاً، أن لا يكون قد نزل عن هذا الحق؛ لأن هذا الدفع مقرر لحماية المصلحة الخاصة للكفيل، و عليه فلا يعتبر من النظام العام و لا يجوز للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها و التنازل عن هذا الحق من طرف الكفيل قد يكون صريحاً أثناء انعقاد العقد أو ضمناً بعدم إثارته عند مطالبة الدائن له أولاً بضرورة الوفاء، و الأصل أن الكفيل هو الذي يختار لنفسه مركزه في التزامه لضمان دين المدين بين الكفالة البسيطة إلى الكفالة التضامنية، و ذلك شرط أن لا يتجاوز التزامه التزام المدين و عليه فإن الكفيل الذي يحرم نفسه من ميزة أعطاه له المشرع، فإن التزامه يشتد أو ينتقل خطوة من الكفالة البسيطة إلى الكفالة التضامنية، و يجوز أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع في أي مرحلة وصلت إليها الدعوى و له الحق في ذلك حتى في الاستئناف⁽³⁾.

(1) أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية الصادرة عن مجلس النواب المصري، الجزء الخامس، مطابع مذكورة، مصر، د.س.ن، ص.525، مذكرة المشروع التمهيدي: >> المادة 1151 تبحث في مركز الكفيل المتضامن مع المدين، و قد كان هذا المركز دائماً محل خلاف شديد: هل يعتبر الكفيل المتضامن في حكم المدين المتضامن فلا يجوز له التمسك بغير دفعه الشخصية و الدفع المتعلقة بالدين دون الدفع الخاصة بالمدين، أم أن له أن يتمسك بكل الدفع التي يتمسك بها الكفيل العادي مع حرمانه من حق التقسيم و التجريد؟ و التشريع المصري (م 622 / 509)، و يجاربه المشروع في ذلك، يؤيد الرأي القائل بأن الكفيل، متضامناً أم عادياً، له أن يدفع بكل دفع الدين، ما عدا نقص الأهلية إذا كان الكفيل يعلم به <<.

(2) أنظر: تناغوا (سمير عبد السيد)، المرجع السابق، ص.63.

(3) أنظر: أبو مشايخ (سعاد توفيق سليمان)، المرجع السابق، ص.125.

هذا ما يراه غالبية الفقهاء و لكن الفقيه زهدي يكن يرى أنه يجب على الكفيل أن يبادر فوراً و قبل بدء المحاكمة و قبل كل دفاع في الأساس بأن يطلب من الدائن أن يقاضي المدين أولاً و تحصيل دينه من أمواله المنقولة و الغير المنقولة فإذا لم يرفع الدعوى بطلب مدعاة المدين أولاً في بدء المحاكمة اعتبر متنازلاً عنه و أنه لا مصلحة له من الإدلاء به⁽¹⁾، والشرط الثالث أن الكفيل و هو بصدد التمسك بهذا الدفع يجب أن تكون له مصلحة و تكمن مصلحة الكفيل في أنه عندما يطالب الدائن بمطالبة المدين للوفاء له أن يكون المدين ميسراً و ليس معسراً أو مفلساً أو ظاهر العجز بمعنى أن يكون رجوع الدائن على المدين ذا فائدة⁽²⁾.

و العبرة من هذا الشرط واضحة مفادها أنه إذا كان المدين غير قادر على الوفاء بأصل الدين فإن مطالبة الكفيل من الدائن الرجوع عليه لا تجدي نفعاً و أكثر من ذلك لأن أصل عقد الكفالة و أهميتها العملية تظهر عند عجز أو امتناع المدين عن الوفاء، و بالتالي فإن الكفيل لا يستطيع التمسك بالدفع بمطالبة المدين إن كان هو معسراً يضاف إلى هذا الشرط أن على الكفيل أن يعين الأموال المنقولة و الغير المنقولة التي يستطيع الدائن التنفيذ عليها لأنه قد جهل أن مدينه يملك أموالاً يمكن التنفيذ عليها أو لو كان الدائن يعلم بها لما بدأ بمطالبة الكفيل أولاً قبل أن مطالبته للمدين الأصلي.

ويزيد بعض الفقهاء في هذا الشرط أن على الكفيل أن يدفع مسبقاً المصاريف اللازمة للدائن في سبيل مقاضاته للمدين لمطالبته بالوفاء لأنه قد لا يحصل الدائن على شيء من دعواه ضد المدين فتضيع عليه المبالغ التي يكون قد صرفها في سبيل المطالبة⁽³⁾، وعموماً فإن مسألة مصلحة الكفيل بإثارته لهذا الدفع تبقى مرتبطة بالسلطة التقديرية للقاضي الذي قد يحكم بوجودها أو عدمها كما يستطيع القاضي أن يحكم بعدم قبول الدعوى في مواجهة الكفيل إذا كانت هناك فائدة و لو بسيطة في رجوع الدائن على المدين أولاً لاستفاء حقه منه⁽⁴⁾، كما يجب أن يتمسك الكفيل بضرورة مطالبة المدين أولاً و ذلك لأن هذا الدفع ليس من النظام العام و له ذلك في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، و إذا تنازل عن هذا الدفع سواء كان التنازل صراحة أو ضمناً يعتبر متضامناً مع المدين، و بالتالي لا يمكنه التمسك بهذا الدفع⁽⁵⁾.

(1) أنظر: العوجي (مصطفى)، القانون المدني (الموجبات المدنية)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص.297.

(2) أنظر: السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع السابق، ص.103.

(3) أنظر: يكن (زهدي)، المرجع السابق، ص.277.

(4) أنظر: تناغوا (سمير عبد السيد)، المرجع السابق، ص.63.

(5) أنظر: مرقس (سليمان)، عقد الكفالة، دار النصر للجامعات المصرية، مصر، 1959، ص.70.

ومن خلال ما تقدم نجد أنه لكي يستطيع الكفيل أن يتمسك بإثارة الدفع بالمطالبة أو الدفع بالرجوع على المدين أولاً يجب عليه أن لا يكون متضامناً مع المدين الأصلي في الدين و أن يتمسك بهذا الدفع و لا يتنازل عنه لأنه ليس من النظام العام كما يجب أن تكون له مصلحة في إثارة هذا الدفع و ذلك مرهون بيسار و إفسار المدين الأصلي.

ثانياً: آثار الدفع بالمطالبة

متى توفرت الشروط المذكورة سابقاً فإنه يثبت للكفيل الحق في الدفع بعدم مطالبته هو أولاً و إنما يجب على الدائن أن يرجع على المدين قبل رجوعه على الكفيل و بالتالي فعلى الدائن أن يبادر إلى حجز أموال مدينه للحصول على دينه أو رفع دعوى قضائية على المدين يطالبه بالوفاء له، و إذا أهمل الدائن إتباع هذه الإجراءات فيعد مسؤولاً تجاه الكفيل بما يساوي قيمة الأموال التي عينها الكفيل للدائن وبالتالي فإن ذمة الكفيل تبرا في حدود هذا الإهمال و بالقيمة التي أضعها و إذا لم يحصل الدائن على أي شيء بعد مقاضاة المدين أو حصل على جزء فقط من دينه فله أن يرجع على الكفيل بالباقي⁽¹⁾، و عليه فإذا تمسك الكفيل بالدفع بالرجوع فإنه يجب على المحكمة أن لا تقبل دعوى الدائن ضد الكفيل و ذلك لأن الدائن لا يملك حق مطالبة الكفيل قبل مطالبته للمدين الأصلي أولاً بأداء الدين⁽²⁾.

وينتج أيضاً من تمسك الكفيل بالدفع بالرجوع الدائن على المدين أولاً أنه تتوقف كل إجراءات المتابعة ضد الكفيل قضائياً، هذا إلى أن يتم الدائن التنفيذ على أموال المدين و لكن هذا لا يمنع الدائن أن يأخذ ما يراه لازماً من الاحتياطات حفاظاً على دينه في ذمة المدين أو الكفيل، و إذا رفع الدائن دعوى قضائية ضد المدين بعد إثارة الكفيل للدفع بالرجوع و حصل الدائن على حكم قضائي يلزم الكفيل بالدين شرط التنفيذ على أموال المدين أولاً، جاز للدائن و بعد التنفيذ على أموال المدين و استثناء جزء من الدين أن يعود و يطالب الكفيل بالجزء المتبقي من الدين و ذلك دون الحاجة إلى حكم قضائي ثاني للتنفيذ على أموال الكفيل، كما أن الكفيل غير ملزم بتحمل أخطاء و إهمال الدائن الذي يقصر في مطالبة المدين بعد تعيين الكفيل له عن الأموال التي التنفيذ عليها في الوقت المناسب⁽³⁾.

(1) أنظر: معطي (محمد محمود)، الكفالة في ضوء الفقه و الاجتهاد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص.109.

(2) أنظر: سعد (نبيل إبراهيم)، التأمينات العينية و الشخصية، الرجوع السابق، ص.359.

(3) أنظر: يكن (زهدي)، المرجع السابق، ص.278.

و يكون رجوع الدائن على المدين بالمطالبة القضائية أي برفع دعوى قضائية يطالب فيها المدين بالوفاء له بكامل أو بجزء من الدين حسب استطاعة المدين أو أن ينفذ على أموال المدين مباشرة إذا كان في يد الدائن سند تنفيذي لأن التنفيذ المباشر يقوم مقام المطالبة و الرجوع، كما يحل محل المطالبة القضائية دخول الدائن في تغطية مدينه⁽¹⁾، وتجدر الإشارة إلى أن تمسك الكفيل بالدفع بالرجوع أو مطالبة مدينه أولاً قبل مطالبته هو، إنما هو دفع وقتي يهدف من خلاله ربح الوقت لأن الدائن عند مطالبة الكفيل بأصل الدين و يتم وفاؤه من طرف الكفيل فإن ذلك يعني أن الكفيل يحل محل الدائن في استفاء حقه من المدين فكان أولى بالدائن أن يطالب المدين أولاً حتى يتجنب رجوع الكفيل على المدين ربحاً للوقت.

كما أن الدائن لا يفقد حق متابعة الكفيل بعد رجوعه على المدين إذ يمكن للدائن أن يكون رجوعه على الأصل بدون جدوى و بالتالي فإنه يعود بقيمة الدين على الكفيل، أو بعبارة أخرى أن تمسك الكفيل بإثارة الدفع بالمطالبة لا يبرأ ذمته المالية نهائياً من المساءلة، كما أن الدائن يستطيع أن يطالب بالتنفيذ على أموال المدين و الكفيل في نفس الوقت و يتجاوز بذلك عتبة دفع الكفيل بالرجوع إلا أنه هناك دفع آخر أقره المشرع الجزائري للكفيل يمكن أن يبديه ليحول دون التنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال المدين و هو الدفع بالتجريد⁽²⁾.

الفرع الثاني

الدفع بالتجريد

الدفع بالتجريد هو إمكانية مطالبة الكفيل للدائن بضرورة التنفيذ على كامل أموال المدين و تجريده منها قبل أن يطالب الكفيل بالدين، ذلك أن ذمة المدين هي المسئولة الأولى اتجاه الدائن ثم تليه ذمة الكفيل و الدفع بالتجريد في صورته الخاصة هو دفع الكفيل بتجريد المال المرهون الذي وضعه المدين الأصلي إلى جانب عقد الكفالة ضماناً للدين، و سنتطرق إلى هذا الدفع و إلى صورته الخاصة أولاً من حيث شروطه و ثانياً من حيث آثاره.

(1) أنظر: السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع السابق، ص.106.

(2) أنظر: سعد (نبيل إبراهيم)، التأمينات الشخصية، المرجع السابق، ص.89.

أولاً: شروط الدفع بالتجريد

بعد أن تأكدت الصفة الاحتياطية لعقد الكفالة في القوانين الحديثة، كان لابد على الدائن أن ينفذ أولاً على المدين لاستقاء حقه و إذا لم يستوفيه كان له الرجوع و التنفيذ على أموال الكفيل، لأنه ليس من العدل أن يرى الكفيل أمواله تنتزع منه بينما أموال المدين الأصلي قائمة لا تمس⁽¹⁾، وبالتالي أقرت جل التشريعات الحديثة على الدفع بالتجريد، ولكي يستطيع الكفيل التمسك و إثارة الدفع بالتجريد عليه أن يراعي بعض الشروط و هي أن لا يكون الكفيل متضامناً مع المدين، لأن التضامن يجعل للدائن الحرية في التنفيذ على أموال الكفيل أو المدين أو معهما و بذلك لا يستطيع الكفيل التمسك بالدفع بالتجريد إذا كان متضامناً، و قد يكون التضامن بقوة القانون أو بالاتفاق⁽²⁾، و لقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في نص المادة 665 ق.م.ج: <<لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد>>.

و إذا تعدد الكفلاء و كانوا متضامنين فيما بينهم فإنه يجوز لأي كفيل أن يطلب تجريد المدين و لكن لا يمكن لأحد الكفلاء أن يطلب تجريد كفيل آخر كل هذا شريطة أن لا يكون الكفلاء متضامنين مع المدين، و لا يمكن للكفيل أن يحتفظ بالدفع بالتجريد رغم تضامنه مع المدين لأن القاضي عند النظر في الدعوى لا يعتمد لما يقوله و يذكره المتعاقدان و إنما بما يقرره القانون⁽³⁾، و لم يرد في نص المادة 665 ق.م.ج السالفة الذكر بإمكانية تمسك كفيل الكفيل بالدفع بالتجريد إذا كان الكفيل و المدين متضامنان، و سكوت المشرع عن هذه الحالة جعل من البعض يقول أنه لا يجوز لكفيل الكفيل أن يتمسك بالدفع بالتجريد بينما يرى آخرون عكس ذلك لأن كفيل الكفيل لا يعتبر تلقائياً متضامناً مع المدين أو الكفيل، كما أنه <<يجب قياس علاقة كفيل الكفيل بالكفيل على علاقة الكفيل مع المدين أمام الدائن فتكون العلاقة كالتالي كفيل الكفيل (الكفيل) والكفيل (مدين)>>⁽⁴⁾.

كما أن المشرع الجزائري نص في المادة 669 من ق.م.ج: <<تجوز كفالة الكفيل و في هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل>>، والمشرع هنا يقصد الرجوع و لكنه يمكن قياس وجوب الرجوع على الكفيل قبل رجوع الدائن على كفيل الكفيل على التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على أموال كفيل الكفيل.

(1) أنظر: سعد (نبيل إبراهيم)، التأمينات العينية و الشخصية، المرجع السابق، ص.320.

(2) أنظر: تناغوا (سمير عبد السيد)، المرجع السابق، ص.66.

(3) أنظر: سي يوسف (زاهية حورية)، المرجع السابق، ص.87.

(4) أنظر: أبو مشايخ (سعاد توفيق سليمان)، المرجع السابق، ص.128.

و الشرط الثاني أن يتمسك الكفيل بحقه بالتجريد لأن الدفع بالتجريد ليس من النظام العام و لا يجوز للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه لأنه مقرر لحماية المصالح الخاصة للكفيل، و عليه يجوز للكفيل أن يتمسك بالدفع بالتجريد عندما يبدأ الدائن بالتنفيذ على أمواله و على الضمان العام للكفيل، كما أن المشرع الجزائري نص على وجوب تمسك الكفيل بهذا الدفع في العبارة الأخيرة من نص المادة 660 من ق.م.ج: >>...ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق<<، و هذا ما يدل على أن المشرع لا يعتبر الدفع بالتجريد من النظام العام و إنما قرره فقط للحماية الخاصة للكفيل، كما يستطيع الكفيل التنازل عن هذا الحق صراحة أو ضمناً، و لقد ثار خلاف حول حق الكفيل بالدفع بالتجريد عند النظر في المطالبة لأن الدفع بالتجريد يتمسك به الكفيل عندما يشرع الدائن في التنفيذ على أمواله، فيبدو من ذلك أنه يترتب عنه عدم قبوله من طرف المحكمة⁽¹⁾، و الرأي الراجح هو أن للكفيل أن يتمسك بالدفع بالتجريد أثناء النظر في دعوى المطالبة و عليه فإن المحكمة تحكم بإلزام الكفيل بالدين و لكن لا ينفذ على أمواله إلا بعد تجريد المدين.

و الشرط الثالث هو أنه يجب على الكفيل و هو بصدد إثارة الدفع بالتجريد أن يرشد الدائن إلى أموال المدين للتنفيذ عليها و يكون ذلك على نفقته و هو ما نص عليه المشرع الجزائري بموجب المادة 661 من ق.م.ج: >>إذا طلب الكفيل التجريد، و جب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين تفي بالدين كله<<، و العبرة من إرشاد الكفيل الدائن إلى أموال المدين هو أن الدائن لم يكن لينفذ على أموال الكفيل لو أنه كان يعرف أن المدين لديه أموال يمكن التنفيذ عليها⁽²⁾.

ويجب على الكفيل و على نفقته هو أن يرشد الدائن إلى أموال المدين و تكون كافية للوفاء بكامل الدين لأن الدائن غير مجبر على قبول جزء فقط من الوفاء حسب القواعد العامة⁽³⁾، وهذا على عكس بعض من الدفوع التي يجبر الدائن فيها على قبول جزء من الدين مثل الدفع بعدم التقدم في التفليسة الذي سبق ذكره، كما أنه يجب أن تكون الأموال التي يرشد إليها الكفيل غير متنازع فيها إذ لا فائدة من أموال المدين إذا شرع الدائن في التنفيذ عليها فتتعطل هذه الإجراءات أو تلغى بسبب استحقاق المال لشخص آخر غير المدين، و يكون المال متنازعا فيه حتى و لو لم يثر حول ملكيته أي نزاع قضائي فإذا كان المدين مالكا على الشيوخ لمال معين فلا يمكن للكفيل الإشارة إلى هذا المال للتمسك بالدفع بالتجريد على أساس أن التنفيذ الجبري على المال الشائع يستغرق إجراءات طويلة للتنفيذ عليها.

(1) أنظر: الشهاوي (قديري عبد الفتاح)، المرجع السابق، ص.132.

(2) أنظر: شرف (فيصل أحمد محمد زياد)، المرجع السابق، ص.82.

(3) أنظر: السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع السابق، ص.120.

هذا و يجب أن تكون هذه الأموال التي يرشد إليها الكفيل قابلة للحجز أو التنفيذ عليها فلا يتصور أن يرشد الكفيل الدائن على أموال لا يمكن لهذا الأخير التنفيذ عليها و تجريد المدين منها، كما يجب أن تكون هذه الأموال واقعة داخل الجزائر لأن الأموال الواقعة خارج الأراضي الجزائرية يصعب التنفيذ عليها⁽¹⁾، و هو ما أكدته المادة 2/661 ق.م.ج: >> و لا يؤخذ بعين الاعتبار الأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي الجزائرية، أو كانت متنازعا فيها^{>>}، و عموما فيجب أن يكون التنفيذ على الأموال التي يرشد إليها الكفيل سهلة المنال و ليس فيها إرهاق للدائن و إلا اعتبرت متنازعا فيها و بالتالي يفقد الكفيل الحق في إثارة هذا الدفع و الشرط الرابع الذي يتقيد به الكفيل في إثارة هذا الدفع هو ضرورة أن يكون الكفيل كفيلا شخصيا و ليس عينيا.

لأن الكفيل العيني يكون قد رهن مال يملكه ضمانا للدين بين المدين و الدائن و عليه فإن الدائن عند تنفيذه على مال الكفيل العيني فإنه يستوفي حقه منها و إذا كان هذا الرهن الذي يقدمه الكفيل العيني لا يكفي للوفاء بكل الدين فهذا لا يعني أن الدائن يمتد إلى التنفيذ على أموال الكفيل العيني الأخرى بل يرجع بالباقي على المدين و هذا على عكس الكفيل الشخصي الذي يبقى مسؤولا عن الدين في كامل أمواله لأن ذمته المالية تضم إلى ذمة المدين الأصلي، وبذلك فإن مركز الكفيل الشخصي أخطر من مركز الكفيل العيني فهذا الأخير لا يحق له أن يتمسك بالتجريد ضيف إلى ذلك أن المشرع لم يشأ أن يجعل قيمة الرهن الذي يقدمه الكفيل أضعف أثرا من الذي يقدمه المدين و به كذلك تغليباً لفكرة الرهن على فكرة الكفالة⁽²⁾.

و هذا هو الدفع بالتجريد بصورة عامة و يوجد صورة خاصة للدفع بالتجريد أين يكون المدين قد رهن شيئاً من ماله ضمانا لدينه تجاه الدائن يستطيع الكفيل الشخصي أن يدفع بتجريد هذا التأمين أو هذا المال المرهون ولقد نص المشرع الجزائري على هذه الصورة في نص المادة 663 ق.م.ج: >> إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانونا أو اتفاقا لضمان الدين و قدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه و لم يكن الكفيل متضامنا مع المدين، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين^{>>}، و يفهم من هذه المادة أنه لكي يستطيع الكفيل أن يتمسك بالدفع بالتجريد في صورته الخاصة يجب عليه أن يكون إلى جانب كفالته تأمين عيني خصص لضمان الدين و قد يكون هذا التأمين رهنا رسميا أو رهنا حيازيا أو حق امتياز⁽³⁾.

(1) أنظر: سي يوسف (زاهية حورية)، المرجع السابق، ص.89.

(2) أنظر: تناغوا (سمير عبد السيد)، المرجع السابق، ص.66.

(3) أنظر: سعد (نبيل إبراهيم)، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص.375.

كما أن هذا التأمين الخاص قد يكون كافيا لأداء كل الدين أو غير كافي للوفاء به⁽¹⁾، ويجب أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين لأن تضامنه يستفاد منه رضائه التنازل عن الصفة الاحتياطية لعقد الكفالة التي تمنحه الحق بالدفع بالتجريد، كما يجب أن لا يتنازل عنه سواء كان التنازل صراحة أو ضمنا و أن يتمسك به في مواجهة الدائن لأن مثل هذا الدفع ليس من النظام العام و لا يحكم به القاضي تلقائيا و إنما هو مقرر للحماية الخاصة للكفيل⁽²⁾، كما يجب أن يكون هذا التأمين الخاص الذي يقدم للدائن موجودا قبل انعقاد الكفالة أو مصاحبا لها و إذا كان هذا التأمين الخاص متأخرا في الوجود فإن الكفيل يفقد الحق في إثارة الدفع بالتجريد لأن الكفيل كان يعتمد على هذا التأمين عند إبرامه لعقد الكفالة للتنفيذ عليه قبل التنفيذ على ذمته المالية⁽³⁾.

كما يجب على الكفيل أن يراعي مركز مهم و هو أن يكون هذا التأمين الخاص قد قدم من طرف المدين لأن إذا قدم هذا التأمين من غير المدين فذلك يعني أن هذا الشخص هو كفيل عيني و القواعد العامة في شروط الدفع بالتجريد لا تسمح بهذا الدفع إلا على المدين الأصلي و عليه فالكفيل الشخصي لا يستطيع أن يدفع بتجريد الكفيل العيني لأن كلا من الكفيل الشخصي والكفيل العيني من نفس الدرجة و أن التزامهما التزام تبعي و إذا قام أحدهما بالوفاء فله أن يرجع على الآخر بقدر نصيبه، و لو سمح للكفيل الشخصي أن يدفع بتجريد الكفيل العيني فهذا الأخير لديه الحق في الرجوع على الكفيل الشخصي و كل هذا هو مضيعة للوقت بينهما و تعقيدا للإجراءات و لهذا لم يسمح للكفيل الشخصي التمسك بالدفع بالتجريد في صورته الخاصة إلا في مواجهة الدائن⁽⁴⁾.

(1) أنظر: السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع السابق، ص.133.

(2) أنظر: زهران (همام محمد محمود)، المرجع السابق، ص.129.

(3) أنظر: الشهاوي (قدري عبد الفتاح)، المرجع السابق، ص.132.

(4) أنظر: سي يوسف (زاهية حورية)، المرجع السابق، ص.95.

ثانيا: آثار الدفع بالتجريد

إذا توافرت الشروط المذكورة سابقا جاز للكفيل أن يتمسك بحق الدفع بالتجريد في مواجهة الدائن، و الأثر الأول الذي ينتجه هذا الدفع هو عدم جواز البدء في التنفيذ على أموال الكفيل، أو وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل قبل تجريد المدين من أمواله إذا كانت قد بدأت فعلا، و عليه فإذا حصل الدائن على حكم قضائي بأن يسأل الكفيل عن الدين بعد تجريد المدين الأصلي فإن الدائن لا يستطيع التنفيذ على الكفيل قبل أن ينفذ على المدين⁽¹⁾، و إذا لم يستوفي الدائن حقه كاملا من الأموال التي عينها الكفيل له بسبب تقلبات السوق أو مزاحمته لعدة دائنين آخرين عند التنفيذ على أموال المدين فله أن يعود بالجزء الباقي على الكفيل، و يجب في هذه الحالة أن يثبت الدائن أنه نفذ على جميع أموال المدين التي دل عليها الكفيل.

أما في حالة أين يستوفي الدائن حقه كاملا جراء تجريده للمدين فهنا لا يعود بأي شيء على الكفيل، كما أن وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل هو أن الكفيل و هو بصدد هذا الدفع أن كل الإجراءات التنفيذية التي يقوم بها الدائن تتوقف، و مثال ذلك يلغي التنبيه بنزع الملكية الذي اتخذ ضد الكفيل و تلغى إجراءات حجز التنفيذي على منقولاته، غير أن الإجراءات التحفظية كطلب وضع الأختام على تركة الكفيل إذا مات، أو إجراء توقيع حجز تحفظي على أموال الكفيل يبقى الدائن أصيلا بها و يستطيع أن يتخذها في مواجهة الكفيل رغم إثارة هذا الأخير للدفع بالتجريد⁽²⁾.

كما يترتب أيضا على تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد أن يتحمل الدائن نتيجة إعسار المدين مسؤوليته اتجاه الكفيل، و ذلك إذا قصر في عدم اتخاذه إجراءات التنفيذ في الوقت المناسب بعد قبول دفع الكفيل بالتجريد، ذلك أن المشرع لم يشأ أن تضيع مجهودات الكفيل التي بذلها لإرشاد الدائن سدى خاصة أن نفقات إرشاد الدائن تقع على الكفيل⁽³⁾.

(1) أنظر: تناغو (سمير عبد السيد)، المرجع السابق، ص.72.

(2) أنظر: شرف (فيصل أحمد محمد زياد)، المرجع السابق، ص.92.

(3) أنظر: زهران (همام محمد محمود)، المرجع السابق، ص.134.

و على الدائن أن يبذل عناية الرجل العادي؛ فإذا تراخى أو أهمل التنفيذ حتى صار المدين معسرا أي عدم كفاية أمواله بعد أن كانت كافية فإن ذمة الكفيل تبرا في مواجهة الدائن بقدر إعسار المدين، و يتحمل الدائن بذلك خطئه⁽¹⁾، و لقد نص المشرع الجزائري على هذا الأثر في نص المادة 662 من ق.م.ج التي تنص: >> يكون الدائن في كل الأحوال التي يدل فيها الكفيل على أموال المدين، مسؤولا تجاه الكفيل عن إعسار المدين الذي يترتب عن عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب<<، و مثال إهمال الدائن في تجريد المدين إلى أنه لو دل مثلا الكفيل على عقار للمدين في يد الغير، و تباطئ الدائن في اتخاذ الإجراءات لقطع التقادم المكسب للغير مما يسمح له بتملك هذا العقار، و هذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في المادة 2024 من ت.م.ف.⁽²⁾

و الأثر الثالث الذي ينتج عن تمسك الكفيل بهذا الدفع هو براءة ذمة الكفيل في الحدود التي يتحصل الدائن عليها من حقه نتيجة تنفيذه على أموال المدين التي أرشده إليها الكفيل، و ينقضي التزام الكفيل أو تبرا ذمته نهائيا نتيجة التمسك بتجريد المدين إذا استوفى الدائن لكامل حقه من أموال المدين المجردة، و إذا حصل الدائن على جزء معين فقط من دينه نتيجة مزاحمته لدائنين آخرين، أو أن قيمة هذه الأموال قد نزلت في السوق؛ فإنه يستطيع الرجوع بالباقي على الكفيل و هذا الأخير تكون ذمته المالية بريئة في هذه الحالة و ذلك في حدود ما حصل عليه الدائن نتيجة تجريده للمدين، و لكن على الدائن أن يثبت أنه نفذ على جميع أموال المدين و لكنه لم يستوفي حقه كاملا⁽³⁾.

أما بخصوص الآثار التي تنتج بالنسبة لتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد في صورته الخاصة، أنه تبرا ذمة الكفيل جزئيا أو نهائيا حسب القيمة التي حصل عليها الدائن عند تجريد التأمين الذي وضعه المدين، كما ينتج عنه عدم تنفيذ الكفيل على أموال المدين و وقف كل إجراءات التنفيذ عليه إلا بعد التنفيذ على التأمين العيني المخصص للوفاء بالدين المكفول⁽⁴⁾، كما يترتب على تمسك الكفيل بهذا الدفع مسؤولية الدائن على إعسار المدين نتيجة عدم اتخاذه للإجراءات في الوقت المناسب لأنه قد يكون المدين ميسرا وقت التمسك بالتجريد، و معسرا بعد ذلك لأن الدائن قد أهمل في التنفيذ، و عموما فالآثار التي تنتج عن التمسك بالدفع بالتجريد في صورته الخاصة هي نفسها الآثار التي تنتج عنه في صورته العامة.

(1) أنظر: عبد الدايم (حسني محمود)، المرجع السابق، ص.327.

(2) أنظر: سي يوسف (زاهية حورية)، المرجع السابق، ص.91.

(3) أنظر: سعد (نبيل إبراهيم)، المرجع السابق، ص.103.

(4) أنظر: العمروسي (أنور)، التضامن و التضام و الكفالة في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، مصر، 1999، ص.273.

المطلب الثاني

الدفع بالتقسيم

من الدفوع التي يحق للكفيل التمسك بها و الناشئة عن عقد الكفالة و المبنية على عدم احترام الدائن لأولية الرجوع و التنفيذ لدينا الدفع بالتقسيم، و هو الدفع الأخير الذي أقره المشرع الجزائري حماية للكفيل من خطر التنفيذ على ذمته المالية، في الوقت الذي يمكن التنفيذ على ذمم أخرى إلى جانبه، و سنقوم بدراسته من حيث الشروط و من حيث الآثار و ذلك في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: شروط الدفع بالتقسيم

الفرع الثاني: آثار الدفع بالتقسيم.

الفرع الأول

شروط الدفع بالتقسيم

الدفع بالتقسيم هو الدفع الوحيد الذي يتمسك به الكفيل في مواجهة الدائن للتنفيذ على زملائه من الكفلاء و الدفع بالتقسيم هو أن يدفع الكفيل بأن يقسم الدين بينه و بين الكفلاء الآخرين و عدم التنفيذ عليه بكامل الدين أو بمعنى آخر أن ينفذ الدائن على حصة الكفيل و نسبة ضمانه في الدين فقط بحيث لا يلتزم بالوفاء بكامل الدين و إنما يعود الدائن في استقاء باقي الدين من الكفلاء الآخرين حسب حصة كل واحد منهم و ذلك بشروط.

الشرط الأول هو أن يتعدد الكفلاء و هذا ليس مجرد شرط من شروط الدفع بالتقسيم و إنما الفرض الأساسي الذي يقوم عليه هذا الدفع⁽¹⁾، بحيث أن قسمة الدين لا يمكن أن تحصل إلا في حالة تعدد الكفلاء و ذلك بأن يكون هناك أكثر من الكفيل أو شخص يكفل التزام المدين⁽²⁾، و هذه الحالة تستدعي عدم استطاعة الكفيل التمسك بهذا الدفع لتقسيم الدين الذي بينه و بين المدين لأن التزام كل واحد منهما يختلف عن التزام الآخر الأصلي بينما كفيل الكفيل يضمن التزام الكفيل⁽³⁾.

(1) أنظر: تناغو(سمير عبد السيد)، المرجع السابق، ص.79.

(2) أنظر: يكن (زهدي)، المرجع السابق، ص.284.

(3) أنظر: عبد الدايم(حسني محمود)، المرجع السابق، ص.245.

كما أنه ولكي يستطيع الكفيل التمسك بهذا الدفع يجب أن يكون باقي الكفلاء شخصين بحيث إذا تقدم لضمان الدين كفيل عيني و كفيل شخصي في نفس الوقت و كان الكفيل الشخصي غير متضامن مع المدين فإنه لا ينفذ على أموال الكفيل الشخصي إلا بعد التنفيذ على المال الذي رهنه الكفيل العيني و بذلك فإن الدين لا ينقسم بين الكفالة العينية و الكفالة الشخصية بل يبدأ التنفيذ على الكفالة العينية و يعود الدائن بالباقي على الكفيل الشخصي⁽¹⁾.

و لقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في نص المادة 1/664 ق.م.ج: >> إذا تعدد الكفلاء لدين واحد، ويعقد واحد و كانوا غير متضامين فيما بينهم، قسم الدين عليهم، و لا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة<<، وكذلك يستخلص من المادة أن تعدد الكفلاء وحده لا يجيز هذا الدفع بل يجب أن يتعدد الكفلاء لدين واحد ، بحيث أنه إذا كان هناك كفيلان و كل كفيل كفل دين غير الذي كفله الكفيل الآخر فإن كل كفيل يبقى ملتزما بكل الدين في مواجهة الدائن و لا يستطيع الكفيل أن يتمسك بالدفع بالتقسيم مع الكفيل الآخر⁽²⁾.

كما يجب أن يتعدد الكفلاء لدين واحد و لمدين واحد أو نفس المدينين بحيث إذا كان هناك كفيلان مثلا و كان قد كفلا مدينين متضامين بدين إلى دائن واحد وكل كفيل كفل مدين واحد ففي هذه الحالة لا يجوز لأي من الكفيلين أن يطالب التقسيم لتخلف المدين الواحد المذكور في نص المادة السابقة، أما إذا كفل هذان الكفيلين نفس المدينين و كان المدينان متضامين فإنهما في هذه الحالة قد كفلا نفس الدين ونفس المدينين و لذلك يقسم الدين عليهم و بالتالي فيستطيع كل كفيل أن يدفع بالتقسيم⁽³⁾، أما في الحالة التي يكون فيها المدينين غير متضامين بالنسبة للدائن الواحد فإن الدين ينقسم على المدينين ابتداء و بالتالي فيستفيد من ذلك الكفيلين فيقسم عليهم أيضا و ذلك حسب القواعد العامة لانقسام الالتزامات⁽⁴⁾.

(1) أنظر: السنهوري(عبد الرزاق)، المرجع السابق، ص.94.

(2) أنظر: الشهاوي (قدري عبد الفتاح)، المرجع السابق، ص.109.

(3) أنظر: سي يوسف (زاهية حورية)، المرجع السابق، ص.98.

(4) أنظر: سعد(نبيل إبراهيم)، المرجع السابق، التأمينات العينية و الشخصية، ص.379.

كذلك يشترط لكي يتم إعمال الدفع بالتقسيم أن يكون الكفلاء قد قاموا بكفالة الدين بموجب عقد واحد⁽¹⁾، و ذلك أن المشرع يفترض أن كل كفيل كان يعتمد على زملائه الكفلاء في الوفاء بالدين و بذلك فإن كل كفيل قد انصرفت نيته إلى الالتزام بقدر نصيبه أو حصته من الدين المكفول، لذلك قرر المشرع تقسيم الدين بينهم بقوة القانون و لا حاجة لتمسك أحدهم بهذا الدفع وعلى القاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه.

أما في حالة أين يتعدد الكفلاء و لكن بعقود متتالية و ليس بموجب عقد واحد فهذا يدل على أن كل كفيل لا يعتمد على الكفلاء الآخرين في التزامه تجاه الدائن فقرر المشرع عدم تقسيم الدين بين الكفلاء، إلا في حالة أين يحتفظ أحد الكفلاء لنفسه بحق التقسيم، و لقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في نص المادة 2/664 ق.م.ج: >> أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متتالية، فإن كل واحد منهم يكون مسؤولاً عن الدين كله، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم <<، فحق الدفع بالتقسيم يرد فقط عند تعدد الكفلاء بموجب عقد واحد وبالتالي فيحق للدائن أن يطالب أي كفيل بكل الدين إذا كانوا قد أبرموا عقوداً متتالية⁽²⁾.

كما يشترط لإثارة الدفع بالتقسيم أن لا يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم أو بالأحرى أن يكون هناك عدة كفلاء عاديين فإذا كان الكفلاء متضامنين فلا ينقسم الدين بينهم⁽³⁾، و يسقط عنهم حق الدفع بالتقسيم لأن منطق التضامن يقضي بأنه يحق للدائن أن يطالب أياً منهم بكل الدين، بالتالي فإذا كان هناك ثلاثة كفلاء لدين واحد ومدين واحد وكانوا غير متضامنين، فيقسم الدين على عدد رؤوسهم أما إذا كانوا متضامنين فإن الدائن يستطيع التنفيذ على أي كفيل يختاره و ذلك بكل الدين.

(1) أنظر: زهران (همام محمد محمود)، المرجع السابق، ص.150.

(2) أنظر: السنهوري(عبد الرزاق)، المرجع السابق، ص.96.

(3) أنظر: علم الدين(محي الدين اسماعيل)، العقود المدنية الصغيرة، الطبعة الثانية، د.د.ن، مصر، د.س.ن، ص.279.

الفرع الثاني

آثار الدفع بالتقسيم

إذا توافرت الشروط السابقة و تم قبول الدفع بالتقسيم فإنه لا يجوز للدائن أن ينفذ على كفيل واحد من بين الكفلاء أو يطالبه بكامل الدين و إنما ينقسم الدين إلى عدد رؤوس الكفلاء، و بالتالي فعلى الدائن أن يطالب كل كفيل بقدر حصته و إذا لم تحدد الحصص فيعتد بعددهم⁽¹⁾، و مثال ذلك إذا التزم كفيلا بعقد واحد انقسم الدين إلى نصفين كل كفيل يلتزم بالنصف، كما أنه يجوز للكفيل إبداء طلب قسمة الدين في أي مرحلة وصلت إليها الدعوى و ذلك لتحديد ما يتوجب على كل كفيل دفعه من الدين⁽²⁾، كما أنه وبغض النظر عن ذلك فالتقسيم يقع بقوة القانون و على المحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها دون الحاجة إلى انتظار إثارته من أحد الكفلاء لأن التقسيم في الأصل قد وقع من وقت إبرام عقد الكفالة و ليس من وقت صدور الحكم من المحكمة، و يترتب أيضا على الدفع بالتقسيم أنه إذا كان من بين الكفلاء كفيل معسر فإن حصة هذا الكفيل المعسر لا يتحملها باقي الكفلاء و إنما يتحملها الدائن⁽³⁾.

أما بخصوص التزام الكفلاء بعقود متتالية فهذا يفرض عليهم التضامن بقوة القانون، و عليه فيجوز للدائن أن ينفذ على أي من الكفلاء بكامل الدين و لا يجوز للكفيل أو الكفلاء عامة التمسك بالدفع بالتقسيم لأن نيتهم قد اتجهت مسبقا إلى عدم الاتكال أو الاعتماد على الغير في أداء كامل الدين أمام الدائن و يترتب على العقود المتتالية للكفلاء أن كل كفيل مستقل عن الآخر في أداء دينه، أو بمعنى آخر أن دخول كفيل ثاني إلى جانب الكفيل الأول يعني أن الثاني لم يطمئن أن الكفيل الأول قادر على الوفاء بكامل الدين إذا لم يوفيه المدين الأصلي، كما أن هذه القرينة هي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بالكتابة و ليس بكل طرق الإثبات لأن الكفالة لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة و منه يجوز لكل كفيل من الكفلاء أن يثبت أنه قصد أن يكون التزامه على نصيب معين من الدين الأصلي و الباقي يكون على باقي الكفلاء⁽⁴⁾، و هذا ما هو وارد في العبارة الأخيرة من نص المادة 664 ق.م.ج: >>...إلا إذا احتفظ لنفسه بحق التقسيم<<.

(1) أنظر: تناغوا (سمير عبد السيد)، المرجع السابق، ص.81.

(2) أنظر: يكن (زهدي)، المرجع السابق، ص.285.

(3) أنظر: سي يوسف (زاهية حورية)، المرجع السابق، ص.99.

(4) أنظر: أبو مشايخ (سعاد توفيق سليمان)، المرجع السابق، ص.141.

ويترتب على عدم قبول الدفع بالتقسيم أن الدائن يجوز له أن يرفع دعوى قضائية على أي كفيل لمطالبته بالوفاء بكامل الدين لاستفاء حقه منه كما يترتب على عدم قبول الدفع بالتقسيم أن يكون الكفلاء مسئولين مسئولية تضامنية، و على ذلك إذا طالب الدائن أحد الكفلاء فإنه يطالبه بالدين كله، فإذا استوفى الدائن كامل الدين برئت الذمة المالية للكفلاء الآخرين نحوه، و لكن الكفيل الذي دفع كل الدين يستطيع الرجوع بدعوى الحلول على سائر الكفلاء كل بقدر نصيبه في الدين أما إذا لم يستوفى الدائن إلا جزءا من الدين فإنه يستوفي البقية من أي كفيل آخر لأن كل كفيل مسؤول عن الدين و بذلك يكون مسؤول عن الجزء المتبقي لأن الدائن يكون قد استوفى جزء من الدين من الكفيل الأول ثم يرجع الكفيلان على سائر الكفلاء فيقسم في النهاية الدين على كل الكفلاء و لكن ذلك في علاقتهم فيما بينهم وليس في علاقتهم مع الدائن⁽¹⁾.

(1) أنظر: السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع السابق، ص.96.

خاتمة

في الختام نجد أن عقد الكفالة هو من أبرز التأمينات الشخصية نظرا لأهميتها العملية في استقرار المعاملات المالية و بعث الائتمان بين الأفراد، و من خلال كل ما سبق يتضح لنا أن عقد الكفالة هو عقد تبعية لعقد أصلي و أن هذه التبعية تجعل من عقد الكفالة و الكفيل يحظى من أي تغيير نافع في الالتزام الأصلي، و للكفيل أن يتمسك بالدفع التي أقرها المشرع له و المستمدة من الالتزام الأصلي و ذلك بكل الدفع التي يمكن للمدين أن يثيرها، كما يمكن له أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الكفالة .

و هذه الدفع أقرها المشرع الجزائري للكفيل مراعيًا صفة جوهرية في الكفيل هي أن هذا الأخير ليست له مصلحة أو فائدة شخصية من كفالة دين الغير لأن عقد الكفالة هو التزام من جانب واحد، لذلك جعل المشرع مساءلة الكفيل تأتي بعد مساءلة المدين الأصلي، و يتبين أيضا من خلال التمسك بهذه الدفع أن الذمة المالية للكفيل قد تبرأ نهائيا أو تبرأ جزئيا، و قد لا تبرأ إذا كان الدائن لم يجد عند رجوعه على المدين محل العقد الأصلي، كما أن غالبية هذه الدفع لا تتعلق بالنظام العام فهي مقررة لحماية المصلحة الخاصة للكفيل و بالتالي فعلى الكفيل أن يثيرها من تلقاء نفسه عند رجوع الدائن عليه للتنفيذ على ذمته المالية.

كما يتبين من خلال هذه الدفع أن المشرع الجزائري قد أقر هذه الدفع بطريقة عامة تاركا للفقهاء استخلاص تفاصيل هذه الدفع و كذلك لم يبين بوضوح مركز كفيل الكفيل في بعض الحالات و لذلك اعتمد الفقه على القياس و هو ما يستدعي إدخالها في التعديلات اللاحقة للقانون المدني، غير أنه أشار إلى معظم هذه الدفع سواء في القواعد العامة أو القواعد الخاصة بعقد الكفالة التي بموجبها يكون الكفيل محميا من عيوب العقد الأصلي أو تقصير أو إهمال الدائن إلا في الحالة التي يقرر فيها الكفيل التنازل عن هذه الحماية.

و لقد حذا المشرع الجزائري حذو التشريعات العربية خاصة التشريع المصري عند سنه لقواعد عقد الكفالة و الدفع المرتبطة بها و لقد أخذ بالمعنى الحديث لعقد الكفالة من حيث التبعية و من حيث مركز الكفيل مع المدين و كذلك الأمر بالنسبة لاستثناء الدائن لحقه من المدين قبل الكفيل معتمدا في ذلك على الصفة الاحتياطية لعقد الكفالة كعقد تبعية لعقد أصلي ليقرر لها الحماية الواجبة بعدما كان الأمر هو تشديد مسؤولية الكفيل و ذلك في القانون الروماني.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

1- الكتب:

- أبو السعود (رمضان محمد) و زهران (همام محمد محمود)، التأمينات الشخصية و العينية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997.
- السرحان (عدنان إبراهيم)، العقود المسماة في (المقاوله، الوكالة، الكفالة)، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1996.
- السعدي (محمد صبري)، الواضح في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية و العينية)، دار الهدى، الجزائر، د.س.ن.
- السنهوري (عبد الرزاق)، الوسيط في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية و العينية)، الجزء العاشر، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1970.
- الشهاوي (قدري عبد الفتاح)، أحكام عقد الكفالة، التضامن و التضامم، منشأة المعارف، مصر، د.س.ن.
- العمروسي (أنور)، التضامن و التضامم و الكفالة في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، مصر، 1999.
- العوجي (مصطفى)، القانون المدني (الموجبات المدنية)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.
- بلحاج (العربي)، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- بينابت (آلان)، ترجمة القاضي (منصور)، القانون المدني الموجبات، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، لبنان، 2004.
- تناغو (سمير عبد السيد)، التأمينات الشخصية و العينية، منشأة المعارف، مصر، 1996.
- جعفرور (محمد سعيد)، نظرات في صحة العقد و بطلانه في القانون المدني و الفقه الإسلامي، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، د.س.ن.
- زكي (محمود جمال الدين)، دروس في التأمينات الشخصية والعينية، مطابع دار الشعب، القاهرة، 1974.

- زهران (همام محمد محمود)، التأمينات العينية و الشخصية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.
- سرايش (زكريا)، الوجيز في شرح أحكام الكفالة و الرهن الرسمي، دار الهدى للطباعة و النشر، الجزائر، د.س.ن.
- سعد (نبيل إبراهيم)، التأمينات الشخصية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2000.
- سعد (نبيل إبراهيم)، التأمينات العينية و الشخصية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
- سي يوسف (زاهية حورية)، عقد الكفالة، الطبعة الرابعة، دار الأمل، الجزائر، د.س.ن.
- طلبة (أنور)، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض من إنشائها سنة 1931، الجزء التاسع، دار نشر الثقافة، مصر، د.س.ن.
- عبده (محمد علي)، عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2005.
- عبد الدايم (حسني محمود)، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009.
- علم الدين (محي الدين إسماعيل)، العقود المدنية الصغيرة، الطبعة الثانية، د.د.ن، مصر، د.س.ن.
- فوده (عبد الحكم)، البطلان في القانون المدني و القوانين الخاصة، الطبعة الثانية، دار الفكر و القانون، مصر، 1999.
- فيلاي (علي)، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر، الجزائر، 2001.
- مرقس (سليمان)، عقد الكفالة، دار النصر للجامعات المصرية، مصر، 1959.
- معطي (محمد محمود)، الكفالة في ضوء الفقه و الاجتهاد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- يكن (زهدي)، شرح قانون الموجبات و العقود، الجزء السادس عشر، د.د.ن، د.ب.ن، 1980.

2- المذكرات

- أبو مشايخ (سعاد توفيق سليمان)، عقد الكفالة المدنية و الآثار المترتبة عليه (دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية و القانون المدني المصري)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح في نابلس، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2006.

- سليمان (سارة)، عقد الكفالة في القانون المدني، مذكرة التخرج لنيل شهادة القضاء، المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية عشر، 2001، 2004.
- شرف (فيصل أحمد محمد زياد)، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، 2012.
- شعوادي (هلال) و شنة (رابح) و غانم (مصطفى)، نظرية بطلان العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ليسانس في العلوم القانونية و الإدارية، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق، بجاية، 2001.

3- الدوريات

- مجموعة الأعمال التحضيرية الصادرة عن مجلس النواب المصري، الجزء الخامس، مطابع مذكرة، مصر، د.س.ن.

4- النصوص القانونية

- أمر رقم 75- 58، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل إلى غاية القانون رقم 07- 05، المؤرخ في 13 مايو 2007، ج.ر.ع 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975.
- أمر رقم 84-11، المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق ل 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05- 09، المؤرخ في 04 مايو 2005، ج.ر.ع 43، الصادرة في 22 يونيو 2005.
- أمر رقم 75- 59، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، الذي يتضمن القانون التجاري، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05- 02، ج.ر.ع 11، الصادرة في 09 فيفري 2005.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

-Ouvrages

- MACORIG-Venier(Francine), Droit Civil : Les suretès, L’Hermès éditeur, Lyon, 1^{ère}édition,1999 .

-SIMLER(Philippe) , Cautionnement et garanties autonomes, Litec,
Paris, 2^{ème} édition,1991.

الموضوع	الصفحة
الفصل الثاني:الدفع المستمدة من عقد الكفالة.....	35
المبحث الأول:الدفع المبنية على تقصير الدائن.....	35
المطلب الأول:الدفع الراجعة إلى عدم اتخاذ الدائن لإجراءات محددة.....	35
الفرع الأول: الدفع بعدم تقدم الدائن في تغطية المدين.....	36
أولا:شروط الدفع بعدم تقدم الدائن في تغطية المدين.....	36
ثانيا:آثار الدفع بعدم تدخل الدائن في تغطية المدين.....	39
الفرع الثاني: الدفع بعدم اتخاذ الدائن لإجراءات التنفيذ ضد المدين بعد إنذار الكفيل له بذلك.....	41
أولا:شروط الدفع بعدم اتخاذ الإجراءات ضد المدين.....	41
ثانيا:آثار الدفع بعدم اتخاذ الإجراءات ضد المدين.....	45
المطلب الثاني:الدفع ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أضعاه الدائن بخطئه من تأمينات.....	47
الفرع الأول:شروط الدفع بإضاعة التأمينات.....	47
الفرع الثاني:آثار الدفع بإضاعة التأمينات.....	51
المبحث الثاني:الدفع المبنية على عدم احترام الدائن لأولوية الرجوع والتنفيذ.....	53
المطلب الأول:الدفع بالمطالبة و الدفع بالتجريد.....	53
الفرع الأول: الدفع بالمطالبة.....	53
أولا:شروط الدفع بالمطالبة.....	54
ثانيا:آثار الدفع بالمطالبة.....	57
الفرع الثاني: الدفع بالتجريد.....	58
أولا:شروط الدفع بالتجريد.....	59
ثانيا:آثار الدفع بالتجريد.....	63
المطلب الثاني: الدفع بالتقسيم.....	65
الفرع الأول:شروط الدفع بالتقسيم.....	65
الفرع الثاني:آثار الدفع بالتقسيم.....	68
خاتمة.....	70
قائمة المراجع.....	71
الفهرس.....	75