الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة ابن خلدون – تيارت –

كلية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر

الشعبة: حقوق

التخصص: قانون خاص معمق

بعنوان:

عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري،

دراسة مقارنة

من إعداد الطالبين:

– علي جالي عدة

– كشيشات محمد

تحت إشراف:

الدكتور: قديري محمد توفيق

لجنة المناقشة :

أعضاء اللجنة	الرتبة	الصفة
– الدكتورة: قويدر ميمونة	أستاذة التعليم العالي	رئيسا
– الدكتور: قديري محمد توفيق	أستاذ محاضر قسم أ	مشرفا ومقررا
– الدكتور: سماحي خالد	أستاذ محاضر قسم أ	عضوا مناقشا
– الدكتور: حمر العين عبد القادر	أستاذ التعليم العالي	عضوا مدعوا

السنة الجامعية: 2022 – 2023

الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة ابن خلدون – تيارت –

كلية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر

الشعبة: حقوق

التخصص: قانون خاص معمق

بعنوان:

عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري،

دراسة مقارنة

من إعداد الطالبين:
- علي جالي عدة
- كشيشات محمد

تحت إشراف:
الدكتور: قديري محمد توفيق

لجنة المناقشة :

أعضاء اللجنة	الرتبة	الصفة
– الدكتورة: قويدر ميمونة	أستاذة التعليم العالي	رئيسا
– الدكتور: قديري محمد توفيق	أستاذ محاضر قسم أ	مشرفا ومقررا
– الدكتور: سماحي خالد	أستاذ محاضر قسم أ	عضوا مناقشا
– الدكتور: حمر العين عبد القادر	أستاذ التعليم العالي	عضوا مدعوا

السنة الجامعية: 2022 – 2023

* تشكـرات

بعد شكر المولى عز وجلَّ على نعمه المسداة أتقدم بالشكر الجزيل، والثناء الجميل الدكتور المشرف "قديري محمد توفيق" الذي كان له أكبر الأثر في انجاز هذه الدراسة من خلال ملاحظاته ومتابعته المستمرة فلم يبخل بجهده أو نصائحه المتواصلة وتوجيهاته القيمة السديدة، كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى لجنة المناقشة على تحمل عناء قراءة هذا العمل المتواضع وتصحيحه، وإلى كافة عمال مكتبة الحقوق، وأتوجه بالشكر والتقدير إلى كل من قدم لي المساعدة أو ساهم في إبداء النصح والمشورة في مسيرتي العلمية.

*** إهـداء**

إلى من سهرت وتعبت وربت إلى إمي الغالية حفظها الله.

إلى من لايضاهي تعبه شيء الذي حرص على تعليمي ومد لي يد العون والدي العزيز حفظه الله.

إلى كل من أخذ بيدي حتى ارتقيت ذرى العلم، وخطوت طريق النجاح.

إلى إخوتي وأخواتي، إلى أصدقائي وجميع زملائي ومن ساعدوني بكل ما يملكون.

إلى كل من يطلب العلم لينير الدروب، ويمحو ظلمة الجهل، والتخلف.

قائمة المختصرات

*** قائمة المختصرات:**

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري

ق.م: القانون المدني

ص: الصفحة

ص ص: من الصفحة إلى الصفحة

ط: الطبعة

د.ط: دون طبعة

د.د.ط: دون دار الطبع

د.س.ن: دون سنة النشر

مقدمة

*** مقدمة:**

- التعريف بالموضوع:

تعد التأمينات بمثابة الوسيلة التي تحمي كل شخص من الأخطار التي تهدده، حيث نجد تأمينات شخصية وعينية التي هي عبارة عن وسائل قانونية تهدف إلى ضمان حصول الدائن على حقه في ذمة المدين، وتجنب اعساره.

ومن تم جاء القانون المدني لتنظيم حياة الأفراد اليومية وكذا المعاملات والعلاقات التي تربط بينهم، ولإشعارهم بالاستقرار والطمأنينة والأمان، كونه يستند على رضا المتعاقدين، ومن الأحكام التي يتضمنها نجد عقد الكفالة، الذي يعد من أهم صور التأمينات الشخصية، التي تقوم على تعدد الذمم لتنفيذ هذا الالتزام أمام الدائنين فتضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين في الدين المكفول، بحيث إذا تعرض إلى إعسار تكون الذمة الأخرى مسؤولة عن الوفاء بالدين، كما يمكن للدائن الرجوع على الكفيل أو على المدين، ومطالبتهما بأداء الدين إليه، لذا تعد الكفالة عقد رضائي ينعقد من خلال التراضي مع توافر بعض الشروط الأخرى الكافية لقيامه بين الكفيل والدائن، كذلك نجد أن الكفالة هي عقد لازم للكفيل وليس للدائن.

ومن تم فقد وضع المشرع الجزائري تنظيمات حول عقد الكفالة، بما في ذلك المادتان 189 و190 من القانون المدني الجزائري، اللتان تسمحان للدائنين بمتابعة الإجراءات المباشرة أو غير المباشرة لعدم تنفيذ التصرف، وهذا بموجب المادة 191 من القانون المدني الجزائري، وللدائنين الحق في فضح محاولات المدين لسحب أمواله من الضمان العام من خلال التقاضي الوهمي حسب ما جاء في نص المادة 198 من القانون المدني الجزائري، مقارنة بالتشريعات الأخرى فنجد المشرع المصري عرف عقد الكفالة 772 في القانون المدني رقم 131 بأنها: "الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه"، في حين عرفها المشرع العراقي في المادة

1008 من القانون المدني العراقي رقم 40 بأنها: "الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام"، وبالرغم من كل هذه الوسائل لا تلغى الإمكانية من وقوع مخاطر عدم تمكن الدائنين من الحصول على حقوقهم نتيجة لذلك.

وعليه فقد وجد المشرع وسائل أخرى لمنح الدائنين درجة أكبر من الثقة، وتسمى هذه الوسائل التأمين الخاص، وهي نوعين هما:

التأمين على الحياة والتأمين المادي، أما الأول فهو تعدد المسئولين عن أداء الالتزام، فيكون ضمان الدائن بإضافة التزام آخر إلى المدين، بحيث إذا كان المدين معسرا يكون طرف آخر مسئولا عن إبراء الذمة، من نفس الدين، ويعتبر حصول الدائن على الحقوق والزيادات والضمانات من أهم الأشكال وأكثرها وضوحا في هذا المجال، بالإضافة إلى أشكال أخرى التي يقوم فيها المسؤول عن التزام واحد، وكل هذه الصور تضمنها القانون في المادة 217 ق.م.ج، وما بعدها والمتمثلة في التضامن بين المدين، حيث يمكن للدائن أن يطالب المدينين المتضامنين بالدين سواء كانوا منفردين أو مجتمعين، فيتم اختيار الذي يستطيع قضاء دينه كاملا أو يمكن العودة على أي مدين بما بقي له من حق إذ لم يستوفه من المدين الأول، أما المادة 237 ف.م.ج فقد نصت على عدم قابلية الالتزام فيما بين المدينين، وكذلك الإنابة في الوفاء بإبقاء المدين الأصلي هو المسؤول مع المدين الجديد المناب قبل الدائن كما جاء في المادة 294 ق.م.ج.

أما بالنسبة للتأمين العيني، فهو يقوم على تخصيص أموال معينة من أموال المدين لضمان أداء الدين، فهو يوفر الحماية للدائن من مخاطر تصرف المدين بالمال لأنه يجعل الدائن يتابع المال، كما يحميه من مخاطر المنافسة مع الدائنين الآخرين، لأنه يمنحه الحق في التقدم إلى المالك، أما بخصوص الأوراق المادية المدرجة في التقنين المدني هي مرهونات رسمية حسب المادة 882 من القانون المدني الجزائري، ومرهونات الحيازة كما جاء في المادة 948 ق.م.ج، وحقوق التخصيص كما نصت عليه المادة 937 ق.م.ج

والامتيازات التي جاءت بها المادة 882 ق.م.ج، ولعلها تعد أهم شكل من أشكال التأمين الخاص المذكور أعلاه ألا وهو عقد الكفالة والذي هو موضوع دراستنا ولقد قام المشرع الجزائري بخص جانب مهم من التقنين المدني، في الفصل الحادي عشر بعنوان الكفالة من الكتاب الثاني: الالتزامات والعقود، بتخصيص 20 مادة لها، تمتد من المادة 644 إلى 673 من القانون المدني الجزائري.

- أهمية الموضوع:

تكمن أهمية اختيار موضوع عقد الكفالة في كونه من الدراسات الراهنة، بحيث يعد ذا أهمية كبيرة في الحياة اليومية، كون الكفالة من الوسائل التي تطمئن وتضمن الدائن وكذا الكفيل، من خلال المزايا التي تمنحها له لاسترجاع أمواله في حالة تعسف المدين.

- أسباب اختيار الموضوع:

ترجع أسباب اختيار هذا الموضوع إلى توضيح مدى أهمية هذه الدراسة في حياتنا اليومية، وكذا التطرق إلى مختلف النصوص القانونية، التي نصت ونظمت عقد الكفالة في القانون الجزائري والتشريعات المقارنة.

- الإشكالية:

وعليه يمكن بلورة معالم إشكالية هذا البحث حول التساؤل الآتي:

ماهي الآثار المترتبة على عقد الكفالة في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة؟

- المنهج:

للوصول إلى الأهداف المرجوة من هذا البحث، تم استخدام منهجين نذكرها كما يلي:

سنعتمد في دراستنا هذه على المنهج الوصفي والمنهج التحليلي، وذلك من خلال عرض النصوص القانونية الواردة في القانون المدني المتعلقة بعقد الكفالة، ومن ثم تحليل المعلومات المتوصل إليها.

- الدراسات السابقة:

لقد تطرقت عدة دراسات لموضوع "عقد الكفالة" لكن كل دراسة بحسب الهدف والإشكالية التي بنيت عليها والتي قمنا بترتيبها وفقا لسنوات الدراسة، وعلى سبيل المثال نذكر منها ما يلي:

الدراسة الأولى: العاقب عيسى، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1986.

درس الباحث في هذه الدراسة عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، متناولا تعريف الكفالة، وأركانها التي تكونها، وكذا الشروط اللازمة لقيامها، كأي عقد من العقود الأخرى، ليدرس فيما بعد آثار الكفالة، وفقا لما جاء به المشرع الجزائري في النصوص القانونية، وختم دراسته بالحالات التي تنقضي فيها الكفالة.

الدراسة الثانية: باقي وداد، الكفالة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي: دارسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، تخصص: عقود ومسؤولية، جامعة بومرداس كلية الحقوق ببودواو، 2009.

تناولت الباحثة في هذه الدراسة الموضوع من الناحية القانونية، ومن الناحية الفقه الإسلامي، بحيث أولوا فقهاء الشريعة الإسلامية اهتمام كبير به، إضافة إلى اختلاف المذاهب الفقهية بشأنه في نقاط مختلفة، وتم البحث في هذا الموضوع على ضوء المذاهب السنية الأربعة المعروفة، كما تم الاعتماد على التقنين المدني الجزائري، مع الإشارة إلى النصوص المقابلة له في بعض التقنينات العربية والتقنين المدني الفرنسي.

الدراسة الثالثة: بودربالة موني، كفالة التزام المدين بسبب نقص أهليته، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق، فرع: العقود والمسؤولية، جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة، 2017.

في هذه الدراسة، تناول الباحث موضوع الكفالة باعتباره كضمان للدين القابل للإبطال بسبب نقص الأهلية للمدين، وأن عدم تقرر ابطال الالتزام للمكفول بسبب نقص الأهلية، هنا يبقى الكفيل ملتزما بالوفاء به، مما يترتب عن ذلك حق الدائن في مطالبته، فتطبق بذلك جميع أحكام الكفالة وفقا للقانون المدني، لأن القول بنقصان الأهلية حسبه يجعل من كفالة إلتزامه ممكنة، أما في قانون الأسرة، تكون هذه الكفالة باطلة بسبب بطلان جميع تصرفاته وهذا راجع إلى انعدام أهليته.

ومن ثم، فما يميز دراستنا هذه عن سابقاتها، فدراستي تناولت الموضوع بشكل مفصل، من خلال التطرق إليه في القانون المدني الجزائري والتشريعات المقارنة، بالتطرق إلى تعريف عقد الكفالة وأنواعها وخصائصها وشروط تكوينها، وكذا آثارها التي تنجم عن قيامها، ومن ثم انقضائها في القانون المدني الجزائري.

- عرض الخطة:

لمعالجة الإشكالية المطروحة ارتئينا تقسيم المذكرة إلى فصلين رئيسيين وفقا للخطة الآتية:

الفصل الأول: ماهية عقد الكفالة

المبحث الأول: مفهوم عقد الكفالة

المطلب الأول: تعريف عقد الكفالة وبيان خصائصه

المطلب الثاني: أنواع الكفالة وتمييزها عن المفاهيم المشابهة

المبحث الثاني: إنشاء عقد الكفالة

المطلب الأول: التراضي في عقد الكفالة

المطلب الثاني: المحل في عقد الكفالة

المطلب الثالث: السبب في عقد الكفالة

الفصل الثاني: آثار عقد الكفالة

المبحث الأول: العلاقات الناشئة عن عقد الكفالة

المطلب الأول: العلاقة بين الدائن والكفيل

المطلب الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين

المبحث الثاني: انقضاء عقد الكفالة

المطلب الأول: انقضاء عقد الكفالة بطريقة أصلية

المطلب الثاني: انقضاء الكفالة بطريقة تبعية

الفصل الأول:
ماهية عقد الكفالة

*** الفصل الأول: ماهية عقد الكفالة**

*** تمهيد:**

يعد عقد الكفالة من بين العقود الأكثر شيوعا بين الأفراد، وكذا المهمة في الحياة، حيث أنها اتسعت وتطورت مواكبة للتطورات الإنسانية الحديثة، لذلك أصبح من الضروري وضع نظام يضمنها ويؤمنها يسمح للأفراد اللجوء إلى هذا العقد وممارسة معاملاتهم بكل سهولة، مع ضمان كافة حقوقهم.

فالضمانات، باعتبارها وسيلة قانونية مقدرة لحماية أموال الدائنين من الخسارة، تنطبق على جميع الأطراف في علاقة، والدائنين والضامنين، وتخضع لنظام قانوني منفصل له قواعده الخاصة ومتميز عن باقي التأمينات الأخرى، وعليه سنتطرق في هذا الفصل إلى مفهوم عقد الكفالة (المبحث الأول)، تكوين عقد الكفالة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم عقد الكفالة:

يعد عقد الكفالة من إحدى الضامنات التي تمنح للدائن للحفاظ على حقه تجاه المدين، ولقد جاء الفقه والقانون بعدة تعاريف متباينة وذلك لأهميته، كل حسب نظرته إلى الغاية من وجود هذا العقد ومضمونه، مما أدى إلى تعدد التعاريف، وعليه سنتطرق إلى تعريف عقد الكفالة وبيان خصائصه (المطلب الأول)، ثم إلى أنواع الكفالة وتمييزها عن المفاهيم المتشابهة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف عقد الكفالة وبيان خصائصه:

سنتناول في هذا المطلب لتعريف عقد الكفالة لغة، اصطلاحا وقانونا في (الفرع الأول) ثم تبيان الخصائص عقد الكفالة في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف عقد الكفالة:

يعد عقد الكفالة من العقود البسيطة والمهمة في الحياة العملية والعلمية وذلك لحاجات الإنسان الجديدة وتطلعاته للتشريعات القانونية أو الأنظمة التي تهدد علاقته بالغير والصيغة التي يعمل بها عند لجوئه لهذا العقد، ومن تم سنتطرق إلى تعريف عقد الكفالة وفقا للعناوين الآتية.

أولا: تعريف الكفالة:

تعددت التعاريف الخاصة بالكفالة نذكر منها ما يلي:

– الكفالة هي تعهد الشخص لأحد المتعاقدين بالوفاء بما تعهد به الغير أي هنا يقصد بها تأمينات شخصية. [1]

[1] محمد عبد الرحيم عنبر، الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية في مصر والدول العربية: مدني، جنائي، دولي، الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية، مصر، 1972، ص 13.

– وتعرف الكفالة أيضا بأن يضمن الشخص دين المدين الأصلي وذلك بأن يرهن للدائن عقارا، ويكون الرهن إما حيازيا أو رسميا، أي ما تسمى بالكفالة العينية.[1]

– كما تعرف الكفالة أيضا بأنها المال المملوك للكفيل الذي يقدمه كضمان لدين الدائن، فتجتمع صفة الكفيل والراهن فيه، ومن تم تطبق أحكام الرهن والكفالة، وبالتالي نكون أمام كفالة عينية.[2]

ثانيا: تعريف الكفالة في التشريع الجزائري:

لقد جاء المشرع الجزائري بتعريف للكفالة في القانون المدني في المادة 644 التي تنص على أن الكفالة هي: "عقد من خلاله يكفل شخص تنفيذ التزام على شخص معين، أو محتمل القيام به مستقبلا إذ يتعهد للدائن بأن يبقى بهذا الالتزام مستقبلا".[3]

وعليه فإن الكفالة في القانون المدني فهي تعني كفالة الدين بمعنى العلاقة الدائنية.

الفرع الثاني: خصائص عقد الكفالة

لعقد الكفالة عدة خصائص والتي سنتطرق إليها من خلال العناوين الآتية:

أولا: الكفالة عقد رضائي:

هو تطابق إرادة الكفيل والدائن ووجب ثبوته بالكتابة أو بوجود عقد ولا يشترط شكل خاص لهذا الانعقاد، وهذا حسب ما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 645 ق.م.ج: "لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الجائز اثبات الالتزام الأصلي بالبينة"، في حين أن (القانون العراقي لا يعتبر الكتابة شرطا ضروريا في اثبات الكفالة) بل يكفي التعبير عن

[1] محمد شكري سرور، محاولة لتأصيل أحكام الكفالة العينية: دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر، 2007، ص 11.

[2] حوحو يمينة، تنظيم الضمان المستقل وفقا لأحكام الكفالة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، العدد 2، 2017، ص 187.

[3] القانون المدني، الصادر بموجب أمر 75–58 المؤرخ في 1975/09/25.

الإرادة سواء بالإشارة الدالة أو الكتابة وهذا حسب نص المادة 1009 من القانون المدني العراقي: "تنعقد الكفالة بإيجاب وقبول من الكفيل والمكفول له".[1]

ثانيا: الكفالة عقد تابع:

تعد التبعية من أهم مميزات الكفالة بتبعيتها المباشرة وقيامها على الالتزام الأصلي والمقصود منه هو ذلك الالتزام بين الدائن والمدين القائم على الضمان بالوفاء حيث يترتب عليه ما يلي:

* لا يمكن يتعدى الالتزام بالكفيل الالتزام الأصلي.

* لا يمكن للدائن أن يعود على الكفيل وحده قبل أن يعود على المدين.

وبالرجوع إلى نص المادة 644 من ق.م.ج التي اعتبرت أن: "الكفالة تعهد صادر من الكفيل اتجاه الدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين"، ونص المادة 648 من ق.م.ج على أنه: "لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا"، ونص المادة 652 من ق.م.ج على أنه "لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا يشترط أشد من شروط الدين المكفول"[2]، مقارنة بالقانون العراقي الذي جاء في نص المادة 1021 على أنه: "لا يجوز للدائن الرجوع على الكفيل إذا لم يرجع على المدين أولا، ولا يجوز كذلك أن ينفذ على أموال الكفيل مثل أن ينفذ على أموال المدين".[3]

ثالثا: الكفالة عقد ملزم لجانب واحد:

يعتبر عقد الكفالة عقد يلتزم به الكفيل فهو الوحيد الذي يلتزم بعقد الكفالة للوفاء بالدين للدائن، في حين لم يفي به المدين الأصلي، وبخصوص الدائن فلم يكن ملزما في الأصل

---

[1] محمد علي عبده، عقد الكفالة: دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص 70.

[2] محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني: التأمينات الشخصية والعينية عقد الكفالة، دار الكتاب الحديث، 2005، ص 16-17.

[3] محمد علي عبده، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 71.

بشيء نحو الكفيل وهو ما جاء في نص المادة 657 من ق.م.ج والمادة 659 من ق.م.ج، ونفس الأمر جاء في القانون المدني المصري في المادة 784 والمادة 785 والمادة 787 منه، كما يرى بعض الفقه أن العقد يصبح صورة من التأمينات وهذا إذا كان التزام الكفيل بمقابل نقدي وهنا تفقد صفة الكفالة ويصبح تأمين الائتمان.[1]

رابعا: الكفالة عقد ضمان:

تعد الكفالة عقد ضمان شخصي ويعني ذلك أنه يضمن الوفاء بالدين من طرف المدين، أي هي تأمين للدائن ضد المدين حين امتناعه عن الوفاء بالتزاماته وهذا ما يزيد من ثقة الدائن في حصوله على حقه، لإن الكفالة تؤدي إلى ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين. [2]

خامسا: الكفالة عقد تبرعي:

لقد جاء في مختلف التشريعات العربية أن عقد الكفالة بين الدائن والكفيل يكون عقدا تبرعيا، أي أن التزامات الكفيل بالوفاء بالدين عن المدين تكون بدون أي مقابل، حيث لا يوجد اختلاف في مفهومها عما جاء به المشرع الجزائري بموجب القانون المدني، وباعتبارها من عقود التبرع تعد الكفالة عقدا مدنيا وليس تجاريا، هذا لأن صفتها لا تتفق مع المعاملات التجارية. [3]

المطلب الثاني: أنواع الكفالة وتمييزها عن المفاهيم المشابهة لها:

لقد اتضح لنا مما سبق تقديمه بشأن عقد الكفالة أنه يضمن الكفيل بتنفيذ التزام المدين الذي تعهد به للدائن ما لم يفي به المدين نفسه[4]، ومن تم سنتطرق في هذا المطلب إلى:

---

[1] مريم عبد طارش الزبيدي، التنظيم القانوني لحق التجريد في عقد الكفالة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص 34.

[2] محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 16.

[3] سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري: دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2009، ص ص 24-25.

[4] رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، د.ط، منشأة المعرف، الإسكندرية، 1995، ص 30.

أنواع الكفالة في (الفرع الأول) ثم إلى تمييز الكفالة عن المفاهيم المشابهة لها في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أنواع الكفالة:

يمكن تقسيم أنواع الكفالة إلى:

أولا: أنواع الكفالة من حيث المصدر:

تنقسم الكفالة من حيث المصدر إلى:

1- الكفالة الاتفاقية:

هو اتفاق بين المدين والدائن على تقديم ضامن لتقديم ضمان لديونه، وهذه الاتفاقية هي مصدر التزام المدين بتقديم الضمان بغض النظر عما إذا كانت الاتفاقية قد حدثت قبل نشوء دين المدين أو بعدها.

الضمان المتفق عليه هو الضامن الذي يسعى المدين للحصول على الكفيل لتقديم ضمان للدائن من أجل الحصول على مطالبة جديدة أو تجديد الدائن، ويمكن للكفالة أن تنشأ في حالة إذا ما تقدم الكفيل من تلقاء نفسه لأن يضمن المدين والتزاماته بمواجهة الدائن، رغم معارضته أو دون أن يعلم بها هذا الأخير، فالالتزام هو الوصية الوحيدة، وهو مصدر إدارته المقيدة، وكلاهما يعتبر بموجب اتفاق رعاية. [1]

2- الكفالة القضائية:

الكفالة تكون قضائية في الحالات التي يكون فيها مصدر التزام المدين هو توفير كفيل وفقا لقرار القاضي[2]، على النحو المنصوص عليه في المادة 717 الفقرة الثانية، من القانون المدني الجزائري، وعلى سبيل المثال، إذا وافقت المحكمة على الشركاء المالكون على الأقل

[1] محمد محمود معطي، الكفالة في ضوء الفقه والاجتهاد، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 15.

[2] سي يوسف زاهية حورية، عقد الكفالة، د.ط، دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر، 2001، ص 23.

3/4 من المال يجب إجراء تغييرات جوهرية على العقد، ويجوز له أن يأمر الشريك المخالف بتوفير ضمان لضمان الوفاء بأي تعويض قد يحق له.

وللكفالة أهمية بالغة من الجهة العملية سواء كانت قانونية أو قضائية أو اتفاقية، حيث يجعل القانون للكفالة أحكام قضائية وقانونية خاصة والتي لا يؤخذ بها في الكفالة الاتفاقية، وجاء في القانون المدني الجزائري في نص المادة 667 على أنه:" يكون الكفلاء في الكفالة القضائية أو القانونية دائما متضامنين"[1]، وفي ما يخص الكفالة الاتفاقية إذا تعدد الكفلاء فإنهم يكونون غير متضامنين إذا ما اتفق عليها في عقد الكفالة، لذلك فإن التزام الكفيل في الكفالة القضائية والقانونية أشد من الكفالة الاتفاقية حيث يكون متضامنا بقوة القانون مع غيره من الكفلاء بدون أن تنص على ذلك عقد الكفالة.[2]

3- الكفالة القانونية:

يتوجب على المدين تقديم كفيل للدائن في الأموال حينما تكون الكفالة قانونية[3]، وكما جاء في نص المادة 851 من القانون المدني الجزائري" توجب جرد المال المقرر على المنتفع وألزم بتقديم كفالة.

وجاء في نص المادة 211 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري على "يسقط حق المدين في الأجل إذا شهر إفلاسه وفقا لنصوص القانون، إذا أنقص بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التامين قد أعطي بعقد الحق أو بمقتضى القانون...". [4]

---

[1] يطابق نص المادة 295 من القانون المدني المصري.

[2] باقي وداد، الكفالة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي: دارسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، تخصص: عقود ومسؤولية، جامعة بومرداس كلية الحقوق ببودواو، 2009، ص 88.

[3] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري: التأمينات الشخصية والعينية، دار الكتاب الحديث، 2005، الجزائر، ص 34.

[4] محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 22.

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

ثانيا: أنواع الكفالة من حيث الطبيعة:

تنقسم الكفالة من حيث الطبيعة إلى ما يلي:

1- الكفالة التجارية:

نصت المادة 651 في الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري استثنائيين، فالكفالة القائمة على ضمان الأوراق التجارية هو ضمان احتياطي، كما أن تظهيرها يجعل منها عمل تجاري.

ويقصد بالضمان الاحتياطي ذلك الالتزام الذي ينشأ من الأوراق التجارية حيث يتم كتابتها على الورقة التجارية المتصلة أو على الورقة التجارية بحد ذاتها أو على ورقة مستقلة وهذا ما أكدت عليه المادة 409 من القانون التجاري الجزائري.

وفيما يخص التظهير فالبعض اعتبرها صورة من صور الرهانات الحيازية للورقة التجارية على الرغم من أن المشرع اعتبرها ككفالة تجارية. [1]

2- الكفالة المدنية:

الكفالة في الأصل هي عقد مدني ذلك لأنها تعد من عقود التبرع، حيث أن التجارة لا تتفق مع صفة التبرع ولكنها تقوم المضاربة والربح، حيث جاء في المادة 651 من القانون المدني الجزائري على أن الكفيل المتبرع لا يتم حصوله على مقابل، ومن هنا يتبين أن الضمان يعتبر ضمانا مدنيا يضمن فيه الضامن دينا تجاريا أو نتيجة علاقة تجارية بين

[1] أحمد محمود سعد، عقد الكفالة، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، 1994، ص 301.

مدين ودائن، حتى لو كان للضامن صفة تجارية ويقوم بأنشطة تجارية، بشرط أن يكون ذلك يتم تقديم الضمان كتبرع. [1]

ثالثا: أنواع الكفالة من حيث المحل:

تنقسم الكفالة من حيث المحل إلى:

1- الكفالة العينية:

الضمان العيني، أي التأمين المادي، حيث يقدم الكفيل الأموال (العقارات أو المنقولات) التي يملكها لضمان أداء التزاماته تجاه الغير، فلا يستجيب لجميع التزاماته المالية، فبعضهم كفلاء عينيون، وليسوا مسؤولين شخصيا عن الديون، ولكن يقدمون ضمانات للديون في حدود المبلغ الذي يقدمه، بحيث يقع الضمان المادي عليه حسب التأمين المادي في عقد الرهن، مما يؤدي ذلك إلى التمييز بين النوعين إلى النتائج التالية:

- يقتصر ضمان الكفيل المادي على مدى الممتلكات المرهونة لضمان وفاء الكفيل الشخصي بهذا الالتزام، والذي يضمن بالتالي أداء الدين بجميع أمواله الخاصة.

- الضمان العيني يضع الدائن في مكانة خاصة ومتميزة، وبالتالي تجنب مخاطر إفلاس المدين والكفيل، وبالتالي، بالإضافة إلى الضمان العام، يحق للمدين أيضا تثبيت الشيء الذي يقدمه الكفيل كرهن أو حيازة رسمية، وهي ممنوحة له سلطة تتبع الحقوق وتحديد أولوياتها لاسترداد السعر بعد البيع. [2]

2- الكفالة الشخصية:

هي ضمان عادي، حيث إذا تخلف المدين عن أداء الدين، يلتزم الكفيل بضمان أداء الدين، حتى يتمكن الدائن من استرداد حقوقه من أموال المدين وأموال الكفيل، إذا لم يكن

[1] قدري عبد الفتاح الشهاوي، أركان عقد الكفالة العينية والشخصية التضامن، التضامم، التجريد في التشريع المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 10.

[2] محمود جمال الدين زكي، دروس في التأمينات الشخصية والعينية، د.ط، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1978، ص 29.

المال الأول كافيا، ويعاد مبلغ التأمين إلى الهامش العام للكفيل، أي جميع الأموال التي لم يوزعها. [1]

الفرع الثاني: تمييز الكفالة عن المفاهيم المشابهة لها:

الكفالة هو أداة ائتمانية من الناحية الاقتصادية ووسيلة الضمان من الناحية القانونية، حيث توجد هناك عدة أنظمة أخرى تشبه الكفالة من خلال تكوينها القانوني وظيفتها الاقتصادية.

أولا: الكفالة والتعهد عن الغير:

جاء في نص المادة 114 الفقرة 1 من القانون المدني التي حدد فيها المشرع الجزائري التعهد بتمثيل الآخرين على أنه:" إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده، فإذا رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به".

وخلاصة القول، فإن الوعد نيابة عن الآخرين هو عقد يتعهد فيه شخص ما بجعل شخص آخر يلتزم بمسألة معينة لذلك، فإن الوعد نيابة عن الآخرين لا يضمن للطرف الثالث، ولكنه يفترض التزاما أصليا الحصول على موافقة الآخرين على التعهد، ويكون التزام الكفيل التزاما ثانويا، كما يجب على الكفيل أن يؤديه وفقا لذلك وإذا فشل المدين في أداء الدين، يجب على الدائن الوفاء بالتزامه نيابة عن الطرف الثالث التعويض عن الأضرار عانى من التعهد. [2]

ثانيا: الكفالة والتضامن بين المدينين:

تختلف الكفالة عن المدينين المتضامنين في أن المدينين المتضامنين ملزمون بشكل أصلي أمام الدائنين ويتحملون نفس الدين الذي يتحمله كل المدينين المتضامنين والكفلاء،

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

[2] علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، مجموعة الأطرش للكتاب المختص، 2015، ص 345.

حتى وإن كانوا في علاقتهم مع الدائنين، ودائنو هؤلاء المدينين الذين لا مصلحة لهم في الديون.

أما بالنسبة الكفيل، فإنه لا يتحمل الالتزام بصفته الأصلية، ولكن بصفة التبعية وحتى إذا كان يتحمل مسؤولية مشتركة مع المدين الأصلي، فإن الكفيل لا يزال يتحمل الالتزام بصفته التابعة، وهذا إذا لم يدخل الدائن في إجراءات إفلاس المدين في غضون 6 أشهر من تاريخ تحذير الكفيل، الذي يفقد حقه في الرجوع على الكفيل إلى الحد الذي يمكن الحصول عليه في هذا الإفلاس. [1]

ثالثا: الكفالة والإنابة الكاملة:

الإنابة الكاملة تسمى اتفاق يعفي التفويض الملتزم به من التزاماته بحيث يصبح دينه مستحقا وتصبح الإنابة مدينا، وهذه الإنابة الكاملة يشمل بالفعل تجديد الدين لتغيير المدين، وهذه الإنابة الكاملة، في الواقع أعلاه تشمل تجديد الدين بتغيير المدين وهذه الإنابة الكاملة والتي تشمل على وجه التحديد تغيير المدين وهو ما يسمى التحويل في الفقه الإسلامي، وخاصة عند فقهاء المالكي والشافعي والحنبلي، بينما الوكيل لا يلتزم بالتجديد، فالمبدأ القائل بأنه في حالة وجود نزاع، يظل المدين ملزما بواجب التمثيل أمام دائنيه إلى جانب التزام المناب. [2]

رابعا: الكفالة والإنابة الناقصة:

وتنص المادة 294 من القانون المدني الجزائري على أن الإيداع يعني عموما أن المدين يعهد للآخرين بأن يتعهدوا للدائن بأداء الدين الذي يدين به، إذا حصل المدين على موافقة الدائن، يؤتمن عليه بحضور أجنبي يمثله. [3]

---

[1] نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 300.

[2] خليفة بن محمد الحضرمي، مسؤولية البنك في إطار عمليات الائتمان الخارجي، خطاب الضمان، الاعتماد المستندي، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، القاهرة، 2015، ص 161.

[3] خليفة بن محمد الحضرمي، مرجع نفسه، ص 162.

فالإنابة الناقصة يعني غير مكتمل أي أن تجديد المدين الأصلي غير مشمول، بل يظل الدين في حوزة المدين الأصلي، وينضم المدين الجديد إلى المدين الأصلي، فيكون المدين بنفس الدين، والمندوب يريد تحصيل الدين منه فيلتزم كل منهم بصفته الأصلية أما الكفيل فهو ملزم بصفة تبعية. [1]

خامسا: الكفالة وعقد التأمين:

تتعلق الكفالة بنوع من التأمين، وهو تأمين الائتمان، والذي بموجبه يؤمن الدائن ضد شركة تأمين ضد إفلاس المدين، في حين إذا لم يبقى المدين الأصلي فهنا تعتبر الشركة كفيل تقوم بضمان الوفاء بالدين.

ومع ذلك، نجد أن هناك فرقا بينهما، أن التزام شركة التأمين، "المؤمن عليه"، ليس التزاما ثانويا، ولكنه التزام أصلي ناشئ عن عقد التأمين، والغرض منه هو تعويض المؤمن عليه للضرر الذي لحق به دائن من إعسار المدين بسبب القسط الذي دفعه الدائن للشركة وعندما تدفع الشركة تعويضا للدائن لا يتم إرجاعها إلى المدين كما في حالة الكفالة.[2]

ومن خلال ما تطرقنا إليه في المبحث الأول نخلص إلى أن الكفالة كضمان شخصي تكون بضم ذمم أخرى إلى ذمة المدين، وهذا من أجل الالتزام وضمان حقه والوفاء بالدين إذا أعسر مدينه، كما أن للكفالة خصائص تتمتاز بها، والتي قمنا بتوضيحها من خلال هذا المبحث، وكذا التطرق إلى تمييز عقد الكفالة عن غيره من العقود الأخرى لتوضيح الفروقات بينهم، وعليه لا يمكننا الخروج بمفهوم الكفالة عن الحدود التي تم الاتفاق عليها، لا من خلال المبلغ والشخص المكفول وكذا المدة المحددة والمتفق عليها في هذا العقد.

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

[2] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 30-31.

المبحث الثاني: إنشاء عقد الكفالة

يعتبر عقد الكفالة كباقي العقود الأخرى حيث يتوجب توافر الشروط المعروفة قانونا لانعقاده والتي تتمثل في الرضا في عقد الكفالة (المطلب الأول)، ثم إلى المحل في عقد الكفالة (المطلب الثاني)، السبب في عقد الكفالة (المطلب الثالث).

المطلب الأول: التراضي في عقد الكفالة:

تعد الكفالة عقد طوعي بين الطرفين، فعندما تتطابق إرادتي الكفيل والدائن يتعهد الكفيل بأداء التزامات المدين، وإذا فشل المدين في التنفيذ، يتم إبرام العقد بموافقة الدائن والكفيل دون الحاجة إلى رضا المدين، وهذا ما ورد في نص المادة 674 ق.م.ج.[1]

كما يؤدي تطبيق القواعد العامة إلى حقيقة أن موافقة الكفيل قد تكون صريحة أو ضمنية، ولكن إذا كان عقد الكفالة يؤثر على مصالحه مع الكفيل، فيجب أن تكون موافقة الأخير صريحة، لكن عند تخلف الكتابة، يمكن إثبات الالتزام بالقبول واليمين، وهذا بالنظر إلى جدية التزام الكفيل، وهذا حسب ما نصت عليه المادة 60 من ق.م. [2]

الفرع الأول: الإرادة وإثباتها:

أولا: التعبير عن الإرادة:

يتم التعبير عن الإرادة بموافقة الطرفين بمعنى أن الموافقة المطلوبة هي موافقة الدائن والكفيل، والتي لا تتطلب موافقة المدين، ولكنها تتم فعليا دون اعتراضه وعلمه، ولقد جاء في نص المادة 647 من القانون المدني الجزائري:" تجوز كفالة المدين بغير علمه وتجوز أيضا رغم معارضته".

[1] أنور العمروسي، التضامن والتضامم والكفالة في القانون، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 1999، ص 238.

[2] عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، ج2، برثي للنشر، الجزائر، 2009، ص 560.

فلا توجد الموافقة ما لم يكن هناك عرض كامل يتم فيه توجيه إرادة الأطراف بطريقة مطلقة لإبرام العقد وتكون ملزمة بجعل القبول متسقا تماما مع العرض، فإذا كان مخالفا لإحدى بنود العقد فلا يعتبر قبولا ولكنه يعد إيجابا جديدا. [1]

كما تكون موافقة المدين صريحة أو ضمنية أيضا، لأن الدائن غير ملزم بشيء مقابل الكفالة، وعكس ذلك في أن الكفيل إذا كان التزامه خطيرا يشترط أن يكون رضاؤه صريحا.

وفي تطبيق القواعد العامة، ولا سيما المادة 60 ق.م.ج، فإن أطراف عقد الكفالة صريحا أو ضمنيا عن إرادة الملتزم به، حيث يتم عقد الكفالة لصالحه، وفي تطبيق المادة 68 في الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري يمكن اعتبار صمته قبولا غير مقبول، إذا كان الكفيل يوجهه بالإيجاب.

يتجاهل القانون المدني الجزائري أي حكم خاص يتطلب موافقة صريحة أو ضمنية من الكفيل ويقتنع بالقاعدة العامة، فالحكم المنصوص عليه في المادة 60 من القانون المدني الجزائري والتي يكون فيها التعبير عن الإرادة ضمنيا ما لم ينص عليه القانون أو اتفاق الطرفين على أن يكون صريحا، لكن في هذا الصدد اعتمد جانب من الفقه المصري على شرط الكتابة في إثبات عقد الكفالة نظرا لخطورة التزام الكفيل باعتباره عقد تبرعي، لكن هذا الرأي غير صائب وهذا بالرجوع للمادة 773 من القانون المدني المصري التي تنص على: "أنه في حالة تخلف الكتابة يجوز إثبات الالتزام بما يقوم مقامه من إقرار ويمين".[2]

ما يجب توضيحه هنا هو أنه في حالة وجود أي شك حول عقد الكفالة، يجب أن تكون مصالح الكفيل هي الأهم، وهو ما يتوافق مع مصالح الكفيل كما هو معروف جيدا، في القواعد العامة، حيث جاء في نص المادة 112 في الفقرة الأولى على أن الشك يجب تفسيره

[1] سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص 23.

[2] سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 23.

لصالح المدين، على سبيل المثال إذا نشأ شك حول ما إذا كان الكفيل سيقبل الكفالة أو لم يرضى بها، ويتم تفسير العقد لمصلحته أنه لا يقبل الكفالة لأنه مدين.[1]

ثانيا: إثبات الكفالة:

ولقد جاء في نص المادة 645 ق م ج على أنه:" لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الحائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة"، أما النص المماثل للمادة 773 ق.م.م والتي جاء فيها أنه يتم الخروج عن القواعد العامة في التبرير والإثبات. [2]

ومبرر هذا هو أن تعهد الكفيل هو التزام تطوعي وبالتالي يجب أن يقوم على موافقة واضحة ونهائية، وقد يكون من الصعب أو المستحيل معرفة طبيعة تدخل الكفيل وتحديده فقط من خلال شهادة الشهود ونطاق الالتزام ونوع الكفالة، فهي عمل غير مكتوب، تماما كما يستخدم الدائن إثبات الإرادة عند مقاضاة الكفيل، لذلك يقرر التشريع حماية الكفيل ما لم يتم إثبات الكفالة كتابيا.

هذا بالإضافة إلى ضمان الإثبات المكتوب ضروريان، حتى لو كان التزام المكفول دليلا مكتوبا مع دليل فإن كفالة الإثبات الكتابي لا يعني أن الكفالة هو عقد رسمي، ولكن العقد الرضائي الذي قدمناه، لذلك ليس من الضروري إبرام عقد مكتوب، ولكن فقط لإثبات العقد. [3]

ثالثا: شروط صحة الإرادة:

يجب أن يكون لدى الكفيل القدرة على أهلية التبرع، أي يجب أن يكون شخصا بالغا 19 عاما يوم ابرام العقد، وألا يكون الكفيل شخصا محجورا عليه، وإلا فإن الكفالة باطلة تماما، لذلك لا تجوز كفالة الغير متبرعا للقاصر ولا الشخص المحجور عليه، أما بخصوص

[1] فيلالي علي، النظرية العامة للالتزامات: النظرية العامة للعقد، ط2، موفم للنشر، الجزائر، 2005، ص 103.

[2] محمود جمال الدين زكي، دروس في التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص ص 30-31.

[3] سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 23.

الدائن، فهذا التصرف يعتبر من الأعمال النافعة بالنسبة له، ومن تم وطبقا لنص المادة 42 من القانون المدني الجزائري يكفي توافر أهليه التمييز فيه. [1]

وباعتبار عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد لا ينشئ التزاما إلا في جانب الكفيل، لذلك نجد أن مسألة عيوب الإرادة تهم فقط الطرف المدين، في حين أن الدائن ليس له مصلحة في طلب إبطال العقد حتى وإن وجدت إمكانية وقوعه في غلط، لأنه في هذه الحالة يمكن رجوعه على المدين الأصلي. [2]

الفرع الثاني: عيوب الرضا في عقد الكفالة:

فطبقا للقواعد العامة يجب ألا يكون الرضا في هذا العقد مشوبا بما يلحق الإرادة من عيوب كالغلط أو الاستغلال أو التدليس والإكراه.

فبالنسبة لعيب الغلط يمكن للكفيل إبطال العقد، ويكون هذا الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة وإذا وقع في ذات أو صفة من صفات المتعاقد حسب ما نصت عليه المادة 82 من ق.م، التي لم تحدد الحالات التي يعتبر فيها الغلط جوهريا، وعليه فالغلط في الشخص المدين هو غلط جوهري، كونه موضوع اعتبار في التعاقد، ومن ثم وعلى هذا الأساس، يحق للكفيل طلب الإبطال، شريطة أن يثبت أنه لولا ذلك، لما قبل أن يضمن المدين. [3]

أما بخصوص عيب الاستغلال يجوز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المستغل أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد وفقا لنص المادة 90 من القانون المدني الجزائري، وهذا إذا ما وقع أحد المتعاقدين في الاستغلال.

وعليه يعتبر عقد الكفالة من العقود اللازمة من طرف متعاقد واحد، حيث تعتبر مسألة عيوب الإرادة والكفيل مهمة للمدين فقط بدون الدائن الذي لم تكن لديه مصلحة في طلب

---

[1] سرياش زكرياء، الوجيز في شرح أحكام الكفالة والرهن الرسمي، ط1، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2010، ص 17.

[2] قدري عبد الفتاح الشهاوي، أركان عقد الكفالة العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 21.

[3] محمد محمود زهران همام، التأمينات الشخصية والعينية، ط1، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2020، ص 77.

فسخ العقد، وعليه يستطيع الدائن الرجوع على المدين الأصلي لتحمل سقوط الأجل في مثل هذه الحالات والتقدم بضمان آخر، وهذا ما جاء في نص القانون على هذه العيوب في المواد 81 إلى 90 من القانون المدني الجزائري. [1]

المطلب الثاني: المحل في عقد الكفالة:

الشروط الذي يجب أن تتوفر في محل الالتزام هو ضمان الوفاء بالالتزام المكفول بصفة عامة، وبما أن الكفالة هي تابعة للالتزام الأصلي يجب أن يكون التزام المكفول التزاما موجودا وصحيحا، وأن يكون ممكنا وقابلا للتعيين ومشروعا، وعليه فلا يمكن للكفالة أن ترد على التزام غير معين أو غير موجود أو غير صحيح، فإذا تم تحقيق شرطي التعيين والمكان تتحقق المشروعية لأن الوفاء بالالتزام على شخص آخر يعتبر عمل مشرع في حد ذاته.[2]

الفرع الأول: التزام المكفول:

إن ضمان الوفاء بالالتزام المكفول هو ما يفترض وجوده في الكفالة، وهذا الالتزام الأصلي هو محل التزام الكفيل، ولكي يكون التزامه ممكنا توجب وجود التزام المكفول وعادة ما يكون بالوفاء بمبلغ من المال، وقد يكون محله القيام بعمل أو إعطاء شيء آخر أو الامتناع عن عمل، ومن الملاحظ أنه يشترط أن يكون الالتزام موجودا في كل الأحوال.[3]

إن مصدر التزام المكفول يجب أن يكون ناشئ عن عقد، وكمثال عن ذلك فالمقترض هو كفيلا بالمبلغ الذي اقترضه فإذا كان مصدر كفالة الالتزام الإثراء بدون رد مستحق أو سبب.[4]

---

[1] حوحو يمينة، عقد الكفالة وعقد الرهن، دار بلقيس، الجزائر، 2019، ص 18.

[2] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 38.

[3] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في الشرح القانون المدني: التأمينات الشخصية والعينية الكفالة والرهن الرسمي، الجزء العاشر، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1970، ص 39.

[4] سليمان سارة، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج من المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية عشر، 2001-2004، ص 21.

أولا: كفالة الالتزام المستقبلي:

جاء في نص المادة 650 من ق.م بأنه: " تجوز لكفالة في الدين المستقبل إذا عدد مقدما مقدار المبلغ المكفول، تجوز الكفالة في الدين المشروط، غير أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين هذه الكفالة كان له أن يتراجع فيها في أي وقت ما دام الدين المكفول لم ينشأ."

ومن نص من هذه المادة نخلص إلى أن القانون قد أجاز كفالة الالتزام المستقبلي، مع وجوب تحديد مقدار الدين المكفول، وفي حالة عدم تحديد المقدار بدقة، فهو أجاز تحديد الحد الأقصى الذي يمكن للكفيل أن يكفله، والغاية من هذا هو حماية الكفيل. [1]

وبالرجوع إلى تطبيق للقواعد العامة في العقود يمكن للكفيل الرجوع فيها ما دام الدين المكفول لم ينشأ ولم تتحدد مدة الكفالة بعد، كما يمكن لأحد الطرفين ووفقا لإرادته إنهاء العقد، أما في حالة تعيين مدة الكفالة، فلا يحق الرجوع عنها، كما يمكن للكفيل أن تبرأ ذمته بصفة نهائية إذا انقضت المدة ودون نشوء الدين. [2]

ثانيا: كفالة الالتزام الشرطي:

إن كفالة الالتزام الشرطي نصت عليه المادة 650 من ق.م، حيث أن الكفالة تابعة للالتزام الأصلي وتكون معلقة على نفس الشرط المعلق عليه الدين الأصلي، سواء كان معلقا على شرط واقف الذي إذا تحقق يقوم الالتزام الأصلي للكفيل، والعكس إذا تخلف، أو إذا كان معلقا على شرط فاسخ فيقوم الالتزام من البداية، ويقوم بأثر رجعي إذا ما تعرض للزوال مع الالتزام الأصلي، ومن تم ينقضي التزام الكفيل.[3]

---

[1] أنور طلبة، العقود الصغيرة: الوكالة، الكفالة، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004، ص ص 348-349.

[2] محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء، القانون المدني: الكفالة والتأمينات، المجلد 19، ط1، دار محمد للنشر والتوزيع، القاهرة، 2006، ص 61.

[3] مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني الجزء 2 في الالتزامات، المجلد 4، أحكام الالتزام، ط2، الدار القانونية الشتات، مصر، 1992، ص ص 501-511.

ثالثا: كفالة الالتزام الطبيعي:

ينقص هذا الالتزام عنصر المسؤولية لذلك يعتبر بمثابة التزام ناقص، وبالرجوع إلى المادة 652 من ق.م التي تنص على أن الكفالة لا تجوز بالشروط أشد من شروط الدين المكفول، في حالة إذا ما كان المقصود بأن الكفالة ترتب في ذمة الكفيل التزام مدني، ومن ثم لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي، لأن في هذه الحالة يكون المدين مجبر على الالتزام بالتزامه الطبيعي بطريقة غير مباشرة وهذا غير جائز.[1]

الفرع الثاني: أن يكون الالتزام المكفول صحيحا:

أثناء انعقاد الكفالة يجب أن يكون الالتزام صحيحا حيث يفهم من نص المادة 648 من القانون المدني الجزائري أنه يجب أن يكون التزام المكفول قابل للتعيين وصحيحا ومعين، ولا يكفي الوجود لترتيب الكفالة في ذمة الكفيل وذلك بضمان الالتزام الأصلي للمكفول، وحتى تصح الكفالة يجب أن يكون التزام المكفول صحيحا سواء كان مصدر التزام المكفول عقدا أو غير ذلك، أما إذا كان التزام المكفول باطلا لأي سبب فلا تصح فيه الكفالة، فلا بد من التمييز إذا ما كان البطلان قابل للإبطال فقط أم أنه بطلان مطلق، أم كفالة ناقص الأهلية.[2]

أولا: كفالة الالتزام الباطل بطلان مطلق:

تكون الكفالة باطلة بطلان مطلقا إذا كان الالتزام الأصلي المكفول باطلا، مثل الهبة الباطلة بسبب الشكل، أو دين قمار، أو ربا الفاحشة، أو دين ربا، أو دين قائم عن سبب غير مشروع[3]، وعليه تعتبر هذه الكفالة كفالة باطلة بطلانا مطلقا لأن هذه الديون هي ديون باطلة

[1] حسن محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، ط1، دار النشر الجامعي، مصر، 2009، ص 192.

[2] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول: التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 171.

[3] محمد كمال مرسي باشا، شرح القانون المدني التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة، الرهن الرسمي، حقوق الامتياز، د.ط، منشأة معارف بالإسكندرية، 2005، ص 508.

ومصدرها عقد باطل، حيث يمكن للكفيل التمسك ببطلان الالتزام الأصلي[1]، حيث أشارت وبوضوح المادة 654 في الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري والتي نصت على أنه: "يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين".

ثانيا: كفالة الالتزام القابل للإبطال:

بسبب العيوب السلوكية المحتملة للمدين، أو العيوب الناشئة عن الأخطاء أو الاحتيال أو الإكراه أو الاستغلال دون موافقته، فإن الكفالة صحيحة، ولكن التزام الكفيل يخضع لحق الدائن المكفول في جعله مصير الملتزم المكفول به مرتبط بمصير الحق الإجباري للمكفول، فإذا انقضى حقه في الإلغاء أو التقادم، يتم تأكيد وجود الحق الإلزامي الأصلي المكفول وتأكيد وجود الحق الإلزامي للكفيل. [2]

ومع ذلك يجب معرفة ما إذا كان الكفيل على علم بإلغاء الالتزام الأصلي، وإذا علم أن الكفالة تتبع الالتزام الأصلي الواجب رجوعه يكون باطلا بمجرد إبطاله، لأن الكفيل لا أثر له، ولم ينوي القيام بالالتزام بصفته الأصلية ولكن بصفة تبعية، لأنه يعتقد أنه يعطي الكفيل لالتزام صحيح، وإذا أوفى بالدين، فيجوز له الرجوع على المدين بالمبلغ الذي دفعه، حيث يعتبر الكفيل أنه قد وقع في غلط جوهري وهنا هو موضوع التزامه فإذا لم يطلب المدين إبطال التزامه هنا يحق للكفيل إبطاله، أما إذا علم الكفيل بطلانه ولم يصر المدين على بطلانه، فقد استنفد الكفيل التزاماته، أما إذا أصر المدين على البطلان فيصبح الكفيل هو الملتزم الأصلي بالوفاء لتعهده عن الغير، ومع ذلك إذا تم اتخاذ قرار بإنهاء العقد، بناء على طلب الطرف الذي تقرر الإبطال، يتم إنهاء الالتزام المكفول بأثر رجعي، ويتم إبطال عقد الكفالة المبرم لضمان الوفاء به.[3]

---

[1] كبارة نزيه، العقود المسماة: البيع، الاجازة، الوكالة، الكفالة، ط 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2010، ص 387.

[2] رمضان أبو سعود وهمام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، ط1، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1998، ص ص 71-72.

[3] نجيم إدوار هاري، الكفالة في ضوء القوانين والاجتهادات اللبنانية والأجنبة، ط1، د.د.ن، لبنان، 1996، ص 122.

ثالثا: كفالة التزام ناقص الأهلية:

إن إبطال الحق الالتزام الأصلي سيؤدي حتما إلى إبطال الكفالة، وهناك استثناء لهذه القاعدة، أي إذا كانت الكفالة ناتجة عن نقص أهلية المدين، فإن الإبطال بالنسبة إلى الالتزام الأصلي إلا أنه لا يؤثر في التزام التابع، حيث يذكر هنا أنه إذا قدم الكفيل لكفالة بالالتزام نحو ناقص الأهلية الذي لا يملك القدرة على التصرف، فإن هذا الأمر لا يخرج عن أحد الافتراضات الثلاثة:[1]

1- الكفيل ليس على علم بنقص أهلية المدين:

ويعتبر نفسه كامل الأهلية في هذه الحالة، إذا وافق المدين على الالتزام، ويمكن للكفيل أن يطلب إبطال عقد الكفالة حتى لو قام المدين ناقص الأهلية بإيجاز هذا العقد الذي ينشئ التزاماته.

2- يعلم الكفيل أن المدين ناقص الأهلية:

ويقصد بها بأن الكفالة هي ضمان الوفاء بالالتزام حيث يرتبط مصير التزام الكفيل بمصير التزام المكفول، والالتزام الأصلي إذا أجازه المدين حينها تتأكد الكفالة، أما إذا تم إبطال الالتزام فالكفالة تسقط تبعا لذلك.

3- إذا كان الكفيل يعلم بنقص أهلية المدين:

والمقصود بها بأن الكفالة هي تأمين الدائن من خطر إصرار المدين بنقص أهليته وكما جاء في نص المادتين 649 و654 من القانون المدني الجزائري:" فإذا أبطل تصرف المدين بسبب نقص أهليته لتمسكه بذلك فإن التزام الكفيل لا يسقط تبعا لذلك، بل يظل ملتزما بوفاء الدين الأصلي وفي هذه الحالة لا يكون الكفيل كفيلا بل يعتبر مدينا أصليا، لأن الكفالة لا تتصور وجودها بعد زوال التزام المكفول".[2]

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في الشرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 31.

[2] أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية، ج6، دار العدالة للنشر، مصر، 2013، ص 234.

الفرع الثالث: أن يكون الالتزام المكفول معينا أو قابلا للتعيين:

لتحديد التزامات الكفيل، يجب تحديد التزام المكفول (عقد الكفالة) بوضوح وتحديد أطرافه ومكانه ومصدره، الحكمة في تعيين الطرفين تكمن في معرفة الكفيل للمدين، أي الشخص الذي سيحيل إليه إذا اضطر إلى الوفاء بالتزامه للمكفول الأصلي تجاه الدائن، وليس من الضروري التحديد الدقيق لموضوع التزام المكفول ولكن يكفي على أنه يقبل التعيين، ولا يسمح للدائن والكفيل بالموافقة على أن التزام الأخير أكبر من التزام المدين لأنه لم يكن من المتصور أن التزام الكفيل أقوى من التزام المدين.[1]

أولا: شمولية الكفالة:

لا يجوز للكفيل أن يحدد موضوع التزاماته، وأن يسأله عن أصل دين المكفول ومرفقاته وتوابعه والمصاريف والتعويضات وغيرها من المرفقات الناشئة عن التأخير في الأداء أو مخالفة المدين للعقد:

1- ملحقات الدين:

هي توابع دين مكفول الالتزام الأصلي وهي في الحقيقة تلك التعويضات أو فوائد الدين والذي يتم التزام المدين بها في حالة عدم الوفاء أو الإخلال بالتزامه.

2- مصروفات المطالبة الأولى:

هي الأموال التي ينفقها الدائن لاتخاذ إجراءات ضد المدين للمطالبة بأداء التزاماته، مثل رسوم الإخطار، وتكاليف رفع الدعوى، لأن على الدائن أن ينفق هذه التكاليف قبل أن يتمكن من الشروع في المطالبة ضد المدين، لذلك فلا يمكن للدائن الاستغناء عن إخطار الكفيل وعليه فالمدين يقوم بالوفاء ولا يمكن أن يكون هناك سبيل للرجوع على الكفيل.

[1] شرف الدين أحمد، التأمينات الشخصية والعينية: الكفالة، الرهن الرسمي، الاختصاص، الامتياز، ط1، د.د.ن، الكويت، د.س.ن، ص 38-39.

3 – المصروفات المستجدة بعد اخطار الكفيل:

هي مختلف المصروفات التي لا يضمنها الكفيل، إلا التي صرفت بعد الإخطار من طرف الدائن الذي طالب المدين، فيجب اخطار الكفيل من قبل الدائن برجوعه على المدين للوفاء بالدين، فإذا لم يقم بذلك، تحمل الكفيل المصاريف كلها، ذلك لأنه كان يمكن أن يتفادى ذلك بوفائه لها، كما لا يلزم بدفعها عند عدم إخطاره ما يمكنه، وهنا يقتصر في هذه الحالة التزامه فقط على مصروفات المطالبة الأولى. [1]

ثانيا: الكفالة المحددة:

أي أن الكفالة لا تتجاوز الحد المنصوص عليه في العقد حسب ما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 654 من ق.م، بحيث إذا كان مقتصرا على أصل الدين فلا يشمل التزامه ما يترتب على هذا الدين، لأن الكفيل هنا قد كفل جزءا من التزامات المدين، وبالنظر أيضا إلى القانون المصري لم يذكر أنواع الكفالة المحددة، وإنما تركت لمبدأ سلطان الإرادة كباقي العقود الأخرى حسب المادة 135 من القانون المصري والمادة 780 منه والتي تنص على: " لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول".[2]

ثالثا: تعيين التزام الكفيل من حيث الأشخاص:

الدائن هو الطرف الثاني في عقد الكفالة بجانب الكفيل، ورغم أن المدين ليس طرفا في عقد الكفالة، إلا أنه يعتبر عنصرا مهما فيها بسبب خطأ المدين أو أحد الطرفين، تبطل العقد وإذا تم استبدال المدين بمدين آخر أو فيما يتعلق بالدين، أما المدين الجديد فيبرأ الكفيل، ونستنتج من ذلك أن المدين يعتبر على يقين مع أنه ليس طرفا فيه:

[1] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص ص 53-54.

[2] نبيل سعد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 334.

1- من حيث المدة:

إذا حدد الكفيل وقتا محددا لحدوث الدين الأصلي، يجب على الدائن أن يطلب السداد من الكفيل أو من المدين خلال هذه الفترة، وعند انقضاء الوقت بدون وجود دين برئت ذمة الكفيل.[1]

2- من حيث الأوصاف:

يخضع التزام الكفالة لالتزام المدين الأصلي، الذي من الممكن أن يتخذ جميع أوصاف هذا الأخير، أي إذا كان التزام المدين معلقا يعتمد على شرط واقفا أو فاسخا، فإن التزام الكفيل يعلق على كلا الشرطين، ولكن قد تكون التزامات الكفيل معلقا على شرط واقف أو فاسخ، أو مجتمعة مع أجل واقف أو فاسخ، وهو ما لم يكن الالتزام الأصلي موجودا فيه.

وعلى سبيل المثال: أن يعلق التزام الكفيل على شرط الاعتماد على وجود ضمانات أخرى ليحل محل الدائن كتقديم الرهن، وهنا التزام الكفيل معلق على شرط واقف، ومن تم فالكفالة لا يمكن تحقيقها إلا بذلك الشرط ووجود الضمانات.

أما إذا كانت الكفالة نافذة في الحال يكون شرطا فاسخا، ولكن مع شرط تقديم الضمان المتفق عليه، وإذا لم يتم تقديم الضمان إليه، حينها يتحقق الشرط الفاسخ، وعليه فالكفالة تزول بأثر رجعي، وقد يرتبط التزام الكفيل بأجل واقف، إذا ما لم يلتزم بالكفالة إلا بداية من زمن محدد، كما قد يرتبط التزام الكفيل بأجل فاسخ إذا ما تقرر أنه لا يكفل المدين ماعدا الالتزامات المنعقدة في زمن محدد.[2]

رابعا: انحصار التزام الكفيل في حدود الالتزام المكفول:

يحدد الالتزام الأصلي التزام الكفيل، لأن الالتزام الأصلي شرط ضروري لقيام التزامه، وتؤسس الكفالة على أساسه.

---

[1] محمد بن ابراهيم بن عبد الله الموسى، نظرية الضمان الشخصي الكفالة: الجزء الأول، دراسة مقارنة، العبيكان للنشر والتوزيع، 1999، ص 444.

[2] زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، ط3، مرجع السابق، ص 63.

ولن تكون الكفالة صحيحة إلا عندما تكون قد ارتكزت على التزام أصلي صحيح، وعلى هذا الأساس يكون الالتزام أصلي ضروريا من أجل قيام الكفالة، لأنها تقوم على ضمان هذا الالتزام، وعليه لا يصح لالتزام الكفيل أن يتعدى الحدود للالتزام الأصلي، هذا إن كان في مصلحة الكفيل فإنه يستفيد منه وإن كان غير ذلك فلا يضار منه.[1]

1- عدم جوازية أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المكفول:

ولقد جاء في نص المادة 652 ق.م.ج على أنه: "لا يجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشروط أهون".

وعليه يتحدد نطاق التزام الكفيل من خلال التزام المكفول، لذلك لا يمكن أن يكون مبلغ دين الأخير أكبر من دين المدين، وإذا لم يكن الدين الأصلي منتج للفائدة فلا يكون الكفيل ملزما بدفعها، وأيضا لا يجوز الالزام بدفع فائدة بمعدل أعلى من السعر الذي وعد به المدين الأصلي، وإذا كانت الفائدة على أصل الدين بسيطة، فقد لا ينتج عن التزام الكفيل فائدة مركبة، ولا يجوز لالتزام الكفيل وصف المكفول بأكثر من ضمان الالتزام بجدية، ولا يجوز الوفاء بالتزامات الكفيل وإضافة التزامات المدين إلى أجل، أو أن التزامات الكفيل مؤكدة وأن التزامات المدين معلقة على شرط، وأن لا يخضع الكفيل لالتزامات مدنية في حين تكون التزامات المدين التزامات طبيعية.[2]

وبالمثل، في طريقة الوفاء لا يمكن أداء التزامات الكفيل بطريقة أشد من الالتزامات للمكفول، فإذا سمح المدين بالسداد الجزئي للدين، فلا يمكن للدائن إجبار الكفيل على أداء الدين بالكامل، ولا يكون التزام الكفالة بحيث إذا كان التزام المدين غير مصحوب بهذا الشرط، فيرفق به شرط جزائي.

[1] نبيل سعد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 340.

[2] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 49.

أما إذا كان التزام الكفيل أشد من الالتزام للمكفول، فإن الجزاء على ذلك لا يبطل التزام الكفيل، ولكن تخفيض التزام الكفيل حتى يصل إلى حد الالتزام للمكفول، والذي يعتبر تجسيدا للقواعد العامة. [1]

فإذا كان من المحتمل ألا يكون التزام الكفالة أشد من التزام المكفول، فلا يوجد ما يمنع أن يكون أصغر من حيث المقدار والشرط، بحيث يمكن أن تقتصر الكفالة على جزء فقط من الدين، أو على أصل الدين دون فوائد، ويمكن للكفيل أن يمنح المدين الأصلي فترة ضمان أطول من الدين الأصلي، ويمكن زيادة التزام الكفيل مضافا إلى فترة يكون فيها الدين منجزا.[2]

ويجوز للكفيل وضع شروط خاصة لالتزام، مثل وجود تأمينات عينية التي يقدمها المدين أو غيره لضمان الدين المكفول، أو تخصيص مبلغ المكفول لمسألة معينة، أو منح مهلة زمنية لوفاء الدائن للمدين، وإذا لم يتم استيفاء الشروط في هذه الحالات، تعتبر الكفالة باطلة. [3]

2 – استفادة الكفيل من كل تغيير طارئ في الالتزام الأصلي دون أن يضار منه :

يمكن للكفيل أن يستفيد من كل تغيير في شروط دين المدين ولكن يمكن للكفيل الاستفادة من كل تغيير في شروط التزام المدين، ومع ذلك ، فإن هذا التغيير ليس ضارا لأنه لا يجوز للدائن ولا للمدين، أو كليهما، زيادة عبء الواقع على الكفيل، لذلك إذا حصل المدين على مدة الوفاء، فإن الكفيل يستفيد من هذه المدة، كما لديه الحق في التمسك بالمدة السابقة، مثل القدرة على الرجوع على المدين في الوقت المناسب وقبل إعساره، وإذا ما وافق المدين على التنازل عن مدة الدين، فإن هذه الاتفاقية لا تنطبق على الكفيل، لذلك فهو غير ملزم بدفع الديون، ما لم يحين الأجل المحدد، وإذا اتفق المدين والدائن على زيادة سعر الفائدة

[1] زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص 48.

[2] محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 50.

[3] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في الشرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 62.

مقابل تمديد المدة، فإن هذه الاتفاقية لا تسري على حق الكفيل، ويبقى هذا الأخير ملتزما بسعر الفائدة كما في وقت الكفالة. [1]

أما إذا كان دين المدين الأصلي معلقا على شرط واتفق هو والدائن على التنازل عن هذا الشرط وجعل الالتزام باتا، يظل التزام الكفيل خاضعا لذلك الشرط ولا ينطبق عليه تنازل المدين عنه.

ومع ذلك، فإذا تحسن وضع المدين، يحق للكفيل الاستفادة من هذا التحسن، وإذا قام الدائن بتمديد مدة الدين دون سدادها، يستفيد الكفيل من هذا التمديد ويحق له التمسك بالمدة الجديدة، كما يستفيد الكفيل أيضا من هذا التغيير في شروط الدين ما دام ذلك في مصلحته ويمكنه التمسك به في مواجهته للدائن.[2]

المطلب الثالث: السبب في عقد الكفالة:

ترجع صعوبة تحديد السبب في عقد الكفالة إلى الطبيعة الخاصة باعتباره عملية قانونية ثلاثية، وعلى الرغم من أهمية العلاقة بين الكفيل والدائن وبين الكفيل والمدين، إلا أنها تقع خارج نطاق عقد الكفالة، لأن المدين ليس طرفا في هذا العقد.

وإذا كانت الكفالة لمنفعة الدائن، فإن ما وراء التزام الكفيل هو المنفعة التي سيحصل عليها من العقد، وتشمل الأسباب الدافعة ضمن نطاق العقد، وفي هذه الحالة تكون الكفالة ملزمة على كلا الطرفين، وسبب الالتزام يكون مستحيلا أو مخالفا للنظام العام وينطبق الشيء نفسه إذا كان الدافع وراء الكفالة غير صحيح وكان الدائن على علم بذلك. [3]

أما إذا كانت الكفالة عبارة عن تبرع من الكفيل إلى الدائن، فإن سبب وراء التزام الكفيل هو النية في التبرع، وإذا لم يكن هذا الأخير صحيحا وليس للدائن علم به هنا تكون الكفالة باطلة.

---

[1] نبيل سعد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 343.

[2] زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص 50.

[3] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 52.

إذا تم عقد الكفالة لصالح المدين، فيمكن أن يكون الكفيل قد تلقى مقابلا من المدين، أو قد يكون المدين قد تعهد بشيء للكفيل مقابل الكفالة، وفي هذه الحالة يكون المقابل أو الرهن أساس التزام الكفيل.

أما إذا تبرع الكفيل للمدين بكفالة، فإن سبب وعده هو النية في التبرع، وإذا كان الدافع من التبرع غير مشروع والدائن يعلم به، فإن الكفالة باطلة. [1]

الفرع الأول: أثر العلاقة الثلاثية للكفالة على فكرة السبب:

أثار سبب الكفالة الكثير من المناقشات حول تعريفه، وهذا بالطبع لأن عقد الكفالة هو عقد ملزم لطرف واحد، وفي هذا النوع من العقود، الوعد من المدين بين الدائن والمدين، وهناك التزام مسبق مدني أو طبيعي، وفي حالة التعويض ونية التبرع، إذا كان العقد من عقود التبرع، نجد في عقد الكفالة أن الكفيل يقترح على الدائن لضمان أداء الالتزام للمدين دون أن يكون ملزما أمام الدائن، وليس بمقتضى الالتزام (مدني أو طبيعي).[2]

قبل الحديث عن العلاقة بين الدائن والكفيل لا بد من ذكر العلاقة بين الدائن والمدين، وهنا نجد أن الكفيل، يقطع وعدا للدائن ليحصل المدين على ائتمان أو مزايا أخرى من الدائن، ويرجع ذلك إلى اعتماد صفة التبعية للكفالة وصلته بوظيفتها كوسيلة للضمان.

وهذا هو سبب تعهد الكفيل الذي يقتضي وجوده لحماية الكفيل من الالتزام أمام الدائن، وهذا السبب يستجيب للسبب الشرطي الموضوعي التقليدي لأنه موضوعي ومجرد وفوري وغير متغير، فبدون سبب في هذا المعنى، يكون التزام الكفيل باطلا.

أما الدافع الأساسي للعقد فهو شخصي وغير مباشر ويختلف من كفيل إلى آخر ويجب أن يكون مشروعا. [3]

---

[1] نبيل سعد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 345.

[2] مرجع نفسه، ص 346.

[3] مرجع نفسه، ص 347.

الفرع الثاني: شرط مشروعية السبب:

يجب أن يكون السبب مشروعا، أي لا تتعارض مع النظام والآداب العامة، ذلك أن الكفالة هي في الغالب تبرعية فلا علاقة للكفالة بالالتزامات التي لا يمكن التعامل معها بطبيعتها أو قانونها، وبذلك يتعهد الشخص بكفالة الدائن حين ارتكاب جريمة ضد النظام العام.

وفي حالة عدم وجود المشروعية، يعتبر العقد باطلا لأننا في هذه الحالة نكشف عن الدوافع التي دفعت بالكفيل إلى الالتزام، لذلك إذا كانت نية الكفيل في عقد الكفالة هي أداء خدمات للمدين، فإن الدافع يكون مشروعا. [1]

أما إذا كان الدافع غير شرعي فالدين باطل لأسباب غير مشروعة، ولكن في هذه الحالة يجب على الدائن أن يعلم أن الدافع غير مشروع، أو على الأقل يمكنه أن يعرف به بسهولة، بالنظر إلى استقرار المعاملة، ويقع عبء الإثبات على عاتق الكفيل، والأسباب التي يجوز الدائن على أساسها المطالبة بإلغاء التزامه بإثبات عدم المشروعية أو إمكانية معرفة السبب نظريا وعقلانيا، حتى يتمكن من الطعن في جميع طرق الإثبات في هذا الصدد. [2]

وحسب ما تطرقنا إليه في هذا المبحث خلصنا إلى أن عقد الكفالة يعد في تكوينه كباقي العقود الأخرى التي يتعامل بها الأشخاص في حياتهم، والتي تلزم توافر الأركان الأساسية حتى يستوفي شروط صحته المتمثلة في التراضي والمحل، والسبب، وحتى ينعقد العقد بشكل قانوني صحيح.

ومن تم خلصنا من هذا الفصل الذي تطرقنا فيه إلى تعريف عقد الكفالة من الناحية اللغوية، والاصطلاحية والقانونية، بالإضافة إلى أنواع الكفالة، مع تبيان خصائصها التي تميزها عن المفاهيم المشابهة لها، إلى أن الكفالة هي بمثابة تأمين شخصي فيها تحقق

[1] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 52.

[2] أحمد شرف الدين، التأمينات الشخصية والعينية، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س، ص 27.

مصالح المدين على كل ما يحتاجه من الدائن، من خلال التسهيلات الممنوحة له في عملية ائتمانه، وهذا بتوافر الأركان اللازمة لتكوينه وقيامه بشكل صحيح، فينجم عنه بذلك آثار كغيره من العقود الأخرى التي جاء بها القانون المدني التي سنتناولها في الفصل الثاني من خلال التطرق إلى العلاقات الناشئة عن عقد الكفالة في المبحث الأول، وانقضاء عقد الكفالة في المبحث الثاني.

الفصل الثاني:
أثار عقد الكفالة

الفصل الثاني: أثار عقد الكفالة

تمهيد:

إن العلاقة بين الدائن والمدين لا نجد فيها ضمانا يعد لمواجهة الدائن، ليتمكن المدين من الحصول على الائتمان من الدائن فهو سبب التزام الكفيل، مع شريطة وجوده بغية حماية الكفيل، وكذا الالتزام لمواجهة الدائن دون سبب، فهو سبب يتوافق والشروط الموضوعية للنظرية التقليدية للأسباب (الموضوعية، المجردة، المباشرة، الثابتة غير متغيرة) التي تجعل المدين يحصل على ائتمان من الدائن والذي يؤدي غيابه إلى التزامات تجاه المنشئ، والدافع الأساسي أو التعاقدي شخصي، غير مباشر، ومتغير، يختلف من كفيل إلى آخر، ويتطلب شرط المشروعية.

ويجب على الطرف المتعاقد الآخر الدائن أن يعلم بذلك أيضا، وذلك لتثبيت المعاملات، حتى لا يتفاجأ من بطلان العقد دون معرفة أسباب ذلك، ويكون العقد باطلا إذا كان الدافع وراء التعاقد غير مشروع، مع ضرورة علم الدائن بذلك، فإذا نشب نزاع حول توافر السبب ومشروعيته يقع عبء الإثبات على عاتق الكفيل، إذ عليه أن يثبت عدم وجود سبب أو أنه أخل بالنظام العام والآداب العامة، وأن الدائن قد علم بالدوافع التي أدت إلى العقد أو علم بإمكانية حدوثه، يمكن اللجوء إلى جميع طرق الإثبات.

المبحث الأول: العلاقات الناشئة عن عقد الكفالة

إن عقد الكفالة تترتب عنه بعض الآثار المتعلقة بالأطراف ذات العلاقة، والتي يمكن تصنيفها إلى صنفين من العلاقات، وتكمن في العلاقة بين الكفيل والدائن (المطلب الأول)، والعلاقة بين الكفيل والمدين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: العلاقة بين الكفيل والدائن

للعلاقة بين الكفيل والدائن جانبان، أحدهما مطالبة الدائن للكفيل بالدين عند تخلف المدين عن أداء الدين، والآخر هو دفاع الوكيل ضد الدائن بالعودة إلى هذه المطالبة، نجد عندها أن الدائن الذي يستمد حقه من الكفيل ملزم بواجبات تضمن نجاة الكفيل باعتباره آثار ناتجة لحدث الدفع، وسنتعامل مع ذلك في الفروع التالية.

الفرع الأول: مطالبة الدائن للكفيل والضوابط التي تحكم ذلك:

عندما يتخلف المدين عن السداد، يحق للدائن استرداد الدين من الكفيل الذي يخضع لقاعدتين أساسيتين هما: [1]

أولا: وجوب حلول أجل الدين بالنسبة للكفيل

لا يمكن للدائن المطالبة للكفيل ما لم تنتهي فترة الضمان، وعادة ما تكون مدة دين الضامن هي نفسها مدة الدين المكفول، على الرغم من أن الاثنين قد يختلفان بالاتفاق أو بناء على حدث آخر تسبب في انقضاء دين المدين.[2]

قد تكون المدة الممنوحة للكفيل مختلفة عن أجل التزام المكفول، ومن تم فالأجل الممنوح له يحل بعد أو قبل المدة الممنوحة للمدين، فإذا وصل التزام الأصيل قبل وصول مدة التزام الكفيل، هنا ليس من حق الدائن الرجوع على الكفيل قبل حلول

[1] أحمد محمد السعد، فقه المعاملات، ج1، دار الكتاب الثقافي للنشر والتوزيع، الأردن، 2018، ص 175.

[2] جميل الشرقاوي، دروس في التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص 54.

المدة المحددة لالتزامه، فيمكن لالتزام الكفيل أن يكون أقل من عبء الالتزام الأصلي، فيستفيد الكفيل من المدة الممنوحة له.

فإذا كانت التزامات الكفيل سابقة لالتزامات الأصيل، يتم تمديد التزامات الضامن لنفس الفترة التي يلتزم فيها الأصيل، بحيث لا يمكن للدائن مطالبة الكفيل قبل حلول مدة الدين الأصلي، لأنه لا يجوز لالتزام الكفيل أن يكون أثقل عبئا من التزام الأصيل.[1]

وذلك لأن كل اتفاق بين الدائن والمدين لتعديل المدة للالتزام الأصلي للدين يعود بالفائدة على الكفيل دون المساس به أو يضار منه، وإن تم التمديد في مدة الالتزام الأصلي، فسيستفيد منها الوكيل مهما كان مصدرها القاضي أو الاتفاق، مع عدم جواز المطالبة قبل حلول المدة الجديدة، والكفيل لا يضار إذا ما تم الاتفاق على تعجيل مدة الالتزام الأصلي، مع عدم المطالبة إلا بحلول موعد التزامه (مدة الكفالة) بسبب الرغبة في حماية الكفيل. [2]

ومع ذلك، ووفقا للمادة 211 ق.م[3] قد تنتهي فترة السداد الممنوحة للمدين مبكرا لعدد من الأسباب، وهي: الإفلاس أو الإعسار أو إضعاف تأمينات الدين، وعدم قيام الدائن بتوفير التأمينات التي وعد بتقديمها، فكيف يؤثر ذلك على الكفالة؟ وهل يترتب على ذلك إنهاء التزام الضامن بسداد الدين فورا أو عدم إعادته قبل المدة الأصلية المتفق عليها؟

في هذا الموضوع، هناك اختلافات في الفقه، حيث يميل البعض إلى القول بأن سقوط مدة الالتزام للكفيل يرجع إلى سقوط مدة التزام المدين، لأن الغرض من الكفالة هو حماية الدين من مخاطر اعسار المدين، وقد تحقق ذلك مما يؤدي إلى

[1] محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 58.

[2] عبد الزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 90.

[3] المادة 211 من القانون المدني.

سقوط المدة المقررة للوفاء، أما الرأي الغالب اتفق على أن يبقى الالتزام ساري المفعول حتى تاريخ الاستحقاق، ويستمر الكافل في استمتاعه بالفترة الممنوحة له ولا يجوز له العودة إليه قبل انقضاء تلك المدة، حتى لو سقطت مدة الدين الذي يكفله للأسباب التالية:

– تبعية الكفالة يعتمد على التزام أصلي فلا يمنع إبرامها بشروط أقل.

– إن سحب الثقة من المدين بسبب الإعسار أو الإفلاس أمر خاص بالمدين ولا يمكن أن يبرر سحب الثقة في الكفيل، كما لا يجوز للمدين إساءة استخدام مركز الكفيل بسلوكه.

– تتطلب قواعد تفسير الكفالة التفسير الأنسب للكفيل، من جهة على أنه تبرع، ومن جهة أخرى كمدين يشرح الشكوك لصالحه. [1]

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

فالقاعدة هي أن الدائن لا يلتمس الرجوع على الكفيل وحده، حتى اللجوء على المدين، وهو مضمون الفقرة 1 من المادة 660 من ق.م.ج تقابلها الفقرة 2 من المادة 788 من القانون المدني المصري والفقرة 2 من المادة 1021 من القانون المدني العراقي، مما يعني أن الدائن ملزم بالرجوع على المدين أولا، مع عدم اللجوء ابتداء على الكفيل، ولكن يمكن للدائن الرجوع على كل من المدين والكفيل في آن واحد، ويشير الرجوع إلى حق الدعوى القضائية، أي رفع دعوى ضد المدين والحصول على حكم قضائي بأنه ملزم بذلك، وعليه فإن مجرد مطالبة ودية أو تحذير للمدين للوفاء بالتزاماته لا تكفي، وهناك نوعان من الاستثناءات لهذه القاعدة:[2]

[1] محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 59.

[2] حسني محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008 ص 235.

1- إذا أشهر إفلاس المدين وجب على الدائن إفلاسه بالدين مبكرا وإلا فقد حق الرجوع على الكفيل، وتقدير الخسارة التي تكبدها هذا الأخير بسبب خطأ الدائن.

2- إذا كان للدائن سند صحيح واجب النفاذ على المدين ، فإن الإخطار بالدفع وحده كاف للرجوع على المدين ويفتح الطريق للرجوع على الكفيل.

في المقابل، إذا قدم الدائن دعوى منفصلة ضد الكفيل قبل سدادها للمدين، فإن دعواه غير مقبولة لأننا نتعامل مع قيود قانونية يجب على الدائن الامتثال لها، وإلا فسيتم رفض دعواه باعتبارها غير مقبولة، وأصدرت المحكمة العليا قرارا أمام المحكمة في هذا الشأن جاء فيه: "حيث من المقرر قانونا أنه يتوجب على ديوان الترقية والتسيير العقاري، وبناء على العقد المبرم بينها وبين القرض الشعبي الوطني الرجوع بمطالبة المكفول مؤسسة البناء في الوهلة الأولى ثم الرجوع على الكفيل والحال أن المطعون ضده لم يقدم ما يثبت رجوعه على المدين أولا، مما يستوجب معه قبول الدفع"، فالشروط المفروضة للتعبير عن صحة هذا الدفع هي: [1]

- لا يجوز للكفيل التنازل صراحة أو ضمنا عن حقه في استلام هذا المبلغ الذي يحق له التنازل عنه كما تقرر لمصلحته.

- لا ينبغي أن يكون الكفيل متضامنا ومتعددا مع المدين، حيث يمكن للدائن هنا الرجوع إلى الكفيل المتضامن والمتعدد منذ البداية دون القول بأن المدين يجب أن يكون لديه إمكانية الرجوع، وقد نص عليها المشرع صراحة في المادة 699 من القانون المدني بجواز الرجوع على كفيل الكفيل إذا ما كان متضامنا مع الكفيل. [2]

- أن يكون للدائن مصلحة أو مصلحة في الرجوع على الكفيل، إذا كان من الواضح أن المدين معسر، فلا فائدة للكفيل في الامتثال لواجبه في بدء الرجوع على المدين،

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ص 99.

[2] محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 61.

وبالمقابل إذا كان لدى المدين بعض الأموال الكافية لسداد جزء من الدين، فيعيد الدائن هذه الأموال ثم يجمع الدين المتبقي من الضامن، وهنا نشير إلى أن القاضي يقيّم ما إذا كانت هناك مصلحة للكفيل بغض النظر عن الامتثال لهذا الدفع، فإن إثبات المسؤولية عن إفلاس المدين أو عدم قدرته الظاهرة على السداد تقع على عاتق الدائن. [1]

الفرع الثاني: الدفوع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة:

في هذا الفرع سنتناول الدفوع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة كما يلي:

أولا: الدفوع الناشئة عن الدين الأصلي:

يحق للكفيل أن يصر أمام المدين به على جميع الدفوع التي يمكن للمدين أن يدعمها، لأن التبعية لواجب الكفالة يعرضه لكل ما يؤثر على التزام المكفول.

وتنص الفقرة 1 من المادة 654 على ذلك: " يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين، وللكفيل التمسك بهذه الدفوع ولو كان متضامنا مع المدين" تقابلها الفقرة 1 من المادة 788 من القانون المدني المصري، كما تنص المادة 666 على ما يلي: "يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين".[2]

ووفقا لهذه النصوص، يمكن للكفيل أن يؤكد ضد الدائن كل ما يمكن للمدين الأصلي أن يقدمه، بما في ذلك من بين هذه الدفوع أسباب إبطال الالتزام المكفول، مثل الدفع بالبطلان لتخلف الرضا، المحل، والسبب أو تخلف الشكل القانوني.

كما يحق له دعم الدفوع التي تؤدي إلى انتهاء الالتزامات المضمونة، مثل الوفاء، والتجديد، والتقادم، وأداء المقابل اتخاذ الذمة، وما إلى ذلك.

---

[1] مصطفى عبد الجواد حجازي، عقد الكفالة في القانون المدني، د.ط، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2006، ص 101.

[2] حسني محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، مرجع سابق، ص 252.

للكفيل الحق في الحفاظ على قابلية العقد المنشئ للالتزام المكفول، ومعالجة أي عيب يشيب المدين على أنه غلط أو تدليس أو إكراه، والذي قد يؤدي هذا الالتزام إلى فسخه، وله أن يتدخل في دعاوى الدائن ضد المدين ليتمسك بدفع قد لا يستطيع المدين التمسك بها، ويمكنه التمسك بهذه الدفوع حتى لو تنازل المدين عنها، كما يمكن للمدين أن يتمسك بتقادم الالتزام المكفول، حتى وإن تنازل عن حقه في التمسك بالتقادم.

ومع ذلك، إذا اعترف المدين بالعقد القابل للبطلان، فلا يحق للكفيل التمسك بهذا السبب، ما لم يتواطأ المدين مع الدائن لإلحاق الضرر بالكفيل.[1]

علاوة على ذلك، فالتمسك بإمكانية أن يكون العقد باطلا لنقص أهلية الكفيل، فالمادة 654 من ق.م جاءت في فقرتها الأولى على: "إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص الأهلية وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد فليس له أن يحتج بهذا الوجه"، وعليه يتبين من نصها أن الكفيل لا يستطيع التمسك بنقص الأهلية للمدين إذا كان على علم بوقت إبرام العقد، فإذا تمسك المدين بنقص الأهلية ويفصل في إبراء ذمته من الالتزام الأصلي، فسيستفيد منه الكفيل وتبطل التزاماته تبعا لذلك، وتجدر الإشارة إلى أن هذا النص يختلف عن أحكام ما جاء في نص المادة 649 من ق.م.ج على: "من كفل التزام ناقص الأهلية، وكانت الكفالة بسبب نقصد الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول"، ومن تم فمضمون نصها يتطرق إلى حكم فرض الكفيل لنقص الأهلية، كما أنه ليس للكفيل حق التمسك ببطلان فعل المدين المكفول وتصرفاته وتمسكه به المدين. [2]

[1] العاقب عيسى، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1986، ص 57.

[2] محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 70.

ثانيا: الدفوع الناشئة عن عقد الكفالة:

علاوة على الدفوع المذكورة أعلاه يمنح المشرع للكفيل دفوعا خاصة به مع مراعاة صفة الكفيل والتزامه التبرعي، وهذه الدفوع يمكن تبيانها كما يلي: الدفع الرسوم بالتجريد حسب المادة 660 الفقرة 2 ق.م، والدفع بالتقييم في حالة الكفلاء المتعددين بموجب المادة 644، والدفع بإضاعة التأمين بسبب خطأ الدائن بموجب المادة 656 ق.م، والمطالبة الدائن بعدم اتخاذ أي إجراء ضد المدين وفقا للمادة 657 من ق.م.ج، ومطالبة الدائن بعدم التدخل في إفلاس المدين حسب نص المادة 658 من ق.م.ج.[1]

1- الدفع بالتجريد

تضمن نص المادة 660 الفقرة 2 من ق.م.ج: "ولا يجوز له (الدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله، ويجد على الكفيل في هذه المسألة أن يتمسك بهذا الدفع".

فالمعنى البسيط للدفع بالتجريد هو: أنه إذا كان الدائن يريد التنفيذ على الكفيل، فيمكن للكفيل أن يصر على تنفيذ أموال المدين أولا وهذا ما جاءت به أيضا الفقرة 1 من المادة 788 من القانون المدني المصري، بحيث إذا كان لديه أموال كافية لسداد والوفاء بجميع الديون، وهذا لصالح الكفيل ويكون الدفع المقرر لمنفعته فهو بمثابة ضمان للديون التي لا مصلحة له فيها، بحيث يكون عدم تطبيقه من باب العدل وأموال المدين قائمة لم يطبق عليها. [2]

والغرض من هذا الدفع هو أن الكفيل يستحق الاهتمام به، لأنه لا يسدد دينه الخاص بل دين شخص آخر، وعادة ما يقدم خدمات للآخرين لتقوية ائتمانه، وهذا لا

[1] محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 100.

[2] أحمد فيصل شرف، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة: دراسة مقارنة، مذكرة تخر لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2012، ص 76.

يضر الدائن، لأنه إذا لم يستلم ويستوفي حقه من المدين، فإنه سيحصل عليه من الكفيل، لذلك لا بد من دراسة هذا الدفع بالتطرق إلى الشروط التي تحكمه، والآثار الناجمة عنه، وكذا الصورة الخاصة به كما يلي:

أ- شروط الدفع بالتجريد:

تكمن شروطه فيما يلي:

- **يجب أن يكون الكفيل شخصا، وليس عينيا:** بما أن الكفيل الحقيقي راهن، فلا يحق له الإصرار على التجريد ما لم ينص صراحة على ذلك، وهذا هو ما جاء في نص المادة 901 من ق.م.ج على أنه: "إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا على ما رهنه من ماله، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك".[1]

وتقتصر حقوق الكفيل على الدفع بتجريد المدين المكفول، وفي حالة وجود مدينين متعددين، لا يحق للكفيل الدفع مقابل تجريد مدين آخر غير مكفول.

- **لا يجوز للكفيل التنازل عن هذا الدفع مقدما:** وهذا ما جاء في نص المادة 660 الفقرة 2: "...على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق..."، لأنه دفع غير عام، ويجب على الكفيل التمسك به، دون أن يكون للقاضي السلطة التقديرية لاتخاذ القرار من ذاته، باعتباره دفوع خاصة بالكفيل، وبالتالي يسمح له بالتنازل عنها لأنه قرار لصالحه، ويمكن التنازل عن الدفع إما في عقد الكفالة نفسه، أو لاحقا في اتفاقية منفصلة، حيث قد يكون هذا التنازل صريحا وأيضا قد يكون ضمنيا، ويتم استنتاجها من ظروف وملابسات القضية، ونقول أن هذا الدفع لا علاقة له بالنظام العام، مما يثير التساؤل عن الفترة الواجبة لتمسك الكفيل بهذا الدفع؟

[1] أحمد فيصل شرف، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 77.

فيما ذهب آخرون لقول أن للوكيل الحق في التمسك بهذا الدفع ما إذا ما تم رفع دعوى ضده، بغض النظر عن حالة الدعوى، فإنه يحق له وقبل صدور قرار نهائي أن يتمسك بالدفع، وإذا ما صدر الحكم الذي يقضي بإلزامه بالدين، فتنفيذه لا يعلق على سلب الأموال الخاصة بالمدين، وعليه فهذا الدفع يرتبط بمرحلة الدعوى القضائية لا بالتنفيذ.[1]

وبحسب الرأي العام أن عودة الدائن على الكفيل يجب أن تمر بمرحلتين، وكل مرحلة فيها دفع خاص بها، فالأولى هي مرحلة التقاضي، وفيها يكون الدفع برفض الدعوى وذلك بسبب رفعها على الكفيل أولا، ويمكن في أية مرحلة من مراحل هذه الدعوى التمسك بهذا الدفع، والمرحلة الثانية هي مرحلة التنفيذ التي تخص الدفع بالتجريد، وفيها يمكن مواجهة الدائن بتمسك الكفيل به عندما يبدأ في التنفيذ على أمواله، لذلك لن يتم مصادرة هذا المبلغ لعدم الامتثال في مرحلة التقاضي (هذا لا يعني أنه قد لا يظهر في مرحلة التقاضي، بل يمكن للكفيل التعبير عنها أثناء سير الدعوى).

- **الكفيل غير متضامن مع المدين:** هذا هو الشرط المنصوص عليه في المادة 665 ق.م.ج والمادة 793 من القانون المدني المصري، حيث يجب على الكفيل العادي أن يفي أولا بالتزام تنفيذ أموال المدين، ولا يحق للشريك الإصرار على ذلك الدفع، لأن الدائن يمكنه الرجوع إلى المدين أو الكفيل أو كليهما، وله الحق في تنفيذ أموال الكفيل أولا مع المدين. [2]

وهنا نقول إنه في الكفالة القضائية والقانونية لا يمكن اشتراط أن يحتفظ الكفيل بحق التمسك بالتجريد، لأن النص القانوني يعتبر الكفيل متضامنا، وفي هذه

[1] سمير عبد السيد تانغو، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 212.

[2] سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 78.

الحالة طبيعة التضامن تقضي حرمان الكفيل من حق الدفع بالتجريد، أما التضامن الاتفاقي ففيه لا يحق للكفيل المتضامن الدفع بالتجريد، لأن هذا يعارض طبيعة التضامن، وحيازة الكفيل لهذا المبلغ لا يشكل تضامنا في الواقع، باستثناء الرأي الغالب القائل بأنه وفقا لمبدأ سلطة الإدارة وحرية الكفيل لتقليل التزاماته، لا شيء يمكن أن يمنع مثل هذه الاتفاقات. [1]

- **وجوب ارشاد الكفيل إلى أموال المدين التي تفي بالدين كله:** وهذا ما جاء في نص المادة 661 على أنه: "إذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين التي تفي بالدين كله، ولا يؤخذ بعين الاعتبار الأموال التي يدل عليها الكفيل إذ كانت هذه الأموال تقع خارج الأرض الجزائرية أو كانت متنازع عليها"، تقابلها المادة 789 من القانون المدني المصري.[2]

من أجل قبول وقيام الدفع بالتجريد على أساس، يجب أن يكون لدى المدين أموال يمكن للدائن التنفيذ عليها، ويقع عبء إثبات أن المدين لديه أموال صالحة وكافية لسداد الدين بالكامل على الكفيل، وأنه يوجه الدائن لاستخدام هذه الأموال على نفقته الخاصة، مثل مصاريف استخراج نسخ مستندات ملكية الأموال الموجهة من قبل المدين، بالإضافة إلى ذلك، سيتم رد مصاريف التجريد من قبل الدائن إلى الكفيل، وهذا بالإضافة إلى شروط الأموال التي يجب توضيحها للكفيل أن تكون:

- **مملوكة للمدين:** فلا يعتبر المال غير المملوك الذي لا يعتد به حتى لو كان بحوزته.

- **قابلة للحجز عليها:** وهو شرط يتوافق مع الغرض من الارشاد أي التنفيذ.

---

[1] مريم عبد الطارش الزبيدي، التنظيم القانوني لحق التجريد في عقد الكفالة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ص 95.

[2] توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية، دراسة لعقد الكفالة والرهن، والاختصاص والامتياز، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، 1998، ص 60.

- **تكفي لسداد جميع الديون:** فلا يكفي أن تكون الأموال كافية لسداد جزء أو معظم الدين، فإذا كانت التي يرشد عنها الكفيل غير كافية لذلك، هنا لا يمكنه التمسك بهذا الدفع بالتجريد.[1]

فمدى كفاية تقدير الأموال التي يبينها الكفيل أمر واقعي يحدده قاضي الموضوع، وتقدر قيمته عند النظر في النزاع المتعلق به، مع مراعاة صافي القيمة فقط، وقد تحدد قيمته بعد استنزال الديون التي تضمنها الرهن مثلا وهذا في حالة ما إذا كان مثقلا بحقوق مادية تبعية، ويلاحظ أيضا أنه إذا لم تكن الأموال كافية للوفاء بالدين بالكامل، فلا يلتزم الدائن بإنفاذها كما لو كان ملزما بإنفاذها، الأمر الذي من شأنه إجباره على أداء حقوقه جزئيا، خلافًا للقاعدة العامة في الأداء، والمنصوص عليها في المادة 277 في فقرتها 1 التي تنص على: "لا يجبر المدين الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقف بغير ذلك"، تقابلها الفقرة 1 من المادة 343 من القانون المدني المصري. [2]

- **الأموال الموجودة في الجزائر:** عندما تكون الأموال موجودة خارج الجزائر، تباشر إجراءات معقدة وهذا يتسبب في ارهاق الدائن، كما لا يتطلب ذلك وجود الأموال في مكان سداد الدين أو في منزل المدين، مثلما هو معمول أيضا به في القانون المصري.

- **لا يمكن التنازع على الأموال:** نظرا لأن الأموال المتنازع عليها ليست مأمونة العقوبة، فقد يؤدي حل النزاع إلى عدم ملكيتها للمدين، ويكون المال محل نزاع إذا

[1] سي يوسف زاهية حورية سي يوسف، الوجيز في عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص80.

[2] توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 61.

كانت عليه دعوى قضائية أو كان موضوع نزاع جاد، ومثاله المال الشائع، لأنه لا بد من تنفيذه بعد دعوى قضائية لتحديد القيمة. [1]

ب- آثار الدفع بالتجريد

ينجم عن شروط الدفع بالتجريد، وموافقة المحكمة له آثار تكمن في:

- عدم جواز التنفيذ على الأموال للكفيل:

يتطلب قبول الدفع بالتجريد إيقاف عملية التنفيذ على الأموال للكفيل، على العكس من ذلك، يتم إيقاف هذه الإجراءات فور دفع الكفيل، حتى صدور حكم المحكمة، وإلغاء الإجراءات التي اتخذها الدائن بالفعل قبل سداد الدفع بالتجريد، وجميع الإجراءات المتخذة لإنفاذ أموال الكفيل، سواء كان ذلك متعلقا بمرحلة التقاضي بالامتثال للدفع أثناء سير الدعوى، أو في مرحلة التنفيذ عندما يلتزم الدائن في بدء التنفيذ من خلال استكمال التنفيذ. [2]

كما يسمح بوقف إجراءات التنفيذ اللاحقة، ولا يمنع إجراء التنفيذ الدائن من اتخاذ إجراءات للمحافظة على أموال الكفيل، لأن هذا الإجراء لا يؤثر على مصدر الحق وعرضه، مع الحفاظ على ذمم الكفيل المالية حتى لا يتصرف فيها. [3]

- يلتزم الدائن بالتنفيذ على أموال المدين التي أرشده إليها الكفيل:

يجب على الدائن أن يبادر إلى اتخاذ تدابير إنفاذ ضد المدين، وإلا فإن إعسار المدين سيؤدي إلى التنفيذ غير الفعال لأمواله، ويجب على الدائن الذي يتخذ هذه الإجراءات أن يعتني بالناس العاديين ويتحمل عواقب خسارة أمواله، فإذا لم يكن

[1] محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 89.

[2] أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية، مرجع سابق، ص 280.

[3] علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 249.

سداد الدين كافيا، وفقا للقواعد العامة، فيتحمل الكفيل عبء إثبات مخالفة الدائن للعقد. [1]

- مسؤوليات الكفيل عندما لا يحصل الدائن على حقوقه كاملة:

إذا اتخذ الدائن إجراءات تنفيذية في الوقت المناسب ضد أموال المدين، فعادة ما يؤدي ذلك إلى حصوله على الحقوق، ولكن من المتصور أنه على الرغم من أن الدائن قد اتخذ تدابير التنفيذ الصحيحة، فإن الحقوق لا تمارس بالكامل، لأن الأسباب الخارجية لا تستطيع السيطرة عليه، مثل كما قد يظهر الدائنون العاديون للمدين يتنافسون مع الدائنين، ويتقاسمون عائدات التنفيذ معهم، مما يؤثرون على ما إذا كانت الأموال كافية لسداد الديون، وقد تنخفض قيمة أموال المدين أثناء التنفيذ، وهذا نتيجة لتقلبات السوق أو أن تقييم هذه الأموال يبدو أعلى من قيمتها، والنتيجة هي إبراء ذمة الكفيل من المدين فقط إلى الحد الذي يؤديه الدائن، وهنا يحق للدائن بالرجوع على الكفيل بما تبقى من أمواله، ولكن لإنفاذ هذا الرجوع يجب عليه إثبات أنه طبق على كل الأموال التي حددها الكفيل، ويتم ذلك عن طريق تقديم سجلات الحجز، ووثائق التنفيذ.[2]

ج- صورة خاصة للدفع بالتجريد:

جاء في نص المادة 663 ق.م.ج على أنه: "إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانونا، أو اتفاقا لضمان الدين، وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه، ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين" تقابلها المادة 791 في القانون المدني المصري.

---

[1] محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد العاشر، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018، ص ص 557-558.

[2] سمير عبد السيد تانغو، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 204.

ويلزم النص على الدائن، قبل التنفيذ بطلب الكفيل لبدء تنفيذ أي تأمين عيني تم تخصيصه لوفاء نفس الدين المكفول ويمكن أن يطلب الكفيل من الدائن التنفيذ على تأمين عيني يقدمه المدين أولا، والحكمة واضحة، تكمن في أن الكفيل عندما يأخذ الكفالة، هناك ضمان عيني لتأمين الدين، وهو سابق أو معاصر لها والكفيل، فهو يعتمد على هذا التأمين في الالتزام الذي قطعه، ويطلب للتمسك به على أن الدفع يجب أن يتوافر على عدة شروط هي: [1]

– يوجد تأمين حقيقي مخصص لضمان الدين: قد يكون التأمين الحقيقي رهنا رسميا أو حيازة أو امتيازا، ويجوز ربط هذا التأمين بالممتلكات غير المنقولة أو المنقولة من حيث طبيعة الممتلكات المنقولة، بشرط أن يكون النص لا يشمل الاختصاص لأنه بأمر من القاضي، كما يحدد النص اتفاق أو قانون. [2]

– يجب أن يكون هذا التأمين مشمولا بالمال المملوك للمدين حسب ما جاء به المشرع الجزائري، وما يتفق عليه معظم المراجعين بالقانون والفقه المصري والتشريعات الأخرى المقارنة[3]، فهذا الحكم حسبهم فهو بمثابة صورة خاصة من الصور المرتبطة بتجريد المدين من الأموال الخاصة به، رغم أن القاعدة العامة تقضي بعدم جواز الطلب الشخصي للكفيل، وحرمان الكفلاء عينا من المال، لأن كلاهما مسئولة عن دين المدين، بحيث إذا أوفى أحدهم به، عاد إلى الآخر بحسب نصيبه في التزام الدين، ومنه من غير المقبول أن يتنازل الكفيل الشخصي عن الحالة التي يكون فيها الكفيل مؤمنا عينيا على أموال مملوكة لغير المدين، وقد يرى بعض الفقهاء أنه لا يشترط حق المدين في المال الذي يرد عليه التأمين، ومن تم

[1] محمد محمود زهران همام، التأمينات الشخصية والعينية، ص 147.

[2] حسنين محمد، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص ص 46-48.

[3] نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، ص 103.

فالنص الوارد في المادة 663 من ق.م مطلق ولا يشترط ملكية المال للمدين فهو بذلك وحسب هذا الرأي فهو غير صريح.

– لا يجوز أن يكون الكفيل متضامنا مع المدين لأنه وفقا للمادة 665 ق.م.ج لا يحق للكفيل المتضامن الدفع بالتجريد، ولا يجوز أن يتضامن الكفيل معه، كما لا يحق له التنازل عن حقه في التمسك بضرورة التمسك الشروع في التنفيذ على التأمينات العينية لأن المشكلة لا تنشأ عن النظام العام، فيمكن التنازل عنها، وهذا الشرط يطبق أيضا في الشكل العام لتجريد الدفع.

– يجب تحديد هذا التأمين العيني قبل إبرام الكفالة أو عند إبرامها: وهذا يعني أن الكفيل قدم كفالته واعتمد على هذا التأمين فلا يكون على المنشئ إلا بعد التنفيذ على التأمين العيني، ولكن ليس في هذه الحالة إذا تم تقديم التأمين بعد الضمان، ويمكن للضامن دفع تكلفة التنفيذ على التأمين أولا. [1]

د– آثار التمسك بالدفع بالتجريد في هذه الصورة:

وعليه إذا تم استيفاء الشروط المذكورة أعلاه وقبولها من قبل المحكمة، يكون لها نفس تأثير الدفع المجرد العام، ويكون الدائن ملزما بالوفاء بالتنفيذ على التأمينات العينية.

ومع ذلك، من المهم أن نلاحظ هنا أن إعسار المدين أو إفلاسه لا يؤثر على استيفاء حق الدائن من التأمينات العينية لأن الدائن لديه ضمان وقائي على الأموال الواردة في التأمين ضد الإفلاس أو الإعسار.

2– الدفع بالتقسيم:

جاء في نص المادة 664 ق.م.ج بأنه: "إذا تعدد الكفلاء لدين واحد، وبعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسّم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن أن

[1] نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، ص 104.

يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة، أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، فإن كل واحد منهم يكون مسؤولا عن الدين كله إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقييم"[1]، وتناولته أيضا مجلة الأحكام العدلية في المادة 647 من القانون المصري: "لو كان لديه كفلاء متعددون... وإن كانوا قد كفلو معا يطالب كل منهم بمقدار حصته من الدين...".[2]

والتقسيم يقع بقوة القانون وفقا لهذا النص، أي إذا تعدد الكفلاء في دين وعقد واحد، ولم تكن هناك مسؤولية تضامنية بينهم، فيقسم الدين ولا يجوز للدائن أن يطالب منهم أي شخص يعيد مبلغا يزيد عن نصيبه من الدين، ولكي يتمكن الكفيل من الوفاء بهذا الدفع، يجب استيفاء شروط معينة: [3]

أ- يجب أن يكون الكفلاء أكثر من شخص:

وهذا الشرط هو الافتراض الأساسي للدفع بالتقييم، فإذا كان هناك كفيل واحد فقط، فلا مجال للحديث عن التقييم لأنه مسؤول عن الدين بأكمله.

ب- يجب أن يكون للدين الواحد عدة كفلاء:

بحيث إذا كان الكفلاء يضمنون ديونا مختلفة، فلا مجال للتقييم، ولكن كل واحد مسؤول عن الدين الذي يضمنه، ويستحيل عليهم طلب القسمة مع مدين آخر، لأنها لا تقدم كفالة لنفس المدين، ولا يجوز للكفيل أن يطلب من الدائن توزيع الدين بينه وبين الكفيل (كفيل الكفيل) لأنهما لا يقدمان ضمانا لنفس الالتزام.

---

[1] محمدي سليمان، مدونة حول التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 38

[2] نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، ص 104.

[3] أحمد شعبان محمد علي، موسوعة البنوك والائتمان السياسية الائتمانية للبنوك، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، 2016، ص ص 224-225.

ج- وجوب تعدد الكفلاء لمدين واحد:

شرط انفراد المدين لا يعني بالضرورة وجود شخص واحد، فبتعدد الكفلاء للمدينين المتضامنين كفل كل منهم كل المدينين.

د- ألا تكون هناك مسؤولية تضامنية بين الكفلاء:

لأنهم إذا كانوا متضامنين، فيمكن للدائن أن يطلب تعويضا من أي منهم ويطلب منه سداد جميع الديون وفقا لأحكام المسؤولية التضامنية.[1]

هـ- يجب على الكفلاء كفالة المدين لعقد واحد:

فهنا يعتمد كل منهما على كفيل آخر، ويتم تقسيم الدين بينهما، أما إذا تعهد كل كفيل بتغطية الدين في عقد مستقل بشرط كفالة، لا يعتمد على ما تبقى من الكفلاء، وبالتالي لا يتم تقسيم الدين بينه وبين آخرين، إلا إذا احتفظ بحق التقييم، وفي هذه الحالة يتم تقسيم الدين على أساس مشروط، وليس بقوة قانون.

و- لا يجوز للكفيل أن يتنازل عن حقه في التقسيم:

إذا تعدد الكفلاء وأعاد الدائن على أحدهم للمطالبة بأداء الدين، وأوفى به الكفيل، فيعتبر هذا الأخير متنازلا عن حقه رغم أنه قد توافرت جميع الشروط، حتى لو يتم هذا التقييم وفقا للقانون، كما ذكر سابقا، فلا علاقة له بالنظام العام، لذلك يمكن التنازل عنه، لأنه ما لم يتنازل الوكلاء، سيقرر القاضي وفقا لتقديره الخاص.[2]

ومع استيفاء الشروط المذكورة أعلاه، سيكون لهذا الدفع الآثار التالية:

- لا يجوز للدائن أن يطلب من الكفلاء إلا في حدود نصيبه في الدين، حيث يقسم الدين بالتساوي بين الكفلاء ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك، وتحدث القسمة بقوة القانون بين عدة الكفلاء المتعددين وغير المتضامنين، حتى لو لم يتم المطالبة

[1] أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية، مرجع سابق، ص 295.

[2] رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 145.

بذلك، فيحق للكفيل التمسك على هذا الدفع في أي خطوة من خطوات الدعوى، وفي حالة إفلاس أحد الكفلاء، يكون الدائنون هم من يتحملون نصيب المفلس ومن المستحيل المطالبة بنصيب المفلس منهم، لأن مبدأ القانون الجزائري هو تقسيم الديون بينهم حسب القانون، فهو موحد من وقت تأمين العقد، وليس من مدة المطالبة فقط أو الحكم في القضية.

3- الدفع بإضاعة التأمينات:

جاء في نص المادة 656 من ق.م.ج على أنه: "تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات، ويقصد بالضمانات في هذه المادة، كل التأمينات المخصصة لضمان الدين، ولو تقررت بعد الكفالة، وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون" تقابلها الفقرة 1و 2 من المادة 784 من القانون المدني المصري.[1]

يتضح من هذه المواد أنه إذا فقد الدائن التأمين بسبب الإهمال وأهمل الحفاظ عليه، فالكفيل يبرأ ذمته إلى الحد الذي فقد فيه الدائن هذا الضمان، ويكون للكفيل الحق في دفع حق الدائن له، ويشترط في اثبات حق الكفيل تمسكه بهذا الدفع وفقا لما يلي: [2]

أ- يفقد الدائن تأمينا خاصا:

ويلزم أن يكون التأمين المفقود تأمينا خاصا لأداء الدين، سواء كان تأمينا شخصيا (كفالة اخرى) ، أو عينيا منح من المدين أو أي شخص آخر، سواء كان موجودا من قبل مع أو بعد الكفالة، وهناك رأي محدد للضمانات على التأمينات مثل الرهون، ولكن الرأي الغالب هو أن يتم أخذ أي ضمان سواء كان اتفاقيا، أو قانونيا،

[1] صابر محمد محمد سيد، رجوع الدائن على الكفيل: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2010، ص: 327

[2] محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 76.

أو قضائيا، لأن النص واضح، وأنه إذا قام الدائن بإهمال المحافظة على ضمان عام للمدين، ولو كان أيضا معسرا ومهملا في ادعاءاته، فلا يمكن إثبات الدفع للدائن لأنه لا يوجد خسارة في التأمين الخاص، وهنا يجب إنشاء هذا التأمين ثم ضياعه بسبب خطأ الدائن، لذلك فالدين المكفول هو دين أجرة، مع اهمال الدائن لمطالبة المستأجر (المدين المكفول) بوضع ممتلكات منقولة في العين المؤجرة لتأمين السداد بالأجرة، ما ينتج عنه عدم نشوء حق الامتياز الذي جاء في نص المادة 995 من ق.م.ج.

ب- يجب أن يكون ضياع التأمينات بسبب خطأ الدائن:

أو خطأ الشخص ممن يستجوب عنهم، سواء بفعل إيجابي، مثل تبرئته لكفيل آخر، أو بالإغفال مثل إهماله في قيد الرهن بسبب اسهام الكفيل في إضاعة التأمين الخاص، فالرأي الفقهي الغالب هو من يرى عدم ابراء ذمته ولا يمكنه التمسك بهذا الدفع، بينما رأى رأي آخر أن المسؤولية توزع بين الدائن والكفيل بموجب قاعدة الخطأ المشترك. [1]

ج- إن خسارة وضياع التأمينات ستؤدي حتما إلى ضرر للكفيل:

يجب أن يكون ذو أهمية في ضمان حقوق الدائن، بحيث يضمن أن يرجع الكفيل على المدين بعد القيام بوفاء الدائن، ولا يؤثر على حقيقة أن المدين قادر على الوفاء أو لديه ضمانات أخرى كافية لسداد جميع الديون، كما لا يجوز للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع إذا فقد الدائن الضمان لكونه عديم القيمة، ويتمسك الكفيل بذلك الدفع أثناء رجوع الدائن عليه، وله أن يطالب بها من خلال رفع دعوى على الدائن يكون فيها مطالب ببراءته بسبب فقدان التأمينات، وينتج عن قبوله الإفراج عن

[1] أحمد عبد الرحمان فايز، عقد الكفالة في القانون المصري والقانون الليبي، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص 61.

الكفيل بقدر اهدار الدائن بخطته، فيجب الالتزام بهذا الدفع لأن المحكمة لن تحكم من تلقاء نفسها لأنه لا يتعلق بالتقادم العام. [1]

4- الدفع بعدم اتخاذ الدائن للإجراءات ضد المدين:

جاء في نص المادة 657 في الفقرة الأولى منه على: "لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه تتخذها"، ويتبين من خلال هذا النص أن تأخر الدائن في الرجوع على المدين لا ينجم عنه انتهاء حقه في طلب الكفيل، حتى ولو نجم عنه ضرر يمس الكفيل الناتج عن إعسار المدين وتعذر رجوع الكفيل عليه.[2]

فالقانون حمى الكفيل وهذا ما جاء في نص المادة 657 في الفقرة 2 على أنه: "غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن، ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا"، ومن هذا المنطلق، إذا تأخر الدين عن السداد، ويخشى الكفيل من أن الدائن لن يتخذ إجراءات ضد المدين، فيستطيع تحذيره من اتخاذها، حتى يباشر الدائن دعوى ضد المدين أو يشرع في القيام بتدابير التنفيذ ضد المدين إذا كان لديه سندات التنفيذ، فإذا لم يتخذ الدائن هذه الخطوات بعد ستة أشهر من تاريخ الإنذار، يكون الإجراء قد أبرأ الكفيل ما لم يقدم المدين للكفيل الضمان الكافي، بحيث يتعهد الكفيل باللجوء إلى المدين إذا ما اضطر إلى الوفاء بالتزامات الدائن، وسيؤدي قبول هذا الدفع إلى رفض مطالبة الدائن وصدور حكم ببراءة الكفيل[3]، وهو ما جاء به أيضا القانون المدني المصري في الفقرة 1 و2 من المادة 785.

---

[1] مصطفى عبد الجواد حجازي، عقد الكفالة في القانون المدني، مرجع سابق، ص ص 120-121.

[2] سليمان مرقس، عقد الكفالة، دار النصر للجامعات المصرية، القاهرة، 1959، ص 52.

[3] عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني: العقود المسماة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2013، ص 258.

5- الدفع بعدم تدخل الدائن في تفلسة المدين:

نصت المادة 658 ق.م.ج: "إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن"، تقابلها نص المادة 786 من القانون المدني المصري.

وعليه يجبر القانون الجزائري والتشريعات المقارنة الدائنين على التدخل في التفليسة لأن ذلك هو السبيل الوحيد للحصول عليه من المدين، فإذا أهمل الدائن القيام بهذا الإجراء، ونجم عنه ضياع فرصته في حصول على جزء من حقه فلا يمكنه الرجوع على الكفيل إلا بما يفوق القدر الذي كان سيتحصل عليه جراء التفليسة لو تدخل فيها. [1]

وإذا لم يدخل الدائنون في إجراءات الإفلاس ويطلبون الكفيل بالوفاء بديونهم بالكامل، فيمكنهم التمسك بالتبرئة إلى الحد الذي أضاعه لعدم التدخل في الإفلاس، أو يمكنهم التمسك بالتبرئة في شكل تقاضي، وبذلك قررت المحكمة العليا في هذا الشأن ما يلي: "حيث وأن المحكمة العليا وبالرجوع إلى عناصر الملف وجدت أن المدين مؤسسة أشغال البناء قسنطينة، قد حلت وعين لها مصفى والحال كان على المدعي عليه ديوان الترقية والتسيير العقاري أن يطالب بدينه أمام المصفى قبل العودة على الكفيل (القرض الشعبي الوطني) وهو ما لم يقم به، وبذلك أخطأ في تطبيق المادة 658 ق.م ومنه كان على الدائن إتباع الاجراءات اللازمة قبل العودة على الكفيل".[2]

[1] أحمد عبد التواب محمد بهجت، الوجيز في شرح أحكام الضمانات العينية والشخصية: الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، الامتياز، الاختصاص، الكفالة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص 665.

[2] محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص 545.

ثالثا: التزامات الدائن عند استيفاء الدين تجاه الكفيل

جاء في نص المادة 671 ق.م.ج على: "إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين"، فالحكم منها هو تطبيق القواعد العامة التي جاءت في نص المادة 261 ق.م.ج، وما بعدها التي تتضمن الوفاء مع الحلول.

كما نصت المادة 264 على أنه: "من حل محل الدائن قانونا أو اتفاقا كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن".[1]

وعليه ينجم على حلول الكفيل محل الدائن أن يرجع الكفيل على المدين بحق الدائن بما له من مميزات، وما يتبعه من تأمينات، لذلك جاء نص المادة 659 ق.م.ج بأنه: "على أن يلتزم الدائن بأن سيلم للكفيل وقت وفاته الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع" بالمقابل نجد المادة 787 في القانون المدني المصري، ومن تم يعيد الكفيل للمدين المبلغ الذي دفعه للدائن بعد أداء الدين المضمون، ويجب على الدائن وقت التنفيذ أن يقدم له جميع المستندات اللازمة لممارسة حقه في الرجوع على مطالبة الحلول، وإحلاله محل الدائن في الحقوق الخاصة به، وأهم هذه السندات هي السندات التي تؤمن الدين في يد الدائن، ويصرح الدائن بأنه استلم براءة ذمة الدين، فإذا رفض الدائن تنفيذه، يحق للكفيل عدم أداء التزاماته، لأن هذا الفعل يضعف حق الكفيل واسترداد الحقوق التي حصل عليها. [2]

[1] محمد صبري السعدي، الوجيز في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 71.

[2] محمد أحمد مروح، الكفالة: أنواعها وطرق الابراء منها، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2003، ص 112.

عندما يكون هناك نزاع بين الطرفين حول من يجب أن ينفذ أولا، يمكن للكفيل إيداع الدين في خزينة المحكمة، وبعد الإيداع القانوني والحصول على الشهادة، يمكن الرجوع على المدين، ومن تم سوف يستغني عن المخالصة ومستندات الدين.

كما قد نصت المادة 659 في فقرتيها 2 و3 على أنه: "إذا كان الدين مضمون بمنقول مرهون أو محبوس، وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل، وإذا كان الدين مضمون بتأمين عقاري، فإن الدائن يلتزم أن يقوم بالإجراءات اللازمة للنقل هذا التأمين ويتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على المدين"، ونجد ذلك في الفقرة 2 من المادة 787 من القانون المصري.

ومن تم فقد جاء في نصها على أن يلتزم الدائن بتحويل الضمانات للكفيل، ويتم التحويل وفق الإجراءات المتوافقة مع طبيعة الضمان، فإذا كان هذا الدين مضمون بمنقول محبوس أو مرهون، لزم على الدائن التخلي عن حيازته للكفيل، وإذا كان مضمون بتأمين عقاري (حق اختصاص أو رهن محبوس)، فيلزم على الدائن أن يباشر بإجراءات لنقله، بالتأشير على هامش القيد وتسليم نسخة من عقد الرهن العقاري أو الحكم الذي يحدد حق الاختصاص، مع تحمل الكفيل مصاريف النقل، ليرجع بها على المدين فيما بعد. [1]

المطلب الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين

من خلال هذا المطلب سنتطرق إلى شرح العلاقة بين الكفيل والمدين من خلال المطالب التالية المتناولة لذلك.

الفرع الأول: طرق رجوع الكفيل على المكفول عنه:

في الفرع سنتناول طرق رجوع الكفيل على المكفول عنه من خلال العناوين التالية المبينة لذلك.

[1] أحمد شرف الدين، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 167.

أولا: الدعوى الشخصية أو دعوى الكفالة

جاء في نص المادة 670 من ق.م.ج على أنه: "يجب على الكفيل أن يخبر المدين قبل أن يقوم بالوفاء أي بوفاء الدين وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق، أسباب تقضي ببطلان الدين أو انقضائه، فإن لم يعارض المدين في الوفاء بقي للكفيل الحق في الرجوع عليه، ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو انقضائه".

وفي نص المادة 672 على أنه: "يكون للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه، ويرجع بأصل الدين والمصروفات، غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده".[1]

أما الفقه الفرنسي فيرى أن أساس الدعوى الشخصية هي دعوى الكفالة، فإذا ما عقدت الكفالة وكان لدى المدين علم وغير معارض على ذلك فيكون للكفيل الرجوع عليه بدعوى الكفالة أما إذا عقدت بدون علمه فيرجع عليه بدعوى الوكالة، أما الفقه المصري فيرى أنه إذا ما عقدت الكفالة بعلم المدين أو دون علمه فهي دعوى كفالة وليست كفالة. [2]

وبعد القيام بذلك، يحق للكفيل الكافل للمدين، سواء كانت الكفالة بعلمه أو غير علمه، المطالبة الشخصية، سواء كان متضامنا أو كفيلا عاديا، سواء شخصيا أو عينيا، مع استثناءات تتمثل في:

– الكفيل الذي يكفل المدين بغض النظر عن اعتراض المدين لا يكون ضمن هذا النص.

[1] محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص ص 93-94.

[2] سمير عبد السيد تانغو، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 106.

– علاوة على ذلك، لا تقع كفالة الدائن المنعقدة لصالح المدين في نطاق هذه المادة إذا تكون الكفالة لصالح الدائن بدلا من المدين، فالالتزامات الموجودة في ذمة المدين للتأمين على الدائن، ضد مخاطر إعسار المدين دون الاستفادة لهذا الأخير، ومن تم لا يمكن للكفيل أن يسترد من المدين في دعوى شخصية، حتى لو كان مستحقا بموجب الأحكام العامة للقانون المدني في مواده (141، 142 ق.م.ج). [1]

وذلك لأن معظم الفقه الحديث يرى أن الدعوى الشخصية للكفيل أن يرجع ضد المدين وفقا للمادتين 670 و672 ق.م.ج هي إجراء مستقل، لذا فإن رجوعها يقتصر على حلول المدين، مما يدل على أن المبادئ القانونية المصرية تسمح للكفيل في كلتا الحالتين، وطلب المشرع الفرنسي من المدين متابعة دعوى الإثراء دون سبب، وفقا للقواعد العامة. [2]

ثانيا: شروط دعوى الكفالة:

أ- أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين ودون معارضته:

يوافق الفقه على أن إجراء الكفالة يقتصر على الأسس القائلة بأن الضمان يحقق إلى حد كبير مصالح الكفالة دون معارضة، سواء بعلم المدين أو بدون علم المدين، في غياب التقاضي بشأن ضمان الاعتراض، فالمصالح المشتركة للدائن أو الدائن والمدين، لأنه حصل على طمأنة الدائن وثقته بالمدين، للمانحين أو الأشخاص الطبيعيين أو الضامنين الماديين، طالما لم يعترض المدين على الضمان وتحققت مصالح المدين أو الدائن، يحق لهم جميعا تقديم مطالبة ضمان إلى المدين، وفي جميع هذه الأحوال تنحصر حقوق الكفيل في الاسترداد من المدين بالحلول، لأن الدعوى الشخصية هي دعوى خاصة يمنحها الكفيل بناء على خدماته للمدين،

[1] محمد صبري السعدي، الوجيز في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 100.

[2] عبد الزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 167.

والفقه في كلتا الحالتين، ما عدا الدعوى الشخصية، كإجراء الحلول بالإضافة إلى ذلك، يحق للكفيل أن يطالب المدين بدعوى الاثراء وفقا للقواعد العامة. [1]

ب- يقوم الكفيل بوفاء الدين للدائن:

يجب على الكفيل أداء الدين المكفول، ويمكن تحقيق الأداء من خلال تقديم الدين الأصلي أو البديل، ولكن فقط عندما يبرئ المدين ذمته، هذا وعلى الكفيل أن يسدد للمدين حتى لو تم الوفاء بجزء من الدين فقط، وعليه تختلف دعوى الحلول عن دعوى الكفالة فللرجوع بها يلزم الوفاء كليا، وفي نفس الوقت يمكن للدائن الرجوع على المدين بالباقي، وإن كانت غير كافية للوفاء فيقسم المال قسمة غرماء، والكفيل لا يتقدم في الاستيفاء فيما تبقى من أموال المدين مثلما هو الحال في دعوى الحلول.[2]

ج- وفاء الكفيل بالدين عند حلول الأجل المحدد:

يجب على الكفيل أداء الدين المكفول، ويمكن تحقيق الأداء من خلال تقديم الدين الأصلي أو البديل، ولكن فقط عندما يبرئ المدين الدين، هذا وعلى الكفيل أن يسدد للمدين حتى لو تم الوفاء بجزء من الدين فقط، ولو امتد وفقا للحكم القضائي، فلا يقيد الكفيل بالأجل الإضافي وبمجرد حلول الأجل الأصلي له الوفاء بالدين، ليرجع بالدعوى الشخصية على المدين. [3]

د- لا يكون الوفاء قد وقع بخطأ من الكفيل:

يحق للكفيل رفع دعوى شخصية على المدين عن دين دفعه المدين للدائن، بشرط أن يؤدي الأداء إلى إبراء ذمة المدين لأن الكفيل يعيد الأموال التي دفعها المدين، ولهذا الغرض يلزم القانون الكفيل بإبلاغ المدين قبل أداء الدين، ولا يوجد نموذج خاص لإخطار ضامن المدين واعتراضه على التنفيذ، ويمكن أن يتم ذلك من

[1] محمد علي عبده، عقد الكفالة: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 154.

[2] محمد عزمي البكري، مرجع سبق ذكره، ص 561.

[3] عبد الزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 109.

خلال الوثائق الرسمية أو العرفية أو الشفوية، ويحق للكفيل أن يعيد للمدين الجزء الذي دفعه ويكون مسؤولا عن سداده غير المشروع، إذا أبلغ الكفيل المدين وأجاب بأن المدين لا يسدد القرض وشرح الأسباب، يجب على الكفيل الامتناع عن السداد، وإذا اتخذ الدائن في مواجهة الكفيل الإجراءات القضائية كان لا بد أن يدخل المدين في الدعوى. [1]

بمعنى أنه إذا رأى الكفيل أن اعتراضات المدين ليست جادة وتحمل المسؤولية، فعندئذ إذا أثبت لاحقا صحة هذه الاعتراضات، فلا رجوع للكفيل إلا أن يسترد من الدائن ما دفع بدون حق.

أما إذا لم يستجب المدين لإخطار الكفيل أو تخلف عن التصرف ودفع الكفيل، فلا يوجد إخلال بالعقد، حتى لو ظهر للمدين أسباب لفسخه، لأنه يتحمل مسؤولية إهماله وهو ملزم ليدفع الكفيل ما أداه.

ووفقا للمادة 672 التي جاء في مضمونها على رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية كما يلي: "يرجع الكفيل بأصل الدين والمصروفات غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده" تقابلها المادة 800 من القانون المدني المصري، ومن تم فالكفيل يرجع بما يلي: [2]

- أصل الدين

هو كل ما يدفعه الكفيل للدائن لإبراء الذمة، ويشمل ذلك مبلغ الدين الأصلي، وفي حالة وجود فوائد اتفاقية أو قانونية من هذا الدين، طالما أنها مشمولة في الدين المكفول، وفي هذا الصدد أصدرت المحكمة العليا قرارا أكد فيه على أنه يمكن للكفيل

[1] عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 280.

[2] محمد بن إبراهيم بن عبد الله الموسى، نظرية الضمان الشخصي: الكفالة، مرجع سابق، ص ص 453-454.

المطالبة بجميع الفروق بين مبلغ الكفالة والمبلغ الذي يلتزم بدفعه على النحو التالي: "وحيث أن المجلس لما ألزم الطاعن الحالي بدفع مبلغ الكفالة تنفيذ العقد المبرم بين الطرفين وصرفه للقيام بدعوى مستقلة تطلب إرجاع الفرق في الضريبة، يكون قد سبب قراره نسبيا كافيا"، حتى إذا زاد المبلغ، فإن الكفيل ملزم بالدفع دائما. [1]

- المصروفات

هي كل الأموال التي أنفقها الكفيل على عقد الكفالة، ويعيد الدائن الكفيل والمال الذي يجبر الكفيل على إرجاعه، مضافا إليه الأموال التي قادها المدين، إضافة إلى حرمه من مال ونفقات دعوى الدائن ضد الكفيل، لكنه لا يعود بهذه التكاليف على المدين إلا من دفعها من زمن إخطار المدين الأصلي بالإجراء الذي اتخذه، لأنه عندما يتم اخطار المدين يمكنه الإسراع في أداء التزاماته، وبالتالي تجنب تكاليف الكفيل أو الدائن لعدم إخطاره، فالوفاء ودفع تكاليف التقاضي، فإنها تكاليف يتم تكبدها قبل أن يتخذ الكفيل أي إجراء بإخطار المدين، وبالتالي يكون المدين، ملزما بدفع هذه التكاليف لا الكفيل. [2]

الفرع الثاني: الرجوع بدعوى الحلول:

جاء في نص المادة 671 ق.م.ج على أنه: "إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين، ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن استوفى كل حقه من المدين" تقابلها المادة 799 من القانون المدني المصري التي جاءت تطبيقا للقواعد العامة في المادة 329.

وما حكم نص المادة إلا بمثابة تطبيقا خاصا للقاعدة العامة التي جاءت في نص المادة 261 من ق.م.ج: "إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفى محل

[1] بقة عبد الحفيظ، محاضرات التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص ص 46-47.

[2] عبد الودود يحيى، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 86.

الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال التالية: إذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه"، فالكفيل كما رأينا هو ملزم بسداد الدين عن المدين، فيكفي للكفيل أن يعيد دعوى الحلول: أي أوفى بالدين، وهو ما يعادل إبراء الذمة من الكفالة، وعقد اتفاق يتم التوصل إليه بعلم المدين أو بغير علمه أو بغير إرادته سواء كان ذلك في مصلحة المدين أو الدائن أم لا. [1]

غير أنها تختلف عن الدعوى الشخصية المبنية على الضمان في أنه لا يجوز إلا إذا كان الدائن قد استوفى جميع حقوقه بخلاف الدعوى الشخصية، فيحق لمن دفع جزءا من الدين رفع دعوى على المدين.[2]

ويتوجب أن يكون الدائن قد استوفى كل حقه بالرجوع إلى دعوى الحلول، ونصت على ذلك المادة 671 في فقرتها 2: "ولكن إذا لم يوف إلا ببعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي كل حقه من الدين"، وهو تجسيد للقاعدة العامة الواردة في نص المادة 265 فقرة 1 ق.م.ج: "وإذا وفى الغير الدائن جزءا من حقه وحل محله فيه، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء، ويكون في استيفاء ما بقي له من حق مقدما على من وفاه، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك".

وفقا للجملة الأخيرة من النص، يجوز للدائن السماح للكفيل بتأكيد الحلول حتى يتم تفعيل جميع حقوقه، لأن الغاية من هذا التصرف هو حماية مصالح الدائن الذي له الحق في التنازل عن الحماية المقدمة له. [3]

هذا ويمكن للكفيل أن يستفيد من جميع التأمينات التي تؤمن الدين عند تنفيذ الالتزام أو وفائه جزئيا، ودفع المدين الباقي، أو عندما يؤدي شخص آخر غير المدين الالتزام، وهنا يتساوى هذا الشخص والكفيل، حتى تتم قسمة الناتج من دعوى

[1] محمد صبري السعدي، الوجيز في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 106.

[2] أحمد عبد الرحمان فايز، عقد الكفالة في القانون المصري والقانون الليبي، مرجع سابق، ص 78.

[3] محمد صبري السعدي، الوجيز في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 107.

الحلول على توزيع محدد، وهو ما جاء في نص المادة 265 فقرة 2 ق.م.ج بقولها: "فإذا حل شخص آخر محل الدائن فيم بقي له من حق، رجع من حل أخيرا هو من تقدمه في الحلول، كل بقدر ما هو مستحق له، وتقاسما قسمة عزماء".

يمكن ملاحظة أن الكفيل يحل محل الدائن، ووفقا لأحكام المادة 671 والمادة 261 والمادة 264 من ق.م.ج: يحق للضامن أن يسترد من المدين مع كل صفاته وشركائه، وله حق الدفاع كما يلي: [1]

– ويسترد الكفيل حق الدائن بممتلكاته، فلا يمكنه العودة إلى المدين ما لم يكن هناك موعد نهائي لاسترداد الدائن، فإذا أعطى الدائن أو القاضي للمدين مهلة زمنية، فلا يمكن للكفيل العودة، قبل الموعد النهائي الجديد.

– ففي حالة الدين التجاري، يكون رجوع الضامن على أساس هذه الصفة، وهو أمر له وزن خاص في الإثبات والاختصاص، أما إذا انسحب بدعوى شخصية، فيرجع بالتزام مدني. [2]

– وإذا كانت مهلة سقوط حقوق الدائن قصيرة جدا، فإنها تكون لها هذه الخاصية عندما يرجع بها الكفيل، ويتم سقوطها خلال هذه الفترة الزمنية القصيرة، وقد تنتهي هذه المدة قريبا، ولا ينتهي بعد تحويل الحق للكفيل، على عكس الرجوع بالدعوة الشخصية، ونرى أن حقوق الكفيل لا تسقط إلا بعد خمسة عشر عاما، كما أنه يسترد عواقب هذا الحق (مثل الفائدة)، كما أنه يستفيد من جميع التأمينات، سواء أكانت شخصية أم عينية، ويتم تعيين هذه التأمينات بموجب القانون ولا تتطلب اتفاقا بين الكفيل والدائن. [3]

---

[1] عبد الودود يحيى، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 86.

[2] قدري عبد الفتاح الشهاوي، أركان عقد الكفالة العينية والشخصية التضامن، التضامم، التجريد في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 116.

[3] محمود جمال الدين زكي، دروس في التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 73.

– علاوة على ذلك، يحل الكفيل مكان الدائن في حقه بدفاع يستجيب لهذا الحق، بحيث يتمسك المدين بمواجهة الكفيل على ما كان يمكن أن يتمسك به ضد الدائن. [1]

[1] محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 107.

المبحث الثاني: انقضاء عقد الكفالة

ينقضي عقد الكفالة إما بطريقة أصلية (المطلب الأول)، أو طريقة تبعية (المطلب الثاني)، وهذا ما سنتناوله في العناوين الآتية.

المطلب الأول: انقضاء عقد الكفالة بطريقة أصلية

في هذا المطلب سنتناول انقضاء عقد الكفالة بطريقة أصلية من خلال الفروع التالية المتناولة لذلك.

الفرع الأول: الأسباب العامة لانقضاء التزام الكفيل

إن التزام الكفيل له مقوماته الخاصة، وبالتالي له صلاحيته وشروط وجوده، ولا يتم تدمير الالتزام الأصلي عند إنهائه، وفي هذا السياق، فإن الأسباب العامة التي تجعل دين منقضيا دون انقضاء الالتزام الأصلي[1]، وهي كما يلي:

أولا: اتحاد الذمة:

أي متى ورث أحدهما الطرف الآخر (الكفيل والدائن)، ونتيجة لذلك انتهى التزام الكفيل، وليس على المكفول أي التزام، ومن يرث الطرف الآخر حيا يمكنه تحصيل الدين، أما إذا كان الكفيل هو وريث الدائن يمكنه الرجوع العادي إلى الدين الأصلي.

كما يمكن أن يكون الكفيل وارث للمدين أو المدين الكفيل وهنا تكون أهلية الكفيل والمدين واحدة، والأمر هنا ليس له علاقة باتحاد الذمة قانونا، لأنه هناك اتصال بين المدين الأصلي والمدين التابع في شخص واحد، لذلك لن تنتهي الكفالة، وبالتالي فإن هوية المدين إلزامية، لكن لا تربكهم، لأن الالتزام على مسؤوليتهم المالية، لكن الضامن يخسر دفاعه ضد المدين فلا يدفع بالتجريد مثلا. [2]

---

[1] محمد عزمي البكري، مرجع سبق ذكره، ص 562.

[2] نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص ص 409-410.

ثانيا: الإبراء:

للدائن الحق في إبراء ذمة الكفيل، وعند حدوث ذلك يبقى الدين المضمون صحيحا، والعكس غير صحيح، لأن الملتزم لا يستطيع إبراء ذمة المدين مع الاحتفاظ بديون الكفيل، لأن زوال الأصل يؤدي إلى اختفاء الفرع، ففي حالة تعدد الكفلاء، لن يؤدي براءة الدائن لأحد الكفلاء إلى براءة الكفلاء الآخرين، وقد يطلب من الكفلاء الآخرين الاسترداد حسب حصصهم، أو بعد خصم الحصة للكفيل الذي تم ابراءه لاسترداد جميع الديون من الطرفين.[1]

الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة لصفة أصلية:

هناك ثلاث أسباب خاصة لانقضاء الكفالة بصفة أصلية، أي دون أن ينقضي الالتزام الأصلي، ولقد نص التقنين المدني الجزائري على هذه الأوجه الثلاثة، وهي التي سبق دراستها عند التطرق للدفوع الممنوحة للكفيل والتي سوف نتطرق لها باختصار كما يلي:

هناك ثلاثة أسباب خاصة لانقضاء الكفالة بصفة أصلية، وهي أن الالتزام الأصلي لم ينته، وهذه الجوانب الثلاثة ينظمها القانون المدني الجزائري، وقد درسناها من قبل عند التطرق للدفوع الناشئة عن عقد الكفالة.[2]

المطلب الثاني: انقضاء الكفالة بطريقة تبعية:

في هذا المطلب سنتطرق إلى انقضاء عقد الكفالة بطريقة تبعية من خلال الفروع التالية المتناولة لذلك.

---

[1] أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية، مرجع سابق، ص 264.

[2] محمد عزمي البكري، مرجع سبق ذكره، ص 562.

الفرع الأول: انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء وما يعادله

أولا: انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء:

فإذا استوفى المدين الأصلي الدين، وانتهت مدة دينه الأصلي وانتهت ديون الكفيل، وإذا حدث أن المدين أوفى بجزء من الدين، فإن إعفاء الكفيل يكون فقط ضمن النطاق، أي ضمن النطاق الذي يملكه المدين ويسترد الكفيل الباقي.

ولبراءة ذمة الكفيل يتطلب الوفاء بدفع ما دفعه المدين أن يكون الدفع صحيحا، وأن الدافع هو مالك الشيء الذي قام به وأنه يحق له التصرف فيه، ومخاطر هذا الأداء إذا كان الأداء غير صحيح ولم يكن الدين مستحقا، فإنه يظل مضمونا بالتأمين الذي يشمل الكفالة، وفي حالة الإخلال وإذا كان المدين قد أدى التزامه المضمون على النحو الواجب، يكون الدين مستحقا للمكفول، والتزامات الكفيل تنقضي بالتبعية.[1]

ثانيا: انقضاء الدين المكفول بما يعادل الوفاء:

ينقضي الدين المكفول بما يعادل الوفاء بالطرق الآتية:

1- انقضاء الدين المكفول بالوفاء بمقابل:

جاء في نص المادة 655 من ق.م.ج على أنه: "إذا قبل الدائن شيئا آخر في مقابل الدين، برئت بذلك ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء"، ويقابله النص في التشريعات العربية المادة 792 من القانون المدني الليبي والمادة 1029 من القانون المدني العراقي والمادة 1096 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

وبحسب ما جاء في النصوص أن المدين يقوم بسداد الدين المضمون بالوفاء، أي أن المدين والدائن اتفقا على استبدال الدين الأصلي بنقل ملكية الأشياء الأخرى

[1] عبد القادر الفار، أحكام الالتزام: آثار الحق في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص 25.

من المدين إلى الدائن، ويتم أيضا ابراء ذمة الكفيل وفقا لذلك، وبالتالي تنتهي صلاحية الكفالة، ولكن يضطر الدائن إلى دفع المقابل الذي ليس دفع المقابل وقبول أشياء أخرى في مقابل الدين، وتعتبر شروط الدفع أن الدائن قد قبل دفع هذا الوفاء.[1]

إذا نفذ الدائن العقار الذي يملكه المدين وباعه بالمزاد، ويمنحه المزاد ليأخذ العقار عند تنفيذ الدين، فهو ليس عوضا، بل هو سداد، فإذا كان تصبح الممتلكات مستحقة، ثم يتم استرداد التزام الكفيل لأنه لم يتم الوفاء بالتزامه بشكل نهائي، مثل دفع المقابل، وهو نفس الأداء، والذي يكون مستحقا لتاريخ استحقاق الالتزام الأصلي، أي يتسبب في استحقاق الدين وكافة الضمانات التي تؤمنه بما في ذلك الكفالة، ولم يتغير أن ما يدفع مقابل الدين هو شيء لشخص آخر، لأنه في هذه الحالة يعود الدائن إلى المدين وفقا للأحكام ذات الصلة بالضمان المستحق في عقد البيع، لا يتم إرجاعه على الكفيل، ولكن إذا كان الدائن قد استلم المقابل من الكفيل، فإن الأخير هو الضامن للشيء واستحقاقه. [2]

2- انقضاء الدين المكفول بالتجديد:

عندما يجدد المدين الأصلي الدين عن طريق استبدال الدائن أو المدين أو عن طريق تغيير مكان أو مصدر الدين، يستحق الدين المضمون والضمان وفقا لذلك، ويتم استبدال الدين المضمون بدين جديد، وتكون الأوراق المالية التي تضمن الدين المضمون التي لم يتم نقلها إليها ما لم تتطلب أحكام القانون، أو كان واضحا من الاتفاقية أو الظروف أن نية الأطراف قد تحققت من هناك، ويكفي الموافقة على

[1] فتحي عبد الرحيم عبد الله، أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، شرح النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني الآثار، الأوصاف، الانتقال، الانقضاء، الإثبات، منشأة المعارف، الاسكندرية،2001، ص 275.

[2] عدنان إبراهيم السرحان، العقود المسماة في المقاولة، الوكالة، الكفالة، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1996 ص 143.

نقل التأمينات، صراحة كانت أم ضمنية، بحيث يتم تحويل تلك التأمينات إلى الالتزام الجديد.

فوفقا لذلك، إذا تم تجديد الالتزام الأصلي ونشأ التزام جديد، يتم سحب الكفالة وفقا لذلك، ما لم يوافق الكفيل على تقديم ضمان للالتزام الجديد وفقا لما نصت عليه المادة 293 من ق.م.ج، التي تقابلها المادة 1084 من القانون اللبناني.

لكي يرتب التجديد آثاره، بما في ذلك انقضاء الكفالة، فيجب أن:

- تكون كل الالتزامات القديمة والجديدة خالية من أسباب البطلان.
- تكون نية التجديد واضحة إن كانت صريحة أم استدل عليها من ظروف الحال.[1]

3- انقضاء الالتزام المكفول بالإنابة:

الإنابة المقصودة هي الإنابة الكاملة، أي عندما ينتهي التزام المكفول، فإنه يشمل المدين (المنيب) ليحل مكان التزامه التزام آخر جديد (المناب)، الذي يواجه الدائن (المناب لديه)، وعليه فالإنابة الكاملة تأخذ التزام جديد مع تغير الشخص المدين الذي تبرأ ذمته، الذي قبله المناب صحيحا، ولا يكون المناب معسراً وقت التفويض وهذا حسب ما ورد في الفقرة 1 من المادة 298 ق.م.ج، وأنه يتطلب لانقضائه تأمينات ضامنة لهذا الالتزام، بما في ذلك الكفالة، أما الانابة الناقصة فهي التزام المناب إلى جانب الالتزام للمنيب، ويصبح للدائن مدينين بدلا من مدين واحد.[2]

4- انقضاء الدين المكفول بالمقاصة:

فإذا أصبح المدين المكفول دائنا للمتعهد له واستوفى شروط المقاصة المنصوص عليها في المادة 297 ق.م.ج فيجب عدم تعويض هذا المبلغ المنقضي

[1] فتحي عبد الرحيم عبد الله، أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، شرح النظرية العامة للالتزام، مرجع سبق ذكره، ص 276.

[2] زهية حورية سي يوسف، الوجيز في عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص 125.

من الالتزام المكفول ما لم يمتثل من له مصلحة فيها بموجب المادة 300 ق.م.ج، والمصلحة هنا تكون من مصلحة المدين، ولا تسري المقاصة إلا من وقت استحقاق الدينين للمقاصة، ويحق للكفيل أيضا الإصرار على المقاصة بسبب انتهاء الدين الأصلي لأنه صاحب المصلحة، فبسببه ينهي التزاماته بالتبعية، حتى لو كان مسؤولا بالتضامن، وحتى لو كان المدين مسؤولا ولم تمتثل لها، والتي تستند إلى المادة 654 ق.م.ج والتي جاء محتوى نصها على أنه: "له أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين"، وما يقابلها في التشريع المدني الفرنسي المادة 1294 التي تنص على أنه: "يجوز للكفيل أن يتمسك بالمقاصة في دين على الدائن للمدين الأصلي، ولكن لا يجوز للمدين الأصلي أن يتمسك بالمقاصة في دين على الدائن الكفيل"، وعليه لا تقع المقاصة بين الديون للدائنين في ذمة المدينين والدين للكفيل غير المتضامن في ذمة الدائنين وهذا لأن الدينين يكونا غير متقابلين.

هذا والمقاصة ليسا جزءا من النظام العام وبالتالي يمكن التنازل عنها، وهنا يجب على كل مدين أن يدفع ما يدين به وله الحق في استرداد حقوقه من المدين، واسترداد مبلغين من الدين، وقد ينقضي الدين والكفالة إذا كانت المقاصة واقعة بين الدينين، وإذا كان المضمون كفيل أحد المدينين، وإذا ما سقط المدين في الدين المكفول عن المقاصة، لا تعود الكفالة مع عودة الدين. [1]

5- انقضاء الدين المكفول باتحاد الذمة:

إذا اندمج الدائن والمدين في شخص واحد فيما يتعلق بنفس الدين، وبقدر تحمُل الدين، على سبيل المثال أن يرث المدين الدائن ويرث الدائن الدين للمدين، هنا يتم إنهاء الدين، ويعتبر عقبة أمام الحق في المطالبة به، وفي حالة إزالة هذا

[1] وداد باقي، الكفالة في القانون المدني الجزائري دارسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بومرداس 2009، ص 197.

العائق، يمكن استرداد الديون، ويعد بذلك اتحاد الذمة غير موجود، مع عودة التزام الكفيل.[1]

الفرع الثاني: انقضاء الالتزام الأصلي دون وفاء:

إن انقضاء الالتزام الأصلي دون وفاء يكون في الحالات الأتية:

أولا: الإبراء:

تنص المادة 305 من ق.م.ج على فكرة الابراء بإرادة واحدة من طرف الدائن ومن اختياره، بحيث يقوم الابراء على فكرة التبرع بموجب المادة 306 من ق.م.ج، ولكي يكون منتجا لآثاره يجب أن يكون: فعالا، وأن يبرئ الدائن المدين اختياريا، وهذا التصرف يجب أن يكون المدين على علم به، فإذا رفض من جانب المدين يعود الدين وتعود معه كافة التأمينات الضامنة له. [2]

ثانيا: استحالة التنفيذ:

ينتهي التزام المدين مع التزام الكفيل إذا كان لأسباب خارجة عن إرادته، فعليه أن يثبت أن الوفاء اضحى مستحيلا لأسباب خارجية، وإلا فسيكون الملتزم مسؤولا عن عدم التنفيذ ويأمره بدفع التعويض، ويكون الكفيل هو الضامن لهذا التعويض، ولكن إذا هلك الشيء بفعل الكفيل، يبرأ المدين من الدين لأنه يعتبر أجنبيا للمدين، ولكن الكفيل بمثابة المدين الأصلي في حق الدائن. [3]

---

[1] جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام: أحكام الالتزام، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 329.

[2] بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص ص 625-626.

[3] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 986.

ثالثا: التقادم:

إذا انقضى الالتزام الأصلي بموجب قانون التقادم، فإن التزام الكفالة يسقط وفقا لذلك، حتى إذا لم يكن قانون التقادم الخاص به قد انتهى بعد عندما يصبح دينه مستحقا لاحقا في تاريخ استحقاق الدين المضمون، وهذا يجعلها باطلة بالاعتماد عليها، وهذا بموجب نص المادة 321 من ق.م.ج والمادة 2250 من التقنين المدني الفرنسي، فالمحكمة لا تقضي من تلقاء نفسها له، ولكن يجب أن يمتثل لها المدين، أو أحد دائنيه، أو أي شخص يمتلك مصلحة في ذلك. [1]

رابعا: انقضاء الكفالة بفسخ الدين أو إبطاله:

يمكن إنهاء الدين المضمون بإلغاء العقد الذي نشأ عنه، بحيث يصبح الدين كما لو لم يكن موجودا، ويصبح عقد الكفالة مستقلا عن الدين، مثل تقديم الكفيل ضمانا لالتزام المشتري بدفع الثمن، ثم يتم عكس البيع، والإلغاء بأثر رجعي، أيضا فيما يتعلق ببطلان العقد، فإذا كان العقد الذي أنشأ الالتزام المضمون لاغيا، وتم إلغاؤه بأثر رجعي، يسقط الدين المكفول بأثر رجعي، لتزول الكفالة بزواله بأثر رجعي. [2]

من خلال ما تطرقنا إليه في هذا الفصل خلصنا إلى أن توافر الشروط في الكفالة وانعقادها بشكل صحيح، تترتب عليها آثار تتمثل في العلاقة بين الدائن والكفيل، والتي تقوم على مطالبة الدائن الكفيل بالالتزام عند حلول المدة المحددة، والذي يستطيع أن يدفع هذه المطالبة بمختلف الدفوع نذكر منها الدفع بالتجريد، وكذا العلاقة بين الكفيل والمدين التي تقوم على عدة دعاوي التي يرجع بها الكفيل على المدين عند تسديده وتبرئته من الدين، ومن ثم فإن عقد الكفالة يعتبر مثله مثل العقود

[1] بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 638.

[2] ليونسي حداد نادية، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 09.

الأخرى التي تنتهي بانقضاء مدة الالتزام الأصلي، كونه عقد تابع، وينقضي كذلك بطريقة أصلية مستقلة.

خـــاتمـــة

*** خاتمة**

يعد عقد الكفالة المبرم بين الكفيل والدائن من أبرز أنواع التأمينات الشخصية وأهمها التي تقوم على ضم ذمة إلى ذمة أخرى والتي تختلف عن الضمانات العينية التي تقوم على تخصيص مال معين لضمان الوفاء بالدين، ومن تم فمثل هذه الضمانات الشخصية لا يمكن أن تكون فعالة ومثالية ضد الدائن كضمان لتحقيق الحماية، وقد يفقد الكثير منهم أحد الشروط الموضوعية التي يجب أن تفرض عليهم، مثل التعرض للإفلاس أو العجز، وبخصوص الدائن في هذا الضمان فإنه يظل دائنا عاديا لأنه يشارك مع دائنين آخرين بشكل عام، ولا يميز نفسه عن الآخرين، بل كان على قدم المساواة مع الآخرين في تقسيمه لأموال المدين التي تشكل الضمان العام لاكتساب الحقوق كاملة، من خلال توزيع المبلغ المحدد من من أموال المدين التي تظل ضامنة لأداء حقوقه في جميع الأحوال، بحيث يكون الدائن محميا من إفلاس المدين بحقوقه في السداد المسبق، وإذا تصرف في المال، فيحق للدائنين المتابعة.

ومن خلال ما سبق يتبين لنا أن عقد الكفالة هو عقد تابع لعقد أصلي وهذه التبعية تجعل الكفيل وعقد الكفالة يحظى من أي تغيير نافع في الالتزام الأصلي، كما يمكن للكفيل أن يتمسك بالدفوع المستمدة من الالتزام الأصلي والتي أقرها المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة.

*** نتائج الدراسة:**

ومن خلال ما سبق يمكن التوصل إلى النتائج التالية:

– تعتبر الكفالة من أبرز الضمانات التي يسعى الدائن إلى الحصول عليها مقابل دينه المترتب على عاتق المدين.

– باعتبار الكفيل في عقد الكفالة طرفا ضعيفا فيه، جاء التشريع الجزائري مثله مثل التشريعات المقارنة بوسائل تكفله وتضمن عدم رجوع الدائن عليه مباشرة قبل مطالبته للمدين بالدين.

– تعتبر الكفالة من العقود الرضائية، التي لا يلزم لإبرامها شكل معين، ومن العقود الملزمة للكفيل، فهي بذلك عقد تابع للالتزام الأصلي.

– تتنوع الكفالة وفقا لمصدر التزام الدين، ويشترط في ابرامها أن يكون الكفيل كامل الأهلية، وأن إنشاءها يلزم توافر ثلاثة أركان، وهي: الرضا، المحل، السبب.

– ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين في الكفالة ذلك أن المدين المتضامن ليس مدينا احتياطيا بل مدين أصليا، ومن تم يمكن الرجوع على أي منهما المدين الأصلي أو المدين المتضامن.

– منح الدفع بتقسيم الدين بين الكفلاء، ويمكن لأي مدين أو كفيل المطالبة بالتقسيم للدين بينه وبين المدينين الآخرين، وهذا حسب ما جاء في التشريع الجزائري والتشريعات الأخرى المقارنة.

– تنقضي الكفالة، وفقا لانتهاء الالتزام الأصلي، وتنقضي أيضا بصفة مستقلة عنه.

*** توصيات الدراسة:**

إن الأهمية الكبيرة التي يكتسيها عقد الكفالة وانتشاره الواسع في الحياة، ومن خلال ما توصلنا إليه من نتائج في هذه الدراسة نقترح ضرورة إضفاء على عقد الكفالة شكل معين في الكتابة، وكذا إيجاد حلول بديلة خاصة في حالة فقدان الأهلية أو الإعسار للكفيل، وكذا وجوب إعادة النظر في أحكام عقد الكفالة وتعديل النصوص القانونية في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة وفقا للتطورات الراهنة.

قـــائمـــة المـــراجع

- قائمة المراجع:

أولا: النصوص القانونية:

القوانين والأوامر

1. الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 25 سبتمبر 1975، المتضمن للقانون المدني، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05، المؤرخ في 13 ماي 1975.
2. القانون المدني الجزائري.
3. القانون المدني العراقي.

ثانيا: الكتب:

أ/المراجع العامة:

1. أحمد شرف الدين، التأمينات الشخصية والعينية، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.
2. أحمد شعبان محمد علي، موسوعة البنوك والائتمان السياسية الائتمانية للبنوك، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، 2016.
3. أحمد عبد التواب محمد بهجت، الوجيز في شرح أحكام الضمانات العينية والشخصية: الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، الامتياز، الاختصاص، الكفالة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010.
4. أحمد محمد السعد، فقه المعاملات، ج1، دار الكتاب الثقافي للنشر والتوزيع، الأردن، 2018.
5. أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية، ج6، دار العدالة للنشر، مصر، 2013.
6. بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.

7. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول: التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

8. توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية، دراسة لعقد الكفالة والرهن، والاختصاص والامتياز، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، 1998.

9. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام: أحكام الالتزام، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

10. جميل الشرقاوي، دروس في التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976.

11. حسنين محمد، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

12. خليفة بن محمد الحضرمي، مسؤولية البنك في إطار عمليات الائتمان الخارجي، خطاب الضمان، الاعتماد المستندي، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، القاهرة، 2015.

13. دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

14. رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، د.ط، منشأة المعرف، الإسكندرية، 1995.

15. رمضان أبو سعود وهمام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، ط1، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1998.

16. شرف الدين أحمد، التأمينات الشخصية والعينية: الكفالة، الرهن الرسمي، الاختصاص، الامتياز، ط1، د.د.ن، الكويت، د.س.ن.

17. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في الشرح القانون المدني: التأمينات الشخصية والعينية الكفالة والرهن الرسمي، الجزء العاشر، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1970.
18. عبد القادر الفار، أحكام الالتزام: آثار الحق في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.
19. عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، ج2، برثي للنشر، الجزائر، 2009.
20. عدنان إبراهيم السرحان، العقود المسماة في المقاولة، الوكالة، الكفالة، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1996.
21. عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني: العقود المسماة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2013.
22. علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، مجموعة الأطرش للنشر والتوزيع، تونس، 2015.
23. فتحي عبد الرحيم عبد الله، أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، شرح النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني الآثار، الأوصاف، الانتقال، الانقضاء، الإثبات، منشأة المعارف، الاسكندرية،2001.
24. فيلالي علي، النظرية العامة للالتزامات: النظرية العامة للعقد، ط2، موفم للنشر، الجزائر، 2005.
25. كبارة نزيه، العقود المسماة: البيع، الاجازة، الوكالة، الكفالة، ط 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2010.
26. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري: التأمينات الشخصية والعينية، دار الكتاب الحديث، 2005.
27. محمد عبد الرحيم عنبر، الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية في مصر والدول العربية: مدني، جنائي، دولي، الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية، مصر، 1972.

28. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد العاشر، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018.
29. محمد محمود زهران همام، التأمينات الشخصية والعينية، ط1، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2020.
30. محمود جمال الدين زكي، دروس في التأمينات الشخصية والعينية، د.ط، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1978.
31. مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني الجزء 2 في الالتزامات، المجلد 4، أحكام الالتزام، ط2، الدار القانونية الشتات، مصر، 1992.
32. نبيل سعد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

ب/ المراجع المتخصصة:

1. أحمد عبد الرحمان فايز، عقد الكفالة في القانون المصري والقانون الليبي، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010.
2. أحمد محمود سعد، عقد الكفالة، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، 1994.
3. أنور العمروسي، التضامن والتضامم والكفالة في القانون، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 1999.
4. أنور طلبة، العقود الصغيرة: الوكالة، الكفالة، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004.
5. حسن محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، ط1، دار النشر الجامعي، مصر، 2009.
6. حسني محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008.

7. حوحو يمينة، عقد الكفالة وعقد الرهن، دار بلقيس، الجزائر، 2019.
8. زهية حورية سي يوسف، الوجيز في عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.
9. سرياش زكرياء، الوجيز في شرح أحكام الكفالة والرهن الرسمي، ط1، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2010.
10. سليمان مرقس، عقد الكفالة، دار النصر للجامعات المصرية، القاهرة، 1959.
11. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1996.
12. سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري: دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2009.
13. سي يوسف زاهية حورية، عقد الكفالة، د.ط، دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر، 2001.
14. صابر محمد محمد سيد، رجوع الدائن على الكفيل: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2010.
15. قدري عبد الفتاح الشهاوي، أركان عقد الكفالة العينية والشخصية التضامن، التضامم، التجريد في التشريع المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
16. قدري عبد الفتاح الشهاوي، أركان عقد الكفالة العينية والشخصية التضامن، التضامم، التجريد في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
17. محمد أحمد مروح، الكفالة: أنواعها وطرق الابراء منها، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2003.
18. محمد بن ابراهيم بن عبد الله الموسى، نظرية الضمان الشخصي الكفالة: الجزء الأول، دراسة مقارنة، العبيكان للنشر والتوزيع، 1999.

19. محمد شكري سرور، محاولة لتأصيل أحكام الكفالة العينية: دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر، 2007.

20. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني: التأمينات الشخصية والعينية عقد الكفالة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

21. محمد علي عبده، عقد الكفالة: دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.

22. محمد كمال مرسي باشا، شرح القانون المدني التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة، الرهن الرسمي، حقوق الامتياز، د.ط، منشأة معارف بالإسكندرية، 2005.

23. محمد محمود معطي، الكفالة في ضوء الفقه والاجتهاد، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.

24. مريم عبد طارش الزبيدي، التنظيم القانوني لحق التجريد في عقد الكفالة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.

25. مصطفى عبد الجواد حجازي، عقد الكفالة في القانون المدني، د.ط، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2006.

26. نجيم إدوار هاري، الكفالة في ضوء القوانين والاجتهادات اللبنانية والأجنبة، ط1، د.د.ن، لبنان، 1996.

ثالثا: المقالات

1. حوحو يمينة، تنظيم الضمان المستقل وفقا لأحكام الكفالة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، العدد 2، 2017.

2. ليونسي حداد نادية، عقد الكفالة في القانون المدني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 4 الصادرة سنة 1999.

رابعا: رسائل التخرج:

1. أحمد فيصل شرف، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة: دراسة مقارنة، مذكرة تخر لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2012.
2. باقي وداد، الكفالة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي: دارسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، تخصص: عقود ومسؤولية، جامعة بومرداس كلية الحقوق ببودواو، 2009.
3. سليمان سارة، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج من المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية عشر، 2001-2004.
4. العاقب عيسى، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1986.
5. وداد باقي، الكفالة في القانون المدني الجزائري دارسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بومرداس 2009.

الفهرس

* الفهرس:

* تشكرات ..... ب
* إهـداء ..... ج
* قائمة المختصرات:..... هـ
* مقدمة:.....2
* الفصل الأول: ماهية عقد الكفالة 8
* تمهيد: 8
المبحث الأول: مفهوم عقد الكفالة:.....9
المطلب الأول: تعريف عقد الكفالة وبيان خصائصه:.....9
الفرع الأول: تعريف عقد الكفالة:.....9
أولا: تعريف الكفالة:.....9
ثانيا: تعريف الكفالة في التشريع الجزائري: 10
الفرع الثاني: خصائص عقد الكفالة.....10
أولا: الكفالة عقد رضائي: 10
ثانيا: الكفالة عقد تابع: 11
ثالثا: الكفالة عقد ملزم لجانب واحد:.....11
رابعا: الكفالة عقد ضمان: 12
خامسا: الكفالة عقد تبرعي: 12
المطلب الثاني: أنواع الكفالة وتمييزها عن المفاهيم المشابهة لها:.....12
الفرع الأول: أنواع الكفالة: 13
أولا: أنواع الكفالة من حيث المصدر:.....13
1- الكفالة الاتفاقية: 13
2- الكفالة القضائية:.....13

3- الكفالة القانونية: 14
ثانيا: أنواع الكفالة من حيث الطبيعة: 15
1- الكفالة التجارية: 15
2- الكفالة المدنية: 15
ثالثا: أنواع الكفالة من حيث المحل: 16
1- الكفالة العينية: 16
2- الكفالة الشخصية: 16
الفرع الثاني: تمييز الكفالة عن المفاهيم المشابهة لها: 17
أولا: الكفالة والتعهد عن الغير: 17
ثانيا: الكفالة والتضامن بين المدين: 17
ثالثا: الكفالة والإنابة الكاملة: 18
رابعا: الكفالة والإنابة الناقصة: 18
خامسا: الكفالة وعقد التأمين: 19
المبحث الثاني: تكوين عقد الكفالة 20
المطلب الأول: التراضي في عقد الكفالة: 20
الفرع الأول: الإرادة وإثباتها: 20
أولا: التعبير عن الإرادة: 20
ثانيا: إثبات الكفالة: 22
ثالثا: شروط صحة الإرادة: 22
الفرع الثاني: عيوب الرضا في عقد الكفالة: 23
المطلب الثاني: المحل في عقد الكفالة: 24
الفرع الأول: التزام المكفول: 24
أولا: كفالة الالتزام المستقبلي: 25

ثانيا: كفالة الالتزام الشرطي: 25
أولا: كفالة الالتزام الطبيعي: 26
الفرع الثاني: أن يكون الالتزام المكفول صحيحا: 26
أولا: كفالة الالتزام الباطل بطلان مطلق: 26
ثانيا: كفالة الالتزام القابل للإبطال: 27
ثالثا: كفالة التزام ناقص الأهلية: 28
1- الكفيل ليس على علم بنقص أهلية المدين: 28
2- يعلم الكفيل أن المدين ناقص الأهلية: 28
3- إذا كان الكفيل يعلم بنقص أهلية المدين: 28
الفرع الثالث: أن يكون الالتزام المكفول معينا أو قابلا للتعيين: 29
أولا: شمولية الكفالة: 29
1- ملحقات الدين: 29
2- مصروفات المطالبة الأولى: 29
3 – المصروفات المستجدة بعد اخطار الكفيل: 30
ثانيا: الكفالة المحددة: 30
ثالثا: تعيين التزام الكفيل من حيث الأشخاص: 30
1- من حيث المدة: 31
2- من حيث الأوصاف: 31
رابعا: انحصار التزام الكفيل في حدود الالتزام المكفول: 31
1- عدم جوازية أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المكفول: 32
2 – استفادة الكفيل من كل تغيير طارئ في الالتزام الأصلي دون أن يضار منه: 33
المطلب الثالث: السبب في عقد الكفالة: 34
الفرع الأول: أثر العلاقة الثلاثية للكفالة على فكرة السبب: 35

الفرع الثاني: شرط مشروعية السبب: 36
الفصل الثاني: أثار عقد الكفالة..... 39
تمهيد: 39
المبحث الأول: العلاقات الناشئة عن عقد الكفالة 40
المطلب الأول: العلاقة بين الكفيل والدائن 40
الفرع الأول: مطالبة الدائن للكفيل والضوابط التي تحكم ذلك: 40
أولا: وجوب حلول أجل الدين بالنسبة للكفيل 40
ثانيا: وجوب رجوع الدائن على المدين أولا قبل رجوعه على الكفيل: 42
الفرع الثاني: الدفوع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة: 44
أولا: الدفوع الناشئة عن الدين الأصلي:..... 44
ثانيا: الدفوع الناشئة عن عقد الكفالة:..... 46
1- الدفع بالتجريد 46
أ- شروط الدفع بالتجريد: 47
ب- آثار الدفع بالتجريد 51
ج- صورة خاصة للدفع بالتجريد: 52
د- آثار التمسك بالدفع بالتجريد في هذه الصورة: 54
2- الدفع بالتقسيم:..... 54
أ- يجب أن يكون الكفلاء أكثر من شخص: 55
ب- يجب أن يكون للدين الواحد عدة كفلاء: 55
ج- وجوب تعدد الكفلاء لمدين واحد:..... 56
د- ألا تكون هناك مسؤولية تضامنية بين الكفلاء: 56
هـ- يجب على الكفلاء كفالة المدين لعقد واحد: 56
و- لا يجوز للكفيل أن يتنازل عن حقه في التقسيم: 56

3- الدفع بإضاعة التأمينات: 57
أ- يفقد الدائن تأمينا خاصا: 57
ب- يجب أن يكون ضياع التأمينات بسبب خطأ الدائن: 58
ج- إن خسارة وضياع التأمينات ستؤدي حتما إلى ضرر للكفيل:..... 58
4- الدفع بعدم اتخاذ الدائن للإجراءات ضد المدين: 59
5- الدفع بعدم تدخل الدائن في تفلسة المدين:..... 60
ثالثا: التزامات الدائن عند استيفاء الدين تجاه الكفيل 61
المطلب الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين 62
الفرع الأول: طرق رجوع الكفيل على المكفول عنه:..... 62
أولا: الدعوى الشخصية أو دعوى الكفالة 63
ثانيا: شروط دعوى الكفالة: 64
أ- أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين ودون معارضته: 64
ب- يقوم الكفيل بوفاء الدين للدائن: 65
ج- وفاء الكفيل بالدين عند حلول الأجل المحدد:..... 65
د- لا يكون الوفاء قد وقع بخطأ من الكفيل:..... 65
الفرع الثاني: الرجوع بدعوى الحلول: 67
المبحث الثاني: انقضاء عقد الكفالة 71
المطلب الأول: انقضاء عقد الكفالة بطريقة أصلية..... 71
الفرع الأول: الأسباب العامة لانقضاء التزام الكفيل..... 71
أولا: اتحاد الذمة: 71
ثانيا: الإبراء :..... 72
الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة لصفة أصلية: 72
المطلب الثاني: انقضاء الكفالة بطريقة تبعية:..... 72

الفرع الأول: انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء وما يعادله 73
أولا: انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء: 73
ثانيا: انقضاء الدين المكفول بما يعادل الوفاء: 73
1- انقضاء الدين المكفول بالوفاء بمقابل: 73
2- انقضاء الدين المكفول بالتجديد: 74
3- انقضاء الالتزام المكفول بالإنابة: 75
4- انقضاء الدين المكفول بالمقاصة: 75
5- انقضاء الدين المكفول باتحاد الذمة: 76
الفرع الثاني: انقضاء الالتزام الأصلي دون وفاء: 77
أولا: الإبراء: 77
ثانيا: استحالة التنفيذ: 77
ثالثا: التقادم: 78
رابعا: انقضاء الكفالة بفسخ الدين أو إبطاله: 78
- قائمة المراجع: 84
* الفهرس: 92
* الملخص: 99

المخص

*** الملخص:**

يعتبر عقد الكفالة من أهم العقود المستعملة في الوقت الراهن، كونه يوفر للدائن الأمان في الحصول على حقوقه عند حلول الأجال المحددة، فهو يتمتع بمميزات تميزه عن المفاهيم الأخرى المشابهة له.

ولتكوينه لا بد من توافر أركان حتى ينشأ نشوءا صحيحا مثله مثل العقود الأخرى، وتترتب بين الدائن والكفيل، وبين المدين والكفيل آثارا قانونية، كما ينقضي عقد الكفالة إما بطريقة تبعية وأصلية.

الكلمات المفتاحية: عقد الكفالة، الدائن، الكفيل، المدين، الوفاء بالدين، أركان العقد، انقضاء العقد.

*** Résumé:**

Le contrat de garantie est considéré comme l'un des contrats les plus importants utilisés à l'heure actuelle, car il offre au créancier une sécurité dans l'obtention de ses droits lorsque les délais spécifiés arrivent, car il présente des avantages qui le distinguent d'autres concepts similaires.

Pour qu'il soit formé, il faut qu'il y ait des éléments pour qu'il naisse correctement, comme les autres contrats, et des effets juridiques s'ensuivent entre le créancier et le garant, et entre le débiteur et le garant, de même que le contrat de garantie expire soit de manière subordonnée ou originale.

Mots clés: contrat de cautionnement, créancier, garant, débiteur, exécution de la dette, éléments du contrat, expiration du contrat.

*** Summary:**

The guarantee contract is considered one of the most important contracts used now, as it provides the creditor with security in obtaining his rights when the specified deadlines come, as it has advantages that distinguish it from other similar concepts.

In order for it to be formed, there must be elements in order for it to arise properly, like other contracts, and legal effects ensue between the creditor and the guarantor, and between the debtor and the guarantor, just as the guarantee contract expires either in a subordinate or original manner.

Keywords: suretyship contract, creditor, guarantor, debtor, debt fulfillment, contract elements, expiration of the contract.