وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
المركز الجامعي صالحي أحمد النعامة
معهد الحقوق
قسم القانون الخاص

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر
التخصص : قانون الأعمال
تحت عنوان:

أحكام عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري

من إعداد الطالب:
- قندوسي طاهر

تحت إشراف الأستاذ:
- ا.د دريسي نور الهدى

لجنة المناقشة:

الإسم و اللقب	الرتبة	الصفة
د نعيمي توفيق	أستاذ مساعد –أ-	رئيسا
د دريسي نور الهدى	أستاذ محاضر –ب-	مشرفا
د رافعي ربيع	أستاذ مساعد -أ-	مناقشا

السنة الجامعية:
2024-2023 م
1446-1445 هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان

نحمد الله عز وجل الذي وفقنا في إتمام هذا البحث العلمي والذي الهمنه الصحة والعافية والعزيمة، فالحمد لله حمدا كثيرا، نتقدم بجزيل الشكر والتقدير الى الأستاذة الدكتورة المشرفة دريسي نور الهدى على كل ما قدمه لنا من توجيهات ومعلومات قيمه ساهمت في اطراء موضوع دراستنا في جوانبها المختلفة كما نتقدم بجزيل الشكر الى أعضاء لجنه مناقشه الموقرة؛ دون نسيان تقديم الشكل الجزيل لكل الأساتذة المحترمين بالمركز الجامعي، نقول لكم شكرا جزيلا على كل مجهوداتكم.

طاهر

اهداء

أهدي مذكرة التخرج هذه إلى أسرتي وأصدقائي الأعزاء الذين دعموني وشجعوني طوال فترة دراستي. كما أهديها إلى أساتذتي الرائعين الذين قدموا لي المعرفة والإرشاد طوال هذه الرحلة الأكاديمية. لا يمكنني التعبير بكلمات عن مدى امتناني لكم جميعًا.

تلك المذكرة تمثل العمل الشاق والجهد المستمر والتفاني الذي قمت به لتحقيق هذا الإنجاز. أشكركم على كل الدعم والتشجيع، وأتمنى أن يكون هذا الإنجاز هو بداية لمستقبل مشرق وناجح.

طاهر

مقدمة

مقدمة:

إن التأمينات بأنواعها المختلفة تهدف إلى ضمان الوفاء بالإلتزامات المترتبة في ذمة المدين، وأن هذه التأمينات عبارة عن وسائل قانونية يتمكن من خلالها الدائن من الحصول على حقه في ذمة المدين ومحاولة تجنب إعساره؛ حيث أن القانون المدني يستند على جملة من المواد والفقرات تستند على رضاء المتعاقدين وبالعلاقات التي يرتبط بعضهم ببعض؛ ومن بين الأحكام المهمة الواردة في القانون المدني هو عقد الكفالة إذ أن علاقة المديونية التي تربط الدائن بالمدين تكتسي أهمية كبيرة وذلك لتعلقها بالحقوق المالية. لأن الدائن يكون تحت خطر وتهديد بعدم تمكنه من الحصول على دينه الذي له بذمة المدين ومن هنا تبين أهمية عقد الكفالة حيث يكون هذا العقد من الوسائل المهمة والأكثر فعالية لحماية أموال الدائن من الضياع وعدم التسديد أو التأخير من قبل المدين.

إن الذي يهمنا في موضوع الدراسة هو نوع من أنواع التأمينات هي التأمينات الشخصية والتي تعد أهم وأبرز صورها هي عقد الكفالة[1].

فعقد الكفالة هو من أبرز العقود الشائعة في المعاملات المدنية حيث تجسد الكفالة الصورة المثلى للتأمينات الشخصية التي تقوم على إتساع وعاء الضمان العام وتدعيمه مما يتيح للدائن إستيفاء حقه بالتنفيذ على الذمة المالية لشخصين أو اكثر هما المدين الأصلي والكفيل أو الكفلاء في حال عجز المدين عن الوفاء. الكفالة باعتبارها وسيلة قانونية مقدرة لحماية أموال الدائن من الضياع فإن تطبيقها على أطراف العلاقة الدائن والكفيل يخضع لنظام قانوني مستقل بذاته له احكامه الخاصة به والذي يميز عن باقي التأمينات الأخرى وهذا ما سنعالجه في هذا البحث[2].

وتتجلى أهمية موضوع الدراسة في تعزيز الثقة بين الأطراف وكذا ضمان تنفيذ الإلتزامات بالإضافة إلى حماية الأطراف الضعيفة من المخاطر التي تنجم عن عدم تنفيذ إلتزامات أخرى وكذلك تقليل المخاطر المالية والقانونية التي قد تنجم عن عدم تنفيذ إلتزامات الأطراف باعتبار عقد الكفالة وسيلة للتعويض في حالة الخروج عن الإطار المتفق.

ومن ثم فإن أسباب اختيارنا لهذا الموضوع ترجع إلى جملة من الدوافع الذاتية والموضوعية.

فالأسباب الذاتية تكمن في الميل الذاتي لدراسة هذا النوع من الدراسات القانونية لما تثيره من إشكالات. أما الأسباب الموضوعية فتكمل في تسليط الضوء على أحكام عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري لأنه

[1] زهراء خليل إبراهيم، عقد الكفالة وآثاره على الغير، بحث قانوني لنيل متطلبات شهادة البكالوريوس في القانون، كلية القانون والعلوم السياسية قسم القانون، جامعة ديالي، 2017، ص06.

[2] شريف شيماء ، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2021-2022 ، ص05.

موضوع يتميز بكثرة الإستعمال والتداول بين الأفراد من الناحية العلمية وهذا ما يزيد من أهميته كموضوع يحتاج إلى بحث وتدقيق.

فالهدف من هذه الدراسة هو شرح النصوص القانونية وتبيان أهم الدفوع التي يتمسك بها كل من الدائن والكفيل في حال تخلف المدين أو تحايله.

ومن خلال ما تم عرضه نثير الإشكالية التالية: كيف نظم المشرع الجزائري أحكام عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري ؟

وقد إعترى موضوع هذا البحث جملة من الصعوبات تكمن في صعوبة الحصول على بعض المراجع والمصادر و قلة الباحثين في هذا الموضوع .

وقمنا بالاعتماد في تحرير مذكرتنا على المنهج التحليلي وفقا للنصوص القانونية التي تطبق على أحكام عقد الكفالة لأنه المنهج الذي يتناسب بشكل أفضل مع صياغة الدراسة.

وقد اعتمدنا في خطة بحثنا على التقسيم الثنائي لتكون الخطة مثالية حيث أدرجنا في الفصل الأول الإطار المفاهيمي لعقد الكفالة وتطرقنا في هذا الفصل إلى مبحثين حيث تناولنا في المبحث الأول ماهية عقد الكفالة والمبحث الثاني أركان عقد الكفالة.

أما الفصل الثاني فتضمن أحكام عقد الكفالة حيث تطرقنا في الفصل الثاني إلى مبحثين المبحث الأول أثار عقد الكفاله والمبحث الثاني إنقضاء عقد الكفالة[1].

[1] شريف شيماء ، المرجع نفسه ، ص 06

الفصل الاول

الفصل الأول: الإطار المفاهمي لعقد الكفالة

يعتبر عقد الكفالة من أبرز العقود الشائعة في المعاملات المدنية، حيث تجسد الكفالة الصورة المثلى للتأمينات الشخصية التي تقوم على إتساع وعاء الضمان العام وتدعيمه مما يتيح للدائن إستيفاء حقه بالتنفيذ على الذمة المالية لشخصين أو أكثر هما : المدين الأصلي أو الكفيل أو الكفلاء في حال عجز المدين على الوفاء.

فالكفالة باعتبارها وسيلة قانونية مقدرة لحماية أموال الدائن من الضياع، فإن تطبيقها على أطراف العلاقة - الدائن والكفيل- يخضع لنظام قانوني مستقل بذاته،له أحكامه الخاصة به والذي يميزه عن باقي التأمينات الأخرى، لأجل ذلك سنعالج في هذا الفصل الإطار المفاهيمي لعقد الكفالة بالتطرق لماهيتها في المبحث الأول وأركانها في المبحث الثاني.

المبحث الاول: ماهية عقد الكفالة

يشكل عقد الكفاله أحد الضمانات الممنوحة للدائن لإستيفاء حقه تجاه المدين ونظرا لقد أقر الفقه والقانون جمله من التعريفات بحسب نظرة كل واحد منهما، وهو ما أدى إلى عدم ضبط تعريف موحد سنتطرق في المطلب الأول إلى مفهوم عقد الكفالة ثم إلى تمييز عقد الكفالة عما يشابهها من الأنظمة الأخرى في المطلب الثاني ثم إلى أنواع عقد الكفالة في المطلب الثالث.

المطلب الأول : مفهوم عقد الكفالة

سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريفه عقد الكفالة ومن ثم نستخلص أهم الخصائص المميزه لهذا العقد في الفرع الثاني وفي الفرع الثالث الشروط الواجب توافرها في عقد الكفالة[1].

الفرع الأول: تعريف عقد الكفالة

لتعريف عقد الكفالة وجب الوقوف على المعنى اللغوي لها، والتعريف الفقهي، ومن ثم المعنى القانوني.

اولا : التعريف اللغوي

وتعني الكفاله في اللغة: الضم، ومنه قوله تعالى «وَكَفَلَهَا زَكَرِيا[2]» فهي من: كفل يكفل كفالة إذا فالكافل هو القائم بأمر اليتيم والمربي له والكفاله أيضا تعني الضمانة.[3]

---

[1] معزوز دليلة، محاضرات في التامينات العينية والشخصية، الرهن الرسمي والكفالة، مطبوعة موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس، كلية الحقوق، جامعة اكلي محمد، البويرة، الجزائر،2020-2021 ، ص08

[2] الآية 37 من سورة آل عمران.

[3] علال آمال، التبني والكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر،2008، ص30.

ثانيا: التعريف الفقهي

كما عرفها المالكية بأنها شغل ذمة أخرى بالحق وقد جاءت في مجلة الأحكام العدلية المصرية بأنها ضم ذمة إلى ذمة في مطالبة شيء يعني يضم أحد ذمة الأخر ويلتزم أيضا المطالبة التي لزمت حق ذلك[1].

ثالثا: التعريف القانوني

تنص المادة 644 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ إلتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه.

يتبين من هذا التعريف أن الكفالة عقد يتم بين الدائن والكفيل دون المدين بل أنه لا يشترط في عقد الكفالة موافقة أو رضاء المدين بل يمكن أن يتم بدون علمه ورغم معارضته، ومع ذلك فإن المدين ليس بغريب تماما عن عقد الكفالة حيث أن هذا العقد ما تم إلا ليضمن إلتزام هذا المدين لدائنه وبالتالي ليوفر له الثقة والإئتمان لدى دائنه ويمنح هذا الأخير الأمن والأمان[2].

كما أن عقد الكفالة ينشأ من وجود علاقة مديونية، تقوم بين الدائن والمدين، وأن الكفيل يأتي لضمان هذه المديونية وأنه لولا عقد الكفالة لظل الكفيل غريبا عن هذه العلاقة، حيث نجد أن عقد الكفالة يتم بين شخصين أساسيين هما الدائن في الإلتزام الأصلي والكفيل وأن المدين أنه في الإلتزام الأصلي ليس طرفا في عقد الكفالة رغم أنه يلعب دورا هاما في انعقادها[3].

العبارة الاخيرة الواردة في نص المادة 644 من القانون المدني الجزائري: "اذا لم يفي به المدينه نفسه" لا ينبغي أن يفهم منها أن إلتزام الكفيل معلق على شرط واقف، أي عدم قيام المدين الأصلي بالوفاء، لأن إلتزام الكفيل هو إلتزام بات يترتب في ذمة الكفيل بمجرد إنعقاد الكفالة، ويحل بمجرد حلول الإلتزام الأصلي[4].

الفرع الثاني: خصائص عقد الكفالة

لعقد الكفالة جملة من الخصائص التي يتميز بها عن غيره من العقود المسماة نذكرها كالتالي:

اولا : عقد ضمان شخصي

---

[1] سعاد توفيق ابو موشايخ، عقد الكفالة المدنية ، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين،2006،ص10.

[2] نبيل ابراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر،2005،ص01.

[3] يوم2023/09/02 س20:49 https://droitalgerie.ahlammontada.com

[4] سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، عقد الكفالة، الطبعة 03، دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر، 1994، ص08.

معنى ان الكفالة عقد ضمان شخصي هو أن إلتزام الكفيل بضمان حق الدائن يترتب في ذمة الكفيل شخصيا، فيكون مسؤولا عن الوفاء بهذا الحق من كل أمواله لأن الكفالة تؤدي إلى ضم الكفيل إلى ذمة المدين[1].

ومعنى تميز الكفالة بالطابع الشخصي، أنه تضاف ذمة الكفيل إلى جانب ذمة المدين للوفاء بالدين، وهذا الطابع الشخصي يميزها عن الكفالة العينية التي يقدم فيها الكفيل مالا معينا لضمان الوفاء بدين المدين وهو لا يضمن الوفاء بهذا الدين إلا في حدود المال الذي قدمه تأمينا له[2].

ويترتب على إعتبار الكفالة عقد من عقود الضمان الشخصي أنها لا تجنب الدائن تمام مخاطر الإعسار لأنها وإن كانت تجنبه مخاطر إعسار مدينه إلا أن الإحتمال نفسه لا يزال قائما أيضا بالنسبة للكفيل لكن في الوقت الحاضر أصبح الضمان الذي تقدمه الكفالة أكثر أمانا خاصة بعد تدخل البنوك والمؤسسات المالية لتقديم ضمانها للحصول على الإئتمان اللازم على النحو السابق بيانه[3].

ثانيا : الكفالة عقد رضائي

فلا يشترط فيه شكل خاص، فهو يمكن أن يعقد كتابة أو مشافهة، ولكن لابد فيه من نص صريح فالكفالة الضمنية لا يمكن أن تقوم وذلك بسبب خطوره الأثار التي يمكن أن يرتبها هذا العقد في ذمة الكفيل، لذلك لابد أن تكون نية الكفيل واضحة لا لبس فيها.

كما يذهب الفقه إلى عدم التوسع في تفسير عبارة الكفالة لذلك لا تشتمل الكفالة إلا أصل الدين، ولا يلزم الكفيل بتوابع الدين وفوائده إلا بنص صريح. ولكن في كل الأحوال فإن الكفيل لا يعتبر متضامنا مع المدين إلا بنص خاص في الكفالة، لأن التضامن بين المدينين لا يفترض بل لابد من نص قانون أو إتفاق يقرره.[4]

ثالثا : الكفالة عقد ملزم لجانب واحد

الكفاله عقد لا ينعقد إلا بين الكفيل والدائن، أما المدين فهو خارج عن هذا العقد وبالنسبة لطرفي عقد الكفالة نجد أحدهما يلتزم قبل الأخر بينما لا نجد هذا الأخر يلتزم في مواجهة الأول. فالكفيل يلتزم قبل الدائن بوفاء الدين إذا لم يفي به المدين، أما الدائن فلا يلتزم قبله بشيء، ومن هنا كانت الكفالة عقدا ملزما لجانب واحد وهو الكفيل، ولا يغير من طبيعة عقد الكفالة وإعتباره عقدا ملزما لجانب واحد.

---

[1] نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، الرهن الرسمي، الكفالة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، مصر، 2007، ص284.

[2] زاهية سي يوسف، الوجيز في عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر،2001، ص06.

[3] عدان إبراهيم سرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة، الكفالة، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ،2009، ص227.

[4] رمضان ابو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2013، ص34.

حقيقه أن الدائن يلتزم عند وفاء الكفيل الدين أن يسلمه المستندات التي تخوله الرجوع وبأن ينقل إليه التأمينات الموجودة إلى جانب الكفالة، ولكن هذا الإلتزام لا يترك من ذات الكفالة وإنما يترك من وفاء الدين وهو واقعة تأتي بعد إبرام الكفالة؛ في حين أن صفة الإلزام للجانبين إنما تتقرر للعقد نتيجة للأثار التي يرتبها بذاته وفي وقت إبرامه، ولا نتيجة للأثار المترتبة عن واقعة مستقلة عنه وأتية في وقت لاحق لإبرامه[1].

رابعا :عقد الكفاله عقد تابع

فالكفالة عقد ثانوي تابع لإلتزام أصلي مقصودها ضمان الوفاء بهذا الإلتزام .وعلى ذلك فإن الإلتزام المكفول هو الذي يحدد مدى إلتزام الكفيل فلا يجوز أن يكون إلتزام الكفيل، بمبلغ يزيد على المبلغ المطلوب من المدين، ولا يشترط أشد قسوة من شروط الدين المكفول؛ ولكن إذا كان إلتزام الكفيل أشد من إلتزام المدين المكفول، فإنه لا يكون باطلا وإنما يجب إنقاصه إلى أن يبلغ حد الإلتزام المكفول.[2]

فلابد لقيام عقد الكفالة من أن يوجد إلى جانبها إلتزام أصلي (التزام بين الدائن والمدين) لكي ترتكز عليه وتقوم على ضمان الوفاء به ويترتب على ذلك أن الكفالة لا يمكن أن تتجاوز حدود الإلتزام الأصلي أو تعقد بشرط أشد من شروطه وإنما يجوز أن تكون أخف، إذ أن إلتزام الكفيل يتبع إلتزام المدين في وجوده وصحته، وتحكم فكرة التبعية أثار الكفالة؛ فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده قبل الرجوع على المدين ولا أن ينفذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال المدين صحيحا[3].

خامسا : عقد الكفالة من عقود المعاوضة

تكون الكفالة عقد معاوضة بالنسبة إلى الكفيل نفسه، فيأخذ هذا مقابلا لكفالته الدين، وهذا المقابل إما أن يأخذه من الدائن المتعاقد معه فيكون العوض مأخوذا من المتعاقد الأخر وهو الدائن، أو يأخذه من المدين فيكون العوض مأخوذا من الغير وهو المدين.

ولكن الصورة المألوفة للكفالة هي أن تكون عقدا تبرعيا بالنسبة إلى الكفيل، لأن هذا لا يأخذ عادة مقابل لكفالته الدين لا من الدائن ولا من المدين.

وعلى ذلك يشترط في الكفيل عادة أهلية التبرع، كما يجوز الطعن في الكفالة بالدعوة البوليصية دون أن يشترط تواطؤ الكفيل لا مع الدائن ولا مع المدين[4]

---

[1] عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص231.

[2] أحمد الزواوي، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، المجلة القضائية، العدد 02، 2000، ص16.

[3] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، تأمينات الشخصية والعينية، الجزء 10، الطبعة 03، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان،2013، ص05.

[4] عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص06.

الفرع الثالث : شروط عقد الكفالة

وردت هذه الشروط في نص المادة 646 من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي " إذا إلتزم المدين بتقديم كفيل، وجب أن يقدم شخصا موسرا ومقيما في الجزائر، وله أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا ".

أولا : يجب أن يكون الكفيل موسرا

أي يجب أن يتوافر لديه القدرة المالية على الوفاء بالدين عندما لا يفي به المدين، وليس مهما أن يكون يسار الكفيل متحققا عن طريق إمتلاكه العقارات مثلا، فأيا كانت الأموال التي يملكها عقارات أم منقولات، حقوق عينية او شخصية، فإن هذا اليسار يتحقق بأي من تلك الوسائل.

وعبء إثبات يسار الكفيل على المدين، ولا يدخل هذا الكفيل في المنازعة الخاصة بمدى اقتداره، بل يظل بعيدا عنها ، وينحصر تقديم الدليل على اليسار في المدين الملزم بتقديم الكفيل، فيثبت المدين أن للكفيل أموالا عقارية أو منقولة كافية للوفاء بالدين، وللدائن من ناحية أن ينازع في هذا الاثبات بأن يقدم الدليل على أن هذه الأموال متنازع فيها أو بعيدة يسهل تهريبها أو اخفائها أو أنها مثقلة بحق عيني تبعي.

حيث أن مسأله يسار الكفيل تخضع في واقع الأمر لسلطه القاضي التقديريه الذي يملك من هذه السلطه أن يستبعد أموال الكفيل غير الموجوده في مصر من نطاق الأموال التي ينظر اليها في تقدير يسار الكفيل.[1]

ثانيا : أن يكون مقيما في الجزائر

الغرض من هذا الشرط هو تمكين الدائن من الرجوع على الكفيل بأسهل الطرق، وذلك إذا لم يفي المدين بالتزامه، ولا يشترط أن يكون الكفيل مقيما في موطن المدين ولا يشترط كذلك أن يكون الكفيل جزائري الجنسية بل يصح أن يكون أجنبي ما دام مقيما بالجزائر لأن النص عاما[2].

وفي حالة تخلف أحد هذين الشرطين يلتزم المدين بتقديم تأمين عيني كاف ويستوي أن يكون هذا التأمين العيني رهن الرسمي أو حيازي[3].

أما في حالة ما إذا غير الكفيل موطنه إلى خارج الموطن الأصلي بعد إنعقاد الكفالة، فإنه تطبيقا للقواعد العامة يسقط أجل الدين ما لم يقدر المدين للدائن ضمانا كافيا، وقد يكون الضمان الجديد كفيل آخر أو تأمين عيني، بينما يرى جانب من الفقه أن المدين في هذه الحالة ملزم بتقديم كفيل آخر وذلك كما هو مأخوذ به في المادة 2020 من القانون المدني الفرنسي[4].

---

[1] رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص52-53.

[2] دريسي كمال فتحي، محاضرات في مادة العقود الخاصة، عقد البيع، عقد الكفالة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الجزائر ،2022-2023، ص105

[3] دريسي كمال فتحي، المرجع نفسه ، ص106

[4] زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص35-36.

ثالثا : أن تكون للكفيل الأهلية لإبرام العقد

إعتبار أن الكفيل قادم على إلتزام ضار بمصالحه، ولذلك يجب أن يكون واعيا لما هو قادم عليه، ومدركا لخطورة هذا الإلتزام. ورغم أن المادة التي سبقت الإشارة إليها، لم تشير إلى هذا الشرط، إلا أن أغلبية الفقه ذهب إلى إشتراطه، حيث بدونه لن تتحقق الكفالة- بإعتبارها تصرفا قانونيا- الغاية المرجوة.

وننتهي إلى القول، أنه إذا قدم المدين كفيلا موسرا ومقيما بالجزائر وقت إبرام العقد وتوفرت أهليته برئت ذمته من الإلتزام.

المطلب الثاني : تمييز عقد الكفالة عن غيرها من الأنظمة المشابهة لها

من خلال ما تم دراسته في عقد الكفالة نجد أن هناك أنظمة قانونية مشابهة لعقد الكفالة سواء من حيث تكوينها القانوني أو وظيفتها الإقتصادية سنذكرها كما يلي:

الفرع الأول : عقد الكفالة والتضامن بين المدينين

تختلف الكفالة عن التضامن بين المدينين، من حيث أن المدين المتضامن يلتزم بصفة أصلية في مواجهة الدائن. وذلك على نقيض إلتزام الكفيل حتى ولو كان متضامنا مع المدين، فهو يعتبر إلتزاما تابعا لإلتزام المدين، ويترتب على صفه التبعية هذه أن للكفيل حتى ولو كان متضامنا يتمسك ببراءة ذمته إذا ما أضاع الدائن تأمينات. وكذلك يتمسك بسقوط إلتزامه إذا لم يرجع الدائن على المدين خلال ستة أشهر من تاريخ إنذار الكفيل له بذلك، وإذا لم يدخل الدائن في تفليسة المدين يسقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما كان يستطيع أن يحصل عليه من هذه التفليسة[1].

الفرع الثاني : عقد الكفالة والإنابة الناقصة

نصت عليها المادة 294 من القانون المدني الجزائري وتعني الإنابة بصفة عامة أن المدين قد أناب عنه شخص آخر يتعهد للدائن بالوفاء بالدين الموجود في ذمته، فهي تتم إذا حصل المدين على موافقة من الدائن شخص أجنبي ينوب عنه.

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

[1] يوم 2023/09/04 س22:40 https://tele.ens.univ.oeb.dz

[2] بوخاتم، التأمينات العينية والشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014-2015، ص07.

الفرع الثالث: الكفالة والتعهد عن الغير

حسب ما ورد في نص المادة 114: التعهد عن الغير هو الحالة التي يتعاقد فيها شخص مع أخر على تعهده شخصيا بأن يحمل الغير على قبول التعاقد أو التزام معين، مثال ذلك، حالة الوكيل الذي يتجاوز حدود الوكالة، ويتعهد شخصيا بأن يجعل الموكل يقر الاتفاق الخارج عن حدود التوكيل، والتعهد عن الغير لا يلزم الغير، فالمتعهد يلتزم شخصيا بالعقد الذي يبرمه، فهو ليس وكيلا عن الغير أو نائبا عنه ولا سلطة له في إلزامه، ولكنه يتعهد بأن يحصل على رضاء هذا الغير بالعقد فمحل إلتزام المتعهد هو دائما إلتزام بعمل هو أن يحمل الغير على قبول إلتزام معين,ولا يرتب التعهد عن الغير إلتزاما في ذمته بل يظل حرا في أن يقبل العقد الذي تم التعهد به عنه أو أن يرفضه[1].

فالمتعهد عن الغير يلتزم إلتزاما أصليا بأن يجعل الغير يقبل إلتزام معين، أما إلتزام الكفيل فهو إلتزام تبعي حيث يلتزم بالوفاء بالدين إذا لم يف به المدين نفسه، فالكفيل يضمن وفاء المدين بالتزامه أما المتعهد فيقتصر دوره على حمل الغير على قبول الالتزام دون أن يضمن الوفاء بهذا الالتزام.

للغير الحرية في قبول الالتزام أو رفضه، فإذا رفض الغير القيام بتنفيذ ما تعهد به المتعهد، فإن هذا الأخير يكون قد أخل بالتزامه الأصلي، و يلتزم بتعويض المتعهد له عما ناله من ضرر، و يجوز للمتعهد عن الغير أن يتخلص من التعويض بأن يقوم بنفسه بما تعهد أن يقوم به الغير، أي أنه يجوز للمتعهد أن يقوم بتنفيذ نفس الإلتزام[2].

المطلب الثالث : أنواع عقد الكفالة

ينقسم عقد الكفالة إلى ثلاثة أقسام نذكرها كالتالي: من حيث **المصدر** تكون الكفالة إما إتفاقية وقانونية وقضائية، ومن حيث **الطبيعة** تكون الكفالة إما مدنية أو تجارية، من حيث **المحل** تكون الكفالة شخصية أو عينية

الفرع الأول : أنواع عقد الكفالة من حيث المصدر

ينشأ إلتزام المدين بتقديم كفيل بناءا على إتفاق بينة وبين الدائن و يكون مصدر الكفالة الإتفاق و قد يكون المدين ملتزما بتقديم كفيل بحكم القانون أو بناءا على حكم قضائي ، و عليه فالكفالة تتنوع من حيث مصدر الإلتزام المدين بتقديمها كفالة إتفاقية و كفالة قانونية و كفالة قضائية .

[1] نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص07.

[2] فلاح ربيحة، رقوب لامياء، عقد الكفالة في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المسيلة، الجزائر، 2021-2022، ص09.

أولا : الكفالة الإتفاقية

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

ويعد من قبيل الكفالة الإتفاقية سعي المدين للحصول على كفيل يضمنه ويقدمه للدائن حتى يحصل منه على إئتمان جديد أو أن يحدد الإئتمان السابق، ويمكن أن تنشأ الكفالة أيضا في حالة تقدم الكفيل من تلقاء نفسه لضمان المدين والتزامه به في مواجهه الدائن، حتى ولو يعلم بها هذا الأخير أو رغم معارضته لذلك، حتى يكون مصدر إلتزام هذا الكفيل هو الإرادة المنفردة، وهي مصدر إرادي يقيد به وتعتبر هاتين الحالتين من قبل الكفالة الإتفاقية[1].

ثانيا : الكفالة القانونية

تكون الكفالة قانونية في الأحوال التي يتوجب فيها على المدين تقديم كفيل للدائن، والتي تلزم المنتفع بالمنقول أن يقدم لمالك الرقبة كفالة ضمان للوفاء بالتزامه أو برد المنقول أو بدله، هذا ما نصت عليه المادة 851 من القانون المدني الجزائري، وأيضا ما تضمنته المادة 211 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "يسقط حق المدين في الأجل إذا شهر إفلاسه وفقا لنصوص القانون، إذا أنقص بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى قانون ..."، وكذا نص المادة 212 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه "... فإن للدائن وقبل إنقضاء الأجل، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه، ولو بوجه خاص أن يطالب بتأمين أن خشية إفلاس المدين ..."، والمادة 388 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري التي تخول للبائع أن يقدم كفيلا إذا أراد استيفاء الثمن رغم تعرض للمشتري، ورغم حق المشتري في حبس الثمن[2].

ثالثا : الكفالة القضائية :

تتقرر الكفالة القضائية في الحالات التي يكون مصدر إلتزام المدين فيها بتقديم كفيل بموجب حكم قضائي، فيكون هذا الحكم هو مصدر الإلتزام بتقديمها، وعليه، أن كان حكم القضاء اقرارا لوجود هذا الإلتزام في الإتفاق أو في القانون، فلا تكون الكفالة قضائية ولا يغير ذلك من طبيعتها القانونية أو الإتفاقية، لأن العبرة في ذلك بمصدرها الأصيل[3]، ومن الأمثلة على الكفالة القضائية ما نصت عليه المادة 2/717 القانون المدني الجزائري ،... وللمحكمة عند الرجوع عليها إذا وافقت على قرار تلك الاغلبية أن تقرر مع هذا كل ما تراه مناسب من التدابير ولها بوجه خاص أن تامر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما يستحق من التعويضات.

---

[1] عطوي صفاء، براهيم أسماء، المرجع السابق، ص 33.

[2] معزوز دليلة، المرجع السابق، 95

[3] عطوي صفاء، براهيم أسماء، المرجع السابق، ص 34-35.

وعليه، فالكفالة سواء كانت إتفاقية أو قضائية، تملك أهمية من الناحية العملية ذلك أن القانون يجعل للكفالة القانونية والقضائية أحكاما خاصة لا يأخذ بها في الكفالة الإتفاقية بحيث نصت المادة 667 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يكون الكفلاء في الكفالة القضائية أو القانونية متضامنين"، لكن إذا تعدد الكفلاء في الكفالة الإتفاقية يكونون غير متضامنين إلا إذا تم الإتفاق على ذلك في عقد الكفالة، و بالتالي يكون إلتزام الكفيل في الكفالة القانونية والقضائية أشد منه في الكفالة الإتفاقية، حيث يكون متضامنا مع غيره من الكفلاء بقوة القانون دون أن بنص على ذلك عقد الكفالة[1].

الفرع الثاني: أنواع عقد الكفالة من حيث المحل

تنقسم الكفالة من حيث المحل إلى كفالة شخصية و كفالة عينية و هذا ما سنتناوله بالشرح في هذا الفرع .

أولا- الكفالة الشخصية: وهي الكفاله العادية التي يلتزم فيها الكفيل بضمان الوفاء بالدين إذا لم يفي به المدين فيستطيع المدين أن يستوفي حقه من أموال الكفيل إذا لم تكفي أموال الأول وترد الكفالة على الضمان العام للكفيل أي على كل أمواله دون تخصيص[2].

ثانيا- الكفالة العينية: وهي تأمين عيني حيث يقدم الكفيل مالا مملوكا لضمان الوفاء بالتزام في ذمة شخص آخر وسمي الكفيل هنا بالكفيل العيني حيث يقوم برهن عقار أو منقول يملكه لضمان الوفاء بالتزام المدين وهو لا يضمن هذا الوفاء إلا في حدود المال الذي قدمه تأمينا له والضمان لا يرد على كل ذمته المالية.

ومنه الكفيل العيني لا يكون مسؤول شخصيا عن الدين بل يضمن الدين في حدود المال الذي قدمه رهنا، ومنه الكفالة العينية تندرج تحت التأمينات العينية ضمن عقد الرهن.

في الكفالة العينية تجعل الدائن في مركز خاص بحيث تجنب خطر إعسار المدين والكفيل، بحيث يكون له إلى جانب الضمان العام للمدين سلطة تنصب على الشيء المقدم من الكفيل رهن رسميا أو حيازا وهي السلطة التي تخوله حق التتبع والأولوية في الإستيفاء الثمن بعد بيعه[3].

[1] عطوي صفاء، براهيم أسماء، المرجع نفسه، ص35.

[2] أحمد شرف الدين، التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر، ص39

[3] أحمد شرف الدين، المرجع نفسه، ص39.

الفرع الثالث: أنواع عقد الكفالة من حيث الطبيعة

تنقسم الكفالة بحسب طبيعتها كعقد مبرم بين كفيل و مكفول له إلى كفالة مدنية و كفالة تجارية و تتميز بين نوعي الكفالة بين الأعمال المدنية و التجارية من حيث الإختصاص القضائي و الأهلية و الفائدة القانونية .

أولا: الكفالة التجارية

يعتبر تظهير الأوراق عمل تجاريا، ويقصد بالضمان الإحتياطي ضمان الإلتزام الناشئ من الورقة التجارية، ويتم ذلك بكتابة على الورقة التجارية المتصلة بها أو في ورقه مستقلة وهذا ما نصت عليه المادة 409 من القانون التجاري الجزائري :"أن دفع مبلغ السفتجة لا يمكن أن يضمنه كليا أو جزئيا ضامن احتياطي"، أما بالنسبة لتظهير يعتبر المشرع تظهيرها بمثابة كفالة تجارية أخرى، كما إستثنت الفقرة الثانية من المادة 651 من القانون المدني الجزائري الحالتين إعتبرت فيهما أن:"غير أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا إحتياطيا[1].

ثانيا : الكفالة المدنية

الكفالة عملا مدنيا بالنسبة للكفيل حتى ولو كان الدين المضمون تجاريا ولو كان الكفيل تاجرا.

يفسر إعتبار الكفالة مدنية حتى ولو كان الدين المضمون تجاريا، بما يمثله من خروج عن قاعدة تبعية إلتزام الكفيل للإلتزام الأصلي المكفول، بأن الكفالة كوسيلة لتوثيق وضمان الديون، غير معدة لأن تكون وسيلة للربح بحيث لا يقصد ولا يتحقق من ورائها الربح وفقا للمعيار الأول للعمل التجاري[2].

حيث تعتبر الكفالة التي يقوم بها البنك لصالح أحد عملائه مقابل عمولة يتقاضاها، من ضمن أعماله البنكية التي يقصد بها الربح من ورائها.

بحيث أن الكفالة التي يقدمها البنك أو ما يماثله قياسا من مؤسسات مالية تقوم على تجارة النقود والإئتمان، والضمان تعد دائما عملا تجاريا بإعتبار دخولها ضمن أعماله التي يباشرها على سبيل الاحتراف[3].

---

[1] بومدين هاجر، بونزوة مروة، أحكام الكفالة في القانون الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ،كلية الحقوق والعلوم الإقتصادية والتجارية، عين تموشنت، الجزائر، 2019-2020، ص21.

[2] همام محمود زهران، التامينات العينية والشخصية، دار الجامعة العربية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2004، ص 38

[3] همام محمود زهران، المرجع نفسه، ص39.

المبحث الثاني: أركان عقد الكفالة

إنطلاقا من فكره أن عقد الكفالة اتفاق يتم بين الدائن والكفيل فإنها تخضع للأحكام العامة للعقد، الأمر الذي يستدعي توافر على الأركان الثلاثة وهي الرضا والمحل والسبب، ولذا نقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب،

نتطرق في المطلب الاول إلى الرضا في عقد الكفالة، والمطلب الثاني محل عقد الكفالة، وفي المطلب الثالث السبب في عقد الكفالة.

المطلب الأول : الرضا

إن عقد الكفالة مثله مثل غيره من العقود، قوامه الرضا هو الأساس الطبيعي لكل عقد، ولذلك فإن عقد الكفالة يخضع للمبادئ العامة من حيث التعبير عن الإرادهة وشروط صحته، وهذا ما سنوالي شرحه.

الفرع الأول التعبير عن الإرادة

عقد الكفالة من العقود الرضائية التي لا يشترط في إنعقادها أي شكل خاص، ولذلك فإن العقد يتم بالتراضي بين الكفيل والدائن دون الحاجة إلى أي إجراء أخر، كما سبق أن رأينا بين الكفيل والدائن أنه لا حاجة إلى إذن رضا المدين، إذ أنه ليس طرفا في هذا العقد فلا يتوقف عليه قيامه، بل أنه يمكن أن يتم عقد الكفالة بدون علم المدين ورغم معارضته[1].

ووجود الرضا في عقد الكفالة يلتزم التعبير عن إرادتين متطابقتين، وهو ما يعبر عنه لتطابق الاإيجاب والقبول، ويستلزم عن تطابق الإرادة أن تكون الإرادة حرهة سليمة لا يشوبها أي عيب من العيوب، ويعد تطابق الإيجاب والقبول شرطا لانعقاد العقد بينما يعد خلو الإرادة من العيوب شرطا للصحة[2].

عقد الكفاله كما رأينا هو عقد رضائي أن يكفي تطابق إرادتي الدائن والكفيل وهما كما أسلفنا الذكر طرف العقد ويرجع في ذلك إلى المبادئ العامة في التعبير عن الإرادة حيث أن المشرع لم يقر لإبرام عقد الكفالة قواعد خاصه.

يكون إثبات الكفالة حسب المادة 645 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه :" لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الإلتزام الأصلي بالبينة."

حيث أن كيفية تعبير الدائن عن إرادته لا تثير أي صعوبة فهو يعبر عن رضائه بالكفالة بإرادته الصريحة أو الضمنية، أما عن تعبير الكفيل عن إرادته حسب المادة 2015 الفقرة الثانية من القانون المدني الفرنسي، نصت خلافا للمبادئ العامة على أن: " الكفالة لا تفترض ويجب أن تكون صريحة."

---

[1] نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص43.

[2] عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص234.

ويتطلب الفقه والقضاء في فرنسا أن يكون رضا الكفيل وحده صريحا وذلك لخطورة إلتزام الكفيل، أما الدائن فإن رضائه يجوز أن يكون ضمنيا وفقا للمبادئ العامة.

وفي الحقيقه أن هذا الرأي لا يتفق مع القواعد العامة التي تجيز أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا وضمنيا، فالكفالة لا تخرج عن حدود هذه القواعد لأن إشتراط الكتابة حسب نص المادة 773 من القانون المدني المصري ليس إلا دليل على إشتراط أن يكون رضا الكفيل صريحا، ولا يمكن أن يكون ضمنيا إذ لا يمكن إستنباط إرادة الكفيل إذا لم تكن صريحة وواضحة، وبناء على ذلك لا يعتبر الكفيل لما يقوم بالتوصية لدى الدائن أو أن يقوم بإدلاء للدائن عن أمانة مدينه أو يساره في المستقبل أو أن يؤكد له هذا اليسار[1].

الفرع الثاني: شروط صحة الإرادة

يشترط لصحة الكفالة كغيرها من العقود أن تتوافر الأهلية في المتعاقدين.

أولا: أهلية الدائن

يجب أن يكون الدائن عاقلا مميزا، فلا يصح قبول المجنون والصبي الغير مميز؛ لأنهما ليس أهلا لصدور القبول عنهما بإعتباره ركنا في العقد، وهذا الرأي يتفق مع ما أخذت به القوانين المدنية الأخرى التي تشترط قبول الدائن لإنعقاد الكفالة، وعندئذ لابد أن تتوفر في هذا الأخير أهلية القبول. وبما أن الأصل في عقد الكفاله أنه من عقود التبرع النافعة نفعا محضا بالنسبه للدائن لذلك يكفي أن تتوفر فيه أهلية قبول تبرر بأن يكون عاقلا مميزا دون أن يشترط بلوغه سن الرشد. أما إذا كان الدائن مجنون أو صبي غير مميزا لكانت الكفالة باطلة لأنهما ليس من أهل القبول، فتقع جميع تصرفاتهما باطلة وإن أجازها وليهما.

غير أنه بعض القوانين تسمح بتقاضي الكفيل عوضا يدفعه الدائن، عندئذ تكون الكفالة بالنسبة لهذا الأخير تصرفا دائرا بين النفع والضرر، لابد له لمباشرته أن يكون بالغا سن الرشد. فإن كان الدائن صغيرا مميزا انعقدت الكفالة موقوفة على إجازة وليه أو إجازته هو بعد بلوغه سن الرشد فإن كان الصغير المميز مأذونا له بالتجارة ودخلت الكفالة في أعمل تجارته، صحت الكفالة دون الحاجة إلى إجازة أحد[2].

ثانيا : أهلية الكفيل

يجب أن يكون الكفيل عاقلا بالغا رشيدا، فلا تصح كفاله المجنون والمعتوه والصبي المميز أو غير المميز وإن أذن له وليه.

[1] زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص38.

[2] زاهية سي يوسف ، المرجع نفسه ، ص39.

ولا تصح كفالة المريض مرض الموت إذا كان مدينا بدين يحيط بماله، وتصح كفالته إذا لم يكن مدينا حيث تطبق عليه عندئذ أحكام الوصية، فإن كانت الكفالة في حدود ثلث ما بقي من ماله بعد أداء الدين، صحت كلها، فإن زادت على ذلك صحت في حدود الثلث وبطلت فيما يزيد عليه.

أما في القوانين التي تسمح بالكفالة بأجر، فإن الكفيل المأجور يجب أن تتوفر لديه أهلية التصرف لا أهلية التبرع فالكفالة بالنسبة إليه تعتبر عملا دائرا بين النفع والضرر، وعلى ذلك تجوز كفالة الصغير المميز وإن انعقدت موقوفة على إجازة وليه أو إجازته هو عند بلوغ سن الرشد[1].

الفرع الثالث : عيوب الرضا في الكفالة

حتى يقوم عقد الكفالة صحيحا، فإنه يجب طبقا للقواعد العامة أن يكون الرضا سليما غير مشوب أي عيب من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس والإكراه والإستغلال. وما يثوره غالبا من المشاكل في الواقع العملي فهو متعلقا بالغلط والتدليس، ولكي يطلبوا الكفيل إبطال عقد الكفالة نتيجة لوقوعه في الغلط، فإنه يشترط أن يكون هذا الغلط جوهريا وأن يكون المتعاقد الأخر قد وقع مثله في هذا الغلط أو كان على علم به. ويكون الغلط جوهريا تطبيقا للقواعد العامة إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقل لو لم يقع في هذا الغلط. مثلا يمكن للكفيل أن يطلب إبطال العقد نتيجة إعتقاده خطأ يسار المدين، وهذا يدل على مدى أهمية المدين في عملية الكفالة فبالرغم من أن المدين ليس طلبا في عقد الكفالة فإن الغلط في شخصه، أو صفة عقد الكفالة كأن يكون قد إعتقد أن الدين المكفول هو ثمن بيع عقار مضمون بامتياز البائع وظهر أنه مجرد دين عادي.[2]

يبطل العقد نتيجه للاستغلال باعتباره عيبا من عيوب الرضا، وهذا ما جاء في نص المادة 90 من القانون المدني الجزائري بقولها:"إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين متفاوت كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه المتعاقد الأخر من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الأخر، وتبين أن المتغلب عليه من طيش بين أو هوا جامح جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد، أو ينقص التزامات هذا المتعاقد، ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة".[3]

[1] عدنان إبراهيم سرحان، شرح القانون المدني، المرج السابق،ص238.

[2] زاهية سي يوسف، الوجيز في عقد الكفالة، المرجع السابق،ص41.

[3] علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتوام، مصادر الإلتزام في القانون المدني، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2003، ص60.

أما بالنسبة للتدليس فإن الأمور تثور على النحو التالي : يجب بطبيعة الحال حماية الكفيل من الحيل التدليسية التي يمكن أن تدفع إلى التعاقد ،وغالبا ما تصدر هذه الحيل التدليسية من المدين، لما كان المدين ليس طرفا في العقد، فإنه يجب على الكفيل لكي يحصل على حكم بإبطال العقد للتدليس أن يثبت أن الدائن كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس، ونفس الحكم بالنسبة للإكراه، وإن كان تصور الإكراه بصدد الكفالة نادرا.[1]

المطلب الثاني : المحل

يقصد بالمحل في عقد الكفالة هو الإلتزام أو الدين الذي إلتزم به الكفيل وهو ما يسمى بالمكفول به أو المضمون، وللشخص المكفول جملة من الشروط لابد من وجودها لكي تصح الكفالة

الفرع الأول : أن يكون الإلتزام موجودا أو ممكن الوجود

الكفالة هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ الإلتزام، فهي ضمان وتوثيق للدين، وهذا يقتضي في الأصل ثبوت وجوده حتى يمكننا إيقاف الكفالة ضمانا للوفاء به، وعلى ذلك فإن كفالة الثمن مثلا يمكن أن تتم بعد إنعقاد البيع لأن المديونية لا تثبت قبل هذا الإنعقاد.

حيث أن جانبا من الفقه الإسلامي والغالبية من القوانين الوضعية أجاز كفالة الإلتزا قبل وجوده.[2] حتى تصح الكفالة في هذا القانون معلقة على شرط ملائم لمقتضى العقد أو مضافة إلى زمن مستقبل، وعندئذ يمكن أن تقوم الكفالة قبل ثبوت الدين المكفول، لأن المشرع قد أعطى للكفيل في الكفالة المعلقة او المضافة أن يرجع عن كفالته قبل ترتيب الدين.

وكون الإلتزام المكفول موجودا عند نشوء الكفالة ما يسمى بالكفالة بالدرك، حيث يصح فيها ضمان ثمن المبيع للمشتري أن ظهر أنه مستحق لغير البائع، وفي مثل هذه الحالة ينشأ إلتزام الكفيل وتقوم كفالته وإن لم يوجد الإلتزام المكفول بعد ذلك أن إلتزام البائع برد الثمن، هو ما يضمنه الكفيل، لا يثبت إلا عند حصول الإستحقاق، ويشبه هذا الفرض ما أخذ به الفقه الاسلامي فيما يسمى بضمان العهدة، حيث يضمن الكفيل حق المشتري قبل البائع إذا ظهر أن المبيع معيب أو ناقص[3].

---

[1] نبيل إبراهيم سعد، التامينات الشخصية، المرجع السابق، ص84.

[2] عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص242.

[3] عدنان إبراهيم سرحان، المرجع نفسه، ص243.

ففي التطبيقات التي أشرنا إليها توجد الكفالة قبل وجود الإلتزام، وفي ذلك خروج على مقتضيات تبعية الكفالة للإلتزام المكفول، إلا أن هذا الخروج يعد مبررا حيث تقتضيه متطلبات التعامل في الوقت الحاضر، فلا يقبل بعض أصحاب الأموال إعطاء إئتمان إلا إذا حصلوا مقدما على تأمين يضمن لهم إستيفاء حقوقهم، وفي إجازة الكفالة ضمانا لديون مستقبلية أو شرطية ما يسهل على المتعاملين الحصول على الائتمان المطلوب.

وأخيرا إذا وجد الإلتزام المكفول به، صحت كفالته أيا كان مصدر هذا الإلتزام فقد يكون مصدر العقد ناشئ عن قرض، أو تصرفا انفراديا كالوعد بجائزة، وقد يكون الإلتزام المكفول مصدره الفعل الظاهر كدين التحويل أو الاثراء بلا سبب كضمان إلتزام رب العمل في الفضالة بتعويض الفضول عما أنفقه في تنفيذ العمل، وقد يكون الإلتزام المكفول مصدره نص القانون[1].

الفرع الثاني : أن يكون الإلتزام صحيحا

كما سبق في عرض خصائص الكفالة فإن فكره إلتزام الكفيل الإلتزام الأصلي تهيمن على كل أحكام الكفالة ومن هنا إذا كان الإلتزام مكبر صحيحا فإن الكفالة تكون صحيحة إستنادا لنص المادة 648 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 776 من القانون المدني المصري التي تنص على ما يلي :" لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الإلتزام المكفول صحيحا."

أولا : حكم كفالة الإلتزام الباطل

هي كفالة باطلة لأن الإلتزام الكفيل تبعيا كما أشرنا إليه في الخصائص هو يتبع الإلتزام الأصلي في صحته وبطلانه والإلتزام الأصلي الباطل لا يكون إلا إلتزاما عقديا أما الإلتزام الغير العقدي فالقانون هو الذي يتكفل بإنشائه وليس الإرادة والإلتزام الباطل هو الذي يراد إنشائه بعقد باطل إذا أختل أحد أركانه كإنعدام ركن الرضا أو السبب أو المحل أو كان محله غير معين أو مستحيل وغير مشروع[2].

ثانيا : حكم كفالة الإلتزام القابل للإبطال

إذا كان الإلتزام الأصلي المكفول قابلا للإبطال فإن الكفالة تكون أيضا قابلة للإبطال والقابلية للإبطال تعني أن الإلتزام صحيح ومنتج لأثاره حتى يحكم ببطلانه .

[1] عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص243.

[2] زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 48.

إذا جاء حكم ببطلانه بناء على طلب المدينه سقطت الكفاله تبعا لذلك أما إذا أصبح الإلتزام الأصلي القابل للإبطال صحيحا بالإجازة فإن إلتزام الكفيل يصبح صحيحا نهائيا ويستطيع أن يتمسك بإبطال إلتزام نتيجة القابلية الإلتزام الأصلي للإبطال حسب نص المادة 654 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري[1].

أما إذا كان الإلتزام المكفول قابلا للإبطال لأي سبب كان نقص أهلية أو عيب من عيوب الإرادة ولم يكن الكفيل عالما بسبب البطلان وقت إنعقاد الكفالة جاز له أن يتمسك ببطلان إلتزامه ولو لم يتمسك المدين ببطلان الإلتزام المكفول[2].

ثالثا : الحكم الخاص بكفالة إلتزام ناقص الأهلية

ناقص الأهلية هو القاصر المميز وفي ومن في حكمه كالمحجور عليه بسبب غفلة أو سفه وبالتالي يجب أن نستبعد من نطاق هذا النص الحالة التي يكون فيها العقد باطلا بطلانا مطلقا لإنعدام الأهلية لفقدان التمييز أو الجنون أو العته.

إذا كانت المدين المكفول ناقص الأهلية وكان الكفيل لا يعلم بنقص الأهلية في هذه الحالة يكون الإلتزام ناقص الأهلية قابل للإبطال ويتبع بذلك إلتزام الكفيل ومعنى الإلتزام القابل للإبطال هو إلتزام قائم منتج لأثاره حتى يتقرر ببطلانه[3].

إذا كان المدين ناقص الأهلية وكان الكفيل عالما بنقص أهليته وقت التعاقد فهنا يكون إلتزام الكفيل قابلا للإبطال بالتبعية إذا كان إلتزام المدين قابلا للإبطال[4].

الفرع الثالث : أن يكون الإلتزام المكفول معينا أو قابلا للتعيين

يتعين أن يكون محل الإلتزام معينا أو قابلا للتعيين بما ينفي عنه الجهالة الفاحشة المفضية للنزاع حول محله والمانع من أكل أموال الناس بالباطل، على ما تقتضيه القواعد العامة في محل الإلتزام عموما وإلا كانت باطلة،وتعيين محل إلتزام الكفيل يقتضي تعيين الإلتزام الأصلي للمكفول، وهو ما يعد مظهرا آخر من مظاهر التبعية، وانعكس بنتائجه على الدفوع المتعلقة بالإلتزام الأصلي التي

[1] زاهية سي يوسف، المرجع نفسه، ص49.

[2] عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص242.

[3] زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 49-50

[4] زاهية سي يوسف، المرجع نفسه، ص50 .

يكون للكفيل الإحتجاج بها في مواجهة الدائن،ويتم تعيين أطراف الإلتزام الأصلي بتحديد طرفيه الدائن والمدين وإذا كان الدائن معلوم بالضرورة لدى الكفيل بإعتباره الطرف الذي يرتبط معه بعقد الكفالة، فإنه من اللازم تحديد شخص المدين في الإلتزام الأصلي المكفول، أما لهذا التحديد من أهمية بالنسبة للكفيل، بالنظر لما لشخصية المدين من إعتبار في رضائه بالكفالة، حيث يرتضيها واضعا في إعتباره يساره وسمعته في الوفاء بالتزامه وإحترام عهوده، أما لأهلية المدين وسلامه إرادته من أثر على الإلتزام الأصلي وبالتبعية على إلتزام الكفيل، فضلا عن تحديد المدين بالإلتزام المكفول تظهر أهميته حيث يتعدد مدينوا الدائن، ويتحدد مصدر الإلتزام الأصلي المكفول، بتحديد ما يميزه تمييزا نافيا الجهالة عن غيره، فيحدد ما إذا كان عقدا واي عقد يكون أو هو عمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو إرادة منفردة أو هو القانون[1].

وأهمية تحديد مصدر الإلتزام الأصلي كعنصر من عناصر تعيين محل الإلتزام الكفيل تتضح من أن الضمان الذي قدمه الكفيل لا يغطي ما إستجد على عاتق المدين من إلتزامات ذات مصدر جديد تجاه ذات الدائن، للإختلاف في المحل، ويتحقق تعيين محل الإلتزام الكفيل سواء بإحالة الكفيل، إلى محل الإلتزام الأصلي، فيما يعرف بالكفالة المطلقة، وفي هذا المقام تساهم القواعد المكملة في تحديد محل إلتزام الكفيل، في حالة سكوت طرفي العقد بالكفالة عن تحديد محل الإلتزام أو إكتفاء منهما بتعيين الإلتزام الأصلي، لعدم إتفاقهما على ما يخالف حكمهما، سواء بتحديد إتفاقي، له يتضمن عقد الكفالة، فيما يعرف بالكفالة المحددة، على أن يأتي هذا التحديد الإتفاقي محترما القواعد الآمرة في هذا الشأن[2].

المطلب الثالث : السبب

هناك صعوبة في تطبيق نظرية السبب المعروفة في القواعد العامة على عقد الكفالة، وهذا يرجع إلى طبيعته الخاصة في الكفالة، وإن كانت تنعقد بين طرفيها الدائن والكفيل، إلا أنها تعتبر عملية قانونية ثلاثية.

الفرع الأول : أثر العلاقة الثلاثية للكفالة على فكرة السبب

في الواقع أن سبب الكفالة أثار ولا يزال يثير العديد من المناقشات حول تحديده و هذا يرجع بطبيعة الحال إلى أن عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد و في هذا النوع من العقود يكون سبب إلتزام المدين

[1] همام محمد محمود رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص757.

[2] همام محمود رمضان، المرجع نفسه، ص757.

هو وجود إلتزام سابق سواء كان مدني أو طبيعي فيما بين الدائن و المدين إذا كان معاوضة و نية التبرع إذا كان العقد من عقود التبرع ، و في عقد الكفالة نجد أن الكفيل يتقدم إلى الدائن لضمان الوفاء بإلتزام المدين دون أن يكون ملتزما بذلك في مواجهة الدائن لا بمقتضى الإلتزام .

أولا : رابطة بين الدائن والمدين

وفي هذه الرابطة قد يشترط الدائن على المدين أن يقدم كفيلا حتى يقبل العقد المقترح، وهذا ما يحدث عادة في عقد القرض، وقد يحدث أثناء تنفيذ هذا العقد أن يخشى الدائن إعسار المدين، فيطلب منه تقديم كفيل، إذ أن الدائن في الإلتزام الناشئ عن فعل ضار أو فعل نافع، يستطيع أن يلزم المدين بتقديم الكفيل.

ثانيا : رابطة بين المدين والكفيل

تتمثل سواء في اتفاق، كأن يتفق على أن يقوم الكفيل بالوفاء بالدين في حالة عدم وفاء المدين به، أو بدون إتفاق، كان يتقدم الكفيل من تلقاء نفسه لضمان المدين، بل بدون علم هذا الأخير، أو حتى رغم معارضته، وهذا فرض نادر في العمل[1].

ثالثا : رابطة بين الدائن والكفيل

وهذه الرابطة هي التي تجسد عقد الكفالة، والذي بمقتضاه يتعهد الكفيل بأن يفي بالإلتزام إذا لم يفي به المدين نفسه.

فإذا كانت الكفالة تعقد لمصلحه الدائن، وبالمقابل فالسبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد، وهنا تكون الكفالة عقدا ملزما لجانبين، ويكون سبب إلتزام الكفيل هو المقابل الذي يحصل عليه من الدائن.

أما إذا تمت الكفالة لمصلحة الدائن تبرعا، فيكون سبب إلتزام الكفيل هو نيه التبرع.

وإذا إنعقدت الكفالة لمصلحة المدين بمقابل، تعهد به المدين في مواجهة الكفيل، فهنا المقابل هو سبب إلتزام الكفيل، ويجب أن يكون السبب مشروعا، وغير مخالف للنظام العام وأن يكون موجودا[2].

[1] زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص60.

[2] زاهية سي يوسف، المرجع نفسه ، ص60-61 .

الفرع الثاني : مشروعية السبب

إذا قام نزاع حول وجود السبب أو مشروعية الباعث، فإن عبء الإثبات يقع على عاتق المدين، عليه أن يثبت عدم وجود السبب أو مخالفته للنظام العام أو الأداب العامة، الماده 137 من القانون المدني المصري المقابلة للمادة 1132 من القانون المدني الفرنسي، وعلم الدائن بالباعث الرئيسي الدافع إلى التعاقد أو إمكانية علمه بذلك وللكفيل أن يلجأ في ذلك إلى كافة طرق الإثبات[1].

[1] نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ص76.

الفصل الثاني

الفصل الثاني : أحكام عقد الكفالة

متى إنعقد عقد الكفالة صحيحا فإنه يرتب أثاره فيما بين عاقديه وهما الدائن والكفيل حيث أن الكفالة عملية قانونية أوسع من العقد ذاتيا ونظرا إلى طبيعتها الخاصة وهي أنها عقد تابع للالتزام الأصلي فإنه يترتب على ذلك أن تنشأ علاقة بين الكفيل والمدين في حالة ما إذا وفى هذا الكفيل بالدين المكفول وقد يتعدد المدينين الأصليين وقد يكون متضامنون أو غير متضامنون وأيضا قد يتعدد الكفلاء وقد يكون متضامنين أو غير متضامنين ولذلك فإن دراسة أثار الكفالة هي دراسة لكل هذه العلاقات وسنتطرق في هذا الفصل إلى دراسة أثار عقد الكفالة وإنقضائها على النحو التالي وخصصنا المبحث الأول لأثار عقد الكفالة والمبحث الثاني لإنقضاء عقد الكفالة.

المبحث الأول : أثار عقد الكفالة

يترتب على الكفالة مجموعة من العلائق تتخذ كل منها صفات معينة، وتترتب على أحكام خاصة بعضها ينشأ عن عقد الكفالة وهو العقد الذي طرفاه هما الدائن والكفيل ،وبعضها ينشأ بسبب تنفيذ هذا العقد بسبب واقعة الوفاء الحاصل من الكفيل للدائن وسنتولى دراسة كل ذلك بالتفصيل ضمن هذا المبحث[1].

المطلب الأول : العلاقة بين الكفيل والدائن

يلتزم الكفيل بمقتضى عقد الكفالة أن يضمن تنفيذ إلتزام المدين أو الوفاء به ويترتب على ذلك للدائن يطالب الكفيل بالوفاء بالإلتزام.

ونظرا لخاصية التبعية التي يتصل بها عقد الكفالة فإنه يجب على الدائن أن يطالب أولا المدين قبل مطالبة الكفيل كما يجب أيضا أن ينفذ على أموال مدينه الأصلي لإستيفاء حقه قبل أن ينفذ على أموال الكفيل، ويضاف إلى ذلك أنه في حالة تعدد الكفلاء لدين واحد وفي عقد واحد مع عدم تضامنهم فإنه لا يكون للدائن أن يرجع على أي منهم إلا بقدر نصيبه في الدين،وسنتهى في هذا المطلب الحالات التي يجوز فيها للدائن مطالبة الكفيل والدفوع المتعلقة بالكفيل.[2]

[1] زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص69.

[2] زاهية سي يوسف، المرجع نفسه ، ص69-70.

الفرع الأول : مطالبة الدائن للكفيل

نظم المشرع الجزائري حق الدائن في مطالبة الكفيل بالوفاء بالدين المكفول وذلك وفقا لشروط ونطاق محدد

أولا : شروط المطالبة بالدين

يترتب على عقد الكفالة كأثر حق دائن في مطالبة الكفيل بالوفاء بالدين الذي كان في ذمه المدين الأصلي[1] وذلك وفقا للشروط التالية :

1-حلول الأجل بالنسبة للكفيل:

لا يجوز للدين أن يطالب الكفيل بالدين المكفول إلا بعد حلول أجل ،هذا الدين ما لم يكن هنالك أجل خاص لإلتزام الكفيل وعلى ذلك لا يجوز مطالبة الكفيل إلا بعد حلول أجل إلتزامه حتى ولو كان أجل الدين المكفول قد حل قبل ذلك لأنه لا يجوز أن يكون إلتزام الكفيل

أخف من إلتزام المدين ،لكن لا يجوز أن يكون أجل التزام الكفيل أكثر من أجل الإلتزام الأصلي.

وفي حاله ما إذا تم مد أجل إلتزام الأصلي بإرادة الطرفين أو بحكم القاضي، فإن الكفيل يستمد من هذا المد فيمتد أجل إلتزام الكفيل ولا يجوز مطالبة الكفيل قبل حلول هذا الأجل الجديد.

إذا كان هناك أجل واحد للالتزامين وسقط الإلتزام الأصلي بسبب إعسار المدين أو إضعافه إلى حد كبير، ما أعطى للدائن من تأمين خاص وعدم تقديم ما وعد به من تأمينات إلى الدائن، فإن ذلك لا يستتبع سقوط الأجل المحدد لإلتزام الكفيل لأن المدين بعد الكفالة لا يستطيع أن يسوي مركز الكفيل[2].

ثانيا : وجوب رجوع الدائن على المدين قبل رجوعه على الكفيل

نصت المادة 660 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري على هذه الحالة بما يلي :" لا يجوز للدين أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين[3]."

[1] كمال فتحي دريسي، المرجع السابق،ص 112

[2] نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص112.

[3] معزوز دليلة، المرجع السابق، ص 122.

بمعنى لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل إلا بعد رجوعه على المدين، وهذا ما بين حماية المشرع للكفيل من تعسف الدائن، لكن يمكن للدائن أن يرجع على المدين والكفيل في أن واحد فلا يقصد بالرجوع مجرد التنبيه بالوفاء أو الإعذار ولكن المقصود هو المطالبة القضائية.

ويرد على هذه القاعدة إستثنائيين هما:

الحالة الأولى: إذا أشهر إفلاس المدين على الدائن التقدم في التفليسة بالدين وإلا يسقط حقه بالرجوع على الكفيل حسب المادة 658 من القانون المدني الجزائري.

الحالة الثانية : إذا كان لدى الدائن سندا صالحا للتنفيذ على المدين، فيعد مجرد التنبيه بالوفاء رجوعا كافيا على المدين ويفتح طريق الرجوع على الكفيل وليس هناك حاجة إلى أن يرفع دعوى على مدينه[1].

الفرع الثاني : الدفوع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة بالكفالة

صحة إنعقاد الكفالة هي أنه لا يبقى أمام الكفيل إلا أن يحتج بما يترتب على عقد الكفالة من حقوق له ، قد يؤدي التمسك بها إلى تأجيل مطالبة الدائن أو إلى تقرير براءة الكفيل و هذا هو المقصود بالدفوع المترتبة عن عقد الكفالة .

أولا : الدفوع المتعلقة بالدين الأصلي

نصت المادة 654 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري كما يلي :" يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين."

حيث أن للكفيل الحق في التمسك بالدفوع التي يحق للمدين التمسك بها لأن تبعية إلتزام الكفيل للإلتزام المكفول تقرر له حق التمسك بجميع الدفوع الخاصة بالإلتزام الأصلي سواء كانت تؤدي إلى تقرير بطلانه أو إستحالة المحل وعدم مشروعيته أو عدم وجود السبب إبطاله أو إنقضائه سواء كان الكفيل متضامن مع المدين أو غير متضامن معهم[2].

بالإضافة إلى حالة الدفوع الخاصة بالإلتزام الأصلي المتمثلة في إبطاله وقابلية إبطاله هناك دفوع أخرى يحق للكفيل أن يتمسك بها وهي الدفوع المتعلقة بإنقضاء الإلتزام الأصلي بالأسباب العامة وهي كسبب لإنقضاء إلتزامها الخاص ولا يؤثر في ذلك نزول المدين عنها

[1] معزوز دليلة، المرجع نفسه، ص123.

[2] زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص92

1-الدفوع الخاصة بالكفيل:

إضافة إلى الدفوع التي يحتج بها الكفيل والتي تستند إلى إبطال الإلتزام المكفول وإنقضاءه فله أيضا أن يحتج بالدفوع الخاصة التي لا يشترك فيها المدين وهذه الدفوع إما أن تكون متعلقة بعقد الكفالة وتكون راجعة إلى مركز الكفيل باعتباره كفيلا.

الدفوع المتعلقة بعقد الكفالة ترجع إلى بطلان هذا العقد أو قابلية ابطاله فيجوز للكفيل أن يتمسك ببطلان عقد الكفالة وحده أو بقابلية الإبطال أو بنقص أهلية الكفيل أو وجود عيب في الرضا أو تخلف الشرط الفاسخ فيتمسك الكفيل بأن التزامه لم ينشا لأنه كان معلقا على شرط واقف ولم يتحقق الشرط أو لم يتحقق إلتزامه إنفسخ لأنه كان معلقا على شرط واقف ولم يتحقق الشرط أو إلتزامه إنفسخ لأنه كان معلقا على شرط فاسخ ولم يتخلف الشرط.

أما فيما يخص الدفوع التي ترجع إلى مركز الكفيل بإعتباره كفيلا فتشمل:

-الدفع ببراءة ذمته بقدر ما أضاع الدائن بخطئه من التأمينات.

-الدفع ببراءة ذمته لتأخر الدائن في إتخاذ الإجراءات ضد المدين.

-الدفع ببراءة ذمته بقدر ما أصابه من ضرر بسبب عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين[1].

2- إلتزامات الدائن عند استيفائه الدين

إلتزام الدائن بأن يسلم للكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لإستعمال حقه في الرجوع وقد نصت في المادة 659 فقرة الاولى من القانون المدني الجزائري على ذلك،

1- إلتزم الدائن بأن يسلم للكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لإستعمال حقه في الرجوع
2- إلتزامه بنقل التأمينات الضامنة للدين وذلك إن كانت دينا مضمونا بتأمين عقاري فإن الدائن يلتزم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين ويتحمل الكفيل المصروفات هذا النقل أن يرجع بها على المدين المادة 659 الفقرة الثالثة من القانون المدني الجزائري
3- إلتزامه بالتخلي عن التأمين المتمثل في المنقول وهذا أيضا بصريح الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه 659 الفقرة الثانية فإن كان الدين مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل.[2]

[1] زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص93.

[2] بن سالم المختار، المرجع السابق، ص30.

ثانيا : الدفوع الناشئة عن عقد الكفالة

زيادة على الدفوع السابق ذكرها فإن المشرع منح الكفيل دفوعا خاصة به مراعاة بصفته و إعتبارا لإلتزامه التبرعي و هي كالآتي :

1- عن الدفع بالتجريد:

تنص الماده 660 من القانون المدني الجزائري على أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله ويجب على الكفيل في هذه الحاله أن يتمسك بهذا الحق[1].

بمعنى أنه إذا أراد الدائن التنفيذ على الكفيل فلهذا الأخير التمسك بالتنفيذ على أموال المدين أولا وتجريده منها إذا كان له أموال كافية للوفاء بكل الدين وهو الدفع تقرر لمصلحة الكفيل بإعتباره ضامنا للدين ليس له مصلحة فيه.

وللإحاطة أكثر بهذا الدفع سنتناول شروطه والأثار المترتبة عليه ثم الصور الخاصة للدفع به.

أ-شروط الدفع بالتجريد:

- يجب أن يكون الكفيل شخصي لا عيني: لأن الكفيل العيني راهن ولا يحق له التمسك بالتجريد إلا إذا كان قد إشترط ذلك صراحة حسب نص المادة 901 من القانون المدني الجزائري.

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

- لأن هذا الدفع ليس من النظام العام يقع على الكفيل التمسك به وليس للقاضي الحكم به من تلقاء نفسه بإعتبار أنه دفع خاص بالكفيل فإنه يجوز له أن يتنازل عنه لأنه مقرر لصالحه وقد يتم التنازل عن هذا الدفع في عقد الكفالة ذاته أو في إتفاق مستقل وقد يكون هذا التنازل صريح أو ضمني ومن ثم فهو يستخلص من ظروف الحال وملابساتها أن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام[2].

[1] عطوي صفاء، إبراهيم أسماء، أحكام عقد الكفالة في ظل التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة 08 ماي 1945، الجزائر،2014-2015، ص78.

[2] عطوي صفاء، إبراهيم أسماء، المرجع نفسه، ص 78-79.

- أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين: فهو الشرط الوارد في نص المادة 665 من القانون المدني الجزائري فالكفيل العادي التمسك بلزوم التنفيذ وعلى أموال المدين أولا أما الكفيل المتضامن فليس له التمسك بهذا الدفع فالدائن يستطيع الرجوع على المدين أو الكفيل أوعليهما.

- حيث أنه لا يجوز الإتفاق على إحتفاظ الكفيل بالحق في التمسك بالتجريد في كل من الكفالة القضائية والقانونية لأن الكفيل يعتبر متضامنا بنص القانون وتقضي طبيعة التضامن في هذه الحالة حرمان الكفيل من الحق في الدفع بالتجريد.

- يجب أن يرشد الكفيل إلى أموال المدين التي تفي بكل الدين: وهو الشرط المنصوص عليه في المادة 661 من القانون المدني الجزائري فلكي يكون الدفع بالتجريد مقبولا وقائما يجب أن يكون للمدين أموال يمكن للدائن التنفيذ عليها ويقع على الكفيل عبء إثبات وجود أموال المدين صالحة وكافية للوفاء بكل الدين ويقوم بإرشاد الدين إلى هذه الاموال على نفقته.[1]

ب- أثار الدفع بالتجريد:

الأثر الأساسي للدفع بالتجريد هو أنه إذا تمسك الكفيل به في مرحلة التقاضي حيث يرفع الدائن دعوى المطالبة بالدين عليه وعلى المدين معا فإن القاضي يصدر حكمه بإلزامه بالدين مع عدم جواز التنفيذ عليه قبل التنفيذ على أموال المدين بحيث يبطل كل إجراء تنفيذي يتخذ قبل الكفيل بالمخالفة لذلك[2].

أما إذا تمسك الكفيل بالدفع لدى التنفيذ في مواجهته فإن ما إتخذه الدائن من الإجراءات التنفيذية يوقف إلى حين الفصل في هذا الإستشكال فإذا رفض الإستشكال إستمر الدائن في إجراءاته وإذا قبل الإستشكال فإن ما إتخذ من إجراءات يصبح لاغيا ويمحي ما ترتب عليه من أثار، غير أن منع الإجراءات التنفيذية قبل الكفيل قبل تجريد المدين لا يمنع الدين من إتخاذ الإجراءات التحفظية في مواجهته كلما تحققت دواعيه من خشية الدائن لفقد ضمان حقه،فيجوز في هذه الحالة للدائن أن يقطع التقادم بالنسبة لأموال الكفيل أو يقيد رهنا لصالحه أو يجدد قيد هذا الرهن أو يضع الأختام على

[1] عطوي صفاء، براهيم أسماء، المرجع السابق، ص79.

[2] همام محمود زهران، المرجع السابق، ص127-128.

تركته أو يطلب تعيين قيم عليه إذا ما إعتراه عارض من عوارض الأهلية.وإذا إستوفى الدائن كامل حقه إنقضى الدين الأصلي وبرأت ذمة الكفيل بالتبعية له[1].

2- الدفع بالتقسيم:

الدفع بالتقسيم يفترض أن هناك أكثر من كفيل لدين واحد وفي عقد واحد ولم يكونوا متضامنين فيما بينهم وعلى ذلك فإن الدين ينقسم عليهم ولا يجوز للدائن أن يرجع على أي منهم إلا بقدر نصيبه في الدين فقط تنص المادة 793 من القانون المدني المصري على أنه :

- إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم قسم الدين عليهم ولا يجوز له أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة.

- أما إذا كان الكفلاء قد إلتزموا بعقود متوالية فإن كل واحد منهم يكون مسؤولا عن الدين كله إلا إذا كان قد إحتفظ لنفسه بحق التقسيم[2].

أ-شروط الدفع بالتقسيم:

- أن يتعدد الكفلاء على ذلك فإن كان للدين كفيل واحد فإن الدين لا ينقسم بينه وبين المدين

- أن يتحدث فلا لدين واحد وعلى هذا لا يجوز للكفيل أن يطلب من الدائن تقسيم الدين بينه وبين المصدق أي كفيل الكفيل لأنه لا يكفلان نفس الإلتزام إذا الكفيل يضمن الإلتزام الأصلي ويضمن إلتزام الكفيل.

- أن يكفل الكفلاء المتعددون نفس الدين فإذا تعدد المدينون وكانوا متضامنين فيما بينهم وقدم كل منهم كفيلا كل كفيل من هؤلاء قد كفل دينا واحدا ولكن لم يكفل نفس المدين لذلك لا يجوز لأحد هؤلاء الكفلاء أن يطلب التقسيم بل يبقى كل منهم مسؤول عن الدين بأكمله[3].

- أن يكون تعدد الكفلاء بعقد واحد فإذا تعدد الكفلاء وكانوا قد إلتزموا بعقد واحد فإن هذا يدل على أن كل الكفيل قد إعتمد على الكفلاء الآخرين وبالتالي إنصرفت نيته إلى أنه لا يلتزم إلا بقدر نصيبه.

[1] همام محمود زهران، المرجع السابق، ص127-128.

[2] نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 108.

[3] نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه، ص109.

- أن لا يكون الكفلاء المتعددين متضامنين فيما بينهم لأنهم إذا كانوا متضامنين فإن المنطق التضامن يقضي بأن للدائن حق في أن يطالب أي منهم بكل الدين وإذا كان أحد الكفلاء متضامنا مع المدين فإنه يكون بذلك قد وضع نفسه في نفس مركز المدين الأصلي فلا يحق له التمسك بالتقسيم بينه وبين الكفلاء الآخرين ويسأل عن الدين كله[1].

ب- أثار الدفع بالتقسيم:

إذا توافرت الشروط السابقة ذكرها فإنه لا يحق للمدين أن يطالب أي من الكفلاء إلا بقدر حصته من الدين ويقع التقسيم فيما بين الكفلاء المتعددين وغير المتضامنين بقوة القانون ولم يطلبه الكفلاء ويجوز للكفيل أن يتمسك بهذا الدين في أي حالة تكون عليها الدعوى ويجب على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها دون الحاجه أن يتمسك به الكفيل ويترتب على ذلك أنه إذا اعسر أحد الكفلاء فإن الدائن هو الذي يتحمل حصة المعسر منهم[2].

المطلب الثاني : العلاقة بين الكفيل والمدين

إذا توفي الكفيل للدائن له الحق في الرجوع على المدين بعد اذ بما دفع إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول وقبل التطرق إلى رجوع الكفيل على المدين أن علينا أن نتطرق إلى رجوع الكفيل على المكفول في الشريعة الإسلامية.

الكفالة في الشريعة الإسلامية أما أن تكون بأمر المكفول أو بدون أمره فإن كفل بأمره رجع عليه بما أدى لأنه قضى دينه بأمره وإذا كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه لأنه متبرع بأدائه[3].

أما في القوانين الحديثة فإن الكفيل لا يحق له الرجوع على المدين إلا إذا كان قد وفى فعلا الدين للدائن حيث أنه أن كان يجيز للكفيل أن يرجع على المدين قبل أن يوفي الدين للدائن إذا حل أجل الدين المكفول وذلك حتى يأمن الكفيل من تراخي الدائن في الرجوع على المدين أو عدم تدخله في تفليسته وما يمكن قوله أنه لرجوع الكفيل على المدين يجب أن يكون قد وفى الدين للدائن ورجوع الكفيل في هذه الحالة يقوم على أبسط مبادئ العدالة لأن المدين أثر على حساب الكفيل إذ أن دينه قبل دائنه قد إنقضى بمال غيره،لذلك يجوز للكفيل أن يرجع على المدين طبقا للقواعد العامة بدعوى الإثراء بلا سبب غير أن المشرع لم يكتفي بالحق في الرجوع على المدين طبقا للقواعد العامة في الإثراء بلا سبب بل نظم

[1] نبيل ابراهيم سعد، المرجع نفسه، ص110.

[2] نبيل ابراهيم سعد، المرجع نفسه، ص110.

[3] نبيل ابراهيم سعد، المرجع نفسه، ص110.

رجوع الكفيل بشيء من التفصيل وأقر نوعين من الدعوى وهي دعوى شخصية وهي دعوى الكفالة ودعوى عينية وهي دعوى الحلول[1].

الفرع الأول : الدعوى الشخصية

تنص الماده 670 من القانون المدني الجزائري على أنه يجب على الكفيل أن يخبر المدين قبل أن يقوم بالوفاء أي بوفاء الدين وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الإستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين أو إنقضائه، وجاء في نص المادة 672 من نفس القانون 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 إتخذت ضده.[2]

أولا : رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية

نصه المادة 800 من الفقرة الأولى للقانون المدني المصري على أنه للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة لقد عقدت بعلمي أو بغير علمه"، فالكفيل يرجع على المدين بالدعوى الشخصية إذا كانت الكفالة قد عقدت بعلم المدين وبرضاه الصريح أو الضمني أو بغير علمه ويستوي في ذلك الكفيل العادي والكفيل المتضامن والكفيل الذي تقدم باعتباره مدينا متضامنا أصليا بالإضافة إلى الكفيل الغير مأجور والكفيل المأجور والكفيل الشخصي والكفيل العيني[3].

أما في حالة ما إذا عقدت الكفالة بعلم المدين ولكن بالرغم من معارضته فإن هذا لا يدخل في نص الفقرة الأولى من المادة 800 من القانون المدني المصري،فالكفيل في هذا الشأن إذا وفى الدين عن المدين قد يكون قد إفتقر بمقدار ما دفع ويكون المدين قد إغتنى أيضا بهذا المقدار لأن الدين كان في ذمته فبرئت ذمته منه فيرجع الكفيل على المدين بقاعدة الإثراء بلا سبب أن يرجع بمقدار ما دفع عن المدين إذا كان ذمة المدين قد برأت من هذا المقدار.[4]

من خلال النصوص القانونية التي تم ذكرها نقوم بدراسة الدعوى الشخصية على النحو التالي:

---

[1] زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص163.

[2] زاهية سي يوسف، المرجع نفسه، ص 164.

[3] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 214.

[4] عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص214.

1- الكفلاء الذين يحق لهم الرجوع بالدعوى الشخصية يه:

الكفيل الذي يتقدم ليكفل المدين سواء كانت الكفالة بعلمه وبغير علمه يحق له الرجوع بالدعوى الشخصية سواء كان كفيلا متضامنا أو كفيلا عاديا أو كفيلا مأجورا أو غير مأجور أو كفيلا شخصيا أو عينيا لكن هناك استثناء:

- لا يدخل في نطاق هذا النص الكفيل الذي يكفل المدين رغم معارضته.

- ولا يدخل أيضا في نطاق هذا النص الكفالة التي تعقد لمصلحة الدائن دون مصلحة المدين وتكون الكفالة في صالح الدائن دون المدين إذا عقدت بعد وجود الإلتزام في ذمة المدين وذلك لتأمين الدائن من خطر إعسار المدين ودون فائدة لهذا الأخير وفي هذه الحالة لا يحق للكفيل الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية.[1]

ثانيا : شروط الدعوى الشخصية

حتى يستطيع أن يرجع الكفيل على المدين لابد من توافر شروط معينة هي:

1- أن يكون الكفيل قد وفى الدين: سواء تم هذا الوفاء نقدا للدائن أو بما يقوم مقام الوفاء كالمقاصة أو الوفاء بمقابل أو بالتجديد أو بالإنابة كما إذا قبل الدائن جعل الكفيل مدينا أصليا بدلا من المدين الذي يبرئه وقد ينقضي الدين بإتحاد الذمة كأن يرث الكفيل الدائن فيصبح هو الدائن فينقضي الدين فيرجع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية أما إذا أبرئ الدائن الكفيل من الكفالة أو تقادم دين الكفيل فإن الكفيل لا يكون قد وف الدين أو قام بعمل يقوم مقام الوفاء وعلى ذلك لا يستطيع الرجوع على المدين فإذا وفى الكفيل بجزء من الدين كان له أن يرجع على المدين ولو لم يستوفي الدائن بقيمة حقه وإذا رجع الكفيل بما يستحقه على المدين ورجع الدائن في الوقت نفسه على المدين ببقية حقه فيكونان في مركز واحد فيقتسمان أموال المدين قسمة غرباء[2].

2-حلول أجل الدين المكفول: إذا تعجل الكفيل ووفى بالدين قبل حلول أجله لم يكن له الرجوع على المدين فور الوفاء بل عليه إنتظار حلول الأجل لأنه لا يستطيع إجبار المدين على الوفاء بذلك بل أن رجوعه على المدين[3]، قد يتجدد إذا وجد بين الوفاء المبكر بالدين وبين حلول الأجل سببا لإنقضاء الدين

[1] زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص165.

[2] رمضان أبو سعود، المرجع السابق، ص166.

[3] همام محمود زهران، المرجع السابق، ص161.

بالنسبة للمدين شأن المقاصة أو إتحاد الذمة أو كانت لدى المدين دفوعا تقضي ببطلان الدين ويقصد بالأجل في هذا المقام الأجل الأصيل للإلتزام المكفول بحيث إذا إمتد أجل الدين إتفاقيا لم يكن الكفيل ملزما بإحترامه رغم فائدته له بحيث له أن يلزم الدائن بقبول الوفاء عند حلول الأجل الأصلي وكان له الرجوع إلى المدين الأصلي فور وفائه بالدين دون أن يكون لهذا الأخير الإعتراض عليه بإمتداد أجل الإلتزام إتفاقيا معا للدائن[1].

3-أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين ودون معارضته : أجمع الفقه على أن دعوى الكفالة تقتصر على الحالات التي تنعقد فيها الكفالة دون معارضة المدين سواء كانت بعلم المدين أو بغير علمه وذلك على أساس أن الكفالة حققت في الغالب مصلحة المدين أو مصلحة الدائن والمدين معا لأنها تحقق اطمئنان الدائن إلى المدين وثقته فيه ويستوي في ذلك الكفيل العادي أو المتضامن أو الكفيل المأجور أو المتبرع أو الكفيل الشخصي أو العيني فيحق لكل منهم الرجوع بدعوى الكفالة طالما تمت الكفالة بغير معارضته المدين وكانت تحقق مصلحة المدين أو مصلحة الدائن والمدين معا وذلك لأن الدعوى الشخصية دعوى خاصة تمنح للكفيل على أساس أنه يكون قد قدم خدمة للمدين[2].

4-أن لا يكون الوفاء قد حصل بخطأ من الكفيل : يحق للكفيل الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية بما وفاه من دين للدائن بشرط أن يترتب على هذا الوفاء براءة ذمة المدين ولهذا السبب أوجب القانون على الكفيل أن يخطر المدين قبل الوفاء بالدين بعزمه على الوفاء فقد يكون لدى المدين أسباب تمنع الوفاء عليه فإن على المدين إبداء إعتراضها على وفاء الكفيل خلال مدة معقولة وأن يتضمن هذا الإعتراض أسباب جدية تمنع الوفاء بالدين فإن قام الكفيل دون إخطار المدين فإنه يتحمل مسؤولية ذلك الوفاء بحيث لو أثبت المدين بأن هذا الوفاء لم يفده لم يكن للكفيل أن يرجع على المدين بشيء مما وفاه ويتحمل مسؤولية وفائه الخاطئ ما إذا قام الكفيل بإخطار المدين ورد عليه طالبا منه عدم الوفاء مبررا أسباب ذلك كان على الكفيل الإمتناع على الوفاء وأن إتخذ الدائن إجراءات المطالبة القضائية في مواجهته كان عليه أن يدخل المدين في الدعوى .[3]

[1] همام محمود زهران، المرجع نفسه، ص161.

[2] بعجي أحمد، محاضرات في العقود الخاصة، عقد الكفالة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2021-2022، ص53-55.

[3] دريسي كمال فتحي، محاضرات في مادة العقود الخاصة، عقد البيع، عقد الكفالة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الجزائر،2022-2023، ص141.

ثالثا : موضوع رجوع الكفيل على أساس الدعوى الشخصية

طبقا لنص الماده 672 من القانون المدني الجزائري فإن للكفيل الحق في الرجوع على المدين بأصل الدين والمصروفات غير أنه في المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بتلك المصروفات التي قدمها من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي إتخذت ضده."

وفيما يتعلق بمدى إمكانية مطالبة الكفيل بالتعويض فإن المشرع لم ينص على ذلك في المادة 672 من القانون المدني،،على عكس المشرع الفرنسي الذي نص على ذلك في المادة 2028 من القانون المدني الفرنسي صراحة على حق الكفيل في الرجوع بالتعويض على المدين ولم يشترط سوء نية هذا الأخير.

1- أصل الدين: وهو كل ما قام الكفيل إلى الدائن لإبراء ذمة المدين ويشمل ذلك مقدار الدين الأصلي وكذا فوائد هذا الدين ولو كان ينتج فوائد إتفاقية و قانونية ما دامت تدخل ضمن الدين المكفول وفي هذا الصدد صدر قرار عن المحكمه العليا أكد فيه على إمكانية الكفيل أن يطالب بكل الفوارق بين مبلغ الكفالة والمبلغ الذي إلتزم بدفعه[1].

2- المصروفات: هي كل المبالغ التي أنفقها الكفيل في تنفيذ عقد الكفالة وتلك التي أنفقها الدائن في رجوعه على الكفيل إضطر الكفيل إلى دفعها له بالإضافة إلى ذلك ما يكون قد أنفقه في الإرشاد إلى أموال المدين لتجريدها أو مصروفات العرض الحقيقي ومصروفات الدعوى التي رفعها الدائن على الكفيل لكن لا يرجع الكفيل بهذه المصروفات على المدين إلا بالذي دفعه من وقت إخباره المدين الأصلي بالإجراءات التي إتخذت ضد المدين متى أخطر به قد يسارع إلى الوفاء بإلتزامه.

3-الفوائد: هي الفوائد القانونية عن كل المبالغ التي دفعها الكفيل محسوبة من يوم الدفع ويعتبر هذا إستثناء من القواعد العامة في الرجوع حيث لا تستحق الفوائد إلا من وقت المطالبة القضائية[2].

4- التعويض: أي التعويض عن الأضرار التي أصابت الكفيل من إضطراره للوفاء بالدين فالقانون المدني في باب الكفالة لم ينص على التعويض ولكن يمكن الرجوع إلى القواعد العامة التي تقضي برجوع الكفيل على المدين بتعويضه عن الضرر الذي يكون قد وقع على ذلك يجوز للكفيل أن يرجع على المدين سواء

[1] سليمان سارة، عقد الكفالة في القانون الجزائري، مذكرة تخرج، الدفعة12، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر،2004، ص171.
[2] زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص171.

بدعوى الوكالة أو بدعوى الفضالة بالتعويض عن الضرر الذي يكون قد أصابه دون خطا منه وسواء كان المدين سيء النية أو حسنها[1].

الفرع الثاني: دعوى الحلول

للكفيل الذي قام بالوفاء بالدين بجانب الدعوى الشخصية دعوه الحلول والتي تمكنه من أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق قبل المدين وهذه الدعوى ليست إلا تطبيقا للقواعد العامة في الوفاء مع الحلول والمنصوص عليها في المادة 326 الفقرة الأولى من التقنين المدني المصري وهذه المادة تقرر أنه إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفي محل الدائن الذي إستوفى حقه في الأحوال الشخصية الأتية :

أ- إذا كان الموفي ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه والكفيل ملزم بالوفاء بالدين عن المدين وبالتالي فهو يدخل في نطاق هذا النص أنه إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق قبل المدين ولكن إذا لم يفي إلا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين، نتطرق لدراسة دعوى الحلول من خلال معرفة الكفلاء الذين يحقوا لهم مباشرة هذه الدعوى ثم شروطها ومن بعد نتعرف على موضوعها ونختم دراسة هذا المطلب بمقارنة بين دعوى الحلول والدعوى الشخصية.[2]

ثانيا : شروط دعوى الحلول

يشترط لاستفادت الكفيل بهذه الدعوى مايلي:

1-أن يقوم الكفيل بوفاء الدين عن المدين:

أيا كانت طريقة الوفاء نقدا، أو مقاصة، أو وفاء بمقابل أم تجديد ويلزم أيضا أن يكون الكفيل قد وفى الدين كله سواء كان قد ضمنه كله أو ضمن جزء منه فقط فإذا كان الكفيل قد وفى بجزء من الدين فلا يرجع بدعوى الحلول إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين هذا الحكم يتفق كذلك مع القواعد العامة التي تقضي بأنه "إذا وفى الغير الدائن جزءا من حقه وحل محله فيه فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ويكون في إستيفاء ما بقي له من حق مقدما على من وفاه ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك"

[1] زاهية سي يوسف، المرجع نفسه، ص171-172.

[2] زاهية سي يوسف، المرجع نفسه، ص172

حسب المادة 330 الفقرة الأولى من القانون المدني[1]، يشترط أن يفي الكفيل الدين بتمامه ولكن إذا وفى الكفيل جزءا من الدين ووفى المدين الجزء الباقي، غير أن المشرع إشترط لمنح الكفيل هذه الدعوى أن يكون للدائن قد حصل على كامل حقه، أن يتم هذا الوفاء من الكفيل أو منه ومن المدين أو من الكفيل والغير والدليل على ذلك العبارة الاخيرة التي قالت "بأنه لا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين"، فإذا حصل الدائن على جزء من حقه من الكفيل والآخر من المدين كان للكفيل الحق في الرجوع على المدين بدعوى الحلول اما إذا إستوفى الدائن جزءا من حقه من الكفيل والجزء الباقي من شخص آخر غير المدين كان لهذا الشخص الآخر طبقا للقواعد العامة أن يحل محل الدائن في الرجوع على المدين بدعوى الحلول كذلك[2].

2-أن يتم الوفاء عند حلول الأجل:

فإذا قام الكفيل بوفاء الدين قبل حلول أجله وبغير رضاء الدائن لم يكن له أن يرجع بدعوى الحلول إلا عند حلول الأجل وقد يحدث أن يجد سبب لإنقضاء الدين بين وفاء الكفيل بالدين وبين حلول الأجل فلا يرجع الكفيل بدعوى الحلول عندئذ كما إذا كان الدين قد إنقضى في المدة بين الوفاء وحلول الأجل بسبب بسبب المقاصة أو إتحاد الذمة أو كانت لدى المدين دفوع تبرئ ذمته من المدين.[3]

ثالثا : موضوع دعوى الحلول

بالرجوع إلى نص المادة 264 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه :"من حل محل الداء القانونا او اتفاق كما يقول بمال هذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تامينات وما يرد عليه من دفوع ويكون هذا الحلول في القدر الذي اداه من ماله من حل محل الدائن."

لا يمكن للكفيل أن يرجع على المدين إلا عند حلول الأجل فلو وفى الكفيل الدين قبل حلول الأجل الأصلي فإنه لا يستطيع أن يرجع على مدينه إلا عند حلول هذا الأجل[4].

---

[1] رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص174

[2] رمضان أبو السعود، المرجع نفسه، ص 174-175.

[3] رمضان أبو السعود، المرجع نفسه، ص175.

[4] سفيان كريمة، سعدى فتحية، آثار الكفالة بين الكفيل والمدين، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر،2018، ص40.

وإذا منح الدائن للمدين أجلا جديدا الكفيل لا يستطيع الرجوع قبل حلول الأجل الجديد وقد رأينا سابقا أن الكفيل في رجوعه بالدعوى الشخصية فالعبرة تكون بالأجل الأصلي للإلتزام المكفول، وإذا كان الدين تجاريا فرجوع الكفيل يكون على أساس هذه الصفة وقد يترتب عليه أثار خاصة بالإثبات والإختصاص القضائي في حين أن الرجوع بالدعوى الشخصية يكون بالتزام مدني وحيث يكون دين الدائن ثابت بسند تنفيذي استعمله الكفيل ولم تكن له حاجة للحصول على سند تنفيذي آخر على حكم خاص به والدائن إذا لم يطالب المدين بعد حلول الأجل فإن المدة التي انقضت قبل وفاء الكفيل تحسب للمدين إذا ما تمسك بالتقادم بعد ذلك في مواجهة الكفيل.

ومن ناحية توابع الحق فإنه إذا كان الدين منتجا لفوائد معينه بسعر معين فإن الحق ينتقل إلى الكفيل منتجا للفوائد بهذا السعر فإن لم يكن أصل الدين منتجا لفوائد فالكفيل لا يحق له أن يطالب بها إلا من وقت المطالبة القضائية طبقا للقواعد العامة.[1]

رابعا : مقارنة بين الدعوى الشخصية ودعوى الحلول

يتضح مما سبق أن أمام الكفيل ، إذا ما قام بالوفاء بالدين المكفول للدائن فاصلة طريقين للرجوع على المدين بالدعوة الشخصية و دعوى الحلول . و قد تبين لنا من خلال العرض السابق لكل من الدعويين الفارق بينهما .

1-فيما يتعلق بالكفلاء الذين لهم الحق في الرجوع بكل من الدعويين:

بالنسبه لدعوى الحلول يستطيع كل الكفلاء الرجوع على المدين بهذه الدعوى ويستوي أن تكون الكفالة قد تمت بعلم المدين أو بغير علمه؛ أو بالرغم من معارضته أو تمت لمصلحة الدائن[2].

أما بالنسبة للدعوى الشخصية فإن الكفلاء الذين لهم الحق في الرجوع بهذه الدعوى هم الذين كفروا من مدين بعلمه أو بغير علمه ورغم معارضته وأن تكون الكفالة قد تمت لمصلحة المدين أو لمصلحة الدائن والمدين معا[3].

[1] سفيان كريمة، سعدى فتحية، المرجع السابق، ص 40.

[2] زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 109.

[3] زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص109.

2-فيما يتعلق بشروط كل من الدعويين:

تتفق الدعوى الشخصية ودعوى الحلول في بعض الشروط إذ يشترط للرجوع باحداهما الوفاء بالدين وأن يكون الوفاء عند حلول الأجل أما اوجه الاختلاف بينهما فبالنسبة للدعوى الشخصية لا يشترط أن يكون الدائن قد استوفى دينه كاملا بل يستطيع الكفيل الرجوع بهذه الدعوى ولو وفى بجزء من الدين وفي هذه الحالة يزاحم الدائن عند رجوعه على المدين بباقي الدين كما يشترط في الدعوى الشخصية إخطار الكفيل للمدين قبل الوفاه أما بالنسبة لدعوى الحلول فيشترط أن يكون الدائن قد استوحى كاملا كما لا يشترط إخطار الكفيل للمدين[1].

المطلب الثالث: حاله تعدد الأطراف.

إذا تعدد المدينون الأصليون في دين واحد وكانوا متضامنين فالكفيل الذي ضمنهم جميعا أن يرجع على أي واحد منهم بجميع ما وفاه من الدين هذا ما نصت عليه الماده 673 من القانون المدني الجزائري، أما إذا كان المدينون غير متضامنين فلا يكون للكفيل الذي كفل من يرجع على أي منهم إلا بقدر نصيبه في الدين ونفس الشيء بالنسبة للكفيل إذا كفل المدين الأصلي كفيلان أو أكثر كان إلتزام كل واحد تابع لإلتزام المدين الأصلي وهذه هي حاله تعدد الكفلاء وهذا ما سنتطرق إليه في الفرعين الأتيين الفرع الأول المدينين والفرع الثاني الكفلاء[2].

الفرع الأول: المدينين

إذا تعدد المدينون بالدين المكفول فإما يكون متضامنين فيما بينهم وإما يكون غير متضامنين وسنعالج فيما يلي كل حالة:

أولا : حاله تعدد المدينين و تضامنهم

إذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين فالكفيل الذي ضمنهم جميعا أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين، على ذلك فإذا كان هناك مدينين متضامنين في دين واحد وضمنه الكفيل معا فقام الكفيل بالوفاء بالدين المكفول للدائن فإنه يرجع على أي من المدينين المتضامنين إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول وإذا رجع الكفيل بالدعوى الشخصية إذا توافرت شروطها فإنه يرجع بما وفاه الدائن أي بكل الدين على أي من المدينين المتضامنين فذلك طبقا لقواعد التضامن فيما بين

[1] زاهية سي يوسف، المرجع نفسه، ص109.

[2] بومدين هاجر، بونزورة مروى نجاة، المرجع السابق، ص54.

المدينين ويضاف إلى ذلك ما يرجع به الكفيل من فوائد قانونية و مصروفات وتعويض وإذا رجع بدعوى الحلول فإنه يرجع بنفس حق الدائن الذي وفاه حقه وبما لهذا الحق من أوصاف فإذا كان الدائن يستطيع أن يرجع على أي من المدينين المتضامنين بكل الدين فإنه يحق ذلك أيضا للكفيل لأن يحل محل الدائن في حقه قبل المدينين المتضامنين.[1]

أما إذا كان المدينون متضامنين ولكن الكفيل تقدم ليضمن بعضهم وقام الكفيل بالوفاء بالدين المكفول للدائن فإنه لا يستطيع أن يرجع إلا على المدينين الذين كفلهم ويمكن أن يرجع على أي مدين منهم بكل الدين الذي وفاه سواء بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول طبقا للقواعد العامة يستطيع الكفيل بعد قيامه بالوفاء بالدين أن يرجع على أي من المدينين المتضامنين الذين لم يكفلهم بدعوى دينه الذي ضمنه أي بالدعوى غير المباشرة وهو يرجع في هذه الحالة بحصة المدين الذي يرجع عليه ونصيب هذا الاخير في حصة من يعسر من المدينين المتضامنين ذلك طبقا لقواعد التضامن وله أيضا أن يرجع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب ويستطيع المتضامن الذي يرجع عليه أن يحتج في مواجهته بالدفوع التي كان يمكن أن يحتج بها على المدين المتضامن الذي ضمنه الكفيل كما لو برأت ذمة المدين المتضامن الذي يرجع عليه الكفيل ولكن لا يستطيع الكفيل أن يرجع إلى المدينه المتضامنالذي لم يكفله بدعوى الكفالة أي الدعوى الشخصية لأن هذه الدعوى خاصة بالعلاقة فيما بين الكفيل والمدين الذي كفله[2].

ثانيا : تعدد المدينين مع عدم تضامنهم

إذا كان المدينون غير متضامنين وتدخل الكفيل ليضمنهم جميعا ثم وفى بالدين فإنه عند رجوع عليهم فإنه يرجع على كل مدين بقدر نصيبه في الدين وسواء كان هذا الرجوع بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول.

أما إذا كان المدينون غير متضامنين وقد كفل الكفيل بعضهم فقط فإنه لا يرجع إلا على من كفله منهم وفي حدود نصيبه في الدين ولا يجوز له الرجوع على غير هذا المدين ما لم يكن قد دفع ما يزيد عن نصيب المدينين الذين كفلهم وترتب على ذلك براءة ذمة مدينين أخرين لم يكفلهم.[3]

[1] نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص402.

[2] نبيل ابراهيم سعد، المرجع نفسه، ص131-132.

[3] نبيل ابراهيم سعد، المرجع نفسه، ص132.

الفرع الثاني : الكفلاء

نصت المادة 669 من القانون المدني الجزائري على أنه :"تجوز كفالة الكفيل وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل الأصلي إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل"،وإذا وفى كفيل الكفيل كان له أن يرجع على الكفيل أو على الكفيل الأصلي أو عليهما معا ويكون رجوعه بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول كما هو الحال في رجوع الكفيل على المدين[1].

أولا : تعدد الكفلاء مع تضامنهم

إذا تعدد كفلاء الدين الواحد وكانوا متضامنين فيما بينهم فإن كل منهم يكون مسؤولا عن كل الدين ولا يستطيع أحد الكفلاء أن يتمسك بتقسيم الدين بينه وبين غيره من الكفلاء فإذا وفى أحدهم الدين بعد مطالبته فله الرجوع إلى غيره من الكفلاء فإذا رجع الكفيل بدعوى الإثراء بلا سبب فإنه يرجع بأقل القيمتين قيمه إفتقاره أو قيمة ما أثري به الكفيل الذي رجع عليه أما الكفيل الذي وفى فقد أفتخر بمقدار ما وفاه متجاوزا حصته في المسؤولية عن الدين ولا يمكن القول أنه لم يفتقر لأنه كان ملزما بالوفاء الدين كلهم فقد حصل مقابل الوفاء على براءة ذمته[2].

وإذا رجع الكفيل بدعوى الحلول فلا يرجع على كل كفيل إلا بقدر حصته في الدين ونصيبه في حصة من أعسر ولا يمكن القول أن الدائن كان يستطيع الرجوع على أي من الكفلاء بكل الدين وعليه فيستطيع الكفيل الذي حل محله ذلك إذ أن القول بهذا يؤدي إلى الدخول في حلقة أخرى لأنه كان كفيل يوفي بالدين كله يرجع على غيره من كفل كل الدين هكذا وتجنبا لهذه النتيجة غير المعقولة فأكد المشرع الجزائري بموجب أحكام المادة 234 من القانون المدني الجزائري أن الوفاء إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين فلا يرجع على أي من الباقين إلا بقدر حصته في الدين ولو كان بدعوى الحلول على الدائن ثم طبقت الإرادة التشريعية هذه القاعدة بنص خاص بالكفالة إذا تنص المادة 668 من القانون المدني الجزائري على أنه إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم وفى أحدهم الدين عند حلوله يجوز له أن يرجع على كل من الباقيين بحصته في الدين وبنصيبه في حصه المؤثر منهم.

[1] بومدين هاجر، بونزوة سعدى، المرجع السابق، ص55.

[2] بومدين هاجر، بونزوة سعدى، المرجع نفسه، ص55.

حيث أن رجوع الكفيل الذي وفى عن غيره من الكفلاء لا يكون إلا بحصة الكفيل الذي يرجع عليه وبنصيبه في حصه من أعسر من الكفلاء سواء كان الرجوع بدعوى الحلول[1].

ثانيا : تعدد الكفلاء وعدم تضامنهم

إذا تعدد الكفلاء لضمان دين واحد وكانوا غير متضامنين قسم الدين بينهم بقوة القانون فلا يلتزم كل كفيل إلا بقدر نصيبه من الكفالة وإن إعسار أحدهم لا يتحمل غيره من الكفلاء وإنما الدائن هو الذي يتحمل حصة الكفيل المعسر منه فإذا وفى أحد الكفلاء بنصيبه فإنه لا يجوز له الرجوع على غيره من الكفلاء بشيء لكن إذا وفى الدين كله رغم عدم إلتزامه بذلك فإنه لا يكون له الحق في الرجوع على غيره من الكفلاء إلا بدعوى الإثراء بلا سبب وبالتالي لا يكون له الحق في الدعوى الشخصية لأنها مقررة للعلاقة بين الكفيل والمدين كما ليس له أن يرجع بدعوى الحلول لأنه ليس ملتزما بالوفاء عنهم ولا معهم حتى يستطيع ان يحل محل الدائن في الرجوع عليهم.[2]

المبحث الثاني : طرق إنقضاء عقد الكفالة

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

المطلب الأول : إنقضاء الإلتزام الأصلي بالوفاء

إذا قام المدين الأصلي بالوفاء بالدين أن قضى إلتزامه المدين الأصلي وإنقضى بالتبعية إلتزام الكفيل وإذا حدث أن وفى المدين بجزء من الدين فان براءة ذمة الكفيل لا تكون إلا في هذه الحدود أو بمقدار ما وفاه المدين ويكون للدائن أن يرجع بالباقي على المدين وعلى الكفيل.

أما إذا وفى بالدين شخص غير المدين وحل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه فإن ذمة المدين لم تبرئ فذمة الكفيل لا تبرء أيضا ويسري نفس الحكم إذا أحال الدائن حقه إلى دائن آخر فإن الدين

[1] بومدين هاجر، بونزوة مروى نجاة، المرجع السابق، ص56.

[2] زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص115.

يظل قائما بكل ضماناته بما في ذلك الكفيل الذي يبقى مسؤولا في مواجهه المحال له كما كان مسؤولا في مواجهة الدائن الأصلي المحيل[1].

أما إذا حول المدين إلتزامه إلى شخص آخر فإن الدين يظل قائما إلا أنه مع تغير شخص المدين فإن إلتزام الكفيل ينقضي إلا إذا وافق على ضمان المدين الجديد لأن الكفيل وضع ثقته في مدين معين بالذات فلا تجاوز كفالة هذا المدين ويشترط لبراءة ذمة الكفيل بالوفاء الصادر من المدين أن يكون هذا الوفاء صحيحا أي أن يكون الموفي مالكا للشيء الذي وفى به وأن يكون أهلا للتصرف فيه وإذا كان الوفاء باطلا كما إذا صدر من شخص غير أهل للتصرف في الشيء الموفى به فتسبب له في ضرر من هذا الوفاء كان الوفاء غير صحيح فلا ينقضي الدين ويبقى مضمونا بتأميناته.[2]

الفرع الأول : أطراف الإلتزام بالوفاء

يقع الوفاء من المدين أو من شخص من الغير والوفاء يتم للدين ولشخص آخر يكون له صفه إستيفاء الدين[3].

أولا: الموفي وبالرجوع إلى المادة 250 من القانون المدني الجزائري تنص على :«يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أي شخص له مصلحة في الوفاء»، أن الوفاء يمكن أن يحصل من شخص آخر غير المدين[4].

أ-الموفي هو المدين: الأصل في الوفاء يكون من المدين باعتباره صاحب المصلحة الأولى في إبراء ذمته ويقوم بها إما شخصيا أو عن طريق وكيل له.

ب-الموفي غير المدين: وهذا الغير قد تكون له مصلحة في الوفاء بالدين كما لو كان كفيلا أو مدينه أو حائز لعقار مرهون لضمان هذا الدين وقد لا تكون للغير مصلحة في الوفاء والأصل أنه ليس للدائن رفض الوفاء من غير المدين بل هو بقبوله في الحالتين التاليتين:

1-إذا نص في الإتفاق المنشئ للإلتزام أو إستوجب أن يقوم به المدين نفسه جاز أن يرفض الوفاء من غيره[5].

---

[1] زاهية سي يوسف، المرجع نفسه، ص120.

[2] زاهية سي يوسف، المرجع نفسه، ص121.

[3] أنور سلطان، النظرية العامة للإلتزام، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، مصر،1997، ص317.

[4] محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام ، دون طبعة ،دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص477.

[5] عصماني جوهر، ط.عصماني جوهر، حمري نصيرة، إنقضاء الكفالة المدنية بصفة اصلية في القانون المدني الجزائري ،مذطرة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة ميلود معمري، تيزي وزو ،الجزائر،2021-2022، ص5.

2-إذا كان الغير الذي يريد الوفاء بالدين لا مصلحة له في ذلك وإعترف المدين على قبول الوفاء منه وأبلغ الدائن وعلى هذا الإعتراض وفي هذه الحالة يكون الدين حرا بين قبول الوفاء من غيره أو رفضه.

ثانيا : الموفى له الأصل في الوفاء يكون هناك حالات على سبيل الإستثناء يجوز فيها الوفاء لشخص آخر غير الدائن.

أ-الشخص الموفى له هو الدائن نفسه:

1-**وفاء للشخص الدائن نفسه:** حتى يبرأ الدائن نفسه يجب أن يكون الوفاء صحيحا وأن يكون أهلا لإستيفاء الدين أما إذا كان الدائن محجورا عليه أو قاصر فيجوز الوفاء لنائبين ويمكن أن يكون الوفاء صحيحا لغير الأهل إذا صاحبته من منفعة[1].

2-**الوفاء لمن يكون دائما وقت إستيفاء الدين**: الأصل في الوفاء يكون للدائن الذي له حق استيفاء الدين وإبراء ذمة المدين منه ولا يشترط أن يكون الدائن هو ذلك الدائن وقت نشوء الدين المهم أن يكون كذلك وقت إستيفاء الدين كما هو في حالة وفاة الدائن الأصلي فيكون الوفاء لورثته أي الخلف العام أو في حالة تحويل الدائن الأصلي حقه إلى محال له فالوفاء إذ قد يكون للدائن أو خلفه العام كالورثة أو خلفه الخاص كالمحال له.[2]

ب-شخص غير الدائن:

نصت المادة 268 من القانون المدني الجزائري على أن :"الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه لا يبرئ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء أو عادت عليه منفعة منه وبقدر هذه المنفعة أو تم الوفاء بحسن نية الشخص الذي كان الدين في حيازته" . إلا في بعض الحالات الإستثنائية:

1-**إقرار الدائن الوفاء :** لا يكون الوفاء صحيحا للدين من المدين لغير الدائن أو نائبه كأن يوفيه لوكيل انتهت وكالته أو تم عزله إلا إذا أقر الدائن بهذا الوفاء.

[1] عصماني جوهر، حمري نصيرة، المرجع نفسه، ص06.

[2] عصماني جوهر، حمري نصيرة، المرجع نفسه، ص06.

2-**الوفاء للدائن الظاهر حسن النية :** إذا قام المدين بالوفاء بحسن النية باعتقاده أنه الدائن الأصلي حيث اتضح له أنه أوفى لشخص غير الدائن الذي ظهر كصاحب حق دون أن يكون له سند الدين فلدائن الحقيقي الرجوع على الدائن الظاهر و يكون أساس هذا الرجوع هوالمسؤولية التقصيرية.[1]

الفرع الثاني: محل الوفاء

هو ما يتم الوفاء به من جانب الكفيل فيجب أن يكون محل الوفاء في الشيء المستحق فالدائن وليس مجبرا بقبول شيء مغاير حسب المادة 276 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه :"الشيء المستحق أصلا هو الذي يكون به الوفاء فلا يجبر على قبول شيء غيره ولو كان هذا الشيء مساويا له في القيمة أو كان له قيمة أعلى"، فتبرئ ذمة الكفيل في محل الإلتزام سواء بالقيام بعمل أو الإمتناع عن عمل أو إعطاء شيء إذا قام بذلك العمل طبقا لما إتفق عليه فيما بينهم كما يجب أن يكون الشيء المستحق كاملا فالدائن ليس مجبرا على قبول وفاء جزئي ولو كان الدين قابل للانقسام فهذا دين او 77 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري والتي تقضي بأنه :"لا يجبر المدين الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك[2]."

الفرع الثالث: كيفية الوفاء

لكي يكون الوفاء صحيحا يجب إحتساب الخصم حينما يكون الدائن واحد وحينما تتعدد الديون بالإضافة إلى زمان ومكان الوفاء.

أ-حالة الدين الواحد: إذا ترتب على الدين نفقات فإن هذه الاخيرة تكون تابعة لأصل الدين وعلى الكفيل الوفاء بالدين والنفقات في نفس الوقت لأن هذا الدين واحد لا يتجزأ عند الوفاء وإذا قبل الدائن بالوفاء الجزئي فإن المبلغ المدفوع يخصم أولا من المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين ما لم يتفق على عكس ذلك حسب المادة 278 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه :"إذا كان المدين ملزما بالوفاء بالمصاريف زيادة على الدائن الأصلي و كان ما أداه لا يفي بالدين مع هذه الملحقات حسب ما أدى من حساب المصاريف ثم من أصل الدين ما لم يتفق على غير ذلك"[3].

[1] محمد صبري السعدي، النظرية العامة للإلتزامات، القانون المدني الجزائري، القسم 2، أحكام الإلتزام، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2004، ص313-315.

[2] عصماني جوهر، المرجع السابق، ص08.

[3] عصماني جوهر، المرجع نفسه، ص08.

ب-حاله تعدد الديون: وهو ما جاء تفصيله في نص المادة 280 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه :"إذا لم يعين الدين على الوجه المبين في المادة 972 كان الخصم من حساب الدين الذي حل أجله أو من الدين الأشد كلفة وذلك إذا حل أجل ديون متعددة"

ج-زمان الوفاء: الأصل يؤدي الإلتزام فورا بمجرد أن يحل أجلهما لم يكون مضافا إلى أجل يقرر الإتفاق حسب المادة 281 من القانون المدني الجزائري كما قد يتفقون المتعاقدين على أجل أو يحدد من طرف القانون كما في عقد الإيجار غير محدد المدة وأن إستدعت الظروف يمكن للقاضي أن يمنح أجل للمدين حسب المادة 281 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري.

د-مكان الوفاء : إذا كان محل الإلتزام شيئا معينا بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه ما لم يوجد إتفاق يقضي بخلاف ذلك حسب المادة 282 من القانون المدني وقد يكون هذا الإتفاق صريحا وضمنيا ولا يشترط له شكل خاص.

أما إذا كان محل إلتزام شيئا معينا من نوع فإن المشرع جعل مكان الوفاء هو موطن المدين وقت الوفاء أو أن يتواجد مركز أعمال المدين في حالة إذا كان الإلتزام مرتبط بهذه الأعمال ولا يتحمل المدين عيب الإنتقال لموطن المدين.[1]

المطلب الثاني : إنقضاء الكفالة بالتبعية لإنقضاء الإلتزام الأصلي

هذا المطلب ليس إلا تطبيقا للمبادئ العامة حيث أن الإلتزام المكفول ينقضي بسبب من أسباب الإنقضاء العامة الواردة في القانون المدني حيث أنه إذا انقذ الإلتزام الأصلي المكفول الذي يرتكزه الإلتزام الكفيل فيجب أن ينقضي هذا الأخير بالتبعية لأن الفرع يتبع الأصل وإن التابع يتبع المتبوع وهذا نتيجة تابعة الإلتزام هو ضمان الوفاء بالإلتزام الأصلي فإذا انقذ هذا الأخير أصبح إلتزام الكثير بغير محل ومن ثم ينقضي بدوره[2].

الفرع الأول : إنقضاء الإلتزام الأصلي بالوفاء

هو أن يقوم المدين الأصلي بالوفاء بالدين فينقضي إلتزامه وينقضي تبعا لذلك إلتزام الكفيل وإذا حدث أن أوفى المدين بجزء من الدين فإن براءة ذمة الكفيل لا يكون إلا في هذه الحدود أي بمقدار ما وفاه المدين لكن يجب في جميع الأحوال أن يكون وفاء المدين بالدين الأصلي صحيحا بأن يكون الموفي

[1] عصماني جوهر، المرجع نفسه، ص54.

[2] نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص139.

مالك بالشيء الذي وفى به وأن يكون ذا أهلية للتصرف على أنه إذا كان الوز بالشيء المستحق قد تم ممن ليس أهلا للتصرف فيه فإن الإلتزام مع ذلك ينقضي بهذا الوفاء إذا لم يلحق هذا الوفاء ضررا بالموفي[1].

وعلى ذلك فإذا كان الوفاء باطلا كان صدر من شخص غير ذي أهلية للتصرف في الشيء الموفى به أو لاحق الموفي ضرر عن جراء وفائه في حالة ما إذا كان ليس أهلا للتصرف بالشيء المستحق فإنه لا يترتب على ذلك إنقضاء الإلتزام الأصلي وبالتالي قاد الإلتزام مضمونا بتأميناته ومنها بطبيعة الحال الكفالة.

وتبقى للقواعد العامة فإن العرض الحقيقي يقوم بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء بشرط أن يتلوه إيداع الدين أو أي إجراء يماثله وأن يقبل الدعم ذلك أو يصدر حكم نهائي بصحته فإذا توافرت هذه الشروط فإنه يترتب على العرض الحقيقي براءة ذمة المدين وبالتالي تبرء ذمة الكفيل تبعي لذلك ومع ذلك قد أجاز المشرع للمدين أن يرجع في هذا الأرض ما دام الدائن لم يقبله أو ما دام لم يصدر حكم بصحته فإذا حدث ذلك فإنه لا تبرئ ذمة المدين وبالتالي تبقى الكفالة قائمة لضمان على الدين كما كانت من قبل ولكن من المتصور أن يرجع المدين في العرض الحقيقي بعد قبول الدائن له أو بعد صدور حكم بصحته ففي هذه الحاله فإن الأمر يتوقف على قبول الدائن لهذا الرجوع فإذا ما قبل ذلك فإن هذا لا يحق له أن يتمسك بعد ذلك بما يكفي الحق ومن تأمينات وتبرئ بذلك ذمة الضامنين ومن بين هؤلاء بطبيعة الحال الكفيل فتبرئ ذمته[2].

حيث أنه قد يحدث أن يكون هناك وفاء بالدين المكفول، ومع ذلك لا ينقضي هذا الدين ويبقى إلتزام الكفيل قائماً منتجاً لأثاره. وذلك في حالة ما إذا وفى الغير بهذا الدين للدائن وكان لهذا الغير حق الحلول محل الدائن إتفاقاً أو قانوناً. وذلك طبقاً لقواعد دعوى الحلول التي تقضي بأن من حل قانوناً أو إتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص ما يلحقهم من التوابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع.

الفرع الثاني : إنقضاء الإلتزام الأصلي بما يعادل الوفاء

أولاً : الوفاء بمقابل

تنص المادة 783 من القانون المدني المصري على أنه ": إذا قبل الدائن أن يستوفي في مقابل الدين شيئا آخر برئت ذمة الكفيل ولو أستحق هذا الشيء ".

[1] نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص140.

[2] نبيل ابراهيم سعد، المرجع نفسه، ص141.

بمعنى أن المدين قد قضي الدين المكفول عن طريق الوفاء بمقابل فاتفق المدين مع الدائن على الإستعاضة عن الدين الأصلي بنقل ملكية شيء آخر من المدين إلى الدائن ونفذ هذا الإتفاق بنقل الملكية ومن ثم تبرئ ذمة المدين من الدين الأصلي عن طريق هذا الوفاء بمقابل وتبرئ ذمة الكفيل تبعا لذلك فتنقضي الكفالة بطريق تبعي[1].

والوفاء بمقابل هو وفاء الدين الجديد الذي حل محل الدين القديم وذلك عن طريق نقل الملكية فتسري على الوفاء بمقابل أحكام البيع باعتباره ناقلا للملكية وتسرع عليه أيضا أحكام الوفاء باعتباره أنه يقضي الدين ومن أحكام البيع ضمن الإستحقاق فإذا إستحق المقابل في يد الدائن رجع بهذا الضمان على المدين ولكن لا يرجع بالدين الأصلي فإن هذا المدين قد إنقضى بالتجديد كما قدمنا وقد إنقضت تأميناته معه فبرئت ذمة الكفيل نهائيا إذ التجديد قد أصبح باتا لا رجوع فيه [2].

ولكن لا يعتبر الوفاء بمقابل إذا أجبر الدائن على قبول شيء آخر في مقابلة الدين إذ يجب أن يكون الدائن قد إختار هذا الوفاء، فإذا نفذ الدائن على عقار للمدين وباع هذا العقار بالمزاد لم يكن هذا وفاء بمقابل بل يكون وعلى ذلك إذا إستحق هذا العقار عاد إلتزام الكفيل لأن ذمته لم تبرأ نهائيا كما في الوفاء.

والتحليل القانوني للوفاء بمقابل هو أنه عملية مركبة من تجديد ووفاء فالإلتزام الأصلي ينقضي بتجديده عن طريق تغيير محله وينشأ إلتزام جديد محله الشيء الذي استعيذ به عن محل الدين الأصلي ثم ينقضي الدين الجديد بالوفاء الفوري،وهذا التجديد هو الذي تغلب في الفقه المصري المعاصر على حسب تعبير الدكتور عبد الرزاق السنهوري.

وأن الوفاء بمقابل شأنه شأن الوفاء سبب لإنقضاء الإلتزام الأصلي أي يترتب عليه إنقضاء الدين وكذلك التأمينات الضامنة له ومنها الكفالة وتفسير ذلك أن التجديد الذي ينطوي عليه الوفاء بمقابل يؤدي إلى إنقضاء الإلتزام الأصلي مع تأميناته ومنها الكفالة أي تبرئ ذمة الكفيل. [3]

ومن خلال الحكم الوارد في المادتين 655 من القانون المدني الجزائري والمادة 783 من القانون المدني المصري ليس من النظام العام بحيث إذا إشترط الدائن عند قبوله الوفاء بمقابل أن يحتفظ بحقه في الرجوع على الكفيل إذا إستحق هذا المقابل إعتبر الوفاء بمقابل معلقا على شرط فاسخ وإستحقاق

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

[2] عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص217.

[3] زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص122

شيء فإذا تحقق الشرط الفاسخ فيعتبر الوفاء بمقابل كأن لم يكن وظل الدين قائما وكذلك الكفالة التي تضمنه أما إذا تخلف الشرط الفاسخ فيعتبر الوفاء بمقابل قد تم، وينقضي الدين الأصلي وبالتبعية إلتزام الكفيل .[1]

ثانيا : إنقضاء الإلتزام الأصلي بالتجديد

نصت المادة 291 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يترتب على التجديد إنقضاء الإلتزام الأصلي بتوابعه وإنشاء إلتزام جديد". التجديد هو إتفاق بين الطرفين على إنهاء الإلتزام الأصلي أو القديم القائم بينهما مقابل إنشاء إلتزام آخر جديد يحل محله. ويؤدي تجديد الإلتزام الأصلي المكفول إلى إنقضائه، ونشوء إلتزام جديد مكانه. وتنقضي تبعًا الكفالة الضامنة له ما لم يرضى الكفيل بضمان الإلتزام الجديد حسب نص المادة 293 من القانون المدني الجزائري.

يقتضي لإجراء التجديد شروطًا حتى يرتب أثاره. فيجب أن يكون الإلتزام القديم والإلتزام الجديد الذي يحل محله صحيحين. ويكون متى جدد المدين الأصلي دينه بتغيير الدين أو المدين أو تغيير الدين في محله أو مصدره طبقًا لنص المادة 287 من القانون المدني الجزائري.[2]

ثالثا : إنقضاء الإلتزام الأصلي بالإنابة

لا يترتب عليها إنقضاء الكفالة إلا إذا كانت إنابة كاملة تتضمن تجديدًا للإلتزام بتغيير المدين بحيث ينقضي إلتزام المدين بتوابعه ليحل محله إلتزام شخص آخر هو المناب في مواجهة الدائن. وهذا المناب لديه ذلك ما لم يرتضي الكفيل أن يكفل المدين الجديد في الإلتزام الجديد. أما إذا لم يتفق على التجديد بأنها كانت إنابة ناقصة، فإن الإلتزام الجديد يُضاف إلى الإلتزام الأول الذي يظل قائمًا بتوابعه. وبالتالي، إلتزام الكفيل يظل قائمًا تبعًا لاستمرار وجود الإلتزام الأصلي المكفول.[3]

رابعا : المقاصة

إذا أصبح المدين المكفول دائنًا للدائن وتوافرت شروط المقاصة، إنقضى الإلتزام المكفول بقدر الإلتزام الذي ترتب في ذمته الدائن. وإنقضى إلتزام الكفيل بالتبعية بالنسبة لهذا القدر المنقضي من الإلتزام المكفول. ولا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها.

---

[1] زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص122-123

[2] نبيل براهيم سعد،المرجع السابق،ص150

[3] هامام محمد محمود زهران، المرجع السابق،ص179

على ذلك، إذا تمسك بها المدين صاحب المصلحة، فإنها ترتب أثرها منذ الوقت الذي يصبح فيه الإلتزامان صالحين للمقاصة. والكفيل أيضًا يعتبر صاحب مصلحة في إنقضاء الدين

الأصلي بالمقاصة، حيث أنه يترتب على ذلك إنقضاء إلتزامه وبراءة ذمته في مواجهة الدائن. وبالتالي، يستطيع أن يتمسك بإنقضاء الدين الأصلي بالمقاصة حتى ولو كان متضامنًا، وحتى لو لم يتمسك بها المدين أو تنازل عنها[1].

خامسا : إتحاد الذمة

إن إتحاد الذمة ليس في حقيقته سببًا من أسباب إنقضاء الإلتزام بقدر ما هو مانع طبيعي يحول دون المطالبة بالدين. وعلى ذلك، إذا زال السبب الذي أدى إلى إتحاد الذمة، فإن المانع يزول ويعود الدين إلى الوجود. ونعود بالتالي التأمينات التي تضمنها، بما في ذلك الكفالة. وإلتزام الكفيل يعود أيضًا إلى الوجود ويقوم على ضمان هذا الإلتزام كما كان من قبل.

ومن قبيل ذلك، يجب أن يثبت أن المدين لم يكن له الحق في أن يرث الدائن أو أن الوصية كانت باطلة لكي يمكن استعادة الدين واستئناف الكفالة[2].

الفرع الثالث : إنقضاء الإلتزام دون الوفاء

ينقضي الإلتزام بدون وفاء في ثلاث حالات:

أولا : الإبراء

إذا أبرئ الدائن المدين من الدين، إنقضى الإلتزام وينقضي بالتبعية كذلك إلتزام الكفيل. ويشترط ليرتب الإبراء أثاره أن يكون صحيحًا، فيجب أن يكون الدائن قبل إبراء المدين مختارًا. والإبراء تتم بالإرادة المنفردة من جانب الدائن. وعلى ذلك، لا يتم إلا إذا وصل إلى علم المدين

ويرتد برده. ويسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع، ولكن لا يشترط فيه شكلًا خاصًا حتى ولو كان الإلتزام موضوع الإبراء.

[1] نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص416.

[2] نبيل ابراهيم سعد، المرجع نسفه، ص417.

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

ثانيا إستحالة التنفيذ:

ينقضي الإلتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه. وعلى ذلك، إذا إنقضى الإلتزام المكفول لاستحالة التنفيذ لسبب أجنبي، فإن الكفالة تنقضي بالتبعية لذلك، وتبرئ ذمة الكفيل تبعًا لبراءة ذمة المدين الأصلي.

وإذا كانت استحالة التنفيذ ناشئة عن خطأ من جانب المدين، فإنه يترتب على ذلك مسؤولية المدين عن عدم التنفيذ، ويحكم عليه بالتعويض. وبذلك، لا تبرئ ذمة المدين وبالتالي لا تبرئ ذمة الكفيل بل يبقى الكفيل ملزمًا للتعويض.[2]

ثالثا : التقادم

إذا إنقضى الإلتزام الأصلي بالتقادم، فإن إلتزام الكفيل ينقضي بالتبعية لذلك، حتى ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة به. ويكون إنقضاء إلتزام الكفيل بالتبعية للإلتزام الأصلي وليس إنقضاء بصفة أصلية، حيث أن مدة التقادم الخاصة لم تكتمل بعد.

وبالتالي، للكفيل أن يتمسك بتقادم الإلتزام الأصلي حتى ولو لم يتمسك به المدين، وحتى لو تنازل المدين عن التمسك بهذا الحق.[3]

رابعا : إنقضاء الكفالة بفسخ الدين أو إبطاله

قد يزول الدين المكفول بفسخ عقد الكفالة، حيث كانت مهمة الكفيل هي ضمان إلتزام المشتري بدفع الثمن، ثم يتم فسخ البيع بناءً على أحد الأسباب المشروعة. بالإضافة إلى ذلك، إذا كان العقد الذي

[1] نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 148.
[2] نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه، ص 148.
[3] نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص150.

أنشئه الدين المكفول قابلًا للإبطال وتم إبطاله بأثر رجعي، فإن الدين المكفول سيزول بأثر رجعي أيضًا، وسيتم إلغاء الكفالة بأثر رجعي.[1]

المطلب الثالث : إنقضاء الكفالة بصفة أصلية

إذا كان إلتزام الكفيل تابعًا للإلتزام الأصلي، فإنه يظل ساريًا ما دام الإلتزام الأصلي ساريًا وينقضي إذا انقضى الإلتزام الأصلي. ومع ذلك، يجب أن نلاحظ أن هذا الإلتزام له مقوماته وشروطه الخاصة التي يجب توافرها لصحته، ويمكن أن يكون باطلاً أو صحيحًا. كما يمكن أن ينقضي بناءً على أسباب الإنقضاء العامة التي تنطبق على أي إلتزام[2].

بالإضافة إلى ذلك، يتطلب الإلتزام الكفالي نوعًا من الحماية المخصصة التي قد يقرها المشرع، وذلك نظرًا للطبيعة الخاصة لهذا النوع من الإلتزامات. سأستعرض في الفرع الأول أسباب

الإنقضاء العامة لإلتزام الكفيل، وفي الفرع الثاني سأتناول الأسباب الخاصة التي يمكن أن تؤدي إلى إنقضاء الإلتزام الكفالي.[3]

الفرع الأول : الأسباب العامة لإنقضاء إلتزام الكفيل

هنالك أسباب عامة لإنقضائه دون إنقضاء الإلتزام الأصلي وهي:

اولا - إتحاد الذمة:

عندما يرث أحد الأطراف (الكفيل أو الدائن) الآخر، فإن الإلتزام الكفالي ينقضي فقط دون أن يؤثر على الإلتزام الأصلي. وفي حالة بقاء أحد الأطراف حيًا وورث الآخر، يمكن للورثة الباقين أن يطالبوا المدين بالدين. إذا كان الدائن هو الذي ورث الكفيل، فيمكن له أن يطالب المدين بالدين الأصلي بشكل عادي دون الحاجة للكفالة التي كان يضمنها الكفيل. وإذا كان الكفيل هو الذي ورث الدائن، فيمكن له أن يطالب بالدين الأصلي بشكل عادي أيضًا[4].

---

[1] يونسي جواد نادية، التامينات العينية والشخصية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والإقتصادية، العدد 04 ،1999 ، ص61

[2] نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 151

[3] نبيل ابراهيم سعد،المرجع السابق ، ص152

[4] سليمان سارة، المرجع السابق، ص50.

هنا، لا يتعلق الأمر باتحاد الذمة بالمعنى القانوني، حيث يحدث اتحاد في صفة مدين أصلي وصفة مدين تابعي في شخص واحد. وبالتالي، لا يؤثر هذا الوراثة على الكفالة، والكفيل يظل ملتزمًا بالكفالة حتى نهايتها ولا ينقضي الإلتزام الكفالي بسبب هذه الحالة.

ثانيا - الابراء:

للدائن أن يبرئ الكفيل من إلتزامه، وإذا حدث ذلك، يظل الدين المكفول قائمًا. ومن الجدير بالذكر أنه في هذه الحالة، يتم إزالة الكفيل من الإلتزام دون أن يؤثر ذلك على الدين الذي ما زال مستمرًا.

وعلى الجانب الآخر، لا يجوز للدائن أن يبرئ المدين ويبقي الكفيل ملتزمًا. هذا يعني أنه إذا تم إطلاق سراح المدين من الدين المكفول، فإن الكفالة تنتهي بشكل طبيعي[1].

بالإضافة إلى ذلك، إذا وجدت عدة كفلاء، فإن إبراء الدائن لأحد الكفلاء لا يؤثر على التزام الكفلاء الآخرين. بمعنى آخر، يمكن للدائن أن يبرئ أحد الكفلاء دون أن يؤدي ذلك إلى براءة الكفلاء الآخرين من التزامهم. وفي حالة وجود كفلاء غير متضامنين، يمكن مطالبة كل كفيل بقدر نصيبه من الدين المكفول بعد خصم حصة الكفيل الذي تم إبراؤه.

هذه القواعد تعكس كيفية تنظيم علاقات الكفالة في القانون، وتهدف إلى حماية حقوق الدائن وتحديد التزامات الكفلاء بشكل واضح.[2]

الفرع الثاني : الأسباب الخاصة لإنقضاء إلتزام الكفيل

هناك ثلاثة أسباب خاصة لإنقضاء الكفالة بصفة أصلية دون أن ينقضي الإلتزام الأصلي ونذكرها كالتالي:

أولا : براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات وذلك دون أن ينقضي الإلتزام الأصلي:

تنص المادة 656 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:

تبرئ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات". الضمانات في هذه المادة هي كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو تقررت بعد الكفالة، وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم

[1] سليمان سارة، المرجع نفسه، ص50.

[2] سليمان سارة ، المرجع السابق، ص51.

القانون. وهذا السبب مقرر لحماية الكفيل لأن الكفيل إذا وفى الدين فإنه يحل محل الدائن فيما له من حقوق، وما أنا ذلك أن كانت هناك تأمينات أخرى ضامنة لنفس الدين المضمون بالكفالة، فإن الكفيل الذي يوفي بهذا الدين يكتسب هذه التأمينات كلها في رجوعه على المدين أو غيره من الكفلاء. فإذا أضاع الدائن بخطئه تأمينا من هذه التأمينات، فإنه يكون قد ضيع على الكفيل فرصة في استيفائحقه الذي حل فيه محل الدائن، ويكون الجزاء على ذلك هو براءة ذمة الكفيل في مواجهة الدائن بقدر ما أضاع هذا الأخير من تأمينات.[1]

ثانيا : براءة ذمة الكفيل لتأخر الدائن في إتخاذ الإجراءات ضد المدين دون أن ينقضي الإلتزام الأصلي:

وهذه وسيلة لحماية الكفيل من تقصير الدائن أو إهماله، وقد جاء هذا الحكم في المادة 657 من القانون المدني الجزائري، المقابل لنص المادة 785 من القانون المدني المصري.[2] تنص المادة على أنه: 'لا تبرئ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها، غير أن ذمة الكفيل تبرئ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانًا كافيًا.'

جاء هذا النص ليتعرض للحالة التي يتأخر فيها الدائن في اتخاذ الإجراءات المطالبة بالدين، رغم من حلول الأجل أو تأخر في اتخاذها. فقرر المشرع للكفيل حقه في إنذار الدائن باتخاذ هذه الإجراءات. إذا لم يتخذها خلال ستة أشهر من تاريخ هذا الإنذار ولم يقدم المدين للكفيل ضمانًا أو تأمينًا كافيًا، تبرأ ذمة الكفيل من إلتزامه. وهذا الحكم لم يرد في القانون المدني الفرنسي، بل استمده المشرع الجزائري من التشريع المدني المصري[3].

وهذا النص جاء واضحًا لحماية الكفيل، حيث لم يشأ المشرع أن يترك الكفيل ملتزمًا بعقد الكفالة إلى ما لا نهاية. خاصة وأن الدائن قد يتأخر في مطالبة المدين، وحقه قد لا يسقط عادة إلا بالتقادم، ومدته في الغالب تكون 15 سنة. وليس من العدل أن يفاجئ الكفيل بعد عدة سنوات بأنه دائمًا مطالب بالوفاء بالتزام كان قد كفله وربما قد نسيه.

[1] زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص147.

[2] زاهية سي يوسف، المرجع نفسه، ص148.

[3] زاهية سي يوسف، المرجع نفسه، ص 148.

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

نصت المادة 658 من القانون المدني الجزائري على أنه: 'إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة وإذا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن.

هذا النص لم يكن له مقابل في القانون الفرنسي ولا في القانون المدني المصري، إذ كان هذا الأخير يجيز للكفيل التقدم في تفليسة المدين حماية لحقوقه[1].

أما المشرع المدني المصري الجديد، فلا يجيز للكفيل أن يتقدم في تفليسة المدين ما دام أنه لم يوفي بالدين المكفول، ولكن يستطيع الدائن ذلك. ولذلك تدخل المشرع حماية للكفيل المقرر أنه إذا لم يتدخل الدائن في التفليسة بالدين المكفول، كغيره من الدائنين، فإنه يعتبر مقصرًا وعليه أن يتحمل نتيجة تقصيره.

فلذلك تبرئ ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر بسبب إهمال الدائن ويتبين ذلك أنه إذا لم يتقدم الدائن في تفليسة المدين فإن ذمة الكفيل لا تبرئ إلا بالقدر الذي كان يستطيع الدائن الحصول عليه من التفليسة[2].

[1] زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص149.

[2] زاهية سي يوسف، المرجع نفسه، ص149.

الخاتمة

الخاتمة:

بعد الدراسة المفصلة لعقد الكفالة باعتبارها من التأمينات الشخصية باعتبارها سببا في تقوية إئتمان المدين يبين لنا أن الدائن يتعرض لجملة من المخاطر فإنه يبقى مجرد دائن عادي، فرغم الضمانات التي يقدمها الكفيل وذلك في رجوعه على المدين وحلوله في مواجهة المدين، تبقى أنها لا تقدم الضمان الجدي للدائن الذي يبقى مجرد دائن عادي يتزاحم معه الدائنين العاديين الآخرين ويكون معهم على قدم المساواة عند إستيفاء حقه أي عند قسمه أموال المدين، فالدائن بذلك يكون أمام خطر في حاله إعسار الكفيل الذي يظل قائما إلى جانب خطر إعسار الكفيل.

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

- إن الكفالة أصلا تتم بين الدائن والكفيل أما المدين فلا يعتبر طرفا في عقد الكفالة لكننا لا يمكن نتجاهل الدور الذي يؤديه لإنعقاد الكفالة و ذلك باعتباره أنه هو من يقدم الكفيل كضامن للدين.
- الكفالة إذا ما هي إلا ضم ذمة إلى ذمة المدين كظامن للدائن هذا ما ينشئ إلتزاما جديدا للدائن على عاتق الكفيل وهو الإلتزام بضمان الدين الأصلي وذلك في مواجهة الدائن الذي تربطه علاقة عقدية أي عقد الكفالة وبذلك يكون في مواجهة الدائن مدينان أو أكثر مسؤولون كلهم على الدين .
- أن الدائن في هذا الضمان يظل دائما عاديا إذ يشترك مع غيره من الدائنين في الضمان العام ولهذه الأسباب أصبح الأحجام عنها جليا.

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

- ضرورة إيجاد شكل معين للكفالة بأنه لا يمكن إثباته إلا بالكتابة نتيجة للخطورة التي تشكلها لأطراف العقد.
- لابد من إيجاد حل بديل في حالة إعسار الكفيل أو فقد أهليته كتعبير الكفالة بتأمين عيني لضمان حق الدائن من الضياع.
- ضروره إثراء مكتباتنا بالمزيد من الأبحاث القانونية والكتابات في هذا المجال.

قائمه المراجع والمصادر

قائمه المراجع والمصادر

أولا : المصادر

القرآن الكريم

ثانيا: المراجع

1. احمد شرف الدين، التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، بدون تاريخ النشر،2010.
2. أنور سلطان، النظرية العامة للإلتزام ، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997.
3. -بوخاتم، التأمينات العينية والشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر،2014-2015.
4. رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، جامعة الاسكندرية، مصر، 2013.
5. زاهية سي يوسف، الوجيز في عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، دار الأمل ،تبزي وزو، الجزائر،2001.
6. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني الجزائري، عقد الكفالة، دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر،1994.
7. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013.
8. عدنان إبراهيم سرحان،شرح القانون المدني الجزائري ،العقود المسماة،الكفالة،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان ،2009.
9. علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، في القانون المدني، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
10. محمد حسين منصور النظرية العامة للإلتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006.
11. محمد صبري السعدي، النظرية العامة للإلتزام ،القانون المدني الجزائري، القسم الثاني، دار الكتاب الحديث، الجزائر،2004.
12. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية، دار الجامعة الجديدة للنشر، جامعة الاسكندرية، مصر،2005.
13. همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة العربية، جامعة الاسكندرية، مصر، 2004.

- **ثالثا: المقالات**

1. أحمد زواوي، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، المجلة القضائية، العدد 02،2001.

2. يونسي جواد نادية، التامينات العينية والشخصية، المجلة الجزائرية العلوم القانونية و الاقتصادية والتجاري، العدد 04 ،1999.

-رابعا: المذكرات والرسائل:

1. بومدين هاجر، بونزوة مروة، أحكام الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة مكملة شهادة ماستر في الحقوق، كليه الحقوق والعلوم الاقتصادية والتجارية،عين تموشنت، الجزائر، 2019-2020.
2. زهراء خليل إبراهيم، عقد الكفالة وآثاره على الغير، بحث قانوني لنيل متطلبات شهادة البكالوريوس في القانون، كلية القانون والعلوم السياسية قسم القانون، جامعة ديالي،2017.
3. سعاد توفيق أبو مشايخ، عقد الكفالة المدنية، دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2006.
4. سفيان كريمة، سعدى فتحية، آثار عقد الكفالة بين الكفيل والمدين، مذكرة لنيل شهادة ماستر، كلية الحقوق،جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018.
5. سليمان سارة، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2004.
6. شريف شيماء، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2021-2022، ص91.
7. علال أمال التبني والكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة ماستر، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2008.
8. فلاح ربيحة، رقوب لمياء، عقد الكفالة في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، كليه الحقوق والعلوم السياسية، المسيلة، الجزائر، 2021-2022.

المحاضرات:

1. بعجي أحمد، محاضرات في العقود الخاصة، عقد الكفالة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2021-202.
1. سالم بن المختار، محاضرات في العقود الخاصة، عقد الكفالة، الرهن الرسمي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي أفلو، الجزائر،2021-2022.

2. دريسي كمال فتحي، محاضرات في العقود الخاصة، عقد البيع، عقد للكفالة، الجزء الاول كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الجزائر،2022.

- **-المراجع الالكترونية:**
- https://droitalgerie.ahlammontada.com-
- https://tele.ens.univ.oeb.dz -

الفهرس

المقدمة	01
الفصل الاول: الإطار المفاهمي لعقد الكفالة	03
المبحث الاول : ماهية عقد الكفالة	04
المطلب الأول : مفهوم عقد الكفالة	04
المطلب الثاني : تمييز عقد الكفالة عن غيرها من الأنظمة المشابهة لها	09
المطلب الثالث : أنواع عقد الكفالة	10
المبحث الثاني : أركان عقد الكفالة	14
المطلب الأول : الرضا	14
المطلب الثاني : المحل	16
المطلب الثالث : السبب	20
الفصل الثاني : احكام عقد الكفالة	23
المبحث الأول : أثار عقد الكفالة	24
المطلب الأول : العلاقة بين الكفيل والدائن	24
المطلب الثاني : العلاقة بين الكفيل والمدين	31
المطلب الثالث : حاله تعدد الأطراف.	39
المبحث الثاني : طرق إنقضاء عقد الكفالة	42
المطلب الأول : إنقضاء الإلتزام الأصلي بالوفاء	42
المطلب الثاني : إنقضاء الكفالة بالتبعية لإنقضاء الإلتزام الأصلي	46
المطلب الثالث : إنقضاء الكفالة بصفة أصلية	52
الخاتمة	56

ملخص

ملخص

الكفالة عقد رضائي ينعقد بمجرد التراضي ما بين الكفيل والدائن لضمان دين المدين.دون حاجة لموافقة المدين. ولا يتطلب لانعقاد الكفالة شكل خاص وإذا كانت الكفالة لا تثبت إلا بالكتابة . فالكتابة شرطاً للإثبات وليست ركناً للانعقاد. ولما كان الغرض من الكفالة هو تأمين الدائن ضد مخاطر اعسار المدين بضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأخير, فقد اشترط المشرع في الكفيل حالة التزام المدين بتقديمه أن يكون موسراً. وطبقا للقواعد العامة لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً , إلا أن المشرع قد خرج على هذا الحكم وقرر أنه إذا كان الالتزام المكفول خاص بناقص الأهلية وكان كل من الدائن والكفيل على علم بذلك ظل التزام الكفيل قائماً طالما بقى الالتزام الأصلي ولم يقض ببطلانه. ولما كانت الكفالة عقداً بين الكفيل والدائن ، فإن أثرها يظهر في العلاقة بين الكفيل والدائن . ولما كان التزام الكفيل يتبع الالتزام المكفول فللكفيل الرجوع على المدين الأصلي وغيره من الملتزمين بالدين .

summary:

Guarantee is a consensual contract that is formed through the agreement between the guarantor and the creditor to secure the debt of the debtor without requiring the debtor's consent. The formation of the guarantee contract does not require any specific form, and if it is to be proven, it must be in writing. Writing is a requirement for proof but not a condition for formation. Since the purpose of the guarantee is to protect the creditor against the risk of the debtor's insolvency by adding the guarantor's liability to that of the debtor, the legislator has required that the guarantor be financially capable.

According to the general rules, a guarantee is not valid unless the guaranteed obligation is valid. However, the legislator has made an exception to this rule and has determined that if the guaranteed obligation is specific to a legally incapacitated person (someone with limited legal capacity) and both the creditor and the guarantor are aware of this, the guarantor's obligation remains in effect as long as the original obligation remains valid and has not been declared void.

Since the guarantee is a contract between the guarantor and the creditor, its effects are seen in the relationship between these two parties. Since the guarantor's obligation is linked to the guaranteed obligation, the guarantor can seek recourse against the original debtor and other debtors involved in the debt.