جامعة محمد خيضر –بسكرة–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

النظام القانوني لعقد الكفالة المالية

مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص : قانون أعمال

إعداد الطالبة :

لعناني سفيان

إشراف الدكتور:

حمشة مكي

السنة الجامعية: 2018/2017م

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى

قَالَ لَهُ مُوسَىٰ هَلْ أَتَّبِعُكَ عَلَىٰ أَنْ تُعَلِّمَنِ مِمَّا عُلِّمْتَ رُشْدًا (66) قَالَ إِنَّكَ لَنْ تَسْتَطِيعَ مَعِيَ صَبْرًا (67) وَكَيْفَ تَصْبِرُ عَلَىٰ مَا لَمْ تُحِطْ بِهِ خُبْرًا (68) قَالَ سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ صَابِرًا وَلَا أَعْصِي لَكَ أَمْرًا (69)

سورة الكهف: الآية 66-69

قال تعالى

إِنْ أُرِيدُ إِلَّا الْإِصْلَاحَ مَا اسْتَطَعْتُ وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ (88)

سورة هود: الآية 88

اهـداء

لك الحمد ربي على عظيم فضلك وكثير عطائك ثم الصلاة والسلام على خير البشرية

الى قطرات دم نزفت لتذود عن حمى الدين والأوطان .....

شهداء الجزائر وشهداء الامة الاسلامية .....

إلى لحظة عز ونصر وكرامة.....

لأمة أنهكتها الجراح والمآسي .

إلى القلب النابض والشريان الحي ...ورثة الانبياء....مشاعل التغيير وطلائع التحرير

.....العلماء والمفكرون

إلى من قال فيهما عز وجل بعد باسم الله الرحمان الرحيم " واخفض لهما جناح الذل من

الرحمة وقل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا"

إلى من كونا مني انسانا إلى أطهر وأطيب انسانين إلى من أبصر بحبهما الى من

ربياني وأنا صغير ونصحاني وأنا كبير وإلى روحي العالقة بينهما هما حياتي

إلى أغلى وأعز ما املك في هذا الوجود أبي وأمي حفظهما الله

إلى من تقاسموا معي حلو الحياة ومرها

إلى شموع بيتنا اخوتي واخواتي

إلى من اختلفت أمهاتنا وتوحدت قلوبنا أصدقائي

إلى كل حملتهم ذاكرتي ولم تحملهم مذكرتي والى كل من

حمله قلبي ولم تحمله ورقتي

سفيـــان

شكر و عرفان

اعترافا بالفضل لأهله وعملا بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم

" من صنع إليكم معروفا فكافئوه، فإن لم تجدوا ما تكافئونه فأدعوا له حتى تروا أن قد كافأتموه"

(رواه أبو داود والنسائي وصححه الالباني)

باسم الله الذي زرع النجاح في كل الدروب وعصف بالفشل مع الهبوب وغرس حب العمل في كل القلوب، الحمد لله المحبوب الذي وفقنا وسدد خطانا وانعم علينا بالصحة حتى نلنا مبتغانا، وقطفنا ثمار جهدنا بكل فخر واعتزاز وبكل تواضع وامتنان والصلاة والسلام على خير البرية سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

وعلى صحبه ومن ولاه

بادئ ذي بدء الى صاحبة الوردة الثلاثية الالوان

الى الحمراء *الى الخضراء*الى البيضاء

الى الجزائر بلد السلام والاخاء

كما نتقدم بالشكر الجزيل الى الاستاذ " حمشة مكي" الذي أشرف على تأطيرنا في هذا البحث منذ كان بذرة الى أن صار ثمرة، صنعته توجيهاته القيمة ومساعداته الذي لم يبخل بها علينا، والذي شرف هذا البحث وشرفت بإشرافه عليه، زاده الله من علمه وأدام عليه السعادة والسرور.

وإلى كل أساتذة كلية الحقوق و العلوم السياسية وخاصة أساتذة قسم الحقوق.

وأخيرا إلى كل من تصفح مذكرتنا بعد تخرجنا.

مقدمة

المبدأ في نظرية الالتزامات بصفة عامة هو أن لكل التزام أثر وهو تنفيذه، وتطبيقا لذلك قد يتقاعس المدين عن أداء التزامه اتجاه الدائن فيكون هذا الأخير مهددا بخطر عدم تمكنه من الحصول على الحق الذي له قبل مدينه، وذلك متى لم يف المدين بما عليه من دين اختياريا، ولهذه الأسباب أوجد القانون نوعين من الوسائل لضمان حق الدائن من الضياع

الأول يسمى بالضمان العام ومفاده أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه وفي حال عدم كفايتها يقتسمونها قسمة غرماء، وقد قرر هذا المبدأ بموجب المادة 188 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، هذا ولقد أحاط المشرع هذا الضمان بوسائل للمحافظة عليه والمتمثلة في:

أولا: إمكانية رفع دعوى نيابة عن المدين للمطالبة بحقوق هذا الأخير لدى الغير وعموما يصطلح عليه بالدعوى غير المباشرة والمقررة بموجب أحكام المواد 189-190 من التقنين المدني

ثانيا: إمكانية إبطال تصرفات المدين الساعية إلى تهريب أمواله للإنقاص من ضمان الدائنين وهي ما تعرف بدعوى عدم نفاذ التصرف أو الدعوى البوليصية والمقررة بموجب المادة 191 من التقنين المدني

ثالثا: كما يستطيع الدائن كشف مساعي المدين لإبعاد بعض أمواله بإبرامه عقودا مستترة وذلك من خلال رفع دعوى صورية العقد والتي أوردتها المادة 189 من القانون المدني

ورغم كل هذه الوسائل التي قررها القانون بموجب أحكام القانون المدني إلا أنها لا تقضي على المخاطر التي يتعرض لها الدائن من عدم حصوله على حقه والعلة في ذلك لسببين الأول:هو عمومية هذا الضمان فهو يشمل كل أموال المدين دون تخصيص والثاني أنه مشترك بين كل الدائنين. وهو ما يستنتج منه قصور فكرة الضمان العام في حماية حقوق الدائنين مما أوجد المشرع وسائل أخرى من شأنها توفير قدر أكبر من الثقة للدائن وهي النوع الثاني من الضمانات ويصطلح عليها تسمية التأمينات الخاصة ، وتتجسد في نوعين: تأمينات عينية وكذا تأمينات شخصية.

فالتأمين العيني يقصد به ذلك التأمين الذي يخصص في مال معين يكون عادة مملوكا للمدين لتأمين حق الدائن، فيكون للدائن حق عيني على هذا المال دون غيره، أما التأمينات الشخصية فيتحقق ضمان الدائن فيها من ضم ذمة أخرى إلى ذمة المدين، بحيث تكون الذمة الأخرى مسؤولة عن الوفاء بنفس الدين وبذلك تتزايد فرص حصول الدائن على حقه.

وترتيبا لذلك يقصد بالتأمينات الشخصية التي تضاف إلى التزام المدين ضم ذمة إلى ذمة أخرى لضمان حق الدائن ، وقد يكون هذا الضم على قدم المساواة بينه وبين المدين فيكونون جميعا ملتزمون بالدرجة الأولى وبصفة أصلية لكل الدين سواء كان ذلك بتضامن أو عن طريق الإنابة أو التعهد عن الغير ...وكل هذا يدخل ضمن مواضيع الالتزام بصفة عامة، كما قد يكون هذا التعهد أو الضم ليس على قدم المساواة وإنما تختلف درجة مسؤولية المدينين من الوفاء بالالتزام فتكون مسؤولية بعضهم في الدرجة الأولى ولا تأتي مسؤولية البعض الآخر إلا

في الدرجة الثانية أي أن البعض يسألون بصفة أصلية عن الوفاء بالالتزام ولا يسأل البعض البعض الآخر إلا بصفة تبعية ، ويتحقق ذلك في الكفالة العادية أما في الكفالة التضامنية فيستطيع الدائن أن يرجع على المدين الأصلي أو على الكفيل المتضامن مع المدين أيهما يشاء، وعليه فإن نطاق دراستنا لموضوع النظام القانوني لعقد الكفالة المالية يقتصر على الكفالة في صورتها البسيطة

-العادية- والتضامنية

وعليه تتجلى أهمية دراسة موضوع الكفالة في كون عقد الكفالة يحقق الطمأنينة للدائن بوجود شخص ثان ضامن للوفاء بالدين بينما بالنسبة للمدين فهي تحقق له مصلحة في حصوله على ما يحتاجه من الدائن وذلك من خلال تقديم تأمين بهذا الأخير والمتمثل في الكفالة.

فبالرغم من هذه الأهمية إلا أننا نلاحظ قلة الاهتمام بدراسة موضوع الكفالة وندرة وجود بحوث وافية تعطيه حقه من الدراسة والشرح، وهذا السبب الذي دفعنا لاختيار بحثنا هذا من خلال تسليط الضوء عليه أكثر. ومحاولة لإجلاء ما يعتريه من غموض، وعليه كان اختيارنا لموضوع الكفالة نابعا من سببين أحدهما ذاتي والآخر موضوعي، فالذاتي هو الميل لموضوعات القانون المدني بصفة عامة وموضوع الكفالة كتأمين شخصي بصفة خاصة وذلك بعد عدة قراءات للبحث ورغبة في معرفة ما يتضمنه هذا الموضوع ، أما الموضوعي فيكمن في انتشار الكفالة في العصر الحديث بفضل الكفالات البنكية وانتشارها في المعاملات المالية .

وكما أن الهدف العام لأي بحث علمي هو اكتساب المعرفة الصحيحة بالوصول إلى الحقيقة العلمية وإثرائها إلى جانب تنمية الاستعداد الفكري للبحث المنهجي المتعمق في مجال القانون ، فإن الهدف من هذا البحث هو تسليط الضوء على المسائل التي يثيرها هذا الموضوع من خلال إعادة النظر في النظام القانوني لعقد الكفالة من كل جوانب لإزالة اللبس والغموض الذي يكتنفه .

إشكالية الدراسة:

نظم المشرع الجزائري أحكام الكفالة في القانون المدني في الباب الحادي عشر من الكتاب الثاني للالتزامات والعقود من المادة 644 إلى 673 منه وعلى ذلك فإن الإشكال الذي يمكن إثارته هنا حول كيفية تنظيم المشرع لأحكام الكفالة في التقنين المدني؟

وللإجابة على هذه الإشكالية اعتمدت في دراستي على المنهج الوصفي التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالكفالة الواردة في التقنين المدني ودراسة موضوع الكفالة كنظام قانوني لا يمنع من إجراء مقارنة ضمنية بين المشرع الجزائري وبعض القوانين المقارنة – لاسيما المصري – متى اقتضى الحال وذلك لكشف الاختلاف وثغرات المشرع الجزائري.

وكأي بحث علمي لا يخلو من بعض الصعوبات ومن بين الصعوبات التي واجهتني أثناء إعدادي لهذا البحث :

– صعوبة الحصول على بعض المراجع من المكتبة.

– قلة المراجع التي تناولت موضوع الكفالة وفقا لأحكام القانون المدني.

– ندرة المراجع الجزائرية في هذا الموضوع مما اضطر بنا للاستعانة بالمراجع الأجنبية لا سيما منها المصرية.

– قلة إن لم نقل ندرة الأحكام القضائية التي صدرت في مجال الكفالة.

غير أننا عملنا جاهدين على تجاوز هذه الصعوبات وركزنا على إبراز قيمة البحث بالإلمام به في هذه الدراسة وعليه قمت بتقسيم هذا البحث إلى فصلين على النحو التالي:

سنتناول في الفصل الأول المدلول العام لعقد الكفالة وقسمته إلى مبحثين بحيث خصصت المبحث الأول لدراسة مفهوم الكفالة والمبحث الثاني إلى انعقاد الكفالة في حين أن الفصل الثاني سنخصصه لدراسة تنظيم الكفالة من حيث آثارها وطرق انقضائها بحيث اشتمل بدوره على مبحثين تناولت في أوله آثار عقد الكفالة وفي المبحث الثاني فتطرقت فيه إلى طرق انقضاء الكفالة.

المبحث الأول: مفهوم عقد الكفالة

لقد كانت الكفالة كتأمين شخصي للحقوق السبّاقة في الظهور عن باقي التأمينات كالرهن والتخصيص ... وذلك كون هذه الأخيرة تحتاج إلى نوع من التحضر والتعقيد، إذ تفترض هذه التأمينات وجود تنظيم لحق الملكية والحقوق المتفرعة عنها، في حين أن الكفالة لا تفترض إلا أن تضم ذمة إلى ذمة أخرى للوصول إلى أكبر ضمان في حصول الدائن على حقه.

وللوقوف على مفهوم الكفالة يستلزم بداهة تحديد تعريفها مع بيان خصائصها ثم تحديد أنواعها مع تمييزها عن الأنظمة المشابهة لها، وفي هذا الصدد نتعرض إلى تعريف الكفالة وبيان خصائصها في المطلب الأول، ثم أنواع الكفالة وتمييزها عن الأنظمة المشابهة لها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعريف الكفالة وبيان خصائصها

يرتبط تعريف الكفالة ارتباطا وثيقا بخصائصها حيث أنه من تعريفنا للكفالة نستخلص مجموعة من الخصائص التي تتميز بها عن باقي العقود، وعليه سوف يخصص الفرع الأول لتعريف الكفالة ثم الفرع الثاني لبيان خصائصها.

الفرع الأول: تعريف الكفالة

نبحث فيما يلي في تعريف الكفالة من الناحية اللغوية أولا لمعرفة مختلف دلالات المصطلح لغة ثم تعريفها من الناحية القانونية ثانيا.

أولا: التعريف اللغوي

الكفالة في اللغة بمعنى الضم وزعامة وحمالة وقبالة وصبارة وكل هذا بمعنى واحد [1]

وقال الماوردي: غير أن العرف خصص لضمين والضامن بالمال والحميل بالدية والزعيم بالمال العظيم، والكفيل بالنفس والصبير في الجميع ومثله القبيل.[2]

كفل فلان كفلا وكفالة: ضمنه والكافل يكفل انسانا يعوله ومنه قوله تعالى" إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ"[3]،وقوله أيضا " وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا" [4]ومنه الحديث: " أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة وأشار بالسبابة الوسطى"[5].

والكفالة هي الالتزام والتعهد عن الغير وأكفل فلان ماله، أعطاه إياه ليرعاه ومنه قوله تعالى:"إِنَّ هَٰذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعْجَةً وَلِيَ نَعْجَةٌ وَاحِدَةٌ فَقَالَ أَكْفِلْنِيهَا وَعَزَّنِي فِي الْخِطَابِ" [6] وقال الرازي في مختار الصحاح: الكفيل الضامن وقد كفل به يكفل بالضم كفالة وكفل عنه بالمال لغريمه، واكفله المال أي ضمنه إياه[7].

---

[1]– محمد بن يعقوب الفيروز اجادي مجد الدين، **قاموس المحيط**، تنقيح محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة (د ب ن) 2005، ص 1065.

[2]– محمد بن ابراهيم الموسى، **نظرية الضمان الشخصي (الكفالة)**، الجزء الأول، دار الثقافة والنشر، السعودية، 1991، ص 138.

[3]– سورة آل عمران،الآية 44

[4]– سورة آل عمران، الآية 37.

[5]– رواه البخاري.

[6]– سورة ص، الآية 23.

[7]– محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، **مختار الصحاح**، مكتبة لبنان، لبنان، 1986، ص 238.

يتضح لنا من خلاله التعريف اللغوي للكفالة أنه يمكن تقسيمها إلى نوعين الأولى كفالة بالمال والثانية كفالة بالنفس، غير أننا سوف نركز على النوع الأول باعتباره موضوع دراستنا وهو ما سوف نعرفه قانونا في الفرع الموالي.

ثانيا: تعريف الكفالة قانونا

عرّف المشرع الكفالة بأنها: " عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه"[1].

يتضح من هذا التعريف أن الكفالة تفترض وجود دين أصلي تعمل على ضمان الوفاء به، فالكفالة تابعة دائما لالتزام من الالتزامات، والتبعية هي أهم خصائص الكفالة. كما سنرى لاحقا في خصائص الكفالة.والالتزام الأصلي الذي تضمنه الكفالة ليس مصدره العقد دائما بل يتعدد مصادره بتعدد مصادر الالتزام، فقد يكون مصدره العقد أو الإرادة المنفردة أو العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو نص القانون، أما الالتزام الناشئ عن الكفالة فمصدره العقد دائما، لأن الكفالة بحسب تعريفها في نص المادة السالفة الذكر هي عقد[2].

كما يستفاد من نص المادة 644 من القانون المدني أن الكفالة تتم بين الدائن في الإلتزامالأصلي وبين الكفيل، أما المدين فليس طرفا في عقد الكفالة، فيصح أن تتم الكفالة دون علمه ورغم معارضته[3]، ومع ذلك لا يتصور أن تتم الكفالة في غيابه التام، فهو يلعب دورا في

---

[1]– المادة 644 من الأمر 75، 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 197 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، (ج ر ع 78المؤرخة ب 30سبتمبر 1975).

[2]– سمير عبد السيد تناغو، **التأمينات الشخصية والعينية**، منشأة المعارف، مصر 1996، ص 21.

[3]– وذلك للمادة 647 من الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

انعقادها لأنه هو الذي يدعو الكفيل في غالب الأحيان إلى التعاقد مع الدائن ضمانا لإلتزامه قبل هذا الدائن ومع ذلك فهو خارج عن اتفاق الكفالة.[1]

ويتضح أيضا من نص المادة 644 من التقنين المدني على أن محل الكفالة يتجلى في تنفيذ إلتزام قائم في ذمة غير الكفيل أي كان محل هذا الإلتزام، أي يستوي أن يكون مبلغا من النقود أو القيام بعمل أو الامتناع عن العمل، وعلى ذلك إذا كان محل الإلتزام المكفول مبلغا من النقود وجب على الكفيل الوفاء بهذا المبلغ، بينما إذا كان محل الإلتزام عملا أو امتناعا عليه، وجب أن يدفع ما قد يحكم به المدين كتعويض نتيجة الإخلال بالإلتزام بعمل أو الامتناع عن عمل [2].

وما تجدر الإشارة إليه أنه لا ينبغي أن يفهم من العبارة الأخيرة الواردة في نص المادة 644 من القانون المدني " إذا لم يفي به المدين نفسه" أن الإلتزام الكفيل معلق على شرط وافق وهو عدم قيام المدين الأصلي بالوفاء لأن إلتزام الكفيل يترتب في ذمة الكفيل بمجرد انعقاد الكفالة، فالمراد من هذا التنصيص العمل على ابراز الصفة الاحتياطية للكفيل في الكفلة والتي تجعل من الكفيل ملتزم من الدرجة الثانية، بمعنى أن الدائن ملزم بأن يطالب المدين أولا قبل الكفيل وذلك طبقا لنص المادة 660 من التقنين المدني الجزائري [3] وأن يبدأ في التنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال الكفيل.

---

[1]– قدري عبد الفتاح الشهاوي، **أركان عقد الكفالة العينية والشخصية**، دار النهضة العربية، مصر 2005، ص 13.

[2]– محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص 13.

[3]– زاهية سي يوسف ،**عقد الكفالة**، دار الأمل، الجزائر، ص 18.

ويستفاد أيضا من نص المادة 644 أنه كما قد يكون الكفيل شخص طبيعيا يمكن أن يكون شخصا معنويا، ومثالها الكفالات البنكية.

من هذا التحليل المختصر لمضمون المادة 644 من القانون المدني يمكن تعريف الكفالة على أنها عقد بمقتضاه يكفل شخص من الغير تنفيذ إلتزام بأن يتعهد إذا لم يقم له المدين نفسه، على أن يحتفظ بحق الرجوع على هذا المدين، من خلال هذا التعريف يمكن استنباط مجموعة من الخصائص التي تتميز بها الكفالة عن غيرها من العقود وهو ما سوف يتم البحث عنه في الفرع الثاني

الفرع الثاني: خصائص عقد الكفالة

يمكن أن نحدد خصائص عقد الكفالة من التعريف السابق إيراده كالاتي:

أولا: عقد الكفالة عقد ضمان شخصي

فالكفالة إلتزام شخصي يضاف إلى إلتزام المدين، أي أنها تمنح الدائن ضمانا شخصيا بإلتزام الكفيل بالوفاء بما التزم به المدين عند عدم وفاء هذا الأخير بإلتزامه، وبذلك يكون كل من المدين والكفيل مسؤولا مسؤولية شخصية في جميع أمواله عن الوفاء بإلتزام المدين مع مراعاة أن مسؤولية الكفيل مسؤولية احتياطية أي عند عدم وفاء المدين بإلتزامه.

ويترتب على اعتبار الكفالة عقد من عقود الضمان الشخصي أنها لا يجنب الدائن تماما مخاطر الاعسار لأنها وإن كانت تجنبه مخاطر اعسار مدينة إلا أن هذا الاحتمال مازال قائما بالنسبة للكفيل.

ثانيا: عقد الكفالة عقد رضائي

تنعقد الكفالة بمجرد التراضي [1] ما بين الكفيل والدائن، فلا يشترط فيها أي شكل خاص، وإن كان المشروع يشترط الكتابة لإثباتها بنصه في المادة 645من القانون المدني بأنه " لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة" وهذا الشرط ليس شرطا ضروريا للانعقاد ولكن شرط لازم للإثبات ومع ذلك يمكن اثباتها بما يقوم مقام الكتابة كالإقرار واليمين، فهي عقد يخضع للقواعد العامة التي تحكم العقود وهو الأصل في العقود هي الرضائية.

ونظرا لخطورة إلتزام الكفيل حاول القضاء الفرنسي توظيف نصوص القانون المدني لتوفير الحماية اللازمة للكفيل، وبصفة خاصة نص المادة 2015 التي تشترط أن يكون رضا الكفيل صريحا

ثالثا: الكفالة عقد ملزم لجانب واحد وهو الكفيل

ينشأ عقد الكفالة بين الدائن والكفيل ويلتزم به الكفيل وحده في الأصل أما الدائن وهو الطرف الأخر في العقد، فلا يلتزم عادة بشيء نحو الكفيل [2].

وعليه فعقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد [3]، وهو الكفيل فالكفيل وحده هو الذي يلتزم بعقد الكفالة بوفاء الدين للدائن إذا لم يفي به الدائن الأصلي أما الدائن فلا يلتزم عادة بشيء

---

[1] تقضي المادة 600 من الأمر75_58 المتضمن القانون المدني على أنه " التعبير عن الإرادة يكون اللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع الشك في دلالته على مقصود صاحبه

[2] سليمان مرقس، **الوافي في شرح القانون المدني**، المجلد 03: العقود المسماة، الجزء 03 عقد الكفالة، دار الكتب المصرية، مصر، 1994، صص16_17

[3] عرفت المادة 56 من الأمر 75_58 المتضمن القانون المدني العقد الملزم لجانب واحد على أنه يكون العقد ملزما اشخص أو عدة أشخاص، إذا تعاقد طيب شخص نحو شخص أو عدة أشخاص أخرين، دون التزام من هؤلاء الآخرين.

نحو الكفيل، وهذا هو الأصل، ولكن ذلك لا يمنع من أن تكون عقدا ملزما للجانبين [1]، إذا التزم الدائن نحو الكفيل بدفع مقابل في نظير كفالته للمدين فيصبح كل من الكفيل والدائن ملتزما الدائن نحو الآخر ويكون عقد الكفالة في هذه الحالة ملزما للجانبين.

وإذا كان الأصل أن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد فليس ذلك معناه أن الكفالة إرادة منفردة تصدر من جانب واحد، بل الكفالة عقد لايتم إلا بتبادل إرادتين متطابقتين من الكفيل والدائن، ولا يتم بإرادة الكفيل وحده ، ولو أن الكفالة عقدت لمصلحة الدائن فإذا أوجب الكفيل الكفالة وكان الايجاب غير ملزم كان للكفيل أن يرجع في ايجابه قبل صدور القبول من الدائن[2].

رابعا:عقد الكفالة من عقود التبرع

معنى ذلك أن الكفيل يلتزم بوفاء الدين عن المدين دون مقابل، وهذا المعنى مستمد من العلاقة بين الدائن والكفيل، لأن الكفيل يؤدي خدمة بدون مقابل عادة، فهو يلتزم بضمان إلتزام المدين الأصلي دون أن يتلقى أي مقابل.

وبالرغم من أن الأصل في عقد الكفالة أنه من عقود التبرع، إلاأن صفة المجانية هذه ليست من مستلزماته، فليس هناك ما يمنع من أن الكفيل يشترط مقابلا نظير كفالته، ويصبح العقد من ثمة معاوضة[3].

---

[1]وعرفت المادة 55 من ذات الأمر العقد الملزم للجانبين على أنه " يكون العقد ملزما للطرفين من تبادل المتعاقدين الالتزام بعضهما بعضا".

[2]–عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 31.

[3]–محمد علي عبده، **عقد الكفالة**، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، لبنان 2005، ص 05.

ويتفرع عن صفة التبرع أن الكفالة تعتبر في القاعدة العامة تصرف مدني [1]، ويشترط لصحتها أن تتوافر في الكفيل المتبرع أهلية التبرع، حتى يكون العقد صحيحا، فتطبق عليه قواعد التبرع من حيث الأهلية اللازمة لإبرام عقود التبرعات هذا من جهة الكفيل وذلك كون الكفالة من جهة الكفيل من العقود الضارة ضررا محضا[2].

خامسا: عقد الكفالة عقد تابع

تعتبر خاصية تبعية الإلتزام المكفول للإلتزام الأصلي أهم خاصية تتميز بها عقد الكفالة عن غيرها من وسائل الضمان الشخصي، فحول هذه الصفة تتبلور جميع أحكام عقد الكفالة سواء من حيث الانعقاد أو الصحة والبطلان أو الرجوع والانقضاء أو الأثار فالكفالة وسيلة من وسائل الوفاء بإلتزام معين وعلى ذلك فإنه يستلزم لقيام الكفالة أن يوجد الإلتزام الأصلي بين الدائن والمدين لكي ترتكز عليه وتقوم على ضمان الوفاء به [3].

ويترتب على صفة التبعية في عقد الكفالة ما يلي:

_لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الإلتزام المكفول صحيحا [4].

_لا يجوز أن تكون الكفالة بمبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول [5].

---

[1]–استثناءا تعد تجارية في مسألتين على سبيل الحصر أوردتهما المادة 651.

[2]–ويجدر الإشارة أن الكفالة لا تعد من عقود الهبة: لأنها تفتقد العنصر المادي وهو خروج مال من ذمة الواهب بغير مقابل، فالكفيل له حق الرجوع على المدين بما قام بالوفاء به للدائن، وذلك طبقا للمادة 671 من الأمر 75– 58المرجع السابق.

[3]–نبيل ابراهيم سعد، **التأمينات الشخصية والعينية**، المرجع السابق، ص 287.

[4]–وذلك طبقا لنص المادة 648 من الأمر 75–58 المتضمنة القانون المدني، المرجع السابق

[5]–وذلك طبقا لنص المادة 652، المرجع نفسه

_كما أن الكفيل يستفيد من أي تغيير في الالتزام الأصلي، ولكن لا يضار من هذا التغيير

أيضا أن مصير إلتزام الكفيل مرتبط من عدة جوانب بمصير الإلتزامالأصليكالانقضاء والتجديد.

غير أنه لا يمكن الأخذ بمطلقية الصفة التبعية في عقد الكفالة، فهذا لا يعني التطابق التام بين الإلتزام الأصلي والإلتزام المكفول، ومثاله عدم اثبات الكفالة إلا بالكتابة ولو أنه يجوز إثبات الإلتزامالأصلي بغير الكتابة وذلك طبقا لنص المادة 645 من التقنين المدني التي تقتضي بأنه" لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الإلتزامالأصلي بالبينة"، أيضا أن الكفالة تعد عملا مدنيا ولو كان الإلتزامالأصليتجاريا وذلك كأصل عام طبقا للمادة 651 من التقنين المدني.

المطلب الثاني: أنواع الكفالة وتمييزها عن الأنظمة المشابهة لها

الفرع الأول: أنواع الكفالة

تختلف أنواع الكفالة بحسب المعيار الذي ينظر إليها، فتقسم من حيث مصدر إلتزام الكفيل إلى كفالة اتفاقية وقانونية وقضائية، ومن حيث طبيعتها إلى كفالة مدنية وتجارية ومن حيث مقدار الدين إلى كفالة جزئية وكاملة ومحددة، وهو ما سوف يتم تفصيله من خلال هذا الفرع.

أولا: أنواع الكفالة من حيث مصدر إلتزام المدين بتقديم كفيل

وتنقسم إلى كفالة قانونية وكفالة قضائية وكفالة اتفاقية فإذا كان مصدر إلتزام المدين بتقديم كفيل هو نص القانون وصفت بأنها قانونية ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 851 [1] من التقنين المدني الجزائري التي تلزم المنتفع بمنقول إن يقدم لمالك الرقبة كفالة تضمن الوفاء بإلتزامه برد المنقول عند نهاية الانتفاع فتنص على أنه " إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا وجب جرده ولزم المنتفع بتقديم كفالة".

أما إذا كان مصدر إلتزام المدين بتقديم كفيل هو حكم القاضي القاضي فإن الكفالة توصف بأنها قضائية ومثال ذلك حالات الحكم بالنفاذ المعجل إذا قرن القاضي لحكم بتقديم كفيل وله في ذلك السلطة التقديرية [2]، أيضا ما نصت عليه المادة 717 [3] من التقنين المدني: وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية، أن تقرر مع هذا كل ما تراه مناسبا من التدابير، ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المحالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من تعويضات.

أما إذا كان مصدر إلتزام المدين بتقديم كفيل هو الاتفاق القائم بينه وبين شخص آخر يشترط لمصلحة الدائن، فإن الكفالة هنا توصف بأنها اتفاقية.

---

[1]– المادة 851 من الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[2]– المادة 303 من القانون 08–09 المؤرخ في 18 صفر 1424الموافق ل 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

[3]– المادة 717 من الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

أما عن أهمية التفرقة في تقسيم الكفالة من حيث مصدرها إلى كفالة قضائية وقانونية واتفاقية له أهمية من الناحية العملية ومثال ذلك أن القانون يجعل للكفالة القانونية والقضائية أحكاما خاصة لا يأخذ بما في الكفالة الاتفاقية[1].

ثانيا: أنواع الكفالة بحسب طبيعتها

الأصل هو اعتبار الكفالة عقدا مدنيا وليس تجاريا ومرد ذلك إلى أن عقد الكفالة من عقود التبرع، وهي صفة لا تتفق مع المعاملات التجارية وتظل الكفالة مدنية حتى ولو كان الدائن المكفول تجاريا وحتى ولو كان الكفيل تاجرا وقد نص المشرع على هذا الحكم في المادة 1/651 [2] من القانون المدني التي تقرر على أنه " كفالة الدين التجاري تعتبر عملا مدنيا، ولو كان الكفيل تاجرا"، والملاحظ على أن هذه القاعدة خروج عن الأصل العام والمتمثل في تبعية الإلتزام المكفول للإلتزام الأصلي [3].

والاستثناء أنه يمكن أت تكون الكفالة تجارية، وقد أورد المشرع في ذلك استثناءين على سبيل الحصر في نص المادة السالفة الذكر 651 في فقرتها الثانية، حيث قررت على أنه " غير أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمان احتياطيا، أو عن تظهير هذه الأوراق تعتبر دائما عملا تجاريا" .

---

[1]– سمير عبد السيد تناغوا،**التأمينات الشخصية والعينية**، المرجع السابق، ص 31–32.

[2]– المادة 651 من الأمر 75–58، المتضمن القانون المدني.

[3]– عبد الرزاق احمد السنهوري، **الوسيط إلى شرح القانون المدني**، ج03: التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، 57.

وعليه تكون الكفالة تجارية إذا كانت أولا ضامنة للأوراق التجارية [1] ضمانا احتياطيا أو كانت ناشئة عن تظهير [2] الأوراق التجارية ثانيا.

وتظهر أهمية التفرقة بين الكفالة المدنية والكفالة التجارية من حيث الاثبات حيث أن الاثبات في المسائل المدنية مقيد بينما في المسائل التجارية فهو حر.

ثالثا: أنواع الكفالة بحسب نطاقها

تكون الكفالة كاملة إذا التزم الكفيل بضمان الدين الاصلي كله، وهو النوع الأكثر شيوعا، فيتحدد إلتزام الكفيل في مضمونه ومقداره طبقا للإلتزام المكفول كما لو التزم كفيل مبلغ مقدر بـ 100 ألف دينار جزائري، وهو بذلك ضمن على المدين كل الدين اتجاه الدائن [3].

وقد تكون الكفالة جزئية، وهنا إلتزام الكفيل على ضمان جزء من الدين الأصلي فإذا كان الدين الأصلي هو 100 ألف دينار جزائري واقتصر إلتزام الكفيل على 70 ألف دينار جزائري فإن ذمة الكفيل تبرأ بمجرد سداد هذا الدين فقط، والكفالة لا تقوم بالنسبة لما بقي على المدين للدائن [4].

---

[1]– أنواع الأوراق التجارية هي: السفتجة، السند للأمر والشيك، علي البارودي، **الأوراق التجارية والافلاس**، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر، 2002، ص 13.

[2]– أنواع التظهير، التظهير الناقل للملكية، التظهير التوكيلي، التظهير التأميني، علي البارودي، المرجع نفسه، ص ص57–58.

[3]– محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص 20.

[4]– زهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 21.

وقد تكون الكفالة محددة حيث يقوم الكفيل بتحديد إلتزامه تحديدا دقيقا، وقد أجازت المادة 652 من التقنين المدني هذا النوع من الكفالة بنصها على أنه يجوز أن تكون الكفالة في مبلغ أقل وبشروط أهون.

الفرع الثاني: تمييز عقد الكفالة عن بعض الانظمة المشابهة لها

تعتبر الكفالة من الناحية القانونية وسيلة ضمان ومن الناحية الاقتصادية أداة انتماء، لذلك نجد أن هناك أنظمة أخرى شبيهة بالكفالة سواء من حيث تكوينها القانوني أو من حيث وظيفتها الاقتصادية.

أولا: الكفالة وتضامن المدينين

تختلف الكفالة عن تضامن 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 صفة التبعية هذه أن للكفيل ولو كان متضامن مع المدين أن يتمسك ببراءة ذمته إذا ما أضاع الدائن تأمينات [1]. وكذلك سقوط إلتزامه إذا لم يرجع الدائن على المدين خلال ستة أشهر من تاريخ انذار الكفيل له [2] وإذا لم يحل الدائن في تفليسة المدين سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما كان يستطيع أن يحصل عليه من هذه التفليسة [3].

[1]– المادة 656 من الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق

[2]– المادة 657،من الأمر 75–58 المرجع نفسه

[3]– المادة 658،من الأمر 75–58 المرجع نفسه

ثانيا: تمييز الكفالة عن الحوالة

الحوالة نوعان حوالة الدين [1] وحوالة الحق [2]

أ- الكفالة حوالة الحق

تعرف حوالة الحق على أنها اتفاق بمقتضاه ينقل الدائن ما له من حق قبل المدين إلى شخص آخر يصبح دائنا مكانه ويسمى الدائن الأصلي محيلا، والدائن الجديد محالا له، والدائن محالا عليه، وقد تكون بعوض فتأخذ حكم الهبة.[3]

من خلال هذا التعريف لحوالة الحق يتبين مجموعة من الاختلافات بينما وبين الكفالة

فالإلتزام المحيل في حوالة الحق إلتزام أصلي في حين أن إلتزام الكفيل في عقد الكفالة هو التزام تبعي للالتزام الأصلي فإذا لم يفي به المدين وهي محله الكفيل [4].

كما أنه يشترط لنفاذ حوالة الحق رضا المدين [6] في حين أن عقد الكفالة لا يشترط فيها

رضا المدين لنفاذها في حقه إذ أنه ليس طرفا في الكفالة فهي تعقد لمصلحته بل حتى تجوز رغم معارضته[5].

---

[1]- عالج المشرع الجزائري أحكام حوالة الحق في المواد من 239 إلى 250 من الأمر 75-58،المرجع نفسه

[2]- عالج المشرع الجزائري أحكام حوالة الدين في المواد من 251 إلى 257 من الأمر 75-58، المرجع نفسه

[3]تبيل ابراهيم سعد، **النظرية العامة للالتزام**، ج2، أحكام الالتزام دار المعرفة الجامعية، مصر، 1999، ص 253.

[5]- المادة 241 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق .

[6]- المادة 644 من الأمر 75-58، المرجع نفسه

[5]- المادة 647، المرجع نفسه.

ب- الكفالة وحوالة الدين

تعرف حوالة الدين على أنها اتفاق به ينتقل عبأ الدين بجميع مقوماته من المدين الاصلي إلى شخص آخر، فنجد في حوالة الدين مثل حوالة الحق والكفالة تتكون من ثلاثة أشخاص المحيل وهو المدين الأصلي والمحال عليه والمدين الجديد الذي يتحمل الدين والدائن[1]

من خلال هذا التعريف نجد أن مركز الكفيل يشترك مع مركز المحال عليه من حيث تحمل الإلتزام عن المدين، إلا أن الاختلاف يكمل من حيث كون أن إلتزامالمحال عليه إلتزام أصلي [2] اتجاه المدين من حين أن إلتزام الكفيل هو إلتزام تبعي إذا لم يفي به المدين نفسه [3].

ويشترط لنفاذ حوالة الدين قبول الدائن [4]، وذلك على خلاف الكفالة التي لا يشترط لنفادها قبول وموافقة الدائن.

ثالثا: الكفالة والتعهد عن الغير

التعهد عن الغير هو عقد بين شخصين يلتزم أحدهما وهو المتعهد بأن يجعل شخصا ثالثا يلتزم في مواجهة المتعاقد معه، بمعنى آخر هو تعهد شخص بحمل الغير على قبول الإلتزام بأمر معين [5].

---

[1]- نبيل ابراهيم سعد،**النظرية العامة للالتزام**، ج 2: أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 273.

[2]- المادة 251 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[3]- المادة 644، المرجع نفسه.

[4]- المادة 252،من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المرجع نفسه.

[5]- محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**، النظرية العامة للالتزامات ج2، أحكام الالتزام دار الهدى، الجزائر 2010، ص ص350، 351.

ومن هذا المعنى قد يثور الخلط بينه وبين الكفالة، فالمتعهد عن الغير يلتزم إلتزاما أصليا بأداء معين هو حمل الغير على إلتزام بأمر معين في حين أن إلتزام الكفيل هو إلتزام تبعي.

وعلى هذا الأساس فإن الكفيل في ضمانه لإلتزام المدين الأصلي إنما يقوم بالوفاء إذا تقاعس هذا المدين عن الوفاء في حين أن التعهد عن الغير إما أن يفي بما التزم به في صورة حمل الغير على قبول التعهد فتنتهي مسؤوليته عند هذا الحد وإما أن يفشل في مهمته، فيسأل عن تعويض المتعهد له عما لحق به من ضرر نتيجة لعدم تنفيذ ما تعهد به [1] أي أنه مسؤول عن إخلاله بإلتزام بوصفه مدينا أصليا وليس بوصفه كفيلا، ومن ناحية أخرى، إذا وفي الكفيل بالدين رجع على المدين بما أوفاه من تعويض حال فشله في حمل الغير على الإلتزام.

رابعا: الكفالة والانابة

الانابة هي عمل قانوني يفترض وجوده ثلاثة أطراف حيث تقوم إذا حصل المدين على رضا الدائن بتقديم شخص أجنبي يقوم بوفاء الدين مكان المدين، فالمدين ويطلق عليه المنيب قد اناب الاجنبي ، ويطلق عليه المناب في وفاء الدين للدائن ويطلق عليه المناب لديه[2]

والانابة نوعان كاملة وناقصة.

[1]– وذلك تطبيق لما جاء في 114 من الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[2]– رمضان أبو السعود، **أحكام الالتزام**، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1998، ص 502

أما الانابة الكاملة فهي التي تؤدي إلى إبراء ذمة المنيب، ويتضمن بهذا تحديدا للدين بتغيير المدين، أما الانابة الناقصة فهي التي يكون المنيب ملتزما بالدين قبل المناب لديه، إلى جانب المناب، وعلى ذلك يصبح للمناب لديه مدينان[1].

وواضح أن الانابة الكاملة لا يوجد أي تشابه بينها وبين الكفالة لأن المناب يلتزم بصفة أصلية مكان المدين اتجاه الدائن فليس أمام الأخير سوى مدين واحد.

أما اللّبس فقد يظهر بين الانابة الناقصة والكفالة وبالتالي فإن المناب يلتزم إلتزاما أصليا بجانب المنيب في مواجهة الدائن، إي المناب لديه ولا يعتبر المناب كفيلا للمنيب في مواجهة

المناب لديه. ومن ثم لا يستطيع المناب أن يدفع بضرورة الرجوع أولا على المنيب، ولا يجوز له أن يتمسك بالدفع بتجريد أموال المنيب أولا [2]، وغير ذلك من الأحكام التي سوف نقوم بتفصيلها في الفصل الثاني من المذكرة.

المبحث الثاني: انعقاد الكفالة

لصحة عقد الكفالة يجب أن تتوافر فيه الاركان العامة لباقي العقود فيجب أن تتوافر فيه رضا طرفيه الذي يعتبر الأساس القانوني لكل العقود، وكذلك لا بد أن يكون له المحل والسبب صحيحين، وفي حال توافر هذه الأركان يتم البحث أيضا حول كيفية اثبات الكفالة وتفسيرها.

حيث سنتناول في هذا المبحث التراضي في عقد الكفالة في المطلب الأول ثم المحل والسبب في المطلب الثاني ثم إثبات الكفالة وتفسيرها في المطلب الثالث.

---

[1]– محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**، النظرية العامة للالتزامات ج2، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 355

[2]– نبيل ابراهيم سعد، **التأمينات الشخصية والعينية**، المرجع السابق، ص 300

المطلب الأول: التراضي في عقد الكفالة.

تعد الارادة الركيزة الأساسية في تكوين العقود بصفة عامة والكفالة بصفة خاصة وهي ما تعرف أيضا بتراضي الأطراف أي بمعنى ارتباط الايجاب مع القبول لإحداثأثر قانوني والمتمثل في عقد الكفالة، وحتى يكون التراضي منتجا لإثاره يشترط أن يصدر صحيحا من ذي أهلية قانونية وكذا سلامة رضاه من احدى عيوب لإرادة، وهو ما سيتم التطرق إليه من خلال هذا المطلب في فرعين الأول حول صدور التراضي أما الفرع الثاني فخصص لدراسة صحة التراضي

الفرع الأول: صدور التراضي

يشترط لانعقاد الكفالة صدور ايجاب وقبول من طرفي العقد، وذلك بإحدى وسائل التعبير عن الإرادة، وأن يتطابق الايجاب مع القبول على عناصر العقد الجوهرية.إن صدور هذا القبول يشترط في صاحبه توفر مجموعة من الشروط المنصوص عليها قانونا والمتعلقة بالكفيل الذي سيقدمه المدين كضمان له

وبالتالي فإن نطاق دراسة هذا الفرع سيكون أولا حول تطابق الايجاب مع قبول ثم إلى الشروط الواجب توافرها في الكفيل الذي يلتزم المدين بتقديمه ثانيا.

أولا: تطابق الايجاب مع قبول في عقد الكفالة

تقضي المادة 59 من القانون المدني الجزائري على أنه "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان عن إرادتيها المتطابقتان دون الاخلال بالنصوص القانونية".

يتضح من خلال هذا النص أنه لوجود الرضا لابد وأن توجد ارادتين قد عبر عنهما، وأن تتطابق أحدهما مع الأخرى فتتجه إلى احداث نفس الأثر القانوني. فتصدر الارادة من احد

الطرفين أولا أي الكفيل يعرض عن الطرف الأخر،[1] أن يتعاقد معه وهو الدائن وهذا هو الإيجابثم تليها الإرادة الثانية مطابقة لها وهو القبول[2]

أما عن طرق التعبير عن هذه الارادة فباستقرائنا للنصوص المنظمة لعقد الكفالة في التقنين المدني، فإن المشرع لم يعالج هذه المسألة إلا أنه رجوعا إلى القواعد العامة لنظرية العقد، فإنه وطبقا للمادة 60 [3] من التقنين المدني الجزائري" التعبير عن الارادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما قد يكون بإيجاد موقف لا يدع شك في دلالته على مقصود صاحبه" ولا يجوز أن يكون التعبير عن الارادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الاطراف على أن يكون صريحا."

يتضح من نص هذه المادة أن التعبير عن الارادة يكون صريحا كما قد يكون ضمنيا وعليه فإنه عند تطبيق هذا المبدأ على عقد الكفالة فإن الدائن يجوز له ابرام عقد الكفالة بأي طريق من طرق التعبير عن الارادة سواء كان صريحا أو ضمنيا، إلا أن الاشكال يثور حول الكفيل وطرق تعبيره عن ارادته، المشرع الجزائري لم يفصل في هذه المسألة تاركا ذلك إلى الفقه إلاّ أنه بالرجوع إلى القوانين المقارنة نجد أن المشرع الفرنسي قد فصل في هذه المسألة بنصه بوجوب أن يكون رضا الكفيل صريحا وذلك طبقا للمادة 2015 من التقنين المدني الفرنسي أيضا المشرع العراقي الذي نص في المادة 1009 من القانون المدني العراقي على أنه " تنعقد

---

[1]– المادة 59 من الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[2]– بلحاج العربي، **النظرية العامة لالتزامات في القانون المدني الجزائري**، الجزء1 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص ص 131–132.

[3]– المادة 6 من الأمر 75– 58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق .

الكفالة بإيجاب وقبول من الكفيل والمكفول له [1]، أما المشرع المصري فشأنه شأن المشرع الجزائري لم يحدد كيفية تعبير الكفيل عن ارادته إلى أن الرأي الغالب فقها في مصر يتجه ما اتجهت إليه نص المادة 2015 من التقنين المدني الفرنسي، وحجتهم بذلك لخطورة العقد الذي يقدم الكفيل لإبرامه كونه عقد تبرعي وبالتالي يشترط الرضا الصريح الصادر من الكفيل ذاته [2].

وهناك جانب من الفقه يرى بضرورة تطبيق القواعد العامة على عقد الكفالة أي لا يشترط الرضا الصريح للكفيل وذلك كون أن حماية الكفيل تتحقق بتطبيق نص المادة 151 من القانون المدني المصري ويقابلها المادة 112_ 1 من القانون المدني الجزائري والتي تقتضي بأن الشك يفسر لمصلحة المدين، وهو الكفيل هنا [3].

إلا أننا نوافق الراي الاول الذي يستند لوجوب أن يكون تعبير الكفيل عن ارادته صريحا لأنه من استقرائنا لنص المادة 645 من القانون المدني الجزائري التي تقضي صراحة بوجوب اثبات الكفالة كتابة إذ تعد قرينة على وجوب أن يكون تعبير الكفيل عن ارادته صريحا لا ضمنيا، اضافة إلى ذلك بالنظر إلى خطورة العقد الذي يقدم الكفيل لإبرامه مع الدائن كونه عقد تبرعي يفرض أن يكون التعبير عنه صريحا لا ضمنيا ولا سكوتا ملابسا.

وعليه فإن التعبير عن الارادة في عقد الكفالة يكون بتطابق الايجاب مع قبول الكفيل والدائن ويكون التعبير عن الارادة بالنسبة للدائن إما صراحة أو ضمنيا أو حتى السكوت فيعتبر

---

[1]–عدنان إبراهيم ،السرحان **شرح القانون المدني**، العقود المسماة في المقاولة والوكالة والكفالة، مكتبة دار الثقافة للنشر، ص ص 188، 190.

[2]– سمير عبد السيد تناغو، **التأمينات الشخصية والعينية**، المرجع السابق، ص 37

[3]– محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 35

قبولا متى توافرت فيه الشروط المنصوص عليها في المادة 68 ف 1 [1] من القانون المدني الجزائري، أما الكفيل فالرأي الغالب فقها أن يكون تعبيره عن الارادة صريحا لا لبس فيه.

ثانيا: شروط الكفيل الذي يلتزم المدين بتقديمه:

تنص المادة 646 من القانون المدني على أنه" إذا التزم المدين بتقديم كفيل وجب أن يقدم شخصا موسرا ومقيما بالجزائر، وله أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا.

يتضح من خلال هذا النص أنه يجب توافر شرطين في الكفيل الذي يلتزم المدين بتقديمه وهما:

1: **يسار الكفيل:** يشترط في الكفيل الذي يلتزم المدين بتقديمه أن يكون ميسور الحال أي لديه القدرة على الوفاء بالإلتزام الذي يضمنه، إذ لا تصح الكفالة من شخص معسر، وعبء اثبات يسار الكفيل يقع على المدين الذي قام بتقديمه، ويقاس يساره بما له من اموال منقولات أو عقارات بشرط أن تكون قابلة للحجر عليها،[2] وإذا ادعى الدائن خلاف ذلك أي عدم قدرة الكفيلتسديده الكفالة –عدم يساره–، فعليه أن يثبت ذلك.[3] وفي كل الأحوال تبقى مسألة تقدير إن كان الكفيل موسرا أم لا تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يحكم بناءا على القرائن المتوفرة أمامه.

---

[1]– انظر المادة 68 فـ1 من الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق

[2]– وذلك طبقا لأحكام المواد 635 وما يليها والمتعلقة بالأموال التي لا يجوز الحجز عليها من القانون 08–09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية

[3]– سمير عبد السيد تناغو، **التأمينات الشخصية والعينية**، المرجع السابق، ص 32

2- الاقامة في الجزائر

بحيث تشترط نص المادة 646 من القانون المدني الجزائري اضافة إلى شرط يسار الكفيل أن يكون مقيما في الجزائر والعلة في ذلك هو سهولة مقاضاته والتنفيذ عليه عند الاقتضاء ولا يشترط أن يكون مقيما في موطن المدين كما تشرط بعض التشريعات كالتشريع الفرنسي بل يكفي أن يكون مقيما في أي مكان في الجزائر، وشرط اقامة الكفيل في الجزائر لا يفهم منه اشتراط أن يكون الكفيل جزائري الجنسية بل يصح أن يكون اجنبيا ما دام مقيما في الجزائر.

الفرع الثاني: صحة التراضي

سبق الاشارة ان الكفيل يتقدم عادة متبرعا لضمان الدين، أي أنه يلتزم بدون مقابل بضمان دين لا مصلحة له فيه، ولذلك يجب أن تتوافر فيه أهلية التبرع، ولما كانت الكفالة تعود على الكفيل بضرر محقق وجب أن يكون فيه الاهلية اللازمة لذلك غير المشيبة بإحدى عيوبها هذا إذا ما تم البحث من جهة الكفيل وإلا كانت باطلة بطلانا مطلقا أو كانت معرضة للإبطال. أما من جهة المدين فإن الأحكام تختلف وهو ما سوف نحاول تفصيله في هذا الفرع على الشكل الآتي: أولا: الاهلية في عقد الكفالة.

ثانيا: سلامة الرضا من العيوب

أولا: الأهلية

تختلف الأحكام المطبقة على الاهلية اللازمة لإبرام عقد الكفالة بالنسبة للكفيل عن الاحكام المتعلقة بالأهلية بالنسبة للدائن.

أ-أهلية الكفيل:

سبق الاشارة أن الكفيل يتقدم عادة متبرعا لضمان الدين، أي أنه يلتزم بدون مقابل لضمان دين لا مصلحة له فيه، ولذلك يجب أن تتوافر فيه أهلية التبرع[1]. ولما كانت الكفالة تعود على الكفيل بضرر محقق وجب أن يكون راشدا متمتعا بقواه العقلية وغير محجور عليه، وإلا وقعت كفالته باطلة بطلانا مطلقا[2].

وعلى ذلك لا يجوز للقاصر ولا للمحجور عليه أن يكفل الغير متبرعا فإن كفل كانت الكفالة باطلة، كما لا يجوز للولي أو الوصي القاصر أو المحجور عليه، ولو بإذن المحكمة عقد كفالة أي باعتباره كفيلا، لأنه يمتنع التبرع بمال القاصر أو المحجور عليه فلا بد إذا للكفيل أن يكون بالغاسن الرشد غير محجور عليه.

ويجوز الكفالة باسم الشخص المعنوي من المفوض له بذلك، ويجوز للشريك كامل الاهلية أن يكفل الشركة التي هو شريك فيها، كما يجوز للشركة أن تكفله[3].

وإذا اعطى الكفيل توكيلا لشخص بكفالتهفإنه يشترط أن تتوافر في الوكيل الأهلية اللازمة للعقد الذي يباشره الوكيل نيابة عنه، وذلك لأنه إذا كان العقد ينعقد بإرادة النائب فإنه ينتج أثره في ذمة الأصيل، فيجب إذن أن تتوافر في الموكل أي الكفيل أهلية التبرع ولكن يشترط مع ذلك أن يكون الوكيل أهلا لأن تصدر منه إرادة مستقلة لأنه يعبر عن إرادته هو، فيجب أن يكون مميزا ولو كان غير بالغ سن الرشد مع امكانيته المطالبة بإبطال عقد الوكالة

---

[1]- راجع أحكام المادة 40 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني.

[2]- محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 33.

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، الجزء1: التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، مصر، 2004، ص 69.

ب-أهلية الدائن:

أما بالنسبة للدائن وهو الطرف الآخر في عقد الكفالة، فإن الكفالة تعتبر بالنسبة له عملا نافعا نفعا محضا، حيث أنه لا يلتزم في العادة بمقابل ولذلك فلا يشترط فيه إلا أهلية قبول التبرع. أما إذا كانت بمقابل فيجب أن يكون كامل الأهلية لكي تكون الكفالة صحيحة، وإلا فإنها تكون قابلة للإبطال لمصلحته

ثانيا: سلامة الرضا من العيوب

حتى يكون عقد الكفالة صحيحا، يجب طبقا للقواعد العامةألاّ يكون الرضا في هذا العقد مشوبا بما يلحق الإرادة من عيوب، أي الغلط أو التدليس أو الاكراه أو الاستغلال وإلا أصبحت قابلة الإبطال.

فإذا اتصل برضا المتعاقد عيب الغلط وهو تصور يقوم في ذهن الشخص يجعله يعتقد الامور على غير حقيقتها، بشرط أن يكون الغلط بوصفه جوهريا، إذا بلغ حدا من الجسامة وذلك حسب المادة 82[1] من القانون المدني الجزائري، وعليه وتطبيقا لهذا المبدأ العام فإنه لا يجوز للكفيل أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة نتيجة وقوعه في الغلط إلا إذا كان الغلط جوهريا وأن يبلغ حدا من الجسامة بحيث لو كان يعلم بحقيقته مسبقا لما أقدم على ابرامه ومثاله الغلط في شخصية المدين بحيث كان يعتقد يساره وإذابه بالعكس.[2]

[1]- المادة 82 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[2]- فاضلي ادريس، **الوجيز في النظري العامة للالتزام**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 79.

وعليه وتطبقها للقواعد العامة الواردة في القانون المدني[1] يكون عقد الكفالة قابلا للإبطال في حال وقوع الكفيل في غلط جوهري في صفة الشيء محل التعاقد أوفي صفة ذات المتعاقد – المدين–بحيث لوكان عالما بهما قبل ابرام الكفالة ما كان ليقدم على إبرامها.[2]

كما أن عقد الكفالة قد يتعرض للإبطال إذا تم استخدام طرق تدليسيه التي غالبا ما تكون من جانب المدين للدفع بالكفيل لإبرام الكفالة والتدليس هو استعمال طرق احتيالية من شأنها أن تخدع المدلس عليه وهو الكفيل وتدفعه الى ابرام عقد الكفالة فهو إذا يفترض قيام عنصرين عنصر مادي وهو استعمال الحيل وعنصر شخصي وهو أن تكون هذه الحيل من الجسامة بحيث لولاها ما ابرم الكفيل العقد.[3]

المطلب الثاني: المحل والسبب

يعرَّف المحل على أنه ما يلتزم المدين به اتجاه الدائن بينما السبب عرَّف على أنه الغرض أو الغاية التي يقصد الملتزم الوصول إليها من وراء تحمله هذا الإلتزام، وذلك طبقا للقواعد العامة والاشكال يثور هنا حول امكانية تطبيق النظرية العامة للمحل والسبب على عقد الكفالة، وهو ما سوف يتم البحث فيه من خلال هذا المطلب.

الفرع الاول: المحل

المحل في عقد الكفالة هو ضمان تنفيذ الإلتزامالأصلي من طرف الكفيل والوفاء به إذا لم يفِ به المدين نفسه، وهذا ما يدل على تبعية إلتزام الكفيل للإلتزامالأصلي، وعليه يشترط أيضا لصحة محل الإلتزامالأصلي مع الأخذ بعين الاعتبار خصوصية عقد الكفالة.

---

[1]– راجع أحكام المواد 81 وما يليها من الأمر 75–58،المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[2]– رمضان أبو السعود، **مصادر الالتزام**، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003، ص 108–109.

[3]– عليعلي سليمان، **النظرية العامة للالتزام**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، صص 60–61–62.

أولا: وجودالإلتزام الأصلي أو قابلية للوجود

وجود الإلتزام الأصلي وجودا فعليا لا يثير أي إشكال إلاّ أنه يكون التساؤل حول كفالة الإلتزام المستقبلي ومدى جوازه أيضا حكمالإلتزام المشروط على شرط وافق أو شرط فاسخ، وهو ما سوف يتم البحث عنه في هذه النقطة.

1- كفالة الإلتزام المستقبلي

لقد اجاز المشرع الجزائري إمكانية كفالة الدين المستقبلي وذلك في المادة 650 من التقنيين المدني الجزائري [1]، حيث نصت على أنه "يجوز الكفالة في الدين المستقبلي"، وصحة الإلتزام المستقبلي في عقد الكفالة لا تعدو إلا أن تكون تطبيقا للقواعد العامة لنظرية العقد الواردة في المادة 92 [2]،و المقررة بأنه "يجوز أن يكون محل الإلتزام شئنا مستقبلا".

وكفالة الدين المستقبلي شائعة في العمل ومثال ذلك كفالة الاعتماد الذي يفتحه البنك لاحد عملاقة، كما يجوز كفالة المدير أو أحد الشركاء لإلتزامات الشركة المستقبلية، كما يجوز كفالة الرصيد لمدين الحساب الجاري [3].

تجدر الإشارة أنه يتضح من نص المادة 650 السالفة الذكر أنه يجب أن يحدد مقدار الدين المستقبلي المكفول، والعلة من وضع هذا القيد واضحة حيث أنه يقصد من وراء ذلك حماية الكفيل لأنه يقوم على كفالة دين مستقبلي لم يوجد بعد. فلا أقل من تحديد المبلغ الذي يكفله حتى لا يتورط في كفالة دين لم يوجد ولم يعلم بمقداره. أما الفقرة الثانية من ذات المادة

---

[1]- المادة 650 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق

[2]- المادة 92 من لأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق

[3]- نبيل ابراهيم سعد، **التأمينات الشخصية**، المرجع السابق، ص 54.

فقد إجازة للكفيل إذا لم يعين مدة للكفالة أن يرجع فيها في أي وقت ما دام الدين المكفول لم ينشأ، وهذا أيضا يعد تطبيقا للقواعد العامة في العقود غير المحددة المدة والتي تجيز لأي من من أطرافها أن ينهي العقد بإرادته المنفردة[1].

أما إذا عين للكفالة مدة فإنه لا يجوز له أن يرجع عنها طوال هذه المدة أما إذا انقضت المدة دون أن ينشأ الدين برأتذمة الكفيل بصفة نهائية [2].

2- كفالة الإلتزام الشرطي

لقد أضافت المادة 650 [3] من القانون المدني الجزائري على أنه" كما يجوز الكفالة في الدين المشروط" .

ومعنى الدين المشروط أن يعين محله، تطبيقا للقواعد العامة فإنه يجوز كفالة الدين الشرطي سواء كان الدين الأصلي معلقا على شرط وافق أو معلق على شرط فاسخ[4]، وبصفة عامة تكون الكفالة تابعة للإلتزامالأصلي فتكون معلقة على ذات الشرط المعلق عليه الدين الاصلي.

فإذا كان الإلتزامالأصلي معلقا على شرط وافق يكون إلتزام الكفيل معلقا على ذات الشرط، فإذا تخلف الشرط زال الدين الاصلي بأثر رجعي، واعتبر كأن لم يكن، ويزول معه

---

[1]- زهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 38

[2]- نبيل ابر اهيم سعد، **التأمينات الشخصية والعينية**، المرجع السابق، ص 56

[3]- انظر المادة 650 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق

[4]- راجع أحكام المواد من 203 إلى 208 من الأمر 75-58، المرجع السابق

بالتبعية إلتزام الكفيل، ويعتبر كأن لم يكن أما إذا تحقق الشرط الواقف تأكد الإلتزامالأصلي أي ينفذ بأثر رجعي وينفذ إلتزام الكفيل بالتبعية [1].

أما إذا كان الإلتزامالأصلي معلقا على شرط فاسخ فإن إلتزام الكفيل يكون أيضا معلقا على شرط فاسخ، ويسرى عليه ما يسرى على الإلتزامالأصلي من أحكام فإذا تخلف الشرط الفاسخ صار الدين الأصلي باتا، ويكون إلتزام الكفيل بالتبعية باتا، أما إذا تحقق الشرط الفاسخ فإن الدين الاصلي باتا، أما إذا تحقق الشرط الفاسخ فإن الدين الاصلي ينفسخ بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن [2].

ثانيا: تعيين الإلتزام المكفول أو قابلية للتعيين

بالرجوع إلى الأحكام المتعلقة بعقد الكفالة في القانون المدني نجد أنه لا وجود لنص صريح ينص بوجوب تعيين الإلتزام المكفول بجميع عناصره، إلا أنه استنادا إلى المبادئ العامة التي تحكم العقود تقضي بضرورة تعيين محل الإلتزام أو على الأقل قابلية للتعيين[3]، وبما أن الكفالة عقد شأنها شأن باقي العقود فإنه يستوجب بالضرورة أن يكون المحل فيها معينا كفالة محددة، أو قابلا للتعيين –كفالة مطلقة– وهو ما سوف يتم تفصيله في هذه النقطة.

1- المحل معين (كفالة محددة)

قد يقوم الكفيل بتحديد محل إلتزامه تحديدا دقيقا، وهذا الاتفاق جائز ويخضع لقاعدة مفادها أن إلتزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من إلتزام المدين، ولكن يجوز أن يكون أخف

---

[1]– نبيل ابراهيم سعد، **التأمينات الشخصية والعينية**، المرجع السابق، ص 57.

[2]– زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص ص 38، 39.

[3]– وذلك طبقا للمادة 92 من الأمر 74–58 التي تنص على أنه يجوز أن يكون محل الالتزام سبب مستقبلا ومحققا.

منه [1] وذلك استنادا إلى نص المادة 652 [2] من التقنيين المدني التي تنص على أنه "لا يجوز للكفالة أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول، ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشروط أهون".

بتحليل نص هذه المادة نجد أنها تتكون من حكمين: الأول عدم جواز أن يكون إلتزام الكفيل أشد من إلتزام المدين والثاني جواز أن يكون إلتزام الكفيل أخف من التزام المدين .

أ- عدد جواز أن يكون إلتزام الكفيل أشد من إلتزام المدين:فلا يجوز أن يكون مقدار إلتزام الكفيل المدين، ولا يجوز أن يكون إلتزام الكفيل منجزا بينهما إلتزام المدين مضافا إلى أجل أو أن يكون إلتزام الكفيل باتا فيهما إلتزام المدين معلقا على شرط وإذا حدد إلتزام الكفيل يقدر إلتزام المدين فإن الكفيل يستفيد من كل تغيير ولكنه لا يضار من هذا التغيير [3].

وإذا خولفت هذه القاعدة بأن كان إلتزام الكفيل أشد من إلتزام المدين، فلا يبطل عقد الكفالة، ولكن يرد إلتزام الكفيل إلى إلتزام المدين وذلك طبقا لنظرية البطلان الجزئي الواردة في نص المادة 104 [4] من التقنين المدني الجزائري.

ب- امكانية أن يكون إلتزام الكفيل أخف من إلتزام المدين: للكفيل أن يلتزم بمبلغ أقل من المبلغ المطلوب من الدين أو بشرط أخف من شروط الدين الأصلي كأن يلتزم بجزء من الدين فقط. أو أن يكون إلتزامه مقترنا بشرط أو أجل في حين أن الدين الأصلي ليس كذلك.[5]

---

[1]- عدنان ابراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 196.

[2]- المادة 652 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق

[3]- سمير عبد السيد تناغوا، **التأمينات الشخصية والعينية**، المرجع السابق، ص 53.

[4]- تنص المادة 104 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني على أنه:" إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل .."

[5]- كامل مرسي باشا، **شرح القانون المدني التأمينات الشخصية العينية**، منشأة المعارف، مصر، 2005، ص 56.

2- المحل قابل للتعيين الكفالة المطلقة

وهنا الكفيل لا يعين محل إلتزامه وإنما يقوم بتعيين الدين الذي يكلفه وهو ما يجعل محل إلتزامه قابلا للتعيين.

فيجب أن يعين الكفيل الدين المكفول تعيينا نافيا للجهالة، ويكون ذلك بتعين أطراف الدين ومحله ومصدره .

فيجب تحديد أطراف الدين وهو الدائن والمدين، أيضا وجب تحديد محل الإلتزام المكفول إن كان عقارا أو بضاعة أو غيرها، أيضا يجب تعين الإلتزام المكفول من حيث مصدره هل هو بيع أو قرض أو حصة في شركة.[1]

والتزام الكفيل في هذا النوع من الكفالة لا يتحدد فقط بأصل الدين وإنما يتعداه إلى

مصروفات المطالبة الاولى وكل ما يستجد من مصروفات بعد اخطار الكفيل وذلك استنادا إلى نص المادة 653 التي تنص على أنه :" إذا لم يكن هناك اتفاق خاص، فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الاولى وما يستنجد من مصروفات بعد اخطار المدين."

ثالثا: صحة الإلتزام المكفول

طبقا لنص المادة 648 [2] من القانون المدني فإنه : " لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الإلتزام المكفول صحيحا " غير أن التساؤل الذي يثار هنا حول حكم كفالة الإلتزام الباطل أو كفالة الإلتزام القابل للإبطال.

---

[1]- المادة 653 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني

[2]- المادة 648 من الامر 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق

1- كفالة الإلتزام الباطل

حتى يكون إلتزام الكفيل قائما وصحيحا يجب أن يكون إلتزام المدين الأصلي كذلك بداية. وهذا مقتضى التبعية، فإلتزام الكفيل يدور مع الإلتزام الأصلي صحة بطلانا ووجودا وعدما (كما هي القاعدة في أي عقد تابع).

وبناءا عليه تكون كفالة الإلتزام الباطل باطلة مثلها في ذلك مثل الإلتزام المكفول ذاته، فإذا كان هذا الإلتزام باطلا بطلانا مطلقا كانت كفالته وهي تابعة له باطلة مثله [1].

ولا يكون الإلتزام باطلا إلا إذا كان إلتزاما عقديا، أما الإلتزام غير العقدي فإن القانون نفسه لا الإرادة هو الذي يتكفل بإنشائه باستمداده من مصدره، فلا يتصور أن يكون باطلا فالإلتزام الباطل إذن هو الإلتزام الذي يراد إنشاؤه بعقد باطل.[2]

ومن أمثلة العقد الباطل دين المقاهرة أو الرهان والدين الذي يكون محله غير موجود أو مستحيلا أو غير مشروع، والدين الذي يقوم على سبب غير مشروع، والدين الذي يكون مصدره التعاقد على شركة مستقبلية والدين الذي يكون مصدره هبة باطلة لعيب في الشكل، كل هذه أمثلة عن ديون باطلة، لأن مصدرها عقد باطل، وعلى ذلك لا يجوز كفالتها، ويكون إلتزام الكفيل في هذه الحالة باطلا من ذات الإلتزامالمكفول [3].

---

[1]- احمد شرف الدين، **التأمينات الشخصية والعينية**، منشأة المعارف، مصر، 2001، ص 28

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 35

[3]- قدري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 75

2- كفالة الإلتزام القابل للإبطال

إذا كان الإلتزامالأصلي المكفول قابلا للإبطال فإن الكفالة تكون أيضا قابلة للإبطال[1] فإذا صدر حكم ببطلانه بناءا على طلب المدين سقطت الكفالة تبعا لذلك، أما إذا أصبح الإلتزامالأصلي القابل الإبطال صحيحا بالإجازة، فإن هذا الإلتزام يصبح صحيحا نهائيا بالنسبة للكفيل[2].

وطبقا لنص المادة 645- ف1[3] من القانون المدني فإنها خولت للكفيل التمسك بإبطال إلتزامه نتيجة قابلية الإلتزام الاصلي للإبطال وذلك من خلال نصها على أنه." يبرأ الكفيل بمجرد براءة الكفيل المدين، وله أن يتمسك بجميع الاوجه التي يحتج بها المدين .

وعلية يكون الإلتزام المكفول قابلا للإبطال بسبب نقص الاهلية أو عيب من عيوب الإرادة كالغلط أو التدليس أو الاكراه أو الاستغلال فإن عقد الكفالة أيضا يكون قابلا للإبطال تطبيقا لفكرة التبعية[4].

الفرع الثاني: سبب الكفالة

يعد السبب ركنا أساسيا في العقد ويتنازع في تحديد مفهوم السبب نظريتان: أحداهما تسمى النظرية التقليدية في السبب وهي التي لا تعتد إلا بالسبب القريب أي الغرض المباشر الذي يهدف إليه المتعاقد[5]، والنظرية الاخرى تسمى بالنظرية الحديثة في السبب وهي تعتد

---

[1]- زهية يوسف، المرجع السابق، ص 42

[2]- المرجع نفسه، ص 42

[3]- المادة 645 من الامر 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[4]- سمير عبد السيد تناغوا، **التأمينات الشخصية والعينية**، المرجع السابق، ص 41

[5]- محمد صبر السعدي، **شرح القانون المدني الجزائري**، النظرية العامة للإرادة، المرجع السابق، ص 224

بصفة أساسية بالباعث الدافع إلى التعاقد[1] وهي موقف المشرع الجزائري من خلال نص المادة 98 من التقنين المدني.[2]

وفي عقد الكفالة نجد صعوبة في تطبيق نظرية السبب ومرد ذلك هو طبيعتها الخاصة باعتبارها عملية قانونية تجمع في طياتها 03 علاقات مختلفة الاولى تجمع بين الدائن والمدين أما الثانية فتثاربين الدائن والكفيل والأخيرة بين الكفيل والمدين[3].

غير أنه بما أن عقد الكفالة يصنف ضمن العقود الملزمة للجانب الواحد وهو الكفيل هنا وبالتالي فيثار البحث حول إن كان يستطيع الكفيل أن يحتج في مواجهة الدائن بما قد اعترى علاقته بالمدين من عدم وجود السبب أو من عدم مشروعية الباعث أم لا،وبناءا على ذلك يمكنه المطالبة ببطلان عقد الكفالة.

فإذا كان المتفق عليه أن للكفيل التمسك بإبطال الكفالة لعدم مشروعية سببه الذي يربطه بالدائن شان من يكفل دين امرأة (الدائن) على أخر بقصد انشاء علاقة غير مشروعة، فلقد اختلف فيما إذا كان للكفيل التمسك بالإبطال لعدم مشروعية باعثه للتعاقد تجاه المدين كما لو تمت كفالة دين على امرأة بقصد انشاء علاقة غير مشروعة معه .

ذهب البعض إلى أن التزم الكفيل اتجاه الدائن إلتزام مجرد دائما بما لا يجوز معه للكفيل أن يحتج قبل الدائن بما يكون له أن يتمسك به قبل المدين من دفوع متعلقة بالسبب[4] بينما يذهب الرأي الغالب على عكس ذلك ويرون أن التقنين المدني يستلزم أن يكون الباعث الرئيسي

---

[1]– رمضان أبو السعود، **مصادر الالتزام**، المرجع السابق، ص 160

[2]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 76

[3]– نبيل ابراهيم سعد، **التأمينات الشخصية والعينية**، المرجع السابق، ص 334

[4]–همام محمد محمود زعران، المرجع السابق، ص 89

الدافع إلى التعاقد مشروع، وذلك استنادا إلى نص المادة 97 [1] من القانون المدني، ويستبعد بالتالي فكرة التصرف المجرد كقاعدة عامة على اعتبار أن المشرع اشترط مشروعية سبب العقد

في ذاته بغض النظر عن صلته بطرفي العقد ولم يورد إي نص في أحكام عقد الكفالة ما يستثني من هذه القاعدة[2].

أما فيما يتعلق بمسألة إثبات سبب الكفالة فإنه وطبقا للقواعد العامة [3] فيفترض أن يكون السبب مشروعا، فإذا ادعى الكفيل أن السبب غير مشروع فعليه اثبات ذلك، بأن يثبت عدم مشروعية السبب وعلى علم الدائن بالباعث الرئيسي الدافع إلى ابرام الكفالة أو عن امكانية علمه بذلك، وله في ذلك أن يلجأ إلى كافة طرق الاثبات[4].

المطلب الثاني: اثبات الكفالة وتفسيرها

الفرع الأول: اثبات الكفالة

نصت المادة 645 [5] من القانون المدني الجزائري على أنه " لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الحائز إثبات الإلتزامالأصلي بالبنية."

والملاحظ أن المشرع في هذه المادة قد خرج عن القواعد العامة في الاثبات والتي تجيز الاثبات بالبنية في المبالغ التي تساوي أو تقل عن 100 ألف دينار جزائري [6] والحكمة من هذا

---

[1]– المادة 97 من الأمر 75–58 ،المتضمن القانون المدني،المرجع السابق .

[2]– نبيل ابراهيم سعد، **التأمينات الشخصية والعينية**، المرجع السابق، ص 344.

[3]– وذلك تطبيقا لنص المادة 98 من الامر 75–58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق .

[4]– مصطفى عبد الجواد حجازي، المرجع السابق، ص ص 91–92 .

[5]– المادة 645 من الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[6]– وذلك طبقا لنص المادة 333، المرجع نفسه

التشدد في اثبات الكفالة هو أن الكفيل سوف يلتزم ويكون مسؤولا عن الوفاء بإلتزامالمدين، إذا لم يف به المدين، وعادة يكون إلتزام الكفيل بدون مقابل، فلذلك استلزم المشرع أن يكون إثبات هذا الإلتزام بالكتابة حتى ينبه الكفيل إلى خطورة ما هو مقدم عليه، ولهذا السبب نفسه قد اشترط المشرع الفرنسي أن يكون رضا الكفيل صريحا [1].

وعموما ما يستندمن نص المادة 645 السالفة الذكر نتيجتين [2]

الأولى: أن عقد الكفالة عقد رضائي لا يتوقف ابرامه على استناد شكل خاص ومما يقطع بذلك أنه في حالة تخلف الكتابة، جاز اثبات الكفالة بما يقوم مقام الكتابة من اقرار ويمين،وهو ما يدل على أن الكتابة مستلزمهللإثبات وليس للانعقاد

الثانية: أن الكتابة مستلزمة بإطلاقها لإثبات الكفالة أيا كانت قيمة إلتزام الكفيل على خلاف القواعد العامة المقررة في نص المادة 333 من القانون المدني سواء حدد بالمطابقة للإثبات الاصلي أو بأقل منه، وكذلك تستلزم الكتابة لإثبات كل تعديل في عقد الكفالة.

وتبرر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني نص هذه المادة [3] على أنه" : يجب فيما يتعلق بالكفالة الخروج عن القواعد العامة في الإثبات لأن إلتزام الكفيل هو أساسا من الإلتزامات التبرعية، فيجب أن يستند إلى رضا صريح قاطع. قد يكون من العسير أو قد يستحيل أحيانا تعرف طبيعة تدخل الكفيل، وتحديد مدى إلتزامه ونوع كفالته عن طريق شهادة الشهود وحدها، ولذلك قلما تتم الكفالة عملا يغير كتابة، كما ينذر أن يلجأ الدائن في دعواه ضد

---

[1]– رمضان أبو السعود، **التأمينات الشخصية والعينية**، المرجع السابق، ص 97

[2]– همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 90

[3]– المادة 782 من التقنين المدني المصري.

الكفيل إلى الاثبات بالبنية، فلهذه الاسباب قد قرر المشرع حماية للكفيل عدم جواز اثبات الكفالة إلا بالكتابة.[1]

وما يجدر الاشارة إليه هو أن شرط الكتابة ليس شرطا للانعقاد وإنما هو شرط للإثبات بمعنى أن الكفالة عقد رضائي قائم ومنتج لإثاره طالما أنه مستوف لأركانه وشروط صحته، ولو لم يكن مكتوبا، وكل ما يثار عند تخلف الكتابة يتعلق بإثبات العقد وليس بوجوده، ومع ذلك يجوز اثبات الكفالة عند تخلف الكتابة بما يقوم مقامها كالإثبات باليمين والاقرار[2] كما أنه يجوز اثبات عقد الكفالة بشهادة الشهود إذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابة أو في حال وجود مانع مادي أوأجنبي[3].

والتساؤل الذي يثار حول موضوع اثبات عقد الكفالة يتمحور حول حكم الوعد بالكفالة وكيفية اثباته؟

بالرجوع إلى الإحكام المنظمة لعقد الكفالة نجد أن المشرع لم يفصل في هذه المسألة، إلا أنه رجوعا إلى القواعد العامة الواردة في التقنين المدني وتحديدا المادة 71[4] من القانون المدني فإنه يستنتج أن اثبات الوعد بالكفالة يكون بالكتابة أيضا كما يشترط في اثبات عقد الكفالة لأن ، الوعد بعقد الكفالة هو الآخر يقوم مقام عقد الكفالة بذاته [5].

---

[1]– عبد الرزاق أحمد السنهوري ،**الوسيط في شرح القانون المدني**، الجزء 10، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 97.

[2]– وذلك طبقا لنص المادة لأحكام المواد 335–336 من الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[3]– نبيل إبراهيم سعد ،**التأمينات الشخصية والعينية**، المرجع السابق، ص 347.

[4]– انظر المادة 71 من الامر 75– 58 المتضمن القانون المدني

[5]– نبيل ابراهيم سعد، **التأمينات الشخصية والعينية**، المرجع السابق، ص 347

الفرع الثاني: تفسير الكفالة

القاعدة أنه لا يجوز التوسع في تأويل الكفالة بل يجب تفسيرها بكل دقة وعند وجود الشك يكون لمصلحة الكفيل، والعلة في ذلك كونها تصنف ضمن عقود التبرع وقد يترتب عليه ضرر بالكفيل إذا ما اضطر للدفع للدائن ولم يكن للمدين شيء عند الرجوع عليه [1]

والمشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذا المبدأ عكس المشرع الفرنسي الذي نص في المادة 2015 من التقنين المدني الفرنسي على أنه لا يجوز أن تتعدى الكفالة الحدود التي عقدت فيها، وعليه فإنه لا يجوز أن تتعدى الكفالة الشيء الذي اعطيت من أجله أي كفالته، ولا يجوز أن تتعدى الشخص المكفول إلى شخص آخر، ولا يجوز أن تتعدى الوقت المتفق عليه إلى وقت آخر.

وتفسير الكفالة مسألة واقع يستقل بتفسيرها قاضي الموضوع دون رقابة على حكمه من المحكمة العليا طالما كان استخلاصه سائغا له أصل ثابت بأوراق الدعوى ومستنداتها، أما التفسير الضيق للكفالة فهو مسألة قانونية يخضع فيها القاضي الرقابة المحكمة العليا[2].

[1]– محمد كامل مرسي باشا، **شرح القانون المدني**، العقود المسماة، منشأه المعارف، مصر، 2005، ص 51

[2]– مصطفى عبد الجواد حجازي، المرجع السابق، ص 96

المبحث الاول: آثار الكفالة

متى انعقد عقد الكفالة صحيحا، فإنه يرتب آثاره فيما بين عاقديه وهما الدائن والكفيل ونظرا الى طبيعتهما الخاصة وهي أنها عقد تابع لإلتزام أصلي فإنه يترتب على ذلك أن تنشأ علاقة بين الكفيل والمدين وذلك في حال ما إذا وفى الكفيل بالدين المكفول كما أنه قد يتعدد الكفلاء سواء بتضامن أو عن غير تضامن وبالتالي تنشأ علاقة بينه أي الكفيل وغيره من الكفلاء .

ولذلك سوف ندرس آثار الكفالة العلاقة فيما بين الكفيل والدائن في المطلب الأول ثم ندرس الآثار المترتبة على وفاء الكفيل للدائن في المطلب الثاني سواء تعلق في علاقته بالمدين أو علاقته بغيره من الكفلاء.

المطلب الاول: علاقة الكفيل بالدائن

علاقة الكفيل بالدائن يحكمها وجهان متقابلان الأول يتمثل في مطالبة الدائن للكفيل عند عدم وفاء المدين به، والثاني المقابل يتمثل في الدفوع المخولة للكفيل لرد مطالبة الدائن له.

وعليه سوف نتطرق في هذا المطلب لدراسة مطالبة الدائن للكفيل في الفرع الأول ثم دفوع الكفيل لرد مطالبة الدائن في الفرع الثاني.

الفرع الاول: مطالبة الدائن الكفيل

أولا: قواعد المطالبة

1- زمان المطالبة

لا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل دينه الناشئ عن عقد الكفالة إلا بعد حلول أجل هذا الدين وإذا لم يوجد اتفاق على تحديد أجل دين الكفيل فإن هذا الاجل يحل باستحقاق دين المدين[1].

ولكن قد لا يحل الالتزامان في وقت واحد، فإذا حل التزام الكفيل قبل حلول التزام الأصيل، فذلك يرجع إما لأنه قد حدد لأجل كل من الالتزامين ولكن التزام الأصيل قد مد أجله باتفاق الأطراف أو بحكم القاضي. وفي الحالتين يكون التزام الكفيل أشد عبئا من التزام الأصيل، فيجب جعل التزام الكفيل متساو في العبء لالتزام الأصيل، أو بأن يستفيد الكفيل من مد أجل الالتزام الأصيل، فيمتد أجل التزامه بالقدر الذي امتد به أجل التزام الاصيل[2].

وبالتالي فإن كل تغيير في أجل الدين يستفيد منه الكفيل ولكن لايضار منه، فإذا حصل المدين على مهلة للوفاء بأمر القاضي أو بإذن الدائن فإن الكفيل يستفيد من هذه المهلة ولا يجوز مطالبته قبل حلول الاجل الجديد، ولكن لا يضار من هذا التأجيل فإذا أراد أن يوفي للدائن بدينه في الأجل القديم، فيجب على الدائن أن يقبل منه هذا الوفاء.

---

[1]- عبد الحميد الشواربي، التعليق **الموضوعي على القانون المدني**، الكتاب الخامس، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، مصر، 2002،ص ص 1302-1303

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، الجزء 10التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 76.

ووجه الضرر الذي قد يلحق الكفيل من تأجيل الدين، أن المدين قد يكون موسرا رغم تأجيل دينه ويخشى عليه الاعسار فيما بعد فتكون من مصلحة الكفيل أن يوفي بالدين دون تأخير ويرجع بما وفاه على المدين قبل أن يصبح موسرا، وإن كان هذا فرض نادر[1].

2- عدم جواز الرجوع على الكفيل قبل الرجوع على المدين

المقصود بالرجوع على المدين قبل الكفيل هو رفع الدعوى أي المطالبة القضائية ولذلك لا يكفي أن يعذر الدائن المدين حتى يحق له أن يرجع على الكفيل بعده، وإذا لم يراعي الدائن هذا الحكم بأن رجع على الكفيل أولا وقبل أن يرجع على المدين، فإن للكفيل أن يدفع بهذا الرجوع بدفع هو الدفع بضرورة رجوع الدائن على المدين [2] وذلك طبقا للمادة 660[3] من القانون المدني. الفقرة الاولى التي نصت على أنه: " لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد الرجوع على المدين" ويتضح من هذا النص أنه لا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل، إلا بعد أن يطالب المدين أولا وله الجمع بين المدين والكفيل في المطالبة، ولذا فإن مطالبة الدائن الكفيل قبل مطالبته المدين يترتب عليه عدم قبول دعواه[4].

ودفع الكفيل مطالبة المدين الدائن بضرورة مطالبة المدين أولا لا يتعلق بالنظام العام لذا يجوز أن ينزل الكفيل عنه مقدما صراحة أو ضمنا وفي هذه الحالة لا يستطيع أن يتمسك به في مواجهة الدائن[5].

---

[1] – سمير عبد السيد تناغوا، **التأمينات الشخصية والعينية**، المرجع السابق، ص ص58-59

[2] -- سمير عبد السيد تناغوا، **التأمينات الشخصية والعينية**، المرجع السابق، ص ص 60-61.

[3]– انظر المادة 660 من الامر 75-58 المتضمن القانون المدني ، المرجع السابق، والمقابلة للمادة 797 من القانون المدني المصري.

[4]– محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق،صص58-59

[5]– المرجع نفسه، ص 59.

ثانيا: انقسام الضمان في حال تعدد الكفلاء

نصت المادة 664 ف م ج على أنه " إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم قسم الدين عليهم و لا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدره نصيبه من الكفالة".

الفقرة 02 : أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية فإن كل واحد منهم يكون مسؤولا عن الدين كله، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم.

بتحليلنا لنص المادة السابقة الذكر نجد أنها تتكون من حكمين اثنين الأول يتعلق بتعدد الكفلاء بعقد واحد والثاني يتعلق بتعدد الكفلاء بعقود متوالية. وهو ما سنحاول تفصيله.

1- **تعدد الكفلاء بعقد واحد:** إذا تعدد الكفلاء وكانوا جميعا قد التزموا بكفالة الدين بعقد واحد فينقسم الدين فيما بين الكفلاء المتعددين بقوة القانون وبالتالي إذا طالب الدائن أحد الكفلاء بمبلغ الدين استطاع هذا الكفيل أن يدفع الطلب بتقسيم الدين.

ولتقسيم الدين بين الكفلاء يشترط توافر مجموعة من الشروط وهي:

-**أن يتعدد الكفلاء:** فإذا كان للدين كفيل واحد لم يقسم الدين بينه وبين المدين بل يرجع الدائن على المدين أولا بكل الدين فإذا لم يتقاضى منه شيئا رجع بكل الدين على الكفيل [1].

- **أن يكفل الكفلاء المتعددون دينا واحدا:** فإذا كفل كفيلان كل منهما دينا غير الذي كفله لآخر لم ينقسم أي الدينين عليهما بل يبقى كل منهما مسؤولا عن كل الدين الذي كفله وعلى

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، الجزء 10، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 79

ذلك لا يقسم الدين على الكفيل وكفيل الكفيل، ذلك لان الكفيل قد كفل الدين الاصلي وكفل الكفيل دين الكفيل والدين الاصلي دين آخر غير دين الكفيل[1].

- **أن يكون الكفلاء المتعددون كفلوا نفس الدين ونفس المدين:** فإذا كفل كفيلان كل منهما مدينا متضامنا بنفس الدين فقد كفلا دينا واحدا ولكنهما لم يكفلا نفس المدين إذ كفل كل منهما مدينا غير المدين الذي كفله الآخر وعلى ذلك لا ينقسم الضمان بل يبقى كل منهما مسؤولا عن الدين بكامله[2].

وبمفهوم المخالقة إذا كفل كل من الكفيلين المدينين المتضامنين معا. فقد كفلا دينا واحد وكفلا نفس المدينين وعلى ذلك ينقسم الدين عليهما[3].

- **أن لا يكون الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم:** إذ أن التضامن يجعل للدائن حق الرجوع على كل منهم بكل الدين طبقا لأحكام التضامن فلا يقسم الدين، فإذا كفل كفيلان دين واحدا ومدين واحد في عقد واحد وكانوا متضامنين فلا ينقسم الدين ويسأل كل منهما وأصبح كل منهما مسؤولا عن نصف الدين إن لم يكن هناك اتفاق على نسبة أخرى[4].

2-تعدد الكفلاء بعقود متوالية:

إذا تعدد الكفلاء ولكن بعقود متوالية لا بعقد واحد، ولو كانوا جميعا يكفلون دينا واحد، فالمفروض أن تعدد العقود التي كفلوا الدين بموجبها لا يجعلهم يعتمدون بعضهم على بعض،

---

[1]-عبد الحميد الشواربي، **التعليق الموضوعي في القانون المدني** ,الكتاب 05 التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق ص 1304

[2]- محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 61.

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، الجزء10، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 79.

[4]- محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 61.

ولما كان كل منهم قد كفل كل الدين بعقد على حدة. فقد أصبح كل منهم مسؤولا عن كل الدين ولكنهم لا يكونون مسؤولين عنه بالتضامن[1] على أنه يجوز أن يقسم الدين حتى في علاقة الكفيل بالدائن إذا كان هذا الكفيل وقت أن كفل الدين بعقد على حدة احتفظ لنفسه بحق التقسيم. وفي هذه الحالة لا يستطيع الدائن أن يطالب أي كفيل إلا بجزء من الدين طبقا لما احتفظ به الكفيل من حق التقسيم لنفسه[2].

الفرع الثاني: دفوع الكفيل لرد مطالبة الدائن

تختلف الدفوع المخولة للكفيل التمسك بها من أجل رد مطالبة الدائن له إلى نوعين الأولى متعلقة بالالتزام الأصلي المكفول والثانية تتعلق بعقد الكفالة بحد ذاتها وهو ما سوف نحاول البحث عنه من خلال هذا الفرع.

أولا: الدفوع العامة المتعلقة بالالتزام الاصلي

بما أن التزام الكفيل في عقد الكفالة هو التزام تبعي للالتزام الأصلي فإنه يحق للكفيل التمسك بكل الدفوع التي يستطيع المدين التمسك بها في مواجهة الدائن وتتمثل هذه الدفوع في:

1- حق الكفيل التمسك بجميع دفوع المدين

يحق للكفيل التمسك بجميع الدفوع التي يستطيع المدين التمسك بها في مواجهة الدائن وذلك لان تبعية التزام الكفيل تجعله يتأثر بكل ما يؤثر في الالتزام المكفول.

---

[1]- عبد الحميد الشواربي، **التعليق الموضوعي على القانون المدني**، الكتاب الخامس، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص ص 1305-1306.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، الجزء10، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص ص 80-81.

وقد نصت المادة 654[1] فقرة 01 من القانون المدني بقولها" يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الاوجه التي يحتج بها المدين" وللكفيل التمسك بهذه الدفوع ولو لم يكن متضامنا مع المدين وذلك طبقا للمادة 666[2] من القانون المدني التي نصت على أنه" يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين

فطبقا لهذه المواد يمكن للكفيل التمسك في مواجهة الدائن ما يستطيع المدين الاصلي التمسك به ومن هذه الدفوع ما يؤدي الى بطلان الالتزام المكفول كالدفع بالبطلان لانعدام الرضا أو المحل أو السبب[3].

وللكفيل أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة لأن عقد المدين قابل للإبطال لعيب في الرضا كأن شابه غلط أو تدليس أو اكراه.

غير أنه إذا أجاز المدين في العقد الاصلي أحد هذه العيوب فلا يستطيع هنا الكفيل التمسك بها، إلا إذا تعلق بنقص أهلية المدين وهذا ما سوف نقوم بالبحث عنه في النقطة الموالية.

2-حق الكفيل التمسك بنقص أهلية المدين

رأينا فيما سبق أن المادة 654 نصت في فقرتها الأولى على أن للكفيل أن يتمسك بجميع الاوجه التي يحتج بها المدين وأضافت في فقرتها الثانية على " إذا كان الوجه الذي

---

[1]- أنظر المادة 654 من الامر 75-58 المتضمن القانون المدني ، المرجع السابق، والمقابلة للمادة 791 من القانون المدني المصري.

[2]- المادة 666 ، المرجع نفسه والمقابلة للمادة 809 من القانون المدني المصري

[3]- سليمان صارة، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2001-2004، ص ص 29 30.

يحتج به المدين هو نقص أهليته، وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد فليس له أن يحتج بهذا الوجه[1].

يتضح من خلال نص هذه المادة أن الكفيل لا يتمسك بنقص أهلية المدين إلا إذا كان لا يعلم بها وقت التعاقد، وبمفهوم المخالفة لا يستطيع الكفيل التمسك بنقص أهلية المدين إذا كان عالما بذلك وقت التعاقد ولكن إذا تمسك المدين بنقص أهليته وحكم له بإبطال الالتزام الاصلي فإن الكفيل يستفيد من ذلك ويبطل التزامه بالتبعية للالتزام الاصلي[2].

ثانيا: الدفوع الخاصة والمتعلقة بعقد الكفالة

1- الدفع بالتجريد[3]

نصت المادة من القانون المدني الجزائري فقرة 02 على أنه لا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من امواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة يتحمل بهذا الحق.

ولعلّ الحكمة من تقرير هذا الدفع هو ان التزام الكفيل يأتي بعد التزام المدين الأصلي ولذلك يجب على الدائن أولا أن يستوفي حقه من أموال المدين فإذا اتضح عدم كفاية هذه الاموال فللدائن أن يقوم بالتنفيذ على أموال الكفيل[4].

---

[1]-راجع المادة 654 الامر 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق

[2]-محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق،صص65-66.

[3]-الدفع بالتجريد هو حق قرره القانون للكفيل بمقتضاه يستطيع الكفيل – طبعا بتوافر شروط معينة – منع الدائن من التنفيذ على أمواله قبل أن ينفذ على أموال المدين ويتضح عدم كفايته.

[4]-من مبررات هذا الدفع انه من غير العدل أن يرى الكفيل أمواله تنزع منه بينما اموال المدين قائمة لا تمس ومعنى هذا الدفع في صورة عملية أن الكفيل يقول للدائن عليك قبل أن تنفذ على أموالي أن تتجه أولا إلى المدين فتجرده منها وستجد لديه من الأموال ما يكفي للوفاء بدينك.

ولإزالة اللّبس عن معنى الدفع بالتجريد أكثر ينبغي البحث عن الشروط الواجب توافرها للتمسك به أولا ثم الآثار المترتبة عن هذا الدفع ثانيا.

أ- شروط الدفع بالتجريد

1_ يشترط أولا أن يكون الكفيل متضامن مع المدين :وذلك أن التضامن يجعل للدائن الحرية في التنفيذ على أموال الكفيل أو المدين أو معهما، وبذلك لا يستطيع الكفيل التمسك بالدفع بالتجريد إذا كان متضامنا، وقد يكون التضامن بقوة القانون أو بالاتفاق، ولقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في نص المادة 665 [1] من القانون المدني، لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد .

وإذا تعدد الكفلاء وكانوا متضامنين فيما بينهم فانه يجوز لأي كفيل أن يطلب تجريد المدين ولكن لا يمكن لأحد الكفلاء أن يطلب تجريد كفيل آخر، كل هذا شريطة أن لا يكون الكفلاء متضامنين مع المدين، ولا يمكن للكفيل أن يحتفظ بالدفع بالتجريد رغم تضامنه مع المدين لأن القاضي عند النظر في الدعوى لا يعتمد لما يقوله ويذكره المتعاقدان وإنما بما يقرره القانون ولم يرد في نص المادة 665 السالفة الذكر بإمكانية تمسك كفيل الكفيل بالدفع بالتجريد، إذا كان الكفيل والمدين متضامنان، وسكوت المشرع عن هذه الحالة جعل من البعض يقول انه لا يجوز لكفيل الكفيل أن يتمسك بالدفع بالتجريد بينهما يرى آخرون عكس ذلك لأن كفيل الكفيل لا يعتبر تلقائيا متضامنا مع المدين أو الكفيل [2].

يشترط أيضا أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع: إن الدفع بالتجريد تقرر لمصلحة الكفيل وله أن ينزل عن هذا الحق صراحة أو ضمنا، إذ أنه خاص له فله أن ينزل عنه، وعندئذ لا يجوز له

---

[1]- انظر المادة 665 من الامر 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق والمقابلة للمادة 802 من القانون المدني المصري .

[2]- بن عبد الكريم صورارية، بن شعلال حمزة، الدفوع المرتبطة بعقد الكفالة في القانون المدني، مذكرة ماستر، جامعة بجاية، كلية الحقوق، الجزائر، 2012، 2013، ص 59.

الدفع به في مواجهة الدائن ، فالدفع بالتجريد هو من الدفوع الشكلية، وليست من النظام العام التي تستطيع المحكمة ان تحكم به من تلقاء نفسها [1].

والأصل أن نزول الكفيل عن حقه في التجريد لا يفترض، وإنما يجب أن تتجه إليه إرادة الكفيل إلى ذلك لأنه يدعي ما يخالف الأصل، فالكفيل المتضامن قد منح له القانون أن يمنع التنفيذ على أمواله أولا إلا بعد أن يفشل المدين في الوفاء بالدين المكفول، وعليه فإن الدفع بالتجريد حق تقرر للكفيل[2] وله أن يتمسك به أو أن يتنازل عنه سواء وقت ابرام الكفالة أو بعده، وقد يكون النزول عن الدفع بالتجريد صريحا ويكون غالبا في عقد الكفالة ذاته ،كما قد يكون النزول ضمنينا فيستخلص من ظروف الحال وغالبا ما يكون بعد إبرام عقد الكفالة[3].

ويجد هذا الشرط أساسه من نص المادة 660 [4] من القانون المدني الجزائري وذلك بنصها" يجب على الكفيل التمسك بهذا الحق."

ويثور الاشكال حول الوقت الذي يجب على الكفيل أن يتمسك بالدفع بالتجريد؟

بالرجوع إلى أحكام القانون المدني الجزائري نجد أنه لم ينص على الوقت الذي يتمسك به الكفيل بالدفع بالتجريد ويكون بذلك شأنه شأن المشرع المصري الذي هو بدوره لم ينص على ذلك صراحة.

---

[1]– احمد محمد زياد فيصل شرف، الدفع التجريدي في عقد الكفالة – دراسة مقارنة– مذكرة ماجستير، جامعة الشرق الاوسط، 2012، ص 78 .

[2]– إلا أنه وفي حالة نزول الكفيل عن حقه في التمسك بالدفع بالتجريد فلا يترتب على ذلك حرمان كفيل الكفيل من أن يتمسك في مواجهة الدائن بتجريد الكفيل من أمواله كما أنه لا يجوز للكفيل استعمال هذا الحق بعد النزول عنه.

[3]– رملة عياض، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة، مذكرة ليسانس جامعة ورقلة، الجزائر، 2013، 2014، ص 20.

[4]– انظر المادة 660 من الامر 75–58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق، والمقابلة للمادة 797 من القانون المدني المصري .

إلا أنه وبالرجوع إلى الفقه نجده أنه قد اختلف في تحديده إلى رأيين، الأول يؤسس رأيه عند الإجراءات الأولى التي توجه للكفيل وذلك استنادا إلى نص المادة 2022 من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أنه تلزم الكفيل بالتمسك بهذا الدفع عند الاجراءات الاولى أي عندما يرفع الدائن الدعوى عليه وقبل المناقشة في الموضوع وإلا سقط حقه في التمسك بالدفع بعد ذلك ويعتبر حكم القانون الفرنسي تطبيقا لفكرة النزول الضمني عن الدفع أما ،الرأي الثاني من الفقه فيرى أن الكفيل لا يجوز له التمسك بهذا الدفع إلا عند اتخاذ إجراءات التنفيذ على أمواله، أي في أي مرحلة من مراحل الدعوى فيجوز للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع، وهذا هو الرأي الراجح عند غالبية الفقه المصري [1].

1-**أما الشرط الأخير يتمثل في:** وجوب إرشاد الكفيل على نفقته إلى أموال المدين الموجودة في الجزائر وغير المتنازع فيها وتكفي للوفاء بالدين كله وذلك طبقا لنص المادة 661 [2] من القانون المدني الجزائري. والملاحظ ان هذا الشرط في حد ذاته يحتوي على مجموعة من الشروط وهي:

- أن تكون الأموال المرشد إليها من قبل الكفيل كافية للوفاء بالدين كله لا بجزء منه فقط ويستوي في ذلك تكون هذه الأموال عقارا أو منقولا [3].
- ويشترط أيضا في هذه الأموال أن تكون غير متنازع فيها والعبرة هنا بالنزاع الحالي والجدي لا نزاع سبق ثورانه أو احتمالي.

---

[1]- محمد صبري السعدي، **الواضح في القانون المدني**، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 81، 82، سمير عبد السيد تناغوا، **التأمينات الشخصية والعينية**، المرجع السابق، ص ص 67، 70.

[2]- راجع المادة 661 من الامر 75- 58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[3]- مع مراعاة القواعد العامة للحجز لا سيما ما تعلق منها بالأموال التي لا يجوز الحجر عنها بقوة القانون والمنصوص عليها في القانون 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية في القسم الأول المعنوي بالأموال التي لا يجوز الغير قابلة للحجز من الفصل الاول من الباب الخامس منه وذلك تحديدا في المواد من 636 إلى 639 .

- وأن تكون مقر هذه الأموال هي الجزائر ولعل الحكمة في ذلك هي سهولة التنفيذ عليها.
- أيضا نفقات الارشاد إلى أموال المدين تكون على نفقة الكفيل ومثالها مصاريف استخراج صور ملكية المدين الاموال التي ارشد إليها الكفيل.

آثار الدفع بالتجريد

1_ وقف التنفيذ على أموال الكفيل فيتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد لا يجوز للدائن التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله [1].

2_ مسؤولية الدائن عن اعسار المدين: يجب على الدائن أن ينفذ على أموال المدين التي ارشد إليها الكفيل وإلا أصبح مسؤولا عن اعسار المدين وذلك ما نصت عليه صراحة المادة 790 من القانون المدني المصري [2]ويتحققذلك في حال عدم اتخاذ الدائن الاجراءات اللازمة في الوقت المناسب

3_ براءة ذمة الكفيل: فإذا بذل الدائن العناية المطلوبة على أموال المدين التي ارشده إليها الكفيل في الوقت المناسب، وحصل على حقه كاملا برأت ذمة الكفيل وانقضى التزامه[3]

2- الدفع بإضاعة تأمينات بخطأ الدائن :

تقضي المادة 656 من القانون المدني الجزائري[4]على أنه : ف1: تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات.

---

[1]- رملة عياض، المرجع السابق، ص ص 23-24

[2]- تنص المادة 790 من التقنين المدني المصري على أنه " في كل الاحوال التي يدل فيها الكفيل على أموال المدين يكون الدائن مسؤولا قبل الكفيل عن المسار المدين الذي يترتب عليه عدد اتخاذ الاجراءات اللازمة في الوقت المناسب .

[3]- رملة عياض، المرجع السابق، ص ص 24-25

[4]- انظر المادة 656 من الامر 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق، والمقابلة للمادة 792 من القانون المدني المصري .

ف2: ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو تقررت بعد الكفالة، وكذلك كل التأمينات المقررة في القانون.

والحكمة من هذا النص أن الكفيل إذا وفي بالدين فإنه يحل محل الدائن فيما له من حقوق، فإذا حل محل الدائن كان له حقا بما يكفل هذا الحق من تأمينات ومعنى ذلك أنه إذا كانت هناك تأمينات أخرى ضامنة للوفاء بنفس الدين المضمون بالكفالة، فإن الكفيل الذي يوفي بهذا الدين يكتسب هذه التأمينات كلها في رجوعه بما وفاه سواء على المدين أو على غيره من الكفلاء، فإذا أضاع الدائن بخطاه تأمينا من هذه التأمينات فإنه يكون قد ضيع على الكفيل فرصة في استفاد حقه الذي حل فيه محل الدائن بقدر ما أضاعه هذا الأخير من تأمينات[1].

ويشترط لقبول الدفع بإضاعة تأمينات بخطأ من الدائن توافر جملة من الشروط وهو ما سوف نحاول البحث عنه في النقطة الموالية .

شروط الدفع بإضاعة تأمينات بخطأ من الدائن :

1_أن يكون الدائن قد أضاع تأمينا خاصا: وذلك للوفاء بالدين المكفول سواء أكان تأمينا شخصيا (مثل الكفالة) أو عينيا (الرهن) وسواء كان مصدره الاتفاق أو القانون أو القضاء، وبالتالي يجب أن يكون هنا هذا التأمين قد نشأ فعلا ثم ضاع بخطأ الدائن [2].

2_أن يكون إضاعة التأمينات بخطأ من الدائن كإهماله قيد الرهن أو نزوله عن حق الرهن.

3_ويشترط أن يترتب على ضياع هذه التأمينات ضرر للكفيل بمفهوم المخالفة أن يكون التأمين الضائع ذا قيمة معتبرة في ضمان حق الدائن وبالتالي لا يجوز للكفيل ان يتمسك بهذا الدفع إذا كانت الضمانات التي اضاعها الدائن عديمة القيمة لأنه لا يترتب عليها ضرر الكفيل[3].

---

[1]– سمير عبد السيد تناغوا، **التأمينات الشخصية والعينية**، المرجع السابق، ص ص 76– 77

[2]– محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 73

[3]– سليمان صاره، المرجع السابق، ص 38

بتوافر هذه الشروط جاز للكفيل أن يدفع مطالبة الدائن بإضاعةالتأمينات وبالتالي تبرأ ذمة الكفيل بالقدرة الذي أضاعه الدائن حتى لو كان الكفيل متضامنا مع المدين وحتى ولو كان هذا التأمين يفي بأصل الدين فهنا تبرأ ذمة الكفيل نهائيا، وتجدر الاشارة أنه على الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع، إذ أن المحكمة لا تقضي به من تلقاء نفسها لأنه لا يتعلق بالنظام العام، وللكفيل أيضا أن يتمسك بهذا الدفع في أي مرحلة من مراحل الدعوى حتى أمام جهة الاستئناف أمام المجالس القضائية [1].

3- الدفع بعدم اتخاذ الدائن الاجراءات ضد المدين

نصت المادة 657 [2]الفقرة الاولى على أنه " لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها.

يتضح من نص المادة أن تأخر الدائن في الرجوع على المدين لا يترتب عليه سقوط حقه في مطالبة الكفيل ولو ترتب عنه اضرار بالكفيل نتيجة إعسار المدين وتعذر رجوع الكفيل عليه [3].

إلا أن القانون لم يترك الكفيل بدون حماية فقد نص في الفترة الثانية من المادة 657

على أنه " غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين خلال 6 أشهر من انذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا ومنه إذا حل أجل الدين وخشي أن يتأخر الدائن في اتخاذ الاجراءات ضد المدين أن ينذره باتخاذها حتى يرفع الدائن دعوى على المدين ويبدأ في اتخاذ الاجراءات ضده إذا كان بيده سند تنفيذي، فإذا انقضت ستة

---

[1]- محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 75

[2]- انظر المادة 657 من الامر 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق والمقابلة للمادة 794 من القانون المدني المصري

[3]- محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 70

أشهر من يوم الانذار له دون أن يقوم الدائن في اتخاذ الاجراءات برأت ذمة الكفيل إلا إذا قدم المدين للكفيل ضمانا كافيا يضمن به الكفيل الرجوع على المدين إذا ما اضطر للوفاء للدائن وقبول هذا الدفع يؤدي إلى رفض دعوى الدائن والحكم ببراءة ذمة الكفيل [1].

4_ الدفع بالامتناع عن الوفاء حتى يقوم الدائن بما يفرضه عليه القانون لحماية حتى الكفيل

تنص المادة 659[2] من القانون المدني الجزائري على أنه " يلتزم الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع فإذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس، وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل".

فقرة 03: أما إذا كان الدين مضمونا بتأمين عقاري، فإن الدائن يلتزم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين، ويتحمل الكفيل مصروفات هذا النقل على أن يرجع بما على المدين.

حسب نص المادة السالفة الذكر فإنه على الدائن أن يسلم للكفيل في حالة وفائه للدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع ومن أمثلة هذه المستندات مستندات الدين المكفول وهي في يد الدائن فيجب أن يسلمها للكفيل حتى يرجع هذا الاخير بموجبها على المدين[3].

---

[1]– سليمان صارة، المرجع السابق، ص 31 ويطبق هذا الحكم أيضا في حالة افلاس المدين ولم يتقيد المدين في التفليسة مع جماعة الدائنين فيدفع الكفيل مطالبة الدائن بعدم اتخاذ الاجراءات ضد المدين وذلك استنادا الى نص المادة 658 ق .مج التي نصت على أنه " إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الاخير من ضرر بسبب اهمال الدائن ، محمد صبري السعدي،**الواضح في شرح القانون المدني** ،التأمينات الشخصية و العينية ، المرجع السابق ،ص 71.

[2]– انظر المادة 659 من الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق .

[3]– عبد الرزاق احمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، الجزء 10، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 114.

أما إذا كانت هذه التأمينات واقعة على منقول وكان المنقول في يد الدائن ،وجب على الدائن أن يسلم للكفيل هذا المنقول، وذلك حتى يحل فيه محل الدائن في حق رهن الحيازة أو في الحق في الحبس، فيحبسه في يده كما كان يحبسه الدائن ضمانا لحقه في الرجوع على المدين، ونفس الشيء إذا كان التأمين عقارا فإنه يجب على الدائن أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين إلى الكفيل فيحل محله فيه ويتحمل الكفيل مصروفات هذا النقل على أن يرجع بها على المدين ضمن ما يرجع به عليه [1].

وتعتبر هذه الالتزامات التي تقع على الدائن حقوقا للكفيل، فله مطالبة الدائن بها عند وفائه الدين فإذا رفض الدائن تسليم الكفيل مستندات الدين أو التخلي عن المنقول المرهون أو المحبوس أو نقل التأمينات العقارية الضامنة لوفاء الدين فيحق للكفيل دفع مطالبة الدائن بالامتناع عن الوفاء حتى يقوم هذا الأخير بالالتزامات التي يفرضها عليه القانون والسابق ذكرها [2].

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على وفاء الكفيل للدائن

إذا قام المدين بوفاء دينه، فإن الالتزام المكفول ينقضي، وينقضي تبعا لذلك التزام الكفيل، أما إذا اضطر الكفيل إلى الوفاء، فإنه في هذه الحالة يكون له حق الرجوع على المدين بما وفى للدائن، فتنشأ علاقة بينهما أي الكفيل والمدين أو بين الكفيل أو المدينين عند تعددهم، وفي حالة تعدد الكفلاء، فيكون للكفيل الوفي الحق في الرجوع على كل منهم بما يجب أن

[1]– عبد الحميد الشواربي، **التعليق الموضوعي على القانون المدني**، الكتاب 05، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 1327، 1328.

[2]– محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 76.

يتحمل به من الدين الموفى به، ويترتب على ذلك نشوء علاقة بين الكفيل الموفي وغيره من الكفلاء.

وعليه ارتئينا تقسيم دراستنا لهذا المطلب المتعلق بالآثار المترتبة على وفاء الكفيل للدائن التطرق أولا للعلاقة بين الكفيل والمدين في الفرع الاول ثم التطرق إلى علاقة الكفيل بغيره من الكفلاء في الفرع الثاني .

الفرع الأول: علاقة الكفيل بالمدين

قد لا يفلح الكفيل في رد مطالبة الدائن له وذلك عن طريق الدفوع التي خولها له القانون، فلا يجد مناصا إلا أن يفي بالدين [1]. فالتزام الكفيل بالضمان عادة يكون بدون مقابل فهو يلتزم بالتزام لا مصلحة له فيه، ولذلك فإذا وفى الكفيل بالدين للدائن كان في حكم من وفى دين غيره، ولهذا كان طبيعيا أن يعطي القانون الكفيل حق الرجوع على المدين [2].

ولقد فتح المشرع الجزائري في القانون المدني طريقتين أمام الكفيل للرجوع على المدين [3].

الأولى: الدعوى الشخصية أو ما يطلق عليها بدعوى الكفالة، على ما وردت شروطها في المادة 670.

[1]– همام محمد محمود زهران، **التأمينات العينية والشخصية**، منشأة المعارف، مصر 2001، ص 152.

[2]– نبيل إبراهيم سعد، **التأمينات العينية والشخصية**، المرجع السابق، ص 113.

[3]– وهنا الكفيل حرفي أي الدعويين سيسلك إلا أنه باختياره نوعا منهما يصبح مقيدا في اتباع أحكام وشروط هذه الدعوى .

الثانية: دعوى الحلول وذلك تطبيقا للقواعد العامة [1]أنه إذا كان الموفي ملتزما بالدين عن المدين، حل قانونا بالقدر الذي أداه من ماله محل الدائن في حقه قبل المدين بما للحق من خصائص ويلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع [2].

أولا: رجوع الكفيل على المدين الواحد

1-الدعوى الشخصية

إذا قام الكفيل بالوفاء عن المدين اتجاه الدائن فإنه يرجع عليه بموجب دعوى الكفالة أو الدعوى الشخصية، ولدراسة مفهوم هذه الدعوى ارتأينا البحث عن الاساس الذي تقوم عليه دعوى الكفالة أولا، وشروط تحقق أو قيام هذه الدعوى ثانيا ثم موضوع الدعوى الشخصية ثالثا.

أ_الكفلاء الذين لهم الحق في الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية:

تنص المادة 670 من القانون المدني الجزائري على أنه يجب على الكفيل أن يخبر المدين

المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين، وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفي الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين او بانقضائه" ف 2" فإذا لم يعارض المدين في الوفاء بقي للكفيل الحق في الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين او كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه وبانقضائه.

كما تقضي المادة 672 [3] من القانون المدني على أنه " يكون للكفيل الذي وفي الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعمله أو بغير عمله.

---

[1]- انظر المادة 246 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق .

[2]- همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص ص 155-156.

[3]- المادة 672 من الامر 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق والمقابلة للمادة 808 من القانون المصري المدني

من خلال نص المادتين السالفتين الذكر يتضح أن حق الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية مقرر لكل كفيل سواء كان شخصيا أو عينيا، بسيطا أو متضامنا. مأجورا أو بغير أجر، سواء تمت بعمله ورضائه الصريح المعبر عنه صراحة أو ضمنيا أو على الأقل عدم اعتراضه، أو تمت بغير عمله [1].

ب_شروط الرجوع بدعوى الكفالة:

ويشترط لصحة دعوى الكفالة أن يكون الكفيل قد وفى بالدين المكفول وأن يتم الوفاء في الوقت المحدد لا قبله وأن يقوم الكفيل بإخطار المدين قبل وفائه ذلك أن الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين لا الدائن.

_وفاء الكفيل بالدين المكفول: ويتحقق ذلك سواء كان الوفاء قد تم نقدا للدائن أو بما يقوم مقام الوفاء كالمقاصة أو الوفاء بمقابل أو بالتحديد أو بالإنابة، كما إذا قبل الدائن جعل الكفيل مدينا أصليا بدلا عن المدين الذي يبرئه وقد ينقضي الدين باتحاد الذمة كان يرث الكفيل الدائن فيصبح هو الدائن فينقضي الدين فيرجع على المدين بالدعوى الشخصية، أو ما يقوم مقامه بكل الدين[2].

ولا يشترط أن يكون الوفاء أو ما يقوم مقامه بكل الدين فإذا وفى الكفيل بجزء من الدين، كان له أن يرجع على المدين ولو لم يستوفي بقية حقه، وإذا رجع الكفيل بما يستحقه على المدين ورجع الدائن في الوقت نفسه على المدين بقية حقه ولا يكون للمدين ما يكفي لاستفاء حقهما، فيكونان في مركز واحد فيقتسمان أموال المدين قسمة غرماء[3].

---

[1]– همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 199.

[2]– رمضان أبو السعود، **التأمينات الشخصية والعينية**، المرجع السابق، ص ص 193–194.

[3]– نطبق في هذه الحالة حكم المادة 188 فـ2 من القانون المدني الجزائري.

_أن يتم الوفاء عند حلول أجل الدين :ويقوم هذا الشرط على أساس أن الكفيل قد حل بأدائه الدين محل الدائن فيه بناء على أنه مأذون بالوفاء بطلب سابق أو موافقة لاحقة، فإذا لم يكن الكفيل قد ادى الدين على نحو يؤدي إلى براءة ذمة المدين منه فلا يعطي حق الرجوع على المدين [1].

ومنه فإذا سبق الكفيل الوفاء قبل حلول الاجل فإنه لا يحق له الرجوع على المدين إلا عند حلول أجل الدين، والعبرة هنا بالأجل الاصلي فإذا امتد هذا الاجل امكن للكفيل أن يفي بالدين فورا ويرجع بعد ذلك على المدين حتى ولو كان الاجل قد امتد باتفاق الدائن مع المدين [2]

_أن يقوم الكفيل بإخطار المدين قبل وفائه للدائن:حيث تنص المادة 670 من القانون المدني الجزائري على أنه" يجب على الكفيل أن يخبر المدين قبل أن يقوم بوفائه الدين و الاّ سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفي الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين أو بانقضائه" ف2" فإذا لم يعارض المدين في الوفاء بقي للكفيل الحق في الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه".

بتحليلنا لنص المادة السالفة الذكر نجد أنها تحمل فرضيتين الأولى حول إخطار الكفيل للمدين عزمة للوفاء والثانية عدم إخطاره وقيامه بالوفاء

---

[1]– عدنان ابراهيم سرحان، **شرح القانون المدني**، العقود المسماة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001، ص 231.

[2]– رمضان أبو السعود،**التأمينات الشخصية والعينية**، المرجع السابق، ص 192.

أولا: إذا أخطر الكفيل المدين فيجب على الأخير أن يبادر بالاعتراضإذا كان قد وفى المدين، أم كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو انقضائه، وأن يكون هذا الاعتراض في الوقت المناسب وفي هذه الحالة يجب على الكفيل الامتناع عن الوفاء ويترك الدائن يسير في اجراءات الدعوى، ويدخل المدين فيها لإبداء الاعتراضات التي لديه. وفي حالة عدم اعتراض المدين في الوقت المناسب فإنه لا يمكن أن ينسب إلى الكفيل خطأ أو تقصير، فإذا وفى الدين فله الرجوع على المدين، ولا يحق له في هذه الحالة أن يحتج بوجود أسباب لديه تؤدي إلى بطلان الدين أو انقضائه لأنه قصر بعدم الاعتراض ويتحمل نتيجة هذا التقصير[1].

ثانيا: أما إذا أهمل الكفيل واجب الاخطار أو قيامه بالوفاء بكل الدين أو بجزء منه رغم اعتراض المدين في الوقت المناسب بعرضه لسقوط حقه في الرجوع على المدين، إذا اثبت هذا الأخير أن له مصلحة في الاعتراض على الوفاء بحيث أن هذا الوفاء بالنظر إلى أسباب الاعتراض لم يكن له محل أو لم يحقق أي إعتناء (مصلحة) [2].

ج_موضوع الدعوى الشخصية:

نصت المادة 673 من القانون المدني الجزائري ف 02 على أنه ويرجع بأصل الدين والمصروفات وغير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت اخبار المدين الاصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده

يستخلص من هذا النص أن الكفيل يرجع على المدين في الدعوى الشخصية بما يلي:

[1]– محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص96.

[2]– همام محمد أبو زهران، المرجع السابق، ص 192.

_أصل الدين:ويتضمن أصل الدين كل ما دفعه الكفيل للدائن لإخلاء ذمة الكفيل المدين فيشمل ذلك مقدار الدين في أصله، وبالتالي فهو يشمل كل ما وجب على الكفيل دفعه لإخلاء ذمة الكفيل[1]

_المصروفات :وهي كل المبالغ التي أنفقها الكفيل في تنفيذ عقد الكفالة، وكذلك التي أنفقها الدائن في رجوعه على الكفيل واضطر الكفيل إلى رد ماله بالإضافة إلى ذلك ما يكون قد أنفقه في الإرشاد عن أموال المدين لتجريدها أو مصروفات العرض الحقيقي ومصروفات الدعوى التي رفعها الدائن على الكفيل، لكن لا يرجع الكفيل بهذه على المدين إلا بالذي دفعه في إخباره المدين بالإجراءات التي اتخذت ضده [2]،لأن المدين متى اخطر بها قد يسارع إلى الوفاء إلى الوفاء وقت إخباره التزامه ويتجنب بذلك المصروفات التي يقوم بها الكفيل أو الدائن ولو لم يخطر[3].

_التعويض :بالرجوع إلى نص المادة 673 من القانون المدني السالفة الذكر في فقرتها الثانية نجد أنها اقتصرت على رجوع الكفيل على المدين في الدعوى الشخصية على أصل الدين ومصروفاته فقط، إلا أنه وبالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن الكفيل له الحق في طلب التعويض الذي قد يلحقه من الاضرار التي قد يسببها له المدين بسوء نية[4] ومثالها أيضا قيام الكفيل أو اضطراره إلى بيع بعض أمواله بثمن بخس في سبيل سداد الدين

---

[1]– حسني محمود عبد الواحد، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009، ص ص 359–360.

[2]– راجع نص المادة 673 من الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق، والمقابلة للمادة 810 من القانون المدني المصري

[3]– حقيقي حليمة، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماستر جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2015/2014، ص 70

[4]– محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص ص 98–99

2- دعوى الحلول

سبق القول بأن للكفيل طبقا للقواعد العامة إذا قام بوفاء الدين المكفول يحل محل الدائن طالما كان ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بالوفاء عنه [1] وتطبيقا لهذا المبدأ العام[2] قضت المادة 671 على أنه " إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق اتجاه المدين ولكن إذا لم يفي إلا ببعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين [3]

واستنادا إلى هذا النص فإن حلول الكفيل محل الدائن هو حلول قانوني أي يتم بقوة القانون دون الحاجة إلى اتفاق خاص ويحول هذا الحق في دعوى الحلول لكل كفيل سواء تمت بعلم المدين أو بغير علمه، أو حتى رغم معارضته، كما يستوي أيضا أن يكون الكفيل متضامنا أو غير متضامن مع المدين وسواء أكان الكفيل عينيا أو شخصا، متبرعا أو غير متبرع (بعوض) [4].

عليه عند دراستنا لدعوى الحلول سوف نتطرق إلى الشروط الواجب توافر لصحة دعوى الحلول، وعند تحقق هذه الشروط نبحث عن الآثار المترتبة عن قيام هذه الدعوى.

شروط دعوى الحلول

1- قيام الكفيل بوفاء الدين عن المدين: يجب للرجوع على المدين عن طريق دعوى الحلول أن يكون الكفيل قد وفى الدين للدائن [5] وذلك طبقا لنص المادة 671 من القانون المدني التي نصت على أنه " إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن. وقد يقضي الكفيل الدين

---

[1] – راجع أحكام المواد 261 و 264 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق

[2] – رمضان أبو السعود، **التأمينات الشخصية والعينية**، المرجع السابق، ص 200

[3] – أنظر المادة 671 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمقابلة للمادة 808 من القانون المدني المصري

[4] – رمضان أبو السعود، **التأمينات الشخصية والعينية**، المرجع السابق، ص ص 200- 201

[5] – مصطفى عبد الجواد حجازي، المرجع السابق، ص 148

بما يقوم مقام الوفاء، كما إذا وفي الدين بمقابل أو حدد الدين بتغير المدين مثلا أو فض الدين بطريق المقاصة، فكل هذه الاسباب تقوم مقام الوفاء، أما إذا لم يفي الكفيل الدين أو يقضه بسبب يقوم مقام الوفاء كما إذا أبرأ الدائن الكفيل الدين من الكفالة أو تقادم دين الكفيل، فإن هذا لا يعتبر وفاء للدين فلا يحل محل الدائن [1].

2_أن يكون وفاء الكفيل للدين كاملا: أي أن الكفيل لا يستطيع الرجوع على المدين بدعوى الحلول إلا بعد أن يكون الدائن قد استوفى حقه كاملا سواء كان من الكفيل وحده أو من غيره لأن من قواعد الوفاء مع الحلول لا يضار الدائن بحلول الموفي محله، والحكمة من ذلك أنه إذا سمحنا للكفيل بالرجوع على المدين بدعوى الحلول قبل أن يستوفي الدائن حقه كاملا فإن هذا الرجوع الأخير قد يضار بهذا الرجوع لما قد ينشأ من مزاحمة الكفيل له في رجوعه بالباقي من دينه قبل المدين، إلا أن الحكم الذي تقرره هذه المواد مقررا لمصلحة الدائن ولا يتعلق بالنظام العام أي يجوز الاتفاق على خلافه كأن يسمح للكفيل بأن يرجع بدعوى الحلول ولو لم يكن الدائن قد استوفى حقه [2]

3_ أن يكون الوفاء قد تم عند حلول أجل الدين: يشترط أيضا اضافة إلى وفاء الكفيل الدين عن المدين ويكون الوفاء كاملا أن يتم عند حلول أجل الدين فلا يستطيع الكفيل الرجوع عن طريق دعوى الحلول إلا عند الأجل الاصلي للدين [3].

آثار دعوى الحلول:

نصت المادة 671 من القانون المدني الجزائري على أنه " إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق اتجاه المدين.

---

[1] – عبد الحميد الشواربي، **التعليق الموضوعي على القانون المدني**، الكتاب 05، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص ص 1367– 1368

[2] – زهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 148

[3] – مصطفى عبد الجواد حجازي، المرجع السابق، ص 148

يتضح من نص المادة السالفة الذكر أن الكفيل بوفائه للدائن يحل محله في جميع حقوقه اتجاه المدين وماهو إلا تطبيقا للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 261 من القانون المدني الجزائري [1].

وعليه يترتب لقيام دعوى الحلول مجموعة من الاثار نجملها فيما يلي:

1-**حلول الكفيل محل الدائن في الحق الذي كان له قبل المدين:** فللكفيل الرجوع على المدين بمقدار الدين الاصلي في حد ذاته ما دام قد وفى به كاملا أما إذا وفى الكفيل وفاءا جزئيا فلا رجوع له على المدين بدعوى الحلول بل ينتظر حتى يرجع الدائن على المدين ويستوفي كامل حقه وذلك طبقا لنص المادة671 من القانون المدني الجزائري كما يرجع أيضا الكفيل على المدين إضافة إلى أصل الدين النفقات التي اضطر إلى دفعها للدائن نتيجة تكبد هذا الأخير لها في سبيل مطالبة المدين أيضا بالتعويضات المقررة إن وجدت، فكل ذلك يدخل في أصل لها في سبيل مطالبة المدين أيضا بالتعويضات المقررة إن وجدت، فكل ذلك يدخل في أصل الدين الذي يكون للكفيل الرجوع به على المدين بمقتضى دعوى الحلول[2].

2- **رجوع الكفيل بحق الدائن بما له من خصائص:** ومن أمثلة ذلك أنه إذا كان دين الدائن له صفة تجارية فإن هذا الحق ينتقل للكفيل بصفة تجارية [3]، وإذا كان الدائن مزودا بسند تنفيذي فإن الكفيل يستطيع استعماله ضد المدين دون حاجة إلى الحصول على سند تنفيذي آخر [4]

---

[1] – نصت المادة 261 من القانون المدني على أنه " إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال الآتية: إن كان الوفي ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بالوفاء عنه ... 4_ إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفي حق الحلول

[2] –حسن محمد عبد الدايم، المرجع السابق، ص 270

[3] – حميداوي صوراية، مسعودان فتيحة/ المرجع السابق، ص 50

[4] – محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 102

وإذا كان الدين مؤجلا انتقل بذات الوصف للكفيل بحيث إذا كان الأجل لم يحل بعد كان للمدين أن يدفع مطالبته لذلك [1].

3- **رجوع الكفيل بحق الدائن بما يتبعه من توابع وتأمينات:** وعلى ذلك فإن جميع التأمينات التي كانت تضمن للدائن الوفاء بدينه تنتقل إلى الكفيل لتضمن له رجوعه بما دفعه على المدين، والعبرة هنا بالتأمينات الموجودة وقت قيام الكفيل بالوفاء وبالحالة التي كانت عليها وقت هذا الوفاء، فالرهن ينتقل بمرتبته ولا يحتاج الكفيل إلى اتفاق خاص مع الدائن لإحلاله محل هذه التأمينات، ولا يجوز للدائن أن ينزل بالرهن،أو عن مرتبته إضرارا بحق الكفيل الذي حل محله في هذا الرهن ويستوي أن يكون مصدر هذه التأمينات الاتفاق أو القضاء أو القانون، ويستوي أن تكون هذه التأمينات شخصية أو عينية [2]

وكخلاصة لدراستنا لكل من الدعوى الشخصية ودعوى الحلول يمكن استنتاج مجموعة من النقاط التي تشترك فيها كل من الدعويين اضافة إلى وجود نقاط أخرى يختلفان فيها

1-فيما يتعلق بأساس كل من الدعويين: رأينا أن أساس الدعوى الشخصية هي دعوى الكفالة وهي دعوى مستقلة من حيث أحكامها ونطاق تطبيقها، أما أساس دعوى الحلول فهو حلول الكفيل محل الدائن في حقوقه بقوة القانون

2-فيما يتعلق بالكفلاء الذين يستطيعون مباشرة الدعويين: دعوى الحلول تثبت لكل كفيل قام بوفاء الدين سواء كانت الكفالة عقدت لمصلحة الدائن أو لمصلحة المدين، وسواءا عقدت

[1]-همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص ص 175-176

[2] - نبيل ابراهيم سعد، **التأمينات الشخصية والعينية**، المرجع السابق، ص 129

بعلم المدين ورضاءه أو بغير علمه أو بالرغم من اعتراضه، بينما الدعوى الشخصية لا تثبت إلا للكفلاء الذين حددهم القانون [1]

3-فيما يتعلق بشروط الدعويين: تتفق الدعويين في بعض الشروط إذ يشرط للرجوع بإحداهما الوفاء بالدين وأن يكون الوفاء عند حلول الأجل أما أوجه الاختلاف بينهما، فبالنسبة للدعوى الشخصية لا يشترط أن يكون، الدائن قد استوفى دينه كاملا، ويستطيع 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 اخطار الكفيل للمدين قبل الوفاء أما بالنسبة لدعوى الحلول فيشترط أن يكون الدائن قد استوفى حقه كاملا كما لا يشترط اخطار الكفيل للمدين. وفي هذه الحالة، إذا حدث أن وفى الكفيل بجزء من الدين فلهذا تكون للدائن الاولوية في استناد الباقي من الدين عند المدين [2].

4- فيما يتعلق بموضوع كل من الدعويين: ففي دعوى الحلول يحل الكفيل محل الدائن فيما له من حقوق قبل المدين وقد يضار من دلك أدا كان هدا الدين يسقط بنوع قصير من التقادم، أو تكون المدة قد سرت في مواجهة الدائن بمدة طويلة، ولم يبق للكفيل إلا مدة قصيرة، أما بالنسبة للدعوى الشخصية فالكفيل يرجع بأصل الدين والمصاريف والتعويض ومدة التقادم لا تبدأ إلا من وقت وفاء الكفيل الدين للدائن [3].

---

[1] – راجع المادة 670 من الامر 75-58 المتضمن القانون المدني والمقابلة للمادة 807 من القانون المدني المصري، المرجع السابق

[2] – حقيقي حليمة، المرجع السابق، ص 776

[3] – زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 92

ثانيا: رجوع الكفيل على المدينين عند تعددهم

إذا قام الكفيل بوفاء الدينكان له الرجوع على المدين إذا كان واحدا بدعوى الكفالة أو بدعوى الحلول، كما سبق دراستنا مطالبا إياه بكل ما قامبوفائه، إلا أن الإشكال يثور حول تعدد المدنيين في الدين الواحد سواء بتضامن أو من غير تضامن فكيف يمكن للكفيل الرجوع عليهم؟ وهذا ما سوف نبحث عنه من خلال هذه النقطة.

1- تعدد المدينين غير المتضامنين

إذا تعدد المدينون ولم يكونوا متضامنون، وكفلهم الكفيل جميعا ثم أدى الدين جاز له الرجوع على كل منهم بمقدار حصته من الدين فقط وهذا الحكم ينطبق سواء أكان الرجوع بموجب الدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول: لأنه في الدعوى الاولى لا يرجع إلا بمقدار ما وفاه من نصيب المدين من الدين ولا يحل بموجب الدعوى الثانية إلا بما له قبل كل مدين غير متضامن [1].

أما إذا كان المدينون غير متضامنين وكفل الكفيل بعضهم فقط فإنه لا يرجع إلا على من كفله، 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 آخرين لم يكفلهم، فإنه يكون له حق الرجوع على هؤلاء المدينين بدعوى الاثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة [2] .

2_تعدد المدينين وتضامنهم

إذا تعدد المدينون وكانوا متضامنين فهنا نكون أمام أحد الفرضين الأولإما يكون الكفيل قد كلفهم جميعا والثاني قد يكون الكفيل كفل بعضهم دون البعض الآخر

---

[1] – عدنان ابراهيم سرجان، المرجع السابق، ص ص 236-237

[2] – نبيل ابراهيم سعد، **التأمينات الشخصية والعينية**، المرجع السابق، ص 132

الفرض الأول: إذا كان الكفيل قد كفل جميع المدنيين المتضامنين فيستطيع أن يطالب أيا منهم بكل الدين باستخدامه دعوى الكفالة أو دعوى الحلول لأنه حل محل الدائن لأن الدائن لا يستطيع مطالبة أي منهم بكل الدين وقد نصت على هذا الحكم المادة 673 من القانون المدني الجزائري بقولها: " إذا تعدد المدينون في دين واحد كانوا متضامين فللكفيل الذي ضمنهم جميعا أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين [1].

الفرض الثاني: أما الفرض الثاني الذي يكون فيه الكفيل قد كفل بعضهم فقط فهذه الحالة لم ينص عليها المشرع في باب الكفالة إلا أنه بالرجوع إلى الفقه نجد أنه يجمع على أن الكفيل يرجع إلى المدينين الذين ضمنهم بكل الدين سواء بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول، أما بالنسبة لرجوع الكفيل على المدين المتضامن الذي لم يكفله فيمكن تطبيق القواعد العامة، أي يمكن للكفيل بعد قيامه بالوفاء أن يرجع على أي من المدينين المتضامنين الذين يكفلهم بالدعوى غير المباشرة، كما له أن يرجع أيضا بدعوى الإثراء بلا سبب، ويكون رجوعه في هذه الحالة كل بقدر حصته في الدين [2].

الفرع الثاني: العلاقة بين الكفيل وغيره من الكفلاء

من المنطقي أنه إذا قام الكفيل بوفاء الدين للدائن كان له حق الرجوع على باقي الكفلاء، فإذا تعدد الكفلاء لدين واحد وكفلوا في عقد واحد وادى أحدهم كل الدين كان له الحق في الرجوع على الباقين إلا أن مدى هذا الرجوع يختلف بحسب ما إذا كان الكفلاء متضامنين أو غير متضامنين .

[1] – محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 105

[2] – زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص ص 93–94

أولا: حالة تعدد الكفلاء بعقد واحد دون تضامن

إذا لم يكن الكفلاء لدين واحد متضامنين، فإن الدين ينقسم عليهم ولا يجوز للدائن أن يطالب أحدهم منهم إلا بقدر حصته، وذلك تطبيقا لنص المادة 666 ف1 [1] من القانون المدني الجزائري، فإذا أدى كل كفيل نصيبه من الدين برأت ذمته ولا رجوع له بعد ذلك على غيره من الكفلاء بموجب دعوى الاثراء بلا سبب المقررة في القواعد العامة [2] وهو يرجع على كل منهم بحدود حصته، فإن رجع على أحدهم فوجده معسرا تحمل الكفيل الموفي لوحده تبعة هذا الاعسار، على أن الكفيل في هذه الحالة الأخيرة لا يستطيع أن يرجع على غيره من الكفلاء بدعوى الكفالة الشخصية لأنه مقرر بشأن رجوع الكفيل على المدين الاصلي، كما لا يستطيع أن يرجع على غيره من الكفلاء غير المتضامنين بموجب دعوى الحلول بمقدار نصيب كل منهم بالدين، وذلك لأن الكفيل غير ملزم ولا مأجور بالوفاء عن غيره من الكفلاء، لذلك لا رجوع له عليهم إلا بموجب دعوى الاثراء بلا سبب كما قلنا أعلاه[3].

ثالثا: حالة تضامن الكفلاء بعقود موالية

وتتلخص هذه الوضعية في وجود عدة كفلاء لدين واحد وبعقود متوالية مع احتفاظ أي منهم لنفسه بحق التقسيم فيكون كل منهم مسؤولا بكل الدين، فإذا تعدد الكفلاء وكانوا متضامنين فيما بينهم فهنا لا ينقسم الدين بينهم، ولا يختلف الوضع فيما إذا كانوا قد كفلوا دينا واحدا وبعقد واحد أو كانوا ملزمين بعقود متوالية، فكل واحد منهم يكون مسؤولا بكامل الدين، وذلك تطبيقا لنص المادة 668من القانون المدني الجزائري[4].

---

[1] – راجع نص المادة 664 ق 1 من الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق

[2] – انظر أحكام المواد 142–143 من القانون المدني والمتعلقة بالقواعد المطبقة على الحكام الاثراء بلا سبب

[3] – عدنان ابراهيم سرحان، المرجع السابق، ص 232

[4] –راجع المادة 668 من الامر 75–58 المتضمن القانون المدني، والمقابلة للمادة 805 من القانون المدني المصري، المرجع السابق.

إذن إذا وفى أحد الكفلاء المتعددين بالدين فإنه يرجع على أي كفيل متضامن بقدر نصيبه في الدين مضافا إليها نصيبه في حصة الكفيل المعسر [1].

المبحث الثاني: انقضاء الكفالة

إن المبدأ في عقد الكفالة هو أن الكفيل ملتزم بالدرجة الثانية اتجاه الدائن وتربطه بالمدين الاصلي علاقة تبعية بمعنى أنه لا يمكن للدائن مطالبة الكفيل إلا بعد رجوعه على المدين، فالكفيل هنا مدين احتياطي، ولكن بالرغم من هذه الصفة التي يتمتع بها الكفيل بحيث يبقى التزامه صحيحا ومنتجا لآثاره ببقاء الالتزام الاصلي، وينقضي بانقضائه، إلا أن لهذا الالتزام بالكفالة – مقوماته الخاصة بحيث يمكن أن ينقضي دون انقضاء الالتزام الاصلي

ولإزالة اللّبس الذي يعتلي التزام الكفيل فاعتبار هذا الأخير تابع لالتزام المدين الاصلي يولد في أذهاننا أنه غير مستقل عنه وهذا ما يتناقض مع وجود أسباب خاصة لانقضاء التزام الكفيل غير تلك التي تنقضي بها الالتزامات عموما، ينبغي التطرق الى انقضاء الكفالة بطريق تبعي كمطلب أول ثم الى الطرق الخاصة لانقضائها كمطلب ثاني.

المطلب الاول: انقضاء الكفالة بطريق تبعي

أسباب انقضاء الدين المكفول هي نفس أسباب انقضاء أي دين، فإذا انقضى هذا الدين بسبب من أسباب الانقضاء فقد انقضت الكفالة معه على اعتبار أن عقد الكفالة عقد تبعي وانقضاء الدين المكفول يكون حسب طرق انقضاء الالتزام بصفة عامة طبقا للنظرية العامة لأحكام الالتزام.

[1] – حمداوي صورایة، مسعودان فتيحة، المرجع السابق، ص ص 53-54.

وقد تناول القانون المدني الجزائري أسباب انقضاء الالتزام في الباب الخامس من الكتاب الثاني الخاص بالالتزامات والعقود وذلك في المواد من 258 الى 322 منه، وقد قسم أسباب الانقضاء الى 3 طرق وهي:

أولا: انقضاء الالتزام بالوفاء: إذ هو الطريق الطبيعي والمألوف لانقضاء الالتزام، وفيه يؤدي الدائن حقه ذاته وتبعا لذلك ينقضي التزام الكفيل.

ثانيا: انقضاء الالتزام بما يعادله ويتحقق ذلك في الوفاء بمقابل والتجديد والإنابة و اتحاد الذمة.

ثالثا: انقضاء الالتزام دون الوفاء: وفيه ينقضي الالتزام دون أن يحصل الدائن على حقه ولا على ما يعادله ويكون ذلك بالإبراء واستحالة التنفيذ والتقادم المسقط.

وللتفصيل في طرق انقضاء الكفالة بطريق تبعي ينبغي التطرق لطرق انقضاء الالتزام وفقا لما فصلنا آنفا ووفقا لترتيب المشرع لها.

الفرع الاول: انقضاء الالتزام بالوفاء[1]

الوفاء هو تنفيذ ذات الالتزام الذي التزم به المدين أيا كان محله[2] ، ووفاء المدين الأصلي في عقد الكفالة يؤدي الى انقضاء التزامه اتجاه الدائن ويؤدي بصورة تبعية الى انقضاء الكفالة.

[1]– يعد الوفاء بمثابة النهاية الطبيعية المرغوب فيها للالتزام، فبالوفاء تصل رابطة الالتزام الى غايتها ومبتغاها، فالمدين ينفذ الالتزام الذي التزم به تنفيذا اختياريا.

[2]– محل الالتزام يكون احدى 03 الصور الاتية، القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل أو إعطاء شيء.

وللتفصيل في طرق انقضاء الالتزام عن طريق الوفاء يجب البحث أولا عن أطراف الوفاء ثم الى محل الوفاء ثانيا.

أولا: طرفا الوفاء

1-الموفي(المدين)

يشترط لصحة الوفاء أن يكون المدين مالكا للشيء الذي يوفي به وأهلا للتصرف فيه وذلك طبقا للمادة 260 من القانون المدني الجزائري[1] حيث تشترط هذه المادة توافر شرطين لصحة الوفاء، أولهما أن يكون الموفي(المدين) مالكا للشيء الذي يوفي به لان عدم توافر هذا الشرط نكون بصدد تصرف في ملك الغير وهو تصرف قابل للإبطال[2] ، ويجوز استرداده من الشخص الموفى له (الدائن)، والشرط الثاني أن الموفي(المدين) أهلا للتصرف.

والأصل أن يقع الوفاء من المدين بالالتزام [3] ، بل ويجوز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين إذا كان محل الالتزام هو القيام بعمل ونص الاتفاق واستوجبت طبيعة الدين أن ينفذ التزامه بنفسه [4].

---

[1]- تنص المادة 260من الامر 75-58 المتضمن القانون المدني على أنه يشترط الوفاء أن يكون الموفي مالكا للشيء الذي وفى به وأن يكون ذا أهلية للتصرف.

[2]- وذلك تطبيقا لأحكام بيع ملك الغير المواد من 397 الى 399 من الامر 75-58 المتضمن القانون المدني

[3]- سمير عبد السيد تناغو، **أحكام الالتزام والإثبات**، مكتبة الوفاء القانونية ، ط1 ، مصر، 2009، ص 373

[4]- وتضيف الفقرة الثانية من ذات المادة (258): يجوز للدائن رفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وابلغ الدائن بهذا الاعتراض

ويجوز أن يتم الوفاء من نائب المدين كالوكيل أو الموصي طالما أن الوفاء بالالتزام يدخل في حدود سلطات النائب [1].

ويجوز الوفاء أيضا من أي شخص غير المدين إذا كانت له مصلحة في الوفاء بالدين كالكفيل الذي يكون متضامنا مع المدين

كما أجازت نص المادة 258 من القانون المدني الجزائري أن يتم الوفاء من أي شخص ولو لم تكن له مصلحة في الدين [2].

2- الموفي له

الأصل أن يكون الوفاء للدائن والعبرة في تحقق هذه الصفة هي بوقت الوفاء لا بوقت نشوء الدين، ذلك أن الدائن قد يتغير في الفترة بين نشوء الدين واستفائه.

غير أن المادة 267 من القانون المدني الجزائري أيضا قد أجازت أن يتم الوفاء أيضا لنائبه وقد يقوم المدين بالوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه، فهنا لا تبرأ ذمته، وإنما يظل الالتزام قائما يجب عليه وفاءه للدائن، وذلك أن القاعدة أن من وفى بالدين غلط يفي به مرتين [3] ومع ذلك يكون الوفاء صحيحا وتبرأ ذمة المدين في حالات محددة قانونا[4].

---

[1]- وذلك طبقا للمادة 74 من الامر 75-58 المتضمن القانون المدني التي تقضي بأنه: إذا ابرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا من حقوق والتزامات يضاف الى الاصيل

[2]- إذا قام بالوفاء شخص غير المدين وكان الموفي غير متبرع للمدين جاز له أن يرجع على المدين بما وفاه من دينه، وله في رجوعه على المدين دعويين: الدعوى الشخصية ودعوى الحلول

[3]- محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 303

[4]- نصت المادة 268 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني على حالات إبراء ذمة المدين بوفائه للغير وهي: 1)اقرار الدائن بالوفاء ،2)إذا عادت على الدائن منفعة من هذا الوفاء ومثاله وفاء المدين لشخص هو دائن لدائنه 3) الوفاء بحسب نية الشخص كان الدين في حيازته الذي يبدو وأنه صاحب الحق ثم يتضح أن الدائن شخص آخر

ثانيا: محل الوفاء

للتفصيل في موضوع محل الوفاء ينبغي التطرق الى نقطتين أساسيتين الاولى حول بيان ما على المدين الوفاء به (الوفاء بالشيء المستحق) والثانية حول حكم الوفاء الجزئي .

1-الوفاء بالشيء المستحق

الاصل أن يكون الوفاء بعين ما التزم به المدين سواء كان الالتزام بإعطاء شيء أو كان التزاما بعمل أو بامتناع عن عمل وذلك تطبيقا لنص المادة 276 من القانون المدني الجزائري[1]

إلا أن الوفاء في حد ذاته يثير تساؤلا حول أن كان الوفاء يشمل أيضانفقاته أم لا وفي حال شمولها على عاتق من تكون؟

بالرجوع الى أحكام المواد 278-283 ق م ج فإن مصاريف ونفقات الوفاء تكون جزء لا يتجزأ من أصل الدين وهي تقع على المدين ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

2- عدم جواز تجزئة الدين

طبقا لنص المادة 277من القانون المدني الجزائري[2] فإنه لا يجوز للمدين اجبار الدائن على أن يقبل وفاءا جزئيا من حقه ولو كان الأداء قابلا بطبيعته للتجزئة فواجب تنفيذ الالتزام لا يعدو أنه قد تحقق على وجه تتم به براءة ذمة المدين إلا إذا كان الوفاء كليا، فالوفاء الجزئي يعد تأخرا في التنفيذ وبالتالي اخلالا بالعقد[3].

---

[1]-دربال عبد الرزاق، **الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري**، دار العلوم ، الجزائر، 2004، ص 82.

[2]-انظر المادة 277 الامر 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق

[3]- رمضان محمد أبو السعود، **أحكام الالتزام**، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر، 1998

على أن هذه القاعدة ليست بالآمرة، وانما يجوز الخروج عنها إما بحكم الاتفاق أو بحكم القانون.

وبالتالي فان وفاء المدين الأصلي بكل الدين يؤدي إلى انقضاء التزامه ويؤدي بصورة تبعية الى انقضاء الكفالة أما في حالة الاتفاق الجزئي الصادر من المدين الاصلي فإنه يؤدي الى براءة ذمة الكفيل في حدود هذا الجزء، فيبقى للدائن حق الرجوع على الكفيل والمدين بالباقي.

الفرع الثاني: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

بالإضافة الى انقضاء الالتزام عن طريق الوفاء هناك طريق آخر لانقضاء الالتزام وهي انقضائه بما يعادل الوفاء، ومنه إذا انقضي الالتزام المكفول بهذه الطريقة يجوز للكفيل التمسك به كدفع لإبراءذمته ويتم ذلك في حالة الوفاء بمقابل أو التجديد أو الانابة أو اتحاد الذمة

أولا- الوفاء بمقابل[1]

تقضي المادة 285 من القانون المدني الجزائري على أنه" إذا قبل الدائن في استفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء.

يتضح من هذا النص أن الوفاء بمقابل هو قبول الدائن مقابلا يستعيض به عن الشيء المستحق له أصلا، فالأصل أن المدين بالوفاء يلتزم بالوفاء بعين ما التزم، ولا يمكن اجبار الدائن على قبول الوفاء بشيء آخر مختلف، ولو كان أكبر قيمة إلا أنه يمكن قبول الوفاء

[1]- يحصل الوفاء العادي بأداء نفس الشيء المستحق على الدين ويسوغ للدائن أن برفض الوفاء إذا ورد شيء آخر غير المستحق له ولو كان أكبر قيمة منه، ولكن إذا ارتضى الدائن الوفاء بغير المستحق له، انقضى الالتزام بيد أن هذا الانقضاء لا يكون بالوفاء العادي وانما بالوفاء بمقابل، عادل حسن علي، الإثبات أحكام الالتزام، مكتبة زهراء الشرق،لبنان 1996، ص 44

بشيء آخر خلاف المستحق أصلا وفي هذه الحالة يقوم الكفيل في سبيل الوفاء بما هو ملتزم به قبل الدائن بإعطائه شيء آخر غير الذي كان ملتزما بأدائه [1].

ومنه فإنه يشترط لصحة الوفاء بمقابل كسبب من أسباب انقضاء التزام الدائن الى المدين اتجاه الدائن توافر ركنين[2] وهما الاتفاق على الاستعاضة بمحل جديد مكان المحل الاصلي وأيضا تنفيذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فورا الى الدائن [3]وتبعا لذلك يؤدي الى انقضاء التزام الكفيل أيضا اتجاه الدائن وبراء ذمته وذلك طبقا للمادة 655 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه" إذا قبل الدائن شيئا آخر في مقابل الدين برأت بذلك ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء.

ثانيا: بالتجديد والانابة

1-بالتجديد

إذا انقضى الدين المكفول بالتجديد بأن جدد المدين الأصلي دينه بتغيير الدين في محله أو مصدره ، فإن الدين المكفول ينقضي وينقضي لانقضائه الكفالة ويحل محل الدين المكفول

[1]-محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**، النظرية العامة للالتزامات ، ج 2، أحكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص 339

[2]- انظر المادة 25 الامر 75-58المتضمن القانون المدني المرجع السابق

[3]-أنور العمروسي، **صور انقضاء الالتزام في القانون المدني**، دار الفكر الجامعي ، مصر، 2004، ص ص 136-137

دين جديد لا تنتقل إليه التأمينات التي كانت تكفل الدين المكفول إلا إذا نص القانون ذلك[1] أو جازه الاتفاق [2].

وحتى يكون هناك تجديد صحيح تنقضي به الكفالة لابد أن تكون نية التجديد واضحة وهذا ما نصت عليه المادة 289 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري صراحة: لا يفترض التجديد بل يجب الاتفاق عليه صراحة أو استخلاصه بوضوح من ظروف الحال.

2- بالانابة

تفترض الانابة[3] وجود 03 أطراف وهو المدين الذي ينيب الشخص الاجنبي ليفي الدين الى الدائن ومن ثم سمي منيبا والمناب وهو هذا الشخص الاجنبي الذي ينيبه المدين ليفي بالدين إلى الدائن ومن ثم سمي منابا والمناب لديه وهو الدائن الذي ينيب المدين الشخص أجنبي لديه ليفي له بالدين ومن ثم يسمى بالمناب لديه[4*].

---

[1]–ومثاله ما نصت عليه المادة 290 ق م ج بقولها :ف1 لا يعد مجرد تقييد الالتزام في حساب جار تجديدا, ف2: وانما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم اقراره على أنه إذا كان الدين مكفولا لتأمين خاص فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك.

[2]–بما أن عقد الكفالة عقد رضائي يحكمه مبدأ سلطان الإرادة فإنه يحق للكفلاء معارضة انتقال الكفالة وذلك ما نصت عليه المادة 203 من القانون المدني لا تنتقل الكفالة العينية أو الشخصية ولا التضامن الى الالتزام الجديد إلا إذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون.

[3]– الانابة عمل قانوني به يحصل المدين على رضاء الدائن شخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكانه وذلك طبقا لحكم المادة 294 من الامر 75–58 المتضمن القانون المدني الفقرة 01.

[4]– عبد الرزاق أحمد السنهوري ، **الوسيط في شرح القانون المدني** ، ج 03، أحكام الالتزام منشأة المعارف، مصر، 2004، ص 763.

*– قد يتداخل عقد الانابة بعقد الكفالة من حيث عدد الاطراف وأيضا وجود أو تدخل شخص أجنبي محل المدين إلا أنه يختلف عقد الكفالة والانابة من حيث أن محل الكفيل يلتزم بدفع دين شخص آخر هو المدين الأصلي إذا لم يقم هذا الأخير

والانابة نوعان ناقصة وكاملة، فلا ينقضي الالتزام الاصلي إلا إذا كنا أمام النوع الثاني من الانابة، حيث يتم الاتفاق على أن ينقضي التزام المدين (المنيب) ليحل محله التزام جديد (المناب) في مواجهة الدائن تؤدي الانابة إلى انقضاء التأمينات الضامنة للالتزام المكفول ومن بينهما الكفالة بحيث تبرأ ذمة الكفيل [1].

وعلى ما سبق بيانه فإن الانابة الكاملة هي تعتبر بمثابة تحديد الالتزام بتغيير الشخص المدين كما سبق الاشارة، وبالتالي تسري أحكام التجديد من حيث انقضاء الدين الاصلي، كما تنقضي تبعا لذلك الكفالة التي جاءت من أجل ضمانه، إلا إذا رضي الكفيل بضمان الالتزام الجديد، ولكن الانابة لا تكون كاملة إلا إذا اتفق على التجديد [2]، أما إذا لم يتفق على التجديد فإن الانابة تكون ناقصة وهي الانابة التي يكون فيها التزام المدين هو المنيب قائما إلى جانب المدين الجديد وهو المناب إذ يصبح للدائن مدينين، وبالتالي لا تنقضي الكفالة هنا لأن التزام المدين الأصلي لم ينقضي.

=بالوفاء به بينما محل المناب هو الالتزام بأن يدفع للمناب لديه دينه الخاص في مراجعته، وترتيبا على ذلك فإن التزام الكفيل التزام احتياطي بينما التزام المناب التزام أصلي.

[1]– حميداوي صورایة، مسعودان فتيحة، الكفالة كتأمين شخصي، مذكرة ماستر في القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2013–2014، ص 68.

[2]–وذلك تطبيقا لنص المادة 295 من الامر 75–58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

ثالثا: انقضاء الالتزام بالمقاصة واتحاد الذمة

1-بالمقاصة[1]

إذا أصبح المدين المكفول دائنا للدائن، وتوافرت شروط المقاصة المنصوص عليها قانونا[2] انقضى التزام المكفول بقدر الالتزام الذي ترتب في ذمة الدائن، وانقضى التزام الكفيل بالتبعية بالقدر الاقل منهما للالتزام المكفول، ولا تقع المقاصة الا إذا تمسك بها من له مصلحة في ذلك استنادا الى نص المادة 300 من القانون المدني ونقصد بصاحب المصلحة هنا هو المدين ولا يرتب الدفع بالمقاصة أثره إلا من الوقت الذي يصبح فيه الالتزامين صالحين للمقاصة [3]، وللكفيل أيضا الحق في التمسك بانقضاء الدين الاصلي بالمقاصة لأنه صاحب المصلحة إذ يترتب على انقضائه انقضاء التزامه بالتبعية حتى لو كان متضامنا وحتى لو لم يتمسك بها المدين وذلك تطبيقا لنص المادة 654 من القانون المدني.

ويجدر الإشارة أنه يمكن النزول عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها لأنها غير متعلقة بالنظام العام بل هي مقررة لمصلحة الطرفين فقط . فيجوز إذن لمن تقررت لمصلحته أن ينزل عنها بعد ثبوت حقه فيها[4].

---

[1]– تفترض المقاصة كطريق من طرق انقضاء الالتزام وجود شخصين كل منهما دائن ومدين للآخر في نفس الوقت فينقضي الدينان بقدر الاقل منهما فيكون المدين بالدين الاقل قد وفى كل منهما بدينه فينقضي الدينان بقدر الاقل منهما وهي 3 أنواع: قانونية، اختيارية، قضائية.

[2]–راجع المادة 297 من الامر 75–58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[3]– وذلك بمراعاة الاستثناءات الواردة في المادة 299 ق م وهي الحالات التي لا يجوز فيها المقاصة.

[4]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، ج 03أحكام الالتزام المرجع السابق، ص 713.

2- اتحاد الذمة[1]:

تقضي المادة 304ف1[2] من القانون المدني على أن الالتزام ينقضي إذا اجتمعت في شخص واحد صفة الدائن والمدين بالنسبة للدين الواحد كأن يرث المدين الدائن فورث حقه وأصبح هو الدائن لنفسه فانقضى الدين لاتحاد الذمة وتنقضي بالتبعية الكفالة وتبرأ ذمة الكفيل

وتضيف الفقرة الثانية من ذات المادة[3] على أنه في حال زوال السبب الذي أدى الى اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي عاد الدين الى الوجود بملحقاته بالنسبة إلى المعنيين بالأمر ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن .

وبالتالي فانه في حال زوال السبب الذي إلى أدى اتحاد الذمة فإن زواله يكون بأثر رجعي أي عاد الدين الى الوجود هو وملحقاته بالنسبة الى ذوي الشأن جميعا ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن [4]. وتبعا لذلك يعود التزام الكفيل اتجاه الدائن الى الحالة الاول أي قبل اتحاد الذمة.

الفرع الثالث: انقضاء الالتزام دون الوفاء

وفي هذا الحالة لا يستوفي الدائن حقه وقد يكون مرد ذلك إما لأنه لم يرد ذلك اختيارا عن

---

[1]- الفرق بين اتحاد الذمة والمقاصة: يتحقق اتحاد الذمة إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة الى دين واحد، فالمفروض أن هناك إذن دينا واحدا فورث الدائن المدين أوقد حدث العكس، فأصبح شخصا واحدا على عكس المقاصة التي تفترض شخصين مع دين واحد وكل منهما دائن ومدين

[2]-انظر المادة 304ف1 من الامر 75-58 المتضمن القانون المدني ، المرجع السابق

[3]- المادة 304 ف 02 المرجع نفسه

[4]- عبد الحميد الشواربي، **التعليق الموضوعي على القانون المدني**، الكتاب الثالث، أحكام الالتزام، منشأة المعارف، مصر، ص 865

طريق إبراء ذمة مدينه أو لان الالتزام قد استحال تنفيذه ولا تكليف عندئذ لمستحيل، أو لأن قواعد القانون هي التي حالة دون حصول الدائن على حقه وذلك بسبب التقادم المتسقط.

أولا: الابراء

الابراء هو نزول الدائن عن حقه للمدين دون مقابل، ويتميز الابراء بأنه عمل من أعمال التبرع، لان الدائن هناك لا يتقاضى من المدين شيء[1].

وتنص المادة 305 من القانون المدني الجزائري على انه ينقضي الالتزام اذا برأ الدائن مدينه اختياريا، يتضح من خلال نص المادة أن الإبراء مجموعة من الخصائص تتمثل في:

-أن الابراء تصرف من جانب واحدة فهو يتم بإرادة الدائن وحده دون الحاجة للقبول من المدين أو الكفيل.

-الابراء من أعمال التبرع: فالإبراء تصرف تبرع فيه الدائن مختارا عن حقه دون مقابل وباعتباره من أعمال التبرع فإنه تسرى في شأنه الاحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع

- ومن الآثار المترتبة على الابراء هي انقضاء الالتزام الاصلي وبالتالي انقضاء الكفالة تبعا لذلك وبراءة ذمة الكفيل منه.

ثانيا : استحالة التنفيذ

إذا استحال تنفيذ التزام المدين لسبب لا يد للمدين فيه فإنه ينقضي وذلك طبقا للمادة 307 من القانون المدني، وينقضي التزام الكفيل بصفة تبعية، ولكن إذا كان المدين مسؤولا عن

[1]-محمد عندمي الباري، **موسوعة الفقه والقضاء في القانون المدني** ،المجلد الخامس، دار محمود، مصر ،2006 ، ص 693

استحالة تنفيذ التزامه فإنه يلتزم بالتعويض ويظل الكفيل ضامنا للالتزام بالتعويض وإذا هلك الشيء محل الالتزام بفعل الكفيل، فإن ذمة المدين تبرأ، إذا أن فعل الكفيل يعتبر سببا أجنبيا بالنسبة للمدين، وتبرأ ذمة الكفيل بالتبعية، ولكن يصبح الكفيل مسؤولا عن خطأه كمدين أصلي[1]

ثالثا: انقضاء الدين المكفول بالتقادم

وإذا انقضى الدين المكفول بالتقادم وانقضت بانقضائه الكفالة وذلك حتى لو كان التزام الكفيل التابع لم ينقضي هو نفسه بالتقادم، والغالب أن يسري التقادم بالنسبة إلى الدين الاصلي في الوقت الذي يسري فيه بالنسبة إلى التزام الكفيل فينقضي الدينان بالتقادم في الوقت الذي يسري فيه بالنسبة إلى الالتزام الكفيل، فينقضي الدينان في وقت واحد وعندئذ تبرأ ذمة الكفيل إما لان المدين الأصلي برأت ذمته والكفيل تابع للمدين الأصلي ، أو لأن التزام الكفيل التابع قد انقضى هو نفسه بالتقادم مستقلا عن الدين الاصلي.[(1)]

وقد يحدث أن ينقضي الدين الاصلي بالتقادم دون انقضاء التزام الكفيل فهنا يتقادم أيضا التزام الكفيل في الوقت الذي يتقادم فيه الدين الاصلي وتبعا لذلك تبرأ ذمة الكفيل لانقضاء الدين الاصلي .

وطبقا لنص المادة 321 من القانون المدني ،فإن الكفيل هو من يتمسك بالتقادم وليس المحكمة من تلقاء نفسها ذلك كون الكفيل هو من له مصلحة في التمسك بتقادم الدين الاصلي وإذا تنازل المدين عن التقادم جاز للكفيل الطعن في النزول وذلك عبر الدعوى البوليصية تطبيقا لحكم المادة 322 من القانون المدني.[2]

---

[1]– محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 116.

[2]–المرجع نفسه، ص117.

المطلب الثاني: الأوجه الخاصة لانقضاء الكفالة بصفة أصلية

تعد الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة بصفة أصلية الكاشفة بوضوح عن فكرة التبعية في الالتزام، فالكفيل لا مصلحة له في الدين المكفول، فهو ضامن لدين غيره، وهو لا يتبرع بهذا الضمان للمدين في آخر الأمر، فهو سيرجع على المدين بقيمة الدين، المكفول في حالة وفاءه للدائن، فالكفيل يهدف أساسا إلى تقوية ائتمان المدين، وليس القيام فعلا بالوفاء بدينه.

وعلى ذلك فقد يكون الدائن مقصرا في حق الكفيل بأن يقوم بتضييع الضمانات التي له بموجب الدين الذي بينه وبين المدين، وقد لا يتخذ الاجراءات اتجاه مدينة الاصلي بعد انذاره من طرف الكفيل، كما يمكن أن يتم اشهار افلاس مدينة ولا يقوم بالدخول في التفليسة مع جماعة الدائنين، وكل هذا يؤدي إلى سقوط حق الدائن في مطالبة الكفيل، وبالتالي انقضاء التزام هذا الأخير.

وللتفصيل في موضوع الاسباب الخاصة لانقضاء الكفالة في هذا المطلب ينبغي تقسيمه إلى ثلاثة فروع وسنتناول هذه الأسباب فيما يلي: براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات في الفرع الأول، براءة ذمة الكفيل لعدم اتخاذ الدائن الاجراءات في مواجهة المدين بعد انذار الكفيل له بضرورة اتخاذها في الفرع الثاني وبراءة ذمة الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين وذلك في الفرع الثالث.

الفرع الأول: براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطأ من تأمينات

تنص المادة 656 [1] ف 1 من القانون المدني الجزائري على أنه: تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات

[1]– انظر المادة 656 من الامر 75_58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق: والمقابلة للمادة 793 من القانون المدني المصري

ف2: ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو تقررت بعد الكفالة وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون.

وهذا السبب مقرر لحماية الكفيل، لأن الكفيل إذا وفى الدين فإنه يحل محل الدائن فيما له من حقوق [1].

ويثبت هذا الحق في الدفع للكفيل وحده، وعلى ذلك لا يجوز للمدين المتضامن مع غيره من المدنيين المتضامنين التمسك بهذا الدفع لأنه أولا ليس كفيلا فهو مدين أصلي بكل الدين، وثانيا لأن الرابطة التي تربطه بالدائن مستقلة عن الرابطة التي تربط المدينين الآخرين بنفس الدائن [2].

ومنه فالحق في الدفع بإضاعة الدائن بخطئه تأمينات بسبب المدين مخول للكفيل وحده سواء كان كفيلا عاديا أو كفيلا متضامنا وسواء كان كفيلا شخصيا أو كفيلا عينيا .

ويكون للكفيل هذا الحق حتى ولو كان تنازل عن حقه في الدفع بتجريد المدين أولا، كذلك بالنسبة للكفيل العيني فهو كالكفيل الشخصي له حق التمسك بهذا الدفع فكلاهما قد التزم بالوفاء بدين ليس عليه، ولكلاهما أيضا حق الحلول محل الدائن في حقه من الاستفادة من الضمانات التي تضمن هذا الحق [3].

وللتفصيل في هذا الدفع ارتئينا التركيز في الدراسة على المبررات التي استندت إليها براءة ذمة الكفيل اتجاه الدائن بسبب إضاعة التأمينات بخطئه ثم شروط التمسك به وأخيرا إلى الآثار المترتبة عن تضييع الدائن لهذه التأمينات بخطئه.

---

[1]– زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 156.

[2]– نبيل ابراهيم سعد، **التأمينات الشخصية والعينية**، المرجع السابق، ص 156

[3]– صحراوي حجيلة، المرجع السابق، ص 52.

أولا: مبررات براءة ذمة الكفيل اتجاه الدائن بسبب اضاعة التأمينات

تبرأ ذمة الكفيل ذلك أن الدائن قد تسبب بخطئه في جعل الكفيل محله في ضماناته مستحيلا، فإذا أضاع الدائن هذه التأمينات التي اعتمد عليها الكفيل في كفالته للدين، كان من حقق الكفيل أن تبرأ ذمته بقدر ما أضيع من ضمان [1]، ولا يعدو ذلك أن يكون إلا تطبيقا للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، ذلك أن مركز الكفيل قد يسوء جراء هذا الإهمال مما قد يفوت عليه فرصة في استفاء حقه الذي حل فيه محل الدائن وجزاء ذلك هو براءة ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطاه من تأمينات.

ثانيا: شروط التمسك بهذا الدفع

لبراءة ذمة الكفيل اتجاه الدائن نتيجة اضاعته للتأمينات يجب توافر مجموعة من الشروط التي يمكن استنباطها من نص المادة 656 [2] من القانون المدني وهي كالأتي:
_إضاعة الدائن تأمينا خاصا

- أن يكون السبب في ذلك هو تقصير الدائن

- أن يترتب على هذه الإضاعة ضرر للكفيل

1- **اضاعة تأمين خاص:** يجب أن يكون الدائن قد أضاع تأمينا خاصا يضمن نفس الدين المكفول سواء كان هذا الضمان شخصيا ككفالة أخرى أو تأمينا عينيا كرهن رسمي أو حيازي أو حق تخصيص أو امتياز أو حتى كان تضامن بين المدنيين ويستوي أن يكون مصدر هذه

[1]- قدري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق،ص 124

[2]- راجع المادة 656 من الامر 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق

التأمينات هو القانون أو الاتفاق أو القضاء، ولا يشترط أن يكون التأمين قد ضاع بخطأ الدائن وقت الانعقاد الكفالة أو بعدها [1].

وعلى النقيض من ذلك فإذا لم يترتب على عمل الدائن ضياع تأمين خاص، فلا تبرأ ذمة الكفيل، وعلى هذا النحو إذا اضعف الدائن ماله من حق الضمان العام على أموال المدين كان أيضا فعلا في اتخاذ الاجراءات ضد مدينة حتى اعسر أو لم ينفذ هذه الاجراءات أصلا أو قد منح مدينة أجلا جديدا[2].

ولا تبرأ ذمة الكفيل إذا قصر الدائن في الحصول على تأمين خاص، فالدفع بإضاعة تأمينات يقتصر فحسب على الحالة التي يكون فيها الدائن قد حصل فعلا على تأمين ثم اضاعه .

2- أن يكون اضاعة التأمين الخاص بسبب الدائن: وقد نص المشرع صراحة على هذا الشرط [3] وخطأ الدائن قد يكون فعل ايجابي كالتنازل عن رهن أو مرتبته أو ابراء كفيل آخر لنفس الدين، كما قد يكون يفعل سلبي كأن يهمل في قيد الرهن أو في تجديد القيد أو المحافظة على المنقول المرهون [4] أو عدم بدل عناية الرجل المعتاد في المحافظة على هذا التأمين. وفي كل الأحوال فإن عبئالإثبات يقع على المدعي، والمدعي في هذه الحالة هو الكفيل.

أما إذا كان ضياع التأمين راجع إلى فعل الغير أو فعل الكفيل نفسه أو قوة قاهرة، فلا ينطبق النص، ولا تبرأ ذمة الكفيل، أما إذا كان ضياع هذا التأمين بخطأ مشترك (بين الدائن

---

[1]- زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 121.

[2]- رمضان أبو السعود،**التأمينات الشخصية و العينية**، المرجع السابق، ص 152.

[3]- انظر المادة 656 من الامر 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق

[4]- سمير عبد السيد تناغو، **التأمينات الشخصية والعينية**، المرجع السابق، ص 89.

والكفيل) فالرأي الراجح هو تطبيق القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، والتي تقضي بتوزيع التعويض على المشتركين في الخطأ.

ويعتبر الخطأ قد صدر من الدائن سواء منه شخصيا أو صدر من شخص هو مسؤول عنه كوكيلة أو تابعة [1].

3- أن يترتب على الخطأ ضرر للكفيل: وذلك لأن براءة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من تأمين خاص تعتبر نوعا من أنواع التعويض مقرر لمصلحة الكفيل، فيجب لكي يكون هناك تعويض يكون هناك ضرر من جراء الخطأ الذي يترتب عليه اضاعة التأمين الخاص، وعلى ذلك فإذا لم يكن هناك ضرر قد اصاب الكفيل من جراء اضاعة التأمين، فإن الكفيل لا يستطيع أن يتمسك ببراءة ذمته، فإذا أبرا الدائن أحد الكفلاء ليحل محله كفيل آخر بمثاله في اليسار فإن ذلك لا يعد إضاعة لتأمين خاص، وكذلك لا يجوز للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته إذا ما نزل الدائن عن رهن متأخر من جزاء ذلك، ويجب على الكفيل أن يثبت أنه قد أصابه ضرر من فعل الدائن ويثبت أيضا أن هذا الضرر الذي لحقه ضررا محققا وليس احتمالي [2].

ثالثا: آثار إضاعة التأمينات بخطأ الدائن

يترتب على توافر الشروط السابق بيانها براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من تأمين خاص، أي بقيمة التأمينات الضائعة ويقع عبأ الاثبات طبقا للقواعد العامة على الكفيل بأن يثبت أن اضاعة التأمين بخطأ الدائن قد تسببت له في ضرر، وإذا ادعى الدائن خلاف ذلك وقع عليه حتما عبأ الاثبات كأن يثبت مثلا أن التأمين الذي أضاعه عديم الفائدة أو القيمة أو أن الكفيل لم يلحقه أي ضرر .

---

[1]- سمير عبد السيد تناغو ،المرجع السابق، ص 90.

[2]نبيل ابراهيم سعيد، **التأمينات الشخصية والعينية**، المرجع السابق، ص160

وترتيبا على ذلك فإذا زادت قيمة التأمين الضائع عن قيمة التزام الكفيل فإن ذمته تبرأ بصفة كاملة، أما إذا قلت قيمة التأمين الضائع عن قيمة التزام الكفيل فلا تبرأ إلا في حدود قيمة هذا التأمين [1].

هذا ويعتبر هذا الدفع براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من تأمينات سبب من أسباب انقضاء الالتزام خاصا بالكفالة وحدها، إلا أنه لا يقع بقوة القانون، فالقاضي لا يجوز له أن يحكم به من تلقاء نفسه بل لا بد من الكفيل أن يتمسك به، وتبعا لذلك ولما كان هذا الدفع غير متعلق بالنظام العام، فإنه يجوز أيضا أن يتنازل عليه الكفيل صراحة أو ضمنا وقت انعقاد الكفالة أو بعد إضاعة هذا التأمين.

الفرع الثاني: عدم اتخاذ الدائن الاجراءات في مواجهة المدين بعد انذار الكفيل له.

نصت المادة 657 فـ1 [2] من القانون المدني الجزائري على أنه : " لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الاجراءات أو بمجرد أنه لم يتخذها" يتضح من هذا النص أن تأخر الدائن في الرجوع على المدين، لا يترتب عليه سقوط حقه في مطالبة الكفيل، ولو ترتب عنه اضرار بالكفيل نتيجة اعسار المدين وتعذر رجوع الكفيل عنه.

إلا ان القانون لم يترك الكفيل بدون حماية ، لذا نص في الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه " غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من انذار الكفيل للدائن، ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا، ومنه إذا حل أجل الدين وخشي الكفيل أن يتأخر الدائن في اتخاذ الاجراءات ضد المدين أن ينذرها باتخاذها حتى يرفع الدائن دعوى على المدين أو يبدأ في اتخاذ اجراءات التنفيذ ضده إذا كان بيده سند تنفيذي فإن

---

[1]– سمير عبد السيد تناغو، **التأمينات الشخصية والعينية**، المرجع السابق، ص 91.

[2]– انظر المادة 657 من الامر 75–58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق .

انقضت ستة أشهر من يوم الانذار دون أن يقوم الدائن في اتخاذ هذه الاجراءات برات ذمة الكفيل، إلا إذا قدم المدين للكفيل ضمانا كافيا يضمن به الكفيل لرجوع على المدين إذا ما اضطر للوفاء للدائن [1] ويثور البحث حول وقت انذار الكفيل للدائن بضرورة اتخاذ الاجراءات ضد المدين وهو ما سوف نتطرق إليه في النقطة الموالية.

أولا: وقت انذار الكفيل للدائن

رجوعا إلى نص المادة 657 [2] من القانون المدني نجد أنها لم تبين متى ينذر الكفيل الدائن بضرورة اتخاذ الاجراءات ضد المدين إلا أنه بالرجوع إلى القواعد العامة، فإن الدائن لا يستطيع اتخاذ اجراءات التنفيذ ضد المدين، إلا عند حلول أجل الالتزام المكفول، أي أجل التزام الاصلي ويتحقق ذلك بوقت استحقاق الدين أو بعد استحقاقه، وبالتالي لا يجوز للكفيل أن يقوم بإنذار الدائن قبل وقت الاستحقاق، فإذا حل وقت استحقاق الدين ومنح الدائن المدين أجلا جديدا، فإن ذلك لا يسرى في مواجهة الكفيل، ولا يجوز له دون ثبوت حقه اتخاذ اجراءات الانذار ما لم يكن قد ارتضى هذا الأجل الجديد لأنه من غير المقبول أن يضار الكفيل بفعل الدائن، ولكن إذا حصل المدين على مهلة قضائية فلا يجوز للكفيل أن ينذر الدائن إلا بعد انقضاء هذه المهلة لأن الدائن لا يستطيع مباشرة هذه الاجراءات قبل انقضائها [3]

ثانيا: الآثار المترتبة على انذار الكفيل للدائن

إذا قام الكفيل بإنذار الدائن بعد حلول أجل الالتزام الاصلي المكفول على النحو السابق بيانه التزام الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر تبدأ من تاريخ وصول الانذار

---

[1]– سليمان سارة، المرجع السابق، ص 38.

[2]– انظر المادة 657 من الامر 75–58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق، والمقابلة للمادة 794 من القانون المدني المصري

[3]–زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 125.

إليه وذلك تطبيقا لأحكام المادة 657 من القانون المدني، فيقوم برفع الدعوى ضد المدين إذا لم يكن بيده هذا السند. على أنه يجب مراعاة أنه لا يكفي أن يقوم الدائن بالبدء في اتخاذ الاجراءات ضد المدين بل يجب عليه أن يسير في هذه الاجراءات خلال 06 أشهر المحددة، وذلك بعناية الرجل المعتاد، فلا يسعى إلى اطالة الاجراءات أو يهمل فيها حتى تطول، ولو كان مسؤولا وفق للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية [1]

أما إذا لم يتخذ الدائن الاجراءات خلال ستة أشهر من تاريخ انذاره جاز للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته في صورة دفع أو دعوى مبتدئة، وحق الكفيل في براءة ذمته لا يتعلق بالنظام العام، إذ لا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، وكذلك يجوز للكفيل أن ينزل عن هذا الحق سواء عند انعقاد الكفالة أو بعدها وسواء كان النزول صريحا أو ضمنيا [2].

وعلى ذلك فإذا لم يتخذ الدائن هذه الاجراءات من خلال المدة المحددة فإنه يترتب على ذلك براءة ذمة الكفيل، وتنقضي الكفالة بصفة أصلية دون أن يؤثر ذلك في وجود أو قيام الدين المكفول إلا الالتزام الاصلي وهي الاخرى صورة من صور انقضاء الكفالة بطريقة خاصة أو أصلية .

الفرع الثالث: براءة ذمة الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفليسه المدين

الافلاس هو الوضعية القانونيةلتاجر توقف عن دفع الوفاء بديونه يعلن عنه بمقتضى حكم قضائي[3]وبالتالي يؤدي إلى التصفية الجماعية لأمواله[4]

---

[1]– رمضان أبو السعود، **التأمينات لشخصية والعينية** ،المرجع السابق، ص ص 162–163.

[2]– سمير عبد السيد تناغو، **التأمينات الشخصية والعينية**، المرجع السابق، ص 94.

[3]– راشد راشد ، **الأوراق التجارية الافلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص217.

[4]– راجع أحكام الإفلاس في المواد من 215 إلى 388 من الأمر 75 –59 المؤرخ في 20 رمضان 1996 الموافق لـ 22 22 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم.

ومنه إذا أفلس المدين فإنه يجب على الدائن أن يتقدم في تفليسة المدين للحصول على حقه و إلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل نتيجة ما ترتب من ضرر على الكفيل.

يجد هذا الدفع أساسه القانوني من نص المادة 658[1] من القانون المدني وذلك بنصها:" إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب اهمال الدائن " من خلال هذا النص يتضح أن القانونأقر على عاتق الدائن واجب قانوني يتمثل بالتقدم في تفليسة المدين ليحصل على ما يمكن الحصول عليه من هذا التقدم، ثم يرجع بالباقي على الكفيل، لأنه إذا أفلس المدين لاحق للكفيل التدخل في التفليسة، إلا إذا كان قد وفى بالدين وبالتالي افلاس المدين قبل وفاء الكفيل يجعل حق الدخول للتفليسة مقرر للدائن دون سواه، وهذا للحفاظ على حقه وحق الكفيل في نفس الوقت، فدخوله في التفليسة تعتبر الوسيلة الوحيدة لحصول على حقه أو جزء منه على نحو يؤدي إلى براءة ذمة الكفيل أو التخفيف عنها،[2] وعدم تدخله يعتبر في حكم القانون مقصرا، وتدخل الدائن في تفليسة المدين لا يحتاج إلى وجوب اخطار من الكفيل وانما يكون من واجب الدائن من تلقاء نفسه[3].

وللتفصيل في هذا الدفع ارتأينا البحث عن الشروط الواجب توفرها لصحة الدفع ببراءة ذمة الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين ثم إلى آثار هذا الدفع.

أولا :الشروط الدفع بعدم تقدم الدائن في التفليسة.

إهمال سبق للدائن وعدم تقدمه في تفليسة المدين: فكما سبق وقلنا أن الدائن وحده من له الحق في التقدم في تفليسة المدين وبالتالي إذا ما قصر أو أهمل في الدخول لتصفية أموال

---

[1]– أنظر المادة 658 من الامر 75 –58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق

[2]– حمداوي صورایة، مسعودان فتيحة، المرجع السابق، ص 69.

[3]– عدنان ابراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 280.

المدين كغيره من الدائنين الآخرين ليعود بعد ذلك على الكفيل بما تبقى من قيمة الدين، فإنه يتحمل نتيجة هذا التقصير والتي تتمثل في سقوط حقه في مطالبة الكفيل بما أصاب هذا الأخير من ضرر[1].

تضرر الكفيل من عدم تقدم الدائن في التفليسة:والضرر هنا مفترض على اساس ان الدائن الذي لم يدخل أو يتقدم بدينه في تفليسة مدينه لا يصيبه في الغالب ضرر مادام ان مدينه مكفول بالكفيل الذي ينفذ عليه أو يرجع اليه لاستفاء حقه في حالة اعسار او افلاس مدينه لان الغرض من عقد الكفالة هو ضمان الوفاء للدائن، وهذا على عكس الكفيل الذي يجد نفسه مطالبا بأداء الدين رغم عدم مطالبة المدين الاصلي بذلك من طرف الدائن اثناء النظر في التفليسة وهي بذلك تعتبر قرينة على تضرر الكفيل، وبعبارة اخرى أن مجرد امتناع الدائن من الدخول في تفليسة مدينه يعد خطأ ويسبب ضرر للكفيل هذا الاخير لا يلزمه القانون بتحمل أخطاء الآخرين وبالنظر إلى خصوصية هذا الضرر أجاز المشرع الجزائري للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع كلما لحق به ضرر من الدائن وذلك تحقيقا للعدالة وحماية الكفيل من اخطاء الدائن.

وجوب تمسك الكفيل بهذا الدفع: إن التمسك بعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين لا يعد من النظام العام ولذلك يجوز للكفيل أن يتنازل عن حقه في هذا التمسك سواء تم هذا التنازل قبل افلاس المدين عن طريق اتفاق بينه وبين الدائن أو بعد إفلاسه، ويتمسك الكفيل عادة ببراءة ذمته لعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين عن طريق دفع يبديه إذا طالبه الدائن بالوفاء، وهذا يعتبر دفعا موضوعي يمكن للكفيل أن يتمسك به في أي مرحلة كانت عليها الدعوى[2]

[1]– زاهية سي يوسف ، المرجع السابق، ص 133

[2]– صحراوي حجيلة ، المرجع السابق، ص 82

ثانيا: آثار الدفع بعدم تقدم الدائن في تفليسة مدينه

يترتب على عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين براءة ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر بسبب هذا الاهمال، فإذا كان الضرر يساوي قيمة التزام الكفيل فإن ذمته تبرأ بصفة كاملة، وإذا قلت نسبة الضرر عن قيمة التزام الكفيل فلا تبرأ ذمته هنا إلا في حدود نسبة الضرر.

خاتمة :

من خلال دراستنا لموضوع عقد الكفالة كأبرز وأهم أنواع التأمينات الشخصية، وبالنظر الى التطور الذي شهدته أنها لم تعد كما كانت من قبل شأن من شؤون الأصدقاء والأقارب، وإنما أصبحت من صميم اختصاص المؤسسات والتنظيمات الخاصة، ولكن رغم المزايا والايجابيات التي تتميز بها الكفالة إلا أن هناك نقائص وصعوبات في المجال القانوني والتطبيقي تقلل من فعاليتها إذ يتبين لنا أن هذا الضمان الشخصي عاجز عن تحقيق الحماية الفعالة والمثلى للدائن أو الدائنين ومن جهة نجد خاصية التبعية التي تتميز بها الكفالة والتي ينتج عنها حق تمسك الكفيل اتجاه الدائن بكل الدفوع التي يمكن ان يدفع بها المدين الاصلي، كما قد يفقد الكفيل أو الكفلاء حال تعددهم احد الشروط الموضوعية الواجبة فيهم كأن يتعرض للإعسار أو يفقد أهليته، إضافة الى ذلك ان الدائن في هذا الضمان يظل دائنا عاديا اذ يشترك مع غيره من الدائنين في الضمان العام، ولا يتميز عن غيره بل يكون معهم على قدم المساواة في قسمة اموال المدين التي تشكل الضمان العام، ومن كل هذا نجد ان الدائن قد يجد صعوبة في تقدير الذمة المالية للكفيل وبالتالي خطر عدم استفائه لحقه من جراء اعسار هذا الاخير الى جانب اعسار المدين الاصلي، وكذا مزاحمة الدائنين الاخرين له ، نظرا لعدم تمكن الدائن من معرفة ما اذا كان الكفيل قد انشأ التزامات اخرى من نفس النوع لصالح دائنين اخرين، وان لم يكن هو نفسه في مرتبة مدين اصلي ، ومن جهة اخرى فإن القوانين الحديثة تميل إلى حماية الكفيل،وأكثر من ذلك فقد وسع القضاء من دائرة الاخطاء التي ترتب مسؤولية الدائن، فالكفيل يكون قد استفاد بطريقة غير مباشرة من ذلك .

كما يجب أن نلاحظ انه منذ زمن ليس ببعيد بدأت تظهر التحفضات من رجال الأعمال اتجاه الكفالة وبعد تطور القضاء نحو حماية الكفيل نتيجة ما أثير في الحياة العملية من اساءة استخدام الكفالة، كعدم تحديد مبلغ الدين المضمون، او مدة الكفالة وخطورة ذلك بالنسبة للكفيل، علاوة على ذلك الشروط التي تتضمن تنازل عن النصوص الحمائية في القانون المدني كالدفع بالتجريد والدفع بإضاعة التأمينات بخطأ المدين، ولذلك نرى انه لابد على الدائن من اجل الحصول على حماية اكبر اللجوءإلى التأمينات العينية التي تحتل

الصدارة من حيث تفصيل ذلك لأنها تكفل الدائن الحصول على حقه كاملا عن طريق تخصيص مال معين أو أموال معينة من أموال المدين تبقى ضامنة للوفاء بحقه في كل الاحوال ويكون الدائن في مأمن من اعسار المدين عن طريق حقه في التقدم والتتبع، والتي من اهمها (الرهن الرسمي ، الرهن الحيازي ، حق الاختصاص، حق الامتياز) .وبهذا تكون الكفالة ضعيفة أمام ما تقدمه التأمينات العينية من ضمانات للدائن وهو الشيء الذي ادى الى انحسارها مؤخرا .

قائمة المصادر والمراجع :

اولا: المصادر

1–القرآن الكريم.

2–السنة النبوية

3– القوانين:

–القانون08–09 ،المؤرخ في 18 صفر1424، الموافق ل 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

–القانون المدني المصري.

4– الأوامر.

–الامر75–58،المؤرخ في20رمضان 1395 ،الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم.

–الامر75–59، المؤرخ في 20رمضان 1395 ،الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم.

ثانيا: المراجع

1–الكتب

–أحمد شرف الدين، **التأمينات الشخصية والعينية** ، منشأة المعارف ،مصر 2001.

–أنور العمروسي، **صور انقضاء الالتزام في القانون المدني** ، دار الفكر الجامعي ، مصر 2004.

–بلحاج العربي ، **النظرية العامة الالتزامات في القانون المدني الجزائري** ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية للجزائر ،2015.

–حسني محمود عبد الدايم ، **الكفالة كتأمين شخصي للحقوق** ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دار الفكر الجامعي ، مصر 2009.

-دربال عبد الرزاق ، **الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني** ، دار العلوم ، الجزائر 2004.

-راشد راشد،**الأوراق التجارية،الإفلاس، والتسوية القضائية في القانون الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2008.

-رمضان ابو السعود ، **التأمينات الشخصية والعينية** ، ديوان المطبوعات الجامعية مصر 1998.

- ــــــــــــــــ،**أحكام الالتزام** ، ديوان المطبوعات الجامعية مصر 1998.

- ــــــــــــــــ، **مصادر الالتزام** ، دار الجامعية الجديدة مصر 2003.

-زهية سي يوسف ، **عقد الكفالة** ، دار الأمل، الجزائر .

- سليمان مرقس، **الوافي في شرح القانون المدني** ، المجلد 03 العقود المنشاة ، الكتاب 03:عقد ا لكفالة ، دار الكتب المصرية مصر 1994.

-عادل حسين علي ،**الإثبات. أحكام الالتزام** .مكتبية زهراء الشرف، البنان. 1998.

- عبد الحميد الشواربي، **التعليق الموضوعي على القانون المدني** ، الكتاب الخامس التأمينات الشخصية والعينية ، منشأة المعارف ، مصر 2002.

- ــــــــــــــــ، **التعليق الموضوعي على القانون المدني** ، الكتاب الثالث أحكام الالتزام ، منشأة المعارف مصر 2002

-عبد الرزاق احمد السنهوري ، **الوسيط في شرح القانون المدني**، الجزء العاشر ، التأمينات الشخصية والعينية منشأة المعارف مصر 2004

- ــــــــــــــــ ،**الوسيط في شرح القانون المدني**، الجزء الثالث ، احكام الالتزام منشأة المعارف ، مصر 2004.

-عدنان إبراهيم سرحان ، **شرح القانون المدني** ، العقود المنشأة مكتبة دار الثقافة الأردن ،2001.

-علي البارودي، **الأوراق التجارية والإفلاس**، ديوان المطبوعات الجامعية ، مصر 2002.

-علي علي سليمان، **مصادر الالتزام**، دار الجامعة الجديدة مصر 2003.

-فاضلي إدريس، **الوجيز في النظرية العامة الالتزام** ،ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2003.

-قدري عبد الفتاح الشهاوي،**أركان عقد الكفالة العينية والشخصية** ، دار النهضة العربية مصر 2005

-محمد بن إبراهيم الموسى ، **نظرية الضمان الشخصي (الكفالة)**،ادارة الثقافة والنشر السعودية 1991.

-محمد بن يعقوب الفيروز اجادي مجد الدين، **قاموس المحيط**، تنقيح محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة (د ب ن) 2005.

-محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، **مختار الصحاح**، مكتبة لبنان، لبنان.

-محمد صبري السعدي ، **الواضح في شرح القانون المدني** ،التأمينات الشخصية والعينية

-عقد الكفالة – دار الهدى ، الجزائر 2011.

- ــــــــــــــــ ،**الواضح في شرح القانون المدني** ، النظرية العامة للالتزامات الجزء الثاني : احكام الالتزام دار الهدى الجزائر 2010

-محمد عبد ا لباري : **موسوعة الفقه والقضاء في القانون المدني** ،المجلد الخامس ، دار محمود مصر 2006.

-محمد علي عبده ،**عقد الكفالة دراسة مقارنة** ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان 2005.

-محمد كامل مرسي باشا ، **شرح القانون المدني** ، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف ، مصر 2005.

- ــــــــــــــــ ، **شرح القانون المدني** ، العقود المسماة ' منشأة المعارف مصر 2005.

-موريس نخلة ، **الكامل في شرح القانون المدني** ، الجزء التاسع ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان 2007.

-نبيل إبراهيم سعد ، **التأمينات الشخصية والعينية**، دار الجامعة الجدية مصر 2007.

- ــــــــــــــــــــــ ،**النظرية العامة الالتزام** ، الجزء الثاني أحكام الالتزام ، دار المعرفة الجامعية مصر 1999.

-عماد محمد محمود زهران ، **التأمينات العينية والشخصية** ، منشأة المعارف مصر 2001.

2-الرسائل الجامعية

-أحمد محمد زياد شرف ، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة دراسة مقارنة ، مذكرة ماجيستار، جامعة الشرق الأوسط .2012.

-بن عبد الكريم صوراية، بن شعلال حمزة ، الدفوع المرتبطة بعقد الكفالة في القانون المدني ،مذكرة ماستر جامعة بجاية ، الجزائر ،2013.2012.

-جقيقي حليمة ، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري ، مذكرة ماستر جامعة مستغانم ، الجزائر 2015.2014.

-حميدواي صوراية، مسعودان فتيحة ، الكفالة كتأمين شخص ، مذكرة ماستر جامعة بجاية ، الجزائر -2014.2013

-رملة عياض ،الدفع بالتجريد في عقد الكفالة ،مذكرة ليسانس جامعة ورقلة ، الجزائر 2014.2013.

-سعاد توفيق ابو مشايخ ، عقد الكفالة المدنية والاثار المترتبة عليه دراسة مقارنة بين مجلة الاحكام العدلية والقانون المدني المصري ، مذكرة ماجستار ،جامعة النجاح نابلس فلسطين 2006.

-سليمان صارة ، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري ، مذكرة تخرج ، المعهد الوطني للقضاء الجزائر 2004.2001.

الفهـرس

الشكر

الاهداء

مقدمة -أ-

الفصل الأول: المدلول العام لعقد الكفالة

المبحث الأول: مفهوم عقد الكفالة..... 07

المطلب الأول: تعريف الكفالة وبيان خصائصها..... 07

الفرع الأول: تعريف الكفالة..... 07

أولا : التعريف اللغوي..... 08

ثانيا: التعريف القانوني..... 09

الفرع الثاني: خصائص عقد الكفالة..... 12

أولا: عقد الكفالة عقد ضمان شخصي..... 12

ثانيا: عقد الكفالة عقد رضائي..... 12

ثالثا: عقد الكفالة : ملزم من جانب واحد..... 13

رابعا: عقد الكفالة من عقود التبرع..... 14

خامسا: عقد الكفالة عقد تابع..... 15

المطلب الثاني:أنواع الكفالة وتمييزها عن الانظمة المشابهة لها..... 17

الفرع الأول: أنواع الكفالة..... 17

أولا: أنواع الكفالة من حيث مصدر التزام المدين بتقديم كفيل..... 17

ثانيا: أنواع الكفالة بحسب طبيعتها..... 18

ثالثا: أنواع الكفالة بحسب نطاقها..... 20

الفرع الثاني: تمييز عقد الكفالة عن الانظمة المشابهة لها..... 20

أولا: الكفالة وتضامن المدينين..... 21

ثانيا: تمييز الكفالة عن الحوالة..... 21

ثالثا: الكفالة والتعهد عن الغير..... 23
رابعا: الكفالة والإنابة..... 24
المبحث الثاني: انعقاد الكفالة..... 25
المطلب الأول: التراضي في عقد الكفالة..... 26
الفرع الأول: صدور التراضي..... 26
أولا: تطابق الإيجاب مع القبول في عقد الكفالة..... 27
ثانيا: شروط الكفيل الذي يلتزم المدين بتقديمه.....
الفرع الثاني: صحة التراضي..... 31
أولا: الاهلية في عقد الكفالة..... 32
ثانيا: سلامة الرضا من العيوب..... 33
المطلب الثاني: المحل والسبب..... 35
الفرع الأول: المحل في عقد الكفالة..... 35
أولا: وجود الالتزام الاصلي أو قابليته للوجود..... 38
ثانيا: تعيين الالتزام الأصلي أو قابليته للتعيين..... 41
ثالثا: صحة الالتزام المكفول..... 41
الفرع الثاني: سبب الكفالة..... 43
المطلب الثالث: إثبات الكفالة وتفسيرها..... 45
الفرع الاول: اثبات الكفالة..... 45
الفرع الثاني: تفسير الكفالة..... 48
الفصل الثاني: تنظيم الكفالة من حيث آثارها وطرق انقضائها.
المبحث الأول: أثار الكفالة..... 52
المطلب الأول: علاقة الكفيل بالدائن..... 52
الفرع الاول: مطالبة الدائن الكفيل..... 52
أولا: قواعد المطالبة..... 52
ثانيا: انقسام الضمان في حالة تعدد الكفلاء..... 54

الفرع الثاني: دفوع الكفيل لرد مطالبة الدائن..... 65
أولا: الدفوع العامة المتعلقة بالالتزام الاصلي..... 73
ثانيا : الدفوع الخاصة والمتعلقة بالكفالة..... 78
المطلب الثالث: الآثار المترتبة على وفاء الكفيل للدائن..... 83
الفرع الاول: علاقة الكفيل بالمدين..... 90
أولا: رجوع الكفيل على المدين الواحد..... 91
ثانيا: رجوع الكفيل على المدينين عند تعددهم..... 91
الفرع الثاني: علاقة الكفيل بغيره من الكفلاء..... 92
أولا: حالة تعدد الكفلاء بعقد واحد دون تضامن..... 94
ثانيا: حالة تضامن الكفلاء والتزامهم بعقود متوالية.....
المبحث الثاني: انقضاء الكفالة..... 97
المطلب الاول: انقضاء الكفالة بطريق تبعي.....
الفرع الاول: بالوفاء..... 101
أولا: أطراف الوفاء..... 109
ثانيا: محل الوفاء.....
الفرع الثاني: بما يعادل الوفاء.....
اولا: الوفاء بالمقابل.....
ثانيا: التجديد والانابة.....
ثالثا: المقاصة واتحاد الذمة.....
الفرع الثالث: بدون وفاء.....
أولا: الابراء.....
ثانيا: استحالة التنفيذ.....
ثالثا: بالتقادم.....
المطلب الثاني: الاوجه الخاصة لانقضاء الكفالة بصفة اصلية.....
الفرع الاول: براءة ذمة الكفيل لإضاعة الدائن الضمانات بخطئه .....

أولا: مبررات براءة ذمة الكفيل اتجاه الدائن بسبب اضاعته التأمينات.....

ثانيا: شروط التمسك ببراءة الذمة.....

ثالثا: الآثار المترتبة عن تضييع الدائن التأمينات بخطئه.....

الفرع الثاني: عدم اتخاذ الدائن الاجراءات في مواجهة المدين بعد انذار الكفيل له

أولا: وقت انذار الكفيل للدائن باتخاذ الاجراءات.....

ثانيا: الآثار المترتبة على انذار الكفيل للدائن باتخاذ الاجراءات.....

الفرع الثالث: براءة ذمة الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين.....

أولا: شروط الدفع بعدم تقدم الدائنفي تفليسة المدين.....

ثانيا: الآثار المترتبة عن عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين.....

الخاتمة.....

قائمة المصادر والمراجع .....

الفهرس.....

الملخص :

تناولت في هذه الدراسة موضوع النظام القانوني لعقد الكفالة المالية حيث انه في هذه الدراسة تختلف الكفالة عن مفهومها في الأحوال الشخصية الفقه الإسلامي فكان نطاق دراستنا هو الكفالة كنظام في ضوء أحكام القانون المدني.

ومحاولة منا للإلمام بالموضوع قمنا بتقسيم هذه الدراسة إلى فصلين الأول حول المدلول العام لعقد الكفالة من تحديد لمفهومها وبيان لكيفية انعقادها و الفصل الثاني حول التنظيم القانوني لعقد الكفالة من حيث الآثار المترتبة عنها وطرق انقضائها.

وأهم ما رئينا في هذه الدراسة أن عقد الكفالة هو عقد تابع لالتزام أصلي من حيث الانعقاد أو الصحة و البطلان أو الرجوع والآثار أو الانقضاء مع مراعاة ما يرد على هذا المبدأ العام من استثناءات تم التطرق إليها في ثنايا هذه الدراسة.

Résumé :

Dans cette étude, le sujet du système juridique du contrat de garantie financière a été discuté: la garantie diffère de son concept dans les cas personnels Jurisprudence islamique Notre étude a porté sur la garantie en tant que système à la lumière des dispositions du droit civil.

Le deuxième chapitre traite de la structure juridique du contrat de cautionnement en termes d'effets et de méthodes d'extinction.

La chose la plus importante que nous ayons constatée dans cette étude est que le contrat de parrainage est un contrat d'obligation originaire en matière de convocation, de santé, d'invalidité, de révocation, d'impact ou d'expiration, tenant compte des exceptions abordées dans cette étude.

المقدمة

الفصل الأول: المدلول العام لعقد الكفالة

الفصل الثاني: تنظيم الكفالة من حيث آثارها وطرق انقضائها

الخاتمة

يقول عماد الاصفهاني : إني رأيت أنه ما كتب أحدهم في يومه كتابا إلا قال في غده لو غير هذا لكان أحسن ولو زيد ذاك لكان يستحسن ولو قدم هذا لكان أفضل ولو ترك ذاك لكان اجمل وهذا من أعظم العبر وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر

قائمة المصادر والمراجع

الفهرس