جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية
قسنطينة

كلية الشريعة والاقتصاد

قسم الشريعة والقانون

مطبوعة موجهة لطلبة السنة الثالثة ل م د

مقياس: التأمينات الشخصية والعينية

إعداد: أ. الحاج طاس

السداسي السادس

السنة الجامعية.

Scanné avec CamScanner

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الأمير عبد القادر للعلو الإسلامية
- قسنطينة -

كلية الشريعة والاقتصاد

قسم : الشريعة والقانون

مطبوعة موجهة لطلبة السنة الثالثة : L.MD

مقياس : التأمينات الشخصية والعينية

" Sureté personnelles et réelles"

إعداد الأستاذ / الحاج طاس

السنة الجامعية : 2011 - 2012 م

Scanné avec CamScanner

بسم الله الرحمن الرحيم

قال الله تعالى

﴿ وَإِذَا سَأَلَكَ عِبَادِي عَنِّي فَإِنِّي قَرِيبٌ أُجِيبُ دَعْوَةَ الدَّاعِ إِذَا دَعَانِ ﴾

[سورة البقرة : 186/185]

دعـاء

« اللّهم نجنا من الفتن ما ظهر منها وما بطن »

Scanné avec CamScanner

- التأمينات الشخصية والعينية -

مقدمـة:

تنقسم التأمينات بوجه عام، إلى تأمينات شخصية " Suretés personnelles" وتأمينات عينية "Suretés réelles"، فالتأمينات الشخصية هي ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي، فيصبح للدائن بدلا من مدين واحد مدينان أو أكثر، يكونون مسؤولين كلهم عن الوفاء بالدين. وبذلك يكفل الدائن ضمان حقه بتعدد ذمم المدينين. فإذا أعسر المدين رجع الدائن على غيره من المسؤولين الآخرين عن الدين.

وتعد الكفالة، من أهم الصور الرئيسية للتأمينات الشخصية[1]، وإن كان هناك صور أخرى يتعدد فيها المسؤولون عن الالتزام الواحد، وقد سبق دراستها في النظرية العامة للالتزام وهي بإيجاز : التضامن بين المدينين، عدم تجزئة الدين والأنابة.

أما التأمينات العينية[2] فتتلخص في تخصيص مال معين من أصول المدين لضمان حق الدائن، وتهدف التأمينات العينية إلى حماية الدائن من خطر تصرف المدين في المال المضمون. وتخول التأمينات العينية للدائن حق تتبع المال المرهون والتنفيذ عليه في أي يد كان، كما تقي هذه التأمينات الدائن من مزاحمة بقية الدائنين، بما تخوله له من حق التقدم على الدائنين العاديين التالين له في المرتبة، في استيفاء حقه من ثمن العين المرهونة.

والتأمينات التي تدخل في دراستنا هي التأمينات الشخصية والعينية، أمّا التأمينات الاجتماعية التي تحمي الشخص من مختلف الأخطار التي تهدده، كخطر المرض والبطالة والشيخوخة، ونظم التأمين الخاص (عقد التأمين) على الأشخاص أو الأموال، هذه الصور تخرج عن موضوع دراستنا.

وعليه نقسم دراستنا في التأمينات الشخصية والعينية بالمعنى المذكور إلى قسمين نتناول في القسم الأوّل التأمينات الشخصية وعلى وجه الخصوص "الكفالة" ونخصص القسم الثاني للتأمينات العينية وهي : الرهن الرسمي والرهن الحيازي، وحق التخصيص وحقوق الامتياز، وقد خص لها المشروع الجزائري الكتاب الرابع من التقنين المدني.

---

(1) - محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائر، عقد الكفالة، الطبعة الأولى، 1992/1991 دار الهدى، عين مليلة الجزائر، ص 12.

(2) -

Scanné avec CamScanner

القسم الأول
التأمينات الشخصية

يقتصر بحثنا في هذا القسم على الكفالة باعتبارها الصور المثلى للتأمينات الشخصية دون غيرها من نظم التأمينات السالفة الذكر.

الباب الأول
عقد الكفالة

تناول عقد الكفالة في أربعة فصول، نخصص الأوّل منها لتعريف الكفالة وتطورها التاريخي وخصائصها، والثاني لأركان الكفالة والثالث لأثار الكفالة والرابع لانقضاء الكفالة.

الفصل الأول
التعريف بالكفالة وبيان خصائصها وأنواعها

1 - تعـريف الكفـالة :

الكفالة عقد يتم بين شخص يسمى الكفيل ودائن شخص آخر، يلتزم بموجبه الكفيل بالوفاء بالدين المكفول إذ لم يف به المدين الأصلي.

وعرفتها المادة 646 من القانون المدني الجزائري بقولها : « الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه ».

واضح من هذه المادة : أن طرفي الكفالة هما : الكفيل والدائن أما المدين فلا يعد طرفا في عقد الكفالة بالرغم من أنّه هو الملتزم الأصلي في هذا العقد.

وهذا معناه يمكن أن تتم الكفالة دون علم المدين، وتجوز رغم معارضة (647/مج).

فالمهم في الكفالة، هو التزام المدين لأنّ هذا الالتزام هو الذي يضمنه الكفيل وهو عادة مبلغ من النقود. فإذا لم يكن الالتزام المكفول مبلغا من النقود، ضمن الكفيل ما عسى أن يحكم على المدين الأصلي من تعويض من جراء إخلاله بالالتزام بإعطاء شيء غير النقود، أومن جراء إخلاله بالالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل. فالكفالة إذا، هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل، فيصبح للدائن مدينان بدلا من مدين واحد.

Scanné avec CamScanner

2 - خصائص عقد الكفالة :

توصف الكفالة بأنّها من عقود الضمان الشخصي، وهي عقد تابع، وملزمة لجانب واحد وهي من عقود التبرع، وفيما يلي شرح ما أوجزناه بشيء من التفصيل :

أ - الكفالة عقد من عقود الضمان الشخصي[1] :

الكفالة ترتب التزاما شخصيا في ذمة الكفيل لأنّها من التأمينات الشخصية كما سبق القول، وهذا معناه إن التزام الكفيل بضمان حق الدائن يترتب في ذمة الكفيل شخصيا، فيكون مسؤولا عن الوفاء بهذا الحق من كل أمواله، عقارات كانت أم منقولات، لأنّ الكفالة هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين لضمان الوفاء بالدين.

ولذلك فإن مخاطر الضمان العام التي يتعرض لها الدائن في رجوعه على المدين يتعرض لها في رجوعه على الكفيل، وهي إعسار المدين أو إعسار الكفيل وعليه فلا يتميز الضمان الشخصي بقوة التأمين العيني من حيث الضمان ولذلك قيل : « إن الرهن يوفي الدين، أما الكفالة فهي تنشيء منازعتين »[2].

ويتميز الضمان الشخصي عن الضمان العيني، في أن الكفيل الشخصي يسأل عن التزامه في ذمته كلها. وينتقل هذا الالتزام الشخصي إلى ورثته بعد الوفاة، بينما لا يكون الكفيل العيني ملتزما شخصيا بضمان الدين، بل الذي يضمن الدين هو الرهن الذي قدمه، أي أن التأمين هنا تأمين عيني لا تأمين شخصي. ومن أجل هذا تستبعد الكفالة العينية من نطاق الكفالة الشخصية.

ب - الكفالة عقد تـــابع :

إن تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي المكفول، تجعل التزام الكفيل لا ينشأ مستقلا عن التزام المدين وهو الالتزام الأصلي[3].

ويترتب على هذه التبعية عدة نتائج نجملها فيما يلي :

---

(1) - أحمد سلامة، دروس في التأمينات المدنية، مكتبة عين شمس القاهرة، الطبعة الأولى، دون تاريخ النشر، ص 15-16. وفي نفس المعنى : جميل الشرقاوي ، دروس في التأمينات الشخصية والعينية 1976 ، دار النهضة العربية القاهرة، ص 4-5.

(2) - محمد صبري السعدي، م.س. ص. 7.

(3) - عبد الرازق السنهوري، الوسيط، الجزء 10، دار إحياء التراث العربي بيروت، لبنان 1970، صفحة 26، جميل الشرقاوي المرجع السابق، ص 17، محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 18-19.

Scanné avec CamScanner

1 -لا يستطيع الدائن الرجوع على الكفيل إلا بعد رجوعه على المدين الأصلي وذلك عملا بالفقرة الأولى من المادة 660 مدني جزائري.

2 -لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أكبر أو اشد من التزام المدين ولكن يمكن أن يكون بمبلغ أقل أو بشروط أخف، وذلك ما تقضي به صراحة المادة 652 بقولها : « لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول، ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشرط العون ».

3 -للكفيل أن يتمسك بجميع الدفوع التي يستطيع المدين أن يتمسك بها في مواجهة الدائن، كالدفع ببطلان العقد والدفع بانقضاء الالتزام. فإذا ابطل الالتزام الأصلي سقط التزام الكفيل بالتبعية.

4 -لا يجوز أن يكون التزام الكفيل منجزا إذا كان التزام المدين الأصلي معلقا على شرط أو مقترنا بأجل [1].

فإذا كان الدين مؤجلا على الأصيل، تأجل على الكفيل أيضا. وإذا تكفل الكفيل بالدين الحال كفالة مؤجلة، تأجل على الكفيل والأصيل معا، إلا إذا أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه أو اشترط الدائن وقت الكفالة الأجل للكفيل وحده، ففي هاتين الحالتين لا يتأجل على الأصيل.

جـ - الكفالة عقد ملزم لجانب واحد هو الكفيل:

الصورة الغالبة في عقد الكفالة، إن الكفيل وحده هو الذي يلتزم بهذا العقد أما الدائن فلا يلتزم عادة بشيء نحو الكفيل وهذا هو الأصل.

ولكن لا مانع من أن تكون الكفالة عقدا ملتزما للجانبين إذا التزم الدائن نحو الكفيل بدفع مقابل في نظير كفالته للدين، فيصبح كل من الكفيل والدائن ملتزما نحو الآخر، ويكون عقد الكفالة في هذه الحالة ملزما للجانبين.

وتبقى الكفالة عقد ملزما لجانب واحد ولو كان المدين هو الذي يلتزم بدفع مقابل للكفيل، لأن المدين لا يعد طرفا في الكفالة، بل طرفا الكفالة هما : الكفيل والدائن.

وإذا كان الأصل في الكفالة أنّها عقد ملزم لجانب واحد، فليس معنى ذلك أن الكفالة

---

(1) - عبد الودود يحي ، التأمينات الشخصية والعينية 1976، دار النهضة العربية القاهرة، ص 18.

Scanné avec CamScanner

تصدر عن إرادة الكفيل المنفردة، بل الكفالة عقد لا يتم إلا بتبادل إرادتين متطابقتين من الكفيل والدائن، ولا يتم بإرادة الكفيل وحده.

د - الكفالة عقد من عقود التبرع :

تعد الكفالة عادة عقد تبرع بالنسبة إلى الكفيل. أمّا بالنسبة إلى الدائن المكفول فالكفالة عقد معاوضة[1]. لأنّ الدائن حصل على كفالة في مقابل إعطاء الدين. وإذا كان الدائن قد أعطى الدين للمدين لا للكفيل والمدين ليس طرفا في عقد الكفالة، فإنّه ليس من الضروري في عقود المعاوضة أن يكون العوض قد أعطى لأحد المتعاقدين بل يكفي إعطاؤه للغير وهو هنا المدين. والعقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسبة إلى أحد المتعاقدين وتبرعا بالنسبة إلى المتعاقد الآخر.

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

بيد أن الصورة المعتادة للكفالة هي أن تكون عقدا تبرعيا بالنسبة إلى الكفيل، لأنّ هذا الأخير لا يأخذ عادة مقابلا لكفالته الدين لا من الدائن ولا من المدين، وعليه توجب أهلية التبرع في الكفيل. كما يجوز الطعن بالدعوة البوليصية في الكفالة دون أن يشترط تواطؤ الكفيل لا مع الدائن ولا مع المدين.

3 - طبيعـــة الكفـــالة :

تعتبر الكفالة بالنسبة للكفيل عملا مدنيا دائما حتى لو كان الكفيل تاجرا ولو كان الدين المكفول تجاريا، وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة 651 مدني جزائري بقولها : « تعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدينا ولو كان الكفيل تاجرا ».

ويقابل النص في القانون المدني المصري المادة 779.

وإضفاء الصفة المدنية على الكفالة تعود إلى أنّها من أعمال التبرع وبالتالي فلا تدخل في الأعمال التجارية.

---

(1) -

Scanné avec CamScanner

أما إذا كان الكفيل تاجرا ويحترف الكفالة بمقابل، فتكون كفالته في هذه الحالة عملا تجاريا، كما لو كفل بنك من البنوك دين لأحد عملائه.

كما تعد الكفالة أيضا عملا تجاريا إذا تعلقت بدين ثابت في ورقة تجارية تحمل توقيع الكفيل بصفته ضامنا احتياطيا أو مظهرا وذلك ما تقضي به الفقرة الثالثة من المادة 651 المذكورة بقولها : « غير أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطا، أو تطهير هذه الأوراق تعتبر دائما عملا تجاريا ».

والأثر المترتب على اعتبار الكفالة عملا مدنيا وعملا تجاريا يكمن في الإثبات[1].

4 - مصـــدر الكفـــالة :

تنقسم الكفالة من حيث مصدر التزام المدين بتقديمها إلى كفالة اتفاقية وكفالة قانونية وكفالة قضائية[2].

تكون الكفالة اتفاقية إذا التزم المدين للدائن بتقديم كفيل يضمن دينه، ويحدث هذا غالبا في حالة رفض إعطاء المدين قرضا أو منحة أو أجلا.

وتكون الكفالة قانونية في الأحوال التي يوجب فيها القانون على المدين تقديم كفيل للدائن، ومثال ذلك ما تقضي به المادة 457 مدني مصري التي تلزم البائع بتقديم كفيل للمشتري إذا أراد استيفاء الثمن رغم حدوث تحرص للمشتري أو إذا حدث ما يجعل المشتري يخشى أن ينتزع المبيع من تحت يده، ومن ذلك أيضا في القانون المدني الجزائري ما نصت عليه المادة 851 التي تلزم المنتفع بمنقول أن يقدم لمالك الرقبة كفالة تضمن الوفاء بالتزامه برد المنقول عند نهاية الانتفاع، فتنص على أنه : « إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا وجب جرده ولزم المنتفع تقديم كفالة ... ».

وتكون الكفالة قضائية في الحالات التي يكون مصدر التزام المدين فيها بتقديم كفيل بحكم القاضي، كما في حال المادة 717 مدني جزائري، التي تنص على أنه إذا وافقت المحكمة على قرار الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، بإجراء تغييرات أساسية فيه، فإن لها

---

(1) – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 21. عبد الودود يحي، المرجع السابق، صفحة 19–20، جميل الشرقاوي المرجع السابق، ص 23 وما بعدها.

(2) – عبد الرّازق السنهوري ، المرجع السابق، ص 29–30.

Scanné avec CamScanner

أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق له من تعويضات، مثاله أيضا : ما جاء في المادة 2/40 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري التي تقضي : بأنه يجوز للقاضي أن يأمر بكفالة في حالة الاستعجال بالتنفيذ المعجل.

ويترتب على التفرقة بين الكفالة بأنواعها الثلاثة : الاتفاقية والقضائية والقانونية، أن الكفلاء في الكفالة القانونية والقضائية يكونون دائما متضامين (م.667 م ج).

أما في الكفالة الاتفاقية، فلا يكون الكفلاء متضامين إلا إذا وجد اتفاق على تضامنهم، لذا، يكون التزام الكفيل في الكفالة القانونية والقضائية أشد منه في الكفالة الاتفاقية إذ يكون متضامنا مع غيره من الكفلاء بقوة القانون.

ويترتب على هذا التضامن أن الدائن له الحق في الرجوع على الكفيل قبل رجوعه على المدين، كماله الحق أن ينفذ على أموال الكفيل قبل تجريد المدين. أما في حالة عدم التضامن بينهما (الكفيل والمدين) فلا يحق للدائن ذلك[1].

وسواء كان التزام المدين بتقديم كفيل بناء على الاتفاق أو نص القانون أو حكم القاضي، فما هي الشروط الواجب توافرها في هذا الكفيل الذي يلتزم المدين بتقديمه ؟ تنص المادة 646 من القانون المدني الجزائري على ما يلي : « إذا التزم المدين بتقديم كفيل، وجب أن يقدم شخصا موسرا مقيما بالجزائر وله أن يقدم عوضا عن كفيل تأمينا عينيا كافيا »

واضح من هذا النص، إن الكفيل الذي يلتزم المدين بتقديمه يجب أن يكون موسرا ومقيما في الجزائر وكامل الأهلية وإن كان هذا الشرط الأخير غير منصوص عليه في المادة 646 ولكنه ضروري، وفيما يلي شرح ما أوجزناه بشيء من التفصيل.

أ - يســـار الكفيـــل :

يقصد بيسار الكفيل، أن لديه من الأموال ما يكفي للوفاء بالدين المكفول، وسواء كانت هذه الأموال عقارات أو منقولات.

ومسألة يسار الكفيل مسألة موضوعية تخضع لتقدير القضاء، ويلاحظ أنه يجب إخراج ما يثقل أموال الكفيل من ديونه : عند حساب القضاء لتلك الأموال، وعلى المدين أن يثبت يسار

---

(1) - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 24. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 28.

Scanné avec CamScanner

الكفيل إذا نازع الدائن في يساره، فيثبت أن للكفيل أموالا كافية يستطيع أن يستوفي منها الدائن[1].

وللدائن أن يثبت أن ديون الكفيل تستغرق تلك الأموال أو أنها محل نزاع أو يصعب التنفيذ عليها لبعدها أو لسهولة إخفائها أو لأي سبب آخر. و لم يشترط القانون المدني الجزائري حسب المادة 646 وجود أموال الكفيل في الجزائر، مع أو وجوب مثل هذا الشرط أهم بالنسبة للدائن من شرط إقامة الكفيل في الجزائر.

ب - إقامـــة الكفيل في الجزائر :

يشترط في الكفيل أن يكون مقيما في الجزائر، وذلك تيسيرا لمقاضاته عند الاقتضاء. والمقصود بالإقامة - الإقامة المعتادة في الجزائر، فلا تكون إقامته فيها عارضة، وشرط إقامة الكفيل في الجزائر كاف ولا يشترط أن يكون الكفيل جزائري الجنسية، بل يمكن أن يكون أجنبيا ما دام له موطن في الجزائر ولا يشترط حسب نص المادة 646 مدني جزائري المطابقة للمادة 774 مدني مصري أن تكون أموال الكفيل موجودة في الجزائر، بالرغم من أن النص على هذا الشرط أهم من شرط إقامة الكفيل في الجزائر، الضمان ينصب على أموال الكفيل لا عليه هو شخصيا، ووجود هذه الأموال في الخارج يجعل مهمة التنفيذ عليها صعبة عند الاقتضاء.

ويلاحظ أن القانون المدني الفرنسي يستلزم في المادة 2018 وجود الأموال التي تقدم ضمانا للدين في فرنسا.

جـــ - أهليـــة الكفيـــل :

يشترط في الكفيل طبقا للأحكام العامة، أن يكون كامل الأهلية، وقت إبرامه لعقد الكفالة، والأهلية المطلوبة هنا في الكفيل هي أهلية البالغ الرشيد، وهو كل من بلغ سن 19 سنة، و لم يكن محجورا عليه بسبب الجنون والعته أو السفه أو الغفلة، يكون كامل الأهلية كامل الإرادة، وتكون تصرفاته بجميع أنواعها : النافعة والدائرة بين النفع والضرر والضارة، صحيحة[2].

فإذا تخلف شرط الأهلية، كان عقد الكفالة باطلا أو قابلا للإبطال، وبالرغم من أهمية هذا الشرط، لصحة الكفالة، فقد جاء نص المادة 646 خلوا منه، مما يجعلنا نستخلصه من القواعد العامة.

---

(1) - سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية 1975، ص 20.

(2) - راجع المادة 40 مدني جزائري.

Scanné avec CamScanner

فإذا توافرت في شخص الضامن الشروط الثلاثة السالفة الذكر صح للمدين أن يقدمه كفيلا.

فما الحكم إذا تخلف شرط من الشروط المذكورة ؟ فإذا تخلف الشرط الأوّل والثاني وهما : يسار الكفيل وإقامته في الجزائر، وجب على المدين تقديم كفيل آخر، غير الذي أعسر أو فقد موطنه في الجزائر، أو استبداله بتأمين عيني سواء كان رهنا رسميا أو رهنا حيازيا، وليس للدائن أن يعترض على ذلك، لأنّ التأمين العيني أقوى ضمانا من التأمين الشخصي[1].

وإن كان هناك رأي يقول أن إعسار الكفيل أو تغيير موطنه يؤدي إلى سقوط أجل الدين استنادا إلى نص المادة 273 مدني مصري المطابقة للمادة 211 مدني جزائري.

أما فيما يخص شرط الأهلية نكتفي بالإحالة إلى ما قلناه.

5 - صور الكفالة :

الكفالة كما قلنا، عقد بين الدائن والكفيل لضمان الالتزام الأصلي المكفول، وتنشيء الكفالة التزاما شخصيا في ذمة الكفيل، وهو التزام تبعي يرتبط وجودا وعدما بالالتزام المكفول[2].

ويترتب على الصفة التبعية هذه عدم جواز رجوع الدائن على الكفيل إلا بعد رجوعه على المدين الأصلي، كما لا يجوز له أيضا (الدائن) التنفيذ على أموال الكفيل، إلا بعد تجريد المدين من أمواله[3].

وإلى جانب هذه الصورة العامة للكفالة، فإنّها تتخذ صورا أخرى أهمها : الكفالة المشددة، وكفالة الكفيل، وكفالة الرجوع، وفيمايلي عرض ما أوجزناه بشيء من التفصيل.

أ - الكفالة البسيطة والكفالة المشددة :

الكفالة المشددة نوع من الكفالة، بموجبها يتنازل الكفيل صراحة أو ضمانا عن حقه في التمسك بالدفع برجوع الدائن على المدين والتنفيذ على أمواله قبل رجوعه على الكفيل ومطالبته باستيفاء الدين.

---

(1) - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 26-27، السنهوري، م.س. ص 33 وما بعدها.

(2) - عبد الودود يحيى ، المرجع السابق، ص 27 وما بعدها، محمد صبري السعدي، م.س. ص 28.

(3) - راجع المادة 660 مدني جزائري.

Scanné avec CamScanner

وذلك بخلاف الكفالة العادية التي لا يستطيع فيها الدائن الرجوع على الكفيل إلا بعد تجريد المدين.

وتقوم الدولة أو بعض الهيئات العامة بمباشرة هذه الصورة من الكفالة المشددة وذلك عند التزامها بضمان القروض التي تبرمها المؤسسات الاقتصادية والبنوك[1].

ب - كفـــالة الكفيـــل :

ونعني بها عقد كفالة مبرم بين الدائن والكفيل الثاني، بموجبه يلتزم هذا الأخير بضمان التزام الكفيل الأصلي، وفي هذه الصورة من الكفالة تنتقل كافة الحقوق والالتزامات الناشئة عن الالتزام الأصلي المكفول، من الكفيل إلى كفيل الكفيل.

فإذا تنازل الكفيل الأصلي عن حقه في الدفع بالتجريد، فلا يحق لكفيل الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع في مواجهة الدائن.

ولكفيل الكفيل بعد سداد الدين، أن يعود على المدين الأصلي أو عليهما معا في دعوى واحدة، ولكن لا يجوز لكفيل الكفيل أن يعود على الكفيل الأصلي قبل عودته على المدين الأصلي[2].

جـ - كفـــالة الرجـــوع :

ويقصد بها ضمان الوفاء بالالتزام الأصلي على المدين، أو بعبارة أخرى فهي اتفاق بين الكفيل وكفيل الكفيل، بموجبة يضمن هذا الأخير ما يعود به على المدين[3].

فإذا تعذر على الكفيل الأصلي، أن يحصل على نصيبه من المدين بسبب إفلاس المدين أو إعساره أو غير ذلك من الأسباب، يلجأ الكفيل إلى البحث عن كفيل ثان لاستيفاء حقه منه بدلا من المدين. وهذا هو المقصود بكفالة الرجوع.

وفي هذا النوع من الكفالة يستطيع كفيل الكفيل أن يتمسك بكافة الدفوع المقررة للكفيل الأول تجاه المدين.

---

(1) - محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد العقود المسماة 1949، ص 30.

(2) - محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 185. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 29. عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص 30.

(3) - جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة 3، 1979، فقرة 6.

Scanné avec CamScanner

6 - اشتباه الكفالة بغيرها من العقود :

قد تشتبه الكفالة بغيرها من العقود وأهمها : التعهد عن الغير، وعقد التأمين والتضامن.

أ - اشتباه الكفالة بالتعهد عن الغير :

تنص المادة 144 من القانون المدني الجزائري على ما يلي : « إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده فإن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعوض ما تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به ».

يستخلص من هذا النص أنّ التعهد عن الغير، عقد بين شخصين يلتزم إحداهما وهو المتعهد بأن يجعل شخصا ثالثا يلتزم في مواجهة المتعاقد معه.

قد يتبادر إلى الذهن، أن المتعهد عن الغير في مرتبة الكفيل بالنسبة للشخص الذي تعهد بالحصول على قبوله، ولكن الحقيقة غير ذلك تماما، لأنّ التزام الكفيل في عقد الكفالة التزام تابع للالتزام الأصلي المكفول، بموجبه يقوم الكفيل بالوفاء بالدين إذا لم يف به المدين.

أما التعهد عن الغير، فليس فيه مدين أصلي والمتعهد عنه حر في قبول أو رفض موضوع التعهد، وفي حالة الرفض يلتزم بتعويض المتعاقد معه، دون أن يكون له الحق في الرجوع على المتعهد عنه كما هو الحال في الكفالة، حيث يجوز فيها للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين.

ب - اشتبـــاه الكفالة بعقد التأمين.

قد تشتبه الكفالة مع نوع خاص من التأمين على الأشياء، وهو تأمين الائتمان، الذي يعقده الدائن لتأمين الوفاء بالدين الذي له في ذمة المدين في ميعاد استحقاقه، ونميز عادة بين نوعين من أنواع تأمين الائتمان وهما :

- **النوع الأول** : تأمين كفالة الوفاء " Assurance caution" وهنا يلجأ الدائن لتأمين وفاء مدينه بمبلغ الدين في الأجل المتفق عليه.

- **النوع الثاني** : تأمين إعسار المدين " Assurance Insolvabilité"، وهو تأمين الدائن من خطر إعسار مدينه، وضياع دينه، كما يدخل في هذه الصورة الأخيرة ضمان الاستثمار وهو تأمين يضمن بموجبه صاحب المال الأخطار غير التجارية التي قد تلحق بأمواله المنتشرة في الخارج، (مثل التأميم والمصادرة وخطر تحويل العملة).

Scanné avec CamScanner

وإذا كان المؤمن في تأمين الائتمان بصورة المختلفة، يبدو وكأنّه كفيل يضمن الدين إذا لم يف به المدين الأصلي، فإن الفرق بين تأمين الائتمان والكفالة [1] واضح من عدة وجوه، إذا أن التزام المؤمن في هذه الصور من التأمين التزام أصلي، لا تبعي كما هو الحال في عقد الكفالة.

كما أن مصدر التزام المؤمن هو عقد التأمين ومحله هو التعويض الناجم عن الضرر الذي لحق بالدائن بسبب إعسار مدينه، وسببه ما يدفعه الدائن للمؤمن من أقساط.

أما التزام الكفيل فهو التزام تابع للالتزام الأصلي للمدين، يرتبط به وجودا وعدما، ومصدره هو عقد الكفالة، وسببه المصلحة التي سيحصل عليها الكفيل من المتعاقد إن كانت الكفالة بمقابل، أمّا إذا تمت الكفالة تبرعا من الكفيل للدائن فيكون سبب التزام الكفيل هو نية التبرع[2].

جـ - اشتباه الكفالة بالتضامن :

يقصد بالتضامن الحق الذي يكون للدائن في أن يطالب بحسب اختياره أي من المدينين بالدين كله[3].

فالتضامن لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون ويقوم التضامن على تعدد الروابط ووحدة المحل.

وإذا كان التضامن بين المدينين يشبه التضامن بين الكفلاء، يقدم للدائن ضمانا شخصيا قويا لاستيفاء حقه مما يجعل المدين المتضامن في مركز الكفيل، فإن هناك فروقا جوهرية بينهما من حيث طبيعة الالتزام وأثاره.

فمن حيث طبيعة الالتزام، نجد أن التزام المدين المتضامن هو التزام بالدفع مع المدين الأصلي، بينما يتصف التزام الكفيل بأنّه التزام تبعي يرتبط وجودا وعدما بالالتزام المكفول كما سبق البيان.

أما من حيث آثار الالتزام :

يترتب على الصفة التبعية لالتزام الكفيل، أنّه في حالة إبراء الدائن مدينه، فإن ذمة الكفيل تبرأ (المادة 654 م.ج)، وعلى خلاف ذلك لا تبرأ ذمة المدين المتضامن إلا إذا أبرأ الدائن المدين

---

(1) - عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص 31 وما بعدها.

(2) - سمير تناغو ، المرجع السابق، ص 25. وفي نفس المعنى : محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 30-31. محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 185.

(3) - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الالتزام التضامني للمسؤولين تقصيريا في مواجهة المضرور 1980، القاهرة، ص 36-37.

Scanné avec CamScanner

الأصلي[1]. في الكفالة العادية، لا يستطيع الدائن مطالبة الكفيل إلا بعد مطالبة المدين الأصلي، كما أنّه لا يستطيع التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد تجرد المدين من أمواله، وذلك بخلاف التضامن، الذي يكون فيه للدائن الحق في مطالبة أي مدين بكامل الدين، ولا يستطيع المدين المتضامن أن يتمسك تجاه الدائن لا بالدفع بالتجريد ولا بالدفع بالتقسيم ولا بالوفاء الجزئي بالدين[2].

والأصل في التضامن، هو أن الالتزام بكل الدين، لا يوجد إلا في مواجهة الدائن، أما في العلاقة بين المدينين المتضامنين بعضهم ببعض فإن المبدأ هو انقسام الدين على الجميع بقوة القانون، حيث أن كلا منهم لا يلتزم إلا بقدر حصته أو نصيبه في الدين.

وعندما يقوم أحد المدينين بالوفاء بأكثر من نصيبه في الدين يكون له الحق في الرجوع على باقي المدينين، حتى يساهم كل منهم بقدر نصيبه في الدين بصفة نهائية.

وقد انتهى القضاء إلى إقرار مبدأ الرجوع فيما بين المدينين المتضامنين في مجال المسؤولية المدينة على أساس الحلول القانوني الوارد في نص المادة 1251 مدني فرنسي التي تسمح للمدين الموفي أن يحل محل الدائن إذا استوفى حقه، وذلك في حالة ما إذا كان الموفي ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه.

ونفس الكلام ينطبق على الكفالة في حالة تعدد الكفلاء بعقود متوالية، فإن كل واحد منهم يكون مسؤولا عن الدين كله إلا إذا احتفظ لنفسه بحق التقسيم.

فهنا وجد كفلاء متعددون، وكل واحد منهم قد التزم في عقد مستقل بكفالة دين واحد، فالروابط التي تربط الكفلاء المتعددين بالدائن متعددة، إذ كل كفيل منهم يربطه بالدائن رابطة مستقلة، ومصدر التزام كل كفيل هو أيضا متعدد إذ التزم الكفلاء بعقود متوالية، ولكن الدين الذي التزم كل بأدائه هو دين واحد، فالروابط متعددة والمصدر متعدد والمحل واحد، فلا يكون هؤلاء الكفلاء ملتزمين بالتضامن، لأنّ التضامن يقتضي أن يكون المصدر واحد لا متعددا كما قدمنا.

ولما كان كل منهم ملتزما بنفس الدين فقد تضامت ذممهم جميعا في هذا الدين الواحد دون أن تتضامن، فالالتزام يكون بهذا التوصيف التزاما تضاميا " Obligation un slolidum" لا التزاما تضامنيا[3] : "Obligation slidaire".

---

(1) - راجع المادة 227 مدني جزائري.

(2) - محمود جمال الدين زكي ، فقرة 274.

(3) - Chabas, D. 1970, chr. 115.

Scanné avec CamScanner

الفصل الثاني
أركـــان الكفـــالة

الكفالة كما ذكرنا، عقد يتم بين الكفيل ودائن شخص آخر، يلتزم بموجبه الكفيل بأن يضمن للدائن الوفاء بالدين الذي له على المدين[1].

فالكفالة عقد بين الكفيل والدائن ولذا، يجب أن تتوافر فيها الأركان العامة للعقد وهي : الرضا والمحل والسبب، ونخصص لكل ركن من هذه الأركان الثلاثة مبحثا مستقلا على التـــوالي :

المبحث الأول
الرضا بالكفـــالة

الكفالة من عقود التراضي، لا يشترط في انعقادها شكل خاص، بل يكفي لانعقادها أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، يفيد الرضاء من جانب الكفيل ومن جانب الدائن، أما المدين الذي تعتقد الكفالة عادة لمصلحته فلا يعد طرفا في العقد، ولا يشترط رضاؤه أو علمه بها[2].

فقد تعتقد الكفالة بين الكفيل والدائن، وذلك دون إذن من المدين أو علمه بها وقد نصت على ذلك المادة 647 من القانون المدني الجزائري بقولها :

« تجوز كفالة المدين بغير علمه، وتجوز أيضا رغم معارضة .. ».

وتقتضي الكفالة التراضي بين الكفيل والدائن، فيتفق الإثنان على أن الكفيل يكفل المدين الأصلي، ولا يكفي رضا الكفيل وحده بل يجب أيضا حتى يتم العقد من رضاء الدائن بالكفالة ولو رضاء ضمنيا. وذلك حتى لو كان الكفيل متبرعا بكفالته كما قدمنا. فعقد الهبة مثلا يتطلب رضاء الموهوب له.

أما رضا الكفيل فجوهري، لأنّ الكفيل هو الذي يلتزم بعقد الكفالة، ولابد أن يرضى الكفيل بالكفالة، ويعبر عن هذا الرضا تعبيرا واضحا.

---

(1) – أحمد سلامة ، المرجع السابق، ص 32.

(2) – محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 33.

Scanné avec CamScanner

وهناك فرق بين رضاء الكفيل ورضاء الدائن، فالكفيل هو الذي يتعرض لمخاطر الكفالة، في حين الدائن يجني فائدتها، لذلك اشترط القانون المدني الفرنسي أن يكون رضاء الكفيل بالكفالة رضاء صريحا، ونصت على ذلك المادة 2015 من هذا القانون على أن « الكفالة لا تفترض بل يجب أن تكون صريحة، ولا يجوز التوسع فيها إلى أبعد الحدود التي عقدت الكفالة في نطاقها ».

والمقصود بالكفالة في النص، هو دون شك رضاء الكفيل، لإرضاء الدائن[1]. ولم يرد هناك نص مماثل للنص الفرنسي لا في القانون المدني المصري، ولا في القانون المدني الجزائري، وإن كان الرأي الراجح في الفقه المصري يأخذ بحكم التقنين المدني الفرنسي، ويستند أصحاب هذا الرأي إلى خطورة التزام الكفيل الذي هو في الحقيقة من الالتزامات التبرعية، فيجب أن يستند إلى رضاء صريح قاطع[2].

وهذا ما أدى بالمشرع الجزائري إلى اشتراط الدليل الكتابي في إثبات الكفالة ونصت على ذلك المادة 645 مدني جزائري (المقابلة ل. 773 مدني مصري) بقولها : « لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة ».

فالكتاب هنا ضرورة لإثبات الالتزام، لا ركن للانعقاد، لأنّ الكفالة ليست عقد أشكليا بل هي عقد رضائي.

فالكتابة حسب النص لازمة لإثبات التزام الكفيل، ولو جاز إثبات الالتزام الأصلي المكفولة بالبينة.

وذهب بعض الفقهاء، في مصر إلى القول بوجوب كون رضاء الكفيل صريحا ولو لم يوجد نص على ذلك، وهذا بخلاف رضاء الدائن الذي تعقد الكفالة عادة لمصلحته إذ لا يشترط في رضائه أن يكون صريحا، بل يكفي أن يكون واضحا وضوحا كافيا.

وقد يستخلص من الظروف والقرائن كما لو احتفظ الدائن بسند الكفالة فيفسر على أنّه رضاء ضمني بها.

1 - الأهلية اللازمة لطرفي الكفالة :

الأهلية المطلوبة في الكفالة تختلف بالنسبة للكفيل عنها بالنسبة للدائن وفيما يلي عرض ما

---

(1) - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 76. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 32. سمير تناغو المرجع السابق، ص 35. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 34-35.

(2) - تنص المادة 1485 مدني فرنسي : « يجب أن تكون الكفالة باللفظ الصريح لا بالاحتمال ».

Scanné avec CamScanner

أوجزناه بشيء من التفصيل.

أ – أهلية الكفيل :

تعد الكفالة بالنسبة للكفيل من أعمال التبرع، ومن لم يكن أهلا للتبرع، فلا تصح كفالته وعليه يشترط في المتبرع أهلية الأداء الكاملة.

أما إذا كانت الكفالة بمقابل، سواء كان المقابل من المدين أو من الدائن، فيجب أن تتوافر في الكفيل أهلية التصرف، وعلى ذلك، لا يجوز للقاصر ولا للمحجور عليه أو من في حكمه أن يكفل، لأنّه لا يملك أهلية الكفالة، وإن كفل كانت كفالته قابلة للإبطال إلى أن تجاز[1].

ب – أهلية الدائن :

أما الدائن وهو الطرف الآخر في الكفالة فلا تشترط فيه إلا أهلية التعاقد، فيكفي أن يكون مميزا إذا كانت الكفالة دون مقابل لأنّها تعد من الأعمال النافعة نفعا محضا بالنسبة إليه، أما إذا كانت بمقابل وجبت فيه الأهلية.

2 - عيوب الرضاء في الكفالة :

يطبق في كل عقود الكفالة من حيث عيوب الرضاء وأهمها : الغلط والإكراه والتدليس القواعد العامة. وعلى ذلك تكون الكفالة قابلة للإبطال للغلط متى وقع الكفيل في غلط جوهري في خصوص الدين المكفول.

كأن يعتقد الكفيل أنّه يكفل التزاما مدنيا (دنيا مدنيا) فإذا به يكفل التزاما طبيعيا، مع العلم بأن الالتزام الطبيعي لا تجوز كفالته وفقا للرأي الراجح[2].

وإذا أعتقد الكفيل أنّه يكفل تاجرا، فإذا به يكفل شخصا مدنيا، في مثل هذه الحالة وما شبهها، يكون للكفيل الحق في طلب إبطال العقد بسبب الغلط الذي وقع فيه، ولا يحتج في مواجهته بأن المدين ليس طرفا في عقد الكفالة وذلك استنادا إلى المادة 2/82 مدني جزائري التي تحصر الغلط في « ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته » دون غيره، والمدين ليس طرفا في العقد، ولكن يرد على هذا الاعتراض بأنّه جانب الصواب، لأنّ المادة 1/82 مدني جزائري حددت الغلط

---

(1) - Planiol et Ripert par Esmein, t : 6, n° 303 : Aubry et Rau, imprimé 1920. n. 337.

(2) - جميل الشرقاوي ، المرجع المشار إليه، ص 36-37. محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 47.

Scanné avec CamScanner

الجوهري بقولها : « إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط ».

وفي هذا الصدد، يرى شراح القانون المدني ومن بينهم الدكتور محمد صبري السعدي، أن هذا النوع من الغلط، كما يقع في شخص المتعاقد أو صفة من صفاته يقع أيضا في شخص آخر ليس طرفا في إبرام العقد، ولذا يمتد حكم الغلط إلى الحالة التي نحن بصددها[1].

وتكون الكفالة أيضا قابلة للإبطال، إذا شاب رضاء الكفيل تدليس أو إكراه، فإذا أوهم الدائن الكفيل بأن المدين موسرا فإذا به غير ذلك، أو همه بوجود تأمينات أخرى لضمان الدين المكفول، فإذا بهذه التأمينات غير موجودة أصلا، أو أن يكره الزوج زوجته بماله عليه من سلطة، أن تكلفه في دين وهي تعلم بأن زوجها لا يستطيع وفاء هذا الدين.

وعملا بالقواعد العامة الخاصة بالتدليس والإكراه، فإذا أعقدت كفالة بالتدليس أو الإكراه من غير المتعاقدين، فلا يستطيع المتعاقد المدلس عليه أو المكره أن يتمسك بإبطال العقد، إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو يستطيع أن يعلم بالتدليس أو الإكراه (المادة 87 وما بعدها مدني جزائري) .

المبحث الثاني
محـل الكفـــالة

يخضع محل الكفالة للقواعد العامة، وهو ضمان الوفاء بالالتزام الأصلي المكفول، ويشترط فيه أن يكون ممكنا ومعينا وقابلا للتعيين فمتى تحقق شرطا الإمكان والتعيين تحقق شرط المشروعية، لأنّ ضمان الوفاء بالالتزام يعد عملا مشروعا في حد ذاته.

ويتحدد محل الالتزام الكفيل ومداه بوجود الالتزام الأصلي ويرتبط به وجودا وعدما.

وتجوز كفالة الالتزام المكفول أيا كان محله، سواء كان هذا المحل مبلغا من النقود وهو الذي يحدث غالبا، أو إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، ففي جميع هذه الحالات يجب أن يكون الالتزام موجودا.

أما عن مصادر الالتزام المكفول، فقد يكون العقد، كأن يكفل شخص التزاما مصدره عقد

---

(1) – محمد صبري السعدي ، م.س، ص 36. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 82.

Scanné avec CamScanner

القرض، فيأتي المقترض بكفيل للمقرض يكفله في مبلغ القرض، أو يأتي المشتري في عقد البيع بكفيل يكلفه في الثمن.

وكذلك يمكن كفالة الالتزام الذي يكون مصدره العمل غير المشروع، فيأتي المدين بعد اعترافه بالمسؤولية وبمقدار التعويض بكفيل يكفله في هذا المقدار تجاه المضرور[1].

كما يمكن أيضا كفالة الالتزام الذي يكون مصدره الإثراء بلا سبب أو الفضالة، وكذلك الحال بالنسبة للالتزام الذي يكون مصدره القانون، كما لو قدم الجار كفيلا لجاره يكفله في مضار الجوار غير المالوفة.

وحتى تكون الكفالة صحيحة أيا كان محل الالتزام المكفول ومصدره وترتب التزاما في ذمة الكفيل بضمان الالتزام الأصلي، يجب أن يكون هذا الالتزام الأخير صحيحا، وذلك ما تقضي به صراحة المادة 648 مدني جزائري (المقابلة للمادة 776 مدني مصري) بقولها : « لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا ».

أولا : كفالة الالتزام الناشئ عن عقد قابل للإبطال :

هنا نفرق بين العقد القابل للإبطال بسبب العيب الذي شاب رضاء المدين أو بسبب نقص أهليته.

1 - قابلية العقد للإبطال بسبب العيب الذي شاب رضاء المدين :

من كفل التزاما ناشئا عن عقد قابل للإبطال بسبب غير نقص أهلية المدين، وكان سبب القابلية للإبطال، إما نصا قانونيا أو عيبا من عيوب الرضاء، التي شابت إرادة المدين كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال.

وعلى ذلك فإذا كفل شخص مدينا بعقد شابه عيب من عيوب الرضاء أو كفل شخص مشتريا من غير المالك جاز للكفيل أن يتمسك بأن التزامه قابل للإبطال كالتزام المدين الأصلي.

فالقاعدة في هذا الشأن، جواز تمسك الكفيل بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين، ولا يتأثر هذا الحق بنزول المدين عن دفع معين مقرر له، وقد نصت على هذا الحكم المادة 1/654 من القانون المدني الجزائري والمادتان 782 مدني مصري و 2036 مدني فرنسي، وبالرجوع إلى النص

---

(1) - محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 39 والمراجع المشار إليها في الهامش.

Scanné avec CamScanner

الجزائري نجده يقضي بما يلي : « يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين ».

وعليه فإذا تقرر إبطال العقد القابل للإبطال بسبب عيب شاب إرادة المدين أو بسبب نص في القانون فإن الالتزام المكفول يزول بأثر رجعي ويبطل عقد الكفالة تبعا له، لأنّ تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي المكفول تجعله يرتبط به وجودا وعدما[1].

فما الحكم لو أجاز المدين الأصلي العقد القابل للإبطال ؟ فهل يستفيد الكفيل بدوره من هذه الإجازة، أم أن الأثر النسبي للإجازة ينحصر في من صدرت عنه فقط ؟

انقسم الفقه في هذه المسألة إلى اتجاهين رئيسين :

- **الاتجاه الأول** : وخلاصته، أن أجازة المدين الأصلي للعقد القابل للإبطال يترتب عليها صحة الكفالة، أعمالا للأثر الرجعي للإجازة. ذلك أن إجازة المدين للعقد القابل للإبطال يترتب عليها أن يصبح هذا العقد صحيحا منذ البداية، وتصبح الكفالة تبعا لذلك صحيحة.

- **الاتجاه الثاني** : ويرى بأن أثر إجازة المدين للعقد القابل للإبطال لا يمتد إلى الكفيل، حيث يظل حقه في التمسك بالإبطال قائما، إلا إذا صدرت عنه هو الآخر إجازة العقد، لأنّ الأثر النسبي للإجازة ينحصر في من صدرت عنه، ولا يمتد بالتالي إلى الكفيل الذي تقرر له حق مستقل في التمسك بالدفوع المتعلقة بالدين المكفول باسمه هو، وليس باسم المدين، فتزول المدين عن دفع معين، يتم بصفته مدينا، ولا يؤثر بالتالي في حق الكفيل في التمسك بهذا الدفع باعتباره كفيلا.

ونحن نؤيد هذا الرأي، ذلك أن الإجازة وأن كانت ترتبط بالعقد الأصلي، إلا أن ذلك لا ينفي اعتبارها تصرفا قانونيا انفراديا قائما بذاته، ولا تلزم إلا صاحبها، وعلى ذلك فإنّه لا يحتج بها في مواجهة غيره من العاقدين الذين تقرر الإبطال لمصلحتهم، أو غيرهم ممن تقرر لهم حق إبطال العقد، حيث يظل حقهم في التمسك بالإبطال قائما، طالما لم تصدر من جانبهم إجازة للعقد القابل للإبطال[2].

2 - قابلية العقد للإبطال بسبب نقص أهلية المدين :

---

(1) - Raynauld, Revue trimestrielle dr. Civ. 1936, p, 774.

(2) - محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 40-41 والمراجع المشار إليها في الهامش.

Scanné avec CamScanner

هنا ينبغي التمييز بين ثلاثة فروض :

الفرض الأول : عدم علم الكفيل بنقص أهلية المدين :

في هذه الحالة يظل للكفيل الحق في التمسك بإبطال العقد، باعتبار أن هذا الدفع يمثل حقا مستقلا يباشره الكفيل باسمه هو لا باسم المدين، ولا يتأثر هذا الحق بالإجازة الصادرة من المدين، حيث ينحصر أثرها النسبي في من صدرت عنه، ولا تمتد إلى الكفيل.

فلا يستطيع المدين أن يسوي بإجازته للعقد القابل للإبطال مركز الكفيل، ونفس هذه القاعدة سبق تطبيقها في العقد القابل للإبطال بسبب العيب الذي شاب رضاء المدين[1].

الفرض الثاني : علم الكفيل بنقص أهلية المدين :

في هذا الفرض يمتنع على الكفيل أن يتمسك بإبطال العقد في حالة قيام المدين بإجازته، حيث أن علم الكفيل بنقص أهلية المدين أو كفالته لقاصر بسبب نقص أهليته يعتبر بمثابة إجازة من جانبه للعقد الذي أنشأ الالتزام المكفول.

أما إذا تمسك المدين بحقه في إبطال العقد، زال الالتزام الأصلي المكفول وسقطت الكفالة بالتبعية.

الفرض الثالث : كفالة ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته :

المقصود بالكفالة هنا، هو تأمين الدائن من خطر تمسك المدين بإبطال العقد بسبب نقص الأهلية، وفي هذه الحالة لو استعمل المدين حقه في إبطال العقد الذي أبرمه مع الدائن، يكون الكفيل ملزما بتنفيذ الالتزام الأصلي لا بصفته كفيلا، بل باعتباره مدينا أصليا. وقد ورد القانون المدني الجزائري في المادة 649 نصا يقترب من هذا المعنى يقضي بأن :

« من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذ لم ينفذه المدين المكفول ».

-**الشرط الأوّل** : أن تنصب الكفالة على ضمان التزام ناشيء عن عقد قابل للإبطال بسبب نقص الأهلية.

-**الشرط الثاني** : أن يقصد بالكفالة حماية الدائن ضد خطر تمسك المدين بنقص أهليته.

---

(1) - Laurent, T. 18 n, 658. MAZEAU et Chabas, T, 2, n, 318.

Scanné avec CamScanner

فإذا توافر هذان الشرطان واستعمل المدين الأصلي حقه في الإبطال وحكم له بذلك بسبب نقص أهليته، يبقى الكفيل ملتزما بوفاء الالتزام المكفول لا بصفته كفيلا ، لأن الكفالة تكون قد زالت بزوال الالتزام الأصلي المكفول، بل باعتباره مخلا بتنفيذ التزامه الأصلي الناشيء عن التعهد عن الغير[1].

وفي هذا الصدد يقول الأستاذ منصور مصطفى منصور : « والرأي الذي نفضله أن من يكفل التزام ناقص الأهلية، وتكون الكفالة بسبب نقص الأهلية، يبرم عقدا مركبا يتضمن كفالة وتعهدا عن الغير، يتعهد فيه الكفيل بالا يستعمل المدين حقه في طلب الإبطال، ويتعهد في الوقت نفسه بأن يقوم على سبيل التعويض بتنفيذ الالتزام الأصلي إذا أخل بتعهده عن الغير بأن طلب المدين الإبطال.

وعلى ذلك فما بقي الالتزام الأصلي قائما، يبقى الكفيل ملتزما بصفة تبعية باعتباره كفيلا. أما إذا طلب المدين الإبطال وحكم له به فزال الالتزام الأصلي بأثر رجعي، زال التزام الكفيل تبعا لذلك بأثر رجعي.

ولكن يتحقق بذلك الإخلال بالتعهد عن الغير، فيلتزم الكفيل المتعهد بتنفيذ الالتزام الأصلي على سبيل التعويض، لأنّه أخل بالتزامه الناشيء عن التعهد عن الغير، ويكون التزامه هذا التزاما أصليا غير تابع لغيره »[2].

ويرى الأستاذ السنهوري في هذا الصدد أنّه : « إذا تمسك المدين الأصلي ناقص الأهلية بنقص أهليته وأبطل العقد الأصلي كان الكفيل هو المدين الأصلي بموجب العقد الذي أبرمه مع الدائن وكان ملزما بتنفيذ الالتزام الأصلي، لأن المدين الأصلي لم ينفذه، وفي هذه الحالة، لا يكون الكفيل كفيلا، بل مدينا أصليا، وهو مدين بالالتزام الأصلي تحت شرط واقف وهو عدم تنفيذ المدين الأصلي لهذا الالتزام.

فإذا تحقق الشرط و لم ينفذ المدين الأصلي الالتزام، وجب على من تقدم بصفته كفيلا وقد أصبح مدينا أصليا بتحقق الشرط أن نفذ هو هذا الالتزام. أما إذا أجاز ناقص الأهلية العقد وانقلب العقد صحيحا بالإجازة فإن المدين الأصلي يصبح ملزما بتنفيذ الالتزام الأصلي، ويكون الكفيل ضامنا له في تنفيذ هذا الالتزام باعتباره كفيلا، لا باعتباره مدينا أصليا وتسري جميع

---

(1) – منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، بند 16. السنهوري، م.س، ص 49.

(2) – منصور مصطفى منصور، المرجع نفسه، ص 24.

Scanné avec CamScanner

أحكام الكفالة »[1].

والرأي الراجح الذي نؤيده في الكفالة القابلة للإبطال بسبب نقص أهلية المدين، يجد تفسيره السليم لهذه الكفالة في نظرية « تحول العقد الباطل من كفالة حقيقية إلى عقد آخر هو تعهد شخصي بوفاء الدين المعادل للدين الباطل [2].

وانطلاقا مما تقدم، لا يخرج التزام الكفيل المهدد بالإبطال بسبب نقص أهلية المدين من أحد الفروض الثلاثة :

1 -أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية وهو لا يعلم بنقص أهليته.

في هذه الحالة، يجوز له أن يتمسك بنقص الأهلية.

2 -أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية وهو يعلم بنقص أهليته.

في هذه الحالة لا يستطيع الكفيل الاحتجاج بنقص الأهلية.

3 -أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته.

هنا يكون الكفيل ملزما بتنفيذ الالتزام الأصلي بصفته مدينا أصليا، وذلك على سبيل التعويض[3].

ثـــانيا : كفالة الالتزام والمستقبل الالتزام الشرطي.

القاعدة العامة، هي جواز التعامل في الحقوق المستقبلة باستثناء التركات وما كفالة التزامات المستقبلة والشرطية إلا صورة من صور التعامل في حق من هذه الحقوق.

وقد نصت على ذلك المادة 650 من القانون المدني الجزائري (المقابلة للمادة 778 مدني مصري) بقولها : « تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين المشروط.

غير أنّه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة، كان له أن يرجع فيها في أي وقت ما دام الدين المكفول لم ينشأ ».

---

(1) - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع المشار إليه، ص 48-49.

(2) - راجع المادة 105 مدني جزائري.

(3) - Mazeaud et Cchabas, leçons de droit civil, T. 2. 6ème. Ed. v.1. Obligations, thévire générale, 1978, p. 312.

Scanné avec CamScanner

فطبقا للفقرة الأولى من هذه المادة، تجوز كفالة الالتزام المستقبل شريطة أن يكون مقدار الدين المكفول محددا.

وما أمثلة هذه الكفالة : فتح الاعتمادات المصرفية التي بموجبها يتعهد شخص الكفيل للمصرف بضمان الالتزامات المترتبة في ذمة المدين الذي سوف يفتح له المصرف حسابا في المستقبل، أو كفالة مبلغ التعويض الذي سيحكم به على الشخص المسؤول لصالح المضرور.

أو أن يقدم المدين كفيلا يضمنه في ثمن البضاعة التي سوف يشتريها من تاجر معين. ففي هذه الحالات وما شابهها تكون كفالة الدين المستقبل قائمة، ويكون الكفيل ملزما بها حتى قبل وجود هذا الدين.

والسؤال المطروح في هذا الصدد، كيف ينشأ الالتزام التابع قبل نشوء الالتزام المتبوع أو الالتزام الأصلي ؟

الرأي الغالب، أن الكفالة في هذه الحالة تنشأ معلقة على شرط واقف هو نشوء الالتزام الأصلي، والقانون يجيز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا، ولصحة الكفالة، لابد من تحديد مقدار الدين المكفول، فإذا كفل شخص فتح اعتماد أو ثمن البضائع على النحو المذكور، وجب تحديد المقدار الذي كفله الكفيل وذلك حماية لهذا الأخير، فهو كما يقول العلامة السنهوري : « يقوم على كفالة دين مستقبل لم يوجد، فلا أقل من تحديد مبلغ يكلفه حتى لا يتورط في كفالة دين لم يوجد ولا يعلم مقداره »[1].

والكفيل في كفالة الدين المستقبل أما أن يعين مدة لقيام كفالته وأما أن يكون قد قدم كفالته دون تحديد المدة. ففي الحالة الأولى لا يجوز للكفيل أن يرجع في كفالته طوال هذه المدة، ووجب عليه وفاء الدين الأصلي خلال المدة المحددة، إما إذا انقضت هذه المدة قبل نشوء الدين المستقبل برئت ذمة الكفيل نهائيا، ما دام الدين الأصلي لم ينشأ بعد.

أما إذا لم ينشأ في ذمة المدين إلا جزء من الدين المكفول وجب على الكفيل يضمن هذه المديونية[2].

أمال إذا لم يعين الكفيل مدة سريان الكفالة، فيستطيع أن يتحلل من التزامه بالضمان

---

(1) – عبد الرازق السنهوري ، المرجع السابق، ص 53. وفي نفس السياق. محمد صبري السعدي ، المرجع المشار إليه، ص 45.

(2) – عبد الودود يحيى ، المرجع السابق، ص 43. محمد صبري السعدي ، ص 46.

Scanné avec CamScanner

بأخطار الدائن برجوعه في الكفالة، ويشترط في هذا الرجوع أن يصل إلى علم الدائن، قبل نشوء الالتزام الأصلي المكفول.

أما في حالة نشوء الدين الأصلي قبل وصول الرجوع إلى علم الدائن فلا اثر للرجوع على التزام الكفيل.

أما كفالة الالتزام الشرطي، فقد نصت عليه المادة 650 من القانون المدني الجزائري بالجواز، سواء كان الالتزام الأصلي المكفول معلقا على شرط واقف أو على شرط فاسخ، ففي الحالة الأولى إذا تخلف الشرط الواقف زال الدين الأصلي بأثر رجعي، وزال معه التزام الكفيل بالتبعية.

أما إذا تحقق الشرط الفاسخ، فإن الالتزام الأصلي ينفذ بأثر رجعي، وتنفذ معه الكفالة تبعا لذلك، ويصبح التزام كل من المدين الأصلي والكفيل نافذا.

أما فيما يخص الالتزام المعلق على شرط فاسخ، فتجوز هو الآخر كفالته، وتكون الكفالة في هذه الحالة مرتبطة بالدين المكفول وجودا أو عدما، وعليه تكون هي الأخرى معلقة على شرط فاسخ.

ثـــالثا : كفالة الالتزام الطبيعي.

الرأي الراجح في الفقه المصري، هو عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعي لأن المدين في هذا النوع من الالتزام، لا يجبر على الوفاء بالتزامه، والسبب في ذلك يعود إلى أن الالتزام الطبيعي يتضمن فقط عنصر المديونية دون عنصر المسؤولية، وعليه فإذا قام المدين بتنفيذ التزامه الطبيعي اختيارا. فلا يعتبر متبرعا ولا يمكن له استرداد ما دفعه تنفيذا لهذا الالتزام[1].

فضلا على ذلك، فإن الالتزام الطبيعي لا يلزم المدين الأصلي بأدائه وبالتالي فلا يتصور أن ينشئ التزاما في ذمة الكفيل، ذلك أن « الكفالة على هذا النحو (كفالة الالتزام الطبيعي) تفتح سبيلا لإجبار المدين على الوفاء بالتزامه الطبيعي عن طريق غير مباشر، إذ يجبر الدائن الكفيل على الوفاء، ثم يرجع الكفيل على المدين الأصلي، فيكون المدين بالتزام طبيعي قد أجبر في النهاية عن طريق غير مباشر على الوفاء بالتزامه وهذا لا يجوز »[2].

أما انقلب الالتزام الطبيعي التزاما مدينا فإنّه تصح كفالته.

---

(1) – احمد سلامة ، المرجع السابق، ص 41.

(2) – السنهوري ، المرجع السابق، ص 56–57.

Scanné avec CamScanner

أما في فرنسا، فقد اختلف الفقه هناك بين مؤيد ومعرض لفكرة الالتزام الطبيعي[1].

رابعـــا : مدى التزام الكفيل.

القاعدة العامة، أن الالتزام الأصلي المكفول هو الذي يحدد مدى التزام الكفيل، ويترتب على ذلك، أن التزام الكفيل يكون مماثلا تماما للالتزام المكفول مقدارا وشروطا وأوصافا[2].

ولا يجوز أن تعتقد الكفالة بمبلغ أكثر من المبلغ المذكور ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول، ولكن يجوز أن تكون الكفالة بمبلغ أقل من الدين وبشرط أخف من شروطه وقد نصت على ذلك المادة 625 من القانون المدني الجزائري بقولها :

« لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول، ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشرط أهون ». فإذا زاد التزام الكفيل عن الالتزام الأصلي المكفول فلا يترتب على هذه الزيادة بطلاق التزام الكفيل بل إنقاصه إلى حد الالتزام المكفول.

فإذا فرضنا على سبيل المثال أن مبلغ الدين المستحق في ذمة المدين الأصلي قدر بقيمة 200 000 دينار جزائري فلا يلتزم الكفيل إلا بالمبلغ المذكور.

وإذا كان التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من الالتزام المكفول فإنّه على النقيض من ذلك، يجوز أن يكون أخف كما لو كفل الكفيل المدين الأصلي في جزء من الدين أو في الدين الأصلي مجردا من الفوائد والمصاريف المستحقة في ذمة المدين.

وقد يكون التزام الكفيل معلقا على شرط واقف والالتزام الأصلي منجزا ويجوز أن يكون التزام الكفيل لأجل أطول من الأجل الممنوح للمدين الأصلي، وكذلك يجوز للكفيل أن يشترط عدم كفالة مدينة إذا أشهر إفلاسه.

كما يمتد التزام الكفيل أيضا إلى ضمان ملحقات الدين والمصروفات الخاصة بالمطالبة الأولى، والمصروفات اللاحقة لمطالبة الكفيل وهي التي يدخلها التقنين المدني الجزائري في نطاق الكفالة، وقد نصت على هذا التقنين بقولها : « إذا لم يكن هناك اتفاق خاص فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد أخطار المدين ».

---

(1) - MAUSEAUD et Chabas, op. cit. p. 313.

(2) - أحمد سلامة ، المرجع السابق، ص 43-44. جميل الشرقاوي ، ص 46.

Scanné avec CamScanner

ويقصد بملحقات الدين التعويضات المستحقة على المدين بسبب إخلاله بالتزامه، ويندرج ضمن هذه الملحقات فوائد الدين والتعويض عن التأخير، وإن كان التقنين المدني الجزائري يبطل الفائدة بين الأفراد[1]، ويجيزها إذا كان المقرض مؤسسة وذلك ما تقضي به المادة 456 من القانون المدني بقولها : « يجوز لمؤسسات القرض التي تمنح قروضا قصد تشجيع النشاط الاقتصادي الوطني أن تأخذ فائدة يحدد قدرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية ».

أما مصروفات المطالبة الأولى، فنعني بها نفقات الدائن في مطالبة المدين وتشمل تكاليف الأعذار ورسوم رفع الدعوى والمصاريف[2].

المبحث الثالث
السبب في الكفـــالة

تنص المادة 97 من القانون المدني الجزائري على أنّه : « إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب كان العقد باطلا ».

كما تنص المادة 98 من نفس القانون على أن « كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا، ما لم يقم الدليل على غير ذلك ... ».

ويقصد بالسبب في هذين النصين هو أحد أمرين، حسب رأي غالبية الفقه المصري[3].

-الأول السبب الذي يقصد إليه المتعاقد أو السبب الفني.

-الثاني : الباعث الدافع أو السبب المصلحي.

وعلى ضوء هذا التحديد يمكن أن نرجح واحدا من رأيين، ذهب أحدهما إلى أن التزام الكفيل في مواجهة الدائن التزام مجرد، بمعنى أنّه يمتنع على الكفيل أن يتمسك ضد الدائن بالدفوع التي له أن يتمسك بها ضد المدين، في حين ذهب الآخر، إلى أن الكفالة لا تخرج عن أي عقد من العقود التي تخضع للقاعدة العامة في تشريعنا وفيها تكون الالتزامات مسببة. ونعتقد أن في كل من هذين الرأيين جانبا كبيرا من الصحة حسب التفصيل الآتي : فالكفالة أما أن تكون تبرعية، وأما

---

(1) – تنص المادة 454 المشار إليها أعلاه على ما يلي : « القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك »

(2) – محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 52-53.

(3) – سعد واصف ، التأمين من المسؤولية، دراسة في عقد النقل البري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، 1958، ص 43-45.

Scanné avec CamScanner

أن تكون بمقابل، وفي الحالتين قد يكون السبب على اختلاف معناه، داخلا أو غير داخل في نطاق التعاقد.

وحيث تكون الكفالة تبرعية، فإن نية التبرع تعتبر هي السبب الفني، وتكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الباعث أو السبب المصلحي غير مشروع وعلم به الدائن وقت الكفالة فإنّها تبطل، لا فرق في ذلك بين أن يكون التبرع من الكفيل إلى الدائن -كما لو تمت كفالة دين لامرأة على آخر بقصد حملها على إنشاء علاقة غير مشروعة معه- أو أن يكون التبرع من الكفيل إلى المدين.

أما حيث تكون الكفالة بمقابل، فإن هذا المقابل لا يتصور أن يُقتضي من الدائن، لأنّ اقتضاءه يتنافى وجوهر الكفالة، ومن ثم لا تبطل الكفالة في هذه الحالة، إلا إذا كان الباعث أو السبب المصلحي غير مشروع، وكان الدائن يعلم[1].

أما حيث يقتضي المقابل من المدين، فإن السبب الفني هنا يكون خارجا عن نطاق عقد الكفالة، ومن ثم فهي تصح ولو كان محل التزام المدين مستحيلا أو غير مشروع، ولا تبطل الكفالة إلا إذا كان الدافع غير مشروع وعلم به الدائن.

فالكفالة لا تتجرد من السبب بمعنى الباعث أو السبب الفني حيث يتمثل في مقابل يلتزم به المدين المكفول يدفعه.

---

(1) – محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 54–55. سليمان مرقس ، المرجع السابق، ص 45. منصور مصطفى منصور المرجع السابق، ص 48.

Scanné avec CamScanner

الفصل الثالث
آثـار الكفـالـة

تمهيد :

الكفالة عقد ضمان، بمقتضاه يستطيع الدائن استيفاء حقه من الكفيل، إذا لم يستوفيه من المدين، وإذا قام الكفيل بوفاء الدين، فإنّه يجوز له أن يرجع به على المدين[1].

فالكفالة إذا، لها آثار فيها بين الكفيل والدائن وفيما بين الكفيل والمدين وبينه وبين الملتزمين بالدين في حالة وجودهم (كفلاء الدين).

وعليه نتناول آثار الكفالة في مبحثين نخصص الأول منهما لآثار الكفالة في حد ذاتها، والثاني لآثار تنفيذ الكفالة.

المبحث الأوّل
آثار الكفالة في حد ذاتها

الكفالة كما ذكرنا، لا يكون لها آثار إلا فيما بين الدائن والكفيل، ترتكز هذه الآثار على وجه التحديد في مطالبة الدائن للكفيل، وتصدي هذا الأخير لهذه المطالبة بجميع الدفوع التي للمدين في مواجهة الدائن.

المطلب الأول
آثار الكفالة في حد ذاتها

تقتضي دراسة العلاقة في ما بين الكفيل والدائن أن نتعرض أولا إلى مطالبة الكفيل عند حلول أجل الكفالة، ثانيا – سبق مطالبة المدين أو تعاصرها مع مطالبة الكفيل، وأخيرا، الرجوع على الكفيل بقدر نصيبه في الكفالة.

أولا : مطالبة الكفيل عند حلول أجل الكفالة.

لا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل إلا عند حلول أجل الكفالة، ويكون أجل الكفالة عادة هو نفس أجل الدين، وقد يختلف الأجلان بالاتفاق أو بناء على واقعة ما، فقد يتفق الكفيل مع

---

(1) – أحمد سلامة ، المرجع السابق، ص 49. عبد الودود يحي ، المرجع السابق، ص 51.

Scanné avec CamScanner

الدائن على أن يكون أجل الكفالة لاحقا للأجل الأصلي للدين، أما إذا اتفقا على أجل أسبق، فإن أجل الكفالة يمتد بالرغم من هذا الاتفاق إلى أجل الدين وذلك حتى لا تكون الكفالة قد انعقدت بشروط اشد من شروط الالتزام الأصلي المكفول، وهذا غير جائز وهو ما نصت عليه صراحة المادة 652 من القانون المدني الجزائري بقولها : « لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول ».

وإذا طرأ ما يؤدي إلى اختلاف الأجلين بالنسبة للدين والكفالة، كما لو منح الدائن المدين أجلا إضافيا، وأتم ذلك بناء على حكم قضائي، فإن الكفيل يستفيد تلقائيا من هذا الامتداد، إلا إذا آثر الوفاء عند الأجل الأصلي للالتزام المكفول، وذلك مراعاة لمصلحته، كما لو خشي من إعسار أو إفلاس المدين عند حلول الأجل الإضافي، فيبادر الكفيل إلى الوفاء حتى يتمكن من الرجوع فورا على المدين[1].

أما إذ كان الظرف الطارئ سببا في تقديم ميعاد الوفاء بالنسبة إلى المدين، فإن أجل الكفالة يبقى كما هو.

وعليه فإذا نزل المدين عن أجل الدين، فإن هذا النزول لا يلزم الكفيل، وإلا أبحنا زيادة التزام الكفيل بإرادة المدين أو باتفاقه مع الدائن[2].

القاعدة العامة، حيث يكون أجل الكفالة مستقلا عن أجل الدين فلا يتأثر هذا الأجل الخاص بالكفالة بسقوط أجل الدين، ولكن المشكلة تثور حين يكون الأجل واحدا. ذهبت غالبية الفقه[3] إلى القول بعدم سقوط أجل الكفالة بسقوط أجل الدين واستندت في ذلك إلى الأسباب الآتية :

1 -لا يلتزم الكفيل بالوفاء بالدين إلا عند حلول أجله، لا عند سقوط هذا الأجل.

2 -إن الحكمة التي من أجلها سقط الأجل الممنوح للمدين هو فقدانه الثقة فيه شخصيا ولا شأن للكفيل بذلك.

3 -إن المسألة نظيرا في القانون التجاري، إذ أن إفلاس المدين التاجر لا يترتب عليه سقوط أجل الدين إلا بالنسبة إلى المفلس، وليس في هذا القول ما يتنافى مع القانون، بل العكس هو

---

(1) - أحمد سلامة ، المرجع السابق، ص 52-53.

(2) - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 91 وما بعدها.

(3) - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 56-57.

Scanné avec CamScanner

الصحيح، لأنّه إذا كان من غير المستساغ أن تعقد الكفالة بشرط أشد من التزام المدين، فمن الجائز أن تكون بشروط أخف[1].

ومتى تمكن الدائن من مطالبة الكفيل والتنفيذ على أمواله لاستيفاء دينه منه يجب عليه أن يحصل على سند تنفيذي في مواجهته، ولو كان بيده (الدائن) سند تنفيذي ضد المدين. لأنّه وإن كان التزام الكفيل تابعا لالتزام المدين الأصلي، إلا أنّه مستقل عنه في خصوص التنفيذ.

ثـــانيا : وجوب مطالبة المدين قبل أو مع مطالبة الكفيل.

تنص المادة 660 من القانون المدني الجزائري (المطابقة للمادة 788 مدني مصري) على ما يأتي : « لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين ».

يستخلص من هذا النص، أن الدائن له الخيار بين أن يرجع على المدين أولا ثم يرجع على الكفيل، وبين أنه يرجع عليهما معا في وقت واحد ويطالبهما بوفاء الدين، لأن التزام الكفيل، كما سبق أن رأينا، تابع للالتزام الأصلي المكفول، لا يتحرك إلا إذا تم الرجوع على المدين، ويترتب على مطالبة الدائن للكفيل قبل مطالبته المدين رفض دعواه[2].

ويقصد بالرجوع هنا، المطالبة القضائية، فلا يكفي أعذار المدين بالوفاء بل تجب المطالبة القضائية، فإذا أعذر الدائن المدين ثم رجع على الكفيل فلا يقبل هذا الرجوع، ويحل محل المطالبة القضائية التنبيه بالوفاء إذا كان لدى الدائن سند تنفيذي في مواجهة المدين، ففي هذه الحالة يعتبر التنبيه بالوفاء رجوعا على المدين ويفتح طريق الرجوع على الكفيل.

كذلك يحل محل المطالبة القضائية، تقدم الدائن بحقه في تفليسة مدينه وامتناعه عن اتخاذ إجراءات فردية ضده، إذا أن انضمام الدائن إلى جماعة التفليسة يعد رجوعا على المدين، ويخوله الحق في مطالبة الكفيل.

و لم ينص لا القانون المدني المصري السابق ولا القانون المدني الفرنسي القديم على وجوب مطالبة الدائن المدين قبل مطالبته للكفيل، ففي ظل هذين القانونين يجوز للدائن أن يطالب الكفيل أولا دون حاجة إلى الرجوع مسبقا على المدين أو التنبيه عليه بالوفاء أو أعذاره، وذلك تأثرا بالقانون الروماني الذي يشبه الكفيل بالمدين المتضامن وإن كان له (الكفيل) في هذه الحالة الحق في

---

(1) – أحمد سلامة ، المرجع السابق، ص 47–48

(2) – محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 60.

Scanné avec CamScanner

طلب تجريد المدين من أمواله.

ويشترط في تمسك الكفيل بالدفع بمطالبة المدين على النحو المذكور توافر ثلاثة شروط :

1 – ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين

2 – أن يكون رجوع الدائن على المدين مجديا، ونعني بذلك ألا يكون المدين معسرا.

3 – أن يتمسك الكفيل بالدفع في أية مرحلة من مراحل الدعوى.

ثـــالثا : الرجوع على الكفيل بقدر نصيبه.

يفترض في هذه الحالة، أننا أمام أكثر من كفيل، وقد نصت على ذلك المادة 664 من القانون المدني الجزائري (المقابلة للمادة 792 مدني مصري) بقولها : « إذا تعددت الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين قسم الدين عليهم.

ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة، أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، فإن كل واحد منهم يكون مسؤولا عن الدين كله، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم ».

هذا النص يفرق بين حالتين من التقسيم : تقسيم يقع بقوة القانون وتقسيم يتم بواسطة الاتفاق وفيما يلي عرض كل حالة على انفراد :

أولا : التقسيم بقوة القانون.

لكي يقع هذا التقسيم، يجب أن تتوافر الشروط الآتية :

1 -**أن يتعـــدد الكفـــلاء** : وقد يبدو أن هذا الشرط بديهي، لا يستحق أن يذكر، ولكن الحقيقة غير ذلك، فهل يطلق هذا التعدد بحيث يشمل الكفيل الشخصي والكفيل العيني، أم أن الكفيل العيني لا يستفيد من هذا التقسيم ؟ المسالة خلافية، ففي رأي يستفيد الكفيل العيني من التقسيم، وفي رأي آخر لا يستفيد، والذي نرجحه أنّه لا يستفيد، ولكن ليس على أساس أن الكفالة العينية تفيد أن الكفيل العينين قد حدد مسؤوليته عن الدين بقيمة المال الذي رهنه [1]، وإنما على أساس قاعدة عدم تجزئة الرهن، تلك القاعدة التي تنطبق حيث لا يتفق على

(1) – احمد سلامة ، المرجع السابق، ص 51. سليمان مرقس ، المرجع السابق، بند 64. محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 62–63.

Scanné avec CamScanner

استبعادها، ومن ثم لا يستفيد الكفيل العيني من التقسيم، إلا إذا كان قد اشترطه، ومن ناحية أخرى يراعى أن التقسيم لا يكون إلا بالنسبة للكفلاء فهو لا يقع بين المدين والكفيل ولا بين الكفيل وكفيل الكفيل.

2 -**وحدة الدين** : فلو كفل كل واحد من الكفلاء تنفيذ دين مستقل فلن يقع التقسيم[1].

3 -**أن يكون المدين واحدا** : ويقصد بالمدين هنا، طرف العقد الذي يلتزم بالوفاء به، حتى ولو تعددت أشخاص هذا الطرف، متى كان الكفيل قد كفلهم جميعا. فلو فرضنا أن عدة أشخاص التزموا بدين على سبيل التضامن وتقدم شخص لكفالة أحدهم، وتقدم آخر لكفالة الثاني، فإن الكفالة لا تنقسم لاختلاف المدين، فالدين ينقسم بين الكفلاء لأن المدين واحد.

4 -**أن تكون الكفالة بعقد واحد** : بمعنى أن يكون جميع الكفلاء طرفا في عقد الكفالة، أما لو كفل كل منهم بعقد مستقل، فالتقسيم لا يقع بقوة القانون، ولكن يمكن أن يقع بالاتفاق. إذا احتفظ أي منهم لنفسه بحق التقسيم. والعلة في ذلك ترجع إلى أنّه حين يتعدد الكفلاء في عقد واحد، فإن كل منهم يضع في اعتباره أنّه لن يرجع عليه إلا بقدر نصيبه، وتلك هي حكمة التقسيم.

أما لو تعددت عقود، كل كفيل بعقد فإن هذا الاعتبار لا يتوافر :

5 -**ألا يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم** : والمعنى الواضح من هذا الشرط، أنّه حيث يتقدم الكفلاء لكفالة دين على وجه التضامن، فإن ذلك يمنع التقسيم، إذ يعتبر بمثابة تنازل عنه.

فإذا تعدد الكفلاء وكفلت طائفة منهم على سبيل التضامن وكفلت الأخرى دون تضامن فإن التقسيم لا يقع بالنسبة للطائفة الأولى، بينما يقع بالنسبة للطائفة الثانية، فينقسم الدين على جميع الكفلاء بما فيهم المتضامنون[2].

ولكن هل يتسع معنى تضامن الكفلاء بحيث لا يقتصر فقط على تضامنهم فيما بينهم بل يشمل حالة تضامنهم مع المدين ويحرمهم من التقسيم ؟ يبدو أن النص الفرنسي للمادة 792 يفيد هذا الشمول فهو ذكر الكفلاء المتضامنين دون تخصيص Lorsqu'il ya plusieurs caution non solidaires.

---

(1) – سليمان مرقس ، المرجع السابق، ص 107.

(2) – عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 95. منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 60 وما بعدها. محمد صبري السعدي ، ص 64.

Scanné avec CamScanner

ولكن النص العربي يفيد هذا التخصيص : فهو يقول : « وكانوا غير متضامنين فيما بينهم » وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة لصياغة النص فإن الفقه قد اختلف، فمن قائل أن الكفلاء المتضامنين مع المدين لا يجوز لهم أن يطالبوا بالتقسيم، لأن مثل هذا الكفيل يعتبر قد قبل أن تكون مسؤوليته عن كل الدين، ومن قائل أن الذي يحرم الكفلاء من التقسيم هو تضامنهم فيما بينهم فقط، وذلك لصراحة المادة 792 المذكورة من ناحية، ولعدم ورود ما يفيد عدول القانون الجديد عنه من ناحية أخرى، كما أن الأعمال التحضيرية تؤيده.

فقد ورد فيها نص يقضي بالتضامن بين الكفلاء، ونحن نؤيد هذا الرأي الثاني، لأنّ عدم التقسيم استثناء من القواعد العامة فيجب أن ينحصر في الصورة التي نص عليها بوضوح.

هذه شروط التقسيم (القانوني) والذي يفترض فيه أن يتم على أساس عدد الرؤوس، ما لم يكن هناك اتفاق على نسبة أخرى.

ويترتب على تقسيم الدين على الكفلاء المتعددين بقوة القانون، عدة نتائج نجملها فيما يلي :

1 – إجبار الدائن على الوفاء الجزئي .

2 – يتحمل الدائن نصيب الكفيل المعسر.

3 – لا يلتزم كل كفيل إلا بقدر حصته في الدين.

ثـــانيا : التقسيـــم الاتفـــاقي.

إذا تعدد الكفلاء لمدين واحد ولدين واحد وبعقود متوالية، فالأصل كلا منهم ملزم بالوفاء بكل الدين، إلا إذا اشترط التقسيم سواء كان هو أوّل الكفلاء أو آخرهم، ففي الحالة الأولى يشترط أن الدين ينقسم على من يستجد، وفي الحالة الثانية يشترط انقسامه على من تقدم[1].

المطلب الأول
آثار الكفالة في حد ذاتها

تقسيـــم :

الكفالة كما قلنا، عقد تابع، يلتزم الكفيل بموجبه أن يوفي بالدين، إذا لم يف به المدين، ثم

---

(1) – عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق، فقرة 82. منصور مصطفى، المرجع السابق، ص 61.

Scanné avec CamScanner

يرجع بما أو في. ويجب على الدائن أن يبذل كل ما في وسعه لاستيفاء حقه من المدين أولا فإن قصر ألزمه الكفيل بذلك، فإذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات اللازمة سقط حقه في مواجهة الكفيل.

وعلى هذا ألساس، يكون للكفيل أن يتمسك بدفوع ثلاثة هي : الدفوع الخاصة بالالتزام الأصلي المكفول، والدفوع الخاصة بعقد الكفالة والدفوع المستمدة من تقصير الدائن وهي نوعان : دفوع تؤدي إلى تحصين الكفيل مؤقتا من التنفيذ على أمواله، وأخرى تؤدي إلى براءة ذمته.

وفيما يلي ما أوجزناه بشيء من التفصيل.

الفرع الأول
الدفوع الخاصة بالالتزام الأصلي المكفول

يستطيع الكفيل أن يحتج تجاه الدائن بجميع الدفوع التي يمكن للمدين أن يحتج بها عليه. ويبرر ذلك أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين ويتأثر به سلبا وإيجابا.

وقد نصت على هذا الحكم المادة 654 من القانون المدني الجزائري (المطابقة للمادة 782 مدني مصري) بقولها : « يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين.

غير أنّه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين يتمثل في نقص أهليته كان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد، فليس له أن يحتج بهذا الوجه ».

يتبين من هذا النص وما يتضمنه من دفوع، أننا أمام قاعدة عامة واستثناء.

1 - القاعدة العامة :

ومفادها جواز تمسك الكفيل بكل الدفوع الخاصة بالالتزام الأصلي المكفول، كالوفاء، أو الوفاء بمقابل واستحالة التنفيذ، والتجديد والإبراء والتقادم واتحاد الذمة.

ويكون تمسك الكفيل بهذه الدفوع باسمه هو لا باسم المدين، ذلك أن تبعية الكفالة تجعل التزام الكفيل يدور وجودا وعدما مع الالتزام المكفول، فالكفيل لا يتمسك بهذه الدفوع من أجل براءة ذمة المدين، ولكن من أجل براءة ذمته هو.

Scanné avec CamScanner

ويترب على ذلك نتيجتان، الأولى وتصدق على سائر الدفوع ماعدا تنازل المدين عن التمسك بإبطال العقد لعيب في الرضاء كالغلط والتدليس والإكراه، ذلك أن العقد القابل للإبطال عقد صحيح، والتنازل عن الإبطال معناه تأكيد هذه الصحة عن طريق التزول عن مهاجمته خلال المدة المحددة، وإن كان هذا التزول من طرف المدين لا يضيف جديدا إلى صحة الالتزام، ولن يستطيع الكفيل أن يتمسك به إذا أثبت أنّه تم بالطواطؤ بين المدين والدائن بقصد الإضرار به.

وهذا ما أجمع عليه الفقه[1].

أما النتيجة الثانية ومفادها، يجوز للكفيل وفقا لما تقدم أن يتدخل عن طريق الدفع الفرعي في الدعوى المرفوعة من الدائن على المدين، ويتمسك بأي دفع سواء تمسك به المدين أم لم يتمسك.

2 - الاستثناء (خاص بنقص الأهلية) :

هذا الاستثناء منصوص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة 654 المذكورة، وهو خاص بكفالة ناقص الأهلية. وقد سبق لنا أن تعرضنا لها في موضعها، وقلنا في كفالة التزام ناقص الأهلية ينبغي التفرقة بين ما إذا كان الكفيل على علم بنقص أهلية المدين أو أنه لا يعلم بذلك، وانتهينا إلى القول، بأن الكفيل إذا كان يعلم وقت الكفالة بنقص أهلية المدين، فليس له الحق في الاحتجاج، وإذا تمسك المدين بنقص أهليته وحكم له بذلك أي بالإبطال فإن التزامه يزول ويزول معه التزام الكفيل بالتبعية.

أما إذا كان الكفيل لا يعلم بنقص الأهلية، ففي هذه الحالة يجوز له أن يتمسك بنقص أهلية المدين.

ولا يبقى التزام الكفيل قائما إلا في الحالة المنصوص عليها في المادة 649 مدني جزائري[2] (المقابلة للمادة 777 مدني مصري)، وهي كفالة المدين بسبب نقص أهليته، ففي مثل

---

(1) - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 95. والمراجع المشار لها في الهامش.

(2) - تنص المادة 649 مدني جزائري على ما يلي : « من كفل التزام ناقص الأهلية، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول ».

Scanné avec CamScanner

هذه الحالة يكون الكفيل ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين لا بصفته كفيلا بل باعتباره مدينا أصليا[1].

غير أن هذا التقسيم الثلاثي لا يلقى رواجا لدى غالبية الفقه الذي يأخذ بالتقسيم الثنائي، فهو لا يفرق بين حالة الكفالة بسبب نقص الأهلية وحالة ما إذا لم تكن كذلك، سواء كان الكفيل يعلم بنقص الأهلية أو لا يعلم، وينتهي إلى القول حيث تكون الكفالة غير مبرمة بسبب نقص أهلية المدين يحق للكفيل إن يتمسك بنقص الأهلية سواء كان يعلم أو لا يعلم.

ونحن نعتقد إن هذا الرأي غير مقنع لاصطدامه مع صراحة النصوص لأن عبارة « يعلم بنقص الأهلية » ليست مساوية لعبارة « بسبب نقص الأهلية » وتأخذ معظم التشريعات الحديثة بما فيها الشريعة الإسلامية بالتقسيم الثلاثي المتقدم[2].

الفرع الثاني
الدفوع الخاصة بعقد الكفالة

الكفالة عقد، ومن ثم يمكن للكفيل أن يتمسك بأي دفع من شأنه أن يؤدي إلى تقرير بطلان الكفالة أو إبطالها، أو انقضائها. وفي هذه الحالات يهاجم الكفيل الكفالة ذاتها، إما لأن مهاجمته للالتزام الأصلي غير مجدية أو لأنّه لا يرغب في سلوك هذا الطريق[3].

الفرع الثالث
الدفوع المستمدة من تقصير الدائن

تنقسم هذه الطائفة من الدفوع إلى قسمين : دفوع تؤدي إلى براءة ذمة الكفيل وأخرى تؤدي إلى تعطيل الوفاء للدائن مؤقتا.

أولا : الدفوع المبرئة لذمة الكفيل.

---

(1) – احمد سلامة ، المرجع السابق، ص 58. جميل الشرقاوي ، المرجع السابق، ص 64.

(2) – راجع المادة 841 مرشد الحيران.

(3) – عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق، ص 57 وما بعدها. محمد صبري السعدي المرجع السابق، ص 76. جميل الشرقاوي بند 27.

Scanné avec CamScanner

1 – إضاعة التأمينات :

تنص المادة 656 من القانون المدني الجزائري (المقابلة للمادة 784 مدني مصري) على ما يلي : « تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات، ويقصد بالضمانات في هذه المادة، كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو تقررت بعقد الكفالة، وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون ».

هذا النص يقرر براءة ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بفعله من ضمانات، ذلك أن الكفيل متى أوفى للدائن، فإنّه يحل (بدعوى الحلول) محله ويعود على المدين، فإذا تسبب الدائن بخطئه في إضاعة تأمين من بين هذه الضمانات أو أي تأمين آخر، يكون قد أضعف فرصة الكفيل في استيفاء حقه كاملا من المدين مما يستوجب تحمل الدائن نتيجة تقصيره، وحتى يتمسك الكفيل بالدفع بإضاعة التأمينات، يجب توافر شروط ثلاثة هي :

1 – أن يكون التأمين الذي ضاع تأمينا خاصا.

2 – أن يكون التأمين قد ضاع بخطأ الدائن.

3 – أن يكون التأمين ذا قيمة.

1 – إضاعة تأمين خاص :

أن الفرق بين التأمين الخاص والتأمين العام، هو نفس الفرق بين الضمان العام والضمان الخاص[1]، بل أن المقصود بالتعبير الأول هو نفس المعنى المقصود من التعبير الثاني.

فالذي يسأل عليه الدائن هو عدم محافظته على ماله من حق الضمان العام على أموال المدين، إذ أن هذا الفعل لا يعتبر ضياعا للتأمين، وعليه إذا أهمل الدائن مطالبة المدين حتى أعسر، أو عدم استعماله للدعوى المباشرة، أو نزوله على حجز تنفيذي على المدين أو حجز ما لهذا الأخير لدى الغير فلا يعتبر قد أضاع تأمينا خاصا في معنى المادة 656، وإن ترتب على ذلك ضرر للكفيل[2].

ويلاحظ أن الكفيل يستطيع الاستناد إلى تقصير الدائن لمطالبته بالتعويض عن الإضرار التي

---

(1) – أحمد سلامة ، المرجع السابق، ص 59.

(2) – محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 77.

Scanné avec CamScanner

لحقت به وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية.

2 – أن يكون التأمين قد ضاع بخطأ الدائن :

ويشترط أيضا، أن يكون التأمين قد ضاع بخطأ الدائن أو بخطأ من يسأل عن أعمالهم وسواء كان هذا الخطأ فعلا إيجابيا كما لو نزل عن تأمين ثابت له، أو كان سلبيا كعدم تجديد قيد الرهن.

أما إذا ساهم الكفيل بفعله في الخطأ، بحيث تضيع التأمينات نتيجة خطئه وخطأ الدائن معا، فطبقا للقواعد العمة –وفي مثل هذه الحالة– يوزع الضرر بحسب نسبة الخطأ، ما لم يستغرق أحد الخطأيين الآخر، وتأخذ غالبية الفقه بهذا الحكم.

3 – أن يكون التأمين ذا قيمة :

هذا الشرط غير منصوص عليه صراحة في المادة 656 المشار إليها، ولكن الفقه أستنتجه من قول المشرع « أن ذمة الكفيل تبرأ بقدر ما أضاعه الدائن من تأمينات ».

وعليه، فإذا كان التأمين لا قيمة له، فلا تبرأ ذمة الكفيل، لأنّه لا يترتب على ضياع ضرر، كما لو كان المدين أو الكفيل الآخر الذي أبراه الدائن معسرا، أو كان الرهن الذي نزل عنه الدائن تاليا في المرتبة لرهون أخرى تستغرق قيمة العقار المرهون.

فإذا تمسك الكفيل في إحدى هذه الحالات الثلاث بضياع التأمينات فليس للدائن إلا أن يثبت أن التأمين الضائع كان عديم القيمة، ويرى البعض ضرورة تشدد القضاء في القول بأن التأمين كان عديم القيمة، بل أيضا في التقرير بها رغم نجاح الدائن في الإثبات. وبناء عليه لا يكفي أن يثبت الدائن أن المدين الذي أبرأه كان معسرا، بل يجب أن يقتنع القاضي أن ظروف هذا المدين لن تسمح له على المدى القريب من استعادة مركزه[1].

ويتمسك الكفيل ببراءة ذمته إما عن طريق الدعوى الأصلية أي دعوى يرفعها هو على الدائن أو بواسطة الدفع الفرعي أثناء رجوع الدائن عليه. وفي كلتا الحالتين يجب على الكفيل أن يثبت أن هناك تأمينا خاصا وإن الدائن قد أضاعه بخطئه. فإن نجح في ذلك و لم يثبت الدائن أن التأمين الضائع لا قيمة له، فإن ذمة الكفيل تبرأ بقدر ما أضاعه الدائن. فإذا كان الضمان الضائع يغطي برئت جزئيا بقدر ما ضاع من تأمين.

---

(1) – منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق، ص 75.

Scanné avec CamScanner

ويجب على الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع إذ لا تستطيع المحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها، لأنّه ليس من النظام العام، كما يجوز للكفيل أن يتزل عنه سلفا في عقد الكفالة، وله أيضا أن يتمسك بهذا الدفع ولو لأول مرة أمام جهة الاستئناف، ولكنه لا يجوز له يثيره لأول مرة أمام جهة النقض، ويحق للكفيل أن يتمسك بالدفع بإضاعة التأمينات ولو كان متضامنا مع المدين. لأنّ القانون لا يفرق في هذا الصدد بين الكفيل غير المتضامن والكفيل المتضامن.

2 – عدم اتخاذ الإجراءات ضد المدين بعد إنذار الدائن :

تنص المادة 657 من القانون المدني الجزائري (المطابقة للمادة 785 مدني مصري) بقولها : « لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنّه لم يتخذها.

غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ».

طبقا للفقرة الأولى من هذا النص، لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات القانونية ضد المدين أو بمجرد عدم اتخاذها ما لم تصدر من الدائن إعمال إيجابية كتنازله عن حجز تنفيذي أو حجز ما لمدينه لدى الغير [1]، أو إعمال سلبية كعدم قيامه باتخاذ إجراء تنفيذي أو تحفظي لا يستطيع الكفيل القيام به لجهله إياه، أو لعدم وجود المستندات اللازمة لإجرائه أو بسبب الإهمال في القيام بإجراء معين، هذه الأعمال لا يترتب عليها ضياع التأمينات، ولكنها تؤثر في حق الكفيل فتضيعه أو تنقص منه، مما يستوجب مساءلة الدائن عليه طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية.

أما الفقرة الثانية فهي توفر للكفيل حماية وتقيه من تقصير الدائن أو غشه، فأباحت له (للكفيل) تنبيه الدائن إلى مطالبة المدين، فإذا قصر بعد ذلك، برئت ذمة الكفيل. ووسيلة تنبيه الدائن هي إنذاره، بأن يتخذ إجراءات التنفيذ ضد المدين، وعليه، لا يعد الدائن مقصرا بامتناعه عن التنفيذ رغم إنذاره من قبل الكفيل إذا لم يحل أجل الدين، إذ لا يجوز التنفيذ أو المطالبة بدين مؤجل.

والمقصود بالأجل هنا، الأجل الأصلي للدين، أما الأجل الإضافي الذي يمنحه الدائن للمدين بعد حلول الأجل الأصلي فلا يؤثر في صحة إنذار الكفيل. وإذا تم الإنذار صحيا، وجب على

---

(1) – انظر : أحمد سلامة ، المرجع السابق، ص 62-63.

Scanné avec CamScanner

الدائن أن يتخذ الإجراءات اللازمة ضد المدين، خلال ستة أشهر من الإنذار، ونعني باتخاذ الإجراءات البدء فيها، فإذا كان الدين ثابتا بسند رسمي تعين على الدائن أن يباشر إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل، وإذا كان بسند عرفي بدأ في المطالبة بالدين، وإذا لم يتم بذلك برأت ذمة الكفيل كلية، ويكون له أن يتمسك بهذه البراءة في صورة دفع أو دعوى، ويكون في مقدور المدين أن يمنع براءة الكفيل إذا قدم إليه ضمانا كافيا Une garantie suffisante ويترك أمر هذه الكفاية عند المنازعة لتقدير قاضي الموضوع، ويلاحظ أن هذا الحكم أي براءة ذمة الكفيل، ينطبق أيضا في حالة إفلاس المدين وعدم تقدم الدائن بحقه إلى التفليسة رغم إنذاره من طرف الكفيل (المادة 658 م.ج) [1].

وتكون براءة الذمة بقدر ما أصاب الكفيل من ضرر، فإذا كان من شأن تدخل الدائن أن يستوفي نصف دينه برأت ذمة الكفيل بمقدار هذا النصف، وتقدر براءة ذمة الكفيل أما عن طريق الدعوى أو الدفع.

ويؤخذ بهذا الحكم أيضا فيما إذا أعسر المدين، فيجب على الدائن أن يتقدم للحصول على ما يمكن الحصول عليه من حقه من مال المدين، ثم يرجع بالباقي له على الكفيل، وإذا كانت المادة 658 مدني جزائري المقابلة للمادة 786 مدني مصري لم تعرض إلا لحالة إفلاس المدين، فإن ذلك لم يكن إلا تطبيقا للقواعد العامة من حيث إلزام الدائن بمطالبة المدين في الوقت المناسب والإ كان الدائن مسؤولا عن ذلك نحو الكفيل.

3 – عدم قيام الدائن بتمكين الكفيل من المحافظة على حقه في الرجوع :

نصت المادة 659 من القانون المدني الجزائري (المطابقة للمادة 787 مدني مصري)، 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. أما إذا كان الدين مضمونا بتأمين عقاري، فإن الدائن يلتزم بالإجراءات اللازمة لنقل هذه التأمينات، ويتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على المدين ».

يلاحظ مبدئيا، أن هذا النص يقرر واجبا منطقيا على الدائن إزاء الكفيل مبناه حلول

---

(1) – تنص المادة 658 مدني جزائري على أنه : « إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن »

Scanné avec CamScanner

الكفيل محل الدائن، فيجب إذا، أن يمكن من هذا الحلول وحكمه غني عن التعليق، إذ هو مجرد تطبيق للقواعد العامة.

وما يلتزم به الدائن تجاه الكفيل بعد استيفائه الدين هو تمكين الكفيل من المحافظة على حقه في الرجوع على المدين وذلك تسليمه المستندات اللازمة لهذا الدين ومنها على سبيل المثال سند الدين يثبت فيه الدائن أنّه أستوفى الدين من الكفيل، وإذا كان تأمين الدين منقولا مرهونا أو محبوسا وجب على الدائن أن يسلم هذا المنقول إلى الكفيل حتى يتمكن من الحلول محله، أما إذا كان الدين مضمونا بتأمين عقاري يجب على الدائن أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين إلى الكفيل.

وفي جميع الأحوال، فإذا رفض الدائن تسليم مستندان الدين للكفيل والتخلي له عن المنقول المرهون أو المحبوس، أو نقل التأمينان العقارية الضامنة لوفاء الدين فيحق له أن يمتنع عن الوفاء حتى ينفذ الدائن التزامه، فإذا أراد الكفيل تحصين نفسه ضد كل احتمال كان له أن يلجأ إلى الإيداع القضائي[1].

4 – تجريد المدين من أمواله :

نصت المادة 2/660 من القانون المدني الجزائري (المقابلة للمادة 2/788 مدني مصري) على أنّه : « لا يجوز له (الدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله. ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق »

اختلفت وجهات النظر في التقنيات المختلفة بشأن الدفع بالتجريد، هل يجوز للدائن أن يرجع مباشرة على الكفيل، أم عليه بتجريد المدين من أمواله قبل الرجوع على الكفيل، كما هو مقرر في هذا النص ؟

فالدفع بالتجريد مكنة تخول الكفيل الحق في أن يمنع التنفيذ على أمواله وفاء للدين المكفول، سواء كان هذا الدين نهائيا أو مؤقتا.

والدفع بالتجريد بالمعنى المذكور مأخوذ من القانون الروماني، فقد كان هذا القانون يتيح للكفيل أن يطلب تجريد المدين، إذا كان الكفيل لم يلتزم إلا بدفع ما يستطيع الدائن الحصول عليه من المدين إذا رجع عليه.

---

(1) – محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 81. جميل الشرقاوي ، م.س، ص 29.

Scanné avec CamScanner

ثم منح جوستينيان الدفع بالتجريد لكل كفيل دون تمييز، و لم يكن هذا الدفع معروفا في القانون الفرنسي القديم في بداية عهوده، حيث كان للدائن في ظل هذا القانون الحق في مطالبة الكفيل أولا. وقبل إحياء القانون الروماني، أخذت العادات الفرنسية في جنوب فرنساتتيح للكفيل أن يطالب الدائن بإدخال المدين في الدعوى.

وبعد إحياء القانون الروماني، عرف عنه القانون الفرنسي القديم كلا من الدفع بالتجريد أو الترتيب في الرجوع، كما كان يطلق عليه.

والدفع بالتجريد مستمد من صميم الكفالة، فالمفروض أن الكفيل لا يجبر على الوفاء إلا إذا حاول الدائن استيفاء حقه جبرا من المدين فلم يتمكن. فإذا لم يراع ذلك أمكن للكفيل أن يلزمه بمراعاته عن طريق الدفع بالتجريد، فيلزمه بالسعي إلى مدينة الأصلي لاستيفاء حقه منه بدلا من السعي نحو غيره[1].

والبحث في الدفع بالتجريد يقتضي منا أن نتعرض أولا إلى شروطه ثم ثانيا إلى آثاره لنقف ثالثا عند إحدى تطبيقاته.

أولا : شروط بالتجريد.

حتى يستطيع الكفيل أن يتمسك بالدفع بتجريد المدين، يجب أن تتوافر ثلاثة شروط هي :

1 – أن يتمسك الكفيل بحقه في التجريد.

2 – ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين.

3 – أن يرشد الكفيل إلى أموال للمدين تفي بالدين كله.

1 – أن يتمسك الكفيل بحقه في التجريد :

هذا الشرط منصوص عليه المادة 2/660، فهي توجب على الكفيل أن يتمسك بهذا الحق، وقد يبدو هذا الوجوب غير متسق مع سياق النص، فهذه الفقرة قد استهلت بأنّه لا يجوز للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين.

وعدم الجواز هذا يفيد أن المسألة تتعلق بالنظام العام، وبالرغم من ذلك فليس هناك أدنى تردد في نفي صفة النظام العام عن هذا الحضر وجعله متعلقا بمصلحة الكفيل الخاصة، وعليه ينبغي

---

(1) – سلامة أحمد سلامة ، المرجع السابق، ص 68. محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 82–83. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 114، وأشار إليه كذلك بودر، ص 545 وما بعدها.

Scanné avec CamScanner

على المحكمة ألا تقضي به من تلقاء نفسها، كما يجوز للكفيل أن يتزل عنه في عقد الكفالة أو بعدها، وحينئذ لا يجوز له أن يعود فيتمسك به بعد هذا التزول.

ولما كان الدفع بالتجريد حسب منطوق النص يتعلق بالتنفيذ لا بالمطالبة القضائية، فلا يكون مقبولا من الكفيل إلا عندما يشرع الدائن في التنفيذ على أمواله بموجب سند تنفيذي، وذلك عكس ما نصت عليه المادة 2022 من القانون المدني الفرنسي بقولها :

« يجب على الكفيل أن يدفع بالتجريد عند الإجراءات الأولى التي توجه ضده ». أي قبل البدء في الموضوع وإلا اعتبر متنازلا عن الدفع.

و لم يرد نص مماثل لهذا النص لا في القانون المدني الجزائري ولا في القانون المدني المصري، وإن كان المشروع التمهيدي لنص المادة 2/788 ورد فيه الآتي : « لا يلزم الدائن بتجريد المدين إلا إذا طلب الكفيل ذلك عند الإجراءات التي توجه ضده ».

ولكن هذا النص حذف في لجنة المراجعة، فأصبح الكفيل غير مقيد بنص تشريعي يعين الوقت الذي يبدي فيه الدفع بالتجريد.

وأستقر الرأي عند جواز تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد في أي وقت ما لم يصدر عنه ما يدل على نزوله عنه، وقد قضت محكمة النقض في مصر بأن الكفيل غير المتضامن الحق في إبداء الدفع بتجريد المدين ما لم يصدر منه قول أو فعل أو ترك يدل على تنازله عنه.

وبناء على ما تقدم، يحق للكفيل أن يدفع بالتجريد في أي وقت، ليس فقط أثناء نظر دعوى المطالبة بل أيضا عند التنفيذ على أمواله عن طريق الاستشكال، فهو في حقيقته دفع يتعلق بالتنفيذ.

ولا يختلف مركز كفيل الكفيل من الكفيل على مركز الكفيل من المدين، وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل (م 669 م ج)، بل يكون له أن يتمسك بتجريد المدين لنفس المحكمة التي أملت أعطاء الكفيل هذا الحق، حتى لو كان الكفيل قد نزل عن حقه في التمسك، إذا أن دفوع كفيل الكفيل مستقلة عن دفوع الكفيل[1].

أما الكفيل العيني فليس له الحق في الدفع بالتجريد وقد نصت على ذلك المادة 901 مدني

---

(1) – محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 85/84. سليمان مرقس ، المرجع السابق، بند 76. محمد كامل مرسي المرجع السابق، ص 111، وارجع أيضا : منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق، ص 85. عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق، ص 119 وما بعدها.

Scanné avec CamScanner

جزائري (المطابقة للمادة 1050 مدني مصري) بقولها : « إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله الامارهن ، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك ».

2 - ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين :

هذا الشرط نصت عليه صراحة المادة 665 من القانون المدني الجزائري (المقابلة للمادة 793 مدني مصري) بقولها : « لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد ».

فالنص صريح في حرمان الكفيل المتضامن مع المدين من التمسك بالدفع بالتجريد، فإذا كان الكفيل متضامنا مع المدين، فالدائن مخير في المطالبة، إن شاء طالب المدين، وإن شاء طالب الكفيل، ومطالبته أحدهما لا تسقط حق مطالبته الآخر، فبعد مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر، وله أن يطالبهما معا في وقت واحد[1].

كذلك يجوز للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل المتضامن مع المدين أولا، ولا يستطيع هذا الأخير أن يتمسك قبل الدائن بحق التجريد وذلك بخلاف الكفيل العادي الذي لا يجوز للدائن أن يرجع عليه قبل المدين. وإذا فعل الدائن ذلك، كان للكفيل العادي أن يدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا قبل عودته عليه.

والنص يتكلم عن تضامن الكفيل مع المدين، ومن ثم فتضامن الكفلاء فيما بينهم لا يمنعهم من طلب التجريد إلا إذا كانوا متضامنين مع المدين[2].

وحيث يحظر على الكفيل المتضامن أن يتمسك بالدفع بالتجريد، فإنّه يجوز لكفيل الكفيل يتمسك به سواء بالنسبة للكفيل أو بالنسبة للمدين. فدفوعه مستقلة ولا يحرم منها إلا إذا كان متضامنا، والتضامن لا يفترض.

ويرى فريق من الفقه أنه حيث يكون الكفيل متضامنا مع المدين، فلا يحق لكفيل أن يدفع بتجريد المدين وإلا ترتب على كفالة الكفيل انتقاض حقوق الدائن. ولا نرى في القول المتقدم ما ينقص من ضمان الدائن، فمتى كان هذا الأخير لم يشترط تضامن المصدق أي كفيل الكفيل (Certificateur) مع الكفيل فلا يقبل منه النعي على مركز هذا الأخير، ذلك المركز المستمد من قاعدة أساسية مفادها أن التضامن لا يفترض.

---

(1) - محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 86-84.

(2) - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 145.

Scanné avec CamScanner

3 – أن يرشد الكفيل إلى أموال للمدين تفي بالدين كله :

هذا الشرط الأخير نصت عليه المادة 661 من القانون المدني الجزائري (المقابلة للمادة 789 مدني مصري) بقولها : « إذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين تعني بالدين كله[1].

ولا يؤخذ بعين الاعتبار الأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي الجزائرية أو كانت متنازعا فيها ».

طبقا لهذا النص، يجب على الكفيل أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أمول المدين وأن يقدم له المبالغ الكافية للقيام بالتجريد، ويشترط في الأموال المرشد عنها أن تكون مملوكة للمدين وكافية للوفاء بالدين كله، وموجودة في الأراضي الجزائرية، وألا تكون هذه الأموال متنازعا غيها. وفيما يلي شرح ما أوجزناه.

أ –أن تكون مملوكة للمدين. فالأموال التي يرشد إليها الكفيل الدائن سواء كانت عقارا أو منقولا، يجب أن تكون مملوكة للمدين وهذا الشرط بديهي.

ب –أن تكون كافية لوفاء الدين كله. حتى يتمكن الكفيل من الدفع بالتجريد، يجب أن تكون أموال المدين التي أرشد إليها الدائن كافية لاستيفاء الدين كله، فلا يكفي أن تفي بجزء من الدين أو حتى بمعظم الدين، وهذا ما يجب الوقوف أمامه قليلا من الناحية التشريعية، والحكمة من التجريد هي منع تكرار التنفيذ، ولما كان المال غير كاف فهذه الحكمة لن تتحقق وبالتالي يمتنع التجريد. كما أن إجبار الدائن على التنفيذ على أموال المدين التي تكفي الوفاء بالدين فيه إجبار له على قبول الوفاء الجزئي وهذا غير جائز (المادة 277 مدني جزائري).

ولا يشترط القانون الفرنسي أن تكون أموال المدين تفي بالدين كله، فيجوز أن تفي ببعض الدين، ويجبر الدائن في ظل هذا القانون على قبول الوفاء الجزئي، وفي هذه الحالة له أن يعود على الكفيل بما تبقى من الدين.

ويستقل قاضي الموضوع في تقرير كفاية الأموال من عدمها وذلك بعد استعباده لأموال المدين التي لا يجوز الحجز عليها. وبالرغم من انعدام النص، فلا يقبل من الكفيل أن يدفع بتجريد المدين متى كان هذا الأخير قد أشهر إفلاسه[2].

---

(1) – أحمد سلامة ، المرجع السابق، ص 70. محمد صبري السعدي ، م.س، ص 86.

(2) – سليمان مرقس ، المرجع السابق، ص 86 وما بعدها.

Scanné avec CamScanner

ويتحمل الكفيل نفقات الإرشاد إلى أموال المدين كمصروفات استخراج صور المستندات والشهادات العقارية الخاصة بهذه الأموال (م/661/1 مج)،.

ج -أن تكون موجودة في الجزائر، والحكمة من ذلك هو عدم إرهاق الدائن في التنفيذ على أموال موجودة بالخارج.

د -ألا تكون هذه الأموال متنازعا (Litigieuse) ذلك أن الإرشاد إلى أموال متنازع فيها يقتضي أولا من الدائن تصفية هذا النزاع وفي ذلك إرهاق كبير. ثم أنّه قد يتعرض لخطر عدم استيفاء حقه كاملا، فضلا على أن التنفيذ على الأموال المتنازع فيها يستلزم إجراءات طويلة معقدة.

ثـــانيا : آثار الدفع بالتجريد :

ومتى أستوفى الدفع بالتجريد شروطه وقبلته المحكمة ترتبت عليه نتيجتان أحدهما سلبية والأخرى إيجابية.

أما النتيجة السلبية فتمكن في عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل، إذ يترتب على ذلك أن كل إجراء يتخذ سواء أثناء سير الدعوى أو عند التنفيذ، للتنفيذ على أموال الكفيل يعتبر باطلا. ويجب على الدائن أن يبدأ إجراءات التنفيذ على أموال المدين فإذا استوفى حقه كاملا كان بها، ومن ثمّ برئت ذمة الكفيل بعد استيفاء الدائن حقه من أموال المدين. وإذا لم يستوفيه بسبب انخفاض قيمة هذه الأموال أثناء التنفيذ عليها أو ظهور دائنين هادين للمدين يزاحمون الدائن. ففي مثل هذين الفرضين، لا تبرأ ذمة الكفيل إلا جزئيا، ويرجع الدائن بما تبقى له من الدين على الكفيل.

على أن امتناع التنفيذ بهذا الشكل لا يمنع الدائن من اتخاذ الإجراءات التحفظية على أموال الكفيل، كتوقيع الحجز التحفظي على أمواله أو حصوله على حق اختصاص بموجب حكم قضائي واجب التنفيذ ضد الكفيل.

وكان التقنين المدني المصري السابق (المادة 672) ينص على ذلك صراحة إذ يقول : « وحينئذ وللمحكمة الحكم بإيقاف المطالبة الحاصلة للكفيل إيقافا مؤقتا مع عدم الإخلال بالإجراءات التحفظية » و لم يرد نص مماثل لهذا النص في التقنين المدني المصري الحالي ولا في القانون المدني الجزائري، ولكن النص في التقنين المدني السابق ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة، وعليه يمكن الأخذ به دون نص.

Scanné avec CamScanner

أما فيما يتعلق بالنتيجة الإيجابية وهي إلزام الدائن بالتنفيذ على أموال المدين التي أرشدها عنها : لا يخرج الأمر على أحد الفرضين، إما أن يستوفى الدائن حقه كاملا، وأما ألا يستوفيه، وفي الحالة الأولى يحقق الدفع بالتجريد الغرض الذي من أجله أعطي للكفيل وينتهي الأمر.

أما في الحالة الثانية، فالأمر يتوقف على سبب عدم الاستيفاء، فإذا كان يعود إلى إهمال الدائن، كما لو تأخر في التنفيذ حتى أعسر المدين أو أفلس فلا يرجع على الكفيل إلا بقدر الذي كان الدائن يستطيع الحصول عليه ولو لم يقع منه التقصير. وقد نصت على هذا الحكم المادة 622 من القانون المدني الجزائري بقولها : « يكون الدائن في كل الأحوال التي يدل فيها الكفيل على أموال المدين مسؤولا لاتجاه الكفيل عن إعسار المدين الذي يترتب عن عدم اتخاذه الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب ».

أما إذا كان سبب عدم استيفاء الدين لا يعود إلى خطأ الدائن. كما لو بدأ في التنفيذ، وسار في الإجراءات وفق سلوك الرجل العادي، وبالرغم من ذلك لم يستوف حقه لسبب ما، كما لو انخفضت قيمة الأموال أو ظهر دائنون آخرون شاركوه في المديونية، ففي مثل هذه الحالة له أن يرجع على الكفيل بما لم يستطيع الحصول عليه من المدين[1].

ثـــالثا : صور خاصة للدفع بالتجريد.

تنص المادة 663 من القانون المدني الجزائري (المقابلة للمادة 791 مدني مصري) على أنّه : « إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانونا أو اتفاقا لضمان الدين وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه و لم يكن الكفيل متضامنا مع المدين فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين » خصوصية هذا الدفع، تكمن في عدم اشتراطه في المال المثقل بالتأمين العيني أن يكون كافيا لاستيفاء كل الدين، مع أن الدفع بالتجريد لا يقبل إلا بتوافر هذه الكفاية، ولكي يتمسك الكفيل بهذا الدفع لابد من توافر الشروط الآتية :

1 – أن يكون هناك تأمين عيني مقرر للوفاء بالدين المكفول :

والحكم الوارد بالمادة 663 السالفة الذكر عام يشمل كل تأمين عيني مقرر على عقار أو منقول، سواء كان هذا التأمين قد خصص لوفاء الدين المكفول وحده أو مع ديون أخرى،

---

(1) – محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، 90-91. محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 122. السنهوري ، المرجع السابق، ص 127.

Scanné avec CamScanner

ويستوي أن يكون كافيا للوفاء بالدين أو غير كاف، أو يكون قد قدم من المدين أو من شخص آخر (الكفيل العيني)، وفي هذه النقطة بالذات يبدو الفرق بين تكييف هذا الدفع بأنّه صورة من التجريد أو ليس كذلك.

فالسائد في الفقه المصري أن الدفع بالتجريد يستوجب أن يكون التأمين مقدما من المدين، ويسلم أصحاب هذا الرأي أن النص لا يشترط ضرورة تقديم التأمين من المدين إلا أنهم يبررون ذلك بالأسباب الآتية :

أ -أن هذا الدفع ليس إلا صورة من التجريد والتجريد لا يتقرر إلا على أموال المدين.

ب -أن النصوص التي استمد منها المشرع المصري حكم المادة 791 المقابلة للمادة 663 مدني جزائري تشترط أن يكون التأمين على مال المدين.

ج -من المسلم به في القواعد العامة، أن الكفيل الشخصي لا يجوز له تجريد الكفيل العيني فكلاهما مسؤول عن وفاء دين غيره. وأما عن الحجة الأولى فقد سبق أن قلنا بأنّه ليس في القانون ما يوحي بأننا بصدد دفع بالتجريد وأما عن الحجة الثانية فهي غير دقيقة لأنّ المشرع استمد نص المادة 791 من المادة 2/495 من قانون الالتزامات السويسرية، وهذه الفقرة لا تشترط وجوب تقديم التأمين من المدين [1]. فهي تقول : « Lorsque la créance est garantie par des gages ».

وأخيرا، وبالرغم من أن النص يشترط في التأمين العيني أن يكون قد خصص قانونا أو اتفاقا مما يفيد عدم شموله لحق الاختصاص لأنّه يخضع لأحكام الرهن الرسمي.

2 - أن يكون التأمين قد تقرر مع الكفالة أو قبلها :

وهذا ما أشترطه المادة 663 صراحة لأن هذا النوع من التأمين هو الذي يكون الكفيل قد اعتمد عليه إبرامه عقد الكفالة.

3 - ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين :

يجب القول بهذا الشرط حتى لو كان التأمين مقدما من الكفيل العيني. ذلك أنّه متى كان

---

(1) - تنص المادة 2/495 التزامات سويسرية على أنّه : « إذا حصل الدائن على رهون حيازية تأمينا لحقه، قبل الكفالة أو في نفس الوقت، فإن الكفيل السيط يستطيع أن يقتضي استيفاء الدائن لحقه من هذه الرهون أولا، إلا إذا كان المدين في حالة إفلاس أو كانت الرهون لا يمكن تحقيقها بغير إفلاس المدين ».

Scanné avec CamScanner

الكفيل العيني متضامنا مع المدين ، فإن مركزه يقترب كثيرا من مركز المدين نفسه. والمسلم به أن المدين لا يحق له أن يجعل الدائن يسعى لاستيفاء حقه من غيره متى كان في استطاعه الدائن أن يستوفيه منه.

4 – أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع :

هذا الشرط لم تنص عليه صراحة المادة 663، إلا أن القول به يستند إلى حظر التنفيذ مقرر لمصلحه الكفيل وليس متعلقا بالنظام العام. ويعلل الفقه هذا الشرط بقوله : « أن الدفع يعتبر صورة من التجريد، والتجريد يجب أن يطلبه الكفيل ».

ومتى توافرت شروط الدفع وجب على الدائن أن يبدأ بالتنفيذ على التأمين العيني، وكل إجراء يتخذه للتنفيذ على أموال الكفيل يقع باطلا. فإذا لم يستوف الدائن حقه من هذا التأمين ورجع على الكفيل، كان لهذا الأخير أن يدفع رجوعه بتجريد المدين، فيطلب من الدائن التنفيذ على بقية أموال المدين غير المال الذي قدمه هذا المدين تأمينا عينيا، وعليه يبدو مرة أخرى أن هذا الدفع ليس صورة من التجريد وإلا لما جاز تجريد المدين مرتين.

المبحث الثاني
آثار تنفيذ الكفالة

تمهيـــد وتقسيـــم :

لا تنشأ الكفالة التي ستكلم عنها في هذا المبحث إلا إذا امتنع المدين عن الوفاء بكل الدين المكفول، إذ يضطر الدائن في هذه الحالة أن يرجع على الكفيل بما لم يتمكن من الحصول عليه من المدين. ومتى قام الكفيل بأداء الدين، حق له الرجوع على هذا المدين وعلى غيره من الكفلاء الآخرين.

ونتيجة لهذا الوفاء تنشأ التزامات جديدة تقع على عاتق كل من الكفيل والمدين أو الكفيل والمدينين المتعددين أو الكفيل وغيره من الكفلاء[1].

المطلب الأول
رجوع الكفيل على المدين

---

(1) – محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 115. محمد كامل مرسي ، المرجع السابق، ص 167.

Scanné avec CamScanner

الفرع الأول
رجوع الكفيل على المدين الواحد

أولا : الدعاوي التي يرجع بها الكفيل.

وطبقا للقواعد العامة في الوفاء، إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفع، ومع ذلك يجوز للمدين الذي حصل الوفاء بغير إراداته، منع رجوع الموفي بما وفاه عنه كلا أو بعضا إذا أثبت أن له مصلحة في الاعتراض على الوفاء[1].

وإذا كان الكفيل يستطيع أن يرجع على المدين –حسب القاعدة العامة– بالدعوى الشخصية العامة المستندة إلى الإثراء بلا سبب (م/ 141 م ج)، فقد أعطاه المشرع دعويين أخريين ذكرهما في تنظيمه للكفالة وهما : دعوى الكفالة ودعوى الحلول المنصوص عليهما في المادتين 671/672 من القانون المدني الجزائري، وإن كانتا في نفس الوقت تعتبران تطبيقين خاصين لما تضمنته القواعد المنظمة للوفاء بوجه عام.

فلنتكلم عن هاتين الدعويين مستبعدين في ذلك دعوى الإثراء بلا سبب لخروجها عن نطاق البحث.

1 - دعوى الكفالة (الدعوى الشخصية) :

تقضي دراسة دعوى الكفالة أو الدعوى الشخصية أن نبحث أولا شروط الرجوع بهذه الدعوى ثم ثانيا ما يرجع به الكفيل على المدين.

أ – شروط الرجوع بدعوى الكفالة :

يكون من مصلحة الكفيل أن يرجع بهذه الدعوى في حالة يكون فيها المدين غير معسر، فهي تحقق له حينئذ مزايا أكثر من تلك التي يحصل عليها بدعوى الحلول، وإن كانت في نفس الوقت تخضع لشروط أشد. ويشترط لرجوع الكفيل على المدين بدعوى الكفالة أن تتوافر فيها الشروط الآتية :

-**الشرط الأول** : أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين ودون معارضته، وهذا الشرط مسلم به بالرغم من أن القانون لم يصرح به. ذلك أن المادة 672 المكورة قد نصت على أنّه : « يكون للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه

---

(1) – راجع : المادة 259 مدني جزائري المطابقة للمادة 324 مدني مصري.

Scanné avec CamScanner

أو بغير علمه »، وتلك الصياغة لا تفيد هذا الشرط، وبالرغم من ذلك فقد توصل الفقه إلى إقراره بالإجماع، مستندا في ذلك إلى التحليل الواقعي للكفالة.

فالكفالة يندر أن تنعقد لمصلحة الدائن وحده، ويغلب أن تنعقد لمصلحة المدين أو لمصلحة الدائن والمدين معا.

وعلى ذلك إذا كان القانون لم يشترط أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين فذلك لأنّه افترض هذا الشرط، لأنّ نص المادة 672 قد وضع للحالة الغالبة وهي تنطوي على مصلحة المدين. أما حيث يثبت أن الكفالة قد عقدت لمصلحة الدائن وحده، فلا يستطيع الكفيل إن يرجع على المدين بدعوى الكفالة.

-**الشرط الثاني** : أن يكون الكفيل قد وفى فعلا الدين أو جزء منه. إذا أدى الكفيل الدين كله أو جزء منه، فله أن يرجع على المدين بقدر ما أداه، وهذا الشرط نصت عليه صراحة المادة 1/672، ويعد فعل الكفيل وفاء بالمعنى الدقيق، تقديم الشيء المستحق أصلا أو ما يقوم مقامه، كالوفاء بمقابل والتجديد والمقاصة.

فإذا وفى الكفيل الدين بمقابل يكون ملتزما وفقا للقواعد العامة في الضمان بضمان الاستحقاق تجاه الدائن، كذلك قد يقضي الكفيل الدين بطريق التجديد كما لو تم ذلك عن طريق تغيير المدين، وعنده يحق للكفيل الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية[1].

وقد يقضي الكفيل الدين بطريق المقاصة، كأن يكون له دين في ذمة الدائن فتقع المقاصة بينهما، وعندئذ يرجع الكفيل على المدين، وقد يقضي الكفيل الدين باتحاد الذمة، كما لو ورث الدائن فيصبح بدوره هو الدائن وعندئذ يرجع على المدين بدعوى الكفالة.

يخلص مما تقدم، أن الكفيل إذا قام بوفاء الدين على النحو المذكور، رجع على المدين بقدر ما أوفى. ومن هنا نختلف دعوى الكفالة عن دعوى الحلول حيث يشترط فيها أن يكون الوفاء كليا.

-**الشرط الثالث** : أن يكون أجل الدين قد حل بالنسبة للمدين.

المقصود بالأجل هو الأجل الأصلي، وهذا الأجل هو من حق المدين، وعليه فإذا وفى الكفيل الدين قبل حلول الأجل أمتنع عليه الرجوع على المدين.

---

(1) – مجلة الالتزامات والعقود التونسية، الفصل 1505.

Scanné avec CamScanner

وإذا نزل المدين عن الأجل الأصلي، فإنّه يجوز للكفيل أن يتمسك بهذا النزول، وله بعد استيفاء الدين أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية.

أما لو أمتد الأجل برضاء الدائن أو بحكم المحكمة، فإن هذا الأجل الإضافي لا يدخل في الأجل الأصلي، ويكون للكفيل الذي وفى الدين عند حلول أجله أن يعود على المدين بالدعوى الشخصية.

-**الشرط الرابع** : ألا يكون الوفاء قد حصل بخطأ من الكفيل.

نصت على هذا الشرط المادة 670 من القانون المدني الجزائري بقولها : يجب على الكفيل أن يخبر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين، وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه.

والفكرة الأساسية في هذا النص، وفي غيره من النصوص المنظمة للرجوع، أن ذمة المدين لم تبرأ بعد، فإذا قام الكفيل بالوفاء رجع عليه، وإلا كان في وفاء الكفيل أضرار بالمدين، مع أن الكفالة شرعت لصالحه.

ولتجسيد هذه الفكرة ميز النص بين فرضين نوجزهما فيما يلي :

الفرض الأول : أن يخطر الكفيل المدين قبل وفاء الدين.

يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل قيامه بوفاء الدين، سواء كان هذا الوفاء بإرادة الكفيل نفسه أو بناء على المطالبة القضائية من الدائن.

وذلك خشية من أن يكون المدين قد قام بتسديد الدين قبل أن يوفيه الكفيل، فيقتضي الدين، ويكون وفاء الكفيل بعد ذلك على مسؤوليته. أو يكون للمدين وقت استحقاق الدين سبب من أسباب بطلانه أو انقضائه .

وإخبار المدين قبل وفاء الدين ليس له شكل خاص يتم به، والمفروض أنّه يتم ويثبت طبقا للنظام المعمول به قضائيا.

فيمكن أن يكون رسميا على يد محضر وبكتاب مسجل أو غير مسجل وقد يكون شفويا، المهم أن يثبت الكفيل أنّه قام بهذا الإخبار قبل الوفاء حتى يتمكن المدين من الاعتراض عليه إذا كان لديه ما يبرر اعتراضه.

فإذا قام الكفيل بذلك وفى بهذا الالتزام، وتعين على المدين إذا كان قد وفى الدين أو كانت

Scanné avec CamScanner

لديه أسباب تمنعه من ذلك، أن يعارض في وفاء الكفيل.

فإذا تمت المعارضة وجب على الكفيل أن يمتنع عن الوفاء، وإذا طالبه الدائن قضائيا، فله أن يدخل المدين في دعوى المطالبة حتى يتولى الدفاع عنه[1].

أما إذا لم يعارض المدين في الوفاء، ووفى الكفيل الدين، فله أن يرجع على المدين حتى لو قام بدفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلان الدين أو انقضائه (المادة 2/270 م م.ج).

الفرض الثـــاني : ألا يخطر الكفيل المدين .

لا يكفي لسقوط حق الكفيل في الرجوع على المدين، عدم أخطاره بالوفاء، بل لابد أن تكون هناك أسباب لدى هذا المدين تقضي على الالتزام.

وإذا كان عدم أخطار المدين بوفاء الدين يشكل خطأ في جانب الكفيل، فإن هذا الخطأ لا يعد سببا كافيا لحرمانه من الرجوع عليه بدعوى الكفالة.

فإذا كان لدى الملتزم الأصلي بالدين ما يؤدي إلى بطلان الدين أو انقضائه، فإن عدم الأخطار هو الخطأ وإجبار المدين على الوفاء مرة ثانية هو الضرر، مما يؤدي حتما إلى قيام مسؤولية الكفيل وسقوط حقه على سبيل التعويض في الرجوع على المدين[2].

أما إذا انتفت تلك الأسباب التي تعطي المدين الحق في الاعتراض على الوفاء، فلا يتحقق الضرر ولا تقوم المسؤولية ولا يسقط حق الكفيل، ولو قام بوفاء الدين كله أو جزء منه دون أخطار المدين مسبقا.

ب – مـــا يرجع به الكفيل :

تقول المادة 2/672 من القانون المدني في هذا الصدد ما يلي :

« ويرجع (الكفيل) بأصل الدين والمصروفات، غير أنّه فيما يخص المصروفات، لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده ».

فطبقا لهذه الفقرة، إذا قام الكفيل بأداء الدين المكفول، فله أن يرجع بما أداه على المدين وبالتحديد : أصل الدين والمصروفات والتعويض إن كان له محل.

---

(1) – عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 170–171.

(2) – عبد الودود يحيى ، المرجع السابق، ص 85/84.

Scanné avec CamScanner

1 - أصـــل الديـــن :

ويقصد به ما كان يشغل ذمة المدين من الدين المكفول وما يشمله من فوائد اتفاقية أو قانونية حتى يوم الوفاء. ويدخل فيه أيضا المصروفات التي أنفقها الدائن من أجل الحصول على حقه، ودفعها الكفيل إلى الدائن.

كمصروفات التنبيه ورفع الدعوى. وباختصار نعني بأصل الدين ما كان المدين ملزما به تجاه الدائن تنفيذ الالتزامه[1].

2 - المصروفـــات :

وهي جميع المبالغ التي أنفقها الكفيل في سبيل الوفاء بالتزامه، كمصروفات الإرشاد عن أموال المدين حين يدفع بتجريده، ومصروفات العرض والإبداع فيما لو أجبر الكفيل على ذلك، كما تشمل أيضا ما أنفقه الدائن في مطالبة الكفيل بالوفاء بالتزامه كمصاريف التنبيه عليه بالدفع ورفع الدعوى وكل النفقات الأخرى اللازمة من أجل الوفاء بالدين المضمون.

وإذا كانت الفقرة الثانية من المادة 672 المذكورة لا تجيز رجوع الكفيل إلا بالمصروفات اللاحقة لأخطار المدين بالإجراءات إلا أنّه يحق للكفيل أن يرجع كذلك بمصروفات المطالبة الأولى، إذ أن هذه المصروفات تنفق قبل أن يصل إلى الكفيل ما يستوجب أخطار المدين ولذلك يلزم بها المدين لا الكفيل.

إن كل ما أرادت المادة 2/672 تقريره بالتحفظ الذي أوردته بخصوص المصروفات التي أنفقها الدائن، أنّها أرادت أن تخلق التقابل بين التزام الكفيل بالمصروفات تجاه الدائن والتزام المدين بها في مواجهة الكفيل وجعلت كل منهما يلتزم بمصروفات المطالبة الأولى وما يستجد بعد الأخطار والامتناع عن الوفاء.

3 - التعويض التكميلي :

ليس ثمة لا في القانون المدني الجزائري[2] ولا في القانون المدني المصري[3] ما يجيز للكفيل أن يطالب المدين بالتعويض عن الضرر الذي أصابه، مع أن التقنين المدني الفرنسي ينص صراحة في

---

(1) - سمير تناغو ، المرجع السابق، بند 52. عبد الرازق السنهوري، م.س، ص 175.

(2) - راجع المادة 672 من القانون المدني الجزائري.

(3) - راجع المادة 800 من القانون المدني المصري

Scanné avec CamScanner

المادة 2028 على رجوع الكفيل بالتعويض على المدين، ولا يشترط القانون الفرنسي في مسألة التعويض سوء نية المدين[1].

أما على صعيد الفقه، فقد أجمع الفقه المصري على جواز رجوع الكفيل بالتعويض على المدين وإن كان بعض الفقهاء يشترطون سوء نية المدين.

ومن أمثلة التعويض الذي يرجع به الكفيل على الملتزم الأصلي بالدين من جراء الضرر الذي أصاب الكفيل دون خطأ منه، أن يضطر هذا الأخير إلى بيع ماله بثمن بخس حتى يفي بالتزامه تجاه الدائن.

الفرع الثاني
رجوع الكفيل على المدينين المتعددين

تنص المادة 673 من القانون المدني الجزائري (المطابقة للمادة 801 مدني مصري) على ما يأتي : « إذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين فللكفيل الذي ضمنهم جميعا أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين ».

هذا النص على إيجازه يضع في لفظه أو في فحواه حلولا لفروض متعددة، مفادها أن المدينين المتعددين قد يكونون متضامنين ، وقد لا يكونون، كما أن الكفيل قد يكلفهم جميعا، وقد يكفل البعض دون الآخر، ولكل فرض حكمه من حيث رجوع الكفيل أيا ما كانت وسيلة الرجوع، فيستوي أن تكون هي الدعوى المستمدة من القواعد العامة في الوفاء أو دعوى الكفالة أو دعوى الحلول[2].

فلنعالج كل حالة على حدة.

1 – حالة تضامن المدينين :

وبعبارة أدق « حالة عدم انقسام الدين »، لأن الدين لا ينقسم فقط حيث يكون الضامن، ولكن أيضا إذا كان محل الالتزام غير قابل للانقسام بطبيعة أو تبين أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسما، أو أن نية الطرفين انصرفت إلى ذلك، فإن كان الدين كذلك فالكفيل إما أن يكلفهم جميعا أو إن يكفل بعضهم فقط.

---

(1) – محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 103–104.

(2) – محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 111–112. عبد الودود يحيى ، المرجع السابق،ص 91.

Scanné avec CamScanner

وحيث يكفل الكفيل جميع المدينين المتضامنين، فإنّه يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه، إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول لأن كلا منهم مسؤول عن كل الدين وقد ضمنه الكفيل.

أما حيث يضمن الكفيل بعضهم دون الآخر، فلا شك أن من حقه أن يرجع بكل الدين على من كفل من المدينين المتضامنين مستخدما في ذلك إحدى الدعويين المذكورتين، ولنفس الأسباب التي سبق بيانها عند رجوع الكفيل على أحد المدينين المتضامنين في الحالة التي يكون فيها قد ضمنهم جميعا.

أما بالنسبة لمن لم يكلفهم من المدينين، فإنه يستطيع الرجوع على كل منهم بالدعوى الشخصية (أي دعوى الإثراء بلا سبب)، وفي هذه الحالة يكون رجوعه في حدود ما أثري به المدين ونصيبه في حصة من أعسر منهم. كما يستطيع أيضا أن يرجع بالدعوى غير المباشرة باسم المدين وفقا للأحكام الخاصة بالرجوع بين المدينين المتضامنين، لأنّه أصبح دائنا لمن كلفه بمجرد الوفاء.

على أنّه لا يجوز له أن يرجع بدعوى الكفالة، لأنّ هذه الدعوى مقررة للكفيل في رجوعه على من كفل من المدينين والحالة التي نحن بصددها أنّه لم يكفل أحدا من هؤلاء[1].

أما من حيث مدى رجوع الكفيل على المدينين المتضامنين غير المكفولين بدعوى الحلول، فالسائد الآن، هو جواز رجوع الكفيل بهذه الدعوى على من لم يكفل، ولكن محكمة النقض المصرية ذهبت في حكمها الصادر في 1937/04/07 إلى عكس ذلك، وحجتها في عدم الجواز هي أن الدعوى الحلول تعطي للموفي لو كان ملتزما بالوفاء مع المدين أو عنه، والكفيل لم يكن كذلك بالنسبة لمن لم يكلفه.

ولكن رد على ذلك أن الكفيل ملزم بالوفاء عمن لم يكلفه من المدينين بشكل غير مباشر، وهو قطعا ما يبرر رجوعهم عليهم بدعوى الحلول.

على أن أنصار هذا الرأي اختلفوا فيما بينهم من حيث مدى ما يرجع به الكفيل على من لم يكفل، فذهبت الأقلية إلى أن الكفيل يرجع بحصة هذا المدين.

ونصيبه في حصة من أعسر، واستندت في ذلك إلى الحجتين الآتيتين :

---

(1) – سليمان مرقس ، المرجع السابق، فقرة 128. عبد الرزاق ، أحمد السنهوري، م.س، ص 196.

Scanné avec CamScanner

- **الحجة الأولى** : أن المادة 801 من القانون المدني المصري المطابقة للمادة 673 مدني جزائري أجازت للكفيل أن يرجع على من كفل من المدينين المتضامنين بكل الدين، مما يفيد بمفهوم المخالفة أنّه لا يستطيع الرجوع على من لم يضمن بكل الدين بل بنصيب من الدين.

- **الحجة الثانية** : لو أبيح للكفيل أن يرجع بكل الدين لأدى ذلك إلى أن مركز المدين يسوء لمجرد أن زميله قدم كفيلا، لأنّه لو رجع هذا الزميل المكفول على غيره من المدينين لما أستطاع أن يرجع بأكثر من نصيب من رجع عليه. بيد أن الأكثرية رفضت هذا الرأي، وأباحت رجوع الكفيل بكل الدين مستندة إلى أن رجوع الكفيل على من لم يكفل غير منصوص عليه في المادة المذكورة، ومن ثم تخضع للقواعد العامة التي تحل الكفيل الموفي محل الدائن، ولما كان في استطاعة هذا الأخير أن يرجع بكل الدين، فكذلك يكون الأمر بالنسبة للكفيل.

وأكثر من ذلك، فلو أن من أوفى للدائن لم يكن كفيلا لاستطاع أن يرجع بكل الدين ولا يعقل أن يكون مركز الكفيل أسو من الأجنبي الذي قام بالوفاء.

2 – حالة عدم تضامن المدينين :

هنا أيضا ينبغي أن نفرق بين ما إذا كان الكفيل قد ضمن كل المدينين أو ضمن بعضهم فقط. فإذا كان قد ضمنهم جميعا، فإنّه يستطيع أن يرجع على كل منهم في حدود نصيبه فقط، وله في هذا الرجوع ثلاثة دعاوى : دعوى الكفالة، دعوى الحلول والدعوى الشخصية[1].

أما إذا كان قد ضمن البعض دون الآخر، فإنّه يرجع على أي واحد منهم ممن كفل بقدر نصيبه في الدين كما سبق البيان.

أما بالنسبة لمن لم يكفل، فلا يعود عليه بدعوى الكفالة، لأنّها شرعت للكفيل في مواجهة من كفل.

كما لا يجوز أيضا أن يرجع بدعوى الحلول لأنّه لا يحل إلا إذا كان ملزما بالوفاء عن المدين وهو ليس كذلك لأنّه لم يكفله. ويبقى للكفيل الذي أوفى أكثر من نصيب من كفل أن يرجع بالدعوى الشخصية في حدود ما اثري به من لم يكلفه.

---

(1) – محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 113–114. والمراجع المشار إليها في الهامش. عبد الودود ، المرجع السابق، ص 94 وما بعدها.

Scanné avec CamScanner

المطلب الثاني
رجوع الكفيل على غيره من الكفلاء

سبق أن تعرضنا لحكم المادة 664 من القانون المدني الجزائري، وقلنا في هذا الصدد : إذا تعدد الكفلاء لدين واحد، فإما أن ينقسم الدين بين هؤلاء الكفلاء ولا يكون كل منهم آنذاك مسؤولا إلا بقدر نصيبه في الدين، أولا ينقسم الدين، ويكون كل منهم مسؤولا عنه بالكامل، وعلى هذا الأساس نفرق في حالة رجوع الكفيل على غيره من الكفلاء بين حالة انقسام الدين وحالة عدم انقسامه.

الحالة الأولى : حالة انقسام الدين .

في هذه الحالة لا يلتزم الكفيل إلا بالوفاء بنصيبه في الدين، ولا يتصور أن يرجع على غيره من الكفلاء. أما إذا حدث وأن وفى كل الدين، فله أن يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب وهي لا تعطيه الحق في الرجوع إلا في حدود نصيب من يرجع عليه منهم.

أما بالنسبة لنصيب المعسر من الكفلاء فلا يستطيع الرجوع به، لأن من يرجع عليه لم يثر بما وفاه.

الحالة الثانية : حالة عدم انقسام الدين.

تنص المادة 668 مدني جزائري (المقابلة للمادة 796 مدني مصري) على أنّه : « إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله أن يرجع على كل من الباقين بحصته في الدين وبنصيب في حصة المعسر منهم ».

واضح من هذا النص أن حكمه ينطبق سواء رجع الكفيل بدعوى الإثراء أو بدعوى الحلول، ولا يصح في حالة دعوى الإثراء القول بأن من يرجع عليه قد أثرى بكل الدين، إذ هو ملتزم به بسبب تضامنه مما يستوجب الرجوع عليه بهذا الكل، ذلك أن التضامن لا يكون في العلاقة الداخلية بين المدينين، وكذلك لا يصح القول في حالة دعوى الحلول بأن الكفيل الموفي يرجع بكل الدين على أي واحد من الكفلاء، لأنّه قد حل محل الدائن صاحب هذا الحق. ذلك أن المادة 234 مدني جزائري قد نصت على أنّه : إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين فلا يجوز له أن يرجع على أي من الباقين إلا بقدر حصته في الدين ولو كان بماله من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن ».

Scanné avec CamScanner

الفصل الرابع
انقضاء الكفالة

هناك صورتان أساسيتان لانقضاء الكفالة، فهي تنقضي بانقضاء الالتزام الأصلي المكفول، كما تنقضي أيضا بقيام الكفيل نفسه بقضاء التزامه.

أ - انقضاء الكفالة بصفة أصلية[1].

تنقضي الكفالة بزوال العقد الذي أنشأها، كما تنقضي بانقضاء التزام الكفيل الناشيء عن هذا العقد. وعلى ذلك فهي تنقضي لبطلان أو إبطال العقد أو الرجوع فيه، كما تنقضي بسبب من الأسباب العامة لانقضاء الالتزام، وهي الوفاء، والوفاء بمقابل والتجديد والإنابة والمقاصة والإبراء واستحالة التنفيذ واتحاد الذمة والتقادم المسقط.

يبد أن هناك أسبابا خاصة لانقضاء الكفالة، سبق أن رأيناها عند دراستنا للدفوع المستمدة من تقصير الدائن والمؤدية إلى براءة ذمة الكفيل[2].

ب - انقضاء الكفالة بصفة تبعية :

إذا انقضى الالتزام المكفول، انقضى التزام الكفيل، والتزام المكفول ينقضي لأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام وهي :

1 - الوفـــاء :

متى كان الوفاء صحيا [3]، ترتب عليه انقضاء الدين كله أو يقوم حسب القدر الموفي به، وينقضي تبعا له التزام الكفيل كليا أو جزئيا. ويقوم العرض الحقيقي بالنسبة للمدين مقام الوفاء إذا تلاه إيداع أو أي إجراء مماثلـــ وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته [4]، ففي هذه الحالة ينقضي الالتزام الأصلي المكفول وتنقضي الكفالة.

وهناك حالة يوفى فيها بالدين المكفول، ومع ذلك ينقضي هذا الدين. وذلك إذا وفى الغير بهذا الدين للدائن، وحل محله حلولا اتفاقيا أو قانونيا. ويرجع الموفي بالدين على المدين كما تقضي

---

(1) - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 234-239.

(2) - محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 118-119، والمراجع المذكورة. في الهامش رقم 02. عبد الودود يحيى ، المرجع السابق، ص 97 وما بعدها.

(3) - راجع المادة 260 مدني جزائري.

(4) - راجع المادة 274 مدني جزائري.

Scanné avec CamScanner

قواعد الحلول، فلا ينقضي الدين بالرغم من وفائه ويبقى التزام الكفيل[1].

2 – الوفـــاء بمقـــابل :

هو اتفاق على الاستعاضة عن محل الوفاء الأصلي بنقل ملكية شيء آخر من المدين إلى الدائن ويعتبر ذلك وفاء مبرئا لذمة المدين، ومن ثم تبرأ ذمة هذا الأخير عن طريق الوفاء بمقابل.

وتبرأ ذمة الكفيل بالتبعية فتنقضي الكفالة[2].

ولا يعتبر وفاء بمقابل أن يكون الدائن مجبرا على قبول شيء آخر في مقابل الدين، فإن شرط الوفاء بمقابل، أن يكون الدائن قد قبل هذا الوفاء.

فإذا نفذ الدائن على عقار المدين وباعه بالمزاد فرسا عليه فأخذ العقار تنفيذا للدين، فلا يعد هذا وفاء بمقابل بل هو وفاء.

وعليه، فإذا استحق العقار، عاد التزام الكفيل لأن ذمته لم تبر نهائيا كما في الوفاء بمقابل.

3 – التجـــديد :

التجديد اتفاق على استبدال دين جديد بدين قديم، فينقضي الدين القديم وينشأ دين جديد، ويكون ذلك إما بتغيير المحل أو المصدر المنشئ للدين أو الدائن أو المدين ، وكل دين قابل للتجديد بغض النظر عن مصدره[3].

ويترتب على تجديد الالتزام المكفول انقضاء الكفالة (م. 291 م.ج) إلا إذا رضي الكفيل ببقائها (م. 293 م.ج)، ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي إلا بنص القانون، أو إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك.

4 – المقـــاصة :

المقاصة نوع من الوفاء، يتم إذا أصبح المدين دائنا لدائنه وكان محل كل من الدينين نقودا أو أشياء مثيلة وكان من الدينين محقق الوجود محدد المقدار خاليا من النزاع ومستحق الأداء فينقضي الدينان بقدر الأقل منهما إذا تمسك بذلك صاحب المصلحة أمام القاضي، إذ أن عدم تمسكه بها

---

(1) – عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 215-219.

(2) – راجع المادة 655 مدني جزائري.

(3) – راجع المادة 287 مدني جزائري.

Scanné avec CamScanner

يفسر على أنّه آثر النزول عنها فلا يحكم بها القاضي من تلقاء نفسه[1].

وعليه، فإذا لم يتمسك المدين بالمقاصة كان للكفيل أن يتمسك بها بل يكون له ذلك حتى لو نزل عنها المدين ويستوي في ذلك الكفيل المتضامن وغير المتضامن[2].

ويستطيع الكفيل أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذي كفله ودين للمدين في ذمة الدائن، لأنّ مديونيته تابعة لمديونية المدين، فإذا تخلص المدين من مديونيته عن طريق المقاصة تخلص الكفيل بالتبعية.

وقد نصت المادة 1294 مدني فرنسي على هذه الأحكام صراحة إذ تقول : « يجوز للكفيل أن يتمسك بالمقاصة في دين على الدائن للمدين الأصلي، ولكن لا يجوز للمدين الأصلي أن يتمسك بالمقاصة في دين على الدائن للكفيل ».

أما وفاة الكفيل فلا تنقضي به الكفالة بل ينتقل التزام الكفيل إلى ورثته[3].

5 – الإبـــراء :

الإبراء هو نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل، فهو تصرف تبرعي وهو في القانون المدني الفرنسي اتفاق، وهذا التكييف يغلب فيه الطابع الشخصي للالتزام، أما في القانون المدني المصري والقانون المدني الجزائري (المادة 305) فإن الإباء يتم بإرادة الدائن المنفردة متى وصلت إلى المدين ودون حاجة إلى صدور قبول منه.

فإذا ما أستوفى الدائن حقه عينا كان هذا وفاء وإذا استوفى مقابلا عن حقه كان هذا وفاء بمقابل وإذا نزل عن حقه فلم يستوفيه لا عينا ولا بمقابل كان هذا إبراء.

وبناء على ما تقدم، فإن انقضاء التزام الكفيل بالإبراء لا يؤدي إلى زوال الالتزام الأصلي المكفول والعكس غير صحيح، فلا يجوز للدائن أن يبرئ ذمة المدين دون براءة ذمة الكفيل. وإذا أبطل الإبراء عاد الدين وعادت الكفالة، وإذا رد المدين الإبراء جاز للكفيل أن يطعن في هذا الرد بالدعوى البوليصية إذا كان القصد منه الإضرار به.

وإذا برئت ذمة أحد الكفلاء فلا تبرأ ذمة باقيهم، ولا يلتزم أي منهم إلا بقدر حصته في

---

(1) – أحمد سلامة ، المرجع السابق، ص 91–92. السنهوري ، م.س، ص 22–225.

(2) – راجع المواد المتعلقة بالمقاصة، 297، 303 مدني جزائري.

(3) – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 120–121.

Scanné avec CamScanner

الدين، ويستوي في ذلك الكفيل المتضامن وغير المتضامن وغير المتضامن[1].

6 - اتحـــاد الذمـــة :

هو أن تجتمع في ذمة شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد، وقد اعتبره المشرع الجزائري سببا من أسباب انقضاء الالتزام [2]، فإذا اتحدت ذمة المدين والدائن بأن ورث أحدهما الآخر أو أوصى الدائن للمدين بدينه أنقضى الالتزام الأصلي وانقضت معه الكفالة.

وإذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة وكان زواله بأثر رجعي عاد الدين إلى الوجود بجميع ملحقاته إلى ذوي الشأن، كأن اتحاد الذمة لم يكن.

7 - استحـــالة التنفيـــذ :

إذا كانت استحالة التنفيذ لسبب لا يد للمدين فيه انقضى التزامه وانقضت الكفالة تبعا له. أما إذا كانت الاستحالة بخطأ المدين تحول التزامه إلى التعويض، حينئذ لا تنقضي الكفالة بل تظل ضامنة للوفاء بمبلغ التعويض.

وإذا هلك الشيء بفعل الكفيل، فإن ذمة المدين تبرأ، وتبرأ بالتبعية ذمة الكفيل، ويبقى هذا الأخير مسؤولا عن التعويض باعتباره مدينا أصليا لا كفيلا.

8 - التقـــادم [3] :

هو افتراض قانوني مؤداه أن الدائن الذي سكت عن المطالبة بحقه مدة طويلة إما أن يكون قد استوفى حقه من مدينه أو ابرأه منه.

هذا فضلا عن أن الصالح العام يفترض احترام الأوضاع المستقرة . وعلى ذلك، فمتى انقضى الالتزام المكفول بالتقادم انقضت الكفالة ولو لم يتقادم التزام الكفيل.

ويكون للكفيل أن يتمسك بتقادم دين المدين إذا لم يتمسك به [4] أو حتى إذا كان قد نزل عن حقه في التمسك به[5].

---

(1) - راجع المادة 668 مدني جزائري.

(2) - راجع المادة 304 مدني جزائري.

(3) - التقادم يقصد به مدينا : أحد طرق اكتساب الملكية أو سقوط الحق المطالبة لمرور مدة زمنية محددة على نشوء الحق وزمن الحصول عليه أو المطالبة به خلال تلك المدة. (معجم المصطلحات القانونية، أحمد زكي بدوي، دار الكتاب اللبناني، بيروت بالاشتراك مع دار الكتاب المصري القاهرة 1989م، ص 187).

(4) - راجع المادة 321 مدني جزائري.

(5) - راجع المادة 322 مدني جزائري.

Scanné avec CamScanner

القسم الثاني
التأمينات العينية "Suretés réelles"

تمهيـــد :

ظهرت التأمينات العينية متأخرة عن التأمينات الشخصية كما ذكرنا، وتقوم التأمينات العينية على تخصيص مال معين من أموال المدين لضمان الوفاء بالالتزام المضمون[1].

وتخول التأمينات العينية للدائن حق التقدم وحق التتبع والتنفيذ على المال المرهون في أي يد يكون.

وهناك نوعان من التأمينات العينية : نوع لا يرد إلا على العقار، كالرهن الرسمي وحق التخصيص، ونوع ثان يرد على العقار والمنقول معا كالرهن الحيازي وحقوق الامتياز.

وتتطلب بعض التأمينات انتقال المال المرهون إلى حيازة الدائن المرتهن، كما هو الحال في الرهن الحيازي، في حين يستمر المال المرهون في حيازة المدين الراهن كما هو الأمر في الرهن الرسمي وحق الاختصاص.

ويختلف مصدر التأمينات العينية حسب طبيعة التأمين نفسه.

فالرهن الرسمي والحيازي مصدرهما العقد. أما حق التخصيص فلا يتقرر الأبناء على حكم من القضاء، بينما حقوق الامتياز فلا تنشأ إلا بقانون.

وتعرض المشرع الجزائري إلى التأمينات العينية الأربعة المذكورة في الكتاب الرابع من التقنين المدني في الجزائري تحت عنوان : الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية.

وهي بإيجاز : الرهن الرسمي والرهن الحيازي وحق الاختصاص وحقوق الامتياز.

1 - الرهن الرسمي (حق الرهن الرسمي) Dr : D'Hypothèque :

وهو حق عيني تبعي يتقرر على عقار بموجب عقد رسمي بين دائن يسمى مرتهنا ومدين يدعى راهنا، وهو يخول الدائن سلطة تتبع عقار مدينه في أي يد كان واستيفاء حقه من ثمن ذلك

---

(1) - التأمينان العينية : محمود خيال، كلية الحقوق بني سويف 1992م، ص 07 وما بعدها.

-عبد الرزاق السنهوري الوسيط ، المرجع السابق، ص 268 وما بعدها.

-سمير تناغو، المرجع السابق، ص 18. عبد المعطي خيال محاضرات في التأمينات العينية غير منشورة مشار إليه في محمود خيال المذكور أعلاه، ص 07.

Scanné avec CamScanner

العقار بالأولوية على غيره من الدائنين التالين له في المرتبة[1].

ولا يترب على الرهن الرسمي تسليم العقار المرهون إلى الدائن المرتهن بل يظل في حيازة المدين.

ولكي ينفذ الرهن في حق الغير يجب شهره بقيده في سجلات الشهر العقاري[2].

2 - الرهن الحيازي (حق الرهن الحيازي) Droit de nantissement ou de gage :

وهو حق عيني تبعي يتقرر بموجب عقد رضائي بين المدين الراهن والدائن المرتهن يتسلم بموجبه هذا الأخير عقارا أو منقولا لمدينه وتكون له سلطة حبسه إلى أن يستوفي الدين، وسلطة التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن هذا العقار أو المنقول في أي يد يكون[3].

فإذا كان الرهن واردا على عقار " Nantissement Immobilier" وجب لنفاذه في حق الغير قيده في سجلات الشهر العقاري (م. 966 م.ج). وإذا كان واردا على منقول " Gage" فلنفاذه في حق الغير يجب تدوين العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بيانا كافيا، ويحدد هذا التاريخ الثابت مرتبة الدائن المرتهن (م. 969 م ج).

ويلاحظ أن الرهن الحيازي يؤدي إلى تسليم الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن الذي يكون ملزما بالمحافظة عليه واستثماره وإدارته وتقديم حساب عن هذه الإدارة [4]، ولا يؤدي ذلك إلى خروج الشيء من ملكية المدين، فالدائن يجوز الشيء أو يحبسه إلى حين استيفاء حقه، ويتعين عليه رده بعد ذلك[5].

3 - حق التخصيص "Droit d'affectation" :

وهو حق عيني تبعي يتقرر على عقار أو عقارات مدينة بموجب حكم يصدر من القاضي بناء على طلب دائن يكون بيده حكم واجب التنفيذ، ويخول حق التخصيص الدائن الذي يحصل

---

(1) - حبيب إبراهيم الخليلي "محاضرات في نظرية الحق" ألقيت على طلبة الحقوق معهد الحقوق بن عكنون جامعو الجزائر، 1986م، ص 57.

(2) - انظر المادة : 882 مدني جزائري وما بعدها.

(3) - انظر المادة : 948 مدني جزائري.

(4) - انظر المادة : 955 مدني جزائري.

(5) - انظر المادة : 959 مدني جزائري.

Scanné avec CamScanner

عليه نفس حقوق الدائن المرتهن (م. 947 م ج).

فتكون له سلطة تتبع العقار والعقارات المدينة في أي يد تكون واستيفاء حقه من ثمنها بالأولوية على غيره من الدائنين التالين في المرتبة.

ولا يترتب على حق التخصيص تسليم العقار المرهون للدائن المرتهن بل يظل في حيازة المدين.

ويجب شهر حق الاختصاص بقيده في سجلات الشهر العقاري حتى ينفذ في حق الغير.

4 - حق الامتياز "Droit de privilège" :

وهو حق عيني تبعي يتقرر بموجب نص قانوني على منقول أو عقار، فهو لا يتقرر بموجب عقد كالرهن الرسمي أو الحيازي، ولا يتقرر بموجب حكم قضائي كحق التخصيص.

وحق الامتياز يخول الدائن الممتاز أولوية استيفاء دينه من ثمن المال المقرر عليه حق الامتياز مراعيا لصفة هذا الدين (م. 982 م ج).

وقد يكون حق الامتياز عاما، فيرد على جميع أموال المدين من منقول أو عقار [1]، ومثال ذلك حقوق الامتياز المقررة للمبالغ المستحقة للخدم والعمال وكل أجير آخر من أجرهم ورواتبهم من أي نوع كان عن 12 شهرا الأخيرة والمبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يعوله من مأكل وملبس في الستة الأشهر الأخيرة، وكذلك النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الأشهر الستة الأخيرة (م. 993 م ج).

وقد يكون حق الامتياز خاصا فيقتصر على منقول معين (م. 984 م.ج)، ومثال ذلك حق الامتياز المقرر على منقول معين الامتياز المقرر للمؤجر على المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة والمملوكة للمستأجر استيفاء لدين الأجرة.

وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار (م. 595 م ج)، ولامتياز المقرر لصاحب الفندق على الأمتعة التي أحضرها النزيل إلى الفندق وفاء للأجرة المستحقة في ذمة النزيل لصاحب الفندق (م. 996 م ج).

---

(1) - انظر المادة : 984 مدني جزائري.

Scanné avec CamScanner

ومثال حق الامتياز الواقع على عقار معين : الامتياز المقرر لبائع العقار على العقار المبيع وفاء لما يستحق البائع من ثمن العقار وملحقاته [1]، وكذلك الامتياز المقرر للمقاولين والمعماريين والمهندسين على المنشآت التي يقومون بتشييدها أو ترميمها وفاء لما يستحقونهم من مبالغ عن هذه الأعمال[2].

2011/12/19

" تم بعون الله تعالى "

(1) – انظر المادة : 999 مدني جزائري.

(2) – انظر المادة : 1000 مدني جزائري.

Scanné avec CamScanner

فهرس المحتوى

المـــوضوع	رقم الصفحة
+ مقدمـــة : التأمينات الشخصية والعينية	01
+ القســم الأول : التأمينات الشخصية	02
❖ **الباب الأول : عقد الكفالة**	02
▪ **الفصل الأول : التعريف بالكفالة وبيان خصائصها وأنواعها**	02
1 – تعريف الكفالة	02
2 – خصائص عقد الكفالة	03
أ - الكفالة عقد من عقود الضمان الشخصي	
ب- الكفالة عقد تابع	
جـ - الكفالة عقد ملزم لجانب واحد هو الكفيل	04
د - الكفالة عقد من عقود التبرع	05
3 – طبيعة الكفالة	05
4 – مصادر الكفالة	06
5 – صور الكفالة	09
أ - الكفالة البسيطة والكفالة المشددة	09
ب - كفالة الكفيل	10
جـ - كفالة الرجوع	10
6 – اشتباه الكفالة بغيرها من العقود	11
أ - اشتباه الكفالة بالتعهد عن الغير	
ب - اشتباه الكفالة بعقد التأمين	
جـ - اشتباه الكفالة بالتضامن	12
▪ **الفصل الثاني : أركـــان الكفـــالة**	14
• المبحث الأول : الرضا بالكفالة	14
1 – الأهلية اللازمة لطرفي الكفالة	15
أ - أهلية الكفيل	
ب- أهلية الدائن	
2 – عيوب الرضا في الكفالة	16
• المبحث الثاني : محل الكفالة	17
-أولا : كفالة الالتزام الناشئ عن عقد قابل للإبطال	18

Scanné avec CamScanner

المـــــوضوع	رقم الصفحة
1 – قابلية العقد للإبطال بسبب العيب الذي شاب رضاء المدين	
2 – قابلية العقد للإبطال بسبب نقص أهلية المدين	19
الفرض الأول : عدم علم الكفيل بنقص أهلية المدين.....	20
الفرض الثاني : علم الكفيل بنقص أهلية المدين	
الفرض الثالث : كفالة ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته	
-ثانيا : كفالة الالتزام المستقبل والالتزام الشرطي	24-22
-ثالثا : كفالة الالتزام الطبيعي	24
-رابعا : مدى التزام الكفيل	26-25
• المبحث الثالث : السبب في الكفالة	27-26
▪ **الفصل الثالث : آثـــار الكفـــالة**	28
+ **تمهيـــد /**	
• المبحث الأول : أثار الكفالة في حد ذاتها	28
-أولا : مطالبة الكفيل عند حلول أجل الكفالة	30-28
-ثانيا : وجوب مطالبة المدين قبل أو مع مطالبة الكفيل	
-ثالثا : الرجوع على الكفيل بقدر نصيبه	31
أولا : التقسيم بقوة القانون	33-31
1 – لأن يتعدد الكفلاء	
2 – وحدة الدين	
3 – أن يكون المدين واحدا	
4 – أن تكون الكفالة بعقد واحد	
5 – ألا يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم	
ثانيا : التقسيم ألاتفاقي	33
• المطلب الأول : أثار الكفالة في حد ذاتها	33
– الفرع الأول : الدفوع الخاصة بالالتزام الأصلي المكفول	34
1 – القاعدة العامة	
2 – الاستثناء (خاص بنقص الأهلية)	35
– الفرع الثاني : الدفوع الخاصة بعقد الكفالة	36
– الفرع الثالث : الدفوع المستمدة من تقصير الدائن	
أولا : الدفوع المبرئة لذمة الكفيل.....	
1 – إضاعة التأمينات	37

Scanné avec CamScanner

المـــــوضوع	رقم الصفحة
2 – عدم اتخاذ الابراءات ضد المدين بعد إنذار الدائن	40-39
3 – عدم قيام الدائن بتمكين الكفيل من المحافظة على حقه في الرجوع	40
4 – تجريد المدين من أمواله	41
أولا : شروط التجريد	46-42
1 – أن يتمسك الكفيل بحقه في التجريد	
2 – أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين	
3 – أن يرشد الكفيل إلى أموال للمدين تفي بالدين كله	
ثانيا : آثار الدفع بالتجريد	47-46
ثالثا : صور خاصة للدفع بالتجريد	49-47
• المبحث الثاني : آثار تنفيذ الكفالة	49
• المطلب الأول : رجوع الكفيل على المدين	
– الفرع الأول : رجوع الكفيل على المدين الواحد	53-50
أولا : الدعاوى التي يرجع بها الكفيل	
1 – دعوى الكفالة (الدعوى الشخصية)	
أ – شروط الرجوع بدعوى الكفالة	53-50
الشرط الأول : أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين ودون معارضته ...	
الشرط الثاني : أن يكون الكفيل قد وفى فعلا الدين أو جزء منه	
الشرط الثالث : أن يكون أجل الدين قد حل بالنسبة للمدين	
الشرط الرابع : ألا يكون الوفاء قد حصل بخطأ من الكفيل	
الفرض الأول : أن يخطر الكفيل المدين قبل وفاء الدين	
الفرض الثاني : ألا يخطر الكفيل المدين	
ب – ما يرجع به الكفيل	55-53
1 – أصل الدين	
2 – المصروفات	
3 – التعويض التكميلي	
– الفرع الثاني : رجوع الكفيل على المدينين المتعددين	57-55
1 – حالة تضامن المدينين	
2 – حالة عدم تضامن المدينين	
• المطلب الثاني : رجوع الكفيل على غيره من الكفلاء	58
الحالة الأولى : حالة انقسام الدين	58
الحالة الثانية : حالة عدم انقسام الدين	58

Scanné avec CamScanner

المـــــوضوع	رقم الصفحة
▪ **الفصل الرابع : انقضـــاء الكفـــالة**	62-59
1 – انقضاء الكفالة بصفة أصلية	
2 – انقضاء الكفالة بصفة تبعية	
✚ القســـم الثاني : التأمينات العينية	66-63
✚ تمهيـــد /	
1 – الرهن الرسمي (حق الرهن الرسمي).....	64-63
2 – الرهن الحيازي (حق الرهن الحيازي)	64
3 – حق التخصيص	65-64
4 – حق الامتياز	66-65
✚ فهرس المحتوى.....	67

Scanné avec CamScanner

Scanné avec CamScanner