جامعة عبد الرحمن ميرة –**بجـــاية**–
كليـة الحـقوق والـعلوم السياسيـة
قسم القـانون الخـاص

الكفالة الشخصية كضمانة لحماية الدائن

مـذكرة لنيل شهـادة المـاستر في الحـقوق
تخصص القانون الخاص

من إعـداد الطـالبين
– بخوش حمزة
– بن علواش طاهر

تحت إشـراف
الأستاذة: سعدون كريمة

لجـنــة المــناقشــة

الأستاذ العائبي البشير، أستاذ مساعد قسم أ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية---------- رئيسا.
الأستاذة سعدون كريمة، أستاذ محاضر قسم أ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية ----مشرفة ومقررة.
الأستاذة براهمي زينة، أستاذ مساعدة قسم أ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية ---------- ممتحنة.

تاريخ المناقشة 24 جوان 2023

شكر وتقدير

يا رب لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك، تباركت يا الله وتعاليت."

نتقدم بجزيل الشكر وعظيم الائتمان، ووافر التقدير والإحترام

إلى الدكتورة المشرفة **"سعدون كريمة "** على كل ما قدمته لنا من توجيهات وتعليمات ومعلومات قيمة ساهمت في إثراء موضوع دراستنا في جوانبه المختلفة، كما نتقدم بجزيل الشكر إلى أعضاء **"لجنة المناقشة الموقرة".**

طاهر حمزة

الإهـــــداء

أحمد الله سبحانه وتعالى على عونه وتوفيقه لإنجاز هذا العمل

وأهديه إلى من علمتني الحب ليس له عمر والتي كانت لي سند في الحياة وحرمت نفسها لتعطيني أجمل وأطيب ما تملك **" أمي الغالية".**

وإلى من جرع المرّ ليسقيني قطرة حب وحصد الأشواك عن درب ليمهد لي طريق العلم **" أبي الغالي".**

" اللهمَ أعيني على برهما ورزقني رضاهما وحفظهما يا كريم يا ودود".

وإلى من جعله الله سند لي في الحياة أخي الصغير **" بدران"**

وإلى من بالأمس التقينا الذي بمثابة أخ وزميل **" تولوم علي"**

حمزة

الإهـــــداء

نحمد الله الذي وفقنا على إتمام هذه المذكرة وها قدّ أوشكت رحلتي الجامعية على الإنتهاء، بعد تعب وجهد وصبر.

إلى من ساندتني في دعائها وصلاتها، إلى أجمل إبتسامة في حياتي **"أمي الغالية"**، أطال الله عمرك وحفظك لنا.

إلى صاحب الوجه الطيب والأفعال الحسنة إلى أعظم وأعز رجل في الكون **" أبي العزيز"** حفظك الله ورعاك.

إلى من وقفوا بجانبي وساندوني **" إخوتي"** أدامكم الله لي.

إلى زميلي الذي تقاسم معي تعب هذه المذكرة.

إلى المرأة التي وقفت بجانبي **"شريكة حياتي"** حفظك الله لي.

إلى جميع من ساعدوني في إنجاز هذه المذكرة

وإلى كل من يقرأ هذه العبارات

أهدي نجاحي لكم جميعا

طاهر

قائمة المختصرات

أولا -اللغة العربية:

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ق.ت.ج: القانون التجاري الجزائري.

ج.ر.ج.ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

د.د.ن: دون دار النشر.

ص: صفحة.

ص ص: الصفحة إلى الصفحة.

د. ج: الدينار الجزائري.

إلخ: إلى أخره.

مقدمة

تكتسي علاقة المديونية التي تربط الدائن بالمدين أهمية بالغة لارتباطها بحقوق مالية ومن أجل استيفاء الدائن لحقه وضمان عدم ضياعه، تدخل المشرع الجزائري لحماية هذا الضمان بمجموعة من الوسائل في مقدمتها الضمان العام.

يعتبر الضمان العام وسيلة من وسائل حماية حقوق الدائن، ولغرض الحفاظ على هذا الضمان أعطى القانون للأشخاص الذين لهم مصلحة في بقائه، وفي مقدمتهم الدائنين مجموعة من الدعاوي، وهي الدعوى غير المباشرة التي يقيمها الدائن على مدين مدينه للمطالبة بحقوق هذا الاخير، ودعوى عدم نفاذ التصرفات التي يرفعها الدائن من أجل الحكم له بعدم نفاذ تصرفات المدين في حقه، وهناك دعوى أخرى تتمثل في الدعوى الصورية التي يقيمها الدائن للطعن في تصرفات مدينه.

بالرغم من كل هذه الوسائل التي أقرها المشرع للحفاظ على الضمان العام، إلا أنها لا توفر الحماية الكافية للدائنين في استيفاء حقوقهم، وذلك لأن اللجوء إليهم مرهون بشروط قد لا تتوفر، مع وجود إمكانية تصرف المدين في أمواله دون أن يعلم أي دائنيه بذلك، كما أنها لا تؤدي الى تخصيص مال معين للوفاء بدين المدين.

أمام كثرة الشروط والإجراءات التي يتطلبها المشرع لاستعمال دعوى الضمان العام، أوجد المشرع الجزائري وسائل قانونية أخرى جعلت استيفاء الدائن لدينه أمراً ممكن حتى في حالة إعسار مدينه وهذه الوسائل سمّها بالتأمينات الخاصة، التي هي على نوعين تأمينات شخصية وتأمينات عينية، وهذه الأخيرة تقوم على تخصيص المدين مال معين من أمواله لضمان الوفاء بالتزامه.

أما بالنسبة للتأمينات الشخصية تكون بضم الذمة المالية لشخص معين إلى ذمة المدين لضمان حق الدائن، وعلى هذا النحو حتى إذا أعسر المدين تكون الذمة المالية الأخرى ملزمة بالوفاء بنفس الدين، من أهم هذه التأمينات الشخصية نجد الكفالة الشخصية ضمانة لحماية الدائن وهو موضوع دراستنا، بحيث تولى المشرع تنظيمه تحت عنوان "**عقد الكفالة**".

- أهمية الموضوع

تكمن أهمية هذا الموضوع في العديد من النقاط أهمها:

- استقراء وتحليل النصوص القانونية المتعلقة بعقد الكفالة، من أجل معرفة مدى ناجعتها في حماية حقوق الدائن من جهة والكفيل من جهة أخرى.

- تحديد مركز الكفيل في عقد الكفالة، ومعرفة مدى الحماية القانونية التي منحها له القانون ذلك لأن عقد الكفالة يهدف أساساً لتحقيق مصلحة لكل من الدائن والمدين.

- أسباب اختيار الموضوع

يعود سبب اختيار لموضوع الكفالة الشخصية، إلى عدة أسباب منها ما هو ذاتي وما هو موضوعي.

بالنسبة للأسباب الذاتية

- الميل والرغبة الشخصية لدراسة هذا النوع من المواضيع، وذلك لارتباطه بمجال تخصصنا.

- تبسيط الأحكام المنّظمة لعقد الكفالة في إطار القانون المدني، وتيسير فهم الأنواع الأخرى لعقد الكفالة.

أما بالنسبة للأسباب الموضوعية

- تسليط الضوء على الأهمية القانونية التي يكتسيها موضوع الكفالة الشخصية.

- إبراز الأحكام المنظمة لعقد الكفالة الشخصية، والوقوف على إظهار حقوق الدائن أثناء مطالبته للكفيل والدفوع التي يتسنى للكفيل التمسك بها لرد هذه المطالبة.

- **صعوبات الدراسات**

- صعوبة التحكم والإلمام بجميع جوانب الموضوع نضراً لتعدد المعلومات المتعلقة به.

- عدم كفاية المهلة الممنوحة لإنجاز المذكرة، الأمر الذي اتطلب منا بذل جهد أكبر.

- **إشكالية الموضوع**

إن حماية الدائن من الأهداف التي يرمي المشرع الجزائري الى تحقيقها، وباعتبار الكفالة الشخصية من أهم الضمانات التي تحقق هذه الحماية نتساءل: **ما هو الإطار القانوني لعقد الكفالة الشخصية؟**

- **منهج الدراسة**

اعتمدنا في دراستنا على المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية الواردة في القانون المدني الجزائري المتعلقة بموضوع الكفالة الشخصية، كما اعتمدنا على المنهج الوصفي بدرجة أقل من خلال التطرق إلى بعض التعاريف والمفاهيم وللمصطلحات المعتمد عليها.

- **تقسيم الموضوع**

للإجابة على الإشكالية المطروحة أعلاه وللإحاطة بأهم جوانب الموضوع، ارتأينا إلى تقسيمه إلى فصلين، حيث خصصنا الفصل الأول للإطار المفاهيمي لعقد الكفالة الشخصية، أما الفصل الثاني خصصناه لأثار وانقضاء عقد الكفالة الشخصية.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لعقد الكفالة الشخصية

تعتبر الكفالة الشخصية نوعاً من أنواع الكفالة، ومن بين أهم صور التأمينات الشخصية وعالج المشرع الجزائري أحكامها في القانون المدني، وهي تكتسي أهمية بالغة لما تحققه من مصلحة لكل من الدائن والمدين، فهي تحقق مصلحة المدين من خلال حصوله على ما يحتاجه من الدائن وبالتالي تسهيل عملية ائتمانه، كما أنها تحقق للدائن طمأنينة واستيفاء حقه من شخص أخر، لا تربطهما علاقة مديونية من خلال الرجوع عليه بالدين متى توافرت شروط هذا الرجوع.

نظم المشرع الجزائري أحكام عقد الكفالة بموجب الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني[1]، حيث خصص الفصل الأول منه لتعرفيها وانعقادها، أما الفصل الثاني فقد خصصه لأثار المترتبة عن عقد الكفالة[2].

لتحديد الاطار المفاهيمي لعقد الكفالة الشخصية يتعين علينا إبراز مفهوم الكفالة **(مبحث أول)**، وباعتبار الكفالة الشخصية عقداً يتعين علينا التعرض لأركانه وشروطه الخاصة **(مبحث ثان)**، علما أن شروطه العامة، ماهي إلا تطبيقاً للقواعد العامة في نظرية العقد.

[1] – أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 78، الصادر بتاريخ 30سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

[2] –محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية)، عقد الكفالة، دار الكتاب الحديث، الجزائر 2005، صفحة 12.

المبحث الأول

مفهوم الكفالة الشخصية

نظم المشرع الجزائري عقد الكفالة في ق.م.ج، في الكتاب الثاني تحت عنوان "**الالتزامات والعقود**"، وذلك في الباب الحادي عشر المعنون "**بعقد الكفالة**"، وفي هذا المبحث سوف نتطرق إلى المقصود بالكفالة الشخصية **(مطلب أول)**، لنتطرق إلى أنواع الكفالة الشخصية وتفرقتها عن الأنظمة المشابهة لها **(مطلب ثان)**.

المطلب الأول

المقصود بالكفالة الشخصية

يشكل عقد الكفالة أحد الضمانات الممنوحة للدائن في استيفاء حقه من المدين، ونظراً لأهميته، فقد خصه الفقه القانوني بتعاريف متباينة بحسب نظرة كل منهم إلى مضمون هذا العقد والغرض من وجوده، وهو ما أدى إلى عدم ضبط تعريف موحد له، وعلى هذا الأساس نتعرض إلى تعريف الكفالة الشخصية **(فرع أول)**، وخصائصها **(فرع ثان)**.

الفرع الأول

تعريف الكفالة الشخصية

حضت الكفالة بعدة تعاريف حيث عرّفها جانب من الفقه القانوني **(أولا)**، كما أورد المشرع الجزائري تعريفاً قانونياً لها ضمن الأحكام المنظمة لعقد الكفالة الشخصية **(ثانيا)**.

أولا: في الفقه القانوني

لقد أورد الفقه القانوني عدة تعاريف بشأن الكفالة الشخصية، فقد عرّفها البعض من شراح القانون بأنها: " **تأمين شخصي وهي الكفالة العادية التي يلتزم فيها الكفيل بضمان الوفاء بالدين**

إذا لم يف به المدين، ويتحقق الضمان من خلال ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين، فيستطيع الدائن أن يستوفي حقه من أموال المدين ومن أموال الكفيل إذا لم تكف أموال الأول"[3].

عرّفها البعض الأخر على أنها: " **عبارة عن تعهد، أي تعهد الشخص لأحد المتعاقدين بالوفاء ما تعهد به هذا الأخير"[4]**، كما عرّفها أخرون بأنها: " **تأمين شخصي يلتزم بمقتضاها شخص يسمى "الكفيل" بالوفاء بدين ترتب في ذمة شخص آخر، وهو "المدين الأصلي" مما يمكن الدائن المستفيد من الكفالة من مطالبة الوفاء من شخصين: هما المدين الأصلي والكفيل الذي أصبح ملتزما اتجاهه"[5].**

ثانيا: في القانون

بالعودة إلى القانون المدني الجزائري يتبين أن المشرع الجزائري قد عرّف الكفالة الشخصية في المادة 644 منه التي تنص على أنه: " **الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه"[6].**

نستنتج من نص المادة أن الكفالة عقد يتم بين شخص يسمى "**الكفيل**"، وشخص آخر يسمى "**الدائن**"، يلتزم بموجبه الكفيل أن يضمن للدائن الوفاء له بالدين إذا لم يوفه المدين.

مع الإشارة إلى أنه إذا كانت العبارة الواردة في نهاية الشطر الأخير من المادة 644 ق.م.ج التي تنص على أنه: "...**إذا لم يفي به المدين نفسه**" فلا يعني ذلك أن التزام الكفيل معلق على شرط واقف، وهو "**عدم قيام المدين بالوفاء**" إنما المقصود بهذه العبارة أن التزام الكفيل تابع للالتزام

[3] –محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان (الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز)، دار الجامعة الجديد للنشر، مصر، 2001، ص 76.

[4] –زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، الجزء السادس عشر:" في عقود الضمان والصلح والكفالة"، دون دار النشر لبنان، 1970، ص 288.

[5] -Dominique Legeais, le cautionnement, Economica, Paris, 1995, page 09.

[6] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

الأصلي، وهذه التبعية تعني ارتباط التزام الكفيل بالتزام المدين في وجوده وفي مصيره، ولا تنفي أن التزام الكفيل بالضمان منذ إبرام عقد الكفالة هو التزام منجز[7].

يتبين أيضاً من التعريف، أن طرفا عقد الكفالة هما الدائن والكفيل أما المدين فليس طرفًا فيه بدلالة المادة 647 ق.م.ج التي تنص على أنه: " **تجوز كفالة المدين بغير علمه وتجوز أيضا رغم معارضته**"[8].

يفهم من نص المادة أن عقد الكفالة قد ينعقد بغير علم المدين، أو حتى رغم معارضته ورغم ذلك فالمدين يلعب دوراً في انعقادها، لأنه هو الذي يدعو في غالب الأحيان الكفيل إلى التعاقد مع الدائن ضماناً لالتزامه قبل هذا الدائن، ولكن المدين يعتبر طرفاً أجنبياً عن عقد الكفالة ولا يشترك بإرادته في ابرام هذا العقد[9].

يؤدي عقد الكفالة إلى إنشاء التزام جديد على عاتق الكفيل في مواجهة الدائن، وهو التزام بضمان الدين الأصلي، وعلى هذا النحو فإن الدائن يجد أمامه مدينين هما المدين الأصلي والكفيل.

فالكفالة في الواقع هي ضم ذمة جديدة إلى ذمة المدين في ضمان دين الدائن، بعد أن كان حق الدائن يرد على الضمان العام لمدينه أصبح يرد على الضمان العام لمدينه ولكفيل المدين أيضاً[10]، والملاحظ على هذا التعريف أن المشرع الجزائري قد خص به الكفالة الشخصية دون الكفالة العينية، التي تسري عليها أحكام الرهن.

---

[7] – محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 16.

[8] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[9] – العاقب عيسى، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: العقود والمسؤولية معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر، 1986، ص ص 3–4.

[10] – سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية والشخصية، توزيع منشأة المعارف، مصر، 2008، ص 18.

الفرع الثاني

خصائص الكفالة الشخصية

يتميّز عقد الكفالة الشخصية بجملة من الخصائص التي تميّزه عن غيره من العقود وتتمثل في كونه من العقود المسماة **(أولا)**، أنه من العقود الرضائية **(ثانيا)**، أنه عقد ملزم لجانب واحد **(ثالثا)**، إضافة إلى ذلك فهو من عقود التبرع **(رابعا)**، وكذلك يعتبر التزام تبعي**(خامسا)**.

أولا: الكفالة الشخصية من العقود المسماة

العقد المسمى : "هو العقد الذي تولى المشرع تسميته وتعريفه وتنظيم أحكامه"[11]، لشيوعه بين الأفراد واعتماده في معاملاتهم، ومن ثم فالعقد المسمى يخضع لقواعد القانونية الخاصة به التي تعد قواعد مكملة لإرادة المتعاقدين في مجموعها[12]، ولا تطبق إلا إذا لم يتفق المتعاقدين على خلافها ولا تعتمد بشأنه على القواعد العامة إلا إذا كانت هناك مسألة لم يتولها المشرع بالتنظيم[13].

على هذا الأساس فإن عقد الكفالة من العقود المسماة حيث نظّمها المشرع في القانون المدني الجزائري، في الباب الحادي عشر من الكتاب الثاني تحت عنوان "**عقد الكفالة**"، وبين فيه أحكامها التفصيلية.

ثانيا: عقد الكفالة عقد رضائي

يعد عقد الكفالة من العقود الرضائية، حيث يتم إبرامها بمجرد تطابق الإرادتين وهي إرادة الكفيل وإرادة الدائن، حيث أن المشرع الجزائري لم يشترط شكلاً معيناً لانعقاده[14].

---

[11] – فيلالي علي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص 60.

[12] – محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات –مصادر الالتزام–العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القانون، دار الهدى، الجزائر، دون سنة النشر، ص ص 51–52.

[13] – محمد محمود معطي، الكفالة في ضوء الفقه والاجتهاد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 24.

[14] – يامة إبراهيم، سرحاني عبد القادر، " الضمانات المقررة للدائن في نظام التأمينات الشخصية والعينية في ظل التشريع الجزائري"، **مجلة المنار للدراسات والبحوث القانونية والسياسية**، مجلد 03، عدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة يحي فارس، المدية، 2019، ص 109.

بالعودة إلى المادة 645 ق.م.ج التي تنص على أنه: " **لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة**"[15].

يتبين أن الكتابة التي اشترطها المشرع هي لإثبات عقد الكفالة المبرم بين الدائن والكفيل وذلك حماية للكفيل الضامن لدين غيره.

غير أن الملاحظ في هذا الشأن أن المشرع لم يبين نوع الكتابة المطلوبة، وعليه يمكن أن تكون الكتابة رسمية أو عرفية، وسواء كانت الكتابة رسمية أو عرفية، فيجب أن تتضمن الورقة البيانات التالية:

- ✓ تحديد هوية الأطراف وتواقيعهم.
- ✓ تحديد الالتزام المكفول.
- ✓ تحديد التزام المدين من حيث مصدره ومقداره وحدوده ومدته.
- ✓ أن يكون لها تاريخ ثابت[16].

يتضح من المادة 645 ق.م.ج أن المشرع اشترط الكتابة لإثبات الكفالة حتى ولو كان الالتزام المكفول يمكن إثباته بالبينة، وهذا من أجل حماية الكفيل الذي يُعد ضامناً للوفاء بالتزام لم يكن طرفاً في العلاقة الأصلية التي أدت إلى نشوئه.

قد صدر في هذا الشأن قرار من المحكمة العليا بتاريخ 13 جويلية 1988 التي جاءت في مبدئها: " **من المقرر قانونا أن الكفالة لا يجوز اثباتها الا بالكتابة، ولو كان جائزا إثبات الالتزام الأصلي بالبينة، ومن ثمة فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير وجيه ويستوجب الرفض، ولما كان الثابت في قضية الحال أن عقد الكفالة لم يثبت بوثيقة كتابية**

[15] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[16] – حوحو يمينة، عقد الكفالة وعقد الرهن في القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2019، ص 20.

فإن قضاة الموضوع طبقوا القانون التطبيق الصحيح أين أخرجوا المطعون ضده من الخصومة باعتباره ليس كفيلا ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن[17].

ثالثا: الكفالة الشخصية عقد ملزم لجانب واحد

يعد عقد الكفالة من العقود الملزمة لجانب واحد كأصل عام، حيث أن الملتزم الوحيد في هذا العقد، هو الكفيل وحده الذي يلتزم بوفاء الدين للدائن في حالة عدم وفاء المدين الأصلي به أما الدائن لا يلتزم عادة بشيء[18].

إذا كان الأصل أن الكفالة عقداً ملزماً لجانب واحد فليس ذلك معناه أن الكفالة إرادة منفردة تصدر من جانب واحد، بل الكفالة عقد لا يتم إلا بتبادل إرادتين متطابقتين من الكفيل والدائن، كل ما هناك أن ما يترتب عن هذا العقد من التزام، هو في جانب الكفيل فيكون مدينا بضمان الوفاء بالتزام المدين الأصلي إذا لم يفي به[19].

لا يغير من طبيعة عقد الكفالة باعتباره عقداً ملزماً لجانب واحد ما يتحمله المدين قبل الكفيل من التزامات، لأن مصدر هذه الالتزامات ليس عقد الكفالة، أيضاً لا يغير من طبيعة عقد الكفالة باعتباره عقداً ملزم لجانب واحد، ما يتحمله الدائن من التزامات في هذا العقد[20]، مثل ما تفرضه المادة 659 ق.م.ج التي تنص على أنه: " **يلتزم الدائن بأن يسلم للكفيل وقت وفائه للدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع على المدين** "[21]، يفهم من هذه المادة أن التزام الدائن بتسليم

---

[17]– المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار بتاريخ 1988/07/13، ملف رقم 56336، مجلة المحكمة العليا، عدد 04 1991، ص 58.

[18] – عبد الله عبد الكريم عبد الله، " الكفالة في القانون المدني القطري"، **مجلة القانون والأعمال الدولية**، عدد 25، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، المغرب، 2019، ص 23.

[19] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر: في التأمينات الشخصية والعينية الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 24.

[20] – زاهية حورية سي يوسف، الوجيز في عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص ص 27–28.

[21] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

المستندات للرجوع على المدين هي واقعة مستقلة لاحقة لإبرام عقد الكفالة، لذلك ليس من المتصور أن نصف عقدا ما بأنه ملزم لجانبين لما يترتب عنه من آثار عن واقعة مستقلة خارج عنه[22].

تجدر الإشارة أن المشرع في نص المادة 659 المذكورة أعلاه، أخطأ في ترجمة هذه المادة إلى اللغة العربية، والصحيح ما هو مكتوب باللغة الفرنسية والتي جاءت على النحو التالي:

"**Le créancier est tenu, au moment du paiement, de remettre à la caution les titres nécessaires pour son recours** ".

رابعا: الكفالة الشخصية من عقود التبرع

الأصل أن الكفالة تتم بدُون مقابل، بحيث أن الكفيل يوفي دين المدين دون عوض، وبهذا تكون الكفالة بالنسبة إليه من أعمال التبرع[23]، ويصح أن تكون الكفالة بأجر[24].

غير أن الصفة المجانية ليست من مستلزمات عقود التبرع، إذ أنه ليس هناك ما يمنع المدين من إعطاء الكفيل شيئاً مقابل كفالته، ويكون تصرف الكفيل في هذه الحالة معاوضة[25]، أي يأخذ هذا الأخير مقابلاً لما يقدمه من منفعة[26].

يترتب على اعتبار الكفالة عقدا من عقود التبرع ما يلي:

- ✓ اشتراط أهلية التبرع في الكفيل.
- ✓ يجوز الطعن في الكفالة بالدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرف، دون اشتراط تواطؤ الكفيل مع الدائن أو مع المدين.

---

[22] – زاهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص 28.

[23] – يامة إبراهيم، سرحاني عبد القادر، مرجع سابق، ص 109.

[24] – عبد الله عبد الكريم عبد الله، مرجع سابق، ص 24.

[25] – العاقب عيسى، مرجع سابق، ص 12.

[26] – براهم أسماء، عطوي صفاء، أحكام عقد الكفالة في ظل التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، 2014-2015، ص 13.

- ✓ أنها في الأصل تصرفاً مدنياً، وإن كان الالتزام المكفول تجارياً والكفيل تاجراً، وذلك لأن نية التبرع غريبة عن التجارة، كما أن التجارة تقوم على فكرة المضاربة[27].

مع الإشارة إلى أنه إذا كانت الكفالة تتميز بطابعها المدني إلا أن المشرع اعتبر الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو عن تظهيرها يعتبر عملاً تجارياً، هذا ما أكدته المادة 651 ق.م.ج التي تنص على أنه: " **تعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا.**

غير أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا، أو عن تظهير هذه الأوراق تعتبر دائما عملا تجاريا"[28].

نستخلص من هذه المادة أن الكفالة تعد عملاً تجارياً في حاليتين:

- ✓ **الحالة الأولى:** ضمان الورقة التجارية ضمانا احتياطيا، أي ضمان الالتزام الناشئ عن الورقة التجارية **(السفتجة، السند الإذني، الشيك)**، يتم ذلك إما بالكتابة على الورقة التجارية ذاتها أو بالكتابة على ورقة مستقلة، أي كفالة هذه الورقة تعتبر تجارية في جميع الأحوال إذا وردت على السفتجة، أما إذا وردت على السند الإذني فلا تعتبر تجارية إلا إذا كان هذا الأخير نفسه تجارياً، وذلك إذا كان محرره تاجراً وحرره لتصرف تجاري أو مدني أو كان محرره غير تاجر ولكن لعملية تجارية.
- ✓ **الحالة الثانية:** فهي تظهير الورقة التجارية على سبيل الضمان، فالورقة التجارية تظهر إما لنقل ملكيتها أو لتحصيل قيمتها أو لرهنها، فإذا ظهرت على سبيل الضمان، فإن ذلك يعتبر رهناً لها ضماناً للدين الآخر ولا يعتبر عقد كفالة[29].

---

[27] – براهم أسماء، عطوي صفاء، مرجع سابق، ص ص 13-14.

[28] – أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[29] – زاهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص ص 30-31.

خامسا: الكفالة الشخصية عقد تبعي

يعتبر عقد الكفالة تابعاً للعقد الأصلي القائم بين الدائن والمدين، ويترتب على ذلك أن التزام الكفيل بالوفاء بالتزام المدين هو تابعاً للالتزام الأصلي[30]، وهذه هي خصوصيات التأمينات الشخصية[31].

تفترض هذه الخاصية وجود علاقتان، علاقة بين المدين والدائن وأخرى بين الدائن والكفيل مما يفيد وجود التزامان مستقلان عن بعضهما، التزام المدين في مواجهة الدائن والتزام الكفيل في مواجهة الدائن، إلا أنه لا يوجد إلا دين واحد يجب الوفاء به، لذلك فإن كل ما يمس هذا الدين ينعكس بضرورة على التزام الكفيل[32].

الجدير بالذكر أن اشتراط التضامن بين الكفيل والمدين؛ لا ينزع عن الكفالة صفة التبعية كل ما هنالك أن هذا الشرط يعطي للدائن ضمان أكبر، فالكفيل تتجه إرادته دائماً إلى الالتزام بصفة تبعية، لذلك إذا هو تنازل عن الدفع بالتجريد أو الدفع بالتقسيط فإنه يحتفظ دائما بالحماية اللصيقة لصفة التبعية، وبصفة خاصة الاحتجاج بالدفوع الناشئة عن الالتزام المكفول وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين، وكذلك تمسك ببراءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من ضمانات[33].

يترتب على اعتبار عقد الكفالة عقدا تبعياً النتائج التالية:

- ✓ عدم جواز الدائن الرجوع على الكفيل إلا بعد رجوعه على المدين، حيث يكون التزام الكفيل في حدود التزام المكفول.

[30] – عبد الله عبد الكريم عبد الله، مرجع سابق، ص 22.

[31] – سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 20.

[32] – براهم أسماء، عطوي صفاء، مرجع سابق، ص 10.

[33] – نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية (الرهن الرسمي–حق الاختصاص–الرهن الحيازي–حقوق الامتياز الكفالة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007، ص 288.

✓ لا يجوز تمسك الكفيل في مواجهة الدائن بالدفوع التي هي للمدين الأصلي[34].

المطلب الثاني

أنواع الكفالة الشخصية وتمييزها عن الأنظمة المشابهة لها

بعد أن تطرقنا في المطلب الأول إلى تعريف الكفالة وبيان الخصائص الخاصة بالكفالة الأن سوف نقوم بتبيان أنواع الكفالة وذلك في **(فرع أول)**، وكذا تمييز الكفالة عن الانظمة المشابهة لها وهذا ما سوف نعرضه في **(فرع ثان)**.

الفرع الأول

أنواع الكفالة الشخصية

تتعدد أنواع الكفالة الشخصية بتعدد مصادرها، ومن ثم قد يكون مصدر الكفالة الاتفاق **(أولا)** ومن جهة أخرى قد يكون القانون **(ثانيا)**، أو القضاء**(ثالثا)**.

أولا: الكفالة الاتفاقية

الكفالة الاتفاقية " **هي الكفالة الناتجة عن التزام المدين للدائن بتقديم كفيل يضمن دينه**"[35].

يعد من قبيل الكفالة الاتفاقية سعي المدين من تلقاء نفسه إلى الحصول على كفيل يضمنه ويقدمه من تلقاء نفسه، دون أن يكون ملتزماً بذلك للدائن حتى يحصل منه على ائتمان جديد أو يجد الائتمان السابق، أو أن يتقدم الكفيل من تلقاء نفسه لضمان المدين أو الدائن المكفول عليه حتى ولو لم يعلم بها هذا الأخير أو حتى رغم معارضته، حيث يكون مصدر التزام الكفيل هنا هو الارادة المنفردة، وهي مصدر إيرادي يعقد به وتعتبر هاتين الحالتين من قبيل الكفالة الاتفاقية[36].

لكن من المهم جداً أن نشير إلى أن الكفالة التي تحدد على أساس التزام الكفيل لا يمكن أن تكون إلا اتفاقية، إذ لا يمكن إلزام أحد بأن يكون كفيلاً فيما لم يرد ذلك، ولا تنشأ إلا من خلال توقيع

---

[34] – محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 18.

[35] –المرجع نفسه، ص 23.

[36] – محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 70.

عقد الكفالة الذي يبقى محكوماً بصورة عامة بجميع القواعد التي تحكم مبدأي حرية التعاقد وسلطان الارادة[37].

ثانيا: الكفالة القانونية

تكون الكفالة قانونية عندما يلتزم المدين بتقديم كفيل بناءً على نص قانوني[38]، ومثلها الكفالة المنصوص عليها في المادة 421 قانون التجاري الجزائري التي تنص على أنه: "**إذا كانت السفتجة الضائعة مشتملة على القبول فلا يمكن المطالبة بوفائها بموجب نسختها الثانية أو الثالثة أو الرابعة إلخ..... إلا بموجب أمر من القاضي وبشرط تقديم كفيل**"[39].

كذا ما نصت عليه المادة 422 ق.ت.ج: " **إذا لم يتمكن من ضاعت منه السفتجة سواء كانت أو لم تكن متضمنة لصيغة القبول من أن يحضر نسختها الثانية أو الثالثة أو الرابعة الخ..... جاز له أن يطلب وفاء السفتجة الضائعة والحصول على ذلك بمقتضى أمر من القاضي بعد أن يثبت ملكيته له بدفاتره وبشرط تقديم كفيل**"[40].

بالإضافة إلى المادة 508 ق.ت.ج التي تنص على أنه: " **في حالة ضياع الشيك يجوز المالك أن يطالب بوفاء قيمته بموجب نسخته الثانية أو الثالثة أو الرابعة ..... إذا لم يتمكن من أضاع الشيك من إحضار نسخته الثانية أو الثالثة أو الرابعة .....له أن يطالب بوفاء قيمة الشيك الضائع والحصول على ذلك بمقتضى أمر من القاضي بعد أن يثبت ملكيته بدفاتر وأن يقدم كفيلا**"[41].

---

[37] – محمد محمود معطي، مرجع سابق، ص 48.

[38] – توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية (دراسة لعقد الكفالة، الرهن، الاختصاص والامتياز)، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، د. س. ن، ص 17.

[39] – أمر رقم 75–59، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري الجزائري، ج.ر.ج.ج، عدد 101 الصادر بتاريخ 19 ديسمبر 1975، معدل ومتمم.

[40]– المرجع نفسه.

[41]– المرجع نفسه.

ثالثا: الكفالة القضائـية

تكون الكفالة قضائية عندما يلتزم المدين بتقديمها بناءً على حكم قضائي[42]، كحالة موافقة المحكمة على قرار الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع من المال الشائع بإجراء تغييرات أساسية فيه، فإن لها أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء، كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق له من تعويضات[43]، وهذا تطبيقاً للمادة 717 ق.م.ج التي تنص على أنه: " **للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغيرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان.**

وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية، أن تقرر مع هذا كل ما تراه مناسبا من التدابير ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء، كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من التعويضات"[44].

ينبغي الاشارة إلى أن الكفالة لا تعتبر قضائية إلا إذا استندت في مصدرها إلى حكم قضائي أي كان الحكم بها من إطلاقات السلطة التقديرية للمحكمة، أما إن كان صدور الحكم بالكفالة وجوبياً تطبيقاً لنص في القانون فإن هذه الأخيرة تعتبر قانونية، ولا تتغير طبيعتها بمجرد نطق القاضي بها بل أن القاضي إذا لم يلزم المدين بتقديم كفالة في هذه الحالة يكون حكمه مخالفاً للقانون، وكذلك الحال إذا صدر حكم بالكفالة إعمالاً باتفاق الطرفين، فتعتبر هذه الأخيرة اتفاقية وليست قانونية[45].

نشير في هذا المقام أن التضامن بين الكفلاء في الكفالة القضائية والقانونية دائماً متضامنين طبقاً لمضمون المادة 667 ق.م.ج التي تنص على أنه: " **يكون الكفلاء في الكفالة القضائية أو**

---

[42] – مصطفى عبد الجواد حجازي، عقد الكفالة في القانون المدني، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 22.

[43] – محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 23.

[44] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[45] – محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 72.

القانونية دائما متضامنين"[46]، التي يفهم منها أن التضامن بين الكفلاء في الكفالة الاتفاقية غير مفترض إلا إذا وجد اتفاق مخالف لذلك، بينما في الكفالة القانونية والقضائية فالتضامن مفترض بين الكفلاء، ولهذا جعل المشرع مركز الكفيل القانوني والقضائي أشد من مركز الكفيل الاتفاقي، إلا أن المشرع هنا والقاضي يحميان الكفيل، وهذه هي حكمة التشديد بإقراره التضامن بين الكفلاء[47].

الفرع الثاني

تمييز الكفالة الشخصية عن الأنظمة المشابهة لها

هناك البعض من الأنظمة قد تشبه الكفالة التي عالجها المشرع الجزائري في القانون المدني ومن بين هذه الأنظمة التي سوف نحاول قدر الإمكان التفرقة بينهما وبين عقد الكفالة نجد في مقدمتها الكفالة العينية **(أولا)**، وكذا عقد التأمين**(ثانيا)**، بالإضافة إلى حوالة الحق**(ثالثا)** وحوالة الدين**(رابعا)**.

أولا: تمييز الكفالة الشخصية عن الكفالة العينية

يراد بالكفالة العينية بأنها: " اتفاق يقدم بموجبه أحد الأشخاص، ويسمى **بالكفيل العيني** عقارا أو منقولا، ضمانا لدين على غيره، ووسيلته لذلك هي رهن هذا المال رهنا رسميا، أو رهنا حيازيا"[48].

مركز الكفيل العيني يشبه مركز الكفيل الشخصي كون كل منهما يسأل عن دين غيره ومن ثم تسري على الكفالة العينية بعض قواعد الكفالة الشخصية في حدود معينة[49]،غير أن الخلاف الجوهري بينهما يتمثل في أن الكفيل الشخصي يسأل عن الدين مسؤولية شخصية غير محددة في أمواله في حالة عدم وفاء المدين، مما يترتب عليه أن تصرفه في مال أخر من أمواله لا ينفي مسؤوليته عن الدين، على عكس الكفيل العيني الذي تكون مسؤوليته محصورة في حدود المال

---

[46] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[47] – زاهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص 36.

[48] – محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، المبادئ الأساسية في عقد الكفالة، دار النهضة العربية للنشر، مصر 2005، ص 36.

[49] – حسني محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009، ص 70.

المرغوب، وبذلك لا يكون مسؤولاً شخصياً عن الدين، بحيث يتخلص من المسؤولية قبل الدائن بمجرد خروج المال من حيازته؛ كما يوجد اختلاف في محل الضمان حيث يضمن الكفيل الشخصي الالتزام التبعي أما الكفيل العيني يضمن الالتزام الأصلي[50].

كذلك من أوجه الاختلاف بين الكفالة الشخصية والكفالة العينية، أن هذه الأخيرة تعتبر تأمين تبعي يخول للدائن ميزة التقدم والتتبع على المال المقرر عليه الكفالة العينية، وذلك على خلاف الكفالة الشخصية، التي تعتبر تأمين شخصي الذي يتمثل في ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين، ولا يخول للدائن أي تقدم أو تتبع، إذ يلتزم الكفيل في مجموعة أمواله وليس في مال معين بالذات، وينتقل هذا الالتزام الشخصي في تركته إلى ورثته[51].

ثانيا: تمييز الكفالة الشخصية عن عقد التأمين

استناداً إلى مضمون المادة 619 ق.م.ج التي تنص على أنه: "**التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن**"[52].

يتضح أن عقد التأمين مثله مثل الكفالة الشخصية يتعلق بالضمان غير أنه قد يختلف عنها في بعض النقاط الجوهرية، حيث يعتبر عقد التأمين عقداً يرتب التزام أصلي قائم بذاته في ذمة المؤمن وذلك من أجل تغطية الخطر المؤمن، ومحل هذا الالتزام هو قيام المؤمن بدفع مبلغ التأمين للمؤمن له أو المستفيد في حالة تحقق الخطر المؤمن ضده، بينما التزام الكفيل الشخصي هو تبعي

[50]– محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 37.

[51]–حسني محمود عبد الدايم، مرجع سابق، ص 70.

[52]– أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

يرتكز في وجوده وفي حدوده على الالتزام الأصلي؛ كما أن عقد التأمين عقد ملزمْ لجانبين، في حين عقد الكفالة الشخصية يكون في الغالب عقدا ملزماً لجانب واحد وهو الكفيل الشخصي[53].

ثالثا: تمييز الكفالة الشخصية عن حوالة الحق

حوالة الحق "هي أن يحيل الدائن حقه إلى شخص آخر إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين، أو طبيعة الالتزام"، وفي هذا الصدد نصت المادة 239 ق.م.ج على أنه: "**يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا منع ذلك نص القانون، أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين**"[54].

يضمن المحيل وجود الحق المحال به وقت الحوالة إذا كانت هذه الأخيرة بعوض، أما إذا كانت بغير عوض فلا يكون المحيل ضامناً لوجود الحق[55]، وهذا ما أكدت عليه المادة 244 ق.م.ج التي تنص على أنه: "**إذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة، ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك.**

أما إذا كانت الحوالة بغير، عوض فلا يكون المحيل ضامنا لوجود الحق"[56].

الكفالة الشخصية مثلها مثل حوالة الحق ذلك كون مركز الكفيل الشخصي يشبه مركز المحيل كونهما يتعلقان بالضمان، غير أن هناك بعض الفوارق بينهما، حيث أن التزام الكفيل الشخصي تابع للالتزام الأصلي بينما التزام المحيل أصلي قائم بذاته، إذ أنه لا يقوم بوفاء الدين المترتب على المحال عليه إنما يقوم بتعويض الدائن عما يصيبه من أضرار نتيجة عدم وجود الحق المحال له[57].

---

[53]– كمال فتحي دريس، الوجيز في العقود الخاصة، الجزء الأول: عقد البيع وعقد الكفالة، مطبعة منصور، الجزائر 2022، ص 110.

[54]– أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[55]– محمد علي عبده، عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2005، ص 108.

[56] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[57] – محمد علي عبده، مرجع سابق، ص 108.

أيضاً تختلف الكفالة الشخصية عن حوالة الحق من حيث براءة الذمة، ذمة الكفيل الشخصي لا تبرأ لمجرد تأخر الدائن في المطالبة بالدين عند حلول أجل الوفاء بها، ما لم يكن الكفيل قد قام بإخطار الدائن باتخاذ إجراءات المطالبة خلال ستة أشهر ثم تأخر هذا الأخير عن القيام بذلك، أما ذمة المحيل تبرأ إذا حصل المحال عليه على أجل إضافي باتفاق مع المحيل حتى لو أعسر المحال عليه بعد تاريخ هذا الاتفاق، لأن المحيل يضمن يسار المدين في حالة الإتفاق على ذلك إلا لوقت الحوالة؛ كما أن المحال بعد الحوالة يفقد صفته كدائن ولا يستطيع على خلاف الكفيل الشخصي أن يتخذ إجراءات تحفظية للحفاظ على الحق المحال[58].

رابعا: تمييز الكفالة الشخصية عن حوالة الدين

حوالة الدين "هي عبارة عن اتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل هذا الأخير الدين الذي عليه"، وهذا ما جاءت به المادة 251 ق.م.ج التي تنص على أنه: " **تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين**"[59].

الكفالة الشخصية مثلها مثل حوالة الدين تكون لمصلحة المدين، غير أن هناك بعض الفروق بينها، حيث أن التزام المدين بضمان يسار المحيل عليه هو التزام أصلي موضوعه تعويض الدائن عن الضرر الناتج عن إعسار المحيل عليه وقت الاقرار، أما التزام الكفيل الشخصي تابع للالتزام الأصلي موضوعه القيام بنفس التزام المدين في حالة امتناع أو عدم قيام هذا الأخير بالوفاء[60].

أيضاً لا تكون حوالة الدين نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها، أما إذا عين له المحال عليه أو المدين الأصلي أجلاً حتى يقرها، وانقضى الأجل دون صدور الإقرار اعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة، أما الكفالة الشخصية فإن سكوت الدائن يعتبر رضا منه، وهذا ما يفهم من المادة 252 ق.م.ج التي تنص على أنه: " **لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها.**

---

[58] –سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في الحقوق العينية التبعية (الرهن الرسمي–الحيازي–الاختصاص–الامتياز–الكفالة) مطابع الولاء الحديثة، مصر، 2006، ص 31.

[59] – أمر رقم 75 – 58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[60] – محمد علي عبده، مرجع سابق، ص 109.

وإذا قام المحال عليه أو المدين الأصلي بإعلان الحوالة إلى الدائن وعين له أجلا معقولا ليقر الحوالة ثم انقضى الأجل دون صدور الإقرار، اعتبر سكوت الدائن رفضا للحوالة"[61].

[61] – أمر رقم 75 –58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

المبحث الثاني

أركان والشروط الخاصة بالكفالة الشخصية

عقد الكفالة عبارة عن رابطة قانونية تتم بين شخصين أحدهما يسمى الكفيل والأخر يسمى الدائن، حيث يلتزم الكفيل بأن يضمن للدائن الوفاء بالدين الذي له على المدين، في حالة عدم استيفائه من المدين.

لصحة عقد الكفالة الشخصية يجب أن يتوفر على الأركان العامة في العقود، من الرضا المحل، والسبب أما بالنسبة لشروط الخاصة بالكفالة فهي على شرطين؛ شرط اليسار وشرط الإقامة في الجزائر.

وعليه سوف نقوم بدراسة أركان الكفالة **(مطلب أول)**، أما بالنسبة للشروط الخاصة بالكفالة فقد خصصنا لها **(مطلب ثان)**.

المطلب الأول

أركان الكفالة الشخصية

تعد الكفالة من العقود الرضائية التي تتم بتبادل الإجاب والقبول بين طرفي العقد وهما الدائن والكفيل، ويتجه رضا هذا الأخير فيها إلى الالتزام بضمان الدين المكفول، ويكون سبب رضاه الحصول من الدائن على قرض للمدين أو على مد أجل سابق وثابت في ذمة المدين، فلابد أن تتوفر في عقد الكفالة الأركان الموضوعية العامة لصحة هذا العقد المتمثلة أساسا في الرضا **(فرع أول)**، المحل **(فرع ثان)** والسبب **(فرع ثالث)**.

الفرع الأول

التراضي

يعتبر ركن التراضي من أهم الأركان الموضوعية التي يتأسس عليها عقد الكفالة، حيث يخضع فيه التعبير عن الإرادة وصحة شروط التراضي إلى القواعد العامة، وعليه يجب أن يتم تبادل

التعبير عن إرادتين متطابقتين سليمتين صادرتين من طرفين حائزين على الأهلية اللازمة لذلك خصصنا هذا الفرع لدراسة التراضي**(أولا)**، لنتطرق بعد ذلك إلى شروط صحته **(ثانيا)**.

أولا: وجود التراضي

بالعودة إلى نص المادة 59 ق.م.ج التي نصت على أنه: "**يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية**"[62].

يتضح أن عقد الكفالة باعتباره اتفاق لا يتم إلا بتطابق الإرادتين هما إرادة الدائن وإرادة الكفيل أي وجود إيجاب من أحدهما وقبول من الأخر، أما المدين فليس طرفاً في عقد الكفالة لذا يتم هذا الأخير بغير الحاجة لرضائه[63].

كما أن المشرع ترك الحرية التامة للفرد فيما يخص الكيفية التي يعبر بها عن إرادته، قد يكون ذلك بالفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة أو يكون باتخاذ موقف معين لا يدع أي شك في دلالته كما يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم يكن مخالفاً للقانون أو يتفق الأطراف على خلافه[64]، وهذا تطبيقاً للمادة 60 ق.م.ج التي تنص على أنه: "**التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.**

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفين على أن يكون صريحا"[65].

في إطار عقد الكفالة الشخصية قد يعبر الدائن عن إرادته صراحةً أو ضمنياً، بل حتى سكوته يعتبر قبولاً من جانبه، أما بالنسبة لتعبير الكفيل عن إرادته فقد أثار جدلاً فقهياً في مصر حيث تأثر جانب من الفقه المصري بالقانون الفرنسي الذي اشترط أن يكون تعبير الكفيل عن

---

[62] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[63] – العمروسي أنور، التضامن، والتضامم، والكفالة في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، مصر، 1999، ص 242.

[64] – فيلالي علي، مرجع سابق، ص ص 81–82.

[65] –أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

إرادته صريحا وذلك نظرا لخطورة التزام الكفيل[66]، وذلك في المادة 2015 القانون المدني الفرنسي التي تنص على أنه:

" Le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contract[67] ".

الجدير بالذكر أنه في حالة إبرام عقد الكفالة عن طريق الوكالة، فيجب لصحة هذا العقد أن تتوفر في الكفيل أهلية التبرع سواء أبرم العقد بنفسه أو وكل غيره في إبرامه، وتفويض الكفيل غيره في إبرام عقد الكفالة، يجب أن يتم بموجب توكيل خاص يتضمن تفويض الوكيل في إبرام عقد الكفالة مع الدائن، ويحدد سند الوكالة سعة هذا التفويض بتحديد الدائن الذي يتم التعاقد معه ومقدار الدين المكفول، ولا تجور الكفالة إذا كانت الوكالة عامة كونها تنحصر في أعمال الإدارة[68].

ثانيا: شروط صحة التراضي

يكون التراضي صحيحاً بتوفر شرطين أساسيين، وهما شرط الأهلية **(1)** الذي يقصد به أهلية الدائن والكفيل، أما بالنسبة للشرط الثاني يتمثل بأن تكون إرادتهما خالية من العيوب**(2)**.

1) الأهلية

تعتبر الأهلية من أهم شروط صحة العقد، وباعتبار عقد بين الكفيل والدائن سنعرض أهلية الكفيل وأهلية الدائن.

أ-أهلية الكفيل

يشترط أن تتوفر في الكفيل أهلية التبرع، وهي بلوغ سن (19) سنة، وأن يكون متمتعاً بقواه العقلية، تطبيقاً للمادة 40 ق.م.ج التي تنص على أنه: **" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.**

---

[66]- سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 35.

[67]- المادة 2015 من القانون المدني الفرنسي، نقلاً عن الرابط التالي:https://www.legifrance.gouv.fr ، تم الاطلاع عليه في 16-06-2023 على الساعة 18:38.

[68] - طلبة أنور، العقود الصغيرة (الوكالة والكفالة)، المكتبة الجامعية الحديثة، مصر، 2004، ص 311.

وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة" [69].

على ذلك لا يجوز للقاصر ولا للمحجور عليه أن يكفل الغير، فإذا قام بذلك كانت كفالته باطلة، كما لا يجوز للولي ولا للوصي ولا للقيم أن يتعاقد باسم القاصر أو المحجور عليه كفالة تبرعية حتى بإذن المحكمة، لأنه يمنع التبرع بمال القاصر المحجور عليه إلا لواجب إنساني أو عائلي[70].

ب-أهلية الدائن

تعتبر الكفالة بالنسبة للدائن تصرفاً نافعاً نفعاً محضاً، وعليه يكفي أن تتوفر فيه أهلية التمييز لمباشرة حقوقه المدنية[71]، وهي بلوغ سن (13) سنة، تطبيقاً للمادة 42 ق.م.ج التي تنص على أنه: **"لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته أو جنون. يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة"**[72].

ولقد أخذت بهذا الحكم معظم القوانين المدنية العربية، حيث اشترطت قبول الدائن المكفول له بانعقاد الكفالة، وعندئذ لابد أن تتوفر في هذا الأخير أهلية القبول، وبما أن الأصل في عقد الكفالة من عقود التبرع النافعة نفعا محضا بالنسبة للدائن المكفول له، لذلك يكفي أن تتوفر فيه أهلية قبول التبرع بأن يكون عاقلا مميزا دون أن يشترط بلوغه سن الرشد، أما إذا كان الدائن مجنونا أو صبي غير مميز كانت الكفالة باطلة[73].

أما إذا التزم الدائن بأن يدفع عوض للكفيل مقابل كفالته كانت الكفالة بالنسبة له من أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر، ومن ثم وجب أن تتوفر فيه أهلية التصرف، وهو ما يستلزم أن

---

[69] – أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[70] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 80.

[71] – عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة (المقاولة-الوكالة-الكفالة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 2009، ص 239.

[72] – أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[73] – عدنان إبراهيم السرحان، مرجع سابق، ص 239.

يكون بالغاً سن الرشد ومتمتعاً بقواه العقلية، أما إذا كان الدائن ناقص الأهلية كانت كفالته قابلة للإبطال لمصلحته[74].

2) خلو الإرادة من العيوب

يجب أن تكون إرادة الكفيل والدائن خالية من العيوب، المتمثلة في الغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال، التي قد تصيب الإرادة تحت طائلة قابلية العقد للإبطال.

أ-الغلط

يجب لصحة عقد الكفالة أن لا يقع أحد طرفيه في الغلط، ويعرّف الغلط بأنه: " **وهم أي اعتقاد خاطئ يقوم في ذهن المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد[75]، مما يجعله يتصور الشيء الذي تعاقد عليه على غير حقيقته**"، يجب أن يكون الغلط الذي يجعل عقد الكفالة قابل للإبطال جوهرياً أي بلغ حداً من الجسامة[76]، ويكون الغلط جوهرياً إذا وقع في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد[77]، طبقاً للمادة 82 ق.م.ج التي تنص على أنه:

" يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدّا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا للشروط العقد ولحسن النية.

---

[74] – همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية (الكفالة-الرهن الرسمي-حق الاختصاص-الرهن الحيازي حقوق الامتياز)، منشأة المعارف، مصر،2001، ص 76.

[75] – محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 162.

[76] – دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، درا العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004 ص 22.

[77] – بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول: التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الخامسة ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 103.

إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد" [78].

ب-التدليس

يعرّف التدليس كما يلي: " **هو استعمال حيل توقع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، أو استعمال طرق احتيالية لخديعة أحد المتعاقدين خديعة تدفعه إلى التعاقد"**[79].

يمكن للكفيل التمسك بإبطال عقد الكفالة، إذا استعمل الدائن حيل تدليسية التي دفعته إلى إبرام عقد الكفالة، ويشترط القانون أن تكون هذه الحيل التدليسية قد بلغت حداً من الجسامة، ويعتبر السكوت عمداً عن واقعة من قبل التدليس، إذا أثبت الكفيل المدلس عليه أنه ما كان ليبرم عقد الكفالة لو علم بها، وهذا طبقاً للمادة 86 ق.م.ج التي تنص على أنه: " **يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.**

ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة"[80]، ومن أمثلة ذلك كأن يوهم الدائن الكفيل بأن المدين موسر أو أن هناك ضمانات أخرى تضمن الوفاء بالدين[81].

---

[78] – أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[79] – بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 109.

[80] – أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[81] – سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، عقد الكفالة المدنية والأثار المترتبة عليه دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: قانون خاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2006، ص 71.

تطبيقاً للقواعد العامة يمكن للكفيل طلب إبطال عقد الكفالة، إذا صدر التدليس من المدين الذي هو ليس طرفاً في العقد وعلى الكفيل أن يثبت أن الدائن كان يعلم، أو كان من المفروض أن يعلم بوقوع التدليس تطبيقاً للمادة 87 ق.م.ج[82].

ج –الإكراه

يعتبر الإكراه عيب من عيوب الإرادة ويجعل العقد قابلاً للإبطال، حيث يعرّف على أنه:

" **تهديد المتعاقد دون حق بخطر يبعث في نفسه رهبة وتحمله على التعاقد**"[83].

يقع الكفيل في الإكراه إذا تعاقد تحت سلطة رهبة بينة، بعثها الدائن في نفسه دون وجه حق والرهبة التي يعتد بها كعنصر معنوي في الإكراه؛ هي التي تصور في ذهن الكفيل أن هناك خطر محدق سوف يقع عليه أو على أحد أقاربه طبقاً للمادة 88 ق.م.ج[84]، غير أن الكفيل لا يمكن له التمسك بإبطال عقد الكفالة إذا كان الإكراه صادر من المدين، إلا إذا أثبت الكفيل أن الدائن يعلم بذلك أو كان من المفروض أن يعلم[85].

د–الاستغلال

يعرّف الاستغلال على أنه: " **استغلال شخص طيشا بينًا أو هوى جامح في أخر بغرض دفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل مع المقابل الذي يحصل عليه**"[86].

---

[82] – تنص المادة 87 من أمر رقم 75–58، يتضمن ق.م.ج، معل ومتمم، مرجع سابق، على أنه:" **إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، مالم يثبت أن المتعاقد الأخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس**".

[83] – دربال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 27.

[84] – راجع المادة 88، من أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[85] – كودري فاطمة الزهراء، الحماية القانونية للكفيل في عقود الائتمان، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص: العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2012–2013، ص 25.

[86] – فيلالي علي، مرجع سابق، ص 151.

نظم المشرع الجزائري أحكام الاستغلال على ضوء المادة 90 ق.م.ج[87]، التي يستفاد منها أساساً أنه يلزم لقيام الاستغلال توفر شرطين أساسيين هما، الأول: أن يوجد هناك تفاوت بين ما يأخذه المتعاقد وبين ما يعطيه، وهذا هو العنصر المادي أو الموضوعي في الاستغلال، أما الشرط الثاني: أن يكون هذا التفاوت نتيجة استغلال طيش بّيِنْ أو هوى جامح في الطرف المغبون وهذا هو العنصر المعنوي أو العنصر النفسي في الاستغلال[88].

تطبيقاً للقواعد العامة يمكن للكفيل إبطال عقد الكفالة، إذا وقع في استغلال من قبل الدائن الذي دفعه لإبرام عقد الكفالة، وهذا في حالة توفر الشرطين المذكورين أعلاه.

الفرع الثاني

المحل

المحل في عقد الكفالة هو ضمان تنفيذ الالتزام الأصلي من طرف الكفيل والوفاء به إذا لم يفي به المدين، فالتزام الكفيل تابع للالتزام الأصلي المكفول، لذلك يشترط في هذا الأخير مجموعة من الشروط المتمثلة في كون الالتزام الأصلي موجودا أو قابل الوجود**(أولا)**، الالتزام المكفول صحيحا **(ثانيا)**، الالتزام المكفول معينا أو قابلا للتعيين **(ثالثا)**.

أولا: أن يكون الالتزام الأصلي موجودا أو قابل للوجود

الكفالة تفترض وجود التزام أصلي وضمان الوفاء بهذا الالتزام الذي هو محل التزام الكفيل وحتى يكون التزام الكفيل قابلا للوجود، فإنه يجب أن يكون الالتزام المكفول موجودا[89]، لكن هذا لا يمنع أن يكون الالتزام الأصلي مستقبليا أو شرطيا أو طبيعيا.

---

[87] – راجع المادة 90، من أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[88] – محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 199.

[89] – كمال فتحي دريس، مرجع سابق، ص 107.

1) كفالة الدين المستقبلي

أجاز المشرع الجزائري كفالة الدين المستقبل للكفيل بشرط تعيين الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين فإذا لم يكن الحد الأقصى لمبلغ الكفالة محددا، فإنها تقع باطلة بطلانا مطلقا[90]، كما أجاز له في الكفالة غير محددة المدة الرجوع عن كفالته في أي وقت ما دام الدين المكفول لم ينشأ بعد في ذمة المدين الأصلي، وينتج عن هذا الرجوع أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه[91]، طبقاً لأحكام المادة 650 ق.م.ج التي تنص على أنه: " **تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين المشروط.**

غير أنه إذا كان الكفيل في دين المستقبل لم يعين مدة الكفالة، كان له أن يرجع فيها في أي وقت ما دام الدين المكفول لم ينشأ"[92].

2) كفالة الدين الشّرطي

أجاز المشرع كفالة الدين الشّرطي طبقاً للمادة 1/650 حيث يكون مصير الكفالة مرتبط بمصير الدين حسب ما إذا كان الشرط فاسخ أو واقف، حيث أنه إذا كان معلقا على شرط واقف فإن التزام الكفيل يكون معلقا على هذا الشرط، فإذا تحقق الشرط فإن كل من الالتزام المكفول والتزام الكفيل يصبح نافذا وباتا[93].

أما إذا كان الدين المكفول معلق على شرط فاسخ فإن تخلف هذا الشرط يجعل الدين الاصلي والتزام الكفيل باتا، غير أنه إذا تحقق الشرط الفاسخ فإن الدين الأصلي ينفسخ بأثر رجعي حيث ينفسخ التزام الكفيل تبعا له[94].

---

[90] – نهلة أحمد فوزى أحمد، " أحكام عقد الكفالة في القانون المدني المصري"، **مجلة العلوم السياسية والقانون**، مجلد 05، عدد 29، كلية إدارة الأعمال، جامعة الحدود الشمالية، السعودية، 2021، ص 27.

[91] – همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص ص 89–90.

[92] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[93] – محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 99.

[94] – نهلة أحمد فوزى أحمد، مرجع سابق، ص ص 27–28.

كما يجوز كفالة الدين المضاف إلى أجل فإذا كان الأجل واقفا فإن الدين يصبح نافذا بحلول هذا الأجل، وينفذ التزام الكفيل تبعا له في ذات الوقت، أما إذا كان الأجل فاسخا فإن الالتزام الأصلي ينقضي بحلول هذا الأجل وينقضي التزام الكفيل تبعا له[95].

3) كفالة الالتزام الطبيعي

بالعودة إلى التشريع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة لم نجد أي أثر بخصوص تنظيم أحكام الالتزام الطبيعي، هذا ما أدى إلى ظهور جدلاً فقهياً حيث يرى الفقه المصري على عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعي، لأن التزام الكفيل لا يمكن أن يكون أشد من الالتزام المكفول، لذلك فإن الكفيل إذا وفى بالدين إنما يرجع بعد ذلك على المدين، وهذا غير متصور إذا كان التزام المدين طبيعياً[96].

ثانيا: أن يكون الالتزام المكفول صحيحا

بالعودة إلى المادة 648 ق.م.ج التي تنص على أنه: " **لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا**"[97].

يتضح أنه إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً تكون الكفالة صحيحة، وبالتالي صحة الالتزام التبعي مرتبطة بمدى صحة الالتزام الأصلي، أما إذا كان الالتزام باطلاً بطلاناً مطلقاً أو قابلاً للإبطال فتكون الكفالة باطلة.

1) كفالة الالتزام الباطل

إذا كان الالتزام المكفول باطلاً فإن كفالة هذا الالتزام تكون باطلة، والمفروض في ذلك أن الكفيل تقدم باعتباره كفيلاً لا مديناً أصلياً، فإذا كان الالتزام المكفول في هذه الحالة باطلاً بطلاناً مطلقاً، كانت الكفالة وهي تابعة له باطلة مثله[98]، نتيجة لذلك فلا يكون الالتزام باطلاً إلا إذا كان

[95] – محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 99.

[96] – سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 48.

[97] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[98] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 42.

هذا الالتزام عقدياً، أما الالتزام غير العقدي، فإن القانون هو الذي يتكفل بإنشائه وباستمداده من مصدره فلا يكون باطلاً[99].

2) كفالة الالتزام القابل للإبطال

الالتزام القابل للإبطال لنقص أهلية المدين أو لعيب شاب إرادته يكون صحيحاً منتجاً لأثاره إلى أن يتم التمسك بإبطاله، لهذا تجوز كفالته إبتداءً، وتتبعه الكفالة في صحته وبطلانه، وإذا قضى ببطلانه زالت الكفالة بالتبعية له، وإن بقى بقية صحيحة وملزمة[100].

كما أن حق الكفيل في طلب إبطال كفالته لا يسقط بإجازة المدين الأصلي وإنما يبقى قائما عملاً بنص المادة 654 ق.م.ج، لأنها استثنت الحالة التي لا يجوز للكفيل طلب الإبطال، وتحديد هذه الحالة دليل على أن المشرع لم يرد أن يحرم الكفيل من التمسك بالإبطال في كل الحالات التي يكون فيها الالتزام الأصلي قابلاً للإبطال ما عدى في حالة كفالة ناقص الأهلية، فإذا لم يكن الكفيل عالما بسبب البطلان وقت انعقاد الكفالة جاز له أن يتمسك ببطلان الالتزام المكفول، لأن التبعية يجب أن تكون فيما يفيد الكفيل[101].

3) كفالة الالتزام ناقص الاهلية

أورد المشرع الجزائري حكماً خاصاً بكفالة التزام ناقص الاهلية، حيث تنص المادة 649 ق.م.ج على أنه: "**من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملتزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول باستثناء الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 654**"[102]، ثم أكد المشرع هذا الحكم في المادة 2/654 التي تنص: " **غير أنه إذا كان الوجه**

[99] – محمد شريف عبد الرحمان أحمد عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 134.

[100] – محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 102.

[101]– سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 44.

[102]– أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

الذي يحتج به المدين يتمثل في نقص أهليته وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد، فليس له أن يحتج بهذا الوجه"[103].

لفهم حكم هاذين النصين وجب علينا التفريق بين الفروض الثلاثة:

- ✓ **الفرض الأول: إذ كان الكفيل لا يعلم بنقص أهلية المدين**

في هذه الحالة يكون التزام الكفيل مثله مثل التزام المدين ناقص الأهلية، فإذا تمسك المدين بإبطال التزامه لنقص أهليته وقضى له بذلك، فإن التزامه يعتبر كأنه لم يكن، وينقضي معه بالتبيعة التزام الكفيل[104]، كما يحق للكفيل التمسك بقابلية التزامه للإبطال ولو لم يتمسك المدين ببطلان الالتزام المكفول، لأن الكفيل صاحب مصلحة في التمسك بإبطال الالتزام[105].

- ✓ **الفرض الثاني: إذا كان الكفيل يعلم بنقص أهلية المدين وقت إبرام عقد الكفالة**

في هذه الحالة يكون التزام المدين قابل للإبطال، ويكون التزام الكفيل قابل للإبطال أيضاً بالتبعية، فإذا تمسك المدين بإبطال التزامه وحكم له بذلك طبق هذا على التزام الكفيل بموجب التبعية[106]، فإن لم يتمسك المدين بالبطلان أو أجاز العقد الأصلي القابل للإبطال، فإن العقد يظل منتج لأثاره وتظل الكفالة منتجة لأثارها، وليس للكفيل الاحتجاج بنقص الأهلية لإبطال التزامه[107].

- ✓ **الفرض الثالث: إذا كان الكفيل يعلم بنقص أهلية المدين وقت الكفالة، وتقدم بكفالة التزام المدين بسبب نقص الأهلية**

يمكن للكفيل إذا علم بنقص أهلية المدين وتقدم لكفالته بسبب نقص الأهلية، والفرض أن كل من الكفيل والدائن يعلمان بنقص أهلية المدين، وأن العقد الذي أبرمه المدين مع الدائن قابل للإبطال

---

[103]– أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[104]– نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 333.

[105]– مصطفى عبد الجواد حجازي، مرجع سابق، ص 78.

[106] – حوحو يمينة، مرجع سابق، ص 24.

[107] – براهم أسماء، عطوي صفاء، مرجع سابق، ص 29.

ورغم ذلك تقدم الكفيل لضمان الوفاء بالالتزام المكفول إذ لم يفي به المدين، ولتغطية نقص أهلية المدين بحيث يظل الكفيل ملزماً ولو تمسك المدين بالبطلان بسبب نقص أهليته، وفي هذه الحالة يلتزم الكفيل ليس بوصفه كفيلاً إنما بوصفه مدينًا أصليًا، لأن الالتزام الأصلي قد انقضى بالبطلان[108].

غير أنه إذا أجاز ناقص الأهلية العقد وانقلب العقد صحيحًا نافذًا بالإجازة، فإن المدين الأصلي هو الذي يصبح ملزما بتنفيذ الالتزام الأصلي، ويكون الكفيل ضامناً للدين في تنفيذ هذا الالتزام باعتباره كفيلاً وليس مدينًا أصليًا وتسري عليه أحكام الكفالة[109].

ثالثا: أن يكون الالتزام المكفول معينا أو قابل للتعيين

يجب أن يكون محل التزام الكفيل معيناً أو قابلاً للتعيين ومن أجل دراسة هذه النقطة وجب علينا تحديد التزام الكفيل وفقًا لعقد الكفالة، وكذا تحديد التزام وفقا للالتزام الأصلي.

1) تحديد التزام الكفيل وفقا لعقد الكفالة

من أجل تبسيط هذا يجب علينا أن نميز بين نوعين من الكفالة وهما الكفالة المطلقة والكفالة المحددة.

أ-الكفالة المطلقة

هي الكفالة التي لا يقوم الكفيل بتعيين محل التزامه، ولكنه يعين فقط الدين الذي يكفله وهو ما يجعل محل التزامه قابلاً للتعيين، وفي حالة عدم وجود اتفاق، فإن التزام الكفيل في الكفالة المطلقة لا يشمل فقط أصل الدين المكفول، بل يشمل كذلك ملحقات هذا الدين والمصروفات[110]، على النحو الذي حددته المادة 653 ق.م.ج التي تنص على أنه: "**إذا لم يكن هناك اتفاق خاص، فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين، ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من مصروفات بعد إخطار الكفيل**"[111].

---

[108] – مصطفى عبد الجواد حجازي، مرجع سابق، ص 79.

[109] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 49.

[110] – سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص ص 51-52.

[111] – أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

بالنسبة للمصروفات فإن المشرع أوجد تفرقة منطقية بين مصروفات المطالبة الأولى ومصروفات الاجراءات اللاحقة، ذلك أن القانون يوجب على الدائن أن يرجع أولاً على المدين قبل أن يرجع على الكفيل، وعليه فإن النوع الأول من المصروفات يضطر الدائن فيها أن يوجه إجراءات المطالبة الأولى إلى المدين قبل أن يتجه إلى الكفيل، فيكون منطقياً أن يلتزم الكفيل بهذه المصروفات وهي تشمل مصروفات التنبيه على المدين ومصروفات رفع الدعوى عليه[112].

أما عن مصروفات الإجراءات اللاحقة للمطالبة الأولى، فلا يضمنها الكفيل إلا إذا كانت قد صرفت بعد إخطاره من قبل الدائن بأنه قد قام بمطالبة المدين، فالدائن يلزم بإخطار الكفيل برجوعه على المدين، حتى يفي بالدين الذي لم يفي به صاحبه، فإذا لم يقم بذلك، لم يكن هناك بد من السير في إجراءات الدعوى، ويتحمل الكفيل كل هذه المصاريف لأنه كان من الممكن أن يتفاداها بوفائه بالدين، أما إذا كانت تلك المصاريف قد أنفقت دون إخطاره، فإنه لا يلتزم بدفعها، ويقتصر التزامه على دفع مصروفات المطالبة الأولى[113].

ب-الكفالة المحددة

يراد بها الكفالة المقيدة بقيد التعجيل أو التأجيل أو التأقيت، بمعنى أن الكفالة تكون معجلة أو مؤجلة أو مؤقتة بنظر إلى الالتزام الأصلي[114]، ففي الكفالة المحددة يتعين علينا البحث عن ثلاثة أمور جوهرية وهي:

ب-1 التزام الكفيل لا يتعدى المدين المكفول

إذا قام الكفيل بكفالة شخص معين، فإن كفالته لا يجب أن تتعدى هذا الشخص إلى غيره لأن المدين يعتبر عنصراً هاماً في الكفالة ككل بالرغم أنه ليس طرفاً فيها، ويترتب على الغلط في

[112] – سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 52.

[113] – محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 110.

[114] – بن يكن عبد المجيد، عقد الكفالة بين الفقه الإسلامي والتقنين المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة والقانون، قسم الشريعة، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2014-2015، ص 93.

شخص المدين أو في صفة من صفاته قابلية عقد الكفالة للإبطال، فإذا استبدل المدين الذي كفله مديناً آخر يحل محله، برئت ذمة الكفيل، ما لم يرتضي كفالة المدين الجديد[115].

ب-2 التزام الكفيل لا يتعدى الالتزام المكفول

قد يكفل الكفيل مبلغاً معيناً، ولكن يتضح فيما بعد، أن الدين أكبر من المبلغ الذي كفله فلا يسأل الكفيل عن الجزء الذي لم يكفله، كما أنه إذا كفل أصل الدين فلا يلتزم بملحقاته، وقد يكفل المبلغ الذي يقترضه المدين من الدائن بعد الكفالة، حيث لا يلتزم الكفيل في هذه الحالة بضمان المبلغ الذي اقترضه المدين من الدائن قبل الكفالة[116].

ب-3 التزام الكفيل لا يتعدى الوقت المحدد في عقد الكفالة

إذا ارتضى الكفيل أن يكفل المدين إلى وقت محدد، فلا يتعدى التزام هذا الوقت، وقد يحدد الكفيل وقتاً معيناً لنشأة الكفالة، كما هو الحال في الالتزامات المستقبلية، حيث يعين الكفيل مدة تبرأ ذمته بعد انقضائها إذ لم ينشأ الالتزام الأصلي المكفول خلال تلك المدة[117]، وقد يحدد الكفيل فترة معينة، يكون فيها ضامناً للدين، تبرأ ذمته بعدها إذ لم يطالبه فيها الدائن أو يطالب المدين خلالها[118].

2) تحديد التزام الكفيل وفقا للالتزام الأصلي للمدين

بالعودة إلى نص المادة 652 ق.م.ج التي تنص على أنه: " **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"[119].

---

[115] – نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 339.

[116] – العاقب عيسى، مرجع سابق، ص ص 43-44.

[117] – حسني محمود عبد الدايم، مرجع سابق، ص 202.

[118] – العاقب عيسى، مرجع سابق، ص 43.

[119] – أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

يفهم من الفقرة الأولى من هذه المادة أن التزام الكفيل، لا يجوز أن يكون أكثر من الالتزام الأصلي ولا بشرط أشد من شروطه، فلا يجوز أن يلتزم الكفيل بمبلغ يتجاوز المبلغ المطلوب من المدين الأصلي ولا أن يدفع فوائد أكثر من الفوائد الواجبة على المدين الأصلي[120]، وإن كان التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول، فالجزاء على ذلك ليس هو بطلان التزام الكفيل، بل إنقاصه إلى أن يبلغ حد الالتزام المكفول[121].

أما بالنسبة للفقرة الثانية من نفس المادة المذكورة أعلاه التي أجازت أن يكون التزام الكفيل بمبلغ أقل من مبلغ الدين وبشرط مماثل أو أهون من الدين الأصلي، كما يمكن أن يستفيد الكفيل من كل تغيير طارئ في الالتزام الأصلي يكون فيه مصلحة له، مثلاً إن تنازل الدائن عن جزء من حقه أو قام بتقسيط الوفاء فإن الكفيل سيستفيد من كل ذلك ويخف التزامه بالتبعية[122].

الفرع الثالث

السبب

يقصد بالسبب بأنه الرابط القانوني والدافع الحقيقي للعقد[123]، ووفقا للقواعد العامة فإنه يشترط أن يكون للالتزام سبب ولكي يكون السبب صحيحا ومنتجا لأثاره يجب أن يكون مشروعا وكذا أن يكون السبب موجودا.

[120] – محمد علي عبده، مرجع سابق، ص 53.

[121] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 61.

[122]– حوحو يمينة، مرجع سابق، ص 26.

[123]– سعاد توفيق سليمان أبو المشايخ، مرجع سابق، ص 98.

أولا: شرط مشروعية السبب

بالنسبة لهذا الشرط، فيجب البحث عن الباعث الدافع الذي دفع الكفيل إلى الالتزام، فإذا كان الكفيل يقصد إسداد خدمة للمدين فإنه يكون باعثا مشروعا، أما إذا كان الباعث الدافع غير مشروع فسبب الالتزام إذًا باطل، وتبطل الكفالة تبعا لذلك[124]، وهذا ما أقرت به المادة 97 ق.م.ج[125].

من أمثلة على ذلك كأن يكفل شخص امرأة مدينة لدائن معين للحصول على رضاها بمعاشرتها معاشرة غير مشروعة[126]، ومثال آخر على ذلك أن يتعهد الشخص بكفالة الدائن في حالة أنه ارتكب جريمة، فهنا يكون الالتزام باطلاً لعدم مشروعية سببه بما أن القيام بارتكاب جريمة مخالف للنظام العام[127].

ثانيا: شرط وجود السبب

يجب أن يكون للالتزام سبب فإذا لم يوجد كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً[128]، أما بالنسبة لعقد الكفالة فلقد أثير التساؤل عما إذا كان يجب أن يكون التزام الكفيل مسببا، أم أنه يجوز أن يكون مجرداً عن السبب، يرى جانب من الفقه أن الكفالة تصرف مجرد لا يبطل إذا لم يكون لها سبب بمعنى الغرض المباشر، ويرى آخرون أن يكون لكل التزام إرادي سبب مشروع مستبعدا بذلك فكرة التصرف المجرد كقاعدة عامة، ولم تستثني الكفالة من هذه القاعدة[129]، وهذا ما جاءت به القواعد العامة في نص المادة 98 ق.م.ج التي تنص على أنه: " **كل التزام مفترض أن له سبب مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك.**

---

[124]– باقي وداد، الكفالة في القانون المدني الجزائري، والفقه الاسلامي (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص: العقود والمسؤولية، كلية الحقوق ببودواو، جامعة بومرداس، 2009، ص 52.

[125]– راجع المادة 97، من أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[126]– زاهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص 62.

[127] – محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 223.

[128] – المرجع نفسه، ص 222.

[129] – بن يكن عبد المجيد، مرجع سابق، ص 157.

ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه"[130].

الجدير بالذكر أنه يكفي أن يكون السبب المشروع موجودا وقت نشأة الكفالة حتى لو تخلف بعد ذلك، فلا يكون لتخلفه أثر على صحة الكفالة، وذلك كمن يكفل ديناً على زوجته تطيباً لخاطرها باعتبارها زوجته، أو كمن يكفل عاملاً عنده حتى يعمل في هدوء وسكينة مما يساعد على إنتاج أفضل، فإذا زالت بعد ذلك علاقة الزوجة أو علاقة العمل، فلا أثر لذلك على صحة الكفالة[131].

المطلب الثاني

شروط الكفالة الشخصية

بالرجوع إلى نص المادة 646 ق.م.ج التي نصت على أنه: " **إذا التزم المدين بتقديم كفيل وجب أن يقدم شخصا موسرا ومقيما بالجزائر، وله أن يقدم عوضا عن الكفيل، تأمينا عينيا كافيا**"[132]، ويتضح من هذا النص أنه يتعين توفر شرطين في الكفيل وهما شرط أن يكون الكفيل موسرا **(فرع أول)**، وشرط أن يكون الكفيل مقيما بالجزائر **(فرع ثان)**.

الفرع الأول

أن يكون الكفيل موسرا

لتحقيق الغاية المرجوة من الكفالة يستلزم أن يكون الكفيل موسرا، فإذا كان غير موسر فإنه لن يصلح كتأمين لحق الدائن، ويقصد بيسار الكفيل أن يكون لديه من الأموال ما يكفي للوفاء بالالتزام الذي كفله، أي يجب أن يكون قادرا على الوفاء بالدين المكفول في حالة عدم قيام المدين

[130] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[131] – حسني محمود عبد الدايم، مرجع سابق، ص 157.

[132] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

بالوفاء ويشترط أن تكون الأموال منقولات أو عقارات شائعة أو مفرزة[133]، وفي حالة المنازعة في يسار الكفيل فالمدين يقع عليه عبء إثبات اليسار، وحاصل القول أن تكون أمواله قابلة للحجز عليها[134]، ويستقل قاضي الموضوع بتقدير مدى يسار الكفيل، من خلال الموازنة بين عناصر ذمته المالية السلبية والايجابية[135].

لا يظهر من نص المادة 646 ق.م.ج اشتراط وجود أموال الكفيل في الجزائر، مع أن تطلب هذا الشرط كان أهم لحماية الدائن من شرط إقامة الكفيل في الجزائر[136]، وتعتبره غير موسر إذا كانت أمواله الموجودة في الجزائر غير كافية لضمان الالتزام المكفول حتى ولو كانت لديه أموال في الخارج كافية للوفاء بالدين، فالعبرة تكون بالأموال المتواجدة في الجزائر وليس في الخارج نظرا لما تثيره هذه الأخيرة من الاشكالات والصعوبات المتعلقة بتنازع القوانين وإجراءات التنفيذ عليها الأمر الذي يشكك في قدرة الكفيل على تأمين الدين[137].

الفرع الثاني

أن يكون الكفيل مقيما بالجزائر

الغرض من هذا الشرط هو تمكين الدائن من الرجوع على الكفيل بأسهل الطرق، وذلك إذا لم يفي المدين بالتزام [138]، والمقصود بالإقامة في الجزائر هو أن يكون للكفيل موطن بها، ولا يشترط أن يكون الكفيل مقيماً في موطن المدين، هذا ولا يشترط أن يكون الكفيل جزائري الجنسية بل يمكن أن يكون أجنبياً ما دام مقيماً في الجزائر ولو موطن فيها، بل يكفى أن يكون له حتى موطن مختار يعتمد عليه فيما ينشأ عن الكفالة من علاقات[139]، وعليه فإن الحكمة من اشتراط أن يكون للكفيل

---

[133] – بنت الخوخ مريم، دور الضمانات الشخصية في تدعيم الائتمان، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2020–2021، ص 16.

[134] – سعيد سعد عبد السلام، مرجع سابق، ص 37.

[135] – محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 82.

[136] – محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 25.

[137] – بنت الخوخ مريم، مرجع سابق، ص ص 16–17.

[138] – كمال فتحي دريس، مرجع سابق، ص 105.

[139] – بن يكن عبد المجيد، مرجع سابق، ص 137.

موطن بالجزائر هو التيسير على الدائن حين مطالبة الكفيل بالوفاء، وقد كان أولى بالمشرع أن يشترط أن يكون للكفيل أموال بالجزائر[140].

لا يشترط في الكفيل أن يكون معروفاً بحسن السمعة أو بحسن السيرة والسلوك، أو أن يكون ليس لديه ميول إلى الخصومات والمنازعات القضائية، ولكن إذا اتفق المدين مع الدائن على تقديم كفيل يمتاز بحسن السمعة وتوجد فيه ثقة وأمانة، فيجب العمل بهذا الاتفاق[141].

إذا أعسر الكفيل الذي قدمه المدين أو لم يعد له موطن في الجزائر، فطبقاً للقواعد العامة يفهم من المادة 2/211 ق.م.ج التي تنص على أنه: " **أما إذا كان إنقاص التأمين يرجع إلى سبب لا دخل للمدين فيه فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا**"[142].

فإعسار الكفيل أو عدم توطنه في الجزائر يعد إضعافاً للتأمين، ويسقط حق المدين في الأصل، ويختار بين أن يقدم ضماناً كافياً، أو أن يتحمل نتائج سقوط الأجل، فيقوم بوفاء الدين فوراً[143].

طبقاً للمادة 2/646 ق.م.ج إذا فقد الكفيل أحد هذا الشرطين، وهما شرط اليسار والإقامة في الجزائر، فيجوز للمدين أن يقدم عوضا عن الكفيل تأميناً عينياً كافياً لأنه يحقق ضماناً أكثر للدائن في استيفاء حقه، وقد يكون التأمين العيني رهنا رسمياً أو رهناً حيازياً على عقار أو على منقول وعلى هذا يكون للمدين الخيار بين تقديم الكفيل أو تأمين عيني للدائن بشرط أن يكون هذا التأمين العيني كافيا[144].

---

[140] – باقي وداد، مرجع سابق، ص 54.

[141] – محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 67.

[142] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[143] – العاقب عيسى، مرجع سابق، ص ص 22–23.

[144] – بنت الخوخ مريم، مرجع سابق، ص 17.

لم يذكر المشرع الجزائري عبارة " **كفيلاً آخر**" عكس المشرع الفرنسي[145]، الذي أوجب على المدين تقديم كفيل آخر في حالة تخلف هذين الشرطين المذكورين سابقاً، إلا إذا كان الدائن قد اختار كفيلاً بذاته، فإنه يتحمل نتيجة إعساره، وإذ لم يقدم المدين تأميناً عينياً كافياً، يسقط أجل الدين ويحق للدائن بمطالبة المدين بالوفاء الفوري، وهذا طبقاً للقواعد العامة، ولذا يجب أن تستمر هذه الشروط مادامت الكفالة قائمة[146].

[145] – تنص المادة 2020 من القانون المدني الفرنسي على أنه: **<Lorsque la caution reçue par le créancier, volontairement ou en justice, est ensuite devenue insolvable, il doit en être donné une autre>.** ، مرجع سابق .

[146] – زاهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص ص 37–38.

الفصل الثاني

أثار وانقضاء عقد

الـكفالة الشخصية

يترتب عن عقد الكفالة متى كان صحيحاً أثار بين عاقديه وهما الدائن والكفيل، وذلك لكونها عبارة عن عملية قانونية أوسع وأشمل من العقد ذاته ونظراً لصفة التبعية التي تكتسيها، فإنها ترتب عبء ذلك نشوء عدة علاقات سواء بين الكفيل والمدين، وهذا في حالة وفاء الكفيل بالدين المكفول أو بين الكفلاء في حالة تعددهم، وعليه لدراسة أثار الكفالة يستوجب الأمر دراسة كامل لهذه العلاقات[147].

بالإضافة إلى ذلك ينقضي التزام الكفيل تبعاً لانقضاء الالتزام الأصلي كونه مرتبط بالالتزام المكفول وجوداً وعدماً، كما قد تنقضي الكفالة بطريق أصلي إذا انقضت هي ذاتها بأي سبب من أسباب التي تنقضي بها الالتزامات، دون أن يؤدي ذلك إلى انقضاء الالتزام المكفول، كما أن المشرع الجزائري قد أفردها بأوجه خاصة لانقضائها دون غيرها.

وعليه سوف تتمحور دراستنا في هذا الفصل على الأثار المترتبة عن عقد الكفالة **(مبحث أول)**، وكذا كيفية انقضائها**(مبحث ثان)**.

[147] – نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 353.

المبحث الأول

الأثار المترتبة عن عقد الكفالة الشخصية

يترتب عن انعقاد الكفالة الشخصية أثار قانونية ويظهر ذلك في العلاقة بين الدائن والكفيل باعتبارهما طرفا هذا العقد وإليهما تنصرف أثره، ومع ذلك هناك أثار أخرى تنشأ عن تنفيذ هذا العقد وتظهر سواء في العلاقة الناشئة بين المدين والكفيل أو علاقة الكفيل مع غيره من الكفلاء[148].

وعليه سوف نتطرق إلى العلاقة بين الكفيل والدائن **(مطلب أول)**، وعلاقة الكفيل بالمدين وبغيره من الكفلاء في **(مطلب ثان)**.

المطلب الأول

العلاقة بين الكفيل والدائن

إن طرفي عقد الكفالة هما الدائن والكفيل، لذا يفترض نشوء علاقة بينهما والغرض منها هو تحقيق الضمان، ويكون الكفيل ضامن احتياطي يتعين عليه الوفاء بالتزامه إذا لم يفي به المدين وهذه العلاقة تنشأ وتزود الكفيل بدفوع قد يتمسك بها قبل الدائن، نتيجة لذلك يكون للدائن حقوق **(فرع أول)**، وكذا للكفيل دفوع يتمسك بها في مواجهة الدائن **(فرع ثان)**.

الفرع الأول

حقوق الدائن

ينسب للدائن في علاقته بالكفيل الضامن حقوق هي أساس الضمان الذي توفره الكفالة للدائن وهي تتمثل في الحق في مطالبة الكفيل بالوفاء بالدين الذي لم يفي به المدين **(أولا)**، كما يمكن له التنفيذ على أموال الكفيل **(ثانيا)** **[149]**.

---

[148]– سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 58.

[149]– كمال فتحي دريس، مرجع سابق، ص 111.

أولا: حق الدائن بمطالبة الكفيل بالوفاء بالدين

لكي يمارس الدائن حقه في المطالبة بالوفاء يجب أن يتوفر الشرطين الآتيين:

1) حلول أجل الدين

لا يستطيع الدائن مطالبة الكفيل بالوفاء بالدين إلا إذا حلَ أجل الوفاء، وهذا الأجل يحدده عقد الكفالة[150]، فإذا إتفقا الطرفين على أجل معين وجب أن تتم المطالبة بحلوله، ونشير في هذا المقام أنه لا يجوز أن يكون أجل الوفاء أو تارخ الإستحقاق أقصر من أجل الالتزام الأصلي تطبيقاً لفكرة أنه لايصح عقد الكفالة بشروط أشد، وإذا ما حدد في عقد الكفالة أجل أطول من أجل الالتزام الأصلي، فلا يكون للدائن مطالبة الكفيل إلا عند حلوله، وإذا كان له مطالبة الدين قبل ذلك عند حلول الأجل الأصلي[151].

وعلى فرض أن أجل الالتزام الأصلي تم تمديده بإرادة الدائن والمدين، أو بحكم القاضي فإن الكفيل يستفيد من هذا المد فيمتد أجل إلتزام الكفيل إلى هذا الأجل الجديد، ولايجوز مطالبة هذا الأخير قبل هذا الأجال الجديد، أما إذا تم الإتفاق على تعجيل أجل التزام المدين فإن الكفيل لا يضار من هذا الإتفاق ولا يجوز مطالبته إلا عند حلول الاجل الأصلي[152].

2) رجوع الدائن على المدين أولا

بغيت تنفيذ مطالبة الدائن الكفيل بالوفاء يتعين عليه أن يرجع أولا على المدين قبل رجوعه على الكفيل، أو على الأقل أن يرجع على الكفيل والمدين معاً متى كان أجل إلتزامهما واحد، ولو لم يكونا متضامنين في الوفاء، أي إذا كانت الكفالة بسيطة،لأن الكفيل يلتزم بصفة إحتياطية، فهو يضمن دين غيره، ولذلك يكون من العدل ألا يطالبه الدائن بالدفع إلا بعد أن يرجع على المدين

---

[150]– مصطفى عبد الجواد حجازي، مرجع سابق، ص 102.

[151]– توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص ص 44–45.

[152]– نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية (الكفالة–الإنابة الناقصة–الضمان بمجرد الطلب)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص ص 85–86.

الأصلي لهذا الدين[153]، وهذا طبقاً للمادة 1/660 ق.م.ج التي تنص على أنه: **"لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين"[154]**.

أما إذا كان الكفيل متضامنا مع المدين، فله أن يرجع على الكفيل مباشرة[155]، ويقصد بالرجوع المطالبة القضائية، وبمعنى آخر أن يرفع الدائن الدعوى على المدين ليحصل على حكم يلزمه بالوفاء، ولذا لايكفي إعذار المدين لكي يرجع الدائن على الكفيل[156].

ثانيا: حق الدائن في التنفيذ على أموال الكفيل

يحق للدائن التنفيذ على أموال الكفيل وفقا للأوضاع والشروط المقررة قانونا، غير أن هذا التنفيذ يختلف بالنظر إلى وضعية الكفيل، حيث أن هذا الأخير إذا كان متضامنا مع المدين فيمكن للدائن التنفيذ على أي منهما بإعتبارهما مدينين أصليين، أما في حالة عدم تضامنهما، فلا يمكن للدائن التنفيذ على الكفيل إلا بعد التنفيذ على المدين الأصلي[157]، غير أنه في هذه الحالة يستطيع الكفيل أن يوقف إجراءات التنفيذ على أمواله عن طريق الدفع بتجريد[158].

---

[153]– بن يكن عبد المجيد، مرجع سابق، ص ص 171 –172.

[154]– أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[155]– زاهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص 73.

[156]– محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 62.

[157]– كمال فتحي دريس، مرجع سابق، ص 113.

[158]– مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، عقد الكفالة، الطبعة الثالثة، درا الكتب المصرية، مصر، 1994، ص 87.

الفرع الثاني

الدفوع التي يتمسك بها الكفيل في مواجهة الدائن

رتب المشرع في إطار الكفالة حقوق للدائن في المطالبة بالوفاء، غير أنه في المقابل قرر للكفيل دفوع يواجه بها هذه المطالبة، ومن بين هذه الدفوع نجد ماهو مرتبط بالالتزام الأصلي **(أولا)** وماهو مرتبط بعقد الكفالة**(ثانيا)**.

أولا: الدفوع المرتبطة بالالتزام الأصلي

يجوز للكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بجميع الدفوع التي يستطيع المدين التمسك بها في مواجهة الدائن، ذلك لأن تبعية التزام الكفيل تجعله يتأثر بكل ما يؤثر في الالتزام المكفول وللكفيل التمسك بهذه الدفوع سواء كان متضامن أو غير متضامن مع المدين[159]، وهذا وفقا للمادة 666 ق.م.ج التي تنص على أنه: " **يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين**"[160].

من بين هذه الدفوع ما يترتب عن بطلان الالتزام المكفول كالدفع ببطلان الالتزام الأصلي ويكون ذلك في حالة إنعدام الرضا، أو عدم مشروعية المحل أو السبب، كما يحق للكفيل التمسك بإبطال الاتزام الأصلي وذلك في حالة قابلية عقد الكفالة للإبطال بسبب عيب في الرضا[161].

غير أنه إذا كان سبب إبطال الالتزام الأصلي هو نقص أهلية المدين، فلا يجوز للكفيل التمسك بهذا الدفع مادام كان عالما بنقص الأهلية وقت التعاقد[162]، وهذا طبقاً للمادة 2/654 ق.م.ج سالفة الذكر.

---

[159]– عشور زينب، مرجع سابق، ص 26.

[160]– أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[161]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 108.

[162]– طلبة أنور، مرجع سابق، ص 361.

بالإضافة إلى ما سبق يجوز أيضا للكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بأي سبب من أسباب الإنقضاء الالتزام الأصلي، سواء عن طريق الوفاء أو المقاصة أو التجديد ....إلخ، ففي هذه الحالة يجوز للكفيل بأن يتمسك بإنقضاء الكفالة تبعا لإنقضاء الالتزام الأصلي[163].

ثانيا: الدفوع المرتبطة بعقد الكفالة

يمكن للكفيل أن يتمسك بدفوع أخرى مرتبطة بعقد الكفالة تتمثل في الدفع بالرجوع **(1)**، الدفع بتجريد **(2)** ،الدفع بتجريد التأمين العيني**(3)**، والدفع بالتقسيم **(4)**.

1) الدفع بالرجوع

يقصد به "أن يدفع الكفيل في مطالبة الدائن بالوفاء بالدين بضرورة الرجوع أولا على المدين الأصلي"[164]، وهذا ما نصت عليه المادة 1/660 ق.م.ج المذكورة أعلاه ، حتى يكون للكفيل الحق في التمسك بالدفع بالرجوع يجب أن تتوفر الشروط التالية:

– **أن لا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في الدفع بالرجوع:** إن حق الدفع هو حق مقرر للكفيل قانونا، فله أن يستعمله أو يتنازل عنه وهذا التنازل قد يكون صريحا أو ضمنيا وقت إنعقاد الكفالة أو بعدها[165].

– **أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين:** إشترط المشرع لصحة الدفع بالرجوع أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين، ذلك كون الدائن يستطيع الرجوع على الكفيل المتضامن إبتداء دون أن يستطيع هذا الأخير الدفع بوجوب الرجوع على المدين أولا لأن هذا الدفع قاصر على الكفيل البسيط دون الكفيل المتضامن[166]، وقد طبق المشرع الجزائري هذه الفكرة عندما أجاز الرجوع على كفيل الكفيل

[163]– سرايش زكريا، الوجيز في شرح أحكام عقد الكفالة والرهن الرسمي، وفق القانون الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 24.

[164]– كمال فتحي دريس، مرجع سابق، ص 114.

[165]– سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 64.

[166]– محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 121.

إذا كان متضامنا مع الكفيل[167]، وهذا ما جاءت به المادة 669 ق.م.ج التي تنص على أنه: " **تجوز كفالة الكفيل، و في هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل قبل رجوعه على الكفيل إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل**"[168].

– **أن يكون للكفيل مصلحة في التمسك بهذا الدفع:** مفاد هذا الشرط أنه إذا ثبت إعسار المدين وليس له أموال يمكن التنفيذ عليها، فهو دليل على عدم وجود مصلحة للكفيل للتمسك بالدفع بالرجوع[169].

2) الدفع بتجريد

الدفع بتجريد وسيلة مقررة لمصلحة الكفيل يكون له بمقتضاها أن يمنع تنفيذ الدائن على أمواله، إذا لم يكن هذا الأخير قد نفذ على أموال المدين، فالمنطق يقتضي أن ينفذ الدائن على المدين قبل إقدامه بذلك على الكفيل، لأن التزام الكفيل هو التزام تابع، لا ينبغي اللجوء إليه إلا إذا تعذر الحصول على حق الدائن من أموال المدين[170].

يجب توافر الشروط الآتية ليحق للكفيل التمسك بهذا الدفع:

– **أن يكون الكفيل شخصي وليس كفيل عيني:** ينحصر الدفع في الكفيل دون العيني الذي يقدم عينا ضمانا للدين، وبالتالي يكون من حق الدائن التنفيذ عليها كتأمين عيني، ولايكون للكفيل في هذه الحالة الدفع بتجريد لتعارض الدفع مع الحق العيني التبعي الثابت للدائن، وذلك ما لم يوجد إتفاق يقضي بأن للكفيل العيني الحق في التجريد[171].

---

[167]– براهم أسماء، عطوي صفاء، مرجع سابق، ص 43.

[168]– أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[169]– كمال فتحي دريس، مرجع سابق، ص 114.

[170]– سرايش زكريا، مرجع سابق، ص 26.

[171]– طلبة أنور، مرجع سابق، ص 379.

– **أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين:** طبقاً لمضمون المادة 665 ق.م.ج التي تنص على أنه: " **لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد**"[172]، يتضح من النص المادة أن الكفيل المتضامن مع المدين لا يجوز له التمسك بالدفع بتجريد المدين[173].

هذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 20 جوان 2007 الذي جاء في مبدأها: " **الكفالة المتضامنة تفقد الكفيل حق المطالبة بتجريد المدين من أمواله**"[174].

– **أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع:** بالعودة إلى المادة 2/660 ق.م.ج التي تنص في شطرها الأخيرة نجد أنها نصت على أنه: " **...و يجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق**"[175] .

يتضح أنه يجب على الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع، لأنه حق مقرر لمصلحته، ولا يتعلق بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها[176]، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 06 مارس2008 الذي جاء فيه: " **حيث أن المحكمة العليا تلاحظ من خلال إطلاعها على القرار المطعون فيه أن المطعون ضده لم يتمسك بتطبيق المادة 660 من القانون المدني و لا يمكن لقضاة الاستئناف إثارة تطبيقها تلقائيا**"[177].

---

[172]– أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[173]– باقي وداد، مرجع سابق، ص 110.

[174]– المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار بتاريخ 2007/06/20، ملف رقم 371305، مجلة المحكمة العليا، عدد01 2008، ص87.

[175]– أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[176]– العاقب عيسى، مرجع سابق، ص 58.

[177]– المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، قرار بتاريخ 2008/03/05، ملف رقم 427543، مجلة المحكمة العليا عدد 01، 2008، ص 142.

بما أن حق الدفع بتجريد مقرر لمصلحة الكفيل فإنه يجوز له أن يتنازل عنه صراحتا أو ضمنيا[178] .

– **أن يرشد الكفيل الدائن إلى أموال المدين:** أكدت على هذا الشرط المادة 661 ق.م.ج التي تنص على أنه: " **إذا طلب الكفيل التجريد، وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين تفي بالدين كله.**

ولا يؤخذ بعين الإعتبار الأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي الجزائرية، أو كانت متنازعا فيه"[179]، يتبين أنه يجب على الكفيل طلب التجريد أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين التي تفي بالدين كله[180].

يشترط في الأموال التي يجب أن يرشد إليها الكفيل الدائن مايلي:

- ✓ **أن تكون هذه الأموال مملوكة للمدين وكافية للوفاء بالدين:** ليتسنى للكفيل التمسك بالدفع بتجريد، يجب أن تكون هذه الاموال مملوكة للمدين وكافية للوفاء بكل الدين، أما إذا كانت تكفي للوفاء بجزء من الدين فلا يجوز التمسك بالدفع بتجريد[181].
- ✓ **الزامية وجود الأموال في الجزائر:** إن الغرض من هذا الشرط هو عدم إرهاق الدائن في التنفيذ على مال موجود بالخارج[182]، لأن وجود الأموال في الخارج يعيق الحجز عليها وبالتالي قد يعيق التنفيذ عليها[183].

---

[178]– ستار جبار زاير،" الدفع بتجريد المدين في عقد الكفالة خلال مرحلتي التقاضي و التنفيذ"، **مجلة المعهد**، عدد 10 جامعة وارث الأنبياء، العراق، 2022، ص 458.

[179]– أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[180]– سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، مرجع سابق، ص 131.

[181]– ستار جبار زاير، مرجع سابق، ص 465.

[182]– سعيد سعد عبد السلام، مرجع سابق، ص 81.

[183]– ستار جبار زاير، مرجع سابق، ص 468.

- ✓ **ألا تكون أموال المدين متنازع فيها:** يقصد بالمال المتنازع فيه إذا رفعت دعوى بشأنه ويعتبر كذلك ولو لم ترفع بشأنه دعوى إذا وجد نزاع جدي بخصوصها، الحكمة من أن لا تكون أموال المدين متنازع فيها أنه ولو إذا شرع المدين في التنفيذ عليها لا فائدة من ذلك الشروع لأنه قد يؤدي إلى إلغاء الإجراءات بسبب إستحقاق المال لشخص آخر غير المدين[184].

3) الدفع بتجريد التأمين العيني

تولى المشرع الجزائري تنظيم هذا الدفع في المادة 663 ق.م.ج التي تنص على أنه:" **إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانونا أو إتفاقا لضمان الدين و قدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين**"[185].

حسب هذه المادة يحق للكفيل أن يطلب من الدائن تجريد التأمين العيني الذي قدمه المدين أولا أي أنه يجب على الدائن أن يبدأ بالتنفيذ على المال المحمل بهذا التأمين[186].

ومن أجل قيام هذا الدفع يجب توافر الشروط التالية:

– **أن يكون هناك تأمين عيني خصص لضمان الدين:** وجود التأمين العيني لازم، سواء كان إتفاقيا كالرهن بنوعيه، أو قانونيا كحق الإمتياز سواء كان وارد على منقول أو عقار، وأن تكون قيمته كافية أو غير كافية للوفاء بالدين وأن يكون ضامنا للدين المكفول[187].

[184]– سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص ص 73–74.

[185]– أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[186]– محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 154.

[187]– مرقس سليمان، مرجع سابق، ص 133.

– **أن يكون التأمين العيني قد نشأ قبل وقت إبرام عقد الكفالة:** كون الكفيل قد وضع في إعتباره أن هناك تأمين عيني عند قبوله الكفالة[188]، أما إذا كانت الكفالة قد أبرمت قبل التأمين العيني فلا يقبل منه هذا الدفع [189].

– **يجب ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين:** تضامن الكفيل مع المدين يجعل الكفيل ملتزما بصفة أصلية تجاه الدائن، ولذلك فإنه يمكن للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل حتى قبل التنفيذ على الأموال الخاصة بالتأمينات العينية[190].

– **تمسك الكفيل بهذا الدفع:** يجب على الكفيل التمسك بهذا الدفع لأنه حق مقرر لمصلحته وباعتباره دفع لا يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها[191].

– **يجب أن يكون التأمين العيني وارد على مال مملوك للمدين:** هذا الشرط مجمع عليه من أغلب شراح الفقه المصري، رغم عدم وروده في نص المادة 663 ق.م.ج، السالفة الذكر ويستندون في ذلك، إلا أن هذا الحكم ما هو إلا صورة خاصة من صور تجريد المدين من أمواله إذ أنه ورد عقب نصوص تنظيم الدفع بتجريد [192].

4) الدفع بالتقسيم

نص المشرع الجزائري على الدفع بالتقسيم في أحكام المادة 664 من ق.م.ج[193]، والتي يستفاد منها أن الدين ينقسم بقوة القانون على الكفلاء للدين الواحد بموجب عقد واحد في حالة عدم

---

[188]– محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 155.

[189]– همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 162.

[190]– سرايش زكريا، مرجع سابق، ص 28.

[191]– العاقب عيسى، مرجع سابق، ص 67.

[192]– محمد صبري السعدي، شرح القانون المني، مرجع سابق، ص 93.

[193]– تنص المادة 664 من أمر رقم 75–58، يتضمن ق.م.ج، معدل ومتمم، مرجع سابق، على أنه: " **إذا تعدد الكفلاء لدين واحد، وبعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم قسم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة.**

تضامنهم ، فلا يجوز لأي دائن أن يرجع على أي منهم إلا بقدر نصيبه في الدين فقط ففي حال مطالبة الدائن لأحد الكفلاء بكل الدين كان له أن يدفع المطالبة بأنه لا يلتزم إلا بجزء من الدين بقدر نصيبه في الكفالة، وإذا لم تحدد حصة كل منهم قسم الدين بالتساوي بينهم[194].

يشترط لتقسيم الدين بين الكفلاء مايلي:

- **أن يتعدد الكفلاء:** لأنه إذا كان للمدين كفيل واحد فإن الدين لا ينقسم بينه وبين المدين[195].

- **أن يكفل الكفلاء المتعددون دينا واحدا:** إذا كفل كفيلان كل منهما دينا غير الذي كفله الأخر لم ينقسم الدينين عليهما، بل يبقى كل منهما مسؤولا عن كل الدين الذي كفله، وعلى ذلك لا ينقسم الدين على الكفيل وكفيل الكفيل[196].

- **أن يكفل الكفلاء المتعددون نفس المدين أو نفس المدينين:** فإذا تعدد المدينون وكانوا متضامنين وقدم كل منهم كفيلا، أي لكل مدين كفيل، فلا يجوز لهؤلاء الكفلاء المتعددون أن يطلبوا التقسيم، بل يبقى كل منهم مسؤولا عن كل الدين لأنه في التضامن يجوز الدائن مسائلة أي مدين بكل الدين[197].

- **أن لا يكون الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم:** فإذا كانوا متضامنين فيما بينهم أو متضامنين مع المدين، فلا يحق لهم التمسك بالدفع بالتقسيم ويجوز في هذه الحالة أن يعود الدائن على أي أحد منهم، وأن يطالبه بالوفاء بكل الدين[198].

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".

[194]– ريم يحي أبزاخ، رجوع الكفيل الموفي على المدين دراسة مقارنة بين القانون الأردني والقانون المصري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2009، ص 31.

[195]– نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبيعية، مرجع سابق، ص 109.

[196]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 94.

[197]– سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، مرجع سابق، ص 139.

[198]– حوحو يمينة، مرجع سابق، ص 35.

– **أن يتعدد الكفلاء بعقد واحد:** إذا تعدد الكفلاء، وكانوا قد التزموا بعقد واحد، فإن هذا يدل على أن كل كفيل قد إعتمد على الكفلاء الآخرين، وبالتالي إنصرفت نيته إلى أنه لا يلتزم إلا بقدر نصيبه من الدين، ولذلك فإن المشرع الجزائري قرر تقسيم الدين فيما بينهم بقوة القانون[199]، أما في حالة تعددهم بعقود متوالية فالدين هنا لا ينقسم بقوة القانون، ويحق للدائن مطالبة كل منهم بكل الدين، ما لم يكن الكفيل قد إحتفظ لنفسه في عقد الكفالة بحق التقسيم[200]، وهذا ما جاءت به المادة 2/664 سالفة الذكر.

– **أن لا يكون الكفيل قد تنازل عن الحق في التقسيم:** إن الدفع بالتقسيم رغم أنه مقرر بقوة القانون إلا أنه ليس من النظام العام لذلك يجوز مخالفته، فقد يرد في عقد الكفالة شرط يقضي بتنازل أحد الكفلاء أو كلهم عن الدفع بالتقسيم، وقد يتنازل عنه الكفيل ضمنيا في حالة عودة الدائن على أحدهم يطالبه بالوفاء بالدين، فيقوم هذا الكفيل بالوفاء رغم توافر كل شروط الدفع بالتقسيم فيكون قد تنازل عن هذا الدفع ضمنيا[201].

المطلب الثاني

علاقة الكفيل بالمدين وبغيره من الكفلاء

إذا قام الكفيل بالوفاء، يكون له حق الرجوع على المدين بما وفاه للدائن، وتنشأ علاقة بين الكفيل المدين **(فرع أول)**، أما في حالة تعدد الكفلاء يكون للكفيل الحق في الرجوع على كل منهم بما وفاه للدائن ويترتب على ذلك نشوء علاقة بين الكفيل الموفي وبغيره من الكفلاء **(فرع ثان)**.

[199]– نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 379.

[200]– عشور زينب، ضمانات منح القروض في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص: قانون أعمال كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2018–2019، ص 33.

[201]– حوحو يمينة، مرجع سابق، ص 36.

الفرع الأول

علاقة الكفيل بالمدين

يعتبر المدين طرف أجنبي عن عقد الكفالة الذي يربط الكفيل بالدائن، لكن إذا قام الكفيل بالوفاء بالدين للدائن تنشأ علاقة بينه وبين المدين، وعليه يحق للكفيل الرجوع على المدين من أجل الحصول على ما وفى به، إما عن طريق الدعوى الشخصية **(أولا)** أو دعوى الحلول **(ثانيا)**، كما يحق للكفيل الرجوع على المدينين عند تعددهم**(ثالثا)** [202].

أولا: الدعوى الشخصية (دعوى الكفالة)

إن الدعوى الشخصية حق مقرر للكفيل، يرجع بها على المدين وذلك بعد قيامه بالوفاء، وهذا إذا توفرت البعض من الشروط **(1)**، كما أن موضوعها يجب يشتمل على أصل الدين والمصروفات**(2)**.

1) شروط الدعوى الشخصية

تتمثل شروط الدعوى الشخصية في مايلي:

أ- يجب أن يكون الوفاء بالدين عند حلول أجله

يشترط لرجوع الكفيل على المدين حلول أجل الدين المضمون، والأجل الذي يعتد به هو الأجل الأصلي للدين المكفول، فلا يحق للكفيل الرجوع بالدعوى الشخصية على المدين إلا بحلوله إلا أنه إذا إمتد الأجل الأصلي بسبب مهلة منحها الدائن للمدين، فإن هذا الإمتداد لا يعتد به في مواجهة الكفيل، ويجوز له أن يرجع على المدين بمجرد حلول الأجل الأصلي، أما في حالة تنازل المدين عن الأجل الأصلي، فإنه يجوز للكفيل التمسك بهذا التنازل ويحق له الرجوع على المدين عند حلول الأجل الجديد[203].

---

[202]– كمال فتحي دريس، مرجع سابق، ص 116.

[203] – سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 114.

ب- يجب أن يكون الكفيل قد وفى بكل الدين المكفول أو جزء منه

تنص المادة 1/672 ق.م.ج على أنه: " **يكون للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه"**[204].

يتضح أنه حتى يتسنى للكفيل أن يرجع بالدعوى الشخصية على المدين، يتعين عليه أن يكون قد وفى بالدين سواء كليا أو جزئيا، ولا يقتصر الأمر هنا على الوفاء بالالتزام فقط وإنما ينصرف الأمر إلى أسباب الإنقضاء الأخرى، كالوفاء بمقابل، التجديد، المقاصة، الإنابة الكاملة أو إتحاد الذمة بشرط أن يترتب عن ذلك براءة ذمة المدين[205].

ج- على الكفيل إخطار المدين

يجب على الكفيل قبل قيامه بالوفاء للدائن أن يخطر المدين، فإذا قام الكفيل بالوفاء دون القيام بإخطار المدين يفقده حق الرجوع على المدين، بحيث تبرئ ذمة المدين، كما أنه لا يترتب عن عدم قيام الكفيل بإخطار المدين براءة ذمة هذا الأخير في جميع الحالات، وذلك في الحالة التي لا يكون فيها المدين قد نفذ إلتزامه ولم تكن له أسباب تؤدي إلى إنقضاء الالتزام أو إبطاله[206]، وهذا طبقاً للمادة 670 ق.م.ج التي تنص على أنه:" **يجب على الكفيل أن يخبر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين، و إلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الإستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين أو بإنقضائه.**

فإذا لم يعارض المدين في الوفاء بقي للكفيل الحق في الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه"[207].

---

[204] – أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[205] – نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 388.

[206]– سرايش زكريا، مرجع سابق، ص 30.

[207]– أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

د- يجب أن تكون الكفالة عقدت لمصلحة المدين دون معارضته

يتبين من مضمون المادة 1/672 ق.م.ج، أن حق الرجوع على المدين يثبت للكفيل سواء كانت الكفالة قد تمت بعلم أو بغير علم المدين، ويستنتج من هذا الحكم أن المشرع إستبعد نطاق حق الرجوع بالكفالة التي تبرم رغم معارضة المدين[208].

أجمع الفقه على هذا الشرط من خلال إعتبار أن الكفالة تقتصر على الحالات التي تنعقد فيها دون معارضة المدين، وإلا إنتفت الحكمة من الرجوع بهذه الدعوى الخاصة التي تعطي للكفيل أكثر مما تعطيه القواعد العامة، وهو ما لا يمكن تفسيره إلا على أساس أن الكفيل قد أسدى خدمة للمدين وهو ما لا يتصور، إذا كانت الكفالة قد عقدت رغم معارضة المدين، وفي مثل هذه الحالة يكون للكفيل أن يرجع بدعوى الحلول أو أن يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة[209].

2) موضوع الدعوى الشخصية

تنص المادة 2/672 ق.م.ج على أنه: " **ويرجع بأصل الدين والمصروفات غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده**"[210]، يتبين من هذا النص أن الكفيل يرجع على المدين بالمبالغ التالية:

أ- أصل الدين

أصل الدين هو كل ما دفعه الكفيل إلى الدائن لإبراء ذمة المدين، ويشمل ذلك مقدار الدين الأصلي، وكذا فوائد هذا الدين لو كان ينتج فوائد إتفاقية أو قانونية ما دامت تدخل ضمن الدين المكفول[211]، ويشمل أصل الدين كذلك ما يضطر الكفيل إلى دفعه للدائن في نظير المصروفات التي

---

[208]- كودري فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 49.

[209]- زاهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص ص 102-103.

[210]- أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[211]- عشور زينب، مرجع سابق، ص 40.

تكبدها هذا الأخير في مواجهة المدين، كما يشمل بوجه عام كل ما وجب على الكفيل دفعه لإخلاء ذمة المدين[212].

ب- المصروفات

تشمل كل ما أنفقه الكفيل في سبيل الوفاء بإلتزامه كالمصروفات التي أنفقها في إرشاد الدائن إلى أموال المدين لتجريدها، ومصروفات العرض الحقيقي والإيداع فيما إذا إضطر الكفيل إلى ذلك فضلا عن المصروفات التي حكم عليه بها للدائن وتشمل ما أنفقه الدائن في مطالبة الكفيل بالوفاء كمصروفات رفع الدعوى على الكفيل، ومصروفات التنبيه عليه بالوفاء وكل المصروفات التي تقتضيها مطالبة الدائن للكفيل بوفاء إلتزامه[213].

بالمقابل فإن حق الكفيل في الرجوع يمتد إلى مصروفات المطالبة الأولى، إذ أنها مصروفات تنفق قبل أن يصل الكفيل إلى إتخاذ أي إجراء بإخطار للمدين، ولهذا يلتزم بها المدين لا الكفيل هذا ولقد أثير التساؤل ما إذا كان للكفيل مطالبة المدين بالتعويض إذا لحقه الضرر وهنا المادة 672 ق.م.ج المذكورة أعلاه لم تذكر شيء عن التعويض، حيث أنه بالرجوع إلى القواعد العامة نجد أنها تسمح بالمطالبة بالتعويض متى فعل الغير ضررا [214].

ثانيا: دعوى الحلول

إلى جانب الدعوى الشخصية التي يمارس من خلالها الكفيل رجوعه على المدين يمكن له الرجوع بدعوى أخرى وهي دعوى الحلول، وهذا الأخير يقع بقوة القانون متى قام الكفيل بالوفاء وهنا سوف تتمحور دراستنا على شروط هذه الدعوى**(1)** وموضوعها**(2)**.

---

[212]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 173.

[213]- نهلة أحمد فوزى أحمد، مرجع سابق، ص 40.

[214]- عسكري ليسيا، ولد شيخ شناز، الطبيعة القانونية لعقد الكفالة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2022، ص ص 54-55.

1) شروط دعوى الحلول

حتى يتمكن الكفيل من مباشرة هذه الدعوى، يجب أن تتوفر البعض من الشروط وهي:

أ- أن يكون الكفيل قد وفى الدين عند حلول أجله

يتعين على الكفيل الوفاء بالدين عند حلول أجله، فإذا تعجل الكفيل الوفاء بالدين وبدون رضا الدائن قبل حلول الأجل الأصلي، لا يكن له أن يرجع بدعوى الحلول إلا عند حلول هذا الأجل، أو لا يرجع أصلا إذا وجد ما بين وفاء الكفيل بالدين وحلول الأجل سبب لإنقضاء الدين[215]، أما في حالة إمتداد الأجل الأصلي للدين، إتفاقا أو قضاء، كان على الكفيل إذا أراد الرجوع بدعوى الحلول إحترام هذا الأجل المستجد، لأنه ليس له بمقتضى دعوى الحلول إلا ما كان للدائن من حق وقت الوفاء بما لهذا الحق من خصائص، ولم يكن للدائن في هذا الوقت إلا حق مؤجل[216].

ب- حصول الدائن على كامل دينه

يتعين على الكفيل، حتى يتسنى له الرجوع على المدين، بدعوى الحلول كما يلتزم أن يكون الكفيل قد وفى بكل الدين، سواء كان قد ضمنه كله أم ضمن جزء منه فقط، فإذا كان الكفيل قد وفى بجزء من الدين، فلا يرجع بدعوى الحلول إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من الدين[217]، وهذا طبقاً للمادة 2/671 ق.م.ج التي تنص على أنه: " **ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين**"[218].

لا يشترط في إستيفاء الدائن ما بقي له من الكفيل نفسه، فقد يستوفيه من المدين، أو أي شخص آخر، فالمهم أن يكون الدائن قد إستوفى كامل حقه، فإذا قام المدين بوفاء الجزء الباقي فاللكفيل الرجوع بدعوى الحلول، ويستطيع الإستفادة من كل التأمينات التي تضمن الدين[219].

---

[215]- عبد الرزاق أحمد الشهوري، مرجع سابق، ص 184.

[216]- همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 216.

[217]- حسني محمود عبد الدايم، مرجع سابق، ص 367.

[218]- أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[219]- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 107.

2) موضوع دعوى الحلول

تنص المادة 1/671 ق.م.ج على أنه: " **إذا وفى الكفيل الدين، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق تجاه المدين**"[220]، يفهم أنه إذا ما وفى الكفيل بكل الدين الذي على عاتقه أن يحل محل الدائن في كل ما له من حقوق إتجاه المدين، وتتمحور هذه الحقوق كالتالي:

أ- حلول الكفيل محلّ الدائن في حقه ويرجع على المدين بهذا الحق

يتعين أن يكون حق الدائن لازال قائما وقت الوفاء ليستطيع الكفيل الموفي أن يرجع به فإذا كان حق الدائن قد إنقضى بأي سبب، أو تقرر بطلانه قبل الوفاء، فإن الكفيل لا يستطيع أن يرجع بدعوى الحلول، وليس أمام الكفيل في هذه الحالة إلا الرجوع بالدعوى الشخصية المستندة إلى الكفالة بالرغم من أن حق الدائن قد إنقضى طبقا لما سبق بيانه، وذلك بإخطار المدين قبل وفاء الكفيل بحق الدائن، ولم يعترض المدين في الوقت المناسب[221].

ب- حلول الكفيل محلّ الدائن في حقه بما يلحقه من خصائص

إذا كان الدين تجاريا فإنه ينتقل إلى الكفيل بنفس الصفة، بكل ما تستتبعه هذه الصفة من نتائج من حيث الإختصاص وسعر الفائدة والإثبات، ويكون للكفيل أن يرفع دعواه على المدين أمام المحكمة التجارية المتفق على إختصاصها بين الدائن والمدين، ويخضع حق الكفيل لنوع التقادم الذي كان يخضع له حق الدائن، فالحقان من هذه الناحية عبارة عن شيئ واحد، ولا يجوز للكفيل أن يرجع على المدين قبل حلول الأجل المحدد للوفاء[222].

ج- حلول الكفيل محلّ الدائن في حقه بما يلحقه من توابع

إذا كان الدين الأصلي منتجا لفوائد بسعر معين، رجع الكفيل بهذه الفوائد، وكذلك إذا كان الدين الأصلي مقيد بشرط جزائي، فإن الكفيل يستفيد منه، كما كان يستفيد منه الدائن، كما يدخل

---

[220]- أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[221]- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص ص 108-109.

[222]- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 182.

في توابع الدين الدعاوي التي كانت تحميه، كدعوى الفسخ، والدعوى البوليصية، فهذه الدعاوي يستفيد منها الكفيل بمقتضى دعوى الحلول كما كان يستفيد منها الدائن[223].

د- حلول الكفيل محلّ **الدائن في حقه بما يلحقه من تأمينات**

يعني ذلك جميع التأمينات التي كانت تضمن للدائن الوفاء بدينه تنتقل إلى الكفيل لتضمن له رجوعه بما دفع على المدين، فالعبرة هنا بالتأمينات الموجودة وقت الوفاء وبالحالة التي كانت عليها وقت هذا الوفاء، فالرهن ينتقل بمرتبته، ولا يحتاج الكفيل إلى اتفاق خاص مع الدائن لإحلاله محله في هذه التأمينات، ولا يجوز للدائن أن ينزل على الرهن أو عن مرتبته إضرارا بحق الكفيل الذي حل محله في هذا الرهن، يستوي أن يكون مصدر هذه التأمينات الإتفاق أو القضاء أو القانون[224].

هـ- حلول الكفيل محلّ الدائن بما يرد على هذا الحق من الدفوع

يستطيع المدين أن يدفع رجوع الكفيل بكل ما كان يستطيع دفع رجوع الدائن به، كالدفع ببطلان الالتزام، أو إبطاله أو إنقضائه لأي سبب من أسباب الإنقضاء، كالتجديد ،المقاصة أو التقادم...إلخ، ويجوز للمدين كذلك أن يدفع بأن الحق معلق على شرط واقف أو فاسخ أو مضاف إلى أجل[225].

ثالثا: رجوع الكفيل على المدينين عند تعددهم

بعدما تطرقنا إلى الدعاوي التي يحق للكفيل إستعمالها لرجوع على المدين، أما الأن سوف نقوم بتبيان الكيفية التي يرجع بها على المدينين المتعددين سواء كانوا متضامنين**(1)**، أو غير متضامنين **(2)**.

---

[223]- حسني محمود عبد الدايم، مرجع سابق، ص 372.

[224]- زاهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص 108.

[225]- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 183.

1) حالة تعدد المدينين المتضامنين

تنص المادة 673 ق.م.ج على أنه: " **إذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين فللكفيل الذي ضمنهم جميعا أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين "**[226].

يتبين من هذا الحكم أنه للكفيل الموفي الحق بالرجوع على المدينين المتضامنين في الدين الواحد، إذا كان قد كفلهم جميعا، ويكون رجوعه بكل الدين على أي واحد منهم إذا كان الكفيل قد قام بوفاء الدين كاملاً للدائن، ويتم ذلك إما بالدعوى الشخصية وإما بالدعوى الحلول[227].

أما إذا كان الكفيل قد ضمن البعض من المدينين المتضامنين، فله الرجوع على المدينين الذين ضمنهم بأي من الدعويين السالفتي الذكر، وله أن يرجع على أي من المدينين الذين لم يكفلهم إما بالدعوى غير المباشرة أو بالدعوى الإثراء بلا سبب، كما يحق للكفيل الرجوع على الذين لم يكفلهم أو الذين كفلهم بموجب دعوى الحلول مطالباً أياً منهم بكل الدين[228].

2) حالة تعدد المدينين غير المتضامنين

إذا تعدد المدينين في الدين الواحد ولم يكونوا متضامنين فيما بينهم، رجع الكفيل على كل منهم بقدر نصيبه في الدين، ويكون ذلك إما بالدعوى الشخصية أو بالدعوى الحلول، ذلك كون تعدد المدينين وعدم تضامنهم يجعل الدين ينقسم بينهم ويجعل كل واحد منهم مستقل بقدر نصيبه في الدين[229]، أما إذا ضمن الكفيل بعضاً منهم وكانوا غير متضامنين، يستطيع الكفيل أن يرجع على المدينين الذين كفلهم كل بقدر نصيبه في الدين وذلك إما بالدعوى الشخصية أو بالدعوى الحلول أما المدينين الذين لم يكفلهم يرجع عليهم بالدعوى الإثراء بلا سبب[230] .

---

[226]– أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[227]– ريم يحي أبزاخ، مرجع سابق، ص 90.

[228]– طلبة أنور، مرجع سابق، ص ص 421–422.

[229]– مرقس سليمان ، مرجع سابق، ص 190.

[230]– سعاد توفيق سليمان أبومشايخ، مرجع سابق، ص 172.

الفرع الثاني

علاقة الكفيل مع غيره من الكفلاء

يحق للكفيل الرجوع على الكفلاء الآخرين، وهذا الحكم يختلف بحسب ما إذا كان هناك تضامن بين الكفلاء **(أولا)**، أو لم يكن هناك تضامن فيما بينهم**(ثانيا)**.

أولا: رجوع الكفيل على الكفلاء المتضامنين

إذا تعدد الكفلاء لدين واحد، وبعقد واحد وكانوا متضامنين في ما بينهم فلا ينقسم الدين عليهم وإذا التزم الكفلاء بعقود متوالية ولم يحتفظ أي منهم لنفسه بحق التقسيم، فيكون كلّ منهم مسؤول عن كل الدين[231].

فإذا وفى أحدهم الدين بعد مطالبته، فله الرجوع على غيره من الكفلاء، إما بدعوى الإثراء بلا سبب، وإما بدعوى الحلول محل الدائن، وفي الحالتين فإن الكفيل الموفي لا يرجع على كل كفيل إلا بقدر حصته ونصيبه في حصة من أعسر من الكفلاء[232]، وهذا طبقاً للمادة 668 ق.م .ج التي تنص على أنه: " **إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم و وفى أحدهم الدين عند حلوله يجوز له أن يرجع على كل من الباقين بحصته في الدين و بنصيبه في حصة المعسر منهم**"[233].

في حالة رجوع الكفيل بدعوى الإثراء بلا سبب، فإنه يرجع بأقل القيمتين، قيمة إفتقاره أو قيمة ما أثرى به الكفيل الذي رجع عليه، وهذا الأخير قد أثرى بمقدار حصته ونصيبه في حصة المعسر أما الكفيل الذي وفى فقد إفتقر بمقدار ما وفاه مجاوزاً حصته في المسؤولية عن الدين[234].

أما بالنسبة رجوع الكفيل بدعوى الحلول يعتبر إستثنائياً على أحكام الحلول، لأن المفروض أن الكفيل الذي حل محل الدائن يكون له حقه، ومن حق الدائن أن يرجع على أي كفيل متضامن بكل

---

[231]– العاقب عيسى، مرجع سابق، ص 92.

[232]– نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية، مرجع سابق، ص 136.

[233]– أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[234]– زاهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص 96.

الدين، فالكفيل المتضامن يرجع بحصته في الدين ونصيبه في حصة المعسر منهم والحكمة واضحة وهي تفادي الوقوع في حلقة مفرغة، لأنه لو سمحنا للكفيل أن يرجع بدعوى الحلول على كفيل أخر بكل الدين، فإن هذا الكفيل المرجوع عليه سيحل هو بدوره محل الدائن ويطالب أي كفيل أخر بكل الدين أيضاً، كما له أن يوجه مطالبته إلى الكفيل الذي رجع عليه من قبل[235].

ثانيا: رجوع الكفيل على الكفلاء غير المتضامنين

إذا تعدد الكفلاء لدين واحد أو بعقود متوالية، ولم يكونوا متضامنين فيما بينهم، لايجوز للدائن أن يطالب أيا منهم إلا بقدر حصته في الدين فقط ويمكن لأي منهم أن يدفع مطالبة الدين له بتقسيم الدين عليهم، وإذا كان أحد الكفلاء معسرا فلا يتحمل إعساره غيره من الكفلاء، والدائن هو الذي يتحمل حصة الكفيل المعسر منهم[236].

في حالة ما إذا قام أحد الكفلاء بالوفاء بحصته في الدين، فإنه لا يجوز له الرجوع على الكفلاء الأخرين، لأن كل منهم مسؤول عن نصيبه في الدين[237]، أما إذا أوفى أحد الكفلاء بكل الدين، فلا يستطيع الرجوع على غيره من الكفلاء إلا بدعوى الإثراء بلا سبب، وذلك طبقا للقواعد العامة، ويرجع على كل منهم بحدود حصته، فإن رجع على أحدهم فوجده معسرا تحمل الكفيل الموفي وحده تبعية هذا الاعسار[238].

[235]– حسني محمود عبد الدايم، مرجع سابق، ص ص 400–401.

[236]– باقي وداد، مرجع سابق، ص 178.

[237]– سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 127.

[238]– عدنان إبراهيم السرحان، مرجع سابق، ص 297.

المبحث الثاني

انقضاء الكفالة الشخصية

سبق أن بينا أن الكفالة عقد تابع للالتزام الأصلي، إذ هي تقوم على ضمان الوفاء به وعليه تنقضي الكفالة بصورة تبعية كونها تابعة للالتزام الأصلي في الوجود والصحة والانقضاء والبطلان كما تنقضي بصورة أصلية لكون أن لها أسس خاصة بها، تؤدي إلى براءة ذمة الكفيل دون أن يترتب على ذلك انقضاء الالتزام الأصلي، وعليه سوف نبين في **(مطلب أول)** انقضاء الكفالة بصفة تبعية أما **(مطلب ثان)** انقضاء الكفالة بصفة أصلية.

المطلب الأول

انقضاء الكفالة الشخصية بصفة تبعية

يترتب على انقضاء الالتزام الأصلي انقضاء الكفالة تبعا له، لأنها تستند إلى الالتزام الأصلي وبانقضائها يصبح التزام الكفيل بغير محل، لأن التابع لا يبقى بغير الأصيل، وبراءة المتبوع توجب براءة التابع.

ينقضي الالتزام الأصلي لأي سبب من أسباب الانقضاء العامة، قد ينقضي بالوفاء **(فرع أول)** أو بما يعادل الوفاء **(فرع ثان)** أو دون وفاء **(فرع ثالث)**.

الفرع الأول

انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء

إذا وفى المدين الأصلي بكل دينه وفاء صحيحا برئت ذمته وذمة الكفيل بالتبعية[239]، ويشترط لبراءة ذمة الكفيل أن يكون الوفاء صحيحا، وذلك بأن يكون الموفي مالكاً للشيء الذي وفى به وأن يكون ذو أهلية للتصرف[240]، وهذا ما قضت به المادة 260 ق.م.ج[241]، أما في حالة الوفاء الجزئي

[239] – عدنان إبراهيم السرحان، مرجع سابق، ص 280.

[240] – توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 84.

[241] – راجع المادة 260، من أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

فلا تبرأ ذمته ولا ذمة الكفيل إلا بقدر ما وفاه، ويكون للدائن أن يرجع بالباقي على المدين والكفيل لكن إذا وفى المدين ببعض دينه فقط، فلا تبرأ ذمته ولا ذمة الكفيل إلا بقدر ما وفاه ويكون للدائن أن يرجع بالباقي على المدين والكفيل[242].

ويعد وفاء قيام المدين بعرض الوفاء على الدائن عرضاً حقيقياً، إذا تلاه إيداع الدين أو إجراء مماثل إذا قبله الدائن، أو صدر حكم نهائي بصحته، فيترتب عنه انقضاء الالتزام الأصلي وانقضاء التزام الكفيل تبعا له[243]، طبقاً للمادة 274 ق.م.ج التي تنص على أنه: " **يقوم العرض الحقيقي بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء، إذا تلاه إيداع وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية، أو تلاه أي إجراء مماثل يشترط قبول الدائن أو صحته بحكم له قوة الشيء المقضي به**"[244].

الفرع الثاني

انقضاء الالتزام الأصلي بما يعادل الوفاء

نص المشرع الجزائري على أربعة (4) أسباب لانقضاء الالتزام الأصلي بما يعادل الوفاء، ومن هذه الأسباب نجد الوفاء بمقابل **(أولا)**، التجديد والإنابة **(ثانيا)**، المقاصة **(ثالثا)**، اتحاد الذمة**(رابعا)**.

أولا: انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء بمقابل

يتم اللجوء إلى هذه الوسيلة في الحالة التي يتراضى فيها طرفي الحق على استبدال الحق الجديد المتفق عليه بالحق الأصلي[245].

---

[242]– سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 101

[243] – محمد علي عبده، مرجع سابق، ص 182.

[244] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[245] – كمال فتحي دريس، مرجع سابق، ص 122.

تنص المادة 655 ق.م.ج على أنه:" **إذا قبل الدائن شيئا آخر في مقابل الدين برئت بذلك ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء**"[246].

يتضح من هذه المادة أن المدين قد قضى الدين المكفول، عن طريق الوفاء بمقابل، أي اتفق المدين مع الدائن على الاستعاضة عن الدين الأصلي بنقل ملكية شيء آخر من المدين إلى الدائن ونفذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فعلاً، ومن ثم تبرأ ذمة المدين من الدين الأصلي عن طريق هذا الوفاء بمقابل، وتبرأ ذمة الكفيل تبعاً لذلك، وتنقضي الكفالة بالتبعية[247].

يشترط لبراءة ذمة الكفيل أن يكون الوفاء بمقابل قد تم اختيارياً من المدين أو من غيره، فلا يعتبر وفاء بمقابل أن يكون الدائن مجبراً على قبول شيء آخر في مقابل الدين[248].

يعتبر الوفاء بمقابل معلق على شرط فاسخ وهو استحقاق الشيء، فإذا تحقق هذا الأخير اعتبر الوفاء بمقابل كأنه لم يكن وظل الدين قائماً وأيضاً الكفالة التي كانت تضمنه[249]، أما إذا تخلف الشرط الفاسخ فيعتبر الوفاء بمقابل قد تم، وينقضي الالتزام الأصلي وينقضي معه التزام الكفيل بالتبعية[250].

ثانيا: انقضاء الالتزام الأصلي بالتجديد والإنابة

التجديد هو: " إحلال دين جديد محل الدين القديم في محله أوفي مصدره أو في أحد طرفيه" [251] وعليه تجديد الالتزام الأصلي يؤدي إلى انقضائه ونشوء التزام جديد يحل محله، وتنقضي تبعا لذلك الكفالة التي كانت ضامنة له، ولا تنتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام

---

[246] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[247] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 216.

[248] – باقي وداد، مرجع سابق، ص 194.

[249] – همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 238.

[250] – زاهية حورية سي يوسف، عقد الكفالة، الطبعة الرابعة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 136.

[251]– باقي وداد، مرجع سابق، ص 130.

الأصلي، إلا بالاتفاق أو بنص القانون ويشترط في هذه الحالة موافقة الكفيل على هذا الانتقال، وهذا طبقاً للمادة 291 ق.م.ج[252].

كما أن الكفالة سواء كانت عينية أو شخصية لا تنتقل إلى الالتزام الجديد إلا إذا رضي الكفيل بذلك[253]، وهذا تطبيقاً للمادة 293 ق.م.ج التي تنص بأنه:" **لا تنتقل الكفالة العينية، أو الشخصية ولا التضامن إلى الالتزام الجديد إلا إذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون**"[254].

يجب توافر شروط لكي يترتب على التجديد انقضاء الالتزام، ومن بينها يتعين على المدين الأصلي أن يجدد دينه، وذلك بتغيير الدائن أو المدين، أو بتغيير الدين في محله أو مصدره، كما يجب أن يكون كل من الالتزام القديم والالتزام الجديد خاليا من أسباب البطلان، كما يجب أن تكون نية التجديد واضحة، بأن يتفق عليه صراحةً، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف، كون التجديد لا يفترض[255].

أما بالنسبة للإنابة التي يترتب عنها انقضاء الالتزام هي الإنابة الكاملة[256]، وتكون الإنابة كاملة عندما ينيب المدين عنه شخصاً أخر يتعهد للدائن بدين جديد بدل الدين القديم الذي كان في ذمته، فالإنابة الكاملة تؤدي إلى انقضاء الدين القديم لينشأ مكانه دين جديد وكذلك الكفالة بطريق التبعية، فالإنابة الكاملة هي تجديد بتغيير المدين، يشترط لوجود الإنابة الكاملة توافر شروط التجديد حيث ينبغي أن يوجد اتفاق على استبدال الدين القديم بدين جديد يحل محله، وأن يكون كل من الالتزامين صحيحان وأن تتوافر نية التجديد.

يشترط القانون بالإضافة إلى ذلك أن يكون الشخص المناب موسرا وقت الإنابة، إذ لا يتصور أن يقبل الدائن حلول المناب محل المدين **(المنيب)** إلا إذا كان هذا المناب مليئا، إذا أثبت إعساره

---

[252]– راجع المادة 291، من أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[253]– حسني محمود عبد الدايم، مرجع سابق، ص 265.

[254]– أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[255]– نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص ص 414–415.

[256]– زاهية حورية سي يوسف، الوجيز في عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 125.

وقت الإنابة فلا تبرأ ذمة المدين **(المنيب)** قبل الدائن، أما إذا أعسر المناب بعد الإنابة تحمل الدائن تبعة هذا الإعسار، ولا يجوز له الرجوع على المدين **(المنيب)**، ما لم يكن قد اتفق معه على غير ذلك في عقد الإنابة[257]، وهذا عكس الانابة الناقصة[258].

ثالثا: انقضاء الالتزام الأصلي بالمقاصة

يراد بالمقاصة: " تلك العملية القانونية التي يرمي الكفيل من خلالها إلى إسقاط الدين المترتب بذمته تجاه الدائن أو على الأقل جزء منه، وذلك عندما يصبح بدوره دائنا لهذا الأخير"[259].

تنص المادة 300 ق.م.ج على أنه:" **لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها**"[260].

يتبين أن المقاصة في الأصل لا تقع بقوة القانون إذ يجب أن يتمسك بها صاحب المصلحة فيها، وصاحب المصلحة الأصلي هو المدين، كما يعتبر الكفيل أيضا صاحب مصلحة في انقضاء التزام المدين حتى ينقضي التزامه بصفة تبعية[261]، لذلك يجوز للكفيل أن يتمسك بالمقاصة، بل أن الكفيل يستطيع التمسك ببراءة ذمته على أساس المقاصة حتى ولو لم يتمسك المدين بها، وكذا حتى وإن تنازل عن حقه في التمسك بها[262]، ويستوي في ذلك الكفيل المتضامن والكفيل غير المتضامن[263].

---

[257] – باقي وداد، مرجع سابق، ص 196.

[258] – الإنابة الناقصة: "هي ضم ذمة المناب إلى ذمة المنيب فلا يترتب عليها انقضاء الالتزام الأصلي ولا التزام الكفيل فيبقى الالتزام الأصلي قائما بتوابعه إلى جانب الالتزام الجديد، وكذلك التزام الكفيل إذا تمت الإنابة الناقصة من جانبه، فيكون أمام الدائن ثلاثة أطراف للوفاء في الدين وهم المدين الأصلي والمناب **(المدين الجديد)** والكفيل"، ينظر: سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، مرجع سابق، ص 113.

[259] – محمد محمود معطي، مرجع سابق، ص 147.

[260] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[261] – سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 100.

[262] – محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 136.

[263] – سعيد سعد عبد السلام، مرجع سابق، ص 109.

الجدير بالذكر أن المقاصة ليست من النظام العام، فيجوز التنازل عنها، وفي حالة ما إذا تنازل المدين عنها يعود الدين إلى الوجود، بما كان له من تأمينات، دون الإضرار بحقوق الغير غير أن الكفالة لا تعود، لأن الكفيل كان قد تخلص من الكفالة منذ أن انقضى الدين المكفول بالمقاصة فلا يضار بتنازل المدين عن مقاصة الدين المكفول[264].

رابعا: انقضاء الالتزام الأصلي باتحاد الذمة

يقصد باتحاد الذمة: " أن تجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين"، ومثال ذلك أن يرث المدين دائنه[265]، وهذا تطبيقاً للمادة 1/304 ق.م.ج التي تنص على أنه:" **إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة**"[266]، وعليه يترتب على اتحاد الذمة انقضاء الالتزام الأصلي، وانقضاء التزام الكفيل بالتبعية[267].

ينقضي التزام الكفيل بالقدر الذي حصل فيه اتحاد الذمة بينه وبين الدائن، غير أنه إذا زال سبب اتحاد الذمة، فإن الالتزام الأصلي يعود وكذا التزام الكفيل بالتبعية، كما إذا ظهر وارث يحجب الدائن أو المدين، أو أبطلت الوصية، فيعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن[268]، وهذا طبقاً للمادة 2/304 ق.م.ج التي تنص على أنه:" **وإذا زال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي عاد الدين إلى الوجود بملحقاته بالنسبة إلى المعنيين بالأمر ويعتبر اتحاد الذمة كأنه لم يكن**"[269].

---

[264] – قدري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الكفالة (التضامن–التضامم)، منشأة المعارف، مصر، 2002، ص 215.

[265] – كمال فتحي دريس، مرجع سابق، ص 123.

[266] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[267] – أحمد محمد زياد فيصل شرف، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2012، ص 59.

[268] – محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 123.

[269] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

لكن قد يحدث وينقضي التزام الكفيل بينه وبين الدائن، دون أن ينقضي الالتزام الأصلي ويتحقق ذلك بأن يرث الدائن الكفيل مثلا، ففي هذه الحالة تنقضي الكفالة بصفة أصلية وبالتالي يحق للكفيل أن يطلب المدين بالدين ذاته[270].

أما إذا اتحدت الذمة بين المدين والكفيل كأن يرث الكفيل المدين ففي هذه الحالة ينقضي التزام الكفيل من حيث المطالبة فقط، وعندما يقوم الكفيل بالوفاء بالدين للدائن يفي به باعتباره مدينا أصليا لا باعتباره كفيلا، فإنه لا يستطيع الرجوع على نفسه باعتباره مدينا[271]، و لكن التزامه ككفيل يبقى معتدا به في غير هذه المطالبة، ويترتب على ذلك، أنه إذا كان لهذا الكفيل كفيل، فإن التزام كفيل الكفيل يبقى قائما مستندا إلى التزام الكفيل بالرغم من انقضاء هذا الالتزام الأخير بالاتحاد الذمة، فيجوز للدائن في هذه الحالة إذا لم يستطع استيفاء حقه من الكفيل الذي أصبح في الوقت ذاته مدينا أصليا، أن يرجع على كفيل الكفيل، ولهذا الأخير إذا أوفى الدين أن يرجع على الكفيل بما وفاه للدائن بالرغم من اتحاد الذمة بين الكفيل والمدين المكفول[272].

الفرع الثالث

انقضاء الالتزام الأصلي بدون وفاء

تتعدد أسباب انقضاء الالتزام الأصلي بدون وفاء، لتشمل ثلاثة حالات وهي الإبراء**(أولا)** استحالة التنفيذ **(ثانيا)**، والتقادم**(ثالثا)**.

أولا: انقضاء الالتزام الأصلي بالإبراء

يقصد بالإبراء: " تنازل الدائن عن حقه بغير مقابل"[273]، وعليه إذا أبرأ الدائن المدين من الدين انقضى الالتزام الأصلي وينقضي بالتبعية كذلك التزام الكفيل، ويشترط ليرتب الإبراء أثاره أن يكون صحيحا، فيجب أن يكون الدائن قد أبرأ المدين مختارا، كما أن الإبراء تصرف بالإرادة المنفردة

[270] – محمد علي عبده، مرجع سابق، ص 198.

[271] – زهدي يكن، مرجع سابق، ص 332.

[272] – حسني محمود عبد الدايم، مرجع سابق، ص 270.

[273] – بن يكن عبد المجيد، مرجع سابق، ص 248.

من جانب الدائن[274]، حيث يتم الإبراء حتى وصل إلى علم المدين، ويرتد برده[275]، وهذا طبقاً للمادة 305 ق.م.ج التي تنص على أنه: " **ينقضي الالتزام إذا برأ الدائن مدينه اختياريا ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين**"[276].

وعليه إذا أبرأ الدائن مدينه، لكن المدين رد هذا الإبراء أي رفضه، كان بهذا الرد يفقر نفسه ذلك أن ذمته تبرأ من الدين بمجرد وصول الإبراء إلى علمه، فبرفضه للإبراء يعود الدين إلى ذمته بعد أن كان قد انقضى، وهنا يجوز للكفيل أن يطعن في هذا الرفض بالدعوى البوليصية، فلا يسري في حقه، وتبرأ ذمة الكفيل نهائيا من الكفالة[277].

بالإضافة إلى ما سبق لا يعتبر من قبيل الإبراء، الصلح الذي يعقده الدائن مع مدينه المفلس ويتنازل بمقتضاه عن جزء من دينه، وذلك لعدم توافر نية التبرع للمدين، وإنما قصد الدائن من وراء ذلك إفتاء خطر إفلاس المدين والحصول على أي جزء من دينه، ويترتب على ذلك أن الكفيل يبقى ملتزما بالوفاء بكل الدين المكفول حتى ولو بالنسبة إلى الجزء الذي قد تم التصالح بشأنه[278]، أما إذا قام الكفيل بوفاء الجزء الذي تصالح عليه الدائن مع المدين، لا يجوز له الرجوع على المدين، إذ لا يكون له بالنسبة لهذا الجزء إلا حق طبيعي[279].

---

274 – نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية، مرجع سابق، ص 147.

275 – طلبة أنور، مرجع سابق، ص 431.

276 – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

277 – زاهية حورية سي يوسف، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 143.

278 – نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية، مرجع سابق، ص 148.

279 – العاقب عيسى، مرجع سابق، ص 103.

ثانيا: انقضاء الالتزام الأصلي باستحالة التنفيذ

ينقضي الدين المكفول باستحالة التنفيذ، وذلك إذا كان للمدين كفيل، ثم استحال تنفيذ التزام المدين بسبب أجنبي **(كقوة قاهرة، أو حادث فجائي أو خطأ الدائن أو فعل الغير)**، انقضى الالتزام الأصلي وكذا ينقضي التزام الكفيل بصفة تبعية[280].

إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى خطأ صادر من المدين، فإن محل التزام المدين بالوفاء بالدين، يتحول إلى تعويض، ولا تبرأ ذمة المدين من الدين، ولا تبرأ ذمة الكفيل من الكفالة تبعا لذلك بل يبقى الكفيل كفيلا للتعويض الذي يقع على عاتق المدين[281].

أما إذا كانت هذه الاستحالة راجعة لخطأ صادر من الكفيل، فإن ذمة المدين تبرأ من الدين إذ يعتبر خطأ الكفيل سببا أجنبيا بالنسبة للمدين، فتبرأ ذمة الكفيل باعتباره كفيلا تبعا لبراءة ذمة المدين، لكن يبقى الكفيل مسؤولا عن خطئه كمدين أصلي نحو الدائن[282].

ثالثا: انقضاء الالتزام الأصلي بالتقادم

لم يعرف المشرع الجزائري التقادم المسقط إنما اكتفى بتحديد مدته، وينقضي الالتزام وفق القواعد العامة بمضي خمسة عشر سنة، وهذا تطبيقاً للمادة 308 ق.م.ج التي تنص على أنه: "**يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر سنة، فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون...**"[283].

عليه إذا انقضى الدين المكفول بالتقادم، ينقضي التزام الكفيل تبعا له[284]، حتى ولو كان الالتزام التابع لم ينقضي بالتقادم ويقع ذلك إذا كان التزام الكفيل قد أنشأ بعد الدين الأصلي بضمان

---

[280] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 230.

[281] – محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 364.

[282] – العاقب عيسى، مرجع سابق، ص 103.

[283] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[284] – مرقس سليمان، مرجع سابق، ص 208.

الكفيل الدين بعد نشوئه أو أن يكون أجل التزام الكفيل أبعد من أجل الالتزام الأصلي المكفول فيتقادم الالتزام قبل تقادم التزام الكفيل، فتبرأ ذمة المدين الأصلي وتبرأ تبعا لذلك ذمة الكفيل[285].

رابعا: انقضاء الالتزام الأصلي بالفسخ أو الإبطال

قد ينقضي الدين المكفول بفسخ العقد الذي أنشأه، فيصبح الدين كأنه لم يكن، وكذلك تصبح الكفالة كأنها لم تكن تبعا للدين، مثال ذلك أن يضمن الكفيل التزام المشتري بدفع الثمن، ثم يفسخ البيع فيزول بأثر رجعي ويعتبر دين الثمن كأن لم يكن، وكذلك يزول التزام الكفيل تبعا لزوال التزام المشتري بدفع الثمن، ولا تعود الكفالة بعد أن زالت، حتى لو كان للمدين الأصلي الذي زال التزامه بالفسخ التزام جديد، بل لا بد أن يلتزم الكفيل كذلك من جديد[286]، كذلك نفس الشيء بالنسبة لإبطال العقد، فإن كان العقد الذي أنشأ الدين المكفول قابل للإبطال، وأبطل بأثر رجعي زال الدين المكفول بهذا الأثر الرجعي وكذا تزول الكفالة تبعا له[287].

المطلب الثاني

انقضاء الكفالة الشخصية بصفة أصلية

قد ينقضي التزام الكفيل بصفة أصلية مع بقاء الالتزام الأصلي، كونه ناتج عن عقد مستقل له مقوماته الخاصة، وكذا شروط صحته ووجوده، كما ينقضي لأي سبب من أسباب العامة ويمكن أن ينقضي بأسباب خاصة، لذلك سوف نتطرق في هذا المطلب إلى الأسباب العامة لانقضاء الكفالة **(فرع أول)**، والأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة **(فرع ثان)**.

---

[285] – بنت الخوخ مريم، مرجع سابق، ص ص 32-33.

[286] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 233.

[287] – براهم أسماء، عطوي صفاء، مرجع سابق، ص 67.

الفرع الأول

الأسباب العامة لانقضاء الكفالة الشخصية

إن انقضاء التزام الكفيل بصفة أصلية وبالأسباب العامة، لا يؤدي إلى انقضاء الالتزام الأصلي، لكن كل ما يؤدي إلى انقضاء الالتزام الأصلي يترتب عنه انقضاء الكفالة، لذلك سوف نتطرق إلى البعض من هذه الأسباب التي تتمثل في اتحاد الذمة **(أولا)**، الإبراء **(ثانيا)** وكذا التقادم **(ثالثا)**.

أولا: انقضاء التزام الكفيل باتحاد الذمة

قد تنقضي الكفالة باتحاد الذمة بين الكفيل والدائن، دون أن ينقضي الدين المكفول، فإذا مات الدائن وورثه الكفيل ففي هذه الحالة يصبح هذا الأخير دائن لنفسه فتنقضي الكفالة بصفة أصلية مع بقاء الدين المكفول قائما فيستطيع أن يرجع على المدين لمطالبته بالوفاء بالدين باعتباره دائنا لا كفيلا، ذلك لأن الكفالة قد انقضت[288].

أما إذا مات المدين وورثه الكفيل، أو العكس، فاتحدت الذمة بين المدين والكفيل حينئذ يستطيع من ورث الآخر أن يؤدي الدين للدائن باعتباره مدينا أصليا لا كفيلا، ولكن التزامه ككفيل يبقى قائما معتدا به، وعليه فإذا كان للكفيل كفيل يبقى التزام كفيل الكفيل قائما مستندا إلى التزام الكفيل بالرغم من انقضائه باتحاد الذمة، ويستطيع الدائن حينئذ أن يرجع على كفيل الكفيل، من بقي منهما حيا وورث الآخر[289].

ثانيا: انقضاء التزام الكفيل بالإبراء

إذا قام الدائن بإبراء الكفيل من الكفالة برأت ذمة هذا الأخير منها، وذلك دون أن ينقضي الدين المكفول، فيكون الدائن قد تنازل عن الكفالة وأبرأ الكفيل منها، واستبقى الدين الذي يوجد في ذمة المدين الأصلي، بدون تأمين شخصي أما العكس فغير صحيح، فلا يجوز للدائن أن يبرأ ذمة

---

[288] – العاقب عيسى، مرجع سابق، ص 104.

[289] – قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص ص 220-221.

المدين الأصلي دون أن يبرأ ذمة الكفيل، والسبب في ذلك أن زوال الأصل يترتب عليه زوال التابع كما أن سقوط الفرع لا يسقط الأصل لعدم تبعية الأصل لفرعه[290].

أما إذا تعدد الكفلاء، فإن إبراء الدائن لأحدهم، لا يؤدي إلى براءة ذمة الكفلاء الآخرين وتجوز مطالبة الكفلاء الآخرين كل بقدر حصته، إذا كانوا غير متضامنين أو مطالبة أي منهم بكل الدين بعد خصم حصة الكفيل الذي أبرأت ذمته إذا كانوا الكفلاء متضامنين[291].

ثالثا: انقضاء التزام الكفيل بالتقادم

قد ينقضي التزام الكفيل دون أن ينقضي الالتزام الأصلي بالتقادم، والغالب أن يسري التقادم بالدين الأصلي في الوقت الذي يسري فيه بالنسبة لالتزام الكفيل، فينقضي الدينان بالتقادم في وقت واحد، إلا أنه قد ينقضي التزام الكفيل بالتقادم دون أن ينقضي الدين الأصلي، عند ذلك تنقضي الكفالة بصفة أصلية لانقضاء التزام الكفيل، وإن كان التزام المدين الأصلي لا زال باقيا[292].

الفرع الثاني

الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة الشخصية

نص القانون المدني الجزائري على ثلاث أسباب خاصة لانقضاء الكفالة دون أن ينقضي الالتزام الأصلي، والتي تتمثل في براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من تأمينات **(أولا)** براءة ذمة الكفيل لعدم اتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين بعد إنذار الكفيل له**(ثانيا)**، وبراءة ذمة الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين**(ثالثا)**.

290 – محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 373.

291 – زاهية حورية سي يوسف، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 150.

292 – بن يكن عبد المجيد، مرجع سابق، ص 263.

أولا: براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات

يستطيع الكفيل إذا وفى الدين أن يحل محل الدائن في حقوقه اتجاه المدين، وفي هذه الحالة يستطيع أن يستفيد بما لهذا الدين من ضمانات مقررة للدائن، لأنه يحل محله في هذا الحق بماله من خصائص، وبما يلحقه من توابع وما يضمنه من تأمينات[293].

فإذا أضاع الدائن بخطئه تأمينا من هذه التأمينات الضامنة للدين، فإنه يكون قد ضيع على الكفيل فرصة في استيفاء حقه الذي حل فيه محل الدائن، ويكون الجزاء على ذلك هو براءة ذمة الكفيل في مواجهة الدائن بقدر ما أضاعه هذا الأخير من تأمينات[294]، وهو ما نصت عليه المادة 656 ق.م.ج بأنه: " **تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات.**

ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو تقررت بعد الكفالة وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون"[295].

يحق لكل كفيل التمسك ببراءة ذمته، إذا ارتكب الدائن خطأ وضيع التأمينات وألحق ذلك ضررا للكفيل، سواء كان هذا الأخير متضامن مع المدين أو غير متضامن[296].

أما المدين المتضامن مع غيره من المدينين، لا يجوز له أن يتمسك ببراءة ذمته لإضاعة الدائن للتأمينات التي تضمن الدين، لأنه الملتزم الأصلي بالدين ويلتزم لمصلحته هو، أما الكفيل فيلتزم لمصلحة غيره وهو المدين، فيجب أن تكون حمايته أوسع من حماية المدين المتضامن[297] ولو أن هذا الأخير سيستفيد من هذه التأمينات عند رجوعه على غيره، بدعوى الحلول، لكن يجوز للمدين المتضامن إذا أضاع الدائن بخطئه تأمينا أن يرجع عليه بالتعويض عما أصابه من ضرر

---

293 – نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية، مرجع سابق، ص 147.

294 – زاهية حورية سي يوسف، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 150.

295 – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

296 – عبد الرزاق أحمد سنهوري، مرجع سابق، ص 241.

297 – المرجع نفسه، ص 243.

على أساس المسؤولية التقصيرية أو على أساس المسؤولية العقدية، إذا كان الدائن قد تعهد له بالمحافظة على التأمينات[298].

أما الأساس القانوني الذي تقوم عليه براءة ذمة الكفيل بسبب إضاعة الدائن التأمينات، هي قاعدة الحلول التي تقضي بحلول الكفيل الذي وفى بالدين في كل حقوقه قبل المدين بما لها من خصائص وما يلحقها من ضمانات وتوابع[299].

يشترط لبراءة ذمة الكفيل نتيجة لإضاعة التأمينات توافر عدة شروط:

1) أن يكون التأمين الذي أضاعه الدائن تأمينا خاصا

لا يثبت الدفع بإضاعة التأمينات، إلا إذا وجد إلى جانب الكفالة، تأمين خاص وأضاعه الدائن[300]، تطبيقاً للمادة 2/656 ق.م.ج التي تنص على أنه: " **ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو تقررت بعد الكفالة وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون**"[301].

يفهم من هذه المادة أنه يجب أن يكون التأمين الذي ضيعه الدائن بخطئه تأمينا خاصاً وفاءً لنفس الدين المكفول سواء كان تأمينا شخصيا كأن تكون كفالة أخرى مع كفيل آخر، أو تأميناً عينياً قدم من المدين أو الكفيل عيني، سواءً وجد قبل الكفالة أو معها أو بعدها، مهما كان مصدر هذا الضمان، سواءً كان اتفاقا كالرهن الرسمي أو الحيازي، أو قضائيا كحق الاختصاص أو قانونيا كحق الامتياز[302].

---

[298] – العاقب عيسى، مرجع سابق، ص 108.

[299] – عسكري ليسيا، ولد شيخ شناز، مرجع سابق، ص 63.

[300] – العاقب عيسى، مرجع سابق، ص 109.

[301] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[302] – حوحو يمينة، مرجع سابق، ص 37.

يستبعد من نطاق تطبيق هذه المادة، ما قد يترتب على عمل الدائن من إضعاف للضمان العام، ومثال ذلك لا يترتب على عدم استعمال الدائن لحقه في الدعوى البوليصية للوصول إلى إبطال تصرف أجراه المدين إضراراً به، إن هذا لا يؤدي إلى براءة ذمة الكفيل، لأنه ليس هنا أي إضاعة للتأمين الخاص[303]، ولكن هذا لا يمنع من أن الكفيل يستطيع مساءلة الدائن إذا صدرت منه هذه الأفعال عن خطأ وتسببت في ضرر للكفيل وذلك طبقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية[304].

2) يجب أن يكون إضاعة التأمين الخاص نتيجة خطأ من الدائن

يجب أن يكون الدائن قد أضاع التأمين الخاص بخطئه، أو بتقصير منه[305]، حتى يستطيع الكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته، وهذا طبقاً للمادة 1/656 ق.م.ج التي تنص على أنه: " **تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات**"[306] .

قد يكون الخطأ في صورة إيجابية تصدر عن الدائن كإبرائه كفيلاً آخر، أو نزوله عن رهن أو امتيازاً، أو نزوله لدائن متأخر عن مرتبته أو رضائه بأن يتأخر في استيفاء حقه من دائنين كان له أن يتقدم عليهم[307].

لكن قد يكون الخطأ فعلا سلبياً، كما إذا أهمل في قيد الرهن أو تجديده، أو أهمل في استئناف حكم صادر بإلغاء الرهن، أو لم يوقع المؤجر الحجز التحفظي على حاصلات العين المؤجرة وترتب على ذلك عدم إفادته من حق الامتياز الذي يقرره عليها القانون لمصلحته[308].

---

303 – نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية، مرجع سابق، ص 157.

304 – زاهية حورية سي يوسف، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 155.

305 – العاقب عيسى، مرجع سابق، ص 110.

306 – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

307 – زاهية حورية سي يوسف، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 156.

308 – نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 428.

فإذا ضاعت التأمينات بسبب أجنبي عن الدائن كالقوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المدين أو خطأ الكفيل نفسه، فلا محل لمساءلة الدائن عن ذلك، ولا يثبت للكفيل الدفع بإضاعة التأمينات[309].

3) يجب أن يترتب على إضاعة التأمين الخاص بخطأ الدائن ضرر للكفيل

حتى يتمسك الكفيل ببراءة ذمته نتيجة ضياع التأمين الخاص بخطأ من الدائن، يجب عليه أن يثبت أنه قد أصابه ضرر، وأن هذا الأخير الذي لحقه ضرر محقق وليس مجرد ضرر محتمل[310].

إذا لم يترتب للكفيل ضرر، فلا يجوز له أن يتمسك ببراءة ذمته لإضاعة الدائن للتأمينات كما هو الحال إذا نزل الدائن عن رهن متأخر في المرتبة، بحيث لا يسعفه أصلاً في تقاضي حقه أو نزل عن كفيل في نظير أن يحل محله كفيل أخر يماثله في اليسار، أو إذا رضي الدائن ببيع أشياء مرهونة له بثمن لا يقل عن قيمتها الحقيقية، ولو بيعت هذه الأشياء دون إتباع الإجراءات التي رسمها القانون[311].

يعتبر ركن الضرر متحققاً بمجرد ضياع تأمين منتج ولو كان المدين موسراً، أو كان الدين المكفول مضموناً أيضاً بتأمينات أخرى كافية لوفاء الدين[312]، لكن لا يشترط لتحقق الضرر للكفيل أن يترتب على ضياع هذا التأمين إعسار المدين، أو أن يكون التأمين الضائع هو التأمين الوحيد الذي يكفل الدين[313].

يطلب الكفيل براءة ذمته بمقدار ما أصابه من ضرر، فلو كان للدائن رهنان رسميان على منزلين، قيمة كل منهما مليون دينار، وكان حقه يبلغ مليونين دينار، ونزل الدائن عن رهنه على أحد

---

[309]– مرقس سليمان، مرجع سابق، ص 106.

[310]– باقي وداد، مرجع سابق، ص 204.

[311]– عبد الرزاق أحمد سنهوري، مرجع سابق، ص ص 247-248.

[312]– مرقس سليمان، مرجع سابق، ص 109.

[313]– زاهية حورية سي يوسف، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 158.

هذين المنزلين، فالكفيل لا يصيبه ضرر إلا بمقدار النصف، فيطلب براءة ذمته بهذا المقدار فحسب[314].

على الكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته لإضاعة الدائن التأمينات، لأن التمسك ببراءة الذمة لا يعتبر من النظام العام، وهو حق مقرر لمصلحة الكفيل، فلا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه[315].

4) أن لا يكون هناك اتفاق بين الدائن والكفيل على عدم تمسك الكفيل ببراءة ذمته

أي عدم حلول الكفيل محل الدائن، فإذا وجد هذا الاتفاق، امتنع على الكفيل التمسك ببراءة ذمته، لأنه يحل محل الدائن فيما أضاعه هذا من تأمينات[316].

تجدر الإشارة أن المشرع لم ينص صراحةً على شرط أن يكون التأمين الضائع ذو قيمة ولكن هذا الحكم يستنتج من المادة 1/656 ق.م.ج سالفة الذكر، فإذا كان التأمين عديم القيمة فلا تبرأ ذمة الكفيل إطلاقا[317].

إذا توافرت الشروط السابقة يترتب عليها تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من تأمينات، ويقع عبء الإثبات على الكفيل وذلك طبقا للقواعد العامة، بأن يثبت أن إضاعة التأمين بخطأ الدائن قد سبب له ضرر، فإذا ادعى الدائن خلاف ذلك وقع عليه عبء الإثبات كأن يثبت مثلا: أن يكون رهن مقرر على مال مثقل برهون أخرى متقدمة عليه في المرتبة ومستغرقة لقيمته أو أن الكفيل لم ينله ضرر لأنه قد استبدل بالتأمين أضاعه تأمينا أخر لا يقل عنه في قيمته[318].

---

[314] – عبد الرزاق أحمد سنهوري، مرجع سابق، ص 248.

[315] – سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 96.

[316] – عبد الرزاق أحمد سنهوري، مرجع سابق، ص 249.

[317] – سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 95.

[318] – زاهية حورية سي يوسف، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 159.

ثانيا: براءة ذمة الكفيل لعدم اتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين بعد إنذار الكفيل له

تنص المادة 657 ق.م.ج على أنه:" **لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها.**

غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا"[319].

يتضح من هذا النص أنه يتعرض للحالة التي يتباطآ فيها الدائن في اتخاذ إجراءات المطالبة بالدين بالرغم من حلول الأجل أو تأخره في اتخاذها، فقد قرر المشرع أن للكفيل حق في أن ينذر الدائن باتخاذ هذه الإجراءات، فإن لم يتخذها في خلال ستة (6) أشهر من تاريخ هذا الإنذار، ولم يقدم المدين تأمينا كافيا للكفيل، تبرأ ذمة هذا الأخير من الكفالة[320].

أما بالنسبة لإنذار الكفيل للدائن لم يتبين من خلال المادة 657 ق.م.ج المذكورة أعلاه الوقت الذي يجوز فيه للكفيل إنذار الدائن بوجوب اتخاذ الإجراءات ضد المدين، ومع ذلك طبقاً للقواعد العامة، لا يستطيع الدائن اتخاذ إجراءات التنفيذ ضد المدين إلا عند حلول أجل الالتزام المكفول، أي أجل الالتزام الأصلي، أي وقت استحقاق الدين أو بعد استحقاقه، فلا عبرة للإنذار الذي يقوم به الكفيل قبل وقت الاستحقاق[321].

يجوز للكفيل أن ينذر الدائن عند حلول هذا الأجل، ولو أن الدائن قد منح للمدين أجلاً جديداً لأن الكفيل له أن يحترم هذا المد إذا كان قد ارتضاه فإذا لم يرتضه جاز له أن ينذر الدائن عند حلول الأجل الأصلي[322]، ولكن إذا حصل المدين على مهلة قضائية من القاضي، فلا يجوز للكفيل

---

[319]– أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[320]– نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية، مرجع سابق، ص 162.

[321]– زاهية حورية سي يوسف، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص ص 160–161.

[322]– عبد الرزاق أحمد سنهوري، مرجع سابق، ص ص 253–254.

أن ينذر الدائن إلا بعد انتهاء هذه المهلة، لأن الدائن لا يستطيع مباشرة إجراءات التنفيذ قبل انقضائها[323].

يترتب عن إنذار الكفيل للدائن عند حلول أجل الدين المكفول، واتخذ الدائن الإجراءات الواجبة قانونا ضد المدين وسار في اتخاذها بعناية الرجل المعتاد، كان هذا كافيا، ويكون ذلك بأن يرفع الدائن الدعوى على المدين ليطالبه بالدين، إذا كان سند الدين عرفيا، أما إذا كان معه سندا صالحا للتنفيذ، فإنه يجب على الدائن أن يباشر إجراءات التنفيذ على أموال المدين[324]، أما إذا لم يتخذ الدائن هذه الإجراءات خلال ستة أشهر من تاريخ إنذاره، يجوز للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته وتنقضي بذلك الكفالة بصفة أصلية، مع بقاء الدين المكفول[325].

ثالثا: براءة ذمة الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين

تنص المادة 658 ق.م.ج 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**"[326].

يجب على الدائن حسب هذا النص أن يتقدم بحقه في تفليسة المدين، ليحصل من هذه التفليسة على المقدار الذي يصيبه بحسب قيمة هذا الحق، ثم يرجع بالباقي على الكفيل، فإذا قصر الدائن في اتخاذ هذا الإجراء، فإنه يتحمل نتيجة تقصيره، حيث لا يمكنه الرجوع على الكفيل إلا بالباقي من حقه بعد خصم ما كان يستطيع الحصول عليه لو أنه تقدم في تفليسة المدين[327].

---

[323] – سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 98.

[324] – نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية، مرجع سابق، ص 164.

[325] – العاقب عيسى، مرجع سابق، ص 114.

[326] – أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[327] – محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ص 165–166.

يجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك ببراءة ذمته في حدود ما كان يحصل عليه الدائن من تفليسة المدين، فلا يبرأ الكفيل بقوة القانون وإنما يكون له الحق بأن يرفع دعوى يطلب براءة ذمته من هذا المقدار أو في صورة دفع[328].

تجدر الإشارة أن المادة 658 ق.م.ج المذكورة أعلاه لم تنص على حالة إعسار المدين، إلا أنه يطبق نفس الحكم الوارد فيما لو أفلس المدين، أي يجب على الدائن أن يتقدم للحصول على حقه من مال المدين، ثم يرجع بالباقي له على الكفيل، لأن ذلك لم يكن إلا تطبيقا للقواعد العامة من حيث إلزام الدائن بمطالبة المدين في الوقت المناسب، وإلا كان الدائن مسؤولا عن ذلك نحو الكفيل[329].

[328] –عبد الرزاق أحمد سنهوري، مرجع سابق، ص 257.

[329] – زاهية حورية سي يوسف، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 163.

خاتمة

حولنا من خلال هذه الدراسة إبراز أهمية الكفالة الشخصية باعتبارها من الضمانات القانونية التي أقرها المشرع حمايتاً للدائن.

بالإضافة إلى ذلك قمنا بإبراز مدى التوازن بين حماية الدائن من جهة والكفيل من جهة أخرى وتتجسد هذه الحماية المزدوجة في حق الدائن في مطالبة المدين بالوفاء أولاً ثم الكفيل ثانياً حيث يحق للكفيل التمسك قبل الدائن بالدفوع لمواجهة هذه المطالبة، وكذلك حقه في الرجوع على المدين إذا وفى بالدين للدائن، على أساس دعوى الشخصية أو دعوى الحلول، سوء كان المدين متضامن أو غير متضامين مع غيره من المدينين.

من خلال هذه الدراسة توصلنا الى مجموعة من النتائج نوردها على النحو الآتي:

- إرتكاز عقد الكفالة الشخصية على قاعدة التبعية، بحيث يكون التزام الكفيل تابعاً للالتزام الأصلي سواءً في وجوده وصحته.
- الإثبات في عقد الكفالة يكون بالكتابة فقط، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام بالبينة.
- عدم بيان المشرع الجزائري نوع الكتابة التي يتم من خلالها الإثبات في عقد الكفالة الشخصية.
- تخلف أحد الشروط الخاصة بالكفالة الشخصية، يؤدي الى إنهاء الوجود القانوني لعقد الكفالة.
- حمايةً للكفيل في عقد الكفالة قرر المشرع، إمكانية تحلل الكفيل من الكفالة في حالات معينة وذلك عند إضاعة الدائن التأمينات بخطائه الشخصي، أوفي حالة عدم اتخاذ الدائن الإجراءات التنفيذية ضد المدين، أو عدم دخول الدائن في تفليسة المدين.
- الكفيل المتضامن مع المدين وإن كان يفقده البعض من الدفوع المقررة للكفيل العادي إلا أنه يظل ملتزماً التزاماً تبعاً للالتزام الاصلي في حدوده ونطاقه.

من خلال دراستنا لهذا الموضوع ارتأينا إلى إقترح التوصيات التالية:

- ضرورة النص على أن يكون قبول الكفيل صريحاً لخطورة الكفالة، لأنه يسأل عن دين غيره.
- ضرورة توحيد مضمون نص المادة 659 ق.م.ج، لأن النص العربي والفرنسي غير متطابقين لأن النص العربي يتحدث عن كفالة الكفيل والنص الفرنسي يتحدث عن التزام الدائن بتسليم المستندات للكفيل لممارسة حقه بالرجوع على المدين.
- ضرورة إخضاع إبرام عقد الكفالة للشكلية، بالنظر إلى المسؤولية التي تقع على الكفيل.
- ضرورة تحديد نوع الكتابة لإثبات عقد الكفالة الشخصية.
- ضرورة تدعيم مظاهر حرية التعاقد في إطار عقد الكفالة باعتباره عقد ضمان شخصي وذلك بإدراج شروط في العقد من أجل تعزيز إمكانية الوفاء للدائن في ميعاد الاستحقاق.
- ضرورة تعديل نص المادة 646 ق.م.ج، بالأخص في حالة إعسار الكفيل أو تغييره لمكان إقامته بعد إبرام عقد الكفالة، وذلك بجعل المدين يقدم كفيل أخر وهذا من أجل توفير ضمان أكثر للدائن.
- ضرورة إضافة مادة قانونية تتعلق بكفالة الالتزام الطبيعي، وذلك من أجل إزالة الجدال الفقهي الحاصل بشأنه.
- ضرورة زيادة دفوع التي يتمسك بها كل من الدائن والكفيل وهذا من أجل حمايتهم من تحايل المدين.
- ضرورة تدعيم فكرة الكفالة التضامنية باعتبارها ضمانة أكثر فعالية من الكفالة العادية.

قائمة المراجع

I باللغة العربية

أولا: الكتب

1) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول: التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
2) توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية (دراسة لعقد الكفالة، الرهن، الاختصاص والامتياز)، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، دون سنة النشر.
3) حسني محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، مصر،2009.
4) حوحو يمينة، عقد الكفالة وعقد الرهن في القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر 2014.
5) دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
6) زاهية حورية سي يوسف، عقد الكفالة، الطبعة الرابعة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2012.
7) زاهية حورية سي يوسف، الوجيز في عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة) دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.
8) زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، الجزء السادس عشر: في عقود الضمان والصلح والكفالة، دون دار النشر، لبنان ،1970.
9) سرايش زكريا، الوجيز في شرح أحكام الكفالة والرهن الرسمي وفق القانون الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
10) سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في الحقوق العينية التبعية (الرهن الرسمي–الحيازي الاختصاص–الامتياز–الكفالة)، مطابع الولاء الحديثة، مصر، 2006.
11) سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية والشخصية، توزيع منشأة المعارف، مصر، 2008.

12) طلبة أنور، العقود الصغيرة (الوكالة والكفالة)، المكتبة الجامعية الحديثة، مصر، 2004.
13) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر: في التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
14) عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة (المقاولة–الوكالة–الكفالة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2009.
15) العمروسي أنور، التضامن، والتضامم، والكفالة في القانون المدني، دار الفكر الجامعي مصر، 1999.
16) فيلالي علي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.
17) قدري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الكفالة (التضامن–التضامم)، منشأة المعارف، مصر 2002.
18) كمال فتحي دريس، الوجيز في العقود الخاصة، الجزء الأول: عقد البيع وعقد الكفالة، مطبعة منصور، الجزائر، 2022.
19) محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، المبادئ الأساسية في عقد الكفالة، دار النهضة العربية للنشر، مصر، 2005.
20) محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان (الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص الرهن الحيازي، حقوق الامتياز)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2001.
21) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات–مصادر الالتزام–العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القانون، دار الهدى، الجزائر، دون سنة النشر.
22) محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية)، عقد الكفالة دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2005.
23) محمد علي عبده، عقد الكفالة (دراسة مقارنة) منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2005.

24) محمد محمود معطي، الكفالة في ضوء الفقه والاجتهاد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2009.

25) مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، عقد الكفالة، الطبعة الثالثة، دار الكتب المصرية، مصر، 1994.

26) مصطفى عبد الجواد حجازي، عقد الكفالة في القانون المدني، دار الكتب القانونية، مصر 2006.

27) نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية (الكفالة–الانابة الناقصة الضمان بمجرد الطلب)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005.

28) نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية (الرهن الرسمي–حق الاختصاص–الرهن الحيازي–حقوق الامتياز–الكفالة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007.

29) همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية (الكفالة–الرهن الرسمي–حق الاختصاص–الرهن الحيازي–حقوق الامتياز)، منشأة المعارف، مصر، 2001.

ثانيا: الأطروحات والمذكرات الجامعية

أ- أطروحات الدكتوراه

1) بن يكن عبد المجيد، عقد الكفالة بين الفقه الإسلامي والتقنين المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة والقانون، قسم الشريعة، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لحضر، باتنة، 2014–2015.

2) بنت الخوخ مريم، الضمانات الشخصية في تدعيم الائتمان، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2020–2021.

ب- مذكرات الماجستير

1) أحمد محمد زياد فيصل شرف، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تحصص: قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط الأردن، 2012.

2) باقي وداد، الكفالة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص: العقود والمسؤولية، كلية الحقوق ببودواو، جامعة بومرداس، 2009.

3) ريم يحي أبزاخ، رجوع الكفيل الموفي على المدين دراسة مقارنة بين القانون الأردني والقانون المصري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2009.

4) سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، عقد الكفالة المدنية والأثار المترتبة عليه دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2006.

5) العاقب عيسى، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص: العقود والمسؤولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر 1986.

6) كودري فاطمة الزهراء، الحماية القانونية للكفيل في عقود الائتمان، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص: العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2012-2013.

ج- مذكرات الماستر

1) براهم أسماء، عطوي صفاء، أحكام عقد الكفالة في ظل التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، 2014-2015.

2) عسكري ليسيا، ولد شيخ شناز، الطبيعة القانونية لعقد الكفالة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2022.

3) عشور زينب، ضمانات منح القروض في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة 2018-2019.

ثالثا: المقالات

1) ستار جبار زاير،" الدفع بتجريد المدين في عقد الكفالة خلال مرحلتي التقاضي والتنفيذ" **مجلة المعهد**، عدد 10، جامعة وارث الأنبياء، العراق، 2022، ص ص 447-472.

2) عبد الله عبد الكريم عبد الله، " الكفالة في القانون المدني القطري"، **مجلة القانون والأعمال الدولية**، عدد 25، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول المغرب 2019، ص ص 12-27.

3) نهلة أحمد فوزى أحمد، " أحكام عقد الكفالة في القانون المدني المصري"، **مجلة العلوم السياسية والقانون**، مجلد 05، عدد 29، كلية إدارة الأعمال، جامعة الحدود الشمالية السعودية، 2021، ص ص 20-46.

4) يامة ابراهيم، سرحاني عبد القادر، "الضمانات المقررة للدائن في نظام التأمينات الشخصية والعينية في ظل الشرع الجزائري"، **مجلة المنار للدراسات والبحوث القانونية والسياسية**، مجلد 03، عدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدية، ص ص 106-117.

رابعا: النصوص القانونية

1) أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، عدد 78 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.
2) أمر رقم 75-59، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج.ر.ج.ج، عدد 101 الصادر بتاريخ 19 ديسمبر 1975، معدل ومتمم.

خامسا: الاجتهاد القضائي

1) المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار بتاريخ 1988/07/13، ملف رقم 56336، مجلة المحكمة العليا، عدد 04، 1991.

2) المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار بتاريخ 2007/06/20، ملف رقم 371305، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2008.
3) المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، قرار بتاريخ 2008/03/05، ملف رقم 427543 مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2008.

سادسا: موقع الأنترنت

https://www.legifrance.gouv.fr، تم الاطلاع عليه في 16-06-2023 على الساعة 18:38.

II باللغة الفرنسية

Ouvrage

- Dominique Legeais, le cautionnement, Economica, Paris, 1995.

فهرس المحتويات

Table des matières

الإهــداء
شكر وتقدير
قائمة المختصرات
مقدمة 1
الفصل الأول الإطار المفاهيمي لعقد الكفالة الشخصية 5
المبحث الأول مفهوم الكفالة الشخصية 7
المطلب الأول المقصود بالكفالة الشخصية 7
الفرع الأول تعريف الكفالة الشخصية 7
أولا: في الفقه القانوني 7
ثانيا: في القانون 8
الفرع الثاني خصائص الكفالة الشخصية 10
أولا: الكفالة الشخصية من العقود المسماة 10
ثانيا: عقد الكفالة عقد رضائي 10
ثالثا: الكفالة الشخصية عقد ملزم لجانب واحد 12
رابعا: الكفالة الشخصية من عقود التبرع 13
خامسا: الكفالة الشخصية عقد تبعي 15
المطلب الثاني أنواع الكفالة الشخصية وتمييزها عن الأنظمة المشابهة لها 16
الفرع الأول أنواع الكفالة الشخصية 16
أولا: الكفالة الاتفاقية 16
ثانيا: الكفالة القانونية 17
ثالثا: الكفالة القضائية 18
الفرع الثاني تمييز الكفالة الشخصية عن الأنظمة المشابهة لها 19
أولا: تمييز الكفالة الشخصية عن الكفالة العينية 19
ثانيا: تمييز الكفالة الشخصية عن عقد التأمين 20
ثالثا: تمييز الكفالة الشخصية عن حوالة الحق 21
رابعا: تمييز الكفالة الشخصية عن حوالة الدين 22
المبحث الثاني أركان والشروط الخاصة بالكفالة الشخصية 24
المطلب الأول أركان الكفالة الشخصية 24

الفرع الأول التراضي 24
أولا: وجود التراضي..... 25
ثانيا: شروط صحة التراضي 26
الفرع الثاني المحل 31
أولا: أن يكون الالتزام الأصلي موجودا أو قابل للوجود 31
ثانيا: أن يكون الالتزام المكفول صحيحا 33
ثالثا: أن يكون الالتزام المكفول معينا أو قابل للتعيين 36
الفرع الثالث السبب..... 39
أولا: شرط مشروعية السبب 40
ثانيا: شرط وجود السبب 40
المطلب الثاني شروط الكفالة الشخصية..... 41
الفرع الأول أن يكون الكفيل موسرا..... 41
الفرع الثاني أن يكون الكفيل مقيما بالجزائر 42
الفصل الثاني أثار وانقضاء عقد الكفالة الشخصية 45
المبحث الأول الأثار المترتبة عن عقد الكفالة الشخصية..... 47
المطلب الأول العلاقة بين الكفيل والدائن..... 47
الفرع الأول حقوق الدائن 47
أولا: حق الدائن بمطالبة الكفيل بالوفاء بالدين..... 48
ثانيا: حق الدائن في التنفيذ على أموال الكفيل 49
الفرع الثاني الدفوع التي يتمسك بها الكفيل في مواجهة الدائن 50
أولا: الدفوع المرتبطة بالالتزام الأصلي 50
ثانيا: الدفوع المرتبطة بعقد الكفالة 51
المطلب الثاني علاقة الكفيل بالمدين وبغيره من الكفلاء..... 58
الفرع الأول علاقة الكفيل بالمدين 59
أولا: الدعوى الشخصية (دعوى الكفالة)..... 59
ثانيا: دعوى الحلول..... 62
ثالثا: رجوع الكفيل على المدينين عند تعددهم 65
الفرع الثاني علاقة الكفيل مع غيره من الكفلاء 67
أولا: رجوع الكفيل على الكفلاء المتضامنين..... 67

ثانيا: رجوع الكفيل على الكفلاء غير المتضامنين 68
المبحث الثاني انقضاء الكفالة الشخصية 69
المطلب الأول انقضاء الكفالة الشخصية بصفة تبعية 69
الفرع الأول انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء 69
الفرع الثاني انقضاء الالتزام الأصلي بما يعادل الوفاء 70
أولا: انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء بمقابل 70
ثانيا: انقضاء الالتزام الأصلي بالتجديد والإنابة 71
ثالثا: انقضاء الدين المكفول بالمقاصة 73
رابعا: انقضاء الالتزام الأصلي باتحاد الذمة 74
الفرع الثالث انقضاء الالتزام الأصلي بدون وفاء 75
أولا: انقضاء الالتزام الأصلي بالإبراء 75
ثانيا: انقضاء الالتزام الأصلي باستحالة التنفيذ 77
ثالثا: انقضاء الالتزام الأصلي بالتقادم 77
رابعا: انقضاء الالتزام الأصلي بالفسخ أو الإبطال 78
المطلب الثاني انقضاء الكفالة الشخصية بصفة أصلية 78
الفرع الأول الأسباب العامة لانقضاء الكفالة الشخصية 79
أولا: انقضاء التزام الكفيل باتحاد الذمة 79
ثانيا: انقضاء التزام الكفيل بالإبراء 79
ثالثا: انقضاء التزام الكفيل بالتقادم 80
الفرع الثاني الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة الشخصية 80
أولا: براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات 81
ثانيا: براءة ذمة الكفيل لعدم اتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين بعد إنذار الكفيل له 86
ثالثا: براءة ذمة الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين 87
خاتمة 89
قائمة المراجع 92
فهرس المحتويات 99

الكفالة الشخصية كضمانة لحماية الدائن

ملخص

يقصد بالكفالة الشخصية ضم الذمة المالية للكفيل إلى الذمة المالية للمدين من أجل تقوية فرص الدائن في استيفاء حقه، بحيث لو أعسر المدين تكون الذمة المالية للكفيل ملزمة بالوفاء بنفس الدين بالإضافة إلى ذلك يُعدُّ المدين طرفاً أجنبياً عن عقد الكفالة، وبالتالي تجوز كفالته بغير علمه ورغم معارضته.

يترتب على عقد الكفالة آثار تتمثل في العلاقة بين الكفيل والدائن، بين الكفيل والمدين، وبين الكفيل وغيره من الكفلاء، ولما كان التزام الكفيل التزام تبعي للالتزام الأصلي، فإنه يتأثر به صحة ووجوداً.

الكلمات المفتاحية: الكفالة الشخصية، الدين، الدائن، المدين، الكفيل

Résumé

Le cautionnement personnel consiste à combiner le patrimoine de la caution avec le patrimoine du débiteur pour augmenter les chances du créancier d'obtenir son droit Ainsi, si le débiteur devient insolvable, le patrimoine de la caution est tenue de payer la même dette De plus, le débiteur est considéré comme une partie étrangère au contrat de cautionnement, et il est donc loisible de le cautionner à son insu et malgré son opposition.

Le contrat de cautionnement produit des effets représentés dans les rapports entre la caution et le créancier, entre la caution et le débiteur, et entre la caution et les autres cautions. Et puisque l'obligation de la caution est une obligation accessoire à l'obligation initiale, elle est affectée par sa validité et son existence.

Les mots clés : Le cautionnement personnel, la dette, le créancier, le débiteur, la caution.