**جامعة 8ماي1945 قالمة**

**كلية الحقوق و العلوم السياسية**

**قسم العلوم القانونية و الإدارية**

**محاضرات في مقياس العقود الخاصة(02)**

**التأمينات الخاصة( العينية و الشخصية)**

 **المحور الأول**

**التأمينات الشخصية عقد الكفالة (1/2)**

**لطلبة السنة الثالثة قانون خاص**

**السداسي السادس**

**السنة الجامعية 2019/2020**

**الأستاذ: فرنان فاروق**

**محاضرات في مقياس العقود الخاصة02**

**موجهة لطلبة السنة الثالثة قانون خاص**

**السداسي الثاني من السنة الجامعية 2019/2020**

**بسم الله الرحمن الرحيم و الصلاة و السلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين، أما بعد:**

 **طلبتي الأعزاء فخر الجزائر و قادة مستقبلها الزاهر بإذن الله تعالى، بعد واجب التحية، أضع بين أيديكم هذه الدعامة البيداغوجية والمتمثلة في مجموعة من المحاضرات المتعلقة بمقياس العقود الخاصة (02) والتي كنا قد ألقينا جزءا منها منذ بداية السداسي الثاني للسنة الجامعية 2019/2020 إلى أن تقرر تقديم العطلة الربيعية بصفة استثنائية منذ 12/03/2020 بسبب الظروف الإستثنائية التي تعيشها الجزائر و العالم أجمع نتيجة تفشي وباء كورونا- نسأل الله العفو و العافية من شره-، وإيمانا منا جميعا بضرورة استمرار عجلة التنمية و الإزدهار لوطننا الحبيب، ولما كان طلب العلم أحد محركاتها فمن الواجب أن نستمر جميعا في طلب العلم و التعلم، فإن حالت الظروف الإستثنائية بيننا وبين مدرجاتنا، فالشبكة العنكبوتية تمكننا من الإستمرار في التواصل و القيام بالتزاماتنا تجاه أنفسنا و وطننا المفدى.**

* **كنا قد تطرقنا في المحاضرة الأولى إلى أهم المتطلبات السابقة التي ينبني عليها هذا المقياس والتي ينبغي على الطالب الإلمام بها لضرورتها وأهميتها ليس فقط بالنسبة لهذا المقياس بل بالنسبة لكل المقاييس المقررة في هذا السداسي أو تلك التي ستدرس على مستويات أعلى، ولا بأس أن نذكر بها مرة أخرى في النقاط التالية:**
* **نظرية القانون**
* **نظرية الحق: أهمية التفرقة بين الحقوق المالية و غير المالية من جهة باعتبار مجال دراستنا ينحصر في الحقوق المالية، و التفرقة بين الحقوق الشخصية و الحقوق العينية بإعتبارهما حقوقا مالية من جهة أخرى.**
* **نظرية الإلتزام بشقيها مصادر الإلتزام وأحكام الإلتزام.**
* **نظرية العقد: أحكام إبرام العقود( الأركان،شروط الصحة لا سيما شرط الأهلية القانونية) وأثار العقود وأحكامها.**
* **أما المحاضرة الثانية ركزنا فيها على فكرة الضمان العام في ما يخص الوفاء بالإلتزامات، وأهم المبادئ التي تقوم عليها الفكرة لا سيما مبدأ المساواة بين جميع الدائنين تجاه هذا الضمان والوسائل التي أقرها المشرع الجزائري لحماية هذا الضمان، لا سيما الدعوى غير المباشرة، دعوى عدم نفاذ التصرف، ودعوى الصورية، كما استذكرنا فكرة التضامن بين الدائنين و التضامن بين المدينين لأهميتها، فالمبدأ أن التضامن في الأعمال المدنية غير مفترض لابد من الإتفاق عليه، عكس الأعمال التجارية التي تفترض التضامن مالم يوجد اتفاق مخالف.**

**كل ذلك كان عبارة عن تمهيد وتوطئة لدراسة التأمينات الخاصة أو الضمانات الخاصة، وقد بينا أنها تنقسم إلى قسمين رئيسيين التأمينات الشخصية من جهة و التأمينات العينية من جهة أخرى.**

**وبالنظر لضيق الوقت بالنسبة لطول البرنامج، ومراعاة للبرنامج المقرر و المعتمد وزاريا ستنصب دراستنا أساسا على محورين أساسيين**

* **المحور الأول التأمينات الشخصية: عقد الكفالة -نموذجا-**
* **المحور الثاني التأمينات العينية: عقد الرهن الرسمي –نموذجا-، مع الإشارة بإيجاز إلى التأمينات العينية الأخرى كالرهن الحيازي، حق التخصيص، وحقوق الإمتياز ، بإعتبارها تشترك مع الرهن الرسمي في أغلب الأحكام لا سيما الأثار المترتبة عنها و المتمثلة أساسا في حق الأفضلية و حق التتبع.**

**المحور الأول: التأمينات الشخصية عقد الكفالة -نموذجا- .**

**المحاضرة رقم:03 " تعريف الكفالة وخصائصها"**

**أولا: تعريف الكفالة**.

الكفالة تأمين شخصي وردت أحكامها في القانون المدني الجزائري في الباب 11 من الكتاب الثاني، المواد من 644إلى 673 ق م ج

وقد عرفتها المادة 644 بأنها: "**عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه**"

 فالكفالة طبقا لهذا النص تتمثل في قيام التزام بين شخصين هما الدائن بهذا الالتزام وشخص ثالث هو الكفيل والذي يلتزم بالوفاء بالالتزام إذا لم يف به المدين الأصلي.

 فطرفا الكفالة إذا هما الدائن والكفيل والقصد منها الوفاء بالالتزام الذي ترتب في ذمة المدين، هذا الأخير لا يعتبر طرفا في عقد الكفالة فلا تشترط موافقته أو رضاه بالعقد بل تتم بدون علمه ورغم معارضته وهذا ما نصت عليه المادة 647 ق م ج .

ويسمى الدائن "المكفول له"، والمدين " المكفول عنه: والالتزام "المكفول به".

 كما يتبين من نص المادة644 ق م ج أن الكفالة ترتكز على التزام أصلي وتعمل على ضمان الوفاء به، فهي ترتب التزاما شخصيا في ذمة الكفيل محله الوفاء بالالتزام الأصلي إذا لم يفي به المدين.

 كما لا يجب الخلط بين المعاني العديدة لمصطلح الكفالة فلا يجب الخلط بين المعنى المتقدم وبين حالات أخرى كالحالة التي يقوم التي يقوم فيها بعض الأشخاص بإيداع مبالغ مالية أو قيم منقولة كضمان لدين ما، وكذلك ما يقوم المتهم في المسائل الجزائية بإيداعه مبالغ مالية في خزانة المحكمة لإطلاق سراحه، في مثل هذه الحالات وغيرها لسنا بصدد عقد كفالة بالمعنى القانوني الذي تكلمنا عنه أي كتأمين أو ضمان شخصي.

**ثانيا: خصائص عقد الكفالة.**

من خصائص عقد الكفالة أنه عقد رضائي وملزم لجانب واحد، وهي عقد تبرعي وتبعي؛

**-1 الكفالة عقد رضائي**: حيث تنعقد بمجرد التراضي بين الكفيل والدائن ولا يشترط لانعقادها شكل خاص، لكن لا يتم إثباتها إلا بالكتابة و هذا عملا بالمادة 645 ولا تشترط الكتابة إلا لإثبات رضا الكفيل أما بالنسبة للدائن فيجوز إثبات رضاه بكافة طرف الإثبات، ولا يشترط أن يكون المحرر المثبت للكفالة عقدا رسميا بل يكفي أن يكون عرفيا، كما يجوز إثباتها بما يقوم مقام الكتابة كالإقرار واليمين إذ وجد مانع أو فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي.

**-2 الكفالة عقد ملزم لجانب واحد:** فهي لا تنشئ التزاما إلا على عاتق الكفيل الذي يلتزم بالوفاء بالدين للدائن إذ لم يفي به المدين وتبقى الكفالة عقدا ملزما لجانب واحد حتى ولو تقاضى الكفيل أجرًا من المدين لأن هذا الأخير ليس طرف في العقد ولا يغير من طبيعة الكفالة لكونها ملزمة لجانب و احد، أما إذا تقاضى الكفيل الأجر من الدائن أصبحت الكفالة عقدا ملزما لجانبين.

غير أنه في حالة وفاء الكفيل بالإلتزام المكفول للدائن، فإن هذا الأخير يصبح بناءا على هذا الوفاء ملزما بتسليم السندات اللازمة لإستعمال حقه في الرجوع على المدين (659 ق م ج)، ويكون حقه قبل المدين مضمونا بذات التأمينات التي كانت تضمن حق الدائن، لذلك يلتزم الدائن بأن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل التأمينات ويتحمل الكفيل مصاريف النقل ويكون له أن يرجع بها على المدين، فإذا كان الدين الأصلي مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل (أنظر المادة 659/ف02، 03 ق م ج).

**-3 الكفالة هي عقد تبرعي بالنسبة للكفيل**: حيث يلتزم الكفيل عادة دون مقابل في مواجهة المدين رغم أن المدين ليس طرفا في عقد الكفالة، غير أنه لا يوجد ما يمنع الكفيل من أن يتقاضى أجرًا من المدين نظير كفالته له ويعتبر العقد حينئذ من عقود المعاوضة.

ويترتب على اعتبار الكفالة عقدًا تبرعيا كقاعدة عامة أنها تعد عملا مدنيا حتى ولو كان الكفيل تاجرا أو كان الدين تجاريا، لأن التجارة تقوم على أساس المضاربة لا التبرع (المادة 651 /ف 01 ) كما يترتب على كون الكفالة عقد تبرعي أن الوكالة فيها لا تتم إلا بتوكيل خاص.

وعليه يشترط في الكفيل أهلية التبرع، كما يجوز الطعن في الكفالة دون أن يشترط تواطئ الكفيل لا مع الدائن ولا مع المدين.

**-4 الكفالة عقد تبعي**: وذلك أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي، أما إذا التزم المسؤول عن دين الغير إلتزاما أصليا لا التزاما تابعا فإنه لا يكون كفيلا بل يكون مدينا أصليا إلتزامه مستقل عن إلتزام المدين؛ ويترتب على خاصية التبعية النتائج التالية:

\* أن لا يكون الدين المكفول أكثر من الدين الأصلي أو اشد عبئا أو يبقى قائما بعده ( 652 ق م ج )،كما لا يكفل الكفيل ما زاد في عبء الدين الأصلي بعد الكفالة بإرادة المدين الأصلي أو بخطئه، ولكن يجوز أن يكون الزام الكفيل أقل عبئا ككفالة جزء من الدين فقط.

\* تطابق شروط عقد الكفالة مع الالتزام الأصلي، فلا يجوز أن يكون التزام الكفيل منجزا إذا كان التزام المدين الأصلي معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل، ولا منتجا لفوائد إذا كان إلتزام المدين الأصلي لا ينتج فوائد.

\* يتبع عقد الكفالة التزام المدين الأصلي في صحته و بطلانه وقابليته للفسخ و للكفيل أن يتمسك بدفوع المدين الأصلي .

**المحاضرة رقم:04 " انعقاد الكفالة وإثباتها"**

**أولا: انعقاد الكفالة**

يخضع عقد الكفالة ككل العقود للقواعد العامة المتعلقة بتكوين العقود، فيشترط توافر الأركان الثلاثة لتكوين العقد (التراضي، المحل و السبب) ، ويخضع أيضا لقواعد خاصة تتعلق بأطراف العقد و بمحله (الدين).

**1/أطراف العقد.**

الكفالة عقد بين الدائن و الكفيل ينعقد بمجرد تطابق إرادتهما ، اما المدين فلا يشترط رضائه بالعقد باعتباره ليس طرفا فيه بل أن الكفالة تجوز بغير علمه ورغم معارضته( م647).

ويشترط لحصة العقد سلامة إرادة طرفيه من العيوب ،أما بالنسبة للأهلية فإنها تختلف يبن الدائن و الكفيل على النحو التالي:

**1- بالنسبة للدائن**: يكفي أن تتوفر فيه أهلية الصبي المميز لأن الكفالة تعد بالنسبة إليه عملا من الأعمال النافعة نفعا محضا باعتبارها من أعمال التبرع كقاعدة عامة.

**2- بالنسبة للكفيل**: يجب أن يكون كامل الأهلية غير محجور عليه فإذا كان ناقص الأهلية كانت الكفالة باطلة بطلانا مطلقا، وعليه فلا يجوز للقاصر ولا المحجور عليه أن يكفل التزاما ما، بل ولا يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يعقد الكفالة باسم القاصر أو المحجور عليه متى كانت الكفالة تبرعية، أما إذا كانت الكفالة بمقابل فيجبأن تتوفر في الكفيل أهلية التصرف وتكون كفالة القاصر والمحجوز عليه قابلة للإبطال ويكون حينئذ للولي أو الوصي أو القيم أن يعقد الكفالة باسم هؤلاء.

ويشترط فضلا عن ذلك أن يكون الكفيل شخصا موسرا و مقيما بالجزائر (م 646 ق م ج)

**2/ محل عقد الكفالة.**

يجب أن يكون الإلتزام المكفول صحيحا حتى تكون الكفالة صحيحة (م 648 ق م ج )،وعلة ذلك أن إلتزام الكفيل يتبع التزام المدين في صحته و بطلانه، فكفالة الإلتزام الباطل باطلة.

أما بالنسبة لكفالة الإلتزام القابل للإبطال فإذا كان الإلتزام الأصلي المكفول قابلا للإبطال فإن الكفالة تأخذ نفس الحكم، و يستطيع الكفيل أن يطالب بإبطال التزامه تنجية لقابلية الإلتزام الأصلي للإبطال لأن للكفيل أن يحتج بنفس الأوجه التي للمدين الأصلي نفسه ، غير أنه يجب التمييز بين سبب قابلية الإلتزام الأصلي للإبطال، فإذا كان عيبا من عيوب الإرادة فتطبق الأحكام السابقة، أما إذا كان سبب قابلية إلتزام المدين للإبطال هو نقص أهليته فإن المشرع أورد حكما خاصا في ذلك تضمنته المادة 649 ق م ج بقولها: " من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملزما بتنفيذ الإلتزام أورد حكما خاصا في ذلك تضمنته المادة 649 ق م ج بقولها: " **من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملزما بتنفيذ الإلتزام ذا لم ينفذه المدين المكفول باستثناء الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 654 ".**

**وتنص المادة 654 /ف 02 ق م ج على مايلي :" غير أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين يتمثل في نقص أهليته وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد، فليس له أن يحتج بهذا الوجه".**

 أما إذا قضي بإبطال الإلتزام الأصلي فسقط الكفالة تبعا لذلك، أما إذ استقر الإلتزام الأصلي صحيحا بالإجازة أو التقادم فإن الكفالة تستقر صحيحة هي الأخرى.

أما إذا كان التزام الكفيل قابلا للإبطال ولم يجزه الكفيل بل تمسك بإبطاله فتبطل الكفالة رغم صحة الإلتزام الأصلي.

و أخيرا يجب أن يكون الإلتزام المكفول معينا أو قابلا للتعيين و موجودا أو قابلا للوجود، وفي هذا الصدد تنص المادة 650 ق م ج على أنه: " تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول ،كما تجوز الكفالة في الدين المشروط، غير أنه إذا كان الكفيل ي لدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة كان له أن يرجع فيها في أي وقت، طالما أن الدين المكفول لم ينشأ"

 **ثانيا: إثبات عقد الكفالة.**

تنص المادة 645 ق م ج على أنه:" لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الإلتزام الأصلي بالبينة"

طبقا لهذا النص فإن الكتابة ضرورية لإثبات الكفالة فقط و ليست لإنعقادها ،ولما كان التزام الكفيل يغلب عليه الطابع التبرعي فيجب أن يستند إلى رضا صريح و قاطع وقد يصعب أو يستحيل أحيانا التعرف على طبيعة تدخل الكفيل وتحديد مدى التزامه و نوع كفالته حتى عن طريق شهادة الشهود، لهذه الأسباب قرر المشرع حماية للكفيل عدم جواز إثبات الكفالة إلا بالكتابة، غير أنه يجوز إثبات الكفالة بما يقوم مقامها كالإثبات باليمين و الإقرار إذا وجد مانع من الحصول على الكتابة أو فقد الدائن السند لسبب أجنبي لا يد له فيه، أما بالنسبة للدائن فيجوز إثبات رضاه بكافة طرف الإثبات.

أما فما يخص العلاقة بين الكفيل و المدين كأن يرجع الأول على الثاني بعد الوفاء بالإلتزام فإنها تخضع للقواعد العامة في الإثبات، فيجوز الإثبات بكافة طرق الإثبات بإعتبار المدين من الغير بالنسبة لعقد الكفالة ،و هذا الأخير يعتبر واقعة بالنسبة له.