السنة الجامعية: 2024/2023

محاضرات عقود خاصة 2
طلبة سنة ثالثة، قانون خاص
سداسي 6 ل.م.د

المعامل: 02 **الرصيد: 07**

الأستـــاذة: بوشـــــارب إيمان

- **مقدمة:**

يمثل المال محور العلاقات القانونية خاصة في مجال القانون الخاص، فإن لم يكن سبب نشأة هذه العلاقة كان أثرا لها أو جزء منها، وفي نظرية الحق رأينا أن الحق الشخصي كأحد أهم أنواع الحقوق المالية يرتب وضعين بطريقة أساسية فإما أن يكون الشخص صاحب حق أو ملتزم، لهذا سميت بعلاقة الدائنية، وبطريقة أخرى قد يحمل الشخص صفتي الدائن والمدين في نفس الوقت كما هو الحال في العقود الملزمة لجانبين. وحماية للدائن نص القانون على جملة من الوسائل التي تمكنه من حماية حقه في مواجهة مدينه إذا لم يقم هذا الأخير بالوفاء بالتزامه بأي طريقة من طرق الوفاء التي نص عليها القانون المدني.

يعتبر مقياس العقود خاصة 2، الموجه لطلبة سنة ثالثة، تخصص قانون خاص، تكملة لمقياس أحكام التزام الموجه لطلبة سنة 2 جذع مشترك، سداسي 4، في أحد محاوره الأساسية وهي محور الضمان العام ووسائل حمايته ومنه فكرة الدائن العادي. إذ يضاف لرصيد طالب

سنة 3 مفهوم الدائن الممتاز وأنواع التأمينات بنوع من التفصيل مقارنة بما حصله في مقياس نظرية الحق، سنة أولى.

يقصد بالضمان العام كل أموال المدين والتي تكون ضامنة للوفاء بديونه دون تخصيص لجزء منها، وقد عرفها المشرع من خلال المادة 188من القانون المدني، وبالنسبة لوسائل حماية هذا الضمان فهي أساسا جملة من الدعاوى من ذلك الدعوى غير المباشرة المنصوص عليها في المواد 189-190 من القانون المدني، ودعوى عدم نفاذ التصرف المواد من 191 إلى 197 منه، وكذا دعوى الصورية المواد 198-199 من ذات القانون. وكذا الحق في الحبس... وهي دعاوى نتائجها غير مضمونة ذلك أنها تصب في مصلحة المدين دون الدائن كما أنها ليست وسائل تنفيذ مباشرة على أموال المدين وليست حتى وسائل تحفظية، كما أنها متعلقة بعدد دائني المدين وصفاتهم وكم أمواله بل قبل ذلك فهي لديها شروط قبول عسيرة من قبل القاضي اعمالا للقانون.

أمام مخاطر الضمان العام هناك ضمانات أخرى منها الأكثر فعالية على الإطلاق وهي الضمانات العينية وهناك التأمينات الشخصية. بالنسبة للتأمينات الشخصية وعلى رأسها الكفالة فما هي إلا تطبيقة من تطبيقات الضمان العام، إلا أن أهميتها بالنسبة للدائن تكمن في تزويد فرص حصوله على حقه من خلال تزويد عدد الذمم المالية المنفذ عليها، اما التأمينات العينية فهي الذرع الواقي للدائن وأقوى وسائل حماية حقوقه على الإطلاق، ذلك أنها تخرج الدائن من دائرة الضمان العام والدائن العادي إلى دائرة الضمان الخاص ولقب دائن ممتاز لديه سلطتي التتبع والتقدم، بأن ينفذ على مال خاص محدد من أموال المدين قبل أي دائن آخر لا يساويه في المرتبة وفي أي يد كان.

تمثل التأمينات الشخصية والعينية محور هذا المقياس والذي قررت الوزارة تسميته **بمقياس عقود خاصة 2**، والذي نعقب على المسمى كون أن هذه الوسائل ليست ذات مصدر عقدي كلها، كحق الإمتياز مثلا وكذا حق التخصيص فالأول مصدره القانون والثاني مصدره القضاء. وسيتم دراسته من خلال محورين كالآتي:

المحور الأول: التأمينات الشخصية "الكفالة"

المحور الثاني: التأمينات العينية

المحـــور الأول: التأمينـــــات الشخصية

" عقد الكفالة "

تقوم فكرة التأمينات الشخصية على ضم ذمة مالية أو أكثر لأشخاص من الغير إلى ذمة المدين لمساندته في الوفاء بدينه في مواجهة الدائن فيسأل كل منهم مسؤولية شخصية غير محدودة في مال معين من أموال هؤلاء، وبالتالي يضاف إلى الضمان العام للمدين ضمانا عاما آخر يملكه هؤلاء.

وتمثل الكفالة أهم صورة للتأمينات الشخصية ويطلق على الغير في الطرح السابق بالكفلاء.

والكفالة عقد نظمها المشـــرع المواد من **644-673** من الباب الحادي عشـــر "الكفالة" من الكتاب الثاني "الالتزامات والعقود" من القانون المدني.

ستتم الإحاطة بعقد الكفالة من خلال توضيح مفهومها أولا، انعقادها في نقطة ثانية، آثارها ثالثا وأخيرا كيفية انقضاءها، وهو نفس نهج المشرع في المواد السالف ذكرها:

أولا: مفهوم عقد الكفالة

1- تعريفها:

الكفالة عقد بين طرفين، الطرف الأول هو دائن المدين، والطرف الثاني من الغير يدعى كفيل، يلتزم بموجبها هذا الأخير أن يضمن للدائن وفاء المدين بالدين بأن يقوم بنفسه بهذا الوفاء متى لم يقم به المدين الأصلي

فأطراف الكفالة هم الدائن والغير الضامن فيسمى الدائن بالمكفول له، ويسمى المدين بالمكفول عنه، ويسمى الغير بالكفيل، ويسمى الالتزام الذي في ذمة المدين بالالتزام المكفول وهو نفسه الالتزام الأصلي عادة

وقد عرف المشـــرع الكفالة في **المادة 644** من القانون المدني التي تنص على أنه: **" الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه".**

والمدين ليس طرفا في عقد الكفالة، فلا تشترط موافقته أو رضاه فتصح الكفالة ولو دون علمه، بل وحتى رغم معارضته وفقا للمادة 647 من القانون المدني.

2- نطاق الكفالة كتأمين شخصي:

إن الكفالة بالمفهوم الموضح أعلاه تختلف كل الاختلاف عن الكفالة في المجال الجزائي، وكذا الكفالة في قانون الأسرة بالرغم من تماثل المصطلح.

فالكفالة في المجال الجزائي منظمة وفقا لقانون الإجراءات الجزائية مفادها إمكانية دفع المتهم الأجنبي مبلغا من النقود كأصل حتى يتم الإفراج عنه في مرحلة التحقيق القضائي إضافة إلى شروط أخرى وفقا للمادة 132 وما يليها من قانون الإجراءات الجزائية. فنظام الكفالة في قانون الإجراءات الجزائية يحافظ على استثنائية الحبس المؤقت.

أما الكفالة في قانون الأسرة فهي التزام شخص على وجه الشرع بتربية ورعاية والنفقة على ولد قاصر مجهول او معلوم النسب (المواد من 125/116 من قانون الأسرة)

الكفالة العينية لا تدخل أيضا في التأمينات الشخصية لأن الكفيل العيني لا يلتزم شخصيا بل يقدم مالا خاصا مملوكا له يكون عليه رهنا ليضمن الوفاء بحق شخصي للدائن، وكذلك فالكفالة العينية تعتبر تأمينا عينيا، ولكن تتميز بأن الذي يقدم هذا المال ليس المدين كما هو مألوف في التأمينات العينية في صورتها العادية والأصلية، بل هو شخص آخر هو الكفيل العيني.

3- <u>خصائص عقد الكفالة:</u>

للكفالة خمس خصائص:

أ/ الكفالة عقد رضائي:

تنعقد بمجرد التراضي بين الكفيل والدائن دونما حاجة لشكل معين لانعقادها، وقد جاء في المادة 645 من القانون المدني ما يلي: "لا تثبت الكفالة إلا كتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالنية".

وإن كان عقد الكفالة عقدا رضـائيا، فإنه في إثبات وجوده أو صـحته أوجب المشـرع الكتابة في كل الأحوال ولو كان الالتزام الأصلي قابل للإثبات بطريقة أخرى، وفي هذا خروج عن قاعدة تبعية الكفالة للالتزام الأصلي.

-وإن كان المشـرع قد اشـترط الكتابة، فإنه لم يشـترط نوعها، فيجوز أن يكون المحرر المثبت لها رسـميا أو عرفيا، كما تحكمها القواعد العامة إذ يجوز إثباتها بالشـهود أو بأي وسـيلة أخرى إذا ضاع السند لسبب أجنبي، او في حال وجود المانع الأدبي.

ب/الكفالة عقد تبعي:

ومعنى ذلك أن التزام الكفيل ينشأ تابعا لالتزام المدين وهو الالتزام الأصلي الذي جعل الكفيل يضمن وفاء المدين به ويلتزم بالوفاء بدلا عنه عن لم يقم هذا الأخير بذلك.

ويترتب على تبعية الكفالة للالتزام الأصلي ما يلي:

-يتبع عقد الكفالة التزام المدين الأصلي في صحته وبطلانه وقابليته للفسخ

-يمكن للكفيل أن يتمسك بالدفوع التي تكون للمدين في مواجهة دائنيه كأصل عام

-ألا يكون التزام الكفيل أشـــد وأكثر عبئا من التزام المدين ومتى كان ذلك لا تبطل الكفالة إنما يرد التزام الكفيل إلى الحد المطلوب، ويجوز تخفيفه بالمقابل، كما لا يتحمل الكفيل الأعباء التي زادت في الدين بعد الكفالة نتيجة خطأ المدين أو بإرادته.

-لا يصـح أن يكون التزام الكفيل منجزا إذا كان التزام المدين معلقا على شـــرط أو مضافا إلى أجل.

ج/ الكفالة عقد ملزم لجانب واحد:

-وهو الكفيل، أما الدائن فلا يلتزم بشيء مقابل الكفالة.

غير أنه يجوز أن تكون الكفالة ملزمة لجانبين إذا قرر الدائن تقديم امتيازا للمدين أو للكفيل كما إذا التزم بتقديم قرض جديد للمدين مقابل الكفالة.

د/الكفالة عقد تبرعي:

يلزم الكفيل نفسـه في عقد الكفالة مجانا دون مقابل فالكفالة من جانب الكفيل من عقود التبرع لذا يجب احترام هذه العقود خاصة ما تعلق منها بالأهلية

ومن جواز رفع دعوى عدم نفاذ التصـــرف دون إثبات تواطؤ الكفيل مع المدين أو مع الغير.

-وقد تصـــبح الكفالة من عقود المعاوضـــة إذا التزم بها نظير مقابل من الدائن أو من المدين.

ه/الكفالة عقد مدني:

وهذه الخصـــيصـــة متفرعة عن اعتبار الكفالة عقدا تبرعي، لأن التجارة لا تقوم أبدا على فكرة التبرع بل على المضاربة وتحقيق الأرباح

-تحافظ الكفالة على طبيعتها المدنية ولو كان الكفيل تاجرا ولو كان الدين تجاريا

وفي هذا تنص المادة 651: "تعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدنيا، ولو كان الكفيل تاجرا"

غير أن الكفالة تصـــبح عملا تجاريا كاســـتثناء إذا كانت ++++++ عن ضـــمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا او عن تظهير هذه الأوراق (المادة 651 الفقرة 02 من القانون المدني).

وتبقى الكفالة ملزمة لجانب واحد ولو تقاضـــى الكفيل أجرا من المدين لأن هذا الأخير ليس طرفا في العقد.

4- <u>صور الكفالة:</u>

كفالة كاملة: إذا التزم الكفيل بضمان الدين كله

كفالة جزئية: جزء من الدين وتبرؤ ذمة الكفيل بمجرد حصـــول الدائن على هذا الجزء سواء من المدين أو من هذا الكفيل

كفالة محددة:

الكفالة الاتفاقية: اتفاق

الكفالة القانونية: نص قانوني

الكفالة القضائية: تتقرر بموجب حكم قضائي

يكمن الاختلاف بين الكفالة القانونية والقضائية والاتفاقية في أن الأولتين التضامن فيها مقرر بنص المادة 667 من القانون المدني: "يكون الكفلاء القضائية أو القانونية دائما متضامنين"

ثانيا: انعقاد الكفالة

الكفالة عقد رضائي تتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، وعليه فإن انعقادها يستلزم توفر أركان العقد الثلاثة المعروفة، تراضي، محل، سبب

1- التراضي

شروط صحة التراضي هي: الأهلية وخلو الإرادة من عيوب الإرادة ولخصوصية الكفالة باعتبارها عقد تبعي.

يجب تحديد أطراف العقد والشروط الواجب توفرها في الكفيل وفقا للقانون المدني.

أ/ أطراف الكفالة

هم الدائن والكفيل كما سبق القول

-الدائن: هو صاحب الحق سواء مع المدين الأصلي أو مع الكفيل في عقد الكفالة

وبالنسبة له إذا كانت الكفالة دون مقابل وهو الأصل فالأهلية المطلوبة هي مجرد التمييز لأن العمل بالنسبة له نافع نفعا محضا فيستقر صحيحا، كما تستقر صحيحة كفالة من في حكمه أي ناقصي الأهلية من السفهاء وذوي الغفلة.

أما إذا كانت الكفالة بمقابل، التزم الدائن بأداءه للكفيل وهو نادر الوقوع، فالاهلية المطلوبة هي أهلية التصرف على اعتبار أن الكفالة هنا من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، وهي قابلة للإبطال لمصلحة القاصر والمحجور عليه، ومتوقفة على إجازة الولي أو الوصي أو القيم.

الكفيل:

الكفالة بالنسبة للكفيل من عقود التبرع لذا يشترط فيها أن يكون الكفيل كامل الأهلية أي بالغ لسن 19 سنة كاملة، وقت إبرامها، ولا يعتريه أي عارض من عوارض الاهلية، فإذا كان الكفيل ناقص أو عديم الأهلية فالكفالة باطلة بطلانا مطلقا.

وتبقى باطلة بطلانا مطلقا ولو أبرمها الولي أو الوصي أو القيم

فإذا كانت الكفالة بمقابل فالأهلية المطلوبة هي أهلية التصـرف وتحكمها احكام هذه الاهلية 'دائرة بين النفع والضـرر) فيجوز للولي، الوصـي، القيم أن يعقد كفالة بأسـماء من ينوبونهم بحسب الحالة.

شروط الكفيل الذي يلتزم المدين بتقديمه للدائن:

تنص **المادة 646** من القانون المدني على أنه: "**إذا التزم المدين بتقديم كفيل، وجب أن يقدم شـخصـا موسـرا ومقيما بالجزائر، وله ان يقدم عوضـا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا**".

الأصـل أن المدين وإن لم يكن طرفا في عقد الكفالة هو من يقدم للدائن كفيلا كضمان شخصي للوفاء بدينه ومتى كان ذلك فإن هذا الضامن يجب أن يكون شخصا موسرا ومقيما بالجزائر.

الشرط الأول: يسار الكفيل

ويسار الشخص عكس عسره، والمقصود بيسار الكفيل أن يكون لديه من الأموال ما يكفي للوفاء بدين المكفول ويتحدد عادة يسار الشخص باستغراق الجانب الإيجابي من ذمته المالية جانبها السلبي.

فإذا ادعى الدائن أن الكفيل معسرا فعلى المدين إثبات عكس ذلك (يساره بالمقابل).

الشرط الثاني: أن يكون الكفيل مقيما بالجزائر

والإقامة المقصودة هنا هي الإقامة المعتادة في الجزائر، ولا تهم جنسية الكفيل بعدها، فتصح الكفالة حتى من أجنبي مقيم في الجزائر.

إن الغاية من اشتراط الإقامة في الجزائر تكمن في تسهيل إجراءات المطالبة الودية أو القضائية للكفيل بما ضمنه.

فإن توافر في الشخص هذان الشرطان صح للمدين تقديمه كفيلا، ويجب أن يستمر الكفيل متوافرا على هذين الشـرطين مادامت الكفالة قائمة فإذا تخلف الشـرطان أو أحدهما بأن أعسـر الكفيل بعد يسـاره أو نقل محل إقامته خارج الجزائر وجب على المدين إذا أراد

الدائن تقديم كفيل آخر لأن اجل الدين يسقط وفقا للمادة 211 قانون مدني، وهذا الحل تضمنه المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري المادة 1140 والتي تغيب في قانوننا المدني، لكن يبقى الاتفاق سيد المسألة، فقد يقبل الدائن بكفيل جديد أو بتأمين عيني أو كلاهما معا وقد يرفض وهنا يكون المدين مجبرا على الوفاء.

لكن ماذا لو كان الدائن هو من قدم الكفيل بأن اشترط على المدين شخصا معينا؟ وماذا لو كان الكفيل قد التزم دون علم المدين؟

هنا لا التزام على المدين فنص المادة 646 واضح.

ب/ التعبير عن الإرادة:

بالنسبة للدائن يجوز أن يعبر عن إرادته صراحة أو ضمنا، فالكفالة تصب في مصلحته، بعكس الكفيل الذي تشترط بعض التشريعات كالقانون الفرنسي المادة 2015 أن يكون رضاؤه بالكفالة صريحا، وهو الحكم الذي يتفق فيه أغلب الفقهاء امام انعدام النص في القانون المدني نظرا لخطورة تصرف الكفيل.

ج/ خلو الإرادة من عيوبها:

تخضع الكفالة للقواعد العامة من حيث قابليتها للإبطال إذا شاب الإرادة عيب من عيوب الإرادة من غلط، تدليس، إكراه، استغلال، بما يتلاءم وصيغة هذا العقد، المواد من 81 إلى 91 من القانون المدني.

2/ المحل

المحل في عقد الكفالة هو ضمان تنفيذ التزام المدين أي الالتزام المكفول

وشروط المحل في عقد الكفالة هي دراسة لشروط المحل وفقا للقواعد العامة، فيجب أن يكون المحل موجودا ومعينا (تعين ملحقات الدين والمصروفات) أو قابلا للتعيين ومشروعا

وقد تطرق المشرع الجزائري إلى بعض فروض المحل حيث أجاز الكفالة في الالتزام المستقبلي متى حدد مقدما المبلغ المكفول المادة 650 من القانون المدني (كما أجاز الكفالة في الدين المعلق على شرط أو المضاف إلى أجل عبر نفس المادة)

والتزام الكفيل في الدين المستقبلي مرتبط بالمدة التي عينها هذا الأخير، فإذا انتهت المدة ولم ينشأ هذا الالتزام تحلل الكفيل من التزامه أم إذا نشأت بعض الالتزامات أو كلها كان الكفيل ملزما بالضمان بقدر ذلك الجزء أو كلها على ألا يتجاوز المبلغ المذكور في العقد

أما إذا لم يعين الكفيل مدة الكفالة منحه القانون المدني حرية الرجوع في الكفالة مادام الالتزام المستقبلي لم ينشأ بعد، ويكون عليه أن يعلم الدائن بذلك. **المادة 650 من القانون المدني**

كما تجوز كفالة الالتزام المعلق على شرط (الالتزام المشروط المادة 650 من القانون المدني).

3/ السبب

وتحكمه القواعد العامة والشرط الوحيد الواجب توفره فيه هو أن يكون سبب التزام الكفيل مشروعا ولا يهم بعدها إذا كان الكفيل قد التزم لمصلحة الدائن أو المدين مادام الباعث الدافع إلى التعاقد مشروعا.

ملاحظة

إذا توافرت أركان عقد الكفالة الثلاثة السالف ذكرها صحيحة قامت الكفالة صحيحة في ذاتها، إلا أن صحة الكفالة كتأمين شخصي باعتبارها عقد تبعي لا تكفي صحتها في ذاتها فقط، بل هي مرتبطة بصحة الالتزام المكفول وفي هذا تنص المادة 648 من القانون المدني على ما يلي: **"لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا"**

بمعنى أن الكفالة تتبع الالتزام الأصلي في كل ما يعتريه من صحة وبطلان وقابلية للإبطال، والعكس غير صحيح، فبطلان الكفالة لا ينتج عنه بطلان الالتزام الأصلي.

ثالثا: آثار عقد الكفالة

لما كانت الكفالة عقدا بين الكفيل والدائن، فهي توجد علاقة فيما بين الكفيل والدائن، إذ تجعل للدائن الحق في الرجوع على الكفيل إذا لم يف المدين بدينه، ولما كان التزام الكفيل إنما هو التزام تبعي للالتزام المكفول وليس الكفيل مدينا أصليا بل هو قد وفاه عن المدين الأصلي، فللكفيل حق الرجوع على المدين الأصلي إذا هو قام بالوفاء بدلا عنه.

وبالتالي فإن دراسة آثار الكفالة تقتضي التطرق إلى علاقتين:

-العلاقة بين الكفيل والدائن

-العلاقة بين الكفيل والمدين

ولا تقوم علاقة رجوع الكفيل على المدين إذا قام المدين بالوفاء للدائن بالدين، إذ لا داعي حينها لقيام العلاقة الأولى أصلا أو انها تقوم وتنقضي بوفاء المدين.

1- العلاقة بين الكفيل والدائن:

أ/ مطالبة الدائن للكفيل والقواعد التي تحكمها:

إذا كان الدائن هو صاحب الحق في مواجهة الكفيل فإن هذا الرجوع محكوم بقواعد حتى يجوز له الرجوع على الكفيل، نوجزها فيما يلي:

*** عدم جواز مطالبة الدائن الكفيل إلا عند حلول أجل الدين:**

عادة يكون أجل التزام الكفيل هو نفس أجل الالتزام الأصلي المكفول، ولا يجوز أن يكون أقصر إعمالا بمبدأ عدم جواز تشديد التزام الكفيل (المادة 652 من القانون المدني).

فإذا امتد الاجل بإرادة الدائن أو بحكم قضائي فإن الكفيل يستفيد من ذلك ولا يستطيع الدائن مطالبة الكفيل قبل حلول الأجل الجديد.

وإذا سقط أجل الالتزام الأصلي لأحد الأسباب التي تحددها **المادة 211** من القانون المدني كإفلاس المدين أو إضعاف هذا الأخير تأمينات الدين أو عدم تقديمه للدائن ما وعده به من تأمينات في العقد، فلا حل قانوني يفصل في المسألة وقد انقسم الفقهاء إلى رأيين الأول يسقطه بناء على فكرة التبعية والثاني لا بناء على فكرة عدم جواز تشديد التزام الكفيل.

***عدم جواز مطالبة الكفيل إلا بعد مطالبة المدين:**

يجب على الدائن أن يطالب المدين أولا قبل الكفيل، ومتى كان ذلك فلا تقبل دعواه وهو ما قصدته **المادة 660** من القانون المدني في فقرتها الأولى: **"لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين".**

إلا أنه للدائن أن يطالب الكفيل والمدين معا إذا كانت الكفالة تضامنية أي إذا كان الكفيل والمدين متضامنين.

ب/ حقوق الكفيل في مواجهة الدائن

(الدفوع التي يمكن للكفيل التمسك بها في مواجهته)

المقصود بدفوع الكفيل الأوجه التي يستطيع الكفيل أن يتمسك بها في مواجهة الدائن إذا طالبه بدفع الدين. والهدف من منح الكفيل هذه الحقوق هي تبرئة ذمته في مواجهة الدائن أو تأجيل المطالبة بتنفيذ الالتزام المكفول أو انقاصه. وهناك ثلاث أنواع من الدفوع يستطيع الكفيل التمسك بها:

-دفوع ناشئة عن الكفالة باعتبارها عقد كغيرها من العقود

دفوع ناشئة عن الالتزام الأصلي للمكفول

دفوع ناشئة عن تنفيذ الكفيل للالتزام المكفول

- دفوع ناشئة عن الكفالة بوصفها عقد كغيرها من العقود:

فالكفيل يستطيع أن يتمسك ببطلان الكفالة لأي سبب من أسباب البطلان، أو بقابلية الكفالة للإبطال أو بعدم تحق الشرط الواقف إذا كانت الكفالة معلقة على شرط أو ان يدفع بعدم التنفيذ إذا كان الدائن لم ينفذ التزامه في الكفالة الملزمة لجانبين.

- دفوع ناشئة عن الالتزام الأصلي المكفول:

الكفالة عقد تبعي فما يسقط الالتزام الأصلي كقاعدة يسقط الكفالة بالتبعية، وترتيبا لهذا الأثر فقد أجاز المشرع للكفيل أن يتمسك بكافة الدفوع التي يحتج بها المدين او بما يمكن له ان يحتج بها في مواجهة الدائن. فله أن يتمسك ببطلان الالتزام الأصلي مثلا، أو قابليته للإبطال لأي سبب كان، إلا إذا كان الدفع بإبطال العقد راجع لنقص أهلية المدين فمتى كان الكفيل عالما بنقص أهليته وقت الكفالة أو أبرمت كفالة بسبب نقص أهلية المدين، فليس له أن يتمسك بهذا الدفع.

وفي هذا تنص المادة 654 من القانون المدني على انه: "**يبرؤ الكفيل بمجرد براءة المدين وله ان يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين.**

غير انه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين يتمثل في نقص أهليته، وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد فليس له أن يحتج بهذا الوجه"

كما تضـيف المادة 649 من القانون المدني على انه: "**من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الاهلية كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول**"

وعليه، فالبنسبة لكفالة التزام ناقص أهلية، نجد 3 فروض بناء على هذين النصين:

الفرض الأول: أن يكفل الكفيل التزام ناقص أهلية وتكون الكفالة بسـبب نقص أهليته: وهنا يبقى دائما مجبر على تنفيذ التزامه ولو أبطل الإلتزام الأصلي

الفرض الثاني: أن يكفل الكفيل التزام ناقص أهلية وهو عالم بنقص أهليته: وهنا ليس له حق التمسك بالإبطال إلا أنه يستفيد منه متى تقرر فينقضي التزام الكفيل بالتبعية نتيجة ابطال الإلتزام الأصلي.

الفرض الثالث: أن يكفل الكفيل التزام ناقص أهلية وهو غير عالم بنقص أهليته، وهنا يتمسك بالدفع ويستفيد من الإبطال.

- <u>دفوع ناشئة عن وجوب تنفيذ الكفيل للالتزام المكفول:</u>

في حالة صحة انعقاد الكفالة وصحة الالتزام المكفول، فإنه لا يبقى امام الكفيل إلا أن يحتج بما يترتب على عقد الكفالة من حقوق له، قد يؤدي التمسـك بها إلى تأجيل مطالبة الدائن أو إلى تقرير براءة الكفيل أهمها:

الدفع بالتجريد،
الدفع بالتقسيم،
دفوع أخرى.

-الدفع بالتجريد: هذا الدفع مستمد من **المادة 660 فقرة 01** من القانون المدني التي تنص على أنه: «**لا يجوز للدائن ان يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين.**
ولا يجوز له ان ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق".

فالدائن يجب عليه الرجوع على المدين الأصـلي أولا قبل الرجوع إلى الكفيل كنتيجة لكون التزام هذا الأخير تبعي.

فإن حصـل وان رجع الدائن على الكفيل مباشـرة جاز للكفيل الدفع بالتجريد ومفاد هذا الدفع التأكيد على الدائن بأن يجرد المدين أولا من أمواله قبل الكفيل.

شروط الدفع بالتجريد:

- ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين،
- ألا يكون الكفيل قد نزل عن حقه في هذا الدفع بموجب اتفاق مسبق،
- ان يدل الدائن على نفقته، على أموال تفي بالدين كله غير متنازع فيها وموجودة بالجزائر، وفقا للمادة 661 من القانون المدني،
- ان يتمسـك به الكفيل في الدعوى، فالدفع بالتجريد ليس من النظام العام فلا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها.

صورة خاصة للدفع بالتجريد:

تنص **المادة 663** من القانون المدني على أنه: **" إذا كان هناك تامين عيني خصـص قانونا أو اتفاقا لضـمان الدين وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه ولم يكن الكفيل متضـامنا مع المدين فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين".**

جاء هذا النص ليغطي الفرض الذي يكون فيه للدائن تأمينات عينية قدمها له مدينه لضمان الوفاء بالتزامه إضافة إلى الكفالة، وهنا لا ينفذ الدائن على ذمة الكفيل بل عليه أولا أن ينفذ على هذه التأمينات العينية شـرط أن يكون تاريخها سـابق للكفالة او معها، وإذا خالف الدائن هذا الترتيب جاز للكفيل ان يدفع بالتجريد.

- **الدفع بالتقسيم:**

معناه أن الكفيل غير ملزم قانونا على تسـديد كامل الدين، ولا يمكن الحديث عنه إلا في الفرض الذي يتعدد فيه الكفلاء دون أن يكونوا متضـامنين فيسـتطيع كل واحد فيهم أن يدفع بالتقسيم أي بأن يدفع قدر ما التزم به دون الدين كله.

وحتى يقبل الدفع بالتقسيم يشترط ما يلي:

1-ان يتعدد الكفلاء دون تضامن،

2-ان يكون التعدد لدين واحد، وبعقد واحد **ولا تضامن**

فإذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متتالية، فإن كلا منهم مسؤول عن الدين كله إلا إذا احتفظ لنفسه بحق التقسيم **المادة 664** من القانون المدني.

والدفع بالتقسيم من النظام العام يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وإذا أعسر أحد هؤلاء الكفلاء غير المتضامنين **تحمل الدائن** حصة هذا المعسر.

الكفالة التضامنية:

تأخذ عدة صور بحسب طبيعة وتشعب العلاقة:

فصورتها الأبسط ان يكون الكفيل متضامنا مع المدين دون تعددهم، وقد تكون في حال تعدد الكفلاء ويكونوا متضامنين، أو أن يتضامن بعض الكفلاء مع المدين أو المدينين دون البعض الآخر او أن يكون بعضهم متضامنا مع بعض أو مع جزء منهم دون البقية.

عموما، في هذا النوع من العلاقة إذا كان الكفيل متضامنا مع المدين فلا يجوز له أن يدفع بالتجريد، وفي حال تضامنهم مع بعضهم لا يجوز لأحدهم أن يدفع بالتقسيم في حالة **(المادة 665، 664 من القانون المدني).**

هنا يكون الدائن في وضع ممتاز إذ يجوز له التنفيذ على الممتلئ منهم. كفيلا كان أو مدينا بحسب الأحوال.

وفي ‘طار التضامن بقوة القانون تنص **المادة 667** من القانون المدني على أنه: "**يكون الكفلاء في الكفالة القضائية أو القانونية دائما متضامنين**".

بمعنى إذا اشترط القانون عقد كفالة أو ألزم القاضي بها كان الكفلاء متضامنين وسرى عليهم أحكام التضامن، حيث لا يمكنهم الدفع بالتقسيم بموجب هذا التضامن وإذا كانوا متضامنين مع المدين أيضا لا يمكنهم الدفع بالتجريد.

دفوع أخرى:

يمكن للكفيل بموجبها أن يبرئ ذمته كليا او جزئيا من الكفالة، كما يمكنه الاستفادة من إرجاء الفصل في الدعوى وبالتالي يستفيد من تأجيل الحكم.

نصت عليها المواد من 656، 657، 658 من القانون المدني

إبراء ذمة الكفيل بقدر ما أضـــاعه الدائن بخطئه من تأمينات المادة 656 من القانون المدني

-عدم تدخل الدائن في تفليســـة المدين مع إثبات الصـــور، المادة 658 من القانون المدني.

-عدم قيام الدائن بالإجراءات اللازمة في مواجهة المدين مدة 6 أشـــهر من تاريخ إنذار الكفيل له، المادة 657 من القانون المدني.

2- العلاقة بين الكفيل والمدين:

تحكمها المواد من 670 إلى 673 من القانون المدني

إن التزام الكفيل عادة هو التزام تبرعي، مع هذا فإذا وفى الدين المكفول للدائن جاز له أن يرفع على المدين بإحدى الدعويين:

-دعوى شخصية،

-دعوى الحلول.

1/ الدعوى الشخصية:

يرفعها الكفيل مباشرة على المدين. بعد وفاءه بالكفالة.

تنص **المادة 672** من القانون المدني على أنه: **"يكون للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين ســـواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه ويرجع بأصـــل الدين والمصروفات.**

غير أنه فيما يخص المصـــروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت اخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده"

وتنص **المادة 670** من القانون المدني على أنه: **"يجب على الكفيل أن يخبر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين أو انقضاءه.**

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

من استقراء هاتين المادتين يتضح انه لممارسة الدعوى الشخصية يجب توفر جملة من الشروط:

-حلول اجل الدين وقيام الكفيل بالوفاء:

فإذا تعجل الكفيل بالوفاء كان عليه أن ينتظر حلول الأجل حتى يستطيع مطالبة المدين بما وفاه.

العبرة بحلول الأجل الأصلي فإذا منح الدائن أو القاضي للمدين اجلا إضافيا فإن هذا الأجل الجديد لايحتج به في مواجهة الكفيل، وكان لهذا الأخير مكنة إلزام الدائن بقبول وفاءه ومتى تم الوفاء جاز للكفيل الرجوع على المدين.

-إخطار المدين قبل الوفاء وعدم معارضته للوفاء:

سواء أراد الكفيل ان يقوم بالوفاء بنفسه أو كان قد طالبه الدائن بالوفاء مطالبة قضائية يجب عليه أن يخطر المدين قبل الوفاء. وهذا الإختيار كان لمقتضيات منطقية، فقد يكون للمدين أسباب تقضي ببطلان الدين او بانقضاءه، كما قد يكون قد تم بالوفاء فعلا دون علم الكفيل، وعليه إذا لم يعارض المدين في الوفاء قبلت دعوى الكفيل ولو كان المدين قد دفع الدين او كانت لديه أسباب تقضي ببطلان الدين او بانقضاءه،

فالإخبار قبل الوفاء له قيمة قانونية في نجاح الكفيل في دعواه ضد المدين، إلا أنه يمكنه النجاح دون إخطار إذا لم يعارض المدين سواء بان يحتج عليه بالوفاء او بأسباب البطلان والإنقضاء.

-أن تكون الكفالة قد أبرمت دون معارضة المدين أي بعلمه وقبوله أو دون علمه:
وفقا **للمادة 672** يسقط خق الكفيل في الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية إذا أبرم كفالة مع الدائن رغم معارضة المدين. يجوز له الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب.

موضوع الدعوى الشخصية:

حسب **المادة 367** من القانون المدني فإن موضوع الدعوى التي يرفعها الكفيل شخصيا على المدين هي المطالبة بأصل الدين والمصروفات وفيما يخص هذه الأخيرة فلا تكون مستحقة إلا تلك التي دفعت بعد إخبار المدين بالإجراءات التي اتخذت ضده.

وفي حال تعدد المدينين وكانوا متضامنين لدين واحد فللكفيل حق المطالبة الشخصية لأي واحد منهم وفقا لأحكام التضامن.

2/ دعوى الحلول:

تنص **المادة 671** من القانون المدني على ما يلي: "**إذا وفى الكفيل الدين كان له ان يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين ولكن إذا لم يوف بعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حق من المدين**".

مفاد دعوى الحلول هي أن يحل الكفيل محل الدائن في أجل مطالبة المدين بجميع ما للدائن من حقوق تجاهه.

ولقبول هذه الدعوى يشترط أن يفي الكفيل **بالدين كله** عند أجل استحقاقه.

رابعا: انقضاء الكفالة

تنقضي الكفالة بإحدى الطريقتين تبعا لعلاقات أشخاصها

1- انقضاء الكفالة بطريقة تبعية:

كلما انقضت العلاقة الأصلية بين المدين والدائن انقضت بالتبعية الكفالة

وينقضي الالتزام عادة، بالوفاء بما يعادل الوفاء ودون الوفاء كما يلي:

أ/ انقضاء الكفالة بانقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء:

إذا وفى المدين الدائن انقضى التزام الكفيل في حدود هذا الوفاء، فإذا وفى المدين جزء فقط من الدين بقي التزام الكفيل قائما في حدود الجزء الآخر.

يشترط لصحة الوفاء أن يكون المدين مالكا للشيء الموفى به وأهلا للتصرف فيه، **المادة 260** من القانون المدني.

فإذا أحال المدين التزامه لشخص آخر وفقا لقواعد حوالة الدين فإن التزام الكفيل لا ينقضي، فالدين ينتقل كما هو بكل ضماناته وامتيازاته ونفس الشيء بالنسبة لحوالة الحق.

ب/انقضاء الدين المكفول بما يعادل الوفاء:

(المادة 655 من القانون المدني)

- **الوفاء بمقابل:** إذا قبل الدائن شيئا آخر غير الالتزام الأصلي الذي له في ذمة المدين، انقضى الالتزام وبالتالي تبرأ بالتبعية ذمة الكفيل.

- **التجديد:** هو تغير في الالتزام الأصلي في أحد عناصره الأساسية إما تغيير المدين إما:

-تغيير المدين،

-تغيير الدائن،

-تغيير الالتزام في محله أو مصدره.

إن أحكام التجديد تقضي بانقضاء الالتزام بين الدائن والمدين وبالتالي التزام الكفيل بالتبعية إذا تغير الالتزام في أحد عناصره.

وفي انقضاء التزام الكفيل نص صريح إذ جاء في المادة 293 من القانون المدني أنه: **"لا تنتقل الكفالة العينية أو الشخصية ولا التضامن إلى الجديد إلا إذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون".**

الشرط الجوهري في التجديد إضافة إلى تغيير عناصر الالتزام هو نية التجديد والتي ينبغي أن تكون واضحة، فالتجديد لا يفترض

- الإنابة:

والتي ينقضي بها الالتزام الأصلي هي الإنابة تجديد بتغير المدين الكاملة، أما الناقصة فلا، لأنها تقوم على فكرة ضم ذمة المناب له إلى ذمة المدين الأصلي، فيكون للدائن مدينان بدل مدين واحد.

-المقاصة:

تقوم المقاصة على فكرة وجود علاقة دائنية متبادلة ومتقابلة بين شخصين، ينقضي الالتزام في المقاصة بقدر الأقل من الدينين، فإذا تساوى الدينين انقضى الالتزام الأصلي كلية وينقضي بالتبعية التزام المكفول.

المقاصة أحكامها ليست من النظام العام يجب أن يتمسك بها الأطراف، كما يجوز التنازل عنها.

-اتحاد الذمة:

ينقضي الالتزام إذا اجتمعت في شخص واحد صفتي الدائن والمدين في دين واحد، فإذا صار المدين هو الدائن نفسه بأن توفي الدائن وورثه المدين أو آل إليه مال بقدر الدين عن طريق وصية انقضى الالتزام وانقضى معه التزام الكفيل بالتبعية. فإذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة يعود الدين إلى الوجود، كما إذا تقرر بطلان الوصية فيعود الالتزام وتعود معه تأميناته وضماناته.

ج/ انقضاء الالتزام الأصلي دون الوفاء:

-الإبراء، التقادم المسقط، استحالة التنفيذ

-الإبراء:

ينقضي الالتزام إذا أبرم الدائن مدينه من الدين بطريقة اختياراته.

ويقع الإبراء صحيحا إذا قبله المدين ووصل إلى علمه فإذا رفضه المدين وقع الإبراء باطلا.

تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تصرف تبرعي، إلا أنه لا يشترط فيه شكل خاص.

-استحالة التنفيذ:

نصت عليها **المادة 307** من القانون المدني.

ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا، لسبب أجنبي لا يد له فيه، فإذا كانت الاستحالة من فعل المدين وبخطئه التزم بالتعويض، وفي هذه الحالة، يبقى الكفيل بالتبعية كفيلا بالتعويض.

-التقادم:

انقضاء قانوني للالتزام.

2- **انقضاء الالتزام للكفيل بصفة أصلية:**

يعني انقضاء التزام الكفيل في مواجهة الدائن، وينقضي بنفس **الأسباب العامة** التي ينقضي بها الإلتزام: بالوفاء، أو بما يعادل الوفاء كالوفاء بمقابل أو بالتجديد، بتغيير الكفيل أو تغيير محل الالتزام بتقديم رهن بدلا من الكفالة.

وينقضي بالمقاصة أو اتحاد الذمة، التقادم، الإبراء

ويجب التنويه إلى أن انقضاء الالتزام لا يؤدي إلى انقضاء التزام المدين الأصلي. فمثلا إذا انقضت الكفالة بالمقاصة كأن كان الدائن مدينا للكفيل قبل انعقاد الكفالة وأصبح الكفيل مدينا للدائن بمبلغ الكفالة وقعت المقاصة بين الدينين وانقضت الكفالة إذا كان مبلغ الكفالة أقل أو يساوي دين الدائن فهذا لا يؤدي إلى انقضاء الإلتزام الأصلي.

أسباب خاصة لانقضاء الكفالة بطريقة أصلية:

-إبراء ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من تأمينات المادة 656 من القانون المدني

-عدم تدخل الدائن في تفليسة المدين مع إثبات الصور، المادة 658 من القانون المدني.

-عدم قيام الدائن بالإجراءات اللازمة في مواجهة المدين مدة 6 أشهر من تاريخ إنذار الكفيل له، المادة 657 من القانون المدني.

تمنياتي لكم بالتوفيق

**** نهاية الجزء الأول من المقياس****