جامعة العقيد أكلي محند أولحاج البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
القسم القانون الخاص

أثر الكفالة الناتج عن علاقة الدائن بالكفيل في القانون المدني(دراسة مقارنة)

مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق

تخصص: عقود ومسؤولية

من إعداد الطالبة:
قنون فاطمة زهرة

تحت إشراف الدكتور:
شيهاني سمير

لجنة المناقشة

الدكتور سي يوسف قاسي.....رئيسا

الدكتور شيهاني سمير، أستاذ محاضر قسم (ب)..... مشرفا ومقررا

الأستاذ بن قوية المختار.....ممتحنا

تاريخ المناقشة: 01 /03 /2015

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر و تقدير

قال تعالى:« و لئن شكرتم لأزيدنكم »

نحمد الله سبحانه وتعالى على فضله ومنه ومنحه إيانا العزيمة وقوة الإرادة ويد العون حتى تمكنا من إخراج هذا العمل إلى النور، نسأله تعالى أن ينفع به غيرنا.

وعملا بقول النبي ﷺ: «من لم يشكر الناس لم يشكر الله»، وعليه يسرنا أن نتقدم بخالص الشكر والعرفان ووافر الامتنان إلى المشرف الدكتور شيماني سمير الذي لم يبخل علينا بتوجيهاته ونصائحه القيمة.

وإلى مدير وعمال مكتبة الحقوق والعلوم السياسية و إلى كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد على إنجاز هذا العمل وفي تذليل ما وجهناه من صعوبات.

إهداء

اهدي عملي هذا

- إلى منبع الحب وصاحبة القلب الرحيم، إلى من ملأت حياتي عطفا وحنانا،

- إلى من تعبت واجتهدت بتربيتي، إلى التي لولاها لما ذقت طعم النجاح ولا طعم الحياة، إلى التي سهرت الليالي وساهمت بقسط كبير من نجاح والى التي وجدتها بجانبي بكل لحظات عمري إلي أمي الغالية العزيزة حفظها الله

- إلى أبي الغالي.

- إلى كل إخوتي وأخواتي

- إلى كل الأصدقاء

- إلى كل من حملتهم ذاكرتي و لم تحملهم مذكرتي

مقدمة:

إن التأمينات الخاصة تعد من بين وسائل حماية الدائن من عدم إمكانية حصوله على حقه من المدين، وهي على نوعين: شخصية، وعينية، فالأولى تقوم على تعدد المسؤولين عن تنفيذ الالتزام، فيتحقق ضمان الدائن فيها من ضم ذمة أخرى إلى ذمة المدين، بحيث لو أعسر المدين لكانت الذمة الأخرى مسؤولة عن الوفاء بنفس الدين، أما العينية فتقوم على تخصيص مال معين من أموال المدين لضمان الوفاء بالتزام.

والكفالة تعد من أهم الصور في التأمينات الشخصية، فهي من أهم الضمانات التي تناولها المشرع الجزائري والذي خصص لدراستها المواد من 644 إلى 673 من التقنين المدني الجزائري.

وقد عرف المشرع الجزائري عقد الكفالة على أنها عقد نشأ عن وجود علاقة المديونية التي تقوم بين الدائن والمدين، وأن الكفيل يأتي لضمان الوفاء بهذه المديونية، لهذا فالكفالة تعتبر عقد ضمان شخصي؛ لأنها تضمن وفاء المدين بالدين، كما أنها عقد ملزم لجانب واحد وهو الكفيل، وتتم بالتراضي بين طرفيها ولا تشترط شكلا خاصا بها، وتتميز بأنها عقد تبعي[1].

ونشير أن الكفالة أنواع؛ بحسب طبيعتها أو بحسب مصدرها، فبحسب طبيعتها تنقسم إلى: مدنية وتجارية؛ فتكون مدنية كأصل عام ولو كان التزام المكفول تجاريا، وحتى وإن كان كل من الدائن والمدين تاجرا، لأن الكفالة المدنية تعتبر من أعمال التبرع، بينما تكون تجارية إذا **كان** الكفيل التاجر يحترف الكفالة بمقابل، وتنقسم بحسب مصدرها إلى: كفالة اتفاقية، أو قانونية، أو قضائية[2].

لكن حتى تنعقد الكفالة بصورة صحيحة، لابد من توافر أركانها المتمثلة في: التراضي بين الطرفين، المحل، والسبب؛ فبمجرد توافر هذه الأركان تنعقد الكفالة صحيحة منتجة آثرها المباشرة وغير المباشرة، أولها ما يتعلق بعلاقة الدائن بالكفيل، وثانيها ما يتعلق بعلاقة الكفيل

(1) سي يوسف زاهية، عقد الكفالة،الطبعة الرابعة مزيدة ومنقحة، دار الأمل، تيزي وزو 2004، ص26.

(2) سي يوسف زاهية، المرجع نفسه، ص35.

بالمدين، أو العلاقة بين الكفلاء إذا تعددوا[1]، وقد قصرت دراستي هذه على الأثر الناتج عن علاقة الدائن بالكفيل في القانون المدني.

لهذا سنتناول في هذه العلاقة وجهين: الأول يتمثل في مطالبة الدائن للكفيل بالدين عند حلول أجل الاستحقاق، رغم أن هناك حالات تمكن الدائن من الرجوع عليه قبل الموعد المتفق عليه، وهذا راجع إما للأسباب المنصوص عليها في القواعد العامة، أو لأسباب أخرى، كما يشترط على الدائن الرجوع على المدين أولا قبل رجوعه على الكفيل، بينما الوجه الثاني يتمثل في الدفوع التي من حق الكفيل التمسك بها، أي باعتبار الكفيل الطرف الضعيف في عقد الكفالة، فقد وفر له القانون الحماية المتمثلة في الدفوع التي تحد من المخاطر التي تحدق به.

ورغم أن الكفالة تعتبر كأي عقد آخر ترتب في ذمة كل من الكفيل والدائن واجبات وحقوقا، والتي نجد منها ما هو منصوص عليه ضمن المواد التي تناولت الكفالة بشكل خاص، ومنها ما يستفاد من القواعد العامة، إلا أن هذه العلاقة نجدها متأثرة إلى حد كبير بعلاقة الدائن بالمدين؛ لأن الكفالة قد لا تنتج آثارها إلا بعد مرور فترة زمنية معينة، وبذلك يكون من حق الدائن أن يقوم ببعض الإجراءات اللازمة لحماية مصالحه[2]، وعلى هذا الأساس نقوم بطرح الإشكالية الآتية:

ما هي النتائج المترتبة عن علاقة الدائن بالكفيل في القانون المدني؟

إن الإجابة عن هذا السؤال توضح جليا أن للموضوع أهمية كبيرة تتمركز أساسا فيما يلي:

أن عقد الكفالة يحقق الطمأنينة للدائن بوجود شخص ثان ضامن للوفاء بالدين، بينما بالنسبة للمدين فهي تحقق له مصلحة في حصوله على ما يحتاجه من الدائن، وذلك من خلال تقديم تأمين لهذا الأخير ألا وهو الكفالة.

---

(1) منتدى لأوراس، القواعد العامة التي تحكم عقد الكفالة:
http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t1284-topic.

(2) معطي محمد محمود، الكفالة في ضوء الفقه والاجتهاد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص93.

كما تكمن أهمية الكفالة في كيفية مطالبة الدائن للكفيل، ومتى تتم مطالبته في العلاقة التي تربطهما، والأثر الذي ينجم عن هذه المطالبة لاسيما في حالة إعسار المدين وفقا للقواعد العامة، لأن الكفيل ملتزم بجانب المدين بمحض إرادته بتنفيذ الالتزام، كون التزامه تابعاً للالتزام الأصلي، إلا أنه من حقه التمسك بالدفوع التي أقرها المشرع الجزائري له.

كما تكمن أهمية هذا الموضوع في معرفة أثر الدفع بالتجريد الذي منحه المشرع الجزائري للكفيل، الذي يعتبر بمثابة حق منح له لمواجهة الدائن في حالة التنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال المدين، وكذلك محاولة سد الفراغ الذي يوجد في بعض التقنينات الأخرى، نظرا لعدم التطرق إليه بشكل مستقل.

كما تظهر أهمية هذا الموضوع في الاختلاف الموجود في تقسيم الدين بين الكفلاء بالنسبة إلى التشريع الجزائري والتشريع الفرنسي في حالة إعسار أحد الكفلاء.

كذلك من أهمية هذا الموضوع معرفة ما إذا كان للكفيل المتضامن مع المدين الحق في التمسك بنفس الدفوع التي يتمسك بها الكفيل البسيط، وكذلك نفس الأمر بالنسبة لكفيل الكفيل المتضامن مع المدين، كما يجب معرفة ما إذا كان سكوت الكفيل أو عدم إبدائه لأي دفع من الدفوع يعتبر تنازلا منه، كما يجب معرفة أيضا ما إذا كان للكفيل العيني الحق في التمسك بنفس الدفوع التي من حق الكفيل الشخصي الدفع بها.

كما نجد أنه من حق الكفيل التمسك ببطلان الالتزام الأصلي، أو بقابليته للإبطال، أو انقضائه، باسمه الخاص، لكن يجب معرفة كيف يتم ذلك.

لذا نجد أن المشرع الجزائري قد اهتم بحماية الكفيل كغيره من التشريعات الأخرى، وبذلك نشير إلى أن الهدف أو الغاية من هذا الموضوع هو تبيان الدفوع التي يتمسك بها الكفيل بشكل مفصل، سواء باسمه أو باسم المدين الأصلي، كما يجب تحديد مركز الكفيل في إطار هذه العلاقة بالنسبة إلى التشريعات الأخرى، كما نشير إلى بعض الاختلافات إن وجدت في بعض التشريعات الأخرى بالطبع التي تخص الطرفين (الدائن والكفيل)، مع محاولة الإجابة عن بعض التساؤلات التي تثار حول هذا الموضوع بذات.

وفي هذا الصدد نذكر أن هناك عدة دراسات سابقة، لكن أغلبها اتصف بالعمومية؛ حيث درس أصحابها الكفالة عموما في القانون المصري أو الجزائري أو بإضافة إلى الفقه الإسلامي مثلا، وبذلك نصل إلى أنه لا توجد أي دراسة على حد علمي تناولت موضوع أثر الكفالة الناتج عن علاقة الدائن بالكفيل في القانون المدني بشكل جدي، وهذا ما دفعنا إلى اختيار هذا الموضوع، أي نظرا لندرة الدراسات الأكاديمية إن لم نقل انعدامها، بالإضافة إلى ميلنا الشخصي لدراسة هذا الموضوع لما فيه من أهمية.

لكن عند دراستنا لهذا الموضوع اعترضتنا بعض الصعوبات، من بينها قلة المقلات حول هذا الموضوع، وكذلك لا توجد بعض أحكام قضائية في التقنين الجزائري.

وفي سبيل الإلمام بالموضوع بطريقة منهجية، سنعتمد على المنهج الوصفي، والمنهج التحليلي للنصوص القانونية الذي يساعدنا على الملاحظة والاستنتاج، كما تم الاستعانة بالمنهج المقارن الذي يقتضيه الهدف من البحث.

ولوضع هذا الموضوع في شكل مفيد، يضمن على الأقل الإحاطة بمعظم جوانبه ارتأينا تحديد دراستنا من خلال هذه الخطة:

الفصل الأول: مطالبة الدائن للكفيل

المبحث الأول: وجوب حلول أجل الدين

المبحث الثاني: وجوب رجوع الدائن على المدين أولا

الفصل الثاني: الدفوع الممنوحة للكفيل لرد مطالبة الدائن

المبحث الأول: الدفوع المترتبة عن عقد الكفالة

المبحث الثاني: الدفوع الأخرى التي يتمسك بها الكفيل

الفصل الأول: مطالبة الدائن للكفيل

من أجل تجسيد مضمون هذا الفصل لابد من تبيان متى تتم مطالبة الدائن للكفيل، فالكفيل يلتزم في مواجهة الدائن بالوفاء بالتزام المدين إذا لم يف به هذا الأخير، باعتبار الكفالة عقداً ملزمًا لجانب واحد كأصل عام، وبذلك فإنآثارعقد الكفالة تقتصرعلى التزام الكفيل بالوفاء بالديون بدلا من المدين إذا تخلف هذا الأخير عن الوفاء[1].

ومطالبة الدائن للكفيل تقوم على قاعدتينأساسيتين، إذ إن حق الدائن في مطالبة الكفيل مقيد بقيدين، ندرس في القاعدة الأولى وجوب حلول أجل الدين، أي لايجوزللدائن إلزام الكفيلبتنفيذ الالتزام جبرا إلا بعد حلول الأجل المتفق عليه[2]، وذلك بتناول مضمون حلول أجل الدين من ناحية الكفالة المطلقة والمحددة، وحالات سقوطه، وهذا كله في المبحث الأول.

أما القاعدة الثانية فنتناول فيها وجوبرجوع الدائن على المدينأولا[3]، وهذا ما نتطرق إليه في المبحث الثاني، طالما أن عقد الكفالة عقد تبعي، أي صاحب الالتزام الأصليهو المدين والكفيل ما هوإلا صاحب الالتزام التبعي[4].

---

(1) عبد الدايم حسنى محمود، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي، والقانون المدني المصري، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص227.

(2) زهران همام محمود، التأمينات الشخصية والعينية،(الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، الامتياز)، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، مصر، 2002، ص120.

(3) رغم أن المكان المخصص لهذه الدراسة هو الفصل الثاني والخاص بالدفوع التي يحتج بها الكفيل في مواجهة الدائن، إلا أننا أردنا تناول شروط هذا الدفع في هذا المكان حتى يستقيم الحديث الذي نحن بصدده، نظر للارتباط الموجود بين هذا الدفع وشروطه وقواعد رجوع الدائن على الكفيل.

(4) عبده محمد علي، عقد الكفالة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2005، ص114.

المبحث الأول: وجوب حلول أجل الدين

سنتناول في هذا المبحث، وجوب رجوع الدائن على الكفيل عند حلول أجل الكفالة على الرغم من أن هناك حالات يمكن للدائن أن يرجع فيها على الكفيل قبل حلول أجل الكفالة، وبذلك ندرس الكفالة في حالتين؛ لهذا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين: المطلب الأول ندرس فيه حالة الكفالة المطلقة، أما المطلب الثاني فندرس فيه حالة الكفالة المحددة.

المطلب الأول: حالة الكفالة المطلقة

سنتطرق في هذا المطلب إلى حلول أجل الدينفي حالة الكفالة المطلقة، وبذلك نفرع هذا المطلب إلى ثلاثة فروع على التوالي: الأول ندرس فيه المقصود بالكفالة المطلقة وشروطها، والثاني ندرس فيه الاتفاق على تعديل أجل التزام المدين، أما الفرع الثالث فندرس فيه حالات سقوط أجل التزام المدين.

الفرع الأول: المقصودبالكفالة المطلقة

تعرف الكفالة المطلقة على أنها الاتفاق الذي لايحدد فيه الكفيل محل التزامه تحديدا كافيا، بينما تحدد قيمة الدين الذي يضمنه، وهو مايجعل محل التزامه قابلا للتعين[1].

بمعنى أن الكفالة المطلقة هي التي ترد بصيغة عامة، وبعبارات غير محددة أو مبينة لحدود التزام الكفيل، وفي هذه الحالة يتحدد نطاق الكفالة على ضوء دين المدين، في أوصافه ومقداره وكذا شروطه، فتكون مسؤولية الكفيل مطابقة لمسؤولية المدين[2].

لقد نصت المادة653من التقنين المدني الجزائري المقابلة لنص المادة 781 من التقنين المدني المصري على الكفالة المطلقة بصيغة غير مباشرة حيث جاء فيها: «إذا لم يكن هناك

(1) سعد أحمد محمود، عقد الكفالة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص213.

(2) منصور محمد حسين، النظرية العامة للائتمان، صور الائتمان والضمانات، والوسائل التقليدية والحديثة لحمايته، (الكفالة الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز)، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001، ص108.

اتفاق خاص فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين، ومصروفات المطالبة الأولى، وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل»[1].

أي أن التزام الكفيل في الكفالة المطلقة لا يشمل فقط أصل الدين المكفول، وإنما يشمل أيضا ملحقات هذا الدين والمصروفات التي أشارت إليه المادة السالفة الذكر[2].

أي أن الكفالة المطلقة تشمل كل ماله صلة بالدين من أصل ومصروفات المطالبة[3]، لذا فإن التزام الكفيل يشمل ما يأتي:

1- أصل الدين المكفول بدون زيادة أو نقصان؛ فالتزام الكفيل مطابق للدين المكفول في أوصافه، شروطه ومقداره[4].

2- ملحقات هذا الدين باعتبار أنها من توابعه، فيشملها التزام الكفيل كالفوائد القانونية رغم أن التشريع الجزائري يبطل الفوائد بين الأفراد، وهذا ما تقضي به المادة 454 منالتقنين المدني الجزائري: «القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجرة، ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك»، إلا أنه يجيزها إذا كان المقرض مؤسسة وهذا ما نصت عليه المادة 456 من التقنين المدني الجزائري التي جاء فيها: «يجوز لمؤسسة القرض التي تمنح قروضا قصد تشجيع النشاط الاقتصادي الوطني أن تأخذ فائدة تحدد قدرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية»، وكذلك عن التعويضات الناشئة عن التأخير في الوفاء وهذا ماجاء في حكم المحكمة الصادر بتاريخ

---

(1) تقابلها المادة 1067 مدني إمارتي، والفصل 1130 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي، والفصل 1492 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، والمادة 1066 منالقانون الموجبات والعقود اللبناني، والمادة 2293 مدني فرنسي، ونص هذه المادة بالفرنسية هو:

«Le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution».

(2) باقي وداد، الكفالة في القانون المدني الجزائري، والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص في العقود والمسؤولية، جامعة بودواو، بومرداس، 2009، ص49.

(3) أبو مشايخ سعاد توفيق سليمان، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه، دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2006، ص90.

(4) منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص109؛ سليمان سارة، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج من المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية عشر، 2001- 2004، ص25.

05/29/ 1998: «. . . تأخر المدين عن الوفاء بدنه في الأجل المحدد له يعتبر خطأ في حد ذاته إلا أنه إذا أثبت أن هذا التأخير يرجع إلا سبب أجنبي لا يد للمدين فيه انتفت مسؤوليته. . . »، وعن إخلال المدين بالتزامه بصفة عامة[1].

3- المصروفات التي أنفقها الدائن في رجوعه على المدين أو على الكفيل.

إلا أن المشرع قد فرق بين مصروفات المطالبة الأولى ومايلي ذلك من المصروفات؛ فمصروفات المطالبة الأولى يقصد بها مصاريف التنبيه، ومصاريف رفع الدعوى بتكليف المدعى عليه بالحضور أمام المحكمة، وهي مصاريف يدفعها الكفيل، وفي هذا الصدد فإن القانون يلزم الدائن بالرجوع على المدين قبل أن يرجع على الكفيل طبقا لما تقضي به المادة 1/660 من التقنين المدني الجزائري[2].

أما بالنسبة لما يلي ذلك من مصاريف كمصاريف السير في الدعوى مثلا، لأن الكفيل لا يلتزم بها إلاإذا أخطر الدائن بمطالبته للمدين في المطالبة الأولى، إذ قد يبادر الكفيل بالوفاء لتفادي المصروفات، أما إذا قام الدائن بإخطار الكفيل بالإجراءات التي اتخذها ضد المدين للمطالبة بالدين، وامتنع الكفيل عن الوفاء فيصبح هذا الأخير مسؤولا عن المصروفات التي ينفقها الدائن بعد الإخطار[3].

وفي هذا الصدد نجد أن مجلة الأحكام العدلية قد نصت على الكفالة المطلقة في المادة 630: «إذا كان المكفول به نفسا يشترط أن يكون معلوما وإن كان مالاً لا يشترط أن يكون معلوما، فلو قال: أنا كفيل بدين فلان على فلان تصح الكفالة وإن لم يكن مقداره معلوما»، وكذلك ما جاء في المادة 625 من نفس المجلة بقولها: «كما تنعقد الكفالة المطلقة كذلك تنعقد بقيد التعجيل والتأجيل. . . »، وكذلك تنص المادة 652 على أنه: «. . . إذا كان الدين معجلا على الأصيل في الكفالة المطلقة ففي حق الكفيل أيضا يثبت معجلا، وإذا كان مؤجلا على الأصيل، ففي حق الكفيل أيضا يثبت مؤجلا». إذًا التبعية تعد الأساس في الكفالة المطلقة

(1) باقي وداد، المرجع السابق، ص49.

(2) باقي وداد، المرجع نفسه، ص50.

(3) منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص109.

إذا كان الدين الأصلي مؤجلا، أو إذا كان معجلا كانت الكفالة كذلك، كما تشمل أيضا الكفالة المطلقة صفة الدين، فإذا كان الدين مقسطا على المدين كان على الكفيل كذلك[1].

لهذا سنورد بعضالأمثلة عن الكفالة المطلقة:

1- كفالة المستأجر في عقد الإيجار، حيث تشمل الكفالة التزامه بدفع الأجرة، والمحافظة على العين المؤجرة، أي كفالة التزامات المستأجر بصفة عامة.

2- كفالة البائع في عقد البيع، أي كفالته تشمل جميع التزاماته المتولدة عن هذا العقد والتعويضات التي يحكم بها عليه لإخلاله بأحد هذه الالتزامات.

3-كفالة تعويض الأضرار التي تنشأ من حادث معين[2]، فمثلا في عقد القرض يكفل الكفيل المقرض بالتعويض عن الأضرار الناشئة عن عدم قيام المدين بالموجبات المترتبة عن العقد، وكذلك أن يضمن الكفيل المستأجر بالتعويض عن الأضرار الناشئة عن التلف أو الحريق العين المؤجرة.

4-كفالة الحساب الجاري تشمل كل بنوده لأنها لا تقبل التجزئة، وبذلك تقرر محكمة النقض المصرية بأن كفالة عقد منح الاعتماد تضمن التزامات العميل الناشئة عن تنفيذهذا العقد وحده لا تمتد إلى الالتزامات التي تنشأ في ذمته قبل فتح الاعتماد، ومصروفاته كالأتعاب والتسجيل إلى غير ذلك[3].

هذا ماجاء في حكم محكمة النقض المصرية الصادر بالتاريخ 29 /02 /1972 الذي قضى بأنه: «إذا كان الحكم المطعون فيه لم يستظهر أن العقد الذي كفله الكفيل فقد أجاز لأي من الدائن أو المدين إجراء تمويل لديون من اعتمادات أخرى إلى ذلك العقد المكفول، ولم تستجب المحكمة إلى ما تمسك به الكفيل من إلزام الدائن بتقديم حساب بالمبالغ التي سحبها

(1) أبو مشايخ سعاد توفيق سليمان، المرجع السابق، ص90.

(2) مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني في العقود المسماة، المجلد الثالث، عقد الكفالة، الطبعة الأولى، نقابة المحامين، مصر، 1994، ص45.

(3) منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص109.

المدين من الاعتماد المكفول أو ندب خبير لبيان ذلك، فإن الحكم يكون معيبا بالخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب»[1].

الفرع الثاني: الاتفاق على تعديل أجل التزام المدين

قبل التطرق إلى الاتفاق على تعديل أجل التزام المدين، نتناول مضمون الأجل والذي نقصد به أنه إذا كان للدائن بموجب عقد الكفالة أن يطالب الكفيل بما تعهد به، فإنه لا يكون له هذا الحق إلا عند حلول أجل التزام الكفيل، والأجل الذي يحل بموجبه مطالبة الكفيل بالتزامه قد يكون مماثلا لأجل الالتزام المكفول وقد يكون أجلاً آخر اشترطه الكفيل على الدائن، كما يجوز أن يقترن التزام الكفيل بأجل واقف[2] أو بأجل فاسخ[3]، بينما التزام المكفول لا يتصف بذلك[4]، وبذلك نتناول مضمون هذا الفرع في نقطتين، أولهما حالة تمديد أجل التزام المدين، وثانيهما حالة تعجيل أجل التزام المدين، أي نتناول مطالبة الكفيل في هذين الفرضين.

أولا: حالة تمديد أجل المدين

إذا كان دين المدين حالا وقت كفالته ثم تأجل الدين سواء عن طريق حصول المدين على مهلة بمقتضى حكم قضائي أو عن طريق اتفاق حاصل بين المدين والدائن، فإن الكفيل في

(1) أشار إليه: موسى قمر محمد، الموسوعة الجامعية في التعليق على القانون المدني، الجزء السابع، الطبعة الأولى، المكتب الفني للإصدارات القانونية، دون بلد النشر، 2002، ص 4878.

(2) أي قد يقرن الكفيل التزامه بأجل واقف، كأن يقرر بأنه لا يلتزم بالكفالة إلا ابتداء من وقت معين.

(3) كما قد يقرن الكفيل التزامه بأجل فاسخ إذا قرر بأنه لا يكفل المدين إلا بالنسبة للالتزامات التي يعقدها المدين في وقت معين.

(4) سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص262.

هذه الحالة يستفيد من هذه المهلة، وبالتالي لايستطيع الدائن مطالبة الكفيل قبل حلول الأجل الجديد[1].

إذا لا يحق للدائن أن يتمسك بحلول الأجل القديم الناشئ عن الالتزام الأصلي؛ لأن تمديد أجل الدين يعود بفائدة على الكفيل، وهذا ما جاءت به المادة 1094 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، على أن تمديد الأجل الذي عينه الدائن للمدين يستفيد منه الكفيل ما لم يكن سببه عسر المديون، مهما كان مصدره، اتفاقياً أو قضائياً[2]، بمعني يمتد أجل التزام الكفيل إلى هذا الأجل الجديد، ويرجع ذلك إلى أن الكفيل هو بمنزلة تابع بالنسبة للمدين لذلك لا يحق للدائن مطالبة الكفيل بأكبر مما يطالب به المدين، إذ لا يصح أن يكون التزام الكفيل أشد وأسوء من التزام المدين[3].

أي أن مد أجل الدين الأصلي لا يؤثر على قيام التزام الكفيل، وتطبيقا لذلك تقضي محكمة النقض المصرية بقرار صادر بتاريخ 1923/02/02 على أن: «إمهال المؤجر للمستأجر في الوفاء بأجرة الأرض لا تأثير له في التزام الكفيل، وعدم توقيع الحجز التحفظي على الزراعة لا يعتبر تقصيرا مخليا لذمة الكفيل مما ينطبق عليه حكم المادة 510 من التقنين المدني القديم، مادام هذا الحجز يتعارض مع الإمهال الذي هو حق مطلق للمؤجر وما دام الكفيل بمقتضى المادة 513 القديم-على رغم من ذلك الإمهال- مطالبة المستأجر وتوقيع الحجز التحفظي على ما يضمن الأجرة المستحقة»[4].

لكن في حالة ما إذا أراد الكفيل أن يوفي للدائن في الأجل القديم فلايضار من هذا التأجيل، وبالتالي على الدائن أن يقبل منه هذا الوفاء؛ لأن الكفيل قد يرى أن المدين موسر رغم

---

(1) السرحان عدنان إبراهيم، شرح القانون المدني، العقود المسماة في المقاولة، (الوكالة، الكفالة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2001، ص208؛ العاقب عيسى، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، 1986، ص52؛ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص84.

(2) العاقب عيسى، المرجع نفسه، ص52؛ سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص265؛ مرقس سليمان، المرجع السابق، ص84.

(3) منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص118؛ معطي محمد محمود، المرجع السابق، ص94.

(4) أشار إليه: موسى قمر محمود، المرجع السابق، ص4867.

تأجيل دينه ويخشى عليه الإعسار فيما بعد، مما يجعله يقدم على الوفاء بالدين قبل أن يتعرض للإعسار[1]، وهذا كله إذا حدد أجل واحد لكل من الالتزامين ثم مدد أجل التزام المدين كما لاحظنا.

ثانيا: حالة تعجيل أجل المدين

في حالة ما إذا اتفق الطرفان، الدائن والمدين على تعجيل أجل التزام المدين، فإن الكفيـلا يضار من جراء هذا الاتفاق، وبذلك لا يجوز للدائن مطالبته إلا عند حلول أجل القديم؛ لأن القاعدة تقول: «لايجوز تسويء مركز الكفيل»[2]، وهذا أيضا إذا حدد أجل واحد لكل من الالتزامين لكن التزم المدين قد عُجل.

الفرعالثالث: سقوط أجل التزام المدين

لقد وضحنا سابقا أنه لا يجوز للدائن مطالبة الكفيل إلا عند حلول أجل الدين المضمون، ووضحنا كذلك حالة تغير أجل التزام الدين، ولهذا سنتناول في هذا الفرع سقوط أجل التزام المدين في نقطتين: أولها حالة سقوط الأجل حسب القواعد العامة، وثانيهما حالة رجوع الدائن على الكفيل قبل حلول أجل الدين على النحو الآتي:

(1) تناغو سمير عبد السيد، التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز)، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، مصر، 1992، ص59؛ معطي محمد محمود، المرجع السابق، ص115.

(2) سعد نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، (الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، الكفالة)، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، 2007، ص355؛ سعد أحمد محمود، المرجع السابق265؛ منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص118؛ محمدي سليمان، عقد الكفالة، الطبعة الأولى، دون دار النشر، بن عكنون، 1998، ص29.

أولا: سقوط أجل الدين حسب القواعد العامة

سنوضح في هذه الحالة سقوط أجل الدين بسببإفلاس المدين أو إعساره أوإضعاف التأمينات، وهذا حسب ما نصت عليه المادة 211 من التقنين المدني الجزائري، وما يقابلها من التقنينات المدنية الأخرى بقولها: «يسقط حق المدين في الأجل:

- إذا شهر إفلاسه وفقا لنصوص القانون.
- إذا أنقص بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطي بعقد لا حق أو بمقتضى القانون، هذا ما لم يفضل الدائن أن يطالب بتكملة التأمين، أماإذا كان إنقاص التأمين يرجع إلى سبب لا دخل للمدين فيه فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا.
- إذا لميقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من تأمينات»[1].

ونستخلص من خلال هذا النص أن أجل التزام المدين يسقط بإحدى الأسباب التي ذكرتها المادة السالفة الذكر، إلا أن التساؤل يثار حول ما إذا كان أجل التزام الكفيل يسقط تبعا لذلك أم لا؟

إن هذا التساؤل يطرح عندما يكون الأجل واحداً بالنسبة للالتزامين (التزام المدين والتزام الكفيل)، لكن في حالة ما إذا اختلفالأجلان فإن أجل التزام الكفيل يظل قائما لايتأثر بسقوط التزامالمدين[2].

(1) تقابلها المادة 273 مدني مصري، والمادة 404 مدني الأردني، والمادة 321 مدني إماراتي، والفصل 1049 من مجلة العقود والالتزامات التونسية، والفصل 1039 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي، والمادة 113 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(2) السعدي محمد الصبري، في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص56.

وبذلك فإن مسألة سقوط أجل الكفيل بسبب سقوط أجل المدين لإفلاسه أو إعساره أو إضعاف التأمينات ثار جدال فقهي، حيث انقسم الفقهاء إلى فريقين: فريق يرى سقوط الأجل وفريق يرى عدم سقوط الأجل.

1-الفريق الذي يرى سقوط الأجل:

يذهب هذا الفريق إلى القول بأن سقوط أجل الدين بمقتضى نص المادة 211 من التقنين المدني الجزائري يترتب عنه أيضا سقوط أجل التزام الكفيل، وهذا راجع إلى الطبيعة القانونية لالتزام الكفيل والغاية منه، حيث نجد أن الطبيعة القانونية لالتزام الكفيل تكمن فيالتبعية لالتزام المدين، أما الغاية فتكمن في ضمان الوفاء بالدين المكفول في حالة امتناع المدين عن سداد الدين، لاسيما بسبب إعساره أو إفلاسه أو إضعاف تأميناتالدين وعدم تقديم ماوعد بتقديمه من تأمينات[1].

أي إنالفروض التي ذكرتها المادة السالفة الذكر، رتبت سقوط أجل التزام المدين، بمعنى عدم إمكانية المدين الوفاء بما تعهد به، وبالتالي فالغاية من التزام الكفيل تتحقق بالقول بوجوب سقوط أجل الكفيل أيضا، حيث يصبح التزامه حالاً، إذْ باستطاعة الدائن أن ينفذ حالا على الكفيل، ولا يستطيع هذا الأخيرأن يحتج بعدم حلول أجله؛ لأن الهدف من الكفالة هو تأمين حق الدائن ضد مخاطر إعسار المدين وقد تحقق ذلك بالفعل، إذا فسقوط أجل التزام المدين يؤدي إلى سقوط أجل التزام الكفيل أيضا[2].

(1) أبو السعود رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص105؛ تناغو سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص59؛ زهران همام محمد محمود، المرجع السابق، ص121؛ محمدي سليمان، المرجع السابق، ص29.

(2) أبو السعود رمضان، المرجع نفسه، ص105؛ سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص269.

2-الفريق الذي يرى عدم سقوط الأجل:

يذهب الرأي الغالب إلى القول بأن سقوط أجل التزام المدين لا يؤدي إلى سقوط أجل التزام الكفيل، بل يبقى التزام الكفيل قائما إلى أن يحين موعد استحقاق الدين، أي الكفيل يظل متمتعا بالأجل الممنوح له[1]، فلا يستطيع الدائن الرجوع على الكفيل قبل حلول هذا الأجل، ولو سقط أجل الدين الذي يكفله، وذلك للأسباب الآتية:

-القول بأن سقوط أجل التزام الكفيل بناءً على سقوط أجل التزام المدينباعتبار أن الطبيعة القانونية لالتزام الكفيل تكمن في تبعية التزامه لالتزام المدين، مرادا عليه بأن تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين لا يمنع من انعقاد الكفالة بشروط أهون من شروط دين المدين[2].

-نجد أن هذا الحل يتفق مع إرادة الكفيل والدائن مادام أن الغاية من التزام الكفيل هو ضمان حق الدائن، والوفاء عند حلول أجل الدين الأصلي، وليس عند سقوط هذا الأجل لسبب لا يد له فيه، وخاصة أن سحب الثقة من المدين لسبب من الأسباب التي نصت عليها القواعد العامة لا يبرر بدوره سحب الثقة من الكفيل، كما لا يحق للمدين بفعله تسويء مركز الكفيل بعد عقد الكفالة[3].

-قياسا على نص المادة 669 من التقنين المدني الجزائري، التي تقررأنه لا يجوز للدائن أن يطالب كفيل الكفيل، تأسيسا على أن مركز الكفيل من المدين لا يختلف عن مركز كفيل الكفيل من الكفيل، وبالتالي إذا كان الكفيل متضامنا مع المدين فإنه يجوز للدائن أن يطالب الكفيل والمدين في نفس الوقت، أما إذا كان غير متضامن مع المدين، فإنه لا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل قبل المدين[4].

---

(1) مرسي محمد كامل، شرح القانون المدني، العقود المسماة، الجزء الأول، (الكفالة، الوكالة)، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، مصر، 2005، ص173؛ العاقب عيسى، المرجع السابق، ص53.

(2) سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص270.

(3) منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص119.

(4) السعدي محمد الصبري، المرجع السابق، ص59.

- إن قواعد تفسير الكفالة تقضي الأخذ بالتفسير الأفضل للكفيل بوصفه متبرعا من جهة ومدينا من جهة أخرى[1].

-كما أنه من المتفق عليه في التقنين المدني التجاري الجزائري أن سقوط الأجل بسبب إفلاس المدين لاينصرف إلى غيره كما لا ينصرف بصفة خاصة إلى الكفيل، أي إذا كان من غير المقدور أن تعقد الكفالة بشروط أشد من التزام المكفول فمن الممكن أن تكون هذه الشروط أخف[2].

وفي حالة ما إذا كان سبب سقوط أجل الدين يرجع إلى أن المدين لم يقدم ما وعد به من التأمينات أو أضاعها بفعله، فإن في هذه الحالة أجل التزام الكفيل لا يسقط بل يبقى قائما إلى حين حلول أجل الوفاء، أما إذا كان الكفيل عالما وقت انعقاد الكفالة بهذا الوعد، يكون ضامنا له أي ضامنا للوعد، وبالتالي إذا أخل المدين بالتزامه يترتب عنه سقوط أجل دينه، ويسقط بالتبعية الأجل بالنسبة لالتزام الكفيل[3].

وجدير بالذكر أن هذا الجدال الفقهي لا يثار في حالة ما إذا كان لدين الكفيل أجل خاص به أبعد من أجل دين المدين، إذْ لا يوجد أحد يقول بسقوط الأجل الخاص للكفيل إذا سقط أجل التزام المدين لأي سبب من الأسباب[4].

كما نشير إلى أن هناك حالات أخرى تؤدي إلى سقوط أجل التزام المدين على الرغم من أن المشرع الجزائري لم يُفرد لها نصوصا خاصة بها دون أن تؤدي إلى سقوط أجل التزام الكفيل، وهي حالة وفاة المدين قبل حلول أجل الدين، وحالة تنازل المدين عن الأجل، وهذاما سندرسه على النحو الآتي:

---

(1) منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص 119-120.

(2) تناغو سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص60؛ سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص271.

(3) أبو السعود رمضان، المرجع السابق، ص105.

(4) تناغو سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص60.

1- حالة وفاة المدين قبل حلول أجل الدين:

إذا سقط أجل دين المدين بسب وفاته، فإن الدين يستحق في تركته دون أنيكون للدائن الحق في الرجوع على الكفيل قبل حلول أجل الدين الأصلي، وهذا ما نص عليه الفصل1497 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية[1].

إذ إن وفاة المدين قبل حلول أجل الدين تجعل الديون المؤجلة مستحقة حالاً، ما عدا الديون المضمونة بتأمينات عينية، سواء كانت عقارات أو منقولات[2].

ونصل إلى القول بأن حالة وفاة المدين قبل حلول أجل الدين ترتب استحقاق الدين في تركة المتوفى (المدين)، دون أن يكون للدائن الحق في مطالبة الكفيل بالدين إلا عند حلول الأجل المتفق عليه.

2-حالة تنازل المدين عن أجل الدين:

إذا كان الدين يسقط بتنازل المدين عنه فهذا لا يسري بالتبعية بالنسبة للكفيل، فلا يضار من هذا التنازل، بل يبقى التزام الكفيل قائما إلى أن يحين موعد استحقاق الدين، وعلى هذا الأساس لا يحق للدائن مطالبة الكفيل قبل حلول الأجل المتفق عليه، أي لايحق للمدين أن يقوم بفعله على زيادة الأعباء الموجبةعلى الكفيل[3].

---

(1) تنص على أنه:«. . موت المدين يحل به الدين ويكون للدائن أخذه من تركته وليس للدائن أن يطالب الكفيل إلا عند حلول الأجل المتفق عنه»، يقابلها الفصل 1135 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي، والمادة1084 مدني إمارتي، والمادة 973 مدني الأردني، والمادة 755 من مرشد الحيران، ولا يوجد مقابل في التقنين المدني الجزائري.

(2) يكن زهدي، شرح قانون الموجبات والعقود، الجزء السادس عشرفيعقود الضمان، الصلح، الكفالة، الطبعة الأولى، دار الثقافة، بيروت، 1970، ص272.

(3) السنهوريعبد الرزاق، الوسيطفي شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، التأميناتالشخصية والعينية، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1970، ص91؛ عبده محمد علي، المرجع السابق، ص118؛ يكن زهدي، المرجع نفسه، ص273.

ثانيا: رجوع الدائن على الكفيل قبل حلول أجل الدين

سنذكر في هذه النقطة إمكانية رجوع الدائن على الكفيل رغم عدم حلول أجل الدين المتفق عليه، وذلك في حالتين هما:

1- حالة وفاة الكفيل قبل استحقاق أجل الدين:

إذا توفي الكفيل قبل استحقاق الدين، في هذه الحالة يسقط الأجل ويسقط الدين فورا في تركته، وهذا ما نصت عليه المادة 973 من التقنين المدني الأردني: «إذا مات الكفيل أو المدين قبل حلولالدين المؤجل أستحق الدين في تركة من مات»[1].

إذْ إن وفاة الكفيل تجعل الأجل المؤجل حالاًّ، وللدائن في هذه الحالة، أن يطالب ورثته بدفع الدين، فيرجع سبب جعل الدين مؤجلا حالاً إلى خوفهمن الانتظار حتى موعد الاستحقاق، فيقوم ورثة المتوفى بإخفاء الأموال أو تهريبها، لكن في حالة ما إذا وفى ورثة الكفيل بالدين، فإن لهم الحق في الرجوع على المدين عند استحقاق الدين الأصلي لا قبل ذلك، وهذا ما نصت عليه المادة 1071 من قانون الموجبات والعقود اللبناني[2].

كما أن لورثة المتوفى الحق باتخاذ التدابير التحفظية التي يمنحهم إياه القانون لحفظ حقوقهمقبل إقامة الدعوى كوضع الأختام، وقيد الرهن. . . الخ[3]؛ لأن الكفالة في هذه الحالة تعتبرمن الواجب إخراجها من تركة الكفيل، أي لايمكن الانتظار إلى أن يحين موعد الاستحقاق الدين الأصلي، بل يجب الوفاء فورا، بمعنى أنه من حق الدائن الرجوع فورا على تركة الكفيل لاستيفاء حقه دون الانتظارإلى أن يحين موعد الاستحقاق الدين الأصلي[4].

---

(1) السرحان عدنان إبراهيم، المرجع السابق، ص209.

(2) يقابلها الفصل1135 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي، والفصل 1497 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، والمادة 1084 مدني إمارتي، والمادة 756 من مرشد الحيران، ولا يوجد مقابل في التقنين المدني الجزائري.

(3) كباره نزيه، العقود المسماة، (البيع، الإجازة، الوكالة، الكفالة)، الطبعة الأولى، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2010، ص399.

(4) بومريم رشيد، الكفالة في التشريع المغربي، الجزء الثاني، مجلة القانون، دون دار وبلد وسنة النشر، ص01.

2- حالة عدم ملاءة ذمة الكفيل:

قد يفقد الكفيل ملاءته إما لظهور حالة العجز المالي عليه أو إفلاسه ويتم إعلان ذلك قضائيا، وبالتالي يصبح الدين مستحق الأداء، ولو لم يحن موعد الاستحقاق بعد، وللدائن أن يطالب بإدخال دينه ضمن ديون جماعة الدائنين، وهذا ما نصت عليه المادة 2/1071 من قانون الموجبات والعقود اللبناني[1]، ويعود هذا التقدير القانوني بالفائدة على الدائن وذلك بحفظ حقوقه[2].

المطلب الثاني: حالة الكفالة المحددة

سنتطرق في هذا المطلب إلىحلول أجل الدين في حالة الكفالة المحددة، بعدما تطرقنا إلى حلول أجل الدين في حالة الكفالة المطلقة، وبذلك نفرع هذا المطلب إلى فرعين: الأول سنوضح فيه المقصود بالكفالة المحددة، والثاني ندرس فيه اختلاف أجل التزامي الكفيل والمدين.

الفرع الأول: المقصود بالكفالة المحددة

تكون الكفالة المحددة عندما يورد أطرف العقد اتفاقا خاصا يضمن الكفالة بشكل واضح تُظهر فيه معالم التزام الكفيل[3].

كما أن الكفالة المحددة عكس الكفالة المطلقة، إذ هي كفالة لا تتبع التزام المدين بجميع أوصافه وشروطه؛ لذا يمكن أن يكون التزام الكفيل منجزا في حين الكفالة معلقة على شرط أو مضافة إلى أجل[4].

---

(1) لا يوجد مقابل في التقنين المدني الجزائري.

(2) كباره نزيه، المرجع السابق، ص399؛ يكن زهدي، المرجع السابق، ص272.

(3) منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص110.

(4) أبو مشايخ سعاد توفيق سليمان، المرجع السابق، ص91.

إن هذا النوع من الكفالة لم ينص عليه المشرع الجزائري ولا المشرع المصري وإنما ترك ذلك لمبدأ سلطان الإرادة، وذلك طبقا لنص المادة 106 من التقنين المدني الجزائري، الذي جاء فيه: «العقد شريعة المتعاقدين»[1]، وكذلك يمكن الاتفاق على أن الكفيل لا يضمن سوى أصل الدين دون الفوائد أو المصروفات[2].

قلنا إن الكفالة المحددة تكون باتفاق بين أطراف العقد؛ لذا يشترط أن لا يكون هذا الاتفاق مخالفا للنظام العام والآداب العامة[3]، وللكفيل أن يضمن الدين كله، لكن لا يجوز للدائن أن يتفق مع الكفيل أن يضمن دينا أكبر من الدين الأصلي[4]، وهذا ما نصت عليه المادة 652 من التقنين المدنيبأنه: «لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولابشرط أشد من شروط المدين المكفول.

ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشرط أهون»[5].

نصل إلى أن الكفالة المحددة تقوم على ضابطين هما:

- عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة.
- أن لا يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين[6].

بما أن الكفالة المحددة توحيبأنه يجوز لطرفي عقد الكفالة أن يتفقا على أن ألايكون التزام الكفيل مطابقا لالتزام المدين، سواء من حيث أصل الدين أو أوصافه، إلا أنهذا الاتفاق مقيد بقاعدة أساسها تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين، وهذا ما يقتضي ألا يتجاوز التزام الكفيل التزام

(1) تقابلها المادة 125 مدني مصري.
(2) منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص111.
(3) أبو مشايخ سعاد توفيق سليمان، المرجع السابق، ص91.
(4) السعدي محمد الصبري، المرجع السابق، ص21.
(5) تقابلها المادة 780 مدني مصري، والفصل 128 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي.
(6) أبو مشايخ سعاد توفيق سليمان، المرجع السابق، ص91.

المدين المكفول، وألا يتعدى كفالته الشيء المكفول، ولا الوقت المحدد للكفالة هذا من جهة، أما من جهة أخرى ألا يكون التزام الكفيل أشد عبئا من التزام المدين[1].

1-الكفالةلاتتعدى المدين المكفول:

أي إذا كفل الكفيل شخصا معينا بالذات فلا يمكن أن تتعدى هذه الكفالة إلى شخص آخر، لأن المدين حتى وإن لم يكن طرفا في العقد إلا أنه يعتبر عنصرا هاما في الكفالة، فالغلط في شخص المدين يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا نسبيا[2]، وكذلك إذا كان المدين (أ) و (ب) وكفل الكفيل (ج) الشخص (أ) فإنه لا يعتبر قد كفل (ب)، فلا تتعدى الكفالة الشخص المكفول.

فإذا تغير المدين الأصلي وحل محله مدين آخر، فإن الكفيل ليس مجبرا على أن يكفل هذا الأخيرإلاإذا رضي بذلك، وهذا طبقا لما تقضي به المادة 293 من التقنين المدني الجزائري بقولها: «لا تنتقل الكفالة العينية أو الشخصية ولا التضامن على الالتزام الجديد إلا إذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون»[3].

كما تنص أيضا المادة254 من التقنين المدني الجزائري: «يحال الدين بكامل ضماناته.

غير أنه لا يبقى للكفيل، عينيا كان أو شخصيا، التزام تجاه الدائن إلا إذا رضي بالحوالة»[4]. نستنتج من خلال هذا النص أنه إذا تمت حوالة الدين المكفولإلى شخص غير المدين الأصلي، سواء عقدت هذه الحوالة بين الدائن وبين هذا الغير، أم بين هذا الأخير وبين المدين الأصلي وأقر الدائن هذه الحوالة، برأت ذمة الكفيل مالم يقبل الحوالة.

---

(1) شرف الدين أحمد، التأمينات الشخصية والعينية، (الكفالة، الرهن الرسمي، الاختصاص، الامتياز)، الطبعة الأولى، دون دار النشر، مصر، دون سنة النشر، ص39.

(2) منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص111.

(3) تقابلها الفصل 366 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، والفصل355 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي، والمادة 356 مدني مصري.

(4) تقابلها المادة 318، مدني مصري، والفصل 200 من ظهير الالتزامات والعقود اللبناني.

وبالتالي فإن الكفالة تتحدد بشخص المدين المكفول ولا تتعدى إلى غيره إلا برضا الكفيل[1].

2-الكفالة لا تتعدى الشيء المكفول:

إذ لا يلتزم الكفيل إلا في حدود ما ورد في عقد الكفالة في حالة ما إذا كفل دينا معينا واتضح فيما بعد أن الدين أكبر من ذلك، وبالتالي لا يعد الكفيل مسؤولا عن الجزء الذي لم يكفله، كذلك إذا كفل الكفيل أصل الدين فإنه لا يلتزم بملحقاته وبذلك نورد المثال الآتي: إذا كفل الكفيل المستأجر في عقد الإيجار فإن كفالته تنصب على الالتزامات الناشئة في هذا العقد فحسب، أي لا يعد مسؤولا عن الالتزامات المترتبة عن تجديد العقد تجديدا ضمنيا، حيث يعد هذا التجديد الضمني إيجارا جديدا لا مجرد امتداد للإيجار الأصلي[2]، كما أن كفل دفع الأجرة للمستأجر لايتعدى ذلك إلى إجراء الترميمات التأجيرية ولا إلى ردّ العين كما كانت عليه وقت تسليمها.

3-الكفالة لا تتعدى المدة المحددة لها:

في حالة ما إذا قبل الكفيل كفالة شخص معين، فلا يجوز له أن يتجاوز التزامه حدود هذه الفترة، كما أن الكفيل قد يحدد وقتا معينا تبرأ ذمته بمجرد حلول هذا الوقت إذا لم ينشأ الالتزام الأصلي خلاله، كما هو الحال في الالتزامات المستقبلية[3].

وقد تحدد فترة زمنية معينة يكون فيها الكفيل ضامنا للدين، وتبرأ ذمته بعدها إذا لم يطالبه الدائن خلالها، أو لم يطالب المدين، كذلك قد يقرن الكفيل التزامه بأجل واقف، فلا يلتزم بالكفالة

(1) منصور محمد حسين المرجع السابق، ص110 -111.

(2) شرف الدين أحمد، المرجع السابق، ص39 - 40.

(3) سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص61.

إلا ابتداء من وقت معين، وأيضا قد يقرن الكفيل كفالتهبأجل فاسخ، فلا يلتزم بالكفالة بعد انقضاء هذه المدة[1].

وفي هذا الصدد نجد أن المشرع المصري قد أورد تطبيقا عن الكفالة المحددة لمدة معينة وذلك في عقد الإيجار، فبالنسبة لكفالة المستأجر، مدة الإيجار تنتهي بانتهاء هذه المدة، ولا تنتقلإلىالإيجارالجديد، أي إلى المدة التي يتجدد إليها الإيجار تجديدا ضمنيا، إلا إذا رضي الكفيل بذلك[2]، وهذا ما جاء في قرارمحكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 1975/03/17 بقولها: «. . . فإن الكفيل الذي يكفل المستأجر قبل صدور هذه التشريعات لا تمتد كفالته لالتزامات المستأجر عن امتداد الإيجار إلا إذا قبل ذلك؛ لأنه وقت أن كفل المستأجر كان يقصد كفالته في المدة المتفق عليها في الإيجار، ولم يدخل في حسابه أن هذه المدة ستمتد. . . »[3].

4-التزام الكفيل أخف من التزام المدين:

نجد أنه من بين القواعد التي توحيبتقييد الاتفاق على تحديد التزام الكفيل هي تلك التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 652 التقنين المدنيالسالفة الذكر، فنستنتج من خلال هذه المادة أنه لا يجوز أن يتفق الدائن مع الكفيل على أن يلتزم هذا الأخير بمبلغ أكبر من دين المكفول، أي إذا كان المدين ملزمابألف دينار مثلا، فلا يلتزم الكفيل إلا بدفع هذا المبلغ، ولا يجوز أن يلتزم بمبلغ أكبر منه، وكذلك لا يجوز أن يكون التزام الكفيل منجزا في حين يكون التزام المدين مضافا إلى أجل، مثلا: التزام الكفيل بدفع الدين خلال شهر في حين المدين الأصلي ملزم بدفع الدين خلال ثلاثة أشهر، أو أن يكون التزام الكفيل باتا مثلا إذا كان التزامه

(1) منصور محمد حسين، المرجع الساق، ص111.

(2) السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص84.

(3) أشار إليه: منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص111، هامش رقم 01.

معلقا على شرط فاسخ هو تقديم ضمان المتفق عليه، ولم يتحقق هذا الشرط، فإن التزامه أصبح باتا في حين أن التزام المدين معلقا على شرط[1].

كذلك ليس من حق الدائن أن يلزم الكفيل بأن يدفع في مكان أبعد بالنسبة له من المكان الذي التزم المدين بالدفع فيه، كما أنه إذا كان الدين الأصلي الذي يلتزم به المدين دينا طبيعيا فلا يحق له أن يكون التزام الكفيل مدنيا، وإنما يجب أن يكون دينا طبيعيا كالالتزام المكفول[2]، ونقصد بالتزام الطبيعي هو ذلك الالتزام الذي يفقد عنصر المسؤولية ويتضمن فقط عنصر المديونية، أي ليس من حق الدائن إجبار المدين على الوفاء به، عل عكس الالتزام المدني الذي يكون من حق الدائن إجبار المدين على الوفاء به؛ لأن الالتزام المدني يشمل عنصرين: المسؤولية، والمديونية[3].

وبالتالي إذا قام المدين بالوفاء بالتزام الطبيعي اختياريا؛ فلا يعد هنا متبرعا، ولا يستطيع أن يسترد ما أداه بقصد التنفيذ هذا النوع من الالتزام؛ وبما أن الالتزام الطبيعي لا يجبر المدين على الوفاء به؛ فلا يمكن أن نتصور كفالته؛ لأن الكفالة في هذه الحالة يترتب عليها بأن يلتزم الكفيل بالتزام المدني واجب الوفاء به مع أن دين المكفول ليس واجبا قانونيا على المدين الوفاء به، وهذا ما يناقض قاعدة تبعية الكفالة للالتزام الأصلي التي تقول: «أنه لا يجوز أن تعقد الكفالة بشروط أشد عبئا من شروط الدين المكفول»[4].

أي لا يجوز كفالة الالتزام الطبيعي؛ لأن السماح بكفالة هذا الالتزام قد تؤدي إلى إكراه المدين الأصلي على تنفيذ التزامه، فعندما يفي الكفيل بالوفاء للدائن فسوف يرجع بعد ذلك على المدين، وفي ذلك قلبا للالتزام الطبيعي إلى التزام مدني، فالتزام الكفيل تابع لا يمكن أن يكون أشد عبئا من التزام المدين[5]، وهذا ما ذهب إليه الرأي الغالب من الفقه المصري، والذي أجمع

---

(1) سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص63.

(2) شرف الدين أحمد، المرجع السابق، من40 إلى 42.

(3) السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص46.

(4) المادة 652 من التقنين المدني الجزائري

(5) السنهوري عبد لرزاق، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص56.

على عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعي؛ لأن مقتضى الكفالة أن يرجع الكفيل على المدين بما وفاه؛ فإذا تم هذا الرجوع كان مدينا أصليا لا كفيلا[1].

أما في فرنسا فإن الرأي الغالب يرى بأنه تجوز كفالة الالتزام الطبيعي، وهذا طبقا لما تقضي به المادة 1235مدني فرنسي[2]، التي تجيز كفالة الالتزام القابل للإبطال لنقص الأهلية، وبيان ذلك أن التزام ناقص الأهلية يصبح التزاما طبيعيا إذا أُبطل؛ فإن كانت كفالته جائزة كانت كفالة الالتزام الطبيعي جائزة كذلك[3].

لكن إذا كانت كفالة الالتزام الطبيعي غير جائزة فانه يجب ملاحظة ذلك في ثلاثة فروض كالآتي:

1 – إذا تقدم شخص لكفالة التزام طبيعي، وهو يعلم أن الالتزام المكفول طبيعي؛ فإنه لا يكون كفيلا بل مدينا أصليا بدين المدين سببه الالتزام الطبيعي.

2 – إذا كفل شخص التزاماً مدنيا ثم تحول هذا الالتزام إلى التزام طبيعي بسبب التقادم[4]مثلا؛ فإن التزام الكفيل يتحول أيضا إلى التزام طبيعي، وفي هذه الحالة إذا وفى الكفيل الدين باختياره، فلا يحق له استرداد ما وفاه، تطبيقا لنص المادة 162 من التقنين المدني الجزائري.

3 – إذا قدم المدين بالتزام طبيعي إلى دائنيه كفيلا؛ فإن هذا يدل على أنه قد تعهد بالوفاء، ويصبح التزامه الطبيعي مدنيا، ويعتبر من يضمن الوفاء به كفيلا طبيعيا طبقا لأحكام الكفالة[5].

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص 56.

(2) تقابلها المادة 649 من التقنين المدني الجزائري، والمادة 777 مدني مصري.

(3) سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص 51.

(4) المادة 320 من التقنين المدني الجزائري تنص على أنه: ((يترتب على التقادم انقضاء الالتزام، ولكن يخلق في ذمة المدين التزام طبيعي. . .))، تقابلها المادة 386 مدني مصري.

(5) السعدي محمد الصبري، المرجع السابق، ص 47.

نصل فيالأخير إلى الأخذ بالرأي الغالب للفقه الفرنسي الذي يجيز كفالة الالتزام الطبيعي، لان المشرع الجزائري نص على ذلك بطريقة غير مباشرة.

لكن في حالة ما إذا كان التزام الكفيل أشد من التزام المدين نجد أنه لا يترتب على ذلكبطلان عقد الكفالة، وإنما يرد التزام الكفيل ليصبح مساويا لالتزام المدين، أي تكون الكفالة صحيحة في حدود الالتزام الأصلي، وذلك طبقا لما تقضي به نظرية إنقاص العقد أو البطلان الجزئي التي نصت عليه المادة 104 من التقنين المدني الجزائري[1].

يظهر أنه لا يمكن الاتفاق على أن يكون التزام الكفيل أشد عبئا من التزام المدين، إلا أنه يجوز أن يكون التزام الكفيل أخف منه، أي من حق الكفيل أن يلتزم بضمان جزء من الدين فقط، أو يلتزم بضمان ملحقات الدين أو المصروفات، كما له أن يلتزم بالوفاء بدين على أقساط، وكذلك من حق الكفيل أن يشترط أن يقوم بالوفاء بالتزامه في موطنه في حين أن مكان الوفاء بالالتزام الأصلي يكون في مكان أبعد وأكثر مشقة، كما يمكن أن يكون التزام الكفيل معلقا على شرط واقف بينما يكون التزام المدين منجزا[2].

الفرع الثاني: اختلاف أجل التزامي المدين والكفيل

سنتطرق في هذا الفرع إلى مسألة اختلاف أجل التزامي المدين والكفيل، حيث نجد أن الفقه قد ميز بين فرضين هما[3]: حلول أجل التزام المدين قبل حلول أجل التزام الكفيل، وحلول أجل التزام الكفيل قبل حلول أجل التزام المدين.

---

(1) تنص بأنه: «إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله»، تقابلها المادة 143 مدني مصري، والمادة211 مدني إمارتي.

(2) تناغو سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص54.

(3) سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص264.

أولا: حلول أجل التزام المدين قبل حلول أجل التزام الكفيل

إن الدكتور السنهوري عبد الرزاق يرى أنه إذا كان أجل الدين الأصلي قد حل قبل حلول أجل دين الكفيل فهذا جائز، لأن التزام الكفيل قد يكون أخف عبئا من الالتزام المدين، ويتحقق ذلك إذا حدد أجل الالتزام الكفيل أطول من أجل الالتزام المدين، وبالتالي لا يحق للدائن مطالبة الكفيل قبل حلول أجل التزامه[1].

إذ من حق الكفيل أن يستفيد من هذا الأجل الممنوح له، وذلك تطبيقا للقاعدة التي تجيز أن يكون التزام الكفيل أخف من التزام المدين[2]، لأن الأصل في هذا الفرض أن يستفيد الكفيل من الأجل الممنوح له، وهذا راجع إلى الاتفاق الموصوف والوارد في عقد الكفالة، إذ إن التزام الكفيل مستقل عن التزام المدين، وإن جاز القول بتبعية التزام الكفيل لالتزام المدين؛ لأن مفاد ذلك تحقيق فائدة للكفيل وليس أن يحدث العكس[3].

ثانيا: حلول أجل التزام الكفيل قبل حلول أجل التزام المدين

إذا كان أجلدين الكفيل أقصر من أجل دين المدين فنحن أمام حالة كون التزام الكفيل أشد عبئا من التزام المدين[4]، وهنا يمد في أجل الكفيل ليصبح مساويا لأجل المدين، فلا يجوز للدائن مطالبة الكفيل إلا عند حلول أجل دين المدين حتى ولو قال الدائن بأن مطالبته تمتوفقا للأجل المتفق عليه في عقد الكفالة بينه وبين الكفيل[5]؛ لذلك فمن حق الكفيل أن يستفيد من الأجل الممنوح للمدين وذلك بمد التزامه إلى أن يصبح مساويا للالتزام المدين[6].

---

(1) السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص90 - 91.

(2) سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص77.

(3) سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص264.

(4) السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص90.

(5) سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص265.

(6) السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص90.

المبحث الثاني: وجوب رجوع الدائن على المدين أولا

إن دراسة قاعدة وجوب رجوع الدائن على المدين أولا، تقتضي تحديد متطلبات هذا الرجوع على الوجه المطلوب في التقنين المدني الجزائري، وما يقابله من التقنينات الأخرى. وعلى هذا الأساس نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب: نتناول في المطلب الأولمتطلبات رجوع الدائن على المدين أولا، وفي المطلب الثاني نتطرق إلى شروط رجوع الدائن على المدين أولا، أما المطلب الثالث ندرس فيه أثار رجوع الدائن على المدين أولا.

المطلب الأول: متطلبات رجوع الدائن على المدين أولا

إنقاعدة رجوع الدائن على المدين أولا تتطلب معرفة المقصود من هذا الرجوع، والعلةتقريرها؛ لذا نفرع هذا المطلب إلى فرعين: نتناول في الفرع الأول المقصود برجوع الدائن على المدين أولا، أما الفرع الثاني فنتناول فيه العلة منهذا الرجوع.

الفرع الأول: المقصود برجوع الدائن على المدين أولا

سنتناول في هذا الفرع نقطتين: أولاهما معنىرجوع الدائن على المدين أولا، ثانيهما الاستثناءان الوردان على هذه القاعدة، ويكون تفصيل ذلك كالآتي:

أولا: معنى رجوعالدائن على المدين أولا

يقصد بالرجوع في هذا المعنى المطالبة القضائية، أي لايجوز للدائن أن يرفع دعوى على الكفيل وحده لإجباره على سداد الدين المستحق إلا بعد قيامه برفع الدعوى على المدين،

وكذلكيجب أن يحصل على حكم ضد هذا الأخير يجبره على الوفاء بالدين، أو على الأقل أن يرفع لدعوى على الكفيل والمدين في نفس الوقت لإجبارهما على الوفاء[1].

لذا فالمطالبة الودية لا تعد رجوعا بالمعنى الذي اشترطه المشرع، كذلك لا يعد الإعذار من قبل الدائن، إذا لم يكن بحوزته سند تنفيذي، رجوعاً؛ لأن هدف المشرع من اشتراطه هذه المطالبة هو استنفاذْ الدائن الوسائل القضائية في استيفاء حقه من المدين، وذلك لأن رجوع الدائن على الكفيل يعتبر ضمانا للوفاء بالدين عند تعذر استيفائه من المدين[2].

لكن بما أن لكل قاعدة استثناء، فإن هذه القاعدة يرد عليهاأيضا استثناءان.

ثانيا: الاستثناءان الوردان على هذه القاعدة

يتمثل الاستثناءان الوردان على هذه القاعدة في: حالة إفلاس المدين، وحالة امتلاك الدائن سندا رسميا بالدين.

الحالة الأولى: حالة إفلاس المدين

نجدأن حالة إفلاس المدين قد تناولتها المادة 658 من التقنين المدني الجزائري بنصها: «إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم في تفليسة المدين، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل. . . »؛ فالهدف الذي ترمي إليه هذه المادة هو حماية الكفيل؛ لأن عناية الرجل المعتاد تقتضي، عند إفلاس المدين، بأن يبادر الدائن باتخاذ ما يراه لازما لاقتضاء حقه دون حاجة إلى إنذاره من قبل الكفيل، وذلك بأن يتقدم الدائن في تفليسة المدين، ففي هذه الحالة تبرأ ذمةالكفيل

(1) أحمد عبد الشريف أحمد عبد الرحمن، المبادئ الأساسية في عقد الكفالة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص227؛ حجازي مصطفى عبد الجواد، عقد الكفالة في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص100- 101؛ طلبة أنور، العقود الصغيرة،(الوكالة، والكفالة)، الطبعة الأولى، المكتب الجامعيالحديث، دون بلد النشر، 2004، ص376.

(2) بومريم رشيد، المرجع السابق، ص 02، سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص283.

بمقدر ماأصابه من ضرر، أي إذا كان من شأن تدخل الدائن أن يستوفي نصف دينه، وبالتالي تبرأ ذمة الكفيل بمقدر هذا النصف[1].

هذا كله يعني أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على المدين، وإنما عليه التقدم في التفليسة حتى يستطيع بعد ذلك أن يرجع على الكفيل وحده طبقا لنص المادة السالفة الذكر، إذإن تقدم الدائن في تفليسة المدين يقوم مقام رفع الدعوى على المدين، فيحق له مطالبة الكفيل بعدها؛ لأن شهر الإفلاس يمنع الدائن من اتخاذ الإجراءات الفردية ضد المدين المفلس عكس حالة إعسار المدين غير التاجر؛ حيث لا يحول دون اتخاذ الدائن إجراءات فردية ضد المدين[2].

الحالة الثاني: حالة امتلاك الدائن سندا رسميا

إذا كان بحوزة الدائن سنداً رسمياً فإنه لا حاجة له في الرجوع على المدين، وإنما بمجرد التنبيه بالوفاء على المدين بالدين يعتبر بمثابة رجوعه عليه، وهذا طبقا لما تقضي به المادة 660 من التقنين المدني الجزائري[3].

لكن في حالة مطالبة الدائن للكفيل قبل أن يقوم بالرجوع على المدين أولا، فإنه يحق للكفيل دفع هذه المطالبة وذلك عن طريق الدفع برجوع الدائن على المدين أولا، وهذا الدفع لا يعد من الدفوع الموضوعية؛ لأنه لا يتعلق بنشوء حق الدائن قبل الكفيل أو انقضاء هذا الحق، ولا يعد أيضا من الدفوع الشكلية؛ لأن الدفوع الشكلية جاءت على سبيل الحصر، وهذا طبقا لما تقضي به المادة 50 من تقنين إجراءات المدنية والإدارية[4]، وبالتالي لا يوجد ضمنها هذا الدفع وإنما هو دفع بعدم القبول[5]).

---

(1) البكري محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء القانون المدني، الكفالة والتأمينات، المجلد التاسع عشر، الطبعة الأولى، دار محمود، القاهرة، 2006، ص214.

(2) سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص284؛ مرقس سليمان، المرجع السابق، ص86.

(3) حجازي مصطفى عبد الجواد، المرجع السابق، ص101؛ سعد أحمد محمود، المرجع نفسه، ص 294.

(4) تنص المادة من ت. إ. م. إ على أن: «الدفوع الشكلية هي كل وسيلة تهدف إلى التصريح بعدم صحة الإجراءات أو انقضائها أو وقفها».

(5) مرقس سليمان، المرجع السابق، ص96.

هذا ما اتفق على تسميته رجال القانون، والذي يقصد به عدم قبول الدعوى لرفعها قبل استيفاء الإجراءات التي يلزم القيام بها، والمتمثلة في رجوع الدائن على المدين أولا، وقد نصت المادتان 67 و68 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية على أنه يجوز إبداء هذا الدفع في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، ولو في مرحلة الاستئناف[1].

كما أن الدفع برجوع الدائن على المدين أولا لا يعتبر بمثابة عقبة كبيرة في وجه الدائن، وإنما يمكن له أن يجتازها بسهولة دون أي عائق؛ لأن هذا الدفع لا يتعلق بالموضوع، إذ يمكن له أن يصحح هذا الدفع وله في ذلك طريقتان: إما أن يقوم بالرجوع على المدين أولا حسب ماذكرنا سابقا ثم يرفع دعوى قضائية من أجل الحصول على حكمبالدين باعتباره كفيلا، أو أن يسلك الطريق الثاني المتمثل فيإدخال المدين طرفا في الدعوى المرفوعة على الكفيل ليحصل على حكم ضدهما يلزمهما بالوفاء بالدين، والكل في وضعيته، لكن في هذه الحالة لا يعد رجوعا على المدين أولا[2].

الفرع الثاني: العلة من رجوع الدائن على المدين أولا

لا يحق للدائن مطالبة الكفيل إلا عند حلول أجل الدين بالنسبة لهذا الأخير، وهذا طبقا لما تقضي به القواعد العامة؛ لأن الطبيعة القانونية الخاصة لعقد الكفالة، كونها عبارة عن عقد تبعي لالتزام المدين الأصلي، تجعل الكفيل البسيط (غير المتضامن مع المدين) لا يلتزم إلا بصفة احتياطية[3].

رغم أن الدائن قد يقع في العمل أنه لا يرجع على الكفيل وحده، ولا على المدين وحده، وإنما يرجع عليهما في وقت واحد ويطالبهما بالوفاء بالدين ذلك باعتبار المدين مدينا أصليا،

---

(1) باقي وداد، المرجع السابق، ص 100 - 101؛ سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص357؛ مرقس سليمان، المرجع السابق، ص96.

(2) زهران همام محمد محمود، المرجع السابق، ص125،

31) زهران همام محمد محمود، المرجع نفسه، ص125.

وباعتبار الكفيل كفيلا، إلا أن الدائن قد يتعجل في مطالبة الكفيل أولا على الرغم من إمكانيته من رجوع على المدين أولا[1].

لهذا يفرض على الدائن أن يرجع على المدين أولا قبل أن يرجع على الكفيل، وفي حالة عدم وفاء المدين بالدين المطالب به، فإنه من حق الدائن مطالبة الكفيل بالوفاء بالالتزام الذي ضمنه[2].

هذا ما نصت عليه المادة 660 من التقنين المدني الجزائري في فقرتها الأولى[3]، وكذلك استناداً لما تقضي به المادة 2298 من التقنين المدني الفرنسي بنصها على: «أن الكفيل ليس ملزما قبل الدائن إلا إذا تخلف المدين. . . »[4].

ففي المقابل نجد أن قاعدة رجوع الدائن على المدين أولا لم تكن موجودة في التقنينين المدنيين الفرنسي[5] والمصري السابقين، بنص واضح يؤكد على أن هذا الشرط لم يعتد به الفقه والقضاء، بل على العكس أخذوا بفكرة أنه يجوز للدائن مطالبة الكفيل عند حلول أجلالديندون حاجة إلى الرجوع على المدين أولا، ولا الحاجة حتى إلى تنبيه المدين أو إعذارهبالوفاء[6].

---

(1) السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص99.

(2) سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص355 - 356.

(3) سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص79.

(4) ترجمة سي يوسف زاهية، المرجع نفسه، ص79، ونص هذه المادة بالفرنسية هو:

«La caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne se soit obligée solidairement avec le débiteur; auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires».

(5) السبب في ذلك أنه لم تكون توجد في التقنين الفرنسي مرحلة المطالبة بل مرحلة التنفيذ، لهذا نجد الدفع بالتجريد والتقسيم فقط وليس الدفع بالرجوع والتجريد والتقسيم.

(6) مرقس سليمان، المرجع السابق، ص85.

والأمر نفسه بالنسبة للتقنين المدني الأردني الذي نص في مادته 967[1]، على أن عقد الكفالة يعطي الحق للدائن في أن يطالب الكفيل بالوفاء بالدين عند حلول أجله، دون أن تكون هناك ضرورة للرجوع على المدين أولا[2].

نصل في الأخير إلى أن المشرع الأردني ومن معه جعلوا للدائن الخيار في المطالبة وذلك بأن يرجع على المدين أولا أو على الكفيل، أو بأن يرجع عليهما معا في نفس الوقت، وأن يكون لكفيل عند التنفيذ الحق في طلب التجريد[3].

على كل حال نلاحظ أنه في ظل التقنين المدني المصري والتقنين المدني الفرنسي لا يوجد إلا دفع واحد وهو الدفع بالتجريد الذي يتمسك به الكفيل عند رفع الدعوى عليه من قبل الدائن، وذلك لاستصدار حكم بإلزامه بالدين دون حاجة إلى الانتظار إلى أن يحين موعد التنفيذ على ماله، وفي حالة ما إذا فاته موعد التمسك بهذا الدفع عند المطالبة القضائية جاز له أن يتمسك به عند الشروع في التنفيذ[4].

غير أن التقنين المدني المصري الحالي غير موقفه وأصبح على عكس من التقنين المدني السابق، بحيث نص صراحة في مادته 788 على دفعين، أي ميز بين دفع خاص بمرحلة المطالبة القضائية، أي يجب على الدائن أن يرجع على المدين أولا قبل رجوعه على الكفيل، ودفع أخر يتعلق بمرحلة التنفيذ، وهذا ما سنراه لاحقا.

---

(1) المادة 1/1067 تنص على: «للدائن مطالبة الأصيل أو الكفيل معا»، والمادة 1/1078مدني إمارتي، والمادة 644 من المجلة الأحكام العدلية، والمادة 746 من مرشد الحيران.

(2) السرحان عدنان إبراهيم، المرجع السابق، ص 210.

(3) شرف فيصل، أحمد محمود زياد، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، 2012، ص40؛ مرقس سليمان، المرجع السابق، ص85.

(4) باقي وداد، المرجع السابق، ص95.

المطلب الثاني: شروط رجوع الدائن على المدين أولا

سنتطرق في هذا المطلب إلى الشروط الواجب توافرها لرجوع الدائن على المدين أولا، أي حتى ينشأ حق للكفيل في دفع مطالبة الدائن ورجوعه على المدين أولا في حالة الرجوع عليه مباشرة قبل رجوعه على المدين لابد من توافر هذه الشروط، وبذلك نفرع هذا المطلب إلى أربعة فروع على التوالي: الأول ندرس فيه تمسك الكفيل بهذا الدفع، والثاني ندرس فيه ألا يكون الكفيل قد نزل عن هذا الدفع، والثالث ندرس فيه ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين، أما الفرع الرابع فندرس فيه أن يكون للكفيل مصلحة في التمسك بهذا الدفع.

الفرع الأول: تمسك الكفيل بهذا الدفع

إن هذا الشرط ثار بشأنه خلاف بين رجال القانون حول مسألة إمكانية قضاء المحكمة من تلقاء نفسها أم لا بهذا الدفع، فيرى البعض من الفقهاء أنه لاحاجة أن يشترط تمسك الكفيل بهذا الدفع، إذ للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وهذا ما ذهب إليه الدكتور سليمان مرقس الذي يرى أنه من المقارنة بين الفقرتين الأولى والثانية من المادة 788من التقنين المدني المصري حيث تنص الفقرة الأولى على: «لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين»، وكذلك الفقرة الثانية من نفس المادةالتي تنص على أنه: « لا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق»[1].

نجد من خلال هذه المقارنة أن الكفيل غير ملزم بتمسك بهذا الدفع (الدفع بعدم رجوع الدائن عليه أولا قبل رجوعه على المدين)، كما هو واضح في الدفع بالتجريد، حيث يشترط أن

(1) تقابلها، المادة 660 من التقنين المدني الجزائري، والمادة 1021 مدني العراقي، والمادة 760 مدني الكويتي، والفصل 1072 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد كما هو منصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة السالفة الذكر[1].

أي أنه يحق للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبول[2] هذا الدفع كما تقضي به في حالات أخرى مثل عدم قبول الطعن في الحكم لتقديمه بعد ميعاده، كذلك التقادم إذا لم يتمسك الكفيل به أو سقط حقه فيه[3].

بينما ذهب الرأي الآخروهو الغالب، إلى القول بأنه يشترط على الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع؛ لأن هذا الدفع ليس من النظام العام، وإنما يتعلق بمصلحة شخصية للكفيل، خاصة أن الكفيل من حقه النزول عنه صراحة، ويعتبر سكوته عن التمسك بهذا الدفع نزولا ضمنيا، إذ لا يجوز للمحكمة أنتقضي به من تلقاء نفسها[4].

حيث أنه بالرجوع للأعمال التحضيرية لنص المادة 788 من التقنين المدني المصري التي يعود أصلها إلى المادتان 1144 و1145 من المشروع التمهيدي، حيث تنص المادة 1144 بأنه: «لا يجبر الكفيل على الوفاء للدائن إلا إذا لم يوفه المدين، ويجب أن يرجع الدائن أولا على المدين إلا إذا تنازل الكفيل عن حق التجريد أو التزام متضامنا مع المدين، فيخضع التزامه في هذه الحالة للقواعد الخاصة بالتضامن»، وكذلك تنص المادة 1145 بأنه: «لا يلزم الدائن بتجريد المدين إلا إذا طلب الكفيل ذلك عند الإجراءات الأولى التي توجه ضده».

فلما عرضت هاتان المادتان على لجنة مراجعة المشروع، وذلك قبل قيام هذه الجنة بإرسال المشروع إلى البرلمان، رأت اللجنة من الضروري إدماجها في مادة واحدة وتعديل صياغتها باستبعاد حالة الكفالة التضامنية أولا؛ لأن النص يواجه حالة الكفالة البسيطة، وثانيا؛

---

(1) عبد الدايم حسنى محمد، المرجع السابق، ص239.

(2) نقصد بدفع بعدم قبول الدعوى هو التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي كانعدام الصفة أو المصحة.

(3) باقي وداد، المرجع الساق، ص102؛ مرقس سليمان، المرجع السابق، ص97.

(4) الشهاوي قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة، التضامن، التضامم في التشريع المصري والمقارن، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، 2002، ص117؛ منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص121.

لأن حكم النص يكتنفه الغموض بالنسبة إلى رجوع الدائن على الكفيل وحده، ومتى يكون له ذلك[1].

ولهذا يكون النص متكون من شقين: الشق الأول يتناول موضوع الرجوع، أما الشق الثاني يتناول موضوع التنفيذ؛ لأن نص المشروع يخلط بينهما خلطا تتداخل فيه أحكام الأمرين، ولهذا لقد أضافت لهذين حكمين حكما ثالثا يتمثل في وجوب تمسك الكفيل بحقه في الحالتين، بحيث يكون هذا النص على النحو الآتي:

«لايجوز للدائن أن يرجع على الكفيل إلى بعد رجوعه على المدين.
لا يجوز أن ينفذ على أموال الكفيل إلى بعد تجريد المدين من أمواله.

يجب على الكفيل في الحالتين أن يتمسك بهذا الحق»، وكان من الأفضل إبقاء هذه الفقرة التي أضافتها لجنة المراجعة[2].

إلا أن لجنة القانون المدني في مجلس الشيوخ قد قامت بإدماجها في الفقرة الثانية، مما جعلها في حكم الدفع بالتجريد ظاهرا، دون الدفع بالرجوع على المدين أولا[3].

كما أن لجنة الشيوخ لم تقصد أن تنفى عن الدفع بالمطالبة المدين أولا بوجوب تمسك الكفيل به، كما يتمسك بدفع بالتجريد، بل كل ما قصدته إدماج الفقرة الثالثة في الفقرة الثانية دون تغير في الحكم الخاص بوجوب تمسك الكفيل بكل من الدفعين في تقريريها في هذا الخصوص: «أدمجت اللجنة الفقرة الثالثة من هذه المادة في الفقرة الثانية مع تعديل لفظيطفيف لا يمس جوهر الحكم»، لذلك يجب القول بأن الكفيل، كما يجب عليه التمسك بالدفع بالتجريد، فيجب عليه أيضا التمسك بالمطالبة المدين أولا[4].

---

(1) مرقس سليمان المرجع السابق، ص97- 98.

(2) مرقس سليمان، المرجع نفسه، ص98، هامش رقم 107.

(3) زهران همام مجمد محمود، المرجع السابق، ص126.

(4) السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص105.

الفرع الثاني: ألا يكون الكفيل قد نزل عن هذا الدفع

للكفيل أن ينزل عن هذا الحق الذي قرره المشرع لمصلحته، ولا يعد هذا الحق متعلقا بالنظام العام، وبالتالي من حق الكفيل أن ينزل عن هذا الحق سواء صراحة أو ضمنيا كما يمكن أن يكون هذا النزول وقت انعقاد الكفالة أو بعدها[1]، إلا أن مسألة نزول الكفيل عن هذا الدفع ثار بشأنه خلاف؛ فيذهب البعض من الفقهاء، ومن بينهم الدكتور سليمان مرقس، إلى القول إنه لا يجوز للكفيل أن ينزل عن هذا الحق إلا صراحة وليس ضمنيا، في حين يرى البعض الآخر والذي نجد من بينهم مصطفى منصور الذي يرى أنه لا يوجد نص يشترط أن يكون النزول صريحا، إذ بمفهوم المخالفة لا يوجد مانع من أن يكون النزول صريحا أو ضمنيا[2].

أما الرأي الذي نرجحه هوالرأي الثاني الذي يرى بأنه يجوز التنازل سواء صراحة أو ضمنيا، إلا أنه يجب أن يكون ذلك وقت الكفالة لأنه لايمكن أن نتصور النزول الضمني وقت الكفالة، ولكن بعد الكفالة قد يكون هذا التنازل صريح أو ضمنيا.

وعلى كل حال فإن مركز الكفيل الذي يختاره لنفسه له درجات مختلفة تتراوح بين الكفالة التضامنية[3]، والكفالة غير التضامنية، وبالتالي من حق الكفيل أن يختار بإرادته المنفردة الدرجة التي يقف عندها، إلا أنه كلما قام الكفيل بحرمان نفسه من ميزة منحها له المشرع، انتقل

---

(1) شرف الدين أحمد، المرجع السابق، ص32، والقرار الصادر من محكمة القض المصرية بتاريخ1958/02/06: «إذا رفضت المحكمة الابتدائية طلب الترخيص له في إدخال المدين ضامنا بعد أن قضت بإثبات تنازل الدائن عن مخاصمته (أي المدين)، ولم يكن في حكم محكمة الاستئناف ما يدل على أن الكفيل قد تمسك أمامها بهذا الدفع ولم يقد الكفيل إلى محكمة النقض ما يدل على أنه أثاره أمام محكمة الاستئناف، فلا يجوز له الإدلاء به أمام محكمة النقض مدعيا وقوع إخلال بحقوقه في الدفاع، أشار إليه منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص121، هامش رقم 01.

(2) السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق،الجزء العاشر، ص 103، هامش رقم 02؛ باقي وداد، المرجع السابق، ص102؛ منصور محمد حسين، المرجع نفسه، ص 121.

(3) ((هي التي يكون فيها الكفيل متضامنا مع المدين، بحيث يجوز للدائن أن يطالب أيا منهما بكل الدين دون أن يستطيع الكفيل، إذا وجهت إليه المطالبة أولا أن يدفع بعدم جواز مطالبته قبل مطالبة المدين أو يدفع إجراءات التنفيذ على أمواله بحق التجريد، أو يطلب تقسيم المطالبة بينه وبين غيرهمن الكفلاء))، ذكرها، العمروسي أنور، التضامن والتضامم في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 1999، ص255؛ مرقس سليمان، المرجع السابق، ص137.

خطوة من الكفالة غير التضامنية إلى الكفالة التضامنية، لكن بشرط ألا يكون التزامه أشد وأسوأ من التزام المدين حتى ولو صار كفيلا متضامنا[1].

الفرع الثالث: ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين

لكي يكون من حق الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع، يجب أن لا يكون متضامنا مع المدين في المساءلة (المطالبة)؛ لأنه بالرجوع إلى الأحكام العامة نجد أنه في حالة ما إذا كان هناك ذمتان متضامنتان، فإنه من حق الدائن التنفيذ على أي منهما (الكفيل أو المدين) أو عليهما معا، وبذلك لا يحق للمدين المتضامن أن يتمسك بعدم مطالبته، وإنما مطالبة زميله المدين، وبإسقاط هذه الأحكام على عقد الكفالة نجد أن مركز الكفيل المتضامن يكون في نفس المرتبة التي يكون فيها المدين، ولهذا من حق الدائن أن يطالب الكفيل قبل أن يطالب المدين[2].

أما من ناحية الأحكام الخاصة بعقد الكفالة، نجد أنه لم يشترط هذا الشرط صراحة في نص المادة 669 من التقنين المدني الجزائري الذي جاء فيه: «تجوز كفالة الكفيل، وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل»[3].

حيث نستنتج من خلال نص هذه المادة أنه في حالة ما إذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل، يكون من حق الدائن الرجوع، أي مطالبة أي منهما سواء كاناَ منفردين أو مجتمعين، لما كان كفيل الكفيل في مركز الكفيل بالنسبة للكفيل الأصليالذي تكون منزلته بمثابة منزلة المدين[4].

---

(1) تناغو سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص62.

(2) بن عبد الكريم صوراية، وشعلال حمزة، الدفوع المرتبة بعقد الكفالة في القانون المدني، مذكرة لنيل الشهادة الماجستير في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة بجاية، 2002- 2003، ص54.

(3) المادة 797 مدني المصري، والمادة 972 مدني الأردني.

(4) سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص287.

قياسا على هذا النص نجد أنه يجب على الدائن أن يقوم بمطالبة المدين أولا قبل مطالبة الكفيل، إلا إذا كان هذا الأخير متضامنا مع المدين[1]).

هذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بقرارها الصادر في 29 /05 /1989: «إن الكفيل المتضامن يعتبر بوجه عام في حكم المدين المتضامن، حيث جواز مطالبة الدائن له بكل الدين دون التزام بمطالبة المدين أولا، أو حتى مجرد اختصامه في دعواه بمطالبة ذلك الكفيل بكل الدين»[2].

ونشير إلى أن التضامن قد يكون بحكم القانون، أو بحكم القضائي[3]، أو بإرادة الطرفين[4]؛ لهذا فإن الكفيل الذي يقبل أن يكون متضامنا مع المدين بإرادته المنفردة يكون قد تنازل عن حقه، لذا من حق الدائن مطالبة الكفيل أولا قبل رجوعه على المدين[5].

وقد أسس رجال القانون هذا الشرط وفقا لما هو وارد في الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري في مادته 788، حيث أنه ورد تقرير فيلجنة المراجعة أنه: «بالنسبة للشق الأول، رأت أن يمنع النص الدائن من الرجوع على الكفيل البسيط وحده إلا بعد رجوعه على المدين. . . »، حيث استبعدت منه الكفالة التضامنية، لأن النص يواجه حالة الكفالة غير التضامنية[6].

---

(1) تناغو سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص63.

(2) زهران همام محمد محمود، المرجع السابق، ص128.

(3) التضامن بحكم القانون نقصد به الكفالة القانونية، والتي نقصد بها الحالة التي يلتزم به المدين بتقديم كفيلا بمقتضى نص في القانون وبذلك نخلص إلى القول أن كل كفيل قانوني يكون كفيلا متضامنا مع المدين، أما التضامن بحكم قضائي، نقصد به الكفالة القضائية، والتي نقصد بها الأحوال التي يلزم فيها المدين بتقديم الكفيل بمقتضى حكم من القضاء، كما نلاحظ أن الحكم بتقديم الكفيل يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، وبالضبط فكل كفيل قضائي يكون متضامناً مع المدين.

(4) أي التضامن باتفاق والذي نقصد به أن يكون الكفيل متضامنا مع المدين وهذا الذي يقع غالبا، فالتضامن بين الكفيل والمدين وإن كان من الناحية النظرية ليس هو الأصلإذ لابد من اشتراطه، إلا أنه من الناحية العملية هو الذي يقع في العادة، فيشترط الدائن عادة تضامن الكفيل مع المدين.

(5) عبد الكريم صورايا، وشعلال حمزة، المرجع السابق، ص55.

(6) السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص103، هامش رقم01.

إذا فإن الحماية التي أعطاها القانون للكفيل تجعله مدينا احتياطيا، فلا يسأل إلا بعد مقاضاة المدين الأصلي، فتسقط عنه الحماية، إلا أن التضامن يتيح للدائن مقاضاته حتى قبل المدين لكن هذا لا يسقط عنه ميزة (الصفة) التبعية فهو لا يزال مدينا تابعا للمدين الأصلي[1]، فله الحق ببعض الدفوع الأخرى التي تؤدي إلى سقوط التزامه مثل: الدفع بإضاعة التأمينات الأخرى التي تضمن المدين، أو الدفع في تقدم الدائن في تفليسة المدين[2]، التي سنراها لاحقا.

رغم كل ما ذكرنا سابقا بالنسبة لهذا الشرط إلا أن الدكتور رمضان أبو السعوديرى عكس ذلك؛ لأن ظاهرة تضامن الكفيل مع المدين تؤدي إلى سقوط حق الكفيل بالدفع بالتجريد فقط، أي لا يسقط حقه في الدفع برجوع الدائن على المدين أولا، وفقا لما جاء في نص القانون أما القياس فقد اعتبره قياسا فاسدا[3]؛ لأن القاعدة التي تخص كفيل الكفيل هي حكم خاص بعلاقة الدائن مع كفيل الكفيل إذا كان متضامنا مع المدين، وليس بعلاقة الدائن بالكفيل إذا كان متضامنا مع المدين[4].

الفرع الرابع: يجب أن تكون للكفيل مصلحة في التمسك بهذا الدفع

لكي يصح تمسك الكفيل بهذا الدفع يجب أن تكون له مصلحة في ذلك؛ على الرغم من أن هذا الشرط لم ينص عليه المشرع في المادة 660 من التقنين المدني الجزائري، إلا أن الفقه يرى ضرورة الأخذ به، وذلك تطبيقا للقاعدة العامة: «لا دعوى ولا دفع إلا بناء على مصلحة»[5].

---

(1) الكفيل المتضامن وإن كان يفقد بعض المزايا المقررة للكفيل العادي، والتي لا تفق أساساً مع فكرة التضامن، إلا أنه يظل التزاما تابعا يتحدد نطاقه، طبقا للقواعد العامة، بوضوح الالتزام الأصلي في الوقت الذي عقدت فيه الكفالة، القرار الصادر في 06 /02 / 1958، أشار إليه: موسى قمر محمود، المرجع السابق، ص 4875.

(2) تناغو سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص63.

(3) أبو السعود رمضان، المرجع السابق، ص109.

(4) باقي وداد، المرجع السابق، ص104.

(5) شرف الدين أحمد، المرجع السابق، ص50.

أماإذا كان المدين في حالة عسر أو ظهر عجزه عن الوفاء بالدين، أي لم تكن له أموال ظاهرة يمكن التنفيذ عليها، فلا جدوى من تمسك الكفيل بحقه ولا مصلحة له في ذلك[1].

ويفيد هذا الشرط أن المدين إذا كان غير قادر على الوفاء بأصل الدين، أي بأن قيام الكفيل بمطالبة الدائن بالرجوع على المدين لا يجدي أي نفع؛ فلا يحق للكفيل التمسك بهذا الدفع (رجوع الدائن على المدين أولا)؛ لأن أهمية عقد الكفالة تظهر عند عجز أو امتناع المدين عن سداد الدين[2].

بينما يرى بعض الفقهاء في هذا الشرط أنه يجب على الكفيل أن يقوم بدفع المصاريف الضرورية مسبقا للدائن في سبيل مقاضاته للمدين لمطالبته بسداد الدين؛ لأنه قد لا يحصل الدائن على أي شيء من خلال الدعوى المرفوعة ضد المدين[3]، ولهذا سوف تضيع عليه المبالغ التي يكون قد صرفها على سبيل المطالبة، وهذا ما جاء في نص المادة 1/2300 من التقنين المدني الفرنسي بنصها: «التزام الكفيل بأن يدفع مقدما المصاريف اللازمة لمداعاة المدين أولا»[4].

كما أسلفنا الذكر فإنه يجب أن يكون في رجوع الدائن على المدين فائدة، لأنه إذا كان هذا الأخيرلا يملك أموالاً كافية لسداد الدين بسبب عسره أو عجزه فلا جدوى للكفيل من التمسك بحقه في البدء بمطالبة المدين أولا[5].

---

(1) السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص103،

(2) بن عبد الكريم صورية، وشعلال حمزة، المرجع السابق، ص56.

(3) يكن زهدي، المرجع السابق، ص277.

(4) ترجمة يكن زهدي المرجع نفسه، ص277، ونص هذه المادة بالفرنسية هو:
«La caution qui requiert la discussion doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal, et avancer les deniers suffisants pour faire la discussion».

(5) المومني معاذ أحمد، الحجز على أموال الكفيل، في القانون الأردني، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص جامعة الشرق الأوسط، 2011 - 2012، ص87؛ طلبة أنور، المرجع السابق، ص377؛ كودري فاطمة الزهراء، الحماية القانونية للكفيل في العقود الإئتمان، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، 2012 - 2013، ص33.

لكن من حقه التمسك بهذا الدفع إذا كان بحوزة المدين بعض الأموال التي تكفي للوفاء بجزء من الدين، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية: «إذا حصلت محكمة الاستئناف من أوراق الدعوى أن للمدين أموالا كان الدائن يمكنه التنفيذ عليها، والاستداد بدينه منها، ولميكن هنالك من موجب لرجوعه على أموال الكفيل الذي لم يكن متضامنا في السداد، فإن تحصيل هذا الفهم لا يدخل في رقابة محكمة النقض. . . »[1].

إذ يرجع الدائن على هذه الأموال ثم يستوفي قيمة الدين من الكفيل، وعلى هذا الأساس لا يشترط أن يكون لدى المدين أموال تفي بالدين كله؛ لأنه يعد الأفضل للكفيل[2].

أما مسألة تقدير ما إذا كان هناك مصلحة للكفيل أم لا في تمسكه بهذا الدفع فترجع للسلطة التقديرية للقاضي؛ لأنه هو الذي يقرر وجود المصلحة أو عدم وجودها، إذا تمسك الكفيل بهذا الدفع، إذ له الحق في الحكم بعدم قبول الدعوى في مواجهة الكفيل إذا كانت هناك فائدة ولو كانت بسيطة في الرجوع على المدين أولا من أجل استيفاء حقه[3].

المطلب الثالث: آثار رجوع الدائن على المدين أولا

سنتطرق في هذا المطلب إلى أثار رجوع الدائن على المدين أولا، وذلكمتى توفرت الشروط المذكورة سابقا؛ لهذا نفرع هذا المطلب إلى ثلاثة فروع على التوالي: الأول ندرس فيه تمحيص حق الدائن تجاه المدين، الثاني ندرس فيه تأجيل مطالبة الكفيل بالدين، أما الفرع الثالث فندرس فيه براءة ذمة الكفيل بما قد يبديه المدين من الدفوع.

(1) موسى قمر محمود، المرجع السابق، ص4868.

(2) منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص121-122.

(3) منصور محمد حسين، المرجع نفسه، ص122.

الفرع الأول: تمحيص حق الدائن تجاه المدين

نقصد بذلك أن الدائن في حالة رجوعه على الكفيل قبل رجوعه على المدين، له أن يصحح هذا الدفع عن طريق إدخال المدين طرفا في الدعوى المرفوعة على الكفيل، وذلك لكي يحصل عل حكم ضدهما يلزمهما بسداد الدين المستحق، أي قيام الدائن بجمع المدين والكفيل فيمطالبة واحدة[1].

إذ لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل أولا قبل أن يرجع على المدين، وإنما عليه بالرفع الدعوى على المدين للحصول على حكم بالدين ضد المدين، أما إذا كان بيد الدائن سند تنفيذي ضد المدين، فلا حاجة إلى استصدار حكم ضد المدين كما ذكرنه سابقا إذ يكفي للرجوع على الكفيل أن يكون الدائن قد أعذر بالوفاء بناء على ذلك التنفيذي[2].

ونصل في الأخير أن تمحيص الدائن تجاه المدين يؤدي ذلك ثبوت الدين في ذمة المدين وبالتبعية في ذمة الكفيل.

أي متى جاز للدائن بأن يطالب الكفيل لابد من حصوله على سند تنفيذي ضد الكفيل وليس بمجرد حصول الدائن على سند تنفيذي ضد المدين أن يطالب الكفيل[3].

الفرع الثاني: تأجيل مطالبة الكفيل بالدين

ليس من حق الدائن أن يلزم الكفيل بالوفاء إذا كان بمقدوره الحصول على حقه من قبل المدين بعد رجوعه عليه، وطلب التنفيذ على أمواله في الوقت المفروض التنفيذ عليه[4]. إذ إن

(1) زهران همام محمد محمود، المرجع السابق، ص125.

(2) السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق،الجزء العاشر، ص92؛ مرقس سليمان، المرجع السابق، ص85.

(3) السنهوري عبد الرزاق، المرجع نفسه، الجزء العاشر، ص92 - 93.

(4) يكن زهدي، المرجع السابق، ص278.

الكفيل ليس له الحق في طلب عدم مقاضاته، وإنما له فقط أن يطالب بوقف الدعوى مؤقتا[1]. كما أن مطالبة وقف الكفيل مؤقتا لا يمنع من اتخاذ الوسائل الاحتياطية[2].

وبذلك نشير إلى أنه إذا تم تأجيل الدين الأصلي، إلى أجل لاحق (مد أجل الدين المكفول)، سواء عن طريق الاتفاق الحاصل بين الدائن والمدين، أو بمقتضى حكم قضائي، فإنه يعود بفائدة على الكفيل، أي لا يستطيع الدائن أن يطالب الكفيل بمجرد حلول أجل الدين الأصلي (أجل الدين القديم)، بل يستفيد الكفيل من هذا التأجيل[3]، فللكفيل أن يطلب من الدائن تأجيل المطالبة إلى أن يحين الأجل الجديد إذا رجع عليه في الأجل القديم[4].

وهذا راجع إلى التبعية التي يمتاز بها الكفيل، أي أن التزام الكفيل تابع للالتزام الأصلي، وكذلك لا يجوز أن يكون مركز الكفيل أسوأ من مركز المدين الأصلي[5].

الفرع الرابع: براءة ذمة الكفيل بما يبديه المدين من الدفوع

نستخلص من ذلك أن الكفالة تمتاز بصفة التبعية في وجودها وانقضائها بالالتزام الأصلي الذي يضمن الوفاء به، أي للكفيل أن يتعهد للدائن بالوفاء بالدين إذا لم يف به المدين الأصل؛ لذا يمكن القول بصفة عامة أنه من حق الكفيل أن يدفع في مواجهة الدائن بكل الدفوع التي تكون للمدين أن يحتج بها عليه[6].

وبالتالي من حق الكفيل أن يتمسك بجميع الدفوع الخاصة بالالتزام الأصلي، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بقرارها الصادر بتاريخ 12/28/ 1487: «كفالة المدين وإن

---

(1) إن المراد من عبارة إيقاف المطالبة الحاصلة للكفيل، هو الكف عن متابعة السير في إجراءات التنفيذ مع عدم الإخلال بالإجراءات التحفظية، وهذا لا يتعارض مع قضاء المحكمة بإلغاء التنبيه بنزع الملكية المعلن إلى الكفيل ومحو ما يترتب عنه من التسجيلات، (القرار الصادر في1922/02/02)، أشار إليه: موسى قمر محمود، المرجع السابق، ص4867.

(2) يكن زهدي، المرجع السابق، ص288.

(3) سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص355.

(4) سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص77.

(5) سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص355.

(6) منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص129.

كانت تجوز بغير علمه رغم معارضته، إلا أن التزام الكفيل يضل بحسب الأصل تابعا للالتزام الأصلي، فلا يقوم إلا بقيامه، ويكون الكفيل المتضامن وغير المتضامن أن يتمسك قبل الدائن بكافة الدفوع المتصلة بالدين»[1].

ونشير إلى أنه للكفيل أن يتمسك بالدفوع الخاصة بالالتزام الأصلي سواء تعلق الأمر بتقرير بطلانه (كانعدام الرضا، أو عدم مشروعية السبب، وغير ذلك من أسباب البطلان)، أو إبطاله (إذا شاب رضا المدين الغلط، أو التدليس، أو غير ذلك من عيوب الرضا)، بمعنى لا يمكن أن نتصور تمسك الكفيل ببطلان الدين المكفول أو إبطاله إلا إذا كان مصدر هذا الدين تصرفا قانونيا، فهو وحده الذي يمكن أن يرد عليه البطلان أو إبطاله[2].

وعلى هذا الأساس بإمكان الكفيل أن يتمسك ببطلانالتزام المدين، أي إذا كان التزام المدين باطلا أو قابلا للإبطال، فإن التزام الكفيل يكون بالتبعية باطلا أو قابلا للإبطال[3].

وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بحكمها الصادر بتاريخ 07/ 02 /1992: «. . . التزام الكفيل تابعا للالتزام المدين، فلا يقوم إلا بقيامه، إذ لا يسوغ النظر في إعمال أحكام الكفالة في التزام الكفيل قبل البت في التزام المدين الأصلي، وللكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بما يستطيع المدين أن يتمسك به إعمالا لنص المادتين 1/272 و 794 مدني، فكل ما يؤثر في الالتزام الأصلي يؤثر في التزام الكفيل»[4].

بإضافة للكفيل أن يتمسك بانقضاء الالتزام الأصلي، بمعنى إذا انقضى التزام المدين المكفول بأي سبب من أسباب انقضاء الالتزامات، سواء أكانت الوفاء، أو مايقوم مقامه، أو المقاصة، أو غير ذلك من الأسباب فإن التزام الكفيل ينقضي بالتبعية[5].

---

(1) قرار رقم، 1487 مجلة أحكام محكمة النقض المصرية في عقد الكفالة، الصادرة عن مكتب الفني، ص23.

(2) سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص100؛ منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص130.

(3) سي يوسف زاهية، المرجع نفسه، ص100.

(4) أشار إليه: المرجع نفسه، ص100.

(5) السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص 108- 109.

نصل أنه بمجرد تمسك المدين ببطلان الالتزام الأصلي أو بإبطاله، أو بانقضائه؛ فإنه تبرأ ذمة المدين، وبالتبعية تبرأ ذمة الكفيل، وبذلك لا يجوز للدائن مطالبة الكفيل بالوفاء بالدين المكفول في هذه الحالة[1].

وكذلك نشير إلى أنه من حق الكفيل أن يدفع ببراءة ذمته بمجرد عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين.

(1) على الرغم أن هذه الدفوع سنتناولها بتفصيل في الفصل الثاني من المبحث الثاني بشكل مستقل.

الفصل الثاني: الدفوع الممنوحة للكفيل لردمطالبة الدائن

لقد منح المشرع الجزائري للكفيل دفوعا متنوعة من حقه أن يتمسك بها عند مطالبة الدائن بالوفاء بالدين، وذلك إما عن طريق تأجيل هذه المطالبة أو تأجيل التنفيذ على أمواله، أو تقسيم الدين بينه وبين غيره من الكفلاء، أو تقرير براءة ذمته وهذا كله مراعاة لصفة التبعية التي يمتاز بها[1]، وعلى هذا الأساس سنقوم بعرض هذه الدفوع على نوعين هما: الدفوع المترتبة عن عقد الكفالة والتي تتعلق بالدفع بالمطالبة الذي تطرقنا إليه سابقا، الدفع بالتجريد، وأخيرا الدفع بالتقسيم، وهذا ما نتناوله في المبحث الأول، وهناك دفوع أخرى يتمسك بها الكفيل والتي تتمثل في الدفوع المتعلقة بالالتزام الأصلي، والدفوع الخاصة بالكفيل، وهذا مانتناوله في المبحث الثاني.

(1) باقي وداد، المرجع السابق، ص106؛ لكحل سمية وآخرون، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، (التأمينات الشخصية)، مذكرة لنيل شهادة الليسانس في الحقوق، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2008-2009، ص62.

المبحث الأول: الدفوع المترتبة عن عقد الكفالة

إذا انعقدت الكفالة بالشروط الصحيحة فإنه لا يبقى أمام الكفيل سوى أن يحتج بما يترتب عنها من حقوق له[1]، والمتمثلة في مطالبة الدائن للمدين أولا، والذي يعد دفعا من حق الكفيل إبداؤه في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ودرسنه سابقا، أما الحق الثاني فيتمثل في الدفع بالتجريد، وهذا ما سنتعرض له في المطلب الأول، والحق الثالث يتمثل في الدفع بالتقسيم وسنتطرق له في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الدفع بالتجريد

سنتطرق في هذا المطلب إلى تأجيل التنفيذ على أمول الكفيل الذي نعني به الدفع بالتجريد، ولهذا نفرع هذا المطلب إلى أربعة فروع على التوالي: الفرع الأول سندرس فيه المقصود بالدفع بالتجريد وصاحب الحق فيه، أما الفرع الثاني فندرس فيه الأشخاص الذين يصح تجريدهم، والفرع الثالث فندرس فيه شروط الدفع بالتجريد، وأخيرا سندرس آثار الدفع بالتجريد وصورته الخاصة في الفرع الرابع.

الفرع الأول: مفهوم الدفع بالتجريد

سندرس في هذا الفرع ثلاث نقاط: أولهما مضمون الدفع بالتجريد، وثانيهما صاحب الحق في الدفع بالتجريد، وثالثهما الأشخاص الذين يصح تجريدهم.

أولا: مضمون الدفع بالتجريد

لقد منح المشرع الجزائري للكفيل الحق في وقف التنفيذ على أمواله إذا بادر الدائن في التنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال المدين أولا[2]، وهذا ما نصت عليه المادة 2/660 من

(1) السعدي محمد الصبري، المرجع السابق، ص67.

(2) شرف الدين أحمد، المرجع السابق، ص65.

التقنين المدني الجزائري: «ولا يجوز له أن ينفذ على أمول الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق»[1].

إذا فالمقصود بالدفع بالتجريد أنه لا يستطيع الدائن أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد حصوله على سند تنفيذي صادر في مواجهة الكفيل، أي ليس بمجرد حصول الدائن على حكم قضائي ضد المدين يقوم بالتنفيذ ضد الكفيل، فإذا كانت الكفالة غير ثابتة بموجب سند رسمي وجب على الدائن أن يحصل على حكم يلزم الكفيل بالوفاء بالدين عن طريق رفع دعوى عليه[2]، وبما أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين، فإن القانون منح للكفيل الحق بالدفع بتجريد المدين أولا قبل التنفيذ عليه[3].

فالكفيل عادة ما يلتزم بالوفاء بدين لا مصلحة له فيه، إذا لم يقم المدين بالوفاء بالدين عند حلول أجله، إذ يريد بفعله تقديم خدمة للمدين بكفالته، وبالتالي من غير المعقول أن يرى الكفيل أمواله تنزع منه، في حين أموال المدين تظل قائمة لا تمس، إذ من باب العدل أن يمنح القانون الكفيل الحق في وقف إجراءات التنفيذ المنصبة على أمواله ويطلب من الدائن التنفيذ على أموال المدين[4]، وفي هذا الصدد قال الدكتور محمد إمام: «من الأفضل أن يكون التجريد إلزاميا على الدائن، أي أن يكون حقا حتميا وليس مجرد دفع، كما هو الحال بالنسبة للدفع بالتقسيم»[5].

بالإضافة إلى هذه الاعتبارات التي تقوم عليها العدالة بشأن هذا الدفع هناك اعتبارات أخرى والتي من بينها:

---

(1) تقابلها المادة 2/788 مدني مصري، المادة 1/760- 761 مدني كويتي، والمادة 824- 852 مدني بحرني، والمادة 1082 مدني إماراتي، والفصل 1136 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي.

(2) أبو السعود رمضان، المرجع السابق، ص143؛ زهران همام محمد محمود، المرجع السابق، ص140، هامش رقم01.

(3) شرف الدين أحمد، المرجع السابق، ص65.

(4) باقي وداد، المرجع السابق، ص107.

(5) العمروسي أنور، المرجع السابق، ص271.

- من الأفضل اختصار الإجراءات القانونية والنفقات، ونعني به أن يقوم الدائن بالتنفيذ مباشرة على أموال المدين بدلا من التنفيذ على أموال الكفيل، وإذا لم تكف أموال المدين ونفذ الدائن على أموال الكفيل فللكفيل حينها الرجوع على المدين، وبالتالي لن يضار الدائن بذلك إذا نفذ على أموال المدين، ثم أكمل التنفيذ على أموال الكفيل[1].

- النية المفترضة للكفيل عندما كفل المدين، هي الوفاء بدين المدين إذا لم يقم هذا الأخير بسداد الدين عند حلول الأجل[2].

إن معنى الدفع بالتجريد مأخوذ من القانون الروماني بعد أن تطور تدريجيا، حيث كان مركز الكفيل أسوء من مركز المدين في بداية العهود الأولى من هذا القانون، وبعد هذا التطور أصبح الكفيل في مركز المدين المتضامن، وبعدها فإن القانون ألزم الدائن ألا ينفذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين وتجريده[3]، إذا كان الكفيل لم يلتزم سوى بالوفاء بالدين الذي لم يستطع الدائن الحصول عليه في حالة رجوعه على المدين، وبذلك فقد منحجوستنيان الدفع بالتجريد لكل كفيل[4].

ثانيا: صاحب الحق فيالتجريد

الأصل أن الكفيل البسيط هو وحده الذي يستطيع أنيتمسك بالدفع بالتجريد، فلا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بهذا الدفع ضد مدينه المتضامن معه[5]، إذ أن المشرع قد أعطى الحق للكفيل بأن يتمسك بالدفع بتجريد المدين بمجرد التزامه بصفة الاحتياطية، إلاإذا كان الكفيل متضامنا مع المدين أو تنازل عنه فيسقط منه هذا الدفع[6]، فلا ينظر في الدفع بالتجريد ما إذا كان الكفيل قد التزم بالكفالة بناء على طلب المدين أو بعلمه أو رغم معارضته، فلايهم

(1) أبو السعود رمضان، المرجع السابق، ص144؛ سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص360؛ شرف الدين أحمد، المرجع السابق، ص65.

(2) الشهاوي قدري عبد الفتاح، المرجع السابق، ص138.

(3) السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق،الجزء العاشر، ص114.

(4) سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص360.

(5) البكري محمد عزمي، المرجع السابق، 124.

(6) زهران همام محمود، المرجع السابق، ص141.

ماإذا كان التزام الكفيل في ضمانه للمدين تبرعيا أم اشترط مقابلا لالتزامه، لأن الدفع بالتجريد حق مقرر لصالح الكفيل في مواجهة الدائن[1].

أما الكفيل العيني فقد ثار بشأنه خلاف فقهي حول ما إذا كان له الحق بالدفع بالتجريد أم لا، لذا فهناك من يرى أنه للكفيل العيني أن يدفع بالتجريد؛ لأن الواقع يقضي بأن الكفيل الشخصي لا يختلف عن الكفيل العيني؛ لأن كليهما يلتزمان بوفاء دين على الغير، وكليهما يلتزمان التزما تبعيا، إذ يترتب على الوفاء بدين الدائن رجوعه بعد ذلك على المدين[2]، بينما يرى البعض الآخر أنه لا يجوز للكفيل العيني التمسك بهذا الدفع إلا في حالة وجود اتفاق، وهذا ما جاء في نص المادة 901 مدني جزائري: «إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله، إلا على ما رهن من ماله، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك»[3]، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري تعليقا على مادته 1050 بأنه: «لا يجوز للكفيل العيني أن يجبر الدائن أن يرجع أولا على مال المدين؛ لأن عقار الكفيل مرهون في الدين، ويجوز للدائن إذن أن يبدأ التنفيذ على هذا العقار حتى لو كان في مال المدين عين أخرى مرهونة في نفس الدين، وللدائن أن يبدأ التنفيذ على أي من العينين المرهونتين، ويستطيع الكفيل العيني أن يتخلص من توجيه الإجراءات ضده إذا هو تخلى عن العقار المرهون لأنه غير ملتزم شخصيا بالدين»[4]، أي بتأمل في المادة 901 مدني جزائري نجد أن الكفيل العيني لا يجوز له التمسك بالدفع بتجريد إلا إذا اتفاق الكفيل العيني مع الدائن على الاحتفاظبهذا الدفع.

ثالثا: الأشخاص الذين يصح الدفع بالتجريد

سندرس من خلال هذه النقطة حالة المدين البسيط وتعدد المدينين، وكذلك ندرس حالة تعدد الكفلاء.

---

(1) البكري محمد عزمي، المرجع السابق، ص125.

(2) زهران همام محمد محمود، المرجع السابق، ص 141.

(3) السعدي محمد الصبري، المرجع السابق، ص78.

(4) أبو السعود رمضان، المرجع السابق، ص144، هامش رقم03.

1- حالة المدين البسيط وتعدد المدينين:

إن المدين البسيطلا يثار بشأنه إشكالإذا تمسك الكفيل بتجريده، أي من حق الكفيل أن يدفع بتجريد المدين الذي كفله، أما في حالة تعدد المدينين فإن للكفيل إذا كفلهم جميعا سواء كانوا متضامنين أو غير متضامنين، الحق بالدفع بتجريد المدين؛ لأن التضامن قائم فيما بين المدينين، وليس فيما بين المدين والكفيل، أما إذا كفل الكفيل أحدهم أو بعضهم دون الآخر فله الحق فقط بالدفع بتجريد المدينين الذي كفلهم دون الباقين[1].

2- حالة تعدد الكفلاء:

إذا تعدد الكفلاء لمدين واحد وبنفس الدين فلا يحق للكفيل عند التنفيذ عليه من طرف الدائن أن بدفع بتجريد باقي الكفلاء، بحجة اشتراكهم بكفالة الدين المكفول بناء على أن أحدهم كفيلا للأخر بل نكون أمام حالة الدفع بالتقسيم[2].

3-حالة تعدد كفيل الكفيل:

هذه الحالة إذا ما أراد الدائن أن ينفذ على أمول كفيل الكفيل هنا يثار التساؤل: هل يستطيع هذا الأخير أن يدفع بالتجريد أم لا؟ وللإجابة عن هذا التساؤل يجب التفرقة بين حالتين هما:

أ- حالة التضامن: هذه المسألة خلافية فهناك من يرى أنه إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين يسقط حقه بالدفع بالتجريد؛ لأنه بمجرد قبول الكفيل كفالة المدين على سبيل التضامن مع هذا الأخير تكون قد انتفت الصفة الاحتياطية عن التزامه[3]، وبذلك يسقط حق كفيل الكفيل

(1) زهران همام محمد محمود، المرجع السابق، ص142.

(2) أبو السعود رمضان، المرجع السابق، ص 145.

(3) البكري محمد عزمي، المرجع السابق، ص151.

بالدفع بالتجريد بالتبعية؛ لأن التزامه تابع للالتزام الأصلي، أي لا يجوز لكفيل الكفيل الدفع بتجريد المدين وليس الدفع بتجريد الكفيل.

في حين يرى البعض الآخر أنه من حق كفيل الكفيل أن يتمسك بالدفع بتجريد الكفيل، سواء كان الكفيل متضامنا أو غير متضامن مع المدين؛ لأن دفوع كفيل الكفيل مستقلة عن دفوع الكفيل، وله أن يدفع بتجريد أموال المدين الأصلي[1].

والرأي الذي نرجحه هو الرأي الثاني لكفيل الكفيل أن يتمسك بالدفع بالتجريد الكفيل.

ب . حالة تنازل: هنا أيضا المسألة خلافية، فهناك من يرى أنه بمجرد تنازل الكفيل عن هذا الدفع يسقط حق كفيل الكفيل بالدفع بالتجريد، إلا في حالة اشتراطه في العقد، بينما يرى البعض الآخر أنه لا يسقط حقه بالدفع بتجريد الكفيل ولا بتجريد المدين؛ لأن دفوع كفيل الكفيل مستقلة عن دفوع الكفيل، إلا أنه في الواقع[2] لا يجوز تسويء مركز كفيل الكفيل إذا تنازل الكفيل عن حقه بالدفع بالتجريد، وإنما ننظر متى تم التنازل هل وقت الكفالة أو بعدها؟

إن الكفيل يعد بمثابة المدين الأصلي بالنسبة لكفيل الكفيل، وبالتحديد من غير المعقول أن يكون لكفيل الكفيل حقوقا أكثر مما للكفيل، وإذا تقدم كفيل الكفيل لكفالة الكفيل وكان هذا الأخير متنازلا عن حقه بالدفع بالتجريد سقط حق كفيل الكفيل بالدفع بتجريد المدين الأصلي المكفول، أما إذا انعقدت الكفالة ولم يكن الكفيل قد تنازل عن حقه فإن لكفيل الكفيل الحق بالتمسك بالدفع بتجريد المدين الأصلي المكفول حتى ولو تنازل الكفيل عن هذا الدفع بعد إبرام عقد الكفالة[3].

الفرع الثاني: شروط الدفع بالتجريد

حتى يكون الدفع بالتجريد صحيحا لابد من توفر الشروط الآتية:

---

(1) أبو السعود رمضان، المرجع السابق، ص145.

(2) عبد الدايم حسنى محمود، المرجع السابق، ص313.

(3) عبد الدايم حسنى محمود، المرجع نفسه، ص313.

أولا: ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين.

ثانيا: عدم تنازل الكفيل عن هذا الدفع.

ثالثا: تمسك الكفيل بهذا الدفع.

رابعا: إرشاد الكفيل الدائن إلى أموال المدين.

أولا: ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين

يفيد هذا الشرط أن الكفيل قد قبل المطالبة والتنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال المدين لأن التضامن بطبيعته يخول للدائن أن يطالب أيا من المتضامنين بالدين كله[1]، وهذا ما جاء في نص المادة 665 مدني جزائري: «لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أنيطالب التجريد»[2]، لكن السؤال يثار حول ما إذا كان للكفيل الحق بالاحتفاظ بالدفع بالتجريد رغم تضامنه مع المدين؟ أي هل الدفع بالتجريد من النظام العام أم لا؟ للإجابة عن هذا السؤال هناك رأيان:

الرأي الأول لا يجيز الاتفاق على ما يخالف النص السالف ذكره، وهذا استنادا إلى قاعدة«التضامن يمكّن الدائن من الرجوع على من يشاء منالمتضامنين لتجريده»[3]، وهذا يعني أن الكفيل المتضامن مع المدين لا يجوز له الاتفاق على الاحتفاظ بحقه بالدفع بالتجريد، بل يسقط حقه في ذلك؛ لأن الكفيل جعل نفسه مدينا أصليا لمجرد تضامنه مع المدين[4].

أما الرأي الثاني فيجيز للكفيل الاتفاق على الاحتفاظ بالدفع بالتجريد رغم تضامنه مع المدين إلا أن هذا الرأي مردود عليه؛ لأن التضامن متضاد مع الاحتفاظ بهذا الدفع، لأن المادة

(1) مرقس سليمان، المرجع السابق، ص114.

(2) تقابلها المادة 793 مدني مصري، المادة 791 مدني أردني.

(3) كودري فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص34.

(4) سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص180.

تبدأ بجملة: «لا يجوز للكفيل المتضامن. . . »، فهذه الجملة توحي أن التضامن ينطوي على التنازل عن هذا الدفع[1].

والرأي الذي نرجحه هو الرأي الأول، فلا يجوز للكفيل المتضامن التمسك بدفع بالتجريد.

ثانيا: عدم تنازل الكفيل عن هذا الدفع

إن الدفع بالتجريد حق مقرر لمصلحة الكفيل، لذلك يجوز له أن يتنازل عنه سواء عند إبرام عقد الكفالة أو بعدها، وهذا التنازل قد يكون صريحا أو ضمنيا، لكن في حالة ما إذا تنازل عن هذا الدفع فلا يجوز له أن يستعمله بعد قيامه بهذا التنازل[2]، وهذا ما نصت عليه المادة 2298 مدني فرنسي: «لا يلتزم الكفيل أن يفي للدائن إلا إذا لم يفعل المدين ذلك، فيجب أولا تجريد المدين، إلا إذا نزل الكفيل عن حق التجريد، أو كان متضامنا مع المدين إذ يجب في هذه الحالة أن تسري على التزام الكفيل القواعد المقررة في التضامن. . . »[3].

والتنازل عن هذا الحق قد يأتي صراحة في عقد الكفالة على صورة اشتراط، وقد يكون ضمنيا وهو الغالب في عقد الكفالة[4]، مثلا: أن يقول الكفيل: أتعهد بدفع الدين فورا إذا لم يقم المدين بدفعه عند حلول أجله[5]، وكذلك إذا نفذ الدائن على أموال الكفيل ولم يعترض الكفيل على ذلك وبقي ساكتا، لكن نميز هنا، بين حالة ما إذا كانت الأموال كافية للوفاء بالدين وحالة عدم كفايتها؛ فإذا كانت الأموال كافية للوفاء بالدين وقام الدائن بالتنفيذ على أموال الكفيل وسكت هذا الأخير، فإنه يعتبر قد تنازل عن حقه بالدفع بالتجريد، أما إذا كانت أموال المدين غير كافية للوفاء بدين، فلا يسقط حق الكفيل بالدفع بالتجريد قبل التنفيذ النهائي، ويستطيع التمسك بهذا الدفع ولا يعتبر سكوته تنازلا عن الدفع بتجريد المدين أولا، بما أن هذا الدفع ليس

(1) تناغو سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص67؛ سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص379.

(2) المومني معاذ، أحمد محمود، المرجع السابق، ص80؛ سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص362.

(3) شرف فيصل، أحمد محمود زياد، المرجع السابق، ص78.

(4) عبد الدايم حسنى محمود، المرجع السابق، ص 315.

(5) باقي وداد، المرجع السابق، ص111؛ شرف فيصل، أحمد محمود زياد، المرجع السابق، ص78؛ عبد الدايم حسنى محمود، المرجع نفسه، ص315.

من النظام العام فيجب على الكفيل أن يتمسك به لأن هذا الحق مقرر لمصلحته لقد نصت عليه المادة 2/660 مدني جزائري؛ فلا يمكن للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه[1].

ثالثا: تمسك الكفيل بهذا الدفع

لقد نصت المادة 2/660 من التقنين المدني الجزائري صراحة على هذا الشرط: «يجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق»، وبذلك فإن المشرع قد قرر هذا الدفع لصالح الكفيل وليس لمصلحة عامة، وعلى هذا الأساس فإن الدفع بالتجريد ليس من النظام العام، إذ لا يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه بل يجب على الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع[2].

لكن السؤال الذي يثار هنا هو متى يحق للكفيل التمسك بهذا الدفع؟

نجد أن المشرع الجزائري مثل باقي المشرعين الآخرين لم يحدد متى يحق للكفيل التمسك بهذا الدفع على خلاف المشرع الفرنسي في نص المادة 2299 الذي جاء فيه: «على الكفيل أن يدفع بالتجريد عند الإجراءات الأولى التي توجه ضده»، ومعنى ذلك أنه يجب على الكفيل أن يتمسك بالدفع بالتجريد في الدعوى المرفوعة ضده قبل الدخول في الموضوع، وإلا أعتبر ذلك تنازلا ضمنيا منه[3]، ويرجع ذلك إلى أن المشرع الفرنسي لم ينص إلا على دفع واحد ألا وهو الدفع بالتجريد، الذي ألزم فيه الكفيل بأن يتمسك بهذا الدفع عند الإجراءات الأولى وإلا أعتبر تنازلا عن حقه[4].

بينما رجوع الدائن على المدين حسب المشرع الجزائري يمر بمرحلتين: المرحلة الأولى هي مرحلة المطالبة، أما الثانية فهي مرحلة التنفيذ وقد خص المشرع كل مرحلة بدفع؛ فالمرحلة الأولى تتعلق بدفع الكفيل برجوع الدائن على المدين أولا في حالة رجوعه على الكفيل قبل

---

(1) أبزاخ ريم يحيى، رجوع الكفيل على الموفي على المدين، دراسة مقارنة بين القانون الأردني والقانون المصري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، 2009، ص26.

(2) البكري محمد عزمي، المرجع السابق، ص128.

(3) مرقس سليمان، المرجع السابق، ص116.

(4) باقي وداد، المرجع السابق، ص112؛ سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص85- 86.

رجوعه على المدين، أما المرحلة الثانية فتتعلق بالتنفيذ أين يكون للكفيل الدفع بتجريد المدين في مواجهة الدائن عندما يشرع في التنفيذ على أموال[1].

لكن ثار جدل فقهي حول إمكانية تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد في مرحلة المطالبة؛ فمنهم من رأى أنه يجب على الكفيل أن يتمسك به عندما يشرع الدائن في التنفيذ على أمواله وكذلك من الأفضل أن يتمسك بهذا الدفع إذا لم ينفذ على أموال المدين كلها، وبالتالي لا يحق للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع في مرحلة التقاضي، بينما يرى البعض الآخر أنه من حق الكفيل التمسك بهذا الدفع في مرحلة التقاضي[2]، أي بإمكان الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع منذ البداية إلا أنه إذا رفع الدائن الدعوى على الكفيل فالحكم الصادر هنا هو حكم لإثبات الدين في ذمة المدين وبالتالي يثبت الدين في ذمة الكفيل ويمنع التنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال المدين[3]. والرأي الذي نرجحه هو الرأي الثاني.

رابعا: إرشاد الكفيل الدائن إلى أموال المدين

نصت المادة 661 من التقنين المدني الجزائري على هذا الشرط صراحة بأنه: «إذا طلب الكفيل التجريد، وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين تفي بالدين كله.

ولا يؤخذ بعين الاعتبار الأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي الجزائرية، أو كانت متنازعا فيها»[4]، ونستخلص من هذا النص ما يلي:

حتى يستطيع الكفيل أن يتمسك بالدفع بالتجريد يجب أنيرشد الدائن إلى أموالالمدين، وبذلك يقع على عاتق الكفيل عبء الإرشاد إلى هذه الأموال أي يتحمل كل النفقات مثل نفقات استخراج الشهادات المثبتة لملكية المدين للعقارات معينة أو منقولات[5].

---

(1) لكحل سمية وآخرون، المرجع السابق، ص64.

(2) شرف فيصل، أحمد محمود زياد، المرجع السابق، ص80.

(3) سعد نبيل إبراهيم، المرجعالسابق ص365؛ منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص146.

(4) تقابلها المادة 789 مدني مصري.

(5) حجازي مصطفى عبد الجواد، المرجع السابق، ص138.

كما يجب أن تكون هذه الأموال مملوكة للمدين، وأن تكون كافية للوفاء بالدين كله يمكن أن تكون هذه الأموال المراد تجريدها سواء كانت عقارات أو منقولات، وعلى ذلك إذا كانت لا تفي إلا بجزء من الدين فلا يقبل الدفع بالتجريد، لأن الدائن سيضطر إلى التنفيذ مرتين، الأولى على أموال المدين لاستيفاء جزء من الدين، والثانية على أموال الكفيل لاستيفاء ما تبقى له، والحكمة من ذلك منع التنفيذ مرتين[1].

فمسألة تقدير كفاية الأموال التي يرشد الكفيل الدائن إليها هي مسألة موضوعية أي قاضي الموضوع هو الذي يفصل في النزاع، ولا يخضع لتقدير لرقابة المحكمة العليا، كما أنالعبرة في هذا الشأن بقيمة الأموال وقت الإرشاد أو وقت النظر في قيمتها، وكذلك العبرة بالقيمة الصافية لهذه الأموال، فإذا كانت هذه الأموال مثقلة برهن أو تأمين عيني آخر، فإن قيمة هذه الأموال تتحدد بعد خصم الديون المضمونة بهذا التأمين[2].

لكن المشرع الفرنسي عكس المشرع الجزائري والمصري لم يشترط أنتكون أموال المدين كافية للوفاء بالدين كله وهذا ما جاء في المادة 2300 مدني فرنسي، إذ يجوز للتمسك بالتجريد أن تكون أموال المدين كافية للوفاء بجزء من الدين فقط، وأجاز للدائن قبول الوفاء الجزئي، حيث ينفذ على أموال المدين بكل دينه، أما الكفيل فلا ينفذ عليه إلا بالباقي من الدين، لكن يشترط أن يقوم الكفيل بإرشاد الدائن إلى مال له قيمة محسوسة في الوفاء بالدين وليس ذا قيمة ضئيلة[3].

إن الحل الذي أخذه المشرع الفرنسي هو الأقرب إلى المعقول، وهو لا يؤدي إلى إجبار الدائن على قبول الوفاء الجزئي لحقه بل ينفذ بكل حقه على أموال المدين في حدود ما يملكه، وعلى الكفيل بما تبقى من دين، أما مسألة ازدواج الإجراءات فعلى الدائن أن يقبلها كنتيجة

(1) العاقب عيسى، المرجع السابق، ص61.

(2) سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص80؛ مرقس سليمان، المرجع السابق، ص120.

(3) السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص121، هامش رقم 02.

طبيعية لوجود مدين أصلي ومدين احتياطي، وهو على أي حال قد قبل ذلك فعلا بعدم اشتراط التضامن بين الكفيل والمدين[1].

كما يجب أيضا أن لا تكون الأموال واقعة خارج الأراضي الجزائرية؛ لأن في ذلك إرهاق للدائن في مباشرة إجراءات معقدة إذا كانت الأموال موجودة في خارج إقليم الدول، ولا يشترط أن تكون واقعة في جهة معينة داخل التراب الجزائري: كأن تكون واقعة في الجهة التي يجب وفاء الدين فيها[2]، على عكس المشرع الفرنسي الذي يشترط أن تكون الأموال واقعة في الجهة التي يجب الوفاء فيها[3].

كذلك يجب أن تكون أموال المدين التي يرشد الدائن إليها غير متنازع فيها، ويقصد بالأموال المتنازع فيها حسب نص المادة 2/400 من التقنين المدني الجزائري[4]، الأموال التي رفعت بشأنها دعوى تمس أصل الحق، وبذلك يستلزم التنفيذ عليها إجراءات معقدة وطويلة، أي ليس من الضروري أن يكون المال متنازعا فيه رفعت الدعوى بشأنه[5].

وقد يكفي أن يكون هناك نزاع جدي حول الأموال، وفي ذلك الحصة الشائعة في العقار تعتبر في حكم المال المتنازع فيه إذا كان هناك دائن ذو حق مقيد رتب على أعيان مفرزة تدخل ضمنها هذه الحصة الشائعة؛ لان الدائن صاحب الحق المقيد له أن يعرض رغبته في التنفيذ على الأعيان المفرزة، وأن يطالب الاعتراض على قائمة شروط البيع وقف إجراءات التنفيذ الخاصة بهذه الحصة[6]، وهناك من رجال القانون من اعتبر المال متنازعا فيه إذا كان التنفيذ عليه يتطلب جهدا يفوق المعتاد[7].

---

(1) تناغو سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص72.

(2) سليمان سارة، المرجع السابق، ص33.

(3) المادة 2/2300 مدني فرنسي.

(4) المادة 2/400 من التقنين المدني الجزائري نصت على مايلي: «ويعتبر الحق متنازعا فيه إذا رفعت من أجله دعوى أو كان محل نزاع جوهري».

(5) المومني معاذ أحمد محمود، المرجع السابق، ص84.

(6) السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص122.

(7) باقي وداد، المرجع السابق، ص115.

وأخير يشترط أن تكون الأموال قابلة للحجز عليها؛ لان الهدف من الإرشاد إلى هذه الأموال هو التنفيذ عليها لاستيفاء الدين، أما إذا كانت هذه الأموال مما لا يجوز الحجز عليه فلا يعتد بها؛ لأن من بين شروط المال محل التنفيذ الجبري أن يكون قابلا للحجز عليه، فإذا امتنع الحجز امتنع التنفيذ بطبيعة الحال[1].

الفرع الثالث: آثار الدفع بالتجريد

متى تحققت شروط الدفع بالتجريد وقبلته المحكمة فإنه ينتج عن التمسك بهذا الدفع أثرين أحدهما مباشر والآخر غير مباشرة.

أولا: الأثر المباشر

1- منع التنفيذ على أموال الكفيل:

في حالة ما إذا تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد في مرحلة المطالبة القضائية، فإنه لا يترتب عنه وقف سير الدعوى المرفوعة بل يصدر القاضي حكما يتمثل في ثبوت الدين في ذمة المدين والكفيل، ولكن يصدر أمرا بمنع التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين أولا، وهذا ما نصت عليه المادة 2/660 من التقنين المدني الجزائري السالفة الذكر، أما في حالة ما إذا اتخذ الدائن إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل قبل أن يجرد المدين أي لم يراع ما نص عليه القانون، فإن هذه الإجراءات المتخذة تكون باطلة[2].

أما في مرحلة التنفيذ، إذا تمسك الكفيل بالتجريد عن طريق الاستشكال في التنفيذ، وفصل القاضي في الاستشكال، ترتب عن ذلك وقف إجراءات التنفيذ إلى أنتفصل المحكمة في الدفع؛

(1) حجازي مصطفى عبد الجواد حجازي، المرجع السابق، ص139.

(2) أبو مشايخ سعاد توفيق سليمان، المرجع السابق، ص115.

فيلغى التنبيه بنزع الملكية المتخذ ضد الكفيل، وما يترتب عنه من آثار، وكذلك تلغى إجراءات الحجز التنفيذي الموقّع على منقولات الكفيل أو الحجز التنفيذي على ما للكفيل لدى الغير[1].

لكن يجوز للدائن أن يتخذ الإجراءات التحفظية مثل: توقيع الحجز التحفظي ووضع الأختام على تركة الكفيل، أو أن يطلب تعيين قيم عليه إذا ما اعتراه جنون أو سفه أو غفلة[2].

ثانيا: الأثر غير المباشر

1- مسؤولية الدائن عن إعسار المدين:

بمجرد وقف التنفيذ على أموال الكفيل، على الدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين التي أرشده إليها الكفيل، وبذلك يكون الدائن مسؤولا تجاه الكفيل عن إعسار المدين الناتج عن عدم اتخاذه إجراءات التنفيذ في الوقت المناسب[3]، لكن قد يقوم المدين بمجرد تمسك الكفيل بهذا الدفع بتهريب أمواله مثلا أو إخفائها أو التصرف فيها، نتيجة تباطؤ الدائن في اتخاذ إجراءات التنفيذ على هذه الأموال، مما سهل على المدين القيام بهذا العمل، فيكون الدائن حينها مسؤولا عما كان سيحصل عليه من هذه الأموال لو أنه اتخذ إجراءات التنفيذ في الوقت المناسب[4].

كذلك، على سبيل المثال، إذا دلّ الكفيل الدائن على عقار مملوك للمدين لدى الغير، لكن الدائن تباطأ في اتخاذ إجراءات التنفيذ حتى انتهت المدة، والغير تملك العقار عن طريق التقادم كسبب من أسباب كسب الملكية، فهنا الدائن يعد مسؤولا تجاه الكفيل بقدر ما كان سيحصل عليه من التنفيذ على العقار لو أنه قطع التقادم وقام بالتنفيذ في الوقت المناسب، وبالتالي عبء

(1) شرف الدين أحمد، المرجع السابق، ص72.

(2) مرقس سليمان، المرجع السابق، ص 130.

(3) أحمد عبد الشريف أحمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص257.

(4) البكري محمد عزمي، المرجع السابق، ص139.

إثبات تباطؤ الدائن في اتخاذ إجراءات التنفيذ يقع على الكفيل وفقا للقواعد العامة في المسؤولية[1].

2. براءة ذمة الكفيل:

إذ اتخذ الدائن إجراءات التنفيذ غلى أموال المدين التي أرشده إليها الكفيل في الوقت المناسب، وحصل من هذا التنفيذ على حقه كاملا، فإن ذمة المدين تبرأ بعد أن استوفى الدائن حقه من أموال المدين[2]، لكن إذا لم يحصل الدائن على حقه كاملا عند تنفيذه على أموال المدين بسبب خارج عن إرادته، كما إذا انخفضت قيمة هذه الأموال عند التنفيذ عليها، أو ظهر دائنون عاديون للمدين يزاحمون الدائن؛ فإن الدائن لا يكون مسؤولا عن ذلك[3]، فيجوز للدائن في هذه الحالة الرجوع بالباقي من حقه على الكفيل، لكن بشرط أن يثبت أنه نفذ على جميع الأموال المدين المرشد إليها من طرف الكفيل، وأنه لم يحصل من التنفيذ إلا على جزء من الدين، ويثبت ذلك عن طريق أوراق التنفيذ أو محاضر الحجز[4]أما في حالة إفلاس أو إعسار المدين، فان الدفع بالتجريد لا يُقْبَلُ، مهما كانت الأموال التي يرشد إليها الكفيل، لأنه يفترض فيهما عدم استيفاء الدائن لكل حقوقه عند التنفيذ على أموال المدين وعلى هذا الأساس يكفي للدائن أن يثبت وجود حالة إفلاس أو إعسار المدين حتى يرفض الدفع بالتجريد[5].

الفرع الرابع: الصورة الخاصة للدفع بالتجريد

تناول المشرع الجزائري في نص المادة 663 مدني صورة خاصة للدفع بالتجريد حين قال: «إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانونا أو اتفاقا لضمان الدين وقدمت الكفالة بعد هذا التأمين أو معه ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد

(1) أحمد عبد الشريف أحمد عبد الرحمن، المرجع السابق، 257.

(2) شرف فيصل أحمد، محمد محمود زياد، المرجع السابق، ص92.

(3) مرقس سليمان، المرجع السابق، ص132.

(4) سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص92؛ شرف فيصل، أحمد محمود زياد، المرجع السابق، ص92.

(5) السعد ي محمد الصبري، المرجع السابق، ص84.

التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين»[1] ويتضح من خلال هذا النص أن هناك تأمينا عينيا مقدما من المدين قد خصص قانونا أو اتفقا لضمان الدين، تعاصر معه، أو جاء بعده الكفالة، ولم يكن الكفيل متضامنا، ففي هذه الحالة أجاز المشرع للكفيل أن يطلب التنفيذ على الأموال المثقلة بهذا التأمين قبل التنفيذ على أموال الكفيل[2].

نصل من ذلك إلى أن المشرع قد راعى تدخل الكفيل لكفالة الدين في نفس الوقت الذي يوجد فيه تأمين عيني مخصص لضمان ذات الدين؛ لأن الكفيل قد وضع في اعتباره هذا، واعتمد على هذا التأمين للوفاء بالدين المضمون؛ لذا يجب على الدائن أن ينفذ على المال المثقل بالتأمين العيني قبل التنفيذ على مال الكفيل، أما إذا لم يف المال المثقل بالتأمين العيني بحقه كاملا، فله أن يرجع على أموال الكفيل بما تبقى من حقه.

وجدير بالذكر أنه حتى يمكن التمسك بالتجريد في هذه الصورة الخاصة يجب توافر شروط نص عليها المشرع نستعرضها كالآتي:

1-أن يكون هناك تأمين عيني خصص للضمان، سواء كان هذا التأمين واردا على عقار أو منقول، وسواء خصص هذا التأمين للوفاء بالدين المكفول وحده، أو مع غيره من الديون، مع عدم اشتراط أن يكون التأمين كافيا للوفاء بالدين كله، أو غير كاف للوفاء به[3]، فالنص قد اشترط أن يكون التأمين قد خصص قانونا كامتياز، أو اتفاقا كالرهن الرسمي أو الحيازي[4].

2- أنتكون الكفالة لاحقة للتأمين العيني أو تقررت معه إذا كان التأمين العيني قد تقرر قبل عقد الكفالة، أو تقرر معها فان الكفيل في هذه الحالة قد وضع في اعتباره عند تقدمه لضمان الدين المكفول أن هناك تأمينا، أما إذا كانت الكفالة قد سبقت التأمين العيني فإن الكفيل

---

(1) تقابلها المادة 791 مدني مصري، والمادة 1023 مدني عراقي، والمادة 763 مدني كويتي، والمادة 1072 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والمادة 971 مدني أردني، والمادة 827 مدني قطري، المادة759 مدني بحريني، ولا مقابل لها في التقنين المدني الفرنسي.

(2) السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص130.

(3) منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص154.

(4) لكحل سمية وآخرون، المرجع السابق، ص70.

لا يستطيع الدفع بالتنفيذ عليه؛ لأن هذا التأمين لا يكون قد دخل في اعتبار الكفيل عند تعهده بالضمان[1].

3- أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع: رغم عدم نص المادة السالفة الذكر صراحة على هذا الشرط إلا أنه يجب على الكفيل أن يتمسك بوجوب التنفيذ الدائن على الأموال المثقلة بالتأمين العيني قبل التنفيذ على أمواله، إذ لا يجوز للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بإلزام الدائن بالتنفيذ أولا على الأموال المثقلة بالتأمين العيني، وهذا ما نصت عليه المادة 3/660 من نفس القانون؛ لأن هذا الحق مقرر لصالح الكفيل، فله التنازل عن هذا الحق وله التمسك به[2].

4- يجب أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين: إن هذا الشرط مقرر أيضا في الصورة العامة، إذا ليس للكفيل المتضامن أن يدفع بالتجريد، وهذا ما نصت عليه المادة 663 السالفة، إذ من حق الدائن أن ينفذ على أموال الكفيل المتضامن قبل التنفيذ على الأموال المحملة بالتأمين العيني؛ لأن الكفيل متضامنا مع المدين، وبالتالي لا يستطيع أن يدفع بالتجريد[3].

5-أن يكون التأمين العيني مقررا على مال مملوك للمدين: هنا اختلف الفقهاء حول ملكية التأمين العيني للمدين، أو ملكيته للغير؛ فغالبية الفقه يشترط أن يكون التأمين العيني قد نشأ عن مال مملوك للمدين، وهذا راجع إلى نص المادة 663 مدني جاء مباشرة بعد أحكام التجريد، فنطبق نفس أحكام الدفع بالتجريد المعروفة، فإذا جعلنا المال المثقل بتأمين عيني فإننا نكون أمام كفيل شخصي وآخر عيني؛ فلا يجوز للكفيل الشخصي تجريد الكفيل العيني[4]، لان كليهما في مركز واحد فإذا قام أحدهما بالوفاء فإنه يرجع على الآخر بقدر نصيبه في المسؤولية عن الدين[5].

---

(1) أحمد عبد الشريف أحمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص363.

(2) السعدي محمد الصبري، المرجع السابق، ص89.

(3) منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص155.

(4) السعدي محمد الصبري، المرجع السابق، ص88.

(5) العاقب عيسى، المرجع السابق، ص68.

بينما يرى البعض الآخر أنه لا يشترط أن يكون التأمين العيني مملوكا للمدين؛ لأن المادة 663 مدني لم تنص على ذلك صراحة، وبذلك من الأحسن الأخذ بهذا الرأي؛ لأنه لا يمكن للمشرع الجزائري تفويت مثل هذه المسألة[1].

والرأي الذي نرجحه هو الرأي الثاني؛ لأن نص المادة السالفة الذكر لم تحدد صراحة الشخص هل هو المدين أم شخص آخر.

ومتى توفرت الشروط المذكورة سابقا فإنه يترتب على التمسك بهذا الدفع نفس الآثار المترتبة على الدفع بالتجريد في صورته العامة، إذ يمنع على الدائن من التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على المال المثقل بالتأمين العيني، كما أنه في حالة ما إذا شرع الدائن في التنفيذ على أموال الكفيل، يجب أن توقف الإجراءات، ويجب عليه أن يقوم بالتنفيذ في الوقت المناسب[2].

المطلب الثاني: الدفع بالتقسيم

سندرس في هذا المطلب الدفع بالتقسيم والذي نتناوله في ثلاثة فروع على التوالي: في الفرع الأول ندرس المقصود بالدفع بالتقسيم، والفرع الثاني ندرس فيه شروطه، أما الفرع الثالث فندرس فيه آثار الدفع بالتقسيم.

الفرع الأول: المقصود بالدفع بالتقسيم

في حالة ما إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وفي عقد واحد ولم يكونوا متضامنين فيما بينهم، فإن الدين ينقسم فيما بينهم، وبذلك لا يستطيع الدائن أن يرجع على أي منهم إلا بقدر نصيبه في الكفالة[3]، وهذا ما نصت عليه المادة 664 من التقنين المدني الجزائري بأنه: «إذا تعدد

(1) أبو السعود رمضان، المرجع السابق، ص131؛ تناغو سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص79.

(2) محمدي سليمان، المرجع السابق، ص36.

(3) تناغو سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص79.

الكفلاء لدين واحد، وبعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيم بينهم، قسم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصبيه في الكفالة.

أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، فإن كل واحد منهم يكون مسؤولا عن الدين كله، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم»[1].

نجد أن التقسيم وفقا لهذا النص يقع بقوة القانون ولو لم يتمسك به الكفلاء، وللكفيل أن يبديه في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، إذا التزم بكفالة الدين بموجب عقد واحد ولم يتنازل عن حقه في التقسيم، فللقاضي أنيحكم به من تلقاء نفسه، إلا أنه ليس من النظام العام فلأي منهم أن يتنازل عنه[2].

إذا أعسر أحد الكفلاء بعد انعقاد عقد الكفالة، فإن الدائن وحده يتحمل نتيجة هذا إعسار، أي ليس للدائن أن يوزع حصة الكفيل المعسر على جميع الكفلاء، ولذلك كان من مصلحة الدائن في حالة تعدد الكفلاء أن يشترط تضامنهم[3]أما المشرع الفرنسي على عكس المشرع الجزائري، خرج عن القواعد العامة حيث نص في المادة 2302 مدني على أنه في حالة تعدد الكفلاء لدين واحد فإنهم يكونون ملزمين كل منهم بجميع الدين، ونص أيضا في المادة 2303 من نفس القانون بأنه: «علىأن لكل من الكفلاء الحق في طلب التقسيم عند مطالبته بكل الدين ما لم يكن متضامنا مع غيره من الكفلاء أو متنازلا عن طلب التقسيم»[4].

(1) المادة 792 مدني مصري،والمادة 1024 مدني عراقي، والمادة 1075 مدني لبناني، والمادة 759 مدني كويتي، والمادة 974 مدني أردني.

(2) باقي وداد، المرجع السابق، ص120.

(3) مرقس سليمان، المرجع السابق، ص153.

(4) ونص هذه المادة بالفرنسية هو:

«Néanmoins chacune d'elles peut, à moins qu'elle n'ait renoncé au bénéfice de division, exiger que le créancier divise préalablement son action, et la réduise à la part et portion de chaque caution.

Lorsque, dans le temps où une des cautions a fait prononcer la division, il y en avait d'insolvables, cette caution est tenue proportionnellement de ces insolvabilités; mais elle ne peut plus être recherchée à raison des insolvabilités survenues depuis la division».

ويخلص من ذلك أن المشرع الفرنسي خلافا للمشرع الجزائري يعتبر عدم التقسيم هو الأصل، أي ألزام كل من الكفلاء بجميع الدين، كما أنه منح للكفيل الحق في طلب تقسيم الدين عندما يطالبه الدائن بكل الدين، وليس قبل رفع الدعوي عليه[1].

الفرع الثاني: شروط الدفع بالتقسيم

حتى يستطيع الكفيل أن يتمسك بالدفع بالتقسيم لابد من توافر الشروط الآتية:

أولا: تعدد الكفلاء

لا يعد هذا الشرط مجرد شرط أساسي من شروط الدفع بالتقسيم فقط وإنما يعد الفَرَض الأول والأساسي الذي يقوم عليه الدفع بالتقسيم، فإذا كنا بصدد كفيل واحد حسب القواعد العامة، فلا يجوز أن يطلب تقسيم الدين بينه وبين المدين، لكن يستطيع أن يكفل جزءاً من الدين كما رأينا سابقا، وبذلك لا يجوز للدائن أن يرجع عليه إلا بمقدار الجزء الذي كفله، وللدائن أن يرجعبالجزء المتبقي من دينه على المدين الأصلي[2].

لكن السؤال الذي يثار هنا هو حول ما إذا كان التقسيم قاصراً على الكفلاء الشخصين أم يمتد ليشمل الكفيل العيني؟

هنا المسألة خلافية إذ يرى بعض من الفقهاء أنه في حالة وجود كفيل شخصي وكفيل عيني انقسم الدين بينهما؛ لأن الكفيل الشخصي يلتزم بكل الدين، أما الكفيل العيني فيلتزم في حدود قيمة العين التي تكفل الدين، أي أن الاختلاف يكمن في مدى هذه المسؤولية وليس في درجة المسؤولية[3].

(1) مرقس سليمان، المرجع السابق، ص153- 154.

(2) سعد أحمد محمود، المرجع السابق،ص305؛ سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص97.

(3) منصور محمد حسين، المرجعالسابق، ص125.

- **كيفية التقسيم الدين:**

إذا كانت قيمة المال الذي التزم به الكفيل العيني معادلة أو تفوق قيمة الدين الذي التزم به الكفيل الشخصي، فإن الكفيل العيني في هذه الحالة ملزم بكل الدين، فينقسم الدين بينه وبين الكفيل الشخصي مناصفة، فمثلا: إذا كان مبلغ الدين هو300 مليون دينار جزائري، وقيمة الكفالة العينية 400مليون دينار جزائري، فيدفع كل واحد منهم 150مليون دينار جزائري.

أما إذا كان المال الذي رهنه الكفيل العيني أقل من قيمة الدين انقسم الدين بينهما بنسبة هذه القيمة إلى مجموع قيمة أما.

مثال: مبلغ دين يقدر بـ 400 مليون دينار جزائري، وكفيل العيني بـ 200 مليون دينار جزائري، وكفيل شخصي ضامن للدين ب 400 مليون دينار جزائري.

ننظر نسبة كل واحد في الدفع:

$$\text{الكفيل العيني} = \frac{\text{مبلغ الدين} * \text{ضمانهقيمة}}{\text{مجموع الضمان (الكفالة العينية +الكفالة الشخصية)}}$$

$$\text{الكفيل العيني} = \frac{400*200}{(200+400)}$$

الكفيل العيني= 33 ،133 مليون دينار جزائري.

إذا الكفيل العيني يدفع مبلغ قيمته 33 ،133 مليون دينار جزائري.

أما الكفيل الشخصي = مبلغ الدين – المبلغ الذي رهنه الكفيل العيني= 400 – 133,33 = 266,67 مليون دينار جزائري.

إذا الكفيل الشخصي يدفع مبلغقيمته67 ،266 مليون دينار جزائري.

بينما يذهب الرأي الآخر إلى أنه إذا وجد كفيل عيني وكفيل شخصي لا ينقسم الدين بينهما؛ لأن الدين ينقسم فقط بين الكفلاء الشخصين، لأنه في حالة ما إذا كان هناك كفالة

شخصية وكفالة عينية[1] في وقت واحد ولم يكن الكفيل الشخصي متضامنا مع المدين، فلا يجوز للدائن التنفيذ على أموال الكفيل الشخصي قبل التنفيذ على أموال الكفيل العيني الذي كان رهنه ضمانا للدين، إذ إن الدين لا ينقسم بين الكفيل الشخصي والكفيل العيني، وإنما يبدأ التنفيذ على هذا الأخير أولا، وإذا لم يف بكل الدين جاز للدائن الرجوع على الكفيل الشخصي ليستوفي الباقي[2].

الرأي الذي نرجحه هو الرأي الأول لوجود الاختلاف في مدى المسؤولية، وليس في درجة المسؤولية.

ثانيا: أن يتعدد الكفلاء لدين واحد

يجب أن يكفل الكفلاء دينا واحدا، بمعنى إذا كفل كل كفيل دينا غير الدين الذي كفله الكفيل الآخر، فلا ينقسم الدينان عليهما[3]، وإنما يكون كل واحد منهم مسؤولا عن الدين الذي كفله[4]، وكذلك لا ينقسم الدين بين الكفيل وكفيل الكفيل؛ لأن التزام الكفيل هو ضمان الوفاء بالدين الأصلي، أما التزام كفيل الكفيل فهو كفالة التزام الكفيل[5].

---

(1) يقصد بالكفالة العينية ((عقد يرتب بمقتضاه شخص يسمى الكفيل العيني، تأمينا عينيا كأن يرهن عقارا منقولا مملوكا لـــه لضمان الوفاء بالالتزام في ذمة شخص آخر، ولا يكون الكفيل العيني ضامنا لهذا الالتزام إلا في حدود المال الذي قدمه، وهذا الكفيل إذن يجمع بين صفة الكفيل وصفة الراهن، وتسري عليه أحكام الكفالة والرهن في نفس الوقت))، ذكرته: سي يوســـف زاهية، المرجع السابق، ص21.

(2) سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص61، هامش رقم03؛ منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص126.

(3) مثال: قد يضمن أحد الكفلاء المستأجر في ضمان دين الأجرة، بينما يضمنه أخر عن مسؤولية عما يصيب العين مـــن تلف أثناء الانتفاع بها، أو هلاك غير ناشئ عن استعمالها استعمالا مألوفا، ويتقدم آخر لضمان مسؤولية عن حريق العـــيـــن المؤجرة، وهكذا قد يختلف الدين المضمون من كفيل إلى أخر من الكفلاء المتعددين الضامنين لذات المدين المكفول، ذكـــره: زهران همام محمد محمود، المرجع السابق، ص132، هامش رقم 01.

(4) السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، الجزء العاشر،ص94.

(5) السعدي محمد الصبري، المرجع السابق، ص60.

ثالثا: أن يتعدد الكفلاء بعقد واحد

يعني أنه إذا كان الكفلاء غير متعددين أو غير متضامنين أو بعقود متوالية فلايمكن الدفع بالتقسيم.

1-حالة العقد الواحد:

نجد أنه إذا تعدد الكفلاء وكانوا جميعا قد التزموا بكفالة الدين بموجب عقد واحد، فإن المشرع الجزائري والمصري يجعلان عقد واحد بمثابة دليل واضح على أن كل كفيل قد اعتمد على غيره من الكفلاء، ويقسم الدين فيما بينهم بقوة القانون بالتساوي، وعلى هذا الأساس إذا رجع الدائن على كفيل واحد وطلب منه الوفاء بالدين كله، كان لهذا الأخير أن يدفع بتقسيم الدين فيما بين الكفلاء الآخرين[1].

2-حالة العقود المتوالية:

إن تعدد الكفلاء بعقود متوالية دون تضامن فيما بينهم يعد تطبيقا لفكرة الالتزام التضاممي[2]، حيث يتعدد المدينون من عدة مصادر مختلفة مع وحدة محل الدين، وهذا يعد الفرض الثاني من فروض التقسيم، حيث يكون فيه كل كفيل ملزما بكل الدين، وهذا يؤدي إلى عدم إمكانية الكفيل بالمطالبة بتقسيم الدين[3]؛ لأن الكفلاء في هذه الحالة لا يعتمدون على بعضهم البعض؛ لأن كل كفيل يضمن دينا واحد، وبذلك قد لا يعرفون بعضهم البعض، فيكون

(1) أحمد عبد الشريف أحمد عبد الرحمن، المرجعالسابق، ص217.

(2) نكون أمام التزام تضاممي في حلة تعدد المدينين في الالتزام، وتعدد الروابط الالتزام، وتعدد مصادره، ووحدة محله دون التضامن، أو عدم قابليته بالانقسام، أما الفرق الذي يوجد بين التضامم والتضامن هو تعدد مصادر الالتزام، فالتضامن متفق عليه سلفاً، ومصدره واحد بالاتفاق الصريح، أو الضمني، أو بالقانون في بعض الحالات، في حين التضامم فمصدره متعدد، أشار إليه: أبو مشايخ سعاد توفيق سليمان، المرجع السابق، ص52 – 53.

(3) المعموري ضمير حسين، الالتزام الانضمامي، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 15، العدد 6-8، جامعة بابل، دون سنة النشر، ص129.

من حق الدائن أن يستوفي حقه كاملا من أي واحد منهم[1]، ولكن في حالة ما إذا وفى أحد الكفلاء بالدين كله، فله أن يرجع على بقية الكفلاء بكامل الدين[2]، لكن من حق الكفيل أن يحتفظ لنفسه بحق التقسيم، وبذلك لا يستطيع الدائن أن يطالبه بالوفاء إلا بجزء من الدين يساوي نصيبه، الأصل أن من يكفل الدين بعقد مستقل يكون مسؤولا عنه بكامله، إلا أننا بصددقرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس، أي إثبات حق الكفيل في طلب التقسيم[3].

رابعا: تعدد الكفلاء لمدين واحد

إذا كفل الكفلاء مدينا واحداً هنا يمكن للكفيل أن يتمسك بالدفع بالتقسيم في حالة رجوع الدائن عليه للوفاء بكامل الدين، أما إذا تعدد المدينون فهنا ندرس حالتين على التوالي:

1- حالة تعدد المدينين غير المتضامنين:

نقصد بتعدد المدينين غير المتضامنين لنفس الدين، لكن مصدر التزام كل واحد منهم يختلف عن الآخر، أي نكون أمام التزام يكون محله واحد ومتعدد الروابط، حيث يرتبط فيه كل مدين بالدائن برابطة مستقلة[4]، وكل مدين قد قدم كفيلا يضمنه في الدين، إذ الدين ينقسم في هذه الحالة على المدينين، وبدوره ينقسم على الكفلاء وهذا حسب القواعد العامة[5].

2- حالة تعدد المدينين المتضامنين:

إذا تعدد المدينون لدين واحد وهم متضامنون فيما بينهم وقدم كل واحد منهم كفيلا يضمنه، فان الدين لاينقسم بين الكفلاء؛ لأنه لاتوجد علاقة بينهم، فكل كفيل يضمن الدين الذي

(1) منصور محمد حسين، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الأولى، دون دار وبلد وسنة النشر، ص352؛ منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص123.

(2) المعموري ضمير حسين، المرجع السابق، ص129.

(3) منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص124.

(4) العمروسي أنور، المرجع السابق، ص275؛ منصور محمد حسين، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص352.

(5) سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص379.

كفله وهو الدين كله؛ لأن مسؤولية المدين المتضامن عن الدين هي مسؤولية مجتمعة، على عكس المدينين غير المتضامنين التي رأيناها آنفا[1].

إن شرط وحدة المدين لايقصد به أن يكون شخصا واحدا، فإذا كفيلانالمدينين المتضامنين معا، فقد كفلا دينا واحدا وكفلا نفس المدينين، وفي هذه الحالة ينقسم الدين عليهما[2].

خامسا: ألا يكون الكفلاء متضامنون فيما بينهم:

نقصد بتضامن الكفلاء فيما بينهم أن كل واحد منهم قبل أنيضمن الدين في مجموعه، وهذا ما جاء في نص المادة 1/664 مدني بأنه: «إذا تعدد الكفلاء لدين واحد، وبعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم. . . »، وعلى هذا الأساس فإن فكرة تضامن الكفلاء فيما بينهم تعطي الحق للدائن في أن يطالب أيا منهم بكل الدين[3]، فإذا كان هناك كفيلان يكفلان دينا واحدا ومدينا واحدا وكان هذان الكفيلان متضامنين، كان كل منهما مسؤولا عن كل الدين[4]، وبهذا المعنى اعتبرت محكمة النقض: «أن الكفالة المنازع فيها هي تجارية فيكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم عملا بالمادة 256 من قانون التجارة، ويحق بالتالي للدائن ان يعود على كل منهم بكامل الدين المكفول دون ان يكون للكفيل الملاحق الحق بإلزام الدائن بملاحقة الكفيل الآخر المتضامن معه. . . »[5].

لكن ماذا لو كان أحد الكفلاء متضامنا مع المدين وليس متضامنا مع باقي الكفلاء فهل يجوز له أن يتمسك بالتقسيم في هذه الحالة؟

إن المشرع لم يضع حكما خاصا لهذا الفرض لكن الفقه انقسم في هذه المسالة إلى فريقين:

---

(1) البكري محمد عزمي، المرجع السابق، ص148؛ أبو مشايخ سعاد توفيق سليمان، المرجع السابق، ص139.

(2) السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص95.

(3) العمروسي أنور، المرجع السابق، ص359؛ عبد الدايم حسنى محمود، المرجع السابق، ص346.

(4) السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق،الجزء العاشر، ص95.

(5) معطي محمد محمود، المرجع السابق، ص100.

فريق يذهب إلى القول بأن تضامن الكفيل مع المدين لا يسقط حقه في تمسك بالتقسيم بينه وبين الكفلاء الباقين، ويستندون في ذلك إلى أن هذا ما كان عليه الحكم في ظل القانون المصري القديم، ولم يرد ما يوضح العدول عنه، وكذلك أبدته الأعمال التحضيرية، بالإضافة إلى أن عدم التقسيم هو استثناء على القواعد العامة ويجب أن يحصر في الحالة التي ينص عليها صراحة[1].

والفريق الثاني يرى عكس الفريق الأول أي أن تضامن الكفيل مع المدين يجعله مسؤولا عن كامل الدين، أي لا يحق له طلب تقسيم الدين مع غيره من الكفلاء، حتى ولو لم يكن متضامنا معهم؛لأن تضامن أحد الكفلاء مع المدين يفيد استعداده لأن يفي بكل الدين[2].

الرأي الذي نرجحه هو الرأي االثاني؛ لأننا نعلم أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين، فإذا كان متضامنا سقط عنه الحق بالدفع بالتقسيم.

سادسا: أن لا يكون الكفيل قد تنازل عن حق التقسيم

إن حق التقسيم غير متعلق بالنظام العام، رغم أنه يقع بقوة القانون، وبالتالي إذا تنازل الكفيل عن حقه في التقسيم فله ذلك، لكن يكون قد سار خطوة نحو التضامن مع المدين[3].

الفرع الثالث: آثار الدفع بالتقسيم

متى توفرت شروط الدفع بالتقسيم، فإنه يترتب عن ذلك ما يلي:

- على الدائن أن يقيم دعواه على جميع الكفلاء، فلا يستطيع أن يطالب أياً منهم إلا بقدر حصته من الدين، فمثلا إذا كان مقدار الدين 300 ألف دينار جزائري كفله ثلاثة

(1) زهران همام محمد محمود، المرجع السابق، ص135؛ عبد الدايم حسنى محمود، المرجع السابق، ص347؛ منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص127.

(2) عبد الدايم حسنى محمود، المرجع نفسه، ص347.

(3) أبو مشايخ سعاد توفيق سليمان، المرجع السابق، ص32؛ باقي وداد، المرجع السابق، ص121.

أشخاص، فلا يحق للدائن أن يطالب أيا منهم إلا بمبلغ قدره 100 ألف دينار جزائري، كما أن تقسيم الدين بالتساوي يفترض إذا لم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك[1].

- التقسيم فيما بين الكفلاء غير المتضامن يقع بقوة القانون حتى ولو لم يطلبه الكفلاء، وكذلك يجب على المحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها حتى ولو لم يتمسك به الكفيل، كما أنه للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع في أية مرحلة كانت عليها الدعوى[2].
- كذلك يترتب على التقسيم أنه في حالة إعسار أحد الكفلاء الدائن هو الذي يتحمل حصة الكفيل المعسر[3].

المبحث الثاني: الدفوع الأخرى التي يتمسك بها الكفيل

سنتناول في هذا المبحث الدفوع الأخرى التي من حق الكفيل التمسك بها، بخلاف الدفوع السابقة، وبذلك نقسمه إلى مطلبين: الأول ندرس فيه الدفوع المستمدة من الالتزام الأصلي، والثاني ندرس فيه الدفوع الخاصة بالكفيل.

المطلب الأول: الدفوع المستمدة من الالتزام الأصلي

سنتناول في هذا المطلب الدفوع التي يكون للكفيل الحق في التمسك بها في مواجهة الدائن ومطالبته، والمترتبة عن العقد الذي أبرم بين الدائن والمدين، وهذا راجع إلى خاصية التبعية التي يمتاز بها عقد الكفالة، فإن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين، وينتج عن هذه التبعية براءة الكفيل بمجرد براءة المدين، وهذا ما جاء في نص المادة654 من التقنين المدني الجزائري على أنه: «يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج به المدين.

---

(1) البكري محمد عزمي، المرجع السابق، ص149؛ تناغو سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص81؛ سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص380.

(2) لكحل سمية وآخرون، المرجع السابق، ص39؛ سليمان سارة، المرجع السابق، ص37.

(3)العاقب عيسى، المرجع السابق، ص75؛ سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص99؛ منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص129.

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»[1].

نستخلص من هذه المادة أنّ للكفيل أنْ يتمسك ببطلان الالتزام الأصلي لأي سبب من الأسباب التي قررها القانون، كانعدام الرضا والمحل وغير ذلك، وله أن يتمسك بإبطال العقد لأي سبب من أسباب تعيب الإرادة كغلط المدين أو التدليس وغير ذلك[2]أما بالنسبة لنقص أهلية المدين فإن له حكما خاصا سنعالجه فيما بعد، وبذلك نفرع هذا المطلب إلى ثلاثة فروع: الأول ندرس فيه الدفوع المرتبطة ببطلان الالتزام الأصلي، والثاني ندرس فيه الدفوع المرتبطة بإبطال لالتزام الأصلي، أما الفرع الثالث فندرس فيه الدفوع المرتبطة بانقضاء الالتزام الأصلي.

الفرع الأول: الدفوع المرتبطة ببطلان الالتزام الأصلي

من حق الكفيل أن يتمسك بالدفوع التي يتمسك بها المدين، وهذا راجع إلى كون التزام الكفيل تابعاً للالتزام الأصلي كما أشارت إليه المادة 654 مدني بنصها: «يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين»، فتبرأ ذمة الكفيل بمجرد براءة ذمة المدين، إذْ من حق الكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن ببطلان العقد المنشئ للالتزام الأصلي بطلانا مطلقا أيا كان سبب البطلان[3].

ونقصد بالبطلان المطلق الجزاء الذي يقره القانون على التصرف القانوني عند عدم توفر ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته، وهو يعدم أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين وكذا الغير، وأيضا يعتبر باطلا العقد الذي لم يراع القواعد القانونية في تكوينه فلا ينتج أي أثر عنه، بمعنى

(1) تقابلها المادة 782 مدني مصري، والمادة 1077 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والمادة 753 مدني كويتي، والمادة 817 مدني قطري، والفصل1140 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي.

(2) عبد الدايم حسنى محمود، المرجع السابق، ص352.

(3) عبد الدايم حسنى محمود، المرجع نفسه، ص355.

لا ينشئ حقوقا ولا يرتب التزامات[1]،كما أن للبطلان المطلق أسباب خاصة ومحددة يكفي أن يتحقق سبب واحد فقط منها ليعتبر العقد أو التصرف القانوني باطلا بطلانا مطلقا[2].

بالرجوع إلى عقد الكفالة نجد أنه يتبع الالتزام المكفول في صحته وعدم صحته، ومنه إذا تحقق سبب من أسباب البطلان المطلق للتصرفات القانونية فإنها تعد باطلة، أي لا تنتج أي أثر قانوني، وبذلك لا تنشئ حقوقا ولا ترتب التزامات، ووفقا لخاصية التبعية نجد أن ذمة الكفيل تبرأ بمجرد براءة ذمة المدين تجاه الدائن[3].

فإذا تخلف ركن الرضا أثناء انعقاد الالتزام الأصلي يعد العقد باطلا مطلقا، وبالتبعية فإن العقد الكفالة يبطل أيضا ولا ينتج أي أثر قانوني، وتبرأ ذمة المدين تجاه الدائن، وبالتبعية تبرأ ذمة الكفيل تجاه الدائن[4].

كذلك يعد انعدام المحل سبباً من أسباب البطلان المطلق، فإذا لم يكن المحل موجودا فلا وجود للعقد أصلا، وبذلك يترتب عنه بطلان العقد بطلانا مطلقا[5]، وقد يكون المحل موجودا لكنه غير مستوفي للشروط المنصوص عليها صراحة، وبأن يكون غير معينا أو قابل للتعين وهذا طبقا لنص المادة 94 مدني: «إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه، ومقداره وإلا كان العقد باطلا. . . »، كما يجب أن يكون محل العقد (محل الالتزام المكفول) مشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وهذا ما جاء في نص المادة 93 مدني: «..أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا».

---

(1) العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، (التصرف القانوني العقد، الإرادة المنفردة)، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص171.

(2) العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص172.

(3) بن عبد الكريم صوراية وشعلال حمزة، المرجع، السابق، ص05.

(4) بن عبد الكريم وشعلال حمزة، المرجع نفسه، ص07.

(5) الوردي لعصامي، نظرية بطلان العقد في القانون المدني الجزائري، (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، 2001 - 2002، ص25.

فمن خلال هذه النصوص المذكورة سابقا نجد أنه إذا لم يستوف المحل إحدى هذه الشروط (لم يكون موجودا، غير مشروع أو غير معين)، فإن العقد باطلا بطلانا مطلقا، وعليه بإمكان الكفيل أن يتمسك بالدفع ببطلان الالتزام الأصلي المكفول.

كما يعد السبب ركنا أساسيا في العقد، ويقصد به الغرض المباشر المراد تحقيقه، أي السبب المذكور في العقد حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك[1]، وفي حالة انعدام ركن السبب يبطل العقد، ولا يشترط فيه أن يكون موجودا فقط وإنما يجب أن يكون السبب مشروعا غير مخالفا للنظام العام والآداب العامة وإلا عدا باطلا[2]، وهذا طبقا لنص المادة 97 مدني: «إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف لنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلا»، وبالتالي إذا تخلفت إحدىشروط ينتج عنه بطلان العقد بطلانا مطلقا[3]،

نصل إلى أنه من حق الكفيل أن يتمسك ببطلان التزام المكفول لسبب غير مشروع للدفع ببراءة ذمته اتجاه الدائن باعتباره صاحب المصلحة، وهذا ما نصت عليه المادة 102 مدني.

ونشير إلى أن الدفع بالبطلان المطلق للالتزام الأصلي هو عبارة عن دفع موضوعي، فبمجرد إثارته يحكم ببطلانه، كما يمكن إثارته في أية مرحلة من مراحل الدعوى، كما لا تسري عليه قواعد التقادم؛ لأنه لا يتقادم على عكس دعوى البطلان التي تسقط بمرور 15 سنة من وقت إبرام العقد[4].

ويلاحظ أن للكفيل التمسك بهذا الدفع ولو لم يطلبه المدين، أي أن يتمسك بالدفع ببطلان الالتزام الأصلي باسمه وليس باسم المدين، باعتبار أن الكفيل صاحب المصلحة الشخصية المباشرة، وهذا حسب ما نصت عليه المادة 102 مدني لكل ذي مصلحة التمسك ببطلان المطلق، وبمجرد بطلان الالتزام الأصلي وبراءة ذمة الكفيل يعاد الأطراف إلى الحالة التي كانوا

(1) فيلا لي علي، الالتزامات، (النظرية العامة للعقد)، الطبعة الأولى ، موفم للنشر، الجزائر، 2001، ص201.
(2) الوردي لعصامي، المرجع السابق، ص 25 - 27.
(3) العربي بلحاج، المرجع السابق، ص166.
(4) الوردي لعصامي، المرجع السابق، ص137.

عليها قبل انعقاد الكفالة، ويتحلل الكفيل من جميع الالتزامات التي يفرضها عليه عقد الكفالة؛ لأن البطلان المطلق للالتزام المكفول يرتب براءة ذمة الكفيل[1].

الفرع الثاني: الدفوع المرتبطة بإبطال الالتزام الأصلي

نعني بالدفوع التي تؤدي إلى إبطال الالتزام الأصلي تلك الدفوع التي تتعلق بوجود عيب في الرضا، وكذلكبنقص الأهلية، وعليه من حق الكفيل أن يتمسك بها، إلا ما استثنى المشرع منها بنص خاص[2].

لكن نشير إلى أن العقد القابل للإبطال يأخذ حكم العقد الصحيح أي أنه يرتب جميع آثاره القانونية حتى يثيره صاحب المصلحة، وفي حالة ما إذا تقرر إبطال زالت جميع آثاره التي رتبهاأثر رجعي، ويصبح كأنه بطلان مطلق[3].

ومن بين أسباب الإبطال نجد عيوب الرضا، والتي نذكر منها:

الغلط يجب أن يكون جوهريا وداخلا في نطاق العقد، ويعتبر الغلط جوهريا إذا وقع في صفة الشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين، أو في ذات المتعاقد، أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في العاقد[4].

كما يمكن أن تعاب الإرادة بعيب التدليس باستعمال طرق احتيالية لإيقاع المتعاقد في الغلط[5].

---

(1) بن عبد الكريم صوراية وشعلال حمزة ، المرجع السابق، ص14.

(2) مرقس سليمان، المرجع السابق، ص90.

(3) العربي بلحاج، المرجع السابق، ص172.

(4) سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص320.

(5) سعد نبيل إبراهيم، المرجع نفسه، ص320.

-Alex Weill et François Terré, Droit civil, les Obligations,Dalloz,1975, p174.

بالإضافة إلى أن هناك عيب آخر يتمثل في الإكراه، والذي يمثل ضغطاً يمارس على المتعاقد يولد في نفسه رهبة تحمله على التعاقد[1]، وعيب الاستغلال الذي يقصد استغلال الطيش بين أو الهوى الجامح في شخص آخر لدفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادلمع التزامات الطرف الآخر[2].

وإذا عيبت إرادة المدين بأحد الأسباب التي ذكرنها فمن حق المدين إبطال العقد، وبالتالي يحق للكفيل التمسك بإبطال العقد بالتبعية للالتزام الأصلي[3].

نجد أنه يمكن للكفيل أن يتمسك بإبطال العقد باسمه وليس باسم المدين؛ لأن خاصية تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي تعطيه هذا الحق؛ لأنه يقصد براءة ذمته (الكفيل) وليس براءة ذمة المدين، أي للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع ولو لم يتمسك به المدين إلا إذا تنازل المدين عن حقه في التمسك بإبطال العقد؛ لأن العقد القابل للإبطال والتنازل عنه معناه تأكيد صحته ولا يكون باستطاعة الكفيل إلا إثبات أن هناك تحايل بين المدين والدائن، كما يحق له أن يتدخل في الدعوى المرفوعة من الدائن ضد المدين وله أن يتمسك بأي دفع سواء تمسك به المدين أم لا[4].

إلا أنه يوجد استثناء نص عليه المشرع الجزائري في المادة 2/654 السالفة الذكر مفاده أنه لا يجوز للكفيل أن يتمسك بنقص أهلية المدين إذا علم به وقت التعاقد، إلا أنه رغم صراحة النص هناك اختلاف فقهي حول متى يجوز للكفيل أن يتمسك بقابلية الالتزام الأصلي للإبطال بسبب نقص أهلية المدين[5]، حيث أن هناك من اعتبر أن علم الكفيل بنقص أهلية المدين لا يعد سببا كافيا لمنعه من التمسك بعدم قابلية الالتزام المكفول للإبطال، وإنما يشترط أن يكون سبب الكفالة نقص الأهلية، وعلى هذا الأساس تمت التفرقة بين فرضين هما:

---

(1) العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص115.

-Alex Weill et François Terré, op. cite, p196.

(2) فيلا لي علي، المرجع السابق، ص156.

(3) سليمان سارة، المرجع السابق، ص30.

(4) عبد الدايم حسنى محمود، المرجع السابق، ص253 - 354.

(5) باقي وداد، المرجع السابق، 124- 125.

الفرض الأول: إذا كان الكفيل يعلم أو لا يعلم بنقص أهلية المدين، فبإمكانه أن يتمسك بإبطال الالتزام الأصلي لنقص أهلية المدين.

الفرض الثاني: إذا كان الكفيل قد كفل المدين بسبب نقص أهلية المدين فإن ذلك يعد سببا كافيا لمنع الكفيل من التمسك بإبطال الالتزام الأصلي[1].

إلا أن هناك من يرى أن علم الكفيل بنقص أهلية المدين يعد سببا كافيا لتمسكه بإبطال الالتزام الأصلي، وهذا ما نصت عليه المادة 2/654 مدني وبذلك ميز بين ثلاثة فروض هي:

الفرض الأول: إذا كان الكفيل لا يعلم بنقص أهلية المدين، وطلب المدين إبطال التزامه، وبطل التزام الكفيل بالتبعية، أما إذا لم يتمسك المدين الأصلي بإبطال التزامه لنقص أهليته، فمن حق الكفيل أن يتمسك بإبطاله لوقوعه في غلط؛ لأنه كفل المدين وهو لا يعلم بنقص أهليته وبذلك ينقضي التزام الكفيل ويبقى الالتزام الأصلي قائما[2].

الفرض الثاني: إذا كان الكفيل يعلم بنقص أهلية المدين وقت التعاقد وتمسك المدين بإبطال التزامه وحكم له بالإبطال اعتبر كأنه لم يكن، ويبطل معه التزام الكفيل بالتبعية[3]، أما إذا لم يتمسك المدين الأصلي بإبطال التزامه فإن الكفيل لا يستطيع في هذه الحالة أن يتمسك بإبطال التزامه لنقص أهلية المدين[4].

الفرض الثالث: إذا كفل الكفيل المدين الأصلي بسبب نقص أهليته في هذه الحالة لا يجوز له أن يتمسك بإبطال التزامه لنقص أهلية المدين، سواء تمسك المدين بإبطال التزامه لنقص أهليته أم لا، حيث يصبح الكفيل ملتزما بالوفاء بالدين لا باعتباره كفيلا وإنما باعتباره مدينا أصليا إذا لم يف به المدين[5]، وبذلك نصت المادة 649 مدني على أنه: «من كفل التزام

---

(1) مرقس سليمان، المرجع السابق، ص91- 92.

(2) البكري محمد عزمي، المرجع السابق، ص90.

(3) الشهاوي قدري عبد الفتاح، المرجع السابق، ص121.

(4) السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق،الجزء العاشر، ص109.

(5) السنهوري عبد الرزاق، المرجع نفسه،الجزء العاشر، ص109؛ البكري محمد عزمي، المرجع السابق، ص91.

ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص أهليته، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول. . . »، الرأي الذي نرجحه هو الرأي الثاني.

نصل إلا أنه إذا كان الالتزام الأصلي قابلا للإبطال فإن الكفيل من حقه التمسك بهذا الإبطال في حالة رجوع الدائن عليه، وهذا راجع إلى أن الكفيل هو صاحب المصلحة، أي إذا تمسك المدين بإبطال الالتزام الأصلي فإنه يؤدي إلى إبطال الكفالة، وهذا راجع لخاصية التبعية وبذلك تبرأ ذمة الكفيل تجاه الدائن ببراءة ذمة المدين، أما في حالة إجازة العقد القابل للإبطال، أو انقضاء مدة التقادم فان العقد يصبح صحيحا وكذلك الكفالة بحكم التبعية للالتزام الأصلي[1].

الفرع الثالث: الدفوع المرتبطة بانقضاء الالتزام الأصلي

الالتزام أو الحق الشخصي مآله الانقضاء، من الغير المعقول أن يبقى المدين ملتزما بالعقد إلى الأبد، وإلا عد هذا قيد لحرية الشخصية؛ لهذا قد ينقضي الالتزام بتنفيذه أي الوفاء، أو عن طريق ما يقوم مقام الوفاء الأصلي[2]، وبما أن التزام الكفيل تابع للالتزام الأصلي، فإن للكفيل الحق في أن يتمسك بانقضاء التزامه بالضمان في حالة ما إذا انقضى الالتزام الأصلي لأي سبب من أسباب الانقضاء[3]، ومن بين أسباب انقضاء الالتزام الأصلي: الوفاء، التجديد، الإنابة في الوفاء، المقاصة، اتحاد الذمة، الإبراء، استحالة التنفيذ والتقادم المسقط[4]، وعليه سندرس بعض هذه الأسباب باختصار؛ لأنها تتعلق بانقضاء عقد الكفالة.

(1) سليمان سارة، المرجع السابق، ص30.

(2) دربالعبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، دار العلوم، الجزائر، 2004، ص77؛ عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري، القانون المدني وأحكام الالتزام، الجزء الثاني، مذكرة تخرج من المعهد الوطني للقضاء،دون بلد وسنة النشر، ص249.

(3) منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص132.

(4) دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص77.

أولا: الوفاء

هو عبارة عن طريق طبيعي لانقضاء الالتزام بتنفيذ المدين لما تعهد به تنفيذا عينيا، أيهو العقد الذي يبرم بين الدائن والمدين من أجل إنهاء الالتزام عن طريق هذا التنفيذ العيني[1]، فإذا قام المدين بالوفاء طبقا لنص المادة 260 والمادة 274 مدني جزائري، أي أن يكون الموفي مالكاً لما وفى به وذا أهلية للتصرف فيه، وقام بتسليمه للدائن أو إيداعه، أو عرضه على الدائن انقضى الالتزام الأصلي، وبدوره ينقضي التزام الكفيل[2].

أما في حالة ما إذا تراجع المدين عن هذا العرض الذي قدمه قبل أن يقبله أو يصدر حكم يقضي بصحته، فإنه بمقتضى هذا الرجوع لا تبرأ ذمة المدين ولا ذمة الكفيل، بخلاف لو تراجع المدين عن العرض الذي قدمه بعد قبول الدائن أو بعد صدور حكم قضائي بصحته، إذ ليس من حق الدائن التمسك بعد ذلك ببقاء تأمينات الدين ومنها الكفالة وبذلك تبرأ ذمة الكفيل[3].

لكن في حالة ما إذا وفى المدين بجزء من الدين الأصلي، فإن التزام الكفيل ينقضي بقدر ما حصل من الدين[4]، وفي حالة تعدد الديون في ذمة المدين، ووفى بأحد الديون، كان عليه أن يحدد أي الديون التي وفى بها، وفي حالة ما إذا كان الدين الموفى به هو الدين المكفولفإن التزام الكفيل ينقضي بالتبعية لانقضاء التزام الأصلي[5].

قلنا سابقا أن الوفاء يكون من قبل المدين، ويشترط أن يكون صحيحا حتى يرتب أثره، لكن يمكن أن يكون الوفاء من غير المدين، ويرتب كذلك نفس الأثر في انقضاء التزام المدين،

---

(1) عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري، المرجع السابق، ص250.

(2) عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري، المرجع نفسه، ص251.

(3) أبو السعود رمضان، المرجع السابق، ص119؛ منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص133.

(4) بن بد الكريم صوراية وشعلال حمزة ، المرجع السابق، ص21.

(5) عبد الدايم حسنى محمود، المرجع السابق، ص352.

أما إذا حل الموفي محل الدائن فيما له من حقوق تجاه المدين فهنا الوفاء لا يؤدي إلى انقضاء الالتزام الأصلي، بل تبقى الكفالة قائمة مع بقاء التأمينات لمصلحة الموفي[1].

ثانيا: الوفاء بالمقابل

المقصود به ذلك الاتفاق الذي يتم بين الدائن والمدين على أن يوفي هذا الأخير للدائن شيئا آخر في مقابل دينه، وأنه قد استوفى فعلا هذا الشيء الآخر[2]، ولكي يتحقق تواجد الوفاء بمقابل يشترط توافر شرطين هما: أن يكون هناك اتفاق بين الدائن والمدين على نقل ملكية شيء أو إنشاء حق عيني عوضا عن تنفيذ الالتزامأما الشرط الثاني هو الاتفاق فورا بنقل ملكية هذا الشيء إلى ذمة المدين بالوفاء بمقابل[3].

والوفاء بمقابل يعد سببا من أسباب انقضاء الالتزام الأصلي، وكذلك انقضاء التزام الكفيل بالتبعية وهذا ما نصت عليه المادة 655 مدني: «إذا قبل الدائن أي شيئا أخر في مقابل الدين برئت بذلك ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء»، وهذا النص لا يعتبر استثناء من أحكام الوفاء بمقابل كما ذهب إليه البعض(عبد الفتاح وعبد الباقي) ، ولكن تطبيقا لها كما رأينا سابقا حيث ينجم عنه انقضاء التزام الكفيل ببراءة ذمةالمدين والكفيل معا[4].

لكن من حق الدائن الذي قبل الوفاء أن يحتفظ بحقه في الرجوع على الكفيل في حالة ما إذا استحق هذا المقابل، وبذلك يعتبر الوفاء بمقابل معلقاً على شرط فاسخ هو استحقاق الشيء، فإذا تحقق هذا الشرط زال الوفاء بأثر رجعي وبقي الدين الأصلي قائما وكذلك الكفالة التي تضمنه، أي الكفيل يبقى ملزما بالضمان[5].

---

(1) منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص132.

(2) السنهوري عبد الرزاق،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثالث، نظرية للالتزام بوجه عام، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء،الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،1998، ص796؛ عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري، المرجع السابق، ص277.

(3) دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 89.

(4) تناغو سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص99.

(5) منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص124.

أما في حالة ما إذا أبطل الوفاء بمقابل بسبب نقص الأهلية أو عيب في الإرادة فإن الوفاء بمقابل يعد كأنه لم يكن، وبذلك يمكن للدائن مطالبة الكفيل بالدين المكفول باعتبار أن الوفاء بمقابل قد أبطل[1].

ثالثا: الإنابة

وهي تنقسم إلى نوعين: إنابة الكاملة وإنابة الناقصة، والإنابة التي تهمنا هي الإنابة الكاملة، ويقصد بها وجود ثلاثة أشخاص: المدين والدائن والأجنبي، حيث يتفق الدائن (المناب لديه) مع المدين (المنيب) على أن يتولى الشخص الأجنبي (المناب) الوفاء بالدين للدائن مكان المدين الأصلي من الدين، حيث يظل الشخص الأجنبي وحده مسؤولا عن الدين كله[2]، أي أن الإنابة الكاملة هي عبارة عن تجديد الالتزام بتغير الشخص المنيب، فتبرأ ذمته تجاه المناب لديه بشرط أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب صحيحا، وكذلك يشترط أن لا يكون المناب معسرا وقت الإنابة، وبالتالي نخلص إلى أنه يترتب عن هذه الإنابة انقضاء التزام الكفيل بالتبعية تجاه الدائن لانقضاء الالتزام الأصلي، أي تبرأ ذمة الكفيل إذا لم يرض كفالة المدين الجديد[3].

المطلب الثاني: الدفوع الخاصة بالكفيل

سندرس في هذا المطلب الدفوع التي يكون للكفيل الحق في التمسك بها دون حاجة لأَنْ يشترك فيها المدين، وهذه الدفوع هي الدفوع المتعلقة بعقد الكفالة ذاتها والتي ترجع إما لبطلان هذا العقد أو القابلية للإبطال، دون الحاجة إلى اشتراط أن يكون العقد ناشئا عن كون التزام المدين باطلا أو قابلا للإبطال[4].

(1) عبد الدايم حسنى محمود، المرجع السابق، ص264؛ منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص134.

(2) دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 96.

(3) سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص138.

(4) السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق،الجزء العاشر، ص111.

إذ يجوز للكفيل أن يتمسك ببطلان عقد الكفالة وحده بسبب انعدام الرضا أو انعدام محل الكفالة أو غيرها من أسباب بطلان العقد، كما يمكن له أن يتمسك بإبطال العقد إما لعيب في الإرادة أو لسبب نقص أهليته[1]، كما يمكن للكفيل أن يتمسك بعدم تحقق التزامه؛ لأنه معلق على شرط واقف أو لزاول التزامه بسبب تحقق شرط فاسخ[2]، أيضا من حق الكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه لأي سبب من أسباب الانقضاء، كالإبراء أو التقادم وغيرها من الأسباب، وهذا كله بهدف براءة ذمته قبل الدائن، ولو كان التزام المدين لا يزال قائما[3].

وهناك دفوع أخرى ترجع إلى مركز الكفيل باعتباره كفيلا، وسنتطرق إلى هذه الدفوع في ثلاثة فروع: الأول سندرس فيه الدفع ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن من التأمينات بخطئه، والثاني ندرس فيه الدفع ببراءة ذمة الكفيل لتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات اللازمة ضد المدين بعد إنذاره، أما الفرع الثالث فندرس فيه الدفع بعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين.

الفرع الأول: الدفع ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن من التأمينات بخطئه

نصت المادة 656 من التقنين المدني الجزائري على هذا الدفع: «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»[4].

نستخلص من خلال المادة أنه إذا كان الدين المكفول مضمونا بتأمينات أخرى غير الكفالة، فعلى الدائن القيام بالمحافظة على تلك التأمينات المضمونة حتى يتسنى للكفيل أن يحل محله بعد الوفاء، وإذا لم يقم الدائن بالمحافظة على هذه التأمينات أي لم يبذل العناية المعتادة

(1) مرقس سليمان، المرجع السابق، ص95.

(2) منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص142.

(3) مرقس سليمان، المرجع السابق، ص95.

(4) تقابلها المادة 784 مدني مصري، والمادة 1027 مدني عرقي، والمادة 1079 من قانون الموجبات والعقوداللبناني، والمادة 750 مدني كويتي، والمادة 820 مدني قطري، والمادة 752 مدني بحريني.

للشخص العادي، فإنه يعد مسؤولا عن كل ضياع ناتج عن تقصيره، وبذلك تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن؛ لأنه فوت عليه فرصة استيفاء حقه الكامل من المدين[1] وعلى هذا الأساس نتناول هذا الدفع في ثلاث نقاط: أولها الكفلاء الذين يحق لهم التمسك ببراءة ذمتهم، وثانيها شروط التمسك بهذا الدفع، أما ثالثها فنتناول فيها أثرا التمسك بهذا الدفع.

أولا: الكفلاء الذين يحق لهم التمسك بهذا الدفع

إن هذا الحق مقرر فقط للكفيل، وبالتالي لا يحق للمدين المتضامن مع غيره من المدينين المتضامنين التمسك بهذا الدفع؛ لأنه لا يعد كفيلا وإنما مدينا أصليا هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الرابطة التي تربطه بالدائن مستقلة عن الرابطة التي تربط المدينين الآخرين بذات الدائن؛ فهذا الحق يثبت فقط للكفيل، سواء كان متضامنا أو غير متضامن، كما له أن يتمسك بهذا الدفع حتى وإن تنازل عن تجريد المدين[2].

أما بالنسبة للكفيل العيني فقد اختلف رجال القانون حول ما إذا كان له الحق في التمسك ببراءة ذمته بسبب خطأ الدائن في ضياع التأمينات التي تضمن الدين أم لا؛ فيرى البعض منهم أن الكفيل العيني لا يستطيع التمسك ببراءة ذمته؛ لأنه لم يتعهد شخصيا بدفع الدين، وهذا الاختلاف الذي يوجد بينه وبين الكفيل الشخصي، وبالتالي المادة 656 السالفة الذكر قد تقررت لصالح الكفيل الشخصي وبذلك قررت حكما استثنائيا لا يجب التوسع فيه[3].

بينما يرى البعض الآخر من رجال القانون أن الكفيل العيني يستطيع أن يتمسك ببراءة ذمته كالكفيل الشخصي، أي أن المادة 656 مدني تسري على الكفيل العيني كما تسري على الكفيل الشخصي، وبالتالي فإن كل منهما يعد مسؤولا عن دين غيره ولا توجد مصلحة شخصية في الدين، أي كلاهما له الحق في الرجوع على المدين إذا وفى بالدين المكفول، وكذلك لكليهما الحق في الحلول محل المدين في استيفاء حقه والاستفادة من التأمينات التي تضمن هذا الحق،

(1) البكري محمد عزمي، المرجع السابق، ص95.

(2) أبو السعود رمضان، المرجع السابق، ص130- 131.

(3) بن عبد الكريم صورايا وشعلال حمزة، المرجع السابق، ص282.

كما أن المادة السالفة الذكر قضت ببراءة ذمة الكفيل دون التفرقة بين الكفيل الشخصي والعيني، لذلك لا دعي من منع الكفيل العيني من التمسك بهذا الدفع أي ببراءة ذمته بسبب خطأ الدائن في ضياع التأمينات التي تضمن الدين[1].

الراي الذي نرجحه هو الرأي الثاني لأن المادة السالفة الذكر قضت ببراءة ذمة الكفيل دونالتفرقة بين الكفيل الشخصي والعيني.

ثانيا: الشروط الواجب توافرها لبراءة ذمة الكفيل

يشترط لتمسك الكفيل بالدفع ببراءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن من التأمينات توافر ثلاثة شروط هي:

1 . يجب أن يكون التأمين الذي أضاعه الدائن تأمينا خاصا:

حتى يتمسك الكفيل ببراءة ذمته يجب أن يكون الدين الأصلي مضمونا بالتأمينات الخاصة، وبالرجوع إلى نص المادة 2/656 مدني السالفة الذكر، نستخلص منها أنه يستوي أن يكون التأمين شخصيا أو عينيا المهم أن يضمن الدين المكفول، إما بواسطة الرهن الرسمي، أو الرهن الحيازي، أو بكفالة شخصية، أو بكفالة عينية أو بالتضامن مع مدين آخر، ولم تشترط هذه الفقرة أيضا أن يكون التأمين الخاص مصدره الاتفاق كالرهن الرسمي أو الرهن الحيازي، إذ يجوز أن يكون التأمين الخاص تأمينا قضائيا كحق الاختصاص، وكذلك يجوز أن يكون تأمينا قانونيا كحق الامتياز[2].

كما لا يشترط أن يكون التأمين الخاص مملوكا للمدين، بل يستوي أن يكون هذا التأمين مملوكا للغير، كالحائز أو الكفيل العيني[3]، ولا يشترط أن يكون التأمين الخاص من التأمينات

(1) طلبة أنور، المرجع السابق، ص131.

(2)تناغو سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص87؛ منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص158؛ مرقس سليمان، المرجع السابق، ص104.

(3) عبد الدايم حسنى محمود، المرجع السابق، ص287.

المسماة، بل يكفي أن يكون ضمانا خاصا أو ميزة خاصة، مثل تنازل الدائن عن حقه في استيفاء الدين مقدما، كما لو اشترط في عقد الإيجار أن يدفع الأجرة مقدما، ولكن المؤجر (الدائن) تنازل عن هذا الحق، فإن للكفيل الذي كفل المستأجر أن يتمسك ببراءة ذمته[1].

إلا أن هذا النص لا يطبق إذا كان الدائن لم يتسبب بخطئه في إضاعة التأمين الخاص، بل تسبب في فوات فرصة الحصول على هذا التأمين[2].

2ـ يجب أن تكون إضاعة التأمين الخاص نتيجة خطأ من الدائن:

حتى يتمسك الكفيل ببراءة ذمته لإضاعة الدائن التأمينات يجب أن تكون نتيجة خطأ من الدائن، وهذا ما جاء في المادة 1/656: «تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات»، أي بمجرد أن الدين المكفول مضمون بالتأمين الخاص، فإنه يلزم على الدائن أن يحافظ على هذا التأمين وذلك ببذل من العناية ما يبذله الرجل المعتاد، أي أن التزامه بالمحافظة على هذا التأمين هو التزام بوسيلة وليس التزاما بتحقيق النتيجة؛ لأنه لا يعد بمجرد ضياع التأمين خطأ من الدائن يستوجب مساءلته، وإنما يجب على الكفيل أن يثبت أن ضياع هذا التأمين كان نتيجة خطأ الدائن أي سلك سلوكا غير سلوك الرجل المعتاد[3].

كذلك قد يكون الخطأ الصادر من الدائن فعلا إيجابيا كإبرائه لكفيل آخر أو مدين متضامن مع المدين، أو نزوله عن رهن رسمي ترتب لمصلحته، أو نزوله لدائن متأخر عن مرتبته في الرهن كما يمكن أن يكون هذا الخطأ فعلا سلبيا، كإهماله في المحافظة على التأمينات المقررة لضمان حقه، كعدم قيد الرهن، أو عدم تجديد قيده[4].

---

(1) منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص158؛ البكري محمد عزمي، المرجع السابق، ص98.

(2) فلو أغفل الدائن، عمدا أو إهمال، الحصول على تأمين يضمن الوفاء بالدين المكفول، فليس للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته بسبب تقصير الدائن في الحصول على هذا التأمين، مثال ذلك: عدم مطالبة المؤجر المستأجر بوضع المنقولات بالعين المؤجرة تكفي للوفاء بدين الأجرة لمدة سنتين، أو لمدة الإيجارإن قلت عن ذلك، حتى يكون له امتياز على هذه المنقولات، أشار إليه: منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص158.

(3) مرقس سليمان، المرجع السابق، ص106.

(4) السعدي محمد الصبري، المرجع السابق، ص74؛ منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص160- 161.

وبذلك يكون الدائن مسؤولا إذا ساهم في جعل المدين يضعف من أثر الرهن المترتب على عقار مملوك له، وبالتالي تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه المدين من أثر هذا الرهن، كما يعد أيضا الدائن مسؤولا إذا ساهم في إنقاص قيمة العقار كأن يقوم باستئجاره لمدة طويلة[1].

إذا كان ضياع التأمين الخاص راجعا لخطأ الغير، أو الكفيل نفسه أو بقوة قاهرة، فإن الدائن في هذه الحالة لا يعد مسؤولا عن ذلك، وعليه لا تبرأ ذمة الكفيل[2].

لكن السؤال يثار حول ما إذا كان بإمكان الكفيل التمسك ببراءة ذمته إذا كان سبب إضاعة التأمين الخاص خطأ مشتركًا بينه وبين الدائن؟

للإجابة عن هذا السؤال هناك رأيان:

الأول يرى أصحابه أن المسؤولية توزع بين الدائن والكفيل حسب القواعد العامة في المسؤولية، وهذا بسبب الخطأ الثابت في جانب كل منهما، أي أن الدائن يكون مسؤولا بقدر ما سببه من إضاعة التأمين الخاص، وللكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته في هذه حدود أما الرأي الثاني فيرى أصحابه أن ذمة الكفيل لا تبرأ، بمعنى أن الكفيل لا يستطيع التمسك بهذا الدفع؛ لأنه ساهم بخطئه في إضاعة التأمين حتى وإن اشترك الدائن معه في ذلك[3].

أما الرأي الراجح هو الرأي الأول، لأنه كما قال الدكتور عبد الدايم: «. . . يتفق مع القواعد العامة في الخطأ المشترك؛ لأننا لازلنا نطبق قواعد المسؤولية على التزامات المتعاقدين في عقد الكفالة، ولا يوجد مبرر للخروج عن هذه القواعد العامة والقول بعدم براءة ذمة الكفيل إذا اشترك بخطئه في ضياع التأمين بل تبرأ ذمته بقدر مساهمة الدائن في هذا الخطأ»[4].

---

(1) السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص244.

(2) السنهوري عبد الرزاق، المرجع نفسه،الجزء العشر، ص245؛ تناغو سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص89؛ منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص161.

(3) السعدي محمد الصبري، المرجع السابق، ص74؛ تناغو سمير عبد السيد، المرجع نفسه، ص89- 90.

(4) مرقس سليمان، المرجع السابق، ص108؛ عبد الدايم حسنى محمود، المرجع السابق، ص290.

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

حتى يتمسك الكفيل ببراءة ذمته نتيجة ضياع التأمين الخاص بخطأ الدائن يجب عليه أن يثبت أنه قد أصابه ضرر، وأن يكون هذا الضرر الذي لحق الكفيل ضررا محققا وغير محتمل، ويكون كذلك عندما يكون ذا قيمة معتبرة أي العبرة بقيمة التأمين[1].

أما إذا لم يلحق الكفيل ضرر فلا يستطيع أن يتمسك ببراءة ذمته لإضاعة الدائن التأمينات، كما هو الحال في تنازل الدائن عن رهن متأخر في المرتبة، بحيث لا يسعفه أصلا في تقاضي حقه كونهمعسرا لدرجة تجعل الرجوع عليه لا يجدي نفعا[2].

ويكون الضرر محققا أيضا بمجرد ضياع التأمين حتى وإن كان المدين موسرا، أو كان الدين المكفول مضمونا بتأمينات أخرى كافية لوفاء الدين؛ لأنه بمجرد ضياع التأمين فإنه ينقص من ضمانات الدين ويفوت فرصة عدم حصوله على التأمين[3]، وبذلك تبرأ ذمة الكفيل بمقدار ما أصابه من الضرر الناجم عن ضياع التأمين، فإذا كان للدائن رهنان رسميان على منزلين ويقدر كل واحد منهما بمليون دينار، وكان حقه يبلغ مليونين، ونزل الدائن عن رهنه على أحد هذين المنزلين، فإن الكفيل لا يصيبه أي ضرر إلا بمقدار النصف، وعليه أن يطالب ببراءة ذمته في حدود هذا المقدار[4].

4- يجب على الكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته لإضاعة التأمينات:

التمسك ببراءته لا يتعلق بالنظام العام؛ لأنه مقرر لمصلحته هو ككفيل، وبالتالي لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وإنما من حق الكفيل أن يبدي هذا الدفع في أية مرحلة

---

(1) تناغو سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص90؛ منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص161؛ مرسى محمد كامل، المرجع السابق، ص190.

(2) السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص247-248؛ أبو السعود رمضان، المرجع السابق، ص137؛ السعدي محمد الصبري، المرجع السابق، ص74.

(3) مرقس سليمان، المرجع السابق، ص109.

(4) السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق،الجزء العاشر، ص248.

كانت عليها الدعوى ولو في مرحلة الاستئناف، إلا أنه لا يجوز له التمسك به لأول مرة أمام محكمة القانون[1]، كما يحق أيضا للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته عندما يرفع الدائن عليه الدعوى، أو أن يرفع دعوى على الدائن يطالب فيها ببراءة ذمته[2].

ثالثا: آثار التمسك بهذا الدفع

يترتب عن التمسك الكفيل بالدفع براءة ذمة الكفيل بمقدار ما أضاعه الدائن من التأمينات الخاصة، فإذا كانت قيمة التأمينات زائدة عن قيمة التزام الكفيل، فإن ذمته تبرأ بصفة كاملة، أما إذا قلّت قيمة التأمين الضائع عن قيمة التزام الكفيل فلا تبرأ ذمته إلاّ في حدود هذا التأمين[3]، وتعد براءة ذمة الكفيل سبباً من أسباب انقضاء التزام الكفيل[4].

كما أن التزام الكفيل لا يسقط بقوة القانون بل يجب على الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع، إذ لا يجوز للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه، وللكفيل أن يتنازل عن هذا الحق، سواء كان تنازلا صريحا أو ضمنيا؛ لأنه لا يتعلق بالنظام العام[5].

إن عبء إثبات يقع على الكفيل بأن يثبت أن إضاعة التأمين بخطأ الدائن قد تسبب له في الضرر وهذا طبقا للقواعد العامة، وإذا ادعى الدائن خلاف ذلك وقع عليه عبء الإثبات، كأن يثبت أن التأمين الذي أضاعه عديم القيمة[6]؛ لأنه قد تصدر من الدائن أفعال إيجابية كالتنازل عن حجز تنفيذي أو تحفظي، أو حجز ما للمدين لدى الغير، كما قد تصدر منه أفعال سلبية كعدم القيام باتخاذ إجراء تنفيذي أو تحفظي لا يعلم به الكفيل لجهله إياه، فهي لا ترتب ضياعاً في التأمين الخاص وإنما تؤثر في حق الكفيل، فتضعفه أو تنقص منه، وعلى هذا

(1) عبد الدايم حسنى محمود، المرجع السابق، ص292.

(2) منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص162.

(3) تناغو سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص91.

(4) أبو مشايخ سعاد توفيق سليمان، المرجع السابق، ص146.

(5) السعدي محمد الصبري، المرجع السابق، ص91 - 92؛ تناغو سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص75.

(6) أبو السعود رمضان، المرجع السابق، ص138؛ سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص430.

الأساس يسأل الدائن عن هذه الأعمال طبقا لقواعد المسؤولية ما دام أنه قد ينجر عنه ضرر للكفيل[1].

الفرع الثاني: براءة ذمة الكفيل لتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين بعد إنذاره

نصت على هذا الدفع المادة 657 من التقنين المدني الجزائري: «لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائنفي 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»[2]. هذا النص يفترض أن أجل الدين المكفول قد حل، والدائن لم يتخذ الإجراءات اللازمة للمطالبة بالدين أو أنه قد تأخر في اتخاذ هذه الإجراءات، وعلى هذا الأساس منح حقاً للكفيل في أن يذكر الدائن في اتخاذ الإجراءات، وفي حالة إذا لم يتخذها خلال ستة أشهر من وقت الإنذار، ولم يقدم المدين للكفيلضمانا كافيا، فإنه يترتب عن ذلك براءة ذمة الكفيل من عقد الكفالة[3]، وبذلك نتناول حالتين هما:

أولا: لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد عدم اتخاذ إجراءات التنفيذ أو التأخر في اتخاذها

الأصل أنه مجرد تأخر الدائن في مطالبة المدين أو عدم اتخاذ الإجراءات ضده لا يترتب عنه عدم مطالبة الكفيل، وهذا ما جاءت به المادة 1/657 مدني السالفة الذكر، وهذا يعني أنه من حق الدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ ضد المدين إذا حل أجل الدين، وفي حالة عدم اتخذها أو تأخر في اتخاذها لا تبرأ ذمة الكفيل، وإنما يظل التزام الكفيل قائما؛ لأنه باستطاعته بَعْدَ

(1) طلبة أنور المرجع السابق، ص367- 368؛ مرسي محمد كامل، المرجع السابق، ص309.

(2) تقابلها المادة 785 مدني مصري، والمادة 1032 مدني عراقي، والمادة 1079 من قانونالموجبات والعقود اللبناني، والمادة 757 مدني كويتي، والمادة 981 مدني أردني، والمادة 821 مدني قطري، والمادة 758 مدني بحريني.

(3) السعدي محمد الصبري، المرجع السابق، ص71.

الوفاء بالدين للدائن، عند حلول الأجل المستحق، أن يرجع على المدين، حتى ولو مدّ الدائن الأجل بدون رضا الكفيل[1].

كذلك لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد تقاعس المدين، حتى وإن أعسر المدين بعد أن كان موسرا وقت استحقاق الدين ولحق بالكفيل ضرر عند رجوعه على المدين؛ لأن إطالة الأجل أو إهمال المطالبة لا يعد ضياعاً للتأمين الخاص إذا كان بإمكان الكفيل أن يحل محل الدائن في استيفاء الدين، وله أن يرجع بعد ذلك على المدين[2]، ولا يكون أمام الكفيل في هذه الحالةسوى المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب خطأ الدائن، وهذا طبقا للقواعد العامة ومع ذلك لم يترك المشرع الكفيل تحت رحمة الدائن بل قام بحمايته من إهمال أو تقصير الدائن في اتخاذ الإجراءات اللازمة ووضع له وسيلة نصت عليها المادة 2/657 مدني جزائري[3]، نتطرق إليه من حيث الشروط والآثار.

ثانيا: براءة ذمة الكفيل بعد إنذاره للدائن

1- وجوب إنذار الكفيل للدائن:

حتى تبرأ ذمة الكفيل بسبب تقصير أو إهمال الدائن في اتخاذ الإجراءات اللازمة ضد المدين، لابد أن يقوم بإنذار الدائن بأن يتخذ تلك الإجراءات، وهذا ما أشارت إليه المادة 2/657 مدني: «على أن ذمة الكفيل تبرا إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا»، وهذه الفقرة مستمدة من المادة 739 من المشروع الفرنسي الإيطالي، ومن المادة 502 من تقنين الالتزامات السويسري، ومن المادة 637من تقنين الالتزامات البولوني[4].

(1) البكري محمد عزمي، المرجع السابق، ص108؛ السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، الجزء العاشر ، ص251.

(2) منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص164.

(3) السعدي محمد الصبري، المرجع السابق، ص71؛ سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص159.

(4) السنهوري عبد الرزاق، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص253؛ سي يوسف زاهية، المرجع انفسه، ص160.

لكن يشترطأن يكون في وسع الدائن أن ينفذ هذا الإنذار في الوقت المناسب، أي يستطيع الدائن اتخاذ الإجراءات اللازمة في وقت استحقاق الدين أو بعده؛ لأن الدائن لا يستطيع القيام بهذه الإجراءات قبل حلول أجل الدين المكفول، ولا يعد عدم تنفيذ الدائن هذه الإجراءات تقصيرا منه، إذْ لا يمكن التنفيذ أو المطالبة بمقتضى دين مؤجل[1]، وبالتالي العبرة أن يتم الإنذار في حلول الأجل الأصلي للدين المكفول، فلا عبرة للإنذار الذي يتم قبل استحقاق الدين[2].

كما لا يجوز للكفيل أن يوجه الإنذار إلا عند حلول هذا الأجل ولو كان الدائن قد منح للمدين أجلا جديدا، إذ بإمكان الدائن أن يتجاهل هذا الأجل أو يرفضه[3]، إلا أنه إذا حصل المدين على مهلة قضائية من طرف المحكمة فلا يستطيع الكفيل أن ينذر الدائن إلا بعد انتهاء هذه المهلة الممنوحة؛ لأنه ليس بإمكان الدائن مباشرة الإجراءات اللازمة قبل أن تنقضي هذه المهلة[4].

ويشترط كذلكعدم قيام الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من الإنذار، طبقا لنص المادة 2/657 مدني فإذا تأخر الدائن عن اتخاذ الإجراءات مدة تقل عن ستة أشهر من تاريخ إنذار الكفيل له، فلا يعد ذلك موجبا لبراءة ذمة الكفيل[5].

وعلى الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع؛ لأنه ليس من النظام العام، فهو مقرر لمصلحته، ومن حقه أن يتنازل عن هذه الحماية المقررة لصالحه، سواء أثناء انعقاد عقد الكفالة أو بعدها[6].

---

(1) سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص455-456؛ سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص160.

(2) السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص254.

(3) البكري محمد عزمي، المرجع السابق، ص111؛ تناغو سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص93.

(4) سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص456؛ عبد الدايم حسنى محمود، المرجع السابق، ص 296.

(5) سعد أحمد محمود، المرجع نفسه، ص457.

(6) أبو مشايخ سعاد توفيق سليمان، المرجع السابق، ص148؛ المرجع نفسه، ص457- 458.

2-آثار إنذار الدائن:

إذا تم إنذار الدائن عند حلول أجل الدين الأصلي، وقام الدائن باتخاذ الإجراءات الواجبة قانونا ضد المدين، وسار في اتخاذها بالعناية اللازمة، كان للدائن أن يرفع دعوى على المدين ليطالبه بالدين إذا كان بحوزته سند عرفي، أما إذا كان بحوزته سند تنفذي أو حكم، أو كانت ورقة رسمية، ما كان عليه إلا أن يباشر باتخاذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين[1].

أما إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات اللازمة والمفروضة قانونا ضد المدين خلال ستة أشهر[2]من تاريخ إنذاره، يجوز للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته وبذلك ينقضي عقد الكفالة بطريق أصلي دون الحاجة إلى انقضاء الدين المكفول.

للمدين أن يقوم قبل انتهاء هذه المدة بتقديم ضمان كافي للكفيل إذا أُضطر إلى الوفاء بالدين، وتفصل محكمة الموضوع في مدى هذه الكفاية إذا ثار بين الطرفين جدال حول مدى كفاية هذا الضمان[3].

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

نصت على هذا الدفع المادة 658 من التقنين المدني الجزائري بأنه: «إذا أفلسالمدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيلبقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر سبب إهمال الدائن»[4]، نتناول من خلال هذه المادة نقطتين هما: الشروط والآثار.

---

(1) السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق،الجزء العاشر، ص254؛ منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص165.

(2) ستة أشهر نقصد بها مدة السقوط وليست مدة التقادم ومن ثم لا يرد عليها وقفأو انقطاع.

(3) طلبة أنور، المرجع السابق، ص368.

(4) تقابلها المادة، 786 مدني مصري، والمادة 1028 مدني عراقي، والمادة 1073 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والمادة 758 مدني كويتي، والمادة 3/821 مدني قطري، والمادة 754 مدني بحريني، والمادة 978 مدني أردني، وليس لها مقابل في التقنين المدني الفرنسي.

أولا: شروط التمسك الكفيل بهذا الدفع

1-أن يكون المدين فد تم شهر إفلاسه، أو إعساره إذا توقف عن سداد ديونه، لأن بعض الفقهاء يمد حكم النص إلى حالة شهر الإعسار[1].

2-عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين، أي إذا أفلس المدين وجب على الدائن التقدم في تفليسة المدين باعتباره صاحب الحق في ذمة المدين، ولا يثبت هذا لحق للكفيل إلا إذا قام الدائن باستيفاء الدين المكفول بكامله، إذ إنه في حالة عدم تقدم الدائن في التفليسة يعتبر أنه سلك سلوكا يضيع على نفسه وعلى الكفيل فرصة الحصول على حقه ولو بجزء صغير من الدين[2].

3-أن يكون هناك ضرر أصاب الكفيل بسبب إهمال الدائن والضرر هنا مفترض على أساس أن الدائن لم يتقدم بدينه في تفليسة مدينه، فالدائن لا يصيبه أي ضرر ما دام أن مدينه مكفول بالكفيل الذييينفذ عليه أو يرجع عليه في حالة إعسار المدين أو إفلاسه، على عكس الكفيل الذي يجد نفسه مطالبا بالوفاء بالدين رغم عدم مطالبة المدين بذلك من قبل الدائن أثناء النظر في التفليسة، أي مجرد عدم دخول الدائن في تفليسة مدينه يعد خطأ يسبب ضررا للكفيل، وعلى هذا الأساس لا يجوز للكفيل أن يتحمل أخطاء الدائن، وقد منح القانون له الحق في الدفع كلما تحقق ضرر من جراء تقصير الدائن في اتخاذ هذا الإجراء[3].

4-يجب على الكفيل أن يتمسك بعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين عند المطالبة بالوفاء بالدين؛ لأن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام، أي لا يقع بقوة القانون، وإنما هو مقرر لمصلحة الكفيل، وبذلك لا يستطيع القاضي أن يثيره من تلقاء نفسه، كما للكفيل أيضا الحق في التنازل عن هذا الدفع صراحة أو ضمنيا، سواء أثناء إبرام عقد الكفالة أو بعدها[4]، كما لم يشترط

(1) حجازي مصطفى عبد الجواد، المرجع السابق، ص115.

(2) السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص 257- 258.

(3) عبد الدايم حسنى محمود، المرجع السابق، ص302.

(4) أبو مشايخ سعاد توفيق سليمان، المرجع السابق، ص150.

المشرع الجزائري ضرورة إنذار الكفيل للدائن للتقدم في تفليسة المدين، إذْ بمجرد بداية إجراءات التفليسة يجب على الدائن أن يتقدم إليها بدينه[1].

ثانيا: أثر الدفع بتقدم الدائن في تفليسة المدين

بمجرد إفلاس المدين أو إعساره، والقيام بإجراءات الإفلاس من طرف المحكمة، فإن كل الديون أو الالتزامات التي كان يلتزم بها المدين تصبح مستحقة الأداء عند البدء في إجراء الإفلاس، ويترتب عن عدم دخول الدائن في تفليسة المدين تمسك الكفيل في الدفع بعدم تقدم الدائن في التفليسة، وقد اعتبره المشرع خطأ ناتجا عن إهمال الدائن أو تقاعسه في الحصول على دينه من المدين[2].

وللكفيل أن يتمسك بهذا الدفع إما بدعوى ابتدائية تجاه الدائن، أو في صورة دفع دعوى الدائن له بالمطالبة بالدين، أو استشكال في التنفيذ عند مواجهته[3]. يترتب أيضا عن هذا الدفع أن ذمة الكفيل لا تبرأ كليا وإنما جزئيا، بقدر ما كان في استطاعة الدائن الحصول عليه من أموال التفليسة[4].

(1) زهران همام محمد محمود، المرجع السابق، ص176.

(2) بن عبد الكريم صوراية وشعلال حمزة ، المرجع السابق، ص39.

(3)أبو السعود رمضان، المرجع السابق، ص142؛ سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص163؛ منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص166.

(4) حجازي مصطفى عبد الجواد، المرجع السابق، ص116.

خاتمة:

لقد رأينا من خلال دراستنا لهذا الموضوع أن لطرفي عقد الكفالة(الدائنوالكفيل) حقوقا وواجبات أقرها القانون؛ لأنه حتى تتم مطالبة الدائن للكفيل لابد من مراعاة القاعدتين اللتين أشرنا إليهما سابقا هما: قاعدة التبعية وقاعدة عدم تسوئ مركز الكفيل، كما أن الدفوع التي منحها المشرع الجزائري للكفيل لحمايته من الدائن لابد من مراعاة شروطها، حتى يستطيع الكفيل الدفع بها في مواجهة الدائن، وهذا كله وفقا لما هو وارد في النصوص القانونية.

وقد حاولنا في دراستنا هذه الإحاطة بكل ما يتعلق بأحكام المطالبة، والدفوع الممنوحة للكفيل، وبذلك وصلنا إلى عدة نتائج وبعض الاقتراحات جالت بخلدنا نوردها كالآتي:

1- بالنسبة لمطالبة الدائن للكفيل؛ فإن ذلك يكون عند حلول أجل استحقاق الدين، لكن في حالة ما إذا كان أجل الدين الأصلي قد مدّ إلى أجل طويل؛ فإن ذلك يكون من مصلحة الكفيل وله أن يتمسك بهذا الأجل، فيطالب الدائن الكفيل في الموعد الجديد وليس في الموعد القديم، وإذا حدث العكس، بمعنى إذا كان أجل دين الكفيل أقصر من أجل دين المدين، فإن أجل دين الكفيل في هذه الحالة يمتد إلى أن يصبح مساويا لأجل المدين، وبالتالي يطالب الدائن الكفيل في هذا الأجل، وهذا كله مراعاة للقاعدتين اللتين مُنحتا للكفيل.

2- إن الكفيل في حالة الكفالة المطلقة يكون مسؤولا عن كامل الدين، أي مسؤوليتهمطابقة لمسؤولية المدين في الأوصاف، المقدار والشروط، على عكس حالة الكفالة المحددة، أين يكون الكفيل مسؤولا عن جزء الدين الذي ضمنه فقط، فإذا كان قد كفل أصل الدين وحده فهنا يعد مسؤولا عن أصل الدين دون ملحقاته.

3- بالنسبة إلى سقوط أجل الدين الأصلي؛ فإن أجل دين المدين يسقط بإحدى الحالات التي ذكرتها المادة 211 مدني جزائري، على الرغم من أن هذه المسألة ثار بشأنها خلاف حول سقوط أجل دين الكفيل أم لا، إلا أننا نرجح ما ذهب إليه الرأي الغالب في الفقه، أي أن سقوط أجل دين المدين لا يؤدي إلى سقوط أجل دين الكفيل.

4- إن وفاة المدين قبل حلول أجل الدين الأصلي تجعل الأجل المؤجل حالاً، إذْ من حق الدائن أن يطالب ورثة المتوفى فورا، دون الانتظار حلول موعد استحقاق الدين الأصلي، وبما أن المشرع الجزائري لم يتناول حالة وفاة المدين في أي نص من نصوصه، فمن الأفضل أن ينص عليها في مادة من مواده بشكل مستقل، كما فعلت بعض التشريعات الأخرى.

5- وفاة الكفيل قبل حلول موعد استحقاق الدين، لا تجعل الأجل المؤجل حالاً، وإنما يكون من حق الدائن أن يطالب ورثة المتوفى بالدين، وذلك عندما يحين الموعد المتفق عليه، وكان من الأفضل أن يخصص المشرع الجزائري نصاً قانونياً لهذه الحالة أيضا.

6- بالنسبة إلى إفلاس الكفيل؛ فإن الدين يصبح مستحق الأداء، ولو لم يحن بعد، إذْ للدائن أن يطالب بإدخال دينه ضمن ديون جماعة الدائنين، وعلى المشرع الجزائري أن يخصص لحالة إفلاس الكفيل مادة تتضمنه.

7- بالنسبة لرجوع الدائن على المدين أولا، يعد من واجبات الدائن؛ لأنه في حالة رجوع الدائن على الكفيل قبل رجوعه على المدين، يرتب حقا للكفيل وهو الدفع بالرجوع الدائن على المدين أولا؛ فهذا الرجوع قد تناوله المشرع الجزائري في مادته 660 مدني صراحة بإلزام الدائن بالرجوع على المدين أولا قبل رجوعه على الكفيل، على خلاف التشريعات الأخرى التي تمنح للدائن الخيار في الرجوع إما على المدين أو الكفيل، أو عليهما معا.

8- إنّ تمسك الكفيل بالدفع برجوع الدائن على المدين أولا يعد حقا مقررا لمصلحته؛ وهو غير متعلق بالنظام العام، إذْ يجب على الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع، ولا يمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه، كما أشارت إليه المادة 660 مدني جزائري، إلا أننا نفضل لو بقيت صياغة نص هذه المادة مثلما فعلت لجنة المراجعة المصرية، حيث قامت بإضافة حكم ثالث للحكمين السابقين، ويكون ذلك كما يلي: « وجوب تمسك الكفيل بحقه في الحالتين».

9- إن تنازل الدائن عن هذا الدفع(الدفع بالرجوع الدائن على المدين أولا) هو حق مقرر لمصلحته، ورغم أن هذه المسألة ثار بشأنها خلاف حول ما إذا كان النزول قد تم قبل الكفالة أم

بعدها، وبعد دراستنا نجد أنه يجوز للكفيل أن يتنازل عن هذا الدفع سواء قبل الكفالة أو بعدها، إلا أنه لا يمكن تصور النزول الضمني وقت الكفالة.

10- الدفع بالتجريد يعد دفعا مقرراً لمصلحة الكفيل، وغير متعلق بالنظام العام، إذْ لا يحق للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

11- الدفع بالتجريد يُوقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل، مع عدم حرمان الدائن باتخاذ أي إجراء تحفظي.

12- الكفيل العيني لا يحق له التمسك بالدفع بالتجريد، إلا في حالة وجود اتفاق يقضي بغير ذلك، وهذا قياسا على نص المادة 901 مدني جزائري؛ لأن هذا النص غير خاص بالكفالة وإنما بالرهن، ولهذا نفضل أن يخصص المشرع الجزائري مادة حول هذا الأمر بشكل مستقل.

13- إن تعدد الكفلاء لمدين واحد وبنفس الدين، يتيح للدائن التنفيذ على أي أحد من الكفلاء، وبذلك لا يحق للكفيل أن يطالب بتجريد باقي الكفلاء.

14- تضامن الكفيل مع المدين يسقط عن الكفيل الحق بالدفع بالتجريد، ولا يجوز له الجمع بين هذا الحق مع التضامن؛ لأن التضامن متضاد مع هذا الاحتفاظ، وبالتالي إذا وجد شرط الاحتفاظ في عقد الكفالة التضامنية؛ فإن القاضي يفسر عبارات العقد لمصلحة المدين وليس الدائن.

15- إن اتخاذ الدائن إجراءات التنفيذ على أموال المدين التي أرشده إليها الكفيل في الوقت المناسب وحصوله من هذا التنفيذ على حقه كاملا؛ يبرئ ذمة المدين والكفيل معا.

16- الدفع بالتقسيم يقع بقوة القانون، ولو لم يتمسك به الكفلاء، كما يحق للكفيل أن يبدي هذا الدفع في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، وللقاضي أن يثير هذا الدفع من تلقاء نفسه.

17- إن إعسار أحد الكفلاء بعد انعقاد الكفالة، يجعل الدائن مسؤولا عن هذا الإعسار، إذْ لا يحق للدائن أن يوزع حصة الكفيل المعسر على جميع الكفلاء، ولذلك من مصلحة الدائن في حالة تعدد الكفلاء أن يشترط تضامنهم، على خلاف المشرع الفرنسي الذي يجعل باقي الكفلاء يتحملون تبيعة إعسار أحدهم.

18- تبرأ ذمة الكفيل بمجرد تمسكه بالدفوع التي يتمسك بها المدين كالدفع بالبطلان، أو الدفع بالإبطال، أو بانقضاء الالتزام الأصلي، كما تبرأ ذمته بمجرد تمسكه بالدفع بعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين.

تم بحمد الله

قائمة المراجع

باللغة العربية:

أولا : الكتب العامة

- أبو السعود رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007م.
- البكري محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء، القانون المدني، الكفالة، والتأمينات، المجلد، التاسع عشر، الطبعة الأولى، دار محمود، القاهرة، 2006م.
- تناغو سمير عبد السيد، التأمينات الشخصية والعينية، (الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز)، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، مصر، 1992م.
- دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، دار العلوم،الجزائر، 2004م.
- زهران همام محمد محمود، التأمينات العينية والشخصية،(الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز)، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، مصر، 2002م.
- السرحان عدنان إبراهيم، شرح القانون المدني، العقود المسماة في المقاولة،(الوكالة، الكفالة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن،2001م.
- سعد نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية،(الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، الكفالة)، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007م.
- السعدي محمد الصبري، في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، 2011م.

- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثالث، النظرية العامة للالتزام بوجه عام، الأوصاف، الحوالة والانقضاء، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998م.
- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، 1970م.
- شرف الدين أحمد، التأمينات الشخصية والعينية، (الكفالة، الرهن الرسمي، الاختصاص، الامتياز)، الطبعة الأولى، دون دار النشر، مصر، دون سنة النشر.
- الشهاوي قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة، التضامن، التضامم، في التشريع المصري والمقارن، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، مصر، 2002 م.
- العمروسي أنور، التضامن والتضامم في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 1999م.
- فيلا لي علي، الالتزامات، (النظرية العامة للعقد)، الطبعة الأولى، موفم للنشر، الجزائر،2001م.
- كباره نزيه، العقود المسماة، (البيع، الإجازة، الوكالة، الكفالة)، الطبعة الأولى، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2010م.
- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول (التصرف القانوني، العقد، الإرادة المنفردة)، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007م.
- مرسي محمد كامل، شرح القانون المدني، العقود المسماة، الجزء الأول، (الكفالة، الوكالة)، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، مصر، 2005م.
- مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، في العقود المسماة، المجلد الثالث، عقد الكفالة، الطبعة الأولى، نقابة المحامين، مصر، 1994م.
- منصور محمد حسين، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الأولى، دون دار وبلد وسنة النشر.

- منصور محمد حسين، النظرية العامة للائتمان، صور الائتمان، وضمانات والوسائل التقليدية و الحديثة لحمايته،(الكفالة، الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز)، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001م.
- موسى قمر محمود، الموسوعة الجامعية في التعليق على القانون المدني، الجزء السابع، الطبعة الأولى،المكتب الفني للإصدارات، 2002م.
- يكن زهدي، شرح قانون الموجبات والعقود، الجزء السادس عشر، في عقود الضمان، (الصلح، الكفالة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة، بيروت، 1970م.

ثانيا: الكتب الخاصة

- أحمد عبد الشريف أحمد عبد الرحمن، المبادئ الأساسية في عقد الكفالة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007م.
- حجازي مصطفى عبد الجواد، عقد الكفالة في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، مصر، 2006م.
- سعد أحمد محمود، عقد الكفالة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994 م.
- سي يوسف زاهية، عقد الكفالة، الطبعة الرابعة مزيدة ومنقحة، دار الأمل، تيزي وزو، 2004م.
- طلبة أنور، العقود الصغيرة، (الوكالة، الكفالة)، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، دون بلد النشر، 2004م.
- عبد الدايم حسنى محمود، الكفالة كتأمين شخصي لحقوق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009م.
- عبده محمد علي، عقد الكفالة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2005م.
- محمدي سليمان، عقد الكفالة، الطبعة الأولى، دون دار النشر، بن عكنون، 1998م.

معطي محمد محمود، الكفالة في ضوء الفقه، والاجتهاد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009م.

ثالثا: الرسائل والمذكرات

- أبزاخ ريم يحي، رجوع الكفيل الموفي على المدين، دراسة مقارنة بين القانون الأردني والقانون المصري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، 2009م.
- أبو مشايخ سعاد توفيق سليمان، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه، دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2006م.
- باقي وداد، الكفالة في القانون المدني الجزائري، والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص العقود والمسؤولية، جامعة بودواو، بومرداس، 2009م.
- بن عبد الكريم صورایة وشعلال حمزة، الدفوع المترتبة بعقد الكفالة في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة بجاية، 2002م-2003م.
- سليمان سارة، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج من المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية عشر، 2001م - 2004م.
- شرف فيصل أحمد محمود زياد، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، 2012م.
- العاقب عيسى، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، 1986م.
- عبد المجيد حميد وعبد الباقي البكري، القانون المدنيوأحكام الالتزام، الجزء الثاني، مذكرة تخرج من المعهد الوطني للقضاء، دون سنة النشر.

- كودري فاطمة الزهراء، الحماية القانونية للكفيل في العقودالائتمان، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، 2012م - 2013م.
- لكحل سمية وآخرون، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري،(التأمينات الشخصية)، مذكرة لنيل شهادة الليسانس في الحقوق، جامعة فرحات عباس، سطيف،2008م-2009م.
- المومني معاذ أحمد، الحجز على أموال الكفيل في القانون الأردني، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، 2011م - 2012م.
- الوردي لعصامي، نظرية البطلان العقد في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، 2001م - 2002م.

رابعا: المقلات

- بومريم رشيد، الكفالة في التشريع المغربي، الجزء الثاني، مجلة القانون، دون دار النشر، دون بلد وسنة النشر.
- المعموري ضمير حسين، الالتزام الإنضمامي، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد15، العدد6-8 ، جامعة بابل، دون سنة النشر.

خامسا: النصوص القانونية

- مجلة الأحكام العدلية،الصادرة بموجب الإرادة السنية في 26 شعبان 1293ه، المطبعة الأدبية، بيروت، 1302 ه.

-مرشد الحيرانإلىمعرفةأحوالالإنسان،للشيخمحمدقدريباشا، المطبعة الأميرية الكبرى، بولاق، الطبعة الثانية، مطبوعفيمصر،1308ه – 1891م.

- مجلةالالتزاماتوالعقودالتونسية،الصادربالأمرالعلي، الطبعة الثانية، المؤرخفي 15 ديسمبر1906م.

-قانونالالتزامات والعقود المغربي، الصادر في 9 رمضان 1331هـ، الموافق 12 أغسطس 1913م.

- قانونالموجباتوالعقوداللبناني، الصادربتاريخ 09 مارس1932م.
- التقنينالمدنيالمصري،الصادربالقانون رقم131 لسنة 1948م،المنشوربمجلةالوقائعالمصرية، العدد108مكرر ،الصادرفي 09جويلية 1948م.
- التقنينالمدنيالعراقي،الصادربالقانونرقم 40 لسنة 1951م.
- أمر 66- 154، يتضمن القانون الإجراءات المدنية، الصادر بتاريخ 08 جوان 1966، الجريدة الرسمية عدد 47 المؤرخة في 09 يونيو1966م، المعدل والمتمم.
- أمر رقم 75- 58، المتضمن القانون المدني الجزائري، الصادر بتاريخ 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية عدد 78، المؤرخة في 30سبتمبر1975م، المعدل والمتمم.
- التقنينالمدنيالأردني،الصادربالقانونرقم 43 لسنة 1976م.
- التقنينالمدنيالكويتي،الصادربالقانونرقم 67 لسنة 1980م.
- التقنين المدني الإماراتي، الصادر بالقانون رقم 05 لسنة 1985م.
- التقنين المدنيالبحريني، الصادربالقانونرقم 19 لسنة2001م.
- التقنين المدنيالقطري،الصادربالقانونرقم 22 لسنة 2004م.

سادسا: الأحكام القضائية:

- قرار رقم 1487 مجلة أحكام محكمة النقض المصرية في عقد الكفالة، الصادرة عن مكتب الفني.

سابعا:الموقع الإلكتروني

.

منتدى الأوراس القانوني، القواعد العامة التي تحكم عقد الكفالة.

http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t1284-topic.

باللغة الفرنسية:

أولا: الكتب

Alex Weill et François Terré, Droit civil, les Obligations Dalloz.

ثانيا: النصوص القانونية

Le code civil français.

الفهرس

Sommaire

مقدمة: 1

الفصل الأول: مطالبة الدائن للكفيل 5

المبحث الأول: وجوب حلول أجل الدين 6

المطلب الأول: حالة الكفالة المطلقة 6

الفرع الأول: المقصودبالكفالة المطلقة 6

الفرع الثاني: الاتفاق على تعديل أجل التزام المدين 10

أولا: حالة تمديد أجل المدين 10

ثانيا: حالة تعجيل أجل المدين 12

الفرعالثالث: سقوط أجل التزام المدين 12

أولا: سقوط أجل الدين حسب القواعد العامة 13

1-الفريق الذي يرى سقوط الأجل: 14

2-الفريق الذي يرى عدم سقوط الأجل: 15

1- حالة وفاة المدين قبل حلول أجل الدين: 17

2-حالة تنازل المدين عن أجل الدين: 17

ثانيا: رجوع الدائن على الكفيل قبل حلول أجل الدين 18

1- حالة وفاة الكفيل قبل استحقاق أجل الدين: 18

2- حالة عدم ملاءة ذمة الكفيل: 19

المطلب الثاني: حالة الكفالة المحددة 19

الفرع الأول: المقصود بالكفالة المحددة 19

1-الكفالةلاتتعدى المدين المكفول: 21

2-الكفالة لا تتعدى الشيء المكفول: 22

3-الكفالة لا تتعدى المدة المحددة لها: 22

4-التزام الكفيل أخف من التزام المدين: 23

الفرع الثاني: اختلاف أجل التزامي المدين والكفيل 26

أولا: حلول أجل التزام المدين قبل حلول أجل التزام الكفيل 27

ثانيا: حلول أجل التزام الكفيل قبل حلول أجل التزام المدين 27

المبحث الثاني: وجوب رجوع الدائن على المدين أولا 28

المطلب الأول: متطلبات رجوع الدائن على المدين أولا 28

الفرع الأول: المقصود برجوع الدائن على المدين أولا 28

أولا: معنى رجوعالدائن على المدين أولا 28

ثانيا: الاستثناءان الوردان على هذه القاعدة 29

الحالة الأولى: حالة إفلاس المدين 29

الحالة الثاني: حالة امتلاك الدائن سندا رسميا 30

الفرع الثاني: العلة من رجوع الدائن على المدين أولا 31

المطلب الثاني: شروط رجوع الدائن على المدين أولا 34

الفرع الأول: تمسك الكفيل بهذا الدفع 34

الفرع الثاني: ألا يكون الكفيل قد نزل عن هذا الدفع.....37

الفرع الثالث: ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين 38

الفرع الرابع: يجب أن تكون للكفيل مصلحة في التمسك بهذا الدفع.....40

المطلب الثالث: آثار رجوع الدائن على المدين أولا 42
الفرع الأول: تمحيص حق الدائن تجاه المدين 43
الفرع الثاني: تأجيل مطالبة الكفيل بالدين 43
الفرع الرابع: براءة ذمة الكفيل بما يبديه المدين من الدفوع 44
الفصل الثاني: الدفوع الممنوحة للكفيل لردمطالبة الدائن 47
المبحث الأول: الدفوع المترتبة عن عقد الكفالة.....48
المطلب الأول: الدفع بالتجريد 48
الفرع الأول: مفهوم الدفع بالتجريد.....48
أولا: مضمون الدفع بالتجريد 48
ثانيا: صاحب الحق فيالتجريد 50
ثالثا: الأشخاص الذين يصح الدفع بالتجريد 51
1- حالة المدين البسيط وتعدد المدينين: 52
2- حالة تعدد الكفلاء: 52
3-حالة تعدد كفيل الكفيل: 52
الفرع الثاني: شروط الدفع بالتجريد 53
أولا: ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين 54
ثانيا: عدم تنازل الكفيل عن هذا الدفع 55
ثالثا: تمسك الكفيل بهذا الدفع.....56
رابعا: إرشاد الكفيل الدائن إلى أموال المدين 57
الفرع الثالث: آثار الدفع بالتجريد 60
أولا: الأثر المباشر 60

1- منع التنفيذ على أموال الكفيل: 60
ثانيا: الأثر غير المباشر 61
1- مسؤولية الدائن عن إعسار المدين: 61
2. براءة ذمة الكفيل: 62
الفرع الرابع: الصورة الخاصة للدفع بالتجريد 62
المطلب الثاني: الدفع بالتقسيم.....65
الفرع الأول: المقصود بالدفع بالتقسيم.....65
الفرع الثاني: شروط الدفع بالتقسيم 67
أولا: تعدد الكفلاء 67
ثانيا: أن يتعدد الكفلاء لدين واحد.....69
ثالثا: أن يتعدد الكفلاء بعقد واحد 70
1-حالة العقد الواحد: 70
2-حالة العقود المتوالية: 70
رابعا: تعدد الكفلاء لمدين واحد 71
1- حالة تعدد المدينين غير المتضامنين: 71
2- حالة تعدد المدينين المتضامنين: 71
خامسا: ألا يكون الكفلاء متضامنون فيما بينهم: 72
سادسا: أن لا يكون الكفيل قد تنازل عن حق التقسيم 73
الفرع الثالث: آثار الدفع بالتقسيم 73
المبحث الثاني: الدفوع الأخرى التي يتمسك بها الكفيل.....74
المطلب الأول: الدفوع المستمدة من الالتزام الأصلي.....74

الفرع الأول: الدفوع المرتبطة ببطلان الالتزام الأصلي 75

الفرع الثاني: الدفوع المرتبطة بإبطال الالتزام الأصلي.....78

الفرع الثالث: الدفوع المرتبطة بانقضاء الالتزام الأصلي.....81

أولا: الوفاء 82

ثانيا: الوفاء بالمقابل.....83

ثالثا: الإنابة.....84

المطلب الثاني: الدفوع الخاصة بالكفيل.....84

الفرع الأول: الدفع ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن من التأمينات بخطئه.....85

أولا: الكفلاء الذين يحق لهم التمسك بهذا الدفع 86

ثانيا: الشروط الواجب توافرها لبراءة ذمة الكفيل 87

1 . يجب أن يكون التأمين الذي أضاعه الدائن تأمينا خاصا:.....87

2. يجب أن تكون إضاعة التأمين الخاص نتيجة خطأ من الدائن:.....88

3-يجب أن يترتب على إضاعة التأمين الخاص بخطأ الدائن ضرر للكفيل: 90

4- يجب على الكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته لإضاعة التأمينات: 90

ثالثا: آثار التمسك بهذا الدفع.....91

الفرع الثاني: براءة ذمة الكفيل لتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين بعد إنذاره 92

أولا: لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد عدم اتخاذ إجراءات التنفيذ أو التأخر في اتخاذها 92

ثانيا: براءة ذمة الكفيل بعد إنذاره للدائن 93

1- وجوب إنذار الكفيل للدائن:.....93

2-آثار إنذار الدائن:.....95

الفرع الثالث: براءة ذمة الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين.....95

أولا: شروط التمسك الكفيل بهذا الدفع 96

ثانيا: أثر الدفع بتقدم الدائن في تفليسة المدين 97

خاتمة: 98

قائمة المراجع 102

الفهرس.....109