جامعة العقيد أكلي محند اولحاج – البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

أركان عقد الكفالة

مذكرة لنيل شهادة المـاستر في القــانون
تخصص: عقود ومسؤولية

إعداد الطالبة:
سميرة حابي

تحت إشراف الأستاذ:
مختار بن قوية

لجنة المناقشة

الأستاذة: حورية مخلوفي..... رئيسًا
الأستاذ: مختار بن قوية..... مُشْرِفًا ومقرّرًا
الأستاذ: مراد قجالي..... ممتحنا

تاريخ المناقشة: 2015/04/29

شـكر

الشكر والحمد لله أولا الذي ساعدني ووفقني لانجاز هذا العمل.

ثم الشكر للأستاذ المشرف بن قوية مختار على المجهودات التي بذلها بإشرافه على هذا العمل والتوجيهات التي قدمها لي.

والأستاذ شيهاني سمير الذي لطالما طرحت عليه تساؤلات ولم يبخل في الإجابة عليها.

ولأساتذتي أعضاء لجنة المناقشة،لتفضلهم عليا بقبول تصحيح هذا العمل و إثرائه،وتكبد عناء المناقشة و الامتحان.

ولأساتذتي من طور الابتدائي إلى الجامعي.

لزملائي الذين قدموا لي يد العون خلال فترة إنجاز هذا العمل

ولكل من ساعدني من قريب أو من بعيد.

إهـداء

أهدي هذا العمل إلى والدي الكريمين أطال الله في عمرهما.

إلى إخوتي وأخواتي وكل أفراد العائلة.

إلى كل صديقاتي وزملائي وزميلاتي.

وإلى كل من وسعهم قلبي ولم تسعهم هذه الورقة.

قائمة أهم المختصرات

- ق.م.ج : قانون مدني جزائري.

- ق.م.م : قانون مدني مصري.

- ق.م.ف : قانون مدني فرنسي.

- ص: صفحة .

مقدمة:

يحرص كل دائن لحق مالي على أن يكون لحقه من الضمانات ما يكفل له استيفاء دينه في موعد استحقاقه، ويقوده هذا الحرص إلى اتخاذ جميع الوسائل المؤدية لذلك، وهذه الوسائل عرفت منذ زمن بعيد ووضعت لخدمة الدائن تأمينا له للحصول على حقه كالتأمينات العينية والتأمينات الشخصية، وتقوم هذه الأخيرة على تعدد المسؤولين لتنفيذ الالتزام فيتحقق ضمان الدائن فيها من ضم ذمة أخرى إلى ذمة المدين، حيث لو يتعرض المدين لإعسار تكون الذمة الأخرى مسؤولة عن الوفاء بالدين، وبذلك تتضاعف فرص حصول الدائن على حقه، والكفالة تعتبر أهم صور التأمينات الشخصية[1].

ولقد عرف المشرع الجزائري الكفالة في المادة 644 من ق.م.ج التي تنص على أن: «**الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه**»[2].

ومن المادة يتضح لنا أن طرفي الكفالة هما الكفيل والدائن، أما المدين فليس طرف في العقد فيصح أن تتم دون علمه أو رغم معارضته حسب المادة 647 من ق.م.ج، مع أنها لا تتصور بغير وجود الالتزام الأصلي الذي يقع على عاتق المدين.

ونجد أن عقد الكفالة عقد يشمل على ثلاثة أنواع من روابط وهي:

1- رابطة بين الدائن والمدين: في هذه الرابطة قد يشترط الدائن على المدين تقديم كفيل حتى يقبل العقد المقترح، ويحدث ذلك أثناء تنفيذ هذا العقد خشية الدائن من إعسار المدين فيطلب منه ذلك.

---

[1] عبده محمد علي، عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب ومنشورات زين الحقوقية، لبنان، 2005، ص 7-8.

[2] الأمر رقم 58 .75 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون 05.07 المؤرخ في13 ماي 2007، (الجريدة الرسمية رقم31 المؤرخة في13ماي2007).

2- رابطة بين المدين والكفيل: ويكون حسب اتفاق كأن يتفق على أن يقوم الكفيل بالوفاء الدين في حالة عدم وفاء المدين به، أو بدون اتفاق كأن يتقدم الكفيل من تلقاء نفسه لضمان المدين حتى ولو لم يكن على علم أو حتى رغم معارضته.
3- رابطة بين الدائن والكفيل: وهي أصل عقد الكفالة والذي بمقتضاه يتعهد الكفيل بأن يوفي بالالتزام إذا لم يوف به المدين نفسه، إذن طرفا الكفالة هما الدائن والكفيل.

ولكي ينعقد عقد الكفالة لا بد أن تتوفر فيه الأركان التي يتم اشتراطها في جميع العقود من بينها عقد الكفالة، والتي تتمثل في ركن التراضي، السبب، والمحل، والتي تعتبر موضوع بحثنا، وفيما يخص هذه الأركان فلا بد من العودة إلى القواعد العامة للقانون المدني في دراستها بما أن المشرع لم يخصص أركان خاصة بالنسبة لعقد الكفالة، وإنما تركها للقواعد العامة مثلها مثل باقي العقود بدون استثناء، حيث نجد أن الأركان تعتبر الأساس لانعقاد أي عقد.

وسنقوم بدراسة هذا الموضوع من الناحية القانونية وذلك وفق القانون المدني الجزائري، مع الإشارة في بعض الأحيان إلى القانون المصري والقانون الفرنسي، ومن أهم الأسباب اختيار هذا الموضوع:

- الحاجة الماسة إلى هذا الموضوع فلا بد من إظهار الأركان التي يقوم عليها الكفالة للمتعاقدين من أجل القيام بعقد الكفالة بشكل صحيح.
- عدم وجود دراسات سابقة في الموضوع، وإن وجدت فقد تناولت عقد الكفالة بصفة عامة ولم تتوسع في الأركان، وأحالت ذلك إلى القواعد العامة، وقد حاولنا أن تكون دراستنا في هذا الموضوع بشكل واسع وأكثر تفصيلا.
- كثرة الكتب الفقهية في موضوع الكفالة بصفة عامة، و نقص الكتب متخصصة في موضوع الأركان.

وأثناء دراستنا واجهتنا بعض الصعوبات والتي تتمثل في:

- نقص الكتب المتخصصة في موضوع أركان عقد الكفالة، وذلك مما جعلنا نعود إلى الكتب العامة لمصادر الالتزام.
- قلة المقالات التي كتبت في موضوع الكفالة.
- صعوبة جمع المعلومات وترتيبها وذلك بسبب الاستعانة بالكتب العامة والكتب المتخصصة التي لم تفصل في أركان عقد الكفالة.

وكل هذه الأسباب أثرت في مهمتنا في البحث.

وباعتبار عقد الكفالة من العقود المهمة في وقتنا الحالي، فإن معرفة أركانه يؤدي إلى قيامه وانعقاده بشكل صحيح، وكل طرف فيه يطمئن في الحصول على حقه، ونجد أن الأركان تعتبر الأساس لانعقاد الكفالة، ومن خلال كل ما تطرقنا إليه نطرح الإشكالية التالية:

ما هي الأركان التي أوجبها القانون لانعقاد عقد الكفالة؟

وقد اعتمدنا في تحرير هذا الموضوع على المنهج الوصفي حيث قمنا بوصف أركان عقد الكفالة، والتحليلي لعرض أراء الفقهاء ولتقصي النصوص القانونية بشأن أركان عقد الكفالة، وكذا المنهج المقارن لتمحيص آراء الفقهاء ووجهات نظر المشرعين الجزائري والمصري والفرنسي.

وللإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا الخطة التالية:

الفصل الأول: التراضي والسبب في عقد الكفالة

المبحث الأول: التراضي في عقد الكفالة

المطلب الأول: شروط انعقاد عقد الكفالة

الفرع الأول: التعبير عن الإرادة وأثاره

الفرع الثاني: شروط الكفيل الذي يلتزم المدين بتقديمه

المطلب الثاني: شروط صحة التراضي
الفرع الأول: الأهلية في عقد الكفالة
الفرع الثاني: سلامة الرضا من عيوب الإرادة
المبحث الثاني: السبب في عقد الكفالة
المطلب الأول: المقصود بالسبب
الفرع الأول: المقصود بالسبب حسب النظرية التقليدية
الفرع الثاني: المقصود بالسبب حسب النظرية الحديثة
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من النظريتين
الفرع الرابع: عقد الكفالة التزام يتجرد من السبب
المطلب الثاني: أثر العلاقة الثلاثية في الكفالة على السبب وإثباته
الفرع الأول: أثر العلاقة الثلاثية في الكفالة على السبب
الفرع الثاني: إثبات السبب في عقد الكفالة
الفصل الثاني: المحل في عقد الكفالة
المبحث الأول: وجود الالتزام الأصلي أو قابليته للوجود في المستقبل
المطلب الأول: كفالة الالتزام المستقبلي
الفرع الأول: جواز كفالة الالتزام المستقبلي
الفرع الثاني: حق الرجوع في كفالة الالتزام المستقبلي
الفرع الثالث: أثار كفالة الالتزام المستقبلي
المطلب الثاني:كفالة الالتزام الشرطي
الفرع الأول: كفالة الالتزام المعلق على شرط واقف
الفرع الثاني: كفالة الالتزام المعلق على الشرط الفاسخ
المطلب الثالث: كفالة الالتزام الطبيعي
الفرع الأول:تعريف الالتزام الطبيعي
الفرع الثاني: الحالات التي تعتبر فيها كفالة الالتزام الطبيعي
الفرع الثالث: أثار الالتزام الطبيعي

المبحث الثاني: صحة الالتزام المكفول وتعيينه

المطلب الأول: صحة الالتزام المكفول

الفرع الأول: كفالة الالتزام الباطل بطلان مطلق

الفرع الثاني: كفالة الالتزام القابل للإبطال

الفرع الثالث: كفالة الالتزام ناقص الأهلية

الفرع الرابع: أثار الالتزام المكفول الباطل

المطلب الثاني: تعيين الالتزام المكفول أو قابليته للتعيين

الفرع الأول: الكفالة المطلقة وأثارها

الفرع الثاني: الكفالة المحددة وأثارها

الفصل الأول

التراضي والسبب في عقد الكفالة

الفصل الأول

التراضي والسبب في عقد الكفالة

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

ولصحة هذا العقد يجب أن يتوفر فيه رضا طرفيه الذي يعتبر الأساس القانوني لكل العقود، إذ أنه يخضع للمبادئ العامة من حيث التعبير عن الإرادة وشروط صحته، وكذلك لابد أن يكون سبب التزام الكفيل موجودا وصحيحا، وأن يكون التزام الكفيل سببه مشروع أي غير مخالف لنظام العام والأدب العامة.

حيث سنتناول في هذا الفصل التراضي في عقد الكفالة في (المبحث الأول) والسبب في عقد الكفالة في (المبحث الثاني).

المبحث الأول

التراضي في عقد الكفالة

بما أن عقد الكفالة مثله مثل بقية العقود قوامه الرضا، حيث يخضع فيه التعبير عن الإرادة وصحة شرط التراضي إلى القواعد العامة، فلابد أن يتم تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين سليمتين صادرتين من طرفين حائزين على الأهلية اللازمة.

حيث سنتناول في هذا المبحث شروط انعقاد عقد الكفالة في (المطلب الأول)، وشروط صحة التراضي في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

شروط انعقاد عقد الكفالة

يشترط لانعقاد الكفالة صدور إيجاب وقبول طرفي العقد، وذلك بإحدى وسائل التعبير عن الإرادة، وأن يتم تطابق الإيجاب والقبول على عناصر العقد الجوهرية، وذلك مثل العقود الأخرى.

ويجب كذلك أن تتوفر في الكفيل الشروط المنصوص عليها في القانون خاصة في الكفيل الذي سيقدمه المدين كضمان لدينه.

حيث سنتناول في هذا المطلب التعبير عن الإرادة في (الفرع الأول)، وشروط الكفيل الذي يلتزم المدين بتقديمه في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعبير عن الإرادة و أثارها.

أولا- التعبير عن الإرادة

تنص المادة 59 ق.م.ج على أنه: «**يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية**».

من خلال هذا النص يتضح لنا أن أي عقد لا يتم انعقاده إلا بتوافر رضا طرفيه، بحيث يقوم بتبادل قبول أحد الطرفين مع إيجاب الطرف الآخر، وعليه لابد من تطابق إرادتهما تماما[1]، ففي عقد الكفالة مثلا إذا تطابق قبول الدائن مع إيجاب الكفيل أو العكس ينعقد العقد، بما أن عقد الكفالة هو عقد رضائي وهما يعتبران طرفي العقد[2].

وبالرجوع إلى القواعد العامة يتبين لنا كيف يتم التعبير عن الإرادة، حيث نجد أن المشرع الجزائري لم يخصص للكفالة قواعد خاصة بها.

تنص المادة 60 ق.م.ج على أن:«**التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، والكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.**

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا».

يتضح من نص هذه المادة أن المشرع ترك حرية تامة للفرد فيما يخوص الكيفية التي يعبر بها عن إرادته، وقد يكون ذلك باللفظ والذي يقصد به الكلام الذي يتفوه به الشخص مباشرة أو عن طريق الهاتف وبأي لغة كانت شرط أن يفهمها المتعاقدان، أو يكون بالكتابة والتي قد تكون عرفية أو رسمية و قد تكون خطية أو بالآلة الرقمية، أو تكون بالإشارة المتداولة بين

---

[1] قدادة خليل أحمد حسين، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص33.

[2] سعد نبيل إبراهيم، التأمينات العينية و الشخصية (الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، عقد الكفالة)، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص316؛ العمروسي أنوار، التضامن، والتضامم، والكفالة في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 1999، ص242.

الناس كهز الرأس أفقيا وذلك يدل على الرفض أو هزه عموديا وذلك يدل على الموافقة، أو يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته كعرض البضاعة للبيع[1].

وكذلك يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم يخالف القانون أو لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك[2].

ونجد في عقد الكفالة أن الدائن يعبر عن إرادته سواء صراحة أو ضمنيا، بل حتى السكوت يعتبر منه قبولا، فهو لا يثير أي إشكال في التعبير عن إرادته بما أن الكفالة بالنسبة إليه تعتبر عملا نافعا نفعا محضا[3].

أما بالنسبة للتعبير عن الإرادة من الكفيل فهو يثير إشكالا: هل يشترط أن يكون تعبيره صريحا أم أنه يجوز أن يكون ضمنيا؟

نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد موقفه من ذلك بل اكتفى فقط بما جاءت به القواعد العامة أي ما جاءت به المادة 60 ق.م.ج وهو قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، إلا أن عقد الكفالة يعتبر عقد تبرعي الذي يعبر عن خطورة ذلك بالنسبة للكفيل ويحمله التزامات يجب عليه أن يعبر عنها صراحة وبصفة قاطعة تدل على قصده[4].

ولهذا السبب اتجه المشرع الفرنسي إلى وضع نص صريح يتجسد في المادة 2015 ق.م.ف أوجب ضمنها أن يكون رضا الكفيل صريحا[5].

أما في مصر فقد ثار جدل فقهي حول كيفية تعبير الكفيل عن إرادته، حيث تأثر جانب من الفقه المصري، بما جاء به القانون الفرنسي الذي يشترط الكتابة لإثبات الكفالة كدليل على

---

[1] فيلالي علي،الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية ، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص81-82.

[2] قدادة خليل أحمد حسين، المرجع السابق، ص 34.

[3] سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص316.

[4] سليمان سارة، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة التخرج للقضاء، المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية عشر، 2001-2004، ص18.

[5] سي يوسف زاهية، عقد الكفالة، الطبعة الأولى، دار الأمل للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، 2001، ص29.

خطورة التزام الكفيل، والذي يشترط رضا الكفيل أن يكون صريحا ، وهذا ما جاءت به المادة 663 ق.م.م[1].

وفي الواقع أن ما جاء به هذا الرأي لا يتفق مع القواعد العامة التي تجيز أن يكون التعبير عن الإرادة صراحة أو ضمنيا، ولا تخرج الكفالة عن حدود هذه القواعد، لأن اشتراط الكتابة حسب ما جاء في المادة 773 ق م م[2] ليس دليلا على اشتراط أن يكون رضا الكفيل صريحا، حيث أنه يجوز إثبات الالتزام بما يقوم مقام الكتابة في حالة تخلفها ولكن نظرا لخطورة التزام الكفيل فإنه لابد من وضوح رضاه[3].

أما بالنسبة للوكالة فإنه إذا أراد الكفيل أن يقدم توكيلا لشخص من أجل الكفالة فلابد أن يكون هذا التوكيل خاصا ومحدودا، لأن عقد الكفالة من عقود التبرع، أما بالنسبة للدائن فتكفي الوكالة العامة، لأنه يستفيد منها[4].

ثانيا- أثار التعبير عن الإرادة

بمقتضى أحكام المادة 61 ق.م.ج فإن التعبير عن الإرادة يرتب آثارا قانونية، بمعنى أنه ليس مجرد واقعة مادية فقط يتجاهلها القانون، بل يأخذها بعين الاعتبار، بحيث يقوم القانون بحماية الغير الذي يتصرف على أساس هذا التعبير، وتتمثل آثار هذا التعبير في حالة عدوله عنها وسبب ذلك ضررا للغير[5].

وتختلف هذه الآثار القانونية باختلاف طبيعة هذا التعبير، فقد يكون التعبير قبولا وقد يكون إيجابا، وتترتب على كل حالة أثارها الخاصة.

---

[1] قانون رقم131 المؤرخ في09 رمضان1367هـ الموافق لـ16 جويلية 1948م المنشور بمجلة الوقائع المصرية عدد رقم 108 مكرر (أ) الصادر في 22 رمضان 1367هـ الموافق لـ29 جويلية 1948م.

[2] المادة 773 ق.م .م ، المرجع نفسه.

[3] السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر في التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي ، لبنان، 1970، ص79.

[4] سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص30.

[5] فيلالي علي، المرجع السابق ، ص85.

حيث نجد للتعبير عن الإرادة وجود فعلي ووجود قانوني، والوجود الفعلي يتحقق بمجرد صدور اللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو اتخاذه موقف، أما الوجود القانوني فيتحقق عند وصول اللفظ أو الكتابة أو الإشارة إلى من وجه إليه[1].

فإذا تواجد الطرفان في مجلس العقد، أو تم التعبير عن الإرادة عن طريق الهاتف، فإن الوجود الفعلي يرتبط مع الوجود القانوني، أما إذا كان التعبير عن الإرادة عن طريق الرسالة، فإن الوجود الفعلي لا يتزامن مع الوجود القانوني، فالوجود القانوني يكون وقت وصول الرسالة إلى من وجهت إليه[2]، كما جاءت به المادة 61 ق.م.ج التي تنص على أنه: «**يعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك**».

أما في حالة وفاة المعبر أو فقد أهليته قبل إنتاج التعبير أثره، فذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند وصول التعبير إلى علم من وجه إليه[3]، مثال ذلك إذا عبر الكفيل عن رغبته في أن يكفل المدين فذلك التعبير ينتج أثاره حتى بعد وفاته أو فقدانه للأهلية إلا في الحالة التي يحتاط فيها صاحب التعبير لنفسه بتقييد آثار التعبير عن إرادته ببقائه على قيد الحياة أو كمال أهليته[4].

وفي الأخير نستخلص أن التعبير عن الإرادة في عقد الكفالة يكون بتطابق إيجاب وقبول كلا من الكفيل والدائن، ويكون التعبير عن الإرادة بالنسبة للدائن إما صراحة أو ضمنيا أو حتى السكوت يعتبر منه قبولا، أما الكفيل فلابد أن يكون تعبيره عن الإرادة صراحة لا لبس فيه.

الفرع الثاني: شروط الكفيل الذي يلتزم المدين بتقديمه

تنص المادة 646 ق.م.ج على أن: «**إذا التزم المدين بتقديم كفيل، وجب أن يقدم شخصا موسرا ومقيما بالجزائر، وله أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا**».

---

[1] فيلالي علي، المرجع السابق ، ص86.

[2] فيلالي علي، المرجع نفسه ، ص86.

[3] المادة 62 ق.م.ج.

[4] فيلالي علي، المرجع السابق، ص87.

من خلال هذا النص يتضح لنا أن الكفيل الذي يلتزم المدين بتقديمه، لابد أن يكون موسرا، وتكون إقامته في الجزائر، ولكن النص لم يذكر شرطا ضروريا في الكفيل والذي يتمثل في الأهلية، وحيث يعتبره الفقهاء من أهم الشروط التي يجب أن تتوفر في الكفيل لكي تنعقد الكفالة[1]، وتتحقق الغاية منها باعتبارها تأمينا شخصيا للدائن مهما كان نوع الكفالة سواء كانت قانونية أو اتفاقية أو قضائية[*].

والغرض من تقديم الكفيل هو تأمين الدائن من مخاطر إعسار المدين، وبذلك تكون أموال الكفيل ضامنة للدائن في استفاء دينه، وتتمثل هذه الشروط في[2]:

أولا- يسار الكفيل

يشترط في الكفيل الذي يلتزم المدين بتقديمه، أن يكون ميسور الحال أي لديه القدرة على الوفاء بالالتزام الذي يضمنه إذا لزم الأمر ذلك، وتعتبر الكفالة التي يقوم بها الكفيل المعسر لا قيمة لها.

وعبء إثبات يسار الكفيل يقع على المدين، الذي قام بتقديمه، ويقاس يساره بما يوجد لديه من الأموال التي تكون كافية للوفاء بالدين الذي كفله[3]، سواء كانت هذه الأموال منقولات أو عقارات بشرط أن تكون قابلة للحجز عليها[4]، أما القانون الفرنسي فقد اشترط لإثبات يسار الكفيل أن تكون أمواله عقارات فقط دون الأموال المنقولة ما لم يكن الدين تجاريا أو زهيد

---

[1] السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، الطبعة الأولى، دار الهدى للطباعة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص23.

[*] الكفالة الاتفاقية تكون عند ما يلتزم المدين بتقديم كفيل للدائن يضمن دينه وتحدث غالبا في حالة رفض الدائن منع المدين قرض، أما الكفالة القانونية هي التي يوجب القانون فيها المدين بتقديم كفيل للدائن، وأما الكفالة القضائية هي التي يكون فيها مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل حكم قضائي.

[2] منصور محمد حسين، النظرية العامة للائتمان، صور الائتمان وضماناته والوسائل التقليدية والحديثة لحمايته (الكفالة، الرهن الرسمي، حق التخصص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز)، الطبعة الأولى دار، الجامعة للنشر، مصر، 2001، ص82.

[3] سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص27.

[4] السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص24.

القيمة، حيث نجد أن هذه الفكرة كانت سائدة في وقت وضع تقنين نابوليون لأن المنقول في ذلك الوقت كان تافه القيمة لدى الفرنسيين، ولكن بعد ذلك تعرضت هذه الفكرة إلى نقد كبير من الفقهاء الفرنسيين خاصة بعد تغير الظروف الاقتصادية[1].

ونجد أن مسألة اليسار مسألة موضوعية تخضع لسلطة القاضي في تقديرها، حيث يقوم بإخراج أموال الكفيل المثقلة بالديون إذا كانت موجودة عند قيامه بحساب الأموال التي تُظهر يسار الكفيل[2].

وفي حالة وقوع نزاع حول يسار الكفيل، فإن المدين هو الذي يتحمل عبء إثبات يساره، وذلك عن طريق إثباته أن أموال الكفيل كافية للوفاء بالدين، وإذا ما ادعى الدائن وجود ديون تستغرق كل أموال الكفيل فهو ملزم بإثبات ذلك[3].

وإذا كانت أموال الكفيل غير كافية لضمان الالتزام المكفول، فإن الكفيل هنا يعتبر غير موسر، وعليه لابد على المدين تقديم ضمان آخر وإلا سقط أجل الدين.

ثانيا - الإقامة بالجزائر

إن الهدف من وضع هذا الشرط واضح، وهو التسهيل على الدائن الرجوع على الكفيل لاستفاء حقه في حالة عدم الحصول عليه من المدين، أي عدم وفاء المدين بالتزامه[4].

والإقامة المقصودة هي الإقامة الاعتيادية في الجزائر وليست الإقامة العرضية، حيث لا يشترط في الكفيل أن يكون مقيما في موطن المدين كما هو الحال في القانون الفرنسي، كما لا يشترط فيه أن يكون جزائريا، لأن نص المادة 646 ق.م.ج جاء عاما بأن يكون الكفيل:

---

(1) سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص28.

(2) السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص24.

(3) محمدي سليمان، عقد الكفالة، محاضرات، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بدون دار النشر، بن عكنون، الجزائر، 1998، ص16.

(4) السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص24.

«**شخصا موسرا، ومقيما بالجزائر**» والمقصود أنه يمكن أن يكون الكفيل أجنبيا ولكنه مقيم بالجزائر حتى ولو كان موطنه المختار[1].

وإذا غير الكفيل موطنه أثناء الكفالة، ولم يعد له موطن معلوم في الجزائر، في هذه الحالة وجب على المدين تقديم ضمان آخر سواء بتقديم كفيل آخر أو تأمين عيني وإلا سقط أجل الدين[2].

يضاف شرط الأهلية[*] إلى الشرطين السابقين، وهو شرط ضروري[3] رغم أن المادة السالفة الذكر لم تشر إليه، إلا أن معظم الفقهاء اشترطوه، واعتبروا الكفالة لن تتحقق بدونه باعتبارها من التصرفات القانونية.

إذا فقد الكفيل الأهلية بعد إبرام عقد الكفالة ذلك لا يؤثر عليها، حيث تبقى صحيحة ومرتبة لكافة أثارها، والدائن لا يطالب المدين بتقديم ضمان آخر، فالعبرة في الأهلية وقت إبرام العقد[4].

وأما إذا تخلف شرطي اليسار والإقامة، أي إذا أصبح الكفيل معسرا أو غير موطنه إلى الخارج فذلك يؤدي إلى إضعاف الضمان، وهنا يلزم المدين بتقديم ضمان آخر أو تحمله سقوط الأجل[5]، وعليه فلابد أن يستمر يسار الكفيل إلى غاية انقضاء الكفالة، وكذلك نفس الشيء فيما يخص الإقامة [6].

وبالعودة إلى نص المادة 646 ق.م.ج نجد أنه في حالة تخلف أحد هذين الشرطين يلزم

---

[1] سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص28.

[2] محمدي سليمان، المرجع السابق، ص16.

[*] سنفصل في شرط الأهلية في المطلب الثاني، وذلك ضمن شروط صحة التراضي.

[3] السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص25.

[4] سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص26.

[5] مرقس سليمان، الوفي في شرح القانون المدني، الجزء الثالث العقود المسماة ، المجلد الثالث عقد الكفالة، الطبعة الثالثة، دار الكتب القانونية الشتات ، مصر، 1994، ص26-27.

[6] سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص26.

المدين بتقديم تأمين عيني[*] كاف، وإلا سقط أجل الدين، لذا فالمشرع الجزائري لم يقم بذكر كفيل آخر على عكس المشرع الفرنسي الذي يرى أنه في حالة تخلف الشرطين المذكورين سابقا على المدين تقديم كفيل آخر، ولكن إذا كان الدائن هو الذي قدم الكفيل فإنه هو الذي يتحمل نتيجة إعساره أو تغيير موطنه[1].

إذن لابد أن تتوفر هذه الشروط الثلاثة في الكفيل الذي يلتزم المدين بتقديمه مهما كان نوع الكفالة، سواء قضائية أو اتفاقية أو قانونية ولكن لا يشترط ذلك في الكفالة التي تتم بين الدائن والكفيل سواء بدون علم المدين أو بعلمه، أو رغم معارضته، لأن المدين لا يتحمل إعسار الكفيل أو تغيير موطنه[2].

المطلب الثاني

شروط صحة التراضي

يشترط في كل متعاقد أن يكون كامل الأهلية يوم إبرام التصرف في أي عقد كان ومنها عقد الكفالة، كما يجب كذلك أن تكون الإرادة التي عبر عنها الدائن والكفيل غير مشوبة بأي عيب من عيوب الإرادة المتمثلة في الغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال.

حيث سنتناول في هذا المطلب الأهلية في عقد الكفالة في (الفرع الأول) وسلامة الرضا من عيوب الإرادة في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأهلية في عقد الكفالة

إن موضوع الأهلية في عقد الكفالة يقتضي منا دراسة أهلية الدائن وأهلية الكفيل دون

---

[*] تأمين العيني: قد يكون رهنا رسميا أو رهنا حيازيا بشرط أن يكون كافي لضمان الدين.

[1] السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص26.

[2] مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثالث العقود المسماة، المجلد الثالث عقد الكفالة، المرجع السابق، ص27.

الحاجة إلى دراسة أهلية المدين، لأنه ليس طرفا في العقد.

أولا-أهلية الدائن

بما أن الكفالة تعتبر بالنسبة للدائن تصرفا نافعا محضا يكفي أن يتوفر فيه سن التمييز أي أن يكون شخصا مميزا وعاقلا[1]، فلا تصح كفالة المجنون أو الصبي غير المميز،لأنهما ليسا أهلا لإصدار القبول الذي يعتبر ركنا في العقد[2].

حيث أخذت بهذا الرأي معظم القوانين العربية التي تشترط لانعقاد الكفالة قبول الدائن، فلابد أن تتوفر فيه أهلية القبول، بما أن عقد الكفالة يعتبر من عقود النافعة نفعا محضا بالنسبة إليه، حيث يكفي أن تتوفر فيه أهلية التصرف دون اشتراط بلوغه سن الرشد[3].

وإذا كان التزام الدائن هو دفع عوض للكفيل مقابل كفالته، حيث تعتبر الكفالة بالنسبة إليه عملا من أعمال التصرف، أي من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر بحيث لابد أن يتمتع فيها الدائن بأهلية التصرف والتي تتمثل في بلوغ سن الرشد، وفي حالة كونه ناقص الأهلية تكون الكفالة قابلة للإبطال لمصلحته[4].

ثانيا- أهلية الكفيل

إن الكفيل غالبا ما يتقدم متبرعا لضمان التزام المدين وذلك دون حصوله على مقابل ولا وجود لمصلحة له فيها[5]، ولذلك يشترط أن تتوفر فيه أهلية التبرع أي بلوغه سن

---

(1) أم سامي، عقد الكفالة، http :// sciences juridiques. Almontada. net/t1367-topic ، يوم 27-10-2014 على الساعة: 16:38، ص4.

(2) السرحان إبراهيم عدنان، شرح القانون المدني، العقود المسماة،(المقاولة، الوكالة، الكفالة)، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن، 2001، ص191.

(3) السرحان إبراهيم عدنان، المرجع نفسه، ص191.

(4) زهران همام محمد محمود، التأمينات العينية والشخصية، (الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز)، الطبعة الأولى، منشأة المعارف ، مصر، 2002، ص76.

(5) سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص318.

الرشد(19سنة)، وعليه فإن الكفالة لا تجوز من القاصر أو المحجور عليه[1]، وإلا كانت الكفالة باطلة، لأنها تعتبر من التصرفات الضارة ضررا محضا بالنسبة إليه[2].

كما لا يمكن للولي أو الوصي أو القيم أن يقوم بإبرام عقد الكفالة باسم القاصر أو المحجور عليه حتى ولو كان ذلك بإذن من المحكمة إلا في حالات الواجب الإنساني أو العائلي، لأنه يمنع التبرع بمال القاصر أو المحجور عليه[3]، لذا أوجب القانون على الكفيل المتبرع بلوغ سن الرشد وعدم الحجز عليه[4].

كما نجد أنه لا تقتصر الكفالة على الأشخاص الطبيعية فحسب، وإنما تجوز الكفالة كذلك من الأشخاص المعنوية، كما يمكن للشريك كامل الأهلية أن يقوم بكفالة الشركة التي هو شريك فيها، وكما يجوز للشركة أن تقوم بكفالته أيضا[5]، وإذا منح الكفيل توكيلا في الكفالة لشخص آخر، فلابد أن تتوفر في الموكل أو الكفيل أهلية التبرع، ولا يشترط في الوكيل ذلك، لأن العقد ينتج أثره في الشخص الأصلي وهو الكفيل رغم أنها انعقدت بإرادة النائب[6].

أما إذا كانت الكفالة بمقابل، فإنها بذلك تعتبر من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فلا يشترط فيها أهلية التبرع بل تكفي أهلية التصرف حيث يجوز للصبي المميز ومن في حكمه مباشرة هذه التصرفات، ولكن تكون قابلة للإبطال[7].

وفي الأخير نستخلص أن للكفيل حق التمسك ببطلان التزامه متى رأى أنه غير مؤهل لإبرام مثل هذه العقود ولم تتوفر فيه أهلية التبرع.

---

(1) أبو مشايخ توفيق سليمان سعاد، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليها، دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني، أطروحة مكملة لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2006، ص78.

(2) حسني محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، الطبعة الأولى، دار النشر الجامعي ، مصر، 2009، ص148.

(3) سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص318.

(4) المادة 40 ق .م .ج .

(5) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الحديث، الجزء العاشر، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص81.

(6) أبو المشايخ توفيق سليمان سعاد، المرجع السابق، ص74.

(7) حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص148-149.

الفرع الثاني: سلامة الرضا من عيوب الإرادة

لكي يتم إثبات صحة الكفالة يجب وفقا للقواعد العامة أن لا يكون رضا طرفي العقد مشوب بعيب من عيوب الإرادة الذي قد يلحقه كالغلط أو التدليس أو الاستغلال أو الإكراه[1].

وبما أن عقد الكفالة من العقود الملزمة لجانب واحد حيث لا ينشئ التزاما إلا في جانب أحد المتعاقدين وهو الكفيل، ومسألة عيوب الإرادة مهمة فقط بالنسبة للمدين دون الدائن الذي ليس له مصلحة في طلب إبطال العقد، وفي مثل هذه الحالات يستطيع الدائن الرجوع على المدين الأصلي لتقديم ضمان آخر أو تحمل سقوط الأجل، ولقد نص القانون على هذه العيوب في المواد من 81 إلى 90 ق م ج[2].

أولا - الغلط

لم يعرف المشرع الجزائري الغلط وإنما ترك ذلك للفقه والقضاء مثله مثل القوانين الأخرى كالقانون المصري والفرنسي[3]، ويعرف الغلط بأنه «**وهم تلقائي يقع في المتعاقد أثناء إبرامه للتصرف مما يجعله يتصور الشيء الذي تعاقد عليه على غير حقيقته**»[4]، وكذلك يمكن تعريفه على أنه «**فكرة أو تصور خاطئ أو غير صحيح يقوم في ذهن المتعاقد في عنصر من عناصر العقد**»[5].

لكي يعتد بالغلط لابد أن يكون جوهريا، وهذا ما نصت عليه المادة 82 ق م ج: «**يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.**

---

[1] سليمان سارة، المرجع السابق، ص19.

[2] سليمان سارة، المرجع نفسه، ص19.

[3] قدادة خليل أحمد حسين، المرجع السابق، ص49.

[4] دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، دار العلوم للنشر والتوزيع ، الجزائر، الجزائر، 2004، ص22.

[5] Alex Weill et François Terré, Droit civil, les obligations, Dalloz, Deuscienne édition, Paris, 1976, p174.

ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص:

-إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدين جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية

-إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد».

يظهر لنا من خلال هذا النص أن الغلط الجوهري إذا بلغ حدا من الجسامة، حيث يمتنع المتعاقد من إبرام عقد الكفالة لو أنه ظهر في بداية التعاقد، حيث يكون ذلك الغلط هو الدافع الذي دفعه لإبرام العقد[1].

ويكون الغلط جوهريا إذا وقع في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته، ولكن عادة الكفيل لا يهمه شخص الدائن، لأن التزامه مركز على دعم المدين، لذلك فالغلط ينصب على المدين وليس على الدائن[2].

وبما أن المدين وصفاته من العناصر الجوهرية في عقد الكفالة، فإن كان اعتقاد الكفيل أنه يقوم بكفالة مدين معين ثم ظهر له أن المدين شخص غير الذي اعتقده، أو اعتقد أن المدين تاجر ظهر له غير ذلك، في هذه الحالة يستطيع الكفيل طلب إبطال العقد على أساس الغلط الذي وقع فيه[3].

والكفيل يقوم بكفالة الدين الأصلي خدمة للمدين ودعما له فإن الغلط في شخصه أو صفاته يعتبر غلطا جوهريا كاعتقاده بأن المدين صديقه أو أحد أقاربه وبعد ذلك يتضح له أنه ليس الشخص الذي أراد كفالته.

---

[1] دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص22.

[2] سليمان سارة، المرجع السابق، ص19.

[3] كودري فاطمة الزهراء، الحماية القانونية للكفيل في عقود الائتمان، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر -1-، 2012-2013، ص22.

كما يمكن للكفيل المطالبة بإبطال العقد نتيجة اعتقاده أن المدين موسرا، ولكن بعد ذلك تبين أنه معسر[1]، وبالإضافة إلى ذلك نجد أن للغلط عدة تطبيقات منها الغلط في طبيعة الالتزام أو في نطاقه فهنا الكفيل لا يعرف مدى خطورة التصرف الذي يقبل عليه خاصة في العقود التي تتم مع البنوك عن طريق عقود الإذعان التي تكون محررة من طرف البنوك مسبقا وفقا لشروطها حيث يجد فيها الكفيل نفسه في نفس مركز المدين أو متضامنا معه دون أن يكون له علم بذلك، فإن رضا الكفيل سيكون لا محال مشوبا بعيب الغلط.

وبذلك فإن الغلط في طبيعة الالتزام يؤدي إلى إبطال العقد حسب رأي بعض الفقهاء، لأنهم يعتبرون الكفيل لم يفهم قصد الكفالة وبالتالي يعتبر رضاؤه غائبا[2].

كذلك يمكن أن يكون الغلط في مقدار الالتزام كاتفاق الطرفين على كفالة الدين كله، ولكن مقصود الكفيل من كل الدين، الدين دون ملحقاته ومصروفاته فللكفيل حق التمسك بإبطال كل ما زاد عن الدين من مصروفات وملحقات، وذلك وفقا لما نصت عليه المواد 82 المذكورة سابقا‘104[*]‘112[*]‘ ق.م.ج، حيث يتم تفسير العبارات الغامضة والمبهمة لفائدة الطرف المذعن ولذلك يكون التزام الكفيل في الشق المتعلق بالمصاريف والملحقات باطلا[3].

ثانيا - التدليس

تنص المادة 86 ق م ج على أنه: **« يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني للعقد.**

---

[1] سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص320.

[2] كوردي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص23.

[*] المادة 104 ق.م.ج تنص على أن «إذا كان العقد شق منه باطلا أو قابل للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابل للإبطال فيبطل العقد كله».

[*] المادة 112 ق.م.ج التي تنص على أن:«يؤول الشك في مصلحة المدين غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن».

[3] كودري فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص23.

ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة».

ويفهم منه أن التدليس عيب من عيوب الإرادة والتدليس يمكن تعريفه على أنه: «**الأعمال غير المشروعة أو المغشوشة أو الأكاذيب أو الترددات من خلاله يمكن للشخص أن يغش الطرف الآخر بمناسبة إبرام عقد**» [1]، كما يمكن تعريفه أيضا أنه: «**إيقاع أحد الأشخاص في الغلط ويكون الدافع له لإبرام التصرف القانوني**»[2].

ومن خلال هذين التعريفين نستنتج أن التدليس في حد ذاته ليس العيب الذي يؤثر في الإرادة، وإنما الغلط الذي يقع فيه أحد المتعاقدين نتيجة إيهامه بغير الحقيقة عن طريق بعض الحيل التدليسية التي تستخدم من المتعاقد الآخر أو من الغير، وفي عقد الكفالة الدائن هو الذي يقوم بإيهام الكفيل، وكذلك قد يكون ذلك عن طريق المدين الذي يوهمه أنه موسر الحال، ولذا يجب حماية الكفيل من الحيل التدليسية التي لولاها لما تعاقد[3].

والتدليس يختلف عن الغلط في أنه يصدر من المتعاقد الآخر أو الغير أما الغلط فمصدره المتعاقد نفسه، ولذلك يمكن للكفيل التمسك بإبطال عقد الكفالة بسبب التدليس الذي استعمل ضده من طرف الدائن وذلك وفق ما نصت عليه المادة 86 ق.م.ج[4].

و يحق له كذلك التمسك بالبطلان الكفالة في حالة صدور التدليس من الغير وذلك استنادا إلى نص المادة 87 ق.م.ج.

ونجد أن للتدليس عدة تطبيقات، منها أن يكون التدليس من الدائن أو المدين أو بتواطؤ منهما، مثال حالة تأزم الوضعية المالية للمدين أثناء إبرام عقد الكفالة، وكتمان الدائن على الكفيل ذلك، فهنا يعتبر الكفيل قد وقع في التدليس ويحق له طلب إبطال العقد.

---

(1) Alex Weill et François Terré, op-cit, p196-197.

(2) قدادة خليل أحمد حسين،المرجع السابق،ص 55.

(3) سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص321.

(4) كودري فاطمة زهراء، المرجع السابق، ص23-24.

وبما أن التدليس يعتبر عيب من عيوب الإرادة يؤدي إلى نشوء حق الكفيل في طلب إبطال العقد، ولكن عليه إثبات أنه وقع في التدليس الذي صدر من المتعاقد الآخر أو الغير[1]، أي في عقد الكفالة يكون من الدائن أو المدين الأصلي، وفي حالة وقوع التدليس من الغير فلا يجوز له طلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد معه كان يعلم بذلك أو كان من المفروض أنه يعلم[2].

أما القانون الفرنسي فلم يأخذ بالتدليس الذي يصدر من الغير حسب نص المادة (1116 ق.م.ف) على عكس الإكراه الصادر من غير المتعاقدين فجعله مبطلا للعقد[3].

ثالثا - الإكراه

تنص المادة 88 ق.م.ج على أنه: «**يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق**».

من خلال هذا النص يتضح لنا أن القانون المدني الجزائري يعتبر الإكراه عيبا من العيوب التي تشوب الإرادة، وتجعل العقد قابلا للإبطال، ويمكن تعريف الإكراه على أنه «**الرهبة والخوف الذي ينشأ في نفس المتعاقد، والذي يدفعه لإبرام التصرف القانوني**» [4].

ومن التعريف نستخلص أن الرهبة والخوف المتولد في نفس المتعاقد تجعل إرادته ناقصة في إبرام العقد، أي لو كان في ظروف عادية لما تعاقد[5]، أما إذا قام الكفيل بإبرام عقد الكفالة نتيجة لضغط الظروف الاجتماعية والاقتصادية والطبيعية التي دفعته لتعاقد بشروط لم يكن ليقبلها في الظروف العادية فلا يمكن له التمسك بإبطال التزامه بسبب الإكراه في هذه الحالة [6].

---

[1] قدادة خليل أحمد حسين، المرجع السابق، ص59.

[2] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص63-64.

[3] علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص64.

[4] قدادة خليل أحمد حسين، المرجع السابق، ص59.

[5] قدادة خليل أحمد حسين، المرجع نفسه، ص 64.

[6] فيلالي علي، المرجع السابق، ص143.

الإكراه عيب يتميز عن غيره من العيوب، حيث يكون فيه المكره عالما منذ البداية أن رضاءه معيب، ويقع الإكراه للكفيل إذا تعاقد تحت سلطان الرهبة والخوف الذي يثيره الدائن فيه دون وجه حق، وإذا صدر الإكراه من المدين فهو لا يستطيع التمسك بإبطال العقد إلا إذا قام بإثبات أن الدائن يعلم ذلك أو من المفروض أنه يعلم[1]، وقد نصت المادة 89 ق.ج.م على أنه: «**إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطالب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما يعلم بهذا الإكراه**».

ومن أمثلة ذلك نجد الكفالة التي تعقد تحت الإكراه، إذا هدد الزوج زوجته بالطلاق على أن تكفله في دين كبير، وهي تعلم أن زوجها لا يستطيع الوفاء به، وذلك إذا كان الدائن الذي أبرم الكفالة معها يعلم أو من المفروض أنه يعلم بما شاب رضاء الزوجة من إكراه بسبب ضغط زوجها عليها[2].

نستخلص في الأخير أن الإكراه يتحقق في حالة إبرام عقد الكفالة تحت سلطان الرهبة والخوف في هذه الحالة يحق للكفيل التمسك بإبطال العقد، أما إذا كان الإكراه بسبب ضغط الظروف الاقتصادية أو الاجتماعية أو الطبيعية فلا يمكن له التمسك بإبطال التزامه بسبب الإكراه في هذه الحالة.

رابعا - الاستغلال والغبن الاستغلالي

تنص المادة 90 ق م ج الفقرة الأولى على:«**إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد**».

---

[1] قودري فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص25.

[2] السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص82.

ويتضح لنا من خلال هذا النص أن الاستغلال يعتبر عيب من العيوب التي قد تطرأ على العقد، ويمكن تعريفه على أنه:« **استغلال شخص طيشا بينا أو هوى جامحا في آخر بغرض دفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل مع المقابل الذي يحصل عليه**» [1].

ويظهر لنا من خلال هذا التعريف أن الاستغلال يكون في حالة توفر عنصرين مادي ومعنوي، والعنصر المادي يتمثل في الاختلال الموجود بين التزامات المتبرع والغاية المرجوة لتحقيقها وما يحصل عليه من المتعاقد الأخر[2]، أما العنصر المعنوي فيتمثل في استغلال المتعاقد الآخر لحالة الضعف النفسي الذي يوجد فيها المتعاقد معه نتيجة الطيش البين أو الهوى الجامح [3].

إن المشرع قد اعتمد على نظرية الاستغلال في العقود لمعالجة عدم تعادل التزامات المتعاقدين، والكفالة باعتبارها من العقود التبرعية الملزمة لجانب واحد، فإنه لابد من إظهار الاستغلال فيها، ولعل أبرز مثال للكفالة التبرعية هو تقدم الأب لكفالة ابنه الذي قام باقتراض قرضا استهلاكيا من البنك، دون عزمه على ممارسة حق الرجوع على ابنه «**المدين المفترض**» ودون حصوله على أي مقابل من البنك[4].

والمشرع الجزائري لم يقم بذكر العقود التبرعية صراحة في المادة 90 ق.م.ج، و لكنه لم يقم باستبعادها، حيث يستنتج ذلك بمفهوم المخالفة من الفقرة الثالثة من المادة 90 ق.م.ج التي تعتبر هذه العقود تخضع هي أيضا للنظرية الاستغلال[5].

حيث تنص الفقرة الثالثة من المادة 90 ق.م.ج على أنه: «**ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن**». ويتمثل الجزاء المترتب عن الاستغلال في حالة توافر عناصره إما في إبطال العقد، وإما في

---

[1] فيلالي علي، المرجع السابق، ص151.

[2] كودري فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص24.

[3] قدادة خليل حسين، المرجع السابق، ص64.

[4] كودري فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص24.

[5] المادة 90 الفقرة الثالثة ق م ج.

إنقاص التزامات المتعاقد المغبون، وللقاضي السلطة في تقدير ذلك، حيث لا يجوز التمسك بإبطال العقد بسبب الاستغلال إلا في خلال سنة من تاريخ إبرام العقد[1]، وذلك طبقا للفقرة الثانية للمادة 90 ق.م.ج التي تنص على أنه:«**ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة**».

[1] قدادة خليل أحمد حسين، المرجع السابق، ص68.

المبحث الثاني

السبب في عقد الكفالة

توجد صعوبة في تطبيق نظرية السبب على الكفالة، وذلك راجع إلى طبيعتها الخاصة رغم أن الكفالة تنعقد بين الكفيل والدائن إلا أن هناك طرف ثالث ينعقد العقد لمصلحته وهو المدين، حيث تعتبر الكفالة عملية قانونية ثلاثية، وباعتبار أن السبب من أهم الأركان التي ترتكز عليها جميع العقود بما فيها عقد الكفالة، وهذا ما يدفعنا إلى دراسة هذا الركن.

وسنتناول في هذا المبحث المقصود بالسبب في (المطلب الأول)، واثر العلاقة الثلاثية في الكفالة على فكرة السبب وإثباته في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

المقصود بالسبب

إن المقصود بالسبب أثار جدلا كبيرا بين الفقهاء، حيث ظهرت عدة نظريات تبين مدى اختلاف آراء الفقهاء فيما بينهم حول مصطلح السبب، منها النظرية التقليدية والنظرية الحديثة، بالمقابل نجد رأيا آخر يعتبر العقد تصرفا يتجرد من السبب.

حيث سنتناول في هذا المطلب المقصود بالسبب حسب النظرية التقليدية في (الفرع الأول)، المقصود بالسبب حسب النظرية الحديثة في (الفرع الثاني)، وموقف المشرع الجزائري من النظريتين في (الفرع الثالث)، وعقد الكفالة التزام يتجرد من السبب في (الفرع الرابع).

الفرع الأول: المقصود بالسبب حسب النظرية التقليدية

في القديم لم يكن للسبب أهمية بحيث كانت العقود شكلية، ويعتبر الشكل هو الوحيد الذي يجعل العقد تاما، رغم ذلك أنشئت آنذاك عقودا غير شكلية مثل العقود الرضائية والعقود العينية، والعقود التبرعية وتم الاعتماد فيها على الإرادة، وذلك ما أدى إلى البحث عن السبب

الذي تتجه إليه هذه الإرادة مما أدى إلى ظهور النظرية التقليدية للسبب[1].

تعتبر النظرية التقليدية نظرية موضوعية تجعل السبب في العقود التبرعية كعقد الكفالة هو نية التبرع أي نية أداء خدمة للمتبرع إليه، وترى هذه النظرية أن السبب شيء واحد في كل العقود مهما كان نوعها، وهو شيء داخل العقد، ولا يختلف باختلاف الأشخاص، وهذا السبب هو السبب القصدي[2].

أولا- تعريف السبب القصدي

يعرفه أنصار النظرية التقليدية على أنه:«**الغاية المباشرة أو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه** »[3].

يتضح لنا من التعريف السابق أن السبب القصدي يتمثل في الباعث المباشر الذي أدى إلى التعاقد وذلك دون النظر إلى نية المتعاقدين فمثلا في العقود التبرعية كالكفالة نجد السبب فيها هو نية التبرع، أما بالنسبة للدائن هو ضمان دينه في حالة عدم حصوله على الدين من المدين الأصلي[4].

ثانيا- خصائص السبب القصدي

يتميز السبب القصدي ببعض الخصائص ومن بينها:

1-**اعتبار السبب أمر داخلي للعقد:** حيث يعتبر السبب في العقد عنصر من عناصره فلا وجود لعقد دون سبب، فمثلا لا يمكن أن يتصور عقد الكفالة بدون نية التبرع إذا كانت بدون مقابل، وكذلك لا وجود لنية التبرع إذا كانت الكفالة بمقابل، وحيث يترتب على تخلف السبب انعدام العقد[5].

---

(1) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص73.

(2) علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص73.

(3) قدادة خليل أحمد حسين، المرجع السابق، ص73 - 74.

(4) فيلالي علي، المرجع السابق، ص190.

(5) فيلالي علي، المرجع السابق، ص191.

2-وحدة السبب في كل أنواع العقود: لا يتغير السبب القصدي بتغير محل المعاملة، ففي كل العقود التبادلية سبب التزام المتعاقد هو محل التزام المتعاقد معه، كما أن السبب في عقود التبرع مثل عقد الكفالة هو نية التبرع، أما إذا كانت الكفالة بعوض نجد أن سبب التزام الكفيل هو المقابل الذي يتحصل عليه من الدائن أو المدين كالكفالة المصرفية التي يتلقى فيها البنك مقابلا[1].

3-موضوعية السبب: بما أن السبب القصدي يعتبر الغرض المباشر، فهو لا يتأثر بنوايا المتعاقدين، ولا ينظر إلى الدافع الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد بل يكفي النظر إلى الغرض المباشر الذي قصده الملتزم أثناء التعاقد[2].

ثالثا- شروط السبب القصدي

لكي يكون السبب القصدي صحيحا ومنتج لكافة أثاره يجب أن تتوفر فيه ثلاثة شروط حسب النظرية التقليدية والتي تتمثل في:

1-**وجود السبب:** يعتبر السبب ركنا أساسيا في العقد، وفي حالة تخلفه يترتب عليه انعدام العقد[3]، ولكن في الكفالة ثار نزاع بين فقهاء القانون حول ما إذا كان التزام الكفيل لابد أن يكون مسببا أم أنه يجوز أن يكون مجرد من السبب[4]، حيث يرى البعض منهم كالأستاذ عبد الرزاق السنهوري أن الكفالة تصرف يتجرد من السبب فلا تبطل في حالة لم يكن لها سبب مباشر أو حتى لعدم مشروعية السبب [5].

---

[1] كودري فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص19.

[2] فيلالي علي، المرجع السابق، ص191-192.

[3] السعدي محمد صبري، الوضع في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة(دراسة مقارنة في القوانين العربية، الطبعة الرابعة)، دار الهدى للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، 2009، ص222.

[4] باقي وداد، الكفالة في القانون المدني الجزائري الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة بومرداس، كلية الحقوق بودواو، 2009، ص52.

[5] السنهوري عبد الرزاق،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الأول نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 100.

2-صحة السبب: يجب أن يكون السبب صحيحا، فإذا كان السبب موهوما أو صوريا يكون السبب غير صحيحا، وفي الكفالة إذا كان سببها الحصول على مقابل يجب أن لا يكون أكبر من قيمة الدين، وإلا كانت باطلة لصوريتها[1]

3-مشروعية السبب: أما فيما يخص شرط مشروعية السبب في الكفالة، وبما أنها في الغالب تكون تبرعية يجب أن يكون السبب مشروعا، أي غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة، لا تتعلق الكفالة بالالتزام غير قابل للتعامل فيه بطبيعته أو بحكم القانون فمثلا: أن يتعهد الشخص بكفالة الدائن في حالة أنه ارتكب جريمة، فهنا يكون باطلا لعدم مشروعية سببه بما أن القيام بارتكاب الجريمة مخالف للنظام العام[2].

الفرع الثاني: المقصود بالسبب حسب النظرية الحديثة

تعتبر النظرية الحديثة السبب في الباعث أو الدافع للتعاقد عكس النظرية التقليدية التي تعتبره الغرض المباشر للتعاقد، وحيث نجد النظرية الحديثة قدمت تصورا جديدا للسبب يختلف عن التصور التقليدي من حيث التعريف والخصائص والشروط[3].

أولا- تعريف الباعث أو الدافع للتعاقد

يعرف أنصار النظرية الحديثة الدافع على أنه:«**مجموعة من الدوافع الشخصية والنفسية التي دفعت المتعاقد إلى إبرام العقد** »[4].

ويستخلص من التعريف أن السبب يعتبر أمرا داخليا متعلق بنوايا المتعاقدين، وذلك يؤدي بهم إلى إبرام العقد.

---

[1] باقي وداد، المرجع السابق، ص33.

[2] السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص323.

[3] فيلالي علي، المرجع السابق، ص197.

[4] فيلالي علي، المرجع السابق، ص197.

ثانيا - خصائص الدافع للتعاقد

يتميز الدافع للتعاقد ببعض الخصائص وتتمثل في:

1-اعتبار الباعث أمر شخصي أو نفسي متعلق بنوايا المتعاقدين: بمعنى أن الباعث يخص الشخص المتعاقد أي الدافع الذي دفعه للتعاقد فهو يختلف من متعاقد إلى أخر، وكل متعاقد لديه دافع خاص يدفعه إلى التعاقد فمثلا نجد الكفيل في عقد الكفالة أن إرادته هي التي تتجه إلى التبرع من أجل ضمان الدين للدائن[1].

2-الباعث أمر خارج عن عملية التعاقد: فهو يستدعي البحث عنه خارج العقد، ذلك لأنه يزيد من صعوبة إثباته فهو أمر نفسي لا يمكن الإفصاح عنه، وهذا ما دفع الفقه إلى اشتراط علم المتعاقد بنوايا المتعاقد معه.

3-**الباعث أمر متغير:** بمعنى أنه يختلف باختلاف المتعاقدين وكذا باختلاف التصرفات القانونية، فمثلا الباعث يختلف في عقود المعاوضة التي يكون فيها الدافع إلى التعاقد هو الحصول على مقابل عن العقود التبرعية التي يكون الدافع إلى التعاقد فيها غالبا هو التبرع دون حصول على مقابل جراء ذلك[2].

ثالثا - شروط الدافع للتعاقد

إن النظرية الحديثة جعلت بطلان العقد في حالة عدم توفر المشروعية، وهذا الأخير يعتبر الشرط الوحيد الذي أخذت به النظرية الحديثة، وهذا الشرط يبحث عنه في الدافع الذي دفع الكفيل إلى الالتزام، فإذا كان قصد الكفيل في عقد الكفالة إسداء خدمة للمدين، فإن الباعث يكون مشروعا[3].

---

[1] السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول نظرية التزام بوجه عام، الجزء الأول مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 457-458.

[2] فيلالي علي، المرجع السابق، ص200.

[3] شرف الدين أحمد، التأمينات الشخصية والعينية(الكفالة، الرهن الرسمي، الاختصاص، الامتياز)، الطبعة الأولى، دون دار النشر، الكويت، دون سنة النشر، ص27.

أما إذا كان الدافع غير ذلك يبطل التزامه لعدم مشروعية السبب، ولكي يبطل التزامه يشترط أن يكون الدائن عالما بعدم مشروعية الدافع أو على الأقل يسهل عليه أن يعلم به، وذلك مراعاة لاستقرار المعاملات[1].

ومن أمثلة ذلك أن يكفل شخص لخليلته دينا لها على الآخر دون الحصول منها على أية مقابل، بل لمجرد كسب رضاها بمعاشرته، هذا يعني أن الباعث إليه غير مشروع لمخالفته للآداب العامة وعليه تبطل الكفالة[2].

وتتحقق عدم مشروعية سبب الكفالة أيضا في حالة إذا كان القصد منها ضمان التزام لا يقره القانون لعدم مشروعية مصدره، مثلا القصد من الكفالة هو ضمان الديون التي تنشأ من القمار أو شراء المخدرات[3].

وحتى تبطل الكفالة لعدم مشروعية السبب يجب على الكفيل إثبات ذلك، كما عليه إثبات علم الدائن بعدم مشروعية السبب أو إمكانية العلم به، حتى يستطيع المطالبة بإبطال التزامه استنادا إلى نظرية السبب فله أن يلجأ إلى كافة طرق الإثبات في ذلك.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى عدم جواز المطالبة بإبطال الكفالة لعدم مشروعية الباعث، لأن سبب الكفالة تصرف مجرد، ولذلك فإن التزام الكفيل يبقى صحيحا حتى ولو لم يكن له سبب أو كان سببه غير مشروع[4].

غير أن معظم الفقهاء في فرنسا ومصر يرون عكس ذلك، ونظرتهم في ذلك أن القانون المدني يستلزم أن يكون للالتزام الإرادي سببا مقصودا، وأن يكون الباعث الرئيسي إلى التعاقد مشروع (المادة 139 ق.م.م، والمادة 1131 ق.م.ف)، وبذلك تستبعد فكرة التصرف المجرد

---

(1) أم سامي، عقد الكفالة، http :// sciences juridiques. Ahlamontada. net/t1367-topic، يوم 27-10-2014 على الساعة 16:38، المرجع السابق.

(2) مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثالث العقود المسماة ، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص66.

(3) سعيد محمد أحمد، عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 1994، ص244.

(4) سعيد محمد أحمد، المرجع السابق، ص244.

كقاعدة عامة، ولم توجد نصوص قانونية تدل على أن المشرع قد استثنى الكفالة من هذه القاعدة[1].

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من النظريتين

يتحدد موقف المشرع الجزائري من خلال الشروط التي يكون السبب خاضعا لها، وذلك حسب أحكام المادتين 97 و98 ق.م.ج، حيث نجد أن المشرع الجزائري قد ركز على مشروعية السبب، حيث تنص المادة 97 ق.م.ج على أنه: «**إذا كان التزام المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلا**»[2].

و تنص المادة 98 ق.م.ج كذلك على أنه:«**كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا، ما لم يقع الدليل على غير ذلك.**

ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه»[3].

إذا العبرة في مشروعية السبب لا في وجوده، هذا ما يعني أن المشرع الجزائري أخذ بالنظرية الحديثة، وهذا الموقف كان ينسجم مع المحيط القانوني والاجتماعي والاقتصادي السائد أثناء صدور القانون المدني سنة 1975، حيث كانت الجزائر آنذاك تطمح إلى إقامة مجتمع اشتراكي، ولذلك قامت الدولة بالتكفل بكل مجالات الحياة، ولذلك وضعت عدة قوانين لتحقيق الهدف المسطر، حيث أصبحت تراقب كل المعاملات، حتى لا يخل المتعاقدين بالنظام الاقتصادي والاجتماعي...الخ.

---

[1] مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثالث العقود المسماة، المجلد الثالث عقد الكفالة، المرجع السابق، ص68.

[2] سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص344.

[3] السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص231.

حيث ألزم القضاة بالدفاع عن الثورة الاشتراكية من خلال مراقبة المعاملات والاطلاع على النوايا الحقيقية للمتعاقدين أي البحث عن الدافع الرئيسي للتعاقد[1].

ولكن هذا الرأي تعرض لعدة انتقادات، خاصة بالرجوع إلى النص الفرنسي للقانون المدني من جهة، وإلى التعابير التي تم استخدامها في المادتين المذكورتين سابقا من جهة أخرى، فبالنسبة للنص الفرنسي للمادة 97 ق.م.ج من جهة تشترط الوجود في السبب، ومن جهة أخرى تشترط المشروعية[2].

أما بالنسبة للمادتين 97-98 القانون المدني حسب النص العربي حيث أشار المشرع إلى «**سبب الالتزام**» لا إلى سبب العقد، وهذا يبين أن المشرع أخذ بالنظرية التقليدية بمعنى أن المشرع أخذ بازدواجية السبب، حيث أخذ بالنظرية الحديثة إذ جعل في السبب المشروعية، وأخذ بالنظرية التقليدية إذ جعل في السبب الوجود [3].

ولقد جعلت هذه الحجج بعض الفقهاء يقولون إن المشرع الجزائري كرس ازدواجية السبب بسبب تأثره بالقضاء الفرنسي، وعدم تطابق النص العربي مع النص الفرنسي لا يشكل عائقا لمعرفة موقف المشرع الجزائري رغم النقص في دقة التعبير، وذلك راجع لتأثر واضعي التقنين المدني بالقانون الفرنسي[4]

الفرع الرابع: عقد الكفالة التزام يتجرد من السبب

هناك اتجاه من الفقه يرى بأن الكفالة تصرف مجرد من السبب، وبدونه تنشأ صحيحة ومنتجة لكافة آثارها القانونية رغم انعدامه[5].

وبناءا على ذلك فإن التزام الكفيل يبقى صحيحا استنادا إلى الإرادة الظاهرة فيتم الأخذ بها

---

[1] فيلالي علي، المرجع السابق، ص202.

[2] L'article 97 : « le contrat est nul lorsqu'on s'oblige sans cause ou pour cause contraire a l'ordepublice ou aux bonnes mœurs ».

[3] فيلالي علي، المرجع السابق، ص202- 203.

[4] فيلالي علي، المرجع نفسه، ص203.

[5] سعيد محمد أحمد، المرجع السابق، ص240-241.

حتى ولو كانت مخالفة للإرادة الباطنية، كما يتم تجردها من عيوب الإرادة الباطنية، ولا يمكن طلب إبطالها لعدم مشروعية السبب أو لعيب من عيوب الإرادة، ولذلك يبقى التزام الكفيل صحيحا ومرتبا لكافة آثاره[1].

وفيما يخص التصرف المجرد حيث نجد القوانين الجرمانية كالتقنين الألماني والتقنين النمساوي يأخذون به في عدة تطبيقات، ووضعوا قاعدة عامة للتصرف المجرد حيث تجبر الاتفاق بين الدائن ومدينه على أن يكون التزام المدين مجردا من السبب ويقوم هذا الالتزام حتى لو كان السبب غير موجود أو غير مشروع، ولا يمكن للمدين الرجوع في هذه الحالة على الدائن إلا بدعوى الإثراء بلا سبب[2].

أما القوانين اللاتينية فلم تتجاهل الأخذ بالتصرف المجرد في بعض الحالات على وجه الاستثناء وذلك لضمان استقرار بعض المعاملات، ونجد القانون المدني الجزائري قد نص على التصرف المجرد في الحالة المذكورة في المادة 296 ق.م.ج وهي حالة الانابة في الوفاء [3]، فإذا كان التزام الكفيل نحو الدائن مجرد فلا يمكن له التمسك في مواجهة الدائن بالدفوع التي له الحق التمسك بها في مواجهة المدين الذي كفله[4].

فإذا كفل الكفيل المدين على أن يوفي المدين دينا آخر عليه مثقلا برهن لعقار المكفول، وإذا لم يوف به المدين، فإن التزام الكفيل يبقى قائما رغم ذلك، ولا يمكن للكفيل أن يحتج به لدى الدائن لإبطال التزامه[5].

---

(1) مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثالث العقود المسماة،المجلد الثالث عقد الكفالة، المرجع السابق، ص78.

(2) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص - ص:465 -468.

(3) فيلالي علي، المرجع السابق، ص205.

(4) فيلالي علي، المرجع نفسه، ص206.

(5) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول نظرية التزام بوجه عام، الجزء الأول مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص47.

المطلب الثاني

أثر العلاقة الثلاثية في الكفالة على فكرة السبب وإثباته

إن عقد الكفالة يتميز عن غيره من العقود حيث يشتمل على ثلاثة أنواع من الروابط، والتي تتمثل في علاقة الدائن بالكفيل، علاقة الدائن بالمدين وعلاقة المدين بالكفيل، هذه العلاقة الثلاثية أثرت على فكرة السبب، كما أنه لابد من إثبات السبب في عقد الكفالة نظرا لأهميته.

سنتناول في هذا المطلب أثر العلاقة الثلاثية على السبب (الفرع الأول)، وإثبات السبب في(الفرع الثاني).

الفرع الأول: أثر العلاقة الثلاثية للكفالة على فكرة السبب

في الواقع أن السبب أثار وما زال يثير العديد من الجدال والمناقشات حول تحديده، وهذا راجع بطبيعة الحال إلى أن عقد الكفالة يعتبر عقدا ملزما لجانب واحد، ونجد أن هذا النوع من العقود يكون سبب التزام الكفيل فيها وجود التزام سابق فيما بين الدائن والمدين سواء كان مدني أو طبيعي أو كان بمقابل أو بدون مقابل[1].

حيث يتقدم الكفيل لدائن في عقد الكفالة لضمان الدين الذي له لدى المدين دون أن يكون ملتزما بذلك في مواجهة الدائن بمقتضى التزام مدني أو طبيعي، ولكن يبقى السؤال مطروحا، ماهي العلاقة الموجودة بين الدائن والكفيل؟ وللإجابة عن هذا السؤال نعود إلى العلاقة الموجودة بين الدائن والمدين، حيث نجد أن التزام الكفيل في مواجهة الدائن سببه مساعدة المدين للحصول على الدين من الدائن وذلك راجع إلى الصفة التبعية للكفالة و اعتبار الكفالة كوسيلة ضمان[2].

ويشترط في التزام الكفيل أن يكون سببه موجودا وذلك لحمايته حتى لا يلتزم في مواجهة الدائن دون سبب، ويستوجب في السبب الشروط الموضوعية للنظرية التقليدية فهو يعتبر سبب

---

[1] سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص345.

[2] سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص345.

موضوعي ومجرد ومباشر وغير متغير، وعدم وجوده بهذا المعنى يكون التزام الكفيل باطلا، وكذلك لابد أن يكون فيه الدافع للتعاقد فهو شخصي غير مباشر متغير يختلف من كفيل إلى آخر، فهناك من يكفل المدين بسبب رابطة القرابة، كالأب يكفل ابنه أو رابطة الصداقة التي تجمعه بالمدين، أو بسبب العلاقة المهنية، أو بسبب ما عليه من التزام للمدين، أو بسبب مقابل تحصل عليه من المدين...الخ من البواعث[1].

ويشترط في هذا الباعث أن يكون رئيسيا ومشروعا وعلى علم به من طرف الدائن وذلك لاستقرار المعاملات حتى لا يتفاجأ، كما هو مذكور في المثال السابق الشخص الذي يقوم بكفالة خليلته لا لشيء إلا ليحضى بمعاشرتها له، فالدافع هنا غير مشروع ، لأنه مخالف للآداب العامة لكن لكي يبطل العقد في هذه الحالة يجب أن يكون الدائن على علم بذلك[2].

الفرع الثاني: إثبات السبب

تنص المادة 98 ق.م.ج في الفقرة الثانية على أنه «**يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا يثبت ما يدعيه**».

نستخلص من نص المادة أن سبب الذي يتم ذكره في العقد يفترض أنه السبب الحقيقي الذي دفع الكفيل للتعاقد، فعلى من يدعي أنه ليس السبب الحقيقي أن يثبت عدم وجوده أو عدم مشروعيته أو أنه صوري، ويكون الإثبات طبقا للقواعد العامة للإثبات[3].

وفي عقد الكفالة إذا ثار النزاع حول وجود السبب أو مشروعيته فإن عبء الإثبات يقع على الكفيل، إذ عليه إثبات عدم وجوده أو مخالفته للنظام العام أو الآداب العامة، وكذلك إثبات علم الدائن بذلك الباعث الذي دفعه إلى التعاقد أو إمكانية علمه بذلك، وللكفيل اللجوء في ذلك إلى كافة طرق الإثبات[4].

---

[1] سعد نبيل إبراهيم ،المرجع نفسه، ص346.

[2] سعيد محمد أحمد، المرجع السابق، ص243.

[3] السعدي محمد صبري، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص231.

[4] سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص346.

ونستخلص أن عقد الكفالة لكي ينعقد لابد أن يكون رضا طرفيه صحيحا، أي يكون تعبير عن إرادة كل من الكفيل و الدائن واضحا، كذلك لابد أن تتوفر فيهما الأهلية اللازمة لإبرامه، كما أنه لابد أن تكون إرادتها خالية من العيوب التي تلحق العقود كالغلط والتدليس ....الخ.

كما يجب أن يكون سبب الالتزام موجودا ومشروعا لكي يتم العقد بالنسبة إلى بعض الفقهاء، أما البعض الأخر فيرى أنه يمكن أن يتجرد عقد الكفالة من السبب، أي يتم بدون سبب أو حتى لعدم مشروعيته.

كما نستخلص أن العلاقة الثلاثية التي يتكون منها عقد الكفالة أدت إلى صعوبة تحديد سبب التزام الكفيل، كما أنه لإثباته يجب العودة إلى القواعد العامة للإثبات.

الفصل الثاني

المحل في عقد الكفالة

الفصل الثاني

المحل في عقد الكفالة

الكفالة ترد على تنفيذ المدين لالتزامه سواء كان ذلك بدفع مبلغ من النقود أو قيام بعمل أو امتناع عن القيام بعمل، حيث نجد الكفيل يضمن للدائن قيام المدين بتنفيذ التزامه الذي تضمنه العقد المبرم بينهما، أي إذا لم ينفذ المدين التزامه يقوم الكفيل مقامه وينفذه، ولكي تنتج الكفالة كافة أثارها يجب أن يكون الالتزام المكفول موجودا وصحيحا، ومعينا أو قابلا للتعيين، فلا تجوز أن ترد الكفالة على التزام غير موجود، أو غير صحيح أو غير معين.

وسنتناول في هذا الفصل وجود الالتزام المكفول أو قابليته للوجود في (المبحث الأول) وصحة الالتزام لمكفول وتعينه في (المبحث الثاني).

المبحث الأول

وجود الالتزام المكفول أو قابليته للوجود

تبرم الكفالة لضمان دين في ذمة المدين، حيث تقع على هذا الأخير التزامات من جراء علاقته بالدائن ويقوم الكفيل بضمانها وليس من الضروري وجود الدين المكفول وقت إبرام الكفالة، وإنما يمكن أن توجد فيما بعد ككفالة الدين المستقبلي أو الدين الشرطي أو حتى كفالة الدين الطبيعي.

وسنتناول في هذا المبحث كفالة الالتزام المستقبلي في (المطلب الأول)، وكفالة الالتزام الشرطي في (المطلب الثاني)، كفالة الالتزام الطبيعي في (المطلب الثالث).

المطلب الأول

كفالة الالتزام المستقبلي

الالتزام المستقبلي هو ذلك الالتزام الذي لم ينشأ بعد ولكنه يحتمل نشوئه بعد الكفالة، أي الكفالة توجد قبل وجود الالتزام المكفول.

وحيث تجوز كفالة التزام مستقبلي في حالة تحديد المبلغ المكفول مسبقا، وكما يحق للكفيل الرجوع عنها في أي وقت شاء في حالة عدم تحديد المدة أو بعد انقضاء المدة والتزام المكفول لم ينشأ بعد.

وسنتناول في هذا المطلب جواز كفالة الالتزام المستقبلي في(الفرع الأول)، وحق الرجوع عن الكفالة في الالتزام المستقبلي في (الفرع الثاني)، وأثار كفالة الالتزام المستقبلي في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: جواز الالتزام المستقبلي

تنص الفقرة الأولى من المادة 650 ق.م.ج على أنه:«**تجوز الكفالة في الدين المستقبلي إذا حدد مقدما المبلغ المكفول**».

ويتضح لنا من المادة أن المشرع الجزائري أجاز كفالة الدين المستقبلي ولكن اشترط تحديد مقدار الدين المكفول، الذي يكون المبلغ الأقصى الذي يقوم الكفيل بكفالته، فمثلا إذا قام شخص بكفالة شخص أخر فتح اعتماد لدى البنك، وجب عليه تحديد مقدار(المبلغ) الذي قام بكفالته و ذلك لحماية الكفيل[1]، لأن الكفيل عادة لا يحصل على مقابل من وراء كفالته[2].

وكذلك حتى يكون الكفيل على بينة من الدين الذي يكلفه، أو على الأقل على بينة من الحد الأقصى الذي يمكن أن ينتهي إليه هذا الدين، وفي حالة عدم تحديد الحد الأقصى لمبلغ الكفالة في الالتزام المستقبلي[3]، فإنها تكون باطلة بطلانا مطلقا، لكن ثار جدال كبير حول تأصيل الكفالة في الدين المستقبلي، ويرى الرأي السائد من الفقه أن الكفالة في هذه الحالة تنعقد على شرط واقف وتتحقق بوجود الالتزام الأصلي في ذمة المدين، ونجد كذلك القانون أجاز أن يكون الالتزام شيئا مستقبليا، وذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 92 ق.م.ج« **يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا**».

ومن خلال هذا النص يتضح لنا أنه يمكن التعامل في حقوق لم تنشأ بعد بما أنها ستنشأ في المستقبل، والكفالة تعتبر صورة من صور هذا التعامل في حق مستقبلي، وهو ضمان هذا الحق في حالة وجوده[4].

ولقد انتقد هذا الرأي على أساس أنه في حالة تحقق الشرط الواقف، وهو الالتزام المكفول فإن الكفالة تعتبر طبقا للأثر الرجعي موجودة من وقت انعقادها، أي قبل وجود التزام المكفول

---

[1] السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، جزء العاشر التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص53.

[2] باقي وداد، المرجع السابق، ص41.

[3] تتاغو سمير، التأمينات العينية والشخصية (الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، الكفالة، قانون التمويل العقاري) ، الطبعة الأولى، منشأة المعارف ، مصر، 2008، ص45.

[4] باقي وداد، المرجع السابق، ص42.

دون أن تكون مرتكزة عليه، ولهذا يتوصل أنصار هذا الرأي إلى القول بأن المشرع قد استثنى كفالة الالتزام المستقبلي من قاعدة وجوب ارتكازها على التزام موجود عند إبرامها[1].

نجد أن المشرع في الواقع لم يشترط أن يكون الالتزام المكفول موجودا وقت الكفالة، لكن اشترط فقط صحة الالتزام، ولكي يكون كذلك لا بد أن يكون وفق القاعدة التي وضعت من طرف الفقه، والتي مفادها أن عقد الكفالة لا يكون صحيحا إلا إذا كان التزام المكفول ممكنا، لأن شرط الإمكان لا يقتضي وجود الالتزام المكفول بل يكفي أن يكون قابلا للوجود، والالتزام المستقبلي دائما يعتبر ممكن الوجود[2].

الفرع الثاني: حق الرجوع في كفالة الالتزام المستقبلي

من خلال الفقرة الثانية المادة 650 ق.م.ج يتضح أنه في حالة عدم تحديد مدة الكفالة، فإنه يحق للكفيل الرجوع عن كفالته في أي وقت شاء ما دام الدين لم ينشأ بعد في ذمة المدين[3]، ولكن يشترط إخطار الدائن بقراره في الرجوع عن الكفالة[4].

وإذا نشأ الدين الأصلي قبل وصول رجوع الكفيل عن الكفالة إلى علم الدائن، فهنا الكفيل لا يستطيع التهرب من التزامه، وفي حالة نشوء جزء من الدين فالكفيل يكون ضامنا فقط للجزء الذي نشأ قبل الرجوع[5].

أما إذا تم تحديد مدة الكفالة في الالتزام المستقبلي، فإن الكفيل ملزم بضمان ذلك الالتزام في حالة تحققه في تلك المدة، أما إذا انقضت تلك المدة دون نشوء الالتزام فالكفالة تعتبر كأن لم تكن فور انقضاء المدة دون الحاجة لاتخاذ أي إجراء، حيث تكون إرادة الكفيل اتجهت لإحداث هذا الأثر في حالة عدم نشوء الدين خلالها، وهذه الإرادة تكون مطابقة لإرادة الدائن على فسخ العقد إذا لم ينشأ الدين خلال المدة المتفق عليها في الكفالة[6].

---

(1) تناغو سمير، المرجع السابق، ص46.

(2) تناغو سمير، المرجع نفسه، ص46.

(3) المادة 650 ق. م .ج تقابلها المادة 778 ق. م. م.

(4) باقي وداد، المرجع السابق، ص43.

(5) تناغو سمير، المرجع السابق، ص47.

(6) طلبة أنوار، العقود الصغيرة (الوكالة، الكفالة)، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، دون بلد النشر، 2004، ص 348-349.

حيث لا يوجد شكل خاص لرجوع الكفيل في الكفالة، وإنما يجوز له الرجوع سواء بإعذار رسمي على يد محضر يوجه إلى الدائن، أو عن طريق خطاب مسجل أو غير مسجل أو شفاهة على أن يتحمل الكفيل إثبات قيامه بإخطار الدائن بالرجوع، وينتج هذا الأخير أثاره فور وصوله إلى علم الدائن[1].

ونجد أن كفالة الديون المستقبلية انتشرت بكثرة في الواقع العملي، لأن الدائن يفضل الحصول على ضمان حقه قبل منح ائتمانه للمدين، ومن الأمثلة على ذلك نجد: كفالة الاعتماد الذي يتم فتحه من قبل البنك لمصلحة أحد عملاءه حيث يتعهد الكفيل للبنك بموجب عقد الكفالة أن يضمن فيها تنفيذ الالتزام الذي ينشأ في ذمة العميل الذي فتح الاعتماد لمصلحته، فدين العميل لا ينشأ في مواجهة البنك إلا من وقت السحب فعلا، أما قبل ذلك فإنه لا يعتبر دينا مستقبلا، والكفالة توجد لضمان هذا الدين عند نشوئه، وإذا لم ينشأ خلال المدة المتفق عليها يحق للكفيل الرجوع عنها[2].

كما يستطيع المدين أن يقدم شخصا كفيلا يضمنه لدى متجر معين فيما عسى أن يشتريه، فيكون الكفيل ضامنا لثمن البضائع التي يقوم المدين بشرائها، وذلك قبل وجود هذا الدين، فإذا تم وجوده يكفله بالمقدار المتفق عليه[3].

وفي الأخير نستخلص أن الالتزام المستقبلي تجوز كفالته قبل وجوده وذلك باستثناء كفالة التصرف في تركة مستقبلية بما أنه تصرف باطل وتبطل معه تبعا الكفالة، وذلك وفق ما نصت عليه المادة 92 فقرة الثانية ق.م.ج على أن:« **غير أن التعامل في تركه إنسان على قيد الحياة باطلا ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون**».

---

(1) طلبة أنوار، المرجع نفسه، ص349.

(2) البكري محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء، القانون المدني، الكفالة والتأمينات، المجلد التاسع عشر، الطبعة الأولى، دار محمود للنشر والتوزيع ، القاهرة، 2006، ص61.

(3) الشهاوي قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة، التضامن و التضامم، الطبعة الأولى، منشأة المعارف ، مصر، 2002، ص82.

الفرع الثالث: أثار كفالة الالتزام المستقبلي

كفالة الالتزام المستقبلي تترتب عليه أثار وتتمثل في:

الحالة الأولى- عدم تعيين مدة الكفالة:يستطيع الكفيل أن يتحلل من التزامه بالضمان إذا قام بإخطار الدائن برجوعه عن الكفالة و يشترط في هذا الرجوع وصوله إلى علم الدائن قبل نشوء الالتزام المكفول، وفي حالة نشوء الدين الأصلي قبل وصول الرجوع إلى علم الدائن فلا أثر للرجوع الكفيل عن التزامه ويسأل عليه، و إذا نشأ جزء من الدين فيقتصر ضمان الكفيل عليه فقط[1].

الحالة الثانية- تعيين مدة الكفالة: يكون الكفيل مسؤولا عما ينشأ من التزامات في ذمة المدين خلال المدة ، ولا يجوز له الرجوع عن الكفالة طوال هذه المدة بشرط ألا يتجاوز الحد الأقصى الوارد في الكفالة، وإذا انقضت المدة دون أن ينشأ الدين الأصلي برئت ذمة الكفيل نهائيا، أما إذا لم ينشأ في ذمة المدين إلا جزء من الدين فإن الكفيل يسأل فقط على هذا الجزء [2] .

المطلب الثاني

كفالة الالتزام الشرطي

الالتزام الشرطي يعني به أمر مستقبلي غير محقق الوقوع، يعلق على تحققه أو تخلفه وجود التزام أو زواله، فالشرط إما يكون واقفا يترتب عليه وجود الالتزام، وإما يكون فاسخا يترتب عليه زوال الالتزام، وحيث نصت الفقرة الأولى من المادة 650 ق.م.ج على جواز كفالة الدين المشروط.

وسنتناول في هذا المطلب كفالة الالتزام المعلق على شرط الواقف في (الفرع الأول)، وكفالة الالتزام المعلق على شرط فاسخ في (الفرع الثاني).

---

[1] السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص45.

[2] السعدي محمد صبري،المرجع نفسه، ص44.

الفرع الأول: كفالة الالتزام المعلق على شرط واقف.

أولا- المقصود بالشرط الواقف

نقصد بالشرط الواقف، الشرط الذي يتوقف على تحققه وجود الالتزام، وفي حالة تخلفه لا يخرج الالتزام إلى الوجود[1]، ومثال ذلك إذا اشترط الكفيل لنفاذ كفالته تمكنه من بيع عين ملوكه له خلال أجل معين، فإذا تم البيع خلاله تحقق الشرط الواقف ونفذت الكفالة، أما إذا لم يتمكن من بيعها خلال ذلك الأجل، فإن الشرط قد تخلف فلا تنفذ الكفالة، ويصبح الدين غير مكفول وينحصر الوفاء به في المدين ما لم يكن قد اشترط تقديم كفيل آخر[2].

ولكي يتحقق الشرط الواقف لا بد من تتوفر فيه الشروط التالية:

- أن يكون هذا الشرط أمرا مستقبلا.
- أن يكون غير محقق الوقوع.
- أن يكون مشروعا أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.
- أن يكون ممكنا.

إذا تحققت كل هذه الشروط ينتج الشرط كافة آثاره[3].

بناءا على ذلك فإن التزام الكفيل يكون تابعا للالتزام الأصلي، ويترتب على ذلك أن مصير التزام الكفيل مرتبط بمصير التزام المدين وفقا لتحقق الشرط أو تخلفه، فإذا كان الالتزام المكفول معلق على شرط واقف فإن الكفالة تكون هي أيضا معلقة على ذات الشرط[4].

فإذا تحقق الشرط الواقف أصبح الالتزام الأصلي نافذا وأصبح التزام الكفيل نافذا أيضا

---

[1] السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثالث النظرية العامة بوجه عام، الأوصاف-الحوالة-الانقضاء، الطبعة الأولى، دار الإحياء التراث العربي، 1958، ص27.

[2] طلبة أنوار، المرجع السابق، ص 353.

[3] مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني الالتزامات، المجلد الرابع أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص-ص: 501 - 511.

[4] حسني محمود عبد الدايم ، المرجع السابق، ص 192.

وذلك بأثر رجعي، وفي حالة تخلفه زال الدين بأثر رجعي وأعتبر كأنه لم يكن، وكذلك يزول معه التزام الكفيل بنفس الطريقة[1].

ويترتب على الشرط الواقف أثار وذلك أثناء التعليق وبعد انتهاء التعليق.

ثانيا- أثار الشرط الواقف

1- أثار الشرط الواقف أثناء التعليق: بما أن التزام الكفيل هو التزام تابع لالتزام المدين الأصلي، فإن أثار الشرط الواقف بالنسبة للكفيل هي نفس الآثار التي تترتب على المدين، حيث يكون لدائن أثناء فترة التعليق حق ينشأ له وقت الاتفاق ولكنه حق معلق وجوده على شرط، وهو حق غير مكتمل وقت إبرامه حيث يترتب عليه:

- شرط توافر الأهلية بالنسبة للمدين والكفيل وقت إبرام العقد وليس وقت تحقق الشرط.

- حق الدائن يخضع للقانون الساري وقت إبرام العقد لا القانون الجديد الذي يكون عند تحقق الشرط.

- يجوز للدائن اتخاذ الإجراءات للمحافظة على حقه خاصة إذا كان متعلقا بعقار، ولكن لا يجوز له الطعن في تصرفات مدينه أو الكفيل عن طريق الدعوى البولصية(*)، لأنه يشترط فيها أن يكون دينه مستحق الأداء ولا يكفي كونه معلق على شرط[2]، وهذا ما نصت عليه المادة 206 ق م ج «**إذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف،فلا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط أما قبل تحقق الشرط، فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ الجبري، ولا للتنفيذ الاختياري،على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه**»

- المدين والكفيل غير ملزمان بالوفاء، وإذا وفى أحدهما بذلك قبل حلول أجل الدين جاز له أن يسترد ما دفعه.

---

[1] باقي وداد، المرجع السابق، ص 44.

[*] الدعوى البولصية هي: «وسيلة بمقتضاها يدفع الدائن غش المدين الذي يصرف في ماله إضرارا بحق الدائن، ويسعى إلى إعادة المال المتصرف فيه إلى الضمان العام تمهيدا للتنفيذ عليه».

[2] مرقس سليمان، الوفي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني الالتزامات، المجلد الرابع أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص-ص: 511-513.

- عدم جواز للدائن اتخاذ إجراءات التنفيذ ضد المدين أو الكفيل لأن حقه لم يصبح بعد مستحق الأداء، وهذا ما نصت عليه المادة 206 ق م ج السابقة الذكر، لهذا لا يجوز الطعن في تصرفات المدين أو الكفيل عن طرق الدعوى البولصية.

- لا يمكن حساب التقادم المسقط إلا إذا تحقق الشرط أي منذ تحققه[1].

01- أثار الشرط الواقف بعد انتهاء التعليق:

أ- في حالة تحقق الشرط: حيث يصبح الحق الذي كان معلقا على تحقق الشرط نافذا، كما نصت عليه المادة 208 ق.م.ج ف 01 على أن: «**إذا تحقق الشرط يرجع أثره إلى اليوم الذي نشأ فيه الالتزام، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام، أو زواله، إنما يكون في الوقت الذي تحقق في الشرط**»، أي يصبح الدين مستحق الأداء، وتترتب عليه النتائج التي كانت ممنوعة أثناء التعليق، حيث يصبح المدين ملزما بالوفاء اختياريا أو إجباريا، وفي حالة عدم وفائه بذلك يحل الكفيل مكانه للوفاء.

- يجوز للدائن اتخاذ الإجراءات التحفظية واستعمال الدعوى البولصية تمهيدا لتنفيذ على أموال المدين، وفي حالة استحالة ذلك ينفذ على أموال الكفيل.
- بداية حساب مدة التقادم المسقط لحق الدائن.
- جواز المقاصة القانونية لهذا الحق.
- في حالة كون موضوع التصرف نقل حق على شيء معين بالذات يصبح هذا المال مالكا خالصا لدائن، وتزول ملكيته من المدين أو الكفيل نهائيا[2].

ب- **في حالة تخلف الشرط الواقف:** حيث ينعدم الحق الذي كان معلقا على تحققه، ويعتبر هذا الحق والالتزام الذي كان يقابله كأنهما لم يكن لهما وجود أصلا[3]، وكذلك نفس الشيء بالنسبة

---

[1] مرقس سليمان، المرجع نفسه، ص 513-514.

[2] مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني الالتزامات، المجلد الرابع أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 512.

[3] السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثالث نظرية الالتزام بوجه عام: الأوصاف – الحوالة – الانقضاء، المرجع السابق، ص 67.

لالتزام الكفيل في عقد الكفالة بما أنه يتبع الالتزام الأصلي في وجوده أو انعدامه، وبالتالي زوال كل التصرفات والإجراءات التحفظية التي تمت من طرف الدائن فيما يتعلق بحماية حقه الذي كان معلقا على تحقق الشرط[1].

الفرع الثاني: كفالة الالتزام المعلق على شرط فاسخ.

أولا- المقصود بالشرط الفاسخ

الشرط الفاسخ هو ذلك الشرط الذي لا يقف إنتاج الإرادة أثرها أو وجود الالتزام، وإنما يؤدي تحققه إلى زوال هذا الأثر أو الالتزام[2]، مثلا أن يضمن الكفيل المدين ويعلق ذلك على شرط فاسخ وهو حضور والد المدين من السفر، وتكون الكفالة نافذة فور إبرام الكفالة، وتظل كذلك حتى يحضر الغائب، ويجوز تحديد أجل لذلك تفسخ الكفالة فيه إذا لم يحضر الغائب[3].

ولكي يتحقق الشرط الفاسخ لا بد من توفر بعض الشروط فيه مثله مثل الشرط الواقف وتتمثل في:

- أن يكون الأمر مستقبليا.
- أن يكون غير محقق الوقوع.
- أن يكون أمرا ممكن الوقوع.

- أن يكون أمرا مشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب العامة[4]، وإذا تحققت كل هذه الشروط ينتج الشرط كافة آثاره.

وإذا كان الالتزام المكفول معلقا على شرط فاسخ، يكون الالتزام الأصلي قبل تحققه نافذا

---

[1] مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني الالتزامات، المجلد الرابع أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 522.

[2] مرقس سليمان،المرجع نفسه، ص 497.

[3] طلبة أنوار، المرجع السابق، ص 353.

[4] مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني الالتزامات، المجلد الرابع أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص-ص: 501 -511.

وكذلك بالنسبة لالتزام الكفيل بما أنه التزام تابع، وفي حالة تحقق الشرط الفاسخ يزول الالتزام المكفول وتزول معه الكفالة بصفة تبعية، أما في حالة تخلف الشرط الفاسخ يستقر الالتزام الأصلي نهائيا ويصبح باتا وتتبعه الكفالة في ذلك[1].

وبما أن التزام الكفيل تابع للالتزام المدين، فإن آثار الشرط الفاسخ بالنسبة للكفيل هي نفس الآثار التي تترتب على المدين، سواء تكون أثناء التعليق وكذلك بعد انتهاء التعليق.

ثانيا - أثار الشرط الفاسخ

1 - أثار الشرط الفاسخ أثناء التعليق: حيث يترتب عليه :

- وجوب توفر أهلية الملتزم وقت إبرام العقد وليس وقت تحقق الشرط بالنسبة للمدين والكفيل.

- إخضاع حق الدائن إلى القانون الساري وقت إبرام العقد وليس وقت تحقق الشرط أي في الكفالة إلى قانون وقت إبرام الكفالة.

- وللدائن الحق في اتخاذ الإجراءات التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه.

- اعتبار هذا الحق قابل للتصرف فيه، وقابل أيضا للانتقال عن طريق الإرث، ولكن هذه التصرفات مهددة بخطر الزوال[2].

ويضاف إلى ذلك أّنه يترتب على كون حق الدائن مستحق الأداء، وليس معلقا على تحقق الشرط، عكس الآثار التي تترتب على الشرط الواقف في كون حق الدائن غير مستحق الأداء فيما عدا جواز المقاصة، ويترتب عن ذلك:

---

[1] حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 193.

[2] مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، جزء الثاني الالتزامات، المجلد الرابع أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 515-516.

- أنّ المدين في الالتزام المعلق على شرط فاسخ ملزما بالوفاء، وإذا وفى لا يجوز له الرجوع عن وفائه واسترداد ما دفعه، وإذا لم يوف وقام الكفيل مقامه ووفى وهو كذلك لا يجوز الرجوع عن وفائه واسترداد ما دفعه[1].

- حيث تبدأ حساب مدّة التقادم المسقط لحق الدائن من وقت إبرام العقد إذا لم يطالب به، وفي نفس الوقت تحسب مدّة التقادم المكتسب للمدين الذي اكتسب الحق المقترن بشرط فاسخ من وقت إبرام العقد، وإذا تخلف الشرط وتمت هذه المدة كسب هو تلك الملكية بذلك التقادم بغض النظر عن العقد، وبذلك يزول التزام الكفيل، وفي حالة تحقق هذا الشرط وزال بتحققه العقد ظل أثر التقادم المكسب لصالح المتصرف إليه الذي زال أثر العقد بالنسبة إليه وأصبح كأّنه لم يكن قد حصل أصلا، وبذلك يصبح التزام الكفيل هو كذلك كأّنه لم يحصل أيضا.

ويترتب على اعتبار حق الدائن معرض للزوال أّنه:

- في حالة استفاء الدائن تحت شرط فاسخ الدين من مدينه أو من الكفيل، ثم تحقق الشرط، يجوز للمدين أو الكفيل استرداد ما دفعه.

- إذا تصرف فيه الدائن في حياته أو انتقل إلى ورثته من بعده، فإّنه ينتقل إليهم متصفا بصفته حق معرض للزوال.

- أّنه لا تجوز المقاصة به في دين منجز[2].

2- **آثار الشرط الفاسخ بعد انتهاء التعليق:** في حالة كون الالتزام مقترنا بشرط فاسخ، وانتهى تعليقه سواء بتحققه أو بعدم تحققه، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 207 ق.م. ج على أّنه: **«يزول الالتزام إذا تحقق الشرط الفاسخ، ويكون الدائن ملزما برد ما أخذه فإذ استحال الرد بسبب هو مسؤول عنه وجب عليه تعويض الضرر».**

---

[1] مرقس سليمان، المرجع نفسه، ص 516.

[2] مرقس سليمان،الوافي شرح القانون المدني، جزء الثاني في الالتزامات، المجلد الرابع أحكام الالتزام ، المرجع السابق، ص 516-517.

يستخلص من النص أن الحق الذي كان أثناء التعليق محقق وجوده ومستحق الأداء، حيث يتم زواله بأثر رجعي من الوقت الذي نشأ فيه إرادتي الطرفي للمطالبة بفسخه، ولا يحتاج إلى استصدار حكم قضائي يقضي بفسخه، والكفالة هي كذلك تزول بنفس الطريقة التي يزول بها الالتزام الأصلي، وإذا استوفى الدائن الدين من المدين أو الكفيل يلزم برد ما أخذه، وإذا استحال الرد وجب عليه تعويض عن الضرر إذا كان هو السبب في ذلك[1].

كما يجوز كفالة الدين المضاف إلى أجل، ويكون هذا الأجل مقررا لمصلحة المدين فإن لم يكن الدين مكفول يجوز للمدين التنازل عن هذا الأجل وقيام بالوفاء.

أما في حالة الدين المكفول، فإنّ الأجل يكون مقرر للمدين والكفيل معا، حيث لا يجوز للمدين الانفراد بالتنازل عن الأجل والالتزام بدفع الدين دون أن يمتد هذا التنازل إلى الكفيل، وأجل الوفاء هو الذي جعل الكفيل يضمن الدين، لأن ظروفه المادية تسمح له بالوفاء في ذلك الأجل إذا امتنع المدين عن ذلك.

وإذا حدد الأجل قبل ذلك التاريخ المحدد للكفالة، هنا في حالة تنازل المدين عن ذلك الأجل أو سقوطه لأي سبب من الأسباب كالإفلاس، أو الإعسار، فإن أجل الكفالة يظل قائما فيرجع عليه الدن بعد حلول ذلك الأجل[2].

وحيث أنه لا يجوز للمدين والدائن أن يسوء مركز الكفيل أو يزيد من عبء التزامه، وإذا كان الالتزام المكفول معلق على أجل أو على شرط أو تنازل المدين عن الأجل أو الشرط يصبح التزامه منجزا، فإن هذا التنازل لا يسري على الكفيل ويجب عليه التمسك بالأجل أو بعدم تحقق الشرط، وكذلك له الحق في التمسك بسقوط الأجل إذا كان بخطأ من المدين أو بفعله حيث يحق للكفيل رفض الوفاء إلى أن يحل أجل الدين الذي كان محدد من قبل[3].

---

[1] مرقس سليمان، المرجع نفسه، ص 522 – 523.

[2] طلبة أنور، المرجع السابق، ص 353.

[3] حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 193.

المطلب الثالث

كفالة الالتزام الطبيعي

الالتزام الطبيعي يطلق على الالتزام الذي يقع بين الواجب الخلقي والالتزام المدني، فإذا كان الالتزام المدني هو الالتزام الذي تقدم له الحماية الكاملة، حيث يجبر المدين على الوفاء به بكل الطرق القانونية، في حين الالتزام الطبيعي لا يستفيد من هذه الحماية، ولا يجبر المدين فيه على التنفيذ.

وسنتناول في هذا المطلب تعريف الالتزام الطبيعي في (الفرع الأول)، والحالات التي تعتبر فيها كفالة الالتزام الطبيعي في (الفرع الثاني)، وأثار الالتزام الطبيعي في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الالتزام الطبيعي

الالتزام الطبيعي يعرف على أنه: «**ذلك الالتزام الذي يتخلف فيه عنصر المسؤولية فلا يمكن إجبار المدين في الالتزام الطبيعي على تنفيذ هذا الالتزام بطريقة مباشرة أو غير مباشرة**»[1]، ويتضح لنا من هذا التعريف أن الالتزام الطبيعي لا يوجد فيه عنصر المسؤولية الذي يجبر المدين على تنفيذه سواء بطريقة مباشرة أي عن طريق المدين نفسه أو بطريقة غير مباشرة أي عن طريق تقديم الكفيل للوفاء به.

ولقد أثارت كفالة الالتزام الطبيعي جدلا حادا في الفقه الفرنسي حيث عاد جانب منهم إلى القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم اللذان كانا يجيزان كفالة هذا الالتزام، واستندوا لدعم هذا الرأي إلى ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 2012 فقرة 02 قانون مدني على جواز كفالة التزام ناقص الأهلية، وما دام المشرع يجيز كفالة ناقص الأهلية فهذا يعني أنه يجيز كفالة الالتزام الطبيعي، كما يعتبرون كذلك الوفاء بالالتزام الطبيعي وفاءا صحيحا، ولذلك ليس هناك ما يمنع كفالة هذا الالتزام[2].

---

[1] أبو سعود رمضان و زهران همام محمد محمود، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1998، ص67.

[2] عبده محمد علي، المرجع السابق، ص40-41.

أما جانب آخر من الفقه انتقد هذا الرأي على أساس أن كفالة ناقص الأهلية لا تقاس عليه كفالة الالتزام الطبيعي، فلا يعتبر من كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته بكفيل أصلا، وإنما يعتبر مدين أصلي التزامه معلق على شرط واقف، أي أنه معلق على عدم تنفيذ ناقص الأهلية لالتزامه وتمسكه بنقص أهليته، ويكون الكفيل هو المدين الأصلي للالتزام، وبعد استخلاص الرأي الأول لقاعدة جواز كفالة الالتزام الطبيعي ولكن يرون عدم جواز كفالة الالتزامات الأدبية والأخلاقية، في حين أن هذه الالتزامات تعتبر حسب البعض التزامات طبيعية[1].

الفرع الثاني: الحالات التي تجوز فيها كفالة الالتزام الطبيعي

بما أن معظم الفقهاء أجمعوا على عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعي، وذلك لأن التزام الكفيل تابع للالتزام المدين الأصلي الذي لا يجوز له الوفاء به، فلا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين الأصلي، حيث تؤدي كفالة الالتزام الطبيعي إلى إجبار المدين على الوفاء به بطريق غير مباشر، أي حيث يتم الرجوع عليه من طرف الكفيل وذلك يؤدي في الأخير إلى الوفاء به[2].

ونجد أن هناك بعض الحالات تكون فيها كفالة الالتزام الطبيعي:

الحالة الأولى: إذا تقدم شخص لكفالة التزام طبيعي، وهو عالم بأن الالتزام المكفول طبيعي، فإن العقد هنا لا ينعقد ككفالة وإنما الكفيل يصبح هو الملتزم بصفة أصلية[3]، رغم أن بعض الشرح يرون أن تعهد الكفيل بالوفاء بالالتزام الطبيعي مع علمه بذلك، هو بمثابة التعهد عن الغير، فهو في الواقع يتعهد بحمل المدين على قبول الوفاء بالتزامه، وإلا أصبح مسؤولا عن الدين اتجاه الدائن، حيث أن تعهده قد حول الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني[4].

---

[1] أبو سعود رمضان و زهران همام محمد محمود، المرجع السابق، ص67.

[2] منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص 100-101.

[3] تناغو سمير، المرجع السابق، ص43.

[4] حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص182.

الحالة الثانية: إذا كفل شخص التزاما مدنيا ثم تحول ذلك الالتزام إلى الالتزام الطبيعي، وبذلك يتحول أيضا التزام الكفيل إلى التزام طبيعي، وفي هذه الحالة إذا قام الكفيل بالوفاء بالدين باختياره وعلمه بذلك لا يحق له استرداد ما دفعه[1]، وهذا ما نصت عليه المادة 162 ق.م .ج على أن:«**لا يسترد المدين ما أداه باختياره، بقصد تنفيذ التزام طبيعي**».

الحالة الثالثة: هي الحالة التي يتم فيها تقديم الكفيل من طرف المدين في الالتزام الطبيعي للدائن، فإن هذا يدل على أن المدين أراد الوفاء، ولذلك يتحول التزامه من التزام طبيعي إلى التزام مدني، ويعتبر من يضمن الوفاء به كفيلا طبقا لأحكام الكفالة[2].

الفرع الثالث: أثار الالتزام الطبيعي

ومن التعريف المذكور سابقا، نجد أن آثار الالتزام الطبيعي تتمثل في أمرين هما:

الأول: جواز الوفاء به، أي يجوز للمدين في الالتزام الطبيعي الوفاء به وهو حر فله أن يوفي أم لا.

الثاني: حيث أن الالتزام الطبيعي يمكن أن يتحول لالتزام مدني، وكلا الأمرين منوط بإرادة المدين فهو لا يجبر في الالتزام الطبيعي على الوفاء لفقدانه لعنصر المسؤولية، أما غير ذلك من الآثار فلا يتصور وجوده إلا مع توفر عنصر المسؤولية الذي يفتقر إليه الالتزام الطبيعي، مما أدى إلى استبعاده من التشريعات الحديثة وذلك لعدم جواز إجبار المدين على الوفاء[3].

و في الأخير نجد أن الالتزام الطبيعي لا يمكن أن يشكل الالتزام موضوعا للكفالة وذلك لسببين:

- لا يمكن أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين الأصلي.

- كفالة الالتزام الطبيعي تفتح المجال لإجبار المدين على الوفاء عن طريق غير مباشر، إذ يجبر الدائن الكفيل على الوفاء، ثم للكفيل حق الرجوع على المدين الأصلي، وهذا الأمر يتنافى مع تعريف الالتزام الطبيعي[4].

---

[1] حسني محمود عبد الدايم، المرجع نفسه، ص183.

[2] باقي وداد، المرجع السابق، ص45.

[3] حسني محمود عبد الدائم، المرجع السابق، ص180.

[4] عبده محمد علي، المرجع السابق ،ص42؛ البكري محمد عزمي، المرجع السابق، ص54- 55.

المبحث الثاني

صحة الالتزام المكفول وتعيينه

لا يكفي شرط الوجود لكي ترتب الكفالة التزاما في ذمة الكفيل بضمان الالتزام الأصلي المكفول، بل يجب أن يكون هذا الأخير (الالتزام المكفول) صحيحا ومعينا أو قابلا للتعيين فيما بعد مهما كان مصدر الالتزام المكفول سواء كان عقد أو غير عقد، وحيث تنص المادة 648 ق.م.ج على أن: «**لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا**».

وسنتناول في هذا المبحث صحة الالتزام المكفول في (المطلب الأول)، وتعيين أو قابلية لتعيين الالتزام المكفول في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

صحة الالتزام المكفول

أشارت المادة 648 ق.م.ج السالفة الذكر على أنه يجب أن يكون الالتزام المكفول صحيحا لكي تصح الكفالة، وفي حالة كون الالتزام المكفول باطل لأي سبب كان لا تصح فيه الكفالة، ولكن لابد من تمييز ما إذا كان البطلان مطلق أم أنه فقط قابل للإبطال، ونضيف إلى ذلك حكم كفالة ناقص الأهلية.

وسنتناول في هذا المطلب كفالة الالتزام الباطل بطلان مطلق في (الفرع الأول)، وكفالة الالتزام القابل للإبطال في (الفرع الثاني)، وكفالة ناقص الأهلية في (الفرع الثالث)، أثار الالتزام المكفول الباطل في(الفرع الرابع).

الفرع الأول: كفالة الالتزام الباطل بطلان مطلق

بما أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي في صحته حتما سيتبعه في بطلانه، بمعنى أنه إذا كان الالتزام الأصلي باطلا بطلانا مطلقا يتبعه التزام الكفيل ويكون هو كذلك

باطلا بطلانا مطلقا، بحيث أن بطلان الالتزام الأصلي وعدم وجوده قانونيا يؤدي إلى استحالة وجود محل التزام الكفيل باعتبار أن الكفيل يقوم بضمان التزام ليس له وجود قانوني[1].

حيث يكون الالتزام الأصلي باطلا في حالة كون العقد الذي أنشأه المدين والدائن باطلا، أو يكون باطلا في حالة اختلال أحد أركانه كانعدام ركن التراضي، أو كان محله غير معين أو مستحيلا، أو في حالة كون سببه غير مشروع...الخ[2].

ومن أمثلة العقود الباطلة نجد الدين الناتج عن المقامرة أو الرهان، دين الربا الفاحش في حالة زيادة مقدار الفائدة المسموح بها قانونا، الدين الذي يكون محله غير موجود، الدين الذي يكون مصدره هبة باطلة الشكل...الخ[3].

فإذا قام الكفيل بالوفاء بالدين للدائن رغم هذا البطلان المطلق، فإنه لا يحق له الرجوع على المدين لانعدام التزام هذا الأخير، لأن الرجوع يتطلب وجود الالتزام المكفول، وله فقط حق الرجوع على الدائن بدعوى دفع غير المستحق أي بطلان الوفاء الذي قام به الكفيل [4].

فإذا كان الدائن قام بتنفيذ التزامه بتسليم محله للمدين، ولم يقم هذا الأخير بتنفيذ التزامه المقابل وأجبر الكفيل على الوفاء بموجب حكم نهائي، فإن المدين أثري على حساب الكفيل، وللكفيل حق الرجوع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب، ومثال ذلك أن يبيع المالك عقار لأجنبي ويسلمه له بضمانة الكفيل، ثم يرجع البائع على الكفيل بحكم نهائي ويصدر قانون يجيز للأجانب تملك عقارات، وهو ما يتحقق معه إثراء المشتري على حساب الكفيل الذي قام بالوفاء بثمن الدين المكفول[5].

---

[1] معطي محمد محمود، الكفالة في ضوء الفقه والاجتهاد القضائي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، مصر، 2009، ص61.

[2] كبارة نزية، العقود المسماة (البيع، الإجازة، الوكالة، الكفالة)، ، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان، 2010، ص387.

[3] كبارة نزية، المرجع نفسه، ص388.

[4] طلبة أنوار، المرجع السابق، ص331.

[5] طلبة أنوار المرجع السابق، ص331-332.

وبما أن البطلان المطلق متعلق بالنظام العام هذا ما يجعل المحكمة تقضي به من تلقاء نفسها، وكذلك يجوز لكل ذي مصلحة التمسك به ودعوى البطلان لا تسقط إلا بمضي 15 سنة من وقت إبرام العقد والبطلان لا يزول بالإجازة[1].

الفرع الثاني: كفالة الالتزام القابل للإبطال

الالتزام القابل للإبطال هو التزام صحيح ينتج كافة آثاره حتى يتقرر إبطاله، وكذلك كفالة هذا الالتزام تكون جائزة وصحيحة، وتأخذ حكم الالتزام الأصلي، أي تبقى صحيحة ما دام الالتزام الأصلي مازال قائما و لم يبطل، فهي تتبع الالتزام الأصلي في الإجازة أو في الإبطال، وحيث يتفق هذا الحكم مع جميع الحالات القابلة للإبطال لأي عيب من العيوب مع مراعاة الحكم الخاص بناقص الأهلية[2].

ولكن يقتضي منا معرفة إذا كان الكفيل يعلم أن الالتزام الأصلي قابل للإبطال أم لا، فإذا كان الكفيل لا يعلم أن الالتزام الأصلي قابل للإبطال، في هذه الحالة الكفالة تتبع الالتزام الأصلي، فتبطل بإبطاله ولا ينتج عليها أي أثر، لأن الكفيل لم يكن يقصد الالتزام بصفة أصلية، وإنما كان في اعتقاده يكفل التزاما صحيحا وإذا أوفى بالدين يجوز له الرجوع على المدين بما وفاه، والكفيل يعتبر قد وقع في غلط جوهري وهو موضوع التزامه، فيحق له طلب إبطال التزامه ما لم يطلب المدين ذلك[3].

أما إذا كان الكفيل على علم بقابلية العقد للإبطال، وإذا لم يتمسك المدين بالبطلان يكون الكفيل قد نفذ التزامه، أما إذا تمسك المدين بالبطلان يصبح الكفيل ملتزما أصليا بالوفاء لأنه تعهد عن الغير[4].

ونجد أن العقد القابل للإبطال يعتبر كالعقد الباطل بطلانا مطلقا، حيث يمكن للكفيل فيه

---

[1] المادة 102 ق. م .ج.

[2] سليمان سارة، المرجع السابق، ص22.

[3] أدوار هاري نجيم، الكفالة في القوانين والاجتهادات اللبنانية والأجنبية، الطبعة الأولى ، دون دار النشر ، لبنان، 1996، ص122.

[4] أبو سعود رمضان و زهران همام محمد محمود، المرجع السابق، ص 71-72.

إثارة الدفوع المتعلقة بالدين التي يثيرها المدين، ولذلك إذا تقرر إبطال العقد الذي ينشأ عنه التزام المكفول محل الكفالة بناءا على طلب المدين أو الكفيل، يزول التزام المدين بأثر رجعي فيعتبر كأّنه لم يكن أصلا، وتتبعه الكفالة في ذلك وتعد هي أيضا كأنها لم تكن[1].

الفرع الثالث: كفالة الالتزام ناقص الأهلية

تناول المشرع الجزائري كفالة ناقص الأهلية في مادتين، حيث تتمثل الأولى في المادة 649 ق.م.ج والتي تنص على أنه « **من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول،باستثناء الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة654**».

أما المادة الثانية فتتمثل في المادة 654 ق.م.ج فقرة 02 فتنص على أنه **« 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»**.

وتطبيقا لهذين النصين معا يجب التفرقة بين ثلاث حالات:

الحالة الأولى: عدم علم الكفيل بنقص أهلية المدين الذي يكلفه، وفي هذه الحالة يعتبر الكفيل كفيلا لا مدينا أصليا، وتسري عليه جميع أحكام الكفالة، وله أن يتمسك بالدفوع التي يتمسك بها المدين الأصلي، ولذلك يكون للكفيل حق التمسك بقابلية العقد للإبطال، وبالتالي تبطل الكفالة تبعا لذلك، ويجوز له التمسك بهذا الدفع حتى ولو أجاز المدين الناقص الأهلية العقد الذي تم إنشاءه[2]، وهذا الحكم يستنتج بمفهوم المخالفة من نص المادة 654 ق.م.ج السالفة الذكر.

الحالة الثانية: أن يكون الكفيل على علم بنقص أهلية المدين الذي يكفله، وفي هذه الحالة يكون الكفيل كفيلا أيضا لا مدينا أصليا، ويكون التزام الكفيل قابلا للإبطال بالتبعية، فإذا تمسك المدين ببطلان التزامه و حكم له بالبطلان فيعتبر كأنه لم يكن، فيتبعه التزام الكفيل في ذلك، أما

---

[1] باقي وداد، المرجع السابق، ص47.

[2] الشهاوي قدري عبد الفتاح، المرجع السابق، ص77- 78؛ البكري محمد عزمي، المرجع السابق، ص 56.

إذا أجاز المدين التزامه وظل قائما وينتج أثاره، فإنه تبعا تظل الكفالة قائمة وتنتج هي الأخرى أثارها، ولا يجوز للكفيل أن يتمسك ببطلان التزامه[1]، وذلك طبقا لنص المادة 02/654 ق.م.ج.

الحالة الثالثة: أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته، وهذه الحالة تعرضت إليها المادة 649 ق.م.ج المذكورة سابقا.

ففي هذه الحالة يكون الكفيل عالما بنقص أهلية المدين، وقصد بكفالته ضمان الوفاء إذا كان الالتزام الأصلي باطلا، وحيث انصرفت نيته إلى تأمين الدائن من خطر تمسك المدين بالبطلان التزامه بسبب نقص أهليته، إذا قام المدين الأصلي بإبطال التزامه يحل الكفيل محله وينفذ الالتزام الأصلي بصفته مدينا أصليا.

أما إذا أجاز ناقص الأهلية العقد وانقلب العقد صحيحا نافذا بالإجازة، فإن المدين الأصلي هو الذي يصبح ملزما بتنفيذ الالتزام الأصلي، والكفيل يكون ضامنا للدائن في تنفيذ هذا الالتزام، باعتباره كفيلا وليس مدينا أصليا، وتسري عليه أحكام الكفالة[2].

الفرع الرابع: أثار الالتزام المكفول الباطل

متى تقرر بطلان العقد الأصلي سواء كان بطلانا نسبيا أو بطلانا مطلقا، ويكون الإبطال في حالة البطلان النسبي بحكم قضائي، أما في حالة البطلان المطلق فلا ضرورة لصدور حكم بالبطلان ولكن غالبا ما ترفع الدعوى لتقريره، ففي الحالتين يرجع الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، ويكون ذلك بأثر رجعي ويعتبر العقد كأن لم يكن، بمعنى أنّ عقد الكفالة عقد تابع للالتزام الأصلي، ومن أمثلة ذلك نجد: إذا قام شخص بكفالة المشتري في دفع ثمن المبيع للبائع في حالة عدم دفعه من طرفه، وبعد ذلك تقرر بطلان البيع، وبما أن التزام الكفيل

---

[1] مرسي محمد كامل باشا، شرح القانون المدني، العقود المسماة، الجزء الأول (الكفالة، الوكالة، السمسرة، الصلح، التحكيم، الوديعة، الحراسة)، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف، مصر، 2005، ص- ص:124- 126؛ مرقس سليمان، الوافي شرح القانون المدني، الجزء الثالث عقود المسماة، المجلد الثالث عقد الكفالة، المرجع السابق، ص59.

[2] السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص- ص:48-50.

تابع لالتزام المدين الأصلي فببطلانه تبطل الكفالة بالتبعية[1].

وكذلك نجد في بعض الحالات القانون يرتب على العقد الباطل بعض الآثار العرضية، لا باعتباره عقدا ولكن واقعة مادية كتحول العقد إلى عقد أخر في حالة توفر فيه أركان ذلك العقد أو إنقاصه بسبب بطلان شق معين منه، وذلك الشق لا يؤثر في العقد[2].

وفي حالة تحول العقد الأصلي الباطل إلى عقد أخر، فإن التزام الكفيل كذلك يتحول إلى كفالة ذلك العقد الجديد بما أنه التزام تابع للالتزام الأصلي في بطلانه وصحته[3]، وحيث نصت المادة 105 ق.م.ج على أن: **« إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد أخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد».**

أما إذا كان العقد الأصلي باطلا فقط في جزء منه وكان قابلا للانقسام، فإنه يتم إنقاص ذلك الجزء، وقد نصت المادة 104 ق.م.ج على أنه: « **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».**

و يتضح لنا من خلال هذا النص أنه إذا تضمن العقد جزءا باطلا أو قابلا للإبطال وكان ذلك الجزء هو جوهر العقد أي لولاه لما تم العقد، فإن العقد يبطل كله وإذا تمت كفالته تبطل هي كذلك[4].

أما إذا كان العقد متضمنا جزءا باطلا ليس هو جوهر العقد فيقتصر البطلان عليه وحده، والكفيل يقوم بكفالة الجزء الصحيح فقط تابعا للالتزام الأصلي ومثال ذلك: شخص كفل مشتري اشترى مجموعة من الساعات معتقدا أن كلها من الذهب ثم يتضح أنه وقع في غلط بالنسبة

---

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص84-83.

[2] السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص263.

[3] السعدي محمد صبري، المرجع نفسه، ص264.

[4] المرجع نفسه، ص266.

لبعضها، لأنها من النحاس فيتم تجزئة العقد إلى شطرين:

الأول: يشمل الساعات التي لم يقع المشتري في الغلط بالنسبة إليها.

أما **الشطر الثاني**: يشمل الساعات التي وقع المشتري في غلط فيها، وعليه يبطل الشطر الثاني ويبقى الأول صحيحا، والكفالة كذلك تبطل في الشطر الثاني وتقتصر على الشطر الأول الذي يعتبر صحيحا، ويلتزم الكفيل بكفالة ذلك الشطر وحده[1].

المطلب الثاني

تعيين الالتزام المكفول

يتحقق تعيين محل التزام الكفيل إما بحلول التزام الكفيل محل الالتزام الأصلي دون أي تعديل يطرأ عليه، وذلك بما يعرف بالكفالة المطلقة، وإما بتحديد ما تتضمنه الكفالة بما يعرف بالكفالة المحددة.

وسنتناول في هذا المطلب الكفالة المطلقة في (الفرع الثاني)، والكفالة المحددة في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الكفالة المطلقة وأثارها

أولا-المقصود بالكفالة المطلقة

هي الكفالة التي لا يقوم فيها الكفيل بتعيين التزامه، وإنما يتم تعيين فقط الدين الذي يكفله، وهو ما يجعل محل التزامه قابلا للتعين[2].

الالتزام المكفول يتعين بتعيين طرفيه ومصدره ومحله، فيجب أولا تعيين طرفي الالتزام

---

[1] السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد و الإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 266-267.

[2] تناغو سمير، المرجع السابق، ص51.

الأصلي الدائن والمدين، وتعيين الدائن له أهمية في عقد الكفالة بما أنه الطرف الأصلي فيها، وكذلك لابد من تعيين المدين الذي يقوم الكفيل بكفالته رغم أنه ليس طرفا في العقد، وبتعيينه يعرف الكفيل أي مدين يكفله ليرجع عليه بعد الوفاء، وكذلك في حالة تعدد المدينين للدائن لمعرفة أي مدين يكلفه، وإذا تمت حوالة الدين المكفول إلى مدين آخر فلا يبقى الكفيل ملتزما بالدين إلا إذا رضي بالحوالة[1]، وذلك وفقا للفقرة الثانية من المادة 254 ق.م.ج التي تنص على أن:« **يحال الدين بكامل ضماناته.**

غير أنه لا يبقى للكفيل،عينيا كان أو شخصيا، التزام تجاه الدائن إلا إذا رضي بالحوالة».

كذلك يجب تعيين محل التزام المكفول سواء كان مبلغا من النقود، أو قيام بعمل أو الامتناع عن عمل معين، وإذا كان مبلغا من النقود فيذكر قيمته، وإذا كان بضاعة يحدد نوعها ومقدارها، ويكون التزام الكفيل ذلك المقدر المذكور ولا يتعداه[2].

كما يجب كذلك تعيين مصدر الالتزام المكفول، وتكمن أهمية ذلك في حالة تعدد الالتزامات في ذمة ذات المدين في مواجهة الدائن المكفول به، وأن تحديد مصدر الالتزام المضمون يساعد الكفيل على معرفة الالتزام المضمون من حيث صحته، نطاقه، وانقضاؤه، مع ما لهذا من أثر على التزامه بالنظر لتبعيته للالتزام الأصلي المكفول[3].

فإذا تم تحديد التزام المكفول على هذا النحو دون تحديد التزام الكفيل، نجد أن التزام الكفيل يكون مطابقا لالتزام المدين، وهذا ما يجعل الكفالة في هذه الحالة تسمى بالكفالة المطلقة أو غير محددة، لأن الكفيل جعل التزامه غير محدد أي مطلقا وجعله مساويا مع التزام المدين في مقداره، شروطه، ملحقاته، طريقة الوفاء به وأوصافه...الخ[4].

---

[1] باقي وداد، المرجع السابق، ص49.

[2] تناغو سمير، المرجع السابق، ص51.

[3] زهران همام محمد محمود، المرجع السابق، ص93.

[4] شرف الدين أحمد، المرجع السابق، ص38-39؛ زهران همام محمد محمود، المرجع السابق، ص94-95.

وفي الكفالة المطلقة يكون التزام الكفيل شاملا لأصل الدين، وكل ما يلحقه من ملحقات ومصاريف على النحو الذي جاءت به المادة 653 ق.م.ج.

وعلى ذلك فإن محل التزام المكفول في هذه الحالة يشمل:

- أصل الدين المكفول دون زيادة أو نقصان، سواء كان محدد المقدار أو غير محدد المقدار طالما أنه قابل للتعيين.

- ملحقات هذا الدين التي تعتبر من توابعه يشملها التزام الكفيل كالفوائد القانونية والتعويضات الناشئة عن الدين في الوفاء، وعن إخلال المدين بالتزامه بصفة عامة.

- المصروفات التي تم إنفاقها من طرف الدائن أثناء رجوعه إلى المدين[1].

حيث أن المشرع فرق بين مصروفات المطالبة الأولى، وما يليها من المصروفات ومصروفات المطالبة الأولى تتمثل في المصاريف التي تنفق في إجراءات رجوع الدائن على المدين، وهي تدخل في مضمون التزام الكفيل، والقانون أوجب على الدائن الرجوع أولا على المدين قبل الرجوع على الكفيل[2]، وذلك طبقا للفقرة الأولى من المادة 660 ق.م.ج التي تنص: **«لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين»**.

أما المصروفات اللاحقة كمصاريف سير الدعوى مثلا، فلا يلتزم بها الكفيل إلا إذا أخطره الدائن بمطالبته للمدين بالمطالبة الأولى، وقد يوفي الكفيل بها ويتفادى المصروفات، فأما إذا امتنع الكفيل عن الوفاء يصبح مسؤولا عليها[3].

ثانيا - أثار الكفالة المطلقة

إذا كانت الكفالة غير محددة فإن الكفيل يسأل عن أصل الدين المكفول وملحقاته وتوابعه كالفوائد القانونية والاتفاقية وكذلك كل ما يترتب عن التأخير في الوفاء، أو عن إخلال المدين

---

[1] زهران همام محمد محمود، المرجع السابق، ص98-99.

[2] باقي وداد، المرجع السابق، ص50.

[3] زهران همام محمد محمود، المرجع السابق، ص100.

عن التزامه بصفة عامة، كما أن الكفيل يسأل عن المصروفات المطالبة بالدين سواء وجهت المطالبة إليه أو إلى المدين أو إليهما معا.

حيث نجد الكفالة المطلقة ترتب كافة أثارها على الدين المكفول وكل ما يلحقه، ونجد أن إذا كانت لاحقة لأخطار الدائن له بمطالبته للمدين[1]، وإذا لم يقم الدائن بإخطار الكفيل باتخاذ الإجراءات، فإنه يكون مقصرا ويتحمل نتيجة تقصيره، فلا تمتد أثار الكفالة بالنسبة إليه ويكون الكفيل غير ملزم بها، لأنه لو قام الدائن بإخطار الكفيل بذلك فربما قام بالوفاء، أما إذا قام الدائن بإخطاره ولم يوف فإن الكفالة تشمل كذلك المصروفات التي تلي المطالبة الأولى أيضا وتمتد أثارها إليها[2].

الفرع الثاني: الكفالة المحددة وأثارها

أولا- المقصود بالكفالة المحددة

الكفالة المحددة هي الكفالة التي يتم فيها تحديد التزام الكفيل بدقة، ومعنى تحديد التزام الكفيل أنه يجب أن لا يتعدى المدين المكفول ولا الالتزام المضمون، ولا الوقت المحدد للكفالة[3]، وكذلك ألا يكون التزام الكفيل أشد عبئا من الالتزام الأصلي[4].

1- التزام الكفيل لا يتعدى المدين المكفول: إذا قام الكفيل بكفالة شخص معين، فإن كفالته لا يجب أن تتعدى هذا الشخص إلى غيره، لأن المدين يعتبر عنصرا هاما في الكفالة ككل رغم أنه ليس طرفا فيها، فالغلط في شخص المدين يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال، فإذا تغير المدين وحل محله مدين جديد فهنا الكفيل لا يكفله إلا إذا رضي بذلك، طبقا للنص المادة 254 ق.م.ج السابقة الذكر[5].

---

[1] سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص42.

[2] أبو سعود رمضان وزهران همام محمود، المرجع السابق، ص79.

[3] أبو سعود رمضان وزهران همام محمد محمود، المرجع نفسه، ص76.

[4] تناغو سمير، المرجع السابق، ص52.

[5] باقي وداد، المرجع السابق، ص50.

2- **التزام الكفيل لا يتعدى الالتزام المكفول:** بكفالة أصل الدين فلا تمتد الكفالة إلى فوائده وملحقاته، ومثلا إذا قام الكفيل بكفالة ما يقترضه المدين من الدائن بعد الكفالة، فالكفيل ملزم فقط بالمبلغ الذي اقترضه المدين بعد الكفالة فلا يسأل عن المبلغ الذي اقترضه قبل الكفالة وإذا قام بكفالة المستأجر في عقد الإيجار، فإن كفالته تنصب فقط على الالتزامات الناشئة عن هذا العقد، فلا يسأل عن الالتزامات المترتبة عن تجديد هذا العقد تجديدا ضمنيا، ويعتبر الإيجار هنا إيجارا جديدا لا مجرد امتداد للإيجار الأصلي[1].

3- التزام الكفيل لا يتعدى الوقت المحدد في الكفالة: إذا ارتضى شخص أن يكفل المدين إلى وقت معين، فلا يجوز أن يتجاوز التزامه حدود هذه المدة، كما قد يحدد الكفيل وقتا معينا تنشأ فيه هذه الكفالة كما هو الحال في الالتزامات المستقبلية، حيث تبرأ ذمة الكفيل إذا لم ينشأ الالتزام الأصلي خلال تلك المدة، وقد يُعلق الكفيل التزامه على أجل واقف فلا يلتزم بالكفالة إلا ابتداءا من وقت معين، وقد يُعلقها على أجل فاسخ فلا يصبح الكفيل ضامنا للمدين بعد انقضاء ذلك الوقت[2].

4- لابد أن يكون التزام الكفيل أخف من التزام المدين: تنص المادة 652 ق م ج على أن: **«لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول.**

ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل أو شرط أهون»، هذا النص يعتبر من القواعد المقيدة للاتفاق على تحديد التزام الكفيل، فطبقا له لا يجوز للدائن والكفيل الاتفاق على التزام بمبلغ أكبر من الدين الأصلي مثلا، وإذا كان المدين ملزما بعشرة آلاف دينار جزائري فلا يلزم الكفيل إلا بدفع ذلك المبلغ، ولا يجوز له دفع أكثر من ذلك، كما لا يجوز أن يكون التزام الكفيل منجزا بينما التزام المدين مضاف إلى أجل، أو يكون التزام الكفيل باتا بينما التزام المدين معلقا على شرط، وكذلك لا يجوز أن يكون ميعاد التزام الكفيل أقرب من ميعاد التزام المدين، ولا يجوز أن

---

[1] أبو سعود رمضان وزهران همام محمد محمود، المرجع السابق، ص77.

[2] باقي وداد، المرجع السابق، ص51.

يلتزم الكفيل بالدفع في مكان أبعد بالنسبة له من المكان الذي يلتزم المدين بالدفع فيه...الخ[1].

ويلاحظ أنه في حالة عدم احترام القاعدة السابقة، يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين فلا ينجر عنه إبطال العقد، وإنما يرد التزام الكفيل إلى حدود التزام المدين، بحيث تكون الكفالة صحيحة في حدود الالتزام الأصلي، وذلك تطبيقا لنظرية إنقاص العقد أو البطلان الجزئي[2]، التي نصت عليها المادة 104 ق.م.ج المذكورة سابقا والتي تنص على أنه: «**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**».

وإذا كان لا يجوز الاتفاق على أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين، فإنه بمفهوم المخالفة يجوز أن يكون أخف منه، فإنه يجوز للكفيل ضمان جزء من الدين فقط، أو ضمان الدين الأصلي دون ملحقاته ومصروفاته، أو أن يلتزم بالوفاء في أجل بعيد أو الوفاء على أقساط أو أن يكون التزام الكفيل معلق على شرط في حين يكون التزام الأصلي منجزا، كما يجوز للكفيل اشتراط أن يكون الوفاء بالتزامه في موطنه، ولو كان الوفاء بالالتزام الأصلي في مكان آخر[3].

ثانيا - أثار الكفالة المحددة

للكفالة المحددة أثار معينة تتمثل في:

إذا قام الكفيل بضمان الدين دون فوائده وملحقاته، فهو لا يسأل عن هذه الفوائد والملحقات، فيسأل فقط عن أصل الدين، فنجد الكفالة ترتب أثارها عليه دون الفوائد والملحقات[4]، فمثلا إذا كان أصل الدين عشرة آلاف دينار فهو يضمن ذلك فقط، فلا يضمن ما ينشأ عنه من فوائد وملحقات[5].

---

[1] تناغو سمير، المرجع السابق، ص53.

[2] تناغو سمير، المرجع نفسه، ص54

[3] باقي وداد، المرجع السابق، ص52.

[4] سي يوسف زاهية، المرجع السابق ، ص43.

[5] حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص207.

أما إذا قام الكفيل بضمان جزء من الدين فإنه يسأل فقط عن ذلك الجزء، فلا يسأل عن الجزء المتبقي من الدين، فإذن الكفالة ترتب أثارها فقط على الجزء المتفق عليه دون الجزء الأخر [1].

و نجد أن أثار الكفالة المحددة لا تتجاوز الحدود المرسومة في العقد.

و في الأخير نستخلص أنه بالإضافة إلى ركني التراضي والسبب لابد من وجود محل التزام الكفيل الذي يجب أن يكون موجودا أو قابلا للوجود في المستقبل كالالتزام المستقبلي والالتزام الشرطي وكما يمكن كفالة الالتزام الطبيعي.

كما يجب أن يكون هذا الالتزام صحيحا و معينا أو قابلا للتعيين، وبتوفر المحل على هذه الشروط المذكورة تتحقق الغاية منه ويكون قابلا للكفالة.

[1] سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص43.

خاتمة:

في الأخير نخلص أن الكفالة تخضع للأحكام العامة للعقد، فيجب لانعقادها أن تتوفر فيها أركان هذا الأخير، وهي التراضي، السبب و المحل، والتي لا يمكن الاستغناء عنها، ولقد تطرقنا في الفصل الأول لركني التراضي والسبب، وفي الفصل الثاني تطرقنا لركن المحل.

وفيما يخص ركن التراضي نستنتج أنه يجب أن يتطابق فيه إيجاب وقبول كل من الدائن والكفيل في التعبير عن إرادتهما، كما يجب أن يكون التعبير عن إرادة الكفيل صريحا لا يدع أي مجال لشك نظرا لخطورة الالتزام بالنسبة إليه، أما تعبير الدائن عن إرادته لا يشترط أن يكون صريحا وإنما حتى السكوت يعتبر منه قبولا.

وقد أوجب المشرع أن تتوفر في الكفيل الذي يقدمه المدين الشروط المنصوص عليها في القانون، وهي تلك الشروط التي تضمنتها المادة 646 ق.م.ج كشرط اليسار والإقامة بالإضافة إلى شرط الأهلية الذي لم تقم المادة بذكره رغم أنه شرط مهم، وفي حالة تخلف أحد هذه الشروط ولم يقم المدين بتقديم ضمان أخر يسقط أجل الدين ويجب عليه الوفاء.

ونستنتج أيضا أنه لكي يكون التراضي صحيحا لابد أن تتوفر فيه أهلية الدائن والكفيل دون النظر إلى أهلية المدين، أما فيما يخص أهلية الدائن فتكفي فيه أهلية التصرف بما أن الكفالة تعتبر من الأعمال النافعة نفعا محضا بالنسبة إليه، وكذلك لابد أن تكون الإرادة المعبر عنها خالية من العيوب التي تشوبها كالغلط والإكراه والتدليس والاستغلال.

أما فيما يخص ركن السبب فلقد ثار خلاف حوله، فنجد النظرية التقليدية تعتبره الغرض المباشر للتعاقد، وتشترط فيه المشروعية والوجود لصحته، أما النظرية الحديثة تعتبره الدافع أو الباعث لتعاقد أي النظر إلى نية المتعاقد، وتشترط فيه المشروعية لصحته، ونجد المشرع الجزائري قد أخذ بالنظريتين معا، و بالإضافة إلى هاتين النظريتين يوجد رأي ثالث يرى أنه ليس هناك لزوم لوجود السبب لإبرام عقد الكفالة، ويعتبرون العقد تصرف يتجرد من السبب،وذلك يجعل الكفالة تنعقد حتى ولو لم يكن هناك سبب.

ونستنتج كذلك أن عقد الكفالة يتميز عن غيره من العقود، إذ يشتمل ثلاثة أنواع من

العلاقات، وهي تتمثل في علاقة المدين بالدائن وهي علاقة أصلية، وكذا علاقة الكفيل بالدائن، وأخيرا علاقة المدين بالكفيل، ولقد أثارت هذه العلاقات جدلا كبيرا بين الفقهاء حول تأثيرها على فكرة السبب.

أما بالنسبة لركن المحل فنستنتج أنه ركن أساسي في عقد الكفالة إلى جانب كل من التراضي والسبب، أي بوجوده وصحته وتعيينه تتحقق الغاية منه ويرتب كافة أثاره، ولكن لا يشترط في المحل أن يكون موجودا وقت الكفالة، وإنما يمكن أن يوجد في المستقبل ككفالة الالتزام المستقبلي وكفالة الالتزام الشرطي سواء كان معلقا على شرط واقف أو كان معلقا على شرط فاسخ،كما يمكن كذلك كفالة الالتزام الطبيعي.

و نستنتج أيضا أن الالتزام المكفول لا يشترط فيه الوجود فقط، وإنما لابد أن يكون صحيحا ومعينا، ولكي يكون صحيحا يجب أن لا يكون باطلا سواء كان بطلانا مطلقا أو بطلانا نسبيا، وإذا كانت الكفالة بسبب نقص أهلية المدين وتمسك هذا الأخير بالبطلان يصبح الكفيل مدينا أصليا.

ونستنتج فيما يخص تعيين الالتزام المكفول أنه يتحقق إما بحلول التزام الكفيل محل التزام المدين الأصلي دون أن يطرأ عليه أي تغيير أو تعديل وذلك بما يسمى بالكفالة المطلقة، كما يمكن أن لا يتعدى الالتزام المكفول من حيث مبلغ الدين، وقت الوفاء به، أطراف العقد... الخ حسب اتفاق الأطراف وذلك ما يسمى بالكفالة المحددة.

وفي حالة عدم توفر المحل على هذه الشروط المتمثلة في الوجود أو قابليته للوجود، وصحته، والتعيين أو قابليته للتعيين، فإن العقد لم يستوفي الركن الثالث المتمثل في ركن المحل، وهذا ما يؤدي إلى إبطاله.

وفي الأخير لدينا اقتراح فيما يخص إضافة ركن رابع والذي يبدو لنا ركن مهم بالإضافة إلى الأركان السالفة الذكر، والذي يتمثل في الركن الشكلية، أي إيجاد شكل معين للكفالة بما أن الكفالة لا يمكن إثباتها إلا بالكتابة، وكذلك نظرا للخطورة التي تشكلها بالنسبة للأطراف.

وبإضافة ركن الشكلية إلى الأركان الثلاثة لانعقادها فإن ذلك يوفر الآمان والثقة بين

أطراف العقد،فيما يضمن الدائن حقه في حالة عدم استيفاء دينه من المدين الرجوع على الكفيل لاستيفاءه، وكذلك الكفيل في حالة قيامه بالوفاء للدائن فإن ذلك يسهل عليه الرجوع على المدين للحصول على حقه منه، و بهذا نرى أن الشكلية هي ركن ضروري لعقد الكفالة.

وبهذا القدر نكون قد وصلنا إلى نهاية بحثنا الذي نراه متواضعا، ونرجو أن نكون قد ساهمنا ولو بقدر بسيط بتقديم إضافة إلى الدراسات السابقة في هذا المجال، فإذا قصرنا فيه فذلك يدل على طبيعة الإنسان، وإذا أجدنا فذلك بفضل الله وعون أهل الفضل.

وما توفيقي إلا بفضل الله تعالى

قائمة المراجع:

أولا: الكتب

1- الكتب بالعربية:

1-أبو السعود رمضان محمد و زهران همام محمد محمود، التأمينات الشخصية والعينية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1998.

2-أدوار هاري نجيم، الكفالة في القوانين والاجتهادات اللبنانية والأجنبية،الطبعة الأولى ،دون دار النشر، ، لبنان، 1996.

3- البكري محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء، القانون المدني، الكفالة والتأمينات، المجلد التاسع عشر، الطبعة الأولى، دار محمود للنشر والتوزيع، ، القاهرة، 2006.

4- تناغو سمير، التأمينات العينية والشخصية(الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، الكفالة، قانون التمويل العقاري)،الطبعة الأولى، منشأة المعارف ، مصر، 2008.

5- حسني محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق،الطبعة الأولى،دار النشر الجامعي، مصر،2009.

6-دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، دار العلوم للنشر والتوزيع ، الجزائر، 2004.

7- زهران همام محمد محمود، التأمينات العينية والشخصية، (الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز)،الطبعة الأولى،منشأة المعارف،مصر، 2002.

8- السرحان إبراهيم عدنان، شرح القانون المدني، العقود المسماة،(المقاولة، الوكالة، الكفالة)، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن، 2001.

9- سعد نبيل إبراهيم، التأمينات العينية و الشخصية (الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، عقد الكفالة)،الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة ، مصر، 2007.

10-السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، الطبعة الرابعة، دار الهدى للنشر والطباعة و التوزيع، الجزائر، 2009.

11-ـــ، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، الطبعة الأولى، دار الهدى للطبعة والنشر والتوزيع ، الجزائر، 2011.

12- سعيد محمد أحمد، عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للنشر و التوزيع، مصر، 1994.

13- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثالث النظرية العامة بوجه عام، لأوصاف-الحوالة-الانقضاء، الطبعة الأولى، دار الإحياء التراث العربي ، 1958.

14-ـــ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر في التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1970.

15-ـــ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد المجلد الأول نظرية التزام بوجه عام، الجزء الأول مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2000.

16- سي يوسف زاهية، عقد الكفالة، الطبعة الأولى، دار الأمل للنشر والطباعة والتوزيع ، الجزائر، 2001.

17-شرف الدين أحمد، التأمينات الشخصية و العينية(الكفالة،الرهن الرسمي،الاختصاص،الامتياز)،الطبعة الأولى، دون دار النشر،الكويت، دون سنة النشر.

18- الشهاوي قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة، التضامن، التنظيم في التشريع المصري والمقارن، طبعة الأولى، منشأة المعارف،مصر 2002.

19-طلبة أنوار، العقود الصغيرة(الوكالة، الكفالة)، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، دون بلد النشر،2004.

20- عبده علي محمد، عقد الكفالة(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب ومنشور زين الحقوقية ، لبنان، 2005.

21-علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

22-العمروسي أنوار ، التضامن، و التضامم، والكفالة في القانون المدني،الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي ، مصر،1999.

23-فيلالي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد،الطبعة الثانية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

24-قدادة خليل أحمد حسين، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام ،الطبعة الرابعة،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 2005.

25-كبارة نزية، العقود المسماة (البيع، الإجازة، الوكالة، الكفالة)،الطبعة الأولى،المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان،2010.

26-محمدي سليمان ، عقد الكفالة، محاضرات، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر،1998.

27- مرسي محمد كامل باشا، شرح القانون المدني، العقود المسماة، الجزء الأول (الكفالة، الوكالة، السمسرة، الصلح، التحكيم، الوديعة، الحراسة)، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، مصر، 2005.

28- مرقس سليمان، الوفي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني في الالتزامات، المجلد الرابع، أحكام الالتزام، الطبعة الثانية،دار القانونية الشتات، مصر، 1992

29-ـــ، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثالث في العقود المسماة، المجلد الثالث عقد الكفالة، الطبعة الثالثة، دار الكتب القانونية الشتات، مصر، 1994.

30-معطي محمد محمود، الكفالة في ضوء الفقه والاجتهاد القضائي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، مصر، 2009 .

31-منصور محمد حسين، النظرية العامة للائتمان، صور الائتمان وضماناته والوسائل التقليدية والحديثة لحمايته (الكفالة، الرهن الرسمي، حق التخصص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، الطبعة الأولى،دار الجامعة للنشر، مصر،2001.

2-الكتب بالفرنسية:

-Alex Weill et François Terré, Droit civil, les obligations, Dalloz, Deuscienne édition, Paris, 1976 .

ثانيا:المذكرات الجامعية:

1-أبو مشايخ توفيق سليمان سعاد، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليها، دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني، أطروحة مكملة لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2006.

2-باقي وداد، الكفالة في القانون المدني الجزائري الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة بومرداس، كلية الحقوق بودواو، 2009.

3- سليمان سارة، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة التخرج للقضاء، المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية عشر، الجزائر، 2001-2004.

4-كودري فاطمة الزهراء، الحماية القانونية للكفيل في عقود الائتمان، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر -1-، 2012-2013.

ثالثا:النصوص القانونية:

1-أمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 13ماي 2007(الجريدة الرسمية رقم 31 المؤرخة في 13ماي 2007)

2-قانون رقم131 المؤرخ في 09 رمضان 1367 هـ الموافق ل 16 جويلية 1948 ،المنشور بمجلة الوقائع المصرية،عدد رقم 108 مكرر(أ) الصادر في 22 رمضان 1327 هـ الموافق ل 29 جويلية 1948.

رابعا:مواقع الانترنت:

1-أم سامي،عقد الكفالة، http ://sciencesjuridiques.Ahlamontada. net/t1367-topic ،يوم 27-10-2014 على الساعة: 16:38.

الفهرس

الشكر	
الإهداء	
قائمة أهم المختصرات	
مقدمة.....	01
الفصل الأول: التراضي والسبب في عقد الكفالة.....	07
المبحث الأول: التراضي في عقد الكفالة.....	08
المطلب الأول: شروط انعقاد عقد الكفالة.....	08
الفرع الأول: التعبير عن الإرادة وأثاره.....	09
أولا: التعبير عن الإرادة.....	09
ثانيا: آثار التعبير عن الإرادة.....	11
الفرع الثاني: شروط الكفيل الذي يلتزم المدين بتقديمه.....	12
أولا: يسار الكفيل.....	13
ثانيا: الإقامة.....	14
المطلب الثاني: شروط صحة التراضي.....	16
الفرع الأول: الأهلية في عقد الكفالة.....	16
أولا: أهلية الدائن.....	17
ثانيا: أهلية الكفيل.....	17
الفرع الثاني: سلامة الرضا من عيوب الإرادة.....	19
أولا: الغلط	19
ثانيا: التدليس.....	21
ثالثا: الإكراه.....	23
رابعا: الاستغلال.....	24
المبحث الثاني: السبب في عقد الكفالة.....	27
المطلب الأول: المقصود بالسبب.....	27

الفرع الأول: المقصود بالسبب حسب النظرية التقليدية.....	27
أولا: تعريف السبب القصدي.....	28
ثانيا: خصائص السبب القصدي.....	28
ثالثا: شروط السبب القصدي.....	29
الفرع الثاني: المقصود بالسبب حسب النظرية الحديثة.....	30
أولا: تعريف الباعث أو الدافع للتعاقد.....	30
ثانيا: خصائص الباعث أو الدافع للتعاقد.....	31
ثالثا: شروط الباعث أو الدافع للتعاقد.....	31
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من النظريتين.....	33
الفرع الرابع: عقد الكفالة التزام يتجرد من السبب.....	34
المطلب الثاني: أثر العلاقة الثلاثية في الكفالة على السبب وإثباته.....	36
الفرع الأول: أثر العلاقة الثلاثية في الكفالة على السبب.....	36
الفرع الثاني: إثبات السبب في عقد الكفالة.....	37
الفصل الثاني: المحل في عقد الكفالة	40
المبحث الأول: وجود الالتزام الأصلي أو قابليته للوجود في المستقبل.....	41
المطلب الأول: كفالة الالتزام المستقبلي.....	41
الفرع الأول: جواز كفالة الالتزام المستقبلي.....	42
الفرع الثاني: حق الرجوع في كفالة الالتزام المستقبلي.....	43
الفرع الثالث:أثار كفالة الالتزام المستقبلي.....	45
المطلب الثاني:كفالة الالتزام الشرطي	45
الفرع الأول: كفالة الالتزام المعلق على شرط واقف.....	46
أولا: المقصود بالشرط الواقف.....	46
ثانيا: أثار الشرط الواقف.....	47
الفرع الثاني: كفالة الالتزام المعلق على الشرط الفاسخ.....	49
أولا : المقصود بالشرط الفاسخ.....	49

ثانيا: أثار الشرط الفاسخ.....	50
المطلب الثالث: كفالة الالتزام الطبيعي.....	53
الفرع الأول:تعريف الالتزام الطبيعي.....	53
الفرع الثاني: الحالات التي تعتبر فيها كفالة الالتزام الطبيعي.....	54
الفرع الثالث: أثار الالتزام الطبيعي.....	55
المبحث الثاني: صحة الالتزام المكفول وتعيينه.....	56
المطلب الأول: صحة الالتزام المكفول	56
الفرع الأول: كفالة الالتزام الباطل بطلان مطلق.....	56
الفرع الثاني كفالة الالتزام القابل للإبطال.....	58
الفرع الثالث كفالة الالتزام ناقص الأهلية.....	59
الفرع الرابع: أثار الالتزام المكفول الباطل.....	60
المطلب الثاني: تعيين الالتزام المكفول أو قابليته للتعيين.....	62
الفرع الأول الكفالة المطلقة وأثارها.....	62
أولا: المقصود الكفالة المطلقة.....	62
ثانيا:أثار الكفالة المطلقة.....	64
الفرع الثاني: الكفالة المحددة وأثارها.....	65
أولا: المقصود بالكفالة المحددة.....	65
ثانيا: أثار الكفالة المحددة.....	67
خاتمة.....	69
قائمة المراجع.....	72
الفهرس.....	77