تمهيد

تقوم التأمينات الشخصية على فكرة تعدد المسؤولين عن تنفيذ الالتزام، فيتحقق ضمان الدائن فيها من ضم ذمة أخرى إلى ذمة المدين، بحيث لو أعسر المدين تكون الذمة الأخرى مسؤولة عن الوفاء بنفس الدين، وبذلك تتزايد فرص حصول الدائن على حقه. وتعد الكفالة أهم صور التأمينات الشخصية.

نقصد بالكفالة ضم ذمة أخرى إلى ذمة المدين، وبذلك يستطيع الدائن الرجوع على هذا الكفيل بالإضافة إلى الضمان العام الذي له على أموال مدينه .

وللكفالة صورتان : كفالة شخصية وكفالة عينية ، والكفالة الشخصية هي موضوع دراستنا .

وقد قسم القانون المدني نصوص عقد الكفالة إلى فصلين:

- أركان الكفالة في المواد(644- 653).
- أثار الكفالة (654- 673).

إشكالية الدراسة: هل تعد الكفالة وسيلة ناجحة وفعالة لضمان الدين وحماية الدائن من خطر إعسار المدين؟

محاور الدراسة
- مفهوم عقد الكفالة
- أركان عقد الكفالة
- أثار عقد الكفالة
- إنقضاء عقد الكفالة

المحور الأول: مفهوم عقد الكفالة

أولا- **تعريف عقد الكفالة**

هي عقد يتم بين شخصين يسمى الكفيل والدائن. وقد عرفتها المادة 644 من القانون المدني الجزائري بقولها: " الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بان يتعهد للدائن بان يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه" .

يتضح من نص المادة بأن طرفي الكفالة هما: الكفيل والدائن، أما المدين فليس طرفا فيها إذ يصح أن تتم الكفالة دون علمه ورغم إرادته (647 من القانون المدني الجزائري).

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

كما يتبين من نص المادة 644 ق م ج أن الكفالة ترتكز على التزام أصلي وتعمل على ضمان الوفاء به، فهي ترتب التزاما شخصيا في ذمة الكفيل محله الوفاء بالالتزام الأصلي إذا لم يفي به المدين إلا أنها لا تتصور بغير وجود الالتزام الذي يقع على عاتق هذا المدين، كما أنه لا يشترط أن يكون الدين قد نشأ وقت إبرام الكفالة فيجوز العقد لكفالة الالتزامات المستقبلة والالتزامات المعلقة على شرط (650 من القانون المدني الجزائري).

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

ثانيا- خصائص الكفالة

تتميز عقد الكفالة بالخصائص التالية:

- **الكفالة عقد ضمان شخصي :** بمعنى أنه ينصب على ذمة الكفيل فلا يتمثل تخصيص عين لكفالة حق الدائن .
- **الكفالة عقد رضائي:** حيث تنعقد بمجرد التراضي بين الكفيل والدائن ولا يشترط لانعقادها شكل خاص، لكن لا يتم إثباتها إلا بالكتابة و هذا عملا بالمادة 645 ولا تشترط الكتابة إلا لإثبات رضا الكفيل أما بالنسبة للدائن فيجوز إثبات رضاه بكافة طرف الإثبات، ولا يشترط أن يكون المحرر المثبت للكفالة عقدا رسميا بل يكفي أن يكون عرفيا، كما يجوز إثباتها بما يقوم مقام الكتابة كالإقرار واليمين إذ وجد مانع أو فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي.
- **الكفالة عقد تابع :** إذ تقوم على أساس وجود دين أصلي تنعقد الكفالة لضمانه ويكون التزام الكفيل بالكفالة التزاما تبعيا، فيرتبط بالمدين الأصلي على وجوده وعلى زواله .

ويترتب على هذه التبعية أن الدائن لا يستطيع الرجوع على الكفيل إلا بعد الرجوع على المدين (660 من القانون المدني الجزائري)

ضف إلى ذلك يكون التزام الكفيل في حدود الالتزام المكفول (الأصلي) فلا يجوز أن يكون التزام الكفيل بمبلغ أكبر أو بشرط أشد، ولكن يجوز أن يكون بمبلغ أقل أو بشرط أخف .

كما يترتب على صفة التبعية هذه أن الكفيل يستطيع أن يتمسك بالدفوع التي يتمسك بها المدين الأصلي ، و إذا أبطل الالتزام الأصلي فان التزام الكفيل يسقط.

كما أنه لا يصح أن يكون التزام الكفيل منجزا إذا كان الالتزام الأصلي معلقا على شرط أو مضافا لأجل .

وإذا كان التزام الكفيل اكبر أو اشد عبئا من التزام المدين الأصلي ، لا يبطل و لكن يجب إنقاصه حتى يعادل التزام المدين .

- **الكفالة عقد ملزم لجانب واحد:** فهي تنشئ التزاما واحدا يقع على عاتق الكفيل، أما الطرف الآخر لعقد الكفالة و هو الدائن فلا يلتزم بشيء مقابل لالتزام الكفيل، وتبقى الكفالة عقدا ملزما لجانب واحد حتى ولو تقاضى الكفيل أجرًا من المدين لأن هذا الأخير ليس طرف في العقد ولا يغير من طبيعة الكفالة لكونها ملزمة لجانب و احد.

غير أنه يجوز أن تكون الكفالة عقدا ملزما لجانبين إذا التزم الدائن بالتزام مقابل التزام الكفيل بموجب عقد الكفالة، سواء كان هذا الالتزام لمصلحة المدين أو لمصلحة الكفيل.

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

- **الكفالة عقد من عقود التبرع:** أي أن يقوم الكفيل بالتزامه بدون مقالب، و بذلك تكون الكفالة بالنسبة إليه من أعمال التبرع، وتطبق عليه قواعد التبرع من حيث الأهلية ومن حيث الطعن بالدعوى البولصية.

أما بالنسبة للدائن فتعتبر الكفالة من الأعمال النافعة نفعا محضا، غير أنه يجوز أن تكون الكفالة من عقود المعاوضة بالنسبة للكفيل إذا التزم بها نظير مقابل سواء كان هذا الأخير من الدائن أو من المدين.

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

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

ثالثا– شروط الكفيل الذي يلتزم المدين بتقديمه

تنص المادة 646 من القانون المدني على أنه: " إذا التزم المدين بتقديم كفيل، وجب أن يقدم شخصا موسرا و مقيما بالجزائر، وله أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا".

- **يسار الكفيل:** يشترط أن يكون الكفيل موسرا، لأنه لو كان معسرا لن تكون هناك فائدة للدائن من الكفالة. أي أن تكون للكفيل أموال تكفي للوفاء بالدين المكفول سواء كانت هذه الأموال عقارية أو منقولة، وتكون قابلة للحجز عليها، وهي مسألة موضوعية تخضع لتقدير القضاء.
- **الإقامة في الجزائر:** يشترط أن يكون الكفيل مقيما في الجزائر إقامة معتادة ، أي لا تكون إقامته فيها عارضة، وذلك مراعاة لمصلحة الدائن و للتسهيل عليه عند مطالبته الكفيل.

علما أنه لا يشترط أن تكون الجزائر هي الموطن العام للكفيل، بل يكفي أن يكون له فيها موطن مختار حتى يمكن له أن ينفذ الالتزامات الناشئة عن عقد الكفالة.

- **أهلية الكفيل:** لم تنص المادة 646 من القانون المدني على هذا الشرط رغم أهميته الضرورية لإبرام عقد الكفالة، إذ أن تخلف هذا الشرط يجعل عقد الكفالة باطلا أو قابلا للإبطال، ومن ثم لا يتحقق الضمان.

– **أثر تخلف أحد الشروط السابقة:**

إذا فقد الكفيل أهليته بعد إبرام عقد الكفالة فإنها تظل صحيحة و قائمة، فلا يطالب المدين بتقديم كفيل أو تأمين آخر.

أما إذا تخلف شرط اليسار أو الإقامة في الجزائر فإن غالبية الفقه يرى بأن يلتزم المدين بتقديم كفيل آخر غير الذي أعسر أو غير الذي فقد موطنه في الجزائر إذا طلب الدائن ذلك.

ويرى بعض الفقه الآخر أن إعسار الكفيل أو تغيير موطنه يؤدي إلى سقوط أجل الدين (المادة 211 من القانون المدني) لأن التأمينات قد ضعفت بسبب لا دخل لإرادة المدين فيه ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا.

إلا أنه إذا كان المدين قدم كفيلا عينه الدائن بشخصه، ثم أعسر هذا الكفيل أو فقد موطنه في الجزائر، فيرى أغلب الفقه بعدم التزام المدين بتقديم كفيل آخر.

رابعا– صور خاصة بالكفالة

إن الصورة العادية للكفالة تفترض وجود ثلاثة أشخاص؛ دائن ومدين وكفيل، فهي عقد يتم بين شخص يسمى الكفيل ودائن شخص آخر يتعهد الكفيل بموجبه ضمان الوفاء للدائن بالدين الذي له.

و التزام الكفيل فيها هو التزام تبعي يرتبط وجودا وعدما بالتزام المدين الأصلي (أي لا يجوز له أن يرجع على الكفيل إلا بعد الرجوع على المدين أولا، وكذلك لا يجوز له التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين الأصلي من أمواله طبقا لما تنص عليه المادة 660 من القانون المدني)

أما الصور الأخرى للكفالة فهي:

- **الكفالة المشددة:** يكون التزام الكفيل أشد من التزامه في الكفالة العادية، إذ يتنازل الكفيل عن حقه في الدفع برجوع الدائن أولا على المدين قبل الرجوع عليه، ويجرد المدين من أمواله قبل التنفيذ على أموال الكفيل.

إن نزول الكفيل عن حقه هذا يكون صريحا أو ضمنيا، وعند الشك يفترض أن الكفيل لم ينزل عن حقه.

* **الكفالة المؤقتة:** تبرأ ذمة الكفيل بمضي المدة المتفق عليها.

* **كفالة الكفيل:** يبرم الدائن عقد الكفالة مع كفيل ثان الذي يلتزم بضمان التزام الكفيل الأصلي، ولا يستطيع الدائن الرجوع على الكفيل إلا بعد رجوعه على الكفيل الأصلي.

وعليه: – إذا أوفى كفيل الكفيل فله حق الرجوع على كل من المدين الأصلي والكفيل الأصلي،

– لا يحق لكفيل الكفيل التمسك بالدفع بتجريد المدين الأصلي في مواجهة الدائن إذا كان الكفيل الأصلي قد تنازل عنه.

- **كفالة الرجوع:** الأصل أنه إذا وفى الكفيل للدائن في الكفالة العادية فإنه يرجع على المدين الأصلي بما أوفى، إلا أنه قد يخشى الكفيل عدم الحصول من المدين بما أوفاه للدائن فيبرم الكفيل عقدا مع كفيل ثان يضمن الأخير للكفيل الأول بما يرجع به على المدين.

وفي هذه الحالة لا يستطيع الكفيل الأول الرجوع على الكفيل الثاني إلا إذا كان قد أوفى للدائن ورجع على المدين ولكنه لم يستطع الحصول على كل حقه أو بعضه.

خامسا– أنواع الكفالة

أ – من حيث المصدر:

- **الكفالة الاتفاقية:** تنشأ نتيجة اتفاق المدين مع الدائن على التزام الأول بتقديم كفيل للثاني يضمن دينه، ويكون هذا الاتفاق هو مصدر التزام المدين، سواء تم الاتفاق قبل نشوء الدين أو بعده.

- **الكفالة القانونية:** تكون الكفالة قانونية في الأحوال التي يوجب القانون فيها على المدين تقديم كفيل للدائن (المواد 2/388، 851، 2/211...) من القانون المدني الجزائري.
- **الكفالة القضائية:** تكون الكفالة قضائية في الحالات التي يكون مصدر التزام المدين فيها بتقديم كفيل حكم القاضي.

ب - من حيث الطبيعة:

- **الكفالة المدنية:** الكفالة عقد مدني فهو من عقود التبرع، وتعتبر الكفالة مدنية ولو كان الكفيل يضمن دين تجاري أو وليد علاقة تجارية، ذلك لأن التجارة تقوم على الربح والمضاربة، أما الكفالة فتقوم على سبيل التبرع.
- **الكفالة التجارية:** استثنت المادة 2/651 حالتين اعتبرت فيهما الكفالة تجارية وهما: الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تظهير هذه الأوراق.

ج- من حيث المحل:

- **الكفالة الشخصية:** وهي الكفالة العادية.
- **الكفالة العينية:** وهي تأمين عيني، حيث يقدم الكفيل مال معين عقارا كان أو منقول مملوك له لضمان الوفاء بالتزام في ذمة شخص آخر، أي أنه لا يضمن إلا في حدود ما قدمه من مال.

سادسا- تمييز الكفالة عن غيرها من العقود

- **الكفالة والتعهد عن الغير**

التعهد عن الغير عقد بين شخصين يلتزم أحدهما و هو المتعهد بأن يجعل شخصا ثالثا يلتزم في مواجهة المتعاقد معه (114 من القانون المدني الجزائري)

قد تشتبه الكفالة مع التعهد عن الغير، إذ قد يبدو أن المتعهد عن الغير كفيل للشخص الذي تعهد بالحصول على قبوله.

إلا أنه غير ذلك، حيث أن في الكفالة نجد التزام أصلي على المدين و التزام تبعي بالنسبة للكفيل إذ يلتزم هذا الأخير بالوفاء إذا لم يوف المدين بذلك ، و له أن يرجع على المدين بما وفى. أما التعهد عن الغير فليس هناك مدين أصلي، والمتعهد عنه يقبل أو يرفض موضوع التعهد. وفي حالة الرفض يلتزم المتعهد بتعويض المتعاقد معه دون أن يكون له حق الرجوع على المتعهد عنه كما هو الحال في رجوع الكفيل على المدين إذا قام بالوفاء للدائن.

- **الكفالة و التضامن**

يختلف التزام الكفيل عن المتضامن من حيث:

في الكفالة العادية الكفيل لا يستطيع مطالبة الكفيل إلا بعد مطالبته للمدين عكس التضامن بين المتضامنين إذ نجد أن المدين المتضامن يلتزم بالدين مع المدين الأصلي ويساويه.

- التزام الكفيل التزام تبعي للالتزام الأصلي و يرتبط معه وجودا وعدما فإذا أبرأ الدائن مدينه فإن ذمة الكفيل تبرأ (654 من القانون المدني الجزائري) أما في حالة المدين المتضامن فلا تبرأ ذمته إذا أبرأ الدائن المدين الأصلي إلا إذا صرح الدائن (227 قانون مدني جزائري)

- **الكفالة و عقد التامين**

هنا يؤمن الدائن لدى شركة التامين ضد إعسار مدينه فالشركة تبدو هنا كأنها كفيل يضمن الوفاء بالدين إذا لم يف به المدين الأصلي إلا أن هذا غير صحيح ، حيث أن التزام شركة التأمين مصدره عقد

التأمين ومحله هو التعويض عن الضرر الذي يصيب الدائن جراء إعسار مدينه و سببه ما يدفعه الدائن من أقساط للشركة.

كما أنه عندما تدفع الشركة التعويض للدائن فإنها لا ترجع به على المدين مثل الكفالة .

المحور الثاني : أركان الكفالة

تخضع الكفالة للأحكام العامة للعقد ، إذ يجب أن تتوافر فيها أركانها وهي: الرضا والمحل والسبب

أولا- الرضا

الكفالة عقد رضائي يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين، فهو يتم باتفاق الدائن مع الكفيل ، أما المدين الذي تعقد الكفالة دائما لمصلحته فليس طرفا في العقد و لا يشترط رضاؤه به، إذ تنعقد صحيحة رغم معارضته ودون علمه 647 من القانون المدني الجزائري.

يشترط في الكفيل أهلية التبرع لا الكفالة عقد تبرعي في الأصل ؛ أي أهلية أداء كاملة ، أما إذا تمت معاوضة وكان الكفيل صبيا مميزا أو من هو في حكمه فإن الكفالة في الحالة الأخيرة قابلة للإبطال.

أما بالنسبة للدائن تعتبر الكفالة بالنسبة إليه من الأعمال النافعة نفعا محضا لذا يكفي أن تتوافر أهلية التمييز.

تخضع الكفالة للقواعد العامة من حيث قابلية العقد للإبطال لعيب يشوب إرادة أحد المتعاقدين. و

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

إثبات الكفالة :

طبقا لنص المادة (645 من القانون المدني) فانه لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة، وذلك حماية للكفيل الذي يعتبر التزامه من الالتزامات التبرعية، لذا يجب أن يستند إلى رضا صريح وقاطع.

و إثبات الكفالة بالكتابة لا يعني أن الكفالة عقد شكلي بل هو عقد رضائي (الكتابة للإثبات فقط)، غير أنه يجوز إثبات الكفالة بما يقوم مقامها كالإثبات باليمين و الإقرار إذا وجد مانع من الحصول على الكتابة أو فقد الدائن السند لسبب أجنبي لا يد له فيه، أما بالنسبة للدائن فيجوز إثبات رضاه بكافة طرف الإثبات.

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

ثانيا ـ المحل

يجب أن يتوافر في محل الكفالة الشروط الواجب توافره في محل الالتزام و هي: شرط الإمكان شرط التعيين أو القابلية للتعيين ، شرط المشروعية.

وعلى اعتبار أن الكفالة التزام تبعي لالتزام أصلي، لذا يجب أن يكون هذا الالتزام أيضا ـ الالتزام المكفول ـ موجودا ومعينا وصحيحا، وهذا نصت عليه المادة 648 من القانون المدني الجزائري(لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا).

ويستوي أن يكون مصدر الالتزام المكفول ناشئا عن عقد أو فعل ضار أو إثراء بلا سبب أو دفع غير مستحق أو فضالة أو نص قانوني.

أما فيما يتعلق بكفالة الالتزامات الناشئة عن عقد قابل للإبطال فهذا الالتزام يكون موجودا و بالتالي تصح كفالته ا لان مصيره مرتبط بمصير هذا الالتزام المكفول، فإذا تقرر إبطال العقد بناءا على

طلب من تقرر لمصلحته الإبطال ، فان الالتزام المكفول يزول بأثر رجعي و يبطل عقد الكفالة الذي أبرم لضمان الوفاء به

أما إذا كان الالتزام المكفول نشئا عن قابل للإبطال بسبب نقص أهلية المدين فانه لا يخرج عن أحد الفروض الثلاثة :

- أن يكون الكفيل لا يعلم بنقص أهلية المدين ، فاعتقد أنه كامل الأهلية وفي هذا الفرض يكون الكفيل قد وقع في غلط في سن المدين (صفة جوهرية) يجيز له طلب إبطال عقد الكفالة حتى ولو أجاز المدين ناقص الأهلية العقد الذي أنشأ التزامه.
- أن يكون الكفيل يعلم بنقص أهلية المدين، و قصد بالكفالة ضمان الوفاء بهذا الالتزام في هذه الحالة تطبق القواعد العامة للكفالة (التزام الكفيل مرتبط بمصير التزام المدين الناقص الأهلية)
- أن يكون الكفيل عالما بنقص الأهلية وقصد بالكفالة تأمين الدائن ضد خطر تمسك المدين بنقص أهليته، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول حسب ما تنص عليه المادة 649 من القانون المدني الجزائري، وفي هذه الحالة لا يكون الكفيل كفيلا بل يصبح ملتزما بصفته مدين لأن الكفالة لا يتصور وجودها بعد زوال الالتزام المكفول

ثالثا ـ سبب التزام الكفالة

الكفالة قد تعقد لمصلحة الدائن، كما قد تعقد أيضا لمصلحة المدين، وقد يكون التزام الكفيل في الحالتين بمقابل كما قد يكون تبرعيا.

ـ إذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وبمقابل فإن سبب التزام الكفيل يكون المصلحة التي سيحصل عليها من التعاقد، كما يتضمن السبب أيضا الباعث الدافع إذا كان داخلا في نطاق العقد (الكفالة عقد ملزم لجانبين)

ـ إذا كان داخلا في نطاق العقد تبرعا من الكفيل للدائن ، فيكون سبب التزام الكفيل هو نية التبرع.

المحور الثالث: أثار عقد الكفالة

نتعرض أولا لأثار الكفالة بين الكفيل والدائن باعتبارهما طرفا العقد، ثم نتعرض لأثار العلاقة بين الكفيل والمدين باعتبار هذا الأخير هو الملتزم الأصلي .

أولا- علاقة الكفيل بالدائن

تختلف أحكام الكفالة بحسب ما إذا كنا بصدد كفالة بسيطة أو كفالة تضامنية.

1- الكفالة البسيطة

يلتزم الكفيل بمقتضى عقد الكفالة بأن يضمن تنفيذ التزام المدين إذا لم يف به المدين نفسه، ويترتب على ذلك أن للدائن أن يطالب الكفيل بالوفاء بالالتزام المكفول وله أن ينفذ على أمواله ليحصل على حقه ، ولكن بالنظر إلى الصفة التبعية للكفالة فإنه يجب على الدائن أن يطالب المدين أولا قبل أن يطالب الكفيل، كما يجب أن ينفذ على أموال مدينه الأصلي قبل أن ينفذ على أموال الكفيل وهذا ما يسمى بالدفــع بالتجــريد ، وهناك شرط أخر تفرضه القواعد العامة وهو أنه لا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل قبل حلول أجل التزامه، حتى لو حل أجل الدين المكفول قبل ذلك لأن القاعدة تجيز أن يكون التزام الكفيل أخف من التزام المدين الأصلي لكن لا يجوز أن يكون أجل التزام الكفيل أقصر من أجل الإلتزلام الأصلي.

تنحصر علاقة الدائن بالكفيل في مطالبة الدائن له إذا ما توافرت شروط معينة ودفع هذه المطالبة من طرف المدين .

- **مطالبة الدائن للكفيل**

أ - متى تجوز المطالبة:

ـ لا تجوز مطالبة الدائن للكفيل إلا عند حلول الدين ، وعادة يكون أجل التزام الكفيل هو نفس أجل الالتزام الأصلي المكفول ، ولكن قد يكون لالتزام الكفيل أجل يختلف عن أجل التزام المدين بشرط أن يكون هذا الأجل لاحقا لأجل الالتزام الأصلي 1 وفي هذه الحالة لا يستطيع الدائن مطالبة الكفيل قبل حلول هذا الأجل .

ـ لا يجوز الاتفاق في عقد الكفالة على اجل التزام الكفيل اقصر من التزام الكفيل اقصر من اجل الالتزام المكفول لان ذلك يجعل الكفالة معقودة بشروط تجعل التزام الكفيل اشد من التزام المدين و هذا ما يخالف نص المادة 652 من القانون المدني الجزائري

أما إذا لم يتم تحديد أجل خاص لالتزام الكفيل، كان أجل هذا الالتزام هو أجل الالتزام الأصلي.

الإشكال المطروح هو : هل يترتب على سقوط أجل الالتزام الأصلي المكفول لأحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 211 من القانون المدني الجزائري(الوفاء من أضعاف تأمينات الدين عدم تقديم ما وعد المدين بتقديمه ، سقوط التزام الكفيل تبعا لذلك ؟

ذهب رأي إلى القول بسقوط أجل التزام الكفيل على أساس تبعية التزام الكفيل أي يلتزم الكفيل فورا دون أن يتمسك بالأجل و يذهب آخرون إلى عدم سقوط الأجل ، لأن التزام الكفيل لا تمنع أن يكون بشروط أخف ويستند أنصار هذا الرأي أن إفلاس المدين في القانون التجاري لا يترتب عليه سقوط الأجل و حلول الدين إلا بالنسبة إلى المدين المفلس إلا أن هناك رأي آخر يفرق بين أمرين:

ـ إذا كان سبب سقوط أجل الدين يرجع إلى فعل المدين، فان أجل التزام الكفيل لا يسقط إذ لا يجوز زيادة عبء التزام الكفيل بإرادة المدين

ـ إذا كان الأجل لا يرجع إلى إرادة المدين، فإنه يسقط أجل التزام الكفيل يسقط بالتبعية.

ب – **مطالبة المدين قبل الكفيل أو معه:**

تنص المادة 660 من القانون المدني الجزائري: "لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين ...."

وعليه؛ فإن المطالبة تكون بعد مطالبة المدين، كما له الجمع بين المدين والكفيل في المطالبة إذا كانا متضامنين، وذلك تطبيقا للقواعد العامة في التضامن التي تقضي بحق الدائن في الرجوع على أي من المدينين المتضامنين، وقياسا على حكم المادة 669 من القانون المدني الجزائري التي تقرر أنه لا يجوز للدائن الرجوع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل .

أما إذا كانت مطالبة الدائن الكفيل قبل مطالبة المدين يترتب عليه عدم قبول دعواه.

وتجدر الإشارة أن دفع الكفيل بمطالبة الدائن للمدين أولا أو مع بعض لا يتعلق بالنظام العام بل يهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة للكفيل. فالمحاكم لا تحكم من تلقاء نفسها، لذا يجوز أن ينزل الكفيل عنه مقدما صراحة أو ضمنا وفي هذه الحالة لا يستطيع أن يتمسك به في مواجهة الدائن

ج_ انقسام الضمان في حالة تعدد الكفلاء

تنص المادة 664 من القانون المدني الجزائري" إذا تعدد الكفلاء لدين واحد و بعقد واحد و كانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين بينهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة.

أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية فإن كل واحد منهم يكون مسؤول عن الدين كله إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم "

و لكي ينقسم الدين بين الكفلاء المتعددين يستلزم توافر الشروط التالية :

ـ أن يتعدد الكفلاء لدين واحد فلن ينقسم الدين بين الكفيل و المدين لان الدين ليس واحد ، كما لا ينقسم الدين بين الكفيل و كفيل الكفيل.

ـ أن يكون التزام الكفلاء بعقد واحد.

ـ أن يكون المدين واحدا، فإذا تعدد المدينون لنفس الدين و كفل كل منهم أحد الكفلاء فلا ينقسم الدين بينهم .

ـ إذا كفل كل كفيل جميع المدنيين المتضامنين فيما بينهم ، إذ أن التضامن يجعل للدائن حق الرجوع على كل منهم بكل الدين .

مثال : إذا كفل كفلاء دينا واحد ومدينا واحدا في عقد واحد وكانا متضامنين، فلا ينقسم الدين ويسأل كل منهما عن الدين كله، أما في حالة عدم التضامن بينهما فإن الدين ينقسم بينهما ، و يصبح كل منهما مسؤولا عن نصف الدين إن لم يكن هناك اتفاق على نسبة أخرى.

و يترتب على انقسام الدين بقوة القانون بين الكفلاء، أن كل منهم يستطيع إجبار الدائن على قبول حصته من الدين (قبول الوفاء الجزئي) كما أن المحكمة لا تحكم عليه إلا بقدر نصيبه فقط، حتى ولو لم يطلب منها ذلك، وفي حالة إعسار أحد الكفلاء يتحمل الدائن نتيجة هذا الإعسار.

- **الدفوع التي يتمسك بها الكفيل**

هناك ثلاثة أنواع من الدفوع يستطيع الكفيل التمسك بها :

أ – الدفوع الناشئة عن عقد الكفالة :

وهذه الدفوع مستمدة من القواعد العامة

فالكفيل يستطيع أن يتمسك ببطلان تعهده بالكفالة لأي سبب من أسباب البطلان وكذلك الدفع بعدم حلول أجل التزامه أو بعدم نفاذه لتعليقه على شرط واقف أو تنفيذ الدائن لالتزامه المقابل .

ب– الدفوع المتعلقة بالالتزام الأصلي المكفول:

***حق الكفيل التمسك بجميع دفوع المدين:**

نصت المادة 654 من القانون المدني الجزائري" يبرا الكفيل بمجرد براءة المدين و له بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين "

كما نصت المادة 666 من القانون المدني الجزائري على انه " يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين "

و عليه فانه يستطيع الكفيل التمسك في مواجهة الدائن بكل ما يستطيع المدين الأصلي أن يدفع به هذه المطالبة ، ذلك لأن تبعية الكفيل تجعله يتأثر بكل ما يؤثر على الالتزام المكفول ضمن هذه الدفوع ما يؤدي إلى بطلان الالتزام المكفول أو انقضاءه بإحدى طرق الانقضاء ، أو ما يؤدي إلى تأخير المطالبة كالدفع بعدم التنفيذ .

كما انه للكفيل أن يتمسك بقابلية العقد الذي انشأ الالتزام الأصلي المكفول للبطلان على عيب شاب رضاء المدين .

ويتمسك الكفيل بهذه الدفوع باسمه هو لا باسم المدين ليتمسك بدفع قد لا يتمسك به المدين نفسه، كما يحق له التمسك بهذه الدفوع حتى و لو تنازل عنها المدين .

أما إذا أجاز المدين العقد القابل للإبطال فليس للكفيل الحق في التمسك بهذا السبب، إلا إذا كان المدين متواطئا مع الدائن للإضرار بالكفيل.

***تمسك الكفيل بنقص أهلية المدين :**

تنص المادة 654 من القانون المدني الجزائري على أنه: " إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص أهليته، وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد ،فليس له أن يحتج بهذا الوجه "

يتضح من هذا النص؛ أن الكفيل لا يستطيع التمسك بنقص أهلية المدين إذا كان عالما بذلك وقت التعاقد ، ولكن إذا تمسك المدين بنقص أهليته وحكم له بإبطال الالتزام الأصلي فإن الكفيل يستفيد ذلك الإبطال ويبطل التزامه تبعا سواء كان هذا الأخير عالما بنقص أهلية المدين أو غير عالم بذلك .

أما إذا كانت الكفالة بسبب نقص الأهلية فإنه حسب نص المادة 649 من القانون المدني الجزائري يكون الكفيل ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول.

وعليه؛ فإنه لا يحرم الكفيل من التمسك بنقص أهلية المدين إلا إذا كانت الكفالة بسبب نقص الأهلية .

ج- الدفوع المترتبة على عقد الكفالة:

وهي الدفوع التي يحتج بها الكفيل بما يترتب على عقد الكفالة من حقوق له قد يؤدي التمسك بها إلى تأجيل مطالبة الدائن أو إلى تقرير براءة الكفيل وهذه الدفوع هي:

*** الدفع بعدم جواز مطالبة مطالبة الكفيل وحده إلا بعد الرجوع على المدين**

تنص المادة 660 من القانون المدني الجزائري" لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين "

وعليه، يجب على الدائن مطالبة المدين أولا قبل أن يطالب الكفيل مع المدين ، أما إذا طالب الكفيل وحده أو قبل المدين فإن دعواه ترفض إذ يحق للكفيل أن يتمسك في هذه الحالة بالدفع المقرر بهذه المادة.

لا يعتبر هذا الدفع من الدفوع الموضوعية إذ لا يتعلق بأصل الحق المطالب به، كما لا يعتبر دفعا شكليا لأن قانون الإجراءات المدنية لم ينص عليه. ولكن هو دفع بعد قبول الدعوى، ذلك لعدم توافر شرط من الشروط اللازمة لقبولها، وعليه يمكن إبداء هذا الدفع لأول مرة أمام المجلس القضائي

- **شروط التمسك بهذا الدفع :**

حتى يمكن للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع يجب توافر الشروط الآتية :

1 ـ عدم نزول الكفيل عن حقه في التمسك بهذا الدفع عند إبرام عقد الكفالة أو بعد ذلك صراحة أو ضمنا

2 ـ ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين، وعليه فإن الكفيل الذي يقبل التضامن مع المدين يكون قد نزل عن الحماية التي قررها القانون له بمحض إرادته، وقبل سلفا المطالبة إليه من الدائن قبل أن يوجهها إلى المدين .

3 ـ وجوب وجود مصلحة للكفيل في التمسك بهذا الدفع، وذلك بأن يكون رجوع الدائن على المدين مجديا .

*** الدفع بعد اتخاذ الإجراءات ضد المدين:**

تنص المادة 657 من القانون المدني الجزائري: " لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها "

كما تنص المادة 657 من القانون المدني الجزائري: " غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا "

فيتضح من هذا النص أن تأخر الدائن في الرجوع على المدين لا يترتب عليه سقوط حقه في مطالبة الكفيل حتى لو ترتب على هذا التأخير أضرار بالكفيل نتيجة إعسار المدين و تعذر رجوع الكفيل عليه .

غير أن القانون لم يترك الكفيل دون حماية إذ يستطيع هذا الأخير إذا حل أجل الدين و خشي أن يتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين أن ينذر الدائن باتخاذ الإجراءات ، فإذا انقضت سنة من وقت الإنذار دون أن يقوم الدائن في اتخاذ هذه الإجراءات، برأت ذمة الكفيل إلا إذا قدم المدين للكفيل ضمانا كافيا يضمن به الكفيل الرجوع على المدين إذا ما اضطر للوفاء للدائن .

وعليه؛ فان قبول الدفع بعدم اتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل يؤدي إلى رفض دعوى الدائن و الحكم ببراءة ذمة الكفيل و يطبق هذا الحكم في حالة إفلاس المدين و لم يتقدم الدائن في التفليسة فيدفع الكفيل مطالبة الدائن بعدم اتخاذ الإجراءات ضد المدين و من ثمة تبرأ ذمة الكفيل من قدر من الدين يعادل ما كان سيحصل عليه المادة 658 من القانون المدني الجزائري

* **الدفع بإضاعة التأمينات**

تنص المادة 656 من القانون المدني الجزائري" تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات.

يقصد بالضمانات في هذه المادة من كل التأمينات المخصصة لضمان الدين و لو تقررت بعد الكفالة ، وكذلك كل التأمينات لمقررة بحكم القانون "

و عليه يشترط لثبوت حق الكفيل في التمسك على الدائن بإضاعة التأمينات توافر الشروط التالية :

- أن يكون الدائن قد أضاع تأمينا خاصا
- أن تكون إضاعة التأمينات بخطأ من الدائن أو ممن سأل عنهم
- أن يترتب على ذلك إضرار بالكفيل

فإذا توافرت هذه الشروط كان للكفيل أن يدفع مطالبة الدائن بإضاعة التأمينات وغالبا ما يكون ذلك عن طريق الدفع أثناء رجوع الدائن عليه، لكن لا يستطيع الكفيل طلب ذلك عن طريق رفع دعوى على الدائن يطالب فيها الحكم ببراءة ذمته بسبب ضياع التأمينات ، ويحق للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع حتى ولو كان متضامنا مع المدين .

وقبول هذا الدفع يترتب عليه براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من ضمانات .

و يجب أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع إذ أن المحكمة لا تقضي به من تلقاء نفسها لأنه لا يتعلق بالنظام العام و له أن يتمسك به لأول مرة أمام المجلس القضائي دون المحكمة العليا .

كما لا يجب أن يكون هناك اتفاق بين الدائن و الكفيل على عدم حلوله محل الدائن إذ أن هذا الاتفاق يمنع الكفيل من التمسك بهذا الدفع .

4 ـ الدفع بالامتناع عن الوفاء حتى يقوم الدائن بما يفرضه عليه القانون لحماية حق الكفيل

تنص المادة 659 من القانون المدني الجزائري" يلتزم الدائن بان يسلم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع ، فإذا كان الدين مضمون بمنقول مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل.

أما إذا كان الدين مضمونا بتامين عقاري فان الدائن يلتزم بالإجراءات اللازمة لنقل هذه التأمينات و يتحمل الكفيل مصروفات هذا النقل على أن يرجع بها على المدين "

يتضح من نص المادة 659 من القانون المدني الجزائريان الدائن يلتزم في مواجهة الكفيل الذي يفي بالدين بتسليم مستندات هذا الدين، إذ أن الكفيل إذا ما قام بالوفاء سيحل محل الدائن و بالتالي سيكون في حاجة إلى المستندات التي تمكنه من الرجوع على المدين .

فإذا كان بيد الدائن منقول مرهون أو محبوس لضمان الوفاء بالدين، وجب عليه أن يتخلى عنه للكفيل. أما إذا كان الدين مضمونا بتأمين عقاري فيجب على الدائن القيام بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين إلى الكفيل، وتعتبر هذه الالتزامات التي تقع على عاتق الدائن حقوقا للكفيل، فله مطالبة الدائن بها عند وفائه الدين، فإذا رفض الدائن تسليم الكفيل مستندات الدين أو التخلي عن المنقول المرهون أو المحبوس أو نقل التأمينات العقارية الضامنة لوفاء الدين فيحق للكفيل دفع مطالبة الدائن بالامتناع عن الوفاء حتى يقوم هذا الأخير بالالتزامات التي يفرضها عليه القانون .

*** الدفـــــع بالتجريد:**

نصت المادة 660 من القانون المدني الجزائري" و لا يجوز أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله و يجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق "

و عليه فالتجريد هو حق قرره القانون للكفيل بمقتضاه يستطيع الكفيل منع الدائن من التنفيذ على أمواله قبل أن ينفذ على أموال المدين و يتضح عدم كفايتها للوفاء بالدين

و لكي يستطيع الكفيل التمسك بالدفع بالتجريد يشترط توافر الشروط التالية :

1 ـ ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين وهذا ما نصت عليه المادة 665 من القانون المدني الجزائري: " لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب بالتجريد إلا إذا كان قد احتفظ عند إبرام عقد الكفالة لنفسه بحقه في التمسك بهذا الدفع ، أما تضامن الكفيل مع غيره من الكفلاء لا يمنع كل منهم من التمسك بالدفع بالتجريد إلا إذا كانوا متضامنين مع المدين .

كما لا يستطيع كفيل الكفيل أن يتمسك بتجريد الكفيل المتضامن من امواله أولا ، لأن تضامن الكفيل مع المدين لا يحرم كفيل الكفيل حقه في أن يتمسك بهذا الدفع و لكنه يستطيع أن يتمسك بتجريد المدين لأن الكفيل الأصلي المتضامن مع المدين ليس له هذا الحق .

2 ـ أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع لأنه لا يتعلق بالنظام العام و هذا مانصت عليه المادة 660 ق م ج " و يجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق "

وفي حالة نزول الكفيل عن حقه في التمسك بالدفع بالتجريد، فانه يترتب على هذا النزول حرمان كفيل الكفيل من أن يتمسك في مواجهة الدائن بتجريد الكفيل من أمواله .

و لم ينص القانون المدني على الوقت الذي يجب فيه على الكفيل أن يتمسك بالدفع بالتجريد إلا أن الرأي الراجح يرى أن الدفع بالتجريد يتمسك به الكفيل غير المتضامن في أي وقت مالم يصدر منه قول أو فعل أو ترك يدل على التنازل عن هذا الدفع .

3 ـ إرشاد الكفيل على نفقته إلى أموال المدين الموجودة بالجزائر و غير متنازع عليها و تكفي للوفاء بالدين و هذا ما نصت عليه المادة 661 من القانون المدني الجزائري" إذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن على أموال المدين التي تفي بالدين كله .

و لا يؤخذ بعين الاعتبار التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الاراضي الجزائرية أو كانت متنازع فيها "

لو كانت الأموال التي يرشد إليها الكفيل تفي بجزء من الدين ، فلا تقبل الدفع بالتجريد لأن الدائن سيضطر للتنفيذ مرتين الأولى على أموال المدين و الثانية على أموال الكفيل ،و الحكمة من هذا الدفع هي منع إتخاذ إجراءات التنفيذ مرتين .

تجدر الإشارة إلى أنه في حالة إفلاس أو إعسار المدين فان الدفع بالتجريد لا يقبل مهما كانت الأموال التي يكون المدين قد أرشد إليها ، و لذلك يكفي أن يقوم الدائن باثبات إفلاس المدين أو إعساره ، فيرفض هذا الدفع و نفقات الإرشاد إلى أموال المدين يتحملها الكفيل ، كمصروفات إستخراج صور مستندات ملكية المدين للأموال التي إرشد إليها الكفيل ، و يتحمل الدائن نفقات التجريد و هي نفقات إجراءات التنفيذ على أموال المدين ثم يستردها الدائن من المدين مع اصل الدين .

الاثار التي تترتب على الدفع بالتجريد

إذا توافرت شروط الدفع بالتجريد و تمسك به الكفيل يتعين على المحكمة أن تقضي به و يترتب على قبول هذا الدفع الأثار التالية :

1 ـ لا يجوز للدائن التنفيذ على أموال المدين التي أرشد اليها الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله .

2 ـ يجب على الدائن أن ينفذ على أموال المدين التي ارشد اليها الكفيل ، وإلا اصبح مسؤولا اتجاه الكفيل عن إعسار المدين ، إذا ترتب عدم إتخاذ الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب .

3. ـ يستطيع الكفيل أن يتمسك بالدفع بالتجريد أثناء الدعوى المرفوعة عليه من الدائن و أثناء التنفيذ على أمواله .

4 ـ يترتب على قبول الدفع بالتجريد إلزام الدائن بإتخاذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين التي أرشد عنها الكفيل ، فإذا نفذ الدائن على هذه الأموال و إستوفى كل حقه منها برأت ذمة المدين و برئ الكفيل تبعا لذلك .

أما إذا لم تف أموال المدين بحق الدائن ، فله أن يرجع على الكفيل بالجزء الذي لم يستطيع الحصول عليه من المدين .

ـ قد يحدث انخفاض هذه الأموال عند التنفيذ عليها أو ظهور دائنين أخرين شاركوا فيها .

أما أذا اهمل الدائن في التنفيذ على أموال المدين في الوقت المناسب أو ادى ذلك الى إعسار المدين ، فلم يحصل على حقه ، فيكون الدائن مسؤولا عن ذلك أمام الكفيل و تبرأ ذمته بالقدر الذي كان

للدائن أن يستطيع الحصول عليه من اموال المدين لو لم يقصر في ذلك و هذا ما نصت عليه المادة 662 ق م ج.

صور خاصة بالدفع بالتجريد

نصت المادة 653 من القانون المدني الجزائري على حالة خاصة للدفع بالتجريد و هي " إذا كان هناك تامين عيني خصص قانونا أو اتفاقا لضمان الدين و قدمت كفالة بعد هذا التامين أو معه و لم يكن الكفيل متضامنا مع المدين فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين و عليه يشترط لتطبيق هذا النص الشروط التالية :

1ـ أن يكون هناك تامين عيني خصص قانونا أو اتفاقا لضمان الوفاء بدين، و يستوي أن يكون هذا التامين العيني عقارا أو منقولا مخصصا لضمان الدين المكفول وحده أو لضمان ديون أخرى معه و يستوي أن يكون هذا التامين العيني كافيا للوفاء بالدين أو غير كاف للوفاء به .

2 ـ يجب أن يكون هذا التأمين قد نشأ قبل الكفالة أو معها ،إذ انه في هذه الحالة يكون الكفيل قد أدخل في إعتباره هذا التأمين الخاص عند أبرامه الكفالة مقدرا بأنه لن يطالب إلا بما يجاوز قيمة هذا التأمين .

أما إذا انشأ هذا التأمين بعد الكفالة فلا يطبق هذا النص بل تطبق القواعد الخاصة بالتجريد إذا توافرت شروطه .

3 ـ يجب ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين لأن مقتضى التضامن هو نزول الكفيل عن التمسك بالدفع بالتجريد .

4 ـ يجب أن هذا التأمين واردا على مال مملوك للمدين ، فرغم ورود هذا الشرط صراحة في النص إلا أنه يستفاد من كون هذه الحالة ما هي إلا صورة خاصة للدفع بالتجريد .

2/ الكفالة التضامنية : (تضامن الكفيل مع المدين الأصلي)

إن الكفيل في علاقته بالدائن هو في هذا النوع من الكفالة كمدين متضامن، ويترتب على ذلك أن الكفيل المتضامن مع المدين لا يستطيع الدفع بالتجريد (المادة 665 ق م ج)، ولا الدفع بالتقسيم (المادة 644 ق م ج)، وعليه يكون الدائن في أحسن وضع مادام الأخير يمكنه أن يتابع الكفيل الذي يكون في نفس المرتبة مع المدين.

ويجب الإشارة في هذا الصدد إلى ما نصت عليه المادة 667 ق م ج التي تقضي بأن:" **يكون الكفلاء في الكفالة القضائية أو القانونية دائما متضامنين** " حيث لا يمكنهم أن يطالبوا بالتجريد ولا بالتقسيم؛ وعلى العكس من ذلك تؤكد المادة 666 ق م ج بأنه: " **يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين**".

ثانيا : العلاقة بين الكفيل و المدين

" الأثار التي تترتب على وفاء الكفيل للدائن "

إذا قام المدين بوفاء دينه ، فان الالتزام المكفول ينقضي و ينقضي تبعا لذلك التزام الكفيل

أما اذا اضطر الكفيل بالوفاء ، فإنه يكون له حق الرجوع على المدين بما وفى للدائن ، فتنشأ علاقة بينهما (كفيل و مدين) و في حالة تعدد الكفلاء فيكون للكفيل الموفي الحق في الرجوع على كل منهم بما يجب ان يتحمل به الدين الموفى به ، فتنشأ علاقة بين الكفيل و غيره من الكفلاء.

أ- العلاقة بين الكفيل و المدين

إذا وفى الكفيل الدين للدائن فانه يكون قد نفذ التزامه الناشئ عن عقد الكفالة ووفى بدين غيره أيضا و طبقا للقواعد العامة فانه لمن وفى دين غيره الرجوع على المدين الأصلي بقدر ما دفعه و ذلك عن طريق إستخدام ثلاث دعاوى :

ـ دعوى الاثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة المادة 259 من القانون المدني الجزائري وذلك اذا كان الوفاء قد تم رغم ارادة المدين اذ لا يحق للموفي الا الرجوع على باقل القيمتين ، قيمة ما وفى به ، و قيمة ما عاد على المدين من فائدة نتيجة لهذ الوفاء الذي تم دون ارادته و لا تكون هذه الدعوى محلا لدراستنا .

ـ دعوى الكفالة أو الدعوى الشخصية " المواد 670 ـ 672 من القانون المدني الجزائري"

دعوى الحلول المادة 671 من القانون المدني الجزائري

1 ـ دعوى الكفالة

تنص المادة 670 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يجب على الكفيل ان يخبر المدين قبل أن يقوم بالوفاء بالدين و إلا سقط حقه في الرجوع إذا كان هذا قد وفى الدين أو كان عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين أو انقضائه".

وتنص المادة 672 من القانون المدني الجزائري على أنه :" يكون للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة عقدت بعلمه أو بغير علمه.

ويرجع بأصل الدين و المصروفات، غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده".

وعليه؛ يشترط لرجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية المستندة إلى الكفالة الشروط التالية:

1 - **أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين ودون اعتراض منه** سواء كان ذلك بعلمه أو بغير علمه، أما إذا كانت قد عقدت رغم معارضته فلا يجوز الرجوع عليه بهذه الدعوى، ويكون للكفيل في هذه الحالة الرجوع بدعوى الحلول.

2 - **أن يكون أجل الدين قد حل :** فإذا قام الكفيل بالوفاء بالدين قبل حلول الأجل فإنه لا يستطيع الرجوع على المدين بهذه الدعوى إلا عند حلول الأجل، والأجل الذي يعتد به في هذا المقام هو الأجل الأصلي للدين المكفول.

وعلى ذلك إذا حل أجل الاستحقاق ولكن الدائن قد منح المدين أجلا جديدا فإن هذا الأجل الأخير لا يحتج به في مواجهة الكفيل، ويستطيع أن يلزم الدائن بقبول الوفاء عند حلول الأجل الأصلي ويستطيع حينئذ أن يرجع على المدين بما وفاه حتى قبل انقضاء الأجل الجديد.

أما إذا نزل المدين عن الأجل، فيحق للكفيل التمسك بهذا النزول ويفي بحق الدائن فورا ويرجع على المدين.

3 - **يجب أن يكون الكفيل قد وفى الدين للدائن** : وفاءا فعليا حتى يمكنه الرجوع بالدعوى الشخصية، ويعتبر هذا الشرط متوافرا إذا وفى الكفيل بجزء من الدين، إذ في هذه الحالة يرجع بما وفى، ويرجع الدائن بما يتبقى له على المدين، ويكونا كليهما في مركز واحد وتقسم أموال المدين قسمة غرماء.

4 - **يجب على الكفيل إخطار المدين قبل الوفاء وعدم معارضة المدين لهذا الوفاء** : أي يجب أن لا يقع من الكفيل تقصير يسبب ضرر للمدين، لذا يجب عليه أن يعلم المدين بالوفاء قبل وقوعه حتى يعترض عليه إن كان لديه سبب للإعتراض، وإلا يكون الكفيل في هذه الحالة مقصرا، لأنه قد أخطأ في الوفاء دون إخطار المدين، ومن ثم يتحمل نتيجة خطئه فيسقط حقه في الرجوع على المدين بكل ما وفى أو بجزء منه.

أما إذا لم يكن لدى المدين سبب للاعتراض على الوفاء، فعندئذ يستطيع الكفيل الرجوع على المدين، ولا يسقط حقه بالرغم من خطئه، إذ أن ذلك لم يسبب ضرر للمدين.

ما يرجع به الكفيل على المدين: طبقا لنص المادة 2/672 من القانون المدني الجزائي، يرجع الكفيل على المدين بأصل الدين والمصروفات.

– **أصل الدين:** هو كل ما قام الكفيل بدفعه إلى الدائن لإبراء ذمة المدين، ويشمل مقدار الدين الأصلي، فوائد هذا الدين، المصروفات التي أنفقها الدائن في مواجهة المدين.

– **المصروفات:** تشمل كل ما أنفقه الدائن في الإجراءات التي اتخذها ضد المدين، كمصروفات التنبيه بالوفاء، ورفع الدعوى عليه، كما تشمل أيضا كل ما أنفقه الكفيل في الوفاء بالتزامه كمصروفات الإرشاد إلى أموال المدين عند التجريد، ومصروفات العرض الحقيقي والإيداع فيما إذا اضطر الكفيل إلى ذلك. ولا يلتزم المدين بهذه المصروفات إلا بعد إخطار الكفيل له.

2– دعوى الحلول

تنص على هذه الدعوى المادة 671 ق م ج بقولها :" إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين، ولكن إذا لم يوف إلا ببعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين" .

فدعوى الحلول ليست إلا تطبيقا للقواعد العامة، يرجع بها كل كفيل وفى الدين سواء كان كفيلا شخصيا أو عينيا، متضامنا مع المدين أو غير متضامن، ويستوي أن تكون الكفالة قد عقدت بعلم المدين أو دون علمه أو رغم إرادته، وسواء كانت لمصلحة المدين أو لمصلحة الدائن.

إن الفرق بين دعوى الحلول و الدوى الشخصية التي تستند إلى الكفلة يكمن في أن دعوى الحلول لا تجوز إلا إذا كان الدائن قد استوفى كل حقه، بخلاف الدعوى الشخصية، فلمن وفى جزءا من الدين الحق في الرجوع به على المدين. ولا يهم في استيفاء الدائن ما بقي له من الكفيل نفسه، فقد يستوفيه من المدين، أو أي شخص آخر.

ويترتب على حلول الكفيل محل الدائن طبقا لنص المادة 671 من القانون المدني الجزائري الأثار التالية:

– يحل الكفيل محل الدائن في حقه، ويرجع على المدين بهذا الحق.

– يرجع الكفيل بحق الدائن بما له من خصائص.

– يرجع الكفيل بحق الدائن بما يلحق هذا الحق من توابع.

– يحل الكفيل محل الدائن في حقه بما يكفله من تأمينات، سواء كانت تأمينات شخصية أو عينية، وسواء قدمت من المدين أو من شخص آخر، ويستوي أن تكون هذه التأمينات قدمت قبل الكفالة أو معها أو بعدها.

– يحل الكفيل محل الدائن في حقه بما يرد على هذا الحق من دفوع، إذ يتمسك المدين في مواجهة الكفيل بما كان يستطيع التمسك به في مواجهة الدائن.

ب– رجوع الكفيل على المدينين على تعددهم

إذا تعدد المدينون بالدين المكفول، فإما أن يكونوا متضامنين فيما بينهم وإما أن يكونو غير متضامنين، وفي كلتا الحالتين إما أن يكون الكفيل قد كفلهم جميعا، وإما أن يكون قد كفل بعضهم دون البعض الآخر.

1 –حالة تعدد المدينين بلا تضامن

نفرق بين إذا كان الكفيل قد كفلهم جميعا، أم كفل بعضهم دون البعض الأخر:

– إذا كفل الكفيل جميع المدينين، فإنه يستطيع الرجوع على كل منهم بقدر نصيبه في الدين، ويكون هذا الرجوع إما باستخدام دعوى الكفالة أو دعوى الحلول وينقسم الدين في هذه الحالة بين المدينين.

– أما بالنسبة للمدينين الذين لم يكفلهم، فإنه لا يستطيع الرجوع عليهم لا بدعوى الكفالة – لأنها لا ترفع إلا على الدين المكفول –، ولا بدعوى الحلول لأن الكفيل ليس ملزما بالدين معهم أو ملزم بوفائه عنهم، بل يرجع على أساس الإثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة.

2– حالة المدينين المتضامنين

إذا كفل الكفيل جميع المدينين المتضامنين فيستطيع أن يطالب أيا منهم بكل الدين باستخدامه دعوى الكفالة أو دعوى الحلول، وقد نصت على هذا الحكم المادة 673 من القانون المدني الجزائري.

إذا كفل الكفيل بعض المدينين المتضامنين دون البعض الآخر، فإنه يستطيع الرجوع بكل الدين على أي مدين ممن كفلهم باستخدام دعوى الكفالة أو دعوى الحلول.

أما بالنسبة للمدينين الذين لم يكفلهم فيرجع عليهم على أساس دعوى الإثراء بلا سبب، كما يستطيع الرجوع بالدعوى غير المباشرة باسم المدين الذي كفله وفقا للأحكام الخاصة بالرجوع بين المدينين المتضامنين.

ج- العلاقة بين الكفيل وغيره من الكفلاء

1 -تعدد الكفلاء بعقد واحد دون تضامن

إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد، وكانو غير متضامنين فيما بينهم، فإن الدين ينقسم عليهم، ولا يكون للدائن أن يطالب كلا منهم إلا بقدر نصيبه في المسؤولية عن الدين، كما أن لكل منهم أن يتمسك بالتقسيم إذا طالبه الدائن بكل الدين.

إذا وفى أحد الكفلاء كل الدين بالرغم من عدم التزامه بذلك، فلا يستطيع الرجوع على غيره من الكفلاء إلا بدعوى الإثراء بلا سبب وفقا للقواعد العامة، ويرجع على كل منهم بقدر نصيبه في المسؤولية عن الدين كما تحدد وقت الكفالة دون اعتبار لما يطرأ بعد ذلك من إعسار لبعض الكفلاء.

2 -حالة تضامن الكفلاء أو التزامهم بعقود متوالية

إذا تعدد كفلاء الدين الواحد، وكانو متضامنين فيما بينهم، أو كانو قد التزمو بعقود متوالية (المادة 644 من القانون المدني الجزائري)، فإن كلا منهم يكون مسؤولا عن كل الدين، ولا يستطيع أحد الكفلاء أن يتمسك بتقسيم الدين بينه وبين غيره من الكفلاء.

فإذا وفى أحدهم الدين بعد مطالبته، فله الرجوع على غيره من الكفلاء، إما بدعوى الإثراء بلا سبب، وإما بدعوى الحلول محل الدائن، وفي الحالتين فإنه لا يرجع على كل كفيل إلا بقدر نصيبه في حصة من أعسر من الكفلاء.

المحور الرابع: إنقضاء عقد الكفالة

كما سبق بيانه فإن عقد الكفالة عقد تابع للالتزام الأصلي إذ يقوم على ضمان الوفاء به، وعليه فالكفالة تتبع الإلتزام الأصلي في الصحة و البطلان و الوجود والانقضاء، ولذلك تنقضي بانقضاء الإلتزام الأصلي كما أن هناك أسبابا أخرى تؤدي إلى براءة ذمة الكفيل ودون أن يترتب على ذلك انقضاء الالتزام الأصلي.

إذن تنقضي الكفالة بطريقتين، سواء بالتبعية أو بصفة أصلية.

أولا : إنقضاء الكفالة بالتبعية

تطبق هنا القواعد العامة، فينقضي الإلتزام المكفول بسبب من اسباب الانقضاء العامة، وحيث أنه إذا انقضى الإلتزام الأصلي المكفول الذي يرتكز عليه التزام الكفيل ويجب أن ينقضي هذا الأخير بالتبعية. وهذا نتيجة حتمية لطبيعة التزام الكفيل.

إن أسباب انقضاء الكفالة تتمثل إما في الوفاء أو ما يقوم مقام الوفاء، وإما في طرق أخرى غير الوفاء كالإبراء واتحاد الذمة والتقادم وأخيرا فسخ الالتزام أو إبطاله.

أ/ انقضاء الإلتزام الأصلي بالوفاء و ما يقوم مقام الوفاء

1- انقضاء الدين المكفول بالوفاء: إذا قام المدين الأصلي بالوفاء بالدين انقضى التزامه الأصلي وانقضى بالتبعية التزام الكفيل، أما إذا كان الوفاء جزئيا فإن براءة ذمة الكفيل لا تكون إلا في هذه الحدود أي بمقدار ما وفاه المدين. ويكون للدائن أن يرجع بالباقي على المدين و على الكفيل.

أما إذا وفى بالدين شخص غير المدين وحل الموفي محل الدائن فإن ذمة الكفيل لا تبرأ لأن ذمة لم تبرأ أيضا، ويسري نفس الحكم إذا أحال الدائن حقه إلى دائن آخر فإن الدين يظل قائما بكل ضماناته بما في ذلك الكفالة ويظل الكفيل مسؤولا في مواجهة المحال له كما كان مسؤولا في مواجهة الدائن الأصلي المحيل.

أما إذا أحال المدين التزامه إلى شخص آخر فإن الدين يظل قائما إلا أنه مع تغير شخص المدين فإن التزام الكفيل ينقضي إلا إذا وافق على ضمان المدين الجديد.

ويشترط لبراءة ذمة الكفيل بالوفاء الصادر من المدين أن يكون هذا الوفاء صحيحا أي أن يكون الموفي مالكا للشيء الذي وفى به وأهلا للتصرف فيه وإذا كان الوفاء باطلا ولحق الموفي ضررا من هذا الوفاء كان الوفاء غير صحيح ولا ينقضي الدين ويبقى مضمونا بكل تأميناته بما فيها الكفالة.

2- انقضاء الدين المكفول بالوفاء بمقابل: إن الوفاء بمقابل يؤدي إلى انقضاء الدين المكفول (م 655 ق م: إذا قبل الدائن شيئا آخر في مقابل الدين برئت بذلك ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء).

3- انقضاء الدين المكفول بالتجديد: يقصد بذلك أن المدين الأصلي جدد دينه بتغيير الدائن أو تغيير المدين أو تغيير الدين في محله أو مصدره (م 287 ق م). فينقضي الدين المكفول وتنقضي الكفالة بصورة تبعية ويحل محل الدين المكفول دين جديد لا تنتقل إليه التأمينات التي كانت تكفل الدين المضمون إلا إذا نص القانون على غير ذلك أو تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين انصرفت إلى ذلك (م 291 ق م).

تنص (م 293 ق م: لا تنتقل الكفالة العينية أو الشخصية ولا التضامن إلى الالتزام الجديد إلا إذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون). إن التجديد يؤدي إلى انقضاء الكفالة ويجب أن تتوفر بعض الشروط هي:

1. أن يكون الالتزام القديم والالتزام الجديد قد خليا من أسباب البطلان.

2. يجب أن تكون نية التجديد واضحة بأن يتفق عليها صراحة أو يستخلص بوضوح من الظروف حيث أن التجديد لا يفترض.

3 - يجب أن يغاير الالتزام الجديد الالتزام القديم في عنصر من عناصره الهامة.

4 - **انقضاء الدين المكفول بالإنابة:** (م 287-296 ق م) إن الإنابة المقصودة هنا هي الإنابة الكاملة التي يترتب عليها انقضاء الالتزام المكفول ويتفق فيها على أن ينقضي التزام المدين (المنيب) ليحل محله التزام جديد (المناب) في مواجهة الدائن وهو المدين الجديد، ففي هذه تكون الإنابة بتجديد الالتزام بتغيير المدين و يترتب على ذلك انقضاء التأمينات الضامنة لهذا الالتزام ومن بينها الكفالة فتبرأ ذمة الكفيل في مواجهة الدائن ما لم يرتضي الكفالة المدين الجديد.

أما بالنسبة للإنابة الناقصة فلا يوجد هناك تجديد للالتزام وبالتالي لا ينقضي الالتزام القديم ولا التأمينات الضامنة له حيث يقوم التزام المنيب (المدين الأصلي) بجانب التزام المناب عنه ويكون للدائن مدينان بدلا من مدين واحد، ومن ثم يظل التزام الكفيل قائما بجانب التزام المدين الأصلي ولا يجوز للكفيل أن يدفع في مواجهة الدائن بانقضاء التزامه.

5 - **انقضاء الالتزام المكفول بالمقاصة:** إذا أصبح المدين المكفول دائنا للدائن وتوفرت شروط المقاصة المنصوص عليها في المادة 297 ق م، انقضى التزام المكفول بقدر الالتزام الذي ترتب في ذمة الدائن وانقضى التزام الكفيل بالتبعية بالنسبة لهذا القدر المنقضي ولا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة في ذلك (م 300 ق م) وصاحب المصلحة هنا هو المدين ولا يرتب الدفع بالمقاصة آثاره إلا من الوقت الذي يصبح فيه الالتزامان قابلان للمقاصة. وللكفيل أيضا الحق في التمسك بانقضاء الدين الأصلي بالمقاصة لأنه صاحب المصلحة، إذ يترتب على انقضائه انقضاء التزامه بالتعبية ولو كان متضامنا حتى لو لم يتمسك بها المدين الأصلي وهذا ما نصت عليه المادة 654 ف 1 بقولها: يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين.

ولكن لا تقع المقاصة بين دين الدائن في ذمة المدين ودين الكفيل غير المتضامن في ذمة الدائن لأن الدينين غير متقابلين.

والمقاصة ليست من النظام العام فيجوز النزول عنها، فإذا نزل عنها المدينان معا بعد أن توفرت شروطها وتلاقى الدينان فعلى كل منهما أن يؤدي الدين الذي في ذمته وله أن يتقاضى حقه من مدينه، فالتنازل عن المقاصة يعيد الدينين إلى الوجود بما كان لهما من تأمينات.

6 -انقضاء الدين المكفول باتحاد الذمة: ينقضي الالتزام إذا اجتمعت في شخص واحد صفة الدائن و المدين بالنسبة لدين واحد وبالقدر الذي اتحدت فيه الذمة كأن يرث المدين الدائن أو يوصي

الدائن لمدينه بالدين. ففي هذه الأحوال ينقضي الدين لاتحاد الذمة (م 304 ق م). ويترتب على ذلك انقضاء التزام الكفيل بالتبعية.

وإذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة يعود الدين إلى الوجود وتعود التأمينات التي تضمنه كأن يثبت أن المدين لم يكن له الحق في أن يرث الدائن أو أن الوصية كانت باطلة.

ب/ انقضاء الالتزام الأصلي دون الوفاء به

ينقضي الالتزام دون الوفاء في حالات هي الإبراء، استحالة التنفيذ، التقادم والانقضاء بفسخ الدين.

1- الإبـــــــــــــراء: ينقضي الالتزام إذا برأ الدائن مدينه اختيارا ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكنه يصبح باطلا إذا رفضه هذا المدين (م 305 ق م). وينقضي بالتبعية لذلك التزام الكفيل ويشترط ليرتب الإبراء آثاره أن يكون صحيحا، فيجب أن يكون الدائن قد برأ المدين مختارا، كما أن الإبراء تصرف بالإرادة المنفردة من جانب الدائن وعلى ذلك فإنه لا ينتج آثاره إلا إذا وصل إلى علم المدين ويرتد برده. كما أنه لا يسري على الإبراء الشروط الموضوعية التي تسري على التبرعات (م 306 ق م)، ولكن لا يشترط فيه شكل خاص حتى لو كان الالتزام موضوع الإبراء يشترط فيه شكل معين. وعلى ذلك فإذا أبطل الإبراء اعتبر كأن لم يكن وعاد الدين إلى الوجود وعاد التزام الكفيل إلى الوجود. ولا يعتبر من قبيل الإبراء الصلح الذي يعقده الدائن مع مدينه المفلس ويتنازل بمقتضاه عن جزء عن دينه وذلك لعدم توفر نية التبرع للمدين.

2- استحالة التنفـــــيذ: ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا، لسبب أجنبي لا يد له فيه (م 307 ق م). وتنقضي بذلك الكفالة بالتبعية وتبرأ ذمة الكفيل تبعا لبراءة ذمة المدين. وإذا كانت استحال التنفيذ ناشئة عن خطأ من جانب المدين فإنه يترتب على ذلك مسؤولية المدين على عدم التنفيذ ويحكم عليه بالتعويض وبذلك لا تبرأ ذمة المدين وبالتبعية لا تبرأ ذمة الكفيل بل يبقى كفيلا للتعويض.

1 - التقـــــــــادم: إذا انقضى الالتزام الأصلي بالتقادم فإن التزام الكفيل ينقضي بالتبعية لذلك ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة به، وللكفيل أن يتمسك بالتقادم للالتزام الأصلي ولو لم يتمسك به المدين (م321 ق م).

ثانيا: انقضاء الكفالة بصفة أصلية

ينقضي التزام الكفيل بأسباب الانقضاء العامة مثله مثل أي التزام، وإلى جانب ذلك فإن الطبيعة الخاصة لالتزام الكفيل تمثل نوعا من الحماية قررها المشرع واختص هذا الالتزام.

أ/ انقضاء التزام الكفيل بسبب من أسباب الانقضاء العامة: تنقضي الكفالة بالوفاء الحاصل من الكفيل ويترتب على ذلك انقضاء التزامه وانقضاء الدين المكفول، كما ينقضي التزام الكفيل بما يعادل الوفاء، لكن إذا لم يوف الكفيل إلا ببعض الدين فلا تبرأ ذمته ولا ذمة مدينه إلا بالقدر الذي وفاه.

كما ينقضي التزام الكفيل بتجديده بتغيير الكفيل بكفيل آخر أو يحل محل التزام الكفيل ضمان آخر كالرهن أو يستبدل التزام الكفيل بالتزام أصلي على أن يلتزم الكفيل على نفس درجة التزام المدين الأصلي.

وتنقضي الكفالة كذلك بالمقاصة إذا أصبح الكفيل دائنا للدائن، وتنقضي باتحاد الذمة بين الكفيل والدائن كما إذا ورث أحدها الآخر ويترتب على ذلك انقضاء التزام الكفيل فقط دون الالتزام المكفول.

وتنقضي الكفالة أيضا بالإبراء، فإذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة برئت ذمة هذا الأخير دون أن يؤثر ذلك في بقاء الالتزام الأصلي والعكس غير صحيح، بمعنى إذا أبرأ الدائن المدين الأصلي فالكفالة تنقضي حتما بالتبعية.

وينقضي التزام الكفيل بالتقادم بصفة أصلية أي دون أن ينقضي الدين المكفول.

ب/ الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة بصفة أصلية

تنقضي الكفالة بصفة أصلية دون أن ينقضي الالتزام الأصلي في ثلاث حالات نص عليها القانون المدني:

1- براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات (م 656ق م)

2- براءة ذمة الكفيل لتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين (م 657 ق م)

3- عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين فتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر بسبب إهمال الدائن وذلك مع بقاء الدين الأصلي قائما (م 658 ق م).

خاتمة

نستنتج في الأخير أن نظام الكفالة يأخذ به الدائن من أجل استيفاء حقه من مدينه، لأن هذا الضمان يقلل من خطر إعسار المدين والذي ينتج عنه ضياع حق الدائن، إلا أنه عاجز عن تحقيق

حماية فعالة للدائن أو الدائنين، إذ قد يفقد الكفيل أو الكفلاء إن تعددو أحد الشروط الواجب توافرها فيهم، كأن يعسر أو يغير موطنه، أو يفقد أهليته.

إضافة إلى أن الدائن في هذا الضمان يظل دائن عادي، إذ يشترك مع غيره من الدائنين في الضمان العام، ولا يتميز عنهم، بل يكون معهم على قدم المساواة في قسمة أموال المدين قسمة غرماء.