السنة الثالثة ليسانس تخصص قانون خاص

المادة: عقود خاصة 02

عنوان المحاضرة: ماهية عقد الكفالة

الأهداف: نهدف من خلال هذه المحاضرة الى:

- تحديد المقصود بعقد الكفالة
- تحديد خصائص عقد الكفالة
- تحديد أنواع عقد الكفالة
- تحديد شروط عقد الكفالة
- تمييز الكفالة عن الأنظمة المشابهة لها

أولا: المقصود بعقد الكفالة

نظم المشرع الجزائري أحكام عقد الكفالة في القانون المدني من خلال الباب الحادي عشر من الكتاب الثاني المتعلق بالالتزامات والعقود بموجب **المواد (644 -673)**

وتنص **المادة 644 ق م ج** بقلوها (الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه).

انطلاقا من هذه المادة يتبين لنا أنّ الكفالة هي تأمين شخصي كفله المشرع للدائن كضمان للحصول على حقه في حالة اعسار المدين الأصلي، حيث يتعهد شخص يُدعى الكفيل بأن يفي تنفيذ الالتزام الذي هو على عاتق المدين إذا لم يقم هذا الأخير بإيفائه بنفسه للدائن.

وعليه فالكفالة عقد يتم بين طرفين هما الكفيل والدائن **دون المدين** الذي لا يعتبر طرفا في العقد ولا يشترط رضاه وموافقته بل تتم الكفالة دون علمه ورغم معارضته **(م 647 ق م ج)**، ورغم ذلك فهذا المدين له **دور هام وفعّال في وجود الكفالة**، اذ بدونه لا يوجد هناك الالتزام الأصلي المكفول الذي يضمنه الكفيل، وهذا الأخير بمقتضى عقد الكفالة يتبرع ليضمن التزام المدين لدائنه.

والشاهد أنّ الكفالة تفترض وجود التزام مكفول (الالتزام الأصلي)، وهذا الالتزام يفترض وجود مدين أصلي به ودائن، كما تفترض الكفالة وجود عقد بين الكفيل والدائن بالالتزام الأصلي المكفول، بموجبه يفي الكفيل بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين الأصلي.

وبالتالي فالتزام الكفيل هو تابع لالتزام المدين الأصلي في وجوده وانقضائه وصحته وبطلانه، وهو ما يجعل التزام هذا الكفيل في الدرجة الثانية، بمعنى أنّ الدائن **ملزم بأن يطالب المدين الأصلي أولا** وأن يبدأ **بالتنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال الكفيل** الذي هو بمثابة مدين احتياطي، ولا يحق للدائن الرجوع على الكفيل **الا إذا رجع** على المدين الأصلي ولم يجد من أمواله ما يكفي للوفاء بما عليه.

ثانيا: خصائص عقد الكفالة

1-الكفالة عقد رضائي

يتم ابرام عقد الكفالة بمجرد تراضي أو تطابق ارادتي الدائن والكفيل، بحيث **لا يشترط فيه أي شكل** خاص للانعقاد، وان كان المشرع اشترط الكتابة في نص المادة (645 ق م) فان هذه الكتابة هي للإثبات فقط وليس للانعقاد.

2-الكفالة عقد ضمان شخصي

الكفالة هي تأمين لصالح الدائن في حالة امتناع المدين عن الوفاء بالتزامه، ذلك أنّ التزام الكفيل بالوفاء بالدين يزيد من ثقة الدائن في حصوله على حقه فيتحقق به الضمان. والطابع الشخصي لا يقصد به التنفيذ على شخص الكفيل بحد ذاته، وانما التنفيذ على أمواله، أي تضاف ذمة هذا الكفيل الى جانب ذمة المدين للوفاء بالدين، بمعنى الكفيل يضم ضمانه العام الى الضمان العام للمدين.

3-الكفالة عقد تبرعي

كأصل عام فان الكفالة من عقود التبرع لأن الكفيل يلتزم بالوفاء للدائن **دون مقابل** سواء من هذا الدائن أو المدين، وهذا المعنى مستمد من العلاقة بين الدائن والكفيل، وبالتالي فهذا الكفيل لا يتبرع للدائن بل **تبرعه يكون للمدين**.

هذا وقد تكون الكفالة **عقد معاوضة** بالنسبة الى الكفيل نفسه، فيأخذ هذا الأخير **مقابلا** لكفالته للدين، وهذا المقابل اما أن يأخذه من الدائن المتعاقد معه، أو يأخذه من المدين الأصلي، هذا ما يحدث غالبا عندما يكون أحد البنوك كفيلا لأحد عملائه، وفي هذه الحالة تصبح الكفالة **عقد معاوضة وليس عقد تبرعي**.

ويترتب على اعتبار عقد الكفالة من عقود التبرع، اشتراط **أهلية التبرع** في الكفيل حتى يكون العقد صحيح واعتبارها **تصرف مدني** حتى ولو كان الالتزام المكفول **تجاري والكفيل تاجر**.

4-الكفالة عقد ملزم لجانب واحد

الكفالة عقد ملزم لجانب واحد لأنه لا ينشأ التزامات الاّ في **ذمة الكفيل**، الذي يلتزم بالوفاء بدين المدين إذا لم يقم هذا الأخير بتنفيذه، أما الدائن **فلا يلتزم** عادة بشيء نحو الكفيل وهذا هو **الأصل.**

ولكن ذلك لا يمنع أن تكون الكفالة **عقد ملزم لجانبين** إذا التزم الدائن نحو الكفيل بدفع مقابل في نظير كفالته للدين، فيصبح كل من الكفيل والدائن **ملتزما** نحو الآخر، ويكون عقد الكفالة في هذه الحالة عقد ملزم لجانبين.

أما إذا قدم **المدين مقابلا** للكفيل، فان الكفالة تبقى **عقد ملزم لجانب واحد** لأن المدين **ليس طرفا** في العقد.

5-الكفالة عقد تبعي

لقيام عقد الكفالة لابد من وجود **التزام أصلي** بين المدين والدائن، ولهذا فعقد الكفالة **يتبع** الالتزام الأصلي من حيث **الصحة والانقضاء**، فالتزام الكفيل يعتبر حتما تابعا لالتزام المدين الأصلي.

وفكرة التبعية يترتب عنها:

- التزام الكفيل يكون **في حدود** الالتزام المكفول، اذ لا يجوز **أن يتعدى** التزام الكفيل الالتزام الأصلي، وأن لا تكون شروطه أشد من شروط ذلك الالتزام، رغم أنه يجوز أن تكون شروط أخف

- لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده **قبل الرجوع** على المدين، ولا ينفذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال المدين.
- إذا كان التزام المدين صحيحا، اعتبرت الكفالة صحيحة، وإذا انقضى التزام المدين الأصلي انقضت الكفالة.

ملاحظة: لخاصية التبعية **استثناءات** تتمثل في:

- **من حيث الاثبات**: انّ الالتزام الأصلي يخضع للقواعد العامة للإثبات، في حين أن التزام الكفيل يشترط **الشكلية في اثباته**
- **من حيث سقوط الأجل**: سقوط أجل الدين الأصلي بسبب اعسار أو افلاس المدين مثلا **لا يؤدي الى سقوط** الأجل في مواجهة الكفيل.
- **صحة التزام الكفيل** بالرغم من أن التزام المدين قابل للإبطال بسبب نقص الاهلية متى كانت هذه الأخيرة هي **السبب** الذي دفع الكفيل لكفالة الدين، ففي هذه الحالة لا يمكن للكفيل الاحتجاج بسقوط التزامه بسبب قابلية الالتزام الأصلي للبطلان متمسكا بذلك بقاعدة التبعية.

ثالثا: أنواع الكفالة

يمكن تقسيم الكفالة من حيث المصدر ومن حيث الطبيعة ومن حيث حدود التزام الكفيل

1-أنواع الكفالة من حيث المصدر

تقسم الكفالة من حيث مصدرها الى ثلاثة أنواع: الكفالة الاتفاقية، القانونية، الكفالة القضائية

1-1-الكفالة الاتفاقية

هي الكفالة التي تنشأ **بموجب اتفاق** بين الدائن والمدين، على أن يقدم هذا الأخير كفيلا مقابل أن يمنحه الدائن أجلا أو قرضا، ويكون هذا الاتفاق **هو مصدر** التزام المدين بتقديم الكفالة، كما يمكن الاتفاق عليها قبل نشوء الدين في ذمة المدين أو بعد ذلك.

ويُعد من قبيل **الكفالة الاتفاقية** تقديم الكفيل لضمان المدين من تلقاء نفسه، سواء بعلم هذا المدين أو بغير علمه، أو حتى رغم معارضته.

1-2-الكفالة القانونية

هي تلك الكفالة التي **ينص القانون** على وجوبها، مثالها ما نصت عليه **المادة (851)** من القانون المدني التي تُلزم صاحب حق الانتفاع من منقول تقديم كفيل لضمان الوفاء بالتزامه برد المنقول عند نهاية الانتفاع، تنص هذه المادة: (إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا، وجب جرده ولزم المنتفع تقديم الكفالة به...).

1-3الكفالة القضائية

هي الكفالة التي يلتزم المدين بتقديمها **بناء على حكم من القاضي**، ويكون بذلك هذا الحكم هو مصدر التزام المدين بتقديم كفالة.

ملاحظة

نستعرض أهمية التفرقة بين الأنواع الثلاثة للكفالة بموجب **المادة (667 ق م ج)** التي تنص على " يكون الكفلاء في الكفالة القضائية والقانونية دائما متضامنين".

وما يستخلص من النص أنّ الكفلاء في الكفالة القضائية والقانونية دائما **متضامنين**، بينما في الكفالة الاتفاقية لا **يفترض التضامن** ويكونون الكفلاء **غير متضامنين** الاّ إذا تم الاتفاق على ذلك صراحة في عقد الكفالة

2-أنواع الكفالة بحسب طبيعتها

يمكن أن تقسم الكفالة من حيث طبيعتها الى كفالة شخصية وكفالة عينية، وكذلك الى كفالة مدنية وكفالة تجارية.

2-1-الكفالة الشخصية

الكفالة الشخصية هي عقد يلتزم بمقتضاه الكفيل أن يوفي بالتزام الدائن اذا لم يوفي به المدين، أي ضم ذمة الى ذمة أخرى، وبالتالي فالدائن تصبح له ذمتان ذمة المدين الأصلي وذمة الكفيل، وهذه هي الكفالة التي نحن بصدد دراستها.

2-2-الكفالة العينية

تقديم الكفيل **عينا ما (عقار أو منقول)** لضمان الوفاء بالالتزام الذي هو في ذمة المدين الأصلي، أي ترتيب تأمين عيني كرهن عقار مثلا. في هذه الحالة لا يكون الكفيل العيني ضامنا الاّ في حدود المال الذي قدمه للضمان، وهذه الكفالة تطبق عليها أحكام التأمينات العينية.

2-3-الكفالة المدنية

الأصل أنّ الكفالة تعتبر **عمل مدني** دائما بالنسبة للكفيل لأنها من عقود التبرع، حتى ولو كان الكفيل يقوم بممارسة نشاط تجاري (تاجر)، وكان الدين الذي يكفله تجاريا أيضا أو ناتج عن علاقة تجارية بين الدائن والمدين، وهذا ما نصت عليه **المادة (651) من القانون المدني** " تعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا...".

ويترتب على اعتبار الكفالة مدنية أهمية من حيث الاثبات، ومن حيث الاختصاص القضائي.

- ففيما يتعلق **بالإثبات**: تثبت الكفالة طبقا لقواعد الاثبات المعروفة في القانون المدني، فتثبت بالكتابة أو ما يقوم مقامها إذا كان التزام الكفيل تجاوز قيمته 100000 دج.
- أما فيما يتعلق **بالاختصاص القضائي**، فتكون المحكمة (القسم) المدنية هي المختصة إذا كان الكفيل هو المدعى عليه.

2-4-الكفالة التجارية

الأصل هو اعتبار الكفالة عقد مدني كما تم التطرق اليه سابقا، غير أنه يمكن اعتبار الكفالة **عمل تجاري** إذا أُنشئت عن ضمان الأوراق التجارية ضمان احتياطي، أو عن طريق تظهير هذه الأوراق، هذا ما نصت عليه **الفقرة الثانية من المادة 651 من القانون المدني** بقولها (... غير أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا، أو عن طريق تظهير هذه الأوراق تعتبر دائما عمل تجاري)

ونستخلص من هذا النص، تعتبر الكفالة عمل تجاري في حالتين:

الحالة الأولى: ضمان الورقة التجارية ضمان احتياطي، أي ضمان الالتزام الناشئ عن الورقة التجارية عن طريق ضامن احتياطي، وفي هذه الحالة يكون الكفيل هو الضامن الاحتياطي للساحب أو المُحيل، وعليه فكفالة هذه الورقة التجارية يعتبر عمل تجاري في جميع الأحوال، وتصبح الكفالة هنا كفالة تجارية.

الحالة الثانية: إذا كانت الكفالة ناشئة عن تظهير الأوراق التجارية وذلك عن طريق تحويلها وتداولها، اذ تنتقل ملكية الورقة بالتحويل، والتحويل يتم بالتظهير، وكل مُحيل للورقة التجارية يعتبر كفيل بالتضامن مع المدين (المدين الأصلي بتنفيذ الورقة التجارية)، والالتزام الذي يترتب في ذمته باعتباره كفيلا (المُحيل) يعتبر التزام تجاري لا التزام مدني.

3- أنواع الكفالة بحسب التزام الكفيل

يمكن تقسيم الكفالة بحسب التزام الكفيل الى كلية، جزئية، محددة

3-1-الكفالة الكلية

تكون الكفالة كلية أو كاملة إذا ضمن الكفيل **الدين الأصلي كله**، مثلا إذا كان الدين الأصلي عشرة الاف دينار، والتزم الكفيل بضمان الوفاء به كاملا.

3-2-الكفالة الجزئية

تكون الكفالة جزئية في حالة ما إذا التزم الكفيل بضمان **جزء من الدين**، وهذا ما نصت عليه **المادة (652) في فقرتها الثانية من القانون المدني** "... ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشرط أهون)

3-3-الكفالة المحددة

هي تلك الكفالة التي يضمن فيها الكفيل **نسبة معينة من الدين**، حيث يبقى الكفيل ملزما اتجاه الدائن بالنسبة المكفولة الى غاية استيفاء الدائن دينه كاملا.

رابعا: شروط الكفالة

انّ الغرض من تقديم الكفيل هو **تأمين الدائن ضد مخاطر اعسار مدينه** وذلك بضم ذمة مالية الى ذمة هذا الأخير، ويجب أن تتوافر شروط معينة في الكفيل في جميع الأحوال التي يلتزم فيها المدين بتقديم كفيل.

وقد وردت هذه الشروط في **المادة (646) من القانون المدني** التي تقضي بأنه " إذا التزم المدين بتقديم كفيل، وجب أن يقدم شخصا موسرا ومقيما بالجزائر، وله أن يقدم عوضا عن الكفيل، تأمينا عينيا كافيا).

استخلاصا لهذه المادة يمكن أن نستنتج أنّ شروط الكفالة هي يسار الكفيل واقامته بالجزائر.

علما أنه في حالة قدّم المدين كفيل دون أن يكون ملتزم بذلك أو تقدم الكفيل للدائن دون علم المدين، فلا محل لاشتراط هذه الشروط.

وتتمثل هذه الشروط في:

1-يسار الكفيل

يجب أن يكون الكفيل موسرا أي **قادرا على الوفاء بالدين** الذي كفله، والمدين الذي قدّم الكفيل هو الذي يتحمل عبء اثبات يسار هذا الكفيل، فيثبت أنّ للكفيل مالا منقولا كان أو عقار، سواء كان هذا المال مفرز أو شائع، متى كان ذلك كافيا للوفاء بدين الدائن.

2-إقامة الكفيل بالجزائر

انّ **الحكمة** من هذا الشرط واضحة وذلك حتى يستطيع الدائن **الرجوع على الكفيل بأسهل الطرق**، وذلك إذا لم يف المدين بالتزامه. ولا يشترط أن يكون الكفيل مقيما في موطن المدين، كما لا يشترط كذلك أن يكون الكفيل جزائري الجنسية، بل يصح أن يكون أجنبي مادام أنه مقيم بالجزائر.

3-أن تكون للكفيل أهلية ابرام العقد

باعتبار أنّ الكفيل قادم على التزام ضار بمصالحه، لذلك يجب أن يكون واعيا لما هو قادم عليه، ومتدارك لخطورة هذا الالتزام.

هذا الشرط **لم يتم النص عليه** في نص المادة السالفة الذكر، وانما تم استخلاصه من آراء الفقهاء الذين اجمعوا بالأغلبية على اشتراطه، حيث بدونه لن تُحقق الكفالة الغاية المرجوة منها.

- **لكن المسؤول المطروح هو**: هل هذه الشروط لازم توفرها فقد عند تقديم الكفيل أو يجب أن تستمر مادامت الكفالة قائمة؟

الجواب:

بالنسبة لشرط الأهلية فالعبرة هي بتوافرها وقت ابرام الكفالة، **ولا يؤثر تغيرها** بعد ذلك على التزام الكفيل، أما بالنسبة للشرطين الآخرين (يسار المدين واقامته في الجزائر) فلا بد من استمرارهما حتى انقضاء الكفالة.

- **هناك تساؤل آخر**: ما مصير الكفالة إذا أصبح الكفيل معسرا أو غيّر موطنه الى خارج الجزائر؟ هل يلتزم المدين بتقديم كفيل آخر أو تأمين عيني آخر كاف أو تسقط هذه الكفالة؟

الجواب:

في حالة تخلف أحد هذين الشرطين يلتزم المدين بتقديم تأمين عيني كاف ويستوي أن يكون هذا التأمين العيني رهن رسمي أو حيازي، هذا ما نصت عليه المادة 646 من القانون المدني (... وله أن يقدم عوضا عن الكفيل، تأمينا عينيا كافيا)

وبالتالي إذا تخلف أحد هذين الشرطين، ولم يقدم المدين تأمين عيني كافي يسقط الأجل، أي أجل مطالبة الدين، وهذا تطبيقا للقواعد العامة، لذا يجب أن تستمر هذه الشروط ما دامت الكفالة قائمة.

خامسا: تمييز الكفالة عن الأنظمة المشابهة لها

1-الكفالة وتضامن المدينين

الكفالة	تضامن المدينين
-التزام الكفيل هو **التزام تبعي** لالتزام المدين الأصلي. -الدائن في الكفالة **لا يستطيع** مطالبة الكفيل بالدين **الا بعد** مطالبة المدين الأصلي. - في حالة ابراء الدائن لذمة المدين **تبرأ** ذمة الكفيل تلقائيا. -التزام الكفيل مرتبط بالتزام المدين وجودا وعدما.	-التزام المدين المتضامن هو **التزام أصلي.** -**استطاعة** الدائن مطالبة أي مدين منهم للوفاء بكامل الدين (وحدة الدين بين المدينين المتضامنين). -في حالة أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين **فلا تبرأ** ذمة المدينين الباقين. -إذا تم الوفاء من أحد المدينين برئت ذمة باقي المدينين. -كل مدين هو مسؤول عن كل الدين.

2-الكفالة والانابة الناقصة

الكفالة	الانابة الناقصة
-وجود شخص (الكفيل) يلتزم بالوفاء بالدين مكان المدين **إذا لم يوفي** به هذا الأخير. -التزام الكفيل هو التزام **تبعي** وليس التزام أصلي. -رجوع الدائن **أولا** على المدين **ثم** الكفيل.	-وجود شخص أجنبي (المناب) **بجانب** المدين يلتزم بالوفاء بالدين مكان هذا المدين. -التزام المناب هو التزام **أصلي** وليس تبعي قِبل المناب اليه (الدائن). -رجوع المناب اليه (الدائن) يكون على قدم المساواة، اما يرجع على المُناب أو المُنيب (المدين الأصلي)، كل منها ملتزم بصفة أصلية. -انضمام المناب بجانب المنيب (المدين الأصلي) للالتزام بنفس الدين. -الانابة الناقصة هي تعهد شخص آخر (المناب) للوفاء بالدين في مكان المدين الأصلي (المنيب).

3-الكفالة وعقد التأمين

الكفالة	عقد التأمين
-التزام الكفيل هو **تبعي** يرتكز في وجوده على التزام أصلي. -عقد **احتياطي.** -في الغالب تكون عقد ملزم لجانب واحد. -تضمن خطر اعسار أو افلاس المدين.	-التزام المؤمن هو التزام **أصلي** في حالة تحقق الخطر. -عقد **أصلي** قائم بذاته. -عقد ملزم لجانبين. -يضمن أخطار متعددة كخطر المسؤولية المدنية، الحريق، السرقة، الكوارث الطبيعية ...الخ.

المراجع

1. **الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم**
2. **زاهية حورية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الأمل، تيزي وزو، 2012.**
3. **عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني "التأمينات الشخصية والعينية"، الجزء العاشر والأخير، منشأة المعارف جلال حزى وشركاه، الإسكندرية، 2003.**
4. **كمال فتحي دريس، الوجيز في العقود الخاصة "عقد البيع وعقد الكفالة"، الجزء الأول، مطبعة منصور، الوادي-الجزائر، 2022.**