السنة الثالثة ليسانس تخصص قانون خاص

المادة: عقود خاصة 02

عنوان المحاضرة: تكوين (انشاء) عقد الكفالة

الأهداف: نهدف من خلال هذه المحاضرة الى:

- دراسة ركن التراضي في عقد الكفالة (الاتفاق بين الكفيل والدائن).
- دراسة ركن المحل في عقد الكفالة (الالتزام الأصلي المكفول).
- دراسة ركن السبب في عقد الكفالة.
- معرفة كيفية اثبات وتفسير الكفالة.

تكوين عقد الكفالة

انّ عقد الكفالة كغيره من العقود الرضائية لا يتم الاّ بتوفر أركانه الثلاثة من تراضي ومحل وسبب.

فالتراضي هو الاتفاق بين الكفيل والدائن لكفالة التزام المدين الأصلي، وهذا الاتفاق هو عقد الكفالة في حد ذاته، فلا بد من رضاء الكفيل بالكفالة، ورضاء الدائن بأن يضمن الكفيل حقه.

والمحل هو الالتزام الأصلي المكفول الذي يكون على عاتق المدين، حيث بدون هذا الالتزام لا تكون هناك كفالة أصلا.

والسبب هو الباعث والدافع الى ابرام عقد الكفالة وهو غالبا ما يكون نية التبرع من جانب الكفيل.

أولا: التراضي (الاتفاق بين الكفيل والدائن)

هو ركن **جوهري** في عقد الكفالة، ويعني **تطابق الايجاب والقبول** كتعبير عن ارادتي الكفيل والدائن **ودون اشتراط شكل خاص**، لذا يقتضي أن يكون هذا التراضي موجود ويجب أن يكون صحيح خالي من عيوب الإرادة.

1-وجود التراضي

يتم عقد الكفالة بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتيهما المتطابقتين، ولكي يوجد التراضي لابد أن توجد **ارادتان** (أطراف العقد) ولابد لهذين الطرفين **التعبير عن ارادتيهما**.

1-1-أطراف عقد الكفالة

تنص **المادة 647 من القانون المدني** على ما يأتي " تجوز كفالة المدين بغير علمه، وتجوز رغم معارضته).

انطلاقا من هذه المادة نستنتج أن طرفا عقد الكفالة هما **الكفيل والدائن**، أما المدين فهو **ليس طرفا في العقد**، لذا فالمطلوب هو توفر رضاء الكفيل والدائن، ولا حاجة الى رضاء المدين، اذ تعقد الكفالة بين الكفيل والدائن، وذلك بإذن أو **دون اذن** من المدين أو **دون علمه** بل قد تعقد الكفالة بالرغم **من معارضته**.

2-1-التعبير عن الإرادة

انّ رضاء الكفيل هو رضاء جوهري، لأنه هو الذي **يلتزم** بعقد الكفالة، ولما كانت هذه الأخيرة من العقود الخطرة بالنسبة لهذا الكفيل فيجب أن يكون تعبير هذا الكفيل عن رضاه تعبير **صريح وواضح،** وهذا على خلاف تطبيق القواعد العامة التي تقضي بأن التعبير عن الرضا قد يكون صريح أو ضمني.

والتعبير الصريح عن إرادة الكفيل قد يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما قد يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود.

وهذا بخلاف رضاء الدائن، فان الكفالة تكون عادة لمصلحته، لذلك **لا يشترط** في رضائه أن يكون صريحا وواضحا، بل يكفي أن يكون ضمني يستخلص من الظروف والقرائن، وقد قُضي بأنه يعتبر رضاء ضمني من الدائن بالكفالة احتفاظه بسند هذه الكفالة، وتنفيذ هذا السند على الكفيل.

2-صحة التراضي

حتى يكون التراضي صحيح لابد أن يكون صادر **عن ذي أهلية** وأن يكون خاليا من **عيوب الإرادة.**

2-1-الأهلية: الأمر يستدعي **التمييز بين أهلية طرفي** عقد الكفالة (الكفيل والدائن)

أهلية الكفيل	أهلية الدائن
-**يجب** أن تتوفر في الكفيل **أهلية التبرع،** أي يكون راشد، **بالغا 19 سنة من عمره وغير محجور عليه** والا وقعت الكفالة باطلة بطلان مطلق. -**لا يجوز** أن يكون الكفيل قاصر أو محجور عليه لان الكفالة بالنسبة اليه هي تصرف **ضار ضررا محضا،** فهي من أعمال التصرف.	- **لا يشترط** فيه **أهلية التصرف،** فيمكن أن تتوفر فيه **أهلية التمييز** أو يكون **محجور عليه** لأن الكفالة بالنسبة له تصرف **نافع نفعا محضا،** وهذا إذا كانت الكفالة **تبرعية،** أما إذا كانت الكفالة بمقابل **يجب** أن يكون **كامل الأهلية** لكي تكون الكفالة صحيحة، والاّ فإنها تكون قابلة **للإبطال لمصلحته** (الكفالة هنا دائرة بين النفع والضرر).

2-2-خلو الإرادة من العيوب

حتى يكون عقد الكفالة **عقد صحيح،** فانه يجب طبقا للقواعد العامة أن يكون الرضا **سليما** وغير مشوب بأي عيب من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس والاكراه والاستغلال، والاّ كان العقد قابل للإبطال.

تكون الكفالة قابلة للإبطال **للغلط** إذا وقع الكفيل في غلط جوهري سواء في خصوص **الدين** الذي يكفله كأن يعتقد أنه يكفل دين مدني فاذا بالدين هو التزام طبيعي، أو يعتقد أنه يكفل دين لا ينتج فوائد فاذا به ينتجها، أو قد يكون الغلط في **شخص المدين** أو **شخص الدائن** أو في **صفة من صفاتهم.**

وتكون الكفالة قابلة للإبطال **للتدليس،** مثال ذلك إذا أوهم الدائن الكفيل ملاءة الذمة المالية للمدين الأصلي فاذا بها غير ملئ، أو أوهمه بوجود ضمانات أخرى للدين الأصلي فاذا هذه الضمانات غير موجودة أو باطلة.

وتكون الكفالة أيضا قابلة للإبطال **للإكراه** كإبرامها تحت الضغط والتهديد، كما أنها تكون قابلة للإبطال **للاستغلال،** كأن يستغل الدائن أو المدين حالة **ضعف** الكفيل لضمان قيمة الدين.

ثانيا: المحل (الالتزام الأصلي المكفول)

محل التزام الكفيل هو ضمان تنفيذ **الالتزام الأصلي** والوفاء به إذا لم يف به المدين نفسه، لذلك إذا كان الالتزام الأصلي غير موجود، أو وُجد ثم أُبطل، أو وجد صحيحا ثم انقضى، فلا يكون هذا الالتزام محل للكفالة، ومن ثم يقع باطلا.

اذن محل التزام الكفيل هو **الالتزام الأصلي**، أي ما يسمى **بالالتزام المكفول**، وهذا الالتزام يمكن كفالته أيا كان **مصدره**، وأيا كان **محله.**

فيمكن كفالة الالتزام الذي يكون مصدره **العقد** كعقد البيع، فيكون للمشتري كفيل للثمن.

ويمكن كفالة الالتزام الذي يكون مصدره **العمل غير المشروع (الفعل الضار)** كأن يعترف المدين في الفعل الضار بمبدأ المسؤولية وبمقدار الثمن ويأتي كفيل ليضمنه في هذا المقدار.

ويمكن كفالة الالتزام الذي يكون مصدره **الاثراء بلا سبب أو الدفع غير المستحق أو الفضالة** فيأتي رب العمل مثلا بكفيل يضمن التزامه نحو الفضولي.

ويمكن أخيرا كفالة الالتزام الذي يكون مصدره **القانون**، فيأتي الجار مثلا لجاره بكفيل يكفله في التزامه بتعويض الأضرار غير المألوفة بسبب الجوار.

كما يمكن كفالة الالتزام الأصلي أيا كان **محله**، سواء كان هذا المحل هو التزام بإعطاء أو التزام بعمل أو التزام بالامتناع عن عمل، والذي يقع غالبا هو كفالة الالتزام الذي يكون محله مبلغ من النقود.

كما يجوز أن يكون التزام الكفيل **محلا لكفالة أخرى**، وهذا ما يسمى بكفيل الكفيل (المُصدق) فيلتزم هذا الأخير بوفاء الالتزام الذي لم يف به الكفيل.

وعليه، يشترط في الالتزام المكفول مجموعة من الشروط لكي يكون التزام الكفيل صحيح، وتتمثل هذه الشروط في:

- أن يكون الالتزام المكفول **موجود أو ممكن الوجود**
- أن يكون الالتزام المكفول **صحيح**
- ان يكون الالتزام المكفول **معين أو قابل للتعيين**

1-أن يكون الالتزام المكفول موجود أو ممكن الوجود

حتى يكون التزام الكفيل ممكنا، يجب أن يكون الالتزام الأصلي موجودا، ولكن هذا لا يمنع من أن يكون الالتزام مستقبلي أو شرطي

1-1-كفالة الالتزام المستقبلي

نصت **المادة 650 من القانون المدني** " تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول..."

نستنتج من هذه المادة أنه يجوز كفالة **الدين المستقبل** وان كان الدين غير موجود وقت الكفالة، وهذه الكفالة مبنية على صحة بيع الشيء المستقبلي قبل وجوده، بحيث يجوز التعامل في الأشياء المستقبلية، وهذا ما نصت عليه **المادة 92 ق م ج** (يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا...)، مثل يستطيع شخص أن يقدم كفيلا يضمنه فيما عسى أن يشتريه من متجر معين، فيكون الكفيل ضامنا لثمن البضائع التي سيشتريها المدين الأصلي.

غير أنه هناك بعض الالتزامات المستقبلية **لا يجوز كفالتها** كالالتزام الذي يقضي بالتعامل في تركة انسان على قيد الحياة، فهذا التعامل هو بطبيعته باطل، فكفالته تكون أيضا باطلة تابعة لبطلان ذلك الالتزام.

ولكفالة الدين المستقبلي لابد من **مراعاة قيدين** هما:

أ-القيد الأول: يجب في الدين المستقبلي أن **يحدد مقدما** في عقد الكفالة **مقدار الدين المكفول**، فاذا كفل شخص ثمن بضائع لم تشتر بعد، وجب تحديد المقدار الذي سيكفله الكفيل، فيذكر مثلا أن الكفيل يكفل ثمن البضائع لغاية مبلغ كذا، وهذا ما نصت عليه **الفقرة الأولى من المادة 650 ق م ج**" تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول..."

ب-القيد الثاني: وهو ما نصت عليه **الفقرة الثانية من المادة 650 ق م ج** " ... غير أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة، كان له أن يرجع فيها في أي وقت، مادام الدين المكفول لم ينشأ".

وعليه إذا **لم يعين** الكفيل مدة لقيام كفالته، **جاز** له **أن يرجع** فيها في أي وقت مادام أن الدين المكفول لم ينشأ بعد، وهذا تطبيقا للقواعد العامة في العقود غير محددة المدة، والتي تجيز لأي من الطرفين أن ينهي العقد بإرادتهما المنفردة.

لذلك إذا لم يعين الكفيل مدة لقيام كفالته ورجع فيها قبل أن ينشأ الدين، وعلم بذلك الدائن فلا يكون الكفيل ضامنا لما ينشأ من دين في المستقبل.

أما **إذا عين** الكفيل مدة لقيام كفالته، **فلا يحق له أن يرجع** عنها طوال هذه المدة ولو لم ينشأ الالتزام بعد، وإذا انقضت المدة دون أن ينشأ الدين برئت ذمة الكفيل بصفة نهائية.

1-2-كفالة الالتزام الشرطي

تنص **الفقرة الاولى من المادة 650 ق م ج** على أن " ... كما تجوز الكفالة في الدين المشروط).

يخلص من هذا النص أنه تجوز كفالة **الدين الشرطي**، سواء كان الدين الأصلي المكفول معلق على **شرط واقف أو معلق على شرط فاسخ**، وذلك لكون الكفالة **تابعة** للالتزام الأصلي، فتكون معلقة على ذات الشرط المعلق عليه الدين الأصلي.

إذا كان الالتزام الأصلي معلق على **شرط واقف**، يكون التزام الكفيل معلقا على ذات الشرط، فاذا تخلف الشرط الواقف **زال** الدين الأصلي بأثر رجعي وأُعتبر كأن لم يكن، **ويزول** معه بالتبعية التزام الكفيل ويعتبر كأن لم يكن، أما إذا **تحقق** الشرط الواقف، فان الالتزام الأصلي **يُنفذ** بأثر رجعي، وكذلك **يُنفذ** التزام الكفيل بالتبعية.

وإذا كان الالتزام الأصلي معلق على **شرط فاسخ**، يكون التزام الكفيل معلق على ذات الشرط، فاذا **تخلف** الشرط الفاسخ صار الدين الأصلي **محقق ونافذ** ويكون التزام الكفيل **نافذ أيضا بالتبعية**، أما إذا **تحقق** الشرط الفاسخ، فان الدين الأصلي **ينفسخ** بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن، **وينفسخ بالتبعية** التزام الكفيل.

1-3-كفالة الالتزام الطبيعي

ان **الالتزام الطبيعي** هو عكس الالتزام المدني لأنه التزام ناقص يتوفر على عنصر **المديونية** فقط دون عنصر **المسؤولية**، أي أنّ صاحبه غير مسؤول على تنفيذه ولا يُجبر على تنفيذه من ناحية القضاء، مثل التزام ناقص الأهلية، تنفيذ الالتزام بعد تقادم الدعوى المدنية، تصالح التاجر المفلس مع دائنيه على دفع جزء فقط من الدين (الجزء الآخر الذي تم التسامح فيه هو التزام طبيعي).

وعليه استنادا للقاعدة التي تقول أن **الكفالة لا تجوز بشروط أشد من شروط الدين المكفول،** فانه **لا تجوز** كفالة الالتزام الطبيعي، لأن هذا الأخير هو في الأصل لا يلتزم به المدين الأصلي وبالتالي لا يلتزم به أيضا الكفيل. كما أنه أيضا، كفالة الالتزام الطبيعي تفتح طريق لإجبار المدين على الوفاء بالتزامه الطبيعي بطريقة غير مباشرة، اذ يُجبر الدائن الكفيل على الوفاء، ثم يرجع الكفيل على المدين الأصلي، فيكون المدين قد أُجبر في النهاية عن طريق غير مباشر على الوفاء بالتزامه وهذا لا يجوز.

غير أنه كاستثناء واستنادا الى نص **المادة 649 ق م ج،** يجوز كفالة الالتزام الطبيعي القابل للإبطال لنقص الأهلية وكان هذا النقص **هو السبب** في كفالة الكفيل للمدين الناقص الأهلية، وبيان ذلك أن التزام ناقص الأهلية يصبح التزام طبيعي إذا أُبطل، وبالتالي في هذه الحالة إذا وفى الكفيل مختارا هذا الالتزام وهو يعلم بنقص أهلية المدين فقد قضى التزامه ولا يستطيع أن يسترده، ولا أن يرجع على المدين ناقص الاهلية بما وفى.

2-أن يكون الالتزام المكفول صحيح

انّ **فكرة تبعية** التزام الكفيل للالتزام الأصلي تهيمن على كل أحكام الكفالة، ومن هذا إذا كان التزام المكفول **صحيح** فان الكفالة تكون **صحيحة والعكس صحيح،** وهذا استنادا الى نص **المادة 648 ق م ج** بقولها " لا تكون الكفالة صحيحة الاّ اذا كان الالتزام المكفول صحيحا"

وبناء على ذلك **نطرح السؤال** التالي: ما حكم كفالة الالتزام الباطل، القابل للإبطال، التزام ناقص الاهلية؟

الجواب:

2-1-كفالة الالتزام الباطل بطلان مطلق

حكم كفالة الالتزام الباطل هي **كفالة باطلة،** لأن التزام الكفيل هو التزام تبعي، اذ هو يتبع الالتزام الأصلي في **صحته وبطلانه،** مثل لا يجوز كفالة دين المقامرة ودين الربا الفاحش ...الخ.

ولا يكون الالتزام باطلا الاّ إذا كان التزاما عقديا، أما الالتزام غير العقدي، فالقانون هو الذي يتكفل بإنشائه وليس إرادة الطرفين، فلا يكون باطلا.

فالالتزام الباطل هو الذي يراد إنشاؤه بعقد باطل، والعقد يكون باطلا إذا أُختل أحد أركانه كانعدام الرضا أو المحل أو السبب.

2-2-كفالة الالتزام القابل للإبطال

إذا كان الالتزام الأصلي المكفول قابل للإبطال فان الكفالة تكون أيضا **قابلة للإبطال**.

وقابلية الابطال قد تكون بسبب نقص الأهلية أو بسبب وجود عيب من عيوب الإرادة كالغلط أو التدليس أو الاكراه أو الاستغلال، أو بسبب نص في القانون (بيع ملك الغير هو قابل للإبطال)

ملاحظة: سنركز هنا على قابلية الابطال بسبب وجود عيب من عيوب الإرادة أو بسبب نص في القانون، أما قابلية الابطال لسبب نقص الاهلية سنخصص له فقرة خاصة.

وعليه، طبقا للقواعد العامة التي تقضي بأن يكون الالتزام الذي يشوبه عيب من عيوب الإرادة هو التزام **صحيح** ولكن **قابل للإبطال،** فكذلك التزام الكفيل في هذه الحالة هو التزامه **صحيح** ولكن قابل **للإبطال،** فاذا تمسك المدين الأصلي **ببطلان** الالتزام الأصلي فيستطيع الكفيل هو أيضا أن **يتمسك ببطلان التزامه** لأن

التزامه هو تابع للالتزام الأصلي، فاذا بطُل هذا الأخير بطُل معه التزام الكفيل، وإذا رجع الدائن على الكفيل يستطيع هذا الأخير أن يتمسك ببطلان التزامه نظير بطلان الالتزام الأصلي.

أما لو تم **إجازة الالتزام الاصلي** القابل للإبطال، فيصبح هذا الالتزام صحيح بالإجازة، فان هذا **لا يؤدي** بالضرورة الى **إجازة** التزام الكفيل، بل يبقى الكفيل حتى في هذه الحالة له الحق في **التمسك بإبطال الكفالة**، ذلك أنّ الكفيل قد كفل مدين بعقد قابل للإبطال، فلا يستطيع هذا المدين أن يسوئ مركز الكفيل بإجازته للالتزام الأصلي، **ولكن لو أجاز** الكفيل بدوره الكفالة نظير إجازة المدين للالتزام الأصلي، تصبح الكفالة هنا **صحيحة** بعد أن كانت قابلة للإبطال.

2-3-كفالة التزام ناقص الاهلية

ناقص الأهلية هو القاصر المميز ومَنْ في حكمه كالمحجور عليه بسبب غفلة أو سفه، وبالتالي يجب أن نستبعد من هذا النص الحالة التي يكون فيها القاصر منعدم الاهلية لفقدان التمييز أو لجنون أو عته لأن التزام هذا القاصر هو باطل بطلان مطلق وبالتالي كفالته تكون باطلة أيضا كما سبق شرحه.

وفي هذا الصدد نميز بين **فروض ثلاثة:**

الفرض الأول: كون الكفيل قد كفل ناقص الاهلية وهو غير عالم بنقص أهليته:

وفي هذا الفرض يكون الكفيل **كفيلا لا مدين أصلي**، وتسري جميع أحكام الكفالة، ومن هذه الأحكام أن للكفيل أن يتمسك بالدفوع التي يتمسك بها المدين الأصلي (ناقص الاهلية)، وفي هذه الحالة يكون التزام ناقص الاهلية قابل للإبطال، ويتبع بذلك التزام الكفيل اذ يصبح التزامه هو أيضا **قابل للإبطال**.

وبالتالي إذا طلب ناقص الأهلية ابطال الالتزام وحكم له بالإبطال كذلك يبطل التزام الكفيل بالتبعية.

أما إذا لم يتمسك ناقص الأهلية بالقابلية للإبطال وأجاز هذا الالتزام، هذا لا يعني أن التزام الكفيل يبقى قائما بالتبعية، بل يجوز للكفيل أن يتمسك بقابلية التزامه للإبطال لوقوعه في غلط (كفل مدين ولم يكن يعلم بنقص أهليته)، وفي هذه الحالة ينقضي التزام الكفيل وتبرأ ذمته، فالمدين الأصلي لا يستطيع أن يسوئ بإجازته للالتزام الأصلي مركز الكفيل، وقد طبقنا هذه القاعدة في حالة كفالة الالتزام المكفول القابل للإبطال لعيب في الرضا.

الفرض الثاني: كون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية وهو يعلم بنقص أهليته:

وفي هذا الفرض يكون الكفيل **كفيلا أيضا لا مدين أصلي**، وتسري جميع أحكام الكفالة، الاّ أن في هذا الفرض فان الكفيل يعلم بنقص أهلية المدين الأصلي، فيكون بعلمه هذا **نزولا** حتما عن التمسك بعدم الأهلية فيما إذا نزل عنه المدين الأصلي وأجاز العقد.

وعلى ذلك إذا تمسك المدين الأصلي ناقص الاهلية بنقص أهليته وأبطل الالتزام الأصلي **جاز** للكفيل أيضا **التمسك بنقص الاهلية وأن يبطل عقد الكفالة**.

أما إذا نزل المدين الأصلي عن التمسك بنقص أهليته **وأجاز الالتزام**، فان الكفيل خلافا للفرض السابق **لا يستطيع أن يتمسك** بنقص الاهلية، ويعتبر أنه **قد نزل عن هذا الدفع** لأنه كان يعلم بنقص أهلية المدين وهذا طبقا **للفقرة الثانية من نص المادة 654 ق م ج.**

الفرض الثالث: كون الكفيل قد كفل ناقص الاهلية بسبب نقص أهليته:

وهذا الافتراض وارد في **المادة 649 ق م ج** التي تنص على ما يلي (من كفل التزام ناقص الأهلية، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول...).

وفي هذا الفرض يكون كلا من الكفيل والدائن عالمين بنقص أهلية المدين، وأنّ التزام هذا الأخير قابل للإبطال فيجوز للمدين أن يبطله، وتوقعا لهذا الاحتمال تم انعقاد الكفالة بسبب نقص أهلية المدين الأصلي.

وعليه، إذا أجاز ناقص الأهلية التزامه ولم يتمسك بالإبطال فانه يصبح ملزما بتنفيذ الالتزام الأصلي، ويكون الكفيل ضامنا له في تنفيذ هذا الالتزام باعتباره كفيلا وتسري هنا جميع أحكام الكفالة.

أما إذا تمسك المدين الأصلي ناقص الاهلية بنقص أهليته وأبطل الالتزام الأصلي، في هذه الحالة كان الكفيل هو **المدين الأصلي**، ويكون ملزما بتنفيذ الالتزام الأصلي لأن ناقص الأهلية لم ينفذه، وفي هذه الحالة لا يكون الكفيل **كفيلا بل يكون مدين أصلي**.

3-أن يكون الالتزام المكفول معين أو قابل للتعيين

وانطلاقا من هذا الشرط يتم:

- **تعيين أطراف الالتزام**: ذكر اسم الدائن ولقبه ومهنته، ومكان اقامته، وتعيين المدين باسمه ولقبه ومهنته ومكان اقامته.
- **تعيين محل الالتزام**: ذكر أنه مبلغ من النقود أو بضاعة يحدد نوعها ومقدارها.
- **تعيين الالتزام المكفول من حيث مصدره:** قد يكون للمدين عدة مصادر للدين عقد بيع أو عقد قرض...الخ، لذا يجب تحديد مصدر الدين بدقة، لأن مصلحة الكفيل ترتبط بدين معين بالذات هو الذي يحدده، وليس بأي دين للدائن قِبل مدينه، وإذا تحدد الالتزام المكفول دون تحديد التزام الكفيل فان التزام هذا الأخير يكون مطابق لالتزام المدين الأصلي، وهذا ما يسمى بالكفالة المطلقة. وفي حالة **عدم تعيين الالتزام المكفول**، فهذا لا يعني أنه التزام باطل بل يجوز متى كان قابلا للتعيين، مثلا: أن يكفل شخص بعد وقوع فعل ضار، التعويض الذي سيحكم به على المسؤول عنه.

3-1-نطاق التزام الكفيل

3-1-1-النطاق من حيث الموضوع: هناك الكفالة المطلقة والكفالة المحددة

أ-الكفالة المطلقة: هي الكفالة غير المحددة، كما إذا كفل الكفيل بصفة عامة كل التزامات البائع في عقد البيع، وهذه الكفالة تظل خاضعة للمبدأ الأساسي هو انحصارها في نطاق **ما رضي به الكفيل** مع وجوب التضييق في تفسير هذا الكفيل.

وفي هذا، فالكفيل يُسأل عن أصل الدين المكفول وملحقاته وتوابعه كالفوائد القانونية والاتفاقية، وكذا التعويضات الناشئة عن التأخير في الوفاء أو عن اخلال المدين بالتزامه بصفة عامة، كما يُسأل الكفيل عن مصاريف **المطالبة الاولى** بالدين سواء وجهت اليه أو الى المدين أو اليهما معا كمصاريف التنبيه بالوفاء أو الدفع ومصاريف رفع الدعوى، أما ما يستجد من مصاريف بعد المطالبة الاولى فان الكفيل لا يتحملها الاّ إذا كانت لاحقة لإخطار الدائن له بمطالبته للمدين وهذا ما نصت عليه **المادة 653 ق م ج.**

ب-الكفالة المحددة: في هذه الكفالة يكفل الكفيل **جزء فقط** من التزامات المدين، ولا يُسأل الاّ عن هذا الجزء ولا يُسأل عن الجزء الباقي، فاذا ضمن الكفيل الدين دون فوائد فلا يُسأل عن هذه الفوائد.

3-1-2-نطاق التزام الكفيل من حيث المدة

إذا حُدد وقتا معين لإنشاء الدين الأصلي خلاله، يتعين على الدائن مطالبة الكفيل أو مطالبة المدين خلال هذا الوقت، أما إذا انقضى الوقت دون نشوء الدين أو دون حصول هذه المطالبة برئت ذمة الكفيل، وهذا ما يحدث في الالتزامات المستقبلية.

3-1-3-نطاق الالتزام من حيث الأوصاف

يمكن أن يلحق التزام الكفيل جميع الأوصاف التي تلحق الالتزام الأصلي، بمعنى إذا كان التزام الأصلي معلق على شرط واقف كان أو فاسخ كان التزام الكفيل معلقا على هذين الشرطين، أو كان الالتزام الأصلي مقرون بأجل واقف أو فاسخ فان التزام الكفيل يكون أيضا مقرون بهذه الآجال.

ولكن قد يكون التزام الكفيل معلق على شرط واقف أو فاسخ أو مقرون بأجل واقف أو فاسخ دون أن يكون الالتزام الأصلي متصفا بذه الشروط أو الآجال.

3-2-انحصار التزام الكفيل في حدود الالتزام المكفول

ان الالتزام الأصلي هو الذي **يحدد** التزام الكفيل، حيث أن الالتزام الأصلي يعد ضروري لقيام التزام الكفيل، والكفالة تقوم على ضمان هذا الالتزام.

وعلى ذلك، فلا يتصور **أن يتجاوز** التزام الكفيل **حدود** الالتزام الأصلي وهذا ما نصت عليه **الفقرة الأولى من المادة 652 ق م ج** بقولها " لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول...".

وتطبيقا لذلك، لا يجوز أن يتجاوز التزام الكفيل الالتزام الأصلي في **مقداره،** أي لا يمكن أن يلتزم الكفيل بدفع مبلغ أكبر من الدين الأصلي.

كما لا يجوز أن يكون التزام الكفيل **أشد** من شروط الدين المكفول، أي لا يمكن أن يكون التزام الكفيل باتا أو منجزا (مُنفذ) إذا كان الالتزام الأصلي معلق على شرط أو مضاف الى أجل، **كما لا يجوز** أن يكون التزام الكفيل أشد في طريقة الوفاء، مثلا إذا سُمح للمدين بأن يفي بالدين مجزأ على فترات معينة، فلا يمكن للدائن اجبار الكفيل على الوفاء بالدين جملة واحدة، **كما لا يجوز** أن يلتزم الكفيل بالدفع في مكان أبعد من المكان الذي أُلتزم المدين بالدفع فيه.

ملاحظة: إذا كان التزام الكفيل أشد من التزام المدين المكفول، **فالجزاء** على ذلك **ليس هو بطلان** التزام الكفيل، بل **إنقاصه** الى أن يبلغ حد الالتزام المكفول.

وإذا كان التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من الالتزام المكفول، فانه على النقيض من ذلك **يجوز** أن يكون في مبلغ أقل وبشرط أهون وأخف، وهذا ما نصت عليه **الفقرة الثانية من المادة 652 ق م ج.**

اذ يجوز أن يكفل الكفيل المدين الأصلي في جزء من الدين، أو في الدين دون فوائده وملحقاته، أو لأجل أطول من أجل المدين الأصلي، **كما يجوز** أن يعلق الكفيل التزامه **على شرط** حتى ولو كان الالتزام الأصلي غير معلق على شرط، **كما يجوز** أن يشترط الكفيل ألا يكفل المدين الأصلي إذا شهر افلاس هذا الأخير، أو يعلق الكفيل التزامه على شروط خاصة كوجود تأمينات عينية تضمن الدين المكفول.

ومن التطبيقات أيضا على جواز الكفالة **بشرط أهون** هو منح للمدين أجلا للوفاء، فان الكفيل يستفيد من هذا الأجل، وله مع ذلك أن يتمسك بالأجل القديم إذا كانت له مصلحة في ذلك، وإذا اتفق المدين مع الدائن على

النزول عن أجل الدين، فان هذا الاتفاق لا يسري في حق الكفيل، **فلا يرغم** هذا الأخير على الوفاء بالدين الاّ عند حلول الأجل الأصلي الخاص بالتزامه.

ثالثا: ركن السبب

سبب الكفالة هو **الباعث أو الدافع للتعاقد**، فاذا كانت تبرعية وهذا هو الأصل، فسبب الالتزام هو **نية التبرع**، وإذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وبمقابل فان سبب التزام الكفيل يكون المصلحة التي سيحصل عليها.

أما إذا انعقدت الكفالة لمصلحة المدين، فقد يكون هذا الأخير تعهد بشيء للكفيل، ففي هذه الحالة يكون هذا المقابل هو سبب التزام الكفيل.

وفي كل الحالات يجب أن يكون السبب ممكن غير مستحيل ومشروع غير مخالف للنظام والآداب العامة والاّ كان باطلا طبقا للقواعد العامة.

رابعا: اثبات عقد الكفالة

تنص **المادة 645 ق م ج** على ما يلي " لا تثبت الكفالة الاّ بالكتابة، ولو كان من الجائز اثبات الالتزام الأصلي بالبينة".

ويخلص من هذا النص، أنّ الكتابة غير ضرورية لانعقاد الكفالة، ذلك أنّ هذا العقد هو عقد رضائي وليس شكلي، يحتاج الى الكتابة للإثبات فقط وليس للانعقاد، كما يجوز اثبات الكفالة بما يقوم مقام الكتابة كالإثبات باليمين والاقرار أو بالقرائن في حالة وجود الكتابة ولكن حصل مانع من الحصول على هذه الكتابة أو إذا فقد الدائن السند الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه.

على خلاف اثبات **التزام الكفيل** فالكتابة فيه **ضرورية في جميع الحالات** حتى ولو كان الالتزام الأصلي يثبت بالبينة، بل الكتابة **ضرورية** لإثبات التزام الكفيل **حتى ولو** كان التزامه **أقل** من 100.000 دج وهذا خروج عن القواعد العامة التي تُجيز الاثبات بالبينة إذا كانت قيمة الالتزام لا تزيد عن هذا المبلغ، ذلك أنّ التزام الكفيل هو أساسا من الالتزامات التبرعية، فيجب أن يستند الى رضا صريح قاطع.

وقد يستحيل أحيانا التعرف على طبيعة تدخل الكفيل وتحديد مدى التزامه، ونوع كفالته، ولهذه الأسباب قرر المشرع **حماية الكفيل بعدم جواز اثبات التزامه الاّ بالكتابة**، ذلك أنه يكون مسؤول عن الوفاء بالتزام المدين إذا لم يف به هذا الأخير، وقد استلزم المشرع أن يكون اثبات هذا الالتزام بالكتابة حتى ينبه الكفيل الى خطورة ما هو مقدم عليه.

والحكمة من هذه الكتابة، هي أنه في حالة **انكار** الكفيل كفالته لدين المدين، فيجب على الدائن أن **يقدم الدليل الكتابي** على وجود عقد الكفالة، أما بالنسبة للكفيل فانه يستطيع أن يتمسك بعقد الكفالة في مواجهة الدائن، كأن يطالبه مثلا بما يكون قد دفعه زيادة عن المستحق عنه.

أما إذا كان التزام الكفيل تجاري (كفالة تجارية)، فيجوز اثباته بجميع طرق الاثبات سواء بالكتابة أو البينة والقرائن... الخ.

خامسا: تفسير الكفالة

انّ **قاضي الموضوع** هو الذي يقوم **بتفسير** عقد الكفالة ويحدد مدى التزام الكفيل في حالة النزاع، وفي تفسيره يتقيد بقاعدة قانونية هي **تفسير الكفالة تفسير ضيق دون توسع**، أي يحدد التزام الكفيل في أضيق نطاق، فلا يجوز التوسع في تفسير الكفالة لا من حيث الشيء ولا من حيث الشخص ولا من حيث الزمن.

وتطبيقا لذلك، إذا كفل الكفيل جزءا من التزامات المدين، **لا يجوز مد** الكفالة الى الأجزاء الأخرى، مثلا إذا كفل الكفيل مستأجرا في دفع الأجرة، اقتصرت الكفالة على هذا الالتزام دون غيره من الالتزامات الأخرى كالتعويض عن التلف أو التعويض عن الحريق، وإذا كفل الكفيل أصل الدين لم تمتد كفالته الى فوائد الدين.

ضف الى ذلك، عند الشك يكون التفسير دائما **لمصلحة الكفيل،** فاذا كان هناك شك فيما إذا كانت الكفالة محددة أو غير محددة(مطلقة)، وجب اعتبار الكفالة محددة.

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.**