مقدمة:

تهدف التأمينات بمختلف أنواعها إلى ضمان الوفاء بالالتزامات وفقا لما تقرره القواعد العامة، إذ تنص المادة 188 من القانون المدني بأن: " أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان "، أي أن الضمان العام يشمل كافة أموال المدين، ويتساوى في ذلك جميع الدائنين، فلا أولوية لأحدهم على الآخر.

وللدائن في هذا الإطار أن يتخذ كافة الطرق التحفظية للمحافظة على حقه، وهي وسائل وضعها القانون تحت تصرفه؛ فيمكنه أن يقطع تقادماً منعاً لسقوط حقه، أو أن يقيد رهنه أو يجدده، أو أن يضع الأختام على أموال مدينه، كما له أن يلجأ إلى الطرق الوسطى بين التحفظية و التنفيذية التي تمهد للدائن سبيل التنفيذ دون أن تؤدي إلى تمامه والتي ترد جميعها إلى المبدأ العام الذي يقضي بأن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، ومن بين الطرق الوسطى هناك: الدعوى غير المباشرة[1]، الدعوى البوليصية (دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين)[2]،الدعوى الصورية[3] و الحق في الحبس[4].

ولكن تبقى هذه الوسائل ضعيفة وذات فعالية محدودة في تأمين الضمان العام من المساس به من طرف المدين خصوصا بسبب صعوبة تطبيق هذه الدعاوى

---

[1] تسمح هذه الدعوى للدائن أن يطالب بحقوق مدينه لدى الغير، ليتغلب بذلك على تماطل المدين في تحصيل حقوقه. وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادتين 189 و190 من القانون المدني، حيث أكد على حق الدائن - ولو لم يحل أجل دينه- أن يلجأ لهذه الدعوى إذا تقاعس المدين عن المطالبة بحقوقه على شرط أن يثبت إمساك المدين عن المطالبة بحقوقه وأن ذلك سيتسبب في إعساره أو يزيد فيه.

[2] يهدف الدائن من خلال هذه الدعوى إلى حماية نفسه من تصرفات المدين الضارة به، وقد نص عليها المشرع الجزائري في المواد 192 إلى 197 من القانون المدني، حيث يطعن الدائن في التصرف الذي قام به المدين ويطلب عدم نفاذه في مواجهته فلا يحتج به تجاهه، وذلك بشروط أهمها أن يكون دينه حال الأداء وأن يزيد التصرف إعسار المدين مع إثبات غش المدين حين يكون التصرف معاوضة. وإذا تقرر عدم نفاذ التصرف في مواجهة الدائن رافع الدعوى فإنه بقية الدائنين يستفيدون من ذلك.

[3] يرفع الدائن هذه الدعوى لمواجهة محاولات المدين لتهريب أمواله من الضمان العام بتصرفات مستترة ضمن تصرفات صورية ظاهرة، حيث يقوم المدين بتصرفات ظاهرها خروج بعض أمواله من ذمته المالية إلا أنها حقيقة لا تزال ضمن ممتلكاته بموجب تصرف حقيقي خفي بينه وبين المتعاقد معه. حيث تفترض الصورية دائما وجود عقدين، الأول ظاهر وهو العقد الصوري والثاني خفي وهو العقد الحقيقي المقصود من المتعاقدين. وقد نص المشرع الجزائري على هذه الدعوى في المادتين 198 و199 من القانون المدني، أين بين المشرع أنه في العلاقة بين طرفي العقد لا يسري إلا العقد الحقيقي أما بالنسبة إلى الغير فإنه لهم التمسك بالعقد الظاهر من حيث الأصل إلا أن يكون من مصلحتهم التمسك بالعقد الحقيقي وهنا يلزمون بإثبات الصورية.

[4] تسمح هذه الدعوى للدائن بأن يحبس مالاً في يده للمدين حتى يستوفي حقاً له مرتبطا بهذا المال، ومقتضاه أن كل من التزم بأداء شيء باستطاعته أن يمتنع عن الوفاء به إذا لم يقم الطرف المقابل بأداء ما عليه من التزامات بشرط أن يكون الالتزامان مترابطين من حيث الأداء. وهو ما يظهر بصفة أساسية في العقود الملزمة لجانبين. وهذا الحق تطرق له المشرع في القواعد العامة لنظرية الالتزام في الجزء المخصص منه لأحكام الالتزام في المواد 200 و201 و202 من القانون المدني وهي قابلة للتطبيق على أي علاقة قانونية تتضمن التزامات متقابلة لاسيما العقود المسماة، ما لم يرد نص مخالف.

لعدم سهولة تحقيق شروطها من جهة، وإمكانية تصرف المدين في أمواله دون أن يعلم أي من دائنيه بذلك. إضافة إلى أن هذه الوسائل لا تؤدي إلى تخصيص مال معين للوفاء بدين من يستعملها، وغاية ما في الأمر أنها تزيد أو تحافظ على الذمة المالية للمدين التي سيتزاحم عليها الدائنون سواء من استعمل تلك الدعاوى أو من لم يستعملها.

فإذا كانت أموال المدين تتسع لهم جميعاً إستوفوا حقوقهم كاملة، أما إذا لم تتسع لهم واتخذوا جميعاً إجراءات التنفيذ على هذه الأموال فإنهم يتقاسمونها قسمة الغرماء كلٌ بنسبة حقه، فلا يحصل كلٌ منهم إلا على جزء من هذا الحق. كما أن هناك نوع آخر من الخطر يهدد الدائن بصفة خاصة فلا يتمكن بموجبه على الحق الذي له قبل المدين فلا يستوفي دينه اختيارا وقد لا يستطيع استيفائه إجبارا لعدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه.

وعليه، فرغم اعتبار جميع أموال المدين ضمان عام للدائن من الناحية القانونية، إلا أن ذلك يبقى غير كاف من الناحية الواقعية، ويجعل الدائن العادي تحت رحمة مدينه، فلا ملاذ له إلا أمانة هذا المدين و نزاهته ويُسره وملاءته.

وكي يستطيع الدائن الاطمئنان لمدينه في استيفاء حقه، حتى يأمن إعسار المدين و يدرأ عنه غش المدين أو إهماله، فقد أصبح يبحث عن تأمينات خاصة لحقه تكون كافية للوفاء به كاملاً في ميعاد الاستحقاق. أمام هذا الوضع نص القانون على إمكانية أن يطلب الدائن من المدين تقديم ضمان خاص يؤمن له به سداد دينه أو بعبارة أخرى تقديم تأمينات خاصة تضمن الوفاء بالالتزام. وهذا الضمان الخاص أو التأمينات صنفان تأمينات شخصية[5] وتأمينات عينية[6]، وتتميز التأمينات العينية عن التأمينات الشخصية بأنها توفر للدائن ميزتين أو خاصيتين هما: التقدم[7] و التتبع[8].

[5] مقتضاها أن يتعدد الأشخاص المسؤولون عن الوفاء بالالتزام، فيصبح للدائن أكثر من ضمان عام إضافي ينفذ عليه حين لا يقوم المدين بالوفاء بالتزاماته. وأهم صور التأمينات الشخصية عقد الكفالة الذي نظمه المشرع الجزائري في المواد 644 إلى 673 من القانون المدني. وإضافة إلى عقد الكفالة توجد هناك عدة صور أخرى للتأمينات الشخصية وردت في أحكام النظرية العامة للالتزام ومن أهمها نجد التضامن بين المدينين (المادة 217 وما يليها من القانون المدني) وعدم قابلية الالتزام للانقسام بين المدينين المتعددين (المادة 237 وما يليها من القانون المدني).

[6] مقتضاها أن يتم تخصيص مال معين من أموال المدين لضمان الوفاء بالالتزام القائم في ذمته.

[7] حيث لا يزاحم أحد الدائن صاحب التأمين العيني على ثمن المال المخصص للوفاء بدينه حين التنفيذ على المدين، مع احترام رتبته ضمن أصحاب التأمينات العينية.

[8] حيث تخول التأمينات العينية للدائن أن يتتبع المال المخصص للوفاء بدينه والتنفيذ عليه في أي يد كان. وقد نص عليها المشرع الجزائري في الكتاب الرابع من القانون المدني تحت اسم (الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية). وذلك في المواد 882 إلى 1003 منها ما يكون منشأه العقد ومنها ما يكون مصدره القانون ومنها ما يكون مصدره القضاء. وهي أربعة؛ الرهن الرسمي؛ الرهن الحيازي؛ حق التخصيص؛ حقوق الامتياز.

وعليه، فإننا سنتطرق خلال هذا السداسي ضمن مقياس التأمينات إلى كل من التأمينات الشخصية والعينية ضمن مبحثين، حسب التفصيل الآتي:

المبحث الأول: التأمينات الشخصية (الكفالة)

المطلب الأول: مفهوم الكفالة

المطلب الثاني: أركان الكفالة

المطلب الثالث: آثار الكفالة

المطلب الرابع: انقضاء الكفالة

المبحث الثاني: التأمينات العينية

المطلب الأول: الرهن الرسمي

المطلب الثالث: الرهن الحيازي

المطلب الرابع: حق التخصيص

المطلب الخامس: حقوق الامتياز

المبحث الأول: التأمينات الشخصية (الكفالة)

نظرا لأن الكفالة تعد من أهم صور التأمينات الشخصية، فإنه سيتم التطرق لمفهوم الكفالة (المطلب الأول)، ثم لأركان الكفالة (المطلب الثاني)، ثم لآثار الكفالة (المطلب الثالث)، ومن ثم لانقضاء الكفالة (المطلب الرابع)، وذلك وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري.

المطلب الأول: مفهوم الكفالة

الكفالة بصفة عامة هي ضم ذمة مالية أخرى لذمة المدين فيصير للدائن ضمان عام آخر هو الضمان العام للكفيل إضافة إلى الضمان العام للمدين الأصلي. ولتحديد مفهوم الكفالة جيدا لا بد من التطرق لتعريف الكفالة (الفرع الأول)، ثم لخصائص الكفالة (الفرع الثاني)،ثم لأنواع الكفالة (الفرع الثالث)، ثم للشروط الواجب توفرها في الكفيل الذي يتعهد المدين بتقديمه (الفرع الرابع)، ثم تمييز الكفالة عن غيرها من العقود والنظم المشابهة (الفرع الخامس).

الفرع الأول: تعريف الكفالة

عرَّف المشرع الجزائري الكفالة في المادة 644 من القانون المدني بأنها: "عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن أن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه".

يظهر من خلال هذا التعريف بأن الكفالة تنشأ دون تدخل من المدين فهو ليس طرفا فيها ولا يعتد برفضه أو قبوله لها. كما نجد أنها وجدت ضمانا للدائن وتأمينا لدينه تجاه المدين الأصلي. وتجدر الإشارة إلى أن القانون لم يشترط أن يكون الالتزام المكفول قائما وقت إبرام عقد الكفالة حيث يمكن كفالة الالتزامات المستقبلة.

كما أن الكفالة تنشئ التزاما على عاتق الكفيل تجاه الدائن ولكنه التزام احتياطي لا يلزم به الكفيل إلا بعد أن يثبت عدم وفاء المدين الأصلي بالالتزام المكفول باستثناء حالات خاصة نراها لاحقا.

للإشارة، فإن الكفالة المقصودة هنا تختلف عن الكفالة الواردة ضمن بعض القوانين؛على غرار الكفالة التي يدفعها في بعض الحالات الشخص المستفيد من الحكم المشمول بالنفاذ المعجل، والكفالة التي يدفعها الشخص الذي يقدم شكوى مصحوبة بادعاء مدني أمام قاضي التحقيق أو الكفالة التي تدفع عند استعمال التكليف المباشر بالحضور في الجرائم المنصوص عليها في المادة 337 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

الفرع الثاني: خصائص الكفالة

يمكن من خلال تعريف المشرع الجزائري للكفالة في المادة 644 من القانون المدني أن نستخلص بأن للكفالة الخصائص الآتية:

أولا- الكفالة عقد رضائي:

المشرع لم بجعل الكتابة ركنا في انعقاد الكتابة ولم يرتب على عدم كتابتها البطلان، وهو ما دلَّ عليه نص المادة 645 من القانون المدني الذي أكد المشرع فيه بأن الكتابة في عقد الكفالة للإثبات وليس للانعقاد.

ثانيا- الكفالة عقد ضمان شخصي:

لأن الكفالة تجعل من الكفيل مسؤولا عن تنفيذ الالتزام بصفة شخصية في ذمته المالية كلها وليس في مال محدد من أمواله. وهو ما يعني أن الدائن قد يواجه مع الدائن قد يواجه مع الكفيل نفس ما قد يواجهه مع المدين الأصلي من مخاطر، فالكفيل قد يعسر وقد يسعى لإنقاص الضمان العام الخاص به دون أن يستطيع الدائن فعل شيء. وهو ما يدفع بالدائن إلى طلب كفالة عينية وعدم الاكتفاء بالكفالة الشخصية.

ثالثا- الكفالة عقد تابع:

أي أن الكفالة تتبع الالتزام المكفول فهي تنشأ لضمانه وتنقضي بانقضائه، ويترتب على خاصية التبعية النتائج الآتية:

- لا يستطيع الدائن الرجوع على الكفيل ومطالبته إلا بعد الرجوع على المدين الأصلي ومطالبته (المادة 660 من القانون المدني الجزائري)؛

- التزام الكفيل يكون في حدود الالتزام المكفول فلا يكون بمبلغ أكبر أو بشروط أشد من الالتزام الأصلي المكفول، فإذا أبرم عقد الكفالة متضمنا شروطا أشد أو مبلغا أكبر يجب إنقاصها لحد ود الالتزام المكفول (المادة 652 من القانون المدني الجزائري)؛
- للكفيل أن يتمسك بالدفوع التي للمدين الأصلي في مواجهة الدائن؛
- لا يصح أن يكون التزام الكفيل باتا أو منجزا إذا كان الالتزام الأصلي معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل.

رابعا- الكفالة عقد ملزم لجانب واحد:

حيث أن الكفيل هو الملتزم الوحيد في عقد الكفالة، إلا أن هذا لا يمنع أن يكون عقد الكفالة ملزما للجانبين في عدة حالات منها أن يلتزم الدائن تجاه الكفيل بتقديم أداء معين مقابل قبوله الكفالة سواء كان هذا الأداء لفائدة الكفيل أو لصالح المدين الأصلي مثل لو اشترط الكفيل على الدائن تمديد أجل الدين أو التخلي عن رهن سابق.

خامسا- الكفالة عقد من عقود التبرع:

الأصل أن الكفيل يلتزم بالكفالة دون مقابل ويعدُّ بذلك متبرعا، فيتطلب ذلك أن يكون للكفيل أهلية التبرع أي أهلية الأداء الكاملة (19 سنة غير محجور عليه طبقا للمادة 40 من القانون المدني)، كما أن اعتبار الكفالة تبرعا يجعلها عرضة للطعن فيها بدعوى عدم نفاذ التصرف من طرف دائني الكفيل. أما بالنسبة للدائن فإن الكفالة تعتبر من حيث الأصل عقدا نافعا نفعا محضا ويكفي فيه التمييز أي أهلية الأداء الناقصة.

الفرع الثالث: أنواع الكفالة

للكفالة عدة أنواع يمكن تصنيفها حسب المعايير الآتية:

أولا- من حيث حدود الدين المضمون:

هناك الكفالة الكاملة التي يلتزم فيها الكفيل بضمان الدين الأصلي كله، وهناك الكفالة الجزئية التي يلتزم فيها الكفيل بضمان جزء من الدين (دين أصلي 1.000.000 دج ويضمن منه 300.000 دج فإذا سددت هذه القيمة انقضى التزام الكفيل)، وهناك الكفالة المحددة أين يحدد الكفيل سقفا أعلى للمبلغ الذي يدفعه إلى الدائن.

ثانيا- من حيث طبيعة الكفالة (مدنية/تجارية):

الأصل في الكفالة أنها عمل مدني ولو كان الكفيل تاجرا أو الالتزام المكفول تجاريا (المادة 651 من القانون المدني الجزائري). فالكفالة عمل تبرعي من حيث الأصل وهو ما يتنافى مع العمل التجاري القائم على أساس تحقيق الربح. واستثناء من هذا الأصل تصبح الكفالة عملا تجاريا إذا احترف شخص كفالة الديون بمقابل، وحين تتعلق الكفالة بدين ثابت في ورقة تجارية وقع عليها الكفيل بصفته ضامنا احتياطيا أو مظهرا.

ثالثا- من حيث مصدر التزام المدين بتقديم كفيل:

غالبا ما يلتزم الكفيل بالكفالة بناء على طلب المدين، وطلب المدين إما أن يتم من تلقاء نفسه أو يكون ملزما بذلك. حيث أن مصدر الالتزام بتقديم كفيل إما أن يكون الاتفاق السابق بين الدائن والمدين، كما قد يكون مصدر الالتزام بتقديم كفيل هو نص القانون مباشرة (مثل المادة 851 من القانون المدني، التي تلزم المنتفع بتقديم كفالة لمالك الرقبة)، وقد تكون الكفالة قضائية حين يلزم القاضي المدين بتقديم كفيل (مثل الحالة المنصوص عليها في المادة 717 من القانون المدني المتعلقة بحالة اختلاف الشركاء حول إحداث تغييرات على المال الشائع).

رابعا- من حيث درجة التزام الكفيل:

إضافة إلى الكفالة البسيطة أي الكفالة في صورتها العادية نجد الكفالة المشددة التي يكون التزام الكفيل فيها أشد، حيث يتنازل فيها الكفيل عن حقه في الدفع بالتجريد أو حقه في عدم الرجوع عليه إلا بعد الرجوع على المدين أولا.

والكفالة المشددة لا تعني أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين الأصلي بل هي صورة يتنازل فيها الكفيل عن بعض الحقوق المقررة له طبقا لأحكام الكفالة دون أن يصل ذلك إلى جعل التزامه أكبر من التزام المدين الأصلي.

خامسا- صور أخرى للكفالة:

هناك صورا أخرى للكفالة، أهمها:

أ- الكفالة المؤقتة: الأصل في الكفالة أنها لا تنقضي حتى ينقضي الدين، ولكن يجوز للكفيل أن يشترط أن يكون التزامه مؤقتا بمدة معينة بعد حلول أجل الدين.

(مثل اشتراط الكفيل أن التزامه تجاه الدائن ينقضي بمرور سنة من حلول الدين في حالة عدم تحرك الدائن لاقتضاء الدين).

ب- كفالة الكفيل: هي الحالة التي يبحث فيها الكفيل عن شخص يكفل التزامه تجاه الدائن.

جـ- كفالة الرجوع: هي الحالة التي يبحث فيها الكفيل عن شخص يكفل له حقه في مواجهة المدين الأصلي. فقد يخشى الكفيل أن يعجز المدين الأصلي أن يسدد ما أداه عنه إلى الدائن، حيث يعود الكفيل هنا على الكفيل الثاني.

الفرع الرابع: الشروط الواجب توفرها في الكفيل الذي التزم المدين بتقديمه

إذا التزم المدين بتقديم كفيل فإنه يتعين عليه أن يختار شخصا يضمن تحقيق الغرض المقصود من الكفالة. وقد نصت المادة 646 من القانون المدني الجزائري على شرطين هما:

أولا- يسار الكفيل:

أي أن تكون للكفيل الأموال الكافية للوفاء بالالتزام المكفول، وهي مسألة موضوعية تخضع لتقدير القاضي.

ثانيا- إقامة الكفيل في الجزائر:

يلاحظ هنا بأن المشرع قد اشترط الإقامة المعتادة في الجزائر فلا تكفي الإقامة العارضة المؤقتة، وذلك مراعاة لمصلحة الدائن والتسهيل عليه. وهذان الشرطان لا بد من توفرهما دائما، حيث أنه إذا اختلا في أي وقت قبل انقضاء الدين كان للدائن طلب كفيل آخر أو تأمين عيني تحت طائلة سقوط أجل الدين واعتباره حال الأداء.

إضافة إلى هذين الشرطين نجد شرط أهلية الكفيل، لأنه إذا كان في أهلية الكفيل خلل أو قصور فإن الكفالة ستكون عرضة للإبطال وهو ما يجعل ائتمان المدين في خطر.

الفرع الخامس: التمييز بين الكفالة وما يشابهها

أولا- الكفالة والتعهد عن الغير:

التعهد عن الغير هو عقد بين شخصين يلتزم أحدهما وهو المتعهد أن يجعل شخصا آخر يقبل بالتعاقد مع المتعهد له، وهو ما نصت عليه المادة 114 من القانون المدني الجزائري.

يظهر المتعهد هنا كما لو كان كفيلا للشخص الذي تعهد بالحصول على موافقته. إلا أن الكفالة تختلف عن التعهد عن الغير من عدة أوجه أهمها أن الكفالة تتبع التزاما ناشئا بين دائن ومدين وهو ما لا يتوفر في التعهد عن الغير أين التزام المتعهد هو التزام أصلي لا يتبع أي التزام، حيث إذا لم يستطع المتعهد جعل الغير يقبل بالتعاقد مع المتعهد له فإنه يلتزم بالتعويض أو القيام بالالتزام بنفسه دون أن يكون له حق الرجوع على الغير الذي رفض التعاقد.

ثانيا- الكفالة والتأمين:

تتشابه الكفالة مع صورة من صور عقد التأمين هي تأمين الائتمان التي يقوم فيها الدائن بتأمين نفسه لدى شركة التأمين ضد خطر إعسار المدين وعجزه عن الوفاء بالدين. حيث تظهر شركة التأمين هنا كما لو كانت كفيلا للمدين وهو أمر غير صحيح لأن التزام شركة التأمين تجاه المؤمن له هو التزام أصلي سببه الأقساط التي يدفعها. وحين يقع الخطر المؤمن منه (إعسار المدين وعجزه عن السداد) فإن شركة التأمين تدفع مبلغ التعويض للمؤمن له ولا يجوز لها الرجوع على المدين بشيء، عكس الكفالة أين يمكن للكفيل الرجوع على المدين بعد الوفاء للدائن.

ثالثا- الكفالة والتضامن:

أهم فرق بين الكفالة والتضامن يتمثل في أن الكفيل ليس مسؤولا بصفة أصلية عن الوفاء بالالتزام خلاف المدين المتضامن الذي يعتبر مدينا أصليا.

المطلب الثاني: أركان الكفالة

باعتبار أن الكفالة تقوم كسائر العقود على ثلاثة أركان هي التراضي والمحل والسبب، فإنه سيتم التطرق في البداية لركن التراضي في عقد الكفالة (الفرع الأول)، ثم لركن المحل (الفرع الثاني)، ومن ثم لركن السبب (الفرع الثالث)، وذلك في ظل عدم اشتراط المشرع لشكل معين لانعقادها.

الفرع الأول: التراضي في الكفالة

التراضي في عقد الكفالة يطرح المسائل الآتية:

أولا- الأهلية اللازمة لإبرام الكفالة:

تختلف الأهلية المطلوبة في الكفيل عن الأهلية اللازمة للدائن، حيث الكفالة من حيث أصلها تبرع بالنسبة لكفيل وهو ما يتطلب أهلية أداء كاملة (19 سنة) لأنها تصرف ضار ضرار محضا. وبالمقابل تكون الكفالة في هذه الحالة نافعة محضا للدائن وبالتالي تصح منه وهو ناقص أهلية. أما حينما تكون الكفالة بمقابل فإنها تكون بالنسبة لكلا الطرفين تصرفا دائرا بين النفع والضرر وتحتاج في كليهما إلى أهلية أداء كاملة حتى لا تكون الكفالة قابلة للإبطال.

ثانيا- التعبير عن الإرادة في عقد الكفالة:

بالنسبة للدائن فإنه تطبق عليه القواعد العامة في التراضي المنصوص عليها في المادة 59 وما يليها في القانون المدني الجزائري، أما بالنسبة للكفيل ونظرا لخطورة الالتزام المترتب في ذمته فإن بعض شراح القانون المدني يرون ضرورة أن يكون تعبيره عن رضاه بالكفالة تعبيرا صريحا ولا يقبل منه تعبير ضمني.

ثالثا- عيوب الإرادة:

تطبق القواعد العامة المتعلقة بعيوب الإرادة (الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال) الواردة في نظرية العقد (المواد 81-91 من القانون المدني الجزائري) على عقد الكفالة. ونظرا لكون الكفالة عقدا من العقود ذات الاعتبار الشخصي

أين تكون شخصية الكفيل والدائن والمدين ذات اعتبار حين إبرامها وهو ما يجعلها مجالا خصبا لتطبيق نظرية الغلط.

رابعا- إثبات الكفالة:

طبقا للمادة 645 من القانون المدني فإن الكفالة لا تثبت إلا بالكتابة حتى ولو جاز إثبات الالتزام الأصلي المكفول بالبينة (شهادة الشهود). وهذا الخروج عن القواعد العامة في الإثبات (لاسيما المادة 333 من القانون المدني) مبرره هو خطورة التزام الكفيل.

الفرع الثاني: محل الكفالة

محل عقد الكفالة هو ضمان تنفيذ الالتزام الأصلي أي وفاء الكفيل بالتزام المدين إذا لم يف به هذا الأخير، وعليه فإنه لابد أن يكون هذا الالتزام المكفول موجودا وممكنا ومشروعا وهو ما يطرح المسائل الآتية:

أولا- مصدر الالتزام المكفول ومحله:

لا يشترط أن يكون مصدر الالتزام المكفول هو العقد فقط، حيث يمكن كفالة الالتزام الناشئ عن الفعل الضار ما دامت مسؤولية المدين قد ثبتت وحدد مقدار التعويض. وهو ما يصح أيضا في الالتزام الناشئ عن الفعل النافع أو عن القانون.

فإذا لم يوجد الالتزام الأصلي أصلا أو وجد وانقضى قبل الكفالة، فإن الكفالة لا تقوم لانعدام المحل. ومحل التزام الكفيل الأصل فيه هو أداء مبلغ مالي، ولكن يمكن أن يكون محله إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

مع ملاحظة أنه يجب أن يكون الالتزام الأصلي المكفول صحيحا ومشروعا، فلو كان باطلا أو غير مشروع تنعدم الكفالة، وهو ما نص عليه المشرع في المادة 648 من القانون المدني.

ثانيا- صحة الالتزام الأصلي:

يطرح هذا العنصر مسألتين هامتين هما كفالة الالتزام الناشئ عن عقد قابل للإبطال وكفالة التزام ناقص الأهلية.

أ- كفالة الالتزام الناشئ عن عقد قابل للإبطال: العقد القابل للإبطال عقد صحيح نافذ بين طرفيه وبالتالي تصح كفالته، ولكنه يبقى معرضا للإبطال من طرف من له الحق في طلب الإبطال (المادتين 99-100 من القانون المدني). ونظرا لخاصية التبعية فإن التزام الكفيل يرتبط مصيره بمصير العقد القابل للإبطال فإذا أجيز العقد القابل للإبطال تحصن واستقر وثبت معه التزام الكفيل. أما إذا تقرر إبطال العقد فإنه يزول بأثر رجعي وزالت معه الكفالة تبعا لذلك.

ولكن إذا كان الكفيل عالما بقابلية العقد للإبطال وتعهد للدائن بأن لا يطلب المدين إبطال العقد، فإنه إذا أجيز العقد من المدين أو سقط الحق في طلب الإبطال بالتقادم يكون الكفيل قد نفذ تعهده بعدم إبطال المدين للعقد ويبقى التزام بالكفالة. أما إذا أبطل العقد زالت الكفالة تبعا لذلك ولكن يبقى الكفيل ملتزما تجاه الدائن ولكن ليس بسبب الكفالة، وإنما يصبح مدينا أصليا تجاه الدائن بسبب إخلاله بالتزامه بالتعهد بعدم إبطال العقد.

ب- كفالة التزام ناقص الأهلية: رغم أن التزام ناقص الأهلية هو أيضا التزام قابل للإبطال إلا أنه يظهر بأنه يتميز عنه من خلال الاحتمالات الآتية:

1- أن يجهل الكفيل نقص أهلية المدين: حيث يكون الكفيل هنا قد وقع في غلط في صفة جوهرية هي سن المدين مما يمنحه الحق في طلب إبطال العقد إذا أثبت وقوعه في الغلط وأنه ما كان لبرم عقد الكفالة لو علم أن المدين ناقص أهلية.

2- أن يكون الكفيل عالما بنقص أهلية المدين: وهنا تكون الكفالة صحيحة ولا تكون قابلة للإبطال ويبقى التزام الكفيل مرتبطا بمصير الالتزام المكفول، فإذا لم يبطل ناقص الأهلية العقد أو سقط حقه في ذلك بالتقادم تأكد الالتزام الأصلي وتأكد معه التزام الكفيل.

3- أن يكون الكفيل قد قصد بالكفالة تأمين الدائن من خطر تمسك المدين بنقص أهليته: وهو ما نصت عليه المادة 649 من القانون المدني، حيث إذا تم إبطال العقد فإن الكفيل لا يصبح ملتزما بالكفالة ولكنه يبقى ملتزما تجاه الدائن بصفة أصلية باعتباره مدينا أصليا بسبب عجزه عن الوفاء بالتزامه بعدم إبطال العقد لنقص أهلية المدين.

جـ- كفالة الالتزام الشرطي والالتزام المستقبل: ورد النص على هذا في المادة 650 من القانون المدني، حيث أجاز المشرع كفالة الالتزام المعلق على شرط وكفالة الالتزام الذي لم ينشأ بعد أي الالتزام المستقبل.

فالالتزام المشروط غالبا ما يكون عقدا معلقا على شرط واقف أو شرط فاسخ ويضمن الكفيل الوفاء بما يترتب عنه. والفرق بينهما أنه في العقد المعلق على شرط واقف لا ينشأ التزام الكفيل إلا من وقت تحقق الشرط، فإذا لم يتحقق الشرط لم ينشأ الالتزام المكفول ولا ينشأ تبعا لذلك التزام الكفيل. أما في العقد المعلق على شرط فاسخ، فإن التزام الكفيل قائم منذ إبرام الكفالة فإذا تحقق الشرط الفاسخ فسخ العقد وزال بأثر رجعي وزالت معه الكفالة بالتبعية.

أما في كفالة الالتزام المستقبل فقد اشترط القانون أن يحدد مقدار التزام الكفيل في عقد الكفالة، كما نص القانون على ميزة أخرى للكفيل هي إمكانية أن يعين مدة للكفالة إذا لم ينشأ الالتزام المكفول خلالها سقط التزام الكفيل، وذهب القانون إلى أبعد من ذلك حين نص على أنه إذا لم يقم الكفيل بتحديد مدة التزامه بالكفالة جاز له أن يتراجع عنها في أي وقت ما دام الالتزام المكفول لم ينشأ.

د- كفالة الالتزام الطبيعي: الالتزام الطبيعي هو التزام يتضمن فقط عنصر المديونية ويفتقد عنصر المسؤولية حيث لا يمكن إجبار المدين على الوفاء به وهو ما يقتضي بالضرورة عدم تصور كفالة الوفاء به. وعليه إذا أصبح الالتزام المكفول التزاما طبيعيا بسبب من الأسباب كالتقادم فإن التزام الكفيل يصبح كذلك التزاما طبيعيا تبعا لذلك.

ولكن إذا تقدم شخص لكفالة التزام طبيعي وهو عالم بأنه التزام طبيعي فإنه يصبح ملتزما التزاما أصليا لأن هذا الالتزام الطبيعي أصبح في مواجهته التزاما مدنيا طبقا للمادة 163 من القانون المدني الجزائري.

هـ- حدود كفالة التزام الكفيل: تحكم حدود التزام الكفيل قاعدة أساسية سبق التطرق إليها حين الحديث عن خاصية التبعية وهي أن التزام الكفيل لا يمكن أن يكون أشد من التزام المدين الأصلي سواء من حيث المقدار أو الشروط أو الأوصاف. (المادة 652 من القانون المدني).

هـذا ويمكـن تحديـد نطـاق التـزام الكفيـل فـي نسـبة معينـة أو مبلـغ محـدد فإذا لم يتم ذلـك اعتبـرت كفالـة مطلقـة تشـمل الـدين المكفـول وملحقاتـه ومصـروفات المطالبـة الأولـى ومـا يسـتجد مـن مصـروفات بعـد إخطـار الكفيـل طبقـا للمـادة 653 من القانون المدني.

فالملحقات هـي مـا يترتـب علـى المـدين الأصـلي مـن تعويضـات بسـبب تـأخره فـي التنفيـذ. أمـا مصـروفات المطالبـة الأولـى فهـي مـا ينفقـه الـدائن مـن مصـاريف عند رجوعه على المدين منذ الإعذار إلى غاية التنفيـذ، أمـا مـا يسـتجد مـن مصـروفات بعد إخطار الكفيل فهي لا تحسب على الكفيل إلا إذا تم إخطاره بها لأن بإمكان الكفيل تفادي الرجوع عليه ودفع الدين للدائن بمجرد الإخطار وتجنيبه مصاريف الرجوع.

الفرع الثالث: سبب الكفالة

إذا كانت الكفالة تبرعا مـن الكفيـل لصـالح الـدائن أو المـدين فـإن سـبب الكفالـة هو نية التبرع ولا بد من الرقابة على مشروعية الباعث نحو التبـرع تحـت طائلـة بطـلان الكفالة. أما حين تكون الكفالة بمقابل فإن سبب التزام الكفيل هو المقابل الذي يقدمـه المدين أو الدائن، أي المصلحة التـي سيسـتفيد منهـا الكفيـل نظيـر التزامـه بالكفالـة، مع الرقابة على الباعث نحو التعاقد من طرف الكفيل.

ونلاحظ أنه إذا كان الكفيل قد قبل الكفالة بسـبب تعهـد المـدين لـه بـأداء معـين فإن بطلان هذا التعهد لا يؤثر على صحة الكفالة وإنما تعود إلى أصلها التبرعي.