

المحاضرة الثالثة

انعقاد الكفالة.

تتعقد الكفالة بتوافر الأركان المطلوبة في عامة العقود، وهي ليست من العقود الشكلية، فتكون أركانها إذا هي الرضا، والمحل، والسبب، وزيادة على هذه الأركان اشترط القانون المدني مجموعة من الشروط الخاصة في الكفيل.

بناء على ذلك سنتناول محاضرتنا في مبحث أول بعنوان الشروط المطلوبة في الكفيل، ومبحث ثان بعنوان أركان الكفالة.

المبحث الأول: الشروط المطلوبة في الكفيل.

متى كان المدين ملزما بأن يقدم كفيلاً سواء بنص القانون أو الاتفاق أو بموجب حكم قضائي، فإنّ عليه الوفاء بهذا الالتزام بما يحقق الغاية من الكفالة، و يكون ذلك بأن تتوفر في الكفيل شروط معينة نصت عليها المادة 646 من القانون المدني بقولها: "إذا التزم المدين بتقديم كفيل وجب أن يقدم شخصاً موسراً، ومقيماً بالجزائر، وله أن يقدم عوضاً، عن الكفيل تأميناً عينياً كافياً."

المطلب الأول: يسار الكفيل.

يشترط أن يكون الكفيل موسراً، حيث أنه لا فائدة من كفالة المعسر لأنه لا يضيف ضماناً للضمان العام للمدين، ويقصد بيسار الكفيل، أن يكون له من الأموال التي تقبل الحجز عليها ما يكفي للوفاء بالدين المكفول.

والقاضي هو من يقدر مدى توافر هذا الشرط، أي هل أن الكفيل موسر أم لا، مع أخذه في الحسبان ما يثقل أموال الكفيل من ديون عند حسابه لأمواله، وإذا نازع الدائن في يسار الكفيل فعلى المدين إثبات يساره، وذلك بإثبات وجود أموال للكفيل تكفي للوفاء بالدين المكفول، وإذا ادّعى الدائن أن ديون الكفيل تستغرق تلك الأموال وجب عليه إثبات ادّعائه.

المطلب الثاني: الإقامة في الجزائر.

المقصود بهذا الشرط أن تكون الإقامة المعتادة للكفيل بالجزائر، ولا تكون إقامته بالجزائر عارضة، والحكمة من ذلك مراعاة مصلحة الدائن في تسهيل مطالباته للكفيل في حالة عدم وفاء المدين عند حلول أجل الوفاء.

المطلب الثالث: أهلية التبرع في الكفيل.

لم تنص المادة 646 من القانون المدني على هذا الشرط، لكن ما دامت الكفالة عقدا تبرعيا، كون الكفيل يلتزم بدون مقابل بضمان دين في ذمة غيره، فيشترط لانعقاد العقد صحيحا أن تتوفر في الكفيل أهلية التبرع حين عقده لعقد الكفالة؛ بأن يكون بالغا سن الرشد غير محجور عليه؛ فإذا كان ناقص الأهلية كالصبي ومن في حكمه فإن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا.

أما إذا فقد الكفيل أهلية التبرع بعد إبرام عقد الكفالة فإنها تظل صحيحة وقائمة، ولا يطالب المدين بتقديم كفيل أو تأمين آخر.

المبحث الثاني: أركان الكفالة.

تخضع الكفالة للأحكام العامة للعقد، فيجب أن تتوفر فيها أركانه وهي: الرضا والمحل والسبب.

المطلب الأول: الرضا.

الكفالة عقد رضائي يتم بمجرد توافق إرادة الكفيل والدائن؛ أي بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، ولا يشترط في انعقادها أي شكل خاص.

يشترط في رضا الكفيل أن يكون واضحا؛ فلا يستخلص رضاه ضمنا من الظروف؛ لأنه عادة متبرع ويعرض نفسه لخسارة. أما الدائن فالكفالة عادة لمصلحته فلا يشترط في رضاه أن يكون صريحا وواضحا؛ بل يكفي أن يستخلص من الظروف والقرائن، بل أن السكوت يعتبر قبولا من جانبه.

الرضا المطلوب هو رضا الكفيل والدائن، ولا يشترط رضا المدين لأنه ليس طرفا في عقد الكفالة، ويجوز ابرام الكفالة دون رضاه ودون علمه. (المادة 647 من القانون المدني).

لكن هناك فرق في آثار الكفالة فيما إذا كانت عقدت بإذن المدين أم بغير إذنه فإذا:

1. عقدت بإذن المدين وقام الكفيل بالوفاء بالدائن فإنه يرجع على المدين بعد ذلك بدعوى الوكالة؛ إذ أن طلب المدين من الكفيل كفالته يعتبر توكيلا له.
2. عقدت بدون إذن المدين سواء علم بها أو لم يعلم، رجع الكفيل عليه بدعوى الفضالة.
3. عقدت رغم معارضة المدين، رجع الكفيل عليه بدعوى الإثراء بلا سبب.

ولأن الكفالة تعتبر بالنسبة للدائن عملا نافعا نفعيا محضا فلا يشترط فيه أهلية التعاقد، ويكفي أن يكون مميزا أو من في حكمه.

عيوب الإرادة في عقد الكفالة هي نفسها عيوب الإرادة المعروفة في النظرية العامة للعقد؛ وعليه تكون الكفالة قابلة للإبطال إذا:

1. وقع الكفيل في غلط جوهري؛ كأن يعتقد أنه يكفل ديناً مدنياً فإذا بالدائن التزاماً طبيعياً.
 2. شاب رضا الكفيل تدليس؛ كأن يوهمه الدائن غشا بوجود ضمانات أخرى للمدين، ويعتمد عليها الكفيل ثم يتبين له بعد الكفالة عدم وجودها.
- نفس الشيء بالنسبة لباقي العيوب.

المطلب الثاني: السبب.

سبب الالتزام في عقد الكفالة هو نية التبرع إذا كانت الكفالة بدون أجر، أو العوض الذي يتقاضاه الكفيل إذا كانت الكفالة بأجر، ويجب أن يكون السبب مشروعاً، وإلا كانت الكفالة باطلة كأن يكون الدافع إليها إقامة علاقة تتعارض مع النظام والآداب.

المطلب الثالث: المحل.

محل عقد الكفالة أن يفى الكفيل بالتزام المدين إذا لم يف به المدين نفسه، ويجب أن يكون المحل ممكنا ومعينا ومشروعاً، ولا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام الأصلي المكفول صحيحاً (المادة 648 من القانون المدني).

1. يشترط أن يكون الالتزام الأصلي المكفول صحيحاً: لأنّ التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي، وعليه تكون كفالة الالتزام الباطل باطلة مثله، فتقع باطلة كفالة الدين الذي يكون محله غير موجود أو مستحيلاً أو غير مشروع، أو يقوم على سبب غير مشروع.
2. كفالة التزام ناقص الأهمية : نظم المشرع الجزائري كفالة التزام ناقص الأهلية في المادتين 649 و 654 من القانون المدني؛ حيث تنص المادة 649 من القانون المدني على أنه: " من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص أهليته كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول، باستثناء الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 654 ".

أما الفقرة الثانية من المادة 654 فإنها تنص على: " غير أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين يتمثل في نقص أهليته وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد فليس له أن يحتج بهذا الوجه."

بناء على ذلك يمكننا التمييز بين ثلاث حالات بشأن كفالة التزام ناقص الأهلية.

الحالة الأولى: أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية وهو غير عالم بنقص أهليته.

في هذه الحالة يكون الالتزام الأصلي وهو التزام المدين قابلاً للإبطال لنقص أهليته، ونظراً لكون الالتزام الباطل بطلاناً نسبياً يرتب آثاره إلى أن يقضى ببطلانه، فإن الكفالة تكون صحيحة، فإذا طلب المدين إبطال التزامه وحكم له بالبطلان فإن التزامه يعتبر كأن لم يكن وبالتالي يبطل التزام الكفيل بأثر رجعي لاستحالة محله، ولتبعيته للالتزام الأصلي.

وإذا لم يتمسك المدين ببطلان التزامه، جاز للكفيل رغم ذلك التمسك بقابلية الالتزام الأصلي للإبطال، حتى تبطل الكفالة تبعاً لذلك، حتى لو أجاز المدين العقد القابل للإبطال لأن المدين لا يستطيع أن يسيء بإجازته للعقد إلى مركز الكفيل.

كما تستفاد أحقية الكفيل في التمسك بالإبطال رغم إجازة المدين من مفهوم المخالفة لنص الفقرة الثانية من المادة 654 سالفه الذكر.

وفي حالة عدم تمسك المدين ببطلان التزامه الأصلي أو إجازته و الحكم ببطلان التزام الكفيل، فإن ذلك لا يؤدي إلى بطلان التزام المدين الأصلي، إذ لا يحكم بهذا البطلان إلا إذا تمسك به المدين نفسه.

الحالة الثانية: أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية وهو عالم بنقص أهليته.

إذا تمسك المدين ببطلان التزامه وحكم له بالبطلان فإنه يعتبر كأن لم يكن ويبطل التزام الكفيل تبعاً لذلك.

لكن إذا لم يتمسك المدين ببطلان التزامه أو أجاز العقد فإن التزام الكفيل هو الآخر يظل قائماً ولا يستطيع الكفيل أن يتمسك بقابلية الدين الأصلي للإبطال حتى تبطل الكفالة؛ لعلمه المسبق بنقص أهلية المدين، ولأن الحق في التمسك بالبطلان المقرر للمدين جاء مراعاة لنقص أهليته حين إبرام العقد، أما الكفيل فقد أبرم العقد وهو كامل الأهلية، فانتفت الحكمة من إعطائه فرصة أخرى للمطالبة بإبطاله.

الحالة الثالثة: أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته.

في حالة تمسك ناقص الأهلية بالبطلان وحكم له به، يكون الكفيل ملزماً بتنفيذ الالتزام الأصلي (للمدين) باعتباره متعهداً عن الغير أحلّ بالتزامه في جعل الغير يقوم بتنفيذ الالتزام الذي تقرر إبطاله، وبالتالي وجب عليه التعويض.

فيكون الكفيل في هذه الحالة مدينا أصليا تحت شرط واقف هو ألاّ ينفذ المدين الأصلي هذا الالتزام فإذا تحقق الشرط ولم ينفذ المدين الأصلي الالتزام وجب على الكفيل أن ينفذه.

أما إذا أجاز ناقص الأهلية العقد؛ فإن المدين الكفيل يعتبر ضامنا له في تنفيذ الالتزام الأصلي باعتباره كفيلا لا باعتباره مدينا أصليا.

3. تعيين التزام الكفيل.

يجب أن يكون محل التزام الكفيل معيناً أو قابلاً للتعيين حتى تصح الكفالة، فإذا وجد اتفاق خاص يحدد هذا الالتزام كانت الكفالة محددة، أما إذ غاب هذا الاتفاق فإن الكفالة تكون مطلقة وتكفلت المادة 653 بتعيين التزام الكفيل فيها.

أ. الكفالة المطلقة: هي الكفالة التي لم يتفق الأطراف على تحديد ما يشمله الالتزام المكفول رغم تحديدهم لهذا الالتزام، فقد نصت المادة 653 من القانون المدني على أنه: "إذا لم يكن هناك اتفاق خاص، فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين، ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل."

ففي حالة عدم وجود اتفاق على تعيين محل التزام الكفيل، فإن هذا المحل يشمل أصل الدين المكفول والتعويضات التي يحكم بها على المدين لإخلاله بالتزامه، والمصروفات القضائية التي أنفقها الدائن لمطالبة المدين ثم لمطالبة الكفيل.

ب. الكفالة المحددة: هي الكفالة التي يتفق فيها الدائن والكفيل على تحديد مضمون التزام هذا الأخير، ولقد اشترط المشرع أن لا يكون التزام الكفيل أكثر أو بشروط أشد من الالتزام الأصلي للمدين.

وهو ما جاء النص عليه في المادة 652 من القانون المدني بقولها: "لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول، ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشرط أهون:"

- فمن جهة لايجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين الأصلي، كأن تكون الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين؛ ولا يجوز أن يشترط على الكفيل دفع الدين دفعة واحدة، إذا كان هذا الدين في الأصل مقسطا على المدين. أو أن يدفع الكفيل الدين في أجل أقل من الأجل الذي التزم به المدين، أو أن يكون التزام الكفيل منجزا بينما التزام المدين مضافا الى أجل، أو أن يكون التزام الكفيل باتا بينما التزام المدين معلقا على شرط، أو أن يقترن بشرط جزائي لم يقترن به الالتزام الأصلي.
- ومن جهة أخرى يجوز أن يكون التزام الكفيل أخف من التزام المدين الأصلي: كأن يلتزم الكفيل بضمان جزء من الدين فقط، أو أن لا يلتزم بكفالة ملحقات الدين أو المصروفات، أو أن يلتزم بالوفاء في أجل بعيد أو على أقساط، أو أن يجعل التزامه معلقا على شرط فاسخ أو مضافا الى أجل...