جامعة وهــران 2 محمد بن احمد

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخـــاص

مادة التأمينـــات

السداسي الأول:

التأمينات الشخصية

دروس عبر الخط

من إعداد الأستاذة: غـــالـــي كحلـــة

لطلبة السنة الأولى ماستر

تخصص: القانـــون الخـــاص

للاستفسار يمكنكم التواصل عبر البريد الالكتروني: kahlaghali@yahoo.fr

السنة الجامعية: 2021/2020

مقدمة:

إن الغاية الأساسية التي يسعى الدائن إلى تحقيقها هي تنفيذ المدين لما التزم به تطبيقا للعقد، والأصل في تنفيذ الالتزام هو التنفيذ العيني، فإن نفّذ المدين التزامه عيناً طواعيةً تحقق الهدف الأساسي من الالتزام، وإن لم ينفذه طواعية فإنه يُجبر بعد اعذاره على تنفيذه عيناً متى كان ذلك ممكناً وليس مستحيلا أو مرهقا له. أما إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن، فإن المدين يُجبر على التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض.

في ظل القانون الروماني، كان جسد الإنسان المدين من أهم ضمانات الدائن للحصول على حقه، وكان يستخدم جسد المدين كوسيلة للضغط على إرادته حتى ينصاع إلى تنفيذ التزامه. وكانت سلطة الدائن تصل في بعض الأحيان إلى حد استرقاق المدين، أو بيعه وقسمة ثمنه على الدائنين، أو قتله واقتسام جثته بينهم. فضمان تنفيذ الالتزام كان يقع على جسم المدين فضلا عن أمواله.

وفي إطار فكرة الضمان على شخص المدين ظهر الإكراه البدني، حيث يحق للدائن أن يطلب وضع المدين المماطل في السجن كوسيلة لإجباره على تنفيذ التزامه(حبس المدين)، كوسيلة لإكراهه على التنفيذ(فمثلا تنص المادة 292 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي على ذلك).

الدائن العادي له ضمان عام على جميع أموال المدين العقارية منها والمنقولة، أي أن الضمان العام لا ينصب على مال معين من أموال المدين، بل ينصب على كل أموال المدين دون تخصيص، طالما أن هذا المال يقبل الحجز عليه، ولا يفلت منه مال أو آخر ما لم ينص القانون صراحة على عدم جواز الحجز على هذا المال، كما هو الحال في مال النفقة المحكوم به للمدين. وبناء على ذلك، تنص المادة 188 من القانون المدني الجزائري على أن " أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه. وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان" وتقابلها المادة 234 من القانون المدني المصري. فالضمان العام gage commun يتساوى قِبَله جميع الدائنين، وأموال المدين تضمن حقوق دائنيه على قدم المساواة، ولا أفضلية لأحدهم على الآخر في استيفاء حقوقهم، ولا يُؤخذ بعين الاعتبار مدى أسبقية نشوء الحق أو أسبقية إجراء الحجز على أموال المدين. فإذا كانت أموال المدين كافية لسداد كل ديونه واتسع لهم ذلك جميعاً استوفوا حقوقهم كاملة، أما إذا لم تكن أمواله كافية واتخذ جميع الدائنين إجراءات التنفيذ على هذه الأموال فإنهم يتقاسمونها **قسمة الغـرماء** كلٌ بنسبة حقه، فلا يحصل كلٌ منهم إلا على جزء من هذا الحق. أما إذا تخلف أحد الدائنين عن القسمة، فلن يبقى له شيئا ولن يتمكن من استيفاء حقه، فيضيع حق الدائن المتخلف أو المتأخر.

وما دام أن الضمان العام للدائنين لا يغل يد المدين عن التصرف في أمواله غشا منه لتهريبها حتى لا يتسنى للدائنين التنفيذ عليها بعد انتقالها إلى ذمة مالية أخرى وخروجها عن أموال المدين، فلا يمكن تتبعها والحجز عليها، وهكذا فإن إهمال المدين أو غشه من شأنه الإضرار بمصالح دائنيه، لذلك فإن الضمان العام لا يمنح الدائنين حماية كافية، خاصة إذا كانت أموال المدين لا تغطي قيمة الدين. لذلك فقد منح القانون للدائن العادي ثلاث طرق لاستيفاء حقه من مدينه، فله أن يتخذ إما:

1-**الطرق التحفظية:** وهي وسائل وضعها القانون تحت تصرف الدائن للمحافظة على حقه،كما لو يقطع تقادماً منعاً لسقوط حقه، أو يقيد رهنه الضامن له أو يجدده، أو يتدخل في إجراءات قسمة المال الشائع المملوك لمدينه، أو يطلب تحقيق إمضاء مدينه على سند الدين، أو أن يضع الأختام على أموال مدينه، أو يحرر محضر جرد بها عند وفاة المدين أو إفلاسه.

2-**الطرق التنفيذية:** بحيث يسبق التنفيذ حصول الدائن على سند تنفيذي كحكم أو ورقة رسمية ويكون التنفيذ بالحجز على أموال المدين وبيعها بالمزاد العلني وتقسم بين الدائنين قسمة غرماء.

3-**الطرق الوسطى** بين التحفظية والتنفيذية وهي الوسائل التي تمهد للدائن سبيل التنفيذ دون أن تؤدي إلى تمامه وتُرد جميعها إلى المبدأ العام و هو أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، ومن بين الطرق الوسطى نجد:

-1-**الدعوى غير المباشرة:** وتعرف أيضا **باستعمال الدائن حقوق مدينه نيابة عنه**، لأن المدين غالبا ما يشعر بسوء حالته المالية باقتراب تجريد دائنيه له من أمواله بالتنفيذ عليها، فيمتنع أو يتهاون عن مباشرة حق من حقوقه لدى الغير، والمطالبة بها أو المحافظة عليها نكاية بهم، فتضيع على دائنيه فرصة إثراء ضمانهم العام، لذلك خولهم القانون بموجب المادتين 189و190 ق م ج في هذه الحالة سلطة استعمال حقوق مدينهم نيابة عنه عن طريق الدعوى غير المباشرة.

-2- **الدعوى البوليصية : وتسمى بدعوى عدم نفاذ التصرف** التي يدفع بها الدائن عن نفسه غش المدين أيضاً إذا عمد هذا الأخير إلى القيام ببعض التصرفات التي يخرج بها مالا من أمواله أو يزيد بها من التزاماته فترتب عسره أو الزيادة في إعساره إضراراً بحقوق دائنيه(المادتين 191 و192 من القانون المدني الجزائري). وفي هذا الصدد أقرت المحكمة العليا في إحدى قراراتها والذي جاء فيه:"إن رفض دعوى الطاعن الرامية إلى القضاء بعدم قبول التصرفين المتضمنين الهبتين المتنازع حولهما في حقه باعتباره دائنا، يعد خرقا لأحكام المادتين 191-192 من القانون المدني اللتان تجعلان كل تصرف يضر بمصالح الدائن مرفوضا مما ينجر عنه النقض".

3-**الدعوى الصورية :(طبقا للمادتين 198 و199 ق م ج)**فهي الدعوى التي يدفع بها الدائن عن نفسه غش المدين أيضاً إذا عمد هذا الأخير إلى التظاهر بالتصرف في ماله تصرفاً صورياً بقصد تهريب أمواله من الضمان العام؛ فيطعن الدائن في هذا التصرف ليبقى مال المدين في ضمانه العام تمهيدا للتنفيذ عليه.

4-**الحـق في الحبس :**إذ يحبس به الدائن مالاً في يده للمدين حتى يستوفي حقاً له مرتبطاً بهذا المال، وقد نصت عليه المواد 200، 201 و 202 من القانون المدني الجزائري.

5- **شهر إعسار المدين:** الذي تَغلُّ يده عن التصرف في أمواله، فقد يتصرف المدين في أمواله إضرارا بالدائنين، الذين لا يتمكنون من عدم نفاذ هذا التصرف لأنه كان بمقابل مالي وأن المتصرف إليه كان حسن النية ولم يثبت علمه بغش المدين وسوء نيته. لذلك أوجد نظام قانوني آخر هدفه غل يد المدين من التصرف في أمواله، يعرف بنظام الإعسار في القانون المدني، ونظام الإفلاس في القانون التجاري. وإجراءات الإعسار هي أيضاً تقوم على فكرة الضمان العام للدائنين، وهي أقوى من الإجراءات التحفظية إذ تغل يد المدين عن التصرف في ماله، وأضعف من الإجراءات التنفيذية إذ لا تكفي وحدها للوفاء بحق الدائن بل يجب على الدائن اتخاذ إجراءات تنفيذية لاستيفاء حقه من أموال المدين الذي شهر إعساره.

يتضح لنا مما سبق بيانه، أن كل الطرق السابقة تبقى غير مجدية نفعا في حالة تهرب وغش وتحايل المدين لتهريب أمواله والتصرف فيها بطريقة صورية، ولم يعلم الدائن بهذه التصرفات فلا يتمكن من وقف نفاذها في الوقت المناسب، مما يدل على أنها طرق قاصرة وناقصة لحماية حقوق الدائنين. لذلك كان الدائن العادي تحت رحمة مدينه، وهذا ما دفع بالفقه والتشريع لابتداع طرق أخرى أكثر فعالية وأكثر أمان للدائن حتى يطمئن إلى استيفاء حقه من مدينه، تتمثل في الحصول على تأمينات خاصة suretés يَأمن بها إعسار المدين ويدرأ عنها غشه أو إهماله، إذ أن هذه التأمينات تكون عادة كافية للوفاء بحق الدائن كاملاً في ميعاد الاستحقاق، والتأمينات الخاصة نوعان: تأمينات شخصية وأهم صورة لها هي عقد الكفالة، وتأمينات عينية.

أ-التأمينات الشخصية suretés personnelles.وهي تقوم على فكرة تعدد المدينين عن طريق إضافة مدين أو أكثر إلى جانب المدين الأصلي، وهكذا فإن لم يوف المدين الأصلي قيمة الدين حين حلول الأجل يوفي بدلا عنه أحد المدينين الآخرين. وقد عرفها العميد السنهوري بأنها ضم ذمة مالية أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي فيصبح للدائن بدلاً من مدين واحد مدينان أو أكثر كلهم مسؤولون عن الدين إما في وقت واحد أو على التعاقب، ولذلك يكفُل حقَ الدائن أكثر من ذمة مالية بما فيها ذمة المدين الأصلي، فإذا أعسر هذا الأخير رجع الدائن على غيره من المسؤولين الآخرين عن هذا الحق.

ب-التأمينات العينية suretés réelles

وهي تخصيص مال معين يكون عادةً مملوك للمدين لتأمين حق الدائن فيكون للدائن حق عيني على هذا المال وهو حق تبعي ويكفل هذا التأمين العيني الوفاء بحق الدائن، ويتقدم هنا الدائن على الدائنين العاديين بل على الدائن الأدنى منه مرتبة، وللدائن أن يتبع هذا الحق إذا انتقلت ملكيته من المدين إلى غيره، ويستطيع أن يحجز عليه وهو في يد الغير ويستوفي حقه من الثمن الذي يباع به هذا التأمين، وبذلك يكفل التأمين العيني استيفاء الدائن لحقه منه، سواء بقي في ملكية المدين أو خرج من هذه الملكية.

إن مصدر التأمينات الخاصة شخصية كانت أو عينية غالبا ما يكون هو العقد، وبصورة خاصة عقد الكفالة، فالكفالة لا تكون إلا بعقد، وكذلك فإن مصدر أهم التأمينات العينية : الرهن الرسمي والرهن الحيازي، والعقود التي تقرر التأمينات شخصية كانت أو عينية تسمى بعقود الضمانLes contrats de garantie .

ومن مقومات التأمينات الخاصة التأمين الخاص سواء كان شخصياً أو عينياً يكفل دائماً حق شخص في ذمة المدين. كما أن التأمين الخاص يضمن أي حقٍ شخصي مهما كان مصدره أو محله، فيجوز ضمان الحق الذي يكون مصدره العقد أو العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو القانون، ويجوز كذلك ضمان الحق الشخصي أياً كان محله، فقد يكون محله نقل حق عيني أو عملاً أو امتناعاً عن عمل، ولكن الغالب أن التأمين الخاص يقدم لضمان نقل حق عيني، ويرجح أن يكون ضماناً للوفاء بمبلغ من النقود .

ومن جهة أخرى، فالتأمين الخاص وهو يضمن حقاً شخصياً يكون تابعاً له غيرَ مستقلٍ عنه، يتبعه في نشأته ومصيره وانقضائه وهذه التبعية هي أهم مقومات التأمين الخاص،فالتأمين الخاص لابد أن يتبع حقاً شخصياً لضمانه، وإذا انقضى هذا الحق الشخصي لأي سببٍ من أسباب الانقضاء انقضى معه التأمين الخاص. فالكفالة مثلا تتبع الالتزام المكفول، فلا تكون صحيحة إلا إذا كان هذا الالتزام صحيحاً. والرهن لا ينفصل عن الدين المضمون، بل يكون تابعاً له في صحته وانقضائه، ما لم ينص القانون على غير ذلك.

الفصل الأول: عقد الكفالــة

نظم المشرع الجزائري عقد الكفالة في الباب الحادي عشر من الكتاب الثاني من القانون المدني المعنون بالالتزامات والعقود في المواد من 644 إلى 673. الذي قسمه إلى فصلين، الفصل الأول المتعلق بأركان الكفالة، والفصل الثاني المتعلق بآثار الكفالة.

فالكفالة تهدف الى إيجاد شخص آخر يكفل أو يضمن المدين الأصلي يتمكن الدائن بمطالبته بالوفاء بالدين بدل المدين في حالة عدم قدرته أو عجزه على سداد الدين وقت حلول أجله. فيتمتع الدائن حينها بالضمان العام للمدين الأصلي والكفيل الشخصي في آن واحد.

المبحث الأول: ماهيـة عقد الكفالـة

المطلب الأول: مفهوم عقد الكفالة وخصائصها وأنواعها

أولا-التعريف بعقد الكفالة:

تعني عبارة الكفالة التأمين الممنوح للدائن، كما تعني العقد الذي ينشئ هذا التأمين. وعقد الكفالة هو العقد الذي يتعهد بموجبه شخص يسمى الكفيل بأن ينفذ التزامات المدين الذي يسمى بالمدين الأصلي إذا لم يقم هذا الأخير بتنفيذ تعهداته، فهي تأمين اتفاقي تنشأ باتفاق بين الكفيل والدائن، وفي نفس الوقت هي التزام شخصي تنشأ من تدخل شخص ثالث هو الكفيل.

تنص المادة 644 من القانون المدني على أن: "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفِي بهذا الالتزام إذا لم يفِ به المدين نفسه"، يُؤخذ من هذا التعريف بأن الكفالة هي عقد بين الكفيل والدائن،أما المدين الأصلي فليس طرفاً في عقد الكفالة وإنما يبقى أجنبيا عن العقد.وطبقا للمادة 647 من القانون المدني فإن كفالة المدين تجوز بغير علمه و تجوز أيضاً رغم معارضته. والذي يهمّ في الكفالة هو التزام هذا المدين إذ أن هذا الالتزام هو الذي يضمنه الكفيل فيجب أن يكون مذكوراً بوضوح ودقة في عقد الكفالة، فالكفالة إذاً تفترض وجود التزام مكفول و هذا الالتزام يفترض وجود مدين أصلي به ودائن، فالكفالة ترتب التزاماً شخصياً في ذمة الكفيل والتزام الكفيل هذا تابعٌ للالتزام الأصلي،لأن الكفالة تعتبر من التأمينات الشخصية ،وعلى ذلك يجب أن تستبعد من نطاق الكفالة المبالغ من النقود أو القيم المنقولة التي تودع ضماناً لدين وتسمى هي أيضاً بالكفالة فهذه إنما هي تأمين عيني ورهن حيازة، وكذلك يستبعد من نطاق الكفالة ولا يعتبر تأميناً شخصيا كما سبق القول "الكفالة العينية"،فالكفيل العيني يقدم شيئاً مملوكاً له عقاراً أو منقولاً رهناً لوفاء دين الغير، والرهن هنا إما أن يكون رهن حيازي أو رهن رسمي إذا وقع على عقار، والتأمين هنا هو تأمينٌ عيني لا تأمين شخصي.

كما يجوز ضمان دين المدين بكفالة واحدة أو بعدة كفلاء فتختلف عندئذ آثار الضمان حيث يمكن تقسيم الدين بين الكفلاء أو أن يكون للدائن حق الاختيار في الرجوع على من يشاء.

ثانيا-خصائص عقد الكفالة:

أ-عقد الكفالة عقد رضائي :فهو ينعقد بمجرد التراضي بين الكفيل والدائن، غير أنه لا يثبت إلا بالكتابة مهما كانت قيمة الالتزام الأصلي المكفول ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة، وهذا ما أكدته المادة 645 من القانون المدني الجزائري فالكتابة ليست ضرورية إلا للإثبات. وفي هذا صدر قرار المحكمة العليا بتاريخ 1988/07/13 الذي جاء فيه أن:" من المقرر قانونا أن الكفالة لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة ولو كان جائزا إثبات الالتزام الأصلي بالبينة. ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير وجيه ويستوجب الرفض. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن عقد الكفالة لم يثبت بوثيقة كتابية، فإن قضاة الموضوع طبقوا القانون التطبيق الصحيح حين أخرجوا المطعون ضده من الخصومة باعتباره ليس كفيلا. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".

ب -عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد : فالكفالة لا تنشئ التزاما إلا على عاتق الكفيل، فالكفيل وحده هو الذي يلتزم في عقد الكفالة بوفاء الدين إذا لم يفِ به المدين الأصلي، أما الدائن فهو الطرف الآخر في عقد الكفالة، ولا يلتزم عادة بشيء نحو الكفيل. لكن يجوز أن تكون الكفالة عقداً ملزماً لجانبين إذا التزم الدائن نحو الكفيل بدفع مقابلٍ في نظير كفالته للدين، كما لو قام الكفيل بوفاء الالتزام المكفول إلى الدائن، فيتعين على هذا الأخير أن يسلم للكفيل المستندات والوثائق اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع على المدين الأصلي، ويكون حقه قِبَلَ المدين مضمونا بذات التأمينات التي كانت تضمن حق الدائن الذي يلتزم بالقيام بالإجراءات اللازمة لنقل هذه التأمينات ويتحمل الكفيل مصاريف النقل. وإذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس لدى الدائن تعيَّن عليه التخلي عنه لصالح الكفيل. طبقا للمادة 1/659 من ق م ج.

ت- عقد الكفالة عقد تابع: تعتبر هذه الخاصية من أهم خصائص الكفالة، لأن الكفالة لا تنشأ بمفردها مستقلة بل يوجد إلى جانبها التزام أصلي تنشأ معه وتنقضي معه فهي تتبعه في صحته، و في بطلانه، و في قابليته للفسخ طبقا لنص المادة 648 من ق م ج لذلك فحتى تصح الكفالة لابد أن يكون الالتزام الأصلي صحيحا. فالتزام الكفيل يعتبر تابعاً لالتزام المدين الأصلي، ويترتب على ذلك أن الكفالة لا يمكن أن تتجاوز حدود الالتزام الأصلي أو تعقد بالتزام أشد من شروطه، ولكن تجوز في مبلغ أقل وبشرط أهون.

كما تحكم فكرة التبعية آثار الكفالة، فلا يجوز للدائن الرجوع على الكفيل قبل الرجوع على المدين الأصلي إلا إذا كانت هذه الكفالة تضامنية طبقا للمادة 660 من ق م ج، ولا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين الأصلي. وبذلك فلا يجوز أن يكون التزام الكفيل منجزا إذا كان التزام المدين الأصلي معلقا على شرط أو مقترنا بأجل. وبذلك نستنتج

أنه في حالة تبرئة المدين الأصلي يبرأ حتما الكفيل، الذي له التمسك بكل الدفوع التي يتمسك بها المدين الأصلي سواءً كانت ملتصقة بشخصه أو متعلقة بالدين نفسه ما عدا الاستثناء المتعلق بأهلية المدين طبقا للمادة 1/654 من ق م ج.

ث-عقد الكفالة عقد تبرعي بالنسبة للكفيل :فالكفيل يتبرع عادة بكفالته للدين، لذلك هي عمل مدني وليس تجاري فالكفيل لا يهدف من وراء كفالته للدين تحقيق الربح حتى ولو كان الدين الأصلي تجاريا ولو كان الكفيل تاجرا، طبقا للمادة 1/651 من ق م ج، أما بالنسبة للدائن المكفول فالكفالة عقد معاوضة لأن الدائن حصل على الكفالة في مقابل إعطاء الدين، وقد تكون الكفالة عقد معاوضة بالنسبة إلى الكفيل نفسه فيأخذ هذا مقابلاً لكفالته، و هذا المقابل إما أن يأخذه من الدائن المتعاقد معه أو يأخذه من المدين، إلا أن الصورة العادية للكفالة هي أن تكون عقداً تبرعياً بالنسبة للكفيل الذي يُشترط فيه أهلية التبرع.

ج-عقد الكفالة عقد ضمان شخصي: ومعناه أنها تضمن وفاء المدين بالدين، فهي تخول للدائن حق الضمان العام ليس فقط على أموال مدينه الأصلي بل أيضا على أموال الكفيل، إذ يلتزم الكفيل التزاما شخصيا تجاه الدائن، فيكون له بذلك ضمان أوسع نطاقا. وقد ازدادت أهمية الكفالة كوسيلة للضمان في العصر الراهن بفضل تدخل البنوك والمؤسسات المصرفية لتمويل المشروعات والأفراد للمساهمة في عمليات الإنتاج وتنشيط الاقتصاد، إلا أنها تحتاج بالمقابل إلى وسائل تضمن عودة أموالها تجنبا لخطر إعسار المدين.

د-عقد الكفالة عقد مدني وليس تجاري: الأصل كما رأينا سابقا أن الكفالة تعتبر عقداً مدنياً وليس تجارياً باعتبارها من عقود التبرع، وهي صفة لا تتفق مع المعاملات التجارية، وتظل الكفالة مدنية حتى لو كان الدين المكفول تجارياً، وحتى لو كان الكفيل تاجراً، كما أن الكفالة رغم صفتها المدنية إلا أنها تعتبر عملاً تجارياً إذا كانت ناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطي أو تظهير هذه الأوراق طبقا لما نصت عليه المادة 651 من القانون المدني.

ثالثا -أنواع الكفالة:

قسم فقهاء الشريعة الإسلامية الكفالة إلى كفالة بالمال، وكفالة بالنفس، أما فقهاء القانون فقد قسموها إلى عدة تقسيمات يمكن إجراء أكثر من تقسيم للكفالة بحسب الزاوية المنظور إليها منها سنذكر أهم هذه التقسيمات:

-من حيث المصدر: تكون الكفالة إما قانونية، قضائية، أو اتفاقية.

-ومن حيث الطبيعة: تكون الكفالة مدنية أو تجارية.

-ومن حيث المحل: تكون كفالة شخصية (بسيطة أو تضامنية)، أو عينية.

أ-الكفالة القانونية: تكون الكفالة قانونية إذا ألزم القانون المدين بتقديم كفيل، كما هو الحال بالنسبة للمادة 851 ق م ج[1].

ب-الكفالة القضائية: تكون الكفالة قضائية إذا كان مصدرها حكما قضائيا، بناء على نص قانوني، مثل ما هو واضح من خلال المادة 2/717 من القانون المدني التي تنص على:"وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية، أن تقرر مع هذا كل ما تراه مناسبا من التدابير ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من التعويضات"، والمادة 3/323 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه:"يجوز للقاضي في جميع أحوال الاستعجال الأخرى أن يأمر في حالة الاستعجال بالنفاذ المعجل بكفالة أو بدونها".

ت-الكفالة الاتفاقية: أي أن الكفيل يلتزم بالكفالة بمحض إرادته مع الدائن، وهو التزام إرادي اتفاقي، بما أن الكفالة عقد رضائي ملزم لجانب واحد هو الكفيل.

[1] تنص المادة 851 من ق م ج على أنه:" إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا، وجب جرده ولزم المنتفع تقديم كفالة به. فإن لم يقدمها، بيع المال و وظف ثمنه في شراء سندات عامة يستولي المنتفع على أرباحها، وللمنتفع الذي قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك...".

ث-الكفالة المدنية والكفالة التجارية: الأصل أن الكفالة تعتبر دائما بالنسبة للكفيل عملا مدنيا حتى ولو كان هذا الكفيل تاجرا والدين المكفول تجاريا، طبقا للفقرة الأولى من المادة 651 من ق م ج التي تنص على أنه :"تعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا". لأن الأعمال التجارية تهدف للمضاربة وتحقيق الربح لكن الكفالة لا تهدف تحقيق الربح بل تعتبر من أعمال التبرع، لكن إذا كان الكفيل تاجر يحترف الكفالة بمقابل فإن كفالته تعتبر تجارية في هذه الحالة. وطبقا للفقرة الثانية من المادة 651 من ق م ج فإن الكفالة تكون عملا تجاريا متى تعلقت بدين مقابل عمولة ثابت بورقة تجارية وقع عليها الكفيل بصفته ضامنا احتياطيا أو مظهرا".

ج-الكفالة الكاملة والكفالة الجزئية: تكون الكفالة كاملة إذا التزم الكفيل بضمان مقدار الدين كله، وقد يقتصر الكفيل بضمان جزء من الدين فقط، وتحدد قيمة مبلغ الدين المكفول إما بالأرقام(مثلا 200 ألف دج من أصل 1 مليون دج) أو بنسبة معينة من الدين، كالنصف أو الربع... وهنا فبمجرد سداد الكفيل لجزء الدين الملتزم به تبرأ ذمته ويبقى المدين الأصلي ملزما بالوفاء بباقي الدين.

د-الكفالة الشخصية والكفالة العينية: تنقسم الكفالة بحسب محلها إلى :

1-الكفالة الشخصية: وهي تسمى بالتأمين الشخصي، إذ يلتزم فيها الكفيل بضمان الوفاء بالدين إذا لم يف به المدين الأصلي، وهي تنقسم بدورها إلى كفالة بسيطة وكفالة تضامنية. **الكفالة البسيطة** هي التي يكون فيها الكفيل واحدا فلا يوجد فيها تضامن، ومحلها واحد وتاريخ الوفاء بها محدد، فهي ليست مضافة إلى أجل، ولا معلقة على شرط، وهي الأصل.

أما **الكفالة التضامنية** فهي التي يتعدد فيها الكفلاء سواء بموجب عقد كفالة واحد يربطهم مع الدائن أو بموجب عدة عقود كفالة متتالية، فإذا تعدد الكفلاء بموجب عقد واحد كان هناك مجال للدفع بالتقسيم، أما إذا تعدد الكفلاء بموجب عقود متتالية وجب على الدائن التنفيذ أولا على المدين الأصلي ثم على الكفلاء الواحد تلوى الآخر متتابعين كل بحسب تاريخ ترتيبه تصاعديا، إما للمطالبة بكل الدين أو بالجزء المتبقي الذي لم يف به الكفيل السابق في الترتيب...وهكذا حتى نصل إلى الكفيل الأخير أو حتى يسدد كامل الدين.

2-الكفالة العينية: هي عقد يرتب بمقتضاه شخص يسمى الكفيل العيني تأمينا عينيا، كأن يقدم الكفيل مالاً منقولا أو عقارياً من أمواله رهنا لضمان الوفاء بالدين في ذمة شخص آخر. والكفيل العيني يضمن الدين في حدود قيمة المال المخصص لذلك، كما أنها تنتهي بمجرد انتهاء أو فقد الكفيل لحيازة المال لأي سبب من الأسباب. والكفيل هنا يجمع بين صفتي الكفيل والراهن، مما يعني سريان عليه أحكام الكفالة والرهن في نفس الوقت.

المطلب الثاني: تمييز الكفالة عن بعض الأنظمة المشابهة لها و شروطها

أولا-تمييز الكفالة عما يشابهها من الأنظمة:

تشترك الكفالة مع بعض النظم القانونية الأخرى في خصائص معينة إلا أن لكلٍ منها أحكاماً قانونية مستقلة تميزها عن الأخرى، مثلا:التضامن بين المدينين،التعهد عن الغير و الإنابة الناقصة.

1-التضامن بين المدينين(التضامن السلبي) : الكفالة هي ضم ذمة الكفيل الى ذمة المدين الأصلي، فيصبح للدائن مدينان بدلا من مدين واحد ولا يضيع على الدائن حقه إلا في حالة إعسار هذان المدينان إعسارا تاما، فتتشابه الكفالة مع التضامن السلبي في هذه النقطة. غير أن المدينين في التضامن السلبي يلتزمون بصفة أصلية بينما الكفيل يلتزم بصفة تبعية، فلا يجوز للدائن طلب تجريد الكفيل إلا بعد تجريد المدين الأصلي من أمواله، وللكفيل التمسك هنا بهذا الحق طبقا للمادة 660 من ق م ج.

يكون التضامن السلبي بالاتفاق بنص المادة 217 من القانون المدني،ففي حالة التضامن بين المدينين يكون كل منهم مسؤولاً عن كل الدين ويستطيع الدائن أن يطالب أياً منهم بالوفاء الكامل بالدين وذلك لوحدة الدين بينهم،كما يجوز للدائن أن يطالب

المدينين مجتمعين، فإذا تم الوفاء من أحدهم برأت ذمة الباقين على أن يرجع الموفي على كل منهم بقدر نصيبه في الدين، فهنا يكون المدين المتضامن ملتزم التزاما أصلياً في مواجهة الدائن، وهو لا يعتبر كفيلاً.

2-التعهد عن الغير: فالتعهد عن الغير هو عقد بين شخصين يلتزم أحدهما وهو المتعهد بأن يجعل شخصا ثالثا يلتزم في مواجهة المتعاقد معه. وهو أن يحمل شخصاً آخر على قبول التزام معين كما هو الحال بالنسبة للوكيل الذي يتجاوز حدود وكالته ويتعهد شخصيا بحمل الموكل على الإقرار بالاتفاق الخارج عن حدود التوكيل. وقد نصت عليه المادة 144 من ق م ج، والمتعهد عن الغير لا يتقيد الغير بتعهده بل يلتزم شخصياً بالعقد الذي يبرمه فهو ليس وكيلاً عنه أو نائباً له ولا سلطة له في إلزامه ولكن يتعهد بأن يحصل على رضا الغير بالعقد،فمحل التزام المتعهد هو دائماً التزام بعمل. ومن شروط التعهد عن الغير يجب أن يتعاقد المتعهد باسمه هو لا باسم الغير الذي يتعهد عنه. وأن تتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه هو لا إلزام الغير إذ لا يمكن إلزام شخص بآثار العقد ليس طرفا فيه. ويجب أن يلتزم المتعهد بحمل الغير على قبول التعهد وإقراره، أي أن التزام المتعهد هو التزام بتحقيق نتيجة تتمثل في الحصول على قبول الغير للتعهد. وبذلك فإن المتعهد يلتزم التزاماً أصلياً، أما التزام الكفيل فهو التزام تبعي.

3-الإنابة الناقصة: La délégation anormale نصت عليها المادة294 ، 295 و296 من ق م ج، وتعني الإنابة أن المدين قد أناب عنه شخصاً آخر يتعهد للدائن بالوفاء بالدين الموجود في ذمته، فهي تتم إذا حصل المدين على قَبول الدائن بوجود شخص أجنبي ينوب عنه في الوفاء بالدين، والإنابة نوعان :

-**الإنابة الكاملة**: وتكون عندما ينيب المدين شخص آخر يتعهد للدائن بدين جديد بدل الذي كان في ذمته، أي أن الدين القديم ينقضي لينشأ مكانه دين جديد، ويعتبر هذا تجديد بتغيير المدين.

-**الإنابة الناقصة**: فهي لا تتضمن تجديدا، بل يبقى الدين في ذمة المدين الأصلي و ينظم إليه المدين الجديد ليكون مدينا لنفس الدائن وبذات الدين، ومناط التفرقة بين النوعين يكمن في تضمنها تجديدا بتغيير المدين أو عدم تضمنها له.

لا وجه للالتباس بين فكرة الإنابة الكاملة، والكفالة لأن الإنابة الكاملة تنطوي على تحديد للالتزام بتغيير المدين، فالمدين الأصلي (المنيب) يختفي ليحل محله مدين جديد (المناب). إلا أنه يمكن أن يثور الالتباس بصدد الإنابة الناقصة حيث يتعدد المدينون بدين واحد، إذ يبقى الدين في ذمة المدين الأصلي، وينظم إليه المدين الجديد ليكون مدينا بنفس الدين. إلا أن الاختلاف بين الإنابة الناقصة والكفالة يكمن في فكرة التبعية، فالمناب يلتزم بدفع دين الغير التزاما أصليا لا التزاما تابعا كما هو الحال بالنسبة للكفيل و يستطيع الدائن أن يختار أي من المنيب أو المناب لمطالبته بحقه لأن كل منهما يلتزم التزاما أصليا في مواجهة الدائن، ولا يستطيع المناب أن يطلب من الدائن أن يرجع على المنيب (المنيب الأصلي) ولو كان موسرا، ولا يستطيع أن يحتج بالدفوع التي يحتج بها المنيب على المناب لديه (الدائن) كما هو الحال في الكفالة.

ثانيا-شـــروط الكفـالـة:

تنص المادة 646 من ق م ج على أنه:"إذا التزم المدين بتقديم كفيل، وجب أن يقدم شخصا موسرا ومقيما بالجزائر، وله أن يقدم عوضا عن الكفيل، تأمينا عينيا كافيا". وهنا نقصد التزام المدين بتقديم كفيل مهما كان مصدر الكفالة، سواءً كانت قانونية أو قضائية أو اتفاقية، إلا أن ما يهمنا هو توفر عدة شروط في شخص الكفيل، وهي:

1-**يجب أن يكون الكفيل موسرا:** فالشرط الأساسي هو قدرة الكفيل على الدفع حتى لا يمنح الدائن ضمانا وهميا، وبذلك يجب أن يكون للكفيل ما يكفي من الأموال -مهما كانت طبيعتها عقارية أو منقولة- على الأقل للوفاء بالالتزام الذي تقدم لضمانه. ويمكن التنفيذ عليها. وتقدير كفاية أموال الكفيل للوفاء بالتزامه، هي مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع. وإن مدى كفاية ويسار الكفيل في حالة ما إذا ثار حولها نزاع هي مسألة واجبة الإثبات من طرف المدين ولا شأن للكفيل بهذا الإثبات، كما أن استلزام اليسار يكون بالنسبة للكفالة القانونية والكفالة القضائية. وفي حالة ما إذا اتفق الدائن والمدين على تقديم كفيل في الكفالة الاتفاقية، لكن إذا كان الاتفاق بين الدائن والكفيل دون علم المدين فإن هذا

الأخير لا يلتزم بإثبات يسار الكفيل، وإنما يقع عبء الإثبات على عاتق الدائن الذي يختار الكفيل الموسر حتى يتمكن من التنفيذ على أمواله في حالة إعسار المدين الأصلي.

كما يقع أيضا على الدائن إثبات أن هذا المال أو بعضه متنازع فيه أو يصعب التنفيذ عليه لبعده أو لسهولة تهريبه أو سهولة إخفائه أو لأي سبب آخر، فيستبعد من مال الكفيل الذي يضمن المدين. كذلك إذا كان المال مرهوناً أو مثقلا بحق عيني آخر كحق انتفاع، وجب أن يستبعد من قيمته ما ثقل به من رهن أو انتفاع أو غير ذلك.

2-**يجب أن يكون الكفيل مقيما بالجزائر:** الإقامة المقصودة هنا هي الإقامة العادية، وليس العرضية، ولا يشترط أن يكون الكفيل مقيما في موطن المدين، كما هو الحال في القانون الفرنسي. كما لا يشترط أن يكون الكفيل جزائريا فقد يكون الكفيل أجنبيا، فالعبرة بأن يكون له موطن بالجزائر حتى لو كان موطنا مختاراً.

فالغرض من هذا الشرط هو تسهيل الإجراءات على الدائن مراعاة لمصلحته، وفضلا عن ذلك يمكن للدائن مراقبة الكفيل وتتبعه بسهولة، لكي يكون دائما على دراية بحالته وظروفه المالية.

3-**يجب أن يكون الكفيل كامل الأهلية:** هذا الشرط لم تنص عليه المادة 646 من ق م ج، إلا أنه يبدو شرطا بديهيا بما أن الكفالة تعد من أعمال التبرع فهي عمل ضار ضرراً محضا بالنسبة للكفيل، الذي يشترط فيه أهلية التصرف وهي بلوغ سن الرشد 19 سنة كاملة، وتكون إرادته خالية من عيوب الإرادة.

فما حكم تخلف الشرطين السابقين؟ وبعبارة أخرى، هل هذين الشرطين يجب توفرهما أثناء انعقاد الكفالة فقط أم هما لازمان لبقائها إلى غاية انقضائها؟ كما لو أُعسِر الكفيل أو غيّرَ موطنه برحيله إلى بلد آخر غير الجزائر؟

طبقا لنص المادة 646 من ق م ج فإذا تخلف هذين الشرطين أو أحدهما يلزم المدين بتقديم تأمين عيني كافٍ، ويستوي أن يكون هذا التأمين العيني رهنا رسميا أو رهنا حيازيا. على عكس المشرع الفرنسي الذي اشترط على المدين في حالة إعسار الكفيل الطارئة، أو تغير موطنه بعد إبرام عقد الكفالة تقديم كفيل آخر طبقا للمادة 2020 من ق م الفرنسي.

وطبقا للمادة 2041 من ق م ف فإنه إذا تعذر على المدين الحصول على كفيل آخر يمكنه تقديم رهن حيازي، وتوسع القضاء في تفسير هذه المادة فأجاز للمدين تقديم رهن رسمي بدل الكفالة. إلا إذا كان الدائن قد اختار كفيلا بذاته فإنه يتحمل نتيجة إعساره.

وطبقا للقواعد العامة، المنصوص عليها في المادة 2/211 من ق م ج (المقابلة للمادة 2/272 ق م مصري)فإنه: "يسقط حق المدين في الأجل: ...إذا كان إنقاص التأمين يرجع إلى سبب لا دخل للمدين فيه فإن الأجل يسقط، ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا". فإعسار الكفيل أو تغير موطنه يعد إضعافا للتأمين مما لا ييسر للدائن استيفاء حقه ولا يوفر له الضمان اللازم، فالأجل الممنوح للمدين يسقط، لذلك عليه أن يختار بين تقديم ضمان كافٍ عن طريق تقديم كفيل آخر أو تأمينا عينيا، أو يتحمل نتائج سقوط الأجل.