المبحث الثاني : أركان عقد الكفالة

بما أن الكفالة عقد كسائر العقود ، فلابد لانعقادها توافر أركان العقد وهي التراضي، المحل والسبب، وهذا ما سنتناوله بالتفصيل تباعاً:

المطلب الأول: التراضي في عقد الكفالة

إن عقد الكفالة هو عقد بين الدائن والكفيل، وهي تنعقد برضائهما، وتجوز كفالة المدين بدون علمه وحتى دون رضاه أي رغم معارضته طبقا للمادة 647 ق م ج كما سبق وأن نوهنا إلى ذلك. وبالتالي فإنه لا يشترط في المدين الأصلي أية شروط، على عكس الكفيل الذي يشترط فيه عدة شروط، وإذا فقد شرطا من هذه الشروط جاز استبداله بكفيل آخر، أو يجوز للدائن مطالبة المدين الأصلي بتقديم تأمين عيني آخر -كما رأينا سلفا- عوضا عن الكفالة.

1/ ركن التراضي:

من خصائص عقد الكفالة أنه من العقود الرضائية، فلقيامه يجب تطابق إرادتي الدائن والكفيل دون اشتراط أي شكل خاص، ودون حاجة إلى رضا المدين لأنه ليس طرفا في عقد الكفالة، وهو ما نصت عليه المادة 647 بقولها: « تجوز كفالة المدين بغير علمه و تجوز أيضا رغم معارضته»، وهو النص المطابق لنص المادة 775 مدني مصري وللإشارة أن هذا النص جاء مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية التي تحرم على الكفيل الذي يضمن المدين بدون علمه أو رغم معارضته من حق الرجوع عليه، ولقد وافق المشرع التونسي الشريعة الإسلامية في نص المادة 1488 من القانون التونسي.

وتطبيقا للقواعد العامة، ولا سيما المادة 60 ق م ج، فإن تعبير أطراف عقد الكفالة عن إرادتهما، يتم بالنسبة للدائن بالتعبير عن إرادته بشكل صريح أو ضمني، لأن الكفالة تعقد لمصلحته المحضة، وتطبيقا للمادة 2/68 ق م ج فقد يعتبر سكوته قبولا بالكفالة دون مقابل إذا ما وجه له الكفيل إيجاباً. أما بالنسبة للكفيل فقد ثار خلاف بين أراء الفقهاء، نظرا لكون الكفالة عقد تبرع فهو يشكل خطرا بالنسبة للكفيل، لذلك رأى جانب من الفقه أن يكون التعبير عن إرادته صريحاً، بعبارات واضحة ومفهومة أو عن طريق الكتابة الدقيقة المعاني والتي لا تدعو لأي شك. وحجتهم في ذلك، أن الكفالة لا تفترض ولا تمتد لأبعد من الحدود المتفق عليها في العقد، وقد نصت المادة 1/2015 ق م فرنسي على أن الكفالة لا تفترض ويجب أن تكون صريحة. أما المشرع الجزائري فلم يحدد موقفه من ذلك، واكتفى بالقواعد العامة (أي نص المادة 60 ق م ج).

أهلية المتعاقدين:

تعتبر الكفالة من أعمال التبرع أو التفضل، وهي من التصرفات الضارة بالكفيل ضررا محضا، لذلك يجب أن تتوفر فيه أهلية التبرع، وهو ما نصت عليه المادة 40 ق م ج. والتي حددت سن الرشد بـ 19 سنة كاملة، وهذا معناه أن لا يكون الكفيل مجنونا، أو معتوها، أو صبيا مميزا، أو محجورا عليه وإلا وقعت الكفالة باطلة بطلانا مطلقا، متى كانت بدون مقابل.

ونفس الحكم يطبق إذا كانت الكفالة بمقابل (أي بعوض) يتسلمه الكفيل من الدائن أو من المدين، لأن الكفالة في هذه الحالة تعتبر بالنسبة للكفيل عملا دائرا بين النفع والضرر، فيلزم أن تتوفر لديه أهلية التعاقد. وبذلك فإذا كان الكفيل مجنونا أو صبيا مميزا، فإن الكفالة تكون باطلة متى كانت بدون مقابل، وتكون قابلة للإبطال متى كانت بمقابل، حتى ولو كان الالتزام المكفول صحيحا.

نصت المادة 649 ق م ج بنص خاص بكفالة التزام ناقص الأهلية:"من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول"، وهي تقابل المادة 777 مدني مصري، ونستنتج منها:

1-إذا كان الكفيل لا يعلم بنقص الأهلية للمدين فله التمسك بإبطال الكفالة، حتى لو لم يتمسك به المدين.

2-إذا كان يعلم بسبب قابلية الالتزام للبطلان وقت انعقاد الكفالة، فلا يجوز للكفيل التمسك ببطلان الكفالة لبطلان التزام المدين إلا إذا تمسك به المدين نفسه.

3-أما إذا كانت الكفالة قد عُقِدَت بسبب قابلية الالتزام المكفول بالإبطال، فيكون التزام الكفيل هنا التزامًا أصليًا تجاه الدائن، فإذا أبطل المدين التزامه بسبب نقص أهليته فلا يجوز للكفيل التمسك بهذا الدفع فالتزام الكفيل معلق على شرط تمسك المدين بإبطال التزامه، فان تحقق الشرط أصبح الكفيل مدينًا أصليًا في مواجهة الدائن.

أما بالنسبة للدائن، فإنه بناء على عقد الكفالة فهو لا يلتزم بأي التزام، فهذا التصرف بالنسبة له يعتبر من الأعمال النافعة نفعا محضا، فلا يشترط فيه إلا أهلية التمييز طبقا للمادة 42 ق م ج.

***عيوب الإرادة في الكفالة :**

حتى يكون عقد الكفالة صحيحا يجب أن يكون الرضا خاليا من عيوب الإرادة، أي الغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال.

في العقد الملزم لجانب واحد-كعقد الكفالة-نجد أنه لا ينشئ التزاما إلا في جانب أحد المتعاقدين-وهو الكفيل، ولذا نجد أن مسألة عيوب الإرادة لا تهم إلا الطرف المدين، أما بالنسبة للدائن فإنه وإن كان ليس بمنأى عن الوقوع في غلط في شخص الكفيل أو يساره، إلا أنه ليس له مصلحة في طلب إبطال العقد، لهذا السبب لأنه في مثل هذه الحالات يستطيع الدائن أن يرجع على المدين الأصلي الذي قدم له الكفالة ليطلب منه كفيل آخر، وإلا عرّض الحقوق المكفولة بهذا الضمان للخطر كأن يطلب سقوط الأجل مثلا.

الغلط :عبارة عن وهم يقوم في ذهن أحد المتعاقدين يحمله على الاعتقاد بصحة أمر على خلاف الحقيقة، بحيث يبرم عقدًا ما كان ليبرمه لو أدرك حقيقة الأمر. هذا وأن الملاحظ أن شخص المدين وصفاته لها أهمية جوهرية في عقد الكفالة، فإن اعتقد الكفيل أنه يكفل مدين معين، ثم تبين له أن المدين شخص آخر أو إذا اعتقد أن المدين تاجر، فإذا به ليس تاجر، فيجوز للكفيل طلب إبطال العقد على أساس الغلط الذي وقع فيه، طبقا لنص المادة 82 ق.م التي تنص على أنه: "يكون الغلط جوهري إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط. ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد و لحسن النية.

إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

مثال ذلك أن يقع الكفيل في غلط جوهري، كأن يعتقد أن الدين لا يرتب فوائد، وإذا به يرتب فوائد.

أما بالنسبة للتدليس، والإكراه، فإنه طبقا للمادتين 87 و 89 ق.م فإن الكفيل المدّلس عليه أو المكره لا يستطيع طلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن الدائن كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بالتدليس و الإكراه. هذا و إن كان الغالب أن التدليس يقع من المدين فإنه قد يقع من الدائن نفسه الذي هو طرف في العلاقة، وهنا تخضع هذه الحالة لنص المادة 86 ق.م التي تنص على جواز إبطال العقد للتدليس إن كانت الحيل التي لجأ إليها، أحد المتعاقدين أو نائبه من الجسامة بحيث لولاه لما أبرم الطرف الثاني العقد، ونفس الشيء بالنسبة للإكراه (المادة 88 ق.م).

مثال حمل الزوج زوجته بما له من سلطة عليها أن تكفله في دين كبير عليه، وهي تعلم أن زوجها لا يستطيع الوفاء بهذا الدين(المادة 142 مدني أردني)، ويجب أن يثبت الكفيل المكره -وهي الزوجة في هذه الحالة- أن الدائن يعلم أو يستطيع أن يعلم أن الكفيل تعرض للإكراه من المدين (المادة 128 مدني مصري).

كما يجوز طلب إبطال الكفالة بسبب وقوع الكفيل في استغلال طبقا للمادة 90 ق م ج.

ملاحظة:

طبقا للمادة 574 ق م ج يجوز أن تتم الكفالة عن طريق الكفالة بشرط أن تكون الوكالة خاصة ومحددة وليست عامة.

كما يجوز الوعد بالكفالة، كما لو صدر عن الكفيل وعد للدائن بأن يكفل له شخصا آخر إذا أقرضه هذا الدائن مبلغا من المال، فهذا الوعد يعتبر كفالة بمجرد الحصول على القرض، كما هو الحال في الوعد بالبيع، ويجوز لإلزام الواعد بالكفالة بمقتضى حكم قضائي.

ويجوز للشريك كامل الأهلية أن يكفل الشركة التي هو شريك فيها ويجوز للشركة أن تكفله، وإذا أعطى الكفيل شخصًا آخر توكيلا بالكفالة فيجب أن تتوافر في الموكل أي الكفيل أهلية التبرع ولا يشترط ذلك في الوكيل لأن العقد الذي ينعقد بإرادة النائب ينتج أثره في الشخص الأصل وهو الكفيل. وإذا كانت الكفالة بمقابل فإنه يشترط في الكفيل أهلية التصرف وليس أهلية التبرع.

أما بالنسبة لكفالة المريض فإذا كان مرضه غير مميت له فحكمه حكم الكفالة الصحيحة، وإذا كان مريضًا مرض الموت، وإذا كان الدين مستغرق بتركته فكفالته باطلة، أما إذا كان الدين غير مستغرق لتركته فهي جائزة في حدود الثلث لأنه تبرع، وهذا ما جاء في المادة 1605 من مجلة الأحكام العدلية: " الكفالة بالمال في هذا المبحث في حكم الدين الأصلي، بناء عليه لو كفل احد في مرض موته دين وارثه أو مطلوبة لا يكون نافذا وإذا كفل للأجنبي تعتبر من ثلث ماله وأما إذا اقر في مرض موته بكونه قد كفل الأجنبي في حال صحته فيعتبر إقراره من مجموع ماله ولكن تقدم ديون الصحة إن وجدت".

المطلب الثاني: محل الكفالة (الالتزام الأصلي المكفول)

محل التزام الكفيل هو ضمان تنفيذ الالتزام الأصلي أي التزام المدين والوفاء به، إذ لم يف به المدين نفسه، لذلك يجب أن تتوفر في محل الكفالة نفس الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام بوجه عام، أي لابد أن يكون محل الكفالة ممكنا ومعينا أو قابلا للتعيين ومشروعا.

ونظرا لكون الكفالة التزام تابع للالتزام الأصلي، فإنه حتى يكون محل الكفالة ممكنا يجب أن يكون الالتزام الأصلي صحيحا وموجودا أو قابلا للوجود، ومعينا. وهذا ما يدفعنا لدراسة الأحكام المتعلقة بالدين المكفول.

يمكن كفالة أي التزام مهما كان مصدره وأيا كان محله، سواء كان مصدره العقد، أو العمل الغير مشروع، أو الإثراء بلا سبب أو دفع الغير مستحق أو الفضالة، أو القانون، كما يجوز كفالة التزام أيا كان محله سواء التزام بإعطاء أو منح شيء أو الالتزام بعمل أو الالتزام بالامتناع عن عمل، وقد يكون التزام الكفيل محلا لكفالة أخرى ويسمى هنا كفيل الكفيل.

أولا- شرط وجود الالتزام المكفول أو قابليته للوجود:

يعتبر التزام الكفيل التزاما تابعا، فهو لا ينشأ بذاته بل يستند إلى التزام أصلي في ذمة المدين الأصلي، فيشترط لقيام التزام الكفيل وجود التزام أصلي مكفول، فإذا انقضى هذا الأخير ينقضي معه الالتزام المكفول بقوة القانون. إلا أن هذا لا يمنع من أن يكون الالتزام الأصلي مستقبليا أو شرطيا.

ا-كفالة الالتزام المستقبلي:

تنص المادة 650 ق.م.ج على أنه :"تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين المشروط. غير أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة، كان له أن يراجع فيها في أي وقت، مادام الدين المكفول لم ينشأ".

أجاز القانون كفالة الالتزام المستقبلي في هذه المادة متأثرا بالقاعدة العامة الواردة بالمادة 1/92 ق.م.ج المقابلة للمادة 131 مدني مصري: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا». ومثال كفالة التزام مستقبلي، كفالة الاعتماد الذي يفتحه البنك لإحدى زبائنه ويحدد سقف معين من المال لكن لا يعرف مسبقا مقدار المبلغ الذي سيستعمله المدين، فيبقى الكفيل خلال كل المدة ملتزما بكفالة الدين المستقبل في حدود الدين المضمون الذي استخدمه المدين كزبون له، لأن ضمان الكفيل يقتصر في حدود ما ينشأ من الدين خلال مدة الكفالة، وإذا لم ينشأ الدين خلال المدة المحددة في العقد برأت ذمة الكفيل. لكن إن لم تحدد مدة للكفالة، يكون للكفيل الحق في العدول عن الكفالة في أي وقت شاء ما دام الدين لم ينشأ.

وفي حالة استعمال الكفيل حقه في الرجوع(العدول) عن الكفالة يجب عليه إعلام الدائن بذلك حتى يحتج به تجاهه، ويكون الإعلام بأية وسيلة كانت. أما إذا نشأ الدين خلال مدة الكفالة وقبل الرجوع عنها، فلا يجوز للكفيل الرجوع عنها بل يظل ملزما بتنفيذها تجاه الدائن.

وهكذا نجد أنه إذا كانت قاعدة التبعية تفترض وجود الدين الأصلي فإنها لا تشترطه، لذلك يجوز وجود كفالة قبل وجود الدين، ومن ثمة كانت كفالة الالتزام المستقبل، هو التزام صحيح وبات لأن الالتزام المكفول وإن لم يكن موجودا إلا أنه قابل للوجود. وكفالة الالتزام المستقبل مقيدة بقاعدتين:

أ- وجوب تحديد المبلغ المكفول:

اشترطت المادة لانعقاد الكفالة تحديد مقدار الدين المكفول أو الحد الأقصى الذي يمكن أن يصل إليه و إلا كانت باطلة والحكمة من ذلك هو حماية الكفيل حتى يكون على بينة من الدين الذي يكفله، وحتى لا يتورط في دين لا يعرف مقداره.

ويكفي أن يكون الدين محدد المقدار أو قابل للتحديد والتعيين طبقا للقواعد العامة، وهنا يتوجب تحديد الحد الأقصى الذي يمكن أن يكفله الكفيل.

ب- مدة الالتزام في الكفالة المستقبلية:

متى عين الكفيل مدة معينة يلتزم خلالها بكفالة الدين المستقبل، فإنه يظل مقيد بهذه الكفالة طيلة هذه المدة، فلا يرجع عنها خلال المدة المحددة، فإن نشأ جزء من الدين ضمنه الكفيل لأن ضمانه يقتصر على ما ينشأ من الدين خلال مدة الكفالة، فإذ لم ينشأ الدين برأت ذمة الكفيل نهائيا بانتهاء المدة ما لم يتفق على تجديدها.

أما إن لم تعين مدة للكفالة، فإن للكفيل الرجوع عنها والتحلل من التزامه في أي وقت ما دام الدين لم ينشأ، أما إن نشأ فإن الكفيل لا يستطيع الرجوع عنها.

2-كفالة الالتزام الشرطي:

نصت المادة 650 ق.م.ج :".. كما تجوز الكفالة في الدين المشروط .."، ومعنى الدين المشروط أن لا يعين محله، وتطبيقا للقواعد العامة، فإنه يجوز كفالة الالتزام في الدين الشرطي، حيث تكون الكفالة تطبيقا لفكرة التبعية معلقة على ذات الشرط المعلق عليه الالتزام الأصلي سواء كان معلقا على شرط فاسخ أو شرط واقف.

*فإذا كان الدين المكفول معلق على شرط واقف، فإن التزام الكفيل يكون معلقا على ذات الشرط، فإن تخلف الشرط الواقف زال الالتزام الأصلي المكفول بأثر رجعي ويزول معه التزام الكفيل بالتبعية ويعتبر كأنه لم يكن. والعكس صحيح، في حالة تحقق الشرط الواقف.

أما إذا كان الدين المكفول معلق على شرط فاسخ فإن الكفالة تكون كذلك فإن تحقق الشرط زال كل من التزام المدين والتزام الكفيل في نفس الوقت بأثر رجعي، أما إن تخلف الشرط الفاسخ فإن كل من الالتزامين يصبح باتا.

3-كفالة الالتزام الطبيعي:

إذا كان الالتزام القانون يتضمن عنصري المسؤولية والمديونية، فإن الالتزام الطبيعي يتضمن عنصر المديونية فقط ولا يتضمن عنصر المسؤولية، وهكذا فلا يمكن إجبار المدين على الوفاء به.كما أن التزام المدين لا يعتبر تبرعا. وقد نظمه المشرع الجزائري في المواد 160 إلى 163 ق م ج.

وبناء على ما تقدم، وإعمالاً لفكرة التبعية فإنه من غير المتصور أن يضمن شخص الوفاء بالتزام طبيعي إذا لم يؤده المدين نفسه وهو غير ملزم أو مجبر قانونا على تنفيذه، وحتى لا يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين طبقا لنص المادة 652 ق م ج، وحتى وإن انعقدت الكفالة صحيحة ضمانا لالتزام مدني ثم تحول هذا الالتزام إلى التزام طبيعي، فيتحول التزام الكفيل أيضا.

إلا أنه تطبيقا لنص المادة 162 ق م ج: "لا يسترد المدين ما أداه باختياره بقصد تنفيذ التزام طبيعي"، فإذا قام الكفيل بالوفاء بالدين تنفيذا لالتزام طبيعي، فلا يمكنه المطالبة باسترداد ما وفى به.

وطبقا للمادة 165 ق م ج:"يمكن أن يكون الالتزام الطبيعي سببا لالتزام مدني"، فإنه يجوز للمدين الأصلي أن يقدّم كفيلاً للدائن -ضمانا للوفاء بالتزام طبيعي- فهنا أراد المدين تحويل التزامه الطبيعي إلى التزام قانوني(مدني) بمحض إرادته.

ثانيا-أن يكون الالتزام المكفول صحيحا ومشروعا:

الكفالة عملية تابعة، ولذلك نصت المادة 648 ق م ج على أنه:"لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا"، لذلك لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام الأصلي صحيحا، وبذلك فلا تجوز كفالة الالتزام الباطل، فمتى كان هذا الأخير ناتجا عن صفقة غير مشروعة كبيع الأسلحة المحظورة أو بيع المخدرات أو القمار كانت الكفالة باطلة لعدم مشروعية محل الدين الأصلي. ولا شك في ذلك بالنسبة للبطلان المطلق الذي يتمسك به كل ذي مصلحة، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

1-كفالة الالتزام الباطل :

يكون الالتزام الأصلي باطلا إذ اختل ركن من أركانه كأن يكون محله غير مشروع أو لم يستوف الشكل إذا كان العقد شكليا أو كان سببه غير مشروع.وعملا بفكرة تبعية الكفالة الالتزام الأصلي من حيث الصحة والبطلان، فإنه إذا كان الالتزام الأصلي باطلا كانت كفالته باطلة، ويستطيع الكفيل التمسك ببطلان الالتزام الأصلي أيا كان سبب البطلان.

2-كفالة الالتزام القابل للإبطال:

العقد الباطل بطلانا نسبيا عقد صحيح وإن كان قابلا للإبطال فهو ينتج آثاره حتى يحكم ببطلانه، ومن ثم فإنه تجوز كفالته حتى يقضي ببطلانه. فكفالة هذا الالتزام جائزة وصحيحة، لكنها تأخذ حكمه، أي تبقى صحيحة طالما الالتزام الأصلي لا زال قائما ولم يبطل، أما إن أبطل الالتزام الأصلي فتبطل الكفالة معه بالتبعية وهو الحكم الذي ينطبق على كافة حالات القابلية للإبطال لأي عيب من عيوب الإرادة مع مراعاة الحكم الخاص بناقص الأهلية.

لكن قد يحدث أن يجيز المدين الأصلي التزامه، فما هو مصير الكفالة في هذه الحالة، أي هل يسقط حق الكفيل في طلب الإبطال بمجرد أن يصبح الالتزام الأصلي صحيحا بالإجازة أم يبقى حق الكفيل في طلب الإبطال قائما طالما لم يجز كفالته لتصبح صحيحة بدورها؟

إن الرأي الراجح في هذه المسألة هو أن حق الكفيل في طلب إبطال كفالته لا يسقط بإجازة المدين الأصلي لعقده، وإنما يبقى حق الكفيل في طلب الإبطال قائما والحجة على ذلك هو تفسير المادة 2/654، لأنها استثنت الحالة التي لا يجوز فيها للكفيل طلب الإبطال وتحديد هذه الحالة دليل على أن المشرع لم يرد أن يحرم الكفيل من التمسك بالإبطال في كل الحالات التي يكون فيها الالتزام الأصلي قابل للإبطال، ويرى أصحاب هذا الرأي بأنه، ما عدا الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 654، وهي حالة كفالة ناقص الأهلية، فإنه في بقية حالات قابلية العقد الأصلي للإبطال، فحق الكفيل لا يسقط بإجازة الالتزام الأصلي لان مقتضى التبعية هو إفادة الكفيل وليس إضراره.(المادة 652 ق.م.ج) و هذا للإشارة متى كان الكفيل لا يعلم بسبب القابلية للإبطال، لأنه هنا يكون له التمسك في طلب الإبطال على أساس الغلط، الذي وقع فيه باعتباره أنه اعتقد أنه كفل التزاما صحيحا، في الوقت الذي كفل فيه التزاما قابلا للإبطال.

ج-كفالة ناقص الأهلية:

عالج المشرع الجزائري ونظيره المصري مسألة الكفالة في حالة البطلان النسبي لنقص أهلية المدين الأصلي، وأورد لها حكما خاصا بموجب المادة 649 ق.م.ج والتي تنص على أن: "من كفل التزام ناقص الأهلية، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول، باستثناء الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 654 ".

وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 654 ق م ج، المقابلة للمادة 2/782 مدني مصري، نجد أن المشرع أقر كقاعدة عامة بأن الكفيل يبرئ بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين، إلا أنه أقر بالمقابل استثناء على

هذه القاعدة مفادها ما جاء بالفقرة الثانية والتي نصت:"غير أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين يتمثل في نقص أهليته وكان **الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد**، فليس له أن يحتج بهذا الوجه"، ذلك أن قبوله الكفالة رغم علمه بنقص أهلية المدين، دليل على تنازله عن التمسك بهذا الدفع. لكن إذا قام المدين نفسه بإبطال عقده لنقص أهليته، فإن الكفيل يستفيد من ذلك فتبطل كفالته لإبطال العقد المنشئ للالتزام الأصلي.

وليس في هذا كفالة لالتزام طبيعي، بل ليس من كفل التزام ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته وهو عالم بذلك بكفيل أصلا، بل هو مدين أصلي تحت شرط واقف هو ألا ينفذ ناقص الأهلية التزامه ويتمسك بنقص أهليته.

وبناء على ما سبق بيانه، نستنتج أن الالتزام المكفول إذا كان ناشئا عن عقد قابل للابطال بسبب نقص أهلية المدين أو لعيب في الرضا، فالأمر لا يخرج عن إحدى الصور الثلاث الآتية:

الحالة الأولى: الكفيل لا يعلم بنقص أهلية المدين المكفول ولا سبب البطلان، فالتزام المدين الأصلي يكون قابلا للإبطال وتبعا لذلك ينقضي التزام الكفيل إن طلب المدين الإبطال وحكم له به. كما يجوز للكفيل التمسك بقابلية التزامه للإبطال حتى لو لم يتمسك به المدين نفسه لأنه صاحب مصلحة فيه طبقا للمادة 1/654، ويبطل التزام الكفيل دون إبطال التزام المدين الأصلي لأنه لا يحكم له بالبطلان إلا إذا تمسك به صاحب الحق.

الحالة الثانية:إذا كان الكفيل يعلم أن الالتزام قابل للإبطال بسبب نقص أهلية المدين المكفول، ولكنه لم يقصد بكفالته تغطية هذا السبب، ويأخذ هذا الفرض حكم الفرض الأول إلا انه يختلف عنه أن الكفيل إذا كان يعلم بقابلية الالتزام للإبطال فلا يجوز له التمسك بإبطال الالتزام إلا إذا تمسك به المدين الأصلي وحكم له به، امتد هذا الحكم إلى التزام الكفيل بالتبعية.

الحالة الثالثة: أن يكون المدين المكفول ناقص الأهلية، ويكون الكفيل قد كفله بسبب هذا النقص، وهنا نعتبر أن سبب الكفالة جاء على وجه التبرع لمجرد علم الكفيل بنقص أهلية المدين. وهي الحالة المذكورة وفقا للمادة 649 ق م ج سالفة الذكر، فلا يجوز للكفيل التمسك بنقص أهلية المدين، وإذا تمسك به المدين فلا يستفيد الكفيل من هذا الدفع، بل يبقى ملتزما بالكفالة باعتباره مدينا أصليا.

-وهنا يرى بعض الفقهاء أن الكفيل يصبح مديناً أصلياً تحت شرط واقف هو عدم تنفيذ المدين للالتزام الأصلي، وتمسك بإبطال التزامه تحقق الشرط، فيصبح الكفيل مدينا أصليا ووجب عليه تنفيذ الالتزام.

-بينما أسس جانب آخر من الفقه رأيه على أساس نظرية تحول العقد، واعتبر أن الكفالة تبقى صحيحة ما دام أن المدين ناقص الأهلية لم يتمسك ببطلان الالتزام الأصلي فتبطل، ويتحول إلى تعهد منشئ لالتزام أصلي في ذمة الكفيل المتعهد.

-أما الاتجاه الثالث من الفقه، فقد اعتبر كفيل ناقص الأهلية قد أبرم عقدا مركبا يتضمن كفالة وتعهد عن الغير، يتعهد الكفيل فيه بأن لا يستعمل المدين حقه في طلب الإبطال متعهدا بأن يقوم على سبيل التعويض بتنفيذ الالتزام الأصلي إن أخل بتعهده عن الغير وطلب المدين الإبطال، فإن حدث وطلبه وحكم له، بذلك فزال الالتزام الأصلي ومعه التزام الكفيل فإنه يتحقق عند ذلك الإخلال بالتعهد عن الغير ويلتزم عندها الكفيل المتعهد بالتنفيذ على سبيل التعويض لأنه مخل بالتزامه، ويكون هنا التزامه أصلي غير تابع لغيره.

الشرط الثالث-تعيين التزام الكفيل:

يجب أن يكون محل التزام الكفيل معين أو قابلا للتعين، وإلا كانت الكفالة باطلة، وتعيين التزام الكفيل يرتبط بتعيين التزام المدين. ويتعين الدين الأصلي المكفول تعيينا دقيقا، فيعين محله، مصدره و أطرافه، حيث يذكر اسم الدائن ولقبه وسنه ومهنته ومكان إقامته، واسم المدين ولقبه وكل باقي المعلومات. فمتى تحدد الالتزام المكفول على هذا الشكل دون تحديد التزام الكفيل فإن التزام هذا الأخير يكون مطابق لالتزام المدين، لأنه جاء مطلق.

وباعتبار أن التزام الكفيل مستقل عن التزام المدين، فإنه يمكن أن يختلف محل كل من الالتزامين، إلا أن هذا الاختلاف مقيد بقاعدة أساسية، وهي أن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من التزام المدين، بل أخف منه. ولذلك يتوجب علينا التمييز بين نوعين من أنواع الكفالة، الكفالة المطلقة والكفالة المحددة.

ا-الكفالة المطلقة:

تكون الكفالة مطلقة إذا وردت بصيغة عامة غير محددة لحدود التزام الكفيل و نطاقه، فيكون التزام الكفيل هو نفسه التزام المدين، فيسأل الكفيل مسؤولية مماثلة لالتزام المدين في طبيعته ومضمونه ومقداره وحدوده، فيشمل التزام الكفيل أصل الدين وكذلك الملحقات والمصروفات والفوائد. وهذا ما أكدته المادة 653 ق م ج.

وتشمل ملحقات الدين التعويضات التي يلتزم بها المدين بسبب إخلاله بالتزامه، بالإضافة إلى فوائد الدين، إلا أن المشرع الجزائري يبطل الفائدة بين الأفراد طبقا للمادة 454 ق م ج: "القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك". إلا أنه يجيزها إذا كان المقرض مؤسسة بنكية أو مالية طبقا للمادة 456 ق م ج.

بالإضافة إلى ذلك،فهناك المصروفات التي ينفقها الدائن عند المطالبة الأولى بالدين، وتشمل المصاريف السابقة على المطالبة القضائية من رسوم ومصاريف التبليغات.

كما تشمل كل ما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل، وهي مصروفات لا يضمنها الكفيل إلا إذا كانت قد صرفت بعد الإخطار من قبل الدائن بأنه قد قام بمطالبة المدين، فالمدين ملزم بإخطار الكفيل برجوعه على المدين ليفي بالدين الذي لم يف به هذا الأخير، فإن لم يقم بذلك تحمل الكفيل كل هذه المصاريف، لأنه كان قادر على تفاديها بوفائه، فإن لم يخطر لا يلزم بدفعها، و يقتصر التزامه على مصروفات المطالبة الأولى.

ب-الكفالة المحددة:

هي الكفالة التي تحدد محل التزام الكفيل تحديدا دقيقا، فقد يضمن الكفيل جزء من الدين وقد يضمن الدين كله دون ملحقاته وفوائده ومصروفاته، أو أن تكون مدة تنفيذ التزام الكفيل أطول من أجل دين المدين.

فتحديد محل الالتزام يعني أن الكفالة تكون في مبلغ يساوي أو أقل من مبلغ الدين و بشروط مماثلة أو أهون طبقا للمادة 652 ق م ج. لكن يستفيد الكفيل من كل تغير طارئ في الالتزام الأصلي يكون فيه مصلحة له، فإن تنازل الدائن عن جزء من حقه أو قام بتقسيط الوفاء، فإن الكفيل يستفيد من كل ذلك، ويخفف التزامه بالتبعية، وكذلك إن تم إعفاؤه من الفوائد أو إنقاص سعرها، فيتمسك الكفيل بكل ذلك في مواجهة الدائن.

المطلب الثالث: السبب في عقد الكفالة

يتميز سبب الالتزام عن محله، فالمحل كما سبق بيانه هو الأمر الذي يلتزم المدين بإعطائه أو بعمله أو بالامتناع عن عمله. أما سبب الالتزام، فهو الغاية أو الغرض الذي يسعى الملتزم إلى تحقيقه، من وراء تحمله الالتزام.

يتنازع تحديد مسألة السبب نظريتان، النظرية التقليدية، التي أخذ بها الفقهاء الفرنسيون القدماء ابتداء من القرن السابع عشر، التي ترجع فكرة السبب التي كانت عند الرومان، وهي تعني الغرض القريب المباشر الذي قصده الملتزم من التزامه. والنظرية الحديثة التي تعتد بالباعث الدافع للتعاقد، والباعث هو الغاية غير المباشرة، الأمر الذي يريد أن يصل إليه من وراء تحقيق السبب، سواء كان قريبا أو بعيدا.

إلا أن هناك صعوبة في تطبيق نظرية السبب على عقد الكفالة، وهذا ما يدعونا إلى تطبيق القواعد العامة على الكفالة، نظرا لكون أن المشرع الجزائري لم يضع أحكاما خاصة بالسبب في الكفالة صعب، ونظرا إلى طبيعتها الخاصة باعتبارها عملية قانونية ثلاثية، إذ هناك العلاقة بين الدائن والمدين، العلاقة بين الكفيل والدائن، والعلاقة بين الكفيل والمدين. وهذه العلاقة الأخيرة خارجة عن نطاق عقد الكفالة لأن المدين ليس طرفا فيها، وهي تتمثل في رجوع الكفيل على المدين.

ومنه هل يستطيع الكفيل أن يحتج في مواجهة الدائن بما قد يعتري علاقته بالمدين من عدم وجود السبب أو عدم مشروعية الباعث و بناءا عليه يطالب ببطلان الكفالة؟

-يرى الأستاذ السنهوري عدم جواز ذلك، لأن الكفالة تصرف مجرد لا يتأثر بالعلاقة بين الكفيل والمدين، فالتزام الكفيل صحيح ولو لم يكن له سبب أو كان سببه غير مشروع، بينما رأى جانب آخر من الفقه عكس ذلك، بوجوب أن يكون للالتزام سبب مقصود وأن يكون الباعث الرئيسي الدافع إلى التعاقد مشروع.

وهذا ما يدفعنا إلى طرح تساؤل آخر: لماذا التزم الكفيل في مواجهة الدائن؟

والإجابة على هذا السؤال نجدها في العلاقة بين الدائن والمدين، فالكفيل التزم في مواجهة الدائن ليسمح للمدين بالحصول على الائتمان من الدائن، وهذا هو سبب التزام الكفيل، وبشرط أن يكون السبب موجودا لحماية الكفيل، وعدم وجوده يؤدي إلى بطلان التزام الكفيل. أما الباعث الرئيسي أو الدافع للتعاقد، فهو شخصي وغير مباشر ومتغير، يختلف من كفيل إلى آخر، ويشترط فيه أن يكون مشروعا.

كما يتوجب أن يكون المتعاقد الأخر-الدائن- على علم به وذلك لاستقرار المعاملات وحتى لا يفاجأ ببطلان عقد لا يعلم عن سببه شيء، وإن كان الدافع إلى التعاقد غير مشروع كان العقد باطل يشترط أن يكون الدائن عالما به.

وهناك من يفرق بين السبب في الكفالة، إذا ما كان سبب عقد الكفالة تبرعًا وهو الأصل أوقد يكون معاوضة، وهذا يرجع لإرادة الكفيل بما التزم به في عقد الكفالة.

فإذا كان السبب تبرعًا

فإذا عقدت الكفالة لصالح الدائن، وهو أن يتقدم الكفيل للدائن بضمان دين سابق للدائن على المدين دون الحصول على مقابل(سواء من الدائن أو من المدين) فيكون سبب التزام الكفيل هو نية التبرع، وبالتالي لا يستطيع الرجوع على المدين بما أدى لأنه متبرع، ويشترط أن يكون الباعث على التبرع مشروعا، وإلا كانت باطلة.

أما إذا كان السبب معاوضة، يكون السبب في الكفالة لمصلحة المدين، كما لو كان العقد يرتب التزاما على كل من الطرفين، مثل أن يكون الدائن ملتزمًا تجاه الكفيل بمد أجل الدين الذي حل على المدين أو إعطاء قرض للمدين، ويكون التزام الكفيل هنا تنفيذ التزام المدين تجاه الدائن إذا لم يقر به المدين.

واستنادا لنظرية السبب، يجوز للكفيل أن يحتج ببطلان الكفالة نظرا لبطلان سببها، ونتيجة علاقة سببها غير مشروع بين الكفيل والمدين. ومثال ذلك، أن يكفل شخص موظفًا عامًا في الحكومة للدائن مقابل قيام الموظف بتزوير أوراق رسمية خاصة بتصدير بضائع لمصلحة الكفيل، فسبب علاقة الكفيل غير مشروعة بالموظف المكفول عنه.

هذا وإذا قام نزاع حول وجود السبب أو مشروعيته فإن عبء الإثبات يقع على عاتق الكفيل، وله في ذلك أن يلجأ لكافة طرق الإثبات.