المبحث الثالث : آثار عقد الكفالة

سنتناول آثار الكفالة في مطلبين، نخصص المطلب الأول لدراسة العلاقة بين الكفيل والدائن. وفي المطلب الثاني لدراسة العلاقة بين الكفيل والمدين. على النحو الآتي:

المطلب الأول: العلاقة بين الكفيل والدائن

علاقة الكفيل بالدائن لها وجهان، الأول يتمثل في مطالبة الدائن للكفيل بالدين عند عدم وفاء المدين به، والثاني يتمثل في الدفوع التي يتمسك بها الكفيل في مواجهة الدائن لرد هذه المطالبة.

الفرع الأول: مطالبة الدائن للكفيل

للدائن الرجوع على الكفيل لمطالبته بالدين متى لم يف المدين بذلك، و تحكم هذه الأخيرة قاعدتين أساسيتين هما:

أولا- وجوب حلول أجل الدين بالنسبة للكفيل:

مطالبة الدائن للكفيل لا تجوز إلا عند حلول أجل الكفالة و الغالب أن يكون أجل إلتزام الكفيل هو نفس أجل الالتزام المكفول، إلا أنه قد يحدث أن يختلف الأجلان بالاتفاق أو بناء على واقعة أخرى تؤدي لسقوط أجل التزام المدين.

فإن كان أجل التزام الكفيل مختلف عن أجل الالتزام المكفول فإن الأجل الممنوح للكفيل قد يحل بعد الأجل الممنوح للمدين أو قبله، فإن حل التزام الأصيل قبل حلول أجل التزام الكفيل فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل قبل حلول الأجل المحدد لالتزامه لان التزام الكفيل يمكن أن يكون أخف عبئاً من الالتزام الأصلي طبقا للمادة 2/652 من القانون المدني، ويستفيد الكفيل من الأجل الممنوح له.

وإذا حل التزام الكفيل قبل حلول التزام الأصيل، فإن أجل التزام الكفيل يمتد حتى يصبح مساويا لنفس أجل التزام الأصيل، ولا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل قبل حلول أجل الدين الأصلي وذلك لأن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد عبئا من التزام الأصيل. هذا وأن كل اتفاق بين الدائن والمدين على تعديل أجل الالتزام الأصلي يستفيد منه الكفيل ولكن لا يضار منه، فإن مد أجل الالتزام الأصلي فإن الكفيل يستفيد من هذه المهلة سواء كان مصدرها الاتفاق أو القاضي ولا تجوز أي مطالبة قبل حلول الأجل الجديد، وأن اتفق على تعجيل أجل الالتزام الأصلي فإن الكفيل لا يضار و لا يجوز مطالبته إلا عند حلول أجل الكفالة أي موعد التزامه هو، وهذا حماية للكفيل.

إلا أنه طبقا للمادة 211 ق.م فقد يسقط الأجل الممنوح للمدين للسداد وذلك قبل أوانه لعدة أسباب تتمثل في الإفلاس أو الإعسار أو إضعاف تأمينات الدين، وعدم تقديم المدين ما وعد بتقديمه من تأمينات.

ثانيا- وجوب رجوع الدائن على المدين أولا قبل رجوعه على الكفيل:

في الأصل لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل، وحده إلا بعد رجوعه على المدين، ومؤدى ذلك أن الدائن يلتزم بالرجوع على المدين أولا، ولا يرجع ابتداء على الكفيل و لكن يمكن للدائن أن يرجع على المدين والكفيل في آن واحد، و يقصد بالرجوع المطالبة القضائية أي رفع الدعوى على المدين والحصول على حكم

قضائي بإلزامه ومن ثمة لا تكفي مجرد المطالبة الودية أو إعذار المدين للوفاء بالتزامه، ويرد على هذه القاعدة استثناءين:

الأول: إذا أشهر إفلاس المدين، وجب على الدائن التقدم في التفليسة بالدين وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن.

الثاني: إذا كان لدى الدائن سند صالح للتنفيذ على المدين فإن مجرد التنبيه بالوفاء يعتبر في ذاته رجوعا كافيا على المدين و يفتح طريق الرجوع على الكفيل.

وعليه إذا رفع الدائن دعواه على الكفيل وحده قبل الرجوع على المدين كانت دعواه غير مقبولة، لأننا بصدد قيد قانوني على الدائن مراعاته وإلا تعرضت دعواه للدفع بعدم القبول، ومن تم أوجبت شروط لصحة إبداء هذا الدفع هي :

1)-وجوب أن لا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في هذا الدفع صراحة أو ضمنيا، لأنه مقرر لمصلحته.

2)-يجب أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين، لأن الدائن هنا يستطيع الرجوع على الكفيل المتضامن ابتداء دون إمكانية أن يدفع بوجوب الرجوع على المدين.

3)-وجوب أن يكون في رجوع الدائن على الكفيل مصلحة أو فائدة فلو كان المدين ظاهر الإعسار، فلا فائدة من تمسك الكفيل بوجوب البدء بالرجوع على المدين، وبالمقابل للكفيل التمسك به إن كان للمدين بعض الأموال التي تكفي لسداد بعض الديون فيرجع الدائن على هذه الأموال ثم يستوفي بقية الدين من الكفيل.

الفرع الثاني: الدفوع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة

أولا-الدفوع الناشئة عن الدين الأصلي:

يحق للكفيل أن يتمسك بجميع الدفوع التي يستطيع المدين التمسك بها، في مواجهة الدائن، ذلك لأن تبعية التزام الكفيل تجعله يتأثر بكل ما يؤثر في الالتزام المكفول.

وقد نصت المادة 1/654 على هذا بقولها :«يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين، وللكفيل التمسك بهذه الدفوع ولو كان متضامنا مع المدين إذ تنص المادة 666 على أنه: « يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين». ومن هذه الدفوع ما يؤدي إلى بطلان الالتزام المكفول، كالدفع بالبطلان لانعدام الرضا، المحل، السبب أو لتخلف الشكل القانوني. كما له التمسك بالدفوع المؤدية إلى انقضاء الالتزام المكفول كالوفاء، التجديد، التقادم، والوفاء بمقابل، واتحاد الذمة.

وللكفيل التمسك بقابلية العقد الذي أنشأ الالتزام المكفول للإبطال لأي عيب شاب رضا المدين كغلط أو تدليس أو إكراه، و يتمسك الكفيل بهذه الدفوع باسمه هو لا باسم المدين لأن التزامه يتعلق بالالتزام المكفول و يرتبط به وجودا و عدما، ولذا فله بمقتضى حق خاص التمسك بكل ما سيؤدي هذا الالتزام أو يؤدي لانقضائه وله التدخل في الدعوى التي يرفعها الدائن على المدين ليتمسك بدفع قد لا يتمسك به المدين نفسه وله التمسك بهذه الدفوع ولو نزل عنها المدين فله التمسك بتقادم الالتزام المكفول حتى ولو كان المدين قد نزل عن حقه في التماسك بالتقادم.

أما إذا أجاز المدين العقد القابل للإبطال فليس للكفيل الحق في التمسك بهذا السبب إلا أن كان المدين متواطئ مع الدائن للإضرار بالكفيل.

هذا وإن التمسك بقابلية العقد للإبطال بسبب نقص أهلية الكفيل فإن المادة 654 ق.م. في فقرتها الأولى نصت على أن:«إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص الأهلية وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد فليس له أن يحتج بهذا الوجه» و يتضح من هذا النص أن الكفيل لا يستطيع التمسك بنقص أهلية المدين إذا كان عالما بذلك وقت التعاقد، إلا أنه إذا تمسك المدين بنقص أهلية وحكم له بإبطال الالتزام الأصلي، فإن الكفيل يستفيد من ذلك، ويبطل التزامه تبعا.

ثانيا- الدفوع الناشئة عن عقد الكفالة:

زيادة على الدفوع السابقة الذكر فإن المشرع منح الكفيل دفوعا خاصة به مراعاة لصفته واعتبارا لالتزامه التبرعي، وهي:

أ- الدفع بالتجريد:

تنص المادة 2/660 ق.م.ج : « ولا يجوز له (الدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله، و يجب على الكفيل في هذه المسألة أن يتمسك بهذا الدفع ».

والدفع بالتجريد يعني أنه إذا أراد الدائن التنفيذ على الكفيل فلهذا الأخير التمسك بالتنفيذ أولا على أموال المدين و تجريده منها إذا كان له أموال كافية للوفاء بكل الدين، وهو دفع تقرر لمصلحة الكفيل باعتباره ضامنا لدين ليس له مصلحة فيه فمن باب العدل ألا ينفذ عليه بالدرجة الأولى وأموال المدين قائمة لم ينفذ عليها.

أولا: شروط الدفع بالتجريد

1/يجب أن يكون الكفيل شخصي لا عيني: لأن الكفيل العيني راهن، ولا يحق له التمسك بالتجريد إلا إذا كان قد اشترط ذلك صراحة، وهو ما نصت عليه المادة 901 من ق.م.ج. وحق الكفيل قاصر على الدفع بتجريد المدين المكفول، ولا يحق له أن يدفع بتجريد مدين آخر غير مكفول، في حالة تعدد المدينين.

2/ يجب أن لا يكون الكفيل قد تنازل مقدما عن هذا الدفع : وهذا ما نصت عليه المادة 2/660 ، فهو دفع ليس من النظام العام، فهو دفع خاص بالكفيل وله أن يتنازل عنه، إما بموجب عقد الكفالة ذاته، أو بعقد لاحق باتفاق مستقل، وقد يكون هذا التنازل صريحا أو ضمنيا. وبما أن أن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام يثير التساؤل عن الوقت الذي يجب على الكفيل أن يتمسك به؟

ذهب البعض إلى القول أنه إذا رفعت الدعوى على الكفيل، كان له الحق في التمسك بهذا الدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى، شرط أن يتمسك بهذا الدفع قبل صدور الحكم النهائي لأن هذا الدفع يتعلق بمرحلة المطالبة القضائية وليس بالتنفيذ .

ويذهب الرأي الغالب إلى أن رجوع الدائن على الكفيل يمر بمرحلتين الأولى مرحلة التقاضي والثانية مرحلة التنفيذ، و تختص كل مرحلة بدفع خاص، فالمرحلة الأولى هو الدفع بعدم القبول للدعوى لرفعها على

الكفيل أولا، و يجوز التمسك بهذا الدفع في أي مرحلة من مراحل الدعوى، أما الدفع بالتجريد فهو خاص بمرحلة التنفيذ حيث يستطيع الكفيل التمسك به في مواجهة الدائن عندما يشرع في التنفيذ على أمواله.

3/ ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين: وهو الشرط الوارد بنص المادة 665 ق.م.ج، ومنه للكفيل العادي التمسك بلزوم التنفيذ على أموال المدين أولا. أما الكفيل المتضامن فليس له التمسك بهذا الدفع، فالدائن يستطيع الرجوع على المدين أو الكفيل أو عليهما معا، وله التنفيذ على أموال الكفيل مع المدين أولا. ويثور التساؤل هنا حول إمكانية الاتفاق على احتفاظ الكفيل المتضامن بالحق في التمسك بالدفع بالتجريد؟

وهنا نقول أنه لا يجوز الاتفاق على احتفاظ الكفيل بالحق في التمسك بالتجريد في كل من الكفالة، القضائية والقانونية لأن الكفيل فيها يعتبر متضامنا بنص القانون وتقضي طبيعة التضامن في هذه الحالة حرمان الكفيل من الحق في الدفع بالتجريد(طبقا للمادة 667 ق م ج)، أما بالنسبة للتضامن الإتفاقي، فإن الرأي الغالب يذهب إلى أنه يجوز مثل هذا الاتفاق إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة و حرية الكفيل في التخفيف من التزامه.

4/ يجب أن يرشد الكفيل إلى أموال المدين التي تفي بكل الدين : وهو الشرط المنصوص عليه بالمادة 661. فلكي يكون الدفع بالتجريد مقبولا و قائما على أساس يجب أن تكون للمدين أموال يمكن للدائن التنفيذ عليها، ويقع على الكفيل عبء إثبات وجود أموال للمدين صالحة و كافية للوفاء بكل الدين، و يقوم بإرشاد الدائن إلى هذه الأموال على نفقته و مثالها مصروفات استخراج صور لمستندات ملكية المدين للأموال التي أرشد عنها، وهذا فضلا عن أن مصروفات التجريد سيرجع بها الدائن على الكفيل. هذا و يشترط في الأموال التي يجب أن يرشد عنها الكفيل عدة شروط هي :

أ - أن تكون الأموال مملوكة للمدين.

ب- أن تكون هذه الأموال قابلة للحجز عليها: وذلك من أجل التنفيذ عليها.

ج- أن تكون هذه الأموال كافية للوفاء بكل الدين: فلا يكفي أن تكفي الأموال للوفاء بجزء من الدين أو حتى معظمه، فإن كانت الأموال التي يرشد عنها الكفيل لا تكفي لسداد الدين كله، فإن الدائن غير ملزم بالتنفيذ عليها، ولا يجوز إجباره بالوفاء الجزئي لحقه، وهو ما يتعارض مع القواعد العامة في الوفاء حيث تنص المادة 1/277 ق.م.ج على أنه « لا يجبر المدين الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك ». وبالتالي فلا يجوز التمسك بالدفع بالتجريد.

د- أن تكون الأموال موجودة بالجزائر : تجنبا لإرهاق الدائن من خلال مباشرة إجراءات معقدة عند وجود الأموال خارج إقليم الجزائر.

و- ألا تكون الأموال متنازع عليها: لأن الأموال المتنازع عليها قد يسفر فض النزاع عن أنها غير مملوكة للمدين.

ب- آثار الدفع بالتجريد:

يترتب على توافر شروط الدفع بالتجريد، وقبول المحكمة له عدة نتائج قانونية هامة تتمثل في:

1/ عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل : يترتب على قبول الدفع بالتجريد وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل، بل أن هذه الإجراءات تقف بمجرد إبداء الكفيل للدفع حتى تفصل المحكمة فيه و تسقط

الإجراءات التي يكون الدائن قد اتخذها قبل الدفع بالتجريد، وتبطل كل الإجراءات التي تتخذ في سبيل التنفيذ على أموال الكفيل، سواء تعلق الأمر بمرحلة التقاضي أن تم التمسك بالدفع أثناء سير الدعوى أو بمرحلة التنفيذ إن تم التمسك به عند شروع الدائن في التنفيذ عن طريق الاستشكال في التنفيذ.

2/ إلزام الدائن بالتنفيذ على أموال المدين التي أرشده إليها الكفيل:

على الدائن أن يبادر إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهة المدين وإلا تحمل نتيجة إعسار المدين إن تراخى في التنفيذ على أمواله وعلى الدائن أن يبذل في اتخاذ هذه الإجراءات عناية الرجل العادي، و يتحمل النتيجة إن أصبحت أمواله غير كافية للوفاء بالدين بعد أن كانت كافية عندما أرشده الكفيل إليها، ويقع عبء إثبات تقصير الدائن على الكفيل، وفقا للقواعد العامة.

3/ مسؤولية الكفيل عند عدم حصول الدائن على حقه كاملا:

من المتصور عدم استيفاء الدائن لحقه كاملا بالرغم من قيامه بالإجراءات التنفيذية، على الوجه الصحيح لسبب أجنبي لا يد له فيه، إذ قد يظهر دائنون عاديون للمدين يزاحمون الدائن ويقاسمونه حصيلة التنفيذ مما يؤثر على كفاية الأموال للوفاء بالدين، بسبب تقدير هذه الأموال بأكثر من قيمتها، أو لتقلبات السوق، فلا تبرأ ذمة الكفيل إلا بقدر ما استوفى الدائن من المدين بعد التنفيذ عليه، وهنا للدائن الرجوع على الكفيل بالباقي من حقه، لكن يتعين عليه أن يثبت أنه نفذ على جميع الأموال التي دل عليها الكفيل ويتم هذا بتقديم محاضر الحجز، وأوراق التنفيذ.

ثانيا – الدفع بالتقسيم:

تنص المادة 664 ق.م.ج على أنه : « إذا تعدد الكفلاء لدين واحد، و بعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسّم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة. أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، فإن كل واحد منهم يكون مسؤولا عن الدين كله، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم ».

والتقسيم طبقا لهذا النص يقع بقوة القانون، أي أنه إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وفي عقد واحد ولم يكونوا متضامنين فيما بينهم، فإن الدين ينقسم عليهم، ولا يجوز للدائن أن يرجع على أي منهم بأكثر من قدر نصيبه في الدين. ولكي يتمكن الكفيل من التمسك بهذا الدفع لا بد من توافر شروط معينة:

أ/ يجب أن يتعدد الكفلاء: فإذا كان هناك كفيل واحد فلا مجال للكلام عن التقسيم لأنه يكون مسؤولا عن الدين كله.

ب/ يجب أن يتعدد الكفلاء لدين واحد : بحيث لو اختلفت الديون المضمونة من الكفلاء، فلا مجال للتقسيم، وإنما يكون كل واحد منهم مسؤولا عن الدين الذي ضمنه ولا يمكن منهم طلب التقسيم مع مدين آخر، لأنهم لم يكفلوا نفس المدين، هذا وأنه لا يجوز للكفيل أن يطلب من الدائن تقسيم الدين بينه و بين المصدق (كفيل الكفيل) لأنهما لا يكفلان نفس الالتزام.

ج/ وجوب أن يتعدد الكفلاء لمدين واحد : شرط وحدة المدين لا يعني حتما شخصا واحد، فإذا تعدد الكفلاء لمدينين متضامنين، و كفل كل منهم كل المدينين فإن شرط وحدة المدين يتوفر و ينقسم الدين بين الكفلاء.

د/ يجب ألا يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم : لأنهم إذا كانوا متضامنين فيما بينهم، يجوز للدائن الرجوع على أي منهم، و يطالبه بالوفاء بكل الدين عملا بأحكام التضامن.

و/ يجب أن يكون الكفلاء قد كفلوا المدين لعقد واحد: لأنه في هذه الحالة يكون كل واحد منهم اعتمد على غيره من الكفلاء، لذا يقسم الدين عليهم، أما إذا كان كل من الكفلاء التزم بكفالة الدين بعقد مستقل فإنه لا يكون قد اعتمد على بقية الكفلاء ولذا لا ينقسم الدين بينه و بين غيره إلا إذا كان قد احتفظ بحقه في التقييم، وانقسام الدين في هذه الحالة يقع بمقتضى الشرط وليس بقوة القانون.

هـ/ يجب ألا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في التقسيم: فإن كان الكفلاء متعددون و رجع الدائن على أحدهم وطلب الوفاء بالدين، وقام هذا الكفيل بالوفاء رغم توافر كل الشروط، فإنه يعد متنازلا عن حقه، وإن كان هذا التقييم يقع بقوة القانون، كما سبق القول، إلا أنه لا يتعلق بالنظام العام، لذا يمكن التنازل عنه، فالقاضي يحكم به من تلقاء نفسه ما لم يتنازل عنه الكفلاء.

***وإذا توفرت الشروط السابقة الذكر رتب هذا الدفع آثار هي:** لا يحق للدائن أن يطالب أي من الكفلاء **إلا بقدر حصته من الدين و يقسم الدين بين الكفلاء بالتساوي ما لم يوجد** اتفاق على خلاف ذلك، ويقع التقسيم فيما بين الكفلاء المتعددين وغير المتضامنين بقوة القانون ولو لم يطلبه الكفلاء، ونتيجة لذلك للكفيل التمسك بهذا.الدفع في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، هذا وإذا **أعسر** أحد الكفلاء، فإن الدائن من **يتحمل حصة** المعسر ولا يمكن مطالبتهم بحصة المعسر لأن الأصل في القانون الجزائري هو انقسام الدين بينهم بقوة القانون وهو يتحد من وقت انعقاد الكفالة و ليس فقط من وقت المطالبة أو الفصل في الدعوى.

ثالثا : الدفع بإضاعة التأمينات:

تنص المادة 656 ق. م. ج على أنه :« تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات و يقصد بالضمانات في هذه المادة، كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ،ولو تقررت بعد الكفالة، وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون ".

يتضح من نص المادة أن الدائن إن أهمل المحافظة على التأمينات بأن أضاع بخطئه شيئا منها فإن ذمة الكفيل تبرأ بقدر ما أضاعه الدائن من هذه الضمانات وللكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له، ويشترط لثبوت حق الكفيل في التمسك بهذا الدفع توافر شروط :

أ/ أن يكون الدائن قد أضاع تأمينا خاصا : فيجب أن يكون التأمين الضائع تأمينا خاصا للوفاء بالدين المكفول سواء أكان تأمين شخصي (كفالة أخرى)، أو عيني قدم من المدين أو شخص آخر، سواء وجد قبل الكفالة أو معها أو بعدها، والأخذ بأي ضمان سواء كان اتفاقي، قانوني، قضائي لأن النص جاء صريح.

إذا أهمل الدائن المحافظة على الضمان العام للمدين، كما لو أهمل مطالبته حتى أعسر فلا يثبت الدفع للدائن لأنه لم يضيع هنا تأمين خاص.

ب/ يجب أن يكون ضياع التأمينات بخطأ من الدائن: أو بخطأ شخص ممن يسأل عنهم، سواء كان فعلا إيجابيا كإبرائه لكفيل آخر أو كان الخطأ تركا كإهماله في قيد الرهن.

ج/ يجب أن يترتب على ضياع التأمينات ضرر بالكفيل : إذ يتوجب أن يكون ذا قيمة معتبرة في ضمان حق الدائن، وبالتالي في ضمان رجوع الكفيل على المدين بعد قيامه بوفاء الدائن، ولا يؤثر في هذا أن يكون المدين موسرا أو هناك ضمانات أخرى تكفي للوفاء بكل الدين، هذا وإذا كانت الضمانات التي أضاعها الدائن عديمة القيمة فإنه لا يجوز للكفيل التمسك بهذا الدفع.

رابعا- الدفع بعدم اتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين:

نصت المادة 1/657 بقولها:« لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه يتخذها » يتضح من النص أن تأخر الدائن في الرجوع على المدين لا يترتب عليه سقوط حقه في مطالبة الكفيل ولو ترتب عنه إضرار بالكفيل نتيجة إعسار المدين وتعذر رجوع الكفيل عليه. إلا أن القانون لم يترك الكفيل بدون حماية، لذا نص في الفقرة 2 من المادة 657 :« غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن، ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا ».

خامسا- الدفع بعدم تدخل الدائن في تفليسة المدين:

نصت المادة 658 ق.م.ج : «إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن». فإن قصر الدائن في اتخاذ هذا الإجراء، و ترتب عليه ضياع فرصته في استيفاء بعض حقه فلا يجوز له الرجوع على الكفيل إلا بما يزيد على القدر الذي كان سيحصل عليه من التفليسة لو دخل فيها.

فإن لم يدخل الدائن في التفليسة، وطالب الكفيل بالوفاء بكل الدين، جاز لهذا الأخير التمسك في مواجهة الدائن ببراءة ذمته بالقدر الذي أضاعه لعدم تدخله في التفليسة، وله أن يتمسك بهذا في صورة دعوى للحصول على البراءة.

ثالثا- التزامات الدائن عند استيفاء الدين تجاه الكفيل:

لقد نصت المادة 671 ق.م.ج على :« إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق تجاه المدين»، وحكمها ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة الواردة بنص المادة 261 ق.م.ج، وما بعدها الخاصة بالوفاء مع الحلول.

فالمادة 264 نصت : « من حل محل الدائن قانونا أو اتفاقا كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات وما يرِد عليه من دفوع بالقدر الذي أداه من ماله من حَلَّ محلَّ الدائن».

ومنه يترتب على حلول الكفيل محل الدائن أن يرجع الكفيل على المدين بحق الدائن بما له من خصائص، وما يلحقه من تأمينات وعلى ذلك نصت المادة 659 ق.م.ج على : «على أن يلتزم الدائن بأن يسلم للكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع»، ومن تم فإن الكفيل يقوم بعد الوفاء بالدين المكفول بالرجوع على المدين بما وفاه للدائن، وعلى هذا الأخير أن يسلمه وقت الوفاء كل

المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع، بدعوى الحلول أين يحل محل الدائن في حقوقه و أهم هذه السندات، سند الدين المكفول الموجود في يد الدائن ومخالصة من الدائن تفيد استيفاءه للدين فإن امتنع الدائن عن هذا كان من حق الكفيل الامتناع بدوره عن تنفيذ التزامه لأنه تصرف تنطوي على إضعاف لحق الكفيل في الرجوع و استرداد ما يستوفيه.

هذا و لقد نصت المادة 2/659 و 3 على أنه :« إذا كان الدين مضمون بمنقول مرهون أو محبوس، وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل. وإذا كان الدين مضمون بتأمين عقاري، فإن الدائن يلتزم أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين و يتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على المدين».

المطلب الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين ودراسة لحالة تعدد الكفلاء و المدنيين

الفرع الأول: طرق رجوع الكفيل على المكفول عنه

أولا-الدعوى الشخصية أو دعوى الكفالة:

تنص المادة 670 ق.م.ج على أنه :«يجب على الكفيل أن يخبر المدين قبل أن يقوم بالوفاء أي بوفاء الدين وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق، أسباب تقضي ببطلان الدين أو انقضائه. فإن لم يعارض المدين في الوفاء بقي للكفيل الحق في الرجوع عليه، ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو انقضائه».

وتنص المادة 672 على أنه:«يكون للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه. ويرجع بأصل الدين والمصروفات، غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده».

ومن تم يكون للكفيل الذي كفل المدين، سواء كانت الكفالة بعلمه أو بغير علمه الرجوع بالدعوى الشخصية سواء كان متضامنا أو كفيلا عاديا، سواء كان شخصيا أو عينيا، لكن هناك استثناء :

-إذ لا يدخل في نطاق هذا النص الكفيل الذي يكفل المدين، رغم معارضته.

-ولا يدخل أيضا في نطاق هذا النص، الكفالة التي تعقد لمصلحة **الدائن** دون مصلحة المدين، وتكون الكفالة في صالح الدائن دون المدين إذا عقدت بعد وجود الالتزام في ذمة المدين، وذلك لتأمين الدائن ضد خطر إعسار المدين ودون فائدة لهذا الأخير، وفي هذه الحالة لا يحق للكفيل الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية، وإن كان له الحق في الرجوع بناءا على دعوى الإثراء بلا سبب المنصوص عليها في القواعد العامة للقانون المدني (المادة 141، 142 ق.م.ج).

هذا وأن أغلبية الفقه الحديث يذهب إلى القول بأن الدعوى الشخصية التي يرجع بها الكفيل على المدين طبقا للمادة 670 و 672 ق.م.ج هي دعوى مستقلة هذا و يرى أغلب الفقه إلى وجوب حرمان الكفيل من الدعوى الشخصية متى أبرمت رغم معارضة المدين إن كانت لصالح الدائن وحده ليقتصر حقه في الرجوع على المدين بدعوى الحلول فقط. ويقضي المشرع الفرنسي الرجوع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة.

***شروط دعوى الكفالة:**

1/ أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين و دون معارضته:

إن دعوى الكفالة تقتصر على الحالات التي تنعقد فيها، الكفالة دون معارضة المدين سواء كانت بعلم المدين أم بغير علمه، وذلك على أساس أن الكفالة تحقق في الغالب مصلحة المدين أو مصلحة الدائن والمدين معا، لأنها تحقق اطمئنان الدائن إلى المدين وثقته فيه فيقبل التعامل معه ويمنحه الائتمان، ويستوي في ذلك الكفيل العادي أو المتضامن، الكفيل المأجور أو المتبرع، الكفيل الشخص أو العيني، فيحق لكل منهم الرجوع بدعوى الكفالة طالما تمت الكفالة بغير معارضة المدين وكانت تحقق مصلحة المدين أو مصلحة الدائن والمدين معا.

2/ قيام الكفيل بالوفاء للدائن:

يجب أن يقوم الكفيل بوفاء الدين المكفول، والوفاء قد يتم بتقديم الشيء المستحق أصلا أو القيام بما يقوم مقامه بشرط أن يؤدي إلى براءة ذمة المدين.

3/ وفاء الكفيل بالدين عند حلول أجله:

يجب أن يقوم الكفيل بالوفاء بالدين المكفول عند حلول أجله، فإن قام بالوفاء قبل الميعاد لم يكن له الرجوع على المدين إلا عند حلول الأجل، و يفقد حقه في الرجوع عليه إذا انقضي الدين لسبب ما بين ووفاء الكفيل بالدين و حلول الأجل المقصود هنا هو الأجل الأصلي للدين، فإن امتد هذا الأجل بالاتفاق أو بناءا على حكم المحكمة فإن هذا الأجل الإضافي لا يقيد الكفيل وله الوفاء بالدين بمجرد حلول الأجل الأصلي ثم يرجع على المدين بالدعوى الشخصية حتى قبل نهاية الأجل الإضافي.

4/ ألا يكون الوفاء قد حصل بخطأ من الكفيل:

يحق للكفيل الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية بما وفاه من دين للدائن، بشرط أن يترتب على هذا الوفاء براءة ذمة المدين، أما إن كان الوفاء قد تم بخطأ الكفيل لأن هذا الوفاء لم يكن واجب بسبب بطلان مصدر الدين أو انقضائه كليا أو جزئيا، فإنه لا وجه لرجوع الكفيل على المدين بما وفاه. ولهذا السبب أوجب القانون على الكفيل أن يخطر المدين، قبل الوفاء بالدين، بعزمه على الوفاء فقد يكون لدى المدين أسباب تمنع الوفاء وعلى المدين إبداء اعتراضه على وفاء الكفيل خلال مدة معقولة، وأن يتضمن هذا الاعتراض أسباب جدية تمنع الوفاء بالدين. فإذا لم يرد المدين على إخطار الكفيل أو تراخى ووفى الكفيل، لم ينسب له تقصير و يكون له أن يرجع بالدعوى الشخصية لاسترداد ما وفى ولو ظهر أن للمدين أسباب تقضي ببطلانه، إذ يتحمل تبعة تقصيره و يلتزم بأن يدفع للكفيل ما أداه.

وطبقا للمادة 672 ق م ج فإنه يرجع الكفيل بأصل الدين والمصروفات غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده، ويقصد ب**أصل الدين** هو كل ما قام الكفيل بدفعه إلى الدائن لإبراء ذمة المدين، و يشمل ذلك مقدار الدين الأصلي، وكذا فوائد هذا الدين لو كان ينتج فوائد اتفاقية أو قانونية ما دامت تدخل ضمن الدين المكفول.

أما المصروفات فهي كل المبالغ التي أنفقها الكفيل في تنفيذ عقد الكفالة، وتلك التي أنفقها الدائن في رجوعه على الكفيل واضطر الكفيل إلى ردها له، بالإضافة إلى ذلك ما يكون قد أنفقه في الإرشاد على أموال المدين لتجريده ومصروفات الدعوى التي رفعها الدائن على الكفيل، لكن لا يرجع بهذه المصروفات على المدين إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات، التي اتخذها ضده لأن المدين متى أخطر بها قد يسارع إلى الوفاء بالتزامه، و يتجنب بذلك المصروفات التي يقوم بها الكفيل أو الدائن لو لم يخطر، هذا وبالمقابل أن حق الكفيل في الرجوع يمتد حتى إلى مصروفات المطالبة الأولى بمصروفات التنبيه بالوفاء ومصروفات دفع الدعوى، إذ أنها مصروفات تنفق قبل أن يصل الكفيل إلى اتخاذ أي إجراء بالإخطار للمدين ولهذا يلتزم بها المدين لا الكفيل.

ثانيا -الرجوع بدعوى الحلول :

تنص المادة 671 ق.م.ج على أنه :« إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين، ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن استوفى كل حقه من المدين».

إن هذه المادة ليست إلا تطبيقا خاصا للقاعدة العامة التي وردت في المادة 261 ق.م.ج:«إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حلّ الموفى محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال التالية: إذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه »، و بما أن الكفيل ملزم بوفاء الدين عن المدين، فيكفي لرجوع الكفيل بدعوى الحلول **أن يكون قد وفى الدين**، ويستوي أن تكون الكفالة قد عقدت بعلم المدين أو دون علمه، أو رغم إرادته، وسواء كانت لمصلحة المدين أو لمصلحة الدائن.

غير أن الفرق بينها وبين الدعوى الشخصية التي تستند إلى الكفالة هو أنها **لا تجوز إلا إذا كان الدائن قد استوفى كل حقه**، بخلاف الدعوى الشخصية، فمن وفّى بجزء من الدين، الحق في الرجوع به على المدين.

كما أكدت على ذلك المادة 2/671: « ولكن إذا لم يوف إلا ببعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي كل حقه من الدين»، وهو تطبيق للقواعد العامة الواردة بنص المادة 265 ق.م.ج :" وإذا وفى الغير الدائن جزءا من حقه وحل محله فيه، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء، ويكون في استيفاء ما بقى له من حق مقدما على من وفاه، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك" .