

جامعة 20 أوت 1955-سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



## حماية الكفيل العيني

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون أعمال

تحت إشراف الأستاذة:  
• أ/ بوشرك علي

من إعداد الطلبة:

- حوسو إيمان
- بن حرواق أحلام

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
د/ بو القمح يوسف	أستاذ تعليم عالي	رئيسا
أ/ بوشرك علي	أستاذ مساعد	مشرفا ومقررا
د/ مبروك ليندة	أستاذة محاضرة	مناقشا

السنة الجامعية: 2023/2022

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# شكر وتقدير

الحمد لله على إحسانه والفضل له على توفيقه وامتنانه حمدا يليق بجلال وجهه وعظيم عطائه والسلام على إمام المرسلين وقُدوة العالمين محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه أجمعين.

فبعد رحلة بحث وجهد واجتهاد تكالت بإنجاز هذا البحث، نحمد الله عز وجل على نعمه التي من علينا وعلى توفيقه فهو العلي القدير، كما لا يسعنا في هذا المقام إلا أن نخص بأسمى عبارات الشكر الجزيل والامتنان الكبير للأستاذ المشرف "بوشرك علي" لما قدمه لنا من جهد ونصح ومعرفة طيلة إنجاز هذا البحث، والذي كان لنا الشرف أن تكون مشرفا علينا.

كما نتقدم بالشكر لكل من ساهم في تقديم يد العون لإنجاز هذا البحث وإلى كل من خصنا بنصيحة أو دعاء.

# إهداء

بسم من سبب الأسباب وفتح الأبواب وخلق آدم وحواء من تراب وجعل الجنة لمن صلى  
وتاب والنار لأهل العذاب.

باسمك أمي يا من حملتني وتحملتني في هذه الحياة.

باسمك أبي رفعت رأسي ووقفت أمام التحديات.

باسم زوجي الذي علمني كيف أخوض معاركي معه في الحياة.

باسم أولادي الذين كانوا سندي في كل الإنجازات.

وباسم إخوتي الأعزاء خاصة أختي حنان.

أهديكم عملي هذا وأنا أقف إجلالا لكم فأنتم دخري في هذه الحياة.

إيمان

# إهداء

باسم الله الرحمان الرحيم والحمد لله وكفى والصلاة على المصطفى وأهله ومن وفى، سبحان

الله الذي كان سببا في النجاح والتوفيق الذي خلقنا وأنار لنا السير في طريق العلم ووفقنا

لهذه الخطوة في مسيرتنا الدراسية

أهدي هذا العمل المتواضع إلى روح أبي رحمة الله عليه وغفر الله له وأسكنه فسيح جنانه

الذي لم يدخ على يوما بشيء وعمل بكد في سبيلي وعلمني معنى الكفاح وأصّلني إلى ما أنا

عليه

وإلى أمي أمي التي زودتني بالحنان والمحبة أدامها الله لي التي غمرتني بحبها ودعواتها

وإلى أخي عبد الرؤوف وإلى أخواتي لويّزة وحسينة وملاكي نهاد وإياد وإلى رفيقة المشوار

صديقاتي عبلة، إيمان وأميرة وإلى كل من ساندني من بعيد أو قريب.

أحلام

# مقدمة

## مقدمة

يتمتع عقد الكفالة بأهمية كبيرة في المعاملات اليومية، فالكفالة وسيلة تبعث في نفس الدائن المزيد من الثقة و تبعث في نفس المدين الضمان و الأمن و الإطمئنان فهو من العقود المعروفة قديما، والتي تقوم على ضم ذمة إلى أخرى في الوفاء بالدين، وعدت من أبرز الضمانات التي يسعى الدائن إلى الحصول عليها مقابل دينه المترتب على عاتق المدين، وقد أخذ هذا العقد يكتسب أهمية اقتصادية واجتماعية في السنوات الأخيرة لما يبثه من روح التعاون بين أفراد المجتمع .

وقد كانت التأمينات الشخصية قبل ظهور التأمينات العينية، حيث كانت الوسيلة الوحيدة للدائن ليستطيع تقوية فرصة استيفائه لحقه وظلت كذلك لفترة طويلة، ففي المجتمعات البدائية، سادت الأسرة، والقبيلة، والعشيرة روح التضامن مما يسر للمدين الحصول أمام الدائن على من يتقدم لكفالته، وعلاوة على ذلك فإن العقارات كانت مملوكة للقبيلة أو الأسرة ويصعب التصرف فيها، فعاق ذلك نشوء التأمينات العينية، الذي يفترض تنظيم حق الملكية والحقوق الأخرى المتفرعة من حقوق، وهذا التنظيم تم التوصل إليه بعد مرور فترة من الزمن كما أن المنقولات كانت قيمتها تافهة مما جعلها غير صالحة ليضمن بها المدين حق الدائن.

ومع مرور الزمن أصبحت المنقولات عنصرا هاما من عناصر الثروة، كما زالت ملكية الأسرة للعقارات وتملكها الأفراد، وهكذا ظهرت التأمينات العينية وانتشرت ونجدها في الوقت الحاضر تفوق التأمينات الشخصية في الأهمية.

وقد أورد المشرع الجزائري عقد الكفالة في القانون المدني من خلال الكتاب الثاني تحت عنوان الالتزامات والعقود، الباب الحادي عشر، المعنون بـ "عقد الكفالة"، حيث تم

تعريفها في المادة 644 في التقنين المدني بما يلي "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ الالتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه".

ومعنى الكفالة هي ضم ذمة أخرى إلى ذمة الدّين، وبذلك يقوي الضمان لدى الدائن فيستطيع الرجوع على الكفيل بالإضافة إلى الضمان العام الذي له على أموال المدين، كما نصت المادة 772 من القانون المدني المصري على أن "الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ الالتزام، بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه"، وهذا ما نصت عليه أيضا المادة 2011 من التقنين المدني الفرنسي.

وللكفالة صورتان كفالة شخصية وكفالة عينية، فالكفالة الشخصية هي ضم ذمة الكفيل الى ذمة المدين الأصلي، وبذلك يصبح للدائن حق الضمان العام على أموال الكفيل بالإضافة إلى حقه في الضمان العام على أموال مدينه الأصلي.

وفي مقابل ذلك، تتمثل الكفالة العينية في قيام الكفيل بتقديم مال معين من أمواله ضمانا للوفاء بالدين الواقع على عاتق المدين، وبمعنى آخر ينشئ للدائن تأمينا عينيا كرهن رسمي أو رهن حيازي.

إن الكفيل العيني يتميز بطابع خاص إذ لا يسأل عن الدّين إلا في حدود قيمة المال المرهون، وهو كفيل لدين الغير برهنه لمال معين من أمواله.

وتتميز الكفالة العينية عن الكفالة الشخصية بأن الكفيل يقصر فيها التزامه، ويحدد نفاذه في مال معين من أمواله، عقارا كان أو منقولا، يخصصه لوفاء الدين المكفول، وذلك عن طريق إنشائه رهنا رسميا أو حيازيا بحسب الأحوال، لمصلحة الدائن، وعلى ذلك فالكفالة العينية تختلف عن الكفالة الشخصية في أنها لا تنشئ التزاما شخصيا في ذمة الكفيل، ولا تخول الدائن حقا شخصيا يكون له ضمانا عاما على جميع أموال الكفيل، بل تخوله حقا



عينيا تبعا على مال معين من أموال الكفيل يصبح مخصصا لوفاء الدين المكفول دون باقي أمواله.

وقد نظم المشرع الجزائري التأمينات العينية، وهي الرهن الرسمي، وحق التخصيص والرهن الحيازي وحقوق الإمتياز بموجب المواد من 882 إلى 1001 من القانون المدني الواردة في صلب الكتاب الرابع بعنوان الحقوق العينية التبعية.

وبالرغم من إقرار التشريعات بوجود الكفالة العينية، لكنها لم تحظى بتنظيم قانوني خاص ومتكامل، يضبط قواعدها وأحكامها، بعيدا عن كل لبس أو غموض، وما يزيد الأمر صعوبة أنها تأخذ تارة من عقد الكفالة، وتارة أخرى من عقد الرهن (الرسمي أو الحيازي) فضلا عن ذلك كله فإن الكفالة العينية لم تتل حظها من البحث والدراسة من طرف الباحثين.

يعتبر الكفيل أيا كانت طبيعته شخصي أو عيني . بمثابة الطرف الضعيف في عقد الكفالة، ذلك أنه الملتزم بسداد الدين في حالة عدم سداده من قبل المدين الأصلي ويبقى التزامه معلقا على عدم الوفاء من المدين، وهو أمر جوهرى في هذا العقد، ذلك أن الأخير يقوم على فكرة التبعية والدور الاحتياطي للكفيل في التدخل لضمان الدين الذي عجز عن أدائه المدين، ولذا كان يتعين إحاطته بحد أدنى من الحماية التي تشجع الكفلاء، من جهة على الإقدام على كفالة ديون الغير، مع ما في ذلك من فائدة ترجى لتحريك عجلة المعاملات المدنية والتجارية، ولكن دون أن يترتب على ذلك، في المقابل، انزلاق الكفيل في مخاطر غير محمودة أو معقولة.

ولئن كانت التشريعات المقارنة تجتهد في حماية الكفيل، أيا كان، باعتباره الطرف المهم في العلاقة، فإن التشريع الجزائري لم يشذ هو الآخر عن هذا المسعى، لذلك يسوغ التساؤل عن مدى فعالية هذه الآليات التي وضعت لحماية الكفيل العيني؟ وإلى أي مدى توفر الحد الأدنى المطلوب لتحسين مركز الكفيل، سواء تجاه الدائن أو المدين؟

لمعالجة هذه الإشكالية، اعتمدنا إلى تقسيم موضوع المذكرة إلى فصلين خصصنا  
الفصل الأول لتبيان حماية الكفيل قبل رجوع الدائن، والذي تناولنا فيه مبحثين؛ يتعلق الأول  
بحماية الكفيل أثناء تكوين عقد الكفالة، وينصرف الثاني إلى حماية الكفيل بعد تكوين عقد  
الكفالة، أما الفصل الثاني فخصصناه إلى حماية الكفيل بعد رجوع الدائن، وتناولنا فيه  
مبحثين، الأول حول حماية الكفيل في علاقته بالدائن، والثاني حول حماية الكفيل في  
علاقته بغير الدائن.

ولدراسة الموضوع اتبعنا المنهج الوصفي التحليلي، من خلال تناول النصوص  
القانونية وتحليلها، ومحاولة استخلاص الإرادة التشريعية، منها انطلاقاً من القانون الجزائري،  
مع الإشارة عند الحاجة إلى قوانين أخرى، ومن بينها القانونين المصري والعراقي.  
وقد أنهينا عملنا بخاتمة تطرقنا فيها لأهم النتائج التي توصلنا إليها.

# الفصل الأول

حماية الكفيل العيني قبل رجوع الدائن

### الفصل الأول

### حماية الكفيل العيني قبل رجوع الدائن

تعتبر الكفالة عقد يتم بين الكفيل يلتزم بموجبه هذا الأخير بأن يضمن للدائن الوفاء بالدين الذي له على المدين.

وعلى ذلك فالكفالة تخضع للقواعد العامة للعقد، فيجب أن تستوفي العناصر اللازمة لإبرام العقد، من رضاء، محل، وسبب، وأهلية وكذا انتفاءها من عيوب الإرادة بالإضافة إلى توفر شروط الصحة التي تجعل عقد الكفالة صحيحاً قانوناً ومنتجاً لآثاره.

ولقد أحاط المشرع الجزائري هذا الضمان بوسائل قانونية للمحافظة عليه، وهذا ما جاءت به المادتين 189 و 190 من القانون المدني الجزائري من إمكان الدائن إتباع الدعوى الغير مباشرة أو عدم نفاذ التصرف أي ما يصطلح عليه الدعوى البولصية.

إلا أنها لا تقضي على المخاطر التي قد يتعرض لها الدائن لاستيفاء حقه والكفيل الذي يقوم برهن مال معين ضماناً للالتزام الأصلي. لذلك سنركز على المسائل الخاصة بعقد الكفالة، والتي يجد فيها الكفيل بعض الحماية.

### المبحث الأول

#### حماية الكفيل العيني أثناء تكوين عقد الكفالة

باعتبار الكفالة عقد، فهي تخضع شأنها شأن سائر العقود لشروط انعقاد العقد، وبما أنها عقد مبرم بين الدائن والكفيل وبما أنه من العقود الرضائية الملزمة لجانب واحد وهو الكفيل الملزم بتنفيذ إلتزام لم يفى به المدين بنفسه، لذلك يجب توفر شروط عامة مستوحات من القواعد العامة الموجودة في كل العقود والتي من شأنها توفير الحماية للكفيل أثناء وبعد إبرامه لعقد الكفالة كونه الطرف المسؤول في ضمان تسديد الدين المكفول.

### المطلب الأول

#### رضا الكفيل العيني

يشترط لرضاء الكفيل أن يتوفر على الأهلية اللازمة للتصرف، فضلا عن سلامة رضائه في الإقدام على كفالة التزام يقع على عاتق شخص آخر غيره.

### الفرع الأول

#### أهلية الكفيل العيني

يتقدم الكفيل عادة متبرعا لضمان الدين، أي أنه يلتزم بدون مقابل لضمان دين لا مصلحة له فيه لهذا يجب أن تتوفر فيه أهلية التبرع أي أهلية الأداء الكاملة<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>- نبيل ابراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية والغير تبعية، (الكفالة الانابة الناقصة-الضمان بمجرد الطلب)، 2000، ص46.

## الفصل الأول: حماية الكفيل قبل رجوع الدائن

وهنا يمكن أن نستنتج أنه لا يجوز للقاصر ولا للمحجور عليه أن يكفل الغير متبرعا، وإذا كفل تكون باطلة بطلانا مطلقا.

وإذا اعتبرت الكفالة من المعاوضات بالنسبة للكفيل، أي بمقابل فعندئذ يجب أن تتوفر فيه أهلية التصرف لا أهلية التبرع فالكفالة بمقابل الصادرة من القاصر لا تكون باطلة وإنما قابلة للإبطال<sup>1</sup>.

أما فيما يخص أهلية الكفيل العيني، فتختلف باختلاف التصرف الذي يقوم به هذا الأخير، فإن كان التصرف بمقابل وجب التمتع بأهلية التصرف، وإن كانت الكفالة تبرعية فالأهلية يجب أن تكون أهلية تبرع، لأن تصرف الكفيل هنا ضار ضررا محضا، وحتى يكون الرضاء الصادر عن الكفيل العيني صحيحا يجب أن يكون متمتعا بكامل الأهلية، ومن ثم إذا كان الكفيل العيني قاصرا، مميزا أو غير مميزا أو كان محجورا عليه ولو لسفه أو غفلة ورهن ماله لكفيل عيني، كان الرهن باطلا بطلانا مطلق.

وفي حالة تبين أن الكفيل العيني قد حصل على مقابل بسبب كفالته فإن الرهن يكون في الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، ويكفي لصحته توافر أهلية المعاوضة<sup>2</sup>.

وتنص المادة 884 ف2 من القانون المدني على أنه: « في كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه»، ويقابل ذلك المادة 1032 من القانون المدني المصري.

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية و العينية، القسم الأول، عقد الكفالة، الطبعة 1، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1992، ص37.

<sup>2</sup> - علاوة هوام، الرهن الحيازي في الفقه الاسلامي والقانون المدني، رسالة ماجستير، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية، جامعة العقيد لخضر، باتنة، 2007-2008، ص67.

وطبقا للنص أعلاه، يجب أن يكون الراهن، سواء كان مدينا أو شخص آخر (كفيل عيني) أهلا للتصرف في العقار ومالكا له<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للدائن فإذا تلقى الكفالة دون مقابل، فهي تعتبر بالنسبة إليه من الأعمال النافعة نفعا محضاً، لذا يكفي أن تتوافر أهلية الإعتناء أي مجرد التمييز، أما إذا كانت بمقابل فيجب أن تتوافر فيه الأهلية لذلك<sup>2</sup>.

إذا كان هناك توكيل بالكفالة فإنه يشترط بالموكل لا الوكيل الأهلية اللازمة للعقد الذي يباشره الوكيل نيابة عنه، وذلك لأنه يتم العقد بإرادة النائب ويرجع الأثر لذمة الأصيل ولهذا يستوجب وجود أهلية التبرع في الموكل<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني

#### سلامة الرضا

عقد الكفالة رابطة قانونية تتم بين شخصين أحدهما يسمى كفيل والآخر يسمى الدائن حيث يلتزم الكفيل بأن يضمن للدائن الوفاء بالدين الذي له على المدين، في حالة عدم استيفائه من الدين.

<sup>1</sup> - شوقي يناس، دروس في عقد الرهن، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2019-2020، ص 16.

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 34.

<sup>3</sup> - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 37.

ولصحة هذا العقد يجب أن يتوفر فيه رضا طرفيه الذي يعتبر الأساس القانوني لكل العقود، إذ أنه يخدع للمبادئ العامة من حيث التعبير عن الإرادة وخلوها من العيوب التي تبطل العقد .

### أولا . كيفية التعبير عن الإرادة

الكفالة عقد رضائي، فمجرد توافق إرادتي الطرفين، فهذا بحد ذاته تعبير عن رضا الطرفين بأن يتعهد الكفيل بأن يفي بالتزام المدين إذا لم يف به المدين، وهنا يعتبر العقد قد تم بينهما، أما المدين الذي تعقد الكفالة عادة لمصلحته فليس طرفا في العقد ولا يشترط رضاؤه بها، بل تكون صحيحة رغم معارضته ودون علمه<sup>1</sup>، وقد نصت المادة 647 من القانون المدني الجزائري على ذلك بقولها « يجوز كفالة المدين بغير علمه وتجاوز أيضا رغم معارضته ».

السؤال الذي يطرح ما إذا كان يشترط أن يكون رضا الكفيل بالكفالة صريحا؟

الأصل في التعبير عن الإرادة أن يكون صريحا أو ضمنيا دون اشتراط شكل خاص بالنسبة للدائن، فالتعبير عن إرادته يكون صراحة أو ضمنيا، وهو ما نصت عليه المادة 60 من القانون المدني الجزائري<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، "شرح القانون المدني الجزائري التأمينات الشخصية والعينية، القسم الأول عقد الكفالة"، مرجع سابق، ص33.

<sup>2</sup> - تنص المادة 60 من القانون المدني الجزائري، "التعبير على الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".



## الفصل الأول: حماية الكفيل قبل رجوع الدائن

وأما بالنسبة للكفيل، فقد اختلفت التشريعات فيما إذا كان ينبغي في الرضا أن يكون صريحا أو ضمنيا.

لقد اشترط القانون الفرنسي، بمقتضى نص المادة 2015، وجوب صراحة الرضا، وهذا ما يجعل الكفالة الضمنية غير صحيحة<sup>1</sup>، ويأخذ الرأي الغالب في الفقه المصري بهذا المسلك، ويستند أنصار هذا الرأي إلى خطورة التزام الكفيل الذي يستلزم بعد التشدد، وهذا ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري من أنه: «يجب فيما يتعلق بالكفالة الخروج على القواعد العامة في الإثبات، لأن التزام الكفيل هو أساسا من الالتزامات الشرعية فيجب أن يستند إلى رضا صريح قاطع»<sup>2</sup>.

كما يرى جانب آخر من الفقه المصري تطبيق القواعد العامة، بحيث أنه كما يكون الرضا صريحا، يمكن أن يكون رضا الكفيل ضمنيا، ولا يتطلب إرادة صريحة إلا إذا نص القانون أو الاتفاق على ذلك طبقا للمادة ( 2/60 ) قانون مدني جزائري، إلا أن التعبير الضمني لا يكون إلا بما يدل دلالة واضحة على قصد صاحب هذا التعبير<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، 2005، دار الجامعة الجديدة، ص59.

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي، "الواضع في شرح القانون المدني التأمينات الشخصية و العينية عقد الكفالة، عين مليلة ، الجزائر، 2011، ص35.

<sup>3</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات الشخصية والعينية، القسم الأول عقد الكفالة، مرجع سابق، ص35.

### ثانيا . خلو الإرادة من العيوب

تخضع الكفالة للقواعد العامة من حيث قابلية العقد للإبطال لعيب يشوب إرادة أحد المتعاقدين، وعيوب الإرادة هي الإكراه، الغلط، التدليس والاستغلال<sup>1</sup>.

إن الشخص المدين وصفاته لها أهمية جوهرية في عقد الكفالة، فإذا اعتقد الكفيل أنه يكفل مدينا معيناً، ثم تبين أن المدين شخص آخر يمكن للكفيل طلب إبطال العقد على أساس الغلط الذي وقع فيه ولا يمكن الاعتراض في هذه الحالة بأن المدين ليس طرفاً في عقد الكفالة وهذا حسب ما جاء في المادة 82 قانون مدني جزائري فقرة 02 حيث نصت على " إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته"<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للتدليس والإكراه فالقواعد العامة تقضي أنه في حالة وقوع تدليس أو إكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أو المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بالتدليس أو الإكراه طبقاً للمواد 87 والمادة 89 من القانون المدني الجزائري.

وتطبيقاً لهذا الحكم فإذا قام المدين بالتدليس أو وقع منه الإكراه فإن الكفيل لا يستطيع طلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن الدائن كان يعلم بالتدليس أو الإكراه.

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات الشخصية والعينية، القسم الأول، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 36.

<sup>2</sup> - سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية-الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الحياة، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 86.

### ثالثا . الالتزام بإعلام الكفيل

يعد الالتزام بالإعلام من أبرز الآليات القانونية في مجال حماية المتعاقد، ويعمل على إعادة التوازن العقدي بين الطرفين ويحمي الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، فهل الالتزام بالإعلام واجب قانوني أو واجب أخلاقي يفرضه واقع الحال.

لقد عرف الفقه الالتزام بالإعلام بأنه: التزام المتعاقد بأن يقدم للطرف الآخر المتعاقد معه كل بيان أو إشارة أو واقعة تتعلق بمحل العقد ويهتم المتعاقد الآخر بمعرفتها، لتتوير إرادته ورضاه بعقد الكفالة، وعرف أيضا بأنه إحاطة المتعاقد بالمعلومات الهامة المؤثرة في إقدامه أو إحجامه على التعاقد.

كما يعرفه البعض الآخر بأنه التزام سابق "على التعاقد" يتعلق بالالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم، كامل، مستنير، وعلى علم بكافة تفاصيل هذا العقد<sup>1</sup>.

ويقع التزام الدائن بإعلام الكفيل بكافة جوانب العملية التعاقدية، ليكون الكفيل على بينة من أمره، إما أن يقدم على إبرام العقد أو يرفض.

<sup>1</sup> - وفاء ميلود وفاء ميلود ساسي الجبالي، الحماية القانونية للكفيل الشخصي، رسالة ماجستير، قانون خاص، كلية

القانون جامعة طرابلس، 2020-2021. تاريخ الاطلاع: 2023/05/27 على الساعة، 20:55.

### المطلب الثاني

#### محل الكفالة

فضلا عن حماية الكفيل العيني انطلاقا من القواعد التي تحكم أهليته وسلامة رضائه، يتعين حماية هذا الاخير من خلال وجوب تعيين محل الكفالة، وينصرف ذلك إلى تحديد الالتزام الواقع على عاتق المدين المكفول.

في هذا الإطار ينظر إلى حماية الكفيل، ليس فقط بمناسبة تعيين محل التزامه تعيينا نافيا للجهالة، بل وحمايته أيضا بسبب طبيعة الدين.

### الفرع الأول

#### حماية الكفيل العيني بمناسبة تعيين المحل

يتعين حماية الكفيل العيني من خلال وجوب تعيين محل الالتزام المكفول، وينصرف ذلك إلى الالتزام الواقع على عاتق المدين الأصلي، ومما لا شك فيه أن الأخير يتحدد بموضوعه، وبأشخاصه.

### أولاً . تعيين موضوع الدين المكفول

يجب أن يكون محل التزام الكفيل العيني معيناً وقابلًا للتعيين، وإلا تكون باطلة، فذكر أن الوفاء لمبلغ النقود أو القيام بعمل معين مثلاً أو الامتناع عن عمل معين<sup>1</sup>.  
وبما أن التزام الكفيل العيني هو التزام مستقل ومنفصل عن التزام المدين يجوز اختلاف محل كل منهما بشرط أن لا يكون الكفيل العيني أشد أو أكثر منه في المقدار<sup>2</sup>.  
كذلك يجوز أن يتفق الدائن والكفيل العيني على أن يكون الالتزام مختلف في المقدار والشروط أو الأوصاف على الالتزام الأصلي، وهذا راجع لصفة التبعية التي تكتسي عقد الكفالة يجب أن تكون دائماً في حدود التزام المدين، ونصت على ذلك المادة 652 من القانون المدني الجزائري على أنه "لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولا يشترط أكثر من شروط المدين المكفول، ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشرط أهون".

أما في الكفالة العينية نجد أن صفة الكفالة تكون من شخص يتقدم لضمان دين غيره، وصفة التأمين هنا عينية أي أن الضمان المقدم للدائن له طبيعة هذا التأمين وهو يتمثل في رهن على مال من أمواله وتتميز هذه الأخيرة في أن الكفيل يقصر فيها التزامه ويحدد نفاذه في مال معين من أمواله عقاراً كان أو منقولاً، تخصص لوفاء الدين المكفول عن طريق إنشاء رهن رسمياً أو حيازياً لمصلحة الدائن.

---

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، "شرح القانون المدني الجزائري التأمينات الشخصية والعينية، القسم الأول عقد الكفالة"، مرجع سابق، ص 49.

<sup>2</sup> - رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 87.

## الفصل الأول: حماية الكفيل قبل رجوع الدائن

وقد جاء في نص المادة 1050 من التقنين المدني المصري على أنه: « إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال»، لذلك فهو ضمان عيني يلتزم فيه بتقديم عين معينة للوفاء بالدين<sup>1</sup>.

وقد ورد نفس المعنى في نص المادة 780 من التقنين المدني المصري<sup>2</sup>.

وبناء على ذلك، يمكن أن نميز بين صورتين من الكفالة:

### الأولى: الكفالة المطلقة

تتحقق الكفالة المطلقة في حالة أن الكفيل حدد محل التزامه إكتفاء بتعيين الالتزام الأصلي المكفول، الأمر الذي يجعل محل التزام الكفيل قابلا للتعيين ويتحدد هذا الالتزام بالمطابقة مع محل الالتزام الأصلي من حيث نطاقه وملحقاته وشروطه وطريقة الوفاء به أو عن إخلال المدين بالتزامه<sup>3</sup>.

### الثانية: الكفالة المحددة

يقصد بالكفالة المحددة ألا يتجاوز التزام الكفيل فيها الحدود التي تم تحديدها في العقد، فإن كانت على أصل الدين فقط، امتنع على الدائن أن يطالب الكفيل عن غير ذلك، فلا يكون التزامه إلا فيما تم تحديده ولا تتعدى إلى توابع هذا الدين، لأن الكفيل قد كفل جزء فقط من التزامات المدين ولهذا لا يسأل عن الجزء الباقي كالفوائد<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - نبيل سعد ابراهيم، مرجع سابق، ص35.

<sup>2</sup> - رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص88.

<sup>3</sup> - زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، طبعة 3، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، الجزائر، 2004، ص46.

<sup>4</sup> - نبيل سعد ابراهيم، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص353.

### ثانيا . تعيين أطراف الدين المكفول

مثلما أن محل الالتزام يجب تعيينه تعيينا كافيا للجهالة، كذلك يجب تعيين أطراف الدين عن طريق تحديد الدائن والمدين، وإن كان الدائن لا يثير إشكالا، إلا أن المدين ورغم أنه ليس طرفا في عقد الكفالة فإنه يعتبر شخصا هاما في هذا العقد، حيث يمكن إبطال العقد في حالة الغلط في شخص المدين أو في صفة من صفاته، أو في حالة استبداله بمدين آخر - حوالة الدين - دون رضا الكفيل هنا تبرأ ذمته<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني

### حماية الكفيل العيني بسبب طبيعة الدين

الالتزام يمكن كفالته أيا كان مصدره وأيا كان محله، إذ يمكن كفالة الالتزام الذي يكون مصدره العقد أو الالتزام.

التزام الكفيل العيني التزم تابع لا يقوم بذاته بل يستند إلى التزم آخر صحيح يضمن الوفاء به ولكن هذا لا يمنع أن يكون الالتزام الأصلي مستقبلا.

<sup>1</sup> - نبيل سعد ابراهيم، مرجع سابق، ص 67.

### أولاً: في حالة كفالة الدين المستقبلي

يحرص الدائن على زيادة فرص ائتمان الغير له، وذلك بتقديم كفيل عيني يضمن الوفاء بما قد ينشأ في ذمته من التزامات، وإذا كان يمكن كفالة الدين المستقبلي، فقد وضع المشرع بديلاً مقابلاً لحماية الكفيل<sup>1</sup>.

### 1. جواز كفالة الدين المستقبلي

تنص المادة 650 من القانون المدني الجزائري على أنه: "تجوز الكفالة في الدين المستقبلي إذا حدد مقدماً المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين المشروط غير أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبلي لم يعين مدة الكفالة، كان له أن يراجع فيها في أي وقت مادام الدين المكفول لم ينشأ".

ويتضح من هذه الفقرة أنه يجوز كفالة الدين المستقبلي شرط أن يكون محدد المقدار أي المبلغ أو الدين المكفول<sup>2</sup>، وهذا ما يقابلها كذلك في المادة 744 قانون مدني سوري و المادة 1057 قانون الموجبات اللبناني.

كما أوردت المادة 778 من التقنين المدني المصري نفس الفكرة، عندما أجازت وجود الكفالة قبل وجود الدين لأن هذا الأخير قابل للوجود<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> - محمد السعيد ليندة، الكفالة البنكية، رسالة دكتوراه، قسم خاص، قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2018، ص 22.

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات الشخصية والعينية، القسم الأول، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 44.

<sup>3</sup> - رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 67.



### 2. تسقيف المقدار المكفول

بالرجوع إلى نص المادة 650 من القانون المدني الجزائري، يتبين أنه ولئن كان يجوز كفالة الدين المستقبلي، فإنه يشترط في ذلك تحديد المقدار المكفول للدين.

وتتطبق هذه الحالات على المصارف عند فتح الاعتمادات، حيث يتعهد الكفيل للمصرف بأن يضمن الوفاء بالالتزامات التي تنشأ في ذمة العميل، وعندها يشترط الاتفاق في الكفالة على حد أقصى للمبلغ المكفول الذي يضمنه الكفيل حماية له<sup>1</sup>.

أما في القانون المصري، فإن المادة 775 من القانون المدني تجيز للكفيل أن يرجع في أي وقت عن الكفالة ما دام الدين المكفول لم ينشأ، هنا أيضاً يجب تحديد الحد الأقصى للمبلغ المكفول في الدين المستقبلي حماية للكفيل<sup>2</sup>.

### ثانياً. في حالة الكفالة غير محددة المدة

الأصل أن يحدد الكفيل مدة الكفالة في الدين المستقبلي ضماناً لما ينشأ من التزامات في ذمة المدين خلال المدة المحددة، بشرط عدم تجاوز الحد الأقصى للمبلغ الوارد في كفالته، فإذا انقضت المدة دون نشوء الدين برئت ذمة الكفيل<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات الشخصية والعينية، القسم الأول، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص45.

<sup>2</sup> - سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، "عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المصري، أطروحة ماجستير في القانون الخاص"، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين 2006، ص 92.

<sup>3</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات الشخصية والعينية، القسم الأول، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص45.

وفي مقابل ذلك، إذا لم تحدد المدة الخاصة بالكفالة، فللكفيل حق الرجوع فيها ما دام الدين المكفول لم ينشأ<sup>1</sup>، أما في حالة نشوء الالتزام الأصلي قبل وصول الرجوع إلى علم الدائن، فلا أثر للرجوع على التزام الكفيل، وإذا كان قد نشأ جزء من الدين، فيقتصر ضمان الكفيل على هذا الجزء الذي نشأ قبل الرجوع<sup>2</sup>.

### المبحث الثاني

#### حماية الكفيل العيني بعد تكوين عقد الكفالة

يقوم الكفيل العيني بكفالة الالتزام الأصلي للمدين أي ضمان دين غير دينه، ولغرض لا تتوقف حمايته فقط عند تكوين العقد، بل وتمتد إلى ما بعد إبرامه، بعض مظاهر هذه الحماية من طبيعة مشتركة، تنطبق على كل الكفلاء، أيا كانوا، وبعضها الآخر من طبيعة خاصة، وتنصرف إلى الكفيل العيني دون سواه.

---

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني: التأمينات الشخصية والعينية"، الجزء العاشر والأخير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص 51-50.

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات الشخصية والعينية، القسم الأول، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 46.

### المطلب الأول

#### القواعد المشتركة لحماية للكفيل العيني

الكفالة هي عقد تبعي (الكفالة العينية) أي ترد على حق عيني يتقرر لضمان الوفاء بالتزام معين، فهو ينشأ تابعا لحقوق أصلية تضمن الوفاء بها، ولذلك يرتبط مصيرها بمصير الحق المضمون في نشوئه وانتقاله وانقضاءه<sup>1</sup>.

### الفرع الأول

#### التشدد في قواعد التعامل مع التزام الكفيل العيني

لا يشترط لانعقاد عقد الكفالة شكلا خاصا فالكفالة ليست عقدا شكليا ومتى كان من الصعب إثبات طبيعة تدخل الكفيل وتحديد مدى التزامه ونوع كفالته عن طريق شهادة الشهود وحدها، ولهذا أقرت الإرادة التشريعية حماية الكفيل من خلال عدم جواز إثبات الكفالة إلا بالكتابة كما سنفصل ذلك .

#### أولا . وجوب التقيد بالكتابة في الكفالة

تنص المادة 645 من القانون المدني الجزائري على أنه "لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة"، و يقابل ذلك نص المادة 773 من القانون المدني المصري، والمادة 739 من القانون المدني السوري.

<sup>1</sup> - العربي بلحاج، الوجيز في الحقوق العينية في ضوء الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية، طبعة الأولى، دار النشر والتوزيع، جدة، 2015، 219، ص196.

## الفصل الأول: حماية الكفيل قبل رجوع الدائن

ويعتبر الإثبات على هذا النحو خروجاً عن القواعد العامة لحماية للكفيل العيني بحيث لا تصح كفالة الكفيل إلا كتابة، وذلك لأن عقد الكفالة يعتبر عقد تبرعي أساسه رضا صريح<sup>1</sup>، ويستخلص أن الكتابة ضرورية لإثبات التزام الكفيل، وغير ضرورية لانعقاد عقد الكفالة، ذلك أنها عقد رضائي، وليست عقد شكلي.

وتعتبر الكتابة شرط لازم لإثبات التزام الكفيل، ولو أمكن إثبات هذا الأخير بالبينة بأن يكون أقل من مئة ألف دينار جزائري (100.000 دج)، والسبب الذي جعل المشرع يشدد في إثبات رضا الكفيل بالكتابة هو خطورة الكفالة بالنسبة للكفيل، بحيث يتعين التريث قبل الموافقة على الكفالة، فالإثبات ضروري بين الكفيل والدائن، أما بين الكفيل والمدين، فلا تشترط الكتابة عند رجوع الكفيل على المدين بعد أن يفي بالالتزام، فيخضع بذلك للقواعد العامة، التي تجيز الإثبات بالبينة والقرائن، ويجب أن تكون الكتابة ثابتة التاريخ حتى يجوز الاحتجاج بها أمام الغير<sup>2</sup>، كما إذا أوفى الكفيل الدين، وحل محل الدائن في رهن رسمي مثلاً، وكان هناك دائن مرتهن تال في المرتبة<sup>3</sup>.

وطبقاً لنص المادة 883 ف1 من القانون المدني الجزائري فإنه: "لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي"، لذلك نجد أن الرسمية مقررة لمصلحة الكفيل العيني كونه رهن من أجل تنبيهه إلى مدى خطورة التصرف القانوني الذي يقوم به، فمن خصائص الرهن الرسمي أن يكون العقار المرهون من طرف الكفيل العيني معينا تعيينا كافيا من حيث اسم العقار و رقم

<sup>1</sup> - محمد صبري سعدي، شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات الشخصية والعينية، القسم الأول، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 37.

<sup>2</sup> - بوخاتم آسيا، العقود المدنية المعمقة، محاضرات موجهة لطلبة السنة أولى ماستر، تخصص قانون خاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2020-2021، ص 17.

<sup>3</sup> - رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 93.

## الفصل الأول: حماية الكفيل قبل رجوع الدائن

رسمه و مكانه<sup>1</sup> و أن الراهن لا يفقد ملكية، ولا حيازة العقار المرهون، الأمر الذي يجعل الراهن يظن أن الأمر بسيط و أنه لم يفقد شيء، لذلك اشترطت الرسمية ليكون على علم من أمره لأن الكفيل العيني يرهن ماله ضمانا لدين غيره، ففي حالة عدم وفاء المدين للدائن نجد الكفيل نفسه منزوع المال<sup>2</sup>.

وعلى ذلك، إذا تخلف شرط الرسمية، يعد العقد باطلا بطلانا مطلقا، ويعتبر ذلك كدفع لكل ذي مصلحة، كما يمكن للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها<sup>3</sup>.

### ثانيا . وجوب التفسير الضيق للكفالة

يتقدم الكفيل وقت التعاقد لضمان المدين لدى الدائن للحصول على الائتمان الذي يريده، فهو غالبا يضمن دين لا مصلحة له فيه، وبدون مقابل، ولهذا نجد المشرع قد صاغ أغلبية أحكام الكفالة من أجل حماية الكفيل، ولهذا عند تفسير الكفالة يتعين التقيد بالتفسير الضيق، أي يكون التفسير لمصلحة الكفيل، فيحدد التزامه في أضيق نطاق تتحمله عبارات الكفالة<sup>4</sup>.

وقد كانت القاعدة التي تأخذ بمبدأ التفسير الضيق للكفالة معروفة في القانون الفرنسي، فكان يمنع الأخذ بمبدأ التوسع في تفسير الكفالة، سواء من حيث الشخص أو الشيء، ولا حتى الزمان، وذلك حماية للكفيل الذي يتورط بدون مقابل في كفالة ديون غيره<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> سعيد الزعيم، انشاء عقد الكفالة العينية العقارية و أثباتها، منتدى زدني علما القانوني، من الموقع : <https://www.zidni3ilman.com>، تاريخ الاطلاع : 2023/06/25 على الساعة 14:38

<sup>2</sup> شوقي يناس، مرجع سابق، ص 09.

<sup>3</sup> رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 248.

<sup>4</sup> نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص 79-80.

<sup>5</sup> نبيل ابراهيم سعد، مرجع نفسه، ص 80.

### الفرع الثاني

#### استفادة الكفيل العيني من مستجدات الالتزام الأصلي

يرتبط التزام الكفيل بالالتزام الأصلي المكفول ويتبعه، فإذا طرأ على هذا الأخير تغيير أو تعديل، ترتب عليه تجديده أو انتقاله، انعكس ذلك على الكفيل بالتبعية، لذلك فالأصل أن يستفيد الكفيل مما صار عليه الالتزام الأصلي، دون أن يضر به.

#### أولاً . في حالة انتقال الالتزام الأصلي

يتميز التزام الكفيل بصفة التبعية للالتزام الأصلي، فهو يقدم ضماناً للوفاء بدين غيره، لا مصلحة له فيه.

إن تجديد الدين بين الدائن والمدين الأصلي يبرئ الكفيل ما لم يكن قد قبل بكفالة الدين الجديد.

ويتمثل تطبيق تجديد الالتزام الأصلي بتغيير الدين أو تغيير المدين أو تغيير الدائن<sup>1</sup>، وهو ما يكون في حوالة الدين أو حوالة الحق، فهي تشمل ضمانات كالكفالة والامتياز والرهن وهذا ما جاءت به المادة 243 قانون مدني جزائري " تشمل حوالة الحق ضماناته كالكفالة والامتياز والرهن، ورهن الحيازة ..."

وإذا وقع تجديد الالتزام بين الدائن والمدين، فإنه يترتب على ذلك انقضاء الالتزام الأصلي وتوابعه<sup>2</sup>، وينشأ مكانه التزام جديد طبقاً للمادة 1/291 من القانون المدني الجزائري،

<sup>1</sup> - المادة 352 من القانون المدني المصري.

<sup>2</sup> - المقصود بتوابع الالتزام: أن الكفالة تنقضي تبعا للالتزام الأصلي للمكفول ولا تنتقل إلا بنص في القانون أحكام المادة 291 فقرة 2 قانون مدني جزائري، أو إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك.

## الفصل الأول: حماية الكفيل قبل رجوع الدائن

وتقابلها المادة 356 من القانون المدني المصري، ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة العينية أو الشخصية، إلا إذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون أحكام نص المادة 293 قانون مدني جزائري وما يوافقها في المادة 358 القانون المدني المصري، أو رضي الكفيل العيني بالحوالة، وهذا ما أكدته المادة 254 ف2 من القانون المدني الجزائري عندما نصت على أنه: "غير أنه لا يبقى للكفيل عينيا كان أو شخصيا التزام اتجاه الدائن إلا إذا رضي بالحوالة".

وفي حالة قيام الكفيل بتجديد التزامه، يبرأ هذا الأخير من الكفالة ولا ينقضي بذلك التزام المدين.

### ثانيا . في حالة تجديد الالتزام الأصلي

يترتب على التجديد أن ينقضي الالتزام الأصلي و توابعه و أن ينشأ مكانه التزام جديد و يترتب على انقضاء الالتزام القديم بالتجديد انقضاء التأمينات التي كانت تضمن الوفاء به، فلا تنتقل هذه الالتزامات الى الالتزام الجديد الا بنص في القانون او ما تبين من الاتفاق او الظروف، بحيث لا تنتقل الى الالتزام الجديد الكفالة العينية الا اذا رضا بذلك الكفيل العيني المادة 293 قانون مدني جزائري و هذا ما يقابلها في المادة 1/356 قانون مدني مصري<sup>1</sup> ، و كذلك نفس ما جاءت به نص المادة 2/384 من القانون المدني القطري<sup>2</sup>

<sup>1</sup> نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية، مرجع سابق، ص144.

<sup>2</sup> -قانون رقم 22 لسنة 2004 بإصدار القانون المدني، البوابة القانونية القطرية، انظر الموقع : الميزان.

### المطلب الثاني

### القواعد الخاصة لحماية الكفيل العيني

على اعتبار أن الكفيل العيني يجمع بين صفتي الكفيل الذي يقوم بضمان الوفاء بدين غيره، وهو المدين الأصلي، وصفة الراهن، من حيث أنه يقوم برهن مال معين من أمواله، إما رهنا رسميا أو رهنا حيازيا، فإن حماية الكفيل العيني تتباين بالنتيجة بحسب طبيعة الرهن المخصص لضمان الدين المكفول.

### الفرع الأول

### في حالة الرهن الرسمي

ان الكفيل العيني لا يفقد حق ملكيته للمال المرهون طوال فترة الرهن فهو يتمتع بسلطات وتتمثل في:

### 1. احتفاظ الكفيل العيني بسلطات المالك

يعد الرهن الرسمي من اهم الضمانات على الاطلاق إذ هو نوع من الحقوق العينية المنصوص عليها في القانون المدني ولقد خصه المشرع بمجموعة من الشروط تمنح للراهن سواء كان المدين أو الكفيل العيني والدائن المرتهن الحماية القانونية اللازمة<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> أمينة عبدلي، الشروط الشكلية لعقد الرهن الرسمي في القانون الجزائري، جامعة خميس مليانة، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، العدد الرابع، 2018. ينظر للقانون 91/70 المؤرخ في 1970/12/15، المتعلق بصدور قانون التوثيق، وتطبيقه من يوم 1971/01/01.



## الفصل الأول: حماية الكفيل قبل رجوع الدائن

و يعتبر الرهن الرسمي حق عيني عقاري<sup>1</sup> كونه لا ينشأ ولا ينعقد إلا على عقار وإن ارتبط الدين الأصلي بمنقول فهو حق تبعية للدين الذي يضمنه هذا الرهن وهذا ينطبق على الكفالة العينية العقارية والتي تتمثل برهن عقار مملوك للكفيل وهذا يمنح لصاحب التأمين ميزتي التقدم والتتبع<sup>2</sup>.

فالكفيل العيني لا يفقد حق ملكيته للمال المرهون ولا حيازته لهذا المال طيلة فترة الرهن لذلك يحتفظ بالسلطات التي يتمتع بها المالك وهي حق الاستعمال والاستغلال والتصرف كونه مالكا للعقار<sup>3</sup>.

وعليه نجد أن الدائن المرتهن لا يتدخل في ممارسة الكفيل العيني لسلطاته كمالك.

### 2. احتفاظ الكفيل العيني بسلطات الحائز

الحائز وهو من يباشر الدائن المرتهن في مواجهته حقه في التتبع والمقصود باصطلاح الحائز هو الدلالة على أن هذا الشخص أجنبي عن الدين (كفيل عيني) فلا يعتبر حائزا المدين الراهن، ولا الضامن أو الكفيل الشخصي إذا انتقلت إليه ملكية عقار مرهون ضمانا لنفس الدين<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - د/نجاة بوساحة، الرهن القانوني المؤسس للبنوك و المؤسسات المالية، مجلة العلوم القانونية و السياسية، جامعة لخضر، الجزائر، العدد13، 2016، ص41.

<sup>2</sup> - ثامر جاسم محمد، آثار الرهن التأميني فيما بين الراهن والمرتهن، مجلة كلية المأمون، العدد 34، 2019، ص215.

<sup>3</sup> - للكفيل العيني الحق في إدارة العقار ليشغله و يقبض ثماره المتنوعة كزراعة الأرض المرهونة و جني ثمارها و تسويقها، و له الحق في تأجير الأرض و البناء عليها، و تغيير جنسها مع ضمان الكفيل العيني سلامة العقار المرهون.

<sup>4</sup> - عبد السلام سمير تناغو، مرجع سابق، ص 148.

## الفصل الأول: حماية الكفيل قبل رجوع الدائن

ومع ذلك فاقتراب الكفيل العيني من الحائز لا يجعله في مركز تماما فمسؤوليته العينية هو الذي أنشأها برضاه أما مسؤولية الحائز فقد نشأت بقوة القانون كأثر مترتب على انتقال العقار المرهون إلى ذمته<sup>1</sup>.

رغم الفرق الواضح بين الكفيل العيني والحائز إلا أنه جانب من الفقه الفرنسي يعتبر الكفيل العيني في حكم الحائز.

### الفرع الثاني

#### في حالة الرهن الحيازي

ان خصوصية وطبيعة الرهن الحيازي تكمن بانتقال الحيازة الى الدائن فيقع على عاتق هذا الأخير التزامات.

#### 1. انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن

يتميز الرهن الحيازي بنقل حيازة العين المرهونة من الراهن (الكفيل العيني) إلى الدائن (المرتهن) حيث أن الكفيل العيني وبوصفه راھنا سيفقد حيازة المال المرهون، ولكن تبقى له ملكية العين المرهونة، و يترتب على ذلك أن يحتفظ الكفيل العيني بكامل السلطات التي ينتفع بها من استعمال واستغلال وتصرف<sup>2</sup> طالما هو المالك لكن نجد أن سلطة

---

<sup>1</sup> - الكفيل العيني ليس أجنبي عن الدين فهو ضامن له بإرادته وليس أجنبيا عن الدائن المرتهن فهو طرف في عقد الكفالة الذي يربطهما معا فالدائن المرتهن عندما ينفذ عن العقار المرهون في مواجهة الكفيل العيني باعتباره راھنا وليس من الغير كالحائز. ينظر: عبد السلام سمير تناغو، مرجع سابق، ص 151.

<sup>2</sup> - صالح أحمد اللهبي، أحكام الكفيل العيني في التشريع الإماراتي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 19، العدد 02، 2022، ص 260.

الاستعمال قيدت بتسليم المال المرهون إلى المرتهن طالما يشترط تخلي الراهن عن حيازة المال المرهون وأن يقبض الدائن هذا المال<sup>1</sup>.

فيصبح الدائن المرتهن حيازيا بإدارة المال المرهون لمصلحة الكفيل العيني وأن يبذل في هذه الإدارة عناية الشخص المعتاد.

### 2. الالتزامات الواقعة على عاتق الدائن المرتهن

يلتزم الدائن المرتهن بالمحافظة على الشيء الذي حازه بإدارته واستثماره ويرده بعد أن يستوفي كامل حقه ويظهر ذلك من خلال<sup>2</sup>:

- التزام الدائن المرتهن بالمحافظة على سلامة الشيء من وقت انتقال الحيازة إليه فالمطلوب منه أن يبذل عناية الرجل العادي في المحافظة على الشيء من خلال المادة 953 من القانون المدني الجزائري "يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه..." وهذا نفس ما جاءت به المادة 1103 من القانون المدني المصري، فهذه نتيجة طبيعية لالتزامه برد الشيء عند انقضاء الرهن.

- التزامه بالإدارة واستثمار الشيء المرهون فهذا يمكنه من استيفاء حقه من ثمار الشيء أو ايراده.

- فالتزام الدائن المرتهن برد الشيء المرهون فحيازته عرضية مؤقتة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - العربي بلحاج، مرجع سابق، 198.

<sup>2</sup> - غني ريسان جائر، الطبيعة القانونية للكفالة العينية، دراسة مقارنة، كلية الحقوق جامعة، مجلة دراسات البصرة، المجلد 14، العدد 32، 2019، ص8.

<sup>3</sup> عبد السلام سمير تناغو، مرجع سابق ص 249.

# الفصل الثاني

حماية الكفيل العيني بعد رجوع الدائن

### الفصل الثاني

#### حماية الكفيل العيني بعد رجوع الدائن

تعد الكفالة إحدى الضمانات المهمة في التعاملات المدنية بين الأفراد فهي ضمانة للوفاء بالدين وأنه في حالة حلول أجل الوفاء ولم يقم المدين بالوفاء بدينه للدائن فيرجع هذا الأخير على الكفيل ومطالبته بقيمة الدين، وجواز أن ينفذ على أموال الكفيل العيني إلا أن المشرع وحماية منه لأطراف الكفالة من خلال الموازنة بين مصلحة الدائن في استيفاء حقه ومصلحة الكفيل في تجنب التنفيذ على أمواله مراعاة منه لطبيعة التزامه باعتباره التزام تباعي احتياطي، فقد أقر دفوعاً لمصلحة الكفيل يتمسك بها هذا الأخير سواء في مواجهة الدائن أو في علاقته بغير الدائن.

### المبحث الأول

#### حماية الكفيل العيني في علاقته مع الدائن

للكفيل العيني فضلا على الدفع التي يحتج بها المدين الأصلي تجاه الدائن، دفع أخرى خاصة به باعتباره كفيلا، وبينما تكون الطائفة الأولى من الدفع مستمدة من الالتزام الأصلي (الذي يجمع الدائن بالمدين)، تنبثق الطائفة الثانية من الدفع من عقد الكفالة في حد ذاته (الذي يجمع الكفيل بالدائن).

### المطلب الأول

#### الدفع المقررة لحماية الكفيل العيني بناء على الالتزام الأصلي

يعتبر التزام الكفيل العيني تابع لالتزام المدين المكفول، فهو التزام تبعي لا يمكن أن ينشأ إلا متصلا بالتزام آخر أصلي، ويرتبط معه في وجوده وانتقاله وانقضاءه وصحته، فهو ذلك الرابطة القانونية التي تقوم بين الحقوق والالتزامات الأصلية والتبعية بحيث يكون مصير الحقوق والالتزامات التابعة مرتبطة بمصير الحقوق والالتزامات الأصلية من حيث الوجود والصحة، الانتقال، الأوصاف والانقضاء، أي أن الهدف من نشوؤها هو ضمان الوفاء بالالتزام الأصلي المضمون في مختلف مراحلها منذ النشوء ولحين الانقضاء<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - عقيل فاضل حمد الدهان، تبعية التأمينات للالتزام الأصلي في القانون المدني والشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2012.

## الفصل الثاني : حماية الكفيل بعد رجوع الدائن

لقد نصت المادة 648 من القانون المدني الجزائري على أنه "لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا"، ويتضح من ذلك أن التزام الكفيل يكون صحيحا بالتبعية متى كان الالتزام الأصلي المكفول صحيحا.

وعليه تركز أحكام الكفالة على قاعدة التبعية، بحيث يكون التزام الكفيل تابعا لالتزام المكفول سواء في وجوده أو صحته أو بطلانه وانقضاءه، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري ضمن القانون المدني وفقا للمواد الآتية 648، 653 و654 منه، فكل ما يؤثر في الالتزام الأصلي يؤثر في الالتزام التابع له.

وانطلاقا من ذلك، تنتوع الدفوع المقررة للكفيل بحسب ما إذا كانت تستهدف زوال الالتزام الأصلي أساسا، أو كان المقصود منها انقضائه.

### الفرع الأول

#### الدفوع المؤدية إلى زوال الالتزام الأصلي

يستفيد الكفيل العيني من الدفوع المؤدية إلى زوال الالتزام الأصلي، سواء كان ذلك لأسباب تتعلق ببطلان العقد، أو لأسباب تتعلق بانحلاله.

### أولا . بطلان الالتزام الأصلي

من أبرز خصائص التبعية في التزام الكفيل العيني هو إعطاؤه الحق في أن يحتج في مواجهة الدائن بجميع الدفوع التي يستطيع المدين أن يحتج بها على الدائن ما تعلق ببطلان الالتزام الأصلي المكفول<sup>1</sup>.

فإذا كان التزام المدين باطلا بطلانا مطلقا لتخلف أحد أركان العقد المبرم بين الدائن والمدين أو لانعدام أهلية هذا الأخير، فإنه وفقا للمادة 102 من القانون المدني التي تنص على جواز التمسك بالبطلان المطلق من طرف كل من له مصلحة، وبمقتضى تبعية التزام الكفيل لالتزام المكفول، يكون التزامه باطلا بطلانا مطلقا، وذلك عملا بنص المادة 1/654 من القانون المدني الجزائري، والتي تقضي بجواز تمسك الكفيل بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين الأصلي<sup>2</sup>.

### 1 . في حالة الالتزام الباطل

قد يشوب التزام المدين عيب في الشروط الموضوعية في العقد بينه و بين الدائن كانهاء الرضا أو لعدم توفر المحل أو السبب أو انعدام الأهلية فيترتب على التزامه (أي التزام المدين)، في الحالات السابقة الذكر، بطلان التزامه بطلانا مطلقا، ويتبعه التزام الكفيل

---

<sup>1</sup> -بن يكن عبد المجيد، عقد الكفالة في الفقه الإسلامي و التقنين المدني الجزائري، رسالة دكتوراه في العلوم الشرعية، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2014، ص181.

<sup>2</sup> - هذا ما يقابله نص المادة 78 فقرة 1 من القانون المدني المصري "يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين"، ارجع : مرقص سليمان، عقد الكفالة ، دار النصر للجامعات المصرية، 1959، ص65.



## الفصل الثاني : حماية الكفيل بعد رجوع الدائن

بالبطلان، لأنه تابع له، فإذا سقط الأصل سقط الفرع، وذلك لأن الالتزام الأصلي أصبح غير مضمون على المدين<sup>1</sup>.

### 2. في حالة الالتزام القابل للإبطال

يحق للكفيل العيني أن يتمسك بالدفع المتعلقة بالالتزام المدين المكفول تجاه الدائن، لذلك إذا كان التزام المدين قد شاب رضاه عيب من عيوب الإرادة، لوقوعه في غلط، تدليس استغلال، أو إكراه، صار يحق للكفيل أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة<sup>2</sup>.

يعتبر الالتزام القابل للإبطال التزام صحيح وينتج جميع آثاره إلى غاية الحكم بإبطاله، ومنه تعتبر كفالة هذا الالتزام صحيحة وتأخذ حكم هذا الالتزام طالما أن الالتزام الأصلي لا زال قائماً وفقاً للمواد 99 و100 من القانون المدني، أما إذا أبطل الالتزام الأصلي، فتبطل الكفالة معه بالتبعية، وهو الحكم الذي ينطبق على كافة الحالات القابلة للإبطال، لأي عيب من عيوب الإرادة<sup>3</sup>.

يحق للكفيل التمسك بقابلية العقد الذي أنشأ الالتزام المكفول للإبطال لأي عيب شاب رضاه المدين، ويتمسك الكفيل بهذه الدفع باسمه لا باسم المدين، لأن التزامه يتعلق بالالتزام المكفول ويرتبط به وجوداً وعدماً، ولذلك له بمقتضى حق خاص التمسك بكل ما سيؤدي إلى إبطال هذا الالتزام، وله التدخل في الدعوى التي يرفعها الدائن على المدين ليتمسك بدفع قد لا يتمسك به هذه الأخير، وله التمسك بهذه الدفع ولو تنازل عنها المدين.

<sup>1</sup> محمد علي عبده، عقد الكفالة، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2005، ص44.

<sup>2</sup> - بن يكن عبد المجيد، مرجع سابق، ص 181.

<sup>3</sup> - مريم بنت الخوخ، دور الضمانات الشخصية في تدعيم الائتمان، رسالة دكتوراه في العلوم، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2020-2021، ص35.

## الفصل الثاني : حماية الكفيل بعد رجوع الدائن

لكن قد يحدث أن يجيز المدين الأصلي التزامه أو عقده القابل للإبطال.

يرى بعض الفقهاء أن حق الكفيل في التمسك بطلب الإبطال لا يسقط بتنازل المدين ولا يحرمه من التمسك بالدفع به، ذلك أن الكفيل قد كفل مدينا بعقد قابل للإبطال، فلا يستطيع المدين أن يسيء مركز الكفيل<sup>1</sup>، وحجة ذلك نص المادة 654 ف2 من القانون المدني الجزائري، حيث استنتجت الحالة التي لا يجوز فيها للكفيل طلب الإبطال كدفع، وهي حالة علم الكفيل بنقص الأهلية وقت التعاقد فليس له أن يحتج بهذا الوجه.

لقد نصت المادة 654 ف2 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "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"، ونفس الحكم أورده المشرع المصري بموجب نص المادة 782 ف2 من القانون المدني.

غير أنه إذا تمسك المدين بنقص الأهلية، وحكم له بإبطال الالتزام الأصلي، فإن الكفيل يستفيد من ذلك، ويبطل التزامه بالتبعية، ويلاحظ أن ذلك يختلف على ما ورد في المادة 649 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على أن "من كفل التزام ناقص الأهلية، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول"<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> - أحمد محمد زياد، فيصل شرف، "الدفع بالتجريد في عقد الكفالة"، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، قسم قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، للدراسات العليا، الأردن، 2012.

<sup>2</sup> - سارة سليمان، بحث قانوني كامل حول آثار عقد الكفالة في القانون الجزائري، 2004، من الموقع : <https://www.mohamah.net>، تاريخ الإطلاع 2023/03/26 على الساعة 6:04، ص6.

### ثانيا . فسخ الالتزام الأصلي

يحق للكفيل العيني التمسك بجميع الدفع التي يحتج بها المدين، وهذا طبقا لنص المادة 654 قانون مدني جزائري، ولذلك إذا قام الدائن بالإخلال بأحد التزاماته، صار يحق للمدين أن يطالبه بتنفيذ العقد أو فسخه وفقا لنص المادة 119 من القانون المدني الجزائري. وعليه يحق للكفيل أن يتخذ الفسخ حجة للتخلص من الالتزام المكفول<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني

### الدفع المؤدية إلى انقضاء الالتزام الأصلي

إن محل التزام الكفيل العيني هو ضمان الوفاء بالالتزام الأصلي، وأن تبعية الكفالة ترتب انقضاء التزامه إذا انقضى التزام المدين، أي كانت طرق الانقضاء، وعلى هذا الأساس يكون للكفيل الحق في التمسك بكافة الأوجه التي يترتب عليها انقضاء الالتزام المكفول، سواء كان بطريق الوفاء أو ما يعادل الوفاء، والمتمثلة في التجديد والإنابة والمقاصة وإتخاذ الذمة، وقد ينقضي الالتزام دون الوفاء في حالة الإبراء واستحالة الوفاء والتقدم مسقط<sup>2</sup>.

### أولا . انقضاء الالتزام بالوفاء أو ما يعادله

إذا وفى المدين بكل الدين انقضى الالتزام الأصلي وانقضى بالتبعية له التزام الكفيل وإذا وفى بجزء من الدين وكان الكفيل ضامنا لكل الدين المكفول، برؤت ذمة الكفيل بالقدر

<sup>1</sup> -محمد السعيد ليندة، مرجع سابق، ص327.

<sup>2</sup> - مريم بنت الخوخ، مرجع سابق، ص 36.

## الفصل الثاني : حماية الكفيل بعد رجوع الدائن

الذي تم الوفاء به<sup>1</sup>، ويشترط لبراءة ذمة الكفيل بالقدر الذي تم به الوفاء من الدين أن يكون هذا الوفاء صحيحا، ومالكا للشيء الذي وفى به، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه.

وإذا قبل الدائن اختياريا استيفاء لحقه مقابلا استعاض به عن الشيء المستحق، قام ذلك مقام الوفاء، وانقضى الالتزام الأصلي بما يتعبه من ضمانات ومن بينها الكفالة، ويسري عليه من حيث أنه يقضي الدين أحكام الوفاء، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات<sup>2</sup>.

### ثانيا . انقضاء الالتزام الأصلي دون الوفاء

إذا أبرأ الدائن مدينه من الدين المكفول، انقضى الالتزام الأصلي وانقضى بالتبعية له التزام الكفيل، بحيث لا يستطيع الدائن مع إبرائه للمدين أن يحتفظ بحقه ضد الكفيل، لأن التزام هذا الأخير تابع للالتزام الأصلي، ويشترط أن يكون صحيحا فإذا أبطل الإبراء عاد الالتزام للوجود ومعه الكفالة التي كانت تضمنه<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> - محمد عبد الغفور محمد عماري، آثار الكفالة العينية في القانون المدني الأردني، مجلة القانون و الأعمال الدولية، جامعة الحسن الأول، الأردن، اصدار 43، 2023، ص11، انظر الموقع <https://www.droitentreprise.com> ، تاريخ الاطلاع 2023/05/22، على الساعة 13:52.

<sup>2</sup>- نبيل سعد إبراهيم، مرجع سابق، ص 232-236.

<sup>3</sup>- نبيل سعد إبراهيم، مرجع نفسه، ص 245.

### المطلب الثاني

#### الدفع المقررة لحماية الكفيل العيني بناء على عقد الكفالة

تنبثق العلاقة التي تجمع الكفيل العيني بالدائن من عقد الكفالة، وعلى هذا الأساس يتم التنفيذ على أموال الكفيل العيني، لذلك وضع القانون في متناول الكفيل بعض الحقوق التي تنبثق من عقد الكفالة نفسه.

تتصرف هذه الحقوق إلى التمسك بالدفع بالتجريد، والتمسك بالدفع بالتقسيم.

### الفرع الأول

#### حق التمسك بالدفع بالتجريد

يقصد بالدفع بالتجريد تمسك الكفيل حال توافر شروط معينة بوقف إجراءات التنفيذ على أمواله اقتضاء لدين غير مقرر في ذمته بحسب الأصل، بل مقرر لدين في ذمة شخص آخر، هو المكفول، وذلك إلى حين التنفيذ على موجودات (أموال) المدين الأصلي التي يجوز التنفيذ عليها.

بعد أن نتناول أحكام الدفع بالتجريد، نبين إن كان ينطبق على الكفيل العيني.

#### أولاً . أحكام الدفع بالتجريد

تطبيقاً لنص المادة 660 ف2 من القانون المدني، فإنه لا يجوز للمدين أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن

## الفصل الثاني : حماية الكفيل بعد رجوع الدائن

يتمسك بهذا الحق<sup>1</sup>، لذلك يعتبر هذا الدفع بمثابة ضماناتة منحها المشرع للكفيل في مواجهة الدائن، وتفسير ذلك أن التزام الكفيل ذو طابع تبعي واحتياطي.

والهدف من هذا الدفع يعود إلى أن الكفيل جدير بالرعاية، لأنه يوفي ديننا ليس بدينه بل بدين غيره، فهو عادة يقدم خدمة للغير لتقوية ائتمانه، ولا ضرر في هذا على الدائن الذي يستوفي حقه من الكفيل في حالة لم يستوفه من المدين.

للتمسك بالدفع بالتجريد بعض الشروط، وينجر عنه بعض الآثار.

### 1 . شروط الدفع بالتجريد

يشترط في الكفيل إذا أراد أن يتمسك بحق الدفع بالتجريد في مواجهة الدائن، أن يستوفي جملة من الشروط<sup>2</sup>، تنصرف إلى الكفيل نفسه، أو الأموال المعنية بالتجريد.

### (أ) أن لا يكون الكفيل قد تنازل عن الدفع

يتعين للاستفادة من الدفع بالتجريد أن يتمسك الكفيل بهذا الحق، وهذا ما أكدته المادة 660 ف2 من القانون المدني الجزائري .. ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق"، وهو نفس ما جاءت به المادة 788 من القانون المدني المصري.

---

1- علي أبو مارية، تجريد أموال المدين كدفع من الدفوع المقررة لمصلحة الكفيل في القانون الفلسطيني، دراسة مقارنة بالقانون الكويتي، جامعة فلسطين الأهلية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 12، العدد 01، 2021، ص 17.

2- علي أبو مارية، مرجع نفسه، ص 18.

## الفصل الثاني : حماية الكفيل بعد رجوع الدائن

إن الدفع بالتجريد يقرر لمصلحة الكفيل إذ أنه خاص به<sup>1</sup>، وله أن يتنازل عن هذا الحق صراحة أو ضمناً، فهو من الدفع الشكلية وليست من النظام العام التي لا تستطيع المحكمة أن تتحكم به من تلقاء نفسها حيث للكفيل أن يتنازل عن هذا الدفع في عقد الكفالة ذاته أو بعد ذلك في اتفاق مستقل، كما يمكن أن يكون هذا التنازل صريح أو ضمني، مثال ذلك أن يشرع الدائن في التنفيذ على أموال الكفيل، فيلتزم هذا الأخير السكوت عن الدفع بالتجريد، وفي هذه الحالة يكون التنازل ضمناً، ويستخلص من ظروف الحال وملايسته، وقد يكون التنازل صراحة في صورة شرط يدرج في عقد الكفالة<sup>2</sup>.

أما فيما يخص الوقت الذي يجب على الكفيل أن يتمسك فيه بهذا الدفع، فقد اعتبر الفقه أنه إذا رفعت الدعوى على الكفيل كان له حق التمسك بهذا الدفع شرط أن يثيره قبل صدور الحكم النهائي، فإذا لم يفعل وصدّر هذا الحكم بإلزامه بالدين فلا يعلق تنفيذه على تجريد المدين من أمواله، ومنه فإن هذا الدفع يتعلق بمرحلة المطالبة القضائية وليس بمرحلة التنفيذ.

ويذهب الرأي الغالب إلى أن رجوع الدائن على الكفيل يمر بمرحلتين الأولى مرحلة التقاضي وهو الدفع بعدم القبول للدعوى لرفعها على الكفيل أولاً ويجوز التمسك بهذا الدفع في أي مرحلة من مراحل الدعوى، أما مرحلة التنفيذ فيستطيع الكفيل التمسك بالدفع بالتجريد

---

<sup>1</sup> - تنص المادة 660 من القانون المدني الجزائري: "لا يجوز للدائن أن يرجع مع الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين"، ويقابلها نص المادة 1072 من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي تعطي للكفيل "الحق أن يطلب من الدائن في بداية المحاكمة وقبل كل دفاع في الأساس أن يدعي أولاً المدين الأصلي في أمواله المنقولة وغير المنقولة"، وفي نص المادة 2021 من القانون المدني الفرنسي: "لا يلتزم الكفيل أن يفى الدائن إلا إذا لم يفعل المدين ذلك فيجب أولاً تجريد المدين إلا إذا نزل الكفيل عن حق التجريد".

<sup>2</sup> - د/محمد بدر الدين، محاضرات في مادة التامينات الشخصية و العينية موجهة لطلبة سنة ثالثة حقوق، تخصص قانون خاص، المركز الجامعي أحمد صالح، معهد الحقوق و العلوم السياسية، النعامة، 2020، ص11.

## الفصل الثاني : حماية الكفيل بعد رجوع الدائن

في مواجهة الدائن عندما يشرع في التنفيذ على أمواله لذا فان هذا الدفع لا يسقط لعدم التمسك به في مرحلة التقاضي<sup>1</sup>.

وعلى خلاف ذلك، ما ورد في نص المادة 2022 من القانون المدني الفرنسي الذي جاء فيه أنه "لا يلزم الدائن بتجريد المدين إلا إذا طلب الكفيل ذلك عند الإجراءات الأولى التي توجه ضده"، وبذلك يعد متنازلاً عن حقه إذا لم يتمسك به عند الإجراءات الأولى، بحيث أن نظام مطالبة الدائن للكفيل بالدين يعتبر مرحلة واحدة.

### (ب) ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين

ويستفاد ذلك من نص المادة 665 من القانون المدني الجزائري، عندما اقتضت أنه "لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد"، ونفس القاعدة وردت في نص المادة 793 من القانون المدني المصري، أو نص المادة 1030 من القانون المدني العراقي، والمستفاد من ذلك أنه لا يحق للكفيل المتضامن مع المدين التمسك بالدفع بالتجريد في مواجهة الدائن سواء كان التضامن بالاتفاق أم بنص القانون، ويخلص الحق في التمسك بالتجريد إلى الكفيل غير متضامن<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - سليمان سارة، مرجع سابق، ص8

<sup>2</sup> \_ عبد الرحمن جمعة حلالشة، تجريد المدين في نطاق القانون المدني القطري، دراسات علوم الشريعة و القانون، المجلد 47، العدد 01، 2020، ص603.



## الفصل الثاني : حماية الكفيل بعد رجوع الدائن

وتفسير ذلك أن التضامن يفيد أن الكفيل قد قبل توجيه المطالبة إليه والتنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال المدين<sup>1</sup>، ويستثنى من ذلك حالة ما إذا احتفظ الكفيل لنفسه عند إبرام عقد الكفالة بحقه في التمسك بهذا الدفع.

ومما لا شك فيه أنه لا يجوز الاتفاق على احتفاظ الكفيل بالحق في التمسك بالتجريد في كل من الكفالة القضائية والقانونية، لأن الكفيل فيهما يعد متضامنا بنص القانون، مثلما تقتضيه المادة 667 من القانون المدني الجزائري، فالذي له الحق في التمسك بالدفع هو الكفيل غير متضامن دون سواه، وإذا كان الكفيل متضامنا مع غيره من الكفلاء فلا يمنع ذلك على الكفيل الدفع بالتجريد.

وعليه فالكفيل المتضامن مع المدين يكون ملزما بكامل الدين، وللدائن حق الرجوع على الكفيل المتضامن قبل رجوعه على المدين، فله الخيار في الرجوع على من يريد استيفاء حقه بالرجوع على المدين أولاً أو على الكفيل المتضامن، بل أن له الرجوع عليهما بدعوى واحدة في وقت واحد<sup>2</sup>.

### (ج) أن يرشد الكفيل الدائن على أموال مملوكة للمدين

لغرض التمسك بالدفع بالتجريد، يتعين أن يرشد الكفيل الدائن على أموال مملوكة للمدين تكفي للوفاء بالدين كله<sup>3</sup>، وهذا أورده صراحة المادة 661 من القانون المدني

---

<sup>1</sup> - قد لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين، ولكن يجوز له التنازل عن التمسك بالدفع بالتجريد سواء صراحة أو ضمنا إما وقت إبرام العقد أو بعده (نص المادة 788 من القانون المدني المصري)، أما تضامنه مع غيره من الكفلاء فلا يجرمه من حقه في هذا الدفع.

<sup>2</sup> - أحمد محمد زياد، فيصل شرف، مرجع سابق، ص 81-82

<sup>3</sup> - محمد علي عبده، مرجع سابق، ص 129.

## الفصل الثاني : حماية الكفيل بعد رجوع الدائن

الجزائري، بحيث أنه إذا طلب الكفيل التجريد، وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين التي تقي بالدين كله، وهو نفس ما جاءت به المادة 789 من القانون المدني المصري، و المادة 1/825 من القانون المدني القطري وكذا المادة 1022 من القانون المدني العراقي<sup>1</sup>.

ولكي يكون الدفع بالتجريد مقبولاً، وجب أن تكون للمدين أموال يمكن للدائن التمتع عليها، ويقع على الكفيل عبء إثبات وجود أموال للمدين صالحة وكافية للوفاء بكل الدين ويقوم بإرشاد الدائن إلى هذه الأموال على نفقته، كاستخراج الشهادات المثبتة لملكية المدين لعقارات معينة، أو منقولات معينة أو لحقوق شخصية، ومثال ذلك المبالغ المودعة في بنك من البنوك .

وعلى خلاف التشريع الجزائري، المصري والعراقي، فإن المشرع الفرنسي لا يشترط أن تكون أموال المدين كافية للوفاء بالدين كله، وتقدير كفاية الأموال التي يرشد إليها الكفيل مسألة واقع يفصل فيها قاضي الموضوع عند النزاع والعبارة من ذلك قيمة هذه الأموال وقت الإرشاد إليها، والقيمة الصافية لهذه الأموال، إذا كانت مثقلة برهن أو تأمين عيني آخر، فإن قيمتها تتحدد بعد خصم الديون المضمونة بهذا الرهن، فيجوز أن تقي ببعض الدين فقط<sup>2</sup>.

ويشترط أن تكون الأموال التي يرشد الكفيل إليها الدائن غير متنازع فيها، وتطبيقاً لنص المادة 400 ف2 من القانون المدني الجزائري "يعتبر الحق متنازعا فيه إذا وقعت من أجله دعوى أو كان محل نزاع جوهري"، وعلى نحو ذلك ما جاء به نص المادة 469

<sup>1</sup> - إذا طلب الكفيل استيفاء الدائن دينه من أموال المدين وجب عليه أن يدل الدائن على هذه الأموال وأن يقدم له مبلغا يكفي للوفاء بتكاليف الإجراءات.

<sup>2</sup> - زاهية سي يوسف، مرجع سابق، ص68.

## الفصل الثاني : حماية الكفيل بعد رجوع الدائن

فقرة 2 من القانون المدني المصري، ونص المادة 1700 من القانون المدني الفرنسي، وإلزام الكفيل بهذا الشرط ناتج عن كون هذه الأموال تؤدي إلى اتخاذ إجراءات طويلة ومعقدة<sup>1</sup>.

ويشترط، فضلا عن ذلك أن تكون الأموال المرشد إليها من قبل الكفيل موجودة في الجزائر، وذلك لتسهيل التنفيذ عليها وتجنب كل الإجراءات الصعبة والمعقدة التي تحول دون الوصول إليها.

ويستخلص من ذلك كله، أن الدفع بالتجريد مقرر لمصلحة الكفيل لعدم إطالة الإجراءات، وبغرض الاقتصاد في النفقات وتحقيقا للعدالة، لأنه مادام المدين موسرا، فليس من العدل إلزام الكفيل بالوفاء.

### 2. آثار الدفع بالتجريد

استنادا إلى نص المادة 660 ف2 من القانون المدني الجزائري، فإنه لا يجوز للدائن "أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله"، وهذا ما جاء في نص المادة 788 ف2 من القانون المدني المصري<sup>2</sup>، وعلى ذلك فإن الأثر الأساسي والمباشر للدفع بالتجريد هو:

---

<sup>1</sup> - شروق عباس فاضل، سارة نعمت أحمد، "حماية الكفيل في عقد الكفالة"، كلية الحقوق، جامعة النهريين، العراق، المجلد 24، العدد 03 الموقع : [www.IraqiAcademicScientificJournal.com](http://www.IraqiAcademicScientificJournal.com) تاريخ الاطلاع 2023/02/20 على الساعة 20:07.

<sup>2</sup> - وهذا ما ورد في أحكام المادة 760 ف1 من القانون المدني الكويتي والمادة 913 ف2 من القانون المدني الفلسطيني، حيث جاء في مضمونها أنه: لا يجوز أن ينفذ الدائن على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله.

## الفصل الثاني : حماية الكفيل بعد رجوع الدائن

• منع التنفيذ أو وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل قبل الرجوع على المدين، وتجريد هذا الأخير من أمواله في حالة مباشرة الدائن لهذه الإجراءات بحقه، حيث يقوم الدائن بالتنفيذ على أموال المدين واقتضاء حقه منه، ففي حالة استثناءه كل دينه فلا يرجع بشيء على الكفيل، وفي حالة عدم كفاية الأموال التي يملكها المدين، لسبب أو آخر، كأن تنخفض قيمة هذه الأموال بسبب تقلبات السوق، أو ظهور دائنين آخرين يزاحمون الدائن ثمة التنفيذ، فيجوز للدائن عندها الرجوع على الكفيل بالباقي من حصته، ويقع عبء الإثبات على عاتق الدائن بأنه نفذ على جميع أموال المدين التي أرشده عليها الكفيل<sup>1</sup>، باعتبار أن هذا الأخير مدين احتياطي. وكل ذلك يشكل حماية للكفيل ويضعه في مركز أفضل.

• تقوم مسؤولية الدائن اتجاه إفسار المدين نتيجة عدم إتخاذ إجراءات التنفيذ في الوقت المناسب، وهذا ما ورد في نص المادة 662 من القانون المدني الجزائري، وما يقابلها في نص المادة 790 من القانون المدني المصري، وعني ذلك الدائن الذي يتباطأ في اتخاذ الإجراءات اللازمة، ما قد يمكن المدين من إخفاء أمواله أو تهريبها أو تبديدها أو السماح للغير بتملك العقار بالتقادم المكسب، ويقع عبء إثبات تقصير الدائن على عاتق الكفيل.

---

<sup>1</sup> - إن ما يترتب على الدفع بالتجريد أن عدم إمكان التنفيذ على أموال الكفيل قبل تجريد المدين من أمواله لا يحول دون اتخاذ إجراءات تحفظية في مواجهة الكفيل لمطلب وضع الأختام على تركته إذا مات أو دفع حجز تحفظي مادة 646 قانون مدني جزائري للكفيل أو تعيين قيم عليه إذا ما اعتراه الجنون أو السفه، كذلك حصول الدائن على حق الاختصاص على عقار مملوك للكفيل بموجب حكم قضائي.

## الفصل الثاني : حماية الكفيل بعد رجوع الدائن

- براءة ذمة الكفيل في الحدود التي يتحصل عليها الدائن من حقه نتيجة تنفيذه على أموال المدين التي أرشده إليها الكفيل<sup>1</sup>، وهذا يفيد الكفيل في اقتصاد الوقت وتجنب كثرة وطول الإجراءات.

### ثانيا . مدى انطباق الدفع بالتجريد على الكفيل العيني

بعدما تم التعرف على أحكام الدفع بالتجريد، شروطه وآثاره، يمكن التساؤل عما إذا كان يحق للكفيل العيني التمسك بهذا الدفع في مواجهة الدائن، ولعل المسألة تختلف بحسب ما إذا كان الدفع موجه إلى تجريد أموال المدين، أو موجه إلى تجريد الأموال المخصصة للتأمين العيني للالتزام المدين.

### 1 . عدم جواز الدفع بتجريد أموال المدين الأصلي

تنص المادة 901 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان الرهن شخصا آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من ماله ولا يكون حق الدفع بتجريد المدين إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك". ويستخلص من ذلك أن التمسك في مواجهة الدائن بالدفع بتجريد أموال المدين إنما هو حق خالص للكفيل الشخصي دون سواه، ويستبعد الكفيل العيني، لأن هذا الأخير يعتبر بمنزلة الرهن، ولا يحق بالتبعية التمسك بالتجريد إلا إذا كان قد اشترط ذلك صراحة عند إبرام الرهن.

<sup>1</sup> - د/علاء وصفي المستريحي، الضوابط القانونية الناظمة لحق الكفيل في الدفع بتجريد المدين، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، كلية القانون، جامعة اليرموك، الأردن، العدد02، 2021، ص662.

وفضلا عن ذلك، لا يحق للكفيل العيني أن يدفع بتجريد مدين آخر غير مكفول، وذلك في حالة تعدد المدنين.

### 2 . جواز الدفع بتجريد أموال التأمين العيني للمدين

تتحقق هذه الصورة عند وجود تأمين عيني أو تخصيص للوفاء بالدين وأثره على التزام الكفيل، في هذه الحالة أجاز المشرع للكفيل أن يطلب التنفيذ على الأموال المثقلة بهذا التأمين قبل التنفيذ على أمواله<sup>1</sup>، بحيث نصت المادة 663 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانونا أو اتفاقا لضمان الدين وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين"، ويقابل ذلك المادة 791 من القانون المدني المصري، والمادة 763 من القانون المدني الكويتي، والمادة 916 من القانون المدني الفلسطيني.

ويستخلص من ذلك، أن دين المدين إذا كان خصص للوفاء به تأميناً عينياً، كرهن أو حق امتياز أو اختصاص أو منقول، جاز للكفيل أن يطلب من الدائن أن ينفذ أولاً على هذا المال المخصص للوفاء قبل التنفيذ على أمواله.

وحكمة ذلك أن المشرع قد راع مصلحة الكفيل الذي يتدخل لضمان دين غير دينه، فهذه تعد صورة خاصة من صور التجريد<sup>2</sup>، وللتمسك بهذا الدفع ينبغي تحقق شروط، منها:

<sup>1</sup> - نبيل سعد إبراهيم، مرجع سابق، ص 104.

<sup>2</sup> - أبو مارية، مرجع سابق، ص 31.

## الفصل الثاني : حماية الكفيل بعد رجوع الدائن

- يجب أن يكون هناك تأمين عيني خصص لضمان الدين، والذي قد يكون رهن رسمي أو حيازي، أو امتياز وارث على عقار بحسب طبيعة هذا التأمين.
  - يجب أن يكون التأمين العيني سابقا أو معاصر للكفالة، فإذا كان التأمين العيني قد تقرر بعد الكفالة، فإن الكفيل لا يستطيع أن يدفع بضرورة التنفيذ على المال قبل التنفيذ على أمواله.
  - يجب أن لا يكون الكفيل متضامن مع المدين وهذا الشرط متطلب كذلك في الصورة العامة للدفع بالتجريد، ومنطلق ذلك التضامن يجعل الكفيل في مركز المدين وبالتالي يسمح للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين.
  - أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع لأنه لا يتعلق بالنظام العام، وإنما هو مقرر لمصلحة الكفيل، وعلى ذلك لا يجوز للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها.
- وفي حالة توفر هذه الشروط، فإنه يترتب على هذا الدفع ما يترتب عليه الدفع بالتجريد في صورته العامة من آثار، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على الأموال المحملة بهذا التأمين.

### الفرع الثاني

#### حق التمسك بالدفع بالتقسيم

الدفع بالتقسيم هو حق مقرر للكفيل العيني مفاده أن هذا الأخير يجوز له أن يطلب تقسيم الدين بينه وبين الكفلاء الآخرين بنسبة حصة كل منهم<sup>1</sup>، ويشترط لحق الكفيل في

<sup>1</sup> -شروق عباس فاضل، سارة نعمت أحمد، مرجع سابق، ص286.

## الفصل الثاني : حماية الكفيل بعد رجوع الدائن

الدفع بالتقسيم أن يكون أكثر من كفيل لدين واحد وفي عقد واحد، ولم يكن هؤلاء الكفلاء متضامنين فيما بينهم لذلك فالدين ينقسم عليهم، ولا يجوز للدائن أن يرجع على أي منهم إلا بقدر نصيبه في الدين، وهنا يحق لأي كفيل من الكفلاء أن يدفع اتجاه الدائن بحق تقسيم الدين بين الكفلاء الآخرين<sup>1</sup>، وهذا ما جاء في نص المادة 1/664 من القانون المدني الجزائري :

"إذا تعدد الكفلاء لدين واحد، وبعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم قسم الدين عليهم ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة"<sup>2</sup>.  
وهذا ما نصت عليه كذلك المادة 793 من القانون المدني المصري.

ويستشف من ذلك أن تقسيم الدين يقع بقوة القانون، ونص عليه المشرع حماية للكفلاء في هذا العقد بصفتهم طرفاً ضعيفاً فيه، فقد فرض القانون أن يقسم الدين فيما بينهم كلا بحسب حصته، ولا يحق للدائن إثقال كاهل أحد الكفلاء بالرجوع عليه بكامل الدين، بل يتحمل حصته فقط من الدين إذا كانوا قد كفلوا الدين معاً في عقد واحد.

حيث يتمسك الكفيل أمام الدائن بتقسيم الدين إذا طالبه بسداده كله، أما في حالة إعسار أحد الكفلاء غير المتضامنين فإن الدائن يتحمل في هذه الحالة حصة الكفيل المعسر<sup>3</sup>، وهذا خلافاً لما جاء به التشريع الفرنسي الذي كرس مسؤولية كل كفيل عن الدين

<sup>1</sup> - نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 323.

<sup>2</sup> - المادة 1024 من القانون المدني العراقي: "إذا تعدد الكفلاء فإن كان كل منهم قد كفّل الدين على حدى بعقد مستقل طلب كل منهم بجمع الدين، وإذا كانوا قد كفّلوا معاً في عقد واحد لا ينقسم الدين بينهم وطلب كل منهم بحصته".

<sup>3</sup> - سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 83.



## الفصل الثاني : حماية الكفيل بعد رجوع الدائن

في مجموعه، وفقا لنص المادة 2026 من التقنين المدني الفرنسي، ففي حالة إعسار أحد الكفلاء، فإن باقي الكفلاء الآخرين يتحملون حصة المعسر منهم.

### أولا . شروط الدفع بالتقسيم

لغرض الدفع بالتقسيم، يتعين استيفاء جملة من الشروط، تتمثل فيما يلي:

#### 1 . أن يتعدد الكفلاء

يشترط أن يتعدد الكفلاء، فلو كان للمدين كفيل واحد فإن الدين لا ينقسم بينهم، ويرى بعض الفقه أنه يجوز أن يكون التقسيم بين الكفيل العيني والكفيل الشخصي، فالكفيل الشخصي ملتزم بكل الدين والكفيل العيني ملتزم في حدود قيمة المال الذي خصصه للوفاء، فإذا كانت قيمة هذا المال مساوية للدين أو تجاوزه اعتبر الكفيل العيني ملتزما بكل الدين ثم بعد ذلك يقسم الدين بينه وبين الكفيل الشخصي مناصفة، أما إذا كانت قيمة المال الذي خصص للوفاء أقل من قيمة الدين انقسم الدين بينه وبين الكفيل الشخصي بنسبة هذه القيمة إلى مجموع قيمة التزاميهما<sup>1</sup>، بينما هناك من يرى أنه لا يجوز انقسام الدين بين الكفيل العيني والشخصي، حيث ينفذ أولا على المال الذي رهنه الكفيل العيني الضامن للدين.

---

<sup>1</sup> - مثال ذلك إذا كان الدين ثلاثة آلاف وقيمة المال المرهون نصف هذا المبلغ كان للكفيل الشخصي ضامنا ثلاثة آلاف كلها والكفيل العيني ألف وخمسمائة، وينقسم الدين بينهما أي أن الكفيل الشخصي يكون ملتزما بألفين والكفيل العيني بألف فقط.

### 2 . أن يتعدد الكفلاء للدين الواحد

يشترط أن يتعدد الكفلاء بالنسبة للدين الواحد<sup>1</sup>، لذلك لا يجوز للكفيل أن يطلب تقسيم الدين بينه وبين كفيله، أي كفيل الكفيل، لأنهما لا يكفلان نفس الدين، طالما أن التزاميهما مختلفان، فالكفيل يضمن الالتزام الأصلي، أما كفيل الكفيل فيضمن التزام الكفيل.

### 3 . ألا يكون المدينون متضامنون

إذا تعدد المدينون وكانوا متضامنين فيما بينهم، وقدم كل منهم كفيلا، أي أن لكل مدين كفيل، فلا يجوز لهؤلاء الكفلاء المتعددين أن يطالبوا التقسيم، بل يبقى كل منهم مسؤول عن كل الدين، لأنه في التضامن يجوز للدائن مساءلة أي مدين بكل الدين، لذا فإن كل كفيل لأي من المدينين مسؤول عن مجموع الدين، فلا انقسام بينهم (أي بين الكفلاء)، أما لو كان المدينين غير متضامنين، فإن الدين ينقسم بينهم، وفيما بعد ينقسم بين الكفلاء طبقا للقواعد العامة<sup>2</sup>.

### 4 . أن يتعدد الكفلاء بعقد واحد

عندما يتعدد الكفلاء وكانوا قد التزموا بعقد واحد، فهذا يدل على أن كل كفيل قد اعتمد على الكفلاء الآخرين وانصرفت نيته إلى أنه لا يلتزم إلا بقدر نصيبه، لذلك فإن المشرع قرر، بموجب المادة 664 ف1 من القانون المدني الجزائري، تقسيم الدين فيما بينهم

---

<sup>1</sup> - أن يكفل الكفلاء المتعددون ديناً واحداً فإذا كفل شخصان كلا منهما دين غير الذي كفله الآخر فلا ينقسم الدين بينهما، إذ يبقى كل منهما مسؤولاً عن دينه كله الذي كفله.

<sup>2</sup> - زاهية سي يوسف، مرجع سابق، ص 76.

## الفصل الثاني : حماية الكفيل بعد رجوع الدائن

بقوة القانون، أما إذا كان كل كفيل قد كفل الدين بعقد مستقل أو بعقود متوالية، فلا ينقسم الدين، ويبقى كل واحد منهم مسؤولاً عن الدين كله، إلا إذا احتفظ بحق التقسيم لنفسه، وهذا ما أكدته المادة 664 ف2 من القانون المدني الجزائري، أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، فإن كل واحد منهم يكون مسؤولاً عن الدين كله إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم<sup>1</sup>.

### 5. أن لا يكون الكفلاء متضامنين

إذا تعدد الكفلاء وكانوا متضامنين بينهم، جاز للدائن الرجوع على أي منهم ومطالبته بكل الدين، ولا يجوز وقتها الدفع بالتقسيم، وقد نصت على ذلك المادة 664 ف1 من القانون المدني الجزائري، ويقابلها نص المادة 793 من القانون المدني المصري.

### ثانياً . آثار الدفع بالتقسيم

يترتب على الدفع بالتقسيم، الآثار التالية:

- لا يجوز للدائن أن يطالب أي من الكفلاء إلا بقدر حصته من الدين.
- للكفيل أن يتمسك بالدفع بالتقسيم في أي مرحلة من مراحل الدعوى<sup>2</sup>.
- يكون التقسيم بقوة القانون، ويحكم به القاضي من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى أن يتمسك به الكفيل.

1 - د. بوجنان نسيم، مطبوعة في مقياس ضمانات القروض البنكية، موجهة لطلبة السنة أولى ماستر، تخصص قانون أعمال جامعة ابوبكر بلقايد تلمسان 2021-2022، ص5.

2 - سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، الطبعة 3، المجلد 3، عقود مسماة، 1994، ص70.

## الفصل الثاني : حماية الكفيل بعد رجوع الدائن

- عند إعسار أحد الكفلاء الآخرين، لا يتحمل أي كفيل مدعى عليه حصة من أعسر بل الدائن من يتحمل ذلك.
- في حالة تعدد الكفلاء في دين واحد، سواء كان بعقد منفرد، وبعقود متوالية، فإنهم يعتبرون متضامنين، ويكون كل واحد منهم مسؤولاً عن الدين، إلا في حالة ما إذا حدد الكفيل كفالة جزء من الدين فإنه لا يستطيع أي منهم (الكفلاء) أن يتمسك بحقه بتقسيم الدين بينه وبين غيره من الكفلاء<sup>1</sup>.

### المبحث الثاني

#### حماية الكفيل العيني في علاقته بغير الدائن

إن التزام الكفيل العيني بعقد الكفالة هو تنفيذ التزام المدين الموجود على عاتقه والوفاء بدينه إذا لم يتم الوفاء دون مصلحة أو مقابل للكفيل، ولهذا فالكفيل يوفى دين غيره ومن الطبيعي يمنحه القانون الحق في الرجوع على المدين بقدر ما دفعه<sup>2</sup>.

أما في حالة ما إذا كان الوفاء قد تم دون إرادة المدين، فلا يحق للموفى إلا الرجوع بأقل القيمتين لما أوفى به، وقيمة ما عاد على المدين من فائدة نتيجة لهذا الوفاء الذي تم دون إرادته طبقاً للمادة 259 مدني جزائري والتي يقابلها 324 مدني مصري<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> \_ سعاد توفيق سليمان أبو المشايخ، مرجع سابق، ص 140.

<sup>2</sup> - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 113.

<sup>3</sup> - محمد صبري سعدي، شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات الشخصية والعينية، القسم الأول، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 96.

### المطلب الأول

#### حماية الكفيل العيني في علاقته بالمدين الأصلي

يكون رجوع الكفيل العيني على المدين إما بدعوى الحلول طبقا لنص المادة 261 من القانون المدني الجزائري، والتي تقابلها المادة 326 من القانون المدني المصري، أو دعوى شخصية تستند إلى عقد الكفالة يستمد منها الكفيل حقوقه أكثر من الدعاوى التي تستند إلى القواعد العامة<sup>1</sup>، ولكل دعوى خصوصيتها وشروطه كما يمكن للكفيل الرجوع على كفلاء آخرين قاموا بضمان الوفاء بدين وهذا ما سيتم تناوله فيما يلي:

### الفرع الأول

#### حماية الكفيل العيني بواسطة الدعوى الشخصية

يحق الرجوع بدعوى الكفالة لكل كفيل ، سواء كان شخصا أو عينيا، بسيطا أو متضامنا، مأجورا أو بغير أجر، وإن تمت بعلمه أو بغير علمه صراحة أو ضمنا أو على الأقل عدم اعتراضه<sup>2</sup>.

تتميز دعوى الكفالة ببض الخصوصيات، تتعلق بشروطها أو بموضوعها.

---

<sup>1</sup> - محمد صبري سعدي، مرجع سابق، ص 96.

<sup>2</sup> - همام محمد محمود زهران، "التأمينات العينية والشخصية الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز"، منشأة المعارف الاسكندرية، 2001، ص 199.

### أولا . شروط الرجوع بدعوى الكفالة

تنص المادة 670 من القانون المدني الجزائري على أنه "يجب على الكفيل أن يخبر المدين قبل وفاء الدين، ولا يسقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين أو انقضائه". وتطبيقا لنص المادة 672 من نفس القانون، يكون للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه.

ويستفاد من ذلك، أنه يشترط لرجوع الكفيل العيني على المدين بالدعوى الشخصية المستندة إلى الكفالة، الشروط الآتية:

### 1 . أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين ودون اعتراضه

رغم أن هذا الشرط لا يتضح من النصوص، غير أن الفقه مجمع عليه، والمفروض أن الكفالة عادة تعقد لمصلحة المدين، وإن كانت أحيانا تعقد لمصلحة الدائن وحده، كما لو انعقدت بعد نشوء الالتزام الأصلي، ولم يحصل الكفيل من المدين على أية فائدة<sup>1</sup>. وإذا حدثت مثل هذه الصورة التي نادرا ما تحصل، فإن الكفيل لا يمكنه الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية، وإن كان له الرجوع على المدين على أساس دعوى الإثراء بلا سبب تطبيقا لنص المادة 259 مدني جزائري<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات الشخصية والعينية، القسم الأول، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 99.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 100.

## الفصل الثاني : حماية الكفيل بعد رجوع الدائن

وكذلك يجب أن تكون الكفالة قد تمت دون معارضة المدين باعتبار أنها تتعقد لمصلحة هذا الأخير أو لمصلحة الدائن والمدين معا، كونها تحقق الائتمان للدائن ليقبل التعامل مع المدين.

كما قد تعقد الكفالة رغم معارضة المدين تطبيقا للمادة 647 من القانون المدني الجزائري، إلا أن المادة 672 من نفس القانون لا تجيز للكفيل الرجوع بالدعوى الشخصية إلا إذا عقدت بعلم المدين أو بدون علمه، أما إذا كان معارضا وتمت الكفالة، فهنا لا يجوز الرجوع عليه بهذه الدعوى، وإنما يمكن اللجوء إلى دعوى الحلول<sup>1</sup>.

### 2. أن يكون الكفيل قد وفى الدين

يتعين تطبيقا لنص المادة 672 / 1 من القانون المدني الجزائري أن يقوم الكفيل بالوفاء للدائن بالدين المكفول، ويكون الوفاء إما بمنح الشيء المستحق أصلا أو ما يقوم مقامه بشرط أن يؤدي إلى براءة ذمة المدين، ويمكن للكفيل الرجوع على المدين ولو أوفى بجزء من الدين<sup>2</sup>، ويقابل ذلك نص المادة 800 / 1 من القانون المدني المصري، ولا يقتصر الأمر هنا على الوفاء بالالتزام فقط، وإنما ينصرف إلى أسباب الانقضاء الأخرى، كالمقاصة والوفاء بمقابل أو التجديد بتغيير المدين، أو الإنابة الكاملة أو اتحاد الذمة، شرط أن يترتب على

---

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات الشخصية والعينية، القسم الأول، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 101.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 171.

## الفصل الثاني : حماية الكفيل بعد رجوع الدائن

ذلك براءة ذمة المدين، وإلا لما أمكن الكفيل الرجوع عليه كما لو أن الكفيل قد أوفى الدين بمقابل واستحق هذا المقابل<sup>1</sup>.

### 3. أن يكون أجل الدين قد حل

لا يكون الوفاء بالدين من طرف الكفيل إلا إذا حل أجله، فإذا تعجل الكفيل بالوفاء بالدين قبل حلول الأجل، لا يمكن أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية إلا عند حلول الأجل<sup>2</sup>.

وإذا امتد الأجل بسبب اتفاق بين الدائن والمدين أو بقرار من المحكمة يمنح المدين أجلا آخر، فإن هذا الامتداد لا يحتج به في مواجهة الكفيل، ويجوز له أن يرجع على المدين عند حلول الأجل الأصلي، وليس الأجل الجديد الممنوح<sup>3</sup>.

أما إذا نزل المدين عن الأجل الأصلي، لم يكن هذا النزول بما يتضمنه من إساءة لمركز الكفيل ملزما له إلا أن يقبله، وإذا قبل بتقصير الأجل أو النزول عنه وأوفى الدين كان له الرجوع على المدين بمجرد الوفاء<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup>- نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص 119.

<sup>2</sup>- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 168-169.

<sup>3</sup>- زاهية سي يوسف، مرجع سابق، ص 87.

<sup>4</sup>- همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 204.



### 4. أن لا يقع من الكفيل تقصير يسبب الضرر للمدين

تقضي المادة 670 من القانون المدني الجزائري بأنه يجب على الكفيل إخطار المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين، إذ قد يكون لدى المدين أسباب تمنع الوفاء من الكفيل، كأن يكون قد وفى بالدين أو بجزء منه، أو قد تكون لديه أسباب تؤدي إلى بطلان الدين أو انقضائه، لذا يجب أن يعلم المدين بالوفاء الذي سيتم من الكفيل قبل وقوعه حتى يعترض عليه إن كان لديه سببا للاعتراض<sup>1</sup>.

وفي هذا الإطار، يتعين التمييز بين فرضيتين:

### . الأولى/ حالة إخطار الكفيل للمدين

تفرض المادة 670 من القانون المدني الجزائري على الكفيل علم المدين قبل الوفاء بالدين حتى يمكنه الاعتراض إذا وجد سببا لذلك، كما يخرجه بالمطالبة الخاصة من الدائن ويقابل ذلك نص المادة 798 من القانون المدني المصري، والحكمة واضحة حتى يتسنى للمدين الاعتراض على هذا الوفاء إذا كان من يبرره كأن يكون الذين قد انقضى بإحدى طرق الانقضاء أو كان باطلا أو قابلا للإبطال، فيمتنع الكفيل عن الوفاء<sup>2</sup>، وإخطار الكفيل المدين قبل الوفاء بالدين ليس له شكل خاص، إذ يمكن أن يكون رسميا عن طريق محضر كما يمكن أن يكون بكتاب مسجل، ويمكن أن يكون شفويا على أن يثبت الكفيل أنه قام بهذا الإخطار<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات الشخصية والعينية، القسم الأول، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 101.

<sup>2</sup> - زاهية سي يوسف، مرجع سابق، ص 88.

<sup>3</sup> - نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص 120

## الفصل الثاني : حماية الكفيل بعد رجوع الدائن

وفي حالة عدم اعتراض المدين على الوفاء ووفى الكفيل الدين، فله الرجوع على المدين، فإذا أهمل المدين واجب الاعتراض في الوقت المناسب، فإنه لا يحق له في هذه الحالة أن يحتج بوجود أسباب لديه تؤدي إلى بطلان الدين أو انقضائه، لأنه يتحمل نتيجة تقصيره<sup>1</sup>.

### . الثانية/ حالة عدم إخطار الكفيل للمدين

إذا حدث أن أهمل الكفيل قيامه بواجب الإخطار، أو قيامه بالوفاء رغم اعتراض المدين في الوقت المناسب، أدى ذلك إلى سقوط حقه في الرجوع. أما إذا لم يكن لدى المدين سبب للاعتراض، جاز للكفيل الرجوع على المدين، ولا يسقط حقه بالرغم من خطئه في عدم الإخطار قبل الوفاء، وعلّة ذلك أنه لم يسبب أي ضرر للمدين<sup>2</sup>.

### ثانيا . موضوع الرجوع بدعوى الكفالة

تنص المادة 672 ف2 من القانون المدني الجزائري على أنه: "ويرجع (الكفيل) بأصل الدين والمصروفات، غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده"، ويقابل ذلك نص المادة 800 من القانون المدني المصري.

<sup>1</sup> - همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 209.

<sup>2</sup> - محمد صبري سعدي، شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات الشخصية والعينية، القسم الأول، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 102.

## الفصل الثاني : حماية الكفيل بعد رجوع الدائن

ويحدد هذا النص مدى ما يرجع به الكفيل على المدين، فهو يرجع بأصل الدين والمصروفات.

### 1 . أصل الدين

يتمثل أصل الدين في كل ما تم دفعه من طرف الكفيل للدائن لإخلاء ذمة المدين، ويشمل مقدار الدين في أصله، وكذلك فوائد هذا الدين لو كان الدين ينتج فوائد اتفاقية أو قانونية ما دامت هذه الفوائد تدخل ضمن الدين المكفول.

ويشتمل أصل الدين كذلك ما يضطر الكفيل إلى دفعه للدائن في نظير المصروفات التي تكبدها هذا الأخير في مواجهة المدين، وبوجه عام يشمل كل ما وجب على الكفيل لإخلاء ذمة المدين<sup>1</sup>.

### 2 . المصروفات

لما كانت دعوى الكفالة تقوم على أن التزام المدين بالرد منوط بإفادته وإثرائه من وفاء الكفيل، فالمشرع لم يحمل المدين إلا بما أفاده منها، ولم تكن له مصلحة في الاعتراض على إنفاقها، أو سبيل لتجنبها، وفي نفس الوقت فإنه حماية للكفيل من إنفاق مصروفات لا يستطيع الرجوع بها على المدين<sup>2</sup>.

وتقضي المادة 672 ف2 من القانون المدني على أن المدين لا يلزم إلا بما أنفق من هذه المصروفات، وبعد إخطار الكفيل له بالإجراءات التي اتخذت ضده، لذا فقد أوجب

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 173.

<sup>2</sup> - همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 208.

## الفصل الثاني : حماية الكفيل بعد رجوع الدائن

على الكفيل إخطاره، وقررت أن المصروفات التي يلتزم بها المدين هي التي أنفقت بعد الإخطار<sup>1</sup>.

### 3 . التعويضات

لم تذكر المادة 672 من القانون المدني الجزائري شيئاً عن التعويض في حالة إلحاق الضرر بالكفيل، ويقابل ذلك نص المادة 800 من القانون المدني المصري والتي كانت تتضمن بأن للكفيل أن يرجع بالتعويض، ولكنها حذفت وذلك اكتفاء بتطبيق القواعد العامة، أما التقنين المدني الفرنسي فيسمح صراحة، بموجب المادة 2028 منه، برجوع الكفيل على المدين مطالباً إياه بالتعويض<sup>2</sup>.

وقد أجمع الفقهاء المصريين على إمكانية رجوع الكفيل بالتعويض على المدين، وإن كان البعض الآخر يشترط سوء النية، على أساس نص المادة 231 من القانون المدني المصري تطبيقاً للقواعد العامة<sup>3</sup>.

ومن تطبيقات التعويض الذي يرجع به الكفيل على المدين بسبب الضرر الذي أصابه دون خطأ منه، أن يضطر الكفيل إلى بيع ماله بثمن بخس حتى يفي بالدين تجاه الدائن، أو توقيع الدائن الحجز على مال الكفيل وبيعه بثمن بخس<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات الشخصية والعينية، القسم الأول، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 103.

<sup>2</sup> - عبد السلام السعيد، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 1997، ص 133.

<sup>3</sup> - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 123.

<sup>4</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات الشخصية والعينية، القسم الأول، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 104.

### الفرع الثاني

#### حماية الكفيل العيني بواسطة دعوى الحلول

للكفيل الذي أدى الالتزام الذي في نمة المدين أن يحل محل الدائن، ويقصد بدعوى الحلول على الكفيل الذي وفى الدين أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق بما لهذا الحق من خصائص وما تلحقه من توابع و ضمانات وما يرد عليه من دفع<sup>1</sup>.

#### أولا . أساس دعوى الحلول

تنص المادة 671 من القانون المدني الجزائري 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 يستوفي الدائن كل حقه من المدين".

يتضح من نص هذه المادة أن دعوى الحلول تعني أن الكفيل الذي وفى الدين أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق قبل المدين، وهذه الدعوى ما هي إلا تطبيقا للقواعد العامة في الوفاء مع الحلول<sup>2</sup>، والمنصوص عليها في المادة 261 من القانون المدني الجزائري، والمادة 264 من القانون المدني المصري.

<sup>1</sup> \_حكيمة مؤذن، الكفالة العينية في التشريع المغربي، مجلة المنار، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية،

السويس، الرباط، المغرب، تاريخ الاطلاع : 30 أبريل 2023

<sup>2</sup> - زاهية سي يوسف، مرجع سابق، ص 92.

## الفصل الثاني : حماية الكفيل بعد رجوع الدائن

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<sup>1</sup>.

### ثانيا . شروط دعوى الحلول

أن يكون الكفيل قد وفى الدين لكي يحل الكفيل مكان الدائن في حقوقه قبل المدين، أن يكون وفى الدين فعلا، كما تجدر الإشارة إلى أن طريقة الوفاء لا تهم فقد تكون بالوفاء أو بما يقوم مقام الوفاء، كالوفاء بمقابل أو بتحديد الدين أو عن طريق المقاصة.

وفي كل الحالات التي سبق ذكرها فالكفيل يحل محل الدائن ولا يحل الكفيل محل الدائن إلا بالقدر الذي ضمنه<sup>2</sup>، وتم دفعه، فإذا وفى الكفيل جزءا من الدين سواء كان ذلك الجزء هو كل ما ضمنه أم بعض الدين الذي ضمنه كله فحلولة محل الدائن لا يكون أو بالقدر الذي دفعه، ولكن الكفيل لا يستطيع الرجوع على المدين بدعوى الحلول إلا بعد أن يكون الدائن قد استوفى حقه كاملا<sup>3</sup>.

ولكي يتمكن الكفيل من الرجوع على المدين بدعوى الحلول، يجب أن يكون الوفاء قد وقع عند حلول الأجل الأصلي، فإذا كان قد وفى قبل حلول الأجل باتفاق مع المدين فإنه يكون له كذلك أن يحل محل الدائن قبله، أما إذا تم الوفاء قبل الأجل ومن غير رضا

---

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات الشخصية والعينية، القسم الأول، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 105.

<sup>2</sup> - نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص 126.

<sup>3</sup> - نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص 126-127.

## الفصل الثاني : حماية الكفيل بعد رجوع الدائن

المدين، فإن الكفيل يعرض نفسه لخطر ضياع حقه في الرجوع على المدين والحلول محل الدائن<sup>1</sup>.

### ثالثا . آثار دعوى الحلول

نصت المادة 671 من القانون المدني الجزائري بأنه إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين، وحكمها هو تطبيق للقواعد العامة التي وردت بمقتضى المادة 261 من القانون المدني الجزائري.

وتطبيقا لذلك يتبين أن حلول الكفيل محل الدائن يقتضي أن يكون للكفيل أن يرجع على المدين بحق الدائن بما له من خصائص، ولما يلحقه من توابع ولما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفع.

• يحل الكفيل محل الدائن في حقه ويرجع على المدين بهذا الحق، ولذلك يجب أن يكون حق الدائن لا زال قائما وقت الوفاء ليستطيع الكفيل الموفى أن يرجع به<sup>2</sup>.

• يرجع الكفيل بحق الدائن بماله في خصائص، وعلى ذلك فلا يمكن على المدين إلا عند حلول الأجل الذي يستطيع الدائن الرجوع فيه.

• يرجع الكفيل بحق الدائن بما يلحق هذا الحق من توابع فلو كان حق الدائن منتجا بسعر معين انتقالي الكفيل منتجا للفوائد بهذا السعر<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 216.

<sup>2</sup> - محمد سعدي صبري، مرجع سابق، ص 107.

<sup>3</sup> - همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 223.

## الفصل الثاني : حماية الكفيل بعد رجوع الدائن

• يحل الكفيل محل الدائن في حقه بما يكفله من تأمينات سواء كانت تأمينات شخصية أو عينية، سواء كانت قدمت من المدين أو من شخص آخر، ويستوي أن تكون هذه التأمينات قدمت قبل الكفالة أو معها أو بعدها.

ويقع الحلول في التأمينات بحكم القانون، فلا يحتاج إلى اتفاق بين الكفيل والدائن، كما لا يجوز لهذا الأخير أن يتنازل عن الرهن، أو عن مرتبة هذا الرهن إضراراً بالكفيل الذي حل محله في هذا الرهن.

وبالنسبة للتأمينات العينية المقدمة من المدين، فإن الكفيل يحل فيها محل الدائن، سواء كان المال المحمل بالتأمين في ذمة المدين، أم انتقل إلى شخص آخر، ويشترط أن يكون الكفيل قد اتخذ الإجراءات اللازمة لنقل هذه التأمينات ليستطيع الاحتجاج في مواجهة الغير بحلوله محل الدائن في هذه التأمينات، وقد نصت المادة 659 من القانون المدني الجزائري على أنه إذا كان الدين مضموناً بمنقول مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه الكفيل<sup>1</sup>.

أما إذا كان الدين مضموناً بتأمين عقاري، فإن الدائن يلتزم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين، ويتحمل الكفيل مصروفات هذا النقل على أن يرجع بها على المدين<sup>2</sup>.

وبوجه عام، يحل الكفيل محل الدائن في حقه بما يرد عليه من دفع، سواء كانت هذه الدفع أسباب لبطلانه أو أسباب لانقضائه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - محمد سعدي صبري، مرجع سابق، ص 109.

<sup>2</sup> - محمد سعدي صبري، شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية والشخصية، عقد الكفالة، مرجع نفسه، ص 110.

<sup>3</sup> - همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 225.



### المطلب الثاني

#### علاقة الكفيل بغيره من الكفلاء

إذا قام الكفيل بوفاء الدين للدائن كان له حق الرجوع على الكفلاء الذين كفلوا نفس الدين، وهذا يقتضي التمييز بين حالتين، الأولى تتعلق بتعدد الكفلاء من التضامن، والثانية تتصرف إلى تعدد الكفلاء من دون تضامن.

### الفرع الأول

#### في حالة تعدد الكفلاء مع التضامن

إذا تعدد الكفلاء وكانوا متضامنين فيما بينهم، فلا ينقسم الدين بينهم، سواء كانوا يكفلون ديناً واحداً بعقد واحد، أو ملزمين بعقود متوالية. وتطبيقاً لنص المادة 664 ف2 من القانون المدني الجزائري فإنه "إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم بالدين عند حلوله، يجوز له أن يرجع على كل الباقيين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم"، ويقابل ذلك نص المادة 796 من القانون المدني المصري.

وبذلك يكون كل منهم مسؤولاً عن كل الدين ولا يجوز لأحد الكفلاء أن يتمسك بتقسيم الدين بينه وبين باقي الكفلاء، فإذا وفى أحدهم الدين بعد مطالبته، فله حق الرجوع على غيره من الكفلاء، إما بدعوى الإثراء بلا سبب أو بدعوى الحلول محل الدائن، وفي الحالتين لا يجوز للكفيل أن يرجع على الكفيل الآخر إلا بقدر حصته ونصيبه<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>-نزیه كباره، العقود المسماة(البيع، الإجارة، الوكالة، الكفالة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2010، ص403.

### الفرع الثاني

#### في حالة تعدد الكفلاء بدون تضامن

إذا تعدد الكفلاء لضمان دين واحد وكانوا غير متضامنين، قسم الدين بينهم بقوة القانون، فلا يلتزم كل كفيل إلا بقدر نصيبه من الكفالة، وأن إفسار أحدهم لا يتحملة غيره من الكفلاء، وإنما يتحمل الدائن حصة الكفيل المعسر منهم، فإذا أوفى أحد الكفلاء بنصيبه فإنه لا يجوز له الرجوع على غيره من الكفلاء بشيء، لكن إذا أوفى الدين كله رغم عدم التزامه، فإنه لا يكون له الحق في الرجوع على غيره من الكفلاء إلا بدعوى الإثراء بلا سبب، وذلك طبقاً للقواعد العامة.

ويرجع على كل منهم بقدر نصيبه في المسؤولية عن الدين كما تحددت وقت الكفالة دون اعتبار لما يطرأ بعد ذلك من إفسار لبعض الكفلاء<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث

#### رجوع الكفيل الموفى على الكفيل العيني وحائز العقار

لا يعتبر الكفيل العيني . تماماً مثل الكفيل الشخصي . مديناً أصلياً، حيث لا يسأل عن الدين إلا بمقدار قيمة المال الذي رهنه ضماناً للالتزام الأصلي للمدين، وفي حالة ما إذا كان الكفيل العيني أوفى الدين، كان له أن يرجع على أي مدين أو كفيل آخر، سواء كان شخصياً أو عينياً، وفي حالة أن الكفيل الشخصي أوفى الدين كان له أن يرجع على الكفيل العيني بمقدار حصته في الدين، وتتحدد هذه الأخيرة إلى قيمة المال الذي رهنه كله، وتكون

<sup>1</sup> - زاهية سي يوسف، مرجع سابق، ص 99.

## الفصل الثاني : حماية الكفيل بعد رجوع الدائن

حصة كل من الكفيل العيني والكفيل الشخصي متساوية إذا كانت قيمة تلك العين مساوية للدين أو تزيد عليه، بحيث تكون مسؤولية الكفيل العيني على الدين بمقدار مسؤولية الكفيل الشخصي، وفي حالة تقديم الكفيل العيني لقيمة العين أقل من قيمة الدين قسم عليهما بنسبة قيمة الدين إلى قيمة العين<sup>1</sup>.

إن الحائز على العقار هو من تنتقل إليه ملكية عقار رهنه المدين في الدين، فإذا أوفى الكفيل الدين المضمون بالرهن، حل محل الدائن في هذا الرهن، وكان له أن يتتبع العقار في يد الحائز وينفذ عليه بمقدار ما دفعه من الدين متقدما في ذلك على سائر دائني الحائز للعقار، لأنه حل محل الدائن في الرهن الذي يثقل العقار، ويكون رجوع الكفيل على حائز العقار المرهون بكل ما دفعه، وفي حدود قيمة العقار لأن حائز العقار يحل محل المدين<sup>2</sup>

<sup>1</sup> زاهية سي يوسف، مرجع سابق، ص 103، 102.

<sup>2</sup> بن يكن عبد المجيد، مرجع سابق، ص 234.

خاتمة

## خاتمة

تعد الكفالة من أبرز الضمانات التي يسعى فيها الدائن الى الحصول عليها مقابل دين مترتب على عاتق المدين فالكفيل له دور في العلاقة التي تربط الدائن بالمدين من خلال ضمان الالتزام المدين في حالة عدم وفائه بالالتزام فقعد الكفالة له أهمية اقتصادية واجتماعية لما تحققه من ثقة واطمئنان بين الأفراد المتعاملين.

وبعد دراستنا للطبيعة القانونية للكفالة العينية - الكفيل العيني ومن خلال معالجة آليات حماية الكفيل العيني في المرحلتين السابقة على إبرام العقد والشروط الواجب توفرها عند إبرامه لعقد الكفالة وحمايته بوضع قواعد عامة وأخرى خاصة يستفيد منها الكفيل نظرا لطبيعة العقد ومركزه وكذلك في المرحلة اللاحقة بعلاقته بالدائن والمدين والدفع التي منحت له.

حيث خلصنا في هذه الدراسة إلى جملة من النتائج ومن أبرزها:

- الكفالة العينية يكون مضمونها تقديم ضمان عيني للدائن من قبل شخص الكفيل الشخصي بتقديم مال أو شيء مملوكا له ضمانا للوفاء بدين في ذمة المدين الأصلي ووسيلته في ذلك رهن المال رهنا تأميني سواء كان عقارا أو منقولا.
- يتميز الكفيل العيني عن الكفيل الشخصي بان مسؤوليته محدودة بقيمة المال الذي قدمه تأمينا له فلا ينفذ الدائن إلا على المال المرهون فقط، فالضمان لا يرد على كل ذمته المالية.
- أن القانون لم ينضم أحكام الكفالة العينية بصفة خاصة فهي لم تحظى بتنظيم مستقل فإنها من حيث المبدأ تسري عليها القواعد المنظمة للكفالة.

- أن التزام الكفيل العيني هو التزام احتياطي وتبعي للالتزام الأصلي للمدين.
  - يحتج الكفيل العيني بالدفع الخاصة بالمكفول عنه وهو المدين وله الرجوع عليه أو على غيره من الكفلاء.
  - التزام الكفيل العيني هو التزام محله دين على عين محددة بذاتها.
  - إن أحكام الكفالة العينية تأخذ أحكامها من الكفالة والرهن بنوعيه.
- ونرى من خلال دراسة هذا الموضوع أن هناك بعض التوصيات تتمثل في:
- ضرورة إدراج المشرع الجزائري تنظيماً مستقلاً للكفالة العينية بصورة مباشرة أي قوانين تنظمها وتمكن الكفيل العيني من معرفة مركزه القانوني.
  - إعطاء الكفيل العيني الحق بالتمسك بالدفع التي يتمسك بها المدين فهي ضمان لحقوق الكفيل، خاصة الدفع بالتجريد.
  - تنظيم الأحكام التي تنظم العلاقة بين الكفيل العيني وعلاقته بالدائن والمدين بما يتلاءم ومركز الكفيل في عقد الكفالة.

المُلخَص

# المُلخَص

تعد دراسة موضوع الكفيل العيني من المواضيع الهامة في قانون المعاملات المدنية بين الأفراد وبالرغم من أهمية هذا الموضوع إلا أنه لا يوجد تنظيم واضح في التشريع الجزائري، بل تم التطرق إليه في بعض النصوص المتفرقة هنا وهناك في القانون المدني، تدور بين النصوص التي عالجت عقد الكفالة بصفة عامة، وأحكام أخرى جاءت مدرجة في النصوص التي تناولت الرهون.

وعليه، يكون من المستحسن إحاطة هذا الموضوع بأحكام قانونية موحدة تنظمه، اعتبارا لكونه ضمان يبعث على الائتمان والثقة في المعاملات، وجب تأطيره وحمايته.



# قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا . القوانين

1. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني والمتمم.
2. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

ثانيا . الكتب

1. بلحاج العربي، الوجيز في الحقوق العينية في ضوء الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية، طبعة أولى، دار النشر والتوزيع، جدة، 2015.
2. رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005.
3. زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، الطبعة 3، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، 2004.
4. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، الطبعة 3، المجلد 3، عقود مسماة، 1994.
5. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، الإسكندرية، مصر، 2001.
6. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر والأخير في التأمينات الشخصية والعينية، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1970.

7. عبد السلام السعيد، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 1997.
8. عقيل فافل حمد الرحمان، تبعية التأمينات للالتزام الأصلي في القانون المدني والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2012.
9. محمد حبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عين مليلة، الجزائر، 2011.
10. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات الشخصية والعينية، القسم الأول، عقد الكفالة، ط 1، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1992.
11. محمد علي عبده، عقد الكفالة، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2005.
12. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية، الكفالة الإنابة الناقصة، الضمان بمجرد الطلب، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2000.
13. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.
14. نزيه كباره، العقود المسماة (البيع، الاجارة، الوكالة، الكفالة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2005.
15. همام محمد محمود رضوان، التأمينات العينية والشخصية (الكفالة) الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، منشأة الناشر للمعارف، الإسكندرية، مصر، 2001.

ثالثا . المذكرات والرسائل

• رسائل الدكتوراه

1. بن يكن عبد المجيد، عقد الكفالة في الفقه الإسلامي والتقنين المدني الجزائري، رسالة دكتوراه في علوم الشريعة، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2014.
2. بنت الخوخ مريم، دور الضمانات الشخصية في تدعيم الائتمان، رسالة دكتوراه في العلوم، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2020 - 2021.
3. محمد السعيد ليندة، الكفالة البنكية، رسالة دكتوراه، قسم خاص، قانون الاعمال، كلية الحقوق، الجزائر 1، 2018/2019.

• رسائل ومذكرات ماجستير

1. أحمد محمد زياد، فيصل شرف، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، قسم قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2012.
2. سعاد توفيق سليمان أبو المشايخ، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المصري، أطروحة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2006.
3. علاوة هوام، الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني، رسالة ماجستير، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم الإسلامية، جامعة العقيد لخضر، باتنة، 2007-2008.
4. وفاء ميلود ساسي الجبالي، الحماية القانونية للكفيل الشخصي، رسالة ماجستير، قانون خاص، كلية القانون جامعة طرابلس، 2020-2021.

رابعاً . المقالات

1. أمينة عبدلي، الشروط الشكلية لعقد الرهن الرسمي في القانون الجزائري، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية مخبر المؤسسات الدستورية والنظم، الجزائر، العدد 04، 2018.
2. ثامر جاسم محمد، آثار الرهن التأميني فيما بين الراهن والمرتهن، مجلة كلية المأمون، العدد 34، 2019.
3. حكيم مؤذن، الكفالة العينية في التشريع المغربي، مجلة المنار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، المغرب، 2013.
4. سليمان سارة، بحث قانوني كامل حول آثار الكفالة في القانون الجزائري 2004، <https://www.mohamah.net>
5. شروق عباس فاضل، سارة نعمت أحمد، حماية الكفيل في عقد الكفالة، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، المجلد 24، العدد 03، <https://www.IraqiAcademicsscientificjournal.com>
6. صالح أحمد اللهيبي، أحكام الكفيل العيني في التشريع الإماراتي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 19، العدد 02، 2022.
7. عبد الرحمن جمعة الحلالشة، تجريد المدين في نطاق القانون المدني القطري، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 47، العدد 01، 2020.

8. علاء وصفي المستريحي، الضوابط القانونية الناظمة لحق الكفيل في الدفع بتجريد المدين، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، كلية الحقوق، جامعة اليرموك، الأردن، العدد2، 2021

9. علي أبو مارية، تجريد أموال المدين كدفع من الدفع المقررة لمصلحة الكفيل في القانون الفلسطيني، دراسة مقارنة بالقانون الكويتي، جامعة فلسطين الأهلية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 12، العدد 01، 2021.

10. غني ريسان جاثر، الطبيعة القانونية للكفالة العينية، دراسة مقارنة، كلية الحقوق جامعة، مجلة دراسات البصرة، المجلد 14، العدد 32، 2019.

11. محمد عبد الغفور، محمد العماري، آثار الكفالة العينية في القانون المدني الأردني، مجلة القانون و الأعمال الدولية، جامعة الحسن الأول، اصدار 43، 2023، الموقع : <https://www.droitentreprise.com> ، تاريخ الاطلاع : 2023/06/15، على الساعة 9 ليلا.

12. نجاة بوساحة، الرهن القانوني المؤسس للبنوك والمؤسسات المالية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد13، 2016.

### خامسا . المحاضرات

1. د.بوجنان نسيم، مطبوعة في مقياس ضمانات القروض البنكية، موجهة لطلبة السنة أولى ماستر، تخصص قانون أعمال جامعة ابوبكر بلقايد تلمسان 2021-2022.

2. د. آسيا بوخاتم، العقود المدنية، موجهة لطلبة السنة أولى ماستر قانون خاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2020-2021.

3. د. شوقي يناس، دروس عقد الرهن، كلية الحقوق جامعة الجزائر 2019-2020.
4. د. محمد بدر الدين ، محاضرات في مادة التأمينات الشخصية و العينية ، موجهة لطلبة سنة ثالثة حقوق، تخصص قانون خاص، المركز الجامعي أحمد صالح، معهد الحقوق و العلوم السياسية، النعامة ، 2020.

# الفهرس



الصفحة	العنوان
	الشكر
	الاهداء
5-2	مقدمة
7	الفصل الأول: حماية الكفيل قبل رجوع الدائن
8	المبحث الأول: حماية الكفيل أثناء تكوين عقد الكفالة
8	المطلب الأول: رضا الكفيل العيني
8	الفرع الأول: أهلية الكفيل العيني
10	الفرع الثاني : سلامة الرضا
11	أولا : كيفية التعبير عن الإرادة
13	ثانيا: خلو الإرادة من العيوب
14	ثالثا : الالتزام بإعلام الكفيل
15	المطلب الثاني: محل الكفالة
15	الفرع الأول: حماية الكفيل العيني بمناسبة تعيين المحل
16	أولا : تعيين موضوع الدين المكفول
17	الأولى: الكفالة المطلقة
17	الثانية : الكفالة المحددة
18	ثانيا : تعيين أطراف الدين المكفول
18	الفرع الثاني: حماية الكفيل بسبب طبيعة الدين
19	أولا : في حالة كفالة الدين المستقبلي
19	1. جواز كفالة الدين المستقبلي

20	2. تسقيف المقدار المكفول
20	ثانيا : في حالة الكفالة غير محددة المدة
21	المبحث الثاني : حماية الكفيل بعد تكوين عقد الكفالة
22	المطلب الأول : القواعد المشتركة لحماية الكفيل العيني
22	الفرع الأول: التشدد في قواعد التعامل مع إلتزام الكفيل
22	أولا : وجوب التقيد بالكتابة في الكفالة
24	ثانيا : وجوب التفسير الضيق للكفالة
25	الفرع الثاني: استفادة الكفيل العيني من مستجدات الإلتزام الأصلي
25	أولا : في حالة انتقال الإلتزام الأصلي
26	ثانيا : في حالة تجديد الإلتزام الأصلي
27	المطلب الثاني: القواعد الخاصة لحماية الكفيل العيني
27	الفرع الأول : في حالة الرهن الرسمي
27	1-احتفاظ الكفيل العيني بسلطات المالك
28	2- احتفاظ الكفيل العيني بسلطة الحائز
29	الفرع الثاني : في حالة الرهن الحيازي
29	1-انتقال الحيازة الى الدائن المرتهن
30	2-الإلتزامات الواقعة على عاتق الدائن المرتهن
32	الفصل الثاني : حماية الكفيل بعد رجوع الدائن
33	المبحث الأول : حماية الكفيل في علاقته مع الدائن
33	المطلب الأول : الدفع المقررة لحماية الكفيل بناء على الإلتزام الأصلي
34	الفرع الأول : الدفع المؤدية إلى زوال الإلتزام الأصلي
35	أولا : بطلان الإلتزام الأصلي

35	1. في حالة الالتزام الباطل
36	2. في حالة الالتزام القابل للإبطال
38	ثانيا : فسخ الالتزام الأصلي
38	الفرع الثاني : الدفع المؤدية إلى انقضاء الالتزام الأصلي
38	أولا : انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء أو ما يعادله
39	ثانيا : انقضاء الالتزام الأصلي دون الوفاء
40	المطلب الثاني : الدفع المقررة لحماية الكفيل العيني بناء على عقد الكفالة
40	الفرع الأول : حق التمسك بالدفع بالتجريد
40	أولا : أحكام الدفع بالتجريد
41	1. شروط الدفع بالتجريد
41	أ. ألا يكون الكفيل قد تنازل عن الدفع
43	ب. أن لا يكون الكفيل متضامن مع المدين
44	ج. أن يرشد الكفيل الدائن على أموال مملوكة للمدين
46	2. آثار الدفع بالتجريد
48	ثانيا : مدى انطباق الدفع بالتجريد على الكفيل العيني
48	1. عدم جواز الدفع بتجريد أموال المدين الأصلي
49	2. جواز الدفع بتجريد أموال التأمين العيني للمدين
50	الفرع الثاني : حق التمسك بالدفع بالتقسيم
52	أولا : شروط الدفع بالتقسيم
52	1. أن يتعدد الكفلاء
53	2. ان يتعدد الكفلاء للدين واحد
53	3. ألا يكون المدينون متضامنون

53	4. أن يتعدد الكفلاء بعقد واحد
54	5. أن لا يكون الكفلاء متضامنين
54	ثانيا : آثار الدفع بالتقسيم
55	المبحث الثاني : حماية الكفيل في علاقته بغير الدائن
56	المطلب الأول : حماية الكفيل في علاقته بالمدين الأصلي
56	الفرع الأول : حماية الكفيل بواسطة الدعوى الشخصية
57	أولا : شروط الرجوع بدعوى الكفالة
57	1. أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين ودون اعتراضه
58	2. أن يكون الكفيل قد وفى الدين
59	3. ان يكون أجل الدين قد حل
60	4. أن لا يقع من الكفيل تقصير يسبب الضرر للمدين
60	الأولى : حالة إخطار الكفيل للمدين
61	الثانية : حالة عدم إخطار الكفيل للمدين
61	ثانيا : موضوع الرجوع بدعوى الكفالة
62	1. أصل الدين
62	2. المصروفات
63	3. التعويضات
64	الفرع الثاني : حماية الكفيل بواسطة دعوى الحلول
64	أولا : أساس دعوى الحلول
65	ثانيا : شروط دعوى الحلول
66	ثالثا : آثار دعوى الحلول
68	المطلب الثاني : علاقة الكفيل بغيره من الكفلاء

68	الفرع الأول : في حالة تعدد الكفلاء مع التضامن
69	الفرع الثاني : في حالة تعدد الكفلاء بدون تضامن
69	الفرع الثالث : رجوع الكفيل الموفي على الكفيل العيني وحائز العقار .
72	خاتمة
75	ملخص
77	قائمة المراجع
88-84	الفهرس