

تلعب التأمينات سواء العينية او الشخصية دورا مهما في عملية الائتمان حيث انها توفر الضمان الكافي للدائن من اجل تقديم القرض للمدين. وتعتبر الكفالة اهم الضمانات الشخصية ذلك انه بمقتضاها يصبح للدائن عدة مدينين مسؤولين عن الدين وقد عرفه المشرع المغربي في الفصل 1117 من قانون الالتزامات والعقود بقوله: "الكفالة عقد بمقتضاه يلتزم شخص للدائن باداء التزام المدين، يطرح هذا الموضوع اشكالية جد هامة وهي: مدى قدرة النصوص المنظمة لاحكام عقد الكفالة الواردة في ق.ل.ع على مواكبة المستجدات التي يعرفها تنظيم عقد الكفالة في التشريعات المقارنة؟ تنظيم الكفالة لا يواكب المستجدات و التطورات الاقتصادية ومن ثم اصبحت هذه القواعد التي تنظمها و التي تعتمد كاساس لها صفة التبعية للالتزام الاصلي متجاوزة ، حيث اصبح الدائنون بفعل قوتهم الاقتصادية لا يقبلون الا الضمانات الشخصية المستقلة و المجردة من كل ارتباط بالالتزام الاصلي" المبحث الاول" مما يستوجب تدخل المشرع المغربي لكي يعيد صياغة النصوص القانونية المنظمة لهذا العقد حتى يكون بناؤه القانوني متكامل ومطبوعا بروح التجديد و العصرية لمواجهة مختلف الاوضاع المستجدة" المبحث الثاني". تظهر صفة التبعية التي هي من خصائص عقد الكفالة في جميع مراحلها سواء عند انعقاده "المطلب الاول" او عند ترتيب آثاره "المطلب الثاني" او حتى في مرحلة انقضائه "المطلب الثالث". المطلب الاول: تكوين عقد الكفالة ينص الفصل 1117 من ق ل ع ان الكفالة عقد بمقتضاه يلتزم شخص للدائن بأداء التزام المدين، اذا لم يؤده هذا الأخير نفسه، فالكفالة باعتبارها عقد تخضع شأنها شأن سائر العقود لشروط انعقاد العقد بصفة عامة من أهلية و رضا و محل و سبب ، وأيضا للشروط الواجب توافرها لصحته. ان عقد الكفالة كما سبق ان رأينا في العرض المتعلق بالمدخل لدراسة عقد الكفالة هو من العقود الرضائية التي لا يشترط في انعقادها أي شكل خاص، ويكفي ان يتم التراضي بين الكفيل و الدائن ودون حاجة الى أي إجراء آخر. السؤال الذي يطرح هنا هو مدى أهمية رضا المدين و بالتالي اثر ذلك على عقد الكفالة، مادام ان هذا العقد يربط بين الكفيل و الدائن كطرفين أساسيين حيث ان رضائهما هو المعول عليه في تكوين العقد وترتيب آثاره؟ ينص الفصل 1126 من ق ل ع على انه يمكن كفالة الالتزام بغير علم المدين الاصلي ولو بغير ارادته ، غير ان الكفالة التي تقدم برغم الاعتراض الصريح من المدين ، لا يترتب عنها اية علاقة قانونية بين هذا الاخير وبين الكفيل ، وانما يكون ملتزما في مواجهة الدائن فقط. لكن ما هو شكل هذا التراضي؟ هل يشترط ان يكون صريحا؟ ام يكفي ان يكون ضمنيا؟ وفقا للقواعد العامة يمكن ان يكون التعبير عن الارادة بشكل صريح او بشكل ضمني، ام بالنسبة للكفيل فقد اوجب المشرع المغربي شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي وغيره ان يكون الرضا صريحا وواضحا حيث جاء في الفصل 1123 من ق ل ع " يجب ان يكون التزام الكفيل صريحا و الكفالة لا تفترض " ، ان لا بد لانعقاد الكفالة ان يرد رضا الكفيل صريحا وواضحا وضوحا كافيا لا لبس فيه، وليس ضروريا ان ياتي رضا الدائن صريحا وهذا ما يستشف من الفصل 1125 من ق ل ع الذي ينص على ما يلي: " لا ضرورة لقبول الكفالة صراحة من الدائن، غير انها لا يمكن ان تعطى برغم إرادته " وبذلك يستوي ان يكون رضا الدائن صريحا او ضمنيا. لقد جاء في الفصل 1124 من ق ل ع بان التعهد بكفالة شخص معين لا يعتبر كفالة، ولكن يحق لمن حصل له هذا التعهد ان يطلب تنفيذه، فان لم ينفذ كان له الحق في التعويض"، يتبن من هذا الفصل انه كما قد يتم التراضي بين الكفيل و الدائن على عقد الكفالة يمكن ان يكون محل هذا التراضي وعدا بالكفالة فقط، والمشرع المغربي جاء صريحا في عدم اعبار التعهد بالكفالة بمثابة الكفالة، وكل ما هنالك ان الشخص الذي حصل له هذا التعهد وقد يكون اما الدائن او المدين حسب الاحوال بامكانه اللجوء للقضاء لطلب تنفيذ هذا التعهد. لكي تكون الكفالة صحيحة يجب ان تكون ارادة كل من طرفي الكفالة ارادة سليمة أي غير مشوبة بأي عيب من عيوب الرادة زيادة على ذلك يجب ان يكون التعبير عن الارادة صادرا ممن يملك اصداره أي متوفرا على الاهلية اللازمة لابرام عقد الكفالة. بالنسبة للاهلية يمكن التمييز بين كل من الكفيل و الدائن ، فبالنسبة للدائن تعد الكفالة من الاعمال النافعة نفعا محضا اذا لم يكن ملتزما بشيء في مقابل التزام الكفيل و بالتالي يكفي ان يكون بالغاً سن التمييز ، فيكون الصبي المميز اهلا لابرام الكفالة، اما اذا كان الدائن ملتزما بشيء في مقابل التزام الكفيل ، لزم ان تتوافر للدائن الاهلية الكاملة. اما بالنسبة للكفيل و الذي تعد الكفالة بالنسبة اليه عملا تبرعيا فقد اوجب ق ل ع في الفصل 1119 الذي جاء فيه: " لا يجوز لاحد ان يكفل ديناً، ما لم يكن متمتعاً باهلية التفويت على سبيل التبرع." ثم جاء في الفقرة الثانية من نفس الفصل ليقرر بطلان الكفالة التي يكون فيها الكفيل قاصرا ولو حصل على اذن من ابيه او وصيه بالموافقة طالما لم تكن له مصلحة في موضوع الكفالة. وبمفهوم المخالفة يجوز للقاصر ان يكفل ديناً معيناً اذا كان قد استأذن في ذلك اياه او وصيه واذا كانت هناك مصلحة له في موضوع الكفالة. هذا فيما يتعلق بالاهلية و الرضا اما بالنسبة للمحل فيتحدد التزام الكفيل بالوفاء بالالتزام الاصلي الذي هو التزام المدين وذلك في حالة عدم تنفيذ هذا المدين لالتزامه. ان طابع التبعية الذي يميز العلاقة بين التزام

الكفيل والتزام المدين الأصلي تفرض ان يكون التزام المدين التزاما صحيحا،؟ حتى يكون التزام الكفيل صحيحا ايضا ، حيث نص المشرع المغربي في الفصل 1120 من ق ل ع على انه " لا يجوز ان تقوم الكفالة الا اذا وردت على التزام صحيح". ونظرا للارتباط الوثيق القائم بين التزام الكفيل و التزام المدين الأصلي فانه يعبر عن محل الكفالة في الفقه بالالتزام المكفول لانه بهذه الصورة يجمع بين كلا الالتزامين. فمحل عقد الكفالة " الالتزام المكفول" لا بد ان تتوافر فيه شروط محل الالتزام بصفة عامة حيث يجب ان يكون المحل موجودا او قابلا للوجود أي ممكنا، وان يكون معيناً او قابلاً للتعيين وان يكون مشروعاً. بالنسبة للشرط الاول وهو وجود الالتزام المكفول، فكما هو معلوم ان التزام الكفيل ينصب على تنفيذ الالتزام المضمون اذا لم يقر المدين الأصلي بتنفيذه، ولذلك فان الكفالة تفترض قيام التزام أصلي ، يرد عليه التزام الكفيل بالضمان ، فان لم يكن هناك التزام أصلي او لم يكن يتوافر لهذا الالتزام مقومات وجوده القانوني كالتزام، فلا مجال للحديث عن الكفالة، لان التزام الكفيل التزام تبعية يرتبط في قيامه و في بقائه بوجود و بقاء الالتزام الأصلي . "كفالة الالتزام المعلق على شرط": بالنسبة للمشرع المغربي لم يتعرض لهذه الحالة بنص خاص عكس مثلاً المشرع المصري الذي اقر جواز الكفالة في الدين الشرطي، وهذا الحكم يعد تطبيقاً للقواعد العامة، حيث انه طبقاً لهذه الأخيرة تجوز كفالة الدين المشروط سواء كان الالتزام الأصلي معلقاً على شرط واقف او شرط فاسخ. فاعتبار ان الكفالة عقد تبعية للالتزام الأصلي فان هذه التبعية تظهر في هذا المقام أيضاً حيث ان الكفالة تأخذ وصف الالتزام الأصلي، فاذا كان معلقاً على شرط فاسخ كان التزام الكفيل معلقاً على شرط فاسخ ، وبالتالي يجري عليه ما يجري على الالتزام الأصلي من احكام، فاذا تخلف الشرط الفاسخ صار الالتزام الأصلي باتاً ، وبصير التزام الكفيل أيضاً باتاً، اما اذا تحقق الشرط الفاسخ فان الالتزام الأصلي يفسخ باثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن ويتبع ذلك فسخ التزام الكفيل ويصبح كأن لم يكن. واذا كان الالتزام الأصلي معلقاً على شرط واقف ، فانه بالتبعية يكون التزام الكفيل أيضاً معلقاً على شرط واقف، ومتى تخلف الشرط الواقف زال الدين الأصلي، ويزول معه بالتبعية التزام الكفيل ويعتبر كأن لم يكن، ويصبح كل من التزام المدين الأصلي والتزام الكفيل نافذاً باتاً وفي هذه الحالة تسري جميع احكام الكفالة. " كفالة الالتزام الطبيعي": ننقل الان الى نقطة اخرى مهمة وهي كفالة الالتزام الطبيعي، فكما هو معلوم ان مصطلح الالتزام الطبيعي يطلق على واجب لا يجبر من يقع على عاتقه أدائه، فالسؤال الذي يطرح نفسه هو ما مدى صحة كفالة الالتزام الطبيعي؟ المشرع المغربي على غرار باقي التشريعات لم يورد نصاً خاصاً بكفالة الالتزام الطبيعي، ويرى اغلب الفقه انه لا يجوز كفالة هذا النوع من الالتزام خصوصاً وانه بوقوع مثل هذه الكفالة، سيصبح الكفيل ملزماً بالوفاء بالتزام لا يمكن ان يجبر المدين الأصلي على وفائه ، وهذا قد ينتج عنه ان يصبح التزام الكفيل اشد من التزام المدين الأصلي، وهذا لا ينسجم مع احكام الكفالة، اضافة الى ذلك فان الكفيل الذي يرجع على المدين بما وفاه عنه ، فاذا لم يستطع ذلك فيكون في هذه الحالة مديناً أصلياً وليس كفيلاً، ويرى أستاذنا الدكتور سعيد الدغيمر بإمكانية تصور كفالة الالتزام الطبيعي في حالة موافقة المدين على الكفالة ، ويضيف أستاذنا على انه مادامت كفالة الالتزام المعلق على شرط جائزة فمن باب اولى إجازة كفالة الالتزام الطبيعي. "صحة الالتزام المكفول": ينص الفصل 1120 من ق ل ع على انه: " لا يجوز ان تقوم الكفالة الا اذا وردت على التزام صحيح" فاذا كان الالتزام الأصلي صحيحاً صحت الكفالة الضامنة له، لكن قد يحدث ان يبطل الالتزام لاختلال ركن من أركانه او قد يصيبه عيب يجعله مهدداً بالابطال فما هو مصير الكفالة في هذه الاحوال؟ – بالنسبة لكفالة الالتزام الباطل: اذا كانت صحة الالتزام المكفول مرهونة بصحة الالتزام الأصلي فانه بمفهوم المخالفة يكون التزام الكفيل باطلاً متى كان الالتزام الأصلي باطلاً ايضاً، أي ان التبعية تكون في حالة الصحة كما تكون في حالة البطلان، وقد نصت المادة 1140 من ق ل ع على ان للكفيل ان يتمسك في مواجهة الدائن بكل دفع المدين الأصلي سواء كانت شخصية او متعلقة بالدين المضمون ، ومن الدفع التي يمكن ان يحتج بها المدين الأصلي البطلان وعليه وبحكم التبعية الموجودة بين كلا الالتزامين فان الكفيل ايضاً بإمكانه الاحتجاج ببطلان الالتزام الأصلي وبالتالي بطلان الكفالة الضامنة له وهذه النتيجة كرسها المشرع المغربي في المادة 1150 من ق ل ع حيث نص على ان كل الاسباب التي يترتب عليها بطلان الالتزام الأصلي او انقضاؤه يترتب عليها انقضاء الكفالة وسوف نقوم بتفصيل هذه النقطة عند التطرق لانقضاء الكفالة. – اما بالنسبة لكفالة الالتزام القابل للابطال فما قلناه عن كفالة الالتزام الباطل ينطبق على هذا الاخير من حيث امكانية تمسك الكفيل بالدفع بهما في مواجهة الدائن. فالكفيل يستطيع ان يتمسك بابطال التزامه نتيجة لقابلية الالتزام الأصلي للإبطال اما اذا كان الالتزام القابل للابطال اصبح صحيحاً بالاجازة، فان هذا الالتزام يصبح صحيحاً نهائياً بالنسبة للمدين الأصلي ولكن للكفيل ان يتمسك بابطال الكفالة ما لم يجز هو بدوره الكفالة فتصبح صحيحة بعد ان كانت قابلة للإبطال او ما لم يسقط حقه في التمسك بالابطال. ٥ المطلب الثاني: آثار عقد الكفالة: لا تظهر آثار الكفالة حيث يقوم المدين بالوفاء بدينه ، فتبرا ذمته وتبرا ذمة

الكفيل تبعاً له، وعلى العكس فإن آثار الكفالة تظهر لدى رجوع الدائن على الكفيل مطالبا إياه بالوفاء بالدين المكفول، هذه الآثار ندرسها من خلال علاقات ثلاث: - علاقة الدائن بالكفيل. - علاقة الكفيل بالمدين. - علاقة الكفلاء بعضهم ببعض. ¹ ولا: "علاقة الدائن بالكفيل": العلاقة بين الدائن و الكفيل تعكس من جانب سعي الدائن لاستيفاء حقه من الكفيل من خلال مطالبته بالوفاء ، وتعكس من جانب آخر مواجهة الكفيل هذه المطالبة بما يتسنى له من دفع أو بغرض تأجيل هذه المطالبة أو إبراء ذمته كلا أو بعضا من الدين المكفول. (أ) - مطالبة الدائن الكفيل بالوفاء: يتقيد حق الدائن في مطالبة الكفيل بسبق حلول أجل الدين المكفول و سبق الرجوع على المدين. (1) - تقيد الدائن بسبق حلول الأجل: الغاية منه عدم إمكانية تنفيذ الالتزام جبرا إلا بعد حلول أجله، لكن قد يكون الأجل الممنوح للكفيل ليس هو نفس الأجل الممنوح للمدين الأصلي ، وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل قبل حلول هذا الأجل ، وقد أجاز المشرع المغربي في الفصل 1128 من ق ل ع أن يتجاوز الأجل الممنوح للكفيل الأجل الممنوح للمدين الأصلي الفصل 1128 يقول: " لا يصح أن تتجاوز الكفالة ما هو مستحق على المدين إلا فيما يتعلق بالأجل". أما إذا اتفق الدائن و الكفيل على مدة أقل من تلك الممنوحة للمدين فلا يجوز في هذه الحالة للدائن أن يطالب الكفيل بالدين قبل حلول أجل الدين الأصلي حتى ولو استند الدائن في مطالبته هذه للأجل المتفق عليه مع الكفيل. إذا حصل اتفاق المدين مع الدائن بعد إبرام عقد الكفالة على تعديل أجل الالتزام الأصلي ، فإن هذا الاتفاق لا يمس بمصلحة الكفيل إذا انطوى على تقصير هذا الأجل أما إذا كان الاتفاق على مد أجل الدين، كان من حق الكفيل أن يستفيد من ذلك ليتمسك باعتباره التزامه بالضمان مستحقا عند الأجل الجديد، ولكن للكفيل أيضا أن يتمسك بالأجل الأصلي، فلتزم الدائن بقبول وفائه بالالتزام المكفول ، حيث أن الخيار للكفيل ليفي في الأجل الذي يحقق مصلحته ، ويثبت نفس الخيار للكفيل إذا ما نزل المدين الأصلي عن أجل التزامه، حيث أن نزوله هذا لا يلزم الكفيل، أي أنه لا يجبر على الوفاء قبل حلول أجل الدين كما تم تحديده عند قبول الكفيل لكفالاته، ولكن مع ذلك للكفيل أن يفى بالدين فوراً ما دام دين المدين أصبح مستحقاً مع ثبوت حقه في الرجوع على المدين بما آداه . إلا أن هذه القواعد لا تبقى سارية دائماً بحيث أن تغير وضعية الكفيل أو المدين بسبب الوفاة أو الأعسار قد يكون له أثر بالغ على أجل المطالبة بالوفاء. * أثر تغير وضعية المدين على أجل الكفالة: هنا نميز بين حالتين: حالة أعسار المدين و حالة وفاة المدين. - بالنسبة لحالة أعسار المدين، ينص الفصل 139 من ق ل ع على أنه: " يفقد المدين مزية الأجل إذا أشهر إفلاسه، أو أضعف بفعله الضمانات الخاصة التي سبق له أن أعطاها بمقتضى العقد". يقرر إذن هذا الفصل سقوط الأجل بالنسبة للمدين لكن هل لهذا تأثير على التزام الكفيل؟ هل سقوط أجل المدين الأصلي يستتبع سقوط أجل التزام الكفيل بصفة تبعية؟ هنا اختلف الفقه في حل هذا الإشكال ، فهناك من قال بعدم سقوط أجل التزام الكفيل بصفة تبعية استناداً إلى أنه لا يمكن لا يمكن جعل مركز الكفيل أسوأ بعد الكفالة، وهذا الحل يتعارض مع خاصية التبعية " تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين" أما الجانب الآخر من الفقه فيقول بسقوط أجل التزام الكفيل، وذلك نظراً للطبيعة القانونية لالتزام الكفيل التي تكمن في تبعيته للالتزام الأصلي المكفول، كما يستند هذا الجانب من الفقه على المادة 662 من مدونة التجارة التي تنص على أنه لا يمكن للكفلاء متضامنين كانوا أم لا أن يتمسكوا: + بمقتضيات مخطط الاستمرارية + بوقف سريان الفوائد المنصوص عليه في المادة 659 ثم تأتي هذه المادة في الفقرة الثانية لتقرر حكماً وهو: يحتج على الكفلاء بسقوط الأجل، فهذه المادة جاءت صريحة وحاسمة في أن الكفيل يتحمل نتائج سقوط الأجل. هذا الاتجاه يستجيب لفكرة التبعية، إلا أنه فيه نوع من القسوة في معاملة الكفيل. - بالنسبة لوفاة المدين: نص المشرع المغربي في الفصل 1135 من ق ل ع أن وفاة المدين تؤدي إلى حلول أجل الدين بالنسبة إلى تركته ولكن لا يسوغ للدائن مطالبة الكفيل قبل حلول الأجل المتفق عليه. إذن لا يجوز مطالبة الكفيل بالوفاء إلا بعد حلول أجل كفالاته. هذا بالنسبة لأثر تغير وضعية المدين على أجل الكفالة فماذا عن أثر تغير وضعية الكفيل على أجل الكفالة؟ * أثر تغير وضعية الكفيل على أجل الكفالة: نميز هنا كذلك بين حالتين حالة وفاة الكفيل وحالة أعساره. - بالنسبة لحالة وفاة الكفيل: نظم المشرع المغربي هذه الحالة في الفصل 1135 من ق ل ع وخصوصاً وفاة الكفيل قبل حلول أجل الالتزام الأصلي للمدين حيث نص هذا الفصل على ما يلي: " إذا مات الكفيل قبل حلول الأجل، حق للدائن الرجوع فوراً على تركته دون ضرورة لانتظار حلوله، وإذا دفع الورثة الدين في هذه الحالة كان لهم أن يرجعوا على المدين عند حلول أجل الالتزام الأصلي"، فهنا تعتبر الكفالة من الحقوق الواجب إخراجها من تركته الكفيل. - حالة أعسار الكفيل: نص نفس الفصل السابق 1135 من ق ل ع على أن أشهر إفلاس الكفيل يترتب عليه حلول أجل الدين بالنسبة إليه، حتى قبل حلول أجل الالتزام الأصلي ، وللدائن في هذه الحالة أن يتقدم بدينه في تغطية الكفيل. هنا تجب الإشارة إلى وجود خطأ في الترجمة فهذا الفصل يتحدث عن شهر أعسار الكفيل وليس شهر إفلاسه على اعتبار أن النص الفرنسي ينص على l'insolvabilité déclaré de la

2caution) - سبق الرجوع على المدين: نص الفصل 1134 من ق ل ع على ما يلي: "لا يحق للدائن الرجوع على الكفيل الا اذا كان المدين في حالة مطل في تنفيذ التزامه". ان لكي يكون للدائن الحق في مطالبة الكفيل بالتزامه الذي حل اجله، فانه من اللازم عليه قانونا ان يقوم بهذه المطالبة بمباشرتها اولا في مواجهة المدين الاصلي، عند تماطل هذا الاخير في تنفيذ التزامه، انذاك يكون من حق الدائن اعمال مقتضيات الرجوع على الكفيل وتقبل انذاك دعواه. ان المقصود بالرجوع على المدين هو رفع الدعوى أي المطالبة القضائية فلا يجوز للدائن ان يرفع الدعوى على الكفيل وحده لالتزامه بالوفاء الا بعد ان يرفع الدعوى على المدين ويحصل على حكم ضده بالزامه بالوفاء، لان المشرع عندما اشترط الرجوع من الدائن على المدين، وعلى هذا الاساس اذا رجع الدائن على الكفيل وحده، فانه للكفيل ان يتمسك بالدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين، ويشترط للتمسك بهذا الدفع: + ان لا يكون الكفيل قد تنازل عن التمسك بهذا الدفع. + ان لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين. + يشترط ان يكون للكفيل مصلحة في التمسك بهذا الدفع وهذا الشرط مستمد من القواعد العامة، حيث لا دعوى ولا دفع بدون مصلحة وحتى ان لم يتمكن الكفيل من اثاره هذا الدفع، فقد مكنه المشرع من مجموعة من الآليات الدفاعية فما هي اذن هذه الدفع؟ (ب) - الدفع التي يحق للكفيل التمسك بها في مواجهة الدائن: من بين الدفع التي يمكن للكفيل التمسك بها في مواجهة الدائن: - الدفع بالتجريد: هذا الدفع منظم بمقتضى الفصولين 1136 و 1137 من ق ل ع ويشترط لاعماله ما يلي: + لا بد ان يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد وحتى يتسنى له ذلك يجب ان لا يكون قد تنازل عن اعماله، والتنازل عن هذا الدفع لا بد وان يكون صريحا حيث نص الفصل 1137 في الفقرة الاولى على انه ليس للكفيل طلب تجريد المدين الاصلي من امواله: اولا اذا تنازل صراحة عن التمسك بالدفع بالتجريد. + الشرط الثاني لاعمال هذا الدفع يتعلق باموال المدين التي يمكن التنفيذ عليها " الفصل 1136 و الفصل 1137 من ق ل ع. ومن آثار هذا الدفع حسب ما هو وارد في الفصل 1136 من ق ل ع، - الدفع بالتقسيم: من الدفع أيضا الدفع بالتقسيم في حالة تعدد الكفلاء للدين الواحد، ويجب ان يكفل هؤلاء نفس المدين، اضافة الى ان يكون تعدد الكفلاء بعقد واحد اذ انه اذا تعدد الكفلاء وكان التزامهم بعقد واحد، فهذا دليل على ان كل كفيل كان على علم بوجود غيره من الكفلاء، - دفع أخرى: بالإضافة الى الدفع بالتجريد و الدفع بالتقسيم هناك دفع أخرى بعضها مستمد من العلاقة بين الدائن و المدين، وهذا ما يستفاد من الفصل 1140 من ق ل ع، وكذلك حق الكفيل في الرجوع على الدائن من اجل ابراء ذمته وهذا ما بينه الفصل 1142 من ق ل ع الذي ينص على ان للكفيل ان يرجع على الدائن من اجل ابراء ذمته من الدين بمجرد تاخره عن المطالبة به بعد ان يصبح مستحق الاداء. كذلك من الدفع التي يمكن للكفيل اثارها حق الكفيل في مقاضاة المدين لبراء ذمته ازاء الدين، حيث انه في الاحوال العادية يرجع الكفيل على المدين بعد قيامه بالوفاء ليتحلل من كفالته ويبرئ ذمته بعد قيامه بالالتزام الملحق على عاتقه) حيث انه في هذه الحالة يستطيع الكفيل الرجوع على المدين قبل قيامه بالوفاء وذلك في حالات معينة والتي تعتبر تقصيرا من المدين، حيث ينص الفصل 1141 من ق ل ع على مايلي: "للكفيل مقاضاة المدين الاصلي للحصول على ابراء ذمته من التزامه: - اولا: اذا رفعت عليه الدعوى قضاء من اجل الوفاء بالدين او حتى قبل ان توجه اليه اية مطالبة، اذا كان المدين في حالة مطل في تنفيذ الالتزام. - ثانيا: اذا كان المدين قد التزم بان يقدم للكفيل ابراء ذمته من الدائن خلال اجل محدد، ثم حل هذا الاجل، واذا لم يتمكن المدين من تقديم ابراء الذمة من طرف الدائن، - ثالثا: اذا صعبت مطالبة المدين الى حد كبير، نتيجة تحويل محل اقامته او موطنه او مركز صناعته. وليس للكفيل الذي يوجد في احدى الحالات المنصوص عليها في الفصل 1147 من ق ل ع ان يتمسك بمقتضيات الاحكام السابقة." والحالات المقصودة في الفصل 1147 من ق ل ع هي حينما يكون للكفيل حق الرجوع على المدين الاصلي بمقتضى دعوى الحلول و بالتالي تنتفي الحاجة الى اعمال مقتضيات الفصل 1141 من ق ل ع. ثانيا: علاقة الكفيل بالمدين: يتحدد التزام الكفيل في تنفيذ التزام المدين اذا عجز هذا الاخير عن الوفاء به، الا انه اذا قام الكفيل فعلا بالوفاء، فان هذا الوفاء ينهي من جهة علاقة الكفيل بالدائن، وفي نفس الوقت تبدا علاقة اخرى للكفيل في مواجهة المدين، فالكفيل الذي قام بوفاء دين غيره يبقى له حق الرجوع على المدين الاصلي بما اداه عنه، وهذا يعد تطبيقا للاثراء بلا سبب، فالكفيل لم يقضي دينه وانما دين غيره وبالتالي على هذا الغير ان يرجع للكفيل قيمة ما اداه في محله. يمكن للكفيل الرجوع على المدين اما بمقتضى الدعوى الشخصية او ما يطلق عليه دعوى الكفالة او يرجع بمقتضى دعوى الحلول، ويمكن للكفيل اختيار افضل وسيلة ملائمة له متى توفرت الشروط الضرورية لذلك الا انه في بعض الحالات قد يفقد الكفيل كل امكانية للرجوع على المدين. (أ) - الدعوى الشخصية: بالنسبة للدعوى الشخصية نجد تطبيقا لها في الفصل 1143 من ق ل ع الذي ينص على انه: "للكفيل الذي يقضي الالتزام الاصلي قضاء صحيحا حق الرجوع على المدين بكل ما دفعه عنه، ولو كانت الكفالة أعطيت بغير علمه، وله حق الرجوع عليه ايضا من اجل المصروفات والخسائر التي كانت نتيجة

طبيعية و ضرورية للكفالة. كل فعل يصدر عن الكفيل وليس وفاء بمعناه الحقيقي وانما يترتب عليه انقضاء الالتزام الاصيلي وبراءة ذمة المدين، يقع بمثابة الوفاء، ويعطي حق الرجوع من اجل اصل الدين و المصروفات." ان وفاء الكفيل بالدين المكفول لصلح الدائن يخول له حق الرجوع على المدين عن طريق دعوى شخصية سواء اكان قد ابرم عقد الكفالة مع الدائن بعلم المدين او من دون علمه، وسواء اكان كفيلًا عاديًا او متضامنا مع المدين. لكن اذا كانت الكفالة قد اعطيت برغم نهي المدين عنها ، فانه حسب الفصل 1148 من ق ل ع فليس للكفيل ان يرجع على المدين ، وكذلك حسب الفصل 1126 من ق ل ع الذي ينص على انه يمكن كفالة الالتزام بغير علم المدين الاصيلي ولو بغير ارادته، غير ان الكفالة التي تقدم برغم الاعتراض الصريح من المدين، لا يترتب عنها اية علاقة قانونية بين هذا الاخير وبين الكفيل، وانما يكون ملتزما في مواجهة الدائن فقط. شروط اعمال الدعوى الشخصية هي : + وفاء الكفيل بالدين المكفول بـ) - دعوى الحلول: قد لا يكون من مصلحة الكفيل ان يرجع على المدين الاصيلي بدعوى الكفالة، فيفضل ان يرجع عليه بدعوى الدائن نفسه، اي دعوى الحلول، خاصة اذا كان المدين قد قدم للدائن ضمانات عينية الى جانب الكفالة ضمانا للوفاء بالتزامه الاصيلي، اذ يكون في هذه الحالة في مأمن من مزاحمة الدائنين الآخرين للمدين، هذه المزاحمة التي يكون عرضة لها اذا ما اختار الرجوع على المدين بموجب دعوى الكفالة، فيستفيد اذن الكفيل في دعوى الحلول من الضمانات التي قدمها المدين للدائن. وقد نظم المشرع حق ممارسة الكفيل لدعوى الحلول في الفصل 1147 من ق ل ع الذي جاء فيه: "الكفيل الذي وفى الدين وفاء صحيحا يحل محل الدائن في حقوقه وامتيازاته ضد المدين في حدود كل ما دفعه، وضد الكفلاء الآخرين في حدود حصة كل واحد منهم، غير ان هذا الحلول لا يغير في شيء الاتفاقات الخاصة المعقودة بين المدين الاصيلي وبين الكفيل. ان حلول الكفيل محل الدائن في حقوقه يدخل في إطار الحلول القانوني حسب ما نصت عليه الفقرة الثالثة من الفصل 214 ق ل ع . يشترط لإعمال دعوى الحلول ما يلي: + وفاء الدين عند حلول الأجل الاصيلي للدين. + وفاء الكفيل بالدين وفاء مبرءا لذمة المدين. هناك حالات يفقد الكفيل فيها حقه في الرجوع على المدين حيث أورد الفصلان 1148 و 1149 من ق ل ع مجموعة من الحالات ، وحرمان الكفيل هنا يكون نتيجة لإهماله وتهاونه. ثالثا : العلاقة ما بين الكفيل و غيره من الكفلاء: نميز في هذه العلاقة بين حالتين: حالة تعدد الكفلاء مع عدم التضامن، أ) - حالة تعدد الكفلاء مع عدم التضامن: ينص الفصل 1138 من ق ل ع : "اذا كفل عدة اشخاص بعقد واحد نفس الدين، لم يلتزم كل منهم الا بقدر حصته منه، ولا يقوم التضامن بين الكفلاء الا اذا اشترط، او اذا كانت الكفالة قد ابرمت من كل كفيل على انفراد من اجل الدين كله، او اذا كانت تعتبر فعلا تجاريا بالنسبة الى الكفلاء". وعليه فاذا قام احد الكفلاء بوفاء نصيبه من الدين، فلا يملك اي حق للرجوع على غيره من الكفلاء بل يحتفظ بحقه في ذلك في مواجهة المدين، فكل واحد من الكفلاء مسؤول في مواجهة الدائن بمقدار نصيبه فقط، فاذا ما أعسر احد الكفلاء فان باقي الكفلاء لا يتحملون نتيجة إعساره. لكن السؤال الذي يطرح هنا اذا قام احد الكفلاء بوفاء كل الدين للدائن فهل بإمكانه استعمال حق الرجوع على باقي الكفلاء بالقدر الذي يزيد على حصته في الدين؟ هنا يتم الاستناد الى قواعد الإثراء بلا سبب حيث يستطيع الرجوع على باقي الكفلاء بما اداه عنهم ولو انه لم يكن ملزما بذلك. لكن ما الحل الواجب إتباعه اذا أعسر احد الكفلاء وذلك مع افتراض ان احد الكفلاء قد قام بوفاء كل الدين؟ هنا يرى غالبية الفقهاء ان الذي يتحمل حصة المعسر هو نفس الكفيل الذي قام بالوفاء ويرى جانب اخر من الفقه ان الكفيل الذي وفى الدين كله يرجع ه على المدين، اما اذا أعسر المدين بدوره فله الرجوع على الدائن باعتباره هو الذي يتحمل إعسار احد الكفلاء. ب) - حالة تعدد الكفلاء مع تضامنهم: ذلك ان التضامن لا يقوم بين الكفلاء الا اذا اشترط، او اذا كانت الكفالة قد ابرمت من كل من كفيل على انفراد من اجل الدين كله او اذا كانت تعتبر فعلا تجاريا بالنسبة الى الكفلاء (الفصل 1138 من ق ل ع) اذا كانت وضعية التضامن تسمح للدائن ان يطالب اي واحد من الكفلاء بمجموع الدين فان هذا الكفيل الذي قام بالوفاء له حق الرجوع على باقي الكفلاء كل بقدر حصته ويقدر نصيبه في حصة المعسر منهم (الفصل 1145 من ق ل ع). من جهة اخرى لا يكون للكفيل اعمال مقتضيات الرجوع على الكفلاء الا اذا كان قد قام فعلا بالوفاء، وبالتالي فانه اذا برئت ذمة الكفيل ، ولكن لسبب اخر غي الوفاء او ما يقوم مقامه كالتقادم مثلا او البراء الحاصل من الدائن للكفيل فان الكفيل في هذه الحالة لن يكون باستطاعته الرجوع على غيره من الكفلاء لانعدام تحقق الوفاء الموجب لذلك، ونص الفصل 1146 من ق ل ع على ان الكفيل الذي يتصالح مع الدائن ليس له الحق في ان يرجع على الكفلاء الآخرين الا في حدود ما اداه حقيقة او قيمة ما اداه ان كان من المقومات. من ناحية أخرى يستطيع الكفيل الرجوع على بقية الكفلاء بالارتكاز على دعوى الحلول باعتبار انه قد حل محل الدائن عندما قام بالوفاء له بالدين، فيكتسب حق الحلول حتى في مواجهة باقي الكفلاء لكن في حدود حصة كل واحد منهم، وهذا ما أكدته الفصل 1147 من ق ل ع . اذن في التعدد و التضامن يشترك الكفلاء في المسؤولية في مواجهة الدائن الذي يستطيع ان

يطالب ايا منهم بكل الدين الا انه في العلاقة الداخلية بينهم يبقى التزام كل واحد منهم محددا بحصته من الدين. ٩ المطلب الثالث:

انقضاء عقد الكفالة: لقد تناول المشرع طرق انقضاء الكفالة من الفصول 1150 الى 1160 من ق ل ع وهذه الطرق تنقسم الى قسمين اما ان عقد الكفالة ينقضي بصورة تبعية او بصورة أصلية. اولاً : انقضاء عقد الكفالة بصورة تبعية: تتميز الكفالة بأنها تابعة للالتزام الأصلي لذلك فان ما ينقضي به هذا الأخير ينقضي به التزام الكفيل عن طريق التبعية وأهم اسباب انقضاء الالتزام بصورة تبعية هي: (1) - الوفاء: وهو سبب لانقضاء التزام الكفيل حيث تبرأ ذمة هذا الأخير اذا قام المدين الأصلي بالوفاء بدينه تجاه الدائن، ويكفي لانقضاء الالتزام المكفول ان يقوم الدائن بحجز اموال المدين وبيعها ، ولا يشترط في الوفاء ان يقوم به المدين الأصلي، بل قد يقوم به الكفيل، فهذا الوفاء سواء قام به المدين الأصلي او الكفيل فانه يؤدي الى براءة ذمة المدين الأصلي من التزامه فتبرأ تبعاً لذلك ذمة الكفيل في مواجهة الدائن وهذا ما نص عليه الفصل 1152 من ق ل ع . يجب توفر بعض الشروط حتى تنقضي التزامات الكفيل عند القيام بالوفاء واهمها: + ان يكون الوفاء كاملاً وصحيحاً. + ان يتم من طرف المدين او من طرف الكفيل، اما اذا قام الغير بالوفاء فان هذا الأخير سيحل محل الدائن فلا تنقضي التزامات الكفيل. + ضرورة تحديد الدين الذي تم الوفاء به (حالة تعدد ديون المدين تجاه نفس الدائن الذي تم الوفاء لصالحه). (2) - الوفاء بمقابل: ان انقضاء الالتزام الأصلي بطريق الوفاء بمقابل يؤدي الى انتهاء الكفالة، ففي هذه الصورة يقبل الدائن شيئاً آخر غير الشيء المستحق و المتفق عليه عند إنشاء الالتزام. ينص الفصل 1159 من ق ل ع على انه اذا قبل الدائن مختاراً وفاء لحقه شيئاً آخر غير الشيء المستحق له برئت ذمة الكفيل، ولو كان متضامناً، وذلك ولو استحق الشيء من يد الدائن او رده الدائن بسبب ما يشوبه من عيوب خفية، والصيغة التي جاءت بها هذه المادة جاءت عامة تقبل ان يكون من قام بالوفاء بمقابل هو المدين او الكفيل او غيرهما. (3) - انقضاء الكفالة تبعاً لانقضاء الالتزام الأصلي بالإجابة: الإجابة المقدمة من الكفيل او من المدين اذا ما قبلها الدائن والغير المناب يترتب على ذلك انقضاء الالتزام الأصلي، وبصورة تبعية انقضاء التزام الكفيل، و الإجابة هنا هي الإجابة الكاملة التي تؤدي الى براءة ذمة المدين الأصلي بحيث تصبح الرابطة القانونية قائمة بين الدائن (المناب لديه) وبين المدين الجديد (المناب) مما يعني براءة ذمة الكفيل الذي انقضى التزامه تبعاً لانقضاء التزام المدين الأصلي (حلول مدين جديد محل المدين السابق فالكفيل لا يضمن الا المدين الاول). (4) - انقضاء الكفالة تبعاً لانقضاء الالتزام الأصلي بإيداع الشيء المستحق: ذكر الفصل 1152 من ق ل ع انه ينقضي الالتزام بإيداع الشيء المستحق اذا اجري على وجه صحيح، فإذا لم يقبل الدائن الوفاء وكان محل الالتزام مبلغاً من النقود، وجب على المدين ان يقوم بعرضه على الدائن عرضاً حقيقياً، كان له ليبريئ ذمته إيداعه في المكان الذي تعينه المحكمة. ولكي يكون العرض الحقيقي صحيحاً لا بد من توفر الشروط التي حددها الفصل 279 من ق ل ع. بحيث يحل محل الالتزام القديم التزام جديد، والتجديد يؤدي الى انقضاء الالتزام في الحالات التالية: حالة تغير محل الالتزام، حالة تغير الدائن، حالة تغيير المدين. فتنتهي الكفالة اذن تبعاً لانقضاء الالتزام القديم على اعتبار ان الدين الجديد يحل محل الدين القديم المكفول دون ان تنتقل اليه الضمانات الخاصة بالدين القديم الا اذا نص الاتفاق بشكل صريح على هذا الانتقال (الفصل 355 من ق ل ع)، فالفصل 1155 من ق ل ع ينص على ان التجديد الحاصل مع المدين الأصلي يبرئ ذمة الكفلاء ما لم يرتضوا ضمان الالتزام الجديد غير انه اذا اشترط الدائن تقدم الكفلاء لضمان الالتزام ثم امتنعوا فان الالتزام القديم لا ينقضي. (6) - انقضاء الكفالة تبعاً لانقضاء الالتزام الأصلي بالمقاصة: ينقضي الالتزام الأصلي للمدين بالمقاصة ويترتب عليها بالتالي انتهاء عقد الكفالة فالفصل 1153 من ق ل ع ينص على ان للكفيل التمسك بالمقاصة بما هو مستحق على الدائن للمدين الأصلي ، كما ان له ان يتمسك بالمقاصة بما هو مستحق له شخصياً على الدائن. (7) - انقضاء الكفالة تبعاً لانقضاء الالتزام الأصلي بالبراءة: الإبراء هو أيضاً سبب لانقضاء الالتزام الأصلي للمدين فينقضي تبعاً له التزام الكفيل، وهذا ما تقرر في الفصل 1154 : "الإبراء من الدين الحاصل للمدين يبرئ ذمة الكفيل، ولكن الإبراء الحاصل للكفيل لا يبرئ ذمة المدين ، والإبراء الحاصل لأحد الكفلاء بدون موافقة الآخرين يبرئ هؤلاء في حدود حصة الكفيل الذي حصل الإبراء لصالحه. (8) - انقضاء الكفالة تبعاً لانقضاء الالتزام الأصلي باتحاد الذمة: اذا توفرت صفة الدائن و المدين في نفس الشخص يؤدي ذلك إلى انقضاء التزام الكفيل اذا اتحدت ذمة المدين الأصلي مع ذمة الدائن، كان يكون المدين وارثاً للدائن،