

المطلب الثاني: الدفع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة الفرع الأول: الدفع الناشئة عن الدين الأصلي يحق للكفيل أن يتمسك بجميع الدفع التي يستطيع المدين التمسك بها، ذلك لأن تبعية التزام الكفيل تجعله يتأثر بكل ما يؤثر في الالتزام المكفول. (2) فهو من هذا المنطق بأخذ حكم المدين المتضامن من حيث حوار مطالبة الدائن له وحده بكل الدين. وقد نصت المادة 654/1 على هذا يقولها: «ببرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين (1)، وللکفيل التمسك بهذه الدفع ولو كان متضامنا مع المدين إذ تنص المادة 666 على أنه « يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفع متعلقة بالدين » (2). فطبقا لهذه النصوص يستطيع الكفيل التمسك في مواجهة الدائن بكل ما يستطيع المدين الأصلي أن يدفع به هذه المطالبة، ومن هذه الدفع ما يؤدي إلى بطلان الالتزام المكفول، كالدفع بالبطلان لانعدام الرضا المحل السبب أو لتخلف الشكل القانوني. كما له التمسك بالدفع المؤدية إلى انقضاء الالتزام المكفول كالوفاء، وللکفيل التمسك بقبالية العقد الذي أنشأ للالتزام المكفول للإبطال لأي عيب شاب رضا المدين كغلط أو تدليس أو إكراه، ويتمسك الكفيل بهذه الدفع باسمه هو لا باسم المدين لأن التزامه يتعلق بالالتزام المكفول و يرتبط به وجودا و عدما، ولذا فله بمقتضى حق خاص التمسك بكل ما سيؤدي هذا الالتزام أو يؤدي لانقضائه وله التدخل في الدعوى التي يرفعها الدائن على المدين ليتمسك بدفع قد لا يتمسك به المدين نفسه وله التمسك بهذه الدفع ولو نزل عنها المدين فله التمسك بتقادم الالتزام المكفول حتى ولو كان المدين قد نزل عن حقه في التماسك بالتقادم. أما إذا أجاز المدين العقد القابل للإبطال فليس للكفيل الحق في التمسك بهذا السبب إلا أن كان المدين متواطئ مع الدائن للإضرار بالكفيل. هذا وأن التمسك بقبالية العقد للإبطال بسبب نقص أهلية الكفيل فإن المادة 654 ق. م. في فقرتها الأولى نصت على أن: «إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص الأهلية وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد فليس له أن يحتج بهذا الوجه» ويتضح من هذا النص أن الكفيل لا يستطيع التمسك بنقص أهلية المدين إذا كان عالما بذلك وقت التعاقد، إلا أنه إذا تمسك المدين بنقص أهلية وحكم له بإبطال الالتزام الأصلي، فإن الكفيل يستفيد من ذلك، ----- (1) وهي المادة المطابقة لنص المادة 782 مدني مصري و 748 سوري و 1077 ؟؟؟؟ و يتلخص مضمونها بأنه يحق للكفيل أن يدلي بجميع أسباب الدفع المختصة بالدين الأصلي شخصية كانت أو عينية ومن حملتها الأسباب المبنية على عدم أهلية المدين الأصلي و يكون له هذا الحق بالرغم من معارضة المديون الأصلي أو عدو له عن تلك الأسباب. (2) يلاحظ أن مركز الكفيل المتضامن مع المدين يختلف عن مركز المدين المتضامن مع غير من المدينين، فالمدين المتضامن لا يستطيع أن يتمسك في مواجهة الدائن إلا بالدفع المتعلقة بشخصه، هو والدفع المتعلقة بالدين، دون الدفع الخاصة بغيره من المدينين، (المادة 223 مدني الجزائري) والواقع أن اختلاف صياغة المادة 456/1 عن المادة 666 قد يوحي بشيء من اللبس، فبينما المادة 654/1 على أن: « . للكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين . » أي الدفع الخاصة بشخصه والدفع المتعلقة بالدين و نص المادة : 666 نصت على : «. للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفع متعلقة بالدين . » مما يوحي أن الكفيل المتضامن لا يستطيع التمسك بالدفع المتعلقة بشخص المدين غير أن الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري بالنسبة للمادة 794 المطابقة للمادة 666 من قانون المدني الجزائري تدل بوضوح على أن المشرع قصد مساواة الكفيل المتضامن بالكفيل غير المتضامن فيما يتعلق بالتمسك بالدفع المتعلقة بالالتزام المكفول. و يلاحظ أن هذا النص يختلف عن حكم المادة 649 ق. م.ج الناصة على : «من كفل التزام ناقص الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول»، وهو النص الذي يتناول حكم فرض الكفيل بسبب نقص الأهلية و يحرم الكفيل من التمسك ببطلان تصرف المدين المكفول و يتمسك به المدين (1). الفرع الثاني : الدفع الناشئة عن عقد الكفالة زيارة على الدفع السابقة الذكر فإن المشرع منح الكفيل دفوعا خاصة به مراعاة لصفته و اعتبارا لالتزامه التبرعي، وفيما يلي يعرض لهذه الدفع وهي : الدفع بالتجريد (المادة 660/2 مدني)، الدفع بالتقييم في حالة تعدد الكفلاء، (المادة 644 مدني)، م.ج، الدفع بعدم اتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين، م.ج)، م.ج). أولا : الدفع بالتجريد تنص المادة 660/2 ق. م.ج : « ولا يجوز له (الدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله، و يجد على الكفيل في هذه المسألة أن يتمسك بهذا الدفع ». والدفع بالتجريد بمعنى بسيط هو أنه إذا أراد الدائن التنفيذ على الكفيل فلهذا الأخير التمسك بالتنفيذ أولا على أموال المدين و تجريده منها إذا كان له أموال كافية للوفاء بكل الدين، وهو دفع تقرر لمصلحة الكفيل باعتباره ضامنا لدين ليس له مصلحة فيه فمن باب العدل ألا ينفذ عليه بالدرجة الأولى و أموال المدين قائمة لم ينفذ عليها. ولا ضرر في هذا على الدائن، والآثار المترتبة عليه وصورة خاصة للدفع به. أولا: شروط الدفع بالتجريد 1/ يجب أن يكون الكفيل شخصي لا عيني : لأن الكفيل العيني راهن، ولا يحق له التمسك بالتجريد إلا إذا كان قد اشترط ذلك

صراحة، وهو ما نصت عليه المادة 901 من ق.م.ج بقولها: «إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا على ما رهنه من ماله، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك». وحق الكفيل قاصر على الدفع بتجريد المدين المكفول، ولا يحق له أن يدفع بتجريد مدين آخر غير مكفول، في حالة تعدد المدينين. صفحة 69/70. (2) وقد وجد للتخفيف من شدة القانون الروماني الذي كان يقهر الكفيل على الوفاء بحق الدائن فكان مركزه شيء. 2/ يجب أن لا يكون الكفيل قد تنازل مقدما عن هذا الدفع : وهذا ما نصت عليه المادة 660/2 يقولها: «... على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق . وقد يتم التنازل عن الدفع في عقد الكفالة ذاته، أو بعد ذلك في اتفاق مستقل، وقد يكون هذا التنازل صريح أو ضمني و مثال النزول الضمني سكوت الكفيل عن الدفع بالتجريد عندما يشرع الدائن في التنفيذ على أمواله، ومن ثمة فهو يستخلص من ظروف الحال و ملاستها و قولنا أن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام يثير التساؤل عن الوقت الذي يجب على الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع؟ ذهب البعض إلى القول أنه إذا رفعت الدعوى على الكفيل، كان له الحق في التمسك بهذا الدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى، وصدر هذا الحكم بإلزامه بالدين، فلا يعلق تنفيذه على تجريد المدين من أمواله ومنه فإن هذا الدفع يتعلق بمرحلة المطالبة القضائية وليس بالتنفيذ(1). و تختص كل مرحلة بدفع خاص، فالمرحلة الأولى هو الدفع بعدم القبول للدعوى لرفعها على الكفيل أولا، و يجوز التمسك بهذا الدفع في أي مرحلة من مراحل الدعوى، أما الدفع بالتجريد فهو خاص بمرحلة التنفيذ حيث يستطيع الكفيل التمسك به في مواجهة الدائن عندما يشرع في التنفيذ على أمواله لذا، (فهذا لا يعني عدم جواز إبدائه في مرحلة التقاضي، بل للكفيل إبدائه أثناء نظر الدعوى). 3/ ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين: وهو الشرط الوارد بنص المادة 665 ق.م.ج، ومنه للكفيل العادي التمسك بلزوم التنفيذ على أموال المدين أولا. أما الكفيل المتضامن فليس له التمسك بهذا الدفع، فالدائن يستطيع الرجوع على المدين أو الكفيل أو عليهما معا، وله التنفيذ على أموال الكفيل مع المدين أولا. ويثير التساؤل هنا حول إمكانية الاتفاق على احتفاظ الكفيل المتضامن بالحق في التمسك بالدفع بالتجريد. ؟ وهنا نقول أنه لا يجوز الاتفاق على احتفاظ الكفيل بالحق في التمسك بالتجريد في كل من الكفالة، القضائية والقانونية لأن الكفيل فيها يعتبر متضامنا بنص القانون وتقضي طبيعة التضامن في هذه الحالة حرمان الكفيل من الحق في الدفع بالتجريد(2)، منشأة المعارف الإسكندرية 1975، ص 212. (2) وهو ما نصت عليه المادة 667 بقولها :«يكون الكفلاء في الكفالة القضائية أو القانونية دائما متضامنين». 4/ يجب أن يرشد الكفيل إلى أموال المدين التي تفي بكل الدين : وهو الشرط المنصوص عليه بالمادة 661 والتي نصت على ما يلي : « إذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين التي تفي بالدين كله. ولا يؤخذ بعين الاعتبار الأموال التي يدل عليها الكفيل إذ كانت هذه الأموال تقع خارج الأرض الجزائية أو كانت متنازع عليها». فلكي يكون الدفع بالتجريد مقبولا و قائما على أساس يجب أن تكون للمدين أموال يمكن للدائن التنفيذ عليها، ويقع على الكفيل عبء إثبات وجود أموال للمدين صالحة و كافية للوفاء بكل الدين، و يقوم بإرشاد الدائن إلى هذه الأموال على نفقته و مثالها مصروفات استخراج صور لمستندات ملكية المدين للأموال التي أرشد عنها، وهذا فضلا عن أن مصروفات التجريد سيرجع بها الدائن على الكفيل. هذا و يشترط في الأموال التي يجب أن يرشد عنها الكفيل عدة شروط هي : أ – أن تكون الأموال مملوكة للمدين، فالأموال الغير مملوكة له لا يعتد بها ولو كانت في حيازته. ب- أن تكون هذه الأموال قابلة للحجز عليها: وهو شرط الذي يتفق مع الغاية من الإرشاد وهو التنفيذ. ج- أن تكون هذه الأموال كافية للوفاء بكل الدين: فلا يكفي أن تكفي الأموال للوفاء بجزء من الدين أو حتى معظمه، فإن كانت الأموال التي يرشد عنها الكفيل لا تكفي لسداد الدين كله، ولا يؤخذ بعين الاعتبار إلا القيمة الصافية، فإن كانت مثقلة بحقوق عينية تبعية كالرهن، فإن قيمة المال تحدد بعد استئزال الديون المضمونة بهذا الرهن. كما يلاحظ بأنه إذا كانت الأموال غير كافية للوفاء بكل الدين، فإن الدائن غير ملزم بالتنفيذ عليها، إذ لو ألزم بذلك لأدى هذا إلى إجباره بالوفاء الجزئي لحقه، وهو ما يتعارض مع القواعد العامة في الوفاء حيث تنص المادة 277/1 ق.م.ج على أنه « لا يجبر المدين الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقف بغير ذلك ». د- أن تكون الأموال موجودة بالجزائر : وذلك لتجنب إرهاب الدائن من خلال مباشرة إجراءات معقدة عند وجود الأموال في خارج إقليم الدولة، هذا ولا يشترط أن تكون الأموال موجودة في مكان الوفاء بالدين أو في موطن المدين. و- وجوب ألا تكون الأموال متنازع عليها : لأن الأموال المتنازع عليها غير مأمونة العاقبة، فقد يسفر فض النزاع عن أنها غير مملوكة للمدين. عن مدونة الدكتور سي بوسفي، عن ديوان المطبوعات الجامعية صفحة 133. (2) ويدخل في حكم المال المتنازع عليه الأموال التي تستلزم للتنفيذ عليها إجراءات طويلة و صعبة، حتى ولو لم يكن هناك نزاع شأنها لتوافر نفس الحكمة وهي تجنب الدائن مشقه الإرهاب في مباشرة الإجراءات. ومثالها المال الشائع حيث لا يمكن التنفيذ عليه إلا بعد الفصل في دعوى

القيمة. ثانيا: آثار الدفع بالتجريد يترتب على توافر شروط الدفع بالتجريد، وقبول المحكمة له عدة نتائج قانونية هامة تتمثل في : 1/ عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل : يترتب على قبول الدفع بالتجريد وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل، بل أن هذه الإجراءات تقف بمجرد إبداء الكفيل للدفع حتى تفصل المحكمة فيه وتسقط الإجراءات التي يكون الدائن قد اتخذها قبل الدفع بالتجريد، وتبطل كل الإجراءات التي تتخذ في سبيل التنفيذ على أموال الكفيل، سواء تعلق الأمر بمرحلة التقاضي أن تم التمسك بالدفع أثناء سير الدعوى أو بمرحلة التنفيذ إن تم التمسك به عند شروع الدائن في التنفيذ عن طريق الاستشكال في التنفيذ. فوفق المطالبة نعني بها إذن الكف عن متابعة السير في إجراءات التنفيذ(1)، هذا وأن إجراءات التنفيذ لا يمنع الدائن من اتخاذ الإجراءات التحفظ به على أموال الكفيل لأن هذا الإجراء لا يمس بأصل الحق والعرض منه، الحفاظ على ذمة الكفيل المالية حتى لا يتصرف فيها. 2/ إلزام الدائن بالتنفيذ على أموال المدين التي أرشده إليها الكفيل: على الدائن أن يبادر إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهة المدين وإلا تحمل نتيجة إعسار المدين إن تراخي في التنفيذ على أمواله وعلى الدائن أن يبذل في اتخاذ هذه الإجراءات عناية الرجل العادي، ويقع عبء إثبات تقصير الدائن على الكفيل، وفقا للقواعد العامة(2). 3/ مسؤولية الكفيل عند عدم حصول الدائن على حقه كاملا: إن اتخذ الدائن الإجراءات التنفيذية على مال المدين، في الوقت المناسب فإن ذلك يؤدي عادة إلى حصوله على حقه، إلا أنه من المتصور عدم استفاء الدائن لحقه كاملا بالرغم من قيامه بالإجراءات التنفيذية، على الوجه الصحيح لسبب أجنبي لا يد له فيه، إذ قد يظهر دائنون عاديون للمدين يزاحمون الدائن ويقاسمونه حصيلة التنفيذ مما يؤثر على كفاية الأموال للوفاء بالدين، وقد تنخفض قيمة أموال المدين عند التنفيذ. بسبب تقلبات السوق أو يظهر أنه قد تم تقدير هذه الأموال بأكثر من قيمتها، والنتيجة أن ذمة الكفيل لا تبرا إلا بقدر ما استوفى الدائن، وهنا للدائن الرجوع على الكفيل بالباقي من حقه لكن يتعين عليه ليقوم بهذا الرجوع أن يثبت أنه نفذ على جميع الأموال التي دل عليها الكفيل ويتم هذا بتقديم محاضر الحجز، وأوراق التنفيذ.

(2) عن تأميمات الشخصية والعينية للدكتور سمير تناغو منشأة المعارف الإسكندرية 1975، صفحة 204. *دراسة لنص المادة 663 ق.م.ج المتضمنة لصورة خاصة للدفع بالتجريد: تنص المادة 663 ق. 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». قبل التنفيذ على الكفيل البدء بالتنفيذ على أي تأمين عيني يكون قد خصص للوفاء بنفس الدين المكفول و للكفيل أن يطالب من الدائن التنفيذ على التأمين العيني الذي قدمه المدين أولا. والحكمة واضحة، تتمثل في أن الكفيل عند قبوله الكفالة كان هناك تأمين عيني لضمان الدين وهو سابق أو معاصر لها والكفيل، يكون قد اعتمد على هذا التأمين في الالتزام الذي أقدم عليه، ويشترط للتمسك بهذا الدفع توافر عدة شروط هي : 1- أن تكون هناك تأمين عيني خصص لضمان الدين: و التأمين العيني قد يكون رهن رسمي أو حيازي أو حق إمتياز، لأنه يتقرر بأمر من القاضي لأن النص قرر « . اتفاق أو قانونا . ». 2- يجب أن يكون هذا التأمين وارد على مال مملوك للمدين وهذا هو المجمع عليه من أغلب شراح القانون والفقه المصري، ويستندون في ذلك إلى أن هذا الحكم ما هو إلا صورة خاصة من صور تجريد المدين من أمواله، (2) هذا وأن القواعد العامة تقضي بعدم جواز طلب الكفيل الشخصي، تجريد الكفيل العيني من أمواله، ذلك لأن كلامهما مسؤول عن دين المدين، فإنه يرجع على الآخر بقدر نصيبه في المسؤولية عن الدين ومنه لا يستساغ مع هذا القول أن يكون للكفيل الشخصي تجريد الكفيل العيني في حالة ورود التأمين على مال مملوك لغير المدين، ويرى بعض الفقه أنه لا يشترط ملكية المدين للمال الوارد عليه التأمين، ويستند هذا الرأي إلى عدم صراحة النص الوارد بالتقنين المدني بالمادة 663، إذ أن النص مطلق ولم يشترط ملكية المال للمدين. 3- يجب أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين، لأنه عملا بالمادة 665 ق. لذا يجوز التنازل عنه، وهذا الشرط مقرر كذلك في الصورة العامة للدفع بالتجريد. 4- يجب أن يكون هذا التأمين العيني قد تقرر قبل انعقاد الكفالة أو معها : ويفسر هذا على أن الكفيل منح كفالته وهو معتمد على هذا التأمين لذا لا ينفذ على الكفيل إلا بعد التنفيذ على التأمين العيني، -----

(1) غير أن بعض الفقهاء ذهبوا إلى إمكان الاعتداء به رغم أن النص لم يشير إليه صراحة (2) وهو ما نصت عليه المواد 495/2 من الالتزامات السويسري و 772/2 مدني التي نصت : « إذا كان للدائن حق رهن حيازي أو حق حبس على منقول مملوك للمدين الأصلي وحب عليه أن يستوفي حقه من هذا المنقول». *آثار التمسك بالدفع بالتجريد في هذه الصورة: إذا توافرت الشروط المذكورة وتم قبول الدفع من المحكمة، فإنه تترتب عليه نفس الآثار التي تترتب على الدفع بالتجريد بصفة عامة ومن ثم يلتزم الدائن بالتنفيذ على التأمين العيني. إلا أنه يجدر الإشارة هنا أن إفلاس المدين أو إعساره لا يؤثر على استفاء الدائن لحقه من التأمين العيني لأن المرتبة التي يكتسبها على المال المحمل بهذا التأمين تضمن وقائية من آثار الإفلاس أو الإعسار. وكانوا غير متضامين

فيما بينهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة. فإن كل واحد منهم يكون مسؤولاً عن الدين كله إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقييم». والتقسيم طبقاً لهذا النص يقع بقوة القانون، أي أنه إذ تعدد الكفلاء لدين واحد وفي عقد واحد ولم يكونوا متضامنين فيما بينهم، فإن الدين ينقسم عليه، ولا يجوز للدائن أن يرجع على أي منهم بأكثر من قدر نصيبه في الدين(1). ولكي يتمكن الكفيل من التمسك بهذا الدفع لا بد من توافر شروط معينة: أ/ يجب أن يتعدد الكفلاء: وهذا الشرط هو الفرض الأساسي الذي يقوم فيه الدفع بالتقييم، ب/ يجب أن يتعدد الكفلاء لدين واحد: بحيث لو اختلفت الديون المضمونة من الكفلاء، فلا مجال للتقييم، وإنما يكون كل واحد منهم مسؤولاً عن الدين الذي ضمنه ولا يمكن منهم طلب التقسيم مع مدين آخر لأنهم لم يكفلوا نفس المدين هذا وأنه لا يجوز للكفيل أن يطلب من الدائن تقسيم الدين بينه وبين المصدق (كفيل الكفيل) لأنهما لا يكفلان نفس الالتزام. ج/ وجوب أن يتعدد الكفلاء لمدين واحد: و شرط وحدة المدين لا يعني حتماً شخصاً واحداً، فإذا تعدد الكفلاء لمدينين متضامنين، وكفل كل منهم كل المدينين فإن شرط وحدة المدين يتوفر وينقسم الدين بين الكفلاء. د/ يجب ألا يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم: لأنهم إذا كانوا متضامنين فيما بينهم، يجوز للدائن الرجوع على أي منهم، و/ يجب أن يكون الكفلاء قد كفّلوا المدين لعقد واحد: لأنه في هذه الحالة يكون كل واحد منهم اعتمد على غيره من الكفلاء، لذا ينقسم الدين عليهم، أما إذا كان كل من الكفلاء التزم بكفالة الدين يعقد مستقل فإنه لا يكون قد اعتمد على بقية الكفلاء ولذا لا ينقسم الدين بينه وبين غيره إلا إذا كان قد احتفظ بحقه في التقييم، مدونة حول الحقوق العينية والشخصية، عقد الكفالة، عن ديوان المطبوعات الجامعية سنة 1999 ص 38. وقام هذا الكفيل بالوفاء رغم توافر كل الشروط، وإن كان هذا التقييم يقع بقوة القانون، إلا أنه لا يتعلق بالنظام العام، لذا يمكن التنازل عنه، فالقاضي يحكم به من تلقاء نفسه ما لم يتنازل عنه الكفلاء. * وإذا توفرت الشروط السابقة الذكر رتب هذا الدفع آثار هي: - لا يحق للدائن أن يطالب أي من الكفلاء إلا بقدر حصته من الدين وينقسم الدين بين الكفلاء بالتساوي ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، الدفع في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، هذا وإذا أعسر أحد الكفلاء، فإن الدائن من يتحمل حصة المعسر ولا يمكن مطالبتهم بحصة المعسر لأن الأصل في القانون الجزائري هو انقسام الدين بينهم بقوة القانون وهو يتحدد من وقت انعقاد الكفالة وليس فقط من وقت المطالبة أو الفصل في الدعوى. ثالثاً: الدفع بإضاعة التأمينات: - تنص المادة 656 ق. ج على أنه: «تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات ويقصد بالضمانات في هذه المادة، كل التأمينات المخصصة لضمان الدين، ولو تقررت بعد الكفالة، وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون» - تنص من نص المادة أن الدائن إن أهمل المحافظة على التأمينات بأن أضاع بخطئه شيئاً منها فإن ذمة الكفيل تبرأ بقدر ما أضاعه الدائن من هذه الضمانات وللکفيل(1) أن يدفع مطالبة الدائن له، ويشترط لثبوت حق الكفيل في التمسك بهذا الدفع توافد شروط: أ/ أن يكون الدائن قد أضاع تأميناً خاصاً: فيجب أن يكون التأمين الضائع تأميناً خاصاً للوفاء بالدين المكفول سواء أكان تأمين شخصي (كفالة أخرى)، أو عيني قدم من المدين أو شخص آخر، لكن الغالب هو الأخذ بأي ضمان سواء كان اتفاقي، قانوني، قضائي لأن النص جاء صريحاً. إذا أهمل الدائن المحافظة على الضمان العام للمدين، كما لو أهمل مطالبته حتى أعسر فلا يثبت الدفع للدائن لأنه لم يضيع هنا تأمين خاص(2). - - - - - (1) وهذا الدفع يصلح حتى للكفيل المتضامن مع المدين، فهو كالكفيل الشخصي مسؤول عن دين غيره وهو يرجع بما يوفى به على المدين حالاً محل الدائن، ص 76. (2) عبد الزراق النسهوري، التأمينات الشخصية والعينية ج 10 ص 245. هذا ويجب أن يكون التأمين نشأ ثم ضاع بخطأ الدائن، وعليه فإن الشرط لا يكون متوفر إن كان الدين المكفول دين أجرة وأهمل الدائن مطالبة المستأجر (المدين المكفول) بوضع منقولات في العين المؤجرة لضمان الوفاء بالأجرة مما يترتب عليه عدم نشوء حق الامتياز المنصوص عليه في المادة 995 ق. م. ج. ب/ يجب أن يكون ضياع التأمينات بخطأ من الدائن: أو يخطأ شخص ممن يسأل عنهم، سواء كان فعلاً إيجابياً كإبرائه لكفيل آخر أو كان الخطأ تركاً كإهماله في قيد الرهن. هذا وإذا أسهم الكفيل في إضاعة التأمين الخاص فإن الغالب من الفقه يرى أن ذمته لا تبرأ إذ أنه لا يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع، بينما ذهب الرأي الآخر إلى القول بأن المسؤولية توزع بين الدائن والكفيل وفقاً لقواعد الخطأ المشترك. ج/ يجب أن يترتب على ضياع التأمينات ضرر بالكفيل: إذ يتوجب أن يكون ذا قيمة معتبرة في ضمانات حق الدائن، وبالتالي في ضمان رجوع الكفيل على المدين بعد قيامه بوفاء الدائن، ولا يؤثر في هذا أن يكون المدين موسراً أو هناك ضمانات أخرى تكفي للوفاء بكل الدين، هذا وإذا كانت الضمانات التي أضاعها الدائن عديمة القيمة فإنه لا يجوز للكفيل التمسك بهذا الدفع. ويتمسك الكفيل بهذا عن طريق دفع أثناء رجوع الدائن عليه، وله طلب ذلك عن طريق رفع دعوى على الدائن يطلب فيها الحكم ببراءته بسبب إضاعة التأمينات و يترتب على قبوله براءة ذمة الكفيل بقدرها إضاعة الدائن بخطئه، و يتوجب التمسك بهذا

الدفع لأن المحكمة لا تقضي به من تلقاء نفسها لأنه لا يتعلق بالتقادم العام. رابعا- الدفع بعدم اتخاذ الدائن للإجراءات ضد المدين: نصت المادة 657/1 بقولها: « لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه تتخذها (1) » يتضح من النص أن تأخر الدائن في الرجوع على المدين لا يترتب عليه سقوط حقه في مطالبة الكفيل ولو ترتب عنه إضرار بالكفيل نتيجة إفسار المدين وتعذر رجوع الكفيل عليه. إلا أن القانون لم يترك الكفيل بدون حماية، لذا نص في الفقرة 2 من المادة 657: « غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن، ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا »، ومنه إذا خل أجل الدين و خشي الكفيل أن يتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين أن ينذره باتخاذها حتى يرفع الدائن دعوى على المدين أو يبدأ في اتخاذ إجراءات التنفيذ ضده إذا كان بيده سند تنفيذي فإن انقضت ستة أشهر من يوم الإنذار دون أن يقوم الدائن في اتخاذ هذه الإجراءات برأت ذمة الكفيل، إلا إذا قدم المدين للكفيل ضمانا كافيا يضمن به الكفيل الرجوع على المدين إذا ما اضطر للوفاء للدائن، وقبول هذا الدفع يؤدي إلى رفض دعوى الدائن والحكم ببراءة ذمة الكفيل. خامسا- الدفع بعدم تدخل الدائن في تفلسة المدين: نصت المادة 658 ق. م.ج : « إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن. --- (1) النص الرسمي سقط منه كلمة «لم» لقد فرض القانون على الدائن التدخل في التفليسة، لأنها الوسيلة الوحيدة للحصول من المدين على ما يمكن الحصول عليه فإن قصر الدائن في اتخاذ هذا الإجراء، و ترتب عليه ضياع فرصته في استقاء بعض حقه فلا يجوز له الرجوع على الكفيل إلا بما يزيد على القدر الذي كان سيحصل عليه من التفليسة لو دخل فيها. فإن لم يدخل الدائن في التفليسة وطالب الكفيل بالوفاء بكل الدين جاز لهذا الأخير التمسك في مواجهة براءة ذمته بالقدر الذي أضاعه لعدم تدخله في التفليسة وله أن يتمسك بهذا في صورة دعوى للحصول على البراءة(1). وقد صدر في هذا الشأن قرار عن المحكمة العليا جاء فيه : « حيث وأن المحكمة العليا وبالرجوع إلى عناصر الملف وجدت أن المدين مؤسسة أشغال البناء قسنطينة، قد حلت وعين لها مصفى والحال كان على المدعي عليه ديوان الترقية والتسيير العقاري أن يطالب بدينه أمام المصفى قبل العودة على الكفيل (القرض الشعبي الوطني) وهو ما لم يقم به، وبذلك أخطأ في تطبيق المادة 658 ق. م ومنه كان على الدائن إتباع الاجراءات اللازمة قبل العودة على الكفيل»(2). الفرع الثالث: التزامات الدائن عند استقاء الدين تجاه الكفيل لقد نصت المادة 671 ق. م.ج على : « إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين»، وحكمها ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة الواردة بنص المادة 261 ق. م.ج، و ما بعدها الخاصة بالوفاء مع الحلول. فالمادة 264 نصت : « من حل محل الدائن قانونا أو اتفاقا كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع و ما يكفله من تأمينات و ما يرد عليه من دفعو القدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن». ومنه يترتب على حلول الكفيل محل الدائن أن يكون للكفيل أن يرجع على المدين بحق الدائن بما له من خصائص، وما يلحقه من تأمينات وعلى ذلك نصت المادة 659 ق. م ومن تم فإن الكفيل يقوم بعد الوفاء بالدين المكفول بالرجوع على المدين بما وفاه للدائن، وعلى هذا الأخير أن يسلمه وقت الوفاء كل المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع، بدعوى الحلول أين يحل محل الدائن في حقوقه وأهم هذه السندات، سند الدين المكفول ----- (1) محمدي سليمان، عقد الكفالة، ديوان المطبوعات الجامعية 1999، ص43 والجديد بالذكر أن هذا الدفع مثل الدفع السابقة، هو مقرر للكفيل المتضامن والغير متضامن، يتخذ التمسك به في صورة دعوى أو دفع و يتوجب التمسك به في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، ولا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها و للكفيل التنازل عند مادام مقرر لمصلحته وهو ليس من النظام العام لا يتمسك به لأول مرة أمام المحكمة العليا. (2) قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ : 09/10/2002 غير منشور تحت رقم 264039 بين القرض الشعبي الوطني وكالة 30 و ديوان الترقية والتسيير العقاري. الموجود في يد الدائن ومخالصة من الدائن تفيد استيفاءه للدين فإن امتنع الدائن عن هذا كان من حق الكفيل الامتناع بدوره عن تنفيذ التزامه لأنه تصرف تنطوي على إضعاف لحق الكفيل في الرجوع و استرداد ما يستوفيه. وعند النزاع بصدد أي من الطرفين يبدأ في التنفيذ كان للكفيل أن يودع مبلغ الدين بخزانة المحكمة، وله بعد هذا الإيداع القانوني الرجوع على المدين بعد الحصول على شهادة بذلك تغنيه عن مستندات الدين وعن المخالصة(1). وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل. وإذا كان الدين مضمون بتأمين عقاري، فإن الدائن يلتزم أن يقوم بالإجراءات اللازمة للنقل هذا التأمين و يتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على المدين». فالنص ألزم الدائن القيام بنقل الضمانات للكفيل،