

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 معينا او قابلا للتعيين وان يكون مشروعا. بالنسبة للشرط الاول وهو وجود الالتزام المكفول، فكما هو معلوم ان التزام الكفيل ينصب على تنفيذ الالتزام المضمون إذا لم يقم المدين الاصلي بتنفيذها، ولذلك فان الكفالة تفترض قيام التزام اصلي، يرد عليه التزام الكفيل بالضمان، فان لم يكن هناك التزام اصلي او لم يكن يتوافر لهذا الالتزام مقومات وجوده القانوني كالالتزام، فلا مجال للحديث عن الكفالة، لأن التزام الكفيل التزام تبعي يرتبط في قيامه وفي بقائه بوجود وبياء الالتزام الاصلي. "كفالة الالتزام المتعلق على شرط": بالنسبة للمشرع المغربي لم يتعرض لهذه الحالة بنص خاص عكس مثلا المشرع المصري الذي اقر جواز الكفالة في الدين الشرطي، وهذا الحكم يعد تطبيقا للقواعد العامة، حيث انه طبقا لهذه الاخيرة تجوز كفالة الدين المشروط سواء كان الالتزام الاصلي معلقا على شرط واقف او شرط فاسخ. فاعتبار ان الكفالة عقد تبعي للالتزام الاصلي فان هذه التبعية تظهر في هذا المقام ايضا حيث ان الكفالة تأخذ وصف الالتزام الاصلي، فإذا كان معلقا على شرط فاسخ كان التزام الكفيل معلقا على شرط فاسخ، وبالتالي يجري عليه ما يجري على الالتزام الاصلي من احكام، فإذا تخلف الشرط الفاسخ صار الالتزام الاصلي باتا، ويصير التزام الكفيل ايضا باتا،اما إذا تحقق الشرط الفاسخ فان الالتزام الاصلي يفسخ بأثر رجعي ويعتبر كان لم يكن ويتبع ذلك فسخ التزام الكفيل ويصبح كان لم يكن. وإذا كان الالتزام الاصلي معلقا على شرط واقف، فإنه بالتبعية يكون التزام الكفيل ايضا معلقا على شرط واقف، ومتنى تخلف الشرط الواقع زال الدين الاصلي، ويزول معه بالتبعية التزام الكفيل ويعتبر كان لم يكن، اما إذا تحقق الشرط الواقع فان الالتزام الاصلي لا ينفذ بأثر رجعي وإنما يكون له إثر مباشر، ويصبح كل من التزام المدين الاصلي والتزام الكفيل نافذا باتا وفي هذه الحالة تسري جميع احكام الكفالة. ننتقل الان الى نقطة اخرى مهمة وهي كفالة الالتزام الطبيعي، فكما هو معلوم ان مصطلح الالتزام الطبيعي يطلق على واجب لا يجر من يقع على عاته أداء، فالسؤال الذي يطرح نفسه هو ما مدى صحة كفالة الالتزام الطبيعي؟ المشرع المغربي على غرار باقي التشريعات لم يورد نصا خاصا بكفالة الالتزام الطبيعي، ويرى اغلب الفقه انه لا يجوز كفالة هذا النوع من الالتزام خصوصا وانه بوقوع مثل هذه الكفالة، سيصبح الكفيل ملزما بالوفاء بالتزام لا يمكن ان يجر المدين الاصلي على وفائه ، وهذا قد ينتج عنه ان يصبح التزام الكفيل اشد من التزام المدين الاصلي، اضافة الى ذلك فان الكفيل الذي يرجع على المدين بما وفاه عنه ، فإذا لم يستطع ذلك فيكون في هذه الحالة مديننا اصلا وليس كفيلا، ويرى أستاذنا الدكتور سعيد الدغيم بإمكانية تصور كفالة الالتزام الطبيعي في حالة موافقة المدين على الكفالة ، ويضيف أستاذنا على انه مادامت كفالة الالتزام المتعلق على شرط جائزه فمن باب اولى إجازة كفالة الالتزام الطبيعي. ينص الفصل 1120 من ق ل ع على انه: "لا يجوز ان تقوم الكفالة الا إذا وردت على التزام صحيح" فإذا كان الالتزام الاصلي صحيحا صحت الكفالة الضامنة له، لكن قد يحدث ان يبطل الالتزام لاختلال ركن من اركانه او قد يصيبه عيب يجعله مهددا بالأبطال فما هو مصدر الكفالة في هذه الاحوال؟ - بالنسبة لكافالة الالتزام الباطل: اذا كانت صحة الالتزام المكفول مرهونة بصحة الالتزام الاصلي فانه بمفهوم المخالفة يكون التزام الكفيل باطلا متى كان الالتزام الاصلي باطلا ايضا، 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 الاصلي سواء كانت شخصية او متعلقة بالدين المضمون ، ومن الدفع التي يمكن ان يتحج بها المدين الاصلي البطلان وعليه وبحكم التبعية الموجودة بين كلا الالتزامين فان الكفيل ايضا بإمكانه الاحتياج ببطلان الالتزام الاصلي 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 الاصلي او انقضاؤه يترتب عليها انقضاء الكفالة وسوف نقوم بتفصيل هذه النقطة عند التطرق لانقضاء الكفالة. - اما بالنسبة لكافالة الالتزام القابل للإبطال فما قلناه عن كفالة الالتزام الباطل ينطبق على هذا الاخير من حيث امكانية تمكك الكفيل بالدفع بهما في مواجهة الدائن. فالكفيل يستطيع ان يتمسك بإبطال التزامه نتيجة لقابلية الالتزام الاصلي للإبطال اما إذا كان الالتزام القابل للإبطال أصبح صحيحا بالإجازة، فإن هذا الالتزام يصبح صحيحا نهائيا بالنسبة للمدين الاصلي ولكن للكفيل ان يتمسك بإبطال الكفالة ما لم يجز هو بدوره الكفالة فتصبح صحيحة بعد ان كانت قابلة للإبطال او ما لم يسقط حقه في التمسك بإبطاله. المطلب الثاني: آثار عقد الكفالة: لا تظهر اثار الكفالة حيث يقوم المدين بالوفاء بدينه، فتبرأ ذمته وتبرأ ذمة الكفيل تبعا له، وعلى العكس فان اثار الكفالة تظهر لدى رجوع الدائن على الكفيل مطالبا اياه بالوفاء بالدين المكفول، هذه الاثار ندرسها من خلال علاقات ثلاث: - علاقة الدائن بالكفيل. - علاقة الكفالة بعضهم ببعض. او لا: "علاقة الدائن بالكفيل": العلاقة بين الدائن والكفيل تعكس من جانب سعي الدائن لاستيفاء حقه من الكفيل من خلال مطالبته بالوفاء، وتعكس من

جانب اخر مواجهة الكفيل هذه المطالبة بما يتمنى له من دفعه بغضون تأجيل هذه المطالبة او ابراء ذمته كلا او بعضا من الدين المكفول.أ) – مطالبة الدائن الكفيل بالوفاء: يقتيد حق الدائن في مطالبة الكفيل بسبق حلول اجل الدين المكفول وسبق الرجوع على المدين.1) – تقيد الدائن بسبق حلول الاجل: الغاية منه عدم امكانية تنفيذ الالتزام جبرا الا بعد حلول اجله، لكن قد يكون الاجل الممنوح للكفيل ليس هو نفس الاجل الممنوح للمدين الاصلي، وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن ان يرجع على الكفيل قبل حلول هذا الاجل، وقد اجاز المشرع المغربي في الفصل 1128 من قل ع ان يتجاوز الاجل الممنوح للكفيل الاجل الممنوح للمدين الاصلي الفصل 1128 يقول: "لا يصح ان تتجاوز الكفالة ما هو مستحق على المدين الا فيما يتعلق بالأجل".اما إذا اتفق الدائن والكفيل على مدة اقل من تلك الممنوحة للمدين فلا يجوز في هذه الحالة للدائن ان يطالب الكفيل بالدين قبل حلول اجل الدين الاصلي حتى ولو استند الدائن في مطالبتة هذه للأجل المتفق عليه مع الكفيل. اذا حصل اتفاق المدين مع الدائن بعد ابرام عقد الكفالة على تعديل اجل الالتزام الاصلي ، فان هذا الاتفاق لا يمس بمصلحة الكفيل اذا انتوى على تقصير هذا الاجل اما اذا كان الاتفاق على مد اجل الدين، كان من حق الكفيل ان يستفيد من ذلك ليتمكن باعتبار التزامه بالضمان مستحقا عند الاجل الجديد، ولكن للكفيل ايضا ان يتمسك بالأجل الاصلي، فلتزم الدائن بقبول وفائه بالالتزام المكفول ، ولو قبل حلول الاجل الجديد ، حيث ان الخيار للكفيل ليفي في الاجل الذي يحقق مصلحته ، ويثبت نفس الخيار للكفيل اذا ما نزل المدين الاصلي عن اجل التزامه، حيث ان نزوله هذا لا يلزم الكفيل، أي انه لا يجر على الوفاء قبل حلول اجل الدين كما تم تحديده عند قبول الكفيل لكافنته، ولكن مع ذلك للكفيل ان يفي بالدين فورا ما دام دين المدين اصبح مستحقا مع ثبوت حقه في الرجوع على المدين بما اراده . الا ان هذه القواعد لا تبقى سارية دائما بحيث ان تغير وضعية الكفيل او المدين يسبب الوفاة او الاعسار قد يكون له اثر بالغ على اجل المطالبة بالوفاء.* اثر تغير وضعية المدين على اجل الكفالة: هنا تميز بين حالتين: حالة اعسار المدين وحالة وفاة المدين.– بالنسبة لحالة اعسار المدين، ينص الفصل 139 من قل ع على انه: "يفقد المدين مزية الاجل إذا أشهر افلاسه، او أضعف بفعله الضمانات الخاصة التي سبق له ان اعطتها بمقتضى العقد. يقرر اذن هذا الفصل سقوط الاجل بالنسبة للمدين لكن هل لهذا تأثير على التزام الكفيل؟ هل سقوط اجل المدين الاصلي يستتبع سقوط اجل التزام الكفيل بصفة تبعية؟ هنا اختلف الفقه في حل هذا الاشكال ، فهناك من قال بعدم سقوط اجل التزام الكفيل بصفة تبعية استنادا الى انه لا يمكن لا يمكن جعل مركز الكفيل أسوأ بعد الكفالة، وهذا الحل يتعارض مع خاصية التبعية "تبعية التزام الكفيل للالتزام المدين" اما الجانب الاخر من الفقه فيقول بسقوط اجل التزام الكفيل، وذلك نظرا للطبيعة القانونية للالتزام الكفيلي التي تكمن في تبعيته للالتزام الاصلي المكفول، كما يستند هذا الجانب من الفقه على المادة 662 من مدونة التجارة التي تنص على انه لا يمكن للفلاء متضامنين كانوا ام لا ان يتمسكون+: بوقف سريان الفوائد المنصوص عليه في المادة 659 ثم تأتي هذه المادة في الفقرة الثانية لتقرر حكما وهو: يحتاج على الكفالة بسقوط الاجل، وهذه المادة جاءت صريحة وحاسمة في ان الكفيل يتحمل نتائج سقوط الاجل. الا انه فيه نوع من القسوة في معاملة الكفيل.– بالنسبة لوفاة المدين: نص المشرع المغربي في الفصل 1135 من قل ع ان وفاة المدين تؤدي الى حلول اجل الدين بالنسبة الى تركته ولكن لا يسوغ للدائن مطالبة الكفيل قبل حلول الاجل المتفق عليه. اذن لا يجوز مطالبة الكفيل بالوفاء الا بعد حلول اجل كفنته. هنا بالنسبة لأثر تغير وضعية المدين على اجل الكفالة فماذا عن اثر تغير وضعية الكفيل على اجل الكفالة؟* اثر تغير وضعية الكفيل على اجل الكفالة: تميز هنا كذلك بين حالتين حالة وفاة الكفيل وحالة اعساره.– بالنسبة لحالة وفاة الكفيل: نظم المشرع المغربي هذه الحالة في الفصل 1135 من قل ع وخصوصا وفاة الكفيل قبل حلول اجل الالتزام الاصلي للمدين حيث نص هذا الفصل على ما يلي: "إذا مات الكفيل قبل حلول الاجل، حق للدائن الرجوع فورا على تركته دون ضرورة لانتظار حلوله، وإذا دفع الورثة الدين في هذه الحالة كان لهم ان يرجعوا على المدين عند حلول اجل الالتزام الاصلي" ، فهنا تعتبر الكفالة من الحقوق الواجب اخراجها من تركه الكفيلي.– حالة اعسار الكفيل: نص نفس الفصل السابق 1135 من قل ع على ان اشهر افلاس الكفيل يترب عليه حلول اجل الدين بالنسبة اليه، حتى قبل حلول اجل الالتزام الاصلي، وللدائن في هذه الحالة ان يتقدم بدعينه في تفليسه الكفيل. هنا يجب الاشارة الى وجود خطأ في الترجمة فهذا الفصل يتحدث عن شهر اعسار الكفيل وليس شهر افلاسه على اعتبار ان النص الفرنسي ينص على 2 على insolvabilité déclaré de la caution..... ما يلي: "لا يحق للدائن الرجوع على الكفيل الا إذا كان المدين في حالة مطل في تنفيذ التزامه". اذن لكي يكون للدائن الحق في مطالبة الكفيل بالتزامه الذي حل اجله، فإنه من اللازم عليه قانونا ان يقوم بهذه المطالبة ب مباشرتها اولا في مواجهة المدين الاصلي، عند تماطل هذا الاخير في تنفيذ التزامه، آنذاك يكون من حق الدائن اعمال مقتضيات الرجوع على الكفيل وتقبل آنذاك

دعواه. ان المقصود بالرجوع على المدين هو رفع الدعوى أي المطالبة القضائية فلا يجوز للدائن ان يرفع الدعوى على الكفيل وحده لإلزامه بالوفاء الا بعد ان يرفع الدعوى على المدين ويحصل على حكم ضده بإلزامه بالوفاء، لأن المشرع عندما اشترط الرجوع من الدائن على المدين، قصد بذلك استنفاذ الدائن للوسائل القضائية في استيفاء حقه من المدين، وعلى هذا الاساس إذا رجع الدائن على الكفيل وحده، فإنه للكفيل ان يتمسك بالدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين، ويشرط للتمسك بهذا الدفع: ان لا يكون الكفيل قد تنازل عن التمسك بهذا الدفع+. ان لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين+. يشرط 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 اثارة هذا الدفع، فقد مكنه المشرع من مجموعة من الآليات الدفاعية فما هي اذن هذه الدفع؟+ - الدفع التي يحق للكفيل التمسك بها في مواجهة الدائن: من بين الدفع التي يمكن للكفيل التمسك بها في مواجهة الدائن:- الدفع بالتجريدة: هذا الدفع منظم بمقتضى الفصلين 1136 و 1137 من ق ل ع ويشرط لأعماله ما يلي: + لا بد ان يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريدة وحتى يتسرى 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: اولاً إذا تنازل صراحة عن التمسك بالدفع بالتجريدة+. الشرط الثاني لأعمال هذا الدفع يتعلق بأموال المدين التي يمكن التنفيذ عليها " الفصل 1136 والفصل 1137 من ق ل ع . ومن آثار هذا الدفع حسب ما هو وارد في الفصل 1136 من ق ل ع ، توقف مطالبة الكفيل الى ان تجرد اموال المدين الاصلي بدون اخلال بحق الدائن في اتخاذ ما عساه ان يؤذن له به من الإجراءات التحفظية ضد الكفيل لضمان حقه-. الدفع بالتقسيم: من الدفع أيضا الدفع بالتقسيم في حالة تعدد الكفالة للدين الواحد، ويجب ان يكفل هؤلاء نفس المدين، اضافة الى ان يكون تعدد الكفالة بعقد واحد اذا انه إذا تعدد الكفالة وكان التزامهم بعقد واحد، فهذا دليل على ان كل كفيل كان على علم بوجود غيره من الكفالة، وبالتالي انصرفت نيته الى انه لن يكفل سوى جزء من الدين كما يشرط لأعمال هذا الدفع عدم وجود تضامن بين الكفالة الذين كفلوا نفس المدين في عقد واحد لأن التضامن يعطي الحق للدائن في مطالبة أي كفيل منهم بكل الدين-. دفع أخرى: بالإضافة الى الدفع بالتجريدة والدفع بالتقسيم هناك دفع آخرى بعضها مستمد من العلاقة بين الدائن والمدين، 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 تأخره عن المطالبة به بعد ان يصبح مستحق الاداء. كذلك من الدفع التي يمكن للكفيل في مقاضاة المدين لإبراء ذمته ازاء الدين، (حيث انه في الاحوال العادية يرجع الكفيل على المدين بعد قيامه بالوفاء ليتحلل من كفالته ويرئ ذمته بعد قيامه بالالتزام الملقي على عاته) 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 ما يلي: "للكفيل مقاضاة المدين الاصلي للحصول على ابراء ذمته من التزامه:- او لا: إذا رفعت عليه الدعوى قضاء من اجل الوفاء بالدين او حتى قبل ان توجه اليه اية مطالبة، إذا كان المدين في حالة مطل في تنفيذ الالتزام-. ثانيا: إذا كان المدين قد التزم بان يقدم للكفيل ابراء ذمته من الدائن خلال اجل محدد، وإذا لم يتمكن المدين من تقديم ابراء الذمة من طرف الدائن، وجب عليه ان يدفع الدين او ان يعطي للكفيل رهنا او ضمانة اخرى كافية-. ثالثا: إذا 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 الأصلي بمقتضى دعوى الحلول وبالتالي تنتفي الحاجة الى إعمال مقتضيات الفصل 1141 من ق ل ع . ثانيا: علاقة الكفيل بالمدين: يتحدد التزام الكفيل في تنفيذ التزام المدين إذا عجز هذا الاخير عن الوفاء به، الا انه إذا قام الكفيل فعلا بالوفاء، فإن هذا الوفاء ينهي من جهة علاقة الكفيل بالدائن، وفي نفس الوقت تبدأ 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 للأثراء بلا سبب، فالكفيل لم يقضى دينه وإنما 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 أفضل وسيلة ملائمة له متى توفرت الشروط الضرورية لذلك الا انه في بعض الحالات قد يفقد الكفيل كل امكانية للرجوع على المدين. بالنسبة للدعوى الشخصية نجد تطبيقا لها في الفصل 1143 من ق ل ع الذي ينص على انه: "للكفيل الذي يقضى الالتزام الاصلي قضاء صحيحًا حق الرجوع على المدين بكل ما دفعه عنه، ولو كانت الكفالة أعطيت بغير علمه، وله حق الرجوع عليه ايضا من اجل المصاروفات

والخسائر التي كانت نتيجة طبيعية وضرورية للكفالة. كل فعل يصدر عن الكفيل وليس وفاء بمعناه الحقيقي وإنما يترتب عليه انقضاء الالتزام الاصلي وبراءة ذمة المدين، ويعطي حق الرجوع من أجل أصل الدين والمصروفات". ان وفاء الكفيل بالدين المكفل لصلاح 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 كفيلا عاديا او متضامنا مع المدين. لكن إذا كانت الكفالة قد اعطيت برغم نهي المدين عنها، فإنه 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 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، وإنما يكون ملتزما في مواجهة الدائن فقط. شروط اعمال الدعوى الشخصية هي: + وفاء الكفيل بالدين المكفل (ب) - دعوى الحلول: قد لا يكون من مصلحة الكفيل ان يرجع على المدين الاصلي بدعوى الكفالة، اي دعوى الحلول، خاصة إذا كان المدين قد قدم للدائن ضمانات عينية الى جانب الكفالة ضمانا للوفاء بالتزامه الاصلي، اذ يكون في هذه الحالة في مأمن من مزاحمة الدائنين الآخرين للمدين، هذه المزاحمة التي يكون عرضة لها إذا 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 وفي الدين وفاء صحيحا يحل محل الدائن في حقوقه وامتيازا له ضد المدين في حدود كل ما دفعه، وضد الكفلاة الآخرين في حدود حصة كل واحد منهم، غير ان هذا الحلول لا يغير في شيء الاتفاques الخاصة المعقودة بين المدين الاصلي 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 الأصلي للدين. + وفاء الكفيل بالدين وفاء مبرئا 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 الكفلاة وغيره من الكفلاة: نميز في هذه العلاقة بين حالتين: حالة تعدد الكفلاة مع عدم التضامن، وحالة تعدد الكفلاة مع تضامنهم.أ) - حالة تعدد الكفلاة مع عدم التضامن: ينص الفصل 1138 من ق ل ع: "إذا كفل عدة أشخاص بعقد واحد نفس الدين، لم يلتزم كل منهم الا بقدر حصته منه، ولا يقوم التضامن بين الكفلاة الا إذا اشترط، او إذا كانت الكفالة قد ابرمت من كل كفيل على انفراد من اجل الدين كله، او إذا كانت تعتبر فعلا تجاريا بالنسبة الى الكفلاة". وعليه فاما قام أحد الكفلاة بوفاء نصيبه من الدين، فلا يملك اي حق للرجوع على غيره من الكفلاة بل يحتفظ بحقه في ذلك في مواجهة المدين، فكل واحد من الكفلاة مسؤول في مواجهة الدائن بمقدار نصيبه فقط، فاما ما أصعب أحد الكفلاة فان باقي الكفلاة لا يتحملون نتيجة إعساره. لكن السؤال الذي يطرح هنا إذا قام أحد الكفلاة بوفاء كل الدين للدائن فهل بإمكانه استعمال حق الرجوع على باقي الكفلاة بالقدر الذي يزيد على حصته في الدين؟ هنا يتم الاستناد الى قواعد الإثراء بلا سبب حيث يستطيع الرجوع على باقي الكفلاة بما اداه عنهم ولو انه لم يكن ملزما بذلك. لكن ما الحل الواجب إتباعه إذا أصعب أحد الكفلاة وذلك مع افتراض ان أحد الكفلاة قد قام بوفاء كل الدين؟ هنا يرى غالبية الفقهاء ان الذي يتتحمل حصة المعاشر هو نفس الكفيل الذي قام بالوفاء ويرى جانبا اخر من الفقه ان الكفيل الذي وفي الدين كله يرجع ه على المدين، اما إذا أصعب المدين بدوره فله الرجوع على الدائن باعتباره هو الذي يتحمل إعسار أحد الكفلاة.ب) - حالة تعدد الكفلاة مع تضامنهم: ان الأصل في تعدد الكفلاة ان لا يقوم على التضامن بينهم، ذلك ان التضامن لا يقوم بين الكفلاة الا إذا اشترط، او إذا كانت الكفالة قد ابرمت من كل من كفيل على انفراد من اجل الدين كله او إذا كانت تعتبر فعلا تجاريا بالنسبة الى الكفلاة (الفصل 1138 من ق ل ع) إذا كانت وضعية التضامن تسمح للدائن ان يطالب اي واحد من الكفلاة بمجموع الدين فان هذا الكفيل الذي قام بالوفاء له حق الرجوع على باقي الكفلاة كل بقدر حصته وبقدر نصيبه في حصة المعاشر منهم (الفصل 1145 من ق ل ع). من جهة اخرى لا يكون للكفيل اعمال مقتضيات الرجوع على الكفلاة الا إذا كان قد قام فعلا بالوفاء، وبالتالي فإنه إذا برئت ذمة الكفيل، ولكن لسبب اخر غير الوفاء او ما يقوم مقامه كالتقادم مثلا او الابراء الحاصل من الدائن للكفيل فان الكفيل في هذه الحالة لن يكون باستطاعته الرجوع على غيره من الكفلاة لانعدام تحقق الوفاء الموجب لذلك، ونص الفصل 1146 من ق ل على ان الكفيل الذي يتصالح مع الدائن ليس له الحق في ان يرجع على الكفلاة الآخرين الا في حدود ما اداه حقيقة او قيمة ما اداه ان كان من المقومات. من ناحية اخرى يستطيع الكفيل الرجوع على بقية الكفلاة بالارتكاز على دعوى الحلول باعتبار انه قد حل محل الدائن عندما قام بالوفاء له بالدين، فيكتسب حق الحلول حتى في مواجهة باقي الكفلاة لكن في حدود حصة كل واحد منهم، وهذا ما أكدته الفصل 1147 من ق ل ع. اذن في التعدد والتضامن

يشترک الكفالة في المسؤولية في مواجهة الدائن الذي يستطيع ان يطالب ايا منهم بكل الدين الا انه في العلاقة الداخلية بينهم يبقى التزام كل واحد منهم محدودا بحصته من الدين.
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 اصلية.
اولا: 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 واهم اسباب انقضاء الالتزام بصورة تبعية هي:
1- الوفاء: وهو سبب لانقضاء التزام الكفيل حيث تبرأ ذمة هذا الأخير إذا قام المدين الأصلي بالوفاء بدينه تجاه الدائن، ويكتفى 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 تتحققى التزامات الكفيل عند القيام بالوفاء واهما:+ان يكون الوفاء كاماً وصحيحاً. + ان يتم من طرف المدين او من طرف الكفيل، اما إذا قام الغير بالوفاء فان هذا الأخير سيحل محل الدائن فلا تتحققى التزامات الكفيل. + ضرورة تحديد الدين الذي تم الوفاء به (حالة تعدد ديون المدين تجاه نفس الدائن الذي تم الوفاء لصالحه).
الوفاء بمقابل: ان انقضاء الالتزام الأصلي بطريق الوفاء بمقابل يؤدي الى انتهاء الكفالة، ففي هذه الصورة يقبل الدائن شيئاً آخر غير الشيء المستحق والمتفق عليه عند إنشاء الالتزام، 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 بالإنابة: الإنابة المقدمة من الكفيل او من المدين اذا ما قبلها الدائن والغير المناب يترتب على ذلك انقضاء الالتزام الأصلي، وبصورة تبعية انقضاء التزام الكفيل، و الإنابة هنا هي الإنابة 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 الاصلي بإيداع الشيء المستحق: ذكر الفصل 1152 من ق ل ع انه ينقضي الالتزام بإيداع الشيء المستحق إذا 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، فإذا رفض الدائن قبضه، كان له ليبرئ ذمته بإيداعه في المكان الذي تعينه المحكمة. ولكي يكون العرض الحقيقي صحيحاً لا بد من توفر الشروط التي حددها الفصل 279 من ق ل ع.
5- انقضاء الكفالة تبعاً لانقضاء الالتزام الاصلي بالتجديد: ان تجديد الالتزام يكون له محل إذا كان هناك تغيير في أحد العناصر الجوهرية لهذا الأخير، بحيث يحل محل الالتزام القائم التزام جديد، 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 الضمانت الخاصة بالدين القديم الا إذا 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 الكفالة ما لم يرتكبوا ضمان الالتزام الجديد غير انه إذا اشترط الدائن تقدم الكفالة لضمان الالتزام ثم امتنعوا فإن الالتزام القديم لا ينقضي.
6- انقضاء الكفالة تبعاً لانقضاء الالتزام الأصلي بالمقاصة: ينقضي الالتزام الأصلي للمدين بالمقاصة ويترتب عليها وبالتالي 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 الاصلي بالغباء: الإبراء هو ايضاً 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 الاصلي باتحاد الذمة: إذا توفرت صفة الدائن والمدين في نفس الشخص يؤدي ذلك إلى انقضاء التزام الكفيل إذا اتحدت ذمة المدين الأصلي مع ذمة الدائن، كان يكون المدين وارثاً للدائن، وتجب الإشارة إلى انه إذا كان الدائن قد ترك ورثة آخرين غير المدين فان ذمة الكفيل تبرأ عندها في حدود حصة هذا الأخير من الدين فقط وليس من كل الدين.
9- انقضاء الكفالة تبعاً لانقضاء الالتزام الاصلي بالتقادم: إذا تم التقاضم لصالح المدين أفاد الكفيل وانتهت الكفالة تبعاً لانقضاء الالتزام الاصلي للمدين وفي المقابل، إذا قطع التقاضم بالنسبة إلى المدين الأصلي امتد أثر هذا القطع إلى الكفيل (الفصل 1158 من ق ل ع). كما يمكن ان ينقضى التزام المدين الأصلي المكفول باستحالة التنفيذ لسبب قاهر او لحدث فجائي او

لأي سبب أجنبي آخر لا يد للمدين الأصلي فيه، فإذا انقضى هذا الالتزام المكفول انقضى تبعا له التزام الكفيل فتنتهي الكفالة تبعا لهذا الانقضاء، غير أنه إذا كانت الاستحالة نتيجة خطا المدين فإن محل الالتزام يتحول إلى تعويض، فيبقى المدين ملزما به، كذلك يبقى الكفيل ملتزما بكفالة هذا التعويض. وهلاك الشيء بفعل الكفيل يترتب عليه براءة ذمة المدين الأصلي (باعتبار فعل الكفيل سبباً أجنبياً للمدين) فتبرأ تبعاً لذلك ذمة الكفيل، إلا أن هذا الأخير يتحول ليصبح مديناً أصلياً في مواجهة الدائن. وقد يزول الدين المكفول بفسخ العقد الذي أنشأه فيصبح الدين كان لم يكن وكذلك تبع الكفالة كان لم تكن، وما يقال عن الفسخ يقال عن ابطال الالتزام المكفول.

ثانياً: انقضاء الكفالة بصورة أصلية: بالإضافة إلى انقضاء الكفالة بصورة تبعية فإنها تنقضي كذلك بكل الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء الالتزامات بشكل عام بصورة أصلية وباستقلال عن الالتزام الأصلي المكفول، بحيث قد ينقضي التزام الكفيل ويبقى الالتزام الأصلي للمدين قائماً، وهذا ما نص عليه المشرع المغربي في الفصل 1151 من ق. ل. ع: "الالتزام الناشئ عن الكفالة ينقضي بنفس الأسباب التي تنقضي بها الالتزامات الأخرى ولو لم ينقضي الالتزام الأصلي"، مع مراعاة الفصل 1160 من ق. ل. ع الذي ينص على أن الكفالة لا تنقضي بموت الكفيل وينتقل التزام هذا الأخير إلى ورثته. فالكفالة تنقضي بنفس أسباب انقضاء الالتزامات الأصلية بطريق التبعية.* فإإباء الحاصل للكفيل لا يبرئ ذمة المدين فهو يبرئ ذمة الكفيل من التزامه ويؤدي إلى انقضاء الكفالة دون انقضاء التزام المدين الأصلي الذي يظل قائماً بين الدائن والمدين وهذا ما أكد الفصل 1154 من ق. ل. ع.

اتحاد الذمة الحاصل بين الدائن والكفيل يؤدي إلى انقضاء التزام الكفيل دون أن يبرئ ذمة المدين الأصلي (الفصل 1156 من ق. ل.)، كما أن اتحاد الذمة الحاصل بين المدين الأصلي وبين المبحث الثاني: صرامة القواعد القانونية المنظمة لعقد الكفالة وعدم قدرتها على استيعاب المستجدات والتطورات التي تعرفها الكفالة تقد أصبحت الكفالة التبعية عاجزة عن مواكبة التطورات التي تعرفها باقي التشريعات المقارنة نتيجة التطور الاقتصادي "المطلب الأول" مما يستوجب تدخل المشرع المغربي لكي يعيد صياغة النصوص القانونية المنظمة لهذا العقد "المطلب الثاني".؟ المطلب الأول: عجز الكفالة التبعية عن مواجهة التطورات والمستجدات: من خلال استعراض أهم أحكام عقد الكفالة يتبين لنا أن هذه الأخيرة لا تعدو أن تكون ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين الأصلي، ولا يخلو هذا التعدد في المسؤولية عن الالتزام من مخاطر الإعسار الذي يهدم الكفالة من أساسها ويجريدها من عنصرها الجوهرى وهو الضمان. علاوة على ذلك يتبين لنا أن هناك عوامل أخرى ساهمت في تقهقر الكفالة وترجعها، وتتجلى صرامة القواعد القانونية للكفالة بالخصوص في صفة التبعية التي تعرفها الكفالة في ابتداء بتكوين هذا العقد، إلى حين انقضاءه. يمكن أيضاً ابداء بعض الملاحظات حول الأحكام المنظمة لعقد الكفالة: رأينا أن الشروط الإنسانية لهذا العقد والتي هي بعيدة عن الشكليات والتعقيبات تلعب دوراً مهماً في جعل مؤسسة الكفالة تحقق أهدافها، وجعل الدائنين يتوجهون إليها، وتفضيلها على باقي الضمانات العينية، والتي تتميز بضرورة احترام مجموعة من الشكليات ويطول المساطر المتعلقة بالتسجيل ومشاكل تتعلق بتحقيق هذه الضمانات.+ أما بالنسبة للأحكام المنظمة لأثار عقد الكفالة نجد أن المشرع المغربي على غرار باقي التشريعات، ساعد الكفيل على أداء هذا الالتزام الخطير، لذلك نرى أن المشرع يسلح الكفيل بمجموعة من الحقوق والدفوع كحق الكفيل بالدفع بتجريد المدين والتمسك بالدفوع الخاصة بالمدين وما إلى ذلك. لكن ما يحدث في الواقع العملي أن الدائن بدوره لا يظل مكتوف الأيدي، حيث يسعى جاهداً من خلال اتفاقه مع الكفيل على تجريده ما أمكن من هذه الأسلحة القانونية على صورة تنازل عنها بداية.+ أما بالنسبة للانقضاء فهناك مجموعة من الملاحظات يتبعن إبدائها ومن أهمها: يلاحظ قصور في تنظيم انقضاء الكفالة في ق. ل. ع لغياب بعض أسباب انقضاء الخاصة التي نجد التشريعات المقارنة قد نظمتها كما هو شأن بالنسبة للقانون المدني المصري (إضاعة التأمينات بخطأ الدائن - عدم اتخاذ الإجراءات ضد المدين بعد إنذار الدائن) أو القانون المدني الفرنسي (كفالة الحساب الجاري - ضرورة تقديم الدائن المعلومات الازمة التي تفيد الكفيل لتقدير مدى التزامه).*

عالج المشرع المغربي انقضاء عقد الكفالة بطريقة منتقدة حيث تولى عرض بعض الأسباب وشرحها دون بقية الأسباب. اذن أصبح تنظيم الكفالة لا يواكب المستجدات التي تعرفها التشريعات المقارنة والتطورات الاقتصادية، ومن ثم أصبحت هذه القواعد والتي تعتمد أساساً لها صفة التبعية للالتزام الأصلي متجاوزة،؟ المطلب الثاني: ضرورة تدخل المشرع المغربي لتعديل أحكام الكفالة لمواجهة مختلف الأوضاع المستجدة: