

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة
كلية الحقوق

كفالة التزام المدين بسبب نقص أهليته

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص
- فرع العقود والمسؤولية-

إشراف الأستاذ الدكتور
بوعناقة السعيد

إعداد الطالبة
بودربالة موني

لجنة المناقشة

رئيسا	أستاذ التعليم العالي بجامعة قسنطينة	أ.د رحال أحمد
مشرفا ومقررا	أستاذ التعليم العالي بجامعة قسنطينة	أ.د بوعناقة السعيد
عضوا	أستاذة محاضرة بجامعة قسنطينة	د بن لطرش منى

تاريخ المناقشة: 12 جوان 2017

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ

بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا

إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ ﴾

أهداء

إلى أرواح الشهداء الأبرار الذين تعطرت بدمائهم حبيبتى الأولى

الجزائر

إلى والدي العزيزين فهما كالشمعة تحترق وتضمحل لتضيء

ما حولها

إلى كل أساتذتي الكرام فعملي رجع لصدى صوتهم وثمره

لغرس يدهم وقطرة من فيض بحرهم فهم

كالبحر يملأه الغمام وما لــــه فضل عليه لأنه من مائه

إلى من كان وقودا لعزيمتي، إليك يا أمي، إليك يا فريد

إلى كل طالب يعشق العلم ويسعى إلى الظفر به أينما كان

إلى كل من يشهر سيفه في وجه الجهل

أهدي ثمرة جهدي

موني

شكر

الحمد لله الذي لا إله إلا هو الحي القيوم عالم الغيب والشهادة

الذي علم الإنسان ما لم يعلم

والشكر لله إذ أعانني وقواني إلى أن أتممت عملي هذا

فليس قبل الله محمود ولا مشكور

أشكر أستاذي المشرف على رحابته صدره وحلمه

وأملّي العريض أن لا أكون أقل إقداما وإخلاصا من جيله

فمن غير المعقول أو المقبول أن يلد العظام أقزاما

شكري الجزيل إلى أستاذي الفاضلين: بن لطرش منى ورحال أحمد

على قبولهما مناقشة هذا العمل ولهما مني كل التقدير والاحترام

شكري الخاص إلى من كان يشحذ همتي ويحثني على المضي قدما

شكري الخاص إليك يا فريد

فاليدي التي تمتد لتدفعك في البداية خير بألف مرة

من اليدي التي تمتد لتصافحك عند خط النهاية

إلى من كان يتحرق شوقا لرؤية ثمرة جهدي

فلك أنت يا أمي كل شكري وامتناني

المقدمة

الأصل أن يستجيب المدين إلى عنصر المسؤولية في الالتزام، فينفذ الأداء الملقى على عاتقه طوعا واختيارا، أما حين يمتنع عن الاستجابة الاختيارية لعنصر المديونية، فإن عنصر المسؤولية يخول الدائن استعمال حقه في اقتضاء الدين، لوضع حد لامتناع المدين عن أداء ما عليه من التزام وذلك عن طريق التنفيذ الجبري.

والحق الشخصي لا يخول صاحبه حقا على مال معين، فهو حق يضمن الوفاء به كامل الذمة المالية للمدين وقت التنفيذ، لأن مسؤولية المدين عن التزامه هي مسؤولية غير محددة في مال معين، لذلك فالالتزام لا يغل يده عن التصرف في أمواله.

والمقصود بأموال المدين الضامنة للوفاء بديونه، تلك الموجودة وقت التنفيذ عليه، من الأموال التي ليس محظورا حجز عليها ولو كان المدين قد اكتسبها في وقت لاحق لنشوء حق الدائن، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنه ليس لأي من الدائنين العاديين حق تتبع ما تصرف فيه المدين من أمواله قبل التنفيذ عليه، حتى ولو كانت موجودة وقت نشوء الدين في ذمته، فمسلك الدائن العادي في اقتضاء حقه عينا أو عن طريق التعويض محكوم بقواعد الضمان العام، ورغم أن تلك القواعد متعلقة بالنظام العام، إلا أنها لا توفر الحماية الكافية للدائن العادي من خطر إفسار المدين، وهو الأمر الذي قد يتحقق نتيجة ما قد يصدر عن مدينه من زيادة التزاماته أيا كان مصدرها، وما ينتج عن ذلك من زيادة عدد الدائنين المتراحمين قديمهم وحديثهم، فيتزايد بذلك احتمال عدم كفاية أموال المدين للوفاء بجميع ديونه، إضافة إلى حريته في التصرف في أمواله،

هذا الذي من شأنه أن يضعف الضمان العام، بحيث يتهدد الدائنين احتمال عدم كفاية الأموال الموجودة في ذمة مدينهم للوفاء بكامل حقوقهم مع عدم تمكنهم من تتبع الأموال التي تصرف فيها.

ولم يشأ المشرع أن يترك الدائن تحت رحمة مدينه، فقد يكون شخصا مستهترا يبعثر أمواله رغم تعلق حقوق الغير بها، كما أن ترك هذه الأخطار تتهدد الدائن يؤدي لا محالة إلى امتناع الناس عن التعامل الآجل، لذلك وضع وسائل متعددة للمحافظة على الضمان العام، فقرر الإجراءات التحفظية التي يمكن للدائن اتخاذها بشأن أموال مدينه، وقد نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية حجز التحفظي وهو لا يعتبر تنفيذا مباشرا على أموال المدين وإنما وضع لتلك الأموال تحت يد القضاء بهدف منع المدين من تهريبها وتمهيدا للتنفيذ عليها.

وأهم وسائل حماية الضمان العام هي الدعوى غير المباشرة، الدعوى البوليصية، دعوى الصورية ونظام الإعسار، غير أنها وسائل قاصرة عن توفير الحماية الكافية للدائن، فلا يمكن مباشرتها باستثناء دعوى الصورية إلا بعد إعسار المدين أو بعد زيادة إعساره، إضافة إلى ما تتطلبه من إجراءات وما تستغرقه من وقت عند اللجوء إلى القضاء، وهذا ما يقلل من فعاليتها في التغلب على تقاعس المدين في المطالبة بحقوقه أو منع توأطئه مع بعض مدينه، زيادة على أنها لا تحقق للدائن الذي يستعملها نفعا ينفرد به، فكل عائد من استعمال هذه الوسائل يدخل في الذمة المالية للمدين ليكون ضمانا عاما لجميع دائنيه يستوفون منه حقوقهم على سبيل المساواة، وبالتالي فإنها لا تجنب الدائن الذي باشرها الخضوع لقسمة الغرماء.

ولما كانت هذه الوسائل، على فائدتها لا توفر للدائن ضمانا كافيا لاستيفاء حقه بالأولوية على غيره من الدائنين، فإن كل دائن يسعى لوضع نفسه في مركز متميز عن الباقيين، يوفر له

ضمانا أكثر فاعلية لاستيفاء حقه، وهذا لا يتأتى كما قلنا عن طريق الضمان العام، وإنما تخوله إياه الضمانات الخاصة سواء أكانت من مال المدين أو من مال الغير، وسواء أكان مصدرها الاتفاق أو القانون.

والتأمين قد يكون منصبا على عين معينة، كما في حالة التأمينات العينية أو منصبا على كامل الذمة المالية كما في التأمينات الشخصية، وهذه الأخيرة هي التزامات شخصية تضاف إلى التزام المدين، فهي عبارة عن ضم ذمة مالية إلى ذمة أخرى لضمان حق الدائن وقد يكون هذا الضم أو التعدد على قدم المساواة فيكون جميع المدينين في درجة واحدة وملتزمين بصفة أصلية بكل الدين، فيكون للدائن الرجوع على أي منهم بكامل الدين، ويتحقق ذلك في حالة التضامن بين المدينين أو حالة عدم قابلية الدين للانقسام وفي الإنابة القاصرة، وقد يكون التعدد أو الضم ليس على قدم المساواة وإنما تختلف فيه درجة مسؤولية المدينين عن الوفاء بالالتزام، فتكون مسؤولية بعضهم في الدرجة الأولى ومسؤولية البعض الآخر في الدرجة الثانية، أي أن منهم من يسأل بصفة أصلية عن الوفاء، فيما لا يسأل الباقيين إلا بصفة احتياطية فقط عند عدم وفاء الملتزمين بصفة أصلية، ويكون ذلك في الكفالة في صورتها العادية.

فإذا كان للتأمينات العينية دور أكثر أهمية مقارنة بغيرها من التأمينات، فإن الكفالة وهي أهم صور التأمينات الشخصية، ذات أهمية لا يمكن إنكارها من الناحية العملية، فهي تحقق للدائن ثقة غير محددة بمال معين، كما أنها لا تلقي على عاتقه أعباء كتلك التي تلقى عليه في نظم التأمينات العينية كالالتزام بالمحافظة على الشيء المرهون وصيانته.

ويتزايد التعامل عن طريق البيع بالتقسيط في مجال المواد الاستهلاكية، ازدادت أهمية الكفالة فأصبحت الوسيلة المثلى لجمهور المستهلكين في حصولهم على الائتمان، لاقتناء ما يحتاجونه من تلك المواد.

فإذا كانت الكفالة تزيد الثقة وتدعم الائتمان، فالأمر يبدو أكثر أهمية إذا تعلقت بتصرف صادر من ناقص الأهلية، خاصة أن من يتعامل معه إذا كان عالما بنقص أهليته يدرك بأن تصرفه مهدد بالإبطال، فيبدو من الأهمية بمكان أن يطالبه بتقديم كفيل يضمن عدم تمسكه بحقه في الإبطال.

فإذا أبرم ناقص الأهلية تصرفا وقدم كفילה له فإنه يجب التمييز بين الحالة التي لا يعلم فيها الكفيل بنقص أهلية المدين والحالة التي يكون فيها الكفيل عالما بذلك، ففي الحالة الأولى تكون الكفالة قابلة للإبطال تماما كالكفالة التي ترد على الالتزام القابل للإبطال لسبب آخر غير نقص الأهلية فيكون باستطاعة الكفيل التمسك بالإبطال لنقص أهلية المدين حتى لو أجاز هذا الأخير التزامه، أما في الحالة التي يكون فيها الكفيل قد كفل المدين وهو عالم بنقص أهليته، فهنا نكون أمام حالتين، حالة العلم بنقص الأهلية دون أن يكون ذلك سببا للكفالة وهي تختلف عن الحالة الأولى لأن الكفيل هنا لا يستطيع التمسك بنقص أهلية المدين لإبطال التزامه إلا إذا تمسك المدين الأصلي بنقص أهليته وأبطل التزامه، وحالة العلم بنقص الأهلية مع كونه السبب في كفالته، فإذا تمسك المدين بنقص أهليته وأبطل التزامه لم يكن للكفيل الحق في إبطال التزامه لنقص أهلية المدين لأن الكفالة في هذه الحالة لم تعقد إلا تحسبا لهذا الاحتمال، وهذا ما نصت عليه المادة 649 من القانون المدني.

فمن كفل شخصا وكان نقص الأهلية سببا لكفالاته كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول، ومعنى ذلك أنه طالما لم يتمسك المدين الأصلي بنقص أهليته لإبطال التزامه فإن الكفيل يبقى كفيلا ويبقى التزامه تابعا للالتزام المكفول، أما إذا تمسك المدين بنقص أهليته وأبطل التزامه فإن التزام الكفيل يبقى قائما رغم إبطال الالتزام الأصلي.

ولما كانت القواعد العامة تقضي بأن الالتزام التبعية يتعلق بالالتزام الأصلي وجودا وعدما، فكيف يمكن القول بأن التزام الكفيل يبقى قائما بعد إبطال المدين المكفول لالتزامه؟ وكيف يُتصور وجود التزام تابع دون التزام أصلي يستند إليه؟ وما هي طبيعته القانونية؟ وما هي الآثار الناتجة عن تغير طبيعة التزام الكفيل على علاقة هذا الأخير بالدائن؟

تظهر أهمية الموضوع وأسباب اختيارنا له في النقاط الأساسية التالية:

1- علاقته بحياة الناس: تبدو أهمية الموضوع واضحة لاتصاله بمعاملات الناس،

فالكفالة من أهم نظم التأمينات الشخصية التي تحقق مصلحة لكل من الدائن والمدين، فهي تحقق مصلحة المدين في تسهيل عملية ائتمانه وبذلك يستطيع الحصول على ما يحتاجه من قروض، كما أنها تحقق ثقة وطمأنينة للدائن وذلك لوجود شخص آخر يمكن أن يستوفي منه حقه في الحالة التي يتخلف فيها المدين عن الوفاء به.

2- تعلق الكفالة بالتزام ناقص الأهلية: إذا كانت الكفالة تزيد الثقة وتدعم الائتمان،

فالمسألة أكثر أهمية إذا تعلق الأمر بكفالة التزام قابل للإبطال بسبب نقص الأهلية، ذلك أن الحماية التي قررها المشرع لناقص الأهلية تحمل في طياتها تنبيه الطرف الآخر إلى ضرورة تأكده

من أهلية الشخص الذي سيقدم على التعاقد معه، فإذا تبين له أنه ناقص أهلية أحجم عن ذلك لأنه إن أتم تصرف معه، أتاح له فرصة مفاجئة في أية لحظة بطلب إبطاله، وبالتالي فمن الأهمية بمكان مطالبته بتقديم كفيل يضمن عدم تمسكه بحقه في الإبطال، لأن استقرار التعامل بين الناس أمر بالغ الأهمية، فالثقة المتبادلة بين المتعاملين لا تتحقق إلا إذا كانوا يدركون كل آثار تصرفاتهم ويعلمون مصيرها.

3- تعلق الكفالة بالالتزام ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر: تجعل منه

موضوعا يستحق الدراسة والبحث خاصة وأن الأحكام الواردة بشأنه في القانون المدني تختلف عن تلك الواردة في قانون الأسرة.

4- عدم وجود باحث على حد علمي المتواضع تعرض لهذا الموضوع وأفرده

ببحث مستقل وإن كان شرّاح القانون المدني قد تناولوه بصفة عامة وبشكل مقتضب، وقد حاولنا شرحه بالتفصيل ما أمكننا من أجل محاولة الإسهام في بناء دراسة خاصة به، ليأتي من هو أقدر منا على البحث ليوضح من الأحكام ما وقف عنده بحثنا.

وقد قصرنا بحثنا لهذا الموضوع على الحالة التي يجد فيها الكفيل نفسه ملزما بالوفاء بالدين المكفول سواء لم يتمسك المدين الأصلي أو من يمثله قانونا بحقه في الإبطال غير أن الدائن لم يستوفي منه حقه، أو أنه تمسك بحقه في الإبطال فبقي التزام الكفيل قائما رغم زوال الالتزام الأصلي بتقرير بطلانه، وأوردنا الدفع التي يمكن أن يدفع بها الكفيل مطالبة الدائن له، وبحثنا الشروط الواجب توافرها لإمكان مطالبة من كان كفيلا وأصبح ملتزما أصليا بالدين وكذا الأساس

القانوني الذي يقوم عليه التزامه بعد زوال الكفالة دون أن نتطرق إلى رجوع الكفيل الموفي على
المدين الأصلي سواء ككفيل أو كملتزم أصلي بالدين.

ولمعالجة الإشكالية المطروحة ارتأينا استعمال المنهج التحليلي الوصفي في بحثنا مع
الاستعانة بالمنهج المقارن في بعض المواضع خاصة عند مقارنة بعض النصوص مع ما جاء به
التقنينين الفرنسي والمصري وأحيانا قليلة التقنين الألماني، كما ارتأينا أنه من الأنسب معالجة
الموضوع وفق الخطة التالية:

الفصل الأول: ناقص الأهلية وتصرفاته القانونية القابلة للإبطال

المبحث الأول: ناقص الأهلية

المبحث الثاني: تصرفات ناقص الأهلية القابلة للإبطال

الفصل الثاني: مطالبة الدائن للكفيل

المبحث الأول: الحالة التي لا يُعمل فيها المخول بالإبطال حقه

المبحث الثاني: الحالة التي يُعمل فيها المخول بالإبطال حقه

الفصل الأول

ناقص الأهلية وتصرفاته القانونية القابلة للإبطال

المبحث الأول: ناقص الأهلية

المبحث الثاني: تصرفات ناقص الأهلية القابلة للإبطال

الفصل الأول

ناقص الأهلية وتصرفاته القانونية القابلة للإبطال

لما كان موضوع بحثنا هو كفالة التزام المدين بسبب نقص أهليته، فإن له صلة وثيقة بالأهلية القانونية، لذلك وجب علينا قبل محاولة الإجابة على إشكاليته، الوقوف على المقصود بناقص الأهلية، وبعد ذلك التطرق إلى التصرف الدائر بين النفع والضرر كون هذا النوع من التصرفات الصادرة من ناقص الأهلية هي وحدها القابلة للإبطال، وهذا ما سنتناوله في مبحثين بحيث نتطرق في الأول إلى ناقص الأهلية وفي الثاني نتناول التصرف الدائر بين النفع والضرر الصادر من ناقص الأهلية.

المبحث الأول

ناقص الأهلية

معرفة ما تتمتع به الشخصية القانونية من حقوق وما يلقي عليها من التزامات متوقف على توافر الأهلية القانونية⁽¹⁾، وسنتطرق فيما يلي إلى أهلية الشخص الطبيعي للوقوف على المقصود بناقص الأهلية، لأن الشخص المعنوي يخرج عن إطار بحثنا لأنه بمجرد ثبوت الشخصية القانونية له تكون له أهلية وجوب وأهلية أداء كاملتين، غير أنه لا يبرم تصرفاته بنفسه بل يكون له ممثله

(1) إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 227.

القانوني الذي يعبر عن إرادته، وبديهي أن الشخص الاعتباري ليست له أهلية وجوب نسبية كالجنين، ولا تعتريه عوارض الأهلية كالشخص الطبيعي، كما أنه لا يمر بمرحلتى عدم التمييز والتمييز، وهو في هذا كله يختلف عن الشخص الطبيعي الذي له طبيعته الإنسانية، وعليه سنتحدث في المطلب الأول عن الأهلية القانونية، في حين نتناول في المطلب الثاني عوارض الأهلية.

المطلب الأول الأهلية القانونية للشخص الطبيعي

الأهلية في اللغة تعني الصلاحية، فيقال أن فلانا هو أهل لما هو قائم به، والعكس إذا كان غير أهل لما يقوم به، فهي تستعمل بمعنى الجدارة والكفاءة، فالأهلية لأمر ما هي الصلاحية له⁽¹⁾، ومنه قوله تعالى في حق المؤمنين: ﴿وألزمهم كلمة التقوى وكانوا أحق بها وأهلها﴾⁽²⁾.

والأهلية في مجال القانون تتصرف إلى المعنى ذاته، فهي صلاحية يعترف بها القانون للشخص، وتتصرف لأحد معينين، فقد تكون مجرد صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وهي أهلية الوجوب⁽³⁾، وقد تتعدى ذلك إلى القدرة على إنشاء الحقوق والالتزامات عن طريق مباشرة مختلف التصرفات القانونية وهذه أهلية الأداء⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ بوكريزة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة قسنطينة 1، 2014، ص 29.

⁽²⁾ سورة الفتح، الآية 26.

⁽³⁾ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2012، ص 203.

⁽⁴⁾ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص 152 و 153.

الفرع الأول أهلية الوجوب

أشرنا فيما سبق إلى أن مصطلح الأهلية في مجال القانون ينصرف فيما ينصرف إليه إلى أهلية الوجوب، وسنتطرق فيما يلي إلى المقصود بها ومناطقها ثم نتكلم عن أنواعها.

الفقرة الأولى المقصود بأهلية الوجوب ومناطقها

أولاً: المقصود بأهلية الوجوب

يعرف الفقه الإسلامي أهلية الوجوب، بأنها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه، ومناطقها الصفة الإنسانية دون النظر إلى السن أو العقل، وأهلية الوجوب بهذا المعنى هي الشخص ذاته منظورا إليه من الناحية القانونية⁽¹⁾.

فالشخص إنما ينظر إليه القانون من ناحية أنه صالح لأن تثبت له حقوق وتلقى على عاتقه واجبات، فكل إنسان شخص قانوني تتوافر فيه أهلية الوجوب، وتثبت له هذه الأهلية من

(1) بوكرزازة أحمد، الرسالة السابقة، ص 26.

وقت ميلاده بل وقبل ذلك أحيانا عندما يكون جنينا إلى وقت موته، وبعد الموت إلى غاية تصفية تركته وتسديد ما عليه من ديون⁽¹⁾.

فإذا كانت الشخصية القانونية تعبر عن مدى الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات دون تحديد، فيكفي لتوافرها وجود تلك الصلاحية⁽²⁾، وإن كانت متعلقة ببعض الحقوق والالتزامات دون البعض، والشخصية القانونية تتراوح بين الوجود والعدم، فلا يمكن أبدا أن تكون ناقصة، فإذا وجدت بوجود الصلاحية، فإن ما يحدد نطاقها، من حيث مدى ما تتمتع به من حقوق، وما تتحمل به من التزامات، إنما هو أهلية الوجوب⁽³⁾، فإذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت الشخصية القانونية، كالجنين الذي يولد ميتا، وكالميت بعد سداد ديونه، فبثبوت الشخصية القانونية للإنسان تثبت له أهلية الوجوب، فلا يمكن تصور وجود الإنسان دون أهلية وجوب، ولو كانت قاصرة أو محدودة⁽⁴⁾، غير أن ثبوت الشخصية القانونية له لا يستتبع الاعتراف له بأهلية الأداء⁽⁵⁾.

ثانيا: مناط أهلية الوجوب

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011، ص 266.

(2) المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار بتاريخ: 1984/10/10، رقم 35511 المجلة القضائية، سنة 1989، العدد الأول، ص 53.

(3) علي فيلاي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011، ص 205.

(4) إسحاق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص 228.

(5) نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 162.

أهلية الوجوب تثبت لكل شخص طبيعي لمجرد أنه إنسان وبمجرد ولادته حياً بحيث تدور وجوداً وعدمًا مع الحياة، فمناطها هو الحياة، أي ميلاد الشخص حياً⁽¹⁾.

وأهلية الوجوب تثبت للجميع بصرف النظر عن التمييز أو الإدراك أو حرية الإرادة، ولذلك تسمى الأهلية السلبية لأنها لا تتأثر بالمرض أو السن أو القدرة على التمييز، فهي تثبت للصغير غير المميز والسفيه والمعتوه والمجنون وذو الغفلة، وبصفة عامة يتمتع كل شخص حتى عديم الإرادة بأهلية الوجوب.

الفقرة الثانية أنواع أهلية الوجوب

مناط أهلية الوجوب هو الحياة فيمجرد ولادة الشخص حياً تثبت له أهلية وجوب كاملة، وهذا هو الأصل، غير أن المشرع ولا اعتبارات معينة قرر للجنين وهو لازال في بطن أمه نوعاً من أهلية الوجوب، وقصرها على حقوق والتزامات معينة، وفيما يلي سنتكلم عن أهلية الوجوب الكاملة وبعدها أهلية الوجوب الناقصة أو المحدودة.

أولاً: أهلية الوجوب الكاملة

(1) عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، 1980، ص 63، إسحاق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص 217.

الأصل في أهلية الوجوب الكمال، بمعنى أن الإنسان بمجرد ولادته حياً تثبت له أهلية الوجوب الكاملة⁽¹⁾ فيكون أهلاً لاكتساب جميع الحقوق سواء تلك التي لا تحتاج إلى القبول كالوصية، أو التي تحتاج إليه كالهبة، فإن لم تتوافر لديه إرادة القبول قبلها وليه نيابة عنه فيكتسب هو الحق وليس وليه⁽²⁾.

فأهلية الوجوب تثبت كاملة لكل إنسان بميلاده حياً، وتستمر إلى وفاته، ولا تتأثر بعمره ولا بحالته العقلية فيكون الشخص أهلاً لتحمل الالتزامات التي لا يكون مصدرها الإرادة، أما الالتزامات التي تتوقف نشأتها على الإرادة، أي تلك التي تنشأ عن التصرفات القانونية فلا تنشأ إلا إذا توافرت لدى الشخص أهلية أداء هذه التصرفات أو أبرمها وليه نيابة عنه⁽³⁾.

وإذا كان الأصل أن تثبت للشخص أهلية وجوب كاملة بمجرد ميلاده حياً فإن ذلك لا يحول دون إمكان تقييدها، فالمشرع يتدخل ويقيّد أهلية الأشخاص فيما يتعلق بحقوق معينة كالحقوق السياسية، ويستبعد الأجانب غير المواطنين من التمتع بها⁽⁴⁾، كما يتدخل ويقيّد أهلية بعض الأشخاص إذا تعلق الأمر باكتساب أموال معينة فتكون أهليتهم مقيدة⁽⁵⁾، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 402 من القانون المدني حين منعت القضاة والمحامين وكتاب الضبط والموتقين من شراء الحقوق المتنازع عليها، إذا كان النزاع يدخل في دائرة اختصاص المحكمة التي يباشرون فيها عملهم، فإذا تم بيع تلك الأموال إلى أحد الأشخاص المذكورين وقع باطلاً، لأن أهلية الوجوب لديهم

(1) غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، الطبعة السابعة، دار وائل للنشر، عمان، 2004، ص 250.

(2) محمدي فريدة زاوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 75.

(3) إسحاق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص 228.

(4) علي فيلالي، نظرية الحق، مرجع سابق، ص 204.

(5) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2007، ص 100.

مقيدة بالنسبة للتصرفات المحددة في هذا النص فقط، أما بالنسبة لباقي التصرفات القانونية فلهم فيها أهلية وجوب كاملة⁽¹⁾ .

ثانيا: أهلية الوجوب الناقصة

أهلية الوجوب الناقصة هي أهلية وجوب استثنائية قررها المشرع للجنين في بطن أمه، حماية ورعاية للمصالح التي ستكون له بعد ميلاده⁽²⁾ ، وتثبت له هذه الأهلية من الوقت الذي تتأكد فيه حياته في بطن أمه إلى الوقت الذي يولد فيه حيا⁽³⁾ وهي مقصورة على صلاحيته لاكتساب الحقوق التي لا يحتاج سببها إلى قبول، كالحق في الإرث والحق في الوصية⁽⁴⁾، كما تثبت أهلية الوجوب الناقصة للإنسان حتى بعد موته، إلى وقت تصفية تركته وقضاء ديونه⁽⁵⁾ .

الفرع الثاني

(1) محمدي فريدة زاوي، مرجع سابق، ص 75 وما بعدها.

(2) تنص المادة 25 من القانون المدني في فقرتها الثانية على أنه: « تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته، على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا.»
(3) نبيل صقر، موسوعة الفكر القانوني، قانون الأسرة نصوصها وتطبيقها، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص382.

(4) غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 247.

(5) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 266.

أهلية الأداء

إذا أطلق مصطلح الأهلية دون تحديد نوعها، كان المقصود من ورائه أهلية الأداء، وسنتطرق فيما يلي إلى المقصود بأهلية الأداء ومناطقها، ثم نتكلم عن أنواعها.

الفقرة الأولى

المقصود بأهلية الأداء ومناطقها

أولاً: المقصود بأهلية الأداء

أهلية الأداء هي قدرة الشخص على التعبير عن إرادته تعبيراً ينتج آثاره القانونية⁽¹⁾، وهذا يستلزم توافر إرادة واعية بما تتجه إلى إحداثه من آثار قانونية ولا يتأتى هذا إلا بالإدراك⁽²⁾، فقد يكون للشخص أهلية الوجوب دون أهلية الأداء فيكون متمتعاً بالحق دون أن يستطيع استعماله بنفسه، فأهلية الأداء هي الصلاحية التي تمكن الشخص من استعمال الحق⁽³⁾.

ثانياً: مناط أهلية الأداء

(1) بوكرزازة أحمد، الرسالة السابقة، ص 26.

(2) نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص 167،

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 268.

التمييز هو إدراك عقلي، بتوفره يتمكن الشخص من تقدير التصرفات ومعرفة ما إذا كانت ذات نفع له أو العكس، والإدراك قدرة تنمو تدريجياً بنمو الإنسان جسماً وعقلاً، فهو يولد منعدم التمييز لا يعرف الأشياء ولا يميز بينها ويتدرج في نموه إلى أن يتمكن من معرفة مختلف الأشياء ثم الوصول إلى التمييز بينها ثم الإدراك الكامل عند اكتمال نضجه العقلي⁽¹⁾.

فالإنسان يمر بثلاثة مراحل هي: انعدام التمييز، التمييز والنضج الكامل، والتمييز الذي لم يبلغ الرشد بعد يكون ناقص الأهلية، ومن بلغ سن الرشد عاقلاً يكون كاملها، وقد يبلغ الشخص سن التمييز، ويطراً عليه عارض ما يعدم تمييزه، فيكون عديم الأهلية وقد يؤثر عليه فينقص إدراكه دون أن يعدمه فتكون بالتالي أهليته ناقصة، فمناطق أهلية الأداء التمييز تكتمل بكامله وتنعدم بانعدامه وتنقص باختلاله ونقصانه⁽²⁾.

ويحدد نطاق أهلية الأداء بالتصرفات القانونية دون الأعمال أو الوقائع المادية فهذه الأخيرة تتحقق آثارها بمقتضى نص القانون وليس للإرادة فيها دور⁽³⁾، فمجال أهلية الأداء هو إبرام التصرفات القانونية سواء تعلق الأمر بالتصرفات التي تتطلب إرادتين، أو التي تتم بإرادة منفردة فكل هذه التصرفات قوامها إرادة الإنسان والإرادة لا تصدر إلا عن تمييز وإدراك⁽⁴⁾.

(1) علي فيلالي، نظرية الحق، مرجع سابق، ص 209، محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دار هومة، 2002، ص 11.

(2) نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص 175.

(3) إسحاق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص 228 وما بعدها.

(4) فرهاد حاتم حسين، عوارض المسؤولية المدنية، دراسة تحليلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2014، ص 130.

الفقرة ثانية أنواع أهلية الأداء

قلنا أن مناط أهلية الأداء هو التمييز، ولما كان التمييز لا يتوفر لدى الشخص دفعة واحدة وإنما يتطور تدريجاً حتى الوصول إلى الإدراك الكامل، فإن أهلية الأداء لدى الشخص بدورها تتدرج بتدرج سنه وقدرته على التمييز والإدراك من الانعدام إلى النقصان إلى الكمال⁽¹⁾.

أولاً: أهلية الأداء المعدومة

يبدأ هذا الدور من يوم ميلاد الشخص ويستمر إلى سن التمييز⁽²⁾، وقد حددها المشرع في المادة 42 من القانون المدني ببلوغ الشخص ثلاثة عشرة سنة كاملة⁽³⁾، ويقصد بانعدام أهلية الصغير غير المميز أنه ليس أهلاً لمباشرة أي تصرف قانوني، وسبب ذلك هو انعدام الإدراك والتمييز لديه⁽⁴⁾، ذلك أن مباشرة التصرفات القانونية تتطلب إرادة يعتد بها القانون، وعديم التمييز لا يمكنه أن يباشر أي تصرف قانوني، طالما أنه لا يتوافر على الإدراك اللازم للتعبير عن إرادته تعبيراً ينتج آثاره القانونية، ولما كان عديم التمييز لا يتمتع بالصلاحية لمباشرة أي تصرف قانوني، فإن جميع تصرفاته تقع باطلة بطلاناً مطلقاً⁽⁵⁾، وقد نصت المادة 82 من قانون الأسرة على ذلك

(1) علي فياللي، نظرية الحق، مرجع سابق، ص 209.

(2) غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 251.

(3) كانت سن التمييز في القانون المدني الجزائري محددة بستة عشرة سنة قبل تعديل المادة 42 منه بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

(4) عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، مرجع سابق، ص 66.

(5) غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 252.

بقولها: « من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة ».

ثانيا: أهلية الأداء الناقصة

في الفترة التي يبلغ فيها الشخص سن الثالثة عشرة وهي سن التمييز دون أن يصل سن الرشد المدني المحددة في المادة 40 من القانون المدني بتسعة عشرة سنة كاملة، يتوافر لديه قدر من الإدراك فتثبت له أهلية أداء غير كاملة، تقوى تدريجيا بازدياد إدراكه حتى تكتمل ببلوغه سن الرشد، ففي هذه المرحلة لا يكون الشخص عديم الأهلية، فهو يتوافر على قدر من التمييز يجعله متمتعا بأهلية أداء تتناسب مع هذا القدر المتوفر لديه من الإدراك، وفي ذات الوقت فإنه لا يكون كامل الأهلية، لأنه لا يتوافر على الإدراك والتمييز الكافيين لتمتعه بأهلية أداء كاملة⁽¹⁾.

ففي هذه المرحلة لا يكون الصبي المميز عديم الأهلية ولا كاملها، وإنما تثبت له أهلية أداء ناقصة⁽²⁾، فيكون حكم تصرفاته متوقفا على نوعها، وقد رأينا فيما سبق أن المشرع قرر في المادة 83 من قانون الأسرة أن تصرفات المميز الضارة به باطلة وأن تصرفاته النافعة له نافذة، في حين تتوقف تلك التصرفات إذا كانت دائرة بين النفع والضرر على إجازة وليه أو وصيه.

ثالثا: أهلية الأداء الكاملة

(1) محمدي فريدة زواوي، مرجع سابق، ص 77.

(2) تنص المادة 43 من القانون المدني على أن: « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون ».

يبدأ هذا الدور ببلوغ الشخص سن الرشد وهي تسع عشرة سنة كاملة، ويفترض فيه عندئذ أنه مكتمل التمييز⁽¹⁾، فإذا بلغها متمتعاً بمداركة العقلية كان كامل الأهلية حسب ما قرره المادة 40 من القانون المدني، ومن ثمة كان أهلاً لمباشرة ما يشاء من التصرفات القانونية، بحيث تكون صحيحة منتجة لآثارها القانونية⁽²⁾.

وباكتمال أهلية الأداء لدى الشخص فإنها تبقى كذلك إلى يوم وفاته، شريطة أن يبقى متمتعاً بمداركة العقلية فلا يطرأ على أهليته عارض ما يؤثر في كمالها، وشرط أن لا يحجر عليه⁽³⁾.

المطلب الثاني عوارض الأهلية

العارض هو ما يصيب أهلية الشخص فيعدمها أو ينقصها، فهو يؤثر في تمييز الشخص بتأثيره على العقل فيعدم التمييز أو ينقصه، أو يمنع العقل من العمل بصفة مؤقتة أو دائمة، أما ما لا يزيل العقل ولا ينقصه، ولا يمنعه من العمل، فإنه لا يعتبر عارضاً من عوارض الأهلية⁽⁴⁾.

ويجب التمييز بين عوارض الأهلية وموانعها، فالمانع هو ما يحول دون إبرام التصرفات القانونية رغم كمال أهلية الشخص، فهو قد يحول بينه وبين الإشراف على أمواله وتصريف شؤونه

(1) المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار بتاريخ: 2001/05/15، رقم 238252 المجلة القضائية، سنة 2002، ص 284.

(2) محمدي فريدة زاوي، مرجع سابق، ص 78.

(3) غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 253.

(4) بوكرزازة أحمد، الرسالة السابقة، ص 37.

كالغيبية وهذا ما يسمى بالمانع المادي⁽¹⁾، وقد يصاب جسم الإنسان بحيث يصبح غير قادر على القيام بأمر نفسه كإصابة الحواس وهذا هو المانع الطبيعي⁽²⁾.

وقد تسلب أهليته بحكم القانون وهذا هو المانع القانوني⁽³⁾، فالمانع يحول دون كمال أهلية الشخص ومباشرة بعض التصرفات القانونية، أما العارض فإنه يؤثر في أهلية الشخص فتتعدم أو

⁽¹⁾ وهو غياب الشخص بحيث لا يستطيع مباشرة تصرفاته القانونية بشكل يعطل مصالحه ويلحق به الضرر، ولا تعتبر الغيبة مانعا ماديا يمنع الشخص عن مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، إلا إذا مضت مدة سنة أو أكثر على غيابه، وأن يترتب على ذلك تعطيل مصالحه بحيث يستحيل أن يتولى شؤونه بنفسه، ففي هذه الحالة تعين له المحكمة وكيلًا ليلبش عنه التصرفات القانونية، أو يثبت الوكيل الذي عينه الغائب إذا توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي، هذه الغيبة كمانع من مباشرة الأهلية تنتهي بزوال سببها كما تنتهي بموت الغائب أو بالحكم باعتباره ميتا، وقد نصت المادة 31 من القانون المدني على أن: " تجري على المفقود والغائب الأحكام المقررة في التشريع العائلي".

⁽²⁾ قد تجتمع في الشخص عاهتان من العاهات الجسمية المنصوص عليها في المادة 80 من القانون المدني، وهي الصم، البكم والعمى، فيتعذر عليه التعبير عن إرادته تعبيرًا صحيحًا، وفي هذه الحالة يجوز للمحكمة أن تعين له مساعدًا قضائيًا، يساعده في التصرفات التي تقتضيها مصلحته، فإذا كان الشخص مصابًا بعاهة واحدة من تلك العاهات، أو بعاهات أخرى غير العاهات المحددة في القانون، فإن الوصاية القضائية لا تقرر له.

⁽³⁾ يتحقق المانع القانوني بالنسبة لمن سلبت أهليته بحكم المحكمة أو بحكم القانون كالمحكوم عليه بعقوبة جنائية (الإعدام، السجن المؤبد أو المؤقت من 5 سنوات إلى 20 سنة) فيمتنع عليه مباشرة حقوقه المالية، أي يحجر عليه بقوة القانون عملاً بأحكام المادة 7 من قانون العقوبات التي تنص على أن: « الحجر القانوني هو حرمان المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية عليه من مباشرة حقوقه المالية، وتكون إدارة أمواله طبقاً للأوضاع المقررة في حالة الحجر القضائي»، والحجر القانوني عقوبة تبعية تطبق بقوة القانون وهي مترتبة عن العقوبة الأصلية، طبقاً للمادة 3/4 من قانون العقوبات التي تنص على أنه: « تكون العقوبة تبعية إذا كانت مترتبة على عقوبة أصلية ولا يصدر الحكم بها وإنما تطبق بقوة القانون. وتسري خلال فترة وجود المحكوم عليه بالسجن وتزول بزوال المانع ».

تتقص حسب درجة تأثر التمييز لديه، فيصبح غير أهل لمباشرة كل التصرفات القانونية أو بعضها.

ولما كان مناط أهلية الأداء هو التمييز، فإن تأثره يؤثر بشكل مباشر عليها، فتتعدم بانعدامه، وتتقص إذا نقص عن القدر الكافي لكمالها، فهناك عوارض تؤدي إلى انعدام الأهلية وأخرى تتقصها.

الفرع الأول العوارض التي تعدم الأهلية

تنص المادة 42 من القانون المدني في فقرتها الأولى على أنه: « لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغر في السن، أو عته أو جنون».

فالعوارض التي تعدم الأهلية في القانون المدني هي العته والجنون.

الفقرة الأولى الجنون

الجنون هو حالة مرضية أو اضطراب في القوى العقلية بعد تمام نموها يصيب الشخص فيفقد القدرة على التمييز، فالمجنون فاقد للتمييز وبالتالي فهو معدوم الأهلية تماما كالصغير غير المميز⁽¹⁾.

وقد يستمر الجنون كل الوقت عند المريض وهذا هو الجنون المطبق، وقد يعتريه فترة من الزمن ويفيق أخرى وهذا هو الجنون المتقطع، وسواء أكان الجنون مطبقا أم غير مطبق فإنه يعدم الأهلية، فتقع تصرفات المجنون باطلة كالصغير غير المميز⁽²⁾.

فإذا كان الشخص مصابا بالجنون قبل بلوغه سن الرشد حكمت المحكمة باستمرار الولاية أو الوصاية أو القوامة، وإذا طرأت عليه حالة الجنون بعد بلوغه سن الرشد يحجر عليه فتعين له المحكمة مقدّما لإدارة أمواله⁽³⁾.

الفقرة الثانية

العتة

(1) علي فيلالي، نظرية الحق، مرجع سابق، ص 219.

(2) بوكرزاة أحمد، الرسالة السابقة، ص 43.

(3) محمدي فريدة زواوي، مرجع سابق، ص 79.

العتة هو خلل يصيب القوى العقلية فيضعفها، فيصبح الإنسان قليل الفهم مختلط الكلام سيء التدبير فهو الحالة التي تعتري الإنسان فتفقده القدرة على التمييز، رغم أنه لا يفقد العقل تماما كالمجنون⁽¹⁾، والعبارة في العتة بضعف القوى العقلية، فلا يعتبر عتتها ضعف البنية أو الشلل، ولا ضعف الذاكرة وعدم الخبرة في الحساب مثلا⁽²⁾.

ولم يأبه المشرع بالفارق بين المجنون والمعتوه فسوى في حكمه بينهما، ويوقع الحجر عليهما بحكم من المحكمة وفقا للإجراءات التي يبينها القانون، ويرفع بحكم إذا زالت أسبابه بناء على طلب يقدمه المحجور عليه، غير أنه فرق بين التصرفات الصادرة من المجنون والمعتوه قبل صدور حكم الحجر وتلك الصادرة بعده، بحيث لا يعتد بحالتي الجنون والعتة إلا إذا تم توقيع الحجر⁽³⁾، وقد نص المشرع على ذلك في المادة 107 من قانون الأسرة بقولها: « تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها ».

فجميع التصرفات التي يبرمها المجنون والمعتوه بعد توقيع الحجر تكون باطلة، أما التي تصدر عنهما قبله فإنها تكون صحيحة رغم انعدام التمييز لديهما إذا كانت حالة الجنون والعتة غير شائعة وقت إبرامها، أما إذا كانت حالتها شائعة أو كان الطرف الآخر عالما بها وقتها فإنها تقع باطلة رغم صدورهما قبل توقيع الحجر⁽⁴⁾.

(1) غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 253 و 254، نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص 174.

(2) عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، مرجع سابق، ص 72.

(3) علي فيلاي، نظرية الحق، مرجع سابق، ص 220، 221.

(4) محمدي فريدة زواوي، مرجع سابق، ص 80.

ويوقع الحجر بموجب حكم قضائي⁽¹⁾، بمراعاة إجراءات رسمها القانون بحيث يتقدم أحد الأقارب، أو من له مصلحة أو من النيابة العامة بطلب لتوقيع الحجر وهذا عملاً بمقتضيات المادة 102 من قانون الأسرة.

وكأي طلب قضائي يجب أن يكون مشفوعاً بما يثبت أسباب طلب توقيعه، ومراعاة لما نصت عليه المادة 105 من قانون الأسرة فإنه يجب تمكين الشخص المطلوب توقيع الحجر عليه من تقديم دفاعه، فإذا رأت المحكمة أن من مصلحته تعيين مساعد له عينته، ويمكن للقاضي أن يستعين بأهل الخبرة لإثبات أسباب الحجر، فإذا ثبتت حالة الجنون أو العته أصدر حكماً بالحجر، ويكون هذا الحكم قابلاً للطعن فيه بكل الطرق⁽²⁾، فإذا لم يكن للمحجور عليه ولي أو وصي⁽³⁾، وجب على القاضي أن يعين في نفس الحكم مقدماً لرعاية شؤونه⁽⁴⁾.

ويتعين أن يكون حكم الحجر محل نشر للإعلام عملاً بحكم المادة 106 من قانون الأسرة⁽⁵⁾.

(1) المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قراراً بتاريخ: 1990/05/21، رقم 59327، المجلة القضائية لسنة 1993، عدد 1، ص 116.

(2) انظر نص المادة 106 من قانون الأسرة.

(3) من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانوناً ولي أو وصي أو مقدم، وولي القاصر هو الأب وبعد وفاته تحل الأم محلّه قانوناً، ويجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر، إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو ثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية، فإذا تعدد الأوصياء كان للقاضي اختيار الأصلح منهم، فإذا لم يكن لفاقد الأهلية أو ناقصها ولي أو وصي، تقوم المحكمة بتعيين مقدم له بناء على طلب أحد الأقارب، أو ممن له مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة، انظر نبيل صقر، مرجع سابق، ص 289 وما بعدها.

(4) انظر نص المادة 104 من قانون الأسرة.

(5) علي فيلالي، نظرية الحق، مرجع سابق، ص 221.

الفرع الثاني العوارض التي تنقص الأهلية

العوارض التي تصيب الشخص فتؤثر في أهليته دون أن تعدمها هي السفه والغفلة وهذا ما نصت عليه المادة 43 من القانون المدني بقولها: « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون » .

الفقرة الأولى السفه

يعرف فقهاء الشريعة الإسلامية السفه بأنه حالة تصيب الشخص فتدفع به إلى إنفاق ماله دون تدبير، فالسفه صفة تعترى الإنسان فتبعثه على التصرف بخلاف مقتضى العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة⁽¹⁾.

والسفه لا يخل بالعقل بل يمس التدبير، فالسفيه عكس المجنون لأنه كامل العقل غير أن تدبيره فاسد فهو مغلوب بهواه⁽²⁾ ، لذلك يمنع من التصرف في ماله خوفا عليه من تضييعه فيما لا ينفعه⁽³⁾.

(1) نبيل صقر، مرجع سابق، ص 286.

(2) علي فيلال، نظرية الحق، مرجع سابق، ص 224.

(3) محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 22 وما بعدها.

الفقرة الثانية الغفلة

أورد المشرع ذا الغفلة في المادة 43 من القانون المدني أما في قانون الأسرة فقد أغفله⁽¹⁾.
وذو الغفلة هو الشخص الذي لا يحسن التمييز بين الربح والخاسر من التصرفات فيندفع بسهولة بسبب سذاجته فيقبل التعامل بغين فاحش⁽²⁾.

وجميع تصرفات السفه وذي الغفلة صحيحة قبل توقيع الحجر حتى وإن كانت حالة السفه أو الغفلة شائعة أو معلومة من الطرف الآخر، لأن انتقاص الأهلية لا يكون إلاً بالحجر، غير أنه إذا تمت نتيجة استغلال من الطرف الآخر أو تواطؤ منه⁽³⁾، فإنها تأخذ حكم التصرفات المبرمة بعد توقيع الحجر⁽⁴⁾.

ولم يفرق المشرع بين تصرفات السفه وذي الغفلة، فقد اعتبر كلا منهما في حكم الصبي المميز، فتأخذ تصرفاتهما بعد الحجر حكم تصرفاته⁽⁵⁾، ذلك لأن السفه والغفلة ليسا من العوارض التي تصيب العقل، فهي لا تذهب بالإدراك كالجنون والعتة، ولهذا فإنه لا يمكن المساواة بينها⁽¹⁾.

(1) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، 2003، ص 55.

(2) نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص 175.

(3) محمدي فريدة زاوي، المرجع السابق، ص 81.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 282.

(5) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 157 و158.

غير أنه سوّى في حكمه بين تصرفات المجنون والمعتوه والسّفِيه حين نصّ في المادة 85 من قانون الأسرة على أنه: « تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسّفِيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه» .

والملاحظ أن المشرع بمسلكه هذا يكون قد وضع حكماً مزدوجاً لذات المسألة، بتقريره في قانون الأسرة أن السفِيه عديم الأهلية كالمجنون والمعتوه، في حين قرر في القانون المدني أنه ناقص أهلية⁽²⁾.

المبحث الثاني تصرف ناقص الأهلية القابل للإبطال

إجراء التصرفات القانونية يختلف بحسب صلاحية الشخص لمباشرتها والحدود التي تصلح فيها مباشرة هذه التصرفات، وهذه المسألة تتصل كما ذكرنا سابقاً بالتمييز والإدراك لدى كل شخص، والتمييز يختلف بحسب الظروف والمراحل التي يمر بها الشخص في حياته إذ يكون منعدم التمييز وبذلك تكون أهلية أدائه معدومة كالصبي غير المميز ومن هو في حكمه كالمجنون

⁽¹⁾ إبراهيم عنتر، السفه في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، السنة الأولى، العدد الثاني، ص 19.

⁽²⁾ انظر المادة 43 من القانون المدني.

والمعتوه، فلا يعتد بكل تصرفاته حتى النافعة منها⁽¹⁾، وقد يكون مميزا لكنه غير راشد، كالصبي إذا بلغ سن التمييز والبالغ سن الرشد الذي اعترى أهليته عارض ما فأنقص أهليته دون أن يعدمها فهو في حكم الصبي المميز، فله أن يباشر التصرفات النافعة له نفعاً محضاً دون التصرفات الضارة به ضرراً محضاً⁽²⁾، أما تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر فإن حكمها في القانون المدني يختلف عن ذلك الذي ورد بشأنها في قانون الأسرة⁽³⁾، وهذا ما سنفصله في مطلبين، بحيث نتناول في الأول تصرف ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني وفي الثاني نتطرق إلى هذا النوع من التصرفات في قانون الأسرة.

المطلب الأول

تصرف ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني

لم يتعرض المشرع إلى أحكام تصرف ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر بالتفصيل، فقد اكتفى بالإشارة بشكل عام إلى أن التصرف يكون قابلاً للإبطال في حالتين هما حالة العقد الذي

(1) علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 55.

(2) انظر المادة 83 من قانون الأسرة.

(3) محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، مرجع سابق، ص 6.

يبرمه معيب الإرادة وحالة تصرف ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر، وأن حق الإبطال يزول بالإجازة⁽¹⁾، لذلك سنبحث أحكام هذا التصرف قبل الإجازة وبعدها.

الفرع الأول

التصرف الدائر بين النفع والضرر قبل الإجازة

إن التصرف الدائر بين النفع والضرر الذي يبرمه ناقص الأهلية حتى قبل إجازته⁽²⁾ هو تصرف صحيح رغم قابليته للإبطال، ولما كان كذلك فإنه كأى تصرف صحيح منتج لآثاره القانونية، وفيما يلي سنبحث هاتين المسألتين بشيء من التفصيل.

الفقرة الأولى

المقصود بصحة التصرف مع قابليته للإبطال

التصرف في القانون المدني إما صحيح أو باطل، ويرى كثير من فقهاء القانون أن التصرف الصحيح هو التصرف الذي توافرت أركان انعقاده وشروط صحته التي يتطلبها القانون⁽¹⁾.

⁽¹⁾ فاطمة إسعد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص 6.

⁽²⁾ « الإجازة تصرف قانوني من جانب واحد يترتب عليه إسقاط حق طلب إبطال العقد القابل للإبطال بالنزول عنه ممن خوله القانون ذلك وصيرورة العقد المجاز باتا بعد أن كان مهددا بالزوال » ، انظر في هذا محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، مرجع سابق، ص 88.

فلا بد من توافر التراضي على التصرف، أي توافق إرادتي طرفيه على إحداث نفس الأثر القانوني⁽²⁾، إضافة إلى توافر شروط صحة هذا التراضي، فيجب أن يكون كلا طرفي التصرف متمتعاً بالأهلية اللازمة لإبرامه، وأن تكون إرادته خالية من عيوب الإرادة المعروفة في القانون⁽³⁾، بالإضافة إلى وجوب توافر محل وسبب للتصرف مع استيفائهما كل الشروط المطلوبة، ولن نتطرق إلى عيوب الإرادة ولا إلى الشروط المطلوبة في المحل والسبب لأن ما يعنينا في هذا المقام هو قابلية التصرف للإبطال لنقص الأهلية.

والتصرف الدائر بين النفع والضرر إذا توافرت فيه أو في غيره من التصرفات القانونية كل الشروط المطلوبة نشأ صحيحاً، حتى وإن كان الشخص الذي أبرمه ناقص أهلية، غير أنه يكون قابلاً للإبطال لمصلحته⁽⁴⁾.

وقد تبني المشرع التقسيم الثنائي للبطلان وأطلق على البطلان النسبي عبارة القابلية للإبطال⁽⁵⁾، والتصرف القابل للإبطال لنقص أهلية أحد العاقدين هو ما يعنينا، أما التصرف القابل للإبطال لسبب غير هذا وكذا التصرف الباطل فإنهما يخرجان عن نطاق بحثنا.

(1) محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، دار هومة، 1998، ص 32.

(2) المحكمة العليا الغرفة المدنية، قرار بتاريخ: 1987/11/11، رقم 51440، مجلة القضاة، العدد الأول، سنة 1992، ص 7.

(3) علي فيلالي، الالتزامات، مرجع سابق، ص 157.

(4) محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، مرجع سابق، ص 39.

(5) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 173.

ولم يعرف المشرع الجزائري البطلان تاركاً هذه المسألة للفقهاء، ويمكن تعريفه بأنه: «الجزء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها»⁽¹⁾، أو هو «الجزء الذي يربته القانون على تخلف ركن من أركان التصرف القانوني أو على اختلاله»⁽²⁾.

والتصرف القابل للإبطال هو تصرف صحيح لكنه يصبح باطلاً إذا تقرر إبطاله، فهو صحيح قبل ذلك، منتج لآثاره فور انعقاده تماماً كالعقد الصحيح غير القابل للإبطال، فإذا تقرر إبطاله تساوى مع العقد الباطل واعتبر كأن لم يكن ووجب إزالة كل ما رتبته من آثار⁽³⁾، وهذا هو المقصود بقابلية التصرف للإبطال، وينصرف هذا المعنى إلى تصرف ناقص الأهلية وهو الصبي المميز ومن هو في حكمه، إذا كان دائراً بين النفع والضرر⁽⁴⁾.

الفقرة الثانية

ترتيب التصرف القابل للإبطال لآثاره وحكم هلاك محله

بعد بيان فكرة صحة التصرف الدائر بين النفع والضرر مع قابليته للإبطال فإنه يتوجب علينا معرفة النتائج التي تترتب على صحة هذا التصرف قبل إجازته.

⁽¹⁾ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 486.

⁽²⁾ محمد حبار، نظرية بطلان التصرف في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1986، ص 18.

⁽³⁾ محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه، مرجع سابق، ص 59.

⁽⁴⁾ محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، مرجع سابق، ص 45.

أولاً: ترتيب التصرف القابل للإبطال لآثاره قبل الإجازة

انتبهنا فيما تقدم إلى أن التصرف الدائر بين النفع والضرر قبل أن ترد عليه الإجازة، يكون تصرفاً صحيحاً منتجاً لكل آثاره القانونية ما لم يتقرر إبطاله، فهو تصرف صحيح إذا توافرت فيه أركان انعقاده وشروط صحته التي يتطلبها القانون⁽¹⁾.

وهو تصرف منتج لآثاره طالما لم يتقرر إبطاله فلا يفرقه عن العقد الصحيح إلا أن المتعاقد الذي خوله القانون حقاً في طلب الإبطال، يستطيع أن يُعْمِلَ حقه فيبطله، فالعقد القابل للإبطال وإن كان صحيحاً فإن وجوده مهدد بالزوال إلى أن تتم إجازته فيستقر نهائياً⁽²⁾.

فإذا كان التصرف الذي أبرمه ناقص الأهلية بيعاً مثلاً وهو تصرف دائر بين النفع والضرر، يكون قابلاً للإبطال لمصلحته، وهو تصرف تنتقل به ملكية الشيء المبيع إلى المشتري، فإذا طلب ناقص الأهلية إبطاله وحكم له بما طلب زالت آثار العقد بأثر رجعي إلى يوم إبرامه⁽³⁾.

وطالما كان التصرف المتردد بين النفع والضرر قبل إجازته صحيحاً منتجاً لآثاره فإنه ليس بحاجة إلى إجازة تصححه بأثر رجعي، لأنه صحيح من وقت إبرامه كل ما في الأمر أن المتعاقد كان لا يتوافر على الأهلية اللازمة وقت إبرامه، فالعيب إذن ليس موضوعياً لأنه لا يتعلق بالعقد في حد ذاته وإنما بالمتعاقد⁽⁴⁾، فكل ما يترتب هنا هو ثبوت حق المتعاقد ناقص الأهلية في طلب

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مرجع سابق، 246.

(2) محمد سعيد جعفر، إجازة العقد في القانون المدني والفقهاء الإسلاميين، دار هومة، 2000، ص 179.

(3) انظر المادة 103 من القانون المدني.

(4) علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 47.

إبطاله، فإذا طالب بهذا الحق وحكم له به اعتُبر العقد كأن لم يكن ووجب إزالته بأثر رجعي وذلك بإزالة كل ما رتبته من آثار قانونية في الفترة ما بين إبرامه والحكم بإبطاله⁽¹⁾.

ثانياً: حكم هلاك محل التصرف القابل للإبطال قبل الإجازة

يشترط في الالتزام وجود محل له، فإذا كان هذا المحل يتمثل في نقل حق عيني تعين وجوده وقت نشوئه أو إمكانية وجوده بعد ذلك، ففي حالة وجود المحل وهلاكه قبل نشوء الالتزام فإن هذا الأخير لا يقوم لانعدام محله، أما إذا هلك بعد نشوء الالتزام فإن الالتزام يكون قد قام غير أن هلاك الشيء إذا تسبب في عدم قيام أحد طرفي التصرف بما التزم به كان التصرف قابلاً للفسخ⁽²⁾.

ولما كان التصرف الدائر بين النفع والضرر الصادر من ناقص الأهلية تصرفاً صحيحاً منتجاً لآثاره غير أنه قابل للإبطال ما لم ترد عليه الإجازة، فعلى من تقع تبعة هلاك المحل قبل صدورها؟ فإذا ضررنا مثلاً للتصرف القابل للإبطال لنقص الأهلية بعقد البيع، فعلى من تقع تبعة هلاك العين المبيعة؟

للإجابة على هذا التساؤل ينبغي التمييز بين فرضين، فإذا كان المبيع قد هلك قبل تسليمه إلى المشتري لسبب لا يد له فيه انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن، ذلك أن الهلاك يكون على البائع إلى حين التسليم، إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسلم المبيع⁽³⁾، ولا يعدو هذا أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة، ففي العقود الملزمة للجانبين تكون تبعة الهلاك على المدين بالأداء

(1) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 172.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 208.

(3) انظر المادة 369 من القانون المدني.

الذي هلك محله، والبائع في المثال السابق هو المدين بالتسليم⁽¹⁾، كما أن انقضاء التزامه بسبب استحالة تنفيذه، يؤدي إلى انقضاء الالتزامات المقابلة له فيفسخ العقد بقوة القانون⁽²⁾.

الفرع الثاني

أثر إجازة التصرف القابل للإبطال

يترتب على صدور الإجازة مستوفية كافة شروط صحتها⁽³⁾ أثر مزدوج، أثر بالنسبة إلى التصرف القابل للإبطال في حد ذاته وآخر بالنسبة لطرفيه.

الفقرة الأولى

أثر الإجازة بالنسبة إلى التصرف القابل للإبطال

يترتب على الإجازة تثبيت التصرف القابل للإبطال بمجرد التعبير عن الإرادة وذلك بزوال الحق في إبطاله، فيزول الخطر الذي كان يتهدد وجوده فيستقر وتستقر معه آثاره التي أنتجها في الفترة السابقة لإجازته⁽⁴⁾.

والإجازة ليس من شأنها أن تقلب التصرف القابل للإبطال إلى تصرف صحيح، فهو قد نشأ صحيحاً مرتباً لجميع آثاره القانونية من يوم انعقاده، فهي تصرف كاشف ينحصر دوره في

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 62.

(2) انظر المادة 121 من القانون المدني.

(3) يجب أن تصدر الإجازة من الشخص الذي خوله القانون الحق في طلب الإبطال، فهو صاحب الحق وله وحده النزول عنه، وهو ناقص الأهلية في بحثنا، ويجب أن تصدر منه بعد بلوغه سن الرشد وخلال المدة المحددة في نص المادة 101 من القانون المدني وهي خمس سنوات تبدأ من وقت زوال نقص الأهلية، كما يجب أن تكون إرادته خالية من العيوب وتتجه إلى إجازة التصرف، انظر في هذا، عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1984، ص 404.

(4) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 407.

تثبيت التصرف القابل للإبطال ليصبح غير مهدد بالزوال، وكذلك الأمر بالنسبة لآثاره التي أنتجها قبل إجازته فهي لا تخلق تلك الآثار (1).

ولما كانت الإجازة لا تأتي بحال جديدة للتصرف الذي ترد عليه، فإن القول بأنها تستند إلى وقت إبرامه أي أنها ذات أثر رجعي ليس صحيحا، فهي لا تصح تصرفا باطلا، كما أنها لا تزيد التصرف القابل للإبطال صحة طالما أنه انعقد كذلك (2).

الفقرة الثانية

أثر الإجازة بالنسبة لطرفي التصرف القابل للإبطال

إذا صدرت الإجازة صحيحة اقتضت آثارها على من صدرت منه، فلا مجال للاحتجاج بها على من خولهم القانون حق إبطال هذا التصرف.

أولا: اقتصارها على المميز

(1) محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، مرجع سابق، ص 103.

(2) انظر عكس هذا عند عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 518.

إذا صدرت الإجازة صحيحة من الشخص الذي خوله القانون طلب الإبطال سقط حقه، فلا يعود بإمكانه الاعتراض على آثار التصرف الذي أجازه، سواء فيما تعلق بالآثار التي أنتجها قبل الإجازة أو التي سيرتبها بعدها، فيستقر ويصبح كأن لم يكن قبل ذلك الوقت قابلاً للإبطال⁽¹⁾.

وطالما أن الإجازة تصرف بإرادة منفردة فهي تنتج آثارها دون حاجة إلى رضا الطرف الآخر أو حتى علمه، فالتعبير عن الرغبة في النزول عن الحق في التمسك بالإبطال ينتج أثره في مواجهة المجيز تلقائياً لأنه يتوقف على إرادته وحده⁽²⁾.

فإذا صدرت منه الإجازة امتنع عليه الرجوع فيها حتى وإن لم يقبلها الطرف الآخر، لأنها أسقطت حقه في طلب الإبطال فلم يعد بإمكانه ممارسته⁽³⁾.

ثانياً: عدم نفاذها في مواجهة من خولهم القانون حق الإبطال

يمكن أن يتم إبرام تصرف يكون لطرفيه الحق في طلب إبطاله، أو يكون طلب الإبطال مقرراً لأشخاص متعددين في أحد طرفي ذلك التصرف.

1- حالة تقرير حق الإبطال لطرفي العقد

(1) عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 407.

(2) محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، مرجع سابق، ص 99.

(3) كما لا يكون لخلفه بعد وفاته التمسك بالإبطال إذا كان سلفه قد نزل عنه بالإجازة، فالخلف يتقرر له نفس المركز القانوني لسلفه فينتقل إليه ما كان له من حقوق، بما فيها ما كان ثابتاً له من الحق في الإبطال والحق في الإجازة باعتبار كل منهما حقا متعلقا بالمال وبالتالي فإن الخلف يتقيد بآثار الإجازة الصادرة من سلفه.

تتحقق هذه الحالة إذا كان أحد طرفي التصرف ناقص أهلية وكانت إرادة المتعاقد معه مشوبة بعيب من عيوب الإرادة، فهذا التصرف يكون قابلاً للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية، ويكون في ذات الوقت قابلاً للإبطال لمصلحة المتعاقد الآخر الذي تعيَّب رضاه، فإذا أجاز ناقص الأهلية التصرف انقضى حقه في التمسك بالإبطال، فبإجازته يكون قد نزل عن هذا الحق، غير أن حق المتعاقد الآخر في طلب الإبطال يبقى قائماً، فلإجازة أثر نسبي يقتصر على المجيز وحده ولا يتعدى إلى المتعاقد معه (1).

2- حالة تقرير حق طلب الإبطال لأشخاص متعددين في أحد طرفي التصرف

تتحقق هذه الحالة عندما يتعدد أحد طرفي الالتزام (2)، فإذا كان التصرف مثلاً بيعاً وكان البائع فيه ثلاثة أشخاص وتقرر لهم حق الإبطال لعيب في الإرادة أو لنقص الأهلية فإن أثر الإجازة ينصرف إلى المجيز وحده دون الباقيين، فإذا تمسك أحدهم بحقه في الإبطال فإن التصرف يبطل فقط بالنسبة للجزء الذي يخصه (3).

غير أنه في الحالة التي تكون فيها مصلحة الطرف المتعدد في التصرف مشتركة كما إذا كان محله غير قابل للانقسام، فإذا تمسك أحدهم بحقه في الإبطال فإن ذلك يؤدي إلى بطلان التصرف كله (4).

(1) محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، مرجع سابق، ص 126.

(2) انظر في تعدد طرفي الالتزام، محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011، ص 226 .

(3) محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، المرجع السابق، ص 126.

(4) محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقہ الإسلامي، مرجع سابق، ص 213، هامش رقم 50.

المطلب الثاني

تصرف ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر في قانون الأسرة

تتجه غالبية الرأي في الفقه الإسلامي والقانون إلى أن العقد الموقوف من أقسام العقد الصحيح⁽¹⁾، ويتبين جليا أن المشرع الجزائري قد اعتنق فكرة العقد الموقوف واعتبره عقدا صحيحا بشكل لا يشوبه غموض، وجعل نفاذه متوقفا على الإجازة حين نص في المادة 83 من قانون الأسرة على أن: « من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به ومتوقفة على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء» .

وسنبحث التصرف الموقوف قبل الإجازة وبعدها.

الفرع الأول

التصرف الموقوف قبل الإجازة

يرى الفقهاء القائلون بفكرة العقد الموقوف أن العقد لا يرتب دائما آثاره فور انعقاده حتى

وإن كان صحيحا، لأن ذلك يتوقف على نوعه فهو إما نافذ أو موقوف⁽²⁾.

⁽¹⁾ للوقوف على الجدل الفقهي حول الطبيعة القانونية للعقد الموقوف، انظر فاطمة اسعد، الرسالة السابقة، ص 43 وما يليها.

⁽²⁾ محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه، مرجع سابق، ص 83.

الفقرة الأولى

المقصود بصحة التصرف الموقوف

يُمر العقد في نظر الفقهاء الذين يعترفون بفكرة العقد الموقوف في تكوينه بمرحلتين: مرحلة الانعقاد ومرحلة الصحة، فإذا اجتاز مرحلة الانعقاد فهو منعقد، وهو باطل في الحالة العكسية، فإذا استكمل مرحلة الانعقاد فإنه يمر إلى مرحلة الصحة فإذا اجتازها فهو صحيح، أما إذا لم يجتزها فهو باطل، ففكرة وقف العقد تعترف بوجوده قبل إجازته لأنه انعقد صحيحاً، غير أنه لا يكون منتجا لآثاره فور انعقاده لأن إنتاجه لتلك الآثار متوقف على صدور الإجازة⁽¹⁾.

فالعقد الموقوف هو العقد الذي لا يترتب على إنشائه أي أثر من آثاره على الرغم من أنه انعقد صحيحاً، فترتيبه لآثاره يتوقف على صدور الإجازة ممن خوله القانون حق إصدارها⁽²⁾.

فإذا أبرم الصبي المميز تصرفاً دائراً بين النفع والضرر كالبيع كان صحيحاً موقوفاً على إجازة وليه أو وصيه، فإذا لم يجزه ولم يبطله أحدهما توقف على إجازة الصبي المميز بعد بلوغه سن الرشد، فإن أُجيز هذا التصرف أصبح نافذاً⁽³⁾.

الفقرة الثانية

(1) محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، مرجع سابق، ص 64.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 402.

(3) عجالي بخالد، نظرية التصرف الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة امحمد بوقرة، 2005، ص 103 و 104.

عدم ترتيب التصرف الموقوف لآثاره قبل الإجازة

يرى الفقهاء الذي يأخذون بصحة العقد الموقوف أن التصرف هو سبب إنتاج الآثار فإذا كان بائنا أنتج أثرا بائنا كالتصرف الذي يبرمه كامل الأهلية، فإذا كان بيعا مثلا انتقلت ملكية المبيع فورا إلى المشتري، أما إذا كان التصرف موقوفا فإنه ينتج أثرا موقوفا، ففي مثالنا السابق يتأخر انتقال الملكية إلى غاية إجازة التصرف، ولا يؤثر تأخر إنتاج التصرف لآثاره على صحته فهو في ذلك كالبيع بشرط الخيار، هذا الذي يتأخر فيه العقد في إنتاج آثاره مع أنه انعقد صحيحا، فالعقد الموقوف ينعقد صحيحا كل ما في الأمر أن هناك مانعا يحول دون نفاذه وهو احتمال عدم رضى صاحب الشأن به مستقبلا، فإذا أجازته زال المانع وأنتج آثاره مستندا في ذلك إلى وقت إبرامه أما إذا رفض إجازته وطالب بإبطاله اعتبر غير موجود منذ لحظة إبرامه⁽¹⁾.

ومعنى وقف التصرف المتردد بين النفع والضرر لا يعني أنه لم ينعقد أو أنه وقع باطلا، بل إنه انعقد صحيحا لتوفره على أركان انعقاده وشروط صحته التي تطلبها المشرع وهو في هذا الأمر كالعقد القابل للإبطال في التقنين المدني وبعبارة أخرى إن التصرف المتردد بين النفع والضرر قبل إجازته له وجود مادي كما أن له أيضا وجود قانوني لأنه انعقد صحيحا فلو كان باطلا لما أمكن أن تلحقه الإجازة، كل ما في الأمر أن هناك مانعا يحول دون هذا التصرف وترتيبه لآثاره، وهو احتمال عدم رضى صاحب الشأن به مستقبلا أي أن هذا التصرف رغم صحته لا ينتج أثرا فور إبرامه، بل إن هذا الأثر يتراخى إلى وقت الإجازة⁽²⁾.

(1) فاطمة اسعد، الرسالة السابقة، ص 3.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 402.

فالعقد نشأ صحيحا غير أنه لا يرتب آثاره، وهو من هذه الناحية يقارب العقد الباطل إلا أنه يختلف عنه في أن آثاره موقوفة وليست منعدمة، فهي تحتل النفاذ أو الزوال، فإذا سكت من خوله المشرع حق الإبطال أو الإجازة، فلم يصدر منه ما يفيد إجازة التصرف أو رده بقي هذا التصرف صحيحا غير مرتب لآثاره، فليس هناك وقت معين إذا انقضى يعتبر الشخص مجيزا أو غير مجيز، ويجب التمييز بين عدم الإجازة وهو موقف سلبي وبين رفض الإجازة وهو موقف إيجابي لأن أثر عدم الإجازة هو استمرار عدم نفاذ التصرف، أما أثر رفضها فهو بطلانه بأثر رجعي⁽¹⁾.

ولما كان الصبي المميز ومن في حكمه يتوفر على قدر من الإدراك، بحيث تثبت له بتوافره أهلية أداء ناقصة فإن التصرف الدائر بين النفع والضرر الذي يبرمه ينشأ صحيحا، غير أن القدر المتوفّر لديه من التمييز، لا يكفي لاستقلاله برأيه في تحديد مصيره، وبالتالي كان هذا التصرف موقوفا على رأي من ينظر في مصلحته من ولي أو وصي بغرض المحافظة على أمواله⁽²⁾.

الفرع الثاني

أثر إجازة التصرف الموقوف

(1) محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، مرجع سابق، ص 81.

(2) نبيل صقر، مرجع سابق، 284.

لا يوجد في قانون الأسرة ما يشير إلى ما تنتجه إجازة التصرف الموقوف من آثار قانونية، ولما كان هذا التصرف صحيحا غير نافذ بمعنى أنه لا يترتب آثاره إلا إذا لحقته الإجازة فإن لإجازته أثر بالنسبة إليه وبالنسبة لمجيزه⁽¹⁾.

الفقرة الأولى

أثر الإجازة بالنسبة للتصرف الموقوف

يترتب على إعمال حق الإجازة أن يصبح تصرف ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر الذي أبرمه وهو في حالة قصره نافذا في حقه فتنترتب في ذمته نتائج، فيكتسب الحقوق ويتحمل بالتزامات الناشئة عنه، فالقاعدة الشهيرة تقضي بأن: « الإجازة اللاحقة هي في حكم الوكالة السابقة... »⁽²⁾، فالإجازة تجعل التصرف الموقوف نافذا بأثر رجعي، بمعنى أنه لا يصبح نافذا فقط بالنسبة للمستقبل وإنما يستند في نفاذه إلى وقت إبرامه فيستفيد من أبرمه من الثمرات، فإذا كان ذلك التصرف الموقوف بيعا مثلا ولحقته الإجازة ترتب على ذلك تملك المشتري للعين المبيعة والبائع الثمن من وقت إبرام عقد البيع، فإذا كان المبيع من الأشياء التي تنتج زوائد كأن يكون حيوانا فيلد أو بستانا فيثمر في الفترة التي تلي إبرام عقد البيع وقبل صدور الإجازة فإن المشتري يملك كل الثمرات لأنه يملك أصلها⁽³⁾.

(1) محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، المرجع السابق، ص 155.

(2) محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، الطبعة الثانية، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر المحمية، 1891، ص 132.

(3) محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقہ الإسلامي، مرجع سابق، ص 220.

والإجازة لا تنشئ التصرف فهو انعقد صحيحا وإنما تجعله نافذا، بمعنى أنها تزيل ما كان يمنعه من ترتيب آثاره استنادا إلى وقت إبرامه، فالتصرف الموقوف لم يكن منتجا لأي من آثاره قبل إجازته، فهذه الأخيرة هي التي جعلته يرتبها فكان من الطبيعي استناد أثرها إلى وقت إبرام التصرف⁽¹⁾.

الفقرة الثانية أثر الإجازة بالنسبة للمجيز

إذا صدرت الإجازة من ممثل ناقص الأهلية قبل رشده فإنه إلى جانب نفاذ التصرف المجاز، يسقط حق المجيز ولها كان أو وصيا في طلب إبطاله⁽²⁾، فحق المتعاقد في التمسك بطلب الإبطال يسقط بمجرد صدور الإجازة منه لأن المشرع خوله الخيار بين طلب الإبطال والإجازة فإن هو فضل الإجازة سقط خياره وسقط حقه في طلب الإبطال⁽³⁾.

ولم يرد في تقنين الأسرة ما يفيد انتقال الإجازة إلى ناقص الأهلية بعد رشده، ويرى بعض الفقه أنه يجب الرجوع في شأن هذه المسألة إلى الفقه الإسلامي عملا بما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني وكذا المادة 222 من قانون الأسرة⁽⁴⁾.

(1) عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 408.

(2) محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، مرجع سابق، ص 143.

(3) عجالي بخالد، المذكرة السابقة، ص 149.

(4) فاطمة إسعد، الرسالة السابقة، ص 151.

فإذا صدرت الإجازة من ناقص الأهلية بعد زوال سبب نقص أهليته كان لها نفس أثرها إذا صدرت من وليه أو من وصيه قبل رشده، فبصدورها منه يسقط حقه في رفع دعوى الإبطال مستقبلاً، فالإجازة تحمل معنى النزول عن حق الإبطال⁽¹⁾، وكما تنتج الإجازة أثرها يجب أن تتوفر شروطها⁽²⁾.

فإذا كان الحق في طلب إبطال التصرف الموقوف أو إجازته ثابتاً للطرفين بأن كان كلاهما ناقص أهلية، فإن سقوط حق أحدهما في الإبطال لصدور الإجازة منه لا يؤثر في حق الآخر، وسبب ذلك أن أثر الإجازة نسبي ينصرف إلى المجيز دون أن يتعداه إلى الطرف الآخر إن كان له هو الآخر حق إبطاله⁽³⁾.

(1) عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 402.

(2) راجع ما سبق، ص 35 هامش رقم 4.

(3) محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، مرجع سابق، ص 158.

الفصل الثاني

مطالبة الكفيل

المبحث الأول: الحالة التي لا يُعمل فيها المخول بالإبطال حقه

المبحث الثاني: الحالة التي يُعمل فيها المخول بالإبطال حقه

الفصل الثاني

مطالبة الكفيل

إذا لم يستوفي الدائن حقه من مدينه الأصلي كان له الرجوع على الكفيل، فطالما لم يتقرر إبطال الالتزام المكفول فإن الكفيل يبقى ملتزماً بالوفاء به، ومقتضى الكفالة أن يلتزم الكفيل بضمان تنفيذه والوفاء به إذا لم يف به المدين نفسه، ويترتب على ذلك أن للدائن الحق في مطالبته والتنفيذ على أمواله اقتضاء لحقه.

فإذا حدث وتمسك المدين بحقه فأبطل التزامه المكفول زال بأثر رجعي إلى وقت إبرامه، وبالتالي زالت صفة الكفيل عن ضامن الالتزام الذي تقرر إبطاله، غير أنه يبقى للدائن حق مطالبته بالوفاء لا ككفيل وإنما كملتزم أصلي بالدين، أي أن للدائن مطالبة ضامن الدين القابل للإبطال لنقص أهلية المدين ككفيل إذا لم يتمسك المدين بحقه في إبطال التزامه لنقص أهليته أو كملتزم أصلي بالدين في الحالة العكسية.

وسنقسم هذا الفصل إلى مبحثين بحيث نتناول في الأول الحالة التي لا يُعمل فيها المخول بإبطال حقه، ونتكلم في الثاني عن الحالة التي يُعمل فيها المخول بالإبطال حقه.

المبحث الأول

الحالة التي لا يُعمل فيها المخول بالإبطال حقه

يظهر أثر الكفالة المباشر في علاقة الدائن بالكفيل الذي يلتزم في مواجهته بالوفاء بالالتزام إذا لم يف به المدين الأصلي، والتزام الكفيل لا يخرج عن القاعدة العامة في الالتزامات التي تقضي بأن ينفذ المدين التزامه جبرا بعد إعداره، ويكون ذلك باستصدار حكم يلزمه بالوفاء، ثم التنفيذ جبرا على أمواله، غير أن الرجوع على الكفيل مقيد بتوافر شروط معينة، كما أن نطاقه محدد في حالة تعدد الكفلاء هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن للكفيل دفع تلك المطالبة بجملة من الدفع.

المطلب الأول شروط مطالبة الكفيل ونطاقها

إن من مقتضى الصفة الاحتياطية لالتزام الكفيل أن يمتنع على الدائن مطالبته بالوفاء إلا إذا توافرت شروط معينة، كما أنه في حالة تعدد الكفلاء فإنه لا يمكن مطالبة المدين إلا بالقدر الذي ضمنه من الدين.

الفرع الأول شروط مطالبة الدائن للكفيل

يتقيد حق الدائن في مطالبة الكفيل، من جهة بحلول أجل الدين المكفول لأنه لا يجوز تنفيذ الالتزام جبراً إلا عند حلول أجله، ومن جهة ثانية بسبق الرجوع على المدين صاحب الالتزام الأصلي، فواجب الوفاء بالدين يقع على عاتقه بالدرجة الأولى.

الفقرة الأولى

رجوع الدائن على الكفيل عند حلول الأجل

تقضي القواعد العامة بأن الدائن لا يستطيع مطالبة مدينه إلا بحلول أجل الدين، والالتزام الكفيل لا يشذ عن هذه القاعدة، فلا يجوز أن يرجع الدائن على الكفيل قبل حلول أجل الدين المكفول، فإذا كان لهما عادة نفس الأجل فإنه لا يوجد ما يمنع أن يكون لكل منهما أجلاً مختلفاً عن الآخر .

أولاً: أجل التزام الكفيل والالتزام الأصلي واحد

من البديهي أنه حين يكون للكفالة نفس أجل الدين المكفول فإنه يمتنع على الدائن الرجوع على الكفيل قبل حلول هذا الأجل، غير أنه إذا كان أجل الالتزامين واحداً وسقط أجل الالتزام الأصلي للأسباب التي حددتها المادة 211 من القانون المدني، فهنا يثور التساؤل بشأن بقاء أجل التزام الكفيل قائماً من عدمه، ولم يجمع الفقه على رأي واحد بشأن هذه المسألة فهناك من يذهب إلى سقوط أجل الدين الأصلي يستتبع سقوط أجل الكفالة، وهناك من يذهب إلى عكس هذا، وفيما يلي سنوجز الرأيين.

1- الرأي القائل بسقوط أجل الكفالة عند سقوط أجل الدين المكفول

ذهب رأي إلى أن سقوط أجل الدين الأصلي يستتبع سقوط أجل التزام الكفيل، ويؤسس ذلك على تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي من جهة، ومن جهة أخرى، على أساس أن الإرادة المشتركة لطرفي عقد الكفالة اتجهت إلى ضمان إيسار المدين، وسقوط أجل الدين بالنسبة للمدين الأصلي يحقق ما عُقدت الكفالة من أجله فيتحقق مقتضى الرجوع على الكفيل⁽¹⁾.

2- بقاء أجل الكفالة رغم سقوط أجل الدين الأصلي

أما الاتجاه السائد في الفقه فيذهب إلى أن سقوط أجل الدين الأصلي لا يترتب عليه سقوط أجل التزام الكفيل في حالة الكفالة المطلقة، ذلك أن تبعية التزامه لا تمنع أن تكون شروطه أخف، وبالتالي يجوز أن يكون الالتزام الأصلي حالاً والالتزام الذي يكفله مؤجلاً، وقد استند أنصار هذا الرأي إلى أن إفلاس المدين في القانون التجاري لا يستتبع سقوط الأجل وحلول الدين إلا بالنسبة للمدين المفلس⁽²⁾.

غير أن هناك رأياً يذهب إلى عدم الأخذ بالرأي السائد على إطلاقه، لأنه يجب التفرقة بين الحالة التي يسقط فيها أجل الدين بسبب فعل المدين كعدم تقديمه ما وعد به من تأمينات أو إضعافها، ففي هذه الحالة لا يسقط أجل التزام الكفيل لأنه لا يجوز زيادة عبء التزام الكفيل بإرادة المدين والحالة التي يكون فيها سقوط الأجل لسبب آخر لا دخل لإرادة المدين فيه، كالإفلاس أو

(1) جميل الشرفاوي، دروس التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص 54، أورده محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، دار الهدى، عين مليلة، 2011، ص 56.

(2) محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 60.

إضعاف التأمينات لسبب لا يد له فيه، ففي هذه الحالة يسقط أجل التزام الكفيل لسقوط أجل الالتزام الأصلي⁽¹⁾.

ثانيا: أجل التزام الكفيل أبعد من أجل الالتزام الأصلي

عادة ما يكون أجل التزام الكفيل هو نفس أجل الالتزام الأصلي، غير أنه لا يوجد ما يمنع أن يكون لكل منهما أجل مختلف، فإذا كان الأجل في الكفالة لاحقا لأجل الالتزام الأصلي فإن الدائن لا يستطيع مطالبة الكفيل إلا عند حلول أجل التزامه، حتى وإن كان أجل الالتزام الأصلي قد حل⁽²⁾.

فإذا كان لالتزام الكفيل أجل خاص به أبعد من أجل الدين المكفول في الكفالة المحددة، فإن الفقه مجمع على أن سقوط أجل الالتزام الأصلي لا يرتب سقوط أجل التزام الكفيل، فتبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي مقيدة بأن لا يصدر عن المدين بإرادته أو فعله ما يسيء إلى مركز الكفيل، فضلا عن أن هذه التبعية وإن كانت تمنع أن يحدد التزام الكفيل بشروط أشد من الالتزام الأصلي فإنها لا تمنع من أن يحدد أو يصير أخف من الالتزام الأصلي فسقوط أجل الالتزام الأصلي يرجع إلى تخلف اعتبارات الثقة في المدين الأصلي، ومتى لم يصدر من الكفيل ما يخل بالثقة فيه فلا مجال لحرمانه من الأجل المقرر لدينه⁽³⁾.

⁽¹⁾ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 57، هامش رقم 1.

⁽²⁾ همام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 121.

⁽³⁾ سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي وحقوق الامتياز، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1996، ص 59 و60.

الفقرة الثانية

سبق الرجوع على المدين

تنص المادة 660 من القانون المدني على أنه: « لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين. ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق»⁽¹⁾.

لا يجوز للدائن مطالبة الكفيل إلا بعد مطالبة المدين، وإن كان له الحق في الجمع بينهما في مطالبة واحدة فإن مطالبته الكفيل قبل مطالبة المدين الأصلي تستتبع عدم قبول الدعوى⁽²⁾.

والمقصود بمطالبة المدين الأصلي هو المطالبة القضائية لاستصدار حكم يلزمه بالوفاء، فلا يكفي إعداره أو تنبيهه ثم الرجوع مباشرة على الكفيل⁽³⁾.

فالنص المتقدم يميز بين مرحلتى المطالبة والتنفيذ، فقرر للكفيل في الأولى الدفع بوجوب الرجوع أولاً على المدين ويبدى عند مطالبة الدائن له وحده، وقرر له في الثانية الدفع بتجريده،

(1) لم يتضمن التقنين المدني الفرنسي نصاً كهذا، فالمشرع الفرنسي لا يعرف إلا الدفع بالتجريد، بحيث يتمسك به الكفيل عند رفع الدعوى عليه لاستصدار حكم يلزمه بالوفاء بالدائن دون انتظار مرحلة التنفيذ على ماله فإذا لم يتمسك بهذا الدفع عند مطالبته قضائياً بالدائن كان له أن يتدارك ما فاتته عند الشروع في التنفيذ عليه، انظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 99 و100.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 58.

(3) لم يرد في القانون المدني المصري السابق ولا الفرنسي نص مثل هذا، يلزم الدائن بالرجوع أولاً على المدين، فالدائن له الرجوع على الكفيل قبل المدين ودون حاجة إلى اتخاذ أي إجراء ضد المدين الأصلي بما في ذلك التنبيه عليه بالوفاء ولا حتى إعداره، مع أن له الحق في المطالبة بتجريده، وهذه نتيجة لفكرة موروثه عن القانون الروماني الذي كان يشبه الكفيل بالمدين المتضامن، محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 58.

بحيث أن الدفعين غير مندمجين في دفع واحد عكس ما هي عليه الحال في التقنين الفرنسي الذي لا يعرف إلاّ الدفع بالتجريد وهو دفع ذو وظيفة مزدوجة⁽¹⁾.

ويتحدد نطاق إلزامية سبق الرجوع على المدين بالحالة التي يرجع فيها الدائن على الكفيل منفردا مطالباً إياه بالدين، دون أن يكون قد طالب المدين بالوفاء قبل ذلك، فلا يمكن إبداء مثل هذا الدفع إذا جمع الدائن في دعواه بين المدين والكفيل ليصدر حكم واحد بإلزامهما بالدين كلا بصفته⁽²⁾.

والعلة من وجوب الرجوع على المدين أولاً قبل مطالبة الكفيل ترجع إلى صفة تبعية التزام الكفيل، فالرجوع المسبق على المدين أو جمعه مع الكفيل في مطالبة واحدة من شأنه أن يغني عن مطالبة الكفيل، لاحتمال تمسك هذا الأخير بدفوع تتعلق ببراءة ذمته لسبب أو لآخر.

ولما كان الدفع بسبق الرجوع على المدين يبدي في مرحلة مطالبة الدائن للكفيل وقبل التنفيذ على أمواله، فهو يختلف عن الدفع بالتجريد لأنه لا يقصد به إلزام الدائن باتخاذ إجراءات تنفيذية على أموال المدين.

(¹) « Les effet du bénéfice de discussion sont doubles: d'une part, le bénéfice de discussion invoqué par la caution a pour conséquence d'entraîner la suspension des poursuites intentés par le créancier contre elle. Cette suspension va durer tant que durera la discussion des biens indiqués par la caution comme appartenant au débiteur principal, pouvant et devant être discutés à ce titre. Une fois cette discussion réalisée, le créancier pourra reprendre les poursuites contre la caution, dans la mesure où il n'aura pas été intégralement désintéressé. D'autre part, et c'est le second effet du bénéfice de discussion, le créancier est tenu de discuter les biens indiqués par la caution : s'il tardait à les discuter et que le débiteur principal devient entre-temps insolvable, c'est le créancier qui supporterait les conséquences de cette insolvabilité, il a commis la faute de ne pas discuter immédiatement les biens indiqués par la caution », voir Hesse-Fallon Brigitte, droit civil collection aide mémoire, 1^{ère} édition 2005, Dalloz, Paris, p 40.

(²) همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 125 و126.

أولاً: تحقيق سبق الرجوع على المدين

لتحقيق سبق الرجوع على المدين ينبغي التمييز بين الحالة التي يكون فيها حق الدائن ثابتاً بموجب سند تنفيذي والحالة التي لا يكون فيها دينه كذلك.

1- إذا كان بيد الدائن سند تنفيذي بدينه وقت المطالبة

إن رفع الدائن دعوى على المدين قبل رجوعه على الكفيل ليس ملزماً طالما أن حقه ثابت بسند رسمي قابل للتنفيذ⁽¹⁾، وفي هذه الحالة يكون من مقتضى الدفع بالزامية سبق الرجوع التنبيه على المدين بالوفاء قبل مطالبة الكفيل⁽²⁾، فإذا أفلس المدين فامتنع على دائنيه اتخاذ إجراءات فردية ضده، يحل محل المطالبة القضائية أن يتقدم الدائن بحقه في التفليسة ليستطيع مطالبة الكفيل، لأن هذا يعتبر رجوعاً على المدين⁽³⁾.

2- إذا لم يكن بيد الدائن سند تنفيذي قبل مدينه

ويكون في هذه الحالة مقتضى تحقيق واجب الرجوع على المدين أن يرفع الدائن دعوى ضد مدينه لاستصدار حكم بإلزامه بالدين، ولا يكفي في هذه الحالة مجرد التنبيه على المدين بالوفاء على اعتبار أن المقصود بسبق الرجوع على المدين هو تمحيص حق الدائن، لأنه لا يجوز

(1) انظر المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 58.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، دار النهضة، القاهرة، مصر، 2011، ص 105 و 106.

التنفيذ الجبري إلاّ بسند تنفيذي اقتضاء لحق محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء، بحيث لا يحتاج لدى التنفيذ عليه لاستيفاء إجراءات إضافية⁽¹⁾.

والدفع بسبق رجوع الدائن على المدين هو دفع بعدم قبول الدعوى، لرفعها قبل استيفاء إجراء أو شرط يتطلبه القانون، غير أن هذا الدفع لا يمثل إلاّ عقبة مؤقتة أمام الدائن، يمكنه أن يتجاوزها إما بتصحيح إجراءاته بالرجوع على المدين أولاً ثم معاودة مطالبة الكفيل لاستصدار حكم بإلزامه بالدين ككفيل، أو بإدخال المدين طرفاً في الدعوى المرفوعة على الكفيل ليصدر الحكم بإلزامها بالدين كل بصفته⁽²⁾.

ثانياً: شروط الدفع بسبق الرجوع على المدين

يشترط لتمسك الكفيل بدفع مطالبة الدائن له بضرورة الرجوع أولاً على المدين توافر أربعة شروط.

1- التمسك بالدفع

تقضي القواعد في الدفع بعدم قبول الدعوى بإلزامية تمسك صاحب المصلحة به، والفقهاء يكاد يجمع بأنه يجب على الكفيل أن يتمسك بالدفع بالرجوع على المدين أولاً بوصفه دفعا بعدم قبول الدعوى، لأن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام بل بمصلحة الكفيل وبالتالي فإنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها⁽³⁾.

(1) حمدي عمر باشا، طرق التنفيذ وفقاً للقانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ص 18.

(2) همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 125.

(3) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 59.

ويذهب جانب من الفقه إلى أن المحكمة ملزمة بإثارة هذا الدفع من تلقاء نفسها دون حاجة إلى تمسك الكفيل به، على أساس أن وجوب تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد لم يكن القصد منه اختصاصه بهذا الحكم وتقرير عكسه بشأن الدفع بوجوب الرجوع أولاً على المدين، ويستفاد ذلك من صياغة الفقرة الثانية من النص التشريعي حين نصت على أن الدفع بالتجريد مشروط بتمسك الكفيل به في الوقت الذي لم تنص فيه الفقرة الأولى على وجوب تمسك الكفيل بمطالبة المدين أولاً، الأمر الذي يدل على أن الإرادة التشريعية لم تشترط تمسك الكفيل بإثارة هذا الدفع⁽¹⁾.

2- أن لا يكون قد صدر عن الكفيل ما يستفاد منه نزوله عن هذا الدفع

يكون النزول يكون صريحا أو ضمنيا⁽²⁾، وقد يكون وقت انعقاد الكفالة أو بعده، والواقع أن حق الكفيل في التمسك بعدم جواز مطالبته قبل الرجوع على المدين، مقرر لحماية مصلحة خاصة به، فهذا الدفع ليس متعلقا بالنظام العام، وعلى ذلك يجوز للكفيل التنازل عنه، فهو يحدد بإرادته المركز الذي يكون فيه فكلما حرم نفسه من ميزة قررها المشرع لمصلحته كان أقرب إلى الكفيل المتضامن وهو في تدرجه إلى الكفالة التضامنية مقيد بقيد واحد وهو أن لا يكون التزامه أشد من التزام المدين، وهو لن يصير كذلك حتى بتضامنه مع المدين⁽³⁾.

(1) سليمان مرقس بند 64، أورده همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 126، ومحمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 59.

(2) يرى الأستاذ سليمان مرقس أن التنازل لا يكون إلا صريحا، ويرى الأستاذ منصور مصطفى منصور أنه ومع أن التنازل لا يكون إلا صريحا فإنه وفي غياب نص يشترط أن يكون صريحا فلا مانع من أن يكون ضمنيا، أورده عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، مرجع سابق، ص 103، هامش رقم 2.

(3) سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 62.

3- أن يكون الرجوع على المدين ذا فائدة

هذا الشرط يعد تطبيقاً للقاعدة المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تقضي

بأنه لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون⁽¹⁾.

فإذا تبين للمحكمة أنه ليس ثمة مصلحة في إجابة الكفيل لدفعه بعدم قبول الدعوى لعدم

سبق الرجوع على المدين بالنظر لما ثبت لديها من أنه لا يمكن للدائن استيفاء دينه كله أو بعضه

من المدين إذا هو رجع عليه لثبوت إعساره أو لعدم ظهور أموال يمكن التنفيذ عليها قضت برفض

الدفع⁽²⁾.

ويقع عبء إثبات تخلف مصلحة الكفيل في التمسك بهذا الدفع على الدائن، فعليه أن

يثبت إعسار المدين أو عجزه عن الوفاء بالدين⁽³⁾، ولا يشترط هنا أن تكون لدى المدين أموال تكفي

للوفاء بجميع الدين، فيكفي أن يوجد لديه ما يفي بجزء من الدين يستوفيه الدائن برجوعه أولاً على

المدين ثم يرجع على الكفيل بما تبقى⁽⁴⁾.

4- أن لا يكون الكفيل متضامناً مع المدين

⁽¹⁾ انظر المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁽²⁾ همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 127.

⁽³⁾ قدرى عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الكفالة، التضامن والتضام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 116 و 117.

⁽⁴⁾ سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 63.

لم ينص المشرع على هذا الشرط لكن أغلب الفقه يذهب إلى أن الكفيل المتمسك بهذا الدفع يجب أن يكون كفيلًا بسيطًا غير متضامن⁽¹⁾. ويؤسس هذا الاتجاه رأيه على قواعد التضامن التي تخول للدائن الحق في مطالبة أي مدين من المدينين المتضامنين بكل الدين، فقياسًا على ذلك فإن تضامن الكفيل مع المدين يمكن الدائن من الرجوع على أيهما بكل الدين بغير ترتيب بينهما⁽²⁾.

ولا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل إلا إذا كان متضامنًا معه، لأن مركز الكفيل من المدين يتساوى مع مركز كفيل الكفيل من الكفيل، ومن ثم فإن عدم جواز رجوع الدائن على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل إذا لم يكن متضامنًا معه يتساوى مع عدم جواز رجوع الدائن على الكفيل البسيط قبل رجوعه على المدين⁽³⁾.

الفرع الثاني

نطاق مطالبة الدائن للكفيل في حالة تعدد الكفلاء

إذا كان الكفيل واحدًا فمن الطبيعي أن يطالبه الدائن بكل الدين المكفول، والذي يكون متطابقًا مع الالتزام الأصلي إذا كانت الكفالة مطلقة أو يطالبه بالجزء الذي تم تحديده في عقد الكفالة إذا كانت محددة، وليس للكفيل أن يطالب بتقسيم الدين بينه وبين المدين ولو كان غير متضامن معه فليس له في هذه الحالة إلا الدفع بتجريده⁽⁴⁾.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، مرجع سابق، ص 103.
(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 58 و59.

(3) قذافي عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص 147.

(4) همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 129.

ولما كان الكفلاء بمقتضى كفالة قانونية أو قضائية⁽¹⁾ دائما متضامنون، فإنه ليس لأي منهم الدفع بتقسيم الدين لأن من مقتضى التضامن حق الدائن في الرجوع على من يشاء من المدينين المتضامين بكل الدين⁽²⁾، أما إذا كان مصدر الكفالة اتفاقيا ووجد أكثر من كفيل لذات الدين، فإن التساؤل يثور حول نطاق التزام الكفيل، وهل ينقسم الدين بين الكفلاء أم أن الدائن يرجع على كل منهم بكامل الدين؟

هناك من التشريعات ما يجعل من تعدد الكفلاء للدين الواحد والمدين الواحد قرينة على التضامن فيما بينهم، وبالتالي يسأل أي منهم عن كل الدين ما لم يحتفظ لنفسه بالحق في التقسيم بغض النظر عن كونهم كفلاء بعقد واحد أو بعقود متوالية، كالتشريع الفرنسي⁽³⁾ الذي ينص في المادة 2025 من القانون المدني على أنه إذا التزم عدة كفلاء بضمان دين واحد، فإن كلا منهم يلتزم بكل الدين⁽⁴⁾، كما تضيف المادة 2026 أن الحق في طلب التقسيم لا يثبت للكفيل عند مطالبته بكل الدين إلا إذا احتفظ لنفسه بهذا الدفع ولم يكن متضامنا مع غيره من الكفلاء⁽⁵⁾، أما

(1) الكفيل القضائي هو الكفيل الذي يكون المدين ملزما بتقديمه بموجب حكم قضائي في أحوال معينة نص عليها القانون، أما الكفيل القانوني فهو الكفيل الذي يكون المدين ملزما بتقديمه بموجب نص في القانون، انظر باقي وداد، الكفالة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة بومرداس، الجزائر، 2009، ص 87 و 88.

(2) سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه، دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007، ص 139.

(3) محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 85.

(4) Art 2025: « Lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions d'même débiteur pour une même dette, elles sont obligées chacune à toute la dette. ».

(5) رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، الأزريطة، 2005، ص 106.

التشريع الألماني فقد ذهب إلى أبعد من ذلك حين قرر في المادة 769 أن التضامن بين الكفلاء مفترض في كل حالات تعدد الكفلاء حتى ولو لم يلتزموا بعقد واحد⁽¹⁾.

وهناك تشريعات لا تفترض تضامن الكفلاء، لمجرد تعددهم ضمانا لنفس المدين وفي ذات الدين وبموجب عقد واحد، فلا تضامن في هذه الحالة إلا إذا تم الاتفاق عليه، وللمحكمة أن تقضي بالتقسيم من تلقاء نفسها فلا تحكم على كل كفيل إلا بالقدر الذي كفله⁽²⁾، وينقسم الدين من وقت انعقاد الكفالة لا من وقت إبداء الدفع أو صدور الحكم، فإذا حدث وأعسر أحد الكفلاء تحمل الدائن وحده نتيجة الإعسار فليس له الرجوع على باقي الكفلاء بقدر حصة المعسر منهم⁽³⁾.

وقد أخذ المشرع الجزائري بالنظام الأخير⁽⁴⁾، فقد قرر في المادة 664 من القانون المدني أنه: « إذا تعدد الكفلاء لدين واحد ويعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين بينهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه. أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، فإن كل واحد منهم يكون مسؤولا عن الدين كله، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم ».

وقد ميز المشرع في تعدد الكفلاء بين الحالة التي يتعدد فيها الكفلاء لذات الدين بعقد واحد وبين الحالة التي يتعدد فيها الكفلاء بعقود متوالية.

الفقرة الأولى

⁽¹⁾ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 60، هامش رقم 02.

⁽²⁾ نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية والعينية، الرهن الرسمين حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز والكفالة، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 412.

⁽³⁾ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، مرجع سابق ص 93.

⁽⁴⁾ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 60.

تعدد الكفلاء لنفس المدين في ذات الدين بعقد واحد

إذا كان لمدين واحد عدة كفلاء في ذات الدين وبعقد واحد، فإن المشرع أقام قرينة بسيطة على انقسام الدين تتمثل في أن اشتراك الكفلاء في كفالة دين المدين بعقد واحد إنما يشير إلى أن كل واحد منهم اعتمد على باقي الكفلاء فكفل المدين معتمدا على انقسام الدين بينهم، وبالتالي فإن الدين ينقسم بينهم بقوة القانون على النحو الذي يحدده عقد الكفالة أو بحصص متساوية فيما بينهم إذا لم يوجد اتفاق بشأن هذه المسألة⁽¹⁾.

وفي هذه الحالة يتمتع على الدائن مطالبة أي منهم بأكثر مما التزم به، فإن فعل كان للكفيل أن يدفع هذه المطالبة بالدفع بالتقسيم في أية حالة تكون عليها الدعوى⁽²⁾ بل وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ما لم يوجد دليل على استبعاد هذا الدفع أو التنازل عنه⁽³⁾.

ويشترط لثبوت الحق في التمسك بالدفع بالتقسيم أربعة شروط:

1- وحدة الدين المكفول

إذا كفل كفيلا ن دينان مختلفان، فإن أي من الدينين لا ينقسم عليهما، بل يبقى كل منهما مسؤولا عن الدين الذي كفله، وهذا ما يفسر عدم انقسام الدين بين الكفيل وكفيل الكفيل، لأن الكفيل يضمن الالتزام الأصلي للمدين، في حين يضمن كفيل الكفيل التزام الكفيل، فهما التزامان مختلفان،

(1) همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 131 و132.

(2) Larroumet Christian, Les sûretés, tome 1, 2^{ème} édition 1994, Bruylan, Paris, p103.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، مرجع سابق، ص93.

محل الأول هو ضمان الوفاء بدين المدين بينما محل الثاني ضمان الوفاء بالتزام الكفيل، ولذا
العلة لا ينقسم الدين بين الكفيل والمدين⁽¹⁾.

2- وحدة المدين المكفول عنه

إذا وجد دين لمدينين متضامنين وكان لكل مدين كفيل في هذا الدين، فإن الكفيلين يكفلان
نفس الدين، لكنهما يكفلان مدينين مختلفين، فلا ينقسم الدين بينهما، بل يبقى كل منهما مسؤولاً عن
كامل الدين، أما إذا كفل كل منهما المدينين المتضامنين معا فإن الدين ينقسم بينهما⁽²⁾.

3- أن يجمع الكفلاء عقد واحد

حيث يستفاد من اجتماعهم في عقد واحد، لكفالة نفس المدين في ذات الدين، اعتماد كل
منهم على انقسام الدين المكفول فيما بينهم، وأن الدائن لن يطالبه إلا بحصته من الدين، أما في
حالة تعدد الكفلاء بعقود مستقلة متوالية، فإن الدين لا ينقسم بقوة القانون، فيكون للدائن مطالبة أي
منهم بكل الدين، لأن كلا منهم ملزم بالوفاء به كاملاً، حتى لو كان مكفولاً بكفالة أخرى في ذات
الوقت⁽³⁾.

4- أن لا يكون الكفلاء المتعددون متضامنون فيما بينهم:

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 60.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثالث، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011، ص 94 و95، محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 61.

(3) همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 133، محمد قنري باشا، مرجع سابق، ص 122.

إذا كان الملتزمون بالدين متضامنون فيما بينهم، فليس لأي منهم التمسك بالتقسيم⁽¹⁾، فيكون للدائن الرجوع بكل الدين على أي منهم، عملاً بأحكام التضامن، فإذا تضامن الكفلاء الضامنون لنفس المدين في ذات الدين، كان كل منهم مسؤولاً عن كل الدين، وإذا وُفي أحدهم بكل الدين كان له أن يرجع على الباقيين منهم بحصتهم في الدين وبنصيبهم في حصة المعسر منهم⁽²⁾.

أما في الحالة التي يكون فيها الكفيل متضامناً مع المدين، وغير متضامن مع غيره من الكفلاء، فيثور التساؤل حول ما إذا كان للكفيل الحق في التقسيم، أم أن تضامنه مع المدين يؤدي إلى حرمانه منه؟

لقد اختلف الفقه بشأن هذه المسألة، فذهب رأي إلى أن تضامن الكفيل مع المدين يحرمه من الحق في التقسيم ولو لم يكن متضامناً مع غيره من الكفلاء، فقبوله التضامن مع المدين دليل على أنه قبل بوضع نفسه في نفس مركز المدين وارتضى المسؤولية عن كل الدين بغض النظر عن وجود غيره ممن يكفل الدين، لذلك وجبت مساءلته عن الدين في مجموعه⁽³⁾.

بينما ذهب رأي آخر إلى أن تضامن الكفيل مع المدين لا يكفي لحرمانه من الحق في التقسيم، متى كان غير متضامن مع غيره ممن يكفل الدين، فالمشرع جعل حق التقسيم للكفلاء متى كانوا غير متضامنين فيما بينهم، ولو أراد غير هذا لنص على حرمان من كان من الكفلاء

(¹) « La solidarité des cautions entre elles a pour conséquence d'entraîner la suspension du bénéfice de division et de faire en sorte qu'il existe entre toute les cautions une représentation mutuelle...», voir Aynes Laurent, Le cautionnement, 1^{ère} édition 1996, Dalloz, Paris, p26.

(²) رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 107.

(³) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، مرجع سابق، ص 95، سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 80.

متضامنا مع المدين من التقسيم، وإذ لم يفعل المشرع فلا مجال للقول بحرمانه منه⁽¹⁾، فكل ما يستخلص من رضاء الكفيل بتضامنه مع المدين، هو النزول عن التمسك بالتجريد عند التنفيذ عليه، ولما كان التزامه يتحدد بحصة من الدين المكفول إذا تعدد الكفلاء، ولم يكونوا متضامنين فيما بينهم، فليس له التمسك بالتجريد إلا في حدود هذه الحصة، فلكل من الدفع بالتقسيم والدفع بالتجريد نطاقا وشروطا خاصة به⁽²⁾.

فإذا توافرت الشروط السابقة فإن التقسيم يقع بقوة القانون، شرط أن لا يصدر من الكفيل ما يفيد أنه تنازل صراحة أو ضمنا عن هذا الحق⁽³⁾.

الفقرة الثانية

تعدد الكفلاء لنفس المدين في ذات الدين بعقود متوالية

إذا تعدد كفلاء المدين في ذات الدين ولم يجمعهم عقد واحد بل استقل كل منهم بعقد، فالمفروض أن يكون كل منهم مسؤولا عن كل الدين إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بالتقسيم، فالكفيل الذي يكفل دينا بعد أن ضمن غيره ذات الدين بعقد آخر، تكون هذه قرينة على أنه لم يعتمد في

(1) محمد علي إمام، منصور مصطفى منصور، عبد الودود يحيى، أورده رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 108، هامش رقم 1.

(2) همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 135.

(3) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 61.

وفاء الدين على الكفيل الآخر⁽¹⁾، فإذا طلب أحد هؤلاء التقسيم كان عليه أن يثبت عكس هذه القرينة وذلك بإثباته بأنه احتفظ لنفسه بهذا الحق عند إبرام الكفالة⁽²⁾.

والتزام الكفلاء بعقود مستقلة بكفالة ذات الدين، يجعل للدائن روابط متعددة مع كفلاء المدين في ذات الدين، فالكفلاء هنا تضاممت ذممهم في الدين الواحد، فهم متضامون لا متضامنون، وعلى الرغم من أن كلا منهم ملتزم بكل الدين تجاه الدائن فلا يعتبر متضامنا مع غيره من الكفلاء⁽³⁾.

وفي حالة عدم نفي القرينة التي وضعها المشرع، فإن للدائن مطالبة أي من الكفلاء بكل الدين، فإذا استوفى حقه كاملا من أحدهم برئت ذمم الباقيين من الدين، وكان للكفيل الموفي الرجوع بما وُفي على غيره من الكفلاء كل بقدر حصته في الدين ونصيبه في حصة المعسر منهم⁽⁴⁾.

أما في حالة إثبات أحد الكفلاء أنه احتفظ بحقه في التقسيم، فإنه لا يكون ملزما تجاه الدائن إلا بالقدر المحدد في كفالته، فلا يكون للدائن مطالبته إلا بهذا القدر، أما الكفلاء الذين لم يحتفظوا بحقهم في التقسيم، فتبقى قرينة مسؤوليتهم عن كل الدين قائمة، ويكون للدائن أن يطالب أيًا منهم بمجموع الدين، فإذا وُفي أحدهم بكل الدين كان له الرجوع على باقي الكفلاء، كل بقدر حصته في الدين، بما فيهم الكفيل الذي تمسك بالحق في التقسيم، في حدود نصيبه المحدد في عقد الكفالة⁽⁵⁾.

(1) رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 108.

(2) قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص 155.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، مرجع سابق ص 96.

(4) همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 137.

(5) رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 108.

ولا يوجد ما يمنع أن يحتفظ كل كفيل من الكفلاء المتعاقبين لنفسه بالحق في التقسيم بحيث ينقسم الدين على جميع الكفلاء في مواجهة الدائن كما في الفرض الأول فتحكمهم حينها الأحكام المقررة لهذا الفرض كما لو كانوا كفلاء بعقد واحد⁽¹⁾.

المطلب الثاني

الدفع التي يدفع بها الكفيل رجوع الدائن عليه

يمكن أن يواجه الدائن في مطالبته للكفيل جملة من الدفع، منها ما هو مستمد من الالتزام الأصلي المكفول، ومنها ما هو مستمد من التزام الكفيل كما ورد في عقد الكفالة، ومنها ما يرجع إلى تقصير الدائن في ما ألزمه به القانون.

فلما كان محل التزام الكفيل هو تعهده بالوفاء بالالتزام الأصلي إذا لم يف به المدين، فإنه يستطيع أن يواجه مطالبة الدائن بكل الدفع المتصلة بالتزامه كما ورد في عقد الكفالة، فالتزامه لا يقوم بذاته وإنما يرتكز على الالتزام الأصلي، ويتأثر بكل ما يتأثر به، فهو التزام تابع له في وجوده، صحته، آثاره وانقضائه، وهذا ما يفسر حق الكفيل في التمسك باسمه الشخصي بغرض إبراء ذمته من التزامه، بكل الدفع التي يمكن للمدين إبداءها في مواجهة الدائن⁽²⁾.

ومقتضى تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي أن يبطل التزام الكفيل إذا كان الالتزام الأصلي باطلاً لعيب في الشكل أو انعدام الرضا أو تخلف شروط محله أو عدم مشروعية سببه أو

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، مرجع سابق، ص 97.

(2) همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 165.

أي سبب آخر من أسباب البطلان، فكما للمدين الأصلي أن يتمسك ببطلان التزامه يكون للكفيل التمسك ببطلان التزامه⁽¹⁾.

ويكون للكفيل أن يتمسك بقابلية التزامه للإبطال إذا كان الالتزام المكفول قابلاً للإبطال لعيب في الرضا كالغلط أو الإكراه أو التدليس، ويكون للكفيل التمسك بحقه في إبطال التزامه وإن أجاز المدين المكفول عنه التزامه، غير أنه إذا كان سبب القابلية للإبطال هو نقص أهلية المدين، فإن الكفيل لا يمكنه التمسك بالإبطال إذا كان نقص الأهلية هو سبب الكفالة⁽²⁾.

فإذا انقضى الالتزام الأصلي فإن ذلك يستتبع انقضاء التزام الكفيل، وبالتالي يجوز لهذا الأخير أن يتمسك بانقضاء التزامه إذا انقضى الالتزام المكفول بالوفاء، ويقوم العرض الحقيقي مقام الوفاء إذا تلاه الإيداع وتم طبقاً لما نص عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقبله الدائن أو صدر بشأنه حكم نهائي⁽³⁾.

وإذا انقضى الالتزام المكفول بالوفاء بمقابل جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعاً لذلك حتى وإن استحق الشيء المقدم كمقابل للوفاء، وكذلك الأمر لو انقضى الالتزام المكفول بالتجديد أو المقاصة أو الإنابة الكاملة أو أبرأ الدائن مدينه أو استحال تنفيذ الالتزام الأصلي لسبب لا يد للمدين فيه، ففي كل هذه الحالات يمكن للكفيل التمسك بانقضاء التزامه تبعاً لانقضاء الالتزام المكفول⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ محمد كامل مرسي باشا، العقود المسماة، الجزء الأول، الكفالة، الوكالة، السمسرة، الصلح، التحكيم، الوديعة والحراسة، الطبعة الثانية، المطبعة العالمية، القاهرة، مصر، 1952، ص 106.

⁽²⁾ رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 111.

⁽³⁾ حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 17.

⁽⁴⁾ محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 63 و64.

وفي الحالة التي يتقادم فيها الالتزام الأصلي دون أن يتقادم التزام الكفيل كون أجله أبعد من أجل الأول، فإنه رغم عدم تقادم التزام الكفيل يكون له أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعاً لانقضاء الالتزام الأصلي بالتقادم⁽¹⁾.

والى جانب إمكانية الاحتجاج تجاه الدائن بكل الدفع المستندة للالتزام الأصلي في صحته ونفاذه وانقضائه، وهذا يرجع إلى تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول، فإنه يستطيع مواجهة الدائن بكل الدفع المتعلقة بالتزامه كما ما ورد في عقد الكفالة، صحة أو نفاذاً أو انقضاء بصرف النظر عن الالتزام الأصلي، ذلك أن التزام الكفيل له كيانه الذاتي كالتزام تعاقدى يجد مصدره في عقد الكفالة⁽²⁾.

للكفيل إذن أن يتمسك قبل الدائن ببطان الكفالة أو إبطالها وفقاً للقواعد العامة، وله أن يتمسك بما يرد على التزامه من أوصاف كتخلف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ أو عدم حلول الأجل، كما أن له يحتج بالشروط التي تم الاتفاق عليها بشأن تنفيذ التزامه (مكان الوفاء، التقسيط...) كما له التمسك ببراءة ذمته لانقضاء التزامه بصفة مستقلة عن الالتزام الأصلي وفقاً للقواعد العامة في انقضاء الالتزام⁽³⁾.

والى جانب كل هذه الدفع هناك دفع تستند إلى طبيعة التزام الكفيل كالتزام احتياطي، وأخرى تستند إلى تقصير الدائن أو إلى إخلاله بالالتزامات الملقاة على عاتقه، وهذا ما سنتولى دراسته في فرعين على الترتيب.

⁽¹⁾ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، مرجع سابق، ص 111.

⁽²⁾ همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 138.

⁽³⁾ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص 111.

الفرع الأول

الدفع المستمدة من طبيعة التزام الكفيل

إذا انعقدت الكفالة صحيحة فإن هذا لا يعني التزام الكفيل بالوفاء بالدين فور مطالبة الدائن له فالمشرع وضع نطاقا لهذه المطالبة مراعاة للصفة الاحتياطية لالتزام الكفيل، وتظهر هذه الصفة، ما لم يثبت انتفاءها بتضامن الكفيل مع المدين، وقت شروع الدائن في التنفيذ عليه في حق التمسك بتجريد المدين من أمواله سواء في صورته العامة أو في صورته الخاصة حين يكون الدين الأصلي مضمونا في ذات الوقت بتأمين عيني قدم قبل أو مع الكفالة.

الفقرة الأولى

الدفع بالتجريد في صورته العامة

«الدفع بالتجريد هو حق قرره القانون للكفيل بمقتضاه يستطيع، إذا توافرت شروط معينة، منع الدائن من التنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال المدين ويتضح عدم كفايتها للوفاء بالدين» (1).

ويشترط للتنفيذ الجبري أن يكون بيد الدائن سند تنفيذي في مواجهة المدين (1)، فالكفيل شأنه في ذلك شأن أي مدين، لا يكفي للتنفيذ على أمواله أن يكون بيد الدائن سند تنفيذي في مواجهة المدين الأصلي (2).

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص77.

ولما كان التزام الكفيل التزاما احتياطيا، المقصود منه ضمان الوفاء بالالتزام الأصلي إذا لم يف به المدين نفسه، فإن التنفيذ على أموال المدين قبل التنفيذ على أموال الكفيل، قد يفضي إلى استيفاء الدائن لحقه، وهذا من شأنه أن يغنيه عن التنفيذ على الكفيل فيوفر بالتالي الوقت والجهد والمصاريف، ويغني هذا الأخير عن الرجوع بدوره بما وقَّاه على المدين وهذا هو الدفع بالتجريد⁽³⁾.

أولا: صاحب المصلحة في التمسك بالتجريد

الكفيل وحده هو صاحب الحق في الدفع بالتجريد، فلا يجوز للمدين المتضامن أن يدفع بتجريد مدين متضامن معه، وقد جعل المشرع للكفيل الحق في التمسك بالتجريد كلما ثبتت الصفة الاحتياطية لالتزامه، والأصل هو ثبوتها ما لم يثبت تخليه عنها بتضامنه مع المدين، باعتبار التضامن لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون⁽⁴⁾.

ولا يتأثر حق الكفيل في الدفع بالتجريد سواء كان متبرعا، أو حصل على مقابل لالتزامه بالضمان، وسواء تقدم بالضمان بطلب من المدين، أو قدمه بغير علمه وحتى رغم معارضته⁽⁵⁾.

ولما كان الكفيل العيني لا يختلف عن الكفيل الشخصي في طبيعة التزامه كالتزام تابع للالتزام الأصلي باعتباره يضمن الوفاء بدين غيره، وإن اختلف عنه في نطاق ما يقدمه من ضمان،

⁽¹⁾ انظر المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁽²⁾ همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 140.

⁽³⁾ عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة، المقاوله، الوكالة والكفالة، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009، ص 266.

⁽⁴⁾ رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 137.

⁽⁵⁾ همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 141.

فإنه من مقتضى تأسيس إثبات الحق في الدفع بالتجريد على الصفة الاحتياطية لالتزام الكفيل والاعتبار العملي المتمثل في توفير الوقت والنفقات أن يثبت الحق في التجريد لكليهما⁽¹⁾، غير أن المشرع حرم الكفيل العيني من التمسك بالدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك والفقهاء على انتقاد هذا المسلك لعدم اختلاف طبيعة التزام الكفيل العيني عن التزام الكفيل الشخصي⁽²⁾.

غير أنه يجوز للكفيل العيني الاحتفاظ لنفسه بالحق في تجريد المدين عن طريق الاتفاق، فيحتفظ لالتزامه بالصفة الاحتياطية مع عدم تضامنه مع المدين بحيث تتساوى طبيعة التزامه تماما مع طبيعة التزام الكفيل الشخصي البسيط في التبعية والاحتياطية معا، فالمشرع كأنما اقتصر على افتراض تضامن الكفيل العيني مع المدين بما يحرمه من الحق في التجريد ما لم يتمسك بهذا الحق، على عكس الحال في الكفيل الشخصي البسيط الذي يفترض فيه بحسب الأصل وفقا للقواعد العامة، أنه غير متضامن ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك⁽³⁾.

ثانياً: الأشخاص الذين يصح طلب تجريدهم

يثبت الحق للكفيل في تجريد المدين الذي كفله، فإذا تعدد المدينون وكفلهم جميعاً، سواء كانوا متضامنين فيما بينهم أو غير متضامنين، كان له التمسك بتجريدهم جميعاً، بينما إذا كفل

⁽¹⁾ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 78،
همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 141.

⁽²⁾ رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 137 و 138.

⁽³⁾ باقي و داد المذكرة السابقة، ص 109.

أحدهم أو بعضهم دون البعض الآخر لم يكن له إلاّ التمسك بتجريد المدين أو المدينين الذين كفلهم دون الباقيين⁽¹⁾.

ولما كان الدفع بالتقسيم يقتصر على نطاق مطالبة الدائن للكفيل في حالة تعدد الكفلاء لذات المدين في ذات الدين، بينما الدفع بالتجريد يخص أسبقية التنفيذ على أموال المدين قبل التنفيذ على أموال الكفيل في حدود التزامه بالضمان، فإنه في حالة تعدد الكفلاء حتى وإن كانوا متضامنين فيما بينهم لا يكون للكفيل عند تنفيذ الدائن عليه أن يطلب تجريد باقي الكفلاء المشتركين معه في كفالة المدين لأنهم لا يكفلون بعضهم، أما كفيل الكفيل فإن له تجاه الدائن الحق في التمسك بتجريد الكفيل المتضامن قبل الرجوع عليه ما لم يكن متضامنا معه، لأن الكفيل يعتبر بمثابة المدين المكفول عنه بالنسبة للمصدق⁽²⁾.

ثالثاً: شروط التمسك بالتجريد

يشترط توافر جملة من الشروط حتى يثبت للكفيل الحق في هذا الدفع، فيجب أن لا يكون متضامنا وذلك يرجع إلى الصفة الاحتياطية لالتزامه، ويجب أن لا يكون قد تنازل عنه لأنه يتعلق بمصلحة خاصة به، فضلا عن أن اعتبارات الجدية في مباشرة هذا الدفع واعتبارات الاقتصاد في الوقت والنفقات التي يقوم عليها هذا الدفع، تلزم الكفيل وقت تمسكه به أن يرشد الدائن وعلى نفقته إلى أموال للمدين موجودة بالجزائر تكفي للوفاء بكامل الدين وتكون خالية من النزاع.

1- أن لا يكون الكفيل متضامنا

⁽¹⁾ معاذ أحمد محمد المومني، الحجز على أموال الكفيل في القانون الأردني، مذكرة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2012، ص 98.

⁽²⁾ همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 142.

لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطالب وقت التنفيذ عليه بتجريد المدين، فالأساس القانوني لهذا النص هو أن الكفيل بارتضائه كفالة الدين على سبيل التضامن مع المدين يكون قصد إلى نفي الصفة الاحتياطية عن التزامه، بحيث يكون للدائن أن يطالبه هو أو يطالب المدين، بكل الدين بغير ترتيب بينهما وفقا لأحكام التضامن⁽¹⁾.

والتضامن الذي يؤدي إلى حرمان الكفيل من الدفع بالتجريد هو تضامنه مع المدين، ومن ثم فإنه إذا كان الكفيل متضامنا مع غيره من الكفلاء دون أن يكون متضامنا مع المدين، فإن حقه في التمسك بتجريد المدين قبل التنفيذ عليه لا يتأثر، وإن كان لا حق له في التمسك بالتقسيم لأنه يصبح مسؤولا قبل الدائن عن كل الدين المكفول⁽²⁾.

وفي جميع الأحوال فإن التضامن لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص القانون⁽³⁾، وإذا كان مصدر التضامن هو الاتفاق فإنه لا يقصد بعدم افتراض التضامن وجوب اشتراطه صراحة فقد تتصرف إليه الإرادة ضمنا⁽⁴⁾، ولكن ينبغي أن تكون الدلالة على التضامن في هذه الحالة واضحة لا شك فيها، فإن وجد بها شك وجب تأويله لنفي التضامن لا لإثباته⁽¹⁾.

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 79.

(2) رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 143.

(3) همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 144.

(4) إن الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين وتفسير التصرف القانوني يقوم به قاضي الموضوع على ضوء الالتزامات الملقاة على عاتق الطرفين، ففي الحالة التي يتم فيها الاتفاق على تضامن الكفيل مع المدين وفي نفس الوقت على احتفاظه بالحق في التجريد فإن هذا يمثل الفرض الذي تكون فيه عبارة العقد غير واضحة ومتعارضة وتحتاج إلى تفسير للوقوف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فباستثناء أن من نتائج اشتراط التضامن نفي الصفة الاحتياطية عن الالتزام وإسقاط الحق في التجريد عن الملتزم، وفي نفس الوقت فإن إثبات الحق في التجريد لذات الملتزم يعد مظهرا لعدم التضامن، بحيث أن الشرطين يتعارض أحدهما مع الآخر ولا يمكن أن يجتمع معه، ولما كان يتعذر الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين في هذه الحالة بتغليب مدلول إحدى العبارتين على الأخرى، فإننا نكون أمام حالة يكتنف فيها الشك الإرادة المشتركة للمتعاقدين رغم أعمال أحكام التفسير وذلك لتضارب

وإذا كان الكفيل متضامنا مع المدين فإن ذلك لا يمنع كفيل الكفيل من التمسك بتجريد الكفيل إذا لم يكن متضامنا معه، غير أنه يمتنع عليه التمسك بتجريد المدين الأصلي لأن ذلك لا يجوز للكفيل المتضامن الذي كفله⁽²⁾، غير أنه إذا ثبت تضامن المصدق مع الكفيل فإنه يجب التمييز بين ما إذا كان هذا الأخير متضامنا مع المدين أو غير متضامن، فإذا كان متضامنا معه فإن المصدق لا يملك الدفع بتجريد كل من الكفيل والمدين الأصلي بينما إذا لم يكن الكفيل متضامنا مع المدين وإن امتنع عليه التمسك بتجريد الكفيل لتضامنه معه فإنه يملك التمسك بتجريد المدين الأصلي، لأن هذا الدفع يستفيد منه المصدق بالتبعية لالتزام الكفيل الذي كفله⁽³⁾.

2- أن لا يكون الكفيل قد تنازل عنه

لما كان التجريد حق مقرر للكفيل غير المتضامن يمكنه من منع الدائن من التنفيذ على أمواله إلا بعد التنفيذ على أموال المدين، فإن للكفيل النزول عن هذا الحق سواء عند إبرام عقد الكفالة أو في وقت لاحق⁽⁴⁾، ولما كان التنازل عن الحق لا يفترض فإنه يتعين على من يتمسك بهذا النزول أن يثبت بدليل قاطع أن إرادة الكفيل اتجهت إلى النزول عن هذا الحق، لأنه يدعي ما

عبارات العقد وعدم إمكانية تغليب مدلول إحداها على الأخرى، ومن ثم يتعين تفسير الشك في مصلحة المدين دون الدائن وهو الكفيل في هذه الحالة، بحيث ينتهي القاضي إلى أنه التزم باعتباره كفيلا بسيطا يثبت له الحق في التجريد.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، مرجع سابق، ص 142.

(2) سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 67.

(3) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 79.

(4) سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، المذكرة السابقة، ص 129.

يخالف الأصل، فإذا وجد شك يجب تفسيره لصالح الكفيل، فيبقى الأصل على حاله لعدم ثبوت عكسه وبالتالي يكون للكفيل التمسك بالتجريد⁽¹⁾.

غير أنه يستوي في التنازل أن يكون صريحا أو ضمنيا طالما قام الدليل على الإرادة القاطعة من جانب الكفيل على ذلك، ويستدل على إرادة التنازل من كل ما يدل عليه من قول أو فعل أو ترك منسوب إلى الكفيل، ويعتبر تقدير هذا النزول مسألة موضوعية يقدرها قاضي الموضوع في ضوء عبارات العقد وظروف المعاملة⁽²⁾.

وإذا كان الغالب أن يأتي النزول صريحا على شكل شرط يتضمن التنازل عن الحق في التجريد، فإنه لا يوجد ما يمنع من الاستدلال عليه من ظروف الحال، فيستفاد نزول الكفيل عن هذا الحق من تعهده بدفع الدين فورا إذا لم يقم المدين بدفعه عند حلول أجله، كما يستفاد نزوله عنه بطلبه أجلا للوفاء بالدين أو من تمسكه بالمقاصة بين ما عليه تجاه الدائن بموجب الكفالة وما له تجاهه من حق، كما يستفاد أيضا من سكوت الكفيل عند شروع الدائن في التنفيذ عليه، رغم توافر شروط التمسك به⁽³⁾.

غير أنه لا يستفاد النزول من مجرد السكوت عن التمسك بالدفع إذا لم يكن لدى المدين وقت التنفيذ على الكفيل أموالا كافية في الجزائر غير متنازع عليها يستطيع الكفيل أن يرشد إليها الدائن، فلا يمكن القول أن الكفيل تنازل ضمنا عن حقه في الدفع بتجريد المدين في الوقت الذي لا تجتمع له شروط التمسك به، فإذا جد لدى المدين مال كاف بعد ذلك، جاز للكفيل أن يبادر

⁽¹⁾ همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 147.

⁽²⁾ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، مرجع سابق، ص 117.

⁽³⁾ همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 147.

بالتمسك بالتجريد دون أن يكون للدائن الاحتجاج عليه بسبق نزوله عنه بسكوته عن التمسك به عند التنفيذ عليه (1).

3- أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع

لما كان الحق في الدفع بالتجريد مقرر لمصلحة الكفيل وغير متصل بالنظام العام، فإنه يتعين عليه أن يتمسك به، فليس للمحكمة أن تقضي به تلقاء نفسها(2)، ويثور التساؤل عن ما إذا كان هناك وقت معين يتعين فيه على الكفيل أن يتمسك بالدفع بحيث لا يجوز أن يتمسك به قبله أو بعده.

لما كان القصد من التمسك بهذا الدفع هو رغبة الكفيل في دفع إجراءات التنفيذ على أمواله وإرجائها إلى ما بعد التنفيذ على أموال المدين، فإن الوقت الطبيعي للتمسك بهذا الدفع هو مرحلة التنفيذ على أمواله من طرف الدائن الذي بيده سند تنفيذي تجاهه، وله ذلك منذ الشروع في التنفيذ عليه بمجرد تبليغه بالسند التنفيذي إلى غاية الوقت الذي لا يكون فيه التنفيذ قد اكتمل، بمعنى أن هذا الوقت يمتد إلى المرحلة الأخيرة من مراحل التنفيذ قبل تمامه نهائياً، شرط أن لا يتأخر في

(1) رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 146.

(2) انظر المادة 660 من القانون المدني في فقرتها الثانية.

تمسكه به إلى الحد الذي يستفاد منه تنازله عنه، فيصح للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع في صورة الاستشكال في التنفيذ أو عن طريق الاعتراض على قائمة شروط بيع العقار...⁽¹⁾.

وفي المقابل فإنه لا يمكن للكفيل التمسك بالدفع بالتجريد في مرحلة المطالبة سواء برفع دعوى قضائية لاستصدار حكم بإلزامه بالدين أو لمجرد التنبية عليه بالوفاء، لأن الدائن في هذه المرحلة لا يكون قد استوفى واجب سبق الرجوع على المدين، فالدفع المناسب في هذا الوقت هو الدفع بعدم قبول الدعوى لعدم الرجوع على المدين قبل مطالبة الكفيل، بينما الدفع بالتجريد يخص مرحلة التنفيذ على أموال الكفيل⁽²⁾.

و يثور التساؤل عن مدى جواز التمسك بهذا الدفع في مرحلة مطالبة الكفيل بالدين حين يكون الدائن قد استوفى شرط الرجوع على المدين، بحيث يمتنع عليه التمسك بالدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان، كما إذا رفع الدائن دعواه وجمع فيها المدين والكفيل ليستصدر حكماً بإلزامهما بالدين كل بصفته .

ذهب رأي إلى أن توقيت التمسك بالدفع بالتجريد هو عند التنفيذ على أموال الكفيل، ولما كان الدائن ما زال في مرحلة المطالبة ولم يشرع في التنفيذ فلا يكون له الحق في التمسك بهذا الدفع في هذه المرحلة المبكرة من الإجراءات⁽³⁾ .

(1) همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 149، رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 146.

(2) همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 150.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، مرجع سابق ص 118.

بينما يذهب رأي آخر إلى أنه وفي غياب نص يماثل نص المادة 2022 من القانون المدني الفرنسي الذي يقضي بأنه: « لا يلزم الدائن بتجريد المدين، إلا إذا طلب الكفيل ذلك عند الإجراءات الأولى التي توجه ضده » فإنه لا يوجد ما يمنع الكفيل من حقه في التمسك بهذا الدفع في مرحلة مطالبته وقبل الشروع في التنفيذ عليه، بحيث يصدر الحكم بإلزام كل من المدين والكفيل بالدين مع عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين، ويؤيد هذا الرأي أن المشرع وإن أوجب على الكفيل التمسك بالدفع إلا أنه لم يحدد وقتاً معيناً للتمسك به، فضلاً عن أن هذا الرأي يراعي الاعتبار العملي في توفير الوقت والنفقات⁽¹⁾.

وفي جميع الأحوال إذا لم يتمسك الكفيل بالتجريد في أثناء نظر دعوى مطالبة الدائن له بالدين لم يعتبر ذلك نزولاً ضمناً منه عن هذا الدفع، بحيث يستطيع التمسك به لدى الشروع في التنفيذ على أمواله، ذلك أن الدفع بالتجريد في القانون يخص مرحلة التنفيذ وليس مرحلة المطالبة القضائية⁽²⁾.

ولا يعرف القانون الفرنسي إلا نظام مطالبة الدائن للكفيل بالدين على مرحلة واحدة، الأمر الذي يجب معه التمسك بهذا الدفع عند الإجراءات الأولى التي توجه ضد الكفيل وقبل التكلم في الموضوع وإلا اعتبر متنازلاً عن حقه فيه⁽³⁾.

4- الإرشاد إلى أموال المدين

(1) عبد الفتاح عبد الباقي، ص 156، منصور مصطفى منصور، ص 86، أورده همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 150، هامش رقم 2، سمير عبد السيد تناعو، مرجع سابق، ص 69.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، مرجع سابق ص 119.

(3) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 81.

تنص المادة 661 من القانون المدني على أنه: « إذا طلب الكفيل التجريد، وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال تفي بالدين كله، ولا يؤخذ بعين الاعتبار الأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي الجزائرية أو كانت متنازعا فيها » .

إن الغاية من تقرير حق الدفع بالتجريد للكفيل هو تأكيد الصفة الاحتياطية للالتزام بالنظر إلى التزام المدين، بحيث لا يستعمله ذريعة للتهرب من تعهده بالضمان ولمجرد التسويق ومضيعة الوقت والنفقات، ولذلك يجب عليه إذا هو طلب تجريد المدين أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله⁽¹⁾، ولا عبرة بالأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت متواجدة خارج الأراضي الجزائرية، أو كانت أموالا متنازعا فيها⁽²⁾ .

فأول ما قدره المشرع محققا للغرض من الدفع بالتجريد ومنفقا مع أساس تقريره هو وجوب قيام الكفيل وعلى نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله، ويبرر اشتراط المشرع ملكية المدين للأموال المرشد عنها أن المدين المكفول عنه هو صاحب الالتزام الأصلي الذي يصح طلب تجريده والذي يعتبر التزام الكفيل بالنسبة له التزاما احتياطيا، وطبيعة الأموال المرشد إليها ليست محل اعتبار فيستوي أن تكون عقارية أو منقولة⁽³⁾ .

فإذا كان المال المرشد عنه مثقلا بحقوق عينية وجب أن لا يحسب من قيمة هذا المال إلا ما يبقى من قيمته بعد خصم قيمة الديون التي تقررت الحقوق العينية لضمانها، وبديهي أن الإرشاد

(1) همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 152.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 82.

(3) باقي وداد، المذكرة السابقة، ص 113.

إلى هذه الأموال لا يفيد في دفع إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل إذا كانت الرهون تستغرق جزء كبيراً من قيمتها أو كان ظاهراً عدم كفايتها للوفاء بكل الدين⁽¹⁾.

ولما كان الغرض من هذا الدفع هو مطالبة الدائن بالتنفيذ على أموال المدين المرشد عنها قبل التنفيذ على أموال الكفيل، فإنه يشترط أن تكون مما يجوز الحجز عليه ومباشرة إجراءات التنفيذ عليه⁽²⁾، وقد حمل المشرع الكفيل بنفقات إرشاد الدائن إلى الأموال المملوكة للمدين، لأنه هو المستفيد من إنفاقها، فذلك يمكنه من تجنب الإجراءات التي باشرها الدائن للتنفيذ على أمواله، وله أن يرجع بها فيما بعد على المدين، بحيث يتحمل كافة المصاريف الضرورية لإثبات يسار المدين شأن مصروفات استخراج صور مستندات الملكية العقارية للمدين ومصاريف الخبرة⁽³⁾.

ويشترط أن تكون الأموال المرشد إليها كافية للوفاء بكل الدين المكفول تجنباً لتكرار المطالبة وتفاذي مضاعفة المصروفات بالتنفيذ مرتين، فضلاً عن أن القول العكسي يفضي إلى إرغام الدائن على قبول الوفاء الجزئي، وتقدير كفاية الأموال المرشد إليها للوفاء بكامل الدين يعد مسألة تخضع لتقدير قاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه بشأنها⁽⁴⁾.

غير أن إلزام الدائن بضرورة البدء في التنفيذ على المدين الأصلي قبل التنفيذ على الكفيل وإن كان من مقتضيات الصفة الاحتياطية للالتزام الكفيل، فإنه لا يمنعه من البدء في التنفيذ على الكفيل في حالة ما إذا كان على يقين من إعسار المدين أو ظهر له عدم يساره، لأن إلزامه بالتنفيذ

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، مرجع سابق، ص 123.

(2) انظر في الأموال التي لا يجوز الحجز عليها، حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 190 وما بعدها.

(3) رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 145.

(4) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 82

على المدين رغم إعساره مضيعة للوقت وبذل للجهد والمصروفات دون طائل، فإن تمسك الكفيل بالتجريد كان عليه أن يثبت يسار المدين⁽¹⁾.

والقانون الفرنسي لا يشترط كفاية الأموال المرشد إليها للوفاء بكل الدين حتى يتمكن الكفيل من التمسك بالتجريد، فيكفي أن تفي بجزء من الدين المضمون، فينفذ الدائن في هذه الحالة على المدين بكل الدين، في حين لا ينفذ على الكفيل إلاً بالباقي منه بعد استنزال قيمة ما أرشد إليه الكفيل من أموال⁽²⁾.

والملاحظ أن ما أخذ به المشرع الفرنسي أقرب إلى المعقول لأنه لا يؤدي إلى إجبار الدائن على الوفاء الجزئي، لأنه ينفذ بكامل الدين على المدين في حدود ما يملكه وينفذ على الكفيل في الجزء الباقي، وبخصوص التنفيذ مرتين فإنها نتيجة طبيعية لوجود مدين أصلي وآخر احتياطي والدائن قبل بذلك عند عدم اشتراطه تضامن الكفيل مع المدين، كما أن مسألة ازدواج الإجراءات يمكن أن تتحقق في الحالة التي يرجع فيها الدائن على المدين فلا يتمكن إلاً من استيفاء جزء من الدين فيرجع بالباقي على الكفيل⁽³⁾.

وفي جميع الأحوال يتمتع على الكفيل التمسك بهذا الدفع لتخلف مصلحته، إذا ما أشهر إفلاس المدين أو إعساره لأنه لن يفلح في الإرشاد إلى أموال للمدين تفي بالدين كله⁽⁴⁾.

(1) همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 155.

(2) باقي وداد، المذكرة السابقة، ص 113 و 114.

(3) سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 71.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، مرجع سابق، ص 120.

كما يشترط أن تكون الأموال المرشد إليها موجودة داخل الأراضي الجزائرية، لأن الموجودة منها بالخارج وإن كانت مملوكة للمدين فإنه يصعب التنفيذ عليها، ولم يشترط المشرع أن تكون واقعة في جهة معينة من التراب الوطني، كأن تكون واقعة في الجهة التي يجب وفاء الدين فيها أو الجهة التي يكون فيها موطن المدين⁽¹⁾.

والملاحظ هو عدم انسجام هذا الحكم مع منظومة أحكام الكفالة فمن غير المنطقي أن يكتفي المشرع بشأن يسار الكفيل، وهو صاحب التزام تابع واحتياطي، بالنص فقط على أن تكون له أموال كافية للوفاء بالدين المكفول دون اشتراط تواجدها بالأراضي الجزائرية⁽²⁾، وفي الوقت نفسه يلزم الكفيل إذا هو أراد التمسك بالتجريد، بالإرشاد فقط إلى أموال المدين المتواجدة بالجزائر، الأمر الذي يؤدي إلى رفض الدفع بالتجريد الذي يبديه الكفيل لتعذر إثبات تملك المدين لأموال موجودة بالوطن، فيتصور أنه بإمكان الدائن التنفيذ على أموال الكفيل وإن كانت متواجدة بالخارج، فكان على المشرع وللمحافظة على اتساق أحكام الكفالة، أن يأخذ بأحد الحكيمين بشأن المدين والكفيل معا فإما أن يكتفي بالنص على أن تكون أموال المدين المرشد إليها كافية للوفاء بالدين أيا كان مكان تواجدها كما فعل بشأن يسار الكفيل، أو أن لا يدخل في تقدير يسار هذا الأخير إلا أمواله المتواجدة بالجزائر.

وقد اشترط المشرع أن تكون الأموال المرشد إليها خالية من النزاع، لأن الغاية من الدفع بالتجريد هو دفع الدائن إلى سلوك الطريق الطبيعي في اقتضاء حقه من مدينه الأصلي قبل التنفيذ على المدين الاحتياطي، فالإرشاد إلى أموال متنازع فيها لا طائل من ورائه، فهو يُحمّل الدائن عناء

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 83،
سمير عبد السيد تتاغو، مرجع سابق، ص 70.
(2) انظر المادة 646 من القانون المدني.

النزاع فيها والتقاضى بشأنها مع ما في ذلك من طول الوقت وتعقيد الإجراءات إلى جانب أن النتيجة غير مضمونة لأن النزاع قد يفضي إلى عدم ملكية المدين واستحقاق الغير لها⁽¹⁾، ولا يشترط لاعتبار المال متنازعا فيه أن يكون موضوع دعوى أمام القضاء بل يكفي أن يكون هناك نزاع جدي بشأنه كأن يكون هناك من يضع يده على العقار مدعيا ملكيته دون أن يرفع الأمر إلى القضاء، وهناك من يرى أن المال يعتبر متنازعا فيه إذا كان التنفيذ عليه يستلزم جهدا وإجراءات أكثر من المعتاد⁽²⁾، وتقدير وجود النزاع من عدمه يرجع إلى قاضي الموضوع⁽³⁾.

5- أن يكون الكفيل شخصا لا عينيا

يشترط أن يكون الكفيل شخصا لا عينيا حتى يتمكن من الدفع بالتجريد، فقد راعى المشرع المركز الخاص للكفيل العيني، لأنه في حقيقته راهن رهن ماله ضمانا لدين غيره، فهو يختلف عن الكفيل الشخصي في مسؤوليته عن الدين⁽⁴⁾، فمسؤوليته عينية لا تتعدى المال الذي رهنه، بحيث يتمتع على الدائن في حالة عدم كفاية هذا المال للوفاء بكل الدين أن ينفذ بحقه على أموال أخرى مملوكة للكفيل العيني، في حين أن الكفيل الشخصي يضم ذمته المالية إلى ذمة المدين، فيرد حق الدائن على الضمان العام للكفيل بما يتضمنه هذا الحق من إمكانية التنفيذ على أي مال من أموال الكفيل لأن أمواله كلها ضامنة للوفاء بديونه⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، مرجع سابق، ص 122.
⁽²⁾ سليمان مرقس، ص 84، عبد الفتاح عبد الباقي، ص 152، منصور مصطفى منصور، ص 88، أورده سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 71، هامش رقم 1.
⁽³⁾ باقي وداد، المذكرة السابقة، ص 114.
⁽⁴⁾ انظر المادة 901 من القانون المدني.
⁽⁵⁾ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 66.

ولا يحق للكفيل أن يتمسك بالدفع بتجريد المدين، وذلك تغليباً لفكرة الرهن على الفكرة الكفالة، فالمشرع لم يجعل الرهن الذي يقدمه شخص آخر غير المدين أضعف من الرهن الذي يقدمه هذا الأخير⁽¹⁾.

رابعاً: آثار الدفع بالتجريد

يترتب على قبول الدفع بالتجريد أثر أساسي يتمثل في عدم جواز مباشرة إجراءات التنفيذ ضد الكفيل حتى يتم تجريد المدين من أمواله، بجانب ذلك فإنه يترتب عليه أثر ثانوي يتمثل في التزام الدائن بعناية الرجل العادي في مباشرة إجراءات التنفيذ على ما أرشد إليه الكفيل من أموال المدين وذلك باتخاذها في الوقت المناسب، فيكون مسؤولاً تجاه الكفيل عن إفسار المدين المترتب عن إهماله⁽²⁾، وهذا ما سنتناوله بالدراسة في النقطة الخاصة بالدفع التي يكون للكفيل أن يوجهها للدائن مستنداً إلى ما صدر عنه من تقصير.

فإذا تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد في مرحلة المطالبة القضائية عند رفع الدائن دعوى المطالبة بالدين علي المدين والكفيل معاً، فإن القاضي يصدر حكماً بإلزامهما بالدين كل بصفته بحيث يلزم الكفيل بالدين مع عدم جواز التنفيذ عليه قبل التنفيذ على أموال المدين، فيكون كل إجراء تنفيذي يتخذه الدائن ضد الكفيل بالمخالفة لذلك باطلاً⁽³⁾.

أما إذا تمسك الكفيل بالتجريد عند التنفيذ عليه عن طريق الاستشكال، فإن ما اتخذته الدائن من إجراءات تنفيذية يتوقف إلى غاية الفصل في الاستشكال، فإذا رفضه القاضي استمر الدائن في

⁽¹⁾ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 78.

⁽²⁾ محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 82.

⁽³⁾ همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 158.

إجراءاته، أما إذا رأى القاضي أن للكفيل الحق في التمسك بالتجريد فإن ما تم اتخذه من إجراءات يصبح لاغياً (1).

غير أن توقيف الإجراءات التنفيذية التي اتخذها الدائن ضد الكفيل، قبل تجريد المدين لا يمنعه من اتخاذ الإجراءات التحفظية في مواجهته، فيجوز له أن يقطع التقادم بالنسبة لأموال الكفيل أو يقيد رهنا لصالحه أو يجدد قيد هذا الرهن أو يضع الأختام على تركته إذا مات أو يطلب تعيين قيم عليه إذا تغيرت أهليته، كما أن له أن يحصل على حق اختصاص على عقار للكفيل بموجب حكم واجب التنفيذ صادر لصالحه ضده، غير أنه لا يجوز للدائن وقد حصل على حق الاختصاص أن ينفذ على عقار الكفيل إلا بعد تجريد المدين (2).

ويكون على الدائن في مثل هذه الحالة أن ينفذ على المدين، فإذا استوفى كامل حقه منه فإنه لا يرجع على الكفيل بشيء، أما إذا لم يستوفِ إلا جزء من الدين بسبب عدم كفاية أموال المدين (3)، فإن له الرجوع على الكفيل لأنه جرد المدين من أمواله، وفي هذه الحالة يمكن للكفيل دفع إجراءات التنفيذ المتخذة ضده (4).

(1) ويزول كل ما ترتب عليها من آثار، فتلغى مثلاً إجراءات حجز التنفيذ على منقولات الكفيل أو الموقع تحت يد الغير ويرفع الحجز، ويلغى التنبيه بنزع ملكية الكفيل ويمتنع على الدائن أن يجري المقاصة بين التزام الكفيل نحوه وما يترتب في ذمته تجاه الكفيل.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 85 و86.

(3) قد يقدر القاضي أموال المدين بأكثر من قيمتها، أو تتغير تلك القيمة بسبب تقلبات السوق، كما يمكن أن يظهر للمدين دائنون آخرون يشاركون الدائن في اقتسام الأموال المنفذ عليها وغيرها من الاحتمالات التي قد تقضي إلى استيفاء الدائن جزء فقط من حقه.

(4) سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 73.

الفقرة الثانية

الدفع بتجريد التأمين العيني قبل التنفيذ على أموال الكفيل

نصت المادة 663 من القانون المدني على أنه: « إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانوناً أو اتفاقاً لضمان الدين وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه ولم يكن الكفيل متضامناً مع المدين فلا يجوز التنفيذ على أمواله الكفيل إلاً بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين ». «

وليس لهذا النص مقابل في القانون الفرنسي ولا في التقنين المصري القديم، أما الجديد فقد استحدثه مستلهماً إياه من القانونين السويسري والألماني⁽¹⁾.

ووجه الخصوصية في هذا الدفع أن الكفيل البسيط يستطيع منع الإجراءات التنفيذية المتخذة ضده بتمسكه بضرورة سبق التنفيذ على المال المنقل بتأمين عيني ضماناً للوفاء بالدين المكفول، حتى وإن كان هذا المال غير كاف للوفاء به كاملاً، فيستطيع الدائن باتخاذ الإجراءات التنفيذية ضد هذا المال أن يستوفي قدرها هاما من دينه دون مزاحمة باقي الدائنين بما له من الأفضلية والتتبع وهذا قبل التنفيذ على الكفيل⁽²⁾.

أولاً: وجود مال منقل بتأمين عيني يضمن الدين المكفول

إذا وجد مال منقل بتأمين عيني خصص لضمان الدين المكفول أمكن الدفع بالتجريد في صورته الخاصة، ويستوي أن يكون هذا الضمان العيني مقدماً لضمان الدين المكفول وحده أو

⁽¹⁾ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 88، هامش رقم 3.

⁽²⁾ همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 160.

لضمان ديون أخرى معه وأيا كانت مرتبته، شريطة أن يظل مفيدا للدائن لأنه لا دفع بغير مصلحة، ويستوي أن يكون مقررا على عقار أو منقول، وسواء أكان كافيا للوفاء بكل الدين أو لم يكن كذلك، وأيا كان مصدر هذا التأمين سواء تقرر اتفاقا كالرهن الرسمي والحيازي أو قانونا كحق الامتياز، ولا خلاف بخصوص شمول هذا النص لحالة المال المثقل بحق الاختصاص⁽¹⁾.

ويرى أغلب الفقه أن هذا النص لا ينطبق حكمه على حالة المطالبة بالتنفيذ على المال الذي يباشر الدائن عليه الحق في الحبس، لأن هذا الحق لا يخوله حق امتياز على المال الذي يوقع عليه الحبس، فإذا نفذ عليه الدائن زاحمه باقي الدائنين وكانوا معه على قدم المساواة⁽²⁾.

وقد اختلف الفقه في لزوم هذا الشرط فذهب الرأي الغالب⁽³⁾ إلى أن هذا الدفع لا يعدو أن يكون صورة خاصة للدفع بالتجريد، لذلك فإنه يشترط أن يكون المال المثقل بالتأمين العيني مملوكا للمدين وإن خرج من ملكيته إلى الغير بعد الرهن⁽⁴⁾، فإذا كان التأمين العيني مقدما من قبل راهن غير المدين فليس للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع لمنع إجراءات التنفيذ على أمواله⁽⁵⁾.

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 87.
(2) نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 161، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، مرجع سابق، ص 133، وانظر عكس هذا محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 88.
(3) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 155.
(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، مرجع سابق، ص 131، همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 162.
(5) نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 106.

ويستند أصحاب هذا الرأي إلى عدة حجج:

- كون هذا الدفع صورة خاصة للدفع بالتجريد

أورد المشرع هذا الدفع عقب النصوص التي تنظم الدفع بالتجريد، وهذا دليل على أنه صورة خاصة لتجريد المدين من أمواله، وبالتالي فإنه يجب أن يسري على هذه الصورة الخاصة ما يسري بشأن صورته العامة من اشتراط ملكية المدين للمال المرشد إليه⁽¹⁾.

- المصدر التاريخي لهذه الصورة الخاصة

يرى أغلب الفقه أنه يجب الأخذ بشأن ملكية المال المنقل بالتأمين العيني بما جاء في القوانين التي استلهم منها المشرع هذه الصورة الخاصة للدفع بالتجريد، ولما كان المشرع قد أخذ هذه الفكرة من القانونين الألماني والسويسري، وهما يشترطان أن يكون المال المنقل بالتأمين العيني مملوكا للمدين، فإنه يجب تطبيق هذا الحكم⁽²⁾.

- العلاقة فيما بين الكفلاء

إذا كان المال المنقل بالتأمين العيني مملوكا لغير المدين فإن هذا الشخص يكون كفيلا عينيا لذات الدين، وبالتالي فإنه ليس للكفيل الشخصي أن يطالب بتجريده لأن له فقط الدفع فقط بتجريد المدين المكفول دون غيره، فلا يجوز له الدفع بتجريد كفيل من الكفلاء في ذات الدين، سواء أكان كفيلا شخصيا أو عينيا، ذلك أن العلاقة بين الكفلاء في مواجهة الدائن يحكمها الدفع بالتقسيم

(¹) باقي وداد، المذكرة السابقة، ص 119.

(²) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 88.

وليس الدفع بالتجريد⁽¹⁾، فليس من المعقول أن يجيز المشرع للكفيل الشخصي طلب تجريد الكفيل العيني، ويسمح في ذات الوقت للكفيل العيني بالرجوع على الكفيل الشخصي فهذا التعقيد في الإجراءات أبعد ما يكون المشرع أنه قصده عند وضع النص⁽²⁾.

غير أن هناك من ذهب إلى أنه لا يشترط أن يكون المال المثقل بالتأمين العيني لضمان الدين المكفول مملوكا للمدين، بل يصح أن يكون مقدا من غيره، استنادا إلى أن المشرع حين نص على أنه: «إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانونا أو اتفاقا لضمان الدين» لم يشترط ملكية المدين للمال الذي يرد عليه هذا التأمين، ولو أراد هذا الحكم لما فاته النص على مسألة جوهرية كهذه، وبالتالي فإنه لا يجوز قصره على التأمين المقدم من المدين دون غيره⁽³⁾.

هذا إلى جانب أن موضع النصوص من التقنين لا يمكن الاستناد إليه لاستنتاج الأحكام التي تطبق بشأن مسألة معينة، كما أن اعتبار هذا الدفع صورة خاصة للدفع بالتجريد لا يمنع من أن تكون صورة خاصة تتميز بأحكام تختلف عن تلك التي تحكم الصورة العامة وإلا لما كانت هناك حاجة لهذا التخصيص، وبشأن القول بوجوب تطبيق الحكم الوارد في القوانين التي استلهم منها المشرع هذه الصورة الخاصة للتجريد، فإنه مردود كون القانون الوطني له استقلاله ولا يمكن العودة إلى القوانين الأجنبية في تفسيره إلا على سبيل الاستئناس، وبخصوص القول بأنه إذا كان التأمين العيني يقع على مال لغير المدين فإنه يكون بالضرورة كفيلا عينا لنفس الدين، فإن هذا الحكم لا يكون صحيحا دائما، فمن الممكن أن يكون الشخص الذي يملك المال المثقل بالتأمين

(1) همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 163.

(2) سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 78.

(3) رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 152 و 153.

العيني، قد انتقلت ملكيته إليه إما بشرائه من المدين أو من مشتر آخر أو من الكفيل العيني وهو في جميع هذه الحالات لا يعتبر كفيلا عينيا (1).

والملاحظ أنه في حالة وجود مال منقول بتأمين عيني لضمان الدين المكفول يجب التمييز

بين فرضين:

الأول: أن يكون مالك ذلك المال كفيلا عينيا، وفي هذه الحالة لا يكون للكفيل التمسك

بتجريده، بل يجوز له التمسك بالتقسيم فقط على النحو الذي سبق بيانه (2).

الثاني: أن يكون ذلك المال مملوكا لشخص من الغير وليس كفيلا عينيا، وفي هذه الحالة

يمكن للكفيل أن يتمسك بالتجريد كما لو كان هذا المال مملوكا للمدين.

ثانيا: شروط التمسك بتجريد التأمين العيني

كأي دفع فإنه لا يمكن لصاحب الحق التمسك به إلا إذا توافرت جملة من الشروط، فيجب

أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين، وأن لا يكون قد تنازل عنه، وأن يكون الكفيل قد اعتمد

على وجود هذا التأمين في تقديم كفالاته.

1- أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين

(1) سمير عبد السيد تناغوا، المرجع السابق، ص 77.

(2) راجع ما سبق ص 58 وما بعدها.

وهذا الشرط من الشروط المطلوبة للتمسك بالتجريد في صورته العامة، فالمدين المتضامن ليس لالتزامه صفة الاحتياطية رغم أنه التزم تابع، وزوال هذه الصفة عن التزام الكفيل تفقده الحق في التمسك بهذا الدفع (1).

2- أن يتمسك الكفيل به ولا يتنازل عنه

لما كان هذا الدفع غير متعلق بالنظام العام، وإنما بمصلحة خاصة للكفيل فإنه يجب عليه التمسك به، فالمحكمة لا يجوز لها أن تقضي به من تلقاء نفسها، وفي هذا المقام نحيل على ما قلناه بخصوص هذا الشرط عند تمسك الكفيل بالتجريد في صورته العامة (2).

كما يشترط للتمسك بهذا الدفع بهذه الصورة الخاصة، أن لا يكون الكفيل قد تنازل عنه عند انعقاد الكفالة أو بعدها، والتنازل يكون صريحا أو ضمنيا، ونحيل في هذا أيضا إلى ما قلناه بشأنه كشرط للتمسك بالتجريد في صورته العامة (3).

3- أن يكون الكفيل قد اعتمد في كفالته على وجود هذا التأمين العيني

وهذا الأمر لا يتحقق إلا إذا كان التأمين العيني قد تقرر قبل انعقاد الكفالة أو كان معاصرا لانعقادها، ذلك أن الكفيل في هذه الحالة يكون قد أدخل في اعتباره أنه لن يكون مطالباً إلا بما يزيد من قيمة الدين بالنظر إلى قيمة هذا التأمين، أما إذا كانت الكفالة مقررة في وقت سابق على

(1) أحمد محمد زياد الفيصل، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2012، 81.

(2) راجع ما سبق، ص 77 وما بعدها.

(3) راجع ما سبق، ص 75 و76.

التأمين العيني فلا يقبل هذا الدفع من الكفيل لأنه لا يكون قد دخل في حسابه وقت تقديمه للضمان⁽¹⁾.

فإذا اجتمعت هذه الشروط كان على الدائن التنفيذ بحقه على المال المثقل بالتأمين العيني ولو لم يكن كافياً للوفاء بدينه كاملاً، قبل التنفيذ على الكفيل، لأن هذا الأخير يستطيع دفع الإجراءات التنفيذية عنه بتمسكه بالتجريد في صورته الخاصة، فإذا نفذ الدائن بحقه على هذا المال فلم يستوفي غير جزء من الدين، كان له أن ينفذ على الكفيل، الذي يكون له الحق في الدفع بالتجريد مرة أخرى لكن في صورته العامة، غير أن دفعه هذه المرة لن يقبل إلا إذا قام بإرشاده إلى أموال للمدين تكون كافية للوفاء بباقي الدين⁽²⁾.

الفرع الثاني

الدفع المستندة إلى تقصير الدائن وإلى الالتزامات الملقاة على عاتقه

(1) سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 76.

(2) همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 163، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، مرجع سابق، ص 133، سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 78، محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 90.

إن عدم بذل الدائن عناية الرجل العادي في اقتضاء حقه من المدين يعتبر تقصيرا منه، كما أن إخلاله بالالتزامات الملقاة على عاتقه لحفظ حق الكفيل في الرجوع على المدين بما وفاه تشكل دفوعا يمكن أن يواجه بها مطالبة الدائن له.

الفقرة الأولى الدفوع التي ترجع إلى تقصير الدائن

إن حصول الدائن على ضمان حقه بتعهد الكفيل بوفاء الدين، لا ينفي عنه الالتزام بالسعي لاقتضاء حقه من المدين الأصلي، ولما كانت تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي، ترتب حقه في الرجوع على المدين وتمنع الإساءة إلى مركزه كما كان عليه عند التعاقد أو تقليل حظوظه في الرجوع على المدين، فإن للكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له إذا كان إهمال هذا الأخير سببا في عدم استيفائه لكل الدين أو بعضه، أو أدى إلى تقليص فرص الكفيل في الرجوع على المدين بما وفاه للدائن.

أولا: مسؤولية الدائن عن عدم التنفيذ على أموال المدين بعد قبول الدفع بالتجريد

مكّن المشرع الكفيل من تفادي الإجراءات التنفيذية التي يتخذها الدائن ضده إذا هو أرشد على نفقته إلى أموال للمدين تكون كافية للوفاء بكل الدين، وحماية منه لجهود الكفيل في ذلك فقد حملّ الدائن مسؤولية إهماله في عدم التنفيذ على الأموال المرشد إليها، لأن التزام الكفيل بالوفاء ليس سوى التزام احتياطي، فوجوده لا يعفي الدائن من مسؤوليته في بذل عناية الرجل العادي لاستيفاء حقه من المدين الأصلي⁽¹⁾.

(1) همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 168.

فقد قرر المشرع في المادة 662 من القانون المدني أنه: « يكون الدائن في كل الأحوال التي يدل فيها الكفيل على أموال المدين مسؤولاً تجاه الكفيل عن إفسار المدين الذي يترتب عن عدم اتخاذه الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب»⁽¹⁾.

يحكم هذا النص الحالة التي يكون فيها عدم استيفاء الدائن لكامل حقه أو بعضه راجعاً إلى تقصير الدائن وتقايسه في اتخاذ الإجراءات التنفيذية ضد المدين لاستيفاء حقه، كما إذا أثبت الكفيل تراخي الدائن في التنفيذ على منقولات المدين المرشد إليها حتى تمكن من إخفائها أو تهريبها أو تبديدها، أو رتب للغير حقوقاً استطاع أن يحتج بها تجاهه، أو كما إذا أثبت تأخره في قطع التقادم المكسب على العقار المرشد إليه، ففي هذه الحالة يكون الدائن مسؤولاً عن إهماله الذي أدى إلى إفسار المدين، ومن مقتضى مسؤوليته عن إهماله وتقصيره أن تبرأ ذمة الكفيل تجاهه بالقدر الذي أضعاه عن نفسه من فرصة استيفاء حقه من تلك الأموال، وهذا لا يعدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة في المسؤولية الناتجة عن الإخلال بواجب قانوني، هو واجب المبادرة إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ على الأموال المرشد إليها بعد قبول الدفع بالتجريد⁽²⁾.

ثانياً: الدفع ببراءة ذمة الكفيل تجاه الدائن لعدم اتخاذه الإجراءات رغم إنذاره

⁽¹⁾ يخرج عن إطار هذا النص الحالة التي لا يستوفي فيها الدائن كامل حقه رغم عدم تقايسه أو تقصيره في مباشرة الإجراءات التنفيذية تجاه المدين على الأموال المرشد عنها، كما إذا كان عدم استيفائه لكامل حقه يرجع إلى مبالغة المحكمة في تقدير الأموال المرشد عنها أو إلى انخفاض قيمتها نتيجة تقلبات السوق أو لظهور دائنين عديدين لم تكن ديونهم معلومة وقت قبول الدفع بالتجريد، فهنا لا يملك الكفيل أن يدفع عن نفسه الإجراءات التي يتخذها الكفيل للتنفيذ عليه بالباقي من حقه.

⁽²⁾ همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 168 و169.

للدائن الحرية في اختيار وقت مباشرة إجراءات التنفيذ على مدينه بعد حلول أجل الدين إلى ما قبل تقادمه، ولا يكون متهما بالتقصير إذا أعسر المدين قبل التنفيذ عليه رغم أنه كان موسرا في أول فترة حلول الأجل، ذلك أن تقديم الكفيل لضمانه لا يحرم الدائن من هذه الحرية، كما أنه لا يخول الكفيل الاحتجاج ببراءة ذمته نتيجة تراخي الدائن في مباشرة الإجراءات التنفيذية ضد المدين بمجرد حلول الأجل، طالما أنه ليس من مقتضى العناية المنتظرة من الرجل العادي في اقتضاء حقه المبادرة بالتنفيذ على المدين فور حلول الأجل، مع عدم وجود ما يمنع الكفيل من الوفاء للدائن في أول حلول الأجل ثم الرجوع بما أوفى على المدين حتى لو منحه الدائن أجلا⁽¹⁾.

فبراءة ذمة الكفيل لا تتم بقوة القانون وبمجرد التأخر في اتخاذ الإجراءات التنفيذية ضد المدين أو عدم اتخاذها أصلا⁽²⁾، لأنها مرهونة بتقصير الدائن أو خطئه الذي يترتب ضررا للكفيل، سواء اتخذ هذا الخطأ صورة أعمال إيجابية قام بها الدائن كتنازله عن حجز تنفيذي أو تحفظي أو حجز ما لمدينه لدى الغير أو إجراءات التنفيذ العقاري أو وضع أموال المدين تحت الحراسة أو إيداع المبالغ الناتجة من بيع المنقولات في خزنة المحكمة، أو أعمال سلبية كعدم قيامه باتخاذ إجراءات تنفيذية أو تحفظية لا يستطيع الكفيل القيام بها لجهله إياها أو لعدم وجود المستندات اللازمة لإجرائها أو سقوط الحق بسبب التأخر، أو إهمال القيام بإجراء معين أو إبراز مستند ما، لا يترتب عليها ضياع التأمينات ولكنها مع ذلك تؤثر في حق الكفيل فتضيعه أو تنقص منه⁽³⁾.

وفي هذا تنص المادة 657 من القانون المدني في فقرتها الأولى على أنه: «لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها. غير أن ذمة الكفيل تبرأ

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 86.

(2) رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 132.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، مرجع سابق، ص 252.

إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن، ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا .

فالفقرة الأولى من النص المتقدم تحكم الفرض الذي يقف فيه الدائن موقفا سلبيا، فلا يتحرك لاقتضاء حقه سواء تجاه المدين أو تجاه الكفيل، فليس في مجرد التأخر في اتخاذ الإجراءات التنفيذية أو في عدم اتخاذها في المراحل الأولى لحلول أجل الدين تقصير يمكن للكفيل أن يستند إليه لإبراء ذمته من التزامه، وإن ترتب على هذا التأخر أن أعسر المدين بعد أن كان موسرا، وذلك تطبيقا للقواعد العامة، فلا يمكن مساءلة الدائن عن إعسار المدين إلا إذا ثبت أنه ناتج عن تقصيره، فيكون عندها للكفيل الاحتجاج ببراءة ذمته بقدر الضرر الناتج عن خطأ الدائن⁽¹⁾.

غير أن المشرع وتقديرا منه لمركز الكفيل الذي يضمن الوفاء بدين غيره، لم يترك أمره معلقا بيد الدائن الذي قد يتأخر في مباشرة إجراءات التنفيذ على المدين، دون أن يكون مسؤولا عن نتيجة تراخيه في التنفيذ لصعوبة إثبات الخطأ في جانبه، كما راعى مركز الكفيل كصاحب التزام تابع، فلم يقصر دوره على انتظار مبادرة الدائن، وهو متحمل بالتزامه بالضمان كل ذلك الوقت، لما في ذلك من خطر إعسار المدين وما يؤدي إليه من مسؤوليته عن الوفاء بالدين مع تعذر رجوعه على المدين لإعساره⁽²⁾.

(1) همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 171.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 71.

لذلك قرر له المشرع فضلا عن مكنة المبادرة بالوفاء بالدين عند حلول الأجل والرجوع بما وُفي على المدين، مكنة إنذار الدائن⁽¹⁾ ووضعه أمام مسؤوليته في بذل عناية الرجل العادي في اتخاذ ما يلزم من إجراءات ومتابعتها لاقتضاء حقه من المدين، وهذا دور إيجابي أمره موكول للكفيل⁽²⁾، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 657 من القانون المدني على ذلك بقولها: « 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 » .

ويشترط حلول أجل الدين الأصلي، حتى يتمكن الكفيل من مباشرة هذه المكنة، فليس للدائن مطالبة المدين ولا إجباره على الوفاء قبل هذا الوقت، فمدة الستة أشهر التي قررها المشرع تحسب من تاريخ الإنذار، ومن البديهي أنه لا عبرة به إذا تم توجيهه إلى الدائن قبل حلول الأجل⁽³⁾.

ويكون للكفيل توجيه الإنذار إلى الدائن بمجرد حلول أجل الدين الأصلي، دون انتظار حلول أجل التزامه هو إذا كان أبعد أجلا منه، وفي نفس الوقت يكون للكفيل توجيه الإنذار للدائن بمجرد حلول أجل الدين الأصلي أو في أي وقت بعده دون الاحتجاج عليه بمنح أجل للمدين إلا إذا كان قد ارتضى ذلك، لأن مركز الكفيل يتحدد عند التعاقد ويمتنع على الدائن والمدين بإرادتهما أو فعلهما الإساءة إليه كما كان عندها، غير أن المهلة الممنوحة للمدين من طرف القاضي تمنع

⁽¹⁾ يستفيد الكفيل المتضامن كالكفيل البسيط من مكنة توجيه الإنذار إلى الدائن لأن التضامن لا ينفي صفة التبعية عن التزام الكفيل المتضامن، ولم يميز المشرع في هذا الشأن بين ما إذا كانت الكفالة تبرعية أو بمقابل، كما لم يشترط على الكفيل لقبول هذا الإنذار منه وإنتاجه لأثره أن يرشد إلى أموال للمدين تفي بالدين كله كما هو الشأن في الدفع بالتجريد.

⁽²⁾ همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 172.

⁽³⁾ معاذ أحمد محمد المومني، المذكرة السابقة، ص 76 و 77.

الدائن من اتخاذ الإجراءات التنفيذية ضده قبل انقضائها، إلا أن الكفيل يستطيع الوفاء للدائن ثم الرجوع بما أوفى على المدين دون أن يستطيع هذا الأخير الاحتجاج عليه بالأجل القضائي⁽¹⁾.

ويكون من مقتضى هذا الإنذار أن يقع على عاتق الدائن واجب اتخاذ الإجراءات اللازمة لاقتضاء حقه من المدين خلال مدة الستة أشهر، كقيامه برفع دعوى على المدين للحصول على سند تنفيذي يلزمه إذا كان سند الدين عرفياً، أو يباشر الإجراءات التنفيذية ضده، أو يحجز على أمواله وينفذ عليها بحقه، إذا كان بيده سند تنفيذي، أو يباشر حجزاً تحفظياً ضماناً لحقه⁽²⁾.

ومسؤولية الدائن تجاه الكفيل، لا تتعد لمجرد أنه لم يتوصل إلى اقتضاء حقه من المدين سواء كله أو بعضه طالما أن ذلك لم يكن راجعاً إلى تقصيره في اتخاذ إجراءات المطالبة والتنفيذ ومتابعتها، فالذي يعقد مسؤولية الدائن هو تقاعسه عن اتخاذ أي إجراء من إجراءات المطالبة أو التنفيذ إلى حين انتهاء مهلة الستة أشهر من تاريخ إنذاره ولو ظل المدين موسراً أو إذا هو اتخذ أيّاً من تلك الإجراءات غير أنه لم يبذل عناية الرجل العادي في متابعتها لاقتضاء حقه، وعند النزاع يقدر القاضي بذل الدائن للعناية اللازمة من عدمه⁽³⁾.

وقد رتب المشرع جزاء لإخلال الدائن بالتزامه في اتخاذ الإجراءات التنفيذية ضد المدين أو متابعتها بعناية الرجل العادي حتى الوصول بها إلى غايتها، ويتمثل هذا الجزاء في براءة ذمة الكفيل من كل الالتزام المكفول، وإن كان مازال أمام الدائن فرصة للمطالبة بحقه واقتضائه قبل

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، مرجع سابق، ص 253 و 254.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 71.

(3) همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 173 و 174.

تقادمه، أو كان المدين مازال موسرا أو لم يكن قد أعسر بالكامل في نهاية مدة الستة أشهر المقررة (1).

فالمشرع حملّ الدائن مسؤولية تقاعسه عن مطالبة المدين وإسرافه في الاعتماد على الضمان الذي قدمه الكفيل، مراعاة منه لمركز هذا الأخير كصاحب التزام احتياطي تابع، فهو لا يستطيع إذا لم يف بالدين المكفول الحلول محل الدائن في اتخاذ الإجراءات التنفيذية ضد المدين⁽²⁾.

وفي جميع الأحوال فإنه يتعين لإعمال هذا الدفع أن لا يكون قد صدر عن الكفيل ما يفيد تنازله عنه صراحة أو ضمنا، مع وجوب تمسكه ببراءة ذمته نتيجة لمخالفة الدائن لهذا الواجب القانوني، فليس للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ويتعين أن يتم تمسك الكفيل به أمام محكمة الموضوع⁽³⁾.

على أنه لما كان هذا الجزاء قد تقرر حماية للكفيل من مخاطر إفسار المدين طيلة فترة تحمله بالالتزام المكفول، فلقد أجاز المشرع توقي هذا الجزاء إذا قدم المدين ضمنا كافيا للكفيل يؤمن رجوعه بما قد يوفي به للدائن إنفاذا لمقتضى الكفالة، بحيث ينتقي عن الكفيل الضرر الذي يمكن أن يلحق به من إهمال الدائن في هذه الحالة⁽⁴⁾.

ثالثا: إهمال الدائن في تقدمه في تفليسة المدين

⁽¹⁾ يرى الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي أن هذه المهلة أطول مما يجب، وكان على المشرع أن يجعلها شهرا واحدا مثلما فعل المشرع السويسري والعراقي، أو شهرين كما فعل القانون الفرنسي الإيطالي، أورده رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 134، هامش رقم 3.

⁽²⁾ همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 174.

⁽³⁾ رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 134، هامش رقم 5.

⁽⁴⁾ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، مرجع سابق، ص 255.

إذا كانت اعتبارات العدالة تقتضي أن يتحمل الدائن نتيجة تقصيره في اقتضاء حقه عندما لا يكون مضمونا بتأمين مقدم من الغير، فإنها أيضا تقتضي أن لا يتحمل الكفيل وهو صاحب التزام تبعي، عواقب إهمال الدائن وتقصيره، فالعدالة تقتضي أن تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر بسبب إهمال الدائن، ولا يتعارض ذلك مع التزامه بضمان الوفاء بدين المدين إذا لم يف به هذا الأخير، وهذا يعادل ضمان إعساره، غير أنه لا يقصد بضمانه أن يتحمل إعسار المدين الناتج عن تقصير وإهمال الدائن⁽¹⁾.

ولما كانت المادة 657 من القانون المدني في فقرتها الثانية⁽²⁾ إنما تحكم موقف الدائن في ظل الظروف العادية للمدين الذي لم تظهر علامات إفلاسه أو إعساره، بحيث لا يعتبر التأخر في اتخاذ إجراءات المطالبة بالحق أو التنفيذ به على المدين خطأ من الدائن، فإن الأمر يختلف إذا لاحت بوادر الإفلاس أو الإعسار، فحينها وقد صار موقف المدين حرجا، فإنه ملزم بالمبادرة إلى اتخاذ ما يلزم لاقتضاء حقه، ودون حاجة إلى إنذار من الكفيل، خاصة أن هذا الأخير لا يقبل تقدمه في تقليسة المدين، كما لا تقبل مباشرته إجراءات الرجوع على المدين المعسر إلا إذا قام بالوفاء للدائن، لذلك قرر المشرع في المادة 658 من القانون المدني إلزام الدائن بالتقدم في تقليسة المدين، ليستوفي ما يمكن استيفاؤه من حقه تحت طائلة سقوط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهماله، أي بالقدر الذي كان سيحصل عليه الدائن لو أنه تقدم في التقليسة، خاصة وأنه يترتب على الحكم بإشهار الإفلاس سقوط أجل الديون المؤجلة، كما تغل

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 71.

(2) تطابق الفقرة الثانية من المادة 785 من القانون المدني المصري.

يد المفلس عن إدارة جميع أمواله فلا يكون عندها تنفيذ الاختياري لديونه نافذا في مواجهة جماعة الدائنين⁽¹⁾.

ورغم أن المادة 658 من القانون المدني، الذي تطابق نص المادة 786 من القانون المدني المصري، لم تتعرض إلى حالة إعسار المدين غير أن الرأي الغالب يرى أنه من الممكن الأخذ بنفس الحكم، وذلك لتحقيق ذات العلة وهي سقوط أجل الديون المؤجلة وتزاحم الدائنين كل بإجراءاته الفردية لاقتضاء حقه من المدين، وبالتالي فإن تقاعس الدائن عن ذلك الواجب الذي يمثل العناية المنتظرة للرجل العادي، يمثل خطأ يسأل عنه تجاه الكفيل دون حاجة لإنذار من جانبه وهو ما يمكن التوصل إليه بتطبيق القواعد العامة في المسؤولية⁽²⁾.

كما يمكن التوصل إلى نفس النتيجة عن طريق القياس على ما ورد في المادة 662 من القانون المدني التي تحمل الدائن مسؤولية إعسار المدين، إذا تحقق بعد أن أرشده الكفيل إلى أموال للمدين كافية للوفاء بالدين ولم ينفذ عليها في الوقت المناسب، فالمبادرة بالتنفيذ على المدين تكون أوجب عند الإعسار الفعلي، خاصة أنه لا يحول دون اتخاذ الدائنين لإجراءات فردية ضد المدين⁽³⁾.

وللكفيل التمسك بالدفع ببراءة ذمته لعدم تقدم الدائن في تقليسة المدين سواء بدعوى يرفعها أو بدفع مطالبة الدائن بالدين أو استشكالا في التنفيذ في مواجهته⁽⁴⁾.

(1) همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 177.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، مرجع سابق، ص 257.

(3) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 72.

(4) همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 177 و 178.

رابعاً: براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضعاه الدائن بخطئه من الضمانات

تنص المادة 656 من القانون المدني على أنه: « تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضعاه الدائن بخطئه من الضمانات، ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو تقررت بعد الكفالة وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون» .

وينصرف لفظ الضمان إلى كل تأمين مخصص لضمان الدين المكفول أيا كان مصدره⁽¹⁾ سواء الاتفاق كالرهن الرسمي والرهن الحيازي، أو القانون كحقوق الامتياز أو القضاء كحق الاختصاص، وأيا كان نوعه سواء كان شخصياً أو عينياً⁽²⁾، وسواء وجد عند انعقاد الكفالة أو بعدها⁽³⁾، فيدخل في هذه الضمانات كل التأمينات التي كان سيستفيد منها الكفيل عند رجوعه على المدين، كالحق في الحبس أو التضامن سواء كان هذا التأمين قد وضعه الكفيل في اعتباره عند كفالاته للدين أم لا، ذلك أن أساس هذا الدفع هو الحق في الحلول فهو بالتالي يتسع لكل ما يضمن الدين المكفول من ضمانات أيا كان وقت تقديمها سواء قدمت قبل أو مع أو بعد الكفالة⁽⁴⁾.

وبخصوص هذا الدفع سنعرض للأساس الذي يقوم عليه، ثم لصاحب الحق في التمسك به، والشروط الواجب توافرها لثبوت الحق فيه وآثاره.

1- أساس الدفع ببراءة الذمة

(1) أحمد محمد زياد الفيصل، المذكرة السابقة، ص 63.

(2) رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 124.

(3) انظر عكسه لدى بودري وقال، أورده عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، مرجع سابق، ص 246، هامش رقم 2.

(4) همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 180.

يرى بعض الفقه أن الدائن ورعاية منه لمصلحة الكفيل فإنه يلتزم بالمحافظة على التأمينات التي تضمن الدين إلى جانب الكفالة، فإذا وقع من الدائن خطأ أدى إلى سقوط حقه في تلك الضمانات فتضرر الكفيل، فإن القانون يرتب على ذلك سقوط حق الدائن في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر، وهنا يصبح عقد الكفالة ملزماً للجانبين، ويستند هذا الاتجاه إلى أن هذا الدفع لم يكن مقرراً في القانون الروماني إلاً للكفيل الذي تتخذ كفالاته شكل وكالة يكون فيها الدائن وكيلاً عن الكفيل، بحيث يتلقى منه التعليمات بإقراض المدين، وباعتباره وكيلاً فإنه ملزم بالحفاظ على مصالح موكله ومنها المحافظة على ضمانات الدين، فإذا هو أخل بالتزامه كان للكفيل دفع مطالبة الدائن له بهذا الدفع⁽¹⁾.

غير أن حقيقة الأمر هي أن من طبيعة عقد الكفالة حلول الكفيل محل الدائن في الرجوع على المدين إذا وفى بالدين، وحلوله يكون في الحق ذاته بما يضمنه من تأمينات، وعلى ذلك يقع على الدائن عبء المحافظة على تلك الضمانات، فإذا تسبب بخطئه بجعله حلول الكفيل محله في الضمانات مستحيلاً بأن تسبب بخطئه في ضياعها⁽²⁾، وهو بتصرفه على هذا النحو يكون قد أساء مركز الكفيل حينما أضر به في رجوعه على المدين، ولما كان القانون يمنع تسوئة مركز الكفيل⁽³⁾، وبالتالي جاز له الدفع ببراءة ذمته بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من تلك التأمينات بحيث

(1) كولان، كايبتان وجوسران، أورده رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص122.
(2) وإضاعة التأمينات لا تعني فقط الحق الذي سيستفيد منه الكفيل برجوعه على المدين، بل يكون أيضاً عند خسارة الشيء الذي يقع عليه التأمين خسارة كلية أو جزئية.

« La perte des sûretés n'existe pas seulement lorsqu'il y a perte du droit lui-même mais aussi lorsqu'il y a perte totale ou partielle de la chose qui constituait l'assiette de la sûreté », voir Simler Philippe, Droit civil-Les sûretés, tome 4, 2^{ème} édition 1994, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, p43 .

(3) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 157 و 158.

يكون الحق في التمسك ببراءة الذمة بمثابة تعويض للكفيل عن الضمانات التي استحال عليه الحلول فيها محل الدائن بتقصير من هذا الأخير⁽¹⁾.

2- صاحب الحق في التمسك بالدفع

لما كان أساس التمسك بهذا الدفع هو ما لالتزام الكفيل من صفة التبعية وحقه في الحلول محل الدائن في ذات الدين فإنه لا يجوز للمدين المتضامن مع غيره من المدينين التمسك بهذا الدفع، فهو يلتزم لمصلحته في حين يلتزم الكفيل لمصلحة غيره⁽²⁾، وكذلك الشأن لحائز العقار المرهون لأنه غير مسؤول عن الدين المضمون بالرهن الذي يتقل العقار الذي انتقل إليه، لأن هذا الدفع مقرر فقط للكفيل سواء كان شخصيا أو عينيا وسواء كان متضامنا أو غير متضامن⁽³⁾.

بل أن الكفيل الذي تنازل عن الدفع بالتجريد أو لم يتمسك به لا يعتبر متنازلا عن الدفع الذي نحن بصدده، لأن الجميع أصحاب التزام تباعي وللجميع الحق في الحلول محل الدائن في رجوعهم على المدين فضلا عن أن الدائن مسؤول تجاههم عن خطئه الذي سبب لهم الضرر بتضييع فرصهم في الرجوع على المدين⁽⁴⁾.

3- شروط ثبوت الحق في التمسك بهذا الدفع

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، مرجع سابق، ص 243.

(2) همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 179.

(3) رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 224.

(4) همام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 179.

يشترط على الكفيل حتى يتمكن من التمسك بهذا الدفع، أن يثبت أن الدائن أضع تأمينات مخصصة لضمان الدين المكفول بخطئه وأن ذلك أصابه بضرر إلى جانب إثباته أنه لم يتنازل عن حقه في هذا الدفع.

أ- خطأ الدائن في إضاعة التأمين الخاص

حتى يكون دفع الكفيل ببراءة ذمته مقبولاً يتعين عليه إثبات أن ضياع التأمينات إنما يرجع إلى خطأ الدائن، وهذا استناداً إلى ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 656 من القانون المدني حين نصت على أنه: « تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضعه الدائن بخطئه من الضمانات».

ومسؤولية الدائن في هذه الحالة ناتجة عن صدور خطأ منه وتقصيره الذي أضر بالكفيل وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾، و نوع الفعل الذي ينشأ منه التقصير المنسوب إلى الدائن ليس محل اعتبار في قبول هذا الدفع، فيستوي أن يكون هذا الفعل إيجابياً كتنازل الدائن عن الرهن أو عن مرتبته المتقدمة أو إبرائه كفيلاً آخر أو أحد المدينين المتضامنين أو تنازله عن حقه في الحبس، أو سلبياً كما إذا أهمل الدائن قيد الرهن أو تجديده أو عدم المحافظة على الشيء المرهون رهناً حيازياً أو أهمل استئناف الحكم الذي ألغى الرهن، ويتساوى مع الخطأ الشخصي للدائن الخطأ الواقع ممن يسأل الدائن عن أعماله وكويله وتابعه⁽²⁾.

ويفقد هذا الدفع شرطاً من شروط قبوله لو كان ضياع التأمينات لا يرجع إلى خطأ الدائن وإنما إلى قوة قاهرة أو يرجع إلى فعل الغير أو فعل المدين أو الكفيل نفسه أو كان ضياع التأمينات

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص74.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، مرجع سابق، ص244.

بسبب خطأ مشترك من الدائن والكفيل⁽¹⁾، فالبعض يذهب إلى أن ذمة الكفيل لا تبرا ولو جزئيا من الدين المكفول بل يظل الكفيل ملزما بكل الدين إن كان قد اشترك بعمله ولو جزئيا في حدوثه، لأن الدفع الذي نحن بصدده تحكمه قاعدة خاصة، الأمر الذي لا يمكن فيه الرجوع إلى القواعد العامة.

غير أن البعض ذهب إلى أن هذا الدفع يرجع إلى القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، لذلك فإن المسؤولية تتوزع بين الدائن والكفيل طبقا لقواعد الخطأ المشترك فلا تبرا ذمة الكفيل بقدر ما ضاع من التأمينات وإنما بقدر مسؤوليته عن ضياعها، أي بقدر التقصير الواقع منه⁽²⁾.

والخطأ الذي يعتد به في تضييع التأمينات هو ذلك الذي يقع من الدائن قبل براءة ذمة الكفيل، لأنه بمجرد قيام هذا الأخير بالوفاء فإنه يحل محل الدائن بقوة القانون في نفس الحق بما يضمنه من تأمينات، فإذا وقع أي تصرف من الدائن في هذه التأمينات بعد حلول الكفيل محله فإن تصرفه هذا يكون صادرا من الغير وبالتالي فإنه لا يسري في مواجهة الكفيل⁽³⁾.

ويخرج عن إطار هذا الدفع ما يكون منسوبا إلى الدائن من إضعافه للضمان العام المقرر له تجاه المدين، كما إذا تراخى في الطعن بعدم نفاذ تصرفات المدين في حقه، أو كما لم يطالب المدين بالوفاء مقدما بناء على شرط في العقد يخوله هذا الحق، أو أنه لم يستفد من حقه في فسخ العقد الذي يربطه بالمدين الذي أحل بالتزاماته وكذلك منحه أجلا للمدين ما لم يترتب على هذا

(1) سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 89 و 90.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 74.

(3) همام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 184.

الأجل إضاعة تأمين خاص ولا عدم مباشرته الدعوى غير المباشرة حفاظاً على عناصر الضمان العام الذي له تجاه المدين⁽¹⁾.

كما يخرج عن إطار هذا الدفع أيضاً إجماع الدائن عن اكتساب تأمين خاص بدينه كان يستطيع الحصول عليه على اعتبار أن هذا الدفع يختص بالحالة التي يضيّع فيها الدائن بخطئه تأمينات خاصة ثابتة له فعلاً ضماناً للدين المكفول⁽²⁾، كما إذا كان الدين المكفول دين أجرة ولم يطالب المؤجر المستأجر بوضع منقولات في العين المؤجرة تكفي لضمان الدين فيترتب على ذلك عدم نشوء حق الامتياز المقرر له بنص المادة 995 من القانون المدني.

غير أن هذا لا يمنع الكفيل من الرجوع بالتعويض على الدائن وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية⁽³⁾ بإثباته خطأ الدائن وتقصيره عن مسلك الرجل العادي في التبصر والاحتياط للحصول على ضمان بحقه، فيحمّله مسؤولية ما أصابه من ضرر لعدم توصله إلى استعادة كل ما وقّاه عند رجوعه على المدين، ولا مانع من أن يكون التعويض الذي يحكم به القاضي في هذه الحالة هو براءة ذمة الكفيل من الدين بقدر ما أصاب الكفيل من ضرر، فالقاضي هو الذي يقدر طريقة التعويض حسب الظروف⁽⁴⁾.

ب- تضرر الكفيل من إضاعة التأمين

-
- (1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 73.
- (2) سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 88.
- (3) يرى البعض أن المسؤولية في هذه الحالة ليست تقصيرية وإنما مسؤولية تنشأ عن عقد الكفالة ولا يمكن أن تنشأ عند إضعاف الضمان العام إلا بالتزام الدائن بالمحافظة عليه، انظر في هذا عبد الفتاح عبد الباقي، منصور مصطفى منصور، وجمال الدين زكي، أورده رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 126، هامش رقم 1.
- (4) همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 184.

لما كان أساس هذا الدفع هو تأمين حق الكفيل في الحلول محل الدائن في ذات الدين بما له من ضمانات، وتطبيقاً للقواعد العامة في المسؤولية فإن قبول دفع الكفيل ببراءة ذمته كتعويض مرهون بإثباته الضرر الذي لحق به جزاءً ضياعها، فلا يكفي إن يثبت الخطأ الذي صدر من الكفيل وأدى إلى ضياع التأمين، وإنما يتعين على الكفيل أن يثبت الضرر الذي أصابه، ويكفي في ذلك أن يثبت أن التأمين الضائع ذو قيمة كانت ستفيده في رجوعه على المدين⁽¹⁾، كأن يثبت أن قيمة التأمين كانت تكفي للوفاء بكل أو ببعض الدين المكفول، وقد راعى المشرع مصلحة الكفيل فجعل إثبات الكفيل أن التأمين الضائع ذو قيمة قرينة على الضرر اللاحق به من ضياعه دون أن يلزمه بإثبات الفائدة الفعلية له، فإذا ادعى الدائن عكس هذه القرينة وقع عليه عبء إثبات انتفاء الضرر الذي يدعيه الكفيل⁽²⁾، كأن يثبت أن التأمين الضائع كان عديم الفائدة كونه رهناً مقرراً على مال مثقل برهون كثيرة متقدمة عليه في المرتبة وتستغرق كامل قيمته، كما لا يقبل هذا الدفع إذا استبدل الدائن تأميناً بآخر لا يقل عنه قيمة، فلا يعتبر ذلك ضياعاً للتأمين ما دام مساوياً له في قيمته⁽³⁾.

وقد اعتبر المشرع أن إثبات إضاعة الدائن بخطئه تأميناً ذو قيمة يحقق ركن الضرر في مسؤوليته تجاه الكفيل، فتبرأ ذمّة هذا الأخير وإن أثبت الدائن يسار المدين أو وجود تأمينات أخرى كافية للوفاء بالدين المكفول، فالضرر هنا يتمثل في تقليل فرص الكفيل في استعادة ما وقّاه عند رجوعه على المدين⁽⁴⁾.

(1) لم يشترط المشرع صراحة أن يكون التأمين الضائع ذا قيمة، غير أنه يمكن الاستدلال على ذلك بما جاء في المادة 656 من القانون المدني من أن ذمة الكفيل تبرأ بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من التأمينات.

(2) همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 185.

(3) سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 90.

(4) رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 130.

ج- تمسك الكفيل به وعدم التنازل عنه

لما كان هذا الدفع مقرراً لمصلحة الكفيل، وغير متصل بالنظام العام، فإنه ليس للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، بل يتعين أن يتمسك به الكفيل سواء عن طريق دعوى يطلب فيها الحكم ببراءة ذمته تجاه الدائن بسبب إضاعته التأمينات، أو يدفع به مطالبة الدائن له بالوفاء. فإذا تحققت الشروط السابق بيانها مجتمعة أجابت المحكمة الكفيل إلى طلبه ما لم يثبت لديها أنه تنازل عنه صراحة أو ضمناً عند انعقاد الكفالة أو بعدها، كما لو اتفق الكفيل مع الدائن على عدم الحلول، فمثل هذا الاتفاق يمنعه من الحلول في التأمينات⁽¹⁾.

4- أثر إضاعة التأمينات

لا يترتب على إضاعة التأمينات براءة ذمة الكفيل بقوة القانون بل يجب على الكفيل التمسك بهذا الدفع، ويتحدد نطاق الحكم ببراءة الذمة بقدر قيمة التأمين الضائع، فإذا كانت قيمته تساوي قيمة الدين المكفول برئت ذمة الكفيل من كل الدين، أما إذا كانت لا تساوي إلا جزء منه برئت ذمته بقدر هذا الجزء⁽²⁾.

الفقرة الثانية

الدفع المستندة إلى الالتزامات الملقاة على عاتق الدائن

⁽¹⁾ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، مرجع سابق، ص 249.
⁽²⁾ رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 131، همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 186 و 187.

قرر المشرع للكفيل دفوعاً تستند إلى صفة التبعية في التزامه، فألزم الدائن أن يؤدي للكفيل كل ما من شأنه تسهيل رجوعه على المدين الأصلي إذا وقى بالدين وهو مدين ثانوي، أو أبدى استعداده الجدي بالوفاء به⁽¹⁾، فالكفيل في غالب الأحيان يوفي بالدين دون أن يكون متبرعاً وإنما بغرض الرجوع فيما بعد على المدين أو الكفلاء الآخرين لذات الدين، ولما كان الكفيل يحل محل الدائن الذي استوفى منه الدين، فإنه بطولته يكون له نفس الحق الذي كان للدائن بما يكفله من ضمانات⁽²⁾.

وفي هذا الصدد نصت المادة 659 من القانون المدني على أنه: « يلتزم الدائن بأن يسلم للكفيل، وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع. فإذا كان الدين مضموناً بمنقول مرهون أو محبوس، وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل. 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»⁽³⁾.

(1) همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 164.

(2) نائل علي المساعدة، الحلول بسبب الوفاء، مجلة دراسات في علوم الشريعة والقانون، العدد الثاني، 2005، ص 303.

(3) هناك خطأ في صدر النص باللغة العربية حيث جاء كما يلي: « تجوز كفالة الكفيل، وفي هذه الحالة لا يجوز المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع... » في حين يجري النص باللغة الفرنسية على النحو التالي: Art.659. « Le créancier est tenu, au moment du paiement, de remettre à la caution les titres nécessaires pour son recours. Si la dette est garantie par un gage mobilier ou un droit de rétention sur un meuble, le créancier doit s'en dessaisir au profit de la caution. Si la dette est assortie d'une sureté immobilière, le créancier doit remplir les formalités pour le transfert de cette sureté. Les frais de ce transfert sont à la charge de la caution, sauf recours contre le débiteur. ».

ويجوز للكفيل أن يطالب الدائن بالقيام بالواجبات الملقاة على عاتقه عند وفائه بالدين، فإذا امتنع جاز للكفيل الدفع بالامتناع عن الوفاء حتى يقوم الدائن بما فرضه عليه القانون من التزامات (1).

وتتمثل التزامات الدائن التي يمكن للكفيل عند تخلفها أن يدفع بعدم التنفيذ دون أن يعتبر ذلك إخلالا منه في الالتزام بتسليم المستندات اللازمة إلى الكفيل لاستعمال حقه في الرجوع على المدين و الالتزام بنقل التأمينات.

أولاً: الالتزام بتسليمه المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع على المدين

إذا رجع الدائن على الكفيل، وأبدى هذا الأخير استعداده للوفاء بالدين، فإن الدائن يكون ملزماً بتسليمه المستندات اللازمة لتمكينه من مباشرة حقه في الرجوع على المدين، ويقصد بذلك مستندات الدين المكفول ومخالصة من الدائن تفيد استيفاءه الدين من الكفيل كله أو بعضه، فالوفاء تصرف قانوني يجب إثباته كتابة إذا جاوز نصاب الإثبات بالبينة والقرائن، وقد هيا القانون للموفي سواء كان المدين أو غيره الحصول على دليل إثبات حصول الوفاء، وهو عادة المخالصة التي يلتزم الدائن بتقديمها للموفي (2).

وفي حالة الوفاء الجزئي يلتزم الدائن بتقديم مخالصة للموفي بما وفاه مع التأشير على سند الدين بما وفاه، أما في حالة الوفاء الكلي فإن للموفي أن يطلب تسليمه سند الدين أو إلغائه، فإذا

(1) همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 164.

(2) انظر المادة 284 من القانون المدني.

ضاع هذا السند كان له أن يطلب إظهاراً بذلك، فإذا رفض الدائن القيام بذلك جاز للموفي أن يودع الشيء المستحق ليوفر لنفسه دليل حصول الوفاء⁽¹⁾.

ثانياً: الالتزام بنقل التأمينات

يحل الكفيل محل الدائن الذي استوفى منه حقه، فيكون له في رجوعه على المدين نفس الحق الذي كان للدائن بما يضمنه من تأمينات، لذلك يجب على الدائن أن يعمل على ما يمكن الكفيل من استعمال هذا الحق، فإذا كان الدين مضموناً بمنقول مرهون أو محبوس، وجب عليه التخلي عنه للكفيل، ليتمكن من الحل محل في حق رهن الحيازة أو الحق في الحبس ضماناً لحقه لدى رجوعه بما أوفى على المدين، وإذا كان الدين مضموناً بتأمين عقاري التزم الدائن بأن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين للكفيل ليحل محله فيه، ويتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على المدين ضمن ما يرجع به عليه، فإذا لم يقم الدائن بتسليم المنقول المرهون أو المحبوس ضماناً للدين أو إجراءات نقل التأمين العقاري، جاز للكفيل الامتناع عن الوفاء⁽²⁾.

المبحث الثاني

الحالة التي يُعمل فيها المخول بالإبطال حقه

(1) رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 350.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 76.

إذا تمسك ناقص الأهلية أو من يمثله قانونا بحقه في الإبطال لنقص أهليته فنقرر إبطال التصرف الذي أبرمه، اعتبر معدوما فلا ينتج أية آثار قانونية، ويرتد انعدامه إلى وقت إبرامه، فيعاد كل شيء إلى أصله ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، ولما كان سبب كفالة الالتزام الذي تقرر إبطاله هو نقص أهلية المدين، فإنه استثناء من الأصل الذي يقضي بأن الالتزام التبعية يتأثر بالالتزام الأصلي وجودا وعدما فإن التزام الكفيل يبقى قائما رغم زوال الالتزام الأصلي بتقرير إبطاله، وبالتالي يكون للدائن مطالبة من كان كفيلًا قبل إبطال العقد وأصبح بعده ملتزما أصليا بالدين، وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين بحيث نتناول في الأول إعادة المتعاقدين إلى الحالة السابقة للتعاقد ونتكلم في الثاني عن رجوع الدائن على الملتزم بالوفاء.

المطلب الأول

إعادة المتعاقدين إلى الحالة السابقة للتعاقد

إذا تقرر إبطال التصرف القانوني تساوى مع التصرف الباطل، أي أنه يعتبر كأن لم يكن، فإذا كان لم ينفذ بعد فلا يلتزم أي من الطرفين تجاه الآخر بشيء، لأن الالتزامات والحقوق التي سيرتبها أو كان رتبها قبل إبطاله تزول عن آخرها، بمعنى أنه يجب إزالة كل أثر أنتجه، ويكون ذلك بإعادة طرفيه إلى الحالة التي كانا عليها قبل تعاقدتهما⁽¹⁾.

ورد المتعاقدين إلى الحالة السابقة للتعاقد يقتضي أن يسترد كل منهما ما أدّاه تنفيذا للعقد الذي تقرر إبطاله، غير أنه في بعض الحالات يكون رد المتعاقدين إلى تلك الحالة مستحيلا لاستحالة الرد، وعندها يجب تعويض الطرف الذي استحال عليه استرداد ما أدّاه تنفيذا للعقد الذي تقرر إبطاله⁽²⁾.

الفرع الأول الاسترداد

إذا تقرر إبطال العقد وكان طرفاه قد قاما بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه كلياً أو جزئياً، فينبغي إعادتهما إلى الحالة السابقة للتعاقد، فيترتب بالتالي على أحدهما أو كليهما الالتزام برد ما تسلمه تنفيذاً لذلك العقد بعد أن تبين أنه لا يوجد ما يبرر الاحتفاظ به بعد زوال مصدره⁽³⁾، والالتزام بالرد ليس التزاماً تعاقدياً طالما أن العقد الذي كان يربط الطرفين لم يعد له وجود قانوني بعد تقرير إبطاله، وعليه سنتكلم عن مضمون الالتزام بالرد، ثم نتكلم عن الأساس القانوني لهذا الالتزام.

(1) محمد الزين، النظرة العامة للالتزامات، العقد، الطبعة الثانية، 1997، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ص 236.

(2) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 192 و 193.

(3) عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 422.

الفقرة الأولى مضمون الالتزام بالرد

إن التصرف الذي يبرمه ناقص الأهلية، كما رأينا سابقاً، حسب القانون المدني هو تصرف صحيح منتج لكل آثاره القانونية في الفترة السابقة لتمسك صاحب المصلحة بحقه في الإبطال وتقريره⁽¹⁾، فالعقد القابل للإبطال له وجود قانوني إلى أن يتقرر إبطاله، فإذا لم يتفق طرفاه على إبطاله فإنه لا يبطل إلاً بعد التجاء من تقرر الإبطال لمصلحته إلى القضاء واستصداره حكماً بإبطاله، فالحكم هو الذي ينشئ البطلان، ومع ذلك فإن القاضي إذا عرضت عليه دعوى الإبطال ووجد سببه قائماً تعين عليه الحكم به، فهو هنا لا يملك حق التقدير⁽²⁾.

فإذا تقرر إبطال العقد، وكان طرفاه قد نفذاً التزاماتهما الناشئة عنه كلياً أو جزئياً قبل إبطاله، فإنه بعد تقرير الإبطال وجب إعادتهما إلى الحالة السابقة للتعاقد، وهذا ينشئ لكليهما أو لأحدهما الحق في استرداد ما أدّاه تنفيذاً لذلك العقد، وهذا الحق يقابله التزام على عاتق من تلقى الأداء الذي وجب ردّه، فالالتزام بالرد أثر ناتج عن إبطال العقد⁽³⁾.

(1) علي فيلالي، الالتزامات، مرجع سابق، ص 343.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الأول، مرجع سابق ص 531.

(3) محمد بقيق، النظرية العامة للالتزام، التصرف القانوني، الطبعة الأولى، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، سنة 2009، ص 258، عباس علي محمد الحسيني، رجعية العقد عند فسخه قضاءً، بحث مقارن بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق تصدرها كلية الحقوق بجامعة كربلاء، العدد الأول، السنة الرابعة، 2012، ص 31، محمد الزين، مرجع سابق، ص 236.

فإذا كان العقد القابل للإبطال بيعاً مثلاً ثم تقرر إبطاله، فيجب أن يقوم البائع والمشتري وكلاهما طرف في العقد الذي تقرر إبطاله برد الأداء الذي تلقاه من الطرف الآخر تنفيذاً للعقد، فإذا كان البائع قد سلم العين المبيعة إلى المشتري وجب على هذا الأخير ردها إليه، ويلتزم البائع في مقابل ذلك بأن يرد إلى المشتري ما قبضه من الثمن⁽¹⁾، فلا يمكن احتفاظ من كانا متعاقدين بالمنافع الناتجة عن التصرف الذي تقرر إبطاله، ولهذا فإن الالتزام بالرد يتحدد مضمونه بأن هناك أداء ما قبضه أحد العاقدين أو كلاهما، لأنه بدأ بتنفيذ العقد، غير أنه لم يعد هناك ما يبرر الاحتفاظ بما تسلمه بعدما تقرر إبطاله، فهو لم يعد موجوداً وهذا يقتضي إعادة المتعاقدين إلى الوضع السابق للتعاقد، مما يرتب التزاماً على المتعاقدين بأن يرد كل منهما ما أخذه، أي أن على كل طرف أن يرد عين ما أعطى لا ما يقابله، طالما كان ذلك ممكناً، بحيث يعود الطرفان إلى ذات المركز القانوني السابق لنشأة العقد، فلا يثرى أحدهما على حساب الآخر، وهذه الإعادة تقتضي أن يقوم كلا المتعاقدين برد ما حصل عليه من أداءات، فالرد يكون متبادلاً فلا يلزم أحد الطرفين بالرد دون الآخر⁽²⁾، فإذا عدنا إلى المثال السابق فالمشتري يلتزم برد العين المبيعة إذا كان قد تسلمها ويلتزم برد الزوائد والثمار إذا كان المبيع منتجاً لها، ويلتزم البائع برد ما قبضه من الثمن⁽³⁾، فإذا كانت الثمار قائمة تعين ردها للبائع وإذا كانت قد استهلكت تعين عليه رد ما يقابلها⁽⁴⁾، وإذا كان كل من الطرفين المتعاقدين ملزماً برد ما قبضه عينا أو نقداً، فإنه يجوز لأي منهما حبس ما يوجد تحت يده إلى غاية تنفيذ الآخر لالتزامه بالرد، غير أن الحق في الحبس لا

(1) عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى الإصدار الرابع، دار الثقافة، عمان الأردن، 2009، ص 207.

(2) محمد بقبق، مرجع سابق، ص 258.

(3) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 259.

(4) عباس علي محمد الحسيني، مرجع سابق، ص 33.

يمنح أحدهما الحق في تملك ما هو محبوس تحت يده، كما لا يجوز له أن يستعمل حقه في الحبس إلاً على التزام الطرف الآخر، الذي يكون مقابلاً لالتزامه فقط، فإذا كان للمشتري في المثال السابق حق حبس العين التي تقرر إبطال البيع الصادر له عنها حتى يرد له البائع الثمن الذي دفعه على أساس أن التزامه بتسليم العين المبيعة بعد تقرير إبطال البيع يقابله التزام البائع برد ما تسلمه من الثمن، فما دام هذا الأخير لم ينفذ التزامه بالرد كان للمشتري أن يحبس العين ويمتنع عن تسليمها له (1).

ولما كان للبائع حق استرداد المبيع وثماره من وقت إبرام العقد الذي تقرر إبطاله، وللمشتري حق استرداد الثمن الذي دفعه، فإذا أنفق هذا الأخير مصاريف لحفظ العين التي تسلمها أو أدخل عليها ترميمات أو تحسينات فهل يحق له التعويض عنها؟

إذا أنفق المشتري مصاريف لحفظ المبيع الذي تسلمه، فإن له حق المطالبة بها، كما أنه إذا أنفق على المبيع مصاريف أخرى بغرض إجراء ترميمات أو تحسينات عليه، وكان حسن النية، فله الحق في التعويض عنها (2)، فالمشتري حسن النية، الذي يعطي زيادة مهمة في قيمة المبيع، نتيجة المصاريف التي أنفقها، يكون له الحق في المطالبة بتعويض مناسب عنها إذا تقرر إبطال العقد (3).

الفقرة الثانية

أساس الالتزام بالرد

(1) عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 423 و 424.

(2) انظر قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 18 يونيو 1969، نشرة القضاة، العدد الأول، 1972، ص 45.

(3) علي فيلاي، الالتزامات، مرجع سابق، ص 345.

إن الأمر الذي لا جدال فيه هو أن العقد بعد تقرير إبطاله يزول كلياً، وبالتالي فإنه لا يمكن أن يكون سبباً للالتزام كل من المتعاقدين برد ما تسلمه من المتعاقد الآخر، فالالتزام بالرد ليس التزاماً تعاقدياً لأن العقد زال بعد تقرير إبطاله⁽¹⁾، فلا بُدَّ إذن من البحث عن أساس قانوني يستند إليه هذا الالتزام.

وفي هذا الصدد انقسم الفقه إلى اتجاهين، الأول يرى بأن الالتزام بالرد يقوم على أساس دفع غير المستحق، فيما يرى الثاني بأن الالتزام بالرد يجد أساسه في الحيابة.

أولاً: دفع غير المستحق

يرى بعض الفقه أن الأساس الذي يقوم عليه التزام المتعاقد بالرد في الحالة التي يجب فيها إعادة المتعاقدين إلى الحالة السابقة للتعاقد بسبب إبطال العقد هو دفع غير المستحق⁽²⁾، فالعلاقة بين من كانا متعاقدين بعد تقرير إبطال العقد المبرم بينهما يؤدي إلى القول بأن التزام كل منهما برد ما تسلمه تنفيذاً له قوامه تسلم غير المستحق، وهو تطبيق من تطبيقات الإثراء بلا سبب، وهو الأساس القانوني للالتزام بالرد، ويتحدد مضمونه بحق الشخص في استرداد ما دفعه لغيره وهو ليس واجباً في ذمته دون أن يكون متبرعاً بما دفعه، وذلك لمنع متسلم غير المستحق من أن يثرى على حساب دافعه⁽³⁾.

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 258.

(2) قارن عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 423.

(3) بلحاج العريبي، مرجع سابق، ص 193.

فمتى تقرر إبطال العقد وجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل تعاقدتهما، ذلك أن تقرير الإبطال يترتب عليه زوال العقد الذي كان مصدرا لالتزامتهما، فيصبح ما تسلمه كل منهما غير مستحق له، وبالتالي يكون ملزما برده لمن أداه إليه، وهو المتعاقد الآخر فلا يجوز الرد لغيره حتى لو كان هذا الغير هو الذي قام بتسليم الشيء، لأن التسليم في هذه الحالة قد تم لحساب هذا المتعاقد (1).

وقد أيد القضاء الفرنسي في بعض أحكامه هذا الأساس للالتزام برد الأداء الذي تم تسلمه بغير وجه حق وفي عقود كثيرة، إذ أكدت محكمة النقض الفرنسية بأنه في الحالات التي يتعين فيها رد طرفي العقد إلى الحالة التي كانا عليها قبل تنفيذها، فإنه تطبيقا لقواعد الإثراء بلا سبب يجب على كل منهما رد ما تسلمه والفائدة التي عادت عليه (2).

غير أنه بالرجوع إلى النصوص القانونية التي تنظم أحكام دفع غير المستحق، يتبين أنها تميز بين من كان حسن النية ومن كان سيئها، فيلزم سيء النية برد كل ما عاد عليه بمنفعة وكل ما كان يستطيع أن يعود عليه بفائدة من الشيء من يوم تسلمه أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية، في حين لا يلزم حسن النية إلا برد ما تسلمه (3).

والمشرع نفسه لم يضع حكما واحدا لما يجب رده، فباستقراء نص المادة 147 من القانون المدني نجد أن مدى الالتزام بالرد يختلف بحسب نية متسلم غير المستحق، فضلا عن أن من الفقهاء من دعا إلى تطبيق قواعد دفع غير المستحق ثم أشار صراحة إلى أحكام الحيازة بحسن نية

(1) عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2011، ص 1202 و 1203.

(2) عباس علي محمد الحسيني، مرجع سابق، ص 35 و 36.

(3) علي فيلاي، الالتزامات، مرجع سابق، ص 345.

وما يترتب عليها من تملك الحائز حسن النية لما يقبضه من زوائد وما يستوفيه من منافع مدة حيازته⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن من استبعد الحيازة كأساس للمطالبة بالاسترداد أيد رأيه بما أورده القضاء من أحكام تفيد بعدم تملك المشتري لثمار المبيع بعد أن أصبحت من حق مالك العين، غير أن تلك الأحكام أشارت إلى أن تمسك المشتري بقاعدة تملك الثمار بالقبض لا يكون له محل بالنسبة للثمار التي تم قبضها بعد رفع الدعوى، أي أنه بمفهوم المخالفة فإن هذا الرأي قد سلم بحق تملك المشتري للثمار إذ كان حسن النية قبل رفع الدعوى، غير أنه بعد رفعها يصبح سيء النية ومن ثمة فإن أحكام الحيازة تنطبق هنا أيضا⁽²⁾.

ثانيا: الحيازة

ذهب جانب من الفقه إلى أن العلاقة بين من كانا متعاقدين أساسها الحيازة، فكل منهما يعتبر حائزا في مواجهة الآخر في ما قبضه منه تنفيذًا للعقد الذي تقرر إبطاله، وبالتالي يطبق على هذه العلاقة الآثار ذاتها التي تترتب على من حاز شيئا ثم تبين أنه ليس مملوكا له، سواء من حيث مدى الالتزام بالرد أو تحمل تبعه الهلاك⁽³⁾.

ويميز في الحيازة بين الحائز حسن النية والحائز سيء النية، غير أن هذا لا يؤثر على الالتزام برد أصل العين المقبوضة إن كان قائما، فكلاهما يتحمل بهذا الالتزام فإذا كانت العين من الأشياء المثلية أو من النقود وجب على كل طرف رد القدر الذي تسلمه، وإن كان الشيء من

⁽¹⁾ عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، مرجع سابق، ص 184.

⁽²⁾ عباس علي محمد الحسيني، مرجع سابق، ص 35.

⁽³⁾ محمد الزين، مرجع سابق، ص 240.

الأشياء المعينة بالذات فإنه يلتزم برده بالذات ما دام قائماً في يده، ولكن الأمر ليس كذلك في حالة الالتزام برد الثمار أو رد المصاريف وتحمل تبعه الهلاك⁽¹⁾.

ففي الحالة التي يكون فيها من تسلّم الشيء تنفيذاً للعقد الذي تقرر إبطاله حسن النية، أي يعتقد أنه تسلّم ما هو مستحق له، ويجهل عند قبضه أنه يقبض شيئاً لا يستحقه، فيختلف ما يلزم برده باختلاف ما تسلّمه إذا كان نقوداً أو من المثليات أو كان عيناً معينة بالذات⁽²⁾.

فيلزم برد ما تسلّمه إذا كان نقوداً دون النظر إلى تغيير سعرها، وإذا كان ما تسلّمه شيئاً من المثليات التزم برده دون رد الثمار⁽³⁾، لأنه تملكها بالقبض فلا يلتزم بردها إلا إذا أصبح سيء النية ومن الوقت الذي أصبح فيه كذلك، أما إذا كان ما تسلّمه من الأشياء المعينة بالذات، فإنها تعاد إلى مالكيها⁽⁴⁾.

أما في الحالة التي يعلم فيها الحائز عند القبض أنه إنما يقبض شيئاً غير مستحق له أي أن يكون سيء النية، ففي هذه الحالة يلزم برد ما تسلّمه من النقد مع التعويض عن تغيير سعره، وإذا كان ما تسلّمه من المثليات، وجب عليه رد ما تسلّمه مع ثماره من يوم تسلّمها، وإذا كان ما قبضه شيئاً معيناً بالذات، كان عليه رد العين مادامت قائمة ورد ثمارها التي قبضها أو التي قصر في قبضها⁽⁵⁾.

(1) محمد بقيق، مرجع سابق، ص 206.

(2) عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، مرجع سابق، ص 296.

(3) المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار بتاريخ: 1987/05/20، رقم 38340 المجلة القضائية، سنة 1987، العدد 3، ص 14.

(4) محمد الزين، مرجع سابق، ص 240.

(5) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الثاني، مرجع سابق، ص 1205 وما بعدها.

أما بالنسبة للمصروفات التي أنفقها المتعاقد فيجوز له المطالبة باستردادها كاملة إذا كانت ضرورية، ويستوي في ذلك أن يكون حسن النية أو سيئها طالما كانت اعتيادية ويضطر الحائز إلى إنفاقها لحفظ العين من الهلاك، أما إذا كانت المصروفات كمالية وهي المصروفات التي لا تنفق لدفع الهلاك عن الشيء، غير أنها تزيد في قيمته أو منفعته، فتسري عليها أحكام الالتصاق، فيلزم الحائز إذا كان سيء النية بقلع جميع ما أنفقه، إذا كان ذلك لا يضر بالعين شرط أن يعيدها إلى حالتها الأولى، إلا إذا رغب صاحب العين في استبقائها ودفع قيمتها وقت الإزالة، أو دفع ما يعادل ما زاد في قيمة العين بسبب هذه المصروفات، فإذا كان قلعها ضارا فإن للمالك تملك ما أحدثه الحائز بقيمته مستحقا للقلع (1).

أما إذا كان حسن النية فتتطبق قاعدة "الأقل يتبع الأكثر" بحيث يملك الحائز الشيء بقيمته إذا كان ما أنفقه أكثر قيمة من الشيء ويملك المالك ما أحدثه الحائز بقيمتها إذا كانت قيمة الشيء أكبر (2).

فإذا هلكت العين فإن الحائز متى كان حسن النية فإنه لا يكون مسؤولا عن هذا الهلاك إلا إذا كان بتقصير منه، فهو استعملها وهو يحسب أنه صاحب حق، غير أنه يلزم برد ما عاد عليه بنفع بسبب هذا الهلاك مثل استعمال أنقاض منزل في بناء آخر، أما إذا كان سيء النية فإنه يكون

(1) عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، مرجع سابق، ص 297 وما بعدها.

(2) عباس علي محمد الحسيني، مرجع سابق، ص 35.

مسؤولاً عن هلاك الشيء أو ضياعه أو تلفه حتى وإن كان الهلاك بسبب أجنبي ما لم يثبت أن الشيء كان سيهلك وإن بقي في يد مالكة⁽¹⁾.

الفرع الثاني استحالة الاسترداد

إن الحكم بإبطال العقد يفتح الباب أمام كلا المتعاقدين للمطالبة باسترداد ما أداءه تنفيذاً للعقد الذي تقرر إبطاله، فيلتزم كل متعاقد برد ما تسلمه ليعود الطرفان في النهاية إلى الحالة السابقة للتعاقد، غير أنه قد يتعذر أو يستحيل في بعض الأحيان رد المتعاقدين إلى هذه الحالة، لأن هذه القاعدة لا تعمل على إطلاقها فلها حدود في الواقع وفي طبيعة الأشياء و في اعتبارات معينة أراد المشرع حمايتها، فنكون أمام ما يسمى باستحالة الرد، الأمر الذي يتطلب الحكم بتعويض الطرف الذي استحال عليه الاسترداد بقيمة تعادل ما أداءه تنفيذاً للعقد الذي تقرر إبطاله.

الفقرة الأولى

الحالات التي يستحيل فيها رد المتعاقدين إلى الحالة السابقة للتعاقد

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الثاني، مرجع سابق، ص 1212.

إذا كان الوضع المعتاد عند تقرير الإبطال هو إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وذلك بأن يرد كل منهما للآخر عين ما تسلمه، إلا أنه قد يستحيل في بعض الأحيان الرد العيني للأداءات التي تم قبضها، فهنا لا بد من اللجوء إلى الرد بمقابل، وهو ممكن دائما في كل الظروف بهدف عدم إثراء أحد المتعاقدين على حساب الآخر، وهذه الغاية يمكن بلوغها إذا حصل كل متعاقد على حقوق مماثلة لتلك التي كانت له قبل إبطال العقد⁽¹⁾.

أولا: العقود الزمنية

في العقود الزمنية يستحيل ماديا إزالة الآثار التي رتبها العقد في الماضي، فإذا تقرر مثلا إبطال عقد إيجار تم تنفيذه، فإن قاعدة إعادة المتعاقدين إلى الحالة السابقة للتعاقد تقتضي أن يرد المستأجر العين المؤجرة ويرد المؤجر إليه المبالغ التي دفعها كأجرة، فإذا كان ممكنا إعادة المؤجر إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد، فإنه لا يمكن إعادة المستأجر إلى تلك الحالة فانتقاعه الفعلي بالعين المؤجرة لا يمكن إزالته بالنسبة للمدة التي نفذ فيها العقد قبل تقرير بطلانه، ففي هذه الحالة يلزم المستأجر بدفع تعويض عن الانتفاع الذي حصل عليه ولا يمكن رده، وهذا التعويض لا يعد أجرة فلا تضمنه ضماناتها⁽²⁾.

ثانيا: حماية ناقص الأهلية

(1) علي فيلالي، الالتزامات، مرجع سابق، ص 345.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 260.

قرر المشرع حماية ناقص الأهلية، فلم يلزمه إذا أبطل العقد لنقص أهليته أن يرد من ما تلقاه تنفيذاً للعقد إلا ما عاد عليه بمنفعة، فإذا باع ناقص الأهلية عيناً له ثم تقرر إبطال عقد البيع، وكان قد قبض الثمن قبل ذلك فلا يلزم بالرد إلا بالقدر الذي انتفع به، فإذا أنفقه كله في اللهو والملذات فلا يلزم برد شيء، أما ما أنفقه منه في وجوه الإنفاق المعقولة أو استثماره، فإنه يلزم برده⁽¹⁾.

ثالثاً: هلاك العين المقبوضة تنفيذاً للتصرف الذي تقرر إبطاله

إذا هلك الشيء المسلم تنفيذاً للعقد الذي تقرر إبطاله، استحال على البائع استرداده عيناً، فأصبح له الحق في تعويض نقدي مناسب⁽²⁾، فإذا كان الشيء المطلوب رده قد هلك بخطأ الغير فإن المدين لا يلزم بدفع تعويض للدائن وإنما يثبت حق التعويض مباشرة للدائن قبل الغير دون مساس بحقوق المدين قبل الدائن⁽³⁾.

رابعاً: الحالة التي تترتب فيها حقوق للغير على العين محل الالتزام

في الحالات التي يترتب فيها للغير حقوق نافذة على العين التي تم قبضها فإن التزام المدين بالرد لا ينفذ إلا بطريق التعويض للدائن بقدر ما نقص من قيمة الشيء أو منفعته بسبب ثبوت ونفاذ حقوق الغير التي اكتسبها من جانب المدين⁽⁴⁾.

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 262 و 263.

(2) علي فيلالي، الالتزامات، مرجع سابق، ص 345.

(3) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 194.

(4) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 194.

ففي جميع الحالات التي يستحيل فيها الرد يكون للمحكمة بما تملكه من سلطة تقديرية، أن تحكم بما يمكن أن يعيد التوازن للمراكز الاقتصادية لأطراف العقد الذي تم إبطاله، كالحكم بالتعويض أو استبدال الشيء المقبوض بآخر إن كان من المثليات، فلا ينكر أن إعادة المتعاقدين إلى الحالة السابقة للتعاقد في هذه الفروض مستحيلة من الناحية المادية أو الواقعية، فكل ما حدث في الماضي يستحيل الرجوع فيه لأن لكل حدث مكان وزمان، وإذا كان بمقدورنا إعادة الحدث في ذات المكان إلا أنه يتعذر إعادته من حيث الزمان، فحتى لو أمكن رد الأداءات نفسها التي نفذت إلا أن تنفيذها كان في وقت مغاير لذلك الوقت الذي ردت فيه ولذلك فإن المشتري يلزم برد المبيع والثمار والبائع يلزم برد الثمن⁽¹⁾.

الفقرة الثانية التعويض عن استحالة الرد

يستبعد الفقهاء تأسيس الحكم بالتعويض عند استحالة الرد على أساس المسؤولية التقصيرية لأن أساسه ليس خطأ المدين، فهو التزام بالرد ينفذ بطريق التعويض ولذلك فإنهم يفضلون استعمال اصطلاح التنفيذ بمقابل، لأن الالتزام بالرد لا يقع على المدين وحده كما رأينا بل أيضا على الدائن. وإذا كان يتعذر من الناحية المادية إعادة المتعاقدين إلى حالة ما قبل التعاقد، إلا أن إعادتهما من الناحية القانونية ممكنة وعلى النحو الذي يجعلهما في ذات المركز القانوني السابق على التعاقد، فلا يثرى أحدهما أو يفترق نتيجة للعقد الذي تقرر إبطاله⁽²⁾.

(1) عباس علي محمد الحسيني، مرجع سابق، ص 38.

(2) علي فيلاي، الالتزامات، مرجع سابق، ص 345.

ولذلك فالرد العيني ليس غاية في حد ذاته، وإنما هو وسيلة قانونية لإعادة الأوضاع القانونية إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، فإذا تعذر الرد العيني أو استحاله فإنه يمكن الاستعاضة عنه بتقدير قيمة الأداء الذي يلتزم المتعاقد برده أو مقدار ما استهلك أو استثمر أو أي خدمة أديت إذا لم يكن الطرف الآخر قد استوفى ما يقابلها، ومن هنا فإن المحكمة تقضي بالتعويض في جميع الحالات التي يستحيل فيها على المتعاقد رد ما تسلمه، أو يتعذر عليه ذلك⁽¹⁾.

المطلب الثاني

مطالبة الدائن للملتزم بالوفاء

استثناء من الأصل العام الذي يقضي بأن الالتزام التبعية يتأثر بالالتزام الأصلي وجوداً وعدمه، فإن التزام الكفيل يبقى قائماً بعد زوال الالتزام المكفول بعد تقرير إبطاله لنقص أهلية المدين المكفول عنه، وبالتالي فإنه يتعين البحث عن الشروط التي يجب توافرها حتى يتمكن الدائن من الرجوع على الملتزم بالوفاء وكذا عن الأساس القانوني لهذا الالتزام، وهذا ما سنتولى دراسته في فرعين.

الفرع الأول

شروط مطالبة الملتزم بالوفاء

إذا كفل شخص التزام ناقص الأهلية وتمسك هذا الأخير أو من يمثله قانوناً بحق الإبطال فتقرر إبطال التزامه المكفول، زال بأثر رجعي إلى يوم إبرامه، غير أنه يبقى للدائن مطالبة الكفيل بالوفاء إذا توافر شرطان.

(1) عباس علي محمد الحسيني، مرجع سابق، ص 38 وما بعدها.

الفقرة الأولى

أن يكون الالتزام المكفول ناشئاً عن عقد قابل للإبطال لنقص الأهلية

يشترط لإمكانية مطالبة الكفيل بعد تقرير إبطال التزام المدين المكفول عنه لنقص أهليته، أن يكون الالتزام المكفول ناشئاً عن عقد قابل للإبطال، وتكون القابلية للإبطال راجعة إلى نقص أهلية المدين، كأن يكون المدين قاصراً لم يبلغ سن الرشد بعد، أو يكون سفيهاً أو ذا غفلة⁽¹⁾.

ويتوسع بعض الشراح فيضيفون حالات القابلية للإبطال لعيب في الرضاء، غير أن حالة البطلان المطلق لانعدام أهلية المدين لا يمكن أن يشملها هذا الحكم⁽²⁾.

غير أن القابلية للإبطال لسبب آخر غير نقص الأهلية، كالقابلية للإبطال لعيب شاب رضى المتعاقد، أو القابلية للإبطال لنص في القانون كحالة بيع ملك الغير، تطبق بشأنها القواعد العامة لعدم وجود نص يحكمها، وبالتالي فإن الكفيل يستطيع التمسك بقابلية التزامه للإبطال، ولا يحرم منه وإن أجاز المدين الأصلي التزامه، لأنه لا يستطيع أن يسوئ مركز الكفيل بتصرفه⁽³⁾.

(1) محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 107.

(2) محمد لبيب شنب، دروس في التأمينات العينية والشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص 246.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، مرجع سابق، ص 44 و45.

الفقرة الثانية

أن تكون الكفالة قد أبرمت بسبب نقص الأهلية

يشترط لإعمال حكم المادة 649 من القانون المدني أن تكون الكفالة قد أبرمت بسبب نقص أهلية المدين المكفول عنه، ومقتضى ذلك أن يكون طرفا الكفالة أي كلا من الدائن والكفيل عالما بنقص أهلية المدين، وأن يكون الغرض من إبرام الكفالة هو تأمين الدائن ضد خطر تمسك المدين بحقه في إبطال التزامه لنقص أهليته، فإذا كان طرفا الكفالة أو أحدهما يجهل نقص أهلية المدين المكفول عنه فإن هذا الحكم لا يمكن تطبيقه (1).

كما أن الحكم المتقدم لا ينطبق أيضا في الحالة التي يعلم فيها الطرفان بنقص أهلية المدين غير أن إرادتهما لم تتجه إلى اتخاذ الكفالة وسيلة لتأمين الدائن ضد خطر إبطال الالتزام المكفول بسبب نقص الأهلية (2).

الفرع الثاني

أساس رجوع الدائن على الملتزم بالوفاء

إذا توافر الشرطان السابق بيانهما، وتمسك المدين بنقص أهليته فأبطل التزامه المكفول، فإن عقد الكفالة يبطل تبعا لذلك فتزول صفة الكفيل فلا يكون للدائن مطالبته على أساس تلك

(1) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 104.

(2) رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 80.

الصفة، غير أن ذمة من كان كفيل لا تبرا، فيكون للدائن مطالبته بتنفيذ الالتزام المكفول باعتباره مدينا أصليا به لا ترتبط مديونيته بمديونية شخص آخر.

وقد اختلف الفقه في إيجاد أساس فني لتحول الشخص من كفيل لا يلتزم إلا بصفة تبعية إلى ملتزم أصلي بالدين الذي كفله.

الفقرة الأولى

تحول الكفالة إلى تعهد ينشئ التزاما أصليا

يذهب بعض الفقه إلى تأسيس بقاء التزام الكفيل بعد زوال الالتزام المكفول بتقرير إبطاله لنقص أهلية المدين على نظرية تحول العقد، فهم يرون أن عقد الكفالة الذي أبطل بالتبعية لتقرير إبطال الالتزام الأصلي يتحول إلى تعهد شخصي بالوفاء بدين يعادل الدين الذي تقرر إبطاله، ويذهبون في تأسيس ذلك إلى أن نية طرفي عقد الكفالة كانت لتتصرف إلى إبرام هذا التصرف لو أنهما علما بأن الكفالة سيتقرر إبطالها⁽¹⁾.

غير أن الملاحظ أن تحول عقد الكفالة إلى عقد آخر يقتضي أن يجهل طرفاه سبب بطلانه، وهذا لا يتحقق هنا فالطرفان يعلمان مسبقا السبب الذي أدى إلى البطلان فيما بعد وهو نقص أهلية المدين، فهو السبب الذي من أجله عُقدت الكفالة⁽²⁾.

(1) سليمان مرقس، ص 40 أورده سمير تناغو، مرجع سابق، وأورده محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 247، كما أورده عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، مرجع سابق، ص 49، هامش رقم 1.

(2) محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 247.

الفقرة الثانية

اقتران الكفالة بتصرف آخر (التصرف المركب)

يرى بعض الفقه أن الكفالة التي تبرم ضمانا لدين قابل للإبطال بسبب نقص أهلية المتعاقد ليست عقدا بسيطا وإنما في حقيقتها هي تصرف مركب.

أولا: كفالة التزام المدين بسبب نقص أهليته هي كفالة وتعهد عن الغير

يذهب بعض الفقه إلى أن كفالة التزام المدين بسبب نقص أهليته هي اتفاق مركب من عقدين كفالة وتعهد عن الغير⁽¹⁾، فهذا الاتفاق في أصله هو عقد كفالة طالما لم يتقرر إبطال التزام المدين لنقص أهليته، ذلك أن الالتزام المكفول يظل قائما، فإذا امتنع المدين الأصلي عن الوفاء به كان الكفيل ملزما بأداء الدين عنه باعتباره ضامنا لامتناعه عن تنفيذه⁽²⁾.

غير أن هذا النوع من الالتزام يكون تعهدا عن الغير وهو العقد الثاني في الاتفاق إذا تمسك المدين بنقص أهليته فأبطل التزامه الأمر الذي أدى بالتبعية إلى إبطال الكفالة، ذلك أن الكفيل الذي يكفل المدين بسبب نقص أهليته يكون قد تعهد للدائن بجعل المدين لا يتمسك بحقه في إبطال

(1) عبد الفتاح عبد الباقي، ص 82، منصور مصطفى منصور، ص 34، محمد علي إمام، ص 81، أورده سمير عبد السيد تناعو، مرجع سابق، ص 43.

(2) « ... la possibilité de cautionner une obligation atteinte de nullité pour cause de minorité du débiteur principal s'explique sans doute par le désir de permettre à un mineur d'obtenir, malgré son incapacité, un crédit grâce à la fourniture d'une caution qui est, sans doute une promesse de porte-fort beaucoup plus qu'un véritable cautionnement... », Voir **Mazeud Jean**, Leçon de droit civil, tome 3, 5^{ème} édition 1977, Montchrestien, Paris p68.

التزامه، فإذا لم يفلح في ذلك اعتبر مخلا بالالتزام الذي تعهد به وكان بالتالي ملزما بتعويض الدائن عن الإخلال الذي وقع منه (1).

والمشرع في هذه الحالة نص على صورة وحيدة للتعويض وهي قيام المتعهد بتنفيذ الالتزام الذي تقرر إبطاله، وهو لا يوفي بنفس الدين الذي تقرر إبطاله فهو يدفع للدائن تعويضا عن إخلاله بالالتزام الذي تعهد به، وهو تعويض في صورة تنفيذ التزام المدين (2).

ثانيا: كفالة التزام المدين بسبب نقص أهليته هي كفالة والتزام على شرط واقف

يذهب الرأي الراجح في الفقه إلى أن كفالة التزام المدين بسبب نقص أهليته هي كفالة والتزام على شرط واقف (3).

فإذا كفل شخص مدينا وكان نقص أهليته هو سبب تقديم الكفالة، فإنه في هذه الحالة يكون كفيلا طالما بقي الالتزام الأصلي قائما، فإذا لم ينفذه المدين المكفول عنه، كان الكفيل ملزما بالوفاء به باعتباره ضامنا له في تنفيذ هذا الالتزام، وتسري في هذه الحالة جميع أحكام الكفالة.

غير أنه إذا تمسك المدين بنقص أهليته فأبطل التزامه فإن الكفيل يصبح ملزما بالوفاء به بصفته مدينا أصليا، ذلك أنه مدين بالالتزام الأصلي على شرط واقف، ويتمثل ذلك الشرط في عدم تمسك المدين المكفول بنقص أهليته، فإذا حدث العكس وتقرر بالتالي إبطال التزامه تحقق الشرط وأصبح الكفيل ملزما أصليا به وبالتالي وجب عليه تنفيذه.

إلا أن هناك من يرى أن الشرط الواقف هنا هو عدم تنفيذ المدين الأصلي لالتزامه (4)، لكن القول بهذا من شأنه أن يورث الخلط بين حالة عدم تمسك المدين الأصلي بنقص أهليته دون أن

(1) محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 248.

(2) سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 43.

(3) محمد حسين منصور، مرجع سابق ص 107.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، مرجع سابق، ص 49.

ينفذ التزامه، وحالة تمسكه بنقص أهليته وتقرير إبطال التزامه، وهذا يؤدي حتما إلى إعمال أحكام الكفالة في الحالتين وكأن مسألة تمسك المدين بقص أهليته ليست ذات أثر على التزام الكفيل.

الخاتمة

في هذا البحث حاولنا إلقاء الضوء على كفالة التزام المدين بسبب نقص أهليته فوجدنا أن المشرع الجزائري سؤى في حكمه بين المجنون والمعتوه وهما عديما الإرادة في القانون لمديني، كما سوى في قانون الأسرة بين حكم المجنون والمعتوه والسفيه، أي أنه جعل السفيه عديم الإرادة وبالتالي تكون تصرفاته جميعها باطلة مهما كان نوعها، وهو أي السفيه في ذات الوقت ناقص أهلية لا عديمها عملا بأحكام القانون المدني، وبالتالي تأخذ تصرفاته حكم تصرفات الصبي المميز، وقد رأينا أن ناقص الأهلية في القانون المدني هو الصبي المميز ومن هو في حكمه وهما السفيه وذو الغفلة.

ويصعب بالتالي تحديد دائرة ناقصي الأهلية لاختلاف الحكم بين قانون الأسرة والقانون المدني، فإن نحن تجاوزنا هذه الصعوبة وأخذنا بما جاء به القانون المدني من أن ناقصي الأهلية هم الصبي المميز ومن هم في حكمه وهما السفيه وذو الغفلة، فإننا نواجه مشكلة أخرى وهي أن المشرع جعل حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر الصادرة من هؤلاء مزدوجا ، فهي في القانون المدني تصرفات قابلة للإبطال، وبالتالي فهي صحيحة ترتب جميع آثارها من وقت إبرامها وإلى غاية استقرارها نهائيا بصدور الإجازة أو تقرير إبطالها وبالتالي زوال كل ما أنتجت من آثار، أما في قانون الأسرة فإن هذا النوع من التصرفات موقوفة على إجازة الولي أو الوصي، وبالتالي فإنها لا تنتج أية آثار إلى غاية إجازتها أو زوالها برفض الإجازة.

فإذا أردنا تجاوز هذه الصعوبة بالقول أنه عند اختلاف نصوص تشريعية في حكم ذات المسألة فإنه يؤخذ بالنص الأحدث طالما كان يساويه في الدرجة وي طرح النص السابق فإننا نصطدم بمشكلة أخرى هي أن قانون الأسرة والقانون المدني وإن كانا متساويان في الدرجة فهما يختلفان في أن الأول يختص بالمعاملات الشخصية في حين يختص الثاني بالمعاملات المالية، وبالتالي فإنه ينبغي على المشرع تعديل النصوص ذات الصلة في التشريعين بما يجعل أحكام ناقص الأهلية وتصرفاته متناسقة في القانونين.

ويرى البعض أنه عند المفاضلة بين التصرف القابل للإبطال والتصرف الموقوف، فإن هذا الأخير يفضل الأول، نظرا لما يحققه من حماية للمتعاقد ناقص الأهلية بمنع الضرر عنه، ذلك أن منع الضرر الذي يُحتمل أن ينجر عن صحة ونفاذ العقد القابل للإبطال أولى من السّماح بحدوثه ثم محاولة إصلاحه.

غير أن الملاحظ أن الإفراط في حماية ناقص الأهلية، يضر كثيرا بالمتعاقد معه، فجعل التصرف الدائر بين النفع والضرر الذي يبرمه متوقفا على إجازة ولي القاصر أو وصيه أو صاحب الشأن عند بلوغه سن الرشد مع عدم النص في قانون الأسرة على وقت محدد بعد مُضيّه يسقط فيه هذا الحق، فإذا لم يصدر من هؤلاء ما يفيد الإجازة أو رفضها، فإن التصرف يبقى صحيحا غير أنه لا يرتب من آثاره شيئا، الأمر الذي معه تتعطل مصالح المتعاقد الآخر مدة من الزمن قد تطول

كثيرا دون أن يكون بإمكانه التخلص من التزاماته الناشئة عنه إذا لم يكن هو الآخر مخولا بطلب إبطاله، فيبقى مرهونا بما ستسفر عنه إرادة من تقرر له حق الإجازة وبالتالي فإن الأخذ بفكرة العقد الموقوف دون تحديد مدة سقوط الحق في إجازته أو رفضها يسمح بالإضرار بالمتعاقدين الآخر وذلك بشغل ذمته بالالتزامات الناشئة عن تصرف قد لا تصدر إجازته لسنوات لينتهي في الأخير بإبطاله من يوم إبرامه.

هذا إلى جانب أن المشرع لم يبيت في مصير تصرفات ناقص الأهلية بعد اكتمال أهليته إن لم يسبق لوليه أو لوصيه أن أجازه أو أبطله، فنص المادة 83 من قانون الأسرة لم يشر إلى ما يُفهم منه انتقال حق الإجازة أو الإبطال إلى القاصر إذا أصبح راشداً.

فحتى تتضح دائرة كفالة التزام المدين بسبب نقص أهليته، يجب قبل ذلك أن تتضح دائرة ناقصي الأهلية في التشريعات ذات الصلة ليتمكن بالتالي إعمال نص المادة 649 من القانون المدني في حالات نقصان الأهلية دون أن يتسع مجالها إلى حالات انعدامها، وهو الأمر المتعذر في الوقت الحالي بالنسبة لحالة السفية، لأن القول بنقصان أهليته حسب القانون المدني يجعل من كفالة التزامه ممكنة في حين أنه حسب قانون الأسرة تكون هذه الكفالة باطلة لبطان جميع تصرفاته بسبب انعدام أهليته.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

- 1- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- 2- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، 2007.
- 3- حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ وفقا للقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة، الجزائر، 2012.
- 4- رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2005.
- 5- رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004.
- 6- سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي وحقوق الامتياز، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1996.
- 7- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، المجلد الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011.

8- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، دار النهضة، القاهرة، مصر، 2011.

9- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011.

10- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول، المجلد الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011.

11- عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، 1980.

12- عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1984.

13- عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة، (المقابلة، الوكالة والكفالة)، الطبعة الأولى، الإصدار الرابع، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009.

14- عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الإصدار الرابع، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009.

15- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.

16- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الرغاية، الجزائر، 2012.

17- علي فيلالي، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الرغاية، الجزائر، 2011.

18- غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، الطبعة السابعة، دار وائل للنشر والتوزيع،

عمان، الأردن، 2004.

19- فرهاد حاتم حسين، عوارض المسؤولية المدنية، دراسة تحليلية مقارنة، منشورات الحلبي

الحقوقية، بيروت، 2014.

20- قدري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الكفالة، التضامن والتضامم في التشريع المصري

والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002.

21- محمد الزين، النظرة العامة للالتزامات، العقد، الطبعة الثانية، مجمع الأطرش للكتاب

المختص، تونس، 1997.

22- محمد بقبق، النظرية العامة للالتزام، التصرف القانوني، الطبعة الأولى، مجمع الأطرش

للكتاب المختص، تونس، 2009.

23- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، صور الائتمان وضماناته والوسائل

التقليدية والحديثة لحمايته، الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي،

حقوق الامتياز، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2001.

24- محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني

الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2009.

25- محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقهاء الإسلاميين، دار هومة، الجزائر،

2000.

26- محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقهاء

الإسلاميين، دار هومة، 1998.

27- محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2002.

28- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012.

29- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011.

30- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011.

31- محمدي فريدة زاوي، المدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر.

32- محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، الطبعة الثانية، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر المحمية، 1891.

33- محمد كامل مرسي باشا، العقود المسماة، الجزء الأول، الكفالة، الوكالة، السمسرة، الصلح، التحكيم، الوديعة والحراسة، الطبعة الثانية، المطبعة العالمية، القاهرة، مصر، 1952.

34- محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005.

35- محمد لبيب شنب، دروس في التأمينات العينية والشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1973.

36- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن

الحيازي، حقوق الامتياز والكفالة، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان دون تاريخ.

37- نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي

الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.

38- همام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة، الرهن الرسمي، حق

الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر،

2001.

الرسائل العلمية ومذكرات الماجستير

1- اسعد فاطمة، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني

الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر،

2015.

2- بوكريزة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة قسنطينة

1، 2014.

3- محمد حبار، نظرية بطلان التصرف في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة

دكتوراه، جامعة الجزائر، 1986.

4- أحمد محمد زياد الفيصل، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير،

جامعة الشرق الأوسط، 2012.

5- باقي وداد، الكفالة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مذكرة

ماجستير، جامعة بومرداس، الجزائر، 2009.

6- سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه، دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007.

7- عجالي بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة امحمد بوقرة بيومرداس، الجزائر، 2005.

8- معاذ أحمد محمد المومني، الحجز على أموال الكفيل في القانون الأردني، مذكرة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2012.

المقالات

- 1- إبراهيم عنتر، السفه في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، السنة الأولى، العدد الثاني.
- 2- عباس علي محمد الحسيني، رجعية العقد عند فسخه قضاء، بحث مقارن بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، مجلة رسالة الحقوق، السنة الرابعة، العدد الأول، سنة 2012.
- 3- نائل علي المساعدة، الحلول بسبب الوفاء، مجلة دراسات في علوم الشريعة والقانون، العدد الثاني لسنة 2005.

النصوص التشريعية:

- 1- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات.
- 2- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني.
- 3- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة.
- 4- القانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الاجتهاد القضائي

- 1- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار بتاريخ: 10/10/1984، رقم 35511 المجلة القضائية، سنة 1989، العدد الأول، ص 53.
- 2- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار بتاريخ: 29/06/1986، رقم 43476 المجلة القضائية، سنة 1993، العدد الأول، ص 14.
- 3- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار بتاريخ: 20/05/1987، رقم 38340 المجلة القضائية، سنة 1987، العدد 3، ص 14.
- 4- المحكمة العليا الغرفة المدنية، قرار بتاريخ: 11/11/1987، رقم 51440، مجلة القضاة، العدد الأول، سنة 1992، ص 7.
- 5- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرارا بتاريخ: 21/05/1990، رقم 59327، المجلة القضائية لسنة 1993، عدد 1، ص 116.

6- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار بتاريخ: 2001/05/15، رقم 238252 المجلة
القضائية، سنة 2002، ص 284.

ثانيا: باللغة الفرنسية

- 1- Aynes Laurent, Le cautionnement, 1^{ère} édition 1996, Dalloz, Paris.
- 2- Dagot Michel, Les sûretés, 1^{ère} édition 1981, presse universitaire de France, Paris.
- 3- Hesse-Fallon Brigitte, droit civil collection aide mémoire, 1^{ère} édition 2005, Dalloz, Paris.
- 4- Larroumet Christian, Les sûretés, tome 1, 2^{ème} édition 1994, Bruyland, Paris.
- 5- Mazeau Jean, Leçon de droit civil, tome 3, 5^{ème} édition 1977, Montchrestien, Paris.
- 6- Mestre Jaque, Sûretés personnelles et sûretés réelles, tome 2, 2^{ème} édition 1988, economica, Paris.

الفهرس

الصفحة	العنوان
1	المقدمة
9	الفصل الأول ناقص الأهلية وتصرفاته القانونية القابلة للإبطال
9	المبحث الأول: ناقص الأهلية
10	المطلب الأول: الأهلية القانونية للشخص الطبيعي
11	الفرع الأول: أهلية الوجوب
11	الفقرة الأولى: المقصود بأهلية الوجوب ومناطقها
11	أولاً: المقصود بأهلية الوجوب
13	ثانياً: مناط أهلية الوجوب
13	الفقرة الثانية: أنواع أهلية الوجوب
14	أولاً: أهلية الوجوب الكاملة
15	ثانياً: أهلية الوجوب الناقصة
16	الفرع الثاني: أهلية الأداء
16	الفقرة الأولى: المقصود بأهلية الأداء ومناطقها
16	أولاً: المقصود بأهلية الأداء
17	ثانياً: مناط أهلية الأداء
18	الفقرة الثانية: أنواع أهلية الأداء
18	أولاً: أهلية الأداء المدومة
19	ثانياً: أهلية الأداء الناقصة
20	ثالثاً: أهلية الأداء الكاملة
20	المطلب الثاني: عوارض الأهلية
22	الفرع الأول: العوارض التي تعدم الأهلية
23	الفقرة الأولى: الجنون
24	الفقرة الثانية: العته
26	الفرع الثاني: العوارض التي تنقص الأهلية
26	الفقرة الأولى: السفه
27	الفقرة الثانية: الغفلة

29	المبحث الثاني: تصرف ناقص الأهلية القابل للإبطال
30	المطلب الأول: تصرف ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني
30	الفرع الأول: التصرف الدائر بين النفع والضرر قبل الإجازة
31	الفقرة الأولى: المقصود بصحة التصرف مع قابليته للإبطال
33	الفقرة الثانية: ترتيب التصرف القابل للإبطال لآثاره وحكم هلاك محله
33	أولاً: ترتيب التصرف القابل للإبطال لآثاره قبل الإجازة
34	ثانياً: حكم هلاك محل التصرف القابل للإبطال قبل الإجازة
35	الفرع الثاني: أثر إجازة التصرف القابل للإبطال
36	الفقرة الأولى: أثر الإجازة بالنسبة إلى التصرف القابل للإبطال
37	الفقرة الثانية: أثر الإجازة بالنسبة لطرفي التصرف القابل للإبطال
37	أولاً: اقتصارها على المجيز
38	ثانياً: عدم نفاذها في مواجهة من خولهم القانون حق الإبطال
38	1- حالة تقرير حق الإبطال لطرفي العقد
38	2- حالة تقرير حق طلب الإبطال لأشخاص متعددين في أحد طرفي
	التصرف
39	المطلب الثاني: تصرف ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر في قانون الأسرة
40	الفرع الأول: التصرف الموقوف قبل الإجازة
40	الفقرة الأولى: المقصود بصحة التصرف الموقوف
41	الفقرة الثانية: عدم ترتيب التصرف الموقوف لآثاره قبل الإجازة
43	الفرع الثاني: أثر إجازة التصرف الموقوف
43	الفقرة الأولى: أثر الإجازة بالنسبة للتصرف الموقوف
44	الفقرة الثانية: أثر الإجازة بالنسبة لمجيز التصرف الموقوف
47	الفصل الثاني: مطالبة الكفيل
48	المبحث الأول: الحالة التي لا يُعمل فيها المخول بالإبطال حقه
48	المطلب الأول: شروط مطالبة الكفيل ونطاقها
49	الفرع الأول: شروط مطالبة الدائن للكفيل

49	الفقرة الأولى: رجوع الدائن على الكفيل عند حلول الأجل
49	أولا: أجل التزام الكفيل والالتزام الأصلي واحد
50	1- الرأي القائل بسقوط أجل الكفالة عند سقوط أجل الدين المكفول
50	2- بقاء أجل الكفالة رغم سقوط أجل الدين الأصل
51	ثانيا: أجل التزام الكفيل أبعد من أجل الالتزام الأصلي
52	الفقرة الثانية: سبق الرجوع على المدين
54	أولا: تحقيق سبق الرجوع على المدين
54	1- إذا كان بيد الدائن سند تنفيذي بدينه وقت المطالبة
54	2- إذا لم يكن بيد الدائن سند تنفيذي قبل مدينه
55	ثانيا: شروط الدفع بسبق الرجوع على المدين
55	1- التمسك بالدفع
56	2- أن لا يكون قد صدر عن الكفيل ما يستفاد منه نزوله عن هذا
	الدفع
57	3- أن يكون الرجوع على المدين ذا فائدة
58	4- أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين
58	الفرع الثاني: نطاق مطالبة الدائن للكفيل في حالة تعدد الكفلاء
61	الفقرة الأولى: تعدد الكفلاء لنفس المدين في ذات الدين بعقد واحد
65	الفقرة الثانية: تعدد الكفلاء لنفس المدين في ذات الدين بعقود متوالية
66	المطلب الثاني: الدفع التي يدفع بها الكفيل رجوع الدائن عليه
69	الفرع الأول: الدفع المستمدة من طبيعة التزام الكفيل
70	الفقرة الأولى: الدفع بالتجريد في صورته العامة
71	أولا: صاحب المصلحة في التمسك بالتجريد
72	ثانيا: الأشخاص الذين يصح طلب تجريدهم

73	ثالثا: شروط التمسك بالتجريد
73	1- أن لا يكون الكفيل متضامنا
75	2- أن لا يكون الكفيل قد تنازل عنه
77	3- أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع
79	4- الإرشاد إلى أموال المدين
84	5- أن يكون الكفيل شخصا لا عينيا
85	رابعا: آثار الدفع بالتجريد
87	الفقرة الثانية: الدفع بتجريد التأمين العيني قبل التنفيذ على أموال الكفيل
88	أولا: وجود مال مثقل بتأمين عيني يضمن الدين المكفول
92	ثانيا: شروط التمسك بتجريد التأمين العيني
92	1- أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين
92	2- أن يتمسك الكفيل به ولا يتنازل عنه
93	3- أن يكون الكفيل قد اعتمد في كفالته على وجود هذا التأمين العيني
94	الفرع الثاني: الدفع المستندة إلى تقصير الدائن وإلى الالتزامات الملقاة على عاتقه
94	الفقرة الأولى: الدفع التي ترجع إلى تقصير الدائن
94	أولا: مسؤولية الدائن عن عدم التنفيذ على أموال المدين بعد قبول الدفع بالتجريد
96	ثانيا: الدفع ببراءة ذمة الكفيل تجاه الدائن لعدم اتخاذ الإجراءات ضد المدين رغم إنذاره
101	ثالثا: إهمال الدائن في تقدمه في تفليسة المدين
103	رابعا: براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضعاه الدائن بخطئه من الضمانات
104	1- أساس الدفع ببراءة الذمة
106	2- صاحب الحق في التمسك بالدفع
106	3- شروط ثبوت الحق في التمسك بهذا الدفع
107	أ- خطأ الدائن في إضاعة التأمين الخاص
110	ب- تضرر الكفيل من إضاعة التأمين

111	ج- تمسك الكفيل به وعدم التنازل عنه
111	4- أثر إضاعة التأمينات
112	الفقرة الثانية: الدفع المستندة إلى الالتزامات الملقاة على عاتق الدائن
113	أولاً: الالتزام بتسليمه المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع على المدين
114	ثانياً: الالتزام بنقل التأمينات
115	المبحث الثاني: الحالة التي يُعمل فيها المخول بالإبطال حقه
116	المطلب الأول: إعادة المتعاقدين إلى الحالة السابقة للتعاقد
116	الفرع الأول: الاسترداد
117	الفقرة الأولى: مضمون الالتزام بالرد
120	الفقرة الثانية: أساس الالتزام بالرد
120	أولاً: دفع غير المستحق
122	ثانياً: الحيابة
125	الفرع الثاني: استحالة الاسترداد
126	الفقرة الأولى: الحالات التي يستحيل فيها رد المتعاقدين إلى الحالة السابقة للتعاقد
126	أولاً: العقود الزمنية
127	ثانياً: حماية ناقص الأهلية
127	ثالثاً: هلاك العين المقبوضة تنفيذاً للتصرف الذي تقرر إبطاله
127	رابعاً: الحالة التي تترتب فيها حقوق للغير على العين محل الالتزام
128	الفقرة الثانية: التعويض عن استحالة الرد
129	المطلب الثاني: مطالبة الدائن للملتزم بالوفاء
129	الفرع الأول: شروط مطالبة الملتزم بالوفاء
130	الفقرة الأولى: أن يكون الالتزام المكفول ناشئاً عن عقد قابل للإبطال لنقص الأهلية

131	الفقرة الثانية: أن تكون الكفالة قد أبرمت بسبب نقص الأهلية
131	الفرع الثاني: أساس مطالبة الدائن للملتزم بالوفاء
132	الفقرة الأولى: تحول الكفالة إلى تعهد ينشئ التزاما أصليا
133	الفقرة الثانية: اقتران الكفالة بتصرف آخر (التصرف المركب)
133	أولا: كفالة التزام المدين بسبب نقص أهليته هي كفالة وتعهده عن الغير
134	ثانيا: كفالة التزام المدين بسبب نقص أهليته هي كفالة والتزام على شرط
	واقف
135	الخاتمة
138	قائمة المراجع
146	الفهرس
	الملخص

الملخص

إذا أبرمت الكفالة ضمانا لدين قابل للإبطال بسبب نقص أهلية المدين فإنه إذا لم يف المدين الأصلي بدينه المكفول كان للدائن الرجوع على الكفيل، فطالما لم يتقرر إبطال الالتزام المكفول لنقص أهلية المدين فإن الكفيل يبقى ملتزما بالوفاء به ككفيل، ومقتضى الكفالة أن يلتزم بضمان تنفيذ التزام المدين والوفاء به إذا لم يف به المدين نفسه، ويترتب على ذلك أن للدائن الحق في مطالبته، والتنفيذ على أمواله اقتضاء لحقه، فتسري جميع أحكام الكفالة، ويكون للكفيل الذي كفل ناقص الأهلية جميع الدفوع التي للكفيل تجاه الدائن.

فإذا تمسك ناقص الأهلية أو من يمثله قانونا بحقه في الإبطال لنقص الأهلية، فنقرر إبطال التصرف الذي أبرمه، اعتبر معدوما فلا ينتج أية آثار قانونية، ويرتد انعدامه إلى وقت إبرامه، فيعاد كل شيء إلى أصله ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، ولما كان سبب كفالة الالتزام الذي تقرر إبطاله هو نقص أهلية المدين، فإنه واستثناء من الأصل الذي يقضي بأن الالتزام التبعية يتأثر بالالتزام الأصلي وجودا وعدما فإن التزام الكفيل يبقى قائما رغم

زوال الالتزام الأصلي بتقرير إبطاله، وبالتالي يكون للدائن الرجوع على من كان كفيلا قبل إبطال العقد.

وليس في بقاء التزام الكفيل خروج عن القواعد العامة كما يبدو للوهلة الأولى، لأنه بعد تقرير إبطال الالتزام المكفول يصبح التزام الكفيل التزاما أصليا قائما بذاته له مصدره المستقل ولا يستند في وجوده أو بقاءه إلى التزام آخر، غير أن أعمال حكم المادة 649 من القانون المدني لتمكين الدائن بمطالبة من كان كفيلا بصفته ملتزما أصليا متوقف على توفر شروط معينة تمتع مع تخلفها تلك المطالبة.

كلمات مفتاحية:

كفالة

التزام

مدين أصلي

نقص الأهلية

القابلية للإبطال

Résumé

Si un cautionnement est consenti pour garantir une obligation entachée de nullité pour cause d'incapacité du débiteur, au cas où celui-ci n'invoque pas le droit de faire annuler le contrat en raison de son incapacité, la caution est tenue de satisfaire à cette obligation si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. Donc, le créancier est en droit de poursuivre la caution en exécution sur ses biens.

Au cas où le contrat est annulé en raison de l'incapacité du débiteur, les parties se retrouvent dans la situation où elles étaient auparavant. Mais la caution ne sera pas libérée pour autant et elle reste tenue de l'exécution de l'obligation. Le créancier a le droit de la

poursuivre mais comme un débiteur principal et non comme caution si les conditions de l'article 649 du code civil sont réunies.

Mots clé

Cautionnement

Obligation

Débiteur principal

Incapacité

Entachée de nullité

Summary

If a warrant was given to guaranty an obligation which is able to be revoked because of incompetence of the debtor. When the latter has not claimed the nullification of the contract because of his incompetence, the guarantor is obliged to execute the obligation if it was not executed by the debtor. So the creditor has the right to prosecute him and execute on his goods.

When the debtor claims the nullification of the contract because of his incompetence, the contracting parties turn to the case before

concluding the contract. But the guarantor will not be discharge, he steels obliged to execute the obligation as a principle debtor not as guarantor if conditions of the article 649 of civil code are satisfied.

Key words

warrant

Obligation

Principle debtor

Incompetence

Able to revocation