التصحيح النموذجي للمراقبة الكتابية الثانية في مقياس العقود الخاصة 2 السنة الثالثة ليسانس قانون خاص
بتاريخ 11 ماي2025

الجواب عن السؤال الأول:

شروط الدفع بالتقسيم (10 ن)

1 - أن يتعدد الكفلاء: (2.5 ن)

فإذا كان للدين كفيل واحد ، لم ينقسم الدين بينه وبين المدين. بل يرجع الدائن أولا على المدين بكل الدين، فإذا لم يقتضي منه شيئاً رجع بكل الدين على الكفيل. وإذا تقاضى من المدين جزء من الدين رجع بالباقي على الكفيل . وإذا وجد كفيل عيني إلى جانب الكفيل الشخصي ، لم ينقسم الدين عليهما ، فإن الدين لا ينقسم إلا على الكفلاء الشخصيين. بل إنه إذا تقدم لضمان الدين كفالة عينية وكفالة شخصية في وقت واحد ، ولم يكن الكفيل الشخصي متضامناً مع المدين ، لم يجز التنفيذ على أموال الكفيل الشخصي إلا بعد التنفيذ على المال الذي رهنه الكفيل العيني ضماناً للدين ، وهنا فإن الدين لا ينقسم على الكفالة الشخصية والكفالة العينية ، بل يبدأ التنفيذ على الكفيل العيني، فإن لم يستوفي الدائن كل الدين استوفى الباقي من الكفيل الشخصي.

2 - أن يكفل الكفلاء المتعددون ديناً واحدا: (2.5 ن)

فإذا كفل كفيلا من كل منهما ديناً غير الذي كفله الآخر ، لم ينقسم أي الدينين عليهما ، بل يبقى كل منهما مسئولا عن كل الدين الذي كفله . وعلى ذلك لا ينقسم الدين على الكفيل وكفيل الكفيل ، ذلك لأن الكفيل قد كفل الدين الأصلي وكفل كفيل الكفيل دين الكفيل ، والدين الأصلي دين آخر غير دين الكفيل .

3 - أن يكفل الكفلاء المتعددون نفس المدين أو نفس المدينين: (2.5 ن)

فإذا كفل كفيلان كل منهما مديناً متضامناً بنفس الدين ، فقد كفلا ديناً واحداً ولكنهما لم يكفلا نفس المدين ، إذ كفل كل منهما مديناً غير المدين الذي كفله الآخر . وعلى ذلك لا ينقسم الدين بينهما ، بل يبقى كل منهما مسئولا عن الدين بكامله . ولكن إذا كفل كل من الكفيلين المدينين المتضامنين معاً ، فقد كفلا ديناً واحداً وكفلا نفس المدينين ، وعلى ذلك ينقسم الدين عليهما.

4 - أن لا يكون الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم: (2.5 ن)

ذلك لأن المدينين المتضامنين فيما بينهم يمكن الرجوع على أي منهم بكل الدين طبقاً لأحكام التضامن ، فلا ينقسم الدين عليهم . فإذا كان هناك كفيلان يكفلان ديناً واحداً ومديناً واحدا في عقد واحد ، وكان هذان الكفيلان متضامنين ، كان كل منهما مسئولا عن كل الدين . أما إذا كان الكفيلان غير متضامنين ، انقسم الدين عليهما ، وصار كل منهما مسئولا عن نصف الدين إذا لم يكن هناك اتفاق على نسبة أخرى. وإذا كان أحد الكفيلين متضامناً مع المدين ، ولكنه غير متضامن مع المدين الآخر ، لم يكن الكفيلان متضامنين فيما بينهما . ولكن الكفيل المتضامن مع المدين يكون مسئولا عن الدين كله كالمدين الأصلي الذي تضامن معه ، فلا يكون له حق التقسيم. وكذلك لا يكون له حق التجريد ، وإنما يثبت حق التقسيم وحق التجريد للكفيل الآخر الذي لم يتضامن مع المدين.

الحواب عن السؤال الثاني:

شروط الدفع بالتجريد.

1 - يشترط أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين. (2.5 ن)

جاء حسب نص المادة 665 ق م ج أنّه" لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد".فإذا كان الكفيل متضامناً مع المدين فليس له حق التجريد ، إذ أن قواعد التضامن تقتضي أن يرجع الدائن إذا شاء على الكفيل المتضامن أولا، ويكون التنازل عن الدفع بالتجريد صريحاً أو ضمنياً. وأكثر ما يكون النزول الصرح في يعقد الكفالة ذاته ، فيشترط الدائن على الكفل أن ينزل عن حق التجريد ، . أما النزول الضمني فيستخلص من الظروف ، وقد يستخلص من تعهد الكفيل بدفع الدين فوراً إذا لم يقم المدين بدفعه عند حلول أجله . ولكن أكثر ما يكون النزول الضمني بعد عقد الكفالة ، عند ما يشرع الدائن في التنفيذ على أموال المدين فيسكت الكفيل عن الدفع بالتجريد مما يفيد أنه نزل عن هذا الدفع ضمناً). وإذا ترك الكفيل الدائن ينفذ على أمواله لأنه لم يكن لدى المدين مال تتوافر فيه الشروط يدل عليه ، ثم جد هذا المال للمدين ، لم يعتبر سكوت الكفيل عن الدفع بالتجريد نزولا ضمنياً إذا هو بادر ودفع بالتجريد بمجرد أن جد المال للمدين

2 - يجب على الكفيل إرشاد الدائن إلى أموال المدين التي تفي بالدين كله و تكون موجودة في الجزائر وغير متنازع فيها. (2.5 ن)

يجب أن يقوم الكفيل على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله ، بشرط أن تكون هذه الأموال واقعة في داخل الجزائر ولبست أموالا متنازعاً فيها وظاهر أن هذا الشرط يتخلف إذا كان المدين قد أشهر إفلاسه أو إعساره ، أو صار في حالة إفلاس أو إعسار ظاهرة ، وعموما إذا كان عاجزا عن الوفاء بالدين كما لو ثبت في محضر انه لا يملك أموالا ظاهرة، وذلك لأن الكفيل في هذه الحالة لا يستطيع أن يرشد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله ، فيتخلف شرط أساسي من شروط الدفع بالتجريد

وأموال المدين التي يرشد الكفيل الدائن إليها يجب أن تفي بالدين كله ، فلا يكفي أن تفي بجزء منه. فأموال المدين إذا كانت لا تفي بكل الدين، كان ذلك من قبيل اجبار الدائن عند التنفيذ عليها إلى قبول الوفاء الجزئي وهذا غير جائز قانونا.

وظاهر أن أموال المدين ، إذا كانت خارج الوطن تكون بعيدة ويصعب التنفيذ عليها ، لذلك يجب أن يدل الكفيل على أموال للمدين تكون واقعة داخل البلاد ولا يشترط أن تكون واقعة في جهة معينة كما لا يجوز أن تكون الأموال التي يدل عليها الكفيل متنازعاً فيها ، فإن الأموال المتنازع فيها غير مأمونة العاقبة فقد يسفر فض النزاع ملكية غير المدين لها وهي على كل حال يصعب التنفيذ عيها إذ يقتضي النزاع فيها غالباً التقاضي وما يترتب عليه من طول الإجراءات وتعقيدها.

3 - يشترط أن يكون الكفيل شخصيا لا عينيا. (2.5 ن)

لأن الكفيل العيني راهن ولا يحق له التمسك بالتجريد إلا إذا كان قد اشترط ذلك صراحة وهذا ما نصت عليه المادة 901 ق م ج بقولها "إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين، فلايجوز التنفيذ على ماله إلا على ما رهنه من ماله، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين إلا إذا وجد مدين آخر غير مكفول في حالة تعدد المدينين."

4 - يشترط أن يتمسك الكفيل بهذا الحق. (2.5 ن)

يجب أن يتمسك الكفيل بحقه في التجريد ، فلا يحكم به القاضي من تلقاء نفسه، ولما كان ادفع بالتجريد يتعلق بالتنفيذ لا بالمطالبة القضائية فيترتب على ذلك أن الدفع لا يكون مقبولا من الكفيل إلا عند ما يشرع الدائن في التنفيذ على أمواله بموجب سند قابل للتنفيذ عنده ويظهر أن الكفيل يستطيع إبداء الدفع بالتجريد عن طريق إشكال في التنفيذ، وعلى ذلك إذا لم يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد في أثناء نظر دعوى مطالبة الدائن إياه بالدين ، لم يعتبر ذلك منه نزولا ضمنياً عن هذا الدفع لأن الدفع يتعلق بالتنفيذ لا بالمطالبة . ويبقى حق الدفع بالتجريد للكفيل بعد ذلك ، وخاصة إذا جد للمدين مال يصلح للتنفيذ عليه فيما بعد ، فسكوت الكفيل عن الدفع بالتجريد قبل أن يجد للمدين هذا المال لا يعتبر نزولا ضمنياً عن الدفع . فيكون للكفيل أن يدفع بالتجريد ابتداء من شروع الدائن في التنفيذ على ماله إلى أن يتم هذا التنفيذ ، ما لم ينزل الكفيل عن الدفع صراحة أو ضمناً . ويمكن استخلاص النزول الضمني عن الدفع من عدم تمسك الكفيل به حتى يقطع الدائن في التنفيذ مرحلة كبيرة ، وعلى كل فالتنازل الضمني عن هذا الدفع مسألة موضوعية تقدرها محكمة الموضوع.