

/2025

2026

التأمينات الشخصية

د. ايمان بغدادي

جامعة ميله، كلية الحقوق



ظهور التأمينات الشخصية قبل ظهور التأمينات العينية:

بدأت التأمينات الشخصية، كالتضامن والكفالة، في الظهور في المجتمعات البدائية قبل ظهور التأمينات العينية، وكان لذلك سببان:

(السبب الأول) أن التأمينات العينية تفترض حضارة أكثر تقدماً، إذ كان يسبقها تنظيم حق الملكية، ثم تفرغ الحقوق العينية الأخرى عن هذا الحق، ثم التمييز بين الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية إذ لم تكن التأمينات العينية إلا حقوقاً عينية تبعية، وهذا كله يفترض تقدماً في الحضارة، وتنوعاً في الحقوق، ولذلك تأخرت التأمينات العينية في الظهور عن التأمينات الشخصية، إذ أن هذه التأمينات الأخيرة لم تكن تفترض إلا أن تضم ذمة إلى ذمة أخرى على قدم المساواة أو على التعاقب، وكانت التأمينات الشخصية في روما هي الأولى في الظهور فعلاً، ولم تظهر التأمينات العينية وبخاصة حق الرهن إلا في وقت متأخر تحت تأثير القانون اليوناني.

(والسبب الثاني) أن التأمينات كان ظهورها بادئ ذي بدء أمراً طبيعياً، إذ كان المدينون في أول الأمر من الطبقة الفقيرة لا تملك ما تقدمه تأميناً عينياً، فقد كانت التأمينات العينية تقوم في أساسها على العقار وكان العقار هو ملك الأسرة جميعاً إذ كان يمثل الثروة الحقيقية، ويمثل الأسرة رئيسها فهو وحده الذي يحوز العقار ولا يملكه، أما بقية أفراد الأسرة فكانوا يلجأون إلى التأمينات الشخصية، ويساعدهم على ذلك قيام روابط الأسرة والتضامن فيما بين أفرادها، فكان الفرد لا يكفل من أفراد قبيلته، ثم من أفراد أسرته أي من يتضامن معه ويكفل الدين عنه، فكان النظام الاجتماعي للقبيلة ثم للأسرة يهيئ السبيل إلى التأمينات الشخصية من تضامن وكفالة.

ولما ظهرت التأمينات العينية، بعد أن تطور القانون على النحو السالف الذكر، كان ظهورها سببه تفوقها على التأمينات الشخصية، فالتأمينات الشخصية هي ضم ذمة إلى ذمة أخرى، وقد يكون كل من الذمتين معسراً فلا تكون هذه التأمينات ضماناً كافياً لحق الدائن، يخصص لوفاء حق الدائن، ويثبت للدائن عليه حق التقدم وحق التتبع، فإذا كان هذا المال كافياً للوفاء بحق الدائن وفي أكثر الأحوال يكون وافياً لأن الدائن لا يقبله عادة إلا لأنه يفي بحقه، أصبح الدائن في مأمن من إعسار المدين بماله من حق التقدم وفي مأمن من غشه إذا تصرف في هذا المال بما للدائن من حق التتبع، فيكون الدائن بفضل ماله من تأمين عينه، أكثر أمناً على حقه مما لو كان له مجرد تأمين شخصي، بل يكون عادة في أمن تام، واثقاً كل الوثوق من الحصول على حقه في ميعاد استحقاقه.

وكذلك اختفت بعض أسباب ظهور التأمينات الشخصية، فضعف التضامن العائلي وهو التضامن الذي كان سبباً في ظهور المسؤولية التضامنية والكفالة، ولم تعد الأقارب يضمن بعضها بعضاً فيما عدا الزوج والزوجة، وباختفاء عهد الإقطاع، اختفت العلاقة فيما بين التابع والمتبوع، فلم يعد المتبوع يكفل التابع ولم يكد المدين يجد كفيلاً له إلا لقاء أجر، وأغلب ما يكون ذلك لدى المصارف.

تعريف التأمينات الشخصية ومثالها الكفالة

وهي التي تعطي الدائن حقاً شخصياً، ويكون من شأنها ضم ذمة إلى ذمة المدين عند المطالبة بالدين، فإذا أعسرت إحداهما يكون له في يسار الأخرى ما يضمن له الوفاء بدينه، وإن هذا النوع من التأمينات لا يعطي الدائن ضماناً أكيداً بالوفاء بدينه، إنما يجعل الفرصة أمامه أكبر، والمخاطر التي يتعرض لها أقل.

بمعنى: التأمينات الشخصية (Personal Sureties/Guarantees) هي ضمانات يقدمها شخص (الكفيل) للدائن لضمان حق استيفاء دينه، وتتمثل بشكل رئيسي في الكفالة (عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام)، تهدف لحماية الدائن من إعسار المدين، وتعد من الحقوق التبعية، مثل التضامن والكفالة وتختلف عن التأمينات العينية.

• إذن الكفالة هي: عقد يلتزم بمقتضاه شخص بوفاء التزام المدين إذا لم يف به الأخير، وتجوز كفالة المدين دون علمه.

تقوم التأمينات الشخصية على فكرة تعدد المسؤولين عن تنفيذ الالتزام، فيشترك مدين آخر مع المدين الأصلي في المسؤولية عن الوفاء بالدين، وبذلك يستطيع الدائن الرجوع عليه، وأهم صورها هي الكفالة . نقصد بالكفالة ضم ذمة أخرى إلى ذمة المدين، وبذلك يستطيع الدائن الرجوع على هذا الكفيل بالإضافة إلى الضمان العام الذي له على أموال مدينه، وللکفالة صورتان : كفالة شخصية وكفالة عينية، والكفالة الشخصية هي موضوع دراستنا، وقد قسم القانون المدني نصوص عقد الكفالة إلى قسمين: (أركان الكفالة في المواد 644- 653) - (أثار الكفالة 654- 673).

إن علاقة المديونية التي تربط الدائن بالمدين تكتسي أهمية كبيرة لتعلقها بحقوق مالية، إذ أن الدائن يكون مهدد بخطر عدم تمكنه من الحصول على الحق الذي له قبل مدينه، وذلك متى لم يف المدين بما عليه من دين اختياريًا، ولهذا الغرض بالذات أوجد القانون نوعين من الوسائل لضمان حق الدائن من الضياع، الأول، يسمى بالضمان العام ومؤداه أن جميع أموال المدين (أي ذمته المالية) ضامنة للوفاء بديونه وهو

المبدأ المقرر بالمادة 188 من التقنين المدني الجزائري، إلا أنه لا يكفي لتأمين حق الدائن لسببين أحدهما يعود لعموميته باعتبار أنه يشمل أموال المدين دون تخصيص شيء منها للوفاء بحق الدائن، الشيء الذي يجعل للمدين الحق في التصرف في هذا المال مما يؤدي حتما إلى إنقاص هذا الضمان، والثاني أنه مشترك بين كل الدائنين مما يجعلهم متساوين فيه، فيقتسمون أموال المدين قسمة غرما بنسبة قيمة حق كل منهم، ويزاحم بعضهم بعض في ذلك، فإن لم تكف أمواله للوفاء بجميع حقوق الدائنين، ضاع على كل منهم جزء من حقه.

هذا ولقد أحاط المشرع الجزائري هذا الضمان بوسائل للمحافظة عليه، ومن ذلك ما جاءت به المادتين 189 و 190 من قانون المدني الجزائري من إمكان الدائن إتباع الدعوى غير المباشرة أو دعوى عدم نفاذ التصرف، أو ما اصطلح عليه بالدعوى البوليصية طبقا للمادة 191 من قانون المدني الجزائري وما بعدها، هذا وللدائن أيضا العمل على كشف مساعي المدين لإبعاد أمواله عن الضمان العام، وذلك بانتهاجه الدعوى الصورية المادة 198 من قانون المدني الجزائري، ورغم كل هذه الوسائل إلا أنها لا تقضي على المخاطر التي قد يتعرض لها الدائن من عدم حصوله على حقه لهذا السبب أوجد المشرع وسائل أخرى من شأنها توفير قدر أكبر من الثقة للدائن، وهذه الوسائل هي ما اصطلح تسميتها بالتأمينات الخاصة، والتي تتجسد في نوعين ألا وهما:

-تأمينات شخصية، وتأمينات عينية، فأما الأولى فتقوم على تعدد المسؤولين عن تنفيذ الالتزام، فيتحقق ضمان الدائن فيها من ضم ذمة أخرى إلى ذمة المدين، بحيث لو أعسر المدين تكون الذمة الأخرى مسؤولة عن الوفاء بنفس الدين، ومن ثمة تتزايد فرص حصول الدائن على حقه، والكفالة في هذا المجال هي من أهم صورها و أوضحها، وهناك صور أخرى يتعدد فيها المسؤولون عن إلتزام واحد، ولقد تضمن القانون هذه الصور وهي التضامن بين المدين المادة 217 وما بعدها، إذ للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين، فيختار من هو أكثرهم يسارا و يقضي دينه كاملا أو يعود على أي مدين بما تبقى له من حقه إذا لم يستوفه من المدين الأول.

وكذا عدم قابلية الإلتزام للانقسام بين المدينين به (237 م) وكذا الإنابة في الوفاء مع بقاء المدين الأصلي مسؤولا قبل الدائن مع المدين الجديد المناب، (294 ق.م).

-أما التأمينات العينية فهي تقوم على تخصيص مال معين من أموال المدين لضمان الوفاء بالالتزام، وهي تحقق للدائن حماية من خطر تصرف مدينه في هذا المال لأنه يخول للدائن حق تتبع هذا المال و

التنفيذ عليه في أي يد ينتقل إليها، ويقيه أيضا خطر مزاحمة بقية الدائنين له إذ يمنحه حق التقدم عليهم جميعا، والتأمينات العينية التي تضمها التقنين المدني هي الرهن الرسمي (882 من قانون المدني الجزائري) و للرهن الحيازي (948 ق.م.ج) وحق التخصيص (937 ق.م.ج) وحق الامتياز (882، 1001).

-ولعل أهم صور التأمينات الخاصة السالف ذكرها هي عقد الكفالة، موضوع درسنا هذا، ولهذا نشير إلى أن المشرع الجزائري أفرد لها في التقنين المدني جزءا هاما إذ تناولها بالتنظيم، في الباب الحادي عشر المعنون بالكفالة من الكتاب الثاني للالتزامات والعقود مخصصا لها 20 مادة إمتدت من 644 إلى 673.

تعريف عقد الكفالة

الكفالة هي عقد بمقتضاه يلتزم الكفيل الوفاء بدين للدائن في ذمة المدين اذا لم يوفي به هذا الأخير اذن هي عقد ضمان شخصي لان التزام المدين بضمان الكفيل حق الدائن يترتب في ذمة الكفيل شخصيا.

-عقد رضائي أي ينعقد بمجرد التراضي بين الكفيل والدائن.

-عقد ملزم لجانب واحد: وهي ملزمة لكفيل دون ان يكون له مقابل.

-عقد تبرعي وذلك من خلال ان الكفيل يتبرع بماله للدائن وعقد معاوضة بالنسبة للدائن لان حصل على الكفالة مقابل حالة المقدم للمدين.

-عقد تبعي: وذلك ان التزام الكفيل تابع لالتزام المدين ويترتب عن التبعية مايلي:

- الا يكون المال المكفول اكثر من المال الاصلي او اشد عبئا.
- تطابق شروط عقد الكفالة مع الالتزام الاصلي.
- للكفيل ان يتمسك بدفوع المدين الاصلي .

الشروط الواجب توافرها في الكفيل

بالرجوع الى نص المادة 646 نجدها حددت الشروط :

- أ - يسار الكفيل: أي ان يكون قادر على الوفاء بالدين الذي كفله . ويقع عبئ اثبات يسار الكفيل على المدين والمال المتنازع وحوله أمر الكفالة به متروك للسلطة التقديرية للقاضي الموضوع .
- ب -ان يكون مقيما في الجزائر: -وذلك حتى يسهل مقاضاته عند الاقتضاء ولي الضرورة ان يكون مقيما في جزائريا بل يشترط الإقامة في الجزائر .
- ج -ان يقدم عوضا على الكفيل أمينا عينيا كافيا ويكون ذلك بتقديم رهنا رسميا او حيازيا.

د- الأهلية: وهنا يشترط فيه أهلية الشخص المتبرع لأن عقد الكفالة عقد من عقود التبرع .
كفيل الكفيل: وهو ان يتقدم شخص لكفالة الكفيل ويسمى المصدق وتقع نفس الشروط الكفيل على كفيل الكفيل.

أركان عقد الكفالة:

1-/التراضي :

حتى ينعقد عقد الكفالة يكفي ان تتطابق إرادتي الدائن والكفيل غير المشوبتين بعيب من عيوب الإرادة وهنا لا يهمل المدين لأنه ليس طرفا في عقد الكفالة فهي تتعقد دون علمه او دون موافقته .

أ -/طرفي العقد : الكفيل والدائن

ب -/التعبير عن الإرادة : الكفيل تعبيره صريحا لا يدع مجالا للشك اما الدائن فيشترط فيه سن التمييز

ج -/عيوب الإرادة : العيوب التي مثل الإكراه والتدليس والغبن والاستغلال.

2-/محل الكفالة :

هو ضمان الكفيل بالوفاء بالدين المكفول تجاه الدائن.

أ -/الالتزام الاصيلي المكفول في ذاته

أي مال يكون محلا للكفالة أيا كان مصدره سواء العقد او الفعل غير المشروع
كفالة التعويض.

• كفالة الالتزام الصحيح : أي الكفالة لا تكون صحيحة الا اذا كان الالتزام الاصيلي صحيحا .

• كفالة الالتزام الباطل: تجر بطلان الكفالة .

• كفالة الالتزام القابل للإبطال: وهنا نتكلم عن ناقص الأهلية المادة 649 ق م ج وفيها ثلاث صور :

الأولى : الكفيل يجلب نقص الأهلية فله ان يطلب إبطال العقد .

الثانية : الكفيل يعلم بنقص الأهلية وكفله من اجل نقص الأهلية فهنا لا يطلب بإبطال التصرف

• كفالة الالتزام المستقبلي : يحدد حده الأقصى .

ب-/الالتزام الاصيلي هو الذي يحدد مدى التزام الكفيل

ينجر عنه تبعية التزام المكفول للالتزام الاصيلي . وله ثلاث صور هي :

• الأولى : لا يجب ان يكون التزام المكفول اشد عبئا من الالتزام الاصيلي .

• شمول الكفالة لملاحظات الالتزام المكفول .

• كفالة الدين التجاري يعد عملا مدنيا ما عدا :

-كفالة الأوراق التجارية .

-الكفالة ناشئة عن تظهير الوراق التجارية

- ويمكن إضافة جملة من الشروط للمحل وهي شروط في غيره من العقود .
- ان يكون المحل المراد كفالته موجودا او قابلا للوجود .
- ان يكون المحل المراد كفالته معينا او قابلا للتعيين .
- ان يكون المحل مشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

3-/-سبب الكفالة

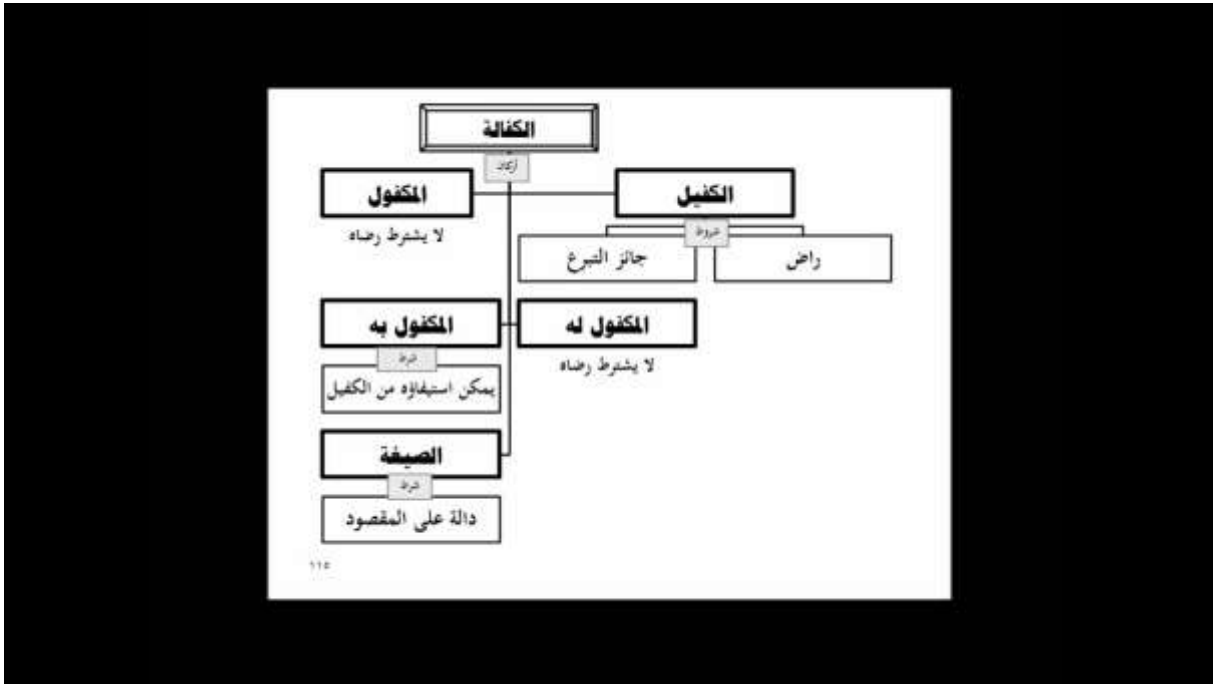
يجب ان يكون الباعث على التعاقد صحيحا.

4-/-الأهلية

- أهلية الكفيل: كاملة غير مشوبة بعيب من عيوب الإرادة وان تتوفر فيه أهلية التبرع
- أهلية الدائن: تتوفر فيه أهلية الصبي المميز لأن الكفالة تعد بالنسبة إليه عملا من الأعمال النافعة نفعا محضا.

5-/- الكتابة

ليست شرطا ولا ركنا بل فقط من اجل الإثبات .



آثار الكفالة

علاقة الكفيل بالدائن

متى يطالب الكفيل الدائن ؟

عند حلول الأجل وعدم إمكانية وفاء المدين وقد يكون اجل الكفالة ليس هو اجل الدين، يجب ان يكون للدائن سند تنفيذي ضد الكفيل حتى ينفذ على أمواله او حكم قابل للتنفيذ.

في حالة تعدد الكفلاء لدين واحد بعقد واحد وكانوا غير متضامين فيما بينهم يقسم الدين عليهم اما اذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية فإن لكل واحد قسم من الدين الا اذا احتفظوا بحق التقسيم .

الدفع التي يدافع بها الكفيل -رجوع الدائن عليه -

وهنا يجب على الدائن ان يرجع على المدين أولاً ثم على الكفيل، الا انه اذا رجع عليهما معا في وقت واحد لا يحق للكفيل الدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً ويمكن استخلاص الشروط التالية:

• لا يجوز للدائن ان يرجع على الكفيل الا بعد رجوعه على المدين أولاً .

• لا يجوز ان ينعقد على الكفيل الا بعد تجريد المدين من أمواله.

• يجب على الكفيل في الحالتين ان يتمسك بهذا الحق .

شروط هذا الدفع :

• ان لا ينزل الكفيل في حقه بالرجوع على المدين.

• ان يكون رجوع الدائن على المدين ذو فائدة ويقع عبء اثبات إعسار المدين على الدائن

• تمسك الكفيل بالدفع التي يحتج بها المدين :أي انه كان التزام المدين باطلا او قابلا للإبطال يكون

كذلك التزام الكفيل باطل او قابل للإبطال ويتمسك بالدفع باسمه لا بإسم المدين

• الدفع بالتجريد : لا يجوز للدائن ان ينفذ على أموال الكفيل الا بعد تجريد ه للمدين من أمواله ويجب

على الكفيل في هذه الحالة ان يتمسك بهذا الحق والدفع بالتجريد معنا وجوب رجوع الدائن على المدين

أولاً . شروط الدفع بالتجريد

• عدم النزول الكفيل مسبقا على هذا الحق .

• الدفع بالتجريد ليس من النظام العام ولا يحكم به تلقائياً .

• ان يقوم الكفيل وعلى نفقته بإرشاد الدائن على أموال المدين

ما يلتزم به الدائن عند استيفائه الدين من الكفيل :

-ان يسلم الدائن للكفيل المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع ومن أهمها مستندات الدين المكفول

-يجب على الدائن القيام بجميع الإجراءات اللازمة لنقل حق الاختصاص او نقل حق امتياز كان

ضامنا للدين .

علاقة الكفيل بالمدين :

لقد خول القانون للكفيل الحق في الرجوع على المدين في حالة إيفائه بالدين للدائن .

-/الدعوى القضائية :

-/الدعوى الشخصية :

للكفيل الذي وفي الدين ان يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلم المدين او سواء بغير

علمه ويرجع بأصل الدين بالفوائد والمصروفات على انه في المصروفات لا يرجع الا بالذي دفعه من

وقت إخباره المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده ويكون للكفيل الحق في القواعد القانونية عن كل ما دفعه ابتداء من يوم الدفع .

• شروط الدعوى الشخصية

أ/- ان يكون الكفيل قد وفى الدين : أكان هذا الوفاء نقدا او ما يقوم مقامه او الوفاء بمقابل او بالتجديد او الإنابة ولا يشترط ان يكون الوفاء على المدين ولو لم يستوفى الدائن بقية حقه.

ب -/ان يتم الوفاء عند حلول الأجل : اذا استتب الكفيل وفى بالدين قبل حلول الأجل فإنه لا يمكنه الرجوع على المدين الا بعد انقضاء اجل الدين حتى وإن استوفى الدائن كامل دينه.

ج -/ان يقوم الكفيل بإخطار المدين قبل الوفاء : وهنا يمكن القول انه :

• يجب على الكفيل ان يخطر المدين قبل ان يقوم بوفائه الدين وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين .

• اذا لم يعارض ذلك الوفاء وكان للكفيل الحق في الرجوع على المدين بعد الوفاء بالدين او جزء منه.

ويقوم الكفيل بالوفاء سواء طالبه الدائن بذلك مطالبة قضائية او كان ذلك من تلقاء نفسه .

وهنا لا بد من التطرق الى :

الحالة 01 -/اذا قام الكفيل بإخطار المدين بغرضه وعزمه على الوفاء فإن المدين يتمكن بذلك من الاعتراض على الوفاء وان كان له محل ويجب ان يتم الإخطار في وقت مناسب ، فإنه اذا لم يعارض المدين وفى الكفيل فإنه يحق له ممارسة دعوى الرجوع اما اذا عارض المدين وتم إخطار الكفيل فإنه على الكفيل ممارسة دعوى استرداد ضد الدائن .

الحالة 02 -/اذا لم يقم الكفيل بإخطار المدين قبل الوفاء بالدين يكون مقصرا وتبرأ ذمه المدين بما أصابه من ضرر نتيجة هذا التقصير وفيها حالات:

• وفى المدين بالدين كله يسقط حق الكفيل في الرجوع

• وفى المدين بجزء من الدين فإن ذمة المدين تبرأ من ذلك الجزء عند الرجوع

• اذا لم يثبت الدين في ذمة المدين فإنه لات يحق للكفيل الرجوع على المدين حتى ولو وفى هذا الأخير بالدين.

موضوع الدعوى الشخصية :

أ/- أصل الدين: المبلغ الذي دفعه الكفيل للدائن لإبراء ذمته وكذلك الفوائد التي استحققت عن هذا الدين حتى يوم الوفاء سواء كانت فوائد قانونية او اتفاقية

ب/- الفوائد : يكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع.

ج/- المصروفات : التي أنفقها الدائن في مطالبة الكفيل وكذلك المصروفات التي أنفقها الأخير في مطالبة المدين

د/- التعويض : ان الكفيل لا يرجع على بالتعويض الا عن الضرر الذي يصيبه نتيجة سوء نية المدين

دعوى الحلول :

للكفيل الحق في دعوى الحلول سواء أكانت الكفالة عقدت لمصلحة المدين او عقدت لمصلحة الدائن سواء اعلم المدين أم لم يعلمه او رغم معارضته.

شروط دعوى الحلول :

-/ان يقوم الكفيل بالوفاء بالدين عن المدين سواء كان هذا الوفاء نقدا او ما يقوم مقامه كالمقاصة او الوفاء بالمقابل او التجديد او الإنابة ولا يشترط ان يكون الوفاء بكامل الدين فإذا وفى بجزء من كان له الحق في الرجوع على ذلك الجزء شريطة ان يستوفي الدائن كامل دينه سواء من المدين او كفيل آخر او من الغير .

-/ان يتم الوفاء عند حلول الأجل وينطبق على شرط الدعوى الشخصية.

موضوع دعوى الحلول :

المادة 671 ق م ج اذا وفى الكفيل الدين له ان يحل محل الدائن إذ للكفيل ان يرجع بالحق الذي حل فيه ونلخص الحلول في :

حلول الكفيل في حق الدائن ويكون له خصائص مثل التقادم أي المدة تبقى سارية ولا تبدأ من جديد، ويحل محله أيضا في التوابع، ويحل في ما للمدين من حقوق كالرهونالخ، ويحل محله في حقه وما يرد عليه من دفع.

لا يرجع الكفيل في دعوى الحلول بما أنفقه والمصروفات في سبيل الوفاء بالدين ومصروفات الإرشاد ومصروفات مطالبة الدائن للمدين او مصروفات مطالبة الدائن للكفيل ولا بالتعويض عن الإضرار التي تصيبه جراء تنفيذه لالتزامه .

رجوع الكفيل في حالة تعدد المدينين:

تعدد المدينين غير المتضامين: اذا تعدد المدينون وكانوا غير متضامين وكفلهم كفيل كان له ان يرجع على كل منهم بقدر نصيبه في الدين.

تعدد المدينين المتضامين: المادة 673 ق م ج في دين واحد وكانوا متضامين فالكفيل الذي كفلهم جميعا له ان يرجع على أي منهم بجميع ما واه من الدين .

أنواع الكفالة في القانون الجزائري

- يمكن إجراء أكثر من تقسيم للكفالة بحسب الزاوية المنظور إليها منها
- من حيث المصدر: تكون الكفالة إما إتفاقية قانونية أو قضائية.
- ومن حيث الطبيعة: هناك الكفالة المدنية والكفالة التجارية.
- ومن حيث المحل: تكون كفالة شخصية (بسيطة أو تضامنية)، أو عينية، أو كفالة بدن.

1/ أنواع الكفالة بحسب مصدرها:

أ- الكفالة الإتفاقية:

هي التي تنشأ نتيجة إتفاق المدين مع الدائن على إلترام الأول بتقديم كفيل للثاني يضمن دينه، و يكون هذا الإتفاق هو مصدر إلترام المدين بتقديم الكفالة، سواء تم الإتفاق قبل نشوء الدين في ذمة المدين أو بعد ذلك.

ويعد من قبيل الكفالة الإتفاقية سعى المدين من تلقاء نفسه إلى الحصول، على كفيل يضمنه و يقدمه من تلقاء نفسه، دون أن يكون ملتزما بذلك، للدائن حتى يحصل منه على إئتمان جديد أو أن يجدد الإئتمان السابق، و يمكن أن تنشأ الكفالة كذلك في حالة تقدم الكفيل من تلقاء نفسه لضمان المدين و إلترامه بذلك في مواجهة الدائن، حتى ولو لم يعلم بها هذا الإخير أو حتى رغم معارضة، حيث يكون مصدر إلترام الكفيل هذا هو الإرادة المنفردة، وهي مصدر إرادي يقيد به، وتعتبر هاتين الحالتين من قبل الكفالة الإتفاقية.

ب/ الكفالة القانونية:

تكون الكفالة قانونية في الأحوال التي يوجب القانون فيها على المدين تقديم كفيل للدائن، ومثال ذلك نص المادة 851 من القانون المدني الجزائري والتي تلزم المنتفع بمنقول أن يقدم لمالك الرقبة كفالة ضمان للوفاء بالتزامه برّد المنقول أو بدله "وأیضا نص المادة 2/388 من القانون المدني الجزائري والتي تخول للبائع بأن يقدم كفیلا " إذا أراد إستیفاء الثمن رغم التعرض للمشتري و رغم حق المشتري في الحبس. وأیضا ما نصت علیه المادة 2/211 ق.م.ج والتي تنص على أن أجل الدين يسقط متى إنقضى بفعل المدين وإلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ولو كان هذا التأمين قد أعطى، بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، ما لم يفضل الدائن، أن يطالب بتكملة الثمن.

وكذا نص المادة 212 التي نصت على أنه للدائن، وقبل إنقضاء الأجل، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه، ولو بوجه خاص أن يطالب بتأمين إن خشي إفلاس المدين.

ج/ الكفالة القضائية:

تكون الكفالة قضائية في الحالات التي يكون مصدر إلتزام المدين فيها بتقديم كفيل حكم القاضي، مثل ما جاءت به المادة 717-2 مدني، إذ تنص أنه إذا وافقت المحكمة على قرار الشركاء الذين يملكون على الأقل ¼ من المال الشائع بإجراء تغييرات أساسية فيه فإن لها أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق له من تعويضات، وكذا نص المادة 2/40 إ.ج/م التي تقضي بأنه يجوز للقاضي، أن يأمر بكفالة في حالة الإستعجال بالتنفيذ.

هذا وأن إعتبار الكفالة إتفاقية أو قانونية أو قضائية، له أهمية من الناحية العملية ذلك أن القانون يجعل للكفالة القانونية والقضائية أحكام خاصة، لا يؤخذ بها في الكفالة الإتفاقية، فنصت المادة 667 مدني، على أنه يكون الكفلاء في الكفالة القضائية دائما متضامين، في حين أنه إذا تعدد الكفلاء في الكفالة الإتفاقية، يكونون غير متضامين إلا إذا تم الإتفاق على ذلك في عقد الكفالة، لذا يكون إلتزام الكفيل في الكفالة القانونية والقضائية أشد منه في الكفالة الإتفاقية إذ يكون متضامن مع الغير من الكفلاء بقوة القانون دون أن ينص على ذلك عقد الكفالة.

2/ أنواع الكفالة بحسب طبيعتها:

تنقسم الكفالة بحسب طبيعة العقد المبرم بين الكفيل والمكفول له إلى كفالة مدنية و كفالة تجارية، و يترتب على التمييز بين نوعي الكفالة نفس نتائج التمييز بين الأعمال التجارية و الأعمال المدنية من حيث أحكام الإثبات والفائدة القانونية والاختصاص القضائي والأهلية الواجب توفرها في الكفيل.

هناك عدم توضيح للمادة 2/388 فإن اللفظ الصحيح يكون: " فإن تعرض أحد للمشتري مستندا إلى حق سابق و آل من البائع أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري جاز له إن لم يمنعه شرط في العقد أن يمسك الثمن إلى أن ينقطع التعرض أو يزول الخطر وله أن يملك الثمن على أن يقدم كفيل أو ضمان للمشتري.

أ/ الكفالة المدنية:

القاعدة أن الكفالة عقد مدني لأنه من عقود التبرع، والتجارة تقوم على الربح والمضاربة ولا تتفق مع صفة التبرع، فالكفيل متبرع ولا يحصل على مقابل، وهو ما أكدته المادة 651 من ق.م، و يترتب على ذلك أن الكفالة تعتبر مدنية ولو كان الكفيل يضمن دين تجاري أو وليد علاقة تجارية بين المدين والدائن، ولو كان الكفيل لديه الأهلية التجارية، ويقوم بممارسة نشاط تجاري، طالما أن الكفالة تمت على سبيل التبرع.

ب/ الكفالة التجارية:

إستثنت المادة 2/651 حالتين، إعتبرت فيهما أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمان إحتياطي وأن أي تطهير لها يجعلها عمل تجاري.

فالضمان الإحتياطي يقصد به ضمان الإلتزام الناشئ من الورقة التجارية و يتم ذلك بكتابته على الورقة التجارية ذاتها أو كتابته على الورقة المتصلة بها أو في ورقة مستقلة وهو ما أكدته المادة 409 من ق.ت أما بالنسبة للتطهير، فعلى الرغم من إعتبار المشرع تطهيرها بمثابة كفالة تجارية، إلا أن البعض الآخر ذهب لاعتبارها صورة من صور الرهن الحيازي للورقة التجارية.

3/ أنواع الكفالة بحسب محلها:

أ/ الكفالة الشخصية:

هي الكفالة العادية التي يلتزم فيها الكفيل بضمان الوفاء بالدين إذا لم يف به المدين، فيستطيع الدائن أن يستوفي حقه من أموال المدين ومن أموال الكفيل إذ لم تكفي أموال الأول، و ترد الكفالة على الضمان العام للكفيل أي على كل أمواله دون تخصيص.

ب/ الكفالة العينية:

وهي تأمين عيني حيث يقدم الكفيل مالا (عقار أو منقول) مملوكا لضمان الوفاء بالالتزام في ذمة شخص آخر وسمي الكفيل هنا بالكفيل العيني حيث يقوم برهن عقار أو منقول يملكه لضمان الوفاء بالالتزام المدين وهو لا يضمن هذا الوفاء إلا في حدود المال الذي قدمه تأميناً له فالضمان لا يرد على كل ذمته المالية. ومنه الكفيل العيني لا يكون مسؤول شخصيا عن الدين بل يضمن الدين في حدود المال الذي قدمه رهنا و منه الكفالة العينة تدرج تحت التأمينات العينية ضمن عقد الرهن.

يترتب على التمييز بين النوعين النتائج التالية:

*أن ضمان الكفيل العيني ينحصر في حدود العين المرهونة لتأمين هذا الوفاء أما الكفيل الشخصي فيضمن الوفاء بالدين في كل أمواله (كل العناصر الإيجابية لذمته المالية).

*الكفالة العينية تجعل الدائن في مركز خاص وممتاز بحيث تجنبه خطر إفسار المدين و الكفيل بحيث يكون له إلى جانب الضمان العام للمدين سلطة تنصب على الشيء المقدم من الكفيل رهنا رسميا أو حيا زيا وهي السلطة التي تخوله حق التتبع والأولوية في استثناء الثمن بعد بيعه.