ثانيا: أركان عقد الكفالة.

1-التراضي

باعتبارها عقدا ،فإن قوام الكفالة هو التراضي بين الدائن و الكفيل : فيكون التعبير عن الرضا إما تعبيرا صريحا أو تعبيرا ضمنيا . لكن بما أن الكفالة تصرف ضار ضررا محضا بالنسبة للكفيل فينبغي أن يكون رضاه صريحا.أما المدين فليس طرفا في العقد و لايشترط رضاه بل تنعقد الكفالة صحيحة دون علمه و دون رضاه: المادة 647 قا.م.ج.

حتى يكون رضا الكفيل صحيحا ينبغي أن يكون متمتعا بأهلية التصرف، أي بالغا من العمر 19 سنة كاملة وغير محجور عليه وإلا وقعت الكفالة باطلة. فإن كان وكيلا في وكالة خاصة للكفالة ، اشترطت أهلية التبرع في الموكل. أما بالنسبة للدائن فصفة التبرع و الاستفادة من الكفالة دون عوض تجعل أهلية التمييز كافية لإبرامه العقد.

كما يشترط أن تكون إرادة المتعاقدان خالية من أي عيب من عيوب الإرادة مثل الغلط أو التدليس أو الاستغلال.فإن وقع الكفيل في غلط في شخص المدين أو صفاته أو في الإلتزام المكفول، كان للكفيل المطالبة بإبطال عقد الكفالة.

وإن كان عقد الكفالة ينعقد رضائيا ، إلا أن المادة 645 من القانون المدني نصت على أن لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة. فالكتابة إلزامية لإثبات الكفالة المبرمة بين الدائن و الكفيل .فإن كانت الكتابة عرفية، يجب أن تكون موقعة من أطراف العقد وأن يكون لها تاريخ ثابت حتى يمكن الاحتجاج بها.

2-المحل:

محل التزام الكفيل هو ضمان تنفيذ الالتزام الأصلي والوفاء به إذا لم يف به المدين . وهو التزام يمكن كفالته أيا كان مصدره وأيا كان محلّه . بالتالي فإن محل التزام الكفيل هو الالتزام الأصلي ، لذلك من شروط الالتزام المكفول أن يكون موجودا وصحيحا وأن يكون معيّنا أو قابلا للتعيين .

2-1: وجود التزام المكفول:ولكن هذا لا يمنع أن يكون الالتزام الأصلي مستقبليا أو شرطيا.

أ- كفالة الالتزام المستقبلي:

طبقا لنص المادة 650 من القانون المدني ،تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول أو الحد الأقصى الذي يمكن أن يكفله ، فيستطيع شخص تقديم كفيل يضمنه فيما سيبرمه من عقد شراء مستقبلي لبضائع من متجر معين فيكون الكفيل ضامنا لثمن البضائع التي سيشتريها المدين الأصلي ،و حينها تنتج الكفالة أثرها بوجود الإلتزام الأصلي

فإذا لم يعين كفيل الدين المستقبلي مدة الكفالة ، كان له أن يتراجع عنها في أي وقت ما دام الدين المكفول لم ينشا.

ب-كفالة الالتزام الشرطي:

تجيز الفقرة الثانية من المادة 650 ق م ج كفالة الدين الأصلي المعلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ . إذا كان الالتزام الأصلي معلقا على شرط واقف ، يكون التزام الكفيل معلقا على ذات الشرط. فإذا تخلف

الشرط الواقف زال الدين الأصلي بأثر رجعي وأعتبر كأن لم يكن ويزول معه بالتبعية التزام الكفيل ويعتبر كأن لم يكن ، أما إذا تحقق الشرط الواقف تأكّد الالتزام الأصلي و نفذ بأثر رجعي وكذلك ينفذ التزام الكفيل بالتبعية. أما إذا كان الالتزام الأصلي معلقا على شرط فاسخ و تحقق الشرط، انفسخ الدين الأصلي بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن وينفسخ بالتبعية التزام الكفيل .

2-2-أن يكون الالتزام المكفول صحيحا:

مفاد تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي أنه إذا كان الالتزام المكفول صحيحا كانت الكفالة صحيحة وهذا استنادا إلى المادة 648 من القانون المدني من ثم فكفالة الالتزام الباطل هي كفالة باطلة. و إن كان الالتزام المكفول قابلا للإبطال، فإن الكفالة أيضا قابلة للإبطال فإذا حكم ببطلانه بناءا على طلب المدين سقطت الكفالة تبعا لذلك ، أما إذا أصبح الالتزام الأصلي القابل للإبطال صحيحا بالإجازة فإن هذا الالتزام يصبح صحيحا نهائيا بالنسبة للكفيل .

أوردت المادة 649 من القانون المدني حكما خاصا يتعلق بكفالة ناقص الأهلية فجاءت :"من كفل التزام ناقص الأهلية، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزم بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول، باستثناء الحالة المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 654". بموجب النص ، في الحالة التي يكفل فيها الكفيل المدين بسبب نقص الأهلية، يلتزم بضمان الوفاء بالتزام المدين إن لم يف به و يصبح الكفيل الملتزم بالوفاء باعتباره مدين أصلي، و ليس للكفيل أن يحتج بنقص أهليه المدين .

2-3-أن يكون الالتزام المكفول معينا أو قابلا للتعيين:

و ذلك بتعيين أطراف هذا الالتزام " الدائن والمدين " وتعيين محلّه الدين: مبلغ نقدي مثلا ومصدره : عقد بيع ، إيجار...و حينها يكون التزام الكفيل في حدود الدين ومقداره.فإن كان الدين الأصلي التعويض الذي يحكم به على المدين بعد وقوع فعل ضار كان الإلتزام المكفول قابلا للتعيين

وإذا كان يحكم الكفالة مبدأ عدم تجاوز التزام الكفيل حدود الالتزام الأصلي ، فلا يوجد ثمّة ما يمنع ان يلتزم الكفيل بأقل من الالتزام الأصلي طبقا للمادة 2/652 قا.م.ج.

3- السبب:

قد تنعقد الكفالة لمصلحة الدائن، كما قد تعقد أيضا لمصلحة المدين، فإذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وبمقابل، فإن سبب التزام الكفيل يكون المصلحة التي سيحصل عليها من التعاقد، كما يتضمن السبب أيضا الباعث الدافع فإذا كان الباعث على الكفالة غير مشروع ، كانت الكفالة باطلة.

أما إذا تمت الكفالة تبرعا من الكفيل للدائن، كانت نية التبرع هي سبب التزام الكفيل. فإذا كان الباعث الذي دفع الكفيل إلى التبرع غير مشروع وكان الدائن على علم به فإن الكفالة تكون باطلة.

أما في حالة انعقاد الكفالة لمصلحة المدين، بمقابل تلقاه الكفيل من المدين، أو تعهد به المدين مقابل الكفالة، كان هذا المقابل أو التعهد هو سبب التزام الكفيل.. أما إذا كان الكفيل قد تبرع للمدين بالكفالة، فإن سبب التزامه هو نية التبرع، وتكون الكفالة باطلة إذا كان الباعث على التبرع غير مشروع.