



المركز الجامعي الشهيد سي الحواس بريكة

معهد الحقوق والعلوم الاقتصادية

قسم الحقوق

محاضرات في مقياس



التأمينات الشخصية والعينية

(عقود خاصة 2)

محاضرات موجهة لطلبة السنة الثالثة قانون خاص

السداسي الثاني

من إعداد الدكتورة

قادري نادية

أستاذ محاضراً

السنة الجامعية: 2021-2022

مقدمة:

ينظم القانون المدني العلاقات التي تربط بين أفراد المجتمع من حيث معاملاتهم المالية، أي تنظيم الروابط القانونية ذات الطابع المالي، وغالبا ما تكون هذه المعاملات قائمة على التزامات تضمن حقوق وتعد نظرية الالتزام العمود الفقري للقانون المدني، وتشتمل هذه النظرية على الأحكام العامة التي تنظم الالتزامات التي تعتبر أحد أنواع الحقوق المالية يعرف الالتزام (حق الدائنية) (الحق الشخصي) على أنه علاقة قانونية بين شخصين يلتزم بمقتضاها أحدهما (هو المدين) في مواجهة الآخر (الدائن) بأن يقوم بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل معين.

وعلى هذا فالالتزام في القانون المدني هو علاقة قانونية بين شخصين يلتزم بموجبها المدين بأداء له قيمة مالية لمصلحة الدائن الذي يحق له جبر المدين على تنفيذه إذا لم يتم بالتنفيذ (اختيارا)

وللالتزام مصادر نص عليها القانون المدني الجزائري¹ حصرها في خمسة وهي:

العقد، الإرادة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب، القانون.

تحدث الالتزامات الناتجة عن العلاقة المالية بين الأطراف مراكز قانونية تجعل أحد الأطراف في مركز المدين و الطرف الآخر في مركز الدائن، بحيث تقوم بينهما رابطة يكون محلها حق المديونية ، التي يطلب على أساسها الدائن مدينه بالوفاء بالالتزام تجاهه، وقد يحدث في بعض الحالات أن يكون المدين ليس أهلا للثقة ، وأن يكون غاشا و سيء النية ، كما قد تطرأ ظروف خارجة عن إرادة المدين تؤدي إلى إعساره ،وأمام هذا الوضع وجد المشرع نفسه أمام حتمية تنظيم هذه العلاقة لحماية لحق الدائنين ، وحتى لا يكون ذلك سببا في الإخلال بنظام الائتمان المدني و تقليص دائرة المعاملات المدنية، ومن الحلول القانونية التي أوجدها المشرع لحماية حق الدائن

فكرة الضمان العام

¹ القانون رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم

بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13ماي 2007، الجريدة الرسمية المؤرخة في 26/09/1975، العدد 78

تمثل فكرة الضمان العام مرحلة متقدمة من مراحل مسؤولية المدين تجاه دائئه، انتقلت فيها المسؤولية من مرحلة الإكراه البدني الذي كان يصل إلى درجة استرقاق المدين قديماً إلى مرحلة المسؤولية المدنية، أي مسؤولية المدين في حدود ذمته المالية

➤ تعريف الضمان العام:

الضمان في معناه العام هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل لسبب من الأسباب الموجبة له¹

أما الضمان العام فقد عرف على أنه: أموال المدين الخاضعة للبيع من قبل الدائن² كما عرف على أنه: جميع الأموال التي توجد في الذمة المالية للمدين وقت التنفيذ إلا ما خرج منها بنص خاص بحيث لا يجوز الحجز عليها

وبالتالي يقوم حق الضمان العام على فكرة مؤداها أن هناك ذمة مالية للمدين تكفل الوفاء بالتزاماته تجاه الدائنين عند حلول اجل استحقاق الدين

تعرف الذمة المالية على أنها مجموع ما للشخص من الحقوق المالية وما عليه من الديون والالتزامات الحاضرة والمستقبلية مقدره بالنقود).

فالضمان العام هو الجزء الايجابي من الذمة المالية وهو محل التنفيذ بمعنى: حتى يكون التنفيذ ممكناً يجب أن يكون للمدين أموالاً ضامنة لتنفيذ ما التزم به، وجود أموال للمدين تضمن حق الدائن وهي جميع الأموال التي توجد في ذمته المالية وقت التنفيذ ما عدا ما يخرجها منها القانون بنص خاص تسمى هذه الأموال بالضمان العام للدائنين.

¹-علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية، 1979، ص09

²- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، في التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر،

منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 03

➤ **أركان حق الضمان العام:** يقوم الضمان العام على الأركان التالية:

الدائن (الطرف الايجابي): هو صاحب الحق ويعرف أيضا بطالب التنفيذ وهو كل شخص

يجري التنفيذ لصالحه على مال معين من أموال المدين

المدين (الطرف السلبي): هو الذي تتخذ ضده إجراءات التنفيذ، وهو من يلزمه القانون بالأداء

الثابت بموجب سند تنفيذي، ويطلق عليه المحجوز عليه أو المدين¹

حق الدائنية: يعتبر أساس فكرة الضمان العام ويرتبط ارتباطا وثيقا بمبدأ المساواة بين الدائنين

الذي يضمن لكل دائن الاستفادة من هذا الضمان

➤ **خصائص الضمان العام:**

يتميز الضمان العام بالخصائص التالية:

*** الضمان العام حق مالي على الذمة المالية للمدين:**

جميع الأموال التي تدخل في الذمة المالية للمدين وقت التنفيذ ضامنة للوفاء بديونه، وليس على

مال معين بالذات، فكل أموال المدين هي الضمان العام للدائنين بما تحتويه من الحقوق و الأموال

القابلة للتنفيذ و الحجز عليها المنقولة و غير المنقولة و بذلك يخرج من الضمان العام للدائنين

العاديين الأموال التي تخرج من الذمة المالية للمدين نتيجة تصرفه في هذه الأموال قبل تنفيذ

الدائن عليها بحقه، كما يدخل في الضمان العام الأموال التي لم تكن موجودة في الذمة المالية

للمدين وقت نشوء الالتزام و المكتسبة بعد نشوئه.

وبذلك تعد جميع أموال المدين من منقولات وعقارات وحقوق مالية ضامنة للوفاء بديونه المترتبة

عن التزامه، دون أن تكون بعض أمواله مخصصة لبعض الدائنين دون البعض الآخر

وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 188 من القانون المدني:

(أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه...).

*** تساوي جميع الدائنين قانونا أمام الضمان العام:**

¹ - وجدي راغب، النظرية العامة للتنفيذ في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، ص

إذن الضمان العام هو نظام قانوني يهدف إلى توفير حماية للدائن لاستثناء حقوقه قبل مدينه،

وهذه الحماية ليس حماية موجهة لصالح دائن معين بالذات أو مجموعة من الدائنين معينين

بالذات، وإنما هذه الحماية القانونية التي يخولها هذا الضمان للدائنين لاستثناء الحقوق من ذمة

المدين هي حماية عامة موجهة لصالح جميع الدائنين العاديين وغير العاديين بدون استثناء مهما

كانت طبيعة حقوقهم الموجودة في ذمة مدينهم، سواء كانت هذه الحقوق متعلقة برهن أو عليها

حق امتياز أو لا يوجد

فجميع الدائنين كقاعدة عامة يشتركون في هذا الضمان العام وعلى قدم المساواة في استيفاء

حقوقهم ودون تفضيل أحدهم أو بعضهم على الآخرين، فإذا اتسع لهم جميعا استوفوا حقوقهم منه

كاملة، وفي حالة عدم كفاية أموال المدين للوفاء بجميع ديونه يتم تقسيم هذه الأموال بينهم قسمة

غرماء أو قسمة تناسبية أي بنسبة مقدار كل واحد منهم في الدين، ولقد أشار المشرع الجزائري إلى

هذه القاعدة العامة في الفقرة الثانية من المادة 188 من القانون المدني:

(... فان جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان.)

غير أن المادة 188 من القانون المدني تضمنت استثناء على هذه القاعدة العامة مفاده أن

قاعدة المساواة بين الدائنين في اقتضاء الدين لا تطبق عندما يكون لأحد الدائنين أو بعضهم حق

أولوية أو أفضلية مكتسب طبقا للقانون وبموجب تأمين خاص كالرهن أو الامتياز أو حق

التخصيص، وهذا هو الدائن الممتاز الذي يملك حق التقدم لاستثناء ديونه من أموال مدينه فلا

يخضع لقسمة الغرماء

(وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فان جميع الدائنين متساوون تجاه

هذا الضمان)

* الضمان العام لا يخول حق التتبع لأي مال من أموال المدين ولا يحول دون تصرف المدين

في أمواله

المتبع يقصد به قدرة الدائن على التنفيذ على ما كان في ذمة المدين من أموال وانتقل إلى الغير، والضمان العام لا يحتوي على هذه الخاصية، لذلك يمكن للمدين الذي قام بإخراج أمواله والتصرف بشأنها للغير إضعاف الضمان العام

➤ مخاطر الضمان العام:

قد يتعرض الضمان العام لمخاطر تهدد مصلحة الدائنين ومنها

*** خطر تصرف المدين في أمواله كلها أو بعضها لصالح الغير إخراج أموال من الضمان العام**

إن الضمان بالمعنى الذي سبق بيانه ليس ضمانا مستقرا، بمعنى أن أموال المدين من منقولات وعقارات ليست مستقرة و ثابتة داخل وعاء الذمة المالية للمدين من وقت إنشاء المديونية إلى وقت انتهائها، بل إن اعتبار أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه لا يعني أن المدين ليس له الحق في التصرف في أمواله وإخراج بعض أمواله من ذمته المالية في شكل بيع و تبرعات أو قروض حيث يظل المدين محتفظا بحقوقه كاملة على أمواله من حيث الإدارة والتصرف، فهذه التصرفات القانونية التي يقوم بها المدين أثناء فترة المديونية قد تنقص من الذمة المالية و بالتالي تنقص من الضمان العام سواء بحسن نية من المدين أو بسوء نية منه بغرض تهريب الأموال من التنفيذ عليها من قبل الدائنين ، كما أن الدائن لا يستطيع أن يعترض على هذه التصرفات ولا يستطيع تتبع هذه الأموال بعد خروجها من ذمة المدين و يعتبر هذا الأمر من اشد الأخطار الواقعة على الضمان العام

كما يمكن أن نعتبر أن تهاون المدين في اقتضاء الدين الذي له عند الغير إما إهمالا منه أو غشا لعلمه أن ما قد يستوفيه من حقوق يدخل في الضمان العام ويستفيد منه دائنوه سلوكا يضر بالضمان العام

من أجل ذلك وضع المشرع الجزائري بين يدي الدائن مجموعة من الوسائل للمحافظة على الضمان العام تمت دراستها العام الماضي، غير أنها في بعض الأحيان تكون متعبة وغير مجدية

*** إنشاء ديون جديدة وبالتالي خطر زيادة مزاحمة الدائنين للدائن الأول على حق الضمان**

العام: إن أي تغيير يطرأ على ذمة المدين سواء في الجانب الايجابي بزيادة الحقوق أو كان التغيير في الجانب السلبي بزيادة الديون يؤثر على الدائنين

ففي حالة زيادة الديون يتعدد الدائنون وبالتالي تقل فرصة استيفاء كل دائن لحقه كاملا، حتى وإن كان هو من باشر دعوى التنفيذ

معنى ذلك أنه قد يقوم المدين بإبرام عقود جديدة تزيد فيها التزاماته فتزداد ديونه ويكثر دائنوه وحينما تحين لحظة التنفيذ واقتسام المال فانه سينقص نصيب كل دائن مما يترتب عليه أن يكون الضمان العام ليس وسيلة مؤكدة لتأمين الدائن كما انه لا يصلح أن يكون أساسا لائتمان المدين، وهذه تعتبر واحدة من مخاطر الضمان العام التي يوليها الدائن اعتبارا كبيرا.

بالإضافة إلى إمكانية أن يبادر أحد الدائنين إلى الحجز على أموال المدين على أساس ما لكل دائن من حق في الحجز على أموال المدين، وأن يبادر قبل غيره إلى استيفاء حقه من هذه الأموال ، فإذا لم يتمكن الدائنون الآخرون من اللحاق به و مزاحمته عند التوزيع فقد يستوفي حقه كاملا دونهم ، فالمساواة إذا بين الدائنين هي مساواة قانونية و ليست فعلية ، فالقانون يعتبر كل الدائنين متساوون جميعا ولكن لا يمنع احدهم من اتخاذ الإجراءات الفردية ليسبق الآخرين ،وبالتالي يضيع حق كل دائن تخلف لسبب أو لآخر عن المشاركة في التنفيذ، فتقسم أموال المدين على الدائنين الذين شاركوا في التنفيذ فقط .

ونفهم من كل ما سبق انه ولأجل أن يطمئن الدائن إلى استيفاء حقه من مدينه ويمنحه ائتمانه فانه يحسن به أن يحصل على ضمان خاص لحقه فيأمن إعسار المدين ويدراً عنه به غشه أو إهماله، إذ أن هذا الضمان يكون عادة كافيا للوفاء بحق الدائن في ميعاد الاستحقاق يسمى هذا الضمان بالضمان الخاص وتسمى العقود التي تنشؤه بعقود الضمان الخاص أو التأمينات

➤ مدخل إلى التأمينات الشخصية والعينية:

تجنبنا لمخاطر الضمان العام التي سبقت الإشارة إليها وحتى يستطيع الدائن أن يطمئن إلى استيفاء حقه من مدينه أوجدت أغلبية التشريعات وسائل خاصة يستطيع من خلالها الدائن ضمان دينه، تعرف هذه الوسائل بالتأمينات الشخصية والعينية يؤمن بها إعسار المدين ويدراً بها غشه أو إهماله.

➤ التأمينات الشخصية: هي ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي فيصبح للدائن ضمان عام إضافي ينفذ عليه أي يصبح لديه بدلا من مدين واحد مدينان أو أكثر كلهم مسؤولون عن

الدين إما في وقت واحد أو على التعاقب، وبذلك يكفل حق الدائن لا ذمة واحدة هي ذمة المدين بل أكثر من ذمة، فإذا أعرس المدين رجع الدائن على غيره من المسؤولين على الدين. ورغم وجود صور متعددة للتأمينات الشخصية وردت في أحكام النظرية العامة لالتزام منها: التضامن بين المدنيين (المادة 217 وما يليها من القانون المدني) وعدم قابلية الدين للانقسام بين المدنيين المتعددين (المادة 237 وما يليها من القانون المدني) لكن أهم صور التأمينات الشخصية عقد الكفالة الذي نظمه المشرع الجزائري في المواد من 644 ق.م إلى 673 ق.م

➤ **التأمينات العينية:** ومقتضاها أن يتم تخصيص مال معين أو أكثر من أموال المدين لضمان الوفاء بالالتزام القائم في ذمته

بمعنى تؤدي التأمينات العينية إلى تخصيص مال عقار أو منقول معين يكون عادة مملوك للمدين لتأمين حق الدائن، فيكون للدائن حق عيني على هذا المال وهو حق عيني تبعي يكفل الوفاء بحقه ونص المشرع على أربع تأمينات عينية هي: الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، حق التخصيص، وحقوق الامتياز

وتتميز التأمينات العينية عن التأمينات الشخصية بأنها توفر للدائن خاصيتين هما:

• **التقدم (حق الأولوية والأفضلية):** حيث لا احد يستطيع أن يزاحم الدائن صاحب

التأمين العيني لأنه يتمتع بحق الأولوية في اقتضاء حقه من ثمن المال المخصص للوفاء بدينه حين التنفيذ على المدين طبعاً مع احترام مراتب أصحاب التأمينات العينية الأخرى، فالدائن يتقدم أولاً على الدائنين العاديين وعلى الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه.

• **حق التتبع:** تخول التأمينات العينية للدائن إمكانية تتبع المال المخصص للوفاء بحقه، والتنفيذ عليه وذلك في أي مكان

وتتبعي الإشارة انه عندما يتحصل الدائن على تأمين عيني لا يفقد حقه الشخصي الأصيل على

الضمان العام للمدين، إنما يكون له زيادة على هذا الأخير حق عيني تبعي على أموال معينة بالذات لضمان الدين

والتأمينات شخصية كانت أو عينية مصدرها في الغالب هو العقد وهذا العقد يسمى بعقد الضمان وقد يكون القانون أو القضاء مصدرها.

وفي دراستنا للتأمينات نقسم الدراسة إلى محورين:

نتناول في المحور الأول التأمينات الشخصية ونخصص الدراسة لعقد الكفالة وفي المحور

الثاني نتناول التأمينات العينية ونخصص الدراسة لعقد الرهن الرسمي

الفصل الأول: التأمينات الشخصية - الكفالة -

تقوم التأمينات الشخصية على تعدد المسؤولين عن تنفيذ الالتزام فيتحقق ضمان الدائن فيها من ضم ذمة أخرى إلى ذمه المدين بحيث لو أعسر المدين تكون الذمة الأخرى مسؤولة عن الوفاء بنفس الدين، بذلك تزداد فرص الدائن في الحصول على حقه لذلك تعتبر الكفالة من أهم صور التأمينات الشخصية وأوضحها وتعتبر فهي عقد يلتزم بمقتضى شخص بالوفاء بالالتزام معين إذا لم يفي به المدين نفسه

في هذا الفصل سنتناول تعريف الكفالة وخصائصها ثم نتناول أركان الكفالة، وآثارها وانقضائها.

المبحث الأول: مفهوم عقد الكفالة

كي ينعقد عقد الكفالة لا بد من توفر أركانه القانونية، غير أنه لا بد أن نتطرق إلى تحديد ماهية هذا العقد قبل ذلك.

المطلب الأول: عقد الكفالة وبيان خصائصها

عقد الكفالة من عقود الضمان الخاص و هي من التأمينات الشخصية التي تنطوي على فكرة ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي فيصبح للدائن ضمان عام إضافي ينفذ عليه أي يصبح لديه بدلا من مدين واحد مدينان أو أكثر كلهم مسؤولون عن الدين إما في وقت واحد أو على التعاقب، وبذلك يكفل حق الدائن لا ذمة واحدة هي ذمة المدين بل أكثر من ذمة، فإذا أعسر المدين رجع الدائن على غيره من المسؤولين على الدين، ورغم وجود صور متعددة للتأمينات الشخصية وردت في أحكام النظرية العامة إلا أن الكفالة تعتبر أهم التأمينات

الفرع الأول: تعريف عقد الكفالة

لم يعط الفقه القانوني تعريفا واضحا للكفالة حيث ركز الكثير منهم على طبيعتها العقدية غير أن حقيقة الكفالة تكمن في ضم الذمم المالية. و فيما يلي سنستعرض لبعض التعريفات :
حيث عرفت الكفالة على أنها (ضم ذمة مالية إلى ذمة مالية أخرى لضمان حق الدائن)¹
كما عرفت على أنها : (عقد ضمان خاص بحيث يضمن الكفيل أداء الدين عن المدين عند عدم قيامه بذلك).

كما عرفها الأستاذان بودري و فال على أنها (عقد بمقتضاه يكفل شخص من الغير تنفيذ التزام بأن يعهد بالوفاء إذا لم يقم به المدين نفسه على أن يحتفظ بحق الرجوع على هذا المدين) و عرف الدكتور محمد صبري السعدي الكفالة بأنها: «عقد يتم بين شخص يسمى الكفيل ودائن شخص آخر، يلتزم بموجبه الكفيل أن يضمن للدائن الوفاء بالدين الذي له على المدين»²
فالكفالة بصفة عامة هي ضم ذمة مالية أخرى لذمة المدين ، فيصبح للدائن ضمان عام آخر هو الضمان العام للكفيل بالإضافة إلى الضمان العام للمدين يستطيع التنفيذ عليه إذا لم يف المدين بالتزامه

نفهم من ذلك أن الكفالة عملية قانونية ثلاثية ، تشمل ثلاثة أشخاص على الأقل كل واحد منهم يختلف عن الآخرين من حيث وضعيته القانونية ، أي من ناحية اكتسابه للحقوق و تحمله للالتزامات و هم الدائن ، المدين ، الكفيل

أما المشرع الجزائري فقد عرف عقد الكفالة في نص المادة 644 من القانون المدني كما يلي:
(الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم به المدين نفسه) مسائرا في ذلك كل من التشريع المدني المصري و الفرنسي

¹ - حورية زاهية سي يوسف ، الوجيز في عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة ، دار هومة للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2018 ، ص 17.

² - محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، التأمينات الشخصية و العينية - عقد الكفالة - دار الهدى ، الجزائر ، 2011 ، ص 13

ويتضح أن طرفي عقد الكفالة هما الدائن و الكفيل أما المدين فلا يعتبر طرفا في هذا العقد رغم أن الكفالة تبرم ضمانا لدينه، لا بل وأنه حسب نص المادة 647 من القانون المدني فإن الكفالة يمكن أن تبرم دون علم المدين كما يجوز أن تعقد الكفالة رغم معارضته.

فالكفالة إذن تتعلق بالتزام مكفول وهذا الالتزام يفترض وجود دين أصلي يفي به المدين للدائن، و تفترض الكفالة وجود عقد بين الدائن والمدين بالالتزام الأصلي المكفول وعقد كفالة بموجبه يفي الكفيل بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين الأصلي، فالكفالة ترتب التزاما شخصيا في ذمة الكفيل، لذلك اعتبرت هذه الكفالة من التأمينات الشخصية وعلى ذلك يجب أن يستبعد من نطاق الكفالة المبالغ من النقود التي تودع ضمانا لدين وتسمى هي أيضا بالكفالة وهي عبارة عن تأمين عيني وهي مثلها مثل باقي التأمينات العينية الأخرى

إذن المهم في عقد الكفالة هو التزام المدين، فهو الالتزام الذي يضمنه الكفيل إذ لا يتصور أن تعقد الكفالة دون وجود هذا الالتزام الأصلي، وبالتالي يجب أن يكون مذكورا بدقة في عقد الكفالة وغالبا ما يكون التزام المدين عبارة عن مبلغ من النقود لكن قد يكون أيضا عبارة عن قيام بعمل أو امتناع عن عمل أو إعطاء شيء كما يمكن أن يكون تعويضا عن إخلاله بالتزامه.

الفرع الثاني: خصائص عقد الكفالة

هناك خصائص لعقد الكفالة بعضها يميزها عن بقية العقود وكثير منها تشترك فيها الكفالة مع

سائر العقود

حيث تتميز الكفالة بخصائص أهمها أن الكفالة عقد رضائي، و عقد ملزم لجانب واحد، ومن عقود التبرع وهي عقد ضمان شخصي، وعقد تابع، نبينها على الترتيب فيما يلي:

أولا - الكفالة عقد رضائي:

عقد الكفالة من العقود الرضائية حيث ينعقد بمجرد التراضي بين طرفيه الدائن والكفيل دون

حاجة إلى اشتراط شكل خاص¹

¹ - مصطفى عبد الجواد حجازي ، عقد الكفالة في القانون المدني ، دار الكتب القانونية، 0 مصر ، 2006، ص 30

و لم يشترط المشرع الجزائري شكلا خاصا لانعقاد الكفالة لذلك فهي تخضع للقاعدة العامة في إبرام العقود (قاعدة الرضائية) مخالفا بذلك بعض التشريعات التي اشترطت لانعقاد عقد الكفالة أن تفرغ في شكل رسمي كالتشريع السويسري بسبب خطورة هذا العقد بالنسبة للكفيل و لقد نص المشرع الجزائري في المادة 645 ق م ج: «لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة...» لا يعني أن عقد الكفالة هو عقد شكلي وإنما الشكلية هي مجرد طريقة لإثبات عقد الكفالة و ليست ركنا أو شرطا لانعقاده، و لعل غاية المشرع من جعل الكفالة تثبت بالكتابة هي أنه أراد حماية الكفيل بعد انقضاء التزامه

غير انه في مسألة الرضا يشترط أن يكون رضا الكفيل صريحا وفقا للأشكال التي حددها المادة 60 من القانون المدني أما رضا الدائن فيصح أن يكون ضمنيا
ثانيا/ الكفالة عقد ملزم لجانب واحد:

الصورة المعتادة لعقد الكفالة أنها تنشئ التزاما واحدا يقع على عاتق الكفيل أما الطرف الآخر لعقد الكفالة وهو الدائن فلا يلتزم بشيء مقابل التزام الكفيل وهذا هو الرأي السائد في الفقه في الفقه فالأصل أن عقد الكفالة هو عقد ملزم لجانب واحد وهو الكفيل الذي يلتزم وحده في عقد الكفالة بالوفاء بدين المدين الأصلي إذا لم يف به للدائن، هذا الأخير الذي لا يلتزم بشيء في مواجهة الكفيل

وإذا كان القانون يفرض على الدائن بعض الالتزامات فإنها ليست ناشئة عن عقد الكفالة ولا تعتبر سببا لالتزام الكفيل،

من ذلك ما يفرضه نص المادة 659 من القانون المدني على الدائن من تسليم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع على المدين وأن يتخلى له عن المنقول المرهون والمحبوس ضمانا لنفس الدين، وأن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل التأمين العقاري إذا كان المدين المكفول مضمونا في نفس الوقت بتأمين من هذا النوع، فهذه الالتزامات مصدرها القانون وتتשא بمناسبة وفاء الكفيل بالدين وليس بمقتضى عقد الكفالة ذاته¹

¹ - سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية و العينية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1996 ، ص 22

غير أنه يمكن أن يكون عقد الكفالة ملزماً للجانبين عندما يلتزم الدائن بالتزام مقابل التزام الكفيل سواء كان هذا الالتزام لمصلحة الكفيل أو المدين وإن كان غالباً ما يكون لمصلحة المدين، وفي هذه الحالة يتضمن عقد الكفالة اشتراطاً لمصلحة الغير¹ كأن يلتزم الدائن بمنح المدين قرضاً جديداً مقابل الكفالة أو منحه أجلاً للوفاء مقابل الكفالة أو التخلي عن رهن مقدم من المدين لضمان الدين مقابل كفالة... الخ ففي كل تلك الحالات تعتبر الكفالة عقداً ملزماً للجانبين.

ثالثاً / عقد الكفالة من عقود التبرع:

يذهب الرأي الراجح والغالب في الفقه إلى اعتبار الكفالة كقاعدة عامة من عقود التبرع حيث لا يأخذ مقابلاً عن كفالته²

إن عاده ما تكون الكفالة عقداً تبرعياً بالنسبة للكفيل الذي يلتزم بكفالة الدين دون مقابل، وهو عقد معارضة بالنسبة للدائن لأنه حصل على الكفالة مقابل إعطاء الدين، رغم أن الدائن قد أعطى الدين للمدين لا للكفيل والمدين ليس طرفاً في العقد، لأنه في عقود المعاوضة لا يشترط أن يمنح العوض لأحد المتعاقدين بل يكفي إعطاؤه للغير.

وعقد الكفالة هو عاده عقد تبرع بالنسبة إلى الكفيل، والكفيل لم يتبرع للطرف الآخر أي للدائن بل تبرع للغير وهو المدين وهو عقد معاوضة بالنسبة إلى الدائن والدائن لم يعطي الدين للطرف الآخر وهو الكفيل بل أعطاه للغير وهو المدين، هذا وقد تكون الكفالة عقد معاوضة بالنسبة للكفيل نفسه فيأخذ هذا مقابل لكفالته للدين وهذا المقابل إما يأخذه من الدائن المتعاقد معه فيكون العوض مأخوذاً من المتعاقد الآخر وهو الدائن أو يأخذه من المدين فيكون العوض مأخوذاً من الغير وهو المدين

لكن الصورة المألوفة للكفالة هي أن تكون عقداً تبرعياً بالنسبة للكفيل لأنه لا يأخذ في العادة مقابلاً لكفالته لا من الدائن ولا من المدين، وعلى ذلك يشترط في الكفيل أهلية التبرع كما يجوز الطعن في الكفالة بالدعوى البوليصة دون أن يشترط تواطؤ الكفيل مع الدائن ولا مع المدين³

1 - محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 18

2 - مصطفى عبد الجواد حجازي ، مرجع سابق ، ص 32

3 - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 26

بمعنى يمكن أن تكون الكفالة عقد معاوضة بالنسبة للكفيل إذا ما كانت كفالته مقابل عوض يأخذه من الدائن أو من المدين حيث يستوي أن يأخذ المقابل من الدائن وهو المتعاقد الآخر في عقد الكفالة، أو من المدين وهو الغير بالنسبة لعقد الكفالة.

رابعا / الكفالة عقد ضمان شخصي:

الكفالة عقد ضمان بمعنى أنها تضمن وفاء المدين بالدين فهي تأمين للدائن ضد امتناع المدين عن الوفاء بالتزامه، فتعهد الكفيل بالوفاء بالدين يزيد ثقة الدائن في حصوله على حقه فيتحقق به الضمان

والكفالة تتميز أيضا بالطابع الشخصي حيث يضيف الكفيل ذمته إلى جانب ذمة المدين للوفاء بالدين، أي أن الكفيل يضم ضمانه العام إلى الضمان العام للمدين والطابع الشخصي للكفالة يميزها عن الكفالة العينية التي يقدم فيها الكفيل مالا معيناً لضمان الوفاء بدين المدين، فهو لا يضمن الوفاء بهذا الدين إلا في حدود المال الذي قدمه تأميناً له والكفالة في العادة تكون كفالة شخصية¹

أي أن عقد الكفالة يمنح الدائن تأميناً شخصياً، أي أن حق الدائن في الضمان يترتب في ذمة الكفيل شخصياً، حيث يلتزم الكفيل بالوفاء بالدين الذي التزم المدين به إذا لم يف به هو، حيث تكون الذمة المالية للكفيل كلها ضامنة للوفاء بهذا الدين دون أن يقتصر على مال من أمواله - خلافاً للضمان العيني الذي يترتب حقا عينياً على عين معينة يملكها الراهن -

وبالتالي فالكفالة كضمان شخصي لا تجنب الدائن مخاطر الضمان العام، فكما يتعرض لها عند رجوعه على المدين يمكن أن يتعرض لها عند رجوعه على الكفيل كإعسار المدين وإعسار الكفيل، لذلك تتحدد قيمة الكفالة بدرجة يسر الكفيل ومركزه المالي، كالبنوك مثلاً حيث أن كفالتها تعتبر أقوى ضمان بالنظر إلى ملاءتها لذلك فإنه مع تدخل البنوك في الوقت الحاضر أصبح اللجوء إلى الكفالة أكثر انتشاراً وأصبحت لها أهميتها.

¹ - محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 72

خامسا / الكفالة عقد تابع :

توصف الكفالة في الفقه بأنها عقد تابع وتعتبر صفة التبعية أهم خاصية في عقد الكفالة، والمقصود بالتبعية أن عقد الكفالة يرتب في ذمة الكفيل التزاما تبعا احتياطيا بوفاء الدين إذا لم يف به المدين الأصلي

فالكفالة تقوم لضمان الوفاء بدين في ذمة شخص آخر، فلا يقوم التزام الكفيل مستقلا بذاته بل لتأمين تنفيذ الالتزام الأصلي الذي يثقل ذمة المدين ويعد التزام الكفيل تابعا لالتزام المدين الأصلي¹ فالغرض من الكفالة هو ضمان الوفاء بدين من الديون ولذلك فهي تتبع هذا الدين وهذه هي خصيصة التأمينات بأنواعها المختلفة الشخصية منها والعينية

فالتزام الكفيل يتبع التزام المدين في وجوده وصحته فلا تنشأ الكفالة إلا إذا وجد التزام الأصلي ولا يكون التزام الكفيل صحيحا إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا وفكرة التبعية هي التي تتحكم كذلك في آثار الكفالة

يجب أن يكون التزام الكفيل التزاما تابعا للالتزام الأصلي للمدين، فإذا التزم المسؤول عن دين الغير التزاما أصليا فإنه يعتبر مدينا أصليا والتزامه مستقل عن التزام المدين ولا يعتبر كفيلاً أما التزام الكفيل فهو التزام تابع للالتزام الأصلي، يهدف الكفيل من التزامه ضمان الوفاء بدين المدين، ويترتب على خاصية التبعية النتائج التالية:

- يتبع التزام الكفيل الالتزام الأصلي في وجوده وانقضائه وبطلانه وفي قابليته للفسخ وفي الدفع التي يدفع بها المدين

- لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد الرجوع على المدين، كما لا يجوز له التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله، كقاعدة عامة، وذلك حسب نص المادة 660 ق م ج

¹ - مصطفى عبد الجواد حجازي، مرجع سابق، ص ص 39-40

- يكون التزام الكفيل في حدود التزام المدين (نص المادة 652 ق م ج)، فلا يجوز أن يزيد التزام الكفيل عن التزام المدين، أي لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر من المبلغ المستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول¹.

وإذا كان التزام الكفيل أكبر من التزام المدين يتم إنقاصه حتى يتعادل مع التزام المدين، دون أن يبطل عقد الكفالة.

وفي المقابل تجوز الكفالة في مبلغ أقل من دين المدين أو بشروط أهون، فتجوز مثلا كفالة جزء من الدين أو ألا يكفل الكفيل ما زاد من أعباء عن الدين الأصلي بعد الكفالة بإرادة المدين الأصلي أو بسبب خطئه كما لا يجوز أن يكون التزام الكفيل فوريا أو حالا إذا كان الالتزام الأصلي معلقا على شرط أو مقترنا بأجل، ولا يجوز أن يكون التزام الكفيل منتجا لفوائد إذا كان الالتزام الأصلي غير منتج الفوائد

- يستفيد الكفيل من كل تغيير طارئ في الالتزام الأصلي ولكن لا يضر بهذا التغيير

- يرتبط مصير التزام الكفيل بمصير الالتزام الأصلي فإذا انقضى الالتزام الأصلي بالتقادم أو بالوفاء أو لأي سبب آخر انقضى معه التزام الكفيل بالتبعية لان التابع يتبع المتبوع²

وتجدر الإشارة إلى أن اشتراط التضامن بين الكفيل والمدين لا ينزع عن الكفالة صفة التبعية

كل ما هنالك أن هذا الشرط يعطي للدائن ضمانا أكبر ويظل التزام الكفيل التزاما تبعيا حتى ولو

كان متضامنا، وإن كان التضامن يجرمه من التمسك بالدفع بالتجريد أو الدفع بالتقسيم في هذه

الحالة، إلا انه يحتفظ بالحماية اللصيقة بصفة التبعية ومن ذلك جواز احتجاج الكفيل بكافة الدفع

التي يحق للمدين التمسك بها في مواجهه الدائن

المطلب الثاني: تمييز عقد الكفالة عما يشابهه:

تتشرك الكفالة مع بعض الأنظمة القانونية في بعض الخصائص، غير أنها تستقل بأحكام

قانونية معينة لذلك سنميز بينها وبين غيرها

ومن بين أهم تلك الأنظمة: عقد التأمين، التضامن، والتعهد عن الغير

¹ - راجع المادة 652 من القانون المدني الجزائري

² - نبيل إبراهيم سعد ، التأمينات الشخصية و العينية ، الإسكندرية، مصر ، 2000 ، ص 17

الفرع الأول- تمييز عقد الكفالة عن عقد التأمين:

عرف المشرع عقد التأمين في نص المادة 619 كما يلي: «التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة أخرى يؤديها المؤمن له المؤمن»

ويتشابه عقد الكفالة مع عقد تأمين يسار المدين (تأمين الائتمان)

وعقد تأمين اليسار صورة من صور التأمين يسمى عقد التأمين من الإعسار وبمقتضاه يلتزم أحد طرفيه وهو المؤمن للطرف الآخر وهو المستأمن في مقابل قسط معين بضمان الخسارة التي تلحقه نتيجة إعسار مدينه¹

غير أن هذا العقد له ذاتيته ولا يعتبر كفالة لأن المؤمن لا يضمن يسار المدين، بل يلتزم بموجب عقد التأمين التزاما أصليا بتعويض الدائن عن الضرر الذي يلحقه نتيجة إعسار المدين، ولكنه لا يلتزم بوفاء دين المدين ذاته. وذلك خلافا لعقد الكفالة التي يكون فيها التزام الكفيل تابع للالتزام الأصلي ويلتزم فيه الكفيل بسداد دين المدين إذا لم يف به هو².

الفرع الثاني - تمييز عقد الكفالة عن التضامن بين المدينين:

يعتبر كلا من الكفالة والتضامن بين المدينين ضمانات شخصية تقدم للدائن لطمأنته وزيادة ثقته في استيفاء حقه، لأن كلاهما يقوم على تعدد الأشخاص المسؤولين عن تنفيذ الالتزام، حيث تكون أكثر من ذمة مالية ضامنة للوفاء بدين الدائن، وإن كان التضامن بين المدينين يقترب كثيرا من الكفالة التضامنية أي الكفالة التي يكون فيها الكفيل متضامنا مع المدين، إلا أن هناك اختلافا جوهريا بينهما حيث أن التضامن بين المدينين يختلف عن الكفالة من حيث أن التزام المدين المتضامن مع باقي المدينين هو التزام أصلي و ليس التزاما تابعا، لذلك فهو لا يعتبر كفيلاً لهم، أما التزام الكفيل فهو تابع لالتزام المدين³.

1 - محمد حسين منصور ، النظرية العامة للائتمان ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2001 ص 69

2 - مصطفى عبد الجواد حجازي ، مرجع سابق، ص 47

3 - سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق ، 25

ويترتب عن ذلك ما نص عليه المشرع في نص المادة 223/2 ق م ج: «ولا يجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين بالوفاء أن يعارض بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين ولكن يجوز له أن يعارض بأوجه الدفع الخاصة به وبالتالي يشترك فيها جميع المدينين» وذلك خلافا للكفيل الذي أجاز له المشرع بالتمسك بكل أوجه الدفع التي يمكن أن يحتج بها المدين باستثناء التمسك بنقص الأهلية، ويستوي في ذلك أن يكون الكفيل متضامنا أو غير متضامن وذلك تطبيقا لنصي المادتين 654 و666 ق م ج.

الفرع الثالث- تمييز الكفالة عن التعهد عن الغير

نص المشرع الجزائري على التعهد عن الغير في نص المادة 117 ق م ج كما يلي: «إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده، فإن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به. أما إذا قبل الغير هذا التعهد، فإن قبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد» فبموجب التعهد عن الغير يتعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر معين، ولا يكفله لأن التزامه التزام أصلي بالحصول على موافقة الغير على أن يلتزم، فإذا ما وافق الغير على أن يلتزم يعتبر المتعهد قد نفذ التزامه، ولا يكفل بعد ذلك يسار الغير ولا يعتبر كفيلا عنه، أما إذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد تعويض من تعاقد معه، كما يجوز له القيام بنفسه بالالتزام الذي تعهد به حتى يتخلص من التعويض، ففي الحالتين لا يعتبر كفيلا للغير¹.

¹ - توفيق حسن فرج ، التأمينات الشخصية و العينية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، د.س.ن ، ص ص 14-15

المطلب الثالث: أنواع الكفالة :

وضع الفقه القانوني عدة تقسيمات أو تصنيفات لعقد الكفالة وهذا بالنظر لعدة معايير مما جعلنا

نفرق بين الأنواع المختلفة التالية من الكفالة

الفرع الأول: أنواع الكفالة من حيث المصدر

الكفالة عقد ولذلك فهي دائما اتفاقية، ولكنها توصف تجاوزا بأنها قانونية أو قضائية أو اتفاقية

وذلك بحسب مصدر التزام المدين بتقديم كفيل

فقد يلتزم المدين بتقديم كفيل مقابل الحصول على الدين أو مقابل منح أجل للدين ويكون

مصدر التزامه بتقديم كفيل هو نص القانون أو حكم القضاء أو اتفاق المتعاقدين

إذن تختلف الكفالة حسب مصدرها فإذا كان مصدرها الاتفاق كانت كفالة اتفاقية، أما إذا

مصدرها القانون كانت كفالة قانونية، وإذا كان مصدرها حكما قضائيا كانت كفالة قضائية

أولاً: الكفالة الاتفاقية

وهي الكفالة التي تبرم نتيجة الاتفاق القائم بين المدين والدائن أو بينه وبين شخص آخر يشترط

لمصلحة الدائن بتقديم كفيل يضمن الدين

سواء تم هذا الاتفاق قبل نشوء الدين في ذمة المدين أو بعد نشوئه .

ويعد أيضا من قبيل الكفالة الاتفاقية سعي المدين للحصول على كفيل يضمنه و يقدمه إلى

الدائن

وكذلك تكون الكفالة اتفاقية عندما يتقدم الكفيل من تلقاء نفسه إلى الدائن لضمان المدين سواء

كان ذلك بغرض تأدية خدمة للمدين أو للدائن وتكون صحيحة حتى ولو يعلم بها المدين أو رغم

معارضته

نستنتج من ذلك أننا نكون بصدد كفالة اتفاقية في حالتين هما :

الحالة الأولى : عندما يلتزم المدين بتقديم كفيل بناء على اتفاق سابق مع الدائن أي بناء على

عقد

الحالة الثانية: عندما يقدم المدين للدائن كفيلا دون اتفاق مسبق معه أو عندما يتقدم الكفيل من تلقاء نفسه لضمان المدين¹

ثانيا : الكفالة القانونية

الكفالة القانونية هي التي تنشأ نتيجة لوجود نص في القانون يوجب تقديمها أي تكون الكفالة قانونية في الحالات التي يفرض فيها القانون على المدين تقديم كفيل، فيكون مصدر الالتزام بتقديم كفيل هو القانون لا الاتفاق² ومن أمثلتها في القانون المدني الجزائري نص المادة 851 و التي تنص على أنه يلزم المنتفع بمنقول أن يقدم لمالك الرقبة كفالة ضمانا للوفاء بالتزامه برد المنقول أو بدله و التي جاء فيها: «إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا وجب جرده ولزم المنتفع تقديم كفالة به فإن لم يقدمها بيع المال...»

و في القانون التجاري نص المادة 421 : «إذا كانت السفتجة الضائعة مشتملة على القبول فلا يمكن المطالبة بوفائها بموجب نسختها الثانية أو الثالثة أو الرابعة الخ... إلا بموجب أمر من القاضي و بشرط تقديم كفيل»

ثالثا: الكفالة القضائية

أما الكفالة القضائية هي التي يلتزم المدين بتقديمها بناء على حكم القاضي أي التي يأمر القاضي بتقديمها في الحالات التي تقتضي ذلك فتكون عندما يلتزم المدين بتقديم كفيل بناء على حكم القاضي، فيكون مصدر التزام المدين بتقديم كفيل هو الحكم القضائي³

ولا يغير من طبيعة الكفالة الاتفاقية وجود حكم قضائي يقرر وجود التزام بتقديم كفيل بناء على اتفاق بين المدين، ولا من طبيعة الكفالة القانونية عندما يوجب الحكم القضائي تقديم كفيل استنادا

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 72

2 - مصطفى عبد الجواد حجازي ، مرجع سابق، ص 22

3 - محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 22

إلى نص قانوني إلزامي طالما الحكم بتقديم كفيل ليس من قبيل السلطة التقديرية للقاضي ، فالعبرة بمصدر الكفالة الأصيل ، و الكفالة القضائية إذن هي التي تتقرر بالسلطة التقديرية للقاضي و من أمثلة الكفالة القضائية ما نصت عليه المادة 02/ 717 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها: ..(و للمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية أن تقرر مع هذا كل ما تراه مناسباً من التدابير ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما يستحق من التعويضات)

و أهمية التفرقة بين الأنواع الثلاثة من الكفالة هو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 667 من القانون المدني والتي جاء فيها :

(يكون الكفلاء في الكفالة القضائية أو القانونية دائماً متضامنين)

و نستخلص من هذا النص أن التضامن في الكفالة الاتفاقية لا يفترض بل لا بد من الاتفاق والنص عليه صراحة في عقد الكفالة ، أما في الكفالة القانونية والقضائية فالتضامن مفترض بين الكفلاء ، وهنا جعل المشرع مركز الكفيل القانوني و القضائي أقصى واشد من مركز الكفيل الاتفاقي، حيث يكون (الكفيل القانوني و القضائي) متضامناً مع غيره من الكفلاء بقوة القانون دون أن ينص على ذلك عقد

الفرع الثاني: أنواع الكفالة من حيث طبيعتها

نفرق بحسب هذا المعيار بين الكفالة المدنية والكفالة التجارية

الأصل هو اعتبار الكفالة عقداً مدنياً وليس تجارياً وتظهر أهمية ذلك في الأحكام المتعلقة بالإثبات والاختصاص ويرجع ذلك إلى أن الكفالة عقد من عقود التبرع وهي صفة لا تتفق مع المعاملات التجارية وتظل الكفالة مدنية حتى ولو كانت دين المكفول تجارياً أو حتى ولو كان الكفيل تاجراً¹

فعقد الكفالة يعتبر عملاً مدنياً بالنسبة للكفيل لأنها تبرع ولا تقوم على المضاربة ولا تهدف إلى تحقيق الربح، حتى لو كان الكفيل تاجراً والدين تجارياً، وهذا كأصل عام وفي ذلك خروج عن

¹ - سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق ، 27

قاعدة تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول التي يترتب عليها اعتبار التزام الكفيل تجاريا تبعا للالتزام المكفول،

ولكن المشرع اعتبر أن التزام الكفيل يعتبر مدنيا ولو كان الالتزام المكفول تجاريا أو المدين

المكفول تاجرا بل ولو كان الكفيل نفسه تاجرا¹

و يترتب على اعتبارها عملا مدنيا ما يترتب من تفرقة بين العمل التجاري والمدني خاصة من

حيث الاختصاص القضائي والإثبات

وقد أورد المشرع الجزائري على هذه القاعدة استثناءين في نص المادة 651 ق.م. ج (تعتبر

كفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا. غير أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق

التجارية ضمنا احتياطيا أو عن تظهير هذه الأوراق تعتبر دائما عملا تجاريا)

وبالتالي تعتبر الكفالة تجارية في حالتين :

- الأولى إذا كانت ناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمنا احتياطيا،

- الثانية إذا كانت ناشئة عن تظهير أوراق تجارية

تجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يشر إلى الحالة التي يكون فيها الكفيل تاجرا ويحترف الكفالة

بمقابل كفالة المصرف لدين أحد الأشخاص مقابل عمولة مثلا ففي هذه الحالة تكون الكفالة

تجارية، لأن احتراف الكفالة بمقابل يكون الهدف منها هو تحقيق الربح و ليس التبرع².

الفرع الثالث: أنواع الكفالة من حيث محلها

تنقسم الكفالة بحسب محلها إلى كفالة شخصية وكفالة عينية

أولا: الكفالة الشخصية

هي الكفالة العادية أو البسيطة بحيث يلتزم الكفيل بضمان الوفاء بالدين إذا لم يف به المدين،

يستطيع الدائن أن يستوفي حقه من أموال المدين و من أموال الكفيل إذا لم تكفي أموال المدين ،

و في حالة رجوع الدائن على الكفيل فإن الكفالة ترد على الضمان العام للكفيل أي على كل أمواله

دون تخصيص (مسؤوليته عن الدين غير محدودة) فأموال الكفيل كلها داخلة في التنفيذ،

¹ - راجع نص المادة 651 من القانون المدني الجزائري

² - عبد الودود يحي ، التأمينات الشخصية و العينية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1976 ، ص 21

ثانيا: الكفالة العينية

تعد هذه الكفالة تأمين عيني بحيث يقدم الكفيل مالا (عقار أو منقولا) مملوكا لضمان الوفاء بالالتزام في ذمة شخص آخر ويسمى الكفيل في هذه الحالة بالكفيل العيني، حيث يقوم الكفيل برهن العقار أو المنقول الذي يملكه لضمان الوفاء بالالتزام المدين، كما انه لا يضمن هذا الوفاء إلا في حدود المال الذي قدمه تأمينا له، فالضمان لا يرد على كل ذمة مالية. ومنه الكفالة العينية تتدرج تحت التأمينات العينية ضمن عقد الرهن¹،

الكفيل العيني يضمن الوفاء بدين المدين في حاله عدم وفاء هذا الأخير به ومع ذلك فان وجه الاختلاف بينه وبين الكفيل الشخصي أن الكفيل الشخصي يسأل عن الدين مسؤولية شخصية غير محدودة في أمواله في حالة عدم وفاء المدين بها من غير أن يكون مسؤولا عن ذلك في مال معين من أمواله، مما يترتب عليه أن تصرفه في مال أو آخر من أمواله لا ينفي مسؤوليته عن الدين بالإضافة إلى انه لا يعطي الدائن حق تتبع هذا المال ومن ناحية أخرى فان وفاته لا تحول دون تحمل تركته بالتزام بضمان الدين، وعلى العكس من ذلك فان الكفيل العيني وهو يقدم ضمانا للوفاء بدين الغير مالا معيناً من أمواله يقرر عليه للدائن حقا عينيا تبعا تكون مسؤوليته عن الدين محصورة في حدود هذا المال بحيث يتخلص من المسؤولية قبل الدائن بمجرد خروج المال من حيازته سواء بالتصرف فيه بالغير حيث ينتقل إلى الغير مثقلا بحق الدائن أو بالتخلي عنه للدائن، الأمر الذي يجعل الكفالة العينية أقرب للتأمينات العينية منها للتأمينات الشخصية، والكفالة العينية تخول للدائن ميزة التقدم والتتبع على المال المقرر على الكفالة بخلاف الكفالة الشخصية التي تعتبر من قبيل التأمين الشخصي الذي يتمثل في ضم ذمه الكفيل إلى ذمة المدين ولا يكون للدائن حينها لاحق تقدم ولا تتبع إذ يلتزم في مجموع أمواله بالوفاء بدين المدين²

وتترتب النتائج التالية عند التمييز بين النوعين من الكفالة:

- ضمان الكفيل العيني يقع في حدود العين المرهونة لتأمين هذا الوفاء أما الكفيل الشخصي فيضمن الوفاء بالدين في كل أمواله.

1 - نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص 308

2 - عبد الرزاق احمد السنهوري ، مرجع سابق، ص 20

- الكفالة العينية تجعل الدائن في مركز خاص أي ممتاز بحيث تجنبه خطر إعسار المدين والكفيل، بحيث يكون له إلى جانب الضمان العام للمدين سلطة الأولوية على الشيء المقدم من الكفيل رهنا رسميا أو حيازيا وهي السلطة التي تخوله حق التتبع والأولوية في استيفاء الثمن بعد بيعه. أما الكفالة الشخصية تقوم على فكرة تعدد المسؤولين عن تنفيذ الالتزام، حيث يشترك مدين آخر مع المدين الأصلي في المسؤولية عن الوفاء بالدين وبذلك يستطيع الدائن الرجوع عليه، أي ضم ذمة أخرى إلى ذمة المدين، حتى يقوى الضمان العام للدائن، فيستطيع الرجوع على الكفيل بالإضافة إلى الضمان العام الذي له على أموال مدينه

الفرع الرابع: أنواع الكفالة من حيث درجة التزام الكفيل

تقسم الكفالة بالنظر إلى درجة التزام الكفيل إلى:

أولا: الكفالة البسيطة

و هي الكفالة في صورتها العادية و في الكفالة البسيطة يجب على الدائن الرجوع أولا على المدين الأصلي قبل الرجوع على الكفيل ولا يلتزم الكفيل إلا بالجزء المتبقي من الدين وعلى الدائن أن يثبت أنه حاول الحصول على حقه من المدين بكل الطرق الممكنة، في الكفالة البسيطة يمتلك الكفيل كل الدفوع التي قد يدفع بها مطالبة الدائن و هي الدفوع الناتجة عن عقد الكفالة

ثانيا: الكفالة المشددة وتسمى أيضا الكفالة الموصوفة

قد يكون التزام الكفيل في الكفالة أشد من التزامه في الكفالة العادية و هذه الصورة هي الكفالة

المشددة

حيث في الكفالة المشددة يكون التزام الكفيل أشد من التزامه في الكفالة البسيطة وذلك عندما يتنازل الكفيل عن حقه في الدفع بالرجوع أولا على المدين قبل الرجوع عليه أو بالنزول عن حقه في الدفع بتجريد المدين من أمواله قبل الكفيل، ويجب أن يكون هذا الاتفاق بنزول الكفيل عن حقه ذلك صريحا أو ضمنيا وفي حالة الشك يعتبر الكفيل لم ينزل عن حقه، إذن الكفالة المشددة هي

صورة يتنازل فيها الكفيل عن بعض حقوقه المقررة له طبقاً لأحكام الكفالة دون أن تصل إلى أن تجعل التزام الكفيل أكبر أو أشد من التزام المدين الأصلي¹

الفرع الخامس: أنواع الكفالة من حيث حدود الدين المضمون:

ونميز بالنظر لهذا المعيار بين الكفالة الكاملة والكفالة الجزئية والكفالة المحددة فالكفالة الكاملة هي التزام الكفيل بضمان الدين الأصلي كله وهي في الغالب كذلك حيث يتحدد التزام الكفيل في مضمونه ومقداره طبقاً لالتزام المدين، أما الكفالة الجزئية فيقتصر فيها التزام الكفيل على ضمان جزء من الدين وبمجرد حصول الدائن على المبلغ الذي في ذمة الكفيل سواء من المدين أو غيره تبرأ ذمة الكفيل، ولا تقوم الكفالة على ما تبقى من دين على المدين للدائن أما الكفالة المحددة فيضمن بموجبها الكفيل كل الدين ولكن يلتزم بحد أعلى فإذا وفي المدين بمبلغ معين لا ينقضي التزام الكفيل بل يبقى ضامناً لما تبقى من الدين في حدود المبلغ الذي حدده، ولا تبرأ ذمته إلا بوفاء المبلغ الأعلى المتفق عليه²

الفرع السادس: صور خاصة للكفالة

أولاً: كفالة الكفيل:

تنص المادة 669 ق.م.ج على: «تجوز كفالة الكفيل، وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل» وبالتالي فإن كفالة الكفيل تكون عندما لا يكتفي الدائن بالكفيل الأول فيبرم عقد الكفالة مع كفيل ثاني يلتزم هذا الأخير بموجبه بضمان التزام الكفيل الأول ويضمن بطريقة غير مباشرة التزام المدين الأصلي، ولا يرجع الدائن على كفيل الكفيل إلا بعد الرجوع على الكفيل الأصلي. وإذا وفي الكفيل الثاني بالدين فإن له حق الرجوع على المدين الأصلي والكفيل الأصلي، وإذا تنازل الكفيل الأصلي عن حقه في التجريد فلا يجوز للكفيل الثاني مطالبة الدائن بتجريد المدين قبل الكفيل الأصلي.

1 - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 27

2 - المرجع نفسه، ص 20

ثانياً: كفالة الرجوع:

و هي الحالة التي يبحث فيها الكفيل عن شخص يكفل له حقه في مواجهة المدين الأصلي، حيث قد يخشى الكفيل أن يعجز المدين الأصلي أن يرجع له ما أداه عنه إلى الدائن فيعود الكفيل هنا على الكفيل الثاني

بالنسبة لكفالة الرجوع فإنها تختلف عن الكفالة العادية التي بموجبها إذا وفي الكفيل للدائن فإنه يرجع على المدين الأصلي بما أوفى، ولكن إذا خشي الكفيل عدم الحصول على ما أوفاه من المدين فإنه يبرم عقد كفالة مع كفيل ثاني بحيث يضمن الكفيل الثاني للكفيل الأول بما يرجع به على المدين وهنا لا يرجع الكفيل الأول على الكفيل الثاني إلا بعد الوفاء للدائن و الرجوع على المدين الأصلي ولم يستطع الحصول على كل حقه أو بعضه، وبموجب هذه الكفالة يثبت للكفيل الثاني كل الدفوع في مواجهة الكفيل الأول بما فيها الدفع بالتجريد و الدفوع التي للمدين الأصلي.

3- الكفالة المؤقتة: الأصل في الكفالة أنها لا تنقضي حتى ينقضي الدين و لكن يجوز للكفيل

أن يشترط أن يكون التزامه مؤقتاً بمدة معينة بعد حلول أجل الدين (مثل اشتراط الكفيل أن التزامه تجاه الدائن ينقضي بمرور سنة من حلول أجل الدين في حالة عدم تحرك الدائن لاقتضاء الدين)

المبحث الثاني: أركان عقد الكفالة

الكفالة عقد لذلك فهي تخضع للقواعد العامة في إبرام العقود

و يمكن الرجوع إلى النظرية العامة للعقد من أجل معرفة أركان عقد الكفالة مع الإشارة إلى

بعض الأحكام الخاصة التي يمكن أن تختص بها الكفالة

و تتمثل أركان عقد الكفالة في التراضي والمحل والسبب شأنها شأن سائر العقود، غير أن لها

من الخصوصية ما يجب أن نبينه فيما يتعلق بكل ركن من الأركان

المطلب الأول: ركن التراضي في عقد الكفالة

يشترط لانعقاد عقد الكفالة صدور إيجاب وقبول من طرفيها أي التعبير عن الإرادتين كما

يشترط أن يكون رضا الطرفين صحيحاً ولمعرفة ما إذا كان عقد الكفالة عقداً رضائياً أو شكلياً

وجب التطرق إلى إثبات عقد الكفالة و فيما يلي شرح لهذه المسائل

الفرع الأول: التعبير عن الإرادة في عقد الكفالة: يشترط لانعقاد عقد الكفالة كسائر العقود أن يكون إيجاب أحد الطرفين مطابقا لقبول الطرف الثاني وقد يكون التعبير عن الإرادة صريحا أو ضمنيا

1 - طرفي عقد الكفالة :

يعرف عقد الكفالة كما يلي: «الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه»¹

و بذلك ينعقد عقد الكفالة بالاتفاق بين الدائن والكفيل لضمان دين المدين إلا إن المدين ليس طرفا في هذا العقد، لذا فإنها تنعقد بمجرد توافق إرادتي الدائن والكفيل دون حاجه إلى تدخل المدين أو رضاه، بل ويمكن إبرام الكفالة بغير علم المدين وتجاوز أيضا رغم معارضته و هذا ماجاء في نص المادة 647 ق م ج: «تجاوز كفالة المدين بغير علمه و معارضته» إذن فالكفالة تنعقد بتوافق إرادتي الدائن و الكفيل حتى دون علم المدين و رغم معارضته لأنه يفترض أن عقد الكفالة في صالح الدائن و لا ضرر فيها على المدين ، و إن كان إبرام عقد الكفالة دون علم أو رغم معارضة المدين يعتبر نادر الوقوع،

حيث يتم عقد الكفالة في الغالب برضا المدين بل وبناء على طلبه وتنفيذا لالتزامه بذلك في مواجهه الدائن، إلا أن الكفالة تنعقد في النهاية بين الكفيل والدائن فقط ويمكن أن يكون هناك أكثر من كفيل للمدين والكفيل قد يكون عاديا وقد يكون متضامنا مع المدين بل ويمكن أن نكون بصدد كفيل الكفيل أو ما يسمى بالمصدق وبالرغم من إن عقد الكفالة ينعقد بين طرفين هما الدائن والكفيل إلا أننا يمكن أن نعتبر أن الكفالة هي عبارة عن عملية قانونية مركبة أو متعددة الأطراف أي أنه يعتبر محصلة علاقات ثلاثية تختلف كل علاقة عن الأخرى من حيث أطرافها وموضوعها²

¹ - المادة 644 من القانون المدني الجزائري .

² - محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 102-103

أ- الرضا الصريح و الضمني في عقد الكفالة:

وفقا للقواعد العامة فإن التعبير عن إرادة طرفي العقد يجوز أن يكون صريحا أو ضمنيا، أما فيما يتعلق بعقد الكفالة فقد اختلف الأمر بين التعبير عن إرادة الدائن و التعبير عن إرادة الكفيل، حيث أن الدائن يمكن أن يكون رضاه صريحا أو ضمنيا وفقا للقواعد العامة كما أن سكوته يعتبر قبولاً ويمكن استنتاج رضاه من مطالبته للكفيل لأن انعقاد الكفالة يكون لمصلحته.

يلزم لانعقاد الكفالة توافر التراضي عليها بتطابق إرادتي الدائن والكفيل ، ونظرا لان الكفيل هو الذي يلتزم بعقد الكفالة فان رضاه بها يعد جوهريا ،لذلك ذهب جانب من الفقه إلى أنه يجب أن يتم التعبير عن رضا الكفيل بكفالة المدين بطريقة صريحة أي أن يقبل الكفيل كفالة المدين بصورة صريحة، أما الدائن فيجوز له أن يعبر عن إرادته بقبول الكفالة طبقا للقواعد العامة سواء بطريقة صريحة أو بطريقة ضمنية ويذهب الرأي الغالب إلى أن تعبير الكفيل برضاه بالكفالة يمكن أن يكون صريحا ويمكن إن يكون ضمنيا تطبيقا للقواعد العامة في هذا ما لم يكن هناك اتفاق أو نص قانوني يشترط التعبير الصريح¹

ولم يشترط المشرع الجزائري مثل هذا الشرط وإذا كان المشرع قد اشترط الكتابة لإثبات الكفالة فان ذلك ليس شرطا لانعقاد وليس دليلا على انه ينبغي أن يكون رضا الكفيل صريحا إلا انه من المتفق عليه أن إرادة الكفيل يجب أن تكون مؤكدة وواضحة أي أن إرادته في ضمان المدين محققه وان يكون رضاه بالكفالة واضحا لا يثير مجالا للشك ولا يهم بعد ذلك طريقه التعبير عن هذا الرضا أو الألفاظ المستعملة في ذلك، فلا يكفي مجرد توصية شخص الدائن بأن يثق بمدينه حتى نعتبره كفيلا عنه ، وإذا صار الشك حول تفسير إرادة الكفيل في الالتزام فان قاضي الموضوع يستقل بالكشف عن هذه الإرادة طبقا للقواعد العامة في تفسير العقود²

خاصة وأن القواعد العامة تحقق الحماية اللازمة للكفيل في حالة ما إذا ثار شك حول إرادته، حيث تنص المادة 112 ق م ج في فقرتها الأولى: «يؤول الشك لمصلحة المدين» والكفيل هو

1 - عبد الودود يحي ، مرجع سابق ، ص 35

2 - محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 103

المدين في عقد الكفالة، أي إذا ثار شك حول قبوله أو عدم قبوله بالكفالة يفسر هذا الشك لمصلحته و يعتبر غير قابل للكفالة.

وبالتالي ومما سبق يمكننا القول أنه في ضل غياب نص صريح يشترط التعبير الصريح عن إرادة الكفيل فإن القواعد العامة تنطبق على إرادة طرفي عقد الكفالة سواء الدائن أو الكفيل على السواء

الفرع الثاني : صحة التراضي في عقد الكفالة:

حتى يكون رضا طرفي عقد الكفالة صحيحا لا بد أن يكون صادرا عن ذي أهلية وخاليا من عيوب الإرادة وهو ما سنبينه فيما يلي

1- أهلية طرفي عقد الكفالة: لا بد من التمييز بين أهلية الدائن و أهلية الكفيل في عقد الكفالة، مع العلم أنه لا يشترط أهلية المدين لأنه ليس طرفا فيه بل تجوز كفالة التزامات القاصر، وفيما يلي نوضح الأهلية الواجب توفرها في طرفي العقد كما يلي

1-1 أهلية الدائن: الأصل أن عقد الكفالة يعتبر بالنسبة للدائن من عقود التبرع و يعتبر نافعا نفعاً محضاً له لذلك يكفي فيه توفر أهلية قبول التبرع و هي بلوغه سن التمييز دون اشتراط بلوغه سن الرشد، و بما أنه يجوز استثناء أن تعقد الكفالة مقابل عوض يدفعه الدائن فإنه عندئذ تكون الكفالة بالنسبة لهذا الأخير تصرفاً دائراً بين النفع و الضرر و بالتالي تشترط أهلية التصرف في الدائن و هي بلوغه سن الرشد. وفي هذه الحالة إذا أبرم الدائن عقد كفالة وكان بالغاً سن التمييز غير بالغ سن الرشد كانت الكفالة قابلة للإبطال¹.

1-2- أهلية الكفيل:

الكفالة بالنسبة للكفيل تتم في الأصل تبرعاً لأنه يلتزم بدون مقابل بضمان دين لا مصلحة له فيه، وبالتالي فهو من التصرفات الضارة ضرراً محضاً ، لذلك يشترط أن تتوفر في الكفيل أهلية الأداء الكاملة أي أهلية التبرع وهي سن الرشد وإلا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً أما إذا كانت الكفالة بعوض فإنه في هذه الحالة يعتبر تصرفاً دائراً بين النفع والضرر وتشترط في الكفيل أهلية

1 - سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق ، 36

التصرف لا أهلية التبرع ، فتجوز من الصبي المميز و من في حكمه ،وعلى ذلك إذا كان الكفيل ناقص الأهلية فإن الكفالة تعتبر قابلة للإبطال¹.

ج- عيوب الإرادة:

حتى يكون عقد الكفالة صحيحا يجب طبقا للقواعد العامة ألا يكون الرضا في هذا العقد مشوباً بما يلحق الإرادة من عيوب أي الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال، و في العقد الملزم لجانب واحد كعقد الكفالة نجد انه لا ينشا التزاما إلا في جانب أحد المتعاقدين وهو الكفيل في هذا العقد ، ولذلك نجد أن مسألة عيوب الإرادة لا تهم إلا الطرف المدين في هذا العقد أما بالنسبة للدائن فإنه وان كان ليس بمنأى عن الوقوع في غلط في شخص الكفيل أو يساره مثلا، إلا أنه ليس له مصلحة في طلب إبطال العقد لهذا السبب في مثل هذه الحالات يستطيع الدائن أن يرجع على المدين الأصلي الذي قدم له الكفالة ليطلب منه كفيلا آخر وإلا يعرض الحقوق المكفولة بهذا الضمان للخطر كان يطلب سقوط الأجل مثلا

أما بالنسبة للكفيل فإنه لما كانت هذه العيوب متعلقة بالإرادة وهذه الإرادة تعد من الامور

النفسية فيجدر بنا أن نتصور الوضع النفسي للكفيل²

و ليس لعيوب الإرادة في عقد الكفالة أحكاما خاصة وإنما تنطبق عليها القواعد العامة وهي الغلط و التدليس والإكراه و الاستغلال، و مصير عقد الكفالة في حال وجود أي عيب من تلك العيوب هو نفسه مصير أي عقد وفق ما تقرره القواعد العامة وهو البطلان النسبي، غير أن الإشكال يثور فيما يتعلق بعيوب الإرادة عندما تقع التصرفات الموجبة للإبطال من طرف المدين الذي يعتبر أجنبيا عن عقد الكفالة، وهنا نميز ما يلي:

بالنسبة التدليس والإكراه : فتقضي القواعد العامة تطبيقا لنصي المادتين 87 و 89 ق.م.ج

بأنه إذا وقع من الغير فلا يجوز للمدلس عليه أو المكره طلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد معه يعلم أو كان من المفروض أن يعلم بالتدليس أو الإكراه، و بالتالي إذا وقع التدليس أو الإكراه

¹ - محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، 33

² نبيل ابراهيم سعد ، التأمينات الشخصية (التبعية - غير التبعية)، مصر ، 2000، ص 43

من المدين على الكفيل دون أن يعلمه الدائن فلا يجوز للمكره طلب إبطال العقد إلا إذا كان الدائن يعلم أو من المفروض أن يعلم بهذا التدليس أو الإكراه¹.

بالنسبة الاستغلال: فإنه إذا استغل المدين طيشا أو هوى جامحا في الكفيل حتى يضمنه لدى دائئه فلا يجوز طلب إبطال العقد إلا إذا أثبت الكفيل علم الدائن أو إمكانية علمه بذلك الاستغلال حتى لا يفاجأ الدائن بإبطال الكفالة لسبب جهله

بالنسبة للغلط: و هنا يثور الإشكال عندا يقع الكفيل في غلط في شخص المدين أو صفة من صفاته فالقاعدة في نص المادة 82/3 ق م ج أن الغلط يعتبر جوهريا إذا وقع في شخص المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة هي الباعث الدافع للتعاقد، و المدين ليس طرفا في العقد، إلا أن شخص المدين و صفاته لها أهمية جوهرية في عقد الكفالة حيث أنه إذا اعتقد الكفيل أنه إذا يكفل مدينا معيننا ثم تبين أن المدين شخصا آخر، أو اعتقد أنه يكفل تاجرا و اتضح غير ذلك فيجوز له طلب إبطال العقد على أساس الغلط ولا يمكن الدفع بأن المدين ليس طرفا في العقد لأن نص المادة 82/2 ق م ج ينص على أنه **(يعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد و لحسن النية)**

وهو ما ينطبق على الغلط في شخص المدين أو في صفة من صفاته و بالتالي يجوز طلب إبطال العقد ، كما أن حالات الغلط المذكورة في نص المادة 82 ق م ج إنما وردت على سبيل المثال لا الحصر **«يعتبر الغلط جوهريا على الأخص :»**، و بما أن شخص المدين محل اعتبار في عقد الكفالة فإن الغلط فيه يكون جوهريا.

الفرع الثالث: إثبات الكفالة

حسب نص المادة 645 ق م ج : **«لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة»** وفي هذا النص خروج عن القواعد العامة وسبب هذا الخروج هو أن التزام الكفيل هو من الالتزامات التبرعية ولا بد أن يستند إلى رضا صريح و قاطع و من العسير

¹ - منصور مصطفى منصور ، عقد الكفالة ، المطبعة العالمية أولاد شريح ، القاهرة ، 1960 ، ص ص 26-27

معرفة طبيعة التزام الكفيل و مداه و نوع كفالته عن طريق شهادة الشهود، مع الإشارة إلى أن عقد الكفالة هو عقد رضائي و الشكالية شرط للإثبات فقط.

والمشرع اشترط الكتابة الثبات الكفالة دون أن يحدد نوعها وبالتالي فإن الكتابة قد تكون رسمية أو عرفية¹، و حسب نص المادة 645 ق م ج أعلاه فإن إثبات الكفالة يكون بالكتابة حتى لو كان الالتزام الأصلي مما يجوز إثباته بالبينة كأن يكون أقل من 100 ألف دينار جزائري أو كأن يكون دينا تجاريا مثلا. وهناك استثناءات على وجوب إثبات الكفالة بالكتابة، حيث أنه و تطبيقا للقواعد العامة يجوز إثبات الكفالة بالبينة أو بالإقرار و اليمين إذا وجد مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي أو إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي لا بد له فيه، هذا من جهة و من جهة أخرى فقد سبق و أن أشرنا إلى أن الكفالة قد تكون عملا تجاريا في حالات استثنائية و في هذه الحالة تخضع لقواعد الإثبات في المواد التجارية ولا بد أن تكون الكتابة أيا كان نوعها ثابتة التاريخ حتى يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير

المطلب الثاني: ركن المحل في عقد الكفالة

ترد الكفالة على تنفيذ المدين لالتزامه سواء كان ذلك بدفع مبلغ من النقود أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل ما ، حيث نجد الكفيل يضمن للدائن قيام المدين بتنفيذ التزامه الذي تضمنه العقد المبرم بينهما ، أي إذا لم ينفذ المدين التزامه يقوم الكفيل مقامه و ينفذه ، و لكي تنتج الكفالة كافة أثارها يجب أن يكون الالتزام المكفول موجودا و صحيحا و معينا أو قابلا للتعيين ، فلا تجوز أن تقع الكفالة على التزام غير موجود أو غير صحيح أو غير معين معنى ذلك أنه يشترط في محل عقد الكفالة نفس شروط المحل المعروفة في القواعد العامة و هي أن يكون : موجودا أو ممكن الوجود وأن يكون معينا أو قابلا للتعيين، وأن يكون مشروعا

¹ - محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 36

الفرع الأول: وجود الالتزام الأصلي المكفول

التزام الكفيل التزم تابع لا يقوم بذاته بل يستند إلى التزم آخر صحيح يضمن الوفاء به ولكن هذا لا يمنع من أن يكون الالتزام الأصلي التزاما مستقبليا أو شرطيا بمعنى إذا كان الأصل انه يشترط في محل عقد الكفالة - والذي هو ضمان الكفيل الوفاء بالتزام المدين إذا لم يقم به هو- أن يكون موجودا أو ممكنا غير أن هذا لا يمنع من أن يكون الالتزام الأصلي المكفول مستقبليا، أو شرطيا أو التزاما طبيعيا

أولا: كفالة الالتزام المستقبلي

إذا كان الالتزام محل الكفالة لم ينشأ في ذمة المدين فهل تجوز كفالته ؟
و لقد ورد حكم الالتزام المستقبلي في نص المادة 650 ق م ج و التي جاء فيها :
(تجوز الكفالة في الدين المستقبلي إذا حدد مقدما المبلغ المكفول كما تجوز الكفالة في الدين المشروط . غير أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبلي لم يعين مدة للكفالة، كان له أن يراجع فيها في أي وقت ما دام الدين المكفول لم ينشأ)

وإجازة كفالة الالتزام المستقبلي يعد استجابة للحاجات العملية على الأخص في عقود الحساب الجاري وفتح الاعتماد حيث تجوز كفاله فتح الاعتماد، فمن يفتح اعتمادا في مصرف يقدم كفيلا ليضمن الوفاء بما يسحبه المدين من هذا الاعتماد المفتوح وكفالة الرصيد المدين في الحساب الجاري، وكذلك يستطيع التاجر أن يقدم كفيلا يضمنه فيما عسى أن يشتريه من تاجر الجملة وتعتبر كفاله الالتزام المستقبلي استثناء من قاعدة وجوب ارتكاز الكفالة على التزم موجود عند انعقادها

ويترتب على ذلك أن كفاله الالتزام المستقبلي تكون قائمة وصحيحة ويلتزم بها الكفيل بمجرد

انعقادها ولو لم يوجد الدين المكفول بعد ، فإذا وجد الدين فان الكفيل يضمن الوفاء به¹

إذن كفالة الالتزام المستقبلي شائعة في الاستعمال ومن أمثلتها أن يقدم شخص ما (تاجر)

كفيلا يضمنه فيما قد يشتريه من سلع من متجر معين ، فيكون الكفيل هنا ضامنا لثمن السلع التي

¹ - محمد حسين منصور ، الحقوق العينية و الكفالة في القانون اليمني ، ص ص 308-309

سيشترتها المدين في المستقبل ، و صحة الالتزام المستقبلي ما هي إلا تطبيق للقواعد العامة الواردة في نص المادة 01/92ق.م.ج التي تجيز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً و محققاً¹ ومن نص المادة يتضح أن المشرع قد أجاز كفالة الدين المستقبل شرط تحديد المبلغ المكفول بدقة (أي مقدار الدين المستقبلي المكفول) ، فإذا تعذر ذلك وجب تحديد الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين و الذي يمكن أن يكفله الكفيل ، وفي ذلك حماية للكفيل الذي يلتزم في عقد الكفالة حتى يكون على دراية بالدين الذي يضمنه أو على الأقل الحد الأقصى له فلا يخدع بكفالة دين لم يوجد و لا يعلم مقداره .

وحسب الفقرة الثانية من نص المادة 650 ق م ج المذكورة أعلاه فإنه يمكن أن تكون مدة الكفالة محددة و يمكن أن تكون غير محددة في كفالة الالتزام المستقبلي غير أن الآثار القانونية تختلف بين الحالتين وهو ما سوف نبينه فيما يلي :

*** حالة عدم تحديد مدة الكفالة:** في هذه الحالة يجوز للكفيل التراجع في الكفالة في أي وقت يشاء لأن المشرع لم يشأ أن يكون الكفيل ملتزماً بضمان الالتزام المستقبلي إلى ما لا نهاية، فأجاز له التحلل من التزامه بالرجوع عن الكفالة و في هذا تطبيق للقواعد العامة في العقود غير محددة المدة و التي تجيز لأي من الطرفين أن ينهي العقد بإرادته المنفردة ، لذلك إذا لم يعين الكفيل مدة لقيام كفالته يجوز له الرجوع فيها قبل أن ينشأ الدين كله أو بعضه ، ولكن قيد هذا الرجوع بشرط إخطار الدائن بالرجوع وأن يصل هذا الإخطار إلى علم الدائن قبل أن ينشأ الدين كله أو بعضه، و بذلك يضمن الكفيل ما نشأ من دين قبل وصول الرجوع إلى علم الدائن ولا يضمن ما نشأ من دين بعد ذلك²

*** حالة تحديد مدة الكفالة:** في هذه الحالة لا يجوز للكفيل التحلل من التزامه ولا يمكنه الرجوع عن الكفالة فالكفيل يبقى ملتزماً بعقد الكفالة إلى غاية انقضاء المدة المحددة ويكون ضامناً لما نشأ من دين قبل انقضاء مدة الكفالة و لا يضمن ما ينشأ بعد ذلك من دين، فإذا لم ينشأ الدين أصلاً

1 - مصطفى عبد الجواد حجازي ، مرجع سابق ، ص 68

2 - سمير عبد السيد تناغو ، مرجع سابق ، ص 46

تبرأ ذمة الكفيل كلياً وإذا ما نشأ جزء فقط من الدين تبرأ ذمة الكفيل فيما يتعلق بالجزء الذي لم ينشأ خلال مدة الكفالة و يكون ضامناً فقط للجزء الناشئ من الدين¹

ثانياً : كفالة الالتزام الشرطي (الدين المشروط)

الالتزام الشرطي هو الالتزام الذي علق وجوده على أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، و يترتب على حدوث هذا الأمر وجود الالتزام أو زواله²

فالشرط إما أن يكون واقفاً يترتب عليه وجود الالتزام ، و إما يكون فاسخاً يترتب عليه زوال الالتزام

تنص المادة 650/1 ق م ج على: «تجوز الكفالة في الدين المستقبل...كما تجوز الكفالة في الدين المشروط»

و مقتضى هذه المادة أنه يمكن كفالة الالتزامات الشرطية أياً كان الشرط سواء كان واقفاً أو فاسخاً و تستلزم صفة التبعية في الكفالة أنها تأخذ وصف الالتزام من حيث التعليق بالشرط كما إنها تأخذ مصيره³

وجواز كفالة الدين المشروط إنما هو تطبيق القواعد العامة سواء كان الالتزام الأصلي معلقاً على شرط فاسخ أو على شرط واقف، و بصفة عامة فالكفالة لصفاتها التبعية معلقة على ذات الشرط المعلق عليه الدين الأصلي وفقاً لتحقيق الشرط أو تخلفه ، والدين المعلق على شرط فاسخ هو دين موجود ونافذ لكنه معلق على شرط فاسخ قبل تحقق الشرط يكون الالتزام الأصلي نافذاً وكذلك التزام الكفيل ، فإذا ما تحقق هذا الشرط يفسخ الالتزام الأصلي بأثر رجعي، معنى ذلك أن هذا الالتزام تجوز كفالته بحيث تكون الكفالة معلقة على هذا الشرط الفاسخ بدورها و تنفسخ الكفالة بانفساخ الالتزام الأصلي وبأثر رجعي في حال تحقق الشرط الفاسخ.

¹ - حسني محمود عبد الدايم ، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ، مصر ، 2009 ص ص 186-187

² - المرجع نفسه ، ص 192

³ - نوفيق حسن فرج ، مرجع سابق ، ص 30

أما كفالة الالتزام المعلق على شرط واقف فالالتزام موجود لكنه غير نافذ إلا إذا تحقق الشرط وتجاوز كفالاته بحيث تكون الكفالة معلقة على شرط واقف لصفحتها التبعية ، و بالتالي لا تجوز مطالبة المدين ولا الكفيل قبل تحقق الشرط ، فإذا تخلف الشرط الواقف زال الالتزام الأصلي بأثر رجعي و يعتبر كأي لم يكن و يزول تبعا لذلك التزام الكفيل أما إذا تحقق الشرط الواقف فإن الالتزام الأصلي يكون نافذا باتا بأثر رجعي و كذلك التزام الكفيل¹

ثالثا : كفالة التزام طبيعي

يعرف الالتزام الطبيعي على أنه التزام يتخلف فيه عنصر المسؤولية فلا يمكن إجبار المدين على الوفاء به لكنه يقوم على عنصر المديونية الذي يجعل الوفاء به عن بينة واختيار وفاء صحيحا مبرئا لزمة المدين ولا يعد تبرعا².

معنى ذلك أن المدين إذا قام بتنفيذ التزام طبيعي بإرادته لا يعد هذا التنفيذ تبرعا بل وفاء لالتزام قائم في ذمته ولا يجوز له المطالبة به واسترداده بناء على دفع غير المستحق³ و لقد كان موضوع كفالة الالتزام الطبيعي محل اختلاف كبير من قيل الفقه حيث ذهب الفقه الفرنسي خلافا للفقه المصري إلى جوازه قياسا على جواز كفالة التزام ناقص الأهلية بسبب نقص الأهلية حيث أن ناقص الأهلية إذا تمسك بإبطال العقد يصبح التزامه طبيعيا يفتقر إلى عنصر المسؤولية ولا يمكن إجباره على الوفاء، و مع ذلك و تطبقا لنص المادة 649 يكون الكفيل ملزما بتنفيذ التزامه في عقد الكفالة، فالالتزام ناقص الأهلية هو التزام طبيعي بعد الحكم بإبطاله ومع ذلك تجوز كفالاته و بالتالي تجوز كفالة الالتزامات الطبيعية⁴.

غير أن الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري يرى أن الكفيل الذي يكفل التزام ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته إنما هو ملتزم أصلي تحت شرط واقف و هو عدم تنفيذ ناقص الأهلية لالتزامه و تمسكه بنقص أهليته

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 51-52

² - بلحاج العربي ، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا ، الطبعة الثانية ، دار هومة ، الجزائر ، 2013 ، ص 42

³ - انظر المادة 320 من القانون المدني الجزائري

⁴ - محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 47

ويرى الفقه المصري أنه لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي استنادا إلى فكرة التبعية حيث أنه لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين المكفول، إذ أنه لا يمكن إجبار المدين على الوفاء وبالتالي في حال وفاء الكفيل لا يمكن الرجوع على المدين وإجباره على الوفاء، لذلك لا يعقل أن يقوم الكفيل بضمان الوفاء بدين طبيعي لأن الكفالة ترتب التزاما مدنيا يمكن إجبار الكفيل على تنفيذه، بينما الالتزام الأصلي المكفول لا يمكن إجبار المدين على الوفاء به¹ إن كانت كفالة التزام الطبيعي غير جائزة حسب رأي أغلب الفقه المصري إلا أنه تمت الإشارة إلى بعض الحالات التي تصح فيها كما يلي:

- الكفالة لا تتعد إذا كان التزام المدين المكفول طبيعيا أي لا ينشأ التزام الكفيل طبيعيا منذ البداية، و لكنه يمكن أن يصير كذلك إذا كفل الكفيل التزاما مدنيا ثم تحول الالتزام المدني إلى التزام طبيعي فإن التزام الكفيل يتحول إلى التزام طبيعي بالتبعية، كالحالة التي يكفل فيها الكفيل ناقص الأهلية وهو غير عالم بنقص أهليته فإذا ما تم الحكم بإبطال الالتزام الأصلي يبطل التزام الكفيل تبعا لذلك و في هذه الحالة يتحول الالتزام الأصلي إلى التزام طبيعي و كذلك التزام الكفيل و لا يمكن إجبار المدين و لا الكفيل بالوفاء غير أنه إذا قام المدين بالوفاء اختيارا فيعتبر قد نفذ التزامه و التزام الكفيل بالتبعية، أما إذا قام الكفيل بالوفاء اختيارا فيعتبر قد نفذ التزامه الطبيعي ولا يجوز له الرجوع على المدين لأن التزام هذا الأخير طبيعي و لا يجوز إجباره على التنفيذ كما أن الكفيل و تطبيقا لنص المادة 162 ق م ج أعلاه لا يمكن استرداد ما أداه.

- إذا كان الكفيل يعلم بأن الالتزام الأصلي المكفول طبيعيا فيجب التمييز بين ما إذا كان قد تقدم لكفالة هذا الدين حيث يعتبر ملتزما أصليا بهذا الدين و ليس كفيلا لأنه قد التزم بموجب عقد الكفالة بالتزام مدني ناشئ عن التزام طبيعي ، تطبيقا لنص المادة 163 ق م ج ن :

(يمكن أن يكون الالتزام الطبيعي سببا في التزام مدني) أما إذا كان المدين هو من قدم كفيلا عن دين طبيعي فيعتبر ذلك تعهدا بالوفاء من المدين و يتحول التزامه الطبيعي إلى التزام مدني

¹ - عبد الرزاق احمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 58

يجوز إجباره على الوفاء به و تكون كفالة الكفيل جائزة باعتبارها كفالة لدين مدني لا كفالة الدين
طبيعي¹

الفرع الثاني: أن يكون الالتزام المكفول صحيحا (كفالة التزام صحيح)

الالتزام الكفيل هو التزام تابع لالتزام المدين الأصلي ولا ينشأ قائما بذاته و إنما تابع لهذا الالتزام
و يشترط القانون أن يكون الالتزام الأصلي صحيحا وذلك حسب نص المادة 648 ق م ج :

«لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا»

وفقا لهذا النص يجب أن يرتكز التزام الكفيل على التزام أصلي صحيح يضمن الوفاء به وهو
نفس الحكم الذي قرره المادة 2012 الفقرة الثانية من القانون المدني الفرنسي ومن ثم فان الكفالة
تكون باطلة إذا كان الالتزام الأصلي باطلا لان التزام الكفيل يدور مع الالتزام الأصلي وجودا
وعدا صحة وبطلانا وفقا لصفه التبعية وتطبيقا لذلك تقع باطله كفاله الهبة التي لا تأخذ الشكل
القانوني كذلك فإن دين القمار لا يصلح محلا للكفالة، وبالمثل لا تصح كفالة الالتزام الباطل
لانعدام الأهلية²

فكل التزام صحيح تجوز كفالته بغض النظر عن مصدره ومحلّه فيمكن أن يكون مصدر الالتزام
الأصلي هو العقد أو الإرادة المنفردة أو العمل غير المشروع (كأن يضمن الكفيل مقدار التعويض)
أو الإثراء بلا سبب أو القانون.

كما لا يشترط أي شرط خاص بمحلّه فيجوز أن يكون التزاما بإعطاء شيء (كالالتزام بدفع
مبلغ من النقود) أو التزاما بعمل (كالالتزام المقابل بإقامة بناء معين، أو التزام البائع بنقل
الملكية...) أو بالامتناع عن عمل (كالالتزام بعدم المنافسة)،

لكن غالبا ما ترد الكفالة على التزام يكون محلّه مبلغا من النقود .وفي جميع الأحوال يشترط
أن يكون الالتزام الأصلي موجودا و صحيحا، فإذا كان الالتزام الأصلي غير موجود أو كان

1 - منصور مصطفى منصور ، مرجع سابق ، ص 37

2 - مصطفى عبد الجواد حجازي ، مرجع سابق ، ص 75

موجودا ثم انقضى قبل إبرام عقد الكفالة فإن الكفالة لا تنشأ الانعدام المحل، كما أن الكفالة الناشئة عن التزام غير صحيح تكون غير صحيحة¹

أولاً: كفالة الالتزام القابل للإبطال:

إذا كان الالتزام قائماً لو لكنه قابل للإبطال، فإنه يصلح محلاً للكفالة و تصبح الكفالة هي

الأخرى قابلة للإبطال إعمالاً لمبدأ تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول

إذا كان الالتزام الأصلي قابلاً للإبطال لأي سبب من الأسباب كالعيوب التي تلحق إرادة المدين

مثلاً فإن عقد الكفالة تطبيقاً لفكرة التبعية يكون قابلاً للإبطال بدوره، فإذا تقرر بطلان الالتزام

الأصلي يبطل عقد الكفالة بالتبعية، و إذا تم تصحيح البطلان بإجازة المدين للتصرف أو بتقادم

الدعوى فإن الالتزام الأصلي يصبح صحيحاً بصفة نهائية و كذلك عقد الكفالة يصبح صحيحاً

بصفة نهائية تبعاً لصحة الالتزام الأصلي، و إن كان جانب من الفقه يرفض إطلاق فكرة التبعية

حيث أن للكفيل الحق في التمسك بإبطال الإلزام الأصلي².

ومع ذلك نرى أن إعمال نص المادة 1/654 ق م ج التي تنص على:

«يبرأ الكفيل بمجرد براءة ذمة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين»

لا يتعارض مع فكرة التبعية لأن إبطال الالتزام الأصلي سواء بطلب من المدين أو بطلب من

الكفيل يستتبع إبطال عقد الكفالة بالضرورة فالفكرة الأساسية في هذا المقام في البطلان النسبي و

ليس من يتمسك به، خاصة وأن إجازة المدين للتصرف ملزم للكفيل إلا إذا أثبت أن الإجازة كانت

بتواطؤ مع الدائن أو القصد منها هو الإضرار بالكفيل .

غير أن المشرع أورد استثناء فيما يتعلق بكفالة التزام ناقص الأهلية في نصي المادتين 649 و

654 ق م ج الآتي نصهما على التوالي: « من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب

نقص الأهلية، كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول باستثناء الحالة المنصوص

عليها في الفقرة الثانية من المادة 654 ،

¹ - راجع المادة 648 من القانون المدني الجزائري

² - محمود جمال الدين زكي ، التأمينات الشخصية و العينية ، الطبعة الثالثة ، مطابع دار الشعب ، القاهرة ، 1987 ، ص 61

وجاء في نص المادة 654/2 ما يلي : " غير أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين يتمثل في نقص أهليته وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد فليس له أن يحتج بهذا الوجه» و من نصي المادتين يمكن التمييز بين ثلاث فروض:

الفرض الأول: كفالة التزام ناقص الأهلية دون أن يكون الكفيل عالماً بذلك:

أن يكون الكفيل لا يعلم بنقص أهلية المدين فيعتقد انه كامل الأهلية وفي هذا الفرض يكون الكفيل قد وقع في غلط في سن المدين، وهو غلط في صفة جوهرية يجيز له طلب إبطال عقد الكفالة إذا توفرت شروط الإبطال للغلط وان يثبت الكفيل أنه ما كان ليبرم عقد الكفالة لو علم بسن المدين الحقيقية، ويكون للكفيل في هذه الحالة الحق في الإبطال حتى ولو أجاز المدين ناقص الأهلية العقد الذي أنشأ التزامه¹

معنى ذلك أنه في هذا الفرض تطبق القواعد العامة القاضية بأن التزام الكفيل تابع للالتزام

الأصلي وبالتالي يبطل عقد الكفالة إذا ما تم إبطال الالتزام الأصلي لناقص الأهلية، كما أن للكفيل التمسك بإبطال الالتزام الأصلي لنقص أهلية المدين استناداً إلى حقه في التمسك بالبطلان النسبي لأنه صاحب مصلحة و بجميع دفع المدين أيضاً، أما إذا أجاز المدين التصرف الأصلي كان من حق الكفيل التمسك بإبطال عقد الكفالة (وليس إبطال الالتزام الأصلي) استناداً إلى الغلط في سن المدين (وليس استناداً إلى نقص الأهلية) متى توفرت شروطه أي متى كان سن المدين صفة جوهرية لو علمها الكفيل قبل العقد لما أبرم عقد الكفالة.

الفرض الثاني: كفالة ناقص الأهلية والكفيل عالم بذلك: في هذا الفرض يكون التزام الكفيل هو

ضمان الوفاء بدين المدين إذا لم يف به هو، وعلم الكفيل بنقص أهلية المدين وقت إبرام عقد الكفالة يعتبر نزولاً عن حقه في التمسك بإبطال الالتزام الأصلي لنقص الأهلية، غير أنه يجوز للمدين التمسك بإبطال التزامه لنقص الأهلية ويبطل عقد الكفالة تبعاً لإبطال الالتزام الأصلي، أما إذا أجاز المدين التصرف فإن الكفيل لا يحق له التمسك بنقص أهلية المدين الأصلي، خلافاً للفرض الأول لأنه في هذه الحالة كان عالماً بنقص الأهلية².

¹ محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 40

² - محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق، ص 105

الفرض الثالث: كفالة ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته :

في هذا الفرض فإن الكفيل ليس فقط عالما بنقص أهلية المدين و إنما كان التزامه في عقد الكفالة بسبب نقص أهلية المدين وهنا نميز بين حالتين:

الحالة الأولى وهي إذا أجاز المدين الأصلي العقد القابل للإبطال فإن الكفيل لا يمكنه أن

يتمسك بالإبطال لنقص الأهلية و يبقى ملتزما بعقد الكفالة باعتباره كفيلا

أما الحالة الثانية و هي إذا ما تمسك المدين بنقص أهليته و أبطل الالتزام الأصلي فإن عقد

الكفالة يبطل تبعا لإبطال الالتزام الأصلي ولكنه خلافا للفرض السابق يضل ملتزما بالتنفيذ أي لا

يسقط لالتزامه تبعا لإبطال التصرف الأصلي، وبقاء التزام الكفيل قائما هنا ليس لتبعيته للالتزام

الأصلي حيث أن هذا الأخير قد حكم بإبطاله و زال بأثر رجعي ولا يتصور وجود التزامه بعد

الالتزام الأصلي، وإنما يكون ملتزما أصليا عن الدين، ومرد ذلك أن افتراض المشرع أن الكفالة

بسبب نقص الأهلية إنما القصد منها هو تأمين الدائن من خطر تمسك المدين بنقص الأهلية أي

أن سبب الكفالة هو حماية الدائن من الضرر الناتج عن تمسك المدين بإبطال التصرف الذي

أنشأ الالتزام الأصلي ، والفرض الثالث هو الذي أورده المشرع في نص المادة 649 ق م ج:

(من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزما | تنفيذ الالتزام

إذا لم ينفذه المدين المكفول)

يقوم هذا الفرض على أن كل من الكفيل والدائن يعلم بنقص أهلية المدين، وأن العقد الذي أبرمه

المدين مع الدائن قابل للإبطال ورغم ذلك تقدم الكفيل لضمان الوفاء بالالتزام المكفول إذا لم يف

به المدين لتغطيه نقص أهلية المدين بحيث يظل الكفيل ملزما ولو تمسك المدين بالبطلان بسبب

نقص أهليته ، وفي هذه الحالة يلتزم الكفيل ليس بوصفه كفيلا إنما بوصفه مدينا أصليا لان

الالتزام الأصلي قد انقضى بالبطلان¹

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الكفيل يصبح مدينا أصليا وهو مدين بالالتزام الأصلي تحت

شرط واقف هو عدم تنفيذ المدين الأصلي هذا الالتزام ، فإذا تحقق الشرط وجب على من تقدم

¹ - نبيل إبراهيم سعد ، التأمينات الشخصية (التبعية و غير التبعية)، مرجع سابق ص 63

بصفته كفيلًا وقد أصبح مدينا أصليا بتحقق الشرط إن ينفذ هو هذا الالتزام إلا أن رأيا آخرًا في الفقه يفسر الحالة المعروضة على أساس نظرية تحول العقد ومن ثم فإن كفالة التزام ناقص الأهلية تبدأ كفالة حقيقية وتظل صحيحة حتى يتمسك ناقص الأهلية ببطلان التزامه فتبطل الكفالة وتتحول إلى تعهد ينشأ عنه التزام أصلي في ذمة من تعهد ككفيل¹ غير أن الغالب في الفقه يفسر الحالة الماثلة بان من يكفل التزام ناقص الأهلية وتكون الكفالة بسبب نقص أهليته إنما يبرم عقدا مركبا يتضمن كفالة وتعهدا عن الغير يتعهد فيه الكفيل بان لا يستعمل المدين حقه في طلب الإبطال ويتعهد في ذات الوقت بان يقوم بتنفيذ الالتزام الأصلي على سبيل التعويض إذا اخل بتعهده عن الغير بان طلب المدين الإبطال ويكون التزام الكفيل المتعهد أصليا في هذه الحالة²

الفرع الثالث: يجب أن يكون المحل معينًا (تعيين محل الكفالة)

وفقا للقواعد العامة للتعاقد فإنه يجب أن يكون محل الالتزام معينًا أو قابلا للتعيين ويشترط ذلك في محل عقد الكفالة وإلا كانت الكفالة باطلة، و تعيين التزام الكفيل يرتبط بتعيين التزام المدين، إذ لا يتصور تعيين محل التزام الكفيل بعيدا عن تعيين الالتزام الأصلي المكفول حتى لو لم يتم النص صراحة على ذلك في القانون المدني لأنه بالرجوع إلى نص المادة 644 ق م ج و التي تنص على ما يلي :

«الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا

لم يف به المدين نفسه»

فإن محل التزام الكفيل هو الوفاء بالتزام المدين عندما لا يفي به هو شخصيا، لذلك لا بد من تعيين الالتزام الأصلي المكفول ثم تحديد نطاق التزام الكفيل أو مدى التزامه حتى يكون عقد الكفالة معينًا، نبين ذلك فيما يلي

1 - مصطفى عبد الجواد حجازي ، مرجع سابق ، ص ص 79-80

2 - محمود جمال الدين زكي ، مرجع سابق ، ص 163

1- نطاق التزام الكفيل في ضوء عقد الكفالة :

عقد الكفالة هو الذي يحدد نطاق أو مدى التزام الكفيل و ذلك من حيث الموضوع و الأشخاص و المدة و الأوصاف

أ- **تعيين طرفي الالتزام الأصلي:** يجب تعيين طرفي الالتزام الأصلي في عقد الكفالة وهما الدائن و المدين، وإن كان الدائن طرفا في عقد الكفالة لا يتصور انعقاده دون تعيينه فإن تعيين المدين ضروري حتى يتمكن الكفيل من استعمال حقه في الرجوع فبتعيين المدين يكون الكفيل على علم بالشخص الذي يضمن التزامه وهو الشخص الذي سيرجع عليه إذا ما اضطر للوفاء للدائن بالالتزام المكفول

كما يجب أن لا تتعدى الكفالة الشخص المكفول فلا تشمل مدينا آخر ، فإذا تمت حوالة الدين لشخص آخر برأت ذمة الكفيل ، و يعد الغلط في شخص المدين أو في صفة جوهرية من صفاته سببا يجيز للكفيل التمسك بقابلية التزامه هو للإبطال ، حيث أن عقد الكفالة من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي لاسيما في العلاقة بين الكفيل والمدين¹ .

ب- تعيين محل الالتزام المكفول:

قد يكون التزام الكفيل مطلقا بحيث يشمل تغطية الدين و ملحقاته و مصروفات المطالبة الأولى و ما قد يستجد من مصاريف ، و قد يقتصر التزام الكفيل على ضمان جزء من الدين فقط أو ضمان كل الدين دون ملحقاته

ج- تعيين مصدر الالتزام الأصلي:

ويتعين مصدر الالتزام الأصلي ببيان الواقعة القانونية التي أنشأت الالتزام المكفول إن كانت عقدا أو تعويضا أو إثراء بلا سبب أو قانونا.

د- **من حيث المدة :** يجب ألا تتجاوز الكفالة الوقت المحدد لها سواء الوقت المحدد لبدء

الكفالة أو الوقت المحدد لانتهائها و تبرأ ذمة الكفيل بانتهاء هذه المدة²

1 - مصطفى عبد الجواد حجازي ، مرجع سابق ، ص ص 83-84

2 - نبيل إبراهيم سعد ، التأمينات الشخصية (التبعية و غير التبعية) ، مرجع سابق ، ص 69

هـ - من حيث الأوصاف:

يمكن أن يلحق التزام الكفيل بجميع الأوصاف التي يسبغها عليه عقد الكفالة ولو لم يكن الالتزام الأصلي كذلك ومن ثم يجوز أن يكون التزام الكفيل مضافا إلى أجل في حين أن الالتزام الأصلي غير مؤجل ويجوز كذلك أن يكون التزام الكفيل معلقا على شرط في حين أن الالتزام الأصلي بات¹

2- تحديد نطاق التزام الكفيل في ضوء الالتزام الأصلي :

يتحدد نطاق التزام الكفيل في حدود عقد الكفالة فلا يجوز أن يجاوز التزام الكفيل الالتزام الأصلي المكفول، و ذلك تطبيقا لفكرة تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي المكفول، كما أن التزام الكفيل قد يشمل ملحقات الدين الأصلي و مصروفاته، نبين ذلك فيما يلي:

* تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي المكفول:

تنص المادة 652 ق م ج على: «لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول، لكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل و بشرط أهون»

فالتزام الكفيل يتحدد في حدود الالتزام الأصلي، ولا يجوز أن يكون أشد منه أو في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، و ذلك تطبيقا لفكرة التبعية فعقد الكفالة تابع للالتزام الأصلي ولا يجوز أن يجاوزه، وحتى من حيث مكان الوفاء لا يجوز أن يكون مكان وفاء الكفيل أبعد من المكان المقرر لوفاء المدين المكفول بالدين، ونفس الشيء بالنسبة لطريقة الوفاء فلا يجوز أن يفرض على الكفيل الوفاء بكل الدين مرة واحدة إذا سمح للمدين بالوفاء الجزئي

أما عن شروط التزام الكفيل و صفاته فهي بدورها لا يجب أن تكون أشد من شروط وصفات الدين الأصلي، إذ لا يجوز أن يكون التزام الكفيل باتا و منجزا إذا كان التزام المدين معلقا على شرط لا يجوز أن يكون التزام الكفيل مدنيا إذا كان التزام المدين طبيعيا².

11 - محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، 112

2 - حسني محمود عبد الدايم ، مرجع سابق ، صص 207-208

وإذا كان التزام الكفيل أشد من الالتزام الأصلي المكفول فإن عقد الكفالة لا يبطل و إنما يتم إنقاص الشرط الأشد إلى أن يتساوى مع التزام المدين الأصلي.

ولكن في المقابل يجوز أن تكون الكفالة بشروط أخف و بمبلغ أقل مما هو مستحق على المدين الأصلي، حيث يجوز أن يضمن الكفيل جزء من الدين، أو حدا أقصى من الدين يقل عن التزام المدين، كما يمكن أن يضمن أصل الدين دون فوائده و مصروفاته، ويمكن أيضا أن يكون أجل التزام الكفيل أكبر من أجل التزام المدين، ويمكن أن يشترط الكفيل أن يكون مكان وفائه في موطنه أو في مكان أقرب من مكان وفاء المدين بالالتزام، ويمكن كذلك أن يكون التزام الكفيل معلقا على شرط بينما الالتزام الأصلي بات و منجز، كأن يشترط الكفيل عدم الضمان في حالة الإفلاس فإذا حكم بإفلاس المدين يفسخ عقد الكفالة، وكأن يعلق الكفيل كفالته على منح أجل للمدين ، أو على وجود ضمانات أخرى غير الكفيل أو على استعمال المدين للدين استعمالا معيناً فإذا لم يتحقق الشرط الواقف الذي اشترطه الكفيل تزول الكفالة¹.

* شمول الكفالة لملحقات ومصروفات الالتزام الأصلي المكفول:

تنص المادة 653 ق.م.ج على: «إذا لم يكن هناك اتفاق خاص، فإن الكفالة تشمل ملحقات

الدين، ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من مصروفات بعد إخطار الكفيل»

يتضح من المادة السالفة الذكر أن القانون يفترض في حالة عدم الاتفاق على تحديد مدى التزام الكفيل بدقة، فإن الكفالة تكون مطلقة غير محددة أي أن الكفيل ملتزم بكفالة كل التزام المدين أي كل الدين الأصلي وبكل أوصافه ومقداره وآجاله وملحقاته، دون زيادة أو نقصان من حيث المقدار والشروط كالأعباء والآجال ومكان الوفاء وغيرها، كما تشمل الكفالة في حالة السكوت عن الاتفاق عن مضمون الالتزام المكفول ما يلي:

أ- ملحقات الدين ومصروفاته ونقصها:

• ملحقات الدين: هي التعويضات التي يلتزم المدين بها بسبب إخلاله بالتزامه العقدي،

وتشمل ملحقات الدين فوائد الدين التي التزم بها المدين في مواجهة الدائن

¹ - عبد الرزاق احمد السنهاوري ، مرجع سابق ، ص 62

و تجدر الإشارة إلى إن المشرع الجزائري يبطل الفائدة بين الأفراد غير أنه إذا كان الدائن مؤسسة مالية أو بنك فإنه يجيز ذلك عندما وفقا لما جاء في نص المادة 456 ق.م.ج حيث جاء فيها (يجوز لمؤسسات القرض التي تمنح قروضا قصد تشجيع النشاط الاقتصادي الوطني أن يأخذ فائدة يحدد قدرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية)¹

المصرفيات: و يقصد بها المبالغ التي أنفقتها الدائن في رجوعه على المدين أو على الكفيل و بالنسبة للمصرفيات فإن المشرع في نص المادة 653 ق م ج أوجد تفرقة منطقية بين مصرفان هما :

• مصرفيات المطالبة الأولى:

وهي المصرفيات التي ينفقها الدائن عند مطالبة المدين الأصلي بالدين في أول مطالبة بالوفاء، وهي تشمل المصاريف السابقة على المطالبة القضائية - أي الدعوى القضائية- كتكاليف الإعذار ومصاريف المطالبة الأولى ذاتها كرسوم الدعوى و مصرفياتها.

* ما يستجد من مصرفيات بعد المطالبة الأولى: إذا كان الدائن قد أخطر الكفيل بمطالبته الأولى للمدين فإن الكفيل يضمن ما يستجد بعد المطالبة الأولى من مصرفيات، أما إذا لم يقم الدائن بإخطار الكفيل بالمطالبة الأولى فلا يضمن الكفيل ما يستجد من مصرفيات بعدها².

أوجب القانون على الدائن أن يرجع أولا على المدين قبل أن يرجع على الكفيل ولذلك فإن الدائن مضطر أن يوجه إجراءات المطالبة الأولى إلى المدين قبل أن يتجه إلى الكفيل فيكون منطقيا أن يلتزم الكفيل بهذه المصرفيات وهي تشمل مصرفيات التنبيه على المدين ومصرفيات رفع الدعوى عليه فإذا تمت المطالبة الأولى للمدين على هذا الوجه فإنه يكون من الواجب على الدائن أن يخطر الكفيل باتخاذ هذه الإجراءات لان الكفيل قد يوفي الدين فيوفر المصرفيات والإجراءات ولذلك فإن الدائن يخطئ إذا لم يخطر الكفيل برجوعه على المدين فلا يتحمل الكفيل المصرفيات التي ينفقها الدائن بعد المطالبة الأولى للمدين ، أما إذا قام الدائن بإخطاره ولم يقم هذا الأخير بالدفع فمعنى ذلك انه ممتنع عن الوفاء فيكون مسؤولا عن المصرفيات التي ينفقها الدائن

1 - محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، 51

2 - عبد الرزاق احمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 64

بعد إخطاره للكفيل، وهذا ما يقرره المشرع في أن الكفالة تشمل مصاريف المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل¹

على أن المصروفات التي يضمنها الكفيل يجب ألا تكون مبالغاً فيها، إلا إذا كان الإسراف في تلك المصروفات راجع إلى المدين وليس إلى الدائن والسبب في التمييز بين المصروفات يرجع إلى أن إجراءات المطالبة الأولى لا بد من اتخاذها لبدء مطالبة المدين بالمدين، ولا يجب إخطار الكفيل قبل ذلك لأنه قد يقوم المدين بالوفاء وبذلك تتعدم ضرورة الرجوع على الكفيل، أما بالنسبة لما يستجد من إجراءات بعد ذلك فيجب إخطار الكفيل بها قبل اتخاذها لأنه قد يختار الوفاء تفادياً للمصروفات التي قد تنتج بعد ذلك.

المطلب الثالث: السبب في عقد الكفالة

تقضي القواعد العامة بأنه إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً، فكل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يقوم الدليل على غير ذلك، ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك،

و لتطبيق تلك الأحكام على عقد الكفالة، يلزم أن يكون الهدف منها مشروعاً، فإذا كان الباعث الدافع إلى الكفالة غير مشروع فإنها تعتبر باطلة كمن يكفل خليلته ليحظى باستمرار معاشرتها له، ويكون سبب الكفالة غير مشروع كذلك إذا نشأت لضمان دين لا يقره القانون لعدم مشروعية مصدره مثال ذلك كفالة دين القمار أو صفقات المخدرات والأسلحة الممنوعة، وتكون الكفالة باطلة كذلك إذا كان الهدف منها حمل الدائن أو المدين على ارتكاب عمل غير مشروع وبصفة عامة تبطل الكفالة كلما كان القصد منها تشجيع تعامل مخالف للقانون ويكون أساس البطلان في هذه الحالة في عدم مشروعية السبب أي الباعث الدافع إلى الالتزام بالكفالة ويلزم للحكم بطلان الكفالة إثبات عدم مشروعية السبب فالأصل هو المشروعية وعلى من يدعي خلاف الثابت في العقد وهو الظاهر إثبات ما يدعي ويستطيع أن يلجأ في ذلك إلى كافة طرق الإثبات².

1 - سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص ص 52-53

2 - محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، مرجع سابق، ص 109

وحرصا على استقرار التعامل فان المشرع يستلزم للحكم بالبطلان أن يكون الطرف الآخر المكفول له على علم بعدم مشروعية غاية الكفيل أي يجب أن يكون الدائن عالما بالباعث غير المشروع لدى الكفيل، وذلك حتى لا يكون البطلان مفاجأة له ويضر به كمتعاقد حسن النية ويسهل تبين السبب غير المشروع إذا كان الباعث ظاهرا من تعبير المتصرف الصريح أو الضمني ويمكن الكشف عن هذا الباعث من الظروف التي أحاطت بالكفالة وملازمات إبرامها ولتحديد مفهوم السبب في الكفالة نميز بين الكفالة التي تعقد لمصلحة الدائن والكفالة التي تعقد لمصلحة المدين¹

* السبب في الكفالة التي تعقد لمصلحة الدائن

إذا عقدت الكفالة لمصلحة الدائن فإنها تكون تبرعية ويكون سبب التزام الكفيل نية التبرع للدائن ويكفي هذا السبب لصحة الكفالة كما قد تكون بمقابل وعندها يكون سبب التعاقد هو المصلحة التي سوف تعود على الكفيل من عقد الكفالة²

السبب في الكفالة التي تعقد لمصلحة المدين

أما إذا عقدت الكفالة لمصلحة المدين فقد يحصل الكفيل لقاء ذلك على مقابل من المدين أو قد تكون كفالته تبرعا، وقد وقع خلاف حول علاقة الكفيل بالمدين أي إذا كان الباعث الدافع التعاقد غير مشروع، فيرى البعض عدم جواز الأخذ بعين الاعتبار علاقة الكفيل بالمدين للاحتجاج بعدم مشروعية سبب الكفالة لأن السبب الذي يعتد به يجب أن يكون داخلا في العقد في حين أن سبب التزام الكفيل هنا خارج عن عقد الكفالة و يدخل في علاقته بالمدين³، لذلك يعتبر التزام الكفيل مجردا ولا يتأثر بالعلاقة بين الكفيل و المدين، و هناك من يرى البعض إمكانية الاحتجاج ببطلان عقد الكفالة لعدم مشروعية السبب نتيجة علاقة بين الكفيل و المدين

¹ محمد حسين منصور ، النظرية العامة للانتمان ، مرجع سابق ، ص 110

² - مصطفى عبد الجواد حجازي ، مرجع سابق ، ص 89

³ - عبد الودود يحيي ، مرجع سابق ، ص 49

وهناك رأي يجمع بين الرأيين السابقين ويعتبر أن علاقة الكفيل بالمدين هي علاقة مستقلة بذاتها وبكل أركانها علن علاقة الكفيل بالدائن لذلك لا يبطل عقد الكفالة بسبب غير مشروع في علاقة المقبل بالمدين و لكن يمكن استثناء التمسك بالبطلان إذا كان الدائن عالماً بذلك وقت إبرام عقد الكفالة¹

وفضلاً على مشروعية السبب يجب أن يكون السبب حقيقياً و صحيحاً

المبحث الثالث: آثار عقد الكفالة

إذا انعقدت الكفالة صحيحة أنتجت جميع آثارها ، حيث تنشأ علاقة بين طرفيها وهما الدائن و الكفيل، وتعتبر هذه هي الآثار المباشرة لعقد الكفالة،

فالآثار المباشرة للكفالة يظهر في العلاقة بين الدائن والكفيل فهما طرفا هذا العقد واليهما تنصرف آثاره، ومع ذلك فهناك آثار أخرى تنشأ لا عن عقد الكفالة ذاته بل عن تنفيذه أي عن واقعة الوفاء من الكفيل للدائن وتظهر هذه الآثار سواء في العلاقة بين المدين والكفيل إذا ما اضطر لوفاء الدين أو في العلاقة بين الكفلاء إذا تعددوا ولذلك فإنه دراسة آثار الكفالة المباشرة وغير المباشرة هي دراسة لهذه العلاقات المختلفة حيث تنشأ عن الكفالة علاقات متعددة هي علاقة الدائن بالكفيل وعلاقة الكفيل بالمدين وعلاقة الكفلاء فيما بينهم و عن هذه العلاقات تنشأ حقوق و التزامات لكل طرف من أطرافها ونخصص لكل من هذه العلاقات دراسة مستقلة

المطلب الأول: العلاقة بين الكفيل والدائن

إن الكفيل ملتزم بموجب عقد الكفالة بضمان الوفاء بالتزام المدين إذا لم يف به هو، لذلك فإن من حق الدائن بمطالبة الكفيل بالوفاء يكون من خلال رفع دعوى قضائية، كما أن القانون أعطى الحق للكفيل في التمسك ببعض الدفوع في مواجهة الدائن وهو ما سوف نبينه في مايلي :

¹ - محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 52

الفرع الأول: حق الدائن في مطالبة للكفيل

يحق للدائن مطالبة الكفيل بالدين إذا لم يف به المدين ، وحتى يتمكن الدائن من إن مطالبة الدائن للكفيل مقيدة بشروط معينة حددها القانون وهي شروط المطالبة و أجل المطالبة، و مطالبة المدين قبل الكفيل أو معه، وأخيرا مقدار مطالبته للكفلاء في حال تعددهم

أولا - شروط المطالبة (شروط رجوع الدائن على الكفيل):

يشترط لإمكانية رجوع الدائن على الكفيل عدة شروط أهمها:

- أن يكون الالتزام الأصلي حال الأداء
 - عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه الأصلي
 - يجب أن يتم الرجوع على المدين أولا إذا كان الكفيل متضامنا
 - يجب أن يكون التزام الكفيل حال الأداء كما يشترط أن لا يكون المدين معسرا
- و يقصد بالرجوع المطالبة القضائية فلا يجوز للدائن أن يرفع الدعوى على الكفيل وحده لإلزامه بالوفاء إلا بعد أن يرفع الدعوى على المدين¹

1- أجل مطالبة الدائن للكفيل

يمكن أن يكون أجل الكفالة محددًا في العقد ، غير أنه يمكن ألا يذكر في العقد وفي هذه الحالة يعتبر هو نفسه أجل الالتزام الأصلي، والدائن في مطالبته للكفيل مقيد بحلول أجل التزام الكفيل سواء المتفق عليه في عقد الكفالة، أو أجل الالتزام الأصلي،

لا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل بدينه الناشئ عن عقد الكفالة إلا بعد حلول أجل هذا الدين وإذا لم يكن هناك اتفاق على تحديد أجل دين الكفيل فان هذا الأجل يحل باستحقاق دين المدين ، ولكن إذا اتفق على أ جل خاص لدين الكفيل فلا تجوز مطالبته إلا بعد حلول هذا الأجل ولو كان دين المدين قد حل أجله من قبل ولا يجوز كما سبق ذكره أن يكون أجل دين الكفيل اقرب من أجل دين المدين تطبيقا لقاعدة أن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون اشد من التزام المدين وان جاز أن يكون أهون منه² وكل تغيير في أجل الدين المدين يستفيد منه الكفيل ولكن لا يضر منه فإذا

1 - مصطفى عبد الجواد حجازي ، مرجع سابق ، ص ص 99-101

2 - سمير عبد السيد تناغو ، مرجع سابق ، ص 60

حصل المدين على مهله للوفاء بأمر القاضي أو بإذن الدائن فان الكفيل يستفيد من هذه المهلة ، ولا تجوز مطالبته قبل حلول الأجل الجديد ولكنه لا يضار من هذا التأجيل فإذا أراد أن يوفي الدائن بدينه في الأجل القديم فيجب على الدائن أن يقبل منه هذا الوفاء ووجه الضرر الذي قد يلحق الكفيل من تأجيل الدين أن المدين قد يكون موسرا رغم تأجيله دينه ويخشى عليه الإعسار فيما بعد فتكون المصلحة الكفيل أن يوفي بالدين دون تأخير ويرجع بما وفاه على المدين قبل أن يصير معسرا وان كان هذا فرض نادر الوقوع¹

2- حالة سقوط الأجل

في حالة سقوط أجل التزام المدين لأي سبب من الأسباب الواردة في نص المادة 211 من القانون المدني كالإفلاس أو إضعاف التأمينات أو عدم تقديم التأمينات التي وعد بها مثلا، فهل يسقط أجل التزام الكفيل تبعا لسقوط أجل التزام المدين أم لا؟

وهنا تعددت الآراء الفقهية حول هذه المسألة حيث يرى جانب من الفقه أن سقوط أجل التزام المدين يستتبع بالضرورة سقوط أجل التزام الكفيل إعمالا لفكرة التبعية، كما أن التزام الكفيل هو ضمان حق الدائن ضد مخاطر إعسار المدين أو إفلاسه الذي يكون قد تحقق في هذه الحالة، أما جانب فقهي آخر فيرى خلاف ذلك بأن سقوط أجل التزام المدين لا يؤدي إلى سقوط أجل التزام الكفيل لأن المدين لا يستطيع أن يسوء مركز الكفيل ، كما أن فكرة التبعية تقوم على أنه لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين و لكن يمكن أن يكون أخف منه، وعقد الكفالة يتضمن تعهدا من الكفيل بضمان الوفاء بدين المدين ولكن في أجل معين، وبالتالي فإن سقوط أجل التزام المدين وسحب الثقة منه لا يبرر سقوط أجل التزام الكفيل وسحب الثقة منه كذلك ، خاصة و أن سقوط الأجل في حالة الإفلاس مثلا يخص المدين وحده ولا ينصرف إلى الغير²

والرأي الغالب من الفقه يضيف إلى الرأي الثاني أنه في حالة ما إذا كان المدين قد وعد الدائن بتقديم ضمانات وكان الكفيل عالما بذلك وقت الكفالة وضامنا لالتزام المدين بتقديم هذه التأمينات أيضا فإنه سقوط أجل التزام المدين بسبب عدم تقديمه للتأمينات التي وعد بها يستتبع سقوط أجل

1 - سمير عبد السيد تتاغو ، مرجع سابق ، ص101

2 - سمير عبد السيد تتاغو ، مرجع سابق ، 59

التزام الكفيل، أما في غير ذلك من الحالات كالإفلاس أو إضاعة التأمينات فإن ذلك لا يستتبع سقوط أجل التزام الكفيل. الكفيل تبعا لسقوط أجل التزام المدين أصلا

ثانيا - مطالبة الدائن للمدين قبل الكفيل أو معه

تنص المادة 660/1 ق م ج على: «لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد

رجوعه على المدين)

ومن نص المادة فإن لا يكفي حلول أجل الدين حتى يمكن للدائن مطالبة الكفيل بدين المدين و إنما فرض المشرع على الدائن أن يوجه المطالبة للمدين أولا ثم يوجهها إلى الكفيل أو أن يوجهها إليهما معا ، ولم يحدد المشرع المقصود بالرجوع على الكفيل مع المدين أو بعده غير أن الفقه يعتبر أن المقصود من الرجوع هو المطالبة القضائية أي رفع دعوى قضائية ضد المدين أولا أو على الكفيل معا، ولا يكفي مجرد إعدار الدائن للمدين للرجوع على الكفيل، غير أن ذلك يرد عليه استثناءين:

الاستثناء الأول: عندما يكون حق الدائن ثابت في سند رسمي، هذا الأخير الذي يجوز

الدائن التنفيذ به على أموال المدين بمجرد الإعدار و دون الحاجة إلى استصدار حكم قضائي هذه الحالة مجرد تنبيه المدين بالوفاء كاف لرجوع الدائن على الكفيل دون اشتراط رفع دعوى قضائية على المدين، و

الاستثناء الثاني : هو في حالة إفلاس المدين فإنه مجرد دخول الدائن إلى تقيسة المدين يعتبر

كافيا لمطالبة الكفيل لأنه في حالة الإفلاس تمنع الإجراءات الفردية ضد المدين و تجدر الإشارة إلى أن وجوب الرجوع على الكفيل بعد المدين أو معه ليس من النظام العام و إنما هو حق تقرر لمصلحة ، و يجوز له أن يتنازل عنه ، كما أن الحق لا يتم إعماله في حالة التضامن بين الكفيل والمدين¹

¹ - راجع نص المادة 669 من القانون المدني .

ثالثاً - انقسام الضمان في حالة تعدد الكفلاء

يلتزم الكفيل بما تعهد به في عقد الكفالة فإذا كفل كل الدين التزم بالوفاء بكل الدين ، و إذا لم يف به المدين نفسه ، و إذا تعهد بجزء من الدين برأت ذمته إذا قام بالوفاء بالجزء الذي تعهد به و لا يحق للدائن أن يطالبه بما يزيد عن الجزء المضمون
إذا كان المدين واحدا فإن الدائن يستطيع إن يطالبه بكل الدين إذا ما توفرت الشروط التي يتطلبها القانون للمطالبة، أما إذا تعدد الكفلاء لدين واحد فان التساؤل يثور عما إذا كان يجوز للدائن الرجوع على كل واحد منهم بكل الدين أو يرجع على كل منهم بنصيبه في المسؤولية عن الدين¹

والإجابة نجدها في نص المادة 664 من القانون المدني الجزائري التي تقرر بقولها (إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم قسم الدين عليهم ولا تجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية فإن كل واحد منهم يكون مسؤولاً عن الدين كله إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم)

ويتضح من هذا النص إن القانون المدني اخذ بقاعدة تقسيم الدين في رجوع الدائن على الكفلاء وذلك مقارنة بالتشريعات العربية

و لا بد من الإشارة إلى أن انقسام الضمان من عدمه يكون في حالة تعدد كفلاء الدين ، حيث أنه إذا كفل الدين كفيلا واحدا لا ينقسم الدين بينه و بين المدين ، و إنما يرجع الدائن على المدين بكل الدين و على الكفيل بكل الدين أو بالجزء المتبقي منه إذا وفى المدين جزء من الدين، كما لا ينقسم الضمان بين الكفيل الشخصي و الكفيل العيني

ولكي ينقسم الدين بين الكفلاء المتعددين يلتزم يلزم توفر الشروط التالية :

¹ - محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 60

1- أن يتعدد الكفلاء لدين واحد :

فلا ينقسم الدين بين المدين والكفيل لان الدين ليس واحدا أي لاختلاف التزام كل منهما ، كما الضمان لا ينقسم بين الكفيل و كفيل الكفيل لعدم وحدة التزامهما كذلك حيث أن الأول يضمن الوفاء بالتزام المدين، أما الثاني فيضمن الوفاء بالتزام الكفيل، فالضمان ينقسم بين الكفلاء لنفس الالتزام أو نفس الدين فقط¹

كما أنه في حالة تعدد ديون المدين و كفيل كل كفيل دينا من هذه الديون فلا مجال لانقسام الضمان في ما بين كفلاء المدين لأنهم لا يضمنون نفس الدين و بالتالي يلتزم كل كفيل بكل الدين الذي ضمنه

2- تعدد الكفلاء لمدين واحد :

لم يرد هذا الشرط في نص المادة 664 ق.م.ج لكن يكاد يجمع عليه الفقه و مفاده أنه إذا تعدد المدينون لنفس الدين و كانوا متضامين فيما بينهم و كفيل كل كفيل أحدهم فإن كل كفيل يضمن كل الدين أي كل الكفلاء يضمنون نفس الدين و لكنهم لا يضمنون نفس المدين و بالتالي فلا مجال لانقسام الضمان في هذه الحالة²

- تعدد الكفلاء بعقد واحد :

لأن كل كفيل فبي هذه الحالة يكون قد ادخل في اعتباره مسؤولية غيره من الكفلاء و أنه لن يطالب إلا بحصة من الدين³

أي أن كل الكفلاء قد التزموا بعقد كفالة واحد والعلة أن وحدة العقد تعتبر دليلا على أن كل كفيل قد أعتمد على غيره من الكفلاء أي وضع في اعتباره مسؤولية غيره عن الدين ، و بالتالي ينقسم الضمان فيما بينهم بقوة القانون و لا يجوز للدائن مطالبة كل كفيل إلا بقدر نصيبه من المسؤولية عن الدين أي بمقدار ما كفيل من الدين الذي إما أن يكون محددًا في عقد الكفالة أو

1 - مصطفى عبد الجواد حجازي ، مرجع سابق ، ص 104

2 - قدري عبد الفتاح الشهاوي ، أركان عقد الكفالة العينية و الشخصية (التضامن - التضلم - التجريد - في التشريع

المصري و المقارن)، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005، ص 109

3 - محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 61

ينقسم الدين عليهم بالتساوي في حالة عدم الاتفاق على مقدار التزام كل كفيل، وإذا طالب الدائن أحد الكفلاء بكل الدين أو بمقدار يزيد عن نصيبه جاز للكفيل الدفع بالتقسيم ، كما أنه للمحكمة أن تقضي بتقسيم الدين من تلقاء نفسها، وإذا أعسر أحد الكفلاء فلا يتحمل إعساره باقي الكفلاء أي لا توزع حصته على بقية الكفلاء¹

3- عدم التضامن فيما بين الكفلاء:

فإذا تقدم الكفلاء لضمان الدين وتم الاتفاق على التضامن بينهم فإن الدائن يستطيع إن يطالب أي منهم بالدين دون أن يكون طلب التقسيم ، فالتضامن يمنع وقوع التقسيم لأن التقسيم لا يكون إلا بين الكفلاء غير المتضامنين، وإذا تعدد الكفلاء وكفلت طائفة منهم الدين على وجه التضامن، وكفلت أخرى دون تضامن فإن التقسيم لا يقع إلا بين الكفلاء غير المتضامنين ويترتب على ذلك انه إذا رجع الدائن على احد الكفلاء المتضامنين فإن هذا الكفيل يلتزم بكل الدين في حين انه لو رجع الدائن على احد الكفلاء غير المتضامنين فإن الدين ينقسم على جميع الكفلاء بما فيهم المتضامنون

وإذا تضامن أحد الكفلاء مع المدين فهل يستفيد من تقسيم الدين مع بقية الكفلاء الآخرين؟ يذهب البعض أن الكفيل المتضامن يلتزم بدفع كل الدين في حالة مطالبة الدائن له إلا انه لا يحرم من تقسيم الدين بينه وبين باقي الكفلاء الآخرين لأنه غير متضامن معهم ويستندون في ذلك إلى أن هذا ما كان عليه الحكم في ظل القانون القديم ولم يرد ما يفيد العدول عنه أما عن الرأي الراجح في الفقه يذهب إلى إن تضامن الكفيل مع المدين يجعله مسؤولاً عن كل الدين كالمدين الأصلي تماماً ، ولا يحق له التمسك بالتقسيم بينه وبين الكفلاء الآخرين على أساس أن تضامنه مع المدين يفيد استعداده للوفاء بكل الدين ونزوله عن انقسام الدين هذا فضلا على أن نص المادة السالف جاء صريحا حيث ذكر التخصيص بالنسبة لتعدد الكفلاء²

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 94

2- محمد حسين منصور ، النظرية العامة للائتمان ، مرجع سابق ، ص 147

الفرع الثاني: الدفوع التي يتمسك بها الكفيل في مواجهة الدائن

يقصد بدفوع الكفيل الأوجه التي يستطيع الكفيل أن يتمسك بها في مواجهه الدائن إذا طالبه بدفع الدين وهدف الكفيل من إبداء هذه الدفوع هو تأجيل المطالبة أو تقرير براءة ذمته كلياً أو جزئياً أو ضمان حقوقه تجاه المدين، فإذا فشل الكفيل في ذلك وحصل الدائن على سند تنفيذي ضده فإن الكفيل يستطيع أن يرفض الوفاء حتى يقوم الدائن بما يفرضه عليه القانون من التزامات ويستطيع الكفيل أيضاً وقف إجراءات التنفيذ ضده حتى يتم تجريد المدين من أمواله أولاً، والدفوع التي يمكن أن يتمسك بها الكفيل في مواجهة الدائن هي إما دفوع متعلقة بالالتزام الأصلي أو دفوع مترتبة عن عقد الكفالة

أولاً - الدفوع المتعلقة بالالتزام الأصلي المكفول:

ترتبط الكفالة نظراً لصفه التبعية في وجودها وانقضائها بالالتزام الأصلي الذي تضمن الوفاء به، فالكفيل يتعهد للدائن بالوفاء بالدين إذا لم يفي المدين به لذلك يمكن القول بصفه عامة إن للكفيل إن يدفع في مواجهة الدائن بكل الدفوع التي يكون للمدين إن يحتج بها عليه فله إن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين ويمكن تقسيم هذه الدفوع إلى مجموعتين الأولى تتعلق ببطلان الالتزام الأصلي والثانية تتعلق بالقضاء¹

و هذا تطبيقاً لما جاء في نص المادة 654 من القانون المدني

(...يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، و له أن يتمسك بجميع أوجه الدفع التي يحتج بها

المدين)

وحسب نص المادة 660 ق م ج فإنه يجوز للكفيل المتضامن مع المدين التمسك بالدفوع

المتعلقة بالالتزام الأصلي شأنه شأن الكفيل غير المتضامن

فقد أورد المشرع استثناءين في نصي المادتين 654/2 و 649 ق م ج على هذه المسألة تم

التطرق إليهما سابقاً

¹ - محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص

ثانيا - الدفوع المترتبة عن عقد الكفالة:

تنشأ عن العلاقة القانونية بين الدائن والكفيل في عقد الكفالة مجموعة من الحقوق و يتم تحديد كل المسائل الجوهرية والثانوية المتعلقة بالكفالة و خاصة منها ما يتعلق بالدائن بدءا من تحديد نوعه ونطاقه وأجل المطالبة به ومبلغ الدين وكيفية ومكان الوفاء به وكيفية رجوع الدائن على الكفيل

وبالرجوع إلى أحكام عقد الكفالة فإن القانون نظم أحكام هذا العقد و طريقة رجوع الدائن على الكفيل ومنح للكفيل حماية قانونية تتمثل في إعطائه الحق في إجراء عدة دفوع تمكنه من براءة ذمته تجاه الدائن ، هذه الدفوع هي الدفع بوجود الرجوع أولا على المدين ، الدفع بالتجريد العام والخاص ، والدفع بالتقسيم وهناك دفوع أخرى إضافية ناتجة عن خطأ الدائن في استيفاء حقه من المدين نظمها القانون في نصوص خاصة

-1- الدفع بعدم جواز الرجوع على الكفيل وحده:

نصت المادة 660/1 ق م ج على:

«لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين»

وطبقا لهذا النص يجب على الدائن مطالبه المدين أولا قبل أن يطالب الكفيل أو يطالبه مع المدين ، أما إذا طالب الكفيل وحده أو قبل المدين فإن دعواه ترفض إذ يحق للكفيل إن يتمسك في هذه الحالة بالدفع المقرر في هذه المادة ، ويلاحظ أن الدفع بعدم جواز مطالبة الكفيل وحده قبل مطالبة المدين لا يعتبر من الدفوع الموضوعية إذ لا يتعلق بأصل الحق المطالب به، كما أنه لا يعتبر دفعا شكليا لان قانون الإجراءات المدنية لم ينص عليه ولكنه هو دفع بعدم قبول الدعوى لعدم توفر شرط من الشروط اللازمة لقبولها وبناء على ذلك فيمكن إبداء هذا الدفع في أي وقت من أوقات الدعوى و في أي مرحلة منها

والهدف من هذه الدفع هو عدم قبول الدعوى المرفوعة على الكفيل من الدائن ويستطيع أن يعود

إلى مطالبة الكفيل إذا كان قد رفع الدعوى على المدين¹

¹ - محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص ص 67-68

شروط التمسك بهذا الدفع:

يجب أن تتوفر مجموعه من الشروط التمسك بهذا الدفع وهي:

- عدم نزول الكفيل عن حقه في التمسك بهذا الدفع: هذا الدفع ليس من النظام العام ، إنما هو مقرر لمصلحة الكفيل ، لذلك يجوز له النزول عن حقه في استعماله سواء بطريقة صريحة أو ضمنية ، و سواء كان ذلك في عقد الكفالة أو في عقد لاحق¹
ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين:

-وجوب وجود مصلحة للكفيل في التمسك بهذا الدفع وذلك بأن يكون رجوع الدائن على المدين ، مجديا فإذا كان المدين معسرا فليس للكفيل مصلحة في التمسك بهذا الدفع وعلى عاتق الدائن يقع عبء إثبات أن المدين معسر لدرجة تجعل الرجوع عليه لا يحقق أي فائدة²
ويقع على الدائن عبء إثبات إعسار المدين، ولا يشترط للتمسك بهذا الدفع أن يكون لدى المدين أموال تكفي لسداد كل الدين ، بل يكفي أن يكون لديه أموال تكفي لسداد لو جزء منه ، حتى يستطيع الكفيل التمسك بهذا الدفع ، ففي هذه الحالة يرجع الدائن على المدين ثم يرجع على الكفيل بالجزء المتبقي³

وإذا تمسك الكفيل بالدفع بعدم جواز الرجوع على الدائن وحده ومتى توفرت شروطها فإن القاضي يحكم بعدم قبول الدعوى التي رفعها الدائن على الكفيل وحده، ويجوز له فيما بعد الرجوع على الكفيل مع المدين أو بعد الرجوع على المدين

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 103

2 - محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، 69

3 - قدري عبد الفتاح الشهاوي ، مرجع سابق ، ص 116-117

2 - الدفع بإضاعة التأمينات:

نصت على هذا الدفع المادة 656 من القانون المدني حيث جاء فيها :

« تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات .

و يقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو

تقررت بعد الكفالة وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون»

وتكمن العلة من تقرير هذا النص في أن الكفيل إذا وفي الدين يحل محل الدائن فيما له من حقو

ق تجاه المدين وتنتقل إليه التأمينات التي كانت تضمن دين الدائن ، فإذا ما أضاعها

يعتبر قد فوت على الكفيل فرصة استيفاء حقه من المدين، و بالتالي تبرأ ذمته بالقدر الذي ضيعه

الدائن بخطئه من تأمينات، و يمكن أن يتمسك بهذا الدفع الكفيل المتضامن مثله في ذلك مثل

الكفيل غير المتضامن لان التزام الكفيل المتضامن يبقى التزاما تبعا لا أصليا¹

و حتى يتمسك الكفيل بهذا الدفع ينبغي توفر الشروط التالية :

- أن يكون الدائن قد أضاع تأمينا خاصا و لقد وضع المشرع المقصود بالتأمينات

و التي يمكن أن تكون : تأمينات شخصية كالكفالة أو عينية كالرهن الرسمي أو الرهن الحيازي

أو حق الامتياز أو حق تخصيص ، ولا يشترط أن يكون التأمين الخاص مقررا على مال

المملوك للمدين بل يمكن أن يكون مقررا على مال مملوك لغير المدين كالكفيل العيني ولا يلزم أن

يكون التأمين الخاص مقررا وقت نشأة الكفالة بل يكفي أن يكون قد تقرر قبل براءة ذمة الكفيل،

ولا يدخل في مفهوم التأمينات الخاصة حق الضمان العام المقرر للدائن على جميع أموال مدينه

فلا يتوفر الدفع بإضاعة التأمينات في حال إهمال الدائن المحافظة على الضمان العام أو إهماله

في اتخاذ إجراء تحفظي على بعض أموال مدينه²

- أن تكون إضاعة التأمينات بخطأ من الدائن : حيث جاء النص صريحا بأن

يكون ضياع التأمين بخطأ من الدائن، سواء كان خطأ الدائن فعلا إيجابيا

1 - سمير عبد السيد تناغو ، مرجع سابق ، ص ص85-86

2 - مصطفى عبد الجواد حجازي ، مرجع سابق ، ص 118

كإبراء كفيل آخر لنفس الدين والتنازل عن رهن، أو كان فعلا سلبيا كإهمال قيد رهن رسمي أو وإه
مال استئناف حكم بإلغاء رهن مثلا، كما يمكن أن يكون عبارة

عن فعل مادي كأن يتسبب في هلاك الشيء المحبوس مثلا ، ويمكن أن يكون الخطأ صادرا
من الدائن نفسه أو من من شخص مسؤول عنه كخطأ المحامي الذي يؤدي إلى ضياع التأمين ،
أما إذا لم يكن الهلاك راجعا إلى خطأ الدائن كأن يكون بسبب أجنبي كالقوة القاهرة أو بفعل الغير
أو بفعل الكفيل نفسه فلا يمكن لهذا الأخير التمسك بهذا الدفع¹

- حدوث ضرر للكفيل من جراء خطأ الدائن ،، بمعنى أن يكون التأمين الضائع ذو قيمة لدى
الكفيل و الملاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على هذا الشرط إنما يمكن استخلاصه من نص
المادة 656 من القانون المدني و التي جاء فيها :

(تبرا ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات)

فإذا كانت الضمانات عديمة القيمة لا تبرا ذمة الكفيل، وبالتالي يجب أن تكون
الضمانات التي ضيعها الدائن بخطأ منه ذات قيمة بحيث يترتب على ضياعها ضررا بالكفيل²
فإذا توفرت شروط المذكورة كان للكفيل للتمسك بهذا الحق عند رجوع الدائن عليه كما له تمسك
بذلك عند رفع دعوى على الدائن أو عليه يطالب فيها ببراءة ذمته بقدر ما ضيعه الدائن بخطئه،
وهذا الحق هو أيضا من النظام الخاص يجوز التنازل عنه صراحة أو ضمنا كما يجب على
الكفيل التمسك به وليس للقاضي إثارتته من تلقاء نفسه³

1 - يمينة حوحو ، عقد الكفالة و عقد الرهن الرسمي في القانون الجزائري ، دار بلقيس للنشر ، الجزائر ، 2019 ، ص 37

2 - محمد صبلاي السعدي ، مرجع سابق ، ص 74

3 - يمينة حوحو ، مرجع سابق ، ص 37

3- الدفع بعدم اتخاذ الإجراءات:

يوجب القانون على الدائن المبادرة بمطالبة المدين بدينه متى حل أجل الوفاء ولقد أعطى المشرع للكفيل الحق في حث الدائن على مطالبة المدين بالوفاء بدينه نظرا لما للكفيل من مصلحة في ذلك، حيث تبرئ ذمته إذا برئت ذمة المدين فإذا لم يتم الدائن بتنفيذ ما يوجبه عليه القانون من الالتزام بمطالبة المدين واتخاذ كل الإجراءات اللازمة في ذلك في الوقت المناسب ، كان للكفيل أن يرجع في مواجهة الدائن بدفع يسمى الدفع بعدم قيام الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين نصت على هذا الدفع المادة 657 من القانون المدني و التي جاء فيها :

(لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه يتخذها غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يتم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا) ويشترط لجواز التمسك بهذا الدفع الشروط التالية:

- أن يكون أجل الدين الأصلي قد حل فإذا كان الدين مؤجلا لا محل للتمسك بهذا الدفع
- تقاعس الدائن عن مطالبة المدين وعدم اتخاذه الإجراءات ضده خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن

- قيام الكفيل بإنذار الدائن بالإسراع في اتخاذ الإجراءات ضد المدين ويجب أن يتم الإنذار عند استحقاق الالتزام المكفول أي عند حلول أجله الأصلي حتى ولو كانت الدائن قد منح المدين أجلا إضافيا لأنه من حق الكفيل أن يتجاهل هذا الأجل لأنه يسيء من مركزه

- عدم قيام المدين بتقديم ضمان كافي ، وإذا قدم المدين هذا الضمان فلا يهم نوع هذا الضمان فيمكن أن يكون تامين عينيا أو شخصيا ، وتقدير كفاية هذا الضمان أو عدم كفايته يستقل بتقديره قاضي الموضوع وله الاستعانة في ذلك بالخبراء في هذا الصدد فإذا توفرت هذه الشروط وتمسك الكفيل بالدفع فهو دفع الموضوعي يجوز إبدائه في أي حاله تكون عليها الدعوى حتى إقفال باب المرافعة فيها في الاستئناف وفي هذه الحالة تبرأ ذمة الكفيل من الدين كله¹

¹ - مصطفى عبد الجواد حجازي ، مرجع سابق ، ص ص 113-114

4- الدفع بعدم اتخاذ إجراءات التقدم في تغطية المدين :

نصت على هذا الدفع المادة 658 من القانون المدني حيث جاء فيها :

(إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التغطية، وإلا سقط حقه

في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن»

و يتعلق هذا الدفع بالتنفيذ على أموال المدين حيث يفترض في هذه الحالة إعلان إفلاس المدين

بحكم قضائي الذي أمر بفتح التغطية و عين وكيلها لها ، حيث

يجب على الدائن التقدم و التدخل في تغطية المدين حتى يستوفي حقه منها ، فإذا أهمل الدائن

هذا الإجراء و ترتب على إهماله ضياع حقه فلا يحق له الرجوع على الكفيل إلا بقدر ما أصاب

هذا الكفيل من ضرر بسبب إهمال الدائن في دخول التغطية ، لذلك إذا عاد الدائن وطالب الكفيل

بكل الدين جاز لهذا الأخير التمسك في مواجهة الدائن ببراءة ذمته بالقدر الذي أضاعه الدائن

بسبب عدم تدخله في التغطية¹

5 - الدفع بالتجريد : هذا الدفع مقرر في مرحلة التنفيذ

5-1 التعريف بالدفع بالتجريد :

و يعرف الدفع بالتجريد على أنه : تمسك الكفيل حال توافر شروط معينة بوقف إجراءات التنفيذ

على أمواله اقتضاء لدين غير مقرر في ذمته بحسب الأصل بل هو مقرر لدين في ذمه المدين

المكفول إلى حين التنفيذ على موجودات المدين التي يجوز التنفيذ عليها²

والحكمة من تقرير هذا الدفع تتمثل في أن التزام الكفيل التزام تابع للالتزام المدين ولهذا وجب

على الدائن عدم مطالبة الكفيل طالما أن هناك أموال لدى المدين تكفي لسداد الدين ، كما أن هذا

الدفع يوفر الكثير من الوقت والإجراءات إذ ربما يتحاشى به الكفيل رجوع الدائن عليه ثم رجوعه

هو على المدين وبذلك يوفر النفقات

1 - يمينة حوحو ، مرجع سابق ، ص 38

2 - قدري عبد الفتاح الشهاوي ، مرجع سابق ، ص 307

لذلك اعتبر هذا الدفع بمثابة حق أو ضمانة منحها المشرع للكفيل في مواجهة المدين المكفول مراعاة منه لطبيعة التزامه كالتزام احتياطي¹

ويثبت الدفع بالتجريد للكفيل ولو كان قد تقاضى مقابلا من المدين ، ولكن لا يجوز للكفيل المتضامن التمسك به ولما كان المشرع يفترض دائما التضامن بالنسبة للكفالة القضائية والقانونية فانه لا يجوز للكفيل القضائي أو القانوني التمسك بهذا الدفع كما لا يجوز للكفيل العيني التمسك به لان الدفع قد تقرر للكفيل الشخصي ولان الكفالة العينية اقرب إلى التامين العيني منها إلى الكفالة

والتامين العيني مخصص لضمان الوفاء بالدين ومن ناحية أخرى لا يجوز التمسك بالدفع بالتجريد إلا بالنسبة للمدين فقط فإذا تعدد المدينون وكانوا متضامنين فلا يجوز الكفيل الذي كفل احدهم أن يطلب تجريد مدين آخر²

وبالرغم من أن هذا الحق قد كفله المشرع لمصلحة الكفيل بمقتضى قانون خاص إلا انه لا يتعلق بالنظام العام ، بحيث اشترط المشرع على الكفيل إن أراد التجريد أن يتمسك بهذا الحق في مواجهه المدين كما وأن هذا الحق ليس مطلقا بمعنى أنه غير متوافر إلا إذا تم تحقق شروط معينة بعضها متعلق بالكفيل شخصيا وبعضها متعلق بأموال المدين محل طلب التجريد³

5-2- شروط الدفع بالتجريد :

لكي يستطيع الكفيل التمسك بالدفع بالتجريد يشترط أن لا يكون متضامنا مع المدين ويشترط أيضا أن يتمسك بهذا الدفع وأن يرشد الدائن إلى أموال المدين التي تقي بالدين كله لذلك سنتناول شروط هذا الدفع في ما يلي:

* يشترط أولا أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين فحتى يستطيع الكفيل طلب تجديد أموال المدين فيجب أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين، فإن كان متضامنا معه في الوفاء بالدين ، سواء نشأ التضامن بموجب نص في القانون كما في الكفالة القانونية أو القضائية أو قام التضامن

1 - حسني محمود عبد الدايم ، مرجع سابق ، ص 307

2 - مصطفى عبد الجواد حجازي ، مرجع سابق ، ص ص 124-125

3 - يمينة حوحو ، مرجع سابق ، ص 30

بموجب اتفاق فلا يجوز له أن يتمسك بالتجريد ذلك أن من مقتضيات التضامن أن يكون كل واحد من المدنيين المتضامنين مسؤولاً مسؤولية كاملة عن الوفاء بكامل الدين بحيث يحق للدائن أن يرجع على جميع المدنيين المتضامنين أو أن يختار أي منهم لمطالبته بالوفاء بكامل الدين مع حق من أوفى منهم بالرجوع على بقيتهم كلهم بمقدار نصيبه في الدين، وبذلك يكون الكفيل في حالة التضامن بمثابة المدين الأصلي له ما له وعليه ما عليه لذلك على الكفيل التمسك بتجريد المدين¹

* يجب أن لا يكون الكفيل قد نزل مقدماً عن الدفع بالتجريد، فالدفع بالتجريد حق خاص بالكفيل يجوز له أن يتنازل عنه لأنه مقرر لصالحه

وقد يتم التنازل عن الدفع في عقد الكفالة ذاته أو بعد ذلك في اتفاق مستقل، وقد يكون التنازل في صورة صريحة أو ضمنية ومثال النزول الضمني سكوت الكفيل عن الدفع بالتجريد عندما يشرع الدائن في التنفيذ على أمواله ويستخلص النزول الضمني عن الدفع من ظروف الحال وملابسته بتعهد الكفيل بدفع الدين فوراً إذا لم يقم المدين بدفعه عند حلول أجله وقد يعتبر مجرد السكوت نزولاً ضمناً عن التمسك بالدفع²

ومعنى شرط وجوب تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد أن القاضي لا يملك أن يقضي به من تلقاء نفسه فإذا كان الكفيل قد تنازل عن التمسك بالدفع صراحة أو ضمناً فلا يجوز له أن يعود بعد ذلك ويتمسك به³

- كما يشترط أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع لأنه لا يتعلق بالنظام العام وقد نصت على ذلك المادة 660 في فقرتها الثانية بقولها:

(ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق)

لكي يستفيد الكفيل من الدفع بالتجريد يجب عليه التمسك به فالتجريد حق مخول للكفيل ولصالحه، ولهذا يكون له وحده أن يتمسك به أو أن يتنازل عنه، وليس للمحكمة أن تقضي بها

1 - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 79

2 - محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، مرجع سابق، ص 164-165

3 - مصطفى عبد الجواد حجازي، مرجع سابق، ص 126

من تلقاء نفسها ، والهدف من الدفع بالتجريد هو منع التنفيذ مؤقتا على مال الكفيل ولهذا فإن للكفيل أن يتمسك به في أي حالة كانت عليها الدعوى حتى التنفيذ ما لم يصدر منه ما يدل على التنازل¹

ولما كان هذا الدفع مقرا لمصلحه الكفيل فانه يستطيع إن ينزل عنه صراحة أو ضمنا - كما يشترط أيضا إرشاد الكفيل على نفقته الدائن إلى أموال المدين الموجودة في الجزائر و التي تكون غير متنازع فيها وتكفي للوفاء بالدين كله ولقد نصت على ذلك المادة 661 في فقرتها الأولى إذ جاء فيها:

(إذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله)

ولا يؤخذ بعين الاعتبار الأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الجزائر أو كانت متنازعا فيها كما يتضح من هذا النص أنه يجب أن تكون الأموال التي يرشد إليها الكفيل كافية للوفاء بالدين كله

وأموال المدين التي يرشد إليها الكفيل يصح أن تكون عقارا أو منقولا وتخضع مدى كفاية الأموال التي ارشد إليها الكفيل لتقدير القاضي ، ويراعى في تقدير هذه الأموال قيمة ما سيحصل عليه الدائن عند التنفيذ عليه²

كما يشترط في هذه الأموال:

- أن تكون موجودة في الجزائر حتى يسهل التنفيذ عليها
- أن تكون غير متنازع فيها لان التنفيذ يستدعي الفصل في النزاع القائم بشأنها وقد ينتهي ثبوت ملكية الغير لها
- أن تكون مملوكة للمدين فالأموال غير المملوكة للمدين لا يعتد بها و لو كانت في حيازته ، و لا يعتد كذلك بأموال باقي المدينين المتضامنين مع المدين و لأبأموال باقي الكفلاء

¹ - توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ، ص 63

² - محمد صبري السعدي ، مرجع سابق، ص 82-83

- أن تكون قابلة للحجز عليها ، فإذا كانت هذه الأموال مما لا يجوز الحجز عليه فلا يعتد بها لأنه من شروط المال محل التنفيذ الجبري أن يكون المال مما يجوز الحجز عليه فإذا امتنع الحجز امتنع التنفيذ¹

ونفقات الإرشاد إلى أموال المدين يتحملها الكفيل كمصروفات استخراج صور المستندات الملكية وكما يتحمل نفقات التجريد ونفقات التنفيذ على أموال المدين ثم يستردها الدائن من أموال المدين مع أصل الدين

5-3- آثار الدفع بالتجريد :

يترتب على توافر شروط الدفع بالتجريد وقبول المحكمة له عدة نتائج قانونية أهمها:

- **عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل:** يترتب على قبول الدفع بالتجريد وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل بل إن هذه الإجراءات تقف بمجرد إبداء الكفيل للدفع حتى تفصل المحكمة فيه و تسقط الإجراءات التي يكون الدائن قد اتخذها قبل الدفع بالتجريد، وتبطل كل الإجراءات التي تتخذ في سبيل التنفيذ على أموال الكفيل سواء تعلق الأمر بمرحلة التقاضي إذا تم التمسك بالدفع أثناء سير الدعوة أو بمرحلة التنفيذ إذا تم التمسك به عند شروع الدائن في التنفيذ، وتطبيقاً لذلك يتم إلغاء كل حجز تم على أموال الكفيل لدى الغير وكل تنبيه بنزع الملكية اتخذ على عقار يملكه الكفيل كما تلغى كل إجراءات الحجز التنفيذي على منقولاته.

غير أن وقف إجراءات التنفيذ لا يمنع الدائن من اتخاذ الإجراءات التحفظية على أموال الكفيل مثل أن يأخذ حق اختصاص عقار للكفيل².

- **إلزام الدائن بالتنفيذ على الأموال التي أرشد عنها الكفيل:** إذ يجب على الدائن أن يبادر

إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهة المدين وإلا كان مسؤولاً عن تقصيره في القيام بهذه الإجراءات لاسيما إذا ترتب عن ذلك إعاقة المدين، ويجب على الدائن أن يبذل في اتخاذ هذه الإجراءات عناية الشخص المعتاد فلا يتقاعس حتى يقوم المدين بتبديد أو تهريبها³.

1 - مصطفى عبد الجواد حجازي ، مرجع سابق ، ص ص 128-129

2- مصطفى حسين منصور، النظرية العامة للائتمان ، مرجع سابق، ص172.

3- مصطفى عبد الجواد حجازي، مرجع سابق، ص132.

6- صورة خاصة للدفع بالتجريد:

نظم المشرع الجزائري في نص المادة 663 صورة خاصة للدفع بالتجريد حيث جاء فيها: (إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانونا أو اتفاقا لضمان الدين وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين)

هذا النص وضع حكما خاصا لصورة من صور التجريد وهي لا تتعلق بالبدهء أولا في التنفيذ على أموال المدين عامة ولكنها تتعلق بالبدهء في التنفيذ على أي تأمين عيني يكون قد خصص للوفاء بنفس الدين المضمون بالكفالة فمع وجود هذا التأمين لا وجه للتنفيذ على أموال الكفيل¹. حيث تتميز هذه الصورة الخاصة بالدفع بالتجريد بأنها لا يشترط فيها أن يكون التأمين كافيا للوفاء بدين الدائن على خلاف ما هو مقرر في القاعدة العامة للدفع بالتجريد ويشترط لتطبيق التمسك بهذه الصورة من الدفع الشروط التالية.

- أن يكون هناك تأمين عيني خصص قانونا و اتفاقا لضمان الوفاء بدين المدين و قد يرد هذا التأمين على عقار أو منقول و يستوي أن يكون هذا التأمين كافيا أو غير كافى للوفاء بالدين.
- يجب أن يكون هذا التأمين واردا على مال مملوك للمدين، ويرى بعض الفقه أنه لا يشترط ملكية المدين للمال الوارد عليه التأمين ويستند الفقه في ذلك إلى عدم وجود نص صريح بملكية المدين للمال².

- يجب أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين لأن الكفيل المتضامن لا يجوز له التمسك بهذا الدفع.

- يجب أن يكون هذا التأمين قد قدم قبل الكفالة أو معها وذلك لأن الكفيل يكون قد وضع في اعتباره وجود هذا التأمين وبناءا على ذلك إبرام كفالته، أما التأمينات التي قد تنشأ بعد الكفالة فلا يكون الكفيل قد اعتمد عليها عند ارتضائه إبرام عقد الكفالة³.

1 - سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 78.

2- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص ص 88-89.

3- عبد الرزاق أحمد الصنهوري، مرجع سابق، ص 133.

المطلب الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين

إذا حل أجل الدين و رجع الدائن على المدين مباشرة وقام هذا الأخير بالوفاء انتهى التزامه وانتهى التزام الكفيل تبعاً له ولا تثار في هذه الحالة أي صعوبة

ولكن قد لا يقوم المدين بالوفاء للدائن فلا يكون أمام هذا الأخير سوى الرجوع على الكفيل مباشرة، فإذا قام الكفيل بالوفاء فإنه يكون قد نفذ التزامه بمقتضى عقد الكفالة و المتمثل بضمان الوفاء بدين المدين إذا لم يف به هو، و ليس للكفيل أي مصلحة من ذلك الدين، لأنه يكون قد نفذ دين غيره و بالتالي جاز له الرجوع على صاحب المصلحة من الدين و هو المدين، فالمدين اثري على حساب الكفيل

و بالتالي كان له إن يرجع على المدين أو المدينين عند تعددهم وتخول القواعد العامة للكفيل الموفي في هذه الحالة الحق في الرجوع على المدين بقدر ما دفعه باعتباره من الغير وقام بوفاء الدين على أساس دعوى الإثراء بلا سبب

كما يكون للكفيل كذلك الرجوع طبقاً للقواعد العامة على أساس دعوى الحلول محل الدائن طبقاً للمادة 261 من القانون المدني والتي تقضي بأنه إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه

و لكن المشرع إلى جانب ذلك أعطى للكفيل دعوى شخصية لا تعتبر مجرد تطبيق لما جاء في القواعد العامة ولكنها دعوى تخول للكفيل حقوقاً أكثر مما تخوله له القواعد العامة وتختلف عنها من حيث شروطها وأحكامها

نستنتج من ذلك أنه إذا وفى الكفيل الدين للدائن، فله الرجوع على المدين بما وفاه، وللکفيل في هذا الرجوع بأن يرفع الدعوى الشخصية الناشئة عن هذا الوفاء، أو دعوى الحلول لأنه يحل محل الدائن في حقوقه قبل المدين الأصلي هذا بالإضافة إلى دعوى القواعد العامة كدعوى الإثراء بلا سبب

الفرع الأول: رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية (دعوى الكفالة)

أولاً - الأساس القانوني لهذه الدعوى :

تنص المادة 670 من القانون المدني على أنه: (يجب على الكفيل أن يخبر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين و إلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين أو بانقضائه

فإذا لم يعارض المدين في الوفاء بقي للكفيل الحق في الرجوع عليه و لو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه)

و تنص المادة 672 من القانون المدني: (يكون للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه...)

من خلال هذين النصين يمكن لنا أن نستخرج شروط الدعوى الشخصية

ثانياً - شروط الدعوى الشخصية

يشترط لرجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية المستندة إلى الكفالة الشروط التالية :

- أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين و دون اعتراض منه

وهذا الشرط لا يتضح من النصوص، ولكن الفقه مجمع عليه، والمفروض أن الكفالة عادة تعقد

لمصلحة المدين، وإن كانت أحيانا تعقد لمصلحة الدائن وحده كما إذا انعقدت بعد نشوء الالتزام الأصلي، ولم يحصل الكفيل للمدين على أية فائدة.

فإذا تمت على هذه الصورة النادرة، فإن الكفيل لا يستطيع -بعد وفاء الدين- الرجوع على

المدين بالدعوى الشخصية، وإن كان له الرجوع على المدين طبقاً للمادة 259 من القانون المدني الجزائري وهي: (دعوى الإثراء بلا سبب).

كما يجب أن تكون الكفالة قد تمت بدون معارضة المدين، غير أن المادة 672 من القانون

المدني الجزائري لا تجيز الرجوع بهذه الدعوى إلا إذا كانت الكفالة قد عقدت بعلم المدين أو دون

علمه أما إذا كانت قد عقدت رغم معارضته فلا يجوز الرجوع عليه بهذه الدعوى ، ويكون للكفيل في هذه الحالة الرجوع بدعوى الحلول على المدين¹

1- أن يكون الكفيل قد وفى الدين:

وهذا الشرط نصت عليه المادة 672 صراحة ويشمل الوفاء أيضا كل ما يقوم مقامه، كالمقاصة التي تقع بين الكفيل والدائن والتجديد الذي يترتب عليه أن يصبح الكثير مدينا أصليا بدلا من المدين، وقد يقضي الكفيل الدين باتحاد الذمة، كما إذا ورث الدائن فيصبح هو الدائن ويرجع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية.

أما إذا أبرأ الكائن الكفيل من الكفالة أو تقادم دين الكفيل، فان الكفيل لا يكون قد وفى

بالمدين أو قام بما يقوم مقام الوفاء وعلى ذلك فانه لا يستطيع الرجوع على المدين².

ولا يشترط لرجوع الكفيل بالدعوى الشخصية على المدين أن يكون قد قام بالوفاء بالمدين كله، أو أن يكون الدائن قد استوفى دينه بتمامه عن طريق آخر وذلك بخلاف الحال في دعوى الحلول، وإنما إذا وفى الكفيل بجزء من الدين المكفول فانه لا يحق له الرجوع إلى المدين إلا بهذا الجزء بشرط أن يكون قد رضي بهذا الوفاء الجزئي لإبراء ذمه الكفيل في مواجهته، إذا كانت الكفالة غير محددة ابتداء لأنه لم يكن قد كفل إلا هذا الجزء ، فإذا حدث وان تزامم الكفيل عند رجوعه على المدين بهذا الجزء مع الدائن عند رجوعه بباقي الدين ولم تكن أموال المدين كافية للوفاء لهما فإنهما يتقاسمان هذه الأموال قسمة الغرماء وليس هناك محل للقول بعدم إمكان ذلك بحجة أن الضمان والتعرض لا يجتمعان ،ومن يجب عليه الضمان لا يجوز له أن يطالب الاستحقاق سواء في الحقوق العينية أو الحقوق الشخصية لأنه في هذا الفرض ليس هناك أي ضمان أو تعرض ،حيث أن قبول الدائن للوفاء الجزئي والذي لا يجبر عليه قد أبرأ ذمه الكفيل من الضمان وبالتالي مزاحمته للدائن لا تشكل أي تعرض وذلك خلافا للرجوع بدعوى الحلول³

1 - محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 94

2- يمينة حوحو، مرجع سابق ، ص 41

3 - نبيل إبراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، مرجع سابق ، ص 389

2- أن يكون أجل الدين قد حل :

إذا وفى الكفيل الدين قبل حلول الأجل فإنه لا يستطيع الرجوع على المدين بمجرد الوفاء إذ أن الأجل من حق المدين ، والكفيل لا يستطيع إجباره على الوفاء قبل حلول الأجل والعبارة بأجل الدين الأصلي، فإذا منح الدائن المدين أجلا جديدا أو امتد الأجل بحكم القضائي فإن ذلك لا يمنع الكفيل الذي يوفى من الرجوع إلى المدين عند حلول أجل الدين الأصلي وإذا نزل المدين عن الأجل فيحق للكفيل التمسك بهذا النزول وفيحق للدائن فورا ويرجع على المدين¹

3- ألا يقع من الكفيل تقصير يسبب ضررا للمدين:

تقضي المادة 670 من القانون المدني : يجب على الكفيل إخطار قبل أن يقوم بوفاء الدين ، وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين، و الهدف من الإخطار هو تمكين المدين من الاعتراض على الوفاء فقد تكون لديه أسباب قانونية للاعتراض

كأن يكون التزامه قد انقضى لأي سبب من الأسباب أو أن يكون التزامه باطلا أو قابلا للإبطال، فيكون وفاء الكفيل غير ذي فائدة ، كما الإخطار يمكن المدين من العلم بواقعة الوفاء فلا يقوم بالوفاء مرة أخرى للدائن، و لا يشترط المشرع شكلا خاصا للإخطار، فيجوز أن يكون رسميا أو عرفيا بكتاب مسجل أو غير مسجل و يصح أن يكون شفويا شريطة أن يثبتته الكفيل² لذلك نميز في هذه الحالة بين :

• حالة إخطار الكفيل للمدين:

إذا أخطر الكفيل المدين فيجب على الأخير أن يبادر بالاعتراض إذا كان قد وفى الدين، أم كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو انقضائه وان يكون هذا الاعتراض في الوقت المناسب. وفي هذه الحالة يجب على الكفيل الامتناع عن الوفاء ويترك الدائن يسير في إجراءات الدعوى، ويدخل المدين فيها لإبداء الاعتراضات التي لديه.

أما إذا قام الكفيل بالوفاء بعد اعتراض المدين، فإن حقه في الرجوع على هذا الأخير يسقط بكل ما وفى أو بجزء منه إذا كان لدى المدين أسباب تؤدي إلى انقضاء الدين كله أو بعضه.

1 - محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 95

2 - حسني محمد عبد الدايم ، مرجع سابق ، ص ص 355-356

وفي حالة عدم اعتراض المدين في الوقت المناسب، فإنه لا يمكن أن ينسب إلى الكفيل خطأ أو تقصير، فإذا وفى الدين فله الرجوع على المدين، ولا يحق في هذه الحالة أن يحتج هذا الأخير بوجود أسباب لديه تؤدي إلى بطلان الدين أو انقضائه لأنه قصر بعدم الاعتراض ويتحمل نتيجة هذا التقصير¹.

• حالة عدم الإخطار للمدين:

إذا لم يخطر الكفيل المدين قبل الوفاء، فأما أن يكون للمدين أسباب تؤدي إلى بطلان الدين أو انقضائه، وإما ألا يكون لديه تلك الأسباب. فإذا كان لديه سبب يترتب عليه انقضاء الدين أو بطلانه، كما لو كان قد أوفى بالدين كله أو بعضه، أو أن لديه دفع يؤدي إلى الحكم ببطلان العقد المنشئ للالتزام المكفول، ففي هذه الحالة يكون الكفيل مقصراً، لأنه قد أخطأ في الوفاء دون إخطار المدين، ومن ثم يتحمل نتيجة خطئه فيسقط حقه في الرجوع على المدين بكل ما وفى أو بجزء منه، طبقاً لما ستؤدي إليه أسباب اعتراض المدين على الوفاء.

أما إذا لم يكن لدى المدين سبب للاعتراض على الوفاء، فعندئذ يستطيع الكفيل الرجوع على المدين، ولا يسقط حقه بالرغم من خطئه في عدم الإخطار بالوفاء، إذ أن ذلك لم يسبب ضرراً بالمدين².

3 - مدى ما يرجع به الكفيل على المدين:

تنص المادة 672 على أنه: (يرجع (الكفيل) بأصل الدين والمصروفات غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده)

وهذا النص يحدد مدى ما يرجع به الكفيل الذي وفى الدين، فهو يرجع بأصل الدين والمصروفات طبقاً للتفصيل الآتي:

¹ - عبد الرزاق احمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 172

² - عبد الودود يحيى ، مرجع سابق ، ص ص 84-85

3-1- أصل الدين:

ويقصد به كل ما قام الكفيل بدفعه إلى الدائن لإبراء ذمة المدين ويشمل ذلك مقدار الدين الأصلي، وكذلك فوائد ذلك الدين لو كان الدين ينتج فوائد اتفاقية أو قانونية مادامت هذه الفوائد تدخل ضمن الدين المكفول، كما يشمل المصروفات التي أنفقها الدائن في مواجهة المدين، إذ أن هذا كله يلتزم به المدين فيعتبر بالنسبة له أصل الدين إذ دفعها الكفيل¹.

3-2- المصروفات:

يرجع الكفيل كذلك بالمصروفات التي أنفقها في سبيل الوفاء بالتزامه من وقت إخباره للمدين بالإجراءات التي اتخذها الدائن ضده من أمثلة ذلك تلك المصروفات التي أنفقها الكفيل في إرشاد الدائن إلى أموال المدين عند التجريد، ومصروفات العرض الحقيقي والإيداع فيما إذا اضطر الكفيل إلى ذلك، والمصروفات التي يرجع بها عليه الدائن مثل المصروفات التي أنفقها هذا الأخير، ومصروفات التنبيه عليه بالوفاء وكل المصروفات التي تقتضيها مطالبة الدائن للكفيل بوفاء التزامه

والكفيل لا يرجع على المدين من هذه المصروفات إلا الذي أنفقه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده، والحكمة من ذلك أنه إذا أخطر الكفيل المدين بالإجراءات التي اتخذت ضده قد يكون لديه دفع تحول دون مطالبة الدائن له، وبالتالي للكفيل، وقد يقوم بالوفاء وبالتالي يتجنب المصروفات التي قد يقوم بها الكفيل أو الدائن لو لم يخطر وعليه فإن كل المصاريف السابقة على إخطار المدين بالإجراءات التي اتخذت ضد الكفيل يتحملها الكفيل ولا يستطيع أن يرجع بها على المدين أما ما يتلو الإخطار من مصروفات فإن الكفيل يستطيع الرجوع بها على المدين²

وتقضي المادة 672 بأن المدين لا يلزم إلا بما انفق من هذه المصروفات بعد إخطار الكفيل له بالإجراءات التي اتخذت ضده. ذلك أن الإرادة التشريعية قررت أن المدين قد يرغب

¹ - محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 97

² نبيل إبراهيم سعد ، التأمينات العينية و الشخصية ، مرجع سابق ، ص 392

بالوفاء لتجنب هذه المصروفات، ولذا فقد اوجب على الكفيل إخطاره وقررت أن المصروفات التي يلتزم بها المدين هي التي أنفقت بعد الإخطار.

وإذا كانت الفقرة الثانية من المادة 672 لا تجيز أن يرجع الكفيل إلا بالمصروفات التي أنفقتها بعد إخطار المدين بالإجراءات إلا أنه من المسلم به حق الكفيل في الرجوع بمصروفات المطالبة الأولى كمصروفات التنبيه عليه بالوفاء ومصروفات رفع الدعوى عليه إذ أن هذه المصروفات تنفق قبل أن يصل الكفيل أي إجراء يوجب عليه إخطار المدين ولذلك يلزم بها المدين لا الكفيل

الفرع الثاني: رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول .

يجوز للكفيل طبقا للقواعد العامة إذا قام بوفاء الدين المكفول أن يحل محل الدائن في الرجوع على المدين، فمن المقرر انه إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفي في محل الدائن الذي استوفى حقه إذا كان الموفي ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه وتطبيقا لذلك المبدأ العام إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما لهم حقوق قبل المدين، ولكن إذا لم يوفي إلا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين

و لقد نصت 671 من القانون المدني الجزائري على انه: (إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق تجاه المدين، ولكن إذا لم يوفي إلا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين)

وحكم هذا النص ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة التي وردت في نص المادة 261 من القانون

المدني الجزائري

أولا: شروط دعوى الحلول

تختلف شروط دعوى الحلول عن شروط الدعوى الشخصية إذ يمكن لكل كفيل التمسك بدعوى الحلول سواء كانت الكفالة شخصية أم عينية وسواء عقدت لمصلحة الدائن أو لمصلحة المدين وسواء كانت بمقابل أو بدون مقابل ، وسواء كان الكفيل متضامنا أو غير متضامن مع المدين

وسواء عقدت بعلمه وبغير علمه أو حتى رغم معارضته فخلافا للدعوى الشخصية التي نص عليها المشرع الجزائري صراحة على إمكانية التمسك بها إذا عقدت الكفالة بعلم المدين أو دون علمه دون الكفيل الذي عقدت الكفالة رغم معارضة المدين لأن نص المادة 671 المتعلق بدعوى الحلول جاء عاما كما انه تطبيق للقواعد العامة ونستنتج مما سبق انه من اجل أن يتمسك الكفيل بدعوى الحلول في مواجهه المدين يكفي أن تتوفر الشروط التالية :

* قيام الكفيل بوفاء الدين عن المدين :

يجب للرجوع عن طريق دعوى الحلول أن يكون الكفيل قد وفى الدين و سواء كانت الكفالة قد تمت بعلم المدين أو بدون علمه أو حتى رغم معارضته

و يثبت الحق في هذه الدعوى لكل كفيل سواء كان متضامنا أو عاديا ، شخصا أو عينيا

* أن يكون الوفاء قد تم عند حلول الأجل: فإذا قام الكفيل بوفاء الدين قبل حلول الأجل

الأصلي بدون موافقة المدين لم يكن له أن يرجع بدعوى الحلول إلا عند حلول هذا الأجل، ووفاء الكفيل للدين قبل موعده يمكن أن يعرضه لخطر ضياع حقه في الرجوع على المدين والحلول ومحل الدائن إذا كانت الدين قد انقضى في المدة بين الوفاء وحلول الأجل بسبب المقاصة أو اتحاد الذمة مثلا أو كانت لدى المدين دفع تبرئ ذمته من الدين ، ولا يشترط في دعوى الحلول إخطار الكفيل للمدين بعزمه على الوفاء كما هو الحال في دعوى الكفالة¹

ثانيا- آثار دعوى الحلول :

يحل الكفيل محل الدائن في جميع ما له من حقوق قبل المدين أي أن الحلول يكون في ذات الحق الذي كان له بما له من خصائص وما يلحقه من توابع وما يتبعه من تأمينات وما يلحقه من دفع ويمكن استخلاص العناصر التي تشكل موضوع الدعوى من المبادئ العامة و من آثار الدعوى ما يلي

- يحل الكفيل محل الدائن في الحق الذي كان له قبل المدين ، لأنه قام بالوفاء بهذا الحق

للدائن أي أن الكفيل يحل محل الدائن في حدود القدر الذي أداه له من ماله

¹ - محمد حسين منصور ، النظرية العامة للائتمان ، مرجع سابق ، ص 202

فإذا لم يدفع الكفيل سوى جزء من الدين لأن الدائن تتنازل عن الجزء الآخر فإن الكفيل لا يحل محل الدائن إلا بالقدر الذي وفاه وليس بالدين المكفول كله وعلى هذا فإن الموضوع الأصلي لدعوى الحلول واصل الدين الذي تم دفعه لبراءة ذمة المدين ويدخل في ذلك ما يضطر الكفيل إلى دفعه للدائن في نظير المصروفات التي تكبدها هذا الأخير في مواجهه المدين¹

- كما يحل الكفيل محل الدائن في حقه بما له من خصائص سواء نشأت من اتفاق الدائن والمدين أم نص عليها القانون ، فإذا كان الدين تجارياً فإنه ينتقل إلى الكفيل بنفس الصفة ، بكل ما تستتبعه هذه الصفة من نتائج من حيث الاختصاص وسعر الفائدة والإثبات ، ويكون للكفيل أن يرفع دعواه على المدين أمام المحكمة التجارية المتفق على اختصاصها بين الدائن والمدين ويخضع حق الكفيل لنوع التقادم الذي كان يخضع له حق الدائن فالحقان من هذه الناحية عبارة عن شيء واحد

ولا يجوز الكفيل أن يرجع على المدين قبل حلول الأجل المحدد للوفاء بالدين سواء كان هذا الأجل اتفاقياً أو قضائياً²

- يرجع الكفيل على المدين بأصل الدين وتوابعه فإذا كان الدين ينتج فوائد بسعر معين فله الحق في تقاضي هذه الفوائد بنفس السعر ، أما إذا لم يكن الدين منتجاً للفوائد فلا يستحق الكفيل شيئاً منها.

- ويحل الكفيل محل الدائن في حقه بما له من ضمانات سواء كانت سابقة في وجودها على الكفالة أو معاصرة لها أو لاحقة عليها ، ومن ثم ينتقل إلى الكفيل مع حق الدائن ما يضمنه هذا الحق من تأمينات عينية كالرهن وحق الاختصاص وحق الامتياز ويتم حلول الكفيل محل الدائن في هذه التأمينات بحكم القانون دون حاجة إلى اتفاق بينهما وللکفيل أن يفيد من التأمين العيني بمرتبته، وقد يكون الحق مضموناً بتأمين شخصي كالكفالة ويستطيع الكفيل الموفي أن يعتمد على هذه التأمينات الشخصية لضمان رجوعه على المدين³

1 - محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 101-102

2 - محمد حسين منصور ، النظرية العامة للائتمان ، مرجع سابق ، 203

3 محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، 204

- يحل الكفيل محل الدائن في حقه وما يتصل به من دفع فيستطيع المدين أن يدفع رجوع الكفيل بكل ما كان يستطيع دفع رجوع الدائن به كالدفع ببطلان الالتزام أو إبطاله أو انقضائه لأي سبب من الأسباب ويجوز للمدين كذلك أن يدفع بان الحق معلق على شرط واقف أو فاسخ أو مضاف إلى أجل¹

الفرع الثالث: رجوع الكفيل على المدينين المتضامنين و علاقته بباقي الكفلاء

أولاً: رجوع الكفيل على المدينين المتضامنين

إذا كان الكفيل يكفل ديناً واحداً لعدة مدينين متضامنين ففي هذه الحالة نفرق بين أمرين هما

- أن تكون الكفالة لجميع المدينين أو أن تكون لبعضهم فقط كما يلي
- الكفالة المعقودة لجميع المدينين المتضامنين يجوز للكفيل أن يرجع على أي مدين بكل ما وفاه للدائن لأنه كفل كل منهم في جميع الدين كما لو كان منفرداً ويكون رجوعه بدعوى الكفالة أو بدعوى الحلول أو بدعوى الإثراء بلا سبب

الكفالة المعقودة لبعض المدينين المتضامنين في هذه الحالة يكون للكفيل أن يرجع على أي مدين ممن كفلهم بكل ما وفاه للدائن لأن كل مدين متضامن يلتزم بكل الدين وليس بقدر حصته فقط يتم الرجوع بدعوى الكفالة أو دعوى الحلول

ولكن هل يجوز للكفيل أن يرجع على من لم يكفله من المدينين المتضامنين؟

يتفق الفقه على أنه يجوز للكفيل الرجوع على أي مدين من المدينين المتضامنين سواء كان الكفيل يكفله أو لم يكن وذلك عن طريق دعوى الحلول أو دعوى الإثراء بلا سبب أو الدعوى غير المباشرة²

أما بالنسبة للقدر الذي يجوز للكفيل الرجوع به على المدين المتضامن الذي لا تشمله الكفالة فيذهب رأي في الفقه إلى أن الكفيل لا يستطيع أن يرجع على المدين إلا بقدر حصته في الدين فقط غير أن الرأي الراجح يجيز للكفيل الرجوع على هذا المدين بكل الدين وهذا ما نؤيده

1 - عبد الودود يحيى ، مرجع سابق ، ص 91

2- محمود جمال الدين زكي ، مرجع سابق ، ص 139

ثانيا رجوع الكفيل على الكفلاء الآخرين

يختلف حكم الرجوع بحسب ما إذا كان هناك تضامن بين الكفلاء أو لم يكن هناك تضامن

بينهم

- **تعدد الكفلاء مع عدم تضامنهم:** هنا لا يجوز للكفيل الذي يوفى الدين أن يطالب كل منهم إلا بقدر حصته في الدين المكفول أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية كان كل منهم مسؤول عن الدين كله إلا إذا احتفظ لنفسه بحقه في التقسيم
 - **تعدد الكفلاء وتضامنهم** إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله كان له أن يرجع على كل من الباقيين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم ويكون للكفيل الذي وفى الدين سواء في الفرض الأول أو الثاني أن يرجع على غيره من الكفلاء إما بدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول ويشترط لرجوع الكفيل على غيرهم الكفلاء ما يلي
- أن يكون الكفيل قد وفى الدين للدائن سواء بالوفاء أو بما يقوم مقام الوفاء كالمقاصة بين دين للكفيل في ذمة الدائن وبين الدين المكفول
- ويشترط وفقا للرأي الراجح في الفقه أن يكون الكفيل قد وفى كل الدين أو أن يكون الوفاء بأكثر من حصته حتى يتسنى له الرجوع على كل من الكفلاء بقدر نصيبه في القدر الزائد على حصته¹
- أن يكون الوفاء للدائن مبرئا لذمة الكفلاء الآخرين فإذا كان باطلا لأي سبب فلا يحق للكفيل الرجوع على باقي الكفلاء كما لا يحق له الرجوع على أحد الكفلاء إذا كان الدائن قد أبرهه من الدين كما لا يجوز للكفيل للرجوع على باقي الكفلاء إذا كان قد أوفى الدين قبل حلول أجله

¹ - مصطفى عبد الجواد حجازي ، مرجع سابق ، ص ص 152-153

الفصل الثاني: التأمينات العينية - الرهن الرسمي -

يعد الرهن الرسمي من أهم التأمينات العينية بل يأتي على رأسها وتقوم التأمينات العينية على فكرة تخصيص مال من أموال المدين ضمانا للوفاء بدينه، ويعتبر الرهن الرسمي أقوى هذه التأمينات لما يحققه من مزايا لطرفيه، كما أنه يعتبر ضمانا عقاريا لأنه لا يرد إلا على العقار ويعتبر بالنسبة للطرفين من أهم وسائل تقوية الائتمان لما يوفره للراهن حيث يمكنه من الاحتفاظ بحيازة العقار المرهون واستغلاله واستعماله وحتى التصرف فيه، وفي المقابل يحقق الأمان للدائن المرتهن حيث أنه في حالة عدم سداد المدين لدينه يمكن للدائن المرتهن أن يلجأ إلى اقتضاء دينه من ثمن العقار وله لمقتضى عقد الرهن حق التقدم والتتبع على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة

لذلك سنحاول من خلال هذا الفصل التعرف على عقد الرهن من خلال ابراز مفهومه وكيفية انشائه وآثاره

المبحث الأول: الرهن الرسمي وخصائصه وما يميزه عن غيره من التأمينات المشابهة

الرهن الرسمي وباعتباره من التأمينات العينية ينصب على المعاملات العقارية، وهذا النوع من المعاملات كثيرة التداول وشائعة بين الأشخاص، لذا عكف شراح القانون والفقهاء والمشرعين إلى إيجاد تعريفات دقيقة للرهن الرسمي نظراً لتمييزه بمجموعة من الخصائص تختلف عن باقي التأمينات الأخرى، كما يتميز الرهن الرسمي عن غيره من التأمينات المشابهة.

سنتناول مختلف هذه التعريفات في (المطلب الأول) ومجموع خصائصه في (المطلب الثاني)، تمييز الرهن الرسمي عن غيره من التأمينات المشابهة (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تعريفات الرهن الرسمي

ماجرى به العرف القانوني أن المفاهيم القانونية تُترك دوماً للفقهاء وذلك بعد التفصيل في الأحكام وإسقاطها على القضايا المعروضة. بالتالي سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الرهن الرسمي لغة (الفرع الأول) وتعريفه اصطلاحاً في (الفرع الثاني) والتعريف التشريعي (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الرهن الرسمي لغة

"الرهن" هو حبس الشيء بأي سبب كان بمعنى "الحبس" ما وضع عند الإنسان مما ينوب مناب ما اخذ منه. وفي الشريعة: جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءه من الرهن كالديون وهو مشروع بقوله تعالى "فرهان مقبوضة" البقرة 283 وجاء في قول الله عزوجل "كل نفس بما كسبت رهينة" 38 المدثر، أي محبوسة بوبال ما كسبت من المعاصي .

وجاء في تاج العروس "الرهن ما يوضع وثيقة للدين¹" ويقصد به الثبوت والدوام يقال "هذا ماء رهن" أي راكد. ويقصد به كذلك الاستقرار والدوام

الرهن : الحبس وكل شيء حبسته فقد رهنته

الرهن : ما وُضِع عند الإنسان مما يستوثق به الدين

رهنْتُ الشيء رهناً وارتهنته: أخذته برهن

الرّهينة: كل شيء محتبس بما كسب

الفرع الثاني: تعريف الرهن الرسمي اصطلاحاً

ولإضفاء الدقة في التعريف نقسمه إلى تعريف الرهن الرسمي في المنظور الفقهي الإسلامي (أولاً) وتعريف الرهن الرسمي في جانب الفقه القانوني (ثانياً)

أولاً : تعريف الرهن الرسمي في الفقه الإسلامي

الرهن في الإسلام وثيقة لحفظ الدين الذي على الراهن ،فهو مال يوضع عند صاحب الدين حتى إذا تأخر الراهن عند قضاء الحق يباع هذا الرهن ويستوفى منه الدين بواسطة المحكمة او بالتراضي بينه وبين الراهن

الرهن عند الحنفية : بانه "جعل الشيء محبوساً بحق يُمكن استيفاءه من الرهن كالديون"¹ ،حبسُ شيء بحق يمكن استيفاءه منه كالدين .

تعريف الرهن عند المالكية: ما قبض توثقاً به في دين (الرهن) شيء (متمول) أي من الأموال كانت عيناً أو عرضاً أو حيواناً أو عقاراً أو غيرها كمنفعة على ما سيأتي (أخذ) من مالكة .

¹ الزبيدي تاج العروس ،الجزء التاسع ، دار صادر ،بيروت ،د،س،ن،ص.221

عرفه الشافعية بأنه "توثيق الدين بعين مال يسلمها الراهن إلى صاحب الدين"، أو جعل عين مال وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه .

تعريف الحنابلة : بأنه " المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر إستيفاؤه من ذمة الغريم"

مشروعية الرهن في الإسلام : الرهن من العقود الإسلامية المشروعة إجمالاً .

من الكتاب : قال الله تعالى " وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة " الآية 283 سورة البقرة حيث امر الله عز وجل الإشهاد والكتابة عند الدين لتوثيق الدين والحق وإن تعذرت الكتابة والشهادة ، فإنه يستوفى بالرهن ليحتاطوا على أموالهم وتأتي تكملة الآية بالدليل "فغن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي أؤتمن أمانته وليتق الله ربه " سورة البقرة

من السنة : عن عائشة رضي الله عنها قالت توفي الرسول صلى الله عليه وسلم ودرعه مرهونة عند يهودي ، بثلاثين صاعاً من شعير فبدل ذلك على جواز الرهن وإلا ما فعله النبي صلى الله عليه وسلم ولما سكت عنه الوحي بلا نكير .

ثانياً : التعريف الفقهي للرهن من الجانب القانوني

من بين التعريفات الفقهية الخاصة بالرهن الرسمي تعريف الأستاذ عبد الرزاق السنهوري "أنه حق عيني ينشأ بموجب عقد رسمي يتقرر ضماناً للوفاء بالدين . وهذا الحق العيني يتقرر على عقار مملوك للمدين أو الكفيل العيني وبموجبه يكون للدائن الحق في استيفاء دينه من ثمن هذا العقار متقدماً في ذلك على الدائنين العاديين لمالك هذا العقار والدائنين أصحاب الحقوق العينية على هذا العقار المتأخرين في المرتبة ومتبعباً هذا العقار تحت يد من انتقلت إليه ملكيته¹ ."

وفي تعريف آخر " هو حق عيني تبعي ينشأ بمقتضى عقد رسمي ، ويتقرر ضماناً لدين على عقار مملوك للمدين أو غيره ويكون للدائن بمقتضاه أن يتقدم في استيفاء حقه من المقابل النقدي لهذا

¹ محمد بن عبد الواحد السيواسي كمال الدين ، المعروف ابن الهمام ، فتح القدير ، جزء 10 ، دار الفكر ، دمشق ، سوريا

د.س.ن.ص. 135.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، في التأمينات الشخصية والعينية ، ج10 دار احياء التراث العربي

بيروت ، لبنان ، 2000 ص 270

العقار مفضلاً عن غيره من الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة ، وان يتتبع العقار في أي يد يكو¹ "

وعرف كذلك " الرهن الرسمي حق عيني تبعي ، يترتب على عقار مملوك للمدين أو غيره (الكفيل العيني) بمقتضى عقد رسمي ضماناً للوفاء بالالتزام ، وطالما انه حق عيني تبعي ، فهو يمنح صاحبه حقاً في التتبع وحقا اخر في الأفضلية² "

غيرانه قد يكون مصدر الرهن الرسمي القانون او القضاء او العقد الرسمي وهذا ما جاءت به المادة 883 من القانون المدني الفقرة الأولى . لأن أغلب التعريفات تحصر مصادر الرهن الرسمي في العقد .

الفرع الثالث: التعريف التشريعي للرهن الرسمي

عرف المشرع الجزائري الرهن الرسمي بموجب المادة 882 ق.م.ج "الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقاً عينياً على عقار لوفاء دينه يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون " ،

ويُفهم من نص المادة أن حق الرهن الرسمي يمنح للدائن المرتهن حق عيني تبعي ينفرد بحقوق تميزه على جميع العاديين والدائنين المرتهين التالين له في المرتبة حيث يمكنه الحق العيني التبعي وذلك ضماناً للوفاء بحقه على عقار مملوك للمدين الراهن نفسه او مملوك للكفيل العيني، استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون في أي يد كان في حالة انتقال ملكية العقار المرهون إلى الغير وذلك ببيعه في المزاد العلني وفقاً لإجراءات البيع الجبري المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية² .

عرف المشرع المصري الرهن الرسمي من خلال المادة 1030 ق.م.م التي تنص على انه " الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه أن

¹سمير عبد السيد تناغو ،مرجع سابق ،ص127

²يمينة جوحو ،التأمينات الشخصية و العينية ، مرجع سابق ، ص78

³نبيل إبراهيم سعد،التأمينات العينية والشخصية ، مرجع سابق ص37

²رمضان أبو السعود ،التأمينات الشخصية والعينية ،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية ،مصر ،2006،ص192

يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون³.

والملاحظ أن تعريف المشرع الجزائري للرهن الرسمي وكأنه حرفياً عن القانون المدني المصري إلا أن المشرع الجزائري لم يذكر (الدائنين العاديين) بعد عبارة "أن يتقدم". غير أنه ذكرها في المادة 907 ق.م.ج "يستوفي الدائنون حقوقهم تجاه الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار، بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا أجروا القيد في يوم واحد". و من نص المادة 882 ق.م.ج أن الرهن الرسمي يطلق على العقد الذي يترتب به للدائن حق عيني على عقار مخصص لوفاء دينه، ويطلق أيضاً على هذا الحق العيني الذي تترتب للدائن ضماناً لوفاء دينه¹.

ويقصد بالدائنين التاليين للدائن المرتهن في المرتبة حسب المادة 882 ق.م.ج الدائنون الذين لهم حق عيني آخر على هذا العقار من دائنين مرتهنين وأصحاب حقوق اختصاص وأصحاب حقوق الامتياز وهؤلاء الدائنون متأخرين في المرتبة.

ومنه الرهن الرسمي هو عقد يتم بين الدائن المرتهن ومالك العقار المرهون سواء كان المالك هو المدين نفسه أو كان كفيلاً عينياً وإن مصدر الرهن الرسمي قد يكون عقد رسمياً أو عن طريق حكم قضائي أو بمقتضى القانون وهذا ما جاء في نص المادة 1/883 "ينعقد الرهن الرسمي إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون".

المطلب الثاني: خصائص الرهن الرسمي

يتميز الرهن الرسمي بمجموع من الخصائص يتم استنباطها من مضمون المادة 882 ق.م.ج. حيث نصت المادة 882 ق.م.ج أن العقد الرسمي يكسب للدائن حقاً عينياً على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان. هذا يعني أن عقد الرهن الرسمي ينشأ للدائن حق الرهن الذي هو حق

¹ -محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، دار الهدى، عين المليلة، الجزائر

عيني تبقي على عقار خصص للوفاء بدينه يكون له بموجبه حق التقدم في استيفاء دينه من ثمن العقار المرهون حيث يتقدم الدائن المرتهن بموجب هذا الحق العيني ليس على الدائنين العاديين فحسب بل وعلى الدائنين الذين لهم حق عيني اخر على هذا العقار ،سواء دائنين مرتهنين اخرين او أصحاب حقوق التخصيص أي أصحاب حقوق الرهن القضائي إذا كانوا تالين له في المرتبة أي يكونون قد قيدوا حقوقهم بعد تاريخ قيد الدائن المرتهن لحقه ،وهو ما يجعل حق الرهن الرسمي أنه يتميز بمميزات منها عامة تخص العقد ومميزات خاصة تخص حقوق الدائن المرتهن كأداة للضمان¹ .

نتناول الخصائص العامة لعقد الرهن الرسمي في (الفرع الأول) والخصائص الخاصة لعقد الرهن الرسمي في (الفرع الثاني)

الفرع الأول : الخصائص العامة لعقد الرهن الرسمي

عقد الرهن الرسمي وكغيره من العقود يخضع للقواعد العامة للعقود نتطرق إلى خاصية الرضائية (أولا) وانه عقد مسمى (ثانيا) ، عقد ملزم لجانب واحد (ثالثا) ،كما يتميز بالشكلية فهو عقد شكلي (رابعا) ،وكما انه من عقود المعاوضة (خامسا) .

أولا : خاصية الرضائية

التراضي هو أساس محوري في عقد الرهن الرسمي كحال بقية العقود الرضائية يتم تطابق إرادتي الدائن المرتهن والمدين الراهن او الكفيل العيني الراهن لعقاره ضمانا لدين الدائن المرتهن وهذا بموجب المادة 884 ق.م.ج " يجوز أن يكون الراهن هو المدين نفسه او شخصا اخر يقدم رهنا لمصلحة المدين " .

ووفقا لما نصت به المادة 54 ق.م.ج التراضي هو اتجاه إرادة المتعاقدين لإحداث آثار قانونية . كما يجب أن يكون التراضي خال من أي عيب تعترض الإرادة وحصرها المشرع الجزائري في

¹ لشوقي بن ناسي ،احكام عقد الرهن الرسمي في القانون الجزائري ،دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية

الفرنسي و المصري ،دار الهومة 2009،صفحة 78وما يليها

عيوب الرضا الغلط ، الإكراه ، التدليس . الغبن والاستغلال . فإذا شاب عيب من عيوب الرضا إرادة أي من المتعاقدين كان العقد قابلا للإبطال لمصلحة من وقعت إرادته في ذلك العيب .

ثانيا : الرهن الرسمي عقد مسمى

يعد عقد الرهن الرسمي عقد مسمى . لان القانون خصه بتنظيم خاص محدد طبيعته القانونية وتحت مسمى "عقد الرهن الرسمي " 882_936ق.م.ج " حدد أحكامه وكيفية انعقاده والالتزامات المتبادلة بين أطرافه .

هذه الالتزامات وردت في الباب الأول من الكتاب الرابع "الحقوق العينية التبعية او التأمينات العينية " في الفصل الأول "تنظيم وإنشاء الرهن الرسمي .وفي الفصل الثاني حدد آثار حق الرهن الرسمي بين المتعاقدين وأثاره على الغير وحق التقدم والتتبع وانقضاء حق الرهن الرسمي .

للإشارة تطبق بعض احكام الرهن الرسمي على عقود مشابهة للرهن الرسمي كما نصت عليه المادة 950ق.م.ج التي تنص "تسري على الرهن الحيازي أحكام المواد 891-893-904المتعلقة بالرهن الرسمي " .

إن وضع المشرع الجزائري عقد الرهن الرسمي ضمن العقود المسماة غاية منه لتسهيل على طرفي العقد معرفة أحكام وكيفية إنشاء هذا العقد والآثار المترتبة عنه كما يسهل على القاضي الفصل في القضايا المتنازع فيها الناشئة عن عقد الرهن الرسمي وهذا بالرجوع إلى احكامه الواردة في القانون

ثالثا: عقد ملزم لجانب واحد

يتميز عقد الرهن الرسمي انه عقد ملزم لجانب واحد أي ينشئ التزامات تقع على احد طرفيه وهو غما الدائن الراهن أو الكفيل العيني ،هذه الالتزامات تتمثل في ضمان السلامة المادية والمعنوية لحق الرهن إلى غاية استيفاء الدائن المرتهن حقه .

رابعا: عقد شكلي رسمي :

اوجب القانون لانعقاد الرهن الرسمي توفر شكل معين وهو الشكل الرسمي ،أي أنه يفرغ العقد في محرر رسمي والرسمية التي يتطلبها القانون إنما تعد ركن لانعقاد لا ينعقد العقد بدونها وإلا كان

العقد باطلاً . وهذا الأمر يتعلق بالنظام العام ومن ثم لا يجوز إبرام عقد الرهن الاتفاقي الوارد على عقار بدون هذا الشكل الذي يستلزمه القانون على عكس الرهن القانوني¹.

وجاء في المادة 883 / 1 ق.م.ج " لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي " وبالتالي فعقد الرهن الرسمي شكلي يتطلب الكتابة الرسمية وفقا لما نظمته أحكام المواد من 324 مكرر 2 إلى 324 مكرر 4 من القانون المدني والمواد من 26-29 من القانون 02/06 الصادر في 20 فبراير 2006 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق .

خامسا : الرهن الرسمي عقد معاوضة

أي يقدم الراهن للمرتهن بالرهن مقابلاً أي عوضاً، سواء كان وفاء الالتزام تعهد به المدين للدائن أو قيام الدائن بإقراض المدين أو منحه أجلاً، لذا فعقد الرهن الرسمي هو عقد معاوضة سواء كان الراهن المدين الأصلي أو كان الكفيل العيني. أما إذا قام هذا الأخير بالتبرع بالرهن فكان الرهن الرسمي تبرعاً.

الفرع الثاني الخصائص الخاصة بعقد الرهن الرسمي

تتمثل الخصائص الخاصة بعقد الرهن الرسمي باعتباره حقاً، أنه حق عيني عقاري (أولاً) كما أنه حق تبعي (ثانياً)، حق غير قابل للتجزئة (ثالثاً)

أولاً : الرهن الرسمي حق عيني عقاري

لا يرد حق الرهن الرسمي إلا على عقار اما المنقولات فهنا تخضع لأحكام الرهن الحيازي بموجب المادة 886 ق.م.ج "لا يجوز أن ينعقد الرهن إلا على عقار مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك"

وكونه حق عيني عقاري يمنح للدائن سلطة مباشرة على العقار المرهون وهذا ما يتضح من المادة 882 ق.م.ج فهي سلطة خاصة تتمثل في بيع العقار المرهون في المزاد العلني من اجل استيفاء الدائن لحقه من ثمن العقار المباع وفقا لإجراءات البيع الجبري المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. هذه السلطة الخاصة ليست سلطة المالك المتعلقة بالتصرف

¹ليمينة حوحو ،مرجع سابق ، ص84

والاستعمال و الاستغلال كما في حق الملكية ،فحق الرهن الرسمي ليس جزء من حق الملكية كحق الارتفاق وحق الانتفاع بل هو حق الملكية ذاته "أو حق عقاري آخر " وضع ضمانا لدين معين¹.

ينتج عن الحق العيني العقاري ضمانات ومزايا، فيعطي هذا الحق العيني للدائن حق التقدم على جميع الدائنين العاديين والدائنين المتأخرين في المرتبة عند استيفاء حقه ،كما يعطي حق التتبع في يد من تنتقل إليه ملكية العقار المرهون .فيكون له حق تتبع العقار من اجل التنفيذ عليه إذا ما انتقلت ملكيته لشخص آخر عند مباشرة التنفيذ² .

ثانيا : الرهن الرسمي حق تبعي

حق الرهن الرسمي هو حق عيني تبعي أي انه تابع للدين المضمون بهذا الرهن . فنتحقق هذا الحق إلا بوجود الدين المضمون استنادا للمادة 1/893ق.م.ج "لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون بل يكون تابعا له في صحته وفي انقضائه ما لم يوجد نص يخالف ذلك " . كما لا يقوم هذا الحق إلا بقيام الدين المضمون به ويسير مع الدين موجودا كان او منعدما. فكل رهن رسمي يفترض فيه وجود التزام صحيح يضمنه هذا الرهن³ .

ينشأ حق الرهن الرسمي لضمان أي التزام في ذمة المدين مهما كانت طبيعته واوصافه فيجوز أن يضمن الرهن التزاما مؤجلا معلق على شرط أو التزام محدد او مستقبلي أو احتمالي .وبموجب التبعية يأخذ حق الرهن الرسمي هذا الوصف فيصبح أيضا مؤجلا او معلق على شرط أو مستقبلي أو احتمالي حيث نصت المادة 891 من القانون المدني على انه "يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط او دين مستقبل أو دين احتمالي ،كما يجوز أن يترتب ضمانا لاعتماد مفتوح او لفتح حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون او الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين ".بالنسبة للدين المستقبلي يتضح من نص المادة 891 ق.م.ج انه إذا

¹عبد الرزاق احمد السنهوري ،المرجع السابق ، ص271

²محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري التأمينات العينية ، الرهن الرسمي حق الاختصاص ، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، ط1،دار هومة للنشر والتوزيع ،الجزائر 2008،ص20

³عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص271

كان الدين يتمثل في اعتماد مفتوح أو فتح حساب جار ، ينبغي تحديد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون او تحديد الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين .

إن تبعية الرهن للدين ليست من النظام العام وإنما يجوز الاتفاق على خلاف ذلك وهذا بموجب نص المادة 893 ق.م.ج ومن ثمة يجوز للأطراف على عدم التبعية فيصبح كل التزام قائم بذاته منفصل على الآخر¹.

كما انه إذا لحق الالتزام عيب يؤدي إلى بطلانه أو إبطاله أو نقضه بأي سبب من أسباب الانقضاء، كالوفاء بالمقابل، أو التجديد أو بالمقاصة أو باستحالة التنفيذ أو بالتقادم أنقضى الرهن تبعاً لذلك .

وبصفة عامة فإن علاقة الرهن الرسمي بالالتزام المضمون هي علاقة التابع والمتبوع. فلا يقوم الرهن إلا بقيام الدين وينقضي الرهن بانقضاء الدين، وكل ما يطرأ على الدين المضمون خلال فترة الإنشاء والانقضاء وكأنه طرأ على حق الرهن ذاته² .

-الاستثناء الموجود في المادة 292 ق.م.ج بخصوص بقاء الرهن المقدم من المدين وذلك عند تجديد الدين، حيث ينقضي الالتزام الأصلي دون أن يتبعه انقضاء الرهن ينتقل إلى الالتزام الجديد فيكون ضامناً له

-يجوز للراهن أن يتمسك في مواجهة المرتهن بكل الدفع التي في وجود الحق المضمون، إذا كان الراهن غير المدين أي كفيلاً عينياً، جاز له فوق تمسكه اتجاه المرتهن بالدفع التي تؤثر في صحة الرهن كنقص الأهلية أو عيوب الرضا أن يتمسك بما للمدين ولو تنازل عنها هذا الأخير³ وأوردها المشرع الجزائري في نص المادة 2/893 من القانون المدني " إذا كان الراهن غير المدين كان له إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به، أن يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالدين ويبقى له هذا الحق ولو تنازل عنه المدين " .

¹ يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 87

² اعمر اولمي، عقد الرهن الرسمي كوسيلة ضمان حماية لحقوق الدائنين مذكرة ماجستير في القانون فرع قانون العقود كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2017، ص 23

³ حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1995، ص 135

ثالثا : حق الرهن الرسمي غير قابل للتجزئة

حق الرهن الرسمي وكقاعدة عامة غير قابل للتجزئة ونصت على ذلك المادة 892 من القانون المدني " كل جزء من العقار او العقارات المرهونة ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها مالم ينص القانون أو الاتفاق بغير ذلك " ويفهم من نص المادة أن قاعدة عدم قابلية الرهن الرسمي للتجزئة له شقان :

الشق الأول : عدم جواز تجزئة حق الرهن الرسمي من حيث العقار المرهون .

الشق الثاني عدم جواز حق الرهن الرسمي من حيث الدين المضمون.

1- عدم جواز حق الرهن الرسمي من حيث العقار المرهون : يقصد به أن كل من العقار يضمن الدين بأكمله فإذا كانت هناك عقارات مرهونة ،ثم قام الراهن بتجزئة العقار المرهون ،وتصرف ببيع أجزاء منه فيظل كل جزء من العقار المرهون ضامنا لكل الدين ويحق للدائن المرتهن أن يباشر حقه على أي منها باعتبارها غير مجزأة وله أن يتبع ما يبعه الراهن من هذه العقارات لينفذ على العقار المبيع بكل الدين في يد حائزه .ولا يمكن لهذا الأخير إجبار الدائن المرتهن على قبول جزء من حقه يعادل قيمة العقار بالنسبة لمجموع العقارات المرهونة¹

فهذا المبدأ بعدم التجزئة يعد نافذا أيضا في مواجهة الغير الذي تنتقل إليه ملكية العقار او أحد العقارات المرهونة لضمان الدين² ،حتى يستطيع الدائن أن ينفذ على هذا العقار المبيع تحت يد المشتري ولا يستطيع هذا الأخير أن يعارض الدائن في ذلك أو يجبره على قبول جزء من الدين مقابل العقار بالنسبة لجملة العقارات المرهونة .

2- عدم جواز تجزئة حق الرهن الرسمي من حيث الدين المضمون:

يقصد بذلك أن أي جزء من الدين مضمون بكل العقار المرهون، فإن وفى المدين بالجزء الأكبر من الدين فإن كل العقار او العقارات المرهونة تبقى مع ذلك ضامنة للجزء الباقي ، ولا يتخلص من الرهن بنسبة ما وفى من الدين لاعتبار أن قاعدة عدم التجزئة ليست من النظام العام قد يتفق

¹ محمد صبري السعدي ،المرجع السابق ،ص22

² - نبيل إبراهيم سعد ،المرجع السابق ص40

المتعاقدان على تجزئته في عقد الرهن نفسه او بعد العقد ، وقد يقضي بتجزئته نص في القانون كما هو الامر في تطهير العقار من الرهن¹ ...

المطلب الثالث: تمييز الرهن الرسمي عن التأمينات العينية التبعية الأخرى والأهمية العملية

كما رأينا سالفاً أن الرهن الرسمي من التأمينات العينية التبعية يتميز بعدة خصائص منها العامة كونه عقد وخصائص خاصة كونه حق. كما يتميز عن باقي التأمينات العينية التبعية الأخرى في الأحكام المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري، كما راعى مصالح الدائن المرتهن والمدين الراهن . في هذا المبحث نتطرق إلى التمييز بين الرهن الرسمي والتأمينات العينية الأخرى (الفرع الأول) والأهمية العملية في (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: تمييز الرهن الرسمي عن التأمينات العينية التبعية الأخرى

تتمثل التأمينات العينية التبعية التي نظمها المشرع الجزائري في الكتاب الرابع من القانون المدني حق التخصيص (أولاً) ، الرهن الحيازي (ثانياً) وحقوق الامتياز (ثالثاً). نقوم بالتمييز بين الرهن الرسمي وهذه الأنظمة وإبراز أوجه الاختلاف بينه وبين كل نظام .

أولاً : تمييز الرهن الرسمي عن حق التخصيص

عرف الفقه حق التخصيص أو كما يطلق عليه في التشريع المصري حق الاختصاص، بأنه حق عيني تبعي يتقرر للدائن على عقار أو أكثر من عقارات مدينه، بمقتضى حكم واجب التنفيذ صادر بإلزام المدين بالدين، ويخول للدائن حق التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي لذلك العقار بحق التخصيص في أي يد كان².. لم يعرف المشرع الجزائري حق التخصيص لكن نظمه في الباب الثاني (حق التخصيص) من المواد 937 إلى 947 من القانون المدني الجزائري.

حق التخصيص حق عيني تبعي، يتقرر ضماناً للوفاء بحق الدائن يرد على عقار أو أكثر من عقارات المدين، بمقتضى حكم واجب التنفيذ صادر بإلزام المدين بالدين، حكم يثبت الدين وواجب

¹شوقي بناسي ، مرجع سابق ،ص81

²نبيل إبراهيم سعد ،المرجع السابق ص181

النفاز استنفاز طرق الطعن العاذفة او مشمول بالنفاز المعجل ويحول للذائن التفرم على الذائفن العاذففن والذائفن التالففن له فى المرئبة فى اسئفاء حقه فى المقابل النقذى لذلك العقار فى أى ذى يكون .(حق التفرم وحق التئبع) ،فئقرر حق التئصفص بحكم من رئفس المئكمة الذى فقع فى ذائرة ائئصاصها العقار المملوك للمذفن بئاء على عرفة فئئفرم بها طالب التئصفص (المادة 937من ق.م.ج) .

وبالتالى فحق الرهن وحق التئصفص فئئقفان أن كل منهما حق عفن فئول لصاحبه مرفة التفرم والتئبع بعذ قفذ الحق لذى الماحافظة العقرفة لان موضوع الحق هو عقار .

أما الائئلاف ففكون فى المصدر فمصدر الرهن الرسمى ما جاء فى المادة 883 ق.م.ج عقد رسمى أو حكم قضائى أو بمقئضى القانون .أما حق التئصفص فمصدره الوحفذ فكمف فى حكم قضائى واجب التئففىذ كما أشرنا أعلاه فى المادة 937ق.م.ج "فبوز لكل ذائن بفذه حكم واجب التئففىذ صادر فى أصل الذعوى فبزم المذفن بشفء معفن أن فحصل على حق تئصفص بعقارات مذفنة ضمانا لأصل الذفن والمصارف

ولا فبوز للذائن بعذ موف المذفن أخذ تئصفص على عقار التركة "

ثانفا: التمففز بفن الرهن الرسمى والرهن الحفازى

عرف المشرع البزائرف الرهن الحفازى فى المادة 948ق.م.ج " الرهن الحفازى عقد فلتزم به شئص ضمانا لذفن علىه او على رفره ،أن فسلم إلى الذائن أو إلى أئبف فعفنه المئعاقدان شفئا فربئب علىه للذائن حقا عفنفا فئوله حبس الشفء إلى أن فسئوفى الذفن وان فئئفرم الذائفن العاذففن والذائفن التالففن له فى المرئبة فى أن فئقاضى حقه من ئمن هذا الشفء فى أى ذى فكون " .

وهو حق عفن فئبعى فئشئ للذائن المرئهن بموجب الاتفاق على عقار او منقول للوفاء بحقه (المادة 949 ق.م.ج وفئقرر على مال مملوك لمذفنه او لرفره (رفر المذفن) وفسمى الرفر الذى فئفرم رهنفا لذفن رفره بالكففل العفنفى وفئول الرهن حق الحبس والتفرم .

كما عرفه رأى فقهى : " عقد فبزم به شئص ضمانا للذفن علىه او على رفره أن فسلم إلى الذائن أو إلى أئبف فعفنه المئعاقدان شفئا فربئب علىه الذائن حقا عفنفا فئوله حبس الشفء لئفن اسئفاء

الدين وان يتقدم الدائنين العاديين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون "1..

ومنه فحق الرهن الحيازي والرهن الرسمي كل منهما حق عيني تبعي غير قابلان للتجزئة، يخول للدائن المرتهن التنفيذ على العين المرهونة مستعملا في ذلك حق التقدم وحق التتبع .
إلا أنهما يختلفان في نقاط عديدة :

من حيث المصدر: فمصدر الرهن الرسمي ثلاث، عقد رسمي ، حكم قضائي ، والقانون .اما الرهن الحيازي فمصدره الوحيد و الاتفاق بين الطرفين (الدائن المرتهن ، المدين الراهن) .

من حيث المحل : فمحل الرهن الرسمي وارد على عقار كأصل إلا أن هناك بعض المنقولات من نوع خاص قد تدخل في حكم العقار نظرا لخصوصيتها (الباخرة ، الطائفة ، المحل التجاري).

اما الرهن الحيازي محله قد يكون عقارا او منقولا المادة 949 ق.م.ج
يسري الرهن الرسمي في حق الغير ابتداء من تاريخ قيده في المحافظة العقارية بموجب المادة 904 ق.م.ج .

أما الرهن الحيازي يكون نافذا في مواجهة الغير إلا بتسليم المرهون إلى الدائن او إلى أجنبي تعينه إرادة المتعاقدين طبقا لنص المادة 1/961 ق.م.ج " يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدين "

-وإذا كان محل ال هن الحيازي عقارا يقع تسليم المرهون للدائن. كما أستوجب القانون قيده 966ق.م.ج

من حيث الشكلية: الرهن الرسمي يتطلب الشكلية الرسمية 882 ق.م.ج على عكس الرهن الحيازي الذي لا يتطلب الرسمية إلا إذا كان المحل عقارا حينها يصبح الرهن الحيازي العقاري عقدا شكليا تحت طائلة البطلان شأنه شأن الرهن الرسمي.

في الرهن الرسمي لا تنتقل الحيازة إلى الدائن المرتهن بل يبقى الراهن محتفظا بحيازة الشيء المرهون والسيطرة عليه وكذا حق إدارته والتصرف فيه 894ق.م.ج

¹علاء الدين زكي يوسف البكري ، الرهونات المصرفية و مخاطر الائتمان في فلسطين .رسالة مقدمة استكمال المتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون التجاري معهد الحقوق ،جامعة بيرزيت ،فلسطين ،2015،ص19

تنتقل الحيازة العرضية للشيء المرهون في الرهن الحيازي وينشئ التزاما على عاتق الراهن بتسليم الشيء المرهون سواء كان منقولاً أو عقاراً للدائن المرتهن أو للغير 951ق.م.ج

الرهن الحيازي يخول لصاحبه حق حبس الشيء المرهون إلى غاية استيفاء حقه وكذلك حق التقدم والتتبع (962ق.م.ج) نص المادة: " يخول الرهن الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون على الناس كافة دون إخلال لما للغير من حقوق تم حفظها وفقاً للقانون ،وغذاً خرج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه كأن له الحق في استرداد حيازته من الغير وفقاً لأحكام الحيازة ".
اما الرهن الرسمي فيمكن لصاحبه حق التقدم والتتبع .

الرهن الرسمي عقد ملزم للطرفين فيلتزم المدين بتسليم المرهون للدائن 951ق.م.ج بمقتضى عقد الرهن الرسمي بضمان سلامة الرهن ونفاذه 953ق.م.ج ويضمن الراهن هلاك الشيء المرهون وتلفه 954ق.م.ج .

مقابل ذلك يلتزم المرتهن بالمحافظة على الشيء المرهون وذلك ببذل عناية الرجل العادي (955ق.م.ج) ويلتزم بإدارة واستثمار المرهون (954ق.م.ج) أو برده للمدين لان حيازة الدائن المرتهن رهنا حيازيًا للمال المرهون حيازة عرضية تنقضي مع انقضاء الرهن .

ثالثاً: تمييز الرهن الرسمي عن حق الامتياز

عرّف المشرع الجزائري حق الامتياز في المادة 982ق.م.ج "الامتياز أولوية يقرها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته

ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني ."

حق الرهن الرسمي وحق الامتياز كل منهما حق عيني تبقي يخول لصاحبه حق التتبع والتقدم عند استيفاء الحقوق من المدين بعد حلول اجل الدين ويكمن الاختلاف في :

المصدر: مصدر الرهن الرسمي هو العقد الرسمي، الحكم القضائي الصادر او القانون بينما حق الامتياز فمصدره القانون فهو مصدره المباشر، وإقرار المشرع لهذه الأولوية بالنظر لصفة معينة بالحق المضمون تمليه أحيانا المصلحة العامة مثل امتياز المبالغ المستحقة للخزينة العمومية وأحيانا لاعتبارات اجتماعية كما هو الشأن بالنسبة للامتياز المقرر لإجراء ضمانا بحقوقهم من قبل رب العمل .

المحل: يقع الرهن الرسمي على العقارات ولا يرد على المنقولات إلا استثناءا المادة 886 ق.م.ج أما حق الامتياز فقد ترد على جميع أموال المدين من منقول وعقار فهي حقوق الامتياز العامة وقد تقتصر على منقول او عقار معين فهي حقوق الامتياز الخاصة (المادة 984ق.م.ج)

فإذا تعدد الدائون المرتهنون رهنا رسميا على عقار فعلى الدائن المرتهن رهنا رسميا أن يستوفي حقه قبل جميع الدائنين. غيرانه يعتبر القانون المحدد لمرتبة صاحب حق الامتياز وعند تراحم الدائن المرتهن رهنا رسميا مع دائن ذو حق امتياز عام فهذا الأخير يتقدم على الدائن المرتهن رهنا رسميا طبقا لنص المادة 3/986 ق.م.ج.

الفرع الثاني: أهمية الرهن الرسمي العملية

يعد الرهن الرسمي من أهم وسائل الائتمان ضمن التأمينات العينية، جاء في المرتبة الأولى على حق التخصيص والرهن الحيازي وحقوق الامتياز. وتتمثل في الأهمية التي يمنحها للمدين (أولا) ومن جهة أخرى خوّل للدائن مميزات تبث في نفسيته الطمأنينة (ثانيا) وبلا شك سينعكس كل هذا بالنسبة للغير من سبل الحماية (ثالثا).

أولا : أهمية الرهن الرسمي بالنسبة للمدين

بعد عقد الرهن الرسمي لا يعني أن يرفع المدين يده على العقار المرهون مباشرة، بل منح له القانون حق التصرف في العقار المرهون ولا يفقد حيازته مالم يحن اجل الدين او أن يلحق هذا التصرف بالدائن المرتهن وهذا طبقا لنص المادة 894 من القانون المدني "يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون ،على أن أي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن ". كما للمدين حق استغلال العقار المرهون بكل الأوجه التي يراها، استنادا للمادة 895 من القانون المدني "أن للراهن الحق في إدارة العقار المرهون وفي قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار " فله الحق في قبض ثماره إلى غاية التحاقها بالعقار المرهون بكل أوجه الاستغلال، كاستئجار هذا العقار والاستفادة من ثمن الكراء شريطة أن يكون العقار المرهون كافي لتغطية الدين كله .

بالتالي يعد الرهن الرسمي وسيلة ائتمان مستمرة¹ ...

ثانيا: أهمية الرهن الرسمي بالنسبة للدائن

الرهن الرسمي ضمان هام للدائن من الناحية العملية بالإضافة على حقه في التقدم على الدائنين العاديين، والدائنين أصحاب الحقوق العينية التاليين له في المرتبة، وله حق التتبع للعقار المرهون في أي يد يكون للتنفيذ عليه واستيفاء حقه، فيجوز للدائن المرتهن الاعتراض على المدين إذا استغل العقار كيفما شاء إذا كان العقار المرهون لا يغطي قيمة الدين والسلطة التقديرية لقاضي الموضوع .

وفي كل الأحوال، وإذا هلك العقار المرهون قبل التنفيذ عليه أنتقل حق الدائن المرتهن إلى قيمة العقار كمبلغ تعويض ، او كمبلغ التامين في حالة التامين عليه عند شركات التامين او المبلغ المقابل في حالة نزع الملكية .

وبمعنى أدق أن الدائن في كل الأحوال يستقي حقه وهذا ما يبيث الطمأنينة في نفس الدائن. يضاف إلى كل ما سبق أن الدائن لا يتحمل مشاق إدارة العقار المرهون والحفاظ عليه مدام انه في الرسمي يبقى المدين محتفظا بالحيازة².

ثالثا : أهمية الرهن الرسمي بالنسبة للغير

الغير في عقد الرهن الرسمي هم على ثلاث فئات كما فصل فيه الفقهاء والذي يكون الرهن نافذا في مواجهته بعد قيد هذا الرهن :

الفئة الأولى : تتمثل في فئة الدائنين العاديين للمدين حيث يتقدم الدائن المرتهن عليهم في استيفاء حقه ولو كان قيد الدائن المرتهن لرهنه بعد تاريخ نشأة ديونهم .

الفئة الثانية : الدائنين الآخرين الذين لهم تامين عيني على نفس العقار المرهون سواء رهن رسمي ،حيازي عقاري ، حق تخصيص أو حق امتياز شرط أن يكونوا المتأخرين في المرتبة .

الفئة الثالثة : وهم الأشخاص الذين لهم حق عيني أصلي على العقار كحق الملكية وحق الانتفاع

¹حسام الدين كامل الاخواني، التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي ،الرهن الرسمي ،ج1،مؤسسة دار الكتب ،الكويت 1986،ص45

²أحمد سلامة ،التأمينات المدنية ،دار التعاون ،القاهرة ،مصر ،1966،ص57

فهذه الفئات يمنح لهم الرهن الرسمي حماية ما لم يقيد الدائن هذا الرهن

المبحث الثاني: إنشاء عقد الرهن الرسمي

حق الرهن الرسمي ينشأ بمقتضى العقد هو الذي يكون بين الدائن المرتهن والمدين الراهن ، ولقيامه لا بد من توافر جميع شروط الانعقاد وشروط الصحة الواجب توافرها في مختلف العقود ، على ان يفرغ هذا التراضي القائم بين الراهن والمرتهن في شكل رسمي الرسمي على العقار المخصص لذلك ، على ان يكون هذا الرضا في شكل رسمي و، في هذا المبحث سنتناول انعقاد الرهن الرسمي من الناحية الموضوعية في المطلب والأول، ثم انعقاد الرهن الرسمي من الناحية الشكلية في المطلب الثاني .

المطلب الأول: الأركان الموضوعية العامة لإنشاء الرهن الرسمي

لانعقاد الرهن الرسمي لا بد من توافر الشروط الموضوعية المعروفة في القواعد العامة الخاصة بالنظرية العامة العقد، والمتعلقة بسلامة التراضي، والمحل والسبب، نتطرق الى التراضي وسلامته في الفرع الأول، ثم ركن المحل في الفرع الثاني ، وأخيرا ركن السبب في الفرع الثالث .

الفرع الأول : التراضي في الرهن الرسمي

يشترط في عقد الرهن الرسمي أن يكون التراضي موجودا (أولا) و صحيحا (ثانيا) .

أولا : وجود التراضي :

يتم التراضي عن طريق تبادل طرفي العقد التعبير عن إرادتهما المتطابقتين وفقا لما نصت عليه المادة 59 من القانون المدني في تعريفها للتراضي، وأطراف عقد الرهن الرسمي هما الراهن والدائن المرتهن، والغالب ان يكون الراهن هو المدين نفسه ، وفي أحيان نادرة قد يكون شخصا آخر غير المدين يقوم برهن ماله ضمانا للوفاء بدين غيره ويسمى اصطلاحا بالكفيل العيني وهذا ما نصت عليه المادة 1/884 ق م ، المقابلة للمادة 1/1032 من ق م حيث نصت على ""

يجوز ان يكون الراهن المدين هو المدين نفسه أو شخصا آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين "" .
والجدير بالذكر ان الكفيل العيني يخضع لأحكام الكفالة والرهن معا ¹.

ثانيا : صحة التراضي : يكون التراضي صحيحا عندما يكون خاليا من عيوب الرضا (01) ،
وصادرا من شخص ذي أهلية (02) .

01 - عيوب الرضا :

تتلحق هذه العيوب إرادة أحد الطرفين فتفسدها دون أن تزيلها ، لان الرضا موجود ، لكنه مشوب
بعيب من عيوب الإرادة ، وهذه العيوب هي الغلط والتدليس، الاستغلال والاكراه و نص عليها
المشرع الجزائري في نصوص القانون المدني في المواد من 81 الى 91 .

02 - الأهلية: تعرف الأهلية على أنها صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ،
ومباشرة مختلف التصرفات القانونية ، حيث يشترط لصحة الرضا بالإضافة الى سلامته من
عيوب الرضا ، ان يكون صادرا من ذي أهلية .

يتبين من التعريف السالف الذكر ان الأهلية تنقسم إلى نوعين ²:

أ - أهلية الوجوب: وهي صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات.

ب - أهلية الأداء: هي صلاحية الشخص لان يباشر بنفسه التصرفات القانونية التي يكون من
شأنها ان تكسبه حقا أو أن تحمله التزامات على وجه يعتد به قانونا. في هذه الدراسة سنكتفي
بدراسة أهلية الدائن المرتهن.

بالنسبة للدائن المرتهن فإن الرهن الرسمي من التصرفات النافعة نفعا محضا ، فيعتبر الرهن
صحيحا غير قابل للإبطال إذا كان الدائن المرتهن صبيا مميزا أو كان في حكمه كالمحجور عليه
للسفه أو الغفلة، إذ تكفي فيه أهلية التعاقد تطبيقا للقواعد العامة ³.

¹سمير عبد السيد تتاغو ، مرجع سابق ، ص 34.

²محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني "النظرية العامة للالتزامات" مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة: دراسة
مقارنة في القوانين العربية، طبعة جديدة، دار الهدى للنشر، الجزائر، 2021، ص 152 .

³عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، دار احياء التراث العربي،
بيروت، لبنان 1970، ص 291 .

في حين أن هناك من يرى الى وجوب توفر أهلية التصرف في الدائن المرتهن لأنه يتضمن استيفاء الدين ، ووفقا لهذا الرأي فلا يجوز أن يكون قاصرا أو محجورا عليه لسفه أو غفلة بل يجب أن يكون بالغاً سن الرشد غير محجور عليه ، ويضيف أصحاب أحد أنصار هذا الرأي أنه قد يقبل القاصر أو المحجور عليه لسفه أو غفلة رهنا رسميا لا يفي بضمان الدين إذا الدين وجد صحيحا قبل الرهن واستغل القاصر او المحجور عليه بعقد الرهن الرسمي ، فيجب ان يكون الرهن في هذه الحالة قابلا للإبطال .¹

الفرع الثاني: المحل في عقد الرهن الرسمي

نستطيع تعريف محل الالتزام بأنه الشيء الذي يلزم المدين بإعطائه أو بعمله أو بالامتناع عن عمله ومثال الالتزام بإعطاء نقل أو انشاء حق عيني، كالالتزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع للمشتري، فهنا التزام بنقل حق عيني ، أما الالتزام بإنشاء حق عيني فمثاله حق الرهن أو حق الارتفاق ، ومثال الالتزام بعمل التزام ممثل بالقيام بتمثيل دور معين في تمثيلية معينة ، والالتزام مهندس معماري بعمل تصميمات هندسية لمستشفى .

ومثال الالتزام بالامتناع عن العمل التزام ممثل بعدم التمثيل في فرقة أخرى والالتزام تاجر بعدم منافسة تاجر آخر ، والالتزام من يشتري قطعة أرض بعدم بناء مصنع عليها .

ويستلزم في محل الالتزام توافر شروط معينة تضمنتها المواد 92 الى 96 ق.م.ج وهذه الشروط هي :

- أن يكون محل الالتزام ممكنا غير مستحيل .
- أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين .
- أن يكون مشروعاً ، أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة .²

¹ محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، التأمينات العينية ، الرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي وحقوق الامتياز ، مرجع سابق ، ص 20 .

² محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 205 .

الفرع الثالث: السبب في عقد الرهن الرسمي

السبب هو ضمان الدين ، فيلزم اذن أن يكون مضمونا ينشأ الرهن لضمانه ، وأن يبقى هذا الدين الى حين انقضاء الرهن . اذن فالسبب في هذا العقد هو ضمان الدين ، ولهذا قد رضي صاحب العقار المرهون ، سواء كان هو المدين أو كفيلا عينيا ، بإقامة رهن رسمي على عقاره ، فيجب إذن أن يكون هناك دين مضمون قد نشأ صحيحا ، ثم بقي قائما الى حين انعقاد الرهن ، ولا يشترط في الدين المضمون أن يكون منجزا ، فيجوز أن يكون معلقا على شرط أو مستقبلا أو احتماليا ، وعلى ذلك يجوز تقرير الرهن ضمانا لقرض لم يتم تنفيذه ، أو لاعتماد مفتوح ، أو لحساب جاري ، ويجب ان يكون الدين المضمون معينا تعيينا كافيا من حيث مصدره وتاريخه ومحلّه ومقداره ، فلا يجوز الرهن ضمانا لكل ما عسى أن ينشأ في ذمة الراهن من ديون للمرتهن ، ويجب على الأقل ان يعين الحد الأقصى للدين في الاعتماد المفتوح وفي الحساب الجاري ، واذا عين ميعاد يقفل فيه الاعتماد المفتوح او الحساب الجاري لم يضمن الرهن الا المبالغ المستحقة في هذا الميعاد ولو لم تصل الحد الأدنى المتفق عليه ، وتكون مرتبة هذا الرهن من يوم قيده لا من يوم تحقق الدين .¹

ويشترط المشرع الجزائري ان يكون للالتزام سبب واذا لم يكن أو وجد السبب غير مشروع فإن العقد يكون باطلا، وهو يأخذ معنى الباعث الدافع الى التعاقد في السبب ، والاخذ بالمعنى المذكور يقصد به حماية المجتمع من نشوء عقود مخالفة للنظام العام والآداب العامة وبذلك تتحقق مصلحة كل من المتعاقدين والغير والمجتمع .²

المطلب الثاني: الشروط الموضوعية الخاصة

الى جانب الشروط الموضوعية العامة السابق ذكرها، اشترط المشرع شروطا موضوعية خاصة بالرهن الرسمي، اصطلح على تسميتها بالشروط الموضوعية الخاصة، وتتمثل في : أهلية الراهن للتصرف وملكيته للعقار المرهون (الفرع الاول)، وتخصيص الرهن (الفرع الثاني) .

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 293 .

² تنص المادة 97 ق.م.ج على أنه " اذا التزم التعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب كان العقد باطلا ."

الفرع الاول: أهلية الراهن للتصرف وملكيته للعقار المرهون

تنص المادة 2/884 ق.م.ج على أنه " في كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه ، طبقا لهذا النص يجب أن يكون الراهن سواء كان هو المدين نفسه أو شخصا آخر (الكفيل العيني)، أهلا للتصرف في العقار(أولا)، ومالكا له (ثانيا) .

أولا : أهلية الراهن للتصرف في العقار المرهون :

نبرز في هاته الجزئية أهلية المدين الراهن للتصرف في العقار المرهون بصفته مدينا (01)، ثم بصفته كفيلا (02) .

01 - أهلية الراهن باعتباره مدينا: بالنسبة للمدين الراهن يعتبر الرهن تصرفا من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وذلك لان المرتهن حين يرهن العقار فإنه قد يتحصل على مد أجل الالتزام الذي تقرر الرهن لضمانه وفي هذا النوع من التصرفات يستلزم كمال الاهلية، فيشترط لكي يكون الرهن صحيحا أن يصدر من كامل الاهلية، وعلى ذلك فإذا صدر الرهن من صبي المميز أو من في حكمه كان قابلا للإبطال.¹ والجدير بالذكر أن المادة 88 ق.أ.ج² توجب على الولي إذا أراد رهن عقار القاصر ان يستأذن القاضي في ذلك.

02 - أهلية الراهن باعتباره كفيلا عينيا: إن الكفيل العيني في العادة يكون متبرعا، لكن قد يتبين من الظروف أنه لم يكن متبرعا لذا وجب التمييز بين حالتين، حالة الكفيل العيني المتبرع (أ)، وحالة الكفيل العيني غير المتبرع (ب) .

أ : أهلية الكفيل العيني المتبرع: اذا كان الكفيل العيني متبرعا، وهو الأصل، بمعنى أنه لم يتقاضى مقابلا لما قدمه، فإن الرهن في هذه الحالة يعتبر بالنسبة اليه عملا من أعمال التبرع، لذا يشترط أن تتوافر فيه أهلية التبرع ، لذا يجب أن يكون بالغا سن الرشد متمتعا بقواه العقلية غير

¹نبيل إبراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، الرهن الرسمي ،حق الاختصاص ،الرهن الحيازي ، حقوق الامتياز ، الكفالة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2007 ، ص 47 .

²القانون رقم 84-10 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الاسرة الجزائري ، ج . ر . ع . 24 ، الصادر في 18 محرم 1404 الموافق 24 فبراير 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

محجور عليه، فإذا كان قاصرا ، سواء كان مميزا أو غير مميز، ومن في حكمه ،كان عقده باطلا¹

ب - أهلية الكفيل العيني غير المتبرع: إذا ثبت أن الكفيل لم يكن متبرعا، بل يتقاضى مقابل لما قدمه، كان الرهن في هذه الحالة بالنسبة إليه عملا من أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر ،لذلك يشترط أن تتوافر فيه أهلية التصرف .

ثانيا : ملكية الراهن للعقار المرهون :

ان المادة 2/884 ق.م.ج صريحة في اشتراط ملكية العقار المرهون من قبل الراهن سواء كان الراهن هو المدين نفسه أو كان شخصا آخر، والحكمة من هذا الشرط واضحة لأنه من آثار الرهن الرسمي ترتيب حق عيني تبقي للدائن على العقار المرهون يمكنه من استيفاء حقه من ثمنه، فإذا لم يكن الراهن مالكا للعقار المرهون تخلف الأثر المذكور، وفات الغرض المقصود من الرهن². وفيما يلي سندرس أهم الصور التي لها علاقة بموضوع ملكية العقار المرهون وهي : رهن ملك الغير (01) الرهن الصادر من المالك الظاهر(02) الرهن الصادر من مالك زالت ملكيته بأثر رجعي (03)، الرهن الصادر من مالك المباني المقامة على أرض الغير(04)، رهن العقار المملوك على الشيوع (05)، الرهن الصادر من الحائز المتحصل على شهادة الحياة وفقا لأحكام قانون التوجيه العقاري(06) .

01 - رهن ملك الغير: من المشاكل الكبيرة المطروحة قانونا التصرف في ملكية الغير بالبيع أو الايجار أو غير ذلك من التصرفات القانونية، وهو المشكل الرائج في موضوع الرهن، حيث قد يقدم شخص على رهن عقار غير مملوك له رهنا رسميا، لذا كان لزاما منا تحديد المقصود برهن ملك الغير، وبيان حكمه في القانون المدني الجزائري وبعض القوانين المقارنة.

أ - تحديد المقصود برهن ملك الغير: يقصد برهن ملك الغير الرهن الذي يعقده الراهن باسمه ولحسابه مع الدائن المرتهن على عقار قائم مملوك للغير³، وتشترط المادة 884 من ق.م.ج أن

¹شوقي بناسي، محاضرات في عقد الرهن الرسمي ، ديوان المطبوعات الجامعية ،جامعة الجزائر ، 2019-2020 ، ص 17.

²عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 296 .

³نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 58 .

يكون مالكا للعقار المرهون حتى يكون الرهن صحيحا، فلم ينص المشرع الجزائري صراحة على رهن ملك الغير. وهناك من يعرف رهن ملك الغير على النحو التالي:¹ "هو قيام شخص باسمه ولحسابه برهن مال عقاري موجود ومحدد ولكنه ليس مملوكا له، ولا يعتقد الناس أنه مملوك له، أو عقد يبرمه الراهن باسمه ولحسابه على عقار موجود ومعين ومملوك لغيره دون أن يكون مفوضا بسلطة رهنه، ويعتبر هذا التعريف أشمل وأدق لرهن ملك الغير.¹

ب - حكم رهن ملك الغير في التشريعات المقارنة: اختلفت التشريعات المقارنة في موضوع رهن ملك الغير، ففي التقنين المصري فإن رهن ملك الغير ليس باطلا (بطلانا مطلقا) وإنما يكون قابلا للإبطال طبقا لنص المادة 1/ 1033 ق.م.م والتي تقضي بأنه اذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فان عقد الرهن يصبح صحيحا اذا اقره المالك الحقيقي بورقة رسمية، واذا لم يصدر هذا الإقرار فان حق الرهن لا يترتب على العقار الا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكا للراهن.²

أما المشرع الفرنسي فلم ينص على حكم رهن ملك الغير في القانون المدني، وإنما نص في المادة 1/2130³، على الأموال المستقبلية لا يمكن رهنها. وقد ذهب غالبية الفقه والقضاء ببطلان رهن ملك الغير بطلانا مطلقا، ثم جاز لكل ذي مصلحة التمسك به، وهذا لان رهن ملك الغير ما هو إلا صورة من صور رهن المال المستقبل، لان من يرهن ملكا للغير يكون قد رهن ما لا يملكه في الحاضر، وإنما يسعى لامتلاكه في المستقبل.

أما القانون المدني الجزائري فلم ينص على رهن ملك الغير، وأقر انه يقع باطلا، غير انه بالنظر الى النص على رهن ملك الغير والاخذ بما قرره الإرادة التشريعية في بيع ملك الغير (المواد 397-399 ق.م.ج) من أحكام وطبقا لهذه الاحكام يكون رهن ملك الغير قابلا للإبطال، وان عقد الرهن يصبح صحيحا اذا اجازه المالك الحقيقي وحبذا لو نصت الإرادة التشريعية الجزائرية

¹ أحد شرف الدين ، التأمينات الشخصية والعينية ، الكفالة والرهن والاختصاص والامتياز ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر 1995، ص 132 .

² محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 37 .

³ " Art 2130/1 c.c.f stipule que : " Les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués".

على ذلك بتوحيد الحكم ما بين بيع ملك الغير ورهن ملك الغير¹، لكن الرأي الراجح وحسب نص المادة 2/884 فإن المشرع الجزائري تبني فكرة المشرع الفرنسي ببطلان رهن ملك الغير بطلانا مطلقا .

02 - رهن المالك الظاهر: المالك الظاهر هو الشخص الذي يظهر بمظهر المالك ، وهو ليس بمالك حقيقي، وبناء على ذلك إذا رهن هذا المالك الظاهر عقارا فنكون امام حالة رهن لملك الغير، ومن ثم كان المفروض ان يكون رهنه باطلا بطلانا مطلقا، لكن خروجنا على هذه القاعدة قرر الفقه والقضاء صحة رهن المالك الظاه ، وهذا حماية للأوضاع الظاهرة والثقة والاستقرار في التعامل²، وغلبوا مصلحة الدائن المرتهن حسن النية على مصلحة المالك الحقيقي، فسمحوا للأول بالتمسك بالرهن في مواجهة الثاني .

ومن أبرز صور المالك الظاهر، الوارث الظاهر، الرهن الصادر بعقد صوري، الرهن باسم مستعار - **الظاهر الوارث:** هو من يعتقد أنه الوارث الحقيقي ويتعامل الناس معه على هذا الاعتقاد أنه الوارث، مع أنه ليس الوارث الحقيقي، فلا شك هنا ان الرهن صادر من غير المالك، ولا يكون الرهن ساريا في حق الوارث الحقيقي اذا كان الدائن المرتهن سيء النية أي انه كان يعلم ان الراهن ليس الوارث الحقيقي.

أما اذا كان الدائن المرتهن حسن النية فقد اختلف الفقه والقضاء المصري والفرنسي في هذه الحالة فالفقه الفرنسي ذهب القول الى اعتبار حق الدائن المرتهن نافذا على الوارث الحقيقي على أساس القاعدة القائلة الغلط الشائع ينشئ الحق .

أما الفقه المصري فقد اعتبر ان الرهن لا يسري على أساس على أساس أنه صادر من غير مالك، وفي هذه الحالة تطبق القواعد الخاصة برهن ملك الغير التي نص عليها التقنين المدني المصري في المادة 1033.

¹ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 37 ، 38 .

² سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص 175 .

أما المشرع الجزائري فتقضي المادة 884 ق.م.ج بأن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون، وبتطبيق هذه المادة فإن الرهن لا يسري في حق الوارث الحقيقي، كما ان القانون المدني الجزائري لا يتضمن قواعد خاصة برهن ملك الغير.¹

- **الرهن الصادر من المالك بعقد صوري:** إذا كان الراهن ملكا للعقار بعقد بيع صوري، ثم قام برهنه للدائن المرتهن حسن النية، أي أنه يجهل صورية سند ملكية العقار المرهون، ورغم ان الرهن ليس المالك الحقيقي، الا ان الرهن يظل قائما، وذلك تطبيقا للقواعد الخاصة بالصورية التي نصت عليها المادة 198 ق.م.ج.² فهنا الدائن المرتهن حسن النية له أن يتمسك بالعقد الصوري الذي يجعل الراهن مالكا، ويبقى حق الرهن للدائن المرتهن الذي رتبته المالك الظاهر .

- **الرهن الصادر من المالك باسم مستعار:** هذه الحالة تحدث عندما يوكل شخص شخصا آخر كي يعمل هذا الأخير باسمه الشخصي ، بحيث يبقى اسم الموكل مستترا، في حين ان الوكيل يعمل بمقتضى الوكالة المستترة لحساب الموكل، ولعل ابسط مثال على ذلك قيام شخص بتوكيل شخص آخر لشراء قطعة ارض ماء، فهنا يقوم الوكيل بشرائها باسمه الشخصي، ومن ثم يظهر امام الناس بمظهر المالك، اما الحقيقة طبقا للوكالة المستترة بين الموكل والوكيل، فان الموكل هو المالك الحقيقي، فإذا رهن الوكيل العقار لشخص ما، يكون من حق الدائن المرتهن حسن النية التمسك بهذا الرهن في مواجهة الوكيل والموكل (المالك الحقيقي) ومن يخلفه.³

03 - رهن المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي: في نص المادة 885 ق.م.ج نجد أنه "" يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن ، الرهن الصادر من المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته، او فسخها، أو إلغائها أو زوالها لأي سبب آخر إذا ثبت ان الدائن كان حسن النية وقت ابرام عقد الرهن "" .

¹ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 61 .

² تنص المادة 198 ق.م.ج على أنه "" اذا ابرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية ، ان يتمسكوا بالعقد الصوري ""

³ شوقي بناسي ، المرجع السابق ، ص 21 .

حسب القاعدة العامة القائلة بأن زوال الملكية مهما كان سببها يترتب عليه ان الرهن لم يكن مالكا فإن زوال ملكية الرهن بأثر رجعي يترتب عليه زوال حق الدائن المرتهن، لكن النص يعد استثناء، فالمشرع قرر بقاء الرهن صحيحا رغم زوال الملكية حماية للدائن المرتهن شرط ان يكون هذا الدائن حسن النية وقت ابرامه لعقد الرهن، أي لا يعلم ان ملكية الرهن مهددة بالزوال، ولم يكن في استطاعته أن يعلم ذلك.¹

04 - رهن العقار الشائع: تنص المادة 713 ق.م.ج : "إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كل منهما فيه غير مفرزة فهم شركاء على الشيوع." فالملكية على الشيوع تكون في حالة تعدد الملاك لشيء واحد وكان نصيب كل منهم تنسب الى الشيء في مجموعة كالربع أو الثلث . وقد أقر المشرع الجزائري ان الشريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله ان يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء طبقا لأحكام المادة 714 ق.م.ج،²ومن التصرف في الرهن لذا نجد ان في رهن المال الشائع هناك ثلاث صور وهي كالتالي :

أ - الرهن الصادر من كافة الشركاء: باستقراء نص المادة 1/890 من ق.م.ج التي جاء فيها أن : "أنه يكون نافذا الرهن الصادر من جميع الملاكين لعقار شائع أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكانية قسمته .

فالرهن هنا لا يتأثر في المستقبل بقسمة العقار المرهون أيا كانت نتيجة القسمة ويبقى نافذا في مواجهة الجميع بحيث يؤول العقار الشائع مثقلا بما تقدر عليه من رهن الى الشريك³

والرهن بعد القسمة يبقى أيضا صحيحا وناظا ومهما كانت نتيجتها وصرحت بذلك المادة 890 ق.م.ج.⁴

¹ خليف مريم ، الوجيز في الاحكام العام للتأمينات العينية ، في القانون المدني الجزائري ، 2021-2022 ، ص 16 .

² تنص المادة 714 /1 كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، وله ان يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وان يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء ...³

³ بن عيسى نادية ، احكام الرهن الرسمي في التشريع الجزائري / مذكرة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون عقاري ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة غرداية ، 2015-2016 ، ص 20 .

⁴المادة 890 من لقانون المدني

فإذا انتهى الشيوخ وبيع العقار المرهون لعدم إمكانية القسمة، فأما ان يرسو مزاده على احد الشركاء أو على احد أجنبي، فإن رسا على شريك تحمل الرهن كاملا في العقار على ان يرجع على شركائه، وان رسا المزاد على أجنبي تطهر العقار من الرهن وانتقل حق الدائن المرتهن الى الثمن الراسي به المزاد.¹

ب - الرهن الصادر من أحد الشركاء على الشيوخ: قد ينفرد احد الشركاء بالرهن، فيرهن حصته الشائعة او يرهن جزءا مفرزا من العقار الشائع، وقد يرهن العقار الشائع كله وهذه الصورة اهملها المشرع الجزائري لم يتناولها في نصه، اما الصورتين الاخرتين فقد نص عليهم في المادة 890 السالفة الذكر، وفي ما يلي تفصيل لهذه الصور من الرهن على المال الشائع :

رهن الشريك لحصته الشائعة: اذا وقع الرهن قبل قسمة المال الشائع وحل اجل الدين المضمون بالرهن وكان المال الشائع لا يزال غير مقسم، فإنه يحق للدائن المرتهن التنفيذ على حصة الشريك المرهونة وبيعها في المزاد العلني ويحل محله من رسا عليه المزاد العلني ويصبح شريكا على الشيوخ مع باقي الشركاء، اما اذا وقعت القسمة قبل حلول اجل الدين المضمون بالرهن كان مصير الرهن متوقفا على نتيجة القسمة فإذا آل الى الراهن مفرز من العقار المرهون حصته الشائعة التي رهنها الى الراهن العقار المرهون كله او جزء منه يزيد على الحصة الشائعة المرهونة التي رهنها فهنا يقتصر حق الدائن المرتهن على الحصة الشائعة المرهونة، أما اذا آل الراهن عقار او عقارات غير تلك التي رهن فيه حصته.²

- رهن الشريك لحصته المفرزة: لما كان الشريك في الشيوخ لا يملك ملكية خالصة أي جزء مفرز في العقار الشائع ، فإذا رهن جزءا مفرزا لم ينفذ هذا الرهن في حق الشركاء الاخرين، ولهؤلاء ان يتمسكوا بحقوقهم في هذا الجزء المفرز باعتباره شائعا بينهم جميعا.³ تنص المادة 714 / 2 من ق.م.ج التي تنظم التصرف في المال الشائع على انه : "" واذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق

¹ - زهية سي يوسف ، عقد الرهن الرسمي ، در الامل ، الجزائر ، 2001 ص 203

² بن عيسى نادية ، المرجع السابق ، ص 21 .

³ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 332 .

المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذي آل الى المتصرف بطريقة القسمة، وللمتصرف اليه الحق في ابطال التصرف اذا كان يجهل ان المتصرف لا يملك العين المتصرف فيه مفرزة .¹ اما المادة 890 / 2 فهي تسوي بين رهن الحصة الشائعة ورهن الجزء المفرز، وتقضي بانتقال الرهن الى الجزء الذي اختص به الراهن بعد القسمة .¹

رهن الشريك للعقار الشائع كله : الراهن لا يملك العقار كله ، ولهذا فتصرفه يعتبر تخطيا لحدود سلطته في التصرف ، ومع ذلك فلا يعتبر هذا رهنا لملك الغير ، لان الراهن يملك حصة شائعة في هذا العقار، غاية الامر ان الرهن لا ينفذ في حق الشركاء الاخرين ويظل مصيره متوقفا على نتيجة القسمة .²

فإذا رهن الشريك كل المال الشائع أي رهن العقار الشائع فإن الرهن صحيح بالنسبة لحصته وباطل بالنسبة لباقي حصص الشركاء فلا ينفذ تجاههم بما زاد عن حصة الشريك الراهن لأنه رهن ملك غير بالنسبة لحصص باقي الشركاء، اما اذا تمت القسمة ووقع العقار المرهون في نصيب الشريك الراهن استقر الرهن، واذا لم يقع في نصيبه فان الرهن ينتقل فقط الى ما وقع في نصيبه، ويكون للدائن المرتهن ان يبطل الرهن للغلط اذا كان يجهل الشيوع .³

5 - رهن المباني المقامة على ارض الغير : تنص المادة 889 ق.م.ج³ يجوز لمالك المباني القائمة على ارض الغير ان يرهنها وفي هذه الحالة يكون للدائن حق التقدم في استيفاء الدين ومن ثمن الأنقاض اذا هدمت المباني، ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض اذا استبقى المباني وفقا للأحكام الخاصة بالالتصاق³ وتقابلها المادة 1175 في القانون المدني الفلسطيني والمادة 1038 مدني مصري، حيث يعتبر رهن المباني المملوكة لشخص غير مالك الأرض المقامة عليها رهنا صحيحا، ويجوز للدائن اتخاذ إجراءات نزع ملكية المباني اذا لم يقم المدين بالوفاء بالدين المضمون بالرهن ، ولو يتتبعها في أي يد تكون، واذا تم هدم هذه الأبنية بسبب مالك الأرض او لاي سبب آخر يستطيع الدائن التنفيذ على ثمن انقاض المباني ويكون له حق التقدم على سائر

¹ محمد صبري السعدي ، التأمينات العينية والشخصية ، المرجع السابق ، ص 54 ، 55 .

² سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص 92 .

³ مريم خليفي ، المرجع السابق ، ص 19 .

الدائنين للمدين الراهن في ذلك الثمن، وتبقى العلاقة بين مالك البناء ومالك الأرض وفق قواعد الالتصاق المقررة قانوناً حيث ان الدائن ليس طرفاً في هذه العلاقة.¹

الفرع الثاني: تخصيص الرهن

مبدأ تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون او من حيث الدين المضمون بالرهن معروفاً في القانون الروماني او القانون الفرنسي ، مما يترتب عليه امكان رهن المدين لجميع أمواله الحاضرة والمستقبلية بغير تعيين ، وكان السبب في ذلك هو الرغبة في توفير حماية كاملة للمدين من خلال توسيع وعاء الرهن الذي كان ينشأ بغير محرر رسمي، مما ترتب عليه ضياع تأميناته وعدم ضمان ديون أخرى وأدى كل هذا الى ظهور تخصيص الرهن من حيث لا يرد هذا الأخير على عقار او عقارات معينة لضمان دين معين فقاعدة التخصيص لا تمنع المدين الراهن من رهن عقاراته التي يملكها وقت الرهن ولكن يلزمه تحديدها وتعيينها تعييناً دقيقاً.²

كما أن التخصيص يفيد الدائن المرتهن حيث يمكنه من معرفة ما يثقل عقارات المدين من رهون مما يسمح بتقدير وضعيته المالية ، فيختار العقار غير المثقل بالرهون لعدم مزاحمة الدائنين كما يفيد الائتمان العقاري، لكونه يسمح بتداول الأموال ذلك ان الرهن العام يجمد الثروات نتيجة شموله جميع العقارات .

نتطرق في هذا الفرع الى دراسة تخصيص الرهن الرسمي من حيث العقار المرهون (أولاً) ، ثم تخصيص الرهن من حيث الدين المرهون (ثانياً) .

أولاً: تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون:

تنص المادة 886 من ق.م.ج³ لا يجوز ان ينعقد الرهن الا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك ويجب ان يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني، وان يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه، وان يرد هذا التعيين اما في عقد الرهن ذاته او

¹ جمعة أنور الطويل ، التأمينات العينية والشخصية وفق القانون المدني الفلسطيني ، الطبعة الأولى ، مكتبة نيسان للطباعة والتوزيع ، غزة ، 2020 ، ص 111.

² بن عيسى نادية ، المرجع السابق ، ص 24 .

في عقد رسمي لاحق، والا كان الرهن باطلا . ""، من نص المادة يتضح لنا انه يجب ان تتوافر مجموعة من الشروط في تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون

1 - شروط تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون: تتمثل شروط تخصيص العقار المرهون فيما يلي :

أ - ان يرد عقد الرهن الرسمي على عقار: كما نص القانون فان الرهن الرسمي لا يرد الا على عقار، اما المنقولات بصفة عامة فلا يجوز رهنها رهنا رسميا، والعقار بالتخصيص لا يرد عليه الرهن الرسمي منفصلا عن العقار المخصص له .¹ فالرهن الرسمي بحسب الأصل يرد على العقارات دون المنقولات، والعلة في ذلك ان الرهن الرسمي لا ينقل حيازة الشيء المرهون الى الدائن المرتهن، بل تبقى في يد الراهن، وهو ما يتعذر بالنسبة للمنقولات لأنه لو ترك المنقول في يد الراهن كان من السهل عليه ان يتصرف فيه تصرفا يضر بالدائن المرتهن، علاوة على ذلك فإن الرهن الرسمي لا يسري في مواجهة الغير الا من تاريخ شهره في وقيدته في المحافظة العقارية ، خلافا للمنقولات التي يكون من الصعب شهر التصرفات المترتبة عليها .²

إذا كانت القاعدة العامة تقول بأن الرهن الرسمي لا يرد الا على عقار فان المشرع الجزائري أجاز وأقر بعض الحالات التي يمكن فيها رهن المنقولات رهنا رسميا .

ب - يجب ان يكون العقار مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني : يجب ان العقار المرهون مما يصح التعامل فيه بالمزاد العلني، لذا اشترط القانون في نص المادة 886 ق.م.ج السالفة الذكر ان يكون هذا العقار مما يجوز التعامل فيه حتى يتمكن التنفيذ عليه وبيعه في المزاد العلني لاستيفاء حقه من العقار، لذلك لا يجوز رهن الأموال الموقوفة لعدم جواز التعامل فيها بحكم القانون، اذ لا يمكن بيعها في المزاد العلني، وكذلك لا يجوز رهن حقوق الارتفاق لأنه لا

¹ الموفق زوخ ، الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري ، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون عقاري ،جامعة زيان عاشور ،الجلفة ، 2014-2015 ، ص 29 .

² المادة 904 من القانون المدني الجزائري

يمكن بيعها بالمزاد العلني استقلالا عن العقار، كما لا يجوز رهن العقارات العمومية او بيعها بالمزاد العلني ¹.

ج - ان يكون موجودا وقت الرهن: يشترط القانون ان يرد الرهن على عقار موجودا فعلا وقت ابرام العقد ويترتب على ذلك بطلان رهن المال المستقبل، أي بطلان الرهن الذي يرد على عقار غير موجود فعلا وقت ابرام العقد.

الا ان تقرير بطلان رهن المال المستقبلي لسبب عدم وجود المال في الحال رغم إمكانية وجوده مستقبلا رغم تعيينه تعيينا نافيا للجهالة، ليس له ما يبرره، بل على العكس فإن من شأنه ان يعيق الائتمان ويعرقل المعاملات المشروعة، والاجدر ان يقتصر البطلان على المال المستقبلي لا المال المعين ².

د - ان يكون العقار معينا تعيينا دقيقا : بالرجوع لنص المادة 886 السالفة الذكر والتي تضمنت شروط الرهن بالتخصيص فيجب ان يكون العقار المرهون معينا تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه ويرد هذا التعيين في عقد الرهن ذاته او في عقد رسمي لاحق والا وقع باطلا، بمعنى ان يتقرر الرهن الرسمي على عقار بالذات، وليس على كل أموال المدين الحاضرة والمستقبلية وأيضا تعيين طبيعة المال العقاري، هل هو حق ملكية او حق انتفاع، وجهة أخرى تعيين طبيعة العقار، هل هو أرض او منزل او مصنع، وكذلك تعيين الجهة التي يقع فيها وحدوده، ويجب ان يكون التعيين في عقد الرهن، او في عقد رسمي لاحق، ويترتب بطلان الرهن عند عدم تعيين العقار تعيينا دقيقا ³.

¹ يمينة حوحو ، مرجع سابق ، ص 97 .

² معزوز دليلة ، محاضرات في التأمينات العينية والشخصية ، قسم القانون الخاص ، ديوان المطبوعات الجامعية ، جامعة الكلي محند اولحاج ، البويرة ، 2020-2021 ، ص 43 .

³ نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 92 .

2 - تعيين ملحقات العقار المرهون :

ان تعيين العقار المرهون يجعل الرهن يمتد ليشمل ملحقات هذا العقار فهي تعتبر عقار بحكم القانون وفقا لقاعد الفرع يتبع الأصل ويخدمه، لأنها تابعة للعقار وتشمل ملحقات العقار المرهون مايلي :

أ- **العقارات بالتخصيص:** تنص المادة 683 / 2 من ق.م.ج على مايلي : "غير ان المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار او استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص". اذن من خلال نص المادة نستخلص ان العقار بالتخصيص هو كل منقول مملوك لصاحب العقار رصد لخدمة هذا العقار او استغلاله.

ب - **التحسينات والانشاءات:** ويقصد بها كل ما يلحق العقار المرهون من زيادة مادية بفعل الانسان او بفعل الطبيعة كأن يقوم الراهن بالبناء على قطعة ارض مرهونة او الزيادة في البناء المرهون الموجود من قبل، فالرهن يمتد ليشمل هذه المنشآت بقوة القانون حتى ولو أنشأت بعد قيد الرهن فتصبح مرهونة أيا كانت قيمتها وحتى ولو فاقت قيمة العقار المرهون في الأصل شريطة ان يكون المالك للمنشأة هو مالك العقار المرهون.¹

ج - **الحاق الثمار بالعقار المرهون:** الثمار اما تكون مدنية وهي الايراد النقدي للعقار، او مادية . والثمار المادية اما تكون طبيعية تنشأ بفعل الطبيعة كالكلاً ونتاج الحيوان، او مستحدثة بفعل الانسان كالمحصولات الزراعية . والثمار لا تعتبر بحسب الأصل من ملحقات العقار المرهون لسببين، أولهما انها ليست عقارا، ويظهر هذا بالنسبة للثمار المدنية ، وكذلك الثمار المادية بعد فصلها من الأرض، فمن يوم يقبض الثمار فلا شك في اعتبارها منقولا، ونحن نعلم انه لا اعتبار الشيء من ملحقات العقار ان يكون عقارا والثمار ليست عقارا بالتخصيص حتى تأخذ حكم العقار لأنها ناتج عن العقار ، أما السبب الثاني والاهم ان الثمار من حق المالك الراهن وليس الدائن المرتهن، فالرهن الرسمي يتميز أصلا بأنه لا ينقل حيازة العقار المرهون من الراهن الى المرتهن،

¹نادية بن عيسى ، المرجع السابق ، ص 28 .

بل يظل الراهن محتقظا بحياسة العقار وبالحق في ادارته وجني الثمار والاحتفاظ بهذه الثمار لنفسه فيه حقه وليست حق الدائن المرتهن بحسب الغرض من الرهن الرسمي وفكرته الأساسية¹.

ثانيا: تخصيص الرهن من حيث الدين المرهون :

تخصيص الدين المرهون يعتبر الشق الثاني لمبدأ تخصيص الرهن اذ من غير الممكن الاكتفاء فقط بتخصيص الرهن من حيث العقار فقط بل لابد من تخصيصه من حيث الدين المضمون لان الرهن لا ينشأ الا بضمان الدين، وعليه فيعتبر الدين المضمون هو الأصل والعقار المرهون هو الفرع التابع

نوضح من خلال الآتي مبدأ تبعية الدين المضمون (1) ، طبيعة الدين المضمون وأوصافه (2) ثم كيفية تحديد الدين المضمون (3).

1 - مبدأ تبعية الدين المضمون: عقد الرهن الرسمي حق عيني تبعي فهو يتبع الدين المضمون في وجوده وصحته وانقضائه، بل يسير معه وجودا وعدما ويترتب على هذا ان الرهن الرسمي لا يوجد الا اذا كان الدين المضمون موجودا او قابلا للوجود، فاذا استحال وجود الدين في المستقبل كان الرهن باطلا، واذا وجد الدين ولكن انقضى بسبب من أسباب الانقضاء انقضى الرهن بالتبعية، والرهن لا يكون صحيحا الا اذا كان الدين المضمون صحيحا².

قاعدة التبعية في الرهن للدين المضمون تكون أيضا في الوضع الذي يكون فيه الراهن شخصا آخر غير المدين الكفيل العيني حيث بإمكان هذا الأخير فوق تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به، ان يتمسك بها المدين من أوجه الدفع المتعلقة بالدين، ويبقى هذا الحق ولو تنازل عنه المدين طبقا لأحكام المادة 2/893 من ق.م.ج.

2- طبيعة الدين المضمون وأوصافه: باستقراء نص المادتين 882 و 891 ق.م.ج يتبين ان الرهن يصح أي ينشأ ضمانا لجميع الالتزامات المدنية أيا كان مصدرها ومحلها واوصافها.

¹ جمعة أنور الطويل ، المرجع السابق ، ص 129 ، 130

² ملاك براهيمية ، ياسمين خوالدية ، النظام القانوني للرهن الرسمي في الجزائر ، مذكرة ماستر في الحقوق ، تخصص قانون الاعمال ، جامعة 8 ماي 1945 ، قالمة ، ص 50 ،

أ - **طبيعة الدين المضمون:** المقصود هنا ان الرهن ينشأ لضمان أي التزام مهما كان محله او مصدره، فإذا كان العقد مصدرا للدين المضمون فإنه يكون الفعل غير المشروع والاثراء بلا سبب او نص القانون مصدرا أيضا له، كما يمكن ان يكون محل الدين المضمون قيام بعمل أو امتناع عن عمل، اذا كان الغالب هو الالتزام بدفع مبلغ من النقود، في كلتا الحالتين يكون الرهن ضمانا لتعويض الدائن، هذا في حالة تقاعس المدين عن تنفيذ ما عليه من التزامات.¹

ب - **اوصاف الدين المضمون:** من خلال نص المادة 891 ق.م.ج التي جاء فيها: " يجوز ان يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط او دين مستقبل او دين احتمالي كما يجوز ان يترتب ضمانا لاعتماد مفتوح او لفتح حساب جار على ان يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون او الحد الأقصى الذي ينتهي اليه هذا الدين ".²

يجوز ان ينشأ الرهن ضمانا لدين معلق على شرط واقف وتحقق الشرط وجد الدين واستقر ويثبت الرهن تبعا لذلك، اما اذا لم يتحقق الشرط فلا يكون للدين وجود ولا يقوم الرهن تبعا لذلك، وقد يعلق الدين المضمون بشرط فاسخ ففي هذه الحالة يكون الدين موجود وقائم وكذلك الرهن، غير انهما مهددان بتحقق الشرط الفاسخ فيكون بذلك مصير الرهن مرتبط بتحقق الشرط من عدمه، فإذا تحقق الشرط زال الالتزام القائم والرهن كذلك واذا لم يتحقق الشرط ظل الالتزام قائما والرهن كذلك² كما يمكن ان يكون الرهن كضمان لدين احتمالي او دين مستقبل، فالدين الاحتمالي غير موجود ووجوده مستقبلا امر غير مؤكد فقد يوجد او لا يوجد، اما الدين المستقبل هو دين غير موجود في الحال ووجوده في المستقبل امر مؤكد، اذن فكلا الدينين يتفقان كونهما غير موجودين في الحال، مما جعل المشرع تناولهما في مادة واحدة لانهما يطرحان نفس المشكلة القانونية وهي مدى ترتيب رهن لضمان دين غير موجود في الحال، ويظهر جليا من خلال نص المادة 891 ق.م.ج ان المشرع أجاز ذلك وأعطى مثلا عن كل منها وهما الرهن لضمان الاعتماد المفتوح والرهن لضمان فتح حساب جار.³

¹ الحويبيآية ، عشاشة أسماء ، المرجع السابق ، ص 35 .

² مريم خليفي ، المرجع السابق ، ص 23 ، 24 .

³ شوقي بن ناسي ، المرجع السابق ، ص 47 ، 48 .

3 - **كيفية تحديد الدين المضمون:** بالرجوع الى نص المادة 891 ق.م.ج السالفة الذكر نجد ان
المشرع تكلم عن اوصاف الدين المضمون كما الحق ذلك بضرورة تحديده أي تحديد مبلغ الدين
المضمون او تعيين الحد الأقصى، وعليه نبين في ما يلي تحديد الدين من حيث المقدار (أ) ثم
من حيث المصدر (ب) .

أ - **تحديد مقدار الدين المضمون:** يشترط ان يذكر في عقد الرهن مقدار الدين، وان كان مؤجلا
او معلقا على شرط، وان كان عبارة عن تعويض فيجب تحديد عناصر التعويض او الحد الأقصى
للدائن، فهذه كلها ديون يمكن ضمانها بالرهن الرسمي.¹

ب - **تحديد مصدر الدين المضمون:** الى جانب تحديد مقدار الدين المضمون لأبد من تحديد
مصدره هل هو عقد او هو عمل غير مشروع أو اثناء بلا سبب أو إرادة منفردة أو بنص القانون،
وبهذا التحديد يطمئن الدائن من ان المدين لا يتلاعب على نحو قد يضر بحقوق الدائن .

ج - **جزاء عدم تخصيص الرهن من حيث الدين المضمون :** ان جزاء عدم تحديد الدين المضمون
بالرهن الرسمي هو بطلان عقد الرهن الرسمي نفسه، لعدم تخصيص الرهن من ناحية الدين
المضمون والبطلان هنا بطلان مطلق، ويستطيع ان يتمسك به كل ذي مصلحة ، ومن ثم يمكن
ان يتمسك به المدين والدائن المرتهن وورثة كل منهما او الخلف الخاص، والدائنون المرتهنون
المتأخرون في المرتبة ، وحائز العقار المرهون .²

المطلب الثاني: الأركان الشكلية لإنشاء الرهن الرسمي

من خصائص عقد الرهن الرسمي انه عقد شكلي، الشكلية فيه هي الرسمية، حيث الزم المشرع
اخضاع الرهن الرسمي الذي يجريه المدين على العقار الى الرسمية، وفقا لنص المادة 883
ق.م.ج والتي تنص على : " لا ينعقد الرهن الا بعقد رسمي " . والهدف من الرسمية
هي حماية الراهن وكذا الدائن المرتهن تحقيق لفعالية الرهن كضمان عيني .

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 370 .

² شوقي بناسي ، المرجع السابق ، ص 50 .

وعليه في هذا المبحث نتناول المقصود بالرسمية في عقد الرهن (المطلب الأول)، ثم نقدم صورا لبعض العقود التي تطبق عليها الرسمية (المطلب الثاني) .

الفرع الأول: المقصود بالرسمية:

يعتبر الرهن الرسمي من بين العقود التي تتطلب الشكلية الرسمية في ابرامها، وذلك تحقيقا لاعتبارات جديرة بالحماية، فقد رتب المشرع الجزء القانوني في حالة تخلف هذا الركن، لذا ينبغي إعطاء تعريف للرسمية (الفرع الأول)، ثم ابراز الأهمية العملية للرسمية (الفرع الثاني)، وأخيرا الجزء المترتب عن تخلف ركن الشكلية الرسمية في عقد الرهن (الفرع الثالث) .

تعريف الرسمية :

عرف المشرع الجزائري العقد الرسمي في نص المادة 324 ق.م.ج على أنه : "عقد يثبت فيه موظف او ضابط عمومي او شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه او ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه ."" فهي الورقة التي يتم تحريرها من طرف موظف مختص بتحرير العقود ، وهذا الموظف هو الموثق الذي يحرر العقد وفقا للأوضاع والأشكال الي يحددها القانون، ويثبت فيها الرضا والا لا ينشأ الرهن، ولد نصت المادة 3 من القانون 06-02 المتعلق بمهنة التوثيق على : "الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية ، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصبغة .""¹

فالرسمية واجبة بالنسبة لرضا الطرفين لان القانون نص على وجود الرسمية بعقد رسمي، والرهن لا ينعقد الا بالإيجاب والقبول معا وكما انها شرط لانعقاد الرهن أيا كان مصدره الدين المضمون .

¹قانون رقم 06-02 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير 2006 ، يتضمن تنظيم مهنة الموثق ، العدد 14 ، الجريدة الرسمية المؤرخة في 08 مارس 2006 .

الفرع الثاني: الأهمية العملية للرسمية

الرسمية شرط شكلي لانعقاد الرهن الرسمي وتخلفها يؤدي الى بطلان العقد بطلانا مطلق ومنه سنوضح أهمية الرسمية بالنسبة للراهن (أولا)، وكذل الدائن المرتهن (ثانيا)، ثم بالنسبة للرهن ذاته (ثالثا) .

أولا: مصلحة الراهن:

تكمن مصلحة الراهن من تقرير الرسمية في تنبيهه الى خطورة ما سيقدم عليه من تصرف قانوني، عسى ان يتروى قبل الاقدام عليه، خاصة وان احتفاظه بملكية وحياسة المال المرهون رغم الرهن، قد يجعله يظن ان تصرفه هذا في غاية البساطة لا ينطوي على أي خطر، غير ان الحقيقة عكس ذلك، لذا كان من الواجب اشتراط الرسمية حتى يتدارك الراهن التصرف الخطير الذي يقدم عليه، وبل في بعض التشريعات تلقى المسؤولية الكاملة على الموثق اذا لم يرشد المتعاقدين الى ما ينبغي اتباعه من إجراءات والى القيمة الحقيقية للرهن، وتذكير الراهن بأن الملكية ستزاع منه عند حلول اجل الدين اذا لم يفي بالتزامه، وتزداد أهمية الرسمية عندما يكون الراهن هو شخص اخر غير المدين يقدم ضمانا لكفالة التزام غيره، حيث يجد الكفيل العيني نفسه مجرد من ماله، لذا كان من الواجب تذكير الكفيل العيني بذلك¹.

ثانيا: مصلحة الدائن المرتهن:

ان الرسمية تجنب الدائن المرتهن مخاطر ابطال الرهن نظرا لانعقاده امام الموثق المؤهل، يقوم بالتأكد من صحة ملكية الراهن للعقار ومن أهليته للتعاقد، وحتى بالنسبة لاهلية الدائن، هذا بالإضافة الى ان الرسمية تزود الدائن منذ ابرام العقد بسند قابل للتنفيذ، يغنيه عن إجراءات التقاضي اذا امتنع المدين الراهن عن الوفاء بدينه عند حلول الاجل.²

¹ بوظراف نسيمه ، أركان الرهن الرسمي في التشريع الجزائري ، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون خاص ، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم ، 2021-2022 ، ص 21 .

² آيت مجبر حسين ، الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري ، مذكرة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص عقود ومسؤولية ، جامعة اكلي محند اولحاج ، البويرة ، 2015-2016 ، ص 25 .

ثالثاً: مصلحة الرهن ذاته:

تحقق كذلك الرسمية فائدة للرهن ذاته وللائتمان العقاري بصفة عامة، لأنها تضمن الى حد كبير ان تراعي في ابرام العقود الشروط اللازمة لصحته من الاهلية وملكية الراهن وتخصيص الرهن، وضرورة كتابة العقد كتابة صحيحة، ولا يتوافر ذلك الا اذا كان العقد رسمياً، كما ان الرسمية تمكن الدولة من بسط رقابتها على السوق العقارية والتدخل للتقليل من المضاربة غير مشروعة في المعاملات العقارية وتمكينها أيضاً من تحصيل مستحقات الخزينة العمومية .

الفرع الثالث: جزاء الاخلال بالرسمية

طبقاً لنص المادة 883 / 1 ق.م.ج فان المشرع جعل الرسمية ركناً في الرهن لا ينعقد بدونها، فهي ليست مطلوبة لمجرد الاثبات، وانما هي شرط انعقاد فإذا تخلفت وقع العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا يترتب عليه أي أثر، وللمحكمة ان تقضي بهذا البطلان من تلقاء نفسها ، ولا يزول بالإجازة .
والظاهر من نص المادة السالفة الذكر ان الرهن لا ينعقد الا بعقد رسمي ، والمقصود بها ما يلي :
أ - ان يقوم موظف عام مختص بتحرير العقود الرسمية، فلا يجوز ان ينعقد الرهن في محضر صلح او محضر معاينة .

ب - ان يترك تعيين الجهة التي تختص بتحرير هذا العقد الى القواعد العامة والقوانين التي تنظم العقود الرسمية بوجه عام، وقد جعل قانون التوثيق ذلك من اختصاص الموثق دون غيره.¹
كما تقوم مسؤولية تقصيرية على الموثق اذا ارتكب خطأ في ذلك، ويسأل مسؤولية عقدية اذا لم يقيم بمهنته أو ان هو باشر العمل بوصفه كوكيل عن الطرفين، وهذا ما نصت عليه المادة 53 من القانون 06-02 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق : " دون الاخلال بالمسؤولية الجزائية والمدنية المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يتعرض الموثق عن كل تقصير في التزاماته المهنية، او بمناسبة تأديتها الى العقوبات التأديبية المنصوص عليها في هذا القانون ."

¹ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 74 .

الفرع الرابع: بعض الصور المتعلقة بالرهن الرسمي

تشتت الرسمية في بعض التصرفات المتعلقة بالرهن مثلما تشتت في عقد الرهن نفسه، لما يجمعها من ارتباط وثيق ، فيلزم توافرها في كل من : الوكالة (الفرع الأول) ، الوعد بالرهن (الفرع الثاني) وأخيرا توافرها في ابرام الرهن في الخارج (الفرع الثالث) .

أولا- وجوب الرسمية في الوكالة بالرهن:

كما تجوز الوكالة في التصرفات بصفة عامة، فهي جائزة في الرهن أيضا، وذلك لان الوكالة في الرهن تقتضي تخصيصا لهذا النوع من التصرفات¹، حيث نصت المادة 572 ق.م.ج على :
" يجب ان يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة مالم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك ."²، فعلى هذا الأساس لا ينشأ التوكيل في الرهن الا اذا أفرغ في الشكل الرسمي، وتجوز الوكالة في الرهن الرسمي مثلما تجوز في التصرفات العامة، الا انه بالنسبة للرهن فإنها تقتضي تخصيصا، لان الوكالة الواردة بألفاظ عامة لا تعطي الحق في انشاء حق رهن رسمي، وتكون الوكالة الخاصة صحيحة ولو لم يعين العقار محل الرهن على وجه التخصيص وهذا ما اقرته المادة 574 من ق.م.ج.²

ثانيا- وجوب الرسمية في الوعد بالرهن:

تنص المادة 71 / 2 من ق.م.ج على أنه:" اذا اشترط القانون لتمام العقد استقاء شكل معين ، فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد." والمقصود بذلك ان الوعد بالرهن لا ينعقد الا اذا أفرغ هو نفسه في الشكل الرسمي وتضمن الوعد البيانات الكافية واللازمة المتعلقة بالعقار المرهون والدين المضمون والمدة.

فإذا توفر الوعد بالرهن على شروطه الموضوعية والشكلية وامتنع عن ابرام الرهن الرسمي وقاضاه الدائن (المرتهن) مطالبا بتنفيذ الوعد قام الحكم مقام العقد أي تطبق احكام المادة 72 من ق.م.ج .

¹ .جمعة أنور الطويل ، المرجع السابق ، ص 101 .

² ايت مجبر حسين ، المرجع السابق ، ص 27

أما إذا لم يتوفر الوعد الشكلية المطلوبة فإنه لا يترتب سوى التزامات شخصية ويمكن الحصول على تعويض كجزاء لإخلال الراهن بالتزام شخصي.¹

ثالثا: وجوب الرسمية في إبرام عقد الرهن الرسمي في الخارج:

إذا تم العقد داخل الوطن، يكون ذلك امام الموثق، اما إذا تم في الخارج فإنه يوثق امام القنصلية الممثلة لدولة المتعاقدين، بمعنى ان شكل العقد يخضع لقانون موقع العقار وهذا ما نصت عليه المادة 18 / 3 من القانون المدني الجزائري: "..... غير انه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".²

المبحث الثالث: آثار عقد الرهن الرسمي

الرهن عقد يرتب آثارا بين أطرافه كما أنه حق عيني نافذ في مواجهة الغير لذلك سنتناول آثار الرهن بين المتعاقدين، وآثار الرهن في واجهة الغير

المطلب الأول: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للراهن

عند نشوء الرهن صحيحا فإنه يرتب على عاتق المدين الراهن عدة التزامات من بينها ضمان سلامة العقار المرهون وضمان هلاكه أو تلفه، وفي المقابل له حق التصرف في العقار المرهون.

الفرع الأول: ضمان سلامة العقار المرهون

فرض المشرع على الراهن التزاما من شأنه أن يحفظ حق الدائن المرتهن في الضمان على المال المرهون فوفقا لنص المادة 898 من ق م يلزم الراهن لضمان سلامة الرهن وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير من شأنه إنقاص ضمانه انقاصا كبيرا.

يتضح من النص أعلاه أنه يتعين على الراهن الالتزام بسلامة الرهن، أي أن يلتزم الراهن كما يلتزم البائع بضمان التعرض والاستحقاق، فيلتزم بضمان فعله الشخصي بالامتناع عن كل تعرض مادي أو قانوني كما يلتزم بضمان تعرض الغير للدائن المرتهن تعرضا قانونيا بسبب يرجع إليه فيلتزم الراهن بالامتناع عن كل عمل أو تقصير يؤدي إلى الانتقاص من قيمة العقار محل الرهن

¹ لبوظراف نسيمة ، المرجع السابق ، ص 26 .

² آيت مجبر محسن ، المرجع السابق ، ص 27 .

سواء كان العمل ايجابيا كتهدم العقار كلياً أو جزئياً، أو القيام بنزع كل أو بعض أجزاء العقار المرهون، وكذلك الحال لو كان العمل سلبياً كترك العقار دون صيانة أو إهمال الأرض الزراعية وكل عمل مادي من شأنه أن يضر بحقوق الدائن المرتهن لأنها تؤدي إلى انقاص الضمان.¹ وفضلاً عن ذلك يضمن الراهن كل تعرض قانوني صادر منه أي تعرضه الشخصي كترتيب الراهن حقا على العقار المرهون وقبل أن يباشر الدائن قيد الرهن، كما يسارع صاحب الحق إلى شهر ذلك الحق.

كما يضمن أي تعرض قانوني صادر من الراهن نفسه أو من الغير، كما لو ادعى شخص ملكية العقار المرهون أو ادعى بحق عيني عليه بحيث يتوجب عليه التصدي لهذا التعرض ورد ادعاءات المدعي.

فيمتنع المدين الراهن عن جميع التصرفات التي تتعارض مع حق الدائن المرتهن والتي من شأنها أن تؤدي إلى خروج العقار المرهون أو بعض منه أو من ملحقاته أو تحمله بحقوق تثقله، كأن يرتب الراهن حقا على العقار المرهون وقبل أن يباشر الدائن قيد الرهن يسارع ذلك الغير صاحب الحق إلى شهر ذلك الحق فهذا يعتبر تعرضاً قانونياً صادراً من الراهن طبقاً لأحكام المادة 2111 من ق م.²

الفرع الثاني: ضمان هلاك العقار أو تلفه

أرسى المشرع وحماية للدائن المرتهن في الضمان العام ففرض على المدين المرتهن التزاماً يتمثل في ضمان هلاك العقار أو تلفه بموجب المادة 899 من ق م/ف 01 فإذا تسبب الراهن بخطاه في هلاك العقار المرهون أو تلفه كان للدائن المرتهن الخيار بين طلب التأمين الكافي أو أن يستوفي حقه فوراً.

فإذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك أو تلف العقار المرهون كان للدائن المرتهن الخيار بين أن يطلب تأميناً عينياً كافياً وأن يستوفي حقه فوراً بسقوط الأجل، وإذا نشأ الهلاك أو التلف بسبب أجنبي لا ينسب للدائن المرتهن ولم يقبل هذا الأخير بقاء الدين بلا تأمين، فللمدين الخيار بين أن يقدم تأميناً كافياً أو يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل.

¹-خليفة مريم، الأحكام العامة للتأمينات العينية في القانون المدني الجزائري، محاضرات موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس حقوق، تخصص قانون خاص، جامعة سنة 2021-2022، ص 31.

²-سي يوسف زهية، عقد الرهن الرسمي، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 77.

أما في حالة ما إذا كان الهلاك بسبب الدائن نفسه فإنه يلزم بدفع التعويض وهذا تأسيساً على قواعد المسؤولية التقصيرية، وينتقل الرهن حين إذن إلى هذا التعويض المقدم من طرفه بناء على قاعدة الحلول العيني طبقاً لأحكام المادة 900 من ق م.¹

أما إذا كان الهلاك بسبب أجنبي ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين كان للمدين الرهن الخيار بين اسقاط أجل الدين ودفعه فوراً للدائن المرتهن أو تقديم تأمين كاف للدائن طبقاً للمادة 899/ف01.

وفي حالة هلاك العقار لأي سبب كان ونتج عن ذلك تقديم تعويض عنه وسواء كان هذا التعويض المقدم من قبل المتسبب فيه أم كان هو مبلغ التأمين فإن هذا التعويض يحل حلولاً عينياً محل العقار المرهون وينتقل بذلك حق الدائن المرتهن إلى هذا التعويض الذي يباشر عليه حقه في التقدم طبقاً للمادة 900 من ق م.

الفرع الثالث: سلطة الراهن في التصرف في العقار المرهون

يملك الراهن بصفته مالكا للعقار المرهون سلطة التصرف فيه وكذا حق استعماله واستغلاله طالما أن تصرفه هذا لا يؤثر في حق الدائن المرتهن الذي يكون قد قيد حقه قبل شهر تصرف الراهن وهو ما جاء بنص المادة 894 من ق م.

فلا يفقد الراهن في الرهن الرسمي ملكية العقار المرهون ولا حق في التصرف فيه فيستطيع أن يبيع العقار أو يقايض عليه أو يهبه، ولكن الملكية تنتقل مثقلة بالرهن مادام الرهن قد قيد قبل تسجيل البيع أو المقايضة أو الهبة.

كما يستطيع الراهن أن يقرر على العقار حقا عينياً أصلياً كحق انتفاع أو ارتفاق ولكن هذه الحقوق لا تنفذ قبل الدائن المرتهن، ولهذا الأخير أن ينفذ على العقار خالياً من هذه الحقوق فسلطة الراهن في التصرف لا تتعارض مع حق الدائن المرتهن على العقار طالما أنها لا تمس هذا الحق ولا تؤثر فيه.²

¹- علي خوجة خيرة، محاضرات في العقود الخاصة (التأمينات الشخصية والعينية)، مطبوعة موجهة لطلبة الحقوق-ليسانس-

السنة الثالثة، قانون خاص، جامعة زيان عاشور، الجلفة، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2021-2022، ص71

²- سمير نتاغو، التأمينات العينية والشخصية-الرهن الرسمي، حق الاختصاص- الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، الكفالة قانون

التمويل العقاري- الكتاب الأول، منشأة المعارف، سنة 2008، صص101،102.

وبهذا لا يمكن للدائن أن يعترض على هذه التصرفات بما أنه لا يملك، فلا يشترط على الراهن في عقد الرهن فعدم التصرف في العقار المرهون تدخل في طبيعة نظام الرهن ذاته ولا يجوز أن تكون موضعا لاتفاق بين الراهن والمرتهن.

فالدائن المرتهن وبمجرد قيد رهنه لا تسري عليه التصرفات الخاضعة للتسجيل والتي يقدم عليها الراهن بعد القيد فيكون للراهن حق التصرف في العقار المرهون وكذا الحق في استعماله واستغلاله طالما أن تصرف هذا الأخير لا يؤثر في حق الدائن المرتهن الذي يكون قيد حقه قبل شهر تصرف الراهن طبقا لأحكام المادة 894 من ق م.¹

الفرع الرابع: سلطة الراهن في إدارة العقار المرهون

طالما يبقى المدين الراهن محتفظا بحقه في التصرف في العقار المرهون وحيازته وبالتالي سلطة استغلاله وجني ثماره وحق الدائن المرتهن لا يتعلق بهذه الثمار طول الفترة التي تسبق شروعه في التنفيذ على العقار.

إذ وطبقا لأحكام المادة 895 من القانون المدني فإن للراهن الحق في إدارة العقار المرهون وفي قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار، فللراهن الحق في إدارة العقار إذ يستطيع أن يستغله ويقبض ثماره طبيعية كانت أو مستحدثة أو مدنية فقد سبق الإشارة سابقا أن الرهن الرسمي لا يقتضي تخلي الراهن عن حيازة العقار المرهون ولا يترتب عليه أن يفقد سلطته في إدارة هذا العقار فله استغلال العقار بنفسه وقبض ثماره، كما له استغلاله عن طريق التأجير فيقبض الأجرة ويتصرف فيها.²

أ - ايجار العقار المرهون

وفقا لما أقره المشرع فإن الإيجار الذي تزيد مدته عن 12 سنة لا يكون نافذا في مواجهة الغير إلا منذ شهره طبقا لنص المادة 17 من الأمر 74-75، كذلك الأمر بالنسبة للإيجار الذي تزيد مدته عن 09 سنوات يجب لنفاذه في مواجهة الدائن المرتهن أن يكون قد سجل قبل قيد الرهن فإن لم يكن مسجلا وكان له تاريخ ثابت وسابق على تسجيل التنبيه بنزع الملكية لا يسري في حق الدائن المرتهن إلا لمدة 09 سنوات فقط طبقا لما جاء بأحكام المادة 896/ف02 من ق م وتبتدأ هذه المدة منذ بدء سريان عقد الإيجار.

¹ - علي خوجة خيرة، مرجع سابق، ص72.

² - سي يوسف زهية، مرجع سابق، ص88.

أما فيما يتعلق بالإيجار غير ثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه بنزع الملكية أو تم بعد تسجيل التنبيه ولم تعجل فيه الأجرة فلا يكون نافذاً إلا إذا كان في حدود أعمال الإدارة الحسنة أو في حدود مدة قصيرة ومعقولة مثلاً سنة واحدة طبقاً لما جاء بنص المادة 896/ف01 من ق م .

ب- قبض أجرة العقار المرهون أو الحوالة مقدماً

يعد قبض الأجرة أو تحويلها مساساً بحق الدائن المرتهن عندما يقبض الرهن الأجرة عن مدة لاحقة لتسجيل تنبيه نزع الملكية، ولأن حق الدائن يكون قد تعلق بها وذلك ما جاء بفحوى المادة 897/ف02 من ق م فإن المخالصة بالأجرة أو الحوالة بها مقدماً لمدة تزيد عن 03 سنوات يجب أن تكون نافذة في حق الدائن المرتهن وأن تكون مسجلة قبل قيد الرهن حتى يعلم به الدائن المرتهن وإلا انقضت المدة إلى 03 سنوات فقط بشرط أن تكون ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه بنزع الملكية، أما إن كانت المخالصة بالأجرة أو تحويلها لمدة لا تزيد عن 03 سنوات فلا يشترط تسجيلها وإن كان يشترط فيها أن تكون ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية طبقاً لما جاء بنص المادة 987/ف01 من ق م¹.

المطلب الثاني: آثار عقد الرهن الرسمي بالنسبة للغير

يقوم عقد الرهن الرسمي بين المتعاقدين بمجرد اكتمال أركانه ولكنه لا ينفذ في مواجهة الغير إلا بالقيد هذا طبقاً لأحكام المادة 1/904 من ق.م.ج، ويتمثل مظهر نفاذ الرهن في مواجهة الغير في حق الدائن المرتهن في التقدم وحقه في التتبع، إلا أنه لا يمكن التحدث عن حقي التقم والتتبع إلا بعد قيد الرهن، والمقصود بالغير كل صاحب حق يضار بسبب جود حق الدائن المرتهن، فهو كل شخص له حق عيني تبعي على العقار المرهون، كل دائن عادي للرهن ليس له حق عيني على العقار المرهون، كل شخص له حق عيني أصلي على العقار المرهون²، ومنه سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى معرفة قيد الرهن الرسمي وأجراءاته (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى آثار القيد (الفرع الثاني).

¹ - علي خوجة خيرة، مرجع سابق، ص 73.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 427.

الفرع الأول: تحديد قيد الرهن الرسمي

لمعرفة كيفية القيد والإجراءات المتبعة في ذلك لا بد من معرفة المقصود بالقيد (أولاً)، ثم التطرق الى إجراءات قيد الرهن الرسمي (ثانياً) .

أولاً - تعريف القيد :

يعتبر القيد اجراء شكلي يشترطه المشرع لكي يرتب الرهن الرسمي اثاره بالنسبة للطرفين وفي مواجهة الغير، وقد أحال القانون المدني الجزائري من خلال نص المادة 905 من تنظيم واجراء قيد الرهن الرسمي وتجديده وشطبه الى القانون الذي نظم إجراءات الشهر وقد نصت المادة 16 من الامر 62-76 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري : « ان العقود الإدارية التي ترمي الى انشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية ».¹

وعرفه البعض بأنه الاجراء الذي رسمه المشرع لشهر الرهن الرسمي والحقوق العينية التبعية الأخرى والاحتجاج بها تجاه الغير ، ونصت المادة 793 من ق.م.ج انه : « لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين ام في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار ».²

ثانياً - إجراءات قيد الرهن الرسمي :

أحال المشرع الجزائري المسائل والاحكام المتعلقة بالقيد من القانون المدني الى قانون تنظيم الشهر العقاري حيث نصت المادة 905 من ق.م.ج : « تسري على اجراء القيد وتجديده وشطبه وإلغاء الشطب والاثار المترتبة على ذلك كله، الاحكام الواردة في قانون تنظيم الاشهار العقاري » ، لذلك سنبين الإجراءات المتبعة في القيد من خلال مايلي :

¹ ابن عيسى نادية ، احكام الرهن الرسمي في التشريع الجزائري ، مذكرة نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون عقاري ، جامعة غرداية ، 2015-2016 ، ص 48

² القانون 75-58 ، المتضمن القانون المدني المؤرخ في 30 سبتمبر 1975 ، ج ر . رقم 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم بالأمر 05-07 المؤرخ في 13 مايو 2007 ، ج.ر. رقم 31 المؤرخة في 13 مايو 2007.

01 - مكان اجراء القيد:

يتم قيد الرهن الرسمي في مكتب الاشهار العقاري الذي يقع في دائرة اختصاصه العقار المرهون، وفي حالة ورود الرهن على عدة عقارات بعضها يقع في دائرة اختصاص مكتب آخر، يجب اجراء القيد في كل مكتب على العقار الذي يقع دائرة اختصاصه، فأثر القيد لا ينتج الا بالنسبة للعقارات التي تدخل في دائرة اختصاص المكتب الذي يتم القيد فيه.¹

02 - أطراف القيد:

ان الأصل في طالب القيد، يكون من قبل الدائن المرتهن باعتباره صاحب المصلحة الأول في اجراء القيد وهذا حسب نص المادة 93 من المرسوم 63-76 التي جاء في نصها انه: «..... من اجل الحصول على تسجيل الامتيازات او الرهون يودع الدائن اما بنفسه او بواسطة الغير جدولين موقعين ومصدقين مصححين.....».² اما اذا تم تحويل الدين المضمون، بالرهن الى ذمة شخص اخر يعرف بالمحال اليه فإنه يملك حق طلب إجراء القيد باسمه على أساس انه هو المستفيد، كما يحق للفضولي طالب اجراء القيد، وذلك لصالح الدائن المرتهن متى كانت شروط الفضالة متوفرة، فإذا قام الدائن المرتهن بإقرار عمل الفضولي فإن القيد يصبح نافذا، اما اذا لم يجزه فيحق للراهن طلب محوه.³

اذن نستخلص ان القيد يمكن اجراءه كل من الدائن المرتهن، وورثته من بعده، ويصدر القيد منه، او من ينوب عنه، باعتبار القيد من أعمال الحفظ النافعة نفعا محضا بالنسبة للدائن المرتهن، ويكفي لإجرائه أن يكون مميزا.

¹ محمد صبري السعدي ، التأمينات العينية الرهن الرسمي ، حق الاختصاص ، الرهن الحيازي ، حقوق الامتياز ، دار الهدى للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2021 ، ص 118.

² القانون 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 ، المتعلق بتأسيس السجل التجاري ، الجريدة الرسمية ، المؤرخة في 13 افريل 1976 العدد 30

³ ملاك براهيمية ، ياسمين خوالدية ، النظام القانوني للرهن الرسمي في الجزائر ، مذكرة ماستر في القانون تخصص قانون اعمال ، جامعة قالمة ، 2021-2022 ، ص 79.

اما ضد من يكون القيد فيكون ضد مالك العقار المرهون وقت الرهن، سواء كان هذا المالك هو المدين نفسه أو كان كفيلا عينيا، فلو تغير مالك العقار المرهون في الفترة بين الرهن وقيده فالعبرة بوقت الرهن لا بوقت قيده.

وقد يموت الراهن بعد الرهن وقبل الرهن، فهنا يكون الخيار للدائن بين طلب الرهن ضد ورثته او طلب الرهن ضد الراهن الميت.¹

03 - كيفية إجراء القيد :

كما تم الإشارة اليه سابقا فإن المشرع الجزائري أحال إجراءات القيد الى قانون الشهر العقاري وذلك تطبيقا لأحكام المادة 905 من ق.م.ج ، ويتم ذلك عبر مرحلتين :

أ - المرحلة التمهيديّة: هذه المرحلة يقوم بها محافظ الشهر العقاري بعدما يقدم طالب القيد طلب عليه ان يتصرف ويتأكد من صلاحيته للشهر من الناحية القانونية ومدى اشتماله على البيانات الأساسية، ويقوم هذا المحافظ بتدوينها حسب تواريخها وساعات تقديمها ، حيث يتم تعيين العقار المرهون من حيث موقعه ومساحته وحدوده، وبصفة خاصة ما يتعلق بعقد الرهن ومقدار الدين الذي يضمنه ، وكل ذلك يدون في دفتر خاص معد لذلك ، حيث تهتم السلطة المعنية بفحث الطلب من الناحية القانونية ، ليتم التأشير عليه بما يفيد قابليته للشهر.²

ب- المرحلة النهائية: تتم هذه المرحلة في مكتب الشهر، حيث يجب تقديم عقد الرهن المؤشر على مشروعية صلاحيته للشهر بعد توثيقه، زعم بيانات الرهن، ويقوم المكتب بإثبات البيانات بعد التأكد منها في دفتر الشهر، برقم متتابع مع ذكر تاريخ اليوم والساعة، لتحديد اسبقية القيد، ويجب على المحافظ العقاري ان يقوم بعملية الشهر خلال 15 يوما التالية لتاريخ إيداع الطلب ، ويكون لقيود الرهن اثر فوري فلا يرتد أثره الى تاريخ إبرام العقد المنشئ لحق الرهن.³

¹ عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 439.

² عبد الرزاق السنهوري ، المرجع نفسه ، ص 441 .

³ معزز دليلة ، محاضرات التأمينات الشخصية والعينية، محاضرات موجهة لطلبة لسنة الثالثة قانون خاص ، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية ، جامعة البويرة ، 2020-2021 ، ص 68 .

04 - بيانات قائمة القيد:

نصت عليها المادة 66 من الامر 63-76 وتتضمن بيانات خاصة بالدائن المرتهن وبيانات خاصة بالراهن¹

• بيانات عن الدائن المرتهن وتتعلق باسمه ولقبه وصناعته ومحل اقامته وموطنه المختار في دائرة

المحكمة ، والغرض منها تعيين صاحب حق الرهن تعيينا دقيقا.

• بيانات عن الراهن سواء كان المدين نفسه او شخصا آخر وتتمثل في اسمه ولقبه وصناعته ومحل اقامته.

• بيانات عن عقد الرهن وتتعلق بتاريخ ابرامه والجهة التي تم توثيقه أمامها، وذلك حتى يتمكن الغير من

الاطلاع على عقد الرهن والحكم الصادر بشأنه.

• مصدر الدين المضمون ومقداره كاملا وميعاد استحقاقه.

• تخصيص العقار المرهون .

05 - جزاء تخلف البيانات :

ان تخلف بيان او أكثر من بيانات قائمة القيد او حدوث خطأ في اثباته لا يترتب عليه بطلان القيد الا اذا كان ذلك قد نتج عنه ضرر للغير وبناء على طلب المتضرر.

فالقيد إذا تم بنايات ناقصة وغير دقيقة لا ينتج أثره من حيث سريان الرهن في حق الغير في حدود النقص او عدم الدقة².

06 - تجديد القيد :

بالرجوع لنص المادة 905 من ق.م.م {السالف الذكر ، ان القاعدة العامة بالنسبة لشهر عقود الرهن هي وجوب تجديد قيد الرهن بعد مرور عشرة (10) سنوات من تسجيلها لدى المحافظة العقارية

¹ المرسوم 63-76 ، المرجع السابق .

² محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 119 .

المختصة، والا فقد الدائن صفته كدائن مرتهن وبالتالي يفقد مرتبته وامتيازه، حيث تنص المادة 1/96 من المرسوم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على : « تحتفظ التسجيلات بالرهن والامتياز طيلة عشرة سنوات ابتداء من تاريخها ويوقف أثرها اذا لم يتم تجديد هذه التسجيلات قبل انقضاء هذا الاجل »¹، نستخلص من نص المادة السالفة ان لتجديدي القيد أهمية كبيرة على مركز ومرتبة الدائن التي تكون محفوظة بموجب القيد لمدة 10 سنوات، فأثر التجديد يكمن في الحفاظ على المرتبة التي حصل عليها في الآجال المحددة قانونا (10 سنوات) .

وفي حالة عدم تجديد القيد في الوقت والزمان المحدد قانونا ، فإن القيد يؤول بالسقوط، ومرتبة الدائن التي كانت محصنة بموجب القيد تضيع ، ويحصل على مرتبة جديدة يتم احتسابها من يوم تجديد القيد.²

07 - شطب القيد :

المقصود بالشطب هو التأشير على هامش القيد بما يفيد اعتباره غير موجود، وبالتالي المقصود به هو الغاء ما يترتب على قيامه من آثار مع بقاءه ماديا، ويكون اما اختياريا أو قضائيا .

- الشطب الاختياري وهو الذي يتم برضا الدائن وبتقرير رسمي يصدر منه بذلك ، وهذا القيد ينصب على رفع القيد ، فإذا دون الدائن رضاه في محرر رسمي ، ثم امتنع عن التقرير الرسمي فللراهن ان يطلب الحكم بالشطب بناء على المحرر الرسمي ، حيث ان الرضا برفع اليد هو تصرف قانوني يتم بإرادة منفردة فلا يشترط فيه قبول الراهن ولكن يشترط ان يكون الرضا سليم خال من العيوب .³

- الشطب القضائي فهو الذي يحصل بناء على حكم صادر من القضاء وذلك في الحالات التي لا يقوم فيها الدائن اختياريا بإجراء المحو رغم عدم وجود مبرر لبقاء القيد، فهنا يجوز للراهن او لاي صاحب مصلحة ان يلجأ الى طلب المحو القضائي بسبب بطلان شكل القيد .

¹المرسوم 63-76 ، المرجع السابق

²ملاك براهيمية ، ياسمين خوالدية ، المرجع السابق ، ص 84

³محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 127

- ام بالنسبة لمصاريف الشطب فقد نصت عليها المادة 906 من ق.م.ج : « تكون مصاريف القيد و تجديده وشطبه على الراهن ما لم يتفق على غير ذلك .»¹

08 - الحوادث التي توقف اجراء القيد او تمنع نفاذه :

تتمثل الحوادث التي توقف اجراء القيد او تمنع نفاذه في ما يلي :

- تسجيل تصرف ناقل لملكية العقار المرهون الى الغير .

- تسجيل تنبيه نزع الملكية للعقار المرهون .

- شهر افلاس الراهن وذلك عند ما يصدر الحكم بشهر افلاس يتمتع تسجيل حقوق الامتياز

والرهون العقارية وذلك رغبة في المساواة بين دائني المفلس.

- موت الراهن ومفاد ذلك انه اذا كان الرهن مقيد قبل وفاة الراهن ترتب على القيد اثره من وقت

اجرائه، وللدائن المرتهن التقدم في استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون على جميع الدائنين

العاديين وعلى الدائنين المقيدين على هذا العقار بعد تاريخ قيده ، اما الرهن الذي لم يتم قيده قبل

وفاة الراهن فإنه لا يكون نافذا في حق الدائنين الاخرين ويتساوى جميع الدائنين.²

الفرع الثاني: آثار القيد (نفاذ الرهن في حق الغير)

القيد ليس شرطا في الرهن نفسه، بل هو إجراء لاحق لنشوء الرهن ، والهدف منه هو فرض وجوده

على الغير منذ اتمامه ، ان الهدف الأساسي من الرهن هو ان ينفذ حق الدائن المرتهن على الغير

ويتضح ذلك من خلال ميزتين أساسيتين وهما حق التقدم (أولا) ، وحق التتبع (ثانيا).

أولا :حق التقدم (حق الأفضلية) :

يثبت حق التقدم للدائن المرتهن بمجرد قيد الرهن، ويقصد به ان يتقدم الدائن المرتهن في استيفاء

دينه على الدائنين الآخرين طبقا لأحكام المادة 882 من ق.م.ج، ومنه يمكنه استيفاء دينه وفقا

لدرجة مرتبته، كما يجوز له ان يتنازل عن حق التقدم لصالح دائن مرتهن آخر، وقد تناول المشرع

الجزائري حق الدائن المرتهن في التقدم على الدائنين الاخرين في المواد 907 إلى 910 ق.م.ج،

¹ القانون 75-58 ، المتعلق بالقانون المدني ، المرجع السابق .

² بن عيسى نادية ، المرجع السابق ، ص 51 .

لذا سنبز نطاق الأفضلية (01)، ثم محل التقدم (02) ، ثم القاعدة في تحديد مرتبة الدائن المرتهن (03) ، ثم نبين بعض الاستثناءات الواردة على هذه القاعدة (04) ، ثم نتطرق الى حالة التنازل عن مرتبة الرهن (05).

01 - نطاق الأفضلية:

قيد الرهن لا يسري في مواجهة الغير الا ضمن حدود المبالغ المحددة في قائمة القيد وتشمل أصل الدين، بالإضافة الى الملحقات مثل نفقات عقد الرهن ومصاريف القيد ومصاريف التجديد ، حيث تجتمع جميع هذه المبالغ بنفس المرتبة ما يمنحها الأفضلية عند التزام .

- اصل الدين: يذكر في عقد الرهن ويذكر كذلك في القيد ، ويؤخذ بأصل الدين اذا ذكر على حقيقته ، كما يمكن ان يذكر اصل الدين بالزيادة او النقصان ، فاذا ذكر بالزيادة فالعبرة بالمبلغ المذكور في عقد الرهن ، اما اذا ذكر بأقل قيمة فالعبرة بأقل قيمة والمذكور في القيد ، وعليه نستنتج ان في حالة الاختلاف في أصل الدين بين عقد الرهن والقيد فيتم اختيار أقل القيمتين .

- المصاريف: تنص المادة 909 ق.م.ج على أنه : « يترتب على قيد الرهن ادخال مصاريف العقد والقيد والتجديد ادخالا ضمنيا في التوزيع وفي مرتبة الرهن نفسها .

وإذا سجل احد الدائنين تنبيه نزع العقار، انتفع سائر الدائنين بهذا التسجيل¹.

نستخلص من نص المادة السالفة الذكر ان الدائن يقوم باستيفاء المصاريف والمتمثلة في كل من نفقات العقد والقيد والتجديد، لان الأصل ان المدين هو من يتحملها وذلك حسب المادة 906 ق.م.ج .فإذا قام الدائن في انفاقها دون وجود اتفاق بينه وبين المدين على ان يتحملها الدائن فله ان يستوفيه من المدين².

- الفوائد: المشرع لم ينص صراحة على الفوائد عكس المشرع المصري ، فالفوائد تتمثل في تلك التي استحققت وقت القيد والتي يكون تم قيدها مع الدين الأصلي ، حيث نصت المادة 93 من المرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على عبارة "" رأس مال الدين ولواحقه "" .

¹المادة 909 من الامر 58-75 المتعلق بالقانون المدني الجزائري

² انظر نص المادة 906.من القانون المدني

02 - محل الأفضلية (محل حق التقدم):

نص المشرع الجزائري في نص المادة 907 من ق.م.ج على : « يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم تجاه الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون او من المال حل محل هذا العقار، بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا أجروا القيد في يوم واحد»، من خلال نص المادة يتضح ان محل حق التقدم ينصب على ثمن العقار المرهون عند بيعه ، كما ينصب أيضا على ما يحل محله من أموال سواء كانت تعويضا يدفعه المتسبب في هلاك العقار كليا او جزئيا أو مبلغ التأمين المستحق في حالة وقوع خطر مؤمن منه ، او المقابل الذي تدفعه السلطات العامة في حالة نزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة.¹

03 - تحديد مرتبة الدائن المرتهن:

ان درجة حق التقدم يحكمها مبدأ عام او قاعدة عامة نصت عليها المادة 908 ق.م.ج حيث جاء فيها: «تحسب مرتبة الرهن من وقت تقييده، ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقا على شرط او كان دينا مستقبلا او احتماليا»، باستقراء نص هذه المادة نستخلص ان الأولوية في استيفاء الحق تكون للأسبق في القيد.²

وعليه فإن حق التقدم لا يرد على العقار ذاته وانما يرد على المقابل النقدي له، لذا وجب تحويل العقار المرهون الى مبلغ نقدي قبل توزيعه ويتم ذلك من خلال بيعه في المزاد العلني ، وهذا ما اشارت عليه المادة 889 ق.م.ج.

04 - الاستثناءات الواردة على قاعدة تحديد مرتبة الدائن المرتهن:

يعتبر نص المادة 908 بمثابة قاعدة عامة الا ان هذه القاعدة العامة وبالرجوع الى نصوص القانون المدني نجد انه هناك استثناءات على هذه القاعدة وتتمثل في :

* رهن العقار الشائع المملوك للشركاء الصادر منهم جميعا، يتقدم على الرهن الصادر من الشريك ولو كان

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص133

² المرجع نفسه، ص 135 .

مقيدا في تاريخ لاحق على قيده.

* يخرج من نطاق تطبيق هذه القاعدة المصرفية القضائية التي اتفقت على حفظ أموال المدين وبيعها لمصلحة جميع الدائنين والمبالغ المستحقة للخرينة العامة وحقوق الامتياز او رهن رسمي مهما كان تاريخ قيده.

* يتقدم امتياز المتقاسم ولو كان قيده لاحقا على قيد هذا الرهن امتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين المنصوص عليها في المادة 1000 من ق.م.ج. فهؤلاء يستوفون حقوقهم قبل الدائن المرتهن من ثمن هذه التحسينات والانشاءات ولو كان حقه مقيدا قبل امتيازهم.

* التزاحم بين الدائن المرتهن رهنا رسميا والدائن المرتهن رهنا حيازيا حيث ان الرهن الحيازي لا ينفذ في حق الغير إلا بالقيود وانتقال حيازة العقار الى الدائن المرتهن .

* يتقدم صاحب حق التخصيص على الدائن المرتهن رهنا رسميا في استيفاء حقه شريطة ان يكون الدائن الحاصل على حق التخصيص حسن النية ، ويكون قد قيد حق التخصيص ، وذلك وفقا لأحكام المادة 937 ق.م.ج.¹

05 - التنازل عن مرتبة الرهن:

باستقراء نص المادة 910 ق.م.ج نجد ان المشرع الجزائري أجاز للدائن المرتهن ان يتنازل عن مرتبة الرهن ومركزه الممتاز الى دائن مرتهن آخر، ويقصد بنظام النزول عن مرتبة الرهن ان ينعقد اتفاق بين الدائن المتقدم والدائن المتأخر عنه في المرتبة، موضوع هذا الاتفاق هو تنازل الدائن المتقدم عن مرتبته للدائن المتأخر ، فيحل كلاهما محل الاخر ، ويكيف هذا التنازل على انه عمل قانوني ترد عليه مجموعة من الشروط والمنصوص عليها في المادية السالفة الذكر وتتمثل في :

- يجب ان يكون النزول لصالح دائن آخر له قيد رهن على نفس العقار .

- يجب ان يكون النزول في حدود حق التنازل.

- التأشير بالنزول عن المرتبة حسب نص المادة 2/904 ق.م.ج.²

¹نادية بن عيسى ، مرجع سابق ، ص 56 .

²سمير عبد السيد تناغو ، مرجع سابق ، ص 236.

ثانيا - حق التتبع :

يقصد به قدرة الدائن المرتهن على التنفيذ على العقار المرهون بمقتضى حق الرهن، ولو انتقلت ملكيته الى الغير او اكتسب عليه هذا الغير حقا قابلا للرهن والذي يسمى اصطلاحا حائزا للعقار المرهون.

ويعرفه محمد صبري السعدي بأنه : يقصد بحق الدائن المرتهن في تتبع العقار المرهون قدرته على ان ينفذ على هذا العقار ولو انتقلت ملكيته الى غير الراهن فله ان يتتبع العقار في أي يد ينتقل اليها هذا العقار، ولذا سمي هذا الحق بحق التتبع ، ويسمى المالك الجديد للعقار في نصوص التشريع والفقهاء بـ " الحائز " ¹.

01 - شروط مباشرة حق التتبع :

حق التتبع لا يثبت الا بعد توافر مجموعة من الشروط سواء في شخص الدائن المرتهن أو في شخص من يباشر ضده وهو الحائز ، ويعتبر حائزا للعقار كل من انتقلت اليه بسبب من الأسباب ملكية العقار المرهون او أي حق عيني آخر قابل للرهن دون ان يكون مسؤولا مسؤولية شخصية عن الدين المضمون ²، وعليه سنوضح الشروط الواجب توافرها في الدائن المرهون (01) ، ثم نبين شروط الواجب توافرها في الحائز (02) .

أ - الشروط الواجب توافرها في الدائن المرتهن :

حتى يتمكن الدائن المرتهن من ممارسة ومباشرة حقه في التتبع لا بد ان يحل أجل الدين ، وان يكون الرهن نافذا في مواجهة الجائر .

- **حلول أجل الدين:** قبل حلول أجل الدين لا يستطيع الدائن المرتهن ان ينفذ على العقار المرهون سواء كان في يد الراهن او في يد الحائز، حيث يستطيع الحائز التمسك بالأجل ، سواء كان الاجل اتفاقي او قضائي منحه القاضي للمدين الراهن ، اما اذا حل الاجل بسبب انقضاء

¹ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 144 .

² زوخ الموفق ، المرجع السابق ، ص 71 .

المدة او سقط بالتنازل أو بالإفلاس أو بالإعسار أو اضعاف التأمينات ، حسب ما نصت عليه المادة 211 ق.م.ج ، فإنه للدائن المرتهن الحق في تتبع العقار والتنفيذ عليه.¹

- **نفاذ حق الدائن المرتهن في مواجهة الحائز** : يجب ان يكون رهن الدائن مقيدا قبل تسجيل التصرف الذي بمقتضاه تم نقل الملكية الى الغير ، حتى يكون نافذا في حقه.²

ب - الشروط الواجب توافرها في الحائز :

عرف القانون المدني الجزائري الحائز في نص المادة 2/911 : « يعتبر حائزا للعقار المرهون كل من انتقلت اليه بأي سبب من الأسباب ملكية هذا العقار او أي حق عيني آخر قابل للرهن ، دون ان يكون مسؤولا مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن ».³

من خلال نص المادة السالفة الذكر نستخلص الشروط الواجب توافرها في الحائز وتتمثل في⁴:

- ان يكون قد اكتسب ملكية العقار المرهون او حقا عينيا قابلا للرهن .
- ان يكون قد اكتسب الملكية او الحق العيني بعد قيد الرهن وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية.
- ان يسجل الحائز سنده اذا كان هذا السند عملا قانونيا .
- الا يكون الحائز مسؤولا مسؤولية شخصية عن الدين المضمون.
- ألا يكون اكتساب الحائز للحق يسقط التتبع .

02 - إجراءات مباشرة الحق في التتبع :

اذا ثبت للدائن المرتهن حق التتبع جاز له مباشرة تتبع العقار المرهون تحت يد الحائز، لكن ذلك متوقف على مدى احترام الدائن للإجراءات اللازمة والمنصوص عليها في القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

باستقراء نص المادة 923 من ق.م.ج والتي جاء في نصها : « اذا لم يختار الحائز ان يقضي الديون المقيدة او يطهر العقار من الرهن او يتخلى عن العقار، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ

¹المرجع نفسه ، ص 71 .

²محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 145 .

³المادة 911 من القانون المدني الجزائري .

⁴محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 146 .

في مواجهته نزع الملكية وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية الا بعد انذاره بدفع الدين المستحق او تخلية العقار ، ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية او مع هذا التنبيه في وقت واحد .»

من خلال نص المادة السالفة الذكر نستخلص الإجراءات الواجب اتخاذها لمباشرة حق التتبع وتمثل في :

أ - التنبيه على المدين:

أي التنبيه على المدين بالدفع ، ويكون ذلك بالتنبيه بنزع ملكية العقار والمدين هو المسؤول الأصلي عن الدين، ومن الواجب اخطاره بالشروع في التنفيذ، فقد يكون عنده دفوع توقف السير فيه.¹ ويبدأ الدائن المرتهن اجراءات التنفيذ بالتنبيه على المدين بالوفاء وهذا التنبيه يسمى بالتنبيه العقاري أو تنبيه نزع الملكية وهو لا يتم الا بناء على سند تنفيذي ، وعقد الرهن الرسمي يعتبر سندا للمرتهن ضد المدين الراهن ، وقد اوجب القانون التنبيه على المدين، مع ان التنفيذ يكون ضد الحائز (الغير)، لان المدين هو المسؤول الأول والأخير عن الدين، اذ ان للحائز اذا نزعت منه الملكية فيحق له الرجوع على المدين، على ان توجه المطالبة أولا الى المدين حتى تحقق مسؤوليته عن عدم الوفاء.²

ب - انذار الحائز بالدفع او التخلية:

يجب ان يوجه الدائن المرتهن الى الحائز إنذارا بالدفع أو التخلية ولا يغني عن انذار الحائز علمه باتخاذ إجراءات نزع الملكية ، واذا توالى ملكية العقار من حائز لآخر ، فيكون الإنذار الى الحائز الأخير ، وقد نص المشرع في نص المادة 923 على شرطين في انذار الحائز يتعلق أولهما بأن يلي الإنذار التنبيه على المدين او يتم معه في وقت واحد على الأقل، والثاني ان يكون الإنذار مصحوبا بتبليغ التنبيه الى الحائز فإذا تخلف احد هذين الشرطين وقع الإنذار باطلا.³

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 525

² بن عيسى نسيم ، المرجع السابق ، ص 61 .

³ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 154 .

ج - تسجيل التنبيه والانداز:

يجب على الحائز بعد توجيه تنبيه نزع الملكية الى المدين، وتوجيه الإنذار بالدفع أو التخلية الى الحائز، وان يقوم بتسجيل تنبيه نزع الملكية والانداز ، وان يقوم بالتأشير بهذا الأخير في هامش تسجيل نزع الملكية في خلال 15 يوما من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية، والا سقط هذا التسجيل ويجب على الدائن المرتهن القيام بتسجيل دون أي تأخير ، والا تضرر اذا حدث وان تصرف المدين او الحائز في العقار قبل اجراء هذا التسجيل ، ويتم التسجيل في كل مكتب من مكاتب الشهر الذي يقع في دائرته العقار المبين في التنبيه.¹ وقد نصت المادة 3/725 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على : " يودع أمر الحجز على الفور، او في اليوم الموالي للتبليغ الرسمي كأقصى أجل في مصلحة الشهر العقاري التابع لها العقار، لقيد امر الحجز، ويعد العقار او الحق العيني العقاري محجوزا من تاريخ القيد."²

03 - موقف الحائز من مباشرة حق التتبع:

لقد حاول المشرع مراعاة الحائز وعدم تركه في موقف المستسلم لبيع العقار ، بل أعطاه الحق في اختيار بين ثلاثة مواقف هي قضاء الديون(أ)، او تطهير العقار (ب)، او او التخلية (ج) .

أ - قضاء الديون :

ان الحائز يستطيع قضاء الديون لإزالة الرهن المثقل للعقار وقضاء الديون نادرا ما يكون اختياري وذلك متى رأى الحائز في ذلك مصلحة له ، وهذا ما نصت عليه المواد 912،913 ق.م.ج ، لكن بصورة استثنائية فإن الحائز قد يتم اجباره على قضاء الدين بصفة اجبارية وهو ما يعرف بالقضاء الاجباري وقد تضمنته المادة 914 ق.م.ج حيث أوضحت هذه المادة الحالات التي يكون فيها قضاء الدين اجباريا على الحائز.³

¹ سي يوسف زاهية حورية، الوافي في عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري ، دار هومة للطباعة ، الجزائر ، 2015، ص 134

² الامر 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في 25 فبراير 2008، ج ر العدد 21 المؤرخة في 23-04-2008.

³ ملاك براهيمية ، ياسمين خوالدية ، المرجع السابق ، ص 101 .

ب - التطهير:

باستقراء نص المادة 915 ق.م.ج في الفقرة الأولى منها نجد انها نصت على : " يجوز للحائز اذا سجل سند ملكيته ان يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند. "المقصود بالتطهير أن يعرض الحائز على كل الدائنين المرتهنين على العقار دفع مبلغ يساوي القيمة الحقيقية للعقار المرهون، وبذلك يتخلص من أثر الرهن في مواجهته وهو حق التتبع ، وبالتالي يتحرر العقار من الرهون المقيدة عليه، وبالرجوع للمادة السالفة الذكر في فقرتها الثانية نستخلص ان القانون أجاز للحائز اختيار تطهير العقار حتى قبل حلول اجال الديون المضمونة بالعقار ، ويبقى حقه قائما الى غاية يوم إيداع قائمة شروط البيع بالمزاد العلني .

ج - التخلية :

يقصد بالتخلية هو ان يترك الحائز العقار، ويكون ذلك في يد الحارس أو أمين للعقار تعيينه المحكمة، ليتخذ الدائنون إجراءات نزع الملكية في مواجهة هذا الحارس، بدلا من ان يكون في مواجهة الحائز نفسه.¹ والتخلية رخصة للحائز يستعملها في حالة قضاء الديون وتطهير العقار لم يجد، وان من مصلحته ان يتم التنفيذ على العقار بنزع ملكيته، والهدف من ذلك هو حماية سمعته المالية والائتمانية ، او على الأقل التخلص من عبء مسؤولية إدارة العقار وانشغاله بإجراءات نزع الملكية والتي تأخذ وقتا طويلا.²

والتخلية يقوم بها الحائز دون غيره شرط ان لا يكون مسؤولا عن الدين، فلا تجوز التخلية للمدين او الكفيل الشخصي او للمدين المتضامن الذي اشترى العقار المرهون، وتتم التخلية في منذ بدأ احد الدائنين في مباشرة إجراءات نزع الملكية وتتم التخلية وفق إجراءات منصوص عليها في احكام القانون المدني من المادة 926 الى 932 ق.م.ج .

¹ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 574

² نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 162.

04 - دفعوع الحائز:

قد يتمسك الحائز بدفعوع تمس اصل الدين وقد تكون دفعوع متعلقة بالرهن أو دفعوع متعلقة بالدين، حيث يتمكن الحائز من عرقلة حق الدائن في التتبع بمقتضى هذه الدفعوع ، وتكون هذه الدفعوع في أي وقت أثناء إجراءات نزع الملكية الى غاية صدور الحكم بنزع الملكية وانقضاء طرق الطعن.

أ - دفعوع متعلقة بالرهن:

يستطيع الحائز ان يتمسك بكل الأوجه التي قد تتضمن الطعن في صحة الرهن او نفاذه، اذ له ان يتمسك ببطلان عقد الرهن لعدم استيفائه الشروط الموضوعية والشكلية، وله أيضا ان يتمسك بعدم نفاذه في مواجهته لعدم قيده او لقيده بعد تسجيل سند الملكية او لبطلان القيد او لتخلف بعض البيانات او لسقوطه لعدم التجديد، او التمسك بمحو القيد.¹

ب - دفعوع متعلقة بالدين المضمون:

نصت المادة 924 ق.م.ج فإذا كان الدين ثابتا بمقتضى حكم قضائي كان للحائز ان يتمسك بالدفعوع التي للمدين ان يتمسك بها وتؤدي الى إبطال هذا الدين او انقضائه، وفي جميع الأحوال لابد من التمييز بين فرضين هما:

- الفرض الأول في هذه الحالة ان الحائز اكتسب ملكية العقار المرهون بعد صدور الحكم على المدين بالدين، ففي هذه الحالة لا يمكن للحائز التمسك بأي دفع لا يحق للمدين نفسه التمسك به بعد صدور الحكم، ذلك ان الحكم قد حاز حجية الشيء المقضي فيه.

- الفرض الثاني في حالة ما إذا قام الحائز بتسجيل سند ملكيته قبل صدور الحكم بالدين على المدين في هذه الحالة يعتبر الحائز من الغير بالنسبة للدائن، فإذا لم يكن قد اختصم في الدعوى فلا يكون الحكم حجة عليه.²

¹ سي يوسف زاهية حورية ، المرجع السابق ، ص 136 .

² زوخ الموفق ، المرجع السابق ، ص 77

قائمة المصادر والمراجع:

➤ النصوص القانونية:

- القانون رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم
بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية المؤرخة في 26/09/1975،
العدد 78

- القانون 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976، المتعلق بتأسيس السجل التجاري، الجريدة
الرسمية، المؤرخة في 13 افريل 1976 العدد 30

- القانون رقم 84-10 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق 9 يونيو 1984 المتضمن قانون
الاسرة الجزائري، ج. ر. ع 24، الصادر في 18 محرم 1404 الموافق 24 فبراير 1984 المعدل
والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

- القانون رقم 06-02 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير 2006، يتضمن
تنظيم مهنة الموثق، العدد 14، الجريدة الرسمية المؤرخة في 8 مارس 2006.

➤ الكتب

- أحمد شرف الدين، تأمينات شخصية وعينية، الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، حق
الامتياز، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995

- أحمد سلامة، التأمينات المدنية، دار التعاون، القاهرة، مصر، 1966

- بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث
اجتهادات المحكمة العليا، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2013.

- جمعة أنور الطويل، التأمينات الشخصية والعينية وفق القانون المدني الفلسطيني، الطبعة
الأولى، مكتبة نيسان للطباعة والنشر، غزة، 2020.

- وجدي راغب، النظرية العامة للتنفيذ في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الثانية،
دار الفكر العربي، القاهرة.

- حورية زاهية سي يوسف، الوجيز في عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة،
دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.

- حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1995
- حسام الدين كامل الاهواني، التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي، الرهن الرسمي، الجزء الأول مؤسسة دار الكتب، الكويت، 1986.
- حسني محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009.
- يمينة حوحو، عقد الكفالة وعقد الرهن الرسمي في القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2019
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية - عقد الكفالة - دار الهدى، الجزائر، 2011.
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، الطبعة الأولى، دار هومة، 2008-2009
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، دار الهدى للنشر، الجزائر، 2021.
- مصطفى عبد الجواد حجازي، عقد الكفالة في القانون المدني، دار الكتب القانونية، مصر، 2006
- محمد بن عبد الواحد السيواسي كمال الدين، المعروف ابن الهمام، فتح القدير، الجزء العاشر، دار الفكر، دمشق، سوريا
- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.
- محمد حسين منصور، الحقوق العينية والكفالة في القانون اليمني، د.س.ن
- محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، مطابع دار الشعب، القاهرة، 1987.
- منصور مصطفى منصور، عقد الكفالة، المطبعة العالمية أولاد شريح، القاهرة، 1960.

- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية (التبعية - وغير التبعية)، مصر، 2000.
- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية والعينية، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، حق الامتياز، الكفالة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2007
- سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1970.
- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، في التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
- علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية، 1979.
- عبد الودود يحيى، التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976
- قدري عبد الفتاح الشهاوي، أركان عقد الكفالة العينية والشخصية (التضامن - التضامن - التجريد - في التشريع المصري والمقارن)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005
- شوقي بناسي، محاضرات الرهن الرسمي، ديوان المطبوعات الجامعية، جامعة الجزائر، 2019 -2020.
- رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006.
- توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، د.س.ن.

➤ الرسائل الجامعية:

- اممر اولمي، عقد الرهن الرسمي كوسيلة ضمان حماية لحقوق الدائنين مذكرة ماجستير في القانون فرع قانون العقود كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2017.
- ايت مجبر حسين، الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماستر تخصص عقود ومسؤولية، جامعة البويرة، 2015-2016.

- بوظرافة نسيمة، أركان الرهن الرسمي في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة مستغانم، 2021-2022.

- بن عيسى نادية، أحكام الرهن الرسمي في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون عقاري، جامعة غرداية، 2015-2016.

- ملاك براهيمية، ياسمين خوالدي، النظام القانوني للرهن الرسمي في الجزائر، مذكرة ماستر، قانون عقاري، جامعة قالمة، 2021-2022.

➤ المحاضرات:

- معزوز دليلة، محاضرات التأمينات الشخصية والعينية، ديوان المطبوعات الجامعية، جامعة أكلي محند البويرة، 2020 - 2021.

- علي خوجة خيرة، محاضرات في العقود الخاصة (التأمينات الشخصية والعينية)، مطبوعة موجهة لطلبة الحقوق-إيسانس-، السنة الثالثة، قانون خاص، جامعة زيان عاشور، الجلفة، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2021-2022.

01.....	مقدمة.....
08.....	الفصل الأول: التأمينات الشخصية (الكفالة).....
08.....	المبحث الأول: مفهوم عقد الكفالة.....
08.....	المطلب الأول: عقد الكفالة وبيان خصائصها.....
09.....	الفرع الأول: تعريف عقد الكفالة.....
10.....	الفرع الثاني: خصائص عقد الكفالة.....
15.....	المطلب الثاني: تمييز عقد الكفالة عما يشابهه.....
16.....	الفرع الأول: تمييز الكفالة عن عقد التأمين.....
16.....	الفرع الثاني: تمييز الكفالة عن التضامن بين المدينين.....
17.....	الفرع الثالث: تمييز الكفالة عن التعهد عن الغير.....
18.....	المطلب الثالث: أنواع الكفالة.....
18.....	الفرع الأول: أنواع الكفالة من حيث المصدر.....
20.....	الفرع الثاني: أنواع الكفالة من حيث طبيعتها.....
21.....	الفرع الثالث: أنواع الكفالة من حيث محلها.....
23.....	الفرع الرابع: أنواع الكفالة من حيث درجة التزام الكفيل.....
24.....	الفرع الخامس: أنواع الكفالة من حيث حدود الدين المضمون.....
24.....	الفرع السادس: صور خاصة للكفالة.....
25.....	المبحث الثاني: أركان عقد الكفالة.....
25.....	المطلب الأول: ركن التراضي في عقد الكفالة.....
26.....	الفرع الأول: التعبير عن الإرادة في عقد الكفالة.....
28.....	الفرع الثاني: صحة التراضي في عقد الكفالة.....
30.....	الفرع الثالث: إثبات الكفالة.....

- 31.....المطلب الثاني: ركن المحل في عقد الكفالة
- 32.....الفرع الأول: وجود الالتزام الأصلي المكفول
- 37.....الفرع الثاني: أن يكون الالتزام المكفول صحيحا (كفالة التزام صحيح)
- 41.....الفرع الثالث: يجب أن يكون المحل معيناً (تعيين محل الكفالة)
- 46.....المطلب الثالث: السبب في عقد الكفالة
- 48.....المبحث الثالث: آثار عقد الكفالة
- 48.....المطلب الأول: العلاقة بين الكفيل والدائن
- 49.....الفرع الأول: حق الدائن في مطالبة للكفيل
- 55.....الفرع الثاني: الدفع التي يتمسك بها الكفيل في مواجهة الدائن
- 67.....المطلب الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين
- 68.....الفرع الأول: رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية (دعوى الكفالة)
- 73.....الفرع الثاني: رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول
- 76.....الفرع الثالث: رجوع الكفيل على المدينين المتضامنين وعلاقته بباقي الكفلاء
- 78.....الفصل الثاني: الرهن الرسمي
- 78.....المبحث الأول: الرهن الرسمي وخصائصه وما يميزه عن غيره من التأمينات المشابهة
- 78.....المطلب الأول: تعريفات الرهن الرسمي
- 79.....الفرع الأول: تعريف الرهن الرسمي لغة
- 79.....الفرع الثاني: تعريف الرهن الرسمي اصطلاحاً
- 81.....الفرع الثالث: التعريف التشريعي للرهن الرسمي
- 82.....المطلب الثاني: خصائص الرهن الرسمي
- 83.....الفرع الأول: الخصائص العامة لعقد الرهن الرسمي
- 85.....الفرع الثاني الخصائص الخاصة بعقد الرهن الرسمي
- 89.....المطلب الثالث: تمييز الرهن الرسمي عن التأمينات العينية التبعية الأخرى والأهمية العملية
- 89.....الفرع الأول: تمييز الرهن الرسمي عن التأمينات العينية التبعية الأخرى

93.....	الفرع الثاني : أهمية الرهن الرسمي العملية.....
95.....	المبحث الثاني : إنشاء عقد الرهن الرسمي.....
95.....	المطلب الأول : الأركان الموضوعية العامة لإنشاء الرهن الرسمي.....
95.....	الفرع الأول : التراضي في الرهن الرسمي.....
97.....	الفرع الثاني: المحل في عقد الرهن الرسمي.....
98.....	الفرع الثالث : السبب في عقد الرهن الرسمي.....
98.....	المطلب الثاني : الشروط الموضوعية الخاصة.....
99.....	الفرع الاول : أهلية الراهن للتصرف وملكيته للعقار المرهون.....
107.....	الفرع الثاني : تخصيص الرهن.....
113.....	المطلب الثاني : الأركان الشكلية لإنشاء الرهن الرسمي.....
114.....	الفرع الأول : المقصود بالرسمية
115.....	الفرع الثاني : الأهمية العملية للرسمية
116.....	الفرع الثالث : جزاء الاخلال بالرسمية.....
117.....	الفرع الرابع : بعض الصور المتعلقة بالرهن الرسمي.....
118.....	المبحث الثالث : آثار عقد الرهن الرسمي.....
118.....	المطلب الأول : آثار الرهن الرسمي بالنسبة للراهن.....
118.....	الفرع الأول:ضمان سلامة العقار المرهون.....
119.....	الفرع الثاني: ضمان هلاك العقار أو تلفه.....
120.....	الفرع الثالث: سلطة الراهن في التصرف في العقار المرهون.....
121.....	الفرع الرابع: سلطة الراهن في إدارة العقار المرهون.....
122.....	المطلب الثاني : آثار عقد الرهن الرسمي بالنسبة للغير.....
123.....	الفرع الأول : تحديد قيد الرهن الرسمي.....
128.....	الفرع الثاني : آثار القيد (نفاذ الرهن في حق الغير)
138.....	قائمة المصادر والمراجع.....
142.....	فهرس المحتويات.....