

جامعة أكلي محند أولحاج - البويرة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

محاضرات في مقياس التأمينات العينية والشخصية

(الرهن الرسمي - الكفالة)

مطبوعة موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس

تخصص: قانون خاص

إعداد: الدكتورة معزوز دليلا

أستاذة محاضرة قسم (أ)

السنة الجامعية 2021/2020

مقدمة عامة

تعتبر التأمينات جميع الضمانات التي تكفل الوفاء بالالتزام لغرض حماية حقوق الدائنين من المدينين، فإذا لم يلتزم المدين بالوفاء في تسديد ديونه اختيارا وطوعا جاز للدائن اللجوء للتنفيذ الجبري بكافة وسائل التنفيذ، وفي حالة عدم كفاية أموال المدين أجاز القانون نوعين من الضمانات لتأمين حق الدائن وضمانه، يسمي النوع الأول: تأمينات عامة او الضمان العام والنوع الثاني تأمينات خاصة المتمثلة في التأمينات العينية والشخصية.

نظمت جل التشريعات هذه التأمينات، منها المشرع الجزائري، إذ نص في المادة 188 ق. م. ج على أنه: "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه.

وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون، فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان".

ولغرض الحفاظ على الضمان العام، وضع القانون مجموعة من الوسائل لذلك ومن بين هذه الوسائل الدعوى غير المباشرة يقيمها الدائن على مدين مدينه للمطالبة بحقوقه نصت عليها المادة 189 ق. م. ج "لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها خاصا بشخصه أو غير قابل للحجز ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره أو أن يزيد فيه. ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه، غير أنه لا بد أن يدخله في الخصام."

إلى جانب الدعوى غير المباشرة نجد دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق الدائن نصت عليها المادة 191 ت.م.ج: "لكل دائن حل أجل دينه وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ التصرف في حقه، إذا كان التصرف أنقص من حقوق المدين أو التزاماته وترتب عسر المدين أو الزيادة في وذلك متى توافر أحد الشروط المنصوص عليها في المادة التالية".

لكن بالرغم من كل هذه الوسائل التي أقرها القانون للحفاظ على الضمان العام إلا أن خطر عدم استقاء الدائنين لحقوقهم من هذا الضمان يبقى قائما وذلك لضعف الضمان العام من جهة وخطر حرية تصرف المدين في أمواله والزيادة في التزاماته من جهة أخرى، ولهذه الأسباب نظمت التأمينات الخاصة التي تنقسم إلى: تأمينات عينية وتأمينات شخصية.

فيما يخص التأمينات العينية فتقوم على تخصيص مال معين مملوك للمدين أو غيره لضمان الوفاء بالالتزام. وتتمثل التأمينات العينية وعلى الترتيب الذي أورده المشرع الجزائري في القانون المدني في الكتاب الرابع تحت تسمية الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية وذلك في المواد من 882 إلى 1002 ق. م. ج، وتكمن هذه التأمينات في: الرهن الرسمي، حق التخصيص، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، وحقوق الامتياز والكفالة.

وأبرز التأمينات العينية وأهمها هو نظام الرهن الرسمي الذي خصه المشرع الجزائري بأكثر عدد ممكن من النصوص القانونية مقارنة بباقي الحقوق العينية التبعية الأخرى.

ما التأمينات الشخصية فتكون بضم ذمة مالية لشخص ما إلى الذمة المالية للمدين ليكون بذلك ذمة مالية أخرى لضمان الوفاء بالالتزام إلى جانب ذمة المدين الأصلية، ومن أبرزها عقد الكفالة التي نظمها المشرع ضمن الباب الحادي عشر الموسوم بـ "الكفالة"، من الكتاب الثاني المعنون بـ: الالتزامات والعقود، وبالتحديد المواد من 644 إلى 673 ق. م. ج.

ولإحاطة بقدر الإمكان بالموضوع وكذا بلوغ الهدف من دراسته قمنا بتقسيم خطة الدراسة إلى بابين أساسيين:

الباب الأول: الرهن الرسمي

الباب الثاني: الكفالة

الباب الأول: التأمينات العينية

تصویر

تعتبر الالتزامات من بين أهم القواعد التي تتبنى عليها المعاملات بين الأفراد، سواء أكانت تلك المعاملات مدنية أم تجارية أم مالية، وهي فكرة تقوم أساسا على وجود علاقة مديونية بين طرفين أحدها يدعى المدين والآخر يسمى الدائن، وتهدف إلى حماية الحقوق المنسوبة لكل منهما ومنها المالية الواجب الوفاء بها للدائن.

إذا تعذر على هذا المدين الوفاء بالتزاماته عينا، كان عليه تنفيذ ذلك بمقابل، أي عن طريق التعويض، وسواء أكان التنفيذ عينا أم بمقابل، فالأصل أن يقوم به المدين طوعا واختيارا استجابة لعنصر المديونية. أما إذا رفض ذلك نتيجة لإعساره أو إفلاسه أو تملصه من تأدية ما عليه من التزامات يتحرك عنصر المسؤولية، فعلى الدائن اتخاذ جميع الوسائل القانونية التي تمكنه من استيفاء حقه من المدين، حيث تعتبر أموال هذا الأخير بما فيها الحقوق الحاضرة والمستقبلية ضامنة لوفاء ديونه، وتشكل ما يعرف بالضمان العام، وهذا طبقا لنص المادة 188 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني⁽¹⁾.

ولغرض الحفاظ على الضمان العام، خول القانون الأشخاص الذين لهم مصلحة في بقائه وفي مقدمتهم الدائنين، مجموعة من الوسائل تهدف أساسا إلى الحفاظ على الضمان العام حين حلول أجل ديونهم، ومن بين هذه الوسائل نذكر الدعوى غير المباشرة التي يقيمها الدائن على مدين مدينه للمطالبة بحقوق هذا الأخير إن تقاعس على مطالبتها، وقد نصت المادة 189 ق. م. ج بهذا الخصوص على أنه: "لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها خاصا بشخصه أو غير قابل للحجز ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره أو أن يزيد فيه. ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه، غير أنه لا بد أن يدخله في الخصام".

إلى جانب الدعوى غير المباشرة، نجد كذلك دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين، التي يرمي من خلالها الدائن إلى عدم نفاذ تصرفات المدين في حقه إذا كان من شأن هذه الأعمال أن تنقص من الضمان العام للدائنين، وهو ما جاء في مضمون المادة 191 ق. م. ج بنصها: "لكل دائن حل أجل دينه وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ التصرف في حقه، إذا كان التصرف أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره وذلك متى توافر أحد الشروط المنصوص عليها في المادة التالية".

(1) نصت المادة 188 ق. م. ج من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني. ج. ر. ع 78، الصادر في 24 رمضان عام 1395 هـ الموافق 30 سبتمبر 1975 م. معدل ومتمم على أنه: "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه".

أما الوسيلة الأخرى للحفاظ على الضمان العام، فتتمثل في الدعوى السورية التي يقيمها الدائن للطعن في تصرفات مدينه التي تتطوي على خطر تهريب الضمان العام وذلك بإبرام عقود سورية.

بالرغم من كل هذه الوسائل التي أقرها القانون للحفاظ على الضمان العام إلا أن خطر عدم استيفاء الدائنين لحقوقهم من هذا الضمان يبقى قائماً وذلك لضعف الضمان العام من جهة وخطر حرية تصرف المدين في أمواله التي قد تنقص من الضمان العام بحيث لا يتبقى للدائن ما ينفذ عليه، أو تهريبها أو مخافة من إفساره نتيجة لظروف خارجة عن إرادته، ومن جهة أخرى قد يضاعف المدين ديونه مما يؤدي إلى تزام المدينين.

من أجل ذلك، كان من الواجب البحث عن نظم قانونية تعمل على بعث الثقة والاطمئنان في نفس الدائن وتسمح له الحصول على أكبر قدر من الضمانات وهو الأمر الذي تحقق من خلال ابتكار ما يسمى بالتأمينات الخاصة، التي تخص أشخاصاً معينين يعمل الاتفاق على تعيينهم أو يتولى القانون ذلك. تنقسم التأمينات الخاصة في القانون المدني إلى تأمينات شخصية وتأمينات عينية. أما التأمينات الشخصية مقتضاها أن يتعدد الأشخاص المسؤولون عن الوفاء بالالتزام، وذلك بضم ذمة مالية لشخص ما إلى الذمة المالية للمدين ليكون بذلك ذمة مالية أخرى لضمان الوفاء بالالتزام إلى جانب ذمة المدين الأصلية، فيصبح للدائن أكثر من ضمان عام إضافي ينفذ عليه ينفذ عليه حين لا يقوم المدين بتنفيذ التزاماته. وأهم صور التأمينات الشخصية نجد عقد الكفالة⁽¹⁾.

أما التأمينات العينية، فتقوم على تخصيص مال معين مملوك للمدين أو غيره لضمان الوفاء بالالتزام. وتتمثل التأمينات العينية وعلى الترتيب الذي أورده المشرع الجزائري في القانون المدني، تحديداً في الكتاب الرابع تحت تسمية الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية في: الرهن الرسمي، حق التخصيص (حق الاختصاص)، الرهن الحيازي وحقوق الامتياز.

وأبرز التأمينات العينية وأهمها هو نظام الرهن الرسمي الذي خصه المشرع الجزائري بأكثر عدد ممكن من النصوص القانونية مقارنة بباقي الحقوق العينية التبعية الأخرى كما جعل

(1) عرفت المادة 644 ق. م. ج الكفالة أنها: "عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه". وقد عالج المشرع الجزائري أحكام الكفالة في الباب الحادي عشر من الكتاب الثاني من القانون المدني وذلك في المواد من 644 إلى 673 ق. م. ج.

من أحكامه قواعد عامة يتم الرجوع إليها إذا لم يرد نص خاص بشأن باقي الحقوق العينية التبعية الأخرى⁽¹⁾.

وقد نظمت جل التشريعات المقارنة الأحكام المتعلقة بالرهن الرسمي نظرا لأهميته كضمان قانوني يسعى الى توفير الحماية للدائنين ، ومن بين هذه التشريعات، نجد القانون المدني الجزائري، الذي أفرد أحكاما خاصة توضح مختلف المسائل والقضايا المتعلقة بهذا النوع من الرهون. لذا وفي سبيل دراسة هذا الموضوع ،حاولت تقسيم هذا الباب الى ثلاثة فصول كما يلي: الفصل الأول: مفهوم الرهن الرسمي ،الفصل الثاني: انشاء الرهن الرسمي، أما الفصل الثالث: اثار الرهن الرسمي وانقضائه.

(1) المادة 950 ق.م.ج تنص على أنه: "تسري على الرهن الحيازي أحكام المواد 891 و 893 و 904 المتعلقة بالرهن الرسمي". كذلك تنص المادة 954 ق. م. ج على أنه: "يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعا أو ناشئا عن قوة قاهرة، وتسري على الرهن الحيازي أحكام المادتين 899 و 900 المتعلقة بالشيء المرهون رهنا رسميا أو تلفه وبانتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حل محله من حقوق".

تنص المادة 986 ق. م. ج على أنه: "تسري على حقوق الامتياز العقارية، أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق، وتسري بنوع خاص أحكام التطهير والقيود وما يترتب على القيد من آثار وما يتصل به من تجديد وشطب".

الفصل الأول

مفهوم الرهن الرسمي

يعد الرهن الرسمي من أهم التأمينات العينية التبعية التي تهدف إلى ضمان الوفاء بالالتزامات، وتكريس عنصر الثقة بين المتعاملين، وهذا لما يوفره من مزايا عديدة سواء للدائن المرتهن أو المدين الراهن وحتى للغير. ولعل ما نشاهده من تصرفات ومعاملات مالية وتجارية خاصة لدى البنوك التي أصبحت تشترط الرهن الرسمي من أجل تقديم القروض يعد خير دليل على ذلك، حيث أصبح القيام بهذا التصرف أكثر شيوعاً بين معاملات الناس في حياتهم اليومية.

إن هذه المزايا التي يخولها عقد الرهن الرسمي للمتعاقدين، وكذا انفراده عن باقي التأمينات العينية التبعية، يؤدي بنا إلى القول أنه نظام قانوني قائم بذاته، يتماشى ومتطلبات العصر الذي يتطلب توافر عنصري الثقة والائتمان في المعاملات المالية، مما يقتضي وضع حدود فاصلة بينه وبين بقية الأنظمة الأخرى المشابهة.

للإلمام أكثر بموضوع الدراسة، نتطرق إلى التعريفات المختلفة للرهن الرسمي وخصائصه (المبحث الأول)، ثم تمييز الرهن الرسمي عن التأمينات العينية الأخرى وأهميته العملية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: التعريفات المختلفة للرهن الرسمي وخصائصه

يحثل الرهن الرسمي مكانة هامة بين سائر التأمينات العينية الأخرى، مما جعله محل اهتمام الباحثين وفقهاء القانون على حد سواء، حيث حاولوا صياغة تعريفات له بالنظر إلى حداثة هذا النوع من رهون، ومن ثم تحديد الخصائص التي يتمتع بها.

من أجل توضيح أكثر لمدلول الرهن الرسمي باعتباره تأمينا عينيا ينصب على المعاملات العقارية، يقتضي الأمر أن نتعرض إلى مختلف التعريفات التي وردت بشأنه (المطلب الأول)، ثم نبين الخصائص المتعلقة به (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريفات الرهن الرسمي

إن مصطلح الرهن الرسمي كغيره من المفاهيم القانونية التي حاول الباحثون ورجال القانون ضبط تعريفا خاصا له حيث تباينت تلك التعاريف نظرا لاختلاف وجهات النظر بين هؤلاء الفقهاء، ولم تقتصر محاولة إيجاد تعريف للرهن الرسمي على الفقه، بل كانت أيضا نقطة اهتمام التشريعات المقارنة التي قامت بصياغة تعريفات قانونية وهذا بالاعتماد على اجتهادات الفقهاء في هذا الخصوص. لذا، نتطرق إلى مختلف التعاريف المتعلقة بالرهن الرسمي من الناحية اللغوية (الفرع الأول)، ومن المنظور الاصطلاحي (الفرع الثاني)، وأخيرا في التشريعات المقارنة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الرهن الرسمي لغة

يأخذ تعريف الرهن من الناحية اللغوية المعاني الآتية:

النبات والدوام: (رَهْنٌ) أَصْلٌ يَدُلُّ عَلَى ثَبَاتِ شَيْءٍ يُمَسَّكُ بِحَقِّ أَوْ غَيْرِهِ. مِنْ ذَلِكَ الرَّهْنُ: الشَّيْءُ يُرَهَّنُ. وَالشَّيْءُ الرَّاهِنُ: الثَّابِتُ الدَّائِمُ. وَرَهْنٌ لَكَ الشَّيْءُ: أَقَامَ. وَأَرَهَنْتُهُ لَكَ: أَقَمْتُهُ⁽¹⁾.

الحبس واللزوم: (الرَّهْنُ) (شرعا) حبس الشَّيْءِ بِحَقِّ لَيْسْتَوْفِي مِنْهُ عِنْدَ تَعَذُّرِ وَفَائِهِ وَمَا وَضَعُ عِنْدَكَ لِيَنْوَبَ مَنْابَ مَا أَخَذَ مِنْكَ⁽²⁾. وَفِي التَّنْزِيلِ الْعَزِيزِ {وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ}، وَيَجْمَعُ أَيْضًا عَلَى رَهُونٍ وَرَهْنٍ وَرَهِينٍ، وَيُقَالُ الْإِنْسَانُ رَهْنٌ عَمَلُهُ مَاخُودٌ

(1) أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، ج 2، الباب (رهن)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د. س. ن، ص 452.

(2) إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط، ج 1، باب الرء، دار الدعوة، القاهرة، مصر، د. س. ن، ص 378.

بِهِ وَأَنَا لَكَ رَهْنٌ بِكَذَا كَفِيلٌ وَضَامِنٌ. (الرَّهْنُ) يُقَالُ هُوَ رَهْنٌ مَالٌ قِيمٌ بِهِ وَسَائِسٌ لَهُ، وَفِي التَّنْزِيلِ الْعَزِيزِ {كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ}، أَي مَحْبُوسَةٌ. (جمع) رَهَائِنٌ وَأَنَا لَكَ رَهِينَةٌ بِكَذَا ضَامِنٌ (1).

المرتهن: الذي يأخذ الرهن، والشئ مرهون ورهين. وراهنتُ فلاناً على كذا مُرَاهَنَةً: خَاطَرْتُهُ (2). والمُرَاهَنَةُ والرَّهَانُ: المَخَاطَرَةُ، والمُسَابِقَةُ عَلَى الخَيْلِ (3). قَالَ الحَرَّالِيُّ: الرَّهْنُ: التَّوْتِيقَةُ بِالشَّيْءِ بِمَا يُعَادِلُهُ بِوَجْهِ مَّا. وَقَالَ غَيْرُهُ: هُوَ لُغَةٌ: النَّبُوتُ وَالِاسْتِقْرَارُ وَشَرَعًا: جَعَلَ عَيْنَ مَالِيَةٍ وَثِيقَةً بَدِيْنٍ لِازِمٍ أَوْ آيِلٍ إِلَى اللُّزُومِ. وَقَالَ الرَّاعِبُ: الرَّهْنُ مَا يُوضَعُ وَثِيقَةً لِلدَّيْنِ (4).

الفرع الثاني: تعريف الرهن اصطلاحاً

يعد الرهن الرسمي من بين المصطلحات التي حاول الفقهاء إيجاد تعريفاً دقيقاً لها، ويمكن أن نتعرض في هذا الصدد إلى تعريفات الرهن الرسمي في الفقه الإسلامي (أولاً)، وفي الفقه القانوني (ثانياً).

أولاً: تعريف الرهن الرسمي في الفقه الإسلامي: الرهن عند الفقهاء هو عقد وثيقة بمال، أي عقد على أخذ وثيقة بمال لا بذمة شخص، فامتاز على الكفالة لأن التوثيق بها إنما يكون بذمة الكفيل، لا بمال يقبضه الدائن، ومعنى وثيقة أي متوثق بها، فقد توثق الدين بالرهن وصار مضموناً محكماً بالعين المرهونة (5). يسمى معطي الرهن (الراهن)، وأخذ الرهن (المرتهن)، ويسمى ما أعطي من المال وثيقة للدين (المرهون أو الرهن). أما الدين فهو يسمى (المرهون به)، وللفقهاء عبارات متشابهة في الجملة تصور حقيقة الرهن فقهاً.

(1) إبراهيم مصطفى وآخرون، المرجع السابق، ص 379.

(2) إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، أبو نصر، تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، ج 5، ط 4، الباب (رهن)، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1407 هـ - 1987 م، ص 2129.

(3) مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي، ج 1، ط 8، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1426 هـ - 2005 م، ص 1202.

(4) محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى الربيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة من المحققين، ج 35، الباب (رهن)، دار الهداية، الرياض، السعودية، 1404 هـ - 1984 م، ص 122.

(5) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية)، ج 6، ط 4، دار الفكر، دمشق، سورية، د. س. ن، ص 4207.

عرف الحنفية الرهن بأنه: "جَعَلَ الشَّيْءَ مَحْبُوسًا بِحَقِّ يُمَكِّنُ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الرَّهْنِ كَالدُّيُونِ"⁽¹⁾. كما عرفه المالكية بأنه: "مَا قُبِضَ تَوْثِقًا بِهِ فِي دَيْنٍ"⁽²⁾، (الرَّهْنُ) شَيْءٌ (مُتَمَوِّلٌ): أَيِ مِنْ الْأَمْوَالِ كَانَتْ عَيْنًا أَوْ عَرْضًا أَوْ حَيَوَانًا أَوْ عَقَارًا أَوْ غَيْرَهُمَا كَمَنْفَعَةٍ عَلَى مَا سَيَأْتِي (أُخِذَ) مِنْ مَالِكِهِ"⁽³⁾.

وعرفه الشافعية بأنه: "جَعَلَ عَيْنَ مَالٍ مُتَمَوِّلَةٍ وَثِيقَةً بِدَيْنٍ لِيُسْتَوْفَى مِنْهَا عِنْدَ تَعَدُّرِ وَفَائِهِ"⁽⁴⁾. أما الحنابلة فقد عرفوا الرهن بأنه: "الْمَالُ الَّذِي يُجْعَلُ وَثِيقَةً بِالذَّيْنِ لِيُسْتَوْفَى مِنْ نَمْتِهِ إِنْ تَعَدَّرَ اسْتِيفَاؤُهُ مِمَّنْ هُوَ عَلَيْهِ"⁽⁵⁾.

يلاحظ من تعريف الفقهاء للرهن ما يلي:

أن تعريفاتهم للرهن الرسمي مختلفة، فقد عبر المالكية والشافعية والحنابلة "بالاستيثاق"، أما الحنفية فعبروا عنه "بالحبس". أما الحنفية يرون أن المرهون يجب أن يبقى محبوسا تحت يد المرتهن ولا يستطيع الراهن أن يسترده ولو للانقاع به حتى لو أذن له المرتهن بذلك فهم يقولون: "الرهن جعل الشيء محبوسا". والمالكية فيرون اتساع دائرة الرهن، فكما يصح أن يكون المرهون عينا - وهو محل اتفاق بين الفقهاء - يصح عندهم أيضا أن يكون المرهون ديناً أو منفعة⁽⁶⁾.

لذا، يتضح أن تعريف المالكية أوفى بالغرض الذي شرع من أجله الرهن وهو: "الاستيثاق"؛ لأنه يتيح الفرصة للراهن أن يرهن ما لا يستطيع بيعه من أجل أن يحصل على ما يحتاج إليه من قرض أو غيره، كما أن فيه اتساع لدائرة الرهن؛ لأن عندهم يصح أن يكون

(1) محمد بن عبد الواحد، السيواسي كمال الدين، المعروف بابن الهمام، فتح القدير، ج10، دار الفكر، دمشق، سوريا، د. س. ن، ص 135.

(2) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، باب الرهن، دار الفكر، دمشق، سوريا، د. س. ن، ص 231.

(3) أحمد بن محمد، أبو العباس، الخلوئي، الشهير بالصاوي المالكي، لغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج3، باب في الرهن وأحكامه، دار المعارف، القاهرة، مصر، د. س. ن، ص 303.

(4) محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة، شمس الدين، شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج4، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1404هـ-1984، ص 234.

(5) عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، أبو محمد، الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، موفق الدين، الشهير بابن قدامة، المغني، ج4، فصل الرهن في الحضر، مكتبة القاهرة، مصر، 1388هـ-1968م، ص 245.

(6) أماني عبد القادر عبد الفتاح، استيثاق الدين بالرهن في الفقه الإسلامي، مجلة الزهراء، ج1، العدد 24، كلية الدراسات الإسلامية والعربية، جامعة الأزهر، القاهرة، مصر، 2006، ص 10.

المرهون عيناً، كما يصح أن يكون المرهون ديناً، لذلك فهو يتسم بالتوسعة والمرونة مع الاستيثاق⁽¹⁾.

ثانياً: تعريف الرهن الرسمي في الفقه القانوني: حاول فقهاء القانون وضع تعريفات خاصة بالرهن الرسمي، ومن بين التعريفات الفقهية المقدمة للرهن الرسمي نجد ما يلي: يعرف الرهن الرسمي بأنه: "حق عيني تبقي ينشأ بمقتضى عقد رسمي، يتقرر ضماناً لدين على عقار مملوك للمدين أو غيره ويكون للدائن بمقتضاه أن يتقدم في استثناء حقه من المقابل النقدي لهذا العقار مفضلاً عن غيره من الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة وأن يتبع العقار في أي يد يكون"⁽²⁾.

كما عرف الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري الرهن الرسمي بأنه: "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 استثناء دينه من ثمن هذا العقار، متقدماً في ذلك على الدائنين العاديين لمالك هذا العقار والدائنين أصحاب الحقوق العينية على هذا العقار المتأخرين في المرتبة، ومنتبعا هذا العقار تحت يد من انتقلت إليه ملكيته"⁽³⁾.

ما يؤخذ على هذا التعريف أنه افترض أن الطريق الوحيد لاستثناء الدائن المرتهن حقه هو التنفيذ على العقار وقبض ثمنه بعد بيعه، وهذا ما يخالف الواقع في كثير من الأحيان، إذ يمكن أن يتعرض العقار للهلاك أو التلف، مما يحول دون بيعه بثمن. بالتالي، في هذه الحالة فإن حق الرهن يقع على ما يحل محل العقار الهالك أو التلف ليمارس عليه الدائن حقه.

وعرف الرهن الرسمي أيضاً بأنه: "حق عيني تبقي، يترتب على عقار مملوك للمدين أو غيره (الكفيل العيني) بمقتضى عقد رسمي ضماناً للوفاء بالالتزام، وطالما أنه حق عيني تبقي، فهو يمنح صاحبه حقا في التتبع وحقا آخر في الأفضلية"⁽⁴⁾.

(1) أماني عبد القادر عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 10.

(2) سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي حقوق الامتياز، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1996، ص 127.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، في التأمينات الشخصية والعينية، ج10، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 2000، ص 270.

(4) رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 192، 193.

يتضح من خلال التعاريف السابقة أنها تكاد تتطابق وتتفق فيما بينها من حيث تعريفها للرهن الرسمي. غير أن ما يعاب عليها أنها اعتبرت أن العقد هو المصدر الوحيد للرهن الرسمي في حين يمكن أن ينشأ الرهن الرسمي بمقتضى حكم قضائي أو بمقتضى القانون.

الفرع الثالث: التعريف التشريعي للرهن الرسمي

تناولت التشريعات المدنية مسألة الرهن الرسمي وحاولت إيجاد تعريفا لها، وسنكتفي بذكر البعض منها:

عرف المشرع المصري الرهن الرسمي من خلال المادة 1030 ق. م. م التي تنص على أنه: "الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون". أما المشرع الفرنسي فقد وضع تعريفا للرهن الرسمي المقرر على حق عيني عقاري، وهذا من خلال نص المادة 2114 ق. م. ف⁽¹⁾:

وعرف المشرع الجزائري الرهن الرسمي في المادة 882 ق. م. ج التي نصت على أنه: "الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار الوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان". أهم ما يمكن توجيهه من ملاحظات بالنسبة لتعريف الرهن الرسمي في التشريع الجزائري نوجزها في النقاط الآتية:

- أن المشرع الجزائري قد عرف الرهن الرسمي بأنه عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار الضمان الوفاء بالدين، حيث يلاحظ أن المشرع قد عرف الرهن بوسيلة نشوئه ثم الغاية منه والأولى أن يعرفه بغايته أي أن الرهن الرسمي حق عيني، ذلك لأن العقد ما هو إلا وسيلة لنشوء حق الرهن، والدليل أن المشرع قد عالج أحكامه في الكتاب المخصص للحقوق العينية التبعية وليس في الكتاب المخصص للالتزامات والعقود⁽²⁾، فالمشرع إذن عند تعريفه للرهن الرسمي غلب فكرة العقد على الحق الناشئ عنه.

(1) Art 2114 c. c. f stipule que: "L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation, elle est de sa nature indivisible et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles, elle les suit dans quelques mains qu'ils passent".

(2) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 192.

يتبين من خلال نص المادة 882 ق. م. ج، أن المشرع قد عرف الرهن الرسمي بأنه عقد، ويفهم من ذلك أن العقد هو المصدر الوحيد لحق الرهن، وهو أمر غير صحيح، حيث أغفل بيان مصادر الرهن الرسمي الأخرى، المتمثلة في القضاء⁽¹⁾، أو القانون⁽²⁾.

- وما يلاحظ كذلك هو فوات المشرع الجزائري الإشارة إلى أمر مهم عند تعريفه للرهن الرسمي وهو إجراء القيد، فالرهن الرسمي لا يسري في حق الغير إلا من وقت قيده فليس بإمكان الدائن المرتهن التذرع عند مواجهته للغير بحقي التقدم والتتبع إذا لم يقيد حقه.

- كما يؤخذ على تعريف الرهن الرسمي هو إغفاله للميزة الأساسية للرهن الرسمي، وهي عدم انتقال حيازة المال المرهون من المدين الرهن إلى الدائن المرتهن. وكذا اقتصره على ذكر العقار فقط، على الرغم من وجود بعض المنقولات ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة، كالسفن، والطائرات، والمحال التجارية⁽³⁾.

- حدد المشرع المحل الذي يمارس عليه الدائن المرتهن حقه متمثل في ثمن العقار حسب النص، غير أن هذا التحديد ناقص يحول دون الرهن وتأدية وظيفته، قد يحدث أن العقار المرهون يهلك أو يتلف مما يحول دون بيعه بثمن. في هذه الحالة، فإن حق الرهن يقع على ما يحل محل العقار الهالك أو التالف ليمارس عليه الدائن حقه، وهذا طبقا لنص المادة 907 ق.

(1) راجع نص المادتين المادة 942 و 943 ق. م. ج وللمزيد حول الموضوع أنظر لدى : ثامر خالدي، حماية الدائن المرتهن بين الرهن القانوني والرهن القضائي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 14، جامعة عمار تليجي، الأغواط، جوان 2017، ص 73.

(2) لم ينص المشرع الجزائري على حالات الرهن القانوني في القانون المدني، بل نجدها ضمن قوانين خاصة، منها:

- الرهن القانوني المنصوص عليه في قانون التسجيل: المادة 367 من الأمر رقم 76-105، المؤرخ في 17 ذي الحجة عام 1396 الموافق 9 ديسمبر سنة 1976، يتضمن قانون التسجيل. ج. ر. ع 81، الصادر في 24 ذي الحجة عام 1396 هـ الموافق 18 ديسمبر سنة 1976م، معدل بقوانين المالية.

- الرهن القانوني الرئيسي لفائدة البنوك والمؤسسات المالية لضمان تحصيل ديونها والالتزامات التي تم الاتفاق عليها، المادة 96 من القانون رقم 02-11، المؤرخ في 24 ديسمبر 2002 والمتضمن قانون المالية لسنة 2003، ج. ر. ع 85، الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 2002، وتنفيذا لمحتوى المادة 96 أعلاه أصدر المشرع الجزائري المرسوم التنفيذي رقم 06-132 المؤرخ في 4 ربيع الأول عام 1427 الموافق 03 أبريل سنة 2006، يتعلق بالرهن القانوني المؤسس لفائدة البنوك والمؤسسات المالية ومؤسسات أخرى. ج. ر. ع 21، الصادر في 6 ربيع الأول عام 1427 هـ الموافق 05 أبريل سنة 2006م، أنظر كذلك لدى: يسمينة ربحاني، الرهن الرسمي كضمان بنكي، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005 - 2006، ص ص 40، 43.

(3) عبد الله عبد الجليل، قاعدة عدم الحيازة في الرهن الرسمي: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: علوم إسلامية، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الإفريقية أحمد درارية، أدرار، 2005-2006، ص 32.

م. ج بنصها: "يستوفي الدائنون المرتهنون 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".

- طبقا للمادة 882 ق. م. ج، الدائن المرتهن يتقدم عند استثناء حقه على الدائنين المرتهنين التاليين له في الرتبة فقط، فحسب النص فإن الدائن المرتهن لا يتقدم على الدائنين العاديين لأن النص لم يشملهم، والواقع غير ذلك، إذ يتقدم الدائن المرتهن عند استثناء حقه على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة⁽¹⁾.

المطلب الثاني: خصائص الرهن الرسمي

يتميز الرهن الرسمي بجملة من الخصائص التي يمكن أن نستمدّها انطلاقاً من التعاريف الفقهية وكذا مما جاء في مضمون المادة 882 ق. م. ج. لذا، نقوم من خلال هذا الجانب من الدراسة بتبيان أهم خصائص الرهن الرسمي باعتباره حقا (الفرع الأول)، ثم باعتباره عقدا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: خصائص الرهن الرسمي باعتباره حقا

تتمثل خصائص الرهن الرسمي باعتباره حقا أنه حق عيني عقاري (أولا)، وحق عيني تبعي (ثانيا)، وحق عقاري (ثالثا)، وحق غير قابل للتجزئة (رابعا).

أولا: الرهن الرسمي حق عيني عقاري: الحق العيني هو سلطة مباشرة للشخص معين على شيء معين بالذات⁽²⁾، حيث يخول حق الرهن الرسمي للدائن المرتهن حقا عينيا عقاريا بجميع ما ينتج عن هذا الحق من مزايا و ضمانات عينية؛ 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⁽³⁾؛ إذ بمقتضى هذه الميزة يكون له حق تتبع العقار من أجل التنفيذ عليه إذا ما انتقلت ملكيته لشخص آخر عند مباشرة التنفيذ⁽⁴⁾؛ فحق

(1) نص المشرع المصري في المادة 1030 ت.م.م على فئة الدائنين العاديين كأشخاص يتقدم عليهم الدائن المرتهن عند استيفاء حقوقه.

(2) علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية، حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية: دراسة موازنة، ط8، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 252.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 271.

(4) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (التأمينات العينية- الرهن الرسمي- حق الاختصاص- الرهن الحيازي- حقوق الامتياز، ط1، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 20.

الرهن الرسمي إذن ليس جزء من حق الملكية كحق الارتفاق وحق الانتفاع، بل هو حق الملكية ذاته (أو حق عقاري آخر) وضع ضماناً لدين معين⁽¹⁾.

ثانياً: الرهن الرسمي حق تبعي: استناداً لنص المادة 1/893 ق. م. ج التي تنص على أنه: "لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون، بل يكون تابعا له في صحته وفي انقضاءه"، فحق الرهن الرسمي يعد حقا تبعيا للدين الذي يضمنه هذا الرهن، كما لا يقوم هذا الحق إلا بقيام الدين المضمون به، ويسير مع الدين موجودا كان أو منعدما؛ فكل رهن رسمي يفترض فيه وجود التزام صحيح يضمنه هذا الرهن⁽²⁾، كما أن اعتبار الرهن الرسمي تابع للحق الأصلي المضمون في وجوده وصحته وانقضاءه وبطلانه، يعني أن الرهن له تأثير مباشر بالحق المضمون، فإذا نشأ الحق المضمون صحيحا نشأ معه حق الرهن، وإذا كان الالتزام المضمون بالرهن معلق على شرط علق الرهن كذلك على نفس الشرط.

كما أنه 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 انقضى الرهن تبعا 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 ذاته⁽³⁾.

ويجوز للراهن أن يتمسك في مواجهة المرتهن بكل الدفع التي تؤثر في وجود الحق المضمون. إذا كان الراهن غير المدين أي كفيلا عينيا، جاز له فوق مسكه اتجاه المرتهن بالدفع التي تؤثر في صحة الرهن كنقص الأهلية أو عيوب الرضا، أن يتمسك بما للمدين من الدفع المتعلقة بالدين ولو تنازل عنها هذا الأخير⁽⁴⁾.

فالأصل الرهن لا يقوم إلا بقيام الدين المضمون وينقضي بانقضاء الدين مع وجود استثناءات ترد على هذا الأصل وهي:

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 271.

(2) المرجع نفسه، ص 273.

(3) أعمار أولمي، عقد الرهن الرسمي كوسيلة ضمان حماية لحقوق الدائنين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص 23.

(4) حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1995، ص 135.

- حالة الرهن المقرر لضمان دين مستقبلي أو احتمالي⁽¹⁾، ينشأ حق الرهن لضمان دين غير موجود، ففي هذه الحالة ينشأ حق الرهن قبل نشوء الحق المضمون⁽²⁾، مثل فتح اعتماد لأحد العملاء في بنك من البنوك، ويكون الاعتماد مضموناً برهن رسمي على عقار العميل⁽³⁾.

- الاستثناء الموجود في المادة 292 ق. م. ج بخصوص بقاء الرهن المقدم من المدين وذلك عند تجديد الدين⁽⁴⁾، حيث ينقضي الالتزام الأصلي دون أن يستتبعه انقضاء الرهن الذي ينتقل إلى الالتزام الجديد، فيكون ضامناً له⁽⁵⁾.

ثالثاً: الرهن الرسمي حق عقاري: نصت المادة 886 ق. م. ج على أنه: "لا يجوز أن ينعقد الرهن إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

يتبين من النص أن الرهن لا يرد على المنقولات، نظراً لصعوبة خضوعها لنظام الشهر عن طريق تسجيل التصرفات الواردة عليها في سجلات خاصة بسبب كثرتها وتمائلها وسرعة انتقالها من يد إلى أخرى، لكن هناك استثناءات اقتضتها الطبيعة الخاصة لبعض المنقولات، التي تسمح بإمكانية شهر هذه الحقوق العينية، إعلاناً وإعلاماً للغير بوجود ومن أمثلة ذلك نجد: السفن، الطائرات، المحلات التجارية⁽⁶⁾.

رابعاً: الرهن الرسمي حق غير قابل للتجزئة: كقاعدة عامة، حق الرهن الرسمي حق غير قابل للتجزئة، ونصت على ذلك المادة 892 ق. م. ج: "كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها، ما لم ينص القانون أو الاتفاق بغير ذلك".

(1) تنص المادة 891 ق. م. ج على أنه: "يجوز أن يترتب الرهن ضماناً للدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي، كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين".

(2) أعمر أولمي، المرجع السابق، ص 24.

(3) شوقي بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري: دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية (الفرنسي والمصري)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 78.

(4) تنص المادة 1/292 ق. م. ج على أنه: "إذا قدم المدين تأمينات حقيقية لكفالة الالتزام القديم، فإن الاتفاق على نقل هذه التأمينات إلى الالتزام الجديد تراعى فيه الأحكام الآتية:

- إذا كان التجديد بتغيير الدين جاز للدائن وللمدين الاتفاق على انتقال التأمينات للالتزام الجديد في الحدود التي لا تلحق ضرراً بالغير..."

(5) أعمر أولمي، المرجع السابق، ص 24.

(6) زهية سي يوسف، عقد الرهن الرسمي، دار الأمل، الجزائر، 2006، ص 14.

يتبين من المادة، أن قاعدة عدم قابلية الرهن الرسمي للتجزئة لها شقان، الشق الأول: عدم جواز تجزئة حق الرهن الرسمي، من حيث العقار المرهون (1)، والشق الثاني: عدم جواز تجزئة حق الرهن الرسمي من حيث الدين المضمون (2).

1- عدم جواز تجزئة حق الرهن الرسمي من حيث العقار المرهون: يقصد بذلك أن كل جزء من العقار يضمن الدين بأكمله، فإذا كانت هناك عدة عقارات مرهونة، ثم قام الراهن بتجزئة العقار المرهون، وتصرف ببيع أجزاء منه فيظل كل جزء من العقار المرهون ضامناً لكل الدين، ويحق للدائن المرتهن أن يباشر حقه على أي منها باعتبارها غير مجزأة، وله أن يتتبع ما يبيعه 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 المرهونة⁽¹⁾.

وهذا المبدأ بعدم التجزئة يعد نافذاً أيضاً في مواجهة الغير الذي تنتقل إليه ملكية العقار أو أحد العقارات المرهونة لضمان الدين، 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⁾.

فلو كان شخصاً مالكا أرضاً زراعية ومنزلاً وحديقة، ورهنها جميعاً، لضمان دين مقدر بثلاثة ملايين دج. حدث وأن تصرف الراهن في المال المرهون لأشخاص مختلفين، فقام ببيع الأرض للشخص (أ) والمنزل للشخص (ب) أما الحديقة لشخص (ج).

في هذه الحالة طبقاً لقاعدة عدم تجزئة الرهن من حيث العقار المرهون، فإن كل من الأرض والمنزل والحديقة يظلوا مثقلين بحق الرهن وضامين للدين، وللدائن أن ينفذ على ما يشاء من الأجزاء بل وحتى عليها جميعاً باعتبارها غير مجزأة، وليس لأحد من الأشخاص الثلاثة أن يعرض مبلغ مليار دج، لتحرير حق الملكية الذي تلقاه من الرهن، إلا إذا تم الاتفاق على عكس ذلك.

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 أو العقارات المرهونة تبقى مع ذلك ضامنة للجزء الباقي، ولا

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 22.

(2) نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية: الرهن الرسمي - حق الاختصاص - الرهن الحيازي - حقوق الامتياز - الكفالة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 40.

يتخلص من الرهن بنسبة ما وفى من الدين، لاعتبار أن قاعدة عدم التجزئة ليست من النظام العام، قد يتفق المتعاقدان على تجزئته في عقد الرهن نفسه أو بعد العقد، وقد يقضي بتجزئته نص في القانون كما هو الأمر في تطهير العقار من الرهن⁽¹⁾. فلو كان مبلغ الدين عشرون ألف دج، مضمون بقطعة أرض مرهونة، وتم الوفاء بـ 15000 دج، تبقى قطعة الأرض رغم ذلك كلها مرهونة، ولا يقبل دفع المدين بأنه أوفى ثلاثة أرباع مبلغ الدين، وبالتالي التخلص من الرهن بنسبة ما تم الوفاء به)، وكذلك الأمر إذا قام الدائن بإحالة جزء من حقه إلى شخص آخر، فإن حق المحال له يكون مضمونا بكل العقار⁽²⁾.

الفرع الثاني: خصائص الرهن الرسمي باعتباره عقدا

يتميز الرهن الرسمي باعتباره عقدا مسمى (أولا)، وعقد رسمي (ثانيا)، وأنه عقد ملزم للراهن فقط (ثالثا)، وكونه عقد معاوضة (رابعا).

أولا: الرهن الرسمي عقد مسمى: يعتبر عقد مسمى من خلال إعطاء المشرع الجزائري تسمية له، ووضع أحكام تفصيلية خاصة به، إذ بعد أن عرفه في المادة 882 من القانون المدني، تناول أحكامه في ثلاث فصول، فتطرق من خلال الفصل الأول إلى إنشاء الرهن الرسمي من المواد 883 إلى 893، وتناول في الفصل الثاني آثار الرهن، فقرر آثار الرهن بين المتعاقدين، وآثاره بالنسبة للغير في المواد من 894 إلى 932، وأخيرا تحدث في الفصل الثالث عن انقضاء الرهن بصفة تبعية مع الدين المضمون، وبصفة أصلية مستقلا عن انقضاء هذا الدين في المواد من 933 إلى 936.

ثانيا: الرهن الرسمي عقد ضمان عيني: يعتبر الرهن الرسمي عقد ضمان، لأنه ينشأ بقصد إعطاء الدائن حق الرهن الرسمي الذي يضمن الوفاء بدينه، وهو ضمان عيني لأن الراهن سواء كان هو المدين أو الكفيل العيني يلتزم فيه بتقديم عين معينة للوفاء بالدين⁽³⁾.

ثالثا: الرهن الرسمي عقد ملزم لجانب واحد: يكون الرهن الرسمي عادة عقدا يلزم الراهن فقط، دون أن يلزم الدائن المرتهن، إذ يلتزم الراهن سواء كان هو المدين نفسه أو الكفيل العيني بالتزامين هما: الالتزام بإنشاء حق عيني على العقار المرهون، والالتزام بضمان سلامة حق الرهن.

(1) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 81.

(2) جلال محمد إبراهيم، سعد أحمد محمود، الحقوق العينية التبعية: الرهن الرسمي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994، ص 27.

(3) سليمان بن شريف، التفاضل بين وسائل الضمان، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، العدد 35، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، سبتمبر 2013، ص 14.

رابعاً: الرهن الرسمي عقد شكلي: نصت المادة 1/883 ق. م. ج على أنه: "لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي...". طبقاً لهذا النص، فإن الرهن عقد شكلي، والشكلية فيه ليست عرفية بل رسمية، فهي ركن انعقاد، فلا يقوم عقد الرهن بدونها، فإذا ما تخلفت كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً⁽¹⁾.

خامساً: الرهن الرسمي عقد معاوضة: لا يتبرع الراهن للمرتهن بالرهن، بل يقدمه له مقابل، وقد يكون هذا المقابل هو وفاء التزام تعهد به المدين للدائن، أو هو قيام الدائن بإقراض المدين أو منحه أجلاً. ويبقى عقد الرهن الرسمي عقد معاوضة حتى ولو كان الراهن هو غير المدين، أي الكفيل العيني، إذ ليس من الضروري في عقود المعاوضة أن يكون العضو قد أعطي لأحد المتعاقدين، بل يكفي إعطاؤه للغير، أي المدين، لكن إذا تلقى الراهن تبرعاً من الكفيل العيني، كان الرهن الرسمي عقد تبرع⁽²⁾.

المبحث الثاني: تمييز الرهن الرسمي عن التأمينات العينية الأخرى وأهميته العملية

يمتاز الرهن الرسمي بخصائص تجعله ينفرد بها عن باقي التأمينات العينية الأخرى، الأمر الذي يجعله نظاماً قائماً بذاته، فخصه المشرع الجزائري بأحكام قانونية تتيح التعامل في فيه، ويتم ذلك عن طريق التوفيق بين مصالح كل من الدائن المرتهن والمدين الراهن وحصول كل منهما على مزايا عديدة يمنحها لهما الرهن الرسمي وكذا الغير الذي لديه مصلحة من هذا العقد. وعليه، نتعرض من خلال هذا المبحث إلى نقطتين أساسيتين: تتمثل الأولى في تمييز الرهن الرسمي عن الأنظمة القانونية المشابهة (المطلب الأول)، ثم الأهمية العملية للرهن الرسمي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تمييز الرهن الرسمي عن الأنظمة القانونية المشابهة

تتمثل الأنظمة القانونية المشابهة لنظام الرهن الرسمي في الحقوق العينية التبعية التي عالجها المشرع الجزائري في الكتاب الرابع من القانون المدني، وهي: حق التخصيص (الفرع الأول) الرهن الحيازي (الفرع الثاني)، وحقوق الامتياز (الفرع الثالث)، وفيما يلي نقوم بتمييز الرهن الرسمي عن هذه الأنظمة القريبة منه واستخلاص أوجه الاختلاف بينه وبين كل نظام.

الفرع الأول: تمييز الرهن الرسمي عن حق التخصيص

لم يعرف المشرع الجزائري حق التخصيص أو كما يطلق عليه في التشريع المصري بحق الاختصاص، ومع ذلك يذهب بعض الفقهاء إلى تعريفه بأنه حق عيني تبعية يتقرر للدائن على

(1) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 82.

(2) المرجع نفسه، ص 82.

عقار أو أكثر من عقارات مدينة، بمقتضى حكم واجب التنفيذ صادر بإلزام المدين بالدين ويخول الدائن حق التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استفاء حقه من المقابل النقدي لذلك العقار المثقل بحق التخصيص في أي يد كان⁽¹⁾.

يتفق الرهن الرسمي مع حق التخصيص كون كل منهما حقا عينيا يخول صاحبه ميزتي التقدم والتتبع بعد قيد الحق لدى المحافظة العقارية، ويتفقا في أنهما نظامان يقعان على عقار⁽²⁾، والاختلاف الوحيد بين الرهن الرسمي وحق التخصيص يكمن في المصدر، إذ أن تتعدد مصادر الرهن الرسمي حسب نص المادة 883 ق.م. ج كما سبق وأن أشرنا.

أما حق التخصيص فمصدره الوحيد يكمن في حكم قضائي واجب التنفيذ بأمر من رئيس المحكمة، وهو ما نصت عليه المادة 937 ق.م. ج: "يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في أصل الدعوى يلزم المدين بشيء معين أن يحصل على حق تخصيص بعقارات مدينة ضمنا لأصل الدين والمصاريف. ولا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ تخصيص على عقار في التركة".

الفرع الثاني: تمييز الرهن الرسمي عن الرهن الحيازي

نص المشرع الجزائري على الرهن الحيازي في المادة 948 ق.م. ج بأنه: "عقد يلتزم به شخص ضمنا لدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون". عرفه رأي فقهي⁽³⁾ أنه: "عقد يلزم به شخص ضمنا للدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين وأن يتقدم الدائنين العاديين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون".

(1) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 181.

(2) تنص المادة 1/886 ق.م. ج على أنه: "لا يجوز أن ينعقد الرهن إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك". وتنص المادة 1/937 ق.م. ج على أنه: "يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في أصل الدعوى يلزم المدين بشيء معين أن يحصل على حق تخصيص بعقارات مدينة ضمنا لأصل الدين والمصاريف".

(3) علاء الدين زكي يوسف البكري، الرهونات المصرفية ومخاطر الائتمان في فلسطين، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون التجاري، معهد الحقوق، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2015، ص 19.

يمكن القول أن كل من الرهن الرسمي والرهن الحيازي يشترك يعتبر حقا عينيا تبعا غير قابل للتجزئة، يخول الدائن المرتهن التنفيذ على العين المرهونة مستعملا في ذلك حق التقدم والتتبع، غير أنهما يختلفان في عدة نواحي نذكر منها ما يلي:

- مصادر الرهن الرسمي متعددة، فكل من العقد والقانون والحكم القضائي مصدرا له، بينما للرهن الحيازي مصدره الوحيد وهو اتفاق الطرفين، أي ينشأ بموجب عقد بين الدائن المرتهن والمدين الراهن.

- محل الرهن الرسمي حسب الأصل هو عقار⁽¹⁾، كما أن بعض المنقولات من نوع خاص قد تكون محلا له (السفن، الطائرات، المحل التجاري)، بينما الرهن الحيازي محله قد يكون عقارا أو منقولا، فقد ينعقد الرهن الحيازي على منقول وقد ينعقد على عقار وهذا حسب نص المادة 949 ق. م. ج التي تنص: "لا يكون محلا للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني من منقول وعقار".

- كما أنه يسري الرهن الرسمي في حق الغير ابتداء من تاريخ قيده في المحافظة العقارية حيث تعطى للدائن المرتهن مرتبته بدءا من هذا التاريخ⁽²⁾، أما الرهن الحيازي فلا يكون نافذا في مواجهة الغير إلا بتسليم المرهون إلى الدائن أو 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 المتعاقدان".

وإذا كان محل الرهن الحيازي عقارا يقع تسليم المرهون للدائن، كما استوجب القانون⁽³⁾ قيده: "يشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير، إلى جانب تسليم الملك للدائن، أن يقيد عقد الرهن العقاري، وتسري على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي". فالقيد والتسليم إذن يجعلان عقد الرهن الحيازي العقاري نافذا في مواجهة الغير. أما الرهن الرسمي فيكفي قيده ليكون نافذا في حق الغير.

- عقد الرهن الرسمي عقد شكلي، يشترط القانون لانعقاده إفراغ رضا الطرفين في شكلية معينة أي الرسمية، عكس الرهن الحيازي الذي لا يتطلب الرسمية لتكوينه إلا إذا كان محله

(1) انظر المادة 886 ق. م. ج، المرجع السابق.

(2) تنص المادة 904 ق. م. ج على أنه: "لا يكون الرهن نافذا في حق الغير، إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة في الإفلاس".

(3) المادة 966 ق. م. ج؛ انظر أيضا لدى: مصطفى هاشمي، عقد الرهن الحيازي العقاري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011، ص 74.

عقارا، حينها يصبح عقد الرهن الحيازي العقاري عقدا شكليا تحت طائلة البطلان شأنه شأن الرهن الرسمي⁽¹⁾.

- ففي الرهن الرسمي لا تنتقل الحيازة إلى الدائن المرتهن بل يبقى الراهن محتفظا بحيازة الشيء المرهون والسيطرة عليه وكذا حق إدارته والتصرف فيه⁽²⁾، بينما الرهن الحيازي تنتقل فيه الحيازة العرضية للشيء المرهون، وينشئ التزاما على عاتق الراهن بتسليم الشيء المرهون سواء كان منقولاً أو عقارا للدائن المرتهن أو للغير⁽³⁾.

- الرهن الرسمي يمكن صاحبه حق التقدم والتتبع، أما الرهن الحيازي يمكن صاحبه حق التقدم والتتبع وكذلك الحق في حبس الشيء المرهون إلى غاية استفاء حقه، وهذا عملا بالمادة 962 ق. م. ج: "يحول الرهن الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون على الناس كافة دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقا للقانون، وإذا خرج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه، كان له الحق في استرداد حيازته من الغير وفقا لأحكام الحيازة". إن الرهن الحيازي يخول صاحبه سلطات أكثر من تلك التي يخولها الرهن الرسمي لصاحبه.

- الرهن الرسمي عقد ملزم لجانب واحد، إذ يرتب التزامات على عاتق الراهن دون المرتهن، فيلتزم الراهن بمقتضى عقد الرهن الرسمي بضمان سلامة الرهن وضمان الهلاك والتلف وغيرها من الالتزامات الأخرى، بينما عقد الرهن الحيازي عقد ملزم للطرفين⁽⁴⁾، يلقي التزامات على عاتقهما، فيلتزم المدين بتسليم المرهون للدائن⁽⁵⁾، ويلتزم بضمان سلامة الرهن

(1) مصطفى هاشمي، المرجع السابق، ص 68.

(2) تنص المادة 894 ق. م. ج على أنه: "يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون على أن أي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن" وتنص المادة 895 ق. م. ج على أنه: "إن للراهن الحق في إدارة العقار المرهون وفي قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار".

(3) تنص المادة 951 ق. م. ج على أنه: "ينبغي على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسليمه، ويسري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع".

(4) فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، قصر الكتاب، 2006، ص ص 41، 42.

(5) انظر المادة 951 ق. م. ج، المرجع السابق.

ونفاذه⁽¹⁾، ويضمن الراهن هلاك الشيء المرهون وتلفه⁽²⁾. مقابل ذلك يلتزم المرتهن بالمحافظة على الشيء المرهون وذلك ببذل عناية الرجل العادي⁽³⁾ ويلتزم بإدارة واستثمار المرهون⁽⁴⁾ أو برده للمدين، ذلك لأن حيازة الدائن المرتهن رهنا حيازيا للمال المرهون حيازة عرضية تقتضي مع انقضاء الرهن⁽⁵⁾.

الفرع الثالث: تمييز الرهن الرسمي عن حقوق الامتياز

عرف المشرع الجزائري حق الامتياز في المادة 982 ق. م. ج التي تنص: "الامتياز أولوية يقرها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته، ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني". يشترك نظام الرهن الرسمي مع حق الامتياز في أن كل منهما يعتبر حقا عينيا تبعا يخول صاحبه حق التقدم والتتبع عند استيفاء الحقوق من المدين بعد حلول أجل الدين ويختلف الرهن الرسمي عن حق أو حقوق الامتياز فيما يلي:

- ينشأ الرهن الرسمي عن ثلاثة مصادر (العقد، القانون، الحكم القضائي)، أما مصدر حقوق الامتياز يكمن في القانون فقط⁽⁶⁾، ومن ثم لا يستطيع القاضي أو الاتفاق أن يمنح حق امتياز للدائن على مال مدينه⁽⁷⁾.

(1) تنص المادة 953 ق. م. ج على أنه: "يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه، وليس له أن يأتي عملا ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد. وللدائن المرتهن في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون".

(2) تنص المادة 954 ق. م. ج على أنه: "يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعا أو ناشئا عن قوة قاهرة، تسري على الرهن الحيازي أحكام المادتين 899 و 999 المتعلقة بهلاك الشيء المرهون رهنا رسميا أو تلفه، وبانتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حل محله من حقوق".

(3) تنص المادة 955 ق. م. ج على أنه: "إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون، فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد وهو مسؤول عن هلاك الشيء أو تلفه، ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب لا يد له فيه".

(4) تنص المادة 958 ق. م. ج على أنه: "يتولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد، وليس له أن يغير من طريقة استعمال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن، ويجب عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر بمقتضى تدخله. فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشيء إدارة سيئة أو ارتكب في ذلك إهمالا جسيما كان للراهن الحق في أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه".

(5) للتفصيل أكثر عن الرهن الحيازي عامة وأثاره خاصة، ينظر: سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 340، 353.

(6) المرجع نفسه، ص 380.

(7) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 68.

- يقع الرهن الرسمي على العقارات، ولا يرد على المنقول إلا استثناء⁽¹⁾، غير أن حقوق الامتياز قد ترد على جميع أموال المدين من منقول وعقار فهي حقوق الامتياز العامة، وقد تقتصر على منقول أو عقار معين فهي حقوق الامتياز الخاصة⁽²⁾.

- تنص المادة 983 ق. م. ج على أنه: "مرتبة الامتياز يحددها القانون ، فإذا لم يوجد نص خاص يعين مرتبة الامتياز يأتي هذا الامتياز بعد حقوق الامتيازات المنصوص عنها في هذا الباب، وإذا كانت الحقوق الممتازة في مرتبة واحدة فإنها تستوفي عن طريق التسابق، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

وعليه، إذا تعدد الدائنون المرتهنون رهنا رسميا على العقار، فعلى الدائن المرتهن رهنا رسميا أن يستوفي حقه قبل جميع الدائنين. غير أنه يعتبر القانون المحدد لمرتبة صاحب حق الامتياز. كما أنه عند تزامن الدائن المرتهن رهنا رسميا مع دائن ذو حق امتياز عام، فهذا الأخير يتقدم في الدائن المرتهن رهنا رسميا طبقا لنص المادة 3/986 ق. م. ج⁽³⁾.

المطلب الثاني: الأهمية العملية للرهن الرسمي

يعد الرهن الرسمي من ضمن التأمينات العينية، حيث قدمه المشرع في الترتيب على حق الاختصاص والرهن الحيازي وحقوق الامتياز. والأكثر من ذلك فإن الرهن الرسمي يعد من أهم وسائل الائتمان في العصر الحديث من الناحية العملية، وهذا بالنظر إلى الأهمية التي يوفرها للمدين (الفرع الأول) من خلال المزايا الكثيرة المشكلة لتلك الأهمية، وكذلك الأهمية التي يوفرها للدائن (الفرع الثاني)، وللغير (الفرع الثالث).

الفرع الأول: أهمية الرهن الرسمي بالنسبة للمدين

يعتبر الرهن الرسمي مزية هامة بالنسبة للمدين، فإضافة إلى حصوله على قرض أو مد أجل للالتزامه، فإنه يمكنه من الاحتفاظ بحياته عقاراته المرهونة، ومن ثم يبقى له حق استعمالها واستغلالها فيما يعود عليه بالنفع، وهذا ما يجعله يبقى تجاه الناس مالكا لما رهنه ولا يطلع على أمره إلا من رجع إلى السجل التجاري وكشف ذلك. كما أن الرهن الرسمي لا يمنعه من إدارة

(1) انظر المادة 886 ق. م. ج، المرجع السابق.

(2) تنص المادة 984 ق. م. ج على أنه: "ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار، أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين".

(3) تنص المادة 3/986 ق. م. ج على أنه: «غير أن حقوق الامتياز العامة ولو كانت مترتبة على عقار لا يجب فيها الإشهار ولا حق التتبع ولا حاجة للإشهار أيضا في حقوق الامتياز العقارية الضامنة بمبالغ مستحقة للخرينة العامة، وهذه الحقوق الممتازة جميعا تكون أسبق في المرتبة على أي حق امتياز عقاري آخر أو حق رهن رسمي مهما كان تاريخ قيده، أما فيما بينها فالامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخرينة يتقدم على حقوق الامتياز العامة".

عقاراته المرهونة باعتباره مالكا لها، يعد الرهن الرسمي وسيلة ائتمان مستمرة⁽¹⁾. علاوة على الأهمية التي يوفرها للمدين الراهن، فإن الرهن الرسمي يعود بالفائدة على مصلحة البلاد من الناحية الاقتصادية، ويظهر ذلك من جهة من خلال ارتفاع قيمة الثروة العقارية، ومن جهة أخرى من خلال تزويد الخزينة العامة بالرسوم المفروضة على المعاملات العقارية⁽²⁾.

الفرع الثاني: أهمية الرهن الرسمي بالنسبة للدائن

يعد الرهن الرسمي أيضا مزية هامة للدائن، إذ أنه يخوله حق التقدم والتتبع، فله أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين أصحاب الحقوق العينية التالين له في المرتبة، بل وله تتبع العقار المرهون في أي يد يكون للتنفيذ عليه واستيفاء حقه، بمعنى أن التصرف في العقار المرهون لا يؤثر في حق الدائن المرتهن، وإذا هلك قبل التنفيذ عليه انتقل حق الدائن المرتهن إلى قيمة العقار كمبلغ تعويض في حالة اعتداء الغير عليه أو مبلغ التأمين في حالة التأمين عليه عند شركات التأمين أو المبلغ المقابل في حالة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، وبهذا تكاد تتعدم احتمالات عدم استيفاء الدائن حقه. ويضاف إلى كل ما سبق أن الدائن لا يتحمل مشاق إدارة العقار المرهون والحفاظ عليه مادام أنه في الرهن الرسمي يبقى المدين محتفظا بالحيازة⁽³⁾.

كما أنه من بين مميزات الرهن الرسمي أنه يبعث الثقة والطمأنينة في نفس الدائن من خلال إمكانية حصوله على حقه في الموعد المحدد بسبب وجود تأمين عيني يضمن له الوفاء بالدين، إضافة إلى الفائدة الربوية التي يحصل عليها الدائن إذا كان هذا الأخير مؤسسة مالية أو بنكا ماليا. ولعل اعتماده كضمان من قبل أغلب البنوك خير دليل على ذلك، إذ نادرا ما نجد بنكا يعطي قرضا برهن حيازي، فأغلب البنوك أو بالأحرى جميعها تمنح قروضا برهون رسمية وذلك بسبب القيمة المادية الكبيرة لمحل الرهن الرسمي⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: أهمية الرهن الرسمي بالنسبة للغير

المقصود بالغير في عقد الرهن الرسمي هو كل صاحب حق أو اصحاب حق على الشيء المرهون لا يكون طرفا فيه ويمكن ان يلحقه ضررا بسبب وجود الرهن - فإن الرهن الرسمي يوفر له حماية كبرى بحيث لا يكون نافذا في حقه أو حقهم إلا بعد قيده. كما أن

(1) حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي: الرهن الرسمي، ج1، مؤسسة دار الكتب، الكويت، 1986، ص 45.

(2) سليمان محمدي، الرهن الرسمي، مطبوعة موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس، 2000-2001، ص 1.

(3) أحمد سلامة، التأمينات المدنية، دار التعاون، القاهرة، مصر، 1966، ص 57.

(4) أعمر أولمي، المرجع السابق، ص 5.

اشتراط تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون والدين المضمون يمكنهم من التعامل مع المدين في وضوح تام وشفافية كبيرة سواء تعلق الأمر بالبيع أو بترتيب رهن جديد⁽¹⁾.

(1) أعرم أولمي، المرجع السابق، ص 57.

الفصل الثاني

إنشاء الرهن الرسمي

ينشأ عقد الرهن الرسمي بمقتضى العقد الذي يبرم بين المدين الراهن والدائن المرتهن، ويعد هذا العقد من التصرفات الخطيرة التي ينبغي توخي الحذر منها قبل إبرامها، نظرا لما قد يسببه هذا العقد من مساس في أصول وأموال المدين الراهن التي قد تؤول إلى الدائن في حالة عدم تمكنه من تسديد الدين الذي بذمته. ولقد خص المشرع الجزائري الرهن الرسمي بمجموعة من الأحكام القانونية التي تنظم هذا النوع من رهون، وتحدد الشروط والأركان المطلوبة لانعقاده.

لا يقوم الرهن الرسمي كقاعدة مطلقة إلا بتوافر مجموعة من الشروط جرى الفقه على تسميتها بالشروط الموضوعية الخاصة بالرهن الرسمي، وهذا بالإضافة إلى الأركان العامة اللازمة لتكوين العقود من تراضي الطرفين على إبرام العقد الرهن ومحل وسبب (المبحث الأول)، وكذلك الشكلية التي تتمثل في كتابة وتوثيق عقد رهن لدى كاتب عدل مؤهل لذلك لأن عقد الرهن الرسمي كما تدل عليه تسميته عقد شكلي يتعرض للبطلان في حال تخلف ركن الكتابة الرسمية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الأركان الموضوعية لإنشاء الرهن الرسمي

يتحدد إنشاء الرهن الرسمي بأركان موضوعية عامة، يخضع فيها للقواعد العامة المعروفة في النظرية العامة للعقد، وفي نفس الوقت له أركان موضوعية خاصة نص عليها المشرع الجزائري عند تنظيمه للرهن الرسمي. فيما يلي، نتعرض لهذه الشروط، حيث نبدأ بدراسة الأركان الموضوعية العامة (المطلب الأول)، ثم الشروط الموضوعية الخاصة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الأركان الموضوعية العامة لإنشاء الرهن الرسمي

إن الرهن الرسمي عقد كسائر العقود، يخضع في ذلك لأحكام النظرية العامة في العقد، فيتطلب لإنشائه توافر الأركان المعروفة، حيث يؤدي تخلف أحد الأركان إلى عدم صحة الرهن الرسمي. تتمثل أركان الرهن الرسمي في كل من: ركن التراضي (الفرع الأول)، والمحل (الفرع الثاني)، والسبب (الفرع الثالث).

الفرع الأول: التراضي في عقد الرهن الرسمي

يشترط في عقد الرهن الرسمي ان يكون التراضي موجودا (أولا)، وصحيحا (ثانيا).

أولا: وجود التراضي: يتم التراضي عن طريق تبادل طرفي العقد التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، فأطراف عقد الرهن الرسمي هما الراهن والدائن المرتهن، والغالب أن يكون الراهن هو المدين نفسه، وفي أحوال نادرة قد يكون شخصا آخر غير المدين يقوم برهن ماله ضمنا للوفاء بدين غيره، يسمى اصطلاحا بالكفيل العيني⁽¹⁾، وهذا ما نصت عليه المادة 884 / 1 ق م ج: "يجوز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو شخصا آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين".

ثانيا: صحة التراضي: يكون التراضي صحيحا عندما يكون خاليا من عيوب الإرادة المتمثلة في الغلط والإكراه والتدليس والاستغلال (1)، ويجب ان يكون صادرا عن ذي أهلية (2).

1- عيوب الرضا: قد تلحق هذه العيوب إرادة أحد المتعاقدين أو كليهما، فتفسد الرضا دون أن تزيله، فالرضا موجود، لكن الإرادة فيه غير سليمة لأنها معيبة بإحدى هذه العيوب. والعيوب التي تفسد الرضا في القانون المدني الجزائري أربعة وهي الغلط، والتدليس، والإكراه، والاستغلال، وقد نص عليها المشرع في المواد من 81 إلى 91 ق. م. ج.

2- الأهلية: يقصد بالأهلية صلاحية الشخص، لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية، التي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذلك.

(1) سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 141.

يتبين من هذا التعريف، أن الأهلية تنقسم إلى نوعين⁽¹⁾:

أ - أهلية وجوب: هي صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات.

ب - أهلية أداء: هي صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبه حقا أو أن تحمله التزامات على وجه يعتد به قانونا. وسنقتصر هذه الدراسة على أهلية الدائن المرتهن، تاركين الكلام عن أهلية المدين في محله المناسب.

بالنسبة للدائن المرتهن يعتبر الرهن الرسمي من التصرفات النافعة نفعا محضا، ولذا لا تلزم في الدائن أهلية التصرف، إذ يجوز أن يكون بالغا سن الرشد غير محجور عليه، كما يجوز أن يكون قاصرا مادام متوافرا على التمييز حتى يستطيع التعاقد، إذ تكفي فيه أهلية التعاقد تطبيقا للقواعد العامة⁽²⁾.

وهناك رأي⁽³⁾ آخر ذهب إلى القول بأن الرهن الرسمي بالنسبة للدائن المرتهن يعتبر من أعمال التصرف لأنه يتضمن استيفاء الدين، لأنه يحصل على الرهن في مقابل تقديمه للدين، ولذا يجب أن يكون الدائن المرتهن أهلا للتصرف، أي بالغا لسن الرشد وغير محجور عليه. إلا أن أماني عبد القادر عبد الفتاح، يرى أن الرهن الرسمي لا يتضمن استيفاء الدين بل هو عقد استيثاق للدين يضمن الوفاء به، وهو الرأي الراجح. فلا يعتبر من أعمال التصرف بل هو عمل نافع له نفعا محضا، فإن التمييز كاف ليعتبر أهلا لإبرامه، ولو كان محجورا عليه لسفه أو غفلة. ويترتب على ذلك، أنه يجوز لكل من الولي أو الوصي أو القيم أن يرتهن عقار الغير نيابة عن القاصر المحجور عليه دون حاجة إلى إذن من المحكمة.

الفرع الثاني: المحل في عقد الرهن الرسمي

نستطيع أن نعرف محل الالتزام بأنه الشيء الذي يلزم المدين بإعطائه أو بأدائه، أو بالامتناع عن أدائه للدائن. مثال عن الالتزام بنقل أو إنشاء حق عيني، كالالتزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري، فهنا التزام بنقل حق عيني، أما الالتزام بإنشاء حق عيني فمثاله إنشاء حق الرهن أو حق الارتفاق، ومثال الالتزام بعمل، التزام ممثل بالقيام بتمثيل دور معين في تمثيلية معينة، والتزام المهندس المعماري بتخطيط تصاميم هندسية لمؤسسة أو هيئة ما،

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني "النظرية العامة للالتزامات"، مصادر الالتزام، العقد والإرادة

المنفردة: دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 161.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 340؛ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الحقوق

العينية التبعية، القسم الأول: حق الرهن الرسمي، حق الاختصاص، ط3، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 1995، ص

.44

(3) شفيق شحاتة، النظرية العامة للتأمين العيني، ط2، المطبعة العالمية، القاهرة، مصر، 1953، ص 73.

أما الالتزام بالامتناع عن العمل، مثل التزام ممثل بعدم التمثيل في فرقة أخرى التي قد تنافس الفرقة الأولى في العمل أو الرتبة. يستلزم محل الالتزام توافر شروطا معينة تضمنتها المواد من 92 إلى 96 ق. م. ج، وهذه الشروط هي⁽¹⁾:

- أن يكون محل الالتزام ممكنا غير مستحيلا.
- أن يكون معينا أو قابلا للتعيين.
- أن يكون مشروعاً، أي غير مخالف للنظام العام والآداب.

الفرع الثالث: السبب في عقد الرهن الرسمي

يشترط المشرع الجزائري أن يكون للالتزام سببا فإذا لم يكن له سبب أو كان سببه غير مشروع، فإن العقد يكون باطلا⁽²⁾، وهو يأخذ معنى الباعث الدافع إلى التعاقد في السبب، والأخذ بالمعنى المذكور يقصد به حماية المجتمع من نشوء عقود مخالفة للنظام العام وحسن الآداب، وبذلك تتحقق مصلحة المتعاقدين والغير ومصلحة المجتمع.

المطلب الثاني: الشروط الموضوعية الخاصة لإنشاء الرهن الرسمي

إضافة للشروط الموضوعية العامة السابق ذكرها، اشترط المشرع الجزائري شروطا موضوعية خاصة بالرهن الرسمي، اصطلح على تسميتها بالشروط الموضوعية الخاصة، وهي تتمثل في أمرين: أهلية كل من المدين الراهن والدائن المرتهن للتصرف وملكيته للعقار المرهون (الفرع الأول)، وتخصيص الرهن (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أهلية الراهن للتصرف في العقار 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، ومالكا له.

أولاً: أهلية الراهن للتصرف في العقار المرهون: نعالج في هذه الفقرة أهلية المدين الراهن للتصرف في العقار المرهون بصفته مدينا (1)، ثم بصفته كفيلا عينيا (2).

1- أهلية الراهن باعتباره مدينا: يعد الرهن الرسمي بالنسبة للراهن في هذه الحالة عملا من أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر، لكون أن المدين الراهن يحصل مقابل الرهن

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص ص 204، 205.

(2) تنص المادة 97 ق. م. ج على أنه: "إذا التزم التعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا".

على قرض أو تأجيل الدين أو بوجه عام ضمان التزامه، لذا يجب أن تتوفر فيه أهلية التصرف، ومن ثم يجب أن يكون بالغا سن الرشد متمتعا بكواه العقلية، وفي حال ما إذا كان عديم التمييز كالصبي البالغ أقل من ثلاث عشر (13) سنة ومن في حكمه كان عقده باطلا بطلانا مطلقا. أما إذا كان مميزا كالصبي البالغ أكثر من ثلاث عشر (13) سنة ومن في حكمه يكون عقده قابلا للإبطال. والجدير بالذكر أن المادة 88 ق. أ. ج⁽¹⁾ توجب على الولي إذا أراد رهن عقار القاصر أن يستأذن القاضي في ذلك.

2- أهلية الراهن باعتباره كفيلا عينيا: إن الكفيل العيني - عادة - يكون متبرعا، لكن قد يتبين من الظروف أنه لم يكن كذلك، لذا وجب التمييز بين الفرضين عند الكلام عن الأهلية.

أ- أهلية الكفيل العيني المتبرع: إذا كان الكفيل العيني متبرعا، وهو الأصل، بمعنى أنه لم يتقاض مقابلا لما قدمه، فإن الرهن في هذه الحالة يعتبر بالنسبة إليه عملا من أعمال التبرع، لذلك يشترط أن تتوفر فيه أهلية التبرع. لذا يجب أن يكون بالغا سن الرشد متمتعا بقواه العقلية غير محجور عليه، فإذا كان قاصرا، سواء كان مميزا أو غير مميز، ومن في حكمه، كان عقده باطلا⁽²⁾.

ب- أهلية الكفيل العيني غير المتبرع: إذا سلم الكفيل العيني ماله رهنا لضمان دين غيره نظير مقابل يحصل عليه، فإن ذلك يعتبر عملا من أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر وتطبق في حقه الأهلية اللازمة للمدين الراهن⁽³⁾.

ثانيا: ملكية الراهن للعقار المرهون: لقد اشترط المشرع الجزائري أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون، سواء كان الراهن هو المدين أو شخصا آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين (الكفيل العيني)، طبقا لنص المادة 884 ق. م. ج، إذ أن ملكية الراهن للعقار شرط إلزامي، لأن عقد الرهن تصرف قانوني يترتب للدائن حقا عينيا تبعا على العقار يمكن من استيفاء حقه من ثمنه، فإذا لم يكن الراهن مالكا للعقار المرهون فالرهن لا يترتب آثاره القانونية. ومتى كان الراهن هو المالك للعقار، فإنه يستطيع أن يرهنه بنفسه إذا كان كامل الأهلية، فإذا لم يكن كذلك جاز لوليه أو وصيه أو للقيم أن يرهن بالشروط المذكورة في القانون.

غير أن ملكية الراهن للعقار المرهون تثير أحيانا مشاكل قانونية منها: قد يرهن شخص مالا ليس مملوكا له، أو قد ينشأ الرهن على مال مستقبلي أو قد يتصرف شخص في عقار فيرهنه

(1) قانون رقم 84-10 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة. ج. ر. ع 24، الصادر في 18 محرم عام 1404 هـ الموافق 27 فبراير سنة 1984 م. معدل ومتمم.

(2) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 111.

(3) زهية سي يوسف، المرجع السابق، ص ص 38، 39.

كأنه المالك الحقيقي له، وقد يقع الرهن على عقر مهدد بالفسخ أو الإبطال، وأخير قد يقع الرهن على ملك شائع، وسنتعرض إلى هذه الحالات بنوع من التفصيل:

1- رهن ملك الغير

أ- **تحديد المقصود برهن ملك الغير:** رهن ملك الغير هو قيام شخص برهن عقار مملوك لآخر على وجه التحديد دون أن تكون لديه وكالة قانونية أو اتفاقية بتقرير هذا الرهن⁽¹⁾، أو هو الرهن الصادر من شخص باسمه ولحسابه على عقار غير مملوك له، وليس له عليه ولاية التصرف فيه⁽²⁾، إلا أن هناك من⁽³⁾ يعرف رهن ملك الغير على النحو الآتي: "هو قيام شخص باسمه ولحسابه برهن مال عقاري موجود ومحدد ولكنه ليس مملوكا له، ولا يعتقد الناس أنه مملوك له، أو هو عقد يبرمه الراهن باسمه ولحسابه على عقار موجود ومعين ومملوك لغيره دون أن يكون مفوضا بسلطة رهنه". فهذا التعريف أكثر دقة ووضوح في رهن ملك الغير.

ب- **حكم رهن ملك الغير في التشريعات المقارنة:** نصت المادة 1/2130 من القانون الفرنسي⁽⁴⁾ على أن الأموال المستقبلية لا يمكن رهنها، وبالتالي لم يتطرق إلى رهن ملك الغير، إلا أن المشرع المصري نص صراحة على حكم رهن ملك الغير وذلك في المادة 1/1033 ق. م. م، بما يلي:

1- إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحا إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية، وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكا للراهن. كما ورد في المذكرة الإيضاحية تعليقا على هذا النص: إن كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن الرهن يكون باطلا بطلانا نسبيا...، وقد أراد المشرع أن يجعل الرهن في العقار المعين غير مملوك للراهن باطلا بطلانا نسبيا أن يوحد في الحكم ما بين بيع ملك الغير (م 632 من المشروع)، ورهن ملك الغير رهنا رسميا (م 1440 من المشروع)، ورهن ملك الغير حيازة (م 2/531 من المشروع) لوحدة العلة وتحقيقا لاتساق التشريع⁽⁵⁾.

(1) جلال محمد إبراهيم، أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 39.

(2) محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، مج14، دار محمود للنشر والتوزيع، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018، ص 295.

(3) أحمد شرف الدين، التأمينات الشخصية والعينية: الكفالة والرهن والاختصاص والامتياز، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995، ص 132.

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

انظر كذلك لدى: شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 115.

(5) مجموعة الأعمال التحضيرية. نقلا عن: أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 298.

بالرجوع الى المشرع الجزائري فرهن ملك الغير يعد باطلا عملا بالمادة 2/884، في حين بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشتري وإقرار المالك ويتضح ذلك من خلال (المواد من 397 إلى 399 ق. م. ج)، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد حذا حذو الاتجاه الذي تبناه الفقه الفرنسي على بطلان رهن ملك الغير بطلانا مطلقاً⁽¹⁾. أما بالنسبة لرهن المال المستقبلي فإنه يتفق مع رهن ملك الغير في أن كليهما لا يتوفر فيه شرط ملكية الراهن لما يرهنه، وهو أيضا باطلا بطلانا مطلقا استنادا لنص المادة 884 ق. م. ج. والمغزى من تقرير بطلان رهن المال المستقبلي هي حماية الراهن من خطورة ما يقدم عليه حتى لا يقع ضحية لاستغلال ما.

2- رهن المالك الظاهر: المالك الظاهر هو شخص غير مالك للعقار الموهون في الواقع، ويتظاهر بملكه، بحيث لو طبقنا أحكام القواعد العامة نكون في حكم رهن ملك الغير وهو رهن باطل، غير أنه متى تعامل معه الغير معتقدا بحسن النية أنه يتعامل مع المالك الحقيقي، أجاز القانون هذه المعاملة بناء على القاعدة القائلة: أن الخطأ الشائع يولد الحق⁽²⁾. فحالات المالك الظاهر تكمن في عدة حالات منها الوارث الظاهر.

إن في حالة رهن الوارث الظاهر وهو من يحمل نفسه ويحمله الناس على أنه الوارث الحقيقي، ثم يتضح العكس، توضيحا لحكم هذه الحالة، ذهب الفقه الفرنسي إلى وجوب احترام حق الوارث الحقيقي واعتبار رهن الوارث الظاهر باطلا لصدوره من صاحبه. أما القضاء فذهب إلى عكس ذلك أي وجوب حماية الغير الذي كسب هذا الحق بحسن النية، وطبق ذلك على الدائن المرتهن من الوارث الظاهر واستند إلى نظرية الأوضاع الظاهرة التي تطبق إذا توافر شرطان:

1- أن يكون الدائن حسن النية، أي يعتقد أنه يتعامل مع المالك الحقيقي.

2- أن يكون قد وقع في غلط شائع، أي غلط يمكن أن يقع فيه أي شخص يوجد في محله، ثم جرى القضاء على تطبيق هذه القاعدة على رهن المالك الظاهر بسند صوري والمالك الظاهر باسم مستعار. فالمرتهن عقارا من أحد هؤلاء بصفته الظاهرة هذه يكون ارتهانه صحيحا وناظرا في مواجهته طالما أنه حسن النية، ويكون حقه في الرهن صحيحا وناظرا في مواجهة المالك الحقيقي - حماية للأوضاع الظاهرة - مادام يعتقد أن المالك الظاهر هو المالك الحقيقي⁽³⁾.

(1) محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، ط3، مطابع دار الشعب، القاهرة، مصر، 1979، ص 43

(2) زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 44، 45.

(3) نقلا عن: محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 195.

3- رهن المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي: نصت المادة 885 ق. م. ج على أنه: "يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن، الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغائه أو زواله لأي سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن". يعتبر هذا الرهن كأن لم يكن، وحماية لحسن نية المرتهن، فيبقى الرهن صحيحاً بتوافر هذه الشروط:

- أن يكون الراهن مالكا للعقار وقت إبرام عقد الرهن.

- أن يكون المرتهن حسن النية، أي لم يعلم أن الراهن لا يزال مدينا.

إلا أن هناك حداً فاصلاً يعتبر المرتهن عنده سوء النية، وذلك إذا كان الطاعن في سند ملكية الراهن قد سجل صحيفة دعواه أو أشر بها قبل قيد حق الرهن، فإن المرتهن يعتبر سيء النية⁽¹⁾.

4- رهن العقار الشائع: تنص المادة 890 ق. م. ج على رهن العقار الشائع، سواء من جميع الشركاء، أو من أحدهم. وفي هذا الفرض الأخير، إما أن يرهن الشريك حصته الشائعة فقط، وإما أن يرهن حصة مفرزة في العقار الشائع، وإما أن يرهن العقار الشائع كله.

أ- رهن العقار الشائع من قبل جميع الشركاء: يكون رهن العقار الشائع من قبل جميع الشركاء صحيحاً وناظراً في حق جميع الشركاء، لأنه صادر منهم جميعاً⁽²⁾، وقد يقع الرهن من الشركاء المالكين لثلاثة أرباع (4/3) العقار، فرهنوا العقار لإصلاحه. ففي حالة وقوع معارضة من أقلية الشركاء، عليهم برفع الأمر إلى المحكمة خلال شهرين (2) من تاريخ إعلانهم بقرار الأغلبية. وبالتالي تقضي المحكمة في ذلك بقسمة العقار أو بتجنيب النصيب المعترض إذا كان ذلك لا يضر الشركاء الآخرين. وإذا لم تقرر المحكمة ذلك كان عليها أن تفحص قرار الأغلبية، إن احتوى على أدلة قوية قضت بنفاذه، وإن لم تجد له أدلة ومبرراً تقضي بالاستمرار في الشروع وإلغاء قرار الأغلبية⁽³⁾، وهذا ما نصت عليه المادة 832 ق. م. ج.

ولما كانت قسمة العقار الشائع ذا أثر كاشف، فإن تطبيق هذه القاعدة على رهن العقار قبل قسمته يؤدي إلى التزام كل شريك في حصته المفترزة بالرهن. وإذا آل العقار كله بعد قسمته إلى أحد الشركاء، فلا يتحمل إلا قدر حصته في الشروع ولا ينفذ رهن الباقي في العقار. إلا

(1) محي الدين إسماعيل علم الدين، التأمينات العينية في القانون المصري والمقارن: الرهن والامتياز والاختصاص، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994، ص 51.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 323.

(3) محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 59.

أن كل من المشرع الجزائري والمصري في المادتين (890 ق. م. ج، 1039 ق. م. م)، أبقيا الرهن الصادر من جميع الملاك نافذا أيا كانت نتيجة القسمة⁽¹⁾. مما يعني إذا انتهت القسمة بحصول كل شريك على حصة مفرزة بقيت الحصص محملة بالرهن، وإذا انتهت القسمة بوقوع العقار كله في نصيب أحد الشركاء تحمل بالرهن العقار كله، ويكون له الرجوع على الشركاء الآخرين بضمان المتقاسمين، إلا إذا كان قد روعي في القسمة تعويضه عن ذلك. وإذا انتهى الشيوخ ببيع العقار المرهون لعدم إمكان قسمته، فهنا إما يرسو المزاد على أحد الشركاء أو على أجنبي.

وبالتالي، إذا رسا المزاد على الشريك يراعى في تقدير الثمن قيمة الرهن. أما إذا رسا المزاد على أجنبي يطهر العقار من الرهن، وينتقل حق الدائن المرتهن إلى الثمن الراسي عليه المزاد، حيث يمارس أولويته على ثمن العقار المبيع والذي يحتجز لهذا الغرض، وإذا بيع العقار المرهون إلى أجنبي بواسطة الشركاء، انتقل العقار المثقل بالرهن إلى المشتري⁽²⁾.

ب- رهن العقار الشائع من طرف أحد الشركاء: قد يرهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار الشائع، كما قد يرهن حصته المفرزة، وقد يرهن العقار الشائع كله.

- رهن الشريك لخصته الشائعة: الشريك على الشيوخ يملك حصته الشائعة ملكية تامة فله أن يتصرف فيها بجميع التصرفات القانونية بما فيها الرهن، على أن لا يضر بحقوق باقي الشركاء أثناء الشيوخ. وبناء على ذلك، إذا رهنها يعد رهنها صحيحا ونافذا في حق باقي الشركاء⁽³⁾، طبقا لنص المادة 836 ق. م. ج التي جاء فيها ما يلي: "كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها".

وعليه، إذا حل أجل الدين ولم يحصل الوفاء، قام الدائن المرتهن بالتنفيذ على هذه الحصة وبيعها بالمزاد العلني، ويحل الراسي عليه المزاد محل الشريك الراهن في الشيوخ⁽⁴⁾.

- رهن الشريك لخصته المفرزة: لا يكون لأي من الشركاء أية ملكية خاصة في العقار قبل قسمة المال الشائع، فإذا رهن الشريك جزءا مفرزا من العقار، لا ينفذ هذا الرهن في مواجهة الشركاء الآخرين، لأن حق كل منهم يتعلق بهذا الجزء ولا ينفرد الشريك الراهن من دونهم بسلطة التصرف فيه، بل يبقى هذا التصرف غير نافذ حتى تظهر نتيجة القسمة.

(1) سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 203.

(2) زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 48.

(3) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 138.

(4) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 74، 75؛ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 49.

فإذا كان المرتهن لا يعلم بحالة الشئوع، يستطيع المطالبة بإبطال التصرف للغلط إلا أنه في حالة العلم بالشئوع كان الرهن صحيحاً، فإذا وقع الجزء المفروز من نصيب الشريك الراهن اعتبر كأنه مالك له منذ البداية. وإذا لم يقع في نصيبه بل وقع على جزء آخر من نفس العقار أو من عقار آخر انتقل الرهن إلى هذا الجزء الآخر، وحتى يحتفظ الراهن بمرتبة الرهن، يستوجب عليه أن يقوم بقيد جديد متبعا في ذلك الإجراءات السابق ذكرها، حتى يحتفظ بمرتبة الرهن الأول⁽¹⁾.

- رهن الشريك للعقار الشائع كله: إذا قام أحد الشركاء برهن العقار الشائع، فإن الرهن يقع صحيحاً بالنسبة لخصته ولا يكون نافذاً في حق سائر الشركاء الشائعين ويظل مصيره متوقفاً على نتيجة القسمة. فإذا آل العقار المرهون إلى الشريك الراهن نتيجة القسمة أو البيع لعدم إمكان قسمته عينا، فإن الرهن سيستقر نهائياً ويصبح نافذاً، ويحتفظ الدائن بنفس المرتبة التي اكتسبها من القيد الأول دون حاجة إلى إجراء قيد جديد. وإذا اختص الراهن بجزء مفروز من العقار، فالرهن يقع على هذا الجزء وينحصر على بقية الأجزاء تطبيقاً للأثر الكاشف للقسمة، ويسقط أجل الدين المضمون بسبب إضعاف التأمين ما لم يقدم الراهن تأمينا إضافياً. وإذا اختص الراهن بعقار آخر انتقل الرهن إليه وفقاً لأحكام المادة 2/890 ق. م. ج المقابلة للمادة 2/1039. وبالتالي يجوز للدائن المرتهن أن يطلب إبطال الرهن على أساس الغلط إذا كان يجهل أن الراهن لا يملك العين المرهونة مفروزة⁽²⁾.

والملاحظ إذا وقع في نصيب الشريك الراهن على منقول، رأى بعض الفقه أن الدائن المرتهن فاقد حلقه في الرهن على اعتبار أن الرهن الرسمي لا يقع إلا على عقار⁽³⁾. أما الرأي الآخر⁽⁴⁾ يرى بانتقال حق الدائن إلى هذا المنقول بذات مرتبته مع تحوله إلى رهن حيازي تطبيقاً لمبدأ الحلول العيني، أي له أن يطالب بتسليمه العين المنقولة ليحوزها أو ليحوزها غيره، فله أن يبيعه فوراً ليستوفي حقه من ثمنه إذا كان حقه مستحق الوفاء. وإذا اختص الشريك الراهن بمبلغ من المال استوفى الدائن حقه بالتقدم من هذه النقود إن كان أجل دينه قد حل⁽⁵⁾.

(1) نقلاً عن: زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 51.

(2) محمد حسنين منصور، النظرية العامة للاتتمان العيني: صور الائتمان وضمائنه والوسائل التقليدية والحديثة لحمايته، الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 236.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 335.

(4) أحمد سلامة، التأمينات العينية والشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1970، ص ص 175، 179.

(5) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 331.

لكن إن كان الأجل لم يحل بعد، فيسقط لانقضاء التأمين ما لم يقدم المدين ضمانا كافيا، ويستوفى الدائن حقه من النقود إذا سقط الأجل⁽¹⁾.

5- رهن المباني المقامة على أرض الغير: الأصل أن مالك الأرض هو الذي يقيم على أرضه بناء أو غراس أو منشآت أخرى على نفقته، فيكون مالكا لها. معنى ذلك أن إقامة الغير دليلا على أنه هو الذي أقام هذه المنشآت على أرض الغير على نفقته، لا يكسبه بذاته ملكيتها، ما لم يقيم الدليل على أن مالك الأرض قد خوله إقامتها أو تملكها بالاتصاق⁽²⁾، وفي حالة ما إذا قام بالبناء على أرض غيره، فلا يعتبر مالكا للبناء الذي أقامه. وإذا قام برهن ذلك البناء لضمان دين عليه، كان راهنا لمالك الغير، ويعد باطلا في القانون الجزائري.

6- الرهن الصادر من الحائز المتحصل على شهادة الحيازة وفقا لأحكام قانون التوجيه العقاري: لقد تضمن القانون رقم 90-25 المتضمن التوجيه العقاري⁽³⁾، سندا حيازيا يسمى "شهادة الحيازة" متمثلا في محرر رسمي يمكن حائزه من بعض امتيازات الملكية، ماعدا سند الملكية⁽⁴⁾. فنصت المادة 1/39 منه على: "يمكن كل شخص حسب مفهوم المادة 823 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يمارس في أراضي الملكية الخاصة، التي لم تحرر عقودها، ملكية مستمرة وغير منقطعة وهادئة وعلانية لا تشوبها شبهة أن يحصل على سند حيازي يسمى "شهادة الحيازة" وهي تخضع لشكليات التسجيل والإشهار العقاري، وذلك في المناطق التي لم يتم فيها إعداد مسح الأراضي".

فعملا بذلك تم إصدار المرسوم التنفيذي رقم 91-254، المحدد لكيفيات إعداد شهادة الحيازة وتسليمها⁽⁵⁾، وجاء في المادة 2 منه على: "مع مراعاة الشروط المحددة بموجب المادة 39 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1990 والمذكور أعلاه، يتولى إعداد شهادة الحيازة وتسليمها، رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليميا، بناء على عريضة من الحائز أو الحائزين، تقدم إما بمبادرة منهم أو في إطار جماعي كما هو محدد في المادة 3

(1) أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 150.

(2) همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية: الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 324.

(3) قانون رقم 90-25 مؤرخ في أول جمادى الأولى عام 1411 الموافق 18 نوفمبر سنة 1990 يتضمن التوجيه العقاري. ج. ر. ع 49، الصادر في أول جمادى الأولى عام 1411 هـ الموافق 18 نوفمبر سنة 1990م. معدل ومتمم.

(4) حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 10.

(5) مرسوم رقم 91-254 مؤرخ في 15 محرم عام 1412 الموافق 27 يوليو سنة 1991 يحدد كيفيات إعداد شهادة الحيازة وتسليمها، المحدثة بموجب المادة 39 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1990 والمتضمن التوجيه العقاري. ج. ر. ع 36، الصادر في 19 محرم عام 1412 هـ الموافق 31 يوليو سنة 1991م.

أدناه. لا تقبل العريضة إلا إذا كانت الحيازة ممارسة وفق أحكام المادة 413 من قانون الإجراءات المدنية، منذ سنة على الأقل وكان الأمر متعلقا بأراضي الملكية الخاصة التي لم تحرر عقودها، وتقع في بلدية أو جزء من بلدية لم يتم مسح الأراضي فيها". من تحليل النصين يتبين اشتراط المشرع بعض الشروط لإعداد شهادة الحيازة، شروط تتعلق بالعقار المحجوز، وأخرى بوضع اليد، ومدة الحيازة الواجب توافرها⁽¹⁾.

وإن تحققت الشروط، يمكن للمعني بالأمر تقديم ملف تقني للمصالح المختصة بالبلدية التي يقع فيه العقار المحجوز، ويبادر رئيس المجلس الشعبي البلدي إلى تسليم المعني بالأمر شهادة الحيازة، بعد أن يم تسجيلها بمصلحة التسجيل والطابع بمفتشية الضرائب وشهرها بالمحافظة العقارية⁽²⁾.

ومن نتائج تسليم شهادة الحيازة، ما نصت عليه المادة 44 من قانون التوجيه العقاري، حيث قضت بأنه: "يمكن الحائز أن رهنا عقاريا صحيحا من الدرجة الأولى لفائدة هيئات القرض ينطبق على العقار الذي ذكر في شهادة الحيازة، ويكون ذلك ضمانا للقروض المتوسطة والطويلة الأمد". وبذلك يمكن للحائز ترتيب رهن عقاري من الدرجة الأولى لفائدة هيئات القرض، وهذا بالرغم من أن المادة 2/884 تنص على أنه يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون. من خلال ذلك يرى الفقه في الجزائر أن علة تقنين مثل هذا الاستثناء هي محاولة التحفيز على ترقية الاستثمار الفلاحي⁽³⁾.

وبلاحظ أنه في حالة ظهور المالك الحقيقي للعقار، ومطالبته باستحقاق ملكيته وإلغاء شهادة الحيازة المسلمة للحائز، فإن الرهن الذي يكون الحائز قد رتبته لفائدة هيئات القرض في الفترة بين اعتباره حائزا وإلغاء شهادة الحائز يبقى صحيحا وناظرا في مواجهة المالك الحقيقي.

الفرع الثاني: تخصيص الرهن

ظهر نظام تخصيص الرهن في القانون المدني الفرنسي الحديث (قانون نابليون)، حيث لا يرد هذا الأخير إلا على عقار أو على عقارات معينة لضمان دين معين، ثم نظم في التشريعات الأخرى، منها القانون المدني المصري في المادة 1035، والقانون المدني الجزائري في المادة 886 منه⁽⁴⁾.

(1) انظر في تفاصيل هذه الشروط: حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص ص 113، 114.

(2) سماعين شامة، النظام القانون الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومه للنشر والتوزيع، 2004، ص ص 59، 62؛ حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص ص 129، 146.

(3) الجبلاي عجة، أزمة العقار الفلاحي ومقترحات تسويتها، دار الخلدونية، الجزائر، 2005، ص 252.

(4) زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 56.

للتخصيص مزايا عدة متعلقة بالمدين أو الدائن أو الائتمان العقاري، فهو يفيد المدين الراهن في الاقتصار على رهن العقار أو العقارات التي تتناسب في القيمة مع الدين، فتبقى باقي ممتلكاته العقارية غير مثقلة بالرهن، فيستطيع رهنها إن تطلب الأمر ذلك، ويستطيع التصرف فيها دون أن تكون مثقلة بحقوق الغير.

كما يفيد التخصيص الدائن المرتهن، يمكنه من معرفة ما يتقل 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 أن الرهن العام يجمد الثروات نتيجة شموله جميع العقارات⁽¹⁾.

وعليه، نقوم بدراسة تخصيص الرهن الرسمي من حيث العقار المرهون (أولاً)، ثم تخصيص الرهن من حيث الدين المرهون (ثانياً).

أولاً: تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون: نقوم في هذا الجانب من الدراسة بتبيان شروط تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون (1)، ثم تعيين ملحقات العقار المرهون (2).

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

أ- أن يرد الرهن الرسمي على عقار: نصت المادة 886 ق. م. ج: "لا يجوز ان ينعقد الرهن إلا على عقار..."، وكذلك مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني، بحيث لا يصح أن يرد على منقول مادي أو غير مادي ولو اتفق الأطراف على ذلك. فالرهن الرسمي يسمح للراهن بالاحتفاظ بحياسة المال المرهون اكتفاء بشهره كوسيلة لإعلام الغير بما ورد على هذا المال من حق عيني تبعي⁽²⁾. غير أن المنقول بما يتميز به من سرعة انتقاله من يد لأخرى ومن مكان لآخر، وإمكانية احتجاج الغير حسن النية بقاعدة الحياسة في المنقول سند الملكية. فلا يجوز رهن الأموال المنقولة، فإذا رهنتم وقع رهنها باطلا لوروده على محل غير صالح له قانوناً⁽³⁾.

وعليه، فالعقارات بالتخصيص لا يجوز رهنها مستقلة عن العقارات المخصصة لخدمتها واستغلالها، لأن العقارات بالتخصيص منقولات بطبيعتها ولم تكتسب الصفة العقارية إلا بسبب إلحاقها بالعقار.

(1) محمد حسنين منصور، المرجع السابق، ص ص 197، 198.

(2) همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 269.

(3) زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 58.

ب- أن يكون العقار مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني: تعد الغاية الأساسية من الرهن هي تمكين الدائن المرتهن من التنفيذ على العقار المرهون واستيفاء حقه من ثمنه في حالة اخلال المدين لدفع دينه، فيشترط أن يكون العقار المرهون مما يجوز التعامل فيه، ومما يجوز بيعه بالمزاد العلني، طبقا لما نصت عليه المادة 887 ق. م. ج.

ج- أن يكون العقار موجودا وقت الرهن: يشترط القانون أن يرد الرهن على عقار موجود فعلا وقت العقد، ويترتب على ذلك بطلان رهن المال المستقبل، أي بطلان الرهن الذي يرد على عقار غير موجود فعلا وقت التعاقد⁽¹⁾.

إلا أن تقرير بطلان رهن المال المستقبلي لسبب عدم وجود المال في الحال، رغم إمكان وجوده في المستقبل ورغم تعيينه تعيينا نافيا للجهالة- كاستثناء على القاعدة العامة في جواز التعامل في الأشياء المستقبلية- ليس له ما يبرره، بل على العكس فإن من شأنه أن يعيق الائتمان ويعرقل المعاملات المشروعة، ومن الأجدر قصر البطلان على المال المستقبل غير المعين⁽²⁾.

د- أن يكون العقار معينا تعيينا دقيقا: نصت على هذا الشرط المادة 885 ق. م. ج التي جاء فيها ما يلي: "يجب أن يكون العقار المرهون معينا بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه، وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته، أو في عقد رسمي لاحق وإلا وقع الرهن باطلا".

وعليه، يتبين من المادة وجوب تعيين العقار تعيينا دقيقا ينفي عنه الجهالة، فيجب تعيينه في عقد الرهن الرسمي ذاته أو في عقد رسمي لاحق، وإن تخلف تعيين العقار المرهون يبطل الرهن بطلانا مطلقا.

2- تعيين ملحقات العقار المرهون: إن تعيين العقار المرهون يجعل الرهن يمتد إلى ملحقاته التي تعتبر عقارا بحكم القانون، ما لم يتفق على غير ذلك. والعلة من امتداده إلى الملحقات أنها تابعة له، لاعتبار أن الفرع يتبع الأصل ويخدمه. ويشترط لامتداد الرهن إلى ملحقات العقار المرهون أن تكون من العقارات بطبيعتها (كحق الارتفاق المقرر لخدمة العقار المرهون).

أ- العقارات بالتخصيص: هي منقولات بطبيعتها رصدها مالكاها لخدمة أو استغلال العقار الذي يملكه، كالسيارة التي توضع بالعقار لخدمة مالكه، فيكتسب لمنقول الصفة العقارية لأنه

(1) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 121.

(2) همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 270.

اندمج في العقار وارتبط معه وأخذ حكمه، ويشملها الرهن بحكم القانون دون حاجة إلى النص عليها في العقد (ما لم تستبعد بحكم الاتفاق)⁽¹⁾، كالألات الزراعية والماشية المخصصة لخدمة الأرض الزراعية، والمفروشات

وإذا كان رهن العقار يمتد إلى المنقولات المخصصة لخدمة العقار، تقيدت حرية الراهن في التصرف فيها، وأصبح حق الدائن متعلقاً بها. وإذا تصرف فيها الراهن، حق للدائن المرتهن استرجاعها إلا إذا كان هذا الغير المتصرف إليه حسن النية، فهنا بالطبع لا يتمكن الدائن من استردادها، بل له أن يحجز على ثمنها في يد المتصرف إليه⁽²⁾.

ب- التحسينات والإنشاءات: تعتبر التحسينات والإنشاءات جميع العناصر المادية أو القانونية التي تضاف إلى العقار المرهون فتزيد من قيمته، سواء كانت زيادة بفعل الطبيعة، كزيادة مساحة الأرض بتراكم طمي النهر بجوارها فإنها تكون ملحقة بالعقار المرهون، ويشملها الرهن دون حاجة إلى ذكر ذلك، ولو أدخلت هذه التحسينات بعد الرهن بوصفها تابعة للعقار المرهون، فيمتد إليها الرهن بحكم القانون، أو كانت زيادة بفعل الظروف الاقتصادية في المجتمع كتفويض مشروعات عامة بجوار العقار المرهون أو بفعل الإنسان، كالتحسينات التي ينشؤها المالك الراهن بنفسه أو الغير وآلت للراهن. كما إذا بنى مالك الأرض المرهونة مبنى على هذه الأرض أو قام بتعليق المبنى المرهون أو إصلاحات⁽³⁾.

ج- إلحاق الثمار بالعقار المرهون: تعد ثمار العقار كل ما ينتجه العقار من منافع وفوائد في مواعيد دورية دون أن يلحقه أي تلف أو نقص في جوهره، أي دون أن يؤدي فصلها إلى المساس بأصل الشيء⁽⁴⁾. وقد قسم الفقه الثمار إلى ثمار طبيعية، مستحدثة، ومدنية⁽⁵⁾، فالثمار الطبيعية، هي ما ينتجه العقار مباشرة دون تدخل الإنسان كالكلاً الناتج في المروج، أما الثمار المستحدثة، فهي التي تتولد من العقار بفعل الإنسان كالخضر والفواكه وغيرها من الحبوب، والثمار المدنية هي ما يقبضه المالك من غيره نظير منح بعض سلطاته لهذا الغير، فالدخل

(1) ملاك عبد اللطيف عبد الحسين، حق المرتهن في حبس المرتهن: دراسة مقارنة، رسالة معدة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، فرع: القانون الخاص، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، 2013، ص 98.

(2) سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 169.

(3) خولة كاظم محمد راضي المعموري، مبدأ تخصيص الرهن: دراسة مقارنة، رسالة معدة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، فرع: قانون مدني، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2008، ص 40.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 363.

(5) عمار نكاع، انتقال الملكية العقارية في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: قانون، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2012، ص 43.

النقدي الذي يجنيه المالك مقابل تخليه عن الانتفاع بالعقار لغيره أو جراء منحه حق السكن يعد ثمار مدنية.

الأصل أن الثمار لا تعتبر من ملحقات العقار المرهون، إلا أن المشرع الجزائري ألحق هذا الثمار بالعقار المرهون من تاريخ البدء في التنفيذ على العقار المرهون ببيعه في المزاد العلني، لأن إجراءات التنفيذ على العقار المرهون من قبل المالك الراهن تكون من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية، فالثمار تلحق بالعقار من ذلك التاريخ، طبقاً للمادة 888 ق. م. ج. أما في مواجهة الحائز فتكون إجراءات التنفيذ بعد إنذاره بالدفع أو التخلية حسب المادة 930 ق. م. ج.

وبالتالي، فإن الثمار تلحق بالعقار المرهون من هذا التاريخ. فإذا تركت الإجراءات مدة ثلاث (3) سنوات، فلا يرد الحائز للثمار إلا من وقت توجييه إنذار جديد إليه. ويجب أن يكون الإنذار مصحوباً بتبليغ التنبيه إليه، وإلا كان باطلاً، حيث تلحق الثمار بالعقار المرهون من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية أو الإنذار بالدفع أو التخلية حسب الأحوال، ويتعلق حق الدائن المرتهن بهذه الثمار تعلقه بالعقار المرهون. وللدائن المرتهن حق التقدم على ثمن هذه الثمار حسب مرتبته ودون الإضرار بالغير الذي يكون له حق على هذه الثمار من قبل، ويسري هذا الحكم على كافة أنواع الثمار دون تفريق بين الثمار المدنية والمستحدثة والطبيعية⁽¹⁾.

ثانياً: تخصيص الرهن من حيث الدين المضمون: إن تخصيص الدين المضمون شق ثاني لمبدأ تخصيص الرهن، فيجب تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون، وأيضاً من حيث الدين المضمون. فالرهن لا ينشأ إلا ضماناً لدين. مضمون هو الأصل، والعقار المرهون هو الفرع التابع، فيجب تحديد الأصل وتحديد الفرع التابع.

وفيما يلي، نتطرق إلى مبدأ تبعية الدين المضمون (1)، وطبيعة الدين المضمون وأوصافه (3)، ثم كيفية تحديده (3).

1- مبدأ تبعية الدين المضمون: تنص المادة 893 ق. م. ج على أنه: "لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون بل يكون تابعا له في صحته وفي انقضائه ما لم ينص القانون على غير ذلك. وإذا 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) نقلا عن: زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 67.

يستخلص البعض⁽¹⁾ من هذا النص ما يلي:

- أن حق الرهن تابع للحق المضمون الذي قام لضمان الوفاء به، فالحق المضمون أصل، وحق الرهن فرع. وأن الفرع يتبع الأصل وهو الدين المضمون في وجوده، وفي صحته، وفي انتقاله، وانقضائه.

- المشرع حرص على تأكيد مبدأ تبعية الرهن للدين المضمون، حتى لو كان مقدما من شخص آخر غير المدين وهو ما يعرف بالكفيل العيني، ولذلك أعطاه القانون الحق في التمسك بجميع الدفوع التي يحق للمدين أن يحتج بها في مواجهة الدائن ولو لم يتمسك المدين بها، أو تنازل عنها، فضلا عن حقه في التمسك بالدفوع الخاصة والناشئة عن الرهن، وصفة التبعية التي تلحق بالتأمينات العينية عموما ومنها الرهن بنوعيه "الرسمي والحيازي"، إنما تأتي من أن نظم التأمينات في مجموعها تابعة ووظيفتها ضمان الوفاء بالتزام معين، فهي لا تقوم بذاتها، ولكنها تستند دائما إلى التزام تلحق به وتتبعه وتعمل على ضمان الوفاء به.

2- طبيعة الدين وأوصافه: يظهر أن الرهن يصح أن ينشأ ضمانا لجميع الالتزامات المدنية أيا كان مصدرها ومحلها وأوصافها وهذا طبقا لما ورد في المادتين 882 و 891 ق. م. ج.

أ- طبيعة الدين المضمون: يصح أن ينشأ الرهن ضمانا لجميع الالتزامات المدنية أيا كان مصدرها، سواء كان تصرفا قانونيا أو واقعة قانونية، كما يصح أن ينشأ الرهن ضمانا لجميع الالتزامات أيا كان محلها، سواء كان مبلغا من النقود أو التزاما بعمل أو التزاما بالامتناع عن عمل، وفي هاتين الحالتين يتحدد الرهن بأن يصبح ضامنا للوفاء بالتعويض الذي يستحقه الدائن إذا حدث إخلال بهذا الالتزام أو ضامنا لما قد يقضي به على المدين إذا تم التنفيذ العيني بواسطة الدائن جبرا على المدين وعلى نفقته.

ب- أوصاف الدين المضمون: نصت المادة 891 ق. م. ج على أنه: "يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبلي أو احتمالي كما يجوز أن يترتب ضمانا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين".

يتضح من نص هذه المادة أنه إذا كان الدين معلقا على شرط فمعناه إما معلقا على شرط فاسخ أو واقف. فالدين المعلق على شرط فاسخ هو دين موجود لكن مصيره مرتبط بتحقيق

(1) نقلا عن: علاوة هوام، زوبير براحلية، تبعية الرهن للدين المضمون في التشريع الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 10، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، جانفي 2017، ص 58.

الشرط أو تخلفه؛ فقبل تحقق الشرط يحق للدائن أن يشترك في التوزيع بحسب مرتبة رهنه، وإذا تخلف الشرط، استقر الالتزام واستمر الرهن قائماً ضماناً له. أما إذا تحقق الشرط فإن الالتزام يزول بأثر رجعي ويكون الدائن ملزماً برد ما أخذه، لذلك، يتجه بعض الفقه والقضاء في فرنسا إلى إلزام الدائن في هذه الحالة بتقديم ضمان كاف يكفل رد استوفاه في حالة تحقق الشرط الفاسخ وزوال حقه⁽¹⁾.

فإذا لم يفعل جاز لسائر الدائنين أن يعارضوا في تسلمه قيمة ما يستحق له في التوزيع حتى يتبين مصير الشرط، بل يحجز له نصيبه إلى أن يتبين مصير الشرط، فإذا تخلف الشرط حصل الدائن على ما حجز له. وإذا تحقق الشرط يعاد توزيع ما حجز له على الدائنين اللاحقين ليحصل كل منهم بما يخصه على اعتبار عدم وجود الدين المعلق على شرط فاسخ⁽²⁾. أما إذا كان الدين المضمون بالرهن معلقاً على شرط واقف فهو الدين المحتمل فقد يتحقق الشرط، ويتأكد تبعاً لذلك الرهن لضمان الدين المحقق، وإذا تخلف الشرط زال الرهن لعدم وجود الدين⁽³⁾.

3- كيفية تحديد الدين المضمون: نص المشرع من خلال المادة 2/886 ق. م. ج، صراحة على وجوب تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون عن طريق تعيينه بالذات تعييناً دقيقاً إلا أنه فيما يخص الدين المضمون، واكتفى بضرورة تعيين الدين إذا تعلق الأمر بالديون الشرطية والمستقبلية والاحتمالية، فنصت المادة 891 ق. م. ج على وجوب تحديد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين. وبالتالي المادة 891 ق. م. ج تهدف إلى تحقيق جوازية ترتيب رهن على الديون الشرطية والمستقبلية والاحتمالية. وجوبية تحديد مبلغ الدين المضمون أو حده الأقصى الذي ينتهي إليه. كما حددت المادة 891 ق. م. ج الدين المضمون من حيث مقداره إلا أن الفقه حدده من حيث مصدره بما يلي:

أ- تحديد الدين المضمون بمقداره: يجب أن يتحدد الدين المضمون بمقداره سواء تعلق الأمر بمبلغ النقود أو الالتزام بعمل أو الالتزام بالامتناع عن عمل. فإذا تعلق الأمر بمبلغ من النقود فيجب بيان رأس المال وموعد استحقاقه والفوائد وتاريخ بدء سريانها.

فمثلاً إذا كان الرهن يضمن ما اقترضه الدين فيجب أن يذكر في عقد الرهن مبلغ هذا القرض كاملاً وموعد استحقاقه وفوائده- إن وجدت- وتاريخ بدء سريانها. وما يقال عن الديون المنجزة ينطبق أيضاً على الديون المؤجلة والمعلقة على شرط؛ فإذا كان الدين مستقبلاً كاعتماد

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 495.

(2) منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، المطبعة العالمية، القاهرة، مصر، 1963، ص 121.

(3) زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 69.

مفتوح، أو احتماليا كفتح حساب جار، كان تحديد مقدار الدين المضمون بتحديد الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين حسب ما تنص عليه المادة 891 ق. م. ج.

أما إذا تعلق الأمر بالالتزام بعمل أو بالامتناع عنه، فيجب تحديد التعويض المحكوم به عن الإخلال بالالتزام، حيث يجب تعيين العناصر المعروفة لمقدار هذا التعويض حتى يصبح هذا المقدار معروفا قدر الإمكان، وعند القيد فيجب تحديد مبلغ تقريبي ينتهي إليه الدين، وهذا المبلغ هو الذي يطلع عليه الغير ويحتج عليه به⁽¹⁾.

تكمن أهمية تحديد مقدار الدين المضمون في حماية مصالح الدائنين الذين يتعاملون مع المدين بعد الرهن، إذ أنه لا يكفي للغير أن يعلم بأن العقار مرهون، بل يعنيه أيضا معرفة قدر الدين المضمون، فهو بذلك يستطيع أن يقدر إلى أي مدى قد استنفذ المدين ائتمانه على العقار. وبالتالي، إلى أي مدى لازال هذا العقار صالحا لمنح ائتمان، وهنا تتلاقى مصالح الدائنين مع المدين، ذلك أن المدين إذا عرض العقار رغبة منه في الاقتراض، فمصلحته ظاهرة في أن يبين للغير أن هذا العقار لم تستنفذ منه قيمته برهون سابقة، ولا يتييسر ذلك إلا بتقديم بيان صادق يبين فيه قدر الديون المضمونة⁽²⁾.

ب- تحديد الدين المضمون بمصدره: عملا بنص المادة 891 ق. م. ج، يجب تحديد الدين المضمون بمصدره، وذلك بذكر هل هو ناشئ عن عقد أو إرادة منفردة أو فعل نافع أو نص في القانون. وبهذا التحديد يطمئن الدائنون إلى أن المدين لن يتلاعب على نحو قد يضر بحقوقهم، فقد يتقرر الرهن ضمانا للوفاء بدين معين لصالح أحد الدائنين، ثم يسدده للمدين، ومع ذلك يبقى الرهن قائما بمرتبته القديمة لضمان الوفاء بديون أخرى استحققت⁽³⁾.

4- جزاء عدم تخصيص الرهن من حيث الدين المضمون: الرهن يبطل بطلانا مطلقا في القانون الجزائري، لعدم تخصيص الرهن من ناحية الدين المضمون. ومن ثم، يستطيع أن يتمسك به كل ذي مصلحة. كالمدين والدائن المرتهن وورثة كل منهما أو الخلف الخاص، والدائنون المرتهنون المتأخرون في المرتبة، وحائز العقار المرهون⁽⁴⁾.

(1) حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص ص 202، 203.

(2) شمس الدين الوكيل، الموجز في نظرية التأمينات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1967، ص 109.

(3) المرجع نفسه، ص 110.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص ص 373، 374.

المبحث الثاني: الأركان الشكلية لإنشاء الرهن الرسمي (الرسمية كركن لإنشاء الرهن

(الرسمي)

إن الرهن الرسمي لا يصح الاعتداد به من الناحية القانونية، إذا لم يتوافر فيه ركن الشكلية، والشكلية المطلوبة في مثل هذا النوع من رهون هي الشكلية الرسمية، حيث ألزم المشرع إخضاع الرهن الذي يجريه المدين على العقار إلى الرسمية، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على خطورة مثل هذه التصرفات التي يقتضي حمايتها من خلال اشتراط الرسمية فيها. ويترتب على اشتراط الرسمية كركن لصحة عقد الرهن، وجوب توافر نفس الشكل أي الرسمية في بعض أنواع العقود الخاصة بالرهون التي نص عليها القانون المدني الجزائري.

وعليه، نبين من خلال هذا الحيز من الدراسة المقصود بالرسمية في عقد الرهن (المطلب الأول)، ثم نقدم صورا لبعض العقود التي تطبق عليها الرسمية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المقصود بالرسمية

يعتبر الرهن الرسمي من بين العقود التي تتطلب الشكلية الرسمية في إبرامها، وذلك تحقيقا لاعتبارات جديرة بالحماية، ومن ثم. فقد رتب المشرع الجزاء القانوني في حالة تخلف هذا الركن. للإلمام أكثر بهذا الجانب من الدراسة، ينبغي إعطاء تعريف للرسمية (الفرع الأول)، ثم إبراز الأهمية العملية للرسمية في عقد الرهن (الفرع الثاني)، وأخيرا الجزاء المترتب في حالة عدم توافر هذا ركن الرسمية في عقد الرهن (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الرسمية

تعرف الرسمية أو بالتدقيق الكتابة الرسمية بأنها الكتابة التي يثبت فيها موظف عام أو مكلف بخدمة عامة طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود اختصاصه ما تم على يديه أو ما أدلى به ذوي الشأن في حضوره، فهي الورقة التي يتم تحريرها من طرف موظف مختص بتحرير العقود. وهذا الموظف هو الموثق الذي يحرر العقد وفقا للأوضاع والأشكال التي رسمها القانون، ويثبت فيها الرضا وإلا لا ينشأ الرهن⁽¹⁾. ولقد نصت عليه المادة 3 من القانون رقم 02-06 المتعلق بمهنة التوثيق⁽²⁾ على أن: "الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة

(1) أنور العمروسي، الحقوق العينية التبعية التأمينات العينية في القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 23.

(2) قانون رقم 02-06 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق. ج. ر. ع، 14، الصادر في 8 صفر عام 1427 هـ الموافق 8 مارس سنة 2006م.

العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة".

ويقصد بالرسمية طبقا لما ورد في نص المادة 324 ق. م ج على أنها: "عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه". وبالتالي، فقد نصت المادة 1/883 ق. م. ج أنه: "لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون".

ويرى البعض⁽¹⁾ بوجود الرسمية بالنسبة لرضا الطرفين لأن القانون نص على وجود الرسمية بعقد رسمي، والرهن لا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول معا. كما ان الرسمية تشترط في انعقاد الرهن أيا كان مصدر الدين المضمون، سواء أكان عقدا أو فعلا نافعا، أو فعلا ضارا والغالب أن يكون الدين قرضا وأن يقرن عقد الرهن بعقد القرض وأن تدون ما في ورقة رسمية واحدة. وإذا سبق القرض الرهن فإن الرسمية تكون ضرورية في الرهن دون عقد القرض، وعلى ذلك يجوز إثبات الدين في ورقة عرفية على أن يكون الرهن بورقة رسمية⁽²⁾.

الفرع الثاني: الأهمية العملية للرسمية

تعتبر الرسمية ركنا شكليا لإنشاء عقد الرهن الرسمي وطبقا لنص المادة 1/883 ق. م. ج، فإذا تخلفت أصبح العقد باطلا بطلانا مطلقا. وبالتالي، تتميز هذه الرسمية في العقود ومن بينها عقد الرهن الرسمي بالأهمية البالغة. لذا، سنبين الأهمية العملية للرسمية لكل من الدائن المرتهن والمدين الراهن (أولا)، وللرهن ذاته (ثانيا) فيما يلي:

أولا: حماية مصلحة كل من الدائن المرتهن والمدين الراهن: تعتبر الرسمية تذكيرا للمدين الراهن بخطورة ما هو مقدم عليه من تصرف قد ينتهي بفقدان العقار المرهون فينتريث في الأمر، وهو غالبا ما يقوم ويدافع تحقيق مصلحة عاجلة بترتيب رهن على عقار أملا في أن تتحسن ظروفه في المستقبل إلا أنه يخيب ظنه نتيجة عجزه عن الوفاء بالدين وبيع العقار بالمزاد العلني بقيمة الدين الذي عليه. أما بالنسبة للدائن المرتهن فالرسمية تجعله في مأمن من خطر عدم ملكية الراهن للعقار المرهون أو عدم أهليته للتصرف فيه، وبالإضافة إلى ذلك تضع الرسمية في يده سندا قابلا للتنفيذ متى حل أجل الدين دون حاجة إلى حكم، كذلك فإن اشتراط الرسمية يتطلب الائتمان ذاته وذلك بكتابة العقد كتابة صحيحة⁽³⁾.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 283.

(2) المرجع نفسه، ص 283.

(3) أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 158.

ثانيا: حماية الرهن ذاته: تحقق الرسمية فائدة للرهن ذاته وللاتئمان العقاري بصفة عامة، لأنها تضمن إلى حد كبير أن تراعي في إبرام العقد الشروط اللازمة لصحته من الأهلية وملكية الراهن وتخصيص الرهن، وضرورة كتابة العقد كتابة صحيحة، ولا يتوفر ذلك إلا إذا كان العقد رسمياً.

الفرع الثالث: جزاء الإخلال بالرسمية: إن الجزاء المترتب على تخلف الرسمية في عقد

الرهن الرسمي هو البطلان المطلق ذلك أن الرسمية ركن فيه لا يقوم العقد بدونها وهذا ما نصت عليه المادة 883-1 ق م ج.

يعتبر عقد الرهن الرسمي عقد شكلي، ولا يكون صحيحاً إلا إذا كان في ورقة رسمية. وعليه، يترتب على تخلف الرسمية بطلان الرهن الرسمي بطلا مطلقاً، وعقد الرهن الرسمي الباطل لا يمكن أن يكون وعداً بالرهن، لأن عقد الوعد بالرهن يجب أن يكون هو أيضاً في ورقة رسمية، شأنه في ذلك شأن عقد الرهن الرسمي⁽¹⁾، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 71 ق. م. ج: "وإذا اشترط القانون لتتمام العقد استقاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضاً على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".

وتقوم مسؤولية تقصيرية على الموثق إذا ارتكب خطأ في ذلك، ويسأل مسؤولية عقدية إذا لم يحم بمهنته أو إن هو باشر العمل بوصفه كوكيل عن الطرفين، وهذا ما نصت عليه المادة 53 من القانون رقم 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق كما يلي: "دون الإخلال بالمسؤولية الجزائية والمدنية المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يتعرض الموثق عن كل تقصير في التزاماته المهنية، أو بمناسبة تأديتها إلى العقوبات التأديبية المنصوص عليها في هذا القانون".

المطلب الثاني: بعض الصور المتعلقة بالرهن الرسمي

نظم المشرع الجزائري الرسمية في بعض الصور المتعلقة بالرهن المتمثلة في الوكالة بالرهن (الفرع الأول)، وكذلك في الوعد بالرهن (الفرع الثاني)، وأخيراً في إبرام عقد الرهن الرسمي في الخارج (الفرع الثالث).

الفرع الأول: وجوب الرسمية في الوكالة بالرهن

نصت المادة 572 ق. م. ج على أنه: "يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك".

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 282.

لذا، يجب أن يكون التوكيل بالرهن مكتوبا في ورقة رسمية وأن يحدد فيه العقار الذي يفوض الوكيل في رهنه والدين الذي يراد ضمانه بالرهن. فلا يكفي أن يكون التوكيل رسميا، ولو خص بالذكر تفويض الوكيل في الرهن ما دام لم يعين المرهون أو الدين المضمون تعيينا كافيا. فالعمل بغير ذلك يؤدي إلى إهدار الحماية التي قصدتها الإرادة التشريعية للراهن عن طريق مبدأ تخصيص الرهن واشتراط ذكر بيانات التخصيص في عقد الرهن، إذ يسهل على المرتهن أن يحمل الراهن على توكيل غيره بالرهن بصفة عامة فيقع الرهن من الوكيل دون أن يتبين الموكل أهميته. هذا إذا كان التوكيل بالرهن عن الراهن⁽¹⁾.

أما إذا كان التوكيل من المرتهن فالأمر يختلف فلا تشترط فيه الرسمية ولا التخصيص، لأن الرهن هو عمل نافع للمرتهن نفعا محضا، ولأن الرسمية لا تشترط على ما رجحناه إلا في رضا المدين الراهن دون الدائن المرتهن. فيصح أن يكون توكيل الدائن المرتهن غيره بورقة عرفية، بل يصح أن يقبل الرهن فضولي على أن يقر الدائن قبول الفضولي. ولما كان الرهن الرسمي من أعمال التصرف وليس من أعمال الإدارة، يجب أن تكون الوكالة خاصة طبقا للمادة 574 ق. م. ج في فقرتها الأولى والثانية على أنه: "لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لاسيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء.

الفرع الثاني: وجوب الرسمية في الوعد بالرهن: يستلزم الوعد بعقد الرهن الرسمي

بالشكل الذي يلزم به الموعود به، إذ تنص هذه المادة طبقا لنص المادة 2/71 ق. م. ج، على أنه: "وإذا اشترط القانون التمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد". فالوعد بالرهن الرسمي لا يقوم من جانب الراهن إلا إذا كان وعدا رسميا. كما يجب أن يحدد في السند الرسمي العقار الذي سيرد عليه الرهن تحديدا دقيقا وكذلك الدين الذي سيضمن هذا العقار⁽²⁾.

وإذا تم الوعد بالرهن في الصورة الرسمية، فإن المرتهن يستطيع الحصول على حكم من القضاء بقيام العقد ونشوء الرهن في الأجل المحدد للوعد دون أن يحصل المرتهن على رضا جديد من الراهن وذلك طبقا لحكم تنص المادة 72 ق. م. ج التي تقضي بأنه: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكان الشروط اللازمة التمام العقد،

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، البند 130، ص 286.

(2) زهدي يكن، مصادر الالتزام: التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ج1، ط2، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2004، ص ص 113، 129.

وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد". أما إذا صدر الوعد بالرهن بغير الشكل الرسمي وقع باطلا.

الفرع الثالث: الرسمية في إبرام عقد الرهن الرسمي في الخارج

إذا تم العقد داخل الوطن، فيكون ذلك أمام الموثق، أما إذا تم في الخارج، فإنه يوثق أمام القنصلية الممثلة لدولة المتعاقدين⁽¹⁾. وعليه، فمدى جواز تطبيق الرسمية عن رهن أبرم في فرنسا عن عقار موجود في بلد آخر؟ يرى البعض أنه يخضع لقانون البلد الذي تم فيه شكلا وهذا طبقا للمبدأ الذي ينص على إخضاع العقود في شكلها القانوني لقانون البلد الذي تمت فيه. إلا أن هناك رأيا آخرًا مؤيدا من الغالبية، يرى أن شكل العقد يخضع لقانون موقع العقار. فقانون موقع العقار في القانون الجزائري يتطلب الرسمية، وهذا وفقا لما نصت عليه المادة 3/18 ق. م. ج: "... غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه". بالتالي، ينبغي توثيقه أمام موظف رسمي مختص أو أمام القنصلية الجزائرية.

هذا ما أخذ به أيضا كلا من المشرعين المصري والفرنسي، حيث نصت المادة 2128 ق. م. ف على أن: "العقود المبرمة في الخارج لا تعطي حق رهن رسمي على الأموال الموجودة بفرنسا، إذا لم يوجد نص مخالف لهذا المبدأ في التشريعات السياسية أو في المعاهدات، وهو ما يعني أن الرهن الرسمي المبرم في الخارج لا يرتب أثره داخل التراب الفرنسي كأصل عام". يمكن للفرنسيين الموجودين في الخارج إبرام العقد لدى القنصليات الفرنسية، وإذا تم تحرير العقد أمام موثق أجنبي، فإنه لا يرتب آثاره إلا إذا جعلته محاكم فرنسا نافذا، ويكون كذلك بمقتضى الاتفاقيات الثنائية بين فرنسا وغيرها من الدول⁽²⁾.

وبالرجوع الى القانون المدني المصري، فإن عقد الرهن الرسمي المبرم في الخارج والمتعلق بعقار موجود في مصر، يجوز أن يوثق هذا العقد أمام موظف رسمي في إحدى القنصليات المصرية الموجودة في الخارج. وبالتالي، لا يخضع للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، لأن اختصاص القانون الذي يسري على الشكل المنصوص عليه في المادة 20 ق. م. م لا يتناول إلا عناصر الشكل الخارجية. أما الأوضاع الجوهرية في الشكل، أي التي تعتبر ركنا في انعقاد التصرف كالرسمية في الرهن التأميني، فلا يسري عليها إلا القانون الذي يرجع إليه للفصل من حيث الموضوع، وهو قانون موقع العقار⁽³⁾.

(1) زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 31.

(2) MAZHOUD . H. J. L. Leçons de droit civil , tome3 , 6eme édition, Montchrestien, 1988, Paris, France, 1988, p 262.

(3) عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات الشخصية والعينية، ج10، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1969، ص 18.

الفصل الثالث

آثار الرهن الرسمي وانقضائه

يترتب عن انعقاد الرهن الرسمي آثار قانونية سواء بالنسبة للمتعاقدين أو في حق الغير، تكون هذه الآثار سارية النفاذ طيلة فترة رهن العين - والتي تبقى مملوكة للمدين -، حيث يخول خلالها الاستفادة من مجموعة من الحقوق لكلا أطراف العقد. وبالمقابل يلزم المدين الراهن بتنفيذ الالتزامات التي نص عليها القانون، باعتبار أن عقد الرهن عقد ملزم لجانب واحد. فإذا حل الأجل و وفى المدين بالتزاماته انقضى عقد الرهن، غير أن هناك حالات نص عليها القانون ينقضي فيها الرهن دون أن ينقضي الدين.

على هذا الأساس، نتعرض إلى الآثار المترتبة على الرهن الرسمي بالنسبة للمتعاقدين والغير (المبحث الأول)، ثم نتعرض إلى طرق انقضاء الرهن الرسمي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمتعاقدين والغير

يرتب انعقاد الرهن الرسمي آثارا قانونية على المتعاقدين، ولقد عالج المشرع الجزائري هذه الآثار في المواد من 894 إلى 903 ق. م ج، حيث يخول عقد الرهن الرسمي الصحيح طرفاه حقوقا والتزامات. لذا، سوف نتعرض لهذه الآثار بالنسبة للمدين الراهن والدائن المرتهن (المطلب الأول). إذا اتخذت الإجراءات اللازمة لشهره عن طريق القيد لدى المحافظة العقارية كما سنرى لاحقا، أصبح الرهن ساريا في مواجهة الغير طبقا لما ورد في المواد 904 إلى 932 ق. م ج سوف نتعرض لهذه الآثار بالنسبة للغير (المطلب الثاني)

المطلب الأول: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمدين الراهن والدائن المرتهن

إن الرهن الرسمي باعتباره عقدا ملزما لجانب واحد، فإنه يرتب في ذمة المدين التزامات دون الدائن المرتهن هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن الرهن الرسمي، وإن كان لا يحرمه من سلطاته كمالك للعقار المرهون، إلا أنه ترد على هذه السلطات جملة من القيود تمنعه من الإضرار بالمرتهن (الفرع الأول). أما بالنسبة للدائن المرتهن، فإن الرهن الرسمي ينشئ حقا عينيا لصالحه، يخوله سلطات معينة، إضافة إلى صفته كدائن عادي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمدين الراهن

يرتب الرهن الرسمي على المدين أو على كفيل عيني آثارا محددة تتمثل في مجموعة من الالتزامات التي ينبغي عليه القيام بها تحت طائلة المسؤولية التي يتعرض لها في حال الإخلال بهذه بها، بالمقابل فإن الراهن لا يفقد حقه في ملكية العقار المرهون وما يتفرع عنها من سلطات التصرف والاستعمال والاستغلال، كما لا يفقد حيازة العقار المرهون، غير أن حقوق الراهن على العقار المرهون ليست مطلقة، فهي مقيدة بالقدر اللازم لعدم تعريض سلامة العقار المرهون للخطر أو الإنقاص من قيمته⁽¹⁾. من هنا، سنتطرق إلى التزامات المدين الراهن (أولا)، وإلى حقوقه (ثانيا).

أولا: التزامات المدين الراهن: يتجه الرأي السائد فقها إلى القول بأن عقد الرهن الرسمي يلزم الراهن سواء كان هو المدين أو الكفيل العيني، بالتزامين وهما: الالتزام بإنشاء حق الرهن على العقار الذي قدمه كضمان (1)، والتزام أيضا بضمان سلامة الرهن (2)، وضمان الهلاك والتلف (3)، أخيرا الالتزام بنفقات العقد التي تقع على عاتقه كقاعدة (4).

1- الالتزام بإنشاء حق الرهن على العقار لمصلحة الدائن المرتهن: يرتب عقد الرهن الرسمي في ذمة الراهن إنشاء حق الرهن الصالح للدائن المرتهن على العقار المرهون، وهذا

(1) سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 19.

الالتزام يشبه التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري والتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة⁽¹⁾. إذا كان العقار المرهون معيناً بالذات ومملوكاً للراهن نشأ حق الرهن لمصلحة الدائن المرتهن بمجرد انعقاد العقد وبحكم القانون، وذلك تطبيقاً للمادة 165 ق. م. ج التي نصت على أنه: "الالتزام بنقل الملكية، أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري". غير أنه إذا كان العقار المرهون غير معين بالذات وغير مملوك للراهن، فلا ينشأ حق الرهن لأن رهن ملك الغير في القانون المدني الجزائري يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً.

2- الالتزام بضمان سلامة الرهن: يجب على الراهن ضمان سلامة الرهن، أي يلتزم بإبقاء المال المرهون على الحالة التي كان عليها وقت التعاقد، فإن مضمون الالتزام بضمان السلامة هو التزام الراهن بضمان التعرض الشخصي (أ)، وضمان التعرض الصادر عن الغير (ب).

أ- ضمان التعرض الشخصي: تنص المادة 898 ق. م. ج على أن: "يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن، وللدائن المرتهن أن يعترض عن كل عمل أو تقصير من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية اللازمة وأن يرجع على الراهن بما يتفق في ذلك". مفاد هذا النص، أنه إذا أحدث الراهن بخطئه أضراراً بسلامة العقار المرهون بتعرضه للهلاك أو للتلف أو تنقص من ضمانه، يجوز للدائن اتخاذ الوسائل التحفظية لوقف هذه التجاوزات ويلتزم الراهن بضمان تعرضه الشخصي المادي والقانوني وضمان تعرض الغير له.

ب- ضمان التعرض الصادر من الغير: يضمن الراهن التعرض الصادر من الغير، غير أنه في هذه الحالة لا يضمن سوى التعرض القانوني دون المادي⁽²⁾. يضمن ادعاء صادر من الغير، من شأنه لو ثبت أن ينقص من الضمان المقرر للمرتهن، مثلاً كأن يقوم الغير بادعاء بملكية العقار المرهون، وهذا الادعاء يكون صحيحاً إذا كان الراهن تصرف في ملكية الغير، وقد يكون غير صحيح إذا كان حق ذلك الغير باطلاً أو منقضياً⁽³⁾.

يستطيع الدائن المرتهن فسخ العقد المرتب لحق الرهن، كما يجوز له المطالبة بإسقاط الأجل بسبب تخلف المدين عن تقديم ما وعد به من تأمينات طبقاً لنص المادة 211 ق. م. ج.

(1) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 313.

(2) انظر: محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 90.

(3) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 97.

كما يستطيع الدائن أن يعترض على الأعمال المادية للراهن، ووقفها، له حق اللجوء إلى القضاء للمطالبة بوضع العقار المرهون تحت الحراسة القضائية حتى يتم نزع الملكية، كما للدائن المرتهن حق الرجوع على الراهن مطالباً بالتنفيذ العيني أي إعادة الحال إلى ما كانت قبل التعاقد.

3- التزام المدين الراهن بضمان هلاك العقار أو تلفه: إن هلك العقار المرهون أو تلف، فتطبق احكام المادة 899 ق. م. ج في فقرتيها الأولى والثانية، لرجوع الدائن المرتهن على الراهن بالضمان.

أ- الهلاك أو التلف بخطأ المدين الراهن: نصت عليه المادة 1/899 ق. م. ج: "إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه، كان للدائن المرتهن الخيار بين طلب تأميناً كافياً أو استيفاء حقه فوراً." فعلى للدائن المرتهن، إسقاط أجل الدين واستيفاء دينه فوراً من المدين الراهن أو المطالبة بتأمين آخر أو تأمين إضافي تكميلي كاف⁽¹⁾.

ب- الهلاك أو التلف بسبب أجنبي: نصت المادة 2/899 "إذا نشأ الهلاك أو التلف عن سبب لا ينسب على الدائن ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين، فللمدين الخيار بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يفي بالدين فوراً قبل حلول الأجل". للمدين الخيار بين إسقاط أجل الدين والدفع فوراً إلى الدائن أو تقديم تأمين كاف بدلاً من التأمين الهالك أو التالف.

أما الفقرة الثالثة من المادة 3/899 ق. م. ج⁽²⁾، فعالجت حالة ما إذا لم يهلك العقار أو يتلف ولكن وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف ولو لم يكن للراهن يد في هذه الأعمال، ففي جميع الأحوال أن المشرع عالج حالات هلاك العقار أو تلفه من أي سبب كان، سواء بخطأ الراهن أو الدائن المرتهن أو بسبب أجنبي، بحلول حقوق أخرى محله أي أخذاً بمبدأ الحلول العيني⁽³⁾.

ج- هلاك الرهن بفعل الدائن: قد يحدث أن يتسبب الدائن في هلاك العقار المرهون، وإذا حدث وأن هلك العقار المرهون بفعله فليس لهذا الأخير أن يطالب بشيء لأن الهلاك قد وقع بخطئه، بل يلتزم في هذه الحالة بدفع تعويض وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية.

(1) زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 80.

(2) تنص المادة 3/899 ق. م. ج على أنه: "وفي جميع الأحوال إذا كان من شأن الأعمال الواقعية أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو للتلف أو جعله غير كاف للضمان، كان للدائن المرتهن أن يطلب من القاضي وقف هذه الأعمال والأمر باتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر".

(3) تنص المادة 900 ق. م. ج على أنه: "إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك، من مبلغ التعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن المقرر مقابل نزع ملكيته من المنفعة العامة".

وفي جميع الأحوال ومن أجل ضمان استثناء الدائن لحقه، فالمادة 900 ق. م. ج، تقضي بانتقال حق الرهن إلى المقابل الذي سيحل محل العقار الهالك أو التالف، ويرى البعض⁽¹⁾ بانتقال حق الرهن إذن إلى المقابل الذي يحل محل العقار الهالك أو التالف ويكون الانتقال بمقتضى الحلول العيني،

في هذا الصدد، نصت المادة: "إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك من مبلغ التعويض عن الضرر أو مبلغ التأمين أو الثمن المقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة". ومن أنواع الحقوق التي تحل محل العقار المرهون الهالك:

- **مبلغ التعويض:** إذا تسبب الغير في هلاك العقار المرهون، يجب عليه تقديم تعويضا لمالك العقار المرهون، الذي ينتقل إليه حق الرهن حتى يمارس عليه الدائن المرتهن حقه في التقدم والتتبع.

- **مبلغ التأمين:** إذا كان العقار المرهون مؤمنا وهلك، استحق المؤمن له (الراهن) مبلغ التأمين وبمجرد دفع شركة التأمين لهذا المبلغ، ينتقل حق الرهن إليه، ليحل بذلك محل العقار الهالك أو التالف. يتقدم الدائن المرتهن في استيفاء حقه من المبلغ الذي تدفعه شركة التأمين للمدين طبقا للمادة 36 من القانون رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات⁽²⁾.

- **مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة:** إذا نزعت الدولة ملكية⁽³⁾ عقار مرهون من يد الراهن من أجل المنفعة العامة، فتعوضه نتيجة ما ألحقه من ضرر بسبب نزع ملكيته⁽⁴⁾، فينتقل حق الرهن إلى هذا التعويض الذي تدفعه الجهة القائمة بنزع الملكية، ليستوفي الدائن المرتهن حقه من هذا المقابل حسب مرتبته في الرهن.

4- **التزام المدين الراهن بنفقات الرهن:** تنص المادة 2/883 ق. م. ج على أنه: "...وتكون مصاريف العقد على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك". وتنص أيضا المادة

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي وحقوق الامتياز، المرجع السابق، ص 107.

(2) أمر رقم 95-07 مؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق 25 جانفي سنة 1995، يتعلق بالتأمينات. ج. ر. ع 13، الصادر في 7 شوال عام 1415 هـ الموافق 8 مارس سنة 1995م، معدل ومتمم.

(3) قانون رقم 91-11 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية. ج. ر. ع 21، الصادر في 23 شوال عام 1411 هـ الموافق 8 مايو سنة 1991م.

(4) للتفصيل أكثر في الموضوع انظر: زويبير برحليوت، التعويض عن نزع الملكية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع: قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008، ص 9.

906 من نفس القانون على أنه: "تكون مصاريف القيد وتجديده وشطبه على الراهن ما لم يتفق على غير ذلك".

يستخلص من هذه النصوص أنها ليست أمرة، حيث أشارت أن مصاريف عقد الرهن وقبده لدى مكتب الشهر وشطبه تقع على عاتق الراهن، غير أنه يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على خلاف ذلك، كأن يتم تحمل هذه النفقات مناصفة بينهما، أو أن يتحملها الدائن المرتهن كلها⁽¹⁾.

ثانيا: سلطات المدين الراهن: تتمثل سلطات المدين الراهن في حق التصرف على العقار (1)، واستغلاله (2)، وفي استعماله (3).

1- حق التصرف في العقار: يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون سواء كان التصرف ماديا أم قانونيا، بشرط ألا يضر بحقوق الدائن المرتهن، وهذا ما نصت عليه المادة 894 ق. م. ج بما يلي: "يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، على أن أي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن".

فإذا كان التصرف ماديا، وجب ألا يكون من شأنه الإنقاص من قيمة الرهن، لأن الراهن ملزم بضمان سلامة الرهن، ويقتضي ذلك وجوب امتناعه عن كل فعل مادي يؤدي إلى الإنقاص من قيمة العقار⁽²⁾.

أما بالنسبة للتصرفات القانونية، فله كذلك أن يقوم بها، كأن يتصرف في العقار بالبيع أو الهبة أو المقايضة مثلا، باعتباره مالكا، بشرط عدم الإضرار بحق المرتهن. ويستطيع الراهن أن يرتب على العقار المرهون حق الانتفاع والارتفاق، أو رهن العقار.

2- حق المدين الراهن في استغلال العقار المرهون: نصت المادة 895 ق. م. ج على: "إن للراهن الحق في إدارة العقار المرهون وفي قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار".

للاهن سلطة استغلال العقار المرهون، وجني ثماره، وليس للدائن أي حق عليها قبل تسجيل التتبيه بنزع الملكية، إذ لا تلحق الثمار بالعقار المرهون إلا منذ هذا التاريخ، وهذا ما نصت عليه المادة 888 من نفس القانون، كما يستطيع إيجار العقار طبقا لنص 896 ق. م. ج. ومن خلال ذلك فحق المؤجر في الإيجار مقيدا بما ورد النص عليه في القانون، حيث أن

(1) زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 82.

(2) سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 20.

الإيجار الذي تزيد مدته عن 12 سنة لا يكون حجة على الغير إلا من تاريخ شهره⁽¹⁾، كذلك فإن الإيجار الذي تزيد مدته على 9 سنوات يجب لنفاذه في مواجهة الدائن المرتهن أن يكون قد سجل قبل قيد الرهن، فإذا لم يكن مسجلا وكان له تاريخ ثابت وسابق على تسجيل تنبيه نزع الملكية فلا يسري في حق الدائن المرتهن، إلا لمدة 9 سنوات فقط⁽²⁾. كما له قبض أجرة العقار المرهون أو حوائثها مقدما وهذا ما نصت عليه المادة 897 ق. م. ج على أنه: "لا تكون المخالصة بالأجرة مقدما لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ولا الحوالة بها كذلك نافذة في حق الدائن المرتهن إلا إذا كان تاريخها ثابتا و سابقا التسجيل تنبيه نزع الملكية.

وإذا كانت المخالصة أو الحوالة لمدة تزيد على ثلاث سنوات فإنها لا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن إلا إذا سجلت قبل قيد الرهن، و إلا خفضت المدة إلى ثلاث سنوات مع مراعاة المقتضى الوارد في الفقرة السابقة".

3- حق المدين الراهن في استعمال العقار المرهون: للراهن الحق في استعمال العقار المرهون سواء بنفسه أو عن طريق غيره، فإذا كان العقار منزلا استمر في السكن فيه وإذا كان المرهون أرض زراعية، استمر في زراعتها وإذا كان العقار المرهون أرضا فله أن يبني عليها، فإذا كان من شأن الاستعمال أن ينقص من الضمان، اعتبر استعماله هذا مخلا بالتزامه بالضمان الذي يؤدي إلى قيام مسؤوليته.

الفرع الثاني: آثار الرهن بالنسبة للدائن المرتهن

لا يرتب عقد الرهن الرسمي على عاتق الدائن أي التزام، وإنما يعطيه حقوقا (أولا) أهمها حق التنفيذ على العقار المرهون في أي يد كان لغرض استثناء حقه متقدما على الدائنين العاديين والتالبيين له في المرتبة، ولا يتقيد في ذلك سوى ببعض القيود التي اشترطها القانون بغية حماية المصالح الخاصة وتحقيق النفع العام (ثانيا).

أولا: حقوق الدائن المرتهن: إذا حل أجل الدين ولم يفي المدين بدينه جاز للدائن حينها التنفيذ على العقار المرهون (1) تحت يد حائزه من أجل بيعه بالمزاد، وإلى ذلك الحين فإن القانون قد منحه الحق في مراقبة ضمانه (2) بغية المحافظة عليه.

(1) المادة 17 من الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموافق 12 نوفمبر سنة 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري. ج. ر. ع 92، الصادر في 14 ذو القعدة عام 1395 هـ الموافق 18 نوفمبر سنة 1975 م.

(2) انظر: المادة 2/896 ق. م. ج، المرجع السابق.

1- **حق الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار المرهون:** عند حلول أجل الدين، وإذا لم يفي المدين بدينه أن يقوم بمباشرة الذي قدمه الراهن كضمان، فإن إن حق للدائن في التنفيذ على العقار يختلف بحسب ما إذا كان هذا التنفيذ في مواجهة المدين (أ) أو في مواجهة شخص آخر غير المدين وهو الكفيل العيني (ب).

أ- **التنفيذ في مواجهة المدين الراهن:** يكون ذلك إذا كان الراهن هو المدين نفسه، بمعنى أن المدين هو الذي قدم الضمان للدائن، وهذا الأخير وهو يواجه المدين بالتنفيذ له صفتان، فله صفة الدائن العادي صاحب الحق في الضمان العام، وصفة الدائن المرتهن صاحب حق عيني⁽¹⁾.

- **حقوق الدائن المرتهن بوصفه دائن عادي:** يكون للدائن المرتهن بصفته دائناً عادياً كامل الحقوق التي تثبت للدائن العادي⁽²⁾، فله حق شخصي على الضمان العام⁽³⁾، أي على جميع أموال مدينة الحاضرة منها والمستقبلية ليكون في مركز الخلف العام للمدين⁽⁴⁾، ويترتب على ذلك الأمور التالية:

- يحتفظ الدائن المرتهن بكل الدعاوى التي تحمي الضمان العام للدائنين، وهي الدعوى غير المباشرة⁽⁵⁾، الدعوى البوليصية⁽⁶⁾، والدعوى الصورية.

- يكون الدائن المرتهن وباقي الدائنين العاديين متساوون تجاه الضمان العام⁽⁷⁾، فلا يكون للدائن المرتهن بوصفه دائناً عادياً حق التقدم على الدائنين العاديين الآخرين في استيفاء حقه.

(1) طه البشير محمد، الوجيز في الحقوق العينية التبعية "الرهن التأميني، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز": دراسة تحليلية مقارنة، ط4، دار الحرية للطباعة، بغداد، العراق، 1976، ص 109.

(2) جلال محمد إبراهيم، أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 200.

(3) نصت المادة 188 ق. م. ج على أن: "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه".

(4) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 102.

(5) انظر ما ورد عن الدعوى غير المباشرة في (المادة 189 ق. م. ج).

(6) هي الدعوى البوليصية، فهي دعوى يقيمها الدائنون (المادة 191 ق. م. ج).

(7) انظر المادة 188 ق. م. ج، المرجع السابق.

- للدائن المرتهن عند التنفيذ بمقتضى حقه في الضمان العام، أن يبدأ على أي مال يراه مناسباً، فلا يكون ملزماً بأن يبدأ التنفيذ بالعقار المرهون⁽¹⁾، ويبرر الفقه إعطاء المرتهن هذا الحق أنه لو تم تجريده منه لكان في مركز أدنى من الدائن العادي ليخالف بذلك الغاية من الرهن وهو إعطائه مركز أفضل من الدائن العادي⁽²⁾.

- **حقوق الدائن المرتهن بوصفه دائناً مرتهناً:** تنص المادة 1/902 ق. م. ج على أنه: "يمكن للدائن بعد التنبيه على المدين بالوفاء أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ويطلب بيعه في الآجال وفقاً للأوضاع المقررة في قانون الإجراءات المدنية".

حقوق الدائن المرتهن باعتباره دائناً مرتهناً تنحصر على العقار المرهون، فلا يكون للمرتهن حق على أي مال آخر غير العقار المرهون، أو بتعبير آخر فإن صفة الدائن المرتهن تؤدي إلى حصر حقوقه على ما قدمه المدين الراهن من مال كضمان و فقط⁽³⁾. كما يجب على الدائن المرتهن عند التنفيذ على العقار المرهون إتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهو ما قضت به المادة 902 ق. م. ج.

ب- التنفيذ في مواجهة الكفيل العيني: نصت المادة 901 ق. م. ج على أنه: "إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا على ما رهن من ماله، ولا يكون حق الدفع بتجريد المدين إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك".

وبالتالي، تنحصر مسؤولية الكفيل العيني فيما رهنه من مال فقط، فلا يجوز للدائن المرتهن أن ينفذ على مال آخر غير المال المرهون، وفي حالة عدم كفاية التأمين الذي قدمه الكفيل العيني، فلا يحق للدائن التنفيذ بالباقي على أموال الكفيل الأخرى. غير أنه يحق للدائن مقابل ذلك أن يرجع بالباقي إذا لم يستوفي حقه كاملاً من الكفيل العيني على المدين الأصلي، إذ أن هذا الأخير هو المسؤول على الدين.

(1) يرى محمود عبد الدايم حسني أن هناك شرطان يتقيد بهما الدائن المرتهن بوصفه دائناً عادياً عند التنفيذ وهما:

- أن لا ينفذ على عقار أو عقارات تكون قيمتها أكبر بكثير من حقه.

- ألا ينفذ الدائن المرتهن على أموال المدين غير المرهونة إلا إذا كان العقار المرهون لا يكفي للوفاء بالدين. محمود عبد الدايم حسني، الائتمان العقاري بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني: دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 234.

(2) جلال محمد إبراهيم، أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 201.

(3) المرجع نفسه، ص 204.

وإذا باشر الدائن إجراءات التنفيذ ضد الكفيل العيني فإنه ليس بإمكان هذا الأخير أن يدفع بتجريد المدين أولاً⁽¹⁾، ذلك لأنه من حق الدائن المرتهن أن يختار عند الشروع في التنفيذ بين البدء بمال الكفيل العيني أو البدء بأموال المدين وإذا قرر الدائن المرتهن التنفيذ على الكفيل العيني كان عليه وبعد تكليف المدين بالوفاء أن يعلن التتبيه بنزع ملكية العقار المرهون إلى الكفيل العيني وتسجيله باسمه⁽²⁾.

وللكفيل العيني في هذه الحالة أن يتخلى عن العقار المرهون، بغية تقاضي إجراءات التنفيذ التي ستقام ضده، وهذا ما نصت عليه المادة 2/902 ق. م. ج على أنه: "وإذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين جاز له تقاضي أي إجراء موجه إليه إن هو تخلى عن العقار المرهون وفقا للأوضاع والأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار".

2- حق الدائن المرتهن في مراقبة ضمانه: تنص المادة 898 ق. م. ج على أنه: "يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصا كبيرا، وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية اللازمة وأن يرجع على الراهن بما ينفق في ذلك".

فالقانون خول الدائن حق التدخل من أجل الحفاظ على ضمانه إذا كان في شأن أعمال الراهن أن تنقص من ضمانه إنقاصا كبيرا وكذلك في أخذ الوسائل التحفظية اللازمة للحفاظ على ضمانه. وتضيف المادة 3/899 ق. م. ج أنه: "وفي جميع الأحوال، إذا كان من شأن الأعمال الواقعة أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو للتلف أو جعله غير كاف للضمان كان للدائن المرتهن أن يطلب من القاضي وقف هذه الأعمال والأمر باتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر".

للدائن إذن أن يطلب من القاضي بأن يأمر الراهن بوقف أعماله إذا كان من شأنها أن تنقص من الضمان أو أن تعرضه للهلاك أو للتلف، بل وله أن يتخذ الوسائل اللازمة للحفاظ عليه وأن يرجع على الراهن بما أنفق في ذلك.

ثانيا: القيود الواردة على حق الدائن المرتهن في التنفيذ: يرد على حقوق الدائن المرتهن عند مواجهته للراهن قيودان، الأول هو عدم الاشتراط في عقد الرهن أو في عقد رسمي لاحق

(1) انظر: المادة 660 ق. م. ج

تنص المادة 660 ق. م. ج على أنه: "لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين، ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق".

(2) الغرض من توجيه التتبيه بنزع الملكية إلى الكفيل العيني دون المدين، يكمن في أن ملكية العقار المرهون الذي يتم التنفيذ عليه تعود إلى الكفيل العيني وليس للمدين. همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 492.

شرطاً يقضي بأن يمتلك العقار المرهون في حالة إذا لم يف المدين بالتزامه (1). أما الثاني هو بخصوص إجراءات التنفيذ، حيث لا يجوز للدائن المرتهن أن يشترط عدم إتباع الإجراءات القانونية عند التنفيذ على العقار المرهون (2).

1- بطلان شرط تملك العقار المرهون عن عدم الوفاء: نصت المادة 903 ق. م. ج على أنه: "يكون باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يمتلك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان، أو في أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن". طبقاً لنص هذه المادة يقع باطلا كل شرط يمكن الدائن المرتهن من تملك العقار المرهون، عند عدم استيفاء حقه عند حلول أجله، سواء كان في مقابل الدين أو أي ثمن معلوم آخر لحماية الراهن الذي يوجد في مركز ضعيف من استغلال المرتهن لحاجته، والبطلان في هذا النص يرد على الشرط، أما الرهن يظل صحيحاً.

2- بطلان شرط البيع دون إتباع طرق التنفيذ عند عدم الوفاء (شرط الطريق الممهد): يعتبر هذا الشرط باطلاً طبقاً لنص المادة 903 ق. م. ج، إذ يقارب شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء، وتتمثل صورة هذا الشرط، في أن يتفق الدائن المرتهن مع الراهن مدنياً كان أو كفيلاً عينياً، على أنه عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به، يجوز بيع العقار المرهون بالمساومة أو بأية طريقة أخرى دون إتباع الإجراءات التي فرضها تقنين الإجراءات في البيوع الجبرية⁽¹⁾.

المطلب الثاني: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للغير

إذا استوفى عقد الرهن كل شروطه الموضوعية والشكلية، فإنه يرتب آثاره بين المتعاقدين، غير أنه لا يكون لعقد الرهن الرسمي بالنسبة للغير أي أثر إلا من تاريخ قيده. أما قبل ذلك فلا يمكن الاحتجاج به قبل الغير، وهذا ما أكدت عليه المادة 1/904 ق. م. ج بنصها على أنه: "لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار، وذلك دون الإخلال بالأحكام المقررة في الإفلاس".

ونظراً لأهمية قيد الرهن الرسمي لما له من آثار، يقتضي الأمر تحديده تحديداً دقيقاً (الفرع الأول)، ثم نبين آثار نفاذ القيد اتجاه الغير (الفرع الثاني).

(1) زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 101.

الفرع الأول: تحديد القيد

يكون تحديد القيد وذلك بالتطرق للمقصود منه (أولاً)، ثم توضيح إجراءات قيد الرهن الرسمي (ثانياً).

أولاً: تعريف القيد: يعرف القيد في ظل نظام الشهر الشخصي⁽¹⁾، بأنه الوسيلة التي نظمها المشرع الشهر الرهن الرسمي وباقي الحقوق العينية التبعية الواردة على عقار، فهو الإجراء اللازم لكي تنتج هذه الحقوق أثرها في مواجهة الغير⁽²⁾.

كما يعرف بأنه نقل لبعض البيانات المستخرجة من المحرر الذي يتضمن عقد الرهن وتدوينها في سجل خاص، وهو يختلف عن التسجيل" في أن هذا الأخير يكون بنقل صورة كاملة من المحرر في سجل معد لذلك⁽³⁾. حتى يكون القيد في ظل نظام الشهر الشخصي شرطاً لنفاذ الحقوق العينية التبعية في حق الغير وليس شرطاً لإنشائها⁽⁴⁾.

أما القيد في ظل نظام الشهر العيني⁽⁵⁾، فهو مجموعة إجراءات وقواعد قانونية وتقنية تشمل التصرفات القانونية المنصبة على العقارات سواء كانت كاشفة، منشئة، ناقلة، معدلة أو منهية لحق عيني عقاري أصلي أو تباعي، بغض النظر عن نوع التصرف عقداً كان أو حكماً أو قراراً إدارياً، وسواء كان مصدر الحق تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية⁽⁶⁾.

وعليه، نصت المادة 16 من الأمر رقم 74-75 الذي يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري كما يلي: "إن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصحيح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية". كما تضمنت المادة 793 ق. م. ج على أنه: "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا

(1) الشهر الشخصي" أو نظام الشهر الشخصي، هو نظام شهر الحقوق العينية، ويكون الشهر فيه على أساس أسماء الأشخاص المالكين.

(2) محمد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، ط1، الديون الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص 23.

(3) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 213.

(4) شرف الدين أحمد، المرجع السابق، ص 180.

(5) الشهر في ظل نظام الشهر العيني يتم على أساس العقار أو العقارات، ويتم تخصيص بطاقة خاصة لكل عقار تسجل فيها كل ما يقع على العقار من تصرفات، وقد تبنى المشرع الجزائري هذا النظام بعد صدور المرسوم رقم 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

(6) ليلي زروقي، عمر حمدي باشا، المنازعات العقارية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 63.

إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الإشهار".

فالقيد هو الوسيلة الوحيدة لشهر الحقوق العينية سواء كانت أصلية أو تبعية، كما أن الدائن المرتهن لا يحق له بأي حال من الأحوال أن يحتج بحقه في الأفضلية والتتبع في مواجهة الغير، إلا إذا كان هذا التأمين مقيدا لدى المحافظة العقارية.

وعليه، لقد مزج المشرع بين نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني، ويعتبر القيد في القانون المدني إجراء شكلي لنهاذ التصرف في حق الغير⁽¹⁾، والقيد كذلك بموجب الأمر 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري شرطا لنشوء حق الرهن وسريانه في حق الغير⁽²⁾.

ثانيا: إجراءات قيد الرهن الرسمي: المسائل والأحكام المتعلقة بالقيد أحالها المشرع من القانون المدني إلى قانون تنظيم الشهر العقاري، فنصت المادة 905 ق. م. ج على أنه: "تسري على إجراء القيد وتجديده وشطبه وإلغاء الشطب والآثار المترتبة على ذلك كله، الأحكام الواردة في قانون تنظيم الإشهار العقاري".

1- مكان إجراء القيد: يجرى القيد في مكتب الشهر العقاري، أين يقع العقار المرهون في دائرة اختصاصه، وإذا كان العقار أو العقارات واقعة في دائرة اختصاص مكاتب متعددة، وجب إجراء الشهر في كل مكتب منها. ولا يكون للشهر الذي يتم في أحد هذه المكاتب أثر، إلا بالنسبة إلى العقارات، أو أجزاء العقارات التي تقع في دائرة اختصاصه⁽³⁾. وبالنسبة للرهون الأخرى التي سمح القانون برهنها رهنا رسميا، فكل نوع منها يتم قيده في الجهة التي حددها القانون⁽⁴⁾.

2- أطراف القيد: تقضي القاعدة العامة بأن إجراءات الشهر تتم بناء على طلب ذوي الشأن، ومن يقوم مقامهم، وبالتالي يستطيع إجراء القيد كل من الدائن المرتهن، وورثته من بعده، ويصدر القيد منه، أو من ينوب عنه. وباعتبار القيد من أعمال الحفظ النافعة نفعا محضا بالنسبة للدائن المرتهن، يكفي لإجرائه أن يكون مميزا، و تكفي هنا الوكالة العامة⁽⁵⁾.

(1) تنص المادة 1/904 ق. م. ج على أنه: "لا يكون الرهن نافذا في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار، وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة في الإفلاس".

(2) انظر المادة 16 من الأمر رقم 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، المرجع السابق.

(3) مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 122 - 123.

(4) عبد الله عبد الجليل، المرجع السابق، ص 157.

(5) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 275.

وبالنسبة لطالب القيد ضده (الراهن)، سواء كان هو المدين أم الكفيل العيني. وإذا تغير مالك العقار في الفترة ما بين إبرام عقد الرهن وقيدته فالعبرة بوقت الرهن لا بوقت القيد⁽¹⁾، وإذا توفي الراهن، يجوز إجراء القيد على اسمه، أو على أسماء الورثة.

3- كيفية إجراء القيد: يتم إجراء القيد في مرحلتين:

أ- **المرحلة التمهيديّة:** يقدم طلب الشهر، فتتولى الجهات المعنية بقيدته في دفتر خاص، يبين أسبقية طلبات الشهر من خلال وضع رقما متتابعا بحسب أقدمية تقديمها، وفقا لتاريخ اليوم والساعة. وتهتم السلطة المعنية فحص الطلب من الناحية القانونية، من أجل إحالته إلى قسم الاستعلامات الهندسية، لمعاينة العقار على الطبيعة، ومعاينة مساحته وحدوده، ثم يتم التأشير عليه بما يفيد قابليته للشهر.

ب- **المرحلة النهائيّة:** تتم هذه المرحلة في مكتب الشهر، حيث يجب تقديم عقد الرهن المؤشر على مشروعية صلاحيته للشهر بعد توثيقه، ومع بيانات الرهن، ويقوم المكتب بإثبات البيانات بعد التأكد منها في دفتر الشهر، برقم متتابع مع ذكر تاريخ اليوم والساعة؛ لتحديد أسبقية القيد⁽²⁾. ويجب على المحافظ العقاري أن يقوم بعملية الشهر خلال مدة خمسة عشر (15) يوما التالية لتاريخ الإيداع. ويكون لقيد الرهن أثر فوري فلا يرتد أثره إلى تاريخ إبرام العقد المنشئ لحق الرهن. ويتم إتباع تلك الإجراءات بالنسبة لقيد سائر التأمينات العينية العقارية⁽³⁾.

4- **بيانات قائمة القيد:** نصت المادة 66 من قانون رقم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري البيانات التالية⁽⁴⁾:

- اسم الدائن ولقبه، وصناعته، ومحل إقامته.
- اسم المدين، أو المالك الذي رتب الحق على ملكه.
- اختيار الموطن من قبل الدائن المرتهن في أي مكان من نطاق اختصاص المجلس القضائي لموقع الأملاك.

(1) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 320.

(2) رمضان أبو السعود، نفس المرجع اعلاه، ص 277.

(3) كريمة فردي، الشهر العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم القانون الخاص، فرع: قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2007-2008، ص 105.

(4) مرسوم رقم 63-76 مؤرخ في 24 ربيع الأول عام 1396 الموافق 25 مارس سنة 1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري. ج. ر. ع 30، الصادر في 13 ربيع الثاني عام 1396 هـ الموافق 13 أبريل سنة 1976 م. معدل ومتمم.

- تاريخ السند، والجهة التي تم أمامها أو صدر منها؛ أي بيان عقد الرهن، حتى يتمكن الغير من التأكد من صحته.

- مصدر الدين المضمون، ومقداره كاملا، وميعاد استحقاقه (تخصيص الدين).

- تخصيص العقار المرهون.

5- **جزاء النقص في البيانات الواردة في قائمة القيد:** إذا أغفل بياننا أو أكثر، من البيانات المنصوص عليها في المادة 59 من المرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري والمتعلقة بتعيين كل من العقارات المرهونة تعيينا دقيقا ونتج عنه ضرر للغير، بتزيتب البطلان جراء هذا النقص، ولا يجوز أن يطلب البطلان، إلا من وقع عليه الضرر بسبب إغفال البيانات، أو بسبب عدم ضبطها، وللمحكمة أن تبطل أثر القيد أو تنقص من أثره تبعا لطبيعة الضرر ومداه، ومن ثم، فإن الجزاء عن إغفال بيان أو أكثر، أو الخطأ فيه يتوقف على نطاق الضرر الناجم على ذلك. لذا، لا يجوز أن يتمسك به إلا من لحقه الضرر فعلا، وعليه إثبات الضرر، وللقاضي سلطة تقدير الجزاء الذي يحكم به، وفقا للمسؤولية التقصيرية⁽¹⁾.

الفرع الثاني: آثار القيد (نفاذ الرهن في حق الغير)

إذا تم القيد بشكل صحيح، فإنه ينتج آثار لمصلحة المرتهن قبل الغير. أما قبل هذا التاريخ فإن عقد الرهن لا ينتج سوى التزامات شخصية على عاتق المتعاقدين، فبعد قيد الرهن لدى المحافظة العقارية يثبت لصاحبه حق التقدم (أولا) في استيفاء حقوقه متقدما على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، كما يثبت له حق تتبع (ثانيا) العقار المرهون والتنفيذ عليه في حالة انتقال ملكيته لشخص آخر.

أولا: حق التقدم: يثبت حق التقدم للدائن المرتهن بمجرد قيد الرهن⁽²⁾، ويقصد به أن يتقدم الدائن المرتهن في استيفاء حقه على الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة، سواء بقي العقار المرهون في يد الراهن أو انتقل إلى الشخص الحائز⁽³⁾، ويكون ذلك حسب مرتبته في القيد والتي تتحدد كقاعدة عامة من وقت القيد، لا من وقت نشوء الحق. ومتى تحددت مرتبة الدائن

(1) المسؤولية التقصيرية نظمها المواد 124 - 134 إلى 140 ق. م. ج)، انظر أيضا لدى: مصطفى أحمد الزرقاء، الفعل الضار والضمان فيه، ط 1، دار القلم، دمشق، سوريا، 1988، ص 60.

(2) MESTRE . Jacques- PUTMAN Emmanuel, BILLIAN Marc, Traité de droit civil, droit spécial des sûretés réelles, librairie générale de droit et de jurisprudence, paris, France, 1995, p 781.

(3) BAPTISTE- Jean SEUBE, Droit des suretés, 5ème édition, Dalloz, paris, France, 2010, p 130.

المرتبه صار بإمكانه أن يستوفي حقه والذي هو أصل الدين وتوابعه وفقا لدرجة مرتبته، كما يجوز للدائن المرتهن الذي قيد حقه أن يتنازل عن مرتبة رهنه لصالح دائن مرتهن آخر، له حق عيني تبقي على ذات العقار.

1- القاعدة في تحديد مرتبة الدائن المرتهن: العبرة في حساب مرتبة الرهن تكون بالأسبقية في القيد وأن مرتبة الرهن المقررة ضمنا لدين شرطي أو مستقبلي أو احتمالي تحدد هي الأخرى بوقت القيد⁽¹⁾، وهذا استنادا لنص المادة 908 ق. م. ج التي نصت على ما يلي: "تسب مرتبة الرهن من وقت تقييده ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقا على شرط أو كان دينا مستقبلا أو احتماليا." توجد عدة رهون مقيدة على العقار، بل وقد توجد تأمينات عينية أخرى مقيدة على نفس العقار، ومن ثمة كان الواجب إعطاء كل صاحب حق من هذه الحقوق المقيدة على العقار درجة، أي مرتبة يتقدم بها على غيره من الدائنين⁽²⁾.

وإذا علق الدين المضمون على شرط فاسخ، فهي ديون موجودة ولكنها تزول إذا تحقق الشرط الفاسخ فلا يحرم الدائن المرتهن المعلق حقه على شرط فاسخ من حصوله على نصيبه من التوزيع بحسب مرتبة رهنه، ويلتزم هذا الدائن بتقديم ضمان يكفل رد ما استوفاه إذا تحقق الشرط الفاسخ⁽³⁾. غير أنه في حالة ما إذا كان الدين معلقا على شرط واقف، فإنه يقدر للدائن تحت شرط واقف حصة احتمالية ويتم التوزيع الفعلي لثمن العقار بأكمله على الدائنين التاليين له في المرتبة، على أن يلتزم هؤلاء الدائنين بتقديم تأمين يضمن الوفاء بحصة الدائن تحت شرط واقف متى تحقق الشرط⁽⁴⁾.

2- الاستثناءات الواردة على قاعدة تحديد مرتبة الدائن المرتهن: أدخل المشرع

الجزائري على قاعدة الأسبقية في القيد استثناءات لاعتبارات الحماية هي:

أ- عند تزامم دائن مرتهن رهنا رسميا ودائن آخر مزود بحق امتياز عام: ترد حقوق الامتياز العام على جميع أموال المدين من منقولات وعقارات⁽⁵⁾، فلا تخضع للقيد ولو كان محلها عقار طبقا للمادة 986 ق. م. ج. فإذا حدث وأن تزامم دائن مرتهن رهنا رسميا مع دائن آخر مزود بحق امتياز عام وارد عن العقار المرهون، فإنه من غير المتصور إعمال قاعدة الأسبقية في القيد، لأن حقوق الامتياز لا تخضع للقيد. ومن ثم، نص المشرع على حكم خاص

(1) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 282.

(2) سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 239.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 490.

(4) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 264، 265.

(5) انظر المادة 1/984 ق. م. ج، المرجع السالف الذكر.

أورده في الفقرة الثالثة من المادة 986 ق. م. ج، وفحواها أن الدائن صاحب الامتياز العام وهو حق لا يقيد يتقدم على الدائن المرتهن رهنا رسميا أيا كان تاريخ قيده⁽¹⁾.

ب - التزاحم بين الدائنين المرتهين رهنا رسميا: إن تزاحم دائنان مرتهنان رهنا رسميا، تكون العبرة بالأسبوية بالقيود، فمن كان قيده أسبق يتقدم على الدائن الآخر⁽²⁾، إلا أن هناك استثناء معين يتعلق بالرهن الصادر عن أحد الشركاء بحصته الشائعة، إذ أن الرهن الصادر من جميع الشركاء للعقار المشاع يتقدم في المرتبة على رهن الشريك لحصة مفرزة أو شائعة من العقار حتى ولو كان هذا الأخير أسبق في القيد⁽³⁾.

ج - عند تزاحم دائن مرتهن رهنا رسميا ودائن آخر مزود بتأمين عقاري خاص: يضم هذا الاستثناء حالات نذكرها فيما يلي:

- الرهن العقاري الحيازي: الرهن الحيازي العقاري لا يكفي لنفاذه في حق الغير أن يجري قيده، بل فضلا عن ذلك فإن حيازة العقار المرهون تنتقل إلى الدائن المرتهن، فلا تحتسب مرتبته إلا من يوم توافر القيد وانتقال الحيازة معا وهذا ما نصت عليه المادة 966 ق. م. ج، أي لو تم قيد الرهن الرسمي بعد قيد الرهن الحيازي ولكن قبل انتقال الحيازة تقدم الرهن الرسمي⁽⁴⁾.

- الامتياز المقرر لصالح بائع العقار: طبقا لنص المادة 999 ق. م. ج، إذا بيع العقار بثمن مؤجل فإنه يكون للبائع امتياز على ما يستحق من الثمن وملحقاته وهو امتياز يخضع للقيد حتى ولو كان البيع مشهرا، وخلافا للقانون المدني المصري لا تكون مرتبته من يوم قيده، وإنما من تاريخ البيع إذا تم البيع في مهلة شهرين من تاريخ البيع، وإذا لم يتم قيده تحول إلى رهن رسمي⁽⁵⁾. كما أن المادة 999 ق. م. ج تجعل الامتياز الخاص لبائع العقار يتقدم إذا تم قيده خلال شهرين (2) من تاريخ البيع على الرهن الرسمي الذي ترتب على العقار المباع أثناء فترة الشهرين (2) التالية لتاريخ البيع ولو كان قيد الرهن الرسمي أسبق، لأن لقيد الامتياز أثر يرجع لتاريخ البيع⁽⁶⁾.

(1) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص ص 284، 285.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 399.

(3) المادة 890 ق. م. ج، المرجع السابق.

(4) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 138.

(5) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص ص 286، 287.

(6) المرجع نفسه، ص 287.

- الامتياز المقرر لصالح المقاولين والمهندسين المعماريين: المقاولين والمهندسين المعماريين الذي عهد لهم بإقامة منشآت وبناءات المنصوص عليها في المادة 1000 ق. م. ج، فهؤلاء يتقدمون على الرهن الرسمية حتى ولو كانت سابقة في القيد⁽¹⁾، غير أن هذا التقدم لا يرد سوى على القدر الزائد من قيمة العقار بسبب تلك الأعمال، ذلك لأن حق امتياز المقاول أو المهندس المعماري مؤسس على تلك الزيادة التي طرأت على العقار المرهون نتيجة أشغالهم فقط⁽²⁾.

- الامتياز المقرر لصالح المتقاسم في العقار: أخضع المشرع الجزائري امتياز المتقاسم في العقار من حيث المرتبة لنفس أحكام بائع العقار، فيكون لقيد الامتياز المذكور أثرا رجعيا إذا تم في ميعاد شهرين (2) من تاريخ القسمة، وإلا تحول الامتياز إلى رهن رسمي.

3- التنازل عن مرتبة الرهن: نص المشرع الجزائري في المادة 910 ق. م. ج على أنه: "يمكن للدائن المرتهن أن ينزل من مرتبة رهنه في حدود الدين المضمون بهذا الرهن لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار. ويجوز التمسك اتجاه هذا الدائن الآخر بجميع أوجه الدفع التي يجوز التمسك بها اتجاه الدائن الأول عدا ما كان منها متعلقا بانقضاء حق هذا الدائن الأول إذا كان هذا الانقضاء لاحقا للتنازل عن المرتبة". وضع المشرع الجزائري مجموعة من الشروط حتى يكون التنازل صحيحا، وتتمثل في الآتي:

- أن يتم التنازل لصالح دائن آخر له رهن مقيد على العقار نفسه، وعلى ذلك لا يجوز النزول عن مرتبة القيد لمصلحة دائن له تأمين عيني على عقار آخر، أو لدائن مرتهن لم يقيد حقه، كما لا يجوز كذلك التنازل عن مرتبة رهنه لمصلحة دائن عادي⁽³⁾.

- أن يكون النزول في حدود دين المتنازل وليس في حدود دين المتنازل له، وذلك لغرض عدم جلب مضرة للدائنين المرتهنين الذين كانوا تالبيين للمتنازل وسابقين للمتنازل له⁽⁴⁾.

- أن يتم التأشير بالتنازل عن المرتبة في هامش القيد الأصلي وذلك تطبيقا للنص المادة 2/904 ق. م. ج: "لا يصح التمسك اتجاه الغير... بالتنازل عن مرتبة القيد المصلحة دائن آخر إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي".

(1) كريمة شايب باشا، عقد الرهن الرسمي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة سعد دحلب، البليلة، 2001، ص ص 126، 127.

(2) محمد حسنين منصور، المرجع السابق، ص 287.

(3) سمير عبد السيد تتاغو، المرجع السابق، ص 242.

(4) أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 242.

وبالتالي، لما كان التنازل عن القيد لا يجب أن يضر بحقوق الدائنين المرتهنين أصحابا لمراكز الوسطى، أعطى القانون هؤلاء الدائنين إمكانية استعمال الدفع التي كان من الجائز التمسك بها ضد المتنازل، ومن هذه الدفع نجد الدفع ببطلان دين المتنازل، الدفع بانقضاء الدين، الدفع بعدم تجديد القيد⁽¹⁾.

ثانيا: حق التتبع: يقصد بحق التتبع إمكانية تتبع الدائن المرتهن للعقار المرهون في يد من انتقلت إليه ملكيته لغرض التنفيذ عليه وممارسة حق التقدم على ثمنه لتحصيل حقوقه⁽²⁾، وقد أقر القانون للدائن المرتهن هذا الحق عند حلول أجل الدين في المادة 911 ق. م. ج. وممارسة حق التتبع يكون بشروط (1) وإتباع إجراءات (2)، حتى يكون التتبع صحيحا.

1- شروط مباشرة حق التتبع: يقصد بشروط مباشرة حق التتبع، الشروط الواجب توافرها حتى يكون للدائن المرتهن الحق في تتبع العقار المرهون والتنفيذ عليه تحت يد من انتقلت إليه ملكيته⁽³⁾. وبالتالي اشترط القانون لإمكانية التتبع شروطا، إحداها يجب توافرها في الشخص الذي يمارس حق التتبع وهو المرتهن (أ)، وأخرى يجب توافرها في الشخص الذي يمارس ضده حق التتبع وهو الشخص الحائز (ب).

أ- الشروط الخاصة بالدائن المرتهن: يشترط في الدائن المرتهن حتى يباشر حقه في التتبع أن يحل أجل دينه من جهة وأن يكون حقه (حق الرهن) نافذا في مواجهة من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون من جهة أخرى.

- حلول أجل الدين: تنص المادة 911 ق. م. ج على أنه: "يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن يقوم بنزع ملكية العقار المرهون من يد الحائز لهذا العقار...".

لا يثبت للدائن المرتهن الحق في التتبع إلا عند حلول أجل الدين، وما هذا الشرط في حقيقته إلا تطبيقا للقواعد العامة التي تقضي بعدم جواز التنفيذ بمقتضى حق مؤجل، فإذا استفاد الحائز من أجل قضائي (الميسرة) أو اتفاقي، امتنع على الدائن المرتهن التنفيذ وتتبع العقار إلا حين نفاذ الأجل الممنوح للمدين، ومقابل ذلك إذا حل أجل الدين قبل مواعده، كأن سقط أجله لسبب من أسباب سقوط الدين، جاز في هذه الحالة للدائن المرتهن ممارسة حقه في التتبع⁽⁴⁾.

(1) شوقي بناسي، المرجع السابق، 308.

(2) CABRILLAC . Michel, Christian MOULY, Droit des suretés, 7ème édition, juris-classeur, Paris, France 2002, p 698.

(3) عبيدات يوسف محمد، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، ط1، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 274.

(4) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص ص 154، 155.

- **نفاذ الرهن في مواجهة الغير (الحائز):** أن يكون الدائن المرتهن قد قيد حقه قبل أن يسجل الشخص الحائز السند الذي انتقلت بموجبه ملكية العقار المرهون إليه⁽¹⁾، وأن يظل القيد قائماً إلى حين ممارسة حق التتبع، فإذا سقط القيد بعدم تجديده مثلاً، سقط حق الدائن المرتهن في التتبع⁽²⁾.

ب- الشروط الواجب توافرها في الحائز: تنص المادة 911 ق. م. ج على أنه: "يعتبر حائز للعقار المرهون كل من انتقلت إليه بأي سبب من الأسباب ملكية هذا العقار أو أي حق عيني آخر قابل للرهن، دون أن يكون مسؤولاً مسؤولاً شخصية عن الدين المضمون بالرهن." ومقتضى تعريف الذي جاءت به نص المادة يجب أن تتوفر في الحائز شروط وهي:

- **أن يكون الحائز قد اكتسب ملكية العقار المرهون أو حقا عينيا آخر قابلا للرهن:** يجب أن يكون هذا العقار المرهون المكتسب، والحق العيني القابل للرهن، قابلاً للبيع بالمزاد العلني مستقلاً عن العقار المرهون حتى يمكن التنفيذ عليه مثل حق الانتفاع أو ملكية الرقبة وذلك بأي سبب من أسباب الملكية⁽³⁾.

وبناء على ذلك، يخرج أصحاب الحقوق الشخصية وواضعو اليد على العقار بصفة عرضية، فمستأجر العقار لا يعتبر حائزاً وإن كانت إجارته طويلة تزيد مدتها على تسع (9) سنوات، ومسجلة أيضاً قبل قيد الرهن وسارية في حق الدائن المرتهن⁽⁴⁾.

- **أن يكون سند الحائز مسجلاً إذا كان سنده مما يجب تسجيله:** إن الحقوق العينية الأصلية لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير لا فيما بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى الغير إلا بعد شهرها لدى مكتب الشهر. وعلى هذا الأساس، إذا كان الشخص قد تلقى الحق بمقتضى سند واجب التسجيل، فإنه ينبغي تسجيله حتى يعتبر حائزاً، وإلا بقيت الملكية في ذمة الراهن وتم التنفيذ في مواجهته. أما إذا كان الحائز قد كسب الملكية بسند قانوني غير قابل للتسجيل فلا حاجة للتسجيل في هذه الحالة. فإذا اكتسب الحائز على سبيل المثال ملكية العقار المرهون عن طريق

(1) Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, François CHABAS, Leçons de droit civil, édition Montchrestien, paris, 1999 , p 444.

(2) سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في الحقوق العينية التبعية: الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، الاختصاص، الكفالة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص 279.

(3) أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 211.

(4) كريمة شايب باشا، المرجع السابق، ص 132.

التقادم المكسب بعد اكتمال مدة التقادم، فإنه يعد حائزا و يجوز بالتالي تتبع العقار تحت يده، ولا يجب عليه التسجيل⁽¹⁾.

- أن يكون قد اكتسب حقه بعد قيد الرهن وقبل تسجيل نزع الملكية: يستنتج هذا الشرط من نص المادة 904 ق. م. ج، التي جعلت قيد الرهن شرطا ليكون نافذا على الغير، فإن كان قد كسب الحائز حقه قبل قيد الرهن لم يكن الرهن نافذا في مواجهته. وإذا كسب الغير حقه بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية فلا يملك الاحتجاج به على الدائن المرتهن وله عندئذ أن ينفذ على العقار المرهون وهو لا يزال في ملكية الراهن⁽²⁾.

- أن لا يكون الحائز مسؤولا مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن: لأنه لو كان مسؤولا شخصيا عن الدين، جاز للدائن المرتهن أن ينفذ على جميع أموال الحائز بمقتضى حقه في الضمان العام بما في ذلك العقار المرهون، وبالتالي فلا حاجة ولا محل لاستعمال حق التتبع ضد الحائز. بناء على هذا الشرط لا يعد حائزا للعقار المرهون:

- المدين والكفيل الشخصي أو العيني⁽³⁾، متى آل إليهم العقار المرهون، لأنهم مسؤولون شخصيا عن الدين في أموالهم فلا يجوز لهم تطهير العقار.

- الوارث في الشريعة الإسلامية، وهذا عملا بالقاعدة التي تقضي بألا تركة إلا بعد سداد الديون، فالوارث لا تنتقل إليه ملكية العقار المرهون إلا بعد سداد الديون التي عليه أي بعد أن ينتهي الرهن⁽⁴⁾.

2- إجراءات الحق في التتبع: نصت المادة 923 ق. م. ج على أنه: "إذا لم يختار الحائز أن يقضي الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عن العقار، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ في مواجهته نزع الملكية وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار، ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه في وقت واحد". يبين النص أن إجراءات التتبع هي:

أ- التنبيه على المدين بالوفاء: هو التنبيه العقاري أو تنبيه نزع الملكية، فلا يتم إلا بناء على سند تنفيذي للمرتهن ضد المدين الراهن⁽⁵⁾، فهو ورقة من أوراق المحضرين يتضمن فضلا

(1) حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 317، 318.

(2) عبد الناصر توفيق العطار، التأمينات العينية: الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، الرهن الشرعي للتركة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1984، ص 212.

(3) انظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 524.

(4) سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 294.

(5) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 153.

عن بيانات خاصة بالدين المطلوب الوفاء به والعقار المطلوب نزع ملكيته، إنذار المدين بدفع الدين وإلا سيسجل نزع الملكية وبيع العقار جبرا عن الحائز⁽¹⁾. الملاحظ أن المادة 923 ق. م. ج تحيل الموضوع في هذا الشأن إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁾.

ب - إنذار الحائز بالدفع أو التخليّة: ان لم يتولى الحائز بقضاء الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عن هذا العقار، لا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية وفقا لما قرره قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار⁽³⁾، ويكون الإنذار بعد التتبيه على المدين بنزع الملكية أو مع التتبيه في وقت واحد⁽⁴⁾. وإذا توالى انتقال ملكية العقار المرهون من حائز إلى آخر فيكون الإنذار إلى الحائز الأخير⁽⁵⁾. يجب أن يكون إنذار الحائز مصحوبا بتبليغ التتبيه إليه، وهذا ما يمكنه من معرفة نوع السند الحاصل التنفيذ بمقتضاه، والعقار الجاري التنفيذ عليه، ومقدار الدين المطلوب الوفاء به⁽⁶⁾. عند اخلال الحائز بقضاء الدين أو بتطهير العقار أو بتخليته للعقار، يقوم الدائن المرتهن في اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهته⁽⁷⁾.

(1) محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 215.

(2) المادة 923 ق. م. ج تحيل الموضوع في هذا الشأن إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، في المواد 721، 725، 726، 734، 743، 744، ق. إ. م. إ. قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ج. ر. ع 21، الصادر في 17 ربيع الثاني عام 1429 هـ الموافق 23 أبريل سنة 2008م.

(3) انظر المادتين 911 و922 ق. م. ج، المرجع السابق.

(4) انظر المادة 923 ق. م. ج، المرجع السابق.

(5) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 154.

(6) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 319.

(7) كريمة شايب باشا، المرجع السابق، ص 136.

المبحث الثاني: طرق انقضاء الرهن الرسمي

يتطلب الرهن الرسمي لانقضائه اتباع الطريقة الأصلية⁽¹⁾، أي بطريقة مستقلة عن انقضاء هذا الالتزام الأصلي (المطلب الأول)، وقد ينقضي بطريقة تبعية لانقضاء الدين المضمون به (المطلب الثاني).

المطلب الأول: انقضاء الرهن بطريقة أصلية

قد ينقضي الرهن الرسمي دون أن ينقضي الدين المضمون به، وهنا يصبح الدائن المرتهن دائئا عاديا، ويبقى حقه على أساس ذلك⁽²⁾، ويكون ذلك بتطهير العقار المرهون (الفرع الأول)، وبيع العقار بيعا جبريا (الفرع الثاني)، وبالتنازل عن الرهن (الفرع الثالث)، وهلاك العقار المرهون (الفرع الرابع)، اتحاد الذمة (الفرع الخامس).

الفرع الأول: تطهير العقار المرهون

التطهير هو تخليص العقار المرهون وتحريره من الحقوق المقيدة التي تثقله، والتطهير يتم بطريقتين، تطهير يتم بطريق اختياري وتطهير يتم بحكم القانون، والذي يهنا هنا التطهير الاختياري⁽³⁾ الذي نصت عليه المادة 934 ق. م. ج: "إذا تمت إجراءات التطهير انقضي حق الرهن الرسمي نهائيا ولو زالت لأي سبب من الأسباب ملكية الحائز الذي طهر العقار".

وعليه، إذا قام الحائز بتطهير العقار المرهون وفق الإجراءات المنصوص عليها في المادتين 916 و 917 ق. م. ج، فإن الرهن ينقضي ويصبح العقار محررا من الرهن التي كانت تثقله⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: بيع العقار بيعا جبريا بالمزاد العلني

تنص المادة 936 ق. م. ج على: "إذا بيع العقار المرهون بيعا جبريا بالمزاد العلني سواء كان ذلك في مواجهة مالك العقار أو الحائز أو الحارس الذي سلم إليه العقار عند التخلية، فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد، أو يدفعه إلى الدائنين المقيدون الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن".

(1) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 366.

(2) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 196.

(3) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 418.

(4) سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 31.

من خلال هذا النص، أن الرهن ينقضي عند بيع العقار المرهون بالمزاد العلني متى تم إيداع الثمن الذي رسا به المزاد لدى خزانة المحكمة، أو يسلم إلى أحد الدائنين المقيدة حقوقه منه. غير أنه قد لا يأخذ أحد الدائنين المرتهنين المتأخرين في المرتبة حقه، هنا ينقضي الرهن بصفة أصلية ويبقى الدين شخصياً⁽¹⁾.

الفرع الثالث: التنازل عن الرهن

يقصد به نزول الدائن المرتهن عن الرهن دون الدين المضمون، ويكون ذلك إما صراحة أو ضمناً، فإذا تنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن دون الدين المضمون انقضى الرهن وبقي الدين المضمون قائماً، و يتحول الدائن المرتهن إلى دائن عادي.

الفرع الرابع: الهلاك الكلي للعقار المرهون

ينقضي الرهن الرسمي بهلاك العقار كلية، فإذا كان الهلاك جزئياً فإن الجزء الآخر يبقى ضامناً لكل الدين عملاً بقاعدة عدم تجزئة الرهن، فقد يكون هلاكاً مادياً ينتج عنه هلاك العقار، وقد يكون هلاكاً قانونياً مثل حالة نزع الملكية للمنفعة العامة، وقد يكون الهلاك بسبب الراهن أو بسبب أجنبي⁽²⁾، وبالتالي ينقضي الرهن إذا هلك العقار المرهون، فينتقل حق الدائن المرتهن إلى التعويض أو مبلغ التأمين أو مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة طبقاً لقاعدة الحلول العينية⁽³⁾.

الفرع الخامس: اتحاد الذمة

ينقضي الرهن باجتماع صفتا الدائن المرتهن ومالك العقار المرهون في شخص واحد⁽⁴⁾، فقد يتم ذلك بانتقال ملكية العقار المرهون إلى الدائن المرتهن بأي سبب كان، كأن يرسو العقار المرهون على الدائن المرتهن أو أن يشتري الدائن المرتهن العقار المرهون، وقد يتم أيضاً بأن يرث الدائن المرتهن العقار أو بأن يوصى له به⁽⁵⁾. وأما في حالة زوال السبب المؤدي إلى اتحاد الصفتين بأثر مستند عاد حق الرهن، كما لو أبطل أو فسخ العقد الذي نقل ملكية العقار المرهون إلى الدائن المرتهن لحقه، وبالتالي لا يوجد ما يمنع الدائن المرتهن من مباشرة حقه⁽⁶⁾.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 641، 642.

(2) انظر المواد 898، 899، 900 ق. م. ج، المرجع السابق.

(3) يسمينة ربحاني، المرجع السابق، ص 72.

(4) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 198.

(5) للتفصيل في الموضوع أنظر لدى: عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 648.

(6) علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص 296.

المطلب الثاني: انقضاء الرهن الرسمي بطريقة تبعية

من خصائص الرهن الرسمي أنه حق تابع، بمعنى أنه لا ينشأ إلا لضمان دين معين، فهو يتبعه في نشوئه كما يتبعه أيضا في انقضائه كما تنص على ذلك المادة 893 في فقرتها الأولى ق.م. ج على أنه: "لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون، بل يكون تابعا له في صحته وفي انقضائه، ما لم ينص القانون على غير ذلك". وإلى جانب ذلك، تنص المادة 933 ق.م. ج على أنه: "ينقضي حق الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون، ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين، دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية كسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته". يتضح من خلال مضمون هذه المادة، أن الرهن الرسمي ينقضي تبعا لانقضاء الدين المضمون (الفرع الأول)، وأن الرهن الرسمي يرجع عند سبب زوال انقضاء الدين المضمون (الفرع الثاني).

الفرع الأول: انقضاء الرهن الرسمي تبعا لانقضاء الدين المضمون

بمقتضى نص المادة 933 ق.م. ج نجد أن الرهن يتبع الدين الأصلي في نشأته وانقضائه، إلا أنه يجب أن ينقضي الدين كله لكي ينقضي الرهن الرسمي عملا بمبدأ عدم تجزئة الرهن، وأسباب انقضاء الدين عديدة منصوص عليها في القواعد العامة متمثلة في: الوفاء بالدين، المقاصة، التجديد، اتحاد الذمة، الوفاء بمقابل، التقادم... إلخ. وعليه، إذا انقضى الدين الأصلي كليا لأحد الأسباب انقضى معه الرهن بالتبعية.

الفرع الثاني: رجوع الرهن الرسمي عند زوال أسباب انقضاء الدين المضمون

إذا انقضى الدين لأي سبب من الأسباب انقضى الرهن تبعا له، غير أنه قد يزول السبب الذي أدى إلى انقضائه بأثر رجعي، ففي هذه الحالة يعود الدين الموجود من جديد، وبما أن الرهن الرسمي تابع له، فإنه يعود هو الآخر للوجود⁽¹⁾، فمثلا إذا انقضى الدين بالإبراء، وكان هذا الإبراء قد صدر من ناقص الأهلية، وتم إبطاله، أو انقضى باتحاد الذمة، ثم زال اتحاد الذمة، ففي هذه الحالات يعود الدين الموجود، ويعود معه الرهن باعتباره من توابع الدين⁽²⁾.

(1) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 383.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 617.

الباب الثاني: الكفالة الشخصية

تصویر

يعد استقرار المعاملات المدنية والتجارية ضرورة ملحة بالنسبة لأطراف العلاقة العقدية فهم يسعون إلى تحقيقها، ومن خلالها تنشأ الثقة والأمان وكذا تحقيق المصلحة المتبادلة بينهم. وبما أن مناه هذه المعاملات يتضمن وجود عنصر المديونية، فقد اقتضى الأمر من أجل الحفاظ على حقوق الدائن وإحاطته بأكبر قدر من الضمانات إلى وضع اليات قانونية ناجعة تحت تصرفه، حيث تسمح له باسترداد حقوقه من المدين عند اقتضاء الضرورة. ومن ثم، فإن تدعيم وسائل الائتمان وتقويتها يؤدي إلى بث الثقة والطمأنينة في نفوس الدائنين كأطراف في العلاقة العقدية وحماية لهؤلاء من خطر عدم تحصلهم على حقوقهم.

بالتالي تعتبر الكفالة الشخصية من بين أقدم الضمانات في التاريخ البشري وأسبقها للوجود، وذلك راجع أساسا إلى أن المعاملات المدنية في بداياتها الأولى كانت تتفق مع عقلية ذلك العصر، حيث كان الكفيل مثل المدين الأصلي ملتزما بصفة أصلية إزاء الدائن، كانت المعاملات تتسم بالبساطة وقلة التوسع في النشاط المدني والتجاري الذي كان يزاوله الأفراد، مقارنة بما هو عليه في وقتنا الحالي خاصة مع تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية مما يعني حاجة الدائن إلى ضمانات أخرى لاستيفاء حقه من المدين. كما تعتبر الكفالة اداة رئيسية في الاقتصاد نظرا لتطور الائتمان بالنسبة للصناع والتجار وأيضا للمستهلكين.

لذا، فإن علاقة المديونية التي تربط الدائن بالمدين تكتسي أهمية بالغة لتعلقها بحقوق مالية، فالدائن يكون مهددا بخطر عدم تمكنه من الحصول حقه من المدين، الذي يتعنت عن القيام بذلك، فمن أجل ذلك أوجد القانون نوعين من الوسائل لضمان حق الدائن من الضياع،

الأولى هو بالضمان العام ومؤداه أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، فهو المبدأ المقرر في المادة 188 ق. م. ج: "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه"، والثاني أنه مشترك بين كل الدائنين، مما يجعلهم متساوين فيه، فيقسمون أموال المدين قسمة غرماء بنسبة قيمة حق كل منهم، ويزحم بعضهم البعض في ذلك، فإن لم تكف أمواله للوفاء بجميع حقوق الدائنين ضاع لكل منهم جزء من حقه. كما أحاط المشرع الجزائري الدائنين بوسائل قانونية أخرى حفاظا عليهم، ومن ذلك ما جاءت به المادتين 189 و 190 ق. م. ج، حيث يستطيع الدائن إتباع الدعوى غير المباشرة أو دعوى عدم نفاذ التصرف أو تسمى كذلك بالدعوى البوليصية، كما يحق للدائن الكشف عن محاولة المدين في إبعاد أمواله من الضمان العام وذلك باتباع الدعوى الصورية المنصوص عليها في المادة 189 ق. م. ج.

كل هذه الوسائل سخرت للقضاء على المخاطر التي قد يتعرض اليها الدائن من عدم حصوله على حقه، من أجل ذلك نظم المشرع وسائل قانونية أخرى من شأنها توفير قدر أكبر من الثقة لمدائن تسمى بالتأمينات الخاصة والتي تتجسد في نوعين وهي التأمينات العينية

والتأمينات الشخصية. فبالنسبة للتأمينات العينية لقد تناولناها ضمن الباب الأول من هذه المطبوعة. أما التأمينات الشخصية فهي محور الدراسة في هذا الباب الثاني.

تقوم التأمينات الشخصية على تعدد المسؤولين في تنفيذ الالتزام، فيتحقق ضمان الدائن فيها بضم ذمة أخرى إلى ذمة المدين، بحيث لو أعسر المدين تكون الذمة الأخرى مسؤولة عن الوفاء بنفس الدين ومن ذلك تتضعف فرص حصول الدائن على حقه. ولعل من أهم صور التأمينات الشخصية: عقد الكفالة وهو موضوع الدراسة ولقد نظمه المشرع الجزائري في الباب الحادي عشر الموسوم بـ "الكفالة"، من الكتاب الثاني المعنون بـ: "الالتزامات والعقود"، وبالتحديد المواد من 644 إلى 673 ق. م. ج. لذا وفي سبيل دراسة هذا الموضوع، حاولت تقسيم هذا الباب الى ثلاثة فصول كما يلي: الفصل الأول: مفهوم الكفالة، الفصل الثاني: أركان العقد الكفالة الشخصية، أما الفصل الثالث: آثار عقد الكفالة وانقضائها.

الفصل الأول: مفهوم عقد الكفالة

يعتبر عقد الكفالة من أبرز العقود الشائعة في المعاملات المدنية، حيث تجسد الكفالة الصورة المثلى للتأمينات الشخصية التي تقوم على اتساع وعاء الضمان العام وتدعيمه مما يتيح للدائن استيفاء حقه بالتنفيذ على الذمة المالية لشخصين أو أكثر هما: المدين الأصلي والكفيل أو الكفلاء في حال عجز المدين عن الوفاء.

فالكفالة الشخصية باعتبارها وسيلة قانونية مقررة لحماية اموال الدائن من الضياع، فإن تطبيقها على أطراف العلاقة _ الدائن والكفيل _ يخضع لنظام قانوني مستقل بذاته، له أحكامه الخاصة به، والذي يميزه عن باقي التأمينات الأخرى، وهو ما سعى الفقه إلى توضيحه من خلال عدة معاني وتحديد المفاهيم والمصطلحات ذات الصلة بعقد الكفالة.

على ضوء ذلك، نتعرض لمختلف التعاريف الخاصة بعقد الكفالة مع إبراز خصائصها (المبحث الأول)، ثم نبحث في أنواع الكفالة وتمييزها عن النظم القانونية المشابهة لها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تعريف الكفالة وخصائصها

يشكل عقد الكفالة أحد الضمانات الممنوحة للدائن لاستيفاء حقه اتجاه المدين، ونظرا لأهميته، فقد خصه الفقه والتشريعات المدنية بتعاريف متباينة بحسب نظرة كل منها إلى مضمون هذا العقد والغرض من وجوده، وهو ما أدى إلى عدم ضبط تعريف موحد له. على هذا الأساس، نتعرض إلى مختلف التعاريف الواردة بخصوص عقد الكفالة (المطلب الأول)، وكذا إبراز الخصائص التي يتمتع بها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف عقد الكفالة

مصطلح الكفالة كغيره من المفاهيم التي كانت محلا للعديد من التعريفات اللغوية والفقهية، حيث تصدى الفقه ورجال القانون إلى هذا النوع من الضمانات، محاولين إعطاء تعريفا دقيقا لها، وهو ما سنتطرق إليه من خلال الوقوف على مجموعة من التعريفات الواردة بهذا الخصوص سواء من الناحية اللغوية (الفرع الأول)، أو الاصطلاحية (الفرع الثاني)، أو بما تضمنته التشريعات الوضعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الكفالة لغة ولدى المذاهب الإسلامية

تميزت الكفالة بعدة معاني في اللغة (أولا) كما كانت موضوع تعريف لدى المذاهب الإسلامية (ثانيا)، التي سوف نتناول البعض منها بالذكر .

أولا: تعريف الكفالة في اللغة: الكفالة لغة هي بمعنى الالتزام، تَكَفَّلْتُ بِالْمَالِ التَّزَمْتُ بِهِ وَالزَّمْتُهُ نَفْسِي⁽¹⁾. وقال أبو زيد: تحملت به، وَقَالَ ابْنُ الْأَعْرَابِيِّ: كَفَيْلٌ وَكَافِلٌ، وَضَمِينٌ وَضَامِنٌ بِمَعْنَى وَاحِدٍ، وَفَرَّقَ اللَّيْثُ بَيْنَهُمَا فَقَالَ الْكَفِيلُ الضَّامِنُ وَالْكَافِلُ هُوَ الَّذِي يَعُولُ إِنْسَانًا وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ وَالْكَفْلُ وَرَازٌ حِمْلٌ الضَّعْفُ مِنَ الْأَجْرِ أَوْ الْإِثْمِ وَالْكَفْلُ بِفَتْحَتَيْنِ الْعَجْزُ⁽²⁾.

أو هي كذلك بمعنى الضم والضمان، يقال كفّل فلان فلانا بمعنى ضمه إليه⁽³⁾. كذلك قوله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾⁽⁴⁾، أي ضمن زكريا عليه السلام حضانة مريم عليها السلام،

(1) أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج2، الباب: ك ف ل، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، 1987، ص 536.

(2) محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى الزبيدي، ج30، الباب: كفّل، المرجع السابق، 1404هـ-1984م، ص 334.

(3) أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي، حاشية الطحطاوي على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في مذهب الإمام أبي حنيفة، تحقيق ودراسة: أحمد فريد الزبيدي، ج8، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د. س. ن، ص 3.

(4) سورة آل عمران، الآية رقم 37.

وتكفل بالقيام بأمرها⁽¹⁾، وقوله عليه الصلاة والسلام: "أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة"، أي القائم بأمره من نفقة وكسوة وتأديب وتربية وغير ذلك⁽²⁾. كما تدل الكفالة على الرعاية والزعامة، لقوله تعالى: ﴿وَأَنَّا بِهٖ زَعِيمٌ﴾⁽³⁾.

ثانياً: تعريف الكفالة لدى المذاهب الإسلامية: اختلف فقهاء المذاهب الإسلامية في تعريف الكفالة وذلك لعدة اعتبارات متعلقة باختلافهم في حكمها أو الاثر المترتب عنها.

عرفها الشافعية بما يلي: "يُقَالُ لِلتَّرَامِ حَقٌّ ثَابِتٌ فِي ذِمَّةِ الْغَيْرِ أَوْ إِحْضَارِ عَيْنِ مَضْمُونَةٍ أَوْ بَدَنِ مَنْ يَسْتَحِقُّ حُضُورَهُ، وَقَدْ يُطْلَقُ عَلَى الْعَقْدِ الَّذِي يَحْصُلُ بِهِ ذَلِكَ، وَيُسَمَّى الْمُتَّرَمُ لِذَلِكَ ضَامِنًا وَزَعِيمًا وَكَفِيلًا وَغَيْرَ ذَلِكَ"⁽⁴⁾.

عرفها الحنابلة بقولهم: "التزام من يصح تبرعه أو ما وجب أو ما يجب على غيره مع بقاءه"⁽⁵⁾. وعرفها الحنفية بأنها: "ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقاً بنفس أو بدين أو عين"⁽⁶⁾. أما المالكية يعبر عن لفظ الكفالة في كتبهم بالحمالة تارة وبالضمان تارة أخرى. فعرف المالكية الضمان بتعريفات عدة أوضحها: "التزام دين لا يسقطه أي طلب من هو عليه لمن هو له"⁽⁷⁾. كما عرفوها بأنها: "شغل ذمة اخرى بالحق مع بقاءه شاغلا للذمة الأولى"⁽⁸⁾.

(1) محمد سليمان الأشقر، ماجد محمد أبو رخية، محمد عثمان شبير، عمر سليمان الأشقر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، مج1، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، ص 421.

(2) محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم، أبو العلا، المبارك فوري، تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، ج6، باب ما جاء في رحمة الكفالة وكفالاته، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د. س. ن، ص 39؛ مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، المسند الصحيح المختصر من السنن بنقل العدل عن العدل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج 4، باب الإحسان إلى الأرملة والمسكين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د. س. ن، ص 2287.

(3) سورة يوسف، الآية رقم 72.

(4) محمد بن أحمد الخطيب، شمس الدين، الشربيني الشافعي، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج2، دار الفكر، بيروت، لبنان، ص 312.

(5) منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، باب الضمان والكفالة وما يتعلق بهما، عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1403هـ-1983م، ص 363.

(6) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، ج5، ط2، الباب: مطلب يصح كفالة الكفيل، دار الفكر-بيروت، لبنان، 1412هـ - 1992م، ص 286.

(7) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، المرجع السابق، ص 427.

(8) محمود أحمد مروح مصطفى، الكفالة أنواعها وطرق الإبراء منها: دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية وواقع الكفالة

المعاصرة، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع الأردن، 2003، ص18.

بعد التعرض لكل هذه التعاريف السابقة يلاحظ ما يلي: الكفيل هو الذي يلتزم بأداء المكفول به، ويجب أن يكون بالغاً عاقلاً مطلق التصرف في ماله راضياً بالكفالة، لأنه لا يلزمه الحق ابتداءً إلا برضاه، فلا يكون المجنون ولا الصبي ولو كان مميزاً كفيلاً. ويسمى الكفيل بالضامن والزعيم والحميل والقبيل⁽¹⁾. الأصل هو المدين وهو المكفول عنه، ولا يشترط بلوغه ولا حضوره ولا رضاه بالكفالة. بل تجوز الكفالة عن الصبي والمجنون والغائب.

يرى البعض إن أرحح هذه التعريفات وأقواها هو تعريف ابن عابدين من الحنفية وجاء فيه⁽²⁾:

- إن تعريف ابن عابدين تناول حقيقة الكفالة بوضوح؛ حيث اشتمل على أنواعها.
- إن الشافعية والحنابلة يفرقون بين لفظي الكفالة والضمان بخلاف الحنفية كما سبق بيانه.

- التعريف يثبت الحق في ذمة الضامن (الكفيل) مع التزام المكفول عنه ولا يسقط الحق عن المكفول عنه، لأن الكفالة تقوم على أساس اشتراك الكفيل وتضامنه مع المكفول عنه في المسؤولية، وللمكفول له أن يطالب من يشاء منهما أو كليهما معا.

الفرع الثاني: تعريف الكفالة فقها وقانوناً

حاول بعض الفقه الحديث تعريف الكفالة (أولاً) كما تطرق القانون لتعريفها (ثانياً).

أولاً: تعريف الفقه الحديث للكفالة: عرف حسني محمد عبد الدائم الكفالة بأنها: «ضم ذمة ما يصح تبرعه إلى ذمة الأصيل في المطالبة بدين أو عين أو نفس ليكون المكفول به إما نفس أو عين أو دين، فالمضمون بالكفالة بالنفس هو إحضار المكفول، وفي الكفالة بالعين إما تسليمها إلى المكفول له أو ضمانها، وفي الكفالة بالدين أداؤها»⁽³⁾. ووفقاً لهذا المفهوم يمكن تعريف عقد الكفالة بأنه العقد الذي يتعهد بموجبه شخص يسمى الكفيل أو المدين التبعية للدائن بأن ينفذ التزامات المدين الأصلي، إذا لم يقم هذا الأخير بتنفيذها بنفسه.

(1) سيد سابق، فقه السنة، ج3، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2002، ص 334.

(2) للمزيد عن الموضوع راجع: أسامة يعقوب الأيوبي، الكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في العرف الفلسطيني في قطاع غزة، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2009، ص 13.

(3) حسني محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 29.

وعرفها وهبة الزحيلي بأنها: "ضم ذمة الى ذمة في حق المطالبة او في حق اصل الدين والبراءة تنافي الضم ولان الكفالة لو كانت مبرئة لكانت حوالة وهما متغايران"⁽¹⁾.

ثانيا: تعريف الكفالة قانونا: نصت المادة 644 ق. م. ج. المقابلة لنص المادة 772 من ق. م. م. على ما يلي: "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ الالتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه". كما عرفته المادة 1053 من قانون الموجبات والعقود اللبناني بأنه: "عقد بمقتضاه يلتزم شخص اتجاه الدائن بتنفيذ موجب مديونه إذا لم يقم هذا المديون بتنفيذه".

يتبين لنا من خلال هذه التعاريف أن عقد الكفالة هذا إنما نشأ عن وجود علاقة مديونية، تقوم بين دائن ومدين، وأن الكفيل يأتي لضمان الوفاء بهذه المديونية، وأنه لولا عقد الكفالة لظل الكفيل غريبا عن هذه العلاقة. وبهذا المعنى عقد الكفالة يتم بين شخصين أساسيين هما: الدائن في الالتزام الأصلي وبين الكفيل، وأن المدين في الالتزام الأصلي ليس طرفا في عقد الكفالة رغم أنه يؤدي دورا في انعقادها، ولذلك في الغالب هو من يدعو الكفيل للتعاقد مع الدائن ليوفر له الثقة والائتمان، ومع ذلك يظل أجنبيا عن عقد الكفالة، هذا وقد تتم الكفالة من جهة أخرى دون علم المدين.

- التزام الكفيل قبل الدائن بوفاء ما التزم به المدين الأصلي إذا لم يقم هذا المدين بالوفاء، والتزام الكفيل التزم تبعا، يقوم تبعا للالتزام الأصلي ولضمان الوفاء به، فهناك إذن علاقة أصلية بين دائن ومدين، وعلاقة تبعية بين الدائن نفسه وشخص آخر هو الكفيل⁽²⁾.

- العبارة الأخيرة الواردة بنص المادة 644 ق. م. ج. "إذ لم يف به المدين نفسه"، لا ينبغي أن يفهم منها أن التزام الكفيل معلق على شرط واقف، أي عدم قيام المدين الأصلي بالوفاء، لأن التزام الكفيل هو التزام بات يترتب في ذمة الكفيل بمجرد انعقاد الكفالة، ويحل بمجرد حلول الالتزام الأصلي⁽³⁾، فمدلول النص يكمن في إبراز الصفة الاحتياطية للكفالة، والتي تجعل الكفيل ملتزما في الدرجة الثانية، بمعنى أن الدائن ملزم بأن يطالب المدين أولا، وأن يبدأ بالتنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال الكفيل أيضا⁽⁴⁾، طبقا لما نصت عليه المادة 660 ق. م. ج. وهو الجزء الذي سنتعرض له بالتفصيل عند دراستنا لآثار عقد الكفالة في الفصل

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 4207.

(2) توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية، المكتب العربي للطباعة والنشر، 1986، ص 9.

(3) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني "في العقود المسماة": عقد الكفالة، ط3، دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر، 1994، ص 8؛ منصور مصطفى منصور، جلال محمد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، 2001، ص 334.

(4) محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 467.

الثالث لاحقاً. لذا فلا يتعين كما يبدو من تعريف المادة السابقة أن يكون الكفيل شخصاً طبيعياً، بل يجوز أن يكون شخصاً معنوياً، وأنه يجوز كذلك أن يكون المكفول مهو التزام أي شخص. فمن هذا التحليل الوجيز لمضمون المادة 644 ق. م. ج، يلاحظ أن الكفالة عقد تأمين شخصي يلتزم بموجبه شخص الكفيل بالوفاء بالتزام المدين الذي لم يقم بأدائه، وذلك بضم ذمته المالية لذمة المدين، وهذا ما نصت عليه أيضاً المادة 2011 القانون المدني الفرنسي.

هذا ومن التطبيقات القانونية لذلك ما نص عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في بعض حالات النفاذ المعجل⁽¹⁾، فعلى المحكوم له أن يودع بخزانة المحكمة من النقود أو الأوراق المالية قدرًا مساوياً لقيمة ما يراد التنفيذ به حتى يضمن للمحكوم عليه، إذا ألغى الحكم في الاستئناف، بإمكان إعادة الحال إلى ما كانت عليه، فتسمى القيمة المالية في هذه الحالة تأميناً أو كفالة.

وعليه، وقد يقصد بكلمة الكفالة معنى آخره: أن يتعهد شخص بإحضار المدين يوم حلول أجل الدين، فمن تكفل بإحضار المدين يوم حلول أجل الدين ولم يحضره في الميعاد، كان ملزماً بالدين، وإذا حضر المدين المذكور، برئ كفيله، وقد يترتب على التخلف عن تنفيذ هذا الالتزام، أن يلتزم الكفيل بالدين، وهذا الكفيل يطلق عليه تسمية: الكفيل بالنفس⁽²⁾. هذا، ونظام الكفالة، وفقاً لهذا المعنى، مأخوذ ومستمد من الشريعة الإسلامية، فقد جاء في المادة 651 من مجلة الأحكام العدلية: "لو كفل أحد بنفس شخصاً على أن يحضره في الوقت الفلاني، وإن لم يحضره في الوقت المذكور فعليه أداء دينه... وإذا توفي الكفيل، فإن سلمت الورثة المكفول به على الوقت أو سلم المكفول به من جهة الكفالة، لا يترتب على طرف الكفيل شيء من المال، وإن لم يسلم الورثة المكفول به أو هو لم يسلم نفسه، يلزم أداء المال من تركه الكفيل. ولو مات المكفول له، طالب وارثه، ولو أحضر الكفيل المكفول به ذلك الوقت واختفى المكفول له أو تغيب، راجع الكفيل الحاكم على أن ينصب وكيلاً عوضاً عنه ويستلمه". فأما القانون المدني المصري الحالي لا يأخذ بهذا النظام على خلاف بعض التقنينات العربية الأخرى⁽³⁾. وعليه، فإن المعنى الشائع للفظ كفالة يستخدم للدلالة على صورة خاصة من صور التأمين الشخصي، وفي نطاق هذا المعنى يقصد بالكفالة: "العقد الذي يرمي إلى تأمين الدائن من طرف الكفيل إذا لم يف المدين به المدين نفسه".

(1) المادة 586 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ج. ر. ع 21 الصادر في ربيع الثاني عام 1429 هـ الموافق 23 أبريل سنة 2008م.

(2) رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1995، ص 29.

(3) نذكر على سبيل المثال: التقنين المدني الإماراتي في المادة 1068، والتقنين المدني العراقي في المواد من 9017-1019، وتقنين الموجبات والعقود اللبناني في المواد 1098-1105.

المطلب الثاني: خصائص عقد الكفالة

احتوت التعاريف السابقة على بعض خصائص عقد الكفالة، فهي تكمن في كون الكفالة عقد ضمان شخصي (الفرع الأول)، عقد ملزم لجانب واحد (الفرع الثاني)، عقد تبرعي (الفرع الثالث)، عقد رضائي (الفرع الرابع)، عقد تبعي (الفرع الخامس).

الفرع الأول: عقد الكفالة عقد ضمان شخصي

يقصد من ذلك، أنها عقد يلتزم فيه الكفيل شخصيا بالوفاء بالالتزام الأصلي، بحيث يعتبر مدينا بهذا الالتزام ومسؤولا عن تنفيذه مسؤولية شخصية يكون للدائن بمقتضاها أن ينفذ بحقه على كل أمواله⁽¹⁾. الطابع الشخصي للكفالة يميزها عن الكفالة العينية التي يقدم الكفيل فيها مالا معيناً لضمان الوفاء بدين المدين، وهو لا يضمن الوفاء إلا في حدود المال الذي قدمه تأميناً له، فمسؤوليته تنحصر في قيمة العين التي قدمها تأميناً لحق الدائن، فهو مسؤول في حدود المال المخصص لهذا الضمان.

ويترتب على اعتبار الكفالة عقد من عقود الضمان الشخصي أنها لا تجنب الدائن تمام مخاطر الإعسار لأنها وإن كانت تجنبه مخاطر إعسار مدينه إلا أن الاحتمال نفسه لا يزال قائماً أيضاً بالنسبة للكفيل، لكن في الوقت الحاضر، أصبح الضمان الذي تقدمه الكفالة أكثر أماناً خاصة بعد تدخل البنوك والمؤسسات المالية لتقديم ضمانها للحصول على الائتمان اللازم على النحو السابق بيانه⁽²⁾.

الفرع الثاني: الكفالة عقد ملزم لجانب واحد

يبرم عقد الكفالة بين الدائن والكفيل، فيتعهد الكفيل في هذا العقد أمام الدائن بضمان وفاء دين إن لم يف به المدين الأصلي، فالعقد كما نعرف يرتب التزاماً بالضمان على عاتق الكفيل، غير أن المدين فلا يلتزم عادة بشيء نحو الكفيل. فالكفالة عقد ملزم لجانب واحد متمثل في الكفيل، كما أنه عقد لا يتم إلا بتبادل وتطابق إرادتي كل من الكفيل والدائن، فالكفالة لا تقوم بمجرد إعلان من جانب الكفيل وحده غير أنه إذا لزم الدائن الكفيل بدفع مقابل نظير كفالته للدائن فإننا نكون بصدد عقد ملزم لجانبين.

كما لا يغير من طبيعة عقد الكفالة باعتبارها عقداً ملزماً لجانب واحد بحسب الأصل لما يتحمله المدين قبل الكفيل من التزامات، لأن مصدر هذه الالتزامات ليس هو عقد الكفالة، إذ أن المدين ليس طرفاً فيها. كما لا يغير من طبيعة عقد الكفالة باعتبارها عقداً ملزماً لجانب واحد

(1) إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام: أحكام الالتزام، مكتبة عبد الله وهبه، القاهرة، مصر، 1966، ص 17.

(2) R. TENDER, Le cautionnement, Dalloz, Paris, 1981, P 129.

ما يتحمله الدائن من التزامات في هذا العقد، مثل ما نصت عليه المادة 659 ق. م. ج على الدائن أن يسلم وقت وفائه للدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع على المدين، لأن التزام الدائن بتسليم مستندات للرجوع على المدين هي واقعة مستقلة لاحقة لإبرام عقد الكفالة، ولذلك ليس من المتصور أن نصف عقدا ما بأنه ملزم للجانبين لما يترتب من آثار عن واقعة مستقلة خارجة عنه⁽¹⁾.

الفرع الثالث: الكفالة عقد تبرعي

الأصل أن الكفيل يلتزم بوفاء الدين عن المدين دون مقابل، وهذا المعنى مستمد من العلاقة بين الدائن والكفيل، لأن الكفيل عادة يؤدي خدمة بدون مقابل، فهو يلتزم بضمان التزام المدين الأصلي دون أن يتلقى أي مقابل من الدائن، غير أنه إذا التزم الدائن اتجاه الكفيل بدفع مقابل نظير كفالته للدين، فهنا تتغير طبيعة العقد، حيث تصبح أمام صورة من صور التأمين وهي تأمين الائتمان، حيث أن قصد الطرفين اتجه إلى أن المبلغ الذي يدفعه الدائن هو مقابل تعهد الكفيل بتأمينه من خطر الإعسار وتعويضه عن الضرر اللاحق به من جراء ذلك، و في هذه الحالة هو عقد أصلي واحتمالي وليس تابعا ومحددا لأنه أصبح في هذه الحالة تأمينيا وليس كفالة. أما إن اتجهت إرادة الأطراف إلى أن الكفيل يقتصر دوره على التعهد بتنفيذ التزام المدين إذ لم يحم بوفائه فإن العقد يظل كفالة، ولا ينفي عنه الصفة دفع مبلغ من النقود مقابل كفالته⁽²⁾.

ويترتب على اعتبار عقد الكفالة من عقود التبرع اشتراط أهلية التبرع في الكفيل حتى يكون العقد صحيحا، ويترتب على اعتبار عقد الكفالة عقدا تبرعيا كونها تصرفا مدنيا، وإن كان الالتزام المكفول تجاريا والكفيل تاجرا، لأن نية التبرع غريبة عن التجارة، لأن هذه الأخيرة تقوم على فكرة المضاربة، غير انه لا يمكن أن تكون الكفالة عملا تجاريا إذا كان الكفيل تاجرا أبرمها بقصد الربح أو لتحقيق مصلحة تجارية، كما إذا تقدم أحد الصيارفة لضمان أحد عملائه مقابل عمولة⁽³⁾.

الفرع الرابع: الكفالة عقد رضائي

ينشأ عقد الكفالة بمجرد التراضي بين الدائن والكفيل، فلا يحتاج الأمر إلى شكل خاص يفرغ فيه هذا التراضي، وهذا على عكس الحال في عقد الرهن الرسمي، ومع ذلك فإن المادة 645 ق م ج تقضي بأن: "لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة." الواقع، أن الكتابة هنا لم تشترط لانعقاد، بل للإثبات، والدليل على ذلك أن

(1) زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الأمل، الجزائر، 2001، ص ص 18، 19.

(2) أحمد زواوي، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، المجلة القضائية، العدد2، 2000، ص 8.

(3) نقلا عن: زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 20.

الكفالة لو كانت عقدا شكليا لا تتعقد إلا بالكتابة، لما انعقدت إذا لم توجد الكتابة، ولما جاز إثباتها بالإقرار أو باليمين، لأن غير المنعقد لا يجوز إثباته أصلا⁽¹⁾.

هذا، ولا يغير من رضائية عقد الكفالة - كذلك - ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 787 ق. م. م من التزام الدائن بأن: "يسلم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع"، إذ الأمر لا يخص انعقاد الكفالة، وإنما يتعلق بآثارها بعد الانعقاد على أساس مبدأ الرضائية⁽²⁾.

وفي الحقيقة أن الخروج عن القواعد العامة في إثبات عقد الكفالة يرجع أساسا الى التزام الكفيل الذي يعد تبرعا، مما يجب استتاده إلى رضا صريح وقاطع، ويرى البعض⁽³⁾ الغاية في ذلك تكمن في ان المشرع أراد أن يحمي الكفيل بعد انقضاء التزامه.

الفرع الخامس: عقد الكفالة تبعي

تعتبر هذه الخاصية من أهم خصائص عقد الكفالة بل إنها تعتبر الأساس الفاصل لتمييزه عن غيرها من وسائل الضمان الشخصية، فعقد الكفالة لا يتمتع بكيان مستقل بحد ذاته خارج نطاق العقد الأصلي، أو العلاقة الأصلية التي تربط الدائن بالمدين الأصلي، فهو تبعي، أي أنه مرتبط بعلاقة قانونية قائمة بين الدائن والمدين الأصلي، فالكفيل يكفل المدين الأصلي دون أن يعتبر مدينا أصليا اتجاه الدائن حيث لا علاقات سابقة تربطه به⁽⁴⁾.

فمن هنا اعتبرت خاصية التبعية من الأمور الحتمية بالنسبة للكفالة، وهو ما يتضح من نص المادة 648 ق. م. ج، والتي جاء فيها على أنه: "لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا"، وكذا ما جاء في المادة 1/652 ق. م. ج، التي تنص على أنه: "لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا يشترط أشد من شروط الدين المكفول"، لكن لا يجب أن يفهم من ذلك أن صفة التبعية من النظام العام. فمبدأ الرضائية في العقود يسمح بأن يستبعد الأطراف هذه الصفة، فلا تكون أي مخالفة للنظام العام، إلا أنهم بذلك يكونوا قد استبعدوا صفة الكفالة من هذا الاتفاق⁽⁵⁾، وفي الواقع أن هذا الشرط يعطي للدائن ضمانا أكبر باعتبار أن الكفيل يعد متنازلا عن الدفع بالتجريد أو بالتقسيم لكن ورغم ذلك يحتفظ

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 24.

(2) حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 52.

(3) Ph . MALAURIEL. AYNES, Droit civil: les suretés, 2^{ème} édition Dalloz, Paris 1999 no 103, p 50.

(4) محمد علي عبده، عقد الكفالة: دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، منشورات زين الحقوقية، طرابلس - بيروت، لبنان، 2005، ص 84.

(5) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 277.

دائماً بالحماية اللصيقة لصفة التبعية وبصفة خاصة الاحتجاج بالدفوع الناشئة عن الالتزام المكفول، وله أن يتمسك ببراءة ذمته بقدر ما أضعاه الدائن بخطئه من الضمانات حسبما نصت عليه المادة 656 ق. م. ج، وأيضاً براءة ذمة الكفيل إن لم يتم باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من تاريخ إنذار الكفيل للدائن طبقاً للمادة 657 ق. م. ج، تترتب على صفة التبعية نتائج هي:

- تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً، كما لا يجوز كفالة مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولا يشترط أشد من شروط الدين المكفول، ولكن تجوز في مبلغ أقل وبشرط أهون. كما يستفيد الكفيل من كل تغيير طارئ في الالتزام المكفول، ولكن لا يضار من هذا التغيير.

- أن مصير الالتزام الكفيل مرتبط من عدة جوانب بمصير الالتزام الأصلي تتمثل فيما يلي:

- ينقضي التزام الكفيل بالتقادم نتيجة لانقضاء الالتزام الأصلي بالتقادم ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة به، حيث أن التزام الكفيل لا يقوم دون أن يرتكز إلى التزام أصلي يعمل على ضمان الوفاء به، وأن انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء بمقابل يؤدي إلى براءة ذمة الكفيل ولو استحق الشيء المقضي للوفاء في يد الدائن استناداً لنص المادة 655 ق. م. ج.

- حجية الشيء المقضي ضد المدين الأصلي والمتعلقة بوجود الدين المكفول يحتج بها في مواجهة الكفيل.

- يترتب على تجديد الالتزام المكفول انقضاؤه بتوابعه وينشأ مكانه التزام جديد ولا ينتقل إلى هذا الالتزام الجديد سواء كانت الكفالة عينية أو شخصية إلا إذا رضي الكفلاء بذلك⁽¹⁾.

المبحث الثاني: أنواع الكفالة وتمييزها عن العقود المشابهة لها

عقد الكفالة، باعتباره من الضمانات الشخصية المقررة لحماية حقوق الدائنين، فلا شك أنه يتميز بصور أو أنواع مختلفة (المطلب الأول) نحاول أن نتعرض لها في هذه الدراسة، ثم نقوم بتمييز عقد الكفالة عن العقود المشابهة له (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أنواع الكفالة

لا يقتصر عقد الكفالة على وجود نوع معين بالذات، بل هناك عدة تصنيفات وتقسيمات وضعها الفقه، مما يجعلنا أمام أنواع مختلفة للكفالة، وذلك بالنظر إلى مصدرها (الفرع الأول)، وطبيعتها (الفرع الثاني)، وأخيراً محلها (الفرع الثالث).

(1) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 279.

الفرع الأول: أنواع الكفالة من حيث المصدر

تنقسم الكفالة من حيث مصدرها إلى كفالة اتفاقية (أولاً)، وكفالة قانونية (ثانياً)، وأخيراً كفالة قضائية (ثالثاً).

أولاً: الكفالة الاتفاقية: تنشأ هذه الكفالة بمجرد اتفاق المدين مع الدائن على تقديم كفيل يضمن دينه، ويكون هذا الاتفاق هو مصدر التزام المدين بتقديم الكفالة، سواء تم الاتفاق من قبل نشوء الدين في ذمة المدين أو بعد ذلك. وبعد من قبيل الكفالة الاتفاقية سعي المدين للحصول على كفيل يضمنه ويقدمه للدائن حتى يحصل منه على ائتمان جديد أو أن يجدد الائتمان السابق، ويمكن أن تنشأ الكفالة أيضاً في حالة تقدم الكفيل من تلقاء نفسه لضمان المدين والتزامه به في مواجهة الدائن، حتى ولو يعلم بها هذا الأخير أو رغم معارضته لذلك، حيث يكون مصدر التزام هذا الكفيل هو الإرادة المنفردة، وهي مصدر إرادي يقيد به وتعتبر هاتين الحالتين من قبل الكفالة الاتفاقية.

ثانياً: الكفالة القانونية: تكون الكفالة قانونية في الأحوال التي يتوجب فيها على المدين تقديم كفيل للدائن، والتي تلزم المنتفع بالمنقول أن يقدم لمالك الرقبة كفالة ضمان للوفاء بالتزامه أو برد المنقول أو بدله⁽¹⁾، هذا ما نصت عليه المادة 851 ق. م. ج، وأيضاً ما تضمنته المادة 2/211 ق. م. ج، التي تنص على أنه: "يسقط حق المدين في الأجل إذا شهر إفلاسه وفقاً لنصوص القانون، إذا انقص بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطي بعقد لاحق أو بمقتضى القانون..."، وكذا نص المادة 212 ق. م. ج، التي تنص على أنه: "... فإن للدائن وقبل انقضاء الأجل، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه، ولو بوجه خاص أن يطالب بتأمين إن خشي إفلاس المدين..."، والمادة 2/388 ق. م. ج التي تخول للبائع أن يقدم كفيلاً إذا أراد استيفاء الثمن رغم التعرض للمشتري ورغم حق المشتري في حبس الثمن.

ثالثاً: الكفالة القضائية: تتقرر الكفالة قضائية في الحالات التي يكون مصدر التزام المدين فيها بتقديم كفيل بموجب حكم قضائي، فيكون هذا الحكم هو مصدر الالتزام بتقديمها. وعليه، ان كان حكم القضاء إقراراً لوجود هذا الالتزام في الاتفاق أو في القانون، فلا تكون الكفالة قضائية ولا يغير ذلك من طبيعتها القانونية أو الاتفاقية، لأن العبرة في ذلك بمصدرها الأصيل⁽²⁾.

(1) سمية عوادي، إسمهان خاوة، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2011-2012، ص 30.

(2) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 302.

ومن أمثلة الكفالة القضائية ما نصت عليه المادة 2/717 ق. م. ج،... وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الاغلبية، أن تقرر مع هذا كل ما تراه مناسب من التدابير ولها بوجه خاص ان تامر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما يستحق من التعويضات."

وعليه، فالكفالة سواء كانت اتفاقية أو قانونية أو قضائية، تملك أهمية من الناحية العملية ذلك أن القانون يجعل للكفالة القانونية والقضائية أحكاما خاصة لا يأخذ بها في الكفالة الاتفاقية، بحيث نصت المادة 667 ق. م. ج على أنه: "يكون الكفلاء في الكفالة القضائية أو القانونية دائما متضامنين"، لكن إذا تعدد الكفلاء في الكفالة الاتفاقية يكونون غير متضامنين إلا إذا تم الاتفاق على ذلك في عقد الكفالة، وبالتالي يكون التزام الكفيل في الكفالة القانونية والقضائية أشد منه في الكفالة الاتفاقية، حيث يكون متضامنا مع غيره من الكفلاء بقوة القانون دون أن ينص على ذلك عقد الكفالة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: أنواع الكفالة من حيث الطبيعة

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

أولاً: الكفالة المدنية: يمكن القول أن الكفالة عقد مدني لأنها من عقود التبرع، لكن التجارة تنشأ على أساس الربح والمضاربة ولا تتفق أبدا مع صفة التبرع، فنجد ان الكفيل متبرع لا يحصل على مقابل، وهو ما أكدته المادة 651 ق. م. ج، ويترتب على ذلك أن: "الكفالة تعتبر مدنية ولو كان الكفيل تاجرا. إلا أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمنا احتياطيا أو عن تظهير هذه الأوراق تعتبر دائما عملا تجاريا".

ثانياً: الكفالة التجارية: ورد في نص المادة 2/651 ق. م. ج حالتين كاستثناء، اعتبرت فيهما أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمنا احتياطيا، وأن أي تظهير لها يجعلها عملا تجاريا، يقصد بالضمن الاحتياطي ضمان الالتزام الناشئ من الورقة التجارية ويقع بكتابته على الورقة التجارية ذاتها أو كتابته على الورقة التجارية المتصلة بها أو في ورقة مستقلة⁽²⁾، وهو ما أكدته المادة 409 ق. ت. ج. أما التظهير، فقد اعتبره المشرع تظهيرها

(1) جميل الشرقاوي، دروس في التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1976، ص 24.

(2) أحمد محمود سعد، عقد الكفالة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1934، ص 136.

بمثابة كفالة تجارية، إلا أن هناك من يعتبرها صورة من صور الرهن الحيازي للورقة التجارية⁽¹⁾.

الفرع الثالث: أنواع الكفالة بحسب محلها

تنقسم الكفالة بحسب محلها إلى كفالة شخصية (أولا)، وكفالة عينية (ثانيا).

أولا: الكفالة الشخصية: هي الكفالة العادية أو البسيطة بحيث يلتزم فيها الكفيل بضمان الوفاء بالدين إذا لم يف به المدين، فيستطيع الدائن أن يستوفي حقه من أموال المدين ومن أموال الكفيل إذا لم تكفي الأموال الأولى، وترد الكفالة على الضمان العام للكفيل أي على كل أمواله دون تخصيص⁽²⁾.

ثانيا: الكفالة العينية: تعد هذه الكفالة تأمين عيني بحيث يقدم الكفيل مالا (عقارا أو منقولا) مملوكا له لضمان الوفاء بالتزام في ذمة شخص آخر ويسمى الكفيل في هذه الحالة بالكفيل العيني، حيث يقوم الكفيل برهن عقار أو منقول الذي يملكه لضمان الوفاء بالتزام المدين، كما أنه لا يضمن هذا الوفاء إلا في حدود المال الذي قدمه تأمينا له، فالضمان لا يرد على كل ذمته المالية. ومنه الكفيل العيني لا يكون مسؤولا شخصيا عن الدين، بل يضمن الدين في حدود المال الذي قدمه ومنه الكفالة العينية تدرج تحت التأمينات العينية ضمن عقد الرهن، ويترتب النتائج التالية عند التمييز بين النوعين من الكفالة:

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

- 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⁽³⁾. 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.

(1) زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 21.

(2) نادية ليونسي حداد، عقد الكفالة في القانون المدني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 4، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1999، ص 11.

(3) أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 39.

المطلب الثاني: تمييز الكفالة عن العقود المشابهة لها

ان الأهمية المقصودة من عقد الكفالة تكمن في قصدين: فهو من الناحية الاقتصادية يعد أداة من أدوات الائتمان، ومن الناحية القانونية وسيلة من وسائل الضمان. لذلك قد نجد مفاهيم قانونية أخرى تشبه للكفالة سواء من حيث تكوينها القانوني أو من حيث وظيفتها الاقتصادية. ومن بين هذه المفاهيم سنتعرض إلى الفرق بين الكفالة و التضامن بين المدينين (الفرع الأول)، الكفالة والإنبابة (الفرع الثاني)، الكفالة والتعهد عن الغير (الفرع الثالث)، والكفالة الشخصية والعينية (الفرع الرابع).

الفرع الأول: الكفالة والتضامن بين المدينين

يراد بالتضامن بين المدينين أو التضامن السلبي أن يتعدد المدينون بدين واحد قابل للانقسام بطبيعته، ويكون كل منهم ملزما في مواجهة الدائن بأداء الدين بأكمله، وهو يعني أن الدائن يستطيع أن يطالب بالدين كله، كما على المدين أن يبئ ذمته وذمة سائر المدينين بالوفاء بكل الدين للدائن. فيعد هذه الحالة استثنائيا وخروجا على قاعدة انقسام الدين بين المدينين قبل الدائن، بحيث أن كل مدين يعتبر مسؤولا عن الدين بكامله ولو كان في علاقته بالمدينين الآخرين، لا يسأل إلا عن جزء من الدين⁽¹⁾.

ويتمثل وجه التشابه في أن كليهما يمنح الدائن ضمانا وتأمينا شخصيا، بمقتضاه يكون له الحق في التنفيذ ليس فقط على أموال المدين الأصلي، بل أيضا على أموال المدين المتضامن معه أو على أموال الكفيل. ويقوى الشبه بين التضامن في حالة ما إذا كان أحد المدينين المتضامين فقط هو الذي استفاد من الدين دون باقي الآخرين، الذين يقتصر دورهم على ضمان الوفاء بهذا الدين، فيمكن لأي من هؤلاء إذا ما دفع الدين، الحق في أن يرجع على المدين الأصلي المستفيد بكل ما دفع كالكفيل تماما⁽²⁾.

ومع ذلك، فالفارق بين الكفالة والتضامن في صورتها الأخيرة كبير، فالمدين المتضامن هو مدين أصلي في مواجهة الدائن، بينما في الكفيل يعد مدينا تابعا. وعلى ذلك، فالدائن له أن يسأل أي من المدينين المتضامين دون أن يتوقف ذلك على سبق سؤال المدين ذو المصلحة في الدين، بينما في الكفالة لا يستطيع الدائن أن يرجع على الكفيل إلا إذا رجع على المدين أولا⁽³⁾. يترتب على صفة التبعية هذه، أن للكفيل حتى ولو كان متضامنا أن يتمسك ببراءة ذمته

(1) العربي بلحاج، أحكام الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 257.

(2) عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام القانون المدني المصري: التأمينات الشخصية، مطابع دار أخبار اليوم، القاهرة، مصر، 1954، ص ص 41، 42.

(3) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 45.

إذا أضع الدائن التأمينات، وكذلك يتمسك بسقوط التزامه إذا لم يرجع الدائن على المدين خلال ستة (6) أشهر من تاريخ إندار الكفيل له بذلك. وإذا لم يدخل الدائن في تقليسه المدين سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما كان يستطيع أن يحصل عليه من هذه التقلية⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الكفالة والإنابة

المقصود بالإنابة أن يلتزم شخص ثالث بالوفاء بالدين مكان المدين، فإذا قامت الإنابة صحيحة برأت ذمة المنيب وأدى إلى انقضاء الالتزام بالإنابة في الوفاء. ومن هنا، فإن للإنابة ثلاث أطراف: المنيب (وهو المدين الأصلي) و مناب (وهو الشخص الأجنبي الذي يلتزم بتحمل الدين والوفاء به مكان المدين)، والمناب لديه (وهو الدائن). والإنابة لا يقتضي أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والشخص الأجنبي الذي يرتضي تحمل الدين، كما لو كان المناب بقصد من الإنابة قضاء دين بينه وبين المنيب، أو التبرع بقيمة الدين إلى المنيب، أو القيام بإقراضه بقدر ما وفي عنه من الدين. وبمقتضى الإنابة يحل الشخص الأجنبي (المناب) محل المدين (المنيب) في الوفاء للدائن، ومن ثم فإن المناب لديه (الدائن) ليس طرفا في الاتفاق الذي يتم بين المنيب والمناب، ولكنه يشترط مع ذلك قبوله لقيام الاتفاق صحيحا⁽²⁾.

و الإنابة قد تكون كاملة أو ناقصة وسنقوم بدراسة بتمييز الكفالة عن كل واحدة منهما.

أولاً: الكفالة والإنابة الناقصة: هي الإنابة التي لا تحتوي تحديدا بتغيير المدين، فيظل المدين الأصلي المنيب ملزما بالدين في مواجهة الدائن إلى جانب التزام الشخص الأجنبي (المناب) ويصير للدائن أي المناب لديه) مدينان بدلا من دائن واحد، فيجوز له أن يطالب أيا منهما بكل الدين مما يحقق تأميننا شخصيا للدائن، فتكون ذمة المناب ضامنة لحقه، بالإضافة إلى ذمة المدين. لذلك يتشابه موقف المنيب مع موقف الكفيل. غير أن هذا ليس إلا تشابها ظاهريا، فالالتزام المناب التزاما أصليا، بجانب التزام المنيب، في مواجهة الدائن، أي المناب لديه. ولا يعتبر المناب كفيلا للمنيب في مواجهة المناب لديه. ومن ثم، لا يستطيع المناب أن يدفع في مواجهة الدائن بضرورة الرجوع أولا على المنيب، كما هو حق الكفيل في الدفع بضرورة رجوع الدائن أولا على المدين. ولا يجوز له أن يتمسك في مواجهة الدائن بالدفع بالتجريد، كما هو حق الكفيل في أن يتمسك في مواجهة الدائن بضرورة التنفيذ أولا على أموال المدين وتجريده من أمواله قبل الشروع في التنفيذ على أموال الكفيل. وهذا ما يميز بوضوح بين الكفالة والإنابة الناقصة⁽³⁾.

(1) انظر المادتين 657 و 658 ق. م. ج، المرجع السابق.

(2) العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 317.

(3) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 27.

ثانياً: الكفالة والإنابة الكاملة: تعرف الإنابة الكاملة بكونها اتفاق على أن ذمة المنيب تبرأ في مواجهة دائئه فينقضي دينه ويصبح المناب هو المدين الجديد بدلاً منه، ويتضمن ذلك في الحقيقة تجديد الدين بتغيير المدين، وهذه الإنابة الكاملة التي تتضمن تحديداً بتغيير المدين، هي التي ترد إليها الحوالة في الفقه الإسلامي، وخاصة عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة ونظراً لمبدأ عدم افتراض التجديد في الإنابة، فإنه في حالة النزاع يظل المدين ملزماً بالدين في مواجهة دائئه إلى جانب التزام المناب. هذا، ولا وجه للالتباس بين فكرة الإنابة الكاملة والكفالة، لأن الإنابة الكاملة تتطوي على تجديد للالتزام بتغيير المدين، فالمدين الأصلي (المنيب) يختفي ليحل محله مدين جديد المناب⁽¹⁾.

الفرع الثالث: الكفالة والتعهد عن الغير

التعهد عن الغير يقصد به أن يتعاقد فيها الشخص مع شخص آخر ويتعهد الشخص بأن يحمل الغير قبول التعاقد أو التزام معين، ومثال ذلك أن توجد دعوى بين اثنين، فيموت أحدهما، فيتصالح أحد الورثة مع الخصم ليضع حداً للنزاع، ويتعهد نحوه بقبول باقي الورثة لهذا الصلح، أو أن يتعهد شخص قبل آخر بأن يبيع شخص ثالث شيئاً يخصه إلى هذا الشخص الآخر⁽²⁾. وتختلف الكفالة عن التعهد عن الغير في كون التزام المتعهد هو التزام أصلي، بينما الكفيل التزام تبعية يضمنه الكفيل، فيقوم بتنفيذه إذا لم يف به المدين نفسه، فالمتعهد عن الغير لا يسأل عن الالتزام نفسه، وإنما يتعهد بقبول الغير لهذا الالتزام. ويبقى للغير الذي تعهد عنه مطلق الحرية في القبول أو الرفض. وبناء على ذلك، إذا لم يقبل الغير الالتزام، يكون المتعهد قد أخل بالتزام ترتب في ذمته ويلتزم بتعويض المتعهد له عما لحق به من ضرر. وإذا قبل الغير بالتعهد، فتبرأ ذمة المتعهد لأن تعهده قد تحقق إلا أنه ليس هناك ما يمنع أن تجتمع الكفالة مع التعهد عن الغير، ومثالها أن يتعهد شخص ما يجعل الغير يلتزم بأمر معين، ويتعهد كذلك بأن يكون كفيلاً لهذا الغير في تنفيذ التزامه، فيبدأ المتعهد التزامه بأن يكون متعهداً فقط، لكن بعد نشوء الالتزام يصبح كفيلاً فقط⁽³⁾.

(1) محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د. س. ن، ص 59.

(2) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 46.

(3) رمضان أبو السعود، همام محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998، ص 41.

الفرع الرابع: الكفالة الشخصية والكفالة العينية

قد يقع التمييز كذلك بين الكفالة بمعناها الاصطلاحي وهي الكفالة الشخصية، وبين ما يطلق عليه الكفالة العينية، حيث يضمن الكفيل العيني، وشأنه شأن الكفيل الشخصي، الوفاء بدين المدين في حالة عدم وفاء هذا الأخير به. ومع ذلك، فإن وجه الخلاف الجوهرى بينهما يتمثل في أن الكفيل الشخصي يسأل عن الدين مسؤولية شخصية غير محددة في أمواله في حالة عدم وفاء المدين به من غير أن يكون مسؤولاً 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 أنه لا يعطي الدائن حق تتبع هذا المال. ومن ناحية أخرى، فإن وفاته لا تحول دون تحمل تركته بالتزامه بضمان الدين⁽¹⁾. وعلى العكس، فإن الكفيل العيني، وهو يقدم ضماناً للوفاء بدين الغير مالا معيناً من أمواله يقرر عليه للدائن حقا عينيا تبعا، تكون مسؤوليته عن الدين محصورة في حدود هذا المال⁽²⁾، بحيث يتخلص من المسؤولية قبل الدائن بمجرد خروج المال من حيازته، سواء بالتصرف فيه للغير، حيث ينتقل للغير مثقلا بحق الدائن، أو بالتخلي عنه للدائن⁽³⁾. الأمر الذي يجعل الكفالة العينية أقرب للتأمينات العيني منها للكفالة الشخصية⁽⁴⁾.

يتضح مما سبق، أن الكفالة العينية تأمين تبعا يخول للدائن ميزة التقدم والتتبع على المال المقرر عليه الكفالة العينية. وهذا بخلاف الكفالة الشخصية، التي تعتبر من قبيل التأمين الشخصي الذي يتمثل في ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين، ولا يكون للدائن أي تقدم أو تتبع، إذ يلتزم الكفيل في مجموع أمواله وليس في مال معين بالذات.

ومع ذلك، فإن مركز الكفيل العيني يشبه مركز الكفيل الشخصي في أن كلا منهما يسأل عن دين غيره، ومن ثم تسري على الكفالة العينية بعض قواعد الكفالة الشخصية في حدود معينة⁽⁵⁾.

(1) همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 27.

(2) هذا يعني أن الكفالة العينية، إما أن تكون رهنا حيازيا أو رهنا رسميا (تأمينيا).

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 20؛ منصور مصطفى منصور، جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 335.

(4) همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 27.

(5) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 336.

الفصل الثاني

أركان عقد الكفالة الشخصية

يستند عقد الكفالة كغيره من العقود الى وجود اركان لا نشائه، والملاحظ ان عقد الكفالة بالمعنى الضيق يكون بين الدائن والكفيل، إلا أنه بالاستناد إلى تعريف الكفالة، يتبين لنا أن هناك شخصاً ثالثاً يهيمه الأمر، وهو المدين الأصلي، إذ بالرغم من تدخل الكفيل بصفته ضامناً للوفاء بالدين المترتب في ذمة المدين، إلا أن هذا الأخير لا يعفى من المسؤولية تماماً، إذ أنه عند حلول الأجل لابد أن يلتزم بالوفاء بما عليه من ديون اتجاه الدائن لتبراً ذمته وإلا اعتبر مخلاً بتعهداته المالية مثلما سنرى ذلك لاحقاً.

وعلى العموم، كما سبق القول فإن عقد الكفالة شأنها شأن سائر العقود الأخرى، يتطلب لانعقادها توافر الأركان المعروفة قانوناً، والمتمثلة في كل من ركن التراضي (المبحث الأول)، والمحل (المبحث الثاني)، والسبب (المبحث الثالث)، مع وجود بعض الخصوصية التي تميزه عن غيره من العقود.

المبحث الأول: التراضي في عقد الكفالة

عقد الكفالة كغيره من العقود، قوامه التراضي فهو الأساس القانوني لكل عقد، إذن هو عقد رضائي، إذ يجب لقيام الكفالة تطابق إرادتي الدائن والكفيل دون اشتراط أي شكل خاص، ودون حاجة إلى رضا المدين، لأنه ليس طرفا في عقد الكفالة⁽¹⁾، فلا يتوقف عليه قيامه، بل يمكن أن يتم عقد الكفالة بدون علم المدين بل أيضا رغم معارضته إذا ما علم بهذا العقد. إلا أن هذا الأمر مخالف للشريعة الإسلامية التي تحرم على الكفيل الذي يضمن المدين بدون علمه أو رغم معارضته من حق الرجوع عليه⁽²⁾. ومنه، سنتطرق لشروط انعقاد عقد الكفالة باعتبارها جد مهمة (المطلب الأول)، ثم نبحت في شروط صحة التراضي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: شروط انعقاد عقد الكفالة

يشترط لانعقاد الكفالة صدور إيجاب وقبول طرفي العقد، وذلك بإحدى وسائل التعبير عن الإرادة المعروفة في القواعد العامة، وأن يتم تطابق الإيجاب والقبول على عناصر العقد الجوهرية، كسائر العقود الأخرى، كما يجب أن تتوفر في الكفيل الذي سيقدمه المدين كضامن لدينه شروطا نص عليها القانون. لذا، سنتناول التعبير عن الإرادة (الفرع الأول)، والشروط الواجب توافرها في الكفيل الذي يلتزم المدين بتقديمه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعبير عن الإرادة

إن معظم التشريعات نصت - خلافا للمبادئ العامة - على أن الكفالة لا تفترض، بل يجب أن تكون صريحة، في حين أن القواعد العامة تنص على أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا⁽³⁾. ويجب تطابق إرادتي الدائن والكفيل دون اشتراط شكل خاص ودون الحاجة إلى رضا المدين لأنه ليس طرفا في عقد الكفالة، أما عن تعبير الكفيل عن إرادته فقد أثار جدلا فقهيًا، حيث تأثر جانب من الفقه المصري بما هو موجود في القانون المدني الفرنسي وذلك في المادة 2015، وبحسب نص المادة 773 ق. م. م، فإنه يلزم الكتابة لإثبات الكفالة كدليل على خطورة التزام الكفيل، حيث ذهب إلى اشتراط أن يكون رضا الكفيل صريحا.

(1) المادة 647 ق. م. ج، المرجع السابق.

(2) هذا ما جاء في المادة 562 من مرشد الحيران، حيث يحرم على الكفيل الذي يضمن المدين بدون علمه ولو بغير رضاه من حق الرجوع عليه.

(3) المادة 60 ق. م. ج، المرجع السابق.

وفي الحقيقة أن هذا الرأي لا يتفق مع القواعد العامة التي تجيز أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا أو ضمنيا، والكفالة لا تخرج عن حدود هذه القواعد، لأن اشتراط الكتابة حسب نص المادة 773 ق.م.م، ليس دليلا على اشتراط أن يكون رضا الكفيل صريحا، حيث أنه عند تخلف الكتابة يجوز إثبات الالتزام بما يقوم مقامها من إقرار ويمين، ولكن نظرا لخطورة التزام الكفيل فإنه يجب أن يكون رضائه واضحا⁽¹⁾، حيث أن المشرع لم يفرد لإبرام عقد الكفالة قواعد خاصة⁽²⁾.

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الكفيل الذي يلتزم المدين بتقديمه

تنص المادة 646 ق.م.ج على أنه: "إذا التزم المدين بتقديم كفيل، وجب أن يقدم شخصا موسرا ومقيما بالجزائر، وله أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا".

يتضح من خلال هذا النص، أن الكفيل الذي يلتزم المدين بتقديمه، لا بد أن يكون موسرا، وتكون إقامته في الجزائر، ولكن من خلال النص لم يذكر المشرع شرطا ضروريا في الكفيل والذي يتمثل في الأهلية، وحيث يعتبرها الفقهاء من أهم الشروط التي يجب أن تتوفر في الكفيل لكي تتعد الكفالة⁽³⁾. وعليه، تتحقق الغاية من هذه الكفالة باعتبارها تأمينا شخصيا للدائن مهما كان نوع الكفالة سواء كانت قانونية أو اتفاقية أو قضائية، والغرض من تقديم الكفيل هو تأمين الدائن من مخاطر إفسار المدين، وبذلك تكون أموال الكفيل ضامنة للدائن في استفاء دينه⁽⁴⁾، وتتمثل هذه الشروط في:

أولا: يسار الكفيل: يشترط في الكفيل الذي يلتزم المدين بتقديمه، أن يكون ميسور الحال، أي لديه القدرة على الوفاء بالالتزام الذي يضمنه إذا لزم الأمر ذلك، وتعتبر الكفالة التي يقوم بها الكفيل المعسر لا قيمة لها، وعبء إثبات يسار الكفيل يقع على المدين الذي قام بتقديمه، ويقاس يساره بما يوجد لديه من الأموال التي تكون كافية للوفاء بالدين الذي كفله⁽⁵⁾، سواء كانت هذه الأموال منقولات أو عقارات بشرط أن تكون قابلة للحجز عليها⁽⁶⁾. أما القانون

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 63؛ محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 50، 51.

(2) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 63، 65؛ سمير عبد السيد تتاغو، المرجع السابق، ص 36.

(3) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، ط1، دار الهدى للطباعة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 23.

(4) محمد حسنين منصور، المرجع السابق، ص 82.

(5) زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 27.

(6) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 24.

الفرنسي فقد اشترط لإثبات يسار الكفيل أن تكون أمواله عقارات فقط دون الأموال المنقولة ما لم يكن الدين تجاريا أو زهيد القيمة⁽¹⁾.

وتظل مسألة اليسار مسألة موضوعية تخضع لسلطة القاضي في تقديرها، حيث يقوم بإخراج أموال الكفيل المثقلة بالديون إذا كانت موجودة عند قيامه بحساب الأموال التي تظهر يسار الكفيل⁽²⁾.

وفي حالة وقوع نزاع حول يسار الكفيل، فإن المدين هو الذي يتحمل عبء إثبات يساره، وذلك عن طريق إثباته أن أموال الكفيل كافية للوفاء بالدين، وإذا ما ادعى الدائن وجود ديون تستغرق كل أموال الكفيل فهو ملزم بإثبات ذلك⁽³⁾. كما أنه إذا كانت أموال الكفيل غير كافية لضمان الالتزام المكفول، فإن الكفيل هنا يعتبر غير موسر، وعليه لا بد على المدين تقديم ضمان آخر وإلا سقط أجل الدين.

ثانيا: الإقامة بالجزائر: لقد اشترط المشرع الجزائري الإقامة بالجزائر بهدف التسهيل على الدائن الرجوع على الكفيل الاستفاء حقه في حالة عدم الحصول عليه من المدين، أي عدم وفاء المدين بالتزامه⁽⁴⁾.

والإقامة المقصودة هي الإقامة الاعتيادية في الجزائر وليست الإقامة العرضية، حيث لا يشترط في الكفيل أن يكون مقيما في موطن المدين كما هو الحال في القانون الفرنسي، كما لا يشترط فيه أن يكون جزائريا، لأن نص المادة 646 ق. م. ج جاء عاما بأن يكون الكفيل شخصا موسرا، ومقيما بالجزائر. والمقصود أنه يمكن أن يكون الكفيل أجنبيا ولكنه مقيم بالجزائر حتى ولو كان موطنه المختار⁽⁵⁾، وفي حالة ما اذا غير الكفيل موطنه أثناء الكفالة، ولم يعد له موطن معلوم في الجزائر، في هذه الحالة يجب على المدين تقديم ضمان آخر سواء بتقديم كفيل آخر أو تأمين عيني وإلا سقط أجل الدين⁽⁶⁾.

(1) الفكرة كانت سائدة في وقت تقنين نابوليون لأن المنقول في ذلك الوقت كان تافه القيمة لدى الفرنسيين، ولكن بعد تعرض هذه الفكرة إلى نقد كبير من الفقه الفرنسي خاصة بعد تغير الظروف الاقتصادية. مشار إليه لدى زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 28.

(2) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 24.

(3) سليمان محمدي، مدونة حول التأمينات العينية والشخصية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 16.

(4) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 24.

(5) زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 28.

(6) سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 16.

كما يضاف شرط الأهلية إلى الشرطين السابقين، فهو شرط ضروري⁽¹⁾ رغم أن المادة السالفة الذكر لم تنص عليه إلا أن معظم الفقهاء اشترطوه، واعتبروا الكفالة لن تتحقق بدونه باعتبارها من التصرفات القانونية الخطرة على الكفيل.

إذا فقد الكفيل الأهلية بعد إبرام عقد الكفالة فإن ذلك لا يؤثر عليها، حيث تبقى صحيحة ومرتبطة لكافة آثارها، والدائن لا يطالب المدين بتقديم ضمان آخر، فالعبرة في الأهلية بوقت إبرام العقد⁽²⁾. أما إذا تخلف شرطي اليسار والإقامة، أي إذا أصبح الكفيل معسرا أو قد غير موطنه إلى الخارج، فهذا يؤدي إلى إضعاف الضمان، وهنا يلزم المدين بتقديم ضمان آخر أو تحمله سقوط الأجل⁽³⁾. وعليه، لا بد أن يستمر يسار الكفيل إلى غاية انقضاء الكفالة، وكذلك نفس الشيء فيما يخص الإقامة⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: شروط صحة التراضي

يشترط في كل متعاقد أن يكون كامل الأهلية يوم إبرام التصرف في أي عقد كان، ومنه عقد الكفالة، كما يجب كذلك أن تكون إرادة الدائن والكفيل غير مشوبة بأي عيب من عيوب الإرادة المتمثلة في الغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال. وعليه، سنتطرق في هذا المطلب إلى الأهلية في عقد الكفالة (الفرع الأول)، وسلامة الرضا من عيوب الإرادة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأهلية في عقد الكفالة

إن توافر ركن الرضا يتطلب صدوره عن شخص لديه الأهلية اللازمة لإبرام عقد الكفالة، وهو ما يستدعي البحث في أهلية كل من الكفيل (أولا)، والدائن (ثانيا).

أولا: أهلية الكفيل: يجب أن تتوفر في الكفيل أهلية التبرع، وأن يكون راشداً، بالغاً طبقاً لما نصت عليه المادة 40 ق م ج، وغير محجور عليه وإلا اعتبرت الكفالة باطلة. وعلى ذلك، لا يجوز للقاصر ولا للمحجور عليه أن يكفل الغير متبرعا، لأن الكفالة بالنسبة له تصرف ضار ضرراً محضاً. كما لا يجوز للولي أو للوصي أن يعقد باسم القاصر أو المحجور عليه، ولو بإذن المحكمة عقد كفالة، أي باعتباره كفيلاً، لأنه يمتنع التبرع بمال القاصر أو المحجور عليه ولو بإذن المحكمة إلا لواجب إنساني أو عائلي⁽⁵⁾. ومن ثم، يجب أن تتوفر في الكفيل

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 25.

(2) زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 26.

(3) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 26، 27.

(4) زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 26.

(5) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 318.

أهلية التبرع، وهي الأهلية اللازمة للقيام بمثل هذا التصرف⁽¹⁾. أما إذا كانت الكفالة بعوض، فتعتبر الكفالة من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، فلا تشترط أهلية التبرع، بل يكفي أهلية مباشرة تلك التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فتجوز من الصبي المميز ومن في حكمه، وتكون قابلة للإبطال⁽²⁾.

كما لا تقتصر الكفالة على الأشخاص الطبيعية فحسب، فتجوز الكفالة من الأشخاص المعنوية، كما يمكن للشريك كامل الأهلية أن يقوم بكفالة الشركة التي هو شريك فيها، وكما يجوز للشركة أن تقوم بكفالته أيضا⁽³⁾، وإذا منح الكفيل توكيلا في الكفالة لشخص آخر، فلا بد أن تتوفر في الموكل أو الكفيل أهلية التبرع، ولا يشترط في الوكيل ذلك، لأن العقد ينتج أثره في الشخص الأصلي وهو الكفيل رغم أنها انعقدت بإرادة النائب⁽⁴⁾.

ثانيا: أهلية الدائن: تعتبر الكفالة بالنسبة للدائن من الأعمال النافعة نفعا محضا، حيث أنه لا يلزم فيها بمقابل، فيكفي أن تتوافر فيه أهلية التمييز طبقا للمادة 42 ق. م. ج. أما إذا التزم بشيء في مقابل التزام الكفيل، كانت الكفالة بالنسبة إليه من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للإبطال إذا كان صبيا مميزا أو من في حكم الصبي المميز⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: سلامة الرضا من عيوب الإرادة

يكون عقد الكفالة صحيحا إذا كان مستوفيا للقواعد العامة المطلوبة في العقود من اركان وشروط صحتها، فيجب ان يكون الرضا في هذا العقد غير مشوب بما يلحق الإرادة من عيوب، أي الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال. فعقد الكفالة باعتباره عقد ملزم لجانب واحد لا ينشئ التزاما إلا في جانب أحد المتعاقدين وهو الكفيل، لذا نجد أن مسألة عيوب الإرادة تهم فقط الطرف المدني. أما بالنسبة للدائن وإن كان هناك إمكانية أن يقع في غلط في شخص الكفيل أو يساره، إلا أنه ليس له مصلحة في طلب إبطال العقد لهذا السبب، لأنه في مثل هذه الحالات يستطيع الدائن أن يرجع على المدين الأصلي الذي قدم له الكفالة ليطلب منه كفيل آخر، وإلا عرض الحقوق المكفولة بهذا الضمان للخطر كأن يطلب سقوط الأجل مثلا. مع

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 81.

(2) حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص ص 148، 149.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 81.

(4) توفيق سليمان سعاد أبو مشايخ، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليها، دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2006، ص 74.

(5) المادة 43 ق. م. ج، المرجع السابق.

الإشارة أن شخص المدين وصفاته لها أهمية جوهرية في عقد الكفالة. فإن اعتقد الكفيل أنه يكفل مدينا معيناً، ثم تبين له أن المدين شخص آخر كان للكفيل طلب إبطال العقد على أساس الغلط الجوهرى الذي وقع فيه⁽¹⁾.

ويكون الغلط الجوهرى إذا بلغ حداً من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد ولو لم يقع في هذا الغلط طبقاً لنص المادة 82 ق. م. ج. كأن يقع الغلط الجوهرى في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، فالمادة لم تحصر حالات التي يعتبر فيها الغلط جوهرى، ومنه، فالغلط في شخص المدين هو غلط جوهرى لأنه موضوع اعتبار في التعاقد. ومن ذلك، يحق للكفيل طلب الإبطال على هذا الأساس بشرط أن يثبت أنه لولا ذلك لما قبل أن يضمن المدين⁽²⁾. أما بالنسبة للتدليس فإنه غالباً ما يصدر من المدين، ولما كان هذا الأخير ليس طرفاً في عقد الكفالة، فإن الكفيل لكي يحصل على حكم بإبطال العقد للتدليس أن يثبت أن الدائن كان يعلم أو كان من المفروض أن يعلم بهذا التدليس⁽³⁾.

المبحث الثاني: المحل والسبب في عقد الكفالة

يعتبر المحل والسبب من احد الاركان الازمة لإبرام عقد الكفالة ، إذ أن عدم توفر أحد هذين الركنين يترتب بطلان عقد الكفالة، ويصبح هذا الأخير كأن لم يكن. المحل في عقد الكفالة هو ضمان تنفيذ الالتزام الاصلى من قبل الكفيل إن لم يف المدين بدينه، كما يجب ان يبرم عقد الكفالة بناء على السبب او الباعث للتعاقد. على هذا، نعالج في هذا الصدد كلا من ركني المحل في عقد الكفالة (المطلب الأول)، والسبب في عقد الكفالة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المحل في عقد الكفالة

ترد الكفالة على تنفيذ المدين لالتزامه سواء كان ذلك بدفع مبلغ من النقود أو قيام بعمل أو امتناع 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 وينفذه، ولكي تنتج الكفالة كافة آثارها يجب أن يكون الالتزام المكفول موجوداً (الفرع الأول)، وصحيحاً (الفرع الثاني)، ومعيناً أو قابلاً للتعين (الفرع الثالث)، فلا تجوز أن تقع الكفالة على التزام غير موجود، أو غير صحيح أو غير معين.

(1) سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 86.

(2) الغاية من وجوب العلم لدى المتعاقد الآخر بالخطأ في صفة الشيء أو شخص المدين يكمن في استقرار المعاملات حتى لا يتقاجأ الدائن بإبطال العقد لاحقاً.

(3) زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 31.

الفرع الأول: وجود الالتزام المكفول

حتى يكون التزام الكفيل ممكناً يجب أن يكون الالتزام الأصلي موجوداً، لكن هذا لا يمنع أن يكون الالتزام الأصلي مستقبلياً (أولاً)، أو شرطياً (ثانياً)، أو طبيعياً (ثالثاً).

أولاً: كفالة الالتزام المستقبلي: ورد حكم كفالة الالتزام المستقبلي في نص المادة 650 ق. م. ج والتي تقضي بأنه: "1- تجوز الكفالة في الدين المستقبلي إذا حدد مقدماً المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين المشروط.

2- على أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبلي لم يعين مدة الكفالة كان له أن يرجع فيها في أي وقت مادام الدين المكفول لم ينشأ". وكفالة الالتزام المستقبلي شائعة في الاستعمال فمثلاً: كفالة الاعتماد الذي يفتحه البنك لأحد عملائه، أي قبل أن يقبض المدين شيئاً من الاعتماد. وكذلك يستطيع شخص أن يقدم كفيلاً يضمنه فيما عسى أن يشتريه من متجر معين، فيكون الكفيل ضامناً لثمن البضائع التي سيشتريها المدين الأصلي. إذن صحة كفالة الالتزام المستقبلي ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة الواردة في المادة 1/92 ق. م. ج التي تنص على أنه: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً".

كما تجدر الإشارة أيضاً إلى أنه يجوز التعامل في الأشياء المستقبلية ماعدا التركات، وهذا تطبيقاً وامتنالاً للمادة 2/92 ق. م. ج، التي تنص على أنه: "لا تجوز كفالة الالتزام في تركة مستقبلية لأنه باطل وتبطل تبعاً له الكفالة". كما تجوز الكفالة إذا حدد مقدار الدين المستقبلي المكفول في عقد الكفالة، فإذا تعذر تحديد مقداره بدقة، يجب مثل أن يحدد الحد الأقصى الذي يمكن أن يكفله الكفيل، وهذا استناداً لنص المادة 650/ ق. م. ج السالف ذكرها، والهدف من ذلك حماية الكفيل حتى لا يخدع في كفالة دين لم يوجد ولا يعلم مقداره.

أما بالنسبة للفقرة الثانية من نفس المادة التي تجيز للكفيل إذا لم يعين مدة للكفالة، كان له أن يرجع فيها في أي وقت مادام الدين المكفول لم ينشأ بعد، وهذا تطبيقاً للقواعد العامة في العقود غير المحددة المدة والتي تجيز لأي من الطرفين أن ينهي العقد بإرادته المنفردة. لذلك إذا لم يعين الكفيل مدة لقيام كفالته ورجع فيها قبل أن ينشأ الدين كله أو بعضه، وعلم بذلك الدائن فلا يكون الكفيل ضامناً لما ينشأ من دين في المستقبل. أما إذا علم الدائن برجوع الكفيل عن الكفالة بعد أن نشأ جزء من الدين، فلا يكون الكفيل ضامناً إلا لهذا الجزء. أما إذا عين للكفالة مدة زمنية، فلا يحق له أن يرجع عنها طول هذه المدة. أما إذا انقضت المدة دون أن ينشأ الدين برئت ذمة الكفيل نهائياً.

ثانيا: كفالة الالتزام الشرطي: الالتزام الشرطي هو الالتزام الذي علق وجوده على أمر مستقبل غير محقق الوقوع، ويترتب على حدوث هذا الأمر وجود الالتزام أو زواله⁽¹⁾؛ فالشرط إما أن يكون واقفا يترتب عليه وجود الالتزام، وإما أن يكون فاسخا يترتب عليه زوال الالتزام.

ولقد تضمنت المادة 650 ق. م. ج في فقرتها كفالة الالتزام الشرطي، حيث نصت على أنه: "كما تجوز الكفالة في الدين المشروط". فيجوز كفالة الدين الشرطي سواء كان الدين الأصلي معلقا على شرط واقف أو معلقا على شرط فاسخ، وبصفة عامة أن الكفالة لصفحتها التبعية معلقة على ذات الشرط المعلق عليه الدين الأصلي وفقا لتحقيق الشرط أو تخلفه. فإذا كان الالتزام المكفول معلقا على شرط واقف، فإن الكفالة تكون كذلك معلقة على شرط واقف. وبالتالي، لا يجوز مطالبة المدين ولا الكفيل قبل تحقق الشرط. فإذا تحقق الشرط الواقف، أصبح الالتزام الأصلي نافذا، وأصبح التزام الكفيل كذلك نافذا. أما إذا تخلف الشرط الواقف، فإن الالتزام الأصلي يزول بأثر رجعي، ويعتبر كأن لم يكن، وتزول الكفالة تبعا له.

أما إذا كان الالتزام المكفول معلقا على شرط فاسخ، فإن الالتزام الأصلي قبل تحققه، يكون نافذا وكذلك التزام الكفيل. فإذا تحقق الشرط الفاسخ يزول الالتزام الأصلي المكفول، وتزول الكفالة تبعا له، ويصبح كل منهما كأن لم يكن. أما إذا تخلف الشرط الفاسخ، استقر الالتزام الأصلي بصفة نهائية وأصبح باتا، وكذلك الكفالة بالتبعية⁽²⁾.

ثالثا: كفالة الالتزام الطبيعي: نظم المشرع الالتزام الطبيعي في المواد من 160 إلى 163

ق. م. ج، ويقصد به الالتزام الذي يتضمن عنصر المديونية فقط، ويفتقد لعنصر المسؤولية بحيث لا يمكن إجبار المدين على الوفاء به. وبالتالي إذا كان المدين غير مجبر على تنفيذ الالتزام إن كان طبيعيا، فإنه من غير المتصور أن يضمن الوفاء بهذا الالتزام. وإذا كان الأمر كذلك فلا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي، لأن التزام الكفيل وهو التزام تابع، لا يمكن أن يكون أشد من الالتزام المكفول. ذلك أن الكفيل إذ يوفي بالدين، فإن له الحق في الرجوع على المدين بعد ذلك وإجباره على الوفاء، وهذا الأخير ليس مجبرا في الأصل على هذا الوفاء لأن التزامه التزاما طبيعيا⁽³⁾. فضلا عن ذلك، فلا يصح القول بجواز كفالة الالتزام الطبيعي وتكون الكفالة التزاما طبيعيا كذلك، نتيجة لفكرة التبعية⁽⁴⁾، لأن ذلك يجعل الكفالة عديمة الجدوى، ويتناقض مع فكرة

(1) حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 192.

(2) همام محمد محمود، المرجع السابق، ص 66.

(3) توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 33؛ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 52.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 57.

الكفالة ذاتها التي تهدف إلى إجبار الكفيل على الوفاء بالالتزام⁽¹⁾. هذا وإن كانت كفالة الالتزام الطبيعي غير جائزة، فهي مفروضة في ثلاث مسائل:

الأولى: إذا تقدم شخص لكفالة التزام طبيعي، وهو يعلم أن الالتزام المكفول طبيعياً، فإن العقد لا ينعقد باعتباره كفالة، إذ أن ذلك غير جائز - كما ذكرنا - ولكن هذا الشخص يصبح ملتزماً بصفة أصلية⁽²⁾.

الثانية: إذا كفل شخص التزاماً مدنياً، وتحول الالتزام المدني إلى التزام طبيعي، فإن التزام الكفيل يتحول بالتالي إلى التزام طبيعي، وليس في هذا أي خروج على القواعد العامة، لأنه في أي حالة لا يمكن أن يكون مركز الكفيل أشد من مركز المدين. في هذه الحالة إذا وفى الكفيل بالدين، فلا يحق له أن يسترد ما دفعه، لأن الوفاء بالالتزام الطبيعي لا يعتبر دفعا لغير المستحق⁽³⁾، وهذا تطبيقاً لنص المادة 162 ق. م. ج التي جاء فيها: "لا يسترد المدين ما أداه باختياره بقصد تنفيذ الالتزام الطبيعي".

ثالثاً: إذا قدم المدين في التزام طبيعي كفيلاً للدائن ضماناً للوفاء فمن الممكن أن يفهم منه على أنه يريد التحمل بالتزام مدني، فيتحول التزامه الطبيعي إلى التزام مدني⁽⁴⁾، وهذا مقبول طبقاً لنص المادة 163 ق. م. ج: "يمكن أن يكون الالتزام الطبيعي سبباً للالتزام المدني".

الفرع الثاني: أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً

نصت المادة 648 ق. م. ج على أنه: "لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً". عملاً بنص هذه المادة الكفالة لا تكون صحيحة إلا إذا كان الالتزام الأصلي صحيحاً، أي لا يمكن أن توجد كفالة على التزام باطل. وفيما يلي نبين حكم كفالة الالتزام الباطل، وكفالة الالتزام القابل للإبطال ثم كفالة ناقص الأهلية باعتبار أن المشرع خصها بحكم خاص بها.

أولاً: كفالة الالتزام الباطل: الالتزام الأصلي الباطل هو الالتزام الذي تم إنشاؤه بعقد باطل، و يكون العقد باطلاً إذا اختل ركن من أحد أركانه، ككون محله غير مشروع أو لم يستوف الشكل إذا كان العقد شكلياً أو كان سببه غير مشروع. وعملاً بفكرة تبعية الكفالة للالتزام

(1) محمد إبراهيم بنداري، عقد الكفالة في ضوء قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مطبوعات جامعة الإمارات العربية، 2005، ص 139.

(2) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 39؛ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 48.

(3) حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص ص 182، 183.

(4) سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 183.

الأصلي من حيث الصحة والبطلان، تكون الكفالة باطلة بالتبعية إذا كان الالتزام الأصلي باطلا، بحيث يستطيع الكفيل التمسك ببطلان الالتزام الأصلي، فلا تجوز كفالته، ويصبح التزام الكفيل مستحيلا أصلا.

فالبطلان المطلق لا يثير أي اشكال، إذ يكون التزام الكفيل باطلا طالما كان الالتزام الأصلي باطلا، حتى ولو لم يكن المدين قد طلب البطلان وقضى له به، حيث يكون لكل ذي مصلحة أن يطلبه، ولما كان الكفيل ذا مصلحة، فإن له أن يطلب البطلان⁽¹⁾. وقد قضت المحاكم الفرنسية طبقا لذلك ببطلان كفالة دين القمار والفوائد الربوية، وكفالة الالتزام الباطل المعلق على شرط مستحيل أو غير مشروع⁽²⁾.

ثانيا: كفالة الالتزام القابل للإبطال: يعتبر الالتزام القابل للإبطال التزاما صحيحا ومنتجا لكل آثاره حتى يتقرر إبطاله، ومنه كفالة هذا الالتزام جائزة وصحيحة، ولكنها تأخذ حكم هذا الالتزام، أي تبقى صحيحة طالما الالتزام الأصلي لا زال قائما ولم يبطل. أما إذا تم ابطال الالتزام الأصلي بناء على طلب المدين حينئذ تبطل الكفالة معه بالتبعية، وهو الحكم الذي ينطبق على كافة الحالات القابلة للإبطال لوجود عيب من عيوب الإرادة مع مراعاة الحكم الخاص بناقص الأهلية.

غير انه قد يجيز المدين الأصلي التزامه، فما مصير الكفالة في هذه الحالة؟

الرأي الراجح في هذه المسألة هو أن حق الكفيل في طلب إبطال كفالته لا يسقط بإجازة المدين الأصلي لعقده، وإنما يبقى حق الكفيل في طلب الإبطال قائما عملا بنص المادة 2/654 ق. م. ج⁽³⁾، لأنها استثنت الحالة التي لا يجوز للكفيل طلب الإبطال وتحديد هذه الحالة دليل على أن المشرع لم يرد أن يحرم الكفيل من التمسك بالإبطال في كل الحالات التي يكون فيها الالتزام الأصلي قابلا للإبطال ماعدا في حالة كفالة ناقص الأهلية، أي أنه في بقية حالات قابلية العقد الأصلي للإبطال، حق الكفيل لا يسقط بإجازة الالتزام الأصلي. فإذا لم يكن الكفيل عالما بسبب البطلان وقت انعقاد الكفالة جاز له أن يتمسك ببطلان التزامه ولو لم يتمسك المدين ببطلان الالتزام المكفول، ذلك أن مقتضى التبعية يجب أن يكون فيما يفيد الكفيل

(1) توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 30.

(2) راجع ذلك لدى: زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص ص 37، 38.

(3) تنص المادة 654 ق. م. ج على أنه: "بإراء الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين. غير أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين يتمثل في نقص أهليته وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد، فليس له أن يحتج بهذا الوجه".

وليس فيما يضره⁽¹⁾، وهذا طبقا للمادة 652 ق. م. ج. كما للكفيل التمسك بطلب الإبطال على أساس الغلط الذي وقع فيه باعتبار أنه كان قاصدا كفالة التزاما صحيحا ولكنه اتضح فيما بعد انه باطلا

ثالثا: كفالة ناقص الأهلية: أورد المشرع حكما خاصا لكفالة ناقص الأهلية في المادة 649 ق. م. ج والتي تنص على أنه: "من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول باستثناء الحالة المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 654". بالتالي بعد أن أقر المشرع في المادة 654 ق. م. ج كقاعدة عامة بأن الكفيل يبرئ بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين، جاء في الفقرة الثانية بحكم خاص بناقص الأهلية، بحيث إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص الأهلية وكان عالما بذلك وقت التعاقد، فليس لديه أن يحتج بهذا الوجه. ولفهم حكم نص المادة 649 ق. م. ج، يستلزم الامر التمييز بين حالات ثلاثة:

الحالة الأولى: حالة الكفيل غير العالم بنقص أهلية المدين المكفول، هنا التزام المدين قابل للإبطال لنقص الأهلية ويتبع ذلك التزام الكفيل. وبالتالي فإن طلب المدين الإبطال وحكم له به، فإن التزام الكفيل ينقضي حتما وللکفيل التمسك بقابلية التزامه للإبطال ولو لم يتمسك به المدين نفسه لأنه صاحب مصلحة فيه طبقا لما نصت عليه 1/654 ق. م. ج، فيبطل التزام الكفيل دون التزام المدين الأصلي لأنه لا يحكم بالبطلان إلا إذا تمسك به صاحب هذا الحق.

الحالة الثانية: هنا يكون فيها الكفيل عالما بنقص أهلية المدين المكفول، هنا التزام المدين قابل للإبطال، وأيضا التزام الكفيل بالتبعية، فإن تمسك المدين بإبطال التزامه وحكم له به، امتد هذا الحكم إلى التزام الكفيل، فإن لم يتمسك المدين بالبطلان أو أجاز العقد الأصلي القابل للإبطال، فإن العقد يبقى منتجا لآثاره وكذا الكفالة منتجة لآثارها وليس للكفيل الاحتجاج بنقص الأهلية لإبطال التزامه⁽²⁾، لأنه كان يعلم وقت أن كفل المدين أن هذا الأخير ناقص الأهلية⁽³⁾.

الحالة الثالثة: نصت عليها المادة 649 ق. م. ج حالة يكون فيها كل من الدائن والكفيل الأصلي عالما بنقص أهلية المدين، العقد المبرم بين الدائن والمدين قابل للإبطال و للمدين حق إبطاله، ووفقا لهذا عقدت الكفالة بسبب نقص أهلية المدين الأصلي. فالكفيل ملزم بالوفاء بالتزام المدين إن لم يف به هو، وذلك في حالة عدم تمسكه بإبطال العقد، أما إن تمسك به وأبطل الالتزام الأصلي، فإن الكفيل يصبح هو الملتزم بالوفاء باعتباره مدينا أصليا.

(1) سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 44.

(2) المادة 2/654 ق. م. ج، المرجع السابق.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 48.

إضافة لكل ذلك أن الكفيل قد لا يكون كذلك بل يكون مدينا أصليا تحت شرط واقف هو عدم تنفيذ المدين للالتزام الأصلي، فإن تحقق الشرط ولم ينفذ المدين الالتزام وجب على من تقدم بصفته كفيلا أن ينفذه هو. لكن ذهب رأي آخر إلى تفسير هذه الحالة على أساس نظرية تحول العقد؛ فالكفالة هنا صحيحة ما لم يتمسك ناقص الأهلية ببطلان الالتزام فتبطل حينذاك، ويتحول إلى تعهد منشئ للالتزام أصلي في ذمة من تعهد ككفيل⁽¹⁾.

الفرع الثالث: تعيين التزام الكفيل

يجب أن يكون محل التزام الكفيل معيناً أو قابلاً للتعيين، وإلا كانت الكفالة باطلة، وتعيين التزام الكفيل يرتبط بتعيين التزام المدين، وباعتبار أن التزام الكفيل مستقل عن التزام المدين، فإنه من الجائز أن يختلف محل كل من الالتزامين، إلا أن هذا الاختلاف مقيد بقاعدة أساسية وهي أن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من التزام المدين. ولتبسيط هذا، يجب علينا أن نميز بين نوعين من الكفالة وهما الكفالة المطلقة (أولاً)، والكفالة المحددة (ثانياً).

أولاً: الكفالة المطلقة: هي الكفالة التي ترد بصيغة عامة ليس فيها تحديد لحدود الالتزام وهنا يتحدد نطاق الكفالة على ضوء الدين المكفول، ويسأل الكفيل مسؤولية مطابقة لالتزام المدين في مقداره وأوصافه، ومنه يشمل التزام الكفيل في الكفالة: أصل الدين و الملحقات والمصرفات طبقاً لنص المادة 653 ق. م. ج التي نصت على أنه: "إذا لم يكن هناك اتفاق خاص فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصرفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصرفات بعد إخطار الكفيل".

- **ملحقات الدين:** تتكون من التعويضات التي يلتزم بها المدين بسبب إخلاله بالتزامه، وتحتوي على فوائد الدين وإن كان المشرع يبطل القاعدة بسبب الأفراد⁽²⁾، إلا أنه يجيزها إذا كان المقرض مؤسسة، وهذا ما نصت عليه المادة 456 ق. م. ج "يجوز لمؤسسات القرض التي يمنح قروضاً قصد تشجيع النشاط الاقتصادي الوطني أن تأخذ فائدة قدرها بموجب قرار الوزير المكلف بالمالية".

- **مصرفات المطالبة الأولى:** تشمل تكاليف الإنذار أو رسم رفع الدعوى، أي تشمل المصاريف السابقة على المطالبة القضائية.

- **المصرفات بعد إخطار الكفيل:** مصرفات لا يضمنها الكفيل إلا إذا كانت قد صرفت بعد الإخطار من قبل الدائن بأنه قام بمطالبة المدين، فالدائن ملزم بإخطار الكفيل برجوعه على

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص ص 42، 43.

(2) يتضح من نص المادة 454 ق. م. ج، أن القرض بين الأفراد يقع دائماً بدون أجر ويقع باطلاً كل نص يخالف ذلك.

المدين ليفي بالدين الذي لم يف به هذا الأخير، فإن لم يحمّل الكفيل كل هذه المصاريف لأنه كان من الممكن أن يتفادها بوفائه، فإن لم يخطر لا يلزم بدفعها، ويقتصر التزامه على مصروفات المطالبة الأولى.

ثانياً: الكفالة المحددة: فقد لا يلزم الكفيل إلا بجزء من الدين أو يلتزم به دون ملحقاته والمصاريف، فعقد الكفالة هو الذي يحدد محل التزام الكفيل، ومن أمثلة ذلك أن يتم تحديد الكفالة من حيث المدة بأن لا تتعدى الوقت المحدد لها أو أن يتم كفالة ديون قد تنشأ خلال فترة معينة فقط. مع الإشارة أن الكفيل يستفيد من كل تغيير طارئ في الالتزام الأصلي يكون فيه مصلحة له⁽¹⁾، فإن تنازل الدائن على جزء من حقه أو قام بتفسيط الوفاء فإن الكفيل يستفيد من كل ذلك ويخف التزامه بالتبعية.

المطلب الثاني: السبب في عقد الكفالة

توجد صعوبة في تطبيق نظرية السبب في عقد الكفالة، وذلك راجع إلى طبيعتها الخاصة رغم أن الكفالة تتعقد بين الكفيل والدائن إلا أن هناك طرفاً ثالثاً ينعقد العقد لمصلحته وهو المدين، حيث تعتبر الكفالة عملية قانونية ثنائية الانعقاد (الدائن والكفيل) وثلاثية الآثار (الدائن والكفيل والمدين)، فباستثناء أن السبب من أهم الأركان التي تتركز عليها جميع العقود بما فيها عقد الكفالة، وهذا ما يدفعنا إلى دراسة هذا الركن، وسنتناول في هذا الجانب من الدراسة، المقصود بالسبب (الفرع الأول)، وأثر العلاقة الثلاثية في الكفالة على فكرة السبب وإثباته (الفرع الثاني)، وأخيراً عن دور القاضي في تفسير عقد الكفالة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: المقصود بالسبب

يمكن توضيح فكرة السبب وذلك بالرجوع إلى كل من النظرية التقليدية (أولاً)، والنظرية الحديثة (ثانياً)، وأخيراً نبرز موقف المشرع الجزائري من كلا النظريتين (ثالثاً).

أولاً: فكرة السبب في النظرية التقليدية: تعتبر النظرية التقليدية نظرية موضوعية تجعل السبب في العقود التبرعية كعقد الكفالة هو نية التبرع أي نية تقديم خدمة للمتبرع إليه، وترى هذه النظرية أن السبب شيء واحد في كل العقود مهما كان نوعها، وهو شيء داخل العقد، ولا يختلف باختلاف الأشخاص، وهذا السبب هو السبب القسدي⁽²⁾، ويعرف أصحاب النظرية

(1) وداد باقي، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي: دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2009، ص 50، 51.

(2) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 73.

التقليدية السبب القسدي بأنه: الغاية المباشرة الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه⁽¹⁾. يتضح من التعريف السابق، أن السبب القسدي يتمثل في الباعث المباشر الذي أدى إلى التعاقد دون النظر إلى نية المتعاقدين، فمثلا في العقود التبرعية كعقد الكفالة نجد السبب يكمن في نية التبرع. أما بالنسبة للدائن هو ضمان دينه في حالة عدم حصوله على الدين من المدين الأصلي⁽²⁾.

ثانيا: فكرة السبب في النظرية الحديثة: تعتبر النظرية الحديثة، ان السبب يكمن في الباعث أو الدافع للتعاقد عكس النظرية التقليدية التي تعتبره الغرض المباشر للتعاقد، حيث أن النظرية الحديثة قدمت تصورا جديدا للسبب يختلف عن التصور التقليدي من حيث التعريف والخصائص والشروط. ويعرف أصحاب النظرية الحديثة السبب بأنه: "مجموعة من الدوافع الشخصية والنفسية التي دفعت المتعاقد إلى إبرام العقد"⁽³⁾. يستخلص من التعريف أن السبب يعتبر أمرا داخليا متعلق بنوايا المتعاقدين، وذلك يؤدي بهم إلى إبرام العقد.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري: يتحدد موقف المشرع الجزائري من خلال الشروط التي يكون السبب خاضعا لها، حسب أحكام المادتين 97 و 98 ق. م. ج، حيث أن المشرع الجزائري قد ركز على مشروعية السبب، وهو ما يبدو من خلال نص المادة 97 ق. م. ج التي تقضي بما يلي: "إذا كان التزام المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو لآداب العامة كان العقد باطلا".

وتنص المادة 98 ق. م. ج كذلك على أنه: "كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً، ما لم يقع الدليل على غير ذلك. ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه". هذا يعني أن المشرع الجزائري أخذ بالنظرية الحديثة للسبب.

الفرع الثاني: أثر العلاقة الثلاثية على فكرة السبب وإثباته

لا شك أن هذه العلاقة الثلاثية المنبثقة على فكرة السبب ترتب آثارا قانونية على أطرافها (أولا) كما يجب على من يذكر السبب أو يدعيه إثباته (ثانيا).

(1) خليل أحمد حسين قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، مصادر الالتزام، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص ص 73، 74.

(2) علي فيلاي، الالتزامات: النظرية العامة للعقد، ط2، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 190.

(3) المرجع نفسه، ص 197.

أولاً: أثر العلاقة الثلاثية على فكرة السبب: إن سبب التزام الكفيل ليس نية التبرع بالضمان للدائن، كما تقول بذلك النظرية التقليدية في السبب، اعتماداً على أن الكفالة هي في الأصل من عقود التبرع، بل سبب التزام الكفيل هو الباعث الدافع أو المستحث الذي جعله يقبل الالتزام ككفيل، وغالباً ما يكون هذا الباعث الدافع هو إسداء الجميل للمدين بتمكينه من الحصول على ما يحتاج إليه من مال، وهو باعث مشروع فتصح معه الكفالة⁽¹⁾. كما لو كفل شخص لزوجته ديناً لها على آخر دون أن يحصل منها على أية ميزة لمصلحة المدين، بل لمجرد بعث الطمأنينة في نفسها وتطبيب خاطرهما.

ولكن قد يكون هذا الباعث غير مشروع، ومن ثم يبطل التزام الكفيل لعدم مشروعية سببه، كما لو كفل شخص لخليته ديناً لها على آخر دن أن يحصل منها على أية ميزة لمصلحة المدين، بل لمجرد كسب رضاها ليحظى بمعاشرتها، أو باستمرار هذه المعاشرة، فسبب التزام الكفيل هنا بمعنى الباعث الدافع إليه، غير مشروع لمخالفته لحسن الآداب، فتبطل الكفالة⁽²⁾.

على أنه يلزم لبطلان التزام الكفيل لعدم مشروعية سببه، أن يكون الدائن عالماً بعدم مشروعية الباعث الدافع، أو على الأقل كان من السهل عليه أن يتبينه، لأن ذلك شرط لازم يتطلبه الفقه والقضاء لاعتبار الباعث سبباً للالتزام، استقراراً للمعاملات وحماية للثقة المشروعة.

والقاعدة أن كل التزام يفترض أن له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر في العقد، وعلى المدين أن يثبت عكس ذلك طبقاً للمادة 98 ق. م. ج، فيلزم لكي يتوصل الكفيل إلى إبطال التزامه بناء على نظرية السبب، أن يثبت عدم مشروعية سببه وعلم الدائن بذلك أو على الأقل إمكانه العلم به، وله أن يسلك في ذلك كل طرق الإثبات⁽³⁾.

هذا، ويلاحظ أنه يكفي أن يكون السبب المشروع موجوداً وقت نشأة الكفالة حتى ولو تخلف بعد ذلك، فلا يكون لتخلفه أثر على صحة الكفالة. وذلك كمن يكفل ديناً على زوجته تطيباً ل خاطرهما باعتبارها زوجته، أو كمن يكفل عاملاً عنده حتى يعمل في هدوء وسكينة، مما يساعده على إنتاج أفضل. فإذا زالت بعد ذلك علاقة الزوجية أو علاقة العمل، فلا أثر لذلك على صحة الكفالة⁽⁴⁾.

ثانياً: إثبات السبب: تنص المادة 98 ق. م. ج في الفقرة الثانية على أنه: "يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل

(1) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 69.

(2) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 66.

(3) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 70.

(4) همام محمد محمود، المرجع السابق، ص 86.

على صورية السبب فعلى من يدعي أن لالتزام سببا آخر مشروعا يثبت ما يدعيه". يرى محمد صبري السعدي في نص المادة أن السبب الذي يتم ذكره في العقد يفترض أنه السبب الحقيقي الذي دفع الكفيل للتعاقد، فعلى من يدعي أنه ليس السبب الحقيقي أن يثبت عدم وجوده أو عدم مشروعيته أو أنه صوري، ويكون الإثبات طبقا للقواعد العامة للإثبات⁽¹⁾.

وفي عقد الكفالة إذا ثار النزاع حول وجود السبب أو مشروعيته فإن عبء الإثبات يقع على الكفيل، إذ عليه إثبات عدم وجوده أو مخالفته للنظام العام أو الآداب العامة، وكذلك إثبات علم الدائن بذلك الباعث الذي دفعه إلى التعاقد أو إمكانية علمه بذلك، وللکفيل اللجوء في ذلك إلى كافة طرق الإثبات⁽²⁾.

الفرع الثالث: التفسير الضيق لعقد الكفالة

أكدت العديد من التشريعات المقارنة منها القانون المدني الفرنسي في المادة 150 أنه يجب أن تتجلى إرادة الكفيل بالتعبير الصريح أي باستعمال العبارات الواضحة، إلا أنه في حالة ما إذا تضمنت هذه الكفالة عبارات غامضة، هنا يجب تفسيرها بكل عناية غير انه عند وجود الشك يكون التأويل في مصلحة الكفيل لاعتبار عقد الكفالة في الأصل من عقود التبرع. والأصل في تغيير الكفالة هو قصد الطرفين من عبارة العقد، وقاضي الموضوع يعد مفسرا لهذا العقد تفسيرا معقولا.

وعليه، لا يجوز توسيع نطاق الكفالة إلى التزامات ناشئة عن سبب خارجي عن عقد الكفالة أو تحويل الوقائع وجعلها تشمل أصولا لم يلاحظها الكفيل وقت إعطاء الكفالة. والسبب لتقدير قاعدة عدم جواز التوسع في تفسير الكفالة يرجع إلى أن الكفالة بحد ذاتها، فهي عملية خطيرة بالنسبة للكفيل لأنه يلتزم بدين دون مقابل، كما يتحمل مخاطر الرجوع بدين على المدين الأصلي الذي ساء وضعه المالي، ولذلك يجب أن تكون ألفاظ الكفالة صريحة، ولا تقبل الشك، فمثلا لا يجوز إجبار الكفيل البقاء في كفالته ولا إجباره على دفع ديون سابقة على كفالته ولم يقصد كفالته وعلى القاضي أن لا يأخذ الكفالة بالظن بل عليه أن يفسرها تفسيرا حصريا وأن يوضح في القرار مدى التزام الكفيل بكفالته، وقد تكون الكفالة عامة ومطلقة تشمل جميع الديون المترتبة على المدين دون قيد أو حصر⁽³⁾.

(1) محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 231.

(2) سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص 346.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 68.

الفصل الثالث

آثار عقد الكفالة وانقضاؤها

الفصل الثالث: آثار عقد الكفالة وانقضاؤها

إذا أبرم عقد الكفالة صحيحا، فإنه يترتب آثاره فيما بين المتعاقدين (الدائن والكفيل)، كما يترتبها على المدين، وباعتبار الكفالة تصرفا قانونيا أوسع من العقد ذاته، وهذا نظرا إلى طبيعتها الخاصة بكونها عقد تابع للالتزام الأصلي، فيترتب على ذلك نشوء علاقة بين الكفيل والمدين في حالة ما إذا وفى هذا الكفيل بالدين المكفول، وقد يتعدد المدينون الأصليون وقد يكونوا متضامنين أو غير متضامنين، وأيضا قد يتعدد الكفلاء وقد يكون متضامنين أو غير متضامنين. وعليه، فإن آثار الكفالة هي في الحقيقة دراسة لكل العلاقات القانونية المترتبة بين أطراف هذا العقد، هذا من جهة ومن جهة أخرى نجد ان عقد الكفالة ينقضي بطرق أو أسباب انقضاء عدة سواء كانت الكفالة بالتبعية أو الكفالة بطريقة أصلية.

تأسيسا على ذلك، نخصص هذا الجانب من الدراسة للحديث عن الآثار المترتبة عن عقد الكفالة (المبحث الأول)، ثم نتطرق الى انقضاء عقد الكفالة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الآثار المترتبة عن عقد الكفالة

تتصرف آثار عقد الكفالة إلى الأطراف الثلاثة التي لها علاقة بمحل العقد، وهي: الكفيل والدائن، والمدين الأصلي. فإذا حل أجل الوفاء بالدين يرجع الدائن على المدين أولاً للمطالبة بحقوقه، كما يرجع أيضاً على الكفيل في حال لم يوف المدين بالتزامه، وهو ما يبين صفة التبعية لعقد الكفالة، فإذا قام الكفيل بالوفاء بالدين مقام المدين، فإنه يستطيع الرجوع على هذا الأخير بدعوى الكفالة أو بدعوى الحلول محل الدائن لاسترداد قيمة ما دفعه من أموال.

وعليه، نتطرق في هذا الجانب من الدراسة إلى العلاقة بين الكفيل والدائن (المطلب الأول)، ثم العلاقة بين الكفيل والمدين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: العلاقة بين الكفيل والدائن

يترتب عن عقد الكفالة نشوء علاقة بين الكفيل والدائن، فالدائن يطالب الكفيل بالدين عند عدم وفاء المدين الأصلي به (الفرع الأول)، والكفيل يتمسك بالدفع في مواجهة الدائن لرد هذه المطالبة (الفرع الثاني). كما أن الدائن الذي أخذ حقه من الكفيل يلتزم بواجبات اتجاه هذا الأخير، وهي بمثابة آثار مترتبة عن واقعة الدفع (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مطالبة الدائن للكفيل

يحق للدائن مطالبة الكفيل بالدين إن لم يقم المدين بذلك، وحتى يتمكن الدائن من الرجوع على الكفيل يشترط عليه احترام قاعدتين أساسيتين هما:

أولاً: وجوب حلول أجل الدين بالنسبة للكفيل: لا تجوز مطالبة الدائن للكفيل إلا عند حلول أجل الكفالة، والغالب أن يكون أجل التزام الكفيل هو نفس أجل الالتزام المكفول. لكن قد يحدث أن يختلف الأجلان بناء على واقعة تؤدي لسقوط أجل التزام المدين.

وعليه، إذا كان أجل التزام الكفيل مختلف عن أجل الالتزام المكفول، فإن الأجل الممنوح للكفيل قد يحل بعد الأجل الممنوح للمدين أو قبله، فإن حل أجل الالتزام الأصلي قبل حلول أجل التزام الكفيل، فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل قبل حلول الأجل المحدد للالتزام، لأن التزام الكفيل يكون أخف عبء من الالتزام الأصلي ويستفيد الكفيل من الأجل الممنوح له⁽¹⁾.

(1) سليمان محمدي، المرجع السابق، ص ص 71، 72.

إلا أنه إذا حل التزام الكفيل قبل حلول التزام الأصيل، فإن أجل التزام الكفيل يمتد حتى يصبح مساويا لنفس أجل التزام الأصيل، ولا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل قبل حلول أجل الدين الأصيل، لأن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد عبئا من التزام الأصيل⁽¹⁾.

وفي حالة ما وإذا وقع اتفاق بين الدائن والمدين على تعديل أجل الالتزام الأصلي فإن الكفيل يستفيد من هذه المهلة، ولا يجوز مطالبة الكفيل قبل حلول الأجل الجديد. وإن اتفق على تعجيل أجل الالتزام الأصلي، فلا يجوز مطالبة إلا عند حلول أجل الكفالة، أي موعد التزامه هو، وهذا حماية للكفيل. لكن قد يسقط الأجل الممنوح للمدين للسداد وذلك قبل أوانه لعدة أسباب طبقا للمادة 211 ق. م. ج وهي: إذا أشهر إفلاسه أو إذا أنقص بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، إذا لم يوف للدائن ما وعد بتقديمه من تأمينات.

ثانيا: وجوب رجوع الدائن على المدين قبل رجوعه على الكفيل: لقد نصت المادة 1/660 ق. م. ج على هذه الحالة بما يلي: "لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين". يتضح من خلال المادة فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل إلا بعد رجوعه على المدين وهذا ما يبين حماية المشرع للكفيل من تعسف الدائن، لكن يمكن للدائن أن يرجع على المدين والكفيل في آن واحد. فلا يقصد بالرجوع مجرد التنبيه بالوفاء أو الإعذار، ولكن المقصود به المطالبة القضائية، أي رفع دعوى على المدين والحصول على حكم قضائي بإلزامه بالوفاء⁽²⁾. الملاحظ انه يرد على هذه القاعدة استثنائين هما⁽³⁾:

الحالة الأولى: إذا أشهر إفلاس المدين، فعلى الدائن التقدم في التفليسة بالدين وإلا يسقط حقه بالرجوع على الكفيل وحده عملا بما نصت عليه المادة 658 ق م ج.

الحالة الثانية: إذا كان لدى الدائن سندا صالحا للتنفيذ على المدين، فيعد مجرد التنبيه بالوفاء رجوعا كافيا على المدين ويفتح طريق الرجوع على الكفيل وليس هناك حاجة الى ان يرفع دعوى على مدينه.

وبالتالي، إذا رفع الدائن دعواه على الكفيل دون الرجوع على المدين كانت دعواه غير مقبولة، فعلى الدائن مراعاته ما ورد من قيد في المادة 660 ق. م. ج وإلا تعرضت دعواه للرفض، وهذا القيد لا يتعلق بالنظام العام لذا لا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، فيجب أن يتمسك به الكفيل لدى المحكمة، ففي هذا الموضوع صدر قرار المحكمة العليا جاء فيه: "حيث

(1) يتضح من نص المادة 652 ق. م. ج، أنه تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد، لكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشرط أهون.

(2) توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 48؛ انظر كذلك لدى: زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص ص 57، 58.

(3) انظر لدى: زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 58.

من المقرر قانوناً أنه يجب على ديوان الترقية والتسيير العقاري، وبناء على العقد المبرم بينها وبين القرض الشعبي الوطني الرجوع بمطالبة المكفول مؤسسة البناء في الوهلة الأولى، ثم الرجوع على الكفيل، والحال أن المطعون ضده لم يقدم ما يثبت رجوعه على المدين أولاً، مما يستوجب معه قبول الدفع⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الدفع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة بالكفالة

تتمثل الدفع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة في الدفع الناشئة عن الدين الأصلي (أولاً)، والدفع الناشئة عن عقد الكفالة (ثانياً).

أولاً: الدفع الناشئة عن الدين الأصلي: للكفيل حق التمسك بجميع الدفع التي تسمح للمدين التمسك ضد الدائن لأن تبعية التزام الكفيل حتما تجعله متأثراً بكل ما يؤثر في الالتزام المكفول وهذا طبقاً لما ورد في المادة 1/654 ق. م. ج: "يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين". ويحق للكفيل التمسك بهذه الدفع لو كان متضامناً مع المدين، إذ تنص المادة 666 ق. م. ج على أنه: "يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفع متعلقة بالدين".

وبالتالي، الملاحظ في هذه النصوص أن للكفيل حق التمسك في مواجهة الدائن بمثل ما يستطيع المدين الأصلي أن يدفع به في هذه المطالبة، ومن أمثلة هذه الدفع ما يترتب عنه بطلان الالتزام المكفول كالدفع بالبطلان لانعدام أحد أركان العقد، وله أيضاً التمسك بالدفع المؤدية إلى انقضاء الالتزام المكفول كالوفاء أو التجديد، أو غيرهما التمسك بهذه الدفع يكون باسم الكفيل، لأن التزامه يتعلق بالالتزام المكفول، فله حق التمسك بكل ما سيؤدي إلى انقضاء هذا الالتزام، كما له حق التمسك بهذه الدفع إن تنازل عنها المدين.

وطبقاً للمادة 2/654 ق. م. ج التي نصت على أنه: "إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين يتمثل في نقص الأهلية وكان عالماً بذلك وقت التعاقد، فليس له أن يحتج بهذا الوجه"، فإنه يمنع على الكفيل التمسك بنقص أهلية المدين إذا كان عالماً بذلك وقت التعاقد، إلا أنه إذا تمسك المدين بنقص الأهلية وحكم له بإبطال الالتزام الأصلي، فإن التزام الكفيل يبطل بالتبعية. لكن هناك من يرى⁽²⁾ أن هذا النص يختلف عن حكم المادة 649 ق. م. ج السالفة الذكر، ففي هذه الحالة يحرم الكفيل من التمسك ببطلان تصرف المدين المكفول.

(1) قرار صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا، بتاريخ 29 ماي 2002، رقم الملف 258429، غير منشور.

(2) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 70.

ثانيا: الدفوع الناشئة عن عقد الكفالة: منح المشرع الكفيل دفوعا أخرى حماية له وكذلك لاعتبار أن التزامه ذو طبيعة تبرعية، وتكمن هذه الدفوع في الدفع بالتجريد، الدفع بالتقسيم في حالة تعدد الكفلاء، الدفع بإضاعة التأمينات بخطأ الدائن، الدفع بعدم اتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين، الدفع بعدم تدخل الدائن في تقيسة المدين".

1- الدفع بالتجريد

يعد التزام الكفيل التزام تبعية احتياطي ضامن لدين غيره، فهو يتدخل بوفاء دين المدين في حالة ما لم يتم هذا الأخير بذلك، وأن الدائن لا يستطيع التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين، فيسمى هذا الدفع بالدفع بالتجريد، ونص عليه المشرع الجزائري في المادة 2/660 ق. م. ج: "لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين، ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرى المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق". للإحاطة أكثر بهذا الدفع سنتناول شروطه، والآثار المترتبة عليه، ثم إعطاء صورة خاصة للدفع به.

أ- شروط الدفع بالتجريد: تتمثل شروط الدفع بالتجريد فيما يلي:

- أن يكون الكفيل شخصا لا عينيا: لأن الكفيل العيني راهن، ولا يحق له التمسك بالتجريد إلا إذا كان قد اشترط ذلك صراحة، وهو ما نصت عليه المادة 901 ق. م. ج كما يلي: "إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين، فلا يجوز التنفيذ على ما له إلا على ما رهنه من ماله، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين إلا إذا وجد مدين آخر غير مكفول في حالة تعدد المدينين".

- أن لا يكون الكفيل قد تنازل مقدما عن هذا الدفع: إن الكفيل غير المتضامن منح له القانون الحق في منع التنفيذ عن أمواله للوفاء بالدين المكفول إلا بعد ثبوت عدم قيام المدين الأصلي بالوفاء، وعلى ذلك باعتبار الدفع بالتجريد حق تقرر في مصلحة الكفيل، فعلى الكفيل التمسك به أو التنازل عنه سواء وقت إبرام الكفالة أو بعد ذلك، وليس للقاضي الحكم به من تلقاء نفسه، وقد يتم التنازل عن الدفع في عقد الكفالة ذاته أو في اتفاق مستقل، وقد يكون هذا التنازل صريحا أو ضمنيا، كما لو سكت الكفيل عن الدفع بالتجريد عندما يقوم الدائن في التنفيذ على أمواله، ومن ثمة فهو يستخلص من الظروف الملابسة.

- أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين: هذا ما نصت عليه المادة 665 ق. م. ج: "لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد". فالتضامن الذي يمنع الكفيل من التمسك بالتجريد هو أن يكون متضامنا مع المدين. غير أن تضامن الكفيل مع الكفلاء

الآخرين، فلا يمنع أحدهم من التمسك بتجريد المدين ولكن لا يجوز للكفيل المتضامن مع غيره عند رجوع الدائن عليه أن يتمسك بالدفع بقسمة الدين، لأنه بذلك يصبح مسؤولاً أمام الدائن بكل الدين الذي كفله.

- إرشاد الكفيل الدائن إلى أموال المدين: ورد هذا الشرط في المادة 661 ق. م. ج: "إذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين التي تقي بالدين كله، ولا يؤخذ بعين الاعتبار الأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي الجزائرية أو كانت متنازع فيها".

طبقاً لنص هذه المادة، لكي يكون الدفع بالتجريد قائماً، يشترط أن يكون للمدين أموالاً للتنفيذ عليها من قبل الدائن، فما على الكفيل إلا إثبات وجود هذه الأموال للوفاء بكل الدين، ويستطيع بإرشاد الدائن إليها مثلاً تقديم للدائن صور لمستندات ملكية المدين للأموال التي أرشد عنها. وعليه، يشترط في الأموال التي يجب أن يرشد عنها الكفيل عدة شروط هي⁽¹⁾:

- أن تكون الأموال مملوكة للمدين، فالأموال الغير مملوكة له لا يعتد بها ولو كانت في حيازته، وأن تكون هذه الأموال قابلة للحجز عليها، وكافية للوفاء بكل الدين، فإن كانت الأموال التي يرشد عنها الكفيل لا تكفي السداد الدين كله، فإنه لا يجوز التمسك بالدفع بالتجريد.

كما أنه إن كانت الأموال غير كافية لسداد كل الدين، فلا ينفذ الدائن عليها، فلو قام بذلك فإنه يؤدي إلى إجباره بالوفاء الجزئي لحقه، وهو ما يتعارض ونص المادة 277 ق. م. ج على أنه: "لا يجبر المدين الدائن على قبول وفاء جزئي الحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".

- إلزامية وجود الاموال في الجزائر: تكمن الحكمة من هذا الشرط إلى القول أنه إذا كانت هذه الأموال خارج الجزائر فإنه يصعب التنفيذ عليها من قبل الدائن، وكذلك لتجنب إرهاق الدائن من خلال مباشرة إجراءات معقدة عند وجود الأموال في خارج إقليم الدولة، هذا ولا يشترط أن تكون الأموال موجودة في مكان الوفاء بالدين أو في موطن المدين.

- أن لا تكون أموال المدين متنازع عليها، لأن أموال المدين إن كانت متنازعا عليها فهي غير مضمونة، ولا يمكن التنفيذ عليها إلا بعد الفصل في الدعوى المرفوعة بشأنها سابقاً.

(1) زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 133.

ب- آثار الدفع بالتجريد

يترتب على توافر شروط الدفع بالتجريد وقبول المحكمة له عدة آثار قانونية هامة تتمثل في:

- **عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل:** عملاً بنص المادة 2/660 والمادة 662 ق. م. ج يترتب على قبول الدفع بالتجريد وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل، وتسقط الإجراءات التي يكون الدائن قد اتخذها قبل الدفع بالتجريد، كما تبطل الإجراءات التي تتخذ في سبيل التنفيذ على أموال الكفيل سواء تعلق الأمر بمرحلة التقاضي أو بمرحلة التنفيذ إن تم التمسك به عند شروع الدائن في التنفيذ. إلا إن إجراءات التنفيذ لا تمنع الدائن من التحفظ على أموال الكفيل، يستطيع حجزها تحفظياً للحفاظ على ذمة الكفيل المالية حتى لا يتجرأ الكفيل بالتصرف فيها .

- **يجب على الدائن القيام بالتنفيذ على أموال المدين التي أرشده إليها الكفيل:** أن يسرع الدائن على اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهة المدين وإلا تحمل نتيجة تماطله للقيام بذلك حيث قد يصبح المدين معسراً فيما بعد ولا يستطيع الدائن التنفيذ على أمواله، وعلى الدائن أن يبذل في اتخاذ هذه الإجراءات عناية الرجل العادي، ويتحمل النتيجة إن أصبحت أمواله غير كافية للوفاء بالدين بعد أن كانت كافية عندما أرشده الكفيل إليها، ويقع عبء إثبات تقصير الدائن على الكفيل وفقاً للقواعد العامة⁽¹⁾.

- **ذمة الكفيل لا تبرأ إلا بقدر ما استوفي الدائن من المدين بعد التنفيذ عليه:** قد يتصور عدم استيفاء الدائن لحقه كاملاً بالرغم من قيامه بالإجراءات التنفيذية المناسبة لذلك وبالتالي قد يظهر دائنين عاديين للمدين يتزاحمون معه ويقاسمونه حصيلة التنفيذ مما يؤثر على مدى كفاية الأموال للوفاء بالدين، وقد تتخفف قيمة أموال المدين عند التنفيذ بسبب تقلبات السوق أو يظهر أنه قد تم تقدير هذه الأموال بأكثر من قيمتها، وهنا للدائن الرجوع على الكفيل بالباقي من حقه وذلك بعد إثبات نفاذ جميع الأموال التي دل عليها الكفيل بعد تقديم محضر الحجز وأوراق التنفيذ بشأن ذلك.

ج- **صورة خاصة للدفع بالتجريد:** تتمثل هذه الصورة في وجوب التنفيذ على أموال المثقلة بتأمين عيني لوفاء الالتزام المكفول به، وهذا يعد قيدياً وضعه المشرع في القانون المدني على حق الدائن إذا ما وجد مع الكفالة تأميناً عيني مقدم من شخص آخر أو أنه مقدم من المدين لضمان الوفاء بالدين، هذا ما نصت عليه المادة 663 ق. م. ج: "إذا كان هناك تأمين

(1) سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 204.

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 الاموال التي خصصت لهذا التأمين". ويشترط للتمسك بهذا الدفع توافر شروط متمثلة في:

- أن يكون تأمين عيني لضمان نفس الدين: فقد يكون رهنا رسميا أو حيازيا أو حق امتياز، ويمكن أن يرد هذا التأمين على عقار أو منقول متى كانت طبيعة هذا المنقول تسمح بذلك.

- أن يكون هذا التأمين مقرر على مال يملكه المدين: يستند أغلب شراح القانون إلى أن هذا الحكم ما هو إلا صورة خاصة من صور تجريد المدين من أمواله، والتجريد يكون على اموال المدين. لكن ما يجب توضيحه ان التأمين العيني المقدم من المدين لا يعني بقاء هذا المال على ذمته دوما فقد ينتقل الى الغير، كأن يرتب المدين حقا عينيا على عقار معين لصالح دائئه وحدث أن تصرف فيه لشخص آخر ووجدت كفالة فيما بعد لضمان نفس الدين المثقل بالتأمين⁽¹⁾.

- أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين: هذا ما نصت عليه لمادة 665 ق. م. ج ليس للكفيل المتضامن الدفع بالتجريد، وزيادة عن عدم تضامنه يجب على الكفيل ألا يتنازل عن حقه في التمسك بضرورة البدء في التنفيذ على التأمين العيني لأن المسألة ليست من النظام العام، لذا يجوز التنازل عنه وهذا الشرط مقرر كذلك في الصورة العامة للدفع بالتجريد⁽²⁾.

- أن يكون هذا التأمين العيني قد تقرر قبل انعقاد الكفالة أو معها: يفهم من هذا الشرط أن الكفيل قدم كفالته كان معتمدا على التأمين العيني، فلا ينفذ على الكفيل إلا بعد التنفيذ على هذا التأمين العيني، غير انه ان قدم التأمين بعد الكفالة، فهنا لا يمكن للكفيل الدفع بالتنفيذ على التأمين أولا. وإذا توافرت الشروط السابق ذكرها وتم قبول الدفع من المحكمة يترتب عليه نفس الآثار التي تترتب على الدفع بالتجريد.

2- الدفع بالتقسيم: نصت المادة 664 ق. م. ج على هذا الشرط بما يلي: "إذا تعدد الكفلاء لدين واحد، ويعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم قسم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة. أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود

(1) زاهية سي يوسف المرجع السابق، ص71.

(2) سامية بن صويلح، إيمان غولي، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، 2010-2011، ص 45.

متوالية، فإن كل واحد منهم يكون مسؤولاً عن الدين كله، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم". وعليه، إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وفي عقد واحد ولم يكونوا متضامنين فيما بينهم فإن الدين يُقسم عليهم، ولا يجوز للدائن أن يرجع على أي منهم بأكثر من قدر نصيبه في الدين⁽¹⁾.

أ- شروط الدفع بالتقسيم: حتى يستطيع الكفيل التمسك بهذا الدفع لابد من توافر شروط هي:

- أن يتعدد الكفلاء: هو الشرط الأساسي لقيام الدفع بالتقسيم، فإذا كان هناك كفيل واحد فلا مجال للكلام عن التقسيم لأنه مسؤول وحده عن الدين كله.

- أن يتعدد الكفلاء لدين واحد: هذا الشرط لا يسمح للكفيل مطالبة الدائن بتقسيم الدين بينه وبين المصدق، أي كفيل الكفيل، لانهما لا يكفلان نفس الدين المكفول من طرف الكفيل كما انه لو اختلفت الديون المضمونة من الكفلاء، فلا مجال للتقسيم، وإنما يكون كل واحد منهم مسؤولاً عن الدين الذي ضمنه ولا يمكن منهم طلب التقسيم مع مدين آخر لأنهم لم يكفلوا نفس المدين⁽²⁾.

- أن يكفل الكفلاء نفس المدين: إذا تعدد المدينين المتضامنين بينهم وقدم كلا منهم كفيلاً فإن كل منهم يكفل ديناً واحداً غيرانه قد لا يكفل نفس المدين وبالتالي يمنع من هؤلاء الكفلاء المطالبة بالتقسيم، فكل واحد منهم مسؤول عن الدين بأكمله، غير أنه إذا كفل الكفلاء المدينين المتضامنين، فإنهم بذلك قد كفلوا ديناً واحداً ونفس المدينين فينقسم الدين عليهم⁽³⁾.

- أن لا يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم: في هذا الشرط إن كانوا متضامنين فيما بينهم، يسقط عليهم حق الدفع بالتقسيم، ويجوز للدائن الرجوع على أي منهم ويطالبه بالوفاء بكل الدين عملاً بأحكام التضامن.

- أن يكون الكفلاء كفّلوا المدين بعقد واحد: هذه من خلال هذا الشرط يفهم ان كل واحد منهم التزم بعقد واحد، لذا يقسم الدين عليهم. أما إذا كان كل من الكفلاء التزم بكفالة الدين بعقد مستقل، فهنا لا يكون الاعتماد على بقية الكفلاء. لذا، ينقسم الدين بينه وبين غيره إلا إذا

(1) سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 38.

(2) محمد عبد الله رزقي، التأمينات الشخصية، مداخلة في إطار ملتقى وطني حول عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري وقانون الأسرة الجزائري، المنعقد يومي 25، 26 مارس 2013، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 95.

كان قد احتفظ بحقه في التقسيم وانقسام الدين، ففي هذه الحالة يقع بمقتضى الشرط وليس بقوة القانون⁽¹⁾.

ب - آثار الدفع بالتقسيم

إذا توفرت الشروط المذكورة سابقا رتب هذا الدفع آثاره، فلا يحق للدائن أن يطالب أي من الكفلاء بالدين إلا بقدر حصته من هذا الدين، ويقسم الدين بين الكفلاء بالتساوي ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، ويقع التقسيم فيما بين الكفلاء المتعددين وغير المتضامنين بقوة القانون ولو لم يطلبه الكفلاء. وللكفيل أن يتمسك بهذا الدفع في أي مرحلة من الدعوى.

غير أنه في حالة إعسار أحد الكفلاء، فالمدين لا يتحمل حصة الكفيل المعسر لأن الأصل في القانون هو تقاسم الدين بينهم بقوة القانون، فيحدد من وقت إبرام الكفالة.

3- الدفع بإضاعة التأمينات: نصت المادة 656 ق. م. ج على أنه: "تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات، ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو تقررت بعد الكفالة وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون". من خلال هذا النص، فإن الدائن إذا أهمل المحافظة على التأمينات بأن أضاع بخطئه شيئاً منها فإن ذمة الكفيل تبرأ بقدر ما أضاعه الدائن من هذه الضمانات، ويستطيع الكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له⁽²⁾. يشترط لثبوت حق الكفيل في التمسك بهذا الدفع توافر هذه الشروط:

- أن يكون الدائن قد أضاع تأمينا خاصا، بحيث يكون التأمين الضائع تأمينا خاصا للوفاء بالدين المكفول فقد يكون تأمينا شخصيا أو عينيا قدم من المدين أو شخصا آخر، سواء وجد قبل الكفالة أو معها أو بعدها⁽³⁾.

- ضياع التأمين بخطأ الدائن، كإهماله قيد الرهن الرسمي أو إبرائه لكفيل آخر.

- أن يترتب على ضياع التأمينات ضرر بالكفيل: يعني أن ضاعت الضمانات بخطئه الدائن حتما يتضرر الكفيل لأنها ذات قيمة غير أنه إذا كانت غير ذلك، فلا يجوز للكفيل التمسك بهذا الدفع⁽⁴⁾.

(1) راجع في ذلك المادة 664 ق. م. ج، المرجع السابق.

(2) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 76.

(3) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 245.

(4) نزيه كيارة، العقود المسماة، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، لبنان، 2010، ص 283.

فضياع التأمين بخطأ الدائن يسمح للكفيل التمسك بالدفع أثناء رجوع الدائن عليه، وله الحق في رفع دعوى على الدائن يطلب فيها الحكم ببراءته بسبب إضاعة التأمينات، وبذلك تبرأ ذمته الكفيل.

- أن يكون ضياع التأمين بخطأ من الدائن أو بخطأ شخص ممن يسأل منهم، قد يقع الضياع بخطأ الدائن كإبرائه لكفيل آخر مثلا، وإذا أسهم الكفيل في ضياع التأمين الخاص فإن أغلبية الفقه ترى أن ذمته لا تبرأ إذ أنه لا يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع، لكن ذهب الرأي الآخر إلى القول بأن المسؤولية توزع بين الدائن والكفيل وفقا لقواعد الخطأ المشترك⁽¹⁾.

4- **الدفع بعدم اتخاذ الدائن اجراءات ضد المدين:** نصت المادة 1/657 ق. م. ج على أنه: "لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه يتخذها...". اذا تأخر الدائن في الرجوع على المدين لا يترتب عليه سقوط حقه في مطالبة الكفيل ولو ترتب عنه إضرار بالكفيل نتيجة إفسار المدين وتعذر رجوع الكفيل عليه غير أن القانون وضع حماية للكفيل ضمن المادة 2/657 ق. م. ج على أنه: "...غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقدم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر (6) من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا". وبالتالي إذا حل موعد الدين وخاف الكفيل من تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين يستطيع الكفيل انذاره باتخاذها حين يرفع الدائن دعوى على المدين أو يبدأ في اتخاذ إجراءات التنفيذ ضده إذا كان بيده سندا تنفيذيا، وعليه، فإن انقضت ستة (6) أشهر من يوم الإنذار دون أن يقوم الدائن في اتخاذ هذه الإجراءات تبرأ ذمة الكفيل، إلا إذا قدم المدين للكفيل ضمانا كافيا يضمن به الكفيل الرجوع عليه إذا ما اضطر للوفاء للدائن، وقبول هذا الدفع يؤدي إلى رفض دعوى الدائن والحكم ببراءة ذمة الكفيل⁽²⁾.

5- **الدفع بعدم تدخل الدائن في تفليسة المدين:** نظم المشرع الجزائري هذه الحالة في نص المادة 658 ق. م. ج: "إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن".

فمن خلال هذه النص نجد أن المشرع أعطى الدائن حق التدخل في التفليسة لأنها آلية قانونية لاستيفاء حقه من المدين، فإن ضيعها، فلا يجوز له الرجوع على الكفيل إلا بما يزيد على القدر الذي كان يحصل عليه من التفليسة لو دخل فيها، كما أنه إذا لم يدخل الدائن في

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 74.

(2) عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني الجزائري: العقود المسماة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2013، ص 258.

التفليسة وطالب الكفيل بالوفاء بالدين، فهنا سوف يتمسك الكفيل بمواجهته ببراءة ذمته بالقدر الذي أضاعه لعدم تدخله في التفليسة، وله أن يتمسك بهذا في صورة دعوى للحصول على البراءة⁽¹⁾.

الفرع الثالث: التزامات الدائن عند استيفائه الدين: تترتب بعض الالتزامات على الدائن عند استيفاء الدين نصت عليها المادة 1/659 ق. م. ج وتتمثل في: - أن يسلم للكفيل عند وفائه للدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع.

- أن يلتزم بنقل التأمينات الضامنة للدين ان كان هذا الاخير مضمونا بتأمين عقاري وذلك طبقا لما نصت عليه المادة 3/659 ق. م. ج.

- أن يلتزم بالتخلي عن التأمين المتمثل في المنقول طبقا لنص المادة 2/659 ق. م. ج. ولقد نصت 671 ق. م. ج على التزامات الدائن عند استيفاء الدين اتجاه الكفيل، حيث نصت: "إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق تجاه المدين ...".

يمكن القول أن ما ورد في هذه المادة من أحكام ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة الواردة في نص المادة 261 ق. م. ج فهي متعلقة بالوفاء مع الحلول. كما تضيف المادة 264 أحكاما أخرى، حيث نصت على: "من حل محل الدائن قانونا أو اتفاقا كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع، وما يكلفه من تأمينات ما يرد عليه من دفع. ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن". بناء على ذلك، يترتب على حلول الكفيل محل الدائن ان يرجع الكفيل على المدين بحق الدائن. ومن ثم، فإن الكفيل يقوم بعد الوفاء بالدين المكفول بالرجوع على المدين بما وفاه للدائن، وهذا الأخير يجب ان يسلمه وقت الوفاء كل المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع بدعوى الحلول أين يحل محل الدائن في حقوقه. فإن امتنع الدائن عن هذا كان من حق الكفيل الامتناع بدوره عن تنفيذ التزامه، لأن تصرف الدائن هذا يؤدي إلى إضعاف حق الكفيل في الرجوع واسترداد ما وفاه.

عند حدوث التنازع كان للكفيل في إيداع مبلغ الدين بخزانة المحكمة، وله بعد هذا الإيداع القانوني الرجوع على المدين بعد الحصول على شهادة بذلك تغنيه من مستندات الدين وعن المخالصة⁽²⁾، هذا ولقد نصت المادة 659 ق. م. ج على أنه: "إذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل. أما إذا كان الدين مضمونا بتأمين

(1) سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 43.

(2) أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 167.

عقاري، فإن الدائن يلتزم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين، ويتحمل الكفيل مصروفات هذا النقل على أن يرجع بها على المدين".

المطلب الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين

ان قام الكفيل بالوفاء بالدين للدائن، فإنه بالضرورة يكون قد وفى دين غيره في نفس الوقت وعليه الرجوع على المدين الأصلي بقدر ما وفى به، وذلك عن طريق الدعوى الشخصية او دعوى الحلول، ولكن إذا كان الوفاء قد تم رغم إرادة المدين، فلا يحق للكفيل إلا الرجوع بأقل القيمتين، قيمة ما وفى به، وقيمة ما عاد على المدين من فائدة نتيجة لهذا الوفاء طبقا لنص المادة 259 ق. م. ج. وعليه، إذا كان من وفى دين غيره ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه، فإنه يستطيع الرجوع على المدين بدعوى الكفالة (الفرع الأول)، أو بدعوى الحلول محل الدائن طبقا لنص المادة 261 ق. م. ج (الفرع الثاني).

الفرع الأول: رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية (دعوى الكفالة)

نصت المادة 670 ق. م. ج على أنه: "يجب على الكفيل أن يخبر المدين قبل أن يقوم بالوفاء أي بوفاء الدين وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كان عنده وقت الاستحقاق، أسباب تقضي ببطلان الدين أو انقضائه...".

وتضيف المادة 672 ق. م. ج على أنه: "يكون للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه، ويرجع بأصل الدين والمصروفات، غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده".

فمن خلال المادتين يسمح للكفيل الذي كفل المدين، العالم بالكفالة أو غير عالم بها رجوع بالدعوى الشخصية⁽¹⁾ سواء كان متضامنا أو كفيلا عاديا، وسواء كان شخصا أو عينيا لكن هناك استثناء هو أنه لا يدخل في نطاق هذا النص الكفيل الذي يكفل المدين رغم معارضته، ولا يدخل أيضا في نطاق هذا النص، الكفالة التي تعقد لمصلحة الدائن دون مصلحة المدين، وبذلك تكون الكفالة في صالح الدائن دون المدين إذا عقدت بعد وجود الالتزام في ذمة المدين، وذلك لتأمين الدائن ضد خطر إفسار المدين دون فائدة لهذا الأخير⁽²⁾. وفي هذه الحالة لا يحق للكفيل الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية، وإن كان له الحق في الرجوع بناء على

(1) للمزيد عن الطبيعة القانونية لهذه الدعوى، انظر لدى: سي يوسف زهية المرجع السابق ص ص 81، 82.

(2) زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص ص 80، 81.

دعوى الإثراء بلا سبب⁽¹⁾ المنصوص عليها في القواعد العامة للقانون المدني (المادتان 141-142 ق. م. ج). تعتمد ممارسة هذه الدعوى على شروط وهي:

- **انقضاء الكفالة لمصلحة المدين ودون معارضته:** أجمع الفقه على أن الكفالة تقتصر على الحالات التي تتعد فيها الكفالة دون معارضة المدين، وذلك على أساس أن الكفالة تحقق غالباً مصلحة للمدين وتأمين للدائن ضد خطر إفسار المدين، فيقبل هذا الأخير التعامل مع المدين، ويستوي في ذلك الكفيل العادي أو المتضامن، الكفيل المأجور أو المتبرع، الكفيل الشخصي أو العيني فيحقق لكل منهم الرجوع بدعوى الكفالة طالما تمت الكفالة بغير معارضة المدين وكانت تحقق مصلحة للمدين أو مصلحة للدائن والمدين معاً، وكل هذه الأحوال يقتصر حق الكفيل في الرجوع على المدين بدعوى الكفالة لأن الدعوى الشخصية دعوى خاصة تمنح للكفيل على أساس أنه يكون قد قدم خدمة للمدين.

- **قيام الكفيل بالوفاء للدائن:** يجب أن يقوم الكفيل بالوفاء بالدين المكفول، والوفاء قد يتم بتقديم الشيء المستحق أصلاً أو القيام بما يقوم مقامه وبه تبرأ ذمة المدين، كما يرجع الكفيل على المدين ولو وفى بجزء من الدين، إذا كانت الكفالة عن جزء من الدين أو قبل الدائن منه الوفاء الجزئي، وبذلك تختلف دعوى الكفالة عن دعوى الحلول التي يشترط للرجوع بها كون الوفاء كلياً، وللدائن أن يرجع في الوقت نفسه على المدين بما تبقى من حقه، فإن كانت أموال المدين غير كافية للوفاء لكل من الكفيل والدائن، فإنه يتم تقسيم المال بينهما قسمة غرماء، والدائن لا يتقدم على الكفيل في استيفاء الباقي من أموال المدين كما هو الحال في دعوى الحلول⁽²⁾.

- **وفاء الكفيل بالدين عند حلول أجله:** هذا هو المطلوب، الوفاء في الوقت المحدد، فإن قام بالوفاء قبل الميعاد فليس له الرجوع على المدين إلا عند حلول أجل الدين. والأجل الدين هنا هو الأجل الأصلي لهذا الدين، فإن امتد هذا الأجل بالاتفاق أو بناء على حكم المحكمة فإن هذا الأجل الإضافي لا يقيد الكفيل، وله الوفاء بالدين بمجرد حلول الأجل الأصلي، ثم يرجع على المدين بالدعوى الشخصية حتى قبل نهاية الأجل الإضافي⁽³⁾.

- **ألا يكون الوفاء قد حصل بخطأ من الكفيل:** إذا تم الوفاء بخطأ الكفيل كأن لم يكن واجب عليه بسبب بطلان مصدر الدين أو انقضائه كلياً أو جزئياً، فلا يحق للكفيل الرجوع على المدين للمطالبة بما وفاه، ولهذا السبب أوجب القانون على الكفيل أن يخطر المدين قبل الوفاء

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 93.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 109

(3) سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص 82.

بالدين، كما أن على المدين إبداء اعتراضه على وفاء الكفيل خلال مدة معينة ومعقولة، وأن يتضمن هذا الاعتراض أسباب جدية تمنع الوفاء بالدين، فإن قام الكفيل بالوفاء دون إخطار المدين، فلا يمكن له أن يرجع على المدين بشيء مما وفاه ويتحمل مسؤولية وفائه الخاطئ وإذا قام الكفيل بإخطار المدين ورد عليه طالبا منه عدم الوفاء مبررا أسباب ذلك، وإذا اتخذ الدائن إجراءات المطالبة القضائية في مواجهة الكفيل، فعليه أن يدخل المدين في الدعوى.

وعليه، إذا لم يرد المدين على إخطار الكفيل أو تراخى في ذلك ثم وفى الكفيل بالدين، فعليه ان يرجع بالدعوى الشخصية الاسترداد بما وفى ولو ظهر للمدين أسباب تقضي ببطلانه، إذ يتحمل تبعه تقصيره ويلتزم بأن يدفع للكفيل ما أداه⁽¹⁾. هذا ويرجع الكفيل على المدين طبقا للمادة 672 ق. م. ج بأصل الدين والمصروفات والفوائد وكذلك التعويضات.

الفرع الثاني: رجوع الكفيل بدعوى الحلول

نصت المادة 671 ق. م. ج على أنه: "إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين، ولكن إذا لم يوفى إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلا يستوفي الدائن كل حقه من المدين". يلاحظ من خلال هذا النص ان الكفيل الذي وفى الدين سوف يحل محل الدائن في مطالبة المدين بحقوقه، وان هذه الدعوى ما هي إلا تطبيقيا خاصا للقاعدة العامة الواردة في المادة 261 ق. م. ج و ورد فيها: "إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفي محل الدائن الذي استوفي حقه في الأحوال الآتية إذا كان الموفي ملزما بالدين مع المدين، أو ملزما بوفائه عنه إذا كان الموفي دائئا ووفى دائئا آخرأ مقدما عليه بماله من تأمين عيني ولو لم يكن للموفي أي تأمين ...". وبالتالي، فيكفي لرجوع الكفيل بدعوى الحلول⁽²⁾ بشرط ان أن يكون قد وفى الدين سواء كان علم المدين بهذه الكفالة أو لم يعلم.

هذا، وللکفيل الاستفادة من كل التأمينات الضامنة للدين إن وفى بالالتزام أو وفى جزء وقام المدين بالوفاء بالجزء الباقي، أو قام شخص آخر غير المدين بالوفاء، وهنا يكون هذا الشخص والكفيل على قدم المساواة، فيقسمان الناتج من دعوى الحلول قسمة غرماء طبقا لما جاء به نص المادة 265 ق. م. ج كما يلي: "... فإذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقي له من حق رجوع من حل أخيرا هو ومن تقدمه في الحلول كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء".

(1) عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 280.

(2) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 104.

- وعليه، يترتب على حلول الكفيل محل الدائن طبقاً للمواد 671، 261، 264 ق. م. ج، أن يكون للكفيل الحق في الرجوع على المدين بحق الدائن وذلك بما يلي:
- يرجع الكفيل بحق الدائن بما له من خصائص، وبالتالي لا يمكن أن يرجع على المدين إلا عند حلول أجل الدين، فلو منح الدائن أو القاضي أجلاً للمدين، فإن الكفيل لا يستطيع الرجوع على المدين قبل هذا الأجل الجديد.
 - وإن كان الدين تجارياً يرجع الكفيل على أساس الدين التجاري وما يترتب عليه آثار خاصة بالإثبات والاختصاص، غير أنه لو رجع بالدعوى الشخصية فإنه يرجع بالتزام مدني.
 - يرجع الكفيل بما يلحق هذا الحق من توابع كالفوائد، ويستفيد من كل التأمينات الشخصية أو العينية، وتنتقل بحكم القانون إن كان لا يحتاج إلى اتفاق بين الكفيل والدائن.
 - يحل الكفيل محل الدائن في حقه بما يرد على هذا الحق من دفع فليتسك المدين في مواجهة الكفيل بما كان يستطيع التمسك به في مواجهة الدائن.

المبحث الثاني: انقضاء الكفالة

تقوم الكفالة على ضمان الوفاء للدين، فهي تتبع هذا الالتزام في الوجود والانقضاء والصحة والبطان، وتنقضي أو تزول بانقضاء الالتزام الأصلي، كما أن هناك أسباباً أخرى تؤدي إلى براءة ذمة الكفيل دون أن يترتب على ذلك انقضاء الالتزام الأصلي.

وفيما يلي، سوف نتناول بالشرح أسباب انقضاء الكفالة بالتبعية (المطلب الأول)، وأسباب انقضاء الكفالة بطريقة أصلية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: انقضاء الكفالة بالتبعية لانقضاء الالتزام الأصلي وما يعادله.

ينقضي الالتزام المكفول بسبب من أسباب الانقضاء العامة الواردة في التقنين المدني، وحيث أنه إذا انقضى الالتزام الأصلي المكفول الذي يرتكز عليه التزام الكفيل، فيجب أن ينقضي هذا الأخير بالتبعية، لأن الفرع يتبع الأصل وأن التابع يتبع المتبوع، وهذا نتيجة حتمية لطبيعة التزام الكفيل، حيث أن محل هذا الالتزام هو ضمان الوفاء بالالتزام الأصلي، فإذا انقضى هذا الأخير أصبح التزام الكفيل بغير محل، ومن ثم ينقضي هذا الأخير⁽¹⁾. سوف نتعرض لأسباب انقضاء الالتزام المكفول، وهي فيما يلي: انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء (الفرع الأول)، وانقضاء الالتزام الأصلي بما يعادل الوفاء (الفرع الثاني)، كما نتعرض أيضاً لانقضاء الالتزام الأصلي دون وفاء (الفرع الثالث).

(1) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ص 410، 409.

الفرع الأول: انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء

إذا نفذ المدين الأصلي الوفاء بالدين، انقضى التزام الكفيل بالتبعية. كما أنه إذا وفى المدين بجزء من الدين فإن براءة ذمة الكفيل لا تكون إلا في ذلك الجزء، ويكون للدائن أن يرجع بالباقي على المدين أو على المكفول. غير أنه إذا وفى بالدين شخص غير المدين وحل الموفي محل الدائن الذي استوفي حقه، فإن ذمة الكفيل لا تبرا لأن ذمة المدين لم تبرا كذلك.

نفس الحكم يقع إذا أحال الدائن حقه إلى دائن آخر، فالدين يظل قائما بكل ضماناته بما في ذلك الكفالة، ويبقى الكفيل مسؤولا في مواجهة المحال له كما كان مسؤولا في مواجهة الدائن الأصلي المحيل. أما إذا أحال المدين التزامه إلى شخص آخر، فإن الدين يظل قائما، لكن مع تغيير شخص المدين فإن التزام الكفيل ينقضي إلا إذا وافق على ضمان المدين الجديد، لأن الكفيل وضع ثقته في مدين معين بالذات، فلا تتجاوز الكفالة هذا المدين.

وحتى تبرا ذمة الكفيل بالوفاء الصادر من المدين يجب أن يكون الوفاء صحيحا، أي أن يكون الموفي مالكا للشيء الذي وفى به وأن يكون أهلا للتصرف فيه طبقا لما نصت عليه المادة 260 ق م ج. وإذا كان الوفاء باطلا كما إذا صدر من شخص غير أهل للتصرف في الشيء الذي وفى به ولحق الموفي له ضرر من هذا الوفاء كان الوفاء غير صحيح فلا ينقضي الدين، ويبقى مضمونا بتأمينات ومنها الكفالة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: انقضاء الالتزام الأصلي بما يعادل الوفاء

نص المشرع الجزائري على أربعة أسباب لانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء: الوفاء بمقابل، التجديد، الانابة والمقاصة واتحاد الذمة، سوف نتولى شرح هذه الأسباب فيما يلي:

أولا: انقضاء الدين المكفول بالوفاء بمقابل: نصت المادة 655 ق. م. ج على: "إذا قبل الدائن شيء آخر في مقابل الدين، برئت بذلك ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء". نفهم من خلال النص أن المدين يفترض أن قدم للدائن عوضا (أي شيئا آخر) عن المحل الأصلي، وقبل الدائن هذا العوض كمقابل للشيء المستحق، فبذلك يقوم مقام الوفاء وينقضي به الدين. وإذا كان المدين قد قام بنقل ملكية الشيء إلى الدائن كمقابل للدين الذي يلتزم به في مواجهته، فإن ذلك يترتب عليه براءة ذمة المدين من الدين الأصلي، كما تبرا ذمة الكفيل وينقضي التزامه بطريق تبعي.

ومن ذلك، يعد الوفاء بمقابل تجديدا ووفاء في نفس الوقت، فقبول الدائن في استيفاء حقه مقابلا الاستعاضة به عن الشيء المستحق يكون قد قام بتجديد الدين القديم بتغيير محله،

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 109.

فينقضي الدين وتتقضي تأميناته تبعاً لذلك، ومنها الكفالة وينشأ دين جديد ينقضي في نفس الوقت بنقل ملكية الشيء الذي أعطى في مقابل الدين، وتسري في هذه الحالة أحكام الوفاء باعتباره أنه يقضي الدين.

فإذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال بسبب عيب في الرضا أو نقص في الأهلية وحكم بإبطاله، فإن البيع يعتبر كأن لم يكن ويبقى الدين قائماً، وتبقى أيضاً الكفالة ضامنة له، لكن في حالة استحقاق المقابل، فإن الدائن سوف يرجع على المدين بضمان الاستحقاق ولكنه لا يستطيع أن يرجع على الكفيل بشيء، حيث أن ذمته قد برأت نهائياً بالوفاء بمقابل الذي تم صحيحاً، هذا ما لم يكن المقابل مملوكاً للكفيل نفسه وكان الكفيل يعلم أن المدين الأصلي قد أعطى هذا المقابل للدائن، فإنه في هذه الحالة لا يستطيع أن يجمع بين براءة ذمته واسترداده المقابل في نفس الوقت، لأن وفي المقابل الذي كان سبباً في براءة ذمته⁽¹⁾. والغالب أن المدين هو الذي يقدم شيئاً مملوكاً في مقابل الدين، أما إذا كان الذي قدم المقابل هو الكفيل، واستحق المقابل لن تبرأ ذمة هذا الكفيل بل يرجع عليه الدائن بضمان الاستحقاق وذلك طبقاً للقواعد العامة. أما في حالة ما إذا قدم المدين أو الغير (غير الكفيل) مقابل للدائن فإنه في هذه الحالة ينقضي الدين الأصلي وأيضاً تتقضي الكفالة ولو استحق المقابل المدفوع من المدين أو من الغير، فإن الكفالة لا تعود لأن الوفاء بمقابل يبرئ ذمة الكفيل نهائياً وأن للدائن أن يرجع على المدين أو على الغير بضمان الاستحقاق⁽²⁾.

ثانياً: انقضاء الدين المكفول بالتجديد: نصت المادة 291 ق م ج : "يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه وإنشاء التزام جديد". فالتجديد هو اتفاق بين الطرفين على إنهاء الالتزام الأصلي أو القديم القائم بينهما، مقابل إنشاء التزام آخر جديد يحل محله. ويؤدي تجديد الالتزام الأصلي المكفول إلى انقضائه ونشوء التزام جديد مكانه وتتقضي تبعاً الكفالة الضامنة له ما لم يرض الكفيل بضمان الالتزام الجديد وذلك طبقاً لنص المادة 293 ق. م. ج . يقتضي لإجراء التجديد شروطاً⁽³⁾ حتى يترتب آثاره، فيجب أن يكون الالتزام القديم والالتزام الجديد الذي يحل محله صحيحين، ويكون متى جدد المدين الأصلي دينه بتغيير الدائن أو المدين أو تغيير الدين في محله أو مصدره طبقاً لما ورد في المادة 287 ق. م. ج.

ثالثاً: انقضاء الالتزام المكفول بالإنابة: قد ينقضي الالتزام بالإنابة الكاملة التي يترتب عنها انقضاء التزام المكفول، وتنشأ هذه الإنابة عندما يتفق فيها على أن ينقضي التزام المدين

(1) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 412.

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 414.

(3) سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 103.

(المنيب) ليحل محله التزام جديد من طرف (المناب) في مواجهة الدائن (المناب لديه)، فمن خلال هذا الاتفاق تبرأ ذمة المنيب في مواجهة دائنه، فينقضي دينه ويصبح المناب هو المدين الجديد بدلا منه ويتضمن ذلك في الحقيقة تجديد الدين بتغيير المدين.

وعليه، فالإنابة تحمل التزاما جديدا بتغيير شخص المدين الذي تبرأ ذمته بشرط أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب صحيحا، وأن لا يكون المناب معسرا ويترتب عليه انقضاء التأمينات الضامنة لهذا الالتزام ومنها الكفالة. غير ان الإنابة الناقصة لا تضمن تجديدا بتغيير المدين ويظل المدين الأصلي ملزما بالدين في مواجهة الدائن إلى جانب التزام الشخص الأجنبي (المناب) ويصبح للدائن أي المناب لديه مدينين بدلا من مدين واحد، حيث لا يترتب عليها انقضاء الدين⁽¹⁾.

رابعا: انقضاء الدين المكفول بالمقاصة: قد تنقضي الكفالة عن طريق المقاصة، فهي تكمن في اجتماع صفة الدائن والمدين بالنسبة إلى الدين الواحد في ذات الشخص، مما يؤدي إلى انقضاء الدين لاتحاد الذمة بالقدر الذي اتخذت فيه، فهي وسيلة سلبية تؤدي لانقضاء الدينين المتقابلين في الديون المتقابلة بين الذمتين، كل منهما دائنة للأخرى ومدينة لها معا، وذلك بمقدار الأقل منهما⁽²⁾. فإذا أصبح المدين المكفول دائنا للدائن وتوافرت شروط المقاصة الواردة في المادة 297 ق.م.ج: "لمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له تجاهه ولو اختلف سبب الدينين، إذا كان موضوع كل منهما نقودا أو مثليات متحدة النوع والجودة وكان كل منها ثابت وخاليا من النزاع ومستحق أداء وصالحا للمطالبة به قضاء، ولا يمنع المقاصة تأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضي أو تبرع بها الدائن". فسوف يتقضى الالتزام المكفول بقدر الالتزام الذي ترتب في ذمة الدائن، وينقضى التزام الكفيل بالتبعية بهذا القدر المنقضي من الالتزام المكفول. كما تقع المقاصة ممن له مصلحة في ذلك طبقا لما نصت عليه المادة 300 ق.م.ج⁽³⁾.

فيعد المدين صاحب المصلحة، والكفيل أيضا صاحب مصلحة، فله الحق في التمسك بانقضاء الدين الأصلي بالمقاصة، بحيث يترتب على انقضاءه انقضاء التزامه بالتبعية حتى

(1) العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 316، 317؛ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 105.

(2) نزيه كباره، المرجع السابق، ص 326.

(3) تنص المادة 300 ق.م.ج على ما يلي: "لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها، ويترتب عليها انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما منذ الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة، ويكون تعيين جهة الدفع في المقاصة كتعيينها في الوفاء".

ولو كان متضامنا، وحتى ولم يتمسك بها المدين طبقا لنص المادة 654 ق. م. ج : "ببإثر الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين".

هذا ويجوز التنازل عن المقاصة، فيكون على كل من المدينين تأدية ما في ذمته، وله أن يتقاضى حقه من دينه، والتنازل عن المقاصة يعيد الدينين، فإذا كان أحد المدينين مضمون بكفيل، ووقعت المقاصة بين الدينين انقضى الدين المكفول وانقضت تبعاً لذلك الكفالة وذلك طبقاً لما ورد في نص المادة 297 ق م ج .

خامساً: انقضاء الدين المكفول باتحاد الذمة: قد ينقضي الدين المكفول باتحاد الذمة، أي إذا اجتمع في الشخص الواحد صفة الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد، فينقضي هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة، وهذا ما نصت عليه المادة 304 ق م ج . إن الالتزام يقتضي قانوناً وجود شخصين مختلفين، أحدهما يكون دائناً والآخر يكون مديناً، فإذا اجتمعت صفة الدائن والمدين في الشخص الواحد لأي سبب من الأسباب وبالنسبة إلى دين واحد، انقضى هذا الالتزام بسبب قيام عقبة قانونية دون مطالبة الشخص لنفسه بتنفيذ الالتزام. من الامثلة على اتحاد الذمة، عند قيام المستأجر بشراء العين المؤجرة من المالك المؤجر، فهنا تجتمع صفة المؤجر والمستأجر لدى نفس الشخص. وقد يتم اتحاد الذمة بسبب الوفاة، كما لو إذا توفي الدائن وورثه مدينه أو توفي المدين فورثه دائنه، فتجتمع صفة الدائن والمدين لدى الوارث في الدين ذاته. من هنا يلاحظ ان في اتحاد الذمة فإن صفتي الدائن والمدين تجتمعان لدى الشخص الواحد، وبالنسبة لدين واحد⁽¹⁾، وبذلك ينقضي الالتزام إذا اجتمعت في شخص واحد صفة الدائن والمدين بالنسبة للدين الواحد ويترتب على انقضاء الالتزام الأصلي المكفول انقضاء التزام الكفيل بالتبعية.

لكن مما يجدر ذكره هنا أن اتحاد الذمة ليس في حقيقته سبباً من أسباب انقضاء الالتزام بقدر ما هو مانع طبيعي يحول دون المطالبة بالدين. وعلى ذلك، إذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة، فإن المانع يزول ويعود الدين إلى الوجود وتعود بالتالي التأمينات التي تضمنه، فإذا كان من بينها كفالة، فإن التزام الكفيل يعود أيضاً إلى الوجود ويقوم على ضمان هذا الالتزام كما كان من قبل ومن قبيل ذلك أن يثبت أن المدين لم يكن له الحق في أن يرث الدائن أو أن الوصية كانت باطلة⁽²⁾.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 225.

(2) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 412.

الفرع الثالث: انقضاء الالتزام الأصلي بدون وفاء

حددها القانون الحالات التي ينقضي بها الالتزام دون وفاء وهي: الإبراء، استحالة التنفيذ والتقادم المسقط.

أولاً: الإبراء: نصت عليه المادة 305 ق. م. ج⁽¹⁾، ويقصد به تنازل الدائن صراحة أو ضمناً عن حقه في استيفاء دينه اختيارياً، متى وصل إلى علم المدين، وعندئذ يسقط الالتزام بالإبراء، وينقضي حق الدائن في مواجهة مدينه. فهو تصرف قانوني تبرعي يقع بالإرادة المنفردة للدائن وحده وتؤدي إلى انقضاء الالتزام، فالدائن يتنازل عن حقه دون مقابل، وهو ينتج أثره القانوني من تاريخ علم المدين به.

يشترط في الإبراء توافر أهلية التبرع لدى الدائن، بأن يكون بالغاً سن الرشد غير محجور عليه، وأن يقدم على الإبراء برضاه التام، وبكل حرية واختيار، وأن يكون سبباً مشروعاً لدى المدين. كما يشترط أن يكون الدين فيه قائماً ومستحق الأداء، فلا يجوز الإبراء عن دين مستقبل. كما أنه لا يتوقف الإبراء على قبول المدين كقاعدة عامة، فقد يرفضه المدين لأن الإبراء يعتبر من قبيل التبرعات. وتنقضي معه ضماناته وتأميناته الشخصية (كالكفالة) والعينية (كالرهن)، وجميع الالتزامات التابعة له مثل التزام الكفيل. والإبراء في الفقه الإسلامي، إما أن يكون إبراءً استيفاءً ويدخل فيه الوفاء بمقابل، وإما أن يكون إبراءً إسقاطاً وهو الذي يؤدي إلى إسقاط الحق الشخصي كما أنه قد يكون عاماً عندما ينصب إبراء الدائن لخدمة مدينه من جميع الديون التي له عنده، وقد يكون خاصاً عندما يبرئ مدينه من دين معين أو جزء منه، دون أن يؤثر ذلك على بقية الديون التي بذمته⁽²⁾.

ثانياً: استحالة التنفيذ: ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن عدم الوفاء به أو التأخير فيه ناشئ عن سبب لا يد له فيه، ولا يمكن توقعه أو دفعه، كالسبب الأجنبي الذي يجب اثباته من طرف المدين، فيؤدي ذلك إلى استحالة تنفيذ الالتزام استحالته مطلقاً، وهو ما نصت عليه المادة 307 ق. م. ج كما يلي: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي عن إرادته".

فإذا استحال تنفيذ المدين التزامه لسبب لا يد له، فإنه ينقضي التزامه ومعه التزام الكفيل بالتبعية، وعلى المدين إثبات ذلك وإلا ترتب على ذلك مسؤولية المدين من عدم التنفيذ ويحكم

(1) تنص المادة 305 ق. م. ج على ما يلي: "ينقضي الالتزام إذا برأ الدائن مدينه اختيارياً، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكنه يصبح باطلاً إذا رفضه المدين".

(2) محمد خلوفي، عقد الكفالة في القانون المدني، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول أحكام عقد الكفالة في القانون في التشريع الجزائري، المنعقد يومي 25، 26 مارس 2013، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، ص 20.

عليه بالتعويض، ويكون الكفيل ضامنا لهذا التعويض. غير أنه إذا وقعت استحالة تنفيذ الالتزام بالوفاء بفعل الكفيل، فإن ذمة المدين تبرأ لاعتباره سببا أجنبيا بالنسبة للمدين، ويبقى الكفيل مسؤولا عن خطئه كمدين أصلي في حق الدائن.

ثالثا: التقادم: التقادم هو مرور مدة من الزمن على حق أقره القانون، دون أن يمارسه صاحبه هذا الحق، فيسقط حقه بالمطالبة به بعد ذلك، فإذا انقضى الالتزام الأصلي بالتقادم سوف ينقضي بالتبعية التزام الكفيل حتى لو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة به، مثلا كون دينه مستحق الاداء لاحقا لاستحقاق الدين المكفول. كما أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائيا بالتقادم بل يجب ان يكون على طلب المدين أو أحد الدائنين أو ذوي مصلحة في ذلك وهذا عملا بنص المادة 321 ق م ج .

وللتقادم آثارا قانونية، فيترتب عنه انقضاء الالتزام بحيث يتخلف عنه التزام طبيعي في ذمة المدين، فإذا أداه عن اختيار، فيكون ذلك وفاء مبرئا لذمته وليس تبرعا ولا دفعا لغير المستحق. ويكون قضاء الالتزام ممتدا إلى الفوائد و الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات، كما لا يجوز التنازل عنه قبل ثبوت الحق فيه، أي قبل أن تكتمل مدته. كما أنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي حددها القانون بالإطالة أو التقصير⁽¹⁾.

رابعا: انقضاء الكفالة بفسخ الدين أو إبطاله: قد ينقضي الدين المكفول بفسخ عقد الكفالة، كأن يضمن الكفيل التزام المشتري بدفع الثمن، ثم يفسخ البيع، فيزول بأثر رجعي، والشيء نفسه بالنسبة لإبطال العقد، فإن كان العقد الذي أنشئ الدين المكفول قابل للإبطال، وأبطل بأثر رجعي زال الدين المكفول بأثر رجعي وزالت بزواله الكفالة بأثر رجعي⁽²⁾.

المطلب الثاني: انقضاء الكفالة بصفة أصلية

إذا كان التزام الكفيل تابعا للالتزام الأصلي، فإنه يبقى ببقائه صحيحا منتجا لآثاره، وينقضي لانقضائه، إلا أن هذا الالتزام له شروط صحة ووجود، ويترتب على ذلك أن التزام الكفيل يمكن أن يكون باطلا أو صحيحا، كما يمكن أن ينقضي بأسباب الانقضاء العامة مثله مثل أي التزام، بجانب ذلك فإن الطبيعة الخاصة للالتزام الكفيل تقتضي نوعا من الحماية قد

(1) انظر المادة 320 ق. م. ج، المرجع السابق.

(2) نادية يونسى حداد، المرجع السابق، ص 9؛ انظر كذلك لدى: سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص 112-113.

أقرها القانون وخص بها هذا الالتزام⁽¹⁾. وعليه، نتطرق إلى انقضاء التزام الكفيل بسبب من أسباب الانقضاء العامة (الفرع الأول)، ثم أسباب الانقضاء الخاصة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأسباب العامة لانقضاء التزام الكفيل

إن التزام الكفيل لما له من خصائص، فإنه تبعاً لذلك يمكن أن ينقضي بجميع الأسباب التي تنقضي بها الالتزامات عموماً، وقد أكد هذا الحكم المشرع الفرنسي في مادته 3034 ق. م. ف التي جاء فيها: "الالتزام الناتج عن الكفالة ينقضي بنفس الأسباب التي تنقضي بها الالتزامات الأخرى"، وبالتالي، فإن الكفالة تنقضي بالوفاء الحاصل من الكفيل، ويرتب ذلك الوفاء انقضاء التزام الكفيل أي انقضاء الدين المكفول، كما يمكن أن يكون انقضاء التزام الكفيل بما يعادل الوفاء، وذلك في حالة تقديم الكفيل شيئاً آخر مقابل الدين الأصلي وقبل الدائن به.

وقد ينقضي التزام الكفيل إذا ما تم تجديد هذا الالتزام بتغيير الكفيل بكفيل آخر، يحل محله أو أن يحل محل التزام الكفيل ضمان آخر كالرهن أو أن يستبدل التزام الكفيل بالتزام أصلي، أي أن يلتزم الكفيل على نفس درجة التزام المدين وبطبيعة الحال يتم ذلك بالاتفاق بين الدائن والكفيل، وقد تنقضي الكفالة أيضاً بالمقاصة إذا ما أصبح الكفيل دائناً، وتنقضي الكفالة أيضاً باتحاد الذمة بين الكفيل والدائن كما إذا ورث أحدهما الآخر ويرتب على ذلك انقضاء التزام الكفيل فقط دون الالتزام المكفول، وأخيراً قد تنقضي أيضاً بالإبراء، فإذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة برئت ذمة هذا الأخير دون أن يؤثر ذلك في بقاء الالتزام الأصلي.

الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة .

نص القانون المدني الجزائري على ثلاثة أسباب خاصة لانقضاء الكفالة بصفة أصلية دون أن ينقضي الالتزام الأصلي، فهذه الأسباب سبق دراستها عند ذكر الدفوع الممنوحة للكفيل. لذلك سنتطرق لها من خلال: انقضاء التزام الكفيل بقدر ما أضعه الدائن بخطئه من الضمانات (أولاً)، وانقضاء التزام الكفيل لعدم اتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين بعد إنذار الكفيل له بضرورة اتخاذها (ثانياً)، وأخيراً انقضاء التزام الكفيل لعدم تقديم الدائن نفسه في تقليصة المدين (ثالثاً).

أولاً: انقضاء التزام الكفيل بقدر ما أضعه الدائن بخطئه من الضمانات: نصت المادة 656 ق. م. ج على ما يلي: "تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضعه الدائن بخطئه في

(1) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 419.

الضمانات". لقد نصت هذه المادة على الضمانات فهي كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو تقررت بعد الكفالة وأيضا كل التأمينات المقررة بحكم القانون⁽¹⁾.

فإن أضرار الدائن بخطئه تأمين من هذه التأمينات، فإنه يكون قد ضيع على الكفيل فرصته في استيفاء حقه، وفي نفس الوقت ينتج عن ذلك براءة ذمة الكفيل في مواجهة الدائن يقدر ما أضره هذا الأخير من تأمينات إلا أنه يشترط لانقضاء الكفالة بهذا السبب توافر شروطا هي:

- 1- أن يكون التأمين الذي أضره الدائن تأمينا خاصا وارد في المادة 2/656 ق. م. ج.
- 2 - أن يكون إضاعة التأمين الخاص نتيجة خطأ وتقصير من الدائن.
- 3- أن يتضرر الكفيل من هذا الضياع لأن الدائن ضيع على الكفيل فرصته في استيفاء حقه.

ثانيا: انقضاء التزام الكفيل لعدم اتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين بعد إنذار الكفيل له بضرورة اتخاذها: نظمت المادة 657 ق. م. ج هذا السبب كما يلي: "لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أن يتخذها غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن، ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا". فمن خلال هذه المادة يتضح أنه في حالة ما تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات اللازمة ضد المدين أي خلال ستة (6) أشهر من إنذار الكفيل له، فإنه يؤدي ذلك إلى إبراء ذمة الكفيل. كما أن هذا النص ورد لحماية الكفيل حتى لا يظل ملتزما بعقد الكفالة لمدة اطول.

ثالثا: انقضاء التزام الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين: نصت المادة 658 ق. م. ج على أنه: "إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن". ففي هذه حالة يتبين من خلال هذه المادة أنه إذا اتضح أن إفلاس المدين قد تحقق فيجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة في الآجال المحددة قانونا ودون إهمال في ذلك، وإلا سقط حقه بمطالبة الكفيل بقدر لا يستطيع الحصول عليه من التفليسة، كما يستلزم الأمر على الكفيل التمسك بهذا السبب وهو في نفس الوقت حقه من خلال الدفع أو رفع دعوى على الدائن المقصر في تقديم دينه في التفليسة.

(1) انظر في ذلك لدى: زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 118.

خاتمة

خاتمة

يعد عقد الرهن الرسمي من أهم التأمينات العينية، كونه وسيلة فعالة لضمان استيفاء الدائن لأمواله، ويترتب على إبرام عقد الرهن الرسمي آثار قانونية تمس مصلحة كل المتعاقدين سواء الدائن المرتهن أو المدين الراهن، كما تتعدى هذه الآثار إلى الغير الأجنبي عن العقد، استثناء على نسبية انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين. وترتبا لذلك، نظم المشرع الجزائري مجموعة من الأحكام القانونية المنظمة للتأمينات، وتكفل لكل طرف ضمان حقوقه، وهذا حفاظا على عنصر الثقة بين الأطراف المتعاقدة في مثل هذا النوع من العقود، وإرساء لدعائم التعاون وتسهيل الاقتراض وتحقيق المنفعة الاقتصادية.

ومن خلال هذه الدراسة حول الرهن الرسمي تبرز نتائج وتوصيات:

أولا: النتائج

- يهدف المشرع من وراء تنظيمه لحق الرهن الرسمي إلى توفير الحماية الكافية للدائن المرتهن في استيفاء حقه قبل المدين وذلك بموجب عقد رسمي، أكثر من تلك التي يوفرها الضمان العام لوحده أو التأمينات الشخصية بمختلف أنواعها والتي ثبت قصورها في جوانب عديدة.

- كأصل عام يرد الرهن الرسمي على العقارات، إذن هو حق عيني تبعي عقاري، ولكن استثناء قد يرد على بعض المنقولات، كما هو الحال بالنسبة للسفن والطائرات، ولا يشترط أن يكون الراهن هو المدين نفسه، فقد يكون شخصا آخر ويسمى في هذه الحالة بالكفيل العيني.

- خول المشرع من خلال الرهن الرسمي للدائن المرتهن حقي التقدم والتتبع، فهو يخوله حق التقدم في استيفاء حقه من المقابل النقدي للعقار على الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة. كما يخوله حق التتبع العقار المرهون في أي يد يكون للتنفيذ.

- في حال التنفيذ على العقار وتم بيعه، فللحائز الرجوع على المالك السابق للعقار المرهون بدعوى الضمان، ويرجع الحائز أيضا على المدين بما دفع زيادة على ما هو مستحق في ذمته بمقتضى سند ملكيته، وكذلك يحل الحائز محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم.

- يتصل الرهن الرسمي بمصالح الغير، فلقد نص المشرع الجزائري على عدم نفاذ الرهن في حق الغير، إلا إذا كان مقيدا.

- وفي الأخير فإن الرهن الرسمي ينقضي بطريقتين أصلي وتبعي، فهو ينقضي بصفة تبعية، أي بانقضاء الدين المضمون، وينقضي بصفة أصلية بتطهير العقار المرهون والبيع بالمزاد العلني، والتنازل عن الرهن، وهلاك العقار المرهون هلاكا كلياً.

خاتمة

رغم كل هذه المزايا للرهن الرسمي إلا أنه يبقى غير كاف لتحقيق الحماية الكاملة للدائنين نظرا لوجود عدة اسباب ونذكر منها حالة تعدد الدائنين المرتهنين رهنا رسميا على نفس العقار، ويكون ذلك إذا قام المدين برهن عقاره لعدة أشخاص، فقد يتعرض الدائن المرتهن رهنا رسميا الذي يحتل المركز المتأخر في الترتيب لخطر عدم استفاء حقه كاملا بسبب نفاذ قيمة الضمان بعد توزيعها على أصحاب المراتب الأولى في الرهن.

كما تشكل حرية الراهن في التصرف في العقار المرهون خطرا كبيرا على حقوق الدائن المرتهن، ويتحقق الخطر إذا قام المتصرف إليه بشهر حقه قبل أن يقوم الدائن المرتهن ببيع حقه، إذ أنه في هذه الحالة حق الدائن المرتهن في تتبع العقار قد يضيع منه.

من هنا يمكننا القول بأن الرهن الرسمي لا يحمي حقوق الدائن المرتهن في كل الأحوال وبصورة كاملة، لكن رغم ذلك فإن حقه لا يضيع منه، فإذا لم يستوفي الدائن المرتهن لحقه كاملا من مبلغ التأمين فله أن يرجع بالباقي على المدين بما لديه من حق على الضمان العام.

ثانيا: التوصيات

نوصي على إيجاد منظومة قانونية محكمة من أجل حماية المال العام والدائنين وكذا المدنيين من أنواع الخطر والمشاكل المطروحة في مجال الرهن في الوقت الحاضر.

كما توصلنا من خلال بحثنا المتعلق بالكفالة الى نتائج وتوصيات هي:

أولا: النتائج

أن عقد الكفالة يندرج ضمن التأمينات الشخصية في الوفاء بالدين، فبالرغم من تقرير الضمان العام الذي يقدم فرصة أكبر للدائن في استفاء حقه يعد عقد الكفالة من أهم وابرز الضمانات التي تسعى إلى الدائن الى الحصول عليه مقابل دينه المترتب على المدين كما ان اصبحت للكفالة أهمية قسوة في المجال الاقتصادي والاجتماعي من اجل تحقيق الثقة وغرس روح التبرع بين الافراد.

عالج المشرع الجزائري عقد الكفالة بشكل عام (أركانه وآثاره ثم انقضاؤه) في الباب الحادي عشر من القانون المدني، فرغم تعدد النصوص القانونية بشأنها إلا أنها مازالت غير كافية لحماية حقوق الدائن من المدين من جهة، ومن جهة اخرى حماية الكفيل من الدائن الذي سيطلبه باستيفاء الدين نيابة عن المدين المخل بذلك او المعسر حاله.

- نظم المشرع حماية الكفيل في عقد الكفالة بوسائل تضمن عدم رجوع الدائن عليه مباشرة لا بعد مطالبة المدين بذلك، فمنحه الدفع بتجريد المدين من أمواله الخاصة.

خاتمة

- إن الدائن في عقد هذا الضمان يظل دائنا عاديا ويشترك مع غيره من الدائنين في الضمان العام.

- ضمن المشرع الكفيل بعدم مطالبته بدين المدين إلا بعد حلول أجله، كما قدم حماية للكفيل وهي إمكانية تحلل هذا الأخير من الكفالة عند إضاعة الدائن بخطئه الشخصي التأمينات أو عدم اسراع الدائن في اتخاذ الاجراءات التنفيذية ضد المدين المفلس.

- تعد التأمينات العينية من أفضل التأمينات لأنها تكفل للدائن الحصول على حقه كاملا عن طريق تخصيص مال معين من أموال المدين تبقى ضامنة للوفاء بحقه في كل الأحوال، فيكون الدائن في حماية من إفسار المدين عن طريق حقه في التقدم، وفي غشه إن تصرف في هذا المال بما للمدائن من حق التتبع.

ثانيا: التوصيات

- بالرغم من تنظيم المشرع الجزائري لعقد الكفالة نقترح إضافة نصوص قانونية جديدة ومرنة تتلاءم مع تغير نوعية وطبيعة النزاعات المتعلقة بهذا العقد، لأن حركة الاقراض والاقتراض والائتمان وتطورها التجاري أدت الى رواج هذا العقد وصدوره غالبا من المؤسسات والمصارف المالية، فتستلزم نصوصا حديثة مواكبة المستجدات التي تعرفها التشريعات المقارنة والتطورات الاقتصادية ومن ذلك هذه القواعد التي تعتمد كأساس للكفالة تتصف بالتبعية بالالتزام الاصلي، مما جعل الدائنون واغلبية الافراد حاليا يتعاملون بالضمانات الشخصية المستقلة عن الالتزام الأصلي.

- ضرورة إيجاد شكل معين للكفالة بما أنه لا يمكن إثباتها إلا بالكتابة، نتيجة للخطورة التي تشكلها لأطراف العقد.

تم بحمد الله تعالى

قائمة المصادر والمراجع

باللغة العربية

1. المصادر

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: القواميس والمعاجم اللغوية

- 1- إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط، ج 1، دار الدعوة، القاهرة، مصر، د. س. ن.
- 2- أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د. س. ن.
- 3- أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج 2، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، 1987.
- 4- إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، أبو نصر، تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، ج 5، ط 4، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1407 هـ - 1987 م.
- 5- مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي، ج 1، ط 8، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1426 هـ - 2005 م.
- 6- محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة من المحققين، ج 30، دار الهداية، الرياض، السعودية، 1404 هـ - 1984 م.

ثالثاً: كتب الحديث

- 1- محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم، أبو العلا، المبارك فوري، تحفة الأحوزي بشرح جامع الترمذي، ج 6، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د. س. ن.
- 2- مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، المسند الصحيح المختصر من السنن بنقل العدل عن العدل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج 4، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د. س. ن.

رابعاً: كتب الفقه

1- الفقه الحنفي

- 1- أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي، حاشية الطحطاوي على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في مذهب الإمام أبي حنيفة، تحقيق ودراسة: أحمد فريد المزيدي، ج8، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د. س. ن.
- 2- محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، ج5، ط2، دار الفكر-بيروت، لبنان، 1412هـ-1992م.
- 3- محمد بن عبد الواحد، السيواسي كمال الدين، المعروف بابن الهمام، فتح القدير، ج10، دار الفكر، دمشق، سوريا، د. س. ن.

2- الفقه المالكي

- 1- أحمد بن محمد، أبو العباس، الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي، لغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج3، دار المعارف، القاهرة، مصر. د. س. ن.
- 2- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، دار الفكر، دمشق، سوريا، د. س. ن.

3- الفقه الشافعي

- 1- محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة، شمس الدين، شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج4، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1404هـ-1984.
- 2- محمد بن أحمد الخطيب، شمس الدين، الشربيني الشافعي، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج2، دار الفكر، بيروت، لبنان، د. س. ن.

4- الفقه الحنبلي

- 1- منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1403هـ-1983م.
- 2- عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، أبو محمد، الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، موفق الدين، الشهير بابن قدامة، المغني، ج4، مكتبة القاهرة، مصر، 1388هـ-1968م.

II. المراجع

أولاً: المؤلفات

- 1- أحمد سلامة، التأمينات العينية والشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1970.
- 2- ———، التأمينات المدنية، دار التعاون، القاهرة، مصر، 1966.
- 3- أحمد شرف الدين، التأمينات الشخصية والعينية: الكفالة والرهن والاختصاص والامتياز، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995.
- 4- 5- أحمد محمود سعد، عقد الكفالة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1934.
- 6- إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام: أحكام الالتزام، مكتبة عبد الله وهبه، القاهرة، مصر، 1966.
- 7- أنور العمروسي، الحقوق العينية التبعية التأمينات العينية في القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.
- 8- توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية، المكتب العربي للطباعة والنشر، 1986.
- 9- جلال محمد إبراهيم، أحمد محمود سعد، الحقوق العينية التبعية: الرهن الرسمي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994.
- 10- جميل الشراوي، دروس في التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1976.
- 11- الجيلالي عجة، أزمة العقار الفلاحي ومقترحات تسويتها، دار الخلدونية، الجزائر، 2005.
- 12- حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي: الرهن الرسمي، ج1، مؤسسة دار الكتب، الكويت، 1986.
- 13- حسني محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009.
- 14- حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1995.
- 15- حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

قائمة المصادر والمراجع

- 16- خليل أحمد حسين قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، مصادر الالتزام، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 17- رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006.
- 18- رمضان أبو السعود، همام محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998.
- 19- زهدي يكن، مصادر الالتزام: التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ج1، ط2، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2004.
- 20- زهية سي يوسف، عقد الرهن الرسمي، دار الأمل، الجزائر، 2006.
- 21- _____، عقد الكفالة، دار الأمل، الجزائر، 2001.
- 22- سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في الحقوق العينية التبعية: الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، الاختصاص، الكفالة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
- 23- سليمان محمدي، مدونة حول التأمينات العينية والشخصية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 24- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني "في العقود المسماة": عقد الكفالة، ط3، دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر، 1994.
- 25- _____، الوافي في شرح القانون المدني، في الحقوق العينية التبعية، القسم الأول: حق الرهن الرسمي، حق الاختصاص، ط3، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 1995.
- 26- سماعيل شامة، النظام القانون الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومه للنشر والتوزيع، 2004.
- 27- سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي حقوق الامتياز، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1996.
- 28- سيد سابق، فقه السنة، ج3، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2002.
- 29- شفيق شحاتة، النظرية العامة للتأمين العيني، ط2، المطبعة العالمية، القاهرة، مصر، 1953.

قائمة المصادر والمراجع

- 30- شمس الدين الوكيل، الموجز في نظرية التأمينات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1967.
- 31- شوقي بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري: دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية (الفرنسي والمصري)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- 32- طه البشير محمد، الوجيز في الحقوق العينية التبعية "الرهن التأميني، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز": دراسة تحليلية مقارنة، ط4، دار الحرية للطباعة، بغداد، العراق، 1976.
- 33- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، في التأمينات الشخصية والعينية، ج10، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 2000.
- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، في التأمينات الشخصية والعينية، ج10، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 2000.
- 34- عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام القانون المدني المصري: التأمينات الشخصية، مطابع دار أخبار اليوم، القاهرة، مصر، 1954.
- 35- عبد الناصر توفيق العطار، التأمينات العينية: الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، الرهن الشرعي للتركة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1984.
- 36- عبيدات يوسف محمد، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، ط1، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.
- 37- عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني الجزائري: العقود المسماة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2013.
- 38- العربي بلحاج، أحكام الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
- 39- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 40- علي فيلاي، الالتزامات: النظرية العامة للعقد، ط2، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- 41- علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية، حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية: دراسة موازنة، ط8، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.

قائمة المصادر والمراجع

- 42- فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، قصر الكتاب، 2006.
- 43- ليلي زروقي، عمر حمدي باشا، المنازعات العقارية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 44- محمد حسنين منصور، النظرية العامة للالتزام العيني: صور الائتمان وضماناته والوسائل التقليدية والحديثة لحمايته، الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2001.
- 45- محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د. س. ن.
- 46- محمد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، ط1، الديون الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.
- 47- محمد سليمان الأشقر، ماجد محمد أبو رخية، محمد عثمان شبير، عمر سليمان الأشقر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، مج1، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998.
- 48- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني "النظرية العامة للالتزامات"، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة: دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- 49- _____ ، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (التأمينات العينية- الرهن الرسمي- حق الاختصاص- الرهن الحيازي- حقوق الامتياز، ط1، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- 50- _____ ، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، ط1، دار الهدى للطباعة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- 51- محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، مج14، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018.
- 52- محمد علي عبده، عقد الكفالة: دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، منشورات زين الحقوقية، طرابلس - بيروت، لبنان، 2005.

قائمة المصادر والمراجع

- 53- محمود أحمد مروح مصطفى، الكفالة أنواعها وطرق الإبراء منها: دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية وواقع الكفالة المعاصرة، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن 2003.
- 54- محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، ط3، مطابع دار الشعب، القاهرة، مصر، 1979
- 55- محمود عبد الدايم حسني، الائتمان العقاري بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني: دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.
- 56- محي الدين إسماعيل علم الدين، التأمينات العينية في القانون المصري والمقارن: الرهن والامتياز والاختصاص، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994.
- 57- مصطفى أحمد الزرقاء، الفعل الضار والضمان فيه، ط1، دار القلم، دمشق، سوريا، 1988.
- 58- منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، المطبعة العالمية، القاهرة، مصر، 1963.
- 59- منصور مصطفى منصور، جلال محمد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، 2001.
- 60- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية: الرهن الرسمي - حق الاختصاص - الرهن الحيازي - حقوق الامتياز - الكفالة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.
- 61- نزيه كباره، العقود المسماة المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، لبنان، 2010.
- 62- همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية: الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001.
- 63- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية)، ج6، ط4، دار الفكر، دمشق، سورية، د. س. ن.
- ثانياً: المذكرات الجامعية**
- 1- أسامة يعقوب الأيوبي، الكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في العرف الفلسطيني في قطاع غزة، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2009.
- 2- أكرم أولمي، عقد الرهن الرسمي كوسيلة ضمان حماية لحقوق الدائنين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017.

قائمة المصادر والمراجع

- 3- توفيق سليمان سعاد أبو مشايخ، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليها، دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2006.
- 4- خولة كاظم محمد راضي المعموري، مبدأ تخصيص الرهن: دراسة مقارنة، رسالة معدة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، فرع: قانون مدني، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2008.
- 5- زوبير براحليت، التعويض عن نزع الملكية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع: قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008.
- 6- سامية بن صويلح، إيمان غولي، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، 2010-2011.
- 7- سميرة عوادي، إسمهان خاوة، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2011-2012.
- 8- عبد الله عبد الجليل، قاعدة عدم الحيازة في الرهن الرسمي: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: علوم إسلامية، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الإفريقية أحمد درارية، أدرار، 2005-2006.
- 9- علاء الدين زكي يوسف البكري، رهونات المصرفية ومخاطر الائتمان في فلسطين، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون التجاري، معهد الحقوق، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2015.
- 10- عمار نكاع، انتقال الملكية العقارية في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: قانون، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2012.
- 11- كريمة شايب باشا، عقد الرهن الرسمي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة سعد دحلب، البليلة، 2001.
- 12- كريمة فردي، الشهر العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم القانون الخاص، فرع: قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2007-2008.

قائمة المصادر والمراجع

13- ملاك عبد اللطيف عبد الحسين، حق المرتهن في حبس المرتهن: دراسة مقارنة، رسالة معدة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، فرع: القانون الخاص، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، 2013.

14- وداد باقي، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي: دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة امحمد بوقرة، بومرادس، الجزائر، 2009.

15- يسمينة ربحاني، الرهن الرسمي كضمان بنكي، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005 - 2006.

ثالثاً: المقالات القانونية

1- أحمد زاوي، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، المجلة القضائية، العدد 2، 2000.

2- أماني عبد القادر عبد الفتاح، استيثاق الدين بالرهن في الفقه الإسلامي، مجلة الزهراء، ج1، العدد 24، كلية الدراسات الإسلامية والعربية، جامعة الأزهر، القاهرة، مصر، 2006.

3- سليمان بن شريف، التفاضل بين وسائل الضمان، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، العدد 35، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، سبتمبر 2013.

4- علاوة هوام، زوبير براحلية، تبعية الرهن للدين المضمون في التشريع الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 10، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، جانفي 2017.

5- نادية ليونسي حداد، عقد الكفالة في القانون المدني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 4، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1999.

رابعاً: الملتقيات العلمية

1- محمد خلوفي، عقد الكفالة في القانون المدني، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول أحكام عقد الكفالة في القانون في التشريع الجزائري، المنعقد يومي 25، 26 مارس 2013، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة.

2- محمد عبد الله رزقي، التأمينات الشخصية، مداخلة في إطار ملتقى وطني حول عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري وقانون الأسرة الجزائري، المنعقد يومي 25، 26 مارس 2013، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة.

خامسا: المطبوعات

محمد إبراهيم بنداري، عقد الكفالة في ضوء قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مطبوعات جامعة الإمارات العربية، 2005.

سادسا: المحاضرات

سليمان محمدي، محاضرات في التأمينات العينية، مطبوعة لطلبة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001.

سابعا: النصوص القانونية

أ - النصوص التشريعية

1- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني. ج. ر. ع 78، الصادر في 24 رمضان عام 1395 هـ الموافق 30 سبتمبر سنة 1975 م. معدل ومتم.

2- أمر رقم 75-74 مؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموافق 12 نوفمبر سنة 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري. ج. ر. ع 92، الصادر في 14 ذو القعدة عام 1395 هـ الموافق 18 نوفمبر سنة 1975 م.

3- أمر رقم 76-105 مؤرخ في 17 ذي الحجة عام 1396 الموافق 9 ديسمبر سنة 1976، يتضمن قانون التسجيل. ج. ر. ع 81، الصادر في 24 ذي الحجة عام 1396 هـ الموافق 18 ديسمبر سنة 1976 م. معدل ومتم.

4- قانون رقم 84-10 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة. ج. ر. ع 24، الصادر في 18 محرم عام 1404 هـ الموافق 27 فبراير سنة 1984 م. معدل ومتم.

5- قانون رقم 90-25 مؤرخ في أول جمادى الأولى عام 1411 الموافق 18 نوفمبر سنة 1990 يتضمن التوجيه العقاري. ج. ر. ع 49، الصادر في أول جمادى الأولى عام 1411 هـ الموافق 18 نوفمبر سنة 1990 م. معدل ومتم.

6- قانون رقم 91-11 مؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية. ج. ر. ع 21، الصادر في 23 شوال عام 1411 هـ الموافق 8 مايو سنة 1991 م.

قائمة المصادر والمراجع

7- أمر رقم 95-07 مؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق 25 جانفي سنة 1995، يتعلق بالتأمينات. ج. ر. ع 13، الصادر في 7 شوال عام 1415 هـ الموافق 8 مارس سنة 1995م، معدل ومتمم.

8- قانون رقم 06-02 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق. ج. ر. ع، 14، الصادر في 8 صفر عام 1427 هـ الموافق 8 مارس سنة 2006م.

9- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ج. ر. ع 21 الصادر في ربيع الثاني عام 1429 هـ الموافق 23 أبريل سنة 2008م.

ب- النصوص التنظيمية

1- مرسوم رقم 76-63 مؤرخ في 24 ربيع الأول عام 1396 الموافق 25 مارس سنة 1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري. ج. ر. ع 30، الصادر في 13 ربيع الثاني عام 1396 هـ الموافق 13 أبريل سنة 1976م. معدل ومتمم.

2- مرسوم رقم 91-254 مؤرخ في 15 محرم عام 1412 الموافق 27 يوليو سنة 1991 يحدد كفايات إعداد شهادة الحياة وتسليمها، المحدثه بموجب المادة 39 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1990 والمتضمن التوجيه العقاري. ج. ر. ع 36، الصادر في 19 محرم عام 1412 هـ الموافق 31 يوليو سنة 1991م.

3- مرسوم تنفيذي رقم 06-132 مؤرخ في 4 ربيع الأول عام 1427 الموافق 03 أبريل سنة 2006، يتعلق بالرهن القانوني المؤسس لفائدة البنوك والمؤسسات المالية ومؤسسات أخرى. ج. ر. ع 21، الصادر في 6 ربيع الأول عام 1427 هـ الموافق 05 أبريل سنة 2006م.

ثامنا: القوانين المستمدة من الفقه الإسلامي

1- مجلة الأحكام العدلية الصادرة بالدولة العثمانية 1876.

2- محمد قدري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، مطبعة البولاق، القاهرة، مصر، 1890.

باللغة الفرنسية

Ouvrages

1- BAPTISTE- Jean SEUBE, Droit des suretés, 5ème édition, Dalloz, paris, France, 2010.

قائمة المصادر والمراجع

- 2- CABRILLAC Michel, Christian MOULY, Droit des suretés, 7^{ème} édition, édition juris classeur, Paris, France 2015.
- 3- Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, François CHABAS, Leçons de droit civil, édition Montchrestien, paris, 1999.
- 4- MAZHOUD. H. J L, Leçons de droit civil , tome3 , 6^{ème} édition, édition Montchrestien, Paris, France, 1988.
- 5- MESTRE Jacques- PUTMAN Emmanuel, BILLIAN Marc, Traité de droit civil- droit spécial des sûretés réelles, librairie générale de droit et de jurisprudence, paris, France, 1995.
- 5 -Ph. MALAURIEL. AYNES, Droit civil : les suretés , 2 ème édition Dalloz, Paris 1999.
- 6-R .TENDER, Le cautionnement, Dalloz , Paris, 1981.

الفهرس

مقدمة عامة

الباب الأول: التأمينات العينية

5	تمهيد
9	الفصل الأول: مفهوم الرهن الرسمي
10	المبحث الأول: التعريفات المختلفة للرهن الرسمي وخصائصه
10	المطلب الأول: تعريفات الرهن الرسمي
10	الفرع الأول: تعريف الرهن الرسمي لغة
11	الفرع الثاني: تعريف الرهن اصطلاحا
11	أولاً: تعريف الرهن الرسمي في الفقه الإسلامي
13	ثانياً: تعريف الرهن الرسمي في الفقه القانوني
14	الفرع الثالث: التعريف التشريعي للرهن الرسمي
16	المطلب الثاني: خصائص الرهن الرسمي
16	الفرع الأول: خصائص الرهن الرسمي باعتباره حقا
16	أولاً: الرهن الرسمي حق عيني عقاري
17	ثانياً: الرهن الرسمي حق تبعي
18	ثالثاً: الرهن الرسمي حق عقاري
18	رابعاً: الرهن الرسمي حق غير قابل للتجزئة
19	1- عدم جواز تجزئة حق الرهن الرسمي من حيث العقار المرهون
19	2- عدم جواز تجزئة حق الرهن الرسمي من حيث الدين المضمون
20	الفرع الثاني: خصائص الرهن الرسمي باعتباره عقداً
20	أولاً: الرهن الرسمي عقد مسمى
20	ثانياً: الرهن الرسمي عقد ضمان عيني
20	ثالثاً: الرهن الرسمي عقد ملزم لجانب واحد
21	رابعاً: الرهن الرسمي عقد شكلي

21	خامسا: الرهن الرسمي عقد معاوضة
21	المبحث الثاني: تمييز الرهن الرسمي عن التأمينات العينية الأخرى وأهميته العملية
21	المطلب الأول: تمييز الرهن الرسمي عن التأمينات العينية الأخرى
21	الفرع الأول: تمييز الرهن الرسمي عن حق التخصيص
22	الفرع الثاني: تمييز الرهن الرسمي عن الرهن الحيازي
25	الفرع الثالث: تمييز الرهن الرسمي عن حقوق الامتياز
26	المطلب الثاني: الأهمية العملية للرهن الرسمي
26	الفرع الأول: أهمية الرهن الرسمي بالنسبة للمدين
27	الفرع الثاني: أهمية الرهن الرسمي بالنسبة للدائن
27	الفرع الثالث: أهمية الرهن الرسمي بالنسبة للغير
30	الفصل الثاني: إنشاء الرهن الرسمي
31	المبحث الأول: الأركان الموضوعية لإنشاء الرهن الرسمي
31	المطلب الأول: الأركان الموضوعية العامة لإنشاء الرهن الرسمي
31	الفرع الأول: التراضي في عقد الرهن الرسمي
31	أولا: وجود التراضي
31	ثانيا: صحة التراضي
31	1- عيوب الرضا
31	2- الأهلية
32	الفرع الثاني: المحل في عقد الرهن الرسمي
33	الفرع الثالث: السبب في عقد الرهن الرسمي
33	المطلب الثاني: الشروط الموضوعية الخاصة لإنشاء الرهن الرسمي
33	الفرع الأول: أهلية الراهن للتصرف وملكيته للعقار المرهون
33	أولا: أهلية الراهن للتصرف في العقار المرهون
33	1- أهلية الراهن باعتباره مدينا

- 2- أهلية الراهن باعتباره كفيلا عينيا 34
- أ- أهلية الكفيل العيني المتبرع 34
- ب- أهلية الكفيل العيني غير المتبرع..... 34
- ثانيا: ملكية الراهن للعقار المرهون..... 34
- 1- رهن ملك الغير 35
- أ- تحديد المقصود برهن ملك الغير 35
- ب- حكم رهن ملك الغير في التشريعات المقارنة 35
- 2- رهن المالك الظاهر 36
- 3- رهن المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي 37
- 4- رهن العقار الشائع..... 37
- أ- رهن العقار الشائع من قبل جميع الشركاء 37
- ب- رهن العقار الشائع من طرف أحد الشركاء 38
- رهن الشريك لحصته الشائعة 38
- رهن الشريك لحصته المفرزة 38
- رهن الشريك للعقار الشائع كله..... 39
- 5- رهن المباني المقامة على أرض الغير 40
- 6- الرهن الصادر من الحائز المتحصل على شهادة الحيازة وفقا لأحكام قانون التوجيه العقاري .. 40
- الفرع الثاني: تخصيص الرهن 41
- أولاً: تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون 42
- 1- شروط تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون 42
- أ- أن يرد الرهن الرسمي على عقار 42
- ب- أن يكون العقار مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني 43
- ج- أن يكون العقار موجودا وقت الرهن 43
- د- أن يكون العقار معيناً تعييناً دقيقاً 43

43	2- تعيين ملحقات العقار المرهون
43	أ- العقارات بالتخصيص
44	ب- التحسينات والإنشاءات
44	ج- إلحاق الثمار بالعقار المرهون
45	ثانيا: تخصيص الرهن من حيث الدين المضمون
45	1- مبدأ تبعية الدين المضمون
46	2- طبيعة الدين وأوصافه
46	أ- طبيعة الدين المضمون
46	ب- أوصاف الدين المضمون
47	3- كيفية تحديد الدين المضمون
47	أ- تحديد الدين المضمون بمقداره
48	ب- تحديد الدين المضمون بمصدره
48	4- جزاء عدم تخصيص الرهن من حيث الدين المضمون
	المبحث الثاني: الأركان الشكلية لإنشاء الرهن الرسمي (الرسمية كركن لإنشاء الرهن الرسمي)
49	المطلب الأول: المقصود بالرسمية
49	الفرع الأول: تعريف الرسمية
50	الفرع الثاني: الأهمية العملية للرسمية
50	أولا: حماية مصلحة كل من الدائن المرتهن والمدين الراهن
51	ثانيا: حماية الرهن ذاته
51	الفرع الثالث: جزاء الإخلال بالرسمية
51	المطلب الثاني: بعض الصور المتعلقة بالرهن الرسمي
51	الفرع الأول: وجوب الرسمية في التوكيل بالرهن
52	الفرع الثاني: وجوب الرسمية في الوعد بالرهن

53	الفرع الثالث: الرسمية في إبرام عقد الرهن الرسمي في الخارج.....
55	الفصل الثالث: آثار الرهن الرسمي وانقضائه.....
56	المبحث الأول: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمتعاقدین والغير.....
56	المطلب الأول: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمدين الراهن والدائن المرتهن.....
56	الفرع الأول: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمدين الراهن.....
56	أولاً: التزامات المدين الراهن.....
56	1- الالتزام بإنشاء حق الرهن على العقار لمصلحة الدائن المرتهن.....
57	2- الالتزام بضمان سلامة الرهن.....
57	أ- ضمان التعرض الشخصي.....
57	ب- ضمان التعرض الصادر من الغير.....
58	3- التزام المدين الراهن بضمان هلاك العقار أو تلفه.....
58	أ- الهلاك أو التلف بخطأ الراهن.....
58	ب- الهلاك أو التلف بسبب أجنبي.....
58	ج- هلاك الرهن بفعل الدائن.....
59	4- التزام المدين الراهن بنفقات الرهن.....
60	ثانياً: سلطات المدين الراهن.....
60	1- حق التصرف في العقار.....
60	2- حق المدين الراهن في استغلال العقار المرهون.....
61	3- حق المدين الراهن في استعمال العقار المرهون.....
61	الفرع الثاني: آثار الرهن بالنسبة للدائن المرتهن.....
61	أولاً: حقوق الدائن المرتهن.....
62	1- حق الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار المرهون.....
62	أ- التنفيذ في مواجهة المدين الراهن.....
62	- حقوق الدائن المرتهن بوصفه دائن عادي.....

- 63 - حقوق الدائن المرتهن بوصفه دائنًا مرتهنا
- 63 ب- التنفيذ في مواجهة الكفيل العيني
- 64 2- حق الدائن المرتهن في مراقبة ضمانه
- 64 ثانيًا: القيود الواردة على حق الدائن المرتهن في التنفيذ
- 65 1- بطلان شرط تملك العقار المرهون عن عدم الوفاء
- 65 2- بطلان شرط البيع دون إتباع طرق التنفيذ عند عدم الوفاء (شرط الطريق الممهد)
- 65 المطلوب الثاني: آثار الرهن بالنسبة للغير
- 66 الفرع الأول: تعريف القيد وإجراءاته
- 66 أولاً: تعريف القيد
- 67 ثانيًا: إجراءات قيد الرهن الرسمي
- 67 1- مكان إجراء القيد
- 67 2- أطراف القيد
- 68 3- كيفية إجراء القيد
- 68 أ- المرحلة التمهيديّة
- 68 ب- المرحلة النهائيّة
- 68 4- بيانات قائمة القيد
- 69 5- جزاء النقص في البيانات الواردة في قائمة القيد
- 69 الفرع الثاني: آثار القيد (نفاذ الرهن في حق الغير)
- 69 أولاً: حق التقدم
- 70 1- القاعدة في تحديد مرتبة الدائن المرتهن
- 70 2- الاستثناءات الواردة على قاعدة تحديد مرتبة الدائن المرتهن
- 70 أ- عند تزامن دائن مرتهن رهنا رسميا ودائن آخر مزود بحق امتياز عام
- 71 ب- التزاحم بين الدائنين المرتهنين رهنا رسميا
- 71 ج- عند تزامن دائن مرتهن رهنا رسميا ودائن آخر مزود بتأمين عقاري خاص

- 71 الرهن العقاري الحيازي
- 71 الامتياز المقرر لصالح بائع العقار
- 72 الامتياز المقرر لصالح المقاولين والمهندسين المعماريين
- 72 الامتياز المقرر لصالح المتقاسم في العقار
- 72 3- التنازل عن مرتبة الرهن
- 73 ثانيا: حق التتبع
- 73 1- شروط مباشرة حق التتبع
- 73 أ- الشروط الخاصة بالدائن المرتهن
- 73 - حلول أجل الدين
- 74 - نفاذ الرهن في مواجهة الغير (الحائز)
- 74 ب- الشروط الواجب توافرها في الحائز
- 74 - أن يكون الحائز قد اكتسب ملكية العقار المرهون أو حقا عينيا آخر قابلا للرهن
- 74 - أن يكون سند الحائز مسجلا إذا كان سنده مما يجب تسجيله
- 75 - أن يكون قد اكتسب حقه بعد قيد الرهن وقبل تسجيل نزع الملكية
- 75 - أن لا يكون الحائز مسؤولا مسؤولا شخصية عن الدين المضمون بالرهن
- 75 2- إجراءات الحق في التتبع
- 75 أ- التتبيه على المدين بالوفاء
- 76 ب- إنذار الحائز بالدفع أو التخلية
- 77 المبحث الثاني: طرق انقضاء الرهن الرسمي
- 77 المطلب الأول: انقضاء الرهن بطريقة أصلية
- 77 الفرع الأول: تطهير العقار المرهون
- 77 الفرع الثاني: بيع العقار بيعا جبريا بالمزاد العلني
- 78 الفرع الثالث: التنازل عن الرهن
- 78 الفرع الرابع: الهلاك الكلي للعقار المرهون

78	الفرع الخامس: اتحاد الذمة.....
79	المطلب الثاني: انقضاء الرهن الرسمي بطريقة تبعية.....
79	الفرع الأول: انقضاء الرهن الرسمي تبعا لانقضاء الدين المضمون.....
79	الفرع الثاني: رجوع الرهن الرسمي عند زوال أسباب انقضاء الدين المضمون.....
	الباب الثاني: التأمينات الشخصية (عقد الكفالة)
82	تمهيد
85	الفصل الأول: مفهوم عقد الكفالة
86	المبحث الأول: تعريف الكفالة وخصائصها
86	المطلب الأول: تعريف عقد الكفالة.....
86	الفرع الأول: تعريف الكفالة لغة ولدى المذاهب الاسلامية.....
86	أولا: تعريف الكفالة لغة.....
87	ثانيا: تعريف الكفالة لدى المذاهب الاسلامية.....
88	الفرع الثاني: تعريف الكفالة فقها وقانونا.....
88	أولا: تعريف الفقه الحديث للكفالة.....
89	ثانيا: تعريف الكفالة قانونا.....
91	المطلب الثاني: خصائص عقد الكفالة.....
91	الفرع الأول: عقد الكفالة عقد ضمان شخصي.....
91	الفرع الثاني: الكفالة عقد ملزم لجانب واحد.....
92	الفرع الثالث: الكفالة عقد تبرعي.....
92	الفرع الرابع: الكفالة عقد رضائي.....
93	الفرع الخامس: عقد الكفالة تبعي.....
94	المبحث الثاني: أنواع الكفالة وتمييزها عن العقود المشابهة لها
94	المطلب الأول: أنواع الكفالة.....
95	الفرع الأول: أنواع الكفالة من حيث المصدر.....

95	أولاً: الكفالة الاتفاقية
95	ثانياً: الكفالة القانونية
95	ثالثاً: الكفالة القضائية
96	الفرع الثاني: أنواع الكفالة من حيث الطبيعة
96	أولاً: الكفالة المدنية
96	ثانياً: الكفالة التجارية
97	الفرع الثالث: أنواع الكفالة بحسب محلها
97	أولاً: الكفالة الشخصية
97	ثانياً: الكفالة العينية
98	المطلب الثاني: تمييز الكفالة عن العقود المشابهة لها
98	الفرع الأول: الكفالة والتضامن بين المدينين
99	الفرع الثاني: الكفالة والإنابة
99	أولاً: الكفالة والإنابة الناقصة
100	ثانياً: الكفالة والإنابة الكاملة
100	الفرع الثالث: الكفالة والتعهد عن الغير
101	الفرع الرابع: الكفالة الشخصية والكفالة العينية
103	الفصل الثاني: أركان الكفالة الشخصية
104	المبحث الأول: التراضي في عقد الكفالة
104	المطلب الأول: شروط انعقاد عقد الكفالة
104	الفرع الأول: التعبير عن الإرادة
105	الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الكفيل الذي يلتزم المدين بتقديمه
105	أولاً: يسار الكفيل
106	ثانياً: الإقامة بالجزائر
107	المطلب الثاني: شروط صحة التراضي

107	الفرع الأول: الأهلية في عقد الكفالة
107	أولاً: أهلية الكفيل
108	ثانياً: أهلية الدائن
108	الفرع الثاني: سلامة الرضا من عيوب الإرادة
109	المبحث الثاني: المحل والسبب في عقد الكفالة
109	المطلب الأول: المحل في عقد الكفالة
110	الفرع الأول: وجود الالتزام المكفول
110	أولاً: كفالة الالتزام المستقبلي
111	ثانياً: كفالة الالتزام الشرطي
111	ثالثاً: كفالة الالتزام الطبيعي
112	الفرع الثاني: أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً
112	أولاً: كفالة الالتزام الباطل
113	ثانياً: كفالة الالتزام القابل للإبطال
114	ثالثاً: كفالة ناقص الأهلية
115	الفرع الثالث: تعيين التزام الكفيل
115	أولاً: الكفالة المطلقة
116	ثانياً: الكفالة المحددة
116	المطلب الثاني: السبب في عقد الكفالة
116	الفرع الأول: المقصود بالسبب
116	أولاً: السبب في النظرية التقليدية
117	ثانياً: السبب في النظرية الحديثة
117	ثالثاً: موقف المشرع الجزائري
117	الفرع الثاني: أثر العلاقة الثلاثية على فكرة السبب وإثباته
118	أولاً: أثر العلاقة الثلاثية على فكرة السبب

118	ثانيا: إثبات السبب.....
119	الفرع الثالث: التفسير الضيق لعقد الكفالة.....
121	الفصل الثالث: آثار عقد الكفالة وانقضاؤها.....
122	المبحث الأول: الآثار المترتبة عن عقد الكفالة.....
122	المطلب الأول: العلاقة بين الكفيل والدائن.....
122	الفرع الأول: مطالبة الدائن للكفيل.....
122	أولا: وجوب حلول أجل الدين بالنسبة للكفيل.....
123	ثانيا: وجوب رجوع الدائن على المدين قبل رجوعه على الكفيل.....
124	الفرع الثاني: الدفع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة بالكفالة.....
124	أولا: الدفع الناشئة عن الدين الأصلي.....
125	ثانيا: الدفع الناشئة عن عقد الكفالة.....
125	1- الدفع بالتجريد.....
125	أ- شروط الدفع بالتجريد.....
127	ب- آثار الدفع بالتجريد.....
127	ج- دراسة لصورة خاصة للدفع بالتجريد.....
128	2- الدفع بالتقسيم.....
129	أ- شروط الدفع بالتقسيم.....
130	ب- آثار الدفع بالتقسيم.....
130	3- الدفع بإضاعة التأمينات.....
131	4- الدفع بعدم اتخاذ الدائن إجراءات ضد المدين.....
131	5- الدفع بعدم تدخل الدائن في تغطية المدين.....
132	الفرع الثالث: التزامات الدائن عند استيفائه الدين.....
133	المطلب الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين.....
133	الفرع الأول: رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية (دعوى الكفالة).....

135	الفرع الثاني: رجوع الكفيل بدعوى الحلول
136	المبحث الثاني: انقضاء الكفالة
136	المطلب الأول: انقضاء الكفالة بالتبعية لانقضاء الالتزام الأصلي وما يعادله
137	الفرع الأول: انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء
137	الفرع الثاني: انقضاء الالتزام الأصلي بما يعادل الوفاء
137	أولاً: انقضاء الدين المكفول بالوفاء بمقابل
138	ثانياً: انقضاء الدين المكفول بالتجديد
138	ثالثاً: انقضاء الالتزام المكفول بالإنابة
139	رابعاً: انقضاء الدين المكفول بالمقاصة
140	خامساً: انقضاء الدين المكفول باتحاد الذمة
141	الفرع الثالث: انقضاء الالتزام الأصلي بدون وفاء
141	أولاً: الإبراء
141	ثانياً: استحالة التنفيذ
142	ثالثاً: التقادم
142	رابعاً: انقضاء الكفالة بفسخ الدين أو إبطاله
142	المطلب الثاني: انقضاء الكفالة بصفة أصلية
143	الفرع الأول: الأسباب العامة لانقضاء التزام الكفيل
143	الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة
143	أولاً: انقضاء التزام الكفيل بقدر ما أضعه الدائن بخطئه من الضمانات
144	ثانياً: انقضاء التزام الكفيل لعدم اتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين بعد إنذار الكفيل له بضرورة اتخاذها
144	ثالثاً: انقضاء التزام الكفيل لعدم تقدم الدائن نفسه في تغطية المدين
146	خاتمة
150	قائمة المراجع
163	الفهرس