

السنة الأولى ماستر
تخصص
القانون الخاص

سلسلة محاضرات لطالبة كلية الحقوق والعلوم السياسية



محاضرات في مقياس قانون التأمينات

من إعداد الأستاذة غالي كحلة

Google Scholar :
<https://scholar.google.com/citations?user=RP1RkLIAAAAJ&hl=fr>

ORCID : <https://orcid.org/0000-0001-6510-3850>

مخبر الحماية القانونية والاجتماعية
للطفل في القانون الجزائري والقانون
المقارن-LADREN

2020/2019

من أهم القواعد العامة لنظرية الإلتزام هي قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، وهي ما تعرف بالقوة الملزمة للعقد، لذلك فإن الدائن يسعى دائماً إلى تنفيذ المدين لما التزم به تطبيقاً للعقد.

ولهذا فإن الأصل في تنفيذ الإلتزام هو التنفيذ العيني، فيحق للدائن أن يستلزم التنفيذ العيني لحقه متى كان ذلك ممكناً، كما يحق للمدين التمسك بالتنفيذ العيني ولا يلزم بالتنفيذ بمقابل كبديل للتنفيذ العيني. والتنفيذ العيني هو أن يقوم المدين بتنفيذ عين ما التزم به، سواء كان ما تعهد به عملاً أو امتناعاً عنه أو إعطاء شيء، من ذلك أن ينقل البائع إلى المشتري ملكية العين المبيعة، أو ينجز المقاول البناء الذي اتفق عليه¹.

حسب نص المادة 164 ق م ج فإن المدين ينفذ التزامه حراً مختاراً غير مجبر أو مكره، بمجرد طلبه من الدائن، مادام التنفيذ العيني ممكناً، وعليه فإن نَقْد المدين التزامه عيناً طواعيةً تحقق الهدف الأساسي من الإلتزام، وإن لم ينفذه طواعية فإنه يُجبر بعد إعداره على تنفيذه عيناً². أما إذا كان ذلك غير ممكن، فإن المدين يُجبر على التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض. فالإجبار له غايتين، إما الوصول إلى التنفيذ العيني، أو التنفيذ بطريق التعويض.

كان جسد الإنسان المدين من أهم ضمانات الدائن للحصول على حقه في ظل القانون الروماني، وكان يستخدم جسد المدين كوسيلة للضغط على إرادته حتى ينصاع إلى تنفيذ التزامه. وكانت سلطة الدائن تصل في بعض الأحيان إلى حد استرقاق المدين، أو بيعه وقسمة ثمنه على الدائنين، أو قتله واقتسام جثته بينهم. فضمنان تنفيذ الإلتزام كان يقع على جسم المدين فضلاً عن أمواله³.

وفي إطار فكرة الضمان على شخص المدين ظهر الإكراه البدني، حيث يحق للدائن أن يطلب وضع المدين المماطل في السجن كوسيلة لإجباره على تنفيذ التزامه (حبس المدين)، كوسيلة لإكراهه على التنفيذ (فمثلاً تنص المادة 292 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي على ذلك)⁴.

الدائن العادي له ضمان عام على جميع أموال المدين العقارية منها والمنقولة، أي أن الضمان العام لا ينصب على مال معين من أموال المدين، بل ينصب على كل أموال المدين دون تخصيص، طالما أن هذا المال يقبل الحجز عليه⁵، ولا يفلت منه مال أو آخر ما لم ينص القانون صراحة على عدم جواز الحجز

¹ دربال عبد القادر، الوجيز في أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2004، ص 8.

² مصطفى الجمال، أحكام الإلتزام، الدار الجامعية، ط 1989، ص 229.

³ حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي، الجزء الأول، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ط 1، 1986، ص 5.

⁴ حسام الدين كامل الأهواني، المرجع نفسه، ص 6.

⁵ زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، ط 3، 2004، ص 5.

على هذا المال، كما هو الحال في مال النفقة المحكوم به للمدين⁶. وبناء على ذلك، تنص المادة 188 من القانون المدني الجزائري على أن "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه. وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقاً للقانون فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان" وتقابلها المادة 234 من القانون المدني المصري. فالضمان العام *gage commun* يتساوى قبله جميع الدائنين، وأموال المدين تضمن حقوق دائنيه على قدم المساواة، ولا أفضلية لأحدهم على الآخر في استيفاء حقوقهم، ولا يؤخذ بعين الاعتبار مدى أسبقية نشوء الحق أو أسبقية إجراء الحجز على أموال المدين. فإذا كانت أموال المدين كافية لسداد كل ديونه واتسع لهم ذلك جميعاً استوفوا حقوقهم كاملة، أما إذا لم تكن أمواله كافية واتخذ جميع الدائنين إجراءات التنفيذ على هذه الأموال فإنهم يتقاسمون قسمة الغرماء كلٌّ بنسبة حقه، فلا يحصل كلٌّ منهم إلا على جزء من هذا الحق⁷. أما إذا تخلف أحد الدائنين عن القسمة، فلن يبقى له شيئاً ولن يتمكن من استيفاء حقه، فيضيع حق الدائن المتخلف أو المتأخر.

وما دام أن الضمان العام للدائنين لا يغل يد المدين عن التصرف في أمواله غشا منه لهربها حتى لا يتسنى للدائنين التنفيذ عليها بعد انتقالها إلى ذمة مالية أخرى وخروجها عن أموال المدين، فلا يمكن تتبعها والحجز عليها، وهكذا فإن إهمال المدين أو غشه من شأنه الإضرار بمصالح دائنيه، لذلك فإن الضمان العام لا يمنح الدائنين حماية كافية، خاصة إذا كانت أموال المدين لا تغطي قيمة الدين. لذلك فقد منح القانون للدائن العادي ثلاث طرق لاستيفاء حقه من مدينه، فله أن يتخذ إما:

1-الطرق التحفظية: وهي وسائل وضعها القانون تحت تصرف الدائن للمحافظة على حقه، كما لو يقطع تقادماً منعاً لسقوط حقه، أو يقيد رهنه الضامن له أو يجدده، أو يتدخل في إجراءات قسمة المال الشائع المملوك لمدينه⁸، أو يطلب تحقيق إمضاء مدينه على سند الدين، أو أن يضع الأختام على أموال مدينه، أو يحرر محضر جرد بها عند وفاة المدين أو إفلاسه.

2-الطرق التنفيذية: بحيث يسبق التنفيذ حصول الدائن على سند تنفيذي كحكم أو ورقة رسمية ويكون التنفيذ بالحجز على أموال المدين وبيعها بالمزاد العلني وتقسيم بين الدائنين قسمة غرماء.

3-الطرق الوسطى بين التحفظية والتنفيذية وهي الوسائل التي تمهد للدائن سبيل التنفيذ دون أن تؤدي إلى تمامه وتُرد جميعها إلى المبدأ العام وهو أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، ومن بين الطرق الوسطى نجد:

1-الدعوى غير المباشرة: وتعرف أيضاً باستعمال الدائن حقوق مدينه نيابة عنه، لأن المدين غالباً ما يشعر بسوء حالته المالية باقتراب تجريد دائنيه له من أمواله بالتنفيذ عليها، فيمتنع أو يتهاون عن مباشرة حق من حقوقه لدى الغير، والمطالبة بها أو المحافظة عليها نكاية بهم، فتضيق على دائنيه فرصة إثراء

⁶ توفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2008، ص 690.

⁷ عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، في التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، ط1، 1989، ص 3.

⁸ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 6.

ضمانهم العام، لذلك خولهم القانون بموجب المادتين 189 و190 ق م ج في هذه الحالة سلطة استعمال حقوق مدينتهم نيابة عنه عن طريق الدعوى غير المباشرة⁹.

وعن طريق هذه الدعوى يستطيع الدائن مباشرة مختلف الدعاوى نيابة عن مدينه كالمطالبة ببطلان عقدٍ أو فسخٍ أو دفع ثمن المبيع والطنع في حكم قضائي. ماعدا الحقوق اللصيقة بشخص المدين أو ما أطلق عليها بالدعاوى "المرتبطة حصراً بالشخص" فهي مستبعدة، ويتعلق الأمر بالحقوق التي يكون فيها تقدير الممارسة الشخصية مهيمن والتي لا يمكن إذاً بالنسبة إليها قبول أن يكون من الممكن إجبار المدين من طرف دائنيه على شيء ما. وهي في المقام الأول دعاوى الأحوال الشخصية، بحيث لا يجوز لغيره مباشرتها كحق فسخ عقد الزواج أو المطالبة بالطلاق أو رفع دعوى نسب لكي يرث مال الغير، أو حق المؤلف في نشر مؤلفه، وحق نقض المشاركة¹⁰. ويتعلق الاستبعاد كذلك بالدعاوى المبنية على حق خارج الذمة المالية حتى وإن كانت متعلقة برهان نقدي، فليس بإمكان الدائنين رفع دعوى بدل المدين للحصول على التعويض عن ضرر معنوي أصابه في حالة الاعتداء على حقه في الصورة أو في حياته الخاصة¹¹.

-2- الدعوى البوليصية :

تسمى بدعوى عدم نفاذ التصرف التي يدفع بها الدائن عن نفسه غش المدين أيضاً إذا عمده هذا الأخير إلى القيام ببعض التصرفات التي يخرج بها مالا من أمواله أو يزيد بها من التزاماته فترتب عسره أو الزيادة في إعساره إضراراً بحقوق دائنيه(المادتين 191 و192 من القانون المدني الجزائري).

ونعتها الآن بوناينت بالإعسار المنظم واعتبرها الخطر الأكبر الذي يتعرض له كل دائن هو أن يرى المدين قد أفرغ ذمته المالية من أي مال (أو أي مال قابل للحجز بسهولة) وبالتالي جعل جميع الملاحظات بدون جدوى. وجعل قانون العقوبات الفرنسي لسنة 1983 من هذا السلوك جريمة جزائية، وقد طبق الاجتهاد الحديث الفكرة نفسها بأن سمح للقاضي، رغما عن مبدأ احترام الحياة الخاصة والمنزل، أن يفرض على الغير كشف محل إقامة المدين الذي يريد التخلص من الملاحظات¹².

في هذا الصدد أقرت المحكمة العليا في إحدى قراراتها والذي جاء فيه:"إن رفض دعوى الطاعن الرامية إلى القضاء بعدم قبول التصرفين المتضمنين الهبتين المتنازع حولهما في حقه باعتباره دائنا، يعد خرقاً لأحكام المادتين 191-192 من القانون المدني اللتان تجعلان كل تصرف يضر بمصالح الدائن مرفوضاً مما ينجر عنه النقض"¹³.

⁹ توفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 691، 692.

¹⁰ دربال عبد القادر، المرجع السابق، ص. 32.

¹¹ آلان بينابنت، القانون المدني الموجبات (الالتزامات)، ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2004، ص. 582.

¹² آلان بينابنت، المرجع السابق، ص. 584.

¹³ قرار المحكمة العليا، غ. م، قرار رقم 254083 بتاريخ 2002/02/06، قضية (ح. ع) ضد (ح. أ)، المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 2003، ص. 183.

3- الدعوى الصورية: (طبقاً للمادتين 198 و 199 ق م ج) فهي الدعوى التي يدفع بها الدائن عن نفسه غش المدين أيضاً إذا عمد هذا الأخير إلى التظاهر بالتصرف في ماله تصرفاً صورياً بقصد تهريب أمواله من الضمان العام؛ فيطعن الدائن في هذا التصرف ليبقى مال المدين في ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ عليه.

4- الحق في الحبس: إذ يحبس به الدائن مالاً في يده للمدين حتى يستوفي حقاً له مرتبطاً بهذا المال، وقد نصت عليه المواد 200، 201 و 202 من القانون المدني الجزائري.

5- شهر إعسار المدين: الذي تَغْلُّ يده عن التصرف في أمواله، فقد يتصرف المدين في أمواله إضراراً بالدائنين، الذين لا يتمكنون من عدم نفاذ هذا التصرف لأنه كان بمقابل مالي وأن المتصرف إليه كان حسن النية ولم يثبت علمه بغش المدين وسوء نيته. لذلك أوجد نظام قانوني آخر هدفه غل يد المدين من التصرف في أمواله، يعرف بنظام الإعسار في القانون المدني¹⁴، ونظام الإفلاس في القانون التجاري. وإجراءات الإعسار هي أيضاً تقوم على فكرة الضمان العام للدائنين، وهي أقوى من الإجراءات التحفظية إذ تغل يد المدين عن التصرف في ماله، وأضعف من الإجراءات التنفيذية إذ لا تكفي وحدها للوفاء بحق الدائن بل يجب على الدائن اتخاذ إجراءات تنفيذية لاستيفاء حقه من أموال المدين الذي شهر إعساره¹⁵.

يتضح لنا مما سبق بيانه، أن كل الطرق السابقة تبقى غير مجدية نفعاً في حالة تهريب وغش وتحايل المدين لتهريب أمواله والتصرف فيها بطريقة صورية، ولم يعلم الدائن بهذه التصرفات فلا يتمكن من وقف نفاذها في الوقت المناسب، مما يدل على أنها طرق قاصرة وناقصة لحماية حقوق الدائنين. لذلك كان الدائن العادي تحت رحمة مدينه، وهذا ما دفع بالفقه والتشريع لابتداع طرق أخرى أكثر فعالية وأكثر أماناً للدائن حتى يطمئن إلى استيفاء حقه من مدينه، تتمثل في الحصول على تأمينات خاصة suretés يأمن بها إعسار المدين ويدراً عنها غشه أو إهماله، إذ أن هذه التأمينات تكون عادة كافية للوفاء بحق الدائن كاملاً في ميعاد الاستحقاق¹⁶.

ومن مقومات التأمينات الخاصة بالتأمين الخاص سواء كان شخصياً أو عينياً يكفل دائماً حق شخص في ذمة المدين. كما أن التأمين الخاص يضمن أي حق شخصي مهما كان مصدره أو محله، فيجوز ضمان الحق الذي يكون مصدره العقد أو العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو القانون، ويجوز كذلك ضمان الحق الشخصي أياً كان محله، فقد يكون محله نقل حق عيني أو عملاً أو امتناعاً عن عمل، ولكن الغالب أن التأمين الخاص يقدم لضمان نقل حق عيني، ويرجح أن يكون ضماناً للوفاء بمبلغ من النقود.

ومن جهة أخرى، فالتأمين الخاص وهو يضمن حقاً شخصياً يكون تابعاً له غير مستقل عنه، يتبعه في نشأته ومصيره وانقضائه وهذه التبعية هي أهم مقومات التأمين الخاص، فالتأمين الخاص لا بد أن يتبع

¹⁴ المشرع الجزائري لم يضع أحكاماً خاصة بنظام الإعسار في القانون المدني على عكس المشرع المصري الذي نظمته في المواد 249 إلى 264 من القانون المدني. وللتوسع أكثر حول الفرق بين الإعسار المدني والإفلاس التجاري راجع: وفاء شيعاوي، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 2012، ص ص 16، 17.

¹⁵ عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص 3.

¹⁶ عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع نفسه، ص 4.

حقاً شخصياً لضمانه، وإذا انقضى هذا الحق الشخصي لأي سببٍ من أسباب الانقضاء انقضى معه التأمين الخاص. فالكفالة مثلاً تتبع الالتزام المكفول، فلا تكون صحيحة إلا إذا كان هذا الالتزام صحيحاً. والرهن لا ينفصل عن الدين المضمون، بل يكون تابعاً له في صحته وانقضائه، ما لم ينص القانون على غير ذلك¹⁷.

والتأمينات الخاصة نوعان: تأمينات شخصية وأهم صورة لها هي عقد الكفالة، وتأمينات عينية. أ-التأمينات الشخصية *suretés personnelles*. وهي تقوم على فكرة تعدد المدينين عن طريق إضافة مدين أو أكثر إلى جانب المدين الأصلي، وهكذا فإن لم يوف المدين الأصلي قيمة الدين حين حلول الأجل يوفي بدلا عنه أحد المدينين الآخرين¹⁸. وقد عرفها العميد السنهوري بأنها ضم ذمة مالية أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي فيصبح للدائن بدلاً من مدين واحد مدينان أو أكثر كلهم مسؤولون عن الدين إما في وقت واحد أو على التعاقب، ولذلك يكفل حق الدائن أكثر من ذمة مالية بما فيها ذمة المدين الأصلي، فإذا أعسر هذا الأخير رجع الدائن على غيره من المسؤولين الآخرين عن هذا الحق¹⁹.

ب-التأمينات العينية *suretés réelles*

وهي تخصيص مال معين يكون عادةً مملوك للمدين لتأمين حق الدائن فيكون للدائن حق عيني على هذا المال وهو حق تبعي ويكفل هذا التأمين العيني الوفاء بحق الدائن، ويتقدم هنا الدائن على الدائنين العاديين بل على الدائن الأدنى منه مرتبة، وللدائن أن يتبع هذا الحق إذا انتقلت ملكيته من المدين إلى غيره، ويستطيع أن يحجز عليه وهو في يد الغير ويستوفي حقه من الثمن الذي يباع به هذا التأمين، وبذلك يكفل التأمين العيني استيفاء الدائن لحقه منه، سواء بقي في ملكية المدين أو خرج من هذه الملكية. إن مصدر التأمينات الخاصة شخصية كانت أو عينية غالباً ما يكون هو العقد، وبصورة خاصة عقد الكفالة، فالكفالة لا تكون إلا بعقد، وكذلك فإن مصدر أهم التأمينات العينية: الرهن الرسمي والرهن الحيازي، والعقود التي تقرر التأمينات شخصية كانت أو عينية تسمى بعقود الضمان *Les contrats de garantie*.

ولذلك قسمنا هذه المحاضرة إلى فصلين اثنين، نتناول في الفصل الأول منها التأمينات الشخصية، ونتناول في الفصل الثاني التأمينات العينية، على النحو الآتي ببيان:

¹⁷ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 5.

¹⁸ توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية دراسة لعقد الكفالة والرهن والاختصاص والامتياز، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، د ط، د س ن، ص 7.

¹⁹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص 4.

الفصل الأول:

التأمينات الشخصية

الفصل الأول: عقد الكفالة

نظم المشرع الجزائري عقد الكفالة في الباب الحادي عشر من الكتاب الثاني من القانون المدني المعنون بالالتزامات والعقود في المواد من 644 إلى 673. الذي قسمه إلى فصلين، الفصل الأول المتعلق بأركان الكفالة، والفصل الثاني المتعلق بآثار الكفالة.

فالكفالة تهدف الى إيجاد شخص آخر يكفل أو يضمن المدين الأصلي يتمكن الدائن بمطالبته بالوفاء بالدين بدل المدين في حالة عدم قدرته أو عجزه على سداد الدين وقت حلول أجله. فيتمتع الدائن حينها بالضمان العام للمدين الأصلي والكفيل الشخصي في آن واحد.

المبحث الأول: ماهية عقد الكفالة

سنتناول من خلال هذا المبحث أهم تعاريف لعقد الكفالة ونبين خصائصها وأنواعها في المطلب الأول، ثم نقوم بتمييز الكفالة عن بعض الأنظمة المشابهة لها ونتناول شروطها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعريف عقد الكفالة وخصائصها وأنواعها

سنتعرض في هذا المطلب إلى دراسة تعريف عقد الكفالة في الفرع الأول، ثم خصائصها في الفرع

الثاني، وأنواعها في الفرع الثالث.

الفرع الأول-التعريف بعقد الكفالة:

تعني عبارة الكفالة التأمين الممنوح للدائن، كما تعني العقد الذي يندئى هذا التأمين. وعقد الكفالة هو العقد الذي يتعهد بموجبه شخص يسمى الكفيل بأن ينفذ التزامات المدين الذي يسمى بالمدين الأصلي إذا لم يقيم هذا الأخير بتنفيذ تعهداته، فهي تأمين اتفاقي تنشأ باتفاق بين الكفيل والدائن، وفي نفس الوقت هي التزام شخصي تنشأ من تدخل شخص ثالث هو الكفيل²⁰.

تنص المادة 644 من القانون المدني على أن: "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه"، يُؤخذ من هذا التعريف بأن الكفالة هي عقد بين الكفيل والدائن، أما المدين الأصلي فليس طرفاً في عقد الكفالة وإنما يبقى أجنبياً عن العقد. وطبقاً للمادة 647 من القانون المدني فإن كفالة المدين تجوز بغير علمه و تجوز أيضاً رغم معارضته.

²⁰ محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط1، 1986،

والذي يهّم في الكفالة هو التزام هذا المدين إذ أن هذا الالتزام هو الذي يضمنه الكفيل فيجب أن يكون المذكوراً بوضوح ودقة في عقد الكفالة، فالكفالة إذاً تفترض وجود التزام مكفول وهذا الالتزام يفترض وجود مدين أصلي به ودائن، فالكفالة ترتب التزاماً شخصياً في ذمة الكفيل والالتزام الكفيل هذا تابعٌ للالتزام الأصلي، لأن الكفالة تعتبر من التأمينات الشخصية، وعلى ذلك يجب أن تستبعد من نطاق الكفالة المبالغ من النقود أو القيم المنقولة التي تودع ضماناً لدين وتسمى هي أيضاً بالكفالة فهذه إنما هي تأمين عيني ورهن حيازة، وكذلك يستبعد من نطاق الكفالة ولا يعتبر تأميناً شخصياً كما سبق القول " الكفالة العينية"، فالكفيل العيني يقدم شيئاً مملوكاً له عقاراً أو منقولاً رهناً لوفاء دين الغير، والرهن هنا إما أن يكون رهن حيازي أو رهن رسمي إذا وقع على عقار، والتأمين هنا هو تأمينٌ عيني لا تأمين شخصي. كما يجوز ضمان دين المدين بكفالة واحدة أو بعدة كفلاء فتختلف عندئذ آثار الضمان حيث يمكن تقسيم الدين بين الكفلاء أو أن يكون للدائن حق الاختيار في الرجوع على من يشاء²¹.

الفرع الثاني-خصائص عقد الكفالة:

أ-عقد الكفالة عقد رضائي: فهو ينعقد بمجرد التراضي بين الكفيل والدائن، غير أنه لا يثبت إلا بالكتابة مهما كانت قيمة الالتزام الأصلي المكفول ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة، وهذا ما أكدته المادة 645 من القانون المدني الجزائري²² فالكتابة ليست ضرورية إلا للإثبات. وفي هذا صدر قرار المحكمة العليا بتاريخ 13/07/1988 الذي جاء فيه أن: "من المقرر قانوناً أن الكفالة لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة ولو كان جائزاً إثبات الالتزام الأصلي بالبينة. ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير وجيه ويستوجب الرفض. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن عقد الكفالة لم يثبت بوثيقة كتابية، فإن قضاة الموضوع طبقوا القانون التطبيق الصحيح حين أخرجوا المطعون ضده من الخصومة باعتباره ليس كفيلاً. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"²³.

ب-عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد: فالكفالة لا تنشئ التزاماً إلا على عاتق الكفيل، فالكفيل وحده هو الذي يلتزم في عقد الكفالة بوفاء الدين إذا لم يف به المدين الأصلي، أما الدائن فهو الطرف الآخر في عقد الكفالة، ولا يلتزم عادة بشيء نحو الكفيل²⁴. لكن يجوز أن تكون الكفالة عقداً ملزماً لجانبين إذا التزم الدائن نحو الكفيل بدفع مقابلٍ في نظير كفالته للدائن، كما لو قام الكفيل بوفاء الالتزام المكفول إلى الدائن، فيتعين على هذا الأخير أن يسلم للكفيل المستندات والوثائق اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع على المدين الأصلي، ويكون حقه قبلاً المدين مضموناً بذات التأمينات التي كانت تضمن حق الدائن الذي يلتزم بالقيام بالإجراءات اللازمة لنقل هذه التأمينات ويتحمل الكفيل مصاريف النقل. وإذا كان الدين

²¹ يمينة حوحو، عقد الكفالة وعقد الرهن في القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، ط 1، 2019، ص 11.

²² تنص المادة 645 من ق م ج على أنه: "لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة".

²³ قرار المحكمة العليا، ملف رقم 56336 المؤرخ في 13/07/1988، قضية بين (القرض الشعبي الجزائري) و(ص ب ومن معه)، المجلة القضائية، العدد 4، لسنة 1991، ص ص 58، 60.

²⁴ نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة المعارف، الإسكندرية، ط 1، 1958، ص 251.

مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس لدى الدائن تعيّن عليه التخلي عنه لصالح الكفيل²⁵. طبقا للمادة 1/659 من ق م ج.

ت- عقد الكفالة عقد تابع: تعتبر هذه الخاصية من أهم خصائص الكفالة، لأن الكفالة لا تنشأ بمفردها مستقلة بل يوجد إلى جانبها التزام أصلي تنشأ معه وتنقضي معه فهي تتبعه في صحته، و في بطلانه، و في قابليته للفسخ طبقا لنص المادة 648 من ق م ج لذلك فحتى تصح الكفالة لابد أن يكون الالتزام الأصلي صحيحا. فالالتزام الكفيل يعتبر تابعا لالتزام المدين الأصلي، ويترتب على ذلك أن الكفالة لا يمكن أن تتجاوز حدود الالتزام الأصلي أو تعقد بالتزام أشد من شروطه، ولكن تجوز في مبلغ أقل وبشرط أهون²⁶.

كما تحكم فكرة التبعية آثار الكفالة، فلا يجوز للدائن الرجوع على الكفيل قبل الرجوع على المدين الأصلي إلا إذا كانت هذه الكفالة تضامنية طبقا للمادة 660 من ق م ج، ولا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين الأصلي²⁷. وبذلك فلا يجوز أن يكون التزام الكفيل منجزا إذا كان التزام المدين الأصلي معلقا على شرط أو مقترنا بأجل. وبذلك نستنتج أنه في حالة تبرئة المدين الأصلي يبرأ حتما الكفيل، الذي له التمسك بكل الدفع التي يتمسك بها المدين الأصلي سواء كانت ملتصقة بشخصه أو متعلقة بالمدين نفسه ما عدا الاستثناء المتعلق بأهلية المدين طبقا للمادة 1/654 من ق م ج.

ث- عقد الكفالة عقد تبرعي بالنسبة للكفيل: فالكفيل يتبرع عادة بكفالاته للمدين، لذلك هي عمل مدني وليس تجاري فالكفيل لا يهدف من وراء كفالاته للمدين تحقيق الربح حتى ولو كان الدين الأصلي تجاريا ولو كان الكفيل تاجرا، طبقا للمادة 1/651 من ق م ج، أما بالنسبة للدائن المكفول فالكفالة عقد معاوضة لأن الدائن حصل على الكفالة في مقابل إعطاء الدين، وقد تكون الكفالة عقد معاوضة بالنسبة إلى الكفيل نفسه فيأخذ هذا مقابلاً لكفالاته، و هذا المقابل إما أن يأخذه من الدائن المتعاقد معه أو يأخذه من المدين، إلا أن الصورة العادية للكفالة هي أن تكون عقداً تبرعياً بالنسبة للكفيل الذي يُشترط فيه أهلية التبرع.

ج- عقد الكفالة عقد ضمان شخصي: ومعناه أنها تضمن وفاء المدين بالدين، فهي تخول للدائن حق الضمان العام ليس فقط على أموال مدينه الأصلي بل أيضا على أموال الكفيل، إذ يلتزم الكفيل التزاما شخصيا تجاه الدائن، فيكون له بذلك ضمان أوسع نطاقا²⁸. وقد ازدادت أهمية الكفالة كوسيلة للضمان في العصر الراهن بفضل تدخل البنوك والمؤسسات المصرفية لتمويل المشروعات والأفراد للمساهمة في عمليات الإنتاج وتنشيط الاقتصاد، إلا أنها تحتاج بالمقابل إلى وسائل تضمن عودة أموالها تجنباً لخطر إفسار المدين²⁹.

²⁵ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 35.

²⁶ طبقا للمادة 652 من ق م ج التي تنص على أنه: "لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول. ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشرط أهون".

²⁷ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 20.

²⁸ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 9.

²⁹ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 22.

د- عقد الكفالة عقد مدني وليس تجاري: الأصل كما رأينا سابقاً أن الكفالة تعتبر عقداً مدنياً وليس تجارياً باعتبارها من عقود التبرع، وهي صفة لا تتفق مع المعاملات التجارية، وتظل الكفالة مدنية حتى لو كان الدين المكفول تجارياً، وحتى لو كان الكفيل تاجراً، كما أن الكفالة رغم صفتها المدنية إلا أنها تعتبر عملاً تجارياً إذا كانت ناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطي أو تظهير هذه الأوراق طبقاً لما نصت عليه المادة 651 من القانون المدني.

ثالثاً- أنواع الكفالة:

قسم فقهاء الشريعة الإسلامية الكفالة إلى كفالة بالمال، وكفالة بالنفس، أما فقهاء القانون فقد قسموها إلى عدة تقسيمات. بحيث يمكن إجراء أكثر من تقسيم للكفالة بحسب الزاوية المنظور إليها منها سنذكر أهم هذه التقسيمات:

- من حيث المصدر: تكون الكفالة إما قانونية، قضائية، أو اتفاقية.

- ومن حيث الطبيعة: تكون الكفالة مدنية أو تجارية.

- ومن حيث المحل: تكون كفالة شخصية (بسيطة أو تضامنية)، أو عينية.

أ- الكفالة القانونية: تكون الكفالة قانونية إذا ألزم القانون المدين بتقديم كفيل، كما هو الحال بالنسبة للمادة 851 ق م ج³⁰.

ب- الكفالة القضائية: تكون الكفالة قضائية إذا كان مصدرها حكماً قضائياً، بناء على نص قانوني، مثل ما هو واضح من خلال المادة 2/717 من القانون المدني التي تنص على: "وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية، أن تقرر مع هذا كل ما تراه مناسباً من التدابير ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من التعويضات"، والمادة 3/323 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: "يجوز للقاضي في جميع أحوال الاستعجال الأخرى أن يأمر في حالة الاستعجال بالتنفيذ المعجل بكفالة أو بدونها".

ت- الكفالة الاتفاقية: أي أن الكفيل يلتزم بالكفالة بمحض إرادته مع الدائن، وهو التزام إرادي اتفاقي، بما أن الكفالة عقد رضائي ملزم لجانب واحد هو الكفيل.

ث- الكفالة المدنية والكفالة التجارية: الأصل أن الكفالة تعتبر دائماً بالنسبة للكفيل عملاً مدنياً حتى ولو كان هذا الكفيل تاجراً والدين المكفول تجارياً، طبقاً للفقرة الأولى من المادة 651 من ق م ج التي تنص على أنه: "تعتبر كفالة الدين التجاري عملاً مدنياً ولو كان الكفيل تاجراً". لأن الأعمال التجارية تهدف للمضاربة وتحقيق الربح لكن الكفالة لا تهدف لتحقيق الربح بل تعتبر من أعمال التبرع، لكن إذا كان الكفيل تاجر يحترف الكفالة بمقابل فإن كفالته تعتبر تجارية في هذه الحالة. وطبقاً للفقرة الثانية من المادة 651 من ق

³⁰ تنص المادة 851 من ق م ج على أنه: "إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولاً، وجب جرده ولزم المنتفع بتقديم كفالة به. فإن لم يقدمها، بيع المال ووظف ثمنه في شراء سندات عامة يستولي المنتفع على أرباحها، وللمنتفع الذي قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك...".

م ج فإن الكفالة تكون عملاً تجارياً متى تعلقت بدين مقابل عمولة ثابتة بورقة تجارية وقع عليها الكفيل بصفته ضامناً احتياطياً أو مظهراً".

ج- الكفالة الكاملة والكفالة الجزئية: تكون الكفالة كاملة إذا التزم الكفيل بضمان مقدار الدين كله³¹، وقد يقتصر الكفيل بضمان جزء من الدين فقط، وتحدد قيمة مبلغ الدين المكفول إما بالأرقام (مثلاً 200 ألف دج من أصل 1 مليون دج) أو بنسبة معينة من الدين، كالنصف أو الربع... وهنا فبمجرد سداد الكفيل لجزء الدين الملتزم به تبرأ ذمته ويبقى المدين الأصلي ملزماً بالوفاء بباقي الدين.

د- الكفالة الشخصية والكفالة العينية: تنقسم الكفالة بحسب محلها إلى:

1- الكفالة الشخصية: وهي تسمى بالتأمين الشخصي، إذ يلتزم فيها الكفيل بضمان الوفاء بالدين إذا لم يف به المدين الأصلي، وهي تنقسم بدورها إلى كفالة بسيطة وكفالة تضامنية. الكفالة البسيطة هي التي يكون فيها الكفيل واحداً فلا يوجد فيها تضامن، ومحلها واحد وتاريخ الوفاء بها محدد، فهي ليست مضافة إلى أجل، ولا معلقة على شرط، وهي الأصل.

أما الكفالة التضامنية فهي التي يتعدد فيها الكفلاء سواء بموجب عقد كفالة واحد يربطهم مع الدائن أو بموجب عدة عقود كفالة متتالية، فإذا تعدد الكفلاء بموجب عقد واحد كان هناك مجال للدفع بالتقسيم، أما إذا تعدد الكفلاء بموجب عقود متتالية وجب على الدائن التنفيذ أولاً على المدين الأصلي ثم على الكفلاء الواحد تلو الآخر متتابعين كل بحسب تاريخ ترتيبه تصاعدياً، إما للمطالبة بكل الدين أو بالجزء المتبقي³² الذي لم يف به الكفيل السابق في الترتيب... وهكذا حتى نصل إلى الكفيل الأخير أو حتى يسدد كامل الدين.

2- الكفالة العينية: هي عقد يرتب بمقتضاه شخص يسمى الكفيل العيني تأميناً عينياً، كأن يقدم الكفيل مالاً منقولاً أو عقارياً من أمواله رهناً لضمان الوفاء بالدين في ذمة شخص آخر. والكفيل العيني يضمن الدين في حدود قيمة المال المخصص لذلك، كما أنها تنتهي بمجرد انتهاء أو فقد الكفيل لحيازة المال لأي سبب من الأسباب. والكفيل هنا يجمع بين صفتي الكفيل والراهن، مما يعني سريان عليه أحكام الكفالة والرهن في نفس الوقت³³.

المطلب الثاني: تمييز الكفالة عن بعض الأنظمة المشابهة لها و شروطها

الفرع الأول- تمييز الكفالة عما يشابهها من الأنظمة:

تشارك الكفالة مع بعض النظم القانونية الأخرى في خصائص معينة إلا أن لكلٍ منها أحكاماً قانونية مستقلة تميزها عن الأخرى، مثلاً: التضامن بين المدينين، التعهد عن الغير و الإنابة الناقصة.

³¹ عبد الودود يحيى، التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1976، ص 21.

³² محمد حسين منصور، النظرية العامة للإئتمان، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ط 2001، ص 79.

³³ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 15.

1-التضامن بين المدينين(التضامن السلبي) : الكفالة هي ضم ذمة الكفيل الى ذمة المدين الأصلي، فيصبح للدائن مدينان بدلا من مدين واحد ولا يضيع على الدائن حقه إلا في حالة إعسار هذان المدينان إعسارا تاما، فتتشابه الكفالة مع التضامن السلبي في هذه النقطة. غير أن المدينين في التضامن السلبي يلتزمون بصفة أصلية بينما الكفيل يلتزم بصفة تبعية، فلا يجوز للدائن طلب تجريد الكفيل إلا بعد تجريد المدين الأصلي من أمواله، وللكفيل التمسك هنا بهذا الحق طبقا للمادة 660 من ق م ج³⁴.
يكون التضامن السلبي بالاتفاق بنص المادة 217 من القانون المدني، ففي حالة التضامن بين المدينين يكون كل منهم مسؤولاً عن كل الدين ويستطيع الدائن أن يطالب أيّاً منهم بالوفاء الكامل بالدين وذلك لوحدة الدين بينهم، كما يجوز للدائن أن يطالب المدينين مجتمعين، فإذا تم الوفاء من أحدهم برأت ذمة الباقيين على أن يرجع الموفي على كل منهم بقدر نصيبه في الدين، فهنا يكون المدين المتضامن ملتزم التزاماً أصلياً في مواجهة الدائن، وهو لا يعتبر كفيلاً.

2-التعهد عن الغير: فالتعهد عن الغير هو عقد ملزم لجانب واحد وهو المتعهد، فهو عقد بين شخصين يلتزم أحدهما وهو المتعهد بأن يجعل شخصاً ثالثاً يلتزم في مواجهة المتعاقد معه³⁵. وهو أن يحمل شخصاً آخر على قبول التزام معين كما هو الحال بالنسبة للوكيل الذي يتجاوز حدود وكالته ويتعهد شخصياً بحمل الموكل على الإقرار بالاتفاق الخارج عن حدود التوكيل³⁶. وقد نصت عليه المادة 144 من ق م ج، والمتعهد عن الغير لا يتقيد الغير بتعهده بل يلتزم شخصياً بالعقد الذي يبرمه فهو ليس وكيلاً عنه أو نائباً له ولا سلطة له في إلزامه ولكن يتعهد بأن يحصل على رضا الغير بالعقد، فمحل التزام المتعهد هو دائماً التزام بعمل. ومن شروط التعهد عن الغير يجب أن يتعاقد المتعهد باسمه هو لا باسم الغير الذي يتعهد عنه. وأن تتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه هو لا إلزام الغير إذ لا يمكن إلزام شخص بآثار العقد ليس طرفاً فيه. ويجب أن يلتزم المتعهد بحمل الغير على قبول التعهد وإقراره، أي أن التزام المتعهد هو التزام بتحقيق نتيجة تتمثل في الحصول على قبول الغير للتعهد. وبذلك فإن المتعهد يلتزم التزاماً أصلياً، أما التزام الكفيل فهو التزام تبعي³⁷.

3-الإنابة الناقصة: La délégation anormale نصت عليها المادة 294 ، 295 و 296 من ق م ج، وتعني الإنابة أن المدين قد أناب عنه شخصاً آخر يتعهد للدائن بالوفاء بالدين الموجود في ذمته، فهي تتم إذا حصل المدين على قبول الدائن بوجود شخص أجنبي ينوب عنه في الوفاء بالدين، والإنابة نوعان :

³⁴ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 33.

³⁵ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 330.

³⁶ محمد حسين منصور، النظرية العامة للاتمان، المرجع السابق، ص 66. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، الكتاب الثاني، ط 1984، ص 587.

³⁷ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 332.

-الإبابة الكاملة: وتكون عندما ينيب المدين شخص آخر يتعهد للدائن بدين جديد بدل الذي كان في ذمته، أي أن الدين القديم ينقضي لينشأ مكانه دين جديد، ويعتبر هذا تجديد بتغيير المدين.

-الإبابة الناقصة: فهي لا تتضمن تجديداً، بل يبقى الدين في ذمة المدين الأصلي وينظم إليه المدين الجديد ليكون مديناً لنفس الدائن وبذات الدين، ومناطق التفرقة بين النوعين يكمن في تضمينها تجديداً بتغيير المدين أو عدم تضمينها له.

لا وجه للالتباس بين فكرة الإبابة الكاملة، والكفالة لأن الإبابة الكاملة تنطوي على تحديد للالتزام بتغيير المدين، فالمدين الأصلي (المنيب) يختفي ليحل محله مدين جديد (المناب). إلا أنه يمكن أن يثور الالتباس بصدد الإبابة الناقصة حيث يتعدد المدينون بدين واحد، إذ يبقى الدين في ذمة المدين الأصلي، وينظم إليه المدين الجديد ليكون مديناً بنفس الدين. إلا أن الاختلاف بين الإبابة الناقصة والكفالة يكمن في فكرة التبعية، فالمناب يلتزم بدفع دين الغير التزاماً أصلياً لا التزاماً تابعاً كما هو الحال بالنسبة للكفيل ويستطيع الدائن أن يختار أي من المنيب أو المناب لمطالبته بحقه لأن كل منهما يلتزم التزاماً أصلياً في مواجهة الدائن، ولا يستطيع المناب أن يطلب من الدائن أن يرجع على المنيب (المنيب الأصلي) ولو كان موسراً، ولا يستطيع أن يحتج بالدفع التي يحتج بها المنيب على المناب لديه (الدائن) كما هو الحال في الكفالة³⁸.

الفرع الثاني-شروط الكفالة:

تنص المادة 646 من ق م ج على أنه: "إذا التزم المدين بتقديم كفيل، وجب أن يقدم شخصاً موسراً ومقيماً بالجزائر، وله أن يقدم عوضاً عن الكفيل، تأميناً عينياً كافياً". وهنا نقصد التزام المدين بتقديم كفيل مهما كان مصدر الكفالة، سواءً كانت قانونية أو قضائية أو اتفاقية، إلا أن ما يهمنا هو توفر عدة شروط في شخص الكفيل، وهي:

1- يجب أن يكون الكفيل موسراً: فالشرط الأساسي لملاءة الذمة المالية للكفيل، ونقصد بملاءة الكفيل أن يكون الكفيل مناسباً للكفالة قادراً على الوفاء بالالتزامات المترتبة عليها. والملاءة هنا تشمل الملاءة المالية³⁹، أي قدرة الكفيل على الدفع حتى لا يمنح الدائن ضماناً وهمياً، وبذلك يجب أن يكون للكفيل ما يكفي من الأموال -مهما كانت طبيعتها عقارية أو منقولة- على الأقل للوفاء بالالتزام الذي تقدم لضمانه. ويمكن التنفيذ عليها. وتقدير كفاية أموال الكفيل للوفاء بالتزامه، هي مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع. وإن مدى كفاية ويسار الكفيل في حالة ما إذا ثار حولها نزاع هي مسألة واجبة الإثبات من طرف المدين ولا شأن للكفيل بهذا الإثبات، كما أن استلزام اليسار يكون بالنسبة للكفالة القانونية والكفالة القضائية. وفي حالة ما إذا اتفق الدائن والمدين على تقديم كفيل في الكفالة الاتفاقية، لكن إذا كان الاتفاق بين الدائن والكفيل دون علم المدين فإن هذا الأخير لا يلتزم بإثبات يسار الكفيل⁴⁰.

³⁸ عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، المرجع نفسه، ص 62.

³⁶ عبد السلام بن محمد الشويبر، عقد الكفالة وتطبيقاته الحديثة، مجلة العدل، العدد 43، رجب 1430هـ، ص 156.

⁴⁰ توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 21. زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 27.

وإنما يقع عبء الإثبات على عاتق الدائن الذي يختار الكفيل الموسر حتى يتمكن من التنفيذ على أمواله في حالة إعسار المدين الأصلي.

كما يقع أيضا على الدائن إثبات أن هذا المال أو بعضه متنازع فيه أو يصعب التنفيذ عليه، لبعده أو لسهولة تهريبه أو سهولة إخفائه أو لأي سبب آخر، فيستبعد من مال الكفيل الذي يضمن المدين. كذلك إذا كان المال مرهوناً أو مثقلاً بحق عيني آخر كحق انتفاع، وجب أن يستبعد من قيمته ما ثقل به من رهن أو انتفاع أو غير ذلك⁴¹.

المشرع الفرنسي أكد في نص المادة 2099 ق م أنه: " يجب على الدائن المهني أن ينذر الكفيل الشخص الطبيعي عندما يكون التزام المدين الأصلي غير مناسب لقدراته المالية. فإذا لم يحم بذلك، سقط حق الدائن في مواجهة الكفيل بقدر ما لحقه من ضرر"⁴²، ونصت المادة 2300 ق م أنه: "إذا كانت الكفالة التي قدمها شخص طبيعي تجاه دائن محترف، وقت إبرامها، غير متناسبة بشكل واضح مع دخل الكفيل وأصوله، فإنه يتم تخفيضها إلى المبلغ الذي يمكنه الالتزام به في ذلك التاريخ"⁴³، أي أن الذمة المالية للكفيل إذا كانت لا تكفي لسد الدين فإن التزام الكفيل يُخفّض في حدود ملاءة الكفيل، وهذا دليل على إلزام الدائن بالتأكد من ملاءة الذمة المالية للكفيل، وإلا اعتبر ذلك تهاونا منه يتحمل مسؤوليته وحده تجاه الكفيل. واشترط في المادة 2301 من ق م: "على المدين في حالة إعسار الكفيل الطارئة بعد إبرام عقد الكفالة تقديم كفيل آخر تحت طائلة سقوط الأجل أو فقدان الميزة في تقديم الكفالة. ويجوز له أن يستبدل الكفالة القانونية أو القضائية تأميناً عينياً آخر"⁴⁴.

وقد أضاف التشريع السعودي قيوداً إلى شرط ملاءة الكفيل، فلا تقبل كفالة الشخص إلا لعدد محدد من الكفالات، فلا يقبل منه أكثر من ثلاث كفالات إذا كان مليوناً مقترداً. وإذا كان متوسط الحال فلا تقبل كفالاته إلا لشخص واحد وبعد التثبت من قدرة الكفيل على دفع ما قد يترتب على المدين الأصلي⁴⁵.

⁴¹ عبد الرزاق أحمد السهوي، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، المرجع نفسه، ص 21.

⁴² **Art. 2099 du Code Civil Français**, Ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 - art. 3: "Le créancier professionnel est tenu de mettre en garde la caution personne physique lorsque l'engagement du débiteur principal est inadapté aux capacités financières de ce dernier.

A défaut, le créancier est déchu de son droit contre la caution à hauteur du préjudice subi par celle-ci".

⁴³ **Art. 2300 du Code Civil Français**, Ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 - art. 3: "Si le cautionnement souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, il est réduit au montant à hauteur duquel elle pouvait s'engager à cette date".

⁴⁴ **Art. 2301 du Code Civil Français**, Ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 - art. 3: " La personne qui s'oblige au titre d'un cautionnement légal ou judiciaire doit avoir une solvabilité suffisante pour répondre de l'obligation.

Si cette caution devient insolvable, le débiteur doit lui substituer une autre caution, sous peine d'être déchu du terme ou de perdre l'avantage subordonné à la fourniture du cautionnement.

Le débiteur peut substituer au cautionnement légal ou judiciaire une sûreté réelle suffisante".

⁴⁵ عبد السلام بن محمد الشويبر، عقد الكفالة وتطبيقاته الحديثة، مرجع سابق، ص 157.

2- يجب أن يكون الكفيل مقيماً بالجزائر: الإقامة المقصودة هنا هي الإقامة العادية، وليس العرضية، ولا يشترط أن يكون الكفيل مقيماً في موطن المدين، كما هو الحال في القانون الفرنسي. كما لا يشترط أن يكون الكفيل جزائرياً فقد يكون الكفيل أجنبياً، فالعبرة بأن يكون له موطن بالجزائر حتى لو كان موطناً مختاراً⁴⁶.

فالغرض من هذا الشرط هو تسهيل الإجراءات على الدائن مراعاة لمصلحته، وفضلاً عن ذلك يمكن للدائن مراقبة الكفيل وتتبعه بسهولة، لكي يكون دائماً على دراية بحالته وظروفه المالية⁴⁷.

3- يجب أن يكون الكفيل كامل الأهلية: هذا الشرط لم تنص عليه المادة 646 من ق م ج، إلا أنه يبدو شرطاً بديهياً بما أن الكفالة تعد من أعمال التبوع فهي عمل ضار ضرراً محضاً بالنسبة للكفيل، الذي يشترط فيه أهلية التصرف وهي بلوغ سن الرشد 19 سنة كاملة، وتكون إرادته خالية من عيوب الإرادة. – سنعود للتفصيل في هذا الشرك عند دراستنا لأركان عقد الكفالة-

فما حكم تخلف الشرطين السابقين؟ وبعبارة أخرى، هل هذين الشرطين يجب توفرهما أثناء انعقاد الكفالة فقط أم هما لازمان لبقائها إلى غاية انقضائها؟ كما لو أُعسر الكفيل أو غيّر موطنه برحيله إلى بلد آخر غير الجزائر؟

طبقاً لنص المادة 646 من ق م ج فإذا تخلف هذين الشرطين أو أحدهما يلزم المدين بتقديم تأمين عيني كافٍ، ويستوي أن يكون هذا التأمين العيني رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً. على عكس المشرع الفرنسي الذي اشترط على المدين في حالة إعسار الكفيل الطارئة، أو تغير موطنه بعد إبرام عقد الكفالة تقديم كفيل آخر طبقاً للمادة 2020 من ق م الفرنسي.

وطبقاً للمادة 2041 من ق م ف فإنه إذا تعذر على المدين الحصول على كفيل آخر يمكنه تقديم رهن حيازي، وتوسع القضاء في تفسير هذه المادة فأجاز للمدين تقديم رهن رسمي بدل الكفالة. إلا إذا كان الدائن قد اختار كفيلاً بذاته فإنه يتحمل نتيجة إعساره⁴⁸.

وطبقاً للقواعد العامة، المنصوص عليها في المادة 2/211 من ق م ج (المقابلة للمادة 2/272 ق م مصري) فإنه: "يسقط حق المدين في الأجل: ... إذا كان إنقاص التأمين يرجع إلى سبب لا دخل للمدين فيه فإن الأجل يسقط، ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً". فإعسار الكفيل أو تغير موطنه يعد إضعافاً للتأمين مما لا يبسر للدائن استيفاء حقه ولا يوفر له الضمان اللازم، فالأجل الممنوح للمدين يسقط، لذلك عليه أن يختار بين تقديم ضمان كافٍ عن طريق تقديم كفيل آخر أو تأميناً عينياً⁴⁹، أو يتحمل نتائج سقوط الأجل.

⁴⁶ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 28.

⁴⁷ توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 21.

⁴⁸ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 30.

⁴⁹ توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 22.

المبحث الثاني : أركان عقد الكفالة

بما أن الكفالة عقد كسائر العقود، فلا بد لانعقادها توافر أركان العقد وهي التراضي، المحل والسبب، وهذا ما سنتناوله بالتفصيل تباعاً:

المطلب الأول: التراضي في عقد الكفالة

إن عقد الكفالة هو عقد بين الدائن والكفيل، وهي تنعقد برضائهما، وتجاوز كفالة المدين بدون علمه وحتى دون رضاه أي رغم معارضته طبقاً للمادة 647 ق م ج كما سبق وأن نوهنا إلى ذلك. وبالتالي فإنه لا يشترط في المدين الأصلي أية شروط، على عكس الكفيل الذي يشترط فيه عدة شروط، وإذا فقد شرطاً من هذه الشروط جاز استبداله بكفيل آخر، أو يجوز للدائن مطالبة المدين الأصلي بتقديم تأمين عيني آخر - كما رأينا سلفاً - عوضاً عن الكفالة.

1/ ركن التراضي:

من خصائص عقد الكفالة أنه من العقود الرضائية، فليقيامه يجب تطابق إرادتي الدائن والكفيل دون اشتراط أي شكل خاص، ودون حاجة إلى رضا المدين لأنه ليس طرفاً في عقد الكفالة⁵⁰، وهو ما نصت عليه المادة 647 بقولها: « تجاوز كفالة المدين بغير علمه و تجاوز أيضاً رغم معارضته»، وهو النص المطابق لنص المادة 775 مدني مصري وللإشارة أن هذا النص جاء مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية التي تحرم على الكفيل الذي يضمن المدين بدون علمه أو رغم معارضته من حق الرجوع عليه، ولقد وافق المشرع التونسي الشريعة الإسلامية في نص المادة 1488 من القانون التونسي⁵¹.

وتطبيقاً للقواعد العامة، ولا سيما المادة 60 ق م ج، فإن تعبير أطراف عقد الكفالة عن إرادتهما، يتم بالنسبة للدائن بالتعبير عن إرادته بشكل صريح أو ضمني، لأن الكفالة تعقد لمصلحته المحض، وتطبيقاً للمادة 2/68 ق م ج فقد يعتبر سكوته قبولاً بالكفالة دون مقابل إذا ما وجه له الكفيل إيجاباً. أما بالنسبة للكفيل فقد ثار خلاف بين أراء الفقهاء، نظراً لكون الكفالة عقد تبرع فهو يشكل خطراً بالنسبة للكفيل، لذلك رأى جانب من الفقه أن يكون التعبير عن إرادته صريحاً، بعبارات واضحة ومفهومة أو عن طريق الكتابة الدقيقة المعاني والتي لا تدعو لأي شك. وحجتهم في ذلك، أن الكفالة لا تفترض ولا تمتد لأبعد من الحدود المتفق عليها في العقد، وقد نصت المادة 1/2015 ق م فرنسي على أن الكفالة لا تفترض ويجب أن

⁵⁰ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 32.

⁵¹ سليمان سارة، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج من المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية عشر، 2001-2004، ص

تكون صريحة⁵². أما المشرع الجزائري فلم يحدد موقفه من ذلك، واكتفى بالقواعد العامة (أي نص المادة 60 ق م ج).

أ- أهلية المتعاقدين:

تعتبر الكفالة من أعمال التبرع أو التفضل، وهي من التصرفات الضارة بالكفيل ضررا محضا، لذلك يجب أن تتوفر فيه أهلية التبرع، وهو ما نصت عليه المادة 40 ق م ج. والتي حددت سن الرشد بـ 19 سنة كاملة، وهذا معناه أن لا يكون الكفيل مجنونا، أو معتوها، أو صبيا مميزا، أو محجورا عليه وإلا وقعت الكفالة باطلة بطلانا مطلقا، متى كانت بدون مقابل⁵³.

ونفس الحكم يطبق إذا كانت الكفالة بمقابل (أي بعوض) يتسلمه الكفيل من الدائن أو من المدين، لأن الكفالة في هذه الحالة تعتبر بالنسبة للكفيل عملا دائرا بين النفع والضرر، فيلزم أن تتوفر لديه أهلية التعاقد⁵⁴. وبذلك فإذا كان الكفيل مجنونا أو صبيا مميزا، فإن الكفالة تكون باطلة⁵⁵ متى كانت بدون مقابل، وتكون قابلة للإبطال متى كانت بمقابل، حتى ولو كان الالتزام المكفول صحيحا⁵⁶.

نصت المادة 649 ق م ج بنص خاص بكفالة التزام ناقص الأهلية: "من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول"، وهي تقابل المادة 777 مدني مصري، ونستنتج منها⁵⁷:

1- إذا كان الكفيل لا يعلم بنقص الأهلية للمدين فله التمسك بإبطال الكفالة، حتى لو لم يتمسك به المدين.

2- إذا كان يعلم بسبب قابلية الالتزام للبطلان وقت انعقاد الكفالة، فلا يجوز للكفيل التمسك ببطلان الكفالة لبطلان التزام المدين إلا إذا تمسك به المدين نفسه.

3- أما إذا كانت الكفالة قد عُقدت بسبب قابلية الالتزام المكفول بالإبطال، فيكون التزام الكفيل هنا التزاما أصليا تجاه الدائن، فإذا أبطل المدين التزامه بسبب نقص أهليته فلا يجوز للكفيل التمسك بهذا الدفع فالتزام الكفيل معلق على شرط تمسك المدين بإبطال التزامه، فان تحقق الشرط أصبح الكفيل مدينا أصليا في مواجهة الدائن⁵⁸.

⁵² محمد حسنين، المرجع السابق، ص 41.

⁵³ سليمان سارة، المرجع السابق، ص 18.

⁵⁴ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 41.

⁵⁵ محمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج، الجزء الثاني، مطبعة مصطفى الحلبي، بيروت، 1958، ص 198. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، الجز العاشر، دار التراث العربي، القاهرة، المرجع السابق، ص 80. سمير تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1994، ص 25.

⁵⁶ سمير تناغو، المرجع السابق، ص 44.

⁵⁷ سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2006، ص 75.

⁵⁸ إبراهيم نبيل سعد، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 285.

أما بالنسبة للدائن، فإنه بناء على عقد الكفالة فهو لا يلتزم بأي التزام، فهذا التصرف بالنسبة له يعتبر من الأعمال النافعة نفعاً محضاً، فلا يشترط فيه إلا أهلية التمييز طبقاً للمادة 42 ق م ج.

ب- عيوب الإرادة في الكفالة :

حتى يكون عقد الكفالة صحيحاً يجب أن يكون الرضا خالياً من عيوب الإرادة، أي الغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال.

في العقد الملزم لجانب واحد-كعقد الكفالة- نجد أنه لا ينشئ التزاماً إلا في جانب أحد المتعاقدين-وهو الكفيل، ولذا نجد أن مسألة عيوب الإرادة لا تهم إلا الطرف المدين، أما بالنسبة للدائن فإنه وإن كان ليس بمنأى عن الوقوع 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 مثلاً⁵⁹.

الغلط: عبارة عن وهم يقوم في ذهن أحد المتعاقدين يحمله على الاعتقاد بصحة أمر على خلاف الحقيقة، بحيث يبرم عقداً ما كان ليبرمه لو أدرك حقيقة الأمر⁶⁰. هذا وأن الملاحظ أن شخص المدين وصفاته لها أهمية جوهرية في عقد الكفالة، فإن اعتقد الكفيل أنه يكفل مدين معين، ثم تبين له أن المدين شخص آخر أو إذا اعتقد أن المدين تاجر، فإذا به ليس تاجر، فيجوز للكفيل طلب إبطال العقد على أساس الغلط الذي وقع فيه⁶¹، طبقاً لنص المادة 82 ق.م التي تنص على أنه: «يكون الغلط جوهرية إذا بلغ حداً من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط. ويعتبر الغلط جوهرية على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظراً لشروط العقد ولحسن النية.

إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد».

مثال ذلك أن يقع الكفيل في غلط جوهرية، كأن يعتقد أن الدين لا يرتب فوائد، وإذا به يرتب فوائد. أما بالنسبة للتدليس، والإكراه، فإنه طبقاً للمادتين 87 و 89 ق.م فإن الكفيل المدلس عليه أو المكره لا يستطيع طلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن الدائن كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بالتدليس والإكراه. هذا وإن كان الغالب أن التدليس يقع من المدين فإنه قد يقع من الدائن نفسه الذي هو طرف في العلاقة، وهنا تخضع هذه الحالة لنص المادة 86 ق.م التي تنص على جواز إبطال العقد للتدليس إن كانت الحيل التي لجأ إليها، أحد المتعاقدين أو نائبه من الجسامه بحيث لولاه لما أبرم الطرف الثاني العقد، ونفس الشيء بالنسبة للإكراه (المادة 88 ق.م)⁶².

59 سليمان سارة، المرجع السابق، ص 19.

60 نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ط 2004، ص 164.

61 سمير تناغو، التأمينات الشخصية والعينية 1991، ص 86.

62 سليمان سارة، المرجع السابق، ص 19.

مثال حمل الزوج زوجته بما له من سلطة عليها أن تكفله في دين كبير عليه، وهي تعلم أن زوجها لا يستطيع الوفاء بهذا الدين (المادة 142 مدني أردني)، ويجب أن يثبت الكفيل المكره -وهي الزوجة في هذه الحالة- أن الدائن يعلم أو يستطيع أن يعلم أن الكفيل تعرض للإكراه من المدين (المادة 128 مدني مصري)⁶³. كما يجوز طلب إبطال الكفالة بسبب وقوع الكفيل في استغلال طبقاً للمادة 90 ق م ج.

ملاحظة:

طبقاً للمادة 574 ق م ج يجوز أن تتم الكفالة عن طريق الكفالة بشرط أن تكون الوكالة خاصة ومحددة وليست عامة.

كما يجوز الوعد بالكفالة، كما لو صدر عن الكفيل وعد للدائن بأن يكفل له شخصاً آخر إذا أقرضه هذا الدائن مبلغاً من المال، فهذا الوعد يعتبر كفالة بمجرد الحصول على القرض، كما هو الحال في الوعد بالبيع، ويجوز لإلزام الواعد بالكفالة بمقتضى حكم قضائي⁶⁴.

ويجوز للشريك كامل الأهلية أن يكفل الشركة التي هو شريك فيها ويجوز للشركة أن تكفله⁶⁵، وإذا أعطى الكفيل شخصاً آخر توكيلاً بالكفالة فيجب أن تتوافر في الموكل أي الكفيل أهلية التبرع ولا يشترط ذلك في الوكيل لأن العقد الذي ينعقد بإرادة النائب ينتج أثره في الشخص الأصيل وهو الكفيل. وإذا كانت الكفالة بمقابل فإنه يشترط في الكفيل أهلية التصرف وليس أهلية التبرع⁶⁶.

أما بالنسبة لكفالة المريض فإذا كان مرضه غير مميت له فحكمه حكم الكفالة الصحيحة، وإذا كان مريضاً مرض الموت، وإذا كان الدين مستغرق بتركته فكفالاته باطلة، أما إذا كان الدين غير مستغرق لتركته فهي جائزة في حدود الثلث لأنه تبرع⁶⁷، وهذا ما جاء في المادة 1605 من مجلة الأحكام العدلية: "الكفالة بالمال في هذا المبحث في حكم الدين الأصيل، بناءً عليه لو كفل أحد في مرض موته دين وارثه أو مطلوبة لا يكون نافذاً وإذا كفل للأجنبي تعتبر من ثلث ماله وأما إذا أقر في مرض موته بكونه قد كفل الأجنبي في حال صحته فيعتبر إقراره من مجموع ماله ولكن تقدم ديون الصحة إن وجدت".

المطلب الثاني: محل الكفالة (الالتزام الأصلي المكفول)

محل التزام الكفيل هو ضمان تنفيذ الالتزام الأصلي أي التزام المدين والوفاء به، إذ لم يف به المدين نفسه⁶⁸، لذلك يجب أن تتوفر في محل الكفالة نفس الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام بوجه عام، أي لا بد أن يكون محل الكفالة ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعيين ومشروعاً.

⁶³ سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، عقد الكفالة المدنية والأثار المترتبة عليه، المرجع السابق، ص 70.

⁶⁴ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 64. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 75.

⁶⁵ عبد الرزاق السنهوري، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص 81.

⁶⁶ نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 271. سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، المرجع السابق، ص 74.

⁶⁷ علي أحمد السالوس، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، دار الاعتصام للنشر والتوزيع، الكويت، ط1، 1987، ص 64. سعاد توفيق سليمان

أبو مشايخ، المرجع السابق، ص 73.

⁶⁸ يمينه حوحو، عقد الكفالة وعقد الرهن في القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، ط 2019، ص 18.

ونظرا لكون الكفالة التزام تابع للالتزام الأصلي، فإنه حتى يكون محل الكفالة ممكنا يجب أن يكون الالتزام الأصلي صحيحا وموجودا أو قابلا للوجود، ومعينا. وهذا ما يدفعنا لدراسة الأحكام المتعلقة بالدين المكفول.

يمكن كفالة أي التزام مهما كان مصدره وأيا كان محله، سواء كان مصدره العقد، أو العمل الغير مشروع، أو الإثراء بلا سبب أو دفع الغير مستحق أو الفضالة، أو القانون، كما يجوز كفالة التزام أيا كان محله سواء التزام بإعطاء أو منح شيء أو الالتزام بعمل أو الالتزام بالامتناع عن عمل، وقد يكون التزام الكفيل محلا لكفالة أخرى ويسمى هنا كفيل الكفيل.

أولا- شرط وجود الالتزام المكفول أو قابليته للوجود:

يعتبر التزام الكفيل التزاما تابعا، فهو لا ينشأ بذاته بل يستند إلى التزام أصلي في ذمة المدين الأصلي، فيشترط لقيام التزام الكفيل وجود التزام أصلي مكفول، فإذا انقضى هذا الأخير ينقضي معه الالتزام المكفول بقوة القانون. إلا أن هذا لا يمنع من أن يكون الالتزام الأصلي مستقبليا أو شرطيا.

ا- كفالة الالتزام المستقبلي:

تنص المادة 650 ق.م.ج على أنه: "تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين المشروط. غير أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة، كان له أن يراجع فيها في أي وقت، مادام الدين المكفول لم ينشأ".

أجاز القانون كفالة الالتزام المستقبلي في هذه المادة متأثرا بالقاعدة العامة الواردة بالمادة 1/92 ق.م.ج المقابلة للمادة 131 مدني مصري⁶⁹. ومثال كفالة التزام مستقبلي، كفالة الاعتماد الذي يفتحه البنك لإحدى زبائنه ويحدد سقف معين من المال لكن لا يعرف مسبقا مقدار المبلغ الذي سيستعمله المدين، فيبقى الكفيل خلال كل المدة ملتزما بكفالة الدين المستقبل في حدود الدين المضمون الذي استخدمه المدين كزبون له، لأن ضمان الكفيل يقتصر في حدود ما ينشأ من الدين خلال مدة الكفالة، وإذا لم ينشأ الدين خلال المدة المحددة في العقد برأت ذمة الكفيل. لكن إن لم تحدد مدة للكفالة، يكون للكفيل الحق في العدول عن الكفالة في أي وقت شاء ما دام الدين لم ينشأ.

وفي حالة استعمال الكفيل حقه في الرجوع(العدول) عن الكفالة يجب عليه إعلام الدائن بذلك حتى يحتج به تجاهه، ويكون الإعلام بأية وسيلة كانت. أما إذا نشأ الدين خلال مدة الكفالة وقبل الرجوع عنها، فلا يجوز للكفيل الرجوع عنها بل يظل ملزما بتنفيذها تجاه الدائن⁷⁰.

وهكذا نجد أنه إذا كانت قاعدة التبعية تفترض وجود الدين الأصلي فإنها لا تشترطه، لذلك يجوز وجود كفالة قبل وجود الدين، ومن ثمة كانت كفالة الالتزام المستقبل، هو التزام صحيح ويات لأن الالتزام المكفول وإن لم يكن موجودا إلا أنه قابل للوجود. وكفالة الالتزام المستقبل مقيدة بقاعدتين:

⁶⁹ تنص المادة 131 ق م مصري: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا".

⁷⁰ يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 19.

أ- وجوب تحديد المبلغ المكفول:

اشتراطت المادة لانعقاد الكفالة تحديد مقدار الدين المكفول أو الحد الأقصى الذي يمكن أن يصل إليه وإلا كانت باطلة والحكمة من ذلك هو حماية الكفيل حتى يكون على بينة من الدين الذي يكفله، وحتى لا يتورط في دين لا يعرف مقداره. ويكفي أن يكون الدين محدد المقدار أو قابل للتحديد والتعيين طبقاً للقواعد العامة، وهنا يتوجب تحديد الحد الأقصى الذي يمكن أن يكفله الكفيل.

ب- مدة الالتزام في الكفالة المستقبلية:

متى عين الكفيل مدة معينة يلتزم خلالها بكفالة الدين المستقبل، فإنه يظل مقيد بهذه الكفالة طيلة هذه المدة، فلا يرجع عنها خلال المدة المحددة، فإن نشأ جزء من الدين ضمنه الكفيل لأن ضمانه يقتصر على ما ينشأ من الدين خلال مدة الكفالة، فإذا لم ينشأ الدين برأت ذمة الكفيل نهائياً بانتهاء المدة ما لم يتفق على تجديدها.

أما إن لم تعين مدة للكفالة، فإن للكفيل الرجوع عنها والتحلل من التزامه في أي وقت ما دام الدين لم ينشأ، أما إن نشأ فإن الكفيل لا يستطيع الرجوع عنها⁷¹.

2- كفالة الالتزام الشرطي:

نصت المادة 650 ق.م.ج: "كما تجوز الكفالة في الدين المشروط.."، ومعنى الدين المشروط أن لا يعين محله، وتطبيقاً للقواعد العامة، فإنه يجوز كفالة الالتزام في الدين الشرطي، حيث تكون الكفالة تطبيقاً لفكرة التبعية معلقة على ذات الشرط المعلق عليه الالتزام الأصلي سواء كان معلقاً على شرط فاسخ أو شرط واقف.

فإذا كان الدين المكفول معلقاً على شرط واقف، فإن التزام الكفيل يكون معلقاً على ذات الشرط، فإن تخلف الشرط الواقف زال الالتزام الأصلي المكفول بأثر رجعي ويزول معه التزام الكفيل بالتبعية ويعتبر كأنه لم يكن⁷². والعكس صحيح، في حالة تحقق الشرط الواقف.

أما إذا كان الدين المكفول معلقاً على شرط فاسخ فإن الكفالة تكون كذلك فإن تحقق الشرط زال كل من التزام المدين والتزام الكفيل في نفس الوقت بأثر رجعي، أما إن تخلف الشرط الفاسخ فإن كل من الالتزامين يصبح باتاً.

⁷¹ سليمان سارة، المرجع السابق، ص 19.

⁷² سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص 38. يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 19.

3-كفالة الالتزام الطبيعي:

إذا كان الالتزام القانوني يتضمن عنصري المسؤولية والمديونية، فإن الالتزام الطبيعي يتضمن عنصر المديونية فقط ولا يتضمن عنصر المسؤولية، وهكذا فلا يمكن إجبار المدين على الوفاء به. كما أن التزام المدين لا يعتبر تبرعا⁷³. وقد نظمته المشرع الجزائري في المواد 160 إلى 163 ق م ج. وبناء على ما تقدم، وإعمالاً لفكرة التبعية فإنه من غير المتصور أن يضمن شخص الوفاء بالالتزام الطبيعي إذا لم يؤده المدين نفسه وهو غير ملزم أو مجبر قانوناً على تنفيذه، وحتى لا يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين طبقاً لنص المادة 652 ق م ج، وحتى وإن انعقدت الكفالة صحيحة ضماناً لالتزام مدني ثم تحول هذا الالتزام إلى التزام طبيعي، فيتحول التزام الكفيل أيضاً. إلا أنه تطبيقاً لنص المادة 162 ق م ج: "لا يسترد المدين ما أداه باختياره بقصد تنفيذ التزام طبيعي"، فإذا قام الكفيل بالوفاء بالمدين تنفيذاً لالتزام طبيعي، فلا يمكنه المطالبة باسترداد ما وفي به. وطبقاً للمادة 165 ق م ج: "يمكن أن يكون الالتزام الطبيعي سبباً لالتزام مدني"، فإنه يجوز للمدين الأصلي أن يقدم كفيلاً للدائن -ضماناً للوفاء بالالتزام الطبيعي- فهنا أراد المدين تحويل التزامه الطبيعي إلى التزام قانوني (مدني) بمحض إرادته.

ثانياً- أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً ومشروعاً:

الكفالة عملية تابعة، ولذلك نصت المادة 648 ق م ج على أنه: "لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً"، لذلك لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام الأصلي صحيحاً، وبذلك فلا تجوز كفالة الالتزام الباطل⁷⁴، فمتى كان هذا الأخير ناتجاً عن صفقة غير مشروعة كبيع الأسلحة المحظورة أو بيع المخدرات أو القمار كانت الكفالة باطلة لعدم مشروعية محل الدين الأصلي. ولا شك في ذلك بالنسبة للبطلان المطلق الذي يتمسك به كل ذي مصلحة، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

1-كفالة الالتزام الباطل :

يكون الالتزام الأصلي باطلاً إذ اختل ركن من أركانه كأن يكون محله غير مشروع أو لم يستوف الشكل إذا كان العقد شكلياً أو كان سببه غير مشروع. وعملاً بفكرة تبعية الكفالة الالتزام الأصلي من حيث الصحة والبطلان، فإنه إذا كان الالتزام الأصلي باطلاً كانت كفالته باطلة، ويستطيع الكفيل التمسك ببطلان الالتزام الأصلي أيًا كان سبب البطلان⁷⁵.

⁷³ محمد حسام محمود لطفي ومصطفى عبد الجواد، مصادر الالتزام في القانون المدني المصري-دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1 2003، ص 25.

⁷⁴ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 37.

⁷⁵ كما هو الحال عندما يسقط دين المدين بالتقادم طبقاً للمادة 320 ق.م.ج.

2- كفالة الالتزام القابل للإبطال:

العقد الباطل بطلانا نسبيا عقد صحيح وإن كان قابلا للإبطال فهو ينتج آثاره حتى يحكم ببطلانه، ومن ثم فإنه تجوز كفالاته حتى يقضي ببطلانه. فكفالة هذا الالتزام جائزة وصحيحة، لكنها تأخذ حكمه، أي تبقى صحيحة طالما الالتزام الأصلي لا زال قائما ولم يبطل، أما إن أبطل الالتزام الأصلي فتبطل الكفالة معه بالتبعية وهو الحكم الذي ينطبق على كافة حالات القابلية للإبطال لأي عيب من عيوب الإرادة مع مراعاة الحكم الخاص بناقص الأهلية.

لكن قد يحدث أن يجيز المدين الأصلي التزامه، فما هو مصير الكفالة في هذه الحالة، أي هل يسقط حق الكفيل في طلب الإبطال بمجرد أن يصبح الالتزام الأصلي صحيحا بالإجازة أم يبقى حق الكفيل في طلب الإبطال قائما طالما لم يجز كفالاته لتصبح صحيحة بدورها؟

إن الرأي الراجح في هذه المسألة هو أن حق الكفيل في طلب إبطال كفالاته لا يسقط بإجازة المدين الأصلي لعقده، وإنما يبقى حق الكفيل في طلب الإبطال قائما والحجة على ذلك هو تفسير المادة 2/654، لأنها استثنت الحالة التي لا يجوز فيها 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 قابل للإبطال، ويرى أصحاب هذا الرأي بأنه، ما عدا الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 654، وهي حالة كفالة ناقص الأهلية، فإنه في بقية حالات قابلية العقد الأصلي للإبطال، فحق الكفيل لا يسقط بإجازة الالتزام الأصلي لأن مقتضى التبعية هو إفادة الكفيل وليس إضراره. (المادة 652 ق.م.ج) وهذا للإشارة متى كان الكفيل لا يعلم بسبب القابلية للإبطال، لأنه هنا يكون له التمسك في طلب الإبطال على أساس الغلط، الذي وقع فيه باعتباره أنه اعتقد أنه كفل التزاما صحيحا، في الوقت الذي كفل فيه التزاما قابلا للإبطال.⁷⁶

ج- كفالة ناقص الأهلية:

عالج المشرع الجزائري ونظيره المصري مسألة الكفالة في حالة البطلان النسبي لنقص أهلية المدين الأصلي، وأورد لها حكما خاصا بموجب المادة 649 ق.م.ج.⁷⁷

وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 654 ق م ج، المقابلة للمادة 2/782 مدني مصري، نجد أن المشرع أقر كقاعدة عامة بأن الكفيل يبرئ بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين، إلا أنه أقر بالمقابل استثناء على هذه القاعدة مفادها ما جاء بالفقرة الثانية والتي نصت: "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"، ذلك أن قبوله الكفالة رغم علمه بنقص أهلية المدين، دليل على تنازله عن

⁷⁶ سليمان سارة، المرجع السابق، ص 21.

⁷⁷ تنص المادة 649 ق م ج 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 الثانية من المادة 654".

التمسك بهذا الدفع. لكن إذا قام المدين نفسه بإبطال عقده لنقص أهليته، فإن الكفيل يستفيد من ذلك فتبطل كفالاته لإبطال العقد المنشئ للالتزام الأصلي⁷⁸.

وليس في هذا كفالة لالتزام طبيعي، بل ليس من كفل التزام ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته وهو عالم بذلك بكفيل أصلاً، بل هو مدين أصلي تحت شرط واقف هو ألا ينفذ ناقص الأهلية التزامه ويتمسك بنقص أهليته⁷⁹.

وبناء على ما سبق بيانه، نستنتج أن الالتزام المكفول إذا كان ناشئاً عن عقد قابل للإبطال بسبب نقص أهلية المدين أو لعب في الرضا، فالأمر لا يخرج عن إحدى الصور الثلاث الآتية:
الحالة الأولى: الكفيل لا يعلم بنقص أهلية المدين المكفول ولا سبب البطلان، فالالتزام المدين الأصلي يكون قابلاً للإبطال وتبعاً لذلك ينقضي التزام الكفيل إن طلب المدين الإبطال وحكم له به. كما يجوز للكفيل التمسك بقابلية التزامه للإبطال حتى لو لم يتمسك به المدين نفسه لأنه صاحب مصلحة فيه طبقاً للمادة 1/654، ويبطل التزام الكفيل دون إبطال التزام المدين الأصلي لأنه لا يحكم له بالبطلان إلا إذا تمسك به صاحب الحق.

الحالة الثانية: إذا كان الكفيل يعلم أن الالتزام قابل للإبطال بسبب نقص أهلية المدين المكفول، ولكنه لم يقصد بكفالاته تغطية هذا السبب، ويأخذ هذا الفرض حكم الفرض الأول إلا أنه يختلف عنه أن الكفيل إذا كان يعلم بقابلية الالتزام للإبطال فلا يجوز له التمسك بإبطال الالتزام إلا إذا تمسك به المدين الأصلي وحكم له به، امتد هذا الحكم إلى التزام الكفيل بالتبعية⁸⁰.

الحالة الثالثة: أن يكون المدين المكفول ناقص الأهلية، ويكون الكفيل قد كفله بسبب هذا النقص، وهنا نعتبر أن سبب الكفالة جاء على وجه التبوع لمجرد علم الكفيل بنقص أهلية المدين. وهي الحالة المذكورة وفقاً للمادة 649 ق م ج سالف الذكر، فلا يجوز للكفيل التمسك بنقص أهلية المدين، وإذا تمسك به المدين فلا يستفيد الكفيل من هذا الدفع، بل يبقى ملتزماً بالكفالة باعتباره مديناً أصلياً⁸¹.

-وهنا يرى بعض الفقهاء أن الكفيل يصبح مديناً أصلياً تحت شرط واقف هو عدم تنفيذ المدين للالتزام الأصلي، وتمسك بإبطال التزامه تحقق الشرط، فيصبح الكفيل مديناً أصلياً ووجب عليه تنفيذ الالتزام⁸².
-بينما أسس جانب آخر من الفقه رأيه على أساس نظرية تحول العقد، واعتبر أن الكفالة تبقى صحيحة ما دام أن المدين ناقص الأهلية لم يتمسك ببطلان الالتزام الأصلي فتبطل، ويتحول إلى تعهد منشئ للالتزام أصلي في ذمة الكفيل المتعهد.

⁷⁸ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 39. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 244 بند 288. سمير تناغو، المرجع السابق، ص 40 بند 19.

⁷⁹ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء 10، المرجع السابق، ص 49.

⁸⁰ قدري الشهاوي، أحكام عقد الكفالة - التضامن - التضامم، المرجع السابق، ص 78. سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، المرجع السابق، ص 88.

⁸¹ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 39. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 248.

⁸² محمد القيسي، الكفالة في المنظورين الشخصي والمصرفي، مرجع سابق، ص 106.

-أما الاتجاه الثالث من الفقه، فقد اعتبر كفيل ناقص الأهلية قد أبرم عقدا مركبا يتضمن كفالة وتعهد عن الغير، يتعهد الكفيل فيه بأن لا يستعمل المدين حقه في طلب الإبطال متعهدا بأن يقوم على سبيل التعويض بتنفيذ الالتزام الأصلي إن أخل بتعده عن الغير وطلب المدين الإبطال، فإن حدث وطلبه وحكم له، بذلك فزال الالتزام الأصلي ومعه التزام الكفيل فإنه يتحقق عند ذلك الإخلال بالتعهد عن الغير ويلتزم عندها الكفيل المتعهد بالتنفيذ على سبيل التعويض لأنه مغل بالتزامه، ويكون هنا التزامه أصلي غير تابع لغيره⁸³.

الشرط الثالث- تعيين التزام الكفيل:

يجب أن يكون محل التزام الكفيل معين أو قابلا للتعيين، وإلا كانت الكفالة باطلة، وتعيين التزام الكفيل يرتبط بتعيين التزام المدين. ويتعين الدين الأصلي المكفول تعيينا دقيقا، فيعين محله، مصدره وأطرافه، حيث يذكر اسم الدائن ولقبه وسنه ومهنته ومكان إقامته، واسم المدين ولقبه وكل باقي المعلومات. فمتى تحدد الالتزام المكفول على هذا الشكل دون تحديد التزام الكفيل فإن التزام هذا الأخير يكون مطابقا لالتزام المدين، لأنه جاء مطلقا.

وباعتبار أن التزام الكفيل مستقل عن التزام المدين، فإنه يمكن 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، بل أخف منه. ولذلك يتوجب علينا التمييز بين نوعين من أنواع الكفالة، الكفالة المطلقة والكفالة المحددة.

أ- الكفالة المطلقة:

تكون الكفالة مطلقة إذا وردت بصيغة عامة غير محددة لحدود التزام الكفيل و نطاقه، فيكون التزام الكفيل هو نفسه التزام المدين، فيسأل الكفيل مسؤولية مماثلة لالتزام المدين في طبيعته ومضمونه ومقداره وحدوده، فيشمل التزام الكفيل أصل الدين وكذلك الملحقات والمصروفات والفوائد⁸⁴. وهذا ما أكدته المادة 653 ق م ج⁸⁵.

وتشمل ملحقات الدين التعويضات التي يلتزم بها المدين بسبب إخلاله بالتزامه، بالإضافة إلى فوائد الدين، إلا أن المشرع الجزائري يبطل الفائدة بين الأفراد طبقا للمادة 454 ق م ج: "القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك". إلا أنه يجيزها إذا كان المقرض مؤسسة بنكية أو مالية طبقا للمادة 456 ق م ج⁸⁶.

⁸³ سليمان سارة، المرجع السابق، ص ص 23، 24.

⁸⁴ يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 25.

⁸⁵ تنص المادة 653 ق م ج على أنه: "إذا لم يكن هناك اتفاق خاص فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين و مصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل".

⁸⁶ تنص المادة 456 ق م ج على أنه: "يجوز لمؤسسات القرض التي تمنح فروض فروضا قصد تشجيع النشاط الاقتصادي الوطني أن تأخذ فائدة يحدد قدرها بموجب قرار الوزير المكلف بالمالية".

بالإضافة إلى ذلك، فهناك المصروفات التي ينفقها الدائن عند المطالبة الأولى بالدين، وتشمل المصاريف السابقة على المطالبة القضائية من رسوم ومصاريف التبليغات. كما تشمل كل ما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل، وهي مصروفات لا يضمنها الكفيل إلا إذا كانت قد صرفت بعد الإخطار من قبل الدائن بأنه قد قام بمطالبة المدين، فالمدين ملزم بإخطار الكفيل برجوعه على المدين ليفي بالدين الذي لم يف به هذا الأخير، فإن لم يقم بذلك تحمل الكفيل كل هذه المصاريف، لأنه كان قادر على تفاديها بوفائه، فإن لم يخطر لا يلزم بدفعها، و يقتصر التزامه على مصروفات المطالبة الأولى⁸⁷.

ب-الكفالة المحددة:

هي الكفالة التي تحدد محل التزام الكفيل تحديدا دقيقا، فقد يضمن الكفيل جزء من الدين وقد يضمن الدين كله دون ملحقاته وفوائده ومصروفاته، أو أن تكون مدة تنفيذ التزام الكفيل أطول من أجل دين المدين.

فتحديد محل الالتزام يعني أن الكفالة تكون في مبلغ يساوي أو أقل من مبلغ الدين و بشروط مماثلة أو أهون طبقا للمادة 652 ق م ج. لكن يستفيد الكفيل من كل تغير طارئ في الالتزام الأصلي يكون فيه مصلحة له، فإن تنازل الدائن عن جزء من حقه أو قام بتقسيط الوفاء، فإن الكفيل يستفيد من كل ذلك، ويخفف التزامه بالتبعية، وكذلك إن تم إعفاؤه من الفوائد أو إنقاص سعرها، فيتمسك الكفيل بكل ذلك في مواجهة الدائن⁸⁸.

ب-الكفالة التضامنية:

يعد التضامن بين المدين والكفيل ضمانا فعلا للدائن ضد الاعسار الذي يصيب أحدهم، حيث يشكل ضمانا قويا في المعاملات اليومية بين الأشخاص، بحيث يجوز للدائن الرجوع على أي منهما لاستيفاء حقه كاملاً، لذلك فإنه يعتبر استثناء للقاعدة العامة التي تقضي باستقلال الذمة المالية لكل من المدين والكفيل، لأن عدم وفاء المدين لالتزامه لا يكون له في الأصل انعكاسا على ذمة الغير، وعليه لا تضامن بين الكفيل والمدين المكفول، مالم يوجد نص صريح يقضي بخلاف ذلك.

ويكون التضامن بين الكفيل والمدين اتفاقيا، وذلك بموجب اتفاق صريح بينهما يقضي بأن يتحمل كل واحد منهما ملتزما بصفة أصلية بكل الدين، لا بجزء منه فقط، لكن في حالة تعدد الكفلاء، يكونون جميعهم متضامنين مع المدين، بحيث يكون هناك تعدد في الروابط بين المدينين والدائن.

وتجدر الإشارة هنا، للتمييز بين التضامن بين الكفلاء فيما بينهم، والتضامن بين الكفلاء والمدين، ففي الحالة الأولى يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم لدين واحد، حيث يكونون ملزمون بالوفاء بكل الدين، وللدائن الحق في الرجوع على أي منهم. أما في الحالة الثانية، أين يتعدد الكفلاء المتضامنين مع المدين،

⁸⁷ سليمان سارة، المرجع السابق، ص 25.

⁸⁸ يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 26.

يحق للدائن الرجوع على أي كفيل أو على المدين يطالب كل واحد منهم بكل الدين، وذلك بموجب هذا التضامن. وهنا يفقد الكفيل المتضامن حقه في الدفع بالتجريد المنصوص عليه طبقا للمادة 665 ق م ج، لكن طبقا للمادة 666 ق م ج يحق له التمسك بالدفع المتعلقة بالدين⁸⁹.

المطلب الثالث: السبب في عقد الكفالة

يتميز سبب الالتزام عن محله، فالمحل كما سبق بيانه هو الأمر الذي يلتزم المدين بإعطائه أو بعمله أو بالامتناع عن عمله. أما سبب الالتزام، فهو الغاية أو الغرض الذي يسعى الملتزم إلى تحقيقه، من وراء تحمله الالتزام⁹⁰.

يتنازع تحديد مسألة السبب نظريتان، النظرية التقليدية، التي أخذ بها الفقهاء الفرنسيون القدماء⁹¹ ابتداء من القرن السابع عشر، التي ترجع فكرة السبب التي كانت عند الرومان، وهي تعني الغرض القريب المباشر الذي قصده الملتزم من التزامه. والنظرية الحديثة التي تعتد بالبائع الدافع للتعاقد، والبائع هو الغاية غير المباشرة، الأمر الذي يريد أن يصل إليه من وراء تحقيق السبب، سواء كان قريبا أو بعيدا. إلا أن هناك صعوبة في تطبيق نظرية السبب على عقد الكفالة، وهذا ما يدعوننا إلى تطبيق القواعد العامة على الكفالة، نظرا لكون أن المشرع الجزائري لم يضع أحكاما خاصة بالسبب في الكفالة صعب، ونظرا إلى طبيعتها الخاصة باعتبارها عملية قانونية ثلاثية، إذ هناك العلاقة بين الدائن والمدين ثم العلاقة بين الكفيل والدائن و بين الكفيل والمدين. وهذه العلاقة الأخيرة خارجة عن نطاق عقد الكفالة لأن المدين ليس طرفا فيها، وهي تتمثل في رجوع الكفيل على المدين⁹².

ومنه هل يستطيع الكفيل أن يحتج في مواجهة الدائن بما قد يعتري علاقته بالمدين من عدم وجود السبب أو عدم مشروعية البائع و بناءا عليه يطالب ببطالان الكفالة⁹³.

يرى الأستاذ السنهوري عدم جواز ذلك، لأن الكفالة تصرف مجرد لا يتأثر بالعلاقة بين الكفيل والمدين⁹⁴، فاللتزام الكفيل صحيح ولو لم يكن له سبب أو كان سببه غير مشروع، بينما رأى جانب آخر من الفقه عكس ذلك، بوجود أن يكون للالتزام سبب مقصود وأن يكون البائع الرئيسي الدافع إلى التعاقد مشروع.

89 يمينة حوحو، المرجع نفسه، ص 27.

90 محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 217.

91 صاغ هذه النظرية الفقيه دوما Domat وأخذ عنه الفقيه بوتيه Pothier في القانون الفرنسي القديم، وانتقلت عنهما إلى القانون المدني الفرنسي الصادر سنة 1804 في المواد 1108، 1131، 1132 و1133. حيث نصت المادة 1131 مدني فرنسي على أن: "الالتزام لا ينتج أي أثر إذا لم يكن مبنيا على سبب، أو كان مبنيا على سبب كاذب، أو على سبب غير مشروع". ونصت المادة 1132 على أن: "الاتفاق يكون صحيحا حتى لو يذكر سببه". ونصت المادة 1133 على أن: "السبب يكون غير مشروع إذا حرّمه القانون، أو إذا كان مخالفا للأداب أو النظام العام". محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 219. أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، المرجع السابق، بند 507 ص 536.

92 زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 50.

93 زكي محمود جمال الدين، التأمينات الشخصية والعينية، مطابع الشعب، القاهرة، ط3، 1979، ص 75.

94 أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، ط1981، المرجع السابق، بند 287 ص 620. زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص

وهذا ما يدفعنا إلى طرح تساؤل آخر: لماذا التزم الكفيل في مواجهة الدائن؟ والإجابة على هذا السؤال نجدها في العلاقة بين الدائن والمدين، فالكفيل التزم في مواجهة الدائن ليسمح للمدين بالحصول على الائتمان من الدائن، وهذا هو سبب التزام الكفيل، وبشرط أن يكون السبب موجوداً لحماية الكفيل، وعدم وجوده يؤدي إلى بطلان التزام الكفيل. أما الباعث الرئيسي أو الدافع للتعاقد، فهو شخصي وغير مباشر ومتغير، يختلف من كفيل إلى آخر، ويشترط فيه أن يكون مشروعاً. كما يتوجب أن يكون المتعاقد الآخر-الدائن- على علم به وذلك لاستقرار المعاملات وحتى لا يفاجأ ببطلان عقد لا يعلم عن سببه شيء، وإن كان الدافع إلى التعاقد غير مشروع كان العقد باطل يشترط أن يكون الدائن عالماً به⁹⁵.

وهناك من يفرق بين السبب في الكفالة، إذا ما كان سبب عقد الكفالة تبرعاً وهو الأصل أوقد يكون معاوضة، وهذا يرجع لإرادة الكفيل بما التزم به في عقد الكفالة⁹⁶.

فإذا كان السبب تبرعاً: عقدت الكفالة لصالح الدائن، وهو أن يتقدم الكفيل للدائن بضمان دين سابق للدائن على المدين دون الحصول على مقابل (سواء من الدائن أو من المدين) فيكون سبب التزام الكفيل هو نية التبرع⁹⁷، وبالتالي لا يستطيع الرجوع على المدين بما أدى لأنه متبرع، ويشترط أن تتوافر فيه أهلية التبرع حتى تكون الكفالة صحيحة.

أما إذا كان السبب معاوضة: يكون السبب في الكفالة لمصلحة المدين، كما لو كان العقد يرتب التزاماً على كل من الطرفين، مثل أن يكون الدائن ملتزماً تجاه الكفيل بمد أجل الدين الذي حل على المدين أو إعطاء قرض للمدين⁹⁸، ويكون التزام الكفيل هنا تنفيذ التزام المدين تجاه الدائن إذا لم يقر به المدين. واستناداً لنظرية السبب، يجوز للكفيل أن يحتج ببطلان الكفالة نظراً لبطلان سببها، ونتيجة علاقة سببها غير مشروع بين الكفيل والمدين. ومثال ذلك، أن يكفل شخص موظفًا عامًّا في الحكومة للدائن مقابل قيام الموظف بتزوير أوراق رسمية خاصة بتصدير بضائع لمصلحة الكفيل، فسبب علاقة الكفيل غير مشروعة بالموظف المكفول عنه⁹⁹.

هذا وإذا قام نزاع حول وجود السبب أو مشروعيته فإن عبء الإثبات يقع على عاتق الكفيل، وله في ذلك أن يلجأ لكافة طرق الإثبات¹⁰⁰.

⁹⁵ سليمان سارة، المرجع السابق، ص 27.

⁹⁶ سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص 99.

⁹⁷ سليمان مرقس، عقد الكفالة، دار النصر للجامعات المصرية، مصر، ط1، 1959، ص 44.

⁹⁸ عبد الودود يحيى، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص 10.

⁹⁹ سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص 100.

¹⁰⁰ سليمان سارة، المرجع السابق، ص 27.

المبحث الثالث: آثار عقد الكفالة (أحكام الكفالة)

بما أن الكفالة عقد بين الكفيل والدائن، فهي تنشئ علاقة فيما بينهما، فتجعل للدائن الحق في الرجوع على الكفيل إذا لم يف المدين بدينه تجاه الدائن. كما أن التزام الكفيل هو التزام تبعية للالتزام المكفول والكفيل لا يعتبر مديناً أصلياً بالمدين بل يقوم بوفائه عن المدين الأصلي، لذلك إذا وفي الكفيل الدين فإن له حق الرجوع على المدين الأصلي وعلى غيره من الملتزمين بالدين الأصلي.

لذلك سنتناول آثار الكفالة في مطلبين، نخصص المطلب الأول لدراسة العلاقة بين الكفيل والدائن. وفي المطلب الثاني لدراسة العلاقة بين الكفيل والمدين. على النحو الآتي:

المطلب الأول: العلاقة بين الكفيل والدائن

العلاقة بين الكفيل والدائن كأثر لعقد الكفالة تظهر من خلال وجهين: الأول يتمثل في أن الدائن يستطيع مطالبة الكفيل بالدين عند عدم وفاء المدين به، والثاني يتمثل في الدفع التي يتمسك بها الكفيل في مواجهة الدائن لرد هذه المطالبة بكل ما من شأنه أن يؤدي إلى براءة ذمته¹⁰¹. وبعد هذا نجد أن الدائن الذي استوفى حقه من الكفيل تقع عليه واجبات يلزم بها تجاه الكفيل وتعتبر بمثابة آثار ناتجة عن واقعة الدفع، نتطرق لها فيما يلي:

الفرع الأول: مطالبة الدائن للكفيل والضوابط التي تحكم ذلك

للدائن الرجوع على الكفيل لمطالبته بالدين متى لم يف المدين بذلك، وتحكم هذه الأخيرة قاعدتين أساسيتين هما معرفة متى تجوز المطالبة بالدين، وهل يمكن الرجوع على الكفيل قبل المدين الأصلي؟ أولاً- وجوب حلول أجل الدين بالنسبة للكفيل:

¹⁰¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني التأمينات الشخصية والعينية عقد الكفالة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011 ص 55.

مطالبة الدائن للكفيل لا تجوز إلا عند حلول أجل الكفالة و الغالب أن يكون أجل إلتزام الكفيل هو نفس أجل الإلتزام المكفول، إلا أنه قد يحدث أن يختلف الأجلان بالاتفاق أو بناء على واقعة أخرى تؤدي لسقوط أجل التزام المدين.

فإن كان أجل التزام الكفيل مختلف عن أجل الإلتزام المكفول فإن الأجل الممنوح للكفيل قد يحل بعد الأجل الممنوح للمدين أو قبله، فإن حل التزام الأصيل قبل حلول أجل التزام الكفيل فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل قبل حلول الأجل المحدد لإلتزامه لأن التزام الكفيل يمكن أن يكون أخف عبئاً من الإلتزام الأصلي طبقاً للمادة 2/652 من القانون المدني، ويستفيد الكفيل من الأجل الممنوح له¹⁰².

وإذا حل التزام الكفيل قبل حلول التزام الأصيل، فإن أجل التزام الكفيل يمتد حتى يصبح مساوياً لنفس أجل التزام الأصيل، ولا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل قبل حلول أجل الدين الأصلي وذلك لأن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد عبئاً من التزام الأصيل.

هذا وأن كل اتفاق بين الدائن والمدين على تعديل أجل الإلتزام الأصلي يستفيد منه الكفيل ولكن لا يضار منه فإن مد أجل الإلتزام الأصلي فإن الكفيل ويستفيد من هذه المهلة سواء كان مصدرها الاتفاق أو القاضي ولا تجوز أي مطالبة قبل حلول الأجل الجديد، وأن اتفق على تعجيل أجل الإلتزام الأصلي فإن الكفيل لا يضار و لا يجوز مطالبة إلا عند حلول أجل الكفالة أي موعد التزامه هو، والسبب يعود إلى الرغبة في حماية الكفيل.

إلا أنه طبقاً للمادة 211 ق.م¹⁰³ فقد يسقط الأجل الممنوح للمدين للسداد وذلك قبل أوانه لعدة أسباب تتمثل في الإفلاس أو الإعسار أو إضعاف تأمينات الدين، وعدم تقديم المدين ما وعد بتقديمه من تأمينات، فما تأثير ذلك على الكفالة؟ وهل يؤدي إلى سقوط أجل التزام الكفيل و يلتزم بسداد الدين حالاً أم لا يجوز الرجوع عليه قبل الأجل الأصلي المتفق عليه؟

¹⁰² سليمان سارة، المرجع السابق، ص 28. محمدي سليمان، مدونة حول التأمينات العينية والشخصية، ديوان المطبوعات الجامعية 1999، ص 31.

¹⁰³ تنص المادة 211 ق.م على أنه: "يسقط حق المدين في الأجل:

-إذا شهر افلاسه وفقاً لنصوص القانون.

-إذا أنقص بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، هذا ما لم يفضل الدائن أن يطالب بتكملة التأمين. أما إذا كان إنقاص التأمين يرجع إلى سبب لا دخل للمدين فيه فإن الأجل يسقط، ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً.

-إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من تأمينات."

انقسم الفقه حول هذه المسألة، حيث يتجه البعض إلى القول بسقوط أجل التزام الكفيل بالتبعية لسقوط أجل التزام المدين ذلك أن الغرض من الكفالة هو تأمين الدين ضد مخاطر إعسار المدين، وقد تحقق ذلك مما أدى إلى سقوط الأجل المقرر للوفاء، إلا أن الرأي الغالب استقر على أن يبقى هذا الالتزام قائماً إلى حين حلول أجله، ويظل الكفيل متمتعاً بالأجل الممنوح له ولا يجوز الرجوع عليه قبل حلول هذا الأجل ولو سقط أجل الدين الذي يكفله وذلك للأسباب التالية¹⁰⁴:

1/ أن تبعية الكفالة للالتزام الأصلي لا تمنع من انعقادها بشروط أخف.

2/ أن سحب الثقة من المدين بسبب الإعسار أو الإفلاس أمر خاص به لا يبرر سحب الثقة من الكفيل كما لا يستطيع المدين الإساءة كمركز الكفيل بفعله.

3/ قواعد تفسير الكفالة تقضي الأخذ بالتفسير الأصح للكفيل بوصفه تبرعاً من جهة وبوصفه مدين أيضاً يفسر الشك لصالحه من جهة أخرى.

ثانياً- وجوب رجوع الدائن على المدين أولاً قبل رجوعه على الكفيل:

يجب مطالبة المدين قبل الكفيل أو تزامناً معه، لأنه في الأصل لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل، وحده إلا بعد رجوعه على المدين طبقاً للمادة 660 ف1 ق م ج¹⁰⁵، ومؤدى ذلك أن الدائن يلتزم بالرجوع على المدين أولاً، ولا يرجع ابتداءً على الكفيل ولكن يمكن للدائن أن يرجع على المدين و الكفيل في آن واحد، ويقصد بالرجوع المطالبة القضائية أي رفع الدعوى على المدين والحصول على حكم قضائي بإلزامه ومن ثمة لا تكفي مجرد المطالبة الودية أو إعدار المدين للوفاء بالتزامه، ويرد على هذه القاعدة استثناءين:

الأول: إذا أشهر إفلاس المدين، وجب على الدائن التقدم في التفليسة بالدين وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل يقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن.

الثاني: إذا كان لدى الدائن سند صالح للتنفيذ على المدين فإن مجرد التنبيه بالوفاء يعتبر في ذاته رجوعاً كافياً على المدين و يفتح طريق الرجوع على الكفيل.

¹⁰⁴ سليمان سارة، المرجع السابق، ص 29.

¹⁰⁵ طبقاً للمادة 1/660 ق م ج التي تنص على: "لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين.." ويطابق هذا النص المادة 1/788 مدني مصري. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 57.

وعليه إذا رفع الدائن دعواه على الكفيل وحده قبل الرجوع على المدين كانت دعواه غير مقبولة، لأننا بصدد قيد قانوني على الدائن مراعاته وإلا تعرضت دعواه للدفع بعدم القبول، وهذا القيد لا يتعلق بالنظام العام، لذا لا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها وإنما يجب أن يتمسك به الكفيل أمام المحكمة وقد صدر في هذا الشأن قرار عن المحكمة العليا جاء فيه: «حيث من المقرر قانوناً أنه يتوجب 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»¹⁰⁶. ومن تم أوجبت شروط لصحة إبداء هذا الدفع هي:

(1)-وجوب أن لا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في هذا الدفع صراحة أو ضمناً، لأنه مقرر لمصلحته ومنه له التنازل عليه.

(2)-يجب أن لا يكون الكفيل متضامناً مع المدين، لأن الدائن هنا يستطيع الرجوع على الكفيل المتضامناً ابتداءً دون إمكانية أن يدفع بوجوب الرجوع على المدين¹⁰⁷ وقد طبق المشرع الفكرة بوضوح في المادة 669 مدني عندما أجاز الرجوع على كفيل الكفيل إذا كان متضامناً مع الكفيل.

(3)-وجوب أن يكون في رجوع الدائن على الكفيل مصلحة أو فائدة فلو كان المدين ظاهر الإعسار، فلا فائدة من تمسك الكفيل بوجوب البدء بالرجوع على المدين، وبالمقابل للكفيل التمسك به إن كان للمدين بعض الأموال التي تكفي لسداد بعض الديوان فيرجع الدائن على هذه الأموال ثم يستوفي بقية الدين من الكفيل، وهنا نشير إلى أن القاضي هو الذي يقدر ما إن كانت هناك مصلحة للكفيل، في التمسك بهذا الدفع من عدمه، ويقع على الدائن عبء إثبات إعسار المدين أو عجزه الظاهر عن الوفاء.

وأخيراً تجدر التنويه إلى أن الدفع بضرورة الرجوع على المدين أولاً يعد من الدفع الموضوعية لأنه لا يتعلق بوجود حق الدائن قبل الكفيل، وهو كذلك ليس من الدفع الشكلية بل هو كما سبق وأن رأينا دفع بعدم القبول الدعوى لعدم استيفاء إجراء لا بد من استيفائه.

الفرع الثاني: الدفع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة

¹⁰⁶ قرار صادر بتاريخ 29 ماي 2002، رقم 258429 غير منشور بين القرض الشعبي الجزائري وديوان الترقية والتسيير بقسنطينة.

¹⁰⁷ فهو من هذا المنطق بأخذ حكم المدين المتضامناً من حيث حوار مطالبة الدائن له وحده بكل الدين.

أولا-الدفع الناشئة عن الدين الأصلي:

يحق للكفيل أن يتمسك بجميع الدفوع التي يستطيع المدين التمسك بها، في مواجهة الدائن، ذلك لأن تبعية التزام الكفيل تجعله يتأثر بكل ما يؤثر في الالتزام المكفول.

وقد نصت المادة 1/654 على هذا بقولها: «يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين»¹⁰⁸، وللكفيل التمسك بهذه الدفوع ولو كان متضامنا مع المدين إذ تنص المادة 666 على أنه: «يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين»¹⁰⁹.

فطبقا لهذه النصوص يستطيع الكفيل التمسك في مواجهة الدائن بكل ما يستطيع المدين الأصلي أن يدفع به هذه المطالبة، ومن هذه الدفوع ما يؤدي إلى بطلان الالتزام المكفول، كالدفع بالبطلان لانعدام الرضا، المحل، السبب أو لتخلف الشكل القانوني. كما له التمسك بالدفوع المؤدية إلى انقضاء الالتزام المكفول كالوفاء، التجديد، التقادم، والوفاء بمقابل اتحاد الذمة.

وللكفيل التمسك بقابلية العقد الذي أنشأ للالتزام المكفول للإبطال لأي عيب شاب رضا المدين كغلط أو تدليس أو إكراه، و يتمسك الكفيل بهذه الدفوع باسمه هو لا باسم المدين لأن التزامه يتعلق بالالتزام المكفول و يرتبط به وجودا و عدما، ولذا فله بمقتضى حق خاص التمسك بكل ما سيؤدي هذا الالتزام أو يؤدي لانقضائه وله التدخل في الدعوى التي يرفعها الدائن على المدين ليتمسك بدفع قد لا يتمسك به المدين نفسه وله التمسك بهذه الدفوع ولو نزل عنها المدين فله التمسك بتقادم الالتزام المكفول حتى ولو كان المدين قد نزل عن حقه في التماسك بالتقادم.

¹⁰⁸ وهي المادة المطابقة لنص المادة 782 مدني مصري و 748 سوري، ويتلخص مضمونها بأنه يحق للكفيل أن يدلي بجميع أسباب الدفع المختصة بالدين الأصلي شخصية كانت أو عينية ومن حملتها الأسباب المبنية على عدم أهلية المدين الأصلي ويكون له هذا الحق بالرغم من معارضة المدين الأصلي أو عدو له عن تلك الأسباب.

¹⁰⁹ يلاحظ أن مركز الكفيل المتضامن مع المدين يختلف عن مركز المدين المتضامن مع غير من المدينين، فالمدين المتضامن لا يستطيع أن يتمسك في مواجهة الدائن إلا بالدفوع المتعلقة بشخصه، هو والدفوع المتعلقة بالدين، دون الدفوع الخاصة بغيره من المدينين، (المادة 223 مدني الجزائري) والواقع أن اختلاف صياغة المادة 1/456 عن المادة 666 قد يوحي بشيء من اللبس، فبينما المادة 1/654 على أن: «.. للكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين ..» أي الدفوع الخاصة بشخصه والدفوع المتعلقة بالدين و نص المادة : 666 نصت على: «.. للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين ..» مما يوحي أن الكفيل المتضامن لا يستطيع التمسك بالدفوع المتعلقة بشخص المدين غير أن الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري بالنسبة للمادة 794 المطابقة للمادة 666 من قانون المدني الجزائري تدل بوضوح على أن المشرع قصد مساواة الكفيل المتضامن بالكفيل غير المتضامن فيما يتعلق بالتمسك بالدفوع المتعلقة بالالتزام المكفول.

أما إذا أجاز المدين العقد القابل للإبطال فليس للكفيل الحق في التمسك بهذا السبب إلا أن كان المدين متواطئ مع الدائن للإضرار بالكفيل.

هذا وإن التمسك بقابلية العقد للإبطال بسبب نقص أهلية الكفيل فإن المادة 654 ق.م. في فقرتها الأولى نصت على أن: «إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص الأهلية وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد فليس له أن يحتج بهذا الوجه» و يتضح من هذا النص أن الكفيل لا يستطيع التمسك بنقص أهلية المدين إذا كان عالماً بذلك وقت التعاقد، إلا أنه إذا تمسك المدين بنقص أهلية وحكم له بإبطال الالتزام الأصلي، فإن الكفيل يستفيد من ذلك،

ويبطل التزامه تبعاً، و يلاحظ أن هذا النص يختلف عن حكم المادة 649 ق.م.ج الناصة على: «من كفل التزام ناقص الأهلية، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول»، وهو النص الذي يتناول حكم فرض الكفيل بسبب نقص الأهلية و يحرم الكفيل من التمسك ببطالان تصرف المدين المكفول و يتمسك به المدين¹¹⁰.

ثانياً الدفع الناشئة عن عقد الكفالة:

زيارة على الدفع السابقة الذكر فإن المشرع منح الكفيل دفوعاً خاصة به مراعاة لصفته واعتباراً لالتزامه التبرعي، وفيما يلي عرض لهذه الدفع وهي: الدفع بالتجريد (المادة 2/660 مدني)، الدفع بالتقييم في حالة تعدد الكفلاء، (المادة 644 مدني)، الدفع بإضاعة التأمينات بخطأ الدائن، المادة 656 ق.م.ج، الدفع بعدم اتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين، (المادة 657 ق.م.ج)، الدفع بعدم تدخل الدائن في تفليسة المدين (المادة 658 ق.م.ج).

أ- الدفع بالتجريد:

تنص المادة 2/660 ق.م.ج: « ولا يجوز له (الدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله، و يجد على الكفيل في هذه المسألة أن يتمسك بهذا الدفع.»

والدفع بالتجريد بمعنى بسيط هو أنه إذا أراد الدائن التنفيذ على الكفيل فلهذا الأخير التمسك بالتنفيذ أولاً على أموال المدين و تجريده منها إذا كان له أموال كافية للوفاء بكل الدين، وهو دفع تقرر

¹¹⁰ فهو من هذا المنطق بأخذ حكم المدين المتضامن من حيث حوار مطالبة الدائن له وحده بكل الدين.

لمصلحة الكفيل باعتباره ضامنا لدين ليس له مصلحة فيه فمن باب العدل ألا ينفذ عليه بالدرجة الأولى و أموال المدين قائمة لم ينفذ عليها.

الهدف من هذا الدفع يعود إلى أن الكفيل جدير بالرعاية لأنه يوفى ديننا ليس بدينه¹¹¹ بل بدين غيره فهو عادة يقدم خدمة للغير لتقوية ائتمانه، ولا ضرر في هذا على الدائن، إذ هو يستوفي حقه من الكفيل إن لم يستوفه من المدين. ويفرض لدراسة هذا الدفع من خلال تناول شروطه، والآثار المترتبة عليه وصورة خاصة للدفع به.

أولاً: شروط الدفع بالتجريد

1/ يجب أن يكون الكفيل شخصي لا عيني: لأن الكفيل العيني راهن، ولا يحق له التمسك بالتجريد إلا إذا كان قد اشترط ذلك صراحة، وهو ما نصت عليه المادة 901 من ق.م.ج بقولها: «إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا على ما رهنه من ماله، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك».

وحق الكفيل قاصر على الدفع بتجريد المدين المكفول، ولا يحق له أن يدفع بتجريد مدين آخر غير مكفول، في حالة تعدد المدينين.

2/ يجب أن لا يكون الكفيل قد تنازل مقدماً عن هذا الدفع: وهذا ما نصت عليه المادة 2/660 بقولها: «... على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق...» فهو دفع ليس من النظام العام يقع على الكفيل التمسك به وليس للقاضي الحكم به من تلقاء نفسه، باعتبار أنه دفع خاص بالكفيل فإنه يجوز له أن يتنازل عنه لأنه مقرر لصالحه، وقد يتم التنازل عن الدفع في عقد الكفالة ذاته، أو بعد ذلك في اتفاق مستقل، وقد يكون هذا التنازل صريحاً أو ضمناً و مثال النزول الضمني سكوت الكفيل عن الدفع بالتجريد عندما يشرع الدائن في التنفيذ على أمواله، ومن ثمة فهو يستخلص من ظروف الحال وملاستها و قولنا أن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام يثير التساؤل عن الوقت الذي يجب على الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع؟

ذهب البعض إلى القول أنه إذا رفعت الدعوى على الكفيل، كان له الحق في التمسك بهذا الدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى، وعليه أن يتمسك بهذا الدفع قبل صدور الحكم النهائي فإذا لم يفعل،

¹¹¹ محمد صبري السعدي، عقد الكفالة في التشريع المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة و النشر، عين مليلة، ط 1990، ص ص 69، 70.

وصدر هذا الحكم بإلزامه بالدين، فلا يعلق تنفيذه على تجريد المدين من أمواله ومنه فإن هذا الدفع يتعلق بمرحلة المطالبة القضائية وليس بالتنفيذ¹¹².

ويذهب الرأي الغالب إلى أن رجوع الدائن على الكفيل يمر بمرحلتين الأولى مرحلة التقاضي والثانية مرحلة التنفيذ، وتختص كل مرحلة بدفع خاص، فالمرحلة الأولى هو الدفع بعدم القبول للدعوى لرفعها على الكفيل أولاً، ويجوز التمسك بهذا الدفع في أي مرحلة من مراحل الدعوى، أما الدفع بالتجريد فهو خاص بمرحلة التنفيذ حيث يستطيع الكفيل التمسك به في مواجهة الدائن عندما يشرع في التنفيذ على أمواله لذا، فإن هذا الدفع لا يسقط لعدم التمسك به في مرحلة التقاضي، (فهذا لا يعني عدم جواز إيدائه في مرحلة التقاضي، بل للكفيل إبدأؤه أثناء نظر الدعوى).

3/ ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين: وهو الشرط الوارد بنص المادة 665 ق.م.ج، ومنه للكفيل العادي التمسك بلزوم التنفيذ على أموال المدين أولاً. أما الكفيل المتضامن فليس له التمسك بهذا الدفع، فالدائن يستطيع الرجوع على المدين أو الكفيل أو عليهما معاً، وله التنفيذ على أموال الكفيل مع المدين أولاً. ويثور التساؤل هنا حول إمكانية الاتفاق على احتفاظ الكفيل المتضامن بالحق في التمسك بالدفع بالتجريد؟

وهنا نقول أنه لا يجوز الاتفاق على احتفاظ الكفيل بالحق في التمسك بالتجريد في كل من الكفالة، القضائية والقانونية لأن الكفيل فيها يعتبر متضامناً بنص القانون وتقضي طبيعة التضامن في هذه الحالة حرمان الكفيل من الحق في الدفع بالتجريد¹¹³، أما بالنسبة للتضامن الإتفاقي، فإن البعض يرى عدم جواز منح الكفيل المتضامن الحق في الدفع بالتجريد لأنه يتعارض مع طبيعة التضامن و احتفاظ الكفيل بهذا الدفع لا يجعله متضامناً في الواقع. إلا أن الرأي الغالب يذهب إلى أنه ليس هناك ما يمنع مثل هذا الاتفاق إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة و حرية الكفيل في التخفيف من التزامه.

4/ يجب أن يرشد الكفيل إلى أموال المدين التي تفي بكل الدين : وهو الشرط المنصوص عليه بالمادة 661¹¹⁴. فلكي يكون الدفع بالتجريد مقبولاً و قائماً على أساس يجب أن تكون للمدين أموال يمكن للدائن التنفيذ عليها، ويقع على الكفيل عبء إثبات وجود أموال للمدين صالحة وكافية للوفاء بكل الدين، ويقوم بإرشاد الدائن إلى هذه الأموال على نفقته ومثالها مصروفات استخراج صور لمستندات ملكية المدين

¹¹² سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف الإسكندرية 1975، ص 212.

¹¹³ طبقاً للمادة 667 التي تنص على أنه: «يكون الكفلاء في الكفالة القضائية أو القانونية دائماً متضامنين».

¹¹⁴ التي تنص على أنه: « إذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين التي تفي بالدين كله. ولا يؤخذ بعين الاعتبار الأموال التي يدل عليها الكفيل إذ كانت هذه الأموال تقع خارج الأرض الجزائرية أو كانت متنازع عليها».

للأموال التي أرشد عنها، وهذا فضلا عن أن مصروفات التجريد سيرجع بها الدائن على الكفيل. هذا و يشترط في الأموال التي يجب أن يرشد عنها الكفيل عدة شروط هي :

أ- أن تكون الأموال مملوكة للمدين، فالأموال الغير مملوكة له لا يعتد بها ولو كانت في حياته.

ب- أن تكون هذه الأموال قابلة للحجز عليها: وهو شرط الذي يتفق مع الغاية من الإرشاد وهو التنفيذ.

ج- أن تكون هذه الأموال كافية للوفاء بكل الدين: فلا يكفي أن تكفي الأموال للوفاء بجزء من الدين أو حتى معظمه، فإن كانت الأموال التي يرشد عنها الكفيل لا تكفي لسداد الدين كله، فإنه لا يجوز التمسك بالدفع بالتجريد.

وتقدير كفاية الأموال التي يرشد إليها الكفيل مسألة واقع يفصل فيها قاضي الموضوع، و يقدر قيمتها وقت النظر في النزاع بشأنها، ولا يؤخذ بعين الاعتبار إلا القيمة الصافية، فإن كانت مثقلة بحقوق عينية تبعية كالرهن، فإن قيمة المال تحدد بعد استئزال الديون المضمونة بهذا الرهن.

كما يلاحظ بأنه إذا كانت الأموال غير كافية للوفاء بكل الدين، فإن الدائن غير ملزم بالتنفيذ عليها، إذ لو أُلزم بذلك لأدى هذا إلى إجباره بالوفاء الجزئي لحقه، وهو ما يتعارض مع القواعد العامة في الوفاء حيث تنص المادة 1/277 ق.م.ج على أنه « لا يجبر المدين الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك ».

د- أن تكون الأموال موجودة بالجزائر: وذلك لتجنب إرهاب الدائن من خلال مباشرة إجراءات معقدة عند وجود الأموال في خارج إقليم الدولة، هذا ولا يشترط أن تكون الأموال موجودة في مكان الوفاء بالدائن أو في موطن المدين.

و- وجوب ألا تكون الأموال متنازع عليها: لأن الأموال المتنازع عليها غير مأمونة العاقبة، فقد يسفر فض النزاع على أنها غير مملوكة للمدين.

هذا ويكون المال متنازع عليه¹¹⁵ إذا كانت هناك دعوى مرفوعة في شأنه أو كان محلا لنزاع جدي، ومثالها المال الشائع حيث لا يمكن التنفيذ عليه إلا بعد الفصل في دعوى القيمة.

ب- آثار الدفع بالتجريد:

¹¹⁵ ويدخل في حكم المال المتنازع عليه الأموال التي تستلزم للتنفيذ عليها إجراءات طويلة و صعبة، حتى ولو لم يكن هناك نزاع شأنها لتوافر نفس الحكمة وهي تجنب الدائن مشقه الإرهاب في مباشرة الإجراءات. وهو ما نصت عليه المادة 2/467 مدني مصري والمادة 1700 مدني فرنسي وهي النصوص التي عرفت المال المتنازع عليه، على عكس المشرع الجزائري الذي لم يعرفها. سي بوسف زاهية، التأمين الشخصي (عقد الكفالة) سنة 1998، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 133.

يترتب على توافر شروط الدفع بالتجريد، وقبول المحكمة له عدة نتائج قانونية هامة تتمثل في:

1/ عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل :

يترتب على قبول الدفع بالتجريد وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل، بل أن هذه الإجراءات تقف بمجرد إبداء الكفيل للدفع حتى تفصل المحكمة فيه، وتسقط الإجراءات التي يكون الدائن قد اتخذها قبل الدفع بالتجريد، وتبطل كل الإجراءات التي تتخذ في سبيل التنفيذ على أموال الكفيل، سواء تعلق الأمر بمرحلة التقاضي أن تم التمسك بالدفع أثناء سير الدعوى أو بمرحلة التنفيذ إن تم التمسك به عند شروع الدائن في التنفيذ عن طريق الاستشكال في التنفيذ.

فوقف المطالبة تعني الكف عن متابعة السير في إجراءات التنفيذ¹¹⁶، هذا وأن إجراءات التنفيذ لا تمنع الدائن من اتخاذ الإجراءات التحفظية على أموال الكفيل لأن هذا الإجراء لا يمس بأصل الحق والغرض منه، الحفاظ على الذمة المالية للكفيل حتى لا يتصرف فيها.

2/ إلزام الدائن بالتنفيذ على أموال المدين التي أرشده إليها الكفيل:

على الدائن أن يبادر إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهة المدين وإلا تحمل نتيجة إعسار المدين إن تراخى في التنفيذ على أمواله، وعلى الدائن أن يبذل في اتخاذ هذه الإجراءات عناية الرجل العادي، و يتحمل النتيجة إن أصبحت أمواله غير كافية للوفاء بالمدين بعد أن كانت كافية عندما أرشده الكفيل إليها، ويقع عبء إثبات تقصير الدائن على الكفيل، وفقاً للقواعد العامة للإثبات¹¹⁷.

3/ مسؤولية الكفيل عند عدم حصول الدائن على حقه كاملاً:

إن اتخذ الدائن الإجراءات التنفيذية على مال المدين، في الوقت المناسب فإن ذلك يؤدي عادة إلى حصوله على حقه، إلا أنه من المتصور عدم استيفاء الدائن لحقه كاملاً بالرغم من قيامه بالإجراءات التنفيذية، على الوجه الصحيح لسبب أجنبي لا يد له فيه، إذ قد يظهر دائنون عاديون للمدين يزاحمون الدائن ويقاسمونه حصيلة التنفيذ، مما يؤثر على كفاية الأموال للوفاء بالمدين، وقد تنخفض قيمة أموال المدين عند التنفيذ بسبب تقلبات السوق، أو بسبب تقدير هذه الأموال بأكثر من قيمتها الحقيقية، والنتيجة أن ذمة الكفيل لا تبرأ إلا بقدر ما استوفى الدائن، من المدين بعد التنفيذ عليه، وهنا للدائن الرجوع على الكفيل بالباقي من حقه لكن يتعين عليه ليقوم بهذا الرجوع أن يثبت أنه نفذ على جميع الأموال التي دل عليها الكفيل، ويتم هذا بتقديم محاضر الحجز، وأوراق التنفيذ.

¹¹⁶ ومثالها إلغاء حجز ما للكفيل لدى الغير، وإلغاء التنبيه بنزع الملكية وإجراءات الحجز التنفيذي على منقولاته.

¹¹⁷ سمير تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف الإسكندرية 1975، ص 204.

ثانيا - الدفع بالتقسيم:

تنص المادة 664 ق.م.ج على أنه : « إذا تعدد الكفلاء لدين واحد، و بعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسّم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة. أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، فإن كل واحد منهم يكون مسؤولاً عن الدين كله، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم.»

والتقسيم طبقاً لهذا النص يقع بقوة القانون، أي أنه إذ تعدد الكفلاء لدين واحد وفي عقد واحد ولم يكونوا متضامنين فيما بينهم، فإن الدين ينقسم عليهم، ولا يجوز للدائن أن يرجع على أي منهم بأكثر من قدر نصيبه في الدين¹¹⁸.

ولكي يتمكن الكفيل من التمسك بهذا الدفع لا بد من توافر شروط معينة:

أ/ يجب أن يتعدد الكفلاء: وهذا الشرط هو الفرض الأساسي الذي يقوم فيه الدفع بالتقسيم، فإذا كان هناك كفيل واحد فلا مجال للكلام عن التقسيم لأنه يكون مسؤولاً عن الدين كله.

ب/ يجب أن يتعدد الكفلاء لدين واحد : بحيث 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 هذا وأنه لا يجوز للكفيل أن يطلب من الدائن تقسيم الدين بينه وبين المصدق (كفيل الكفيل) لأنهما لا يكفلان نفس الالتزام.

ج/ وجوب أن يتعدد الكفلاء لمدين واحد : وشرط وحدة المدين لا يعني حتماً شخصاً واحداً، فإذا تعدد الكفلاء لمدينين متضامنين، وكفل كل منهم كل المدينين فإن شرط وحدة المدين يتوفر و ينقسم الدين بين الكفلاء.

د/ يجب ألا يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم : لأنهم إذا كانوا متضامنين فيما بينهم، يجوز للدائن الرجوع على أي منهم، و يطالبه بالوفاء بكل الدين عملاً بأحكام التضامن¹¹⁹.

¹¹⁸ محمدي سليمان، المرجع السابق، ص 38.

¹¹⁹ يمينة حوجو، المرجع السابق، ص 27.

و/ يجب أن يكون الكفلاء قد كفّلوا المدين لعقد واحد: لأنه في هذه الحالة يكون كل واحد منهم اعتمد على غيره من الكفلاء، لذا يقسم الدين عليهم، أما إذا كان كل من الكفلاء التزم بكفالة الدين بعقد مستقل فإنه لا يكون قد اعتمد على بقية الكفلاء، ولذا لا ينقسم الدين بينه و بين غيره، إلا إذا كان قد احتفظ بحقه في التقسيم، وانقسام الدين في هذه الحالة يقع بمقتضى الشرط وليس بقوة القانون.

ه/ يجب ألا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في التقسيم: فإن كان الكفلاء متعددون و رجع الدائن على أحدهم وطلب الوفاء بالدين، وقام هذا الكفيل بالوفاء رغم توافر كل الشروط، فإنه يعد متنازلاً عن حقه، وإن كان هذا التقسيم يقع بقوة القانون، كما سبق القول، إلا أنه لا يتعلق بالنظام العام، لذا يمكن التنازل عنه، فالقاضي يحكم به من تلقاء نفسه ما لم يتنازل عنه الكفلاء.

***وإذا توفرت الشروط السابقة الذكررتب هذا الدفع آثاره:**

-لا يحق للدائن أن يطالب أي من الكفلاء إلا بقدر حصته من 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، و نتيجة لذلك للكفيل التمسك بهذا الدفع في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، هذا وإذا أعسر أحد الكفلاء، فإن الدائن من يتحمل حصة المعسر ولا يمكن مطالبتهم بحصة المعسر، لأن الأصل في القانون الجزائي هو انقسام الدين بينهم بقوة القانون وهو يتحد من وقت انعقاد الكفالة و ليس فقط من وقت المطالبة أو الفصل في الدعوى¹²⁰.

ثالثاً: الدفع بإضاعة التأمينات:

تنص 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 تقرررت بعد الكفالة، وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون ".

¹²⁰ سليمان سارة، المرجع السابق، ص 37.

يتضح من نص المادة أن الدائن إن أهمل المحافظة على التأمينات بأن أضع بخطئه شيئاً منها فإن ذمة الكفيل تبرأ بقدر ما أضعه الدائن من هذه الضمانات وللکفيل¹²¹ أن يدفع مطالبة الدائن له، ويشترط لثبوت حق الكفيل في التمسك بهذا الدفع توافر شروط:

أ/ أن يكون الدائن قد أضع تأميناً خاصاً: فيجب أن يكون التأمين الضائع تأميناً خاصاً للوفاء بالدين المكفول سواء أكان تأميناً شخصياً (كفالة أخرى)، أو عينياً قدم من المدين أو شخص آخر، سواء وجد قبل الكفالة أو معها أو بعدها، وهناك رأي يقصر الضمانات على التأمينات الاتفاقية كالرهون، لكن الغالب هو الأخذ بأي ضمان سواء كان اتفاقياً، قانونياً، أو قضائياً لأن النص جاء صريحاً.

إذا أهمل الدائن المحافظة على الضمان العام للمدين، كما لو أهمل مطالبته حتى أعسر فلا يثبت الدفع للدائن لأنه لم يضيع هنا تأمين خاص¹²².

هذا ويجب أن يكون التأمين نشأ ثم ضاع بخطأ الدائن، وعليه فإن الشرط لا يكون متوفر إن كان الدين المكفول دين أجره وأهمل الدائن مطالبة المستأجر (المدين المكفول) بوضع منقولات في العين المؤجرة لضمان الوفاء بالأجرة مما يترتب عليه عدم نشوء حق الامتياز المنصوص عليه في المادة 995 ق.م.ج.

ب/ يجب أن يكون ضياع التأمينات بخطأ من الدائن: أو بخطأ شخص ممن يسأل عنهم، سواء كان فعلاً إيجابياً كإبرائه لكفيل آخر أو كان الخطأ تركاً كإهماله في قيد الرهن.

هذا وإذا أسهم الكفيل في إضاعة التأمين الخاص فإن الغالب من الفقه يرى أن ذمته لا تبرأ إذ أنه لا يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع، بينما ذهب الرأي الآخر إلى القول بأن المسؤولية توزع بين الدائن والكفيل وفقاً لقواعد الخطأ المشترك.

ج/ يجب أن يترتب على ضياع التأمينات حدوث ضرر بالكفيل: ينبغي أن يؤدي خطأ الدائن في ضياعه للتأمينات الخاصة سواء الشخصية أو العينية حدوث ضرر للكفيل، وهذا تطبيقاً للقواعد العامة لأن الكفيل إنما يقبل الكفالة عند وجود هذه الضمانات، لكن من جهة أخرى، يجب أن تكون هذه الضمانات

¹²¹ وهذا الدفع يصلح حتى للكفيل المتضامن مع المدين، والرأي الغالب يرى أن الدفع بإضاعة التأمينات حق للكفيل ولو كان كفيلاً عينياً، فهو الكفيل الشخصي مسؤول عن دين غيره وهو يرجع بما يوفى به على المدين حالاً محل الدائن، و من حقه الاعتماد في ضمان رجوعه على المدين على تأمينات الحق الذي يرجع به. محمد صبري السعدي، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص 76.

¹²² عبد الزراق السهوري، التأمينات الشخصية و العينية، ج 10 ص 245.

ذات قيمة حقيقية قادرة على الوفاء بالدين، أما إذا كانت هذه الضمانات التي أضعها الدائن بخطئه منعدمة القيمة فإنه لا يجوز للكفيل التمسك بهذا الدفع¹²³.

كما أن الضمان يجب أن يكون ذا قيمة معتبرة ضماناً لحق الدائن، وبالتالي في ضمان رجوع الكفيل على المدين بعد قيامه بوفاء الدائن، ولا يؤثر في هذا أن يكون المدين موسراً أو هناك ضمانات أخرى تكفي للوفاء بكل الدين¹²⁴.

ويتمسك الكفيل بهذا عن طريق دفع أثناء رجوع الدائن عليه، وله طلب ذلك عن طريق رفع دعوى على الدائن يطلب فيها الحكم ببراءته بسبب إضاعة التأمينات، ويترتب على قبوله براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضعه الدائن بخطئه، ويتوجب التمسك بهذا الدفع لأن المحكمة لا تقضي به من تلقاء نفسها لأنه لا يتعلق بالنظام العام.

رابعاً- الدفع بتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين:

نصت المادة 1/657 بقولها: « لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه تتخذها » يتضح من النص أن تأخر الدائن في الرجوع على المدين لا يترتب عليه سقوط حقه في مطالبة الكفيل ولو ترتب عنه إضرار بالكفيل نتيجة إعسار المدين وتعذر رجوع الكفيل عليه¹²⁵.

إلا أن القانون لم يترك الكفيل بدون حماية، لذا نص في الفقرة 2 من المادة 657: « 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 ضماناً كافياً »، ومنه إذا حلّ أجل الدين وخشي الكفيل أن يتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين أن يندره باتخاذها حتى يرفع الدائن دعوى على المدين أو يبدأ في اتخاذ إجراءات التنفيذ ضده إذا كان بيده سند تنفيذي فإن انقضت ستة أشهر من يوم الإنذار دون أن يقوم الدائن في اتخاذ هذه الإجراءات برأت ذمة الكفيل، إلا إذا قدم المدين للكفيل ضماناً كافياً يضمن به الكفيل الرجوع على المدين إذا ما اضطر للوفاء للدائن، وقبول هذا الدفع يؤدي إلى رفض دعوى الدائن والحكم ببراءة ذمة الكفيل¹²⁶.

¹²³ يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 37.

¹²⁴ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 73.

¹²⁵ يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 37.

¹²⁶ سليمان سارة، المرجع السابق، ص 39.

خامسا- الدفع بعدم تدخل الدائن في تفليسة المدين:

نصت 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». لقد فرض القانون على الدائن التدخل في التفليسة، لأنها الوسيلة الوحيدة للحصول من المدين على ما يمكن الحصول عليه فإن قصر الدائن في اتخاذ هذا الإجراء، و ترتب عليه ضياع فرصته في استفاء بعض حقه فلا يجوز له الرجوع على الكفيل إلا بما يزيد على القدر الذي كان سيحصل عليه من التفليسة لو دخل فيها.

فإن لم يدخل الدائن في التفليسة وطالب الكفيل بالوفاء بكل الدين جاز لهذا الأخير التمسك في مواجهة براءة ذمته بالقدر الذي أضاعه لعدم تدخله في التفليسة وله أن يتمسك بهذا في صورة دعوى للحصول على البراءة¹²⁷. وقد صدر في هذا الشأن قرار عن المحكمة العليا جاء فيه: «حيث وأن المحكمة العليا وبالرجوع إلى عناصر الملف وجدت أن المدين مؤسسة أشغال البناء قسنطينة، قد حلت وعين لها مصرفي والحال كان على المدعي عليه ديوان الترقية والتسيير العقاري أن يطالب بدينه أمام المصفي قبل العودة على الكفيل (القرض الشعبي الوطني) وهو ما لم يقم به، وبذلك أخطأ في تطبيق المادة 658 ق.م.ج ومنه كان على الدائن إتباع الإجراءات اللازمة قبل العودة على الكفيل»¹²⁸.

ثالثا- التزامات الدائن عند استيفاء الدين تجاه الكفيل:

لقد نصت المادة 671 ق.م.ج على: «إذا وفي الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق تجاه المدين»، وحكمها ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة الواردة بنص المادة 261 ق.م.ج، وما بعدها الخاصة بالوفاء مع الحلول.

¹²⁷ محمدي سليمان، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص 43. والجدير بالذكر أن هذا الدفع مثل الدفع السابقة، هو مقرر للكفيل المتضامن والغير متضامن، يتخذ التمسك به في صورة دعوى أو دفع و يتوجب التمسك به في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، ولا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها و للكفيل التنازل عند مادام مقرر لمصلحته وهو ليس من النظام العام لا يتمسك به لأول مرة أمام المحكمة العليا.

¹²⁸ قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 2002/10/09 غير منشور تحت رقم 264039 بين القرض الشعبي الوطني وكالة 30 و ديوان الترقية والتسيير العقاري.

فالمادة 264 نصت : « من حل محل الدائن قانونا أو اتفاقا كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفعات بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن».

ومنه يترتب على حلول الكفيل محل الدائن أن يكون للكفيل أن يرجع على المدين بحق الدائن بما له من خصائص، وما يلحقه من تأمينات وعلى ذلك نصت المادة 659 ق.م.ج على : «على أن يلتزم الدائن بأن يسلم للكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع»، ومن ثم فإن الكفيل يقوم بعد الوفاء بالدين المكفول بالرجوع على المدين بما وقاه للدائن، وعلى هذا الأخير أن يسلمه وقت الوفاء كل المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع، بدعوى الحلول أين يحل محل الدائن في حقوقه، وأهم هذه السندات، سند الدين المكفول الموجود في يد الدائن ومخالصة من الدائن تفيد استيفاءه للدين، فإن امتنع الدائن عن هذا كان من حق الكفيل الامتناع بدوره عن تنفيذ التزامه لأنه تصرف ينطوي على إضعاف لحق الكفيل في الرجوع واسترداد ما يستوفيه.

وعند النزاع بصدد أي من الطرفين يبدأ في التنفيذ كان للكفيل أن يودع مبلغ الدين بخزانة المحكمة، وله بعد هذا الإيداع القانوني الرجوع على المدين بعد الحصول على شهادة بذلك تغنيه عن مستندات الدين وعن المخالصة¹²⁹.

هذا ولقد نصت المادة 2/659 و 3 على أنه : «إذا كان الدين مضمون بمنقول مرهون أو محبوس، وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل. وإذا كان الدين مضمون بتأمين عقاري، فإن الدائن يلتزم أن يقوم بالإجراءات اللازمة للنقل هذا التأمين و يتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على المدين».

فالنص ألزم الدائن القيام بنقل الضمانات للكفيل، ويتم النقل من خلال اتخاذ الإجراءات التي تتفق وطبيعة الضمان، فإن كان الدين مضمون بمنقول مرهون أو محبوس، وجب على الدائن أن يتخلى عن حيازته للكفيل، أما إن كان مضمون بتأمين عقاري (رهن رسمي أو حق اختصاص) فعلى الدائن أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقله وذلك بالتأشير على هامش القيد مع تسليم عقد الرهن أو صورة الحكم الذي قرر حق الاختصاص ويتحمل الكفيل مصروفات النقل، على أن يرجع بها على المدين بعد ذلك¹³⁰.

¹²⁹ أحمد شرف الدين، التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية (العربية) القاهرة، ص 167.

¹³⁰ محمد صبري السعدي، عقد الكفالة في التشريع المدني الجزائري، دار الهدى عين مليلة، 1990، ص 110.

المطلب الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين ودراسة لحالة تعدد الكفلاء والمدنيين

الفرع الأول: طرق رجوع الكفيل على المكفول عنه

أولاً-الدعوى الشخصية أو دعوى الكفالة:

تنص 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 وفي الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق، أسباب تقضي ببطلان الدين أو انقضائه. فإن لم يعارض المدين في الوفاء بقي للكفيل الحق في الرجوع عليه، ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو انقضائه».

وتنص المادة 672 على أنه: «يكون للكفيل الذي وفي 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».

ومن تم يكون للكفيل الذي كفل المدين، سواء كانت الكفالة بعلمه أو بغير علمه الرجوع بالدعوى الشخصية سواء كان متضامنا أو كفيلا عاديا، سواء كان شخصيا أو عينيا، لكن هناك استثناء:

-إذ 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، وتكون الكفالة في صالح الدائن دون المدين إذا عقدت بعد وجود الالتزام في ذمة المدين، وذلك لتأمين الدائن ضد خطر إعسار المدين ودون فائدة لهذا الأخير، وفي هذه الحالة لا يحق للكفيل الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية، وإن كان له الحق في الرجوع بناء على دعوى الإثراء بلا سبب المنصوص عليها في القواعد العامة للقانون المدني (المادة 141، 142 ق.م.ج)¹³¹.

هذا وأن أغلبية الفقه الحديث يذهب إلى القول بأن الدعوى الشخصية التي يرجع بها الكفيل على المدين طبقا للمادة 670 و 672 ق.م.ج هي دعوى مستقلة هذا و يرى أغلب الفقه إلى وجوب حرمان الكفيل من الدعوى الشخصية متى أبرمت رغم معارضة المدين إن كانت لصالح الدائن وحده ليقصر حقه في الرجوع على المدين بدعوى الحلول فقط، ويقضي المشرع الفرنسي الرجوع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة¹³².

¹³¹ سليمان سارة، المرجع السابق، ص 41.

¹³² سي يوسف زاهية، عقد الكفالة، دار الأمل، المرجع السابق، ص 80، 81، 82.

*شروط دعوى الكفالة:

1/ أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين ودون معارضته:

هذا الشرط لا يتضح من النصوص القانونية ولكن الفقه مجمع عليه¹³³، ومن المفروض أن الكفالة تعقد لمصلحة المدين، وإن كانت تعقد أحيانا لمصلحة الدائن وحده.

كما أن دعوى الكفالة تقتصر على الحالات التي تنعقد فيها، الكفالة دون معارضة المدين سواء كانت بعلمه أم بغير علمه، وذلك على أساس أن الكفالة تحقق في الغالب مصلحة المدين أو مصلحة الدائن والمدين معا، لأنها تحقق اطمئنان الدائن إلى المدين وثقته فيه فيقبل التعامل معه ويمنحه الائتمان، ويستوي في ذلك الكفيل العادي أو المتضامن، الكفيل المأجور أو المتبرع، الكفيل الشخص أو العيني، فيحق لكل منهم الرجوع بدعوى الكفالة طالما تمت الكفالة بغير معارضة المدين وكانت تحقق مصلحة المدين أو مصلحة الدائن والمدين معا. وفي كل هذه الأحوال يقتصر حق الكفيل في الرجوع على المدين بدعوى الحلول وذلك لأن الدعوى الشخصية دعوى خاصة تمنح للكفيل على أساس أنه يكون قد أسدى خدمة للمدين.

ويجيز الفقه في هاتين الحالتين للكفيل، بالإضافة إلى دعوى الحلول الحق في الرجوع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة.

2/ قيام الكفيل بالوفاء للدائن:

هذا الشرط نصت عليه المادة 1/672 صراحة ويشمل الوفاء أيضا كل ما يقوم مقامه¹³⁴، وعليه يجب أن يقوم الكفيل بوفاء الدين المكفول، والوفاء قد يتم بتقديم الشيء المستحق أصلا أو القيام بما يقوم مقامه بشرط أن يؤدي إلى براءة ذمة المدين. هذا و يرجع الكفيل على المدين ولو وفي إلا بجزء من الدين إذا كانت الكفالة عن جزء من الدين أو قبل الدائن منه وفاء جزئي، وهنا تختلف دعوى الكفالة عن دعوى الحلول التي يشترط للرجوع بها أن يكون الوفاء كليا، وللدائن أي 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

¹³³ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 103. عبد الودود يحيي، المرجع السابق، ص 82. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 93.

¹³⁴ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 94.

بينهما قسمة غرماء، فالدائن لا يتقدم على الكفيل في استفاء الباقي من أموال المدين كما هو الحال في دعوى الحلول¹³⁵.

3/ أن يكون أجل الدين قد حل:

يجب أن يقوم الكفيل بالوفاء بالدين المكفول عند حلول أجله، فإذا وفي الدين قبل حلول أجله فلا يستطيع الاستفادة من حقه في الرجوع على المدين بمجرد الوفاء، إذ أن الأجل من حق المدين، والكفيل لا يستطيع إجباره على الوفاء قبل حلول الأجل¹³⁶. فيفقد حقه في الرجوع عليه إذا انقضى الدين لسبب ما بين ووفاء الكفيل بالدين وحلول الأجل المقصود هنا هو الأجل الأصلي للدين، 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.

أما إذا تنازل المدين عن الأجل، فيحق للكفيل التمسك بهذا النزول وفي بحق الدائن فوراً، ويرجع على المدين¹³⁷.

4/ ألا يكون الوفاء قد حصل بخطأ من الكفيل:

تنص المادة 670 ق م ج بأنه يجب على الكفيل إخطار المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين، وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين، إذ قد يكون لدى المدين أسباب تمنع الوفاء من الكفيل كأن يكون قد وفي بالدين أو بجزء منه¹³⁸. أو تكون له أسباب تؤدي إلى بطلان مصدر الدين أو انقضائه كلياً أو جزئياً، فإنه لا وجه لرجوع الكفيل على المدين بما وفاه.

وهنا نكون أمام حالتين، إما أن يخطر الكفيل المدين، أو لا يخطره. ولهذا السبب أوجب القانون على الكفيل أن يخطر المدين، قبل الوفاء بالدين، بعزمه على الوفاء فقد يكون لدى المدين أسباب تمنع الوفاء. وعليه فإن على المدين إبداء اعتراضه على وفاء الكفيل خلال مدة معقولة، وأن يتضمن هذا الاعتراض أسباب جدية تمنع الوفاء بالدين، ولا وجود لشكل خاص لإخطار الكفيل للمدين ولاعتراض هذا الأخير على الوفاء، فقد يتم بورقة رسمية أو عرفية أو شفاهية، فإن قام الكفيل بالوفاء دون إخطار المدين، فإنه يتحمل مسؤولية ذلك الوفاء بحيث لو أثبت المدين بأن هذا الوفاء لم يفده لم يكن للكفيل

¹³⁵ سليمان سارة، المرجع السابق، ص 42.

¹³⁶ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 168. عبد الودود يحي، المرجع السابق، ص 83.

¹³⁷ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 95.

¹³⁸ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 169. عبد الودود يحي، المرجع السابق، ص 84، 85.

أن يرجع على المدين بشيء مما وفاه و يتحمل مسؤولية وفائه الخاطئ. ما إذا قام الكفيل بإخطار المدين ورد عليه طالبا منه عدم الوفاء، مبررا أسباب ذلك، كان على الكفيل الامتناع عن الوفاء، وإن اتخذ الدائن إجراءات المطالبة القضائية في مواجهته كان عليه أن يدخل المدين في الدعوى¹³⁹.

هذا وإن رأى الكفيل عدم جدية اعتراضات المدين، و قام بالوفاء على مسؤولية، فإن اثبت بعد ذلك صحة هذه الاعتراضات لم يكن للكفيل الرجوع عليه، ولكن يرجع على الدائن لاسترداد ما دفع بدون حق.

أما إذا لم يرد المدين على إخطار الكفيل أو تراخى ووفى الكفيل، لم ينسب له تقصير و يكون له أن يرجع بالدعوى الشخصية لاسترداد ما وفاه ولو ظهر أن للمدين أسباب تقضي ببطلانه، إذ يتحمل تبعه تقصيره و يلتزم بأن يدفع للكفيل ما أداه.

هذا وأن موضوع رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية فإنه وطبقا للمادة 672 نصت على أنه: «يرجع الكفيل بأصل الدين والمصروفات غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده»، مما يفيد أن الكفيل يرجع بأصل الدين والمصروفات¹⁴⁰.

أولاً: أصل الدين

وهو كل ما قام الكفيل بدفعه إلى الدائن لإبراء ذمة المدين، ويشمل ذلك مقدار الدين الأصلي، وكذا فوائد هذا الدين لو كان ينتج فوائد اتفاقية أو قانونية ما دامت تدخل ضمن الدين المكفول وفي هذا الصدد صدر قرار عن المحكمة العليا أكد فيه على إمكانية الكفيل أن يطالب بكل الفوارق بين مبلغ الكفالة والمبلغ الذي التزم بدفعه كالاتي: «وحيث أن المجلس لما ألزم الطاعن الحالي بدفع مبلغ الكفالة تنفيذ العقد المبرم بين الطرفين و صرفه للقيام بدعوى مستقلة تطلب إرجاع الفرق في الضريبة، يكون قد سبب قراره نسبيا كافيا."فالكفيل ملزم بالدفع دائما ولو زاد المبلغ¹⁴¹.

ثانياً: المصروفات

¹³⁹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 96.

¹⁴⁰ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 171. عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص 85. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 97.

¹⁴¹ قرار صادر بتاريخ 2001/11/07 تحت رقم 247/903 غير منشورين ديوان الترقية والتسيير العقاري سيدي بلعباس ومقاولة البناء العباسية. نقلا عن سليمان سارة، المرجع السابق، ص 42.

وهي كل المبالغ التي أنفقها الكفيل في تنفيذ عقد الكفالة، وتلك التي أنفقها الدائن في رجوعه على الكفيل واضطر الكفيل إلى ردها له، بالإضافة إلى ذلك ما يكون قد أنفقه في الإرشاد على أموال المدين لتجريده ومصروفات الدعوى التي رفعها الدائن على الكفيل، لكن لا يرجع بهذه المصروفات على المدين إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات، التي اتخذها ضده لأن المدين متى أخطرها قد يسارع إلى الوفاء بالتزامه، و يتجنب بذلك المصروفات التي يقوم بها الكفيل أو الدائن لو لم يخطر، هذا وبالمقابل أن حق الكفيل في الرجوع يمتد حتى إلى مصروفات المطالبة الأولى بمصروفات التنبيه بالوفاء ومصروفات دفع الدعوى، إذ أنها مصروفات تنفق قبل أن يصل الكفيل إلى اتخاذ أي إجراء بالإخطار للمدين ولهذا يلتزم بها المدين لا الكفيل.

هذا ولقد أثير التساؤل عما إذا كان للكفيل مطالبة المدين بالتعويض إذا لحقه ضرر؟ وهنا نقول أن المادة 672 مدني جزائري لم تذكر شيء عن التعويض وهذا على غرار المشرع المصري الذي نص بالمادة 800 من القانون المدني المصري على حق الكفيل بالرجوع بالتعويض لكنها حذفت أثناء المراجعة، أما المشرع الفرنسي بالمدة 2028 من ق.م.الفرنسي قد نصت صراحة على أن للكفيل العودة بالتعويض على المدين دون أن يشترط سوء نية المدين، هذا ولقد أجمع الفقه المصري على جواز رجوع الكفيل التعويض من المدين وإن كان بعض الفقهاء يشترطون سوء النية، وأمام سكوت النص الجزائري نقول بضرورة العودة إلى القواعد العامة والتي تسمح بالمطالبة بالتعويض متى سبب فعل الغير ضررا، و مثاله في هذا الموضوع، أن يضطر الكفيل إلى بيع ماله بثمان بخس حتى يفي للدائن أو أن يوقع الدائن حجزا على مال الكفيل وبيعه بثمان بخس وفي هذا الصدد قرار من المحكمة العليا جاء فيه: « حيث أن الطاعن (د.ع) كفيل المدين (ب.س) وأن المحكمة ألزمت الطاعن بدفع 14000.000 دج بصفته ضامن في صفقة تجارية، وأن هذه المطالبة مست بمركزه سمعته التجارية وعرضته للخسارة والحال أن تقدير المسؤولية المدنية والضرر الناشئ عنها هو من المسائل التي يبقى تقديرها خاضعا لقضاة الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه¹⁴². وهو القرار الذي يؤكد إتجاه المحكمة العليا في إمكانية المطالبة بالتعويض.

ثانيا -الرجوع بدعوى الحلول :

تنص المادة 671 ق.م.ج على أنه: « إذا وفي الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين، ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن استوفى كل حقه من المدين».

¹⁴² قرار صادر بتاريخ 1999/10/13 تحت رقم 210460 بين (د.ع) و (ب.س)، غير منشور. نقلا عن سليمان سارة، المرجع السابق، ص 44.

والملاحظ أن حكم هذا النص ليس إلا تطبيقاً خاصاً للقاعدة العامة التي وردت في المادة 261 ق.م.ج: «إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفى محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال التالية: إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه»، والكفيل كما رأينا ملزم بوفاء الدين عن المدين، فيكفي لرجوع الكفيل بدعوى الحلول¹⁴³: أن يكون قد وفى الدين، ويستوي أن تكون الكفالة قد عقدت بعلم المدين أو دون علمه، أو رغم إرادته، سواء كانت لمصلحة المدين أو لمصلحة الدائن.

غير أن الفرق بينها وبين الدعوى الشخصية التي تستند إلى الكفالة هو أنها لا تجوز إلا إذا كان الدائن قد استوفى كل حقه، بخلاف الدعوى الشخصية، فممن وفى جزء من الدين، الحق في الرجوع به على المدين.

فالرجوع بدعوى الحلول توجب أن يكون الدائن قد استوفى كل حقه، ونصت على ذلك المادة 2/671: «ولكن إذا لم يوف إلا ببعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفى كل حقه من الدين»، وهو تطبيق للقواعد العامة الواردة بنص المادة 265 ق.م.ج: «وإذا وفى الغير الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء، ويكون في استفاء ما بقى له من حق مقدماً على من وفاه، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك¹⁴⁴.

وطبقاً للعبارة الأخيرة من النص فإن للدائن أن يسمح للكفيل الرجوع بدعوى الحلول قبل استفاء كل حقه ذلك أن الغرض من هذه الدعوى حماية مصلحة الدائن الذي له التنازل عن الحماية المقررة له.

هذا وللكفيل الاستفادة من كل التأمينات التي تضمن الدين متى وفى بالالتزام أو وفاه جزئياً وقام المدين بالوفاء بالجزء الباقي، أو قام شخص آخر غير المدين كالوفاء، وهنا يكون هذا الشخص والكفيل على قدم المساواة، فيقسمان الناتج من دعوى الحلول قسمة غرماء وهو ما نصت عليه المادة 265 ق.م.ج بقولها: «فإذا حل شخص آخر محل الدائن فيم بقى له من حق، رجع من حل أخيراً هو من تقدمه في الحلول، كل بقدر ما هو مستحق له، وتقاسما قسمة غرماء».

يترب على حلول الكفيل محل الدائن طبقاً للمادة 671 من ق.م.ج والمادة 261 و 264 أن يكون للكفيل الرجوع على المدين بحق الدائن بما له من خصائص وما يلحقه من توابع، وعليه من دفع على التفصيل التالي:

¹⁴³ محمد صبري السعدي، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص 104.

¹⁴⁴ سليمان سارة، المرجع السابق، ص 46.

يرجع الكفيل بحق الدائن بماله من خصائص، وعليه فلا يمكن أن يرجع على المدين إلا عند حلول الأجل الذي يستطيع الدائن الرجوع فيه، فلو منح الدائن أو القاضي أجل للمدين، فإن الكفيل لا يستطيع الرجوع قبل الأجل الجديد.

وإن كان حق الدائن تجارياً، كان رجوع الكفيل على أساس هذه الصفة حقا تجارياً، مما يترتب على ذلك من آثار خاصة تتعلق أساساً بالإثبات والاختصاص القضائي، بينما أن الكفيل إذا رجع بالدعوى الشخصية فإنه يرجع بالتزام مدني. وإذا كان حق الدائن مزود بسند تنفيذي، فإن الكفيل يستطيع استعماله ضد المدين دون حاجة إلى الحصول على سند تنفيذي آخر¹⁴⁵.

وإذا كان حق الدائن يسقط بالتقادم القصير، كانت له هذه الصفة عند رجوع الكفيل به، فيسقط بهذه المدة القصيرة، وقد تكون هذه المدة أو شكت على الانقضاء، فلا تلبث أن تنقضي بعد انتقال الحق للكفيل وهذا على غرار حالة الرجوع بالدعوى الشخصية أين رأينا أن حق الكفيل لا يسقط إلا بمدة خمسة عشر سنة، كما يرجع بما يلحق هذا الحق من توابع (كال فوائد مثلا)، كما يستفيد من كل التأمينات سواء كانت شخصية، أو عينية وهي تنتقل بحكم القانون إن لا يحتاج إلى اتفاق بين الكفيل والدائن¹⁴⁶.

الفرع الثاني: حالة تعدد المدينين والكفلاء في الدين

أولاً-رجوع الكفيل عند تعدد المدينين المتضامنين والغير المتضامنين:

تنص المادة 673 مدني على ما يلي: « إذا تعدد المدينون في دين واحد و كانوا متضامنين، فللكفيل الذي ضمنهم جميعاً أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين ».

تعرضنا سلفاً إلى حالة رجوع الكفيل على المدين على فرضية أن المدين شخص واحد، إلا أنه يحدث أن يتعدد المدينون بنفس الدين، وفي هذه الحالة يكون الكفيل قد ضمنهم جميعاً كما قد يكون كفل بعضهم فقط، كما يمكن أن يكونوا متضامنين فيما بينهم، وقد لا يكون كذلك، وفيما يلي نبين حكم هذه الفروض.

¹⁴⁵ محمد صبري السعدي، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص 102. السنهوري، المرجع السابق، ص 186.

¹⁴⁶ السنهوري، المرجع السابق، ص 187.

أ- حالة تعدد المدينين دون تضامنهم¹⁴⁷:

إذا كان المدينون غير متضامين فيما بينهم، و كفلهم الكفيل جميعا، و وفي بالدين للدائن، فإنه في هذه الحالة يرجع على كل واحد منهم بقدر نصيبه، سواء رجع الكفيل بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية أو بدعوى الإثراء بلا سبب.

أما إذا كان المدينون غير متضامين فيما بينهم و كفل الكفيل بعضهم فقط فإنه في هذه الحالة لا يرجع الكفيل إلا على المدينين الذين كفلهم و بقدر نصيبهم في الدين و ليس للكفيل الرجوع على غيرهم سواء بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول إذا دفع أكثر من نصيب المدينين الذي كفلهم مما أدى إلى براءة ذمة الكفلاء الذين لم يدفع لهم فإنه يجوز له الرجوع على الدين لم يكفلهم بدعوى الإثراء بلا سبب¹⁴⁸.

ب- حالة تعدد المدينين وتضامنهم:

إذا تعدد المدينون، وكانوا متضامين فيما بينهم، فهنا نكون أمام حالتين، إما أن يضمّنهم الكفيل جميعا، أو يضمّن الكفيل بعضهم دون البعض الآخر.

ففي الحالة الأولى، أين يكون الكفيل قد كفلهم جميعا، في هذه الحالة يكون له الرجوع على أي منهم بكل الدين الذي وفاه، وذلك باستخدامه لدعوى الحلول أو بدعوى الكفالة، لأنه حل محل الدائن¹⁴⁹.

أما إذا كان المدينون متضامين، و ضمّن الكفيل بعضهم فقط فإنه كذلك يحق له أن يطالب أيا من المدينين الذين ضمّنهم بكل الدين الذي وفاه سواء رجع عليه بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول، وبتالي فهل يجوز للكفيل أن يرجع على مدين متضامن لم يكفله؟ وبأي دعوى؟

من المسلم به، أنه لا يجوز له الرجوع عليه بالدعوى الشخصية لأن هذه الدعوى خاصة برجوع الكفيل على المدين الذي كفله، ولكن يجوز للكفيل أن يرجع على المدينين الذين لم يضمّنهم بدعوى الإثراء

¹⁴⁷ محمد صبري السعدي، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص 105. السهوري، المرجع السابق، ص 194. عبد الودود يحي، المرجع السابق، ص 91.

¹⁴⁸ سليمان سارة، المرجع السابق، ص 49.

¹⁴⁹ محمد صبري السعدي، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص 105. السهوري، المرجع السابق، ص 194. عبد الودود يحي، المرجع السابق، ص 92.

بلا سبب بقدر الإثراء فقط، كما يمكنه أن يرجع عليهم بالدعوى الغير مباشرة مستعملا حقوق مدينه، لأن الكفيل بقيامه بالوفاء يصبح دائنا للمدين، وفي هذا الصدد تنص المادة 189 ق.م.ج، على ما يلي: «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 و لا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا، إلا إذا اثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق و أن 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.

أما بالنسبة لرجوع الكفيل بدعوى الحلول فهناك من يرى أنه لا يجوز للكفيل الرجوع على المدينين الذي لم يضمنهم بهذه الدعوى، وهناك من يرى عكس ذلك، أي أنه يحق له ذلك، وسندهم في ذلك المادة 264 ق.م، التي تؤكد على أن من حل محل الدائن كان له حقه بما يكفل هذا الحق من ضمانات، والتضامن بين المدينين هو أحد ضمانات الوفاء بالحق، وعليه فإنه يجوز للكفيل الذي حل محل الدائن أن يرجع على أي مدين متضامن بكل الدين ولو لم يكن قد كفله، ويذهب البعض إلى القول بأن رجوع الكفيل على المدين المتضامن غير المكفول يكون بقدر حصته فقط، ولكن الرأي الغالب يذهب إلى أنه يحق للكفيل، أن يرجع بكل الدين على أي من المدينين المتضامين حتى الذي لم يكفله منهم، وعلى ذلك يكون الحكم واحد بالنسبة للكفيل الذي يضمن جميع المدينين المتضامين والكفيل أن يرجع بدعوى الحلول (أي أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق) على أي من المدينين المتضامين حتى من لم يكفله منهم و بكل الدين.

ثانيا - رجوع الكفيل بعد الوفاء على غيره من الكفلاء المتضامين والغير متضامين¹⁵⁰:

من المقرر قانونا أنه إذا قام الكفيل بوفاء الدين للدائن كان له حق الرجوع على الكفلاء الذين كفلوا نفس الدين، وبالنسبة لهذا الرجوع يجب أن نميز بين ما إذا كان الكفلاء متضامين أو غير متضامين وهو ما سوف نتطرق له على النحو التالي :

أ-حالة تعدد الكفلاء بعقد واحد دون تضامن¹⁵¹:

¹⁵⁰ سليمان سارة، المرجع السابق، ص 49. محمد علي محمد العمري، رجوع الكفيل على الأصيل دراسة فقهية مقارنة بالقانون المدني الأردني، مجلة المنارة، المجلد 20، العدد 2/أ، سنة 2014، ص 11 وما بعدها.

¹⁵¹ محمد صبري السعدي، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص 108.

تنص المادة 1/664 على أنه: «إذا تعدد الكفلاء لدين واحد، وبعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة». ومنه إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، فإن الدين يقسم بينهم بقوة القانون، حيث لا يلتزم أي كفيل منهم إلا بقدر نصيبه في الكفالة، كما أن لكل منهم أن يتمسك بالتقسيم إذا طالبه الدائن بكل الدين، فإذا وفي أحد الكفلاء كل الدين، بالرغم من عدم التزامه، فلا يستطيع الرجوع على غيره من الكفلاء إلا بدعوى الإثراء بلا سبب¹⁵² وفقاً للقواعد العامة و يرجع على كل منهم بقدر نصيبه في المسؤولية عن الدين دون اعتبار لما يطرأ بعد ذلك من إعسار لبعض الكفلاء، (إذ لا يتحمل هذا الإعسار غيره من الكفلاء) بل الدائن هو الذي يتحمل حصة الكفيل المعسر منهم¹⁵³.

ب- حالة تضامن الكفلاء أو التزامهم بعقود متوالية:

طبقاً للمادة 2/664 ق م ج فإذا تعدد كفلاء الدين الواحد، وكانوا متضامنين فيما بينهم أو كانوا قد التزموا بعقود متوالية فإن كلا منهم يكون مسؤول عن كل الدين ولا يستطيع أحد الكفلاء أن يتمسك بتقسيم الدين بينه وبين غيره من الكفلاء، فإذا وفي أحدهم الدين بعد مطالبته، فله الرجوع على غيره من الكفلاء إما بدعوى الإثراء بلا سبب، وإما بدعوى الحلول محل الدائن وفي الحالتين فإنه لا يرجع على كل كفيل إلا بقدر حصته ونصيبه في حصة من أعسر من الكفلاء.

فإذا رجع الكفيل بدعوى الإثراء بلا سبب، فإنه يرجع بأقل القيمتين قيمة افتقاره أو قيمة ما أثرى به الكفيل الذي رجع عليه، وهذا الأخير قد أثرى بمقدار حصته ونصيبه في حصة المعسر، أما الكفيل الذي وفي، فقد افتقر بمقدار ما وفاه مجاوزاً حصته في المسؤولية عن الدين، ولا يمكن القول أنه لم يفتقر لأنه كان ملزم بوفاء الدين كله وحصل مقابل الوفاء على براءة ذمته وهنا لا يمكن هذا القول إذ أن مسؤولية الكفيل المتضامن عن الدين كله إنما تكون بالنسبة لعلاقة هذا الكفيل بالدين أما بالنسبة لغيره من الكفلاء فإن الدين ينقسم.

وإذا رجع الكفيل بدعوى الحلول، فلا يرجع على كل كفيل إلا بقدر حصته في الدين، ونصيبه في حصة من أعسر ولا يمكن القول أن الدائن كان يستطيع الرجوع على أي من الكفلاء بكل الدين، وعليه فيستطيع الكفيل الذي حل محله ذلك، لأن القول بهذا يؤدي إلى الدخول في حلقة مفرغة لأن كل كفيل

¹⁵² وبالتالي لا يكون له الحق بالدعوى الشخصية لأنها مقررة للعلاقة بين الكفيل والمدين، كما ليس له أن يرجع بدعوى الحلول لأنه ليس ملتزم بالوفاء عنهم ولا معهم حتى يستطيع أن يحل محل الدائن في الرجوع عليهم. راجع زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص

يرجع على غيره من الكفلاء بكل الدين، لذا و تجنباً لهذه النتيجة الغير المعقولة نصت المادة 234 على : « إذا وفي أحد المدينين المتضامنين كل الدين، فلا يجوز له أن يرجع على أي من الباقيين إلا بقدر حصته في الدين، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن»، و كرست هذه القاعدة بنص خاص تجسد في المادة 668 الناصة على : « إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم و وفي أحدهم الدين عند حلوله يجوز له أن يرجع على كل من الباحثين بحصته من الدين و بنصيبه في حصة المعسر منهم»¹⁵⁴.

المبحث الرابع: انقضاء عقد الكفالة

ينقضي عقد الكفالة إما بطريق أصلي أو بطريق تبعي، هذا ما سنتناوله بالتفصيل في هذا المبحث، على النحو التالي:

المطلب الأول: انقضاء الكفالة بطريق أصلي

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول الأسباب العامة لانقضاء التزام الكفيل، وفي الفرع الثاني الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة بصفة أصلية.

الفرع الأول: الأسباب العامة لانقضاء التزام الكفيل

بما أن عقد الكفالة هو عقد ملزم لجانب واحد وهو الكفيل، فلا بد أن تتوفر فيه شروط صحة وانعقاد عقد الكفالة خاصة به حتى تنعقد الكفالة صحيحة ومرتبة لأثارها القانونية، لذلك يمكن أن تنقضي الكفالة دون انقضاء الالتزام الأصلي، ويكون ذلك في الحالات الآتية:

أولاً- اتحاد الذمة:

يكون اتحاد الذمة متى ورث أحدهما الآخر (الكفيل والدائن)، وينجر عنه انقضاء التزام الكفيل وحده دون أن ينقضي التزام المدين الأصلي، ويستطيع من بقى منهما على قيد الحياة بصفته وارث للآخر أن يطالب المدين بالدين، فإن ورث الدائن الكفيل فإنه يستطيع أن مطالبة المدين الأصلي بالدين لكن دون

¹⁵⁴ محمد صبري السعدي، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص 109.

كفالة تضمنه، أما إن كان الكفيل هو من خلف الدائن في تركته عن طريق الميراث فإنه يستطيع أن يطالب بالدين الأصلي¹⁵⁵ بصفة عادية.

من جهة أخرى، يمكن أن يرث الكفيل المدين أو المدين الكفيل وهنا تتحد صفة الكفيل والمدين في شخص واحد، لذلك لا تنقضي الكفالة، بحيث تجب صفة المدين الكفيل لكن دون الخلط بينهما باعتبار أن الالتزام واقع على ذمتهم المالية، لكن يفقد الكفيل الدفع التي له في مواجهة المدين فلا يدفع مثلا بالتجريد أو التقسيم أو إضاعة التأمينات¹⁵⁶.

ثانيا-الإبراء:

إذا أخلى الدائن ذمة الكفيل من التزامه بالوفاء بالكفالة، تبرأ ذمته دون تبرئة ذمة المدين الأصلي، بل يبقى الدين المكفول قائما، أما العكس فغير صحيح، إذ لا يجوز للدائن تبرئة المدين والإبقاء على التزام الكفيل قائما، لأن زوال الالتزام الأصلي يستتبع زوال الالتزام التابع له، وإن تعدد الكفلاء، فإن إبراء الدائن لأحد الكفلاء لا يؤدي إلى براءة ذمة غيره من الكفلاء، وتجاوز مطالبة الكفلاء الآخرين كل بقدر نصيبه إن كانوا غير متضامين، أو مطالبه أي منهم بكل الدين بعد خصم حصة الكفيل الذي تم إبرأؤه¹⁵⁷.

الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة بصفة أصلية

هناك ثلاث أسباب خاصة لانقضاء الكفالة بصفة أصلية، أي دون أن ينقضي الالتزام الأصلي، ولقد نص القانون المدني الجزائري على هذه الأوجه الثلاثة¹⁵⁸، وهي التي سبق دراستها عند التطرق للدفع الممنوحة للكفيل والتي سوف نتطرق لها باختصار شديد:

أولا- انقضاء التزام الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات: وذلك دون أن ينقضي الالتزام الأصلي، المادة 656 ق.م.ج وللإشارة أن هذا الطريق للانقضاء تقرر لحماية الكفيل لذا فإن أضاع الدائن بخطئه تأميننا من هذه التأمينات فإنه يكون ضيع على الكفيل فرصة في استفاء حقه ومن ثمّ يكون

¹⁵⁵ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 120. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 362.

¹⁵⁶ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 192.

¹⁵⁷ سليمان سارة، المرجع السابق، ص 53.

¹⁵⁸ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 123.

جزاء ذلك براءة ذمة الكفيل في مواجهة الدائن بقدر ما أضعاه هذا الأخير من تأمينات ولكن يشترط لانقضاء الكفالة بهذا الطريق، توافر شروط هي¹⁵⁹:

(1) أن يكون التأمين الذي أضعاه الدائن تأميناً خاصاً سواء كانت تأمينات عينية أو شخصية، ومهما كان مصدرها سواء القانون، الاتفاق أو القضاء، ولا يهم أن يكون التأمين الضائع بخطأ الدائن موجوداً وقت انعقاد الكفالة أو بعد الكفالة، وهو ما نصت عليه المادة 2/656.

(2) يجب أن تكون إضاعة التأمين الخاص نتيجة خطأ من جانب الدائن ناتج عن تقصيره. أما إذا كانت إضاعة التأمينات بسبب قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المدين أو فعل الكفيل نفسه، فلا مناص من مساءلة الدائن حيال ذلك. وقد ثار خلاف بين الفقهاء في حالة ما إذا كانت إضاعة التأمينات بسبب خطأ مشترك بين الكفيل والدائن، فاتجه الغالبية إلى توزيع المسؤولية بينهما بنسبة الخطأ الثابت في جانب كل منهما، وللکفيل التمسك ببراءة ذمته في هذه الحدود. إلا أن الاتجاه الأخر من الفقه فقد رأى عدم براءة ذمة الكفيل ولو جزئياً، بل يظل ملزماً بكل الدين، إلا أن هذا الرأي يتنافى مع مبادئ العدالة¹⁶⁰.

(3) وجوب ترتب ضرر يلحق الكفيل وإلا فلا محل للتمسك ببراءة الذمة.

(4) أن لا يكون هناك اتفاق بين الدائن والكفيل على عدم تمسك الكفيل ببراءة ذمته، أي عدم حلول الكفيل محل الدائن¹⁶¹.

ثانياً-انقضاء التزام الكفيل لعدم اتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين بعد إنذار الكفيل له بضرورة اتخاذها:

نصت على هذا الطريق الأصلي للانقضاء المادة 657 ق.م.ج أين تنطرق المادة لحالة تباطأ الدائن في اتخاذ إجراءات المطالبة بالدين بالرغم من حلول الأجل أو تأخيره في اتخاذها، وهنا يكون للكفيل الحق في إنذاره باتخاذ هذه الإجراءات، فإن لم يتخذها خلال ستة شهور من تاريخ هذا الإنذار ولم يقدم المدين ضماناً أو تأميناً كافياً للكفيل تبرأ ذمته من الكفالة¹⁶².

¹⁵⁹ سليمان سارة، مرجع نفسه، ص 54.

¹⁶⁰ زاهية سي يوسف، مرجع سابق، ص. 127.

¹⁶¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص. 249؛ زاهية سي يوسف، مرجع نفسه، ص. 129.

¹⁶² سليمان سارة، المرجع السابق، ص 53.

فمتى تأخر الدائن بعد حلول أجل الاستحقاق، للكفيل إنذاره عن عدم اتخاذ الإجراءات، وهنا يكون لزاما على الدائن اتخاذها خلال 6 أشهر من تاريخ وصول الإنذار له هذا و للمدين أن يحول دون انقضاء التزام الكفيل فيعمل على إبقائه بتقديمه له قبل انقضاء المهلة المقررة، ضمانا كافيا.

ثالثا- انقضاء التزام الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين وهو ما نصت عليه المادة 658 ق.م.ج: فإن لم يتقدم الدائن في التفليسة بالمدين المكفول كغيره من الدائنين فإنه يعتبر مقصرا ويتحمل نتيجة هذا التقصير وهي انقضاء التزام الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر.

المطلب الثاني: انقضاء الكفالة بطريق تبعي

الفرع الأول: انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء وما يعادله

أولا- انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء:

إذا قام المدين الأصلي بالوفاء بالمدين، انقضى التزامه الأصلي و انقضى بالتبعية التزام الكفيل، وإذا حدث أن وفى المدين بجزء من الدين، فإن براءة ذمة الكفيل لا تكون إلا في هذه الحدود، أي بمقدار ما وفاه المدين، ويكون للدائن أن يرجع بالباقي على المدين وعلى الكفيل.

أما إذا وفى بالمدين شخص غير المدين، وحل الموفى محل الدائن الذي استوفى حقه، فإن ذمة الكفيل لا تبرأ، لأن ذمة المدين لم تبرأ أيضا، و يسري نفس الحكم إذا أحال الدائن حقه إلى دائن آخر، فإن الدين يظل قائما بكل ضماناته بما في ذلك الكفالة، ويظل الكفيل مسؤولا في مواجهة المحال له، كما كان مسؤول في مواجهة الدائن الأصلي المحيل. أما إذا أحال المدين التزامه إلى شخص آخر فإن الدين يظل قائما إلا أنه 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 المدين¹⁶³.

ويشترط لبراءة ذمة الكفيل بالوفاء الصادر من المدين أن يكون هذا الوفاء صحيحا، أي يكون الموفى مالكا للشيء الذي وفى به وأن يكون أهلا للتصرف فيه¹⁶⁴، وإذا كان الوفاء باطلا، كما إذا صدر من

¹⁶³ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 64.

¹⁶⁴ وهو ما نصت عليه المادة 260 ق.م.ج بقولها: «يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشيء الذي وفى به، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه». زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص 101.

شخص غير أهل للتصرف في الشيء الذي وفي به، ولحق الموفى له ضرر من هذا الوفاء كان الوفاء غير صحيح، فلا ينقضي الدين، ويبقى مضمونا بتأميناته، ومنها الكفالة¹⁶⁵ و بالمخالفة إذا كان قد وفى المدين دينه المكفول وفاء صحيحا، انقضى الدين للمكفول وانقضى بالتبعية التزام الكفيل.

ثانيا- انقضاء الدين المكفول بما يعادل الوفاء: و يدخل تحت هذا العنوان الطرق التالية:

أ- انقضاء الدين المكفول بالوفاء بمقابل:

تنص المادة 655 ق.م.ج على ما يلي: « إذا قبل الدائن شيئا آخر في مقابل الدين، برئت بذلك ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء ».

وطبقا لهذا النص فإن المدين قد قضى الدين المكفول عن طريق الوفاء بمقابل أي اتفق المدين مع الدائن على الاستعاضة عن الدين الأصلي، بنقل ملكية شيء آخر من المدين إلى الدائن، ونفذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فعلا ومن تم تبرأ ذمة المدين من الدين الأصلي عن طرق هذا الوفاء بمقابل وتبرأ ذمة الكفيل تبعا لذلك فتتنقضي الكفالة بطريق تبعية¹⁶⁶.

ولكن لا يعتبر وفاء بمقابل أن يكون الدائن مجبر على قبول شيء آخر في مقابل الدين، فإن شرط الوفاء بمقابل أن يكون الدائن قد قبل اختيار هذا الوفاء.

فإذا نفذ الدائن على عقار للمدين، وباع هذا العقار بالمزاد، فرسى عليه المزداد فأخذ العقار تنفيذا للدين، ثم يكن هذا وفاء بمقابل، بل يكون وفاء وعلى ذلك إذا استحق هذا العقار، عاد التزام الكفيل لأن ذمته لم تبرأ نهائيا كما في الوفاء بمقابل.

والتحليل القانون للوفاء بمقابل هو أنه عملية مركبة من تحديد ووفاء فلالتزام الأصلي ينقضي لتحديده عن طريق تغيير محله، و ينشأ التزام جديد محله الشيء الذي استعيض به عن محل الدين الأصلي، ثم ينقضي الدين الجديد بالوفاء الفوري¹⁶⁷، وهذا هو التكييف الغالب من الفقه.

هذا وأن الوفاء بمقابل شأنه شأن الوفاء سبب لانقضاء الالتزام الأصلي أي يترتب عليه انقضاء الدين ومعه كل التأمينات الضامنة له، ومنها الكفالة، ولا يغير من الأمر شيء أن يستحق الشيء الذي أعطى مقابل الدين لشخص آخر، لأنه في هذه الحالة يرجع الدائن على المدين طبقا للقواعد المتعلقة

¹⁶⁵ سليمان سارة، المرجع السابق، ص 52. محمد صبري السعيدى عقد الكفالة، المرجع السابق، ص 109.

¹⁶⁶ محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون تاريخ نشر، ص 195. ومحمدي سليمان، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص 540.

¹⁶⁷ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 103.

بضمان الاستحقاق المقرر في عقد البيع، ولكنه لا يرجع على الكفيل، أما إذا كان الدائن قد استوفى المقابل من الكفيل فإن هذا الأخير هو من يكون ضامنا لاستحقاق الشيء.

ومن هنا ننتمي إلى القول: إن المقابل للدين يقدم غالبا من المدين أو من غيره، وهنا في حالة استحقاق المقابل تبرأ ذمة الكفيل، أما إذا لم يستحق المقابل، نقول هنا أن الدين الأصلي انقضى ومعه بالتبعية التزام الكفيل.

والملاحظ أن الحكم الوارد في المادة 655 ق.م.ج ليس من النظام العام إذ يمكن للدائن أن يشترط عند قبوله الوفاء بمقابل أن يحتفظ بحقه في الرجوع على الكفيل إذا استحق هذا المقابل.

ب- انقضاء الدين المكفول بالتجديد:

ويكون متى جدد المدين الأصلي دينه بتغيير الدائن أو المدين أو تغيير الدين في محله أو مصدره، وعليه فإن الدين المكفول ينقضي والكفالة بصورة تبعية، ويحل محل الدين المكفول دين جديد لا تنتقل إليه التأمينات التي تكفل الدين المكفول إلا إذا نص القانون على ذلك أو تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك¹⁶⁸ من ثمة يكفي الاتفاق على انتقال التأمينات صراحة أو ضمنا حتى تنتقل هذه التأمينات إلى الالتزام الجديدة.

وعليه ففي حالة تجديد الالتزام الأصلي ونشوء التزام جديد، تنقض الكفالة تبعا ما لم يرضى الكفيل لضمان الالتزام الجديد (المادة 293 ق.م.ج). ولكي يرتب التجديد آثاره، ومنها انقضاء الكفالة فإنه يجب:

1/ أن يكون كل الالتزام القديم و الجديد قد خلا من أسباب البطلان.

2/ أن تكون نية التجديد واضحة، سواء كانت صراحة أو تستخلص من ظروف الحال.

ج- انقضاء الالتزام المكفول بالإنابة (المادة من 287 إلى 296):

الإنابة المقصودة هي الإنابة الكاملة، والتي يترتب عليها انقضاء الالتزام المكفول، وهي تنطوي على انقضاء التزام المدين (المنيب) ليحل محل التزامه التزام جديد وهو (المناب) في مواجهة الدائن (المناب لديه) إذن الإنابة الكاملة، تحمل التزام جديد بتغيير شخص المدين الذي تبرأ ذمته، بشرط أن يكون الالتزام

¹⁶⁸ وهذا طبقا للمادة 291 ق.م.ج.

الجديد الذي ارتضاه المناب صحيح، وأن لا يكون المناب معسرا وقت الإنابة (المادة 1/298 ق.م.ج)، ويترتب عليه انقضاء التأمينات الضامنة لهذا الالتزام ومنها الكفالة¹⁶⁹.

أما الإنابة الناقصة هي التي يقوم فيها المناب لجانب التزام المنيب ويصبح للدائن مدينان بدلا من مدين واحد، فهي لا يترتب عليها انقضاء الدين ولا التأمينات القائمة على ضمانه¹⁷⁰.

د- انقضاء الدين المكفول بالمقاصة:

إذا أصبح المدين المكفول دائنا للدائن، و توافرت شروط المقاصة المنصوص عليها في المادة 297 ق.م.ج انقضى الالتزام المكفول بقدر الالتزام الذي ترتب في ذمة الدائن، وانقضى التزام الكفيل بالتبعية لهذا القدر المنقضي من الالتزام المكفول، ولا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة في ذلك، وهو ما نصت عليه المادة 300 ق.م.ج وصاحب المصلحة هو المدين، ولا يترتب الدفع بالمقاصة أثره إلا من الوقت الذي يصبح فيه الالتزامين صالحين للمقاصة، وللکفيل أيضا الحق في التمسك بانقضاء الدين الأصلي بالمقاصة لأنه صاحب المصلحة، إذ يترتب على انقضائه، انقضاء التزامه بالتبعية، حتى ولو كان متضامنا، وحتى ولو لم يتمسك بها المدين، وهذا استنادا للمادة 654 ق.م.ج، التي تنص: «له أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين»، لكن لا تقع المقاصة بين دين الدائن في ذمة المدين ودين للكفيل غير المتضامن في ذمة الدائن لأن الدينين غير متقابلين.

هذا وإلى المقاصة ليست من النظام العام، لذا يجوز النزول عنها، وهنا يكون على كل من المدينين أن يؤدي الدين الذي في ذمته وله أن يتقاضى حقه من مدنية، والنزول عن المقاصة يعيد الدينين فإذا كان أحد المدينين مضمون كفيل، و وقعت المقاصة بين الدينين انقضى الدين المكفول وانقضت تبعا لذلك الكفالة، فإن نزل المدين في الدين المكفول عن المقاصة، فإن الدين يعود ولكن لا تعود الكفالة.

هـ- انقضاء الدين المكفول باتحاد الذمة:

ينقضي الالتزام إذا اجتمعت في شخص واحد صفة الدائن والمدين بالنسبة للدين الواحد، وبالقدر الذي اتخذت فيه الذمة، كأن يرث المدين الدائن وأن يوصى الدائن لمدينه بالدين، ففي هذه

¹⁶⁹ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 104.

¹⁷⁰ زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص 106.

الأحوال ينقضي الدين لاتخاذ الذمة وينقضي بالتبعية التزام الكفيل، والواقع أن اتحاد الذمة ليس سببا لانقضاء الالتزام بقدر ما هو مانع من موانع المطالبة به، فإن زال المانع يعود الدين إلى الوجود ويعتبر اتخاذ الذمة كأن لم يكن ويعود التزام الكفيل للوجود¹⁷¹.

الفرع الثاني: انقضاء الالتزام الأصلي دون وفاء

ينقضي الالتزام بدون وفاء في الحالات التالية :

أولاً- الإبراء:

يتم الإبراء بإرادة واحدة من جانب الدائن و باختياره وهو ما نصت عليه المادة 305 من ق.م.ج، ومتى أبرأ الدائن مدينة فإن التزام المدين ينقضي و معه التزام الكفيل بالتبعية، ويقوم الإبراء على أساس فكرة التبرع طبقاً للمادة 306 ق.م.ج، هذا و يشترط ليكون الإبراء منتجا لآثاره أن يكون: صحيح وأن يكون الدائن قد أبرأ المدين مختاراً، و يجب باعتباره تصرف بإرادة منفردة من الدائن أن يصل إلى علم المدين و يقبله فإن أبطل بأن رفضه المدين عاد الدين و عادت معه التأمينات الضامنة له¹⁷².

ثانياً- استحالة التنفيذ:

بصفة عامة إذا استحال تنفيذ الالتزام انقضى هذا الأخير، غير أنه في هذا الشأن لا بد من التفرقة

بين حالتين¹⁷³:

أ- استحالة التنفيذ بسبب المدين :

إذا استحال التنفيذ بسبب يعود إلى خطأ المدين يكون مسؤولاً عنه، ففي هذه الحالة لا تبرأ ذمة المدين، لأنه من غير العدل تحميل الدائن أخطاء وأوزار المدين، فيتحول التزام المدين من دين استحال تنفيذه إلى تعويض يجبر الأضرار التي أصابت الدائن دون أن يعتبر التزاماً جديداً، وبالتبعية لا تبرأ ذمة الكفيل، بل يتحول الكفيل من ضامن للالتزام الأصلي إلى كفيل للتعويض¹⁷⁴.

¹⁷¹ عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية و العينية، ج 10، المرجع السابق، ص 225.

¹⁷² لا يعد من قبل الإجراء الصلح الذي يعقده الدائن مع مدينه المفلس، أين يتنازل عن جزء من دينه لعدم توافر نية التبرع لأن الهدف إتقان تدهور مركز المدين للحصول على جزء من الدين، و الصلح يبقى على التزام الكفيل.

¹⁷³ عبد المنعم فرج الصدة، أحكام الإلتزام، الآثار –الأوصاف-الانتقال- الانقضاء، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، بيروت، 1955، ص 148؛ عبد الودود يعي، مرجع سابق، ص 740؛ سمير تناغو، مرجع سابق، ص 107.

¹⁷⁴ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 230. عبد الودود يعي، مرجع سابق، ص 100.

ب- استحالة التنفيذ بسبب أجنبي عن المدين:

إذا استحال التنفيذ بسبب هلاك محل الالتزام، وتسبب في هذا الهلاك شخص أجنبي غير المدين أو كان الكفيل ذاته، فإن ذمة المدين تبرأ، ويتبعها براءة ذمة الكفيل الذي يبقى مسؤولاً عن خطئه كمدين أصلي، باعتباره متسبباً في هلاك الشيء محل الالتزام¹⁷⁵.

ثالثاً-التقادم:

في غالب الأحيان تنشأ الكفالة بعد نشأة الإلتزام الأصلي، أي أن أجل الإلتزام فيها يكون بعيداً عن تاريخ الإلتزام الأصلي، وبالرغم من ذلك إذا انقضى الإلتزام الأصلي بالتقادم¹⁷⁶ فإن النتيجة الحتمية تكون أن الدين المكفول يبقى قائماً مادام أجله أبعد من أجل الإلتزام الأصلي المكفول، أي أن الإلتزام الأصلي يتقادم قبل تقادم إلتزام الكفيل، ولكن نظراً لطبيعة الكفالة التبعية فإنه لما تبرأ ذمة المدين الأصلي بالتقادم المسقط، تبرأ تبعاً لذلك ذمة الكفيل الذي عليه أن يتمسك بهذا الدفع في مواجهة الدائن حتى ولو لم يثره المدين إما عن سهو أو عن تعمد منه الإضرار بالكفيل¹⁷⁷ وهذا طبقاً لنص المادتين 321 ق م 2/322 ق م ج.

فإذا انقض الإلتزام الأصلي بالتقادم، فإن التزم الكفيل ينقض بالتبعية، ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة به متى كان دينه يستحق في أجل لاحق لأجل استحقاق الدين المكفول. وإذا انقضت مدة التقادم الخاصة بالكفيل، فإن التزم الكفيل التابع قد انقضى، مستقلاً عن الدين الأصلي ولا يؤدي إلى انقضائه بالتبعية.

وبناء على نص المادة 321 فإن المحكمة لا تحكم له من تلقاء نفسها بل يتوجب التمسك به من المدين أو أحد دائنيه أو أي شخص له مصلحة.

¹⁷⁵ محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص.319-326.

¹⁷⁶ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني، أحكام الإلتزام، 1970، ص.409.

¹⁷⁷ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص.117؛ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص.233.

رابعاً-انقضاء الكفالة بفسخ الدين أو إبطاله:

قد يزول الدين المكفول بفسخ العقد الذي أنشأه، فيصبح الدين كأن لم يكن، وكذلك تصبح الكفالة كأن لم تكن تبعاً للدين، كأن يضمن الكفيل التزام المشتري بدفع الثمن ثم يفسخ البيع فيزول بأثر رجعي.

والشيء نفسه بالنسبة لإبطال العقد فإن كان العقد الذي أنشأ الدين المكفول قابل للإبطال، وأبطل بأثر رجعي، زال الدين المكفول بأثر رجعي و زالت بزواله الكفالة بأثر رجعي¹⁷⁸.

¹⁷⁸ زاهية سي يوسف، مرجع نفسه، ص. 119.

الفصل الثاني:

التأمينات العينية

حتى يستطيع الدائن أن يطمئن إلى استيفاء حقه من مدينه يحسن به أن يحصل على تأمينات خاصة suretés لحقه فيأمن بها إعسار المدين ويدراً عنها غشه أو إهماله، إذ أن هذه التأمينات تكون عادة كافية للوفاء بحق الدائن كاملاً في ميعاد الاستحقاق، والتأمينات الخاصة نوعان: إما تأمينات شخصية وهي الكفالة، وإما تأمينات عينية suretés réelles أو الحقوق العينية التبعية، التي نظمها المشرع الجزائري ضمن الكتاب الرابع الذي يشمل المواد من 882 إلى 1001 من القانون المدني، وقسمه بدوره إلى أربعة أبواب، تناول الباب الأول الرهن الرسمي، وفي الباب الثاني حق التخصيص، وفي الباب الثالث الرهن الحيازي، والباب الرابع خصصه لحقوق الامتياز.

ونظراً لما تكتسبه التأمينات العينية فإننا سنتناولها بالتفصيل في هذا الفصل، الذي قسمناه إلى أربعة مباحث، بحيث نتناول في المبحث الأول الرهن الرسمي، وفي المبحث الثاني الرهن الحيازي، ونخصص المبحث الثالث لدراسة حق التخصيص، وفي المبحث الرابع والأخير نتناول حقوق الامتياز.

المبحث الأول: الرهن الرسمي

يحق للدائن مطالبة مدينه بتقديم تأمين عيني خاص يكفل له استيفاء حقه حيث يحمي الدائن من مخاطر إعسار المدين أو تهريبه في الوفاء بدينه، فيحقق له هذا التأمين استيفاء حقه من ثمن المال محل الضمان في جميع الحالات. وقد يرد التأمين العيني على منقول و يسمى بالرهن الحيازي، أو يرد على عقار ويسمى بالرهن الرسمي¹⁷⁹.

الرهن الرسمي هو حق عيني تبعي، يترتب على عقار مملوك للمدين أو لكفيله العيني بمقتضى عقد رسمي ضماناً للوفاء بالالتزام. وقد عرفته المادة 882 من القانون المدني بأنه: "عقد يكسب به الدائن حقاً عينياً على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان".

¹⁷⁹ يمينة حوحو، مرجع نفسه، ص. 50.

من خلال هذه المادة يتضح أن الرهن الرسمي يتميز بخمس خصائص باعتباره حقاً عينياً، وهي:

- حق الرهن الرسمي حق عيني لأنه يخول لصاحبه حق الأفضلية والتقدم على غيره من الدائنين العاديين و الدائنين التاليين له في المرتبة.
 - حق الرهن الرسمي حق تبعية لأنه يتبع الالتزام الأصلي الذي وجد لضمان الوفاء به طبقاً للمادة 893 قانون مدني" لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون بل يكون تابعاً له في صحته وفي انقضائه، ما لم ينص القانون على غير ذلك؛"
 - حق الرهن الرسمي حق عقاري حيث لا يرد إلا على العقارات دون المنقولات.
 - حق الرهن الرسمي حق غير قابل للتجزئة فهو يرد على كل العقار ضمناً لكل الدين طبقاً للمادة 892 من القانون المدني:"كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين، و كل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها، ما لم ينص القانون أو يقضي الاتفاق بغير ذلك"¹⁸⁰.
 - حق الرهن الرسمي حق اتفاقي: التراضي هو العنصر الجوهرى في عقد الرهن إذ لا بد من تطابق إرادتي المدين الراهن والدائن المرتهن أو الكفيل العيني، الراهن لعقاره والدائن المرتهن حيث نصت المادة 884 على أنه يجوز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو شخصاً آخر يقدم رهناً لمصلحة المدين¹⁸¹.
- وبما أن الرهن مصدره العقد أي ينشأ بموجب اتفاق ولذلك يسميه بعض المشرعين كالتشريع الكويتي واللبناني بالتأمين الاتفاقي.
- أما خصائص عقد الرهن الرسمي باعتباره عقداً فهي نفس خصائص العقد الأخرى فهي:
- عقد الرهن الرسمي عقد شكلي لأن توافق الإرادتين وحده غير كاف لإنشائه، فقد ألزمت المادة 883 من القانون المدني إفراغه في عقد رسمي. ويتولى الموثق كضابط عمومي تحرير الرهن الرسمي في حدود سلطته واختصاصه وفق الأشكال التي حددها القانون، لا سيما المواد 324 مكرر 2 إلى 324 مكرر 4 من القانون المدني، وكذا المواد 26 إلى 29 من القانون 02-06 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق¹⁸².
 - عقد الرهن الرسمي عقد مسمى لأن المشرع أخضعه لأحكام خاصة ينفرد بها عن باقي العقود المدنية، وسماه عقد الرهن الرسمي، وأورد له التزامات محددة بموجب المواد 882 إلى 936 ق م ج. وهي تنفرد عن التزامات الرهن الحيازي وباقي الحقوق العينية الأخرى.
 - عقد الرهن الرسمي عقد ملزم لجانب واحد: لا يعد عقد الرهن الرسمي من العقود الملزمة لجانبين رغم أن له طرفين، هما المدين الراهن والدائن المرتهن، لأنه لا ينشئ التزامات إلا في ذمة

¹⁸⁰ محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص.90.

¹⁸¹ يمينة حوحو، مرجع نفسه، ص.55.

¹⁸² القانون رقم 02-06 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق، ج ر العدد.

الراهن سواء كان المدين نفسه أو شخصا آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين (الكفيل العيني)، على عكس الالتزام الأصلي الذي يكون عادة ملزم للجانبين¹⁸³.

• عقد الرهن الرسمي هو عقد معاوضة فهو ليس من عقود التبرع.

بعدما عرفنا عقد الرهن الرسمي وبيننا خصائصه، فإننا سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نتناول في المطلب الأول إنشاء الرهن الرسمي، وفي المطلب الثاني آثار الرهن الرسمي، وفي المطلب الأخير نتناول طرق إنقضائه، تباعا:

المطلب الأول: إنشاء الرهن الرسمي

حتى ينشأ الرهن الرسمي لا بد من توفر أركان العقد، وهي أركان موضوعية وأركان شكلية.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية لإنشاء الرهن الرسمي

نقصد بالشروط الموضوعية التراضي، المحل والسبب في عقد الرهن، سنتعرض للشروط الأولى ضمن الفرع الأول (أطراف عقد الرهن الرسمي)، أما الشرط الثاني فهو السبب في عقد الرهن وهو ضمان الدين، فيلزم أن يكون هناك ديناً مضموناً وينشأ الرهن لضمانه. أما الشرط الثالث وهو محل عقد الرهن الرسمي، يتمثل في العقار المرهون (الفرع الثاني)، والالتزام أو الدين المضمون (الفرع الثالث).

أولاً: أطراف عقد الرهن الرسمي

بما أن الرهن الرسمي هو عقد ملزم لجانب واحد كما أشرنا سابقاً، فشأنه شأن أي عقد لا بد أن يتوفر فيه ركن الرضاء بين أطرافه، وطرفا العقد هما من يشتركان في عملية إبرام العقد، وتتجه إرادتهما إلى الارتباط. وأطراف عقد الرهن الرسمي هما من يوقعان على العقد الرسمي أمام الموظف المختص. ولما كان التراضي يسبق الشكلية، فإن الشكلية لا تغني عن ضرورته. وحتى يكون الرضا سليماً يجب صدوره عن ذي أهلية كاملة خالية من العيوب التي تشوبه.

أ- أهلية الدائن المرتهن:

بما أن عقد الرهن الرسمي هو عقد ملزم لجانب واحد وهو المدين. أما الدائن المرتهن فهو لا يلتزم بشيء بل يحصل على الرهن كضمان لما قدمه للمدين. لذلك اعتبر أغلب الفقهاء الرهن من الأعمال النافعة نفعا محضاً بالنسبة للدائن المرتهن، مما يعني أنه يكتفي توافر سن التمييز بالنسبة له.

ب- أهلية المدين الراهن:

حسب المادة 884 من القانون المدني الجزائري، فإن الراهن قد يكون هو المدين نفسه أو شخصاً آخر هو الكفيل العيني، الذي يقدم عقارا من عقاراته لضمان الوفاء بالتزام المدين تجاه الدائن. ولهذا وبحسب الأصل تسري قواعد الكفالة في العلاقة بين المدين والكفيل العيني ما لم ينص على خلاف ذلك. والكفيل

¹⁸³ يمينة حوحو، مرجع نفسه، ص. 56.

يكون هو طرف عقد الرهن ولا يكون المدين طرفاً في العقد. وبهذا يختلف المدين الراهن عن الكفيل العيني من حيث أن المدين يسأل عن الالتزام في كافة أمواله أي تضمن ذمته المالية الوفاء بديونه ولا يقتصر الضمان على العقار المرهون فقط. أما الكفيل العيني فلا يضمن الالتزام إلا في حدود العقار المرهون¹⁸⁴. وحسب الفقرة الثانية من المادة 884 ق م ج يجب أن يكون الراهن سواء كان مديناً أو كفيلاً عينياً مالكا للعقار المرهون وأهلاً للتصرف فيه. وبما أن الرهن يعتبر من أعمال التصرف وليس من أعمال الإدارة. فهو يمثل تهديداً خطيراً لعناصر الذمة المالية. وبالتالي فإن الرهن الصادر من المدين يعتبر من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، لذلك يشترط في الراهن بلوغ سن الرشد القانوني (19 سنة كاملة)، والرهن الصادر من المدين المميز يكون قابلاً للإبطال.

أما إذا كان الرهن صادراً من الكفيل العيني فهو يعتبر بحسب الأصل من الأعمال الضارة له ضرراً محضاً لأن الكفيل تبرع بالكفالة ولا يجني منفعة شخصية. ومن ثم فلا بد أن تتوفر فيه الأهلية الكاملة، والرهن الصادر عن كفيل مميز، يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً. أما إذا كانت الكفالة بمقابل، فهنا يكون الرهن من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، مما يجيز أن يكون الكفيل مميزاً ويكون رهنه قابلاً للإبطال.

ثانياً: العقار المرهون

يجب أن يتوفر في العقار المرهون ثلاثة شروط أساسية:

أ- أن ينصب الرهن على عقار يجوز التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني:

يجب أن يكون العقار المرهون من الأشياء الداخلة في دائرة التعامل، التي يصح رهنها رهناً رسمياً. أي لا بد أن يكون الشيء المرهون عقاراً، ومما يجوز التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني (المادة 2/886 ق م ج)، فلا يجوز رهن الأموال العامة ولا رهن الأموال الموقوفة أو غير القابلة للحجز عليها¹⁸⁵.

ب- تعيين العقار تعييناً دقيقاً:

لا يجوز أن ينعقد الرهن إلا على عقار، ويجب أن يكون العقار معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه، وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق، وإلا كان الرهن باطلاً. (المادة 886 ق م ج)¹⁸⁶.

يقتصر مبدأ تخصيص الرهن على اشتراط تعيين العقار المرهون ذاته تعييناً دقيقاً دون اشتراط تعيين ملحقاته، لأن المقصود بقاعدة التخصيص فصل العقار المرهون على سائر أموال الراهن للتأكد من أن الرهن ليس عاماً بل خاصاً يرد على عقار بذاته، وإذا لم يتم تحديد العقار فإن الرهن الوارد عليه يمتد إلى ملحقاته بحكم القانون دون حاجة إلى اتفاق صريح بين المتعاقدين، ومعنى أن الرهن يمتد إلى ملحقات

¹⁸⁴ حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي، الجزء الأول، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ط 1، 1986، ص 78، 79.

¹⁸⁵ حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي، المرجع نفسه، ص 79.

¹⁸⁶ تنص المادة 886 ق م ج على أنه: "لا يجوز أن ينعقد الرهن إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك. ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني، وأن يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه، وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق، وإلا كان الرهن باطلاً".

العقار المرهون، أن الدائن عند اتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار ينفذ أيضاً على ملحقاته ويقتضي حقه من ثمن العقار وثمان الملحقات، فما المقصود بملحقات العقار؟

ملحقات العقار المرهون: وقد أورد المشرع أمثلة عن هذه الملحقات بموجب المادة 887 ق م ج يمكن سردها كما يلي:

1. حقوق الارتفاق المقررة لمصلحة العقار المرهون.
2. العقارات بالتخصيص وهي المنقولات التي رصدت لخدمة عقار واستغلاله. كالآلات الفلاحية والمفروشات...
3. كافة التحسينات والإنشاءات التي تعود بالمنفعة على المالك.
4. كل الحقوق العينية التي ترد على عقار كحق الانتفاع وحق الحكر.
5. إلحاق الثمار بالعقار ابتداء من تسجيل نزع الملكية الذي يعتبر بمثابة حجز العقاري، فتوقف وتوزع ثمار العقار المرهون وإيراده مثلما يوقف ويوزع ثمن العقار (المادة 888 ق م ج)¹⁸⁷.

ج- ملكية العقار المرهون للراهن:

حسب نص المادة 884 سالفه الذكر، لا بد أن يكون العقار المرهون مملوكاً للراهن. وبالتالي فما حكم رهن ملك الغير، والرهن الصادر من المالك الظاهر، ومن مالك زالت ملكيته بأثر رجعي، ومن مالك المباني المقامة على أرض الغير، ورهن العقار المملوك على الشيوع؟

- رهن ملك الغير: طبقاً للمادة 884 ق م ج فإن رهن ملك الغير يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً، عكس بيع ملك الغير الذي يمكن إجازته من المالك الأصلي أو انتقلت الملكية بعد البيع إلى البائع (المادة 398 ق م ج).
- الرهن الصادر من مالك ظاهر: المالك الظاهر هو من يظهر أمام الكافة على أنه المالك، فالرهن الصادر منه هو رهن ملك الغير، وبالتالي يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً.

- الرهن الصادر من المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي: تقضي القواعد العامة بأنه إذا أبطل سند الملكية أو فسخ أو زال فإن الملكية تزول بأثر رجعي ويعتبر الشخص كأنه لم يكن مالكاً للعقار المرهون أبداً، ويعتبر الرهن الصادر منه من قبيل رهن ملك الغير ومن ثم لا ينفذ في مواجهة المالك الحقيقي¹⁸⁸. وهنا يثور تساؤل عن المصلحة الواجب ترجيحها، مصلحة المالك الحقيقي أو مصلحة الدائن المرتهن؟ فارتأى المشرع التوفيق بين المصالح المتعارضة. لذلك أورد القانون حكماً مخالفاً نص عليه في المادة 885 ق م ج: "يبقى صحيحاً لمصلحة الدائن المرتهن، الرهن الصادر من المالك الذي تقرّر إبطال سند ملكيته، أو فسخه، أو إلغاؤه أو زواله لأي سببٍ آخر، إذا ثبت أن الدائن كان حسن النية وقت إبرام عقد الرهن". وعليه يجب توفر ثلاثة شروط:

¹⁸⁷ تنص المادة 888 ق م ج على أنه: "توقف وتوزع ثمار العقار المرهون وإيراده مثلما يوقف ويوزع ثمن العقار ابتداءً من تسجيل نزع الملكية الذي هو بمثابة الحجز العقاري".

¹⁸⁸ حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 219.

- 1- يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون في لحظة انعقاد عقد الرهن الرسمي.
- 2- أن يكون الدائن المرتهن حسن النية وقت إبرام عقد الرهن، والمقصود بحسن النية هو عدم علم الدائن المرتهن وقت إبرام الرهن بأن ملكية الراهن مهددة بالزوال بأثر رجعي.
- 3- زوال ملكية الراهن بأثر رجعي. يجب أن يكون الرهن مقيدا وأن يكون تاريخ القيد سابقا على تاريخ زوال سند ملكية الراهن.

• **الرهن الصادر من مالك المباني القائمة على أرض الغير :** تنص المادة 889 ق م ج على أنه: "يجوز لمالك المباني القائمة على أرض الغير أن يرهنها وفي هذه الحالة يكون للدائن حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هدمت المباني، ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المباني وفقا للأحكام الخاصة بالالتصاق"¹⁸⁹.

• **رهن العقار المملوك على الشيوع:** إذا كان العقار مملوكا على الشيوع، فقد يصدر الرهن من جميع الشركاء أو الورثة أو قد يصدر من أحدهم فقط، وقد يكون رهناً للعقار كله أو لحصة شائعة منه، وبالتالي فحسب المادة 890 من ق م ج فإن رهن العقار المملوك على الشيوع يتخذ حالتين:

1- **الرهن الصادر من جميع الشركاء :** نصت المادة 890 ف1 ق م ج على أنه: "يبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع الملاكين لعقار شائع، أيأ كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته". وبالتالي فإن الرهن الصادر من جميع الشركاء (الملاكين) صحيح، فالرهن يكون نافذاً في حق كل الشركاء متى صدر منهم جميعا ويظل نافذا بعد القسمة أيأ كانت النتيجة المترتبة عنها أو على بيع العقار لعدم إمكان قسمته"¹⁹⁰.

2- **الرهن الصادر من أحد الشركاء:** لحصته الشائعة غالباً ما يتخذ هذا الرهن إحدى الصور الثلاثة، إما أن يرهن أحد الشركاء حصته الشائعة، وإما أن يرهن حصة مفرزة وإما أن يرهن العقار الشائع كله.

فطبقاً للمادة 890 ف2 ق م ج فإنه: "إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءاً مفرزاً من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها، انتقل الرهن بمرتبته إلى الأعيان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل، ويبين هذا القدر بأمرٍ على عريضة. ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين (90) يوماً من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة. ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين".

¹⁸⁹ المادة 889 ق م ج على أنه: "يجوز لمالك المباني القائمة على أرض الغير أن يرهنها وفي هذه الحالة يكون للدائن حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هدمت المباني، ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المباني وفقا للأحكام الخاصة بالالتصاق".

¹⁹⁰ يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 67.

• **الرهن الصادر من المالك ملكية احتمالية:** إذا كان المالك يملك العقار ملكية معلقة على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي، فإنه يجوز رهنه، فلا يلزم أن تكون ملكية العقار ملكية باتة. إلا أن مصير الرهن يرتبط بمصير الملكية، فمتى تأكدت الملكية تأكد الرهن والعكس صحيح. أي إذا زالت الملكية يزول الرهن بأثر رجعي. وهو ما تنص عليه المادة 891 ق م ج التي تجيز أيضا أن يترتب ضمانا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار، شرط أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين¹⁹¹.

ثالثا: الدين المضمون بالرهن

يشترط في الدين المضمون شرطان:

أولهما أن يكون الرهن تابعا للدين: نصت المادة 893 ق م ج بأنه: "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"¹⁹².

تبعاً لذلك، يكون الرهن تابعا للدين المرهون في صحته وفي انقضائه، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. وإذا كان الراهن كفيلا عينيا فله أن يتمسك في مواجهة الدائن، بنوعين من الدفع:

- الدفع المتعلقة به خاصة، كبطلان عقد الكفالة أو قابليتها للإبطال، أو الفسخ....
- الدفع التي كان المدين يستطيع الدفع بها لو أنه كان هو المطالب بدفع قيمة الدين، كبطلان الدين، أو انقضائه بالمقاصة، أو الإبراء أو التقادم....

ثانيهما تعيين الدين المضمون: عرفنا أن مبدأ تخصيص الرهن له شقان: أحدهما يتعلق بالعقار المرهون والثاني

يتعلق بالدين المضمون. وقد سبق وعرفنا أن العقار المرهون يجب أن يكون معيناً بذاته تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه. وبنفس الشرط بالنسبة للدين المضمون، لا بد من تعيينه تعييناً دقيقاً، إذ يجب أن يعلم الغير مقدار ما يثقل العقار من ديون حتى يتبين ما إذا كان الراهن قد استنفد ائتمانه على العقار، أم أن العقار ما زال قادراً لضمان دين جديد. ويترتب على تخلف شرط تعيين الدين المضمون بطلان عقد الرهن كما هو الحال في تخلف التعيين الدقيق للعقار المرهون.

تعيين الدين المضمون يقتضي أن يكون محله معيناً، بأن يذكر أنه دفع مبلغ من النقود أو أنه عمل آخر. كما يجب تعيين مصدر الدين، بأن يقر أنه ناشئ عن عقد قرض، أو عقد بيع، أو غير ذلك، لأن تعيين

¹⁹¹ المادة 891 ق م ج على أنه: "يجوز أن يترتب الرهن ضمناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي كما يجوز أن يترتب ضمناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين".

¹⁹² المادة 889 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".

مصدر الدين هو الذي يحدد ذاتيته ويحول بالتالي دون مد الرهن لضمان ديون أخرى، كما يمكن للغير معرفة الأسباب التي تؤثر على الدين، وتؤثر بالتالي على الرهن نفسه. (محمد صبري السعدي، ص 74، 75) جزار نورية، التامينات العينية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، السنة الجامعية: 2016-2017، ص 15.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية لإنشاء الرهن الرسمي

الرهن الرسمي عقد شكلي، يجب إفراده في قالب رسمي يحرر بمعرفة ضابط مختص أو الموثق، كما يجب أن يشمل عقد الرهن على بيانات خاصة بأطراف العقد، والعقار المرهون وبالالتزام أو الدين المضمون، وهذا هو مبدأ تخصيص الرهن.

أ- الرسمية في إبرام عقد الرهن:

تعد الرسمية شرط أساسي لانعقاد عقد الرهن الرسمي، كما يبق ذكره، حيث تنص المادة 883/1 ق.م.ج على أنه: "لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون." مما يعني أن إبرام عقد الرهن يستلزم إفرار التعبير عن رضا طرفيه في عقد شكلي رسمي، ويكون ذلك أمام الموثق، فالتراضي وحده غير كافٍ لإنشاء هذا العقد¹⁹³.

فالرسمية ركن في عقد الرهن لا ينعقد بدونها، فإذا تخلف وقع العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا يترتب عليه أي أثر، ولكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها. كما تنص الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه "وتكون مصاريف العقد على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك." ونقصد بنفقات العقد سواء ما تقتضيه الرسمية من مصروفات أو نفقات أخرى على عاتق الراهن إلا إذا تم الاتفاق مع الدائن المرتهن على غير ذلك. أما إذا كن الراهن كفيلاً عينياً فعلياً أن يتحمل نفقات الرهن وفقاً للنص السابق تم يرجع بها على المدين المكفول بالرهن إلا إذا كان لديه نية التبرع بتلك النفقات.

أما فيما يخص بيانات التخصيص في عقد الرهن، فقد قررها المشرع في المواد من 26 إلى 32 من قانون التوثيق والتي يمكن حصرها كما يلي:

- 1- شروط تتعلق بلغة تحرير العقد (حسب المادة 26 هي اللغة العربية).
 - 2- بيانات تتعلق بأطراف العقد (المادة 29).
 - 3- بيانات تتعلق بالموثق (المادة 29).
 - 4- بيانات تتعلق بأطراف متدخلة.
 - 5- بيانات تتعلق بموضوع العقد.
- و حسب ما جاء في المادة 27 من قانون التوثيق يمنع كل تحرير أو كتابة بين الأسطر أو أي إضافة و إلا عد كل ذلك باطلاً.

¹⁹³ يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 62.

كما يمكن أن يبرم رهن رسميا في الخارج بين جزائريين على عقار موجود في الجزائر ويتولى تحريره إما القنصل الجزائري في ذلك البلد حسب ما جاء في المادة 34 من الأمر 12/77 المؤرخ في 02/03/1977 م المتعلق بتنظيم الوظيفة القنصلية¹⁹⁴. ويمكن أيضا أن يحرر عقد الرهن الرسمي بمعرفة موثق أجنبي في بلد أجنبي بين جزائريين أو جزائري وشخص أجنبي على عقار متواجد داخل التراب الجزائري، إلا أنه لا ينفذ في الجزائر إلا بعد الحصول على أمر تنفيذي أي يجب إماره بالصيغة التنفيذية من جهة قضائية جزائرية حسب نص المادة 605 ق م إ¹⁹⁵.

ب-الوكالة والوعد في إبرام عقد الرهن:

يجوز التوكيل لإنشاء الرهن الرسمي كما هو الحال بالنسبة لباقي العقود، إلا أن هذه الوكالة يجب أن تكون وكالة خاصة وليست عامة حتى ولو لم يعين محل هذا العمل (العقار محل الرهن) على وجه التخصيص، فتصبح ولو ولم يعين العقار محل الرهن على وجه التخصيص وهذا ما قرره المادة 574 ق م ج. كما يجب أن يفرغ عقد الوكالة الخاصة في الشكل الواجب توفره في العمل القانوني (الشكل الرسمي) وتحرر بمعرفة الموثق المختص، وهذا ما جاء في المادة 572 ق م ج. قلة مريم، الرهن الرسمي في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق تخصص إدارة الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة خميس مليانة، 2013/2014، ص 20، 21.

ونفس الحكم يطبق بالنسبة للوعد بالرهن الرسمي مادام أن هذا الأخير ينصب على عقار، طبقا للمادة 2/71 ق م ج.

المطلب الثاني: آثار الرهن الرسمي

رأينا سلفا أن الرهن الرسمي بأنه عقد ينشئ حقوقا والتزامات في ذمة طرفيه، كما أنه حق عيني تبقي نافذ في مواجهة الغير، لذلك فإن آثار الرهن الرسمي تتخذ صورتين، آثار العقد بالنسبة للمتعاقدين (المطلب الأول) و آثار العقد بالنسبة للغير (المطلب الأول).

الفرع الأول: آثار الرهن الرسمي بين المتعاقدين

عقد الرهن الرسمي عقد ملزم لجانب واحد، لذلك فهو يولد التزامات وحقوق في ذمة المدين الراهن، ويولد حقوقا في ذمة الدائن المرتهن.

¹⁹⁴ يمينة حوجو، المرجع السابق، ص 62.

¹⁹⁵ تنص المادة 605 ق م إ على أنه: "لا يجوز تنفيذ العقود والسندات الرسمية المحررة في بلد أجنبي إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية: 1-توافر الشروط المطلوبة لرسمية السند وفقا لقانون البلد الذي حرر فيه. 2- توفره على صفة السند التنفيذي وقابليته للتنفيذ وفقا لقانون البلد الذي حرر فيه. 3-خلوه مما يخالف القوانين الجزائرية والنظام العام والأداب العامة في الجزائر".

أولاً: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمدين الراهن

إن الرهن الرسمي يولد التزامات وحقوق في ذمة المدين الراهن تجاه الدائن المرتهن، هي كالاتي:

أ-التزامات المدين الراهن:

• التزام الراهن بإنشاء حق الرهن لمصلحة الدائن المرتهن: يرتب عقد الرهن الرسمي التزاما في ذمة الراهن سواء كان مدينا أو كفيلا عينيا وهو الالتزام بتقرير حق الرهن على العقار لمصلحة الدائن المرتهن، وينتج الرهن أثره فوراً وبقوة القانون، وينشأ حق الدائن المرتهن بمجرد العقد ولا تتوقف نشأته على إجراء لاحق كإجراء الشهر مثلاً.

• التزام الراهن بضمان سلامة العقار المرهون:

يعني أن الراهن ملزم ببقاء العقار المرهون بالحالة التي كان عليها وقت إنشاء الرهن، فالراهن يلتزم كما في عقد البيع بضمان التعرض والاستحقاق فهو ملزم بضمان فعله الشخصي بالامتناع عن كل تعرض مادي أو قانوني، كما يلزم بضمان تعرض الغير للدائن المرتهن تعرضاً قانونياً بسبب يرجع إليه¹⁹⁶.

1-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 إنقاصاً كبيراً، وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية اللازمة وأن يرجع على الراهن بما ينفق في ذلك".

يفهم من هذه المادة أن الراهن يضمن سلامة العقار المرهون حتى تاريخ الوفاء بالدين، وللدائن المرتهن الاعتراض على كل عمل أو تقصير ينقص من الضمان، وله اتخاذ كل الإجراءات التحفظية يحفظ بها حقه ثم يرجع على الراهن بالنفقات والمصروفات.

2-وحسب المادة 899 ق م ج فإنه: "إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه، كان

للدائن المرتهن الخيار بين أن يطلب تأميناً كافياً أو أن يستوفي حقه فوراً.

وإذا نشأ الهلاك أو التلف عن سبب لا ينسب إلى الدائن (سبب أجنبي) ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين، فللمدين الخيار بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل.

وفي جميع الأحوال، إذا كان من شأن الأعمال الواقعة أن تُعَرِّض 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".

ب-حقوق المدين الراهن:

إن موقف الطرفين (علاقة الدائن المرتهن والمدين) يتغير تغيراً ملموساً بسبب الرهن الرسمي، ونكون أمام مرحلتين، أولاً قبل الحجز، وثانياً بعد الحجز.

¹⁹⁶ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 90. لخضر غويسم، آثار الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية: 2012-2013، ص 29.

• علاقة الدائن المرتهن والمدين قبل الحجز:

قبل الحجز يبقى المدين مدينا شخصيا للدائن المرتهن ويحتفظ بكل سلطاته على العقار بوصفه مالكا له. بناء على ما سبق، نجد أن الدائن المرتهن يظل دائنا شخصيا للمدين الراهن، مما يعني أن الدائن لا يكتسب أي حق من حقوق المالك على العقار المرهون، لأن الرهن الرسمي ليس من الحقوق المتفرعة عن الملكية، والمالك لا ترفع يده عن العقار بل يبقى في حوزته وتبقى له جميع سلطاته على العين المرهون، وهي كالاتي:

1- الحق في التصرف: يحتفظ المدين بحق التصرف في عقاره أو رهنه رهنا تأمينيا جديدا فذلك لا يضر بمصلحة الدائن المقيد رهنه نظرا لحق الأفضلية وحق التتبع الممنوحين له¹⁹⁷. طبقا للمادة 894 ق م ج التي تنص على أنه: "يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون على أن أي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن".

ومن أمثلة التصرفات يستطيع الراهن أن يبيع العقار أو يقايض عليه أو يهبه... إلخ، لكن الملكية تنتقل مثقلة بالرهن مادام الرهن قد قيد قبل تسجيل عقد البيع أو المقايضة أو الهبة، كذلك يستطيع الراهن أن يقرر على العقار حقا عينيا أصليا كحق الانتفاع أو حق الارتفاق، وأخيراً يستطيع أن يرتب على العقار المرهون حق رهن آخر رسمياً كان أو حيازياً¹⁹⁸.

2- الحق في الإدارة والاستغلال: قبل الحجز فإن الثمار تكون مملوكة للمدين ولا يقدم عنها حسابا ويجوز التصرف فيها، والحق في استغلال العقار، لا يقيد في ذلك إلا قيد واحد وهو عدم إلحاق الضرر بحقوق الدائن المرتهن، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري بموجب المادة 895 ق م ج: "إن للراهن الحق في إدارة العقار المرهون وفي قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار". كما تقضي المادة 888 ق م ج بأن: "توقف وتوزع ثمار العقار المرهون وإيراده مثلما يوقف ويوزع ثمن العقار ابتداء من تسجيل نزع الملكية الذي هو بمثابة الحجز العقاري".

كما يمكن للراهن أن يؤجر العقار المرهون. إلا أن المشرع وضع قيودا على الإيجار بموجب المادة 896 ق م ج التي تنص على أن: "الإيجار الصادر من الراهن لا ينفذ في حق الدائن المرتهن إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، أما إذا لم يكن الإيجار ثابت التاريخ على هذا الوجه، أو كان قد عُقد بعد تسجيل التنبيه ولم تُعجل فيه الأجرة، فلا يكون نافذاً إلا إذا أمكن اعتباره داخلاً في أعمال الإدارة الحسنة. وإذا كان الإيجار السابق على تسجيل التنبيه تزيد مدته عن تسع (9) سنوات، فلا يكون نافذاً في حق الدائن المرتهن إلا لمدة تسع (9) سنوات، ما لم يكن قد سُجِّل قبل قيد الرهن".

طبقاً لهذه الأحكام إذا كان الإيجار مسجلاً قبل قيد الرهن فهو ينفذ في حق الدائن المرتهن أيأ كانت مدته ولو كانت تزيد عن تسع (9) سنوات، أما إذا كان الإيجار غير مسجل قبل قيد الرهن فينبغي حتى ينفذ ويُنفذ في مواجهة الدائن المرتهن أن يكون ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، و في هذه الحالة لا

¹⁹⁷ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 154.

¹⁹⁸ بوخاتم، محاضرات في مقياس التأمينات الشخصية والعينية، لطلبة السنة الثالثة تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، السنة الجامعية: 2014/2015، ص 53.

ينفذ في مدة تزيد عن تسع (9) سنوات، ومدة تسع (9) سنوات يجب أن تُحسب من تاريخ بدء الإيجار، أما إذا كان الإيجار غير ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية فهو كإيجار الصادر بعد تسجيل التنبيه، أي في فترة تعلق فيها حق الدائن المرتهن في الأجرة، لذا فهو لا ينفذ في حقه إلا إذا أمكن اعتباره من أعمال الإدارة الحسنة، ويعتبر الإيجار كذلك إذا كانت الأجرة مساوية لأجرة المثل¹⁹⁹.

وحسب المادة 897 ق م ج يمكن للراهن أن يؤجر العقار ويقبض الأجرة ويحولها للغير، إلا أن المخالصة بالأجرة لا تكون مقدما لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ولا الحوالة بها كذلك نافذة في حق الدائن المرتهن، إلا إذا كان تاريخها ثابتا وسابقا لتسجيل تنبيه نزع الملكية. وإذا كانت المخالصة أو الحوالة لمدة تزيد على ثلاث (3) سنوات فإنها لا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن إلا إذا سجلت قبل قيد الرهن، وإلا خفضت المدة إلى ثلاث سنوات، مع مراعاة المقتضى الوارد في الفقرة السابقة."

3- الحق في الاستعمال: يقصد بالاستعمال سلطة المالك في القيام بأعمال مادية للاستفادة من منافع الشيء وفق ما تسمح به طبيعته والغرض الذي أعد من أجله²⁰⁰.

الرهن الرسمي لا يمنع الراهن من استعمال العقار المرهون بأي وجه من أوجه الاستعمال. فإذا كان عقارا مبنيا له استعماله بسكناه، وإذا كان أرض فضاء، له أن يستعملها سواء للإقامة فيها، أو يبني عليها بنيانا يستعمله بسكناه أو باستغلاله طالما أن إقامة هذا البناء لا ينقص من قيمة العقار المرهون، وإذا كان العقار أرضا زراعية فيستمر في زراعتها واستغلالها وفي التصرف في ثمار الزرع²⁰¹ كما رأينا سلفا.

• علاقة الدائن المرتهن والمدين بعد الحجز:

بعد الحجز يتجرد الراهن من سلطاته على العقار ويجري الدائن المرتهن الحجز والبيع بالمزاد العلني، دون اللجوء إلى الحصول على حكم بإلزام مدينه بالوفاء، لأن بيده سندا رسميا صورته التنفيذية مذيلة بالصيغة التنفيذية عملا بالمادة 20 من قانون التوثيق الجزائري الصادر بالأمر رقم 70-91.

ثانيا: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للدائن المرتهن

أ- حق الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار المرهون: الهدف الأساسي من الرهن بالنسبة للدائن المرتهن هو استيفاء حقه من العقار عن طريق بيعه بالمزاد العلني، ثم يحصل على حقه من الثمن بالأولوية على الدائنين العاديين. وهو ما يعرف بحق الدائن في التنفيذ على العقار المرهون²⁰². وطبقا للمادة 902 من ق م ج يتم البيع في الأجل ووفقا للأوضاع المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.. وهكذا لم يختلف وضع الدائن المرتهن عن وضع الدائن العادي إلا عند توزيع ثمن العقار بعد بيعه بالمزاد العلني فيتقدم الدائن المرتهن عن باقي الدائنين العاديين.

¹⁹⁹ بوخاتم، محاضرات في مقياس التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 54.

²⁰⁰ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 156.

²⁰¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 179.

²⁰² حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 359.

كما يمكن للدائن أن ينفذ على أموال المدين غير المرهونة، إذا تبين أن ثمن العقار المرهون بعد البيع لم يغط قيمة الدين ولكن بصفته دائناً عادياً وليس دائماً مرتباً.

ب- حقوق الدائن المرتب تجاه الراهن الكفيل العيني: في هذه الحالة فإن الدائن المرتب ليس له إلا التنفيذ على العقار محل الرهن ولا يجوز له الرجوع على ذمته المالية. لأن الكفيل لا يجب عليه الضمان العام على جميع أمواله للوفاء بالدين المضمون. حتى ولو كان ثمن العقار لا يفي بقيمة الدين، بل له الرجوع على أموال المدين الأصلي باعتبارها الضمان العام. ولا يكون حق الدفع بتجريد المدين إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك. وهذا ما قرره المادة 901 ق م ج.

وحسب الفقرة الثانية من المادة 902 ق م ج فإذا كان الراهن شخصاً غير المدين، جاز له تفادي أي إجراء موجه إليه إن هو تخلى عن العقار المرهون وفقاً للأوضاع والأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار. طبقاً للمادة 903 ق م ج وكقاعدة عامة، فإن الاتفاق على تملك العقار المرهون للدائن المرتب في حالة عدم الوفاء بالدين وقت حلول أجله يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً، وكذلك يقع باطلاً شرط الطريق الممهد الذي يسمح للدائن بالبيع الودي²⁰³ دون احترام للإجراءات التي فرضها القانون، حتى ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن، لأن ذلك من شأنه الإضرار بحق بقية الدائنين. غير أنه يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن يتنازل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه.

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم 40184 المؤرخ في 1987/07/01 الذي جاء فيه: "متى كان نص المادة 903 من القانون المدني يبطل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون نظير ثمن معلوم أياً كان، فإن سكوت المدين عند انتهاء عقد الرهن وعدم قيام الدائن بأي إجراء كمطالبته بدينه لا يعطي الحق للدائن المرتب بتملك العقار، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون في غير محله يستوجب الرفض...".

الفرع الثاني: آثار الرهن بالنسبة إلى الغير

يخول حق الرهن الرسمي لصاحبه سلطاتي التقدم والتبعية، لكنه لا يستطيع هذا الدائن المرتب التمسك بهذه السلطات في مواجهة الغير بمجرد إبرام العقد، بل لا بد له من قيد الرهن كشرط لنفاذه في حق الغير. فمن هو الغير المقصود هنا؟

الغير هو كل شخص يمكن أن يتضرر من وجود الرهن الرسمي، أي يتضرر من مباشرة الدائن المرتب حقه في التقدم والتبعية. وهم الدائنون العاديون للراهن، والدائنون أصحاب التأمينات العينية المتأخرة في المرتبة عن مرتبة الدائن المرتب على نفس العقار، إذ يتقدم عليهم في استيفاء حقه. وكل من يكتسب على العقار المرهون حقوقاً عينية أصلية بعد ترتيب حق الرهن، إذ يستطيع الدائن المرتب أن يتبع العقار أيديهم، على أن نفاذ الرهن الرسمي على الغير يتوقف على قيد الرهن في السجلات المعدة لذلك ومنذ تاريخ إجراء القيد²⁰⁴.

²⁰³ بوخاتم، محاضرات في مقياس التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 54.

²⁰⁴ بوخاتم، محاضرات في مقياس التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 61.

أولاً: قيد الرهن الرسمي

القيد هو وسيلة شهر الرهن الرسمي. والقيد ليس شرطاً من شروط انعقاد الرهن، بل هو شرط ضروري لنفاذ الرهن في مواجهة الغير²⁰⁵.

أ- أحكام قيد الرهن الرسمي:

حسب المادة 904 ق م ج لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير ما لم يقيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار.

لا يصح التمسك تجاه الغير بتنفيذ حوالة الرهن الرسمي أو الحلول محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق، ولا التمسك بالتنازل عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر، إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي. تكون مصاريف القيد وتجديده وشطبه على الراهن، ما لم يتفق على خلاف ذلك.

ب- إجراءات القيد:

تنص 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"، كما تنص المادة 906 ق م ج "تكون مصاريف القيد وتجديده وشطبه على الراهن، ما لم يتفق على غير ذلك"، يتضح مما سبق أن إجراءات القيد وتجديده ومحوه تنظمها قواعد الإشهار العقاري، كما تحدد هذه القواعد آثار القيد أيضاً، ويتم قيد الرهن الرسمي بناءً على طلب ذوي الشأن الراهن أو الدائن المرتهن، أو من يقوم مقامهم، حتى يحقق نفاذ رهنه في مواجهة الغير²⁰⁶.

مما يعني أن قيد الرهن الرسمي وشهره يتم لدى المحافظة العقارية في مكتب الإشهار العقاري الذي يقع في دائرة تواجد العقار المرهون، في دفتر الرهون، ولا يجب الاكتفاء بتسجيله لدى مفتشية التسجيل التابعة لمصلحة الضرائب، لأن التسجيل يبقى مجرد إجراء لسداد الرسوم المفروضة على العقد لفائدة الخزينة العمومية. أما الشهر فهو إجراء جوهري هدفه إعلام الغير بحدوث حركة في العقار محل الشهر²⁰⁷.

ج- موانع إجراء القيد:

هناك عدة حوادث يكون قيد الرهن بعدها غير مجد للدائن، فلا يمكن أن ينتج القيد أثره في حق الغير، ولا يمكن إجراءه أصلاً.

• تسجيل تصرف ناقل ملكية العقار المرهون إلى الغير: إذا تصرف الراهن في العقار المرهون وسجل التصرف قبل قيد الرهن، ترتب على ذلك خروج العقار المرهون من ملك الراهن، فيصبح قيد الرهن دون جدوى، وكذلك إذا بيع العقار جبراً و سجل حكم مرسى المزاد قبل قيد الرهن فإن قيد الدائن رهنه بعد ذلك لم يكن للقيد أي أثر بالنسبة للمتصرف له²⁰⁸.

²⁰⁵ حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 380.

²⁰⁶ بوخاتم، محاضرات في مقياس التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 64.

²⁰⁷ عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، الجزء الثاني، نظرية الحق، برتي للنشر، د ط، د ت ن، ص 389.

²⁰⁸ بوخاتم، محاضرات في مقياس التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 65.

• حالة الإفلاس: فإذا صدر حكم بشهر إفلاس الراهن فلا يجوز إجراء قيد الرهن الرسمي بعد صدور الحكم، طبقاً للمادة 904 ق م ج: "لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير... وذلك دون الإخلال بالأحكام المقررة في الإفلاس".

• تسجيل تنبيه نزع الملكية: لكل دائن الحق في مباشرة إجراءات التنفيذ على عقارات مدينه سواء كان دائناً مرتباً أو عادياً، وتبدأ إجراءات التنفيذ بتنبيه المدين بنزع ملكية العقار. فإذا تم ذلك التنبيه إلى المدين قبل إجراء القيد يوقف القيد.

• وفاة الراهن: هذه الحالة اختلف حولها الفقه، فذهب الاتجاه الأول إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية التي تقضي بأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون، والتركة يجب أن تبقى على حالها، ولا يجوز أن ينشأ أحد الدائنين لصالحه أولوية لم تكن له قبل وفاة المدين الراهن. أما الاتجاه الثاني، فذهب إلى أن قيد الرهن لا يعدو أن يكون إجراءً تحفظياً لينتج الرهن أثره، وموت الراهن لا يؤثر في هذه الإجراءات. ولا يصح حرمان الدائن المرتب من قيد رهنه إلا بناء على نص قانوني وهو ملا يوجد، وهو الرأي الذي رجحه أغلب الفقه²⁰⁹.

د- تخصيص قيد الرهن وجزء تخلفه:

إضافة إلى قاعدة تخصيص الرهن الوارد في عقد الرهن ذاته سواء من حيث الدين المضمون أو العقار المرهون. لقد فرض المشرع تخصيص قيد الرهن حماية للغير الذي يحتج في مواجهتهم بالرهن. فالأصل أن التخصيص في عقد الرهن يحمي الدائن والمدين. فإن التخصيص في القيد يستهدف حماية الغير حتى يتعرفوا بدقة على العقار المحمل بالرهن والقيد، ومقدار الديون التي تثقل هذا العقار. يقصد بقاعدة التخصيص أن يشمل الدين المضمون والعقار المرهون، فيشمل القيد قائمة ببعض البيانات المحددة، يمكن إجمالها فيما يلي:

• تحديد البيانات اللازمة لتعيين ذاتية الدائن المرتب والراهن (المدين أو الكفيل العيني): اسمهما، لقبهما، وظيفتهما و محل إقامتهما بغرض تيسير الإعلانات القضائية والقانونية اللازمة... وإذا كان الدائن أو المدين شخصاً معنوياً يجب بيان اسم الشخص المعنوي ومركزه الرئيسي ونائبه القانوني...

• بيانات عن عقد الرهن: تاريخ إبرامه، الجهة التي تم توثيقه أمامها، وذلك حتى يتمكن الغير من الإطلاع على عقد الرهن أو الحكم الصادر بشأنه.

• تخصيص القيد من حيث الدين المضمون: بتحديد السند المثبت للدين، مصدر الدين، مقداره وموعد استحقاقه.

• تخصيص القيد من حيث العقار المرهون: تحديد العقار، مساحته وموقعه وكافة أوصافه، ويجوز القيد على عقار مستقبل كما أشرنا سلفاً.

في حالة تخلف تخصيص القيد بإغفال القائمة لبيان من البيانات التي استلزم المشرع وجودها، أو في حالة القيد المعيب عند عدم استيفاء البيان للشروط القانونية اللازمة لا يترتب عليه بطلان القيد بصورة

²⁰⁹ السهوري، الجزء العاشر، ص 462. وحسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 398.

تلقائية أو بالضرورة، إلا إذا كان قد نتج عنه ضرر للغير وبناءً على طلب المتضرر، فالقيود إذا تم ببيانات ناقصة أو غير دقيقة لا ينتج أثره من حيث سريان الرهن في حق الغير في حدود النقص أو الإغفال²¹⁰.

هـ- سقوط قيد الرهن الرسمي، شطبه، تخفيضه وتجديده :

● **سقوط القيد:** نصت المادة 1/96 من المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على أنه تحتفظ التسجيلات بالرهن والامتياز طيلة عشر (10) سنوات ابتداء من يوم تاريخها، ويوقف أثرها إذا لم يتم تجديد هذه التسجيلات قبل انقضاء هذا الأجل. والقيد الساقط يمحي بأثر رجعي ويعتبر كأنه لم يكن. أما الرهن الرسمي فيبقى ساري المفعول مما يسمح للمرتهن بإجراء قيد جديد غير أن ترتيبه في الأفضلية يأتي حسب تاريخه الجديد فهو لا يبعث إلى الحياة القيد الساقط.

● **تجديد القيد:** التجديد يحفظ للقيد السابق ترتيبه في الأفضلية كما هو، فالتجديد قاطع لميعاد السقوط في نظام الشهر الشخصي، غير أنه يجب إجراؤه قبل انقضاء ميعاد السقوط حتى الساعة الأخيرة من اليوم الأخير من الميعاد. وإجراءات التجديد أبسط من إجراءات القيد السالفة الذكر، ويمكن إجراء تجديدات متتابعة حفاظاً على الرهن²¹¹.

ونصت المادة 2/96 من المرسوم رقم 63-76 السالف الذكر على أنه: "غير أن المؤسسات و الجماعات العمومية يمكنها الاستفادة من إعفاء قانوني للتجديد لمدة عشر سنوات طبقاً لكيفيات ستحدد بمرسوم"، وقد صدر المرسوم 77-47 المؤرخ في 19 فبراير 1977 ينص على تجديد قيود الامتياز والرهن العقاري لفائدة بعض المؤسسات والجماعات المحلية، وجعلت مدة تجديد القيد بخمسة وثلاثين (35) سنة بدلاً من عشر (10) سنوات، وهذه المؤسسات هي: المؤسسات المصرفية الوطنية، الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط، وكذلك الدولة والبلدية تستفيد من هذه المدة بالنسبة للقروض الممنوحة للهيئات السكنية²¹².

● **شطب القيد أو محوه:** يجري شطب القيد أمين مكتب الرهن أو المحافظ العقاري، وهو نوعان:

1- **الشطب الاختياري:** بناءً على طلب الدائن المرتهن الذي يقر رفع القيد كلياً وهو ما يعرف بالشطب الاختياري، إلا أن هذا الشطب لا يعني تنازل المرتهن عن رهنه الرسمي. بل يظل محتفظاً بحقه في الرهن فيجوز له إجراء قيد جديد، غير أن هذا القيد الجديد لا يأخذ ترتيبه في الأفضلية إلا من تاريخه. ورفع القيد الاختياري يستلزم أهلية التصرف لدى الدائن المرتهن إذا لم يكن قد تم الوفاء بالدين. ويجري المحافظ العقاري الشطب بالتأشير على هامش القيد وتحت مسؤوليته.

²¹⁰ بوخاتم، محاضرات في مقياس التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 65. وحسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 410، 411.

²¹¹ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 148، 149.

²¹² بوخاتم، محاضرات في مقياس التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 66.

2- الشطب القضائي: وهو الشطب الذي يتم بناء على أمر المحكمة التي تحكم برفع القيد كلية إزاء رفض الدائن إجراء الشطب الاختياري. إذ يحق لكل ذي مصلحة أن يطلب من المحكمة أن تأمر برفع القيد إما لبطلان الرهن الرسمي وإما لانقضائه وإما في حالة عدم صحة القيد قانوناً²¹³.

3- الغاء الشطب أو إبطاله: لا يحتج بهما على الغير الذين يجرون قيوداً لهم في خلال الفترة ما بين حصول الشطب وبين الغائه أو إبطاله.

الفرع الثالث: حق التقدم وحق التتبع

يعتبر حق التقدم وحق التتبع مظاهر نفاذ الرهن الرسمي في حق الغير، فلا يستطيع الدائن المرتهن مواجهة الغير واستعمال حقه في التتبع والتقدم في التنفيذ على العقار إلا بعد إجراء القيد كما رأينا. فما المقصود بهذين الحقين؟

أولاً: حق التقدم أو الأفضلية

حق التقدم يمثل العلاقة بين الدائن المرتهن والدائنين الآخرين، نص عليه المشرع الجزائري في المواد من 907 إلى 910 من القانون المدني. وهو ميزة قانونية تُمكن الدائن المرتهن من استيفاء حقه- من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار- مفضلاً ومتقدماً على غيره من الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة سواء بقي في يد الراهن أو انتقل العقار إلى الحائز²¹⁴، حيث تنص المادة 907 ق م ج على أنه: "يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم تجاه الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل العقار، بحسب مرتبة كل منهم ولو كان قد أجروا القيد في يوم واحد". وتحسب مرتبة الدائن المرتهن وفقاً للمادة 908 ق م ج من وقت وتاريخ قيد الرهن (حيث يحدد تاريخ القيد باليوم والشهر والسنة والساعة)، حتى لو كان الدين المضمون بالرهن معلقاً على شرط أو كان ديناً مستقبلاً أو احتمالياً، ولو كانوا قد أجروا القيد في يوم واحد. فمعيار الأولوية أو الأفضلية في القيد هو الذي يحدد مرتبة الدائنين المرتهنين حتى ولو سبق أحدهما الآخر بساعة من الزمن.

• نطاق أو محل حق الأفضلية: هو ما يباشر عليه الدائن حقه في التقدم وبصفة أصلية يباشر حق الأفضلية على العقار المرهون بعد بيعه بالمزاد العلني، وملحقات العقار، وقد ينتقل إلى التعويض المستحق بسبب هلاك الشيء المرهون.

• موضوع الأفضلية: أو الحقوق التي يستوفىها الدائن بطريق الأفضلية، وفي هذا تنص المادة 909 ق م ج على أنه: "يترتب على قيد الرهن إدخال مصاريف العقد والقيد والتجديد إدخالاً ضمنياً في التوزيع وفي مرتبة الرهن نفسها. وإذا سجل أحد الدائنين تنبيه نزع العقار، انتفع سائر الدائنين بهذا التسجيل".

²¹³ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 150.

²¹⁴ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 118.

فحسب هذه المادة فإن الحقوق التي يستوفها الدائن بطريقة الأفضلية هي أصل الدين وهو المبلغ الثابت في القيد. والفوائد المستحقة من وقت القيد، والمصروفات التي تشمل نفقات الرهن وقيده و تجديده.

• نزول الدائن المرتهن عن مرتبته لدائن آخر: نصت المادة 910 ق م ج على أنه يمكن للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه في حدود الدين المضمون بهذا الرهن لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار. ويجوز التمسك تجاه هذا الدائن الآخر بجميع أوجه الدفع التي يجوز التمسك بها تجاه الدائن الأول، عدا ما كان منها متعلقا بانقضاء حق هذا الدائن الأول، إذا كان هذا الانقضاء لاحقا للتنازل عن المرتبة.

ثانيا: حق التتبع

حق التتبع يبين لنا العلاقة بين الدائن المرتهن والغير الذي يكتسب ملكية العقار المرهون، والتي نظمها المشرع الجزائري في المواد 911 إلى 914 ق م ج، وحق التتبع هو قدرة الدائن المرتهن على التنفيذ على العقار المرهون رهنا رسميا عن طريق الحجز وبيع المال المرهون وهو في يد الغير الذي اكتسب ملكيته. ولا يترتب على بيع عقار مرهون انتقال الدين الى المشتري إلا إذا وُجد اتفاق صريح²¹⁵ بين البائع (الراهن) والمشتري (الحائز للعقار المرهون) طبقا للمادة 1/935 ق م ج. وحق التتبع يثبت لكل دائن مرتهن حتى ولو كانت مرتبة رهنه لا تسمح له باستيفاء حقه من ثمن العقار المرهون. وهذا ما نصت عليه المادة 911 ق م ج: "يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن يقوم بنزع ملكية العقار المرهون من يد الحائز لهذا العقار، إلا إذا اختار الحائز أن يقضي الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه. ويعتبر حائزا للعقار المرهون، كل من انتقلت إليه بأي سبب من الأسباب ملكية هذا العقار أو أي حق عيني آخر قابل للرهن، دون أن يكون مسؤولا مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن."

أ-الشروط الواجب توافرها لاستعمال الدائن حقه في التتبع:

- 1- حلول أجل الدين المضمون. أي يكون الدين مستحق الأداء.
- 2- يجب أن يكون الرهن نافذا في مواجهة الحائز. فيشترط أن يكون الراهن قد تصرف في العقار المرهون سواء بنقل الملكية أو بترتيب أي حق عيني على العقار.
- 3- يجب أن يكون الرهن قد سبق شهره قبل شهر التصرف في العقار المرهون. أما إذا كان الرهن المقيد قد أغفله حافظ الرهون في الشهادة العقارية المقدمة إلى من اكتسب ملكيته فإن هذا الرهن لا يُحتج به على الغير إلا إذا كانت الشهادة قد طُلبت قبل شهر التصرف²¹⁶.
- 4- يجب أن يكون التصرف الذي أجراه الراهن من التصرفات التي لا تطهر العقار من الرهن والمصاريف التي تثقله.

²¹⁵ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 160.

²¹⁶ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 162.

ب- الإجراءات الواجب مباشرتها من الدائن لحق التتبع:

- 1- أن يقوم الدائن بالتنبيه على المدين بالوفاء، ويسمى تنبيه نزع الملكية.
- 2- إنذار الحائز بدفع الدين أو تخلية العقار وإلا تم التنفيذ في مواجهته (المادة 923 ق م ج).
- 3- أن يسجل التنبيه و الإنذار. وقد يكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه في وقت واحد (المادة 923 ق م ج).

ج- فما موقف الحائز من مباشرة الدائن لحق التتبع؟

القانون منح الحائز التمسك بمقتضى عدة دفعات تتعلق إما بالدين المرهون أو بالرهن نفسه يستطيع من خلالها عرقلة حق الدائن في التتبع²¹⁷.

1- الدفع المتعلقة بالدين: تنص المادة 924 ق م ج ، أنه يجوز للحائز الذي سجل سند ملكيته ولم يكن طرفا في الدعوى التي حكم فيها على المدين بالدين، فهنا يكون الدين ثابتا بمقتضى حكم قضائي كان للحائز أن يتمسك بأوجه الدفع التي كان للمدين أن يتمسك بها وتؤدي إلى إبطال هذا الدين أو انقضائه، بحيث لا يمس هذا بحجية الحكم. وهنا نكون أمام حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون الحكم بالدين سابقا على تسجيل سند الحائز، فيجوز للحائز التمسك بالدفع التي يجوز للمدين التمسك بها، كالدفع بانقضاء الدين بعد الحكم أو الدفع بالمقاصة.

الحالة الثانية: إذا كان الحكم الصادر بالدين لاحقا على تسجيل سند الحائز ولم يكن الحائز طرفا في الدعوى، جاز له التمسك في مواجهة الدائن بالدفع التي يبقى للمدين بعد الحكم، التمسك بها (المادة 924/2 ق م ج).

2- الدفع المستمدة من عقد الرهن:

للحائز أن يتمسك بكل هذه الدفع بالرهن وعدم نفاذه في مواجهته، إذ له أن يتمسك ببطان عقد الرهن لعدم استيفائه الشروط الموضوعية والشكلية، وله أيضا أن يتمسك بعدم نفاذه في مواجهته لعدم قيده أو لقيده بعد تسجيل سند الملكية، أو لبطان القيد لتخلف بعض البيانات، أو لسقوطه لعدم تجديده، أو أنه اكتسب حقه في الفترة ما بين محو القيد وإلغاء هذا المحو، ويتمسك بمثل هذه الدفع باسمه شخصيا، وإذا نجح في إثبات أحد هذه الأوجه امتنع على الدائن المرتهن مباشرة حق التتبع²¹⁸.

ج- الخيارات الممنوحة للحائز لوقف إجراءات التتبع:

أعطى المشرع الجزائري للحائز بموجب المواد 912 إلى 929 ق م ج الحق في الخيار بين ثلاثة مواقف: قضاء الديون، أو تطهير العقار، أو التخلي عنه، فإذا لم يلجأ الحائز إلى إحدى هذه الخيارات فلم يبقى أمامه إلا بيع العقار بالمزاد العلني.

1- قضاء الديون: ويقصد به قيام الحائز عند حلول أجل الدين المضمون بالرهن بوفاء الدائنين المرتهنين حقوقهم قبل المدين، وقد يقضي الحائز الديون اختياريا طبقا للمادة 912 ق م ج التي تنص على أنه: "يجوز للحائز عند حلول الدين المضمون بالرهن أن يقضيه هو وملحقاته بما في ذلك مصاريف

²¹⁷ همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط 2001، ص 460.

²¹⁸ عبد الرازق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 526.

الإجراءات من وقت إنذاره...". فالصورة العادية لقضاء الديون أن يكون الحائز قد اكتسب ملكية العقار بطريق الشراء و لم يحم بعد بوفاء الثمن للبائع وهو المدين الراهن، فيقوم حينئذٍ بوفاء حقوق الدائنين من هذا الثمن ويترتب على هذا براءة ذمته في مواجهة البائع ويخلص له العقار خالياً من كل رهن، وفي هذا تحقيق لمصلحة الدائن المرتهن، مصلحة البائع ومصلحة الحائز. كما يجوز للحائز أن يحل محلّ الدائن الذي استوفى الدين، ولا يترتب على قضاء الدين هنا تطهير العقار من الرهون الأخرى، بل تبقى هذه الأخيرة التالية له في المرتبة مقررة على العقار، لذلك موقف الحائز لا يخلو من الخطر خاصة إذا أهمل تجديد قيد الرهن المتقدم الذي حل فيه محل الدائن الذي وفاه حقه، مما يترتب عليه فقده مرتبته المتقدمة وتقدم الدائنين التاليين له في المرتبة، لذلك نصت المادة 913 ق م ج على أنه يجب على الحائز أن يحتفظ بقيد الرهن الذي حلّ فيه محلّ الدائن وأن يحدده عند الاقتضاء²¹⁹.

كما قد يكون الحائز مجبراً قضائياً طبقاً للمادة 914 ق م ج على قضاء الديون، وقد يقضيها كلياً، كما يمكن أن يقضي جزءاً منها فقط. وإن وفي لهم الحائز فإن العقار يعتبر خالصاً من كل رهن ويكون للحائز الحق في طلب شطب ما على العقار من القيود.

2- تطهير العقار:

يقصد به تخليص العقار مما يثقله من حقوق عينية مترتبة عليه من خلال عرض الحائز على الدائنين المقيدة حقوقهم على هذا العقار بأن يدفع لهم مبلغاً من النقود. إلا أن هذا العرض الذي يقدمه الحائز غير ملزم للدائنين، ولهم أن يرفضوه إذا لم يكن المبلغ كافياً، كما أن لهم جميعاً أو لأحدهم حق رفض العرض بالتطهير وطلب بيع العقار بالمزاد العلني²²⁰. وطبقاً للمادة 915 ق م ج فإنه يجوز للحائز إذا سجل سند ملكيته أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند. وللحائز أن يستعمل هذا الحق حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى المدين²²¹ أو الإنذار إلى هذا الحائز، ويبقى هذا الحق قائماً إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع.

3- تخلية العقار:

هي ترك الحياة المادية للعقار المرهون ولا يكون هذا إلا إذا لم يكن الحائز مسؤولاً شخصياً عن الدين، وكانت له أهلية التصرف وكان الثمن لا يكفي لسداد الدين للدائنين. وتقع التخلية بتقرير من الحائز لدى كتابة ضبط المحكمة المختصة، ويجب على الحائز أن يعلن الدائن في ميعاد خمسة أيام التالية ولصاحب المصلحة في التعجيل أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية²²². وقد يكون الحائز هو الحارس، إلا أن إجراءات نزع الملكية تنفذ في مواجهته بصفته حارساً لا مالكا. إذن التخلية تمنح للدائنين اتخاذ الإجراءات اتجاه الحارس الذي يوضع العقار تحت يده لهذا

²¹⁹ بوخاتم، محاضرات في مقياس التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 74.

²²⁰ مي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص 148.

²²¹ ورد في النص القانوني باللغتين مصطلح الدائن créancier إلا أن المصطلح الصحيح الذي يستقيم به النص هو المدين.

²²² محمد حسنين، المرجع السابق، ص 167.

الغرض. أما المتخلي فيظل مالكا ويحتفظ بباقي الثمن الراسي به المزاد إذا كان الثمن أكثر من مقدار الديون.

4- تحمل إجراءات نزع الملكية:

قد لا يختار الحائز أية وسيلة من الوسائل القانونية التي منحه إياها المشرع لتفادي التنفيذ الجبري على العقار المرهون، فيمتنع عن قضاء ديون الدائنين، ويرفض اللجوء إلى تطهير العقار، ولا يرى فائدة في التخلية، فهو بهذا الصنيع يكون قد اختار تحمل إجراءات نزع الملكية بما تفضي إليه من بيع للعقار بالمزاد العلني. ولا يكون ذلك إلا بعد توجيه إنذار له بالدفع أو التخلية، على أن يسبقه أو يتزامن الإنذار والتنبيه على المدين بنزع الملكية²²³.

أما بالنسبة لإجراءات تطهير العقار فقد نص عليها المشرع الجزائري ضمن المواد 915 إلى 921 ق م ج. وهي باختصار تتمثل في:

- توجيه إعلان من الحائز إلى الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار مبينا فيها رغبته في تطهير العقار.
- تعريف الحائز بنفسه ضمن الإعلان وتاريخ اكتسابه العقار وسبب حيازته له...
- في الإعلان يتم تحديد ثمن العقار الذي اكتسب به الحائز ملكية العقار
- تحديد القيمة الحقيقية التي يعرضها الحائز لتطهير العقار حتى ولو لم تكن كافية للوفاء بكل الديون، فعلى الحائز أن يقدم عرضا مقبولا يمكنه من إقناع الدائنين إذا أراد الاستفادة فعلا من رخصة التطهير، لأنه ليس بإمكانه فرض شروطه بغير اعتراض من الدائنين، فلأي واحد منهم رفض عرضه وطلب بيع العقار بالمزاد العلني²²⁴.

المطلب الثالث: انقضاء الرهن الرسمي

نص عليه المشرع الجزائري في المواد 933 إلى 936 من ق م ج، فينقضي الرهن الرسمي انقضاء كليا بطريق تبعية لانقضاء الدين المضمون، أو بطريق أصلي مستقلا عن انقضاء الحق.

الفرع الأول: انقضاء الرهن بصفة تبعية

تنص المادة 933 ق م ج: "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". بما أن الرهن الرسمي هو حق تبعية فإنه ينقضي بانقضاء الحق الذي يضمه، وهو ما نصت عليه المادة 893 ق م ج: "لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون، بل يكون تابعا له في صحته وفي انقضائه..."، وعلى هذا لا يتصور أن يبقى الرهن قائما بعد انقضاء الدين المضمون لأي سبب من الأسباب، إلا أنه حتى ينقضي الرهن كليةً ينبغي انقضاء الدين المضمون كليةً، أما الانقضاء الجزئي للدين

²²³ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 398.

²²⁴ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 167.

المضمون لا ينقضي معه الرهن بل يبقى قائماً لأن من خصائص الرهن كما رأينا أنه غير قابل للقسمة والتجزئة. فكل جزء من الدين يضمنه العقار (المادة 892 ق م ج)، وأسباب انقضاء الدين هي أسباب انقضاء الالتزام بصورة عامة، كالوفاء بالحق الأصلي وتقادمه، وبالمقاصة، والتجديد واتحاد الذمة، وبطلان التصرف الذي انقضى به الحق، والوفاء بمقابل .

الفرع الثاني: انقضاء الرهن بصفة أصلية

انقضاء الرهن الرسمي انقضاءً كلياً بصفة أصلية يعني انقضاؤه بصورة مستقلة عن الدين المضمون، فيترتب على ذلك أن يصبح الدائن المرتهن دائناً عادياً ذو حق شخصي. ويتم ذلك لعدة أسباب إما بتطهير العقار أو بيعه بالمزاد العلني، أو بسبب تنازل الدائن المرتهن أو هلاك العقار وغيرها من الأسباب التي نذكرها تباعاً.

أولاً-التطهير: نصت عليه المادة 934 ق م ج: "إذا تمت إجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمي نهائياً، ولو زالت لأي سبب من الأسباب ملكية الحائز الذي طهر العقار". ومقتضى ذلك أن الرهن ينقضي بصفة أصلية بالتطهير ولو لم يترتب عليه استيفاء الدائن المرتهن إلا لبعض حقه، بل وحتى لو لم يستوف منه شيئاً، أو فسخت ملكية الحائز بعد التطهير، أو استبقى الحائز الملكية بعد التطهير، أو بيع العقار، أو رسا المزاد على غير الحائز²²⁵.

ثانياً-البيع الجبري عن طريق المزاد العلني: نصت عليه المادة 936 ق م ج: "إذا بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً 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 بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذي تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن".

يترتب على بيع العقار بيعاً جبرياً بالمزاد العلني انقضاء الرهن على هذا العقار، فيرسو المزاد وينقضي الرهن متى قام الراسي عليه المزاد بإيداع الثمن لدى خزينة المحكمة حتى يتولى القاضي توزيعه على مستحقيه، أو بدفعه وتوزيعه على الدائنين المرتهنين المقيدة حقوقهم، الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن²²⁶.

ثالثاً-تنازل الدائن عن الرهن الرسمي: التنازل تصرف من جانب واحد لا يتطلب سوى إرادة الدائن، ويتم التنازل دون إجراء شكلي، ولكن شطب الرهن لا يتم إلا بتقديم السند الرسمي بفك الرهن. وإذا اشترك الدائن المرتهن رهناً رسمياً في التصويت على الصلح الوافي في حالة الإفلاس فإنه يعتبر متنازلاً عن الرهن متى تم التصديق على الصلح.

²²⁵ آيت مجبر حسين، الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماستر تخصص عقود ومسؤولية، جامعة البويرة، السنة الجامعية 2015-2016، ص 50.

²²⁶ محمد حسين، المرجع السابق، ص 182.

رابعاً-اتحاد الذمة : إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى المرتهن أو انتقل حق الرهن إلى المالك للعقار المرهون فإن الرهن ينقضي بسبب اتحاد الذمة لأنه لا فائدة لأن يكون للشخص رهن على ما يملكه. كأن يرث مالك العقار المرهون الدائن المرتهن، فينقضي الرهن باتحاد الذمة.

خامساً-هلاك العقار المرهون : إذا هلك العقار المرهون انقضى الرهن لزوال محله، إلا في الحالات الاستثنائية التي أقر فيها المشرع الحلول العيني، فوفقاً للمادة 899 ق م ج يترتب على هلاك العقار المرهون سقوط أجل الدين، أو تقديم تأمين جديد للدائن، وبموجب المادة 900 ق م ج 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 لنزع الملكية للملكية العامة. وقد نص المشرع الفرنسي على حالات ينتقل فيها الرهن على العقار المعاد بناؤه حتى ولو كانت إعادة البناء قد حصلت في موقع آخر ويكون ذلك في حالة إعادة البناء بمبلغ التعويض عن أضرار الحرب²²⁷.

سادساً-انقضاء الرهن الرسمي بزوال حق منشئ الرهن: طبقاً للمادة 885 ق م ج ينقضي الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر إلا إذا ثبت أن الدائن كان حسن النية وقت إبرام عقد الرهن. كما نصت المادة 66 من المرسوم رقم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على: "أن فسخ الحقوق العينية العقارية أو إبطالها أو إلغائها أو نقضها عندما ينتج أثراً رجعياً لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر، إلا إذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض قد تم إشهارة مسبقاً أو كان هذا الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض بحكم القانون، تطبيقاً للقانون". وبمقتضى ذلك أن الخلف الخاص أي الغير يعتبر حسن النية إلا إذا كان سبب الفسخ مشهراً من قبل، ونفس الحكم يطبق على الإبطال أو الإلغاء أو النقض²²⁸.

²²⁷ محمد حسين، المرجع السابق، ص 180.

²²⁸ محمد حسين، المرجع السابق، ص 182.

المبحث الثاني: الرهن الحيازي

عالج المشرع الجزائري الرهن الحيازي من المواد 948 إلى 981 ق.م.ج، إذ أن الرهن الحيازي يرد على العقار كما يرد على المنقول، وقد نص على الأحكام المشتركة لعقد الرهن الحيازي في المواد من 948 إلى 965 وأفرد بالنسبة للرهن الحيازي العقاري (الرهن العقاري) المواد من 966 إلى 968 ق م ج محيلا في بعض مواده إلى أحكام الرهن الرسمي. وفي المواد من 969 إلى 981 ق م ج بالنسبة للرهن الحيازي في المنقول (رهن المنقول). الرهن الحيازي هو عقد يلتزم بمقتضاه شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء حتى استيفاء الدين، وأن يتقدم على الدائنين العاديين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن الشيء المرهون في أي يد يكون. كما يعرفه عبد الفتاح عبد الباقي بأنه: "حق عيني تابع، يتولد للدائن بمقتضى عقد، على منقول أو عقار مملوك للمدين أو لغيره، ضمانا للوفاء بالالتزام، وهو يخوله حبس الشيء لحين استيفاء دينه بتمامه، وأن يستوفي حقه من ثمن هذا الشيء بالتقدم والأولوية في أية يد يكون"²²⁹.

وقد عرفه المشرع الجزائري بموجب المادة 948 ق م ج على أن: "الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئا يرتب عليه الدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين وأن يتقدم الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون". وتضيف المادة 949 ق م ج أنه: "لا يكون محلا للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول أو عقار". وعلى ضوء ما سبق، يمكننا استخلاص خصائص الرهن الحيازي، كالآتي:

• فهو حق ينشأ من العقد أو مصدره العقد وليس القانون كحق الامتياز أو حكم قضائي كحق التخصيص.

• وهو حق عيني يخول للدائن المرتهن مزايا الحق العيني من حيث الأفضلية والتتبع، ويستوفي الدائن حقه من المقابل النقدي الذي يحل محل الشيء، وهو حق عيني تبقي يقوم ضمانا للالتزام أصلي. ولهذا فهو يرتبط بهذا الالتزام الأصلي من حيث وجوده وصحته وانقضائه، ما لم ينص القانون على غير ذلك.

• الرهن الحيازي كالرهن الرسمي حق غير قابل للتجزئة، فكل جزء من الشيء المرهون يضمن كل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بالشيء المرهون كله، ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك²³⁰.

²²⁹ عبد الفتاح عبد الباقي، الوسيط في التأمينات العينية، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ط 1956، ص 214. نقلا عن: منصور محمد لعروسي، نظام الرهن الحيازي العقاري في القانون المدني الجزائري، ماجستير في القانون تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012-2013، ص 15.

²³⁰ توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، د ط، د ت ن، ص 212.

• هو عقد رضائي لا تشترط فيه الرسمية كالرهن الرسمي، وهو عقد ملزم لجانبين حيث يلتزم المدين الراهن بتسليم العين المرهونة إلى الدائن ويلتزم الدائن المرتهن بالمحافظة عليها وردها عند الاقتضاء²³¹.

سنتناول في هذا المبحث أركان الرهن الحيازي في المطلب الأول، ثم آثاره في المطلب الثاني، وطرق انقضائه في المطلب الثالث.

المطلب الأول: أركان الرهن الحيازي

يستلزم لقيام الرهن الحيازي باعتباره عقداً رضائياً توفر الأركان العامة للعقود، أما باعتباره التزاماً تبعياً فلا بد من وجود التزام أصلي يستند إليه. لذلك سنتناول شروط صحة الرهن الحيازي (المطلب الأول) وشروط نفاذه على الغير (المطلب الثاني).

الفرع الأول: شروط صحة الرهن الحيازي

يقصد بشروط صحة عقد الرهن الحيازي، الشروط اللازمة لتكوين العقد وإلا كان باطلا فيما بين طرفيه، وطرفي العقد هنا هما الدائن المرتهن والراهن أو منشئ الرهن الذي قد يكون مديناً أو شخصاً آخر يسمى كفيلاً عينياً طبقاً للمادة 948 ق م ج السالفة الذكر. بالإضافة إلى توفر الأركان الخاصة للرهن وهي ما تتعلق بالمال المرهون، والدائن المضمون.

أولاً: أهلية أطراف الرهن الحيازي

بما أن عقد الرهن الحيازي عقد رضائي ينعقد بمجرد تبادل إيجاب وقبول متطابقين على رهن حيازي، دون حاجة إلى رسمية كما هو الشأن في الرهن الرسمي، ودون حاجة إلى نقل الحيازة الذي أصبح مجرد التزام في العقد لا ركناً فيه. لذلك، يشترط لقيامه توفر الأهلية الكاملة للمتعاقدين، كما يشترط أن يكون المدين الراهن مالكاً للشيء المرهون مع إمكانية رهن ملك الغير في بعض الحالات الواردة على سبيل الاستثناء.

أ- أهلية الراهن: في أغلب الأحوال يكون الراهن هو نفس المدين، يرهن شيئاً من ماله رهن حيازة تأميناً لقرض حصل عليه أو تأميناً لأي التزام آخر ثبت في ذمته²³². وبما أن الرهن الحيازي يعتبر عملاً من أعمال التصرف، يجب أن يكون الراهن سواء كان المدين بالدين أو كفيله العيني متمتعاً بالأهلية الكاملة، أي يكون أهلاً للتصرف في المال المرهون، وذلك ببلوغه سن الرشد وغير مصاب بإحدى عوارض الأهلية أو محجور عليه.

ومتى كان الراهن مالكا للشيء المرهون وأهلاً للتصرف فيه، فإنه يستطيع أن يرهنه بنفسه إذا كان كامل الأهلية. وإذا لم يكن كامل الأهلية، جاز لوليّه أو لوصيه أو للقيم أن يرهن المال نيابة عن مالكة بالشروط التي قررها القانون لذلك. ويجوز لكامل الأهلية أن يوكل عنه من يرهن مالا معيناً له رهن حيازة، بموجب وكالة خاصة.

²³¹ عجة الجليلي، مدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الجزء الثاني، نظرية الحق، برتي للنشر، د ط، د ن، ص 390.

²³² السهوري، المرجع السابق، ص 540.

ب-أهلية الدائن المرتهن: أما بالنسبة للدائن المرتهن يشترط فيه هو الآخر تمتعه بالأهلية الكاملة، إلا أن بعض الفقهاء يعتبر الرهن الحيازي من التصرفات النافعة للدائن نفعاً محضاً، فإن فريق آخر²³³ اعتبره من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر لوجود احتمال عدم تكافؤ قيمة المال المرهون مع قيمة الدين المضمون، كما أن عدم خضوعه للرسمية يقلل من درجة الحماية التي يتمتع بها المرتهن²³⁴، ولذلك فلا بد من توفر الأهلية الكاملة.

ثانياً: الشروط المتعلقة بالمال المرهون

تنص المادة 949 ق م ج على أنه: "لا يكون محلاً للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول وعقار". وتنص المادة 950 على أنه: "تسري على الرهن الحيازي أحكام المواد 891 و893 و904 المتعلقة بالرهن الرسمي". وبذلك فإنه يشترط لصحة الرهن الحيازي أن يكون المال المرهون مما يجوز رهنه حيازياً ومملوكاً للراهن. لذلك سنبين أولاً الأشياء التي يجوز رهنها، فنبين شروطها ومشتملات الرهن. ثانياً نبين ملكية الراهن للشيء المرهون على النحو الآتي:

أ- الأشياء التي يجوز رهنها رهناً حيازياً:

1- شروط ما يجوز رهنه:

1-1- أن يكون هذا المال المرهون موجوداً ومعيناً: فيقع تحت طائلة البطلان رهن مال يتحصل عليه المدين في المستقبل حتى لو كان محقق الوجود. أي يجب أن يكون المال المرهون حاضراً فـرهن المال المستقبل باطل سواء كان الرهن حيازياً أو رسمياً فـرهن تركة مستقبلية باطل ولو برضاء المورث(المادة 2/92 ق م ج)²³⁵.

طبقاً للمواد 948 و966 ق م ج فإن الراهن يلتزم بتسليم الشيء المرهون للدائن وذلك ما يخوله حبسه إلى أن يستوفي الدين من ثمن هذا الشيء. وهذا لن يتم إلا إذا كان الشيء المرهون حاضراً وموجوداً وقت الرهن ووقت القيد.

كما أن القانون يستلزم تعيين المال المرهون حيازياً في قائمة القيد، فإذا انصب الرهن على عقار وجب تعيينه تعييناً دقيقاً، وتطبيقاً للمادة 966 ق م ج فإنه: "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". ومن هذه الأحكام وجوب تعيين العقار تعييناً دقيقاً كما رأينا سابقاً عند دراستنا للرهن الرسمي. وطبقاً للمادة 969 ق م ج فإنه: "يشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير، إلى جانب انتقال الحيازة إلى الدائن، أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بياناً كافياً...". كما لا ينشأ حق الرهن الحيازي بالنسبة للمنقولات المثلية إلا بإفرازها²³⁶.

²³³ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 213.

²³⁴ عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 391.

²³⁵ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 74.

²³⁶ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 216.

1-2-2-المال المرهون رهن حيازة قد يكون عقارا أو منقولاً أو ديناً: رهن الحيازة يختلف في محله عن الرهن الرسمي، فالرهن الرسمي كحق التخصيص، لا يرد إلا على عقار. فرهن المنقول رهنأ رسمياً غير جائز. ومن أجل ذلك كان الرهن الرسمي، في جميع أنواعه وحالاته، خاضعاً لنظام القيد، لأن القيد لا يرد إلا على عقار.

أما رهن الحيازة فمحله إما أن يكون عقاراً، أو منقولاً. فهو لا يخضع لنظام القيد دائماً، ولا يخضع له إلا إذا كان محله عقاراً.

ورهن الحيازة الذي يرد على المنقول، وبخاصة المنقولات الثمينة كالحلي والجواهر والمفروشات الثمينة، كثير. ولا يقل عن رهن الحيازة الذي يقع على عقار، وبخاصة إذا أدخلنا الديون في الاعتبار. والديون نوع خاص من المنقول، يرد عليه رهن الحيازة.

1-3- يجب أن يكون الشيء المرهون مما يجوز التعامل فيه وقابلاً للحجز عليه وبيعه بالمزاد العلني²³⁷؛ فجميع العقارات التي يمكن رهنها رهنأ رسمياً، يجوز كذلك رهنها رهن حيازة. وفي القانون الفرنسي، لا يجوز رهن العقارات رهنأ حيازياً (gage)، وإنما يجوز وضع العقارات في حيازة الدائن تأميناً لدينه حتى يستوفي حقه من ثمارها دون أن يكون له حق التقدم في ثمنها ويسمى العقد (antichrèse).

يجوز كذلك رهن المنقول رهن حيازة، فيجوز رهن المفروشات والحلي والمجوهرات والسيارات والمركبات والمواشي والدواب وغير ذلك من المنقولات. كما يجوز رهن النقود (الكفالة النقدية)، ويتملك الدائن المرتهن النقود المرهونة المسلمة إليه، على أن يرد مثلها عند تنفيذ المدين لالتزامه، ويوصف الرهن بأنه رهن ناقص²³⁸ (gage irrégulier) كالوديعة الناقصة.

يجوز رهن الأموال المعنوية القابلة للبيع بالمزاد العلني، كحق المؤلف وبراءة الاختراع والمحال التجارية العلامات والبيانات والأسماء التجارية وحق الإيجار وبوالص التأمين. ويجوز رهن الديون والسندات لحاملها والسندات والأسهم الاسمية.

لكن لا يجوز رهن الأجور والمعاشات والديون والسندات غير القابلة للتحويل، لأن هذه كلها لا تقبل التحويل. كذلك لا يجوز رهن الحقوق العينية، كحق الرهن الرسمي وحق الرهن الحيازي وحق التخصيص وحقوق الامتياز. وعموماً لا يجوز رهن ما لا يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني، كالعقارات بالتخصيص فإنه لا يجوز رهنها مستقلة عن العقار الذي خصصت له. فإذا كان هذا العقار غير مرهون، جاز للمالك أن يفصل العقارات بالتخصيص ويرهنها مستقلة رهن حيازة.

2- مشتملات المال المرهون:

نقصد بها ملحقات الشيء المرهون وثماره، ويمكن تحديد ملحقات الشيء المرهون في حالة الرهن الحيازي العقاري بما يخصص لخدمة العقار أو استغلاله، وحقوق الارتفاق، وما يطرأ من تحسينات وإنشاءات

²³⁷ السنهوري، المرجع السابق، ص 550.

²³⁸ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 215.

تعود بمنفعة على المالك. ويلحق بالرهن ثمار العقار من وقت الرهن. وإذا هلك العقار أو ملحقاته أو نزع ملكيته يستبدل الرهن بما يؤول إلى الراهن من حقوق وتعويضات²³⁹.

ب- ملكية الراهن للمال المرهون: حتى ينعقد الرهن الحيازي صحيحاً يجب أن يكون الراهن مالكا للشيء المرهون، والملاحظ أن المادة 884 ق.م.ج نصت على وجوب ملكية الراهن في الرهن الرسمي للعقار المرهون، إلا أن المادة 950 ق.م.ج التي أحالت إلى أحكام بعض المواد المتعلقة بالرهن الرسمي لتسري على الرهن الحيازي لم تحلنا إلى المادة 884 ق.م.ج. ومع ذلك فإنه يجب أن يكون الراهن مالكا للمال المرهون. وإذا كان الراهن تحت شرط فاسخ، ولم يتحقق الشرط، فالراهن يصبح مالكا بشكل بات لعدم تحقق الشرط فإن ملكية الراهن تزول بأثر رجعي، ويعتبر أنه لم يكن مالكا لها من أول الأمر، فيزول رهنه بأثر رجعي لتحقيق الشرط الفاسخ.

وإذا كان الراهن مالكا تحت شرط واقف ولم يتحقق فإن الراهن يعتبر غير مالك أصلاً لعدم تحقق الشرط، فيزول رهنه بأثر رجعي أما إذا تحقق الشرط الواقف، فإن الراهن يعتبر مالكا بأثر رجعي من أول الأمر، ويعتبر رهنه صحيحاً كذلك من أول الأمر.²⁴⁰

أما رهن المشاع رهنًا حيازياً فيخضع للقواعد العامة، إذ لم يرد فيه نص خاص. فيجوز رهن الحصة المشاعة رهن حيازة، كما يجوز للمالك على الشيوع أن يرهن حصته الشائعة بمجرد تبادل الإيجاب والقبول، ويكون رهنه صحيحاً، ولكنه لا ينفذ في حق الغير إلا إذا أمكن الدائن المرتهن أن يجوز الحصة الشائعة. ويجوز أيضاً للمالك على الشيوع أن يرهن جزءاً مفرزاً من المال الشائع بإيجاب وقبول، ويكون الرهن صحيحاً ولكنه لا ينفذ في حق الغير إلا إذا حاز الدائن المرتهن الجزء المفرز وتمت القسمة فوقع الجزء المفرز في نصيب الراهن. أما الرهن الصادر من جميع الشركاء قبل القسمة، فإن مصيره يتوقف على نتيجة القسمة، فإذا وقع المرهون كله في نصيب أحد الشركاء أو بعضهم نفذ الرهن بنسبة حصصهم الأصلية واعتبر بالنسبة إلى حصص باقي الشركاء وارداً على ملك الغير²⁴¹.

ثالثاً: الشروط المتعلقة بالدين المضمون

- يجب أن يكون الدين موجوداً وثابتاً في ذمة المدين، أي كان مصدره عقداً أو فعل غير مشروع، أو إثراء بلا سبب أو الإرادة المنفردة أو القانون. وطبقاً للمادة 891 ق.م.ج فإنه: "يجوز أن يرتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي، كما يجوز أن يرتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار بشرط تحديد مقدار الدين المضمون أو بيان حده الأقصى".

- يجب أن يكون الدين معيناً تعييناً كافياً نافياً للجهالة، وليس تعييناً دقيقاً كما هو الحال في الرهن الرسمي، وعادة ما يتحدد الدين المضمون بمقداره أي قيمته الحقيقية، وبمصدره، فقد يكون مصدره القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. ولا يشترط في الدين أن يكون مقدار نقدي بل يصح المال المثلي.

²³⁹ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 217.

²⁴⁰ السنهوري، المرجع السابق، ص 550.

²⁴¹ السنهوري، المرجع السابق، ص 553.

-أن لا يكون الدين مخالفا للنظام العام، فإذا كان كذلك يبطل الدين ويبطل معه الرهن باعتباره حقا تابعا له²⁴².

ويترتب على عدم تحديد الدين المضمون بطلان عقد الرهن الحيازي بطلانا مطلقا، يتمسك به كل ذي مصلحة، نظرا لكون أن عقد الرهن الحيازي عقد تبعية الدين في نشأته وانقضائه، وبذلك فهو يتبع الدين المضمون وجودا وعدما طبقا للمادة 893 ق.م.ج.

المطلب الثاني: آثار الرهن الحيازي

إذا انعقد الرهن الحيازي صحيحاً بتوفر أركانه التي ذكرناها سابقا، ينتج آثاره فيما بين المتعاقدين فيحمل كلا طرفيه التزامات متقابلة باعتباره عقدا ملزما لجنايين، وينتج آثاراً بالنسبة إلى الغير.

الفرع الأول: آثار الرهن الحيازي فيما بين المتعاقدين

يترتب على نشوء عقد الرهن الحيازي التزامات على عاتق كل من الراهن والمرتهن، تدور كلها حول فكرة انتقال الحيازة من الراهن إلى المرتهن، فالراهن يلتزم بتسليم الشيء المرهون ويضمن سلامة الرهن ونفاذه. والمرتهن يلتزم بالمحافظة على الشيء وإدارته واستثماره ثم رده عند انقضاء الرهن، غير أن التزامات المرتهن تعبر في نفس الوقت عن حقه في الحيازة²⁴³.

أولاً: التزامات المدين الراهن

1- الالتزام بتوفير الحق العيني على العين المرهونة لمصلحة الدائن المرتهن وهو حق الرهن الحيازي الذي يخول للدائن حبس الشيء لحين استيفاء الدين وأن يتقدم الدائن على بقية الدائنين التاليين له في المرتبة والدائنين العاديين في الحصول على حقه من ثمن الشيء المرهون في أي يد يكون.

2- الالتزام بتسليم الشيء المرهون ونقل حيازته إلى الدائن المرتهن

ينشأ عن عقد الرهن الالتزام بالتسليم، وذلك من أجل تمكين المرتهن من حيازة العقار المرهون وهو في نفس الوقت شرط لنفاذ الرهن في مواجهة الغير وذلك طبقا لنص المادة 966 ق.م.ج، كما أن الالتزام بتسليم الشيء المرهون يسري عليها أحكام الالتزام بالشيء المبيع، ونقل الحيازة إلزام يقع على عاتق المدين وليس ركن في عقد الرهن الحيازي. ويمكن أن يتم التسليم بعد الرهن بمدة زمنية ويحتج به على الغير، كما يكون التسليم بوضع الشيء المرهون تحت تصرف الدائن المرتهن أو العدل بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون أن يعيقه شيء²⁴⁴.

²⁴² عجة الجليلي، المرجع السابق، ص 392.

²⁴³ سمير تناغو، نفس المرجع، ص 340.

²⁴⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 922. وعجة الجليلي، المرجع السابق، ص 392.

3- الالتزام بضمان سلامة الرهن ونفاه

وهنا تنص المادة 953 ق.م.ج على أنه "يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه وليس له أن يأتي عملاً ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد، والدائن المرتهن في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون". ويشمل هذا الضمان التعرض الشخصي للراهن سواء كان هذا التعرض مادياً أو قانونياً وعليه المحافظة على الشيء إلى أن يتم تسليمه إلى المرتهن، أو تعرض الغير للرهن الحيازي.

4- الالتزام بضمان هلاك العقار المرهون أو تلفه

تنص المادة 945 ق.م.ج على ما يلي: "يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعاً لخطأه أو ناشئاً عن القوة القاهرة"، وينتقل حق المرتهن إلى ما حلَّ محلَّه من حقوق كتعويض أو تأمين²⁴⁵.

وإذا كان الهلاك قد حدث بعد التسليم فهنا تقوم قرينة بسببها على أن الدائن المرتهن هو المسؤول والمخطئ، بحيث ينفي المرتهن تقصيره في المحافظة على الشيء المرهون، وأنه بذل عناية الرجل العادي حتى تنشأ مسؤولية الرهن²⁴⁶.

ثانياً: التزامات الدائن المرتهن

1- الالتزام بالمحافظة على الشيء المرهون وبذل عناية الرجل العادي لصيانته والمحافظة عليه:

وهذا طبقاً لما تنص عليه المادة 968 ق.م.ج: "يجب على الدائن المرتهن أن يقوم بصيانة العقار وبالنفقات اللازمة لحفظه وأن يدفع ما يستحقه سنوياً على العقار من ضرائب وتكاليف"، كما جاء أيضاً في نص المادة 955 ق.م.ج "إذا استلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد"²⁴⁷. فالدائن المرتهن يلتزم بالأعمال الضرورية لحفظ المرهون وصيانته، وأما إذا قام بعمل غير ضروري في هذه الحالة هو من يتحمل نفقة هذه الأعمال وألا يعود على الراهن بشيء، وهنا يختلف الأمر إذا أدت هذه الأعمال الغير ضرورية التي يقوم بها المرتهن إلى إدخال تحسينات على العقار المرهون²⁴⁸.

2- استثمار الشيء المرهون بما يتناسب وطبيعة الشيء المرهون:

تنص المادة 956 ق.م.ج على أنه "ليس للدائن المرتهن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل، وعليه أن يستثمره استثماراً كاملاً ما لم يتفق على غير ذلك، وما يحصل عليه الدائن من صافي الربح وما استفاده من استعمال الشيء، يخصم من مبالغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حلَّ أجله، على أن يكون الخصم أولاً من قيمة ما أنفق في المحافظة والإصلاحات على الشيء ثم من المصاريف، ثم من أصل الدين". فمثلاً

²⁴⁵ عجة الجبالي، المرجع السابق، ص 392.

²⁴⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 932.

²⁴⁷ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 242.

²⁴⁸ حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن والتأمين والامتياز، المرجع السابق، ص 212.

يتم استغلال الأراضي الزراعية استغلالاً معتاداً، بزراعتها بالمحصولات العادية كالقطن والقمح... إلخ، أو استغلال المنازل عن طريق سكنها، أو بتأجيرها للسكن²⁴⁹.

3- الالتزام بإدارة الشيء المرهون والإشراف على شؤونه:

يتبين من نص المادة 958 ق.م.ج أن الدائن المرتهن يلتزم بإدارة الشيء المرهون وأن يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد، وأن لا يقوم بتغيير في طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضا الراهن، ويجب أن يخطر الراهن بكل أمر يقتضي تدخل هذا الأخير، فإن قصر الدائن المرتهن في العناية يتحمل المسؤولية أمام الراهن ويلتزم بالتعويض طبقاً للقواعد العامة، وأجاز القانون في حالة الإساءة في الإدارة أن يطلب الراهن وضع الشيء تحت الحراسة، أو يسترده مقابل دفع ما عليه²⁵⁰.

4- التزام الدائن المرتهن برد المال المرهون إلى الراهن عند انقضاء الدين المضمون بطريق الوفاء

حيث نصت المادة 959 ق.م.ج على أنه: "يجب على الدائن المرتهن أن يرد الشيء المرهون إلى الراهن بعد استيفاء كامل حقه وما يتصل بالحق من ملحقات ومصاريف وتعويضات".

1- حق الدائن في حبس المال المرهون إلى حين استيفاء الدين المضمون.

2- بطلان شرط تملك المال المرهون في حالة عدم الوفاء بالدين وشرط البيع دون إجراءات.

الفرع الثاني: آثار الرهن الحيازي بالنسبة إلى الغير

يخول حق الرهن الحيازي للدائن المرتهن في مواجهة الغير حق حبس محل الرهن، وحق التقدم على الدائنين التاليين في المرتبة والدائنين العاديين وحق تتبع الشيء المرهون واقتضاء حقه من ثمنه في أي يد يكون.

1- حق الأفضلية أو التقدم: يتمتع المرتهن بحق التقدم الذي يجعله أسبق في الترتيب تجاه باقي الدائنين من الغير، وتكون الأسبقية بحسب تاريخ كل عقد الرهن إذا كان الترتيب ضمن عدد من الدائنين المرتهنين فيما بينهم أو عن طريق الأفضلية بالنسبة للدائن في مواجهة الدائنين العاديين²⁵¹.

2- الحق في التتبع: لا يحتاج الدائن المرتهن إلى استعمال حقه في التتبع إذا كان الشيء المرهون مملوكاً للراهن إلى وقت التنفيذ عليه، أما إذا انتقلت ملكية الشيء المرهون بعد الرهن إلى شخص آخر، فإن للدائن المرتهن حق تتبع المال في أي يد يكون.

3- الحق في حبس المال المرهون عن الناس كافة: إذ تقضي المادة 962 ق.م.ج بأنه: "يخول الرهن للدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون على الناس كافة دون الإخلال بما للغير من حقوق ثم حفظها وفقاً للقانون، وإذا خرج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه كان له الحق في استرداد حيازته من الغير وفقاً لأحكام الحيازة 1". ويجب أن لا نخلط بين هذا الحق وحق الحبس المنصوص عليه في المادتين 201

²⁴⁹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 946.

²⁵⁰ علاوة هوام، المرجع السابق، ص 161.

²⁵¹ عجة الجبالي، المرجع السابق، ص 393.

و202 من القانون المدني، فالحق الأول حق عيني تبعي ناتج عن عقد الرهن الحيازي، والحق الثاني هو حق شخصي للدائن يخوله حبس الشيء إلى حين وفاء المدين بالتزامه²⁵².
4- احترام حق حلول الدائن المرتهن محل المدين الراهن: وذلك للحصول على التعويض من الغير في حالة هلاك المال المرهون.

المطلب الثالث: انقضاء الرهن الحيازي

أسباب انقضاء الرهن الحيازي لا تخرج عن أسباب انقضاء الرهن الرسمي، فالرهن ينقضي بصفة نتيجة لانقضاء الدين المضمون بالرهن وينقضي الرهن الحيازي بصفة مستقلة رغم بقاء الدين المضمون بتنازل الدائن المرتهن، او باتحاد الذمة و هلاك الشيء المرهون²⁵³.

الفرع الأول: انقضاء الرهن الحيازي بصفة تبعية

تنص المادة 964 ق.م.ج على أنه " ينقضي حق الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون ويعود معه إذا زال السبب حسن النية قد كسبها قانونا في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته". أي أن الرهن الحيازي ينقضي بانقضاء الدين المضمون كما هو الحال بالنسبة للرهن الرسمي. غير أن هناك حكما خاص بالرهن الحيازي فيما يتعلق بتقادم الدين المضمون فحيازة المرتهن للشيء المرهون يمنع من سقوط الدين بالتقادم، وإذا كان قد قرره المدين، أما في حالة تقرير الرهن من الكفيل العيني فإنه لا يمنع من سقوط الدين بمضي المدة. وهذا إن ترك المدين الشيء المرهون رهنا حيازيا تأميناً لوفاء الدين بمثابة إقرار مستمر من جانبه بمديونيته، ومن المعروف أن الإقرار يقطع التقادم، طبقاً للمادة 318 ق.م.ج²⁵⁴.

الفرع الثاني: انقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية

طبقاً للمادة 965 ق.م.ج فإنه يجوز أن ينقضي الرهن الحيازي دون أن ينقضي الدين المضمون، حيث نصت على أنه: " ينقضي أيضا حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية:
-إذا تنازل الدائن المرتهن عن هذا الحق. على أنه يجوز أن يحصل التنازل ضمنا بتخلي الدائن باختياره عن الشيء المرهون أو من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ. غير أنه إذا كان الشيء مثقلا بحق تقرر لمصلحة الغير، فإن تنازل الدائن لا ينفذ في حق هذا الغير إلا برضائه.
-إذا اجتمع حق الراهن الحيازي مع حق الملكية في يد شخص واحد .
-إذا هلك الشيء أو انقضى الحق المرهون".

²⁵² عجة الجبالي، المرجع السابق، ص 393.

²⁵³ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 374.

²⁵⁴ تنص المادة 318 ق.م.ج على أنه: " ينقطع التقادم إذ أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمينا. ويعتبر إقراراً ضمينا، أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهونا رهنا حيازيا تأميناً لوفاء الدين".

أ-انقضاء الرهن بالنزول عنه: من حق الدائن المرتهن أن يتنازل عن حق الرهن ويترتب على انقضاء هذا الأخير مع بقاء الدين على حاله سواء بالتنازل صراحة أو ضمناً وفي أي وقت ولو بعد القبض، وذلك وفق شروط:

-أن يكون التنازل صادر من المرتهن ومؤهلاً لذلك

-لا ينصرف التنازل إلى أجنبي إلا إذا رضي به هو²⁵⁵.

ب- انقضاء الرهن بهلاك الشيء المرهون: ينقضي الرهن بانقضاء الحق المرهون على أن يكون هذا الانقضاء كلياً لا جزئياً، وأن كان جزئياً بقي الرهن على الجزء المتبقي وهذا راجع لعدم جواز تجزئة الرهن، كما ينقضي الرهن.

كما يجوز للدائن المرتهن المطالبة بفسخ عقد الرهن، وهذا في حالة ما أدخل الراهن بالتزامه كاستناعه عن التسليم وهذا طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني و إسقاط أجل الدين المضمون بالوفاء فوراً²⁵⁶. وفي حالة ما أركب الدائن المرتهن خطأً جسيم في المرهون وسلامته، عليه في هذه الحالة أن يرجع المرهون للراهن وأن يجعل في الوفاء وبالتالي ينقضي الرهن وهذا ما قضت به المادة 958 ق.م.ج.

ج-انقضاء الرهن الحيازي باتحاد الذمة: نصت المادة 965/2 ق م ج على أنه: "إذا اجتمع الرهن الحيازي مع حق الملكية في يد شخص واحد" ويتحقق ذلك إذا صار الدائن المرتهن مالكا للشيء المرهون أو إذا آل حق الرهن إلى المدين الراهن.

واتحاد الذمة لا يؤدي إلى انقضاء الرهن بصفة كاملة ونهائية فهو لا يعدو أن يكون مانعاً من مباشرة المرتهن لحقه ما دام اتحاد الذمة قائماً فإذا زال سبب هذا الاتحاد فإن الرهن يعود بأثر رجعي كما تقضي الفقرة الثالثة من المادة 965 ق.م.ج. وهذا حكم حتمي يترتب عليه زوال محل الحق العيني بصفة عامة، فالحق العيني سلطة على شيء معين بالذات، فإن زال هذا الشيء زال الحق العيني ولكن القانون يقرر انتقال حق الدائن المرتهن عندئذ إلى ما يحل محل الشيء الهالك من حقوق، كالتعويض أو مبلغ التأمين أو مقابل نزع الملكية طبقاً للمادة 900 ق.م.ج.

هـ - انقضاء الرهن بانقضاء الحق المرهون حق الامتناع: ومثل هلاك الشيء انقضاء الحق المرهون، فيزول الرهن بانقضائه كما لو كان حق انتفاع وانقضى بانقضاء مدته ويموت المنتفع²⁵⁷.

و -انقضاء الرهن الحيازي بالتطهير: فمكتسب العقار المرهون لرهنا حيازيًا ليس أن يقوم بإجراءات التطهير لتحرير العقار من الرهن وكل ما له أن يوفي الدين المضمون فيتحرر العقار من الرهن. ولكن إذا كان العقار ذاته مرهوناً رهناً رسمياً ورهناً حيازيًا، فإن من تنتقل إليه ملكيته يعتبر حائزاً بسبب وجود الرهن الرسمي ويجوز له التطهير.

²⁵⁵ علاوة هوام، الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الشرعية، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية: 2007-2008، ص 190.

²⁵⁶ عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 33.

²⁵⁷ أحمد عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، بند 631، ص 878.

ف -انقضاء الرهن الحيازي بالفسخ: تقدم أن الراهن ضامنا سلامة الرهن، وان ليس له أن يأتي عملا ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن حقوقه المستمدة من العقد طبقا للمادة 953ق.م.ج فإذا أخل الراهن بالتزامه هذا جاز للمرتهن فسخ الرهن والمطالبة بوفاء الدين فورا. كما تقدم أن الدائن المرتهن ملتزم بأن يبذل عناية الرجل المعتاد في المحافظة على المرهون وفي إدارته واستثماره وعلى ألا يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضا الراهن، فإذا أخل بشيء من ذلك جاز للراهن أن يطلب وضع الشيء المرهون تحت الحراسة و فسخ الرهن واسترداد المرهون في مقابل دفع ما عليه²⁵⁸.

ق -انقضاء الرهن بالبيع الجبري: لم ينص المشرع في الرهن الحيازي عما إذا كان البيع الجبري ينهي الرهن كما ينص عليه في الرهن الرسمي في المادة 936 ق.م.ج. إذا قام دائن آخر بالتنفيذ على هذا العقار المرهون وكان سابق في المرتبة وعليه، يفقد الدائن المرتهن حق الرهن، وينتقل حقه بالأفضلية إلى الثمن، ويتقدم على كل دائن آخر صاحب حق الامتياز، وبذلك يكون البيع الجبري مطهراً للعقار من جميع الحقوق العينية التبعية ويدخل في ذلك الرهن الرسمي الحيازي.

المبحث الثالث: حق التخصيص

حق التخصيص (droit d'affectation) أو اختصاص الدائن بعقارات مدينه ضامنا لأصل الدين والمصاريف، وهو حق عيني تبعي يمنحه رئيس المحكمة للدائن، بناء على حكم واجب التنفيذ صادر بإلزام المدين بالدين، على عقار أو أكثر من عقارات المدين. ويستطيع الدائن بموجبه استيفاء حقه في الدين، متقدماً على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، من هذا العقار أو العقارات وفي أي يد تكون. وقد نظمه المشرع الجزائري بموجب المواد 937 إلى 947 ق م ج في الباب الثاني(حق التخصيص) من الكتاب الرابع(الحقوق العينية التبعية) من القانون المدني الجزائري.

فحق التخصيص يشبه حق الرهن الرسمي من حيث الآثار، ويختلف عنه من حيث النشأة، فحق الرهن الرسمي مصدره العقد، أما حق الاختصاص فينشأ بموجب حكم قضائي واجب التنفيذ، أي مصدره أمر صادر من رئيس المحكمة. وبذلك فإن حق التخصيص هو حق عيني تبعي عقاري لا يتقرر إلا على عقار، وهو من قبيل الإجراءات التحفظية التي يلجأ إليه الدائن لضمان تنفيذ الحكم الصادر له من المحكمة.

من مزايا حق التخصيص ضمان تنفيذ الأحكام القضائية بحماية الدائن الذي حصل على هذه الأحكام، أكثر مما تحميه الدعوى البوليصية. فيكون له حق التقدم وحق التبعية، ويعفى من إثبات غش

²⁵⁸ طبقا للمادة 955 ق م ج.

المدين، فيقنع الدائن بذلك ولا يسارع إلى تنفيذ الحكم.

ولكن يترتب على حق التخصيص تفضيل بعض الدائنين على بعض الآخر، ولا يترتب هذا التفضيل على إرادة المتعاقد كما في الرهن، ولا على صفة في الدين كما في حق الامتياز، بل على سرعة الحصول على حكم واجب التنفيذ. وحق التخصيص قد يجحف بالمدين لأن عقاراته يتقرر عليها رهن قد لا يوافق عليه، وقد يتسابق دائنوه للحصول على هذا الحق مما يزيد المصروفات عليه²⁵⁹.

المطلب الأول: إنشاء حق التخصيص

سنتناول الشروط الموضوعية لإنشاء حق التخصيص في الفرع الأول، والشروط الشكلية في الفرع الثاني على النحو الآتي:

الفرع الأول: الشروط الموضوعية اللازمة لإنشاء حق التخصيص

تتمثل الشروط الموضوعية اللازمة لإنشاء حق التخصيص في ثلاثة شروط، تتعلق بالدائن طالب حق التخصيص (الفرع الأول)، وبالحكم الذي يتقرر بموجبه حق التخصيص (الفرع الثاني)، وبمحل التخصيص أو الأموال التي يتقرر عليها هذا الحق (الفرع الثالث).

أولاً: الشروط المتعلقة بالدائن طالب حق التخصيص

يستطيع أي دائن الحصول على حق تخصيص (اختصاص) على عقارات مدينه، أيًا كان مصدر دينه، وأياً كان محله، فيستوي أن يكون المصدر عملاً قانونياً، أو فعلاً ضاراً، أو نافعاً، أو نصاً قانونياً، كما قد يكون مبلغاً من النقود أو عملاً أو امتناعاً عن عمل، وفي الحالة الأخيرة يضمن حق التخصيص ما يستحق الدائن من تعويض بسبب إخلال المدين بالتزامه على أنه يشترط أن يكون حق الدائن ثابتاً بمقتضى حكم قضائي فلا يكفي أن يكون الحق ثابتاً بعقد رسمي²⁶⁰.

قد اشترط المشرع المصري بموجب المادة 1085 من ق م م²⁶¹ في الدائن الذي يطلب تقرير حق التخصيص على عقارات مدينه أن يكون حسن النية، أي يجب انتفاء التواطؤ بين الدائن والمدين في تقرير حق التخصيص إضراراً بالغير ممن تعلق لهم حقا بالعقار المراد تخصيصه، ولو لم تستكمل إجراءات شهر هذا الحق المقرر للغير، ولا يكفي اعتبار الدائن سيء النية مجرد علمه بتعلق حق الغير بهذا العقار، بل

²⁵⁹ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، ط1970، ص 467، 469.

²⁶⁰ محمد صبري السعدي، نفس المرجع، ص220.

²⁶¹ تنص المادة 1085 ق م مصري على أنه: "يجوز لكل دائن... أن يحصل متى كان حسن النية حق اختصاص بعقارات مدينه ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات".

يقصد بحسن النية هو عدم صدور غش من الدائن. وبالتالي فعلى من يدعي سوء النية إقامة الدليل بكل وسائل الإثبات على توافر سوء النية وقت تقرير حق التخصيص.

تنص المادة 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 مدينه ضمانا لأصل الدين والمصاريف. ولا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ تخصيص على عقار في التركة". من خلال هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري لم يشترط في الدائن طالب حق التخصيص (الاختصاص) أن يكون حسن النية، ذلك لأن المقصود بحسن النية - كما ذكرنا سابقا- هو عدم صدور غش من الدائن ولأن الغش يفسد كل شيء دون حاجة إلى النص عليه. فيجب أن يكون طالب التخصيص حسن النية، وعلى من يدعي عكس ذلك أن يثبت ما يدعيه²⁶².

ثانيا: الشروط المتعلقة بالحكم الذي يتقرر بموجبه حق التخصيص

يجب توفر عدة شروط في الحكم حتى يتقرر بموجب حق الاختصاص للدائن، نوردتها كما يلي:
أ- يجب أن يكون حكما قضائيا: لا يتقرر حق التخصيص إلا بناء على حق ثابت بموجب حكم قضائي أي قرار صادر من جهة ذات ولاية قضائية، وعلى ذلك، فلا يكفي أن يكون حق الدائن ثابتا في سند رسمي، فهو وإن كان سندا صالحا للتنفيذ على المدين، لا يصلح أن يتقرر بموجبه حق التخصيص، لأن السند الرسمي لم يكن محلا للبحث أمام القضاء فهو غير متوفرة فيه الضمانات المتوفرة في الأحكام القضائية. ويجب أن يكون الحكم صادرا في نزاع مطروح أمام المحكمة فتفصل فيه بموجب سلطتها القضائية. كما أنه لا يجوز أخذ اختصاص على ما تصدره المحاكم من أوامر ولائية²⁶³ كالأوامر على العرائض²⁶⁴.
طبقا للمادة 939 ق.م.ج التي تنص على أنه: "يجوز الحصول على حق تخصيص بناء على حكم يثبت صلحا أو اتفاقاً تم بين الطرفين". نجد أنه يجوز تقرير حق تخصيص بمقتضى الأحكام الصادرة بالتصديق على محضر الصلح، أو بالاتفاق بين الخصوم أمام القضاء، كالحكم المثبت لقسمة ودية تمت باتفاق الشركاء²⁶⁵.

كما نصت المادة 938 ق.م.ج على جواز الحصول على حق تخصيص بناء على حكم صادر من محكمة أجنبية أو على قرار صادر من محكمين شرط أن يصبغ الحكم أو القرار بالصيغة التنفيذية فنصت على أنه "لا يجوز الحصول على حق التخصيص بناء على حكم صادر من محكمة أجنبية أو على قرار صادر من محكمين²⁶⁶ إلا إذا أصبح حكم القرار واجب التنفيذ"، وفي هذا تنص المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية،

²⁶² محمد حسنين، نفس المرجع، ص 190.

²⁶³ محمد حسنين، نفس المرجع، ص 191.

²⁶⁴ نبيل إبراهيم سعد، نفس المرجع، ص 192.

²⁶⁵ محمد صبري السعدي، نفس المرجع، ص 221.

²⁶⁶ ورد خطأ في النص العربي الذي جاء فيه "...محكمتين..." بدلا من مَحْكَمَيْن حسب النص باللغة الفرنسية "ou d'une sentence... arbitrale..."، رغم أنه من المفروض الرجوع إلى النص العربي باعتباره الأصل، لكن إذا تركنا مصطلح محكمتين فلا يصح المعنى.

في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية:

- 1- ألا تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص،
- 2- حائزة لقوة الشيء المقضي به طبقاً لقانون البلد الذي صدرت فيه،
- 3- ألا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية، وأثير من المدعى عليه،
- 4- ألا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر".

من جهة أخرى، يلاحظ أن قرار المحكمين لا ينطبق عليه وصف الحكم فلا يجوز في الأصل أخذ تخصيص بموجبه. إلا أنه إذا أصبح واجب التنفيذ فإنه يرقى إلى مرتبة الحكم مما يسمح بأخذ تخصيص بموجبه²⁶⁷.
ب- أن يكون الحكم واجب التنفيذ: وهو الحكم الذي يكون حائزاً لقوة الشيء المقضي فيه، فهو غير قابل للطعن فيه بالطرق العادية وهي المعارضة والاستئناف، هذا بغض النظر عن مدى قابليته للطعن فيه بطرق الطعن غير العادية، عن طريق الطعن بالنقض أو التماس إعادة النظر. وبالتالي فإن الحكم الحائز قوة الشيء المقضي فيه يكون مشمولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون أو بحكم المحكمة. فإن كان الحكم حائزاً لقوة الشيء المحكوم به وغير مشمول بالنفاذ المعجل، أي أن الحكم تم استئنافه وأصبح نهائياً أو سقط حق الطعن فيه بالاستئناف لانتهاء مواعيده القانونية. أو لا بد من انتظار انقضاء مدة الطعن بالمعارضة والاستئناف إلى ثبوت عدم الطعن فيه فعلاً. مما يستلزم تقديم ما يثبت ذلك عند طلب الأمر بالتخصيص.

ج- أن يكون الحكم صادر في موضوع الدعوى وملزماً للمدين بأداء شيء معين:
لا تصلح الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع كالأحكام التحضيرية والأحكام التمهيديّة والأحكام الوقتية، لتقرير حق التخصيص إلا إذا تضمنت في جزء منها الحكم بالزام المدين بأداء حق معين كنفقة مؤقتة أو إلزامه بالمصروفات. وبالتالي فإن الأحكام الصادرة بتعيين حارس أو بإحالة على التحقيق أو بندب خبير أو بإجراء معاينة أو بتوجيه اليمين، هي أحكام غير صادرة في موضوع الدعوى، فلا تقبل تقرير التخصيص.

ومن جهة أخرى، يجب أن يكون الحكم ملزماً للمحكوم عليه (المدين) بأداء حق معين كدفع مبلغ من النقود أو أي التزام آخر، وفي هذه الحالة وطبقاً للمادة 941 ق م ج فإن كان الدين المذكور في الحكم غير محدد المقدار تولى رئيس المحكمة تقديره مؤقتاً وعين المبلغ الذي يؤخذ به حق التخصيص.

ثالثاً: الشروط المتعلقة بالأموال التي يتقرر عليها حق التخصيص

تنص المادة 940 ق م ج على أنه: " لا يجوز أخذ حق التخصيص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمزاد العلني". بناءً على ذلك يجب في المال الذي يؤخذ به حق التخصيص توفر ثلاثة شروط هي:

²⁶⁷ محمد حسنين، نفس المرجع، ص 192.

أ- أن يقع التخصيص على عقار: استلزم المشرع تخصيص العقار المراد تقرير اختصاص عليه ويجب أن تكون هذه العقارات معينة تعييناً دقيقاً بحسب طبيعتها وموقعها، وذكر البيانات المحددة له، مع تقديم الأوراق الدالة على قيمتها...سواء عند طلب أخذ التخصيص، أو عند قيد حق التخصيص(المادة 941 ق م ج). فهو يخضع لمبدأ التخصيص الذي يخضع له الرهن الرسمي، والغرض من هذا التعيين حماية الغير وحماية المدين نفسه. ويترتب على نقص هذه البيانات أو الخطأ فيها بطلان التخصيص وقيدته معا إذا أدى النقص إلى وقوع الغير في غلط²⁶⁸.

ب- أن يكون العقار مملوكاً للمدين: يجب أن يكون العقار مملوكاً للمدين وقت قيد حق التخصيص، وكان من المفروض على المشرع أن يشترط ملكية العقار للمدين وقت الحكم بالتخصيص وليس وقت قيده. لأن أخذ تخصيص على عقار غير مملوك للمدين يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا ينتج أثره حتى ولو تملك المدين فيما بعد هذا العقار. وفي جميع الأحوال لا يجوز تقرير تخصيص على عقار مملوك لشخص ضماناً لمدين على غيره.

ج- أن يكون العقار قابلاً للبيع بالمزاد العلني: يشترط في العقارات المأخوذ عليها حق التخصيص أن يكون جائزاً بيعها بالمزاد العلني، فالعقارات الموقوفة لا يجوز بيعها. وبعبارة أخرى أن تكون من العقارات الجائز تحميلها رهناً رسمياً²⁶⁹.

د- الوقت الذي يجوز فيه أخذ التخصيص:

بمعنى آخر، متى لا يجوز للدائن الحصول على الاختصاص على عقارات المدين؟
الحالة الأولى: المشرع الجزائري قد نص في المادة 2/937 ق م ج على انه: " لا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ تخصيص على عقار في التركة"، أي أنه لا يجوز للدائن بعد موت المدين أن يحمل عقارات من تركة هذا الأخير بالتخصيص، وذلك ضماناً للمساواة بين الدائنين العاديين. أما إذا صدر التخصيص قبل وفاة المدين فليس هناك ما يمنع من إجراء القيد، لأن الدائن اكتسب حق التخصيص بمجرد صدور أمر القاضي، والقيد ما هو إلا طريقة لشهره وجعله نافذاً في حق الغير.

الحالة الثانية: هي حالة شهر إعسار المدين فلا يحتج على الدائنين السابقين بحق التخصيص الذي يقع على عقارات المدين بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار في القانون المدني المصري(المادة 256 وليس لها مقابل في القانون المدني الجزائري). أما إذا صدر التخصيص قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار فإن التخصيص جائز ويحتج به في مواجهة الدائنين الآخرين بشرط توفر حسن نية الدائن.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية أو إجراءات الحصول على حق التخصيص

أولاً: تقديم طلب التخصيص والأمر به

تنص المادة 941 ق م ج على أنه: "على الدائن الذي يريد أخذ تخصيص على عقارات مدينه أن يقدم عريضة بذلك إلى رئيس المحكمة التي تقع في دائرتها العقارات التي يريد التخصيص بها". فالدائن يقدم

²⁶⁸محمد حسنين، نفس المرجع، ص 194.

²⁶⁹محمد صبري السعدي، نفس المرجع، ص 214.

عريضة إلى رئيس المحكمة الكائن بدائرتها العقار، وإذا كانت العقارات المراد أخذ عليها حق التخصيص واقعة في عدة دوائر مختلفة استلزم الأمر من الدائن دفع طلبه بشأن كل عقار أمام رئيس المحكمة الكائن بدائرتها هذا العقار. ويجب إرفاق صورة رسمية من الحكم الذي بمقتضاه يؤخذ الاختصاص أو بشهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوق الحكم.

يجب أن تتضمن العريضة البيانات الآتية²⁷⁰:

-اسم الدائن ولقبه ومهنته وموطنه الأصلي والموطن المختار الذي يعينه في البلدة التي يقع فيها مقر المحكمة.

-اسم المدين ولقبه ومهنته وموطنه.

-تاريخ الحكم وبيان المحكمة التي أصدرته.

-مقدار الدين، فإن كان الدين المذكور في الحكم غير محدد المقدار تولى رئيس المحكمة تقديره مؤقتاً وعين المبلغ الذي يؤخذ به حق التخصيص-كما أشرنا إلى ذلك سابقاً-

-تعيين العقارات تعييناً دقيقاً وبيان موقعها مع تقديم الأوراق الدالة على قيمتها".

يقرر القاضي مدى تناسب هذه العقارات مع الدين المراد ضمانه، فلا يثقل التخصيص عقارات المدين أكثر من القدر اللازم لهذا الضمان، وليس من اللازم أن تكون هذه الأوراق قاطعة ببيان قيمة هذه العقارات على وجه الدقة، بل يكفي أن تكون هذه القيمة بوجه تقريبي²⁷¹.

طبقاً للمادة 942 ق م ج فإنه: "يدون رئيس المحكمة، في ذيل العريضة أمره بالتخصيص.

وعليه عند الترخيص به أن يراعي مقدار الدين وقيمة العقارات الميمنة بالعريضة بوجه التقريب، وعند الاقتضاء يجعل الاختصاص مقصوراً على بعض هذه العقارات أو على واحد منها فقط أو على جزء من أحدها إذا رأى أن ذلك كاف لتأمين دفع أصل الدين والمصاريف المستحقة للدائنين.

الأمر الصادر بالتخصيص واجب التنفيذ، بقطع النظر عن جميع طرق الطعن".

ينظر رئيس المحكمة في طلب التخصيص بمقتضى سلطته الولائية دون حاجة إلى إحضار المدين، وله أن يأمر بالتخصيص أو برفضه إعمالاً لسلطته التقديرية. فإذا رأى أن شروط تقرير التخصيص متوفرة، يحدد العقارات التي يوقع عليها التخصيص، ويحدد مقدار الدين إن لم يكن محدداً في الحكم. ويدون أمره بالتخصيص في ذيل العريضة.

وعليه، فلا بد أن يتم إخطار المدين من طرف كتابة الضبط بالأمر الصادر بالتخصيص في نفس اليوم الذي يصدر فيه هذا القرار (المادة 943 ق م ج). حتى يتمكن من التظلم في الأمر إذا كان له وجه في ذلك.

وحتى لا يلجأ الدائن إلى محاكم مختلفة، للحصول منها على أوامر بالتخصيص تزيد على ما يحتاج

إليه اوجب القانون على قلم كتاب المحكمة أن يتخذ أيضاً الإجراءات الآتية²⁷²:

²⁷⁰المادة 2/941 من ق م ج.

²⁷¹بوخاتم، نفس المرجع، ص 97.

²⁷²عبد الرزاق السهوري، نفس المرجع، ص 508، 509.

1- يؤشر بأمر الاختصاص على صورة الحكم، أو على الشهادة المرفقة بالعريضة والمحضر فيها منطوق الحكم إذا لم يمكن الحصول على صورة الحكم ذاته . فيتعذر على الدائن استعمال صورة الحكم أو نفس الشهادة، للحصول على أمر آخر بالاختصاص دون أن يكون الأمر مطلعاً على أمر التخصيص الأول.

2- يخطر قلم كتاب المحكمة الصادر منها الحكم بالدين، ليؤشر بأمر الاختصاص على كل صورة أو شهادة أخرى يسلمها للدائن. وبذلك إذا لم يستعمل الدائن الصورة أو الشهادة التي سبق له استعمالها للحصول على أمر الاختصاص الأول، وطلب من قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم بالدين صورة أو شهادة أخرى، كانت هذه الصورة أو الشهادة مؤشراً عليها بأمر الاختصاص الأول. وبذلك تسمح لكل قاضي عند الأمر بالتخصيص أن يراعي قيمة العقارات التي سبق للدائن أخذ اختصاص عليها²⁷³.

يجب على الدائن الذي حكم له بالتخصيص على عقار مدينه أن يقيد هذا التأمين القضائي بنفس الطريقة التي حددها قانون تنظيم الشهر العقاري لشهر الحقوق العينية التبعية، ويسري على حق التخصيص ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام خاصة بالقيد وتجديده ومحوه-التي بينهاها سابقا-. ويجب التأشير على هامش القيد بكل أمر أو حكم قضى بإلغاء الأمر الصادر بالتخصيص²⁷⁴.

ثانياً: التظلم من قرار رئيس المحكمة

كما أنه يجوز للدائن أو المدين التظلم من قرار رئيس المحكمة بتقرير التخصيص أو برفضه لأن هذا القرار ليس نهائياً.

أ- تظلم المدين : طبقاً للمادة 944 ق م ج فإنه: " يجوز للمدين أن يتظلم من الأمر الصادر بالتخصيص أمام القاضي الذي أصدره، والقائم بفصل الأمور المستعجلة، ويجب التأشير على هامش القيد بكل أمر أو حكم قضى بإلغاء الأمر الصادر بالتخصيص". وعليه، فإذا صدر أمر التخصيص من رئيس المحكمة، جاز للمدين، الذي لم تسمع أقواله والذي أعلن بصدور أمر التخصيص في يوم صدوره أن يتظلم من هذا الأمر . وقد يكون الدين المحكوم به على المدين قد انقضى بالوفاء مثلاً بعد صدور الحكم به، أو أن يكون الحكم قد طعن فيه بالنقض أو أن تكون العقارات التي وقع عليها التخصيص تزيد قيمتها بكثير عن قيمة الدين، وهنا يكون التظلم لإنقاص التخصيص دون إلغائه.

²⁷³ جميل الشرقاوي، التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 306 .

²⁷⁴ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 196.

ب -تظلم الدائن :إذا رفض رئيس المحكمة طلب التخصيص رغم توافر شروطه، أو إذا ألغى اختصاص سبق توقيعه بناء على تظلم المدين فإن التظلم يكون مباشرة أمام المجلس القضائي طبقاً للمادة 945 ق م ج، لأن رئيس المحكمة سبق له أن نظر في الموضوع مرة أو مرتين.

المطلب الثاني: آثار حق التخصيص

نصت المادة 947 ق م ج على أن: " تكون للدائن الذي حصل على حق التخصيص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي، ويسري على التخصيص ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام، وخاصة ما يتعلق بالقيود وتجديده وشطبه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه، وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة".

فالتخصيص الذي تم شهره وفقاً للقانون يخضع لأحكام الرهن الرسمي، وبعد إجراء القيد فإن مركز الدائن صاحب حق التخصيص له نفس المركز القانوني للدائن المرتهن رهناً رسمياً، فيستوفي حقه بالتقدم أو الأفضلية من ثمن العقار المحمل بالتخصيص حسب مرتبة قيده، وله أيضاً حق التتبع على هذا العقار²⁷⁵.

فمثلاً لما كان حق التخصيص يعطي على عقار مملوك للمدين، فإن حق الاختصاص ينشأ على هذا العقار من تلقاء نفسه. ويجب على المدين الحفاظ على سلامة العقار، فلا يجوز له بعد أن أخذ حق التخصيص على عقاره، أن يرتب على هذا العقار أي حق يشهر قبل قيد حق الاختصاص. وليس له أن ينزع شيئاً من هذا العقار، كأن يبيع المواشي التي تخدم الأرض، أو يبيع الأنقاض بعد هدم جزء من المباني، فتقع في يد مشتر حسن النية فيملكها خالصة من حق التخصيص، فيكون عندئذ للدائن الرجوع على المدين بضمان التعرض الشخصي²⁷⁶.

كما يسري على حق التخصيص ما يسري على الرهن الرسمي من حيث ما يرتبه من آثار في علاقة المدين بالدائن فتظل لمالك العقار المثقل به نفس حقوق الدائن المرتهن رهناً رسمياً. كما يستلزم قيد حق التخصيص حتى يسري في مواجهة الغير، وبذلك يستطيع صاحب حق التخصيص مباشرة حق التقدم وحق التتبع.

ويشمل الدين المضمون أصل الدين، وملحقاته وهذه تتضمن مصروفات القيد والتجديد وفوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية والفوائد التي تستحق من هذا التاريخ إلى يوم رسو المزداد العلني... وغيرها من الآثار. أما بالنسبة لحق التتبع فيستطيع الدائن صاحب حق التخصيص أن يستعمل حقه في التتبع في يد الحائز للعقار. وللحائز أن يقضي الدين، إذ يختار الحائز عادة قضاء الدين، إذا كان الدين أقل من ثمن العقار، أو يظهر العقار-ويختار عادة هذا الطريق إذا رأى أن قيمة العقار هي أقل من

²⁷⁵ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 197.

²⁷⁶ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 513.

الديون المضمونة بالقيود-، أو يخليه، أو يتحمل إجراءات نزع الملكية²⁷⁷ كما رأينا سابقا عند دراسة الرهن الرسمي.

المطلب الثالث: نقل حق التخصيص أو إنقاصه وانقضاؤه

الفرع الأول: نقل حق التخصيص أو إنقاصه

بما أن التخصيص صادر بموجب أمر من رئيس المحكمة، فيجوز لهذا الأخير أن يعدّل في هذا الوعاء بقصره على جزء من العقار أو العقارات التي رتب عليها حق التخصيص أو بنقله إلى عقار آخر. وهذا ما نصت عليه المادة 946 ق م ج على أنه "يجوز لكل ذي مصلحة أن يطالب بإنقاص التخصيص إلى الحد المناسب، إذا كانت الأعيان التي رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على ما يكفي لضمان الدين. ويكون إنقاص التخصيص إما بقصره على جزء من العقار أو العقارات التي رتب عليها، أو بنقله إلى عقار آخر تكون قيمته كافية لضمان الدين. وأما المصاريف اللازمة لإجراء الإنقاص، تكون على من طلب الإنقاص ولو يتم بموافقة الدائن".

يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري حرص على تحقيق التناسب بين الدين المضمون والعقار المثقل بحق التخصيص، حيث أجاز لكل ذي مصلحة سواء كان المدين أو الدائن صاحب التأمين العيني المتأخر في المرتبة أو الدائن العادي أو حتى الحائز للعقار المثقل بالتخصيص بطلب إنقاص التخصيص أو نقله إلى عقار آخر. ويكون إنقاص التخصيص إما بالتظلم من الأمر الصادر بتقريره وإما بدعوى أصلية إذا انقضى ميعاد التظلم²⁷⁸.

كما توجد هناك أسباب أخرى لطلب إنقاص حق التخصيص منها²⁷⁹:

- 1- إذا بالغ الدائن في تقدير دينه بالأكثر، أو في تقدير عقارات مدينه بالأقل، وذلك حتى يطمئن إلى صحة تقديراته.
- 2- إذا ارتفعت قيمة العقارات، حيث بعد أن كان العقار متناسبا مع قيمة الدين أصبح أعلى من هذه القيمة بكثير فوجب في هذه الحالة إنقاصه.
- 3- إذا دفع المدين فيما بعد جزءا كبيرا من الدين، بحيث بعد خصم هذا الجزء أصبح الباقي من الدين يقل كثيرا عن قيمة العقارات، ففي هذه الحالة يتعين إنقاص العقارات المحملة بحق التخصيص حتى تتناسب مع الباقي من الدين.

²⁷⁷ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ص 517، 518.

²⁷⁸ محمد حسنين، المرجع السابق، ص ص 197، 198.

²⁷⁹ محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، ج 7، ط 1، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص

ويجب التأشير بالإنقاص على هامش القيد الأصلي، وذلك إذا تم الإنقاص عن طريق قصره على بعض العقارات أو على جزء منها، أما إذا نقل حق التخصيص إلى عقار غير المقرر عليه في الأصل فيجب إجراء قيد جديد على هذا العقار²⁸⁰.

وتخفيض أو إنقاص حق التخصيص هو استثناء عن مبدأ عدم تجزئة الضمان (الحق العيني) وإبقاء حق الدائن كما هو حتى يتم سداد الدين بأكمله، والإنقاص حكم جديد نقله المشرع عن القانون الإيطالي.

الفرع الثاني: انقضاء حق التخصيص

ينقضي حق التخصيص بنفس الطرق التي ينقضي بها حق الرهن الرسمي، إما بصورة أصلية أو بصورة تبعية، وهذا ما أشارت إليه المادة 947 ق.م.ج سالف الذكر، التي نصت على أنه يسري على التخصيص ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام، وخاصة ما يتعلق بالقيد وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه.

كما ينقضي التخصيص بإلغاء الحكم الذي تقرر بموجبه، فإذا صدر أمر التخصيص بناء على حكم نهائي، ثم طعن فيه بالنقض أو التماس إعادة النظر، وقُبِلَ هذا الطعن زالت عنه قوة الشيء المقضي فيه، فإن حق التخصيص ينقضي وللمدين طلب شطبه. أو إذا تقرر التخصيص بناء على حكم مشمول بالنفاذ المعجل وأُلغِيَ في المعارضة أو الاستئناف انقضى الاختصاص²⁸¹.

المبحث الرابع: حقوق الامتياز

سنتناول في هذا المبحث الذي قسمناه إلى ثلاثة مطالب، مفهوم حقوق الامتياز في المطلب الأول، وأنواع الحقوق الممتازة في المطلب الثاني، ثم نتعرض لآثار وانقضاء حق الامتياز في المطلب الثالث على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم حق الامتياز

لمعرفة مفهوم حقوق الامتياز، يجب علينا التعرض لتعريفه (الفرع الأول)، ونبين خصائصه (الفرع الثاني)، وفي الأخير نتناول أقسامه (الفرع الثالث)

الفرع الأول: تعريف حق الامتياز وخصائصه و أقسامه

نصت المادة 982 ق.م.ج على أنه " الامتياز الأولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته، ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني".

أولاً: تعريف حق الإمتياز: يتضح من التعريف السابق أن المشرع جعل من الأولوية أي التقدم، الصيغة الجوهرية لحق الامتياز يتقدم جميع الدائنين العاديين ويتزاحم مع الدائنين المتعنتين بضمان عيني عند

²⁸⁰ محمد صبري سعدي، المرجع نفسه، ص 215، 216.

²⁸¹ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 198. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 217. بوخاتم، المرجع السابق، ص 101.

بيع المال المحل بحق الامتياز، ويستوفي حقه طبقاً لمرتبته بالنسبة لهؤلاء الدائنين، إلا أن هذه الأولوية لم ترتبط بشخص صاحب الحق بل بالحق المضمون، إذ أن أساس الأولوية يكون في صفة الحق، وبمعنى آخر في سبب نشأته، وقد مُنح هذا الضمان للحقوق التي تكون أسباب نشأتها تبرر تفضيلها على غيرها²⁸².
إنما القانون يقرر الامتياز مراعاة لصفة الحق، لأنه صفة في الدائن، وينبغي على ذلك أن الدين يظل ممتازاً، ولو حل فيه دائن آخر محل الدائن الأصلي بناء على حوالة أو وفاء مع الحلول²⁸³.

ثانياً: خصائص حق الامتياز: تنص الفقرة الثانية من المادة 982 ق.م.ج على أنه "ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني" و من التعريف الذي ورد في التقنيين المدني يتبين أن حق الامتياز له خصائص معينة هي:

- حق الامتياز حق عيني تبعية، شأنه في ذلك شأن الرهن الرسمي و الرهن الحيازي وحق الاختصاص، فهو فيه الوفاء بالدين لذا فهو يتبع الدين المضمون في وجوده وصحته وفي انقضائه²⁸⁴.

- حق الامتياز، لا يقبل التجزئة، فالمال المحمل بهذا الحق يضمن الدين كله، وكل جزء من الدين مضمون بكل المال الخاضع لهذا الضمان.

- حق الامتياز يرد على جميع الأموال، سواء أكانت منقولة، أو عقارات، و كذلك على الأموال المادية والمعنوية²⁸⁵.

- الامتياز لا يتقرر لا بنص خاص في القانون، فالنصوص القانونية هي المصدر المباشر لحق الامتياز، وبهذا يختلف عن الرهن بنوعيه إذ أن مصدره هو الاتفاق، ويختلف عن الاختصاص الذي مصدره القضاء، وعليه فلا ينشأ الامتياز باتفاق بين الأفراد، أو بحكم من القاضي²⁸⁶.

وعلى ذلك فإن حق امتياز يستحيل ترتيبه بالاتفاق، ولا يستطيع القاضي أن يقرر امتياز الدين، مهما كانت صفة هذا الدين.

- الامتياز يعطي لصاحبه حق التقدم و يعطيه أحيانا حق التتبع فلصاحب حق الامتياز حق التقدم، إذ له أفضلية مطلقة على جميع الدائنين العاديين، و الامتياز يعطي لصاحبه أحيانا حق التتبع إذ أنها لا تقع التفرقة هنا بين الامتيازات العامة والامتيازات الخاصة.

إن الامتيازات العامة، لا تعطي لصاحبها حق التتبع، إذ أنها لا تقع على مال معين و مخصص لضمان الدين، بل تقع على كافة الأموال المدين الموجود في ذمته عند التنفيذ، أما التتبع فلا يكون إلا في حالة تحديد مال سلفاً لملاحقته.

أما الامتيازات الخاصة الواقعة على عقار أو على منقول، فتعطي لصاحبها حق التتبع.

إن حقوق الامتياز استثناء من القواعد العامة التي تقتضي بضرورة المساواة بين الدائنين، وعلى ذلك لا يمكن إنشاء حق امتياز إلا إذا نص القانون صراحة عليه.

²⁸² محمد صبري السعدي، نفس المرجع، ص 336.

²⁸³ أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 920.

²⁸⁴ عبد المنعم بدرأوي، المرجع السابق، ص 390.

²⁸⁵ عبد المنعم بدرأوي، المرجع السابق، ص 390.

²⁸⁶ سمير تناغو، المرجع السابق، ص 386.

المطلب الثاني: أنواع الحقوق الممتازة

نصت 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." وبذلك نجد أن هناك ثلاثة أنواع من حقوق الامتياز هي²⁸⁷:

1- حقوق امتياز عامة.

2- حقوق امتياز خاصة منقولة.

3- حقوق امتياز خاصة عقارية.

والترفرقة بين حقوق الامتياز على أساس محلها تؤدي إلى كل الفروق الأخرى بين هذه الحقوق من حيث المرحلة التي تمثلها في التطور ومن حيث طبيعتها وما تؤدي إليه من طريقة حساب مرتبتها، وبالتالي بيان قيمتها كضمان للدائنين.

حقوق الامتياز العامة ترد على كل أموال المدين من عقار أو منقول دون تخصيص، فلا تعطي للدائن حقا عينيا على عقار بعينه من أموال المدين، ولا تعدو بهذا أن تكون وصفا يلحق بالتزام الدائن يقدمه على غيره من الديون الأخرى²⁸⁸.

أما الحقوق الامتياز الخاصة الواردة على منقول فهي تأمين عيني على منقول مملوك للمدين، إلا أن الدائن لا يجوز هذا المنقول وهو بهذا تأمين عيني على منقول دون نقل حيازة يشبه هذه الفكرة الجديدة في رهن المنقول دون حيازة، ومع ذلك فلا تعطي للدائن ضمانات هذه الفكرة الجديدة، لأن صاحب الامتياز الخاص الوارد على منقول لا يحتج بحقه على من حاز المنقول بحسن النية وذلك طبقا للمادة 985 م.ج²⁸⁹ إن حقوق الامتياز الخاصة الواردة على عقار وهي التي ترد على عقارات أو عقارات معينة، وهي امتياز بائع العقار) المادة 999 ق.م.ج، و امتياز المقاول والمهندس المعماري على البناء) المادة 1000 ق.م.ج (و امتياز المتقاسم في العقار) المادة 1001 ق.م.ج، وتشبه حقوق الامتياز العقارية الرهن الرسمي في أحكامه، فإن كانت تختلف عنه من حيث المصدر، إذ أن مصدرها القانون إلا أن أحكامها هي نفس أحكام الرهن الرسمي.

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

غير أن الامتياز العقاري الضامن لمبالغ مستحقة للخزينة العامة لا يجب فيها الإشهار ونصت على ذلك الفقرة الثالثة من المادة 986 ق.م.ج بقولها: " غير أن حقوق الامتياز العامة ولو كانت مترتبة على عقار لا

²⁸⁷ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 339، 340.

²⁸⁸ شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص 566.

²⁸⁹ سمير تناغو، المرجع السابق، ص 389.

يجب فيها الإشهار ولا يثبت فيها حق التتبع، ولا حاجة للإشهار أيضا في حقوق الامتياز العقارية الضامنة، بمبلغ مستحق 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 العامة²⁹⁰.

أوردت المشرع الجزائري أنواع الحقوق الممتازة في الفصل الثاني من الباب الرابع من الكتاب الرابع المخصص للحقوق الممتازة، وقسمت هذه الحقوق إلى فرعين حقوق الامتياز العامة، وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول الفرع الثاني حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار. وسنسير على نفس التقسيم و نقسم المبحث إلى الفرعين التاليين .

الفرع الأول: حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول

أورد المشرع الجزائري هذه الامتيازات في المواد 990 إلى 998 ق.م.ج و قد أوردتها مرتبة فيما بينها بحسب درجة امتيازها و هذه الامتيازات هي:

- امتياز المصاريف القضائية.
- امتياز المبالغ المستحقة للخرينة العامة.
- امتياز حق المنقول و ترميمه.
- حقوق الامتياز العامة و هي امتياز الأجور و امتياز التوريد و امتياز النفقة.
- امتياز مصروفات الزراعة و امتياز آلات الزراعة.
- امتياز مؤجر العقار.
- امتياز صاحب الفندق
- إمتياز بائع المنقول.
- إمتياز المتقاسم في المنقول.

الفرع الثاني: حقوق الإمتياز الخاصة الواقعة على عقار

إن حقوق الإمتياز الخاصة الواقعة على عقار هي ثلاثة و هي : إمتياز بائع العقار، إمتياز المهندسين و المقاولين و إمتياز المتقاسم في العقار.

أولا : إمتياز بائع العقار : نصت المادة 999 ق.م.ج على أنه " ما يستحق بائع العقار من ثمن و ملحقاته، يكون له إمتياز هذا العقار المبيع. يجب أن يقيد الإمتياز، و لو كان البيع مسجلا، و تكون مرتبته من تاريخ البيع إذا وقع القيد في ظرف شهرين من تاريخ البيع. فإذا انقضى هذا الأجل أصبح الإمتياز رهنا رسميا²⁹¹.
أ- الحق الممتاز : هو الثمن و ملحقاته، كفوائد و المصاريف التي يلتزم بها المشتري، وعلى ذلك فإنه لا يدخل في الحق الممتاز مبالغ أخرى، كتعويض يلزم المشتري بدفعه لإخلاله بالتزاماته.

²⁹⁰ محمد صبري السعدي، نفس المرجع، ص 342.

²⁹¹ عبد المنعم بدراوي، نفس المرجع، ص 452.

ب - محل الإمتياز: هو العقار المبيع، غير أنه لا يشترط أن يظل العقار محتفظاً بذاتيته كما سبق أن أرينا بالنسبة لامتياز المنقول، فإذا تلف العقار أو هلك فإن الإمتياز يرد على ما حل محل العقار من مال، كمبلغ التعويض عن التلف أو مبلغ التأمين المدفوع لهلاك العقار، أو ثمن نزع ملكية العقار للمنفعة العامة وذلك طبقاً للمادة 987 ق.م.ج إذ تنص على أنه " يسري على الإمتياز ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تلفه"²⁹².

ج -مرتبة الإمتياز: يجب قيد الإمتياز، ولو كان عقد البيع مسجلاً و بعض مرتبة الإمتياز تاريخ قيده. إذا بيع العقارات مرات متوالية وبقي لكل من البائعين جزء من الثمن فإن البائع الأول يتقدم عنمن يتلو، شرط أن يكون قد شهر إمتيازه قبلهم.

ثانياً: إمتياز المهندسين و المقاولين:

تنص المادة 1000 ق.م.ج على أنه " المبالغ المستحقة للمقاولين و المهندسين المعماريين الذين عهد إليهم بتشديدها أو في ترميمها أو في صيانتها، يكون لها إمتياز على هذه المنشآت، و لكن بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال في قيمته العقار وقت بيعه. و يجب أن يقيد الإمتياز، و تكون مرتبته من وقت القيد."

أ- الحق الممتاز:

يشمل الحق الممتاز المبالغ المستحقة للمقاولين و المهندسين المعماريين الذين عهد إليهم في تشييد أبنية، أو منشآت أخرى، أو في إعادة تشبيها أو في ترميمها أو في صيانتها.

يرد هذا الإمتياز على الأبنية و الطرق و الآبار والقناطر وغير ذلك من أعمال التشييد و لا ينحصر في أصل المبالغ، بل يمتد أيضاً إلى الفوائد المستحقة عن هذه المبالغ في البلاد التي تقرر قوانينها سعر فائدة²⁹³.

ب - محل الإمتياز: يرد الإمتياز لا على المال كله كما في ترميم المنقول، بل على مزاد في قيمة العقار بسبب الأعمال و بقى قائماً إلى وقت البيع و يقدر القاضي مقدار الزيادة التي يباشر عليها الإمتياز وقت البيع و له أن يستعين في ذلك بخبراء.

إن منى تم تعيين قدر الزيادة على هذا الوجه، فإن هذه الزيادة تضمن كل جزء من استحقاق المهندس أو المقاول، و كذلك كل استحقاق المهندس أو المقاول مضمون بكل جزء من هذه الزيادة.

ج -مرتبة الإمتياز: وإذا أجرى القيد، كانت مرتبة الإمتياز من وقت إجرائه. وإذا تزامن الإمتياز مع أي حق عيني آخر على العقار، قدم الأسبق مهما في تاريخ شهره.

ثالثاً: إمتياز المتقاسم في العقار: تنص المادة 1001 ق.م.ج على أنه " إن للشركاء الذين إقتسموا عقاراً، حق لإمتياز عليه تأميناً لما تخوله القسمة من حق في رجوع كل منهم على الآخرين، بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة، و يجب أن يقيد هذا الإمتياز و تكون مرتبته مماثلة لشروط إمتياز البائع المشار إليه في المادة 999 ق.م.ج.

²⁹² سليمان مرقس، نفس المرجع، ص 628 .

²⁹³ عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 1003 .

أ- الحق الإمتياز: يضمن الإمتياز حقوق كل من المتقاسمين في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة، ويستوي في ذلك أن تكون القسمة كلية أو جزئية، ودية أو قضائية، عينا أو بطريق التصفية. ويشمل ذلك:

1- معدل القسمة.

2- ثمن التصفية أي الثمن الذي رسا به م ازد العقار على أحد الشركاء لعدم إمكان القسمة عينا.

3- التعويض الذي يستحق لأحد الشركاء المتقاسمين قبل المتقاسمين الآخرين بموجب ضمان الاستحقاق

294.

4- الفوائد عن أي مبلغ من المبالغ المتقدمة.

ب - محل الإمتياز: فيما يتعلق بمعدل القسمة، على العقار الذي دفع في نصيب المتقاسم الملزم بدفع المعدل. فيما يتعلق بثمن التصفية، على العقار الذي يبيع بالمزاد إلى أحد المتقاسمين، وفيما يتعلق بضمان الاستحقاق، على جميع العقارات التي حصلت قسمتها بمقدار حصة المتقاسم الأصلية في الشيوغ.

ج - شهر الإمتياز: يجب قيد الإمتياز، ولو كان عقد القسمة مسجلا. ويكون القيد بموجب قائمة فيبين فيها مقدار معدل القسمة أو ثمن مقدار معدل القسمة أو ثمن التصفية، و يرفق بها عقد القسمة أو محضر مرسى المزاد.²⁹⁵

د - مرتبة الإمتياز: و متى قيد الإمتياز، كانت مرتبته بحسب تاريخ قيده.

يلاحظ ما سبق ما نصت عليه المادة 980 ق.م.ج في الرهن الرسمي من انتقال الرهن الذي قرر أحد الشركاء على الشيوغ إلى ما آل إليه بسبب القسمة لا يضر برهن صدر من جميع الشركاء، أو بإمتياز المتقاسمين فالرهن في هذه الحالة و لو أنه يتمتع بنفس مرتبته القديمة إذا قيد خلال تسعين يوما من يوم إخطار الدائن المرتهن بالقسمة إلا أن إمتياز المتقاسم يتقدم عليه²⁹⁶.

المطلب الثالث: آثار وانقضاء حق الامتياز

الفرع الأول: آثار حق الامتياز

إن حق الامتياز حق عيني هدفه ضمان الوفاء بالدين، وعلى ذلك فإنه يمنع صاحبه حق التقدم، وفي بعض الحالات حق التتبع.

-أولاً- حق التقدم: فصاحب حق الامتياز له أفضلية مطلقة على جميع الدائنين، سواء أكانت حقوق الامتياز عامة أو خاصة واردة على عقار أو منقول، ويرد حق الدائن في التقدم ليس فقط على ثمن المال محل الامتياز بل وعلى كل مقابل يحل محل هذا المال.

²⁹⁴ نبيل إبراهيم سعد، نفس المرجع، ص 238. سليمان مرقس، نفس المرجع، ص 639.

²⁹⁵ عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 1006.

²⁹⁶ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 399.

لقد نصت المادة 987 ق.م.ج على أنه: "يسري على الامتياز ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام متعلقة إهلاك الشيء أو تلفه." ومن المعروف أن المادة 900 ق.م.ج الواردة في باب الرهن الرسمي تنص على أنه إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترب على ذلك التعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة، و تظهر فائدة هذا الحكم في حقوق الامتياز الخاصة التي تقع على عقار أو منقول.

أما حقوق الامتياز العامة فإنها ترد على جميع أموال المدين، أي على كل ما يدخل في ذمة المدين من أموال، سواء ما وجد منها عند نشوء الحق الممتاز أو بعده.

طبيعي أن أي مقابل يستحقه المدين لما يهلك أو يتلف من أمواله سيدخل ذمته، ويدخل بالتالي في وعاء الامتياز العام²⁹⁷. وحق الإمتياز يخول لصاحبه حق التقدم على جميع الدائنين العاديين فإذا تعدد الدائنون الممتازون أو تزامم دائن مع دائن ذي تأمين عيني آخر حدد القانون من يتقدم منهم.

-ثانيا- حق التتبع: وهذا الحق يثبت لصاحب حق الامتياز الخاص الوارد على عقار أو على منقول، فله أن يتتبع الشيء الضامن لوفاء الدين في أية يد ينتقل إليها²⁹⁸.

نلاحظ أن صاحب الامتياز الخاص الذي يقع على منقول مادي لو سند لحامله يجرم من مر به التتبع، إذ لا يستطيع أن يحتج بامتيازه في مواجهة من يجوز المنقول بسبب صحيح وبحسن نية طبقا للمادة 985 ق.م.ج، وقد سبق بيان ذلك.

إذا كانت القاعدة العامة توفي أن صاحب الامتياز على منقول يتقدم على مرتبه هذا المنقول رهنا حيازيا، ولكن غالبا في العمل يحرم صاحب الامتياز من هذه الأفضلية، وذلك إذا تمكن المرتهن الحيازي للمنقول من التمسك بقاعدة "الحيازة في المنقول سند لاحق" إذ لا يسري عندئذ الامتياز عليه.

الفرع الثاني: إنقضاء حق الإمتياز

تنص المادة 988 ق.م.ج على أنه " ينقضي حق الامتياز بنفس الطرق التي ينقضي بها حق الرهن الرسمي وحق رهن الحيازة، ووقعها لأحكام انقضاء هذين الحقين، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك²⁹⁹.

يؤخذ من النص السالف الذكر أن حق الامتياز ينقضي بما ينقضي به الرهن الحيازي في المنقول فحق الإمتياز ينقضي إذن، في العقار والمنقول بطريقة تبعية، إذا انقضى الالتزام الأصلي بسبب من الأسباب التي تنقضي بها الالتزامات. وحق الامتياز في العقار ينقضي بطريقة أصلية بالتطهير، أو بالبيع الجبري، أو بنزول الدائن عن حق امتيازه، أو بهلاك الشيء محل الامتياز، أو بإتحاد الذمة.

إن حق الإمتياز المنقول ينقضي بطريقة أصلية بنزول الدائن عن حق إمتيازه، أو بإتحاد الذمة أو بهلاك الشيء محل الإمتياز، أو ببيعه بيعا جبريا وفقا لقانون المرافعات³⁰⁰.

²⁹⁷ عبد المنعم بد راوي، نفس المرجع، ص 395.

²⁹⁸ محمد صبري السعدي، نفس المرجع، ص 344.

²⁹⁹ عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 938.

³⁰⁰ محمد صبري السعدي، نفس المرجع، ص 347.

كل هذا ما لم يوجد تنظيم قانوني خاص لانقضاء الامتيازات في بعض الأحوال. هذا و قد سبق القول أنه في حالة هلاك الشيء الوارد عليه الامتياز فإن الضمان ينتقل إلى المبالغ التي حلت محل المال) المادة 987 ق.م.ج.

الخاتمة:

ختاما لما سبق ذكره أن الغاية من دراسة التأمينات الشخصية والعينية في التشريع الجزائري، تكمن في الفائدة المستخلصة من هذه الدراسة القانونية و ليس تلخيصا لما تم سرده، و من النتائج المستخلصة ما يلي: التأمينات العينية و بما فيها من الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، حقوق الإختصاص و حقوق الإمتياز تعتبر آلية فعالة في ضمان الحقوق و أداء الديون، فوضع العقار أو المنقول تحت يد الدائن و تحويله إمكانية بيعه يجعل المدين ملزما بأداء الدين داخل أجله خوفا من خروج العقار أو المنقول من ملكه بشكل تام.

يقوم الدائن المرتهن مقام الشخص الحارس للشيء المرهون، فهو مسؤول عن حفظه وصيانته، و بدل عناية الرجل العادي في ذلك.

فإن كان الرهن يتميز بالرضائية في الأساس إلى أن ظهور أساليب حديثة تلزم تسجيل الرهن وقيده مهما كان المال المرهون يجعل العمل بنظام الرهن الحيازي يغني عن الرهن الرسمي سيما أن الأول يرد على العقار والمنقول خلافا للثاني الذي يقتصر على العقار فقط، الأمر الذي يجعل الرهن الحيازي أعم وأشمل.

ونستخلص أيضا أن حق التخصيص كذلك ضمانته هو و حقوق الامتياز الذي هو من الموضوعات الهامة في النظم القانونية منها ارتباط الامتياز بصفة التأمين بالنسبة للدائن لحماية حقوقه من مخاطر إعسار المدين، أو امتناعه عن الوفاء وذلك ما يزوده هذا الحق من وسائل قانونية تكفل للدائن استفاء حقه كاملا قبل غيره من الدائنين العاديين.

قائمة المراجع

أولا- المؤلفات:

1- المؤلفات العامة:

- 1) آلان بينابنت، القانون المدني الموجبات (الالتزامات)، ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2004.
- 2) توفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2008.
- 3) دربال عبد القادر، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة الجزائر، 2004.
- 4) عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الجزء الثاني، نظرية الحق، برتي للنشر، د ط، د ت ن.
- 5) محمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج، الجزء الثاني، مطبعة مصطفى الحلبي، بيروت، 1958.
- 6) محمد حسام محمود لطفي ومصطفى عبد الجواد، مصادر الالتزام في القانون المدني المصري- دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1 2003.
- 7) محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، ج7، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2008.
- 8) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ط 2004.
- 9) وفاء شيعاوي، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 2012.

2- المؤلفات المتخصصة:

- 1) أسعد دياب، أبحاث في التأمينات العينية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، دون تاريخ طبع.
- 2) أنور العمروسي، التضامن والكفالة في القانون المدني، دار الفكر، ط 2003.
- 3) توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية دراسة لعقد الكفالة والرهن والاختصاص والامتياز، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، د ط، د س ن.
- 4) جميل الشرقاوي، التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 5) حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي، الجزء الأول، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ط1، 1986.

- (6) حسين عبد اللطيف، التأمينات العينية دراسة تحليلية مقارنة، الدار الجامعية، ط 1994.
- (7) حمدان حسين عبد اللطيف، الوسيط في التأمينات العينية، الدار الجامعية، ط 2001.
- (8) رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، ط 2007.
- (9) زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الأمل للنشر والتوزيع، تيزي وزو، الجزائر، ط 3، 2004.
- (10) سليمان مرقس، عقد الكفالة، دار النصر للجامعات المصرية، مصر، ط 1، 1959.
- (11) زكي محمود جمال الدين، التأمينات الشخصية والعينية، مطابع الشعب، القاهرة، ط 3، 1979.
- (12) زيدان عبد الكريم، الكفالة والحوالة في الفقه المقارن، د.ط، مكتبة القدس.
- (13) سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، جامعة القاهرة، ط 1992.
- (14) سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، ط 1996.
- (15) شرف الدين أحمد، التأمينات الشخصية والعينية للبطالة والرهن، دن، د.ط، د.ت.
- (16) محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- (17) محمد حسين منصور، النظرية العامة للإئتمان، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ط 2001.
- (18) محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، دار الكتاب الحديث، ط 2005.
- (19) محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، ط 1999.
- (20) نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية، دن، ط 2000.
- (21) علي أحمد السالوس، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، دار الاعتصام للنشر والتوزيع، الكويت، ط 1، 1987.
- (22) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، في التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1970.
- (23) عبد الفتاح عبد الباقي، الوسيط في التأمينات العينية، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ط 1956.
- (24) عبد الودود يحيى، التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 1976.
- (25) قدرى الشهاوي، أحكام عقد الكفالة - التضامن - التضامم في التشريع المصري، د.ط، د.ن، د.ط.
- (26) يمينة حوحو، عقد الكفالة وعقد الرهن في القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر، دار البيضاء، الجزائر، ط 1، 2019.

ثانيا- الرسائل والمذكرات:

- (1) سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2006.
 - (2) علاوة هوام، الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الشرعية، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية: 2007-2008.
 - (3) لخضر غويسم، آثار الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية: 2012-2013.
 - (4) منصوري محمد لعروسي، نظام الرهن الحيازي العقاري في القانون المدني الجزائري، ماجستير في القانون تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012-2013.
 - (5) آيت مجبر حسين، الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماستر تخصص عقود ومسؤولية، جامعة البويرة، السنة الجامعية 2015-2016.
 - (6) سليمان سارة، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج من المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية عشر، 2001-2004.
- بوخاتم، محاضرات في مقياس التأمينات الشخصية والعينية، لطلبة السنة الثالثة تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، السنة الجامعية: 2014/2015.

ثالثا- النصوص القانونية:

- (1) القانون المدني الجزائري.
- (2) القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- (3) القانون المدني المصري.
- (4) المرسوم رقم 76-62 المؤرخ في 25 مارس 1976، المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، ج ر العدد 30 المؤرخة في 13 أبريل 1976. بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 92/134 المؤرخ في 07/04/1992.
- (5) الوكالة الوطنية لمسح الأراضي المستحدثة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 89/234 المؤرخ في 19/12/1989.
- (6) الأمر رقم 75/74 المؤرخ في 12/11/1975 المتعلق بمسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج ر العدد 92 لسنة 1975.
- (7) المرسوم رقم 76/62 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، ج ر العدد 30 لسنة 1976.

- (8) المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المعدل بالمرسوم رقم 210/80 المؤرخ في 1980/09/13، وبالمرسوم رقم 123/93 المؤرخ في 1993/05/19.
- (9) القانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتعلق بالتوجيه العقاري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 26/95 المؤرخ في 1995/09/26.

رابعاً- المجالات القضائية:

المجلة القضائية، العدد 4، لسنة 1991،

الفهرس

المحتوى	الصفحة
مقدمة:.....	01.....
الفصل الأول: التأمينات الشخصية	06.....
المبحث الأول : ماهية عقد الكفالة.....	06.....
المطلب الأول: مفهوم عقد الكفالة وخصائصها.....	06.....
الفرع الأول: تعريف الكفالة وأنواعها.....	06.....
الفرع الثاني: خصائص الكفالة وتمييزها عن بعض الأنظمة المشابهة لها.....	07.....
المطلب الثاني: مصادر عقد الكفالة وشروطها.....	10.....
الفرع الأول: مصادر عقد الكفالة.....	10.....
الفرع الثاني: شروط عقد الكفالة.....	12.....
المبحث الثاني : أركان عقد الكفالة.....	15.....
المطلب الأول: التراضي في عقد الكفالة.....	15.....
المطلب الثاني: محل الكفالة (الالتزام الأصلي المكفول).....	18.....
المطلب الثالث: السبب في عقد الكفالة.....	26.....
المبحث الثالث: آثار عقد الكفالة (أحكام الكفالة).....	28.....
المطلب الأول: العلاقة بين الكفيل والدائن.....	28.....
الفرع الأول: مطالبة الدائن للكفيل والضوابط التي تحكم ذلك.....	28.....
الفرع الثاني: الدفع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة.....	31.....
المطلب الثاني: علاقة الكفيل بالمدين الأصلي.....	43.....
الفرع الأول: طرق رجوع الكفيل على المكفول عنه.....	43.....
الفرع الثاني: حالة تعدد المدينين والكفلاء في الدين.....	50.....
المبحث الرابع :انقضاء عقد الكفالة.....	54.....
المطلب الأول: انقضاء الكفالة بطريق أصلي.....	54.....
الفرع الأول: الأسباب العامة لانقضاء التزام الكفيل.....	54.....
الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء التزام الكفيل.....	55.....
المطلب الثاني: انقضاء الكفالة بطريق تبعي.....	57.....
الفرع الأول: انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء وما يعادله.....	57.....

61.....	الفرع الثاني: انقضاء الالتزام الأصلي دون وفاء.....
64.....	الفصل الثاني: التأمينات العينية.....
64.....	المبحث الأول: الرهن الرسمي
66.....	المطلب الأول: إنشاء الرهن الرسمي
66.....	الفرع الأول: الشروط الموضوعية لإنشاء الرهن الرسمي
66.....	أولاً: أطراف عقد الرهن الرسمي.....
67.....	ثانياً: العقار المرهون.....
70.....	ثالثاً: الدين المضمون بالرهن.....
71.....	الفرع الثاني: الشروط الشكلية لإنشاء الرهن الرسمي
72.....	المطلب الثاني: آثار الرهن الرسمي.....
72.....	الفرع الأول: آثار الرهن بين المتعاقدين.....
73.....	أولاً: آثار الرهن بالنسبة للمدين الراهن
75.....	ثانياً: آثار الرهن بالنسبة للدائن المرتهن.....
76.....	الفرع الثاني: آثار الرهن بالنسبة إلى الغير
80.....	الفرع الثالث: حق التقدم وحق التتبع
84.....	المطلب الثالث: انقضاء الرهن الرسمي.....
84.....	الفرع الأول: انقضاء الرهن بصفة تبعية.....
85.....	الفرع الثاني: انقضاء الرهن بصفة أصلية.....
87.....	المبحث الثاني: الرهن الحيازي.....
88.....	المطلب الأول: أركان الرهن الحيازي.....
92.....	المطلب الثاني: آثار الرهن الحيازي.....
92.....	الفرع الأول: آثار الرهن الحيازي فيما بين المتعاقدين.....
92.....	أولاً: التزامات المدين الراهن
93.....	ثانياً: التزامات الدائن المرتهن
94.....	الفرع الثاني: آثار الرهن الحيازي بالنسبة إلى الغير
95.....	المطلب الثالث: انقضاء الرهن الحيازي.....
95.....	الفرع الأول: انقضاء الرهن بصفة تبعية.....
95.....	الفرع الثاني: انقضاء الرهن بصفة أصلية.....
97.....	المبحث الثالث: حق التخصيص
97.....	المطلب الأول: إنشاء حق التخصيص.....
104.....	المطلب الثاني: آثار حق التخصيص
105.....	المطلب الثالث: إنقاص حق التخصيص وانقضاؤه.....

106.....	المبحث الرابع: حقوق الامتياز
106.....	المطلب الأول: مفهوم حق الامتياز
108.....	المطلب الثاني: أنواع الحقوق الممتازة
111.....	المطلب الثالث: آثار وانقضاء حق الامتياز
113.....	الخاتمة:
114.....	قائمة المراجع:
118.....	الفهرس: