



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
المركز الجامعي المقاوم الشيخ أمود بن مختار - إيليزي -
معهد الحقوق والعلوم السياسية



مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في الحقوق
تخصص : قانون خاص معمق.
بعنوان :

أحكام الكفالة الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري.

تحت إشراف الأستاذ:
د. عماد حميدة.

من إعداد الطالبين:
- بوجمعة صالحو.
- محمد الصالح بالنوي

لجنة المناقشة:

الصفة	الجامعة	الرتبة العلمية	الإسم واللقب
رئيسا	المركز الجامعي إيليزي	استاذ مساعد ب	بن عزة حمزة
مشرفا ومقررا	المركز الجامعي إيليزي	استاذ مساعد ب	عماد حميدة
مناقشا	المركز الجامعي إيليزي	استاذ مساعد أ	بومدين مفاتيح

السنة الجامعية : 2024/2023.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِمَّا كَسَبَ
سُجِّدْنَا لَهُ سُنَّةَ مَنْ
أَمَرَ بِهَا وَإِنْ كُنَّا
نَحْنُ الْمُسَلِّمُونَ

سنة
١٤٢٠

إِهْدَاء

- إلى من علمتني وعانت الصعاب حتى وصلت إلى ما أنا عليه
- إلى من كان دعاؤها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي .
- إلى أبي حفظه الله ورعاه وأكسبني رضاه دوما.
- إلى كل الأهل والأقارب كلُّ باسمه أينما وجدوا.
- إلى كل الأصدقاء وزملاء الدراسة بدون استثناء وإلى كل عزيز على قلبي.
- إلى أساتذتي الكرام الذين أناروا لنا دروبنا بالعلم والمعرفة.
- إلى كل من جمعتنا بهم الحياة وأحبونا بصدق.

سُرَّةُ الشُّكْرِ وَتَقْدِيرُهُ

الحمد والشكر لله الواحد الأحد الذي أعاننا لإتمام هذه المذكرة.
كما نتقدم بالشكر الخالص إلى الأستاذ المشرف " حميدة عماد " على ما
قدمه لنا من نصائح وتوجيهات خلال إعداد هذه المذكرة.
كما لا أنسى أيضا كافة أساتذة و موظفي المركز الجامعي إليزي .
فألف شكر إلى هؤلاء وجزاهم الله ألف خير.

مقدمة

مقدمة

إن علاقة المديونية بين الدائن والمدين تتعلق أساسا بحقوق مالية ما يجعلها تكتسب أهمية كبيرة أولى لها القانون عناية خاصة، وذلك بإيجاد أنواع من الوسائل تحمي حق الدائن من الخطر الذي يهدده حال عدم تمكنه من الحصول على حقه من قبل مدينه، إذا لم يف المدين بما عليه من دين اختياريا.

ونظرا لشيوع المعاملات التعاقدية من هذا النوع فإن المشرع قد أحاطها بترسانة من القوانين حماية لحقوق الأطراف و أكثر أمانا للطرف الضعيف في علاقة المديونية المصحوبة بالتزام يترتب آثارا في ذمة كلا الأطراف المتعاقدة و في ذمة الغير أيضا إذا تدخل في العلاقة .

هذا ويعتبر الضمان العام أساس هذه العلاقة و الباعث القوي للتعاقد بين الأطراف إذ يعطى أمنا ماليا للدائن و وراحة للوفاء من قبل المدنين و ذلك عن طريق ضمان شخصي أو عيني.

وقد أوجد القانون نوعين من الوسائل لضمان حق الدائن من الضياع، الأول يتعلق بالذمة المالية للمدين تحت مبدأ الضمان العام و أساسه (أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه) وهو المبدأ المقرر بالمادة 188 من القانون المدني الجزائري.

و تطرح مشكلة عدم كفاية التأمين لحق الدائن بسبب العمومية، التي تعتبر أموال المدين دون تخصيص شيء منها للوفاء بحق الدائن، إذ لا تغل يد المدين ويمنحه الحق في التصرف في هذا المال ما يؤدي حتما إلى إنقاص هذا الضمان هذا كسبب أول.

أما السبب الثاني هو إشراك جميع الدائنين في الضمان العام يجعلهم متساوين فيه، يقتسمون أموال المدين قسمة غرماء بنسبة قيمة حق كل منهم، ويزاحم بعضهم بعضا في ذلك، فإن لم تكف أموال المدين للوفاء بجميع حقوق الدائنين، ضاع لكل منهم جزء من حقه.

و تبعا لذلك فقد أحاط المشرع الجزائري هذا الضمان بوسائل تسهل للدائن المحافظة على حقه، كتمكين الدائن من مباشرة الدعاوى كالدعوى غير المباشرة أو دعوى عدم نفاذ التصرف، أو ما اصطلاح عليه بالدعوى البوليصية، و الدعوى الصورية التي تكشف عن تصرفات المدين من خلال سعيه لإبعاد أمواله عن الضمان العام.

وعلى الرغم من كل هذه الوسائل يبقى الخطر قائما في عدم حصول الدائن على حقه، مما دفع بالمشرع إلى إيجاد وسائل أخرى توفر قدرا أكبر من الثقة للدائن، وهو ما يصطلح على تسميتها بالتأمينات الخاصة، جسدها القانون في نوعين يعرف النوع الأول بالتأمينات الشخصية، و النوع الثاني يطلق عليه مصطلح التأمينات العينية، إذ تقوم الأولى على تعدد المسؤولين عند تنفيذ الالتزام، فيتحقق ضمان الدائن فيها من ضم ذمة أخرى إلى ذمة المدين، بحيث لو أعسر المدين تكون الذمة الأخرى مسؤولة عن الوفاء بنفس الدين، ومن ثم تتزايد فرص حصول الدائن على حقه، فالكفالة الشخصية في هذا المجال تتجلى في أهم صورها وأوضحها، وحتى لو تعدد فيها المسؤولون عن التزام واحد، في حالة التضامن بين المدينين، إذ للدائن مطالبتهم متضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين، فيختار من هو أكثرهم يسارا ويقضي دينه كاملا أو يعود على أي مدين بما تبقى له من حقه إذا لم يستوفه من المدين الأول.، وكذا عدم قابلية الالتزام للانقسام بين المدينين به.

أما التأمينات العينية فهي تقوم على تخصيص مال معين من أموال المدين لضمان الوفاء بالالتزام، وهي تحقق للدائن حماية من خطر تصرف مدينه في هذا المال لأنه يخول للدائن حق تتبع هذا المال والتنفيذ عليه في أي يد ينتقل إليها، ويقيه أيضا خطر مزاحمة بقية الدائنين له إذ يمنحه حقا للتقدم عليهم جميعا.

والتأمينات العينية التي تضمها التقنين المدني هي الرهن الرسمي والرهن الحيازي و حق التخصيص وحق الامتياز وأهم صور التأمينات الخاصة السالف ذكرها هي عقد الكفالة العينية بنوعيه الشخص و العيني.

يرتكز البحث حول الكفالة الشخصية والكفالة العينية في القانون المدني الجزائري التي أفرد لها هذا الأخير في التقنين جزءا هاما إذ تناول فيه بالتنظيم الكفالة في الباب الحادي عشر المعنون بالكفالة من الكتاب الثاني للالتزامات والعقود مخصصا لها 20 مادة امتدت من 644 إلى 673 ، وأما الرهن الرسمي فقد ورد في القانون المدني الجزائري وجاء في الباب الأول بعنوان الرهن الرسمي من الكتاب الرابع بعنوان الحقوق العينية والتبعية أو التأمينات العينية من المواد 882 الى 936 وكذا بالرجوع إلى نصوص القانون التجاري بالإضافة إلى الاعتماد على الآراء الفقهية القانونية.

أما دوافع البحث فهي محاولة جمع المادة المتفرقة في القانون المدني بالنسبة للكفالة بنوعيهما و على اختلاف التسمية، خاصة بالنسبة للكفالة العينية التي وردت على اسم الرهن الرسمي، إلا أنها في مجال التطبيق ضمانا للدين ما، فهي كفالة عينية لالتزام شخصي.

إن الرغبة في تسليط الضوء على أحكام عقد الكفالة في التشريع الجزائري تأتي كونه موضوع يتميز بكثرة الاستعمال و التداول بين الأفراد من الناحية العملية وهذا ما يزيد من الأهمية كموضوع يحتاج إلى بحث و تدقيق.

تتمثل الأهمية البالغة لعلاقة المديونية في كثرة المسائل المطروحة حول الضمان بين وجوده حقيقة و بين عدم استطاعة الدائن الحصول على حقه.

يهدف هذا البحث إلى تسليط الضوء على الكفالة من أجل شرحها وفهمها و تبسيطها حتى توفر جهدا على القارئ أو المتلقي أو حتى المتعاقدين و كل من له علاقة بالموضوع.

ومن الصعوبات التي واجهتنا في الدراسة صعوبة التوفيق بين الوظيفة والبحث في الموضوع وتنقل الزميل إلى معهد التكوين المتخصص مما صعب الالتقاء به ، ثم المشكلة التقنية المتعلقة بالحاسوب وتوقفه عن العمل ضف إلى ذلك عدم التحكم الجيد في استخدام برنامج الورد في كتابة البحث .

فعقد الكفالة طرفاه دائن وكفيل، هذا الأخير ليس بمدين ولكنه يضمن التزام المدين إذا لم يف بالدين، وهذا ما يؤكد خطورة المركز القانوني للكفيل، لذلك فإننا نثير الإشكالية التالية :

- إلى أي مدى يمكن القول أن الضمان الشخصي المتمثل في عقد الكفالة قادر على توفير الحماية القانونية المثلى واللازمة لكل من الدائن والمدين والكفيل .

- ما مدى توفيق المشرع الجزائري في تنظيم أحكام الكفالة العينية على غرار تنظيمه للكفالة الشخصية في القانون المدني .

لإيضاح كل ما يتعلق بأحكام عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، إتبعنا المنهج التحليلي .

هذا وقد قسمنا موضوع المذكرة إلى فصلين، حيث خصصنا الفصل الأول لأحكام الكفالة الشخصية، وقد قسمناه إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول الإطار المفاهيمي للكفالة وشروط انعقادها، أما المبحث الثاني تضمن آثار عقد الكفالة وانقضائه ، وفي الفصل الثاني تطرقنا فيه لخصوصية أحكام الكفالة العينية ، حيث تناولنا في المبحث الأول

مفهوم الكفالة العينية وشروط انعقادها ، بينما تناولنا في المبحث الثاني طرق انقضاء الكفالة العينية، وأنهيينا بحثنا بخاتمة تطرقنا فيها لأهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها من خلال معالجاتنا لهذا الموضوع.

الفصل الأول: أحكام الكفالة الشخصية.

الفصل الأول : أحكام الكفالة الشخصية

تمهيد

تعتبر القاعدة العامة للوفاء والمنصوص عليها في المادة 188 من ق م ج، أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، وأن جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له حق التقدم طبقاً للقانون، وبما أن الضمان العام قد لا يحقق للدائن الضمان الكافي لإستيفاء حقه، قرر المشرع وسائل قانونية وفنية كفيلة لضمان حق الدائن، هذه الوسائل لها تسمى بالتأمينات الشخصية حيث تجسد الكفالة الصورة المثلى .

في هذا الفصل سنحاول دراسة مفهوم الكفالة الشخصية (المبحث الأول)، ودراسة آثار عقد الكفالة وانقضائه(المبحث الثاني).

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للكفالة وشروط انعقادها

يعتبر عقد الكفالة نوع من أنواع التأمينات الشخصية، فهي تقوم على إضافة شخص يلتزم بالوفاء بالدين إلى جانب المدين الأصلي، فيصبح أمام الدائن ذمتين ماليتين في عوض ذمة مالية واحدة وهما ذمة المدين وذمة الكفيل، فيكون أمام الدائن شخصين يستطيع اللجوء إليهما في سبيل استفتاء دينه مما يخلق لديه نوع من الطمأنينة، فإذا لم يتحصل على حقه من المدين الأصلي لسبب من الأسباب كان له حق اللجوء إلى الكفيل .

والكفالة لها مفهوم وهو ما سنتطرق إليه في المطلب الأول من هذا المبحث، ثم عرض أركانها وشروطها وهو ما سنراه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الأول : التعريف بعقد الكفالة وخصائصه

بغية تحديد ماهية الكفالة لابد من تعريفها في اللغة والاصطلاح (الفرع الأول)، مع تبيان خصائصها (الفرع الثاني) ومن ثم تمييزها عن غيرها من الأنظمة القانونية (الفرع الثالث).

الفرع الأول : المقصود بعقد الكفالة.

تطرقنا في هذا الفرع إلى توضيح ما المقصود بعقد الكفالة أي التعريف اللغوي والاصطلاحي (أولاً)، ومن ثم انتقلنا إلى تبيان خصائصها (ثانياً).

أولاً : تعريف الكفالة لغة

إن الكفالة مشتقة من الفعل الثلاثي مفتوحاً لحروف كَفَلْ، و كَفَّلْ بضم الفاء، و كَفَّلْ، ومضارعه يَكْفُلُ، وتكفل به، و جاء أيضاً لفظ كَفَّلَا، كَفَّلَا، و كَفَّلَا، الكل يعني ضمنه. و الكافل :العائل، كفله، يكفله، وكفله إياه، وقد ورد الفعل كفل في التنزيل الحكيم بمعنى جعل له كافلاً وراعياً، والكافل الذي يكفل إنساناً يعوله¹، ومنه قوله تعالى في الآية 37 من سورة آل عمران: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾، أي ضمنها إياه حتى تكفل بحضانتها، وضمن القيام بأمرها، فالفعل يكفل في القرآن الكريم بمعن يتعهد ويرعى شؤونه².

وقوله عز وجل في سورة طه الآية 40 : ﴿إِذْ تَمْشِي أُخْتُكَ فَتَقُولُ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ مَن يَكْفُلُهُ﴾، أما فعل أكفل فقد جاء مرة واحدة في قوله سبحانه وتعالى في سورة ص الآية 23 ﴿إِنَّ هَذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعَجَةً وَّيَٰئِي

¹ محمد ابن منظور، معجم لسان العرب، دار صادر، الطبعة الأولى، لبنان ، 1990 ، ص 31 .

² محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الحديث، دون ط ، القاهرة، 2008 ، ص 312 .

نَعَجَةٌ وَاحِدَةٌ فَقَالَ أَكْفَلْنِيهَا وَعَزَّيْنِي فِي الْخِطَابِ ﴿١﴾، أي اجعلني كافلاً لها وراعياً شؤونها، كما ورد لفظ ذوالكفل، وهو اسم نبي من أنبياء الله، صلوات الله عليه، و ذوالكفل من الكفالة، وسمي بهذا الاسم لأنه تكفل بأمر نبي في أمته، فقام بما يجب فيهم، وقيل تكفل بعمل رجل صالح فقام به¹. كما جاء في السنة أن النبي قَالَ « أَنَا وَكَافِلُ الْيَتِيمِ فِي الْجَنَّةِ هَكَذَا » وأشار بإصبعيه السبابة و الوسطى². و الكافل القائم بأمر اليتيم المربي له، وهو من الكفيل الضمين لليتيم، سواء كان من ذوي رحمه و أنسابه أو كان أجنبي الغير تكفل به³، والكفيل : الضامن، وقد كفل به يكفل بالضم كفالة، وكفل عنه بالمال⁴، و الأنتى كَفِيل أيضا، وجمع الكافل كفل، وجمع الكفيل كفلاء⁵.

ثانيا: تعريف الكفالة اصطلاحاً

تعريف عقد الكفالة قانوناً: تطرق المشرع الجزائري لتعريف الكفالة في القانون المدني، وذلك وفقاً للمادة 644 نصت على: "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ الالتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف المدين بنفسه"⁶. ويقصد بالكفالة بوجه عام هي أن يحصل الدائن على ضمان يكفل به الوفاء بحقه رغم إعسار المدين ويتحقق هذا إذا تقدم شخص آخر أو أشخاص آخرون بجانب المدين كضمان للدائن أن يوفيه حقه إذا عجز مدينه عن الوفاء⁷.

ويؤخذ من هذا التعريف بأن الكفالة هي عقد بين الكفيل والدائن، أما المدين الأصلي فليس طرفاً في عقد الكفالة بل أن كفالة المدين تجوز بغير علم المدين وتجوز أيضاً رغم معارضته، وهذا ما نصت عليه المادة 647 من القانون المدني، والذي يهّم في الكفالة هو التزام هذا المدين إذ أن هذا الالتزام هو الذي يضمنه الكفيل فيجب أن يكون مذكوراً بوضوح ودقة في عقد الكفالة، فالكفالة إذاً تفترض وجود التزام مكفول وهذا الالتزام يفترض وجود مدين أصلي هو الدائن، فالكفالة ترتب التزاماً شخصياً في ذمة الكفيل والتزام 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، وكذا لك يستبعد من نطاق الكفالة ولا يعتبر تأميناً شخصياً، فالكفيل العيني يقدم شيئاً مملوكاً له عقاراً أو منقولاً رهناً لوفاء دين الغير، والرهن هنا إما أن يكون رهن

¹ محمد ابن أبي بكر الرازي، مرجع سابق، ص312.

² البخاري أبي عبدالله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، المجلد4، دار الحديث للنشر والتوزيع، القاهرة، 2004، حديث رقم 6005، ص104.

³ محمد ابن منظور، مرجع سابق، ص31.

⁴ محمد ابن أبي بكر الرازي، مرجع سابق، ص312.

⁵ محمد ابن منظور، مرجع سابق، ص31.

⁶ انظر المادة 644 الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر ج العدد 78، الصادر بتاريخ 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر ج العدد 31 المؤرخ في 13 ماي 2007 (معدل ومتمم).

⁷ زاوية حورية سي يوسف، عقد الكفالة، الطبعة الثالثة، دار الأمل، الجزائر، 2001، ص11.

حيازي أو رهن رسمي إذا وقع على عقار، وفي جميع الأحوال لا يكون الكفيل ملتزماً التزاماً شخصياً بضمان الدين بل الذي يضمن الدين هو الرهن الذي قدمه، فالتأمين هنا هو تأمينٌ عيني لا تأمين شخصي¹.

الفرع الثاني : خصائص عقد الكفالة

استناداً إلى تعريف عقد الكفالة الوارد في المادة 644 ق م ج، وعلى اعتباره عقد مستقل بذاته، يتضح أن عقد الكفالة لديه مجموعة من الخصائص وهي عقد من عقود الضمان الشخصي، عقد رضائي، إضافة إلى أنها في الأصل عقد تبرعي وملزم لجانب واحد، وأنها عقد تبرعي.

أولاً : عقد الكفالة عقد ضمان شخصي

يقصد بهذا أنه عقد بموجبه يقوم الكفيل شخصياً بالوفاء بالالتزام الأصلي، بحيث يعتبر مديناً بهذا الالتزام ومسؤولاً عن تنفيذه مسؤولية شخصية، يكون للدائن بمقتضاه أن ينفذ بحقه على كل أمواله إذالم يف المدين نفسه بهذا الالتزام المكفول².

ثانياً: عقد الكفالة عقد رضائي

فهو ينعقد بمجرد التراضي ما بين الكفيل والدائن، فلا حاجة لانعقاده إشكالي خاص، وإن كانت المادة 645 من القانون المدني الجزائري³ تنص على أنه لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، فالكتابة إذا شرط للإثبات وليس للانعقاد لذلك إذ تخلفت الكتابة فإنه يمكن أن تثبت بما يقوم مقام الكتابة إقرار أو يمين⁴.

ثالثاً: عقد الكفالة عقد تبرعي بالنسبة للكفيل

الأصل في عقد الكفالة أنه من عقود التبرع، بمعنى أن الدائن لا يعطي أي مقابل للكفيل نظير كفالته، كما أن الكفيل يلتزم بوفاء الدين من المدين بدون مقابل⁵، فالكفيل يتبرع عادة بكفالته للمدين أما بالنسبة إلى دائن المكفول فالكفالة عقد معاوضة، لأن الدائن حصل على كفالة في مقابل إعطاء الدين، وبالرغم من أن الدائن أعطى الدين للمدين

¹ بوخاتم آسية، محاضرات في العقود المدنية المعمق، مقدمة لطلبة السنة أولى ماستر تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بالقائد، تلمسان، الجزائر، 2020-2021، ص 4.

² محمد ابن إبراهيم الموسى، نظرية الضمان الشخصي (الكفالة)، الجزء الأول، دون ط، دار الثقافة والنشر بالجامعة، السعودية، 1991، ص 284.

³ تنص المادة 645 القانون المدني الجزائري على أنه : "لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبيئة".

⁴ نساخ فطيمة، محاضرات في عقد الكفالة وفق القانون المدني الجزائري، مقدمة لطلبة الطور الأول ليسانس، السنة الثالثة (ل م د)، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2018/2019، ص 15.

⁵ زهية حورية سي يوسف، الوجيز في عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، د ط، دار هومة، الجزائر، د سن، ص 21.

لا للكفيل، ففي عقود المعاوضة ليس من الضروري أن يكون العوض قد أعطي لأحد المتعاقدين بل إعطائه للغير وهو المدين¹.

فيعتبر بذلك عقد الكفالة عمل مدني وان كان الكفيل تاجرا، ولو كان الدين الأصلي تجاريا، فنص المادة 651 الفقرة الأولى² ق م ج، على أن تعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا، إلا في حالة استثنائية واحدة نص عليها المشرع الجزائري في المادة 451 الفقرة الثانية ق م ج، وهي إذا كانت الكفالة ناتجة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو تظهيرها، فهنا تكون عملا تجاريا، وتظهر هذه التفرقة في تحديد اختصاص المحكمة فإذا كانت الكفالة ذات طبيعة مدنية فالقسم المدني هو المختص أما إذا كانت ذو طبيعة تجارية فالقسم التجاري هو المختص، فالكفيل يتبرع عادة بكفالته للدين إنما لا يوجد ما يمنع أن يشترط إجار على كفالته.

رابعا: عقد الكفالة عقد تابع

لابد لقيام الكفالة من أن يوجد إلى جانبها إلتزام أصلي (إلتزام بين الدائن والمدين) لكي ترتكز عليه وتقوم على ضمان الوفاء به ويترتب على ذلك ما يلي:

- لا يجوز أن يتعدى التزام الكفيل الإلتزام الأصلي ولا تكون شروطه أشد من شروط ذلك الإلتزام ويجوز أن تكون بشروط أخف.
- لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده قبل الرجوع على المدين ولا أن ينفذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال المدين .
- إذا كان التزام المدين صحيحا اعتبرت الكفالة صحيحة، وإذا انقضى التزام المدين الأصلي انقضت الكفالة .

خامسا: الكفالة عقد ملزم لجانب واحد

في الاصل أن من يلتزم بعقد الكفالة هو الكفيل، أما الدائن فهو الطرف الآخر في العقد فهو لا يلتزم عادة بشئ نحو الكفيل، أي تصرف بالارادة المنفردة . وبالتالي الكفالة ليست بعقد معاوضة. وتصدر من جانب واحد وهو الاصل غير أن الكفالة عقد لا يتم الا بتبادل إرادتين متطابقتين بين الكفيل والدائن³.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية)، الجزء العاشر، دط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1970، ص 25.

² المادتين 5 و7 من القانون المدني الجزائري.

³ زاهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص 26.

الفرع الثالث : تمييز الكفالة عن النظم القانونية المشابهة

بمقتضى عقد الكفالة يضمن الكفيل تنفيذ إلتزام المدين بأن يتعبد للدائن بأن يفى بهذا الإلتزام إذا لم يفى بهذا الإلتزام المدين نفسه، فالكفالة من الناحية الإقتصادية أداة من أدوات الإئتمان، ومن الناحية القانونية وسيمة من وسائل الضمان، ولذلك نجد أن هناك أنظمة قانونية أخرى قد تشبه الكفالة سواء من حيث تكوينها القانوني أو من حيث وظيفتها الإقتصادية، ومن بين هذه الأنظمة سنعرض للإلتزام التضامني والإئابة الناقصة والتعهد عن الغير وتأمين اليسار أو تأمين الإئتمان¹.

أولا : عقد الكفالة والتضامن بين المدينين

تختلف الكفالة عن التضامن بين المدينين، من حيث أن المدين المتضامن يلتزم بصفة أصلية في مواجهة الدائن وذلك على نقيض إلتزام الكفيل حتى ولو كان متضامنا مع المدين، فهو يعتبر إلتزاما تابعا للإلتزام المدين، و يترتب على صفة التبعية².

ثانيا : الكفالة وعقد التأمين

تتميز الكفالة عن عقد التأمين في كونها ترتب في ذمة الكفيل الت ازمنا تابعا لالت ازم الأصلي، في حين نجد أن عقد التأمين يترتب في ذمة المؤمن الت ازمنا أصليا لتغطية الخطر المؤمن به ومحل هذا الالت ازم هو قيام المؤمن بأداء معين دفع مبلغ التأمين للمؤمن له أو المستفيد في حالة تحقيق الخطر المؤمن ضده، وقد يشتهب التأمين بالكفالة في حالة التأمين ضد إعسار المدين أو تأمين الإئتمان، ففي التأمين ضد الإعسار يؤمن الدائن نفسه ضد خطر إعسار المدين أو إفلاسه، بحيث يكون له الرجوع بالتعويض على شركة التأمين في حالة تحقق هذا الخطر³.

ثالثا: الكفالة والإئابة الناقصة

الإئابة بصفة عامة تفترض وجود مدين ودائن وأجنبي، بحيث يتفق الدائن مع المدين على أجنبي ليلتزم بالوفاء بالمدين للدائن مكان المدين الأصلي⁴، إلا أنها تختلف مع الكفيل في أن التزم المناب هو التزم أصلي بجانب الت ازم المدين في مواجهة الدائن ولا يعتبر المناب، إلا أنها تختلف مع الكفيل في أن التزم المناب هو التزم أصلي بجانب التزم

¹ براهم أسماء ، عطوى صفاء ، أحكام عقد الكفالة في التشريع الجزائري ، رسالة ماستر ، جامعة قلمة ، تخصص قانون الاعمال ، 2014، 2015

² محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينة في القانون المدني، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، بدون تاريخ نشر. ص 59.

³ أحمد محمود سعد، عقد الكفالة، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، 1994 ص 13.

⁴ مريم بنت الخوخ، دور الضمان الشخصي في تدعيم الإئتمان، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ، 2021-2020، ص 112.

المدين في مواجهة الدائن ولا يعتبر المناب كفيلا للمدين ومن ثم لا يستطيع المناب أن يدفع بضرورة رجوع الدائن أولا على المدين ولا أن يدفع بالتجريد عكس الكفيل الذي يحق له ذلك¹.

رابعا : الكفالة والإنابة الكاملة

تعرف الإنابة الكاملة على أنها اتفاق على أن ذمة المنيب تبرأ في مواجهة دائنه فينقضي دينه ويصبح المناب هو المدين الجديد بدلا منه ويتضمن ذلك في الحقيقة تجديد الدين بتغيير المدين، وهذه الإنابة الكاملة التي تتضمن تحديدا بتغيير المدين، هي التي ترد إليها الحوالة في الفقه الإسلامي، وخاصة عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة ونظرا لمبدأ عدم إفتراض التجديد في الإنابة، فإنه في حالة النزاع يظل المدين ملزما بالدين في مواجهة دائنه إلى جانب إلتزام المناب. هذا ولا وجود للإلتباس بين فكرة الإنابة الكاملة والكفالة، لأن الإنابة الكاملة تنطوي على تجديد لإلتزام بتغيير المدين، فالمدين الأصلي (المنيب) يختفي ليحل محله مدين جديد (المناب)².

خامسا: الكفالة والتعهد عن الغير

يختلف موضوع التزم الكفالة عن موضوع التزم المتعهد عن الغير، فالكفيل يلتزم بدفع الدين للدائن إذا لم يف به المدين، أما المتعهد عن الغير فالت ازمه قاصر على حمل الغير على قبوله التعهد وبذلك فإن الت ازم المتعهد هو التزم أصلي بأن يجعل الغير يلتزم بأمر معين، فإذا قبل الغير التعهد وفق الت ازم المتعهد عند هذا الحد³.

المطلب الثاني : أركان عقد الكفالة

يبرم عقد الكفالة، بتوافر الأركان العامة المعروفة من : رضا، محل، سبب مع بعض الخصوصية التي تميز عقد الكفالة والتي سندرسها فيما يلي :

الفرع الأول: الرضا في عقد الكفالة

التراضي يفيد توافق أو تطابق الإرادتين أي تراضي المتعاقدين⁴ ، الدائن والكفيل دون اشتراط شكل خاص، ودون حاجة إلى رضا المدين لأنه ليس طرف في عقد الكفالة⁵.

1 حسني محمود عبد الدايم، الكفالة كأمين شخصي للحقوق "د ارسه مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2009ص76.

2 محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون ذكر تاريخ نشر، ص 59.

3 نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية (الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، الكفالة)، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2007ص 293.

4 علي فيلال، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرغبة، الجزائر، 2001، ص 68.

5 وهو ما نصت عليه المادة 647 بقولها: « تجوز كفالة المدين بغير علمه و تجوز أيضا رغم معارضته ».

والتعبير عن الإرادة من هذا المنطلق، يتم بالنسبة للدائن بالتعبير عن إرادته صراحة أو ضمناً تطبيقاً للقواعد العامة، وهو ما نصت عليه المادة 60 من القانون المدني، أن المشرع لم يشترط أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً أو ضمناً، لكن ونظراً لحجم الالتزامات التي ستقع على عاتق الكفيل فيجب أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً وبصفة قطعية تدل على قصده في تحمل مسؤولته.

وبمقتضى القواعد العامة أنه يشترط لصحة الرضاء بالكفالة سلامة عاقديه من عيوب الرضاء الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال و تكون الكفالة قابلة للإبطال لمصلحة من شاب إرادته عيباً من هذه العيوب، مثلاً ليس للكفيل المدلس عليه أو المكره التمسك بإبطال العقد إذا كان التدليس أو الاكراه صادراً من غير الدائن¹.

كما يجب أن تتوفر في الكفيل أهلية التصرف إذا ثبت للكفالة وصف التبرع بالنسبة له، وهي الأهلية اللازمة للتصرفات الضارة ضرراً محضاً، وهو ما نصت عليه المادة 40 من القانون المدني. والتي حددت سن الرشد بـ: 19 سنة على أن لا يكون الكفيل محجوراً عليه وإلا وقعت الكفالة باطلة بطلاناً مطلقاً، وعلى ذلك لا يجوز للقاصر ولا المحجور عليه أن يكفل الغير متبرعاً.

أما بالنسبة للدائن، فإن هذا التصرف بالنسبة له يعتبر من الأعمال النافعة نفعاً محضاً، ومنه يكفي أن تتوفر أهلية التمييز طبقاً للمادة 42 من قانون المدني.

الفرع الثاني : المحل والسبب في عقد الكفالة:

يعتبر المحل والسبب من أحد الأركان اللازمة لإبرام عقد الكفالة، إذ أن انعدام أحد هذين الركنين يترتب بطلان عقد الكفالة، ويصبح هذا الأخير كأن لم يكن، فالمحل في عقد الكفالة هو ضمان تنفيذ الالتزام الأصلي من قبل الكفيل إن لم يف المدين بدينه، كما يجب أن يبرم عقد الكفالة بناء على السبب أو الباعث للتعاقد.

أولاً: المحل

محل إلتزام الكفيل هو التعهد بالوفاء بإلتزام المدين الأصلي إذا لم يف به المدين نفسه، حيث يشترط في محل الإلتزام الكفيل ما يشترط عموماً في محل الإلتزام من أن يكون ممكناً ومعيناً أو قابل للتعيين ومشروعاً .

ولما كان الإلتزام الكفيل تابع للإلتزام الأصلي ويرتكز عليه فإن استيفاء محل الإلتزام الكفيل للشروط السابقة يرتبط باستيفائها في محل الإلتزام الأصلي.

إذا نشأت الكفالة ضماناً للإلتزام الأصلي موجود، فإن تحقق شرط الامكان في الإلتزام الكفيل يكون رهناً بتحقيقه في الإلتزام الأصلي الذي يرتكز عليه، فإذا كان محل الإلتزام الأصلي، المكفول القيام بعمل أو الامتناع عن عمل فإنه يشترط

¹ همام محمد محمود زهران ، التأمينات العينية والشخصية ، دار الجامعة الجديدة ، القاهرة، سنة 2004 ص 50

فيه ألا يكون مستحيلا في ذاته ، والا كان باطلا غير موجود قانونا . بحيث لا تجوز كفالته لاستحالة محل التزام الكفيل بالتبعية سواء كانت استحالة طبيعية أو قانونية¹ ، أي أنه إذا تخلف في محل الالتزام الأصلي شرط الإمكان فإن الالتزام الأصلي لا يقوم ولا تجوز كفالته².

ويتعين أن يكون محل التزام الكفيل معينا أو قابل للتعين بما ينفي عنه الجهالة الفاحشة المفضية للنزاع حول محله ويقتضي ذلك تعيين أطراف الالتزام الأصلي بتحديد طرفيه الدائن والمدين، وإذا كان الدائن معلوم بالضرورة لدى الكفيل باعتباره الطرف الذي يرتبط معه بعقد الكفالة. فإنه من اللازم تحديد شخص المدين في الالتزام الأصلي المكفول.

كما يجب تعيينا لمحل التزام الكفيل تحديد مصدر الالتزام الأصلي المكفول وهو ما تظهر أهميته حيث تتعدد الالتزامات في ذمة ذات المدين في مواجهة الدائن المكفول له ، ثم أن تحديد مصدر الالتزام المضمون يعين على إحاطة الكفيل بالالتزام المضمون من حيث صحته ووصفه ونطاقه وانقضائه³.

ويشترط أن يكون محل التزام الكفيل مشروعاً بحيث أن هذا الشرط دائما محقق في محل التزام الكفيل، على اعتبار أن ضمان الوفاء بالتزام الغير يعد عملا مشروعاً في ذاته، غير أنه لما كان التزام الكفيل التزام تابع للالتزام الأصلي المكفول، فإن التزام الكفيل يكون غير مشروع كلما كان محل الالتزام الأصلي مخالفا للنظام العام والآداب العامة⁴.

ثانيا: السبب

لم يرد في شأن الكفالة نص خاص بسبب الكفالة وهو الأمر الذي تنطبق عليه القواعد العامة في السبب على الكفالة شأنها شأن غيرها من التصرفات بحسب المادة 98 من القانون المدني (كل التزام مفترض أن يكون له سبب مشروعاً ما لم يتم الدليل على غير ذلك . ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يالف ذلك..⁵).

نستخلص من المادة أعلاه أن المشرع يلزم المتعاقدان على أن يكون الباعث أو الدافع في التعاقد مشروعاً، بحيث يجوز للكفيل التمسك بإبطال الكفالة لعدم مشروعية سببه الذي يريه بالدائن شأن من يكفل دين امرأة (الدائنة) على آخر، بقصد حملها على انشاء أو استمرار علاقة غير مشروعة معه⁶.

¹ كفالة الالتزام بالامتناع عن عمل كان قد وقع قبل التمهيد . كفالة الالتزام برفع دعوى قضائية في مسألة يبق أن صدر فيها حكم حائز للحجية أو كفالة أرض سبق أن اكتسبت صفة المال العام.

² همام محمد محمود زهران ، نفس المرجع ص 68.

³ همام محمد محمود زهران ، نفس المرجع ص 76.

⁴ همام محمد محمود زهران ، نفس المرجع ص 85.

⁵ المادة 98 ق م ج.

⁶ همام محمد محمود زهران ، مرجع سابق ص 92.

الفرع الثالث: الشكلية في عقد الكفالة

بحسب المادة 645 ق م ج (لا تثبت الكفالة الا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة) وما يفهم من هذا هو أن الكتابة ضرورية لاثبات التزام الكفيل، لكنها غير ضرورية لانعقاد الكفالة، وبذلك يكون قد خرج عن القواعد العامة التي تميز الاثبات بالبينة ، ولأن التزام الكفيل هو أساسا من الالتزامات التبرعية، فيجب أن يستند إلى رضا صريح قاطع، وقد يكون من المستحيل احيانا التعرف على طبيعة تدخل الكفيل وتحديد مدى التزامه، ونوع كفالاته حتى عن طريق شهادة الشهود. ولهذا الأسباب قرر المشرع حماية للكفيل بعدم جواز اثبات ذلك الا بالكتابة، حيث أن تخلفها - الكتابة - يتعلق بإثبات العقد وليس بوجوده، ومع ذلك يجوز إثبات الكفالة بما يقوم مقامها كالأثبات باليمين، والإقرار، أو بالفرائض إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة أو مانع من الحصول على الكتابة، أو اذا فقد الدائن السند الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه¹.

واثبات الكفالة شرط ضروري أيضا في العلاقة بين الكفيل والدائن كأن ينكر الكفيل كفالاته لدين المدين، ففي هذه الحالة يجب على الدائن أن يقدم الدليل الكتابي على وجود عقد كفالة، أما بالنسبة للكفيل فإنه يستطيع أن يتمسك بعقد الكفالة في مواجهة الدائن كأن يطالبه مثلا بما يكون قد دفعه زائدا عن المستحق عليه، أما بالنسبة للعلاقة بين الكفيل والمدين كأن يرجع الأول على الثاني بعد الوفاء بالالتزام، فإنها تخضع للقواعد العامة، أي تميز الاثبات بكافة الطرق، لأن المدين ليس طرفا في عقد الكفالة، ومن ثم فهو يعتبر واقعة مادية².

¹ عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ص 79.

² زاهية حورية سي يوسف ، مرجع سابق ص 64.

المبحث الثاني : آثار الكفالة وانقضائها

تتحدث في هذا المبحث عن آثار الكفالة من حيث علاقة الكفيل بالدائن وعلاقته بالمدين في المطلب الاول، ومن ثم نتطرق إلى انقضاء الكفالة من حيث الاسباب العامة للانقضاء والاسباب الخاصة له في المطلب الثاني.

المطلب الاول: آثار الكفالة الشخصية

تطرق لها المشرع الجزائري في الفصل الثاني من الباب الحادي عشر بعنوان آثار الكفالة، حيث جاء القسم الاول بالعلاقات بين الكفيل والدائن ، أما القسم الثاني بالعلاقات بين الكفيل والمدين.

الفرع الاول : العلاقة بين الكفيل والدائن

تنحصر هذه العلاقة في أمرين أولهما مطالبة الدائن للكفيل بالدين عند عدم وفاء المدين به، والثاني يتمثل في الدفع التي يتمسك بها الكفيل لرد هذه المطالبة.

أولا : مطالبة الدائن للكفيل بالدين عند عدم وفاء المدين به

يحق للدائن مطالبة الكفيل بالدين إذا لم يف به المدين، لكن بشرطين أساسيا هما¹:

1- وجوب حلول أجل الدين بالنسبة للكفيل

لا تجوز مطالبة الدائن للكفيل إلا عند حلول أجل الكفالة و الغالب أن يكون أجل التزام الكفيل هو نفس أجل التزام المكفول، فإن كان أجل التزام الكفيل مختلف عن أجل التزام 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 لالتزامه لان التزام الكفيل يمكن أن يكون أخف عبء² من الالتزام الأصلي، ويستفيد الكفيل من الأجل الممنوح له³. ويسقط الاجل الممنوح للمدين قبل أوانه لعدة أسباب بحسب المادة 211 ق م ج⁴ « يسقط حق المدين في الأجل :

- إذا أشهر إفلاسه وفقا لنصوص القانون ،
- إذا أنقص بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطي 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 ضمانا كافيا.

¹ دليلة معروز، محاضرات في مقياس التأمينات العينية والشخصية، كلية الحقوق، جامعة ألكلي محمد أولحاج، البويرة، . 2020-2021.

² المادة 652 ق م ج الفقرة 2.

³ محمدي سليمان، مدونة حول التأمينات العينية و الشخصية ، عن ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، ص31.

⁴ المادة 211 ق م ج.

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

2- وجوب رجوع الدائن على المدين قبل رجوعه على الكفيل

بنص المادة 660 ق م ج الفقرة 1 « لا يجوز أن يرجع على الكفيل وحده الا بعد رجوعه على المدين. »
 بمعنى أن الدائن لا يرجع على الكفيل في المطالبة بدينه الا بعد مطالبة المدين بذلك ، وهنا نرى أن المشرع الجزائري قد حمى الكفيل من تعسف الدائن، غير أنه يمكن للدائن الرجوع على المدين والكفيل في آن واحد حيث لا يقصد بالرجوع مجرد التنبيه بالوفاء أو الاعذار بل المقصود به رفع دعوى قضائية على المدين والحصول على حكم قضائي لا لزامه بالوفاء¹ ، غير أن هناك استثناء على هذه القاعدة أورده المشرع في المادة 658 ق م ج « إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة والا سقط حقه في الرجوع على الكفيل...» باستثناء المادة إذا أفلس المدين فإنه لا يجوز للدائن أن يرجع على المدين بمعنى ألا يتخذ أي إجراء فردي في المواجهة وإنما عليه التقدم في التفليسة حتى يمكنه بعد ذلك أن يرجع على الكفيل وحده².

والاستثناء الثاني: إذا كان لدى الدائن سنداً صالحاً للتنفيذ على المدين، فيعد مجرد التنبيه بالوفاء رجوعاً كافياً على المدين ويفتح طريق الرجوع على الكفيل وليس هناك حاجة إلى أن يرفع دعوى على مدينه³. ويترتب على ذلك أنه في حالة ما إذا رفع الدائن دعواه على الكفيل قبل رفعها على المدين كانت دعواه غير مقبولة فعلى الدائن مراعاة ما ورد من قيد في المادة 660 ق م ج والا تعرضت دعواه للرفض. حيث لا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها وإنما يجب أن يتمسك به الكفيل أمام المحكمة⁴.

ومن ثم أوجبت شروط لصحة إبداء هذا الدفع هي:

- وجوب أن لا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في هذا الدفع صراحة أو ضمناً.
- يجب أن لا يكون الكفيل متضامناً مع المدين، لأن الدائن هنا يستطيع الرجوع على الكفيل المتضامن ابتداءً دون إمكانية الدفع بوجوب الرجوع على المدين. وقد أخذ المشرع ذلك بوضوح في المادة 669 ق م ج عندما أجاز الرجوع على الكفيل إذا كان متضامناً مع الكفيل .
- وجوب أن يكون في رجوع الدائن على الكفيل مصلحة أو فائدة فلو كان المدين معسراً، فلا فائدة من تمسك الكفيل بوجوب البدء بالرجوع على المدين، وبالمقابل للكفيل التمسك به إن كان للمدين بعض الأموال التي

¹ توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية، المكتب العربي للطباعة والنشر، مصر، 1986 ص 48.

² زهية سي يوسف، مرجع سابق، ص 62.

³ معزوز دليلة، مرجع سابق، ص 123.

⁴ زهية سي يوسف، مرجع سابق، ص 62.

تكفي لسداد بعض الديون، فيرجع الدائن على هذه الأموال ثم يستوفي بقية الدين من الكفيل، ويبقى الأمر لقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كانت هناك مصلحة للكفيل في التمسك بهذا الدفع من عدمه. ويقع على الدائن عبء إثبات إعسار المدين.

فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة السابقة في الدفع وتمسك بها الكفيل فإنه يجب على القاضي أن يحكم بعدم قبول دعوى الدائن ضده، وذلك لعدم ثبوت الحق في رفعها بعده¹.

ثانيا : الدفع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة

تتمثل الدفع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة في الدفع الناشئة عن الدين الأصلي والدفع الناشئة عن عقد الكفالة².

1- الدفع الناشئة عن الدين الاصيلي

يحق للكفيل أن يتمسك بجميع الدفع التي يستطيع المدين التمسك بها في مواجهة الدائن ذلك لأن تبعية التزام الكفيل تجعله يتأثر بكل ما يؤثر في التزام المكفول³. وهذا ما نصت عليه المادة 654 ق م ج صراحة في فقرتها الأولى «يرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين» فيحق للكفيل التمسك بهذه الدفع ولو كان متضامنا مع المدين طبقا للمادة 660 ق م ج.

و ما نستقرئه من هاتين المادتين أن للكفيل حق التمسك في مواجهة الدائن يمثل ما يستطيع المدين الأصلي أن يدفع به في هذه المطالبة ومن أمثلة هذه الدفع ما يترتب عنه بطلان الالتزام المكفول كالدفع بالبطلان لانعدام احد اركان العقد، وله أيضا التمسك بالدفع المؤدية إلى انقضاء الالتزام المكفول كالوفاء أو التجديد أو غير هما والتمسك بهذه الدفع يكون باسم الكفيل لأن التزامه يتعلق بالالتزام المكفول فله حق التمسك بكل ما سيؤدي إلى انقضاء هذا الالتزام، كما له حق التمسك بهذه الدفع إن تنازل عنها المدين⁴.

¹ زهية سي يوسف، مرجع سابق، ص 63 .

² معزز دليلة، مرجع سابق، ص 124.

³ أسماء براهم، صفاء عطوي، المرجع السابق، ص 45.

⁴ معزز دليلة، مرجع سابق، ص 124.

وطبقا لنص المادة 2/654 ق.م.ج السالفة الذكر، يمنع على الكفيل التمسك بنقص أهلية المدين إذا كان عالما بذلك وقت التعاقد إلا أنه إذا تمسك المدين بنقص الأهلية وحكم له بإبطال الالتزام الأصلي، فإن التزام الكفيل يبطل بالتبعية¹.

2- الدفع الناشئة عن عقد الكفالة

مراعاة لصفة الكفيل واعتبارا لالتزامه التبرعي فإن المشرع منحه دفوعا خاصة به، وتكمن هذه الدفوع في الدفع بالتجريد، الدفع بالتقسيم في حالة تعدد الكفلاء، الدفع بإضاعة التأمينات بخطأ الدائن، الدفع بعدم اتجاه الدائن الإجراءات ضد المدين، الدفع بعدم تدخل الدائن في تفليسة المدين².

أ- الدفع بالتجريد

يترتب عن الصفة الاحتياطية لالتزام الكفيل، أن الدائن لا يستطيع أن ينفذ على أموال الكفيل قبل أن ينفذ على أموال المدين. وهذا ما يسمى بالدفع بالتجريد³، وقد نصت المادة 660 ق م ج في فقرتها الثانية على ذلك صراحة «ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله، ويجب على الكفيل أن يتمسك بهذا الحق.»

أ-1 شروط الدفع بالتجريد

يشترط لثبوت حق الكفيل بالدفع بالتجريد، وإلزام الدائن بتجريد المدين شروط وهي كالاتي :

• أن يكون الكفيل شخصا لا عينيا

لأن الكفيل العيني راهن أي رهن ماله لضمان دين غيره كما أن مسؤوليته عينية محدودة فهو لا يسأل عن الدين الذي ضمنه إلا في حدود المال الذي رهنه⁴. ولا يحق له التمسك بالتجريد إلا إذا كان قد اشترط ذلك صراحة⁵. وهو ما نصت عليه المادة 901 ق.م.ج⁶ على أنه «إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا على ما رهنه من ماله. ولا يكون حق الدفع بتجريد المدين إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك.»

¹ محمد صبري السعدي، عقد الكفالة في التشريع المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 1990 ص 70.

² أسماء براهيم، صفاء عطوي، مرجع سابق، ص 47.

³ نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، دون ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.

⁴ أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 10.

⁵ معزوز دليلة، مرجع سابق، ص 125.

⁶ المادة 901 ق م ج.

- أن يكون الكفيل قد تمسك بهذا الحق

مادام أن الحق غير متعلق بالنظام العام أي خاص بالكفيل فعليه أن يتمسك به، والتنازل قد يكون صريحا إذا نص عليه في عقد الكفالة أو ضمنيا إذا استخلص من ظروف الحال وملاساته ، مثلا أن يتعهد الكفيل بأن يدفع الدين فورا عند حلول أجله وإذا ما تنازل عن هذا الحق فلا يجوز أن يستعمله بعد ذلك¹.

- ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين

هذا ما نصت عليه المادة 665 ق م ج صراحة «لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد». وهنا نخلص إلى أن الكفيل غير المتضامن هو الذي يطلب تجريد المدين أولا، في الواقع قل ما نجد كفيل غير متضامن .

- أن يرشد الكفيل الدائن إلى أموال المدين

هذا ما تطرقت له المادة 661 ق م ج صراحة في فقرتها الاولى: «إذا طلب الكفيل التجريد، وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين تفي بالدين كله». نستخلص من المادة ليس الارشاد فقط بل يجب أن تفي هذه الاموال بالدين كله، ومن الفقرة الثانية من نفس المادة يجب أن تكون هذه الاموال داخل التراب الوطني وأن لا يكون عليها نزاع.

أ-2 آثار الدفع بالتجريد

متى توفرت هذه الشروط وقبلتها المحكمة فإنه يترتب على ذلك أثر قانوني يتمثل في :

- **عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل** : نصت المادة 660 ق م ج ف2 « ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل الا بعد أن يجرى المدين من أمواله ..» فإذا استوفى كل دينه من المدين فلا يرجع بشيء على الكفيل، أما إذا حصل العكس وهذا فرض محتمل فإنه يستطيع في هذه الحالة أن يرجع على الكفيل لاستيفاء دينه وذلك بإثبات أنه قد نفذ على جميع أموال المدين التي دل عليها الكفيل إلا أنه لم يستوف دينه كاملا وذلك عن طريق تقديم محاضر الحجز أو أوراق التنفيذ². إلا أن إجراءات التنفيذ لا تمنع الدائن من التحفظ على أموال الكفيل أي يستطيع حجزها تحفظيا للحفاظ على ذمة الكفيل المالية حتى لا يتجرأ الكفيل بالتصرف فيها³.

¹ زهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص 66.

² عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ص 128

³ دليلة معزوز، مرجع سابق، ص 127.

- **إلزام الدائن بالتنفيذ على أموال المدين التي أرشده إليها الكفيل :** على الدائن أن يبادر إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهة المدين وأن لا يتحمل نتيجة اعسار هذا الأخير إن تراخى في التنفيذ على أمواله، وعلى الدائن أن يبذل عناية الرجل العادي في اتخاذ هذه الإجراءات ويتحمل النتيجة إن أصبحت أمواله غير كافية للوفاء بالدين بعد أن كانت كافية عندما أرشده الكفيل إليها ويقع عبء إثبات تقصير الدائن على الكفيل وفقا للقواعد العامة¹.

- مسؤولية الكفيل عند عدم حصول الدائن على حقه كامل

إن اتخذ الدائن الإجراءات التنفيذية على مال المدين، في الوقت المناسب فإن ذلك يؤدي عادة إلى حصوله على حقه، إلا أنه من المتصور عدم استفاء الدائن لحقه كاملا بالرغم من قيامه بالإجراءات التنفيذية، على الوجه الصحيح لسبب أجنبي لا يد له فيه، أو قد تنخفض قيمة أموال المدين عند التنفيذ. بسبب تقلبات السوق، والنتيجة أن ذمة الكفيل لا تبرأ إلا بقدر ما استوفى الدائن، من المدين بعد التنفيذ عليه، وهنا للدائن الرجوع على الكفيل بالباقي من حقه².

ب- الدفع بالتقسيم

نصت المادة 664 ق م ج «إذا تعدد الكفلاء لدين واحد، ويعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم قسم الدين عليهم ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل الا بقدر نصيبه في الكفالة. أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية فإن كل واحد منهم يكون مسؤولا عن الدين كله، الا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم.» والتقسيم طبقا لهذه المادة يقع بقوة القانون أي أنه إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وفي عقد واحد ولم يكونوا متضامنين فيما بينهم فإن الدين يقسم عليهم ولا يجوز للدائن أن يرجع على أي منهم بأكثر من قدر نصيبه في الدين³.

ب-1 شروط الدفع بالتقسيم: نذكر منها ما يلي:

- **أن يتعدد الكفلاء :** هو الشرط الأساسي لقيام الدفع بالتقسيم، فإذا كان هناك كفيل واحد فلا مجال للحديث عن التقسيم لأنه مسؤول وحده عن الدين كله⁴.

¹ سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، مصر، دون ط، 1991، ص 204.

² سليمان سارة، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج من المعهد الوطني للقضاء، الدفعة 12 من 2001. 2004. ص 34.

³ سليمان محمدي، مدونة حول التأمينات العينية والشخصية، ديوان المطبوعات، الجامعية، الجزائر، 1999. ص 38

⁴ زهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص 76.

- 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 و بين المصدق (كفيل الكفيل) لأنهما لا يكفلان نفس الالتزام¹.
- وجوب أن يتعدد الكفلاء لمدين واحد : و شرط وحدة المدين لا يعني حتما شخصا واحد، فإذا تعدد الكفلاء لمدينين متضامين، و كفّل كل منهم كل المدينين فإن شرط وحدة المدين يتوفر و ينقسم الدين بين الكفلاء².
- يجب ألا يكون الكفلاء متضامين فيما بينهم : لأنهم إذا كانوا متضامين فيما بينهم، يجوز للدائن الرجوع على أي منهم، و يطالبه بالوفاء بكل الدين عملاً بأحكام التضامن³.
- 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 القانون⁴.
- 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 الكفلاء¹.

ب-2 آثار الدفع بالتقسيم

- لا يحق للدائن أن يطالب أي من الكفلاء إلا بقدر حصته من الدين و يقسم الدين بين الكفلاء بالتساوي ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، ويقع التقسيم فيما بين الكفلاء المتعددين وغير المتضامين بقوة القانون ولو لم يطلبه

¹ دليّة معزز، مرجع سابق، ص 129.

² عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 95.

³ سليمان سارة، مرجع سابق ص 36.

⁴ سليمان سارة مرجع سابق ص 36.

الكفلاء، و نتيجة لذلك للكفيل التمسك بهذا. الدفع في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، هذا و إذا اعسر أحد الكفلاء، فإن الدائن من يتحمل حصة المعسر و لا يمكن مطالبتهم بحصة المعسر لأن الأصل في القانون الجزائري هو انقسام الدين بينهم بقوة القانون وهو يتحد من وقت انعقاد الكفالة و ليس فقط من وقت المطالبة أو الفصل في الدعوى².

ج- الدفع بإضاعة التأمينات

نصت المادة 656 من ق م ج³ «تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات» ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو تقررت بعد الكفالة وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون ، ويستطيع الكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له⁴. ويشترط لثبوت حق الكفيل في التمسك بهذا الدفع توافر هذه الشروط:

- أن يكون الدائن قد أضاع تأميناً خاصاً: وهذا التأمين الضائع للوفاء بالدين المكفول سواء كان تأميناً شخصياً أو عينياً قدم من المدين أو شخص آخر سواء وُجد قبل الكفالة أو معها أو بعدها⁵.
- أن يكون الدائن قد اضاع التأمين بخطئه منه: كإهماله قيد الرهن⁶.
- يجب أن يترتب على ضياع التأمينات ضرر بالكفيل: يجب أن تكون هذه الضمانات الضائعة ذات قيمة معتبرة حتى يتمسك بالدفع ، أما إذا كانت عديمة القيمة فإنه لا يجوز للكفيل التمسك بهذا الدفع⁷.

د- الدفع بعدم اتخاذ الدائن إجراءات ضد المدين

نصت المادة 657 فقرة 1 ق م ج⁸ « لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الاجراءات أو لمجرد أنه يتخذها ..» يتضح أن تأخر الدائن في الرجوع على المدين لا يترتب عليه سقوط حقه في مطالبة الكفيل، غير أن القانون أقر حماية للكفيل ضمن المادة 657 فقرة 2 «غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين خلال 6 اشهر من اصدار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً». إذا حل أجل الدين وخشي الكفيل أن

¹ سليمان سارة مرجع سابق ص 37.

² عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 93.

³ المادة 656 ق م ج.

⁴ محمد صبري السعدي، عقد الكفالة في التشريع المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 1999. ص 76.

⁵ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 245.

⁶ دليلة مغزوز، مرجع سابق، ص 130.

⁷ أسماء براهيم، صفاء عطوي، مرجع سابق، ص 54.

⁸ المادة 657 ق م ج.

يتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين يستطيع الكفيل انذاره باتخاذها ، وعليه فإن انقضت ستة أشهر من يوم الإنذار دون أن يقوم الدائن باتخاذ هذه الإجراءات تبرأ ذمة الكفيل¹.

هـ- الدفع بعدم تدخل الدائن في تفليسة المدين

نصت المادة 658 ق م ج² «إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة، والا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن.» من خلال هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري أعطى الدائن حق التدخل في التفليسة لأنها الوسيلة الوحيدة لاستيفاء حقه من المدين³.

ثالثا : التزامات الدائن عند استيفاء الدين اتجاه الكفيل:

تترتب بعض الالتزامات على الدائن عند استيفاء الدين نصت عليها المادة 659 فقرتها 1 ق م ج والتي تتمثل

في :

- أن يسلم للكفيل عند وفائه للمدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع.
- أن يلتزم بالتخلي عن التأمين المتمثل في المنقول طبقا لنص المادة 659 فقرة 2 ق م ج.
- أن يلتزم بنقل التأمينات الضامنة للمدين إن كان هذا الأخير مضمونا بتأمين عقاري وذلك طبقا لما نصت عليه المادة 659 فقرة 3 ق م ج⁴.

ومن نص المادة 671 ق م ج «إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين...».

بناء على ذلك يترتب على حلول الكفيل محل الدائن أن يرجع الكفيل على المدين بحق الدائن ومن ثم فإن الكفيل يقوم بعد الوفاء بالدين المكفول بالرجوع على المدين بما وفاه للدائن وهذا الأخير يجب أن يسلمه وقت الوفاء كل المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع بدعوى الحلول أين يحل محل الدائن في حقوقه، فإن امتنع الدائن عن هذا كان من حق الكفيل الامتناع بدوره عن تنفيذ الت ازمه لأن تصرف الدائن هذا يؤدي إلى إضعاف حق الكفيل في الرجوع واسترداد ما وفاه⁵.

¹ عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني الجزائري: العقود المسماة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2013، ص 258.

² المادة 658 ق م ج.

³ سليمان محمدي، مرجع سابق، ص 43.

⁴ المادة 659 ق م ج.

⁵ عسكري ليسيا و ولد الشيخ شناز ، الطبيعة القانونية لعقد الكفالة ، مذكره ماستر قانون خاص معمق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو 2022 ص 48.

الفرع الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين

طبقاً للقواعد العامة فإن من وفى دين غيره عليه الرجوع على المدين الأصلي بقدر ما دفعه وذلك عن طريق الدعوى الشخصية أو دعوى الحلول ، ولكن إذا كان الوفاء قد تم رغم إرادة المدين فلا يحق للكفيل إلا الرجوع بأقل القيمتين، قيمة ما أوفى به وقيمة ما عاد على المدين من فائدة نتيجة لهذا الوفاء¹. وعليه إذا كان من وفى دين غيره ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه فإنه يستطيع الرجوع على المدين بدعوى الكفالة (أولاً) أو بدعوى الحلول محل الدائن (ثانياً).

أولاً: طرق رجوع الكفيل على المكفول عنه بالدعوى الشخصية "دعوى الكفالة"

إذا وفى الكفيل للدائن فإن له الحق في الرجوع على المدين وهذا تنص عليه المادة 670 ق م ج² «يجب على الكفيل أن يخبر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين، والا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كان عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطان الدين أو انقضائه...».

وتنص المادة 672 ق م ج³ « يكون للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه . ويرجع بأصل الدين والمصروفات، غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده.».

يكون للكفيل الذي كفل المدين سواء كانت الكفالة بعلمه أو بغير علمه الرجوع بالدعوى الشخصية سواء كان متضامناً أو كفيلاً عادياً أو كفيلاً مأجوراً أو غير مأجور وسواء كان كفيلاً شخصياً أو عينياً والاستثناء هنا هو أنه لا يدخل في نطاق هذا النص الكفيل الذي يكفل المدين رغم معارضته ولا يدخل أيضاً في نطاق هذا النص الكفالة التي تعقد لمصلحة الدائن دون مصلحة المدين. وبذلك تكون الكفالة في صالح الدائن دون المدين إذا عقدت بعد وجود الالتزام في ذمة المدين وذلك لتأمين الدائن ضد خطر إعسار المدين دون فائدة لهذا الأخير⁴. وفي هذه الحالة لا يحق للكفيل الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية وان عاد له الحق في الرجوع بناء على دعوى الإثراء بلا سبب⁵.

المنصوص عليها في القواعد العامة .

¹ دليلة معزز، مرجع سابق، ص 133.

² المادة 670 ق م ج.

³ المادة 672 ق م ج.

⁴ زهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص 84.

⁵ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 109.

تعتمد ممارسة هذه الدعوى على شروط وهي:

1. وفاء الكفيل بالدين عند حلول أجله

إذا قام الكفيل بالوفاء للدائن بالدين قبل حلول الأجل فليس له الرجوع على المدين إلا عند حلول أجل الدين . والمقصود بالأجل هنا هو الأجل الأصلي لهذا الدين فإن امتد هذا الأجل بالاتفاق أو بناء على حكم المحكمة فإن هذا الأجل الإضافي لا يحتج به الدائن في مواجهة الكفيل، وله أن يرجع على المدين عند حلول الأجل الأصلي¹.

2. قيام الكفيل بالوفاء بالدين للدائن

وذلك حتى يمكنه أن يرجع بالدعوى الشخصية على المدين ولا يقتصر الأمر هنا على الوفاء بالالتزام فقط وإنما ينصرف أيضا إلى أسباب الانقضاء الأخرى كالمقاصة والوفاء بمقابل أو التجديد بتغيير المدين أو الإنابة الكاملة أو اتحاد الذمة بشرط أن يترتب على ذلك براءة ذمة المدين² . ولا يشترط لرجوع الكفيل بالدعوى الشخصية على المدين أن يكون قد قام بالوفاء بالدين كله وبذلك تختلف دعوى الكفالة عن دعوى الحلول التي يشترط للرجوع بها أن يكون الوفاء كليا³ . والوفاء لا يشترط فيه أن يكون كليا بل قد يكون جزئيا شريطة أن يرضى الدائن بهذا الوفاء الجزئي وفي هذه الحالة له أن يزاحم الدائن في رجوعه على المدين بالجزء الباقي له، فإذا لم تكن أموال المدين كافية للوفاء لكل من الكفيل والدائن فإنهما يتقسمان هذه الأموال قسمة غرماء⁴.

3. أن يخطر الكفيل المدين قبل الوفاء وعدم معارضته للوفاء

هذا الشرط نصت عليه المادة 670ق.م.ج السالفه الذكر، التي تفرض التزاما على الكفيل بإخبار المدين قبل الوفاء للدائن حتى يعترض عليه إن كان هناك وجه لذلك يخرجه بالمطالبة الحاصلة من الدائن. حتى يتسنى للمدين الاعتراض على هذا الوفاء إذا كان ما يبهره، كأن يكون الدين قد انقضى بإحدى طرق الانقضاء أو كان باطلا أو قابلا للإبطال فيمتنع الكفيل عن الوفاء. فإذا لم يقم الكفيل بإخطار المدين سقط حقه في الرجوع عليه، ويقع عبء إثبات الإخطار على الكفيل، وإثبات الاعتراض على المدين وفقا للمبادئ العامة للاثبات⁵. هذا ويرجع الكفيل على المدين طبقا للمادة 672ق م ج السالفه الذكر، بأصل الدين والمصروفات والفوائد وكذلك التعويضات.

¹ زهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص 87.

² نبيل سعد إبراهيم، مرجع سابق، ص 388.

³ سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 144 .

⁴ زهية سي يوسف، مرجع سابق، ص 87.

⁵ أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 498.

4. أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين ودون معارضته

أجمع الفقه على أن الكفالة تقتصر على الحالات التي تنعقد فيها الكفالة دون معارضة المدين، وذلك على أساس أن الكفالة تتحقق غالباً لمصلحة للمدين وتأميناً للدائن ضد خطر إعسار المدين، فيقبل هذا الأخير التعامل مع المدين ويستوي في ذلك الكفيل العادي أو المتضامن، الكفيل المأجور أو المتبرع، الكفيل الشخصي أو العيني فيحقق لكل منهم الرجوع بدعوى الكفالة طالما تمت الكفالة بغير معارضة المدين وكانت تحقق مصلحة للمدين أو مصلحة للدائن والمدين معاً، وكل هذه الأحوال يقتصر حق الكفيل في الرجوع على المدين بدعوى الكفالة لأن الدعوى الشخصية دعوى خاصة تمنح للكفيل على أساس أنه يكون قد قدم خدمة للمدين¹

ثانياً: طرق رجوع الكفيل على المكفول عنه بدعوى الحلول

نصت المادة 671 ق م ج «إذا وفي الكفيل الدين، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين، ولكن إذا لم يوف الا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه الا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين. « أن الكفيل الذي وفي الدين سوف يحل محل الدائن في مطالبة المدين بحقوقه، وإن هذه الدعوى ما هي إلا تطبيقاً خاصاً للقاعدة العامة² الواردة في المادة 261 ق م ج السالفة الذكر، وبالتالي فيكفي لرجوع الكفيل بدعوى الحلول أن يكون قد وفي الدين سواء قد علم المدين بهذه الحالة أو لم يعلم³.

للكفيل الاستفادة من كل التأمينات الضامنة للدين إن وفي بالالتزام أو وفي جزء وقام المدين بالوفاء بالجزء الباقي أو قام شخص آخر غير المدين بالوفاء، وهنا يكون هذا الشخص والكفيل على قدم المساواة، فيقسمان الناتج من دعوى الحلول قسمة غرماء طبقاً لما نصت عليه المادة 265 ق م ج⁴ فقرة 2 «.. فإذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقي له من حق رجوع من حل أخيراً هو ومن تقدمه في الحلول كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء « يشترط في دعوى الحلول شروط تتمثل في :

✓ أن يكون الكفيل قد وفي بالدين فعلاً أي كانت طريقة الوفاء إذ يقضي الكفيل الدين بالوفاء أو بما يقوم مقام الوفاء،

✓ أن يكون الوفاء قد تم عند حلول الأجل،

¹ دليلة معزز، مرجع سابق، ص 134.

² زهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص 92.

³ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 104.

⁴ المادة 265 ق م ج.

✓ كما يشترط أن يكون وفاءه للدين كاملاً¹.

وعليه يترتب على حلول الكفيل محل الدائن طبقاً للمواد 264، 261، 671 من ق.م.ج أن يكون للكفيل الحق في الرجوع على المدين بحق الدائن وذلك بما يلي:

- يرجع الكفيل بحق الدائن لما له من خصائص وبالتالي لا يمكن أن يرجع على المدين إلا عند حلول أجل الدين فلو منح الدائن أو القاضي أجلاً للمدين، فإن الكفيل لا يستطيع الرجوع على المدين قبل هذا الأجل الجديد.
- إن كان الدين تجارياً يرجع الكفيل على أساس الدين التجاري وما يترتب عليه آثار خاصة بالإثبات والاختصاص، غير أنه لو رجع بالدعوى الشخصية فإنه يرجع بالتزام مدني.
- يرجع الكفيل بما يلحق هذا الحق من توابع كالفوائد ويستفيد من كل التأمينات الشخصية أو العينية وتنتقل بحكم القانون إن كان لا يحتاج إلى اتفاق بين الكفيل والدائن.
- حل الكفيل محل الدائن في حقه بما يرد على هذا الحق من دفع فتمسك المدين في مواجهة الكفيل بما كان يستطيع التمسك به في مواجهة الدائن².

ثالثاً : التزامات الكفيل عند الوفاء بالدين

1. أصل الدين : وهو كل ما قام الكفيل بدفعه الى الدائن لإبراء ذمة المدين، ويشمل مقدار الدين الأصلي وكذا فوائد هذا الدين لو كان يتيح فوائد اتفاقية أو قانونية ما دامت تدخل ضمن الدين المكفول³.
2. المصروفات: وهي كل المبالغ التي أنفقها الكفيل في تنفيذ عقد الكفالة وتلك التي أنفقها الدائن في رجوعه على الكفيل واضطر الكفيل إلى ردها له، بالإضافة على ذلك ما يكون قد أنفق 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 أخطر بما قد يسارع إلى الوفاء بالتزامه ويتجنب بذلك المصروفات التي يقوم بها الكفيل أو الدائن ولو لم يخطر⁴.

غير أن حق الكفيل في الرجوع يمتد حتى إلى مصروفات المطالبة الأولى كمصروفات التنبيه بالوفاء ومصروفات رفع الدعوى، إذ أنها مصروفات تنفق قبل أن يصل الكفيل إلى اتخاذ أي إجراء بإخطار للمدين ولهذا يلتزم بما المدين لا

¹ زهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص 93.

² دليلة معزز، مرجع سابق ص 136.

³ براهيم أسماء عطوي صفاء، مرجع سابق ص 59.

⁴ براهيم أسماء عطوي صفاء، المرجع نفسه، ص 59.

الكفيل، هذا ولقد أثير التساؤل ما إذا كان للكفيل مطالبة المدين بالتعويض إذا لحقه ضرر وهنا المادة 672 ق.م.ج السالفة الذكر أنه لم تذكر شيء عن التعويض فبالرجوع للقواعد العامة نجد أنها تسمح بالمطالبة بالتعويض متى فعل الغير ضرار¹.

المطلب الثاني : انقضاء الكفالة الشخصية.

تنقضي الكفالة بصورتين: الأولى بصورة التبعية وذلك لانقضاء الدين الأصلي، إذأ فانقضاء الالتزام الأصلي سيؤدي إلى انقضاء الكفالة تبعا له. أما الصورة الثانية التي تنقضي بها الكفالة وهي بصورة أصلية لكون هذه الاخيرة لها مقوماتها الخاصة وبالتالي إذا توفر في هذا العقد أسباب الانقضاء، فإنه يؤدي إلى انتهاء الكفالة وزوالها. فيما يلي الاسباب العامة لانقضاء الكفالة (الفرع الأول) والاسباب الخاصة لانقضاء الكفالة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأسباب العامة لانقضاء الكفالة

تنقضي الكفالة بصفة تبعية لانقضاء الالتزام الأصلي في القانون المدني والمنصوص عليها في المواد من 258 إلى 322 ق.م.ج لأي سبب من أسباب الانقضاء العامة.

أولا : انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء

كقاعدة عامة يتم الوفاء من قبل المدين، غير أنه قد يدفع الدين شخص آخر غير المدين²، فهو يعتبر في القانون المدني الجزائري سبب لانقضاء الالتزام³، فقد يفي المدين بالدين للدائن فينقضي بذلك الدين و ينقضي معه بالتبعية الكفالة ويكفي لقضاء الدين المكفول أن يحجز الدائن على أموال المدين و يبيعها و يكون الثمن كافي لوفاء حقه⁴، أما إذا وفي المدين جزء من الدين فإن الكفالة لا تنقضي إلا بمقدار الجزء المدفوع⁵، أما إذا لم يقبل الدائن الوفاء مما أضطر المدين لعرض الدين عرضا حقيقيا ثم الإيداع فإن الغرض الحقيقي يقوم مقام الوفاء إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته¹، كما أنه قد يوفي بالدين المكفول ولكن رغم ذلك لا ينقضي هذا الدين وهي حالة إذا وفي الغير الدين للدائن فيحل محله، هنا يرجع الموفي بالدين على المدين.

¹ عسكري ليسيا و ولد الشيخ شناز، مرجع سابق ص 55.

² ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون الأردني (أثار الحقوق الشخصية)، الجزء الثاني، عمان، 2003 ص 26.

³ عبد القادر الفار، أحكام الالتزام (أثار الحق في القانون المدني)، الطبعة الرابعة، مكتبة دار الثقافة و النشر و التوزيع، عمان، 1997 ص 25.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 214.

⁵ محمد كامل مرسي بك، التأمينات الشخصية و العينية (إثبات الحقوق العينية و أحكام التسجيل)، مطبعة النصر، مصر ص 50.

ثانيا : انقضاء الالتزام الأصلي بما يعادل الوفاء

ذكر المشرع الجزائري خمسة أسباب لانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء وهي:

1. انقضاء الدين المكفول بالوفاء بمقابل

نصت المادة 655 م. ق 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، و نفذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فعلا ومن ثم تبرأ ذمة المدين من الدين الأصلي عن طرق هذا الوفاء بمقابل وتبرأ ذمة الكفيل تبعا لذلك فتنقضي الكفالة بطريق تبعية².

والتحليل القانوني للوفاء بمقابل هو أنه عملية مركبة من تحديد ووفاء فالالتزام الأصلي ينقضي لتحديده عن طريق تغيير محله، و ينشأ التزام جديد محله الشيء الذي استعويض به عن محل الدين الأصلي، ثم ينقضي الدين الجديد بالوفاء الفوري³. 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.

2. انقضاء الدين المكفول بالتجديد

يقصد بالتجديد أن يجدد المدين الأصلي دينه بتغيير الدائن أو المدين أو تغيير الدين في محله أو مصدره، وعليه فإن الدين المكفول ينقضي والكفالة بصورة تبعية، و يحل 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 ذلك⁴. من ثمة يكفي الاتفاق على انتقال التأمينات صراحة أو ضمنا حتى تنتقل هذه التأمينات إلى الالتزام الجديد.

¹ قدري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الكفالة، التضامن-التضام في التشريع المصري والمقارن، دار منشأة المعارف، مصر، 2002 ص 208.

² محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون تاريخ نشر، ص 195.

³ سمير عبد السيد تناغوا، مرجع سابق، صفحة 103.

⁴ المادة 291 م ج.

وعليه ففي حالة تجديد الالتزام الأصلي و نشوء التزام جديد، تنقض الكفالة تبعاً ما لم يَرْضَهُ الكفيل لضمان الالتزام الجديد بحسب المادة 293 ق م ج¹ « لا تنتقل الكفالة العينية، أو الشخصية، ولا التضامن إلى الالتزام الجديد إلا إذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون ».

ولكي يرتب التجديد آثاره، ومنها انقضاء الكفالة فإنه يجب :

- أن يكون كلا الالتزامين القديم و الجديد قد خلا من أسباب البطلان.
- أن تكون نية التجديد واضحة، سواء كانت صراحة أو تستخلص من ظروف الحال.

3. انقضاء الالتزام المكفول بالإنابة:

الإنابة هي أن يلتزم شخص ثالث بالوفاء بالدين، فإذا قامت الإنابة صحيحة برئت ذمة المنيب وأدى إلى انقضاء الالتزام بالإنابة في الوفاء²، فالإنابة 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 الجديد الذي ارتضاه المناب صحيح، وأن لا يكون المناب معسراً وقت الإنابة حسب نص المادة 295 فقرة 1 ق م ج³ « إذا اتفق المتعاقدون في الإنابة أن يستبدلوا بالتزام سابق التزاماً جديداً كانت هذه الإنابة تجديداً للالتزام بتغيير المدين . ويترتب عليها ابراء ذمة المنيب قبل المناب لديه على أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب صحيحاً وإلا يكون هذا الأخير معسراً وقت الإنابة » ويترتب عليه انقضاء التأمينات الضامنة لهذا الالتزام ومنها الكفالة.

أما الإنابة الناقصة هي التي يقوم فيها المناب لجانب التزام المنيب و يصبح للدائن مدينان بدلاً من مدين واحد، فهي لا يترتب عليها انقضاء الدين ولا التأمينات القائمة على ضمانه⁴.

4. انقضاء الدين المكفول بالمقاصة:

يراد بالمقاصة تلك العملية القانونية التي يرمي الكفيل من خلالها إلى إسقاط الدين المترتب بذمته تجاه الدائن أو على الأقل جزء منه وذلك عندما يصبح بدوره دائناً لهذا الأخير⁵.

¹ المادة 293 ق م ج.

² المادة 294 ق م ج.

³ المادة 295 ق م ج.

⁴ زهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص 106 .

⁵ محمد محمود معطي، الكفالة في ضوء الفقه والإجتهد، منشورات الحلبي، لبنان، 2009 ص 147.

فإذا ثبت في ذمة الدائن دين للمدين يصلح للمقاصة أي توفرت فيه شروط المقاصة، فإن هذا يعطي الحق للكفيل بأن يتمسك بالمقاصة¹، فهي لا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة بذلك، حسب ما نصت عليه المادة 300 ق م ج² « لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها... » إذ يجوز التمسك بالمقاصة من طرف الكفيل حتى وإن لم يتمسك بها المدين أو الدائن، بل يجوز له ذلك حتى نزولهما عنها³.

الكفيل يمكنه التمسك وطلب المقاصة بما يجب على الدائن نحو المدين الأصلي، في حين أنه لا يجوز للمدين الأصلي التمسك بالمقاصة بما يجب للكفيل على الدائن لأن العلاقة التي تربط بين الكفيل والدائن مستقلة عن العلاقة التي تربط بين الكفيل والمدين الأصلي⁴.

5. انقضاء الدين المكفول بإتخاذ الذمة

هذا ما نصت عليه المادة 304 الفقرة 1 ق م ج « إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة ».

كأن يرث المدين الدائن أو أن يوصي الدائن لمدينه بالدين ومتى انقضى الالتزام الأصلي المكفول انقضى بالتبعية التزام الكفيل.

ثالثاً : انقضاء الالتزام الأصلي بدون وفاء

لقد حدد القانون الحالات التي ينقضي بها الالتزام الأصلي بدون وفاء وهي كما يلي:

1. انقضاء الالتزام الأصلي بالإبراء

نصت المادة 305 ق م ج « ينقضي الالتزام إذا برأ الدائن مدينه إختيارياً، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكن يصبح باطلاً إذا رفضه المدين ».

ويقصد تنازل الدائن عن حقه بإرادته المنفردة بدون مقابل، فهو تبرع ينقضي به الدين وتبرأ به ذمة المدين دون أن يحصل الدائن على شيء⁵.

يشترط في الإبراء توافر أهلية التبرع لدى الدائن، بأن يكون بالغاً سن الرشد، غير محجوز عليه، وأن يقدم على الإبراء برضاه التام، وبكل حرية واختيار، وأن يكون سبباً مشروعاً لدى المدين، كما يشترط أن يكون الدين فيه قائماً

¹ قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص 214.

² المادة 300 ق م ج.

³ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 114.

⁴ محمد محمود معطي، مرجع سابق، ص 149.

⁵ محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 487.

ومستحق الأداء، فلا يجوز الإبراء عن دين مستقبل، كما أنه لا يتوقف الإبراء على قبول المدين كقاعدة عامة، فقد يرفضه المدين لأن الإبراء يعتبر من قبيل التبرعات وينقضي معه ضماناته وتأميناته الشخصية (كالكفالة)، والعينية (كالرهن)، وجميع الالتزامات التابعة له¹.

2. انقضاء الالتزام الأصلي باستحالة التنفيذ

ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين ان عدم الوفاء به أو تأخير فيه ناشئ عن سبب لا يد له فيه ولا يمكن توقعه أو دفعه كالسبب الأجنبي الذي يجب إثباته من طرف المدين وهو ما نصت عليه المادة 307 ق م ج « ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته ».

أما إذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين، فإن الالتزام لا ينقضي، و يتحول إلى تعويض فلا تبرأ ذمة المدين ويبقى ضامنا للالتزام بالتعويض².

غير أنه إذا وقعت استحالة تنفيذ الالتزام بالوفاء بفعل الغير، فإن ذمة المدين تبرأ لاعتباره سببا أجنبيا بالنسبة للمدين، ويبقى الكفيل مسؤولا عن خطئه كمدین أصلي في حق الدائن³.

3. انقضاء الالتزام الأصلي بالتقادم

إذا انقضى الالتزام الأصلي بالتقادم، فإن التزام الكفيل ينقضي بالتبعية، ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاص به متى كان دينه يستحق في أجل لاحق لأجل استحقاق دين المكفول، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 321 ق م ج⁴ « لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائيا بالتقادم بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو أحد دائنيه، أو أي شخص له مصلحة فيه و لو لم يتمسك المدين به ».

للكفيل مصلحة في التمسك بالتقادم لأن يتمسكه به تبرأ ذمته نهائيا، كما يستطيع أن يتمسك بالتقادم حتى ولو تنازل المدين عن التمسك به⁵.

¹ محمد مخلوفي، عقد الكفالة في القانون المدني، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني حول أحكام عقد الكفالة في التشريع الجزائري، المنعقد يومي 26-25 مارس، 2013، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، ص 20.

² سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 207.

³ سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 103.

⁴ المادة 321 ق م ج.

⁵ سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 102.

4. انقضاء الالتزام الأصلي بالفسخ أو الإبطال

قد ينقضي دين المكفول بفسخ عقد الكفالة، كأن يضمن الكفيل التزام المشتري بدفع الثمن، ثم يفسخ البيع، فيزول بأثر رجعي، والشيء نفسه بالنسبة لإبطال العقد، فإن كان العقد الذي أنشأ دين المكفول قابل للإبطال، وأبطل بأثر رجعي زال دين المكفول بأثر رجعي و زالت بزواله الكفالة بأثر رجعي¹.

الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة

الكفالة شأنها شأن باقي الالتزامات، تنقضي بكل الأسباب العامة التي ينقضي بها كل التزام حسب ما هو معمول به في القواعد العامة، فإذا كان التزام الكفيل تابعا للالتزام الأصلي فإنه يبقى ببقائه صحيحا ومنتجا لأثاره، وينقض بانقضائه، إلا أن هذا الالتزام له شروط صحة ووجود، ويترتب على ذلك أن التزام الكفيل يمكن أن يكون باطلا أو صحيحا، كما يمكن أن ينقضي بأسباب الانقضاء العامة بجانب ذلك فإن الطبيعة الخاصة للالتزام الكفيل تقتضي نوعا من الحماية قد أقرها القانون وخص بها هذا الالتزام².

أولا: براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضعه الدائن بخطئه من الضمانات

تنص المادة 656ق.م.ج السالفة الذكر بأن الضمانات في هذه المادة هي كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو تقررت بعد الكفالة و كذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون.

إن ذمة الكفيل تبرأ إذا كان حلول الكفيل محل الدائن أصبح غير ممكن بسبب فعل الدائن³، فقد يضمن الدين بتأمينات أخرى بجانب الكفالة وإضاعته من طرف الدائن بخطئه كلها أو بعضها، يرتب على ذلك براءة ذمة الكفيل بالقدر الذي أضعه من تأمينات⁴. والسبب في براءة وانقضاء كفالة الكفيل أن هذا الأخير قد اعتمد على تلك الضمانات عندما قام بكفالة مدينه واعتبره بمثابة تأمين له، فإذا قام بالوفاء بالدين مكان المدين وحل محله الدائن⁵.

¹ نادية يونس حداد، عقد الكفالة في القانون المدني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، العدد 4، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1999، ص 9.

² نبيل سعد إبراهيم، مرجع سابق، ص 419.

³ محمد محمود معطي، مرجع سابق، ص 171.

⁴ نبيل سعد إبراهيم، مرجع سابق، ص 424.

⁵ محمد علي عبده، عقد الكفالة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2005، ص 204.

يحق لكل كفيل شخصي أن يتمسك ببراءة الذمة، سواء كان متضامنا أو غير متضامنا، أما الأساس القانوني الذي يقوم عليه براءة ذمة الكفيل بسبب إضاعة الدائن التأمينات هي قاعدة الحلول التي تقضي بحل الكفيل الذي وفي بالدين في كل حقوقه قبل المدين بما لها من خصائص وما يلحقها من ضمانات، وتوابع¹.

فشروط التمسك ببراءة الذمة تتمثل فيما يلي:

1. أن يكون التأمين الذي أضاعه الدائن تأميننا خاصا و هو ما نصت عليه المادة 656 ق م ج فقرة 2.
2. يجب أن تكون إضاعة التأمين الخاص نتيجة خطأ من جانب الدائن ناتج عن تقصيره.
3. وجوب ترتب ضرر يلحق الكفيل وإلا فلا محل للتمسك ببراءة الذمة.

ثانيا : 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 تباطؤ 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 ضمنا أو تأميننا كافيا للكفيل تبرأ ذمته من الكفالة.

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، ضمنا كافيا².

ثالثا : انقضاء التزام الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفلسة المدين

وهو ما نصت عليه المادة 658 : ق م ج فإن لم يتقدم الدائن في التفلسة بالدين المكفول كغيره من الدائنين فإنه يعتبر مقصرا و يتحمل نتيجة هذا التقصير وهي انقضاء التزام الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر³.

¹ زهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص 154.

² سليمان سارة، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق ص 53.

³ سليمان سارة المرجع نفسه ص 53.

خلاصة الفصل

تناولنا في هذا الفصل أحكام الكفالة الشخصية من حيث التعريف بها وخصائصها وما يميزها عن غيرها من المفاهيم المشابهة لها، هذا في المبحث الأول تحت عنوان الإطار المفاهيمي للكفالة وشروط انعقادها. ثم تطرقنا في المبحث الثاني إلى آثار الكفالة الشخصية وانقضائها. اذ خلصنا إلى أن المشرع الجزائري افرد لها تقنين خاص في القانون المدني على غرار باقي التشريعات الأخرى.

الفصل الثاني: خصوصية الكفالة العينية.

الفصل الثاني : خصوصية الكفالة العينية

تمهيد

خول القانون للأشخاص الذين لهم مصلحة في الحفاظ على الضمان العام (الكفالة الشخصية) وفي مقدمتهم الدائنين مجموعة من الوسائل تهدف أساساً إلى الحفاظ عليه حين حلول أجل ديونهم كما سبق بيانه في الفصل الأول، غير أنه بالرغم من هذه الوسائل إلا أن خطر عدم استيفاء الدائنين لحقوقهم من هذا الضمان يبقى قائماً وذلك لخطر حرية تصرف المدين في أمواله، من أجل ذلك كان من الواجب البحث عن نظم قانونية تعمل على بعث الثقة والاطمئنان في نفس الدائن وتسمح له بالحصول على أكبر قدر من الضمانات وهو الأمر الذي تحقق من خلال ابتكار الكفالة العينية (الرهن الرسمي). وهو ما سنتطرق إليه في المبحث الأول: أحكام الكفالة العينية وفي المبحث الثاني : آثار الكفالة العينية وانقضائها.

المبحث الأول: مفهوم الكفالة العينية وشروط انعقادها

منح القانون الدائنين مجموعة من الوسائل تهدف أساسا إلى الحفاظ على الضمان العام حين حلول أجل ديونهم إضافة وأضاف الكفالة العينية كما الكفالة الشخصية التي تم بيانها في الفصل الأول ، وقد نظم المشرع الكفالة العينية في القانون المدني الجزائري تحت عنوان الرهن الرسمي ، فما مفهومها و ما هي؟ شروط انعقادها؟

المطلب الأول : الإطار المفاهيمي للكفالة العينية

إن حرية تصرف المدين في أمواله تشكل خطرا على الضمان العام رغم أن القانون خول للأشخاص الذين لهم مصلحة في الحفاظ على الضمان العام - الكفالة الشخصية - وفي مقدمتهم الدائنين مجموعة من الوسائل تهدف أساسا إلى الحفاظ عليه حين حلول أجل ديونهم كما سبق بيانه في الفصل الأول، غير أنه بالرغم من هذه الوسائل إلا أن خطر عدم استيفاء الدائنين لحقوقهم من هذا الضمان يبقى قائما ، من أجل ذلك كان من الواجب البحث عن نظم قانونية تعمل على بعث الثقة والاطمئنان في نفس الدائن وتسمح له بالحصول على أكبر قدر من الضمانات وهو الأمر الذي تحقق من خلال ابتكار الكفالة العينية.

الفرع الأول: المقصود بالكفالة العينية

لم يعرف المشرع الجزائري الكفالة العينية في القانون المدني الجزائري إلا أنه يستنتج من مجموع الفقهاء أن الكفالة العينية اتفاق يقدم بموجبه أحد الأشخاص ويقال له الكفيل العيني عقارا أو استثناء بعض المنقولات ضمانا لدين غيره وسيلته لذلك هي رهن هذا المال رهنا رسميا فيعد ذلك أحسن أسلوب لتوثيق الكفالة العينية ، وبذلك يحمل هذا المصطلح ثلاثة معان، فهو يعني أولا عقد الرهن أي العقد المنشئ للحق العيني ويعني ثانيا حق الرهن أي الحق العيني الذي ينشأ على العقار والذي يعطي صاحبه حق التقدم والأفضلية، وثالثا يعني الشيء المرهون و إن كان هذا المعنى الأخير غير شائع¹.

وقد عرف المشرع الجزائري الرهن الرسمي الذي هو أسلوب لإنشاء هذه الكفالة العينية موردا هذا التعريف في المادة 882 ق.م.ج² التي تنص على أن : "الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقا عينيا 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".

¹ محمد ابراهيم جلال، أحمد محمود سعد، الحقوق العينية التبعية، الرهن الرسمي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 19-20.

² المادة 882 من القانون المدني الجزائري.

الظاهر من النص أن الرهن الرسمي بصفته حق عيني يمتاز بصفة عامة بما تمتاز به التأمينات العينية التي نظمها المشرع الجزائري في القانون المدني التي تخول صاحبها حق التقدم على الدائنين عند تحصيل الحقوق وكذا حق تتبع العقار والتنفيذ عليه تحت يد حائزه إذا انتقلت ملكية العقار المرهون لشخص آخر عند التنفيذ .

فيكاد هذا التعريف أن يكون مطابقا لتعريف المشرع المصري له في نص المادة 1030 ق.م.م¹ التي تنص على

أن :

"الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا يكون له بمقتضاه أن يتقدم على

الدائنين العاديين التاليين له في المرتبة في استفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون" ، بذلك وجه الفقه نقدا للمشرع المصري بشأن هذا التعريف موجهها كذلك للمشرع الجزائري ونذكر من بينها:

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

- من خلال نص المادة 882 ق.م.ج² السالفة الذكر نجد أن المشرع الجزائري قد عرّف الرهن الرسمي بأنه عقد مما يوحي أن العقد هو المصدر الوحيد لحق الرهن، غير أن الواقع عكس ذلك إذ نجد مصدرين آخرين ينشأ عنهما الرهن الرسمي وهما القضاء وكذلك نصوص القانون ، حيث نصت المادة 883 ق.م.ج³ على أنه :

"لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون."

يظهر أن المشرع الجزائري قد تأثر بالمشرع المصري عند تعريفه للرهن الرسمي بأنه عقد، غير أن في القانون المصري لا وجود لمثل هذا التناقض ذلك أن الرهن الرسمي في التشريع المصري لا ينشأ سوى بالاتفاق أو بتعبير آخر فإن القانون المصري لا يعرف سوى الرهن الاتفاقي⁴.

كذلك تأثر المشرع الجزائري ثانية بالمشرع الفرنسي عند وضعه لنص المادة 883 ق.م.ج السالفة الذكر، أين حدد مصادر الرهن بالعقد والقضاء والقانون، إذ نجد في فرنسا المصادر ذاتها ، يلاحظ كذلك من التعريف أن المشرع قد

¹ المادة 1030 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

² المادة 882 من القانون المدني الجزائري..

³ المادة 883 من القانون المدني الجزائري.

⁴ رمضان أبو السعد، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006 ، ص 1.

حدد المحل الذي يمارس عليه الدائن المرتهن حقه وهو ثمن العقار حسب النص، مع أن الواقع غير ذلك إذ قد يحدث أن العقار المرهون يهلك أو يتلف مما يحول دون بيعه بثمن¹، وبالتالي ففي هذه الحالة فإن حق الرهن يقع على ما يحل محل العقار الهالك أو التالف ليمارس عليه الدائن حقه هذا بصريح نص المادة 907 ق.م.ج بنصها: "يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم تجاه الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار، بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا أجروا القيد في يوم واحد."

من خلال نص المادة 882 ق.م.ج السالفة الذكر نجد أن الدائن المرتهن يتقدم عند استيفاء حقه على الدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة فقط، فحسب هذا النص فإن الدائن المرتهن لا يتقدم على الدائنين العاديين لأن النص لم يشملهم غير أن الحقيقة غير ذلك إذ يتقدم الدائن المرتهن عند استيفاء حقه على الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة، غير أنه لم يبرز نص المادة 882 ق.م.ج السالفة الذكر، عند تعريفه للرهن الرسمي خاصية مهمة يمتاز بها هذا الأخير عن الرهن الحيازي وهي خاصية عدم نقل الحيازة، إذ أن الرهن الرسمي لا ينقل حيازة المال المرهون من الراهن إلى المرتهن في حين أن في الرهن الحيازي يستلزم نقل الحيازة إلى هذا الأخير حتى يصح عقد الرهن الحيازي.

يلاحظ كذلك أن المشرع الجزائري لم يشير إلى أمر مهم عند تعريفه للرهن الرسمي وهو إجراء القيد، فالرهن الرسمي لا يسري في حق الغير إلا من وقت قيده فليس بإمكان الدائن المرتهن التعذر عند مواجهته للغير بحقي التقدم والتتبع إذا لم يقيد حقه².

جاء نص المادة 882 ق.م.ج السالفة الذكر قاصرا على العقارات فحسب كمحل للرهن الرسمي في حين أن هذا الأخير يمكن أن يعقد على بعض المنقولات الخاضعة لإجراء الشهر والتي حددها القانون على سبيل الحصر مثل السفن والطائرات³.

هذه إذن أهم الملاحظات والانتقادات التي وجهت للمشرع المصري وبالتالي للمشرع الجزائري بمناسبة تعريف الرهن الرسمي ومن أجل تفاديها حاول بعض الفقهاء إعطاء تعريف له ومن بين هذه التعريفات نجد أن: "الرهن الرسمي حق عيني تبعي ينشأ بمقتضى عقد رسمي يتقرر ضمنا لدين على عقار مملوك أو غيره ويكون للدائن بمقتضاه أن يتقدم في استيفاء حقه من المقابل النقدي لهذا العقار مفضلا عن غيره من الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة وأن يتتبع العقار في أي يد يكون"⁴.

¹ عبد الدايم حسني محمود، الائتمان العقاري بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 39.

² أعمر أولي، عقد الرهن الرسمي كوسيلة ضمان لحماية حقوق الدائنين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2016 - 2017 ص 13.

³ عبد الدايم حسني محمود، الائتمان العقاري بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 3.

⁴ سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1985، ص 127.

كما نجد تعريفاً آخر أورده الفقيه أحمد عبد الرزاق السنهوري وهو: "الرهن الرسمي حق عيني ينشأ بموجب عقد رسمي يتقرر ضمناً للوفاء بالدين، وهذا الحق العيني يتقرر على عقار مملوك للمدين أو الكفيل العيني، بموجبه يكون للدائن الحق في استفتاء دينه من ثمن هذا العقار متقدماً في ذلك على الدائنين العاديين لمالك هذا العقار".

نستنتج من هذا النص أن الكفالة العينية تطلق على العقد الذي يترتب به للدائن حق عيني على عقار مخصص لوفاء دينه، ويكون للدائن بموجبه حق التقدم في استفتاء دينه من ثمن العقار المرهون ويتقدم الدائن بموجب هذا الحق العيني ليس فحسب على الدائنين العاديين لمالك العقار المرهون، وبل وعلى الدائنين الذين لهم حق عيني آخر على هذا العقار، من دائنين مرتهنين وأصحاب حقوق اختصاص إذا كانوا متأخرين في المرتبة أي مقيدين بعد تاريخ قيد الدائن المرتهن.

الفرع الثاني: تمييز الكفالة العينية عن الكفالة الشخصية

الكفالة الشخصية¹ هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين الأصلي، وبذلك يصبح للدائن حق الضمان العام على أموال الكفيل بالإضافة إلى حقه في الضمان العام على أموال مدينه الأصلي، أما الكفالة العينية² فهي قيام الكفيل بتقديم مال معين من أمواله ضمناً للوفاء بالدين.

أولاً: الرهن الرسمي وحق التخصيص

حسب نص المادة 941 و 942 ق م ج³ فإن حق التخصيص هو حق يتقرر بأمر على عريضة من رئيس المحكمة لصالح الدائن الذي بيده حكم واجب التنفيذ على عقار أو أكثر من عقارات مدينه.

وعلى هذا يتفق حق التخصيص مع الرهن الرسمي في أن كل منهما يرد على عقار وأن كل منهما أداة لضمان استفتاء الدين. ويختلفان في المصدر المنشئ لهذا الضمان، فالرهن الرسمي مصدره العقد الإرادي (الاتفاق) بينما مصدر الضمان في حق التخصيص هو القضاء.

ثانياً: الرهن الرسمي و الرهن الحيازي

تنص المادة 948 ق م ج⁴ " أن الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضمناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئاً يرتب عليه للدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، و أن يتقدم الدائنين العاديين و الدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون."

¹ المادة 644 من القانون المدني الجزائري.

² المادة 882 من القانون المدني الجزائري.

³ راجع المواد 941 و 942 من القانون المدني الجزائري.

⁴ المادة 948 من القانون المدني الجزائري.

وعلى هذا فيتفق الرهنان الرسمي و الحيازي من حيث أن كل منهما حق عيني وحق تباعي و غير قابل للتجزئة وناشئ بمقتضى عقد رسمي.

كما أن المادة 950 مدني جزائري الواردة في الباب الثالث المتعلق بالرهن الحيازي تسري على الرهن الحيازي أحكام المواد 891 و 893 و 904 المتعلقة بالرهن الرسمي).

و يختلفان من حيث موضوع الرهن، فالحيازي يرد على العقارات كما يرد على المنقولات أما الرسمي فهو في الأصل لا يرد إلا على العقارات.

ثالثا: الرهن الرسمي و حق الامتياز

نصت المادة 982 مدني جزائري على الامتياز أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته. ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني).

وعليه يتفق حق الامتياز مع الرهن الرسمي في أن كل منهما يضمن الوفاء بالدين كما تنص المادة 986 مدني جزائري فقرة 1 تسري على حقوق الامتياز العقارية، أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق¹.

كما تنص المادة 987 مدني جزائري² على : يسري على الامتياز ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام متعلقة لهلاك الشيء أو تلفه).

وأيا المادة 988 مدني جزائري نصت على : ينقضي حق الامتياز بنفس الطرق التي ينقضي بها حق الرهن الرسمي و حق رهن الحياة، ووفقا لأحكام انقضاء هدين الحقين، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

ويختلف الرهن الرسمي عن حق الامتياز من حيث المصدر فالأخير مصدره القانون حسب مص المادة 982 مدني وأما الرهن الرسمي مصدره الاتفاق، كم يختلفان كذلك حسب نص المادة 986 ف3 ، ق.م.ج³.

رابعا: الرهن الرسمي و الكفالة

يتفقان أن كل منهما يعد من عقود الضمان ويختلفان في أن الالتزام في الكفالة يكون في أموال الكفيل (ذمته المالية) وأما الالتزام في الرهن ال رسمي فيكون على المال محل الرهن فقط.

¹ المادة 986 من القانون المدني الجزائري.

² المادة 987 من القانون المدني الجزائري.

³ المادة 986 من القانون المدني الجزائري.

وكذلك يتباينان من حيث محل الضمان، فالكفيل يقدم مالا لضمان دين غيره بينما الراهن في الرهن الرسمي يقدم مالا لضمان دين عليه نفسه.

المطلب الثاني: شروط إنشاء عقد الكفالة العينية

ينشأ الرهن الرسمي كلما استوفى شروطه الموضوعية (الفرع الأول) المطلوبة قانونا، فبعض هذه الشروط متصلة بخصوصية عقد الرهن الرسمي وأخرى هي الشروط نفسها المطلوبة عند إنشاء سائر العقود. كما استوجب القانون كذلك لإنشاء عقد الرهن الرسمي أن يحترم المتعاقدين شكلية فرضها القانون وهي وجوب توثيق عقد الرهن أمام شخص آهل (الفرع الثاني)، فعقد الرهن الرسمي عقد شكلي لا يكفي رضا الراهن والمرتهن لإبرامه بل لابد من صب رضائهما في قالب شكلي.

الفرع الأول : الشروط الموضوعية لإنشاء الكفالة العينية

أولا : الشروط الواجب توفرها في الأطراف

التراضي في الرهن الرسمي يجب أن يكون موجودا وخاليا من العيوب حيث يجب أن تتجه إرادة المتعاقدين المتطابقتان إلى إنشاء عقد رهن رسمي على عقار ضمانا لدين محددو تشتت في الأهلية الكاملة 19 سنة كاملة، فهو من بين التصرفات الدائرة بين النفع والضرر من حيث الأصل وبالنسبة لناقص الأهلية فلا يقبل منه رهن عقاره إي بإجازة نائبه الشرعي، أما الدائن المرتهن فلم ينص المشرع على ما تعلق بأهليته في العقد وهو ما يخضعه للقواعد العامة التي سبق دراستها في نظرية الالتزام.

و في هذا تنص المادة 884 / 2 ق.م.ج¹ على أنه "..... وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وآهلا للتصرف فيه."

1- أهلية الراهن

إن الأهلية التي اشترطها المشرع أن تكون في الراهن تختلف بحسب ما إذا كان الراهن نفسه أو شخص آخر (كفيل عيني) يضمن التزام غيره ومن المعلوم أنه ليس من الضرورة أن يكون الراهن هو المدين نفسه ، إذ قد يكون الراهن شخصا آخر يكفل التزام غيره وهو ما سنفصل فيه تباعا:

¹ المادة 884 من القانون المدني الجزائري.

أ- أهلية المدين الراهن

يعتبر الرهن بالنسبة للراهن وهو المدين نفسه من أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر¹ ، ذلك لأن الراهن قد رهن عقاره بغية الحصول على قرض أو مد أجل لالتزامه، أو بصفة عامة فإن الراهن قد أبرم عقد الرهن بعوض وليس تبرعا، وعليه يشترط لدى المدين الراهن حتى يكون عقده صحيحا أن تتوافر فيه أهلية التصرف في العقار المرهون². وذلك بأن يكون بالغاً سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية وغير محجور عليه³.

إذا كان المدين الراهن عديم التمييز لصغر سنه (أقل من 13 سنة) أو لجنون أوعته⁴ فيكون عقد الرهن الذي يبرمه باطلا بطلانا مطلقا، بالتالي جاز للجميع التمسك به بل وللمحكمة حتى أن تقضي به من تلقاء نفسها تطبيقا لنص المادة 102 من ق.م.ج⁵، بينما إذا كان الراهن مميّزا بأن بلغ سن التمييز (بين 13 و 19 سنة) أو بلغ سن الرشد وكان محجورا عليه لسفه أو غفلة⁶، كان عقد الرهن قابلا للإبطال لصالح المدين الراهن وليس باطلا بطلانا مطلقا. أما فيما يخص رهن عقار القاصر فعلى الولي إذا ما اراد رهن عقاره عليه أن يستأذن القاضي في ذلك تطبيقا لنص المادة 1/88 ق.أ.ج⁷.

ب - أهلية الكفيل العيني

الكفيل العيني هو الشخص الذي يقدم تأمينا لضمان دين غيره، ويكون هذا الأخير إما متبرعا بمعنى رهن عقاره لضمان دين غيره دون أي مقابل وإما غير متبرع أي قام برهن عقاره بعوض، والأهلية المطلوبة عند الكفيل العيني تختلف حسب ما إذا كان الكفيل العيني متبرعا أو غير متبرع⁸.

ب-1- الكفيل العيني المتبرع

يكون عقد الرهن بالنسبة للكفيل العيني في هذه الحالة من أعمال التبرع لذا يجب أن تتوافر لديه أهلية التبرع لا أهلية التصرف فحسب، فيكون الرهن الصادر من الراهن الذي تكون أهليته ناقصة باطلا بطلانا مطلقا⁹، وإذا كان

¹ محمد السعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 5.

² محمد إبراهيم جلال، أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 31.

³ المادة 40 من ق.م.ج تنص: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، سن الرشد عشر سنة".

⁴ محمد السعيد جعفر، المرجع السابق، ص 528-538.

⁵ المادة 102 من ق.م.ج تنص: "إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة".

⁶ عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق، دون دار النشر، الجزائر، 2003، ص 127.

⁷ المادة 1/88 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة التي تنص "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا

لمقتضيات القانون العام، وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات الآتية: بيع العقار وقسمته ورهنه و إجراء المصالحة".

⁸ أعمر أولمي، المرجع السابق، ص 37.

⁹ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 48.

الراهن (الكفيل العيني (قاصر) مميز أو غير المميز أو محجورا عليه لسفه أو غفلة كان الرهن باطلا بطلانا مطلقا لا قابلا للإبطال، على عكس الرهن الصادر من المدين الراهن المميز أين يكون رهن قابلا للإبطال لمصلحته، أما إذا كان الكفيل العيني عديم التمييز أي فاقد الأهلية فبدون شك يقع رهنه باطلا لتخلف شرط الأهلية¹.

ب-2- الكفيل العيني غير المتبرع

يكون الكفيل العيني غير متبرع إذا حصل على مقابل من وراء إبرامه لعقد الرهن كأن يحصل الكفيل العيني على مقابل نقدي سواء تلقى هذا المقابل من المدين أو الدائن. يعتبر تصرف الكفيل العيني غير المتبرع من قبيل الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، لذا يكفي أن تتوافر فيه أهلية التصرف فقط وليس أهلية التبرع²، فيكون عقد الرهن الذي يبرمه الكفيل العيني المميز) لصغر السن أو للحجر بسبب السفه أو الغفلة قابلا للإبطال وليس باطلا بطلانا مطلقا.

2- ملكية الراهن للعقار المرهون

اشتراط المشرع الجزائري في الراهن أن يكون مالكا للعقار المرهون³، فليس بوسع شخص لا يملك عقار أن يرتب حق رهن عليه، وحتى يكون عقد الرهن صحيحا يجب أن يصدر من مالك العقار المرهون، ولما كان الأمر كذلك فإنه تحدث بعض الحالات أو الفرضيات حين يتقرر الرهن من شخص ليس بمالك بأتم معنى الكلمة، نعرضها كالآتي:

أ- رهن ملك الغير

الملاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على حكم رهن ملك الغير غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 881 ق م ج⁴ نجد أنها اشترطت أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون و بالتالي اعتبر المشرع الجزائري ملكية الراهن للعقار شرطا خاصا لانعقاد الرهن الرسمي وبالتالي فإن الجزاء المترتب على تخلف شروط الانعقاد هو البطلان المطلق، وعليه فإن حكم رهن ملك الغير في القانون المدني الجزائري هو البطلان المطلق، و استقراء من ذلك نجد المشرع قد وقع في مفارقة بين أحكام رهن ملك الغير وبيعه، فقد جعل حكم بيع ملك الغير هو البطلان النسبي و جعل حكم رهنه هو البطلان المطلق رغم قلة خطورة هذا الأخير من خطورة التصرف في ملك الغير بالبيع⁵.

¹ اعمر اولمي المرجع السابق ص 37.

² زاهية سي يوسف، عقد الرهن الرسمي، دار الأمل، الجزائر، 2006، ص 38.

³ المادة 884 من القانون المدني الجزائري.

⁴ المادة 881 من القانون المدني الجزائري.

⁵ انظر المواد من 397 الى 399 من القانون المدني الجزائري.

ثانيا: الشروط الواجب توفرها في ركني المحل والسبب

1- الشروط الواجب توفرها في المحل:

المحل في عقد الرهن الرسمي له عنصران هما العقار المرهون والالتزام المضمون:

1-1- العقار المرهون

تضمنت المواد من 884 و 886 الشروط الواجب توفرها في ركن المحل و هي :

أ- الشروط الخاصة بالعقار المرهون

✓ أن يكون المال المرهون عقارا : و هو من حيث الأصل، إلا على العقارات حيث يشمل هنا العقار بطبيعته كما يمكن رهن الرقبة دون حق الانتفاع أو رهن حق الانتفاع دون الرقابة حسب الأحوال.

✓ أن يكون العقار مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني : وهنا ليتسنى للدائن عند عدم وفاء المدين لما عليه أن يحجز على العقار واقتضاء حقه من ثمنه.

✓ أن يكون العقار موجودا وقت الرهن : حيث لا يجوز رهن عقار لم يوجد بعد حيث رتب المادة 886¹ ق.م التي رتب البطلان على عدم تحديد العقار محل الرهن تحديدا دقيقا.

✓ - أن يكون العقار معيننا تعيينا دقيقا : يجب أن يحدد العقار من حيث طبيعته هل هو عقار فلاحى أو صناعى أم ريفى أو حضري وهل هو أرض فضاء أو مبنية وهذه الأخيرة تحديد هل هي منزل أو مصنع إضافة إلى تعيين العقار ومساحته وحدوده 886 ق.م.ج² ، فالغاية من هذا الشرط هو الحيلولة دون إيقاع رهن عام يشمل كافة عقارات المدين دون تخصيص كل منهما بذاته.

إذا حدد العقار المرهون فإنه يمتد ليشمل ملحقات العقار وتظهر في هذا الخصوص مسألة ثمار العقار المرهون

وإذا ما كانت تدخل ضمن نطاق العقار المرهون من عدمه و بالتالي:

ملحقات العقار التي يشملها الرهن الرسمي : حددت المادة 887 ق.م.ج³ ملحقات العقار المرهون كالتالي:

1- حقوق الارتفاق : يمتد الرهن ليشمل حقوق الارتفاق التي قررت لخدمة العقار المرهون سواء نشأت هذه الحقوق

قبل الرهن أو بعده.

1 المادة 886 من القانون المدني الجزائري.

2 المادة 886 من القانون المدني الجزائري.

3 المادة 887 من القانون المدني الجزائري.

2- العقارات بالتخصيص: هي المنقولات التي وضعها صاحبها رسدا لخدمة العقار ويشترط لامتداد الرهن للعقار بالتخصيص أن يكون قد تم تخصيصها لخدمة العقار لا لخدمة صاحب العقار وأن تكون ملكا لمالك العقار المرهون وأن يتم تخصيصها من المالك ذاته¹.

3- التحسينات والإنشاءات: يقصد بها كل ما قد يضاف إلى العقار من زيادات بفعل الطبيعة أو بعمل الإنسان ثمار العقار المرهون المادة 888 ق.م.ج² لا تدخل ضمن نطاق الرهن الرسمي إلا من تاريخ تسجيل نزع الملكية) إذا كانت الإجراءات في مواجهة الراهن (أو تاريخ الإنذار) إذا كانت الإجراءات في مواجهة الحائز.

ب- ملكية الراهن للعقار المرهون

وهو ما نصت عليه المادة 884 من القانون المدني الجزائري³، غير انه قد ترد بعض المسائل، كان يقع الرهن على ملك الغير أو على ملكية زالت بأثر رجعي، أو رهن على مباني مقامة على ملك الغير أو على الشيوع، وهو ما سنبينه تباعا:

ب-1- رهن ملك الغير

لم ينص القانون المدني صراحة على حكم رهن ملك الغير رهنا رسميا إلا أن شراح القانون أكدوا على بطلانه بطلانا مطلقا⁴.

ب-2- الرهن الصادر من زالت ملكيته بأثر رجعي

القاعدة العامة أنه إذا ما أبطل التصرف القانوني أو فسخ أو زواله يكون بأثر رجعي وكل ما بني عليه يزول بأثر رجعي، إلا أن المشرع الجزائري خرج عن هذه القاعدة في نص المادة 885 ق م ج⁵ على أنه يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغائه أو زواله لأي سبب آخر. إذا كان الدائن حسن النية وقت إبرام عقد الرهن وعليه فإن شروط بقاء الرهن الرسمي الصادر ممن زالت ملكيته صحيحا هي:

1. أن يكون الراهن مالكا حقيقيا وقت الرهن.

2. أن يكون الدائن المرتهن حسن النية.

¹ المادة 887 من القانون المدني الجزائري على "يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقارا، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص...."

² المادة 888 من القانون المدني الجزائري.

³ المادة 884 من القانون المدني الجزائري.

⁴ شوقي بناسي، أحكام الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، الفرنسي والمصري، دار هومة للطباعة والنشر، 2009، ص

117.

⁵ المادة 885 من القانون المدني الجزائري.

3. أن يقع زوال الملكية بعد انعقاد الرهن الرسمي صحيحا.

ب-3- الرهن الصادر من مالك المباني المقامة على أرض الغير

يمكن أن يقيم شخص مباني في أرض غيره ويعتبر مالكا طبقا لما ورد من المادة 782 ق.م.ج¹، وباعتبار ملكيته لهذه المباني فقد أجاز له المشرع أن ي رهنها رهنا رسميا، ويبقى حق الدائن مرتبطا بمصير ملكية البناء حيث إما أنه: تبقى على ملك الراهن بتملكه الأرض المقامة عليها وهنا لا يثور إشكال أو تنتقل ملكية البناء إلى صاحب الأرض بناء على أحكام الالتصاق أو تزال بناء على طلب صاحب الأرض أو مالك المباني حسب الأحوال وبالتالي فإن حق الدائن المرتحن ينتقل من المباني المرهونة إلى ما حل محلها من قيمة التعويض التي يدفعه صاحب الأرض مقابل استباق المباني أو ثمن أنقراض المباني 889 ق.م.ج.

ب-4- الرهن الصادر من مالك العقار على الشيوع

طبقا لنص المادة 714 ق.م.ج فإن الشريك على الشيوع مالك لحصته وله مطلق الحق في التصرف فيها رهنها. كأصل عام.

1-2- الالتزام (الدين المضمون)

وهو العنصر الثاني في محل عقد الرهن الرسمي حيث لا بد من تحديده تحديدا دقيقا من حيث مصدره ومقداره تطبيقا لمبدأ تخصيص الرهن وأن يكون موجودا حيث يرتبط به وجودا وعدما.

ثالثا: الشروط الواجب توفرها في السبب

السبب في الرهن الرسمي وهو ضمان الالتزام الأصلي، ويخضع في إثبات وجوده ومشروعيته وصحته للقواعد العامة للسبب الواردة في نظرية الالتزام.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية لإنشاء الكفالة العينية

الشكلية المطلوبة في انعقاد الرهن الرسمي: طبقا لنص المادة 883 ق.م.ج² لا يكون عقد الرهن الرسمي إلا في الشكل الرسمي، وهو ما يعني تطبيق الأحكام الواردة في المواد 324 وما يليها من ق.ج. ويمكن أن يبرم عقد الرهن الرسمي في الخارج بين جزائريين حول عقار موجود في الجزائر، ويتولى إبرام العقد الفنصل الجزائري في ذلك البلد، وهنا يعتبر عقدا رسميا كما لو أبرم في الجزائر، وإما أن يبرم العقد أمام الموثق أو الهيئة المكلفة

¹ المادة 782 من القانون المدني الجزائري.

² المادة 883 من القانون المدني الجزائري.

بتحرير العقود الرسمية في تلك البلد وفي هذه الحالة لا ينفذ عقد الرهن الرسمي في الجزائر إلا بعد الاعتراف به ومنحه الصيغة التنفيذية طبقا لقواعد المنصوص عليها في المادة 606 ق.إ.م.إ¹ وعليه سنتاول ذلك تباعا:

أولا: الرسمية والعلة من اشتراطها

اشتراط المشرع الرسمية في عقد الرهن الرسمي عند إبرامه و في كل مسألة مرتبطة به ، وقد جعلها ركنا من أركانه وان مخالفة هذا الشرط يجعل من عقد الرهن الرسمي باطلا و عديما للأثر .

1- الرسمية بمفهوم المشرع

اشتراط الرسمية في عقد الرهن الرسمي لتحقيق أغراض معينة والوصول لأهداف سطرها فلم يشترطها سهوا أو تعقيدا للأمر فكما هو معلوم ان القوانين ترمي لتسهيل المعاملات وليس تعقيدها. و لقد عرف المشرع الجزائري العقد الرسمي في المادة 324 ق.م.ج² السالفة الذكر، فالعقد الرسمي حسب النص هو كل عقد يفتنه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ، وقد اشترط القانون أن يكون محرر العقد مختص موضوعيا وإقليميا وأن تكون ولايته قائمة عند تحرير العقد وإلا أصبح العقد باطلا وأن يحترم كذلك الأشكال القانونية حتى لا ينقلب العقد من رسمي إلى عرقي.

2- الغاية من اشتراط الرسمية في الكفالة العينية

يفهم من نص المادة 883 ق.م.ج السالفة الذكر، أن عقد الرهن عقد رسمي يشترط عند إبرامه أن يتم أمام موثق أهل لذلك، وقد اشترط المشرع ذلك لحماية للأطراف المتعاقدة أي حماية للمدين الراهن والدائن المرتهن واشترطها كذلك لتحقيق مصلحة الرهن في حد ذاته³.

أ- مصلحة الراهن:

تكمن مصلحة الراهن من تقرير الرسمية في تنبيهه إلى خطورة ما سيقدم عليه من تصرف قانوني ، خاصة وأن احتفاظه بملكية وحياسة المال المرهون رغم الرهن قد يجعله يظن أن تصرفه هذا في غاية البساطة لا ينطوي على أي خطر غير أن الحقيقة عكس ذلك⁴.

¹ المادة 606 من قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية.

² نص المادة 324 من القانون المدني الجزائري.

³ أعمار أولي، المرجع السابق ص 66.

⁴ عبد الجليل عبد الله، المرجع السابق، ص 61.

وتزداد هذه الأهمية عندما يكون الراهن هو شخص آخر غير المدين يقدم ضمانا لكفالة التزام غيره إذ غالبا ما لا يفى المدين الأصلي بدينه ليجد الكفيل العيني نفسه مجرد من ماله لذا فمن واجب الموثق تذكير الكفيل العيني بذلك وإلا تحمل المسؤولية¹.

ب- مصلحة الدائن المرتهن

تكمن أهمية الرسمية بالنسبة للدائن المرتهن في تزويد الدائن المرتهن بسند تنفيذي يغنيه عن إجراءات التقاضي إذا حل أجل الدين وامتنع المدين أو تقاعس عن الوفاء بدينه فعقد الرهن الرسمي سند تنفيذي

ج- مصلحة الرهن ذاته

تقررت الرسمية كذلك لمصلحة الائتمان في ذاته ويظهر ذلك في ضرورة كتابة العقد كتابة صحيحة لتكون بذلك عبارات العقد جد واضحة ورسمية، الأمر الذي يقلل من المنازعات التي قد تنور حول أثر الرهن، وفوق كل ذلك فإن هناك ارتباط وثيق بين الرسمية ومبدأ التخصيص فإذا ما ورد هذا التخصيص في عقد رسمي كانت له حجية أقوى الأمر الذي يساعد في حل النزاعات التي قد تثار من قبل أحد المتعاقدين حول بيانات التخصيص².

وتجدر الإشارة إلى أن نص المادة 883 ق.م.ج السالفة الذكر، قد استعمل عبارة عقد رسمي والعقد كما نعلم هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني ومن ثم فلا يمكن الاكتفاء بالرسمية في جانب الراهن.

ثانيا: المسائل المرتبطة بالرسمية في عقد الرهن و جزاء الإخلال بها

لم يشترط القانون أن يكون عقد الرهن رسميا فحسب بل اشترط الرسمية كذلك في كل ما يتعلق بهذا الأخير من مسألة ونظرا لأهمية الرسمية والمصلحة التي تحققها لعقد الرهن عامة وللمتعاقدين خاصة وضع المشرع الجزائري حكما كقاعدة إذا ما أخل المتعاقدين بالرسمية فوضع البطلان المطلق جزاء لعقد الرهن غير الرسمي.

1- المسائل المرتبطة بالرسمية في عقد الرهن

اشترط القانون في كل من الوكالة في إبرام الرهن المادتين 572، 574 ق.م.ج³، وكذلك الوعد بإبرامه المادة 71 من ق.م.ج¹، وإبرام عقد الرهن خارج الجزائر أن يكون في شكل رسمي فإذا حدث وأن أراد الراهن إنابة غيره في

¹ تنص المادة 11/600 قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أنه: "لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي، والسندات التنفيذية هي: العقود التوثيقية لاسيما المتعلقة بالإيجارات التجارية والسكنية المحددة المدة، وعقود القرض والعارية والهبة والوقف والبيع والرهن والوديعة".

² نبيل سعد إبراهيم، المرجع السابق، ص 84.

³ انظر المواد 572 و 574 من القانون المدني الجزائري.

إبرام عقد الرهن أو تعهد بإبرامه في المستقبل أو أبرمه خارج إقليم الجزائر توجب عليه حينئذ احترام الشكلية المطلوبة نفسها عند إبرام عقد الرهن الرسمي في صورته العادية وهي ضرورة تحريره أمام كاتب عدل.²

2- جزاء الإخلال بالرسمية

لم يضع المشرع الجزائري في القانون المدني حكما يبين مصير عقد الرهن المحرر في شكل غير رسمي بل اكتفى فقط باشتراط الرسمية عند إبرام العقد المنشئ لحق الرهن وبرجوعنا للقواعد العامة نجد نص المادة 324 مكرر ق.م.ج تقضي بأن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها للشكل الرسمي ولا يتوافر فيها الشكل تقع تحت طائلة البطلان، ويرى البعض أنه يمكن تطبيق نظرية إنقاص العقد والتي تبناها المشرع الجزائري في المادة 104 ق.م.ج³ ، وعلى ذلك إذا كان العقد يضمن الاتفاق على إعطاء قرض وعلى إنشاء رهن رسمي لضمان الوفاء بالقرض فإن الاتفاق يبطل باعتباره رهن غير أنه يبقى صحيحا باعتباره قرضا إلا إذا تبين أن القرض ما كان ليتم بغير الرهن، ففي هذه الحالة يبطل عقد الرهن والقرض معا.⁴

يرى الدكتور تناغو سمير عبد السيد أنه يمكن للرهن الباطل لتخلف الرسمية أن يتحول طبقا لنظرية تحول العقد والتي تبناها المشرع الجزائري في المادة 105 ق.م.ج⁵ إلى اتفاق بتقديم رهن رسمي وهذا الاتفاق وإن كان لا يعتبر رهنا أو وعدا بالرهن، ومن ثم لا يمكن أن يقوم حكم القاضي في مقامه إلا أنه يجوز أن يكون سنداً للمطالبة بالتعويض وإسقاط أجل الدين.⁶

¹ المادة 71 من ق.م.ج تنص: "الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له اثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها.

² أعمار أولي، المرجع السابق، ص 69.

³ المادة 104 من ق.م.ج تنص: "إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله."

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ص 283.

⁵ المادة 105 من ق.م.ج تنص: "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى هذا العقد."

⁶ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق ص 139 .

المبحث الثاني : آثار الكفالة العينية وانقضائها

تسري الآثار القانونية بالنسبة للمتعاقدين فور انعقاد العقد صحيحا، وتصبح هذه الآثار نافذة طيلة فترة رهن العين التي تبقى مملوكة للمدين، حيث يخول له القانون الاستفادة من مجموعة الحقوق لكلا أطراف وبالمقابل يلزم المدين الراهن بتنفيذ الالتزامات المنصوص عليها قانونا، فإذا حل الأجل و وفى المدين بالتزاماته انقضى عقد الرهن، و على هذا الأساس، سنتطرق إلى الآثار المترتبة على الرهن الرسمي بالنسبة للمتعاقدين و الغير في المطلب الأول، ثم سنتطرق إلى طرق انقضاء الكفالة العينية في المطلب الثاني .

المطلب الأول: آثار الرهن الرسمي

يرتب الرهن الرسمي آثاره فيما بين المتعاقدين بمجرد انعقاده صحيحا مستوفيا لأركانه وشروطه، و من المتعارف عليه أن عقد الرهن الرسمي من العقود الملزمة لجانب واحد وهو المدين الراهن¹، فتقع على عاتق هذا الأخير التزامات رغم أن هذا الرهن لا يجرمه من سلطاته المتمثلة في حق التصرف و الاستغلال و الاستعمال إلا انه قد يرد على هذه السلطات بعض القيود .

الفرع الأول: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمتعاقدين

أولا : آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمدين الراهن

لا يؤدي إلى خروج العقار المرهون من حيازة المدين الراهن إضافة إلى أنه يبقى على ملكيته له ما لم يتصرف فيه وله أن يستعمله أو يستغله و يجب عليه المحافظة على العقار المرهون ولا يقوم بأي عمل من شأنه أن يهدد سلامة العقار وعليه، و تتمثل حقوق الراهن في التصرف في العقار وفي استعماله واستغلاله.

1- التصرف في العقار المرهون :

وهو ما نصت عليه المادة 894 ق.م.ج² على أن للراهن التصرف في العقار المرهون وأكدت أن هذه التصرفات لا تؤثر على حق الدائن المرتهن، والتصرفات المذكورة في هذه المادة تشمل في معناها التصرفات القانونية والأعمال المادية على حد سواء.

¹ نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، د ط، دار الجامعة الجديدة، 2007 الإسكندرية، مصر، ص 100.

² المادة 894 من القانون المدني الجزائري.

ففي التصرفات القانونية، فإن للراهن البيع أو يؤجر أو حتى يرهن العقار المرهون حيث لا تؤثر هذه التصرفات في حق الدائن المرتهن ما دام الرهن قد تم قيده في المحافظة العقارية، إما إذا قام الراهن بهذه التصرفات بعد إبرام الرهن وقبل قيده فإنه يعتبر قد أضر بالدائن المرتهن.

في حالة إذا قام المدين يهدم العقار المرهون وبيع أنقاضه فإنه تعتبر منقولات بالمآل، وللدائن المرتهن الاعتراض على الهدم إذا لم يكن قد تم، فإذا تم الهدم كان للدائن المرتهن الاعتراض على البيع فإذا بيعت الأنقاض كان له التنفيذ على الثمن بحجزه تحت يد المشتري إذا كان الراهن لم يقبضه بعد¹.

أما العقارات بالتخصيص فإن التصرف فيها ضار بالدائن المرتهن لما فيه من إنقاص للضمان وباستطاعته الاعتراض على هذا التصرف إذا لم يتم التصرف بصفة فعلية، فإذا تم التصرف وانتقلت حيازة العقار بالتخصيص إلى المشتري، فإنه إذا كان سيئ النية فللمرتهن المطالبة بإرجاع العقار بالتخصيص ليبقى متصلا بالعقار ولا يستطيع المشتري التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، أما إذا كان المشتري حسن النية فإنه حق التتبع المقرر للمرتهن ينقضي ولكن يبقى له الحق في الحجز على ثمن العقار بالتخصيص والتنفيذ عليه بالأفضلية.

ومهما يكن من أمر، فإنه يبقى للدائن المرتهن الحق في الرجوع على المدين الراهن بالتعويض عن إخلال المدين بالالتزام بالحفاظ على سلامة الرهن.

أما التصرفات المادية فهي الحفاظ على العقار المرهون وعدم المساس به بما ينقص قيمته.

2- حق الراهن في استغلال العقار المرهون

أوردت المادة 895 ق.م.ج² هذا الحق، حيث بينت أن القاعدة العامة بأن للمدين إدارة واستغلال العقار المرهون وقبض ثماره حتى تصبح ملحقة بالعقار المرهون بعد تسجيل التنبيه بنزع الملكية حين التنفيذ على العقار المرهون. في حين نجد المادتين 896 و 897³ تطبيقا خاصا يتعلق بتأجير العقار المرهون وقبض الأجرة مقدما وبالنظر في هذين المادتين نستخرج الأحكام التالية:

- أن عقد الإيجار قبل قيد الرهن نافذ في مواجهة الدائن المرتهن مطلقا ما لم تتجاوز مدته 12 سنة.

¹ المادة 889 من القانون المدني الجزائري.

² المادة 895 من ق م ج "ان للراهن الحق في إدارة العقار المرهون وفي قبض ثماره الى حين حلول وقت التحاقه بالعقار"

³ المواد 896 و 897 من القانون المدني الجزائري.

- أن للراهن الحق في استعمال العقار المرهون، حيث للراهن أن يستعمل العقار لحاجاته الشخصية أو العائلية دون أن يستطيع المرتهن الاعتراض على ذلك طالما لا يؤدي هذا الاستعمال إلى الإنقاص من الضمان الذي يقدمه العقار المرهون.

إن للراهن التزامين وهما:

1. التزام الراهن بإعطاء المرتهن حق الرهن

وهو التزام بالتنفيذ بمجرد العقد، لن الرهن الرسمي يرتب آثاره بين طرفيه بمجرد العقد ولا يحتاج لواقعة أخرى لذلك، حيث ينشأ الحق العيني لفائدة الراهن منذ إبرام العقد صحيحا، أما واقعة القيد فهي ضرورية لنفاذ الرهن الرسمي في مواجهة الغير حتى يكتسب المرتهن في مواجهتهم حقي التقدم والتتبع. وعليه إذا لم تتم واقعة القيد فإن المرتهن لا يفقد حقه في التنفيذ على العقار المرهونة بالذات ولكنه يفقد التقدم على باقي الدائنين ولا يستطيع تتبع العقار المرهون لو تصرف فيه المدين.

2. التزام الراهن بضمان سلامة العقار المرهون وعليه على الراهن

نصت المادة 1048 من القانون المدني المصري¹ بقولها " يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه انقاص ضمانه انقاصا كبيرا وفي حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وان يرجع على الراهن بما ينفق على ذلك "

إن الحفاظ على العقار المرهون، سواء بالامتناع عن كل ما يمس سلامته أو يضر بحقوق المرتهن أو بالقيام بكل من شأنه دفع الضرر عن العقار المرهون باتخاذ الاحتياطات اللازمة لمواجهة السيول أو الوقاية من الحرائق أو الحشرات...
 • من حق المرتهن الاعتراض على كل عمل يرى أنه من شأنه الإضرار بالعقار المرهون أو الإنقاص من قيمته.
 • في حالة هلاك العقار المرهون أو تلفه ولم يحل محله أي حق آخر أو كان الحق الذي حل محله لا يكفي للضمان فإننا نفرق بين احتمالين:

الحالة الأولى:

- أن يكون الهلاك أو التلف بسبب الراهن: هنا يمنح الخيار للدائن المرتهن بين أن يطلب تسديد الدين فورا أو يطلب تقديم تأمينا كافيا لضمان الدين.

الحالة الثانية:

¹ المادة 1048 من القانون المدني المصري.

- أن يكون الهلاك أو التلف بسبب أجنبي: في هذه الحالة يكون الخيار للراهن بين أن يقدم تأميناً كافياً للمرتهن أو يوفي بالدين فوراً.

في حالة هلاك العقار أو تلفه وحل محله مبلغ تعويض كما في حال نزع الملكية للمنفعة العامة أو المبلغ الذي تدفع شركة التأمين حين حدوث الخطر المؤمن منه، في هذه الحالة ينتقل حق الدائن المرتهن إلى هذا الثمن. التزام الراهن بمصاريف عقد الرهن الرسمي: يعتبر هذا الالتزام هو الأصل طبقاً للمادة 883 ق م ج¹ ما لم يتفق الطرفان خلاف ذلك.

ثانياً: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للدائن المرتهن

مما لا يختلف فيه قانونيان أن الدائن المرتهن يمر بمرحلتين:

المرحلة الأولى:

وهي قبل حلول أجل دينه وفيها لا يكون للدائن أي سلطة سوى مراقبة ما يمكن أن يضر بالعقار المرهون والتدخل لمنع المساس به أو الإنقاص من قيمة الرهن.

المرحلة الثانية:

بعد حلول أجل الدين فإن الدائن المرتهن لا يستطيع التنفيذ على العقار إلا بموجب الإجراء المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بعد أن يقوم بتنبه المدين بالوفاء ويكون له التنفيذ في حال عدم الوفاء على العقار. ويختص به وفي حالة عدم كفاية ثمن العقار يجوز للدائن الرجوع مثل بقية الدائنين على الضمان العام للمدين، ويمكن له حين حلول أجل الدين باستطاعة المدين الاتفاق مع المرتهن أن يتنازل له عن العقار مقابل الدين.

الفرع الثاني: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للغير

الرهن الرسمي لا ينفذ في مواجهة الغير إلا بواقعة قانونية هي القيد في المحافظة العقارية وهي الواقعة التي تحمي حق الدائن المرتهن في مواجهة الغير وتمكنه من تجسيد حق الأولوية وحق التتبع وهما الأثران الأكثر أهمية في الرهن الرسمي. إذ لا يكفي نشوء عقد الرهن الرسمي صحيحاً حتى يحتج به في مواجهة الغير، فعقد الرهن الرسمي الصحيح بغير قيده حجة على عاقيه لا أكثر وحتى يسري الرهن في حق الغير² اشترط القانون قيده لدى المحافظة العقارية¹ وهي

¹ المادة 883 من القانون المدني الجزائري.

² يقصد بالغير كل شخص يمكن أن يضر من وجود الرهن أو عدمه، ومنهم - الدائنين العاديين للرهن، - الدائنين أصحاب التأمينات العينية المتأخرة في المرتبة عن مرتبة الدائن المرتهن، - الشخص الذي يكتسب على العقار المرهون حقوقاً عينية أصلية بعد ترتيب حق الرهن،... الخ. نقلاً عن الطالبة عسكري لسيا، الطبيعة القانونية لعقد الكفالة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، فرع قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2022 - ص 105.

تلك المحافظة التي تقع في دائرة اختصاصها العقار المرهون ، وعليه فان الأمر يقتضي الأمر تحديد القيد ومن ثم نبين آثار نفاذه اتجاه الغير .

- أولا : تحديد القيد

لتحديد قيدالرهن الرسمي وجب تعريفه ثم تحديد إجراءات قيده.

1- تعريف القيد

القيد هو شهر محرر عن طريق إثبات هذا المحرر في سجل مخصص لذلك، وهذا السجل موجود في جهة الإشهار العقاري المختصة.

فالقيد هو إجراء يتم في المحافظة العقارية في دائرة اختصاصها العقار المرهون، ويتم ذلك على البطاقة الخاصة بالعقار المرهون عليه، فالمشرع الجزائري قد مزج بين نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني، ويعتبر القيد في القانون المدني الجزائري إجراء شكلي لنفاذ التصرفات في حق الغير والقيد المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري شرطا لنشوء حق الرهن وسريانه في حق الغير .

2- إجراءات قيد الرهن الرسمي

المسائل والأحكام المتعلقة بالقيد أحالها المشرع من القانون المدني إلى قانون تنظيم الشهر العقاري، فنصت المادة 905ق.م.ج² على أنه " :تسري على اجراء القيد وتجديده وشطبه والغاء الشطب والآثار المترتبة على ذلك كله، الأحكام الواردة في قانون تنظيم الإشهار العقاري."

أ- مكان إجراء القيد

يجري القيد في مكتب الشهر العقاري، أين يقع العقار المرهون في دائرة اختصاصه، وإذا كان العقار أو العقارات واقعة في دائرة اختصاص مكاتب متعددة، وجب إجراء الشهر في كل مكتب منها، ولا يكون الشهر الذي يتم في أحد هذه المكاتب آثار إلا بالنسبة إلى العقارات، أو أجزاء العقارات التي تقع في دائرة اختصاصه³.

¹ تعرف المحافظة العقارية كذلك باسم محافظة الرهن مصلحة عمومية وظيفتها حفظ العقود ومختلف المخرجات الخاضعة للشهر والمتضمنة نقل وإنشاء أو تعديل حق الملكية والحقوق العينية الأخرى أصلية كانت أو تبعية، وذلك بعد شهرها وقيدتها في مجموعة البطاقات العقارية، راجع: منى تموح ، النظام القانوني للمحافظة العقارية في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003 ص 9.

² المادة 905 من القانون المدني الجزائري.

³ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائري، 2003 ، ص 122-123.

بالنسبة للرهون الأخرى التي سمح القانون برهنها رهنا رسميا، فكل نوع منها يتم قيده في الجهة التي حددها القانون¹.

ب- أطراف القيد

يستطيع إجراء القيد كل من الدائن المرتهن وورثته من بعده ويصدر القيد منه أو من ينوب عنه، لأن القاعدة العامة قضت بأن إجراءات الشهر تتم بناء على طلب ذوي الشأن ومن يقوم مقامهم، وباعتبار القيد من أعمال الحفظ النافعة نفعا محضا بالنسبة للدائن المرتهن، يكفي لإجرائه أن يكون مميزا ويكفي هنا الوكالة العامة².

بالنسبة لطالب القيد ضده (الراهن)، سواء كان هو المدين أم الكفيل العيني، فإذا تغير مالك العقار في الفترة ما بين إبرام عقد الرهن وقيده، فالعبرة بوقت الرهن لا بوقت القيد³ و إذا توفي الراهن جاز إجراء القيد على اسمه أو على أسماء ورثته.

ج- كيفية إجراء القيد

يتم إجراء القيد على مرحلتين:

● المرحلة التمهيديّة

يقدم طلب الشهر فتتولى الجهات المعنية بقيده في دفتر خاص، يبين أسبقية طلبات الشهر من خلال وضع رقما متتابعا بحسب أقدميه تقديمها، وفقا للتاريخ، اليوم، والساعة وتتم سلطة معينة بفحص الطلب من الناحية القانونية من أجل إحالته إلى القسم الاستعلامات الهندسية لمعاينة العقار على الطبيعة، ومعاينة مساحته وحدوده، ثم يتم التأشير عليه بما يفيد قابليته للشهر⁴.

● المرحلة النهائيّة

تتم هذه المرحلة في مكتب الشهر، حيث يجب تقديم عقد الرهن المؤشر على مشروعية صلاحيته للشهر بعد توثيقه مع بيانات الرهن، ويقوم المكتب بإثبات البيانات بعد التأكد منها في دفتر الشهر برقم متتابع مع ذكر التاريخ، اليوم والساعة، لتحديد أسبقية القيد ويجب على المحافظ العقاري أن يقوم بعملية الشهر خلال مدة خمسة عشر (15)

¹ عبد الله عبد الجليل، قاعدة عدم الحيازة في الرهن الرسمي: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص علوم إسلامية، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الإفريقية أحمد درارية، ادار 2005-2006، ص- 157.

² محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 275.

³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 320.

⁴ دليّة معروز، المرجع السابق، ص 6.

يوماً، التالية لتاريخ الإيداع ويكون لقيود الرهن أثر فوري فلا يترد أثره إلى تاريخ إبرام العقد المنشئ لحق الرهن، ويتم إتباع تلك الإجراءات بالنسبة لقيود سائر التأمينات العينية العقارية¹.

د- بيانات قائمة القيد و جزاء تخلفها

- يتم القيد ببيانات قائمة القيد، ويتحدد أثره على أساس هذه البيانات، فقد نصت المادة 63 من القانون 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري² على ذلك ملخصة فيما يلي:
- اسم الدائن ولقبه، وصناعته، ومحل إقامته.
 - اسم المدين، أو المالك الذي رتب الحق على ملكه.
 - اختيار الموطن من قبل الدائن المرتمن في أي مكان من نطاق اختصاص المجلس القضائي لموقع الأملاك.
 - تاريخ السند، والجهة التي تم أمامها أو صدر منها، أي بيان عقد الرهن، حتى يتمكن الغير من التأكد من صحته.
 - مصدر المدين المضمون، ومقداره كاملاً، وميعاد استحقاقه (تخصيص الدين).
 - تخصيص العقار المرهون.

إن تخلف بيان أو أكثر من بيانات قائمة القيد أو حدوث خطأ في إثباته لا يترتب عليه بطلان القيد إلا إذا كان ذلك قد نتج عن ضرر للغير وبناء على طلب المتضرر، فالقيد إذا تم ببيانات ناقصة أو غير دقيقة لا ينتج أثره من حيث سريان الرهن في حق الغير في حدود النقص أو عدم الدقة³.

فإذا اشترى الغير عقاراً مرهوناً، وكان النقص في القيد في بيانات هذا العقار المرهون، على أساس أنه خال من الرهن، فله أن يتمسك بعدم سريان أثر القيد المشوب بهذا النقص ويعتبر العقار الذي يسري الرهن في حق الغير إلا بالنسبة لمقدار المدين كما ظهر في القيد⁴.

¹ كريمة فردي، الشهر العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم القانون الخاص، فرع قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2006-2007 ص-105.

² مرسوم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج. ر، عدد 30 الصادرة في 13 أبريل سنة 1976 م، معدل ومتمم.

³ سليمان مرقس، التأمينات العينية، الطبعة الثانية، مطابع دار النشر للجامعة المصرية، مصر، 1959، ص 1.

⁴ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني "التأمينات العينية"، المرجع السابق، ص 11.

ثانيا : آثار القيد

ينتج عقد الرهن الرسمي أثره في مواجهة الغير بعد قيده، أما قبل هذا التاريخ فإن عقد الرهن لا ينتج سوى التزامات شخصية على عاتق المتعاقدين، فبعد قيد الرهن لدى المحافظة العقارية يثبت لصاحبه حق التقدم في استيفاء حقوقه متقدما على سائر الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة، كما يثبت له حق تتبع العقار المرهون والتنفيذ عليه في حالة انتقال ملكيته لشخص آخر.

1- حق التقدم (الأفضلية)

يعتبر حق التقدم أو حق الأولوية جوهر الرهن الرسمي حيث يثبت للدائن المرتهن بمجرد قيد الرهن وهي ميزة أساسية للراهن الرسمي تسمح للدائن المرتهن التقدم في استيفاء حقه على الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة¹، سواء بقي العقار المرهون في يد الراهن أو انتقل إلى الشخص الحائز² ويكون ذلك حسب مرتبته في القيد والتي تتحدد كقاعدة عامة من وقت القيد، لا من وقت نشوء الحق، متى تحددت مرتبة الدائن المرتهن صار بإمكانه أن يستوفي حقه والذي هو أصل الدين وتوابعه وفقا لدرجة مرتبته، كما يجوز للدائن المرتهن الذي قيد حقه أن يتنازل عن مرتبة رهنه لصالح دائن مرتهن آخر، له حق عيني تبعي على ذات العقار.

أ- القاعدة في تحديد مرتبة الدائن المرتهن

العبرة بالأسبقية في القيد وهو المبدأ العام، فيتقدم الأسبق قيда على من يليه في ترتيب القيد، حتى ولو كان عقده متأخرا عن العقود الآخرين² وهذا ما نصت عليه المادة 908 ق.م.ج³ على أنه: "تحسب مرتبة الرهن من وقت تقييده، ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقا على شرط أو كان دينا مستقبلا أو احتماليا." فالدائن المرتهن الذي يقيد حقه أولا يتحصل على مرتبة متقدمة ويظل الحال كذلك ولو كان حق الدائن المرتهن معلقا على شرط أو حق مستقبلي أو احتمالي، وهو الأمر الذي يثير الصعوبات التي لم يتطرق لها المشرع عندما أراد توزيع ثمن العقار قبل أن يتحقق الشرط أو قبل وجود الدين المستقبلي أو الاحتمالي⁴.

¹ نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 115.

² عبد اللطيف حمدان حسين، التأمينات العينية، دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن والتأمينات والامتياز، منشورات الحلبي، لبنان، 2009، ص 42.

³ المادة 908 من القانون المدني الجزائري.

⁴ جلال محمد إبراهيم، سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص 24.

ب- الاستثناءات الواردة على قاعدة تحديد مرتبة الدائن المرتهن

إذا كان المبدأ العام هو الأسبقية في القيد، فإن المشرع قد خرج على هذا المبدأ في بعض الحالات مراعاة لاعتبارات معينة¹ منها:

- رهن العقار الشائع المملوك للشركاء الصادر منهم جميعا، يتقدم على الرهن الصادر من الشريك ولو كان مقيدا في تاريخ لاحق على قيده.

- يخرج على نطاق تطبيق هذه القاعدة، المصروفات القضائية التي أنفقت على حفظ أموال المدين ويبيعها لمصلحة جميع الدائنين، والمبالغ المستحقة للخرينة العامة وحقوق الامتياز العامة، فهذه المبالغ تستوفي قبل أي حق آخر ولو كان مضمونا بامتياز أو رهن رسمي مهما كان تاريخ قيده.

- يتقدم امتياز المتقاسم ولو كان قيده لاحقا على قيد هذا الرهن.

- امتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين التي نصت عليها المادة 1000 ق.م.ج² على أنه: "المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم بتشديد أبنية أو منشآت أخرى في إعادة تشييدها أو في ترميمها أو في صيانتها، يكون لها امتياز على هذه المنشآت، ولكن بقدر ما يكون زائدا بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه. ويجب أن يقيد لامتياز، وتكون مرتبته من وقت القيد"

فهؤلاء يستوفون حقوقهم قبل الدائن المرتهن من ثمن هذه التحسينات والإنشاءات ولو كان حقه مقيدا قبل

امتيازهم الواقع على هذه الملحققات التزاحم بين الدائن المرتهن رهنا رسميا والدائن المرتهن رهنا حيازيا، حيث أن الرهن الحيازي لا ينفذ في حق الغير إلا بالقيد وانتقال حيازة العقار إلى الدائن المرتهن.

ج- التنازل عن مرتبة الرهن

إذا كان المشرع قد جعل التقدم يتحدد على أساس الأسبقية في القيد، فإن هذا لا يمنع من التنازل عن المرتبة

فيما بين الرهن النافذة، فالمسألة تتعلق بمصلحة خاصة للدائن المرتهن .

لذلك أجاز المشرع التنازل عن مرتبة الرهن³ وهو ما نصت عليه المادة 910 ق.م.ج⁴ 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،

¹ زاهية سي يوسف، عقد الرهن الرسمي، المرجع السابق، ص 121 .

² المادة 1000 القانون المدني الجزائري.

³ يجيز القانون المدني الفرنسي التنازل عن مرتبة الرهن، وذلك حسب نص المادة 2424/3 منه.

⁴ المادة 910 من القانون المدني الجزائري.

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.¹

- يجب أن يكون النزول لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على ذات العقار، وعلى ذلك فإنه من الغير الجائز النزول عن مرتبة الرهن لمصلحة دائن عادي، أو مصلحة دائن مرتهن لعقار آخر من المدين أو لمصلحة دائن مرتهن لم يقيد حقه بعد .

- يجب أن يكون النزول عن مرتبة الرهن في حدود حق التنازل ولهذا إذا كان الدين الأول (دين التنازل) أكبر من الدين التالي له، انتفع التنازل له من هذه المرتبة المتقدمة، أما إذا كان دين التنازل له أكبر من دين التنازل، عندئذ لا يستفيد التنازل له من هذه المرتبة المتقدمة إلا في حدود دين التنازل فقط لا في حدود دينه هو، وقد قصد المشرع بذلك الحكم بعدم الأضرار بحقوق الدائنين الآخرين الذين كانوا تالين للمتنازل وسابقين للمتنازل له .

- يجب أن يؤشر بهذا النزول عن المرتبة في هامش القيد الأصلي للرهن، و إلا كان هذا التنازل غير نافذ في حق الغير وهذا ما نصت عليه المادة 904 السالفة الذكر.

2- حق التتبع

بما أن الرهن الرسمي هو تأمين عيني فإنه بطبيعته لا يرتبط بالمدين وإنما يرتبط بالمال المرهون، وبالتالي فهو يتبع هذا المال إذا تم التصرف فيه¹ ولهذا يقصد بمزية التتبع قدرة الدائن المرتهن على اتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار المرهون في أي يد ينتقل إليها كما يعتبر التتبع مكنة قانونية مقررة لكل دائن مرتهن مقيد رهنه بغض النظر عن مرتبته 5 حتى ولو كانت مرتبته لا تسمح له باستيفاء حقه من ثمن العقار المرهون.

أ- شروط مباشرة حق التتبع

نصت المادة 911 ق.م.ج² على أنه: "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."

استنادا إلى نص المادة نستخلص من الفقرة الأولى الشروط المتعلقة بشخص الدائن المرتهن بينما في الفقرة الثانية نستخلص الشروط المتعلقة بشخص الحائز.

¹ يسمية ريجاني، الرهن الرسمي كضمان بنكي، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005-2006 ص57.

² المادة 911 من القانون المدني الجزائري.

أ-1- الشروط المتعلقة بالدائن المرتهن

- أن يكون الرهن نافذا في مواجهة الحائز ولا يكون كذلك إلا إذا كان مقيدا قبل أن يشهر من قبل من انتقلت إليه ملكية العقار حقه.
- حلول أجل الدين المضمون بالرهن وكذلك يمكن أن يجمل الدين بالأسباب المسقطه للأجل وهي شهر إفلاس المدين.

أ-2- الشروط المتعلقة بالحائز

- انتقال ملكية العقار المرهون، أي حق عيني آخر قابل للرهن¹.
- أن لا يكون الشخص مسؤولا مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن².

ب- إجراءات الحق في التتبع:

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

واستنادا إلى نص المادة نستخلص منها إجراءات التتبع وهي:

ب-1- التنبيه على المدين بالوفاء

التنبيه العقاري أو تنبيه نزع الملكية، فلا يتم إلا بناء على سند تنفيذي للمرتهن ضد المدين الراهن³ فهو ورقة من أوراق المحضرين يتضمن فضلا عن البيانات خاصة بالدين المطلوب بالوفاء به والعقار المطلوب نزع ملكيته إنذار المدين بدفع الدين و إلا سيسجل نزع الملكية وبيع العقار جبرا على الحائز.

ب-2- إنذار الحائز بالدفع أو التخلية

إذا لم يتولى الحائز بقضاء الديون المقيدة أو تطهير العقار من الرهن أو التخلي عن هذا العقار، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار، ويجب أن يكون إنذار الحائز مصحوبا بتبليغ التنبيه إليه، وهذا ما يمكنه من معرفة نوع السند الحاصل التنفيذ بمقتضاه، والعقار الجاري

¹ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 380.

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 386.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني "التأمينات العينية"، المرجع السابق، ص 153 .

عليه، ومقدار الدين المطلوب الوفاء به عند إخلال الحائز بقضاء الدين أو بتطهير العقار أو بتخليته للعقار، يقوم الدائن المرتهن في اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهته¹ :

01- قضاء الديون : وذلك بأن يوفي الحائز للدائن المرتهن أو الدائنين المرتهنين بقيمة ديونهم في ذمة الراهن.

02- تطهير العقار : ويقصد به أن يعرض الحائز على الدائن أو الدائنين المرتهنين أن يدفع لهم مبلغا يساوي قيمة العقار المرهون، وهو حق يكتسبه الحائز بمجرد اكتسابه هذه الصفة دون الحاجة لانتظار حلول أجل الدين أو إنذاره.

ب-2-1- التخلية

باستطاعة الحائز ما لم يكن ملزما بسداد الدين أن يخرج من العقار ويتخلى عنه لصالح حارس تتم الإجراءات في مواجهته وتكون التخلية ممكنة منذ إنذار بالوفاء إلى غاية رسو المزاد. ويتم بموجب تقرير يقدمه الحائز إلى كتابة ضبط المحكمة التي يقع العقار في دائرة اختصاصها ويطلب التأشير بذلك على هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية ومن ثم يقوم بتبليغ الدائن المرتهن الذي يباشر إجراءات التنفيذ بالتخلية خلال أجل 5 أيام من إيداع التقرير. وإذا لم يطلب الحائز تعيين حارس فإنه يجوز لكل من يهمله التعجيل أن يقدم طلبا بذلك أمام قاضي الاستعجال- المادة 922 ق.م.ج² ويترتب على التخلية إتمام إجراءات البيع وإذا بيع العقار بما يزيد عن قيمة الدين عادت الزيادة للحائز.

ب-2-2- البيع بالمزاد العلني

تطبق هنا الإجراءات الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فيحق لكل شخص ما عدا المدين أن يدخل المزاد العلني، وللحائز أيضا أن يدخل المزاد العلني بشرط أن لا يعرض ثمنا يقل عن ما بقي في ذمته من ثمن العقار لو كان انتقل إليه بموجب البيع 925 ق.م.ج³، ولا يترتب على رسو المزاد تطهير العقار من الرهن الرسمي إلا إذا قام الراسي عليه المزاد بدفع الثمن أو أودعه، وإذا كان الثمن الراسي به المزاد يزيد عن قيمة الديون فإنه يعود للحائز أو الراهن حال بقاء العقار في ملكيته (م 926 والمادة 928 ق.م.ج)⁴

ب-2-3- رسو المزاد : هنا نفرق بين حالتين:

أ- رسو المزاد على حائز العقار : حيث إذا دخل الحائز العقار و رسي عليه المزاد فإن ملكيته تبقى على أصلها ولا تتطلب القيام بشهر حكم رسو المزاد لأن الملكية تبقى على أصل حالها، ويترتب على ذلك تطهير العقار من

¹ كريمة شايب باشا، عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة سعد دحلب، البليلة، 2001، ص 136.

² المادة 922 من القانون المدني الجزائري.

³ المادة 925 من القانون المدني الجزائري "يحق للحائز ان يدخل في المزاد على شرط ان لا يعرض ثمنا اقل من الباقي في ذمته من ثمن العقار الجاري بيعه".

⁴ المواد 926 و 928 من من القانون المدني الجزائري.

كافة الرهون السابقة عن تملكه للعقار، أما الرهون التي أبرمها هو فتبقى سارية المفعول في حقه ولا يظهر منها العقار حسب المادة 926 ق.م.ج.

ب- رسو المزاد على غير الحائز: هنا تنتقل الملكية بموجب شهر حكم رسو المزاد العلني، ويتطهر العقار من كافة الرهون المثقل بها سواء التي أبرمها المالك الأول (أو التي أبرمها الحائز، وتكون الأولوية لدائني المالك الأصلي ثم لدائني الحائز (م 928 ق.م.)¹

وتحدر الإشارة إلى أن الأحكام السابقة لا تحول دون رجوع الحائز على الراهن بالتعويض بموجب أحكام الضمان في عقد البيع.

المطلب الثاني: انقضاء الكفالة العينية

لا تختلف القوانين في كيفية انقضاء الكفالة العينية كونها تدور وجودا وعدما مع الالتزام الأصلي و يذهب القانون الأردني إلى أن الكفالة العينية تنتهي بانتهاء الالتزام الأصلي لأنها تدور وجودا و عدما و انقضاء مع الالتزام الأصلي و تنتهي بمجرد انتهائه و هو ما نصت عليه المادة 987 من القانون المدني الأردني² "تنتهي الكفالة بأداء الدين أو تسليم المكفول به و بإبراء الدائن أو كفيله من الدين"

وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري طبقا للمادة 933 من القانون المدني الجزائري³ "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" وعليه فان الرهن الرسمي ينقضي بإحدى الحالتين ، الانقضاء بصفة أصلية أو بصفة تبعية.

وأسباب انقضاء الرهن بهذه الطريقة هي تطهير الحائز للعقار المرهون، بيع العقار بيعا جبريا بالمزاد العلني، ونزول المرتهن عن الرهن الرسمي، وكذلك الهلاك الكلي للعقار المرهون⁴.

¹ المادة 928 من القانون المدني الجزائري "إذا زاد الثمن الذي رسا ب ه المراد على ما هو مستحق للدائنين المقيدة حقوقهم، كانت الزيادة للحائز وكان للدائنين المرتهنين من الحائز ان يستوفوا حقوقهم من هذه الزيادة".

² المادة 987 من القانون المدني الأردني.

³ المادة 933 من القانون المدني الجزائري.

⁴ سليمان محمدي، مرجع سابق، ص46.

الفرع الأول: انقضاء الرهن الرسمي بصفة أصلية

يقصد بانقضاء الرهن الرسمي بصفة أصلية، انقضاؤه وبقاء الدين قائما في ذمة المدين، لأن الانقضاء يرجع إلى سبب يتعلق بالرهن ذاته.

أولا : تطهير الحائز للعقار المرهون

التطهير هو تخليص العقار المرهون وتحريره من الحقوق المقيدة التي تثقله، والتطهير يكون بطريقتين، إما أن يتم بطريقة اختيارية أو أن يتم بحكم القانون، وما يهمنا هنا هو التطهير الاختياري الذي نصت عليه المادة 934 ق.م.ج¹ على أنه: "إذا تمت إجراءات التطهير، انقضى حق الرهن الرسمي نهائيا، ولو زالت لأي سبب من الأسباب ملكية الحائز الذي طهر العقار."

وعليه، فإن الرهن ينقضي ويصبح العقار محررا من الرهون التي كانت تثقله وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المادتين 916 و 917 ق.م.ج ، حيث تنص المادة 916 من ق.م.ج² على أنه: "إذا أراد الحائز تطهير العقار، وجب عليه أن يوجه إلى الدائنين المقيدة حقوقهم في مواطنهم المختارة المذكورة في القيد إعلانات تشمل على البيانات التالية: خلاصة من سند ملكية الحائز تقتصر على بيان نوع التصرف وتاريخه، وإسم المالك السابق للعقار مع تعيين هذا المالك تعيينا دقيقا، ومحل العقار مع تعيينه وتحديد بدقه، وإذا كان التصرف يباع أيضا الثمن وما عسى أن يوجه من تكاليف تعتبر جزءا من هذا الثمن" ، و تنص المادة 917 من نفس القانون³ على أنه " يجب على الحائز أن يذكر في نفس الإعلان أنه مستعد أن يوفي الديون المقيدة إلى القدر الذي قوم به العقار، وليس عليه أن يصحب العرض بالمبلغ نقداً، بل ينحصر العرض في إظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع في الحال أيا كان أجل استحقاق الديون المقيدة"

ثانيا : بيع العقار بيعاً جبرياً بالمزاد العلني

نصت المادة 936 من ق.م.ج⁴ على ما يلي: "إذا بيع العقار المرهون بيعا جبريا المزاد 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 الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن." فإذا تم بيع العقار بالمزاد العلني، فيرسو المزاد وينقضي الرهن متى قام الراسي عليه المزاد بإيداع الثمن لدى خزينة المحكمة، أو توزيعه على الدائنين المرتهنين المقيدة حقوقهم، الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم.

¹ المادة 934 من القانون المدني الجزائري.

² المادة 916 من القانون المدني الجزائري.

³ المادة 917 من القانون المدني الجزائري.

⁴ المادة 936 من القانون المدني الجزائري.

مع الإشارة بأن البيع في المزاد العلني قد يكون في مواجهة المالك، وذلك في حالة عدم تصرفه في العقار، كما قد يكون في مواجهة الحائز، أو قد يكون في مواجهة الحارس، وذلك في حالة لجوء الحائز إلى التخلية، وينقضي الرهن الرسمي إذا كانت إجراءات البيع صحيحة، وتم إيداع الثمن أو توزيعه، مهما كان الشخص الذي تم البيع في مواجهته المالك، الحائز، الحارس¹.

ثالثا : نزول المرتهن عن الرهن الرسمي

بما أن الرهن الرسمي حق مالي للدائن المرتهن لا يمس بالنظام العام، فمن الجائز التصرف فيه عن طريق التنازل عنه، ويكون ذلك إما صراحة أو ضمنا فإذا قام الدائن المرتهن بالتنازل عن حق الرهن دون الدين المضمون، انقضى الرهن وبقي الدين المضمون به قائما، وعلى إثر ذلك يتحول الدائن المرتهن إلى دائن عادي، ومن هنا يصح القول أن الرهن انقضى بصفة أصلية وهو ما ذهب إليه المشرع المصري أيضا².

رابعا: الهلاك الكلي للعقار المرهون

لم ينص المشرع الجزائري على انقضاء الرهن الرسمي رغم أنه نص عليه بشأن الرهن الحيازي، يجب في هذا الصدد التذكير بأنه يشترط أن يهلك العقار هلاكا كليا لانقضاء الرهن الرسمي، لأنه إذا كان الهلاك جزئيا فإن المتبقي من العقار يبقى ضامنا للدين عملا بقاعدة عدم تجزئة الرهن³ كذلك يجب فهم مدلول الهلاك بالمعنى الواسع فقد يكون هلاكا ماديا ينتج عنه هلاك العقار، وقد يكون هلاكا قانونيا مثل حالة نزع الملكية للمنفعة العامة، وقد يكون الهلاك بسبب الراهن أو بسبب أجنبي، وبالتالي ينقضي الرهن إذا هلك العقار المرهون، فينتقل حق الدائن المرتهن إلى التعويض أو مبلغ التأمين أو مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة طبقا لقاعدة الحلول العينية و إذا عوض المالك عن أحد أسباب نزع الملكية له، انتقل الرهن بمرتبته إلى ذلك التعويض، ويستوفي الدائن حقه بالأفضلية المقررة له⁴، وذلك حين ينتهي الرهن ويبقى الدين قائما في ذمة المدين لأن سبب الانقضاء يتعلق بالرهن ذاته لا بالدين المضمون ويكون إما بتطهير العقار حسب المادة 934 ق م ج⁵ و البيع بالمزاد العلني حسب المادة 936 ق م ج⁶.

¹ سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 47.

² المادة 1113 من القانون المدني المصري.

³ سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 42.

⁴ أسعد دياب، أبحاث في التأمينات العينية، المؤسسة الجامعية للدراسات، لبنان، د.س.ن، ص 122 - 123.

⁵ المادة 934 من القانون المدني الجزائري.

⁶ المادة 936 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني: انقضاء الرهن الرسمي بصفة تبعية

تطبيقاً لمبدأ تبعية الرهن للدين المضمون بالرهن، فإن هذا الأخير ينقضي بانقضاء الدين بصفة تبعية، أي كانت طريقة انقضاء الدين، كما تنص على ذلك المادة 893 ق.م.ج¹ على أنه: "لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون، بل يكون تابعاً له في صحته وفي انقضائه، ما لم ينص القانون على غير ذلك"، إلى جانب ذلك تنص المادة 933 ق.م.ج² على أنه: "ينقضي حق الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون، ويعود معه إذا ازل السبب الذي انقضى به الدين، دون الإخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية كسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته"، يتضح من خلال مضمون هاتين المادتين أن الرهن الرسمي ينقضي تبعاً لانقضاء الدين المضمون، ورجوع الرهن الرسمي عند زوال أسباب انقضاء الدين المضمون.

أولاً : انقضاء الرهن الرسمي تبعاً لانقضاء الدين المضمون

بمقتضى نص المادة 933 ق.م.ج السالفة الذكر، نجد أن الرهن يتبع الدين الأصلي في نشأته وانقضائه، غير أنه يجب أن ينقضي الدين كله لكي ينقضي الرهن الرسمي عملاً بمبدأ عدم تجزئة الرهن، وأسباب انقضاء الدين عديدة منصوص عليها في القواعد العامة المتمثلة في: الوفاء بالدين، المقاصة، التجديد، إتحاد الذمة، الوفاء بمقابل، التقادم... إلخ السالفة الذكر في الفصل الأول، وعليه إذا انقضى الدين الأصلي كلياً لأحد الأسباب انقضى معه الرهن بالتبعية.

ثانياً : رجوع الرهن الرسمي عند زوال أسباب انقضاء الدين المضمون

إذا انقضى الدين لأي سبب من الأسباب انقضى الرهن تبعاً له كقاعدة عامة، غير أنه قد يزول السبب الذي أدى إلى انقضائه بأثر رجعي، ففي هذه الحالة يعود الدين الموجود من جديد، وبما أن الرهن الرسمي تابع له، فإنه يعود هو الآخر للوجود³، فمثلاً إذا انقضى الدين بالإبراء و كان هذا الإبراء قد صدر من ناقص الأهلية وتم إبطاله، أو انقضى بإتحد الذمة، ثم زال إتحاد الذمة ففي هذه الحالة يعود الدين الموجود ويعود معه الرهن باعتباره من توابع الدين.

¹ المادة 893 من القانون المدني الجزائري.

² المادة 933 من القانون المدني الجزائري.

³ أحمد سلامة، التأمينات المدنية، الرهن الرسمي، الكتاب الأول، ط 2، المطبعة العالمية، القاهرة، مصر، 1963، ص 383.

خلاصة الفصل

تناولنا في هذا الفصل الكفالة العينية من حيث التعريف بما وخصائصها وما يميزها عن غيرها من المصطلحات المشابهة وهذا في المبحث الاول تحت عنوان الاطار المفاهيمي للكفالة العينية. ثم تطرقنا إلى طريقة انشائها وأركانها وكذا انقضائها بصفة أصلية أو تبعية وما يتعلق بالراهن والمدين المرتهن، حيث خلصنا إلى أن المشرع الجزائري لم يصغها في تقنين خاص على غرار المشرع الاردني.

خاتمة

خاتمة

من خلال هذه المذكرة الموسومة بعنوان الكفالة الشخصية والعينية في القانون الجزائري حاولنا قدر الإمكان الإحاطة والإلمام بالموضوع الذي يعتبر من الموضوعات المتناثر نصوصها في القانون المدني تحت أبواب وعناوين مختلفة فإذا كان المشرع قد أخص الكفالة الشخصية بالاسم فان الكفالة العينية وردت تحت عنوان الرهن الرسمي ، وهو ما يجعل من موضوع المطروح امامنا من موضوعات الساعة والتي تتكرر في كل عمليات المديونية مما اكسبها أهمية كبيرة .

فالتعمق في أحكام عقد الكفالة في التشريع الجزائري يدرك أن هذا العقد من أهم العقود المتداولة والشائعة بين الافراد ، حيث يرى فيه المتعاقدين نوع من الحماية للدائن في استفاء دينه من المدين، كلما أخل هذا الأخير بالالتزام .

إن هذه الدراسة تهدف إلى تسليط الضوء على أحكام العقد المبرم في إطار الدائنية و وضعه في إطار قانوني يجمع النصوص المنفرقة بين الكفالة الشخصية والكفالة العينية في سياق متصل يسهل للباحث و الدراسة سرعة الوصول إلى تلك النصوص وتمييزها عن غيرها من النصوص المشابهة التي قد تجمع بين الكفالة الشخصية والرهن الرسمي و الحيازي و حق الامتياز وحق التخصيص، وبذلك تصبح فكرة قانونية واضحة ومحددة المعالم.

ومن خلال ما سبق نستنتج بما يلي:

- التأمين الشخصي عاجز عن تحقيق الحماية الفعالة لأموال المدين فهي بين الضمان وعدم الكفاية إذ يفقد الكفيل أو الكفلاء حال تعددهم أحد الشروط الموضوعية الواجبة فيهم كأن يفقد أهليته أو يتعرض للإعسار.
- أن اشتراك الغير من الدائنين في الضمان العام يجعل من الدائن الكفيل دائنا عاديا مما أدى بكثير من المتعاقدين الدائنين إلى الإحجام عن الكفالة بنوعها (الشخصية والعينية).
- تحتل التأمينات العينية الصادرة من حيث التفضيل، ذلك لأنها تكفل للدائن الحصول على حقه كاملا عن طريق تخصيص مال معين من أموال المدين تبقى ضامنة للوفاء بحقه في كل الأحوال، فيكون الدائن في مأمن من إعسار المدين عن طريق حقه في التقدم، وفي مأمن أيضا من غشه إن تصرف في هذا المال بما للدائن من حق التتبع.

كما يمكن أن نقترح مايلي:

- ضرورة تنظيم المشرع الجزائري الكفالة العينية بنصوص خاصة لا سيما من أجل تقوية الإلتزام من جهة، وتيسيراً للمعاملات لما في ذلك من مصلحة لأطراف عقد الكفالة العينية من جهة أخرى.
- بضرورة تعديل النصوص القانونية المنظمة لعقد الكفالة في التشريع الجزائري بما يتماشى مع المستجدات و التطورات التي تحدث حتى نكون أمام قواعد قانونية مرنة.
- ضرورة التوعية الدورية للأفراد في علاقتهم القانونية التي تنطوي على عنصر الإلتزام والمديونية بما قد ينجم عن هذه الإلتزامات تكثيف البحوث القانونية حول الموضوع من أجل إثراء مكتباتنا وتسهيل البحث القانوني في هذا المجال ، ضمانا للحقوق وحماية للطرف الضعيف في العقد ، ذلك أن أموال المدين رغم ضمانها للوفاء بدينه إلا أن الدائن في كل مرة قد يجد نفسه بين سندان الضمان و مطرقة عدم الكفاية.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

I : قائمة المصادر:

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: كتب الحديث

- البخاري أبي عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، المجلد 4 ، دار الحديث للنشر والتوزيع، القاهرة ، 2004.

ثالثاً: معاجم اللغة

- محمد بن منظور، معجم لسان العرب، دار صادر، الطبعة الاولى، لبنان ، 1990.

رابعاً: النصوص القانونية :

القوانين الجزائرية :

1. مرسوم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ، ج. ر ، عدد 30 الصادرة في 13 أفريل سنة 1976 م ، معدل ومتمم.

2. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

3. الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 ، يتضمن القانون المدني الجزائري ، ج ر ج ج العدد 78 ، الصادر بتاريخ 26 سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 ، ج ر ج. ج العدد 31 المؤرخ في 13 ماي 2007 (معدل ومتمم).

4. القانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

القوانين الأجنبية:

1. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

2. القانون المدني الأردني.

3. القانون المدني الفرنسي.

II : قائمة المراجع:

أ- الكتب و المؤلفات:

1. أحمد سلامة، التأمينات المدنية، الرهن الرسمي، الكتاب الأول، ط 2، المطبعة العالمية، القاهرة، مصر، 1963.
2. أحمد محمود سعد، عقد الكفالة، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، 1994.
3. أسعد دياب، أبحاث في التأمينات العينية، المؤسسة الجامعية للدراسات، لبنان، د.س.ن.
4. توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية، المكتب العربي للطباعة والنشر، مصر، 1986 .
5. حسني محمود عبد الدائم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق "دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2009.
6. رمضان أبو السعد، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006 .
7. زاهية حورية سي يوسف ، عقد الكفالة، الطبعة الثالثة، دار الأمل، الجزائر، 2001 .
8. زاهية حورية سي يوسف، الوجيز في عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، د ط، دار هومة، الجزائر، د س ن.
9. زاهية حورية سي يوسف، عقد الرهن الرسمي، دار الأمل، الجزائر، 2006 .
10. سليمان محمدي، مدونة حول التأمينات العينية والشخصية، ديوان المطبوعات، الجامعية، الجزائر، 1999.
11. سليمان مرقس، التأمينات العينية، الطبعة الثانية، مطابع دار النشر للجامعة المصرية، مصر، 1959 .
12. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1985 .
13. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، مصر، دون ط ، 1991.
14. شوقي بناسي، أحكام الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، الفرنسي والمصري، دار هومة للطباعة والنشر، 2009 .
15. عبد الدائم حسني محمود، الائتمان العقاري بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007 .
16. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية)، الجزء العاشر، دط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1970.

17. عبد القادر الفار، أحكام الالتزام (أثار الحق في القانون المدني)، الطبعة الرابعة، مكتبة دار الثقافة و النشر و التوزيع، عمان، 1997 .
18. عبد اللطيف حمدان حسين ، التأمينات العينية، دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن والتأمينات والامتياز، منشورات الحلبي، لبنان، 2009 ، ص42 .
19. عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق، دون دار النشر، الجزائر، 2003 .
20. عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني الجزائري :العقود المسماة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2013،
21. علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرغبة، الجزائر، 2001،
22. قدري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الكفالة، التضامن-التضامم في التشريع المصري والمقارن، دار منشأة المعارف ، مصر، 2002.
23. مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائري، 2003 .
24. محمد ابراهيم جلال، أحمد محمود سعد، الحقوق العينية التبعية، الرهن الرسمي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
25. محمد السعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011 .
26. محمد بن إبراهيم الموسى، نظرية الضمان الشخصي(الكفالة)، الجزء الأول، دون ط، دار الثقافة والنشر بالجامعة، السعودية، 1991.
27. محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينة في القانون المدني، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، بدون تاريخ نشر.
28. محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون تاريخ نشر.
29. محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.
30. محمد صبري السعدي، عقد الكفالة في التشريع المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 1990.
31. محمد صبري السعدي، عقد الكفالة في التشريع المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 1999.
32. محمد علي عبده، عقد الكفالة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2005.
33. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الحديث، دون ط ، القاهرة، 2008 .

34. محمد كامل مرسي بك، التأمينات الشخصية و العينية(إثبات الحقوق العينية و أحكام التسجيل)، مطبعة النصر، مصر.
35. محمد محمود معطي، الكفالة في ضوء الفقه والإجتهد، منشورات الحلبي، لبنان، 2009 .
36. محمدي سليمان، مدونة حول التأمينات العينية و الشخصية ص ،31 عن ديوان المطبوعات الجامعية 1999.
37. نبيل إبراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، د ط ، دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية ، مصر،2007.
38. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية (الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، الكفالة)، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2007.
39. همام محمد محمود زهران ، التأمينات العينية والشخصية ، دار الجامعة الجديدة ،القاهرة، سنة 2004.
40. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون الأردني(أثار الحقوق الشخصية)، الجزء الثاني، عمان، 2003.
- ب- المذكرات والرسائل:**
1. أعمار أولمي، عقد الرهن الرسمي كوسيلة ضمان لحماية حقوق الدائنين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2016 - 2017 .
2. براهم أسماء ، عطوى صفاء ، احكام عقد الكفالة في التشريع الجزائري ، رسالة ماستر، جامعة قلمة ، تخصص قانون الاعمال ،2014،2015.
3. سليمان سارة، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج من المعهد الوطني للقضاء، الدفعة 12 من 2001 . 2004.
4. عبد الله عبد الجليل، قاعدة عدم الحيازة في الرهن الرسمي : دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص علوم إسلامية، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الإفريقية أحمد درارية ، ادار 2005 -2006 .
5. عسكري ليسيا و ولد الشيخ شناز ، الطبعة القانونية لعقد الكفالة ، مذكرة ماستر قانون خاص معمق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو 2022 .
6. كريمة شايب باشا، عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة سعد دحلب، البلدة، 2001 .

7. كريمة فردي، الشهر العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم القانون الخاص، فرع قانون ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري ، قسنطينة، 2006- 2007 .
8. مريم بنت الخوخ، دور الضمان الشخصي في تدعيم الإئتمان، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ، 2020-2021.
9. منى تموح ، النظام القانوني للمحافظة العقارية في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003.
10. يسمينة ريجاني، الرهن الرسمي كضمان بنكي، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005- 2006 .

ج- المحاضرات :

1. بوخاتم آسية، محاضرات في العقود المدنية المعمق، مقدمة لطلبة السنة أولى ماستر تخصص قانون خاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بالقائد ، تلمسان ، الجزائر ، 2020-2021.
2. دليلة معروز، محاضرات في مقياس التأمينات العينية والشخصية، كلية الحقوق، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2020-2021.
3. نساخ فطيمة، محاضرات في عقد الكفالة وفق القانون المدني الجزائري، مقدمة لطلبة الطور الأول ليسانس، السنة الثالثة (ل م د) ، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2018/2019.

د- مقالات المجالات العلمية :

1. نادية يونسى حداد، عقد الكفالة في القانون المدني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية، العدد 4، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1999.

هـ- المداخلات :

1. محمد مخلوفي، عقد الكفالة في القانون المدني، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول أحكام عقد الكفالة في التشريع الجزائري، المنعقد يومي 25-26 مارس 2013 ، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة .

ملخص

تعتبر الكفالة من أهم وأبرز انواع التأمينات الشخصية، وهي الأكثر شيوعا في المعاملات التعاقدية في اطار المديونية، وقد ترتب آثار فيما بين المتعاقدين (الدائن والمدين) وفيما بين الغير.

وقد أحاطها المشرع بتنظيم كامل في القانون المدني الجزائري ونظرا لكثرة التعامل بهذا النوع من الكفالات فقد باتت عاجزة (الكفالة الشخصية) عن تحقيق الحماية الفعالة للدائن.

إذ قد يفقد الكفيل أو الكفلاء حال تعددهم أحد أهم الشروط الموضوعية الواجب توفرها فيهم كأن يتعرضوا للإعسار أو فقدان الاهلية, اضافة إلى أن الدائن في الضمان العام يظل دائنا عاديا، إذ قد يشارك مع غيره من الدائنين في الضمان العام.

ولهذا فقد شاع نوع آخر من الكفالة وهو ما يعرف بالكفالة العينية نظمها المشرع الجزائري في القانون المدني تحت عنوان الرهن الرسمي، يتمتع هذا الأخير بضمانات عينية تمنح للدائن المرتهن وللراهن قوة في حماية العقد وسهولة تنفيذه.

تقوم التأمينات العينية على نوع الالتزام الذي تقدمه الكفالة العينية، وهو ما يسمح بمعرفة القواعد التي يمكن أن تكون صالحة التطبيق عليها. اذ أصبحت تحتل الصدارة من حيث التفضيل على الكفالة الشخصية.

الكلمات المفتاحية :

الكفالة العينية - الكفالة الشخصية - الرهن الرسمي - التأمينات العينية - الدائن - المدين - الكفيل.

ABSTRACT

Guaranteeship is considered one of the most important and prominent types of personal insurance. It is the most common in contractual transactions within the framework of debt, and it may have effects between the contracting parties (creditor and debtor) and between third parties.

The legislator has surrounded it with complete regulation in the Algerian Civil Code, and due to the widespread use of this type of guarantee, it has become incapable (personal guarantee) of achieving effective protection for the creditor.

If there are more than one guarantor or guarantors, the guarantor or guarantors may lose one of the most important objective conditions that must be met by them, such as being exposed to insolvency or loss of capacity. In addition, the creditor in the general guarantee remains an ordinary creditor, as he may participate with other creditors in the general guarantee.

Therefore, another type of guarantee has become widespread, which is known as the in-kind guarantee, organized by the Algerian legislator in civil law under the title of the official mortgage. The latter enjoys guarantees in kind that grant the mortgagee and the mortgagee the power to protect the contract and facilitate its implementation.

In-kind insurance is based on the type of commitment provided by the in-kind guarantee, which allows knowing the rules that may be applicable to it. It has become at the forefront in terms of preference over personal sponsorship.

key words :

In-kind guarantee - personal guarantee - official mortgage - in-kind guarantees - creditor - debtor - guarantor

فهرس المحتويات

	البسمة
أ	إهداء
ب	شكر وتقدير
01	مقدمة
06	الفصل الأول: أحكام الكفالة الشخصية.
07	تمهيد
08	المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للكفالة وشروط إنعقادها
08	المطلب الأول: التعريف بعقد الكفالة وخصائصه
08	الفرع الأول: المقصود بعقد الكفالة
10	الفرع الثاني: خصائص عقد الكفالة
12	الفرع الثالث: تمييز الكفالة عن النظم القانونية المشابهة
13	المطلب الثاني: أركان عقد الكفالة
13	الفرع الأول: التراضي في عقد الكفالة
14	الفرع الثاني: المحل والسبب في عقد الكفالة
16	الفرع الثالث: الشكلية في عقد الكفالة
17	المبحث الثاني: آثار الكفالة وانقضائه
17	المطلب الأول: آثار الكفالة الشخصية
17	الفرع الأول: العلاقة بين الكفيل والدائن
26	الفرع الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين
30	المطلب الثاني: انقضاء عقد الكفالة
30	الفرع الأول: الأسباب العامة لانقضاء عقد الكفالة
35	الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء عقد الكفالة
37	خلاصة الفصل
38	الفصل الثاني: خصوصية أحكام الكفالة العينية.
39	تمهيد
40	المبحث الأول: مفهوم الكفالة العينية وشروط انعقادها
40	المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للكفالة العينية
40	الفرع الأول: المقصود بالكفالة العينية

43	الفرع الثاني: تمييز الكفالة العينية عن الكفالة الشخصية
45	المطلب الثاني: شروط إنشاء عقد الكفالة العينية
45	الفرع الأول: الشروط الموضوعية لإنشاء الكفالة العينية
51	الفرع الثاني: الشروط الشكلية لإنشاء الكفالة العينية
54	المبحث الثاني: آثار الكفالة العينية وانقضاءها
54	المطلب الأول: آثار الرهن الرسمي
54	الفرع الأول: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمتعاقدین
57	الفرع الثاني: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للغير
66	المطلب الثاني: إنقضاء الكفالة العينية
67	الفرع الأول: إنقضاء الرهن الرسمي بصفة أصلية
69	الفرع الثاني: إنقضاء الرهن الرسمي بصفة تبعية
70	خلاصة الفصل
71	خاتمة
72	قائمة المراجع
73	فهرس المحتويات