



جامعة مولود معمري تيزى وزو

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



الطبيعة القانونية لعقد الكفالة

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: قانون خاص

تحت إشراف الأستاذ:

د/ أرتباس ندير

من إعداد الطالبين:

عسكري ليسيا

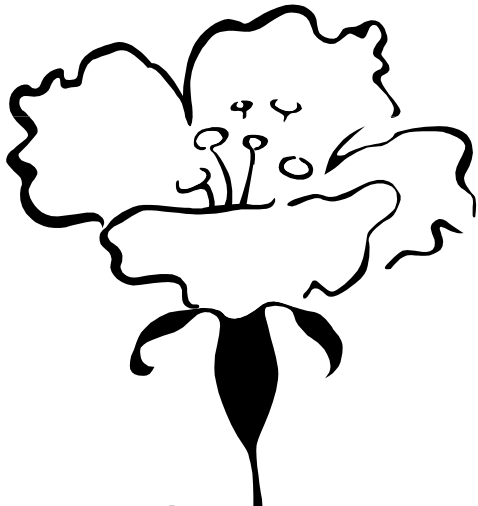
ولد شيخ شناز

لجنة المناقشة:

- د/ قادري طارق، أستاذ محاضر "أ"،.....رئيسا
- د/ أرتباس ندير، أستاذ محاضر "أ"،.....مشرفا ومقرا
- د/ نسيب نجيب، أستاذ محاضر "أ"،.....ممتحنا

تاريخ المناقشة: 2022/09/29

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



إهداء

حمداً وشكراً لله تعالى الذي وفقني وسدّد خطاي لإتمام هذا الإنجاز الأكاديمي.

أهدي هذا العمل الأكاديمي المتواضع إلى أمي الحبيبة أطال الله في عمرها وأمدّها بالصحة والعافية بحيث رافقتني في هذا المشوار الطويل بكل ما لديها من طاقة إيجابية، إلى أبي الغالي الذي كان دفئاً وعوناً وسنداً متيناً طوال مساري الدراسي فأطال الله في عمره وأمدّه بالصحة والعافية، إلى أخوي اللذان كانا رفيقاً دربي وشجعاني على الاجتهاد والمثابرة، إلى جدتي رحمها الله التي طالما أرادت أن تراني خريجة، إلى زميلتي ليسيا التي رافقتني طوال مشواري الجامعي وكانت عوناً وسنداً.

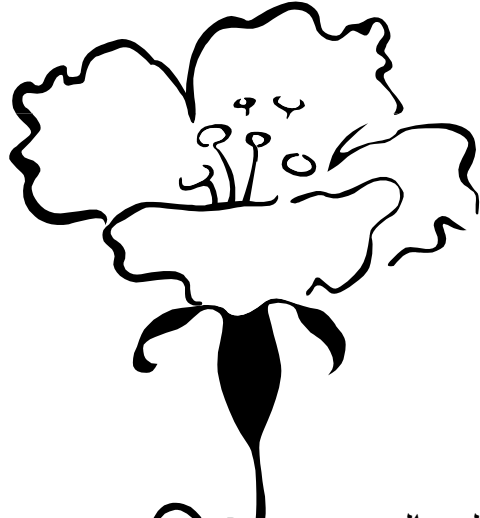
إلى الأساتذة الأفاضل لكلية الحقوق أهدّي لهم جميعاً هذا العمل المتواضع.

على كل من تجمعني بهم صلة الرحم والصدقة.

إلى كل من ساندني وشجعني من الزملاء والأصدقاء.

* شنانز *





إهداء

بأنامل قلم أعياء التعب والأرق يتكى على قطرات حبر مملوءة بالحزن
والفرح لبزوغ فجر جديد من حياتي وهو يوم تخرجني أتطلع فيه لما
هو آت من همسات هذه الدنيا المليئة بالتفاؤل والأمل المشرق.

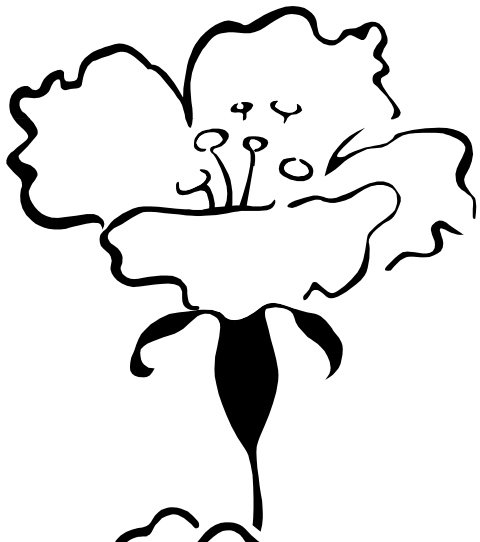
إلى ملاكي في الحياة إلى معنى الحب... وإلى معنى الحنان
والتفاني... إلى بسملة الحياة وسر الوجود... إلى من كان دعائها سر
نجاحي وحنانها بلسم جراحي إلى أغلى الحبايب أمي الحبيبة أطال
الله في عمرها.

إلى من أحمل اسمه بكل افتخار... إلى من علمني العطاء بدون
انتظار إلى أبي العزيز أطال الله في عمره.
إلى من بهم أكبر وعليهم أعتمد... إلى من بهم أكتسب قوة ومحبة لا
حدود لها... إلى توأما روحي ورفيقا دربي إخوتي الأعزاء.
إلى زميلتي شناز التي رافقتني طوال مشواري الجامعي وكانت عوننا
وسندا.

إلى كل من أحبهم و يحبونني...
إلى كل من كان لهم أثر على حياتي... وإلى كل من أحبهم قلبي
ونسبهم قلمي.

* ليسي *





شكر وعرفان

الحمد لله الذي تتم بنعمته الصالحات أما بعد:

أتقدم بالشكر الخاص إلى الدكتور المشرف "أرتباس ندير"

الذي أشرف على عملنا هذا وسهل لنا الطريق في إنجاز هذا البحث

والذي لم ييخل بنصائحه القيمة، حيث وجهنا عند الخطأ وشجعنا

عند الصواب

فكان بذلك نعم المشرف ونعم الأستاذ.

فألف شكر له وجزاه الله ألف خير.

* ليسيا وشناز *



مقدمة:

ظهرت العقود بين الأفراد منذ فجر التاريخ وأخذت بالتطور والانتساع مواكبة بذلك تطور الإنسانية ونتيجة لذلك التطور أصبحت العقود بحاجة إلى نظام أكثر ضمانا وائتمانا يجعل المعاملات بين الأفراد أكثر يسرا وسهولة، لتضمن حقوق كلا المتعاقدين في مختلف المجالات.

الأصل أن الضمان العام للدائن يقع على الذمة المالية للمدين فيستطيع الدائن أن ينفذ على أموال المدين، لكن هذا الضمان العام لا يخلو من الخطورة فيما يتعلق بالدائن لأنه قد يحدث تغير في ذمة المدين يؤدي إلى إضعاف ضمان الدائن فمن ناحية قد يعمد المدين إلى التصرف في أمواله بنقل ملكيته إلى شخص آخر، فإذا جاء وقت التنفيذ فإن الدائن لن يجد ما يستوفيه من مدينه، ومن ناحية أخرى قد يكون هناك زيادة في التزامات المدين، فإذا جاء وقت التنفيذ ظهر دائنون آخرون لا يستطيع الدائن أن يدعي أفضليته عليهم.

لتفادي هذه الخطورة جاء المشرع الجزائري بوسائل قانونية جعلت استثناء الدائن لدينه أمرا ممكنا حتى في حالة إعسار مدينه وهذه الوسائل سمّتها بالتأمينات الخاصة والتي تتجسد في نوعين وهما التأمينات العينية وكذا التأمينات الشخصية، فالتأمينات العينية تقوم على تخصيص المدين مال معين من أمواله لضمان الوفاء بالالتزام وهي تحقق للدائن الحماية من خطر تصرف مدينه في هذا المال، ومن بين التأمينات العينية التي تضمنها القانون المدني الجزائري الرهن الرسمي (المادة 882 من القانون المدني الجزائري).

أما التأمينات الشخصية تقوم على تعدد المسؤولين عن تنفيذ الالتزام فيتحقق ضمان الدائن فيها بضم ذمة أخرى إلى ذمة المدين بحيث لو أعسر المدين تكون الذمة الأخرى مسؤولة عن الوفاء بنفس الدين ومن ثمة تتزايد فرص حصول الدائن على حقه.

ومن أهم صور التأمينات الشخصية السالف ذكرها نجد عقد الكفالة وهو موضوع بحثنا تناوله المشرع الجزائري بالتنظيم في الباب الحادي عشر المسمى بالكفالة من الكتاب

الثاني المعنون الالتزامات والعقود، وبالتحديد في المواد من 644 إلى 673 من القانون المدني الجزائري، فعقد الكفالة طرفاه دائن وكفيل، هذا الأخير ليس بمدين له ولكنه يضمن التزام المدين إذا لم يفي بالدين وهذا ما يؤكد خطورة المركز القانوني للكفيل، فعقد الكفالة بعبارة عقدا من العقود المدنية يمتاز بخصائص خاصة تجعله منفردا بالنسبة لطبيعته القانونية لذلك تتويها عن هذه الطبيعة القانونية نجدها تثير عدة إشكالات جعلت من هذا الموضوع يتطلب منا البحث عن أسلوب إنشاء هذه الكفالة، والأركان التي تتكون منها لنتمكن في الأخير للوصول إلى هذه الطبيعة، هذا ما يستتبع طرح الإشكالية التالية:

إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري بالإحاطة بعقد الكفالة كضمان شخصي لعقد المديونية؟

للإجابة عن هذه الإشكالية اتبعنا المنهج التحليلي لإيضاح كل ما يتعلق بأحكام عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مما دفعنا إلى تقسيم موضوع المذكرة إلى فصلين، حيث خصصنا (الفصل الأول) للكفالة الشخصية، أما (الفصل الثاني) فخصصناه للكفالة العينية.

الفصل الأول

الكفالة الشخصية

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 تسمى بالتأمينات الشخصية حيث تجسد الكفالة الصورة المثلى لها.

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

المبحث الأول

مفهوم عقد الكفالة

أورد المشرع الجزائري تعريف الكفالة في المادة 644 ق.م.ج¹ فيجب علينا أن نقوم بتحليل هذا التعريف وبيان عناصره ثم يمكننا بعد ذلك أن نستخلص منه الخصائص المميزة للكفالة وعلى ضوء ذلك سنتعرض أولاً لتعريف عقد الكفالة (المطلب الأول) ثم بيان أركان هذا الأخير (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التعريف بعقد الكفالة

يعتبر عقد الكفالة من العقود المهمة في الحياة العلمية والعملية لذا سنتناول في هذا المطلب المقصود بعقد الكفالة (الفرع الأول)، ثم التعرض إلى تمييز عقد الكفالة عن بعض النظم المشابهة له (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف عقد الكفالة وخصائصه

لقد نظم المشرع الجزائري عقد الكفالة في القانون المدني من خلال الكتاب الثاني تحت عنوان "الالتزامات والعقود" الباب الحادي عشر المعنون بـ "عقد الكفالة" من المادة 644 إلى 675 ق.م.ج ويقصد بالكفالة بوجه عام هي أن يحصل الدائن على ضمان يكفل

1- المادة 644 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، عدد 78 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، ج.ر.ج.ج، العدد 31 المؤرخ في 13 مايو 2007 (معدل ومتمم).

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 الوفاء.¹

وعليه سنتعرض لتعريف الكفالة قانونا (أولا) ثم إلى خصائص عقد الكفالة (ثانيا).

أولا: المقصود بعقد الكفالة

عرفت المادة 644 ق.م.ج على أنه: "عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه"، وعرفت أيضا المادة 1053 من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أنه: "عقد بمقتضاه يلتزم شخص اتجاه الدائن بتنفيذ موجب مديونه إذا لم يقم هذا المديون بتنفيذه" وهو التعريف الذي أخذ به المشرع الأردني تاركا تعريف المادة 950 من التقنين المدني الأردني والسبب في ذلك أن تعريف المادة 1053 تبني وجهة النظر الإسلامية.²

وتجدر الإشارة أيضا الى المادة 2288 ق.م.ف³ على أنه:

« Le cautionnement et le contrat par lequel une caution s'oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur en qu'a de la défaillance de celui-ci.

Il peut être souscrit à la demande du débiteur principale ou sans demande de sa part et même à son insu ».

1- زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، الطبعة الثالثة، دار الأمل، الجزائر، 2001، ص11.

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

3-article 2288 de la loi no 2018-287 du 20 avril 2018, l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 est ratifiée, de code civile français.

فمن خلال هذه التعريفات يتضح لنا أن عقد الكفالة نشأ عن وجود علاقة مديونية تقوم بين دائن ومدين وعليه فالكفيل يأتي لضمان الوفاء بهذه المديونية ومن ثمة كان عقد الكفالة يتم بين شخصين أساسيين هما الدائن في الالتزام الأصلي والكفيل دون المدين رغم أنه له دورا في انعقادها ومع ذلك يظل أجنبي عن عقد الكفالة، وباعتبار ذلك لا يشترط إذن رضا المدين وموافقته، بل يمكن أن تتم الكفالة دون علمه ورغم معارضته.

ترتب الكفالة التزاما شخصيا في ذمة الكفيل محله الوفاء بالالتزام الأصلي إذا لم يوف به المدين وعليه فهي تركز على التزام أصلي وتعمل على ضمان الوفاء به، فمصدر التزام الكفيل دائما هو العقد بينما مصدر التزام المكفول ليس العقد دائما تتعدد مصادره بمصادر الالتزام المعروفة.¹

ثانيا: خصائص عقد الكفالة

تتميز الكفالة بعدة خصائص، تختلف حسب كل قانون فبالنسبة لقانون الأسرة فإن الكفالة عبارة عن نظام بديل للتبني وضعه المشرع لغاية اجتماعية وذلك لرعاية مجهولي النسب، بينما خصائص الكفالة في القانون المدني كونها علاقة دائنية² فيتميز عقد الكفالة بخصائص يمكن أن نجملها بما يلي:

1- عقد الكفالة عقد ضمان شخصي:

تعتبر الكفالة الصورة الأوضح للتأمينات الشخصية³ أي أنها تمنح الدائن ضمانا شخصيا بالتزام الكفيل بالوفاء بما التزم به المدين عند عدم وفاء هذا الأخير بالتزامه⁴ فتعهد

1- زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص ص 18-19.

2- عبد السلام خضرة، أحكام عقد الكفالة في التشريع الجزائري و بعض التشريعات العربية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجلفة، الجزائر، 2015-2016، ص 13.

3- زينب عشور، ضمانات منح القروض في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، الجزائر، 2018-2019، ص 10.

4- زهراء خليل إبراهيم، عقد الكفالة وأثره على الغير، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالي، الجزائر، 2016-2017، ص 14.

الكفيل بالوفاء بالدين تزيد ثقة الدائن في حصوله على حقه فيتحقق به الضمان، حيث يضيف الكفيل ذمته إلى جانب ذمة المدين، فهي تأمين للدائن ضد امتناع المدين عن الوفاء بالتزامه.¹

فالكفيل لا يرهن مالا من أمواله ضمانا لدين الدائن ولا يحصل الدائن على حق عيني تبعي على مال معين للكفيل، كما هو الحال في التأمينات العينية² هذا ويترتب على اعتبار الكفالة عقد من عقود الضمان الشخصي.

فهي لا تجنب الدائن تمام مخاطر إفسار مدينه إلا أن الاحتمال نفسه لا يزال قائما أيضا بالنسبة للكفيل، لكن في الوقت الحاضر أصبح الضمان الذي تقدمه الكفالة أكثر أمانا خاصة بعد تدخل البنوك والمؤسسات المالية لتقديم ضمانها للحصول على الائتمان اللازم على النحو السابق بيانه.³

وإذا أطلق لفظ الكفيل أو الكفالة دون تحديد فيكون المقصود هو الكفيل الشخصي أو الكفالة الشخصية باعتبار ذلك هي الأصل في الكفالة.⁴

2- عقد الكفالة ملزم لجانب واحد

يعتبر عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد في الأصل، فالذي يلزم في عقد الكفالة هو الكفيل وحده أما الدائن وهو الطرف الآخر في العقد، فلا يلزم عادة بشيء نحو الكفيل⁵ وهو ما يراه غالبية رجال القانون وهناك كذلك من يرى أن الكفالة عقد ملزم لجانبين.

1- عبد السلام خضرة، المرجع السابق، ص 13.

2- فرحايوي عبد العزيز، محاضرات في التأمينات الشخصية-عقد الكفالة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة

محمد لمين دباغين، سطيف 2 ، 2021-2022، ص 11.

3-Andry et Rau, droit civil français, 7e édition, Dalloz, paris, 1973, p 28.

4- فرحايوي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 11.

5- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني"عقد الكفالة"، الطبعة الثالثة، نقابة المحامين، مصر، 1994، ص

فلا يغير من طبيعة الكفالة باعتبارها عقدا ملزما لجانب واحد وما يفرضه القانون على الدائن من الالتزامات، فالمادة 659 ق.م.ج¹ نصت على أنه: "يجوز كفالة الكفيل، وفي هذه الحالة لا يحوز المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع.

فإذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل.

أما إذا كان الدين مضمونا بتأمين عقاري، فإن الدائن يلتزم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين، ويتحمل الكفيل مصروفات هذا النقل على أن يرجع بها على المدين " أي يفرض على الدائن تسليم الكفيل وقت وفائه للدائن المستندات اللازمة لإستعمال حقه في الرجوع على المدين² لأن التزام الدائن بتسليم مستندات للرجوع على المدين هي واقعة مستقلة لاحقة لإبرام عقد الكفالة ولذلك ليس من المتصور أن نصف عقداً ما بأنه ملزم لجانبين لما يترتب من آثار عن واقعة مستقلة خارجة عنه³.

الأصل في الكفالة عقد ملزم لجانب واحد فهذا لا يعني أن الكفالة تصرف يصدر من جانب واحد "الإرادة المنفردة" إلا أنه عقد يتم بتبادل إرادتين متطابقتين بين الكفيل والدائن، كل ما هناك أن ما يترتب على هذا العقد من التزام لا يكون إلا في جانب الكفيل فيكون مديناً بضمان الوفاء بالتزام المدين الأصلي إذا لم يفي به⁴ ويكون الدائن الأصلي دائناً بهذا الالتزام⁵ غير أنه بالقول أن عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد فإن هذا لا يعني أنه لا يمكن على الإطلاق أن يتضمن التزامات متبادلة و بالتالي يكون عقداً ملزماً للجانبين، فمنذ

1- المادة 659 من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

2- وداد باقي، الكفالة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق بودواو، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2009، ص 82.

3- زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 21.

4- زاهية سي يوسف، المرجع نفسه، ص 21.

5- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني في التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، أحياء التراث العربي، لبنان، 1964، ص 25.

الوقت الذي يكون فيه كل من الطرفين ملزم اتجاه الآخر، كأن يلتزم الدائن نحو الكفيل بدفع مقابل نظير كفالته للدين، فإننا نكون بصدد عقد ملزم للجانبين.¹

وفي القضاء الفرنسي توجد تطبيقات كثيرة نذكر منها على سبيل المثال عندما يتفق الكفيل والدائن على تخفيض سعر فائدة الدين المكفول أو مد الأجل أو شطب الرهن أو أي تأمين عيني آخر، والتزام الدائن بعدم التنفيذ إلا على أموال معينة لدى الكفيل أو غير ذلك، وفي بعض هذه الفروض نجد أن عقد الكفالة الملزم للجانبين اقترن باشتراط مصلحة المدين المكفول.²

3- عقد الكفالة من العقود الرضائية:

ينشأ عقد الكفالة بمجرد التراضي بين الدائن والكفيل، فلا يحتاج الأمر إلى شكل خاص يفرغ فيه هذا التراضي، وهذا ما نصت عليه المادة 645 ق.م.ج³ على أنه: "لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة"، يفهم من نص هذه المادة أن الكتابة هنا لم تشترط للانعقاد بل للإثبات، والدليل على ذلك أن الكفالة لو كانت عقدا شكليا لا تتعقد إلا بالكتابة، ولما جاز إثباتها بالإقرار أو باليمين، لأن غير المنعقد لا يجوز إثباته أصلا.⁴

وفي الحقيقة أن الخروج عن القواعد العامة في إثبات عقد الكفالة يرجع أساسا إلى التزام الكفيل الذي يعد تبرعا، مما يجب استناده إلى رضا صريح وقاطع⁵ ويرى البعض الغاية في ذلك تكمن في أن المشرع أراد أن يحمي الكفيل بعد انقضاء التزامه.

1- Weil(A), droit civil, les sûretés, la publicité foncière, précis Dalloz, 1979, p19.

2- نبيل سعد إبراهيم، المرجع السابق، ص 295.

3- المادة 645 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

4- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 24.

5- Ph. Malauriel, Aynes, droit civil « les suretés », 2e édition, dalloz, paris, 1999, p 50.

4- عقد الكفالة من العقود التبعية:

تعتبر التبعية في عقد الكفالة الخاصة الأهم لجميع التأمينات الشخصية والعينية¹، سواء في القانون أو الفقه الإسلامي، نظراً لأهمية النتائج التي تترتب عنها² فالكفالة تنشئ التزاماً تابعاً، فالكفيل يلتزم بالتبعية تجاه الدائن بتنفيذ التزام المدين، إذا لم يرق هذا الأخير بتنفيذه، فعقد الكفالة بهذه الطريقة لا يتمتع بكيان مستقل عن نطاق العقد الأصلي، بل هو تابع له³ وينتج عن ذلك أنه لا بد أن لا يكون التزام الكفيل أشد ولا أن يزيد عن التزام المدين الأصلي، أي يجب أن يكون التزام الكفيل التزاماً مطابقاً لالتزام المدين الأصلي وهذا حسب نص المادة 652 ق.م.ج⁴ التي تنص على أنه: "لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل و بشرط أهون".

حيث يمكن أن يلتزم الكفيل بجزء من الدين كما أنه لا يكفل ما زاد في عبء الدين الأصلي بعد الكفالة بإرادة المدين الأصلي أو بسبب خطئه، ونتاج هذه التبعية أن الكفيل يستطيع التمسك بالدفع التي تقدم للمدين الأصلي، وإذا أبطل الالتزام لزاماً على ذلك يسقط التزام الكفيل.⁵

1- محمد شريف كتو، محاضرات في عقد الكفالة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019/2018، ص 5.

2- زكي محمود جمال الدين، التأمينات الشخصية و العينية، الطبعة الثالثة، مطابع الشعب، القاهرة، 1979، ص 38.

3- محمد علي عبده، عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص 74.

4- المادة 652 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

5- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني التأمينات الشخصية والعينية "عقد الكفالة"، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص ص 16-17.

5- عقد الكفالة من العقود التبرعية:

طبقاً للقواعد العامة فإن عقد التبرع هو العقد الذي يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلاً لما يعطيه له مع انصراف النية إلى ذلك¹ وعلى مستوى عقد الكفالة يلتزم الكفيل بوفاء الدين عن المدين بدون مقابل وهو مستمد من العلاقة بين الدائن والكفيل، لأن الكفيل يؤدي خدمة بدون مقابل عادة فهو يلتزم بضمان التزام المدين الأصلي دون أن يتلقى أي مقابل من الدائن² كما أنه لديه نية التبرع نحو المدين حيث يقصد أن يؤدي خدمة³.

تعتبر صفة التبرع من طبيعة عقد الكفالة إلا أنها ليست من جوهرها، فليس هناك ما يمنع من أن الكفيل يشترط مقابلاً عادلاً في نظير المخاطر التي يتعرض لها والمصاعب التي يمكن أن يلاقيها عند رجوعه على المدين⁴.

من ثمة فإن في العلاقة بين الدائن والكفيل يكون عقد الكفالة دائماً تبرعياً بمعنى أن الدائن لا يعطيه للكفيل أي مقابل نظير كفالته، أما إذا تعهد الدائن للكفيل مقابل التزامه ك مبلغ من النقود فإننا لا نكون بصدد عقد الكفالة بل تأمين ائتمان وبذلك تصبح عقداً أصلياً لا تابعاً واحتمالياً لا محددًا⁵.

1- نبيل سعد إبراهيم، المرجع السابق، ص 297.

2- زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 22.

3- نبيل سعد إبراهيم، المرجع السابق، ص 298.

4- M.Planoil et G.Ripert, traité pratique de droit civil français , 2e éditions, 2e partie, dalloz, france,1954, par R.Savatier,

نقلاً عن نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 297.

5- زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 25.

الفرع الثاني

تمييز عقد الكفالة عن بعض النظم المشابهة لها

تتشترك الكفالة مع بعض النظم القانونية الأخرى في خصائص معينة، إلا أن لكل واحدة من هذه النظم أحكام قانونية مستقلة وخاصة بها تميزها عن الأخرى، مثلا عقد التأمين (أولا)، الإنابة الناقصة (ثانيا)، التضامن (ثالثا) والتعهد عن الغير (رابعا)، وتمييزه أيضا عن الكفالة العينية (خامسا).

أولا: الكفالة وعقد التأمين

تتميز الكفالة عن عقد التأمين في كونها ترتب في ذمة الكفيل التزاما تابعا للالتزام الأصلي، في حين نجد أن عقد التأمين يترتب في ذمة المؤمن التزاما أصليا لتغطية الخطر المؤمن به ومحل هذا الالتزام هو قيام المؤمن بأداء معين دفع مبلغ التأمين للمؤمن له أو المستفيد في حالة تحقيق الخطر المؤمن ضده، وقد يشتهر التأمين بالكفالة في حالة التأمين ضد إفسار المدين أو تأمين الائتمان، ففي التأمين ضد الإفسار يؤمن الدائن نفسه ضد خطر إفسار المدين أو إفلاسه¹ بحيث يكون له الرجوع بالتعويض على شركة التأمين في حالة تحقق هذا الخطر، ومع ذلك فلا محل لها للإشتباه إذ وفي هذه الحالة تلتزم الشركة المؤمن التزاما أصليا يدفع التعويض للدائن وهو التزام يختلف عن التزام المدين.

ثانيا: الكفالة والإنابة الناقصة

الإنابة بصفة عامة تفترض وجود مدين ودائن وأجنبي، بحيث يتفق الدائن مع المدين على أجنبي ليلتزم بالوفاء بالدين للدائن مكان المدين الأصلي² إلا أنها تختلف مع الكفيل في أن التزام المناب هو التزام أصلي بجانب التزام المدين في مواجهة الدائن ولا يعتبر المناب

1- أحمد محمود سعد، عقد الكفالة، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، 1994، ص 134.

2- مريم بنت الخوخ، دور الضمان الشخصي في تدعيم الائتمان، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون

خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2020-2021، ص 112.

كفيلا للمدين ومن ثم لا يستطيع المناب أن يدفع بضرورة رجوع الدائن أولا على المدين، ولا أن يدفع بالتجريد عكس الكفيل الذي يحق له ذلك.¹

ثالثا: الكفالة والتضامن

يجب التمييز بين الكفالة والتضامن بين المدين، فالمدين المتضامن يلتزم بصفة أصلية في مواجهة الدائن² بالدين الذي يلتزم به باقي المدينين، أما الكفيل فالتزامه في الدرجة الثانية، فهو لا يلتزم بصفة أصلية بل بصفة تبعية، فهو يلتزم بالوفاء بالدين المكفول إذا لم يوف به المدين.

رابعا: الكفالة والتعهد بالغير

يختلف موضوع التزام الكفالة عن موضوع التزام المتعهد عن الغير، فالكفيل يلتزم بدفع الدين للدائن إذا لم يف به المدين، أما المتعهد عن الغير فالتزامه قاصر على حمل الغير على قبوله التعهد³ وبذلك فإن التزام المتعهد هو التزام أصلي بأن يجعل الغير يلتزم بأمر معين، فإذا قبل الغير التعهد وفق التزام المتعهد عند هذا الحد.

خامسا: الكفالة الشخصية والكفالة العينية

الكفالة الشخصية 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 الأصلي⁴، أما الكفالة العينية فهي قيام الكفيل بتقديم مال معين من أمواله ضمانا للوفاء بالدين.

1- حسني محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق "دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني"، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009، ص 76.

2- محمد حسنين، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005، ص 59.

3- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 300.

4- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 20.

المطلب الثاني

أركان عقد الكفالة

تعد الكفالة من العقود الرضائية التي تتم بتبادل الإيجاب والقبول، ويتجه رضا الكفيل فيها إلى الالتزام بضمان الدين المكفول ويكون سبب رضاه بذلك هو الحصول من الدائن على قرض للمدين أو على مد أجل دين سابق وثابت في ذمة المدين، ولا بد أن تتوفر في الكفالة أركان العقد بوجه عام والتي هي ثلاثة الرضا (الفرع الأول) المحل والسبب (الفرع الثاني) غير أن دراسة هذه الأركان تكون على أساس أن الكفالة عقدا تابعا.¹

الفرع الأول

التراضي في عقد الكفالة

التراضي يفيد توافق أو تطابق الإرادتين أي تراضي المتعاقدين² فالكفالة مثلها مثل غيرها من العقود تقوم على التراضي الذي هو الأساس الطبيعي لكل عقد، فتتعد الكفالة بمجرد تطابق إرادتي الدائن والكفيل³ دون الحاجة إلى رضا المدين ودون علمه وحتى رغم معارضته وهو ما نصت عليه المادة 647 ق.م.ج⁴ على أنه: "تجوز كفالة المدين بغير علمه وتجوز أيضا رغم معارضته"

لكن قبل التعرض بالتفصيل لركن التراضي يجب أن نلقي الضوء على الكفالة كعملية قانونية ثلاثية ثم نوضح من هم أطراف عقد الكفالة، وعليه إذا كان هذا الأخير بالمعنى الضيق لا يكون إلا بين الدائن والكفيل إلا أن تعريف الكفالة بالمعنى الواسع يدل على أن

1- أحمد سلامة، دروس في التأمينات المدنية، الكفالة-الرهن الرسمي-الرهن الحيازي-حق الاختصاص-الامتيازات، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 1968، ص 32.

2- علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة رعاية، الجزائر، 2001، ص 68.

3- سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1985، ص 36.

4- المادة 647 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

هناك شخصا ثالثا يهيمه الأمر أيضا وهو المدين الذي يعتبر أحد العناصر الأساسية في هذه العملية وعليه فالكفالة تشمل ثلاثة أنواع من الروابط:

- رابطة بين الدائن والمدين: في هذه الرابطة قد يشترط الدائن على المدين أن يقدم كفيلًا حتى يقبل العقد المقترح وهذا ما يحدث عادة في عقد القرض وقد يحدث أثناء تنفيذ هذا العقد أن يخشى الدائن إفسار المدين فيطلب منه تقديم كفيل إذ أن الدائن في التزام ناشئ عن فعل ضار أو فعل نافع يستطيع أن يلزم المدين بتقديم كفيل.

- رابطة بين المدين والكفيل: تتمثل سواء في اتفاق كأن يتفقا على أن يقوم الكفيل بالوفاء بالمدين في حالة عدم وفاء المدين به، أو بدون اتفاق كأن يتقدم الكفيل من تلقاء نفسه لضمان المدين، بل وبدون علم هذا الأخير أو حتى رغم معارضته وهذا فرض نادر في العمل.

- رابطة بين الدائن والكفيل: وهذه الرابطة هي التي تجسد عقد الكفالة والذي بمقتضاه يتعهد الكفيل بأن يوفي بالالتزام إذا لم يوف به المدين نفسه، إذا طرفا عقد الكفالة هما الدائن والكفيل أما المدين فهو ليس طرفا ومع ذلك فهو عنصر أساسي في عملية الكفالة التي لا تتعد إلا بتوافر أركان ثلاثة الرضا المحل السبب¹ وهو ما سيتم توضيحه بالتفصيل في العنصرين الآتيين أولا شروط انعقاد عقد الكفالة، ثانيا شروط صحة التراضي.

أولا: شروط انعقاد عقد الكفالة

يشترط لانعقاد الكفالة صدور إيجاب وقبول طرفي العقد وذلك بإحدى وسائل التعبير عن الإرادة المعروفة في القواعد العامة، وأن يتم تطابق الإيجاب والقبول على عناصر العقد الجوهرية كسائر العقود الأخرى، كما يجب أن تتوفر في الكفيل الذي سيقدمه المدين كضامن

1- زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 31.

لدينه شروطا نص عليها القانون¹، ففيما يلي سنتعرض إلى كيفية التعبير عن الإرادة ثم إلى الشروط الواجب توافرها في الكفيل حتى نتأكد الكفالة صحيحة.

1- التعبير عن الإرادة

يجوز حسب القواعد العامة أن يكون رضا الكفيل صريحا أو ضمنيا، لكن لما كان عقد الكفالة من العقود الخطيرة بالنسبة للكفيل فيلزم أن يكون رضا هذا الأخير صريحا وهذا ما يراه فريق من الفقهاء² في حين أن هناك فريق آخر يذهب إلى القول أنه لا يشترط أن يكون تعبير الكفيل عن إرادته صريحا ويؤسسون رأيهم على عدم وجود نص قانوني خاص.³

أما فيما يخص التشريعات فنصت خلافا للقواعد العامة على أن الكفالة لا تقترض، بل يجب أن تكون صريحة في حين أن القواعد العامة تنص على أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود⁴ وإذا لم ينص القانون أو لم يتفق الطرفان على أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا يجوز أن يكون ضمنيا وهو ما جاء في نص المادة 60 ق.م.ج⁵ : "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ و بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".

1- معزز دليلة، محاضرات في مقياس التأمينات العينية والشخصية، كلية الحقوق، جامعة أعلي محند أولحاج، البويرة، 2021/2020، ص 107.

2- زكي محمود جمال، المرجع السابق، ص 23.

3- منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 23.

4- زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 32.

5- المادة 60 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

بالتطبيق لهذه القواعد نجد أن كيفية تعبير الدائن عن إرادته لا تثير أية صعوبة فهو يعبر عن رضائه بالكفالة بإرادته الصريحة أو الضمنية، بل أن السكوت يعتبر قبولا من جانبه إذ أن إيجاب الكفيل يتمخض لمنفعته.¹

كما أن اشتراط الكتابة للإثبات حسب نص المادة 773 ق.م.م لا يعني وجوب أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا إذ أن الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها من إقرار أو يمين حاسمة تستخدم لإثبات ما هو صريح وما هو ضمني.²

وبالتالي فإنه لا يمكن أن تتطلب الإرادة الصريحة إلا إذا نص القانون أو تم الاتفاق على ذلك وهذا ما نصت عليه المادة 2/60 ق.م.ف³ وتجدر الإشارة إلى أنه لا يقتضي استعمال ألفاظ معينة كلفظ الكفالة أو الضمان للدلالة على التعبير الصريح، بل يكفي استعمال أي لفظ يدل صراحة على استعداد الشخص للوفاء بالدين إذا لم يوف به المدين وإذا ما ثار خلاف فإن قاضي الموضوع هو الذي يقدر توافر التعبير الصريح عن نية الكفالة من عدمه.⁴

2- الشروط الواجب توافرها في الكفيل

نصت المادة 646 ق.م.ج⁵ على أنه: "إذا التزم المدين بتقديم كفيل، وجب أن يقدم شخصا موسرا ومقيما بالجزائر، وله أن يقدم عوضا عن الكفيل تأميننا عينيا كافيا" يتضح من خلال هذا النص أن الكفيل الذي يلتزم المدين بتقديمه لا بد أن يكون موسرا وتكون إقامته في الجزائر، غير أن المشرع الجزائري أغفل عن ذكر شرطا ضروريا في الكفيل والذي يتمثل

1- نبيل سعد إبراهيم، المرجع السابق، ص 316.

2- وداد باقي، المرجع السابق، ص 34.

3- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 38.

4- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 34.

5- المادة 646 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

في الأهلية¹ وعليه فالغرض من تقديم الكفيل هو تأمين الدائن من مخاطر إعسار المدين وبذلك تكون أموال الكفيل ضامنة للدائن في استيفاء دينه² وتتمثل هذه الشروط في يسار الكفيل (أ)، الإقامة بالجزائر (ب)، وهو ما سنراه في التالي.

أ- يسار الكفيل:

يشترط في الكفيل الذي يلتزم المدين بتقديمه أن يكون موسرا أي قادرا على الوفاء بالتزام الذي قام بضمانه اذا اقتضت الحالة ذلك، فإذا كان الكفيل معسرا فلا قيمة للكفالة ويقع على المدين الذي قام بتقديم الكفيل عبء اثبات يسار هذا الأخير ويقاس يساره بما يوجد لديه من أموال كافية للوفاء بالدين الذي كفه³ يستوي أن تكون هذه الأموال منقولات أو عقارات بشرط أن تكون قابلة للحجز عليها⁴ أما القانون الفرنسي يشترط في مادته 2019 أن يكون مال الكفيل الذي يثبت يساره عقارا لا منقولا ما لم يكن الدين المكفول ديناً تجارياً أو ديناً زهيد القيمة.⁵

توافر صفة اليسر في الكفيل مسألة موضوعية متروك تقديرها لقاضي الموضوع⁶ حيث يقوم بإخراج أموال الكفيل المثقلة بالديون إذا كانت موجودة عند قيامه بحساب الأموال التي تظهر يسار الكفيل.⁷

1- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 23.

2- محمد حسين منصور، النظرية العامة للانتماء العيني، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 2001، ص 82.

3- زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 27.

4- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 24.

5- الفكرة كانت سائدة في وقت تقنين نابليون لأن المنقول في ذلك الوقت كان تافه القيمة لدى الفرنسيين، ولكن بعد تعرض هذه الفكرة إلى نقد كبير من الفقه الفرنسي خاصة بعد تغيير الظروف الاقتصادية. مشار إليه لدى زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 24.

6- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 31-32.

7- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 24.

في حالة وجود نزاع حول يسار الكفيل فإن المدين هو الذي يتحمل عبء إثبات يساره وذلك عن طريق إثباته (المدين) أن أموال الكفيل كافية للوفاء بالدين، وإذا ما ادعى الدائن وجود ديون تستغرق كل أموال الكفيل فهو ملزم بإثبات ذلك¹ كما أنه إذا كانت أموال الكفيل غير كافية لضمان الالتزام المكفول فإن الكفيل هنا يعتبر غير موسر، وعليه لا بد على المدين تقديم ضمان آخر وإلا سقط أجل الدين.²

ب- الإقامة بالجزائر

اشترط المشرع الجزائري أن يكون الكفيل مقيما في الجزائر والحكمة من ذلك واضحة وهي التسهيل على الدائن لمطالبة الكفيل والرجوع عليه لاستيفاء حقه في حالة عدم الحصول عليه من المدين.³

الإقامة المقصودة هي الإقامة الاعتيادية في الجزائر وليست الإقامة العرضية حيث لا يشترط في الكفيل أن يكون مقيما في موطن المدين كما هو الحال في القانون الفرنسي، كما لا يشترط أن يكون الكفيل جزائريا بمعنى يمكن أن يكون الكفيل أجنبيا ولكنه مقيم في الجزائر حتى ولو كان موطنه المختار⁴، وهو ما يفهم من نص المادة 646 ق.م.ج السالف الذكر، وفي حالة ما اذا غير الكفيل موطنه أثناء الكفالة ولم يعد له موطن معلوم في الجزائر، فتطبيقا للقواعد العامة يسقط أجل الدين اذا لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا وقد يكون الضمان الجديد كفيل آخر أو تأمين عيني.⁵

1- سليمان محمدي، مدونة حول التأمينات العينية والشخصية، الديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 16.

2- معزوز دليلة، المرجع السابق، ص 106.

3- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 24.

4- زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 28.

5- سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 16.

فإذا تخلف شرطي اليسار والإقامة فهذا يؤدي إلى أضعاف الضمان وهنا يلزم المدين بتقديم ضمان آخر أو تحمله سقوط الأجل.¹

ثانياً: شروط صحة التراضي.

حتى تقوم الكفالة صحيحة يشترط في كل متعاقد يوم إبرام التصرف أن يكون كامل الأهلية، كما يجب كذلك أن تكون إرادة الدائن والكفيل غير مشوبة بأي عيب من عيوب الإرادة المتمثلة في الغلط، التدليس، الاكراه والاستغلال.

1- الأهلية في عقد الكفالة:

لم تنص المادة 646 السالفة الذكر على شرط الأهلية إلا أنه شرط ضروري، فتوافر ركن الرضا يتطلب صدوره عن شخص لديه الأهلية اللازمة لإبرام عقد الكفالة وهو ما يستدعي البحث في أهلية كل من الكفيل والدائن.²

أ- أهلية الكفيل:

يجب أن تتوفر في الكفيل أهلية التبرع وأن يكون راشداً، بالغاً طبقاً لما نصت عليه المادة 40 ق.م.ج³ على أنه: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة"، وعلى ذلك لا يجوز للقاصر ولا للمحجور عليه أن يكفل الغير متبرعاً فإذا كفل كانت الكفالة باطلة، كما لا يجوز للولي أو اللوصي أو القيم أن يعقد باسم القاصر أو المحجور عليه ولو بإذن المحكمة عقد الكفالة أي باعتباره كفيلاً، لأنه لا يجوز التبرع بمال القاصر أو المحجور عليه ولو بإذن المحكمة إلا لواجب

1- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ص 26-27.

2- معزوز دليلة، المرجع السابق، ص 107.

3- المادة 40 من الأمر رقم 75-58 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

اني أو عائلي¹ فلا بد اذا للكفيل المتبرع أن يكون بالغاً سن الرشد غير محجور عليه²، أما اذا كانت الكفالة بعوض فلا تشترط أهلية التبرع بل يكفي أهلية مباشرة تلك التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتجوز من الصبي المميز ومن في حكمه وتكون قابلة للإبطال.³

كما تجوز الكفالة باسم الشخص المعنوي من المفوض له بذلك ويجوز للشريك كامل الأهلية أن يقوم بكفالة الشركة التي هو شريك فيها كما يجوز للشركة أن تكفله أيضاً⁴، وإذا منح الكفيل توكيلاً في الكفالة لشخص آخر فيشترط أن تتوفر في الموكل أو الكفيل أهلية التبرع ولا يشترط في الوكيل ذلك لأن اذا كان العقد ينعقد بإرادة النائب فإنه ينتج اثره في ذمة الأصل وهو الكفيل رغم أنها انعقدت بإرادة النائب.⁵

ب- أهلية الدائن:

وهو الطرف الآخر في الكفالة فتعتبر هذه الأخيرة بالنسبة له عملاً نافعاً نفعاً محضاً، حيث أنه لا يلزم فيها بمقابل فيكفي أن تتوافر فيه أهلية التمييز طبقاً للمادة 42 ق.م.ج⁶ التي تنص على أنه: "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون.

يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشر سنة".

2- سلامة الرضا من عيوب الإرادة:

يكون عقد الكفالة صحيحاً اذا كان مستوفياً للقواعد العامة المطلوبة في العقود من أركان وشروط صحتها، فيجب أن يكون الرضا في هذا العقد سليماً غير مشوب

1- نبيل سعد إبراهيم، المرجع السابق، ص 318.

2- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 80.

3- حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص ص 148-149.

4- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 81.

5- نبيل سعد إبراهيم، المرجع السابق، ص 319.

6- المادة 42 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

بأي عيبا من عيوب الإرادة كالغلط، التدليس، الاكراه والاستغلال، فعقد الكفالة باعتباره عقد ملزم لجانب واحد فهو ينشئ التزاما في جانب أحد المتعاقدين وهو الكفيل لذلك نجد أن مسألة عيوب الإرادة لا تهم الا الطرف المدين أما بالنسبة للدائن وان كان هناك إمكانية أن يقع في غلط في شخص الكفيل أو يساره الا أنه ليس له مصلحة في طلب ابطال العقد لهذا السبب ففي مثل هذه الحالات يستطيع الدائن أن يرجع على المدين الأصلي الذي قدم له الكفالة ليطلب منه كفيل آخر والا عرض الحقوق المكفولة بهذا الضمان للخطر كأن يطلب سقوط الأجل مثلا.¹

ما يثور غالبا من المشاكل في الواقع العملي فهو متعلق بالغلط والتدليس، ولكي يطلب الكفيل ابطال عقد الكفالة نتيجة لوقوعه في الغلط فإنه يشترط أن يكون هذا الغلط جوهريا وأن يكون المتعاقد الاخر قد وقع مثله في هذا الغلط او كان على علم به، ويكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يتمتع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط طبقا لنص المادة 82 ق.م.ج² التي تنص على أنه: "يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يتمتع معه المتعاقد عن إبرام العقد ولو لم يقع في هذا الغلط، ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية.

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

1- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص86.

2- المادة 82 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

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.¹

ومنه سنعالج في هذا الصدد كلا من ركني المحل في عقد الكفالة (أولاً)، والسبب في عقد الكفالة (ثانياً).

أولاً: المحل في عقد الكفالة

محل التزام الكفيل هو ضمان تنفيذ الالتزام الأصلي والوفاء به إذا لم يف به المدين نفسه² وإن كان محله عادة الوفاء بمبلغ من النقود إلا أنه يمكن أن يكون محله إعطاء شيء آخر أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، بل و يمكن أيضاً أن يكون التزام المكفول هو نفسه كفالة، فيضمن الكفيل الجديد التزام الكفيل الأول ويسمى كفيل الكفيل³ ويشترط في جميع الحالات أن يكون الالتزام موجوداً.

يستوي أن يكون مصدر التزام المكفول عقداً وهذا الذي يقع في الغالب، ففي عقد البيع مثلاً يقدم المشتري كفيلاً بالثمن، كما يمكن كفالة التزام مصدره عقد الإيجار فيكون

1- معزوز دلييلة، المرجع السابق، ص 109.

2- أحمد شرف الدين، التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 26.

13- يلتزم كفيل الكفيل أو ما يطلق عليه المصدق بوفاء الالتزام إذا لم يف به الكفيل، و يعتبر الكفيل في علاقته بالمصدق كالمدين في علاقته بالكفيل، و قد نصت المادة 669 من القانون المدني الجزائري على أنه: " تجوز كفالة الكفيل، وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل، إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل".

للمستأجر كفيل بالأجرة و هكذا¹. لكي تنتج الكفالة كافة أثارها يجب أن يكون الالتزام المكفول موجوداً أو قابل للوجود، أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً ومشروعاً، وأن يكون الالتزام المكفول معيناً أو قابلاً للتعيين.

1. وجود التزام المكفول أو إمكانية وجوده

لكي يكون التزام الكفيل ممكناً يجب أن يكون الالتزام الأصلي موجوداً، لكن هذا لا يمنع أن يكون الالتزام الأصلي مستقبلياً، أو شرطياً، أو طبيعياً.

أ- كفالة الالتزام المستقبلي

ورد حكم كفالة الالتزام المستقبلي في المادة 1/650 ق.م.ج² حيث نصت على أنه: " تجوز الكفالة في الدين المستقبلي إذا حدد مقدماً المبلغ المكفول" من خلال هذه الفقرة يتضح جواز كفالة الالتزام المستقبلي، وتحديد مقدار الدين المكفول وهو المبلغ الأقصى الذي يكفله الكفيل حماية له وهو شرط أساسي في هذه الحالة³ كونه لا يجني من وراء كفالته أي ربح⁴ وحتى يكون الكفيل على بينة من الدين الذي يكفله.⁵

أما بالنسبة للفقرة الثانية من نفس المادة التي تنص على: "على أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبلي لم يعين مدة الكفالة كان له أن يرجع فيها في أي وقت مادام دين المكفول لم ينشأ".

1- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 38.

2- المادة 1/650 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

3- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 53.

4- منصور مصطفى منصور، التأمينات الشخصية، المطبعة العالمية، القاهرة، 1960، ص 35.

5- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 45.

يتضح من نص المادة أن الكفيل يجوز له إذا لم يعين مدة للكفالة أن يرجع فيها في أي وقت مادام دين المكفول لم ينشأ بعد، وهذا تطبيقاً للقواعد العامة في العقود غير المحددة المدة، والتي تجيز لأي من الطرفين أن ينهي العقد بإرادته المنفردة.

ذلك إذا لم يعين الكفيل مدة لقيام كفالته ورجع فيها قبل أن ينشأ الدين كله أو بعضه، وعلم بذلك الدائن فلا يكون الكفيل ضامناً لما ينشأ من دين في المستقبل.

أما إذا علم الدائن برجوع الكفيل عن الكفالة بعد أن نشأ جزء من الدين، فلا يكون الكفيل ضامناً إلا لهذا الجزء، أما إذا عين للكفالة مدة زمنية، فلا يحق له أن يرجع عنها طول هذه المدة، أما إذا انقضت المدة دون أن ينشأ الدين برئت ذمة الكفيل نهائياً.¹

خلاصة القول أنه تجوز كفالة الدين المستقبل قبل وجوده، وذلك باستثناء الالتزام في تركة مستقبلية فإنه باطل، وتبطل تبعاً له الكفالة، وهذا ما نصت عليه المادة 2/92 ق.م.ج.² على أنه: "غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون".

ب- كفالة الالتزام الشرطي :

تنص المادة 1/650 ق.م.ج.³ على أنه: "تجوز الكفالة في الدين المشروط" ويتضح من خلال هذه الفقرة أنه ليس هناك ما يمنع من أن تكون الكفالة معلقة على شرط، ويستوي في ذلك أن يكون شرط واقفاً أو فاسخاً.⁴

1- معزوز دليّة، المرجع السابق، ص 110.

2- المادة 2/92 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

3- المادة 1/650 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

4- أنور العمروسي، التضامن والتضام والكفالة في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، مصر، 1949، ص 83.

يعني بالالتزام الشرطي أمر مستقبلي غير محقق الوقوع، يعلق على تحققه أو تخلفه وجود التزام أو زواله، فالشرط إما يكون واقفاً يترتب عليه وجود الالتزام، وإما يكون فاسخاً يترتب عليه زوال الالتزام.¹

فإذا كان الدين الأصلي معلقاً على شرط واقف² كان التزام الكفيل كذلك، فإذا تحقق الشرط الواقف أصبح التزام المكفول عنه نافذاً وتبعه التزام الكفيل³ وتجوز كفالة الدين المعلق على شرط فاسخ، فإذا تحقق الشرط الفاسخ فإن الدين الأصلي يفسخ بأثر رجعي وكذلك يفسخ التزام الكفيل تبعاً لذلك.⁴

ج- كفالة الالتزام الطبيعي

الالتزام الطبيعي يطلق على واجب يقع بين الواجب الخفي والالتزام المدني⁵ فالالتزام المدني هو الالتزام الذي يستفيد من الحماية القانونية الكاملة، حيث يكون للدائن حق في إجبار المدين على الوفاء به بشتى الطرق القانونية، فإن الالتزام الطبيعي لا يستفيد من الحماية القانونية الكاملة، إذ لا يمكن إجبار المدين على التنفيذ وفي هذا الصدد هناك من يرى أن الالتزام الطبيعي يتكون من عنصرين وهما عنصر المديونية الذي يتضمن الدين وعنصر المسؤولية الذي يسمح بإكراه المدين على تنفيذ التزامه، وإذا كان الالتزام المدني يشمل هذين العنصرين فإن الالتزام الطبيعي لا يحتوي على عنصر المسؤولية مما يجعله قابلاً للتنفيذ الاختياري دون التنفيذ الجبري.⁶ ومن هذا المنطلق إذا كان المدين غير مجبر

1- سميرة حابي، أركان عقد الكفالة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العقيد

أكلي محند أولحاج، البويرة، 2014-2015، ص 45.

2- الشرط الواقف هو الشرط الذي يترتب على تحققه وجود الالتزام.

3- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 31.

4- الشرط الفاسخ هو الشرط الذي يترتب على تحققه زوال الالتزام.

5- محمد حسنين، المرجع السابق، ص 46.

6- علي فيلالي، المرجع السابق، ص ص 16-17.

على تنفيذ الالتزام إن كان طبيعياً، فإنه من غير المتصور أن تضمن الوفاء بهذا الالتزام وهذا تطبيقاً لفكرة التبعية، حتى لا يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين.¹ لكن إذا قدم المدين في التزام طبيعي كفيل للدائن ضماناً للوفاء فسر ذلك على أنه أراد أن يحول التزامه الطبيعي إلى التزام مدني، وهذا جائز طبقاً لنص المادة 163 ق.م.ج.² التي تنص على أنه: "يمكن أن يكون الالتزام الطبيعي سبباً لالتزام مدني".

2- أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً ومشروعاً

نصت المادة 648 ق.م.ج.³ على أنه: "لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان التزام المكفول صحيحاً"، فطبقاً لهذه المادة الكفالة لا تكون صحيحة إلا إذا كان الالتزام الأصلي صحيحاً، أي لا يمكن أن توجد كفالة على التزام باطل، وفيما يلي سنبين حكم كفالة الالتزام الباطل وكفالة الالتزام القابل للإبطال ثم كفالة ناقص الأهلية باعتبار أن المشرع خصها بحكم خاص بها.⁴

أ- كفالة الالتزام الباطل:

يكون الالتزام الأصلي باطلاً إذا اختل ركن من أركان العقد، كأن يكون محله غير مشروع أو لم يستوف الشكل إذا كان العقد شكلياً أو كان سببه غير مشروع⁵ إما مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة.

1- لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول، لكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشرط أهون.

2- المادة 163 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

3- المادة 648 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع نفسه.

4- معزز دليلاً، المرجع السابق، ص 112.

5- أسماء براهيم، صفاء عطوي، أحكام عقد الكفالة في ظل التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، ورقلة، 2014-2015، ص 31.

تنص المادة 1/654 ق.م.ج¹ على أنه: "يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين"، ومن الأوجه التي يحتج بها المدين الأصلي، بطلان التزام المكفول فالكفيل أيضا أن يحتج بهذا البطلان، فتكون كفالة الالتزام الباطل باطلة مثله.²

ومن أمثلة العقد الباطل، دين المقامرة أو الرهان أو الدين الذي يكون مصدره الهبة لعيب في الشكل، كل هذه الديون باطلة لأن مصدرها عقد باطل و على هذا تكون كفالتها باطلة.³

ب- كفالة الالتزام القابل للإبطال

يعتبر الالتزام القابل للإبطال التزاما صحيحا وهذا ما إستشرطه المشرع الجزائري لصحة الكفالة، فهو منتج لكل آثاره حتى يتقرر إبطاله، أي تبعية الكفالة للالتزام المكفول تجعل مصيرها مرتبط بمصير هذا الالتزام المكفول، فتظل قائمة طالما الالتزام الأصلي قائما وتبطل إذا بطل الالتزام الأصلي.⁴

كما أن حق الكفيل في طلب إبطال كفالته لا يسقط بإجازة المدين الأصلي لعقده، وإنما يبقى قائما عملا بنص المادة 2/654 ق.م.ج⁵ لأنها استثنيت الحالة التي لا يجوز للكفيل طلب الإبطال و تحديد هذه الحالة دليل على أن المشرع لم يرد أن يحرم الكفيل من التمسك بالإبطال في كل الحالات التي يكون فيها الالتزام الأصلي قابلا للإبطال ما عدا

1- المادة 1/654 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

2- عبد الرزاق السنهوي، المرجع السابق، ص 42، أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 76.

3- عبد الرزاق السنهوي، المرجع السابق، ص 42، أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 28-29، أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 23.

4- همام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، مطابع الشعب، القاهرة، 1979، ص 107.

5- تنص المادة 2/654 ق.م.ج على أنه: "غير أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين يتمثل في نقص أهليته وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد، فليس له أن يحتج بهذا الوجه".

في حالة كفالة ناقص الأهلية، فإذا لم يكن الكفيل عالما بسبب البطلان وقت انعقاد الكفالة، جاز له أن يتمسك ببطلان التزامه ولو لم يتمسك المدين ببطلان الالتزام المكفول، لأن التبعية يجب أن يكون فيما يفيد الكفيل و ليس فيما يضره.¹

ج- كفالة الالتزام ناقص الأهلية

لقد أورد المشرع الجزائري حكما خاصا لكفالة ناقص الأهلية وذلك في مادتين، الأولى هي المادة 649 ق.م.ج² والتي تنص على أنه: "من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة لنقص أهليته كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول، باستثناء الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 654."

وفقا لهذا النص يقوم الكفيل بكفالة الالتزام لحماية الدائن من تمسك المدين بإبطال الالتزام على أساس نقص الأهلية، لذلك فإن الكفيل يجب عليه تنفيذ التزام المدين لا بصفته كفيل وإنما بصفته مدين أصلي هذا في حالة ما إذا أبطل المدين التزامه، لكن إذا أيده فهنا يصبح العقد صحيحا ويصبح الكفيل ضامنا للمدين الأصلي بتنفيذ التزامه وذلك بصفته كفيلا لا مدينا.³

أما الثانية فهي المادة 2/654 ق.م.ج السالفة الذكر فعند استقراءنا للمادة نجد أنه إذا كان الكفيل قد تقدم للكفالة وهو عالم سبب البطلان أي نقص أهلية المدين الذي يهدد الالتزام الأصلي، ففي هذه الحالة لا يستطيع التمسك بالبطلان في حالة عدم تمسك المدين به.⁴

1- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 44.

2- المادة 649 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

3- صوراية حمداوي، فتحة مسعودان، الكفالة كتأمين شخصي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012-2013، ص 28.

4- صوراية حمداوي، فتحة مسعودان، المرجع السابق، ص 28.

أما إذا كان الكفيل غير عالم ببطلان الالتزام الأصلي وذلك بسبب نقص الأهلية، ففي هذه الحالة باستطاعته التمسك بالبطلان على أساس قابلية الالتزام الأصلي للإبطال حتى ولو لم يتمسك به المدين.¹

3- أن يكون التزام المكفول معيناً أو قابلاً للتعين

لا يوجد نص صريح وارد في القانون ينص على ضرورة تعيين الالتزام المكفول بجميع عناصره لكن المبادئ العامة تقضي بأن يكون محل أي عقد معيناً أو قابلاً للتعين. بما أن الكفالة عبارة عن عقد فإنه يستوجب بالضرورة أن يكون التزام المكفول معيناً تعييناً ينفي به الجهالة الفاحشة، أو على الأقل قابلاً للتعين² وتعيين التزام الكفيل يرتبط بتعيين التزام المدين، وباعتبار أن التزام الكفيل مستقل عن التزام المدين، فإنه من الجائز أن يختلف محل كل من الالتزامين، إلا أن هذا الاختلاف مقيد بقاعدة أساسية وهي أن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من التزام المدين³ ولتبسيط هذه الفكرة يجب علينا أن نميز بين نوعين من الكفالة وهما الكفالة المطلقة والكفالة المحددة.

أ. الكفالة المطلقة

الكفالة المطلقة هي التي لا يقوم فيها الكفيل بتعيين التزامه، وإنما يتم تعيين فقط الدين الذي يكفله وهو الذي يجعل محل التزامه قابلاً للتعين⁴ فتكون كذلك متى وردت بصيغة عامة وبعبارات محملة غير مبيّنة لحدود الالتزام وهنا يتحدد نطاق الكفالة على ضوء الدين المكفول⁵ فهي تخلو من قيد التعجيل أو التأجيل فتثبت المطالبة في ذمة الكفيل بالصفة التي

1- زكريا سرليش ، الوجيز في شرح أحكام الكفالة والرهن الرسمي، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2010، ص 15.

2- صوراوية حمداوي، فتحة مسعودان، المرجع السابق، ص 28.

3- تنص المادة 652 على أنه: "لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين".

4- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 51.

5- يكون التحديد في هذه الحالة بناءً على تعيين الدين الأصلي للمكفول، فمتى تحدد الالتزام المكفول على هذا الشكل دون تحديد التزام الكفيل، فإن التزام هذا الأخير يكون مطابقاً لالتزام المدين لأنه جاء مطلقاً.

تثبت في ذمة الأصيل¹ بحيث تكون مطابقة للالتزام الأصلي من حيث نطاقه وملحقاته وشروطه وطريقة الوفاء به مكاناً وزماناً² وهذا طبقاً لنص المادة 653 ق.م.ج³ التي نصت على أنه: "إذا لم يكن هناك اتفاق خاص فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل."

فعند استقرائنا لهذه المادة فإن محل التزم الكفيل في الكفالة تشمل أصل الدين المكفول من ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى، بالإضافة إلى ما يستجد من مصروفات بعد إخطار الكفيل.

ب. الكفالة المحددة

قد لا يلتزم الكفيل إلا بجزء من الدين أو يلتزم به دون ملحقاته ومصاريفه، فهي عكس الكفالة المطلقة، فما عليه إلا تحديد محل التزامه تحديداً دقيقاً، وهذا عملاً بالقاعدة التي تقضي بأنه يجوز أن يكون التزام الكفيل أخف من التزام المدين.⁴

عقد الكفالة هو الذي يحدد محل التزام الكفيل ومن أمثلة ذلك أن يتم تحديد الكفالة من حيث المدة بأن لا تتعدى الوقت المحدد لها أو أن يتم كفالة ديون قد تنشأ خلال فترة معينة فقط، مع الإشارة أن الكفيل يستفيد من كل تغيير طارئ في الالتزام الأصلي يكون فيه مصلحة له⁵ فإن تنازل الدائن على جزء من حقه أو قام بتقسيط الوفاء فإن الكفيل يستفيد من كل ذلك ويخفف التزامه بالتبعية.

1- عبد الكريم زيدان، الكفالة والحوالة في الفقه المقارن، مكتبة القدس، العراق، 1975، ص 142.

2- علي حيدر درر، أحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، دار الجيل، بيروت، 1991، ص 810.

3- المادة 653 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

4- فتيحة براهيم، صفاء عطوي، المرجع السابق، ص 34.

5- وداد باقي، المرجع السابق، ص 50-51.

ثانياً: السبب في عقد الكفالة

ترجع صعوبة تحديد ركن السبب في عقد الكفالة إلى طبيعته الخاصة، لذا يجب الرجوع في هذا الصدد إلى القواعد العامة¹ حيث نصت المادة 97 ق.م.ج على أنه: "إذا التزم المتقاعد لسبب غير مشروع أو مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً"، وأضافت المادة 98 ق.م.ج أيضاً بأنه: "كل التزام مفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يقدّم الدليل غير ذلك".²

رغم أن الكفالة تتعقد بين الكفيل والدائن إلا أن هناك طرفاً ثالثاً ينعقد العقد لمصلحته وهو المدين حيث تعتبر عملية ثلاثية قانونية وثلاثية الآثار، فباعتبار أن السبب من أهم الأركان التي ترتكز عليها جميع العقود بما فيها عقد الكفالة.³

قد يكون سبب عقد الكفالة تبرعاً وهو الأصل وقد يكون معاوضة وهذا يرجع لإرادة الكفيل بما التزم في عقد الكفالة⁴ وفي عقد الكفالة إذا أثار نزاع حول وجود السبب أو مشروعيته فإن عبء الإثبات يقع على الكفيل، إذ عليه إثبات عدم وجوده أو مخالفته للنظام العام أو الآداب العامة، وكذلك إثبات علم الدائن بذلك الباعث الذي دفعه إلى التعاقد أو إمكانية علمه بذلك، و للكفيل اللجوء في ذلك إلى كافة طرق الإثبات.⁵

1- سارة سليمان، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 12، 2003-2004، ص 100.

2- المواد 97، 98 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

3- معزز دلييلة، المرجع السابق، ص 116.

4- سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه، دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطني في نابلس، فلسطين، 2005-2006، ص 99.

5- نبيل سعد إبراهيم، المرجع السابق، ص 346.

المبحث الثاني

اثر الكفالة الشخصية وانقضائها

متى انعقد عقد الكفالة صحيحاً فإنه يترتب أثره فيما بين عاقيه وهما الدائن والكفيل، وحيث أن الكفالة عملية قانونية أوسع من العقد ذاته ونظراً إلى طبيعتها الخاصة وهي أنها عقد تابع لالتزام أصلي فإنه يترتب على ذلك أن تنشأ علاقة بين الكفيل والمدين في حالة ما إذا وفي هذا الكفيل بالدين المكفول¹ بالإضافة إلى ذلك فكل ما يؤثر في الالتزام الأصلي يؤثر في التزام الكفيل فهو متصل به وجوداً وعدماً وانقضاء الالتزام الأصلي يعني انقضاء التزام الكفيل بصفة تبعية، كما ينقضي التزام الكفيل بصفة أصلية دون أن ينقضي الالتزام الأصلي بجميع الأسباب التي تنقضي بها الالتزامات عموماً كما ينقضي بأسباب خاصة نص عليها القانون² ومن خلال كل هذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين الأول لدراسة اثار عقد الكفالة والثاني لدراسة انقضاء عقد الكفالة.

المطلب الأول

اثر الكفالة الشخصية

يترتب على الكفالة مجموعة من العلاقات تتخذ كل منها صفات معينة وتترتب عليها احكام خاصة، بعضها ينشأ عن عقد الكفالة ذاته وهو العقد الذي طرفاه هما الدائن والكفيل، وبعضها ينشأ بسبب تنفيذ هذا العقد أي واقعة الوفاء الحاصلة من الكفيل للدائن، هذه العلاقة الأخيرة تنشأ أثار في الصلة بين الكفيل والمدين المكفول عنه وفي الصلة بين الكفلاء إذا

1- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 353.

2- وداد باقي، المرجع السابق، ص 97.

تعدوا¹، سنتولى دراسة ذلك بالتفصيل في الفرعين الآتيين الأول لدراسة العلاقة بين الكفيل والدائن والثاني لدراسة العلاقة بين الكفيل والمدين.

الفرع الأول

العلاقة بين الكفيل والدائن

يلتزم الكفيل بمقتضى عقد الكفالة أن يضمن تنفيذ التزام المدين أو الوفاء به وبترتب على ذلك أن للدائن أن يطالب الكفيل بالوفاء بالالتزام المكفول عند عدم وفاء المدين الأصلي به² والكفيل يتمسك بالدفع في مواجهة الدائن لرد هذه المطالبة³ ويعد هذا نجد أن الدائن الذي استوفى حقه من الكفيل تقع عليه واجبات يلزم بها اتجاه الكفيل وتعتبر بمثابة آثار ناتجة عن واقعة الدفع.⁴

أولاً: مطالبة الدائن للكفيل والضوابط التي تحكم ذلك

يحق للدائن مطالبة الكفيل بالدين إذا لم يقم المدين بالوفاء وحتى يتمكن الدائن من الرجوع على الكفيل يشترط عليه احترام قاعدتين أساسيتين هما:⁵

1- وجوب حلول أجل الدين بالنسبة للكفيل

ليتمكن الدائن بمطالبة الكفيل بالدين المكفول يجب أن يحل أجل هذا الدين ما لم يكن هناك أجل خاص لالتزام الكفيل، وعلى ذلك لا يجوز مطالبة الكفيل إلا بعد حلول أجل التزامه حتى ولو كان أجل الدين المكفول قد حل قبل ذلك لأنه يجوز أن يكون التزام الكفيل أخف من التزام المدين لكن لا يجوز أن يكون أجل التزام الكفيل أقصر من أجل الالتزام

1- أسماء براهيم، صفاء عطوي، المرجع السابق، ص 43.

2- زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 58.

3- دليلة معزوز، المرجع السابق، ص 122.

4- أسماء براهيم، صفاء عطوي، المرجع السابق، ص 43.

5- دليلة معزوز، المرجع السابق، ص 122.

الأصلي¹ بمعنى إذا حل التزام الكفيل قبل حلول التزام الأصيل فإن أجل التزام الكفيل يمتد حتى يصبح مساويا لنفس أجل التزام الأصيل ولا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل قبل حلول أجل الدين الأصيل لأن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد عبئا من التزام الأصيل.²

وفي حالة ما إذا كان تمديد أجل الالتزام الأصلي بإرادة الطرفين، الدائن والمدين أو بحكم القاضي فإن الكفيل يستفيد من هذا التمديد فيمتد أجل التزام الكفيل إلى هذا الأجل الجديد ولا يجوز مطالبة الكفيل قبل هذا الأجل الجديد، وإذا حدث العكس واتفقا على تعجيل أجل التزام المدين فإن الكفيل لا ينضر من هذا الاتفاق ولا تجوز مطالبة إلا عند حلول الأجل الأصلي³ أي موعد التزامه هو وهذا حماية للكفيل. لكن قد يسقط الأجل الممنوح للمدين للسداد وذلك قبل أوانه لعدة أسباب طبقا للمادة 211 من ق.م.ج⁴ التي تنص على أنه: "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 مالم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا.
- إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من تأمينات".

1- نبيل سعد إبراهيم، المرجع السابق، ص، ص 354، 355.

2- دليلة معزوز، المرجع السابق، ص 123.

3- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 91.

4- المادة 211 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

2- وجوب رجوع الدائن على المدين قبل رجوعه على الكفيل

تنص المادة 1/660 ق.م.ج¹ على أنه: "لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين" باستقراء هذا النص يتضح أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل إلا بعد رجوعه على المدين وهذا ما يبين حماية المشرع للكفيل من تعسف الدائن، لكن يمكن للدائن أن يرجع على المدين والكفيل في آن واحد فلا يقصد بالرجوع مجرد التنبيه بالوفاء أو الإعذار فالمقصود به المطالبة القضائية أي رفع دعوى على المدين والحصول على حكم قضائي لإلزامه بالوفاء²، الملاحظ أنه يرد على هذه القاعدة استثنائين هما:

الأولى: إذا أفلس المدين فإنه لا يجوز للدائن أن يرجع على المدين بمعنى ألا يتخذ أي إجراء فردي في مواجهة وإنما عليه التقدم في التفليسة حتى يمكنه بعد ذلك أن يرجع على الكفيل وحده³ طبقا لنص المادة 658 ق.م.ج.

الثانية: إذا كان لدى الدائن سندا صالحا للتنفيذ على المدين، فيعد مجرد التنبيه بالوفاء رجوعا كافيا على المدين ويفتح طريق الرجوع على الكفيل وليس هناك حاجة إلى أن يرفع دعوى على مدينه⁴. 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 وإلا تعرضت دعواه للرفض وهذا القيد لا يتعلق بالنظام العام لذا لا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها وإنما يجب أن يتمسك به الكفيل أمام المحكمة⁵ ومن ثم أوجب شروط لصحة إبداء هذا الدفع وهي:

1- المادة 1/660 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع نفسه.

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

3- زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 62.

4- معزوز دليلة، المرجع السابق، ص 123.

5- زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 62.

- يجب ألا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في هذا الدفع صراحة أو ضمناً لأنه مقرر لمصلحته ومن له التنازل عليه.
- يجب ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين، لأن الدائن هنا يستطيع الرجوع على الكفيل المتضامن ابتداءً دون إمكانية أن يدفع 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 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 بعده.¹

ثانياً: الدفع الممنوحة للكفيل لرد الكفالة

تتمثل الدفع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة في الدفع الناشئة عن الدين الأصلي والدفع الناشئة عن عقد الكفالة.²

1- الدفع الناشئة عن الدين الأصلي

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 الالتزام المكفول³ وهذا طبقاً

1- زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 63-64.

2- معزز دليلة، المرجع السابق، ص 124

3- أسماء براهيم، صفاء عطوي، المرجع السابق، ص 45.

للمادة 1/654 ق.م.ج السالفة الذكر، فيحق للكفيل التمسك بهذه الدفوع ولو كان متضامنا مع المدين طبقا للمادة 660 من ق.م.ج.

الملاحظ في هذه النصوص أن للكفيل حق التمسك في مواجهة الدائن بمثل ما يستطيع المدين الأصلي أن يدفع به في هذه المطالبة ومن أمثلة هذه الدفوع ما يترتب عنه بطلان الالتزام المكفول بالدفع بالبطلان لانعدام احد اركان العقد، وله أيضا التمسك بالدفوع المؤدية إلى انقضاء الالتزام المكفول كالوفاء أو التجديد أو غيرهما والتمسك بهذه الدفوع يكون باسم الكفيل لأن التزامه يتعلق بالالتزام المكفول فله حق التمسك بكل ما سيؤدي إلى انقضاء هذا الالتزام، كما له حق التمسك بهذه الدفوع إن تنازل عنها المدين.¹

طبقا 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 بالتبعية.²

2- الدفوع الناشئة عن عقد الكفالة

زيادة على الدفوع السابقة الذكر فإن المشرع منح الكفيل دفوعا خاصة به مراعاة لصفته واعتبارا لالتزامه التبرعي وتكمن هذه الدفوع في الدفع بالتجريد، الدفع بالتقسيم في حالة تعدد الكفلاء، الدفع بإضاعة التأمينات بخطأ الدائن، الدفع بعدم اتجاه الدائن للإجراءات ضد المدين، الدفع بعدم تدخل الدائن في تقليصة المدين.³

1- معزوز دليلة، المرجع السابق، ص 124.

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

3- خلوي محمد، مداخلة "عقد الكفالة في القانون الجزائري"، مداخلة أقيمت في ملتقى وطني حول أحكام عقد الكفالة في التشريع الجزائري، انعقد في 25-26 مارس 2013، كلية الحقوق جامعة باجي مختار، عنابة، ص 16، نقلا عن أسماء براهيم، صفاء عطوي، المرجع السابق، ص 47.

أ- الدفع بالتجريد

يترتب عن الصفة الاحتياطية للالتزام الكفيل، أن الدائن لا يستطيع أن ينفذ على أموال الكفيل قبل أن ينفذ على أموال المدين هذا ما يسمى بالدفع التجريد¹ وقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 2/660 من ق.م.ج² على أنه: "ولا يجوز للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق".

أ-1- شروط الدفع بالتجريد

حتى يستطيع الكفيل أن يتمسك بالدفع بالتجريد لأبد من توافر عدد من الشروط وهي كالآتي:

- أن يكون الكفيل شخصيا 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 رهنه³ ولا يحق له التمسك بالتجريد إلا إذا كان قد اشترط ذلك صراحة⁴ وهو ما نصت عليه المادة 901 من ق.م.ج⁵ على أنه: "إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا على ما رهنه من ماله. ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين إلا إذا وجد مدين آخر غير مكفول في حالة تعدد المدينين".

- أن يكون الكفيل قد تمسك بهذا الحق

1- وداد باقي، المرجع السابق، ص 109.

2- المادة 2/660 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

3- أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 10.

4- معزوز دليلة، المرجع السابق، ص 125.

5- المادة 901 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

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 وملابساته، مثلا أن يتعهد الكفيل بأن يدفع الدين فورا عند حلول أجله وإذا ما تنازل عن هذا الحق فلا يجوز أن يستعمله بعد ذلك.¹

- ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين

نصت المادة 665 ق.م.ج² على أنه: "لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد"، وعليه فالكفيل المتضامن مع المدين لا يجوز له التمسك بالدفع بتجريد المدين³، غير أن تضامن الكفيل مع الكفلاء الآخرين فلا يمنع أحدهم من التمسك بتجريد المدين ولكن لا يجوز للكفيل المتضامن مع غيره عند رجوع الدائن عليه أن يتمسك بالدفع بقسمة الدين، لأنه بذلك يصبح مسؤولا أمام الدائن بكل الدين الذي كفله.⁴

- إرشاد الكفيل الدائن إلى أموال المدين

ورد هذا الشرط في المادة 661 من ق.م.ج⁵ التي نصت على أنه: "إذا طلب الكفيل التجريد، وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين تفي بالدين كله.

ولا يؤخذ بعين الاعتبار الأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي الجزائرية أو كانت متنازعا فيها"، طبقا لنص هذه المادة حتى يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد يجب أن يكون للمدين أموال يستطيع الدائن أن ينفذ عليها ويقع على الكفيل إثبات وجود هذه الأموال للوفاء بكل الدين فيتحمل كل النفقات كاستخراج الشهادات المثبتة لملكية

1- زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 66.

2- المادة 665 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

3- وداد باقي، المرجع السابق، ص 112.

4- معزز دليلة، المرجع السابق، ص 125.

5- المادة 661 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

المدين لعقارات معينة أو منقولات أو لحقوق شخصية كمبالغ مودعة في بنك من البنوك مثلا¹ ويشترط في الأموال التي يجب أن يرشد إليها الكفيل عدة شروط:

- أن تكون الأموال مملوكة للمدين: فالأموال غير المملوكة له لا يعتد بها ولو كانت في حيازته، وأن تكون هذه الأموال قابلة للحجز عليها، وكافية للوفاء بالدين، فإن كانت الأموال التي يرشد إليها الكفيل لا تكفي لسداد الدين كله فإنه لا يجوز التمسك بالدفع بالتجريد، كما أنه إن كانت الأموال غير كافية لسداد كل الدين، فلا ينفذ الدائن عليها فلو قام بذلك فإنه يؤدي إلى إجباره بالوفاء الجزئي لحقه وهو ما يتعارض مع نص المادة 277 من ق.م.ج² التي تنص على أنه: "لا يجبر المدين الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".

- إلزامية وجود الأموال في الجزائر:

تكمن الحكمة من هذا الشرط إلى القول أنه إذا كانت هذه الأموال خارج الجزائر فإنه يصعب التنفيذ عليها من قبل الدائن، وكذلك لتجنب إرهاق الدائن من خلال مباشرة إجراءات معقدة عند وجود الأموال في خارج إقليم الدولة، هذا ولا يشترط أن تكون الأموال موجودة في مكان الوفاء بالدين أو في موطن المدين.³

- ألا تكون أموال المدين متنازع عليها: لأن أموال المدين إن كانت متنازعة عليها فهي

غير مضمونة ولا يمكن التنفيذ عليها إلا بعد الفصل في الدعوى المرفوعة بشأنها

سابقا.⁴

1- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 70.

2- المادة 277 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

3- زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 69.

4- زاهية سي يوسف، المرجع نفسه، ص ص 68-69.

أ-2- آثار الدفع بالتجريد

متى توافرت شروط الدفع بالتجريد وقبلته المحكمة فإنه يترتب على ذلك آثار قانونية هامة تتمثل في:

- **عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل:** إذا توافرت الشروط المذكورة أعلاه فإن الحكم الذي حصل عليه الدائن لا يمكن تنفيذه إلا بعد ما يجرد 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 دلّ عليها الكفيل إلا أنه لم يستوف دينه كاملاً وذلك عن طريق تقديم محاضر الحجز أو أوراق التنفيذ¹ وهو ما يستفاد من نص المادة 2/660 ق.م.ج السالفة الذكر والمادة 662 ق.م.ج² إلا أن إجراءات التنفيذ لا تمنع الدائن من التحفظ على أموال الكفيل أي يستطيع حجزها تحفظياً للحفاظ على ذمة الكفيل المالية حتى لا يتجرأ الكفيل بالتصرف فيها.³

- **إلزام الدائن بالتنفيذ على أموال المدين التي أرشده إليها الكفيل:** على الدائن أن يبادر إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهة المدين وإلا تحمل نتيجة إعسار 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 نقصير الدائن على الكفيل وفقاً للقواعد العامة.⁴

1- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ص 128-129، نقلاً عن زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 70.

2- راجع المواد 660-662/2 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

3- دليّة معزوز، المرجع السابق، ص 127.

4- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 204.

- مسؤولية الكفيل عند عدم حصول الدائن على حقه كاملاً: عندما يتخذ الدائن الإجراءات التنفيذية المناسبة في مواجهة المدين فإن ذلك يؤدي عادة إلى حصوله على حقه، إلا أنه من المتصور أن لا يستوفي الدائن لحقه كاملاً بالرغم من قيامه بالإجراءات التنفيذية على الوجه الصحيح لسبب أجنبي لا يد له فيه إذ قد يظهر دائنين عاديين للمدين يزاحمون الدائن ويقاسمونه حصيلة التنفيذ مما يؤثر على كفاية الأموال للوفاء بالدين وعند التنفيذ قد تنخفض قيمة أموال المدين بسبب تقلبات السوق... إلخ وما ينتج عن ذلك أن الكفيل لا تبرأ ذمته إلا بقدر ما استوفى الدائن من المدين بعد التنفيذ عليه، وهنا للدائن الرجوع على الكفيل بالباقي من حقه لكن يتعين عليه ليقوم بهذا الرجوع أن يثبت أنه قد تم التنفيذ على جميع الأموال التي دل عليها الكفيل كما سبق شرح ذلك.¹

ب- الدفع بالتقسيم

نصت المادة 664 ق.م.ج.² على هذا الشرط كما يلي: "إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم قسم الدين عليهم ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة.

أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية فإن كل واحد منهم يكون مسؤولاً عن الدين كله إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه يحق التقسيم"، والتقسيم طبقاً لهذه النص 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 الدين.³

1- أسماء براهيم، صفاء عطوي، المرجع السابق، ص 50.

2- المادة 664 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

3- سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 38.

ب-1 شروط الدفع بالتقسيم

لكي يتمكن الكفيل من التمسك بهذا الدفع لابد من توافر شروط معينة نذكرها:

- أن يتعدد الكفلاء: هو الشرط الأساسي لقيام الدفع بالتقسيم، فإذا كان هناك كفيل واحد فلا مجال للكلام عن التقسيم لأنه مسؤول وحده عن الدين كله.¹
- أن يتعدد الكفلاء لدين واحد: هذا الشرط لا يسمح للكفيل مطالبة الدائن بتقسيم الدين بينه وبين المصدق أي كفيل الكفيل، لأنهما لا يكفلان نفس الدين المكفول من طرف الكفيل كما أنه لو اختلفت الديون المضمونة من الكفلاء فلا مجال للتقسيم وإنما يكون كل واحد منهم مسؤولاً عن الدين الذي ضمنه ولا يمكن منهم طلب التقسيم مع مدين آخر لأنهم لم يكفلوا نفس المدين.²
- أن يكفل الكفلاء نفس المدين: إذا تعدد المدينين المتضامنين بينهم وقدم كل منهم كفيلاً فإن كل منهم يكفل ديناً واحداً غير أنه قد لا يكفل نفس المدين وبالتالي يمنع عن هؤلاء الكفلاء المطالبة بالتقسيم، فكل واحد منهم مسؤول عن الدين بأكمله غير أنه إذا كفل الكفلاء المدينين المتضامنين فإنهم بذلك قد كفلوا ديناً واحداً ونفس المدينين فينقسم الدين عليهم.³
- أن يتعددوا الكفلاء بعقد واحد: فإذا تعدد الكفلاء وكانوا قد التزموا بعقد واحد فإن هذا يدل على أن كل كفيل قد اعتمد على الكفلاء الآخرين، وبالتالي انصرفت نيته إلى أنه لا يلتزم إلا بقدر نصيبه لذلك فإن المشرع قرر تقسيم الدين فيما بينهم بقوة القانون. أما في حالة ما إذا كان كل كفيل قد كفل الدين بعقد مستقل فإنه لا يكون قد اعتمد على

1- زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 76.

2- محمد عبد الله رزقي، التأمينات الشخصية، مداخلة في إطار ملتقى وطني حول عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري وقانون الأسرة الجزائري، يومي 25-26 مارس 2013، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، نقلاً عن دليّة معزوز، المرجع السابق، ص 129.

3- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 95.

غيره من الكفلاء فلا ينقسم الدين إلا إذا احتفظ بحق التقسيم استناداً إلى المادة 664 ق.م.ج السالفة الذكر.

- ألا يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم: معنى ذلك أنهم إذا كانوا متضامنين فيما بينهم يسقط عليهم حق الدفع بالتقسيم¹، ويجوز للدائن الرجوع على أي منهم ويطالبه بالوفاء بكل الدين عملاً بأحكام التضامن.²

ب-2 آثار الدفع بالتقسيم

إذا توافرت الشروط السابقة فإنه لا يحق للدائن أن يطالب أيّاً من الكفلاء إلا بقدر حصته في الدين، وإذا لم تحدد حصّة كل كفيل في الدين أو سكت الكفلاء عن قيمة ما يتحملة كل كفيل فإن الدين ينقسم عليهم بحسب عددهم أي يفترض التساوي بينهم، وإذا طالبه بكل الدين كان للكفيل أن يتمسك بالتقسيم ويقسم الدين بينهم بالتساوي بقوة القانون، ويجب على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها دون حاجة إلى أن يتمسك به الكفيل مادام لم يثبت أنه نزل عن حقه فيه. ويفسر الفقه بأن الدين ينقسم بين الكفلاء من يوم إبرام عقد الكفالة وليس من يوم المطالبة القضائية أو الحكم في الدعوى.³

ج- الدفع بإضاعة التأمينات:

نصت المادة 656 من ق.م.ج⁴ على أنه: "تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات، ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون"، يتضح من هذا النص أن الدائن إذا أهمل في المحافظة على التأمينات بأن أضاع شيئاً منها بخطئه فإن ذمة الكفيل تبرأ بقدر ما أضاعه الدائن من هذه الضمانات ويستطيع الكفيل أن

1- زاهية سي يوسف، المرجع نفسه، ص 77.

2- دليلة مغروز، المرجع السابق، ص 129.

3- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 93.

4- المادة 656 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

يدفع مطالبة الدائن له¹. ويشترط لثبوت حق الكفيل في التمسك بهذا الدفع توافر هذه الشروط:

- أن يكون الدائن قد أضع تأميناً خاصاً: فيجب أن يكون التأمين الضائع تأميناً خاصاً للوفاء بالدين المكفول سواء كان تأمين شخصي أو عيني قدم من المدين أو شخص آخر سواء وجد قبل الكفالة أو معها أو بعدها.²
- أن يكون الدائن قد أضع التأمين بخطأ منه: كإهماله قيد الرهن.³
- يجب أن يترتب على ضياع التأمينات ضرر بالكفيل: يعني أن الضمانات التي أضعها الدائن بخطئه أدت إلى الإضرار بالكفيل لأنها ذات قيمة معتبرة غير أنه إذا كانت الضمانات التي أضعها الدائن عديمة القيمة فإنه لا يجوز للكفيل التمسك بهذا الدفع.⁴

د- الدفع بعدم اتخاذ الدائن إجراءات ضد المدين:

نصت المادة 1/657 ق.م.ج⁵ على أنه: "لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه يتخذها...", يتضح من خلال هذا النص أن تأخر الدائن في الرجوع على المدين لا يترتب عليه سقوط حقه في مطالبة الكفيل ولو ترتب عنه إضرار بالكفيل نتيجة إعسار المدين وتعذر رجوع الكفيل عليه، غير أن القانون أقر حماية للكفيل ضمن المادة 2/657 ق.م.ج⁶ والتي جاء فيها أنه: "...غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يتم

1- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 76.

2- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 245.

3- دليلة معزوز، المرجع السابق، ص 130.

4- نزيه كبارة، العقود المسماة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2010، ص 283، نقلا عن أسماء براهيم، صفاء عطوي، المرجع السابق، ص 54.

5- المادة 1/657 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

6- المادة 2/657 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع نفسه.

الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا".

بالتالي إذا حل أجل الدين وخشي الكفيل أن يتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين يستطيع الكفيل إنذاره باتخاذها، حين يرفع الدائن دعوى على المدين أو يبدأ في اتخاذ إجراءات التنفيذ ضده إذا كان بيده سندا تنفيذيا، وعليه فإن انقضت ستة أشهر من يوم الإنذار دون أن يقوم الدائن باتخاذ هذه الإجراءات تبرأ ذمة الكفيل إلا إذا قدم المدين للكفيل ضمانا كافيا يضمن به الكفيل الرجوع عليه إذا ما اضطر للوفاء للدائن، وقبول هذا الدفع يؤدي إلى رفض دعوى الدائن والحكم ببراءة الكفيل.¹

هـ - الدفع بعدم تدخل الدائن في تفليسة المدين.

نظم المشرع الجزائري هذه الحالة في نص المادة 658 من ق.م.ج² التي تنص على أنه: "إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن"، فمن خلال هذا النص نجد أن المشرع أعطى الدائن حق التدخل في التفليسة لأنها الوسيلة الوحيدة لاستيفاء حقه من المدين.³

ثالثا: التزامات الدائن عند استيفاء الدين اتجاه الكفيل

تترتب بعض الالتزامات على الدائن عند استيفاء الدين نصت عليها المادة 1/659 من ق.م.ج التي تتمثل في:

- أن يسلم للكفيل عند وفائه للدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع.

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

2- المادة 658 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

3- سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 43 .

- أن يلتزم بنقل التأمينات الضامنة للدين إن كان هذا الأخير مضمونا بتأمين عقاري وذلك طبقا لما نصت عليه المادة 3/659 من ق.م.ج.

- أن يلتزم بالتخلي عن التأمين المتمثل في المنقول طبقا لنص المادة 2/659 من ق.م.ج.¹

ولقد نصت المادة 671 ق.م.ج.² على التزامات الدائن عند استيفاء الدين اتجاه الكفيل على أنه: "إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين..."، إن حكم هذه المادة ما هو إلا تطبيقا للقواعد العامة الواردة بنص المادة 261 من ق.م.ج.³ الخاصة بالوفاء مع الحلول.

كما تضيف المادة 264 ق.م.ج.⁴ أحكاما أخرى حيث نصت على أنه: "من حل محل الدائن قانونا أو اتفاقا كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكلفه من تأمينات، ما يرد عليه من دفعات ويكون هذا الحلول بالقدر الذي اداه من ماله من حل محل الدائن".

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 التزامه لأن تصرف الدائن هذا يؤدي إلى إضعاف حق الكفيل في الرجوع واسترداد ما وفاه.

1- راجع نص المادة 659 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

2- نص المادة 671 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع نفسه.

3- راجع نص المادة 261 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع نفسه.

4- نص المادة 264 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع نفسه.

وعليه عند حدوث التنازع كان للكفيل في إيداع مبلغ الدين بخزانة المحكمة وله بعد هذا الإيداع القانوني الرجوع على المدين بعد الحصول على شهادة بذلك تغنيه من مستندات الدين وعن المخالصة¹ هذا ما نصت عليه المادة 659 ق.م.ج السالفة الذكر.

الفرع الثاني

العلاقة بين الكفيل والمدين

طبقا 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 الوفاء² وعليه إذا كان من وفى دين غيره ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه فإنه يستطيع الرجوع على المدين بدعوى الكفالة (أولا) أو بدعوى الحلول محل الدائن (ثانيا).

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

إن الكفيل إذا وفى للدائن فله الحق في الرجوع على المدين وعليه تنص المادة 670 ق.م.ج³ على أنه: "يجب على الكفيل أن يخبر المدين قبل أن يقوم بالوفاء أي بوفاء الدين وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كان عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين أو انقضائه...".

وتنص المادة 672 ق.م.ج⁴ على أنه: "يكون للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه.

1- أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 70.

2- دليلة مغزوز، المرجع السابق، ص 133.

3- المادة 670 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

4- المادة 672 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

ويرجع بأصل الدين والمصروفات، غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل غلا 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 متضامنا أو كفيلًا عاديًا أو كفيلًا مأجورًا أو غير مأجور وسواء كان كفيلًا شخصيًا أو عينيان لكن هناك استثناء هو أنه لا يدخل في نطاق هذا النص الكفيل الذي يكفل المدين رغم معارضته ولا يدخل أيضا في نطاق هذا النص الكفالة التي تعقد لمصلحة الدائن دون مصلحة المدين. وبذلك تكون الكفالة في صالح الدائن دون المدين إذا عقدت بعد وجود الالتزام في ذمة المدين وذلك لتأمين الدائن ضد خطر إفسار المدين دون فائدة لهذا الأخير¹ وفي هذه الحالة لا يحق للكفيل الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية وإن عاد له الحق في الرجوع بناء على دعوى الإثراء بلا سبب² المنصوص عليها في القواعد العامة.

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 الأصلي.³

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

1- زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص ص 84-85.

2- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 109.

3- زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص ص 86-87.

بمقابل أو التجديد بتغيير المدين أو الإنابة الكاملة أو اتحاد الذمة بشرط أن يترتب على ذلك براءة ذمة المدين¹، 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 كلياً² والوفاء لا يشترط فيه أن يكون كلياً بل قد يكون جزئياً 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 غرماء.³

3- أن يخطر الكفيل المدين قبل الوفاء وعدم معارضته للوفاء

هذا الشرط نصت عليه المادة 670 ق.م.ج السالفة الذكر، التي تفرض التزاماً على الكفيل بإخبار المدين قبل الوفاء للدائن حتى يعترض عليه إن كان هناك وجه لذلك كما يخرجه بالمطالبة الحاصلة من الدائن.

الحكمة واضحة حتى يتسنى للمدين الاعتراض على هذا الوفاء إذا كان ما يبهره، كأن يكون الدين قد انقضى بإحدى طرق الانقضاء أو كان باطلاً أو قابلاً للإبطال فيمتنع الكفيل عن الوفاء. فإذا لم يتم الكفيل بإخطار المدين سقط حقه في الرجوع عليه إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطان الدين أو انقضاءه أما إذا لم يكن لدى المدين أسباب تؤدي إلى انقضاء الدين أو بطلانه ولم يكن قد وفى به فلا يسقط حق الكفيل في الرجوع على المدين رغم عدم إخطاره إذا لم يترتب على تصرفه ضرر

1- عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام القانون المدني المصري، التأمينات الشخصية والعينية، 1954، ص 188، نقلا عن

نبيل سعد إبراهيم، المرجع السابق، ص 388.

2- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 144.

3- زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 87.

للمدين¹ ويقع عبئ إثبات الإخطار على الكفيل وإثبات الاعتراض على المدين وفقا للمبادئ العامة في الإثبات.²

فإذا أخطر الكفيل المدين ولم يرد هذا الأخير على إخطاره أو تراخى في ذلك ثم وفي الكفيل بالدين فعليه أن يرجع بالدعوى الشخصية لاسترداد ما وفاه ولو ظهر للمدين أسباب تقضي ببطلانه إذ يتحمل تبعه تقصيره ويلتزم بأن يدفع للكفيل ما اداه³ هذا ويرجع الكفيل على المدين طبقا للمادة 672 ق.م.ج السالفة الذكر، بأصل الدين والمصروفات والفوائد وكذلك التعويضات.

4- أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين ودون معارضته

أجمع الفقه على أن الكفالة تقتصر على الحالات التي تتعقد فيها الكفالة دون معارضة المدين، وذلك على أساس أن الكفالة تتحقق غالبا مصلحة للمدين وتأمين 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 فيحق لكل منهم الرجوع بدعوى الكفالة طالما تمت الكفالة بغير معارضة المدين وكانت تحقق مصلحة للمدين أو مصلحة للدائن والمدين معا، وكل هذه الأحوال يقتصر حق الكفيل في الرجوع على المدين بدعوى الكفالة لأن الدعوى الشخصية دعوى خاصة تمنح للكفيل على أساس أنه يكون قد قدم خدمة للمدين.⁴

ثانيا: طرق رجوع الكفيل على المكفول عنه بدعوى الحلول

نصت المادة 671 ق.م.ج السالفة الذكر أن الكفيل الذي وفى الدين سوف يحل محل

1- أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 94.

2- أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 498.

3- عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 280.

4- دليلة معزوز، المرجع السابق، ص 134.

الدائن في مطالبة المدين بحقوقه، وإن هذه الدعوى ما هي إلا تطبيقا خاصا للقاعدة العامة¹ الواردة في المادة 261 ق.م.ج السالفة الذكر، وبالتالي فيكفي لرجوع الكفيل بدعوى الحلول أن يكون قد وفى الدين سواء قد علم المدين بهذه الحالة أو لم يعلم.²

للكفيل الاستفادة من كل التأمينات الضامنة للدين إن وفى بالالتزام أو وفى جزء وقام المدين بالوفاء بالجزء الباقي أو قام شخص آخر غير المدين بالوفاء، وهنا يكون هذا الشخص والكفيل على قدم المساواة، فيقسمان الناتج من دعوى الحلول قسمة غرماء طبقا لما نصت عليه المادة 265 من ق.م.ج³ على أنه: "... فإذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقي له من حق رجوع من حل أخيرا هو ومن تقدمه في الحلول كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء".

يشترط في دعوى الحلول شروط تتمثل في: أن يكون المدين قد وفى بالدين فعلا أي كانت طريقة الوفاء إذ يقضي الكفيل الدين بالوفاء أو بما يقوم مقام الوفاء، أن يكون الوفاء قد تم عند حلول الأجل، كما يشترط أن يكون وفاءه للدين كاملا.⁴

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

- يرجع الكفيل بحق الدائن بما له من خصائص وبالتالي لا يمكن أن يرجع على المدين إلا عند الحلول أجل الدين فلو منح الدائن أو القاضي أجلا للمدين، فإن الكفيل لا يستطيع الرجوع على المدين قبل هذا الأجل الجديد.

1- زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 92.

2- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 104.

3- المادة 265 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

4- زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 93.

- 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.
- يحل الكفيل محل الدائن في حقه بما يرد على هذا الحق من دفع فبتمسك المدين في مواجهة الكفيل بما كان يستطيع التمسك به في مواجهة الدائن.¹

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 المكفول.²
- 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 أنفقه في الإرشاد على أموال المدين لتجريده، ومصروفات الدعوى التي رفعها الدائن على الكفيل لكن لا يرجع بهذه المصروفات على المدين إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذها ضده لأن المدين متى أخطر بها قد يسارع إلى الوفاء بالتزامه ويتجنب بذلك المصروفات التي يقوم بها الكفيل أو الدائن ولو لم يخطر.³

هذا وبالمقابل فإن حق الكفيل في الرجوع يمتد حتى إلى مصروفات المطالبة الأولى كمصروفات التنبيه بالوفاء ومصروفات رفع الدعوى، إذ أنها مصروفات تتفق قبل أن يصل

1- دليلة معزوز، المرجع السابق، ص 136.

2- براهيم أسماء عطوي صفاء، المرجع السابق، ص 59.

3- براهيم أسماء عطوي صفاء، المرجع نفسه، ص 59.

الكفيل إلى اتخاذ أي إجراء بإخطار للمدين ولهذا يلتزم بها المدين لا 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 ضررا.

المطلب الثاني

انقضاء الكفالة الشخصية

تتقضي الكفالة إما بصورة تبعية، إذ لا وجود لهذه الأخيرة إذا لم يكن هناك التزام أصلي جاءت من أجل ضمان الوفاء به، وبالتالي تطبيقا للقاعدة التي تقول التابع يتبع المتبوع، فإن كل ما يؤدي إلى انقضاء الالتزام الأصلي سيؤدي إلى انقضاء الكفالة تبعا له، كما تتقضي الكفالة بصورة أصلية لكون أن هذه الأخيرة لها مقوماتها الخاصة وبالتالي إذا توفر في هذا العقد أسباب الانقضاء، فإنه يؤدي إلى انتهاء الكفالة وزوالها.

فيما يلي سوف نتناول بالشرح أسباب انقضاء الكفالة بالتبعية (الفرع الأول)، وأسباب انقضاء الكفالة بطريقة أصلية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الأسباب العامة لانقضاء عقد الكفالة

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

سوف نتعرض لأسباب انقضاء الالتزام المكفول وهي فيما يلي: انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء، انقضاء الالتزام الأصلي بما يعادل الوفاء، كما نتعرض أيضا لانقضاء الالتزام الأصلي بدون وفاء.

أولاً: انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء

الوفاء كقاعدة عامة يتم من قبل المدين، ولكن قد يحصل أن يدفع الدين شخص آخر غير المدين¹ فهو يعتبر في القانون المدني الجزائري سبب لانقضاء الالتزام² فقد يفى المدين بالدين للدائن فينقضي بذلك الدين و ينقضي معه بالتبعية الكفالة ويكفي لقضاء الدين المكفول أن يحجز الدائن على أموال المدين و يبيعهها و يكون الثمن كافي لوفاء حقه³ أما إذا وفى المدين جزء من الدين فإن الكفالة لا تنقضي إلا بمقدار الجزء المدفوع⁴ أما إذا لم يقبل الدائن الوفاء مما أضطر المدين لعرض الدين عرضاً حقيقياً ثم الإيداع فإن الغرض الحقيقي يقوم مقام الوفاء إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته⁵ كما أنه قد يوفي بالدين المكفول ولكن رغم ذلك لا ينقضي هذا الدين وهي حالة إذا وفى الغير الدين للدائن فيحل محله، هنا يرجع الموفي بالدين على المدين.

ثانياً: انقضاء الالتزام الأصلي بما يعادل الوفاء

نص المشرع الجزائري على خمسة أسباب لانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء وهما كما

يلي:

1- انقضاء الدين المكفول بالوفاء بمقابل

يعتبر الوفاء بمقابل طريق من طرق انقضاء الحق وإنهائه، ويتم اللجوء إلى هذه

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

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

3- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 214.

4- محمد كامل مرسى بك، التأمينات الشخصية و العينية (إثبات الحقوق العينية و أحكام التسجيل)، مطبعة النصر، مصر، 1927، ص 50.

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

الوسيلة في الحالة التي يتراضى فيها طرفى الحق على استبدال الحق الجديد المتفق عليه بالحق الأصلي.¹

تنص المادة 655 ق.م.ج² على أنه: "إذا قبل الدائن شيئاً آخر في مقابل الدين، برئت بذلك ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء" نفهم من خلال هذا النص أن المدين يفترض إن قدم للدائن عوضاً عن المحل الأصلي والدائن قد قبل بهذا العوض كمقابل للشيء المستحق فبذلك يقوم مقام الوفاء وينقضي به الدين، فإن ذلك يترتب عليه براءة ذمة المدين من الدين الأصلي، كما تبرأ ذمة الكفيل و ينقضي التزامه بطريق تبعي، و إذا كان قبول الدائن الشيء الآخر لم يكن اختيارياً فلا نكون أمام الوفاء بمقابل فشرطه أن يكون الدائن قد قبله اختيارياً والحكم الوارد في المادة السالفة الذكر ليست من النظام العام.³

2- انقضاء الدين المكفول بالتجديد

التجديد هو اتفاق بين الطرفين على إنهاء الالتزام الأصلي أو تقديم القائم بينهما مقابل إنشاء التزام آخر جديد يحل محله وهذا حسب نص المادة 291 ق.م.ج⁴ التي تنص على أنه: "يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه وإنشاء التزام جديد"، فيؤدي تجديد الالتزام الأصلي المكفول إلى انقضائه ونشوء التزام جديد محله وتنقضي تبعا الكفالة الضامنة له ما لم يقبل الكفيل بضمان الالتزام الجديد تطبيقاً لنص المادة 293 ق.م.ج⁵ التي نصت على أنه: "لا تنتقل الكفالة العينية، أو الشخصية، ولا التضامن إلى الالتزام الجديد

1- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقهما في القوانين الجزائرية، الطبعة العاشرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 355.

2- المادة 655 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

3- زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 134-136.

4- المادة 291 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

5- راجع نص المادة 293 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع نفسه.

إلا إذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون" فالإجراء الجديد يتطلب شروطاً¹ حتى يترتب أثره فيجب أن يكون الالتزامين القديم والجديد الذي يحل محله صحيحين، ويكون متى جدد المدين الأصلي دينه بتغيير الدائن أو المدين أو تغيير الدين في محله أو مصدره.

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 1/295 ق.م.ج³ التي نصت على أنه: "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 المدين و يصبح للدائن مدينان بدلاً من مدين واحد، فهي لا يترتب عليها انقضاء الدين ولا التأمينات القائمة على ضمانه.⁴

1- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 103.

2- راجع نص المادة 294 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

3- المادة 1/295 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع نفسه.

4- زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 106.

4- انقضاء الدين المكفول بالمقاصة

يراد بالمقاصة تلك العملية القانونية التي يرمي الكفيل من خلالها إلى إسقاط الدين المترتب بدمته تجاه الدائن أو على الأقل جزء منه وذلك عندما يصبح بدوره دائناً لهذا الأخير.¹

فإذا ثبت في ذمة الدائن دين للمدين يصلح للمقاصة أي توفرت فيه شروط المقاصة، فإن هذا يعطي الحق للكفيل بأن يتمسك بالمقاصة² فهي لا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة بذلك³ حسب ما نصت عليه المادة 300 ق.م.ج⁴ التي نصت على أنه: "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 عنها.⁵

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 الأصلي⁶ و هذا ما قضت به المادة 1293 ق.م.ف⁷ التي تنص على أنه:

« la compensation a lieu, quelles que soit les causes de

l'une ou l'autre des dettes, excepté dans les cas :

1- محمد محمود معطي، الكفالة في ضوء الفقه والإجتihad، منشورات الحلبي، لبنان، 2009، ص 147.

2- قدري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 214.

3- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 114.

4- راجع نص المادة 300 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

5- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 114.

6- محمد محمود معطي، المرجع السابق، ص 149.

7- راجع نص المادة 1293 من القانون المدني الفرنسي، المرجع السابق.

- De la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé.
- De la demande en restitution d'un dépôt et du prêt a usage.
- D'une dette a pour cause des aliments déclarés insaisissable ».

5- انقضاء الدين المكفول بإتخاذ الذمة

هذا ما نصت عليه المادة 1/304 ق.م.ج على أنه: "إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة.¹"

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

ثالثا: 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.ج² على أنه: "ينقضي الالتزام إذا برأ الدائن مدينه إختباريا، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين" ويقصد به تنازل الدائن عن حقه بإرادته المنفردة بدون مقابل، فهو تبرع ينقضي به الدين وتبرأ ذمة المدين دون أن يحصل الدائن على شيء.³

1- المادة 1/304 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

2- المادة 305 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع نفسه.

3- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 487.

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 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 (الكفالة)، والعينية (كالرهن)، وجميع الالتزامات التابعة له.¹

2- انقضاء الالتزام الأصلي باستحالة التنفيذ

ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين ان عدم الوفاء به أو التأخير فيه ناشئ عن سبب لا يد فيه ولا يمكن توقعه أو دفعه كالسبب الأجنبي الذي يجب إثباته من طرف المدين وهو ما نصت عليه المادة 307 ق.م.ج² على أنه: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين ان الوفاء به أصبح مستحيلاً 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 ضامناً للالتزام بالتعويض³ غير أنه إذا وقعت استحالة تنفيذ الالتزام بالوفاء بفعل الغير، فإن ذمة المدين تبرأ لاعتباره سبباً أجنبياً بالنسبة للمدين، ويبقى الكفيل مسؤولاً عن خطئه كمدين أصلي في حق الدائن.⁴

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،

1- محمد مخلوفي، المرجع السابق، ص 20.

2- المادة 307 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

3- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 207.

4- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 103.

وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 1/321 ق.م.ج¹ على أنه: "لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائيا بالتقادم بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو من أحد دائنيه، أو أي شخص له مصلحة فيه و لو لم يتمسك المدين به."

للكفيل مصلحة في التمسك بالتقادم لأن بتمسكه به تبرأ ذمته نهائيا، كما يستطيع أن يتمسك بالتقادم حتى ولو تنازل المدين عن التمسك به.²

4- انقضاء الالتزام الأصلي بالفسخ او الإبطال

قد ينقضي دين المكفول بفسخ عقد الكفالة، كأن يضمن الكفيل التزام المشتري بدفع الثمن، ثم يفسخ البيع، فيزول بأثر رجعي، والشيء نفسه بالنسبة للإبطال العقد، فإن كان العقد الذي أنشئ دين المكفول قابل للإبطال، وأبطل بأثر رجعي زال دين المكفول بأثر رجعي و زالت بزواله الكفالة بأثر رجعي.³

الفرع الثاني

الأسباب الخاصة لانقضاء عقد الكفالة

الكفالة شأنها شأن باقي الالتزامات، تنتضي 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، وبترتب 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 الالتزام.⁴

1- المادة 1/321 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري.

2- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 102.

3- نادية يونس حداد، عقد الكفالة في القانون المدني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية، العدد

4، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1999، ص 09.

4- نبيل سعد إبراهيم، المرجع السابق، ص 419.

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

تنص المادة 656 ق.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 تبرا إذا كان حلول الكفيل محل الدائن أصبح غير ممكن بسبب فعل الدائن¹ فقد يضمن الدين بتأمينات أخرى بجانب الكفالة وإضاعته من طرف الدائن بخطئه كلها أو بعضها، يترتب على ذلك براءة ذمة الكفيل بالقدر الذي أضعه من تأمينات² 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 الدائن.³

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 بحلول الكفيل الذي وفى بالدين في كل حقوقه قبل المدين بما لها من خصائص وما يلحقها من ضمانات، وتوابع.⁴

فشروط التمسك ببراءة الذمة تتمثل فيما يلي:

1- إضاعة تأمين خاص

يجب أن يكون الدائن قد أضع تأمينا خاصا يضمن نفس الدين المكفول سواء كان ذلك الضمان كفالة أخرى، أو كان رهنا حيازيا أو رسميا (كفالة عينية)، أو كان تضامنا بين المدينين.

1- محمد محمود معطي، المرجع السابق، ص 171.

2- نبيل سعد إبراهيم، المرجع السابق، ص 424.

3- محمد علي عبده، المرجع السابق، ص 204.

4- زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 154.

2- خطأ الدائن في إضاعة التأمين الخاص

يرتكب الدائن عملاً أو امتناعاً يؤدي إلى ضياع أو إنقاص الحقوق والامتيازات التي له قبل ذلك الدين، كأن يتنازل عن حق الرهن، أو لا يجدد التأمين.¹

3- تضرر الكفيل من إضاعة التأمينات

يجب على الكفيل أن يثبت أن التأمين الذي ضاع منه ذو قيمة، كانت لتعود عليه بالنفع في حالة رجوعه على المدين الأصلي، وينتقل عبء الإثبات إلى الدائن إذا ادعى غير ذلك.

4- تمسك الكفيل به وعدم تنازله عنه

إذا تمسك الكفيل بهذا الدفع ولم يتنازل عنه صراحة أو ضمناً عند انعقاد الكفالة أو بعدها، قبل ضياع التأمين أو بعده وتوفرت شروطه، جاز له التمسك به سواء عن طريق دعوى مبتدئة أو عن طريق الدفع، ويعتبر دفعا موضوعيا يمكن إثارته في أية مرحلة كانت عليها الدعوى وهو مقرر لمصلحة خاصة، إذ لا يمكن أن تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها.²

ثانياً: براءة ذمة الكفيل لعدم اتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين بعد إنذار الكفيل له

الكفيل إذا أنذر الدائن ولم يقم بالإجراءات اللازمة في مواجهة المدين تعتبر وسيلة لحماية الكفيل من تقصير الدائن وإهماله³ وقد جاء هذا الحكم في نص المادة 657 ق.م.ج السالفة الذكر، غير أن ذمة الكفيل تبرا إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً.

1- محمد محمود معطي، المرجع السابق، ص 172.

2- همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 148.

3- زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 130.

القاعدة العامة تقول أنه لا يجوز للدائن الرجوع على الكفيل إلا بعد رجوعه على المدين وذلك استنادا إلى الفقرة الأولى من المادة 660 ق.م.ج السالفة الذكر.

استثناء هناك حالة لا تطبق فيها القاعدة العامة و هي في حالة إفلاس المدين فلا يجوز للدائن أن يرجع على المدين وإنما عليه التقدم في التفليسة حتى يمكنه بعد ذلك أن يرجع على الكفيل وحده¹ طبقا لنص المادة 658 ق.م.ج السالفة الذكر، وفي حالة حصول الدائن على سند صالح للتنفيذ هنا ليس بحاجة إلى أن يرفع دعوى على مدينه وإنما يكفي أن يكلف المدين بالوفاء ويعتبر هذا الإجراء في ذاته رجوعا كافيا على المدين، فشرط تمسك الكفيل بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا تتمثل فيما يلي:

- أن لا يكون الكفيل قد نزل عن التمسك بهذا الدفع، النزول قد يكون صريحا أو ضمنيا وقت انعقاد الكفالة أو بعد انعقادها.²

- أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين الحكم خاص بالكفيل البسيط دون الكفيل المتضامن وأن الكفيل الذي يقبل أن يكون متضامنا مع المدين إنما يسقط بإرادته الحماية التي حولها له القانون بجعله مدينا احتياطيا لا يسأل إلا بعد مقاضاة المدين الأصلي.³

- أن لا يكون للكفيل مصلحة في التمسك بهذا الدفع إذا كان المدين معسرا مثلا أو ظهر العجز عن الوفاء بالدين فإنه ليس هناك فائدة من تمسك الكفيل بوجوب رجوع الدائن على المدين، لأن هنا تنتقي المصلحة وهذا الشرط لم ينص عليه المشرع الجزائري ولكن الفقه أخذ به استنادا للقاعدة التي تقول (لا دعوى ولا دفع إلا بناءً على مصلحة)، والقاضي هو الذي يقرر وجود المصلحة أو عدم وجودها إذا تمسك الكفيل بهذا الدفع، كما لا يشترط للتمسك بهذا الدفع أن تكون لدى المدين أموال كافية للوفاء بكل الدين بل

1- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 64.

2- زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 63.

3- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 65.

يكفي أن تكون لديه أموال تفي ولو بجزء من الدين، ونخلص إلى القول أنه إذا توفرت الشروط السالفة الذكر في الدفع وتمسك بها الكفيل فإنه يجب على القاضي أن يحكم بعدم قبول دعوى الدائن ضده، وذلك لعدم ثبوت الحق في رفعها بعد¹

ثالثاً: براءة ذمة الكفيل لعدم تقدم الدائن في تقليسة المدين

وفقاً لنص المادة 658 ق.م.ج السالفة الذكر أن إذا أفلس المدين ولم يتقدم الدائن في تقليسة المدين، فإن ذمة الكفيل لا تبرأ إلا بالقدر الذي كان يستطيع الدائن الحصول عليه في التقليسة، من هنا فإنه يقع على الدائن أن يتقدم بحقه في تقليسة المدين، وبأخذ منها حسب قيمة الحق التي له، أما إذا لم يتقدم إلى تقليسة المدين وأراد الرجوع على الكفيل، سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما كان سيصيبه لو تقدم بحقه في تقليسة المدين.²

1- زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 65.

2- عبد الرزاق السنهوي، المرجع السابق، ص 256.

الفصل الثاني

الكفالة العينية

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).

المبحث الأول

مفهوم الكفالة العينية

لم يعرف المشرع الجزائري الكفالة العينية لكنه عرف الرهن الرسمي الذي هو أسلوب لإنشاء هذه الكفالة العينية في المادة 882 ق.م.ج¹ التي تنص على أنه: "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"،
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 التنفيذ²، وعليه سوف نتعرض في هذا المبحث إلى تعريف الكفالة العينية (المطلب الأول) ثم إلى كيفية إنشاء هذه الأخيرة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف الكفالة العينية

أطلق المشرع الجزائري تعريفا للرهن الرسمي الذي هو أسلوب لإنشاء الكفالة العينية متأثرا بالمشرع المصري حيث أن تعريفه له يكاد يكون مطابقا للتعريف الذي أعطاه المشرع المصري وهو ما سنتناوله في (الفرع الأول)، ثم إلى شروط الكفالة العينية في (الفرع الثاني).

1- المادة 882 من الامر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

2- أعمر 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، ص 8.

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 ووسيلته لذلك هي رهن هذا المال رهنا رسميا، وحسب ذلك أحسن أسلوب لتوثيق الكفالة العينية نجد الرهن الرسمي، فقبل تعريف هذا الأخير في القانون يجب أن نعلم أن لمصطلح الرهن 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 وإن كان هذا المعنى الأخير غير شائع.¹

عرف المشرع الجزائري الرهن الرسمي في المادة 882 ق.م.ج السالفة الذكر، فيكاد هذا التعريف أن يكون مطابقا لتعريف المشرع المصري له في نص المادة 1030 ق.م.م² التي تنص على أنه: "الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين التاليين له في المرتبة في استثناء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون"، بذلك وجه الفقه نقدا للمشرع المصري بشأن هذا التعريف موجهها كذلك للمشرع الجزائري على النحو الذي سيتم توضيحه لاحقا أما المشرع الفرنسي فقد عرفه في المادة 2114 ق.م.ف³ التي تنص على أنه:

1- محمد إبراهيم جلال، أحمد محمود سعد، الحقوق العينية التبعية، الرهن الرسمي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص ص 19-20.

2- المادة 1030 من القانون المدني المصري.

3- المادة 2114 من القانون المدني الفرنسي.

"l'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation, elle est de sa nature indivisibles et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles, elle les suit dans quelques mains qu'ils passent.

وجه الفقه المصري لتعريف الرهن الرسمي عدة انتقادات كما قلنا سابقا، أغلبها صالحة التوجيه لنص المادة 882 ق.م.ج السالفة الذكر 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 نشوء 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.¹

- من خلال نص المادة 882 ق.م.ج 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 القانون²، 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

1- رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 192.

2- أعرم أولمي، المرجع السابق، ص 10.

3- المادة 883 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

التشريع المصري لا ينشأ سوى بالاتفاق أو بتعبير آخر فإن القانون المصري لا يعرف سوى الرهن الاتفاقي.¹

كذلك تأثر المشرع الجزائري ثانياً بالمشرع الفرنسي عند وضعه لنص المادة 883 ق.م.ج السالفة الذكر، أين حدد مصادر الرهن بالعقد والقضاء والقانون، إذ نجد في فرنسا المصادر ذاتها²، يلاحظ كذلك من التعريف أن المشرع قد 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 بثمن³، 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.ج⁴ 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".

- يوجي نص المادة 882 ق.م.ج السالفة الذكر، 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 يشملهم⁵، غير أن الحقيقة غير ذلك إذ يتقدم الدائن المرتهن عند استيفاء حقه على الدائنين العاديين والدائنين التاليين 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

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 197.

2- voire : GEREST-Pascal salvage ,les suretés la publicité foncière ,France ,1994 ,p .115

نقلا عن أعمر أولمي، المرجع السابق، ص 12.

3- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 38.

4- المادة 907 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

5- المادة 882 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع نفسه.

حين أن في الرهن الحيازي يستلزم نقل الحيازة إلى هذا الأخير حتى يصح عقد الرهن الحيازي.¹

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 حقه.²

جاء نص المادة 882 ق.م.ج السالفة الذكر قاصرا على العقارات فحسب كمحل للرهن الرسمي في حين أن هذا الأخير يمكن أن ينعقد على بعض المنقولات الخاضعة لإجراء الشهر والتي حددها القانون على سبيل الحصر مثل السفن والطائرات.³

هذه إذن أهم الملاحظات والانتقادات التي وجهت للمشرع المصري وبالتالي للمشرع الجزائري بمناسبة تعريف الرهن الرسمي ومن أجل تقاؤها حاول بعض الفقه إعطاء تعريف له ومن بين هذه التعريفات نجد أن الرسمي حق عيني تبعي ينشأ بمقتضى عقد رسمي يتقرر ضمانا لدين على عقار مملوك أو غيره ويكون للدائن بمقتضاه أن يتقدم في استيفاء حقه من المقابل النقدي لهذا العقار فضلا عن غيره من الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة وأن يتتبع العقار في أي يد يكون.⁴ كما نجد تعريفا آخر أورده الفقيه أحمد عبد الرزاق السنهوري وهو: الرهن الرسمي حق عيني ينشأ بموجب عقد رسمي يتقرر ضمانا للوفاء بالدين، وهذا الحق العيني يتقرر على عقار مملوك للمدين أو الكفيل العيني، بموجبه يكون للدائن الحق في استيفاء دينه من ثمن هذا العقار متقدما في ذلك على الدائنين العاديين لمالك هذا العقار

1- أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 114.

2- أعمر أولمي، المرجع السابق، ص 13.

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

4- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 127.

والدائنين أصحاب الحقوق العينية على هذا العقار المتأخرين في المرتبة، ومنتبعا هذا العقار تحت يد من انتقلت إليه ملكيته¹.

الفرع الثاني

شروط انعقاد الكفالة العينية.

حتى تتعد الكفالة العينية صحيحة لابد من توافر عدة شروط خاصة بهذه الأخيرة، سندرس هذه الشروط فيما يلي:

أولاً: يجب أن يكون هناك تأمين عيني خصص لضمان الدين والتأمين العيني قد يكون رهنا رسميا أو رهنا حيازيا أو حق امتياز، وبناء على ذلك قد يكون التأمين العيني واردا على عقار أو منقول وذلك بحسب طبيعة هذا التأمين، وقد يكون مصدر هذا التأمين القانون أو الاتفاق²، ولا يدخل حق الاختصاص لأن صريح في تحديده للتأمين العيني بأنه خص قانونا أو اتفاقا³.

ثانياً: يجب أن تكون الكفالة لاحقة للتأمين العيني أو تقررت معه، فهنا يفهم أن الكفيل قد وضع في اعتباره عند تقدّمه لضمان الدين أن هناك تأميناً أما إذا كانت الكفالة قد سبقت التأمين فإن الكفيل لا يستطيع أن يدفع بالتجريد لأن هذا التأمين لا يكون قد دخل في اعتبار الكفيل عند تعهده بالضمان⁴.

ثالثاً: يجب ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين لأن منطق التضامن يجعل الكفيل في مركز المدين الأصلي وبالتالي يسمح للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل قبل تنفيذه على أموال المدين، وأيضا قبل تنفيذه على المال المحمل بتأمين عيني معاصر أو سابق للكفالة، وعلى

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 270.

2- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 166. نقلا عن نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 375.

3- زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص 73.

4- زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، المرجع نفسه، ص 73.

ذلك فإذا كان الكفيل متضامنا فإنه لا يستطيع أن يتمسك لا بالدفع بالتجريد في صورته العامة ولا بالدفع بالتجريد في صورته الخاصة.¹

رابعاً: يجب أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع لأنه لا يتعلق بالنظام العام وإنما هو مقرر لمصلحة الكفيل²، ولا يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تلزم الدائن بالبده في التنفيذ على الأموال المحملة بالتأمين العيني كما يجوز للكفيل التنازل عن هذا الحق.³

خامساً: يجب أن يكون التأمين العيني مقرراً على مال مملوك للمدين، يجمع الفقه على ضرورة توافر هذا الشرط لأن الحكم المقرر بالمادة 791 من التقنين المدني المصري المقابلة للمادة 663 من ق.م.ج ما هو إلا نوع التجريد، والتجريد يكون على أموال المدين إذ تنص المادة 791 ق.م.ج⁴ على أنه: "إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانوناً أو اتفاقاً لضمان الدين وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه ولم يكن الكفيل متضامناً مع المدين، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين".

وعليه إذا كان المال المحمل بتأمين عيني مملوك لشخص آخر غير المدين فإن هذا الشخص يكون كفيلاً عينياً لنفس الدين، ومن المقرر طبقاً للقواعد العامة أنه لا يجوز للكفيل الشخصي أن يطالب بتجريد الكفيل العيني فكلاهما من الدرجة الثانية والتزامهما التزام تبعي، وإذا قلنا بتجريد الكفيل العيني كان له أن يرجع على الكفيل الشخصي وهذا كله تعقيد للإجراءات⁵.

1- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 377.

2- نبيل إبراهيم سعد، المرجع، نفسه، ص 377.

3- زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص 74.

4- المادة 791 من الأمر رقم 131 المتضمن القانون المدني المصري، المرجع السابق.

5- زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص ص 74 75.

المطلب الثاني

إنشاء الكفالة العينية

ينشأ الرهن الرسمي كلما استوفى عقد الرهن لشروطه الموضوعية (الفرع الأول) المطلوبة قانوناً، بعض 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 أهل (الفرع الثاني)، فعقد الرهن الرسمي عقد شكلي لا يكفي رضا الراهن والمرتهن لإبرامه بل لابد من صب رضائهما في قالب شكلي.¹

الفرع الأول

الشروط الموضوعية لإنشاء الكفالة العينية

إضافة للأركان الموضوعية العامة المطلوبة لإنشاء العقود والمعروفة في النظرية العامة للعقد والمتمثلة في الرضا غير المشوب بعيوب الإرادة (الغلط التدليس الإكراه والاستغلال)، المحل أن يكون موجود أو قابل للوجود في المستقبل، إضافة إلى السبب الذي يكون مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة²، اشترط القانون كذلك شروطاً موضوعية خاصة متصلة بخصوصية عقد الرهن الرسمي بعض هذه الشروط متعلقة بالشخص الراهن الذي يقرر حقا عينيا تبعا على عقاره (أولا) وأخرى تتعلق بالعقار المرهون والدين المضمون (ثانيا).³

1- أعمر أولمي، المرجع السابق، ص 35.

2- محمد الصبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (التأمينات العينية-الرهن الرسمي-حق الإختصاص-الرهن الحيازي-حقوق الإمتياز)، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 73.

3- أعمر أولمي، المرجع السابق، ص 34.

أولاً: الشروط الواجب توافرها لدى الراهن.

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

الظاهر من النص أن المشرع الجزائري قد اشترط في الراهن أن يكون أهلا للتصرف في العقار المرهون، وأن يكون مالكا له كذلك حتى تكون له صلاحية تقرير حق رهن عليه وفيما يلي دراسة تفصيلية لهذين الشرطين.

1- أهلية الراهن:

اشترط المشرع في الراهن أن يكون أهلا²، غير أنه الأهلية المطلوبة تختلف حسبما إذا كان الراهن هو المدين نفسه (أ) أو شخص آخر يضمن التزام غيره أي الكفيل العيني (ب)، فكما هو معلوم فليس من الضرورة أن يكون الراهن هو المدين نفسه³، إذ قد يكون الراهن شخصا آخر يكفل التزام غيره.

أ. أهلية المدين الراهن:

يعتبر الرهن بالنسبة للراهن وهو المدين نفسه من أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر⁴ لأن الراهن قد رهن عقاره بغية الحصول على قرض أو مد أجل لالتزامه⁵ أو بصفة عامة فإن الراهن قد أبرم عقد الرهن بعوض وليس تبرعا، وعليه يشترط لدى المدين

1- المادة 2/884 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

2- SIMLER Philippe, DELEBECQUE Philippe, Droit civil, les sûretés, la publicité foncière, 2ème édition, Dalloz, Paris, 1995, p279.

3- محمد إبراهيم جلال، أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 30.

4- محمد السعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 519.

5- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 203.

الراهن حتى يكون عقده صحيحا أن تتوافر فيه أهلية التصرف في العقار المرهون¹ وذلك بأن يكون بالغا سن الرشد متمتعا بقواه العقلية وغير محجور عليه.²

إذا كان المدين الراهن عديم التمييز لصغر سنه (أقل من 13 سنة) أو لجنون أو عته³ 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.ج.⁴، بينما إذا كان الراهن مميزا بأن بلغ سن التمييز (بين 13 و 19 سنة) أو بلغ سن الرشد وكان محجورا عليه لسفه أو غفلة⁵، كان عقد الرهن قابلا للإبطال لصالح المدي الراهن وليس باطلا بطلانا مطلقا.

أما فيما يخص رهن عقار القاصر فعلى الولي إذا ما أراد رهن عقاره عليه أن يستأذن القاضي في ذلك تطبيقا لنص المادة 1/88 ق.أ.ج.⁶.

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

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

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

3- محمد السعيد جعفرور، المرجع السابق، ص ص 528-538.

4- 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".

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

6- المادة 1/88 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 24، الصادرة بتاريخ 12 جوان 1984 على أنه: " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام، وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات الأتية: بيع العقار وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة".

عقاره بعوض، والأهلية المطلوبة عند الكفيل العيني تختلف حسب ما إذا كان الكفيل العيني متبرعا أو غير متبرع.¹

ب-1- أهلية 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 مطلقا²، وإذا كان الراهن (الكفيل العيني) قاصرا (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 الأهلية.³

ب-2- أهلية 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 التبرع⁴ فيكون عقد الرهن الذي يبرمه الكفيل العيني المميز (لصغر السن أو للحجر بسببه لسفه أو الغفلة) قابلا للإبطال وليس باطلا بطلانا مطلقا.⁵

1- أعمر أولمي، المرجع السابق، ص 37.

2- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 204.

3- أعمر أولمي، المرجع السابق، ص 37.

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

5- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 48.

إلا أنه في الحقيقة وبعيدا عن الآراء الفقهية وبالرجوع لنص المادة 884 ق.م.ج السالفة الذكر يلاحظ أن المشرع قد اشترط صراحة أهلية التصرف في الرهن سواء كان هذا الأخير مدينا أو كفيلا عينيا دون تمييز¹، هذا بخصوص أهلية الراهن، أما أهلية المرتهن فلم نخصها بالدراسة ذلك لأن عقد الرهن يعتبر بالنسبة إليه من الأعمال النافعة نفعا محضا دائما. وبالتالي يكفي أن يكون المرتهن شخصا مميزا².

2- ملكية الراهن للعقار المرهون:

اشترط المشرع الجزائري في الراهن أن يكون مالك للعقار المرهون³ وهو شرط منطقي فليس بوسع شخص لا يملك عقارا أن يرتب حق رهن عليه، يجب إذن حتى يكون عقد الرهن صحيحا أن يصدر من مالك العقار المرهون، ولما كان الأمر كذلك فلنا أن نتساءل عن حكم الراهن الذي يتقرر من شخص ليس بمالك بآتم معنى الكلمة، وفيما يلي عرض لتلك الحالات أو الفرضيات.

أ. رهن ملك الغير:

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على حكم رهن ملك الغير غير أنه بالرجوع لنص المادة 884 ق.م.ج السالفة الذكر التي اشترطت أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون⁴، نجد أن المشرع الجزائري اعتبر ملكية الراهن للعقار المرهون شرطا خاصا لانعقاد الرهن الرسمي ومن المعلوم أن الجزاء المترتب على تخلف شروط الانعقاد هو البطلان المطلق، وعليه فإن حكم رهن ملك الغير في القانون المدني الجزائري هو البطلان المطلق⁵، وبذلك

1- راجع نص المادة 884 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

2- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (التأمينات العينية-الرهن الرسمي-حق الإختصاص-الرهن الحيازي-حقوق الإمتياز)، المرجع السابق، ص 32.

3- راجع نص المادة 884 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

4- نص المادة 884 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع نفسه.

5- 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.

يكون المشرع قد وقع في مفارقة بين أحكام رهن ملك الغير وبيعه، ففيما جعل حكم بيع ملك الغير هو البطلان النسبي جعل حكم رهنه هو البطلان المطلق رغم أن هذا الأخير أقل خطورة من التصرف في ملك الغير بالبيع.¹

ب. الرهن الصادر من مالك زالت ملكيته بأثر رجعي:

تنص المادة 885 ق.م.ج² على أنه: "يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من الملك الذي تقرر إبطال سند ملكية أو فسخه أو إلغائه أو زواله لأي سبب آخر إذا ثبت أن الدائن كان حسن النية وقت إبرام عقد الرهن".

يعتبر حكم المادة 885 ق.م.ج السالفة الذكر استثناء على القاعدة التي تقضي بأنه إذا بطل العقد أو فسخ أو انفسخ بقوة القانون فإن المتعاقدين سيعودان للحالة ما قبل التعاقد³ وتكون جميع التصرفات التي يرتبها المتصرف إليه باطلة لوقوعها من غير مالك طبقا لقاعدة "ما بني على باطل فهو باطل"، وإذا ربطنا هذه القاعدة بعقد الرهن الرسمي فإن مالك العقار إذا رهنه ثم زالت ملكيته بأثر رجعي اعتبر الرهن كأنه لم يكن بسبب صدوره من غير مالك، غير أنه وكما أسبقنا فقد أورد المشرع الجزائري نصا يقضي بخلاف القاعدة وقرر صحة الرهن الصادر من المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي ليعود العقار لمالكة مثقلا بحق الرهن.⁴

والمادة 885 ق.م.ج السالفة الذكر، نصت على شروط نجيذها فيما يلي:

- أن يصدر الرهن من مالك وقت إبرام عقد الرهن.

- زوال ملكية الراهن بأثر رجعي.

1- راجع المواد من 397 إلى 399 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

2- نص المادة 885 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع نفسه.

3- المادة 1/103 من ق.م.ج تنص: "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، في حالة بطلان العقد أو إبطاله فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل". نقلا عن أولمي أعمار، المرجع السابق، ص 39.

4- أعمار أولمي، المرجع السابق، ص 39.

- أن يكون الدائن المرتهن حسن النية.

ج. رهن المباني المقامة على أرض الغير:

نظم المشرع الجزائري حالة رهن المباني المقامة على أرض الغير ووضع لها حكما خاصا في نص المادة 889 ق.م.ج¹ التي تنص على ما يلي: "يجوز لمالك المباني القائمة على أرض الغير أن يرهنها وفي هذه الحالة يكون للدائن حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هدمت المباني ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المباني وفقا للأحكام الخاصة بالالتصاق".

لفهم النص يجب أن نعلم مقدما أن الأصل طبقا لنص المادة 782 ق.م.ج² هو أن تكون جميع المنشآت المقامة على أرض ما ملكا لصاحب هذه الأرض، غير أنها قرينة بسيطة، إذ يمكن إثبات عكسها وفي هذه الحالة نكون أمام شخصين أحدهما مالك للأرض وآخر مالك للمنشآت³ ومثاله كما لو صرح مالك الأرض لمستأجرها بأن يقيم عليها بنيان وعليه يثبت لهذا المستأجر الباني ملكية على هذا البناء⁴ وقد أعطاه القانون الحق في رهن ملكيته هذه، ففرضا لو أن مالك المباني المقامة على أرض الغير قد قام برهنها فمصير الرهن حينئذ يتحدد في فرضين أو حالتين⁵:

1- المادة 889 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

2- المادة 782 من ق.م.ج: "كل ما على الأرض أو تحتها من غراس أو بناء أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض وأقامه على نفقته ويكون مملوكا له، غير أنه يجوز أن تقام البينة على أن أجنبيا أقام المنشآت على نفقته، كما يجوز أن تقام البينة على أن صاحب الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وفي تملكها".

3- أسيا جرور، المباني المقامة على أرض الغير في القانون المدني الجزائري، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2003-2004، ص 8. نقلا عن أولمي أعمار، المرجع السابق، ص 42.

4- همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص 325.

5- زاهية سي يوسف، عقد الرهن الرسمي، المرجع السابق، ص 53.

حالة ثبوت ملكية الراهن المؤقتة إلى حين حلول أجل الدين، بمعنى أن يظل الراهن الباني مالكا للمباني لحين حلول أجل الدين، فإذا حل أجل الدين ولا زال الراهن مالكا للمباني فإن إجراءات التنفيذ تتخذ ضده فيكون للدائن المرتهن التنفيذ عليها لاستيفاء حقه من ثمنها بعد بيعها بالمزاد العلني ليحل الراسي عليه المزاد المحل الباني، أما إذا تصرف الراهن في ملكيته بالبيع لشخص آخر ففي هذه الحالة فإنه للدائن المرتهن الحق في تتبع المباني تحت يد حائزها للتنفيذ عليها.¹

حالة انقضاء ملكية الراهن المؤقتة قبل حلول أجل الدين وأيلولة المباني لمالك الأرض طبقا لنص المادة 889 ق.م.ج السالفة الذكر، في هذه الحالة فإن حق الدائن المرتهن يكمن في التقدم الذي يباشره على مبلغ التعويض الذي يدفعه لمالك الأرض إذا تملك المباني أو على ثمن الأنقاض إذا تم هدم المباني، أو بتعبير آخر فإن مصير الرهن مرتبط بما يقع من اتفاق بين مالك الأرض ومالك المباني وإذا وقع الاتفاق على أن يمتلك مالك الأرض المباني دون مقابل فإن حق الدائن المرتهن سينقضي حينها ويتحول المرتهن إلى دائن عادي صاحب حق شخصي على الضمان العام². إلا إذا أثبت أن هذا الاتفاق قد تم بقصد الإضرار بحقوق الدائن المرتهن حينها جز للمرتهن الطعن في مثل هذا التصرف طبقا لقاعدة الغش يفسد التصرفات.

د. رهن العقار المملوك على الشيوع:

نظم المشرع الجزائري ذلك في المادة 890 ق.م.ج³ حيث يفترض أن هناك حالتين أساسيتين لرهن العقار الشائع هما:

1- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 184.

2- زليخة لحميم، المرجع السابق، ص 114.

3- المادة 890 من ق.م.ج تنص: "يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاكين لعقار شائع أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته، وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزء مفرزا من هذا العقار ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيانا غير تلك التي رهنها، انتقل الرهن بمرتبته إلى الأعيان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل ويبين هذا القدر بأمر على عريضة،

- الرهن الصادر من جميع الملاكين على الشيوع أو أغلبيتهم المطلقة يبقى صحيحا وناظا أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمت العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته، فيبقى الرهن إذن صحيحا وناظا في حقهم، ففرضنا لو اختص كل شريك بعد القسمة بجزء مفرز من العقار المرهون فإن كل جزء يظل متقلا بحق الرهن¹، أما إذا اختص أحد الشركاء بكل العقار المرهون بعد القسمة واختص الشركاء الآخرون بأعيان أخرى كانت مملوكة على الشيوع، فإن العقار كله يظل متقلا بالرهان، أي أن العقار سينتقل إلى الشريك متقلا بالرهان² رغم أنه لم يرهن في الأصل سوى حصته الشائعة، وينتقل العقار المرهون متقلا بالرهان كذلك إذا تم بيعه لعدم إمكان قسمته سواء وقع البيع لأحد الشركاء أو إلى شخص أجنبي.

- الرهن الصادر من أحد الشركاء، إن الرهن الصادر من أحد الشركاء على الشيوع لا يخلو عن إحدى الفروض التالية:³

- 1- إما أن يرهن الشريك حصته الشائعة في العقار المرهون.
- 2- إما أن يرهن الشريك حصته المفرزة في العقار المرهون.
- 3- إما أن يرهن الشريك على الشيوع العقار الشائع كله، وهي حالة لم يتطرق لها المشرع الجزائري.

ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذي يخطر فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة. ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين".

- 1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 324.
- 2- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الحقوق العينية التبعية، القسم الأول: حق الرهن الرسمي، حق الإختصاص، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 1995، ص 228.
- 3- أعمار أولمي، المرجع السابق، ص 44-48

ذ. الرهن الصادر من مالك ظاهر:

المالك الظاهر هو الشخص الذي يظهر على أنه مالك وهو ليس كذلك، ليكون بذلك رهنه من المفروض باطلا لصدوره من غير مالك غير أنه استثناء وحماية للأوضاع الظاهرة واستقرار المعاملات يقع رهن المالك الظاهر صحيحا.¹

ومن أمثلة المالك الظاهر نجد المالك بسند صوري ونصت المادة 198 ق.م.ج² على أنه: "إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري".

ر. الرهن الصادر من الحائز المتحصل على شهادة الحيازة وفقا لقانون التوجيه العقاري: كما هو معلوم فإن الحائز الذي يحوز عقارا وفقا لشهادة الحيازة لا يعد مالك فهو ليس سوى بحائز لعقار بشهادة الحيازة والتي لا تعد بتاتا سنداً للملكية³، وعليه فطبقاً للمادة 2/884 ق.م.ج السالفة الذكر يكون رهن الحائز باطلا لصدوره من غير مالك.⁴

ثانياً: الشروط الخاصة بالمال المرهون والدين المضمون.

إلى جانب الشروط المفروضة في جانب الراهن لصحة عقد الرهن اشترط المشرع كذلك شروطاً أخرى إحداها متصلة بالمال المرهون وأخرى بالدين المضمون حتى يكون عقد الرهن صحيحاً.

1- الشروط الخاصة بالمال المرهون: تنص المادة 886 ق.م.ج⁵ على أنه: "لا يجوز أن ينعقد الرهن إلا على عقار ما لم يوجد نص يقتضي بغير ذلك".

1- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 185.

2- المادة 198 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

3- أعمار أولمي، المرجع السابق، ص 50.

4- المادة 2/884 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

5- المادة 886 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني وأن يكون معينا بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق وإلا كان الرهن باطلا". حدد هذا النص الشروط الواجب توافرها في المال المرهون حتى يكون قابلا للرهن وهي أن يكون محل الرهن عقار، أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني، أن يكون العقار موجودا وقت إبرام عقد الرهن، وأخيرا أن يكون العقار المرهون معينا تعيينا دقيقا (تخصيص الرهن)

2- الشروط الخاصة بالدين المضمون: إن هذا الشرط يقودنا للبحث ومعرفة الالتزامات التي يجوز ضمانها بالتأمين العيني (الرهن الرسمي) وكذلك طريقة تخصيص الرهن من حيث الدين المضمون.

أ- الالتزامات التي يجوز ضمانها بالرهن: تنص المادة 891 ق.م.ج¹ على أنه: "يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي، كما يجوز أن يترتب ضمانا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين"، جاء هذا النص بمجموعة من الالتزامات التي يجوز ضمانها بالرهن وهي:

أ-1- الالتزام المعلق على شرط (الالتزامات الشرطية): يجوز إذن حسب نص المادة 891 ق.م.ج السالفة الذكر تقرير حق رهن ضمانا للالتزام شرطي سواء كان الالتزام معلق على شرط واقف أو فاسخ، فإذا كان الالتزام المضمون بالرهن معلق على شرط واقف وتحقق الشرط ففي هذه الحالة سيتأكد الدين ويتثبت الرهن تبعا لذلك. أما إذا تخلف الشرط الواقف فلا يكون للدين وجود ولا يقوم الراهن تبعا لذلك حيث أنه من خصائص الرهن أنه حق تابع للالتزام الذي يضمنه.²

1- المادة 891 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع نفسه.

2- زليخة لحميم، المرجع السابق، ص 115.

أ-2- الديون المستقبلية أم الاحتمالية: يجوز كذلك ضمان الدين المستقبلي أو الاحتمالي حسب النصر السابق¹، والالتزام المستقبلي هو ذلك الالتزام الذي لم ينشأ وقت الرهن لكن نشأته في المستقبل أمر مؤكد، أما الالتزام الاحتمالي فهو أيضا التزام لم ينشأ وقت الرهن شأنه شأن الالتزام المستقبلي غير أن نشأته في المستقبل أمر احتمالي أي غير مؤكد²، يجوز إذن ضمان الالتزامات الشرطية والمستقبلية، كما يجوز كذلك ضمان الالتزام الناشئ عن فعل ضار... إلخ، وبصفة عامة يجوز ضمان أي التزام مهما كان، شريطة أن يكون سبب الالتزام مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، أما إذا كان سبب الدين مخالفاً للنظام العام والآداب العامة اعتبر الرهن باطلاً كأن يكون الدين ناتجاً عن مقامرة أو تعهد بارتكاب جريمة³.

ب- تعيين الدين المضمون تعييناً دقيقاً: يتم تعيين الدين بتحديد مقداره وكذلك مصدره⁴. فأما تعيين الدين من حيث المقدار، فقد نص المشرع الجزائري على ذلك بخصوص الدين المستقبلي والاحتمالي في المادة 891 ق.م.ج السالفة الذكر، ويمتد هذا الحكم ليشمل كذلك الديون الباتة والمحقة الوجود إذ يستلزم التخصيص فيها كذلك⁵، وعليه يجب إذن أن يتحدد مقدار الدين وكذلك الفوائد النامية عنه إذا كان الدين منتجاً للفوائد وكذا تاريخ سريانها⁶، وإذا كان الدين مستقبلياً أو احتمالياً يجب ذكر الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين وفي هذه الحالة فإن الرهن لا يضمن سوى المبلغ الأقصى المتفق عليه دون زيادة، كما يتم كذلك تحديد مدة لنشوء الدين وإذا تم تحديدها فإن الرهن لا يضمن سوى قيمة الدين الناشئ خلال المدة مهما كانت قيمته وإذا حدث وأن نشأ الدين بعد فوات المدة فإن الرهن لا يضمنه،

1- محمد إبراهيم جلال، أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 118.

2- محمد محمود زهران همام، المرجع السابق، ص 311.

3- زليخة لحميم، المرجع السابق، ص 265.

4- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 92.

5- محمد محمود زهران همام، المرجع السابق، ص 310.

6- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 93.

وتكمن أهمية تعيين مقدار الدين في تمكين الغير الذي قد يقدم قرضا للمدين في معرفة قيمة الدين التي تنقل العقار الذي يقدمه الراهن كضمان لهم والقيام بمقارنة بين قيمة العقار وقيمة الديون التي تنقل هذا العقار بغية التعرف إن كان العقار لازال صالحا ولم يستنفد بعد قيمته كضمان.¹

إضافة لتعيين الدين من حيث مقداره يتم أيضا تعيينه من حيث المصدر أو السبب فيتم تعيين مصدر الدين إن كان عقد بيع أو قرض أو تعويض عن عمل غير مشروع أو عن إرادة منفردة²، وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع لم ينص في التقنين المدني الجزائري على تعيين مصدر الدين غير أنه أوجب ذلك في المادة 3/93 من المرسوم رقم 63-76 الذي يتعلق بتأسيس السجل العقاري³.

الفرع الثاني

إنشاء الكفالة العينية من حيث الشكل

تختلف الشكلية المطلوبة من عقد لأخر ففي عقد الرهن الرسمي اشترط القانون أن يكون رسميا (أولا) ولم يشترط الرسمية عند إبرام عقد الرهن الرسمي فحسب بل اشترطها في كل مسألة مرتبطة به وإذا لم يحترم المتعاقدين ذلك وقع عقد الرهن الرسمي باطلا عديم الأثر (ثانيا) لتخلف ركن من أركانه.

أولا: المقصود بالرسمية والعلة من اشتراطها.

نص المشرع الجزائري على العقد الرسمي في المادة 324 ق.م.ج⁴ وهي مسألة تعالج في الحقيقة مسألة الإثبات، والمشرع الجزائري اشترط الرسمية في عقد الرهن الرسمي لتحقيق

1- أعرم أولمي، المرجع السابق، ص 63.

2- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 168.

3- راجع المادة 93 من المرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل التجاري.

4- المادة 324 من ق.م.ج تنص: "عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته أو إختصاصه".

أغراض معينة والوصول لأهداف سطرها فلم يشترطها سهواً أو تعقيدا للأمر فكما هو معلوم فإن القوانين ترمي لتسهيل المعاملات وليس لربطها.

1- المقصود بالرسمية:

عرف المشرع الجزائري العقد الرسمي في المادة 324 ق.م.ج السالفة الذكر، فالعقد الرسمي حسب النص هو كل عقد يقنته موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة¹، وقد اشترط القانون أن يكون محرر العقد مختص موضوعيا وإقليميا وأن تكون ولايته قائمة عند تحرير العقد وإلا أصبح العقد باطلاً وأن يحترم كذلك الأشكال القانونية حتى لا ينقلب العقد من رسمي إلى عرفي.²

2- الحكمة من اشتراط الرسمية في الكفالة العينية:

تنص المادة 883 ق.م.ج السالفة الذكر، يفهم من النص أن عقد الرهن عقد رسمي يشترط عند إبرامه أن يتم أمام موثق أهل لذلك³، وقد اشترط المشرع الجزائري الرسمية عند إبرام الرهن الرسمي حماية للأطراف المتعاقدة أي حماية للمدين الراهن والدائن المرتهن واشترطها كذلك لتحقيق مصلحة الرهن في حد ذاته.⁴

أ- مصلحة الراهن: تكمن مصلحة الراهن من تقرير الرسمية في تنبيهه إلى خطورة ما سيقدم عليه من تصرف قانوني⁵، 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

1- المادة 324، نفس المرجع السابق.

2- محمود زاوي، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، بحث للحصول على شهادة الماجستير في القانون الجزائري، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، بدون تاريخ المناقشة، ص 66-63.

3- المادة 883 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

4- أعمر أولمي، المرجع السابق ص 66.

5- MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, op.ct, p 301.

عكس ذلك¹. وتزداد أهمية الرسمية عندما يكون الراهن هو شخص آخر غير المدين يقدم ضمانا لكفالة التزام غيره اذ غالبا ما لا يفي المدين الأصلي بدينه ليجد الكفيل العيني نفسه مجرد من ماله لذا فمن واجب الموثق تذكير الكفيل العيني بذلك وإلا تحمل المسؤولية².

ب- **مصلحة الدائن المرتهن:** تظهر أهمية الرسمية فيما يخص المرتهن في تزويده بسند تنفيذي يغنيه عن إجراءات التقاضي إذا حل أجل الدين وامتنع المدين أو تقاعس عن الوفاء بدينه فعقد الرهن الرسمي سند تنفيذي³.

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 تثور 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 التخصيص⁴. 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 الراهن⁵.

ثانيا: بعض المسائل المرتبطة بالرسمية في عقد الرهن وجزاء الإخلال بها.

1- عبد الجليل عبد الله، المرجع السابق، ص 61.

2- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 131.

3- تنص المادة 11/600 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21، الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008 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". نقلا عن أوملي، المرجع السابق، ص 67.

4- نبيل سعد إبراهيم، المرجع السابق، ص 84.

5- المادة 883 من ق.م.ج تنص: "لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون".

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 المتعاقدان بالرسمية فوضع البطلان المطلق جزاء لعقد الرهن غير الرسمي كما سنرى.

1- **المسائل المرتبطة بالرسمية في عقد الرهن:** اشترط القانون في كل من الوكالة في إبرام الرهن المادتين 572، 574 ق.م.ج¹، وكذلك الوعد بإبرامه المادة 71 من ق.م.ج²، وإبرام عقد الرهن خارج الجزائر أن يكون في شكل رسمي فإذا حدث وأن أراد الراهن إنابة غيره في 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.³

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 وبرجعنا للقواعد العامة نجد نص المادة 324 مكرر 1 ق.م.ج تقضي بأن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها للشكل الرسمي ولا يتوافر فيها الشكل تقع تحت طائلة البطلان.⁴

1- المادة 572 من ق.م.ج تنص: "يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك".

المادة 574 من ق.م.ج: "لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لاسيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القدر".

2- 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.

وإذا اشترط القانون لتمام العقد، استثناء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".

3- أعرم أولمي، المرجع السابق، ص 69.

4- المادة 324 مكرر 1 من ق.م.ج تنص: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يقع تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو مؤسسات صناعية

يرى البعض أنه يمكن تطبيق نظرية إنقاص العقد والتي تبناها المشرع الجزائري في المادة 104 ق.م.ج¹، 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.²

حسب 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.ج³ 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 سندا للمطالبة بالتعويض وإسقاط أجل الدين.⁴

المبحث الثاني

أثار الكفالة العينية وانقضائها

في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد. كما يقع تحت طائلة البطلان إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد".

1- 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".

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ص 283.

3- 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".

4- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق ص 139.

يرتب عن انعقاد الرهن الرسمي آثار قانونية سواء بالنسبة للمتعاقدين أو في حق الغير، تكون هذه الآثار سارية النفاذ طيلة فترة رهن العين والتي تبقى مملوكة للمدين، حيث يخول خلالها الاستفادة من مجموعة حقوق لكلا أطراف العقد، وبالمقابل يلزم المدين الراهن بتنفيذ الالتزامات المنصوص عليها قانونا، باعتبار أن عقد الرهن من العقود الملزمة لجانب واحد، فإذا حل الأجل و وفى المدين بالتزامه انقضى عقد الرهن، لكن هناك حالات نص عليها القانون، حيث ينقضي فيها الرهن دون أن ينقضي الدين.¹

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

المطلب الأول

آثار الرهن الرسمي

يُنتج عقد الرهن الرسمي إذا استوفى أركانه وشروطه أثارا والتي هي الغاية من وراء إبرامه، فقد عالج المشرع الجزائري آثار الرهن الرسمي في المواد من 894 إلى 932 ق.م.ج.

للرهن الرسمي أثاران، فهو يُنتج أثره في مواجهة طرفاه وهما الراهن والمرتهن(الفرع الأول)، إذ يخول عقد الرهن الرسمي الصحيح طرفاه حقوقا والتزامات، وقد عالج المشرع الجزائري هذه الآثار في المواد من 894 إلى 903 ق.م.ج، أما الأثر الثاني لعقد الرهن الرسمي فهو بالنسبة للغير(الفرع الثاني)، إذ أن عقد الرهن لا يقف عند عاقيه فقط وإنما يتعدى إلى الغير الذي يتوجب عليه احترامه، ونظرا لأهمية هذا الأثر الأخير فقد خصه المشرع الجزائري بنصوص قانونية في المواد من 904 إلى 932 ق.م.ج.

1- نقلا عن معزوز دليلة، المرجع السابق، ص 55.

الفرع الأول

أثار الرهن الرسمي بالنسبة للمتعاقدین

يُرتب عقد الرهن الرسمي الصحيح كسائر العقود أثره بين المتعاقدين، وهما الراهن والمرتهن، فكلما استوفى عقد الرهن لشروطه الموضوعية والشكلية رتب أثره.¹

بالنسبة للراهن يلاحظ أن الرهن الرسمي باعتباره عقدا ملزما لجانب واحد، يرتب في ذمته التزامات دون المرتهن هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الرهن الرسمي وإن كان لا يحرمه من سلطاته كمالك للعقار المرهون، إلا أنه ترد على هذه السلطات جملة من القيود تمنعه من الإضرار بالمرتهن.²

أما بالنسبة للدائن المرتهن، فالرهن الرسمي لا يلقي عليه التزامات وإنما ينشئ له حقوقا.³

أولا: أثار الرهن الرسمي بالنسبة للمدين الراهن

لا يفقد الراهن في الرهن الرسمي ملكية العقار المرهون وما يتفرع عنها من سلطات التصرف والاستعمال والاستغلال، كما لا يفقد حيازة العقار المرهون، غير أن حقوق الراهن على العقار المرهون ليست مطلقة، فهي مقيدة بالقدر اللازم لعدم تعريض سلامة العقار المرهون للخطر أو الإنقاص من قيمته⁴ من هنا سنتطرق إلى التزامات المدين الراهن وإلى حقوقه.

1. التزامات المدين الراهن:

- 1- أعمر أولمي، المرجع السابق، ص 78.
- 2- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 189.
- 3- لخضر غويسم، أثار الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2012-2013، ص 7.
- 4- سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 19.

يلتزم الراهن في عقد الرهن الرسمي سواء كان هو المدين أو الكفيل العيني بالتزامات وهما: الالتزام بإنشاء حق الرهن على العقار الذي قدمه كضمان وأيضا الالتزام بضمان سلامة الرهن، وضمان الهلاك والتلف، أخيرا الالتزام بنفقات العقد التي تقع على عاتقه كقاعدة.¹

أ. الالتزام بإنشاء حق الرهن على العقار لمصلحة الدائن المرتهن:

يرتب عقد الرهن الرسمي التزاما رئيسيا في ذمة الراهن وهو إعطاء المرتهن حق الرهن، كما يلتزم البائع بنقل ملكية العين المبيعة إلى المشتري² حيث تنص المادة 165 ق.م.ج³ على أنه: "الالتزام بنقل ملكية، أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري".

طبقا للنص فإن حق الرهن ينشأ بمقتضى العقد إذا كان العقار المرهون معيناً بالذات ويملكه الراهن، أما إذا كان العقار المرهون غير معين بالذات أو كان لغير الراهن، فإن عقد الرهن يقع باطلا وبالتالي لا ينشأ حق الرهن عنه.

وإذا كانت المادة 165 ق.م.ج السالفة الذكر قد أوردت في نهاية متنها تحفظا يتعلق بوجود مراعاة قواعد الإشهار العقاري فليس مقصودها القيد بدليل أن المادة 904 ق.م.ج⁴ نصت على أنه: "لا يكون الرهن نافذا في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار، وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة

1- يذهب بعض الفقه إلى القول بأن" الالتزام بإعطاء المرتهن حق الرهن لا يكون أثرا من آثار عقد الرهن إلا إذا قلنا أن الالتزام ينشأ و ينقضي في لحظة تصورية وهو إغراق(التصوير) والأبسط أن يقال إن الحق ينشأ بفعل العقد ذاته بحيث لا يترتب على العقد التزام بهذا الإنشاء، فلو نشأ مثل هذا الالتزام كان العقد بالضرورة عقداً آخر غير عقد الرهن" شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 190، هامش رقم 2.

2- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 383.

3- المادة 165 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

4- المادة 904 من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

في الإفلاس..."، فالقيد هو الإجراء الذي يسمح بنفاذ حق الرهن اتجاه الغير، وكذلك نصت المادة 16 من الأمر رقم 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري¹ على أنه: "إن العقود الإدارية والإتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية"، فإذا هو إجراء لنشوء حق الرهن، وذلك على النحو الذي سنراه لاحقا عند دراسة إجراء القيد كشرط لنفاذ الرهن الرسمي في حق الغير.

ب. الالتزام بضمان سلامة الرهن:

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

ج. التزام المدين الراهن بضمان هلاك العقار أو تلفه:

إذا هلك العقار المرهون أو تلف، فتطبق أحكام المادة 899 ق.م.ج³ في فقرتها الأولى والثانية، لرجوع الدائن المرتهن على الراهن بالضمان.

- الهلاك أو التلف بخطأ المدين الراهن:

تنص المادة 1/899 ق.م.ج على أنه: "إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه، كان للدائن المرتهن الخيار بين أن يطلب تأميناً كافياً أو أن يستوفي

1- المادة 16 من الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس

السجل العقاري، الجريدة الرسمية عدد 92، الصادرة في 18 نوفمبر 1975.

2- دليلة معزوز، المرجع السابق، ص 57.

3- المادة 1/899، 2/899 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

حقه فوراً" أي على الدائن المرتهن إسقاط أجل الدين واستيفاء دينه فوراً من المدين الراهن أو المطالبة بتأمين آخر أو تأمين إضافي تكميلي كاف.¹

- الهلاك أو التلف بسبب أجنبي:

تنص المادة 2/899 ق.م.ج على أنه: "إذا نشأ الهلاك أو التلف عن سبب لا ينسب إلى الدائن ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين، فللمدين الخيار بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل" أي للمدين الخيار بين إسقاط أجل الدين والدفع فوراً إلى الدائن أو تقديم تأمين كاف بدلاً من التأمين الهالك أو التالف.

عالجت المادة 3/899 ق.م.ج² حالة ما إذا لم يهلك العقار أو يتلف ولكن وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف ولو لم يكن للراهن يد في هذه الأعمال،

يعطي المشرع للدائن المرتهن حقا على التعويض عن نزع الملكية ومبلغ التعويض في حالة التأمين والتعويض في حالة الحريق بفعل المستأجر أو الجار أو التعويض في حالة استحقال العقار، وفي حالة التعويض الذي يلتزم المالك نحو صاحب حق الإمتياز، كذلك في حالة هلاك العقار بسبب الحرب فإن حق الدائنين المرتهنين ينتقل إلى العقار المعاد بناؤه ولو كان في موقع آخر.³

د. التزام المدين الراهن بنفقات الرهن:

1- زاهية سي يوسف، عقد الرهن الرسمي، المرجع السابق، ص 80.

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

3- محمد حسنين، المرجع السابق، ص 120.

تنص المادة 2/883 ق.م.ج¹ على أنه: "تكون مصاريف العقد على الراهن، إلا إذا اتفق على غير ذلك".

وأضافت المادة 906 ق.م.ج² على أنه: "تكون مصاريف القيد وتجديده وشطبه على الراهن، ما لم يتفق على غير ذلك".

من خلال هذين النصين يتبين لنا أن مصاريف عقد الرهن، وقبده لدى مكتب الشهر، وكذلك تجديد القيد وشطبه تقع كلها على الراهن، وإذا قام الدائن المرتهن بدفعها جاز له أن يرجع بما دفعه على الراهن، وفي جميع الأحوال فإن هذه المصاريف تلحق بالدين الأصلي وتعتبر معه مضمونة بالرهن وفي المرتبة نفسها، وهذا ما نصت عليه المادة 909 ق.م.ج³ على أنه: "يترتب على قيد الرهن إدخال مصاريف العقد والقيد والتجديد إدخالاً ضمنياً في التوزيع وفي مرتبة الرهن نفسها...".

ما يلاحظ أن الرهن يقتصر على ضمان المصروفات المحددة على سبيل الحصر في هذا النص باعتباره نصاً استثنائياً، وما عدا ذلك من مصروفات فلا يضمنها الرهن، كمصروفات الدعوى التي يطالب فيها الدائن بإلزام المدين بالدين أو مصروفات الشطب أو إلغاء الشطب⁴ إلى غير ذلك من المصاريف الغير المنصوص عليها في نص المادة 909 ق.م.ج السالفة الذكر.

2. سلطات المدين الراهن:

إن الرهن الرسمي لا يجرّد الراهن من ملكية وحياسة العقار المرهون، فهو بذلك يبقى الراهن مالكا وحائزا للعقار، وبالتالي فإن له حق التصرف فيه، إضافة إلى حق استعماله وكذا حق استغلاله، وهذا ما سنتطرق إليه فيما يلي.

أ- حق الراهن في التصرف في العقار المرهون:

1- المادة 1/883 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

2- المادة 906 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع نفسه.

3- المادة 909 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

4- همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 460.

تنص المادة 894 ق.م.ج¹ على أنه: "يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، على أن أي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن".²

يتبين لنا من خلال نص المادة أن الراهن يبقى محتفظا بحقه في التصرف في العقار المرهون كما كان قبل الرهن، إلا أنه يجب أن لا يمس هذا التصرف الصادر بحق الدائن المرتهن ولا يؤثر عليه، إذ يجوز للراهن التصرف في العقار المرهون سواء أن كان هذا التصرف قانونيا أم عملا ماديا.³

التصرفات القانونية التي يجوز للراهن إجرائها على العقار المرهون سواء ما تعلق منها بالتصرفات الناقلة للملكية كالبيع والهبة أو تلك المنشئة للحقوق العينية العقارية كحق الارتفاق وحق الانتفاع، كما يمكن أيضا إعادة رهنه مرة أخرى، شريطة عدم الإضرار بحق الدائن المرتهن، والتأثير فيه حسب نص المادة 894 ق.م.ج السالفة الذكر.

بالنسبة للتصرفات المادية فإن الرهن الرسمي لا يمنع الراهن من القيام بها في العقار المرهون، ذلك أن الحياة تبقى لدى الراهن، إذ يجوز للراهن أن يقوم بجميع الأعمال المادية التي يمكن أن تزيد من القيمة المالية للعقار المرهون، كالبناء والتحسينات وغرس الأشجار.

ب- حق الراهن في استعمال العقار المرهون:

الرهن الرسمي لا يحرم الراهن من التمتع بسلطات الملكية، فله أن يستعمل العقار المرهون بأي وجه من وجوه الاستعمال، فإذا كان الشيء المرهون مبنيا فله أن يستعمله بسكناه بعد الرهن كما هو الحال قبله، وإذا كانت أرض فله أيضا أن يستعملها سواء للإقامة فيها أو بغير ذلك من وجوه الاستعمال، بل وله أيضا أن يبني على هذه الأرض بناء يستعمله بسكناه أو باستغلاله طالما أن إقامة هذا البناء لا ينقص من قيمة هذا العقار

1- المادة 894 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

2- تقابلها المادة 1043 من الأمر رقم 131 المتضمن القانون المدني المصري، المرجع السابق.

3- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 211.

المرهون وإذا كان الشيء المرهون أرضاً زراعية، فيستمر الرهن في الاستفادة من هذه الأرض بالاستمرار في زراعتها بل وفي التصرف في ثمار الزرع تصرفاً مادياً وقانونياً.¹

بناء على ذلك فإن سلطة الرهن في استعمال العقار المرهون لا يقيدتها سوى مراعاة حق الدائن المرتهن، فليس له أن ينقص من قيمة العقار المرهون، كأن يقوم بهدمه إلا إذا أراد من وراء ذلك إقامة بناء آخر على الأرض، حيث لا تقل قيمة البناء عن قيمة البناء الذي قام بهدمه، كما أنه ليس له أن يترك البناء يتخرب.²

ففي هذه الحالة يكون من حق الدائن المرتهن الاعتراض على هذا التصرف، والمطالبة عند الاقتضاء بتعيين حارس يتعهد العقار المرهون بالحفظ والعناية حتى لا يتهدده الهلاك³ وذلك وفقاً للمادتين 898 و 3/899 ق.م.ج السالفتين الذكر.

ج- حق الرهن في استغلال العقار المرهون:

طالما أن الرهن الرسمي لا ينزع من الرهن حيابة العقار المرهون فإن له الحق في إدارته وقد نصت على ذلك المادة 895 ق.م.ج⁴ على أنه: "إن للرهن الحق في إدارة العقار المرهون وفي قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار".

يفهم من خلال هذا النص أن للرهن حق إدارة العقار المرهون حتى يستطيع استغلاله للوجهة التي يراها، فإذا كان العقار المرهون أرضاً زراعية جاز للرهن أن يزرعها⁵ ويقبض ثمارها والتي إما أن تكون ثماراً طبيعية أو مستحدثة أو مدنية.

1- رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 179.

2- زاهية سي يوسف، عقد الرهن الرسمي، المرجع السابق، ص 94-95.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 413.

4- المادة 895 من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

5- زين مختاري، عقد الرهن الرسمي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2016-2017، ص 50.

ثانياً: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للدائن المرتهن

لا يرتب عقد الرهن الرسمي على عاتق الدائن أي التزام، وإنما يعطيه حقوق أهمها حق التنفيذ على العقار المرهون في أي يد كان بغرض استيفاء حقه متقدماً على الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة، ولا يتقيد في ذلك سوى ببعض القيود التي اشترطها القانون بغية حماية المصالح الخاصة وتحقيق النفع العام.¹

1- حقوق الدائن المرتهن:

بحلول أجل الدين ولم يف المدين بدينه جاز للدائن حينها التنفيذ على العقار المرهون تحت يد حائزه من أجل بيعه بالمزاد، وإلى ذلك الحين فإن القانون قد منحه الحق في مراقبة ضمانه بغية المحافظة عليه.²

أ- حق الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار المرهون:

يجب التمييز بين حق الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار المرهون إذا ما كان هذا التنفيذ في مواجهة المدين أو في مواجهة الكفيل العيني، وهو ما سيتم التطرق إليه.

أ-1- **التنفيذ في مواجهة المدين الراهن:** يكون ذلك إذا كان الراهن هو المدين نفسه، أي أن المدين هو الذي قدم الضمان للدائن، وهذا الأخير وهو يواجه المدين بالتنفيذ له صفتين: صفة الدائن العادي صاحب حق في الضمان العام، وصفة الدائن المرتهن صاحب حق عيني.³

أ-1-1- حقوق الدائن المرتهن بصفته دائن عادي:

يكون للدائن المرتهن بصفته دائناً عادياً كامل الحقوق التي تثبت للدائن العادي⁴ فله

1- دليلة معروز، المرجع السابق، ص 61.

2- دليلة معروز، المرجع نفسه، ص 61.

3- محمد البشير طه، الوجيز في الحقوق العينية "رهن التأمين، الرهن الحيازي، حقوق الإمتياز": دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الرابعة، دار الحرية للطباعة، العراق، 1976، ص 109.

4- جلال محمد إبراهيم، سعد أحمد محمود، الحقوق العينية التبعية، الرهن الرسمي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994 ص 200.

حق شخصي على الضمان العام¹ أي على جميع أموال مدينه الحاضرة منها والمستقبلية يكون في مركز الخلف العام للمدين² ويترتب على ذلك ما يلي:

- يحتفظ الدائن المرتهن بكل الدعاوى التي تحمي الضمان العام للدائنين وهي الدعوى الغير المباشرة³ الدعوى البوليصية⁴ والدعوى الصورية⁵.

- يكون للدائن المرتهن وباقي الدائنين العاديين متساوون تجاه الضمان العام، فلا يكون للدائن المرتهن بصفته دائنا عاديا حق التقدم على الدائنين العاديين الآخرين في استيفاء حقه.

- للدائن المرتهن عند التنفيذ بمقتضى حقه في الضمان العام، أن يبدأ على أي مال يراه مناسباً، فلا يكون ملزماً بأن يبدأ التنفيذ بالعقار المرهون، ويبرر الفقه إعطاء المرتهن هذا الحق أنه لو تم تجريده منه لكان أدنى من الدائن العادي ليخالف بذلك الغاية من الرهن وهو إعطائه مركز أفضل من الدائن العادي⁶.

● حقوق الدائن المرتهن بصفته دائنا مرتهنا:

تنص المادة 1/902 ق.م.ج⁷ على أنه: "يمكن للدائن بعد التنبيه على المدين

1- يقصد بالضمان العام أن تكون جميع أموال المدين ضامنة لوفاء ديونه، بدليل نص المادة 1/188 ق.م.ج على أنه: "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه".

2- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي وحقوق الامتياز، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 102.

3- الدعوى الغير المباشرة هي وسيلة بمقتضاها يستطيع الدائن أن ينوب عن مدينه في مباشرة حقوقه التي أهمل في مباشرتها أو المطالبة بها إذا كان من شأن هذا الإهمال أن يلحق ضرراً بالدائنين.

4- تسمى أيضا بالدعوى البوليانية وهي دعوى يقيمها الدائنون، تهدف إلى عدم نفاذ التصرفات التي أبرمها المدين والتي من شأنها أن تنقص من الضمان العام.

5- توجد الصورية عندما يلجأ شخص إلى تهريب أمواله بإبرام تصرفات وهمية مع الغير لإخراجها من الضمان العام، وقد أجاز القانون للدائن أن يثبت صورية تصرفات مدينه بدعوى الصورية وهي دعوى تهدف إلى الكشف عن الأوضاع الكاذبة التي يضعها المدين.

6- لمزيد من التفاصيل راجع جلال محمد إبراهيم، سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص 201.

7- المادة 1/902 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

بالوفاء أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ويطلب بيعه في الآجال وفقا للأوضاع المقررة في قانون الإجراءات المدنية".

أ-1-2- حقوق الدائن المرتهن باعتباره دائنا مرتتها:

تتحصر على العقار المرهون، فلا يكون للمرتهن حق على أي مال آخر غير العقار المرهون، أو بتعبير آخر فإن صفة الدائن المرتهن تؤدي إلى حصر حقوقه على ما قدمه المدين الراهن من مال كضمان فقط.¹

يجب على الدائن المرتهن عند التنفيذ على العقار المرهون إتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهو ما قضت به المادة 1/902 ق.م.ج السالفة الذكر.

أ-2- التنفيذ في مواجهة الكفيل العيني:

إذا تعلق الأمر بشخص آخر غير المدين وهو ما يسمى بالكفيل العيني، حسب ما نصت عليه المادة 901 ق.م.ج السالفة الذكر، فتتحصر مسؤولية الكفيل العيني فيما رهنه من مال فقط، فلا يجوز للدائن المرتهن أن ينفذ على مال آخر غير مال المرهون، وفي حالة عدم كفاية التأمين الذي قدمه الكفيل العيني، فلا يحق للدائن التنفيذ بالباقي على أموال الكفيل الأخرى، غير أنه يحق للدائن مقابل ذلك أن يرجع بالباقي إذا لم يستوفي حقه كاملا من الكفيل العيني على المدين الأصلي، إذ أن هذا الأخير هو المسؤول على الدين.²

إذا باشر الدائن إجراءات التنفيذ ضد الكفيل العيني فإنه ليس بإمكان هذا الأخير أن يدفع بتجريد المدين أولاً، ذلك أنه من حق الدائن المرتهن أن يختار عند الشروع في التنفيذ بين البدء بمال الكفيل العيني أو البدء بأموال المدين وإذا قرر الدائن المرتهن التنفيذ

1- جلال محمد إبراهيم، سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص 204.

2- دليلة معروز، المرجع السابق، ص 64.

على الكفيل العيني كان عليه وبعد تكليف المدين بالوفاء أن يعلن التنبيه بنزع ملكية العقار المرهون إلى الكفيل العيني وتسجيله بإسمه.¹

للكفيل العيني في هذه الحالة أن يتخلى عن العقار المرهون بغية تفادي إجراءات التنفيذ التي ستقام ضده، وهذا ما نصت عليه المادة 2/902 ق.م.ج² على أنه: "إذا كان الرهن شخصا آخر غير المدين، جاز له تفادي أي إجراء موجه إليه أن هو تخلى عن العقار المرهون وفقا للأوضاع والأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار".

ب- حق الدائن المرتهن في مراقبة ضمانه:

الراهن أن ينقص من ضمانه إنقاصا كبيرا وذلك في أخذ الوسائل التحفظية اللازمة للحفاظ على ضمانه³ وتضيف المادة 3/899 ق.م.ج السالفة الذكر أن للدائن أن يطلب من القاضي بأن يأمر الرهن بوقف أعماله إذا كان من شأنها أن تنقص من ضمان أو أن يعرضه للهلاك أو التلف، بل وله أن يتخذ الوسائل اللازمة للحفاظ عليه وأن يرجع على الراهن بما أنفق في ذلك.

2- القيود الواردة على حق الدائن المرتهن في التنفيذ:

يرد على حقوق الدائن المرتهن عند مواجهته للراهن قيدان: الأول هو عدم الاشتراط في عقد الرهن أو في عقد رسمي لاحق شرطا يقضي بأن يمتلك العقار المرهون في حالة ما إذا لم يف المدين بالتزامه، أما الثاني فهو بخصوص إجراءات التنفيذ، حيث لا يجوز للدائن المرتهن أن يشترط عدم إتباع الإجراءات القانونية عند التنفيذ على العقار المرهون.⁴

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

2- المادة 2/902 من الأمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

3- دليلة معزوز، المرجع السابق، ص 64.

4- دليلة معزوز، المرجع نفسه، ص 64.

أ- بطلان شرط تملك العقار المرهون عن عدم الوفاء:

تنص المادة 903 ق.م.ج¹ على أنه: "يكون باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يمتلك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان، أو في بيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن.

غير أنه يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن يتنازل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه".

فقد حرص المشرع الجزائري على تقرير بطلان هذا الشرط إذا اتفق عليه قبل حلول أجل الدين، وهو شرط مفاده أن الدائن المرتهن يكتسب ملكية العقار المرهون فورا إذا حل أجل الدين ولم يقم المدين بسداده²، والحكمة من بطلان هذا الشرط قبل استحقاق الدين يرجع إلى مظنة استغلال الدائن المدين، ولهذا تدخل المشرع لحماية الراهن من مثل هذا الاستغلال³ غير أنه إذا حل أجل الدين جاز اتفاق الراهن مع المرتهن بأن يتنازل عن العقار المرهون مقابل دينه لانعدام شبهة الاستغلال، وقد يكون الاتفاق في هذه الحالة من مصلحة الراهن بتجنبه المصروفات التي تتجم عن بيع العقار بالمزاد.⁴

ب- بطلان شرط البيع دون إتباع طرق التنفيذ عند عدم الوفاء:

يقصد به كذلك شرط الطريق الممهد الذي يسمح للدائن بالبيع الودي⁵ والمقصود به أن يتفق الراهن مع المرتهن حين حلول أجل الدين وعدم الوفاء به جواز بيع العقار المرهون دون اتخاذ الإجراءات المقررة التي رسمها القانون بشأن البيوع الجبرية، فمثل هذا الاتفاق

1- المادة 903 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

2- شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني الجديد، دار المعارف، مصر، 1956، ص 243.

3- نبيل سعد إبراهيم، المرجع السابق، ص 99.

4- عبد الناصر توفيق العطار، التأمينات العينية، دار الفكر العربي، مصر، 1984، ص 108.

5- محمد حسنين، المرجع السابق، ص 156.

ينطوي كذلك على استغلال المرتهن للراهن بحرمانه من التمتع بأكبر قيمة للعقار في حالة بيعه بالمزاد العلني¹ ولم تنص المادة 903 ق.م.ج في فقرتها الثانية على جواز الاتفاق على بيع العقار المرهون دون إجراءات إذا عقد بعد حلول الدين كله أو بعضه، كما نصت على جواز الاتفاق على تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء.

الفرع الثاني

أثار الرهن الرسمي بالنسبة للغير

لا يكفي نشوء عقد الرهن الرسمي صحيحا 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 قيده³ لدى المحافظة العقارية⁴ وهي تلك المحافظة التي تقع في دائرة اختصاصها العقار المرهون.

ونظرا لأهمية قيد الرهن الرسمي لما له من آثار، يقتضي الأمر تحديده ثم نبين أثار نفاذ القيد اتجاه الغير.

1- محي الدين إسماعيل علم الدين، أصول القانون المدني، الجزء الثالث، دار الجيل للطباعة، مصر، 1977، ص 577.

2- يقصد بالغير كل شخص يمكن أن يضار من وجود الرهن أو عدمه، ومنهم -الدائنون العاديون للرهن، -الدائنون أصحاب التأمينات العينية المتأخرة في المرتبة عن مرتبة الدائن المرتهن، -الشخص الذي يكتسب على العقار المرهون حقوقا عينية أصلية بعد ترتيب حق الرهن،...الخ.

3- **logeais Dominique**, sûretés et garantie du crédit, 4e édition, librairie générale de droit et de jurisprudence, paris, 2004, pp 383-384.

4- تعرف المحافظة العقارية كذلك باسم محافظة الرهن « la conservation des hypothèque »، وهي مصلحة عمومية وظيفتها حفظ العقود ومختلف المحررات الخاضعة للشهر والمتضمنة نقل وإنشاء أو تعديل حق الملكية والحقوق العينية الأخرى أصلية كانت أو تبعية، وذلك بعد شهرها وقيدها في مجموعة البطاقات العقارية. لمزيد من التفاصيل عن هذا الموضوع راجع: منى تموج، النظام القانوني للمحافظة العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003-2004، ص 9.

أولاً: تحديد القيد

لتحديد القيد يجب علينا تعريفه ثم تحديد إجراءات قيد الرهن الرسمي.

1- تعريف القيد:

القيد هو شهر محرر عن طريق إثبات هذا المحرر في سجل مخصص لذلك، وهذا السجل موجود في جهة الإشهار العقاري المختصة.¹

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 لنهاذ التصرفات في حق الغير² والقيد بموجب الأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري شرطاً 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 905 ق.م.ج³ على أنه: "تسري على إجراء القيد وتجديده وشطبه وإلغاء الشطب والآثار المترتبة على ذلك كله، الأحكام الواردة في قانون تنظيم الإشهار العقاري".

1- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني "التأمينات العينية"، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 117.

2- لمزيد من التفاصيل راجع نص المادة 904 ق.م.ج، السالفة الذكر.

3- المادة 905 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

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 أثراً إلا بالنسبة إلى العقارات، أو أجزاء العقارات التي تقع في دائرة اختصاصه.¹

بالنسبة للرهون الأخرى التي سمح القانون برهنها رهناً رسمياً، فكل نوع منها يتم قيده في الجهة التي حددها القانون.²

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 نفعاً محضاً بالنسبة للدائن المرتهن، يكفي لإجرائه أن يكون مميزاً ويكفي هنا الوكالة العامة.³

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 القيد⁴ وإذا توفي الراهن جاز إجراء القيد على اسمه أو على أسماء ورثته.

ج- كيفية إجراء القيد :

يتم إجراء القيد في مرحلتين

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

2- 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 الإجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الإفريقية أحمد درارية، أدرار، 2005-2006، ص 157.

3- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 275.

4- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 320.

ج-1- المرحلة التمهيديّة:

يقدم طلب الشهر. فتتولى الجهات المعنية بقيده في دفتر خاص، يبين أسبقية طلبات الشهر من خلال وضع رقما متتابعا بحسب أقدمية تقديمها، وفقا للتاريخ، اليوم، والساعة وتهتم 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 للشهر.¹

ج-2- المرحلة النهائية

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 القيد² ويجب على المحافظ العقاري أن يقوم بعملية الشهر خلال مدة خمسة عشر (15) يوما، التالية لتاريخ الإيداع ويكون لقيد الرهن أثر فوري فلا يرتد أثره إلى تاريخ إبرام العقد المنشئ لحق الرهن، ويتم إتباع تلك الإجراءات بالنسبة لقيد سائر التأمينات العينية العقارية.³

د- بيانات قائمة القيد وجزء تخلفها

يتم القيد ببيانات قائمة القيد، ويتحدد أثره على أساس هذه البيانات فقد نصت المادة 66 من قانون 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري⁴ ونلخصها فيما يلي:

- اسم الدائن ولقبه، وصناعته، ومحل إقامته.

- اسم المدين، أو المالك الذي رتب الحق على ملكه.

1- نقلا عن دليّة معزوز، المرجع السابق، ص 68.

2- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 277.

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

4- مرسوم رقم 76-63 مؤرخ في 25 مارس سنة 1976، يتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج.ر.ع 30، الصادرة في 13 أبريل سنة 1976م، معدل ومتمم.

- اختيار الموطن من قبل الدائن المرتهن 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.

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 الدقة.¹

فإذا اشترى الغير عقاراً مرهوناً، وكان النقص في القيد في بيانات هذا العقار المرهون، على أساس أنه خال من الرهون، 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 القيد.²

ثانياً: 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 متقدماً على سائر الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة، كما يثبت له حق تتبع العقار المرهون والتنفيذ عليه في حالة انتقال ملكيته لشخص آخر.

1- سليمان مرقس، التأمينات العينية، الطبعة الثانية، مطابع دار النشر للجامعة المصرية، مصر، 1959، ص 159.

2- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني "التأمينات العينية"، المرجع السابق، ص 119.

1- حق التقدم (الأفضلية):

حق التقدم أو حق الأولوية يثبت للدائن المرتهن بمجرد قيد الرهن¹ وقصد به أن يتقدم الدائن المرتهن في استيفاء حقه على الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة، سواء بقي العقار المرهون في يد الراهن أو انتقل إلى الشخص 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 بالأسببية في القيد وهو المبدأ العام، فيتقدم الأسبق قيда على من يليه في ترتيب القيد، حتى ولو كان عقده متأخرا عن العقود الآخرين³ وهذا ما نصت عليه المادة 908 ق.م.ج⁴ على أنه: "تسبب 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

1- Mester jacques, Emmanuel putman, Marc billian, traité de droit civil, droit spécial des sûretés réelles, librairie générale de droit et de jurisprudence, paris, 1995, p 781.

2- Jeanseube Baptiste, droit des sûretés, 5e édition, dalloz, paris, 2010, p 130.

3- عبد اللطيف حمدان حسين ، التأمينات العينية، دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن والتأمينات والامتياز، منشورات الحلبي، لبنان، 2009، ص 425.

4- المادة 908 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

يثير الصعوبات التي لم يتطرق لها المشرع عندما يراد توزيع ثمن العقار قبل أن يتحقق الشرط أو قبل وجود الدين المستقبلي أو الاحتمالي.¹

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 لاعتبارات² معينة 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 وبيعها لمصلحة جميع الدائنين، والمبالغ المستحقة للخرينة العامة وحقوق الامتياز العامة، فهذه المبالغ تستوفى 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.ج³ 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 الملحقات.

1- جلال محمد إبراهيم، سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص 249.

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

3- المادة 1000 من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

- التزاحم بين الدائن المرتهن رهنا رسميا والدائن المرتهن رهنا حيازيا، حيث أن الرهن الحيازي لا ينفذ في حق الغير إلا بالقيود 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 الرهون النافذة، فالمسألة تتعلق بمصلحة خاصة للدائن المرتهن.¹

لذلك أجاز المشرع التنازل عن مرتبة الرهن² وهو ما نصت عليه المادة 910 ق.م.ج³ على أنه: "يمكن للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه في حدود الدين المضمون بهذا الرهن لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار، ويجوز التمسك تجاه هذا الدائن الآخر بجميع أوجه الدفع التي يجوز التمسك بها تجاه الدائن الأول عدا ما كان منها متعلقا بانقضاء حق هذا الدائن الأول إذا كان هذا الانقضاء لاحقا للتنازل عن المرتبة".

يستفاد من نص هذه المادة ثلاث شروط لصحة التنازل عن مرتبة الرهن وهي:

- 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.⁴

- يجب أن يكون النزول عن مرتبة الرهن في حدود حق التنازل⁵ ولهذا إذا كان الدين الأول (دين المتنازل) أكبر من الدين التالي له، انتفع المتنازل له من هذه المرتبة

1- سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 27.

2- يجيز القانون المدني الفرنسي التنازل عن مرتبة الرهن، وذلك حسب نص المادة 3/2424 والتي تنص على ما يلي:
«il peut aussi, pour une cession d'intériorité, céder san rang d'inscription a un créancier de rang postérieur dent il prend la place »

ويسمى في الفقه الفرنسي: convention d'antériorité ou cession de priorité ou cession de rang.

3- المادة 910 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

4- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 378.

5- زاهية سي يوسف، عقد الرهن الرسمي، المرجع السابق، ص 127.

المتقدمة، أما إذا كان دين المتنازل له أكبر من دين المتنازل، عندئذ لا يستفيد المتنازل له من هذه المرتبة المتقدمة إلا في حدود دين المتنازل فقط لا في حدود دينه هو، وقد قصد المشرع بذلك الحكم بعدم الإضرار بحقوق الدائنين الآخرين الذين كانوا تالين للمتنازل وسابقين للمتنازل له.¹

- يجب أن يؤشر بهذا النزول عن المرتبة في هامش القيد الأصلي للرهن، وإلا كان هذا التنازل غير نافذ في حق الغير² وهذا ما نصت عليه المادة 2/904 ق.م.ج 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 فيه³ ولهذا يقصد بمزية التتبع قدرة الدائن المرتهن على اتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار المرهون في أي يد ينتقل إليها⁴ كما يعتبر التتبع مكنة قانونية مقررة لكل دائن مرتهن مقيد رهنه بغض النظر عن مرتبته⁵ حتى ولو كانت مرتبته لا تسمح له باستيفاء حقه من ثمن العقار المرهون.

أ- شروط مباشرة حق التتبع:

نصت المادة 911 ق.م.ج⁶ 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.

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 379.

2- سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 27.

3- يسمينة ربحاني، الرهن الرسمي كضمان بنكي، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005-2006، ص 57.

4- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 243.

5- سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، مطابع الولاء، مصر، 2004، ص 385.

6- المادة 911 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

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 في الفقرة الأولى نصت على الشروط المتعلقة بشخص الدائن المرتهن بينما في الفقرة الثانية نصت على الشروط المتعلقة بشخص الحائز.

أ-1- الشروط المتعلقة بالدائن المرتهن:

- أن يكون الرهن نافذا في مواجهة الحائز¹ 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 يحل الدين بالأسباب المسقطه للأجل وهي شهر إفلاس المدين.

أ-2- الشروط المتعلقة بالحائز:

- انتقال ملكية العقار المرهون، أي حق عيني آخر قابل للرهن.²
- أن لا يكون الشخص مسؤولا مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن.³

ب- إجراءات الحق في التتبع:

نصت المادة 923 ق.م.ج⁴ على أنه: "إذا لم يختَر الحائز ان يقضي الديون المقيدة أو يظهر العقار من الرهن أو يتخلى عن هذا العقار، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ في مواجهته نزع الملكية وفقا لأحكام قانون الإجراءات 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:

- 1- سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 30.
- 2- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 386.
- 3- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، 386.
- 4- المادة 923 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

ب-1- التتبيه على المدين بالوفاء:

التتبيه العقاري أو تتبيه نزع الملكية، فلا يتم إلا بناء على سند تنفيذي للمرتهن ضد المدين الراهن¹ فهو ورقة من أوراق المحضرين يتضمن فضلا عن البيانات خاصة بالدين المطلوب بالوفاء به والعقار المطلوب نزع ملكيته إنذار المدين بدفع الدين وإلا سيسجل نزع الملكية وبيع العقار جبرا على الحائز.²

ب-2- إنذار الحائز بالدفع أو التخلية:

إن لم يتولى الحائز بقضاء الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عن هذا العقار، لا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار، ويجب أن يكون إنذار الحائز مصحوبا بتبليغ التتبيه إليه، وهذا ما يمكنه من معرفة نوع السند الحاصل بالتنفيذ بمقتضاه، والعقار الجاري عليه، ومقدار الدين المطلوب الوفاء به³ عند إخلال الحائز بقضاء الدين أو بتطهير العقار أو بتخليته للعقار، يقوم الدائن المرتهن في اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهته.⁴

المطلب الثاني**انقضاء الكفالة العينية**

يتطلب الرهن الرسمي لانقضائه إتباع الطريقة الأصلية⁵ أي بطريقة مستقلة عن هذا انقضاء هذا الالتزام الأصلي (الفرع الأول)، وقد ينقضي بطريقة تبعية لانقضاء الدين المضمون به (الفرع الثاني).

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

2- محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 215.

3- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 319.

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

5- أحمد سلامة، التأمينات العينية والشخصية، دار النهضة العربية، مصر، 1970، ص 366.

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.

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 المرهون.¹

أولا: تطهير الحائز للعقار المرهون

التطهير هو تخليص العقار المرهون وتحريره من الحقوق المقيدة التي تنقله، والتطهير يكون بطريقتين، إما أن يتم بطريقة اختيارية أو أن يتم بحكم القانون، وما يهمنا هنا هو التطهير الاختياري² الذي نصت عليه المادة 934 ق.م.ج³ على أنه: "إذا تمت إجراءات التطهير، انقضى حق الرهن الرسمي نهائيا، ولو زالت لأي سبب من الأسباب ملكية الحائز الذي ظهر العقار".

وعليه، إذا قام الحائز بتطهير العقار المرهون وفق الإجراءات المنصوص عليها في المادتين 916 و917 ق.م.ج⁴ حيث تنص المادة 916 من ق.م.ج 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:

1- سليمان محمدي، مرجع سابق، ص 46.

2- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 418.

3- المادة 934 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

4- المواد 916، 917 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع نفسه.

خلاصة من سند ملكية الحائز تقتصر على بيان نوع التصرف وتاريخه واسم المالك السابق للعقار مع تعيين هذا المالك تعييناً دقيقاً ومحل العقار مع تعيينه وتحديد بدقه، وإذا كان التصرف بيعاً يذكر أيضاً الثمن وما عسى أن يوجه من تكاليف تعتبر جزءاً من هذا الثمن...". وأضافت المادة 917 من نفس القانون 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."

فإن الرهن ينقضي ويصبح العقار محرراً من الرهن التي كانت تثقله.¹

ثانياً: بيع العقار بيعاً جبرياً بالمزاد العلني

نصت المادة 936 من ق.م.ج² على ما يلي: "إذا بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً بالمزاد العلني، سواء كان ذلك في مواجهة مالك العقار أو الحائز أو الحارس الذي سلم إليه العقار عند التخلية، فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد، أو بدفعه إلى الدائنين المقيدون 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 المرتهنيين المقيدة حقوقهم، الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم.

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

1- سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 31.

2- المادة 936 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

صحيحة، وتم إيداع الثمن أو توزيعه، مهما كان الشخص الذي تم البيع في مواجهته (المالك، الحائز، الحارس).¹

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 ضمناً² فإذا قام الدائن المرتهن بالتنازل عن حق الرهن دون الدين المضمون، انقضى الرهن وبقي الدين المضمون به قائماً، وعلى إثر ذلك يتحول الدائن المرتهن إلى دائن عادي، ومن هنا يصح القول أن الرهن انقضى بصفة أصلية.³

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 هلاكاً كلياً لانقضاء الرهن الرسمي، لأنه إذا كان الهلاك جزئياً فإن المتبقي من العقار يبقى ضامناً للدين عملاً بقاعدة عدم تجزئة الرهن⁴ كذلك يجب فهم مدلول الهلاك بالمعنى الواسع فقد يكون هلاكاً مادياً ينتج عنه هلاك العقار، وقد يكون هلاكاً قانونياً مثل حالة نزع الملكية للمنفعة العامة، وقد يكون الهلاك بسبب الراهن أو بسبب أجنبي، وبالتالي ينقضي الرهن إذا هلك العقار المرهون، فينتقل حق الدائن المرتهن إلى التعويض أو مبلغ التأمين أو مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة طبقاً لقاعدة الحلول العينية⁵ وإذا عوض المالك عن أحد أسباب نزع الملكية له، انتقل الرهن بمرتبته إلى ذلك التعويض، ويستوفي الدائن حقه بالأفضلية المقررة له.⁶

1- سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 47.

2- دليلة معروز، المرجع السابق، ص 78.

3- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 421.

4- سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 42.

5- يسمينة ربحاني، المرجع السابق، ص 72.

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

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 1/893 ق.م.ج¹ على أنه: "لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون، بل يكون تابعا 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 زال 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 تبعا لانقضاء الدين المضمون، ورجوع الرهن الرسمي عند زوال أسباب انقضاء الدين المضمون.

أولاً: انقضاء الرهن الرسمي تبعا 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.

1- المادة 1/893 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

2- المادة 933 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع نفسه.

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 للوجود¹ فمثلاً إذا انقضى الدين بالإبراء و كان هذا الإبراء قد صدر من ناقص الأهلية وتم إبطاله، أو انقضى بإتحاد الذمة، ثم زال إتحاد الذمة ففي هذه الحالة يعود الدين الموجود ويعود معه الرهن باعتباره من توابع الدين.²

1- أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 383.

2- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 617.

الخاتمة:

ختاما لما سبق حاولنا قدر الإمكان من خلال ما تناولته الدراسة التطرق إلى موضوع يمكن القول عنه أنه من الموضوعات الحالية التي لها أهمية كبيرة، إذ يتعلق بالطبيعة القانونية لعقد الكفالة، وهي من أبرز وأهم أنواع التأمينات الشخصية.

تعرضنا في الفصل الأول إلى الكفالة الشخصية فهي عقد ضمان شخصي، وعقد رضائي إذ تخضع للقاعدة التي تقول العقد شريعة المتعاقدين من حيث الإنعقاد أما من حيث الإثبات فالأمر يختلف، وأنها عقد تباعي، وتكون في الأصل من العقود الملزمة لجانب واحد وهو الكفيل، ويغلب عليها الطابع التباعي إذ لا تعود بأي نفع للكفيل.

نستخلص أثارها في ثلاث علاقات، علاقة بين طرفيها (الكفيل والدائن) وتتمثل في حق الدائن في مطالبة الكفيل، وحقه في التنفيذ على أمواله، وحق الكفيل في مواجهة هذه المطالبة بما يتسنى له من دفع، وعلاقة بين (الكفيل والمدين) المتمثلة في حق الكفيل في الرجوع على المدين في حالة وفائه بالدين، والعلاقة الأخيرة تكون بين (الكفيل وغيره من الكفلاء) تتمثل في حق الكفيل الموفي بالدفع بالتقسيم في حالة توفر شروطه، وكذلك في الحق بالعودة عليهم بدعوى الحلول أو بدعوى الشخصية.

بالنسبة لانقضائها إما أن تكون بصفة تبعية وإما أن تكون بصفة أصلية.

تطرقنا في الفصل الثاني إلى الكفالة العينية تحديدا الرهن الرسمي، فهو عقد شكلي لا ينعقد إلا بعقد رسمي لذلك سمي بعقد الرهن الرسمي.

من خصائص الرهن الرسمي أنه حق عيني، تباعي، عقاري، غير قابل للتجزئة ولا يترتب عليه تجريد المدين من حيازة عقاره المرهون.

يشترط لإنشاء عقد الرهن الرسمي شروط شكلية وهي الرسمية وشروط موضوعية عامة وهي الرضا، المحل، السبب وشروط موضوعية خاصة وهي أهلية الراهن وملكيته للعقار المرهون وتخصيص الرهن، ينشأ عقد الرهن الرسمي ويرتب آثاره فيما بين المتعاقدين فور استكمالها للشروط الموضوعية والشكلية.

إن عقد الرسمي ينعقد بين المدين الراهن والدائن المرتهن، فإذا تم هذا العقد صحيحاً بتمام أركانه رتب آثار منها حقوق والتزامات إلى جانب الراهن، وحقوق قيدها بجملة من القيود إلى جانب الدائن المرتهن.

ينقضي عقد الرهن الرسمي تبعاً لانقضاء الدين المضمون المنصوص عليها في القواعد العامة وعند رجوع الرهن الرسمي عند زوال أسباب انقضاء الدين المضمون.

من خلال هذه الدراسة حول الطبيعة القانونية لعقد الكفالة نبرز بعض النتائج التالية:

- بالرغم من تعدد النصوص القانونية للكفالة إلا أنها مازالت غير كافية لحماية الكفيل من الدائن، عكس الكفالة العينية التي توفر الحماية الكافية للدائن المرتهن في استيفاء حقه قبل المدين وذلك بموجب عقد رسمي.
- ترد الكفالة الشخصية على جميع أموال الكفيل أما الرهن الرسمي كأصل عام يرد على العقارات، ولكن قد يرد على بعض المنقولات ولا يشترط أن يكون الراهن هو المدين نفسه، فقد يكون شخصاً آخر وهو الكفيل العيني.
- تعد التأمينات العينية من أفضل التأمينات لأنها تكفل للدائن الحصول على حقه كاملاً عن طريق تخصيص مال معين من أموال المدين تبقى ضامنة للوفاء بحقه، فيكون الدائن في حماية من إفسار المدين عن حقه في التقدم والتتبع.

- أخيرا لتحديد الطبيعة القانونية لعقد الكفالة لابد من معرفة نوع الإلتزام الذي يلتزم به الكفيل هل هو يلتزم بكفالة شخصية، فتحدد الطبيعة القانونية لها على هذا الأساس، أو يلتزم الكفيل بكفالة عينية فتحدد الطبيعة القانونية حسب نوع الإلتزام الذي يلتزم به الكفيل العيني ونوع التأمين الذي تقدمه الكفالة العينية، وهو ما يسمح بمعرفة القواعد التي يمكن أن تكون صالحة لتطبيق عليها.

قائمة المراجع

1. المراجع باللغة العربية

أولاً: الكتب

- 1- أحمد سلامة، التأمينات العينية والشخصية، دار النهضة العربية، مصر، 1970.
- 2- أحمد شرف الدين، التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- 3- أحمد محمود سعد، عقد الكفالة، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، 1994.
- 4- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقهما في القوانين الجزائرية، الطبعة العاشرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- 5- أسعد دياب، أبحاث في التأمينات العينية، المؤسسة الجامعية للدراسات، لبنان، د.س.ن.
- 6- أنور العمروسي، التضامن والتضام والكفالة في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، مصر، 1949.
- 7- توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية، المكتب العربي للطباعة والنشر، مصر، 1986.
- 8- جلال محمد إبراهيم، سعد أحمد محمود، الحقوق العينية التبعية "الرهن الرسمي"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- 9- حسني محمود عبد الدايم، مدونة حول التأمينات العينية والشخصية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 10- حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن والتأمينات والامتياز، منشورات الحلبي، لبنان، 2009.

- 11- دريال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- 12- رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
- 13- زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، الطبعة الثالثة، دار الأمل، الجزائر، 2001.
- 14- زاهية سي يوسف، عقد الرهن الرسمي، دار الأمل، الجزائر، 2006.
- 15- زكريا شرايس، الوجيز في شرح أحكام الكفالة والرهن الرسمي، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2010.
- 16- زكي محمود جمال الدين، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، مطابع الشعب، القاهرة، 1979.
- 17- سليمان محمدي، مدونة حول التأمينات العينية والشخصية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 18- سليمان مرقس، التأمينات العينية، الطبعة الثانية، مطابع دار النشر للجامعة المصرية، مصر، 1959.
- 19- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني "عقد الكفالة"، الطبعة الثالثة، نقابة المحامين، مصر، 1994.
- 20- سعيد سعيد عبد السلام، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، مطابع الولاء، مصر، 2004.
- 21- سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985.

- 22- شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني الجديد، دار المعارف، مصر، 1956.
- 23- شوقي بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري "دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية (الفرنسي والمصري)"، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- 24- علي حيدر درر، أحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، دار الجبل، بيروت، 1991.
- 25- علي فلالي، الإلتزامات " النظرية العامة للعقد"، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة رعاية، الجزائر، 2001.
- 26- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني في التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، أحياء التراث العربي، لبنان، 1964.
- 27- عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام القانون المدني المصري " التأمينات الشخصية والعينية، مصر، 1954.
- 28- عبد القادر الفار، أحكام الإلتزام "أثار الحق في القانون المدني"، الطبعة الرابعة، مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، 1997.
- 29- عبد الكريم زيدان، الكفالة والحوالة في الفقه المقارن، مكتبة القدس، العراق، 1975.
- 30- عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون " النظرية العامة للحق"، د.د.ن، الجزائر، 2003.
- 31- عبد الناصر توفيق العطار، التأمينات العينية، دار الفكر العربي، مصر، 1984.
- 32- عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني الجزائري " العقود المسماة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2013.

- 33- قذري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الكفالة " التضامن - التضامم في التشريع المصري والمقارن"، دار منشأة المعارف، مصر، 2002.
- 34- مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.
- 35- محمد البشير طه، الوجيز في الحقوق العينية "رهن التأمين، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز": دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الرابعة، دار الحرية للطباعة، العراق، 1976.
- 36- محمد بن منظور بن مكرم الإفريقي المصري، لسان العرب، بيروت، 1990.
- 37- محمد حسين منصور، النظرية العامة للاتمان العيني، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 2001.
- 38- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الجزء الثاني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- 39- محمد صبري السعدي، عقد الكفالة في التشريع المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 1990.
- 40- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري "الرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي وحقوق الامتياز"، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- 41- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني "التأمينات العينية"، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 42- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني "التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة"، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

- 43- محمد علي عبده، عقد الكفالة " دراسة مقارنة"، المؤسسة الحديثة للكتاب، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2005.
- 44- محمد كمال مرسي بك، التأمينات الشخصية والعينية "إثبات الحقوق العينية وأحكام التسجيل"، مطبعة النصر، مصر، 1927.
- 45- محمد محمود همام زهران، التأمينات الشخصية والعينية، مطابع الشعب، مصر، 1979.
- 46- محمد محمود همام زهران، التأمينات العينية والشخصية-الكفالة-الرهن الرسمي-حق الإختصاص-الرهن الحيازي-حقوق الامتياز، منشأة المعارف، مصر، 2001.
- 47- محمد محمود معطي، الكفالة في ضوء الفقه والإجتهد، منشورات الحلبي، لبنان، 2009.
- 48- منصور مصطفى منصور، التأمينات الشخصية، المطبعة العالمية بالقاهرة، مصر، 1960.
- 49- محي الدين إسماعيل علم الدين، أصول القانون المدني، الجزء الثالث، دار الجبل للطباعة، مصر، 1977.
- 50- نبيل سعد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية "الرهن الرسمي، حق الإختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، الكفالة"، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
- 51- نزيه كباره، العقود المسماة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2010.
- 52- ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون الأردني "أثار الحقوق الشخصية"، الجزء الثاني، د.د.ن، عمان، 2003.

ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية

أ- الرسائل الجامعية

1- مريم بنت الخوخ، دور الضمان الشخصي في تدعيم الإئتمان، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2020-2021.

ب- المذكرات الجامعية

1- أسيا جرور، المباني المقامة على أرض الغير في القانون المدني الجزائري، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2003-2004.

2- أعمر 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.

3- زليخة لدميم، إنشاء الرهن الرسمي وانقضائه في القانون المدني الجزائري، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1995-1996.

4- سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه، دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطني في نابلس، فلسطين، 2005-2006.

5- عبد الله عبد الجليل، قاعدة عدم الحيازة في الرهن الرسمي: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص علوم إسلامية،

- كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الإفريقية أحمد درارية، أدرار، 2005-2006.
- 6- كريمة شايب باشا، عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2001-2002.
- 7- كريمة فردي، الشهر العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم القانون الخاص، فرع قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2007-2008.
- 8- لخضر غويسم، أثار الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2012-2013.
- 9- محمود زواوي، الشكالية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري "دراسة مقارنة"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الجزائري، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، د.س.م.
- 10- منى تموح، النظام القانوني للمحافظة العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003-2004.
- 11- وداد باقي، الكفالة في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي "دراسة مقارنة"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق بودواو، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2009-2010.
- 12- يسمينة ريحاني، الرهن الرسمي كضمان بنكي، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005-2006.

- 13- أسماء براهيم، صفاء عطوي، أحكام عقد الكفالة في ظل التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، ورقلة، 2014-2015.
- 14- زهراء خليل إبراهيم، عقد الكفالة وأثره على الغير، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالي، الجزائر، 2016-2017.
- 15- زين مختاري، عقد الرهن الرسمي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، فرع قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2016-2017.
- 16- زينب عشور، ضمانات منح القروض في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، 2018-2019.
- 17- سميرة حابي، أركان عقد الكفالة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، 2014-2015.
- 18- صوراية حمداوي، فتحة مسعودان، الكفالة كتأمين شخصي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012-2013.
- 19- عبد السلام خضرة، أحكام عقد الكفالة في التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جلفة، الجزائر، 2015-2016.
- ج- مذكرات المدرسة العليا للقضاء**
- 1- سارة سليمان، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدورة 1، 2003-2004.

ثالثا: المقالات

- 1- نادية يونسى حداد، عقد الكفالة في القانون المدني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 04، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1999، ص 09-23، غير منشور.
- 2- محمد حسنين، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005، ص ص 46-156، غير منشور.

رابعا: الملتقيات العلمية

- 1- محمد عبد الله رزقي، التأمينات الشخصية، مداخلة في إطار ملتقى وطني حول عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري وقانون الأسرة الجزائري، يومي 25-26 مارس 2013، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة.
- 2- 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.

خامسا: النصوص القانونية

أ- النصوص التشريعية:

- 1- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم بالقانون رقم 07-05 مؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق 13 مايو سنة 2007، الجريدة الرسمية، العدد 31 الصادر في 25 ربيع الثاني عام 1428هـ الموافق 13 مايو سنة 2007م.

2- أمر رقم 75-74 مؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموافق 12 نوفمبر سنة 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج.ر.ع 92، الصادر في 14 ذو القعدة عام 1395 هـ الموافق 18 نوفمبر سنة 1975م.

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

ب- النصوص التنظيمية:

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

سادسا: المحاضرات

1- دليلة معزوز، محاضرات في مقياس التأمينات العينية والشخصية، كلية الحقوق، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2021/2020.

2- عبد العزيز فرحاوي، محاضرات في التأمينات الشخصية "عقد الكفالة"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لمين دباغين، سطيف 2، 2021-2022.

3- محمد شريف كتو، محاضرات في عقد الكفالة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018/2019.

سابعا: القوانين الأجنبية

1- القانون المدني المصري، الصادر بموجب قانون رقم 131، لسنة 1984، معدل و متمم.

2- La loi no 2018-287 du 20 avril 2018, l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 est ratifiée de code civil français.

.II. المراجع باللغة الفرنسية

1-ouvrages

- 1- Andry et Rau, droit civil français, 7^e édition, dalloz, paris, 1973.
- 2- Dominique logeais, sûretés et garantie du crédit, 4^e edition, librairie général de droit et de jurisprudence, paris, 2004.
- 3- Gerest Lascal Solvage, les sureté la publicité foncière, France, 1994.
- 4- Master Jacques, Emmanuel Putman, marc billian, traité de droit civil, droit spécial des suretés réelles, librairie générale de droit et de jurisprudence, paris, 1995.
- 5- M.Planoil et G.Ripert, traité pratique de droit civil français , 2^e éditions, 2e partie, dalloz, france,1954.
- 6- Ph.Malauriel, Aynes, droit civil « les suretés », 2^e edition, dalloz, paris, 1999.

- 7- Philippe Simler, Philippe Delebecque, droit civil « les sûretés », la publicité foncière, 2^e édition, dalloz, paris, 1995.
- 8- Weil (A), droit civil « les sûretés », la publicité foncière, dalloz, paris, 1979.

01.....	مقدمة.....
03.....	الفصل الأول: الكفالة الشخصية.....
04.....	المبحث الأول: مفهوم عقد الكفالة.....
04.....	المطلب الأول: التعريف بعقد الكفالة.....
04.....	الفرع الأول: تعريف عقد الكفالة وخصائصه.....
05.....	أولاً: المقصود بعقد الكفالة.....
06.....	ثانياً: خصائص عقد الكفالة.....
11.....	الفرع الثاني: تمييز عقد الكفالة عن بعض النظم المشابهة له.....
11.....	أولاً: الكفالة وعقد التأمين.....
12.....	ثانياً: الكفالة والإئابة الناقصة.....
12.....	ثالثاً: الكفالة و التضامن.....
13.....	رابعاً: الكفالة والتعهد بالغير.....
13.....	خامساً: الكفالة الشخصية والكفالة العينية.....
13.....	المطلب الثاني: أركان عقد الكفالة.....
14.....	الفرع الأول: التراضي في عقد الكفالة.....
15.....	أولاً: شروط انعقاد عقد الكفالة.....
20.....	ثانياً: شروط صحة التراضي.....
23.....	الفرع الثاني: المحل والسبب في عقد الكفالة.....
23.....	أولاً: المحل في عقد الكفالة.....
32.....	ثانياً: السبب في عقد الكفالة.....
33.....	المبحث الثاني: آثار الكفالة وانقضائه.....
33.....	المطلب الأول: آثار الكفالة الشخصية.....

- 34..... الفرع الأول: العلاقة بين الكفيل والدائن.....
- 34..... أولاً: مطالبة الدائن للكفيل والضوابط التي تحكم ذلك.....
- 37..... ثانياً: الدفع الممنوحة للكفيل لرد الكفالة.....
- 47..... ثالثاً: التزامات الدائن عند استيفاء الدين اتجاه الكفيل.....
- 49..... الفرع الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين.....
- 49..... أولاً: طرق رجوع الكفيل على المكفول عنه بالدعوى الشخصية "دعوى الكفالة".....
- 52..... ثانياً: طرق رجوع الكفيل على المكفول عنه بدعوى الحلول.....
- 54..... ثالثاً: إلتزامات الكفيل عن الوفاء بالمدين.....
- 55..... المطلب الثاني: انقضاء عقد الكفالة.....
- 55..... الفرع الأول: الأسباب العامة لانقضاء عقد الكفالة.....
- 56..... أولاً: انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء.....
- 56..... ثانياً: انقضاء الالتزام الأصلي بما يعادل الوفاء.....
- 60..... ثالثاً: انقضاء الالتزام الأصلي بدون وفاء.....
- 62..... الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء عقد الكفالة.....
- 63..... أولاً: براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضعاه الدائن بخطئه من الضمانات.....
- ثانياً: براءة ذمة الكفيل لعدم اتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين
- 64..... بعد إنذار الكفيل له.....
- 66..... ثالثاً: براءة ذمة الكفيل لعدم تقدم الدائن في تقيسة المدين.....
- 67..... الفصل الثاني: الكفالة العينية.....
- 68..... المبحث الأول: مفهوم الكفالة العينية.....
- 68..... المطلب الأول: تعريف الكفالة العينية.....
- 69..... الفرع الأول: المقصود بالكفالة العينية.....
- 73..... الفرع الثاني: شروط انعقاد الكفالة العينية.....

75.....	المطلب الثاني: إنشاء الكفالة العينية.....
75.....	الفرع الأول: الشروط الموضوعية لإنشاء الكفالة العينية.....
76.....	أولاً: الشروط الواجب توافرها لدى الراهن.....
84.....	ثانياً: الشروط الخاصة بالمال المرهون والدين المضمون.....
87.....	الفرع الثاني: إنشاء الكفالة العينية من حيث الشكل.....
87.....	أولاً: المقصود بالرسمية والعلة من اشتراطها.....
89.....	ثانياً: بعض المسائل المرتبطة بالرسمية في عقد الرهن وجزاء الإخلال بها.....
92.....	المبحث الثاني: آثار الكفالة العينية وانقضائها.....
92.....	المطلب الأول: آثار الرهن الرسمي.....
93.....	الفرع الأول: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمتعاقدين.....
93.....	أولاً: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمدين الراهن.....
100.....	ثانياً: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للدائن المرتهن.....
105.....	الفرع الثاني: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للغير.....
106.....	أولاً: تحديد القيد.....
115.....	المطلب الثاني: انقضاء الكفالة العينية.....
116.....	الفرع الأول: انقضاء الرهن الرسمي بصفة أصلية.....
116.....	أولاً: تطهير الحائز للعقار المرهون.....
117.....	ثانياً: بيع العقار بيعاً جبرياً بالمزاد العلني.....
118.....	ثالثاً: نزول المرتهن عن الرهن الرسمي.....
118.....	رابعاً: الهلاك الكلي للعقار المرهون.....

119.....	الفرع الثاني: انقضاء الرهن الرسمي بصفة تبعية.....
119.....	أولاً: انقضاء الرهن الرسمي تبعاً لانقضاء الدين المضمون.....
120.....	ثانياً: رجوع الرهن الرسمي عند زوال أسباب انقضاء الدين المضمون.....
121.....	خاتمة.....
124.....	قائمة المراجع.....
136.....	الفهرس.....