

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

قسنطينة في : 15 ديسمبر 2025

جامعة قسنطينة 1 الإخوة منتوري

كلية الحقوق

المرجع : 428 / م.م.ع/2025.

مستخرج من محضر إجتماع المجلس العلمي

بتاريخ : 09 أكتوبر 2025

يشيد السيد رئيس المجلس العلمي لكلية الحقوق بجامعة قسنطينة 1 الإخوة منتوري بأن

المجلس العلمي في اجتماعه بتاريخ : 09 أكتوبر 2025، قد صادق على المطبوعة البيداغوجية

للدكتورة بوفامة سميرة المعنونة بـ : العقود الخاصة 2 - التأمينات الشخصية و العينية

رئيس المجلس العلمي



أ.د. سامي بلعابيك
رئيس المجلس العلمي
لكلية الحقوق

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1

كلية الحقوق

محاضرات في مادة العقود الخاصة 2



- التأمينات: ~~الشفعية والعينية~~

وفنس المجلس العلمي

موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس ~~قانون خاص~~

- السداسي الثاني -

من إعداد الدكتورة: بوفامة سميرة

السنة الجامعية 2024-2025.

مقدمة عامة:

يسعدني ان اضع بين ايدي ابنائي الطلبة هذه المطبوعة المتعلقة بمقياس: العقود الخاصة 2-التأمينات الشخصية والعينية-، حيث تعتبر هذه التأمينات من أهم النظم القانونية التي أقرها المشرع لضمان استقرار المعاملات وحماية الحقوق المالية، إذ تشكل الأداة التي يستند إليها الدائن لتعزيز فرص اقتضاء حقه وتقليل مخاطر عدم الوفاء بالالتزامات، وقد ارتبط ظهور هذه التأمينات وتطورها بتطور الحياة الاقتصادية واتساع دائرة الائتمان، فأصبحت تحتل مكانة محورية في مختلف المعاملات المدنية والتجارية والمصرفية، بالنظر إلى ما توفره من حماية قانونية تحقق التوازن بين مصالح أطراف العلاقة القانونية.

ويعد موضوع التأمينات من الموضوعات الدقيقة في القانون المدني، لكونه يجمع بين الاعتبارات النظرية والعملية، ويبرز مدى فعالية القواعد القانونية في تنظيم الضمانات المقررة للدائن، سواء تعلّق الأمر بضمان شخصي يقوم على التزام شخص آخر بالدين، كما هو الحال في الكفالة، أو بضمان عيني يرد على مال معين يُخصص للوفاء بالالتزام، كما في الرهن الرسمي والرهن الحيازي وحقوق الامتياز والتخصيص.

ومن هذا المنطلق، يندرج مقياس "العقود الخاصة 2" الموجه لطلبة السنة الثالثة ليسانس حقوق ضمن المقاييس الأساسية التي تهدف إلى تمكين الطالب من استيعاب مختلف صور التأمينات الشخصية والعينية في التشريع الجزائري، والإحاطة بأحكامها القانونية وآثارها العملية، بما يسمح له بفهم الدور الذي تؤديه هذه الضمانات في تدعيم الائتمان وتحقيق الأمن القانوني في المعاملات.

وتأتي هذه المطبوعة البيداغوجية كمحاولة لتقديم مادة علمية مبسطة ومتكاملة، تراعي المستوى العلمي للطلاب الجامعي، وتُقرّب له المفاهيم القانونية المرتبطة بالتأمينات، من خلال عرض منهجي يقوم على تحليل النصوص القانونية وشرحها بأسلوب واضح ومتدرج. وقد تم تقسيم هذه المطبوعة إلى أربعة فصول رئيسية، حُصص الفصل الأول لدراسة الكفالة باعتبارها الصورة التقليدية للتأمينات الشخصية، من خلال بيان مفهومها وخصائصها وأركانها

وآثارها القانونية. أما الفصل الثاني فقد تناول الرهن الرسمي باعتباره من أهم التأمينات العينية التي ترد على العقار دون نقل حيازته. في حين خُصص الفصل الثالث لدراسة الرهن الحيازي وبيان نظامه القانوني وآثاره المختلفة. أما الفصل الرابع والأخير فقد جُمعت فيه دراسة حق الامتياز وحق التخصيص باعتبارهما من وسائل الضمان التي تمنح الدائن أولوية في استيفاء حقه وفقًا للشروط التي يحددها القانون.

وتهدف هذه المطبوعة إلى تحقيق جملة من الأهداف العلمية والبيداغوجية، من أهمها: تمكين الطالب من فهم المفاهيم الأساسية المرتبطة بالتأمينات الشخصية والعينية، وتوضيح الأحكام القانونية المنظمة للكفالة والرهن الرسمي والرهن الحيازي وحقوق الامتياز والتخصيص في القانون الجزائري، بالإضافة لتنمية قدرة الطالب على التحليل القانوني وربط الجوانب النظرية بالتطبيقات العملية، ومساعدة الطلبة على الإحاطة بالمحاور الأساسية للمقياس بما ييسر عملية التحصيل العلمي والتحضير للامتحانات.

وقد تم الاعتماد في إعداد هذه المطبوعة أساسًا على أحكام القانون المدني الجزائري، إلى جانب مجموعة من المراجع الفقهية المتخصصة التي تناولت موضوع التأمينات، مع الحرص على تقديم مضمون علمي يجمع بين الدقة القانونية والبعد البيداغوجي. وفي الأخير، تبقى هذه المطبوعة جهدًا علميًا متواضعًا، غايته الإسهام في تسهيل فهم الطلبة لهذا الجانب المهم من جوانب القانون المدني، وتزويدهم بالأساس المعرفي الذي يساعدهم في مسارهم الأكاديمي والمهني .

الفصل الأول:

التأمينات الشخصية (عقد

الكفالة)

لقد حاول المشرع الجزائري في القانون المدني أن يكفل للدائن ضمانات وآليات لاستيفاء دينه من المدين، وعليه جاءت المادة 188 من القانون المدني تنص على أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بدينه، أي أن الذمة المالية هي ضمان عام يكون فيه جميع الدائنين عمى قدم المساواة، وتقسم تلك الأموال بينهم قسمة الغرماء.

إلا أن هذا الضمان العام يعد غير كافٍ لتوفير الأمان للوفاء بالدين، لذلك نص المشرع على تأمينات خاصة وصنفها إلى تأمينات شخصية يتم فيها ضم ذمة شخص آخر أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي، فيصبح للدائن مدينان أو أكثر كلهم مسؤولون عن الدين إما في وقت واحد أو على التعاقب، وتأمينات عينية الغرض منها تخصيص مال معين يكون عادة مملوك لمدين لتأمين حق الدائن، فيكون للدائن حق حق عيني على هذا المال يتقدم به على الدائنين العاديين في استيفاء دينه عليه.

كما ان للتأمينات الشخصية صور متعددة منها التضامن النسبي SOLIDARITE PASSIVE و هي تعدد المدينين الملزمون بدين واحد يكون كل منهم ملزم بكل الدين كحالة تضامن المسؤولين عن الفعل الضار المادة 126 ق م ج، ومن ذلك أيضا وحدة الدين L'INDIVISIBILITE DE L'OBLIGATION أي عدم قابلية الدين للتجزئة أي إلزام كل مدين بالوفاء بكل الدين، المواد من 236 إلى 238 ق م ج، و من صورها أيضا الإنابة الناقصة DELEGATION IMPARFAIT و هي أن ينيب المدين شخصا ثالثا يسمى المناب ليفي بالدين إلى الدائن الذي يسمى المناب المدين المواد من 294 إلى 295 ق م ج و هناك ما يعرف بالكفالة LA CAUTIONNEMENT التي تعتبر اهم انواع التامينات الشخصية .

يعد عقد الكفالة من بين العقود الأكثر شيوعا بين الأفراد، حيث أنها اتسعت وتطورت مواكبة للتطورات الإنسانية الحديثة، لذلك أصبح من الضروري وضع نظام يضمنها ويؤمنها يسمح للألف ا رد اللجوء إلى هذا العقد وممارسة معاملاتهم بكل سهولة، مع ضمان كافة حقوقهم.

فالضمانات، باعتبارها وسيلة قانونية مقدرة لحماية أموال الدائنين من الخسارة، تنطبق على جميع الأطراف في علاقة، والدائنين والضامنين، وتخضع لنظام قانوني منفصل له قواعده الخاصة ومتميز عن باقي التأمينات الأخرى، وعليه سنحاول التعرض الى عقد الكفالة بشيء من التفصيل حيث نظمها المشرع الجزائري في المواد من 644 إلى 673 ق م ج و ذلك من خلال التعرض إلى تعريفها خصائصها، أركانها و أثارها.

المبحث الاول

ماهية الكفالة وانعقادها

يعد عقد الكفالة من بين العقود الأكثر شيوعا بين الافراد، وذات الأهمية البالغة في الحياة الاقتصادية ، لذلك أصبح من الضروري وضع نظام قانوني يضمنها ويؤمنها بحيث يسمح للأفراد اللجوء اليها وممارسة معاملاتهم بكل سهولة، مع ضمان كافة حقوقهم.

فالكفالة، باعتبارها وسيلة قانونية مقررة لحماية أموال الدائنين من الخسارة، تخضع لنظام قانوني منفصل له قواعده الخاصة ومتميز عن باقي التأمينات الأخرى، وعليه سنتطرق في هذا المبحث إلى ماهية عقد الكفالة في المطلب الأول، ثم الى انعقادها في المطلب الثاني.

المطلب الاول :ماهية الكفالة:

يعد عقد الكفالة من إحدى الضامانات التي تمنح للدائن وسيلة للحفاظ على حقه تجاه المدين،

ولقد جاء الفقه والقانون بعدة تعاريف متباينة وذلك لأهميته، كل حسب نظرته إلى الغاية من وجود هذا العقد ومضمونه، مما أدى إلى تعدد التعاريف، وعليه سنتطرق إلى تعريف عقد الكفالة وبيان خصائصها (الفرع الأول)، ثم إلى أنواع الكفالة وتمييزها عن المفاهيم المتشابهة (المطلب الثاني).

الفرع الأول: تعريف الكفالة:

الكفالة هي تأمين شخصي وقد وردت أحكامها في القانون المدني الجزائري في الباب الحادي عشر منه ، في المواد من 644 إلى 673 ق م ج، وقد عرفت المادة 644 بأنها " عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه"

فالكفالة طبقا لهذا النص تأمين شخصي كفله المشرع للدائن كضمان للحصول على حقه في حالة إعسار مدينه ، وهي تتمثل في قيام التزام بين شخصين هما الدائن الأصلي وشخص ثالث هو الكفيل والذي يلتزم بالوفاء بالالتزام إذا لم يفي به المدين الأصلي¹.

فطرفا الكفالة إذا هما الدائن والكفيل والقصد منها الوفاء بالالتزام الذي ترتب في ذمة المدين، أما بالنسبة للمدين الأصلي فهو ليس طرفا في عقد الكفالة بل يظل أجنبيا عنه،² كما يمكن أن تتعدّد بغير علمه و رغم معارضته، وهو ما اكدته المادة (647) من القانون المدني: "تجوز كفالة المدين بغير علمه، وتجوز أيضا رغم معارضته"، لكن في الغالب فإن المدين يلعب دورا من خلال دعوة الكفيل للتعاقد مع الدائن.

والتزام الكفيل تابع للالتزام الأصلي للمدين و يكون في الدرجة الثانية، بمعنى أن الدائن ملزم بأن يطالب المدين الأصلي بالوفاء أولا ثم ينتقل إلى مطالبة الكفيل، كما وتشير المادة 644 إلى الكفالة غير التضامنية و هي التي تسمى بالكفالة البسيطة أو الكفالة ، الا انه يضل هناك

¹ محمد عبد الرحيم عنبر، الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية في مصر والدول العربية: مدني، جنائي، دولي، الهيئة العامة. لشؤون المطابع الاميرية، مصر، 1972، ص13.

²Dominique legeais, le Cautionnement, Economica, Paris, 1995, P10.

نوع آخر من الكفالة و هي الكفالة التضامنية ،و فيها يكون الكفيل متضامن مع المدين الأصلي فيجوز للدائن أن يرجع على أين منهما بدرجة واحدة ،و حسب المادة 667 ق م ج فإن الكفلاء في الكفالة القضائية أو القانونية يكونون متضامنين .

والتزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي، وهو ما يجعل التزامه يكون في الدرجة الثانية، بمعنى أن الدائن ملزم بأن يطالب المدين الأصلي أولاً، وأن يبدأ بالتنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال الكفيل.¹

وتجدر الإشارة الى ان الكفالة على وجه العموم تختلف باختلاف مصدرها، فقد تكون كفالة إتفاقية CAUTIONNEMENT CONVENTIONNEL، و قد تكون الكفالة قانونية CAUTIONNEMENT L'EGAL و من أمثلتها ما نصت عليه المادة 851 ق م ج التي تنص " إذا كان المال المقرر عليه حق الإنتفاع منقولاً وجب جرده و لزم المنتفع تقديم كفالة به" و قد تكون الكفالة قضائية CAUTIONNEMENT JUDICIAIRE إذا التزم المدين تقديمها بناء على حكم قضائي مثال على ذلك ما نصت عليه المادة 02/40 ق أ م التي تقضي بأنه " يجوز للقاضي في جميع الأحوال أن يأمر في حالة الإستعجال بالتنفيذ المعجل بكفالة ".

وللتفرقة ما بين الكفالة الاتفاقية والأنواع الأخرى لها من حيث مصدرها أهمية بالغة من الناحية العملية ، ذلك ان المادة (667) من القانون المدني نصت صراحة على أن الكفلاء في الكفالة القضائية والقانونية دائماً متضامنين، لكن إذا تعدد الكفلاء في الكفالة الاتفاقية، يكونون غير متضامنين، إلا إذا تم الاتفاق على ذلك في عقد الكفالة.²

الفرع الثاني :خصائص عقد الكفالة:

¹ محمد صبري السعدي، الوجيز في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية-عقد الكفالة)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص13-14.

² محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص22.

من خصائص عقد الكفالة أنه عقد رضائي وملزم لجانب واحد، وهي عقد يمثل ضمان شخصي تبرعي و تباعي:

1- الكفالة عقد رضائي: حيث تنعقد بمجرد التراضي بين الكفيل والدائن ولا يشترط لانعقادها شكل خاص، لكن لا يتم إثباتها إلا بالكتابة و هذا عملا بالمادة 645 ، ولا يشترط أن يكون المحرر المثبت للكفالة عقدا رسميا بل يكفي أن يكون عرفيا، في حين يجوز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة.

2- الكفالة عقد ملزم لجانب واحد: فهي لا تنشئ التزاما إلا على عاتق الكفيل الذي يلتزم بالوفاء بالدين للدائن إذ لم يفي به المدين وتبقى الكفالة عقدا ملزما لجانب واحد حتى ولو تقاضى الكفيل أجرا من المدين لأن هذا الأخير ليس طرف في العقد ولا يغير من طبيعة الكفالة لكونها ملزمة لجانب واحد¹.

3- الكفالة هي عقد تبرعي: وذلك كأصل عام على اعتبار أن التزام الكفيل عادة دون مقابل في مواجهة المدين رغم أن المدين ليس طرفا في عقد الكفالة، غير أنه لا يوجد ما يمنع الكفيل من أن يتقاضى أجرا من الدائن أو المدين نظير كفالته له ويعتبر العقد حينئذ من عقود المعاوضة ، وعليه يشترط أن يتوفر في الكفيل أهلية التبرع للقيام بمثل هذا النوع من التصرفات لما ينطوي عليه من إضرار بالذمة المالية للكفيل².

ونظرا لهذه الخاصية فقد اعتبر المشرع من خلال المادة 651 الكفالة عملا مدنيا حتى ولو كانت صادرة عن تاجر نظرا لعدم تحقق أي ربحية منها، ماعدا إذا تعلق الأمر بالضمان الاحتياطي للأوراق التجارية والتي تعد دائما عملا تجاريا .

4- الكفالة عقد ضمان شخصي تباعي: الكفالة هي تأمين لصالح الدائن في حالة إمتناع المدين عن الوفاء بالتزامه، ذلك أن التزام الكفيل بالوفاء بالمدين يزيد من ثقة الدائن في حصوله

¹ محمد شكري سرور، محاولة لتأصيل أحكام الكفالة العينية: دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والقانون المدني

الفرنسي، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر، 2007، ص11.

³ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 25.

على حقه فيتحقق به الضمان¹، و هي تأمين لصالح الدائن في حالة إمتناع المدين عن الوفاء بالتزامه ، ذلك أن التزام الكفيل بالوفاء بالدين يزيد من ثقة الدائن في استيفاء دينه ، وذلك باضافة ذمة الكفيل إلى ذمة المدين في الوفاء بالدين، كما أن التزام الكفيل يعد تابعا لالتزام المدين الأصلي، ويترتب على خاصية التبعية النتائج التالية:

*أن لا يكون الدين المكفول أكبر من الدين الأصلي أو اشد من شروطه 652 (ق م ج) ، ولكن يجوز أن يكون التزام الكفيل أقل عبئا ككفالة جزء من الدين فقط.

*تطابق شروط عقد الكفالة مع الالتزام الأصلي، فإذا كان الدين الأصلي معلقا على شرط أو أجل مثلا كانت الكفالة معلقة عليه أيضا.

*يتبع عقد الكفالة التزام المدين الأصلي في صحته و بطلانه وقابليته للفسخ و للكفيل أن يتمسك بدفع المدين الأصلي².

الا انه لهذه الخاصية (أي خاصية التبعية) إستثناءات وهي:

- من حيث الإثبات فإن العقد الأصلي يخضع للقواعد العامة في الإثبات، في حين ان عقد الكفالة يشترط لإثباته الشكلية.

- من حيث سقوط الأجل فإن سقوط أجل الدين الأصلي بسبب إعسار أو إفلاس المدين مثلا لا يؤدي إلى سقوط الأجل في مواجهة الكفيل.

- صحة التزام الكفيل بالرغم من أن التزام المدين قابلا للإبطال بسبب نقص الأهلية متى كانت هذه الأخيرة هي السبب الذي دفع الكفيل لكفالة المدين، ففي هذه الحالة لا يمكن

¹ حسين محمد عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009، ص45-47.

² محمد علي عبده، عقد الكفالة: دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، منشورات زين الحقوقية، بيروت،

لبنان 2005 ص71

له الإحتجاج بسقوط التزامه بسبب قابلية الالتزام الأصلي للبطلان، متمسكا بذلك بقاعدة التبعية.¹

المطلب الثاني

أنواع الكفالة وتمييزها عن مفاهيم مشابهة

لقد اتضح لنا مما سبق ت بشأن عقد الكفالة أنها عقد يضمن بمقتضاه الكفيل بتنفيذ التزام المدين الذي تعهد به للدائن ما لم يفي به المدين نفسه ، ومن تم سنتطرق في هذا المطلب إلى أنواع الكفالة في (الفرع الأول) ثم إلى تمييز الكفالة عن المفاهيم المشابهة لها في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أنواع الكفالة:

للكفالة عدة أنواع تختلف بحسب الزاوية التي يتم اعتمادها من خلالها و هو ما يتم بيانه على النحو التالي:

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

ثانياً: من حيث الطبيعة : هناك الكفالة المدنية والكفالة التجارية.

ثالثاً: من حيث المحل : تكون كفالة شخصية أو عينية.

أولاً: الكفالة من حيث المصدر.

يمكن تقسيمها إلى كفالة اتفاقية وقانونية وقضائية.

1-الكفالة الاتفاقية.

¹ سرايش زكريا، الوجيز في شرح أحكام الكفالة والرهن الرسمي، طبعة أولى، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2010، ص15.

هي التي تنشأ نتيجة اتفاق المدين مع الدائن على التزام الأول بتقديم كفيل للثاني يضمن دينه، ويكون هذا الاتفاق مصدر التزام المدين بتقديم الكفالة، سواء تم الاتفاق قبل نشوء الدين في ذمة المدين أو بعد ذلك، ويعد من قبيل الكفالة الاتفاقية سعي المدين للحصول على كفيل يضمنه ويقدمه للدائن حتى يحصل منه على ائتمان جديد أو ان يجدد الائتمان السابق، ويمكن أن تنشأ الكفالة أيضا في حالة تقدم الكفيل من تلقاء نفسه لضمان المدين والتزامه به في مواجهة الدائن، حتى ولو يعلم بها هذا الأخير أو رغم معارضته لذلك، حيث يكون مصدر التزام هذا الكفيل هو الإرادة المنفردة، وهي مصدر ارادي يقيد به وتعتبر هاتين الحالتين من

قبل الكفالة الاتفاقية.¹

2- الكفالة القانونية.

تكون الكفالة قانونية في الأحوال التي يوجب القانون فيها على المدين تقديم كفيل للدائن، ومثال ذلك نص المادة 851 من القانون المدني الجزائري، والمادة 212 ق م ج... "فإن للدائن وقبل انقضاء الأجل، أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقوقه، ولو بوجه خاص أن يطالب بتأمين ان خشي إفلاس المدين..."

3- الكفالة القضائية.

تكون الكفالة قضائية في الحالات التي يكون مصدر التزام المدين فيها بتقديم كفيل حكم القاضي مثل ما جاءت به المادة 717 مدني جزائري.... وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية، أن تقرر مع هذا كل ما تراه مناسبا من التدابير ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما يستحق من التعويضات."

واعتبار الكفالة اتفاقية أو قانونية أو قضائية له أهمية من الناحية العملية ذلك أن للكفالة القانونية و القضائية أحكام خاصة وهذا طبقا للمادة 667 ق م ج والتي تنص على " يكون

¹ معزوز دليلة، محاضرات في العقود الخاصة 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، الجزائر، 2021، ص

الكفلاء في الكفالة القضائية أو القانونية دائماً متضامنين"

ثانياً: الكفالة من حيث الطبيعة.

بما أنّ الكفالة من عقود التبرع، فالأصل أنّها عقد مدني وليس تجاري، وتظهر أهمية ذلك في الإثبات والاختصاص.

1-الكفالة التجارية.

وتكون إذا كان الكفيل تاجر ويحترف الكفالة بمقابل، أو إذا تعلق بدين ثابت في ورقة تجارية وقع عليها الكفيل بصفته ضامناً احتياطياً أو مظهراً طبقاً للمادة 651 من القانون المدني.

فالكفالة الناتجة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً، وأن أيّ تظهير لها يجعلها عملاً تجارياً، ويقصد بالضمان الاحتياطي ضمان الالتزام الناشئ من الورقة التجارية ويقع بكتابته على الورقة التجارية ذاتها أو كتابته على الورقة التجارية المتصلة بها أو في ورقة مستقلة، وهو ما أكدته المادة 409 من القانون التجاري الجزائري، أما التظهير فقد اعتبره المشرع الجزائري بمثابة كفالة تجارية، إلا أنّ هناك من يعتبرها صورة من صور الرهن الحيازي للورقة التجارية¹.

2-الكفالة المدنية.

يتوجب على المدين تقديم كفيل للدائن في الأموال حينما تكون الكفالة قانونية²، وكما جاء في نص المادة 851 من القانون المدني الجزائري "توجب جرد المال المقرر على المنتفع وألزم بتقديم كفالة، وجاء في نص المادة 211 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري على "يسقط حق المدين في الأجل إذا شهر إفلاسه وفقاً لنصوص القانون، إذا أنقص بفعله إلى

¹ سي يوسف زاهية حورية، عقد الكفالة، دار الأمل، الجزائر، 2001، ص 21

² محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 34.

حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطي بعقد الحق أو بمقتضى القانون..."

وكما جاء في نص المادة 212 من القانون المدني الجزائري انه : " على للدائن وقبل انقضاء الأجل، أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقوقه، ولو بوجه خاص أن يطالب بتأمين إن خشي إفلاس المدين..."

ثالثا: الكفالة من حيث المحل.

1-الكفالة العينية.

هي قيام الكفيل بتقديم شيء من أمواله ضمانا للوفاء بالدين وبمعنى آخر ينشئ للدائن تأمينا عينيا كرهن رسمي أو رهن حيازي، حيث يسمى هذا الكفيل بالكفيل العيني إذا رهن عقارا أو منقولاً رهنا رسميا أو حيازيا، فهو لا يضمن الوفاء إلا في الحدود المال الذي قدّمه، فالضمان لا يرد على ذمته المالية كاملة كما هو الحال في الكفالة الشخصية .

2-الكفالة الشخصية.

هي ضم ذمة الكفيل الى ذمة المدين الأصلي أي يصبح حق الضمان العام على أموال المدين بالإضافة إلى على أموال الكفيل، فهي كفالة عادية ترتب التزاما في ذمة الكفيل بضمان الوفاء بالدين.

3-الكفالة الكاملة والجزئية والمحددة.

تكون كاملة إذا التزم الكفيل بضمان الدين الأصلي كله، وتكون جزئية إذا اقتصر الكفيل على ضمان جزء من الدين، أما الكفالة المحددة يضمن فيها الكفيل الدين كله ولكن يلتزم بحد أقصى.

الفرع الثاني: تمييز الكفالة عن المفاهيم المشابهة لها:

تعد الكفالة أداة ائتمانية ووسيلة الضمان من الناحية القانونية، ومن هذا المنطلق نجدانه هناك عدة أنظمة قانونية أخرى تشبه الكفالة من حيث الهدف الذي ترمي اليه، وهو ما يدفعنا لإلقاء الضوء على هذه الأنظمة المشابهة لتمييزها عن الكفالة محل الدراسة.

أولاً: الكفالة والتعهد عن الغير:

جاء في نص المادة 114 الفقرة الاولى من القانون المدني مايعرف بالتعهد عن الغير، اذ تنص "إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده، فإذا رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به."

فالوعد نيابة عن الآخرين هو عقد يتعهد فيه شخص ما بجعل شخص آخر يلتزم بمسألة معينة، لذلك فإن الوعد نيابة عن الآخرين لا يضمن للطرف الثالث، ولكنه يفترض التزاماً أصلياً الحصول على موافقة الآخرين على التعهد، ويكون التزام الكفيل التزاماً ثانوياً، كما يجب على الكفيل أن يؤديه وفقاً لذلك أو ذا فشل المدين في أداء الدين، ويجب على الدائن الوفاء بالتزامه نيابة عن الطرف الثالث و التعويض عن الاضرار الناتجة عن التعهد¹.

ثانياً : لكفالة والتضامن بين المدينين:

تختلف الكفالة عن المدينين المتضامنين في أن المدينين المتضامنين ملزمون بشكل أصلي أمام دائئهم ، ويتحملون نفس الدين الذي يتحمله كل المدينين المتضامنين والكفلاء، حتى وإن كانوا في علاقتهم مع الدائنين، ودائنو هؤلاء المدينين الذين لا مصلحة لهم في الديون. أما بالنسبة الكفيل، فإنه لا يتحمل الاالت ازم بصفته الأصلية، ولكن بصفة التبعية وحتى إذا كان يتحمل مسؤولية مشتركة مع المدين الأصلي، فإن الكفيل لا يزال يتحمل الالتزام بصفته التابعة، وهذا إذا لم يدخل الدائن في اجراءات إفلاس المدين في غضون 6 أشهر من تاريخ

¹ علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، مجموعة الأطرش للكتاب المختص، 2015، ص345

تحذير الكفيل، الذي يفقد حقه في الرجوع على الكفيل إلى الحد الذي يمكن الحصول عليه في هذا الإفلاس¹.

ثالثاً: الكفالة والإنابة الكاملة:

الإنابة الكاملة تعتبر اتفاق يعفي المفوض الملتزم به من التزاماته بحيث يصبح دينه مستحقاً ويصبح النائب مديناً، وتشمل الإنابة الكاملة بالفعل تجديد الدين لتغيير المدين، وهو ما يسمى التحويل في الفقه الإسلامي وخاصة عند فقهاء المالكي والشافعي والحنبلي، مثال: إذا كان "أ" مديناً لـ"ب"، وأحال "ج" ليحل محله ويعترف "ب" بذلك، فإن "أ" يخرج من الالتزام، ويبقى "ب" دائماً لـ"ج" فقط. بينما الكفيل لا يلتزم بالتجديد² ذلك أن الكفالة مجرد ضمان تبعي، لا يخرج فيه المدين الأصلي أبداً من التزامه.

رابعاً: الكفالة والإنابة الناقصة:

في القانون الجزائري، "الإنابة الناقصة" ليست مصطلحاً شائعاً، لكنها تشير إلى مفهوم أن المدين (المنيب) يسمح لشخص ثالث (المناب لديه) بأن يلتزم بالوفاء بدين المدين، لكن بدون أن ينقضي الدين الأصلي في ذمة المدين. بينما في الإنابة الكاملة، فإن المدين الأصلي يبرئ ذمته ويتحلل من الالتزام.

أما الكفالة فهي العقد الذي يتعهد بمقتضاه شخص (الكفيل) للدائن بالوفاء بالدين إذا لم يف به المدين. في الكفالة و يظل المدين الأصلي ملتزماً، وللكفيل حق الرجوع على المدين، إلا أن الكفالة تتعقد دون علم المدين ورغم معارضته.

¹ نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص300

² نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص 303.

فالإنابة الناقصة تعني أن تجديد المدين الأصلي غير مشمول، بل يظل الدين في ذمة المدين الأصلي وينضم المدين الجديد اليه فيصبح مدينا بنفس الدين¹، أما الكفيل فهو ملزم بصفة تبعية للمدين الأصلي.

خامسا :الكفالة وعقد التأمين:

تتعلق الكفالة بنوع من التأمين، وهو تأمين الائتمان، والذي بموجبه يؤمن الدائن ضد شركة تأمين ضد إفلاس المدين، في حين إذا لم يبق المدين الأصلي فهنا تعتبر الشركة كفيل تقوم بضمان الوفاء بالدين.

ومع ذلك، نجد أن هناك فرقا بينهما، أن التزام شركة التأمين، "المؤمن عليه"، ليس التزاما ثانويا وانما التزام أصلي ناشئ عن عقد التأمين، والغرض منه هو تعويض المؤمن عليه للضرر الذي لحق به دائن من إفسار المدين بسبب القسط الذي دفعه الدائن للشركة، وعندما تدفع الشركة تعويضا للدائن لا يتم إرجاعها إلى المدين كما في حالة الكفالة².

ومن خلال ما تطرقنا إليه في المبحث الأول نخلص إلى أن الكفالة كضمان شخصي تكون بضم ذمم أخرى إلى ذمة المدين، وهذا من أجل الالتزام وضمان حقه والوفاء بالدين إذا أعسر مدينه، كما أن للكفالة خصائص تمتاز بها، والتي قمنا بتوضيحها من خلال هذا المبحث، وكذا التطرق إلى تمييز عقد الكفالة عن غيره من العقود الأخرى لتوضيح الفروقات بينهم، وعليه لا يمكننا الخروج بمفهوم الكفالة عن الحدود التي تم الاتفاق عليها، لا من خلال المبلغ والشخص المكفول وكذا المدة المحددة والمتفق عليها في هذا العقد.

المبحث الثاني

انعقاد الكفالة

¹ علي كحلون، مرجع سابق ص 356.

² محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 31، 30.

تعد الكفالة في الأصل عقد طوعي بين الطرفين ، فعندما تتطابق ارادتي الكفيل والدائن يتعهد الكفيل بأداء التزامات المدين، ويتم إبرام العقد بموافقة الدائن والكفيل دون الحاجة إلى رضا المدين، وهذا ما اكدته المادة 674 ق.م.ج.

ويخضع عقد الكفالة ككل العقود للقواعد العامة المتعلقة بتكوين العقود، فيشترط توافر الأركان الثلاثة لتكوين العقد (الرضا، المحل و السبب)، ويخضع أيضا لقواعد خاصة تتعلق بأطراف العقد و بمحله (الدين).

المطلب الأول: الإرادة وإثباتها:

أولا: التعبير عن الإرادة :

يتم التعبير عن الإرادة بموافقة الطرفين، والموافقة المطلوبة هي موافقة الدائن والكفيل والتي لا تتطلب موافقة المدين¹ و تتم فعليا حتى دون علمه ورغم معارضته ، حيث تنص المادة 647 من القانون المدني "تجوز كفالة المدين بغير علمه وتجوز أيضا رغم معارضته".

الكفالة عقد بين الدائن و الكفيل ينعقد بمجرد تطابق إرادتهما، أما المدين فلا يشترط رضائه بالعقد باعتباره ليس طرفا فيه بل أن الكفالة تجوز بغير علمه ورغم معارضتهم- المادة.647

ويجب أن تتطابق إرادتي كل من الكفيل و الدائن و تطبق في هذا المجال القواعد العامة في التعبير عن الإرادة كخلوها من العيوب التي تتطلبها القواعد العامة في صحة العقود، أما المدين فلا حاجة لرضائه لأنه لا يعتبر طرفا في العقد، فالتراضي هو تطابق الإيجاب والقبول كتعبير عن إرادتي طرفي العقد، وهذا ما نصت عليه المادة (59) من القانون المدني، وحسب نص

¹ العمروسي أنور، التضامن والكفالة في القانون المدني، طبعة أولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 1999، ص238.

المادة (60) من نفس القانون يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا.

أما بالنسبة للأهلية فإنها تختلف بين الدائن و الكفيل على النحو التالي:

1 بالنسبة للدائن: يكفي أن تتوفر فيه أهلية التمييز لأن الكفالة تعد بالنسبة إليه عملا من الأعمال النافعة نفعا محضا باعتبارها من أعمال التبرع كقاعدة عامة.

2 بالنسبة للكفيل: يجب أن يكون كامل الأهلية غير محجور عليه فإذا كان ناقص الأهلية كانت الكفالة باطلة بطلانا مطلقا، وعليه فلا يجوز للقاصر ولا المحجور عليه أن يكفل التزاما ما، بل ولا يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يعقد الكفالة باسم القاصر أو المحجور عليه متى كانت الكفالة تبرعية، أما إذا كانت الكفالة بمقابل فيجب أن تتوفر في الكفيل أهلية التصرف وتكون كفالة القاصر والمحجور عليه قابلة للإبطال¹ ويكون حينئذ للولي أو الوصي أو القيم أن يعقد الكفالة باسم هؤلاء.

زيادة على ذلك لا بد من توافر شرطين تضمنتهما المادة 646 ق م ج و هما:

يسر الكفيل: أي أن يكون الكفيل قادرا على الوفاء بالدين الذي يكفله، و يقدر هذا اليسر بحسب ما يملك من أموال " عقارات أو منقولات " و للقاضي السلطة التقديرية في معرفة يسر الكفيل لأن الغرض من الكفالة حماية الدائن من خطر إعسار المدين.

وللدائن أن يثبت أن هذا المال أو بعضه متنازع فيه، أو يصعب التنفيذ عليه لبعده أو لسهولة تهريبه أو سهولة إخفائه أو لأي سبب آخر فيستبعد هذا المال كضمان، والتقنين المدني الفرنسي يشترط أن يكون مال الكفيل الذي يثبت يساره عقارا لا منقولا.²

¹ سرايش زكريا، الوجيز في شرح أحكام الكفالة والرهن الرسمي، طبعة أولى، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2010، ص17.

² قدري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الكفالة (التضامن والتضام)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص41.

إقامة الكفيل بالجزائر: و ذلك حتى يسهل مقاضاته داخل الوطن و يجب أن يكون متوطنا في الجزائر. و بموجب هذان الشرطان يجب أن تتوافرا في الكفيل طالما بقيت الكفالة قائمة فإذا أصبح معسرا أو غير مقيم في الجزائر وجب على المدين تقديم كفيل آخر¹.

وتجدر الإشارة الى أنه في حالة وجود أي شك بخصوص التعبير عن الإرادة حول عقد الكفالة، فان مراعاة مصالح الكفيل هي الأهم وهو ما يتوافق مع القواعد العامة، حيث جاء في نص المادة 112 في الفقرة الأولى على أن الشك يجب تفسيره لصالح المدين².

وفي حالة تخلف أحد هذين الشرطين يلتزم المدين بتقديم تأمين عيني كاف ويستوي أن يكون هذا التأمين العيني رهن رسمي أو حيازي، والمشرع لم يذكر تقديم كفيل آخر عكس المشرع الفرنسي الذي نص على أنه في حال تخلف هذين الشرطين وجب على المدين تقديم كفيل آخر، إلا إذا كان الدائن قد إختار كفيلا بذاته فإنه يتحمل نتيجة إعساره.

ثانيا/إثبات الكفالة:

تنص المادة 645 ق م ج على أنه "لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبيئة" فالكتابة ضرورية لإثبات الكفالة فقط و ليست لانعقادها ، و لعل اشتراط الكتابة للإثبات جاء بقصد التشدد في إثبات التزام الكفيل الذي عادة ما يكون متبرعا لدى كفالة المدين ، لهذا السبب قرر المشرع حماية للكفيل عدم جواز إثبات الكفالة إلا بالكتابة، غير أنه يجوز إثبات الكفالة بما يقوم مقامها كالإثبات باليمين و الإقرار إذا وجد مانع من الحصول على الكتابة أو فقد الدائن السند لسبب أجنبي لا يد له فيه، أما بالنسبة للدائن فيجوز إثبات رضاه بكافة طرف الإثبات³. أما فما يخص العلاقة بين الكفيل و المدين كأن يرجع الأول على الثاني بعد الوفاء بالالتزام فإنها تخضع للقواعد العامة في الإثبات، فيجوز الإثبات بكافة طرق الإثبات باعتبار المدين من الغير بالنسبة لعقد الكفالة .

¹ سي يوسف زاهية حورية، عقد الكفالة، طبعة رابعة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص33.

² فيلالتي علي، النظرية العامة للالتزامات :النظرية العامة للعقد، ط2، موفم للنشر، الجزائر، 2005 ، ص 103.

³ سرايش زكريا، مرجع سابق ، ص 22.

المطلب الثاني:

المحل والسبب في عقد الكفالة .

الفرع الأول: محل الكفالة:

المحل في الكفالة هو الوفاء بالتزام المدين إذا لم يف به هذا الأخير و يجب أن يكون المحل في عقد الكفالة معينا أو قابلا للتعيين وبصفة التبعية تجعل هذا المحل مرتبطا بمحل الإلتزام الأصلي المكفول و عليه لكي يكون إلتزام الكفيل معين أو قابل للتعيين و موجودا أو مشروعا يجب أن يكون محل الإلتزام الأصلي مستوفي لهذه الشروط¹ ، لذلك يشترط في هذا الأخير مجموعة من الشروط لكي يكون التزام الكفيل ممكنا وصحيا تبعا له، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أولا: أن يكون الإلتزام الأصلي موجودا أو ممكن الوجود:

يجب أن يكون الإلتزام الأصلي موجودا مهما كان مصدره لأن عقد الكفالة عقد تابع، وفي حالة عدم وجوده لا تنعقد الكفالة لعدم محلها أو موضوعها، ولكن هذا لا يمنع أن يكون الإلتزام الأصلي مستقبلي أو شرطي.

أما فيما يخص كفالة الإلتزام الشرطي أو المستقبلي تنص المادة 650 ق م ج على ما يلي: " تجوز الكفالة في الدين المستقبلي إذا حدد مقدما المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين المشروط " و عليه فإذا كان الإلتزام معلق على شرط واقف أو فاسخ تكون الكفالة هي الأخرى و بحكم تبعيتها للإلتزام المكفول معلقة على شرط واقف أو فاسخ.

وبالتالي يمكن كفالة الإلتزام المستقبلي، لذلك يجب أن يحدد مقدار الدين المستقبلي المكفول بدقة، فإذا تعذر ذلك وجب أن يحدد الحد الأقصى الواجب كفالته من طرف الكفيل.

¹ سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 40..

وإذا لم يعين الكفيل مدة الكفالة في الإلتزام المستقبلي فله الرجوع فيها في أي وقت ما دام الدين المكفول لم ينشأ بعد.

كما يجوز كفالة الدين الشرطي سواء كان الدين الأصلي معلقا على شرط واقف أو معلقا على شرط فاسخ¹، ويترتب على صفة التبعية للإلتزام الكفيل أن يكون إلتزامه أيضا معلقا على نفس الشرط المعلق عليه الإلتزام الأصلي.

ثانيا: صحة الإلتزام المكفول ومشروعيته:

يجب أن يكون الإلتزام المكفول صحيحا حتى تكون الكفالة صحيحة (م 648 ق م ج)، وعلة ذلك أن التزام الكفيل يتبع التزام المدين في صحته و بطلانه، فكفالة الإلتزام الباطل باطلة. أما بالنسبة لكفالة الإلتزام القابل للإبطال فإذا كان الإلتزام الأصلي المكفول قابلا للإبطال فإن الكفالة تأخذ نفس الحكم، و يستطيع الكفيل أن يطالب بإبطال التزامه تنجية لقابلية الإلتزام الأصلي للإبطال لأن للكفيل أن يحتج بنفس الأوجه التي للمدين الأصلي نفسه ، غير أنه يجب التمييز بين سبب قابلية الإلتزام الأصلي للإبطال، فإذا كان عيبا من عيوب الإرادة فتطبق الأحكام السابقة، أما إذا كان سبب قابلية إلتزام المدين للإبطال هو نقص أهليته فإن المشرع أورد حكما خاصا في ذلك تضمنته المادة 649 ق م ج بقولها " من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملزما بتنفيذ الإلتزام أورد حكما خاصا في ذلك تضمنته المادة 649 ق م ج بقولها: " من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملزما بتنفيذ الإلتزام ذا لم ينفذه المدين المكفول باستثناء الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة". 654

وتنص المادة/ 654 ف 02 ق م ج على مايلي " : 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."

¹ سي يوسف زاهية حورية، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 47-50.

أما إذا قضي بإبطال الإلتزام الأصلي فسقط الكفالة تبعاً لذلك، أما إذ استقر الإلتزام الأصلي صحيحاً بالإجازة أو التقادم فإن الكفالة تستقر صحيحة هي الأخرى، وأما إذا كان التزم الكفيل قابلاً للإبطال ولم يجزه الكفيل بل تمسك بإبطاله فتبطل الكفالة رغم صحة الإلتزام الأصلي¹.

ثالثاً: أن يكون الإلتزام المكفول معيناً أو قابلاً للتعين:

بما أن الكفالة عقد فإنه يستوجب أن يكون التزم المكفول معيناً تعيناً نافياً للجهالة، أو قابلاً للتعين بحسب ما إذا كان مبلغاً من النقود أو بضاعة يحدد نوعها ومقدارها.

كما يجوز أن يكون الإلتزام قابلاً للتعين ومثاله أن يكفل للدائن حقه في التعويض عن فعل ضار وقع من شخص ما، والوفاء بهذا التعويض يكون عند إتمام تقديره².

رابعاً: أن يكون إلتزام الكفيل في حدود الإلتزام المكفول

تبعية الكفالة للإلتزام الأصلي تفرض أن لا يكون أكثر من هذا الأخير من حيث القيمة أو المقدار، ولا بشروط أشد من شروطه، وهذا ما قضت به المادة (652) من القانون المدني والتي نصت على أنه "لا يجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفولة".

وعلى العكس تجوز الكفالة في مبلغ أقل من الدين الأصلي وبشروط أهون وهناك من يرى بأنه يمكن تخفيض إلتزام الكفيل إذا كان يفوق مقدار الإلتزام الأصلي الى حدود التزم المدين³.

الفرع الثاني: سبب الكفالة:

ترجع صعوبة تحديد السبب في عقد الكفالة إلى الطبيعة الخاصة باعتباره عملية قانونية ثلاثية، وعلى الرغم من أهمية العلاقة بين الكفيل والدائن وبين الكفيل والمدين، إلا أنها تقع خارج نطاق عقد الكفالة، لأن المدين ليس طرفاً في هذا العقد.

¹ سرايش زكريا، مرجع سابق، ص 20.

² سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 58.

³ سرايش زكريا، مرجع سابق، ص 19-20.

و إذا كانت الكفالة لمنفعة الدائن، فإن ما وراء التزام الكفيل هو المنفعة التي سيحصل عليها من العقد، وتشمل الأسباب الدافعة ضمن نطاق العقد، وفي هذه الحالة تكون الكفالة ملزمة على كلا الطرفين، وسبب الالتزام يكون مستحيلا أو مخالفا للنظام العام وينطبق الشيء نفسه إذا كان الدافع وراء الكفالة غير صحيح وكان الدائن على علم بذلك¹.

أما إذا كانت الكفالة عبارة عن تبرع من الكفيل إلى الدائن، فإن السبب وراء التزام الكفيل هو النية في التبرع، وإذا لم يكن هذا الأخير صحيحا وليس للدائن علم به هنا تكون الكفالة باطلة. إذا تم عقد الكفالة لصالح المدين، فيمكن أن يكون الكفيل قد تلقى مقابلا من المدين، أو قد يكون المدين قد تعهد بشيء للكفيل مقابل الكفالة، وفي هذه الحالة يكون المقابل أو الرهن أساس التزام الكفيل.

أما إذا تبرع الكفيل للمدين بكفالة، فإن سبب وعده هو النية في التبرع، وإذا كان الدافع من التبرع غير مشروع والدائن يعلم به، فإن الكفالة باطلة².

أولا: أثر العلاقة الثلاثية للكفالة على فكرة السبب:

أثار سبب الكفالة الكثير من المناقشات حول تعريفه، وهذا بالطبع لأن عقد الكفالة هو عقد ملزم لطرف واحد، وفي هذا النوع من العقود، الوعد من المدين بين الدائن والمدين، وهناك التزام مسبق مدني أو طبيعي، وفي حالة التعويض ونية التبرع، إذا كان العقد من عقود التبرع، نجد في عقد الكفالة أن الكفيل يقترح على الدائن لضمان أداء الالتزام للمدين دون أن يكون ملزما أمام الدائن، وليس بمقتضى الالتزام (مدني أو طبيعي)³.

وقبل التطرق للعلاقة بين الدائن والكفيل لا بد من ذكر العلاقة بين الدائن والمدين، وهنا نجد أن الكفيل يقطع وعدا للدائن ليحصل المدين على ائتمان أو مزايا أخرى من الدائن، ويرجع ذلك إلى اعتماد صفة التبعية للكفالة وصلته بوظيفتها كوسيلة لضمان، وهذا هو سبب تعهد الكفيل

¹ سي يوسف زاهية، مرجع سابق، ص 50.

² محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 52.

³ نبيل سعد إبراهيم، مرجع سابق، ص 345.

الذي يقتضي وجوده لحماية الكفيل من الالتزام أمام الدائن، وهذا السبب يستجيب للسبب الشرطي الموضوعي التقليدي لأنه موضوعي ومجرد وفوري وغير متغير، فبدون سبب في هذا المعنى، يكون التزام الكفيل باطلا.

أما الدافع الأساسي للعقد فهو شخصي وغير مباشر ويختلف من كفيل إلى آخر ويجب أن يكون مشروعاً.

ثانياً : شرط مشروعية السبب:

يجب أن يكون السبب مشروعاً، أي لا تتعارض مع النظام والآداب العامة، ذلك أن الكفالة هي في الغالب تبرعية فلا علاقة للكفالة بالالتزامات التي لا يمكن التعامل معها بطبيعتها أو قانونها، وبذلك يتعهد الشخص بكفالة الدائن حين ارتكاب جريمة ضد النظام العام.

وفي حالة عدم وجود المشروعية، يعتبر العقد باطلاً لأننا في هذه الحالة نكشف عن الدوافع التي دفعت بالكفيل إلى الالتزام لذلك إذا كانت نية الكفيل في عقد الكفالة هي أداء خدمات للمدين، فإن الدافع يكون مشروعاً¹.

أما إذا كان الدافع غير شرعي فالدين باطل لأسباب غير مشروعية، ولكن في هذه الحالة يجب على الدائن أن يعلم أن الدافع غير مشروع، أو على الأقل يمكنه أن يعرف به بسهولة، بالنظر إلى استقرار المعاملة، ويقع عبء الإثبات على عاتق الكفيل، والأسباب التي يجوز الدائن على أساسها المطالبة بإلغاء التزامه بإثبات عدم المشروعية أو إمكانية معرفة السبب نظرياً وعقلاً، حتى يتمكن من الطعن في جميع طرق الإثبات في هذا الصدد².

وحسب ما تطرقنا إليه في هذا المبحث خلصنا إلى أن عقد الكفالة يعد في تكوينه كباقي العقود الأخرى التي يتعامل بها الأشخاص في حياتهم، والتي تلزم توافر الأركان الأساسية

¹ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 52.

² أحمد شرف الدين، التأمينات الشخصية والعينية، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س، ص 27.

حتى يستوفي شروط صحته المتمثلة في الرضى والمحل والسبب حتى ينعقد العقد بشكل قانوني صحيح.

المبحث الثاني

اثر عقد الكفالة وانقضاؤها

تترتب على الكفالة عدة آثار منها آثار مباشرة و آثار غير مباشرة، فالأثر المباشر يظهر فيما بين العلاقة بين الدائن و الكفيل و هما طرفا العقد و الأثر غير مباشر يظهر في العلاقة القائمة ما بين المدين و الكفيل من جهة و العلاقة بين الكفلاء فيما بينهم في حالة تعددهم، كما انها تنقضي بأسباب اصلية او تبعية متعددة.

المطلب الأول

اثر عقد الكفالة

يترتب عن عقد الكفالة بعض الآثار المتعلقة بالأطراف ذات العلاقة، والتي يمكن تصنيفها إلى صنفين من العلاقات، وتكمن في العلاقة بين الكفيل والدائن (الفرع الأول)، والعلاقة بين الكفيل والمدين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الآثار بين الكفيل و الدائن:

يجوز للدائن مطالبة الكفيل بتنفيذ التزام مكفوله عند تحديد أجل التزام الكفيل او عند عدم تحديده ، وإذا كان هناك أجل واحد للالتزامين ،و قد يسقط أجل الالتزام الأصلي بسبب إفلاس المدين أو إعساره أو إضعاف التأمينات طبقا للمادة 211 ق م ج ،والرأي السائد في الفقه إلى عدم سقوط أجل التزام الكفيل وهذا تبعا لقاعدة أن أي شيء يسوى من مركز المدين لا يؤثر على مركز الكفيل.

أولاً : شروط وضوابط رجوع الدائن على المدين: عندما يتخلف المدين عن السداد، يحق للدائن استرداد الدين من الكفيل الذي يخضع لشرطين أساسيين هما¹:

1-وجوب حلول أجل الدين بالنسبة للكفيل: لا يمكن للدائن المطالبة للكفيل ما لم تنتهي فترة الضمان، وعادة ما تكون مدة دين الضامن هي نفسها مدة الدين المكفول، على الرغم من أن الاثنين قد يختلفان بالاتفاق أو بناء على حدث آخر تسبب في انقضاء دين المدين.

فمطالبة الدائن الكفيل لا تجوز إلا عند حلول أجل الكفالة، وهذا استناداً إلى المادة 660 ق م ج والتي تنص على " لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين".

وإذا سقط الأجل الممنوح للمدين للسداد قبل أوانه كحالة إفلاسه حسب نص المادة 211 من ق م ج، فهل سيؤثر ذلك على عقد الكفالة؟

يعتبر الفقه أنّ إفسار المدين أو الإفلاس هو حلول الأجل وهنا يحل أجل الكفالة لأنّ العبرة من عقد الكفالة هو تأمين إفسار المدين، فإن كان أجل التزام الكفيل مختلف عن أجل التزام المكفول فإنّ الأجل الممنوح للكفيل قد يحل بعد الأجل الممنوح للدين أو قبله، فإن حل أجل الالتزام الأصلي قبل حلول أجل التزام الكفيل، فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل قبل حلول الأجل المحدد لالتزامه²، لأنّ التزام الكفيل يكون أخف عبئاً من الالتزام الأصلي ويستفيد الكفيل من الأجل الممنوح له وهو التوجه الفقهي الذي انتهجه الغالبية.

فالراي الغالب اتفق على أن يبقى الالتزام ساري المفعول حتى تاريخ الاستحقاق، ويستمر الكافل في استمتاعه بالفترة الممنوحة له ولا يجوز له العودة إليه قبل انقضاء تلك المدة³، حتى لو سقطت مدة الدين الذي يكفله للأسباب التالية:

¹ أحمد محمد السعد، فقه المعاملات، ج 1، دار الكتاب الثقافي للنشر والتوزيع، الأردن، 2018، ص 175

² محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 58.

³ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 90.

-تبعية الكفالة يعتمد على الالتزام أصلي فلا يمنع ابرامها بشروط أقل.

-سحب الثقة من المدين بسبب الإعسار أو الإفلاس أمر خاص بالمدين ولا يمكن أن يبرر سحب الثقة في الكفيل، كما لا يجوز للمدين إساءة استخدام مركز الكفيل بسلوكه.

-تتطلب قواعد تفسير الكفالة التفسير الأنسب للكفيل، من جهة على أنه تبرع، ومن جهة أخرى كمدين يشرح الشكوك لصالحه¹.

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

فالقاعدة هي أن الدائن لا يلتمس الرجوع على الكفيل وحده، حتى اللجوء على المدين، وهو مضمون الفقرة 1 من المادة 660 من ق.م.ج تقابلها الفقرة 2 من المادة 788 من القانون المدني المصري ، مما يعني أن الدائن ملزم بالرجوع على المدين أولاً، مع عدم اللجوء ابتداء على الكفيل، ولكن يمكن للدائن الرجوع على كل من المدين والكفيل في آن واحد، ويشير الرجوع إلى حق الدعوى القضائية، أي رفع دعوى ضد المدين والحصول على حكم قضائي بأنه ملزم بذلك، وعليه فإن مجرد مطالبة ودية أو تحذير للمدين للوفاء بالتزاماته لا تكفي، وهناك نوعان من الاستثناءات لهذه القاعدة² :

1-إذا أشهر إفلاس المدين وجب على الدائن إبلاغه بالدين مبكراً وإلا فقد حق الرجوع على الكفيل، وتقدير الخسارة التي تكبدها هذا الأخير بسبب خطأ الدائن.

2- إذا كان للدائن سند صحيح واجب النفاذ على المدين ، فإن الإخطار بالدفع وحده كاف للرجوع على المدين ويفتح الطريق للرجوع على الكفيل.

2- الدفع القانونية المتاحة للكفيل لرد المطالبة:

في هذا الفرع سنتناول الدفع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة كما يلي:

¹ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 59.

² حسني محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق :دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008ص235

أولاً: الدفع الناشئة عن الدين الأصلي:

يحق للكفيل أن يصير أمام المدين به على جميع الدفع التي يمكن للمدين أن يدعمها، لأن التبعية لواجب الكفالة يعرضه لكل ما يؤثر على الالتزام المكفول.

وتنص الفقرة 1 من المادة 654 على أنه " يبراء الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين، وللکفيل التمسك بهذه الدفع ولو كان متضامنا مع المدين ".

ووفقا لذلك يمكن للكفيل أن يؤكد ضد الدائن كل ما يمكن للمدين الأصلي أن يقدمه، بما في ذلك من بين هذه الدفع أسباب إبطال الالتزام المكفول، مثل الدفع بالبطلان لتخلف الرضا، المحل، والسبب أو تخلف الشكل القانوني، كما يحق له دعم الدفع التي تؤدي إلى انتهاء الالتزامات المضمونة، مثل الوفاء، والتجديد، والتقاعد، وأداء المقابل اتخاذ الذمة، وما إلى ذلك وللکفيل الحق في الحفاظ على قابلية العقد المنشئ للالتزام المكفول، ومعالجة أي عيب يشوب إرادة المدين كالغلط أو التدليس أو الإكراه والذي قد يؤدي إلى إبطاله، وله أن يتدخل في دعاوى الدائن ضد المدين ليتمسك بدفع قد لا يستطيع المدين التمسك بها، ويمكنه التمسك بهذه الدفع حتى لو تنازل المدين عنها، كما يمكن للمدين أن يتمسك بتقادم الالتزام المكفول، حتى وإن تنازل عن حقه في التمسك بالتقادم.

ومع ذلك، إذا اعترف المدين بالعقد القابل للبطلان، فلا يحق للكفيل التمسك بهذا السبب، ما لم يتواطأ المدين مع الدائن لإلحاق الضرر بالكفيل .

علاوة على ذلك، فالتمسك بإمكانية أن يكون العقد باطلا لنقص أهلية الكفيل، فالمادة 649 من ق.م.جاءت في فقرتها الأولى على " إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص الأهلية وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد فليس له أن يحتج بهذا الوجه"، وعليه يتبين من نصها أن الكفيل لا يستطيع التمسك بنقص الأهلية للمدين إذا كان على علم به وقت إبرام العقد، فإذا تمسك المدين بنقص الأهلية ويفصل في إبراء ذمته من الالتزام الأصلي، فسيستفيد منه الكفيل وتبطل التزاماته تبعا لذلك.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا النص يختلف عن أحكام ما جاء في نص المادة 654 من ق.م.ج على "من كفل التزام ناقص الأهلية، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول"، ومن تم فمضمون نصها يتطرق إلى حكم فرض الكفيل لنقص الأهلية، كما أنه ليس للكفيل حق التمسك ببطان فعل المدين المكفول وتصرفاته وتمسكه به المدين 2 .

ثانيا :الدفع الناشئة عن عقد الكفالة:

علاوة على الدفع المذكورة أعلاه يمنح المشرع للكفيل دفوعا خاصة به مع مراعاة صفة الكفيل والتزامه التبرعي، و تتمثل فيما يلي :الدفع بتجريد المدين حسب المادة 660 الفقرة 2 ق.م، والدفع بالتقسيم في حالة الكفلاء المتعديين بموجب المادة 644 ، والدفع بإضاعة التأمين بسبب خطأ الدائن بموجب المادة 656 ق.م، والمطالبة الدائن بعدم اتخاذ أي إجراء ضد المدين وفقا للمادة 657 من ق.م.ج، ومطالبة الدائن بعدم التدخل في إفلاس المدين حسب نص المادة 658 من ق.م.ج.

هذا وتجدر الإشارة الى ان أحكام الكفالة تختلف بحسب ما إذا كنا بصدد كفالة بسيطة أو كفالة تضامنية.

*الكفالة البسيطة:

يلتزم الكفيل بمقتضى عقد الكفالة بأن يضمن تنفيذ التزام المدين إذا لم يف به المدين نفسه، ويترتب على ذلك أن للدائن أن يطالب الكفيل بالوفاء بالالتزام المكفول وله أن ينفذ على أمواله ليحصل على حقه ، ولكن بالنظر إلى الصفة التبعية للكفالة فإنه يجب على الدائن أن يطالب المدين أولا قبل أن يطالب الكفيل، كما يجب أن ينفذ على أموال مدينه الأصلي قبل أن ينفذ على أموال الكفيل وهذا ما يسمى بالدفع بالتجريد ، وهناك شرط آخر تفرضه القواعد العامة وهو أنه لا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل قبل حلول أجل التزامه، حتى لو حل أجل الدين المكفول قبل ذلك لأن القاعدة تجيز أن يكون التزام الكفيل أخف من التزام المدين الأصلي لكن لا يجوز أن يكون أجل التزام الكفيل أقصر من أجل الالتزام الأصلي.

*الكفالة التضامنية :

إن الكفيل في علاقته بالدائن هو في هذا النوع من الكفالة كمدین متضامن، ویترتب علی ذلك أن الكفیل المتضامن مع المدين لا یستطیع الدفع بالتجريد (المادة 665 ق م ج)، ولا الدفع بالتقسیم (المادة 644 ق م ج)، وعلیه یكون الدائن فی أحسن وضع مادام الآخر یمكنه أن یتابع الكفیل الذی یكون فی نفس المرتبة مع المدين.

وتجدر الإشارة إلى ما نصت علیه المادة 667 ق م ج التي تقضي بأن "یكون الكفلاء فی الكفالة القضائية أو القانونية دائماً متضامین" حیث لا یمكنهم أن یطالبوا بالتجريد ولا بالتقسیم، وعلی العكس من ذلك تؤكد المادة 666 ق م ج بأنه " یجوز للكفیل المتضامن أن یتمسك بما یتمسك به الكفیل غیر المتضامن من دفعات متعلقة بالدين "

1- الدفع بالتجريد :

إن الدفع بالتجريد من الدفعات المتعلقة بالتنفیذ علی أموال المدين و لأن الكفالة عقدا تابعا فلا یجوز للدائن أن ینفذ علی أموال الكفیل إلا بعد أن ینفذ علی أموال المدين وهذا ما نصت علیه المادة/ 660 ف 01 ق م ج بقولها "لا یجوز للدائن أن یرجع علی الكفیل وحده إلا بعد رجوعه علی المدين، ولا یجوز له أن ینفذ علی أموال الكفیل إلا بعد أن یجرد المدين من أمواله، ویجب علی الكفیل فی هذه الحالة أن یتمسك بهذا الحق. "

إن الدفع بالتجريد لا یتعلق بالنظام العام بل هو دفع مقرر لمصلحة الكفیل الشخصية لذلك یجب علی الكفیل إذا أراد الإستفادة من هذا الدفع أن یتمسك به فلا یجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ویشترط لقبول هذا الدفع أن لا یكون الكفیل قد تنازل عن حقه فیهِ، ویجب أن یكون التنازل صریحا سواء كان فی عقد الكفالة نفسه أو فی اتفاق لاحق¹.

وإذا أراد الكفیل التجريد وجب علیه أن یقوم علی نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين التي تقي بالدين كله (أنظر المادة/ 661 ف 01 ق م ج)، ولا یؤخذ بعین الاعتبار الأموال التي

¹ سی یوسف زاهیه حورية، مرجع سابق، ص 52.

يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الجزائر أو كانت متنازعا فيها) المادة 661
/ف 02 ق م ج.

ومن جهة أخرى إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانونا أو إتفاقا لضمان الدين، وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين (المادة 663 ق م ج) ووجه الخصوصية في هذه الصورة هو أنه لا يشترط فيها أن يكون هذا التأمين كافيا للوفاء بدين الدائن كما هو الحال في الصورة العامة للدفع بالتجريد، كما أن الدفع لا ينصرف إلى كل أموال المدين إنما إلى المال أو الأموال المحملة بتأمين عيني.

أ- شروط الدفع بالتجريد.

أ /يشترط أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين: حيث وحسب نص المادة 665 ق م ج أنه " لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد."

ب /يشترط أن يكون الكفيل شخصا لا عينيا: لأن الكفيل العيني راهن ولا يحق له التمسك بالتجريد إلا إذا كان قد اشترط ذلك صراحة، وهذا ما نصت عليه المادة 901 ق م ج بقولها "إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين، فلا يجوز التنفيذ على ما له إلا على ما رهنه من ماله، ولا يكون له حق الدفع بالتجريد المدين إلا إذا وجد مدين آخر غير مكفول في حالة تعدد المدينين."

ج /يجب على الكفيل إرشاد الدائن إلى أموال المدين التي تفي بالدين كله و تكون موجودة

في الجزائر وغير متنازع فيها، وذلك بموجب المادة 661 ق م ج بقولها " إذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين التي تفي بالدين كله، ولا يؤخذ بعين الاعتبار الأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الاراضي الجزائرية أو كانت متنازع فيها."

د /يشترط أن يتمسك الكفيل بهذا الحق: وذلك بموجب المادة 660 ق م ج.

ب-آثار الدفع بالتجريد.

يتمتع على الدائن التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين، أي ضرورة قيام الدائن بإجراءات التنفيذ على أموال مدينه في الوقت المناسب، وتكون هناك براءة ذمة الكفيل في الحدود التي يتحصل الدائن عليها من حقه نتيجة تنفيذه على أموال المدين أن يتحمل الدائن نتيجة إعسار المدين.

وان تراخى الدائن في التنفيذ على أموال المدين ولم يبذل في ذلك عناية الرجل العادي، يتحمل خطؤه الذي ارتكبه بيده، ويقع عبء إثبات ذلك التقصير على الكفيل طبقا للقواعد العامة للإثبات.

ج-صورة خاصة للدفع بالتجريد (الدفع بالتجريد التأمين العيني)

تنص المادة 663 ق م ج على " إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانونا، أو اتفاقا لضمان الدين، وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه، ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين."

ويشترط للتمسك بهذه الصورة من التجريد ما يلي:

- ألا يكون الكفيل متضامن مع المدين حسب المادة 665 ق م ج .
- يجب أن يكون هناك تأمين عيني خصص لضمان نفس الدين .
- يجب أن يكون هذا التأمين العيني تقرر قبل انعقاد الكفالة أو معها .
- يجب أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع.

2-الدفع بالتقسيم:

في هذه الحالة يفترض أن هناك أكثر من كفيل لدين واحد و في عقد واحد ولم يكونوا متضامين فيما بينهم، وعلى ذلك فإن الدين يقسم عليهم ولا يجوز للدائن أن يرجع على أي

منهم إلا بقدر نصيبه في الدين فقط) أنظر المادة 664 ق م ج)، ويشترط لتقسيم الدين على الكفلاء عدة شروط هي:

- 1- أن يتعدد الكفلاء وعلى ذلك إذا كان للمدين كفيل واحد فلا ينقسم الدين بينه وبين المدين .
- 2- أن يتعدد الكفلاء لدين واحد.
- 3- أن يكفل الكفلاء المتعددون نفس المدين.
- 4 أن يكون تعدد الكفلاء بعقد واحد.
- 5- أن لا يكون الكفلاء المتعددون متضامنون فيما بينهم .

بتوفر الشروط السابق ذكرها فإنه لا يحق للدائن أن يطالب أي من الكفلاء إلا بقدر حصته في الدين، ويقسم الدين بالتساوي مالم يوجد اتفاق يخالف ذلك، ويقع التقسيم بين الكفلاء المتعديدين وغير المتضامين بقوة القانون،¹ ويجوز للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع في أي حالة تكون عليها الدعوى و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها دون حاجة لأن يتمسك به الكفيل، ويترتب على ذلك أنه إذا أعسر أحد الكفلاء فإن الدائن هو الذي يتحمل حصة المعسر منهم.

3-الدفع بإضاعة التأمينات :

جاء في نص المادة 656 من ق.م.ج على أنه: تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات"، ويقصد بالضمانات في هذه المادة، كل التأمينات المخصصة لضمان الدين، ولو تقررت بعد الكفالة، وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون.

يتضح من هذه المادة أنه إذا فقد الدائن التأمين بسبب الإهمال وأهمل الحفاظ عليه، فالكفيل تبرأ ذمته إلى الحد الذي فقد فيه الدائن هذا الضمان، ويكون للكفيل الحق في دفع حق الدائن له، ويشترط في اثبات حق الكفيل تمسكه بهذا الدفع وفقا لما يلي 2 :

¹ سي يوسف زاهية حورية، مجع سابق، ص 55.

أ- يفقد الدائن تأمينا خاصا :

ويلزم أن يكون التأمين المفقود تأمينا خاصا لأداء الدين، سواء كان تأمينا شخصيا (كفالة اخرى)، أو عينيا منح من المدين أو أي شخص آخر، سواء كان موجودا من قبل مع أو بعد الكفالة مثل الرهون، و الرأي الغالب هو أن يتم أخذ أي ضمان سواء كان اتفاقيا، أو قانونيا، أو قضائيا.

ب- أن يكون ضياع التأمينات بسبب خطأ الدائن :

أو خطأ الشخص ممن يستجوب عنهم، سواء بفعل إيجابي، مثل تبرئته لكفيل آخر، أو بالاهمال مثل إهماله في قيد الرهن 1 .

ج-خسارة وضياع التأمينات ستؤدي حتما إلى ضرر للكفيل :

يجب أن يكون ذو أهمية في ضمان حقوق الدائن، بحيث يضمن أن يرجع الكفيل على المدين بعد القيام بوفاء الدائن، ولا يؤثر على حقيقة أن المدين قادر على الوفاء أو لديه ضمانات أخرى كافية لسداد جميع الديون.

كما تنص المادة 657 في الفقرة الأولى منه على " :لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الاجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها"، ويتبين من خلال هذا النص أن تأخر الدائن في الرجوع على المدين لا ينجم عنه انتهاء حقه في طلب الكفيل، حتى ولو نجم عنه ضرر يمس الكفيل الناتج عن إفسار المدين وتعذر رجوع الكفيل عليه 2 .

الا ان المشرع اقر حماية للكفيل وهذا ما جاء في نص المادة 657 في الفقرة 2 على أنه : "غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن، ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا"، ومن هذا المنطلق، إذا تأخر الدين عن السداد، ويخشى الكفيل من أن الدائن لن يتخذ اجراءات ضد المدين، فيستطيع تحذيره من اتخاذها، حتى يباشر الدائن دعوى ضد المدين أو يشرع في القيام بتدابير التنفيذ ضد المدين إذا كان لديه سندات التنفيذ، فإذا لم يتخذ الدائن هذه الخطوات بعد ستة أشهر من

تاريخ الإنذار، يكون الاجراء قد ابرء ذمة الكفيل ما لم يقدم المدين للكفيل الضمان الكافي، بحيث يتعهد الكفيل باللجوء إلى المدين إذا ما اضطر إلى الوفاء بالتزامات الدائن.¹

4-الدفع بعدم تدخل الدائن في تفليسة المدين:

نصت المادة 658 ق.م.ج: "إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن"، وعليه يجبر القانون الجزائي والتشريعات المقارنة الدائنين على التدخل في التفليسة لأن ذلك هو السبيل الوحيد للحصول عليه من المدين، فإذا أهمل الدائن القيام بهذا الاجراء، ونجم عنه ضياع فرصته في حصول على جزء من حقه فلا يمكنه الرجوع على الكفيل إلا بما يزيد عن القدر الذي كان سيتحصل عليه جراء التفليسة لو تدخل فيها 1 .

الفرع الثاني:العلاقة بين الكفيل و المدين:

متى قام الكفيل بالوفاء بالدين للدائن كان له الرجوع على المدين بما وفاه عنه ،و قد أوجب المشرع على الكفيل أن يقوم بإخطار المدين قبل الوفاء بالدين حتى يتمكن هذا الأخير أن يمنع من الوفاء إذا كانت هناك أسباب تقضي بذلك و هذا تطبيقا للمادة 670 ق م ج ، و يكون هذا الرجوع بأحد الدعويين؛ إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول.

1/الدعوى الشخصية: تنص المادة 672 ق م ج على أنه " : يكون للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة عقدت بعلمه أو بغير علمه، ويرجع بأصل الدين و المصروفات، غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده."

¹ عدنان ابراهيم السرحان ، شرح القانون المدني :العقود المسماة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2013، ص258.

وتقوم الدعوى الشخصية على أساس فكرة الوكالة الصريحة أو الضمنية¹ إذ عقدت بعلم المدين و دون معارضته، و تقوم على فكرة الفضالة إذا ما أبرمت بغير علم المدين، و يرجع عليه في هذه الدعوى بأصل الدين و المصاريف التي التزم بها، كما تجدر الإشارة إلى أن الكفيل الذي يلتزم بالوفاء دون رضا المدين الأصلي لا يستطيع الرجوع بالدعوى الشخصية ضد هذا المدين وهذا ما قضت به المادة 670 ق م ج بتأكيد أنها: "يجب على الكفيل أن يخبر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين، وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين، إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين أو بانقضائه"

و يشترط لإستعمال الدعوى الشخصية أن يكون الكفيل قد وفى بالدين (المادة 672 ق م ج) و أن يتم الوفاء عند حلول الأجل مع شرط إخطار الكفيل للمدين قبل القيام بالوفاء مع عدم معارضه المدين لهذا الوفاء.

2/ دعوى الحلول:

تنص على هذه الدعوى المادة 671 ق م ج بقولها: "إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين، ولكن إذا لم يوف إلا ببعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين . "وتسري في حقه في هذه الحالة القواعد العامة في الوفاء وما يتبعه من تأمينات وما يلحقه من دفع ، ويمكنه الرجوع بدعوى الحلول حتى ولو أبرمت الكفالة رغم معارضة المدين خلافا للدعوى الشخصية.

كما تؤكد المادة 673 ق م ج على أنه: "إذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين فللكفيل الذي ضمنهم جميعا أن يرجع على أي منهم بما وفاه من الدين"؛ كما أن المادة 670 ق م ج المذكورة أعلاه لا تقتصر على دعوى الكفالة وإنما تنطبق أيضا على دعوى الحلول حسب بعض الفقه لكن الرأي الغالب أنها لا تنطبق، وعلى ذلك فإن شروط دعوى ممارسة الكفيل لدعوى الحلول تتمثل فيما يلي:

¹ سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 60.

- 1- يجب أن يقوم الكفيل بالوفاء بالدين وفاء فعلياً؛
 - 2- يجب أن يكون الوفاء قد تم عند حلول أجل الإستحقاق؛
 - 3- في حالة الوفاء الجزئي من قبل الكفيل يجب أن يستوفي الدائن كامل حقه من المدين؛
 - 4- يجب أن على الكفيل أن يخبر المدين قبل القيام بالوفاء وأن لا يعارض المدين هذا الوفاء.
- رجوع الكفيل على المدينين عند تعددهم:

أ - حالة تعدد المدينين بلا تضامن فيما بينهم:

*الكفيل كفّل كل المدينين : إذا وفى الكفيل بالدين رجع على كل منهم بقدر نصيبه من الدين ويكون الرجوع إما بالدعوى الشخصية (دعوى الكفالة) أو دعوى الحلول ويقسم الدين هنا بين المدينين.

*الكفيل كفّل بعض المدينين دون البعض الآخر : يرجع الكفيل على الذين كفّلهم بإحدى الدعويين غير أنه لا يستطيع الرجوع على المدينين الذين لم يكفلهم بالدعوى الشخصية لأنها لا ترفع إلا على المدين المكفول كما لا يستطيع الرجوع عليهم بدعوى الحلول لأن الكفيل ليس ملزماً بالدين معهم، وليس ملزماً بالوفاء به عنهم عملاً بنص المادة 261 مدني، لكن إذا وفى الكفيل حصتهم من الدين رجع عليهم طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب عملاً بنص المادتين 141 و 259 مدني.

ب - حالة تعدد المدينين المتضامنين فيما بينهم:

*الكفيل كفّل كل المدينين : يرجع الكفيل في حالة المدينين المتضامنين على أي منهم إما بالدعوى الشخصية أو دعوى الحلول فإذا أعسر أحدهم تحمل تبعة إعساره بقية المدينين المتضامنين كل بقدر حصته.¹

¹ سرايش زكريا، مرجع سابق، ص 33.

*الكفيل كفّل بعض المدينين دون البعض الآخر : يرجع الكفيل على الذين كفّلهم بإحدى الدعويين ويرجع على المدينين الذي لم يكفلهم إما بدعوى الحلول أو دعوى الإثراء بلا سبب ثالثاً :علاقة الكفيل بغيره من الكفلاء :

أ - تعدد الكفلاء بعقد واحد دون تضامن : في حالة تعدد الكفلاء بعقد واحد لكنهم غير متضامنين فيما بينهم فيطالب الدائن كلا منهم بنسبة حصته في الدين فقط ولكل منهم أن يدفع مطالبة الدائن له بتقسيم الدين وعليه فلا يرجع على بعضهم على بعض، وإذا وفى أحدهم بكامل الدين رغم ذلك فيرجع على الآخرين بدعوى الإثراء بلا سبب.

ب - تعدد الكفلاء بعقود متوالية أو تعددهم مع تضامنهم :

يستطيع الدائن الرجوع على أي منهم بكامل الدين بحيث يمتنع عليهم الدفع بالتقسيم وإذا وفى أحدهم بكامل الدين كان له الرجوع على الآخرين بحصة كل منهم وكذا بنصيب المعسر منهم، والرجوع يكون إما

بدعوى الإثراء بلا سبب أو بدعوى الحلول وهذا منصت عليه المادة 668 ق م ج.

المطلب الثاني

انقضاء الكفالة

تنقضي الكفالة بصفة تبعية مع الدين الأصلي، و هناك طريقتين لانقضاء الكفالة: هناك الانقضاء بالطريق الأصلي و هناك الانقضاء بالطريق التبعية.

(أ)- الانقضاء بالطريق الأصلي: تنقضي الكفالة بالطريق الأصلي أي بدون انقضاء الدين المكفول في العديد من الحالات أهمها حالة انقضاء عقد الكفالة بسبب من أسباب انقضاء الالتزام كالوفاء به مثلاً. أو حالة براءة ذمة الكفيل متى تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات من المدين بعد إنذاره من طرف الكفيل بوجوب اتخاذها، أو حالة عدم تقدم الدائن في تقلسه المدين المادة 652 ق م ج.

ب)- الانقضاء بالطريق التبعي: بما أن الكفالة تابعة للالتزام الأصلي فإن انقضاء هذا الالتزام يستلزم انقضاء الكفالة أيضا و هي طرق الانقضاء المنصوص عنها في القواعد العامة كالوفاء أو بما يعادل الوفاء (أي بمقابل). كما يمكن أن تنقضي الكفالة بالمقاصة أو إتحاد الذمة (بين الدائن و المدين) أو الإبراء أو التحديد (تجديد المدين الأصلي لدينه) أو استحالة التنفيذ أو التقادم.

يتضح من خلال هذا المبحث ان أحكام الكفالة في التشريع الجزائري، كما وردت في القانون المدني تشير إلى أن المشرع منح هذا النظام مكانة خاصة ضمن الضمانات الشخصية التي يقصد بها تعزيز الثقة في المعاملات المدنية والتجارية. فالكفالة، بوصفها عقداً يتعهد فيه الكفيل بالوفاء بالتزام المدين إذا تخلف هذا الأخير، تمثل وسيلة قانونية فعّالة لحماية حقوق الدائنين ودعم الاستقرار الائتماني. وقد حرص المشرع من خلال المواد المنظمة لهذا العقد على وضع ضوابط دقيقة تحكم أركانه وشروطه وآثاره، بما يضمن التوازن بين الأطراف الثلاثة: الدائن، والمدين، والكفيل. ويظهر ذلك بوضوح في الطبيعة «التبعية» للكفالة التي تجعل التزام الكفيل قائماً بقدر قيام الالتزام الأصلي، فلا تكون الكفالة صحيحة ولا نافذة إلا إذا كان الدين الأصلي صحيحاً ومشروعاً، الأمر الذي يوفر حماية إضافية للكفيل ويقيه من تحمل التزامات غير منضبطة أو باطلة.

وتكشف الدراسة أن عقد الكفالة، رغم بساطة تعريفه، يُنشئ شبكة علاقات قانونية معقدة، سواء بين الدائن والكفيل من جهة، أو بين الكفيل والمدين من جهة ثانية، أو بين الكفلاء فيما بينهم عند تعددهم. كما أن التطبيق العملي يطرح جملة من الإشكالات، خصوصاً فيما يتعلق بإثبات الكفالة، حيث شدد المشرع على الكتابة كوسيلة ضرورية للإثبات، دون اشتراطها كركن للانعقاد، مما جعل العديد من النزاعات تدور حول حدود الالتزام ونية الأطراف وطبيعة الكفالة

وما إذا كانت تضامنية أو بسيطة. كما يلاحظ أن بعض الجزئيات، مثل التوسع في التزامات الكفيل أو تغيير الدين الأصلي أو إمكانية الرجوع بين عدة كفلاء، تبقى مجالاً واسعاً لاجتهاد القضاء، ما يستدعي مزيداً من الوضوح في التطبيق والممارسة.

كما تبين الدراسة أن الكفالة قد تتخذ في بعض الحالات طابعاً تجارياً، لاسيما في مجال الأوراق التجارية أو في نطاق المعاملات البنكية، وهو ما يفرض على المتعاملين حذراً إضافياً نظراً لما تمثله هذه الأنواع من الكفالات من التزامات مشددة قد تُنفذ بوسائل أكثر صرامة مقارنة بالكفالة المدنية. وفي هذا السياق، تبدو الحاجة ملحة لتوعية المتعاملين بأهمية تقدير القدرة المالية للكفيل، وإدراك حجم المسؤولية التي يتحملها، خاصة أن الدائن يمكنه الرجوع عليه مباشرة في حال تخلف المدين، مما يجعل الكفالة التزاماً ذا مخاطر حقيقية قد تؤثر تأثيراً بالغاً على الوضع المالي للكفيل.

وفي ضوء هذه المعطيات، يبدو أن عقد الكفالة في التشريع الجزائري يمثل نظاماً قانونياً متوازناً يقوم على تأمين حقوق الدائن، وتسهيل تعاملات المدين، وحماية الكفيل من التعسف. إلا أن فعاليته تبقى مرتبطة بشكل أساسي بحسن صياغته، ووضوح بنوده، والالتزام بالشروط الشكلية والمضمونية التي يضمنها القانون، إلى جانب الوعي القانوني لدى الأطراف بشأن آثار هذا العقد وحدود التزام كل طرف منهم. ومن هنا، فإن تطوير الممارسة العملية، والحرص على الدقة في تحرير عقود الكفالة، وتعزيز الاجتهاد القضائي بما يخدم وضوح المفاهيم، كلها عناصر تجعل من الكفالة آلية قانونية أكثر اتساقاً مع متطلبات الواقع الاقتصادي والاجتماعي.

الفصل الثاني

- عقد الرهن الرسمي -

يُعد الرهن الرسمي من أهم الضمانات العينية التي أقرها المشرع الجزائري، ويلعب دوراً محورياً في تنشيط الحركة الاقتصادية وتوفير الحماية القانونية للدائنين في المعاملات العقارية. ففي ظل التطور الاقتصادي والحاجة المتزايدة للتمويل، أصبح الائتمان العقاري ركيزة أساسية، ويعتمد نجاحه بشكل كبير على وجود ضمانات قوية تمنح الثقة للمقرضين. هنا يبرز دور الرهن الرسمي كحق عيني تبقي يخول للدائن المرتهن سلطة مباشرة على عقار مخصص لضمان الوفاء بدينه.¹

وتقوم فكرة الضمان العام على مبدأ أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بدينه ، وهو المبدأ الذي كرسته المادة 188 من القانون المدني الجزائري ،إلا أن التطبيق العملي لها أظهر قصور الضمان العام في حماية مصالح الدائنين ، فقد يستوفي الدائن جزء من حقه فقط ،و قد يضيع حقه في حالة تصرف المدين في ماله إضراراً بحقوق دائنيه أو في حالة إعساره ، و للحفاظ على هذا الضمان فإن القانون منح للأشخاص ذوي المصلحة و في مقدمتهم الدائنين وسائل تهدف أساساً للضمان استيفاء حقهم حين حلول أجل دينهم، و من بين هذه الوسائل نجد الدعوى الغير المباشرة التي يقوم من خلالها الدائن بالمطالبة بحقوقه بمقتضى المواد من 189 إلى 200 من القانون المدني الجزائري، بالإضافة إلى دعوى عدم نفاذ التصرفات و ذلك في حالة إبرام المدين لتصرفات من شأنها الانتقاص من الضمان العام الدائنين، بالإضافة

1 علي فيلاي، "الالتزامات: التأمينات العينية"، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص.45.

إلى الدعوى الصورية و بموجبها يطعن الدائن في تصرفات المدين في حالة إبرام عقود صورية، و من هذا المنطلق ظهرت التأمينات الخاصة كالية لتسهيل وتأمين المعاملات وتحقيق استقرارها ، و تنقسم هذه التأمينات إلى تأمينات شخصية و تأمينات عينية.

فالتأمينات بوجه عام تشمل الوسائل التي تؤدي إلى حماية الشخص من أخطار معينة والتي قد تحصل بصورة إرادية عن طريق التعاقد مع شركات أو مؤسسات الضمان، أما التأمينات بوجه خاص فتكون مرتبطة بالدين، أي الوسائل القانونية التي تهدف إلى ضمان الوفاء بالدين، ذلك أن فكرة الضمان العام تقوم على أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بالدين، وأن جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان، إلا من اكتسب منهم حق ضمان خاص، لا سيما التامين العيني كالرهن الرسمي الذي يعد أهم أنواع التأمينات العينية، والذي يخول للدائن في حالة عدم قيام المدين بوفائه بالدين عند حلول اجله التنفيذ الجبري على عقاراته المشمولة بالرهن.

المبحث الأول

ماهية عقد الرهن الرسمي وانعقاده

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام الرهن الرسمي في القانون المدني، وتحديدًا في المواد من 882 إلى 936 ، مستلهمًا في ذلك من الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة، لتعريف بهذا العقد وبيان الاحكام القانونية لانعقاده، سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين رئيسيين، يتناول الأول ماهية الرهن الرسمي وتمييزه عن الحقوق المشابهة، والثاني يتعلق بانعقاد الرهن الرسمي.

المطلب الأول

ماهية الرهن الرسمي و تمييزه عن بعض الحقوق المشابهة

الفرع الأول : تعريفه وبيان خصائصه:

أولاً: تعريفه:

لقد عرفت المادة 882 من القانون المدني الجزائري الرهن الرسمي بأنه: "عقد يكسب به الدائن حقاً عينياً على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين

والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان .”هذا التعريف يبرز الطبيعة المزدوجة للرهن الرسمي كعقد شكلي من جهة، وكحق عيني تبعي من جهة أخرى،¹ لا ينعقد إلا بتوافر مجموعة من الشروط الموضوعية والشكلية الدقيقة التي تضمن صحته.

فالرهن الرسمي هو حق عيني تبعي ينشأ بموجب عقد رسمي هو الرهن ، ويتقرر ضمانا للوفاء بدين على عقار مملوك للمدين أو لكفيل عيني ، ويكون بموجبه للدائن الحق في استيفاء دينه من ثمن هذا العقار متقدما في ذلك على الدائنين العاديين لمالك هذا العقار و الدائنين أصحاب الحقوق العينية على هذا العقار المتأخرين في المرتبة و متتبعا هذا العقار تحت يد من انتقلت إليه ملكيته(المادة 882 من القانون المدني الجزائري).

ثانيا: خصائصه:

من خلال المادة 882 قانون مدني تتضح اهم خصائص الرهن الرسمي على النحو التالي:

أ- **حق الرهن الرسمي حق عيني** : ذلك أنه يخول صاحبه سلطة مباشرة على مال معين بموجبها يستطيع اقتضاء حقه من المقابل النقدي لهذا المال محل الحق بالأفضلية و بالتقدم على غيره من الدائنين العاديين و الدائنين التاليين له في المرتبة².

ب- **حق الرهن الرسمي حق تبعي** : لأنه لا ينشأ إلا تابعا لحق أصلي لض مان الوفاء به و هذه التبعية يترتب عليها أن الرهن يتبع الحق الأصلي و يدور معه وجوداً و عدماً³ بحكم المادة 893 قانون مدني " لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون بل يكون تابعا له في صحته و في انقضائه، ما لم ينص القانون على غير ذلك".

¹ سي يوسف زاهية حورية، الوافي في عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام القانون

الفرنسي والمصري مدعمة بإجتهادات قضائية وفقهية، دار هومة، دون سنة، ص16

² سمير تناغو، مرجع سابق، ص 19.

³ رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995 ، ص285

ج- حق الرهن الرسمي عقد عقاري: فهو لا يرد إلا على عقار دون المنقول بخلاف الرهن الحيازي، و يراعى أن الرهن الرسمي قد يرد استثناءً على بعض المنقولات و هي الطائرة، السفينة و المحل التجاري.

د- حق الرهن الرسمي حق غير قابل للتجزئة: و نصت عليه المادة 892: " كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل دين، و كل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها، ما لم ينص القانون أو يقضي الاتفاق بغير ذلك"، بمعنى أن كل جزء من العقار يضمن الدين بأكمله، فإذا كان هناك عدة عقارات مضمونة فكل عقار منها يعتبر ضماناً لكل الدين و يحق للدائن أن يباشر حقه على كل منها، و معنى عدم التجزئة بالنسبة للدين المضمون أن كل جزء من هذا الدين يكون مضموناً بكل العقار المضمون، إلا أنها تبقى قاعدة مكملة فيجوز أن يتفق الدائن و المدين على عكس ذلك.

هـ- عقد الرهن الرسمي عقد شكلي: وهو ما تدل عليه تسميته، حيث تنص المادة 883 قانون مدني على اعتباره شرطاً للانعقاد " لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي".

الفرع الثاني: تمييزه عن الحقوق المشابهة:

يقترب الحق الناتج عن الرهن الرسمي من العديد من الحقوق المشابهة ويمكن تمييزه على النحو التالي:¹

أ/ الرهن الرسمي وحق التخصيص:

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

¹ طلبة وهبة خطاب ، النظم القانونية للتأمينات المدنية عينية وشخصية دار الثقافة الجامعية، 2000، ص 61.

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

ب/الرهن الرسمي و الرهن الحيازي:

حسب المادة 948 من القانون المدني الجزائري (الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره ،بأن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان ،شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين ،و أن يتقدم الدائنين العاديين و الدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون)، فيتضح تشابه الرهن الرسمي و الحيازي من حيث أن كل منهما حق عيني وحق تباعي و غير قابل للتجزئة،¹ بينما يختلفان من حيث موضوع الرهن فالحيازي يرد عموما على المنقولات ويشترط فيه الحياة وحق حبس الشيء المرهون،أما الرسمي فهو في الأصل لا يرد إلا على العقارات ولا يقوم على فكرة الحياة .

ج/الرهن الرسمي و حق الامتياز:

نصت المادة 982 مدني جزائري على أن الامتياز أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته ، ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني. وعليه يتفق حق الامتياز مع الرهن الرسمي في أن كل منهما يضمن الوفاء بالدين ،و يسري على الامتياز ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام متعلقة لهلاك الشيء أو تلفه و ينقضي الحقان بنفس الطرق ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.ويختلف الرهن الرسمي عن حق الامتياز من حيث المصدر فالأخير مصدره القانون وأما الرهن الرسمي مصدره الاتفاق.

د/ الرهن الرسمي و الكفالة:

¹ محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، المبادئ الأساسية في الحقوق العينية التبعية ، حق الرهن الرسمي وحق الاختصاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004 ، ص 78.

فيتفقان أن كل منهما يعد من عقود الضمان ويختلفان في أن الالتزام في الكفالة يكون في أموال الكفيل (ذمته المالية) وهي من التأمينات الشخصية، وأما الالتزام في الرهن الرسمي فيكون على المال محل الرهن فقط وهو تأمين عيني .

المطلب الثاني

انعقاد الرهن الرسمي

على اعتبار الطبيعة المزدوجة للرهن الرسمي كعقد شكلي من جهة، وكحق عيني تبقي من جهة أخرى، لا ينعقد إلا بتوافر مجموعة من الشروط الموضوعية والشكلية الدقيقة التي تضمن صحته، تكمن إشكالية هذا المطلب في تحليل وتفصيل القواعد القانونية المنظمة لانعقاد عقد الرهن الرسمي في التشريع الجزائري .ونهدف من خلاله إلى الإجابة على التساؤلات التالية : ما هي الشروط الموضوعية التي يجب توافرها في أطراف العقد ومحلّه وسببه؟ وما هي الشروط الشكلية التي فرضها المشرع الجزائري لانعقاد الرهن الرسمي؟ وما هو الجزاء المترتب على تخلف أحد هذه الشروط؟.

الفرع الأول: الشروط الشكلية لانعقاد الرهن الرسمي:

يتميز عقد الرهن الرسمي في التشريع الجزائري بكونه عقداً شكلياً، لا يكتمل وجوده القانوني بمجرد توافر الشروط الموضوعية، بل يتطلب إفراغه في قالب رسمي معين .كما أن الإخلال بهذه الشروط الشكلية يؤدي إلى جزاءات قانونية صارمة.

فإذا كان الأصل في العقود هو مبدأ الرضائية، بحيث أن العقد ينعقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، إلا أنه في بعض الأحيان يتدخل المشرع ليشترط شكل معين لانعقاد بعض العقود، و ذلك مراعاة لاعتبارات جديرة بهذا الاهتمام، و من بين هذه العقود عقد الرهن الرسمي .

أولاً: الرسمية المطلوبة لانعقاد العقد الرهن الرسمي:

1-الرسمية ركن لانعقاد الرهن:

تعتبر الرسمية ركناً جوهرياً لانعقاد عقد الرهن الرسمي في القانون الجزائري، وليست مجرد وسيلة للإثبات. فقد نصت المادة 883 من القانون المدني الجزائري بوضوح على أنه: "لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي، وإلا كان باطلاً". هذا النص يضع قاعدة صارمة مفادها أن تخلف الرسمية يؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً، وهو بطلان يتعلق بالنظام العام، ولا يمكن تصحيحه بالرضا اللاحق للأطراف أو بالتنفيذ الفعلي للرهن.¹

يتم تحرير عقد الرهن الرسمي أمام **الموثق**، وهو ضابط عمومي مخول له قانوناً بتحرير العقود الرسمية. ويقوم الموثق بدور حيوي في التأكد من هوية الأطراف وأهليتهم القانونية، ومن مشروعية التصرف، ومن استيفاء العقد لجميع الشروط القانونية. يجب أن يتضمن العقد التوثيقي وصفاً دقيقاً للعقار المرهون، يشمل موقعه، مساحته، حدوده، وطبيعته، ورقم الرسم العقاري إن وجد، بالإضافة إلى تحديد دقيق للدين المضمون. وتكمن الحكمة من اشتراط الرسمية في عدة جوانب منها حماية الراهن بتنبهه إلى خطورة التصرف الذي يقدم عليه، وما قد يترتب عليه من آثار جسيمة كفقدان ملكية العقار، وحماية الدائن المرتهن بضمان وجود سند تنفيذي قوي يمكن الاعتماد عليه في استيفاء الدين، بالإضافة لحماية الغير توفير الشفافية والعلانية للمعاملات العقارية، وحماية الدائنين الآخرين من الرهون الصورية أو التواريخ الوهمية.

ويقوم بالموثق بتحرير العقد في حدود اختصاصه وفقاً للإجراءات التي يفوضها القانون في تحرير العقود الرسمية، وتجدر الإشارة أنه يمكن أن يبرم رهناً رسمياً في الخارج بين جزائريين على عقار موجود في الجزائر و يتولى تحريره إما القنصل الجزائري في ذلك البلد، كما يمكن أن يحرر من موثق في ذلك البلد.

إلا أن ذات المادة 883 تنص على إمكانية نشوء الرهن الرسمي بمقتضى حكم أو بنص في القانون، فالأصل في الرهن أن مصدره العقد وحده، أما الرهن الذي يترتب على حكم فهو المعروف بالرهن القضائي في القانون الفرنسي، و ينقرر بقوة القانون كأثر لبعض الأحكام

1 ملاك براهيمية، "النظام القانوني للرهن الرسمي في الجزائر"، مذكرة ماجستير، جامعة قالم، 2023، ص. 56.

القضائية دون أن يطلبه الدائن، و لما كانت إرادة المشرع الجزائري قد استعاضت عن الرهن المقرر بحكم نظام التخصيص فلا معنى لورود لفظ حكم في النص.

أما عبارة "أو بمقتضى القانون" فالمقصود به الرهن القانوني، و هذا النوع من الرهن معمول به في فرنسا لصالح عديمي الأهلية على أموال أوليائهم أو الأوصياء عليهم¹ أو لصالح الدولة على محصل أموالها، وهذا الرهن غير معروف في الجزائر لكن يمكن القول أن التقنين المدني قصد بالرهن القانوني ما نصت عليه المادة 999 من القانون المدني و هو أن امتياز البائع للعقار ينقلب إلى رهن رسمي إذا لم يقيد هذا الامتياز في ظرف شهرين.

2- بيانات التخصيص ونفقات الرهن:

أ - بيانات التخصيص:

ويُشترط لانعقاد الرهن أن يذكر في العقد الرسمي البيانات المتعلقة بالتخصيص، أي البيانات التي تعين العقار أو العقارات المرهونة، ويحدد الدين المضمون أو الديون المضمونة، كطبيعة العقار، جنسه، موقعه، مساحته و حدوده، و مصدر الدين و تاريخه، محله و مقداره، و يجب أن تكون هذه البيانات كافية لتمييز العقار المرهون عن غيره و تخصيص الدين المضمون و مداه، و إلا فان الرهن لا ينعقد، وهو ما تؤكدته المادة 886 ف 2 من القانون المدني: " يجب تدوين هذه البيانات في الورقة الرسمية التي يتم فيها إبرام العقد أو في عقد رسمي لاحق وإلا كان الرهن باطلاً ".

ب - نفقات عقد الرهن:

نص المشرع على قاعدة مكملة بمقتضاها يتحمل الراهن نفقات عقد الرهن كتلك اللازمة لاستخراج الشهادات العقارية، رسوم التوثيق... إلخ، و هو ما قرره المشرع في المادة 883 قانون مدني " تكون مصاريف العقد على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك"، هذه القاعدة تطابق ما

¹ محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 220

يجري عليه العمل فعلاً من تحمل الراهن نفقات الرهن، فهو صاحب مصلحة في إتمام الرهن الذي بغيره ما كان للمرتهن أن يقبل إعطائه قرضاً، و مع ذلك يجوز الاتفاق على خلاف ذلك.

الفرع الثاني: الجزاء المترتب عن تخلف الرسمية وامتداداتها إلى الوعد والتوكيل بالرهن :

إن الرسمية تعتبر شرط لانعقاد الرهن و على ذلك فإنه يترتب على تخلفها بطلان العقد بطلاناً مطلقاً فالشكل هو ركن من أركان الانعقاد، و هذا ما نصت عليه المادة 883 قانون مدني "لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي."، و هذا العقد لا يتحول إلى وعد بتقديم رهن رسمي و ذلك لان الوعد يجب أن يتوفر فيه الشكل الذي يتطلبه المشرع في العقد الموعد به.

أولاً: الوعد بالرهن: تنص المادة 2/71 من القانون المدني على أنه: "وإذا اشترط القانون لتمام العقد ، استقاء شكل معين، فهذا الشكل يطبق أيضاً على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".

وعلى هذا فالوعد بإنشاء الرهن الرسمي لا ينعقد إلا إذا أفرغ هو نفسه في الشكل الرسمي وتضمن الوعد البيانات الكافية واللازمة المتعلقة بالعقار المرهون والدين المضمون والمدة.

فإذا توفر الوعد بالرهن على شروطه الموضوعية والشكلية وامتنع عن إبرام الرهن الرسمي وقاضاه الدائن (المرتهن) مطالباً بتنفيذ الوعد قام الحكم مقام العقد أي نطبق المادة 72 من القانون المدني، أما إذا لم يتوفر الوعد على الشكلية المطلوبة فإنه لا يترتب سوى التزامات شخصية،¹ ويمكن الحصول على تعويض كجزاء لإخلال الراهن بالتزام شخصي.

ثانياً: التوكيل بإنشاء الرهن :

تنص المادة 572 من القانون المدني على أنه : " يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة مالم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك "، وعلى هذا فالتوكيل في الرهن لا ينشأ إلا إذا أفرغ في الشكل الرسمي ، وتجوز الوكالة في الرهن الرسمي مثلما تجوز الوكالة في التصرفات العامة ، إلا أنه بالنسبة للرهن فإنها تقضي

¹ محمدي سليمان، الرهن الرسمي، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2000/ 2001، ص 17.

تخصيصاً، لأن الوكالة الواردة بألفاظ عامة لا تعطي الحق في إنشاء رهن رسمي، وقد نصت المادة 574 من القانون المدني على أنه: "لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لا سيما في البيع والرهن"

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية لانعقاد الرهن الرسمي

يجب توافر شروط عامة من حيث الرضا والأهلية، بجانب شروط خاصة متعلقة بالدين المضمون والشيء المرهون ومشتملات الرهن.

أولاً: الشروط الموضوعية العامة:

الرهن عقد كبقية العقود، فيتم بمقتضى عقد تراعى في إبرامه الشروط المقررة في القواعد العامة بشأن العقود من رضا، محل وسبب¹. ويجب أن يصدر الرضا من المتعاقدين وهما الراهن والمرتهن، ومتى تطابقت إرادتهما مع توافر الشروط الأخرى من شكلية وغيرها، انعقد الرهن، ويجب أن تكون الإرادتين خالية من عيوب الرضا، ويشترط أن يكون كل من المتعاقدين أهلاً لمباشرة الرهن، ولم يتعرض المشرع بصدد الرهن لأهلية المرتهن مكتفياً بالقواعد العامة، وعليه فإذا كان مميزاً اعتبر الرهن صحيحاً بالنسبة له لأن الرهن نافعا له نفعا محضاً².

كما إن محل عقد الرهن الرسمي هو إنشاء حق عيني تبقي على عقار مملوك للراهن لضمان الوفاء بالتزام يترتب في ذمة الراهن نفسه أو في ذمة غيره، أما السبب في عقد الرهن الرسمي يتمثل في ضمان الدين وبذلك فإن الرهن الرسمي يضمن الدين وسواء كان الراهن هو المدين أو كفيلاً عينياً، ولذا يجب أن يكون هناك دين مضمون نشأ صحيحاً وبقي قائماً إلى وقت انعقاد الرهن³.

¹ سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 43

² سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 44.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 292

وبجانب مراعاة القواعد العامة في إنشاء الرهن فلقد خصه المشرع بقواعد موضوعية خاصة، فاشتراط من ناحية ملكية الراهن للعقار المرهون ، وأهليته للتصرف فيه، ومن ناحية أخرى اشتراط تخصيص الرهن.

ثانيا: الشروط الموضوعية الخاصة: و نقصد بهذه الشروط العناصر الهامة التي تحكم وجود و صحة الرهن و هذه الشروط تتعلق بتخصيص الرهن و أهلية الراهن و ملكيته للعقار المرهون

1- تخصيص الرهن.: قاعدة تخصيص الرهن قاعدة مزدوجة تنطبق على العقار المرهون وعلى الدين المضمون.

أ- تخصيص العقار المرهون: تنص المادة 886 من القانون المدني على أنه : " لا يجوز أن ينقذ الرهن إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك، ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه و بيعه 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 ."

-تعيين العقار تعيينا دقيقا:

حسب ما جاء في المادة 886 من القانون المدني، هذا الحكم يقرر مبدأ تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون ، والمقصود بالتخصيص هو أن يقرر الرهن على عقار بالذات وليس على كل أموال المدين الحاضرة والمستقبلية، والهدف من تقرير التخصيص هو القضاء على الرهن العام الذي يرد على أموال المدين أما لهذا الرهن من أضرار تلحق بمصلحة الراهن إذ يرهن كل أمواله ضمانا لدين عليه دون تخصيص، فيحتمل أن يفقدها كلها وذلك بوضع عبارة في العقد بمقتضاها يرهن المدين كل أمواله.

وليس هناك ما يمنع من أن المدين يرهن كل أمواله بتخصيص منها في عقد الرهن كل عقار بذاته، وتعيين العقار يجب أن يكون دقيقا من حيث طبيعته وموقعه، أما إذا لم يراعى

شرط التعيين بان يكون الرهن عاما و لم يعين العقار تعيينا دقيقا يمنع الجهالة، فالرهن يكون باطلا بطلانا مطلقا بمقتضى المادة 2/886 من القانون المدني.

- يجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني:

الرهن تصرف يرد على عقار، لذا اشترط المشرع الجزائري أن يكون هذا العقار مما يجوز التعامل فيه ، وبما أن الأثر الأساسي للرهن هو تمكين الدائن المرتهن عند عدم استقاء حقه من التنفيذ على العقار المرهون وبيعه بالمزاد العلني فإنه يجب أن يكون العقار المرهون مما يجوز بيعه بالمزاد العلني وعملا بهذا النص،¹ لا يجوز رهن الأموال الموقوفة لعدم جواز التعامل بحكم القانون، ولا يجوز بيعها بالمزاد العلني وكذلك لا يجوز رهن حق الارتفاق لأنه لا يمكن بيعه بالمزاد العلني استقلا لا عن العقار.

- يجب أن يكون العقار موجودا:

وقاعدة تخصيص العقار تجرنا إلى البحث في مسألة رهن المال المستقبلي. و هل يمكن تخصيصه؟.

***رهن المال المستقبلي:** ويقصد بالمال المستقبلي العقارات التي لا تكون موجودة فعلا وقت إبرام الرهن، وإن كان من الممكن وجودها في المستقبل كأن يرهن شخص منزل لم ينته بناؤه بعد. لم ينص القانون المدني على حكم رهن الأموال المستقبلية، لذا وجب أن نسترشد بأحكام القواعد العامة، وفي الصدد تنص المادة 1/92 من القانون المدني على أنه: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا " فطبقا لهذا النص الأصل هو صحة التصرفات في الأموال المستقبلية والاستثناء هو البطلان.

ولم يقرر المشرع بطلان رهن الأموال المستقبلية بنص خاص، يجب الرجوع إلى الأصل العام في صحة التصرفات في الأموال المستقبلية، لذا فيكون رهن منزل لم يبنى بعد صحيح إذا كان

¹ سي يوسف زاهية ، المرجع السابق، ص80 - .

سيوجد في المستقبل وكان مملوكا للراهن ومعينا بذاته بشكل دقيق ...، أما إذا كان المال المستقبل غير معين تعيينا دقيقا، فالرهن يقع باطلا بطلانا مطلقا لعدم إمكانية تخصيصه.

وخلاصة القول أنه فيما يتعلق برهن العقارات المستقبلية، رهنها يكون صحيح كلما أمكن تعيينها تعيينا دقيقا في العقد ويكون باطلا كلما تخلف تخصيصها.

*** ملحقات العقار المرهون:**

تنص المادة 887 من القانون المدني على ما يلي : " يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقارا، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص وكافة التحسينات والإنشاءات التي تعود بالمنفعة على المالك، ما لم يتفق على غير ذلك... " ، يقتصر مبدأ تخصيص الرهن على اشتراط تعيين العقار المرهون ذاته تعيينا دقيقا ولا يقتضي تعيين ملحقات العقار لأن الغرض من تخصيص العقار المرهون هو فصله عن بقية أموال الراهن لتأكد بأن الرهن خاص يرد على عقار بذاته وليس عاما.¹

وإذا حدد العقار المرهون ، فالرهن الوارد عليه يمتد إلى ملحقاته بحكم القانون دون الحاجة إلى اتفاق بين المتعاقدين، ويقصد بشمول الرهن لملحقات العقار المرهون، أن الدائن عند اتخاذ إجراءات التنفيذ فإنه ينفذ أيضا على ملحقاته ويستوفي حقه من ثمن العقار ومن ثمن الملحقات ، ولقد أعطى المشرع أمثلة لما يعتبر من ملحقات في نص المادة 887 من القانون المدني السالف ذكرها، ومنها العقارات بالتخصيص، حقوق الارتفاق ، التحسينات والمنشآت.

***إلحاق الثمار بالعقار المرهون:** تنص المادة 888 من القانون المدني على أنه : " توقف و توزع ثمار العقار المرهون وإيراده مثلما يوقف ويوزع ثمن العقار ابتداء من تسجيل نزع الملكية الذي هو بمثابة الحجز العقاري " ، فبحسب الأصل هذه الثمار لا تعتبر من ملحقات العقار المرهون لأنها ملك الراهن، إذا الراهن يبقى محتفظا بحيازة العقار وله في إدارته وجني ثماره،² إلا أنها تلتحق استثناءا بالعقار في وقت لاحق لذلك رأى المشرع أنه ابتداء من تاريخ

¹ سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 67

² محمود خيال، المرجع السابق، ص 43

معين فإنه حق الدائن المرتهن يتعلق بذلك الثمار، وهذا التاريخ يبدأ من الوقت الذي يشرع فيه الدائن في التنفيذ على العقار لبيعه بالمزاد العلني، وهذا الوقت هو تسجيل التنبيه بنزع الملكية إذا كانت الإجراءات في مواجهة الراهن أو وقت تسجيل الإنذار إذا كانت الإجراءات تتخذ في مواجهة الحائز، إذ تنص المادة 930 على أنه : "ينبغي على الحائز أن يرد ثمار العقار من وقت إنذاره بالدفع أو التخلية، فإذا تركت الإجراءات مدة ثلاثة سنوات، فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد ". يعتبر تحديد الدين المضمون من الشروط الموضوعية الخاصة لصحة الرهن، وينطبق عليه مبدأ تخصيص الرهن كما ينطبق على العقار المرهون ، وتخصيص الدين يتم بتحديد من حيث المقدار ومن حيث المصدر، ولتحديد مصدر الدين أهمية في معرفة ما إذا كان الدين قد نشأ صحيحاً أم لا.

ب- تخصيص الدين المضمون:

وتخصيص الدين يجب أن يرد في عقد الرهن وكذلك في قيده، وقد يكون الدين المضمون معلقاً على شرط مستقبلي أو احتمالي، و في هذه الحالة لا مانع من ترتيب رهن ضماناً له طالما أن مقدار الدين معين وقت العقد. وإذا كان الدين يحتمل الزيادة كما في حالة فتح حساب جاري فيجب تحديد الحد الأقصى الذي ينتهي إليه ، ويعتبر هذا تحديداً كافياً للدين على أساس حده الأقصى لكي يكون معلوماً مسبقاً وقت الانعقاد لأن الدين لا يتعدى هذا الحد مهما كان وهذا ما نصت عليه المادة 891 بقولها : "يجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبلي أو دين احتمالي كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جاري على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين " .

ثانياً: أهلية الراهن وملكيته للعقار المرهون.

1- أهلية الراهن.

إذا كان الراهن هو المدين فالرهن يعتبر بالنسبة له من أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر، لهذا يشترط أن يكون بالغاً السن القانونية ، أما إذا كان غير ذلك فإن الرهن يقع

باطلا بطلانا مطلقا وهذا ما يراه البعض غير أنه طبقا للنص يجب أن يكون الرهن كامل الأهلية ، أما إذا كان الرهن غير مدين بأن كان كفيلا عينيا ، فالتصرف يعتبر بالنسبة له ضارا ضررا محضا ، ويشترط لصحته أن يكون الرهن بالغ سن الرشد كذلك.¹

2- ملكية الرهن للعقار المرهون.

يجب أن يكون الرهن، سواء كان مدينا أو كفيلا عينيا، مالكا للعقار المرهون، فإذا لم يكن الرهن مالكا للعقار المرهون فلا يتصور أنه يستطيع إعطاء المرتهن أي حق عليه لأن فاقد الشيء لا يعطيه.

أ- رهن ملك للغير: ويقصد به الرهن الصادر من شخص لا يملك العقار المرهون ويستوي في ذلك أن يرهنه بإعتباره ملكا لغيره أو باعتباره ملكا له، ولم يبين المشرع الجزائري حكم هذا الرهن، ولتحديد حكمه يجب علينا أن نشير أو لا إلى أن:

- الرهن الرسمي لا ينعقد إلا بعقد رسمي يقوم بتحريره ضابط عمومي مختص بعد التأكد من ملكية الرهن للعقار و إذا تبين له غير ذلك فلا يقوم بتحرير العقد.

- حسب المادة 884 / 2 من القانون المدني والتي تنص على أنه : " وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون الرهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه "، نستخلص بمفهوم المخالفة بأنه إذا لم يكن مالكا للعقار المرهون كان الرهن باطلا بطلانا مطلقا لكون الملكية شرط من شروط الرهن.

- إن هذا الرهن سيتم شهره ومن واجب المحافظ العقاري التأكد من صحة العقد وملكية المتصرف للعقار قبل القيام بإجراء الشهر.

إنه وإن كان المشرع الجزائري يجعل ملك الغير قابلا للإبطال لمصلحة المشتري و اقرار المالك في عقد البيع فانه لا يمكن أن نقيس في هذه الحالة رهن ملك الغير على بيع ملك

¹ سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 71.

الغير بل يستشف من المادة 884 السابق الإشارة إليها بأن رهن ملك الغير باطل بطلانا مطلقا لا اشتراطها ملكية الراهن للعقار المرهون.

أما الفقه والقضاء الفرنسي فيجمع على بطلان رهن ملك الغير بطلانا مطلقا على اعتبار أنه يمس بالمصلحة العامة المتمثلة في فكرة الائتمان.¹

أما بخصوص زوال ملكية الراهن بأثر رجعي (نتيجة إبطال سند ملكيته، أو فسخه، أو إلغائه) فيؤدي تبعا لذلك زوال جميع الحقوق العينية التي رتبها على العقار خلال فترة ملكيته. ومع ذلك، وحفاظا على استقرار المعاملات وحماية الائتمان العقاري، خرج المشرع الجزائري عن هذه القاعدة العامة وقرر حماية الدائن المرتهن بموجب المادة 885 من القانون المدني الجزائري حيث تنص: "يبقى صحيحاً لمصلحة الدائن المرتهن، الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغائه لأي سبب كان، إذا ثبت أن الدائن كان حسن النية وقت إبرام عقد الرهن" وبناءً على هذا النص، فإن الحكم القانوني هو صحة الرهن الرسمي واستمراره نافذاً في مواجهة المالك الحقيقي الذي استرد عقاره، وذلك كاستثناء صريح لحماية الغير حسن النية، ولكي يظل الرهن قائماً رغم زوال ملكية الراهن بأثر رجعي، يشترط القانون توافر شرطين أساسيين:

- حسن نية الدائن المرتهن: يجب أن يكون الدائن (كالمرتهن أو البنك) غير عالم وقت إبرام عقد الرهن بالسبب الذي يهدد ملكية الراهن بالزوال (مثل عدم علمه بوجود شرط فاسخ في عقد البيع، أو وجود عيب من عيوب الإرادة يُبطل العقد). وحسن النية مفترض دائماً وعلى من يدعي العكس إثباته.

- قيد الرهن قبل شهر دعوى الفسخ أو الإبطال: يجب أن يتم قيد عقد الرهن الرسمي في المحافظة العقارية قبل قيد وشهر العريضة القضائية الخاصة بدعوى الفسخ أو الإبطال التي

¹ محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، دار الشعب، القاهرة، 1997، ص190

يرفعها المالك الأصلي. فبمجرد شهر الدعوى عقارياً، تنتفي النية الحسنة لأي دائن يقيد رهنه بعد ذلك لتوافر العلانية التامة¹.

ب- الرهن الصادر من مالك المباني القائمة على أرض الغير: الأصل أن مالك الأرض يملكها عليها من مباني وهذا ما عبر عنه المشرع في المادة 1/782 من القانون المدني بقولها: "كل ما على الأرض أو تحتها من غراس أو بناءات منشآت أخرى يعتبر صاحب الأرض و أقامه على نفقته ويكون مملوكاً له" فالمشرع قام قرينة على أن مالك الأرض، مالك لما عليها ومع ذلك فهذه قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها،² وهو ما عبر عنه المشرع في المادة 2/782 بقوله: "غير أنه يجوز أن تقام البيئة على أن أجنبياً أقام المنشآت على نفقته كما يجوز أن تقام البيئة على صاحب الأرض قد خول أجنبياً ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وفي تملكها". ومن هنا يتصور أن يكون مالك الأرض غير مالك المباني المقامة عليها، ويعتبر صاحب المباني مالكة ملكية تامة، ولهذا فإنه يستطيع رهنها، وانقضاء ملكية لها بعد هذا الأثر لا يؤثر على الرهن الصادر منه ولكن حق الدائن المرتهن مرتبط بمصير الملكية،³ فإذا كانت لا زالت في ذمة الراهن استطاع التنفيذ عليها، كما أنه إذا انتقلت ملكيتها بالبيع إلى حائز فالدائن المرتهن بتتبعها وينفذ عليها كقاعدة عامة .

ج- رهن العقار المملوك على الشيوع: تهدف المادة 890 من القانون المدني إلى حماية الشركاء على الشيوع من إضرار بعضهم البعض أثناء حالة الشيوع وإلى حمايتهم بعد انتهاء حالة الشيوع بقسمة المال الشائع، والتضرر من المرهون الصادرة قبل القسمة ، كما يهدف هذا النص إلى حماية حقوق الغير الذي تلقى حقا من الشركاء على الشيوع أو من بعضهم بالقدر الذي تلقى حقا من الشركاء على الشيوع أو بعضهم بالقدر الذي يتعارض مع حماية الشركاء أنفسهم.

¹ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 110.

² حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 128.

³ سمير تناغو، المرجع السابق، ص 78.

ويعتبر حق الشريك على الشيوع حق الملكية، وهذا ما قرره المادة 714 / 1 من القانون المدني : " كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً".... والرهن الصادر على الشيوع له صورة متعددة ، فقد يصدر الرهن من كل الشركاء على الشيوع، وقد يصدر من بعضهم البعض فقط ، وقد يكون رهناً لكل عقار أو لحصة شائعة أو مفرزة.

-الرهن الصادر من جميع الشركاء: إذا رهن من جميع الشركاء فهو صحيح لأنه صادر من الملاك والرهن على هذا النحو لا يتأثر في المستقبل بقسمة العقار المرهون أياً كانت نتيجة القسمة ويبقى نافذاً في مواجهة الجميع.¹

- الرهن الصادر من أحد الشركاء: فقد يصدر من أحد الشركاء رهن لحصته مفرزة أو شائعة أو للعقار كله.

- رهن الشريك على الشيوع لجزء مفرز: إذا رهن الشريك جزءاً مفرزاً من العقار لا ينفذ في مواجهة الشركاء لأن حق كل منهم يتعلق بهذا الجزء، فإذا لم يكن المرتهن يعلم بحالة الشيوع جاز له طلب الإبطال على أساس الغلط وفقاً للمادة 3/714 من القانون المدني والتي تنص على أن : " وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة. "

إذا وقع عند القسمة الجزء المرهون في نصيب شريك آخر فإن الرهن لا ينفذ في مواجهته، وإنما حق الدائن المرتهن ينتقل إليه الجزء الذي وقع في نصيب الراهن، وهذا ما نصت عليه المادة 2/890 من القانون المدني بقولها: "وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءاً مفرزاً من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبته على الأعيان المخصصة له بقدر يعادل فيه العقار الذي كان مرهوناً في الأصل، ويبين هذا القدر بأمر على عريضة ، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطر فيه أي ذي شأن بتسجيل

¹ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 122..

القسمة ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين".

-رهن الشريك على الشيوع لحصته الشائعة: كل شريك يملك حصته ملكا تاما، فرهن الشريك لحصته الشائعة صحيح ولكن إذا وقع في نصيبه بعد القسمة جزء مفرز مساوي للحصة الشائعة المرهونة، فإن حق الدائن المرتهن يرد على هذا الجزء بمقتضى فكرة الحلول العيني أي حق الدائن المرتهن يرد على الجزء المفرز الذي حل محل الحصة الشائعة. وإذا وقع بعد القسمة كل العقار من نصيب الشريك الراهن، فهذا كذلك لا إشكال، فحق لدائن المرتهن بقي مضمون.

ولكن إذا وقع بعد القسمة في نصيب الراهن أعيان أخرى غير التي رهنها أو جزء مفرز من عقار غير العقار الذي رهنه، فإن المشرع قرر انتقال حق الدائن المرتهن على ما وقع في نصيب الراهن، وإذا لم يقع في نصيب الراهن أي من العقار، وإنما كان نصيبه بعد القسمة مبلغ من النقود فالمنطق وحماية الدائن المرتهن يقتضيان أن يستوفي، حقه بالأفضلية من تلك النقود رغم انقضاء حق التتبع¹.

-رهن أحد الشركاء لكل العقار: في هذه الحالة الراهن لا يملك العقار كله وعليه فتصرفه يعد تجاوز لحدود سلطته في التصرف، ولا يعد مثل هذا الرهن رهنا للملك الغير لأنه مالك لحصته في هذا العقار، ولكن مصير الرهن يتوقف على نتيجة القسمة، فإذا أُل إليه العقار كان الرهن نافذا، أما إذا أُل إليه جزء مفرز فحق المرتهن يركز على هذا الجزء ، أما إذا أُل إليه مبلغ من النقود فللدائن المرتهن استفاء حقه بالأفضلية من تلك المبالغ.

مع الملاحظة بأنه إذا لم يكن الدائن المرتهن يعلم وقت الرهن بأن الراهن لا يملك العقار جاز له طلب الإبطال استنادا للمادة 714 / 2 من القانون المدني السابق ذكرها.

المبحث الثاني

أثار الرهن الرسمي و طرق إنقضائه

¹ طلبية وهبة خطاب، المرجع السابق، ص131

عالج المشرع الجزائري آثار الرهن الرسمي في المواد من 904 إلى 932 ق.م.ج ،
وتنقسم هذه الآثار إلى آثار بالنسبة للمتعاقدين ، وآثار بالنسبة للغير .

المطلب الأول

آثار الرهن الرسمي بالنسبة إلى المتعاقدين

يرتب عقد الرهن الرسمي الصحيح كسائر العقود أثره بين المتعاقدين ، وهما الراهن والمرتهن ،
فما ان ينشا عقد الرهن صحيحا ومستوفيا لشروطه الموضوعية و الشكلية رتب آثاره على
أطراف العقد .

ونظرا لكون عقد الرهن الرسمي من بين العقود الملزمة لجانب واحد ، فإن أثره كاملا ينتجه
في مواجهة الراهن فقط ، أما الدائن المرتهن فيكون له بموجب عقد الرهن الرسمي سلطات و
حقوق دون التزامات مقابلة .

الفرع الأول : آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمدين الراهن :

أولاً: التزامات الراهن: تتمثل إلتزامات الراهن في:

1 - الإلزام بضمان سلامة الرهن، 2- الإلتزام بضمان الهلاك والتلف 3 -الإلتزام بنفقات العقد
والقيد.

1- التزام الراهن بضمان سلامة الرهن:

تنص المادة 898 ق. م. ج : " يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن ، و للدائن المرتهن أن
يعترض على كل عمل أو تقصير من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصا كبيرا، وله في حالة
الإستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية اللازمة وأن يرجع على الراهن بما ينفق في
ذلك." يتضح من هذه المادة التزام الراهن بضمان سلامة الرهن ، بمعنى أن يلتزم بإبقاء المال
المرهون على الحالة التي كان عليها عند التعاقد ¹، وهذا الإلتزام بضمان سلامة الرهن يشبهه

¹ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص214

التزام البائع بضمان عدم التعرض في عقد البيع، وهو التعرض الشخصي و التعرض الصادر عن الغير، فيلتزم الراهن مثلاً بمقتضى هذا الضمان بعدم المسارعة إلى شهر حقوق أخرى رتبها على العقار المرهون بعد رهنه قبل أن يقيد الدائن المرتهن حقه على العقار ،

كما يلتزم الراهن بالإمتناع عن إتيان التصرفات المادية التي قد تنقص من قيمة الضمان، فيلتزم الراهن بعدم هدم العقار كلياً أو جزئياً أو القيام بنزع بعض أجزاء العقار المرهون ، كأن ينزع من المنزل المرهون أبوابه أو نوافذه ، أو أن يفصل عن الأرض الآلات المخصصة لخدمتها وبيعها مستقلة ، فكل هذه الأعمال المادية من شأنها أن تضر بحقوق الدائن المرتهن لما فيها من إنقاص من قيمة الضمان.

ولا يتوقف إلتزام البائع عند التصرفات الإيجابية فحسب ، بل يتمتع عليه كذلك القيام بالتصرفات السلبية كأن يترك العقار دون صيانة فيتهدم ، أو يهمل زراعة الأرض المرهونة مما يجعلها تتحول الى ارض بور .

وبصفة عامة يلتزم الراهن بالإمتناع عن كل عمل من شأنه أن ينقص من قيمة الضمان ، وتجدر الإشارة إلى أن إلتزام الراهن بضمان سلامة الرهن لا يحول دون إمكانيته إجراء تصرفات على عقاره ، بل وجوب تقيده في ذلك بعدم الإضرار بمصالح الدائن المرتهن .

2- الإلتزام الراهن بضمان الهلاك و التلف:

قرر القانون للدائن المرتهن عدة وسائل يستخدمها لمنع تلف العقار المرهون أو هلاكه منها ما أشرنا إليه بمقتضى المادة 898 ق.م.ج في هذا الشأن ومنها أن يطلب الترخيص للقيام بالترميم على حساب الراهن وهو ما تؤكد المادة 899 في فقرتها الثانية الإشارة إلى حق الدائن المرتهن في أن يتخذ الإجراءات التي تحفظ ضمانه فتتص على أنه "وفي جميع الأحوال إذا كان من شأن الأعمال الواقعة أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو جعله غير كاف للضمان كان للدائن المرتهن أن يطلب من القاضي وقف هذه الأعمال سواء قام بها الراهن أو أي شخص آخر".

وفي حالة هلاك وتلف العقار المرهون ، فإن القانون يرتب أثارا وفقا لما إذا كان الهلاك بتقصير الراهن أو بقوة قاهرة، حيث تقضي المادة 899 السالفة الذكر بأنه إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه كان للدائن المرتهن الإختيار بين أن يطلب تأميناً كافياً أو أن يستوفي حقه فوراً، وتفترض هذه الفقرة حالة هلاك العقار المرهون أو تلفه بفعل الراهن، وهو أمر كثير الحدوث ذلك لأن حيازة العقار المرهون تبقى للراهن في عقد الرهن الرسمي، فإذا حدث و أن تسبب الراهن بخطئه في هلاك المال المرهون كان الخيار حينئذ للدائن المرتهن بأن يطالب بتأمين آخر أو أن يسقط أجل الدين و يستوفي حقه حالا¹.

و في جميع الأحوال ، إذا كان من شأن الأعمال الواقعة أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو جعله غير كاف للضمان ،كان للدائن المرتهن أن يطلب من القاضي وقف هذه الأعمال و الأمر بإتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر .

-و إذا حدث و أن هلك العقار المرهون بسبب أجنبي خارج عن إرادة المدين ، وحيث أن هذا الأخير بذل من العناية ما يكفي لصد الخطر لكن رغم ذلك وقع الهلاك ، ففي هذه الحالة فإن الخيار سيكون للراهن بين أن يقدم للدائن تأميناً كافياً أو أن يوفي الدائن حقه فوراً .

وفي جميع الأحوال ومن أجل ضمان استيفاء الدائن لحقه وضع المشرع قاعدة عامة بمقتضى المادة 900 ق. م . ج تقضي بإنتقال حق الرهن إلى المقابل الذي سيحل محل العقار الهالك أو التالف ، حيث تنص " : إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان ، إنتقل الرهن بمرتبه إلى الحق الذي يترتب على ذلك من مبلغ التعويض عن الضرر أو مبلغ التأمين أو الثمن المقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة."

ينتقل حق الرهن إذن بالمقابل الذي يحل محل العقار الهالك أو التالف و يكون الإنتقال بمقتضى الحلول العيني²، وقد أورد النص السالف ذكره أمثلة للحقوق التي تحل محل العقار المرهون الهالك وهي:

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 88.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 93.

أ -مبلغ التأمين:

إذا كان العقار المرهون مؤمنا وهلك إستحق المؤمن له (الراهن) حينئذ مبلغ التأمين و بمجرد دفع شركة التأمين لهذا المبلغ ، ينتقل حق الرهن إليه ، ليحل بذلك محل العقار الهالك أو التلف ويكون الإنتقال هنا أيضا وفقا لنظرية الحلول العيني .

ويتقدم الدائن المرتهن في استيفاء حقه من المبلغ الذي تدفعه شركة التأمين للمدين وهذا ما قضت به المادة 93 من قانون التأمينات التي تنص على أن " : إذا وقع حادث في مجال تأمينات الأموال يحصل الدائنون الممتازون أو المرتهنون تبعا لرتبهم وطبقا للتشريع الساري على التعويضات المستحقة ، غير أن المدفوعات المقدمة عن حسن نية قبل تبليغ المؤمن بالدين الإمتيازي أو الرهني تكون مبرئة."

ب- مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة

تحتاج الدولة في إطار القيام بمسؤولياتها في شتى الميادين إلى أن تلجأ إلى عملية نزع الملكية بصورة استثنائية، وقد يحدث أن يكون العقار الذي تنزع ملكيته من أحد الأشخاص مرهونا ،وتقدم الدولة في إطار نزع الملكية تعويضا عادلا للمالك نتيجة ما لحقه من ضرر بسبب نزع ملكيته ، وينتقل حق الرهن إلى هذا التعويض الذي تدفعه الجهة القائمة بنزع الملكية ، ليستوفي الدائن المرتهن حقه من هذا المقابل حسب مرتبته في الرهن.

3- **الالتزام بنفقات العقد والقيود:**حيث يقع على عاتق المدين سداد مصاريف العقد والقيود إلا أنها قاعدة مكملة يجوز الاتفاق على مخالفتها.

ثانيا : حقوق أو سلطات المدين الراهن على العقار المرهون.

يحتفظ المدين الراهن في الرهن الرسمي بسلطاته كمالك مع بعض القيود، فالرهن لا يؤثر على ملكيته للعقار المرهون أو حتى في حيازته، وعلى ذلك تبقى للراهن جميع سلطات المالك من حق استعمال و استغلال وتصرف، غير أن هذه السلطات مقيدة بعدم الإضرار بضمان

الدائن المرتهن، فيلتزم الراهن بالامتناع عن أي عمل أو تقصير ينقص من هذا الضمان¹، ونتطرق فيما يلي إلى سلطة الراهن في التصرف، ثم سلطاته في الاستعمال والاستغلال.

1- سلطة الراهن في التصرف : تنص المادة 894 ق.م.ج على أنه " : يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون على أن أي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن" فيحق للراهن باعتباره مالكا، أن يتصرف في العقار المرهون كليا أو جزئيا في ذات العقار أو في بعض ملحقاته، وهذا التصرف لا يمس حق الدائن المرتهن، ويتحقق ذلك إذا كان الرهن قد أصبح نافذا في حق الغير بإتمام اجراءات قيده.

وعلى هذا الأساس فان تصرف الراهن في العقار المرهون بحيث يجعل حق الغير المتصرف له سابقا له في نفاذه على حق الدائن المرتهن ، يعد إخلالا بضمان سلامة الرهن، ويحق للمرتهن الاعتراض عليه.

وعلى هذا فيحق للراهن بيع العقار المرهون بعد الرهن أو المقايضة عليه أو يهبه، كما له أن يقرر على العقار المرهون حق انتفاع أو إرتفاق، ولا يحق للدائن للمرتهن الاعتراض على أي تصرف من هذه التصرفات إذا كانت لا تؤثر في حقه طالما هي تالية لقيد الرهن ، إذ يستطيع أن يقتضي حقه من العقار كما لو كانت هذه التصرفات غير قائمة .

و للراهن الحق أن يرتب حقوق ضمان أخرى، فيرهن العقار المرهون رهنا رسميا آخر، وليس للدائن المرتهن الاعتراض عن حقه لأنه مقدما في الترتيب ،ويحق للراهن أن يبيع العقار المرهون مجزءا ، ويستطيع الدائن المرتهن في هذه الحالة أن يتتبع كل جزء من العقار في يد من اشتراه كما يتتبع العقار كله في يد المشتري.

¹ سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص107

2- سلطة الرهن في الاستعمال والاستغلال: للرهن باعتباره المالك والحائز للعقار المرهون الحق في استعماله إلى حين التنفيذ عليه دون أن يتسبب في إنقاص أو إضعاف للضمان المقرر للدائن المرتهن¹.

و تنص المادة 895 على حق الرهن في الاستعمال والاستغلال فتقضي " للرهن الحق في إدارة العقار المرهون، وفي قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار ". ويتضح من هذا النص أن للرهن الحق في الثمار الناتجة عن استغلال العقار المرهون حتى يتم تسجيل تنبيه نزع الملكية لهذا العقار، استيفاء لحقوق الدائنين، إذ عندئذ تلحق الثمار بالعقار وتكون محجوزة لحساب الدائنين وتضم قيمتها إلى قيمة العقار المرهون . ومثال ذلك أجرة العقار المستحقة منذ تسجيل التنبيه بنزع الملكية.

وفي حالة تأجير العقار المرهون، يثار التساؤل عن مدى نفاذ الإيجار الصادر من الرهن على الدائن المرتهن الذي بادر في اتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار ، كما يلزم تحديد مدى نفاذ المخالصات التي أصدرها الرهن على أجرة العقار، وكذا حوالة حقه إلى الغير على الدائن المرتهن.

وقد نظم القانون المدني الجزائري هاتين المسألتين في المادتين 896 و 897 ومنه.

أ/ نفاذ الإيجار في حق الدائن المرتهن.

تنص المادة 896 م . ج على أنه " : الإيجار الصادر من الرهن لا ينفذ من حق الدائن إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية أما إذا لم يكن الإيجار ثابت التاريخ على هذا الوجه، أو كان قد عقد بعد تسجيل التنبيه ولم تعجل فيه الأجرة، فلا يكون نافذا إلا إذا أمكن اعتباره داخلا في أعمال الإدارة الحسنة . وإذا كان الإيجار السابق على تسجيل التنبيه تزيد مدته على تسع سنوات، فلا يكون نافذا في حق الدائن المرتهن إلا لمدة تسع سنوات، ما لم يكن قد سجل قبل قيد الرهن."

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، المرجع السابق، ص403

ويتضح من نص المادة ان نفاذ إيجار الرهن على الدائن المرتهن مرتبط بوجوب ثبوت تاريخه قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية إلا إذا تم اعتباره من باب الإدارة الحسنة ولم تعجل فيه الأجرة¹،

أما في الفقرة الثانية من نص المادة فقد ميز المشرع بين الإيجار الذي تكون مدته تسع سنوات أو أقل ، وبين الإيجار الذي تتجاوز مدته تسع سنوات، فإذا كانت مدة الإيجار تسع سنوات أو أقل ، فإن الإيجار يسري بكامل مدته في حق الدائن المرتهن، أما إذا زادت المدة عن تسع سنوات فيجب أن يكون الإيجار مسجلاً قبل قيد الرهن لحقه وإلا فلن يكون نافذاً إلا لمدة تسع سنوات.

ب/ نفاذ المخالصة بالأجرة المعجلة و حوالة الأجرة.

تكون الأجرة المستحقة عن الفترة السابقة على تسجيل تنبيه نزع الملكية من حق الرهن، ولا يحق للدائن أن يحاسبه عليها وقد تضمنت المادة 897 ق.م.ج الأحكام التي تنظم نفاذ المخالصة و الحوالة بالأجرة بنصها: " لا تكون المخالصة بالأجرة مقدماً لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات ولا الحوالة بها كذلك نافذة في حق الدائن المرتهن إلا إذا كان تاريخها ثابتاً وسابقاً لتسجيل تنبيه نزع الملكية. وإذا كانت المخالصة أو الحوالة لمدة تزيد على ثلاث سنوات فإنها لا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن إلا إذا سجلت قبل قيد الرهن وإلا خفضت المدة إلى ثلاث سنوات مع مراعاة المقتضى الوارد في الفقرة السابقة."

ويتضح من هذه المادة أن المخالصة بالأجرة مقدماً، أو حوالة الحق فيها عن فترة ما بعد تسجيل التنبيه بنزع الملكية لا يحتج بها على الدائن المرتهن إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية وبشرط ألا تكون المدة لا تزيد عن ثلاث سنوات ، أما إذا كانت المدة تزيد عن ذلك فلا تسري في حق الدائن المرتهن إلا إذا كانت مسجلة قبل قيد الرهن.

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص88

وعلى ذلك فإذا كانت المخالصة عن أجرة مقدما أو حوالتها غير ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه، فإنها لا تسري في حق الدائن المرتهن.

الفرع الثاني : الآثار التي تكون في ذمة الدائن المرتهن(حقوق الدائن المرتهن)

تظهر سلطة المرتهن على العقار المرهون عندما يحين أجل الدين ويشرع في التنفيذ على العقار استيفاء لحقه ، أما قبل حلول أجل الدين فلا تبدو للمرتهن سلطة على العقار إلا من حيث حقه في الاعتراض على الإنقاص من التأمين أو المساس بحقه بأي طريقة ¹ ، فإذا أصبح حق الدائن المرتهن مستحق الأداء و وفى المدين به انقضى حق الرهن تبعا لانقضاء الدين المضمون، أما إذا امتنع عن الوفاء أو تأخر جاز للدائن المرتهن التنفيذ بحقه على العقار المرهون بان يطلب بيعه بالمزاد العلني واستيفاء حقه من ثمنه ، فيقوم الدائن المرتهن بالتنفيذ بمقتضى عقد الرهن الرسمي ذاته.

و تنص المادة 901 ق.م.ج على ما يأتي : "إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا على ما رهن من ماله ، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك " وتنص المادة 902 على أنه " يمكن للدائن بعد التنبيه على المدين بالوفاء أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ويطلب بيعه في الآجال ووفقا للأوضاع المقررة في قانون الإجراءات المدنية وإذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين جاز له تقاضي أي إجراء موجه إليه إن هو تخلص عن العقار المرهون وفقا لأوضاع والأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار " وهذه النصوص تنظم علاقات الدائن المرتهن عند تنفيذ على العقار المرهون فتبين حقوق الدائن المرتهن في:

أ- تنفيذ الدائن بالحق الذي عليه. ب - التنفيذ على الكفيل العيني.

أ- **التنفيذ بحق الدائن على العقار المرهون** : يحق للدائن التنفيذ على العقار المرهون بالإضافة إلى حقه في التنفيذ على كل أموال المدين الأخرى من عقارات أو منقولات . إذ أن

¹ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص429

الدائن المرتهن له صفتان: صفة الدائن ، وصفة المرتهن . فبصفته كدائن تتمثل في أن له حق شخصي يترتب على علاقة الدائنية الأصلية، وصفته كمرتهن أي له حق عيني على مال معين مخصص لضمان الوفاء بحقه الأصلي ، فهو كدائن له حق الضمان العام على جميع أموال مدينه الحاضرة والمستقبله، ويترتب على حق الضمان أن الدائن يعتبر في حكم الخلف العام، إذ أنه يتأثر بالتصرفات التي تنقص من أموال مدينه أو تزيد في ديونه¹ ، ويجوز له أن يحجز على أي مال من أموال المدين ويستوفى حقه من ثمنه دون أن يكون له في ذلك أي حق في التقدم على سائر الدائنين .

أما باعتباره مرتهنا فله حق عيني على العقار المرهون يتعلق بحق التنفيذ على المال المرهون والتقدم على غيره من الدائنين في استيفاء حقه من ثمن العقار بعد بيعه بالطرق المقررة .

و حقوق الدائن المرتهن باعتباره مرتهنا تنحصر على العقار المرهون ، فلا يكون للمرتهن حق على أي مال آخر غير العقار المرهون ، ويجب على الدائن المرتهن عند التنفيذ على العقار المرهون إتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وفق ما قضت به المادة 902 ق.م.ج السالفة الذكر .

ب-**التنفيذ في مواجهة الكفيل العيني:** الكفيل العيني هو الشخص الذي يقدم ضمانا لكفالة التزام غيره ، وهو ما قضت به المادة 901 ت.م.ج على أن >>: إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا على ما رهن من ماله ، ولا يكون حق الدفع بتجريد المدين إلى إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك. <<

يتضح من المادة أن مسؤولية الكفيل العيني تنحصر فيما رهنه من مال فقط وعليه فلا يجوز للدائن المرتهن أن ينفذ على مال آخر غير مرهون ، وفي حالة عدم كفاية التأمين الذي قدمه الكفيل العيني فلا يحق للدائن التنفيذ بالباقي على الأموال الكفيل الأخرى ، و يحق للدائن أن

¹ هدى عبد الله، التأمين العقاري، مقارنة مع حقوق الرهن والامتياز، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011

يرجع بالباقي إذا لم يستوفى حقه كاملا على المدين الأصلي ، ذلك أن هذا الأخير هو المسؤول عن الدين.

وإذا باشر الدائن إجراءات التنفيذ ضد الكفيل العيني فإنه ليس بإمكان هذا الأخير أن يدفع بتجريد المدين أولا ، ذلك أن من حق الدائن المرتهن أن يختار عند الشروع في التنفيذ بين البدء بمال الكفيل العيني أو البدء بأموال المدين ، وما تجدر الإشارة إليه أن حرمان الكفيل العيني من الدفع بتجريد المدين أولا ، لا يعد من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على منح الكفيل العيني هذا الحق بإدراجه كبند في عقد الرهن الرسمي.

وإذا قرر الدائن المرتهن التنفيذ على الكفيل العيني كان عليه وبعد تنبيه المدين بالوفاء أن ينفذ على العقار المرهون ، ويجوز للكفيل العيني في هذه الحالة أن يتخلى عن العقار المرهون بغية تقادي إجراءات التنفيذ وفقا للأوضاع والأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار.

القيود الواردة على حق الدائن المرتهن في التنفيذ : بما أن القواعد التي يتضمنها قانون الإجراءات المدنية في شأن التأمين العقاري قواعد آمرة فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها لذلك يقع باطلا :

1- الاتفاق على تملك الدائن المرتهن للعقار المرهون عند عدم الوفاء .

2- الاتفاق على بيع العقار دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون.

أولا - بطلان شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء بالدين :

تنص المادة 903 من القانون المدني : " يكون باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان ، أو أن يبيعه 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."

حرص المشرع على تقرير بطلان هذا الشرط إذا اتفق عليه قبل حلول أجل الدين ، وهو شرط مقتضاه أن الدائن المرتهن يكتسب ملكية العقار المرهون فوراً إذا حل أجل الدين ولم يقم المدين بسداده ، والحكمة من بطلان هذا الشرط قبل استحقاق الدين يرجع إلى مظنة استغلال الدائن المدين ، ولهذا تدخل المشرع لحماية الراهن من مثل هذا الاستغلال ، غير أنه إذا حل أجل الدين جاز الاتفاق بأن يتنازل الراهن 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 .

ثانياً-بطلان شرط بيع العقار المرهون دون إتباع الإجراءات القانونية:

ويقصد به كذلك شرط الطريق الممهد الذي يسمح للدائن بالبيع الودي 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 ينطوي كذلك على استغلال المرتهن للراهن¹ بحرمانه من التمتع بأكبر قيمة للعقار في حالة بيعه بالمزاد العلني.

المطلب الثاني

أثار الرهن الرسمي بالنسبة للغير

المقصود بالغير هو كل شخص له حق يضار من وجود الرهن الرسمي ، وكل صاحب حق تخصيص أو حق إمتياز عقاري و كذلك كل دائن عادي ولو أن هذا الأخير ليس صاحب حق على العقار إلا أنه يضار من وجود حق الدائن المرتهن.

ولا يمكن الحديث عن نفاذ الرهن الرسمي في حق الغير إلا بعد قيده وهذا ما أكدته المادة 904 ق .م .ج : " لا يكون الرهن نافذا في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار ، وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة في الإفلاس

¹ هدى عبد الله، التأمين العقاري، مرجع سابق، ص 155.

" و يعرف القيد على أنه مجموعة إجراءات قانونية وتقنية تشمل كل التصرفات القانونية المنصبة على العقارات سواء كانت كاشفة أو منشئة - ناقلة - معدلة لحق عيني عقاري أصلي أو تباعي بغض النظر عن نوع التصرف عقدا كان أو حكما أو قرارا إداريا و سواء كان مصدر الحق تصرف قانوني أو واقعة.

وتتمثل حقوق الدائن المرتهن في مواجهة الغير في حقين أساسيين: حق التقدم، وحق التتبع.

الفرع الأول : حق التقدم

إن المقصود بحق التقدم أو الأفضلية هو حق الدائن المرتهن في التقدم في إستيفاء حقه من العقار المرهون على الدائنين العاديين و للتاليين له في المرتبة، وهو ما يتضح من نص المادة 882 من القانون المدني و التي عرف من خلالها المشرع الرهن الرسمي على أنه " : الرهن الرسمي عقد يكتسب به الدائن حق عيني على العقار لوفاء دينه يكون بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في إستيفاء حقه من ثمن العقار في أي يد كانت " ويقصد بذلك أن يتقدم الدائن المرتهن في استيفاء حقه على الدائنين العاديين و التاليين له في المرتبة ، سواء بقي العقار المرهون في يد الراهن أو إنتقل إلى شخص آخر ،كما تنص المادة 907 على أنه " : يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم اتجاه الدائنين العاديين من ثمة العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار حسب مرتبة كل منهم ولو كانوا اجروا القيد في يوم واحد."

ويتضح من خلال المادة السابقة أن يباشر الدائن المرتهن حقه في التقدم بصفة أصلية على ثمن العقار بعد بيعه بالمزاد العلني، إلا أن حق الدائن المرتهن لا يرد على ثمن العقار فقط وإنما يرد على ثمن ملحقاته كذلك ، وهي العقارات بالتخصيص وحقوق الإرفاق والتحسينات والمنشآت ، و كذلك يرد على ثمار العقار المرهون الملحقة به بتاريخ تسجيل التنبيه بنزع الملكية ، كما أن حق التقدم ينصب على ما يحل محل العقار المرهون من أموال سواء كان تعويضا يدفعه المتسبب في هلاك العقار كليا أو جزئيا أو مبلغ التأمين المستحق في حالة

وقوع الخطر بنزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة، و بما أن ثمن العقار أو المال الذي حل محل العقار المرهون هو محل التقدم عليه فسيتم التعرض إليها كالتالي:

1- ثمن العقار المرهون كمحل لحق التقدم : يركز حق الدائن المرتهن بصفة أساسية على ثمن العقار وبذلك عند حلول أجل الدين و عند عدم وفاء المدين بدينه يستوفي الدائن المرتهن حقه من ثمن العقار المرهون بعد بيعه جبريا بالمزاد العلني متقدما على الدائنين العاديين و التاليين له في المرتبة ، ويشمل محل التقدم إلى جانب العقار المرهون ملحقاته كذلك و التي يمتد الرهن إليها بقوة القانون ، إلا إذا تم الإتفاق صراحة على إستبعادها من الرهن¹، كما يشمل أيضا الثمار من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية.

2-المال الذي يحل محل العقار المرهون كمحل لحق التقدم: وإذا حل مال ما محل العقار المرهون ، فللدائن المرتهن ان يباشر حقه في التقدم على هذا المال وذلك تطبيقا لنظرية الحلول العيني كما إذا هلك العقار المرهون أو تلف ودفع طرف ما مبلغ تعويض أو مبلغ تأمين ، أو إذا نزع للملكية العامة مقابل تعويض،فان حق الدائن المرتهن يتعلق في جميع الحالات بالمبلغ الذي حل محل العقار المرهون ويستطيع أن يستوفي منه حقه بالتقدم على غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة بحسب المادة 907 سالفه الذكر. وعلى هذا يتم البحث في هذا المطلب عن القاعدة في تحديد مرتبة الدائن المرتهن ثم الاستثناء الوارد عن هذه القاعدة ، وفي الأخير التنازل عن مرتبة الرهن.

اولا : القاعدة في تحديد مرتبة الدائن المرتهن:

تظهر أهمية مرتبة الرهن في حالة تزامن الدائن المرتهن مع غيره من دائني المدين المرتهنين أو الدائنين أصحاب حقوق الامتياز أو أصحاب حقوق الاختصاص على العقار المرهون أو الدائنين العاديين ، فمتى قيد الدائن المرتهن رهنه وتحددت مرتبته فانه يتقدم في الاستيفاء على غيره من الدائنين التاليين له في المرتبة وأيضا على العاديين أيا كان تاريخ نشوء حقوقهم ،

¹ نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص، 105

وعلى هذا يتحدد ترتيبهم بحسب أسبقيتهم في القيد وهو ما يتبين من المادة 907 من القانون المدني: "...بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا اجروا القيد في يوم وأحد."

وتنص المادة 908 من القانون المدني على أنه " : تحسب مرتبة الرهن من وقت تقييده ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقا على شرط أو كان ديناً مستقبلياً أو احتمالياً."

وعلى هذا فإن المشرع قد حدد مرتبة الرهن الذي يتقرر ضماناً لدين شرطي أو دين مستقبلي أو احتمالي وجعلها تتحدد أيضاً من وقت القيد، كان يكون الدين ناشئاً عن فتح حساب جار فإنه يعتبر ديناً احتمالياً ومستقبلياً¹، لأنه لا يعرف من سيكون الدائن قبل إقفال الحساب الجاري ومستقبلياً لأنه أياً كان الدائن فحقه لم يوجد بعد ولكن سيوجد في المستقبل فهو حق يوجب أن يحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين.

ثانياً: الاستثناءات الواردة على القاعدة في تحديد مرتبة الدائن المرتهن:

إذا كان المبدأ العام هو أن الأسبقية في القيد إلا أن المشرع خرج عن هذا المبدأ في بعض الحالات مراعاة لاعتبارات معينة وجدها المشرع جديرة بالحماية وهي:

1- المصروفات القضائية التي أنفقت على حفظ أموال المدين وبيعها لمصلحة جميع الدائنين تستوفى قبل أي حق آخر، ثم تليها المبالغ المستحقة للخرينة العامة من ضرائب ورسوم، ثم يليها حقوق الامتياز العامة ذلك أن هذه المبالغ وتلك الحقوق لا يجب فيها الشهر، وتستوفى قبل أي حق آخر ولو كان مضموناً برهن رسمي ، و هذا ما نصت عليه المادة 986 في فقرتها الثانية من القانون المدني " : غير أن حقوق الامتياز العامة ولو كانت مترتبة على عقار لا يجب فيها الإشهار ولا حق التتبع . ولا حاجة للإشهار أيضاً في حقوق الامتياز العقارية الضامنة بمبلغ مستحقة للخرينة العامة ، وهذه الحقوق الممتازة جميعاً تكون اسبق في

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 516

المرتبة على أي حق امتياز عقاري آخر أو حق رهن رسمي مهما كان تاريخ قيده ، أما في ما بينهما فالامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخزينة يتقدم على حقوق الامتياز العامة. "

2- :الرهن الصادر من جميع الشركاء وامتنياز المتقاسم وذلك في حالة انتقال الرهن الصادر من أحد الشركاء لحصة شائعة أو جزء من العقار الشائع إلى ما وقع في نصيب الراهن من أعيان بمقتضى القسمة، ففي هذه الحالة يحتفظ هذا الرهن بمرتبه إذا قام الدائن المرتهن بأجراء قيد جديد خلال تسعين يوما وهذا طبقا لما قضت به المادة 890 من القانون المدني، ومع ذلك يتقدم الرهن الصادر من جميع الشركاء وامتنياز المتقاسم على رهن الشريك لحقه مقرر أو شائعة ولو كان قيد، هذا الرهن اسبق من قيد رهن جميع الشركاء أو قيد الامتياز المتقاسم .

ثاثل :التنازل عن مرتبة الرهن:

قرر المشرع الجزائري في المادة 910 من القانون المدني " : 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 اتجاه هذا الدائن الآخر بجميع أوجه الدفع التي يجوز التمسك بها اتجاه الدائن الأول عدا ما كان منها متعلقا بانقضاء حق هذا الدائن الأول إذا كان الانقضاء لاحقا للتنازل عن المرتبة. "

هذا النص يفترض وجود أكثر من حق مقيد على العقار بعضها يلي بعض في المرتبة، وأن صاحب حق متقدم يتنازل لصاحب حق متأخر عليه عن مرتبته ، والنزول عن مرتبة الرهن هو غير النزول عن الرهن فالنزول عن الرهن سبب من أسباب انقضاء الرهن ذاته ويؤدي إلى زوال حق الرهن بسلطة التتبع والتقدم ، أما النزول عن مرتبة الرهن فهو عمل قانوني لا يؤدي إلى انقضاء الرهن وإنما يؤدي إلى انتقال مرتبة الرهن أو التقدم من الدائن المتنازل إلى شخص آخر¹، ويبقى للمتنازل حقه الأصلي مضمونا بالرهن ، ويختلف النزول عن مرتبة الرهن عن انتقال حق الرهن إلى شخص آخر فبمقتضى حوالة الحق أو الوفاء فمع الحلول

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص519.

ينتقل الرهن وضمانته إلى المحال اليه، بينما نجد انه في النزول عن مرتبة الرهن فانه لا ينقل الرهن بل تنتقل مرتبة رهن المتنازل إلى المتنازل له مع بقاء مرتبته الجديدة ،ومن هنا نلاحظ أن التنازل هنا يرد على القيد وليس الحق في الرهن ذاته، ولهذا ينبغي أن يكون المتنازل له صاحب حق مقيد على نفس العقار .

ويحدث النزول عن مرتبة الرهن إذا دعت إليه مصلحة ،كما لو كان هناك دائن له رهن على عقار أو عدة عقارات تكفي للوفاء بكامل حقوقه وبحقوق دائن آخر يرغب إن يكون له مرتبة اسبق، وقد اجاز المشرع نزول الدائن المرتهن عن مرتبة الرهن، إلا أنه قيده بقيود نستنتجها من المادة 910 السابقة الذكر وتتمثل في:

-أن يتم النزول لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار .

-إن يكون النزول في حدود قيمة الدين المضمون بالرهن المتنازل عن مرتبته.

-جواز التمسك ضد المتنازل له بالدفع التي كان يجوز التمسك بها ضد المتنازل ، كالدفع ببطلان دين المتنازل ، ومع ذلك إذا طرأ سبب لانقضاء دين المتنازل فلا يجوز الدفع بها ضد المتنازل له لأنه اكتسب حقا بالتنازل وكان هذا سبب لاحقا لهذا التنازل.

-ويجب لنفاذ النزول عن مرتبة الرهن لمصلحة دائن آخر التأشير له في هامش القيد الأصلي وفقا لما تقضي به الفقرة الأخيرة من المادة 904 من القانون المدني: "...ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر ، إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي."

الفرع الثاني : حق التتبع:

غاية المرتهن الأساسية هي استيفاء حقه من ثمن العقار حسب المرتبة التي يخولها القيد الذي أجراه ، فإذا حل أجل الدين والعقار ما يزال في يد الراهن فان المرتهن يستطيع إن ينفذ على العقار المرهون ويستوفي حقه من ثمنه بالأولوية ، أما إذا حل أجل الدين وانتقل العقار

المرهون إلى شخص آخر فإن الدائن المرتهن يستطيع أن يتتبع هذا العقار بين يدي هذا الشخص وينفذ عليه ليوفي حقه بالأولوية¹.

والحائز هو شخص غير مسؤول مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن ، لكن يكون للدائن المرتهن عقد الرهن أن ينفذ على العقار المرهون في يده.

وهذا الحق في التنفيذ على العقار في يد الحائز يعرف بالتتبع ، وبمقتضى حق التتبع يستطيع الدائن المرتهن التنفيذ على المال في يد الحائز ما لم يختار الحائز قضاء الدين أو تطهير العقار أو التخلي عنه ، فدراسة حق التتبع تقتضي منا التعرض إلى شروط مباشرة حق التتبع ثم كيفية مباشرته وموقف الحائز من مباشرة حق التتبع.

اولا : شروط مباشرة حق التتبع

ينشأ حق التتبع عندما تنتقل ملكية العقار إلى شخص آخر هو الحائز إذ انه عندئذ يتعرض مركز الدائن للخطر ، ومن هنا تبرر حاجته لحق التتبع وعلى هذا فاستعمال حق التتبع له شروط بعضها يتعلق بالحائز والبعض الآخر يتعلق بالدائن:

1- الشروط المتعلقة بالحائز

طبقا لما قضت به الفقرة الثانية من المادة 911 من القانون المدني : " يعتبر الحائز كل من انتقلت إليه بسبب من أسباب ملكية العقار ، أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسؤولا مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن"

ويؤخذ من هذا النص أن حائز العقار يجب أن تتوافر الشروط التالية:

1- أن تنتقل إليه ملكية العقار أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن .

¹ هدى عبد الله، المرجع السابق، ص156

2- أن يكتسب الحائز حقه بعد قيد الرهن وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية.

2- الشروط المتعلقة بالدائن

نصت المادة 911 من القانون المدني: "يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين إن يقوم بنزع ملكية العقار المرهون من يد الحائز لهذا العقار إلا إذا اختار الحائز إن يقضي الدين أو يظهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه"

فشروط الدائن الذي يتتبع العقار هي:

1- حلول أجل الدين ، فقبل حلول الأجل ليس للمرتهن أن ينفذ على العقار سواء تحت يد الراهن أو يد الحائز ، ويستطيع الحائز أن يتمسك بالأجل ولو كان قضائيا منحه القاضي للمدين، فإذا حل الأجل بسبب انقضاء مدته أو إسقاطه بتنازل المدين عنه أو سقوطه بشهر الإفلاس أو بإضعاف التأمينات أو الإخلال بالوعد بتقديمها، كان للدائن المرتهن أن يتتبع العقار المرهون بان ينزع ملكيته وهو في يد الحائز¹.

2- أن يقيد الرهن قبل اكتساب الحائز حقه على العقار وذلك حتى ينفذ الرهن في مواجهة هذا الحائز .

ثانيا :كيفية مباشرة حق التتبع

لا يمنع انتقال ملكية العقار المرهون إلى الحائز من التنفيذ عليه ، إلا انه يجب إتباع اجراءات خاصة في هذا التنفيذ الغرض منها مراعاة وجود الحائز .

1-إجراءات التتبع

تنص المادة 923 من القانون المدني " : إذا لم يختار الحائز أن 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

¹ هدى عبد الله، المرجع السابق، ص 159.

أو تخليه العقار ،ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه في وقت وأحد. "

أ-التنبيه على المدين:

تبدأ إجراءات التنفيذ بقيام الدائن بتوجيه التنبيه بالوفاء إلى المدين، ويعلم هذا التنبيه إلى المدين لشخصه أو موطنه مشتملا على بيانات محددة ، ويسمى هذا التنبيه كذلك بتنبيه نزع الملكية أو التنبيه العقاري .

وقد استلزم المشرع التنبيه على المدين مع أن اجراءات التنفيذ تجري في هذه الحالة ضد الحائز، وذلك لان المدين هو المسؤول الأول عن الدين، ولان الحائز سيرجع عليه إذا نزعت ملكيته أو قام بالوفاء بالدين، ويجب تسجيل تنبيه نزع الملكية في كل مكتب من مكاتب الشهر العقاري التي تقع العقارات في إدارتها إذ تنص المادة 379 من قانون الإجراءات المدنية على أن يودع أمر الحجز خلال شهر من التبليغ مكتب الرهون الكائن لدائرته موقع الأموال لكي يسجل في السجل النصوص عليه في القانون وعند أتمام هذا الإجراء يعتبر ما جرى من أعمال التنفيذ بمثابة حجز نهائي ، ويترتب عليه وضع الأموال بين يدي القضاء "

ب- إنذار الحائز بالدفع أو التخلية:

يجب على الدائن المرتهن إن يوجه إلى الحائز إنذارا رسميا بدفع الدين أو بتخليه العقار ، و إلا جرى التنفيذ في مواجهته ، إذا توالى انتقال العقار المرهون من حائز إلى حائز فانه يكفي التنبيه على المدين وإنذار الحائز الأخير دون الحائزين السابقين ، ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه في وقت وأحد ويجب أن يكون إنذار الحائز مصحوبا بتبليغ أمر الحجز إليه ليعلم الحائز بنوع السند الحاصل التنفيذ بمقتضاه ويعرف العقار الجاري التنفيذ عليه على سبيل التحديد ومقدار الدين المطلوب الوفاء به، وبهذا يمكنه أن يختار بين الأمور التي منحها له القانون المدني وهي أما الوفاء لطالب التنفيذ بدينه أو العمل على تطهير العقار أو تخليته أو تحمل إجراءات التنفيذ.

ثالثاً: اثر مباشرة حق التتبع في مواجهة الحائز

إذا كانت حقوق الراهن في الثمار تنتهي عند تسجيل نزع الملكية أو التبليغ بالحجز العقاري حيث تلحق الثمار بالعقار¹، وهذا ما قضت به المادة 888 من القانون المدني ، فان الحائز يختلف حكمه عن ذلك فالثمار ينتهي حقه فيها من تاريخ الإنذار بالدفع أو التخلية، بشرط ألا تترك اجراءات نزع الملكية مدة ثلاث سنوات، فإذا تركت مدة ثلاث سنوات فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد وهذا ما قضت به المادة 930 من القانون المدني التي تنص: "ينبغي على الحائز أن يرد ثمار العقار من وقت إنذاره بالدفع أو التخلية ، فإذا تركت الاجراءات مدة ثلاث سنوات ، فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد.

المطلب الثالث

انقضاء الرهن الرسمي

تتجلى أهمية الرهن الرسمي في كونه يمنح الدائن ضماناً قوياً تمكنه من استيفاء دينه من قيمة العقار المرهون، حتى لو انتقلت ملكية هذا العقار إلى شخص آخر. ونظراً للطبيعة التبعية للرهن الرسمي، فإنه يرتبط وجوداً وعدماً بالدين المضمون، إلا أنه قد ينقضي أيضاً بصفة أصلية لأسباب تتعلق بالرهن ذاته.

تشير دراسة انقضاء الرهن الرسمي في التشريع الجزائري إشكالية رئيسية تتمثل في: ما هي الطرق القانونية التي ينقضي بها الرهن الرسمي في التشريع الجزائري؟ وهل ينقضي دائماً بتبعية الدين أم قد ينقضي بصفة أصلية؟

الفرع الأول: انقضاء الرهن الرسمي بصفة تبعية

ينقضي الرهن الرسمي بصفة تبعية لانقضاء الدين المضمون، وذلك عملاً بالقاعدة التي تقضي بأن الفرع يتبع الأصل. وقد نصت المادة 933 من القانون المدني الجزائري على أن: «ينقضي

¹ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، س 153.

حق الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون، ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين، دون إخلال بالحقوق التي اكتسبها الغير حسن النية في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته» ، ويتضح من خلالها أن انقضاء الدين المضمون لأي سبب من أسباب الانقضاء ينقضي معه الرهن الذي يضمن الوفاء به، غير أن انقضاء الرهن الرسمي يكون بانقضاء الدين كلياً، فانقضاء الدين بصفة جزئية لا يؤثر على الرهن تطبيقاً لقاعدة عدم تجزئة الرهن . وينقضي الرهن بصفة تبعية اما لأسباب عامة او خاصة.

أولاً: انقضاء الرهن بالأسباب العامة:

ينقضي الرهن بصفة تبعية بأي سبب من الأسباب العامة لانقضاء الالتزامات، فقد ينقضي الدين بتنفيذه وفي هذه الحالة نجد سبب الانقضاء الوفاء به، وقد ينقضي الدين عن طريق الوفاء به بشيء آخر يقوم مقام الوفاء الأصلي فنجد سبب الانقضاء هنا هو الوفاء بمقابل، التجديد والمقاصة، وفي الأخير يمكن للدين أن ينقضي دون الوفاء به أصلاً فنجد سبب الانقضاء الإبراء أو استحالة التنفيذ بالإضافة إلى التقادم المسقط، وعلى ذلك انقضاء الدين لأي سبب من هذه الأسباب انقضى الرهن تبعاً له¹.

وبعد الوفاء بالدين السبب الأكثر شيوعاً لانقضاء الدين المضمون، وبالتالي انقضاء الرهن الرسمي بصفة تبعية. ويشمل الوفاء كل ما يؤدي إلى براءة ذمة المدين من الدين، ومن أهم صورته:

1- الوفاء العادي: يتمثل في قيام المدين بسداد الدين المستحق للدائن المرتهن. وبمجرد سداد الدين كاملاً، ينقضي الرهن الرسمي تلقائياً² ، فالوفاء هو تنفيذ المدين لالتزامه على وجه صحيح استيفاء لدينه وانتهاء الالتزام القائم ، وينتج عن الوفاء في الرهن إبراء ذمة المدين من الدين المضمون وبالتالي ينقضي الرهن كذلك بصفة نهائية.

¹ محمد صبري السعدي مرجع سابق، ص 196.

² محمد صبري السعدي، مرجع سابق ، ص 196.

2-الوفاء بمقابل: من خلال نص المادة 285 ق.م.ج " :إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابل استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء . " وهو عبارة عن اتفاق بين الدائن والمدين يرضى بمقتضاه الدائن بشيء آخر غير الدين المستحق أصلاً بسبيل استيفاء حقه، ولما كان هذا الاتفاق ليس إلا عقداً فإنه تشترط فيه ما تشترط في العقود من أهلية التصرف في الطرفين، وسلامة الرضا من العيوب.

3-التجديد: نظم المشرع الجزائري احكام التجديد في المادة 287 من ق.م.ج التي جاء فيها: "يتجدد الالتزام:

-بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على استبدال الالتزام الأصلي بالتزام جديد يختلف عنه في محله او في مصدره،

-بتغيير المدين إذا اتفق الدائن والغير على ان يكون هذا الأخير مدين مكان المدين الأصلي على ان تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه او إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي قبل ان يكون هو المدين الجديد،

-بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين والغير على ان يكون هذا الأخير هو الدائن الجديد." وإذا تم تجديد الدين المضمون، فإن الرهن الأصلي ينقضي تبعاً لانقضاء الدين القديم .

3-المقاصة: تعرف المقاصة بأنها وسيلة لانقضاء الدينين المتقابلين في الديون المتقابلة بين المدينين، كل منهما دائن للآخر ومدين لهما معاً، بقدر اقل منهما،إذا انقضى الدين المضمون بالمقاصة، فإن الرهن ينقضي تبعاً لذلك ¹.

4-اتحاد الذمة: يحدث عندما تجتمع صفتا الدائن والمدين في شخص واحد .

¹ Renan Abdelkader Saïd; Saci Ilyas; Boudaoui Karim; the **concept of the montage to set-off between islamic jurisprudence and the algerian civil Law**; Academic Journal of Legal and political researchs , university of laghouat, n°1 ;2024 ; page 701.

5-الإبراء من الدين: هو تنازل الدائن عن حقه في الدين بإرادته المنفردة ،و جاء في نص المادة 305 ق .م .ج " ينقضي الالتزام إذا برأ الدائن مدينه اختياريا ويتم الإبراء متى وصل الى علم المدين ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين." والمادة 306 ق.م .ج "تسري على الإبراء الاحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع، ولا يشترط فيه شكل خاص ولو وقع على الالتزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون او اتفق عليه."

6-التقادم المسقط للدين: يمكن تعريف التقادم المسقط بانه سبب لانقضاء الحقوق المتعلقة بالذمة المالية ولاسيما الالتزامات إذا تخلف صاحبها عن ممارستها، وأهمل المطالبة بها خلال مدن معينة يحددها القانون، فإذا انقضت هذه المدة يستطيع المدين دفع مطالبة الدائن، ولتحقق التقادم المسقط لابد من توافر مجموعة من الشروط منها وجوب كون الحق أو الدعوى مما يتقادم وكذا وجوب انقضاء المدة قانونا لتحقق التقادم، فإذا انقضى الدين بالتقادم، ينقضي الرهن الرسمي بصفة تبعية¹ .

ثانيا: أسباب الانقضاء الخاصة:

ينقضي الرهن أيضا لأسباب خاصة تؤدي إلى زواله بصورة تبعية للدين وتتمثل في ما يلي

1- بطلان الدين :إذا انقضى الدين بالبطلان ينقضي الرهن تبعا لانقضاء الدين لنشؤنه بعقد باطل مهما كان سبب ذلك كانهادام الرضا او نقص الاهلية او عدم المشروعية .

2- إذا كان الدين معلقا على شرط فاسخ :ثم تحقق هذا الشرط فيزول العقد بأثر رجعي ويزول معه الرهن بأثر رجعي كذلك، تطبيقا لنص المادة 893 ق/م.

الفرع الثاني: انقضاء الرهن الرسمي بصفة أصلية

قد ينقضي الرهن الرسمي بصفة أصلية، أي لأسباب تتعلق بالرهن ذاته، دون أن ينقضي الدين المضمون. ومن أهم هذه الأسباب:

¹ سليمان المحمدي، محاضرات في عقد الرهن الرسمي، جامعة الجزائر، ص 51..

أولاً: تطهير العقار المرهون

يقصد بتطهير العقار المرهون تخليص العقار من الرهون التي تثقله، عن طريق قيام الحائز بدفع قيمة الرهون للدائنين، حيث تنص المادة 934 مدني على انقضاء الرهن نهائياً إذا تمت إجراءات التطهير¹. "إذا تمت إجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمي نهائياً، ولو زالت لأي سبب من الأسباب ملكية الحائز الذي طهر العقار". وعلى هذا فإنه إجراءات التطهير فإن العقار يتطهر من الديون المقيدة حتى لو لم يستوفى الدائن المرتهن إلا لبعض حقه بل حتى لو لم يستوفى حقه إطلاقاً، فإذا زالت ملكية الحائز بعدما قام بتطهير العقار لأي سبب من الأسباب كالفسخ أو بطلان سند تملكه أو التحقق من الشرط الفاسخ الذي كان معلق عليه ملكيته، فرغم ذلك يظل أثر التطهير قائماً.

ثانياً: بيع العقار المرهون بالمزاد العلني

ينقضي الرهن الرسمي ببيع العقار المرهون بيعاً جبرياً بالمزاد العلني، وفقاً للمادة 936 مدني التي تقضي بأنه: "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 المقيدین الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن". ويتضح من خلالها أن الرهن ينقضي بصفة أصلية بالبيع بالمزاد العلني سواء كان البيع في مواجهة مالك العقار، أو الحائز، أو الحارس للعقار المعين من قبل المحكمة، ويترتب عن البيع الجبري للعقار تحريره من جميع الحقوق التبعية المقيدة عليه سواء كانت حقوق امتياز أو حقوق اختصاص أو رهون حيازیه².

كما قد يزول الرهن لأسباب أخرى تتمثل في:

1- تنازل الدائن المرتهن عن الرهن: يجوز للدائن التنازل عن الرهن دون الدين .

¹ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 197.

² سليمان المحمدي، مرجع سابق، ص 51..

2- هلاك العقار المرهون: الهلاك الكلي يؤدي لانقضاء الرهن، وينتقل الحق للتعويض .

3-انقضاء مدة القيد: إذا انقضت مدة القيد دون تجديد، ينقضي الرهن الرسمي .

يتضح أن انقضاء الرهن الرسمي يتم إما بصفة تبعية أو أصلية، وهو تمييز جوهري تترتب عليه آثار قانونية مختلفة.

الفصل الثالث

الرهن الحيازي

يعدّ الرهن الحيازي من أعرق أنظمة التأمين العيني في التاريخ القانوني، إذ يمتد تطبيقه إلى العصور القانونية القديمة حيث كان الدائن يحوز المال الضامن لديه ضماناً لحقه. وقد احتفظ هذا النظام بمكانته المحورية في التشريعات الحديثة رغم انتشار الرهن الرسمي، لما يوفره من حماية فعلية ومادية للدائن المرتهن، إذ يمكنه من حيازة المال المرهون ويمنحه حقوق التقدم والتتبع والحبس في مواجهة الراهن والغير.

وقد أولى المشرع الجزائري عناية بالغة بنظام الرهن الحيازي، فخصص له أحكاماً تفصيلية ضمن الكتاب الثالث من القانون المدني المعنون بـ"الحقوق العينية التبعية"، وذلك في المواد من 948 إلى 969، مستلهماً في ذلك كثيراً من أحكام القانون المدني المصري، وتكتسي دراسة هذا الموضوع أهمية علمية وعملية بالغة في ظل تنامي حاجات التمويل والإقراض في الحياة الاقتصادية الجزائرية، لا سيما في مجال القروض البنكية والتجارية التي تستلزم توثيق الحقوق وتأمينها بضمانات عينية كافية.

وتتوزع خطة البحث على أربعة مباحث رئيسية حيث يتناول المبحث الأول ماهية الرهن الحيازي وخصائصه، ويخصص المبحث الثاني لأركانه وشروط صحته، فيما يُفرد المبحث الثالث لآثاره القانونية، ويُعالج المبحث الرابع أسباب انقضائه.

المبحث الأول

ماهية الرهن الحيازي وخصائصه

يعتبر الرهن الحيازي واحدا من اهم التأمينات العينية في القانون المدني الجزائري، وعليه ينبغي تحديد مفهومه و بيان خصائصه التي تميزه عن غيره من المفاهيم المشابهة.

المطلب الأول

مفهوم الرهن الحيازي وتطوره التاريخي

الفرع الأول :التعريف القانوني للرهن الحيازي

عرّفت المادة 948 من القانون المدني الجزائري الرهن الحيازي بأنه " عقد يلتزم به شخص ضماناً لحق ما، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئاً يُخصص بمقتضاه الدائن حقه إذا لم يوف بالالتزام في محله .ويكشف هذا التعريف عن الطبيعة العقدية للرهن الحيازي بوصفه عقداً من عقود التأمين العينية.

وعلى صعيد الفقه القانوني، عرّف الأستاذ السنهاوري الرهن الحيازي بأنه " حق عيني تبقي يرد على منقول أو عقار بيد الدائن المرتهن أو بيد أجنبي يتفق عليه، ويخول الدائن المرتهن حق حبس المرهون وحق التقدم في استيفاء حقه من ثمنه".

ويتميز تعريف المشرع الجزائري بالدقة والشمولية، إذ استوعب عناصر الرهن الحيازي الجوهرية المتمثلة في :العنصر الشخصي أي الراهن والمرتهن والحارس، والعنصر المادي وهو المال المرهون، بالإضافة الى العنصر الموضوعي المتمثل في الدين المضمون، فضلا عن الغاية من الرهن وهي الضمان¹.

¹علي علي سليمان، ، مرجع سابق ، ص.312

الفرع الثاني: التطور التاريخي للرهن الحيازي

يضرِب الرهن الحيازي بجذوره إلى أعماق التاريخ القانوني، فقد عرفه القانون الروماني في صورتيه: الـ "Fiducia" حيث كان الراهن ينقل ملكية الشيء للدائن، ثم تطور لاحقا إلى صورة الـ "Pignus" التي تقابل الرهن الحيازي الحديث. وكان من سمات الرهن الروماني انتقال الحيازة دون الملكية.

وقد انتقل هذا النظام إلى القانون الفرنسي القديم ثم إلى القانون المدني الفرنسي الصادر عام 1804 قانون نابليون ، وأفرد له المشرع الفرنسي أحكاما مفصلة ضمن الكتاب الخاص بالتأمينات. وعلى هذا الأساس بنت معظم التشريعات العربية منظومتها القانونية في هذا الشأن، من بينها القانون المدني المصري ثم القانون الجزائري الذي استلهم منه كثيرا من أحكامه¹.

المطلب الثاني

خصائص الرهن الحيازي

الفرع الأول: الرهن الحيازي عقد رضائي ملزم لجانبين : فإنه ينشأ بمجرد تبادل الإيجاب و القبول المطابق له أما التسليم ما هو إلا التزام ناشئ عن العقد و بالتالي فهو أثر للعقد و ليس ركنا له ، فهو ينشأ على عاتق المدين التزام بالتسليم و ينشأ مقابل ذلك على عاتق الدائن التزام بالمحافظة على الشيء المرهون و استثماره ورده عند انقضاء الغاية منه مع تقديم حساب للراهن عن الثمار الناتجة عنه.

الفرع الثاني: الرهن الحيازي عقد عيني: يعّد الرهن الحيازي عقدا عينيا بامتنياز، إذ لا ينعقد ولا يتم إلا بتسليم الشيء المرهون من الراهن إلى المرتهن أو إلى الشخص الثالث المتفق عليه . وهذا ما نصت عليه المادة 949 من القانون المدني الجزائري التي تشترط لانعقاد الرهن حيازة

¹ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق مع التطبيق على القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1991، ص.205

الدائن للمال المرهون أو وضعه بيد شخص آخر .ويترتب على ذلك أن الاتفاق على الرهن دون تسليم الشيء يُعدّ مجرد وعد بالرهن لا رهناً منعقداً.

الفرع الثالث :الرهن الحيازي عقد تبعي:من أبرز خصائص الرهن الحيازي أنه حق عيني تبعي، بمعنى أنه يفترض وجود حق أصلي يضمّنه وينصبّ عليه .فلا يقوم الرهن إلا لضمان دين ثابت في الذمة أو محتمل النشأة، وإذا انقضى الدين الأصلي انقضى معه الرهن تبعاً لانقضائه .وهذا ما يميزه عن الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية وحق الانتفاع التي تقوم بذاتها مستقلة عن أي دين.

الفرع الثالث :الرهن الحيازي يرتب حق عيني:يمنح الرهن الحيازي صاحبه حقاً عينياً على الشيء المرهون، ويستتبع ذلك ثلاثة حقوق جوهرية :

-أولاً حق التتبع الذي يمكّن الدائن من تتبع المال المرهون في أي يد انتقل إليها والتمسك برهنه في مواجهة الجميع، وثانياً حق التقدم الذي يتيح له التقدم على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة عند التنفيذ على المال المرهون .وثالثاً حق الحبس الذي يعطيه صلاحية الامتناع عن رد المال المرهون حتى يستوفي دينه كاملاً¹.

الفرع الرابع: الرهن الحيازي لا يقبل التجزئة: يتميز الرهن الحيازي بخاصية عدم التجزئة المقررة في المادة 950 من القانون المدني الجزائري، ومقتضاها أن الرهن يبقى قائماً على المال المرهون كله طالما بقي جزء من الدين المضمون .وهذه الخاصية تعني أن الوفاء الجزئي بالدين لا يُسقط الرهن عن جزء من المال المرهون، بل يظل الرهن شاملاً للمال كله حتى الوفاء الكامل.

¹ حمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الجزء الثالث، الحقوق العينية التبعية، جامعة دمشق، 1998، ص.156

المطلب الثالث

التمييز بين الرهن الحيازي وما يشته به

الفرع الأول: الرهن الحيازي والرهن الرسمي

يشارك الرهن الحيازي والرهن الرسمي في كونهما حقَّين عينيَّين تبعيين يهدفان إلى ضمان الدائن في استيفاء حقه . غير أنهما يختلفان من حيث محل كل منهما : فالرهن الرسمي لا يرد إلا على العقارات، في حين يمتد الرهن الحيازي ليشمل العقارات والمنقولات على حد سواء . ويتميزان أيضاً من حيث الانعقاد : فينعقد الرهن الرسمي بمجرد توثيق العقد دون حاجة إلى تسليم المال، بينما يشترط الرهن الحيازي لانعقاده انتقال الحيازة الفعلية إلى الدائن¹.

الفرع الثاني: الرهن الحيازي وحق الاحتباس

يتشابه الرهن الحيازي مع حق الاحتباس في أن كليهما يمنح صاحبه الامتناع عن رد المال المحتجز به حتى يستوفي حقه . بيد أن بينهما فوارق جوهرية : فحق الاحتباس ليس حقاً عينياً مستقلاً بل هو دفع إجرائي مؤقت يزول برد المال، ولا يمنح صاحبه حق التقدم في مواجهة الغير . في حين يمنح الرهن الحيازي دائنه حقاً عينياً حقيقياً يشمل التقدم والتتبع إضافة إلى حق الحبس².

الفرع الثالث: الرهن الحيازي والوديعة

قد يلتبس الرهن الحيازي بعقد الوديعة من حيث وجود حيازة لشيء مملوك للغير في كلا العقدين . إلا أن الوديعة تعاقد يهدف إلى حفظ الشيء لصالح المودع دون أي غاية تأمينية،

¹سمير تناغو، مرجع سابق، ص. 543.

²محمد شتا أبو سعد، التأمينات العينية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص. 317.

ويلتزم فيه المودع لديه برد الشيء عند الطلب. أما الرهن الحيازي فيهدف ابتداءً إلى تأمين الدائن، ويخوّل الأخير حق حبس الشيء حتى استيفاء الدين مع التمتع بحق التقدم في ثمنه¹.

المبحث الثاني

أركان الرهن الحيازي وشروط صحته

لا يمكن تصور نشوء الرهن الحيازي إلا بتوافر أركانه ، و قد خص المشرع هذه الأخيرة بالنص عليها في المواد 948 و 949 مدني ، و على ضوء هذين النصين يستفاد أن عقد الرهن الحيازي في الجزائر هو عقد رضائي من حيث النشوء لا يخضع لأي اجراء شكلي عكس الرهن الرسمي.

المطلب الأول

أركان عقد الرهن الحيازي

الفرع الأول :التراضي

التراضي هو الركن الأساسي في كل عقد بما فيه عقد الرهن الحيازي، ويتمثل في إيجاب الراهن بتقديم الضمان وقبول المرتهن له .ولا يختلف الرهن في هذا الشأن عن سائر العقود من حيث اشتراط خلّو الإرادة من عيوب الرضا المقررة في القانون المدني كالغلط والتدليس والإكراه والغبن المقترن بالتغدير .ويجوز إبرام عقد الرهن بصورة صريحة أو ضمنية ما لم يشترط القانون شكلاً معيناً².

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 951 من القانون المدني الجزائري لا تشترط شكلاً خاصاً لصحة عقد الرهن الحيازي في مواجهة أطرافه، خلافاً للرهن الرسمي الذي يستوجب التوثيق الرسمي

¹توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، الدار الجامعية، بيروت، 1990، ص.421.

²علي الدريعي، نظرية التأمينات في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2003، ص.167.

غير أنه في مواجهة الغير يجب إثبات تاريخ إبرام الرهن بوسائل رسمية لنفي التواطؤ والتدليس على الدائنين الآخرين.

الفرع الثاني: الأهلية

يشترط في الراهن أن يكون متمتعاً بأهلية التصرف في المال المرهون، إذ الرهن تصرف قانوني يلحق ضرراً باحتمال نزول المالك عن حقه في المال، ومن ثم لا يجوز للقاصر والمحجور عليه الرهن إلا بإذن وليه أو قيمه وفق الشروط القانونية المقررة، أما الشخص الاعتباري فيرهن بواسطة ممثله القانوني وضمن حدود الغرض الذي أُسس من أجله¹.

كذلك يُشترط في من يرهن مال الغير أن يكون مأذوناً له بذلك قانوناً أو اتفاقاً، فإن كان الرهن على مال الغير دون إذنه كان الرهن باطلاً بطلاناً نسبياً قابلاً للتأييد من قبل المالك الحقيقي وفق ما قرره الفقه والقضاء الجزائري.

الفرع الثالث: المحل

وفقاً لأحكام المادة 952 من القانون المدني الجزائري، يرد الرهن الحيازي على كل ما يصح بيعه من الأموال المنقولة والعقارات، شريطة أن يكون المال المرهون معيناً نافعاً للجهة، وأن يكون قابلاً للتداول غير مقيد بحق آخر يمنع رهنه. ويجوز أن يكون محل الرهن حقاً مالياً معنوياً كحق المؤلف والحقوق التجارية والسندات التجارية ووثائق الشحن والوثائق المالية الأخرى².

ويُشترط في المنقول محل الرهن أن يكون موجوداً وقت إبرام الرهن أو قابلاً للوجود مستقبلاً، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين. وقد أثار رهن الأوراق التجارية والأسهم والسندات جدلاً فقهيًا وقضائياً حول أحكام الحيابة الواجبة في هذا النوع من المنقولات.

¹ أفصل زكي عبد الواحد، ضمانات الدائن في العقود المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص. 288.

² عبد الحميد الشواربي، التأمينات العينية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص. 115.

الفرع الرابع: السبب

سبب الرهن الحيازي هو وجود دين في ذمة الراهن أو ذمة غيره يُريد ضمانه بهذا الرهن. ولا يُشترط أن يكون الدين المضمون محدد المقدار وقت انعقاد الرهن، بل يجوز أن يكون الرهن لضمان دين احتمالي أو مستقبلي في حدود ما يجيزه القانون، وذلك خلافا لما ذهب إليه بعض الفقه الذي استوجب تعيين الدين المضمون بدقة¹.

المطلب الثاني

شروط الرهن الحيازي

الفرع الأول: اشتراط الحياة

تمثل الحياة العنصر الجوهرى والمميز لعقد الرهن الحيازي عن غيره من عقود التأمين، وقد أكدت المادة 953 من القانون المدنى الجزائرى ضرورة تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى شخص ثالث يتفق عليه الطرفان. وتستلزم الحياة أن تكون هادئة ومستمرة وظاهرة، وأن ينتقل المرهون فعلياً من يد الراهن إلى يد المرتهن أو الحارس².

وقد أثار نقل الحياة في الرهن الحيازي على المنقولات إشكاليات عملية عديدة، لا سيما في حالة رهن الأصول التجارية التي تتضمن عناصر مادية ومعنوية. فذهب القضاء الجزائرى إلى وجوب تسليم العناصر المادية للأصل التجارى، مع الإبقاء على استغلاله في بعض الصور الخاصة التي أقرها المشرع.

الفرع الثانى: شروط المال المرهون

يشترط في المال المرهون أن يكون في ملكية الراهن وقت إبرام الرهن أو أن يكون مأذوناً له في رهنه بصفة قانونية مشروعة. وأن يكون قابلاً للتداول غير محرم التداول قانوناً، وألا يكون

¹ لجلال على العدوى، الحقوق العينية التبعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص. 312.

² بلحاج العربى، مرجع سابق، ص. 435.

محل حجز سابق أو مثقلاً بحقوق تعارض وقوع الرهن عليه .كما يشترط المشرع الجزائري أن يكون المال موجوداً حال الرهن أو أن يكون وجوده محققاً في المستقبل.¹

وقد عالجت المادة 954 من القانون المدني الجزائري حالة هلاك المال المرهون أو تلفه، وقررت أن الرهن ينتقل في هذه الحالة إلى ما حلّ محلّ المال المرهون من تعويض أو ثمن، وهو ما يُعرف في الفقه القانوني بـ"حلول الرهن" أو "القيمة البديلة"، وهو تطبيق لمبدأ الحلول العيني في التأمينات العينية.

الفرع الثالث :الإثبات في مواجهة الغير

وضعت المادة 955 من القانون المدني الجزائري قواعد الإثبات في مواجهة الغير، إذ اشترطت لتحقيق هذا الإثبات أن يثبت تاريخ عقد الرهن الحيازي بوسيلة رسمية قاطعة .ويترتب على ذلك أن الرهن الحيازي الثابت التاريخ يكون نافذاً في مواجهة الغير بمجرد توافر شروطه، دون حاجة إلى قيده في السجل العيني أو سجل الرهون على خلاف ما هو مقرر في الرهن الرسمي.²

وقد أكدت المحكمة العليا الجزائرية في قراراتها المتعددة ضرورة توافر الحياة الحقيقية والفعلية كركن جوهري في الرهن الحيازي، ورفضت الاعتداد برهن حيازي صوري تبقى فيه المرهون بيد الراهن تحت مسميات تعاقدية مختلفة، باعتبار ذلك تحايلاً على القانون.³

¹السنهوري، مرجع سابق، ص.215

²عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص.224

³قرار المحكمة العليا رقم 234571 المؤرخ في 15 فبراير 2005 ، المجلة القضائية، العدد 2، 2005، ص.78

المبحث الثالث

آثار الرهن الحيازي

عقد الرهن الحيازي عقد رضائي ملزم لجانبين وبالتالي ينتج اثارا معينة بين المتعاقدين ، بحيث ما هو التزام على عاتق أحدهما ويعتبر حقا للطرف الآخر .

المطلب الأول

حقوق المرتهن والتزاماته

الفرع الأول: حقوق المرتهن

1- حق الحبس

أقرّ القانون المدني الجزائري في المادة 956 للمرتهن حقّ الاحتباس والامتناع عن رد المال المرهون حتى يستوفي كامل دينه أصلاً وفوائد ومصروفات .وقد أكد الفقه على أن هذا الحق يمنح المرتهن سلاحاً قانونياً فعّالاً في مواجهة الراهن ودائنيه الآخرين، إذ يحول دون استرداد المرهون قبل إيفاء الدين بالكامل.

ويبقى حق الحبس قائماً طالما بقي جزء من الدين المضمون غير مسدّد، وهذا تطبيق مباشر لمبدأ عدم التجزئة .كما يمتد حق الحبس ليشمل ملحقات المال المرهون وما ينتج عنه من ثمار وفوائد إذا كان الرهن قد انثق على ذلك أو أجازّه القانون في حالات بعينها¹

2- حق التقدم

يعدّ حق التقدم من أهم الآثار التي يربتها الرهن الحيازي للمرتهن، ومقتضاه وفق المادة 957 من القانون المدني الجزائري أن للمرتهن الحق في استيفاء دينه من ثمن المال المرهون

¹نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص.225

بالأولوية على سائر الدائنين العاديين والمرتهنين الأدنى مرتبة. وتُحدد المرتبة في الرهن الحيازي بتاريخ وضع المال تحت يد المرتهن.

وتجدر الإشارة إلى أن حق التقدم لا يعني حصول المرتهن على ملكية المال المرهون أو التصرف فيه خارج إجراءات التنفيذ القانونية، بل يعني فقط الأولوية في الاستيفاء عند البيع القضائي. وقد نهى المشرع الجزائري صراحةً عن شرط التملك الاتفاقي للمال المرهون عند عدم الوفاء معتبراً إياه شرط باطلاً.

الفرع الثاني : التزامات المرتهن

في مقابل الحقوق المقررة للمرتهن، تقع عليه جملة من الالتزامات أبرزها : أولاً الالتزام بحفظ المال المرهون وصونه من التلف أو الضياع، ومن ثم يُسأل عن كل ضرر يلحق بالمرهون من جراء إهماله أو تقصيره. ثانياً الالتزام بعدم استعمال المال المرهون دون إذن الراهن إلا في حدود الضرورة لصيانته. ثالثاً الالتزام بإعادة المال المرهون إلى الراهن فور انقضاء الدين المضمون .

وقد قضت المادة 958 من القانون المدني الجزائري بأن المرتهن يُسأل مسؤولية أمين الحفظ عن هلاك الشيء المرهون أو تلفه أو ضياعه ما لم يثبت أن ذلك وقع بسبب أجنبي لا يد له فيه . وتكريساً لمبدأ المسؤولية التعاقدية في حفظ الأشياء، فإن المرتهن يلتزم ببذل عناية الشخص المعتاد في الحفاظ على المال المرهون.

المطلب الثاني

حقوق الراهن والتزاماته

الفرع الأول : حقوق الراهن

يحتفظ الراهن بحقوق جوهرية على المال المرهون رغم انتقال حيازته إلى المرتهن، أبرزها : أولاً احتفاظه بحق الملكية الذي لا ينتقل بسبب الرهن، إذ لا يُعطي الرهن المرتهن إلا حقاً عينياً تبعياً دون المساس بحق الراهن في الرقبة. ثانياً الحق في استرداد المال المرهون فور

انقضاء الرهن بالوفاء أو بأي سبب آخر .ثالثاً الحق في مراقبة أحوال المال المرهون والتحقق من حسن حفظه.

كذلك يحق للراهن الطعن في تصرفات المرتهن التي تضر بالمال المرهون أو تُقلل من قيمته، والمطالبة بالتعويض عما يلحق المال من أضرار ناجمة عن سوء استخدام المرتهن¹. وله أيضاً حق تقديم كفالة بديلة عن المال المرهون أو استبداله بمال آخر مماثل في القيمة متى وافق الدائن المرتهن على ذلك.

الفرع الثاني: التزامات الراهن

يلتزم الراهن بموجب عقد الرهن الحيّزي بجملة من الالتزامات أساسها: تسليم المال المرهون للمرتهن أو الحارس المعيّن تسليمًا فعلياً كافياً لإتمام الحيّزة .وعدم التصرف في المال المرهون تصرفاً يضر بحق المرتهن أو يُفقد الرهن قيمته الضمانية .والالتزام بضمان المرتهن إذا ظهر أن المال المرهون مثقل بحقوق سابقة لم يُفصح عنها عند انعقاد الرهن.

وفي حالة رهن الأوراق التجارية ذات الثمار والفوائد، تتصرف الآثار القانونية للرهن لتشمل هذه الملحقات ما لم يُتفق على خلاف ذلك .وقد قررت المادة 959 من القانون المدني الجزائري أن ثمار الشيء المرهون تعود إلى الراهن أصلاً، ما لم تقض طبيعة الأشياء أو نص القانون أو الاتفاق بغير ذلك.

المبحث الرابع

انقضاء الرهن الحيّزي

المطلب الأول: الأسباب المباشرة لانقضاء الرهن

الفرع الأول: انقضاء الدين المضمون

¹ سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق ، ص 352.

لما كان الرهن الحيازي حقاً عينياً تبعياً، فإن انقضاء الدين الأصلي المضمون يُفضي حتماً إلى انقضاء الرهن من باب التبعية. وتتنوع أسباب انقضاء الدين الأصلي بين الوفاء الكامل والتجديد والمقاصة وإبراء الذمة واتحاد الذمة وغيرها من أسباب الانقضاء¹ المقررة في القانون المدني الجزائري.

والوفاء هو أكثر أسباب انقضاء الرهن شيوعاً في التطبيق العملي، وهو ما نصت عليه المادة 960 من القانون المدني الجزائري. ولا تنقضي الرهن بالوفاء الجزئي بل يبقى الرهن قائماً على المال المرهون كله طالما بقي جزء من الدين المضمون، تكريساً لمبدأ عدم تجزئة الرهن المشار إليه سابقاً.

الفرع الثاني: فقدان الحيازة

تُعَدُّ الحيازة ركناً قائماً للرهن الحيازي، وليست شرطاً لانعقاده فحسب. لذا فإن فقدان الحيازة بأي وجه من الوجوه يؤدي إلى زوال الرهن بوصفه عقداً عينياً قائماً على هذا الأساس. ووفق المادة 961 من القانون المدني الجزائري، إذا خرج المال المرهون من يد المرتهن باختياره أو بغير اختياره، فإن الرهن ينقضي ما لم يثبت المرتهن حقه في الاسترداد وفق دعوى الحيازة. غير أن فقه القضاء الجزائري فرّق بين ما إذا كان فقدان الحيازة ناجماً عن إرادة المرتهن ذاته أو بفعل الراهن أو الغير. ففي الحالة الأولى ينقضي الرهن بمجرد إعادة الشيء طوعاً إلى الراهن، أما في الحالة الثانية فللمرتهن دعوى الحيازة لاسترداد ما فُقد دون أن ينقضي حقه في الرهن.

الفرع الثالث: هلاك المال المرهون

يؤدي الهلاك الكلي للمال المرهون في الأصل إلى انقضاء الرهن لفقدان محله. بيد أن المادة 962 من القانون المدني الجزائري قررت مبدأ الحلول العيني، إذ يحل حق الرهن محل المال

¹ عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ص 455.

الهالك في كل ما قد يُستحق عنه من تعويضات التأمين أو قيمة التعويض القضائي أو الاتفاقية. ويُطبَّق نفس الحكم في حالة نزع الملكية للمنفعة العامة.

المطلب الثاني: الأسباب غير المباشرة لانقضاء الرهن

الفرع الأول: نزول الدائن المرتهن عن حقه في الرهن

يجوز للدائن المرتهن التنازل عن حقه في الرهن صراحةً أو ضمناً. ويُعدّ التنازل الضمني متحققاً بكل تصرف يدل دلالة قاطعة على إرادة المرتهن في التخلي عن ضمانه، كإعادة المال المرهون طوعاً إلى الراهن دون تحفظ أو قيد. وتشترط المادة 963 من القانون المدني الجزائري صراحةً ورود الإسقاط على حق الرهن تحديداً لا على الدين الأصلي.

ويتمتع التنازل عن الرهن بأثر فوري ونهائي من الناحية القانونية، إذ ينقضي به الحق العيني الضامن مع بقاء الدين الأصلي قائماً ما لم يُتنازل عنه كذلك. ولذا ينبغي التمييز بدقة بين التنازل عن الرهن وحده والتنازل عن الدين برمته، لكل منهما آثاره المختلفة.

الفرع الثاني: الاسترداد القضائي للمال المرهون

وفق أحكام المادة 964 من القانون المدني الجزائري، إذا طهر المدين أو الحائز للمال المرهون هذا المال من الرهون المثقلة به بدفع قيمة الدين المضمون إلى المرتهن، انقضى الرهن وصار المال خالياً من أي ثقل رهن. وهذا ما يُعرف بـ"حق التطهير" الذي يُعطي صاحبه إمكانية استئصال الرهن من المال بأداء الدين المضمون.

وقد أجاز المشرع الجزائري كذلك في المادة 965 للمدين أن يطلب من القضاء إنهاء الرهن إذا أثبت أن قيمة المال المرهون تجاوزت قيمة الدين المضمون تجاوزاً ظاهراً غير مبرر ينطوي على تعسف في استعمال حق المرتهن.

الفرع الثالث: التقادم

يخضع حق الرهن الحيازي للتقادم المسقط¹ الذي يختلف في مدته تبعاً لنوع الدين المضمون والمال المرهون. وقد نصت المادة 966 من القانون المدني الجزائري على سريان أحكام التقادم العام على الحقوق العينية التبعية كالرهن في الحالات التي لا يوجد لها نص خاص، مع مراعاة أن بقاء المال في حيازة الدائن قد يقاطع سريان التقادم في بعض الصور.

واستقر الفقه الجزائري على أن التقادم الساري على الدين الأصلي يسري بالضرورة على الرهن تبعاً له، إذ الفرع لا يعيش أطول من الأصل. وقد أكدت المحكمة العليا هذا المبدأ في عدة قرارات نقضية بقي الرهن فيها منقضيّاً رغم السعي في تجديده بعد سقوط الدين الأصلي بالتقادم.

بعد هذه الدراسة التحليلية المعمّقة لنظام الرهن الحيازي في القانون المدني الجزائري، يتضح أن هذا النظام القانوني قد وجد استقراراً تشريعياً راسخاً ضمن المنظومة التأمينية الجزائرية، حيث أفرد له المشرع أحكاماً شاملة تتمفصل مع المبادئ العامة للقانون المدني وتتسق مع متطلبات الواقع الاقتصادي والاجتماعي، حيث يمثل الرهن الحيازي تأميناً عينياً فعّالاً يُعلّق تطبيقه على انتقال الحيازة الفعلية، وهو ما يميزه جوهرياً عن الرهن الرسمي ويُضفي عليه طابع المتانة والضمان الحقيقي، إلا أن هذا الشرط يُقلّص من مجال استخدامه في بعض المعاملات الاقتصادية الحديثة.

كما يوفر نظام الرهن الحيازي للدائن المرتهن حزمة من الحقوق الإجرائية والموضوعية المتكاملة تشمل حق الحبس وحق التقدم وحق التتبع، غير أن تفعيل هذه الحقوق يصطدم أحياناً بعقبات تتعلق بإجراءات التنفيذ القضائي وطول مدته.

¹ عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ص 459.

الفصل الرابع

حق الامتياز وحق التخصيص

شهدت الأنظمة القانونية المعاصرة تطوراً كبيراً في آليات ضمان الحقوق، حيث لم يعد الضمان العام المقرر للدائنين على أموال مدينهم كافياً لتلبية متطلبات الائتمان واستقرار المعاملات المالية. فالمبدأ العام يقضي بأن "أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان"، إلا أن هذا التساوي قد يضر ببعض الدائنين الذين تستحق ديونهم رعاية خاصة نظراً لصفاتها أو طبيعتها، أو أولئك الذين يسعون للحصول على ضمانات إضافية من خلال القضاء¹.

من هذا المنطلق، نظم المشرع الجزائري في القانون المدني مجموعة من التأمينات العينية التبعية التي تخرج عن قاعدة المساواة، ومن أبرزها حق الامتياز وحق التخصيص. فحق الامتياز هو أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته، بينما حق التخصيص هو حق عيني تبعي يتقرر للدائن بناءً على حكم قضائي واجب التنفيذ صادر بإلزام المدين بالدين. تتجلى أهمية هذا البحث في كونه يتناول أداتين قانونيتين تساهمان في تعزيز الثقة في التعاملات المالية والعقارية؛ فحق الامتياز يحمي فئات معينة من الدائنين مثل الأجراء، أو الدولة في تحصيل الضرائب، بينما يمنح حق التخصيص الدائن الذي بادر بمقاضاة مدينه وسيلة لتأمين حقه على عقارات هذا الأخير دون الحاجة لرضاه².

وسوف نتناول هذا الموضوع من خلال المباحث التالية:

- المبحث الأول: النظام القانوني لحقوق الامتياز في التشريع الجزائري.
- المبحث الثاني: أحكام حق التخصيص وإجراءات الحصول عليه.

¹ د. محمد حسنين، التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص 24.

² د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 412.

- المبحث الثالث: الآثار القانونية وانقضاء حقي الامتياز والتخصيص.

المبحث الأول

النظام القانوني لحقوق الامتياز في التشريع الجزائري

يعتبر حق الامتياز من أقدم وأقوى التأمينات العينية، لأنه لا ينشأ عن إرادة الأطراف بل يستمدّه الدائن من نص القانون مباشرة، نظراً للقيمة الاجتماعية أو الاقتصادية أو الأخلاقية للدين المضمون¹.

المطلب الأول: ماهية حق الامتياز وخصائصه

الفرع الأول: تعريف حق الامتياز

عرفت المادة 982 من القانون المدني الجزائري حق الامتياز بأنه "أولوية يقرها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته. ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني"². من هذا التعريف نستنتج أن الامتياز ليس عقداً، بل هو صفة يلحقها القانون بالدين، فتجعله يتقدم على غيره من الديون عند استيفاء الحق من أموال المدين.

الفرع الثاني: خصائص حق الامتياز

يتميز حق الامتياز بمجموعة من الخصائص التي تميزه عن غيره من التأمينات:

1- مصدره القانون: لا يجوز للأفراد إنشاء حقوق امتياز باتفاقاتهم، بل يجب أن يوجد نص صريح يقرر الامتياز للدين.

2- حق عيني تبعي: هو حق يمنح صاحبه سلطة مباشرة على المال، ويتبع ديناً أصلياً يدور معه وجوداً وعدماً.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، التأمينات العينية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص 840.

3-صفة الدين هي المعيار: يقرر القانون الامتياز بناءً على طبيعة الدين مثل نفقة الزوجة، أو أجور العمال وليس بناءً على شخص الدائن.

4-عدم القابلية للتجزئة: يضمن الامتياز كل جزء من الدين بكل جزء من المال المثقل به.

المطلب الثاني: أنواع حقوق الامتياز: قسم المشرع الجزائري حقوق الامتياز إلى نوعين رئيسيين بحسب نطاق الأموال التي ترد عليها:

الفرع الأول: حقوق الامتياز العامة

هي التي ترد على جميع أموال المدين، عقاراً كانت أو منقولاً، دون تخصيص لمال معين، مثل المبالغ المستحقة للخرينة العامة (لضرائب والرسوم)، المصاريف القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين، والمبالغ المستحقة للأجراء¹. وميزتها انها لا تحتاج إلى شهر وقيد حتى لو وردت على عقار، لأنها تشمل الذمة المالية برمتها.

الفرع الثاني: حقوق الامتياز الخاصة

هي التي ترد على مال معين بالذات من أموال المدين، وتنقسم إلى:

1-امتيازات خاصة على منقول: مثل امتياز المؤجر على المنقولات الموجودة في العين المؤجرة، وامتياز صاحب الفندق على أمتعة النزيل².

2-امتيازات خاصة على عقار: مثل امتياز بائع العقار على العقار المبيع لاستيفاء الثمن، وامتياز المقاولين والمهندسين المعماريين على البناء الذي قاموا بتشبيده أو ترميمه.

المطلب الثالث: ترتيب حقوق الامتياز: نظراً لتعدد حقوق الامتياز وتزاحمها، وضع المشرع قواعد لترتيب أولويتها:

¹جاء الله مريم و سدرية عايدة، حقوق الامتياز في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج، المدرسة العليا للقضاء، 2005، ص. 22.

²المادة 990 وما بعدها من القانون المدني الجزائري.

1-المصاريف القضائية: تتقدم على جميع الديون الأخرى لأنها أنفقت لحفظ أموال المدين وتوزيعها لمصلحة الجميع.

2-المبالغ المستحقة للخرينة العامة: تأتي في مرتبة تالية للمصاريف القضائية.

3-حقوق الأجراء: منحها المشرع مرتبة متقدمة لحماية الفئة الكادحة.

4-الامتيازات الخاصة: تتقدم على الامتيازات العامة على المال الذي خصص لها، ما لم ينص القانون على غير ذلك¹.

المبحث الثاني

أحكام حق التخصيص وإجراءات الحصول عليه

يعد حق التخصيص وسيلة قانونية هامة تمكن الدائن الذي بادر بمقاضاة مدينه والحصول على حكم قضائي من تأمين حقه على عقارات المدين .وهو يقترب في آثاره من الرهن الرسمي، إلا أنه يختلف عنه في المصدر والإجراءات.

المطلب الأول :تعريف حق التخصيص وطبيعته القانونية

الفرع الأول :تعريف حق التخصيص

لم يضع المشرع الجزائري تعريفا جامعاً لحق التخصيص²، بل اكتفى ببيان أحكامه في المواد 937 إلى 947 من القانون المدني .ويمكن تعريفه بأنه "حق عيني تبقي يتقرر للدائن على عقار أو أكثر من عقارات مدينه، بمقتضى أمر من رئيس المحكمة، ضمانا للوفاء بدين ثابت بموجب حكم واجب التنفيذ"

الفرع الثاني :الطبيعة القانونية لحق التخصيص

¹ من القانون المدني الجزائري 983 المادة

² د .علي فيلاي، مرجع سابق، ص 112.

ثار خلاف فقهي حول طبيعة هذا الحق؛ فمنهم من اعتبره "رهناً قضائياً" لأن القاضي هو من يأمر به، ومنهم من اعتبره صورة من صور التنفيذ الجبري. إلا أن الرأي الراجح، وهو ما تبناه المشرع الجزائري، أنه حق عيني تبعي مستقل، يمنح صاحبه حق التقدم والتتبع ك الرهن الرسمي تماماً¹.

المطلب الثاني: شروط الحصول على حق التخصيص: ينقسم الحصول على حق التخصيص إلى شروط موضوعية وأخرى إجرائية.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية

1-صفة الدائن: يجب أن يكون الدائن حاملاً لحكم واجب التنفيذ صادر في موضوع الدعوى بإلزام المدين بدين معين حسب المادة 937 ق/م.

2-طبيعة الحكم: يجب أن يكون حكماً نهائياً أو مشمولاً بالنفاذ المعجل. ولا يجوز الحصول على التخصيص بناءً على حكم أجنبى أو حكم محكمين إلا بعد صيرورته قابلاً للتنفيذ في الجزائر.

3-محل التخصيص: لا يرد حق التخصيص إلا على العقارات المملوكة للمدين والتي يمكن بيعها بالمزاد العلني. ولا يجوز أن يرد على المنقولات حسب المادة 940 ق/م.

4-حسن نية الدائن: يشترط ألا يكون الدائن قد حصل على تأمينات كافية أخرى، فإذا كان لديه رهن رسمي كافٍ، قد يرفض القاضي طلب التخصيص.

الفرع الثاني: الشروط الإجرائية

يتم الحصول على حق التخصيص من خلال "أمر على عريضة" يقدم إلى رئيس المحكمة التي تقع في دائرتها العقارات:

¹ .حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر، 2002، ص. 88.

1-تقديم العريضة: يجب أن تتضمن بيانات الدائن والمدين، ومبلغ الدين، ووصفا دقيقا للعقارات المطلوب تخصيصها.

2-سلطة القاضي: للقاضي سلطة تقديرية في منح التخصيص أو رفضه، كما له أن يقصر التخصيص على بعض عقارات المدين إذا كانت قيمتها كافية لضمان الدين المادة 941.

3-القيد العقاري: لا ينشأ حق التخصيص ولا ينفذ في حق الغير إلا من تاريخ قيده في المحافظة العقارية حسب المادة 947.

المطلب الثالث: التمييز بين حق التخصيص والرهن الرسمي

على الرغم من تشابههما في الآثار، إلا أن هناك فروقا جوهرية:

1-المصدر: الرهن الرسمي مصدره الاتفاق (العقد)، بينما حق التخصيص مصدره القضاء (بناءً على حكم).

2-رضا المدين: الرهن الرسمي يتطلب رضا المدين وتوقيعه على عقد رسمي، بينما حق التخصيص يفرض على المدين جبراً وبدون رضاه.

3-المحل: الرهن الرسمي قد يرد على عقار مستقبلي في حالات ضيقة، بينما حق التخصيص لا يرد إلا على عقارات موجودة ومملوكة للمدين وقت صدور الحكم¹.

المبحث الثالث

الآثار القانونية وانقضاء حقي الامتياز والتخصيص

يترتب على حقي الامتياز والتخصيص آثار قانونية هامة تمنح الدائنين وضعاً متميزاً في مواجهة المدين والغير، كما يخضع هذان الحقان لقواعد محددة في الانقضاء.

¹المادة 939 من القانون المدني الجزائري.

المطلب الأول :آثار حقي الامتياز والتخصيص: باعتبارهما حقين عينيّين تبعيين، فإنهما يمنحان صاحبهما المزايا التالية:

الفرع الأول :حق التقدم (الأولوية)

يخول حق التقدم للدائن استيفاء دينه من ثمن المال المثقل بالحق قبل غيره من الدائنين العاديين أو الدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة.

- في الامتياز: تتحدد المرتبة بنص القانون.
- في التخصيص: تتحدد المرتبة من تاريخ القيد في المحافظة العقارية¹.

الفرع الثاني :حق التتبع

للدائن الحق في تتبع المال المثقل بالامتياز الخاص أو التخصيص في أي يد يكون. فإذا تصرف المدين في العقار المخصص، يحق للدائن التنفيذ عليه تحت يد المشتري الجديد، أما حقوق الامتياز العامة لا تخول حق التتبع لأنها لا ترد على مال معين بالذات.

الفرع الثالث :حق الحبس

في بعض حالات الامتياز الخاصة على المنقول مثل امتياز الفندقّي أو الحابس للمنقول، يحق للدائن حبس الشيء حتى يستوفي حقه كاملا، وهو ما يعد ضمانا قوية تضاف إلى حق التقدم.

المطلب الثاني :انقضاء حقي الامتياز والتخصيص: ينقضي كل من حق الامتياز وحق التخصيص بصفة تبعية أو بصفة أصلية.

¹المادة 947من القانون المدني الجزائري.

الفرع الأول: الانقضاء بصفة تبعية

بما أن هذه الحقوق تابعة للدين الأصلي، فإنها تنقضي حتماً بانقضاء هذا الدين لأي سبب من أسباب الانقضاء كالوفاء، الإبراء، المقاصة، التجديد، فإذا سدد المدين دينه، زال الامتياز أو التخصيص تلقائياً¹.

الفرع الثاني: الانقضاء بصفة أصلية

قد ينقضي الحق العيني مع بقاء الدين الأصلي في حالات معينة:

1- تتنازل الدائن: يجوز للدائن أن يتنازل عن حقه في الامتياز أو التخصيص مع الاحتفاظ بحقه في الدين كدائن عادي.

2- هلاك المال: إذا هلك العقار المخصص أو المنقول المثل بالامتياز هلاكاً كلياً، ينقضي الحق العيني، وينتقل حق الدائن إلى التعويض أو مبلغ التأمين (الحلول العيني)

3- بيع المال بالمزاد العلني: إذا تم بيع المال جبرياً لتسديد ديون الدائنين، ينقضي حق الامتياز والتخصيص على المال وينتقل إلى الثمن الناتج عن البيع².

4- إلغاء الحكم في التخصيص: إذا ألغي الحكم الذي بني عليه حق التخصيص نتيجة طعن بالنقض أو المعارضة، فإن حق التخصيص يسقط تبعاً لذلك.

في ختام هذا البحث، نخلص إلى أن المشرع الجزائري قد أرسى نظاماً قانونياً متكاملًا لحقوق الامتياز والتخصيص كأدوات لتعزيز الائتمان وحماية الحقوق. فبينما يمثل حق الامتياز "عدالة تشريعية" تتصف الديون ذات الطبيعة الخاصة، يمثل حق التخصيص "عدالة قضائية" تتصف الدائن النشاط الذي بادر لاستصدار حكم قضائي.

¹المادة 999 من القانون المدني الجزائري.

²المادة 946 من القانون المدني الجزائري.

قائمة المراجع :

أولاً: النصوص القانونية

-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم.

-الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري.

-القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق.
-القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانياً: الكتب:

- عنبر، محمد عبد الرحيم، الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية في مصر والدول العربية : مدني، جنائي، دولي، الهيئة العامة .لشؤون المطابع الاميرية، مصر، 1972.

-أبو سعد، محمد شتا، التأمينات العينية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

-بلحاج، العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري: دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر.

-تتاغو، سمير عبد السيد، الحقوق العينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1992.

-حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر، 2002.

-حسنين، محمد، التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983.

-خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري: عقد الرهن الرسمي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.

-دربال، عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة.

-زاهية حورية، سي يوسف، الوافي في عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري: دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر.

-زاهية حورية، سي يوسف، عقد الكفالة، الطبعة الرابعة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

-سرايش، زكريا، الوجيز في شرح أحكام الكفالة والرهن الرسمي، دار الهدى، الجزائر، 2010.

-السعدي، محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري: التأمينات العينية، دار الهدى، الجزائر، 2008.

-السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر: التأمينات العينية، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

-الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة (التضامن والتضام)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.

-الشواربي، عبد الحميد، التأمينات العينية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.

-العدوي، جلال علي، الحقوق العينية التبعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
عبد الواحد، فيصل زكي، ضمانات الدائن في العقود المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

-العمروسي، أنور، التضامن والكفالة في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1999.

-فرج، توفيق حسن، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، الدار الجامعية، بيروت، 1990.

-فيلاي، علي، الالتزامات: إثبات الالتزام، موفم للنشر، الجزائر، 2005.

-لعشب، محفوظ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.

-مرسي، محمد كامل، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة نهضة مصر، القاهرة.

-محمدي، فريدة، عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

-نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

-سوار، محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني، الحقوق العينية التبعية، جامعة دمشق، 1998.

ثالثا: الرسائل الجامعية

-الدريعي، علي، نظرية التأمينات في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2003.

-حمدي باشا عمر، الحقوق العينية في ظل التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة قسنطينة، 2006.

رابعا: باللغة الأجنبية:

-Dominique legeais, le Cautionnement, Economica, Paris, 1995

فهرس الموضوعات

1	مقدمة عامة.....
3	الفصل الاول: التأمينات الشخصية (عقد الكفالة).....
5	المبحث الأول: ماهية الكفالة وانواعها.....
5	المطلب الاول : ماهية الكفالة.....
10	المطلب الثاني: أنواع الكفالة وتمييزها عن مفاهيم مشابهة.....
16	المبحث الثاني: انعقاد الكفالة.....
17	المطلب الأول: الارادة وإثباتها.....
20	المطلب الثاني: المحل والسبب في عقد الكفالة.....
25	المبحث الثاني: اثار عقد الكفالة وانقضاؤها.....
25	المطلب الأول: اثار عقد الكفالة.....
38	المطلب الثاني: انقضاء الكفالة.....
41	الفصل الثاني :- عقد الرهن الرسمي-.....
43	المبحث الأول: ماهية عقد الرهن الرسمي وانعقاده.....
43	المطلب الأول: ماهية الرهن الرسمي و تمييزه عن بعض الحقوق المشابهة.....
47	المطلب الثاني: انعقاد الرهن الرسمي.....
60	المبحث الثاني: آثار الرهن الرسمي و طرق إنقضائه.....
61	المطلب الأول: آثار الرهن الرسمي بالنسبة إلى المتعاقدين.....
71	المطلب الثاني: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للغير.....
80	المطلب الثالث: انقضاء الرهن الرسمي.....
85	الفصل الثالث: الرهن الحيازي.....

88	المبحث الأول: ماهية الرهن الحيازي وخصائصه.....
88	المطلب الأول: مفهوم الرهن الحيازي وتطوره التاريخي.....
89	المطلب الثاني: خصائص الرهن الحيازي.....
91	المطلب الثالث: التمييز بين الرهن الحيازي وما يشته به.....
92	المبحث الثاني: أركان الرهن الحيازي وشروط صحته.....
92	المطلب الأول: أركان عقد الرهن الحيازي.....
94	المطلب الثاني: شروط الرهن الحيازي.....
96	المبحث الثالث: آثار الرهن الحيازي.....
96	المطلب الأول: حقوق المرتهن والتزاماته.....
97	المطلب الثاني: حقوق الراهن والتزاماته.....
98	المبحث الرابع: انقضاء الرهن الحيازي.....
98	المطلب الأول: الأسباب المباشرة لانقضاء الرهن.....
100	المطلب الثاني: الأسباب غير المباشرة لانقضاء الرهن.....
102	الفصل الرابع: حق الامتياز وحق التخصيص.....
104	المبحث الأول: النظام القانوني لحقوق الامتياز في التشريع الجزائري.....
104	المطلب الأول: ماهية حق الامتياز وخصائصه.....
105	المطلب الثاني: أنواع حقوق الامتياز.....
105	المطلب الثالث: ترتيب حقوق الامتياز.....
106	المبحث الثاني: أحكام حق التخصيص وإجراءات الحصول عليه.....
106	المطلب الأول: تعريف حق التخصيص وطبيعته القانونية.....
107	المطلب الثاني: شروط الحصول على حق التخصيص.....

المطلب الثالث :التمييز بين حق التخصيص والرهن الرسمي.....	108
المبحث الثالث:الآثار القانونية وانقضاء حقي الامتياز والتخصيص.....	108
المطلب الأول :آثار حقي الامتياز والتخصيص.....	109
المطلب الثاني :انقضاء حقي الامتياز والتخصيص.....	109
فهرس.....	113