السنة ثالثة ليسانس –قانون خاص–المجموعة ب

امتحان مقياس عقود خاصة المجموعة ب(الدورة العادية)

الاجابة النموذجية

1 – يعتبر عقد الكفالة و عقد الرهن الرسمي من العقود الشكلية . (08 نقاط).

(خطأ)، عقد الرهن الرسمي وحده من العقود الشكلية ، لتطلبه الرسمية والقيد ، (في كل العقود المنصبة على العقار أو الحقوق العينية العقارية)، لذلك **لاينعقد** الرهن الرسمي الا **بالكتابة الرسمية**،بتحريره من قبل ضابط عمومي و المتمثل في **الموثق** وفقا للمادة 03 من قانون مهنة الموثق رقم 06–02 المؤرخ في 20 فيفري 2006 ،و إلا كان العقد **باطلا بطلانا مطلقا** تطبيقا للمادة 1/833 ق م،كما تخضع لها ايضا **التصرفات المتعلقة به** كالوعد بالرهن (المادة 2/72 ق م) ، و التوكيل بابرامه (م572 ق م)،ويندرج ضمن شكلية عقد الرهن الرسمي ضرورة **قيده بالمحافظة العقارية** حسب المواد 793 و 904 ق م و المادة 16 من الأمر رقم 75–74 المتضمن إعداد مسح الاراضي العام و تأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم ، بحيث إذا كانت الرسمية **شرط لانعقاد العقد** ، فإنه **لايسري في مواجهة الغير** إلا من تاريخ قيده في المحافظة العقارية ، بإيداع العقد من طرف الموثق طبقا للمادة 10 من قانون الموثق خلال الاجال القانونية وتحت مسؤوليته حفاظا على حقوق الدائن المرتهن **(حق التقدم و حق التتبع)** في مواجهة هذا الغير

أما عقد الكفالة فهو **عقد رضائي لاشكلي** ،إذ يكفي **لانعقاده توافر الرضا** مابين الكفيل و الدائن(لاالمدين) ، دون الحاجة الى شكل خاص، وإن كانت المادة645 ق م تنص على أنه لاتثبت الكفالةإلا **بالكتابة،**

فهي **ضرورية للإثبات** لا للانعقاد سواء **بين المتعاقدين** عند وقوع نزاع أومع **الغير**، حتى ولو كان إثبات الالتزام الاصلي(المكفول) بالبينة **ماعدا بالنسبة للكفالة العينية** الواردة على العقار التي يقدمها الكفيل العيني والتي لاتردعلى ذمته المالية إنماعلى مال معين والمتمثل في العقار المملوك له كضمان للوفاء بدين المدين،ففي هذه الحالة يكون العقد **شكليا**.

2 – لايزول التزام الكفيل بضمان الدين الأصلي عند ضياع الرهن الرسمي المقدم لضمان نفس الدين(06 نقاط).

(خطأ) يزول التزام الكفيل بضمان الدين الأصلي عند ضياع الرهن الرسمي المقدم لضمان نفس الدين ، باعتبار الرهن الرسمي الضائع من التأمينات الخاصة وليس العامة يقدم من المدين أو من شخص آخر، وسواء قبل الكفالة ، معها أو بعدها ، وهو من الاسباب الخاصة لانقضاءها دون انقضاء الدين الاصلي شريطة أن يكون ضياع الرهن(التأمين) **بخطا من الدائن** أو **بخطأ شخص ممن يسأل عنهم،** كعدم قيد الرهن، وأن يتسبب هذا الضياع في **ضرر للكفيل** (م 2/656 ق م)،فيزول التزام الكفيل وتبرء ذمته لكن **بقدر ما أضاع الدائن من هذا الرهن**(التامين الخاص) ،بمعنى يزول التزام الكفيل بقدرماخسره من ضياع هذا الرهن(التأمين الخاص).

3 – للكفيل حق الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية بعد إبراء الدائن له .(06 نقاط).

(خطأ) للكفيل حق الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية **ليس بعد أن يتم إبراءه من الدائن** ،إنما بعد ان يقوم الكفيل **فعلا بالوفاء له (للدائن)**، وسواء عقدت الكفالة بعلم المدين أو بغير علمه (م 672 ق م) ومعنى ذلك ان يسدد الكفيل للدائن نقذا أو بما يقوم مقام الوفاء كالتجديد و المقاصة و اتحاد الذمة و الانابة (م285–304 ق م)، فالابراء **لا يعد وفاء و لا يقوم مقام الوفاء** ، ولايكون للكفيل بموجبه حق الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية .

فرفع الكفيل لهذه الدعوى يستلزم توافر هذا الشرط الى جانب الشروط الأخرى ، و المتمثلة في: حلول أجل الدين، وأن تعقد الكفالة لمصلحة المدين و دون معارضته ، وأن لايقع من الكفيل تقصير يسبب ضررا للمدين ، وهو مايستوجب قيامه باخطار المدين قبل الوفاء للدائن و إلا سقط حقه في الرجوع عليه (على المدين)بموجب هذه الدعوى ،إلا إذا قام باخطاره ولم يعترض المدين على الوفاء بحيث يظل حقه في الرجوع عليه قائما (المادة 670 ق م).