

التأمينات الشخصية والعينية

مقدمة عامة حول الدراسة

تنص المادة 188 من القانون المدني الجزائري أن : " أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه، وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون اتجاه هذا الضمان ."

فأموال المدين هي محل التنفيذ، وتشكل هذه الأموال الضمان العام للدائنين ويتساوى الدائنون في اقتسام هذه الأموال، فإذا كانت كافية استوفى كل دائن حقه كاملاً، أما إذا كانت غير كافية، فإنهم يتقاسمونها قسمة غرماء أي كلُّ بنسبة حقه، فلا يحصل كل منهم إلا على جزء من هذا الحق، مثال: إذا كان لدينا 4 دائنين لمدين مجموع أمواله هي 100 مليون سنتيم، وهو مدين للدائن الأول بمبلغ 500 مليون سنتيم، والدائن الثاني بمبلغ 300 مليون سنتيم والثالث بمبلغ 120 مليون سنتيم، والرابع بمبلغ 80 مليون سنتيم، وليس لأي دائن حق أفضلية أو امتياز فإنها تُقسم كالتالي:

الأول 50 مليون (50%) والثاني يأخذ 30 مليون (30%) والثالث يأخذ 12 مليون (12%) والرابع يأخذ 8 مليون (8%).

ونظرا لما قد يتعرض له الدائن العادي من مخاطر كخطر تصرف المدين في أمواله وخطر مزاحمة الدائنين الآخرين له، وضع القانون تحت تصرفه عدة وسائل منها التحفظية كقطع التقادم أو قيد رهن ضامن له، وضع أختام على أموال مدينه... إلخ، ووسائل تنفيذية تدخل في نطاق قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتخرج عن موضوع دراستنا.

أما الوسائل المتوسطة فهي أقوى من التحفظية وأضعف من التنفيذية، والهدف منها المحافظة على حق الدائن في الضمان العام، وقد نص المشرع على هذه الوسائل في المواد من 188 إلى 202 القانون المدني الجزائري وهي:

الدعوى غير المباشرة: وهي الدعوى التي يرفعها الدائن باسم مدينه ونيابة عنه، ليدفع بها عن نفسه تهاون المدين أو غشه إذا سكت عن المطالبة بحقوقه لدى الغير (م189ق مدني جزائري).

الدعوى البولصية: هي الدعوى التي يرفعها الدائن ضد مدينه ليدفع بها غش هذا الأخير إذا عمد إلى هذا التصرف إضراراً بحق الدائن (م191ق مدني جزائري).

دعوى الصورية: هي الدعوى التي يرفعها الدائن ليدفع بها عن نفسه غش المدين، إذا عمد إلى التصرف في أمواله تصرفاً صورياً، فيطعن الدائن في هذا التصرف، ويستبقي بذلك مال المدين في ضمانه العام، تمهيداً للتنفيذ عليه (م198، 199ق مدني جزائري).

الحق في الحبس: بموجبه يقوم الدائن بحبس مال مملوك للمدين حتى يستوفي حقا له مرتبطاً بهذا المال، تمهيداً للتنفيذ عليه (م200ق مدني جزائري).

غير أن هذه الوسائل وأن كانت من الناحية القانونية تُجسّد عبارة "جميع أموال المدين ضماناً عاماً للدائن" إلا أنها ومن الناحية الفعلية لا تُجسّد حماية كافية للدائن، فقد يضطر الدائن إلى الاقتصار على استيفاء جزء من حقه كما في قسمة الغرماء، وقد يضيع حقه إذا تخلف عن المشاركة في التنفيذ على أموال المدين... إلخ.

وهكذا يستطيع المدين أن يتصرف في أمواله غشاً أو يتصرف فيها تصرفاً صورياً أو أن يتقاعس في المطالبة بحقوقه لدى الغير أو أن يزيد في ديونه إضراراً بدائنيه، ويبقى الدائن العادي تحت رحمة مدينه ولا ملاذ له إلا أمانة هذا المدين ونزاهته وإلا يسره وملاءته.¹

¹ د/ عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر في التأمينات الشخصية والعينية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015، ص 05.

وحقّ يتمكن الدائن من استيفاء حقه من مدينه بكل سهولة يتعين عليه أن يحصل على تأمينات خاصة لحقه، من شأنها مواجهة إعسار المدين أو غشه أو إهماله، والتأمينات الخاصة نوعان: التأمينات الشخصية والتأمينات العينية.

1- التأمينات الشخصية: هي ضمّ ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي، فيصبح للدائن مدينان أو أكثر بدلاً من مدين واحد، ويكون كلهم مسؤولين عن الدين إما في وقت واحد أو على التعاقب، فيكون بذلك حق الدائن مكفولاً بأكثر من ذمة، وإذا أعسر المدين رجع الدائن على غيره من المسؤولين الآخرين عن حقه.

2- التأمينات العينية: هي تخصيص مال معين يكون عادة مملوكاً للمدين لتأمين حق الدائن، فيكون للدائن حق عيني على هذا المال وهو حق تبعي من شأنه أن يكفل هذا التأمين العيني الوفاء بحق الدائن، فيجعله يتقدّم على الدائنين العاديين والدائنين الأقل منه رتبة، وإذا تمّ الحجز على هذا المال وهو لا يزال ملكاً للمدين تقدّم بحقه على جميع الدائنين، أخذه من الثمن الذي يباع به هذا التأمين، وإذا انتقلت ملكية هذا التأمين الخاص من المدين إلى غيره (كمشتري) فللدائن حق التبّع في يدّ من انتقل إليه، ويكون بإمكانه الحجز عليه وهو في يد الغير ثم يستوفي منه حقه، وبذلك يكفل التأمين العيني استيفاء الدائن لحقه منه سواء بقي في ملكية المدين أو خرج منها.

ويكون مصدر التأمينات غالباً - شخصية كانت أم عينية - هو العقد، فالعقد هو المصدر الغالب في التأمينات الشخصية (خاصة عقد الكفالة، إذ لا تكون الكفالة إلا بعقد)، كما يعتبر مصدر أهم أنواع التأمينات العينية (الرهن الرسمي والرهن الحيازي)، والعقود التي تقرر التأمينات شخصية كانت أو عينية تسمى بعقود الضمان، وقد يكون القانون مصدرًا للتأمينات الخاصة كما هو الأمر في التضامن وفي الدعوى المباشرة، وقد يكون مصدرها القضاء كما هو الأمر في حق الاختصاص - التخصيص - (م937ق مدني جزائري).

مقومات التأمينات الخاصة

تقوم التأمينات الخاصة على ثلاثة مقومات هي:

1- التأمين الخاص شخصياً كان أم عينياً يكفل دائماً حقاً شخصياً، فالدائن له حق شخصي في ذمة المدين ويريد أن يطمئن لاستيفاء حقه في ميعاد استحقاقه، فيطالب مدينه بتقديم تأمين خاص كفالةً أو رهناً ليتخطى بذلك عقبة إفسار المدين أو غشه أو إهماله.

2- التأمين الخاص يضمن أي حق شخصي مهما كان مصدره وأياً كان محلّه، إذ يجوز ضمان الحق الشخصي الذي يكون مصدره العقد أو العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو القانون، فكل هذه الحقوق شخصية يجوز ضمانها بتأمينات خاصة. ويجوز كذلك ضمان الحق الشخصي أياً كان محلّه، سواء كان محلّه نقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، فيقدم المدين بهذا الالتزام كفالة أو رهناً بضمن التزامه.

3- التأمين الخاص وهو يضمن حقاً شخصياً يكون تابعاً له غير مستقل، فيسير معه أينما سار ويتبعه في نشأته وانقضائه ومصيره، فالتأمين الخاص لا بدّ أن يتبع حقاً شخصياً لضمائه، فإذا لم يحم هذا التأمين الشخصي لم يحم التأمين الخاص وإذا انقضى الحق الشخصي انقضى معه التأمين الخاص، إذ أن التابع يتبع الأصل وجوداً و عدماً.

أنواع التأمينات الشخصية المستبعدة من الدراسة

1- الحق في الحبس، وما يتضمنه هذا الحق من الدفع بعدم التنفيذ، فالدائن يحبس مالاً خاصاً للمدين حتى يستوفي منه حقه، وبالتالي لا يمت بالتأمينات الشخصية بصلة، وهو أقرب إلى التأمينات العينية لكنه ليس من التأمينات العينية، فصاحب التأمين له على المال المملوك للمدين حق عيني مقترن بحق التقدم وحق التتبع أما في الحق في

الحبس فليس للدائن حق عيني على المال المحبوس وليس له عليه لا حق تقدم ولا حق تتبع، فالحق في الحبس إجراء وسط بين الإجراءات التحفظية والإجراءات التنفيذية.

2- الكفالة العينية: هي صورة مركبة من الكفالة والرهن،¹ ولا تدخل في التأمينات الشخصية، وإذا وجد كفيل فإنه لا يلتزم التزاماً شخصياً بل يقدم مالملاً مملوگاً له يكون رهناً يضمن حقاً شخصياً للدائن ولهذا يُسمى بالكفيل العيني، والكفالة العينية هي تأمين عيني لا شخصي، لكن ما يميّزه أن الذي يقدمه ضماناً لحق الدائن ليس هو المدين كما هو المعتاد في التأمين العيني (الرهن) بل شخص آخر غير المدين يقدم عيناً مملوكة له لضمان المدين ويجعلها رهناً في التزام المدين.²

وبهذا يبقى بعد الذي استبعدناه التأمينات الشخصية بمعناها الصحيح وهي ضم ذمة إلى ذمة أخرى لضمان حق الدائن، فالتأمينات الشخصية ليست بحقوق عينية، بل هي التزامات شخصية تُضاف إلى التزام المدين لذلك سمّيت بالتأمينات الشخصية، وهو ما يسمى بالكفالة.

وعلى هذا الأساس سنقوم بدراسة التأمينات الشخصية (الكفالة) في الباب الأول والتأمينات العينية (الرهن الرسمي والرهن الحيازي) في الباب الثاني.

¹ د/ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الثالث، عقد الكفالة، دارالكتب المصرية، 1994، ص 02.

² د/ عبد الرزاق أحمد السهموري، المرجع السابق، ص 16

الباب الأول: التأمينات الشخصية (الكفالة)

لدراسة الكفالة من جميع جوانبها يتعين التطرق لماهيتها في الفصل الأول ثم أركانها في الفصل الثاني ثم آثارها في الفصل الثالث، على أن نخصص الفصل الرابع لانقضائها.

الفصل الأول: ماهية عقد الكفالة

سنتناول في هذا الفصل مفهوم الكفالة ثم طبيعة الكفالة وبيان العلاقات التي تقوم عليها ثم نتطرق لخصائص عقد الكفالة وبعدها مصادر عقد الكفالة وشروطها ونهي هذا الفصل بدراسة بعض الصور الخاصة للكفالة.

المبحث الأول: مفهوم الكفالة

لدراسة الكفالة يتعين التطرق لتعريفها (المطلب الأول) ثم طبيعة الكفالة والعلاقات التي تقوم عليها (المطلب الثاني) ثم خصائص الكفالة (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تعريف الكفالة

الكفالة "هي عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه".¹ م644 ق مدني جزائري.

ويُستفاد من هذا التعريف أن الكفالة عقد يلتزم به الكفيل إزاء الدائن، أي أنها عقد بين الكفيل والدائن فقط ولا يكون المدين الأصلي طرفاً فيها، ولكنها تفترض وجود مدين ترد على دينه الكفالة¹، وتجاوز كفالة المدين بغير علمه، وتجاوز أيضاً رغم معارضته وهذا ما نصت عليه المادة 647 ق مدني جزائري، والذي يهّم في الكفالة هو التزام هذا المدين، إذ أن الالتزام الذي يضمنه الكفيل يجب أن يكون مذكوراً بوضوح ودقة في عقد الكفالة².

¹ د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 07.

² د/ عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 16.

كما يستفاد من التعريف المذكور أن محل الكفالة تنفيذ التزام قائم في ذمة غير الكفيل أيًا كان محل هذا الالتزام سواء كان مبلغًا من النقود أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، فإن كان محل الالتزام المكفول مبلغًا من النقود وجب على الكفيل وفاء هذا المبلغ، أما إذا كان محلّه عملاً أو امتناعاً عن عمل وجب عليه أن يدفع ما عسى أن يُحكم به على المدين كتعويض عن الإخلال بالالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل.¹

ويُستفاد من هذا التعريف أيضاً، أن عقد الكفالة يرتب التزاماً شخصياً في ذمة الكفيل، والالتزام الكفيل يكون تابعاً لالتزام المدين، وإذا وُقي المدين بهذا الالتزام لم يبقَ محل لالتزام الكفيل وينقضي بالوفاء من طرف المدين الأصلي.

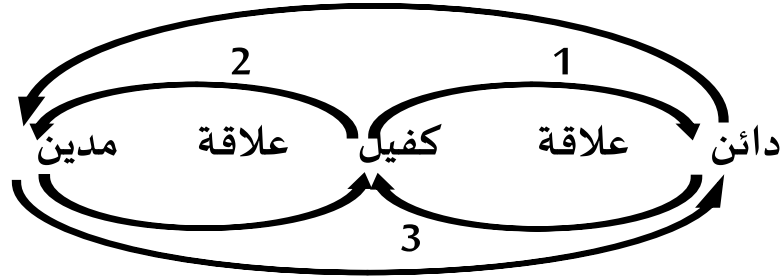
تعتبر الكفالة من التأمينات الشخصية، وبذلك يُستبعد من نطاق الكفالة المبالغ النقدية أو القيم المنقولة التي تودع ضماناً لدين، ورغم أنها تسمى بالكفالة ولكنها ليست كذلك وإنما هي تأمين عيني، ويستبعد من نطاق الكفالة أيضاً الكفالة العينية والتي بمقتضاها يقدم شيئاً مملوكاً له عقاراً كان أو منقولاً رهناً لوفاء دين الغير، والرهن هنا إما أن يكون رهناً حيازياً إذا وقع على عقار أو منقول أو رهناً رسمياً إذا وقع على عقار، وفي كل الحالات لا يكون الكفيل العيني ملتزماً بالتزام شخصياً بضمان الدين، بل الذي يضمن الدين هو الرهن الذي قدمه ويكون هنا التأمين عينياً لا شخصياً.²

المطلب الثاني: طبيعة الكفالة وبيان العلاقات التي تقوم عليها

الكفالة عقد من عقود الضمان، وهي تفترض وجود دين في ذمة شخص والتزام الكفيل بضمان هذا الدين للدائن، فهي علاقة بين الدائن والكفيل وهما طرفا العقد دون غيرهما لكنها تفترض وجود علاقة بين المدين والكفيل هي التي دفعت هذا الأخير إلى كفالة الدين للدائن.

¹ د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 07.

² د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 20.



مخطط بياني لمختلف العلاقات التي تقوم عليها الكفالة

الفرع الأول: علاقة الدائن بالمدين

فهي التي ينشأ عنها الحق الأصلي الذي تنعقد الكفالة لضمان الوفاء به، وغالبًا ما تقترن الكفالة بالالتزام المدين بتقديم كفيل سواء كان مصدر هذا الالتزام هو إرادة المدين أو نص القانون أو حكم القاضي.

الفرع الثاني: علاقة المدين بالكفيل

فهي التي تجعل الكفيل يكفل دين المدين، ويغلب عليها أن تكون نتيجة اتفاق بينهما ولو ضمنيًا، وقد يكون هذا الاتفاق معاوضة أو تبرعًا، كأن يطلب المدين من الكفيل أن يضمنه لدى الدائن مقابل أجر أو في مقابل أية منفعة أخرى أو أن يقبل الكفيل كفالة هذا الدين مقابل خدمة مجانية يقدمها للمدين.

وقد لا يكون بين المدين والكفيل اتفاق، فيضمن الكفيل الدين دون علم المدين

ورغم اعتراضه، فيعتبر فضوليًا وتقوم بينهما علاقة الفضالة¹.

الفرع الثالث: العلاقة بين الكفيل والدائن

لا تنشأ هذه العلاقة إلا بعقد الكفالة، فيلتزم الكفيل بضمان وفاء الدين للدائن مقابل منح الدائن القرض للمدين، أو تمديد أجله، أي أنه يلتزم إزاء الدائن ليحصل منه على منفعة للمدين.

¹ د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 09.

المطلب الثالث: خصائص عقد الكفالة

يتبين مما سبق أن الكفالة عقد رضائي، ملزم لجانبين، تنشئ في ذمة الكفيل التزاما تابعا وأصلا فيها أن تكون تبرعا من الكفيل إلى الدائن.

الفرع الأول: الكفالة عقد رضائي

ينعقد عقد الكفالة بمجرد الإيجاب والقبول بين الدائن والكفيل ولا يحتاج في انعقادها لأي شكل خاص، وأن اشتراط المادة 645 ق مدني جزائري شرط الكتابة في إثباتها لا يعني أن عقد الكفالة أصبح عقداً شكلياً لا يتم إلا بالكتابة، بل أن الكتابة لازمة لإثبات رضا الكفيل، وهي مطلوبة لإثبات العقد لا لانعقاده.¹

الفرع الثاني: عقد الكفالة ملزم لجانب واحد

عقد الكفالة ملزم للكفيل، إذ يلتزم الكفيل بوفاء الدين للدائن إذا لم يف به المدين الأصلي، أما الدائن فلا يلتزم عادة بشيء نحو الكفيل وهذا هو الأصل، لكن ذلك لا يمنع أن تكون الكفالة عقداً ملزماً لجانبين، إذا التزم الدائن نحو الكفيل بدفع مقابل نظير كفالاته للدائن فيصبح كل من الكفيل والدائن ملتزماً نحو الآخر.²

الفرع الثالث: عقد الكفالة عقد تبرعي بالنسبة للكفيل

الكفالة عادة عقد تبرعي بالنسبة للكفيل، أما بالنسبة للدائن المكفول فهو عقد معاوضة، لأن الدائن المكفول حصل على كفالة في مقابل إعطاء الدين للمدين، وإذا كان الدائن قد أعطى الدين للمدين لا للكفيل، والمدين ليس طرفاً في عقد الكفالة، فإنه ليس من الضروري في عقود المعاوضة أن يمنح العوض لأحد المتعاقدين، بل يكفي إعطاؤه للغير، وهنا يُعطي العوض للمدين.³

¹ د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 20.

² د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2011، ص 17.

³ المرجع نفسه، ص 18.

والعقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسبة لأحد المتعاقدين وتبرعاً بالنسبة للمتعاقد الآخر(عقد تبرع بالنسبة للكفيل ومعاوضة بالنسبة للدائن والعقد يبرم بين الكفيل والدائن)، كما أن التبرع لا يشترط فيه أن يكون المتبرع قد تبرع للمتعاقد الآخر. وقد تكون الكفالة عقد معاوضة بالنسبة للكفيل نفسه، فيأخذ مقابل كفالته للدين وهذا المقابل إما أن يأخذه من الدائن المتعاقد معه فيكون العوض مأخوذ من المتعاقد الآخر(من الدائن) أو يأخذه من المدين فيكون العوض مأخوذاً من الغير(المدين). غير أن الصورة المألوفة للكفالة هي أن تكون عقداً تبرعياً بالنسبة للكفيل وعادة لا يأخذ الكفيل مقابلاً لهذه الكفالة لا من الدائن ولا من المدين، لهذا يشترط في الكفيل عادة أهلية التبرع، ويجوز الطعن في الكفالة بالدعوى البولصية دون اشتراط تواطؤ الكفيل لا مع الدائن ولا مع المدين.¹

الفرع الرابع: الكفالة عقد تابع

يُعتبر التزام الكفيل تابعاً للالتزام المدين الأصلي ويترب على ذلك ما يلي:²
أولاً: التزام الكفيل يدور وجوداً و عدماً مع التزام المدين الأصلي، فلا تنعقد الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً وينقضي التزام الكفيل بانقضاء هذا الدين، المادة 648 ق مدني جزائري.
ثانياً: التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أكبر من التزام الأصيل (المدين)، فلا تكون شروطه أشد من الشروط التي يلتزم بها المدين المادة 652 ق مدني جزائري، وعليه لا يلتزم الكفيل بأكثر مما يكون الأصيل ملتزماً به، وإذا كان الالتزام الأصلي معلقاً على شرط أو أجل فلا يجوز أن يكون التزام الكفيل مُنجزاً.

¹ د/ عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 26.

² د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 14، 15.

ثالثاً: إذا كان من تعهد بسداد دين غيره التزاماً أصلياً أي ليس تابعا لالتزام غيره، فإنه لا يعتبر كفالة، كما في الالتزام بتسديد دين قاصر (يكون هنا الالتزام أصليا وليس تبعيا ولا يعتبر كفالة).

رابعاً: تحتفظ الكفالة بصفتها الأصلية (التزام مدني) ولا تأخذ صفة الالتزام الأصلي من حيث كونه مدنياً أو تجارياً، المادة 651 ق مدني جزائري. «تعتبر كفالة الدين التجاري عملاً مدنياً ولو كان الكفيل تاجراً».

الفرع الخامس: عقد الكفالة عقد ضمان

الكفالة هي الصورة النموذجية للتأمينات الشخصية، فهي تضمن وفاء المدين، وهي تأمين للدائن ضد امتناع المدين عن الوفاء بالتزامه، وتتميز الكفالة بالطابع الشخصي، لأن الكفيل تُضاف ذمته إلى ذمة المدين للوفاء بالدين، أي ضم الضمان العام للكفيل إلى الضمان العام للمدين.¹

المبحث الثاني: مصادر عقد الكفالة، شروطها وصورها

تنشأ الكفالة بموجب اتفاق أو بحكم قضائي أو بمقتضى القانون، ويشترط في الكفالة يسار الكفيل وأهليته وإقامته في الجزائر، وتتخذ الكفالة صوراً خاصة تختلف عن صورتها العادية، وعليه سنتناول مصادر الكفالة في المطلب الأول ثم شروط الكفالة في المطلب الثاني ثم بعض الصور الخاصة للكفالة في المطلب الثالث.

المطلب الأول: مصادر عقد الكفالة

قد يكون مصدر الكفالة عقداً أو حكماً أو نصاً قانونياً، وعليه إذا التزم المدين بتقديم كفيل بموجب عقد نكون بصدد كفالة اتفافية، فالكفالة الاتفافية هي التي يقدمها المدين للدائن بمحض إرادته، ويلحق بالكفالة الاتفافية الكفالة التي يتطوع

¹ د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 15.

المدين بتقديمها دون أن يكون ملتزماً بذلك، وتعتبر الكفالة اتفافية في كل الأحوال التي لا يكون فيها المدين مُلزماً بتقديم كفيل بناء على نص في القانون أو بموجب حكم قضائي. أما الكفالة القانونية فهي التي تقدم تنفيذاً لنص في القانون، ومثال ذلك ما ورد في نص المادة 851 ق مدني جزائري: "إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولاً وجب جرده ولزم المنتفع بتقديم كفالة به...".

أما الكفالة القضائية فهي التي يأمر بها القضاء في غير الحالات التي يكون فيها المدين ملزماً بتقديم كفيل بمقتضى اتفاق بينه وبين الدائن أو بموجب نص القانون.¹

ويختلف حكم الكفالة الاتفافية عن الكفالة القضائية أو القانونية، فيكون الكفلاء متضامنين في الكفالة القضائية والقانونية المادة 667 ق مدني جزائري: "يكون الكفلاء دائماً متضامنين"، في حين أن التضامن في الكفالة الاتفافية لا يفترض بل لابد من الاتفاق عليه صراحة.

المطلب الثاني: شروط عقد الكفالة

إذا التزم المدين بتقديم كفيل وجب أن يكون اختياره للكفيل محققاً للغرض المقصود من الكفالة، وإلا جاز للدائن عدم قبول الكفيل واعتبار المدين مُخلاً بالتزامه. وفي هذا الإطار نصت المادة 646 ق مدني جزائري على ما يلي: "إذا التزم المدين بتقديم كفيل وجب أن يقدم شخصاً موسراً ومقيماً بالجزائر وله أن يقدم عوضاً عن الكفيل تأميناً عينياً كافياً".

وبناء على هذا النص يعتبر يسار الكفيل وإقامته في الجزائر شرطين لازمين لصحة الوفاء بالالتزام بتقديم كفيل، ويُضاف إليهما شرط ثالث وهو أهلية الكفيل (أهلية التبرع).

¹ د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 22.

الفرع الأول: يسار الكفيل

يشترط القانون أن يكون الكفيل موسراً غير مُعسر، وهذا ما اشترطته المادة 646 ق مدني جزائري، وإذا كان معسراً فلن تكون هناك فائدة للدائن من الكفالة. ويقصد بيسار الكفيل، أن تكون لديه من الأموال ما يكفي للوفاء بالدين المكفول سواء كانت هذه الأموال منقولة أو عقارية بشرط أن تكون هذه الأموال قابلة للحجز عليها.¹

وتخضع مسألة يسار الكفيل من عدمه للسلطة التقديرية للقاضي، وعند تقدير القاضي لمسألة يسار الكفيل يتعين عليه إخراج ما يثقل أموال الكفيل من ديون. ولا يكفي أن يكون الكفيل موسراً وقت انعقاد الكفالة بل يجب أن يستمر في يساره إلى غاية انقضاء الكفالة، فالمدين الملتزم بتقديم كفيل يضمن يُسر الكفيل وملاءته، وفي حالة إعسار الكفيل يجوز للدائن أن يطالب المدين باستبدال الكفيل المُعسر بكفيل آخر موسر،² وإذا نازع الدائن في يسار الكفيل فعلى المدين إثبات يساره بأن له أموال كافية للوفاء بالدين.³

الفرع الثاني: الإقامة في الجزائر

اشترطت المادة 646 من ق مدني جزائري أن يكون الكفيل مقيماً بالجزائر، والمقصود بالإقامة هنا هي الإقامة المعتادة وليست العرضية، وهذا من أجل تسهيل مقاضاة الدائن للكفيل، علماً أن القانون لا يشترط أن تكون الجزائر هي الموطن العام للكفيل بل يكفي أن يكون له فيها موطنٌ مُختار، وهذا لتمكين الدائن من تنفيذ الالتزامات التي تنشأ عن الكفالة.⁴

¹ د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 24.

² د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 26.

³ د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 24.

⁴ د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 32.

الفرع الثالث: أهلية الكفيل

لم ينص القانون على هذا الشرط، إلا أن غيابه من شأنه عدم تحقق الغرض من الكفالة، ولا يكسب الدائن الضمان المنشود من هذا العقد، علمًا أن للدائن الحق في رفض الكفيل ناقص أو مُنعدم الأهلية ومطالبة المدين بتقديم كفيل يتمتع بالأهلية الكاملة، علمًا أن هذا الشرط يجب أن يتوافر وقت إبرام عقد الكفالة دون حاجة لاستمراره بعد ذلك، وإذا تمّ الحجر على الكفيل لفقده الأهلية فإن عقد الكفالة يبقى صحيحًا، خلافًا لإعسار المدين وفقدان الكفيل لموطنه في الجزائر، فإنه يمنح الحق للدائن أن يطالب المدين بتقديم كفيل آخر.

وإذا كان المدين مُلزمًا بتقديم كفيل بموجب نص المادة 646 ق مدني جزائري فإنه يستطيع أن يقدم بدلاً عنه تأمينًا عينيا كافيًا، والتأمين العيني قد يكون رهنا رسميًا أو حيازيا على منقول أو على عقار، وهو ما يسمى بالاستعاضة عن الكفالة بتأمين عيني.

المطلب الثالث: بعض الصور الخاصة للكفالة

إن الصورة العادية للكفالة هي ذلك العقد الذي يبرمه الكفيل مع الدائن ويتعهد بموجبه الكفيل بالوفاء بهذا الدين إذا لم يف به المدين نفسه، ويفترض وجود ثلاثة أشخاص في الكفالة هم الكفيل والدائن والمدين.

وإن التزام الكفيل هو التزام تبعي مرتبط بالتزام المدين الأصلي وجودًا و عدمًا ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للدائن الرجوع على الكفيل إلا بعد الرجوع على المدين الأصلي، ولا يجوز له التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرى المدين الأصلي من أمواله، وإضافة إلى هذه الصورة العادية للكفالة فإنها تأخذ صورًا خاصة، نوجزها فيما يلي:

الفرع الأول: الكفالة البسيطة والكفالة المشددة

الأصل أن يكفل الكفيل الدين كاملاً أو جزء منه، غير أنه يمكن أن يكون التزام الكفيل أكبر من ذلك ويطلق عليه الكفالة المشددة، وفيها يتنازل الكفيل عن حقه في الدفع برجوع الدائن أولاً على المدين قبل الرجوع عليه، لأن الأصل أن يرجع الدائن على المدين قبل رجوعه على الكفيل، أي يتم التنفيذ على أموال المدين قبل التنفيذ على أموال الكفيل، وفي هذه الحالة يجب أن يكون الاتفاق صريحاً أو ضمناً على تنازل الكفيل عن حقه هذا، وعند الشك يفسر لمصلحة الكفيل (لم يتنازل عن حقه).¹

أما الكفالة البسيطة: فهي التي يرجع فيها الدائن أولاً على المدين الأصلي قبل رجوعه على الكفيل، ولا يلتزم هذا الأخير إلا بالجزء الباقي من الدين، وعلى الدائن أن يثبت أنه حاول التنفيذ على المدين بكل الوسائل لكن دون جدوى، وأن الجزء المتبقي لم يكن نتيجة تقصير منه.

الفرع الثاني: الكفالة المؤقتة

كأصل عام أن التزام الكفيل يظل قائماً حتى ينقضي الالتزام المكفول، واستثناءً يجوز أن تكون الكفالة مؤقتة ومحددة بمدة، وفي هذه الحالة تبرأ ذمة الكفيل بمضي المدة المتفق عليها.

الفرع الثالث: كفالة الكفيل

قد لا يكتفي الدائن بكفالة واحدة لدينه فيبرم عقد كفالة مع كفيل ثانٍ، وبموجب هذا العقد يلتزم الكفيل الثاني بضمان الكفيل الأصلي، وفي هذه الحالة لا يمكن للدائن الرجوع على الكفيل الثاني (كفيل الكفيل) المصدّق² certificateur م 659 مدني جزائري.

وإذا تنازل الكفيل الأصلي عن حقه في الدفع بالتجريد (تجريد المدين من أمواله) فلا يحق لكفيل الكفيل التمسك بهذا الدفع في مواجهة الدائن.

وإذا أوفى كفيل الكفيل بالدين فله حق الرجوع على المدين الأصلي والكفيل الأصلي.

¹ د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 27.

² د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 29.

الفرع الرابع: كفالة الرجوع

إذا وفي الكفيل للدائن، فله أن يرجع على المدين الأصلي بما وقّاه، هذا في الكفالة العادية، وقد يخشى الكفيل عدم الحصول من المدين على المبلغ الذي وقّاه للدائن فيعقد الكفيل عقدًا مع كفيل ثانٍ، يضمن هذا الأخير للكفيل الأول بما يرجع به على المدين، وفي هذه الحالة لا يستطيع الكفيل الأول الرجوع على الكفيل الثاني إلا إذا كان قد وقّى للدائن ورجع على المدين ولم يحصل على كامل حقه أو حصل على جزء منه فقط، وبإمكان الكفيل الثاني التمسك بالدفع التي يستطيع المدين التمسك بها في مواجهة الكفيل الأول، وله الحق في الدفع بتجريد المدين حتى ولو لم يتمسك الكفيل الأول بهذا الدفع، وهذا هو الفرق الجوهرى بين كفالة الرجوع وكفلة الكفيل.¹

الفصل الثاني: أركان عقد الكفالة

بما أن الكفالة عقد لذا يجب أن تتوافر على الأركان الواجب توافرها في أي عقد وهي الرضا والمحل والسبب.

المبحث الأول: التراضي في عقد الكفالة

بما أن الكفالة عقد رضائي فيكفي تطابق إرادتي الكفيل والدائن بتبادل الإيجاب والقبول، أما المدين الذي تُعقد الكفالة عادة لمصلحته، فليس طرفاً في العقد ولا يشترط رضاه وتجاوز رغم معارضته، أما بالنسبة للأهلية الواجب توافرها في طرفي العقد فهي تختلف من الكفيل إلى الدائن:

فبالنسبة للكفيل يشترط فيه تمتعه بالأهلية الكاملة باعتبار أن الكفالة بالنسبة له تبرعاً، وإلا كان العقد باطلاً، وحتى وإن تمت معاوضة، فإن الكفالة تدخل في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وتكون قابلة للإبطال.

¹ د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 28.

أما بالنسبة للدائن فإنه يتلقى الكفالة دون مقابل وبالتالي تعتبر بالنسبة له من التصرفات النافعة نفعاً محضاً، ويكفي أن يكون صبيّاً مميّزاً متمتعاً بأهلية الاغتناء، أما إذا تمت الكفالة بمقابل فيجب أن يكون متمتعاً بالأهلية الكاملة وإلا تعرّض العقد للإبطال.¹

أما بالنسبة لنوع الرضا المطلوب من الكفيل فإنه يجوز أن يكون صريحاً أو ضمناً بشرط أن يكون التعبير الضمني دالاً دلالة واضحة على مقصود صاحبه، ونظراً لخطورة التزام الكفيل كان على المشرع الجزائري أن ينص على التعبير الصريح (المادة 01/60 مدني جزائري) دون الضمني، إلا أننا نرى بأن حماية الكفيل تتحقق بمقتضى المادة 112 من القانون المدني التي تنص على أن الشك يُفسّر (يؤول) لمصلحة المدين، وإذا ثار شك في أن الكفيل قد ارتضى الكفالة أم لم يرتضها فيفسّر لمصلحته ونعتبره لم يقبل بها.²

أما بالنسبة لعيوب الإرادة فيكفي الإحالة إلى القواعد العامة دون تفصيل.

إثبات الكفالة: تثبت الكفالة حسب نص المادة 645 ق مدني جزائري بالكتابة ولو كان الالتزام الأصلي بين الدائن والمدين يجوز إثباته بالشهود (الالتزام المكفول).

المبحث الثاني: المحل في عقد الكفالة

يجب أن تتوافر في محل الكفالة (ضمان الوفاء بالالتزام المكفول) الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام بصفة عامة وهي: أن يكون ممكناً ومعيناً أو قابل للتعيين ومشروعاً، وباعتبار أن الكفالة تابعة للالتزام الأصلي (التزام تبعي)، فإنه يجب أن يكون الالتزام المكفول موجوداً وصحيحاً ومعيناً.

المطلب الأول: وجود الالتزام المكفول

¹ د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 34.

² د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 34.

لا بدّ في الكفالة من وجود التزام يتعهد الكفيل بضمان الوفاء به إذا لم يف به المدين، ولا يشترط أن يكون محل هذا الالتزام إعطاء مبلغ مالي كما هو مُعتاد بل يجوز أن يكون محل الكفالة إعطاء شيء من غير النقود أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، فيتعهد الكفيل بالقيام بالعمل المطلوب إذا لم يقم به المدين، أو أن يؤدي التعويض الذي يحكم به على المدين في حالة مخالفة الالتزام بالامتناع عن عمل.¹

ومتى وجد الالتزام جازت كفالاته مهما كان مصدره وأيًا كانت أوصافه، سواء كان الالتزام المكفول ناشئًا من عقد أو من فعل ضار أو من فعل نافع، فتجوز كفالة دين النفقة، وكفالة القروض، وكفالة التعويضات أو المبالغ الواجب ردّها نتيجة لإثراء بلا سبب (الدفء غير المستحق أو الفضالة)، أو سواء كان الالتزام مُنجزًا أو معلقًا على شرط واقف أو فاسخ أو مقترنًا بأجل.²

المطلب الثاني: صحة الالتزام المكفول

لا وجود للالتزام الأصلي (الالتزام المكفول) إلا إذا كان صحيحًا، فإذا نشأ الالتزام من عقد باطل فإن الكفالة تكون باطلة، كما لو تعهد الكفيل للدائن بتسديد دين المدين الناتج عن قمار، وفي هذا الشأن نصت المادة 648 ق مدني جزائري على أنه: "لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحًا"، لكن ما حكم كفالة الالتزام الباطل والقابل للإبطال؟

الفرع الأول: حكم كفالة الالتزام الباطل

هي كفالة باطلة لأن التزام الكفيل التزام تبعي فهو يتبع الالتزام الأصلي (المكفول) وجودًا وعدمًا، صحةً وبطلانًا، ويكون الالتزام باطلاً إذا اختلّ فيه ركن من الأركان (الرضا، المحل، السبب) أو كان غير مشروع ومُخالفًا للنظام العام أو الآداب العامة.³

¹ د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 42.

² المرجع نفسه، ص 42.

³ د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 42.

الفرع الثاني: حكم كفالة الالتزام القابل للإبطال

الأصل أن العقد القابل للإبطال عقد صحيح، فإذا تمت كفالة التزامات ناشئة عن عقد قابل للإبطال بسبب نقص أهلية المدين أو لعيب شاب رضاه كالغلط، التدليس، الاستغلال والإكراه، فإن هذه الكفالة صحيحة غير أنها تابعة للالتزام المكفول، مما يجعل مصيرها مُرتبطاً بمصير الالتزام المكفول، فإذا ما أجاز المدين العقد القابل للإبطال أو سقط حقه في إبطاله بالتقادم فإن الالتزام الأصلي المكفول يتأكد ويبتعد عنه خطر الإبطال، فيتأكد (يتحصن) معه التزام الكفيل.¹

أما إذا تمسك بالإبطال من تقرر الإبطال لمصلحته فإن الالتزام المكفول يزول بأثر رجعي ويزول معه عقد الكفالة.

الفرع الثالث: كفالة التزام ناقص الأهلية

إذا التزم ناقص الأهلية² بالالتزام ما فإن التزامه يكون صحيحاً، لكنه مهدد بالإبطال، وعليه إذا تقدم كفيل لكفالة التزام ناقص الأهلية فإنه لا يخرج عن ثلاثة افتراضات.

الافتراض الأول: إذا كان الكفيل لا يعلم بنقص أهلية المدين المكفول، واعتقد غلطاً أنه كامل الأهلية فيكون قد وقع في غلط جوهري، ويجوز له طلب إبطال عقد الكفالة إذا توافرت شروط الإبطال للغلط، وأن يثبت الكفيل أنه ما كان ليبرم عقد الكفالة لو علم بسن المدين الحقيقية، وفي هذه الحالة يجوز للكفيل التمسك بإبطال عقد الكفالة حتى ولو أجاز المدين الأصلي ناقص الأهلية العقد الأصلي.³

الافتراض الثاني: إذا كان الكفيل يعلم بنقص أهلية المدين، وقصد بالكفالة ضمان الوفاء بهذا الالتزام، فإن الكفيل يكون كفيلاً لا مدينًا أصلياً وتسري عليه جميع أحكام

¹ د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 39.

² ناقص الأهلية هو القاصر المميز ومن في حكمه كالبائع المحجور عليه لسفه أو غفلة مع استبعاد حالة الجنون والعتة وعدم التمييز لكونها تؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً لانعدام الأهلية.

³ د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 47.

الكفالة، ويكون مصير التزام الكفيل مرتبطاً بمصير التزام المدين (ناقص الأهلية) وجوداً و عدماً، فإذا تمسك المدين ناقص الأهلية (بعد زوال العارض) بالإبطال وحكم له بذلك فإنه يبطل التزام الكفيل، وتعتبر الكفالة كأن لم تكن، لكن إذا لم يتمسك المدين ناقص الأهلية بالإبطال فأجاز العقد أو زال حقه في الإبطال بالتقادم تحصن الالتزام الأصلي وتأكدت معه الكفالة بالتبعية وأصبحت منتجة لآثارها، ولا يجوز للكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بنقص أهلية المدين لإبطال الكفالة لأنه كان يعلم وقت إبرام عقد الكفالة بنقص أهلية هذا المدين، وهذا ما نصت عليه المادة 654 ق مدني جزائري.¹

الافتراض الثالث: إذا كان الكفيل عالماً بنقص أهلية المدين وكفله بسبب نقص أهليته، وقصد بالكفالة تأمين الدائن ضدّ خطر تمسك المدين بنقص أهليته فإنه يكون ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول، وفي هذا الإطار نصت المادة 649 ق مدني جزائري على أن: "من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول...".

والمفروض أن كلاً من الكفيل والدائن والمدين عالم بنقص أهلية هذا الأخير وأن العقد المبرم بين الدائن والمدين الأصلي قابل للإبطال، وبالتالي يجوز للمدين أن يبطله، وتوقعاً لهذا الاحتمال عُقدت الكفالة بسبب نقص أهلية المدين وعليه يمكن تفسير الكفالة التي تمت على الوجه الآتي:

- إذا تمسك المدين الأصلي بنقص أهليته وأبطل العقد الأصلي صار الكفيل هو المدين الأصلي وأصبح ملزماً بتنفيذ الالتزام الأصلي لأن المدين الأصلي لم ينفذه، وفي هذه الحالة لا يكون الكفيل كفيلاً بل يكون مدينًا أصلياً،² وهو مدين بالالتزام الأصلي تحت شرط واقف، وهو عدم تنفيذ المدين الأصلي لهذا الالتزام، فإذا تحقق الشرط (لم ينفذ المدين

¹ د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 41.

² د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 49.

الأصلي التزامه) وجب على كفيل المدين الذي أصبح مدينا أصليا بتحقيق هذا الشرط أن ينفذ هو هذا الالتزام.

- أما إذا أجاز ناقص الأهلية العقد بالإجازة فإن العقد الأصلي يتحصن (وليس يصبح صحيحا) ويصبح المدين الأصلي ملزماً بتنفيذ التزامه الأصلي ويصير الكفيل ضامناً له في تنفيذ هذا الالتزام باعتباره كفيلاً لا باعتباره مديناً أصلياً، وتسري عليه جميع أحكام الكفالة.¹

الفرع الرابع: كفالة الالتزام المستقبلي

تنص المادة 650 ق مدني جزائري على أنه "تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدماً المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين المشروط، غير أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة كان له أن يتراجع فيها في أي وقت ما دام الدين المكفول لم ينشأ".

ويستفاد من هذه المادة أن القانون أجاز كفالة الالتزام المستقبل ولكن بشرط أن يتحدد مقدار الدين المكفول، وتتم هذه الكفالة بفتح الاعتماد في البنك، فيتعهد الكفيل للبنك بأن يضمن الوفاء بالالتزامات التي تنشأ في ذمة العميل (المدين) الذي يفتح لصالحه حساباً فيما بعد.²

مثال آخر: يستطيع شخص (مدين) أن يقدم كفيلاً يضمنه فيما سيشتريه من مواد استهلاكية من متجر معين، فالكفيل هنا ضامن لثمن البضائع التي سيشتريها المدين الأصلي، وصحة كفالة الالتزام المستقبلي ما هي إلا تطبيق للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 92 ق مدني جزائري، وهو أمر جائز بالقواعد الخاصة (المادة 1/650 ق مدني جزائري)، إلا أن هذه المادة اشترطت تحديد مقدار الدين المستقبلي المكفول في عقد الكفالة، وإذا تعذر تحديد المقدار بدقة وجب تحديد الحد الأقصى الذي يكفله

¹ د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 43.

² د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 52.

الكفيل (في حدود 100 ألف دينار جزائري) حتى لا يتورط الكفيل في دين لم يوجد ولم يعلم مقداره.¹

أما الفقرة الثانية من المادة 650 ق مدني جزائري فتجيز للكفيل إذا لم تحدد مدة الكفالة أن يرجع فيها في أي وقت مادام الدين المكفول لم ينشأ بعد، وهذا تطبيقاً للقواعد العامة في العقود غير محددة المدة، إذ يجوز فيها لكل طرف إنهاء العقد بإرادته المنفردة، أما إذا تمّ تعيين مدة الكفالة فلا يحق له أن يرجع طوال هذه المدة وتبرأ ذمة الكفيل إذا انقضت المدة دون أن ينشأ الدين.

الفرع الخامس: كفالة الالتزام الشرطي

نصت المادة 650 ق مدني جزائري على إمكانية كفالة الالتزام الشرطي، ومعنى ذلك أن التزام المدين المعلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ يمكن ضمانه بالكفالة، غير أن تبعية التزام الكفيل تجعل مصير التزام الكفيل مُرتبطاً بمصير الالتزام المكفول نتيجة لتحقيق الشرط أو تخلفه، فالدين (الالتزام) المعلق على شرط فاسخ دين موجود ونافذ، فتجوز كفالته، وتكون في هذه الحالة تابعة للدين الأصلي، وتكون هي أيضاً معلقة على شرط فاسخ، مثال: إذا منح البنك قرضاً عقارياً للمدين واشترط عليه فسخ العقد إذا لم يكمل المدين بناء منزله وفقاً للشروط المتفق عليها في المدة المتفق عليها. فإذا تخلف الشرط الفاسخ (أكمل المدين بناء منزله) صار الالتزام الأصلي باتاً (يسري القرض) وصار معه التزام الكفيل باتاً أيضاً، أما إذا تحقق الشرط الفاسخ ولم يكمل المدين منزله، يفسخ العقد بأثر رجعي، وينقضي التزام الكفيل.²

أما الدين المعلق على شرط واقف (يعلق البنك منح القرض على وجود طابقيين في المنزل) وتحقق الشرط يثبت قيام الالتزام الأصلي ويثبت تبعاً التزام الكفيل، أما إذا تخلف الشرط فإن الالتزام الأصلي يزول ويزول معه التزام الكفيل.

¹ د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 44.

² د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 51.

الفرع السادس: كفالة الالتزام الطبيعي

الالتزام الطبيعي التزام ناقص يفتقد لعنصر المسؤولية، وبالتالي لا يُجبر المدين فيه على تنفيذه، وإذا قام بتنفيذه طوعاً لا يُعد متبرعاً ولا يستطيع استرداد ما أداه. وإذا كان الالتزام الطبيعي لا يلزم المدين بأدائه فلا يتصور أن يضمن شخص آخر الوفاء به إذا لم يؤده المدين الأصلي، وبالتالي لا يمكن تصور كفالة الالتزام الطبيعي لأن الكفيل في هذه الحالة يلتزم بالتزام مدني فيوفي بالالتزام إذا لم يوف به المدين، في حين أن التزام المدين ليس التزاماً مدنياً والدين المكفول ليس واجباً قانونياً على المدين أداؤه، وهذا ما يناقض تبعية الكفالة للالتزام الأصلي.¹

إلا أن هناك رأي آخر يقر بكفالة الالتزام الطبيعي ويكون الكفيل فيه ملزماً مدنياً بوفاء الدين الذي يعتبر ديناً طبيعياً في ذمة المدين، واعتبروا تقدم الكفيل لضمان التزام طبيعى بمثابة تعهد ضمني بالوفاء حينئذ تصح الكفالة لأن الكفيل بتعهده رفع الدين الطبيعي إلى مرتبة الدين المدني.²

ويترتب على الكفالة ألا يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين الأصلي، وإذا تصورنا بأن الكفيل لديه التزام مدني قانوني والمدين الأصلي لديه التزام طبيعى فإننا نقرّ بأن التزام الكفيل أشد من التزام المدين الأصلي وهذا يتعارض مع خصائص الكفالة ومع نص المادة 652 ق مدني جزائري، أما إذا تعهد شخص بأن يفي بالالتزام الطبيعي إذا لم يفي به المدين أصبح المتعهد مدنياً أصلياً لا كفيلاً.³

¹ د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 46.

² يستند فقهاء القانون الفرنسي في ذلك إلى نص المادة 2012 ق مدني فرنسي المتعلقة بكفالة دين القاصر، باعتبار أن القاصر إذا تمسك ببطلان دينه بسبب نقص أهليته تخلف في ذمته دين طبيعى ولم يؤثر ذلك في بقاء الكفيل ملتزماً مدنياً بوفاء هذا الدين، وهذا ما نصت عليه المادة 649 ق مدني جزائري، إلا أن الاعتراض الأصلي على عدم صلاحية الالتزام الطبيعي كمحل للكفالة هو عدم جواز أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين.

³ د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 47.

المطلب الثالث: تعيين محل التزام الكفيل

لكي يتعين التزام الكفيل لا بد من تعيين الالتزام المكفول الذي تُعقد الكفالة لضمان الوفاء به، ويتم تعيين الالتزام المكفول بتعيين طرفيه ومحلّه ومصدره.

الفرع الأول: تعيين طرفي الالتزام المكفول

إذ يتم تعيين كل من الدائن والمدين، فتعيين المدين أمر ضروري لكي يعرف الكفيل الشخص الذي سيرجع عليه إذا ما اضطر للوفاء للدائن بالالتزام لمكفول (الأصلي). أما عن أهمية تعيين الدائن فلأنه طرف في عقد الكفالة ولا يتصور إبرام عقد الكفالة دون تعيينه، وإذا لم يتم تعيين الدائن بأن تعهد الكفيل للمدين بأن يضمنه لدى من يقرضه نكون أمام اشتراط لمصلحة الغير وليس كفالة.

الفرع الثاني: تعيين محل الالتزام المكفول

لا يكفي تعيين طرفي الالتزام المكفول بل يجب تعيين محله، فيذكر أنه مبلغ من النقود أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

الفرع الثالث: تعيين مصدر الالتزام المكفول

يكون بذكر الواقعة التي أنشأت هذا الالتزام وهو عقد قرض أم تعويض عن فعل ضار أو إثراء بلا سبب أو القانون، ولا يشترط أن يكون محل الالتزام المكفول معيّنًا تعيّنًا دقيقًا، بل يكفي أن يكون قابلاً للتعيين، مثل (كفالة ما سيقترضه المدين من بنك معين في حدود مبلغ معين خلال مدة معينة).

ويلاحظ أنه يجوز أن يتفق الدائن والكفيل على أن يكون التزام الكفيل مختلفًا في مقداره وشروطه أو في أوصافه عن الالتزام الأصلي، لكن يجب ألا يكون أشدّ عبثًا من الالتزام الأصلي (المكفول) ولا يزيد عنه في المقدار، وهذا ما نصت عليه المادة 652 ق

مدني جزائري: "لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول".¹

وعليه لا يجوز أن يتم الاتفاق بين الدائن والكفيل على كفالة مبلغ أكبر من دين المدين، وإذا كان الالتزام المكفول معلقاً على شرط فلا يجوز أن يكون التزام الكفيل مُنجزاً، وإذا كان الالتزام الأصلي مؤجلاً فلا يجوز أن يكون التزام الكفيل أقرب من أجل الالتزام المكفول، وإذا كان الالتزام الأصلي ديناً طبيعياً فلا يجوز أن يكون التزام الكفيل ديناً مدنياً.²

ملاحظة: إذا انعقدت الكفالة بشروط أشد من شروط الالتزام المكفول، فلا يترتب على ذلك بطلانها، بل تكون صحيحة في حدود الالتزام الأصلي ويتم إنقاص التزام الكفيل إلى حدّ التزام المدين، وفقاً لنظرية إنقاص العقد المنصوص عليها في المادة 104 ق مدني جزائري.

وبناءً على ذلك لا يجوز أن يلتزم الكفيل لأجل أقرب من أجل الالتزام المكفول، ولا أن يوفي بالالتزام في مكان أبعد أو أشد مشقة من المكان الذي يُوفى فيه الالتزام المكفول.

المطلب الرابع: شمولية الكفالة لملحقات الالتزام المكفول

بالرجوع إلى نص المادة 653 ق مدني جزائري نجد أنها تنص على ما يلي: "إذا لم يكن هناك اتفاق خاص، فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل".

ويتضح من نص هذه المادة أن القانون حمّل الكفيل ليس فقط ضمان الدين الأصلي بل أيضاً ملحقاته ومصروفاته.³

¹ د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 48.

² د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 45.

³ د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 51.

الفرع الأول: ملحقات الدين

هي تلك التعويضات التي يلتزم بها المدين بسبب إخلاله بالتزاماته وفوائد الدين المادة 456 ق مدني جزائري، فيلتزم بها الكفيل، وتسمى هنا بالكفالة المطلقة في غياب اتفاق خاص يحدد هذه الكفالة ويجعل التزام الكفيل في حدود ما التزم به.

الفرع الثاني: مصروفات المطالبة الأولى

هي تلك الأموال التي ينفقها الدائن في مطالبة المدين بالوفاء، وتشمل مصاريف الإعدار، ورفع الدعوى، وعمومًا كل المصاريف السابقة على المطالبة القضائية.¹

الفرع الثالث: ما يستجد من مصروفات بعد إخطار الكفيل

هي تلك المصروفات التي يجب على الدائن إخطار الكفيل بها قبل إنفاذها، فيمكن أن يفضل الكفيل القيام بالوفاء وبالتالي يحول دون إنفاق هذه المصروفات.

المبحث الثالث: السبب في الكفالة

عند الحديث عن السبب كركن من أركان عقد الكفالة يجب التفرقة بين سبب الكفالة عندما تُعقد لمصلحة الدائن، وسبب الكفالة عندما تُعقد لمصلحة المدين.

المطلب الأول: الكفالة التي تُعقد لمصلحة الدائن

إذا تمّت الكفالة تبرعًا من الكفيل إلى الدائن بأن ضمن الكفيل للدائن دينًا سابقًا لم يحل أجله دون أن يحصل على مزية جديدة لمصلحة المدين، فيكون سبب الالتزام هو نية التبرع، أما إذا كان الباعث الذي دفع الكفيل إلى التبرع غير مشروع وكان الدائن على علم به، فإن الكفالة تكون باطلة، أما إذا كانت هذه الكفالة بمقابل فإن سبب التزام

¹ د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 65.

الكفيل يكون المصلحة التي سيحصل عليها من التعاقد، وتحدد صحة سبب الالتزام بمدى مشروعية تلك المصلحة.¹

المطلب الثاني: الكفالة التي تعقد لمصلحة المدين

إذا كان المدين ملزماً بتقديم كفيل، وتقدم الكفيل بالكفالة لضمان وفاء التزام المدين بذلك، فإنه لا يعتبر متبرعاً للدائن بالكفالة، بل يكون سبب التزامه وفاء التزام المدين بتقديم الكفالة، فإذا ثبت بطلان التزام المدين بتقديم كفيل أو عدم وجود هذا الالتزام بطلت الكفالة لانعدام سببها، ومثال ذلك أن يقضي القانون بالإنفاذ المعجل دون كفالة ويعتقد المدين خطأً بوجود الكفالة فيعين كفيلاً ليكفل هذا الالتزام ثم يتضح أن الإنفاذ المعجل كان واجباً بقوة القانون ودون كفالة فتصبح الكفالة باطلة لانعدام سببها.²

أما إذا لم يكن المدين ملزماً بتقديم كفيل وضمن الكفيل الدين ليس تبرعاً منه وإنما ليحصل على مصلحة للمدين، فإن سبب التزام الكفيل يكون المصلحة التي اشترطها لفائدة المدين، وتنطوي الكفالة في هذه الحالة على اشتراط لمصلحة الغير باعتبار أن من شروط الاشتراط لمصلحة الغير أن تكون للمشتراط (الكفيل) مصلحة ولو كانت أدبية، فتصح الكفالة إذا وجدت هذه المصلحة ولا يكفي وجود المصلحة بل يجب أن تكون مشروعاً وإلا بطلت الكفالة.

مثال: إذا كفل الشخص خليلته لدى متجر ليزودها بالثياب الفاخرة لكي تستمر في معاشرته معاشرة غير مشروع، وعلم بذلك صاحب المتجر (الدائن) بأن مصلحة الكفيل إنما هي حصوله على رضا خليلته بطلت الكفالة لعدم مشروعية مصلحة الكفيل (المشتراط).

¹ د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 66.

² د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 53.

الفصل الثالث: آثار الكفالة

بما أن الكفالة عقد يتم بين الكفيل والدائن وهما طرفاه دون غيرهما، فمن الطبيعي أن يترتب على هذه العلاقة حقوقاً والتزامات تنشأ في ذمة أحدهما أو كل منهما تجاه الآخر.¹

وإذا كان المدين ليس طرفاً في عقد الكفالة، إلا أنه هو الملتزم الأصلي الذي يتحمل عبء الدين (الالتزام) إذا ما اضطر الكفيل إلى الوفاء بالالتزام الأصلي للدائن، وهذا الوضع يؤدي إلى نشوء علاقة بين الكفيل والمدين.² وعليه سنتناول آثار الكفالة في مبحثين، نتناول في المبحث الأول العلاقة بين الكفيل والدائن، في حين نخصص المبحث الثاني للعلاقة بين الكفيل والمدين، والتي تنشأ عن الوفاء الذي قام به الكفيل للدائن ولا تنشأ عن عقد الكفالة.

المبحث الأول: علاقة الكفيل بالدائن

ينشئ عقد الكفالة علاقة بين الدائن والكفيل، فيستطيع الدائن مطالبة الكفيل بموجب هذا العقد، والكفيل يستطيع أن يدفع هذه المطالبة بكل ما من شأنه أن يؤدي إلى براءة ذمته،³ لذا سنتكلم عن مطالبة الدائن للكفيل، ثم نعرض الدفوع التي يجوز للكفيل أن يتمسك بها في مواجهة الدائن.

المطلب الأول: مطالبة الدائن للكفيل

من البديهي أن الدائن يمكنه مطالبة الكفيل استناداً لعقد الكفالة لكن متى تجوز هذه المطالبة ذلك ما سنتطرق له في الفرع الأول في حين نخصص الفرع الثاني لمطالبة المدين قبل الكفيل أو معه أم الفرع الثالث فسنعرضه لانقسام الضمان في حالة تعد الكفلاء.

¹ د/ عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 89.

² د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 54.

³ د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 80.

الفرع الأول: متى تجوز المطالبة

كأصل عام لا تجوز مطالبة الدائن للكفيل إلا عند حلول أجل الدين، وعادة ما يكون أجل التزام الكفيل هو نفسه أجل الالتزام الأصلي المكفول (التزام المدين)، وقد يكون لالتزام الكفيل أجل يختلف عن أجل التزام المدين، وإذا كان أجل التزام الكفيل لاحقاً لأجل الالتزام الأصلي المكفول، فإن الدائن لا يستطيع مطالبة الكفيل إلا عند حدود أجل التزامه، حتى وإن حلَّ أجل الالتزام الأصلي المكفول لأن في هذه الحالة يمكن للدائن مطالبة المدين¹.

● وإذا تمّ تمديد الأجل بإرادة الدائن (أمهل الدائن مدينه لمدة شهرين إضافيين) أو بحكم القضاء (مهلة الميسرة) فإن الكفيل يستفيد من ذلك، ولا يمكن للدائن مطالبة الكفيل قبل حلول الأجل الجديد (شهرين مثلاً).

● وإذا لم يتمّ تحديد أجل خاص للكفيل فإن أجل التزامه هو أجل الالتزام الأصلي.

● وإذا سقط أجل الالتزام الأصلي (أصبح حال الأداء) لسبب من الأسباب التي حددتها المادة 211 ق مدني جزائري: "يسقط حق المدين في الأجل... ، فهل يسقط أجل التزام الكفيل بالتبعية أم لا؟

الجواب: يفترض أن الأجل واحد بالنسبة للالتزام الأصلي والتزام الكفيل، أما في حالة اختلاف الأجلين، فإن أجل التزام الكفيل يبقى ولا يتأثر بسقوط أجل الالتزام الأصلي. وفي هذا الإطار ذهب رأي فقهي إلى أن أجل التزام الكفيل يسقط بسقوط أجل الالتزام الأصلي المكفول على أساس تبعية التزام الكفيل، وعليه يكون الكفيل ملزماً بالوفاء، ولا يمكنه التمسك بالأجل الذي حدد له².

وهناك رأي آخر يقرّ بعدم سقوط أجل التزام الكفيل، لأن تبعية الالتزام لا تمنع من أن يكون التزام الكفيل بشروط أخف، فيكون بذلك الالتزام الأصلي المكفول حالاً، والتزام

¹ د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 55.

² المرجع نفسه، ص 55.

الكفيل مؤجلاً، ويستند أيضا هذا الرأي إلى كون الإفلاس لا يترتب عليه سقوط الأجل وحلول أجل الدين إلا بالنسبة للمدين المفلس وهو الرأي السائد.

وهناك رأي ثالث، يفرق بين إذا كان سبب سقوط الأجل يعود إلى فعل المدين، كما لو امتنع عن تقديم التأمينات أو أضعفها بفعله، فإن أجل التزام الكفيل لا يسقط، إذ لا يجوز زيادة عبء التزام الكفيل بإرادة المدين، أما إذا سقط الأجل بسبب لا يعود لإرادة المدين، كإفلاسه أو إضعاف التأمينات بسبب خارج عن إرادته، فإنه في هذه الحالة يسقط أجل التزام الكفيل بسقوط أجل الالتزام الأصلي ويبدو أن هذا الرأي هو الراجح.

الفرع الثاني: مطالبة المدين قبل الكفيل أو معه

بالرجوع إلى المادة 1/660 ق مدني جزائري نجد أنها تنص على ما يلي: " لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين"، ويتضح من خلال هذا النص أن الدائن لا يمكنه مطالبة الكفيل بالدين إلا بعد مطالبة المدين، غير أنه يمكن أن يطالب المدين والكفيل في وقت واحد.¹

وبالتالي لا يجوز للدائن أن يرفع دعوى ضد الكفيل إلا بعد رفع دعواه ضد المدين وصدر حكم يلزمه بالوفاء، ولا يكفي إعدار المدين وامتناعه عن الوفاء لكي يرجع الدائن على الكفيل.

ويلاحظ أن الدائن غير ملزم برفع دعوى على المدين أولاً قبل الرجوع على الكفيل أو رفع دعواه ضدّهما معاً، إذا كان حقه ثابتاً بسند رسمي، ففي هذه الحالة للدائن إنذار المدين بالوفاء لأن السند التنفيذي ينفذ دون دعوى قضائية.

غير أنه يجب الإشارة إلى أن حق الكفيل في الدفع بعدم قبول دعوى الدائن ضده قبل مطالبة المدين يسقط (هذا الحق) إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين، وهذا تطبيقاً

¹ المقصود بالرجوع في النص المذكور المطالبة القضائية أي أن يرفع الدائن دعوى قضائية على المدين، ليحصل على حكم يلزمه بالوفاء، ولا يكفي إعدار المدين لكي يرجع الدائن على الكفيل.

للقاعدة العامة في التضامن والتي تقضي بحق الدائن في الرجوع على أي من المدينين المتضامنين.¹

وقياساً على نص المادة 669 ق مدني جزائري التي تنص على أنه: "... لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل، إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل،" وعليه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل قبل رجوعه على المدين إلا إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين هذا قياساً.

ويرى أغلب الفقه أن الكفيل يجب عليه التمسك بعدم قبول دعوى الدائن ضده، إلا بعد مطالبة المدين أو مع مطالبة المدين، غير أن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام وبالتالي لا يمكن للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها، ويجوز للكفيل أن يتنازل عنه صراحة أو ضمناً.²

الفرع الثالث: انقسام الضمان في حالة تعدد الكفلاء

إذا كان الكفيل واحداً فللدائن مطالبة بكل الدين، أما إذا تعدد الكفلاء لدين واحد، فيثور التساؤل هل يجوز للدائن الرجوع على كل منهم بكل الدين، أو أن يرجع على كلٍّ منهم بنصيبه في الدين؟

بالرجوع إلى المادة 664 ق مدني جزائري نجد أنها تنص على ما يلي: "إذا تعدد الكفلاء لدين واحد، وبعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة"، ويتضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري أخذ بقاعدة تقسيم الدين في رجوع الدائن على الكفلاء، ولكي ينقسم الدين بين الكفلاء المتعددين يجب توافر الشروط التالية:³

أولاً: أن يتعدد الكفلاء لدين واحد: فلا ينقسم الدين بين الكفيل والمدين، لأن الدين ليس واحداً، ولكون التزام الكفيل مختلف عن التزام المدين، كما لا ينقسم الدين بين

¹ د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 55.

² المرجع نفسه، ص 59.

³ د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 94.

الكفيل وكفيل الكفيل لكون التزام الكفيل محله ضمان الوفاء بالدين، أما محل التزام كفيل الكفيل هو ضمان الوفاء بالتزام الكفيل.

ثانياً: أن يكون التزام الكفلاء بعقد واحد: لأن كل كفيل في هذه الحالة يكون قد أخذ بعين الاعتبار مسؤولية غيره من الكفلاء وأنه لن يطالب إلا بحصته أو بقدر نصيبه في الدين.

ثالثاً: أن يكون المدين واحداً: وعليه إذا تعدد المدينون كما في حالة التزام عدة أشخاص بنفس الدين على سبيل التضامن وكان لكل منهم كفيل (تعدد الكفلاء مع تعدد المدينين) فلا ينقسم الدين بينهم.

رابعاً: ألا يكون الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم: فبوجود التضامن بين الكفلاء يمنح للدائن حق الرجوع على كل منهم بكل الدين، وله أن يختار واحداً منهم أو أكثر، وهذا طبقاً لأحكام التضامن فلا ينقسم الدين، أما إذا تعدد الكفلاء لدين واحد ومدين واحد ولم يكن بينهم تضامن، انقسم الدين بينهم وأصبح كل منهم مسؤولاً عن نصيبه في الدين.

وبالتالي يمكن لكل كفيل إجبار الدائن على قبول الوفاء بحصته فقط (يجبره على قبول الوفاء الجزئي) وإذا طُلب الكفيل بالدين كله لا تحكم له المحكمة إلا بقدر نصيبه، وفي حالة إعسار أحد الكفلاء، فإن نصيب المعسر لا يقسم على بقية الكفلاء، بل يتحمل الدائن نتيجة هذا الإعسار.¹

المطلب الثاني: الدفع التي يجوز للكفيل التمسك بها (حقوق الكفيل)

يقصد بالدفع تلك الأوجه التي يستطيع الكفيل التمسك بها في مواجهة الدائن إذا طالبه بتسديد الدين، وهدف الكفيل من إبداء هذه الدفع إما تأجيل المطالبة أو تقرير براءة الذمة، وهناك ثلاثة أنواع من الدفع يمكن للكفيل التمسك بها:

¹ د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 61.

- 1- دفعوع ناشئة عن عقد الكفالة كعقد، وهذه الدفعوع مستمدة من القواعد العامة، بإمكان الكفيل التمسك ببطلان تعهده بالكفالة لأي سبب من أسباب البطلان، وكذا الدفع بعدم حلول أجل التزامه أو لعدم نفاذه لكونه معلق على شرط واقف، أو الدفع بعدم تنفيذ الدائن لالتزامه المقابل.¹
- 2- دفعوع ليست ناشئة عن عقد الكفالة، وتتعلق هذه الدفعوع بالالتزام الأصلي المكفول، باعتبار أن التزام الكفيل تابع للالتزام الأصلي ومرتبب به وجودًا وعدمًا.²
- 3- هناك نوع ثالث من الدفعوع لا يكون مستمدًا من عقد الكفالة، وغير متعلق بالالتزام الأصلي المكفول، وإنما يكون مترتبًا على عقد الكفالة

الفرع الأول: الدفعوع المتعلقة بالالتزام الأصلي المكفول

يحق للكفيل التمسك بجميع الدفعوع التي يمكن للمدين أن يتمسك بها في مواجهة الدائن، باعتبار أن تبعية التزام الكفيل تجعله يتأثر بكل ما يؤثر في الالتزام المكفول، وفي هذا السياق نصت المادة 654ق مدني جزائري على ما يلي: " يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين "، وللكفيل الحق في التمسك بهذا النوع من الدفعوع حتى ولو كان متضامنًا مع المدين، وهذا ما نصت عليه المادة 666ق مدني جزائري بقولها: " يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفعوع متعلقة بالدين".

وطبقا للنصوص السابقة يستطيع الكفيل التمسك في مواجهة الدائن بكل الدفعوع التي يمكن للمدين الأصلي أن يدفع بها هذه المطالبة، كالدفعوع المتعلقة ببطلان الالتزام المكفول، كالدفع بالبطلان لانعدام الرضا أو عدم وجود المحل أو عدم مشروعية السبب، أو تخلف الشكلية التي يتطلبها القانون في التصرف المنشئ للالتزام.

¹ د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 80.

² د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 61.

كما يمكن للكفيل أن يتمسك بالدفع التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام المكفول، كالوفاء والتقدم أو ما يؤدي تأخير المطالبة كالدفع بعدم التنفيذ.

ويمكن للكفيل أن يتمسك بالبطلان النسبي (قابلية الالتزام الأصلي للإبطال) لعيب من عيوب الرضا كالغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال، علمًا أن الكفيل يتمسك بهذه الدفع باسمه لا باسم المدين الأصلي لأن التزامه مرتبط بالالتزام الأصلي وجودا وعدما.

وللكفيل أن يتمسك بدفع قد لا يتمسك به المدين نفسه، ويجوز له التمسك بهذه الدفع حتى ولو تنازل المدين عليها، فيحق للكفيل مثلا التمسك بتقدم الالتزام الأصلي المكفول حتى ولو تنازل المدين عن حقه في التقدم.

أما في حالة إجازة العقد القابل للإبطال من طرف المدين، فلا يجوز للكفيل التمسك بالبطلان إلا إذا كان الدائن متواطئًا مع المدين إضرارًا بالكفيل.

أما نقص أهلية المدين فإن القانون قرر لها حكمًا خاصًا، وهذا ما نصت عليه المادة 2/654 ق مدني جزائري بقولها: "... غير أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين، يتمثل في نقص أهليته وكان الكفيل عالمًا بذلك وقت التعاقد فليس لن أن يحتج بهذا الوجه".

أي أن الكفيل لا يستطيع التمسك بنقص أهلية المدين إذا كان عالمًا بذلك وقت التعاقد، غير أنه إذا تمسك المدين بنقص أهليته وحكم له بإبطال الالتزام الأصلي استفاد من ذلك وبطل التزامه بالتبعية.

الفرع الثاني: الدفع الناشئة عن عقد الكفالة

وتمثل هذه الدفع فيما يلي:

- الدفع بعدم جواز الرجوع على الكفيل وحده إلا بعد الرجوع على المدين.
- الدفع بعدم اتخاذ الإجراءات ضدّ المدين بعد إنذار الكفيل له.
- الدفع بإضاعة التأمينات بخطأ من المدين.

- الدفع بالامتناع عن الوفاء حتى يقوم الدائن بما يفرضه عليه القانون لحماية حق الكفيل.

- الدفع بالتجريد.

أولاً: الدفع بعدم جواز الرجوع على الكفيل وحده إلا بعد الرجوع على المدين

سبق وأن تطرقنا لشرح المادة 660 ق مدني جزائري وخلصنا إلى أنه يجب على الدائن مطالبة المدين أولاً قبل أن يطالب الكفيل، وفي حالة مطالبته للكفيل وحده أو قبل المدين فإن دعواه لا تقبل، باعتبار أن هذا الدفع ليس دفعاً موضوعياً لأنه لا يتعلق بأصل الحق المطالب به، وفي نفس الوقت ليس دفعاً شكلياً، ولكنه دفع وسط بينها ويسمى بالدفع بعدم القبول، ويمكن إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، ولو بعد تقديم الدفوع الموضوعية ولو أثير لأول مرة أمام المجلس القضائي، ومن شروط التمسك بهذا الدفع:

1- عدم تنازل الكفيل عن حقه في التمسك بهذا الدفع سواء كان هذا التنازل صريحاً أو ضمناً، أو يكون هذا التنازل عند إبرام عقد الكفالة أو بعده.

2- ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين، لأنه من المعروف في القواعد العامة للتضامن أنه يحق للدائن أن يطالب أي مدين من المدينين المتضامنين، أو يطالبهم مجتمعين، وقياساً على نص المادة 669 ق مدني جزائري التي سبق التطرق إليها >> لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل قبل رجوعه على المدين، إلا إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين >>، علماً أن الكفيل الذي يقبل التضامن مع المدين يكون قد قبل توجيه المطالبة إليه من طرف الدائن قبل أن يوجهها إلى المدين.

3- وجوب وجود مصلحة للكفيل في التمسك بهذا الدفع (أي أن يكون رجوع الدائن على المدين مُجدياً) فإذا كان المدين معسراً، فليس للكفيل مصلحة للتمسك بهذا الدفع، ورغم اختلاف الآراء حول مدى إمكانية إثارة المحكمة تلقائياً لهذا الدفع، إلا أننا نرى

بأن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام، وهو مقرر لمصلحة الكفيل لذا وجب على هذا الأخير التمسك به.

ثانياً: الدفع بعدم اتخاذ الإجراءات ضدّ المدين بعد إنذار الكفيل له

عند حلول أجل الدين يجب على الدائن مطالبة المدين بالوفاء، ولكن إذا تأخر أو تهاون في هذه المطالبة فلا يسقط حقه في مطالبة الكفيل، فلا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين، حتى ولو أدى هذا التأخير إلى تضرر الكفيل بأن تعذر عليه الرجوع على المدين نتيجة إعساره، وهذا ما نصت عليه المادة 1/657 ق مدني جزائري بقولها: " لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها"، غير أن المادة 2/657 ق مدني جزائري لم تترك الكفيل دون حماية، إذ نصت على ما يلي: "غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن، ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً".

واستناداً لهذا النص، بإمكان الكفيل إذا حلّ أجل الدين وخشي من تأخر الدائن في مطالبة المدين، أن يُنذر الدائن باتخاذ الإجراءات (إما برفع دعوى ضد المدين أو اتخاذ إجراءات التنفيذ إذا كان بيده سند تنفيذي، وإذا انقضت هذه المدة (ستة أشهر) ولم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين رغم إنذاره برأت ذمة المدين، إلا إذا قدم المدين للكفيل ضماناً كافياً يضمن به الكفيل الرجوع إذا ما اضطر للوفاء للدائن.

ثالثاً: الدفع بإضاعة التأمينات بخطأ من المدين

بالرجوع إلى نص المادة 656 ق مدني جزائري نجد أنها تنص على ما يلي: « 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 التأمينات المقررة بحكم القانون»

ويتضح من هذا النص أن الدائن ملزم بالمحافظة على التأمينات الضامنة للدين المكفول، وإذا تهاون الدائن في المحافظة على هذه التأمينات بأن أضع بخطئه أو بإهماله شيئاً منها فإن ذمة الكفيل تبرأ بقدر ما أضع الدائن من هذه الضمانات.

وإذا قام الدائن بمطالبة الكفيل بالدين جاز للكفيل أن يدفع هذه المطالبة بقدر ما أضعه الدائن من تأمينات، ويشترط في ثبوت هذا الدفع للكفيل توافر ثلاثة شروط هي:

1- أن يكون الدائن قد أضع تأميناً خاصاً،

2- أن تكون إضاعة التأمينات بخطأ من الدائن،

3- أن يترتب على إضاعة هذه التأمينات ضرر للكفيل.

1- بالنسبة للشروط الأول: أن يكون الدائن قد أضع تأميناً خاصاً، إذ يشترط في ثبوت هذا الدفع أن يكون التأمين الذي ضيعه الدائن مخصصاً للوفاء بالدين المكفول، سواء كان تأميناً شخصياً (كفالة أخرى) أو عينياً (قدم من المدين) أو كفالة عينية قدمت من شخص آخر.

أما إذا تهاون الدائن في المحافظة على الضمان العام للمدين كأن يتهاون في مطالبة المدين المعسر الذي تصرف في أمواله، وعدم استعماله لحقه في الدعوى غير المباشرة أو عدم استعماله لحقه في الطعن في تصرفات المدين بالدعوى البولصية أو عدم التمسك بدعوى الصورية أو الحق في الحبس أو التنازل عنه، فلا يثبت الدفع للكفيل لأن الدائن في جميع هذه الأحوال لا يكون قد أضع تأمينات خاصة بل أضع الضمان العام للمدين (أضع تأمينات عامة).

2- بالنسبة للشروط الثاني: أن تكون إضاعة التأمينات الخاصة بخطأ من المدين: يلتزم الدائن في المحافظة على التأمينات الخاصة ببذل عناية الرجل المعتاد، وإذا ضاعت التأمينات بسبب أجنبي لا دخل فيه للدائن كالقوة القاهرة أو خطأ المدين أو خطأ الكفيل نفسه فلا يسأل الدائن عن ذلك، ولا يثبت في هذه الحالة للكفيل الدفع بإضاعة التأمينات.

أما إذا ضاعت التأمينات الخاصة بخطأ من الدائن أو بخطأ من شخص ممن هو مسؤول عنهم، سواء كان هذا الخطأ فعلاً إيجابياً أو تركاً فإن الدائن يكون مسؤولاً ويحق للكفيل إبراء ذمته بالقدر الذي أضاعه الدائن.

ومن الأمثلة عن خطأ الدائن الذي يشكل فعلاً إيجابياً: إبرائه كفيلاً آخر، تنازله عن حقه في الحبس، نزوله عن حق رهن، أما الأخطاء التي تشكل تركاً كإهمال الدائن قيد الرهن أو تجديده أو التقاعس عن استئناف حكم صادر بإلغائه، أو التقصير في المحافظة على الشيء المحبوس لديه أو المرهون حيازياً فيتسبب في هلاكه.

3- بالنسبة للشرط الثالث: أن يترتب على إضاعة هذه التأمينات ضرر للكفيل: يعتبر حصول الضرر للكفيل شرطاً أساسياً لقيام مسؤولية الدائن ولثبوت الحق للكفيل بالدفع بإضاعة التأمينات، بشرط أن يكون التأمين الضائع ذا قيمة معتبرة في ضمان حق الدائن ولا يمكن للدائن التحجج بيسار المدين أو يبرر بأن هناك ضمانات أخرى تكفي للوفاء بكل الدين.

أما إذا كانت الضمانات التي أضاعها الدائن عديمة القيمة ولا يترتب على إضاعتها ضرر للكفيل، فلا يحق لهذا الأخير الدفع بإضاعة التأمينات كما لو كان المدين الذي أبرأه الدائن معسراً وأن الرجوع عليه عديم الجدوى، أو أن الرهن الذي نزل عليه الدائن تالياً لرهون أخرى تجاوز قيمة العقار المرهون.

ملاحظة: متى توافرت شروط الدفع بإضاعة التأمينات أمكن للكفيل استعمال حقه في الدفع بإضاعة التأمينات عندما يطالبه الدائن، وللکفيل أن يستعمل حقه في ذلك عن طريق الدعوى دون انتظار مطالبة الدائن إياه بطلب تقرير براءة ذمته من الكفالة بسبب إضاعة الدائن للتأمينات، وفي كلتا الحالتين لا يحكم ببراءة ذمة الكفيل إلا بقدر قيمة ما أضاعه الدائن من تأمينات.

رابعاً: الدفع بالامتناع عن الوفاء حتى يقوم الدائن بما يفرضه عليه القانون لحماية حق الكفيل

تنص المادة 659 ق مدني جزائري على ما يلي: " يلتزم الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع، فإذا كان الدين مضموناً بمنقول مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل، أما إذا كان الدين مضموناً بتأمين عقاري فإن الدائن يلتزم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين، ويتحمل الكفيل مصروفات هذا النقل، على أن يرجع بها على المدين".

ملاحظة هامة: وقع خلط بين نص المادة 669 والمادة 659 حيث تمّ وضع صدر المادة 669 في بداية المادة 659، فجاءت بهذه الصياغة الركيكة « تجوز كفالة الكفيل، وفي هذه الحالة لا يجوز المستندات اللازمة...» فأصبحت بلا معنى، ولا يستقيم معناها إلا إذا حذفت هذه العبارة، وتمّ تعويضها بعبارة <<يلتزم الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع>> وهذا أسوة بالمادة 287 من القانون المدني المصري.

ويتضح من نص هذه المادة بعد تصويبها أن الدائن يلتزم بتسليم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات (مستندات الدين) التي تمكنه من الرجوع على المدين.

وإذا كان بيد الدائن منقول مرهون رهناً حيازياً أو محبوس لضمان الوفاء، وجب عليه أن يتخلى عنه للكفيل، أما إذا كان الدين مضموناً بتأمين عقاري فيجب على الدائن القيام بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين إلى الكفيل.

وتعتبر هذه الالتزامات التي تقع على عاتق الدائن بمثابة حقوق للكفيل، وبالتالي للكفيل أن يطالب بها المدين عند وفائه للمدين، وإذا رفض الدائن تسليم المستندات للكفيل أو التخلي عن المنقول المرهون أو المحبوس أو نقل التأمينات العقارية الضامنة للمدين صار من حقّ الكفيل الامتناع عن الوفاء حتى يقوم الدائن بالالتزامات التي يفرضها عليه القانون.

خامسا: الدفع بالتجريد

نصت المادة 02/660 من القانون المدني الجزائري على أنه: «... ولا يجوز له (أي للدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق.»

ويتضح من خلال هذا النص أن الدفع بالتجريد حق منحه المشرع للكفيل مراعاة لصفة التزامه باعتباره التزاما احتياطيا، ويستطيع الكفيل بمقتضى هذا الحق أن يُوقف إجراءات التنفيذ على أمواله حتى يتمّ التنفيذ على أموال المدين ويتضح عدم كفايتها لوفاء الدين، كما يستطيع الكفيل الدفع بعدم جواز الرجوع عليه قبل الرجوع على المدين.

ولدراسة الدفع بالتجريد يتعين عرض ما يلي:

1- شروط الدفع بالتجريد.

2- الآثار المترتبة على هذا الدفع.

3- عرض صورة خاصة للدفع بالتجريد وهي دفع بتجريد التأمين العيني قبل الرجوع على الكفيل.

1- شروط الدفع بالتجريد: لكي يستطيع الكفيل التمسك بالدفع بالتجريد يشترط:

أ- ألا يكون الكفيل قد نزل عن هذا الحق صراحة أو ضمناً: باعتبار أن الدفع بالتجريد ليس من الدفوع المتعلقة بالنظام العام، وبالتالي يمكن للكفيل النزول عن هذا الحق صراحة أو ضمناً، غير أنه يجب أن تكون إرادة الكفيل دالة دلالة واضحة، وفي حالة الشك يُفسّر لمصلحة المدين (الكفيل) ومصلحته تقضي عدم نزوله عن هذا الحق، وبالتالي يُفسّر الشك بعدم نزوله.

وفي حالة عدم نزول الكفيل عن هذا الدفع فبإمكانه ممارسة هذا الحق، أما في حالة نزوله عن التمسك بالدفع بالتجريد، فإنه يجوز لكفيل الكفيل التمسك بتجريد الكفيل من أمواله وتجريد المدين أيضا رغم نزول الكفيل عن هذا الدفع.

ب- ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين: لأنه بتضامن الكفيل مع المدين يكون قد قبل توجيه المطالبة إليه والتنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال المدين، وهذا ما أكدته المادة 665 ق مدني جزائري بقولها: " لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد".

أما تضامن الكفيل مع غيره من الكفلاء فلا يحرم كلاً منهم من التمسك بالدفع بالتجريد (تجريد المدين) إلا إذا كانوا متضامين مع المدين.

وبإمكان كفيل الكفيل أن يتمسك بتجريد الكفيل المتضامن، لأن تضامن الكفيل مع المدين لا يحرم كفيل الكفيل من حقه في التمسك بهذا الدفع.

ج- أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع: نصت المادة 660 ق مدني جزائري على ذلك بصيغة الوجوب باعتبار أن هذا الدفع ليس من النظام العام، وبالتالي لا يمكن للمحكمة أن تتمسك به من تلقاء نفسها.

د- أن يقوم الكفيل بإرشاد الدائن إلى أموال المدين التي تفي بالدين كله: نصت على ذلك المادة 661 ق مدني جزائري بقولها: " إذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين التي تفي بالدين كله، ولا يُؤخذ بعين الاعتبار الأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي الجزائرية أو كانت متنازعاً فيها".

ويستفاد من هذا النص أن الكفيل ملزم بإرشاد الدائن إلى أموال المدين، على أن تكون كافية للوفاء بالدين كله، فلو كانت هذه الأموال لا تفـ إلا بجزء من الدين حسب السلطة التقديرية للقاضي، رَفَضَ القاضي دفع الكفيل المتعلق بالتجريد.

وبناءً على ذلك يكون الدفع بالتجريد مقبولاً سواء كانت الأموال التي أرشد إليها منقولات أو عقارات، مادام التنفيذ عليها لا تكثفه صعوبات خاصة.

ويشترط أن تكون هذه الأموال موجودة في الجزائر حتى يسهل التنفيذ عليها، كما يشترط أن تكون غير متنازع فيها.

2- الآثار المترتبة على الدفع بالتجريد: متى توافرت شروط الدفع بالتجريد تعين على المحكمة قبوله والقضاء به، ويترتب على قبول هذا الدفع الآثار التالية:

أ- لا يجوز للدائن التنفيذ على أموال الكفيل، إلا بعد تجريد المدين من أمواله.
ب- يلزم الدائن بالتنفيذ على أموال المدين التي أرشد إليها من طرف الكفيل وإلا أصبح مسؤولاً تجاه الكفيل عن إعسار المدين.

ج- يمكن للكفيل أن يتمسك بالدفع بالتجريد أثناء سير الدعوى المرفوعة عليه من الدائن أو أثناء التنفيذ على أمواله.

فإذا تمسك الكفيل بالدفع أثناء الدعوى حكم له القاضي بعدم جواز التنفيذ على أمواله، أما إذا تمسك الكفيل بهذا الدفع أثناء التنفيذ فإن المحكمة تقضي بوقف إجراءات التنفيذ.

هـ- يترتب على قبول الدفع بالتجريد إلزام الدائن باتخاذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين التي أرشد عنها الكفيل، فإذا نفذ الدائن على هذه الأموال واستوفى حقه كاملاً، برئت ذمة المدين وبرئت معها ذمة الكفيل، أما إذا لم تف أموال المدين بحق الدائن، فللدائن أن يرجع على الكفيل بالجزء الذي لم يستطع الحصول عليه من المدين سبب ظهور دائنين آخرين.

أما إذا أهمل الدائن وتراخى في التنفيذ على أموال المدين في الوقت المناسب وأدى ذلك إلى إعسار المدين، فيكون الدائن مسؤولاً عن ذلك أمام الكفيل، وتبرأ ذمة هذا الأخير بالقدر الذي كان بإمكان الدائن الحصول عليه من أموال المدين لولا تقصيره، وهذا ما نصت عليه المادة 662 ق مدني جزائري بقولها: " يكون الدائن في كل الأحوال التي يدل

فيها الكفيل على أموال المدين مسؤولاً تجاه الكفيل عن إعسار المدين الذي يترتب عن عدم اتخاذه الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب".

3- صورة خاصة للدفع بالتجريد: الدفع بتجريد التأمين العيني قبل التنفيذ على أموال المدين

أوردت المادة 663 ق مدني جزائري حالة خاصة للدفع بالتجريد بقولها: "إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانوناً أو اتفاقاً لضمان الدين وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه ولم يكن الكفيل متضامناً مع المدين، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين".

تعتبر هذه الحالة من حالات الدفع بالتجريد استثنيت من ضرورة توافر الشرط المتعلق << بضرورة أن يرشد الكفيل إلى أموال للمدين تفي بالدين بأكمله >> لهذا سُمّيت صورة خاصة، ويشترط لتطبيق هذا النص توافر الشروط التالية:

أ- أن يكون هناك تأمين عيني مخصص قانوناً أو اتفاقاً لضمان الوفاء بالدين (رهن رسمي أو حيازي، حق تخصيص أو حق امتياز)، سواء كان هذا التأمين وارداً على منقول أو على عقار، وسواء لضمان الدين المكفول وحده أو لضمان ديون أخرى معه، كما يستوي أن يكون هذا التأمين العيني كافياً للوفاء بالدين أو غير كافٍ.

ب- يجب أن يكون هذا التأمين وارداً على مالٍ مملوك للمدين: بالرغم من عدم النص عليه قانوناً، إلا أن أغلب الشراح يرون ذلك مستندياً في ذلك إلى أن هذا الوضع ما هو إلا صورة خاصة من صور تجريد المدين من أمواله، وأنه ورد عقب نصوص تنظيم الدفع بالتجريد.

ج- يجب أن يكون التأمين قد نشأ قبل الكفالة أو معها: باعتبار أن الكفيل قد أدخل هذا التأمين الخاص في اعتباره عند إبرامه الكفالة، ولا يطبق هذا النص إذا نشأ التأمين الخاص بعد الكفالة.

د- يجب ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين: لأن الكفيل الذي يتضامن مع المدين ينزل بذلك عن حقه في التجريد، فلا يجوز له طلب تجريد المدين من جميع أمواله.¹

ه- أن يتمسك الكفيل بوجوب تنفيذ الدائن على المال الذي ترتب عليه التأمين العيني أولاً قبل أن ينفذ على سائر أمواله أي (يطلب الكفيل من الدائن أن ينفذ أولاً على هذا التأمين).²

المبحث الثاني: الآثار التي تنشأ عن وفاء الكفيل للدائن

إذا قام المدين بوفاء دينه فإن الالتزام المكفول ينقضي وتبرأ ذمة الكفيل من التزاماته، أما إذا وُفي الكفيل للدائن ففي هذه الحالة يكون له الرجوع على المدين بما وقّاه للدائن فتنشأ علاقة بين الكفيل والمدين (المطلب الأول) وفي حالة تعدد الكفلاء يكون للكفيل الموقّي الحق في الرجوع على كل منهم بما يجب أن يتحمل به من الدين الموقّي به، فيترتب عن ذلك نشوء علاقة بين الكفيل الموقّي وغيره من الكفلاء (المطلب الثاني).

المطلب الأول: العلاقة بين الكفيل والمدين

متى وُفي الكفيل الدين المكفول للدائن فإنه يكون قد وُفي بالتزامه الناشئ عن عقد الكفالة، وفي نفس الوقت يكون قد وُفي بدين غيره (بدين المدين)، وطبقاً للقواعد العامة فإن لمن وُفي دين غيره الرجوع على المدين الأصلي بقدر ما دفعه، وهذا ما تؤكدته المادة 259 من القانون المدني الجزائري، عن طريق ما يسمّى بدعوى الإثراء بلا سبب. وتجسيدا لحماية أكثر للكفيل أفرد له القانون الحق في رفع أكثر من دعوى، دعوى الإثراء بلا سبب، دعوى الكفالة (المادة 670 والمادة 672 ق مدني جزائري) ودعوى الحلول (المادة 671 ق مدني جزائري).

¹ د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 135.

² د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 16.

وبما أن دعوى الإثراء بلا سبب تدخل في النظرية العامة للالتزام، لذا سنكتفي بدراسة دعوى الكفالة ودعوى الحلول، ثم نتطرق لرجوع الكفيل على المدينين عند تعددهم.

الفرع الأول: دعوى الكفالة أو الدعوى الشخصية

تنص المادة 670 من ق المدني الجزائري على: " يجب على الكفيل أن يخبر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين، وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين، إذا كان هذا قد وُفي الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين أو بانقضائه، فإذا لم يعارض المدين في الوفاء، بقي للكفيل الحق في الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه".

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

واستناداً لهذين النصين فإنه من البديهي استعراض شروط رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية المستندة إلى الكفالة (أولاً)، ثم تبين ما يرجع به الكفيل على المدين (ثانياً).

أولاً: شروط رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية المستندة إلى الكفالة

يشترط لرجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية المستندة إلى الكفالة توافر الشروط التالية:

1- أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين و دون اعتراض منه.

2- أن يكون الكفيل قد وُفي الدين للدائن.

3- أن يكون أجل الدين قد حلّ.

4- ألا يكون قد وقع من الكفيل تقصير سبب ضرراً للمدين.

1- أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين ودون اعتراض منه

تنص المادة 672 ق مدني جزائري على: " يكون للكفيل الذي وفي الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه".
وعليه فإن الكفالة التي تعقد بعلم المدين ورغم معارضته تمنع الكفيل من الرجوع على المدين بدعوى الكفالة، ولا تسمح له إلا بالرجوع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب، وباعتبار أن دعوى الكفالة دعوى خاصة فإنها تشترط أن تكون الكفالة قد عقدت دون اعتراض المدين، وحكمة هذا الشرط أن هذه الدعوى تخوّل للكفيل مزايا أوسع من دعوى الإثراء بلا سبب، لأنه تعهد لمصلحة المدين، لذلك يستحق رعاية خاصة، وقد اعتبر عدم اعتراض المدين على عقد الكفالة قرينة على أنها عقدت لمصلحته.
وبناءً على ما سبق ليس للكفيل أن يرجع على المدين بالدعوى الخاصة بالكفالة إذا كانت الكفالة لمصلحة المدين وحده أو عقدت رغم اعتراض المدين.¹

2- أن يكون الكفيل قد وفي الدين للدائن

نصت المادة 01/672 ق مدني جزائري في عبارتها الأولى على ذلك صراحة، ويدخل ضمن الوفاء ما يقوم مقامه كالمقاصة التي تقع بين الكفيل والدائن، والتجديد الذي يصبح الكفيل فيه مدينًا أصليًا بدلًا من المدين، واتحاد الذمة الذي نكون بصددده إذا ورث الكفيل الدائن (الكفيل يرث الدائن) فيصبح هو الدائن فينقضي الدين، عندها يرجع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية المستندة إلى الكفالة.
أما إذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة أو تقادم دين الكفيل، فإن الكفيل لا يكون قد وفي الدين أو قام بما يقوم مقام الوفاء، وعليه لا يستطيع الرجوع على المدين بدعوى الكفالة.²

¹ د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 135.

² د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 168.

3- أن يكون أجل الدين قد حلّ: إذا وُقّي الكفيل الدين قبل حلول أجله فلا يجوز له الرجوع على المدين إلا بعد حلول ذلك الأجل، باعتبار أن الأجل حق للمدين ولا يجوز للكفيل أن يحرم المدين منه بوفاء الدين قبل حلوله.¹

والعبرة بأجل الدين الأصلي، وللكفل التمسك بهذا الأجل حتى ولو منح الدائن مدينه أجلاً جديداً أو امتدّ الأجل بحكم القضاء.

أما إذا نزل المدين عن الأجل فيحق للكفيل التمسك بهذا النزول فيفي للدائن فوراً ويرجع على المدين (رغم عدم حلول الأجل الأصلي، لأن الأجل مقرر لمصلحة المدين).²

4- ألا يكون قد وقع تقصير من الكفيل يسبب ضرراً للمدين

خشية من المشرع أن يدفع الكفيل الدين دون علم المدين فيدفعه هذا الأخير مرة ثانية، أو أن يدفعه المدين أولاً دون علم الكفيل فيدفعه هذا الأخير مرة ثانية، اشترط المشرع على الكفيل أن يخطر المدين قبل قيامه بالوفاء، وهذا تفادياً لأن يكون المدين قد وفى الدين، أو كانت عنده أسباب تقضي ببطلان الدين أو انقضائه.³

وهذا ما جسده المادة 670 ق مدني جزائري بقولها "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 كان عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين أو بانقضائه. فإذا لم يعارض المدين في الوفاء بقي للكفيل الحق في الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه".

وعليه يجب على الكفيل إخطار المدين قبل أن يوفي بالدين، سواء أراد الكفيل وفاء الدين من تلقاء نفسه أو إثر مطالبته من الدائن مطالبة قضائية، وفي كلتا الحالتين يجب إخطار المدين قبل الوفاء، وذلك خشية أن يكون المدين قد وفى بالدين قبل وفاء

¹ د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 170.

² د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 95.

³ د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 168.

الكفيل به أو خشية أن يفى الكفيل بالدين دون إخطار المدين فيقوم المدين بالوفاء مرة أخرى دون علم منه بأن الكفيل قد وفى بالدين قبله، أو خشية أن يكون للمدين وقت الاستحقاق أسباب تبطل أو تجعل الدين منقضي دون وفاء.¹

مع العلم أن هذا الإخطار ليس له شكل خاص فيصح أن يكون على يد محضر قضائي أو عن طريق رسالة موصى عليها أو رسالة الكترونية أو حتى شفويا، لكن يبقى عبء إثبات الإخطار على الكفيل.

فإذا لم يخطر الكفيل المدين وقام بوفاء الدين دون إخطار، يكون مخطئاً ويتحمل مسؤولية خطئه ويسقط حقه في الرجوع على المدين بدعوى الكفالة، هذا في حالة وفاء المدين للدين قبل وفاء الكفيل، أو أثبت المدين أن الدين كان باطلاً أو قابلاً للإبطال وكان بإمكان المدين التمسك بذلك ضد الدائن، أو أثبت أن الدين انقضى بسبب يرجع إليه هو كالمقاصة أو التجديد أو اتحاد الذمة أو التقادم.

أما إذا وفى الكفيل دون إخطار المدين، ولم يقم المدين بالوفاء سواء قبل أو بعد وفاء الكفيل، ولم يكن باستطاعته (المدين) إثبات أن لديه أسباب تقضي ببطلان الدين، أو بانقضائه، ففي هذه الحالات يمكن للكفيل الرجوع على المدين رغم عدم إخطاره بالوفاء.²

¹ د/ عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 169.

² المرجع نفسه، ص 170.

قاعدة: يتضح أن عدم الإخطار لا يؤدي بالضرورة إلى حرمان الكفيل من دعوى الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية إلا إذا كان المدين قد وفى بالدين أو كان عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين أو بانقضائه أو تمسك بالمعارضة بعد الوفاء.

أما إذا أخطر الكفيل المدين قبل الوفاء فإنه يتعين على المدين إذا كان قد وفى الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو انقضائه أن يعارض في الوقت المناسب، وفي حالة عدم اعتراض المدين في الوقت المناسب فإن عدم معارضة المدين تجعل الكفيل يعتقد أن المدين لم يف بالدين وليست لديه أسباب تقضي ببطلان الدين أو انقضائه، وبالتالي لا ينسب للكفيل أي تقصير، وله الرجوع بالدعوى الشخصية على المدين.

ثانيا: مدى ما يرجع به الكفيل على المدين

حددت المادة 2/672 من القانون المدني الجزائري مدى ما يرجع به الكفيل الذي وفى الدين على المدين وذكرت أصل الدين والمصروفات.

1/ أصل الدين: يقصد به كل ما دفعه الكفيل للدائن من أموال لإبراء ذمة المدين، فيشمل مقدار الدين في أصله، ويدخل في أصل الدين كل ما يضطر الكفيل إلى دفعه للدائن في مقابل المصروفات التي تكبدها هذا الأخير في مواجهة المدين.

2/ المصروفات: وتشمل كل ما أنفقه الدائن في الإجراءات المتخذة ضد الكفيل، والتي اضطر هذا الأخير لدفعها كمصروفات الإنذار ورسوم رفع الدعوى، وتشمل أيضا كل ما أنفقه الكفيل للوفاء بالتزامه كمصروفات الإرشاد إلى أموال المدين عند التجريد، مصروفات المطالبة الأولى التي قام بها الدائن للمدين، وكل مصروفات أخرى تقتضيها مطالبة الدائن الكفيل بوفاء التزامه، على أن الكفيل لا يرجع على المدين إلا بالمصروفات التي أنفقها من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده، لأن المدين إذا أخبره الكفيل بذلك قد يكون لديه من الدفوع ما يتوقى به مطالبة الدائن أو قد يبادر إلى

دفع الدين الذي في ذمته للدائن فيجنب الكفيل بذلك الإجراءات التي اتخذها الدائن ضده. وهذا ما أقرته المادة 2/672 من القانون المدني الجزائري.

ونسبتي مصروفات المطالبة الأولى التي يقوم بها الدائن للكفيل من هذا الشرط كمصاريف رقع الدائن لدعواه على الكفيل، فهذه لا يعلم بها الكفيل قبل حصولها حتى يخبر بها المدين، فمتى حكم بها على الكفيل رجع بها على المدين وإن كان لم يخطره بها.

3/ التعويضات: لم تنص عليها المادة 672 ق مدني جزائري، لكنها محل إجماع فقهي في مصر على وجوبها وعلى أحقية الكفيل بمطالبة المدين بها على أساس الضرر تطبيقاً للقواعد العامة، وإن كان البعض منهم يشترط سوء النية.

الفرع الثاني: دعوى الحلول

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

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري منح للكفيل الحق في أن يحل محل الدائن في جميع أمواله التي تشكل حقوقاً تجاه المدين من خلال دعوى يطلق عليها اسم دعوى الحلول، فما هو أساسها القانوني وما هي الآثار المترتبة على حلول الكفيل محل الدائن؟

أولاً: الأساس القانوني لدعوى الحلول

بالرجوع إلى نص المادة 671 من القانون المدني الجزائري يتضح أن أساس هذه الدعوى ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 261 وما يليها من القانون المدني الجزائري الخاصة بالوفاء مع الحلول والتي تنص على: «إذا قام شخص

بالوفاء غير المدين حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال الآتية: إذا كان الموفي ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه.»

والكفيل ملزم بوفاء الدين عن المدين وفقا لما ورد في المادة 261 ق مدني جزائري، ويكفي لرجوع الكفيل على الدائن بدعوى الحلول أن تكون الكفالة صحيحة سواء عقدت لمصلحة الدائن وحده أو لمصلحة المدين، وسواء عقدت بعلم المدين أو دون علمه، برضاه أو رغم اعتراضه فيثبت حق الرجوع للكفيل بتوافر هذه الشروط، إضافة لشرط وفاء الكفيل للدين سواء كان هذا الكفيل كفيلا شخصا أو عينيا، متضامنا مع المدين أو غير متضامن، ولا فرق إذا بين دعوى الحلول والدعوى الشخصية التي تستند إلى الكفالة إلا في جزئية هي أن دعوى الحلول لا تجوز إلا إذا كان الدائن قد استوفى كل حقه بخلاف الدعوى الشخصية التي لا تشترط الوفاء الكلي للدين وتكتفي بالوفاء الجزئي، وفي هذا الإطار نصت المادة 671 ق مدني جزائري على ما يلي: «ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين.»

ويستوي أن يستوفي الدائن حقه كاملا من الكفيل أو يستوفي جزءا من الكفيل وجزءا من المدين أو من أي شخص آخر فالمهم أن يستوفي الدائن حقه كاملا. وإذا استوفى الدائن حقه من الكفيل ومن شخص آخر له حق الحلول، يكون الكفيل وهذا الشخص على قدم المساواة فيقتسمان العائدات الناتجة عن دعوى الحلول قسمة الغرماء وهذا ما نصت عليه المادة 265 ق مدني جزائري.

ثانيا: الآثار المترتبة على حلول الكفيل محل الدائن

إذا كانت المادة 671 ق مدني جزائري قد أوردت حكما يعتبر تطبيقا للقواعد العامة الواردة في المادة 261 ق مدني جزائري فإنه يتعين الرجوع إلى هذه القواعد لمعرفة الآثار المترتبة على حلول الكفيل محل الدائن، وبالرجوع إلى المادة 264 ق مدني جزائري نجد أنها تنص على: (من حل محل الدائن قانونا أو اتفاقا كان له حقه بما لهذا الحق عليه من خصائص وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفعات ويكون

هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حلّ محلّ الدائن)، ويترتب على ذلك النتائج التالية:

1/ أن الحلول لا يتم إلا إذا ظل حق الدائن قائما وقت الوفاء الذي قام به الكفيل، وعليه إذا كان هذا الحق قد انقضى أو تقرر بطلانه قبل ذلك فلا مجال لحلول الكفيل فيه، ويجوز عندئذ للكفيل أن يرجع على الدائن بدعوى استرداد ما دفعه دون حق أو بالدعوى الشخصية المستندة إلى الكفالة إذا كان (الكفيل) قد أخطر المدين قبل الوفاء ولم يعترض المدين بانقضاء الدين أو بطلانه.¹

2/ يحل الكفيل محل الدائن في حقه بما لهذا الحق من خصائص ومن توابع، وعليه إذا كان الدين تجاريا كان للكفيل أن يتمسك بهذه الصفة خاصة فيما يتعلق بالإثبات والاختصاص، وإذا كان الدين ثابتا بسند تنفيذي جاز للكفيل أن ينفذ ضد المدين بهذا السند دون حاجة للحصول على سند باسمه، وإذا كان حق الدائن يسقط بالتقادم القصير بقيت له هذه الصفة أيضا في مواجهة الكفيل.

3/ يحل الكفيل محل الدائن بما يلحق هذا الحق من توابع، فلو كان حق الدائن متضمنا شرطا جزائيا فمن حق الكفيل التمسك به، ولو كان للدائن الحق في الطعن في تصرف المدين بالدعوى البولصية انتقل هذا الحق للكفيل، كما يعتبر من التوابع الحق في الحبس.

4/ يحل الكفيل محل الدائن في حقه وفيما كان يكفله من تأمينات، سواء كانت تأمينات شخصية أو عينية، سواء قدمت من المدين أو من شخص آخر وسواء قدمت هذه التأمينات قبل الكفالة أو معها أو بعدها، والحلول في التأمينات يقع بحكم القانون فلا

¹ د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 168.

يحتاج إلى اتفاق بين الكفيل والدائن، ولا يجوز للدائن التنازل عن الرهن إضراراً بالكفيل الذي حل محله في هذا الرهن.

5/ يحل الكفيل محل الدائن في حقه بكل ما يرد عليه من دفع: فإذا كان من حق يؤ التمسك بدفع ضد الدائن كالدفع ببطان الالتزام (الدين) أو نقص في الأهلية أو عيب من عيوب الرضا أو التقادم، جاز للمدين التمسك بها في مواجهة الكفيل لكن إذا رجع الكفيل بالدعوى الشخصية على الدائن فلا يستطيع المدين أن يتمسك بهذه الدفع.¹

الفرع الثالث: رجوع الكفيل على المدينين عند تعددهم

إذا تعدد المدينون في الدين المكفول فإما أن يكون الكفيل قد ضمنهم كلهم وإما أن يكون قد ضمن بعضهم دن البعض، وفي كلتا الحالتين يمكن أن يكون المدينون متضامنين، ويمكن أن يكونوا غير متضامنين، وعليه سنتعرض لكل حالة على حده.

أولاً: كفالة جميع المدينين:

نفرق بين حالة تعدد المدينين بلا تضامن وحالة تعدد المدينين المتضامنين:

1- حالة تعدد المدينين بلا تضامن: إذا ضمن الكفيل جميع المدينين ولم يكونوا متضامنين فيما بينهم رجع الكفيل على كل واحد منهم بقدر نصيبه في الدين فقط، ويكون هذا الرجوع إما باستخدام دعوى الكفالة أو دعوى الحلول، لأن تعدد المدينين غير المتضامنين يجعل الدين ينقسم بينهم ويستقل كل منهم بنصيبه من الدين، فيكون حكم من كفلهم جميعاً حكم من كفل عدة ديون متفرقة في ذمة عدة مدينين، وإذا وفي كل ديونهم مجتمعة يكون وكأنه وفي كل دين منهم على حده.²

أما بالنسبة للمدينين الذين لم يكفلهم فليس له الرجوع عليهم لا بدعوى الكفالة باعتبار أن دعوى الكفالة لا ترفع إلا على المدين المكفول، ولا بدعوى الرجوع لأن الكفيل

¹ د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 104.

² د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 190.

ليس ملزماً بالدين معهم ولا بالوفاء عنهم، وفي هذه الحالة إذا وفي الكفيل حصتهم من الدين كان له الرجوع عليهم بدعوى الإثراء بلا سبب تطبيقاً للقواعد العامة.¹

2- حالة تعدد المدينين المتضامنين: إذا ضمن الكفيل كل المدينين وكانوا متضامنين فيما بينهم فإنه يستطيع أن يطالب أيّاً منهم بكل الدين لأنه حل محل الدائن، والدائن كان بإمكانه مطالبة أي منهم بكل الدين، هذا ما نصت عليه المادة 673 ق مدني جزائري بقولها: «إذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين فللكفيل الذي ضمنهم جميعاً أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين.»

ثانياً: كفالة بعض المدينين:

إذا ضمن الكفيل بعض المدينين دون البعض، وكان المدينون غير متضامنين فيما بينهم، فللكفيل أن يرجع على كل واحد ممن كفلهم بقدر نصيبه في الدين سواء بدعوى الكفالة أو بدعوى الحلول، ويأخذ حكم هذه الحالة حكم من كفّل عدة ديون متفرقة في ذمة عدة مدينين، أما بالنسبة للمدينين الذين لم يكفلهم فلا يمكنه الرجوع عليهم مطلقاً إلا إذا وفي نصيبهم من الدين، وفي هذه الحالة لا تكون له لا دعوى الكفالة ولا دعوى الحلول، ولا يمكنه الرجوع على هؤلاء المدينين إلا بالدعوى الشخصية أي بدعوى الإثراء بلا سبب، وفي هذه الحالة يكون رجوعه على كل مدين بقدر حصته في الدين.²

أما إذا ضمن الكفيل بعض المدينين دون البعض، وكان المدينون متضامنين فيما بينهم فنفرق بين علاقة الكفيل بالمدينين الذين كفلهم (ضمنهم) وبين علاقته بالمدينين الذين لم يكفلهم، فبالنسبة للمدينين الذين كفلهم يكون له الرجوع على كل منهم بكل الدين سواء بدعوى الكفالة أم بدعوى الحلول، ويؤسس استعمال حقه في دعوى الكفالة على أساس أنه كفّل كلا منهم في كل الدين ووفاه عنه فيرجع عليه به، أما

¹ د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 105.

² د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 196.

استعمال حقه في دعوى الحلول فلكونه حل محل الدائن الذي كان له حق مطالبة كل منهم بكل الدين،¹ أما بالنسبة للمدينين الذين لم يكفلهم الكفيل فلا توجد بينه وبينهم صلة الكفالة وبالتالي لا يمكنه الرجوع عليهم بدعوى الكفالة، غير أنه يجوز له الرجوع على كل منهم بقدر حصته في الدين بالدعوى الشخصية (دعوى الإثراء بلا سبب)، وزيادة على ذلك يجوز للكفيل الرجوع عليهم بالدعوى غير المباشرة باسم المدين الذي كفله وفقاً للأحكام الخاصة بالرجوع بين المدينين المتضامنين.²

غير أن السؤال المطروح هل يحق للكفيل الرجوع على المدينين المتضامنين غير المكفولين بدعوى الحلول؟

ج/ اختلف الفقه والقضاء حول هذه المسألة، فذهب رأي أخذت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 7 جانفي 1937 جاء فيه أن الكفيل لا يمكنه الرجوع بدعوى الحلول على من لم يكفلهم من المدينين باعتبار أن الكفيل غير ملزم بالدين معهم وغير ملزم بوفائه عنهم، في حين ذهب رأي آخر يؤيد حق الكفيل في الرجوع على المدينين غير المكفولين بدعوى الحلول، لأنه وإن لم يكن ملزماً مباشرة بوفاء الدين عنهم إلا أنه ملزم بالوفاء عمّن كفلهم منهم، علماً أن المدينين المكفولين متضامنين مع المدينين غير المكفولين لذا يكون الكفيل ملزماً بطريق غير مباشر بوفاء الدين عن المدينين الذين لم يكفلهم وهذا ما يبرر رجوعه عليهم بدعوى الحلول، غير أن محكمة النقض الفرنسية تراجعت عن رأيها الأول وأصبحت تقضي بأن الكفيل يرجع على المدين الذي لم يضمه بكل الدين وهذا بمقتضى القرار الصادر في 6 جويلية 1996، كما أن غالبية الفقه تؤيد حق الكفيل في الرجوع على المدينين غير المكفولين.³

¹ د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 191.

² د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 106.

³ د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 198.

وقد ذهب البعض إلى القول بأن الكفيل الذي وفي الدين يحل محل الدائن في جميع حقوقه حتى بالنسبة للمدينين غير المكفولين، ولما كان الدائن يستطيع أن يطالب أي مدين بكل الدين فإنه يجوز ذلك للكفيل أيضا، كما أن للدائن الحق الاتفاق مع أي شخص غريب يقوم بوفاء الدين بدلا عنه فلا يعقل أن يكون مركز الكفيل أسوأ من مركز هذا الأجنبي الذي يوفي الدين ويحل محل الدائن.¹

المطلب الثاني: العلاقة بين الكفيل وغيره من الكفلاء

سبق وأن تطرقنا إلى أنه إذا تعدد كفلاء الدين الواحد في ذمة مدين واحد فإما أن يكونوا متضامنين فيما بينهم وإما أن يكونوا غير متضامنين وفي هذه الحالة الأخيرة إما أن تكون الكفالة قد تمت منهم جميعا بعقد واحد وإما أن تتم بعقود متوالية، وعليه سنتطرق لكل حالة على حده.

الفرع الأول: تعدد الكفلاء بعقد واحد دون تضامن

إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم فإن الدين ينقسم بينهم، ولا يكون للدائن الحق في مطالبة كل منهم إلا بقدر نصيبه في المسؤولية عن الدين، فإذا وفي أحد الكفلاء كل الدين رغم عدم مسؤوليته عنه فلا يستطيع الرجوع على غيره من الكفلاء إلا بالدعوى الشخصية المبنية على الإثراء بلا سبب، ويرجع على كل منهم بقدر نصيبه في المسؤولية عن الدين، وإذا أعسر أحد الكفلاء فلا يتحمل أحد من الباقيين أي نصيب في حصة المعسر بل يتحمل الدائن وحده حصة الكفيل المعسر.²

الفرع الثاني: تضامن الكفلاء أو التزامهم بعقود متوالية

إذا تعدد كفلاء الدين الواحد وكانوا متضامنين فيما بينهم فإن كلا منهم يكون مسؤولا عن الدين كله، ولا يمكن لأحد الكفلاء التمسك بتقسيم الدين بينه وبين غيره

¹ د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 107.

² د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 202.

من الكفلاء، وإذا وفي أحدهم الدين عند حلوله فله الرجوع على غيره من الكفلاء إما بدعوى الإثراء بلا سبب وإما بدعوى الحلول محل الدائن، لكن لا يجوز له أن يرجع على كل كفيل متضامن معه إلا بقدر حصته في الدين ونصيبه في حصة الكفيل المعسر،¹ وهذا ما نصت عليه المادة 668 ق مدني جزائري.

فإذا قام أحد الكفلاء بالوفاء بالدين كله كان له الرجوع على بقية الكفلاء بدعوى الإثراء بلا سبب أو بدعوى الحلول محل الدائن.

أولاً: الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب

إذا رجع الكفيل الموفي بدعوى الإثراء بلا سبب التي أساسها افتقار الموفي وإثراء الآخرين الذين تبرأ ذمتهم من الدين بسبب هذا الافتقار، كان للكفيل الموفي أن يرجع بأقل القيمتين قيمة افتقاره أو قيمة ما أثري به الكفيل الذي رجع عليه، وهذا الأخير قد أثري بمقدار حصته ونصيبه في حصة الكفيل المعسر، أما الكفيل الموفي فقد افتقر بما جاوز حصته في المسؤولية عن الدين، وبالمقابل يعتبر كل من الكفلاء الآخرين قد أثري بالقدر الذي برئت به ذمة كل منهم بقدر حصته في الدين ونصيبه في حصة المعسر منهم، وبالتالي لا يجوز للموفي أن يرجع على البقية بكل ما دفعه لأنه لم يفتقر إلا بالقدر الذي زاد عن نصيبه في الدين، لذا وجب عليه أن يستنزل نصيبه عند الرجوع على بقية الكفلاء، لأن مسؤولية الكفيل المتضامن عن الدين كله إنما تكون بالنسبة لعلاقة الكفيل بالدائن، أما بالنسبة لغيره من الكفلاء فإن الدين ينقسم في النهاية بينهم بقدر عدد الموسرين منهم.²

¹ د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 108.

² د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 191.

ثانياً: الرجوع بدعوى الحلول

إذا رجع الكفيل الموفي بدعوى الحلول فلا يرجع على كل كفيل إلا بقدر حصته في الدين ونصيبه في حصة المعسر منهم، وفي هذا الإطار نصت المادة 668 على: «إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله يجوز له أن يرجع على كل من الباقيين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم»، ويكون واهما من يتصور أن الكفيل الموفي يحل محل الدائن في كافة حقوقه تجاه المدين وسائر الكفلاء ويجوز له أن يرجع على أي كفيل بكل الدين وهذا يجعلنا ندور في حلقة مفرغة، إذ أن كل كفيل يوفي بالدين كله يرجع على غيره من الكفلاء بكل الدين وهكذا، لذلك ضببت المادة 668 ق مدني جزائري حدود المطالبة في دعوى الحلول.¹

وخلاصة لما سبق أن الكفيل الذي وفي عن غيره من الكفلاء لا يجوز له إلا المطالبة بحصة الكفيل الذي يرجع عليه وبنصيبه في حصة من أعسر من الكفلاء سواء كان الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب أو بدعوى الحلول.²

الفصل الرابع: انقضاء الكفالة

تنقضي الكفالة بطريق تبعي إذا انقضى الدين المكفول أي التزام المدين، ولما كانت الكفالة تابعة لهذا الدين فإن انقضائه يستتبع انقضاءها على أساس أن الفرع يتبع الأصل وأن التابع يتبع المتبوع، وهذا ما يطلق عليه بانقضاء الكفالة بصفة تبعية وهو ما سنتعرض إليه في المبحث الأول، وتنقضي الكفالة بطريق أصلي إذا انقضت هي ذاتها بسبب من أسباب انقضاء الدين دون أن ينقضي الدين المكفول، وهذا ما يطلق عليه انقضاء الكفالة بصفة أصلية وهو ما سنتعرض إليه في المبحث الثاني.

¹ د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 109.

² د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 198-199.

المبحث الأول: انقضاء الكفالة بصفة تبعية

تنقضي الكفالة بطريق تبعية إذا انقضى الدين المكفول، علما أن أسباب انقضاء الدين المكفول هي نفس الأسباب التي ينقضي بها أي دين وهي الوفاء، والوفاء بمقابل أو ما يقوم مقام الوفاء كالتجديد، المقاصة واتحاد الذمة، ودون وفاء كالإبراء، استحالة التنفيذ والتقدم، وعليه سنتناول بالدراسة كل سبب على حده لكن بشيء من الاختصار على أساس أن هذه المواضيع سبق دراستها في مقياس أحكام الالتزام.

المطلب الأول: الأسباب العامة لانقضاء الكفالة بصفة تبعية

تنقضي الكفالة بصفة تبعية بانقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء أو بما يقوم مقام الوفاء وإما بانقضاء الالتزام الأصلي دون وفاء، وعليه سنتطرق في الفرع الأول لانقضاء الالتزام بالوفاء أو بما يقوم مقام الوفاء وفي الفرع الثاني لانقضاء الالتزام دون وفاء.

الفرع الأول: انقضاء الكفالة بانقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء أو بما يقوم مقام الوفاء أودون وفاء

تنقضي الكفالة إذا قام المدين الأصلي بالوفاء بالدين أو بما يعادل الوفاء ويقوم مقامه كالتجديد والمقاصة واتحاد الذمة.

أولا: انقضاء الالتزام بالوفاء: إذا قام المدين بتسديد ما عليه من دين انقضى التزامه الأصلي وانقضى معه بالتبعية التزام الكفيل، أما إذا وفي بالدين شخص آخر غير المدين وحل الموفي محل وحل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه فإن ذمة الكفيل لا تبرأ لأن ذمة المدين لم تبرأ أيضا.¹

أما إذا وفي الكفيل وفاء جزئيا فإن الكفالة لا تنقضي إلا بمقدار الجزء الذي حصل الوفاء به، ويشترط أن يكون الوفاء صحيحا ويكون كذلك إذا كان الموفي مالكا

¹ د/ زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الأمل، تيزي وزو الجزائر، 2001، ص 100.

للشيء محل الوفاء وكان ذا أهلية للتصرف فيه، وإذا لم يكن كذلك كان الوفاء غير صحيح وبالتالي لا ينقضي التزام الكفيل ولا تبرأ ذمته،¹ وهذا ما نصت عليه المادة 260 ق مدني جزائري بقولها: « يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفي مالكا للشيء الذي وفي به وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه».

ثانيا: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

يندرج ضمن انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء بمقابل، التجديد والإنابة، المقاصة واتحاد الذمة.

1- انقضاء الالتزام بالوفاء بمقابل:

ينقضي الالتزام إذا قبل الدائن طوعا شيئا آخر في مقابل الدين، فتبرأ ذمة المدين عن طريق هذا الوفاء بمقابل وتبرأ بالتبعية ذمة الكفيل وتنقضي الكفالة بطريقة تبعية، وهذا ما يستشف من نص المادة 285 ق مدني جزائري التي تنص على: « إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء، وهو ما تؤكد المادة 655 ق مدني جزائري بقولها «إذا قبل الدائن شيئا آخر في مقابل الدين برئت بذلك ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء.»

والوفاء بمقابل هو عملية مركبة من تجديد ووفاء فينقضي الالتزام الأصلي بسبب تجديده عن طريق تغيير محله، فينشأ التزام جديد محله الشيء الذي استعويض به عن محل الدين الأصلي ثم ينقضي الدين الجديد بالوفاء الفوري، وتنقضي معه التأمينات الضامنة لهذا الدين، ومنها الكفالة فتبرأ بذلك ذمة الكفيل.²

¹ د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 109.

² د/ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 103.

2- انقضاء الالتزام المكفول بالتجديد: التجديد هو إحلال دين جديد محل دين قديم، وهذا الدين الجديد يختلف عن الدين القديم إما في محله أو في مصدره أو في أحد طرفيه (أي الدائن والمدين).¹

ويترب على التجديد انقضاء الالتزام القديم أي الدين المكفول وانقضاء كفالة هذا الدين بصورة تبعية، ويحل محل الدين المكفول دين جديد لا تنتقل إليه التأمينات التي كانت تكفل الدين القديم، أي تنقضي تبعاً لذلك الكفالة التي كانت ضامنة له ما لم يرض الكفيل بضمان الالتزام الجديد.² وهذا ما نصت عليه المادة 393 ق مدني جزائري.

3- انقضاء الالتزام المكفول بالإنابة: الإنابة عمل قانوني يحصل بمقتضاه المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين،³ والإنابة المقصودة هنا هي الإنابة الكاملة⁴ والتي يترتب عليها انقضاء التزام المدين (المنيب) بتوابعه ليحل محله التزام شخص آخر هو المناب في مواجهة الدائن وهو المناب لديه، أما الإنابة الناقصة فإنها لا تؤدي إلى انقضاء الالتزام القديم⁵ وبالتالي تبقى كفالة الالتزام قائمة ولا تنقضي.

4- انقضاء الالتزام المكفول بالمقاصة: إذا توافرت شروط المقاصة⁶ المنصوص عليها في المادة 297 ق مدني جزائري بين الدين المكفول ودين المدين في ذمة الدائن بحيث انقضى الدين المكفول كله أو بعضه انقضى التزام الكفيل بالتبعية بالنسبة لهذا القدر المنقضي من الالتزام المكفول.⁷

¹ د/ عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، 1968، ص 404.

² د/ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 104.

³ د/ عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق، ص 422.

⁴ الإنابة الكاملة هي تجديد الالتزام بتغيير شخص المدين فتبراً ذمة هذا الأخير (المنيب) تجاه الدائن (المناب لديه) بشرط أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب صحيحاً وألا يكون المناب معسراً وقت الإنابة. (انظر في ذلك ما نصت عليه المادة 295 ق مدني جزائري).

⁵ الإنابة الناقصة هي التي يقوم فيها التزام المناب بجانب التزام المنيب ويصبح للدائن مدينان بدلاً من مدين واحد، وهذه الإنابة لا تتضمن تجديداً للالتزام ولا يترتب عليها انقضاءه وبالتالي لا تنقضي الكفالة. انظر في ذلك د/ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 105.

⁶ تقع المقاصة في دينين متقابلين ومستحقي الأداء ومتماثلين في المحل وخاليان من النزاع، وأن يكون كل من الدينين صالحاً للمطالبة به قضاء.

⁷ د/ همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 189.

مثال: إذا كان أحمد مدينا مكفولا ليوسف بمبلغ 100 مليون سنتيم، ثم قام أحمد ببيع سيارته ليوسف بمبلغ 150 مليون سنتيم فإن أحمد الذي كان مدينا أصبح دائنا ليوسف بمبلغ 50 مليون بعد إجراء المقاصة بين الدينين، فانقضى الالتزام المكفول وانقضى معه التزام الكفيل بالمقاصة، ولا يمكن أن تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة، وصاحب المصلحة هو المدين، لكن حتى الكفيل صاحب مصلحة، إذ يترتب على انقضاء الدين الأصلي بالمقاصة انقضاء التزامه بالتبعية حتى ولو لم يتمسك بها المدين وهذا استنادا لنص المادة 654 ق مدني جزائري التي تنص على: « يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين. »

غير أنه لا يمكن أن تقع مقاصة بين دين الدائن في ذمة المدين ودين الكفيل غير المتضامن في ذمة الدائن لأن الدينين غير متقابلين.¹

5- انقضاء الالتزام المكفول باتحاد الذمة: اتحاد الذمة هو اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة لدين واحد، وهذا ما ورد في المادة 304 ق مدني جزائري، حيث نصت على: « إذا اجتمع في شخص واح صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة. » فإذا اتحدت ذمة المدين والدائن بأن ورث أحدهما الآخر أو أوصى الدائن للمدين بدينه فإن الالتزام الأصلي المكفول ينقضي وينقضي معه التزام الكفيل.²

مثال: فرضا أن (أ) مدين مكفول ل (ب) الدائن بمبلغ 100 مليون سنتيم وقبل أن يسدد (أ) ما عليه من دين توفي (ب) وورثه (أ)، فإن (أ) بعدما كان مدينا فقط فقد

¹ د/ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 107.

² د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 109.

أصبح دائنا ومدينا في آن واحد فينقضى الالتزام الأصلي لاتحاد ذمة الدائن والمدين في شخص واحد وينقضى بالتبعية التزام الكفيل.

ثالثا: انقضاء الالتزام الأصلي دون وفاء: ينقضى الالتزام الأصلي دون وفاء في عدة حالات هي الإبراء واستحالة التنفيذ والتقدم إضافة انقضاء الالتزام بالفسخ أو الإبطال.

1- انقضاء الالتزام الأصلي بالإبراء: الإبراء هو نزول الدائن عن حقه للمدين بدون مقابل، وهو عمل من أعمال التبرع¹، فإذا أبرأ الدائن مدينه من الدين المكفول انقضى الالتزام الأصلي وانقضى معه أو بالتبعية له التزام الكفيل، إذ لا يمكن للدائن أن يبرئ المدين ويحتفظ بحقه ضد الكفيل باعتبار أن التزام الكفيل التزام تابع للالتزام الأصلي².

والإبراء في القانون الجزائري يتم بإرادة الدائن لكنه يصبح باطلا إذا رفضه المدين، وهذا ما نصت عليه المادة 305 ق مدني جزائري بقولها: « ينقضى الالتزام إذا برأ الدائن مدينه اختيارا، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين. »³

2- انقضاء الالتزام الأصلي باستحالة التنفيذ: ينقضى الالتزام الأصلي للمدين باستحالة التنفيذ أو استحالة الوفاء به، فإذا كانت الاستحالة لسبب أجنبي انقضى الالتزام الأصلي وانقضى التزام الكفيل فتبرأ بذلك ذمة المدين وذمة كفيله، أما إذا كانت الاستحالة بسبب خطأ المدين فلا تبرأ ذمة الكفيل ويتحول محل الالتزام إلى تعويض فلا تبرأ ذمة المدين ويبقى الكفيل ضامنا للالتزام بالتعويض، أما إذا استحال

¹ د/ عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق، ص 451.

² د/ همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 193.

³ د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 115.

التنفيذ بتقصير من الكفيل أو بخطأ منه فإن ذمة المدين تبرأ باعتبار أن فعل الكفيل يعتبر سببا أجنبيا وتبرأ ذمة الكفيل بالتبعية إلا أنه يبقى مسؤولا تجاه الدائن كمدین أصلي لا ككفيل.¹

3- انقضاء الالتزام الأصلي بالتقادم: إذا انقضى الالتزام الأصلي بالتقادم فإن التزام الكفيل ينقضي بالتبعية لذلك ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة به، كأن يكون التزام الكفيل مستحقا في أجل لاحق لأجل استحقاق الالتزام الأصلي المكفول، أما إذا انقضت مدة التقدم الخاصة بالكفيل فينقضي التزام الكفيل دون أن يؤدي إلى انقضاء الالتزام الأصلي بالتبعية، في حين أن التزام الكفيل ينقضي بصفة تبعية لانقضاء الالتزام الأصلي بالتقادم، وللكفيل التمسك بتقادم الالتزام الأصلي ولو لم يتمسك به المدين بل حتى في حالة تنازل هذا الأخير عن التمسك بهذا الحق.²

4- انقضاء الكفالة بفسخ الدين أو بإبطاله: بما أن عقد الكفالة عقد تابع للالتزام الأصل وجودا وعدما فإنه في حالة فسخ العقد الذي أنشأ الدين يصبح الدين في حكم العدم وتنقضي معه الكفالة بالتبعية، وإذا كان العقد الذي أنشأ الدين المكفول قابلا للإبطال وتم إبطاله بأثر رجعي زال الدين المكفول وزالت بزواله الكفالة بأثر رجعي.³

المبحث الثاني: انقضاء الكفالة بصفة أصلية

تنقضي الكفالة بطريقة أصلية استقلالا عن الالتزام الأصلي المكفول ولأسباب ترجع إليه، سواء أدت هذه الأسباب إلى انقضاء الالتزام الأصلي أو بقي قائما في ذمة

¹ د/ رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 127.

² د/ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 111.

³ د/ همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 195.

المدين، وتصنف هذه الأسباب إلى أسباب عامة لانقضاء الكفالة بطريق أصلي، وأسباب خاصة بمركز الكفيل.

المطلب الأول: الأسباب العامة لانقضاء الكفالة بطريق أصلي

ينقضي التزام الكفيل بالأسباب التي ينقضي بها أي التزام، فتتنقضي الكفالة بالوفاء ويترتب على هذا الوفاء انقضاء التزام الكفيل، كما ينقضي التزامه بالوفاء بمقابل، حيث يقبل الدائن وفاءً لدينه من الكفيل شيئاً آخر غير محل الالتزام المكفول، كما ينقضي التزام الكفيل بالتجديد وذلك باتفاق الدائن مع شخص آخر على أن يحل كمدين بالضمان مكان الكفيل الأصلي، أو يتفق الدائن مع الكفيل على أن يكون مكان المدين الأصلي.¹

كما ينقضي التزام الكفيل بصفة مستقلة عن الالتزام الأصلي بالمقاصة حيث يتمسك الكفيل بالمقاصة بين ما له تجاه الدائن وما عليه ضماناً للمدين المكفول، وبهذه المقاصة يتحقق الوفاء بالمدين المكفول ويكون للكفيل الرجوع على المدين بما وفاه عنه بدعوى الكفالة أو بدعوى الحلول.²

وتنقضي الكفالة أيضاً باتحاد الذمة بين الكفيل والدائن كما لو ورث أحدهما الآخر فتتنقضي الكفالة بصفة أصلية بعد أن اتحدت ذمة الكفيل والمدين غير أن الدين المكفول يبقى قائماً ويكون للكفيل الذي صار دائناً باتحاد الذمة مطالبة المدين بالدين.³ أما إذا مات المدين وورثه الكفيل أو مات الكفيل وورثه المدين فإننا لا نكون بصدد اتحاد الذمة باعتبار أن اتحاد الذمة يتطلب اجتماع صفتا الدائن والمدين في ذات الشخص بالنسبة لذات الدين، لكن في هذه الحالة نكون بصدد اجتماع لصفتي المدين

¹ د/نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2007، ص 419-420.

² د/همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 197.

³ د/زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 114.

الأصلي والمدين التبعي في شخص واحد فلا تنقضي الكفالة ولكن صفة المدين الأصلي في علاقته بالدائن هي التي تطغى على صفة الكفيل دون أن تنقضي ونتيجة لذلك يفقد الكفيل حقوقه في مواجهة الدائن فلا يستطيع تجاهه بالتجريد أو بالتقسيم أو ببراءة ذمته لإضاعة التأمينات، لكن لما كانت صفة الكفيل لم تنقض فإن جميع التأمينات التي كانت تكفل التزام الكفيل تبقى ضامنة للالتزام الأصلي بحيث يستطيع الدائن الرجوع على كفيل الكفيل وإذا وفي هذا الأخير بالدين كان له أن يرجع على المدين أو الكفيل من بقي منهما حيا وورث الآخر.¹

وتنقضي الكفالة مع بقاء الدين المكفول قائما إذا أبرأ الدائن الكفيل فتنقضي الكفالة مع بقاء الدين المكفول، غير أنه لا يجوز للدائن أن يبرئ ذمة المدين الأصلي باعتبار أن براءة ذمة المدين الأصلي تؤدي إلى انقضاء الكفالة بصفة تبعية، لأن زوال الأصل يستتبع زوال الفرع التابع، أما في حالة تعدد الكفلاء فإن إبراء الدائن لأحدهم لا يؤدي إلى براءة ذمة غيره من الكفلاء الآخرين، وتجاوز مطالبة الكفلاء الآخرين كل بقدر حصته إذا كانوا غير متضامنين، كم يجوز للدائن أي منهم بالدين إذا كانوا متضامنين بينهم بعد خصم حصة الكفيل الذي أبرئ.²

كما يمكن أن تنقضي الكفالة بالتقادم مع بقاء الدين المكفول قائما، ولكن لأول وهلة لا يتصور أن تنقضي الكفالة مع بقاء الالتزام المكفول على أساس نشوءهما في وقت واحد، مما يستدعي انقضاءهما في آن واحد، لكنه يمكن أن نتصور انقضاء التزام الكفيل بصفة أصلية مع بقاء الالتزام المكفول، وهذا يحدث إذا ما انقطع التقادم بالنسبة للمدين الأصلي دون أن ينقطع بالنسبة للكفيل وفي هذه الحالة ينقضي التزام الكفيل بتمام مدته قبل انقضاء الالتزام الأصلي.³

¹ د/همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 197.

² د/نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 422.

³ د/زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 114.

كما يمكن للكفيل إبراء لذمته أن يتمسك بإبطال التزامه وفقا للقواعد العامة.

المطلب الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة بطريق أصلي

هناك ثلاثة أسباب تنقضي بها الكفالة بصفة أصلية دون أن ينقضي الالتزام الأصلي، وقد نص القانون المدني على هذه الأسباب في المواد: 656، 657، 658 وملخص هذه المواد:

- 1- براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من ضمانات (المادة 656 ق مدني،
- 2- براءة ذمة الكفيل لتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين (م 657 ق مدني،
- 4- عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين فتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر (المادة 658 ق مدني جزائري) علما أن في كل الحالات الثلاث يبقى الدين الأصلي قائما.

الباب الثاني: التأمينات العينية

بعد أن اتضح-من خلال دراستنا للكفالة – أن التأمينات الشخصية غير قادرة على توفير ضمان كامل للدائن من خطر إعسار المدين والكفيل، أصبح من الضروري البحث عن نوع ثان من الضمانات يمكن أن يطمئن له الدائن ويأمن على به على أمواله، ويتمثل هذا الضمان في التأمينات العينية (الرهن الرسمي والحيازي).

وقد نظم المشرع الجزائري التأمينات العينية في الكتاب الرابع وعنوانه ب الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية من خلال المواد من 882 إلى 1001 متطرقا لعدة مواضيع تندرج ضمن التأمينات العينية وهي: الرهن الرسمي (المواد من 882 إلى 936)، حق التخصيص (المواد من 937 إلى 947)، الرهن الحيازي (المواد من 948 إلى 981)، حقوق الامتياز (المواد من 982 إلى 1001) وعليه سنتطرق بالتفصيل لكل تأمين على حده.

الفصل الأول: الرهن الرسمي

لدراسة الرهن الرسمي باعتباره من التأمينات العينية يتعين التطرق لمفهوم الرهن الرسمي في المبحث الأول، ثم إنشاء عقد الرهن في المبحث الثاني، ثم آثار عقد الرهن في المبحث الثالث ثم انقضاء الرهن في المبحث الرابع.

المبحث الأول: مفهوم عقد الرهن

سنتناول في هذا المبحث تعريف الرهن الرسمي في المطلب الأول ثم خصائصه في المطلب الثاني، ثم تمييزه عن التأمينات الأخرى في المطلب الثالث.

المطلب الأول: تعريف الرهن الرسمي

عرفت المادة 882 ق مدني جزائري الرهن الرسمي بأنه « عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان.»

ويلاحظ على هذا التعريف أن المشرع عرف الرهن الرسمي بأنه عقد ولم يعرفه بأنه حق عيني بمعنى أن المشرع غلب فكرة العقد على فكرة الحق الذي ينشأ عن العقد، فعرفه بوسيلته دون غايته، وكان من الأجدر تعريفه بغايته على أنه حق تماشياً مع موضعه في القانون المدني، حيث أدرجه ضمن الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية خلافاً للمشرع الفرنسي الذي عرفه بأنه حق عيني على العقارات المخصصة للوفاء بالالتزام وهو بطبيعته غير قابل للتجزئة ويبقى بأكمله على العقارات المرهونة وعلى كل عقار وعلى كل جزء منها ويتبعها في أية يد انتقلت إليها.¹

كما يلاحظ أن للرهن الرسمي في القانون الجزائري مصدر واحد وهو العقد إلا أنه وبالرجوع إلى نص المادة 883 نجد أنها تنص على أن عقد الرهن لا ينعقد إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون، وهذا ما جعلنا نقول بأن 882 عرفت الرهن عندما يكون مصدره العقد وأغفلت تعريفه ببقية مصادره المذكورة في المادة 883 ق مدن جزائري.

ويلاحظ أيضاً أن المشرع الجزائري اقتصر في تعريفه للرهن الرسمي على ذكر الدائنين التاليين للدائن المرتهن في المرتبة وأغفل ذكر الدائنين العاديين مما يوحي أن الدائن المرتهن لا يتقدم عليهم مع أن الحقيقة خلاف ذلك.

كما يلاحظ أن هذا التعريف أغفل خاصية مهمة في الرهن الرسمي وهي احتفاظ الراهن بحياسة العقار المرهون.

ونظراً للانتقادات المقدمة للتعريف الذي جاء به المشرع الجزائري نحاول أن نستعرض التعريف الفقهي الذي جاء به الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري كما يلي: «الرهن الرسمي هو حق عيني ينشأ بمقتضى عقد رسمي هو الرهن ويتقرر ضماناً للوفاء بدين، وهذا الحق العيني يتقرر على عقار مملوك للمدين أو لكفيل عيني، وبموجبه يكون للدائن الحق في استيفاء دينه من ثمن هذا العقار مقدماً في ذلك على

¹ شوقي بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر 2009، ص 62.

الدائنين العاديين لمالك هذا العقار وللدائنين أصحاب الحقوق العينية على هذا العقار المتأخرين في المرتبة، ومتبعاً هذا العقار تحت يد من انتقلت إليه ملكيته»¹.

المطلب الثاني: خصائص الرهن الرسمي

بما أن الرهن الرسمي يطلق على العقد وعلى الحق العيني الذي ينشئه لذا وجب تبيان خصائصه باعتباره حقا ثم باعتباره عقداً.

الفرع الأول: خصائص الرهن الرسمي باعتباره حقا

من تعريف المادة 2 ق مدني جزائري للرهن الرسمي يتضح أنه يتميز بخمس خصائص فهو حق عيني وتعبي ينشأ على عقار بمقتضى عقد رسمي ، وهو بحسب الأصل حق غير قابل للتجزئة، وهو حق اتفاقي.

أولاً: الرهن الرسمي حق عيني

لأنه يخول لصاحبه سلطة مباشرة على مال معين بموجها يستطيع اقتضاء حقه من المقابل النقدي لهذا المال محل الحق بالأفضلية أي بالتقدم على غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة إذا كانوا أصحاب حقوق مقيدة مثله كما سنبين فيما بعد، ويستطيع صاحب هذا الحق أن يتبع العقار في أي يد يكون قد انتقل إليها العقار سواء بالملكية أو الحيازة، باعتبار أن حق الرهن الرسمي ليس جزءاً من الملكية كحق الارتفاق وحق الانتفاع بل هو حق الملكية نفسه أو حق عقاري آخر وضع ضماناً لدين معين.²

ثانياً: الرهن الرسمي حق تبعي:

إذ أنه لا ينشأ إلا تابعا لحق أصلي لضمان الوفاء به، ويترتب على هذه التبعية أن الرهن يتبع الحق الأصلي المضمون ويدور معه وجوداً وعدماً، وهذا ما قرره المادة 893 ق

¹د/ عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 270.

²د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 20.

مدني جزائري مؤكدة على هذه الخاصية بقولها « لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون بل يكون تابعة له في صحته وفي انقضائه »

كما تقضي المادة 933 ق مدني جزائري بأنه « ينقضي حق الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضي به الدين».

ثالثا: الرهن الرسمي حق عقاري

فهو لا يرد إلا على عقار دون المنقول، بخلاف الرهن الحيازي الذي يرد على العقار والمنقول، وقد عرفت المادة 684 ق مدني جزائري المال العقاري بأنه «يعتبر كل حق عيني يقع على عقار بما في ذلك الملكية»، وعلى ذلك فإن الرهن يمكن أن يرد على حق الملكية، أو ملكية الرقبة أو على حق الانتفاع ، طالما تعلقت هذه الحقوق بعقار، أي بشئ مستقر بحيزه و ثابت فيه ولا يمكن نقله دون تلف (المادة 683 ق مدني جزائري)، ويراعي أن الرهن الرسمي قد يرد استثناء على بعض المنقولات وهي السفينة البحرية والسفينة النهرية والطائرة والمحل التجاري ، وقد نظم القانون لها طريقة خاصة من طرق الشهر¹. والسبب أن الرهن الرسمي لا يرد على المنقول لأن هذا الرهن هو رهن غير حيازي أي أن الحيازة لا تنتقل إلى الدائن المرتهن بل تبقى عند المدين الراهن.

رابعا: الرهن الرسمي حق غير قابل للتجزئة

نصت على هذه الخاصية المادة 892 ق مدني جزائري بقولها: «كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضمانا لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ما لم ينص القانون أو يقضي الاتفاق بغير ذلك».

وانطلاقا من هذا النص يتضح أن عدم التجزئة يظهر بالنسبة للعقار المرهون، كما يظهر بالنسبة للدين المضمون، بمعنى أن هناك نوعا من الارتباط ما بين العقار المرهون والدين المضمون مبني على عدم التجزئة فإن الرهن لا يتجزأ، ولهذه القاعدة معنيان: فهي تعني أولا أن أي جزء من العقار المرهون ضامن، فلو باع الراهن جزءا من العقار

¹ د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 21.

المرهون أو أحد العقارات المرهونة كان للدائن المرتهن أن يرجع بكل الدين على العقار المبيع في يد الحائز، ولا يقتصر على الجزء من الدين الذي يتناسب مع قيمة هذا العقار، وهي تعني ثانياً أن أي جزء من الدين مضمون بكل العقار المرهون، فلو وفي المدين الجزء الأكبر من الدين فإن كل العقار أو العقارات المرهونة تبقى مع ذلك ضامنة للجزء الباقي، علماً أن قاعدة عدم تجزئة الرهن ليست من النظام العام فيجوز للأطراف الاتفاق على التجزئة في عقد الرهن نفسه أو في عقد لاحق.¹

خامساً: حق الرهن الرسمي حق اتفاقي

هو حق اتفاقي لأن مصدره العقد ولكنه من العقود الشكلية، وهذا ما أكدته المادة 883 ق مدني جزائري بقولها "لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي"

الفرع الثاني: خصائص الرهن الرسمي باعتباره عقداً

يتميز الرهن الرسمي باعتباره عقداً بثلاث خصائص هي:²

أولاً: هو عقد شكلي: لأن توافق الإرادتين لا يكفي لانعقاده، بل اشترط القانون فوق ذلك تحريره في ورقة رسمية، فإذا لم يتوافر هذا الشكل في العقد وقع باطلاً بطلاناً مطلقاً،
ثانياً: هو عقد ملزم لجانب واحد: لأنه لا ينشئ التزامات إلا في ذمة الراهن، إذ المفروض أن الدائن قد سبق أن أقرض المدين أو من له أجل الدين، وهذا هو المقابل للالتزام الراهن، أما الدائن المرتهن فلا يلتزم في عقد الرهن ذاته بشئ، بل يتمخض العقد لمنفعته وسنرى ذلك في شرط الأهلية.

ثالثاً: هو عقد معاوضة: لأن الراهن لا يتبرع للمرتهن بالرهن " كما سبق أن قدمنا - بل يقدمه بمقابل سواء كان هذا المقابل هر وفاء التزام تعهد به المدين للدائن أو كان هو قيام الدائن بتقديم قرض للمدين أو منحه أجلاً.

¹ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 80.

² د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 27.

المبحث الثاني: إنشاء الرهن الرسمي

يشترط لإنشاء الرهن الرسمي توافر الشروط الموضوعية التي تنقسم إلى شروط موضوعية عامة تلك الواجب توافرها في كل العقود والتي تمت دراستها في النظرية العامة للعقد وشروط موضوعية خاصة نص عليها المشرع عند تنظيمه للرهن الرسمي، إضافة الشروط الشكلية اللازمة لانعقاد الرهن، وعليه سنتناول الشروط الموضوعية في المطلب الأول ثم الشروط الشكلية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الشروط الموضوعية لإنشاء الرهن الرسمي

إن عقد الرهن الرسمي شأنه شأن بقية العقود ينشأ بالتراضي بين الراهن والدائن المرتهن، لذا يجب أن يخضع للقواعد العامة التي يخضع لها التصرف القانوني، بالإضافة إلى إفراغ التقاء إرادتي الطرفين المتطابقتين في الصورة الرسمية التي تطلبها القانون حتى ينشأ عقد الرهن الرسمي، وشروط إبرام الرهن الرسمي هي شروط التصرف القانوني، والعقد بصفة عامة، لذا سنحيل فيها إلى ما تم تناوله في النظرية العامة للعقد، وسيقتصر كلامنا على الشروط الموضوعية الخاصة المتمثلة في أهلية إبرام عقد الرهن الرسمي والشروط المتعلقة بالعقار الذي يرد عليه الرهن ثم شروط الالتزام المضمون بالرهن.

الفرع الأول: أهلية إبرام عقد الرهن الرسمي

حيث أن الرهن عقد ملزم لجانب واحد، وهو الراهن، وحيث أن هذا الراهن يقدم على تصرف خطير، وهو تقرير حق عيني على مال من أمواله، فلذلك قد قرر المشرع أن الرهن لا ينعقد إلا بعقد رسمي (المادة 883 ق مدني جزائري) واشترط أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه سواء كان هذا الراهن هو نفس المدين أو كان شخص آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين (م 884 ق مدني جزائري)، وعلى ذلك فإن الرهن الرسمي يعتبر بالنسبة للراهن من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة، لأنه وإن كان لا

يترتب عليه خروج العقار المرهون من ذمة الراهن إلا أنه يثقله بحق عيني يقلل من صلاحياته باعتباره عنصرا من عناصر الائتمان التي يعول عليها المدين في الاقتراض مرة أخرى مما يترتب عليه الحد من هذه القدرة،¹ ولذلك يشترط القانون توافر أهلية التصرف في العقار نفسه.

ويعتبر الرهن بالنسبة للمدين تصرفا من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، وفي هذا النوع من التصرفات يشترط القانون توفرا أهلية الكاملة في شخص المدين الراهن، وإذا صدر من الصبي المميز أو من في حكمه كان قابلا للإبطال، أما بالنسبة للرهن الصادر من شخص غير المدين أي الكفيل العيني فإنه يعتبر من التصرفات الضارة ضررا محضا إذا كان الكفيل العيني قد قدم الرهن تبرعا للمدين ولم يحصل على أي مقابل فيكون بذلك هذا الرهن باطلا بطلانا مطلقا لصدوره من غير ذي أهلية، أما إذا كان الكفيل العيني ناقص الأهلية قد قدم الرهن بمقابل ففي هذه الحالة يكون الرهن من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ويصبح قابلا للإبطال وليس باطلا بطلانا مطلقا.² أما عن أهلية الدائن المرتهن فإنه لا يلتزم بشيء باعتباره طرفا في عقد ملزم لجانب واحد وهو الراهن، لذلك يكفي أن تتوافر فيه أهلية الاغتناء أو بمعنى آخر أن يكون مميزا أو من يكون في حكمه أي المحجور عليه لسفه أو لغفلة.³

الفرع الثاني: العقار الذي يرد عليه الرهن الرسمي

يتعين التطرق للشروط الواجب توافرها في الشيء المرهون ثم في ملحقاته.

أولا: يجب أن يكون الشيء المرهون عقارا: تنص المادة 886 ق مدني جزائري على أنه لا يجوز أن ينعقد الرهن إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك « .. فالرهن الرسمي لا يرد إلا على العقار دون المنقول والحكمة من ذلك أن حيازة الشيء المرهون تبقى فيه للراهن، فلا تنتقل إلى المرتهن، فإذا كان الشيء المرهون منقولاً لأمكن للراهن أن

¹ د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 46-47.

² د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 32.

³ د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 47-48.

يتصرف فيه تصرفاً يضر بحقوق المرتهن وذلك لأن المنقولات بحسب طبيعتها متماثلة ويسهل التصرف فيها وانتقالها بسرعة من يد إلى يد ومن مكان إلى مكان.¹

ويجب أن يكون الشيء المرهون عقاراً، وأن يكون مما يصلح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني وأن يكون موجوداً وقت الرهن وأن يكون معيناً تعييناً دقيقاً وأن يكون مملوكاً للراهن.

1- الشرط الأول صفة العقار: لا يمكن أن يكون محلاً للرهن الرسمي إلا العقار، وهذا بنص المادة 886 ق مدني جزائري، وهذا يفسر أن الرهن لا يؤدي إلى نقل حيازة الشيء المرهون إلى المرتهن، لأن استبقاء الحيازة للراهن لا يمثل خطورة على ضمان الدائن لأن العقار شيء ثابت لا يستطيع الراهن تبديده أو إخفائه، وعليه لا يجوز رهن المنقول رسمياً كقاعدة عامة، ويستوي أن يكون المنقول مادياً أو غير مادي، فلا يجوز رهن السيارات رهناً رسمياً، ولا أثاث المنازل ونحو ذلك، ولا يصح رهن الديون رهن رسمياً ولا رهن حق المستأجر لأنه حق شخصي منقول ولو كان الشيء المؤجر عقاراً، كما لا يجوز رهن حق المؤلف رهناً رسمياً، فإذا ورد الرهن الرسمي على منقول كان باطلاً، وإذا كان الرهن الرسمي لا ينشأ بحسب الأصل إلا على عقار، فإن هذا لا يمنع الإرادة التشريعية من أن تقرر نظام الرهن الرسمي، أو نظام مشابه بالنسبة للمنقولات التي يسهل شهر ما يرد عليها من تصرفات بطريق القيد، ولذا فقد جاء في المادة 886 ق مدني بعد النص على عدم جواز ورود الرهن الرسمي إلا على عقار القول (ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك) وهذا هو الحال في رهن المحل التجاري، فقد نصت الإرادة التشريعية على المادة (120) تجاري جزائري إذ تقضي (يثبت الرهن الحيازي بعقد رسمي ويتقرر وجود الامتياز المترتب على الرهن بمجرد قيده بالسجل العمومي..الذي يمسك بالمحكمة التي يستغل في نطاق

¹ د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 206.

دائرتها المحل التجاري (. على أن يتم إجراء القيد خلال 30 يوما من تاريخ العقد التأسيسي تحت طائلة البطلان.¹

ملاحظة هامة 1: لا يجوز رهن المنقولات بالتخصيص على وجه الاستقلال عن العقار المعد لخدمته، لأن هذه الأشياء تظل محتفظة بصفتها المنقولة ولا تستمد صفتها العقارية إلا من إلحاقها بالعقار.

تطبيقات على رهن العقار أي عقار بطبيعته يجوز رهنه ويجوز رهن البناء مع الأرض أو مستقلا عنها سواء كان البناء مملوكا لصاحب الأرض أو مملوكا للغير، وهذا ما تشير إليه المادة 889 ق مدني جزائري بقولها: « يجوز لمالك المباني القائمة على أرض الغير أن يرهنها... » وإذا كان حق الانتفاع مقررا على أرض فيجوز لمالك الرقبة أن يرهنها، كما يجوز رهن حق الانتفاع إذا كان مقررا على عقار ويكون مصيره مصير الرهن إذ ينقضي بانقضاء أجله أو بموت المنتفع.

الشرط الثاني: أن يكون العقار مما يصلح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني، وهذا ما نصت عليه المادة 886 ق مدني جزائري وهو شرط منطقي لضمان حق الدائن، لأن قيمة هذا الضمان تتمثل في قدرة الدائن على استيفاء حقه من ثمن العقار بعد بيعه بالمزاد.²

الشرط الثالث: أن يكون العقار موجودا وقت الرهن: ويستخلص هذا الشرط من المادة 2/886 إذ تنص على أنه « ... وأن يكون معيننا 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 ».

ومعنى الوجود أن يكون العقار قائم، وعلى ذلك لا يجوز رهن عقار من المباني قبل إتمام بنائه، ومعني آخر لا يجوز رهن العقار المستقبلي، ويلاحظ أن التقنين المدني المصري بعد

¹ د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 36.

² د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 209.

أن نص في المادة 1033 في فقرتها الأولى على عدم صحة الرهن إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون، وأضاف في فقرتها الثانية أنه (يقع باطلا رهن المال المستقبل)، ونحن نرى أنه كان الأفضل النص في القانون المدني الجزائري على عدم جواز رهن العقار المستقبل استثناء من القاعدة العامة التي تجيز التعامل في الشيء المستقبل طبقا لنص المادة 92 ق مدني جزائري، ويمكن تفسير النص على بطلان رهن الشيء المستقبل رهنا رسميا برغبة الإرادة التشريعية الجزائرية في التضييق على إبرام هذا الرهن حماية لكل من الراهن والدائن المرتهن، ويعتبر مالا مستقبلا ما عسى أن يؤول إلى الشخص في المستقبل من أموال بدون تحديد، وعليه يكون باطلا أن يرهن شخص ما عسى أن يمتلكه في المستقبل من عقارات.¹

س/ هل يجوز رهن ملك الغير؟

ج/ تنص المادة 1033 من القانون المدني المصري على جواز رهن ملك الغير بقولها: « إذا كان الراهن غير مالك العقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحا إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية، وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكة للراهن». ونحن نتساءل عن حكم رهن ملك الغير في القانون المدني الجزائري إزاء عدم النص عليه، ونرى أنه يقع باطلا لأن من شروط صحة الرهن أن يكون مملوكا للراهن، غير أننا نرى وجوب النص على رهن ملك الغير والأخذ بما قرره القانون في بيع ملك الغير (المواد 397 - 399) من أحكام، وطبقا لهذه الأحكام يكون رهن ملك الغير قابلا للإبطال، وأن عقد الرهن يصبح صحيحا إذا أجازته المالك الحقيقي، وبالنص على ذلك يتم توحيد الحكم ما بين بيع ملك الغير ورهن ملك الغير لوحدة العلة وتحقيقا لاتساق التشريع.

¹ د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 56.

الشرط الرابع : يجب أن يكون العقار معينة تعيينا دقيقا: نصت على هذا الشرط المادة 2/886 بقولها «... وأن يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه، وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق، وإلا كان الرهن باطلا. « والتعيين الدقيق يقتضي أن يكون العقار الذي يرد عليه الرهن محددًا من حيث طبيعته، أي بيان إن كان أرضاً زراعية، أو أرض عارية، أو مبنى، وفي الحالة الأخيرة يجب أن يبين إن كان منزلاً، أو مخزناً أو مصنعا، كما يجب تحديد موقع العقار، فإن كان أرضاً زراعية يبين القرية التي تتبعها القطعة وحدود الأرض، أي بيان ما يجاورها من جميع نواحيها من أملاك الغير، أو الطرق أو مجاري المياه، كما يجب تحديد مساحة العقار ومكوناته وبصفة عامة مع ذكر كل بيان يفيد في تمييز العقار عن غيره، فإذا كانت البيانات المتعلقة بالعقار المرهون غير كافية في تعيينه تعييناً دقيقاً كان عقد الرهن باطلا طبقاً لنص المادة 2/886 ق مدني جزائري، ويجوز تعيين العقار تعييناً دقيقاً بعد إنشاء عقد الرهن بعقد رسمي لاحق.¹

الفرع الثالث: شمول الرهن لملحقات العقار المرهون

نصت المادة 887 ق مدني جزائري على أنه «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...» وعليه سنكتفي بدراسة المشتملات المذكورة في هذه المادة باعتبارها عقارا لا منقولا. **أولاً: حقوق الارتفاق:** يمتد الرهن ليشمل كل حقوق الارتفاق المقررة لصالح العقار المرهون، فهذه الحقوق لا يجوز رهنها استقلالاً عن العقار، باعتبار أن حق الارتفاق يخدم عقار معين فيتبع العقار الذي يخدمه، فإذا بيع العقار بيعت معه الحقوق المقررة لصالحه، وإذا رهن هذا العقار رهننت معه تلك الحقوق حتى ولو وجدت حقوق الارتفاق بعد الرهن.²

¹ د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 41.

² د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 235.

ثانيا: العقارات بالتخصيص: العقارات بالتخصيص هي منقولات بحسب طبيعتها ولكنها مملوكة لصاحب العقار وملحقة بهذا العقار ومرصودة لخدمته واستغلاله (م 2/683 ق مدني جزائري)، ومن أمثلة ذلك آلات الري والحراث، والأثاث بالنسبة للفنادق، والآلات بالنسبة للمصانع، فإذا كان هناك رهن مقرر على عقار معين فإن هذا الرهن يمتد بالتبعية إلى العقارات الثابتة بالتخصيص والملحقة به، أيا كان تاريخ هذا الإلحاق - أي سواء كان هذا قبل أو بعد الرهن . وتبقى كذلك ما بقي التخصيص، وتزول عنها هذه الصفة عن طريق فصلها عن العقار والتصرف فيها كمنقولات، ويترتب على ذلك زوال الرهن عنها.¹

ثالثا: التحسينات والإنشاءات: هي الإضافات التي تزيد من منفعة العقار بفعل الطبيعة أو عمل الإنسان، كما لو أضيفت إلى الأرض الزراعية مساحة من طهي النهر أو الجبال بفعل السيول والأمطار، أو أقيمت على الأرض المرهونة أبنية جديدة أو زاد البناء القائم فيها، وكذلك لو أجريت فيه إصلاحات وتعديلات تزيد من قيمة العقار المرهون، ويمتد الرهن إلى جميع هذه المشتملات السابق بيانها، سواء أكانت حاصلة بفعل الراهن بنفسه أم بفعل الغير، أما إذا كانت المباني التي أقامها الغير مملوكة له فمعني ذلك أن ملكيتها منفصلة عن ملكية الأرض، وبالتالي فإن الرهن المقرر على الأرض لا يمتد إليها ما دامت مملوكة للبانى، وإنما يمتد الرهن إليها من الوقت الذي تؤول فيه إلى صاحب الأرض، وهذا معني تخصيص المادة 887 للتحسينات والإنشاءات بقولها: (التي تعود بالمنفعة على المالك)²

رابعا: ثمار العقار المرهون: إن رهن العقار رهنا رسميا لا يؤدي إلى حرمان مالك العقار من استغلاله واستعماله على خلاف الرهن الحيازي، وعليه إذا أنتج العقار المرهون ثمارا فللراهن أن يجنيها ويتصرف فيها بل بإمكانه أن يتصرف فيه وهي لا تزال متصلة بالأرض وقبل جنيها باعتبارها منقولات بحسب المأل وهذا ما نصت عليه المادة 895 ق مدني

¹ د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 78.

² د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 236.

جزائري بقولها» إن للراهن الحق في إدارة العقار المرهون وفي قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار.» والوقت الذي تلحق فيه بالثمار هو تاريخ تسجيل التنبيه بنزع الملكية إذا اتخذت إجراءات التنفيذ في مواجهة المدين الراهن، فالثمار التي تنتج بعد تسجيل التنبيه تلحق بالعقار وتوزع قيمتها على الدائنين كما يوزع ثمن العقار المرهون بعد بيعه بالمزاد.¹

المطلب الثاني: الشروط الشكلية لانعقاد الرهن الرسمي

يتطلب القانون شرطين شكليين لانعقاد الرهن الرسمي، يتعلق الشرط الأول بوجود إفراغ عقد الرهن في ورقة رسمية، بينما يتعلق الشرط الثاني بإلزامية ذكر بيانات التخصيص من حيث العقار المرهون والدين المضمون، وعليه سنتطرق لكل شرط على حده.

الفرع الأول: شرط الرسمية في إبرام عقد الرهن

نصت المادة 1/883 على شرط الرسمية بقولها: « لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي... » فطبقا لهذا النص فإن الرهن الرسمي من العقود الشكلية التي يشترط القانون لانعقادها مراعاة شكل خاص هو الرسمية، لهذا السبب سمي بالرهن الرسمي.

ويقصد بالرسمية في هذا المقام أن يحرر عقد الرهن من طرف ضابط عمومي، ويعتبر الموثق هو الضابط العمومي المكلف بتحرير العقود الرسمية وفقا للمادة 3 من القانون 02-06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن مهنة التوثيق، وإذا تخلفت الرسمية كأن تم إبرام عقد الرهن عرفيا فإن مصير هذا العقد هو البطلان المطلق باعتبار الرسمية ركن في عقد الرهن الرسمي، أما عن الحكمة من اشتراط الرسمية فهي تصب في مصلحة الراهن أولا ثم مصلحة الدائن المرتهن ثم مصلحة الرهن ذاته.²

¹ د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 47.

² شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 89-90.

الفرع الثاني: شرط ذكر بيانات التخصيص في عقد الرهن الرسمي

أوجبت المادة 2/886 ق مدني جزائري أن يكون العقار المرهون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه وأن يرد هذا التعيين في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق وإلا كان الرهن باطلاً.

وتنص المادة 891 ق مدني جزائري على ضرورة تعيين الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين.

وعليه يجب أن تكون البيانات كافية لتمييز العقار المرهون عن غيره وتخصيص الدين المضمون ومداه وإلا فإن الدين لا ينعقد، ويجب تدوين هذه البيانات في الورقة الرسمية وإلا وقع الرهن باطلاً بطلاناً مطلقاً.

ويجوز ذكر بيانات التخصيص في عقد رسمي لاحق إذا خلت الورقة الرسمية من بيانات التخصيص فإن العقد لا ينعقد وتصبح هذه الورقة غير كافية لانعقاد الرهن، عندئذ يجوز تكملة هذا النقص بورقة رسمية لاحقة.¹

المبحث الثالث: آثار عقد الرهن الرسمي

إذا توافرت شروط انعقاد الرهن الموضوعية والشكلية، ترتبت عليه آثاره فيما بين المتعاقدين، وإذا اتخذت الإجراءات اللازمة لشهره عن طريق القيد أصبح الرهن سارياً في مواجهة الغير، وعلى ذلك سوف نقسم دراسة آثار الرهن إلى مطلبين: الأول خاص بدراسة آثار الرهن فيما بين المتعاقدين، والثاني متعلق بدراسة آثار الرهن بالنسبة للغير.²

المطلب الأول: آثار الرهن فيما بين المتعاقدين

¹ د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 47.

² د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 95.

سبق وأن رأينا أن عقد الرهن من العقود الملزمة لجانب واحد، وهو المدين الرهن، وعليه يجب علينا أن نتبع الالتزامات التي تقع على عاتقه، ومن ناحية أخرى فإنه إذا كان الرهن لا يحرم الرهن من سلطات التصرف والاستغلال والاستعمال في العقار المرهون، إلا أنه قد يرد على هذه السلطات بعض القيود، فيجب إذن أن نتعرف على مدى سلطات الرهن، أما بالنسبة للدائن المرتهن فإنه يصبح بمقتضى عقد الرهن الرسمى صاحب حق عينى تبعية تتمثل في حقوقه على الشيء المرهون في مواجهة الرهن ولا ينشئ الرهن على عاتق المرتهن أية التزامات، وسيتضمن كلامنا في آثار الرهن فيما بين الرهن والمرتهن: التزامات الرهن، سلطات الرهن على العقار المرهون، حقوق المرتهن.

الفرع الأول: التزامات الرهن

يلتزم الرهن بعدة التزامات هي الالتزام بترتيب حق الرهن والالتزام بضمان سلامة

الرهن والالتزام بنفقات العقد والقيود.

أولاً: الالتزام بترتيب حق الرهن: يلتزم الرهن بإنشاء حق الرهن للدائن المرتهن على العقار المرهون، مثلما يلتزم البائع بنقل ملكية العين المبيعة إلى المشتري، فإذا كان الرهن مالكا للعقار المرهون فإن التزامه بإعطاء حق الرهن يتم تنفيذه بقوة القانون ودون حاجة إلى أي إجراء، وهذا ما نصت عليه المادة 165 ق مدني جزائري التي أوردت تحفظا يتعلق ب "مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري وهو تحفظ في غير محله لكون أن الرهن يخضع للقيود لا للتسجيل،

ويلاحظ أن نشوء حق الرهن بمقتضى المادة 165 مدني جزائري مشروط بأن يكون

الرهن مالكا للعقار المرهون فإن لم يكن مالكا لم ينشأ حق الرهن طبقا للمادة 2/884 التي تقضي بوجود ملكية الرهن للعقار المرهون.

ثانيا: الالتزام بضمان سلامة الرهن : يلتزم الراهن مثلما يلتزم البائع بضمان التعرض وضمان الاستحقاق، فهو يلتزم بضمان فعله الشخصي بالامتناع عن كل تعرض مادي أو قانوني كما يلتزم بضمان تعرض الغير للدائن المرتهن تعرضا قانونيا.

1- ضمان التعرض الشخصي: يلتزم الراهن بضمان التعرض الشخصي فيمتنع عن القيام بأي عمل من شأنه المساس بحق الرهن، فلا يقوم مثلا بهدم العقار كله أو بعضه أو يقوم بنزع بعض أجزائه أو يتركه عرضة للتلف والتخريب، ويمتنع أيضا عن ترتيب حق عيني على العقار المرهون لغير الدائن المرتهن.¹

ويلاحظ أن المادة 898 ق مدني جزائري أعطت الحق للدائن المرتهن كي يعترض على كل عمل أو تقصير من شأنه إنقاص الضمان إنقاصا كبيرا، ولم يكتف المشرع الجزائري بهذا الضمان بل لجأ إلى وسيلة أخرى يدرأ بها الضرر عن المرتهن دون حاجة إلى مقاضاة الراهن وهذا بمقتضى المادة 894 ق مدني جزائري على أن أي تصرف من الراهن بعد قيد الرهن لا يؤثر في حق الدائن المرتهن.²

وإذا أدى فعل الراهن إلى هلاك الشيء المرهون أو تلفه يكون الدائن المرتهن مخيرا بين أن يقتضي تأميننا كافيا أو يستوفي حقه فورا. (المادة 1/899 ق مدني جزائري) ولم يكتف المشرع بهذه الضمانات بل منح الدائن المرتهن عدة صلاحيات وممكنه من عدة وسائل هي:

أ- اتخاذ جميع الإجراءات الضرورية لحفظ العقار المرهون ومنع حدوث نقص في قيمته، كأن يطلب تعيين حارس قضائي على العقار للمحافظة عليه على نفقة الراهن (المادة 898 ق مدني جزائري)

¹ د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 268.

² د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 97.

ب - الاعتراض على تصرف الراهن لدى الأشخاص الذين يزعم أن يتصرف لهم في منقولات ينتزعاها من العقار المرهون أو الذين تصرف لهم في هذه المنقولات دون أن يسلمهم إياها ليجعلهم بهذا الاعتراض سيئي النية، فلا يجوز لهم التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية (المادة 898 السابق ذكرها)

ج - الحجز على ثمن المنقولات التي فصلت وتم بيعها وسلمت إلى مشتريها بحسن نية واستعمال حق التقدم عليه باعتبار أن هذا الثمن قد حل في الرهن محل المنقولات التي بيعت حلولا عينيا (المادة 90 ق مدني جزائري).

2- ضمان تعرض الغير: يلتزم الراهن بضمان تعرض الغير للمرتهن تعرضا قانونيا بادعاء حقوق على العقار المرهون تتعارض مع حقوقه المرتهن كادعاء الملكية بسند سابق على قيد الرهن، أو الإدعاء بحق ارتفاق أو حق انتفاع على العقار بالرغم من أن إبرام الرهن كان على أساس عدم وجود هذه الحقوق على العقار، وكذا إدعاء الغير ملكية المنقولات الموضوعة بالعقار والتي شملها حق الرهن باعتبارها عقارات بالتخصيص.¹ فإذا ادعى أجنبي ملكية العقار المرهون أو حق انتفاع أو ارتفاق عليه فإن هذه الدعوى تهدد حق الدائن المرتهن، ويكون على الراهن أن يدفعها ليحتفظ بالملكية غير منقوصة وليصون حق المرتهن كاملا ، فإن لم يفعل واستحقت العين لمُدعيها أو حكم له بحق الانتفاع أو الارتفاق كان ذلك إخلالا من الراهن بالتزام الضمان، يترتب عليه أن يصبح للدائن المرتهن الخيار بين طلب الفسخ مع التعويض.²

وتجدر الإشارة أن الراهن لا يضمن التعرض المادي من الغير، ويحق للدائن المرتهن دفع هذا التعرض ويطلب منعه بنفسه ودون وساطة الراهن، فإذا أراد الجار مثلا إقامة بناء لو تم كان فيه اعتداء على حقوق ارتفاق للعقار المرهون ذاته فللدائن المرتهن طلب

¹ د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 97.

² د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 268-269.

وقف هذا الأعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر (المادة 3/899 ق مدني جزائري)، فإذا لم تفلح هذه الوسائل في دفع التعرض المادي الصادر من الغير بل أدى هذا التعرض إلى هلاك العقار المرهون أو تلفه ، اعتبر فعل الغير سببا أجنبيا عن الطرفين يؤدي إلى تطبيق حكم هلاك العقار المرهون بسبب أجنبي.¹

س ما هو أثر هلاك العقار المرهون أو تلفه؟

قرر القانون للدائن المرتهن عدة وسائل يستخدمها لمنع تلف العقار المرهون أو هلاكه، وقد أشرنا إلى ما تنص عليه المادة 894 ق مدني جزائري في هذا الشأن ومنها أن يطلب الترخيص للقيام بالترميم على حساب الراهن، وتشير المادة 3/899 ق مدني جزائري إلى حق الدائن المرتهن في أن يتخذ من الإجراءات ما يحفظ به ضمانه المتحصل من الرهن، 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 والأمر باتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر، سواء قام بهذه الأعمال الراهن أو أي شخص آخر.²

أما إذا هلك العقار المرهون أو تلف، فإن القانون يرتب آثارا وفقا لما إذا كان الهلاك بتقصير الراهن أو بقوة قاهرة، حيث تنص المادة 899 ق مدني جزائري في الفقرة الأولى بأنه « إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه كان للدائن المرتهن الخيار بين أن يطلب تأميننا كافيا أو أن يستوفي حقه فور » ، أما الفقرة الثانية منها فتتص على: « وإذا نشأ الهلاك أو التلف عن سبب لا ينسب إلى (الدائن)³ المدين ولم يقبل الدائن

¹ د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 98.

² المرجع نفسه، ص 99.

³ يلاحظ أنه ورد خطأ في كلمة الدائن في الفقرة الثانية من المادة 899، فوضعناها بين قوسين و صححناها لتحل كلمة المدين محل الدائن بدليل أن النص الفرنسي قد أورد كلمة Débiteur أي المدين

بقاء الدين بلا تأمين فللمدين الخيار بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل. ¹ وفيما يلي نبين حكم المادة 899 ق مدني جزائري:

1- إذا كان هلاك العقار المرهون أو تلفه بخطأ الراهن، فإن للدائن الخيار بين أن يقتضي تأميناً كافياً يعوض ما نقص من ضمانه نتيجة الهلاك أو التلف، أو يستوفي حقه فوراً، وذلك لسقوط أجل الدين تطبيقاً لنص المادة 211 ق مدني جزائري، وهي حالة إضعاف التأمينات، إذ تنص على أنه (يسقط حق المدين في الأجل:

- إذا شهر إفلاسه وفقاً لنصوص القانون . - إذا أنقص بفعله إلى حد كبير ما أعطي الدائن من تأمين خاص.

ويلاحظ أن الخيار في هذه الحالة للدائن، والمدين يلتزم بما يختاره الدائن. 2 - أما إذا كان الهلاك أو التلف بسبب لا ينسب إلى المدين، وبمعنى آخر بسبب أجنبي كان الخيار في هذه الحالة للمدين، فإما أن يقدم إلى الدائن المرتهن تأميناً كافياً يحل محل التأمين الذي هلك محله أو تلف أو أن يؤدي الدين فوراً، هذا وقد يؤدي هلاك العقار أو تلفه إلى حصول الراهن على بديل له من تعويض أو تأمين، وحق الدائن ينتقل إلى الحق الذي يحل محل العقار المرهون، وهو ما يسمى بالحلول العيني في الرهن، وهذا ما نصت عليه المادة 900 ق مدني جزائري.²

فما هو الحلول العيني في الرهن؟ تنص المادة 900 ق مدني جزائري «إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك من مبلغ التعويض عن الضرر أو مبلغ التأمين أو الثمن المقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة»، ويلاحظ أن حكم هذه المادة بانتقال الرهن إلى ما يحل محل العقار الذي يهلك أو يتلف «لأي سبب كان» ينطبق سواء أكان الهلاك أو التلف بسبب أجنبي أو نتيجة لتقصير الراهن.³

¹ د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 98.

² د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 99.

³ المرجع نفسه، ص 101

وتورد المادة 900 ق مدني جزائري أمثلة للحقوق التي تحل محل العقار المرهون، وتأخذ حكمه في تأمين حق الدائن، هي الحق في التعويض الذي يلتزم به المتسبب في الهلاك أو التلف - غير الراهن " ومبلغ التأمين الذي يستحق في حالة هلاك أو تلف العقار المؤمن عليه، وكذا الثمن الذي يحصل عليه الراهن في حالة نزع الملكية للعقار المرهون، سواء كان كلياً أو جزئياً للمنفعة العامة.¹

ويمكن إضافة أمثلة أخرى لما يحل محل العقار المرهون، من ذلك ثمن ما يباع من المنقولات الداخلة في مشتريات الرهن إلى مشتر حسن النية يمتلكها بالحيازة، وكان الثمن في ذمة المشتري لم يؤده إلى الراهن البائع، وأيضا ثمن أنقاص العقار المبني إذا هدمه الراهن وباعه أنقاصاً، ويلاحظ أن الهلاك المقصود بهذا النص ليس الهلاك الذي يعدم الشيء مادياً فحسب، بل يشمل جميع الأحوال التي يزول فيها المال المرهون من ذمة الراهن المالية دون أن يتمكن من تتبعه إذا كان قد انتقل إلى ذمة أخرى كما في نزع الملكية للمنفعة العامة وبيع العقار بيعاً جبرياً ورسو المزاد على المشتري، وهذا ما يسمى بالهلاك القانوني.²

ثالثاً: الالتزام بنفقات العقد والقيود: تنص المادة 2/883 ق مدني جزائري على ما يلي:

« ... وتكون مصاريف العقد على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك » في حين تنص المادة 906 ق مدني جزائري على: « تكون مصاريف القيد وتجديده وشطبه على الراهن ما لم يتفق على غير ذلك. »

ويظهر أن هذه النصوص تنطوي على قواعد مكملة وليست أمراً وعليه يجوز للطرفين الاتفاق على مخالفتها بجعل المصاريف مناصفة بينهما أو أن يتحملها المرتهن وحده، فإذا لم يوجد اتفاق فإن الراهن هو من يتحملها كلها.³

¹ د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 273.

² د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 99.

³ المرجع نفسه، ص 102-103.

الفرع الثاني: سلطات الراهن على العقار المرهون

المبدأ العام هو احتفاظ الراهن بسلطاته كمالك مع بعض القيود، فالرهن الرسمي لا يخرج المال المرهون من حيازة ولا ملك المدين الراهن، كما أنه لا يخول للدائن المرتهن شيئاً من سلطات المالك، بل أن هذه السلطات جميعاً من استعمال واستغلال وتصرف تظل للمدين الراهن، ولا يرد على سلطات الراهن من قيود إلا ما يقتضيه التزامه بضمان سلامة الرهن من الامتناع عن أي عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمان الدائن المرتهن إنقاصاً كبيراً.

أما إذا حل أجل الدين وشرع الدائن المرتهن في اتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار المرهون فإن حقوق وسلطات المدين الراهن تتقيد بقدر أكبر، وهذه القيود ليست راجعة إلى الرهن ولكنها نتيجة للحجز على العقار، ولذلك فهي ترد على سلطات كل مدين ينفذ أحد الدائنين على عقاره ولو لم يكن العقار مرهوناً، وتكلم أولاً عن مدى سلطة الراهن في العقار المرهون ثم بعد ذلك مدى سلطته في استعماله واستغلاله.¹

أولاً: مدى سلطة الراهن في التصرف في العقار المرهون: نصت المادة 894 ق مدني جزائري على أنه «يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، على أن أي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن.» وهذا النص يتكلم عن التصرفات القانونية في العقار المرهون، أما بالنسبة للتصرفات المادية فقد سبق أن رأينا أنه يمتنع عن المدين الراهن القيام بالأعمال المادية التي من شأنها المساس بسلامة الرهن أو الانتقاص من قيمة الضمان انتقاصاً كبيراً وذلك بمقتضى التزامه بضمان سلامة الرهن، وللراهن أن يجري التصرفات المادية التي من شأنها أن تزيد في قيمة العقار، فللراهن أن يغير في العقار ليعده لاستغلال آخر، وأن يبني أو يغرس الأشجار، والأمر متروك لتقدير القاضي للحكم على مدى تأثير من هذه التصرفات على ضمان الدائن.²

أما التصرفات القانونية إذا كانت في العقار نفسه أو في بعض ملحقاته فإنه يجب التفرقة بين التصرفات التي تتم قبل قيد الرهن والتصرفات اللاحقة لذلك، فبالنسبة

¹ د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 100.

² د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 105.

للتصرفات اللاحقة على القيد فإنها لا تنفذ في حق الدائن المرتهن ولا يلحقه منها ضرر، وعلى ذلك يستطيع الراهن أن يبيع العقار أو يقايض عليه أو يهبه، ولكن الملكية تنتقل مثقلة بالرهن، مادام الرهن قد قيد قبل تسجيل هذه التصرفات، كما يستطيع الراهن أن يقرر على العقار حقا عينيا أصليا كحق الانتفاع وحق الارتفاق، ويستطيع الراهن أن يرتب على العقار المرهون رهنا آخر، رسميا كان أو حيازيا، وليس للدائن المرتهن الحق في الاعتراض لأن حقه مقدم في الترتيب، ويجوز له أن يرتب على العقار حق امتياز ولكن حق رهن الأول يتقدم على كافة هذه الحقوق.¹

أما التصرفات القانونية التي تشهر بعد انعقاد الرهن وقبل قيده فهي تنفذ في مواجهة الدائن المرتهن، وتكون مباشرة هذه التصرفات من جانب الراهن خروجاً على التزامه بضمان الرهن كما سبق أن رأينا، ويترتب على ذلك سقوط الأجل وحلول الدين بسبب ضعف التأمينات.

وتجدر الإشارة إلى أن حرية الملك الراهن في التصرف في العقار المرهون تعتبر من النظم العام وأي تقييد لهذه الحرية عن طريق الاتفاق يكون باطلا، كما يكون باطلا تعهد الراهن للدائن المرتهن بعدم التصرف في العقار (المادة 1136 من التقنين المدني الألماني).²

ثانياً: مدى سلطة الراهن في استعمال واستغلال العقار المرهون:

لا يزال الراهن مالكا للعقار المرهون وحائزا له حتى بعد الرهن، وعلى ذلك فإنه من حقه أن يستولي على ثماره، إذ الثمار تكون أصلا للمالك، ويكون له الحق في استغلال العقار المرهون واستعماله، وقد نصت على ذلك المادة 895 ق مدني جزائري على هذا بقولها «إن للراهن الحق في إدارة العقار المرهون، وفي قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار».

فللراهن استعمال العقار بنفسه وله أن يقبض ثماره الطبيعية وله استغلاله عن طريق التأجير فيقبض الأجرة ويتصرف فيها، وإذا باع الثمار أو قبضها لم يكن للدائن المرتهن الحق في الاعتراض على هذا، ويبقى حق الراهن في قبض الثمار وفي التصرف فيها

¹ د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 101.

² د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 107.

إلى الوقت الذي تلحق فيه هذه الثمار بالعقار، وتلحق بالعقار بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية، فمنذ هذا التاريخ يتقيد حق الراهن في التصرف في الثمار وتصبح محجوزة لحساب الدائنين وتضم قيمتها إلى قيمة العقار المرهون، علما أن هذا التقيد ليس في الواقع نتيجة لحق الرهن بل هو نتيجة للحجز على العقار.¹

الفرع الثالث: حقوق الدائن المرتهن

تنص المادة 901 ق مدني جزائري على ما يلي: «إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدير فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا على ما رهن من ماله، ولا يكون له حق الدفع بتجريد الدين إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك.»

وتنص المادة 902 ق مدني جزائري « 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 تفادي أي إجراء موجه إليه إن هو تخلى عن العقار المرهون وفقا للأوضاع والأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار.»

وتنص المادة 903 ق مدني جزائري « يكون باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يمتلك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان، أو في أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعود الرهن.»

غير أنه يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن يتنازل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه، وهذه النصوص تنظم علاقة الدائن المرتهن بالراهن في تنفيذ الأول بدينه على العقار المرهون وهي تعرض المسائل الآتية

1 – تنفيذ الدائن المرتهن بالحق الذي له .

¹ د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 103.

2- التنفيذ على الكفيل العيني (الراهن غير المدين)

3- بطلان شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء

4- بطلان شرط بيع العقار دون مراعاة قانون الإجراءات المدنية أو شرط الطريق الممهد،
وسنعالج فيما يلي هذه المسائل:

أولاً: 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 الدائن المرتهن له صفتان، صفة الدائن وصفة المرتهن، فبصفته كدائن تتمثل في أنه له حق شخصي، هو حقه الأصلي، وصفته كمرتهن أن 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 العام أن الدائن يعتبر في حكم الخلف العام إذ أنه يتأثر بالتصرفات التي تنقص من أموال مدينه أو تزيد في ديونه وأنه يجوز له أن يحجز على أي مال من أموال المدين وأن يبيعه ويستوفي حقه من ثمنه دون أن يكون له في ذلك أي حق في التقدم على سائر الدائنين، وهو كمرتهن له حق عيني على المال المرهون لا يخوله أية مزية من مزايا مالك المال ذاته، وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف، وإنما يخوله حق التنفيذ على المال المرهون ومزية التقدم على غيره من الدائنين في استيفاء حقه من ثمن ذلك المال في أي يد يكون إذا كان قد خرج من يد الراهن.¹

أما حق التنفيذ على المال المرهون فيغني عنه ما يثبت للمرتهن بصفته دائنًا من حق الضمان العام على أموال مدينه . ولا تظهر أهميته من الناحية العملية إلا في حالة

¹ د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 114.

صدور الرهن من غير المدين، فيكون التنفيذ على المال المرهون بمقتضى حق الرهن لا بمقتضى حق الضمان العام، وأما ميزتا التقدم والتتبع فهما غير موجهتين ضد الراهن بل ضد الغير، ويترتب على أن للمرتهن حقا عينيا على العقار المرهون أنه يعتبر من وقت قيد الرهن غيرا بالنسبة إلى أحكام الإشهار العقاري، فلا تنفذ في حقه تصرفات الراهن المنشئة لحقوق عينية على العقار المرهون إلا إذا تم شهرها قبل قيد الرهن فيجوز له أن يتمسك بعدم شهر هذه التصرفات ولو كان لها تاريخ ثابت قبل قيد الرهن.¹

ثانيا: التنفيذ على الكفيل العيني: إذا كان الراهن غير المدين أي كفيلا عينيا للمدين فلا يستطيع الدائن استيفاء حقه إلا من العقار المرهون لتأمين هذا الحق وهذا ما نصت عليه المادة 901 ق مدني جزائري، وهذا يعني أن الدائن المرتهن ليس له حق الضمان العام على أموال الراهن فالدائن المرتهن ينفذ على المال المرهون من الكفيل العيني، وقد نصت المادة 2/902 ق مدني جزائري على أنه يجوز للكفيل العيني أن يتفادى أي إجراء موجه إليه إذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقا للأوضاع والأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار.²

وحق الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار المرهون من غير المدين (الكفيل العيني) لا يحول بينه وبين التنفيذ على أموال المدين بمقتضى ما له من حق الضمان العام، وما لم يوجد اتفاق خاص، فلا يجوز للكفيل العيني أن يطالب الدائن المرتهن بالتنفيذ أولا على أموال المدين، وبمعنى آخر ليس له الحق بالدفع بالتجريد، إلا إذا اشترط لنفسه هذا الحق، وهذا ما نصت عليه المادة 901 ق مدني جزائري في الجزء الأخير منها «ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك»، فيجوز للدائن إذن أن يبدأ بالتنفيذ على العقار الذي رهنه الكفيل حتى لو كان في مال الدين عين أخرى مرهونة ضمانا لنفس الدين، وللدائن أن يبدأ في التنفيذ على أي العينين المرهونتين،

¹ د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 301.

² د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 114.

ويلاحظ أن التزام الكفيل العيني هو التزام تابع، ولذلك يحق له التمسك بالدفوع التي يستطيع أن يتمسك بها المدين والتي من شأنها أن تؤدي إلى انقضاء الدين كله أو بعضه.¹

ثالثا: بطلان شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء: طبقا لما جاء في المادة 903 ق مدني جزائري فإنه لا يجوز الاتفاق بين الدائن المرتهن والراهن - قبل حلول أجل الدين - على أن يتملك العقار المرهون إذا لم يقيم المدين بوفاء الدين عند استحقاقه سواء أكان ذلك في مقابل الدين وحده أو نظير ثمن محدد يخصم منه الدين ويحصل المدين على الباقي، وإذا تم هذا الاتفاق يكون باطلا وذلك حماية للمدين الذي قد يتساهل في قبول هذا الشرط، فلا يحرص على تحديد ثمن مناسب للعقار المرهون على أساس أنه على ثقة في قدرته على الوفاء بالدين، ويبقى محتفظا بملكية عقاره، ثم يخيب توقعه في قدرته على الوفاء ويفقد ملكية العقار بثمن غير مناسب.²

أما إذا حل أجل الدين، أو استحق قسط منه، فيحق للدائن المرتهن مطالبة المدين الراهن بالوفاء، فإذا لم يوف المدين بالدين، كان للدائن الحق في التنفيذ على العقار المرهون وينتهي ببيع العقار بالمزاد طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإذا عرض الدائن المرتهن على المدين ثمنا عادلا للعقار، فقد يجد في ذلك مخرجا من طول الإجراءات وتكاليفها، فيتفق معه على النزول عن الملكية نظير الدين وحده أو مقابل ثمن أكبر، ويدفع الدائن للمدين الراهن الزيادة وتزول عندئذ شبهة استغلال الدائن المرتهن للراهن، وقد أباح القانون صراحة في المادة 2/903 ذلك بقولها « غير أنه يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن يتنازل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه».

رابعا: بطلان شرط بيع العقار دون مراعاة قانون الإجراءات المدنية والإدارية: (شرط الطريق الممهد)، تنص المادة 903 ق مدني جزائري على بطلان اتفاق الدائن المرتهن مع

¹ د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 103.

² د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 116.

المدين الراهن، على بيع العقار المرهون إذا لم يف المدين بالدين عند حلول أجله - دون إتباع الإجراءات التي نص عليها قانون الإجراءات المدنية سواء ورد هذا الاتفاق في عقد الرهن أو في اتفاق لاحق ولكن قبل حلول أجل الدين.

ويسمى هذا الشرط في الفقه شرط الطريق الممهد، ولا يقل هذا الشرط خطورة عن شرط تملك الدائن المرتهن للعقار المرهون وفاء للدين، لذا فهو اتفاق باطل، أما إذا حل أجل الدين أو قسط منه فيجوز أن يتم الاتفاق بين الدائن والمدين على بيع العقار المرهون بالممارسة أو بإجراءات أقل تعقيدا من الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية، وهذا ما تضمنته المادة 903 ق مدني جزائري بقولها "غير أنه يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن يتنازل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه"، ومن باب أولى الاتفاق على بيع العقار المرهون بالممارسة.¹

ويعتبر بطلان كل من شرط التملك عند عدم الوفاء، وشرط الطريق المهد باطلا بطلانا مطلقا، بسبب قيام شبهة استغلال الحاجة، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول هذا البطلان بالإجازة وإن كان يجوز بعد حلول أجل الدين عقد اتفاق جديد بهذا المعنى، ولا يستتبع بطلان هذين الشرطين بطلان الرهن الذي يقترن به أحدهما وإنما يلغى الشرط وحده ويبقى الرهن صحيحا.²

المطلب الثاني: آثار حق الرهن بالنسبة للغير

يظهر أهم أثر للرهن الرسمي وكل تأمين عيني فيما يرتبه حق الرهن للدائن المرتهن في مواجهة الغير من ميزتي التقدم والتتبع، فيستطيع أن يتقدم في استيفاء حقه المضمون بالرهن على غيره من الدائنين، كما يستطيع أن يتتبع العقار المرهون في يد من

¹ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 255-256.

² د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 118.

تنتقل إليهم ملكية هذا العقار بعد ترتيب هذا الرهن، وعلى ذلك فإن الغير هم الذين ينفذ الرهن بالنسبة لهم وهؤلاء هم :

أولاً : الدائنون العاديون للراهن، وكذا الدائنون أصحاب التأمينات العينية المتأخرة في المرتبة عن مرتبة الدائن المرتهن، إذ يتقدم عليهم في استيفاء حقه،

ثانياً : من يكتسبون على العقار المرهون حقوق عينية أصلية بعد ترتيب حق الرهن إذ يستطيع الدائن المرتهن أن يتتبع العقار في أيديهم،

ثالثاً: أصحاب الحقوق العينية الأصلية بعد ترتيب الرهن.

على أن نفاذ الرهن الرسمي على الغير لتحقيق ميزتي التقدم والتتبع يتوقف على قيد هذا الرهن في السجلات المعدة لذلك ومنذ تاريخ إجراء القيد، غير أن الدائن المرتهن يتقدم على جميع الدائنين العاديين بصرف النظر على قيد هذا الرهن حتى ولو تم هذا القيد بعد نشوء ديونهم في ذمة المدين، أما الدائنين أصحاب التأمينات العينية فلا يفضل عليهم الدائن المرتهن إلا إذا كان قيد رهنه سابقاً لشهر حقوقهم على العقار المرهون، أما من يكتسب حقوقاً عينية أصلية على العقار المرهون فلا يمكن للمرتهن في هذه الحالة تتبع العقار في يده والتنفيذ عليه إلا إذا كان رهنه مقيداً قبل كسبه تلك الحقوق على هذا العقار، فهؤلاء جميعاً يضارون من وجود الرهن الرسمي لأن صاحب هذا الحق يتقدم عليهم في استيفاء حقه من العقار المرهون.¹

وفي هذا الإطار نصت المادة 1/904 ق مدني جزائري على أنه « لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكتسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة في الإفلاس. » وهكذا يتضح أن

¹ د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 119-120.

القيد هو أساس نفاذ الحق الرسمي على الغير، لذا يتوجب علينا التعرض للقيد في فرع أول ثم نتعرض لميزتي التقدم والتتبع في الفرع الثاني.

الفرع الأول: قيد الرهن الرسمي

قبل أن نتطرق للقيد وإجراءاته وجب علينا أن نفرق بين القيد **Inscription**

والتسجيل **Transcription**،

أولاً: تعريف القيد وتمييزه عن التسجيل

1- القيد هو الإجراء اللازم لشهر الحقوق العينية التبعية العقارية بينما يعد التسجيل الإجراء اللازم لشهر الحقوق العينية العقارية الأصلية،

2- يؤدي القيد إلى حفظ الحق العيني التبعي لمدة معينة يتوجب بعده تجديده وإلا اعتبر كأنه لم يكن، بينما يؤدي التسجيل إلى حفظ الحق باستمرار دون تحديد مدة معينة،

3- يكفي في القيد استخراج البيانات الجوهرية التي يهتم الغير معرفتها، ويتم إدراجها في قائمة لتدون في دفتر الشهر، بينما التسجيل يتم بنقل صورة كاملة من المحرر المراد تسجيله وإثبات كافة محتوياته في دفتر الشهر،

4- لا يترتب على تخلف القيد سوى عدم نفاذه في مواجهة الغير، أما بالنسبة للمتعاقدين فإن الحق العيني التبعي يكون قد نشأ بمجرد تمام العقد صحيحاً، بينما تخلف التسجيل يؤدي إلى عدم نشوء الحق العيني الأصلي لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير، هذا بالنسبة للبلدان التي تأخذ بنظام الشهر الشخصي.¹

وعليه يعرف القيد في نظام الشهر الشخصي بأنه الوسيلة التي نظمها المشرع لشهر الرهن الرسمي وباقي الحقوق العينية التبعية الواردة على عقار، فهو الإجراء اللازم لكي تنتج هذه الحقوق أثرها في مواجهة الغير، أما في البلاد التي تعتنق نظام الشهر العيني،

¹ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 259-260.

مثل الجزائر ، فيجري تعريف القيد على أنه " مجموع إجراءات وقواعد قانونية وتقنية تشمل التصرفات القانونية المنصبة على العقارات سواء كانت كاشفة ، منشئة ، ناقلة ، معدلة أو منهية لحق عيني عقاري أصلي أو تباعي بغض النظر عن نوع التصرف عقدا كان أو حكما أو قرارا إداريا ، وسواء كان مصدر الحق تصرفا قانونيا أو واقعة مادية " .

وانطلاقا من هذا التعريف يظهر جليا أنه لا يوجد في ظل نظام الشهر العيني فرق بين القيد والتسجيل ، فالقيد هو الإجراء اللازم لإنشاء ونقل وزوال الحق العيني الأصلي والتباعي فيما بين المتعاقدين والغير ، وبعبارة أخرى فإن القيد هو الطريقة الوحيدة لشهر الحقوق سواء تعلق الأمر بالحقوق العينية الأصلية أو الحقوق العينية التبعية.¹

ثانيا: أثر القيد: إن الأثر المترتب عن القيد هو نفاذ الرهن في حق الغير، غير أنه ليس هناك موعد محدد للقيد لكن كلما تأخر الدائن في القيد تأخر نفاذ الرهن على الغير.

ثالثا: الحوادث التي توقف إجراءات القيد أو تمنع نفاذه: يوقف إجراء القيد أو لا ينفذ إذا وقع قبل إجرائه أحد الحوادث التالية:

1- إذا تصرف الراهن في العقار المرهون وسجل التصرف قبل قيد الرهن فإن انتقال العقار المرهون إلى المتصرف إليه يكون خالصا من الرهن،

2- إذا تم تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار المرهون فإن القيد لا أثر له على الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين،

¹ من المفارقات العجيبة أن المشرع الجزائري يعتبر القيد في القانون المدني من خلال المادة 904 شرطا لنفاذ الرهن في مواجهة الغير في حين يعتبره في الأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتسجيل السجل العقاري في المادة 16 منه مصدرا لإنشاء ونقل وتصريح وتعديل وانقضاء الحق العيني بما فيه الرهن الرسمي بين المتعاقدين وبالنسبة للغير، فيترتب على هذا التعارض أن حق الرهن ينشأ فيما بين المتعاقدين حسب القانون المدني بمجرد إبرام عقد الرهن لكنه لا يكون نافذا إلا بعد قيده، بينما حسب المادة 16 من الأمر 74-75 لا ينشأ حق الرهن لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بعد القيد.

3- شهر إفلاس الراهن، فإذا تم القيد بعد شهر الإفلاس فلا يكون الرهن نافذا على مجموع دائني المفلس رغم أن الرهن تم إبرامه بشكل رسمي قبل حكم شهر الإفلاس.

4- وفاة الراهن، من المتفق عليه أن الرهن الذي يقيده الدائن المرتهن في حياة الراهن يكون نافذا في حق الغير، ولكن الاختلاف حول ما إذا كان يجوز إجراء القيد بعد وفاة الراهن وكل رأي له حججه، لكن الراجح أنه يجوز قيد الرهن الذي انعقد صحيحا في حياة الراهن حتى بعد وفاته.¹

رابعا: مصاريف القيد: تكون مصاريف القيد على عاتق الراهن وهذا بمقتضى نص المادة 906 ق مدني جزائري التي تنص على: "تكون مصاريف القيد وتجديده وشطبه على الراهن ما لم يتفق على غير ذلك."²

الفرع الثاني: مضمون نفاذ الرهن على الغير

يتمثل مضمون نفاذ الرهن على الغير في ممارسة الدائن المرتهن حق التقدم وحق

التتبع على الغير .

أولا: حق التقدم: يخول للدائن المرتهن هذا الحق أن يتقدم في استيفاء حقه على الدائنين العاديين جميعا والدائنين الآخرين التاليين له في المرتبة، وهذا ما نص عليه المشرع في المواد 907 إلى 910 ق مدني جزائري.

ثانيا: حق التتبع: يقصد بحق الدائن المرتهن في تتبع العقار المرهون قدرته أن ينفذ بحقه على هذا العقار لو انتقلت ملكيته إلى غير الراهن، فله الحق في أن يتبعه إذا خرج من حيازة الراهن إلى حيازة الغير ولكن وفق شروط معينة:³

¹ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 259-260.

² د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 119-120.

³ د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 380.

1- أن يكون حقه الشخصي حالا وقت استعماله حق التبعية باعتبار أن حق التبعية هو تنفيذ بالدين والتنفيذ لا يجوز قبل حلول الأجل، أما إذا كان للدين أجل ولم ينقض لكنه سقط لأي سبب من أسباب السقوط جاز للدائن أن يتخذ الإجراءات ضد من تصرف له الرهن وهو الحائز¹.

2- أن يكون قيد الرهن قد تم في الوقت الملائم، أي أن يتم القيد قبل أن يصبح ممتنعا أو عديم الأثر، وقد سبق الحديث عن أن القيد يمتنع إذا تصرف الرهن في العقار المرهون وسجل التصرف، لذا يجب أن يكون رهن الدائن مقيدا قبل تسجيل التصرف الذي تم بمقتضاه نقل الملكية إلى الغير حتى يكون نافذا في حقه.

المبحث الرابع: انقضاء الرهن الرسمي

ينقضي الرهن الرسمي بصفة رسمية أو بصفة تبعية، وعليه سنخصص لكل طريق من طرق الانقضاء مطلبا مستقلا.

المطلب الأول : انقضاء الرهن الرسمي بصفة تبعية

تنص المادة 933 ق مدني جزائري على: «ينقضي حق الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون، ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين، دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية كسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته»، و هذه المادة تعتبر تطبيقا لمبدأ تبعية الرهن للدين المنصوص عليه في المادة 1/893 بقولها «لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون، بل يكون تابعا له في صحته وفي انقضائه، ما لم ينص القانون على غير ذلك.» وبهذا لا ينقضي الرهن إلا إذا انقضى الدين المضمون كله تطبيقا لمبدأ عدم تجزئة الرهن ما لم ينص القانون أو الاتفاق على ذلك،

¹ إن المقصود بالحائز هو من يضع يده على شيء من الأشياء لحساب نفسه أو لحساب الغير، أما الحائز في الرهن الرسمي فله معنى خاص وهو من تنتقل إليه ملكية عقار مرهون أو حق عيني قابل للرهن على هذا العقار، انظر في ذلك نص المادة 2/911 ق مدني جزائري.

لكن الدين المضمون قد ينقضي ثم يرجع إلى الوجود، مثال إذا انقضى الدين بالوفاء الباطل فإن الدين يعود إلى الوجود ويعود معه، كما يمكن أن ينقضي الدين بالإبراء وإذا صدر الإبراء من ناقص أهلية صار الإبراء باطلا فيعود الدين ويعود معه الرهن.¹

إلا أن عودة الرهن بعد انقضائه قد يسبب ضررا للغير حسن النية الذين اكتسبوا حقوقا بين انقضاء الرهن وعودته، لذلك فإن القانون قد أعطى الحق لهؤلاء أن يحتجوا في مواجهة الدائن المرتهن طالما أن حقوقهم العينية قد تم شهرها وفقا للقانون وكانوا حسني النية أي لا يعلمون بما شاب سبب انقضاء الدين والرهن.²

وأسباب انقضاء الدين المضمون بالرهن تمت دراستها في الجزء الأول من المطبوعة أي في انقضاء الكفالة، لهذا سنحيل فيها إلى أسباب انقضاء الكفالة وانقضاء الالتزام بصفة عامة وهي: الوفاء، الوفاء بمقابل، التجديد، المقاصة، اتحاد الذمة، الإبراء، استحالة التنفيذ والتقادم المسقط.

المطلب الثاني : انقضاء الرهن الرسمي بصفة أصلية

يمكن أن ينقضي الرهن بصفة مستقلة عن الدين أي ينقضي الرهن الرسمي دون أن ينقضي الدين المضمون به، وقد نص القانون المدني الجزائري في المادتين 934 و 936 على سببين لانقضاء الرهن الرسمي هما التطهير والبيع الجبري إضافة إلى انقضاء الرهن بالنزول عنه، وباتحاد الذمة وهلاك العقار أو زوال الحق المرهون، أما التقادم فله حكم خاص.

الفرع الأول: انقضاء الرهن بالتطهير

نصت المادة 934 على : « إذا تمت إجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمي نهائيا ولو زالت لأي سبب من الأسباب ملكية الحائز الذي طهر العقار. »

¹ د/ عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 617.

² د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 210.

وقد سبق الحديث عن التطهير وعرفنا أن قبول عرض التطهير يترتب عليه تحرير العقار المرهون من الديون المقيدة حتى ولو لم يحصل أصحابها على شيء من القيمة التي يؤديها الحائز.

فإذا تم التطهير ببيع العقار في المزاد العلني ورسا المزاد على غير الحائز ودفع من رسا عليه المزاد الثمن للدائنين المرتهنين فقد تطهر العقار وانتهت الرهون حتى ولو بقيت رهون لم تدفع لعدم كفاية المال فتتنقضي الرهون دون أن تنقضي الديون.¹

الفرع الثاني: انقضاء الرهن بالبيع الجبري

نصت المادة 936 على أنه: « إذا بيع العقار المرهون بيعا جبريا 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 تنتهي بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد أو بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن.» فالعقار يتطهر من الرهون بمجرد تسجيل حكم إيقاع البيع.

الفرع الثالث: انقضاء الرهن بالنزول عنه

ينقضي الرهن بصفة أصلية إذا كان النزول عن الرهن دون الدين، سواء كان النزول صريحا أو ضمنيا، والنزول عن الرهن يتم بإرادة الدائن المرتهن ولا يحتاج إلى قبول من مالك العقار المرهون.

كما ينقضي الرهن باتحاد الذمة وهذا تطبيقا للقواعد العامة إذا اجتمعت صفتا الدائن والمدين في ذات الشخص أو إذا اجتمعت صفتا الدائن المرتهن ومالك العقار المرهون وذلك بانتقال ملكية العقار المرهون إلى الدائن المرتهن أو انتقل إلى مالك العقار حق الرهن الرسمي.

¹ د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 638.

الفرع الرابع: انقضاء الرهن بهلاك العقار أو زوال الحق المرهون

إذا هلك العقار المرهون انقضى الرهن لزوال محله سواء كان الهلاك ماديا أو قانونيا، كما لو نزع ملكية العقار للمنفعة العامة.

الفرع الخامس: لا ينقضي الرهن بالتقادم

من المسلم به أنه إذا انقضى الحق الأصلي بالتقادم انقضى الرهن بالتبعية، لكن السؤال المطروح عما إذا كان ينقضي حق الرهن بصفة مستقلة عن الدين ويبقى الدين قائما؟ الرهن لا ينقضي بالتقادم إذا استمر العقار في يد الراهن سواء كان هو المدين أو الكفيل العيني، أما في حالة انتقال العقار إلى حائز هل يجوز في هذه الحالة أن يسقط الرهن بالتقادم المبرئ إذا لم يتمسك به الدائن المرتهن خلال مدة معينة؟ ج/ لا يوجد نص قانوني في القانون المدني الجزائري، أما القانون المدني الفرنسي فقد قرر بانقضاء الرهن بالتقادم إلا أن ذلك كان محل نقد شديد على أساس أن التقادم في هذه الحالة ظالم للدائن المرتهن لأنه ليس ملزما أن يتحرى عن انتقال ملكية العقار المرهون لشخص آخر عكس الحائز الذي يجب عليه أن يتحرى عن الحقوق المثقلة للعقار.¹

تم بإذن الله وبحمده بسطيف

بتاريخ 14 ماي 2020

الدكتور عبد الحفيظ بقة

¹ د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 214.

قائمة المصادر والمراجع

- 1- الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر العدد 78.
- 2- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل وفقا لأحدث التعديلات إلى غاية 2009، دار علام للإصدارات القانونية القاهرة، 2009.
- 3- بناسي شوقي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2009.
- 4- رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 5- د/ زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الأمل، تيزي وزو الجزائر، 2001.
- 6- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر في التأمينات الشخصية والعينية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015.
- 7- د/ عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، 1968.
- 8- د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2001.
- 9- د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، الرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي وحق الامتياز، دار هومة، الجزائر، 2008.
- 10- د/ نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 11- د/ همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.

فهرس الموضوعات

الصفحة

01	مقدمة عامة حول الدراسة.....
03	مقومات التأمينات الخاصة.....
04	أنواع التأمينات الشخصية المستبعدة من الدراسة.....
06	الباب الأول: التأمينات الشخصية (الكفالة).....
06	الفصل الأول: ماهية عقد الكفالة.....
06	المبحث الأول: مفهوم الكفالة.....
06	المطلب الأول: تعريف الكفالة.....
07	المطلب الثاني: طبيعة الكفالة وبيان العلاقات التي تقوم عليها.....
08	الفرع الأول: علاقة الدائن بالمدين.....
08	الفرع الثاني: علاقة المدين بالكفيل.....
08	الفرع الثالث: العلاقة بين الكفيل والدائن.....
09	المطلب الثالث: خصائص عقد الكفالة.....
09	الفرع الأول: الكفالة عقد رضائي.....
09	الفرع الثاني: عقد الكفالة ملزم لجانب واحد.....
09	الفرع الثالث: عقد الكفالة عقد تبرعي بالنسبة للكفيل.....
10	الفرع الرابع: الكفالة عقد تابع.....
11	الفرع الخامس: عقد الكفالة عقد ضمان.....
11	المبحث الثاني: مصادر عقد الكفالة، شروطها وصورها.....
11	المطلب الأول: مصادر عقد الكفالة.....
12	المطلب الثاني: شروط عقد الكفالة.....
13	الفرع الأول: يسار الكفيل.....
13	الفرع الثاني: الإقامة في الجزائر.....
14	الفرع الثالث: أهلية الكفيل.....
14	المطلب الثالث: بعض الصور الخاصة للكفالة.....

15	الفرع الأول: الكفالة البسيطة والكفالة المشددة.....
15	الفرع الثاني: الكفالة المؤقتة.....
15	الفرع الثالث: كفالة الكفيل.....
16	الفرع الرابع: كفالة الرجوع.....
16	الفصل الثاني: أركان عقد الكفالة.....
16	المبحث الأول: التراضي في عقد الكفالة.....
17	إثبات الكفالة.....
17	المبحث الثاني: المحل في عقد الكفالة.....
18	المطلب الأول: وجود الالتزام المكفول.....
18	المطلب الثاني: صحة الالتزام المكفول.....
18	الفرع الأول: حكم كفالة الالتزام الباطل.....
19	الفرع الثاني: حكم كفالة الالتزام القابل للإبطال.....
19	الفرع الثالث: كفالة التزام ناقص الأهلية.....
21	الفرع الرابع: كفالة الالتزام المستقبلي.....
22	الفرع الخامس: كفالة الالتزام الشرطي.....
23	الفرع السادس: كفالة الالتزام الطبيعي.....
24	المطلب الثالث: تعيين محل التزام الكفيل.....
24	الفرع الأول: تعيين طرفي الالتزام المكفول.....
24	الفرع الثاني: تعيين محل الالتزام المكفول.....
24	الفرع الثالث: تعيين مصدر الالتزام المكفول.....
25	المطلب الرابع: شمولية الكفالة لملحقات الالتزام المكفول.....
26	الفرع الأول: ملحقات الدين.....
26	الفرع الثاني: مصروفات المطالبة الأولى.....
26	الفرع الثالث: ما يستجد من مصروفات بعد إخطار الكفيل.....
26	المبحث الثالث: السبب في الكفالة.....
26	المطلب الأول: الكفالة التي تعقد لمصلحة الدائن.....

27	المطلب الثاني: الكفالة التي تعقد لمصلحة المدين
28	الفصل الثالث: آثار الكفالة
28	المبحث الأول: علاقة الكفيل بالدائن
28	المطلب الأول: مطالبة الدائن للكفيل
29	الفرع الأول: متى تجوز المطالبة
30	الفرع الثاني: مطالبة المدين قبل الكفيل أو معه
31	الفرع الثالث: انقسام الضمان في حالة تعدد الكفلاء
31	أولاً: أن يتعدد الكفلاء لدين واحد
32	ثانياً: أن يكون التزام الكفلاء بعقد واحد
32	ثالثاً: أن يكون المدين واحداً
32	رابعاً: ألا يكون الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم
32	المطلب الثاني: الدفع التي يجوز للكفيل التمسك بها (حقوق الكفيل)
33	الفرع الأول: الدفع المتعلقة بالالتزام الأصلي المكفول
34	الفرع الثاني: الدفع الناشئة عن عقد الكفالة
35	أولاً: الدفع بعدم جواز الرجوع على الكفيل وحده إلا بعد الرجوع على المدين
36	ثانياً: الدفع بعدم اتخاذ الإجراءات ضد المدين بعد إنذار الكفيل له
36	ثالثاً: الدفع بإضاعة التأمينات بخطأ من المدين
39	رابعاً: الدفع بالامتناع عن الوفاء حتى يقوم الدائن بما يفرضه عليه القانون
40	خامساً: الدفع بالتجريد
40	1- شروط الدفع بالتجريد
42	2- الآثار المترتبة على الدفع بالتجريد
43	3- صورة خاصة للدفع بالتجريد
44	المبحث الثاني: الآثار التي تنشأ عن وفاء الكفيل للدائن
44	المطلب الأول: العلاقة بين الكفيل والمدين
45	الفرع الأول: دعوى الكفالة أو الدعوى الشخصية
45	أولاً: شروط رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية المستندة إلى الكفالة

- 1- أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين ودون اعتراض منه.....46
- 2- أن يكون الكفيل قد وفى الدين للدائن.....46
- 3- أن يكون أجل الدين قد حلّ.....47
- 4- ألا يكون قد وقع تقصير من الكفيل يسبب ضررا للمدين.....47
- ثانيا: مدى ما يرجع به الكفيل على المدين.....49
- الفرع الثاني: دعوى الحلول.....50
- أولا: الأساس القانوني لدعوى الحلول.....50
- الآثار المترتبة على حلول الكفيل محل الدائن.....50
- الفرع الثالث:53
- أولا: كفالة جميع المدينين.....53
- ثانيا: كفالة بعض المدينين.....54
- المطلب الثاني: العلاقة بين الكفيل وغيره من الكفلاء.....56
- الفرع الأول: تعدد الكفلاء بعقد واحد دون تضامن.....56
- الفرع الثاني تضامن الكفلاء أو التزامهم بعقود متوالية.....56
- أولا: الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب.....57
- ثانيا: الرجوع بدعوى الحلول.....58
- الفصل الرابع: انقضاء الكفالة.....58
- المبحث الأول: انقضاء الكفالة بصفة تبعية.....59
- المطلب الأول: الأسباب العامة لانقضاء الكفالة بصفة تبعية.....59
- الفرع الأول: انقضاء الكفالة بانقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء
أوبما يقوم مقام الوفاء أو دون وفاء.....59
- أولا: انقضاء الالتزام بالوفاء.....59
- ثانيا: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء.....60
- 1- انقضاء الالتزام بالوفاء بمقابل.....60

- 2- انقضاء الالتزام المكفول بالتجديد.....61
- 3- انقضاء الالتزام المكفول بالإنابة.....61
- 4 - انقضاء الالتزام المكفول بالمقاصة.....61
- 5- انقضاء الالتزام المكفول باتحاد الذمة.....62
- ثالثا: انقضاء الالتزام الأصلي دون وفاء.....63
- 1- انقضاء الالتزام الأصلي بالإبراء.....63
- 2- انقضاء الالتزام الأصلي باستحالة التنفيذ.....63
- 3- انقضاء الالتزام الأصلي بالتقادم64
- 4- انقضاء الكفالة بفسخ الدين أو إبطاله.....64
- المبحث الثاني: انقضاء الكفالة بصفة أصلية.....65
- المطلب الأول: الأسباب العامة لانقضاء الكفالة بطريق أصلي65
- المطلب الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة بطريق أصلي67
- الباب الثاني: التأمينات العينية (الرهن الرسمي والحيازي)68
- الفصل الأول: الرهن الرسمي.....68
- المبحث الأول: مفهوم عقد الرهن.....68
- المطلب الأول: تعريف الرهن الرسمي.....68
- المطلب الثاني: خصائص الرهن الرسمي.....70
- الفرع الأول: خصائص الرهن الرسمي باعتباره حقا70
- أولا: الرهن الرسمي حق عيني.....70
- ثالثا: الرهن الرسمي حق عقاري.....71
- رابعا: الرهن الرسمي حق غير قابل للتجزئة.....71
- ثالثا: هو عقد معاوضة.....73

المبحث الثاني: إنشاء الرهن الرسمي.....	73
المطلب الأول: الشروط الموضوعية لإنشاء الرهن الرسمي.....	73
الفرع الأول: أهلية إبرام عقد الرهن الرسمي.....	73
الفرع الثاني: العقار الذي يرد عليه الرهن الرسمي.....	74
أولاً: يجب أن يكون الشيء المرهون عقاراً.....	75
س/ هل يجوز رهن ملك الغير؟.....	77
الشرط الرابع: يجب أن يكون العقار معينة تعييناً دقيقاً.....	78
الفرع الثالث: شمول الرهن لملحقات العقار المرهون.....	78
أولاً: حقوق الارتفاق.....	79
ثانياً: العقارات بالتخصيص.....	79
ثالثاً: التحسينات والإنشاءات.....	79
رابعاً:	
ثمار	
العقار	
المرهون.....	80
المطلب الثاني: الشروط الشكلية لانعقاد الرهن الرسمي.....	80
الفرع الأول: شرط الرسمية في إبرام عقد الرهن.....	80
الفرع الثاني: شرط ذكر بيانات التخصيص في عقد الرهن الرسمي.....	81
المبحث الثالث: آثار عقد الرهن الرسمي.....	82
المطلب الأول: آثار الرهن فيما بين المتعاقدين.....	82
الفرع الأول: التزامات الراهن.....	82
أولاً: الالتزام بترتيب حق الرهن.....	83
ثانياً: الالتزام بضمان سلامة الرهن.....	83
س ما هو أثر هلاك العقار المرهوناً وتلفه؟.....	85

87	فما هو الحلول العيني في الرهن؟
88	ثالثا: الالتزام بنفقات العقد والقيود
88	الفرع الثاني: سلطات الراهن على العقار المرهون
89	أولا: مدى سلطة الراهن في التصرف في العقار المرهون
90	ثانيا: مدى سلطة الراهن في استعمال واستغلال العقار المرهون
91	الفرع الثالث: حقوق الدائن المرتهن
92	أولا: التنفيذ بحق الدائن على العقار المرهون
93	ثانيا: التنفيذ على الكفيل العيني
94	ثالثا: بطلان شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء
95	رابعا: بطلان شرط بيع العقار دون مراعاة قانون الإجراءات المدنية
95	
96	المطلب الثاني: آثار حق الرهن بالنسبة للغير
96	الفرع الأول: قيد الرهن الرسمي
98	الفرع الثاني: مضمون نفاذ الرهن على الغير
	المبحث الرابع: انقضاء الرهن
99	الرسمي
99	المطلب الأول: انقضاء الرهن الرسمي بصفة تبعية
100	المطلب الثاني: انقضاء الرهن الرسمي بصفة أصلية
100	الفرع الأول: انقضاء الرهن بالتطهير
101	الفرع الثاني: انقضاء الرهن بالبيع الجبري
101	الفرع الثالث: انقضاء الرهن بالنزول عنه
102	الفرع الرابع: انقضاء الرهن بهلاك العقار أو زوال الحق المرهون

102.....	الفرع الخامس : لا ينقضي الرهن بالتقادم.....
103.....	قائمة المراجع.....
110-104	فهرس الموضوعات.....