جامعة محمد بوضياف بالمسيلة – الجزائر

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم العلوم الإسلامية

دروس في مقياس التأمينات

-التأمينات الشخصية والعينية-

د. بومدوحة محمد

مطبوعة موجهة لطلبة الليسانس

السداسي السادس (السنة الثالثة)

شريعة وقانون

السنة الجامعية: 2022-2023

مقدمة:

تهدف التأمينات بمختلف أنواعها إلى ضمان الوفاء بالالتزامات وفقا لما تقرره القواعد العامة، إذ تنص المادة 188 من القانون المدني بأن: " أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان "، أي أن الضمان العام يشمل كافة أموال المدين، ويتساوى في ذلك جميع الدائنين، فلا أولوية لأحدهم على الآخر.

وللدائن في هذا الإطار أن يتخذ كافة الطرق التحفظية للمحافظة على حقه، وهي وسائل وضعها القانون تحت تصرفه؛ فيمكنه أن يقطع تقادماً منعاً لسقوط حقه، أو أن يقيد رهنه أو يجدده، أو أن يضع الأختام على أموال مدينه، كما له أن يلجأ إلى الطرق الوسطى بين التحفظية و التنفيذية التي تمهد للدائن سبيل التنفيذ دون أن تؤدي إلى تمامه والتي ترد جميعها إلى المبدأ العام الذي يقضي بأن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، ومن بين الطرق الوسطى هناك: الدعوى غير المباشرة[1]، الدعوى البولصية (دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين)[2]،الدعوى الصورية[3] و الحق في الحبس[4].

ولكن تبقى هذه الوسائل ضعيفة وذات فعالية محدودة في تأمين الضمان العام من المساس به من طرف المدين خصوصا بسبب صعوبة تطبيق هذه الدعاوى لعدم سهولة تحقيق شروطها من جهة، وإمكانية تصرف المدين في أمواله دون أن يعلم

---

[1] تسمح هذه الدعوى للدائن أن يطالب بحقوق مدينه لدى الغير، ليتغلب بذلك على تماطل المدين في تحصيل حقوقه. وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادتين 189 و190 من القانون المدني، حيث أكد على حق الدائن - ولو لم يحل أجل دينه- أن يلجأ لهذه الدعوى إذا تقاعس المدين عن المطالبة بحقوقه على شرط أن يثبت إمساك المدين عن المطالبة بحقوقه وأن ذلك سيتسبب في إعساره أو يزيد فيه.

[2] يهدف الدائن من خلال هذه الدعوى إلى حماية نفسه من تصرفات المدين الضارة به، وقد نص عليها المشرع الجزائري في المواد 192 إلى 197 من القانون المدني، حيث يطعن الدائن في التصرف الذي قام به المدين ويطلب عدم نفاذه في مواجهته فلا يحتج به تجاهه، وذلك بشروط أهمها أن يكون دينه حال الأداء وأن يزيد التصرف إعسار المدين مع إثبات غش المدين حين يكون التصرف معاوضة. وإذا تقرر عدم نفاذ التصرف في مواجهة الدائن رافع الدعوى فإنه بقية الدائنين يستفيدون من ذلك.

[3] يرفع الدائن هذه الدعوى لمواجهة محاولات المدين لتهريب أمواله من الضمان العام بتصرفات مستترة ضمن تصرفات صورية ظاهرة، حيث يقوم المدين بتصرفات ظاهرها خروج بعض أمواله من ذمته المالية إلا أنها حقيقة لا تزال ضمن ممتلكاته بموجب تصرف حقيقي خفي بينه وبين المتعاقد معه. حيث تفترض الصورية دائما وجود عقدين، الأول ظاهر وهو العقد الصوري والثاني خفي وهو العقد الحقيقي المقصود من المتعاقدين. وقد نص المشرع الجزائري على هذه الدعوى في المادتين 198 و199 من القانون المدني، أين بين المشرع أنه في العلاقة بين طرفي العقد لا يسري إلا العقد الحقيقي أما بالنسبة إلى الغير فإنه لهم التمسك بالعقد الظاهر من حيث الأصل إلا أن يكون من مصلحتهم التمسك بالعقد الحقيقي وهنا يلزمون بإثبات الصورية.

[4] تسمح هذه الدعوى للدائن بأن يحبس مالاً في يده للمدين حتى يستوفي حقاً له مرتبطا بهذا المال، ومقتضاه أن كل من التزم بأداء شيء باستطاعته أن يمتنع عن الوفاء به إذا لم يقم الطرف المقابل بأداء ما عليه من التزامات بشرط أن يكون الالتزامان مترابطين من حيث الأداء. وهو ما يظهر بصفة أساسية في العقود الملزمة لجانبين. وهذا الحق تطرق له المشرع في القواعد العامة لنظرية الالتزام في الجزء المخصص منه لأحكام الالتزام في المواد 200 و201 و202 من القانون المدني وهي قابلة للتطبيق على أي علاقة قانونية تتضمن التزامات متقابلة لاسيما العقود المسماة، ما لم يرد نص مخالف.

أي من دائنيه بذلك. إضافة إلى أن هذه الوسائل لا تؤدي إلى تخصيص مال معين للوفاء بدين من يستعملها، وغاية ما في الأمر أنها تزيد أو تحافظ على الذمة المالية للمدين التي سيتزاحم عليها الدائنون سواء من استعمل تلك الدعاوى أو من لم يستعملها.

فإذا كانت أموال المدين تتسع لهم جميعاً إستفوا حقوقهم كاملة، أما إذا لم تتسع لهم واتخذوا جميعاً إجراءات التنفيذ على هذه الأموال فإنهم يتقاسمونها قسمة الغرماء كلٌ بنسبة حقه، فلا يحصل كلٌ منهم إلا على جزء من هذا الحق. كما أن هناك نوع آخر من الخطر يهدد الدائن بصفة خاصة فلا يتمكن بموجبه على الحق الذي له قبل المدين فلا يستوفي دينه اختيارا وقد لا يستطيع استيفائه إجبارا لعدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه.

وعليه، فرغم اعتبار جميع أموال المدين ضمان عام للدائن من الناحية القانونية، إلا أن ذلك يبقى غير كاف من الناحية الواقعية، ويجعل الدائن العادي تحت رحمة مدينه، فلا ملاذ له إلا أمانة هذا المدين و نزاهته ويُسره وملاءته.

وكي يستطيع الدائن الاطمئنان لمدينه في استيفاء حقه، حتى يأمن إعسار المدين و يدرأ عنه غش المدين أو إهماله، فقد أصبح يبحث عن تأمينات خاصة لحقه تكون كافية للوفاء به كاملاً في ميعاد الاستحقاق. أمام هذا الوضع نص القانون على إمكانية أن يطلب الدائن من المدين تقديم ضمان خاص يؤمن له به سداد دينه أو بعبارة أخرى تقديم تأمينات خاصة تضمن الوفاء بالالتزام. وهذا الضمان الخاص أو التأمينات صنفان تأمينات شخصية[5] وتأمينات عينية[6]، وتتميز التأمينات العينية عن التأمينات الشخصية بأنها توفر للدائن ميزتين أو خاصيتين هما: التقدم[7] و التتبع[8].

[5] مقتضاها أن يتعدد الأشخاص المسؤولون عن الوفاء بالالتزام، فيصبح للدائن أكثر من ضمان عام إضافي ينفذ عليه حين لا يقوم المدين بالوفاء بالتزاماته. وأهم صور التأمينات الشخصية عقد الكفالة الذي نظمه المشرع الجزائري في المواد 644 إلى 673 من القانون المدني. وإضافة إلى عقد الكفالة توجد هناك عدة صور أخرى للتأمينات الشخصية وردت في أحكام النظرية العامة للالتزام ومن أهمها نجد التضامن بين المدينين (المادة 217 وما يليها من القانون المدني) وعدم قابلية الالتزام للانقسام بين المدينين المتعددين (المادة 237 وما يليها من القانون المدني).

[6] مقتضاها أن يتم تخصيص مال معين من أموال المدين لضمان الوفاء بالالتزام القائم في ذمته.

[7] حيث لا يزاحم أحد الدائن صاحب التأمين العيني على ثمن المال المخصص للوفاء بدينه حين التنفيذ على المدين، مع احترام رتبته ضمن أصحاب التأمينات العينية.

[8] حيث تخول التأمينات العينية للدائن أن يتتبع المال المخصص للوفاء بدينه والتنفيذ عليه في أي يد كان. وقد نص عليها المشرع الجزائري في الكتاب الرابع من القانون المدني تحت اسم (الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية). وذلك في المواد 882 إلى 1003 منها ما يكون منشأه العقد ومنها ما يكون مصدره القانون ومنها ما يكون مصدره القضاء. وهي أربعة؛ الرهن الرسمي؛ الرهن الحيازي؛ حق التخصيص؛ حقوق الامتياز.

وعليــه، فإننــا ســنتطرق خــلال هــذا السداســي ضــمن مقيــاس التأمينــات إلى كل من التأمينات الشخصية والعينية ضمن مبحثين، حسب التفصيل الآتي:

المبحث الأول: التأمينات الشخصية (الكفالة)

المطلب الأول: مفهوم الكفالة

المطلب الثاني:أركان الكفالة

المطلب الثالث: آثار الكفالة

المطلب الرابع:انقضاء الكفالة

المبحث الثاني: التأمينات العينية

المطلب الأول: الرهن الرسمي

المطلب الثالث: حق التخصيص

المطلب الرابع: الرهن الحيازي

المطلب الخامس: حقوق الامتياز

المبحث الأول: التأمينات الشخصية (الكفالة)

نظرا لأن الكفالة تعد من أهم صور التأمينات الشخصية، فإنه سيتم التطرق لمفهوم الكفالة (المطلب الأول)، ثم لأركان الكفالة (المطلب الثاني)، ثم لآثار الكفالة (المطلب الثالث)، ومن ثم لانقضاء الكفالة (المطلب الرابع)، وذلك وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري.

المطلب الأول: مفهوم الكفالة

الكفالة بصفة عامة هي ضم ذمة مالية أخرى لذمة المدين فيصير للدائن ضمان عام آخر هو الضمان العام للكفيل إضافة إلى الضمان العام للمدين الأصلي. ولتحديد مفهوم الكفالة جيدا لا بد من التطرق لتعريف الكفالة (الفرع الأول)، ثم لخصائص الكفالة (الفرع الثاني)،ثم لأنواع الكفالة (الفرع الثالث)، ثم للشروط الواجب توفرها في الكفيل الذي يتعهد المدين بتقديمه (الفرع الرابع)، ثم تمييز الكفالة عن غيرها من العقود والنظم المشابهة (الفرع الخامس).

الفرع الأول: تعريف الكفالة

عرَّف المشرع الجزائري الكفالة في المادة 644 من القانون المدني بأنها: "عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن أن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه".

يظهر من خلال هذا التعريف بأن الكفالة تنشأ دون تدخل من المدين فهو ليس طرفا فيها ولا يعتد برفضه أو قبوله لها. كما نجد أنها وجدت ضمانا للدائن وتأمينا لدينه تجاه المدين الأصلي. وتجدر الإشارة إلى أن القانون لم يشترط أن يكون الالتزام المكفول قائما وقت إبرام عقد الكفالة حيث يمكن كفالة الالتزامات المستقبلة.

كما أن الكفالة تنشئ التزاما على عاتق الكفيل تجاه الدائن ولكنه التزام احتياطي لا يلزم به الكفيل إلا بعد أن يثبت عدم وفاء المدين الأصلي بالالتزام المكفول باستثناء حالات خاصة نراها لاحقا.

للإشارة، فإن الكفالة المقصودة هنا تختلف عن الكفالة الواردة ضمن بعض القوانين؛على غرار الكفالة التي يدفعها في بعض الحالات الشخص المستفيد من الحكم المشمول بالنفاذ المعجل، والكفالة التي يدفعها الشخص الذي يقدم

شكوى مصحوبة بادعاء مدني أمام قاضي التحقيق أو الكفالة التي تدفع عند استعمال التكليف المباشر بالحضور في الجرائم المنصوص عليها في المادة 337 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

الفرع الثاني: خصائص الكفالة

يمكن من خلال تعريف المشرع الجزائري للكفالة في المادة 644 من القانون المدني أن نستخلص بأن للكفالة الخصائص الآتية:

أولا- الكفالة عقد رضائي:

المشرع لم بجعل الكتابة ركنا في انعقاد الكتابة ولم يرتب على عدم كتابتها البطلان، وهو ما دلَّ عليه نص المادة 645 من القانون المدني الذي أكد المشرع فيه بأن الكتابة في عقد الكفالة للإثبات وليس للانعقاد.

ثانيا- الكفالة عقد ضمان شخصي:

لأن الكفالة تجعل من الكفيل مسؤولا عن تنفيذ الالتزام بصفة شخصية في ذمته المالية كلها وليس في مال محدد من أمواله. وهو ما يعني أن الدائن قد يواجه مع الدائن قد يواجه مع الكفيل نفس ما قد يواجهه مع المدين الأصلي من مخاطر، فالكفيل قد يعسر وقد يسعى لإنقاص الضمان العام الخاص به دون أن يستطيع الدائن فعل شيء. وهو ما يدفع بالدائن إلى طلب كفالة عينية وعدم الاكتفاء بالكفالة الشخصية.

ثالثا- الكفالة عقد تابع:

أي أن الكفالة تتبع الالتزام المكفول فهي تنشأ لضمانه وتنقضي بانقضائه، ويترتب على خاصية التبعية النتائج الآتية:

- لا يستطيع الدائن الرجوع على الكفيل ومطالبته إلا بعد الرجوع على المدين الأصلي ومطالبته (المادة 660 من القانون المدني الجزائري)؛
- التزام الكفيل يكون في حدود الالتزام المكفول فلا يكون بمبلغ أكبر أو بشروط أشد من الالتزام الأصلي المكفول، فإذا أبرم عقد الكفالة متضمنا شروطا أشد أو مبلغا أكبر يجب إنقاصها لحد ود الالتزام المكفول (المادة 652 من القانون المدني الجزائري)؛
- للكفيل أن يتمسك بالدفوع التي للمدين الأصلي في مواجهة الدائن؛

- لا يصح أن يكون التزام الكفيل باتا أو منجزا إذا كان الالتزام الأصلي معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل.

رابعا- الكفالة عقد ملزم لجانب واحد:

حيث أن الكفيل هو الملتزم الوحيد في عقد الكفالة، إلا أن هذا لا يمنع أن يكون عقد الكفالة ملزما للجانبين في عدة حالات منها أن يلتزم الدائن تجاه الكفيل بتقديم أداء معين مقابل قبوله الكفالة سواء كان هذا الأداء لفائدة الكفيل أو لصالح المدين الأصلي مثل لو اشترط الكفيل على الدائن تمديد أجل الدين أو التخلي عن رهن سابق.

خامسا- الكفالة عقد من عقود التبرع:

الأصل أن الكفيل يلتزم بالكفالة دون مقابل ويعدُّ بذلك متبرعا، فيتطلب ذلك أن يكون للكفيل أهلية التبرع أي أهلية الأداء الكاملة (19 سنة غير محجور عليه طبقا للمادة 40 من القانون المدني)، كما أن اعتبار الكفالة تبرعا يجعلها عرضة للطعن فيها بدعوى عدم نفاذ التصرف من طرف دائني الكفيل. أما بالنسبة للدائن فإن الكفالة تعتبر من حيث الأصل عقدا نافعا نفعا محضا ويكفي فيه التمييز أي أهلية الأداء الناقصة.

الفرع الثالث: أنواع الكفالة

للكفالة عدة أنواع يمكن تصنيفها حسب المعايير الآتية:

أولا- من حيث حدود الدين المضمون:

نجد الكفالة الكاملة وهي التي يلتزم فيها الكفيل بضمان الدين الأصلي كله. كما نجد الكفالة الجزئية التي يلتزم فيها الكفيل بضمان جزء من الدين (دين أصلي 1.000.000 دج ويضمن منه 300.000 دج فإذا سددت هذه القيمة انقضى التزام الكفيل)، ونجد الكفالة المحددة أين يحدد الكفيل سقفا أعلى للمبلغ الذي يدفعه إلى الدائن.

ثانيا- من حيث طبيعة الكفالة (مدنية/تجارية):

الأصل في الكفالة أنها عمل مدني ولو كان الكفيل تاجرا أو الالتزام المكفول تجاريا (المادة 651 من القانون المدني الجزائري). فالكفالة عمل تبرعي من حيث الأصل وهو ما يتنافى مع العمل التجاري القائم على أساس تحقيق الربح. واستثناء من هذا الأصل تصبح الكفالة عملا تجاريا إذا احترف شخص كفالة الديون بمقابل، وحين تتعلق الكفالة بدين ثابت في ورقة تجارية وقع عليها الكفيل بصفته ضامنا احتياطيا أو مظهرا.

ثالثا- من حيث مصدر التزام المدين بتقديم كفيل:

الغالب أن يلتزم الكفيل بالكفالة بناء على طلب المدين منه ذلك، وطلب المدين إما أن يتم من تلقاء نفسه أو يكون ملزما بذلك. ومصدر الالتزام بتقديم كفيل إما أن يكون الاتفاق السابق بين الدائن والمدين، كما قد يكون مصدر الالتزام بتقديم كفيل هو نص القانون مباشرة (مثل المادة 851 من القانون المدني التي تلزم المنتفع بتقديم كفالة لمالك الرقبة)، وقد تكون الكفالة قضائية حين يلزم القاضي المدين بتقديم كفيل (مثل الحالة المنصوص عليها في المادة 717 من القانون المدني المتعلقة بحالة اختلاف الشركاء حول إحداث تغييرات على المال الشائع).

رابعا- من حيث درجة التزام الكفيل:

إضافة إلى الكفالة البسيطة أي الكفالة في صورتها العادية نجد الكفالة المشددة التي يكون التزام الكفيل فيها أشد، حيث يتنازل فيها الكفيل عن حقه في الدفع بالتجريد أو حقه في عدم الرجوع عليه إلا بعد الرجوع على المدين أولا.

والكفالة المشددة لا تعني أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين الأصلي بل هي صورة يتنازل فيها الكفيل عن بعض الحقوق المقررة له طبقا لأحكام الكفالة دون أن يصل ذلك إلى جعل التزامه أكبر من التزام المدين الأصلي.

خامسا- صور أخرى للكفالة:

نجد صورا أخرى للكفالة أهمها:

أ- الكفالة المؤقتة: الأصل في الكفالة أنها لا تنقضي حتى ينقضي الدين، ولكن يجوز للكفيل أن يشترط أن يكون التزامه مؤقتا بمدة معينة بعد حلول أجل الدين.

(مثل اشـتراط الكفيـل أن التزامـه تجـاه الـدائن ينقضـي بمـرور سـنة مـن حلـول الـدين في حالة عدم تحرك الدائن لاقتضاء الدين).

ب- كفالة الكفيل: هي الحالة التي يبحث فيها الكفيل عن شخص يكفل التزامه تجاه الدائن.

جـ- كفالـة الرجـوع: وهـي الحالـة التـي يبحـث فيهـا الكفيـل عـن شـخص يكفـل لـه حقه في مواجهة المدين الأصلي. حيث قد يخشـى الكفيـل أن يعجـز المـدين الأصـلي أن يسدد ما أداه عنه إلى الدائن، فيعود الكفيل هنا على الكفيل الثاني.

الفرع الرابع: الشروط الواجب توفرها في الكفيل الذي التزم المدين بتقديمه

إذا التزم المدين بتقديم كفيل فإنه يتعين عليـه أن يختـار شخصـا يضـمن تحقيـق الغـرض المقصـود مـن الكفالـة. وقـد نصـت المـادة 646 مـن القـانون المـدني الجزائـري على شرطين هما:

أولا- يسار الكفيل:

أي أن تكـون للكفيـل الأمـوال الكافيـة للوفـاء بـالالتزام المكفـول، وهـي مسـألة موضوعية تخضع لتقدير القاضي.

ثانيا- إقامة الكفيل في الجزائر:

يلاحظ هنا أن المشرع اشترط الإقامـة المعتـادة فـي الجزائـر فـلا تكفـي الإقامـة العارضـة المؤقتـة، وذلـك مراعـاة لمصـلحة الـدائن والتسـهيل عليـه. وهـذان الشـرطان لا بد من توفرهما دائمـا حيـث إذا اخـتلا فـي أي وقـت قبـل انقضـاء الـدين كـان للـدائن طلب كفيل آخر أو تأمين عيني تحت طائلة سقوط أجل الدين واعتباره حال الأداء.

إضافة إلى هذين الشرطين نجد شـرط أهليـة الكفيـل، لأنـه إذا كـان فـي أهليـة الكفيل خلل أو قصور فإن الكفالة ستكون عرضة للإبطال وهو مـا يجعـل ائتمـان المـدين في خطر.

الفرع الخامس: التمييز بين الكفالة وما يشابهها

أولا- الكفالة والتعهد عن الغير:

التعهد عن الغير هو عقد بين شخصين يلتزم أحدهما وهو المتعهد أن يجعل شخصا آخر يقبل بالتعاقد مع المتعهد له، وهو ما نصت عليه المادة 114 من القانون المدني الجزائري.

يظهر المتعهد هنا كما لو كان كفيلا للشخص الذي تعهد بالحصول على موافقته. إلا أن الكفالة تختلف عن التعهد عن الغير من عدة أوجه أهمها أن الكفالة تتبع التزاما ناشئا بين دائن ومدين وهو ما لا يتوفر في التعهد عن الغير أين التزام المتعهد هو التزام أصلي لا يتبع أي التزام، حيث إذا لم يستطع المتعهد جعل الغير يقبل بالتعاقد مع المتعهد له فإنه يلتزم بالتعويض أو القيام بالالتزام بنفسه دون أن يكون له حق الرجوع على الغير الذي رفض التعاقد.

ثانيا- الكفالة والتأمين:

تشتبه الكفالة مع صورة من صور عقد التأمين هي تأمين الائتمان التي يقوم فيها الدائن بتأمين نفسه لدى شركة التأمين ضد خطر إعسار المدين وعجزه عن الوفاء بالدين. حيث تظهر شركة التأمين هنا كما لو كانت كفيلا للمدين وهو أمر غير صحيح لأن التزام شركة التأمين تجاه المؤمن له هو التزام أصلي سببه الأقساط التي يدفعها. وحين يقع الخطر المؤمن منه (إعسار المدين وعجزه عن السداد) فإن شركة التأمين تدفع مبلغ التعويض للمؤمن له ولا يجوز لها الرجوع على المدين بشيء، عكس الكفالة أين يمكن للكفيل الرجوع على المدين بعد الوفاء للدائن.

ثالثا- الكفالة والتضامن:

أهم فرق بين الكفالة والتضامن يتمثل في أن الكفيل ليس مسؤولا بصفة أصلية عن الوفاء بالالتزام خلاف المدين المتضامن الذي يعتبر مدينا أصليا.

المطلب الثاني: أركان الكفالة

باعتبار أن الكفالة تقوم كسائر العقود على ثلاثة أركان هي التراضي والمحل والسبب، فإنه سيتم التطرق في البداية لركن التراضي في عقد الكفالة (الفرع الأول)، ثم لركن المحل (الفرع الثاني)، ومن ثم لركن السبب (الفرع الثالث)، وذلك في ظل عدم اشتراط المشرع لشكل معين لانعقادها.

الفرع الأول: التراضي في الكفالة

التراضي في عقد الكفالة يطرح المسائل الآتية:

أولا- الأهلية اللازمة لإبرام الكفالة:

تختلف الأهلية المطلوبة في الكفيل عن الأهلية اللازمة للدائن، حيث الكفالة من حيث أصلها تبرع بالنسبة لكفيل وهو ما يتطلب أهلية أداء كاملة (19 سنة) لأنها تصرف ضار ضرار محضا. وبالمقابل تكون الكفالة في هذه الحالة نافعة محضا للدائن وبالتالي تصح منه وهو ناقص أهلية. أما حينما تكون الكفالة بمقابل فإنها تكون بالنسبة لكلا الطرفين تصرفا دائرا بين النفع والضرر وتحتاج في كليهما إلى أهلية أداء كاملة حتى لا تكون الكفالة قابلة للإبطال.

ثانيا- التعبير عن الإرادة في عقد الكفالة:

بالنسبة للدائن فإنه تطبق عليه القواعد العامة في التراضي المنصوص عليها في المادة 59 وما يليها في القانون المدني الجزائري، أما بالنسبة للكفيل ونظرا لخطورة الالتزام المترتب في ذمته فإن بعض شراح القانون المدني يرون ضرورة أن يكون تعبيره عن رضاه بالكفالة تعبيرا صريحا ولا يقبل منه تعبير ضمني.

ثالثا- عيوب الإرادة:

تطبق القواعد العامة المتعلقة بعيوب الإرادة (الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال) الواردة في نظرية العقد (المواد 81-91 من القانون المدني الجزائري) على عقد الكفالة. ونظرا لكون الكفالة عقدا من العقود ذات الاعتبار الشخصي أين تكون شخصية الكفيل والدائن والمدين ذات اعتبار حين إبرامها وهو ما يجعلها مجالا خصبا لتطبيق نظرية الغلط.

رابعا- إثبات الكفالة:

طبقا للمادة 645 من القانون المدني فإن الكفالة لا تثبت إلا بالكتابة حتى ولو جاز إثبات الالتزام الأصلي المكفول بالبينة (شهادة الشهود). وهذا الخروج عن القواعد العامة في الإثبات (لاسيما المادة 333 من القانون المدني) مبرره هو خطورة التزام الكفيل.

الفرع الثاني: محل الكفالة

محل عقد الكفالة هو ضمان تنفيذ الالتزام الأصلي أي وفاء الكفيل بالتزام المدين إذا لم يف به هذا الأخير، وعليه فإنه لابد أن يكون هذا الالتزام المكفول موجودا وممكنا ومشروعا وهو ما يطرح المسائل الآتية:

أولا- مصدر الالتزام المكفول ومحله:

لا يشترط أن يكون مصدر الالتزام المكفول هو العقد فقط، حيث يمكن كفالة الالتزام الناشئ عن الفعل الضار ما دامت مسؤولية المدين قد ثبتت وحدد مقدار التعويض. وهو ما يصح أيضا في الالتزام الناشئ عن الفعل النافع أو القانون.

فإذا لم يوجد الالتزام الأصلي أصلا أو وجد وانقضى قبل الكفالة، فإن الكفالة لا تقوم لانعدام المحل. ومحل التزام الكفيل الأصل فيه هو أداء مبلغ مالي، ولكن يمكن أن يكون محله إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

مع ملاحظة أنه يجب أن يكون الالتزام الأصلي المكفول صحيحا ومشروعا، فلو كان باطلا أو غير مشروع تنعدم الكفالة، وهو ما نص عليه المشرع في المادة 648 من القانون المدني.

ثانيا- صحة الالتزام الأصلي:

يطرح هذا العنصر مسألتين هامتين هما كفالة الالتزام الناشئ عن عقد قابل للإبطال وكفالة التزام ناقص الأهلية.

أ- كفالة الالتزام الناشئ عن عقد قابل للإبطال: العقد القابل للإبطال عقد صحيح نافذ بين طرفيه وبالتالي تصح كفالته، ولكنه يبقى معرضا للإبطال من طرف من له الحق في طلب الإبطال (المادتين 99-100 من القانون المدني). ونظرا لخاصية التبعية

فإن التزام الكفيل يـرتبط مصـيره بمصـير العقـد القابـل للإبطـال فـإذا أجيـز العقـد القابـل للإبطال تحصن واستقر وثبت معه التزام الكفيل. أما إذا تقرر إبطال العقد فإنه يـزول بـأثر رجعي وزالت معه الكفالة تبعا لذلك.

ولكن إذا كان الكفيـل عالمـا بقابليـة العقـد للإبطـال وتعهـد للـدائن بـأن لا يطلـب المدين إبطال العقد، فإنه إذا أجيز العقد من المدين أو سـقط الحـق فـي طلـب الإبطـال بالتقادم يكون الكفيل قد نفذ تعهده بعدم إبطال المـدين للعقـد ويبقـى التـزام بالكفالـة. أما إذا أبطل العقد زالت الكفالة تبعا لذلك ولكن يبقى الكفيل ملتزما تجـاه الـدائن ولكـن ليس بسـبب الكفالة، وإنما يصبح مدينا أصليا تجاه الدائن بسـبب إخلاله بالتزامه بالتعهد بعدم إبطال العقد.

ب- كفالة التزام ناقص الأهلية: رغم أن التزام ناقص الأهليـة هـو أيضـا التـزام قابـل للإبطال إلا أنه يظهر بأنه يتميز عنه من خلال الاحتمالات الآتية:

1- أن يجهل الكفيل نقص أهلية المدين: حيث يكون الكفيل هنا قد وقـع فـي غلـط في صفة جوهرية هي سن المدين مما يمنحه الحق في طلـب إبطـال العقـد إذا أثبـت وقوعه في الغلط وأنه ما كان لبرم عقد الكفالة لو علم أن المدين ناقص أهلية.

2- أن يكـون الكفيـل عالمـا بـنقص أهليـة المـدين: وهنـا تكـون الكفالـة صـحيحة ولا تكـون قابلــة للإبطــال ويبقــى التــزام الكفيــل مرتبطــا بمصــير الالتــزام المكفــول، فإذا لم يبطل ناقص الأهلية العقد أو سقط حقه في ذلك بالتقادم تأكد الالتـزام الأصـلي وتأكد معه التزام الكفيل.

3- أن يكون الكفيل قد قصد بالكفالة تـأمين الـدائن مـن خطـر تمسـك المـدين بنقص أهليته: وهو ما نصت عليه المادة 649 من القانون المدني، حيث إذا تم إبطـال العقـد فـإن الكفيـل لا يصـبح ملتزمـا بالكفالـة ولكنـه يبقـى ملتزمـا تجـاه الـدائن بصـفة أصـلية باعتبـاره مـدينا أصـليا بسـبب عجـزه عـن الوفـاء بالتزامـه بعـدم إبطـال العقـد لنقص أهلية المدين.

جـ- كفالة الالتزام الشرطي والالتزام المستقبل: ورد النص على هذا في المـادة 650 من القانون المدني، حيث أجاز المشرع كفالة الالتزام المعلق على شـرط وكفالـة الالتزام الذي لم ينشأ بعد أي الالتزام المستقبل.

فالالتزام المشروط غالبا ما يكون عقدا معلقا على شرط واقف أو شرط فاسخ ويضمن الكفيل الوفاء بما يترتب عنه. والفرق بينهما أنه في العقد المعلق على شرط واقف لا ينشأ التزام الكفيل إلا من وقت تحقق الشرط، فإذا لم يتحقق الشرط لم ينشأ الالتزام المكفول ولا ينشأ تبعا لذلك التزام الكفيل. أما في العقد المعلق على شرط فاسخ، فإن التزام الكفيل قائم منذ إبرام الكفالة فإذا تحقق الشرط الفاسخ فسخ العقد وزال بأثر رجعي وزالت معه الكفالة بالتبعية.

أما في كفالة الالتزام المستقبل فقد اشترط القانون أن يحدد مقدار التزام الكفيل في عقد الكفالة، كما نص القانون على ميزة أخرى للكفيل هي إمكانية أن يعين مدة للكفالة إذا لم ينشأ الالتزام المكفول خلالها سقط التزام الكفيل، وذهب القانون إلى أبعد من ذلك حين نص على أنه إذا لم يقم الكفيل بتحديد مدة التزامه بالكفالة جاز له أن يتراجع عنها في أي وقت ما دام الالتزام المكفول لم ينشأ.

د- كفالة الالتزام الطبيعي: الالتزام الطبيعي هو التزام يتضمن فقط عنصر المديونية ويفتقد عنصر المسؤولية حيث لا يمكن إجبار المدين على الوفاء به وهو ما يقتضي بالضرورة عدم تصور كفالة الوفاء به. وعليه إذا أصبح الالتزام المكفول التزاما طبيعيا بسبب من الأسباب كالتقادم فإن التزام الكفيل يصبح كذلك التزاما طبيعيا تبعا لذلك.

ولكن إذا تقدم شخص لكفالة التزام طبيعي وهو عالم بأنه التزام طبيعي فإنه يصبح ملتزما التزاما أصليا لأن هذا الالتزام الطبيعي أصبح في مواجهته التزاما مدنيا طبقا للمادة 163 من القانون المدني الجزائري.

هـ- حدود كفالة التزام الكفيل: تحكم حدود التزام الكفيل قاعدة أساسية سبق التطرق إليها حين الحديث عن خاصية التبعية وهي أن التزام الكفيل لا يمكن أن يكون أشد من التزام المدين الأصلي سواء من حيث المقدار أو الشروط أو الأوصاف. (المادة 652 من القانون المدني).

هذا ويمكن تحديد نطاق التزام الكفيل في نسبة معينة أو مبلغ محدد فإذا لم يتم ذلك اعتبرت كفالة مطلقة تشمل الدين المكفول وملحقاته ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من مصروفات بعد إخطار الكفيل طبقا للمادة 653 من القانون المدني.

فالملحقات هـي مـا يترتـب علـى المـدين الأصـلي مـن تعويضـات بسـبب تـأخره فـي التنفيـذ. أمـا مصـروفات المطالبـة الأولـى فهـي مـا ينفقـه الـدائن مـن مصـاريف عند رجوعه على المدين منذ الإعذار إلى غاية التنفيـذ، أمـا مـا يسـتجد مـن مصـروفات بعد إخطار الكفيل فهي لا تحسب على الكفيل إلا إذا تم إخطاره بها لأن بإمكان الكفيل تفادي الرجوع عليه ودفع الدين للدائن بمجرد الإخطار وتجنيبه مصاريف الرجوع.

الفرع الثالث: سبب الكفالة

إذا كانت الكفالة تبرعا مـن الكفيـل لصـالح الـدائن أو المـدين فـإن سـبب الكفالـة هو نية التبرع ولا بد من الرقابة على مشروعية الباعث نحو التبـرع تحـت طائلـة بطـلان الكفالة. أما حين تكون الكفالة بمقابل فإن سبب التزام الكفيل هو المقابل الذي يقدمـه المدين أو الدائن، أي المصلحة التـي سيسـتفيد منهـا الكفيـل نظيـر التزامـه بالكفالـة، مع الرقابة على الباعث نحو التعاقد من طرف الكفيل.

ونلاحظ أنه إذا كان الكفيل قد قبل الكفالة بسـبب تعهـد المـدين لـه بـأداء معـين فإن بطلان هذا التعهد لا يؤثر على صحة الكفالة وإنما تعود إلى أصلها التبرعي.

المطلب الثالث: آثار الكفالة

يترتب على عقد الكفالة التزام الكفيل بالوفاء بالالتزام المكفول إذا لم يف به المدين الأصلي، وعليه فإن للدائن أن يطالب الكفيل بعد الرجوع على المدين وعدم استيفاء الدين منه. وتلك هي آثار الكفالة فيما يخص العلاقة بين الكفيل والدائن (الفرع الأول)، فإذا قام الكفيل بالوفاء للدائن صار له حق الرجوع على المدين لما وفاه عنه وهذه هي آثار الكفالة فيما يخص العلاقة بين الكفيل والمدين الأصلي والكفلاء الآخرين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: العلاقة بين الكفيل والدائن

تطرق المشرع الجزائري إلى هذه الأحكام في المواد من 654 إلى 669 من القانون المدني حيث بيَّن فيها شروط مطالبة الدائن للكفيل والدفوع التي يواجه بها الكفيل هذه المطالبة، حسب التفصيل الآتي:

أولا- شروط مطالبة الدائن للكفيل:

حتى يرجع الدائن على الكفيل ويطالبه لا بدَّ من حلول أجل التزام الكفيل وأن يكون الدائن قد رجع على المدين، كما تطرح هنا مسألة تعدد الكفلاء.

أ- حلول أجل التزام الكفيل: الأصل أن أجل التزام الكفيل هو ذاته أجل التزام المدين ما لم يوجد اتفاق مخالف بين الدائن والكفيل يجعل أجل التزام الكفيل أطول من أجل التزام المدين، حيث لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أقصر من التزام المدين.

ويترتب على هذا أنه إذا اتفق المدين مع الدائن على تأجيل الوفاء بالالتزام استفاد الكفيل من ذلك وإذا سقط أجل التزام المدين لسبب من الأسباب الواردة في المادة 211 من القانون المدني فإن ذلك لا يؤثر على التزام الكفيل لأن المدين لا يمكنه جعل وضعية الكفيل أسوأ من وضعيته.

ب- مطالبة الدائن للمدين قبل الرجوع على الكفيل: وهو ما نصت عليه المادة 660 من القانون المدني، وتكون هذه المطالبة بموجب مطالبة قضائية يوجهها الدائن ضد المدين ولكن القانون لم يمنع من أن يطالب الدائن المدين وأن يطالب الكفيل بصفته ضامنا احتياطيا.

وهذا الشرط يتميز بأنه ليس من النظام العام فلا يثيره القاضي من تلقاء نفسه، وعلى الكفيل إثارته والدفع به وإلا سقط حقه فيه، كما أنه يمكن للكفيل أن يتنازل مسبقا على هذا الحق. ولا اعتبار لهذا الشرط إذا كان الكفيل متضامنا مع المدين حيث يمكن للدائن مطالبة أي منهما بقيمة الدين كله.

جـ- مسألة تعدد الكفلاء: نصت المادة 664 من القانون المدني على هذه المسألة وميزت بين فرضين:

الفرض الأول: تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد: وهنا إذا كانوا غير متضامنين قسم الدين عليهم ولا يحق للدائن أن يطالب أحدهم بكامل الدين. أما إذا كانوا متضامنين فيستطيع الدائن أن يرجع على أحدهم بقيمة الدين كله.

الفرض الثاني: تعدد الكفلاء لدين واحد بعقود متتالية: فهنا يعتبر كل منهم مسؤولا عن الدين كله إلا إذا احتفظ لنفسه بحق الدفع بالتقسيم.

ثانيا- الدفوع التي يواجه بها الكفيل مطالبة الدائن:

تتمثل هذه الدفوع فيما يلي:

أ- الدفوع المتعلقة بالالتزام المكفول: حيث للكفيل أن يتمسك بجميع الدفوع التي كانت للمدين في مواجهة الدائن، سواء ما تعلق منها ببطلان الالتزام الأصلي أو انقضائه. وقد نصت على هذا النوع من الدفوع المادة 654 من القانون المدني، حيث نصت فقرتها الأولى أن ذمة الكفيل تبرأ بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين. ولكن استثناء من هذا الأصل نصت المادة 654 في فقرتها الثانية بأنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص أهليته وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد فليس له أن يحتج بهذا الوجه.

ب- الدفع بعدم جواز مطالبة الكفيل إلا بعد الرجوع على المدين: نصت عليه المادة 660 من القانون المدني، وهو من الدفوع التي لا تمس بأصل الحق ولا يترتب على الدفع به سوى تأخير المطالبة حتى يقوم الدائن بتصحيح الإجراءات ومعاودة الطلب من جديد. وشروط التمسك بهذا الدفع هي:

- عدم تنازل الكفيل عن هذا الشرط؛
- أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين؛
- أن توجد للكفيل مصلحة في هذا الدفع.

جـ- الدفع بعدم اتخاذ الإجراءات ضد المدين في الآجال المحددة: الأصل أن تأخر الدائن في مطالبة المدين لا يعتبر سببا في إبراء ذمة الكفيل.

غير أن القانون منح وسيلة للكفيل يتخلص بها من هذا العبء وهي إنذار الدائن بوجوب مطالبة المدين خلال أجل 6 أشهر من الإنذار وإلا برأت ذمة الكفيل أو يقوم المدين بتقديم ضمانات كافية للكفيل. وهو ما نص عليه القانون المدني في المادة 657.

في حين أوردت المادة 658 حالة خاصة هي حالة إفلاس المدين أين أوجبت على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بمقدار ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن.

وتتميز هذه الحالة بأن الكفيل لا تبرأ ذمته تماما كالحالة الأولى وانما تبرأ ذمته فقط بمقدار يعادل ما ضيعه الدائن لو تقدم في التفليسة.

د- الدفع بإضاعة التأمينات: في هذه الحالة يجازي القانون الدائن على تفريطه في الضمانات التي أعطاها له المدين ولو تقررت بحكم القانون أو بعد إبرام عقد الكفالة طبقا للمادة 656 من القانون المدني. ويشترط لصحة هذا الدفع:

- أن يكون الدائن قد أضاع تأمينا خاصا،
- أن تضيع التأمينات بخطأ من الدائن،
- أن يترتب على ذلك إضرار بالكفيل.

هـ- الدفع بالتجريد: مقتضى الدفع بالتجريد هو أن لا ينفذ الدائن على أموال الكفيل حتى يجرد المدين من أمواله. وشروط قبول هذا الدفع هي:

- أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين،
- أن يبدي الكفيل تمسكه بهذا الدفع،
- أن يرشد الكفيل الدائن إلى أموال المدين التي تفي بالدين، ويجب أن تكون هذه الأموال موجودة في الجزائر وغير متنازع عليها.

فإذا توفرت هذه الشروط ترتبت الآثار الآتية:

- لا ينفذ الدائن على أموال الكفيل حتى يجرد المدين،
- يجب على الدائن التنفيذ على الأموال التي أرشده إليها الكفيل،
- للكفيل أن التمسك بالدفع بالتجريد أثناء رفع الدعوى ضده أو أثناء التنفيذ عليه.

كما أنه إذا وجد تأمين عيني نشأ قبل الكفالة أو معها منصبا على مال من أموال المدين مخصصا للوفاء بالالتزام المكفول، فإنه لا يجوز التنفيذ على الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال محل التأمين العيني. طبقا للمادة 663 من القانون المدني.

الفرع الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين والكفلاء الآخرين

تظهر هذه العلاقة في الحالة التي يقوم فيها الكفيل بالوفاء بالالتزام المكفول، حيث يصبح للكفيل الحق في الرجوع على المدين (أو المدينين) كما تظهر هنا علاقة الكفيل مع بقية الكفلاء حال وجودهم. وعليه نتناول ذلك في عنصرين كالآتي:

أولا- علاقة الكفيل بالمدين:

أ- حالة عدم تعدد المدينين: حين يقوم الكفيل بالوفاء بالدين عند رجوع الدائن عليه فإنه يكون قد وفى بالتزامه الناشئ عن عقد الكفالة فمنحه القانون تبعا لذلك حق الرجوع على المدين بدعوى تسمى دعوى الكفالة. ونظرا لأن وفاء الكفيل للدين هو وفاء لدين غيره وجاء نتيجة إلزام له بذلك، فإنه يستفيد من أحكام الفقرة الأولى من المادة 261 من القانون المدني التي تمنحه حق الحلول محل الدائن بمقدار ما وفَّاه. وإضافة إلى ذلك يعتبر المدين قد أثرى على حساب الكفيل مما يتيح للكفيل أن يرفع ضد المدين دعوى الإثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة. وهي الدعاوى التي نتناولها تباعا كالآتي:

1- دعوى الكفالة: هذه الدعوى هي ناشئة عن عقد الكفالة، وقد نص القانون المدني عليها في المادتين 670 و672، وباستقراء هاتين المادتين فإن شروط هذه الدعوى تتمثل فيما يلي:

- أن تكون الكفالة قد عقدت لصالح المدين ودون اعتراض منه.
- أن يكون الكفيل قد وفى بالدين أو بجزء منه.
- حلول أجل الدين.
- أن يخطر الكفيل المدين قبل الوفاء بالدين حتى يتسنى للمدين الاعتراض على الوفاء وتجنيبه الضرر.

فإذا توفرت هذه الشروط رجع الكفيل على المدين بأصل الدين وملحقاته وما دفعه من مصروفات، ويقصد بالمصروفات ما أنفقه الدائن في إجراءاته ضد الكفيل

واضطر الكفيل لدفعها، وكل ما أنفقه الكفيل في وفائه بالتزاماته مثل مصروفات إرشاد الدائن إلى أموال المدين عند الدفع بالتجريد وإجراءات العرض والإيداع حين الوفاء، كل ذلك بشرط أن يخطر الكفيل المدين بما اتخذ ضده من إجراءات لأن المدين قد يجنبه تلك المصروفات. دون أن يؤثر ذلك على حق الكفيل في الحصول على تعويض من المدين إذا كان لذلك وجه.

2- دعوى الحلول: نصت عليها المادة 671 من القانون المدني وما هي إلا تطبيق للقواعد العامة التي وردت في المادة 261 وما يليها من القانون المدني، ومقتضاها أن الكفيل استنادا لواقعة الوفاء عن الغير المقترن بالالتزام بالوفاء عنه يحل محل الدائن في جميع حقوقه تجاه المدين سواء كانت هذه الكفالة بعلم المدين أو دون علمه أو رغم إرادته، لمصلحته أو لمصلحة الدائن. ولكن يشترط أن يكون الكفيل قد وفى بكامل قيمة الدين أما إذا وفىّ بجزء من الدين فقط فلا يرجع الكفيل على المدين حتى يستوفي الدائن حقه.

ويترتب على الحلول الآثار الآتية:

- يحل الكفيل محل الدائن في حقه ويرجع على المدين بهذا الحق،
- يرجع الكفيل على المدين بحق الدائن بخصائصه وما يلحقه من توابع،
- يحل الكفيل محل الدائن في حقه بما يكفله من تأمينات وبما يرد عليه من دفوع.

3- دعوى الإثراء بلا سبب: هذه الدعوى هي القاعدة العامة والطريق الأخير التي يلجأ إليها الكفيل حين لا يكون بوسعه الرجوع بدعوى الكفالة أو دعوى الحلول لعدم توفر شروطهما. حيث يستند في هذه الحالة إلى ما ورد في المادة 141 من القانون المدني بأنه يجب على كل من نال بحسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء حيث يعتبر المدين هنا قد أثرى على حساب الكفيل ويصبح بذلك ملتزما بأن يعوض الكفيل بأقل القيمتين (إما بمقدار ما افتقرت به ذمة الكفيل أو بمقدار ما أثريت به ذمة المدين).

ب- حالة تعدد المدينين: إذا تعدد المدينون بالدين المكفول فإما أن يكونوا متضامنين فيما بينهم أو غير متضامنين، وفي كلتا الحالتين إما أن يكون الكفيل قد كفلهم جميعا أو كفل بعضهم دون الآخر.

1- حالــة تعــدد المــدينين دون تضــامن: إذا كــان الكفيــل قــد كفلهــم جميعــا فإن له الرجوع عليهم كل واحد بقدر نصيبه من الدين، أما إذا كان قد كفل البعض دون الآخر، فإنه لا يستطيع الرجوع على المدينين غير المكفولين إلا بدعوى الإثراء بلا سبب لأنه لا يستطيع الرجوع عليهم بدعوى الكفالة ودعوى الحلول.

2- حالة تعدد المدينين وتضامنهم: إذا كان الكفيل قد كفلهم جميعا فإن له الرجوع على أي منهم بقيمة الدين كاملا وذلك بجميع الدعاوى السابقة (المادة 673 من القانون المدني). أما إذا لم يكفل الكفيل جميع المدينين المتضامنين، فإنه بالنسبة لمن كفلهم يرجع على أي منهم بكامل الدين وفق الدعاوى السابقة، أما من لم يكفلهم فإنه لا يستطيع أن يرجع عليهم بدعوى الكفالة ولكن يمكن أن يرجع عليهم بالدعاوى الآتية:

- دعوى الإثراء بلا سبب: ويرجع في هذه الحالة على كل مدين يقدر حصته من الدين ونصيبه في حصة من أعسر منهم (لأن هذا هو مقدار الإثراء الخاص بكل مدين).
- الدعوى غير المباشرة: وذلك باسم المدين الذي كفله وفقا للأحكام الخاصة بالرجوع بين المدينين المتضامنين.
- دعوى الحلول، وفق الشروط السابقة.

ثانيا- العلاقة بين الكفيل وغيره من الكفلاء:

إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد وكانوا غير متضامنين فإن الدين ينقسم بينهم، فإذا وفى أحد الكفلاء بقيمة الدين كاملا للدائن (وهو غير ملزم بذلك) فإنه لا يستطيع الرجوع على بقية الكفلاء إلا بدعوى الإثراء بلا سبب ويرجع على كل منهم فقط بقدر نصيبه من الدين وقت الكفالة بغض النظر عن إعسار بقية الكفلاء.

أما إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد وكانوا متضامنين أو التزموا بعقود كفالة متتالية فإن كل منهم يكون مسؤولا عن كل الدين فإذا وفى أحدهم بالدين فإن له الرجوع على غيره من الكفلاء بدعوى الحلول أو الإثراء بلا سبب بحصة كل منهم في الدين ونصيبه في حصة من أعسر من الكفلاء (المادة 668 من القانون المدني).

المطلب الرابع: انقضاء الكفالة

تنقضي الكفالة إما بصفة أصلية (الفرع الأول)، أو بصفة تبعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: انقضاء الكفالة بصفة أصلية

يقصد بذلك أن تنقضي الكفالة بأسباب ترجع لعقد الكفالة ولا تتصل بالالتزام المكفول وذلك بأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام بالوفاء أو التجديد أو المقاصة أو اتحاد الذمة أو الإبراء أو التقادم الخاص بالكفالة.

الفرع الثاني: انقضاء الكفالة بصفة تبعية

تنقضي الكفالة بصفة تبعية بانقضاء الالتزام المكفول بأي سبب من الأسباب الآتية:

أولا- الوفاء:

يقصد بالوفاء أن يؤدي المدين للدائن الدين كاملا، فإذا كان الوفاء جزئيا فإن الكفالة تنقضي فقط بمقدار ما سدد من الدين، كما يجب أن يكون الوفاء صحيحا.

ويقوم مقام الوفاء العرض الحقيقي إذا تلاه إيداع، أما في الحالة التي يوفي فيها الغير الدين فإنه يحل محل الدائن ولا تنقضي الكفالة.

ثانيا- الوفاء بمقابل:

يقصد به أن يقبل الدائن من المدين شيئا آخر غير الذي التزم به المدين، حيث ينقضي هنا الدين الأصلي وتنقضي الكفالة تبعا لذلك. (المادة 655 من القانون المدني).

ثالثا- التجديد:

يقصد به تغيير محل الالتزام أو تغيير طرفيه وهو ما يترتب عليه انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه ونشوء التزام جديد ولا تنتقل التأمينات الشخصية والعينية التي كانت تضمن الالتزام الأصلي إلا بالاتفاق ورضاء الكفيل أو بنص القانون.

رابعا- المقاصة:

هي أن يكون للمدين دين في ذمة دائنه، وقد أعطى القانون للكفيل أن يتمسك بالمقاصة ولو لم يتمسك بها المدين.

خامسا- اتحاد الذمة:

جاء في المادة 304 من القانون المدني أنه إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة. فإذا زال سبب اتحاد الذمة عاد الدين إلى الوجود بملحقاته بالنسبة إلى المعنيين بالأمر ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن.

سادسا- الإبراء:

إذا أبرأ الدائن المدين وقبل المدين ذلك انقضى الدين وانقضت الكفالة بالتبعية. فإذا أبطل الإبراء عاد الالتزام الأصلي وعادت الكفالة معه.

سابعا- استحالة التنفيذ:

يكون ذلك إذا كانت استحالة التنفيذ بسبب أجنبي، أما إذا كانت استحالة التنفيذ بسبب المدين لا تنقضي الكفالة لأن التزام المدين يتحول إلى تعويض يضمنه الكفيل. وإذا استحال التنفيذ بفعل الكفيل انقضى الدين الأصلي والكفالة معه وينقلب الكفيل مدينا أصليا بسبب خطئه.

ثامنا- التقادم:

إذا تقادم الالتزام الأصلي انقضت الكفالة بالتبعية وللكفيل التمسك بالتقادم ولو لم يتمسك به المدين الأصلي وله كذلك أن يطعن في تنازل المدين عن التقادم بالدعوى البوليصية (المادتين 321 و322 من القانون المدني).

المبحث الثاني : مفهوم الحقوق العينية التبعية

تناول المشرع الحقوق العينية التبعية على سبيل الحصر في المواد 882 إلى 1003 من القانون المدني، ضمن الكتاب الرابع تحت عنوان "الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية"،حيث سيتم التطرق في البداية إلى الرهن الرسمي (المطلب الأول)، ثم الرهن الحيازي (المطلب الثاني)، ثم حق التخصيص (المطلب الثالث) ثم حق الامتياز (المطلب الرابع).

المطلب الأول : الرهن الرسمي

سيتم في هذا المطلب التطرق إلى تعريف الرهن الرسمي (الفرع الأول) ثم ذكر خصائصه (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تعريف الرهن الرسمي

هو حق عيني يترتب على عقار معين، مملوك للراهن ضمانا للوفاء بحق الدائن المرتهن، مع بقاء هذا العقار في حيازة الراهن يستعمله ويستغله ويتصرف فيه.

وعرفته المادة 882 من القانون المدني الجزائري على أنه " الرهن الرسمي عقد يكتسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التالين له في المرتبة في استفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان".

وما يمكن ملاحظته من هذا التعريف :

- اصطلاح الرهن الرسمي يطلق على العقد كمصدر للحق، وعلى الحق العيني الناشئ عن العقد، فكان من المستحسن أن يعرف الرهن الرسمي باعتباره حقا إذ الحق هو الغاية، وما العقد إلا وسيلة لنشوئه.
- أن هذا التعريف أشار إلى أن الدائن المرتهن يستوفي حقه من ثمن العقار المرهون عند بيعه مع أنه يستطيع أن يمارس هذا الحق على كل ما يحل محل العقار المرهون،ولو لم يكن ثمنا كالتعويض أو مبلغ التأمين الذي يدفع في حالة هلاك العقار المرهون سواء كان هلاكا ماديا أو قانونيا وهو ما نصت عليه المادة 907

من القانون المدني صراحة بقولها " يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم تجاه الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محله هذا العقار، بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا أجرو القيد في يوم واحد".

- أن هذا التعريف عندما اعتبر الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن المرتهن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه منه فإن العقار المرهون لا يضمن إلا الدين الذي رهن العقار من أجله، مع أن الرهن لا يخرج العقار المرهون من الضمان العام لباقي الدائنين وهؤلاء يستطيعون التنفيذ على العقار المرهون غير أنهم لن يستوفوا حقوقهم إلا مما قد يتبقى من ثمن العقار بعد استيفاء الدائن المرتهن حقه بالكامل.
- كذلك انتقد هذا التعريف لإغفاله ذكر عبارة)الدائنين العاديين(، لذلك يستحسن إضافتها بعد عبارة)أن يتقدم على(لتصبح كما يلي :"...أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة(.
- كما أنتقد هذا التعريف لإغفاله العنصر الأساسي المميز لمرهن الرسمي وهو عدم انتقال حيازة العقار المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن.

الفرع الثاني : خصائص الرهن الرسمي

من خلال نص المادة 882 من الأمر السالف الذكر يتضح أن حق الرهن الرسمي يتميز بعدة خصائص أهمها:

أولا- الرهن الرسمي حق عيني:

الحق العيني سلطة مباشرة لشخص على مال معين، أي أنه لا يحتاج إلى وساطة المدين بل يثقل العين مباشرة ويتبعها في أي يد كانت لاستفاء حقه، وفي الحقيقة أن حق الرهن الرسمي يرد على مال عقاري أي على حق عيني واقع على عقار إذ أن القول بأنه يرد مباشرة على عقار فيه تجاوز لأن الراهن لا يرهن العقار في ذاته، بل الحق الذي يملكه على هذا العقار سواء كان حق ملكية أو انتفاع أو غيرهما من الحقوق العينية العقارية الأصلية. أو بالأحرى القيمة المالية لهذا الحق، لأنه لا يخول المرتهن أي مزية من مزايا ملكية الشيء علي العقار، و إنما يقتصر على تخويله مزية على قيمة ملكية هذا العقار المالية.

ويعطي هذا الحق الدائن المرتهن ميزة التقدم في استفاء حقه من المقابل النقدي للعقار على الدائنين العاديين وعلى الدائنين الذين لهم حقوق عينية على نفس العقار إذا كانوا متأخرين عنه في المرتبة سواء بقي العقار المرهون عند الراهن أو انتقل إلى الحائز، كما يمنح له هذا الحق ميزة التتبع إذا انتقل العقار المرهون إلى الحائز.

ثانيا- الرهن الرسمي حق تبعي:

لا ينشأ الرهن الرسمي مستقلا بذاته بل يستند في وجوده إلى حق أصلي لضمان الوفاء به، ويترتب على خاصية التبعية ما يلي :

- أنه يختلف عن الحقوق العينية الأصلية فهو لا يخول صاحبه شيئا من مزايا هذه الحقوق وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف،لأنه ليس حقا متفرعا عنها ولا جزءا منها بل هو حق يرد على ملكية عقار أو عقارات معينة ضمانا للوفاء بدين صاحبه قبل دين آخر.
- كما أنه لا ينشأ إلا لضمان حق، وإذا كان في الغالب أن الحق المضمون يكون سابقا أو معاصرا للرهن فإنه ليس هناك ما يمنع أن يكون الحق المضمون لا حقا على الرهن، حيث يمكن إنشاء رهن رسمي لضمان دين احتمالي، أو مؤجل أو شرطي، وفي هذه الحالات يكون الرهن الرسمي وإن نشأ صحيحا قابلا للقيد متصفا بذات الأوصاف التي تلحق الدين المضمون فيكون مثله رهنا احتماليا أو شرطيا.
- كما يترتب على صفة التبعية كذلك أن حق الرهن الرسمي يتبع الدين المضمون وجودا وعدما ويتصف بالأوصاف التي تلحقه، من شرط وأجل، فيصبح الرهن الرسمي معلقا على الأجل المعلق عليه الحق المضمون أو مقترنا بالشرط المقترن به ذلك الحق، فلا ينفصل الرهن عن الدين المضمون بل يكون تابعا له في صحته و انقضائه، فمتى تقرر بطلان الحق المضمون بطل الرهن الرسمي تبعا لذلك، وإذا انتقل الدين المضمون من دائن إلى آخر انتقل معه الرهن الضامن له، وبذلك يجوز للراهن أن يتمسك تجاه من انتقل إليه الرهن تبعا لانتقال الحق المضمون إليه بكل الدفوع التي تؤثر في وجود الحق المضمون.

ثالثا- الرهن الرسمي حق عقاري:

الأصل أن حق الرهن الرسمي لا يرد إلا على عقار وهذا الأخير عرفته المادة 683 من القانون المدني على أنه "كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف وما عدا ذلك من شيء فهو منقول".

والحكمة من استبعاد المنقولات وعدم توقيع رهن رسمي عليها تكمن في صعوبة إخضاعها لإجراءات الشهر العقاري نظرا لسهولة تهريبها وإخفائها وكذا سرعة تداولها وانتقالها بين الأشخاص ومن مكان إلى آخر، لذلك لا يمكن الاحتجاج بها طبقا لقاعدة الحيازة في المنقول سند للملكية، وعلى خلاف ذلك يسهل تنظيم شهر حق الرهن الرسمي في العقارات نظرا لطبيعتها الثابتة إذ يكفي شهرها لإعلام الغير بملكيتها أو ورود رهن عليها.

ومع ذلك فإن المشرع الجزائري وعلى غرار التشريعات المقارنة قرر توقيع الرهن الرسمي على بعض المنقولات التي تسمح طبيعتها بإخضاعها لعلمية الشهر العقاري، وعلى تلك المنقولات التي لا تختلط بغيرها ولا يسهل إخفائها نظرا لضخامة حجمها ولأن قيمتها تفوق بكثير قيمة العقارات ومثالها السفن والطائرات فهي وإن كانت منقولات إلا أنها منقولات ذات طبيعة خاصة.

ثالثا- الرهن الرسمي حق غير قابل للتجزئة:

كقاعدة عامة حق الرهن الرسمي حق غير قابل للتجزئة ونصت المادة 892 من القانون المدني "بأن كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها، ما لم ينص القانون أو يقضي الاتفاق بغير ذلك."

ويفهم من هذه المادة أن قاعدة عدم قابلية الرهن الرسمي للتجزئة لها شقان؛ الشق الأول عدم جواز تجزئة حق الرهن الرسمي من حيث العقار المرهون، والشق الثاني عدم جواز تجزئة حق الرهن الرسمي من حيث الدين المضمون:

أ- عدم جواز تجزئة حق الرهن الرسمي من حيث العقار المرهون: يقصد بها أن كل جزء من العقار يضمن الدين بأكمله، فإذا كانت هناك عدة عقارات مرهونة فكل عقار منها يعتبر ضمانا لكل الدين، ويحق للدائن المرتهن أن يباشر حقه على أي منها، وله أن يتتبع ما يبيعه الراهن من هذه العقارات لينفذ على العقار المبيع بكل الدين

في يد حائزه، ولا يمكن لهذا الأخير إجبار الدائن المرتهن على قبول جزء من حقه يعادل قيمة العقار بالنسبة لمجموع العقارات المرهونة.

ب- عدم جواز تجزئة حق الرهن الرسمي من حيث الدين المضمون: ولو سدد المدين جزء من الدين فإن العقار لا يتحرر بنسبة تقابل ما انقضى من الدين بل يبقى العقار المرهون كاملا ضمانا للوفاء بالجزء المتبقي من الدين، وإذا أحال الدائن جزءا من حقه لآخر فإن الحق المحال له يكون مضمونا بالعقار المضمون كله.

لكن قاعدة عدم تجزئة الرهن الرسمي ليست من النظام العام وهي مقررة لمصلحة الدائن المرتهن لذلك يجوز لهذا الأخير الاتفاق مع الراهن على استبعادها سواء في عقد الرهن الرسمي ذاته أو في اتفاق لاحق على أن يحرر جزء من العقار كلما تم دفع جزء من الدين.

رابعا- حق الرهن الرسمي يحفظ للمدين الراهن ملكية العقار المرهون وحيازته:

إذا كان حق الرهن الحيازي يسلب من الراهن حيازة الشيء المرهون سواء كان منقولا أو عقارا فإنه وعلى خلاف ذلك يبقى حق الرهن الرسمي لمالك العقار المرهون حيازة هذا الأخير وسلطته في التصرف فيه واستعماله واستغلاله طالما أنه للدائن المرتهن الحق في التقدم لاستفاء حقه من الثمن الناجم عن بيع العقار المرهون أو من مبلغ التعويض في حالة هلاك العقار المثقل بالرهن الرسمي.

دون أن ننسى أن الرهن الرسمي قد ينشأ بواسطة عقد أو يكون مصدره القانون أو القضاء وهذا ما نصت عليه المادة 883 من القانون المدني.

المطلب الثاني : الرهن الحيازي

سيتم في هذا المطلب التطرق إلى تعريف الرهن الحيازي (الفرع الأول) ثم ذكر خصائصه (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تعريف الرهن الحيازي

أورد المشرع الجزائري نصا واحدا عرف بموجبه الرهن الحيازي جاعلا منه مفهوما عاما على كل أنواع الرهن الحيازي، حيث نصت المادة 948 من القانون المدني على أن " الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون."

ومن خلال نص هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري لا يعتبر التسليم ركنا في العقد بل هو مجرد التزام يتولد من العقد بعد تمامه في ذمة المدين كون أن العقد ينعقد بمجرد تبادل الإيجاب والقبول دون حاجة إلى التسليم.

ولأن الضمان في الرهن الحيازي يقتضي تسليم الراهن الشيء المرهون لدائنه المرتهن فإن المشرع الجزائري بموجب المادة 966 من القانون المدني قد ألزم الراهن في الرهن الحيازي الوارد على العقار بأن يسلم العقار المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى شخص يرتضيه المتعاقدان وذلك لنفاذه في حق الغير ويترتب الحق العيني الذي يعطي للدائن المرتهن حق حبس العقار المرهون الى غاية استيفاء دينه تماما وحق التقدم على غيره من الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون في أي يد كان.

الفرع الثاني : خصائص الرهن الحيازي

انطلاقا من أن الرهن يطلق على حق الرهن كما يطلق على العقد فسنتطرق لخصائصه باعتباره حقا ثم لخصائصه باعتباره عقدا.

أولا- خصائص الرهن الحيازي العقاري باعتباره حقا:

يتميز الرهن الحيازي العقاري باعتباره حقا بالخصائص الآتية:

أ- ينشأ الرهن الحيازي الوارد على العقار بواسطة عقد مثله مثل الرهن الرسمي ولا ينشأ بنص القانون كالامتياز ولا بحكم قضائي كحق التخصيص.

ب- يعتبر حق عيني عقاري لأنه يخول للدائن سلطة مباشرة على العقار المرهون فيخوله الحق في حبسه إلى أن يدفع له دينه، كما يستطيع في حالة عدم دفع الدين التنفيذ عليه واستيفاء دينه من ثمنه بالأفضلية على غيره من الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التالين له في المرتبة في أي يد كان.

ت- هو حق عيني تبعي، ذلك أنه يوجد لضمان حق آخر هو الدين المضمون، فيقوم بقيام هذا الدين ويتبعه في وجوده وعدمه، ويبطل ببطلانه وينقضي بانقضائه.

فإذا تقرر بطلان الدين المضمون بطل الرهن تبعا لذلك وإذا انقضى الدين المضمون بالوفاء أو بغيره انقضى الرهن تبعا له، وقد نص المشرع الجزائري على ذلك بمقتضى المادة 893 من القانون المدني والتي تنص على أنه " لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون بل يكون تابعا له في صحته وفي انقضائه، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

هذا وان الالتزام الأصلي الذي يتبعه الرهن الحيازي يصح أن يكون محله مبلغ من النقود، ويصح أن يكون محله التزام بعمل أو الامتناع عن عمل أو نقل حق عيني، كما يصح أن يكون الالتزام الأصلي مقرونا بأجل أو معلق على شرط وعند ذلك يكون الرهن الحيازي ذاته مقرونا بنفس الأجل أو معلق على نفس الشرط.

وقد يضمن الرهن الحيازي التزاما أصليا يكون التزام مستقبلي أو احتمالي كالالتزام الناتج عن فتح اعتماد، وقد نصت المادة 891 من القانون المدني بأنه : "يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبلي أو دين احتمالي كما يجوز أن يترتب ضمانا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جاري على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين." والتي تنطبق على الرهن الحيازي بموجب المادة 950 من القانون المدني.

ث- يعتبر كذلك حق لا يتجزأ مع أن المشرع الجزائري لم ينص بشأن الرهن الحيازي على ذلك لا صراحة ولا بالإحالة على أحكام الرهن الرسمي، إلا أنه لا يوجد ما يمنع تطبيقها على الرهن الحيازي عموما لأن عدم التجزئة مرتبط بالضمان وهي خاصية تقررت لصالح الدائن المرتهن لتدعيم الائتمان.

ثانيا- خصائص الرهن الحيازي العقاري باعتباره عقدا:

يتميز الرهن الحيازي العقاري باعتباره عقدا بالخصائص الآتية:

أ- أنه يعتبر عقد شكلي يلزم توثيقه ذلك أن المادة 12 من قانون التوثيق الصادر بموجب الأمر 70-91 المعدل والمتمم بموجب الأمر 06-02 و التي تنص بأن "العقود التي تتضمن نقل الحقوق العقارية الأصلية والتبعية يلزم التوثيق فيها".

ب- عقد ضمان عيني، فهو من عقود الضمان لكونه يسعى لضمان استيفاء الدائن المرتهن لحقه من ثمن العقار المرهون.

ت- عقد ملزم لجانبين، حيث يلتزم الدائن المرتهن بالمحافظة على العقار المرهون واستثماره ورده عند انقضاء الرهن، وتقديم حساب عن ذلك، أما المدين الراهن فيلتزم بتسليم العقار المرهون إلى الدائن المرتهن.

ث- أنه عقد بمقابل، لأن الراهن لا يتبرع بالرهن بل يقدمه في مقابل ما يحصل عليه من مال أو أجل ولأن الدائن المرتهن لا يقرض المدين أو يمنحه أجل إلا بمقابل الرهن الذي يوفر له الضمان.

المطلب الثالث : حق التخصيص

سـيتم فـي هـذا المطلـب التطـرق إلـى تعريـف حـق التخصـيص (الفـرع الأول) ثم ذكر خصائصه (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تعريف حق التخصيص

المشرع الجزائري لم يـأت بـنص خـاص يعـرف فيـه حـق التخصـيص علـى خـلاف ما قام به بالنسبة لحق الرهن الرسـمي، مع ذلك يمكن اسـتنتاج تعريف لحق التخصيص بأنه حق عيني تبعي يتقرر للدائن على عقار أو عقـارات مدينـه بمقتضـى حكـم واجـب التنفيذ صادر بإلزام المدين بالدين ويخول الدائن التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في اسـتفاء حقه من المقابل النقدي لـذلك العقـار المثقـل بحـق التخصيص في أي يد كان.

الفرع الثاني : خصائص حق التخصيص

يتميز حق التخصيص بالخصائص الآتية:

أولا- حق التخصيص حق عيني:

نظـم المشـرع الجزائـري حـق التخصـيص تحـت بـاب الحقـوق العينيـة التبعيـة، وبهذا يكون قد اعتبره حقا عينيا مثـل بقيـة التأمينـات العينيـة الأخـرى، والحـق العينـي كما سـبق ذكـره سـلطة مباشـرة يخولهـا القـانون لصـاحبه علـى شـيء معـين بذاتـه، بموجبهـا يسـتطيع اقتضـاء حقـه مـن المقابـل النقـدي لهـذا المـال بالأفضـلية والتقـدم على غيره من الدائنين العاديين أو التاليين له في المرتبة إذا كانوا أصحاب حقوق عينية مقيدة مثله ويسـتطيع صاحب هذا الحق أي المحكوم لو بحق التخصيص أن يتبـع العقـار المثقل بهذا الحق في أي يد كان والحجز عليه تحت يد من انتقلـت إليـه ملكيـة العقـار لأي سـبب كان.

ثانيا- حق التخصيص حق تبعي:

حق التخصيص مثل بقية التأمينات الأخرى لا ينشأ مسـتقلا بذاته بل ينشـأ تابعـا لحق أصلي لضمان الوفاء به، ويترتب عـن هـذه التبعيـة أن حـق التخصـيص يتبـع الحـق

الأصلي المضمون ويرتبط به وجودا وعدما، فإذا كان الدين الذي أخذ حق التخصيص تأمينا له قد نشأ نتيجة غش فإن هذا الغش متى ثبت يبطل تبعا له حق التخصيص.

ثالثا- حق التخصيص حق عقاري:

نصت المادة 940 من القانون المدني على أنه "لا يجوز الحصول على حق التخصيص إلا على عقارات معينة مملوكة للمدين...".

يفهم من هذه المادة أن حق التخصيص لا يرد إلا على عقار والسبب في استبعاد المنقولات يعود إلى طبيعة المنقولات التي يسهل تهريبها وإخفاءها، وسرعة تداولها بين الأشخاص من مكان إلى آخر، على أن حق التخصيص بما أنه يقع على عقار يستلزم إشهاره من أجل إعلام الغير بوجوده فيكون حجة عليهم وهو ما لا يتحقق في حالة ورود حق التخصيص على منقول.

رابعا- حق التخصيص حق غير قابل للتجزئة:

نصت المادة 947 من القانون المدني على أنه " تكون للدائن الذي حصل على حق التخصيص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي ويسري على التخصيص ما يسرى على الرهن الرسمي من أحكام وخاصة ما يتعلق بالقيد وتجديده وشطبه وعدم تجزئة الحق..."

ويفهم من هذه المادة أن حق التخصيص كحق الرهن الرسمي غير قابل للتجزئة كقاعدة عامة سواء من حيث العقار المثقل بحق التخصيص أو من حيث الدين المضمون بذلك الحق، وقد سبق الحديث عن قاعدة عدم التجزئة في خصائص الرهن الرسمي.

خامسا- حق التخصيص يحفظ للمدين ملكية العقار وحيازته:

وهذه الخاصية كذلك يشترك فيها حق التخصيص مع حق الرهن الرسمي إذ أن حيازة العقار الوارد عليه حق التخصيص تبقى للمدين الذي يكون له الحق في استعمال واستغلال العقار وكذلك سلطة التصرف فيه كبيعه أو التبرع به بشرط عدم الإضرار بالدائن صاحب حق التخصيص.

سادسا- حق التخصيص من الإجراءات التحفظية:

يعتبر أخذ حق التخصيص على عقارات المدين نوعا من الإجراءات التحفظية التي يلجأ إليها الدائن لضمان تنفيذ الحكم الصادر له ضد مدينه، بحيث أن الدائن يدرأ عن نفسه الخطر الذي يتعرض له من جراء تصرف المدين في عقاراته، إذ أن مزية التتبع

التي يخولها إياه حق التخصيص تغنيه عن سلوك طريق الدعوى البوليصية (دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين)، كما تجنبه إثبات غش المدين وهو ما يكون متعذرا أو صعبا في كثير من الأحيان.

سابعا- حق التخصيص حق قابل للإنقاص:

نصت المادة 946 من القانون المدني على أنه :" يجوز لكل ذي مصلحة أن يطالب إنقاص التخصيص إلى الحد المناسب إذا كانت الأعيان التي رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على ما يكفي لضمان الدين ".

ويكون إنقاص التخصيص إما باقتصاره على جزء من العقار أو العقارات التي رتب عليها أو بنقله إلى عقار آخر تكون قيمته كافية لضمان الدين، وأما المصاريف اللازمة لإجراء الإنقاص فتكون على عاتق من طلبه ولو تم بموافقة الدائن ".

ويتضح من نص المادة أن المشرع الجزائري وحرصا منه على تحقيق التناسب بين الدين المضمون والعقار المثقل بحق التخصيص فقد أجاز لكل ذي مصلحة سواء كان المدين أو الدائن صاحب التأمين العيني المتأخر في المرتبة أو الدائن العادي أو حتى الحائز للعقار المثقل بالتخصيص طلب إنقاص التخصيص، ولا ريب فإن إنقاص حق التخصيص بسبب نقص قيمة الدين حكم خاص ينفرد به حق التخصيص على خلاف القاعدة المقررة بالنسبة لحق الرهن الرسمي.

المطلب الرابع : حق الامتياز

سيتم في هذا المطلب التطرق إلى تعريف حق الامتياز (الفرع الأول) ثم ذكر خصائصه (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تعريف حق الامتياز

عرف المشرع حق الامتياز في الفقرة الأولى من المادة 982 من القانون المدني بأنه: "الامتياز أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته".

فهو حق عيني تبعي يقرره القانون للدائن على مال أو أكثر من أموال المدين ضمانا للوفاء بحق الدائن، ومراعاة من القانون لصفة هذا الدين فقد نص بأن مصدر حق الامتياز هو القانون حصرا.

الفرع الثاني : خصائص حقوق الامتياز

تتصف حقوق الامتياز بالخصائص الآتية:

أولا- حق عيني:

تظهر خاصية العينية بجلاء في حقوق الامتياز الخاصة لأنها ترد على مال معين من العقارات أو المنقولات، أما في حقوق الامتياز العامة التي ترد على جميع أموال المدين فلا تبدو خاصية العينية ولا يظهر الامتياز إلا حين التنفيذ على أموال المدين حيث تظهر الأولوية على أموال المدين لصاحب الحق الممتاز.

ثانيا- حق تبعي:

حاله حال بقية الحقوق العينية التبعية فإنه يرتبط بالدين المضمون وجودا وعدما.

ثالثا- الامتياز مصدره القانون فقط:

هو ما يتميز به عن سائر الحقوق العينية التبعية التي مصدرها المباشر هو اتفاق أو حكم قضائي ولا يكون القانون فيها إلا مصدرا استثنائيا، أما حقوق الامتياز فلا تكون إلا بموجب نص في القانون، وهو ما صرحت به الفقرة الثانية من المادة 982 من القانون المدني بقولها: "لا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني".

رابعا- الامتياز مقرر لصفة الدين:

حيث تتصف بعض أنواع الديون بالأهمية بالنسبة للمشرع رغم أن قيمتها لا تكون كبيرة ولكن نظرا لتعلقها بالمصلحة العامة وحفظ المجتمع واستقرار المعاملات، فلا ينتظر اتفاق الأفراد على تقرير تأمينات للوفاء بها، لذلك يقرر المشرع إعطاء أولوية لهذه الديون في الوفاء بها من أموال المدين.

خامسا- الامتياز حق لا يقبل التجزئة:

يبقى حق الامتياز قائما على المال المثقل به ما دام هناك جزء من الدين المضمون لم يتم الوفاء به، فكل جزء من المال المثقل ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بكل المال المثقل بالامتياز.

سادسا- حق الامتياز لا يحتج به على حائز المنقول حسن النية:

طبقا لما ورد في المادة 716 من القانون المدني، التي قدمت أمثلة لما يعتبر من الحائزين حسني النية ومنهم مؤجر العقار بالنسبة لمنقولات المستأجر الموجودة في العين المؤجرة وصاحب الفندق بالنسبة لأمتعة النزلاء المودعة لديه.