

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
قسم العلوم الإسلامية
السنة الأولى ماستر شريعة وقانون

دروس في مقياس التأمينات

(التأمينات الشخصية والعينية)

دروس موجهة لطلبة السنة 3 شريعة وقانون

السداسي السادس

من إعداد:

د/ قديري محمد توفيق

أستاذ متعاقد في قسم العلوم الإسلامية

وأستاذ محاضر أ، كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة تيارت

السنة الجامعية 2021/2020

تمهيد:

حين تنشأ رابطة الالتزام صحيحة بسبب مصدر من مصادرها الإرادية أو غير الإرادية، تصبح الذمة المالية للمدين مشغولة بالوفاء وذلك في جميع عناصرها أي جميع أموال المدين وهو ما يعرف بالضمان العام. وقد نص القانون الجزائري على هذه القاعدة في الفقرة الأولى من المادة 188 من القانون المدني بقولها: (أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه).

ومقتضى هذه الفقرة أنه يمكن لكل دائن حلَّ أجل دينه ولم يقتضيه أن ينفذ على أي مال من أموال المدين من المنقولات أو العقارات بشرط أن تكون ملكا للمدين وقت التنفيذ وأن يتبع الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. (المواد 586 إلى 799 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

ويتميز هذا الضمان العام - إضافة إلى أنه يشمل كافة أموال المدين - بأنه يتساوى فيه جميع الدائنين فلا أولوية لأحدهم على الآخر كما أنه لا يمنح للدائن امتيازاً على مال معين ولا يحق له أن يتبع أموال المدين إذا تصرف فيها، وهو ما بينته الفقرة الثانية من المادة 188 سالف الذكر بقولها (وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقاً للقانون فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان).

ونظراً للخاصيتين اللتين يتميز بهما الضمان العام المذكورتين سابقاً فإن القانون وضع مجموعة من الوسائل يحمي بها الدائن (لا سيما من لم يحل أجل دينه) نفسه من تصرفات المدين التي قد تنقص من الضمان العام وتضعفه بحيث لا تبقي للدائن ما ينفذ عليه، وهذه الوسائل هي:

- **الدعوى غير المباشرة:** وهي الدعوى التي تسمح 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 نجد المشرع الجزائري 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 إفساره أو يزيد فيه. وليس الدائن مطالباً بتكليف المدين بالمطالبة بهذه الحقوق ولكنه ملزم أن يدخله في الخصومة بعد رفع الدعوى. ويعتبر الدائن في هذه المطالبة نائباً عن مدينه وما ينتج عنها من حقوق ينتقل للذمة المالية للمدين ويصبح جزءاً من الضمان العام.

- **دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين (الدعوى البولوصية):** وهي الدعوى التي يهدف الدائن من خلالها إلى حماية نفسه من تصرفات المدين الضارة به، وقد نص عليها المشرع 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 إفسار 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.

- **دعوى الصورية:** وهي الدعوى التي يرفعها الدائن لمواجهة محاولات المدين لتهديب 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 و 199 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.

- **حق الحبس:** 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 و 201 و 202 من القانون المدني وهي قابلة للتطبيق على أي علاقة قانونية تتضمن التزامات متقابلة لا سيما العقود المسماة، ما لم يرد نص مخالف.

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

أمام هذا نص القانون على إمكانية أن يطلب الدائن من المدين تقديم ضمان خاص أو يؤمن له به سداد دينه أو بعبارة أخرى تقديم تأمينات تضمن الوفاء بالالتزام. وهذا الضمان الخاص أو التأمينات صنفان تأمينات شخصية وتأمينات عينية.

- **التأمينات الشخصية:** 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 نظمته 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).

- **التأمينات العينية:** ومقتضاها أن يتم تخصيص مال معين من أموال المدين لضمان الوفاء بالالتزام القائم في ذمته. وتتميز التأمينات العينية عن التأمينات الشخصية بأنها توفر للدائن ميزتين أو خاصيتين هما:

- **التقدم (أو الأولوية أو الأفضلية):** 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.

- **التتبع:** 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 منشأ العقد ومنها ما يكون مصدره القانون ومنها ما يكون مصدره القضاء. وهي أربعة؛ الرهن الرسمي؛ الرهن الحيازي؛ حق التخصيص؛ حقوق الامتياز.

وعليه فإننا سنتطرق في هذا السداسي ضمن مقياس التأمينات إلى كل من التأمينات الشخصية والعينية وفق ما

سبق بيانه وفق المحاور التالية:

المحور الأول: الكفالة.

المحور الثاني: الرهن الرسمي

المحور الثالث: حق التخصيص

المحور الرابع: الرهن الحيازي

المحور الخامس: حقوق الامتياز

المحور الأول: الكفالة

سبق القول أن الكفالة هي أهم صور التأمينات الشخصية ومن خلال هذا المحور سنتناول بالشرح أحكام عقد الكفالة وفق ما ورد في القانون المدني الجزائري من خلال العناصر التالية:

أولاً: مفهوم الكفالة؛

ثانياً: أركان الكفالة؛

ثالثاً: آثار الكفالة؛

رابعاً: انقضاء الكفالة.

أولاً: 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 جيداً لا بد من التطرق للمسائل التالية:

1- تعريف الكفالة؛ 2- خصائص الكفالة؛ 3- أنواع الكفالة؛ 4- الشروط الواجب توفرها في الكفيل الذي يتعهد المدين بتقديمه؛ 5- تمييز الكفالة عن غيرها من العقود والنظم المشابهة.

1- تعريف الكفالة: عرّف 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 يفي به المدين نفسه).

ومن خلال هذا التعريف يظهر لنا أن الكفالة تنشأ دون تدخل من المدين فهو ليس طرفاً فيها ولا يعتد برفضه أو قبوله لها. كما نجد أنها وجدت ضماناً للدائن وتأميناً لدينه تجاه المدين الأصلي. وتجدر الإشارة إلى أن القانون لم يشترط أن يكون الالتزام المكفول قائماً وقت إبرام عقد الكفالة حيث يمكن كفالة الالتزامات المستقبلية.

كذلك فإن الكفالة تنشئ التزاماً 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 لاحقاً.

وأخيراً يتضح لنا أن الكفالة التي نحن بصدد بيان أحكامها تختلف عن الكفالة التي تذكر في بعض القوانين، مثل الكفالة التي يدفعها في بعض الحالات الشخص المستفيد من الحكم المشمول بالإنفاذ 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.

2- خصائص الكفالة: من خلال التعريف الذي وضعه المشرع الجزائري للكفالة في المادة 644 من القانون المدني نستطيع أن نستخلص الخصائص التالية:

2-1- الكفالة عقد رضائي: فالمشرع لم يجعل الكتابة ركنا في انعقاد الكتابة ولم يرتب على عدم كتابتها البطلان، وهو ما دلّ عليه نص المادة 645 من القانون المدني الذي أكد المشرع فيه أن الكتابة في عقد الكفالة للإثبات وليس للانعقاد.

2-2- 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.

2-3- الكفالة عقد تابع: أي أن الكفالة تتبع الالتزام المكفول فهي تنشأ لضمانه وتتقضي بانقضائه، ويترتب على خاصية التبعية النتائج التالية:

- 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 لحدود الالتزام المكفول (المادة 652 من القانون المدني الجزائري)؛

- للكفيل أن يتمسك بالدفع التي للمدين الأصلي في مواجهة الدائن؛

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

2-4- 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.

2-5- الكفالة عقد من عقود التبرع: الأصل أن الكفيل يلتزم بالكفالة دون مقابل ويعدّ 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 نفعيا محضا ويكفي فيه التمييز أي أهلية الأداء الناقصة.

3- أنواع الكفالة: نجد عدة تقسيمات وفق المعايير التالية:

3-1- 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.

3-2- 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.

3-3- 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).

3-4- 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.

3-5- صور أخرى للكفالة: نجد صورا أخرى للكفالة أهمها كالتالي:

3-5-1- 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 اشتراط الكفيل أن التزامه تجاه الدائن ينقضي بمرور سنة من حلول الدين في حالة عدم تحرك الدائن لاقتضاء الدين).

3-5-2- كفالة الكفيل: هي الحالة التي يبحث فيها الكفيل عن شخص يكفل التزامه تجاه الدائن.

3-5-3- كفالة الرجوع: وهي الحالة التي يبحث فيها الكفيل عن شخص يكفل له حقه في مواجهة المدين الأصلي. حيث قد يخشى الكفيل أن لا يعجز المدين الأصلي أن يرجع له ما أداه عنه إلى الدائن، فيعود الكفيل هنا على الكفيل الثاني.

4- الشروط الواجب توفرها في الكفيل الذي التزم المدين بتقديم كفيل فإنه يتعين عليه أن يختار شخصا يضمن تحقيق الغرض المقصود من الكفالة. وقد نصت المادة 646 من القانون المدني الجزائري على شرطين هما:

4-1- يسار الكفيل: ويقصد بذلك أن تكون للكفيل الأموال الكافية للوفاء بالالتزام المكفول، وهي مسألة موضوعية تخضع لتقدير القاضي.

4-2- إقامة الكفيل في الجزائر: ويلاحظ هنا أن المشرع اشترط الإقامة المعتادة في الجزائر فلا تكفي الإقامة العارضة المؤقتة، وذلك مراعاة لمصلحة الدائن والتسهيل عليه.

وهذان الشرطان لا بد من توفرهما دائما حيث إذا اختلا في أي وقت قبل انقضاء الدين كان للدائن طلب كفيل آخر أو تأمين عيني تحت طائلة سقوط أجل الدين واعتباره حال الأداء.

وإضافة إلى هذين الشرطين نجد شرط أهلية الكفيل لأنه إذا كان في أهلية الكفيل خلل أو قصور فإن الكفالة ستكون عرضة للإبطال وهو ما يجعل ائتمان المدين في خطر.

5- التمييز بين الكفالة وما يشابهها:

5-1- 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. ويظهر 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.

5-2- الكفالة والتأمين: تشبه 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.

5-3- 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.

وبهذا ننهي ما تعلق بتحديد مفهوم الكفالة وننتقل إلى الحديث حول أركان الكفالة.

ثانيا: أركان الكفالة: الكفالة عقد كسائر العقود يقوم على أركان ثلاثة هي التراضي والمحل والسبب، حيث لا يشترط المشرع شكلا معيناً لانعقاد الكفالة مثلما سبق ذكره، وعليه نتطرق في العنصر الأول إلى التراضي في عقد الكفالة ومن ثم محل الكفالة وأخير السبب في الكفالة.

1- التراضي في الكفالة: التراضي في عقد الكفالة يطرح المسائل التالية:

1-1- 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 ضررا 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.

1-2- 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 تعبيراً صريحاً ولا يقبل منه تعبير ضمني.

1-3- 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.

1-4- 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.

2- محل الكفالة: محل عقد الكفالة هو وفاء المدين بالالتزام الأصلي حين عجز المدين عن الوفاء به، وعليه فإنه لا بد أن يكون هذا الالتزام المكفول موجودا وممكنا ومشروعا وهو ما يطرح المسائل التالية:

2-1- مصدر الالتزام المكفول ومحلّه: 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 تتعدم الكفالة، وهو ما نص عليه المشرع في المادة 648 من القانون المدني.

2-2- صحة الالتزام الأصلي: يطرح هذا العنصر مسألتين هامتين هما كفالة الالتزام الناشئ عن عقد قابل للإبطال وكفالة التزام ناقص الأهلية.

2-2-1- 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 يرتبط مصيره بمصير العقد القابل للإبطال فإذا أجاز العقد القابل للإبطال تحسن واستقر وثبت معه التزام الكفيل. أما إذا تقرر إبطال العقد فإنه يزول بأثر رجعي وزالت معه الكفالة تبعا لذلك.

ولكن إذا كان الكفيل عالما بقابلية العقد للإبطال وتعهد للدائن بأن لا يطلب المدين إبطال العقد، فإنه إذا أجاز العقد من المدين أو سقط الحق في طلب الإبطال بالتقادم يكون الكفيل قد نفذ تعهده بعدم إبطال المدين للعقد ويبقى التزام الكفالة. أما إذا أبطل العقد زالت الكفالة تبعا لذلك ولكن يبقى الكفيل ملتزما تجاه الدائن ولكن ليس بسبب الكفالة، وإنما يصبح مدينا أصليا تجاه الدائن بسبب إخلاله بالتزامه بالتعهد بعدم إبطال العقد.

2-2-2- كفالة التزام ناقص الأهلية: رغم أن التزام ناقص الأهلية هو أيضا التزام قابل للإبطال إلا أنه يتميز يظهر من خلال الاحتمالات التالية:

2-2-2-1- أن يجهل الكفيل نقص أهلية الكفيل: حيث يكون الكفيل هنا قد وقع في غلط في صفة جوهرية هي سن المدين مما يمنحه الحق في طلب إبطال العقد إذا أثبت وقوعه في الغلط وأنه ما كان ليرم عقد الكفالة لو علم أن المدين ناقص أهلية.

2-2-2-2- أن يكون الكفيل عالما بنقص أهلية المدين: وهنا تكون الكفالة صحيحة ولا تكون قابلة للإبطال ويبقى التزام الكفيل مرتبطا بمصير الالتزام المكفول، فإذا لم يبطل ناقص الأهلية العقد أو سقط حقه في ذلك بالتقادم تأكد الالتزام الأصلي وتأكد معه التزام الكفيل.

2-2-2-3- أن يكون الكفيل قد قصد بالكفالة تأمين الدائن من خطر تمسك المدين بنقص أهليته: وهو ما نصت عليه المادة 649 من القانون المدني، حيث إذا تم إبطال العقد فإن الكفيل لا يصبح ملتزما بالكفالة ولكنه يبقى ملتزما تجاه الدائن بصفة أصلية باعتباره مدينا أصليا بسبب عجزه عن الوفاء بالتزامه بعدم إبطال العقد لنقص أهلية المدين.

2-3- كفالة الالتزام الشرطي والالتزام المستقبل: ورد النص على هذا في المادة 650 من القانون المدني، حيث أجاز المشرع كفالة الالتزام المعلق على شرط وكفالة 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 يقدّم الكفيل بتحديد مدة التزامه بالكفالة جاز له أن يتراجع عنها في أي وقت ما دام الالتزام المكفول لم ينشأ.

2-4- 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 للتبعية. 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.

2-5- 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 طبقاً للمادة 653 من القانون المدني.

فالملحقات هي ما يترتب على المدين الأصلي من تعويضات بسبب تأخره في التنفيذ. أما مصروفات المطالبة الأولى فهي ما ينفقه الدائن من مصاريف عند رجوعه على المدين منذ الإعذار إلى غاية التنفيذ، أما ما يستجد من مصروفات بعد إخطار الكفيل فهي لا تحسب على الكفيل إلا إذا تم إخطاره بها لأن بإمكان الكفيل تفادي الرجوع عليه ودفع الدين للدائن بمجرد الإخطار وتجنبيه مصاريف الرجوع.

3- سبب الكفالة: إذا كانت الكفالة تبرعا من الكفيل لصالح الدائن أو المدين فإن سبب الكفالة هو نية التبرع ولا بد من الرقابة على مشروعية الباعث نحو التبرع تحت طائلة بطلان الكفالة. أما حين تكون الكفالة بمقابل فإن سبب التزام الكفيل هو المقابل الذي يقدمه المدين أو الدائن، أي المصلحة التي سيستفيد منها الكفيل نظير التزامه بالكفالة، مع الرقابة على الباعث نحو التعاقد من طرف الكفيل.

ونلاحظ أنه إذا كان الكفيل قد قبل الكفالة بسبب تعهد المدين له بأداء معين فإن بطلان هذا التعهد لا يؤثر على صحة الكفالة وإنما تعود إلى أصلها التبرعي.

وبهذا ننهي الحديث عن أركان عقد الكفالة وننتقل للحديث عن آثارها.

ثالثا: 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. فإذا قام الكفيل بالوفاء للدائن صار له حق الرجوع على المدين لما وفاه عنه وهذه هي آثار الكفالة فيما يخص العلاقة بين الدائن والمدين الأصلي. وعليه نميز بين هذين النوعين من الآثار فيما يلي:

1- العلاقة بين الكفيل والدائن: تطرق المشرع الجزائري إلى هذه الأحكام في المواد من 654 إلى 669 من القانون المدني حيث بيّن فيها شروط مطالبة الدائن للكفيل والدفع التي يواجه بها الكفيل هذه المطالبة.

1-1- شروط مطالبة الدائن للكفيل: حتى يرجع الدائن على الكفيل ويطلبه لا بدّ من حلول أجل التزام الكفيل وأن يكون الدائن قد رجع على المدين، كما تطرح هنا مسألة تعدد الكفلاء.

1-1-1- 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 استناداً للكفيل من ذلك

وإذا سقط أجل التزام المدين لسبب من الأسباب المذكورة في المادة 211 من القانون المدني فإن ذلك لا يؤثر على التزام الكفيل لأن المدين لا يستطيع جعل وضعية الكفيل أسوأ من وضعيته.

1-1-2- 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 ضد 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 يكون للدائن مطالبة أي منهما يقيمه الدين كله.

1-1-3- مسألة تعدد الكفلاء: نصت المادة 664 من القانون المدني على حكم 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 كل منهم 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.

1-2- الدفع التي يواجه بها الكفيل مطالبة الدائن: تتمثل هذه الدفع فيما يلي:

1-2-1- الدفع المتعلقة بالالتزام المكفول: حيث للكفيل أن يتمسك بجميع الدفع التي كانت للمدين في مواجهة الدائن، سواء ما أدى منها إلى بطلان الالتزام الأصلي أو انقضائه. وقد نصت على هذا النوع من الدفع المادة 654 من القانون المدني حيث نصت فقرتها الأولى أن نمة الكفيل تبرأ بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الأولجه 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.

1-2-2- الدفع بعدم جواز مطالبة الكفيل إلا بعد الرجوع على المدين: نصت عليه المادة 660 من القانون المدني، وهو من الدفع 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.

1-2-3- الدفع بعدم اتخاذ الإجراءات ضد المدين في الآجال المحددة: الأصل أن تأخر المدين في مطالبة المدين لا يعتبر سببا في إبراء ذمة الكفيل. غير أن القانون منح وسيلة للكفيل يتخلص بها من هذا العبء وهي إنذار الدائن بوجود 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 التقلية 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 وإنما تبرأ ذمته فقط بمقدار يعادل ما ضيعه الدائن لو تقدم في التقلية.

1-2-4- الدفع بإضاعة التأمينات: في هذه الحالة يجازي القانون الدائن على تفريطه في الضمانات التي أعطاه 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.

1-2-5- الدفع بالتجريد: مقتضى الدفع بالتجريد هو أن لا ينفذ الدائن على أموال الكفيل حتى يجرى المدين من أمواله. وشروط قبول هذا الدفع من المدين هي:

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

فإذا توفرت الشروط السابقة تترتب الآثار التالية:

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

*** حالة خاصة:** طبقا للمادة 663 من القانون المدني فإنه 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.

2- 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:

2-1- علاقة الكفيل بالمدين: 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 المادة 261 فقرة 1 من القانون المدني التي تمنحه حق الحلول محل الدائن بمقدرا ما وفاءه. 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:

2-1-1- دعوى الكفالة: هذه الدعوى هي ناشئة عن عقد الكفالة، وقد نص القانون المدني عليها في المادتين 670 و672، وباستقراء هذه المواد نجدها حددت شروط هذه الدعوى 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 وتجنبيه 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.

2-1-2- 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 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 وفى بجزء من الدين فقط فلا يرجع الكفيل على المدين حتى يستوفي الدائن حقه.

ويترتب على الحلول الآثار التالية:

- 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 دفع.

2-1-3- 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 ملتزماً بأن يعرض الكفيل بأقل القيمتين، ما افتقرت به ذمة الكفيل أو مقدار ما أثريت به ذمة المدين.

2-1-4- 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 جميعاً أو كفلهم بعضهم دون الآخر.

2-1-4-1- حالة تعدد المدينين دون تضامن: إذا كان الكفيل قد كفلهم جميعاً فإن له الرجوع عليهم كل واحد بقدر نصيبه من الدين، أما إذا كان قد كفله البعض دون الآخر فإنه لا يستطيع الرجوع على المدينين غير المكفولين إلا بدعوى الإثراء بلا سبب حيث لا يستطيع الرجوع بدعوى الكفالة ودعوى الحلول.

2-1-4-2- حالة تعدد المدينين وتضامنهم: إذا كان الكفيل قد كفلهم جميعاً فإن له الرجوع على أي منهم بقيمة الدين كاملاً 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 يكفله فإنه لا يستطيع أن يرجع عليهم بدعوى الكفالة ولكن يعود عليهم بالدعاوى التالية:

- **دعوى الإثراء بلا سبب:** ويرجع 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 وفقاً للأحكام الخاصة بالرجوع بين المدينين المتضامنين.

- **دعوى الحلول،** وفق الشروط السابقة.

2-2- العلاقة بين الكفيل وغيره من الكفلاء: إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد وكانوا غير متضامنين فإن الدين ينقسم بينهم، فإذا وفى أحد الكفلاء بقيمة الدين كاملاً 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 إفسار بقية الكفلاء.

أما إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد وكانوا متضامنين أو التزموا بعقود كفالة متتالية فإن كل منهم يكون مسؤولاً 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 أفسر من الكفلاء (المادة 668 من القانون المدني).

رابعاً: انقضاء الكفالة: تنقضي الكفالة بصفة أصلية أو بصفة تبعية:

1- 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.

2- انقضاء الكفالة بصفة تبعية: ويكون ذلك بانقضاء الالتزام المكفول بأي سبب من الأسباب التالية:

2-1- الوفاء: يقصد بالوفاء أن يؤدي المدين للدائن الدين كاملاً، فإذا كان الوفاء جزئياً فإن الكفالة تنقضي فقط بمقدار ما سدد من الدين، كما يجب أن يكون الوفاء صحيحاً.

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

2-2- الوفاء بمقابل: ويقصد به أن يقبل الدائن من المدين شيئاً آخر غير الذي التزم به المدين، حيث ينقضي هنا الدين الأصلي وتنقضي الكفالة تبعاً لذلك. (المادة 655 من القانون المدني).

2-3- 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.

2-4- المقاصة: وهي أن يكون للمدين دين في ذمة دائنه، وقد أعطى القانون للكفيل أن يتمسك بالمقاصة ولو لم يتمسك بها المدين.

2-5- 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.

2-6- الإبراء: إذا أبرأ الدائن المدين وقبل المدين ذلك انقضى الدين وانقضت الكفالة بالتبعية. فإذا أبطل الإبراء عاد الالتزام الأصلي وعادت الكفالة معه.

2-7- استحالة التنفيذ: وذلك 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.

2-8- التقادم: إذا تقادم الالتزام الأصلي انقضت الكفالة بالتبعية وللکفيل التمسك بالتقادم ولو لم يتمسك به المدين الأصلي وله كذلك أن يطعن في تنازل المدين عن التقادم بالدعوى البوليصية (المادتين 321 و 322 من القانون المدني).

وبهذا ننهي المحور المتعلق بالكفالة لننتقل إلى المحور التالي المتعلق بالرهن الرسمي.

المحور الثاني: الرهن الرسمي

بعد أن تطرقنا في المحور الأول للكفالة باعتبارها أهم صورة للتأمينات الشخصية، نشرع ابتداء من هذا المحور بتناول التأمينات العينية أو الحقوق العينية التبعية التي خصص لها القانون المدني الجزائري الكتاب الرابع منه، ونبدأ بأهم صورة وأبرزها وهي الرهن الرسمي.

وضع المشرع الجزائري الرهن الرسمي على رأس التأمينات العينية حيث خصص له الباب الأول من الكتاب الرابع من القانون المدني، وذلك في المواد من 882 إلى 936 تحت عنوان (الرهن الرسمي)، حيث بدأ المشرع بتعريفه ثم بيان إنشائه ومن ثم آثاره وأخيرا انقضاءه. وهو الترتيب الذي سنتبعه في عرض الأحكام الخاصة بالرهن الرسمي على النحو التالي:

أولاً: تعريف الرهن الرسمي و بيان خصائصه.

ثانياً: إنشاء الرهن الرسمي

ثالثاً: آثار الرهن الرسمي

رابعاً: انقضاء الرهن الرسمي

أولاً: تعريف الرهن الرسمي وبيان خصائصه: تطرق المشرع الجزائري لتعريف الرهن الرسمي في المادة 882 من القانون المدني بأنه: (الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان).

ويلاحظ هنا أن المشرع الجزائري عرف الرهن الرسمي بتعريف مصدره وهو العقد ولم يبين طبيعته، حيث اعتبر الرهن الرسمي عقدا ينشئ حقا عينيا رغم أن الرهن الرسمي هو الحق العيني ذاته، كما أن المشرع هنا لم يذكر تقدم الدائن المرتهن على الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة، وهو ما جعل شراح القانون يفضلون التعريف التالي: (الرهن الرسمي هو حق عيني ينشأ بمقتضى عقد رسمي ضمانا للوفاء بالتزام، يخول للدائن المرتهن حق تتبع العقار المرهون في أي يد كان واستيفاء حقه من ثمنه بالتقدم على سائر الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة).

ومن خلال هذا التعريف نجد أن أهم خصائص الرهن الرسمي تتمثل فيما يلي:

- **حق عيني:** تظهر صفة العينية في أن للدائن المرتهن حقا مباشرا على العقار المرهون يخوله أفضلية ويسمح له بتتبع العقار تحت أي يد كان والتنفيذ عليه، دون حاجة لتدخل المدين الراهن أو إرادته.

- **حق تبعي:** حيث أن الرهن الرسمي ينشأ ضمنا للوفاء بالتزام أي حق شخصي، ويرتبط به وجودا وعدما. والأصل أن يبرم عقد الرهن الرسمي بعد نشوء الحق الشخصي الذي يضمه أو في نفس الوقت مثل عقود القرض المقترنة بعقد رهن رسمي للعقار المقدم ضمنا. وهو ما أكدت عليه المادة 893 من القانون المدني.

- **حق عقاري:** الرهن الرسمي لا يرد من حيث الأصل إلا على العقارات (المادة 886 فقرة 1 من القانون المدني)، واستثناء من ذلك قد يرد الرهن الرسمي على بعض المنقولات نظرا لأهميتها وعدم إمكانية إخضاعها لقواعد الرهن الحيازي، ومن بينها السفن طبقا للمادة 55 من القانون البحري والرهن الرسمي للطائرات طبقا للمادة 31 من قانون الطيران المدني.

- **حق غير قابل للتجزئة:** ومقتضى ذلك أن كل جزء من العقار المرهون ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بالعقار المرهون كله، هذا ما لم يرد اتفاق أو نص في القانون خلاف ذلك. (المادة 892 من القانون المدني).

- **حق مصدره اتفاقي:** فالأصل في الرهن الرسمي أنه ينشأ بموجب العقد، ولكن المادة 883 من القانون المدني تركت المجال مفتوحا لإمكانية أن ينشأ الرهن الرسمي بموجب حكم قضائي أو بنص القانون. ومع ذلك يبقى العقد هو المصدر الأول للرهن الرسمي بدليل تعريف المشرع له بذلك في المادة 882 من القانون المدني. ويتميز العقد المنشئ للرهن الرسمي بالخصائص التالية:

* - عقد رسمي (المادة 883 من القانون المدني). * - عقد ملزم لجانبيين. * - عقد معاوضة.

ثانيا: إنشاء الرهن الرسمي: سبق القول أن الرهن الرسمي ينشأ من حيث الأصل بموجب عقد رسمي فهو بذلك يتم إبرامه عند موثق ويخضع لشكليات معينة. وإضافة إلى خضوعه للقواعد العامة في التراضي والمحل والسبب فإنه يتميز بخصوصيات معينة في هذه الأركان.

1- التراضي في عقد الرهن الرسمي: مثل بقية العقود لا بد أن يكون التراضي موجودا وصحيا خاليا من العيوب، حيث يجب أن تتجه إرادة المتعاقدين المتطابقتان إلى إنشاء عقد رهن رسمي على عقار ضمنا لدين محدد، وتطبق في ذلك كافة القواعد العامة الواردة في المواد 59 وما يليها في القانون المدني. وتظهر خصوصية عقد الرهن الرسمي في ركن التراضي في المسائل التالية:

1-1- الأهلية اللازمة لإبرام عقد الرهن الرسمي: بالنسبة للمدين الراهن فقد أكدت المادة 884 من القانون المدني في فقرتها الثانية وجوب أن يكون للراهن أهلية التصرف، وبالتالي لا بد أن تكون له أهلية الأداء الكاملة طبقا للمادة 40 من القانون المدني المحددة ب 19 سنة كاملة. فهو من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر من حيث الأصل، وبالنسبة لناقص الأهلية فلا يقبل منه رهن عقاره إلا بإجازة نائبه الشرعي، والنائب الشرعي لا يمكنه رهن عقار القصر والمحجور عليهم الذين في ولايته إلا بموجب إذن من القاضي طبقا للمادة 88 من قانون الأسرة الجزائري.

أما الدائن المرتهن فلم ينص المشرع على ما تعلق بأهليته في العقد، وهو ما يخضعه للقواعد العامة التي سبق دراستها في نظرية الالتزام.

1-2- الوعد بالرهن الرسمي: يتميز الوعد بالرهن الرسمي هنا بوجود أن يكون رسمياً، حيث طبقاً للفقرة الثانية من المادة 71 من القانون المدني إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل أيضاً يطبق أيضاً على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد. وعليه فالوعد بإنشاء الرهن الرسمي لا ينعقد إلا في الشكل الرسمي متضمناً البيانات الكافية واللازمة المتعلقة بالعقار المرهون والدين المضمون والمدة، فإذا توفر الوعد بالرهن على شروطه الموضوعية والشكلية وامتنع على إبرام الرهن الرسمي وقاضاه الدائن المرتهن مطالباً بتنفيذ الوعد قام الحكم مقام العقد طبقاً للمادة 72 من القانون المدني.

1-3- التوكيل لإبرام عقد الرهن الرسمي: التوكيل في العقد الرسمي لا يصح إلا إذا أفرغت الوكالة في الشكل الرسمي كما يجب أن تكون هذه الوكالة خاصة بإبرام الرهن حتى ولو لم يحدد محل العقد. (المادتان 572 و 574 من القانون المدني).

2- المحل في الرهن الرسمي: المحل في عقد الرهن الرسمي له عنصران، العقار المرهون والالتزام المضمون، وهو ما نتناوله كالتالي:

2-1- العقار المرهون: نصت المادتان 884 و 886 على الشروط الواجب توافرها في الشيء المرهون رهناً رسمياً وهي: - أن يكون عقاراً؛ - أن يكون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني؛ - أن يكون موجوداً وقت الرهن؛ - أن يكون معيناً تعييناً دقيقاً؛ - أن يكون مملوكاً للراهن. وفيما يلي تفصيل في هذه الشروط:

2-1-1- أن يكون المال المرهون عقاراً: سبق القول أن الرهن الرسمي لا يكون من حيث الأصل إلا على العقارات، حيث يشمل مفهوم العقار هنا العقار بطبيعته، كما يمكن رهن الرقبة دون حق الانتفاع ورهن حق الانتفاع دون الرقبة حسب الأحوال. حيث إذا كان حق الانتفاع مقرراً على العقار فإن مالك الرقبة له أن يرهن الرقبة فإذا انقضى حق الانتفاع وعاد له فإن الرهن يمتد إلى حق الانتفاع لأنه من توابع الرقبة. ونادراً ما يقع رهن حق الانتفاع مستقلاً عن الرقبة نظراً لطبيعته المؤقتة والتي تهدد الدائن المرتهن بانقضاء الرهن بانقضاء حق الانتفاع بانتهاء مدته أو بوفاء المنتفع. أما إذا انقضى حق الانتفاع بحكم قضائي نتيجة إهمال المنتفع فإن الرهن لا ينقضي ويعود حق الانتفاع للمالك مثقلاً بالرهن. ونفس الحكم إذا تم التنازل عن حق الانتفاع لمالك الرقبة أو أصبح المنتفع مالكا للرقبة حيث لا يزول الرهن الرسمي الوارد على حق الانتفاع.

2-1-2- أن يكون العقار مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني: وهذا حتى يتسنى للدائن عند عدم وفاء المدين لما عليه أن يحجز على العقار واقتضاء حقه من ثمنه.

ويترتب على هذا الشرط عدم جواز رهن أي حق عقاري لا يمكن التصرف فيه استقلالا عن الرقبة، فلا يجوز رهن حق الارتفاق منفصلا عن العقار المخدوم أو حق الاستعمال أو حق السكنى إلا بشرط صحيح أو مبرر قوي. (المادة 856 من القانون المدني الجزائري). كما لا يجوز رهن الحق العيني التبعية ولا العقار المشروط عدم التصرف فيه.

2-1-3- أن يكون العقار موجودا وقت الرهن: حيث لا يجوز رهن عقار لم يوجد بعد، وهو ما يستنتج من نص المادة 886 من القانون المدني التي رتبته البطلان على عدم تحديد العقار محل الرهن تحديدا دقيقا ومقتضى التحديد الوجود، ويؤسس البطلان على عدم تخصيص الرهن.

2-1-4- أن يكون العقار معيننا تعيينا دقيقا: وهو مقتضى مبدأ تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون، حيث يجب أن يتم تحديد العقار من حيث طبيعته هل هو عقار فلاحي أم صناعي ريفي أم حضري، وهل هو أرض فضاء أم مبنية، والأرض المبنية لا بد من تحديد هل هي منزل أم مصنع. إضافة إلى تعيين موقع العقار ومساحته وحدوده. وهو ما نصت عليه المادة 886 من القانون المدني وأكدته المادتان 66 و93 من المرسوم رقم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

والغاية من هذا الشرط هو الحيلولة دون إيقاع رهن عام يشمل كافة عقارات المدين دون تخصيص كل منها بذاته.

وعليه إذا كان الرهن خاصا ولم يحدد العقار المرهون تحديدا كافيا فإنه يمكن تعيينه في عقد رسمي لاحق للرهن الرسمي، أما إذا كان الرهن عاما ولم يرد فيه أي تعيين أو كان رهنا خاصا ولم يعين العقار تعيينا دقيقا نافيا للجهالة لا في عقد الرهن ولا في عقد لاحق فإن الرهن يعتبر باطلا.

وإذا حدد العقار المرهون فإنه يمتد ليشمل ملحقات العقار وتظهر في هذا الخصوص مسألة ثمار العقار المرهون وإذا ما كانت تدخل ضمن نطاق العقار المرهون من عدمه، وهو ما نتطرق إليه كالتالي:

2-1-4-1- ملحقات العقار التي يشملها الرهن الرسمي: حددت المادة 887 من القانون المدني ملحقات العقار المرهون فيما يلي:

2-1-4-1-1- حقوق الارتفاق: يمتد الرهن ليشمل حقوق الارتفاق التي قررت لخدمة العقار المرهون سواء نشأت هذه الحقوق قبل الرهن أو بعده.

2-1-4-1-2- العقارات بالتخصيص: وهي المنقولات التي وضعها صاحبها رسدا لخدمة العقار، ويشترط لامتداد الرهن للعقار بالتخصيص أن يكون قد تم تخصيصها لخدمة العقار لا لخدمة صاحب العقار، وأن تكون ملكا لمالك العقار المرهون وأن يتم تخصيصها من المالك ذاته.

2-1-4-1-3- التحسينات والإنشاءات: يقصد بها كل ما قد يضاف إلى العقار من زيادات بفعل الطبيعية أو بعمل الإنسان، كما لو أضيفت للأراضي الفلاحية مساحة من طمي الأنهار أو أقيمت على العقار أبنية أو تم إضافة أبنية جديدة للأبنية الأصلية أو تم ترميمها أو تعديلها بما يزيد من قيمتها. حيث يمتد الرهن ليشمل هذه الإضافات سواء كانت قد حصلت بفعل الراهن نفسه أو بفعل الغير ما دامت ملكيتها قد آلت إلى الراهن، حتى لو أنشئت بعد قيد الرهن. فإذا كانت البنائات المضافة للعقار المرهون مملوكة لغير الراهن فلا يمتد إليها الرهن، كما أن امتداد الرهن لهذه المنشآت والإضافات لا يؤثر على حقوق الامتياز المقررة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين ساهموا في تشييدها. (سنتطرق لهذا الامتياز في محور حقوق الامتياز).

2-1-4-2- ثمار العقار المرهون: طبقا للمادة 888 من القانون المدني الجزائري فإن الثمار لا تدخل ضمن نطاق الرهن الرسمي إلا من تاريخ تسجيل نزع الملكية (إذا كانت الإجراءات في مواجهة الراهن) أو تاريخ الإنذار (إذا كانت الإجراءات في مواجهة الحائز) الذي يعتبر بمثابة حجز عقاري، على نحو ما سنراه في درس آثار الرهن الرسمي.

2-1-5- ملكية الراهن للعقار المرهون: وهو ما نصت عليه المادة 884 فقرة 2 من القانون المدني، حيث يثير هذا الشرط مجموعة من المسائل نتناولها تباعا فيما يلي:

2-1-5-1- رهن ملك الغير: لم ينص القانون المدني على حكم رهن ملك الغير رهنا رسميا إلا أن شراح القانون المدني الجزائري أكدوا على بطلانه بطلانا مطلقا، إضافة إلى أنه من الصعوبة بمكان انعقاد الرهن الرسمي ونفاذه من غير مالك العقار المرهون، نظرا للإجراءات التي يستوجبها إبرام عقد الرهن الرسمي وقيدته في المحافظة العقارية حيث من المفروض أن لا يقبل الموثق ولا المحافظ العقاري إتمام رهن صادر من غير مالك العقار. ولو أراد المشرع غير ذلك لنص عليه كما فعل في بيع ملك الغير.

2-1-5-2- الرهن الصادر ممن زالت ملكيته بأثر رجعي: القاعدة العامة أنه إذا ما أبطل التصرف القانوني أو فسخ أو زال فإن زواله يكون بأثر رجعي وكل ما بني عليه يزول بأثر رجعي. إلا أن المشرع الجزائري خرج عن هذه القاعدة العامة حينما نص في المادة 885 من القانون المدني على أنه يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر، إذا كان الدائن حسن النية وقت إبرام عقد الرهن. وعليه فإن شروط بقاء الرهن الرسمي الصادر ممن زالت ملكيته صحيحا هي:

- أن يكون الراهن مالكا حقيقيا وقت الرهن،

- أن يكون الدائن المرتهن حسن النية،

- أن يقع زوال الملكية بعد انعقاد الرهن الرسمي صحيحا.

2-1-5-3- الرهن الصادر من مالك المباني المقامة على أرض الغير: يمكن أن يقيم شخص مباني في أرض غيره ويعتبر مالكا لها طبقا لما ورد في الفقرة الثانية من المادة 782 من القانون المدني وما تجيزه القوانين الأخرى، وباعتبار ملكيته لهذه المباني فقد أجاز له المشرع أن يرهنها رهنا رسميا. ويبقى حق الدائن مرتبطا بمصير ملكية المباني، حيث إما أن تبقى على ملك الراهن بتملكه الأرض المقامة عليها وهنا لا يثور أي إشكال، أو تنتقل ملكية المباني إلى صاحب الأرض بناء على أحكام الالتصاق أو تزال بناء على طلب صاحب الأرض أو مالك المباني حسب الأحوال وفي هذين الاحتمالين الأخيرين فإن حق الدائن المرتهن ينتقل من المباني المرهونة إلى ما حل محلها من قيمة التعويض التي يدفعه صاحب الأرض مقابل استبقاء المباني أو ثمن أنقاض المباني. (المادة 889 من القانون المدني).

2-1-5-4- الرهن الصادر من مالك العقار على الشيوع: طبقا للمادة 714 من القانون المدني فإن الشريك على الشيوع مالك لحصته وله مطلق الحق في التصرف فيها ورهنها ولكن القانون في نطاق الرهن قرر حماية للشركاء من الإضرار بهم أثناء الشيوع وبعد القسمة، وأيضا حماية الغير الذي يتلقى حقا من الشركاء أو بعضهم وهو ما قرره المادة 890 من القانون المدني.

ورهن العقار المملوك على الشيوع إما أن يكون صادرا من جميع الشركاء على الشيوع وهنا لا يثور أي إشكال، وإما أن يكون من أحد الشركاء على الشيوع وهنا نفرق بين الحالات التالية:

- **الحالة الأولى: رهن الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من العقار:** هنا لا ينفذ هذا الرهن في مواجهة بقية الشركاء على الشيوع لأن لكل منهم حقا يتعلق بهذا الجزء، فإذا تمت القسمة ولم يقع العقار المرهون ضمن نصيب الراهن ينتقل حق المرتهن إلى هذا الجزء الجديد ولا يبقى منصبا على العقار الأول، ويكون الانتقال بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا أول الأمر وهو ما يحدد بناء على أمر على ذيل عريضة. ويجب على الدائن في هذه الحالة أن يقوم بإجراء قيد جديد يبين فيه المقدار الذي انتقل إليه الرهن وذلك خلال أجل 90 يوما من إخطاره بتسجيل القسمة.

مع ملاحظة أن انتقال الرهن وفق ما سبق لا يضر برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين.

- **الحالة الثانية: رهن الشريك على الشيوع حصة شائعة:** يجوز للشريك أن يرهن حصته الشائعة رهنا رسميا، وبعد أن تتم القسمة تظهر الاحتمالات التالية:

- إذا وقع في نصيب الراهن جزء مفرز يساوي مقدار ما رهنه انتقل حق الدائن المرتهن على هذا الجزء المفرز،

- إذا صار العقار كله بعد القسمة ملكا للراهن فإن الرهن يمتد ليشمل العقار كله،

- إذا كان نصيب الراهن بعد القسمة جزءا من عقار آخر غير الذي كان الراهن شريكا فيه، فإن الرهن ينتقل إلى هذا الجزء في حدود قيمة الحصة المرهونة أصلا والتي تحدد بأمر على ذيل عريضة على النحو سالف الذكر في الحالة الأولى.

- إذا كانت حصة الراهن منقولات يرى الشراح تحول الرهن الرسمي إلى رهن حيازي،
- إذا كانت حصة الراهن مبلغا من النقود فإن حق الدائن المرتهن ينتقل إلى هذا المبلغ، فإذا كان أجل دينه قد حلّ استوفاه من المبلغ، وإذا لم يكن قد حلّ بعد يرى شراح القانون أن للمرتهن أن يطلب إيداع المبلغ خزينة المحكمة والحفاظ عليه والتعاون مع الراهن في استغلاله حتى يحل أجل الدين.

- **الحالة الثالثة: رهن الشريك على الشيوع للعقار كاملا:** إذا لم يكن الشريك على الشيوع مالكا لثلاثة أرباع العقار فإن تصرفه فيما يزيد عن حصته يعتبر تصرفا في ملك الغير، وبالتالي فإنه يقع باطلا في حق الشركاء ولا ينفذ إلا في حدود حصة الشريك الراهن، فإذا حدث وأن تمت القسمة وصار العقار كله للراهن ثبت الرهن على العقار كله، أما إذا كانت نصيب الراهن هو فقط حصته ثبت الرهن عليها وفقا للاحتتمالات التي ذكرناها في الحالة الثانية.

ملاحظة: في كافة الصور السابقة إذا كان الدائن المرتهن غير عالم بحالة الشيوع جاز له طلب إبطال العقد طبقا للمادة 714 فقرة 3 من القانون المدني.

2-2- الالتزام (الدين) المضمون: الالتزام المضمون هو العنصر الثاني في محل عقد الرهن الرسمي حيث لا بد من تحديده تحديدا دقيقا من حيث مصدره ومقداره تطبيقا لمبدأ تخصيص الرهن، إضافة إلى وجوب أن يكون هذا الالتزام المضمون موجودا.

2-2-1- وجود الالتزام المضمون: يرتبط الرهن الرسمي بالالتزام المضمون وجودا وعدما، فإذا لم يوجد الالتزام المضمون أو انقضى بعد انعقاد الرهن انقضى الرهن تبعا لذلك.

وعليه فلا بد أن يكون الالتزام المضمون موجودا والوجود يقتضي الصحة والمشروعية، وهو ما نصت عليه المادة 893 فقرة 1 من القانون المدني بقولها: (لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون بل يكون تابعا له في صحته وفي انقضائه...). فإذا كان الالتزام المضمون باطلا بطل الرهن وإذا كان الالتزام المضمون ناشئا عن عقد قابل للإبطال انعقد الرهن صحيحا ولكن يبقى مهددا بالزوال إذا تم إبطال العقد.

وهو ما يترتب عليه أنه حين يكون الراهن غير المدين (حالة الكفيل العيني) فإن باستطاعته التمسك بالدفع التي تكون للمدين في مواجهة الدائن المرتهن والتي تتعلق بصحة الالتزام المضمون أو انقضائه. (المادة 893 فقرة 2 من القانون المدني).

وتطرح مسألة وجود الالتزام مسألة ضمان الدين المعلق على شرط والدين المستقبلي والدين الاحتمالي وهو ما نصّ عليه المشرع في المادة 891 من القانون المدني حين أجاز أن يقوم الرهن الرسمي ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبلي أو احتمالي، ونصت المادة 891 على نموذجين على الدين الاحتمالي هما ضمان اعتماد مفتوح أو

حساب جاري، وتضمنت المادة 891 شرطا أساسيا لصحة ضمان الدين المستقبلي أو الاحتمالي وهو تحديد مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين.

2-2-2- تعيين الالتزام المضمون: وهو ما يعرف بتخصيص الالتزام المرهون وذلك من حيث مصدره ومقداره، فمن حيث مصدره لا بد أن يذكر ما هو المصدر المنشئ للالتزام هل هو عقد قرض أو عقد بيع..الخ، وكذا تحديد محل الالتزام المكفول ومقداره هل هو التزام بدفع مبلغ نقدي أم القيام بعمل أم الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء وفي الحالات التي لا يكون فيها الالتزام هو مبلغ نقدي يحدد المبلغ الذي يدفع حين الإخلال بالالتزام. وعليه لا يجوز إبرام عقد رهن رسمي لأجل كل الديون التي قد تنشأ في ذمة المدين لأنه يتنافى ومبدأ تخصيص الرهن.

3- السبب في الرهن الرسمي: السبب المباشر هو ضمان الالتزام الأصلي، ويخضع في إثبات وجوده ومشروعيته وصحته للقواعد العامة للسبب الواردة في نظرية الالتزام.

4- الشكلية المطلوبة في انعقاد الرهن الرسمي: طبقا للمادة 883 من القانون المدني لا يكون عقد الرهن الرسمي إلا في الشكل الرسمي، وهو ما يعني تطبيق الأحكام الواردة في المواد 324 وما يليها من القانون المدني. إضافة للأحكام الواردة في القانون رقم 06-02 المنظم لمهنة التوثيق، حيث يجب أن يحرر عقد الرهن الرسمي من طرف موثق معتمد ومختص إقليميا وفق الأوضاع والأشكال المنصوص عليها قانونا.

ويمكن أن يبرم عقد الرهن الرسمي في الخارج بين جزائريين حول عقار موجود في الجزائر، ويتولى إبرام العقد إما القنصل الجزائري في ذلك البلد وهنا يعتبر عقدا رسميا كما لو أبرم في الجزائر، وإما أن يبرم العقد أمام الموثق أو الهيئة المكلفة بتحرير العقود الرسمية في تلك البلد وفي هذه الحالة لا ينفذ عقد الرهن الرسمي في الجزائر إلا بعد الاعتراف به ومنحه الصيغة التنفيذية طبقا للقواعد المنصوص عليها في المادة 606 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وبهذا نكون قد انتهينا من التطرق للعناصر المتعلقة بإنشاء الرهن الرسمي لننتقل في العنصر الموالي إلى بيان آثار الرهن الرسمي.

ثالثا: آثار الرهن الرسمي: يرتب الرهن الرسمي آثاره فيما بين المتعاقدين بمجرد انعقاده انعقادا صحيحا مستوفيا لأركانه وشروطه، ولكنه لا ينفذ في مواجهة الغير إلا بواقعة قانونية هي القيد في المحافظة العقارية وهي الواقعة التي تحكمي حق الدائن المرتهن في مواجهة الغير وتمكنه من تجسيد الأولوية والتتبع وهما الأثران الأكثر أهمية في الرهن الرسمي وعليه نتطرق أولا إلى آثار الرهن الرسمي بين المتعاقدين ومن ثم نتكلم عن نفاذ الرهن الرسمي في مواجهة الغير.

1- آثار الرهن الرسمي فيما بين المتعاقدين: نميز في هذا الصدد بين الآثار المتعلقة بالمدين الراهن والآثار المتعلقة بال دائن المرتهن.

1-1- آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمدين الراهن: الرهن الرسمي لا يؤدي إلى خروج العقار المرهون من حيازة المدين الراهن إضافة إلى أنه يبقى على ملكيته له ما لم يتصرف فيه وله أن يستعمله أو يستغله، وبالمقابل يجب عليه أن يحافظ على العقار المرهون ولا يقوم بأي عمل من شأنه أن يهدد سلامة العقار. وعليه نرى أولاً حقوق المدين الراهن ثم التزاماته.

1-1-1- حقوق الراهن: تتمثل حقوق الراهن في التصرف في العقار المرهون وفي استعماله واستغلاله.

1-1-1-1- حق الراهن في التصرف في العقار المرهون: نص القانون المدني على هذه المسألة في المادة 894 منه التي بينت أن للراهن أن يتصرف في العقار المرهون وأكدت في الوقت ذاته على أن هذه التصرفات لا يؤثر على حق الدائن المرتهن، والتصرفات المذكورة في هذه المادة تشمل في معناها التصرفات القانونية والأعمال المادية على حد سواء.

بالنسبة للتصرفات القانونية فإن للراهن أن يبيع أو يؤجر أو حتى يرهن العقار المرهون، حيث لا تؤثر هذه التصرفات في حق الدائن المرتهن ما دام الرهن قد تم قيده في المحافظة العقارية، أما إذا قام الراهن بهذه التصرفات بعد إبرام الرهن وقبل القيد فإنه يعتبر قد أضر بالدائن المرتهن.

كما يستطيع الراهن أن يتصرف في ثمار العقار المرهون ما لم تلحق الثمار بالعقار المرهون بتسجيل التنبيه بنزع الملكية.

في حالة إذا قام المدين بهدم العقار المرهون وبيع أنقاضه فإنه تعتبر منقولات بحسب المآل، وللدائن المرتهن الاعتراض على الهدم إذا لم يكن قد تم، فإذا تم الهدم كان للدائن المرتهن الاعتراض على البيع فإذا بيعت الأنقاض كان له التنفيذ على الثمن بحجزه تحت يد المشتري إذا كان الراهن لم يقبضه بعد.

أما العقارات بالتخصيص فإن التصرف فيها ضار بالدائن المرتهن لما فيه من إنقاص للضمان وباستطاعته الاعتراض على هذا التصرف إذا لم يتم التصرف بصفة فعلية، فإذا تم التصرف وانتقلت حيازة العقار بالتخصيص إلى المشتري، فإنه إذا كان سيء النية فللمرتهن المطالبة بإرجاع العقار بالتخصيص ل يبقى متصلاً بالعقار ولا يستطيع المشتري التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، أما إذا كان المشتري حسن النية فإنه حق التتبع المقرر للمرتهن ينقضي ولكن يبقى له الحق في الحجز على ثمن العقار بالتخصيص والتنفيذ عليه بالأفضلية.

ومهما يكن من أمر، فإنه يبقى للدائن المرتهن الحق في الرجوع على المدين الراهن بالتعويض عن إخلال المدين بالتزام بالحفاظ على سلامة الرهن.

أما التصرفات المادية فإن مناطها هو الحفاظ على العقار المرهون وعدم المساس به بما ينقص قيمته.

1-1-1-2- حق الراهن في استغلال العقار المرهون: ورد النص على هذا الحق في المادة 895 من القانون

المدني التي بينت القاعدة العامة بأن للمدين إدارة واستغلال العقار المرهون وقبض ثماره حتى تصبح ملحقة بالعقار المرهون بعد تسجيل التنبيه بنزع الملكية حين التنفيذ على العقار المرهون.

في حين نجد في المادتين 896 و 897 تطبيقا خاصا يتعلق بتأجير العقار المرهون وقبض الأجرة مقدما،

وبالنظر في هذين المادتين نستخرج الأحكام التالية:

- عقد الإيجار المبرم قبل قيد الرهن نافذ في مواجهة الدائن المرتهن مطلقا، ما لم تتجاوز مدته 12 سنة فيشترط شهره في المحافظة العقارية لينفذ بين الأطراف وفي حق الغير،

- عقود الإيجار المبرمة بعد قيد الرهن تنفذ في حق الدائن المرتهن بشروط:

- أن تكون ثابتة التاريخ ومبرمة قبل تسجيل التنبيه بنزع الملكية، فإذا لم تكن ثابتة التاريخ أو سجلت بعد

التنبيه بنزع الملكية ولم تقبض أجرته مسبقا فلا ينفذ إلا إذا اعتبر من أعمال الإدارة الحسنة،

- أن تكون مدة الإيجار في حدود 9 سنوات، فإذا زاد عن 9 سنوات فإنه لا ينفذ في مواجهة الدائن إلا في

حدود 9 سنوات.

- المخالصة بالأجرة مقدما أو الحوالة المتعلقة بها المبرمة قبل قيد الرهن نافذة في حق الدائن المرتهن مهما كانت المدة المقبوض بدل إيجارها،

- المخالصة بالأجرة أو الحوالة المتعلقة بها المبرمة بعد قيد الرهن لا تنفذان إلا بالشروط التالية:

- أن تكون ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه بنزع الملكية،

- أن لا تتجاوز مدة الإيجار المقبوض بدل إيجارها مسبقا 3 سنوات، فإذا تم تجاوز المدة أنقصت لحدود 3 سنوات.

1-1-1-3- حق الراهن في استعمال العقار المرهون: حيث للراهن أن يستعمل العقار لحاجاته الشخصية أو

العائلية دون أن يستطيع المرتهن الاعتراض على ذلك طالما لا يؤدي هذا الاستعمال إلى الإنقاص من الضمان الذي يقدمه العقار المرهون.

1-1-2- التزامات الراهن: تتمثل التزامات الراهن في التزامين هما:

1-1-2-1- التزام الراهن بإعطاء المرتهن حق الرهن: وهو التزام ينفذ بمجرد العقد، لأن الرهن الرسمي يرتب آثاره

بين طرفيه بمجرد العقد ولا يحتاج لواقعة أخرى لذلك، حيث ينشأ الحق العيني لفائدة الراهن منذ إبرام العقد صحيحا، أما واقعة القيد فهي ضرورية لنفاذ الرهن الرسمي في مواجهة الغير حتى يكتسب المرتهن في مواجهتهم حقي التقدم والتتبع.

وعليه إذا لم تتم واقعة القيد فإن المرتهن لا يفقد حقه في التنفيذ على العقار المرهونة بالذات ولكنه يفقد التقدم على باقي الدائنين ولا يستطيع تتبع العقار المرهون لو تصرف فيه المدين.

1-1-2-2- التزم الراهن بضمان سلامة العقار المرهون: نص القانون المدني على هذا الالتزام في المواد 898 و899 و900 من القانون المدني، وبالنظر في هذه المواد نستخرج الأحكام التالية:

- على الراهن الحفاظ على العقار المرهون سواء بالامتناع عن كل ما يمس بسلامته أو يضر بحقوق المرتهن أو بالقيام بكل ما من شأنه دفع الضرر عن العقار المرهون باتخاذ الاحتياطات اللازمة لمواجهة السيول أو الوقاية من الحرائق أو الحشرات الضارة بالمزروعات.. الخ، وكذا منع التعرض المادي أو القانوني منه أو من الغير الذي من شأنه إتلاف العقار المرهون أو زوال ملكيته عن الراهن بما يضر بمصالح المرتهن.

- من حق الدائن المرتهن الاعتراض على كل عمل يرى أن من شأنه الإضرار بالعقار المرهون أو الانقاص من قيمته.

- في حالة هلاك العقار المرهون أو تلفه ولم يحل محله أي حق آخر أو كان الحق الذي حل محله لا يكفي للضمان فإننا نفرق بين احتمالين:

الاحتمال الأول: أن يكون الهلاك أو التلف بسبب الراهن: هنا يمنح الخيار للدائن المرتهن بين أن يطلب تسديد الدين فوراً أو يطلب تقديم تأميناً كافياً لضمان الدين.

الاحتمال الثاني: أن يكون الهلاك أو التلف بسبب أجنبي: في هذه الحالة يكون الخيار للراهن بين أن يقدم تأميناً كافياً للمرتهن أو يوفي بالدين فوراً.

- في حالة هلاك العقار أو تلفه وحل محله مبلغ تعويض كما في حالة نزع الملكية للمنفعة العامة أو التعويض الذي يدفعه صاحب الأرض لصاحب المباني التي تملكها صاحب الأرض بالالتصاق أو المبلغ الذي تدفعه شركة التأمين حين حدوث الخطر المؤمن منه، في هذه الحالة ينتقل حق الدائن المرتهن إلى هذا الثمن.

1-1-2-3- التزم الراهن بمصاريف عقد الرهن الرسمي: وهو الأصل، طبقاً للمادة 883 فقرة 2، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

وننتقل الآن لنرى آثار الرهن الرسمي بالنسبة للدائن المرتهن.

1-2- آثار الرهن الرسمي بالنسبة للدائن المرتهن: يمر الدائن المرتهن بمرحلتين، الأولى قبل حلول أجل دينه، وفيها لا يكون للدائن أي سلطة سوى مراقبة ما يمكن أن يضر بالعقار المرهون والتدخل لمنع المساس به أو الإنقاص من قيمة الرهن. وفي المرحلة الثانية وهي مرحلة ما بعد حلول أجل الدين فإن الدائن المرتهن لا يستطيع التنفيذ على العقار إلا بموجب الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بعد أن يقوم بتبنيه المدين بالوفاء،

ويكون له التنفيذ في حالة عدم الوفاء على العقار ويختص به وفي حالة عدم كفاية ثمن العقار يجوز للدائن الرجوع مثل بقية الدائنين على الضمان العام للمدين.

ونص المشرع أنه يقع باطلا كل اتفاق يؤدي إلى تملك الدائن العقار بمجرد عدم وفاء المدين مقابل دفع ثمن معلوم مهما كان هذا الثمن، وكذلك أي اتفاق يعفي الدائن من الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ويمكنه من بيع العقار المرهون مباشرة عند عدم الوفاء بالدين. إلا أنه حين حلول أجل الدين باستطاعة المدين الاتفاق مع المرتهن أن يتنازل له عن العقار مقابل الدين.

وإذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين (مثل الكفيل العيني) فإنه لا ينفذ إلا على العقار المقدم ضمنا دون بقية أمواله ولا يمكن للراهن أن يدفع بتجريد المدين إلا إذا تم النص على خلاف ذلك في عقد الرهن الرسمي. كما للراهن حين يكون غير المدين أن يتفادى الرجوع عليه إذا تخلى عن العقار للدائن المرتهن وفق الإجراءات التي نراها في العنصر الموالي حين الحديث عن نفاذ الرهن الرسمي في مواجهة الغير.

2- آثار الرهن الرسمي في مواجهة الغير (نفاذ الرهن الرسمي): لا ينفذ الرهن الرسمي في مواجهة الغير إلا بواقعة القيد (المادة 904 من القانون المدني)، ويترتب على ذلك اكتساب الدائن المرتهن ميزتي التقدم والتتبع، وهو ما سنتناوله فيما يلي على أن نحدد أولا المقصود بالغير في نطاق الرهن الرسمي:

2-1- تحديد مفهوم الغير بالنسبة الرهن الرسمي: الغير بصفة عامة هو كل من لم يكن طرفا في العقد، ولكنه في الرهن الرسمي يأخذ معنى خاصا حيث يقصد بالغير في نطاق الرهن الرسمي: (كل صاحب حق يضر من وجود الرهن الرسمي)، وهو ما يشمل بالذات الدائنين العاديين للراهن والدائنين أصحاب التأمينات العينية المتأخرين في المرتبة عن المرتهن (وهم من يتقدم الدائن المرتهن عليهم حين اقتضاء الدين). كما يشمل مفهوم الغير كل من يكتسب حقا عينيا أصليا على العقار المرهون بعد قيد الرهن حيث للمرتهن أن ينفذ على العقار المرهون وهو تحت أيديهم بما له من مكنة التتبع.

وفيما يلي نتطرق لواقعة القيد ومن ثم أثرها بما تمنحه من حق الأولوية والتتبع.

2-1- واقعة القيد: القيد هو إجراء يتم على مستوى المحافظة العقارية التي يقع في دائرة اختصاصها العقار المرهون بسعي من الموثق الذي أبرم الرهن الرسمي، ويتم بموجبه التأشير على هامش البطاقة العقارية للعقار المرهون، وذلك وفق الإجراءات المنصوص عليها بالتفصيل في الأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري والمرسوم 63-76 المتضمن تأسيس السجل العقاري. وتكون مصاريف القيد على عاتق الراهن ما لم يوجد اتفاق مخالف. (المادة 906 من القانون المدني).

فالقيد هو من الذي ينشئ حق التقدم وهو من يحدد مرتبة الدائن المرتهن حتى ولو لم ينشأ الدين المضمون بعد. (المادتين 907 و 908 من القانون المدني). هذا ولا يحتج بالقيد في حالات خاصة وهي:

- القيد الواقع بعد صدور الحكم بشهر إفلاس المدين. (المادة 247 من القانون التجاري).
- القيد الواقع بعد قيد أمر الحجز. (المادة 735 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

2-2- حق التقدم: نص المشرع الجزائري على حق التقدم باعتباره أثرا للرهن الرسمي في المواد من 907 إلى 910 من القانون المدني، وباستقراء هذه المواد نستخرج الأحكام الآتية:

- المقصود بالتقدم هو حق الدائن المرتهن في استيفاء حقه بالأولوية على الدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة والدائنين العاديين. (المادة 882 والمادة 907 من القانون المدني).

- مرتبة الدائن المرتهن تحدد حسب أسبقية القيد ولو وجد أكثر من رهن مقيد في نفس اليوم فالعبرة بترتيبهم في الجدول، مع ملاحظة أن حقوق الامتياز العامة والمبالغة المستحقة للخزينة العمومية تتقدم على الدائن المرتهن حتى ولو قيد الرهن الرسمي قبل نشأتها.

- يحتفظ الرهن الرسمي بمرتبته لمدة 10 سنوات ويجب أن يتم تجديد القيد بعد انقضاء هذه المدة وإلا فقد الرهن الرسمي رتبته (المادة 96 من المرسوم 63-76 سالف الذكر)، مع ملاحظة أن قانون المالية لسنة 2003 في المادة 96 فقرة 7 منه قد أعفى المؤسسات المالية من تجديد قيد الرهن المقررة لصالحها لمدة 30 سنة كاملة، حيث تحتفظ بمرتبته طيلة هذه المدة.

- إذا وجد أكثر من رهن رسمي على نفس العقار، فبإمكان الدائن المرتهن المتقدم في المرتبة أن يتنازل (في حدود قيمة دينه) عن رتبته لدائن متأخر حيث يقع تبادل في الرتب، ولا بد أن يتم التأشير بذلك على هامش قيد رهن الدائن المرتهن المتنازل عن رتبته. ويمكن الاحتجاج في مواجهة المتنازل له بكل الدفع التي كان يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الدائن المتنازل، إضافة للدفع التي يحتج بها على المتنازل له الخاصة به.

- **موضوع التقدم** هو الحقوق التي يستوفيهها الدائن بطريق الأفضلية وتشمل:

* أصل الدين (المبلغ الثابت في القيد)،

* الفوائد المستحقة من وقت القيد (إذا وجدت وأجازها القانون)،

* المصروفات التي تشمل نفقات الرهن وقيده وتجديده.

- **محل التقدم هو المال** الذي يباشر الدائن المرتهن التنفيذ عليه ويشمل:

* ثمن العقار بعد بيع بالمزاد العلني،

* ثمن ملحقات العقار من عقارات بالتخصيص وحقوق الارتفاق والتحسينات والمنشآت،

*ثمار العقار المرهون من تاريخ تسجيل التنبيه بنزع الملكية.

وفي حالة هلاك العقار محل الرهن وتم تعويض الراهن بمبلغ من المال فإن الدائن المرتهن ينفذ على هذا المبلغ.

2-3-3- حق التتبع: أهمية حق التتبع لا تظهر إلا حينما تنتقل ملكية العقار المرهون إلى الغير، الذي يسمى وفق قواعد الرهن الرسمي بالحائز وعرفه القانون بأنه كل من انتقلت إليه قبل تسجيل التنبيه بنزع الملكية بأي سبب من الأسباب ملكية العقار المرهون أو أي حق عيني آخر قابل للرهن دون أن يكون مسؤولاً مسؤولاً شخصية عن الدين المضمون بالرهن(المادة 911 فقرة 1 من القانون المدني).

2-3-3-1- شروط ممارسة حق التتبع: حتى يستطيع الدائن المرتهن ممارسة حق التتبع في مواجهة الحائز نجد شرطين هما:

- حلول أجل الدين،

- أن يكون الرهن الرسمي مقيدا قبل أن يشهر الغير الذي انتقلت إليه الملكية حقه.

2-3-3-2- إجراءات التتبع: قبل أن يقوم الدائن بالتنفيذ على العقار المرهون لا بد له من اتخاذ الإجراءات التالية (المادة 923 من القانون المدني):

2-3-3-2-1- التنبيه على المدين بنزع الملكية: ويقصد به إعدار المدين بأنه إذا لم يف بالدين فسيتم الحجز على العقار وبيعه بالمزاد العلني، ولا بد من تسجيل هذا التنبيه والتأشير به على الرهن.

2-3-3-2-2- إنذار الحائز: إضافة إلى التنبيه على المدين، لا يستطيع الدائن المرتهن أن ينفذ على العقار المرهون في يد الحائز إلا بعد أن يندره بذلك حتى يقرر الدفع أو التخلية. ويمكن للدائن أن ينبه المدين وينذر الحائز في آن واحد.

2-3-3-2-3- التصدي لحق التتبع (الدفع والخيارات الممنوحة للحائز في مواجهة الدائن): باستطاعة الحائز أن يتصدى للدائن المرتهن ويواجه حق التتبع بمجموعة من الوسائل، أولها الدفع التي ترمي إلى إنهاء حق المتابعة وفي حالة فشلها منحه القانون خيارات أخرى.

2-3-3-2-1- الدفع التي يواجه بها الحائز الدائن المرتهن: نفرق بين نوعين من الدفع، دفع تتعلق بالدين كإنقضائه أو بطلانه، ودفع تتعلق بعقد الرهن الرسمي نفسه مثل بطلان عقد الرهن الرسمي أو خطأ في القيد أو تنازل عن المرتبة... الخ.

2-3-3-2-2- الخيارات الممنوحة للحائز في مواجهة الدائن المرتهن: إذا لم يكن للحائز دفع يواجه به الدائن المرتهن فإنه يكون أمام ثلاثة اختيارات، إما قضاء الديون وإما تطهير العقار المرهون وإما تخليته للدائن أو الدائنين حتى ينفذوا عليه، وللحائز أن يختار أيًا من هذه الاختيارات كما له أن يرفضها ويترك إجراءات التنفيذ تتواصل في مواجهته.

ويكون أمام الدائنين المرتهنين خياران، إما قبول العرض أو رفضه، ولم يشترط المشرع قبولا صريحا وإنما اعتبر أن مجرد السكوت عن الرفض قبولا وهو ما يفهم من المادة 918 من القانون المدني التي منحت لكل دائن مرتهن مقيد حقه ولكل كفيل لحق مقيد أن يطلب بيع العقار المعروض تطهيره خلال أجل 30 يوما من آخر إعلان مع إمكانية إضافة أجل آخر أقصاه 30 يوما عند التبليغ في الموطن المختار. حيث إذا لم يتم رفض العرض بالتطهير خلال هذه المهلة يعتبر العرض مقبولا، وما على الحائز إلا أن يدفع الثمن الذي اقترحه في العرض أو يودعه في الخزينة العامة ومن ثم يستطيع طلب إلغاء قيود الرهون الواردة على العقار المملوك له.

فإذا أراد الدائن المرتهن أو الدائنون المرتهنون رفض العرض فإن ذلك يكون بموجب طلب بيع العقار المرهون بالمزاد العلني وتوجيه إعلان بذلك إلى المدين والحائز مع إيداع مبلغ كاف لتغطية مصاريف البيع على مستوى الخزينة العامة، وذلك تحت طائلة اعتبار الإعلان باطلا. (المادة 919 من القانون المدني).

2-3-3-3-2- التخلية: باستطاعة الحائز ما لم يكن ملزما بسداد الدين أن يخرج من العقار ويتخلى عنه لصالح حارس تتم الإجراءات في مواجهته وهو حق ممنوح كذلك للكفيل العيني. وتكون التخلية ممكنة منذ الإنذار بالوفاء إلى غاية يوم رسو المزاد.

وتتم التخلية بموجب تقرير يقدمه الحائز إلى كتابة ضبط المحكمة التي يقع العقار في دائرة اختصاصها ويطلب التأشير بذلك على هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية، ومن ثم يقوم بتبليغ الدائن المرتهن الذي يباشر إجراءات التنفيذ بالتخلية خلال أجل 5 أيام من إيداع التقرير. وإذا لم يطلب الحائز تعيين حارس فإنه يجوز لكل من يهيمه التعجيل أن يقدم طلبا بذلك أمام قاضي الاستعجال. (المادة 922 من القانون المدني). ويترتب على التخلية إتمام إجراءات البيع، وإذا بيع العقار بما يزيد عن قيمة الدين عادت الزيادة للحائز.

2-4- البيع بالمزاد العلني: تطبق هنا الإجراءات الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تدرس في مقياس طرق التنفيذ، ولكن نتطرق للمسائل ذات الصلة بأحكام الرهن الرسمي وهي:

2-4-1- من له الحق في دخول المزاد العلني: لكل شخص ما عدا المدين أن يدخل المزاد العلني، وللحائز أيضا أن يدخل المزاد العلني بشرط أن لا يعرض ثمننا يقل عن ما بقي في ذمته من ثمن العقار لو كان قد انتقل إليه بموجب بيع. (المادة 925 من القانون المدني).

ولا يترتب على رسو المزاد تطهير العقار من الرهن الرسمي إلا إذا قام الراسي عليه المزاد بدفع الثمن أو أودعه، وإذا كان الثمن الراسي به المزاد يزيد عن قيمة الديون فإنه يعود للحائز (أو الراهن حال بقاء العقار في ملكيته). (المادة 926 والمادة 928 من القانون المدني).

2-4-2- أثر رسو المزاد: هنا نفرق بين حالتين:

2-4-2-1- رسو المزاد على حائز العقار: حيث إذا دخل الحائز العقار ورسى عليه المزاد فإن ملكيته تبقى على أصلها ولا تتطلب القيام بشهر حكم رسو المزاد لأن الملكية تبقى على أصل حالها، ويترتب على ذلك تطهير العقار من كافة الرهون السابقة عن تملكه للعقار، أما الرهون التي أبرمها هو فتبقى سارية المفعول في حقه ولا يظهر منها العقار. (المادة 926 من القانون المدني).

2-4-2-2- رسو المزاد على غير الحائز: هنا تنتقل الملكية بموجب شهر حكم رسو المزاد العلني، ويتطهر العقار من كافة الرهون المثقل بها سواء التي أبرمها المالك الأول (الراهن) أو التي أبرمها الحائز، وتكون الأولوية لدائني المالك الأصلي ثم لدائني الحائز. (المادة 928 من القانون المدني).

ملاحظة: الأحكام السابقة لا تحول دون رجوع الحائز على الراهن بالتعويض بموجب أحكام الضمان في عقد البيع.

رابعاً: انقضاء الرهن الرسمي: ينقضي الرهن الرسمي بطريقة أصلية أو بطريقة تبعية.

1- انقضاء الرهن الرسمي بصفة أصلية: وذلك حين ينقضي الرهن ويبقى الدين قائماً في ذمة المدين لأن سبب الانقضاء يتعلق بالرهن ذاته لا بالدين المضمون. ويكون ذلك إما بتطهير العقار (المادة 934 من القانون المدني)، البيع بالمزاد العلني (المادة 936 من القانون المدني)، نزول الدائن المرتهن عن الرهن، وهلاك العقار المرهون (هنا قد ينتقل حق الأولوية لما يحل محل العقار من تعويض أو ثمن).

2- انقضاء الرهن الرسمي بصفة تبعية: وذلك إذا انقضى الدين المضمون بصفة كلية، ويعود الرهن إذا زال سبب انقضاء الدين دون الإخلال بحقوق الغير حسن النية التي يكون قد اكتسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته. (المادة 933 من القانون المدني).

المحور الثالث: حق التخصيص

تطرق المشرع الجزائري لأحكام حق التخصيص في المواد 937 إلى 947 من القانون المدني بعد الرهن الرسمي مباشرة، وذلك نظرا لاعتبار حق التخصيص نوعا من الرهن الرسمي ومصدره القضاء.

أولاً: تعريف حق التخصيص: لم يعرف المشرع الجزائري حق التخصيص في القانون المدني خلاف الرهن الرسمي والرهن الحيازي، لذلك عرفه شراح القانون بأنه حق عيني تبعي يتقرر بأمر من رئيس المحكمة لصالح الدائن على عقار أو أكثر من عقارات المدين ويخول له ميزتي التقدم والتتبع بالنسبة لتلك العقارات.

ثانياً: إنشاء حق التخصيص: حتى يحصل الدائن على حق تخصيص على عقارات مدينه لا بد من توفر مجموعة من الشروط وأن يقوم بالإجراءات المبينة فيما يلي:

1- أن يكون في حوزته حكم قضائي نهائي واجب التنفيذ وأن يكون صادرا في موضوع الدعوى يتضمن إلزاما للمدين بأداء شيء معين.

2- أن يكون محل حق التخصيص هو العقار، وأن يعين في العقد تعيينا دقيقا وأن يكون مملوكا للمدين وقت تقرير حق التخصيص وأن يجوز بيعه بالمزاد العلني.

3- أن يتم الطلب حال حياة المدين لأنه لو مات فليس للدائن الحصول على اختصاص على عقارات التركة.

4- يقدم الطلب أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار المرهون بموجب عريضة تتضمن البيانات التي حددتها المادة 941 من القانون المدني وهي اسم ولقب ومهنة الدائن والمدين والموطن الأصلي للدائن وموطنه المختار في دائرة اختصاص المحكمة وموطن المدين، تاريخ الحكم والمحكمة التي أصدرته، ومقدار الدين فإن لم يكن محددًا تولى القاضي تقديره مؤقتًا، تعيين العقارات تعيينا دقيقا وبيان موقعها. وترفق العريضة كذلك بأصل الحكم النهائي واجب التنفيذ وكل الأوراق التي تثبت قيمة العقارات المطلوب أخذ الاختصاص بها.

5- يقوم القاضي بالنظر في طلب حق التخصيص وله القبول أو الرفض، وفي حالة قبول الطلب فإنه يكون بموجب أمر على ذيل عريضة يحدد العقار أو العقارات موضوع التخصيص والمبلغ الذي تضمنه، حيث بإمكانه أن يقصر التخصيص على بعض عقارات المدين ما دامت تكفي لضمان أصل الدين والمصاريف. (المادة 942 من القانون المدني). أما في حالة رفض القاضي لطلب الحصول على حق التخصيص جاز للدائن التظلم أمام المجلس القضائي. (المادة 945 من القانون المدني).

6- لا بد من تبليغ الأمر على ذيل عريضة المتعلق بحق التخصيص للمدين في نفس يوم صدوره ، حتى يتسنى له الاعتراض عليه والتظلم منه أمام نفس القاضي الذي أصدره على وجه الاستعجال، فإذا قبل القاضي تظلم المدين

أصدر أمرا بإلغاء أمر التخصيص ويجب على المدين هنا القيام بالتأشير على هامش القيد بالأمر الصادر بإلغاء التخصيص.

ثالثا: آثار حق التخصيص: سبق القول أن حق التخصيص هو نوع من الرهن الرسمي وهو ما يظهر من خلال آثار حق التخصيص التي نص القانون المدني الجزائري عليها في المادة 947 منه على أن تكون للدائن الذي حصل على حق التخصيص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي ويسري على التخصيص ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام وخاصة ما يتعلق بالقيد وتجديده وشطبه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة.

وعليه فيجب قيد أمر التخصيص في المحافظة العقارية حتى يسري في حق الغير ويستطيع صاحبه التمتع بميزتي التقدم والتتبع التي توفرهما الحقوق العينية التبعية وعلى رأسها الرهن الرسمي، ومرتبة الاختصاص تتحدد وفقا لترتيب القيد.

وبخصوص العلاقة بين الدائن صاحب حق التخصيص والمدين المثقل عقاره بحق التخصيص فتطبق بشأنها القواعد التي سبق دراستها في الرهن الرسمي، فمالك العقار المثقل بحق التخصيص يكون له كامل الحق في التصرف فيه واستغلاله، وفي حالة انتقال الملكية فإن المالك الجديد يكون بمثابة الحائز في الرهن الرسمي فيكون له نفس الحقوق ويتحمل ذات الأعباء.

ومن الأحكام التي يتميز بها حق التخصيص عن الرهن الرسمي نجد حق المدين وكل ذي مصلحة في أن يتقدم بطلب إلى القاضي من أجل إنقاص حق التخصيص طبقا للمادة 946 من القانون المدني، وذلك بهدف تحقيق التوازن بين الدين والعقار، ويكون للقاضي أن ينقص من حق التخصيص وفق صورتين:

- جعل التخصيص مقتصرًا على جزء من العقار أو العقارات التي رتب عليها حق التخصيص أول الأمر وهنا لا بد من التأشير على هامش القيد الأصلي للتخصيص بهذا الإنقاص؛

- نقل حق التخصيص إلى عقار آخر مملوك للمدين وتكفي قيمته لضمان الوفاء بالدين، وفي هذه الحالة لا بد من إجراء قيد جديد خاص لحق التخصيص لهذا العقار.

رابعا: انقضاء حق التخصيص: طبقا لما ورد في المادة 947 من القانون المدني التي نصت على تطبيق أحكام الرهن الرسمي على حق التخصيص فإن هذا الحق العيني التبعية ينقضي بصفة تبعية بانقضاء الدين المضمون، كما ينقضي بصفة أصلية إذا بيع العقار بالمزاد العلني وبالتطهير وبالنزول عن حق التخصيص وباتحاد الذمة وبهلاك العقار، وإضافة إلى هذا نجد أن حق التخصيص ينقضي:

- إذا تم إلغاء السند التنفيذي الذي صدر أمر التخصيص بناء عليه، وذلك في حالة قبول الطعن بالنقض وإعادة النظر في الحكم أو القرار القضائي بما يؤدي إلى إلغاء السند التنفيذي وهو ذات ما قد يحدث لو قبلت طرق الطعن غير العادية الأخرى وهي اعتراض الغير الخارج عن الخصومة والتماس إعادة النظر وترتب عن ذلك إلغاء الحكم أو القرار القضائي الذي كان أساس السند التنفيذي الذي كان سبب الحصول على الأمر بالتخصيص.

- حالة إلغاء أمر التخصيص من طرف القاضي الذي أصدره بعد تظلم المدين، حيث يتم التأشير على هامش قيد أمر التخصيص بأنه قد تم إلغاؤه.

وبهذا ننهي المحور المخصص لحق التخصيص وننتقل في المحور التالي إلى الرهن الحيازي.

المحور الرابع: الرهن الحيازي

تطرق المشرع الجزائري إلى أحكام الرهن الحيازي في المواد 948 إلى 981 من القانون المدني من خلال التطرق إلى القواعد العامة في الرهن الحيازي بدءا بأركان الرهن الحيازي ثم آثاره ومن ثم بيان طرق انقضاء الرهن الحيازي ثم تطرق المشرع إلى الرهن العقاري ثم رهن المنقول حيث نص على أحكام خاصة بهذه الأنواع، وعليه سنتطرق لمحور الرهن الحيازي من خلال العناصر التالية:

أولاً: مفهوم الرهن الحيازي

ثانياً: إنشاء الرهن الحيازي

ثالثاً: آثار الرهن الحيازي

رابعاً: انقضاء الرهن الحيازي.

وفيما يلي تفصيل ذلك،

أولاً: مفهوم الرهن الحيازي: نتطرق من خلال هذا العنصر إلى تعريف الرهن الحيازي وتحديد خصائصه وتمييزه عن الرهن الرسمي وذلك كما يلي:

1- تعريف الرهن الحيازي وبيان خصائصه: جاء تعريف الرهن الحيازي في المادة 948 من القانون المدني بأنه: (عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئاً يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون).

ويظهر من خلال هذا النص أن الرهن الحيازي حاله حال الرهن الرسمي هو حق عيني مصدره العقد ويرتب حق الدائن المرتبه في التنفيذ بالأولوية على ثمن المال المرهون ويعطيه حق تتبع هذا المال والتنفيذ عليه في أي يد كان، إضافة إلى خاصية عدم القابلية للتجزئة.

2- تمييز الرهن الحيازي عن الرهن الرسمي: رغم اشتراكهما في الخصائص المذكورة أعلاه، يختلف الرهن الحيازي عن الرهن الرسمي من حيث مجموعة من الخصائص يتميز بها الرهن الحيازي عن الرهن الرسمي، وهي:

1-2- محل الرهن الحيازي: طبقا للمادة 886 من القانون المدني فإن محل الرهن الرسمي هو العقار فقط ما عدا بعض الاستثناءات، أما الرهن الحيازي فإنه بموجب المادة 949 من القانون المدني يمكن أن يكون محل الرهن الحيازي منقولا أو عقارا شرط إمكانية بيعه مستقلا بالمزاد العلني. وبالتالي فإن مجال الرهن الحيازي أوسع من مجال الرهن الرسمي.

2-2- انتقال حيازة المال المرهون: سبق أن رأينا أن الرهن الرسمي لا يؤدي إلى انتقال حيازة العقار المرهون إلى الدائن المرتهن بل يبقى في حيازة المدين الراهن، أما في الرهن الحيازي وخلاف ذلك فإن حيازة المال المرهون عقارا كان أو منقولاً تخرج من يد الراهن وتنتقل إما للمرتهن أو لشخص آخر يختاره الطرفان كما سنراه في آثار الرهن الرسمي، وتعطيه هذه الحيازة حق حبس المال المرهون حتى التنفيذ عليه.

2-3- رضائية الرهن الحيازي: خلاف الرهن الرسمي الذي لا ينعقد إلا بعقد رسمي فإن الرهن الحيازي هو عقد رضائي إلا ما ورد على عقار فهنا ينبغي أن يجعل في الشكل الرسمي وأن يتم قيده في المحافظة العقارية لنفاذه في مواجهة الغير. (المادة 950 من القانون المدني).

وننتقل فيما يلي لإنشاء الرهن الحيازي.

ثانياً: إنشاء الرهن الحيازي: تطرق المشرع الجزائري إلى أحكام إنشاء الرهن الحيازي تحت عنوان أركان الرهن الحيازي واكتفى في ذلك بثلاثة مواد (948- 949- 950) بين فيها بعض ما يميز الرهن الحيازي على الرهن الرسمي من إنشاء الرهن الحيازي، ونتطرق فيما يلي لأركان الرهن الحيازي مع التركيز فقط على ما يتميز به.

1- التراضي على عقد الرهن الحيازي: طبقاً لما سبق ذكره فإن الرهن الحيازي الوارد على منقول في أصله هو عقد رضائي ما عدا ما تعلق بالعقار أو ما استثني بنص خاص مثل الرهن الحيازي للمحل التجاري. وعليه بالنسبة للوعد بالرهن الحيازي فإنه لا يكون رسمياً إلا إذا تعلق برهن حيازي عقاري، وأما الوكالة بالرهن فيجب فيها أن تكون وكالة خاصة طبقاً للمادة 574 من القانون المدني.

أما الأهلية المطلوبة لإبرام عقد الرهن الحيازي، فإننا نميز بين الأهلية المطلوبة في الراهن والأهلية المطلوبة في الدائن المرتهن.

فالراهن إما أن يكون المدين ذاته وإما أن يكون شخصاً آخر هو الكفيل العيني، إذا كان الراهن هو المدين فإن الرهن هو تصرف دائر بين النفع والضرر ولا بد لصحته من توفر أهلية الأداء الكاملة فإذا أبرم الرهن الحيازي من ناقص الأهلية كان قابلاً للإبطال، وهذا خلاف الرهن الرسمي الذي اشترط فيه المشرع بصفة صريحة أهلية التصرف تحت طائلة البطلان. أما إذا كان الراهن هو شخصاً آخر غير المدين وهي حالة الكفيل العيني فإن الأهلية المطلوبة إما أن تكون أهلية أداء كاملة إذا كانت الكفالة تبرعية أو أهلية أداء ناقصة إذا كانت كفالة بمقابل.

أما للدائن المرتهن فالأصل أن الرهن الحيازي عقد ملزم لجانبين يدور بين النفع والضرر وبالتالي فلا بد لصحة التصرف من أهلية الأداء الكاملة فإذا كان ناقص أهلية كان الرهن الحيازي قابلاً للإبطال.

2- المحل والسبب في عقد الرهن الحيازي: محل عقد الرهن الحيازي حاله حال الرهن الرسمي يتكون من عنصرين أساسيين هما المال المرهون والالتزام المضمون،

بالنسبة للالتزام المضمون تطبق ذات القواعد التي سبق تناولها في الرهن الرسمي، حيث الالتزام المضمون قد يكون مبلغا من النقود أو تسليم شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ويصح أن يكون منجزا أو مضافا إلى أجل أو معلقا على شرط ويجوز أن يكون هذا الالتزام المضمون مستقبليا أو اعتمادا مفتوحا أو حسابا جاريا بشرط أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين. ويجب أن يكون هذا الالتزام المضمون صحيحا ومشروعا ويرتبط به الرهن وجودا وعدما. (المادة 950 من القانون المدني).

أما بالنسبة للمال المرهون فإن الرهن الحيازي يتميز بأنه يرد على المنقولات والعقارات على حد سواء، ويرد على المنقولات المادية والمعنوية على حد سواء، مع احترام ما تقتضيه خصوصية بعض الأموال المنقولة المعنوية. حيث لم يشترط القانون المدني سوى أن يكون المال المرهون مما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني (المادة 949 من القانون المدني). وهذا إضافة إلى الشروط الأخرى وهي تعيين المال المرهون تعيينا دقيقا نافيا للجهالة موجودا وقت الرهن، وتطرح هنا نفس القواعد التي ذكرت في الرهن الرسمي حول شرط ملكية الراهن للمال المرهون وما يتفرع عنها من مسائل من رهن الملكية الشائعة ورهن من زالت ملكيته بأثر رجعي ورهن المباني المقامة على أرض الغير.. الخ، ولا يظهر اختلاف كبير سوى ما تعلق بإمكانية رهن المنقول رهنا حيازيا من غير المالك حيث يكون للمرتهن حسن النية حق التمسك بالرهن (المادة 970 فقرة 2 من القانون المدني).

أما السبب في الرهن الحيازي فتطبق عليه ذات القواعد العامة في نظرية الالتزام.

ثالثا: آثار الرهن الحيازي: نتطرق أولا إلى آثار الرهن الحيازي بين طرفيه ثم في مواجهة الغير

1- آثار الرهن الحيازي بين المتعاقدين: حاله حال الرهن الرسمي فإن الرهن الحيازي ينفذ بين طرفيه بمجرد انعقاده ويصبح ملزما لهما، حيث نميز بين الآثار المتعلقة بالراهن والآثار المتعلقة بالدائن المرتهن.

1-1- آثار الرهن الحيازي بالنسبة للمدين الراهن: ينشئ الرهن الحيازي التزامات في جانب الراهن كما يعطيه حقوقا.

1-1-1- التزامات الراهن: تتمثل هذه الالتزامات فيما يلي:

1-1-1-1- الالتزام بالتسليم: نصت المادة 951 من القانون المدني على هذا الالتزام، حيث يتم تسليم المال المرهون وفق أحكام تسليم المبيع (المواد 367 إلى 370 من القانون المدني) إلى الدائن المرتهن أو إلى الشخص الذي اتفق عليه المتعاقدان سواء كان المال المرهون منقولاً أم عقارا.

والالتزام بالتسليم هو أهم الالتزامات لأنه هو الذي سيؤدي إلى الحيازة التي تعتبر أهم خاصية في الرهن وهي التي تنتج أثر الرهن الحيازي في مواجهة الغير. وعليه نص القانون على وجوب بقاء الحيازة في يد المرتهن أو الشخص الذي يختاره المتعاقدان، فإذا رجع المال المرهون إلى حيازة الراهن انقضى الرهن ما لم يثبت الدائن المرتهن

أن هذا الرجوع لا يقصد به انقضاء الرهن وبالتالي فهو من يتحمل عبء الإثبات، دون أن يخل ذلك بحقوق الغير الذي قد يكتسب حقا على المال المرهون لتعامله مع الوضع الظاهر (المادة 952 من القانون المدني).

1-1-1-2- الالتزام بضمان سلامة الرهن ونفاذه: وهو ما نصت عليه المادة 953 من القانون المدني حيث يتمتع عليه القيام بكل ما ينقص من قيمة المال المرهون أو يحول دون استعمال الراهن للمال المرهون وفق ما تقتضيه أحكام الرهن. وللدائن المرتهن في حالة الاستعجال إذا رأى تقصيرا من الراهن أن يتخذ إجراءات المحافظة على المال المرهون على نفقة الراهن.

وتظهر هنا مسألة هلاك المال المرهون، حيث تطبق ذات الأحكام التي سبق أن درسناها في الرهن الرسمي حين هلاك العقار المرهون. (المادة 954 من القانون المدني).

1-1-1-2- حقوق الراهن: رغم خروج المال المرهون من حيازة المدين الراهن إلا أن ذلك لا يمنعه من التصرف فيه بالبيع أو الإيجار أو الرهن على أن لا يضر ذلك بحق الدائن المرتهن، وقد نصت المادة 972 من القانون المدني على تطبيق خاص يتعلق ببيع المنقول المرهون حين اشترطت أن يكون البيع صفقة مربحة وأن يتم ذلك بترخيص من القاضي الذي يحدد في الترخيص شروط البيع ويفصل في مسألة إيداع الثمن.

1-1-2- آثار الرهن الحيازي بالنسبة للدائن المرتهن: خلاف الرهن الرسمي الذي لا يترتب التزامات مباشرة في ذمة الدائن المرتهن فإن الرهن الحيازي ينشئ مجموعة من الالتزامات تبعا لواقعة انتقال الحيازة للمرتهن، كما نجد حقوقا للمرتهن أوسع منها في الرهن الرسمي خلال المرحلة السابقة لحلول أجل الدين.

1-1-2-1- التزامات الدائن المرتهن: يلتزم المرتهن بالمحافظة على المال المرهون وإدارته واستغلاله وأن يرده إذا استوفى دينه.

1-1-2-1- الالتزام بالمحافظة على المال المرهون: وهو ما يترتب عنه بطبيعة الحال الالتزام بصيانته ويبدل في ذلك ما يبذله الرجل العادي، ويرتبط هذا الالتزام بضمان الهلاك أو التلف ما لم يثبت أن الهلاك أو التلف كانا لسبب لا يد له فيه.

1-1-2-2- الالتزام بإدارة الشيء المرهون واستثماره: يلتزم الدائن المرتهن بأن يدير المال المرهون وأن يبذل في ذلك عناية الرجل العادي ويمتنع عن تغيير طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضا الراهن ويخطر به بكل أمر يقتضي تدخله. وللدائن المرتهن الانتفاع بالمال المرهون ولكن بمقابل وله كذلك أن يستثمر المال المرهون وفق ما يصلح له وما ينتج من غلة يخصم من مبلغ الدين ولو قبل حلول أجله، ويقصد بذلك أن يخصم المرتهن أولا قيمة ما أنفقه من مصروفات حفظ الشيء، ثم المصروفات التي يضمنها الرهن مثل نفقات العقد والقيود ونقل الحيازة وأخيرا سداد أصل الدين، وعلى الدائن المرتهن أن يقدم حسابا للراهن بذلك كله. ويلاحظ أن القانون أكد على أنه إذا لم يتفق الطرفان على

أجل لحلول الدين المضمون فليس للدائن المرتهن أن يطالب بالدين بل يستوفي حقه من ثمار المال المرهون دون أن يخل ذلك بحق المدين في الوفاء بالدين في أي وقت أراد.

1-2-1-3- الالتزام بالرد: حيث يجب على الدائن المرتهن أن يرد للراهن المال المرهون بعد استيفاء حقه بما يتصل به من ملحقات ومصاريف وتعويضات، ويحق للراهن أن يرفع دعوى الاسترداد بناء على عقد الرهن أو دعوى الاستحقاق بصفته مالكا.

1-2-2- حقوق الدائن المرتهن: من خلال الأحكام الواردة في القانون المدني نجد أن أهم حقوق الدائن المرتهن هو حيازة المال المرهون والانتفاع به واقتضاء دينه منه حسب الاتفاق، إضافة إلى حقه في حبس المال المرهون حتى يوفي له المدين أو ينفذ عليه ويستوفي دينه من ثمنه بالأولية حسب مرتبته. علما أنه يقع باطلا كل شرط يقتضي تملك المرتهن المال المرهون عند عدم الوفاء أو يسمح ببيع المال المرهون دون إجراءات أو يؤدي إلى مطالبة الراهن غير المدين في مال غير المال الذي رهنه. (المادة 960 من القانون المدني التي أحالت على أحكام الرهن الرسمي في هذا المجال).

2- آثار الرهن الحيازي بالنسبة للغير: تظهر آثار الرهن الحيازي بالنسبة إلى الغير من خلال واقعة الحيازة الناجمة عن التسليم، وحبس المال المرهون وكذا الأفضلية والتتبع.

1-2-1- الحيازة: حيازة المرتهن أو الشخص الذي اتفق عليه المتعاقدان للمال المرهون هو شرط لنفاذ الرهن في مواجهة الغير، حيث يجب أن تنتقل حيازة المال المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى الشخص الذي يتفق المتعاقدان عليه. ويسمى هذا الشخص من الناحية الفقهية (العدل). (المادة 961 من القانون المدني)، حيث يعتبر خروج المال المرهون من حيازة الراهن إعلانا للغير بوجود الرهن، وضمانا قويا للدائن المرتهن من انتقال حيازة المنقول للغير وتملكه بالتقادم المكسب.

ويشترط لصحة الحيازة أن تكون حيازة ظاهرة بوضوح تبين سيطرة المرتهن أو الشخص المتفق عليه على المال المرهون، كما يجب أن تكون الحيازة مستمرة ودائمة حيث إذا رجعت الحيازة إلى الراهن انقضى الرهن ما لم يثبت المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن كل هذا دون إخلال بحقوق الغير.

وإذا خرجت الحيازة من يد الدائن المرتهن دون علمه ورغمما عن إرادته كان له الحق في استرداد الحيازة طبقا لقواعد الحيازة. (المادة 962 من القانون المدني).

واستثناء من شرط انتقال الحيازة يمكن للراهن الاحتفاظ بحيازة العقار المرهون بصفته مستأجرا إما بموجب بند في عقد الرهن أو بناء على عقد لاحق على أن يؤشر بهذا الإيجار على هامش قيد الرهن. (المادة 967 من القانون المدني).

2-2- حبس المال المرهون: حيث للمرتهن حبس المال المرهون عنده حتى يستوفي حقه من المدين، فإذا تصرف الراهن في المال المرهون احتج المرتهن في مواجهة المتصرف إليه بحقه في الحبس وإذا نفذ أحد الدائنين العاديين على المال المرهون وفق قواعد التنفيذ الجبري فباستطاعة المرتهن الاحتجاج في مواجهة الراسي عليه بالمزاد بحق الحبس حتى يستوفي حقوقه.

أما بالنسبة للدائنين المرتهين، فإنه بالنسبة للعقار لا يستطيع المرتهن الذي يحبس العقار أن يتمسك بحق الحبس في مواجهة الدائنين المرتهين رهنا رسميا أو حيازيا لذات العقار متى كان قيد رهونهم سابقا عن قيده رهنه. أما بالنسبة للمنقولات فلا يستطيع الدائن المرتهن الحائز التمسك بحق الحبس إلا إذا كان حسن النية لا يعلم بحقوق الغير على المنقول قبل الرهن. فإن كان حسن النية جاز له التمسك بحقه في الرهن والحبس حتى في مواجهة المالك.

2-3- التقدم والتتبع: التقدم والتتبع هما جوهر الحقوق العينية التبعية كما سبق ذكره، فالتقدم يمارسه الدائن المرتهن كما ورد في تعريف الرهن الحيازي على ثمن بيع المال المرهون بالمزاد العلني أو ما يقوم مقام الشيء المرهون من قيمة مالية حلت محله حين هلاكه أو تلفه.

ومرتبة الدائن في الرهن الحيازي الوارد على منقول يحددها تاريخ ثبوت العقد، وفي العقار تاريخ القيد، وموضوع التقدم هو أصل الدين وملحقاته التي تشمل المصروفات الضرورية التي أنفقها الدائن المرتهن في سبيل محافظته على المال المرهون، وأيضا التعويضات الناجمة عن الأضرار التي قد يسببها الشيء المرهون نتيجة عيب فيه، إضافة إلى مصروفات التعاقد وإجراءات القيد وكذا الفوائد إذا أجازها القانون.

أما التتبع فمقتضاه أن تصرفات الراهن في المال المرهون بعد الرهن لا تؤثر على حق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون في يد من انتقلت إليه الملكية. ويلاحظ أن الدائن المرتهن يباشر حق التتبع مع أن الشيء في حيازته، لأن التتبع هنا تتبع قانوني لا تتبع مادي، حيث ينفذ الدائن المرتهن على المال المرهون وهو في ملك الغير. ويشترط لصحة التتبع أن يكون الرهن الحيازي نافذا في مواجهة الغير وذلك بحيازة المرتهن للشيء المرهون (يضاف له القيد بالنسبة للعقارات) واستمرار الحيازة. فإذا فقد المرتهن هذه الحيازة فقد حقه في التتبع لأنه لا يمكن أن يحتج بالرهن في مواجهة الحائز الجديد الذي يستطيع التحكم بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز وعدم التمسك في مواجهته بحقوق على المنقول لا بعلم بها أو يستطيع العلم بها وقت انتقال الحيازة له. وإذا كان المال المرهون عقارا وفقد المرتهن حيازته أصبح دائنا عاديا وفقد حقه في التتبع في مواجهة الغير.

وأهم نتيجة لحق التتبع هو الحق في التنفيذ على المال المرهون حين عدم سداد الدين، فإذا كنا أمام رهن حيازي وارد علت عقار نطبق نفس القواعد المذكورة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقواعد المقررة في الرهن الرسمي، أما في المنقولات فنطبق إجراءات حجز التنفيذ على منقول.

والمالك الجديد للعقار المرهون رهنا حيازيا لا تطبق في مواجهته الإجراءات التي سبق تناولها في الرهن الرسمي وإنما تطبق عليه القواعد العامة، فهو لا يستطيع اتخاذ إجراءات التطهير ولا أن يختار التخلية وإنما عليه أن يتحمل إجراءات نزع الملكية وإذا أراد تقاؤها فعليه أن يوفي للدائن الدين ويحل محله في مواجهة المدين.

رابعاً: انقضاء الرهن الحيازي: حاله حال الرهن الرسمي ينقضي الرهن الحيازي إما بصفة تبعية أو بصفة أصلية:

1- انقضاء الرهن الحيازي بصفة تبعية: طبقاً للمادة 964 فإن الرهن الحيازي ينقضي بانقضاء الدين المضمون وعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين.

2- انقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية: وهي الحالات التي ينقضي فيها الرهن الحيازي دون أن يكون الدين المضمون قد انقضى وهذه الحالات نصت عليها المادة 965 من القانون المدني وهي:

- تنازل الدائن عن حقه في الرهن، صراحة أو ضمناً، وإذا كان المال المرهون مثقلاً بحق للغير فلا ينفذ التنازل في حق الغير إلا برضاه،

- اجتماع حق الرهن الحيازي وحق المالك في شخص واحد،

- حالة هلاك الشيء المرهون أو انقضاء الحق المرهون.

وبهذا ننهي المحور الخاص بالرهن الحيازي وننتقل إلى المحور الأخير المتعلق بحقوق الامتياز.

المحور الخامس: حقوق الامتياز

نظم المشرع الجزائري أحكام حقوق الامتياز في الباب الرابع من الكتاب الرابع في القانون المدني في المواد من 982 إلى 1001 وهي آخر الأحكام الواردة في القانون المدني، وقد تطرق المشرع إلى لأحكام حقوق الامتياز من خلال فصلين خصص الفصل الأول للأحكام العامة لحقوق الامتياز من خلال بيان تعريفها وخصائصها وأقسامها وآثارها وانقضائها، وفي الفصل الثاني خصص لأنواع الحقوق الممتازة. ونتناول فيما يلي أحكام حقوق الامتياز وفق الترتيب الذي وضعه المشرع الجزائري حيث نتطرق أولا إلى الأحكام العامة لحقوق الامتياز ثم أنواعها، وذلك على النحو التالي:

أولا: الأحكام العامة لحقوق الامتياز: نتناول تحت هذا العنصر الأحكام التي تناولها المشرع في المواد 982 إلى 988 من القانون المدني وذلك بدءا بتعريف حقوق الامتياز وبيان خصائصها ثم عرض التقسيمات الأساسية لحقوق الامتياز ومن ثم نبين آثار حقوق الامتياز وأخيرا انقضائها.

1- تعريف حقوق الامتياز: جاء تعريف حقوق الامتياز في المادة 982 من القانون المدني بأنه: (أولوية يقرها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني). وقد عرفه بعض شراح القانون المدني بأنه: (حق الامتياز هو حق عيني تبعية يقره القانون لضمان الوفاء بدين معين مراعاة منه لصفة هذا الدين، ويخول هذا الحق للدائن استيفاء دينه من ثمن الأموال المثقلة به بالأفضلية على غيره من الدائنين بما فيهم أصحاب التأمينات العينية الأخرى وأصحاب حقوق الامتياز التاليين له في المرتبة).

2- خصائص حقوق الامتياز: من خلال التعريفين السابقين نجد أن حقوق الامتياز تتصف بالخصائص التالية:

1-2- 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.

2-2- حق تبعية: حاله حال بقية الحقوق العينية التبعية فإنه يرتبط بالدين المضمون وجودا وعدما.

2-3- حق لا يقبل التجزئة: حيث 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.

2-4- الامتياز مصدره القانون فقط: وهو ما يتميز به عن سائر الحقوق العينية التبعية التي مصدرها المباشر هو الاتفاق أو حكم القضاء ولا يكون القانون فيها إلا مصدرا استثنائيا، أما حقوق الامتياز فلا تكون إلا بموجب نص في القانون.

2-5- حق الامتياز لا يحتج به على حائز المنقول حسن النية: طبقا لما ورد في المادة 985 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.

2-6- الامتياز يقرر تبعا 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 منح هذه الديون أولوية في الوفاء بها من أموال المدين.

3- أقسام حقوق الامتياز: بصفة عامة وطبقا لما ورد في المادة 984 من القانون المدني الجزائري فإن حقوق الامتياز تنقسم إلى قسمين رئيسيين في كل منهما طائفة من أنواع الحقوق الممتازة، وهذان القسمان هما:

3-1- حقوق الامتياز العامة: وهي تلك الحقوق الممتازة التي ترد على جميع أموال المدين من عقارات ومنقولات دون اختصاص بشيء معين منها.

3-2- حقوق الامتياز الخاصة: هي تلك الحقوق الممتازة التي ترد على شيء معين بالذات يملكه المدين من العقار أو المنقول وتقتصر عليه.

4- آثار حقوق الامتياز: حين النظر فيما ورد في نصوص القانون المدني الخاصة بآثار حقوق الامتياز نستخرج الأحكام التالية:

- لا يشترط لنهاذ الحقوق الممتازة في مواجهة الغير أي إجراء ما عدا ما تعلق بحقوق الامتياز الخاصة الواردة على عقار فهذه لا بد فيها من قيد حق الامتياز، أما حقوق الامتياز العامة فلا حاجة فيها للقيد أو الشهر.

- تطبق أحكام الرهن الرسمي على حقوق الامتياز العقارية الخاصة، فعلى صاحب حق الامتياز العقاري الخاص أن يقيد حقه ويجدد القيد خلال 10 سنوات حاله حال الدائن المرتهن رهنا رسميا، ولمالك العقار المنقل بالامتياز أن يستعمله ويستغله ويتصرف فيه ولحائز العقار المنقل بحق الامتياز أن يعرض تطهيره في مواجهة الدائن صاحب حق الامتياز. وإذا هلك العقار المرهون يعطى الخيار للدائن أو المدين حسب الأحوال التي سبق شرحها في أحكام الرهن الرسمي فيما تعلق بهلاك العقار المرهون. وإذا حل محل العقار المنقل بالامتياز شيء أو مبلغ مالي انتقل حق الدائن الممتاز إليه.

- لصاحب حق الامتياز أولوية وأفضلية يحددها القانون، وإذا لم يكن القانون قد حدد مرتبة لذلك الحق الممتاز فإنه يرتب دائما بعد حقوق الامتياز المنصوص عليها في القانون المدني، فإذا تساوت حقوق الامتياز في المرتبة فإنها تستوفى عن طريق التسابق ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك.

- لصاحب حق الامتياز الخاص حق تتبع المال المثقل بحقه، أما حقوق الامتياز العامة ولو وردت على عقار فإنها لا تتبع فيها.

5- انقضاء حقوق الامتياز: تنقضي حقوق الامتياز بنفس الطرق التي ينقضي بها الرهن الرسمي والرهن الحيازي طبقا لما ورد في المادة 988 من القانون المدني.

ثانيا: أنواع حقوق الامتياز: قام المشرع الجزائري بتقسيم حقوق الامتياز في المادة 984 ثم قام بتعداد أنواعها في المواد من 990 إلى 1001 من القانون المدني إلا أنه أكد قبل ذلك في المادة 989 إمكانية وجود حقوق ممتازة أخرى يتم إقرارها بنصوص خاصة.

ونميز بين أنواع حقوق الامتياز العامة وأنواع حقوق الامتياز الخاصة، وذلك على النحو التالي:

5-1- أنواع حقوق الامتياز العامة: نص المشرع الجزائري على أنواع حقوق الامتياز العامة في المادة 993 من القانون المدني والتي تتميز كما ذكرنا سابقا بأنها ترد على كافة أموال المدين دون تحديد أو تخصيص، وهذه الحقوق هي:

5-1-1- المبالغ المستحقة للخدم والكتابة والعمال:

5-1-2- المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يعوله من مآكل وملبس في الأشهر الستة الأخيرة:

5-1-3- النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الأشهر الستة الأخيرة:

5-2- حقوق الامتياز الخاصة: مثلما ذكر سابقا فإن هذا القسم من حقوق الامتياز إما أن يرد على منقولات المدين وإما أن يرد على العقار،

5-2-1- حقوق الامتياز الخاصة الواردة على المنقولات: وهذه الحقوق هي:

5-1-2-1- امتياز المصاريف القضائية: ورد النص عليها في المادة 990 من القانون المدني الجزائري، حيث أكد المشرع في هذه المادة أنه يمنح امتياز لفائدة مبالغ المصاريف القضائية التي انفتحت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها، وهذا الامتياز ينصب على ثمن أموال المدين المباعة دون غيرها من أموال المدين.

ولهذا النوع من حقوق الامتياز الأولية والتقدم على كافة الديون الأخرى الواردة على نفس الأموال أيا كان هذا الدين ولو كان مضمونا بتأمين عيني أو حق امتياز آخر حتى وإن كان لفائدة الدائنين المنفذين على الأموال المنفذ عليها. وتتقدم المصاريف القضائية التي تم إنفاقها على إجراءات البيع على المصاريف التي تم إنفاقها في التوزيع.

5-2-1-2- امتياز المبالغ المستحقة للخزينة العمومية: ورد النص عليها في المادة 991 من القانون المدني

الجزائري

5-2-1-3- امتياز مصروفات حفظ المنقول وترميمه: وهو ما نص عليه في المادة 992 من القانون المدني الجزائري

5-2-1-4- امتياز مصروفات الزراعة: ونص عليها المشرع في المادة 994 من القانون المدني الجزائري

5-2-1-5- امتياز مؤجر العقار: ورد النص عليها في المادة 995 من القانون المدني الجزائري

5-2-1-6- امتياز صاحب الفندق: نص عليها المشرع في المادة 996 من القانون المدني الجزائري

5-2-1-7- امتياز بائع المنقول: نص المشرع الجزائري على هذا الامتياز في المادة 997 من القانون المدني الجزائري

5-2-1-8- امتياز متقاسم المنقول: ورد النص على هذا الامتياز في المادة 998 من القانون المدني الجزائري

5-2-2- حقوق الامتياز الخاصة الواردة على العقار: وهي:

5-2-2-1- امتياز بائع العقار: جاء النص على هذا الامتياز في المادة 999 من القانون المدني الجزائري

5-2-2-2- امتياز المقاولين والمهندسين المعماريين: نص عليها المشرع الجزائري في المادة 1000 من القانون المدني الجزائري

5-2-2-3- امتياز المتقاسم في العقار: وهو آخر أنواع حقوق الامتياز وورد النص عليه في المادة 1001 من القانون المدني.

وفقكم الله

أستاذ المقياس: د. قديري محمد توفيق