جامعـــة زيـان عاشور بالجلفـة

كليـة الحقوق والعلوم السياسيـة

قســـم الحـــقوق

محاضرات في العقود الخاصة (التامينات الشخصية و العينية)

مطبوعة موجهة لطلبة الحقوق -ليسانس-

(السنة الثالثة -القانون الخاص)

من إعداد الدكتورة:

علي خوجة خيرة

السنة الجامعية: 2021-2022

جامعة زيان عاشور بالجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
المجلس العلمي

مقدمـــة :

تنقسم التأمينات بحسب مصدرها الى تأمينات قانونية وتأمينات اتفاقية . فالتامين القانوني هو الذي يرتبه القانون لحق ما، فيجعل له مركزا ممتازا دون حاجة الى البحث عن إرادة الدائن و لا الى إبداء رغبته وهو ما يسمى بحقوق الامتياز. أما التامين الإتفاقي فهو الذي ينشأ من إرادة الطرفين كالرهن والكفالة . كما قد يكون مصدر التامين المنشئ له هو أمر القاضي كما في حقوق الاختصاص .

وتنقسم التأمينات العينية حسب وعائها الى تأمينات عامة وتأمينات خاصة . فالتأمينات العامة هي التي تكون على جميع أموال المدين أي جميع منقولاته وعقاراته .أما التأمينات الخاصة فهي التي تكون على عين او أعيان معينة من أموال المدين .

أما بحسب الموضوع فتنقسم التأمينات الى تأمينات عينية وتأمينات شخصية. فالتأمينات العينية هي الرهن بنوعيه الرسمي والحيازي أي رهن الحيازة العقاري . ورهن الحيازة في المنقول . وحقوق الامتياز .

ان التأمينات الشخصية تقوم على فكرة إلزام شخص آخر وهو ((الكفيل)) بالدين مع المدين او عنه وبهذه الصفة يكون للدائن مدينان او أكثر إذا أعسر احدهما يطالب الآخر .وقد اختلفت الآراء حول تعداد التأمينات فيرى الفقيهان " مارتي و رينو " انه لا يوجد غير تامين شخصي واحد هو الكفالة [1] وهي تامين اتفاقي ينشأ بموجب عقد بين الكفيل والدائن .

أما الفقيه " عبد الرزاق الصنهوري " [2] فيرى ان التأمينات الشخصية باعتبارها ضم ذمة مالية الى ذمة مالية أخرى لضمان حق الدائن فهذا الرأي ينطبق على تعريف الفقه الإسلامي للكفالة ، إذ يعرف " الكفالة بالمال " بأنها ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل في المطالبة بدين او عين [3] .

---

[1] – رجع في ذلك الى محمد حسنين – الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري ص 10 المؤسسة الوطنية للكتاب .

[2] – عبد الرزاق الصنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني ج .10 بند 9 ص 15 .

[3] – محمد حسنين . نفس المرجع .ص 10 .

للكفالة ، إذ يعرف " الكفالة بالمال " بأنها ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل في المطالبة بدين او عين [1] .

وعليه فان الكفالة تتخذ صورا عدة منها التضامن السلبي او تضامن المدينين . ففي هذه الصورة يتعدد المدينون الملزمون بدين واحد . ويكون كل واحد منهم ملزما بكل الدين ،. وهذا التضامن طبقا للمادة 217 ق.م.ج. لا يفترض إنما يكون بناءا على اتفاق او نص في القانون ،و تعتبر هذه الصورة اقوي أنواع التأمينات.

كما تعتبر صورة من صور التأمينات الشخصية أيضا عدم قابلية الدين للتجزئة طبقا للمواد من 236 الى238 ق.م.ج ذلك انه في حالة تعدد المدينون بالتزام غي قابل للتجزئة التزم كل منهم بالوفاء به كاملا .

اما الإنابة الغير كاملة او الإنابة الناقصة فهي كذلك صورة للتأمينات الشخصية فهي الصورة التي ينيب المدين شخصا ثالثا يسمى المناب ليوفي بالدين الى دائنه الذي يسمى المناب لديه ، فطبقا للمادتين 294- 295 .ق .م.ج فإذا كان المناب معسرا وقت انعقادها إذ لم تكن نية التجديد بتغيير المدين صريحة فان المنيب يظل مدينا بنفس الدين الى جانب المناب

كما ان الدعوى المباشرة تعتبر صورة من صور الكفالة . وهي الدعوى التي يرجع بها الدائن باسمه ولحسابه على مدين مدينه ، وقد جاء النص على هذه الصورة في القانون المدني في مواد مختلفة منها : المادة 507 ، 565 ، 619 ، 580. وما جاء في المادة 2/154

غيرانه قد تم إدراج دراسة هذه الصور للكفالة مع أحكام الالتزام ولهذا سنكتفي بدراسة الكفالة كصورة من صور التأمينات الشخصية .

[1] - محمد حسنين . نفس المرجع .ص 10 .

البـــــــــــــاب الاول : الكفالـــــــــــــــــــــــــــــــــــة

الفصـــــــل التمهيـــــــــــــدي : مدخل عام للكفالة

نتناول في هذا الفصل مفهوم الكفالة و كذا انواعها و تمييزها عن بعض الانظمة المشابهة لها

المبحـــــث الاول : مفهوم الكفالة

على اعتبار انه حتى يتضح لنا مفهوم الكفالة فانه يجب ان نقوم بتعريفها في المطلب الاول و التطرق لخصائصها في المطلب الثاني

المطلب الاول : تعريف الكفالة

وردت أحكام الكفالة في القانون المدني الجزائري في الباب الحادي عشر من الكتاب الثاني الخاص بالالتزامات والعقود ونظمتها المواد : 644 الى 673 .

فطبقا للمادة 644 عرف المشرع الجزائري الكفالة بأنها " عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بان يتعهد للدائن بان يفي يهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه ".

وهذا التعريف الذي تبناه المشرع الجزائري هو مطابق للتعريف الحديث للكفالة،و الذي يعرفها على انها " عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ الالتزام بان يتعهد للدائن بان يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه "[1].

فالكفالة طبقا للمادة 644 هي إلتزام يقوم بين شخصين هما الداين وشخص ثالث يسمى الكفيل الذي يلتزم بوفاء الالتزام إذا لم يوف به المدين ، وعليه فالمدين في الالتزام الأصلي لا يصبح طرفا في عقد الكفالة ، ذلك ان المادة 647 م.ج تجيز كفالة المدين بغير علمه او حتى رغم معارضته .

[1] - زاهية سي يوسف . عقد الكفالة دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع المدينة الجديدة تيزي وزو .

فطبقا لهذا النص فان الكفالة تابعة دائما للالتزام الاصلي والتبعية هي من أهم خصائصها وان مصدر الالتزام الأصلي الذي تضمنه الكفالة ليس هو العقد دائما بل يتعدد بتعدد مصادر الالتزام فقد يكون العقد او الإرادة المنفردة او العمل الغير مشروع او الإثراء بلا سبب او القانون ، أما التزام الكفيل الناشئ عن عقد الكفالة فمصدره دائما العقد ، لان الكفالة بحسب تعريفها هي عقد وعليه فكل التزام مهما كان مصدر يمكن كفالته بشرط الا يكون باطلا حيث تنص المادة 648 ق.م.ج المقابلة للمادة 776 ق.م.ج على انه :" لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا ".

وبالرجوع دائما الى نص المادة نطرح السؤال : هل يعتبر التزام الكفيل معلق على شرط ؟ . من خلال هذه المادة فان التزام الكفيل بات ، وعبارة ((إذا لم يوف به المدين)) لا تعني ان إلزام الكفيل معلق على شرط واقف هو عدم وفاء المدين بالدين بل إلتزامه بات منذ الانعقاد انما يقصد منها تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين لان عقد الكفالة لم ينشا إلا لضمان التزام المدين ويوفر له الثقة والائتمان لدى الدائن [1] .

المطلب الثاني : خصائص الكفالة

من خلال ما تقدم فان الكفالة تتميز بالخصائص التالية :

الفرع الاول : الكفالة عقد رضائي

حيث تنعقد بمجرد التراضي فيما بين الكفيل والدائن سواء في القانون المدني الجزائري او القانون المدني المصري ، وان كان قد اشرطا الكتابة والتي اعتبراها للإثبات فقط طبقا للمادة 645 ق.م.ج التي تنص على انه " لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ،ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة "

ولا تشترط الكتابة إلا لرضاء الكفيل اما بالنسبة للدائن فيجوز إثبات رضاه بكافة طرق الإثبات وكما تثبت الكفالة بالكتابة فانه يجوز إثباتها بما يقوم مقام الكتابة كالإقرار واليمين إذا وجد مانع او فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبيطبقا لما جاء في نص المادة 336 ق.م.ج .

[1] - انظر في هذا المعنى محمد سليمان . عقد الكفالة مطبوعة جامعة الجزائر كلية الحقوق .
نبيل إبراهيم سعد . التأمينات العينية والشخصية . القاهرة 1982 ص 248 .

الفرع الثاني : الكفالة عقد ملزم لجانب واحد :

ان عقد الكفالة في الأصل هو عقد ملزم لجانب واحد وهو الكفيل فلا يلزم الدائن بشيء في مواجهة الكفيل . فتبقى الكفالة عقد ملزما لجانب واحد حتى ولو تقاض الكفيل أجرا من المدين لان هذا الأخير ليس طرفا فيه .

ولا يغير من طبيعة الكفالة كونها ملزمة لجانب واحد ما يلتزم به المدين تجاه الكفيل في المقابل لان المدين ليس بطرف في عقد الكفالة . وانه يفرض على الدائن بعض الالتزامات ولكنها ليست ناشئة عن عقد الكفالة وإنما يفرضها القانون وهذا ما نصت عليه المادة 659 ق.م.ج التي تلزم الدائن وقت استفائه الدين بتسليم المستندات للكفيل لاستعمال حقه في الرجوع على المدين فهذا الالتزام إنما ينشا بمناسبة وفاء الكفيل بالدين وليس ناشئا عن عقد الكفالة .

الفرع الثالث : الكفالة هي عقد من عقود التبرع :

معنى ذلك ان الكفيل يلتزم بوفاء الدين عن المدين بدون مقابل وهذا مستمد من العلاقة بين طرفي عقد الكفالة وهما الدائن والكفيل . وعليه فالعلاقة بين الكفيل والمدين لا تؤثر على الصفة الشرعية لهذا العقد و مع ذلك فقد تكون العلاقة بين الكفيل و المدين معاوضة .

و يترتب على اعتبار الكفالة عقد شرعي اشتراط توافر أهلية التبرع لدى الكفيل حتى تعتبر الكفالة صحيحة . و يجوز الطعن في الكفالة بالدعوى البولصية دون اشتراط تواطؤ المدين لا مع الدائن و لا مع الكفيل و تطبق في هذا المجال القواعد العامة[1] .

و يترتب على اعتبار الكفالة عقد تبرعيا أنها تعد عملا مدنيا حتى و لو كان الكفيل تاجرا أو كان الدين تجاريا لأن التجارة تقوم على أساس المضاربة لا التبرع و في ذلك تنص المادة 1/651 ق.م.ج "تعتبر كفتاة الدين التجاري عملا مدنيا و لو كان الكفيل تاجرا" كما يترب على كون الكفالة عقدا تبرعيا ان الوكالة فيها لا تتم إلا بتوكيل خاص يعين فيه بوجه خاص الالتزام المكفول به و الدين المكفول.

الفرع الرابع : الكفالة عقد ضمان شخصي

الكفالة تمنح الدائن تأميننا شخصيا هو التزام الكفيل بما التزم به المدين عند عدم وفائه فيكون بذلك للدائن حق الضمان العام لمدينه و حق الضمان العام لكفيله، فالكفالة كتأمين شخصي لا تجنب الدائن مخاطر الضمان العام و هي مخاطر الإعسار، إذ يحتمل أن يتعرض الدائن لمخاطر إعسار الكفيل لذا لا تعتبر الكفالة في قوة الرهن كتأمين[1]

الفرع الخامس : الكفالة عقد تابع

ان التبعية هي الخاصية الأساسية للتأمينات الشخصية و العينية، و بذلك لا تنشأ الكفالة إلا إذا و جد التزام أصلي يسعى الكفيل إلى ضمانه .

و يترتب على هذه الخاصية أنه لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد عبئا من التزام المدين الأصلي و إلا وجب تخفيضه لكي يتساوى مع التزام المكفول ، إذ تنص المادة 652 على أنه "لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين و لا يشترط أشد من شروط الدين المكفول.و لكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل و في بشرط أهون" .

-كما انه إذا كان الالتزام الأصلي معلقا على شرط أو مقترنا بأجل كان التزام الكفيل أيضا معلقا على شرط أو مقرونا بأجل .

- تتبع الكفالة العقد الأصلي من حيث و جوده و صحته و انقضائه و قابليته للفسخ و كذا الدفوع التي له، و عليه لا تنشأ الكفالة إلا إذا و جد التزام أصلي يسعى الكفيل إلى ضمانه، كما لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا، و هذا ما نصت عليه المادة 648 ق.م.ج بقولها "لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا".

- كما أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده قبل رجوعه على المدين و هو مانصت عليه المادة 1/660 ق.م.ج..

المطلب الثالث : أنــواع الكفالــة

بغض النظر على انقسام الكفالة إلى كفالة شخصية و عينية فتنقسم الكفالة من حيث علاقة الكفيل بالمدين الأصلي إلى كفالة بسيطة و كفالة تضامنية، و من حيث مصدر التزام

[1] - سمير عبد السيد تناغو التأمينات الشخصية و العينية ط 1985. مطبعة المعارف بالإسكندرية . مصر .ص19.

المدين بتقديم كفيل فإنها تقسم إلى كفالة قانونية و قضائية و اتفاقية، و من حيث تعيين محل التزام الكفيل فإنها تقسم إلى كفالة مطلقة و كفالة محددة و تنقسم من حيث طبيعة الالتزام المكفول إلى كفالة مدنية و كفالة تجارية.

الفرع الاول : الكفالة البسيطة و التضامنية :

1- **الكفالة البسيطة :**

هي الكفالة التي لا يكون فيها الكفيل متضامنا مع المدين و بالتالي لا يمكن للدائن الرجوع عليه و مطالبته بالوفاء قبل الرجوع على المدين الأصلي، كما لا يمكن للدائن التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين .

2- **الكفالة التضامنية :**

إذا كان الكفيل متضامنا مع المدين فإن حقه في الدفع بالرجوع و الدفع بالتجريد يسقطان طبقا للمادة 665 و يمكن للدائن أن يرجع إما على المدين أو على الكفيل و مطالبته بالوفاء بالدين .

3- **الكفالة القانونية والقضائية والاتفاقية :**

قد توصف الكفالة بأنها قانونية او قضائية او اتفاقية تبعا لمصدر التزام المدين بتقديم الكفيل . فقد يطلبها الدائن من مدينه سواء عند نشوء الدين او بعد ذلك فيحصل عليها ، وقد تمنح له بنص القانون وقد يحكم بها القاضي للدائن فيكون الاتفاق إو نص القانون او حكم القاضي هو مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل .

ولهذه التفرقة بين أنواع الكفالة أهمية إذ نص المشرع في المادة 667 ق.م.ج على انه يكون الكفلاء في الكفالة القضائية دائما متضامنين وهي تطابق المادة 795 ق.م.م .

بينما في الكفالة الاتفاقية لا يكون متضامنا إلا إذا اتفق على ذلك في عقد الكفالة التضامنية ، وبالتالي فالكفالة الاتفاقية قد تكون كفالة بسيطة وقد تكون كفالة تضامنية حسب الاتفاق .

الفرع الثاني : الكفالة المحددة والكفالة المطلقة :

1-الكفالة المطلقة :

هي تلك الكفالة التي لا يعين فيها الكفيل محل التزامه ولكن يعين فقط الدين الذي يكلفه، وهذا ما يجعل التزامه قابلا للتعيين ويجب على الكفيل تعيين الدين المكفول تعيينا دقيقا وذلك بتعيين محله ومصدره و أطرافه .

2-الكفالة المحددة :

إذا لم يلتزم الكفيل بضمان كل الدين وملحقاته فما عليه إلا تحديد محل التزامه تحديدا دقيقا، وهذا جائز عملا بالقاعدة التي تقضي بأنه يجوز ان يكون التزام الكفيل أخف من التزام المدين ، ففي كل حالة يحدد الكفيل فيها التزامه تحديدا دقيقا لا يكون ملزما إلا بما ارتضاه وحدده فعقد الكفالة هو الذي يحدد محل التزام الكفيل .

المبحـــث الثاني : تمييز الكفالة عن بعض الأنظمة التي تشابهها

نتناول في هذا المبحث ما تتميز به الكفالة عما يشابهها من النظم القانونية على اعتبار انها عقد تابع بما يلي :

المطلب الاول : الكفالة والتضامن بين المدينين

يقصد بالتضامن بين المدينين ان كل مدين مسئول بصفة أصلية قبل الدائن عن كل الدين، بمعنى ان كل مدين يلتزم بنفس الدين الذي يلتزم به كل مدين متضامن معه ، ويستطيع الدائن ان يطالب أيا منهم بكل الدين .

والتضامن هنا لا يفترض إنما يكون بموجب نص او اتفاق إذ تنص المادة 217 ق.م.ج على ان

" التضامن بين الدائنين او بين المدينين لا يفترض وإنما يكون بناءا على اتفاق او نص في القانون " فالمدين المتضامن يلتزم بصفة أصلية في مواجهة الدائن ، أما الكفيل فلا يلتزم إلا بصفة تبعية حتى ولو كان متضامنا مع المدين .

المطلب الثاني : الكفالـة والتعهـد عن الغيـر

تختلف الكفالة عن التعهد ذلك لان المتعهد عن الغير لا يكفل هذا الغير لكنه يلتزم التزاما أصليا بالحصول على موافقة الغير لكي يلتزم ، فان التزم الغير فيعتبر المتعهد قد وفى بالتزامه وإلا التزام بتعويض المتعهد له عما لحقه من ضرر لإخلاله بالتزامه وهو مع ذلك لا يضمن يسار الغير .

المطلب الثالث : الكفـالة والإنابـة النـاقصة

الإنابة عمل قانوني يحصل به المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكانه ، وهي بهذا تفترض وجود أطراف ثلاثة وهم : المنيب أي المدين، والمناب لديه اي الدائن ، والمناب الى الغير الذي يرتضي وفاء الدين مكان المدين .

والإنابة الكاملة تتم باستبدال المدين وهو المناب بالمدين الأصلي وهو المنيب ، بمعنى انه يوجد شخص واحد ملتزم بالدين في مواجهة الدائن ، أما الإنابة الناقصة فلا يبرا فيها الدائن (المناب لديه) ذمة مدينه (المنيب) بل يقبل المناب كمدين آخر، فيكون له مدينان عوضا عن مدين واحد .

وتختلف الإنابة الناقصة عن الكفالة في كون الكفيل يلتزم بصفة تبعية بينما المناب يلتزم بصفة أصلية إذ لا يمكن له الدفع بالرجوع أولا على المنيب كما هو حق الكفيل في الدفع بالرجوع أولا على المدين وهذا ما يميز الكفالة على الإنابة الناقصة .

المطلب الرابع : الكفـالة والدعـوى المبـاشرة

شرع المشرع الدعوى المباشرة حماية للدائن قبل مدينه ، فهي دعوى يرجع بها الدائن باسمه هو ولحسابه على مدين مدينه ويستقل وحده بنتيجتها ، وهذه الدعوى لا تثبت إلا بنص تشريعي خاص ، وهي في هذه الأحوال كما يراها بحق الفقيه الفرنسي " لابيه LABBE" مؤسسة على حق الامتياز[1] و تقوم إما على منفعة قدمها الدائن او خسارة تحملها .

[1] - ارجع في ذلك الى د محمد حسنين المرجع السابق ص 26 .

فطبقا للمادة 507 ق.م.ج فللمؤجر دعوى مباشرة ضد المستأجر من الباطن او المستأجر الفرعي تخول له ان يطالب بالأجرة وجميع الالتزامات الناشئة عن عقد الإيجار من الباطن للمستأجر الأصلي غير ان الشراح قد اعتادوا دراسة تضامن المدينين والإنابة غير الكاملة او الناقصة وعدم تجزئة الدين والدعوى المباشرة مع أحكام الالتزام ضمن النظرية العامة للالتزام .

لهذا سنسلط الضوء في هذه الدراسة على الكفالة كصورة من صور التأمينات الشخصية .

الفصـــــل الاول : انعقـــــــــــاد الكفـالـــــــــة

ونبحث تحت أركان عقد الكفالة ثلاثة مواضيع هي : إبرام عقد الكفالة في المبحث الاول ثم الالتزام المكفول به في المبحث الثاني وأخيرا مدى ارتباط التزام الكفيل بالالتزام المكفول به في المبحث الثالث .

المبحـــــث الأول : اركان عقـــــد الكفـالـــــــــة

المطلـب الأول : التراضي في عقد الكفالة

ان طرفي عقد الكفالة هما الكفيل والدائن وعلى هذا الأساس يجب لقيام ركن التراضي ان تتطابق إرادتيهما حتى ينعقد العقد ويرجع في ذلك الى القواعد العامة في التعبير عن الإرادة في النظرية العامة للعقد . حيث يعبر عن الإرادة إما صراحة او ضمنا ، ذلك انه لم يرد في القانون المصري ولا الجزائري نص يتطلب التعبير الصريح في رضاء الكفيل على عكس القانون الفرنسي الذي يشترط التعبير الصريح.

الفـرع الأول : خـلو الإرادة من العيـوب

ان توفر ركن التراضي في عقد الكفالة لا يكفي وحده بل يجب ان تكون الإرادة خالية من أي عيب كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال ، وما يثور غالبا من المشاكل في الواقع العلمي يكون متعلقا بالغلط والتدليس .

الفـرع الثـاني : شـروط نفاذ الكفـالة

حتى تكون الكفالة صحيحة فبالاضافة الى الاهلية لابد من توافر شروط معينة في الكفيل ورد النص عليها في المادة 646 ق.م.ج والتي تنص على انه " إذا التزم المدين بتقديم كفيل وجب ان يقدم شخصا موسرا ومقيما بالجزائر وله ان يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا" وعليه لابد من توافر الشروط التالية :

1-الأهليـة :

يجب ان تتوفر في الكفيل أهلية التبرع إي ان يكون راشدا بالغا 19 سنة من عمره وغير محجوز عليه وإلا وقعت الكفالة باطلة بطلانا مطلقا .

وإذا كان هناك توكيل بالكفالة فضلا عن ان يكون توكيلا خاصا ومحددا فانه يشترط ان تتوفر في الموكل الأهلية اللازمة للعقد (أهلية التبرع) أما بالنسبة للدائن فهو الطرف الآخر في عقد الكفالة يكفي ان يكون مميزا .

2-ان يكون الكفيل موسرا :

على اعتبار ان الغرض من الكفالة هو حماية الدائن من خطر إعسار الكفيل لذلك يشترط في الكفيل ان يكون موسرا أي لديه من المال ما يكفي لتنفيذ الالتزام المكفول ويستوي ان يكون هذا المال عقارا او منقولا ، أما القانون الفرنسي فيشترط في مال الكفيل ان يكون عقارا لا منقولا مالم يكن الدين المكفول تجاريا او زهيد القيمة ، كما يشترط في الأموال ان تكون موجودة بفرنسا حتى يسهل التنفيذ عليها وتقدير مسالة يسار الكفيل يقررها قاضي الموضوع ويقع عبء إثبات اليسار على المدين لأنه الملزم بتقديمه .

3-إقامة الكفيل بالجزائر :

يشترط أيضا في الكفيل ان يكون مقيما بالجزائر ، وذلك حتى تسهل مقاضاته داخل الوطن ولا تكفي الإقامة العارضة بل يجب ان يكون متوطنا بالجزائر كما ورد في نص المادة 646 ق.م.ج. ويجب ان يبقى هذين الشرطين متوفرين في الكفيل طالما كانت الكفالة قائمة فان تخلف احدهما بان أصبح الكفيل معسرا او ليس متوطنا بالجزائر وجب على المدين تقديم كفيل آخر يتوافر فيه هذين الشرطين ولا يستثنى من ذلك إلا عندما يكون الدائن هو الذي عين الكفيل او التزم الكفيل دون علم المدين .

المطلــب الثــاني : المحــل

ان محل التزام الكفيل هو ان يفي بالتزام المدين إذا لم يف به المدين نفسه ، وكما رأينا انه من خصائص عقد الكفالة أنها عقد تابع لا تقوم إلا لضمان دين أصلي تتبعه في وجوده ،صحته وانقضائه ، فقد تنشأ لضمان أي التزام مهما كان مصدره ومهما كان محله .

وعليه وكقاعدة عامة فلكي يكون محل التزام الكفيل ممكنا يجب ان يكون الالتزام الأصلي موجودا او قابل للوجود وصحيحا و منه ندرس الاحكام المتعلقة بالدين المكفول ، على اعتبار

ان محل التزام الكفيل لا يكون ممكنا الا بتوافر شروط معينة في الدين الاصلي . كما انه لا يتحقق شرط تعيين محل الالتزام او قابليته للتعيين الا اذا كان محل الالتزام الاصلي معينا او قابلا للتعيين .

وعليه فمن شروط الالتزام المكفول ان يكون موجودا و صحيحا و ان يكون معينا او قابلا للتعيين .

1-من حيث مصدره ومحله :

قد يكون مصدر الالتزام المكفول العقد او الإرادة او العمل غير المشروع او الإثراء بلا سبب كما يمكن ان يكون محله الالتزام بعمل او امتناع عن عمل او إعطاء شيء .

2- **من حيث وجود الالتزام المكفول :**

حتى يكون التزام الكفيل ممكنا يجب ان يكون الالتزام الأصلي موجودا . غير انه يمكن ان يكون مستقبليا او شرطيا .

أ - كفالة الالتزام المستقبلي :

يقصد منه كفالة دين ليس موجودا وقت نشوء الكفالة الا انه لابد ان يكون الدين المستقبل المكفول محددا مقدما في عقد الكفالة وذلك بذكر المبلغ الذي يكفله الكفيل وهذا حماية لهذا الأخير ولقد ورد حكم كفالة الالتزام المستقبلي في نص المادة 650 ق.م.ج المقابلة للمادة 778 ق.م.م والتي تنص على انه " تجوز الكفالة في الدين المستقبلي إذا حدد مقدما المبلغ المكفول كما تجوز الكفالة في الدين المشروط .

غير انه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة كان له ان يرجع فيها في أي وقت مادام الدين المكفول لم ينشأ ".

وقد جرى العمل بالاخذ بكفالة الالتزام المستقبلي . بحيث جرت العادة ان يفضل الدائن الحصول على الضمان قبل ان يمنح ائتمانه للمدين . فالدائن يتعاقد مع الكفيل قبل ان يتعاقد مع المدين او في نفس الوقت ومثال ذلك الاعتماد الذي يفتحه البنك لأحد عملائه أي قبل ان يقبض المدين شيئا من الاعتماد ، ومثال كذلك على ان البنك لا يمنح قرضا للعمل إلا بعد ان

يحصل على الضمان . ودين العميل لا ينشأ في مواجهة البنك إلا من وقت السحب مع ان الكفالة وجدت لضمان هذا الدين عندما ينشأ[1] .

وجواز كفالة الالتزام المستقبلي ماهي إلا تطبيقا للقواعد العامة الواردة في المادة 1/92 ق.م.ج التي تنص على انه " يجوز ان يكون محل الالتزام شيئا مستقبليا ومحققا ".

غير انه وكما جاء في الفقرة الأولى من المادة 650 ق.م.ج فقد اشترط جواز الكفالة في الدين المستقبلي إذا حدد مقدما المبلغ المكفول ، وهذا حماية للكفيل حتى يكون على علم بالدين المكفول . كما ان الفقرة الثانية من المادة جعلت الكفيل يتحلل من التزامه ويتخلص منه إذا لم تكن المدة محددة وقبل نشوء الدين ، أما إذا نشأ الدين فيبقى الكفيل ملتزما به .

وعليه إذا لم يعين الكفيل مدة لقيام كفالته ورجع فيها قبل ان ينشأ الدين كله او بعضه ، وعلم بذلك الدائن فلا يكون ضمانا لما ينشأ من دين في المستقبل .

أما إذا علم الدائن برجوع الكفيل عن الكفالة بعد ان نشأ جزء من الدين فلا يكون الكفيل ضمانا إلا لهذا الجزء .

ب – **كفالة الالتزام الشرطي :**

معنى الدين المشروط ان لا يعين محله ، كما يرى الاستاذ " محمود جمال الدين زكي " أي تطبيقا للقواعد العامة ، تجوز كفالة الدين الشرطي سواء كان الدين الأصلي معلقا على شرط واقف او معلقا على شرط فاسخ ، وبصفة عامة ان الكفالة لصفتها التبعية معلقة على ذات الشرط المعلق عليه الدين الأصلي [2]

وعليه تتم الكفالة سواء كان التزام المدين الأصلي معلقا على شرط فاسخ او واقف ، وتطبيقا لفكرة التبعية فان مصير الكفالة مرتبط بمصير الالتزام الأصلي .

ج– كفالة الالتزام الطبيعي :

الالتزام الطبيعي هو الالتزام الذي لا يمكن إجبار المدين على تنفيذه طبقا للمادة 2/160 ق.م.ج ، وعلى ذلك فهو التزام يتضمن عنصر المديونية فقط ويفقد عنصر المسؤولية ، فلا

[1] - ارجع في ذلك الى محمدي سليمان المرجع السابق ص 19 .
[2] - ارجع في ذلك الى زاهية سي يوسف .المرجع السابق ص 35 .

يجوز كفالة هذا النوع من الالتزام لان الكفالة تستلزم رجوع الكفيل على المدين بما وفاه ، فإذا كان ذلك غير ممكن أصبح الكفيل مدينا أصليا و هو الرأي الذي يرجحه الفقيه " السنهوري "[1] فهو يرى انه " لا يجوز كفالة الالتزام الطبيعي ان كان المقصود هو ان يترتب في ذمة الكفيل التزام مدني يضمن التزاما طبيعيا لان الكفالة بهذه الصورة تعتبر وسيلة لإجبار المدين عن الوفاء بالتزامه الطبيعي بطريق غير مباشر هي رجوع الكفيل عليه بما وفاه عنه ".

2- من حيث صحة الالتزام المكفول :

كما سبق ذكره فان عقد الكفالة هي عقد تابع تقوم لضمان دين أصلي تتبعه في وجوده وصحته وانقضائه ، فالتزام الكفيل التزام تابع لا يقوم بذاته بل يستند الى التزام آخر صحيح ويضمن الوفاء ، وطبقا للمادة 648 ق.م.ج. فانه لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا " .

وفي هذا الايطار نجد سؤالا يطرح نفسه وهو ما حكم كفالة الالتزام الباطل او القابل للإبطال ؟

ا-كفالة الالتزام الباطل :

بما ان من خصائص الكفالة أنها عقد تبعي للالتزام الأصلي ، أي ترتبط بالالتزام المكفول فإذا كان الالتزام باطلا كانت الكفالة باطلة بالضرورة وهذا مانصت عليه صراحة المادة 648 ق.م.ج المقابلة للمادة 776 ق.م.م.

ب-كفالة الالتزام القابل للإبطال :

كما نعلم ان العقد القابل للأبطال هو عقد صحيح حتى يقضى ببطلانه ، ولذلك يجوز كفالته وكفالة مثل هذا الالتزام تأخذ حكم هذا الالتزام أي تبقى صحيحة طالما الالتزام الأصلي لازال قائما ولم يبطل ، وإذا أبطل الالتزام الأصلي تبطل الكفالة معه بالتبعية .

فإذا كان سبب قابلية الالتزام الأصلي للأبطال هو عيوب الرضا كان للكفيل الحق في ان يطلب إبطال الكفالة لذات العين .

[1] - عبد الرزاق السنهوري .المرجع السابق ص 56 .

وفي حالة ما إذا أجاز المدين الأصلي التزامه وأصبح صحيحا فهل يستطيع الكفيل طلب الإبطال او يسقط حقه في ذلك ؟ .

اختلفت الآراء بهذا الصدد ولكن الرأي الراجح هو ان حق الكفيل في طلب إبطال كفالته لا يسقط بإجازة المدين الأصلي لعقدة ، وهو ما قررته المادة 1/654 ق.م.ج و التي أوردت استثناءا في الفقرة 2 وهي حالة كفالة ناقص الأهلية بسبب نقص الأهلية .

ج-كفالة التزام ناقص الأهلية :

بالرجوع الى نص المادتين 649 ق.م.ج و المادة 2/654 ق.م.ج تكون أمام ثلاث حالات :

-الحالة الأولى :

ان يكفل الكفيل مدنيا ناقص الأهلية وهو لا يعلم بذلك ، يكون للمدين في هذه الحالة ان يتمسك بجميع الدفوع التي هي للمدين بما في ذلك الدفع بنقص الأهلية وهذا تطبيقا لقاعدة عدم جواز ان تكون الكفالة بشروط اشد من شروط الدين المكفول م 1/652.ق.م.ج

-الحالة الثانية :

إذا كفل الكفيل ناقص الأهلية و هو يعلم بنقص أهليته هنا يفترض الكفيل انه تنازل عن التمسك بالدفع بنقص أهليه المدين فيما إذا أجاز هذا الأخير العقد.و لذلك فإذا ما أجيز العقد الأصلي يفي الكفيل ملتزما .وليس له ان يدفع بتقص الأهلية. وهذا ما قررته المادة 2/654 ق.م.ج بقولها "غير انه كان الوجه الذي يحتج به المدين يتمثل في نقص أهليته و كان الكفيل عالما بذالك وقت التعاقد فليس له ان يحتج بهذا الوجه" أما إذا لم يجز المدين العقد و أبطله كان للكفيل ان يتحلل من التزامه هو أيضا تبعا لذالك لان الكفالة تابعة للالتزام المضمون فتنقضي بانقضائه.

-الحالة الثالثة :

ان يكفل الكفيل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته .ففي هذه الحالة يبقى الكفيل ملتزما بالدين حتى ولو أبطل المدين العقد .لان الكفيل في هذه الحالة قد أصبح بمثابة مدين بالتزام

أصلي تحت شرط واقف وهو عدم تنفيذ المدين التزامه [1] وهذا ما قررته المادة 649 ق.م.ج." من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول ن باستثناء الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 654 ق.م.ج.

المبحـــث الثـالـــث : تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول

المطلـب الأول : شمـول الكفـالة لملحقـات الـدين

طبقا للمادة 653 ق.م.ج المقابلة للمادة 781 ق.م.م فانه "إذا لم يكن هناك اتفاق خاص فان الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل " .

يقصد من هذه المادة انه في حالة مالم يتم تعيين مقدار ما يلتزم به الكفيل في عقد الكفالة فهنا لا يسأل الكفيل على أصل الدين فحسب بل يسأل على ملحقات هذا الدين ومثالها التعويض المترتب عن عدم قيام المدين بالوفاء بالتزامه المترتب في ذمته بمقتضى العقد .

ومنه فكل ما يستوجب مسؤولية المدين العقدية يكون الكفيل ضامنا له طالما لم يكن هناك اتفاق خاص بعدم كفالتها ، ولكن لا يسأل الكفيل عما يترتب في ذمه المدين من مسؤولية عن فعل ضار استوجب مسؤوليته التقصيرية .

كما يضمن الكفيل أيضا مصروفات المطالبة الأولى ويقصد بها المصروفات المترتبة على مطالبة الدائن للمدين للوفاء بالدين كمصروفات رفع الدعوى أما المصروفات المترتبة بعد ذلك كمصروفات السير في الدعوى فلا يضمنها الكفيل إلا إذا كان الدائن قد اخطر الكفيل بمطالبته للمدين المطالبة الأولى لأنه كان بإمكان الكفيل ان يتجنب هذه المصروفات الأخيرة بالوفاء بالدين المكفول به [2] .

[1] - ارجع في ذلك الى السنهوري المرجع السابق ص 49 .
[2] - ارجع الى السنهوري المرجع السابق ص 65

المطلب الثـاني : إثبـــات الكفـــالة

طبقا للمادة 645 فالكفالة لا تثبت إلا بالكتابة ، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة ، وهذا النص هو خروج عن القواعد العامة في الإثبات واشتراط الكفالة للإثبات جاء بقصد التشدد في إثبات التزام الكفيل الذي عادة ما يكون متبرعا لدى كفالة المدين .والكتابة المطلوبة إنما هي لإثبات رضا الكفيل لا الدائن ، وليس لانعقاد الكفالة .

الفصـــــــــل الثانـــــــــــي : آثـــــار الكفـالـــــــــــة

طرفا عقد الكفالة هما الدائن والمدين وبالتالي فإن عقد الكفالة يرتب آثارا مباشرة تظهر في علاقة الكفيل و الدائن في المبحث الاول و آثارا غير مباشرة تظهر في العلاقة بين الكفيل و المدين و هي موضوع المبحث الثاني أو في العلاقة بين الكفلاء إذا تعددوا و هي موضوع المبحث الثالث .

المبحـــث الأول : آثار عقد الكفالة بين الدائن و الكفيل أي بين طرفيها

نظرا لصفة أو لخاصية التبعية التي يتصف بها عقد الكفالة فإنه يجب على الدائن أن يطالب أولا المدين قبل مطالبته الكفيل الأصلي لاستفاء حقه، و لكن متى يجوز للدائن مطالبة الكفيل؟ .

المطلب الاول : آجال مطالبة الكفيل

الفرع الاول : في حالة تحديد أجل التزام الكفيل

لا يجوز مطالبة الكفيل إلا بعد حلول التزامه حتى و لو كان اجل الدين المكفول قد حل قبل ذلك، على اعتبار ان القاعدة العامة تجيز ان يكون التزام الكفيل اخف من التزام المدين، لكن لا يجوز ان يكون اجل التزام الكفيل اقصر من اجل الالتزام الأصلي .

الفرع الثاني : في حالة عدم تحديد اجل التزام الكفيل

إذا لم يكن هناك اتفاق على تحديد أجل دين الكفيل، فإن هذا الأجل يحل باستحقاق دين المدين[1].و بناء على ذلك إذا مد أجل الالتزام الأصلي بإرادة الطرفين او بحكم قضائي ، فإن الكفيل يستفيد من هذا المد و لا يجوز مطالبته قبل حلول الأجل الجديد، و لكن لا يضار من هذا التأجيل، فإذا أراد أن يوفي للدائن بدينه في الأجل القديم فيجب على الدائن ان يقبل منه هذا الوفاء، لأن الكفيل قد يرى من مصلحته ان يوفي في الأجل الأصيل حتى يستطيع الرجوع على المدين قبل إعساره او زيادة إعساره، و إذا حدث العكس و اتفق على تعجيل اجل الالتزام الأصلي ، فإن الكفيل لا يضار من هذا الاتفاق و لا تجوز مطالبته إلا عند حلول الأجل[2].

[1] - ارجع في ذلك الى سمير عبد السيد تناغو المرجع السابق ص 60
[2] - زاهية سي يوسف المرجع السابق ص 55

الفرع الثالث : في حالة أجل واحد للالتزامين

إذا كان أجل واحد للالتزامين، فإن الدائن يكون له ان يرجع عليهما معا، فإذا سقط أجل الالتزام الأصلي بسب إفلاس المدين او إعساره مثلا فإن ذلك لا يستتبع سقوط الأجل المحدد لالتزام الكفيل لأن المدين بعد الكفالة لا يستطيع ان يسوي مركز الكفيل طبقا للمادة 211 ق.م.ج.

و عليه فإذا حل الأجل المتفق عليه رجع الدائن على الكفيل و في هذه الحالة إذا كفل الدين كفيل واحد طالبه الدائن بالدين كله عندما لا يفي به المدين لكن قد يتعدد الكفلاء و يلتزمون جميعا لضمان ذات الدين و في هذه الحالة تنص المادة 664 ق.م ج "إذا تعدد الكفلاء لدين واحد و بعقد واحد و كانوا غير متضامنين فيما بينهم قسم الدين عليهم، و لا يجوز للدائن ان يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة، أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية فان كل واحد منهم يكون مسئولا عن الدين كله إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم" تقابل هذه المادة نص المادة 792 ق.م. م

و من خلال هذه المادة لابد التمييز بين حالتين و هو ما نراه في المطلب الثاني .

المطلب الثاني :الكفيل غير متضامن مع مع المدين او مع كفلاء اخرين اي الكفالة البسيطة

الفرع الاول : تعدد الكفلاء بموجب عقد كفالة واحد المادة 1/664 ق.م ج

إذا تعدد الكفلاء لضمان نفس الدين بعقد واحد قسم الدين عليهم بقوة القانون فلا يطالب الدائن أيا منهم إلا في مقدار نصيبه من الدين، و الا احتج كل واحد منهم بطلب تقسيم الدين، و انقسام الدين بين الكفلاء يكون وقت إبرام عقد الكفالة لا بعد ذلك فإذا أعسر احد الكفلاء بعد إبرام عقد الكفالة تحمل وحده نتيجة هذا الإعسار .

و يتقسم الدين فقط على الكفلاء الشخصيين ، فإذا كان هناك كفيل شخصي و كفيل عيني لضمان نفس الدين و لم يكن الكفيل الشخصي متضامنا مع المدين لا ينقسم الدين عليهما بل يكون للدائن ان ينفذ أولا على الكفيل العيني فإن لم يفي بالدين أي لم يكن كافيا للوفاء بكل الدين نفذ بعدها على الكفيل الشخصي طبقا للمادة 663 ق.م ج تقابلها المادة 791 ق.م م .

الفرع الثاني : تعدد الكفلاء بموجب عقود كفالة متوالية المادة 2/664

في حالة تعدد الكفالاء بعقود متوالية و كانوا يضمنون ديننا واحدا و مدينا واحد كان كل منهم مسئولا عن الدين المضمون بالتضامن[1] ، و في هذه الحالة تؤخذ عدة كفالات مستقلة عن بعضها يجمعها وحدة الدائن .

و عليه فللدائن ان يطالب أيا منهم بكامل الدين لا في نصيبه فقط بخلاف الحالة الأولى، و للكفيل الذي و فى بكامل الدين أن يرجع على الكفلاء الآخرين بما دفعه عليهم كل يقدر نصيبه في الدين .

إن القاعدة هي عدم تقسيم الدين على الكفلاء الملتزمين بعقود متوالية إلا ان الفقرة الثانية من المادة 664 ق.م ج اوردت استثناء عليها حيث يمكن تقسيم الدين عندما يكفل الكفيل الدين يعقد منفرد و يحتفظ لنفسه بحق التقسيم، فإن كان كذلك طالب الدائن هذا الكفيل بنصيبه فقط، في حين يطالب الكفلاء الآخرين الذين لم يحتفظوا بحق التقسيم كلا بكامل الدين إلا إذا احتفظ كل كفيل من هؤلاء الكفلاء أيضا بحق التقسيم في عقده، و حينئذ لا يكون للدائن سوى مطالبة كل كفيل بنصيبه في الدين فقط.

المطلب الثالث : دفوع الكفيل في مواجهة الدائن

إذا حل أجل الدين يلتزم الكفيل بالوفاء بالدين إذا لم يف به المدين نفسه و لكن يمكن للكفيل ان لا يوفي مباشرة بعد مطالبة الدائن على اعتبار ان المشرع منح له دفوعا يتمسك بها في مواجهة الدائن و فيما يلي ندرس هذه الدفوع التي منها ماهي مستمدة من الدين الأصلي و منها ماهو ناشئ عن عقد الكفالة.

الفرع الاول : الدفع بالرجوع على المدين أولا

طبقا للمادة 1/660 ق.م ج مقابلة للمادة 1/788 م م فإنه لا يجوز للدائن ان يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين ، معنى ذلك انه لا يجوز للدائن مطالبة الكفيل بالدين

[1] - محمد حسنين المرجع السابق ص 54.

قبل ان يطالب به المدين أولا، و إلا استعمل الكفيل هذا الدفع إلا انه يحوز للدائن ان يطالب كلا من المدين و الكفيل في وقت واحد متى حل اجل التزامهما في وقت واحد.

و هذا كله في حالة عدم تضامن الكفيل مع المدين، أي في حالة الكفالة البسيطة و ذلك لأن الكفيل يلتزم بصفة احتياطية فهو يضمن دين غيره أي يضمن دينا لا مصلحة له فيه، أما في الكفالة التضامنية أي إذا كان الكفيل متضامنا مع المدين فله ان يرجع على الكفيل مباشرة ، و عليه فإنه في حالة ما إذا رفع الدائن دعوى على الكفيل قبل ان يرفعها على المدين، فإن للمدين ان يدفع بوجوب الرجوع على المدين أولا، و هنا يقضي بعدم قبول دعوى الدائن و على الكفيل ان يتمسك بهذا الدفع أمام المحكمة و عليه ان يبديه في أية حالة تكون عليها الدعوى و لا يجوز للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها .

و حتى يستعمل الكفيل هذا الدفع لا بد من توافر الشروط التالية:

أ-أن لا يكون الكفيل قد تنازل عن التمسك بهذا الدفع : و التنازل قد يكون صريحا أو ضمنيا و قد يكون وقت انعقاد الكفالة أو بعدها .

ب-أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين :

عملا بأحكام التضامن يستطيع الدائن الرجوع على أي من الملتزمين على وجه التضامن و يطالبه بكل الدين و قد طبق المشرع هذه الفكرة بوضوح في المادة 669 ق.م. ج بحيث أجاز الرجوع على كفيل الكفيل إذا كان متضامنا مع الكفيل، و من خلال قولها "يجوز كفالة الكفيل، و في هذه الحالة لا يجوز للدائن ان يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل.

ج-يجب ان تكون للكفيل مصلحة في التمسك بهذا الدفع :

و هذا استنادا الى القواعد العامة في انه لا دعوى و لا دفع إلا بناء على مصلحة، و لا تكون للكفيل مصلحة في التمسك بهذا الدفع إذا كان المدين معسرا، و القاضي هو الذي يقرر و جود مصلحة او عدم وجودها.

الفرع الثانـــي : الدفع بالتجريد

تترتب على الصفة الاحتياطية للكفالة ان الدائن لا يستطيع ان ينفذ على اموال الكفيل قبل ان ينفذ على اموال المدين و هذا ما يسمى بالدفع بالتجريد و تتجلى اهمية هذا الدفع في حماية الكفيل و تاكيد دوره الاحتياطي ووضعه التبعي حيث ان الكفيل يلتزم عادة بالوفاء بدين لا مصلحة له فيه فمن العدالة الا يرى امواله تنزع منه بينما اصول المدين قائمة لا تمس .

وتنص المادة 2/660 م ج " و لا يجوز له ان ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد ان يجرد المدين من أمواله، و يجب على الكفيل في هذه الحالة ان يتمسك بهذا الحق.

و الدفع بالتجريد هو من الدفوع المتعلقة بالتنفيذ على أموال المدين .

و النتيجة المترتبة على خاصية الكفالة باعتبارها عقدا تابعا للعقد الاصلي لا يجوز للدائن ان ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على أموال المدين و هذا ما يسمى بالدفع بالتجريد.

والدفع بالتجريد بمعنى بسيط هو انه إذا اراد الدائن التنفيذ على الكفيل فله ان يتمسك بالتنفيذ أولا على المدين وتجريده منها إذ له أموال كافية للوفاء بكل الدين .

والدفع بالتجريد تقرر لمصلحة الكفيل باعتباره ضامنا لدين ليس له مصلحة فيه و بالتالي لا ينفذ عليه و أموال المدين قائمة لم ينفذ عليها و يكون الدفع بالتجريد عندما يحصل الدائن على سند تنفيذي[1] ويشرع بالفعل في التنفيذ على أموال الكفيل فحينئذ يحق لهذا الأخير ان يدفع بضرورة الزام الدائن بالتنفيذ اولا على أموال المدين لاستفاء و بعد ذلك ينفذ على أموال الكفيل . وهذا ما يسمى بالدفع بالتجريد أي بتجريد المدين من أمواله .فالكفيل ليس ملزما أصلا بالدين فإلزامه تبعي لالتزام المدين. فمن العدل إذن ان لا يوفي بالدين إلا عندما يتأكد من استحالة تنفيذه من طرف المدين الأصلي .

1-شروط الدفع بالتجريد :

ا/ يشترط ان يكون الكفيل شخصيا لا عينيا لان الكفيل العيني راهن ولا يحق له التمسك بالتجريد إلا إذا كان قد اشترط ذلك صراحة و هذا ما نصت عليه المادة 901 ق.م. ج

[1] - و هذا بخلاف الدفع بالرجوع على المدين اولا حيث يتم الدفع به عند رفع الدعوى على الكفيل.

ب/ ان يكون الكفيل متمسكا بهذا الحق وألا يكون قد تنازل عنه صراحة او ضمنا كما يجب ألا يكون متضامنا مع المدين ،وفي هذا المعنى تنص المادة 665 ق.م.ج. على انه لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين ان يطلب التجريد .و عليه يشترط ان لا يكون المدين متضامنا مع المدين .

ج/ طبقا لنص المادة 2/660 يجب على الكفيل ان يتمسك بهذا الحق على اعتبار ان الدفع بالتجريد ليس من النظام العام ,فليس للقاضي ان يحكم به من تلقاء نفسه .

د/ طبقا لنص المادة 661 التي تنص على انه " إذا طلب الكفيل التجريد، وجب عليه ان يقوم على نفقته بإرشاد الدائن الى أموال المدين التي تفي بالدين كله ولا يؤخذ بعين الاعتبار الأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي الجزائرية او كانت متنازعة فيها, فإذا عجز الكفيل عن إرشاد الدائن الى هذه الأموال لأي سبب كان اعتبرت شروط التجريد غير متوفرة .

وعليه فلكي يكون الدفع بالتجريد مقبولا وقائما على أساس يجب ان تكون للمدين أموال يمكن للدائن التنفيذ عليها وإلا لأصبح التمسك بهذا الدفع غير ذي قيمة . وتجدر الإشارة ان الكفيل هو من يتحمل نفقات إرشاد الدائن الى هذه الأموال .

فيجب ان تكون أموال المدين كافية و تقدير هذه الكفاية مسالة واقع يفصل فيها قاضي الموضوع عند النزاع ,و يقدر قيمتها وقت النظر في النزاع بشأنها كما تجدر الإشارة مرة اخرى الى انه إذا كانت أموال المدين غير كافية للوفاء بكل الدين فان الدائن غير ملزم بالتنفيذ عليها

2-آثار الدفع بالتجريد :

تنص المادة 662 ق.م.ج.المقابلة للمادة 790 ق. م.م على انه "يكون الدائن في كل الأحوال التي يدل فيها الكفيل على أموال المدين مسئول اتجاه الكفيل عن إعسار المدين الذي يترتب عن عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب" وبمقتضى هذه المادة فانه يترتب على الدفع بالتجريد أثارا معينة و هي :

أ–يمنع على الدائن التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين إذا لم يكن قد شرع فيها . إما أذا كان الدائن قد شرع في إجراءات التنفيذ فإنها تتوقف و ما سبق منها يلغى ولا يجوز للدائن اتخاذ أي إجراء جديد في مواجهة الكفيل وعليه فالدائن يبدأ أولا في التنفيذ على أموال المدين وإذا لم تكن تكفي لأي سبب كان . فيرجع على الكفيل بما يفي .

ب–على الدائن ان يتخذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين وان تماطل في اتخاذها تحمل نتيجة إعسار المدين ، أما إذا اتخذ الدائن جميع الإجراءات اللازمة للتنفيذ على أموال المدين التي دله عليها الكفيل وبالرغم من ذلك لم يحصل الدائن على حقه كاملا يبقى الكفيل ملزما تجاه الدائن بالقدر الذي بقي له من الدين .

الفرع الثالث : الدفع بوجوب التنفيذ على التأمين العيني قبل الرجوع على الكفيل

تنص المادة 663 المقابلة للمادة 791 ق.م.ج على انه"إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانونا او اتفاقا لضمان الدين وقدمت كفالة بعد هذا التأمين او معه ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين ".

وتعتبر هذه صورة خاصة بالدفع بالتجريد غير أنها تختلف عن الدفع بالتجريد في انه لا يشترط في هذا التأمين ان يكون كافيا للوفاء بدين الدائن كما هو الشأن في الدفع بالتجريد .

وهذه الصورة تفترض ان هناك تأمينا عينيا مقدما من المدين وقد خصص قانونا او اتفاقا لضمان الدين ثم تعارضت معه او جاءت بعده كفالة .

وفي هذه الحالة أجاز المشرع للكفيل ان يطالب التنفيذ على الأموال المثقلة بهذا التأمين قبل التنفيذ على أمواله هو ، وقد راع المشرع ان تدخل الكفيل لضمان الدين في الوقت الذي يوجد فيه تأمين عيني مخصص لضمان ذات الدين ان الكفيل وضع في اعتباره واعتمد على هذا التأمين في الوفاء بالدين المضمون وتجدر الإشارة الى ان هذه الصورة لم ترد في القانون المدني الفرنسي إنما استحدثها القانون المدني المصري الجديد وحذا في ذلك حذوه القانون السويسري الألماني .

1-شروط الدفع بوجوب التنفيذ على التأمين العيني قبل الرجوع على الكفيل

ليتسنى تطبيق نص المادة 663 ق.م.ج يجب توافر الشروط التالية :

أ-يجب ان يتمسك الكفيل بهذا الدفع لانه لا يتعلق بالنظام العام ، وليس للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها [1] ، وللكفيل ان يتمسك به في أي مرحلة من مراحل التقاضي .

ب-يجب ان يكون التأمين العيني تقرر قبل انعقاد الكفالة او معها ، فلا يصح ان يكون متأخرا عن عقد الكفالة ويفسر هذا على ان الكفيل منح كفالته وهو معتمد على هذا التأمين .

ج-يجب ان يكون هناك تأمين عيني خصص لضمان نفس الدين ، ويكون هناك تأمين عيني نشأ على مال مملوك للمدين او الغير ويستوي ان يكون واقعا على منقول او عقار كأن يرهن المدين عقارا له او منقولا رهنا رسميا او حيازيا او يكون له عليه حق امتياز ولا يشترط فيه ان يكون كافيا للوفاء بدين الدائن .

د-يجب الا يكون الكفيل متضامن المدين لانه اذا كان كذلك يستطيع الدائن ان يرجع عليه قبل التنفيذ على المال بتامين عيني .

وللإشارة فإذا ما توافرت الشروط السابق ذكرها فانه يترتب على التمسك بهذا الدفع نفس الآثار المترتبة على الدفع بالتجريد في صورته العامة .

الفرع الرابع : التمسك بالدفوع التي يحتج بها المدين

تنص المادة 654 ق.م.ج مقابلة للمادة 782 ق.م.م "يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين وله ان يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين ، غير انه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين يتمثل في نقض أهليته وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد فليس له ان يحتج بهذا الوجه " .

وتمسك الكفيل بالدفوع التي للمدين ناتج عن ارتباط الكفالة بالالتزام الأصلي أي الالتزام المكفول ذاته ، وللكفيل ان يتمسك بالدفع الذي للمدين حتى ولو نزل عنها المدين لان الكفيل إنما يتمسك بها ضد التزامه هو ككفيل وليس ضد التزام المدين ، فإذا كان التزام المدين باطلا

[1] - عبد الرزاق السنهوري . المرجع السابق ص.133 .

لانعدام ركن من أركانه او كان قابلا للإبطال لعيب من عيوب الرضا او نقص في الأهلية كان التزام الكفيل كذلك .

الفرع الخامس : الدفوع الخاصة بالكفالة ذاتها

وهي دفوع تتعلق أما بالكفالة ذاتها و أما دفوع خاصة بالكفيل

فبالنسبة للدفوع المتعلقة بالكفالة ذاتها فترجع الى ما يمكن ان يشوب عقد الكفالة ذاته ، من بطلان او قابلية للإبطال او لانقضاء الكفالة بسبب من أسباب انقضاء الالتزام تماما كما في العقود الأخرى .

أما بالنسبة للدفوع الخاصة بالكفيل يستمدها من وصفه ككفيل وهي ثلاثة دفوع :

1-براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات م 656 ق.م.ج .

2-براءة ذمة الكفيل من تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين م 657 ق.م.ج .

3-براءة ذمة الكفيل بسبب عدم تقدم الدائن في تفليسه المدين م 658 ق.م.ج .

الفرع السادس : التزام الدائن بأن يسلم الكفيل مستندات الدين :

ان من التزامات الدائن ان يسلم الكفيل مستندات الدين و ان ينقل إليه تأميناته في حالة وفاء الكفيل بالدين للدائن يلتزم هذا الأخير بأن يمكن الكفيل من كل المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع،و يقصد بها مستندات الدين المكفول التي تثبت بأن الكفيل قد وفى بالدين و هذا ليسهل عليه الرجوع على المدين بواسطة الدعوى الشخصية، فإن فضل الكفيل الرجوع على المدين بواسطة دعوى الحلول التزم الدائن أيضا بتمكين الكفيل من الرجوع و ذلك بان يتخلى عن التامينات التي تضمن الدين كما اذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهون او محبوس لكي يحل فيه محل الدائن ضمانا لحقه قبل المدين.

و هذا تطبيقا لنص المادة 659 ق.م ج المقابلة لنص المادة 787ق. م. م التي تنص على انه " يلتزم الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفائه الدين كل المستندات لاستعمال حقه في الرجوع فإن كان الدين مضمونا بمنقول مرهون او محبوس وجب على الدائن ان يتخلى عنه

للكفيل، أما إذا كان الدين مضمونا بتأمين عقاري فان الدائن يلتزم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين و يتحمل الكفيل مصروفات هذا النقل على ان يرجع بها على المدين[1].

الفرع السابع : كفيل الكفيل

و هو من يكفل الكفيل ذاته للدائن و لا يكفل المدين و يتبع التزامه التزام الكفيل، و يعتبر الكفيل مدينا أصليا بالنسبة لكفيل الكفيل و تطبق عليهما أحكام الكفالة، فإذا لم يكن كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل كان له ان يطلب رجوع الدائن أولا على المدين ثم على الكفيل قبل رجوعه عليه، كما يكون له الحق في تجريد كل من المدين و الكفيل، غير انه لا يحق له ان يطلب تقسيم الدين مع الكفيل لأنهما لا يكفلان دينا واحدا.

و لكفيل الكفيل ان يتمسك بجميع الدفوع التي يتمسك بها الكفيل و المدين إضافة الى دفوعه الخاصة به، فإن وفى كفيل الكفيل بالدين كان له ان يرجع إما على المدين او على الكفيل مستعملا في ذلك الدعوى الشخصية او دعوى الحلول .

-تعدد الكفلاء و اختلافه عن حالة كفيل الكفيل :

حالة تعدد الكفلاء تختلف عن حالة كفيل الكفيل و ذلك ان هذا الأخير يكفل الكفيل ذاته للدائن دون ان يكفل المدين الأصلي و التزام كفيل الكفيل تابع لالتزام الكفيل فكفالته هي احتياطية و تنص المادة 669 ق.م .ج "على انه تجوز كفالة الكفيل و في هذه الحالة لا يجوز للدائن ان يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل الأصلي الا إذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل ".

غير ان التزام الكفلاء المتعددين الغير متضامنين فان كلا منهم ملتزم بحصته أي يقسم الدين و هو ما جاء به القانون المدني الجزائري يقسم الدين فيما بين الكفلاء المتعددين غير متضامنين بقوة القانون و على القاضي ان يحكم به من تلقاء نفسه، فينقسم الدين على الكفلاء من وقت إبرام العقد فإذا أعسر احدهم بعد إبرام عقد الكفالة تحمل الدائن وحده نتيجة هذا الإعسار[2]، وهذا طبقا لما جاء في نص المادة 1/664-2 ق.م. ج

[1] - ارجع في ذلك الى النص الفرنسي للمادة و هو النص الصحيح .
[2] - ارجع في ذلك د/ محمد حسنين المرجع السابق ص 53 .

أما في حالة تعدد الكفلاء مع تضامنهم فطبقا لنص المادة668 ق.م.ج. المقابلة لنص المادة 796 ق.م. م فإنه إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم و وفى احدهم الدين عند حلول اجله جاز له ان يرجع على كل واحد منهم من الباقين بحصته في الدين و بنصيبه في حصة المعسر منهم .

المطلب الرابع : الكفيل متضامن مع المدين او غيره من الكفلاء أي الكفالة التضامنية

تختلف حالات التضامن بحسب ما إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم فقط و ليسوا متضامنين مع المدين، او إنهم أي الكفلاء متضامنين في نفس الوقت بينهم و مع المدين، او بحسب ما إذا كانوا متضامنين مع المدين دون ان يكونوا متضامنين فيما بيتهم .

فإذا كانوا الكفلاء متضامنين فيما بينهم فقط، فيجوز لهم ان يدفعوا بالتجريد دون التقسيم لأنهم متضامنين فيما بينهم .

أما إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم و مع المدين في نفس الوقت أو متضامنين مع المدين دون أن يكونوا متضامنين فيما بينهم فتسري على الكفلاء المتضامنين مع المدين الكثير من أحكام التضامن حيث تصبح مرتبة الكفيل المتضامن مع المدين متشابهة مع مرتبة المدين المتضامن، فيصبح الكفيل المتضامن مع المدين ملزما بالوفاء بالدين مثله في ذلك مثل المدين المتضامن و لا يحق له الدفع بالتجريد كما لا يحوز له الدفع بالتقسيم، و يتحمل الكفلاء المتضامنون حصة الكفيل المعسر منهم على اعتبار ان الدين ينقسم فيما بين الكفلاء الموسرين فقط، و بذلك لا يخشى الدائن إعسار بعضهم .

و أما إذا تعدد الكفلاء و كان بعضهم متضامنا مع المدين و البعض الآخر غير متضامن معه، فالكفلاء المتضامنين لا يكون لهم لا حق التقسيم و لا حق التجريد بخلاف الكفلاء الغير متضامنين مع المدين إذ يبقى لهم الدفع بالتجريد و التقسيم، و بالتالي فإن الكفيل المتضامن مع المدين لا يستطيع الدفع بضرورة الرجوع على المدين أولا، أو الدفع بالتجريد أو التقسيم أو الدفع بالتنفيذ على التأمين العيني أولا فالدائن يطالبه مباشرة بالدين و هذا ما أكدته

المادة 665 ق.م ج المقابلة للمادة 793 ق.م. م و التي تنص على أنه " لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين ان يطلب التجريد ".

المبحث الثاني : آثار الكفالة فيما بين الكفيل و المدين و غيره من الكفلاء

و نتناول في هذا المبحث نقطتين أساسيتين : الأولى في علاقة الكفيل بالمدين، مطلب اول و الثانية في علاقته بغيره من الكفلاء الآخرين في المطلب الثاني .

المطلب الأول : آثار الكفالة في علاقة الكفيل بالمدين

حتى يتمكن الكفيل من الرجوع على المدين لا بد ان يكون قد قام بالوفاء غير انه و طبقا لاحكام المادة 670 ق.م ج المقابلة للمادة 797ق.م. م فانه يجب على الكفيل ان يخبر المدين قبل ان يقوم بوفاء الدين و إلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين او كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين او انقضائه، فإذا لم يعارض المدين في الوفاء بقي للكفيل الحق في الرجوع عليه و لو كان المدين قد دفع الدين او كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه او انقضائه و بالتالي فإن الكفيل لايستطيع الرجوع على المدين بما وفاه إذا لم يخطر المدين الأصلي بهذا الدفع مما تسبب في قيام هذا الأخير بالدفع ثانية او كان قد وفى دون مطالبة الدائن له، أما في حالة ما إذا وفى الكفيل بطريق الخطأ كان له ان يسترد ما دفع بموجب قاعدة رد ما دفع بغير حق طبقا لنص المادة 1/143م.ج التي تنص على انه " كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده ".

فإذا قام الكفيل بالدفع بعد إخطار المدين و بعد مطالبة الدائن فله ان يرجع على المدين بما وفاه عنه، إما بدعوى الشخصية او دعوى الحلول .

و الكفيل هو الذي يختار الدعوى التي يرجع بها فقد تكون له مصلحة في الرجوع بالدعوى الشخصية او دعوى الحلول و لكنه مقيد في هذا الاختيار بتوافر شروط معينة في الدعوى التي يرجع بها و إذا لم تتوافر شروط أي من الدعوتين و جب عليه الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب

الفرع الأول : الدعوى الشخصية "دعوى الكفالة"

1-أساس الرجوع بالدعوى الشخصية :

يذهب الفقه التقليدي الى ان أساس رجوع دعوى الكفيل على المدين في حالة رضاء المدين بالكفالة و دون اعتراضه يقوم على دعوى الكفالة ، ذلك انه إذا عقدت الكفالة برضاء المدين، فإنه يكون قد أناب صراحة الكفيل للوفاء بالدين عنه أما إذا عقدت بعلمه و دون اعتراض منه فإن الوكالة تكون ضمنية إلا ان هذا الرأي منتقد لأننا اعتبرنا الوكيل كفيل عن المدين جاز له النزول عن الكفالة في أي وقت شاء مع إخطار المدين بذلك عملا بالمادة 588 ق.م.ج التي تنص على انه " يجوز للوكيل ان يتنازل في أي وقت عن الوكالة و لو وجد اتفاق يخالف ذلك و يتم التنازل بإعلانه للموكل فإذا كانت الوكالة بأجر فإن الوكيل يكون ملزما بتعويض الموكل عن الضرر الذي لحقه من جراء التنازل بإعلانه للموكل فإذا كانت الوكالة بأجر فإن الوكيل يكون ملزما بتعويض الموكل عن الضرر الذي لحقته من جراء التنازل في وقت غير مناسب او بعذر غير مقبول .

غير انه لا يجوز للوكيل ان يتنازل عن الوكالة منى كانت صادرة لصالح أجنبي بهذا التنازل و ان يمهله و قتا ليتخذ ما يلزمه لصيانة مصالحه .

اما في الحلات التي تتم فيها الكفالة دون علم المدين او رغم معارضته فان رجوع الكفيل على المدين يكون على اساس الفضالة .

و هذا التأسيس منتقد كذلك لأنه لا يعتبر الكفيل فضوليا لأن من أهم شروط الفضالة يجب ان تتوافر صفة الاستعجال في العمل الذي يقوم به الفضولي، وفاء الكفيل لا يعتبر استعجاليا، و الفضولي يقوم بعمل غير ملزم به أصلا، بينما الكفيل ملزم بالوفاء طبقا لعقد الكفالة .

أما أغلبية الفقه المصري الحديث فيذهب الى القول بأن الدعوى الشخصية التي يرجع بها الكفيل على المدين طبقا للمادة 672 ق.م.ج المقابلة للمادة 800 ق.م.م، ليست دعوى وكالة او دعوى فضالة ، بل هي دعوى اخرى مستقلة و متميزة عن هاتين الدعويين، بينما لا يرى البعض أهمية عملية كبيرة في القول بأن الدعوى الشخصية التي يرجع بها الكفيل على المدين هي دعوى خاصة نص عليها القانون، و هذا ما يراه البعض "بأن ما ذكره الفقه التقليدي لا

يقصد به تأسيس دعوى الكفيل على فكرة الوكالة او فكرة الفضالة سوى تشبيه الكفيل بالوكيل او الفضولي و ليس اعتبار دعوى الكفيل ناشئة عن عقد الوكالة او واقعة الفضالة [1]." و لا يقصد منه أيضا تطبيق قواعد الوكالة او الفضالة على علاقة الكفيل بالمدين .

فمن كل ما تقدم نستخلص ان الكفيل يرجع بدعوى شخصية أساسها في القواعد العامة و هي دعوى الإثراء بلا سبب .

2 – شروط الدعوى الشخصية :

ا/ ان يكون الوفاء عند حلول الأجل :

على اعتبار ان الكفيل إذا وفى قبل حلول الأجل فلا يحق له الرجوع على المدين إلا بعد حلوله .و المقصود بالأجل هو الأجل الأصلي الذي ضمن الكفيل الدين عند حلوله، فإذا امتد هذا الأجل بسبب مهلة منحت من الدائن للمدين فإنه ليس للمدين الاحتجاج بهذا الامتداد في مواجهة الكفيل ، فالرجوع على المدين يتم بمجرد حلول الأجل الأصلي .

أما إذا تنازل المدين على الأجل الأصلي الممنوح له، استفاد الكفيل من ذلك و جاز له الرجوع عند حلول الأجل الجديد .

ب/ يجب ان يكون الكفيل قد وفى بالدين فعلا :

و ذلك حتى يمكنه ان يرجع على المدين بالدعوى الشخصية، و الوفاء لا يشترط فيه ان يكون كليا بل قد يكون جزئيا شريطة ان يرضى الدائن بهذا الوفاء الجزئي و لابد ان يكون الوفاء مبرئا لذمته، فإذا حصل الوفاء بشيئ غير مملوك للكفيل و استحق فيما بعد للغير امتنع على الرجوع على المدين [2]، و إذا وفى بجزء من الدين و رجع يه على المدين، له ان يزاحم الدائن في رجوعه على المدين بالجزء الباقي له، فإذا لم تكن أموال المدين كافية للوفاء لهما، فإنهما يقتسمان هذه الأموال قسمة غرماء.

ج/ يجب على الكفيل إخطار المدين قبل القيام بالوفاء :

[1] - ارجع في ذلك زاهية سي يوسف المرجع السابق ص 82.
[2] - ارجع في ذلك الى زاهية سي يوسف المرجع السابق ص 83 .

تنص المادة 670 ق.م.ج المقابلة للمادة 798 ق.م.م على مايلي " يجب على الكفيل ان يخبر المدين قبل ان يقوم بوفاء الدين و إلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين او كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين او انقضائه، فإذا لم يعارض المدين بالوفاء يبقى للكفيل الحق في الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين او كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه وبانقضائه

فإذا لم يعارض المدين في الوفاء يبقى للكفيل الحق في الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين او كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه او بانقضائه" .

يتضح لنا من خلال نص هذه المادة ان الكفيل لا يجوز له ان يوفي الدين قبل ان يخطر المدين و ذلك حتى يمكن المدين من الاعتراض على هذا الوفاء على هذا الوفاء إذا كان ما يبرره، كأن يكون الدين قد انقضى بإحدى طرق الانقضاء او كان باطلا او قابلا للإبطال فيمتنع الكفيل عن الوفاء .

و الاخطار ليس له شكل خاص فيجوز ان يكون رسميا عن طريق المحضر او عرفيا او شفاهيا .و يقع عبئ إثبات الأخطارعلى الكفيل و إثبات الاعتراض على المدين وفقا للمبادئ العامة للإثبات [1]

د/ ان تكون الكفالة عقدت دون معارضة المدين و لمصلحته :

فطبقا للمادة 672 ق.م.ج.فالرجوع بالدعوى الشخصية يكون سواء عقدت الكفالة بعلم المدين او بغير علمه، معنى ذلك ان رجوع الكفيل جائز في جميع الحالات حتى لو عقدت الكفالة رغم معارضته لأنها في هذه الحالة تتم بعلمه، فقد اجمع الفقه على انه يشترط ان تكون الكفالة قد عقدت دون معارضة المدين و عليه فإذا عقدت رغم معارضة المدين فلا رجوع عليه بدعوى الكفالة، فالكفيل لا يقدم خدمة للمدين و عليه فلا يمكنه الرجوع بالدعوى الشخصية و إنما له الرجوع على أساس دعوى الحلول او دعوى الإثراء بلا سبب .

3- موضوع رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية :

[1] - احمد محمود سعد عقد الكفالة ط 1994 دار النهضة العربية القاهرة

طبقا للمادة 02/672 ق.م.ج. فإن ما يرجع به الكفيل على المدين يتمثل فيما يلي:

ا-أصل الدين : و هو كل ما دفعه الكفيل للدائن لإبراء ذمة المدين أي مقدار الدين و فوائده إذا كان مسموح بها قانونا و يشمل أصل الدين كذلك ما يضطر الكفيل على دفعه للدائن في نظير المصروفات التي تكبدها في مواجهة المدين كما يشمل بوجه عام كل ما وجب على الكفيل دفعه لإخلاء ذمة المدين[1].

ب -المصروفات :

و هي كل ما أنفقه الكفيل في سبيل الوفاء بالتزامه ، و كل من حكم عليه من المصروفات للدائن، و المصروفات التي أنفقها الكفيل في سبيل الوفاء بالتزامه تشمل ما أنفقه في إرشاد الدائن الى أموال المدين لتجريدها ، ومصروفات الدعوى التي رفعها الدائن على الكفيل ، لكن لا يرجع الكفيل بهذه المصروفات على المدين إلا بالذي دفعه من وقت إخباره المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده ، ويتجنب بذلك المصروفات التي يقوم بها الكفيل او الدائن لو لم يخطر.

ج التعويض :

وهذا العنصر لم ينص عليه المشرع بصدد دعوى الكفالة ، غير ان الفقه استنادا الى القواعد العامة يرى انه يمكن الرجوع به أي بالتعويض عندما يقع ضرر للكفيل نتيجة امتناع المدين عن الوفاء بسوء نية .

الفرع الثاني : دعوى الحلــول

تنص المادة 671 ق.م.ج المقابلة للمادة 799 ق.م.م على ما يلي : "إذا وفى الكفيل الدين ، كان له ان يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين ، ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين ، فلا يرجع بما وفاه الا بعد ان يستوفي الدائن كل حقه للمدين "

طبقا لهذا النص فان للكفيل ان يرجع على المدين بدعوى الحلول أي بان يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق وذلك طبقا للقواعد العامة في الوفاء مع الحلول وهذا ما نصت

[1] - راجع في ذلك السنهوري الوسيط الجزء 10 ص 145.146 بند 63 طبعة 2004.

عليه المادة 261 ق.م.ج.التي تنص على انه"إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال الآتية :- إذا كان الموفي دائنا ووفى دائنا آخر مقدما عليه بما له من تامين عيني ولو لم يكن للموفي أي تامين . - إذا كان الموفي اشترى عقارا ودفع ثمنه وفاء للدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفى حق الحلول " .

1- شروط الرجوع بدعوى الحلول :

أ -ان يكون قد وفى الدين فعلا :

أيا كانت طريقة الوفاء ،ان يقضي الكفيل الدين بالوفاء او بما يقوم مقام الوفاء ، و لا يحل محل الدائن في حقوقه إلا بالقدر الذي دفعه ،فإذا وفى جزء من الدين سواء كان ذلك الجزء هو ماكفله او كان قد ضمن كل الدين فلا يرجع إلا بما وفاه .

ب-يجب ان يكون الدائن قد استوفى حقه كاملا :

أي ان الكفيل لا يستطيع الرجوع على المدين بدعوى الحلول إلا بعد ان يكون الدائن قد استوفى حقه كاملا . سواء كان من الكفيل وحده او الكفيل من غيره طبقا لنص المادة 265 ق.م.ج التي تنص على انه " إذا وفى الغير الدائن جزءا من حقه وحل محله فيه فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون استيفاء ما بقي له من حق مقدما على من وفاه مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك .

فإذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقي له من حق رجع من حل أخيرا هو ومن تقدمه في الحلول كل يقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء " . لان من قواعد الوفاء مع الحلول ألا يضار الدائن بحلول الموفي محله ، ذلك لأنه إذا أجيز للكفيل بالرجوع على المدين بدعوى الحلول قبل ان يستوفي الدائن حقه كاملا ، فان هذا الأخير قد يضار بهذا الرجوع لما قد ينشأ من مراجعة الكفيل له في رجوعه بالباقي من دينه قبل المدين . والحكم الذي تقرره هذه المواد مقرر لمصلحة الدائن ولا يتعلق بالنظام العام أي يجوز الاتفاق على خلافه بان يسمح للكفيل بان يرجع بدعوى الحلول ولو لم يكن الدائن قد استوفى حقه كاملا .

ج –يجب ان يكون الكفيل قد وفى الدين عند حلول الأجل :

فإذا وفى الكفيل قبل حلول الأجل فلا يستطيع الرجوع على المدين .

2- موضوع دعوى الحلول :

تنص المادة 264 ق.م.ج على انه " من حل محل الدائن قانونا او اتفاقا كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكلفه من تأمينات وما يرد عليه من دفوع ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن " .

أما المادة 671 ق.م.ج.التي تنص على انه ((إذا وفى الكفيل الدين كان له ان يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد ان يستوفي الدائن كل حقه من المدين "

من خلال هذين النصين يتضح ان ما يرجع به الكفيل على المدين يكون بما لهذا الحق من خصائص ، فإذا كان حق الدائن حقا تجاريا [1] فإذا كان حق الدائن يسقط بنوع معين من التقادم سرى هذا التقادم في مواجهة الكفيل وتحسب في مواجهته المدة التي تسبق سريانها في مواجهة الدائن فلا رجوع للكفيل كذلك مثلا إذا كان دين الدائن تجاريا فان الكفيل يحل في هذا الحق بهذه الصفة و إذا كان الدين مقترنا بأجل فلا يجوز للكفيل الرجوع إلا بعد حلول الأجل وفي حالة تمديد الأجل يلتزم بالأجل الجديد.

– ويحل الكفيل محل الدائن في حقه بما يلحق هذا الحق من توابع فإذا كان حق الدائن ينتج فوائد بسعر معين فانه ينتقل الى الكفيل منتجا للفوائد بهذا السعر بحيث يكون للكفيل الحق في تقاضي هذه الفوائد ما استحق منها وما سيستحق ، ويعتبر تابعا للحق دعوى الفسخ ، فلو ضمن الكفيل المشتري في دفع الثمن دفع الكفيل الثمن للبائع وفاء لدين المشتري انتقل الى الكفيل حق البائع بما تتبعه من دعوى الفسخ لعدم وفاء المشتري بالثمن ثم دفع الكفيل الثمن للبائع وفاء لدين المشتري انتقل الى الكفيل حق البائع وبما تتبعه من دعوى الفسخ لعدم وفاء

[1] - عبد الرزاق السنهوري .الوسيط في شرح القانون المدني . التامينات الشخصية والعينية الجزء العاشر طبعة 2004 .ص.156 .

المشتري بالثمن ، ويعتبر تابعا للحق ان يكون للدائن حق الطعن في تصرف المدين بالدعوى البولصية [1] .

– يحل الكفيل محل الدائن في حقه بما يكفله من تأمينات سواء كانت هذه التأمينات شخصية ككفالة أخرى او عينية كرهن رسمي وعلى هذا الأساس يجب على الدائن ان يسلم كل المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع عملا بالمادة 1/659 ق.م.ج كما له ان يتخلى عن المنقولات المرهونة او المحبوسة الضامنة للدين 2/659 ق.م.ج ، بالإضافة الى انه إذا كان الدين مضمونا بتامين عقاري وجب على الدائن القيام بالإجراءات اللازمة لنقل تلك التأمينات عملا بالمادة 3/659 ق.م.ج التي تنص على انه " إذا كان الدين مضمونا بتامين عقاري فان الدائن يلتزم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التامين ويتحمل الكفيل مصروفات هذا النقل على ان يرجع بها على المدين " .

– ويحل الكفيل محل الدائن في حقه بما يرد عليه من دفوع إذا كان الكفيل قد وفى الدين قبل إخطار المدين بعزمه على الوفاء فلم يتمكن المدين من المعارضة في الوفاء ، فإذا كان الحق مصدره عقد باطل او قابل للإبطال جاز للمدين ان يتمسك بهذا الدفع تجاه الكفيل كما كان له ذلك تجاه الدائن .

–ما الذي يرجع به الكفيل على المدين في دعوى الحلول إذا و فى الكفيل جزءا من الدين ؟

طبقا لنص المادة 671 ق. م.ج التي تنص على انه " ولكن إذا لم يوف(الكفيل) إلا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه الا بعد ان يستوفي الدائن كل حقه من المدين" و ليس هذا النص إلا تطبيقا تشريعيا لبعض ماجاء في المادة 265ق. م.ج المقابلة للمادة 330 ق م.م فهذا النص يقضي بعدم جواز الأضرار بالدائن بحلول الموفي محله و كذلك المادة 671 ق.م.ج إلا ان هذا الحكم ليس من النظام العام فيجوز الاتفاق على ان يحل الكفيل محل الدائن حتى قبل استفاء هذا الأخير لكل حقه [2].

---

[1] - السنهوري نفس المرجع .

[2] - ارجع في ذلك الى د/محمدي سليمان عقد الكفالة مطبوعة المحاضرات التي ألقيت على طلبة السنة الثالثة حقوق بكلية بن عكنون بالجزائر.

3-مقارنة بن الدعوى الشخصية و دعوى الحلول :

تتميز دعوى الحلول عن الدعوى الشخصية ، ان الكفيل إذا رجع بدعوى الحلول كان له جميع تأمينات الحق الذي وفاه و ينتقل إليه الحق بما له من خصائص و ما يلحقه من توابع، ولا يشترط في دعوى الحلول ان يكون الكفيل قد اخطر المدين بينما هذا الشرط أساس في الدعوى الشخصية .

-ان الكفيل في الدعوى الشخصية يستحق الفوائد القانونية على جميع ما دفعه للدائن و فاء للدين من وقت الدفع كما يرجع بالمصروفات التي أنفقها في الوفاء بالتزامه كما يرجع بالتعويض و هذا ما يميز فعلا الدعوى الشخصية عن دعوى الحلول .

-في حالة رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية فإن حقه يكون قد نشأ منذ الوقت الذي وفى فيه المدين للدائن فلا يبدأ سريان التقادم إلا من ذلك الوقت، أما في دعوى الحلول فيرجع الكفيل بنفس حق الدائن، و قد بدأ سريان تقادم هذا الحق منذ ان استحق أي قبل سريان التقادم بالنسبة الى الدعوى الشخصية، وقد تكون مدة تقادم حق الدائن قد او شكت على الانقضاء فلا تلبث ان تنقضي بعد انتقال الحق الى الكفيل ، و في هذا تتميز الدعوى الشخصية على دعوى الحلول [1].

-انه في حالة ما إذا وفى الكفيل جزءا من الدين و أراد الرجوع بدعوى الحلول فإنه يتأخر عن الدائن حتى يستوفي الدائن من المدين الباقي من حقه، أما إذا رجع الكفيل بالدعوى الشخصية فإنه يتعاون مع الدائن و لا يتقدم الدائن عليه و يقتسمان مال المدين اقتسام الغرماء.

المطلب الثاني :رجوع الكفيل على المدين عند تعددهم

تنص المادة 673 ق.م.ج على انه "إذا تعدد المدينون في دين واحد و كانوا متضامنين فللكفيل الذي ضمنهم جميعا ان يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدائن"

فطبقا لهذا النص قد يكون الكفيل قد ضمن المدينين جميعا كما قد يكون كفل بعضهم فقط كما يكونوا متضامنين فيما بينهم و قد لا يكونوا متضامنين و سنتعرض لهذه الحالات فيما يلي:

[1] - ارجع في ذلك السنهوري المرجع السابق طبعة 2004 ص 160 فقرة 70.

1-تعدد المدينين بلا تضامن فيما بينهم :

ا/ الكفيل كفل كل المدينين :

إذا وفى الكفيل الدين رجع على كل منهم بقدر نصيبه من الدين و يكون الرجوع إما بالدعوى الشخصية او دعوى الحلول و ينقسم الدين بينهم .

ب/ الكفيل كفل بعض المدينين دون البعض الآخر :

بالنسبة للمدينين الذين كفلهم الكفيل فيرجع عليهم بإحدى الدعويين الدعوى الشخصية او الدعوى الحلول أما بالنسبة للمدينين غير المكفولين فانه لا يستطيع ان يرجع عليهم بالدعوى الشخصية لأنها لا ترفع إلا على المدين المكفول طبقا للمادة 672 ق.م.ج كما لايستطيع الرجوع عليهم بدعوى الحلول لأن الكفيل ليس ملزما بالدين معهم و لا ملزما بوفائه عنهم طبقا للمادة 261 ق.م.ج فإذا وفى الدين عنهم رجع عليهم طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب طبقا للمادة 259 ق.م.ج [1] .

2- حالة تعدد المدينين المتضامنين فيما بينهم :

هنا نميز بين حالتين كذلك حالة ما إذا كان الكفيل قد ضمن المدينين المتضامنين جميعا و حالة ما إذا كفل الكفيل بعض المدينين فقط .

ا/الكفيل كفل كل المدينين :

فان كفلهم جميعا ان يرجع على أي منهم بما وفى و يكون له ذلك سواء بدعوى الحلول او بالدعوى الشخصية فإذا أعسر احدهم تحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذي وفى الدين للكفيل و سائر المدينين المتضامنين كل بقد حصته[2]،عملا بالمادة 673 ق.م.ج.

ب/الكفيل كفل بعض المدينين دون البعض الآخر :

فبالنسبة للذين كفلهم له الرجوع عليهم بإحدى الدعويين الشخصية او الحلول إما بالنسبة للذين لم يكفلهم فله ان يرجع عليهم بدعوى الإثراء بلا سبب بقدر الإثراء فقط كما له ان يرجع

[1] د/محمد صبري السعدي شرح القانون المدني الجزائري التأمينات الشخصية و العينية القسم الأول عقد الكفالة ط 92/91 دار الهدى عين ميلة الجزائر ص 99.

[2] - السنهوري المرجع السابق ط 2004 ص162 فقرة 82.

بالدعوى غير المباشرة و يرجع كذلك بدعوى الحلول و السند في ذلك هو المادة 264 ق.م.ج ،التي تؤكد على ان من حل محل الدائن كان له حقه بما يكفل هذا الحق من ضمانات و التضامن بين المدينين هو احد ضمانات الوفاء بالحق و عليه فإنه يجوز للكفيل الذي حل محل الدائن ان يرجع على أي مدين متضامن بكل الدين و لو لم يكن قد كفله .

المطلب الثالث : آثار الكفالة في العلاقة بين الكفيل و غيره من الكفلاء

طبقا لنص المادة 668 ق.م.ج التي على انه " إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم و وفى احدهم الدين عند حلوله يجوز له ان يرجع على كل من الباقين بحصته في الدين و بنصيبه في حصة المعسر منهم ".

فطبقا لهذا النص فإذا وفى احد الكفلاء بالدين كله كان له ان يرجع على باقي الكفلاء، بحسب ما إذا كانوا متضامنين فيما بينهم من عدمه و رجوع الكفيل على غيره من الكفلاء يكون إما على أساس دعوى الإثراء بلا سببا و إما على أساس حلوله محل الدائن أي دعوى الحلول .

و نستعرض فيما يلي في الحالة الأولى رجوع الكفيل على غيره من الكفلاء في حالة عدم تضامنهم ثم في الحالة الثانية رجوعه على غيره من الكفلاء في حالته تضامنهم فيما بينهم .

الحالة الأولى : تعدد الكفلاء بعقد واحد دون تضامن :

إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد و لم يكونوا متضامنين فيما بينهم لم يكن للدائن ان يطالب أيا منهم إلا بقدر نصيبه في الدين فقط و لأي منهم ان يدفع مطالبة الدائن له بتقسيم الدين و من ثمة فلا رجوع على بعضهم البعض، أما إذا وفى احدهم بكامل الدين رغم ذلك فليس له سوى الرجوع على الآخرين بدعوى الإثراء بلا سبب .

الحالة الثانية : إذا تعدد الكفلاء و كانوا متضامنين فيما بينهم :

إذا تعدد الكفلاء و كانوا متضامنين فيما بينهم و وفى احدهم بكل الدين فلا يمكنه الرجوع على كل واحد منهم إلا بقدر نصيبه في الدين مضافا إليه نصيبه في حصة المعسر سواء رجع بدعوى الإثراء بلا سبب أي بأقل القيمتين قيمة افتقاره او قيمة ما اثري به الكفيل الذي رجع

عليه او بدعوى الحلول و في هذه الحالة فإنه لا يرجع على كل كفيل إلا بقدر حصته في الدين و نصيبه في حصة من أعسر فقط .

الفصـــــل الثالـــــــــــث : انقضـــــــــاء الكفالـــــــــــــــة

تنقضي الكفالة بطريق تبعي إذا انقضى الدين المكفول و على اعتبار ان الكفالة تابعة لهذا الدين فان انقضائه يستتبع انقضاءها كما تنقضي بطريق أصلي إذا انقضت هي ذاتها بسبب من أسباب انقضاء الدين دون ان ينقضي الدين المكفول .

المبحـــث الأول : انقضاء الكفالة بطريق تبعي

ان انقضاء الكفالة بصفة تبعية يستمد مرجعه الى صفة التبعية المقررة في هذا الشأن و هي ان ذمة الكفيل تبرا بمجرد براءة ذمة المدين طبقا للمادة 01/654 ق.م.ج.و لأن التزام الكفيل تابع الالتزام المدين في صحته و انقضائه و بالتالي فإذا انقضى التزام المدين لأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام فان التزام الكفيل ينقضي معه .

و سندرس في هذا المبحث كيفية انقضاء التزام المدين طبقا للقواعد العامة حتى نعرف كيف يترتب عليها انقضاء الكفالة بالتبعية :

المطلب الاول : انقضاء الدين المكفول بالوفاء

الوفاء هو تنفيذ المدين ما التزم به علنيا، و بذلك ينقضي التزام المدين و تنقضي معه الكفالة أيضا بشرط ان يكون الوفاء صحيحا، أما إذا كان وفاء المدين جزئيا فإنه لا تبرأ ذمته إلا بالقدر الذي وفاه، و تبرأ بالتالي ذمة الكفيل جزئيا .

وقد يوفي بالدين شخص غير المدين ، و حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه فإن ذمة الكفيل لا تبرأ على أساس ان ذمة المدين لم تبرأ أيضا.

و نفس الحكم يسري في حالة ما إذا أحال الدائن حقه الى دائن آخر فإن الدين يظل قائما بكل ضمناته بما في ذلك الكفالة .

أما إذا أحال المدين التزاماته الى شخص آخر فإن الدين يظل قائما إلا انه مع تغير شخص المدين فإن التزام الكفيل ينقضي إلا إذا وافق على ضمان المدين الجديد .

المطلب الثاني : انقضاء الدين المكفول بالوفاء بمقابل :

طبقا للمادة 655 ق.م.ج المقابلة للمادة 783ق. م.م التي تنص على انه "إذا قبل الدائن شيئا آخر في مقابل الدين برأت بذلك ذمة الكفيل و لو استحق هذا الشيء" فإنه عندما يتفق الدائن مع المدين على استبدال محل الوفاء بشيء آخر فتبرأ ذمة الكفيل حينئذ حتى و لو استحق هذا الشيء الموفي به .أما إذا كان الذي قدم المقابل هو الكفيل و استحق هذا المقابل و هو في يد الدائن لم تبرأ ذمة الكفيل ورجع عليه الدائن بضمان الاستحقاق [1].

الفرع الأول : انقضاء الدين المكفول بالتجديد :

و التجديد هو اتفاق يحل بموجبه التزام جديد محل الالتزام القديم و يترتب على التجديد انقضاء الحق القديم و نشاة حق آخر محله و هذا مانصت عليه المادة 1/291 ق.م.ج المقابلة للمادة 356 ق.م.م و عليه فالتجديد هو استبدال دين جديد بدين قديم فينتج عن ذلك انقضاء دين و إنشاء آخر مغاير له في محله او سببه او احد أشخاصه، و بانقضاء الدين القديم تنقضي معه ضماناته و تأميناته كالكفالة و لا تنتقل الى دين الجديد إلا بالاتفاق او بمقتضى نص في القانون .

الفرع الثاني : انقضاء الدين بالمقاصة :

و المقاصة هي اجتماع صفتي المدين و الدائن في كل من طرفي الالتزام، فينقضي الدين المكفول بالمقاصة عندما يكون هناك دينان متقابلان بين نفس الدائن و نفس المدين فيكون كل منهما دائنا و مدينا للآخر فإذا انقضى الدين انقضت معه الكفالة، و بما انه يجوز النزول عن المقاصة بحيث يؤدي الى انقضاء الدينين المتقابلين فإن هذا النزول يجب ان لا يضر بالغير، و هو الكفيل في هذه الحالة بمعنى ان نزول المدين عن المقاصة يعيد الدين لكن لا نعود معه الكفالة[2]، غير انه يستطيع الكفيل ان يتمسك بالمقاصة بين الدين الذي كفله ودين المدين في ذمة الدائن لأن مديونيته تابعة لمديونيته المدين، غير انه لا تقع المقاصة بين

[1] - السنهوري المرجع السابق طبعة 2004 ص 180.
[2] - نفس المرجع .

دين الدائن في ذمة المدين و دين الكفيل غير متضامن في ذمة الدائن، إذ الدينان هنا غير متقابلان

الفرع الثالث : انقضاء الدين باتحاد الذمة :

و هي اجتماع صفتي الدائن و المدين في شخص واحد، بالنسبة لدين معين كأن يكون قدورث المدين الدائن فورث حقه و أصبح هو الدائن لنفسه فينقضي الدين باتحاد الذمة، و تنقضي الكفالة التي كانت تتضمن الدين تبعا لذلك و يرتب ذمة الكفيل .

أما إذا ورث الكفيل الدائن انقضت الكفالة بصفة أصلية و لا تنقضي معها الدين المكفول، و يخلف الكفيل الدائن ليصبح الدائن الجديد و يطالب المدين بالدين ، أما إذا مات المدين و ورثه الكفيل فينقضي التزام الكفيل من حيث المطالبة فان وفى الكفيل الدين للدائن كان ذلك باعتباره مدينا أصليا لا كفيلا.

و اتحاد الذمة في الحقيقة ماهو إلا مانع من موانع المطالبة فإذا زال سبب اتحاد الذمة يعود الدين الى الوجود و بملحقاته طبقا للمادة 02/304 ق.م.ج.و يعود التزام الكفيل معه، فمثلا إذا تبين ان المدين ليس له حق الميراث فان سبب اتحاد الذمة يزول و يعود الدين الى الوجود و تعود معه الكفالة.

المطلب الثالث : انقضاء الالتزام المكفول دون الوفاء :

الفرع الأول : انقضاء الدين المكفول بالإبراء :

و الإبراء هو نزول الدائن عن حقه للمدين بدون مقابل و في ذلك تنقضي الكفالة أيضا لأنها تبعية على اعتبار ان الإبراء يقوم على التبرع .

أما إذا رفض المدين الإبراء عاد الدين الى ذمته من جديد و يكون للكفيل حينئذ ان يطعن في هذا الرفض بالدعوى البوليصية حتى يسري في حقه و تبرأ ذمته نهائيا.

الفرع الثاني : انقضاء الدين المكفول باستحالة الوفاء :

و يكون ذلك عندا يستحيل تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه فينقضي الالتزام الأصلي و تنقضي تأميناته كالكفالة، فمن الطبيعي انه إذا استحال تنفيذ الالتزام ينقضي و لا يلتزم المدين بتنفيذه تنفيذا عينيا و لا عن طريق التعويض.

أما إذا كان المدين مسئولا عن استحالة التنفيذ فإنه يلتزم بالتعويض و يبقى الكفيل ضامنا للالتزام بالتعويض، و هو ليس التزاما جديدا و إنما هو طريقة مختلفة لتنفيذ نفس الالتزام.

أما إذا كانت الاستحالة بسبب الكفيل برئت ذمة المدين و الكفيل باعتباره كفيلا لكن يبقى مسئولا عن خطئه اتجاه الدائن.

الفرع الثالث : انقضاء الدين بالتقادم :

إذا انقضى الالتزام المكفول بالتقادم فان التزام الكفيل ينقضي بالتبعية و لو كانت مدته لم تكتمل فكما يجوز للمدين التمسك بانقضاء التزامه بالتقادم يجوز للكفيل كذلك و لو لم يتمسك به المدين نفسه.

الفرع الرابع : انقضاء الالتزام المكفول بالفسخ او الإبطال :

فقد تنقضي الكفالة بفسخ الدين المكفول او بإبطاله ، والفسخ هو حل العقد وجعله كأن لم يكن فيزول التزام الكفيل تبعا لزوال الالتزام الأصلي ، وما يقال في الفسخ يقال أيضا في الإبطال أي انه متى كان الالتزام الأصلي قابلا للابطال و أبطل زال معه التزام الكفيل وتنقضي الكفالة بصفة تبعية .

المبحث الثـاني : انقضاء الكفـالة بطريق أصلي :

انقضاء الكفالة بطريق أصلي يعني أنها تنقضي بدون ان ينقضي الدين المكفول ويتم ذلك بطريقتين. و هو ما سنتناوله في المطلب الاول و الثاني .

المطلب الأول : انقضاء الكفالة بسبب من أسباب انقضاء الالتزام

على اعتبار ان الكفالة التزام كباقي الالتزامات فإنها تنقضي بما ينقضي به الالتزام بشكل عام كما رأينا في المبحث الأول .

المطلب ثاني : انقضاء عقد الكفالة بأوجه خاصة بها :

تنقضي الكفالة طبقا لما ورد في نصوص المواد 656 . 657 . 658 ق.م.ج :

1-براءة ذمة المدين بقدر ما اضاعه الدائن بخطئه من الضمانات:

تقضي المادة 656 ق.م.ج بأنه " تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات . ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو تقررت بعد الكفالة ، وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون" ، يفهم من هذا النص انه إذا كانت هناك تأمينات أخرى ضامنة لنفس الدين المضمون بالكفالة ، فان الكفيل الذي يوفي بهذا الدين يكتسب هذه التأمينات كلها في رجوعه على المدين او غيره من الكفلاء ، فإذا أضاع الدائن بخطئه تأمينا من هذه التأمينات فانه يكون قد ضيع على الكفيل فرصة في استفاء حقه الذي حل فيه محل الدائن ، ويكون الجزاء على ذلك هو براءة ذمة الكفيل في مواجهة الدائن بقدر ما أضاعه هذا الأخير من تأمينات وطبقا للمادة 784 ق.م.ج فان الكفيل وحده هو من يتمسك بهذا الحق وحتى تبرأ ذمة الكفيل يجب توافر عدة شروط ، متمثلة فيما يلي:

ا – ان يكون التأمين الذي أضاعه الدائن تأمينا خاصا طبقا لنص المادة 2/656 ق.م.ج.

ب- يجب ان تكون إضاعة التأمين الخاص نتيجة خطأ من جانب الدائن .

ج- يجب ان يترتب على إضاعة التامين الخاص بخطأ الدائن ضرر للكفيل على اعتبار انه إذا لم يحدث للكفيل ضرر فلا محل للتمسك ببراءة الذمة .

2-براءة ذمة الكفيل لعدم اتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين بعد إنذار الكفيل له بضرورة اتخاذها :

يقضي نص المادة 657 ق.م.ج المقابل لنص المادة 785 ق.م.م على انه "لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات او لمجرد انه لم يتخذها غير ان ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا" من خلال هذه المادة نفهم ان المشرع قد قرر في حالة تأخر الدائن في اتخاذ إجراءات المطالبة بالدين حقا للكفيل في إنذار الدائن باتخاذ هذه الإجراءات فان

لم يتخذها خلال ستة أشهر من تاريخ هذا الإنذار ولم يقدم المدين ضمانا او تأمينا كافيا للكفيل تبرأ ذمة الكفيل من الكفالة وهذا حماية للكفيل .

3-براءة ذمة الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين

يقضي نص المادة 658 ق.م.ج المقابلة للمادة 786 ق.م. م انه " إذا افلس المدين وجب على الدائن ان يتقدم بدينه في التفليسة والا سقط حقه في الرجوع على الكفيل يقدر ما اصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن فمن خلال هذا النص فانه اذا لم يتقدم الدائن في تفليسة المدين ، فان ذمة الكفيل لا تبرأ إلا بالقدر الذي كان يستطيع الدائن الحصول عليه من التفليسة ، ويجب على الكفيل ان يتمسك بهذا الحق .

الباب الثاني : التأمينـــات العينيـــــة

ان الكفالة رغم ما توفره للدائن من ضمان الا انها تبقى محدودة الفائدة ، ذلك ان الكفيل يبقى مثله مثل المدين قد يصبح معسرا فيفقد الدائن الضمان المقرر لمصلحته كما ان الدائن في علاقته بالمدين له نفس الحقوق بالنسبة لاموال المدين الاصلي و تطبق في ذلك قاعدة قسمة الغرماء فيما بينهم .

و على هذا الاساس ظهرت فكرة التامينات العينية كوسيلة اخرى تحمي حقوق الدائن بواسطة تامين عيني و استثناءا من قسمة الغرماء يتمتع الدائن بحق الافضلية على مال المدين دون سائر الدائنين الاخرين له و بذلك نكون قد قد خرجنا عن مبدا المساواة بين الدائنين .

و للدائن في هذه الحالة اما ان يرجع على مدينه بحقه الشخصي على الضمان العام لهذا المدين و يخضع هنا لمبدا المساواة مع غيره من الدائنين او ان يطالبه بصفته صاحب حق عيني على مال او اموال معينة بذاتها و ينفذ عليها اولا قبل غيره من الدانين العاديين و كذا الدائنين التاليين له في المرتبة بمقتضى حق الافضلية كما له ان يتتبع هذا المال في أي يد يكون لينفذ عليه و يستوفي حقه منه بمقتضى حق التتبع .

فالتامينات العينية تقوم على تخصيص مال معين من اموال المدين لضمان الوفاءبالالتزام و هي تحقق حماية الدائن من خطر تصرف مدينه في هذا المال ، ذلك ان التامين العيني يخول الدائن حق التتبع و التنفيذ عليه في أي يد كان ، كما يقي الدائن خطر مزاحمة بقية الدائنين مما يخول له حق التقدم عليهم جميعا في استفاء حقهمن ثمن العين التي يرد عليها التامين العيني [1] .

والتامينات العينية انواع فبالنظر الى مصدرها تنقسم الى تامينات اتفاقية و قانونية و قضائية و بالنظر الى انتقال الحيازة تنقسم الى تامينات تنتقل فيها حيازة الشء المرهون الى الدائن كالرهن الحيازي و تامينات تبقى فيها حيازة الشيء المرهون في يد صاحبه كالرهن الرسمي كما ان بعض هذه التامينات ترد على المنقول و البعض الاخر يرد على المنقول و العقار و منها ما يرد على العقار فقط و بعض هذه التامينات عام أي يرد على جميع اموال

[1] -ارجع في ذلك الى جميل الشرقاوي التامينتا ت الشخصية و العينية -1976 –دار النهضة العربية بند1-ص 4-5

المدين بينما لا يرد البعض الاخر الا على مال بعينه ، و سنفصل فيما يلي كل من هذه التامينات ابتداءا بالرهن الرسمي .

الفصل الاول : الرهـــــن الرسمـــــــــــي

المبحث الاول : تعريف الرهن الرسمي و خصائصه.

المطلب الاول : تعريف الرهن الرسمي :

يعرف الرهن الرسمي على انه حق عيني تبعي يكسبه الدائن على عقار بمقتضى عقد رسمي بينه و بين مالك العقار و يكون له بمقتضاه ان يتقدم على غيره من الدائنين العاديين و الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفا حقه من المقابل النقدي لهذا العقار في أي يد كان[1]

عرفت المادة 882 ق.م.ج.تقابلها المادة 1030 ق.م.م. الرهن الرسمي بانه " عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه يكون له بمقتضاه ان يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان "

يتبين من هذا النص ان الرهن هو عقد يتم بين الدائن و مالك العقار المرهون سواء كان هذا المالك هو المدين نفسه او شخصا اخر ككفيل عيني طبقا لنص المادة 1/884 ق.م.ج من خلاله يصبح للدائن حق عيني على عقار مخصص للوفاء بدينه و يكون للدائن حق التقدم بموجب هذا الحق على الدائنين الذين لهم حق عيني اخر على هذا العقار في استفاء دينه من ثمن العقار المهون حتى و لو انتقلت ملكيبة هذا عقار المرهون الى شخص اخر.

و طبقا لنص المادة 883 ق.م.ج فانه لا ينعقد الرهن الرسمي الا بعقد رسمي او حكم او بمقتضى القانون و عليه فللرهن مصادر ثلاثة:

الرهن القانوني :

ان القانون الجزائري لم يذكر أي حالة للرهن القانوني ضمن نصوص القانون المدني غير انه نظمه بنصوص خاصة منها على سبيل المثال الرهن القانوني للدائن على عقارات مدينه في حالة الافلاس .

الرهن القضائي :

[1] -محمد صبري السعدي الواضح في شرح القانون المدني التامينات العينية (الرهن الرسمي و حق الاختصاص و الرهن الحيازي و حقوق الامتياز)دار الهدى الجزائر ط 2008 ص 19

هو الرهن الذي يترتب بقوة القانون على كل حكم قضائي يقضي بالزام المحكوم عليه بشيء لمن صدر لمصلحته هذا الحكم .

المطلب الثاني : خصائص الرهن الرسمي :

1-هو حق عيني عقاري :

فالرهن الرسمي لا يقع الا على عقار[1] دون المنقول بخلاف الرهن الحيازي الذي يرد على العقار و المنقول ، فطبقا للمادة 886 ق. م ج يكون للدائن بمقتضاه حق التقدم على الدائنين العاديين للمدين و كذلك الدائنين المرتهنين للعقار و التاليين له في المرتبة و يكون له حق التتبع أي يتتبع العقار المرهون في أي يد ينتقل اليه هذا العقار ويكون ذلك عندما يحل اجل استحقاق الدين الا ان الراهن يبقى يتمتع بجميع المزايا التي هي للمالك .

2-هو حق تابع :

بمعنى انه لا ينشا الا لضمان [2]دين معين فهو يتبعه و يرتبط به فينشا بنشوء الدين و ينقضي بانقضائه و يضمن الرهن الرسمي أي التزام مهما كانت طبيعته و اوصفه فيجوز ان يكون الدين المضمون التزاما مؤجلا او موقوفا على شرط ، فيكون الرهن ايضا مؤجلا او موقوفا كذلك مثله في ذلك مثل الالتزام المضمون و تنص المادة 891 ق.م.ج " يجوز ان يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط او دين مستقبل او دين احتمالي كما يجوز ان يترتب ضمانا لاعتماد مفتوح او لفتح حساب جار على ان يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون او الحد الاقصىالذي ينتهي اليه هذا الدين "

و كذلك طبقا لنص المادة 1/893 ق.م.ج " لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون بل يكون تابعا له في صحته و في انقضائه ما لم ينص القانون على غير ذلك "

[1] كما يقع الرهن الرسمي على حق الملكية يقع ايضا على بعض الحقوق العينية الاخرى القابلة للرهن كحق الانتفاع و حق الحكر و ملكية الرقبة لكن لا يرد على حق الاستعمال او حق السكنى حيث لا يمكن بيعها كما لا يرهن حق الاتفاق منفصلا عن العقار المرتفق و لا يقع رهن رسمي على رهن رسمي اخر.

[2] 1..ارجع في ذلك الى محمد حسنين المرجع السابق الصفحة 151

انما يجوز ان ينقضي الرهن مع بقاء الدين و يكون ذلك متى تنازل المرتهن عن رهنه و على العكس من ذلك قد ينقضي الدين مع بقاء الرهن كما في حالة التجديد مع اتفاق الطرفين على استفاء الرهن .

و يجوز انشاء رهن رسمي لضمان حق احتمالي او مستقبلا و يجوز لمالك العقار [1]المرهون منح مرتبة الرهن الرسمي لدائن مرتهن غير الدائن المرتهن الاول و يستحقق ذلك متى وفى صاحب العقار المرهون الدين للمرتهن الاول ثم يعطي هذا الرهن لدائن مرتهن اخر على ان يشار الى ذلك عند قيد الرهن الجديد م 910 ق .م.

و يجوز للراهن و لو لم يكن هو المدين نفسه ان يتمسك بالدفوع المتعلقة بالدين الى جانب دفوعه الخاصة به هو مثل ان يكون الدين الاصلي باطلا او قابلا للابطال او منقضيا فيكون التزامه هو ايضا باطلا او قابلا للابطال او منقضيا و له ان يتمسك بهذه الدفوع حتى و لو تنازل عنها المدين مثله في ذلك مثل الكفيل الشخصي م 2/893 ق.م.ج.

غير قابل للتجزئة :

معنى ذلك ان كل جزء من العقار[2] هو ضامنا للدين ، فان قسم العقار مثلا او بيع جزء منه امكن للدائن المرتهن ان ينفذ على أي جزء منه و اذا رهنت عدة عقارات لضمان دين واحد كان كل عقار ضامن للدين و لا يجوز لحائز جزء من العقار ان يضمن الجزء الذي يقابله من الدين فقط بل في جميع هذه الحالات يبقى العقار المرعون كله ضامنا للدين.

اما بالنسبة للدين المضمون فعدم قابلية التجزئة تعني انه متى انقضى جزء من الدين المضمون بقي العقار المرهون كله ضامنا لما تبقى من الدين و في ذلك تنص المادة892 ق.م.ج.تقابلها المادة 1041 ق.م.م " كل جزء من العقار او العقارات المرهونة ضامن لكل الدين او كل جزء من الدين مضمون بالعقار او العقارات المرهونة كلها ما لم ينص القانون او يقضي الاتفاق بغير ذلك " غير ان قابلية الرهن للتجزئة ليست من النظام العام بل يجوز الاتفاق على تجزئته او بمقتضى القانون .

---

[1] -نفس المرجع ص 152

[2] عبد الرزاق الصنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني ج .10 بند 9 ص 15 .

المبحث الثاني : انشـــاء الرهـــن الرسمـــي

المطلب الاول : الشروط الموضوعية لانشاء الرهن الرسمي

بالنسبة للشروط الموضوعية في الرهن تطبق القواعد العامة الخاصة بانشاء العقود و التي تستلزم توافر اركان العقد من تراض و محل و سبب الا انه هناك اشكالات قانونية تتعلق بملكية الراهن للعقار المرهون و اهليته للتصرف فيه و هي شروط تتعلق بالراهن و الى جانب ذلك شروط تتعلق بالدين المضمون ذاته او العقار المرهون اذ يشترط تخصيصها و سندرس فيما يلي الشروط المتعلقة بالراهن و الشروط المتعلقة بالدين المضمون و العقار.

الفرع الاول : الشروط المتعلقة بالراهن

اولا –على الراهن ان يكون مالكا للعقار :

طبقا لنص المادة 2/884 ق.م.ج. يشترط في الراهن ان يكون مالكا للعقار فقد يرهن شخص مالا ليس مملوكا له ، و قد يقع الرهن على مال مستقبلي كما قد يرهن الشخص عقارا متظاهرا بانه مالكا حقيقيا لهذا العقار بينما هو ليس كذلك كما انه قد يقع الرهن على ملكية[1] مهددة بالفسخ او الابطال كما قد يقع الرهن على ملك شائع.

ا–**رهن ملك الغير** :يقصد برهن ملك الغير انه يرد على عقارا موجود فعلا و معين بالذات و غير مملوك للراهن هذا هو رهن ملك الغير و ليس رهنا للشيء المستقبل [2] فيرهن الشخص عقار لا يملكه معتقدا ان المالك سيقره بورقة رسمية او سيصبح هذا العقار ملكا له في المستقبل

ان المشرع الجزائري لم يات بنص حول رهن ملك الغير فما حكم هذا الرهن ؟ فهل يعتبر باطلا حتى و لو اقره المالك الحقيقي للعقار ؟ و هل يختلف حكم رهن ملك الغير عن حكم بيع ملك الغيرفي القانون الجزائري ؟ .

تساوي اغلب التشريعات العربية بين رهن ملك الغير و بيع ملك الغير فجعلت كليهما قابلا للابطال لمصلحة الدائن المرتهن و يكون لهذا الاخير ان يجيز العقد ليصبح صحيحا الا ان

---

[1] عبد الرزاق الصنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني ج .10 بند 9 ص 150.

[2] .محمد صبري السعدي الواضح في رشرح القانون المدني المرجع السابق ص 37

.

اجازة الدائن المرتهن لا تسري في حق مالك العقار المرهون بل يبقى لهذا الاخير ان يقر الرهن هو الاخر بورقة رسمية او يصبح الراهن مالكا للعقار المرهون حتى يعتبر عقد الرهن صحيحا.

اما القانون الجزائري فرغم انه جعل بيع ملك الغير قابلا للابطال لمصلحة المشتري و اقرار المالك طبقا للمواد من 397 ق.م.ج. الى 399 ق.م.ج. فانه فيما يتعلق برهن ملك الغير فان المشرع من ظاهر نص المادة 2/884 ق.م.ج. لا يقيس رهن ملك الغير على بيع ملك الغير يستنتج منه ان رهن ملك الغير باطلا بطلانا مطلقا طبقالهذا النص و الذي يستةجب في الراهن ان يكون مالكا للعقار المرهون .

ب-رهن المال المستقبلي :

المال المستقبلي هو المال الذي لا يملكه الراهن في الحال و ليس له عليه أي حق و في هذا الصدد فانه لم يرد نص صريح على حكم رهن المال المستقبلي في القانون المدني بخلاف اغلب التشريعات العربية التي تقضي بعدم جواز رهن المال المستقبلي.

ان رهن المال المستقبلي هو رهن باطل و ان علة ابطاله هي عدم تعيين العقار المرهون تعيينا كافيا و هو ما يتعارض مع مبدا التخصيص أي تعيين العقار المرهون تعيينا كافيا حيث تشترط المادة 889 ق.م.ج في العقار المرهون ان يكون معينا تعيينا دقيقا.اما المشرع المصري فقد نص صراحة على بطلان بموجب المادة 2/1033 ق.م.م. بقولها يقع باطلا رهن المال المستقبل .

ج-رهن المالك الظاهر

المالك الظاهر هو من يتظاهر امام الناس بملكيته [1]للمال المرهون لكنه في الحقيقة ليس كذلك غير انه متى تعامل معه الغير معتقدا بحسن نية انه يتعامل مع المالك الحقيقي اجاز القانون هذه المعاملة بناءا على قاعدة الخطا الشائع يولد الحق و عليه يجوز للدائن المرتهن ان يتمسك بهذا الرهن ليس فقط قبل المالك الظاهر و لكن ايضا قبل المالك الحقيقي ما دام انه

[1] رجع في ذلك الى د أمحمد حسنين – الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري ص 10 المؤسسة الوطنية للكتاب

حسن النية أي يعتقد ان المالك الظاهر هو المالك الحقيقي [1] ، ذلك ان المادة 198 ق.م.ج تنص على انه " اذا ابرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين و للخلف الخاص متى كانوا حسنين النية ان يتمسكوا بالعقد الصوري " .

-الرهن الواقع على ملكية مهددة بافسخ او الابطال.

تنص المادة 885 ق.م.ج.التي تقابلها المادة 1034 ق.م.م. على انه " يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تتقرر ابطال سند ملكيته او فسخه او الغاؤه او زواله لاي سبب اخر اذا ثبت ان الدائن كان حسن النية وقت ابرام الرهن " .

و قد اتى المشرع بهذا النص الذي يقرر حماية للدائن المرتهن فيرى بان الرهن الصادر من مالك يعتبر صحيحا حتى و لو زالت ملكية الراهن للعقار المرهون باثر رجعي طالما ان الدائن كان حسن النية وقت ابرام عقد الرهن.و يشترط لبقاء الرهن صحيحا شروطا ثلاثة "

أ-ان يكون الدائن المرتهن حسن النية و قت ابرام عقد الرهن أي الا يكون عالما بان ملكية الراهن مهددة بالزوال في أي وقت و باثر رجعي.

ب-ان يكون الراهن مالكا للشيء المرهون وقت انعقاد الرهن بمقتضى عقد ناقل للملكية و ليس حقا عينيا اخر و ان يكون هذا العقد قابلا للابطال باثر رجعي و ليس باطلا بطلانا مطلقا

ج-يجب ان تزول بعد الرهن ملكية الراهن للعقار المرهون باثر رجعي و تزول ملكية الراهن للعقار بعدة طرق منها ما يكون راجعا الى ابطال العقد لنقص الاهليه او لعيب في الرضا ففي هذه الحالات و غيرها تزول ملكية الراهن باثر رجعي بينما يبقى الرهن المترتب على هذه الملكية قائما و ذلك حماية للدائن حسن النية و ما على الدائن المرتهن الا ان يتخذ اجراءات نزع الملكية ضد المالك الحقيقي للعقار و ليس ضد الراهن الذ ابطل سند ملكيته.

-هـ رهن العقار الشائع :

يقصد بالملكية الشائعة هي تلك الملكية التي يتعدد فيها المالكون لعقار معين دون ان يختص كل منهم بجزء مفرز فيه فما الحكم اذا ما ترتب رهن على العقار الشائع ؟

[1] جمال الدين زكي المرجع السابق ص 195

تميز المادة 890 ق.م.ج تقابلها المادة 1039ق.م.م. بين ما اذا تم رهن هذا العقار من طرف جميع الشركاء و بين ما اذا كان الرهن صادرا من احدهم فقط .

-**الحالة الاولى** : الرهن الصادر على العقار من طرف جميع الشركاء .

تنص المادة 1/890 ق.م.ج. على انه " يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع المالكين لعقار شائع ايا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد او على بيعه لعدم امكان قسمته"

طبقا لهذه المادة يعتبر صحيحا و نافذا سواء كان ذلك قبل القسمة ام بعدها و سواء بيع العقار لاجنبي على الشركاء او بيع لاحد الرشكاء فقط. و لا يؤثر في هذا الرهن انتقال كل المال الى احد الشركاء رغم ان هذا الشريك لم يرهن عند الشيوع سوى نصيبه فقط و يبقى العقار مثقلا بالرهن حتى و لو انتقل الى مشتريه .

الحالة الثانية : الرهن الصادر من احد الشركاء على الشيوع

اهم الصور في هذه الحالة ان يرهن هذا الشريك حصته الشائعة في العقار المملوك على الشيوع و قد يرهن جزءا مفرزا يساوي حصته الشائعة في العقار المملوك على الشيوع و قد يرهن جزءا مفرزا يساوي حصته من هذا العقار و نوضح فيما يلي حكم هاتين الصورتين :

أ-رهن احد الشركاء حصته الشائعة :

اذا رهن شريك حصته الشائعة فهذا الرهن يعتبر صحيحا و ينتج جميع اثاره و مصيره يتوقف على نتيجة القسمة فاذا وقع جزء منه او كله من نصيب هذا الشريك فان الرهن يبقى قائما على ذلك الجزء الذي وقع في نصيبه و لكن اذا وقع نصيب هذا الشريك الراهن في جزء مفرز من عقار اخر كان مملوكا على الشيوع و دخل في القسمة هو الاخر فما هو الحكم ؟

هنا ورغم ان الرهن يعتبر قد وقع على ملك الغير الا ان المشرع الجزائري قد اورد حكما جديدا هو نص م 890 / 2 ق.م،ج والتي تنص على انه اذا رهن احد الشركاء حصته الشائعه في العقار او جزء مفرز من هذا العقار ثم وقع في نصيبه عند القسمة اعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبته الى الاعيان المخصصه له يقدر يعادل قيمه العقار الذي كان مرهونا

في الاصل ويبين هذا القدر بامر على عريضه ويقوم الدائن المرتهن باجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل اليه الرهن خلاله تسعين يوما من الوقت الذي يخطر فيه اي ذي شان بتسجيل القسمه،".

وعليه فاذا ما وقع في نصيب الشريك الراهن عقارا اخر سيحل العقار الجديد محل العقار المرهون وحتى يتم ذلك يتبع الدائن اجراءات معينه هي قيده للرهن الجديد حتى يحتفظ بمرتبه الرهن الاول ويتم القيد الجديد خلاله 90 يوما من الوقت الذي يخطره اي ذي شان بتسجيل القسمه فاذا لم يحصل القيد خلال هذه المده فان مرتبه الرهن لا ترجع الى تاريخ قيد الرهن الاصلي بل تحدد من تاريخ القيد الجديد.

اما اذا رهن احد الشركاء حصته الشائعه من العقار او جزء مفرز منها ثم رهن جميع الشركاء بما فيهم الشريك الراهن جميع العقار الشائع ثم قسم العقار فيما بينهم فوقع في نصيب الشريك الراهن جزء غير الجزء الذي سبق له ان رهنه فينتقل رهنه بدوره الى هذا الجزء المفرز الذي وقع في نصيبه بمقتضى القسمه طبقا لمبدا الحلول العيني، وكان له ان يحفظ بمرتبته قبل اي رهن اخر يصدر بعد ذلك لانه اسبق ،وهنا ورد استثناء من هذه القاعده طبقا لنص الماده 2/890 ق.م.ج"ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ...."

فان الرهن الصادر من احد الشركاء على الشيوع على حصة من العقار والذي انتقل الى حصه مفرزه بمقتضى القسمه يتاخر في المرتبه عن الرهن الصادر من جميع الشركاء على هذا العقار حتى ولو كان الرهن الصادر من الشريك اسبق من الرهن الصادر من جميع الشركاء ولذلك يتقدم الدائن المرتهن للعقار بمقتضى رهن صدر من جميع الشركاء على الدائن المرتهن لحصه من هذا العقار حتى ولو كان هذا الاخير اسبق في انشاء رهنه.

ثانيا – اشتراط اهليه الراهن للتصرف في العقار المرهون:

الى جانب اشتراط ملكيه الراهن للعقار المرهون تشترط الماده 884 / 2 ق.م.،ج فيه ان يكون لديه اهليه التصرف في العقار المرهون, وباعتبار ان الرهن بالنسبه للمدين الراهن يعتبر عملا من اعمال التصرف الدائره بين النفع والضرر, فان الاهليه المطلوبه فيه هي اهليه

التصرف في العقار ويكون ذلك ببلوغه سن الرشد ودون ان يحجر عليه واذا وكل المدين الراهن شخصا ليقوم له بانشاء الرهن لمصلحته فانه يشترط في هذا هذا التوكيل ان يكون خاصا أي يذكر في الوكاله انها قامت بسبب الرهن طبقا للمادة 574 ق.م.ج. , ويجب ان تكون الوكاله رسميه لان الرهن لا ينعقد الا بورقه رسميه.

اما بالنسبه للدائن المرتهن فان اللرهن الرسمي يعتبر نافعا له نفعا محضا فلا تشترط فيه اهليه.

3 – عدم توقف المدين عن الدفع:

قد يكون الراهن ممنوعا من التصرف في العقار المرهون ويكون ذلك عندما يكون الراهن تاجرا ويتوقف عن الدفع فرهن الصادر من التاجر المفلس لا يكون باطلا ولكن لا ينفذ في حق مجموعة الدائنين فلا يسري في حق الدائن السابقين على الاعسار لكن يسري في حق الدائنين التالين لهم،.

وتاريخ التوقف عن الوفاء تحدده المحكمه التي قضت بالتسويه القضائيه او يشهر الافلاس ولا يكون هذا التاريخ سابقا لصدور الحكم باكثر من 18 شهرا.

اما بالنسبه للمدين الراهن الغير تاجر فلا يحرم من ترتيب رهن الرسمي على عقار الله الا من يوم تسجيل الحجز حيث تنص م 1/385 على انه لا يجوز للمدين من يوم تسجيل الحجر ان ينقل ملكيه العقار المحجور عليه لا ان يرتب عليه حقوق عينيا والا كان تصرفه باطلا.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقه بالدين المضمون والعقار المرهون:

– اولا تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون:

فيجب اذا تعيين العقار المرهون تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه وان يرد هذا التعيين سواء في عقد الرهن الرسمي ذاته او في عقد رسمي لاحق والا بطل الرهن ويجوز ان يضع الرهن الرسمي على بعض الحقوق العينيه مثل حق الانتفاع والارتفاع وغيره بخلاف حق الاستعمال وحق السكن.

و هو ما نصت عليه الماده 886 ق.م،ج التي تقابلها المادة 1055 ق.م.م على انه لا يجوز ان ينعقد الرهن الا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك, ويجب ان يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني وان يكون معينا بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه وان يرد هذا التعيين اما في عقد الرهن ذاته او في عقد رسمي لاحق والا كان الرهن باطلا.

و بمقتضى نص الماده 887 ق.م.ج المقابلة للمادة 1036 ق.م.ج. يشتمل الرهن على ملحقات العقار المرهون والتي تعتبر عقار كحقوق الارتفاع والعقارات بالتخصيص وكذا الانشاءات التي تعود بالمنفعه للمالك, اما بالنسبه لثمار العقار المرهون فيختلف الحكم باختلاف ما اذا كان العقار المرهون لازال في ملكيه الراهن او يكون قد انتقل الى حائز.

الفرض الاول: تعتبر هذه الثمار جزء من العقار المرهون طالما بقيت متصله به لكن يزول عنها هذا الوصف متى انفصلت عنه فتكون حينئذ من حق صاحب العقار لان الرهن الرسمي لا يمنع الراهن من الانتفاع بالعين المرهونه و هو ما نصت عليه المادة 895 ق.م, ج

الفرض الثاني: اي عندما ينتقل العقار المرهون الى حائز كمشتر مثلا فطبقا للماده 930 اق.م.ج فانه ينبغي على الحائز ان يرد ثمار العقار من وقت انذاره بالدفع او التخلية، فاذا تركت الاجراءات مده ثلاث سنوات فلا يرد الثمار الا من وقت ان يوجه اليه انذار جديد ،تلحق الثمار بالعقار من وقت تنبيه نزع الملكيه اما ما يستحق منها قبل هذا التاريخ فانه يبقى من حق صاحب العقار المرهون,

- رهن المباني المقامه على ارض الغير:

و تظهر هذه الصورة عندما تكون ملكية الارض لشخص و يرخص لشخص اخر باقامة منشات عليها ففي هذه الحالة ما هو حكم الرهن الوارد على هذه المباني المقامه على ارض الغير؟ فهذه الحالة نصت الماده 889 ق.م.ج.انه يجوز لمالك المباني القائمه على ارض الغير ان يرهنها وفي هذه الحاله يكون للدائن الحق في التقدم في استيفاء الدين من ثمن

الانقاض اذا هدمت المباني ومن التعويض الذي يدفعه مالك الارض اذا استبقى المباني وفق للاحكام الالتصاق, فمصير الرهن يرتبط بمصير ملكيه الراهن لهذه المباني فاذا بقيت هذه المباني قائمه الى حين حلول اجل الدين كان للدائن التنفيذ عليها بماله من حق التقدم كما يبقى له حق التتبع اذا ما بيعت هذه المباني او انتقلت حيازتها الى شخص اخر, اما اذا اصبحت هذه المباني ملك لصاحب الارض بقي حق الدائن المرتهن في التقدم على مبلغ التعويض الذي يقدمه صاحب المبنى او ثمن الانقاض اذا هدمت هذه المباني.

اما اذا هلك العقار المرهون او اتلف انتقل الرهن الى مبلغ التعويض او مبلغ التامين المقدم وهذا قياسا على نظريه الحلول العين المنصوص عليها في الماده 900. ق.م.ج

2 – تخصيص الرهن من حيث الذين المضمون:

لا يكفي تخصيص الرهن الرسمي من حيث العقار المرهون بل يجب تخصيصه ايضا من ناحيه الدين المضمون وفقا لما نصت عليه الماده 891 ق.م.ج والتي تنص على انه "يجوز ان يترتب الرهن ضمانا لدين المعلق على شرط او دين مستقيل اودين اجمالي كما يجوز ان يترتب ضمانا لاعتماد مفتوح او لفتح حساب جاري على ان يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون او الحد الاقصى الذي ينتهي اليه هذا الدين. "

– وبمقتضى هذا النص فقد يكون الدين المضمون بالرهن معلقا على شرط واقف او فاسخ كما قد يكون دينا احتماليا او مستقبلا كفتح حساب جاري وفي هذه الحاله يتعين تحديد قيمه الدين المضمون تحديدا كافيا, فان كان الدين احتماليا وجب تحديد الحد الاقصى الذي ينتهي اليه,و يتم تحديده بمقداره او حده الاقصى كما يحدد ايضا بمصدره كان يكون عقدا او عملا غير مشروع او اثراء بلا سبب او ارادة منفردة او القانون ، و جزاء عدم تحديد الدين هو بطلان الرهن بطلانا مطلقا .

المطلب الثاني : الشروط الشكليه لانشاء الرهن الرسمي:

طبقا لنص الماده 883/ 1 ق.م.،ج فانه لا ينعقد الرهن الا بعقد رسمي او حكم او بمقتضى القانون فمن خلال هذا النص فان الرهن الرسمي يعتبر عقدا شكليا لا ينعقد الا بتوافر عناصره الموضوعيه والشكليه و جاء هذا لحمايه الراهن والمرتهن وكذا الائتمان ذاته .

و رسمية رهن العقار مقررة في القانون الفرنسي [1]فبالنسبه للراهن تعتبر الرسميه تذكيرا له بخطوره ما هو مقدم عليه فقد ينتهي بفقدانه العقار المرهون فيتريث في الامر اما بالنسبه للمرتهن فالرسميه تجعله في مامن من خطر عدم ملكيه الراهن للعقار المرهون او عدم اهليته للتصرف فيه, وبالاضافه الى ذلك تضع الرسميه في يده سندا قابلا للتنفيذ من اجل الدين دون حاجه الى حكم وكذلك اشتراط الرسميه يتطلب الائتمان ذاته وذلك بكتابه العقد كتابه صحيحه.

ويشترط في التوكيل بانشاء الرهن ان يكون ايضا بعقد رسمي طبقا لما تقضي به الماده 572 ق.م،ج والتي تشترط ان يتوافر في الوكاله الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكاله.

و الحكم نفسه اذا كنا بصدد وعد بالرهن ،ذلك ان المادة 71 ق.م.،ج فاذا اشترط القانون لتمام العقد استفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق ايضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد، وعليه يشترط في الوعد بالرهن ان يصاغ هو الاخر في شكل رسمي والا كان باطلا.

اما اذا تم الوعد بالرهن الرسمي في ورقه عرفيه فيكون الوعد باطلا للتخلف الشكل لكنه يمكن ان يكون صحيحا كاتفاق ملزم يمكن بموجبه الحكم بالتعويض على الواعد, وفي هذا المعنى يرى الفقيه السنهوري ان الوعد بالرهن الرسمي غير المفرغ في ورقه رسميه لا يكون باطلا الا بوصفه كوعد بانشاء الرهن لكن لا يكون باطلا بوصفه كاتفاق او بمثابه عقد غير معين نشا بايجاب وقبول وفق لمبدا سلطان الاراده ورتب الزاما شخصيا في ذمه الواعد ولما كان هذا الالتزام يتقرر تنفيذه عينا فلا يبقى الا التعويض يحكم به او بسقوط الاجل و حلول

[1] -ارجع قي ذلك محمد صبري السعدي / الواضح في شرح القانون المدني المرجع السابق ص 75

اجل الدين فورا ، و يجوز ان يؤخذ بحق الاختصاص على عقار من عقارات المدين و هو في ذلك يؤدي الى نتيجة قريبة من الرهن الرسمي [1].

وتكون نفقات الرهن الرسمي على الراهن طبقا للماده 883م،ج.

ويترتب على تخلف الشكل بطلان الرهن الرسمي بطلانا مطلقا ولا يتحول الى وعد بالرهن لان الوعد هو الاخر يتطلب الشكليه, ويسال الموثق مسؤوليه تقصيريه اذا لم يقم بمهمه التوثيق او ارتكب خطا وقد يسال مسؤوليه عقديه ان هو باشر العمل بوصفه كوكيل عن الطرفين.

المبحث الثاني : شهـــر الرهـــن الرسمـــــي

اشترط المشرع شهر الرهن الرسمي او ما يسمى بقيده حتى يصبح نافذا في حق الغير ويكون بموجبه حينئذ للدائن ان يستعمل حق التقدم وحق التتبع.

المطلب الاول : المقصود بقيد الرهن:

يقصد بالقيد ذلك الاجراء الذي يستهدف منه شهر الرهن حتى يكون حجه على الغير و نافذا في مواجهتهم, ويكون ذلك باطلاع هذا الغير قبل تعامله في العقار المرهون مما يثقبله من رهن رسمي فيصبح الرهن متى قيد معلوما لدى الجميع,

و يختلف القيد عن التسجيل في التسجيل يقتضي ادراج جميع البيانات المتعلقه بالعقد في السجل العقاري بينما يكتفي في القيد بادراج بيانات محدوده وارده بعقد الرهن في السجل الخاص للقيود.

فالقيد هو الطريقة التي تتبع في شهر الحقوق العينية التبعية على العقارات اما التسجيل فهو الطريقة التي تتبع في شهر التصرفات المنشئة او الناقلة للحقوق العينية الاصلية[2] و يتم القيد في مكتب الاشهار العقاري الذي يقع في دائرة اختصاصه العقار المرهون ، و اذا ورد الرهم على عدة عقارات تقع في دائرة اختصاصات مختلفة فانه لا بد من شهر كل رهن في دائرة اختصاص العقار المرهون .

---

[1] -ارجع الى عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ص 289 .

[2] -محمد صبي السعدي الواضح في شرح القانون المدني المرجع السابق ص 118

1 – المقصود بالغير عند القيد:

الغير هنا هو كل شخص يلحقه ضرر من استعمال الدائن لحق التقدم وحق التتبع فيشمل من لهم حق عيني تتبعي على العقار المرهون كدائنين الاخرين المرتهنين لنفس العقار ومن لهم حق الاختصاص على العقار المرهون والدائن المرتهن رهن حيازه العقار المرهون ومن له عليه حق امتياز والدائنون العاديون للراهن كما يشمل ايضا من لهم حقوق عينيه اصليه على العقار المرهون كالمشتري للعقار المرهون وبائع العقار المرهون الذي لم يستلم ثمنه بعد ومن له حق الانتفاع او حق الحكم او ملكيه الرقيه على هذا العقار لانهم جميعا يضارون بوجود الرهن الرسمي.

وفيما يتعلق باجراءات القيد وتجديده وشطبه والغاء الشطب واثار ذلك كله يخضع الى القوانين المتعلقه بتنظيم الاشهار العقاري لاسيما المرسوم رقم 76/ 63 المؤرخ في 3/25/ 76 المتعلق بتاسيس السجل العقاري هذا ما قررته الماده 905 ق.م.ج.

والقيد هو حق للدائن المرتهن كما يمكن لدائني الدائن حق طلب القيد باسم مدينهم ونيابه عنه شرط توافر عناصر الدعوه غير المباشره, واذا حول الحق المضمون برهن جاز للمحال له قيد الرهن باسمه كما يجوز للدائن ناقص الاهليه طلب القيد لانه نافع له نفعا محضا.

كقاعد عامه يمكن اجراء القيد من وقت نشوء الرهن الرسمي ويستوي في ذلك ان يكون الرهن اتفاقيا او قانونيا او قضائيا فتنص الماده 99 /4 من المرسوم 76 – 63 على ان اجل اجراء الشهر بالنسبه للعقود من يوم تاريخها الا ان هذا لايمنع من اجراء القيد عند الاقتضاء.

اما بالنسبه للرهن القضائي فيسري باثر رجعي اذا سبقه رهن رسمي تحفظي ممنوح من طرف القاضي فطبقا للماده 647 ق.ا.م.ا. انه يجوز للدائن الحجز تحفظيا على المنقولات الى كان حاملا لسند او كان لديه مسوغات ظاهره ويجوز له ايضا في احدى هاتين الحالتين ان يستصدر اذنا بقيد رهن حيازي على محل تجاره المدين ويجوز له اخيرا اذا كان حامل لسند ان يحصل على اذن بقيد مؤقت لرهن قضائي على عقارات مدينه.

ويبقى اجراء القيد جائزا في اي وقت طالما ان الرهن ذاته لم ينقضي بعد فاذا انقضى الرهن الرسم زال معه الحق في القيد

ويستحسن اجراء القيد بمجرد نشوء الرهن لان تاخر الدائن المرتهن في مبادرته باجراء القيد قد يؤدي الى خطر تاخره في المرتبه متى اجرى القيد دائن اخر مرتهن لنفس العقار، او قد لا يعتد بالقيد كما اذا اشترى العقار المرهون مشتر وبادر بتسجيل عقد شراء قبل ان يقيد الدائن رهنه يسقط حينئذ حق الدائن في تتبع العقار الذي بيد المشتري ويفقد الرهن بذلك قيمته.

المطلب الثاني: حوادث تعطل مفعول القيد:

قد تطرا حوادث تعطل مفعول القيد فلا يكون له اي اثر يذكر بمعنى ان القيد الذي يجريه الدائن بعد وقوع هذه الحوادث لا يعتد به ولا يرتب اي اثر, وهذه الحوادث هي تسجيل تنبيه نزع ملكيه العقار المرهون, وشهر نقل ملكيه لمصلحه الغير وموت الراهن, وشهر افلاس الراهن, اخيرا حاله اعسار المدين الراهن.

اولا: تسجيل تنبيه نزع الملكيه: ففي هذه الحالة قد يكون للمدين الراهن دائن اخر ولو كان عاديا، وقبل ان يقيد الدائن المرتهن الرهن ، قام هذا الدائن العادي بطلب التنفيذ على العقار المرهون وقام بتسجيل تنبيه بنزع الملكيه، فعندئذ لا يكون للقيد الذي يجريه الدائن المرتهن بعد ذلك اي تاثير حتى ولو كان الرهن صحيحا لان الحجز على العقار يمنع مالكه من التصرف فيه بعد ذلك.

ثانيا : شهر الملكيه لمصلحه الغير: اذا قام المدين الراهن ببيع العقار المرهون الى الغير كمشتر ثم قام هذا الغير باجراءات الشهر اللازمه . يصبح القيد الذي يجريه الدائن المرتهن لهذا العقار بعد ذلك عديم الاثر ويسقط حقه في تتبع العقار الذي انتقل الى هذا الغير.

ثالثا : موت الراهن : ان موت الراهن كقاعدة عامة لا يعتبر موت الراهن مانعا من اجراء القيد انما يمكن اتخاذه في مواجهه الورثه, ويكون نافذا غير ان هناك من يرى بان لا اثر للقيد الصادر بعد وفاه الراهن بل يتساوى جميع دائني المتوفي ولا يمتاز احدهما على الاخرين بسبب

لا حق عن الوفاه فاذا ما قيد الرهن بعد الوفاة فانه لا يعتد به في مواجهتهم ، ويرى البعض الاخر من الفقهاء منهم الفقيه السنهوري انه لا اثر لموت الراهن على اجراء القيد اذ يمكن اجراؤه بعد وفاه الراهن ويكون ساريا في مواجهه دائني المورث لان القيد لا يعدو ان يكون اجراء لشهر رهن لا غير[1]..

رابعا : تصفيه اموال المدين التاجر:

يعد القيد الصادر من المرتهن باطل وغير نافذ في حق مجموع الدائنين حتى ولو نشا الرهن صحيحا متى حكم بشهر افلاس الراهن, وكذلك لا يحتج بالقيد الصادر في فتره الريبه" الشك "وهي الفتره التي تسبق الحكم بشهر افلاس الراهن.

خامسا :اعسار المدين الراهن: لا يمكن قياس اعسار المدين على الافلاس وذلك نظرا لان نصوص الافلاس نصوص استثنائيه وردت في القانون التجاري وتطبيقها يقتصر على التاجر المفلس فقط ، ولذلك بما بما ان القيد اجراء تحفظ محض فان الرهن الصادر قبل الاعسار والذي تم قيده بعد شهر الاعسار يبقى نافذا في حق الدائنين اما الرهن المعقود بعد شهر الافلاس فيفهم منه انه قد تم بغرض محاباه احد الدائنين دون الاخرين ويعتبر اخلالا بقاعده المساواه فيما بينهم ولذلك لا يجوز الاحتجاج به في مواجهه الدائنين الاخرين.

المطلب الثالث : تخصيص القيد والتأشير على هامشه

- تخصيص القيد:

بمقتضى نص الماده 93 - 1 من المرسوم 76 - 63 المتعلق بتاسيس السجل العقاري فلكي يرتب القيد اثره القانوني يجب على طالب القيد ان يتقدم الى مكتب شهر عقد الرهن ويكون مرفقا بقائمتين تحتويان على بيانات يتعلق بعضها باطراف عقد الرهن والبعض الاخر بالدين المضمون والعقار المرهون.

[1] -محمد جمال الدين زكي المرجع السابق ص 242 .

فبالنسبة للبيانات الخاصه باطراف عقد الرهن يجب ان تحتوي القائمتان على بيانات تتعلق بكل من الراهن والمرتهن كذكر اسم كل منهما.و ساعة القيد الخ ...

اما فيما يتعلق بالبيانات التي تتعلق بتخصيص الرهن فانه بالنسبه للدين المضمون يجب ذكر هذا الدين ومصدره حتى يمكن التحقق من صحته وعدم انقضاءه ويجب تعيين مقدار الدين كاملا وميعاد استحقاقه, وبالنسبه للعقار المرهون فانه يجب تعيينه تعيينا دقيقا.

وجزاء عدم تخصيص القيد هو بطلانه او عدم الاحتجاج به على الغير, حافظ الرهون التاكد من ان القائمه يستوفين الاجراءات المطلوبه للقيد, فان تخلفت بعض البيانات الجوهريه كان له ان يرفض ايداعها.

- التاشير على هامش القيد:

التاشير على هامش القيد يهدف الى اطلاع الغير على كل ما يطرا على القيد الاصلي من تغيير بصيبه في بقائه او في مرتبته او لانتقال اثره الى دائن اخر غير الذي اجري له القيد اصلا وفي هذا المعنى تنص الماده 904/ 2 ق.م.ج على انه لا يصح التمسك تجاه الغير بتحويل حق مضمون بقيد ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون او بالاتفاق و لا التمسك كذلك بالتنازل على مرتبه القيد لمصلحه دائن اخر الا اذا حصل التاشير بذلك في هامش القيد الاصلي.

وعليه فانه متى احال الدائن المرتهن حقه المضمون بالرهن الى دائن اخر عن طريق الحواله انتقل الالتزام بكل ما يضمنه من تامينات كما تنص على ذلك الماده 243 ق.م. ج , غير انه في هذه الحاله لا يجوز التمسك بالرهن قبل الغير الا بالتاشير على هامش القيد الاصلي بهذه الحواله.

كما انه متى حل شخص حلولا قانونيا او اتفاقيا محل دائن الاصل امتد الحلول الايضا الى تامينات الحق المحال كما نصت عليه الماده 264م ج غير انه لا يجوز التمسك بهذا

الحلول قبل الغير الا اذا حصل تاشير بذلك على هامش القيد الاصلي كذلك وبمقتضى نص الماده 910 ق.م،ج.

- اثر القيد, تجديده, محوه, وابطال المحو.

1 - **اثر القيد:** تنص الماده 16 من القانون رقم 75 - 74 على انه كل حق للملكيه وكل حق عين اخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبه للغير الا من تاريخ يوم اشهارهما في مجموعات البطاقات العقاريه. ويرتب الرهن اثره منذ قيده اي من يوم ايداع القائمه لدى مكتب الرهون .

وباجراء القيد يتقدم الدائن المرتهن الافضل اي الاسبق في القيد لا الاسبق في انشاء الرهن, على غيره من الدائنين المرتهنين لنفس العقار كما يكون له حق التتبع على العقار المرهون اذا ما انتقل الى الغير, فالرهن اذن قبل قيده يكون عديم الاثر ولا يخول للدائن لا ميزه التقدم على غيره من الدائنين المرتهنين ولا ميزه التتبع اذا مانتقل العقار الى الغير واكتسب هذا الغير حقا عينيا عليه.

- تجديد القيد:

ليس للقيد اثرا دائما أي انه يبقى ساري المفعول لامد غير محدود بعد اجرءه لاول مرة انما يجب تجديده ، ذلك انه يسقط القيد اذا لم يحدد خلال عشر سنوات من يوم اجرائه وفي ذلك تنص الماده 1/96 من المرسوم التنفيذي 76 - 63 انه تحتفظ التسجيلات بالرهن والامتياز طيله عشر سنوات ابتداء من يوم تاريخها ويوقف اثرها اذا لم يتم تجديد هذه التسجيلات قبل انقضاء هذا الاجل ولذلك يجب تجديد القيد قبل انقضاء هذه المده .

وبهدف تجديد القيد الى التخلص تلقائيا من القيود التي تم الوفاء برهونها وهو يحفظ للدائن مرتبته التي تثبت له منذ اجراء القيد الاصلي فاذا لم يتم التجديد خلال هذه الفتره سقط القيد وسقطت المرتبه ايضا ويصبح حق الدائن بعدها غير نافذ في حق الغير ولا تحسب المرتبه الا منذ اجراء القيد الجديد.

و قد صدر المرسوم [1]رقم 77-47 المؤرخ في 19 فبراير المتعلق بتجديد قيود الامتياز و الرهون العقارية لفائدة بعض المؤسسات و الجماعات المحلية و جعلت مدة القيد خمسة و ثلاثين سنة بدلا من عشر سنوات.

غير ان سقوط القيد لا يعني سقوط الرهن او زواله لذا يجوز اجراء قيد جديد للرهن ، و في هذه الحالة يعتبر انه قيد مبتدا[2] ، تبدا اثاره في نفاذ الرهن على الغير من تاريخ اجرائه.

- **محو القيد:**

يقصد بمحو القيد ازالته بوجود سبب يستدعي ذلك كبطلان الدين الاصلي او انقضاء الدين المضمون او بطلان الرهن الرسمي او انقضاءه وقد يكون المحو بسبب بطلان القيد ذاته وذلك حتى يكون الغير على علم بتحويل العقار ويتم المحو بالتاشير على هامش هذا القيد بمكتب الشهر العقاري بما يفيد المحو ويتم المحو او الشطب اما برضاء الدائن المرتهن واما بحكم من القضاء.

- **المحو الرضائي:** ويتم هذا المحو برضاء الدائن المرتهن الذي يقبل في العاده محو القيد عندما يستوفي دينه بل وقد يتنازل عنه دون استيفاء ان شاء ذلك.

والمحو تصرف قانوني من جانب واحد يشترط فيه توافر عناصر التصرف القانوني بالاضافه الى افراغه في ورقه رسميه.

- **المحو القضائي:** وهو الذي يحكم به القضاء بناء على طلب ذي مصلحه في ذلك كالراهن او الغير الذي انتقل اليه العقار او دائن مرتهن متاخر في المرتبه اذا ما توفرت اسباب لذلك.

- **ابطال المحو او الشطب:** اذا انقضى الرهن او زال لاي سبب يؤدي الى ذلك كانقضاء الدين او نزول الدائن عن الرهن او لعيب في الاراده او لنقص في الاهليه اول عيب في الشكل او صدور حكم القضاء ببطلان مصدر الدين او عقد الرهن ويكون ذلك عن طريق رفع دعوى

[1] -جريدة رسمية عدد 16 بتاريخ 1977/02/19 .
[2] -محمد صبري السعدي الواضح في شرح القانون المدني المرجع السابق ص 123 .

امام محكمه موقع العقار يرفعها من يهمه هذا الالغاء ضد الراهن, ويتم ابطال المحو بالتاشير ايضا على هامش المحو بان المحو قد الغي وبذلك يعود القيد الى مرتبته الاصليه.

و يترتب على الشطب كان لم يكن و يعيد للقيد الاول اثره و يحفظ للدين مرتبته الاصلية أي يعود القيد الى الوجود باثر رجعي.

و عليه ما هو اثر هذا الابطال على القيود والتسجيلات التي وقعت بين فتره المحو والالغاء، فقد ثار الخلاف حول ذلك فمن يقول باعاده القيد الى مرتبته السابقه قبل الشطب دون اعتبار للحقوق التي ترتبت في الفتره ما بين الشطب والغاء الشطب على ان يرجع المتضرر على المسؤول عن ما اصابه من ضرر لكن بدافع توفير الثقه في نظام الشهر العقاري يتجه الفقه الحديث اذا الاخذ براي اخر يقضي باعاده القيد الى مرتبته الاصليه من ثم الغاء شطب القيد بشرط ان لا يكون الالغائه اثر رجعي بالنسبه للقيود والتسجيلات التي اجريت في الفتره ما بين المحو والغاء المحو.

المبحث الرابع : اثـــار الرهـــن الرسمـــي:

تنقسم اثار الرهن الرسمي الى قسمين: اثار الرهن في ما بين المتعاقدين وهما الراهن والمرتهن في المطلب الاول ثم اثار الرهن بالنسبه الى الغير وهو من يحوز العقار المرهون في المطلب الثاني .

المطلب الاول : اثار الرهن الرسمي في ما بين المتعاقدين:

وقد ورد النص على هذه الاثار في المواد من 894 ق.م.ج.الى المادة 903 ق.م.ج.

الفرع الاول : اثر الرهن بالنسبه الى الراهن

1 – ضمان سلامه الراهن:

طبقا لنص الماده 898 ق.م.ج فان الراهن يلتزم بضمان سلامه الرهن فيحضر عنه التعرض المادي او القانوني للعقار حيث يمنع على الراهن القيام باي عمل من شانه انقاص

قيمه العقار المرهون او التصرف فيه بما يؤدي الى التقليل من شانه كان يرتب حقا على العقار ويشهر هذا الحق قبل قيد المرتهن لرهنه.

2 – ضمان هلاك العقار المرهون او تلفه:

في حاله ماذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون او تلفه كان من حق الدائن المرتهن ان يخير بين طلب تامين كافي او يطلب استيفاء الدين حالا اي قبل حلول اجله و هو ما نصت عليه الماده 899/ 1.ق.م.ج.

اما ان كان الهلاك بسبب الدائن نفسه فانه يلزم بدفع التعويض وهذا بناء على قواعد المسؤوليه التقصيريه وينتقل الرهن حين اذن الى هذا التعويض المقدم من طرفه بناء على قاعدة الحلول العيني طبقا لاحكام المادة 900 ق.م،ج اما اذا كان الهلاك بسبب اجنبي ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تامين كان للمدين الراهن الخيار بين اسقاط اجل الدين ودفعه فورا للدائن المرتهن او تقديم تامين كافل للدائن طبقا لنص المادة 1/899.

اما اذا وقعت اعمال من شانها ان تعرض العقار المرهون للهلاك او التلف او جعله غير كاف للضمان كان يقوم مستاجر العقار المرهون باحداث تغيير في العقار المرهون من شانه انقاص قيمته جاز للدائن رفع دعوى لوقف مثل هذه الاعمال او اتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع مثل هذا الضرر المادة 899 /1 ق.م.ج.

واذا هلك العقار لاي سبب كان وترتب على هذا الهلاك دفع تعويض مقابل له سواء كان هذا التعويض المقدم من طرف المتسبب فيه ام كان هو مبلغ التامين فان هذا التعويض يحل حلولا عينيا محل العقاري المرهون وينتقل حق الدائن المرتهن الى هذا التعويض الذي يباشر عليه حقه في التقدم طبقا للمادة 900 ق.م ج.

3 – سلطه الراهن في التصرف في العقار المرهون:

ان الدائن المرتهن بمجرد قيد رهنه لا تسري عليه التصرفات الخاضعه للتسجيل والتي يقدم عليها الراهن بعد القيد فيكون للراهن حق التصرف في العقار المرهون وكذا حق استعماله واستغلاله طالما ان تصرفه هذا لا يؤثر في حق الدائن المرتهن الذي يكون قد قيد حقه قبل شهر تصرف الراهن و هو مانصت عليه المادة 894 ق.م ج.

4 – سلطة الراهن في اداره العقار المرهون:

على اعتبار ان الراهن يبقى حائزا للعقار المرهون فان له الحق في ادارته و قبض ثماره و له الحق كذلك في استغلاله و لكن ينتهي حق الراهن في قبض ثماره من تاريخ تنبيه نزع الملكية و تلحق الثمار بالعقار حينئذ .

– ايجار العقار المرهون:

ان الايجار الذي تزيد مدته عن 12 سنه لا يكون حجه على الغير الا منذ شهره طبقا للماده 17 من الامر رقم 75 – 74 كذلك فان الايجار الذي تزيد مدته على تسع سنوات يجب لنفاذه في مواجهه الدائن المرتهن ان يكون قد سجل قبل قيد الرهن فاذا لم يكن مسجلا وكان له تاريخ ثابت وسابق على تسجيل تنبيه نزع الملكيه لايسري في حق الدائن المرتهن الا لمده تسع سنوات فقط م 2/896 و تبدا هذه المده منذ بدء سريان عقد الايجار اما بالنسبه للايجار غير الثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكيه او تم بعد تسجيل التنبيه, ولم تعجل فيه الاجره فلا يكون نافذا الا اذا كان في حدود اعمال الاداره الحسنه اي في حدود مده قصيره ومعقوله كسنة مثلا م 1/896 ق.م.ج

2 – قبض اجرة العقار المرهون او حوالتها مقدما:

اما فيما يتعلق بتعجيل الاجره او تحويلها فهذا يعتبر مساسا بحق الدائن المرتهن عندما يقبض الراهن الاجرة عن مدة لاحقه لتسجيل تنبيه نزع الملكيه ، ولان حق الدائن يكون قد تعلق بها ومع ذلك وبمقتضى الماده 2/897 فان المخالصه بالاجره او الحوالة بها مقدما لمده تزيد على ثلاث سنوات يجب ان تكون نافذه في حق الدائن المرتهن, و ان تكون مسجله قبل قيد

الرهن حتى يعلم بها الدائن المرتهن والا انقصت المده الى ثلاث سنوات فقط بشرط ان تكون ثابته التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكيه, اما ان كانت المخالصه بالاجره او تحويلها لمده لا تزيد عن ثلاث سنوات فلا يشترط تسجيلها وان كان يشترط فيها ان تكون ثابته التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكيه 897/ 1 ق.م.ج.

الفرع الثاني : اثر الرهن بالنسبه للدائن المرتهن:

قد يتقدم الدائن المرتهن للمطالبه بدينه بوصفه دائن عادي فيسقط حقه في التقدم ويتساوى في ذلك مع باقي الدائنين الاخرين العاديين ويكون له التنفيذ على جميع اموال المدين اما اذا تقدم في المطالبه بذينه بوصفه كدائن مرتهن فيبقى له الحق في التقدم في التنفيذ على العقار المرهون ببيعه واستفاء حقه من ثمنه لكن لا يجوز له حيازته او تملكه اذا لم يف المدين بالدين سواء كان الراهن هو المدين نفسه او كان شخصا اخر كالكفيل العيني ولا يحتاج الداء بغرض التنفيذ الى حكم بل يبدا في التنفيذ بموجب الورقه الرسميه التي هي مذبلة بالصيغه التنفيذيه, اما اذا كان الراهن كفيل عيني كان مسؤولا عن الدين في حدود العقار الذي رهنه فقط ولا يمكن للكفيل العيني ان يدفع بتجريد المدين اولا قبل التنفيذ على ماله المرهون مالم يرد اتفاق يخالف ذلك وهذا طبقا للماده 901 ق.م.ج .

المطلب الثالث : اثار الرهن الرسمي بالنسبه للغير:

الفرع الاول : حق التقدم:

خول المشرع للدائن المرتهن حق التقدم على الدائنين الاخرين في استفاء حقه من العقار المرهون باحكام المواد من907 الى 910 ق،م،ج ، وميزه التقدم تقتضي وجود التنازع بين الدائن المرتهن ودائنين اخرين للمدين، و حتى يستعمل الدائن المرتهن هذا الحق يجب عليه ان يكون قد قيد رهنه كما راينا وبدونه لا يكون الرهن نافذا في مواجهه الغير, والحق الذي يستوفيه الدائم بمقتضى حق التقدم هو المبلغ المذكور في القيد اي هو اصل الدين وملحقاته ومصروفات القيد والتجديد المادة 909 ويباشر الحق في التقدم على ثمن العقار المرهون

وملحقاته كحقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات وثمار العقار بعد تسجيل تنبيه نزع الملكيه.

- استعمال حق التقدم عند تزاحم الدائنين:

يتقدم الدائن المرتهن في استيفاء حقه على الدائنين العاديين جميعا من ثمن العقار المرهون بغض النظر عن تاريخ ديونهم بشرط ان يكون قد قيد رهنه.

واذا تعدد الدائنون المرتهنون لنفس العقار تقدم في المرتبه من قيد اولا فيكون ترتيبهم على حسب ترتيب قيودهم بغض النظر عن تاريخ عقد الرهن وتحدد مرتبه كل منهم بحسب ساعه قيده المادة 907 ق.م،ج.

اما بالنسبه للدائنين الغير المرتهنين والذين لهم حق من حقوق الامتياز العامه التي تقع على العقارات وهي امتياز المصاريف القضائيه المادة 990 والمبالغ المستحقه للخزينه العامه المادة 991 والاجور المادة 993 هذه الحقوق لا يجب فيها الشهر ولا حق التتبع وتكون اسبق في المرتبه قبل اي حق امتياز اخر او حق رهن رسمي مهما كان تاريخ قيده طبقا لنص الماده 986 ق.م.ج..

اما بالنسبه للمبالغ المستحقه للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد لهم باقامه بنائات او منشات اخرى المنصوص عليهم في الماده 1000, فيتقدمون على كل الرهون الرسميه حتى ولو كانت سابقه في القيد لكنه لا يسري الا بنسبه مقدار زياده القيمه التي حققته الاشغال اللاحقة لقيده نظرا لانتفاع جميع الدائنين بهذه الاشغال لذا كان من العدل ان يتمتعوا بالافضليه بمقدار ما زاد من من قيمته الماده 887 و يجب قيد حق الامتياز هذا وتكون مرتبته من تاريخ قيده.

وبالنسبه للامتياز الخاص العقاري لبائع العقار والشريك المتقاسم فيتقدم على الرهن الرسمي اذا حصل قيده في المعاد القانوني وهو ميعاد شهرين من تاريخ البيع او القسمه

وتحسب مرتبه الامتياز هاته من تاريخ البيع بالنسبه لبائع العقار او تاريخ القسم بالنسبه للشريك المتقاسم المواد 999 – 1001.

فاذا لم يتم قيدها خلال مده شهرين تحول حق امتياز البائع او الشريك الى رهن رسمي بسيط ولا ياخذ ترتيبه حينئذ الا من يوم قيده المادة 3/999..

– النزول عن مرتبه الرهن:

بمقتضى الماده 910 ق.م,ج متى تعددت الرهون المقيده على عقار واحد كان بامكان الدائن المرتهن المتقدم في المرتبه ان ينزل عن مرتبته لمصلحه دائن اخر متاخرا عنه في المرتبه فيصبح هذا الاخير متقدما بينما يحل المتنازل في مرتبته المتاخره وقد قيد المشرع هذا التنازل بعده قيود ورد ذكرها في الماده 910 وهي ان يكون النزول في حدود قيمه الدين المتنازل عن مرتبته حتى ولو كان الرهن المتاخر يضمن دينا اكبر, كذلك يجوز التمسك قبل الدائن المتنازل له بجميع اوجه الدفع التي يجوز التمسك بها اتجاه الدائن المتنازل حتى وقت حصول التنازل كالدفع ببطلان الدين او انقضائه.

الفرع الثاني : حق التتبع:

ورد النص عليه في المواد من 911 الى 914 ق،م،ج

قد يخرج العقار من ذمه المالك الى الغير كما لو بيع العقار المرهون بعد القيد الى مشتر فينتقل اليه هذا العقار مثقل بحق الرهن فيكون حينئذ من حق الدائن المرتهن ان يتخذ اجراءات التنفيذ على هذا العقار ليستوفي حقه من ثمنه.ويسمى المالك الجديد للعقار في التشريع و الفقه "بالحائز"

وحق التتبع هو التنفيذ على المال المرهون الذي بين يديه الحائز الذي الت اليه ملكيته ينفذ عليه الدائن المرتهن الا اذا اختار الحائز ان يدفع الدين او ان يطهر العقار المرهون او يتخلى عنه وفي ذلك تنص الماده 1/911 "يجوز للدائن المرتهن عند حلول اجل الدين ان يقوم بنزع

ملكيه العقار المرهون من يد الحائز لهذا العقار الا اذا اختار الحائز ان يقضي الدين او يطهر العقار من الرهن او يتخلى عنه" .

اما اذا ظلت الملكية للراهن فلا حاجة لحق التتبع و يكون حق المرتهم في التقد كافيا لاستيفاء حقه.واذا كان انتقال ملكية العقار المرهون لا يحرم الدائن المرتهن من حقوقه على العقار الا ان الحائز له سلطات بالنسبة للدائن المرتهن .

1 – تعريف الحائز وشروطه:

يقصد بالحائز في الرهن الرسمي هو من انتقلت اليه باي سبب من اسباب نقل الملكية ملكيه العقار المرهون او اي حق عين اخر قابل للرهن دون ان يكون مسؤول مسؤوليه شخصيه عن الدين المضمون بالرهن 911 /2 ق.م،ج وبمقتضى هذا التعريف يجب ان تتوافر في الحائز الشروط الاتيه:

اولا: ان يكتسب ملكيه العقار المرهون وذلك باي سبب من اسباب كسب الملكيه ويخرج من وصف الحائز المستاجر لانه ليس له سوى حقوق شخصيه قبل المؤجر وكذلك من له حق الاستعمال او حق السكن لانه لا يجوز بيعه بالمزاد العلني كما لا يجوز رهن حق الارتفاع لانه لا يجوز بيعه منفصلا عن العقار المرهون.

ثانيا: ان لا يكون الحائز مسؤولا مسؤوليه شخصيه عن الدين المضمون بالرهن ، فلا يعتبر حائزا كل من المدين والكفيل الشخصي او العين متى انتقلت اليهم ملكية العقار المرهون لانهم مسؤولون عن الدين في اموالهم فلا يجوز لهم تطهير العقار.

ثالثا: ان يكتسب الحائز الحق بعد قيق الرهن وقبل تسجيل التنبيه بنزع الملكيه.

2 – سلطه الحائز على العقار قبل الحجز:

يبقى للحائز جميع السلطات التي كان يتمتع بها الراهن على عقاره فيبقى له الحق في استعمال واستغلال العقار المرهون وكذا التصرف فيه ، غير ان سلطته على العقار تتقيد بالرهن الذي يثقل العقار المرهون.

3 – اجراءات التتبع: حتى ينفذ الدائن المرتهن على العقار المرهون في يدي الحائز يجب ان يكون اجل الدين قد حل المادة 911/ 1, واجراءات التتبع هي عباره عن اجراءات نزع الملكيه وتتم اولا بالتنبيه على المدين وانذار الحائز ثم تسجيل كل من التنبيه والانذار الا اذا فضل الحائز قضاء الدين اوتطهير العقار او تخليته عنه.

4 – اثر حق التتبع بعد الحجز:

يفقد الحائز حق التصرف في العقار المرهون بعد الحجز عليه وليس له ان يجري اي او يرتب عليه حينئذ اي حق عيني, وتلحق بالعقار ثماره وبمجرد رسو المزاد يرتب بيع العقار المرهون اثار من حيث كونه يجرد صاحبه من ملكيه العقار من يوم رسو المزاد وشهر حكم رسو المزاد وبيع العقار بهذه الطريقه يطهر العقار من الرهون التي كانت عالقه به. ولا يجوز للحائز ان طالب الدائن المرتهن حينئذ الا بمقدار زياده القيمه بسبب المصاريف الضروريه والنافعه التي صرفها على العقار كما يكون الغير مسؤولا تجاه المرتهن عما سببه من انخفاض في قيمه الشيء المرهون بخطئه.

– دفع الحائز لحق التتبع:

اذا كان الحائز يستطيع ابداء دفوعه في الدعوى التي يرفعها الدائن عليه ، فله كذلك ان يوجه دفوعه في دعوى يرفعها من جهته على هذا الدائن او في صورة اعتراض على الانذار الذي يوجهه الدائن اليه كمقدمة لاجراء التنفيذ و ذلك قبل الانتهاء من اجراءات نزع الملكية [1].

وللحائز ان يحتج في مواجهه الدائن المرتهن بالدفوع الخاصه به مثلا كان يحتج بان القيد لم يتم الا بعد انتقال الملكية اليه او بان القيد كان باطلا او لم يجدد في ميعاده او بانه قد

[1] -محمد صبري السعدي المرجع السابق ص 155.

شطب كذلك له ان يحتج بالدفوع الخاصة بالراهن مثل بطلان الدين المضمون بالرهن او انقضائه... الخ.

اما اذا كان الدين ثابتا بحكم صدر على المدين قبل تسجيل سند الحائز فيكون هذا الحكم حجه على الحائز وليس له حين اذا سوى التمسك بالدفوع التي يستطيع المدين نفسه التمسك بها بعد صدور الحكم مثل الدفع بانقضاء الدين بسبب لاحق على صدور الحكم كانقضائه بالتقادم او المقاصة, اما اذا صدر الحكم بالدين على المدين بعد تسجيل سند الحائز لم يكن هذا الحكم حجه على الحائز ما لم يشترك في الدعوى ولا بد من اختصام الحائز مع المدين فان اختصم الحائز في الدعوى او تدخل فيها فانه يصبح بذلك طرفا فيها ويكون له ان يتمسك بجميع الدفوع التي يمكن للمدين ان يحتج بها, فان لم يختصم الحائز في الدعوى ولم يتدخل فيها فلا يكون الحكم الصادر على المدين حجه عليه ويكون له بالتالي ان يتمسك بجميع الدفوع التي كان للمدين ان يتمسك بها حتى ولم يعد في امكان المدين التمسك بها المادة 924 ق.م،ج.

فاذا لم يفلح الحائز في اي من هذه الدفوع وحل اجل التنفيذ على العقار كان له ان يخير بين قضاء الدين او تطهير العقار او التخلي عنه والا تحمل اجراء نزع الملكيه و هو ما جاءت به الماده 911 / 1 يجوز للدائن المرتهن عند حلول اجل الدين ان يقوم بنزع ملكيه العقار المرهون من يد الحائز لهذا العقار الا اذا اختار الحائز ان يقضي الدين او يطهر العقار من الرهون او يتخلى عنه ونتطرق لهذه الخيارات.

-اولا : قضاء الدين:

قد يشتري الحائز عقارا بثمن يفوق قيمة الديون التي يضمنها الرهن او يساويها و لم يكن قد دفع الثمن للبائع فاذا وفى بالديون يخلص العقار من الرهن و يجنب الحائز اجراءات تزع الملكية دون ان يخسر شيئا [1] فبقضائه الدين يكون قد وفى بالثمن وبالدين معا, او عندما

[1] -ارجع في ذلك الى عبد المنعم البدراوب التامينات العينية طبعة اولى الناشر مكتبة عبد الله وهبة القاهرة ص131 الى138

يكون هناك عقار اخر يضمن الدين فيحل الحائز الذي قضى الدين محل الدائن في الانتفاع بهذا الضمان وقضاء الدين قد يكون اختياريا للحائز وقد يكون اجباريا.

و تنص الماده 912 ق.م،ج انه "يجوز للحائز عند حلول الدين المضمون بالرهن ان يقضيه هو وملحقاته بما في ذلك مصاريف الاجراءات من وقت انذاره ويبقى حقه قائما الى رسو المزاد وله في هذه الحاله ان يرجع بكل ما يوفيه على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون ، كما يجوز له ان يحل محل الدائن الذي استوفى الدين في ما له حقوق الا ما كان منها متعلقا بتامينات قدمها شخص اخر غير المدين".

- الوفاء الاختياري للدين:

يكون الوفاء اختياريا للحائز عندما لا يكون في ذمته مبلغ مستحق الاداء كثمن للعقار المرهون الذي اشتراه, فاذا فضل الحائز قضاء الدين المضمون بالرهن فانه في هذه الحاله يلتزم بقضاء كل الدين المضمون بالرهن وملحقاته ومصروفات العقد والقيد والتجديد ومن ثم قضاء الدين بهذه الصوره كان من حق الحائز ان يطلب تخليص العقار من القيود التي تثقله المادة 3/914 ق.م،ج ، كما يكون له الحق في الرجوع على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون بما وفاه او الحلول محل الدائن مرتبته, غير انه وخلافا للقواعد العامه في الحلول طبقا للمادة 264 ق.م،ج ، لا يجوز له ان يحل في التامينات التي يكون قد قدمها شخص اخر غير المدين ككفيل مثلا حيث لا يحل الحائز محل الدائن في الرجوع عليه.

1-رجوع الحائز بما وفى

ويرجع الحائز الذي وفى الدين بما وفى اما على المدين واما على من تلقى عنه ملكيه العقار المرهون ويتم الرجوع باحدى الدعاوى الاتيه:

1 - دعوى الاثراء بلا سبب ويرجع بها على المدينه بمقدارما اغتنى هذا الاخير بسبب قضاء الدين عنه و هذا طبقا لقواعد الاسراء بلا سبب .

2 – دعوى الضمان فللحائز الذي قام بقضاء دين الدائن المرتهن الرجوع على المالك السابق سواء كان هو المدين او غيره بدعوى الضمان باعتباره مشتريا طبقا لقواعد احكام الضمان في عقد البيع على اساس ان ما يؤديه هو مما يتوقى به استحقاق المبيع طبقا لاحكام المادة 374 ق.م.ج ، اما في حالة كسب الحائز العقار عن طريق عن طريق الهبة او الوضية فلا يحق له الرجوع بالضمان على الواهب او ورثة الموصي [1] .

3 – دعوى الحلول ويكون ذلك بحلول الحائز محل الدائن الذي استوفى الدين في ماله من حقوق وتامينات قدمها المدين بخلاف التامينات التي قدمها شخص اخر غير المدين المادة 912 ق.م.ج.كما اذا كان كفيل شخصيا او عينيا، وهذا بخلاف الكفيل الذي يمكنه الرجوع على الحائز ان هو وفى بالدين وحل محل الدائن في الرهن, اما الحائز فلا يرجع على الكفيل ان هو وفاء بالدين وذلك لان الكفيل كان قد اعتمد على العقار المرهون عند الرجوع على المدين.

– رجوع الحائز على حائز اخر:

اذا كانت هناك عده عقارات ضامنة كلها لنفس الدين وبيع كل منها الى حائز فطبقا للمادة 266 ق.م.ج.فان للحائز الذي يوفي بكامل الدين الحلول محل الدائن والرجوع على كل حائز عقار اخر لكنه استثناءا من مبدا الحلول فانه لا يرجع الا بمقدار حصة هذا الحائز الاخر اي بنسبه قيمه عقاره الى العقارات الاخرى .

الوفاء الاجباري للدين:

يجبر الحائز على الوفاء بالدين في حالتين ورود النص عليها في الماده 914 ق.م،ج وهما:

– **الحاله الاولى:** اذا كان في ذمه الحائز بسبب امتلاك العقار المرهون مبلغ مستحق الاداء حالا يكفي لوفاء جميع الدائنين المقيده حقوقهم على العقار فلكل من هؤلاء الدائنين ان يجبره على الوفاء بحقه شرط ان يكون سند ملكيته قد سجل.

[1] -محمد صبري السعدي المرجع السابق ص 162

– **الحاله الثانيه:** وهي عندما يكون الدين الذي في ذمه الحائز غير مستحق الاداء حالا او كان اقل من الديون المستحقه للدائنين, او مغايرا لها جاز للدائنين اذا اتفقوا جميعا ان يطالبوا الحائز بدفع ما في ذمته بقدر ما هو مستحق لهم ، ويكون الدفع طبقا للشروط التي التزم بها الحائز في اصل تعهده ان يدفع بمقتضاها وفي الاجل المتفق على الدفع فيه .وفي كلتا الحالتين لا يجوز للحائز ان يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخليته عن العقار ولكن ان وفى لهم فان العقار يعتبر خالصا من كل رهن ويكون للحائز الحق في طلب الشطب ما على العقار من القيود.

ثانيا : تطهير العقار

لحائز العقار ان يعرض تطهير العقار في اي وقت وحتى قبل حلول اجل الدين اي يعرض قيمه العقار على الدائن واعذارهم اما بقبول العرض او طلب بيعه في المزاد العلني, والتطهير مقرر لمصلحه كل من من الحائز والمدين الراهن وكذا الدائن المرتهن ، فبالنسبه للحائز من مصلحته تطهير العقار خصوصا متى كان الدين المطلوب اكبر من قيمه العقار الحقيقيه فيخلص عقاره دون حاجه الى دفع كل الدين المضمون بالرهن .

اما بالنسبه للمدين الراهن فهو يسهل التعامل على عقاره المرهون و بخصوص الدائن المرتهن فهو بهذه الطريقه يحصل على قيمه العقار دون ان يمر باجراءات نزع الملكيه المعقده والطويله .

ولا يقوم بالتطهير الا من ينطبق عليه وصف الحائز اي من انتقلت اليه ملكيه العقار المرهون او اي حق عين اخر مما يجوز بيعه بالمزاد العلني ويشرع في التطهير بمجرد ان تتوافر في الشخص صفه الحائز بغض النظر عما اذا كانت الديون المضمونه بالرهن قد حل اجلها ام لم يحل بعد ويظل حق الحائز قائما في التطهير حتى يوم ايداع قائمه شروط البيع و هو ما نصت عليه المادة 915 /3 ق.م.ج.

–أ: **اجراءات التطهير** وقد ورد النص على هذه الاجراءات في المواد 916 الى 918 ق.م.ج

و تبدا اجراءات التطهير بان يقدم الحائز للدائنين المقيدة حقوقهم قبل اكتسابه صفة الحائز عرضا مبدئيا فيه استعداده بان يوفي في الحال بقيمة العقار التي يقدرها بصرف النظر عن الثمن الذي اشترى به العقار ان كان مشتريا على الاقل ما يعرضه عما بقي في ذمته من ثمن العقار .[1]

ب: اثار التطهير: يؤدي تطهير العقار الى تخليصه من الرهون او الامتيازات التي كانت تثقله حتى ولو كان حق المالك (الحائز) معلقا على شرط فاسخ وتحقق هذا الشرط حيث تنص الماده 934 ق.م،ج انه " اذا تمت اجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمي نهائيا ولو زالت لاي سبب من الاسباب ملكيه الحائز الذي طهر العقار "ينتقل حين اذ حق الدائنين المرتهنين الى الثمن الذي يوزع في ما بينهم حسب ترتيب قيودهم.

وتختلف اثار التطهير باختلاف ما اذا قبل الدائنون العرض المقدم من طرف الحائز ام رفضوا هذا العرض.

– **حاله قبول العرض**: متى قبل الدائنون العرض المقدم من قبل الحائز التزم هذا الاخير بدفعه كما يسال شخصيا في امواله الاخرى وحينئذ تستقر ملكيه العقار للحائز مطهرة من القيود متى ما دفع المبلغ المعروض, و تتقسم قيمة العقار على الدائنين حسب درجة قيودهم .وعلى هذا وتنص الماده 921 ق.م.ج.

– **حاله رفض العرض** وبيع العقار بالمزاد العلني: اذا رفض الدائنون العرض المقدم من طرف الحائز وجب ان يكون ذلك خلال مدة 60 يوما من اخر اعلان رسمي المادة 918م،ج وفي حاله الرفض يتعين على الدائن المقيد او الكفيل الرافض ان يودع خزانه المحكمه مبلغا كافيا لتغطيه مصاريف البيع بالمزاد ولا يجوز له ان يستردها ما لم يرس المزاد بثمن اعلى من الذي عرضه الحائز 919/ 1 ويكون الرفض بواسطه طلب بيع العقار يوجه للحائز يوقعه الطالب او

[1] -محمد صبري السعدي المرجع السابق المرجع السابق ص 172.

من يوكله بتوكيل خاص.المادة 919 / 1 و لا يتنحى عن طلبه الا بموافقة جميع الدائنين و الكفلاء المادة 2/919

فاذا لم يعرض مبلغ اكبر من الذي عرضه الحائز بقي العقار وتثبت حقوقه في ملكيه العقار حينئذ ولا يحتاج الى اجراء شهر جديد كما يحتفظ بالثمار.

اما اذا رسى المزاد على شخص اخر غير الحائز انتقلت اليه ملكيه العقار المرهون على ان يدفع العطاء الذي تقدم به وكذلك المصاريف التي انفقها الحائز في سند ملكيته وفي تسجيل هذا السند.

ثالثا : تخليه العقار المرهون:

يقصد بالتخلية ترك حيازه العقار الماديه ووضعه تحت يد حارس او امين تعينه المحكمه على ان تتم اجراءات نزع الملكيه ضد هذا الشخص ويشترط في من يريد تخليه العقار الا ان يكون مسؤولا عن الدين المضمون شخصيا كما يجب ان يكون اهلا للتصرف وعليه يكون للحائز والكفيل العيني ان يتخلى عن العقار المرهون لان كلا منهما غير مسؤولا شخصيا عن الدين،بينما لا يجوز للمدين و لا الكفيل اذا اشترى العقار ان يتخلى عنه لانه مسؤول شخصيا عن الدين ولا تكون التخلية الا في جانبها المادي فالعقار يبقى مملوك لصاحبه وذلك حتى يتخلص مالكه من اجراءات التنفيذ على هذا العقار.

وتتم اجراءات التخليص بتقرير يقدمه الحائز امام قلم كتاب محكمه العقار ويؤشر به على هامش تسجيل تنبيه نزع الملكيه ويعلن الدائن المباشر للاجراءات بالتخلية في ظرف خمسه ايام من وقت التقرير بها ولكل ذي مصلحه طلب تعيين حارس حتى تتخذ في مواجهه اجراءات نزع الملكيه.

رابعا – تحمل اجراءات نزع الملكيه:

تنص الماده 923 ق.م،ج اذا لم يختر الحائز ان يقضي الديون المقيده او يطهر العقار من الرهن او يتخلى عن هذا العقار, فلا يجوز للدائن المرتهن ان يتخذ في مواجهته نزع الملكيه وفقا للاحكام قانون الاجراءات المدنيه الا بعد انذاره بدفع الدين المستحق او تخلية العقار ويكون الانذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكيه او مع هذا التنبيه في وقت واحد" وبمقتضى هذا النص فانه متى لم يؤدي الحائز الديون ولم يطهر العقار المرهون ولم يتخلى عنه كان من حق الدائن المرتهنين اتخاذ الاجراءات اللازمه لبيع العقار وفقا لقانون الاجراءات المدنيه.بعد التنبيه اولا على المدين بنزع الملكية ثم انذار الحائز بدفع الدين المستحق او تخلية العقار ويجوز ان يقع كل من التنبيه والانذار في وقت واحد.

وللحائز ان يعارض في الانذار الموجه اليه اثناء اجراءات نزع الملكيه ويكون ذلك بالتمسك بالدفوع الخاصه به هو كالدفع ببطلان القيد او انقضاءه وللحائز ايضا ان يدفع بان ببطلان الرهن او انقضائه او ببطلان الدين المضمون او انه تم الوفاء ب هاو انه لم يحل اجله .

ومتى عرض العقار للبيع كان من حق الحائز الدخول في المزاد على الا بعرض فيه ثمن اقل من الباقي في ذمته من ثمن العقار الجاري بيعه المادة 925 ق.م،ج.

اما اذا رسى المزاد على شخص اخر غير الحائز انتقلت اليه ملكيه العقار بموجب حكم مرسي المزاد 927.ق.م.ج. وللحائز ان يطالب بالمصروفات الضرورية التي انفقها على العقار.

المبحث الخامس : انقضــاء الرهــن الرسمـــي

ينقضي الرهن الرسمي اما بصفه تبعيه اي بانقضاء الدين المضمون به واما بصفه تبعيه.

المطلب الأول: انقضاء الرهن بصفه تبعيه.

كما راينا فان كل من الكفالة والرهن الرسمي لهم خاصية التبعية أي انهما عقد تابع بمعنى انه لا ينشا الا لضمان دين معين فهو يتبعه في نشوءه و في انقضائه كما تنص على ذلك

الماده 893 /1" لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون بل يكون تابعا له في صحته وانقضائه ما لم ينص القانون على غير ذلك "

كما تنص المادة 933 ق.م.ج. على انه" ينقضي حق الرهن الرسم بانقضاء الدين المضمون ويعود معه الى زال السبب الذي انقضى به الدين دون اخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن نيه كسبها في الفتره ما بين انقضاء الحق وعودته ".

و عليه فانه متى انقضى الدين المضمون بسبب من اسباب انقطاع الالتزام وهي الوفاء والوفاء بمقابل والتجديد والمقاصة وانقضاء الذمه والابراء واستحاله التنفيذ والتقادم انقضى معه الرهن ايضا ولكن يشترط ان يكون الدين قد ينقضى بصفه نهائيه والا بقي الرهن ضامنا للوفاء بما تبقى من الدين وهذا نظرا لخاصيه عدم قابليه الرهن للتجزئه والتي سبق ان رايناها.

غير انه بمقتضى الماده 933 ق.م،ج فانه متى زال السبب الذي ادى الى انقضاء الدين المضمون كان انقضى هذا الدين بالوفاء او بالابراء مثلا ثم قضي بابطال الوفاء او بابطال الابراء لعيب في الاراده او لنقص في الاهليه عاد الدين من جديد ويعود الرهن معه ايضا لكن دون اخلال بما يكسبه الغير من حقوق على العقار المرهون في الفتره ما بين انقضاء الرهن وعودته متى تم شهره كترتيب رهن مثلا خلال هذه الفتره بشرط ان يكون الغير الذي اكتسب هذا الحق حسن النيه حيث يتقدم الدائن المرتهن الجديد عن االدائن المرتهن القديم.

و ينقضي ايضا الرهن بصفه تبعية عندما يزول الدين المضمون به كما اذا كان هذا الدين باطلا او كان قابلا للابطال ثم ابطله من كان له الحق في ابطاله حيث يبطل الدين ومعه الرهن ايضا كما ينقضي الرهن ايضا بصفه تبعية عندما يفسخ الالتزام المضمون او يكون معلقا على شرط فاسخ ثم تحقق الشرط.

المطلب الثاني : انقضاء الرهن بصفه اصليه:

قد ينقضي الرهن بصفه اصلية أي مستقلة عن الدين المضمون به اي دون انقضاء هذا الدين ويكون ذلك بالنزول عن الرهن, وتطهير العقار المرهون وهلاك العقار المرهون واتحاذ

الذمه و انقضاء الرهن بالتقادم مستقلا عن الدين المضمون به ونستعرض في ما يلي هذه الحالات:

-أ النزول عن الرهن:

اذا تنازل الدائن عن الرهن لا يعتبر ذلك نزولا عن الدين المضمون على اعتبار ان الدائن اذا تنازل عن الدين المضمون ينقضى الرهن بصفه تبعية لا اصلية و يكون النزول اما صراحه او ضمنا و لا يستلزم النزول عن الرهن شكلا خاصا به بخلاف شطب الرهن الذي يستلزم افراغه في الشكل الرسمي والنزول عن الرهن يعتبر تصرفا من جانب واحد لا يتطلب سوى ارادة الدائن المرتهن ولا يشترط فيه قبول الراهن غير انه يستلزم لصحته توافر اهليه التبرع لدى الدائن المرتهن لانه يعتبر تبرعا.

و يختلف النزول عن الرهن عن التنازل عن مرتبة الرهن حيث راينا ان الدائن المتنازل لا يفقد رهنه وانما يتاخر في مرتبه الرهن لمصلحه دائم اخر يحل مكانه.

ب- تطهير العقار:

ان تطهير العقار يحرر العقار المرهون من الرهن حيث ينتقل حق الدائن المرتهن الى المبلغ الذي قوم به العقار حتى ينفذ عليه كل بحسب مرتبة رهنه او بايداعه خزانه المحكمه وينقذ الرهن حتى ولو زالت لاي سبب من الاسباب ملكيه الحائز الذي طهر العقار 934م،ج.

و ينقضي كذلك الرهن عند بيع العقار المرهون بالمزاد العلني سواء كان ذلك في مواجهه مالك العقار او الحائز او الحارس الذي سلم اليه العقار عند التخليه متى تم ايداع الثمن الذي رسى به المزاد خزانه المحكمه او سلم الى الدائنين المقيده حقوقهم لاستفائها منه الماده 936.

ج: هلاك العقار المرهون:

ان هلاك العقار المرهون كليه مثل احتراقه او نزع ملكيته للمنفعه العامه يؤدي الى انقضاء الرهن ، واذا كان هلاك العقار المرهون بسبب الراهن كان للدائن الخيار بين طلب تامين كاف

او استيفاء حقه فورا 839 /1 ق.م،ج , اما اذا كان الهلاك بسبب اجنبي لايد للراهن فيه فيكون للمدين الخيار بين ان يقدم تامينا كافيا او يوفي الدين فورا 899 ق.م.ج. وان كان الهلاك بسبب الحائز كان مسؤولا شخصيا عن التعويض لما سببه من تلف للعقار 932 ق.م.ج وفي جميع الحالات ينتقل الرهن بمرتبته الى مبلغ التعويض او مبلغ التامين او الثمن المقدم مقابل نزع الملكيه للمنفعه العامه وهذا طبقا لقاعدة الحلول العيني 900 ق.م،ج.

د- اتحاد الذمه:

ويكون كما اذا الت ملكيه العقار المرهون الى الدائن المرتهن ياي سبب من الاسباب كان يشتري دائن المرتهن العقار المرهون او يرث هذا العقار او يوصى له به او يرسو عليه المزاد, وبذلك تتحد الذمه وينقضي الرهن الرسمي بصفة اصليه اما اذا زال سبب اتحاد الذمه كانيظهر فيما بعد ان الدائن المرتهن ليس وارثا او ان الوصيه باطله او ابطل شراء العقار المرهون عاد الرهن من جديد ليبقى ضامنا للدين.

هـ- تقادم الرهن بطريق اصلي في القانون الفرنسي

لا ينقضي الرهن بالتقادم مستقلا عن الدين المضمون ومع ذلك فالتقادم المسقط قد ينهي الرهن الرسمي بصرف النظر عن الحق المضمون اذا كان العقار المرهون قد انتقل الى يد الغير, وقد ورد هذا الحكم في نص الماده 2060 ق،م.ف. ووضع يد الغير يجب ان يكون غير معيب والمدة في القانون الفرنسي هي من 10 عشره الى 20 سنه اذا كان الغير واضع اليد حسن النيه ولديه سبب صحيح, وقيد الرهن الرهن لا ينفي حسن النيه ولكن على واضع اليد في هذه الحاله اثبات حسن نيته, وعند عدم توفر السند وحسن النيه فان التقادم المسقط لمدة 30 سنه في القانون الفرنسي.

- عدم تقادم الرهن بطريق اصلي في القانون الجزائري والمصري:

لم يرد مثل هذا النص في القانون القانون المدني الحزائري ولا القانون المصري وقد قضت محكمه النقض المصريه بان الرهن لا يمكن ان يسقط بمضي المده استقلالا عن الدين

المضمون حتى لا يهدر حق الدائن في التتبع ولان الرهن تابع ولا ينقض الا بانقضاء الدين الاصلي.

– انقضاء الرهن الرسمي انقضاء جزئيا , وبقاء حق الافضليه او التقدم بعد انقضاء حق التتبع.

ينقضي الرهن انقضاء جزئيا اما في حالة تخفيض الحق المضمون به او تخفيض وعائه واما في حالة ان الدائن لا يحتفظ الا بحق الافضليه.

– تخفيض الرهن:

قد يقبل الدائن ان جزء من الحق يصبح غير مضمون بالرهن او ان يخفض وعاء الرهن و تخفيض الرهن هو دائما ارادي المادة 892 ق.م.ج . وهناك فرق في ان اثار الرهن قطعيه بينما اثار تخفيض القيد يجوز تعديلها بقيد جديد.

2 – حق الافضليه بعد انقضاء حق التتبع:

الاصل ان الرهن ينقضي بجميع اثاره اي بحق التتبع وحق الافضليه معا, ولكن حق الافضليه قد يبقى بعد زوال حق التتبع في حالات استثنائيه تقابلها عند التصرف في العقار او هدمه.

– حاله بقاء حق الافضليه بعد التصرف في العقار المرهون طبقا للماده 694 فان التصرف في العقار المرهون لا يمس حق الدائن المرتهن ولكن التصرف قد يؤدي احيانا الى فقدان الدائن المرتهن لحقه في التتبع فالتطهير والبيع بناء على الحجز يؤديان الى انتهاء حق التتبع ويظل حق الافضليه باقيا حتى توزيع الثمن.

ويحتفظ الدائن المرتهن بحقه في الافضليه على ثمن بيع العقارات بالتخصيص طالما ان هذا الثمن لم يدفع الى الراهن, ويبقى ايضا حق الافضليه على التعويض في حاله نزع الملكيه للمنفعه العامه.

– حاله بقاء حق الافضليه بعد هدم العقار المرهون: تنص الماده 900 ق م ج ، على انه اذا هلك العقار المرهون او تلف لاي سبب كان انتقل الرهن بمرتبته الى الحق الذي يترتب على ذلك من مبلغ التعويض عن الضرر او مبلغ التامين او الثمن المقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعه العامه.

الفصل الثاني : رهــن الحيــازه في المنقــول

رهن الحيازه في المنقول هو عقد رضائي لا يشترط لانعقاده أي شكل خاص كما هو الشان بالنسبة للرهن الرسمي فهو يتم بمجرد تبادل اطرافه التعبير عن اراديهما ، فهو العقد الذي بموجبه يسلم المدين او شخص ثالث منقولا الى الدائن او شخص ثالث يحفظه للدائن وذلك لتخصيص هذا المنقول للوفاء بالدين, وعرفته الماده 648 بانه " عقد يلتزم به شخص ضمان لدين عليه او على غيره ان يسلم الى الدائن او الى اجنبي يعينه المتعاقدان شيئا يرتب عليه للدائن حق عينيا يخوله حبس الشيء الى ان يستوفي الدين وان يتقدم الدائنين العاديين التاليين له في المرتبه في ان يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في اي يد يكون ".

ورغم ان الرهن الرسمي افضل من رهن الحيازه فان رهن الحيازة مازال اداة ائتمان شائعه.

المبحث الاول : شروط صحه عقد الرهن و شروط نفاذه

المطلب الاول : شروط صحة الرهن الحيازي

اي الشروط اللازمه لتكوينه والا كان باطلا في ما بين الطرفين وطرفا الرهن هما المرتهن او مشترك الرهن الذي يستفيد من التامين والراهن او منشئ الرهن الذي هو غالبا ما يكون المدين.

ففيما يتعلق بطرفي الرهن : يجب ان يكون طرفا الرهن كاملي الاهلية و ان تكون لدى الراهن اهلية التصرف و ان يكون مالكا للشيء المرهون.

فيما يتعلق بالالتزام الاصلي او الدين المضمون,: الرهن عقد تابع يفترض قيام دين صحيح ليضمن الوفاء به ومحل الالتزام الاصلي قد يكون مبلغا من النقود كما هو الغالب او التزام بعمل او بالامتناع عن عمل او بنقل حق عيني ، والرهن والحق المضمون بالرهن قد يكون لاجل او تحت شرط او مجرد حق احتمالي وعندئذ يكون الرهن الحيازي مقترنا باجل او معلقا على شرط او احتماليا وعندئذ يكون الرهن الحيازي مقترنا باجل او معلقا على شرط او احتماليا كالالتزام الناتج عن فتح اعتماد لدى احد البنوك.

فيما يتعلق بمحل الرهن: الشيء المرهون يجب ان يكون مالا منقولا قابلا للتصرف فيه سواء كان ماديا او معنويا وان يكون معنيا بذاته او قيميا وقد يكون مثليا وقد يكون مما يهلك بالاستعمال كالنقود.

ويجب ان يكون الشيء المرهون مما يجوز التعامل فيه وقابلا للحجز عليه ويجب ان يكون الشيء المرهون حاضرا فرهن المال المستقبل باطل سواء كان الرهن حيازيا او عقاريا المواد 886 – 948 – 966,ق.م.ج ورهن تركه مستقبليه باطل و لو كان برضاء المورث المادة 92/ 2 ق.م،ج.

وان نقل الحيازه او رفع يد الراهن عن حيازته هو عنصر جوهري في تكوين العقد في القانون الفرنسي وليس مجرد اجراء للاحتجاج به على الغير خلافا للقانون الجزائري والمصري, تتشدد المحاكم الفرنسيه في ضروره هذا الشرط وتستلزم في حاله رهن الحقوق تسليم سند الحق.

اما في القانون المدني والمصري والقانون الجزائري فرهن الحيازه عقد رضائي وليس عقدا عينيا واصبحت التسليم التزاما فيه وليس ركنا من اركانه الماده 948 ق .م،ج" الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضمان لدين عليه او على غيره ان يسلم الى الدائن او الى اجنبي بعينه المتعاقدان شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء الى ان يستوفيه الدين وان يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبه في ان يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في اي يد يكون ونصت الماده 951/ 2 " يسري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون احكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع ".

المطلب الثاني : شروط نفاذ الرهن

– شرط الاحتجاج برهن الحيازه في المنقول على الغير:

الغير هو كل من يتضرر من الاحتجاج عليه بحق الرهن كمشتري الشيء المرهون و الدائنين الاخرين مرتهنين او ممتازين او عاديين و المحال اليه الدين اذا كان المرهون دينا وتحكمه في القانون المدني الجزائري م 969 التي تنص على" انه يشترط لنفاذ رهن المنقول

في حق الغير الى جانب انتقال الحيازه الى الدائن ان يدون العقد في ورقه ثابته التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونه بيانا كافيا ويحدد هذا التاريخ الثابت مرتبة الدائن المرتهن" , فاذا كان هناك دائنان مرتهنن لمنقول واحد ولكل منهما تاريخ ثابت فالاسبق في هذا التاريخ هو الذي يتقدم على المتاخر.

- انتقال الحيازه في الرهون المنشاه على منقولات ماديه

شرط انتقال الحيازه شرط عام يتطلبه القانون لنفاذ جميع الرهون الحيازيه اي كانت طبيعة الشيئ المرهون ولا بد بالنسبه لرهن المنقول المادي من ان تنتقل حيازته حقيقه المرتهن وان يفقد الراهن هذه الحيازه فعلا وذلك لنفاذ رهن المنقول في مواجهه الغير والى اجانب هذا الشرط العام يستلزم القانون لنفاذ الرهون الحيازيه شروط اخرى تختلف باختلاف طبيعه الشيء المرهون, فاذا كان الشيء عقارا وجب قيد الرهن 966 واذا كان منقولا ماديا وجبت تدوين عقد الرهن في محرر طبقا للمادة 969 واذا كان دينا وجب اعلانه للمدين او قبوله له 975.

والمقصود بالحيازه اللازمه لنفاذ الرهن في مواجهه الغير هي الحيازه القانونيه التي تتكون من السيطره الفعليه على الشيء بقصد ممارسه حق الرهن عليه, وليس معناها ان يضع الدائن يده على الشيء استلاء ماديا اذا ان السيطره الفعليه قد تتوفر للدائن ولم يستول على الشيء ماديا ويتحقق ذالك اذا كان الشيء المرهون مشحونا او مودعا وتسلم الدائن سند الشحن او سند الايداع ، واذا كان المرهون دين ثابتا في سند فالسيطره الفعليه عليه لا تتاتى الا بحيازة السند المثبت له اذ لا يمكن حيازة الديون حيازه ماديه ولا يمنع من اعتبار الدائن الحائز ان يقوم بنقل الحيازه العرفيه لغيره كان يؤجر الشيء المرهون ويسلمه الى المستاجر فالمستاجر لا يكسب سوى الحيازه العرضيه في مواجهه الدائن المرتهن فهو انما يحوز الشيء لحساب الدائن المرتهن الذي تبقى له الحيازه القانونيه بصفته دائنا مرتهنا.

فعقد الرهن يجب ان يحرر في عقد رسمي او عقد عرفي مسجل لاثبات تاريخه واهميه ذلك هو ثبوت التاريخ في حاله تتابع الرهون لترتيب حق الافضليه بالنسبه للدائنين المرتهنين

المتعددين, وذلك ممكن تصوره عند ايداع المال المرهون لدى شخص ثالث متفق عليه وكذلك فان اثبات العقد على هذا النحو بالكتابه يتفادى الرهون الصورية ويحمي بذلك الدائنين العاديين واصحاب التامينات العينيه معا وهذا الاجراء مقصود به حمايه الغير غير ان هذا الاجراء غير لازم في حاله رهن الحيازه التجاري ويفسر ذلك بالسرعه اللازمه للاعمال التجاريه. واوردت هذا الحكم ايضا الماده 974 ق.م.ج التي تنص على انه تسري الاحكام السابقه (اي الاحكام الوارده في المواد من 969 حتى 973) اذا لم تتعارف مع احكام القوانين التجاريه والاحكام الخاصه بالمنشات المرخص لها على الرهن واحكام القوانين واللوائح المتعلقه باحوال الخاصه في رهن المنقول."

المبحث الثاني : اثار رهن الحيازه في المنقول:

من خلال نصوص المواد 951 الى 963 يتضح ان عقد الرهن ينشا حقا عينيا لصالح المرتهن وينشا عده التزامات والحق العيني الذي للدائن المرتهن يخول له حق الحبس وحق التتبع وبيع الشيء المرهون وحق الافضليه في اقتصاص حقه من الثمن.

المطلب الاول : اثار الرهن فيما بين اطرافه

- مضمون الحق العيني الذي للدائن المرتهن:

حق الدائن المرتهن هو حق عيني يمكن ان يكون محلا لوضع اليد وواضع اليد بحسن نيه على حق الرهن يحميه القانون المدني بحيث يستطيع ان يحتج بحقه في الرهن على المالك الحقيقي.

أ -الحق العيني الناشئ عن الرهن الحيازي في المنقول في ما بين المرتهن والراهن:

للمرتهن الحق في الحبس الذي يسمح له بان يمتنع عن رد الشيء المرهون طالما انه لم يوف حقه بالكامل, وهذا الحق غير قابل للقسمه فكل جزء من المال المرهون يبقى مقابل الوفاء بكل الدين حتى تحت يدي الورثه.

وتنص الماده 956 على انه ليس للدائن ان ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل وعليه ان يستثمره كاملا ما لم يتفق على غير ذلك, وما حصل عليه الدائن من صافي الريع وما استفاده من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل اجله على ان يكون الخصم اولا من قيمة ما انفقه في المحافظه والاصلاحات على الشيء ثم من المصاريف ثم من اصل الدين .

وتنص الماده 973 ق،م،ج على انه " يجوز للدائن المرتهن اذا لم يستوف حقه ان يطلب من القاضي الترخيص له في بيع الشيء المرهون بالمزاد العلني او بسعره في السوق ويجوز له ايضا ان يطلب من القاضي ان يامر بتمليكه الشيء وفاء للدين على ان يحسب عليه بقيمته حسب تقدير الخبراء ".

ب- بطلان شرط التملك الرهن وشرط الطريق الممهد:

يسري هذا الحكم بالنسبه لرهن الحيازه في المنقول والعقار وكذلك بالنسبه للرهن الرسمي وفي الرهون المدنيه والتجارية.

وشرط تملك الرهن الذي يعقده الطرفان متضمنا تمليك الرهن للدائن في حاله عدم الوفاء وكذلك شرط الطريق الممهد الذي يسمح للدائن بالبيع الودي اي دون اتباع الاجراءات التي فرضها قانون للاجراءات المدنيه و الادارية في البيع الجبري محرمان ويعتبر هذا الشرط او ذاك كائن لم يكن لمخالفتهما للنظام العام.

ورغم بطلانهما فان عقد الرهن صحيح الا اذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للتعاقد فان عقد الرهن يبطل لعدم مشروعيه السبب.

وقد يبطل هذين الشرطين ولو تم الاتفاق عليهما بعد الرهن الماده 903 و 960 . ويعتبر لاغيا كل شرط يرخص فيه للدائن المرتهن بان يتملك الشيء المرهون او يتصرف فيه من غير اتباع هذه الاجراءات.

المطلب الثاني : اثار الرهن بالنسبة للغير

- الحق العيني الناشئ عن الرهن الحيازي في ما بين المرتهن والغير:

يستطيع المرتهن ان يحتج على الغير بحقه في الحبس وبصفة خاصه بالنسبه للمكتسبين من المدين بطريقه الشراء او المشتري بالمزاد وكذا الدائنين العاديين فله ان يرفض تسليمهم الشيء حتى تمام الوفاء اذ ليس لهم من الحقوق اكثر مما للمدين, وقد نصت الماده 962 / 1 على انه يخول الرهن للدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون على الناس كافة دون اخلال بما للغير من حقوف تم حفظها وفقا للقانون .

و يستفيد المرتهن من حق الافضلية على الثمن اذ يجتمع حقه في الحبس مع حقه في الافضلية فانه يجوز له ان يتقدم بسبب حق الحبس حتى على الدائنين المتمتعين بامتياز افضل من امتيازه في المرتبة و له في حالة فقده الحيازة بغير رضاه حق التتبع و يترجم هذا الحجز الاستحقاقي فيكون له بموجبه ان يوقع الحجز الاستحقاقي على المال المرهون و قد تصت المادة 2/962 على انه "اذا خرج الشيء من يدي الدائن دون ارادته او دون علمه كان له الحق في استرداد حيازته من الغير وفق الاحكام الحيازه.

واذا تخلي عن حيازته برضاه ينقضي عقد الرهن و يزول الحق العيني بجميع امتيازاته ما عدا حقه في الافضليه على الثمن.

وحق التتبع الذي للدائن المرتهن رهنا حيازيا ليس الا نتيجه لحقه في الحبس وبذلك يختلف عن حق التتبع في الرهن الرسمي فهو في حاله الرهن الرسمي حق تتبع حقيقي مستقل عن حق الحبس لانه لا حبس في الرهن الرسمي.

المطلب الثالث : الالتزامات الناشئه عن عقد الرهن:

عقد الرهن في القانون الجزائري هو عقد ملزم لجانبين:

الفرع الاول : التزامات الدائن المرتهن هي:

اولا – وبصفه رئيسيه رد الشيء عندما يتم الوفاه له كاملا من اصل ومصاريف وملحقات وتعويضات المادة 959 ق.م.ج.

ثانيا – يجب عليه ان يحافظ على الشيء المرهون محافظه رب الاسره الحريص على ماله المادة 955 ق.م،ج ولا يجوز له استعمال الشيء المرهون او الانتفاع به دون مقابل وعليه ان يستثمره استثمارا كاملا ما لم يتفق على غير ذلك الماده 956, .

و اذا واذا كان الشيء المرهون حقا من الحقوق فان على الدائن ان يخصم ريع الحق مما يستحقه من المصاريف او اصل الدين وما حصل عليه الدائن من صافي الريع وما استفاده من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل اجله ، على ان يكون الخصم اولا من قيمه ما انفقه في المحافظه على الشيء ثم من المصاريف ثم من اصل الدين المادة 956 /3 ق.م،ج. ويجب عليه ادارة الشيء المرهون بالعنايه التي يبذلها الرجل العادي الماده 1/958, وسوء استعمال الرهن يؤدي الى سقوط حق الدائن المرتهن الذي تقضي به المحكمه جزاء له على خطئه الماده 958/ 2.

وتنص الماده 971 على انه اذا كان الشيء مهددا بالهلاك او التلف او نقص القيمه بحيث يخشى ان يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ولم يطلب الراهن رده اليه مقابل شيء اخر يقدم بدله جاز للراهن ان يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني او بسعره في السوق ويفصل القاضي في امر ايداع الثمن عند الترخيص في البيع وينتقل حق الدائن في هذه الحاله من الشيء الى الثمن.

الفرع الثاني : التزامات المدين الراهن:

1 – الالتزام بتسليم الشيء المرهون للدائن المرتهن طبقا الماده 951. ق.م.ج.

2 – يجب عليه ان يرد للمرتهن النفقات اللازمه والنافعه التي انفقها المرتهن في سبيل المحافظه على الرهن, اذ ان للدائن المرتهن في حاله الاستعجال ان يتخذ على نفقه الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظه على الشيء المرهون الماده 953. ق.م.ج

3 – يلتزم الراهن بضمان سلامه الرهن ونفاذه وليس له ان ياتي عملا ينقص من قيمة الشيء المرهون او يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمده من العقد .

4 – يلتزم الراهن بان يضمن هذاك الشيء المرهون او تلفه اذا كان الهلاك او التلف راجعا لخطا او ناشئا عن قوه قاهره الماده 954 /1.

المبحث الثالث : انقضاء رهن الحيازة

نص عليه المشرع الجزائري في المادتين 964 – 965 تحت عنوان انقضاء الرهن الحيازي فهي احكام مشتركه بين رهن الحيازه في المنقول والعقار معا.

المطلب الاول : انقضاء رهن الحيازه بطريق تبعي:

تماما كما هو الحال في الرهن الرسمي فان الرهن الحيازي ينقضي بطريق تبعي مع انقضاء الالتزام الاصلي الذي يضمنه ويلاحظ ان الحق المضمون بالرهن لا يمكن ان ينقضي بالتقادم لان ترك المدين للشيء المرهون بين يدي الراهن هو اعتراف دائم بالدين وقاطع للتقادم.

وتنص الماده 964 ق.م،ج على انه ينقضي حق الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون ويعود معه اذا زال السبب الذي انقضى به الدين دون الاخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النيه قد اكتسبها قانونا في الفتره ما بين انقضاء الحق وعودته.

وينقضي الرهن الحيازي باتحاد الذمه اذا اجتمع حق الرهن الحيازي مع حق الملكيه في يد شخص واحد.

المطلب الثاني : انقضاء رهن الحيازه بطريق اصلي:

كما ينقضي رهن الحيازة ايضا بطريق اصلي بالطرق العاديه التي ينقضي بها الالتزام وعلى وجه الخصوص بتنازل المرتهن عن الرهن بتخليه عن حيازته برضاه او بسقوط حقه الذي تحكم به المحكمه عندما يسيء استعمال الرهن الذي هو وديعه تحت يده كما قد يحكم عليه بالتعويض في هذه الحاله .غير ان المحكمة وحفاظا على حقوق الطرفين ان تعين حارسا قضائيا وتامر بايداع الرهن لديه .

وقد ينقضي الرهن بطريق اصلي بهلاك الشيء المرهون انما في بعض الحالات وعلى وجه الخصوص عندما يستحق تعويض بموجب تامين لمالك الشيء المرهون فان حق الافضليه يستمر بالنسبه للتعويض بناء على الحلول العيني, ويعادل هلاك الشيء المرهون انقضاء الحق المرهون وتنص الماده 965 على انه ينقضي ايضا حق الرهن الحيازي باحد الاسباب.الاتية :

اذا تنازلت الدائن المرتهن عن هذا الحق على انه يجوز ان يحصل التنازل ضمنا بتخلي الدائن باختياره عن الشيء المرهون او من موافقته على التصرف دون تحفظ .غير انه اذا كان الشيء مثقلا بحق تقرر لمصلحة الغير فان تنازل الدائن لا ينفذ في حق هذا الغير الا برضائه.

-اذا اجتمع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية في يد شخص واحد.

-اذا هلك الشيء او انقضى الحق المرهون .

- عدم انقضاء رهن الحيازه بتخلي المرتهن عن الحيازه لغير الراهن.

قد يتخلى الدائن المرتهن عن حيازه الشيء المرهون الى غير الراهن فيجوز ذلك ولا يبطل الرهن ولا ينقضي بل يبقى صحيحا ومن ثم فللدائن المرتهن ان يؤجر العين المرهونه لمستاجر غير الراهن سواء كان الشيء عقارا او منقولا.

ويجوز ايضا للدائن المرتهن ان يودع الشيئ المرهون او يعيره لشخص غير الراهن فيضع المستاجر او المودع لديه او المستعير يده على الشيء المرهون نيابه عن الدائن المرتهن ويبقى الرهن قائما وصحيحا.

الفصل الثالث : رهن الحيـــازه العقـــــاري:

نص المشرع الجزائري على الرهن العقاري في المواد من 948 الى 965 المشتركه مع رهن الحيازه في المنقول ثم افرد الرهن الحيازة العقاري بالمواد من 966 الى 968 للرهن.

المبحث الاول : تكوين عقد رهن الحيازه العقاري وشروط صحته ونفاذه على الغير:

المطلب الاول : تكوين عقد الرهن الحيازي العقاري:

ينعقد الرهن بموجب عقد بين الدائن والراهن وهو في القانون الجزائري عقد رسمي يلزم توثيقه بينما في القانون المصري فهو عقد رضائي لا يشترط لانعقاده اي شكل خاص خلافا للرهن الرسمي. ويجب ان يكون الراهن مالكا للعقار او على الاقل صاحب حق التمتع العيني على هذا العقار كحق الانتفاع او الحكر, وفي هذه الحاله يزول الرهن بزوال هذا الحق العيني.

المطلب الثاني : شرط انتقال الحيازه والشهر ونفاذه على الغير في القانون الجزائري:

تنص الماده 966 على انه يشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير الى جانب تسليم الملك للدائن ان يقيد عقد الرهن العقاري وتسري على هذا القيد احكام الرهن الرسمي.

ان اشتراط انتقال الحيازه لنفاذ الرهن في مواجهه الغير امر طبيعي بالنسبه لرهن الحيازه وقد راع المشرع الفارق بين العقار والمنقول فاجاز نقل الحيازه حكميا فقط بالنسبه للعقار أي ان يبقى العقار في حيازه الراهن بصفته مستاجرا مثلا مع ذكر ذلك في القيد او التاشير به على هامشه الماده 967.

واجراءات القيد واحده بالنسبه للرهن الرسمي والرهان الحيازي العقاري وكذلك ساهر التامينات العينيه العقاريه.

وقد نصت المادتان 1/961 والمادة 966ق.م،ج ضروره انتقال الحيازه والقيد معا لنفاذ رهن الحيازه العقاري في حق الغير, ولكي يتسنى اشهار عقد رهن الحيازه العقاري لابد من توثيقه اذ تنص الماده 61 من المرسوم 76 – 63 التوثيق خطوه اوليه لاتخاذ اجراءات الشهر للاحتجاج برهم الحيازه العقاري على الغير.

المبحث الثاني : اثار عقد رهن الحيازه العقاري:

رهن الحيازه العقاري ينشا حقا عينيا والتزامات على الطرفين الراهن والمرتهن.

المطلب الاول : الحق العيني:

أ –الحق العين الناشئ عن هذا الرهن في ما بين المرتهن والراهن: الحق العيني الذي للدائن المرتهن هو حق عيني عقاري يمكن وضع اليد عليه في مواجهة المالك بما في ذلك استرداد الحيازه وهو حق غير قابل للتجزئه فيبقى على كل اجزاء العقار حتى يوفي الدين بالكامل مثلما في رهن الحيازه المنقول.

والحق العينين الناشئ عن هذا الرهن فيما بين الراهن والمرتهن يخول للمرتهن حق التمتع الذي يسمح له بالاستيلاء على الثمار فله ان يستغله بنفسه او يؤجره ، و للمرتهن الحق في الاستيلاء على الثمار دون الحاصلات فالثمار لها صفة الدورية اما الحاصلات فهي جزء من راس المال ..

وللمرتهن حق الحبس الذي يسمح له بان يمتنع عن رد العقار طالما انه لم يف حقه بالكامل من اصل فوائد ومصاريف عند حلول الاجل.

ب– الحق العيني الناشئ عن هذا الرهن في ما بين المرتهن والغير:

ان امتيازات الدائن المرتهن الذي اشهر حقه يحتج بها على الغير فله على وجه الخصوص في حبس العقار في مواجهه الغير الذي يكتسب حقا عليه او الدائن المرتهن رهن رسميا اذا كان قد شهر حقه من قبلهما والاولى في مواجهه الدائنين العاديين ويثبت حقه حتى في مواجهه اجراءات التطهير ذلك انه وان كان لمن يكتسب ملكيه العقار المرهون رهنا الرسميا ان يتخلص من الدائنين المرتهنين رهنا رسميا وذلك بوسط اجراء التطهير بان يعرض عليهم الثمن الذي اشترى به الا انه ليس لمشتري العقاري المرهون هذا الحق في مواجهه الدائن المرتهن رهن حيازه عقاري لان للدائن المرتهن رهن حيازه حق الحبس على العقار المرهون.

المطلب الثاني : الالتزامات الناشئه عن عقد الرهن الحيازي العقاري:

التزامات الراهن هي الالتزام بالتسليم الماده 951 و الالتزام بضمان سلامه الرهن ونفاذه المادة 953 والالتزام بضمان هلاك الشيء المرهون او تلفه اذا كان الهلاك او التلف راجعا لخطئه او ناشئا عن قوه قاهره الماده 954 والالتزام برد المصاريف النافعه واللازمه التي صرفها المرتهن.

والتزامات المرتهن هي الالتزام بالمحافظه على العقار وان يقوم بصيانته وبالنفقات اللازمه لحفظه الماده 968 /1 و الاتزام بان يقوم بارادته و استثماره م 1/967 و الالتزام بالرد عند انقضاء حقه في الرهن المادة 959 وحق الراهن في استرداد المرهون هو حق شخصي ناشئ عن عقد الرهن ويسقط بالتقادم بمده 15 سنه تبدا من وقت انقضاء الرهن.

المبحث الثالث: انقضاء رهن الحيازه العقاري:

ينقضي الرهن الحيازي العقاري بنفس الاسباب التي ينقضي بها رهن الحيازة في المنقول والتي نص عليها المشرع الجزائري في المادتين 964 – 965. من القانون المدني الجزائري .

الفصل الرابع : حق الاختصاص او التخصيص العقاري:

المبحث الاول : تعريفه وبيان طبيعته وشروطه الموضوعيه:

نص عليه المشرع الجزائري في المواد 937 الى 947 من ق،م،ج.

المطلب الاول : تعريفه وبيان طبيعته:

هو حق عيني تبعي يامر به رئيس المحكمه للدائن بناء على حكم واجب التنفيذ صادر في موضوع الدعوى بالزام المدين باداء الدين ويقع هذا الحق على عقار او اكثر من عقارات المدين ويعطي للدائن حق الافضليه وحق التتبع بان يستوفي حقه متقدما على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبه من هذا العقار او هذه العقارات فهو كالرهن الرسمي من حيث الاثار وان اختلف عنه من حيث النشوء.

والصوره المالوفه لحق الاختصاص هي انه يكون مقدمة للتنفيذ على المدين يضمن فيه الدائن افضليه وتتحدد بمرتبه قيد الاختصاص.

المطلب الثاني : الشروط الموضوعيه لتقرير التخصيص:

اولا – فيما يتعلق بالدائن او المحكوم له طالب التخصيص.

تنص الماده 937 ق.م.ج.على انه يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في اصل الدعوى يلزم المدين بشيء معين ان يحصل على حق تخصيص بعقارات مدينه ضمان لاصل الدين والمصاريف ولا يجوز للدائن بعد موت المدين اخذ تخصيص على عقار في التركه.

فيجب ان يكون طالب التخصيص حسن النيه وينتفي اذا كان يعلم بسبق حصول بيع او رهن للعقار المراد تقرير الاختصاص عليه حتى ولو كان هذا التصرف لم يتم تسجيله اوقيده, اي لم تتوفر فيه الشروط اللازمه للاحتجاج به على الغير و الاصل هو حسن النيه و على من يدعي عكس ذلك ان يثبت ما يدعيه.

ثانيا – فيما يتعلق بالحكم الذي يتقرر الاختصاص بموجبه, ويلزم ان تتوفر فيه الشروط الاتيه:

1 – ان يكون صادرا من جهه لها ولايه القضاء وبموجب سلطتها القضائيه.

لا يكفي ان يكون حق الدائن ثابتا في سند رسمي فهو و ان كان يصلح للتنفيذ على المدين الا انه لا يصلح لتقرير حق اختصاص بموجبه, ذلك ان السند الرسمي لم يكن محلا للبحث امام القضاء فهو غير متوفر فيه الضمانات المتوفره في الاحكام القضائيه, ويجب ان يكون الحكم صادرا في نزاع مطروح امام المحكمه فتفصل فيه بموجب سلطتها القضائيه فلا يجوز اخذ اختصاص بناء على امر ولائي اصدرته المحكمه بموجب سلطتها الولائيه.

ويستوي ان يكون الحكم صادرا من محكمه مدنيه او جنائيه واذا صدر الحكم من محكمه جنائيه كان حق الاختصاص ضامنا للتعويض المدني والمصروفات المحكوم بها.

2 – **ان يكون واجب النفاذ.**

لابد ان يكون الحكم حائزا لقوة الامر المقضي فيه اي غير قابل للطعن فيه بطرق الطعن العاديه واذا زالت هذه القوه انقضى حق الاختصاص وتزول عن الحكم قوه الامر المقضي و اذا طعن فيه بالنقض او التماس اعاده النظر وقضى بقبول هذا الطعن فينقضي حق الاختصاص ايضا ويمتنع الحصول على حق اختصاص بموجب حكم قضى فيه امام النقض بالالغاء.

3 – ان يكون قطعيا صادرا في موضوع الدعوى وبلزم المدين باداء شيء معين.:

لا تصلح الاحكام الصادره قبل الفصل في الموضوع كالاحكام التحضيريه والاحكام التمهيديه والاحكام الوقتية لتقرير حق الاختصاص الا اذا تضمنت في جزء منها الحكم بالزام المدين باداء حق معين كنفقه مؤقتا او الزامه بالمصروفات ويجب ان يكون الحكم ملزم للمحكوم عليه باداء حق المعين كدفع مبلغ من النقود او اي التزام اخر صدر به حكم قضائي.

وفي حاله لا يكون الحكم محدد المقدار فان القانون يوجب على رئيس المحكمه الامر بالاختصاص ان يعين مقداره بصفه مؤقته المادة 941. اما الاحكام القطعيه التي لا تلزم

المدين باداء شيء معين فلا يجوز اخذ اختصاص بموجبها كالاحكام الصادره برفض الدعوى او برفض طلب.

ثالثا: فيما يتعلق بمحل التخصيص:

ينص القانون على انه لا يجوز تقرير حق الاختصاص الا على عقارات معينه مملوكه للمدين وقت قيد هذا الحق, من الجائر بيعها بالمزاد العلني الماده 940, فهو يخضع لمبدا التخصيص الذي يخضع له الرهن الرسمي فيجب ان يكون العقار معينا حق الاختصاص الماده 941.

رابعا: احوال عدم نفاذ الاختصاص يكون ذلك في الحالتين:

- **الحاله الاولى:** انه لا يجوز للدائ بعد موت المدين ان ياخذ اختصاصا على عقار في التركه وذلك ضمان للمساواه بين الدائنين العاديين اذ لا يجوز لاي منهم ان يحصل بعد وفاه المدين على اي حق في التقدم على الاخر باي سبب كان.

- **الحاله الثانيه:** هي انه لا يحتج على الدائنين السابقين بحق الاختصاص الذي يقع على عقارات المدين بعد التسجيل صحيفه دعوى الاعسار هذه الحاله لم ينص عليها القانون المدني.

المطلب الثالث : الاجراءات اللازمه لتقرير حق التخصيص:

يتقرر التخصيص بامر من رئيس المحكمه بمقتضى سلطته القضائيه في ذيل العريضه المقدمه من الدائن طالب الاختصاص وعلى الدائن ان يقدم عريضه مشفوعه بمستنداته وبصوره رسميه من الحكم او شهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوقه ماده 941 الى رئيس المحكمه الواقع في دائرتها العقار فان قبل رئيس المحكمه طلب الدائن اصدر امره على العريضه بتقرير الاختصاص ويجب على قلم الكتاب اعلان امر اختصاص الى المدين في نفس اليوم الذي يصدر فيه هذا الامر الماده 943.

وللمدين ان يتظلم من هذا الامر الى رئيس المحكمه الامر باصداره بصفته قاضيا للامور المستعجله ماده 944/ 1

ويجوز للدائن كذلك ان يتظلم من رفض رئيس المحكمه الى المجلس القضائي ماده 945 ولا بد على رئيس المحكمه عند الترخيص بالاختصاص ان يراعي التناسب بين مقدار الدين وقيمه العقارات المبينه في العريضه, وله ان يقصر الاختصاص على بعض هذه العقارات ويجب على الدائن الذي اخذ تخصيصا على عقار مدينه ان يقيد هذا التامين القضائي بالطريقه التي رسمها قانون تنظيم الشهر العقاري.

المبحث الثاني : اثار التخصيص:

نصت الماده 947 مدني جزائري على انه تكون للدائن الذي حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التي لدائن الذي حصل على رهن رسمي و يسري على التخصيص ما يسري على الرهن الرسمي من احكام خاصة.

و ممتى تم اجراء القيد كان للدائن صاحب حق التخصيص مركز مماثل للدائن المرتهن رهنا رسميا, فيستوفي حقه بالافضليه من ثمن العقار المحمل بالاختصاص حسب مرتبه قيده.

- نقل الاختصاص وانقضائه:

نصت الماده 946 على انه يجوز ان يعدل القضاء في هذا الوعاء بقصره على جزء من العقار او العقارات التي رتب عليها الاختصاص او ينقله الى عقار اخر.

وقد منح المشرع للقاضي سلطات واسعه في انقاص التخصيص او تخفيضه حتى تكون العقارات التي يؤخذ عليها الاختصاص بالقدر الضروري فقط لضمان الوفاء بالالتزام, فاذا اختل التوازن بين قيمه العقارات المحمله لهذا التامين القضائي ومقدار الدين المضمون جاز انقاص الاختصاص ويكون انقاص الاختصاص اما بالتظلم من الامر الصادر بتقريره واما بدعوى اصليه.

ولكل ذي مصلحه ان يطلب هذا التخصيص فيكون للدائن الذي له حق عيني متاخر في المرتبه ويكون لحائز العقار ويكون للدائن العادي.

وتخفيض حق الاختصاص هو استثناء من قاعده عدم تجزئه التامين العيني وابقاء حق الدائن كما هو حتى يتم سداد الدين باكمله الماده 946 ق.م.ج .

المبحث الثالث : انقضاء حق التخصيص:

ينقضي بنفس اسباب انقضاء الرهن الرسمي اما بصوره تبعيه واما بصوره اصليه

كما ينقضي بالغاء الحكم الذي تقرر بموجبه حق الاختصاص فاذا كان الحكم الذي تقرر بموجبه الاختصاص مشمولا بالنفاذ المعجل والغي في المعارضه والاستئناف انقضى الاختصاص, واذا كان الحكم الذي تقرر بموجبه الاختصاص قابل للطعن بالنقض او التماس اعاده النظر وطعن فيه وقبل هذا الطعن زالت عنه قوه الامر المقضي وانقضى ايضا الاختصاص.

الفصل الخامس : حقـــــوق الامتيـــــــــاز

المبحث الاول : تعريف حقوق الامتياز و وخصائصها

المطلب الاول : تعريف حقوق الامتياز

نص عليها المشرع الجزائري في المواد من 982 الى 1001 من القانون المدني

و عرفها في المادة 982 من القانون المدني وتقابلها المادة 1130 ق.م.م على انه الامتياز اولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته و لا يكون للدين امتياز الا بمقتضى نص قانوني .و يتضح من هذا النص ان صاحب حق الامتياز يتقدم على جميع الدائنين العاديين و يتزاحم مع الدائنين المتمتعين بضمان عيني عند بيع المال المحمل بحق الامتياز و يستوفي حقه طبقا لمرتته بالنسبة لهؤلاء الداينين .

و قد عرفه الفقه المصري[1] على انه " الامتياز حق عيني يقرره القانون ضمانا لوفاء دين معين مراعاة منه لصفته و هذا الحق يمنح الدائن سلطة على الشيء المحمل به تمكنه من استفاء دينه بالاولوية في أي يد يكون "

وحق الامتياز هو" حق الافضليه على مجموع اموال المدين او على بعضها ويمنحه القانون للدائن بسبب طبيعة حقه ".

وتنقسم الى حقوق امتياز عامه على جميع اموال المدين من منقول وعقار وحقوق امتياز خاصه مقصور على منقول معين او عقار معين.و هو ما يوضحه نص للماده 984 فان حقوق الامتياز العامه ترد على جميع اموال المدين من منقول وعقار اما حقوق الامتياز الخاصه فتكون مقصوره على منقول او عقار معين ولا يوجد في القانون المدني امتياز عام على كل منقولات المدين دون عقاراته.

فمن خلال هذا النص فان حقوق الامتياز تنقسم الى:

[1] -محمد صبري السعدي المرجع السابق ص 302

1 – حقوق الامتياز العامه تقع على جميع اموال المدين من منقولات وعقارات ولا تتخصص في مال معين وهي لا تشهر ولا تقيد عندما تقع على عقار المدين لذلك لا يوجد فيها حق التتبع وتعتمد اساسا على حق الافضلية.

2 – حقوق الامتياز الخاصه على منقول معين, فيكون لصاحب هذا الامتياز حق الافضليه على منقول معين بالذات فان لم يكن هذا المنقول لسداد حقه كان له كدائن عادي ان يشترك مع الدائنين الاخرين في التنفيذ على سائر اموال المدين لاستيفاء الباقي من حقه.

3 – حقوق الامتياز الخاصه على عقار معين, اصحاب هذه الحقوق لهم امتياز خاص على عقار معين بالذات من عقارات المدين وعليهم ان يقيدوا حق امتيازهم وتتحدد مرتبتهم بتاريخ القيد وتنتج حقوق الامتياز هذه نفس الاثار التي تنتجها الرهون الرسميه.

المطلب الثاني : خصائص حق الامتياز

1 – **حق الامتياز هو تامين قانوني:** فينشا بموجب القانون فلا امتياز الا بنص والقانون هو الذي يعين مرتبة هذا الامتياز والامتياز لا يتقرر لا باتفاق الطرفين ولا بحكم القاضي.

. 2 – **الامتياز هو للحق وليس للدائن:** وذلك لصفة الحق او طبيعته التي يرعاها القانون ايا كان الدائن لهذا الحق, اما في الحقوق العينيه التبعيه الاخرى فالافضليه للدائن لا الحق.

وترتيبا على ان الامتياز قرره المشرع مراعاه لطبيعه الحق فان الحق يظل ممتازا تحت يدي المحال له في حاله الحواله او الموفى له في حاله الوفاء مع الحلول.

3 – الامتياز حق عيني تابع وغير قابل للقسمه: وهنا ثار الخلاف في فرنسا ومصر حول عينيه حقوق الامتياز ولا سيما فيما يتعلق بالامتياز على الديون لانه يرد على حقوق شخصيه.

وقد انتهى اغلب الفقهاء ان حقوق الامتياز العام ولو وقعت على منقول تكون حقوق عينيه واذا وقعت حقوق الامتياز على عين معينه سواء كانت منقولا او عقارا اي اصبحت حقوق امتياز خاصه فانها بطبيعه الحال حقوق عينيه وتحول حق التقدم والتتبع غير ان حق الدائن فيما يتاثر بقاعده الحيازه في المنقول سند الملكيه.

- احكام حقوق الامتياز في القانون الجزائري:

اولا - حقوق الامتياز العامه: وهي تقع على جميع اموال المدين من عقار ومنقول ونص عليها المشرع في الماده 993م،ج توجد في القانون الجزائري او المصري حقوق امتياز عامه على المنقولات وحدها دون العقارات وذلك خلافا للقانون الفرنسي وحقوق الامتياز العامه في القانون الجزائري هي ثلاث انواع:

1- المبالغ المستحقه للخدم الكتبة والعمال وكل اجير اخر من اجرهم ورواتبهم من اي نوع كان عن الاثني عشر شهرا.

- المستحقه عما تم توريده للمدين ولمن يعوله من ماكل وملبس في الستة اشهر الاخيره.

- النفقه المستحقه في ذمه المدين لاقاربه عن الستة اشهر الاخيره,

و تستوفى هذه المبالغ مباشره بعد المصاريف القضائيه والمبالغ المستحقه للخزينه العامه ومصاريف الحفظ والترميم, اما فيما بينها فتستوفى بنسبه كل منها ولا تتخصص على مال معين وهي لا تشهر و لا تقيد عندما تقع على عقار المدين ولها حق التقدم لكن ليس لها حق التتبع.

ثانيا - حقوق الامتياز الخاصه على منقول معين:

اوردها المشرع حسب مراتبها وهي المصروفات القضائيه ثم المبالغ المستحقه للخزينة العامه ثم المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وترميمه ثم يليها حقوق الامتياز العامة.

ثم يليها حقوق الامتياز العامه المبالغ المنصرفه في البذور والسماد واعمال الزراعه والحصاد وفي مقابل الات الزراعه الماده 994 ثم اجرة المباني والاراضي الزراعيه الماده 995, والمبالغ المستحقه لصاحب الفندق في ذمه النزيل ماده 996, ثم ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته ماده 997, وما للشركاء الذين اقتسموا منقولا وهو امتياز الشريك المتقاسم ماده 998.

فحق الامتياز الخاص على المنقول عرضه للضياع اذا تعارض مع قاعده الحيازه في المنقول سند الملكيه او بعباره ادق الحيازه في المنقول سند ملكيه الحائز لذلك اجاز القانون للدائن اذا خشي لاسباب معقوله تبديد المنقول ان يطلب وضعه تحت الحراسه ماده 985 /3.

والامتياز الوارد على منقول بكفل للداء حق التتبع من الوجهة القانونيه والنظريه ولكن هذا التتبع يتعطل اثره ويمتنع على الدائن ان يمارسه تحت يد الغير" الحائز للمنقول بحسن نيه وبسبب صحيح ، ومعنى حسن نية الحائز هو انه كان يجهل ما ورد على المنقول من حقوق عينيه وقت انتقال الحيازه اليه.

اما السبب الصحيح فيقصد به ان يكون التصرف القانوني الصادر من مالك المنقول لم يتضمن الاشاره الى ما يثقل المنقول من قيود وتكاليف عينيه.

- ثالثا: حقوق الامتياز الخاصه على عقار معين:

واصحاب هذه الحقوق لهم امتياز خاص على عقار معين بذاته من عقار المدين وهي ثلاثه:

1 - ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته المادة .999

2 - المبالغ المستحقه للمقاولين والمهندسين المعماريين على المنشات المادة .1000

3 - الشركاء الذين اقتسموا عقارا .

ولحقوق الامتياز الخاصه العقاريه نفس الاثار القانونيه التي للرهون الرسميه بما في ذلك عدم التجزئه واذا لم يكف العقار لاداء دين الدائن صاحب حق الامتياز العقاري فانه ينقذ بالباقي كدائن عادي على سائر اموال المدين.

ونصت الماده 986 على انه تسري على حقوق الامتياز العقاريه احكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعه هذه الحقوق, وتسري احكام التطهير والقيد وما يترتب على القيد من اثار وما يتصل به من تجديد وشطب.

كما ان حقوق الامتياز الخاصه تسري عليها احكام الرهن الرسمي في خصوص القيد فهذه الامتيازات الخاصه العقاريه يجب قيدها وتاريخ القيد هو الذي يحدد مرتبتها كما في الرهن الرسمي.

-افضلية حقوق الامتياز العامه على سائر حقوق الامتياز الخاصه العقاريه:

حقوق الامتياز العامه ولو كانت مترتبه على عقار لا يجب فيها الاشهار ولا تثبت حق التتبع ولا حاجه ايضا للاشهار في حقوق الامتياز العقاريه الصامنه للمبالغ المستحقه للخزينه العامه, وجميع هذه الحقوق الممتازه تكون سابقه في المرتبه على اي حق امتياز عقاري اخر او حق رسمي مهما كان تاريخ قيده, اما فيما بينها فالامتياز الضامن للمبالغ المستحقه للخزينه العامه يتقدم على حقوق الامتياز العامه.

- مراتب حقوق الامتياز في القانون المدني الجزائري:

اولا - حق الامتياز الخاصه المنقوله التي تتقدم على حقوق الامتياز العامه .هي اسمى حقوق الامتياز في المرتبه وهي ثلاثه:

1- **حق امتياز المصاريف القضائيه:** فالشخص الذي اسهم في تصفيه اموال المدين يجب ان يمتاز بالنسبه لاسترداد مصاريف الاجراءات التي دفعها مسبقا لانه تصرف من اجل المصلحه المشتركه لجميع الدائنين. ومحل الامتياز هو الثمن الذي رسى به المزاد عند بيع اموال المدين الماده 990/ 1 والماده 990 /2.

2- **حقوق امتياز الخزينه العامه:** وهي متعدده ومتنوعه وهذا الامتياز من اجل الصالح العام وحده, والتشريع المالي هو الذي يحدد المفاضلة بينهما وتشمل هذه الحقوق الضرائب المباشره وغير المباشره, والرسم على رقم المبيعات وامتياز التسجيل, والرسوم الجمركيه وكذلك الرسوم الجبائيه.

ومحل الامتياز هو ثمن الاموال المثقله به سوا كانت منقولا او عقارا.

3- حق امتياز المبالغ التي صرفت فيه حفظ وترميم المنقول:

تنص الماده 992 على ان المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم يكون لها امتياز عليه كله.

فيعطي القانون المدني بصفة عامه حق امتياز لكل شخص انفق نفقات لحفظ مال مدينه وهذا الامتياز لا يقع الا على المال المحفوظ وهو يضمن جميع المصاريف التي منعت زوال الشيء او انقاص قيمته .

ومرتبة هذا الامتياز هي المرتبه الرابعه بعد المصروفات القضائيه والمبالغ المستحقه للخزانه العامه ومصروفات الحفظ والترميم, اما فيما بينها فتسوي بين كل منها, فاذا تزاحمت الديون المضمونه بامتياز عام تساوت في المرتبه ووجب وفائها بالنسبه لكل منها مادة 993.

ثالثا – حقوق الامتياز الخاصه المنقوله المتاخره عن حقوق الامتياز العامه هي:

– امتياز مصروفات الزراعه والمبالغ المستحقه في مقابل الات الزراعه الماده 934 تنص على انه" "

والحق الممتاز طبقا لها هو المبالغ المنصرفه في اعمال الزراعه والحصاد والمبالغ المستحقه في مقابل الات الزراعه, وهذه المبالغ جميعها في نفس المرتبه.

– امتياز المؤجر وامتياز صاحب الفندق:

– امتياز مؤجر نصه الماده 995 على انه" "تاتي هذه الامتيازات في المرتبه السادسه بعد الامتيازات السالفه الذكر الا ما كانت من تلك الحقوق غير نافذه في حق المؤجر بسبب حسن نيته.

– امتياز صاحب الفندق, نصت على ذلك الماده 996 وهذا الامتياز كذلك يحتل المرتبه السادسه بمرتبته امتياز المؤجر واذا تزاحم مع حق المؤجر قدم الاسبق في التاريخ مالم يكن غير نافذ بالنسبه للاخر.

خرجت الامتعه من الفندق برضاء صاحبه او بعلمه انقضى حق الامتياز.

– امتياز شائع المنقول والشريك المتقاسم في المنقول نصت على ذلك الماده 997.

حق امتياز بائع المحل التجاري: ولا يثبت حق امتياز بائع المحل التجاري على المحل الا اذا كان البيع ثابتا بعقد رسمي.

المراجع

الكتب :

-زاهية سي يوسف عقد الكفالة دار الامل للطباعة و النشر و التوزيع المدينة الجديدة تيزوزو .

-نبيل ابراهيم سعد التامينات العينية و الشخصية القاهرة 1982.

-محمد صبري السعدي شرح القانون المدني الجزائري التامينات الشخصية و العينية القسم الاول عقد الكفالة 91-92 دار الهدى عين ميلة الجزائر .

-محمد صبير السعدي الواضح في شرح القانون المدني التامينات العينية (الرهن الرسمي و حق الاختصاص و الرهن الحيازي و حقوق الامتياز) دار الهدى عين مليلة الجزائر

- سمير عبد السيد تناغو التأمينات الشخصية و العينية ط 1985. مطبعة المعارف بالإسكندرية . مصر ..

- محمد حسنين – الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري المؤسسة الوطنية للكتاب .

- عبد الرزاق الصنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني ج .10 .

-احمد محمود سعد عقد الكفالة ط 1994 دار النهضة العربية القاهرة

-جميل الشرقاوي التامينتا ت الشخصية و العينية -1976 –دار النهضة العربية

-جمال الدين زكي التامينات الشخصية و العينية ط 3 1979

-عبد المنعم البدراوي التامينات العينية طبعة اولى الناشر مكتبة عبد الله وهبة القاهرة

-المطبوعات

محمدي سليمان عقد الكفالة مطبوعة المحاضرات التي القيت على طلبة السنة الثالثة حقوق بكلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر

الفهرس

مقدمــة : 2
البـــــــــــــاب الاول : الكفالـــــــــــــــــــــــــــة 4
الفصـــــــــل التمهيـــــــــــــدي : مدخل عام للكفالة 4
المبحـــــث الاول : مفهوم الكفالة 4
المطلب الاول : تعريف الكفالة 4
المطلب الثاني : خصائص الكفالة 5
الفرع الاول : الكفالة عقد رضائي 5
الفرع الثاني : الكفالة عقد ملزم لجانب واحد : 6
الفرع الثالث : الكفالة هي عقد من عقود التبرع : 6
الفرع الرابع : الكفالة عقد ضمان شخصي 7
الفرع الخامس : الكفالة عقد تابع 7
المطلب الثالث : أنــواع الكفالــة 7
الفرع الاول : الكفالة البسيطة و التضامنية : 8
الفرع الثاني : الكفالة المحددة والكفالة المطلقة : 9
المبحـــث الثاني : تمييز الكفالة عن بعض الأنظمة التي تشابهها 9
المطلب الاول : الكفالة والتضامن بين المدينين 9
المطلب الثاني : الكفالـة والتعهـد عن الغيـر 10
المطلب الثالث : الكفـالة والإنابـة النـاقصة 10
المطلب الرابع : الكفـالة والدعوى المبـاشرة 10
الفصـــــل الاول : انعقـــــــــــاد الكفـالـــــــــة 12
المبحـــــث الأول : اركان عقـــــد الكفـالـــــــــة 12
المطلب الأول : التراضي في عقد الكفالة 12
الفرع الأول : خلو الإرادة من العيـوب 12
الفرع الثـاني : شـروط نفاذ الكفـالة 12
المطلـب الثـاني : المحـل 13
المبحـــث الثـالـــث : تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول 18
المطلب الأول : شمـول الكفـالة لملحقـات الـدين 18
المطلب الثـاني : إثبـات الكفـالة 19
الفصـــــــل الثانـــــــــي : آثـــــار الكفـالـــــــــة 20
المبحـــث الأول : آثار عقد الكفالة بين الدائن و الكفيل أي بين طرفيها 20
المطلب الاول : آجال مطالبة الكفيل 20
الفرع الاول : في حالة تحديد أجل التزام الكفيل 20
الفرع الثاني : في حالة عدم تحديد اجل التزام الكفيل 20
الفرع الثالث : في حالة أجل واحد للالتزامين 21
المطلب الثاني :الكفيل غير متضامن مع المدين او مع كفلاء اخرين اي الكفالة البسيطة 21
الفرع الاول : تعدد الكفلاء بموجب عقد كفالة واحد المادة 1/664 ق.م ج 21
الفرع الثاني : تعدد الكفلاء بموجب عقود كفالة متوالية المادة 2/664 22
المطلب الثالث : دفوع الكفيل في مواجهة الدائن 22
الفرع الاول : الدفع بالرجوع على المدين أولا 22
الفرع الثانـــي : الدفع بالتجريد 24
الفرع الثالث : الدفع بوجوب التنفيذ على التأمين العيني قبل الرجوع على الكفيل 26
الفرع الرابع : التمسك بالدفوع التي يحتج بها المدين 27
الفرع الخامس : الدفـوع الخـاصة بالكفـالة ذاتهـا 28
الفرع السادس : التزام الدائن بأن يسلم الكفيل مستندات الدين : 28
الفرع السابع : كفيل الكفيل 29
المطلب الرابع : الكفيل متضامن مع المدين او غيره من الكفلاء أي الكفالة التضامنية 30
المبحث الثاني : آثار الكفالة فيما بين الكفيل و المدين و غيره من الكفلاء 31
المطلب الأول : آثار الكفالة في علاقة الكفيل بالمدين 31
الفرع الأول : الدعوى الشخصية "دعوى الكفالة" 31

جامعة زيان عاشور بالجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
المجلس العلمي

المراجع

الكتب :

-زاهية سي يوسف عقد الكفالة دار الامل للطباعة و النشر و التوزيع المدينة الجديدة تيزوزو .

-نبيل ابراهيم سعد التامينات العينية و الشخصية القاهرة 1982.

-محمد صبري السعدي شرح القانون المدني الجزائري التامينات الشخصية و العينية القسم الاول عقد الكفالة 91-92 دار الهدى عين ميلة الجزائر .

-محمد صبير السعدي الواضح في شرح القانون المدني التامينات العينية (الرهن الرسمي و حق الاختصاص و الرهن الحيازي و حقوق الامتياز) دار الهدى عين مليلة الجزائر

- سمير عبد السيد تناغو التأمينات الشخصية و العينية ط 1985. مطبعة المعارف بالإسكندرية . مصر ..

- محمد حسنين – الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري المؤسسة الوطنية للكتاب .

- عبد الرزاق الصنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني ج .10 .

-احمد محمود سعد عقد الكفالة ط 1994 دار النهضة العربية القاهرة

-جميل الشرقاوي التامينتا ت الشخصية و العينية -1976 –دار النهضة العربية

-جمال الدين زكي التامينات الشخصية و العينية ط 3 1979

-عبد المنعم البدراوي التامينات العينية طبعة اولى الناشر مكتبة عبد الله وهبة القاهرة

-المطبوعات

محمدي سليمان عقد الكفالة مطبوعة المحاضرات التي القيت على طلبة السنة الثالثة حقوق بكلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر

الفهرس

جامعة زيان عاشور بالجلفة
المجلس العلمي
كلية الحقوق والعلوم السياسية

مقدمة : 2
الباب الاول : الكفالة 4
الفصل التمهيدي : مدخل عام للكفالة 4
المبحث الاول : مفهوم الكفالة 4
المطلب الاول : تعريف الكفالة 4
المطلب الثاني : خصائص الكفالة 5
الفرع الاول : الكفالة عقد رضائي 5
الفرع الثاني : الكفالة عقد ملزم لجانب واحد : 6
الفرع الثالث : الكفالة هي عقد من عقود التبرع : 6
الفرع الرابع : الكفالة عقد ضمان شخصي 7
الفرع الخامس : الكفالة عقد تابع 7
المطلب الثالث : أنواع الكفالة 8
الفرع الاول : الكفالة البسيطة و التضامنية : 8
الفرع الثاني : الكفالة المحددة والكفالة المطلقة : 9
المبحث الثاني : تمييز الكفالة عن بعض الأنظمة التي تشابهها 9
المطلب الاول : الكفالة والتضامن بين المدينين 9
المطلب الثاني : الكفالة والتعهد عن الغير 10
المطلب الثالث : الكفالة والإنابة الناقصة 10
المطلب الرابع : الكفالة والدعوى المباشرة 11
الفصل الاول : انعقاد الكفالة 12
المبحث الأول : اركان عقد الكفالة 12
المطلب الأول : التراضي في عقد الكفالة 12
الفرع الأول : خلو الإرادة من العيوب 12
الفرع الثاني : شروط نفاذ الكفالة 13
المطلب الثاني : المحل 14
المبحث الثالث : تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول 18
المطلب الأول : شمول الكفالة لملحقات الدين 18
المطلب الثاني : إثبات الكفالة 19
الفصل الثاني : آثار الكفالة 20
المبحث الأول : آثار عقد الكفالة بين الدائن و الكفيل أي بين طرفيها 20
المطلب الاول : آجال مطالبة الكفيل 20
الفرع الاول : في حالة تحديد أجل التزام الكفيل 20
الفرع الثاني : في حالة عدم تحديد اجل التزام الكفيل 21
الفرع الثالث : في حالة أجل واحد للالتزامين 21
المطلب الثاني :الكفيل غير متضامن مع المدين او مع كفلاء اخرين اي الكفالة البسيطة 22
الفرع الاول : تعدد الكفلاء بموجب عقد كفالة واحد المادة 1/664 ق.م ج 22
الفرع الثاني : تعدد الكفلاء بموجب عقود كفالة متوالية المادة 2/664 22
المطلب الثالث : دفوع الكفيل في مواجهة الدائن 23
الفرع الاول : الدفع بالرجوع على المدين أولا 23
الفرع الثاني : الدفع بالتجريد 24
الفرع الثالث : الدفع بوجوب التنفيذ على التأمين العيني قبل الرجوع على الكفيل 27
الفرع الرابع : التمسك بالدفوع التي يحتج بها المدين 28
الفرع الخامس : الدفوع الخاصة بالكفالة ذاتها 28
الفرع السادس : التزام الدائن بأن يسلم الكفيل مستندات الدين : 29
الفرع السابع : كفيل الكفيل 29
المطلب الرابع : الكفيل متضامن مع المدين او غيره من الكفلاء أي الكفالة التضامنية 30
المبحث الثاني : آثار الكفالة فيما بين الكفيل و المدين و غيره من الكفلاء 31
المطلب الأول : آثار الكفالة في علاقة الكفيل بالمدين 31
الفرع الأول : الدعوى الشخصية "دعوى الكفالة" 32