

جامعة عمار ثليجي بالأغواط  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق



**العنوان :**

# نجاعة الضمان الخاص في تسديد الدين

مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر في الحقوق تخصص: **عقود ومسؤولية**

**تحت إشراف الدكتور :**

• حسين بطيمي

**إعداد الطالب :**

• عطاء الله نور الدين

## لجنة المناقشة :

الدكتورة: ..... فاطمة الزهراء عكاكة ..... رئيساً  
الدكتور: ..... حسين بطيمي ..... مشرفاً ومُقرراً  
الدكتور: ..... أحمد التجاني بوزيدي ..... عضواً مُناقشاً

السنة الجامعية: 2019 - 2020

جامعة عمار ثليجي بالأغواط  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق



العنوان :

نجاعة الضمان الخاص  
في تسديد الدين

مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر في الحقوق تخصص: عقود ومسؤولية

تحت إشراف الدكتور :  
• حسين بطيمي

إعداد الطالب :  
• عطاء الله نور الدين

لجنة المناقشة :

الدكتورة : ..... فاطمة الزهراء عكاكة ..... رئيساً  
الدكتور : ..... حسين بطيمي ..... مشرفاً ومُقرراً  
الدكتور : ..... أحمد التجاني بوزيدي ..... عضواً مُناقشاً

السنة الجامعية : 2019 - 2020

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# إهداء

الحمد لله وكفى والصلاة على النبي الصطفى

أهري عملي هذا ..

إلى الانسنة التي قال رسول الله ﷺ: «الجنة تحت أقدام الأمهات»

.. أمي الغالية .. أطال الله بقائها، وشفاها من مرضها ..

إلى أبي العزيز أطال الله عمره ..

إلى كل .. إخوتي وأخواتي ..

إلى زوجتي .. ورفيقتي .. أدامها الله لي ..

إلى أبنائي الأغراء: محمد، علي، رياض، فاطمة الزهراء، إحصات.

إلى كل من ساهم في هذا البحث ليخرج للنور ..

إلى كل من أحبهم ويمحبونني في الله ..

إلى كل هؤلاء .. أهري هذا العمل

نور الريدن عطاء الله

## شكر وعرفان

نحمد الله عز وجل على أن منّ عليّ بإتمام هذا العمل، وأسأله مزيداً من النجاح والتوفيق في أعمالي المقبلة بإذنه تعالى .

يشرفني أن أتقدم بخالص الشكر والامتنان إلى كل من قدم لنا يد المساعدة في إنجاز هذا العمل ، وأخص بالذكر أستاذي الفاضل الدكتور «**بطيمي حسين**» على مساعدتي وقبوله الاشراف على هذه المذكرة ، فله مني كل عبارات الشكر والتقدير.

كما أتقدم بشكري إلى أعضاء لجنة المناقشة ، الدكتورة الفاضلة «**عكاكة فاطمة الزهراء**» التي اعتبرها قامة من قامات أساتذة القانون بجامعةنا وأيضا الدكتور «**بوزيدي أحمد التجاني**» الذي كان من أهمّ الأساتذة الذين درست عندهم .

كما لا أنسى أن أشكر جميع أساتذة كلية الحقوق بجامعة عمار ثليجي بالأغواط.

**نور الدين عطاء الله**

## شكر خاص

وبالنيابة عن زملائي الطلبة (سنة ثانية ماستر) دفعة 2019-2020 ، نشكر الطالب الخلق الطيب الأخ **(بن بريكة أحمد الأمين)** ، الذي كان نِعْمَ السند والعون لنا طيلة سنوات الماستر ، فلقد كان هو همزة الوصل بيننا وبين الأساتذة والمصدر الموثوق للمعلومة، ولم يبخل علينا بأي شيء ، وخاصة أيام الإمتحانات. ومع كل هذا ، فهو الذي قام باخراج هذه المذكرة في أحسن حُلَّة ، فجزاء الله عنا خير الجزاء .

**نور الريح عطاء الله**

# مقدمة

## مقدمة

إن الحديث عن موضوع الضمان الخاص ونجاعته في تسديد الديون يدفعنا إلى الحديث عن موضوع الضمانات أو التأمينات بشكل عام، فتبعاً لتسارع الأحداث وتطور المجتمعات واتساع المخاطر التي تهدد الأفراد والأشخاص الطبيعيين منهم والمعنويين على السواء، سواء في حياتهم الخاصة من مرض وبطالة وشيخوخة أو تلك التي تهددهم في أموالهم العقارية منها أو المنقولة، يقودنا إلى الحديث عن نوع آخر من الأخطار الذي يتهدد أصحاب الحقوق وهم الدائنون الذين لهم حقوق تترتب في ذمة مدينهم. فهم (الدائنون) يكونوا في الكثير من الأحيان عرضة لخطر عدم الحصول على أموالهم وديونهم وحقوقهم المترتبة على عاتق مدينهم إذا لم يستطع هؤلاء المدينون الوفاء بهذه الحقوق أو الديون المترتبة عليهم. وهذا ما دفع منظري وفقهاء القانون إلى إيجاد وسائل وطرق أكثر نجاعة لتأمين وضمان حقوق الدائنين اتجاه مدينهم.

وكانت نتيجة هذه الأبحاث والآراء والنظريات الفقهية أن توصل رجال القانون وفقهائه على وسيلتين قانونيتين لضمان وتأمين حقوق الدائنين المترتبة على مدينهم وهما (الضمان العام، والضمان الخاص).

لقد اهتم المشرع الجزائري بتنظيم (الضمان العام) المترتب للدائن على أموال مدينه، اهتماماً منقطع النظير، فخصص له المادة 188 من التقنين المدني الجزائري التي تنص على أن: «أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه، وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقاً للقانون، فإن جميع الدائنين متساوين تجاه هذا الضمان».

فمن خصائص (الضمان العام) ؛ أن كل أموال المدين ضامنة للوفاء بديون دائنيه، يرد حق الدائن فيها على كل أموال المدين وقت التنفيذ الجبري، الحاضرة منها والمستقبلية، المنقولة منها أو العقارية، بما في ذلك الديون والمنقولات التي هي بحوزة الغير كالمستأجرين والمستعيرين، ولذلك أقرّ المشرع الجزائري عدّة وسائل وطرق قانونية لحماية للدائنين من التصرفات التي قد يلجأ إليها المدينون بغية إضعاف الضمان العام لديونهم، ومن هذه الوسائل (الدعوى البولصية) وهي الدعوى التي يقيمها الدائن لإبطال تصرفات مدينه إضعافاً للضمان وللديون المترتبة في ذمة المدين قبل دائنيه (المادة 191 ق.م.ج).

كما أن هناك (الدعوى الغير مباشرة) وهي الدعوى التي يرفعها أو يباشرها الدائن نيابة عن مدينه للمطالبة بحقوق هذا الأخير (المدين) لدى الغير إلا ما اتصل منها بشخصه أو كان غير قابل للحجز، إذا ما أثبت الدائن أن عدم استعمال المدين لهذه الحقوق قد يسبب إفساره أو قد يزيد في إفساره، وذلك طبقا لما نصت عليه المادتان 189، 190 من التقنين المدني الجزائري.

وكذلك يستطيع الدائن أن يرفع (دعوى صورية) ليكشف بها محاولات مدينه بإبعاد بعض أمواله من ضمان دائنيه بتصرفات صورية (غير حقيقية) والتي تهدف إلى تمسك الدائن بالعقد المستتر طبقا لنص المادة 198 مدني جزائري.

علاوة على ما سبق ذكره، فقد لا يتحقق للدائن تأمين كامل لاستيفاء حقه (دينه)، عند حلول ميعاد الاستحقاق (أجل الوفاء) لأن الدائنين العاديين يشتركون في الضمان العام على قدم المساواة دون أولوية أحدهم على الآخر، ويظهر ذلك في:

- إذا كانت حقوق الدائنين تزيد على ما في ذمة مدينهم من أموال، فإن هذه الأموال تقسم بينهم قسمة غرماء، فيأخذ كل واحد منهم بنسبة حقه في الضمان العام.

- إن قيام الضمان في ذمة المدين، وليس في أموال معينة من عناصر هذه الذمة، يجعل في استطاعة المدين التصرف في هاته الأموال، فيخرج منها ما يريد من ذمته دون أن يستطيع الدائنون تتبع هاته الأموال في يد من يكتسبها لاستيفاء حقوقهم منها عند عدم كفاية باقي أموال المدين للوفاء بكل ديونه.

ونظرا لعدم نجاعة الضمان العام في حماية حق الدائن، أوجد القانون وسائل أخرى توفر للدائن ثقة أكبر ليمنح مدينه الائتمان دون الخوف من عدم كفاية أموال مدينه أو مشاركة باقي الدائنين له منها (القرض).

ومما سبق يتبين لنا أن (الضمان العام) قد لا يحقق الضمان الكافي لاستيفاء الدائن لدينه المترتب على ذمة وعاتق مدينه، لذلك قرّر المشرع وسائل وطرقا قانونية وفنية كفيلة بحماية وضمان حقوق الدائن من أجل الحصول على حقوقه واستيفاء ديونه المترتبة في ذمة مدينه أو مدينيه، وهذه الوسائل هي ما يسمى بـ «الضمان الخاص» وهو موضوع بحثنا هذا.

إن الهدف من هذه الدراسة هو تبيان مدى نجاعة الضمان الخاص في تسديد الدين من خلال التأمينات الشخصية والعينية وتحليل بعض النصوص القانونية والأحكام الخاصة به والتي تهدف لحماية الدائن من الأخطار التي تواجهه من طرف المدين.

كما تبرز أهمية الدراسة الموضوعية لنجاعة الضمان الخاص في تسديد الدين لها أهمية بالغة، وما زاد من أهميتها عدة اعتبارات أهمها طبيعة المشاكل التي يطرحها الضمان في التشريع الجزائري من جهة، وتعدد المعاملات والتصرفات من جهة أخرى.

وكذلك تكمن مكانة الديون الاقتصادية، وما يشكله من نشاط استثماري من أكثر الأنشطة الاقتصادية حركة، وما يترتب عنه من أمور تُهْمُ الإنسان بشخصه والمجتمع بأسره.

ولبلوغ الهدف من معالجة هذا الموضوع تم إتباع منهج الدراسات الوصفية والتحليلية، كون أن هذه المادة الأساسية تتمثل في القانون من خلال تحليل مختلف النصوص القانونية المعنية بدراسة هذا الموضوع.

ويعود سبب اختيار موضوع «نجاعة الضمان الخاص في تسديد الدين» كموضوع للدراسة هو التعرف على مجالات تطبيقاته.

وأثناء إعداد هذا الموضوع فقد واجهتنا بعض الصعوبات والعراقيل تتمثل في ندرة المراجع المتخصصة (وخاصة المتعلقة منها بالتشريع الجزائري) وعدم الوصول إليها وخاصة تزامنت دراستي مع انتشار الوباء كورونا (كوفيد 19) الذي بسببه أغلقت المكتبات والجامعات والحجر الذي منعني من التنقل للحصول على المعلومة.

وبناء على ما سبق ، فيمكننا طرح الإشكال التالي :

- ما مدى نجاعة الضمان الخاص في تسديد الدين كتأمين لحقوق الدائن في التشريع الجزائري؟

وبغرض معالجة الإشكالية المطروحة والإحاطة بكل جوانب الموضوع، تم تقسيم خطة هذا البحث إلى فصلين:

حيث خصصنا **الفصل الأول** لمقومات الضمان الخاص، حيث تطرقنا في (المبحث الأول) التعريف بالضمان في الشريعة الإسلامية والقانون، و(المبحث الثاني) استعرضنا خصوصية الضمان الخاص.

أما **الفصل الثاني** فتناولنا آثار الضمان الخاص في تسديد الدين، فكان (المبحث الأول) يتحدث عن أهمية الضمان الخاص في القانون المدني، و(المبحث الثاني) تطرقنا إلى تطبيقات الضمان الخاص وانقضائه.



# الفصل الأول

مقومات الضمان الخاص

# الفصل الأول

## مقومات الضمان الخاص

### ■ تمهيد :

من مقومات الضمان الخاص الذي يمثل صلاحيات يمنحها القانون أو العقد أو القضاء للصلاحيات العادية للدائن، بما تهدف إليه من غاية قانونية وحيدة، وهي حماية الدائن من إفسار المدين، وهي تتمثل في كل من التأمينات الشخصية التي تتمثل في إضافة ذمة مالية للذمة المالية للمدين لضمان دينه، ومن مقوماته أيضا التأمينات العينية التي تتحقق بتخصيص مجموعة أموال على ملك الدين للوفاء بدين الدائن، ويستوفي هذا الأخير دينه من هذا المال قبل غيره من الدائنين ويتبعه في أي يد يكون، وهذا ما يبين لنا أنه ليس كل ضمان يعتبر تأميناً.

وعليه ؛ سوف نتطرق إلى التعريف بالضمان في الشريعة الإسلامية والقانون (مبحث أول) ، ثم نتحدث عن خصوصية الضمان الخاص (مبحث ثاني).

## المبحث الأوّل

### التعريف بالضمان في الشريعة الإسلامية والقانون

يستعمل أغلب فقهاء الشريعة والقانون كلمتي الضمان والكفالة على أنهما لفظان مترادفان بعقد الكفالة أو الضمان كما يستعملون اسم الضمان أعم من ذلك، وهو ضمان المال بعقد أو بغير عقد والكفالة فهي ضمانا للنفس (1).

### المطلب الأوّل

#### تعريف الضمان في الشريعة الإسلامية

لإبراز مفهوم الضمان وإيضاح كُنْهِه أكثر، يجب أن نتطرق إلى تعريفه من حيث اللغة والاصطلاح (الفرع الأوّل) ثم مشروعية الضمان في القرآن والسنة (الفرع الثاني) وبعد ذلك نتطرق إلى أهم شروطه في ظل الشريعة الإسلامية (الفرع الثالث).

#### الفرع الأوّل

##### تعريف الضمان لغة واصطلاحاً

أولاً - لغةً:

الضمان في اللغة مصدر ضَمِنَ، يَضْمُنُ، وأصل هذه الكلمة هو جعل الشيء في شيء يحويه، وهو يطلق في اللغة عدّة معاني:

- الكفالة: تعني ضمن شيء كَفَلَهُ، وضمَّته إياه كَفَلَهُ.
- التّغريم: فضمنته الشيء غرَّمته.
- الالتزام: فَضَمِنْتُ المال التزمته، ويتعدى بالتّضعيف، فيقال ضَمَّنْتَهُ المال، أي ألزمته إيَّاه.
- الحفظ والرعاية، ومنه قول النبي ﷺ: «الإمام ضامنٌ».

ثانياً - اصطلاحاً:

الضمان في اصطلاح الفقهاء: استعمل الفقهاء كلمة الضمان على عدة معان في أبواب متعددة من أبواب الفقه، وهي لا تخرج في الجملة على المعنى اللُّغوي للكلمات.

(1) صلاح علي أبو النجا، أحكام الضمان في الفقه والقانون، مطبوعات بنك التضامن، الطبعة الثالثة، [د.ن] ص 8.

ومهما يكن من أمر فالذي يتصل بموضوع الحوافز من هذه المعاني هو الضمان في عقد البيع، وقد اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفه بناءً على اختلافهم في تقسيمه إلا أن أجمع هذه التعاريف تعريف الدرك، والعهدة، وهو في الحقيقة أن يضمن الثمن أو جزأه لأحد العاقدين.

وضمان العهدة في كلام الفقهاء قسمان:

الأول - ضمانه من البائع للمشتري، وهو أن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه، إن ظهر فيه أو أستحق رجع بذلك على الضامن

الثاني - ضمانه عن المشتري للبائع، وهو أن يضمن الثمن متى ظهر المبيع مستحقاً لغير البائع أو رُدَّ بعيب، أو أُرش العيب.

الضمان في اصطلاح التسويقيين: هو تعهد يلتزم فيه المنتج أو وكيله بسلامة المبيع من العيوب المصنعية والفنية، ويلزم بصلاحيته للعمل خلال مدة منفق عليها.

## الفرع الثاني

### مشروعية الضمان في القرآن والسنة

أولاً - القرآن الكريم :

- قال تعالى: ﴿ قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلاَّ أَن يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا آتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَىٰ مَا نَقُولُ وَكِيلٌ ﴾ (1). يعني أن: تحلفون بالعهد والمواثيق.

- وقوله تعالى: ﴿ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلاَّ أَن يُحَاطَ بِكُمْ ﴾. إلا أن تغلبوا ولا تقدرن على تخليصه.

- فقال: ﴿ قَالَ اللَّهُ عَلَىٰ مَا نَقُولُ وَكِيلٌ ﴾ ، قال ابن إسحاق: وإنما فعل ذلك، لأنه لم يجد بُدًا من بعثهم لأجل الميزة التي لا غنى لهم عنها، فبعثه معهم.

- وكذا قول الله تعالى: ﴿ قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَن جَاءَ بِهِ هِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ (2). أي صاعه الذي يكيل به، ﴿ وَلِمَن جَاءَ بِهِ هِمْلُ بَعِيرٍ ﴾ وهذا من باب الجعالة، ﴿ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ وهذا من باب الضمان والكفالة (3).

- ولقوله تعالى: ﴿ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ﴾ (4).

(1) سورة يوسف، الآية 66.

(2) سورة يوسف، الآية 2.

(3) عبد الرحمن بن ناصر السعدي، مختصر تفسير القرآن العظيم، منشورات، دار القلم، بيروت، الطبعة الأولى، 2005، ص 125.

(4) سورة آل عمران، الآية 3.

ثانياً - السنة النبوية:

- عن أبي سعيد قال: كنا مع رسول الله ﷺ: في جنازة فلما وضعت قال رسول الله ﷺ: «وهل على صاحبكم من دين؟» قالوا: نعم درهمان. قال: صلوا على صاحبكم. فقال علي رضي الله عنه: يا رسول الله هما علي وأنا لهما ضامن. فقام يصلي ثم أقبل علي فقال: «جزاك الله عن الإسلام خيراً. وفك رهانك كما فككت رهان أخيك. وما من مسلم فك رهان أخيه إلا فك الله رهانه يوم القيامة»، فقال بعضهم: هذا لعلي خاصة أم المسلمين عامة؟ فقال: «بل للمسلمين عامة»<sup>(1)</sup>.

- عن جابر قال: توفي رجل فغسلناه وحنطناه وكفناه. ثم أتينا به النبي ﷺ فقلنا نصلي عليه. فخطا خطوة ثم قال: «أعليه دين؟»، قلنا: ديناران فانصرف تحملها أبو قتادة فأتينا فقال أبو قتادة الديناران علي فقال النبي ﷺ: «قد أوفى الله حق الغريم ويرى منه الميت؟» قال: نعم. فصلى عليه ثم قال بعد ذلك بيوم: «ما فعل الديناران»، قال: إنما مات أمس. قال: فعاد عليه من الغد، فقال: قضيتهما، فقال النبي ﷺ: «الآن بردين عليه جده»<sup>(2)</sup>.

- وعن جابر قال كان النبي ﷺ: «لا يصلى على رجل كان عليه دين». فأتى بميت فسأل: «عليه دين؟» قالوا: نعم ديناران. قال: «صلوا على صاحبكم»، فقال أبو قتادة هما علي يا رسول الله فصلى عليه. فلما فتح الله على الرسول ﷺ وسلك، قال: «أنا أولى بكل مؤمن من نفسه، فمن ترك ديناً فعلي ومن ترك مالا فلورثته».

هذه الأحاديث تدل على ضرورة قضاء ما على الإنسان من دين مراعاة لحق الآخرين وحرمتها في الشريعة الإسلامية. وهو حق صاحب الدين في هذا الخصوص.

وكون هذه الأحاديث نصت على دين الميت بل والميت المفلس - كما بَوَّب لها صاحب (منتقى الأخبار) «باب ضمان الدين الميت المفلس» لا يعنى أنه لا يجوز الضمان في غير هذه الحالات، وإنما خصت هذه الحالة بالذكر لأنها الحالة التي تستبين فيها ضرورة وحكمة الضمان أكثر من غيرها من أجل قضاء ما على الإنسان من حقوق، فالميت الذي ترك وفاء والحي يمكن لصاحب الحق أن يستوفى حقه منهما بصورة أو أخرى<sup>(3)</sup>.

فإذا لم تجوز الشريعة الإسلامية سقوط الحق عن مات مفلساً فعدم سقوطه عن مات مليئاً أو الحي من باب أولى، ومتى وجد الحق صح ضمانه، فضمان الحي والميت المليء يكون من باب أولى لذلك كان الحديث الأخير عاماً.

(1) صلاح علي أبو النجا، المرجع السابق، ص10.

(2) عبد الرحمن بن ناصر السعدي، المرجع نفسه، ص126.

(3) صلاح علي أبو النجا، المرجع السابق، ص10.

## ثالثاً - الإجماع:

الثقة عنصر مهم من عناصر التعامل، وكثيراً ما يتعامل المرء مع من لم يسبق له التعامل معه ومن لا يعرف مدى وفائه بالتزاماته أو يشك في ذلك فيحتاج إلى الاشتياق من حقه بواسطة من يعرف المدين ويثق في ذمته المالية، فالضمان واحد من وجوه الاشتياق التي دعت إليها مصلحة الجماعة واستقرار التعامل وأجمع المسلمين من ثم على جوازها والعمل بها<sup>(1)</sup>.

فالضمان إذا يتوقف على معنيين: بمعنى عقد الكفالة أي أنه: عقد ينشأ عنه تأمين شخصي وفقاً لترتيب نصوص القانون المدني، ويفترض لوجود عقد الكفالة وجود مدين أصلي بالالتزام ودائن من ثم يترتب وجود عقد بين الكفيل والدائن بالالتزام الأصلي المكفول، وهنا للكفيل أن يتدخل ليفي بهذا الالتزام إن لم يف به المدين الأصلي<sup>(2)</sup>.

ومن خلال اعتباره عقد رهن أي أنه: «الرهن بفتح أوله وسكون الهاء في اللغة الاحتباس من قولهم رهن الشيء إذا دام وثبت<sup>(3)</sup>، ومنه قوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ﴾<sup>(4)</sup>. أي كل نفس بما كسبت من أعمال السوء وأفعال الشر، (رَهِيْنَةٌ) بها موقفة بسعيها وقد ألزم عتقها غل في رقبتها، واستوجب به العذاب<sup>(5)</sup>.

## الفرع الثالث

## شروط الضمان

للضمان مجموعة من الشروط ومضمونها كما يلي:

## أولاً - الضامن:

الأصل في الضامن أن يكون متمتعاً بكامل الأهلية أي أن يكون بالغاً وعاقلاً ورشيداً لأن الضمان عقد تبرع وليس أهلاً للتبرع ويرى الجمهور أن الضمان يصح ممن أهل للتبرع سواء كان رجلاً أو امرأة. قال ابن قدامة: يصح ضمان كل جائز التصرف في ماله سواء كان رجلاً أو امرأة لأنه عقد يقصد به المال فصح من المرأة كالبيع.

(1) المرجع نفسه، ص11.

(2) أنور العمروسي، التضامن والتضام والكفالة في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1996، ص236.

(3) صلاح علي أبو النجا، المرجع السابق، ص18.

(4) سورة المدثر، الآية 38.

(5) عبد الرحمن بن ناصر السعدي، المرجع السابق، ص127.

أما المالكية اعتبرت الضمان صحيحا من المرأة ولكنه لا يكون نافذا إلا في حدود ثلث مالها إذا كانت متزوجة إجازة ما زاد عن ثلث مالها على زوجها، فالمالكية يجعلون للزوج حقا في أموال زوجته وعليه فليس لها أن تتصرف في أموالها إلا في حدود الثلث وما زاد على ذلك فيتوقف على إجازة زوجها<sup>(1)</sup>.

### ثانياً - المضمون عنه:

ويشترط فيه:

(أ) أن يكون معلوما بأن كفل شخص ما على فلان. ومن حيث النظر الفقهي فإن معظم الفقهاء ينصون على أنه لا يشترط معرفة ولا إذن ولا رضا المضمون عنه لانعقاد الضمان صحيحا. قال الفقيه الدردير: وجاز الضمان بغير إذن المضمون عنه، ويشترط أن يكون الضمان بإذنه ولذا جرت عادة الموثقين بذكر رضا المدين بأن يكتبوا: تحمل فلان عن فلان برضاه أو بأمره كذا وكذا.

(ب) وصح الضمان عن كل من وجب أو ينتظر أن يجب عليه حق من الحقوق المالية للآخرين سواء كان المضمون عنه حيا أو ميتا أو مفلسا حاضرا أو غائبا ومن كان منهما أهلا للتبرع. غير أن الضامن إن كفل من ليس للتبرع كالصبي والمجنون فلا يملك الرجوع عليهم بما أدى. واستدلوا إلى قول أبو حنيفة لا تصح الكفالة عن الميت المفلس. ولذلك اشترط في المضمون عنه أن يكون قادرا على تسليم المضمون به إما بنفسه أو بنائبه حجة أبو حنيفة أن الدين عبارة عن الفعل. والميت عاجزا عن الفعل، فكانت كفالة بمال ساقط كما لو كفل على إنسان بدين ولا دين عليه. أما إذا مات مليئا فهو قادر على الأداء بنائبه وكذا إذا مات عن كفيل فهو يقوم مقامه في أداء في أداء عليه. وذمة الميت قد خربت خرابا لا تعمر يغده أبدا فلم يبق دين يضمن. والضامن ضم ذمة في المطالبة بالحقوق هنا لا ذمة يضم إليها ذمة الضامن.

### ثالثاً - المضمون له:

يشترط في المضمون له:

(أ) أن يكون معلوما إذ لو كان مجهولا لا يحصل ما شرعت له الكفالة وهو التوثيق.  
(ب) أن يكون الضامن في مجلس الضمان.

(1) صلاح علي أبو النجا، المرجع السابق، ص13.

رابعاً - المضمون به:

أ) يصح الضمان في كل حق من الحقوق المالية الواجبة أو التي تؤوّل إلى الوجوب والحقوق التي تؤوّل إلى الوجوب كالأجرة وثمان البيع في مدة الخيار.

ب) أن يكون مضموناً على الأصل سواء كان ديناً أو عيناً، فالدين معلوم وهو ما يثبت في ذمة المدين لا بعينه بل بوصفه ومنه دين المسلم<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني

#### تعريف الضمان في القانون المدني

باعتبار العقد شريعة المتعاقدين، فإن أهم هدف يسعى إليه المتعاقدين هو تنفيذ كل طرف لالتزاماته، وفي حالة عدم قدرة المدين على تنفيذه التزامه جاز للدائن الحق في طلب ضمانات أخرى أكثر للحصول على حقوقهم<sup>(2)</sup>.

فالضمان حسب نص المادة 920 من قانون الموجبات اللبناني: «عقد يلتزم شخص يقال له الضمان بضمان بعض الموجبات عند نزول بعض الطوارئ بشخص المضمون، أو بأمواله، مقابل دفع بدل يسمى القسط أو الفريضة».

وهذا التعريف يقترن من تعريف (بلائيول) الذي عرف الضمان بأنه: «عقد يتعهد بمقتضاه شخص يسمى الضامن، بأن يعوض شخصاً آخر يسمى المضمون، عن مخاطر معينة قد يتعرض لها هذا الأخير، مقابل دفع مبلغ من النقود، هو القسط الذي يقوم بدفعه إلى الضامن»، فالتعريف الوارد لـ (بلائيول) قد تضمن العناصر الجوهرية لعقد الضمان، وهو الخطر، والقسط، والمقابل الذي يدفعه الضامن.

وبالرغم من ذلك، فإنه يلاحظ على هذا التعريف أمران:

- الأمر الأول: أنه قد نظر إلى الضمان من الناحية القانونية، باعتباره عقداً يتم بين شخصين الضامن والمضمون، وأغفل الأساس الفني لعملية الضمان، ولأن تعريف الضمان يجب أن يشمل الناحية الفنية والناحية القانونية، بالإضافة إلى الأركان القانونية للضمان.

- الأمر الثاني: أنّ التعريف قد بني على أساس أن الضامن يعوض المضمون عن خسارة احتمالية وهذا ما نصّت عليه المادة 950 من قانون الموجبات اللبناني بأن: «عقد الضمان يلتزم بمقتضاه الضامن في بعض الموجبات عند نزول بعض الطوارئ بشخص المضمون».

(1) صلاح أبو النجا، المرجع السابق، ص 12-13.

(2) محمد صبري سعدي، شرح قانون المدني الجزائري (التأمينات الشخصية والعينية)، القسم الأول، دار الهدى، الجزائر، د. ط، (عقد الكفالة)، ص 15.

وبالتالي يجب أن نختار تعريفاً ينطبق على ما يشمل الضمان، ومنه التعريف الذي أورده الفقيه (جوزيف هيمار) في مؤلفه عن النظرية العملية للضمان البري، قال: «الضمان عملية يحصل أحد الفريقين وهو المضمون، لقاء دفع قسط، على تعهد لصالحه، أو لصالح الغير، ومن الفريق الثاني وهو الضامن، يتعهد بمقتضاه هذا الأخير أداء مبلغ معين عند تحقق خطر معين، وذلك بأن يأخذ على عاتقه مجموعة من المخاطر، ثم يجرى المقاصة فيما بينهما وفقاً لقوانين الإحصاء»<sup>(1)</sup>.

### الفرع الأول

#### تعريف الضمان الشخصي في القانون

الكفالة في اللغة هي الضم والضمان، وقد اختلف الفقهاء في اشتقاق الضمان منهم من قال أنه مشتق من التضمن، لأن ذمة الضمان تتضمن الحق، ومنهم من قال أنه مشتق من الضمن لأن ذمة الضامن في ذمة المضمون عنه، والبعض الآخر رأوا بأنه مشتق من التضمين ومعناها تضمين الدين في ذمة من كان الدين عليه وانتقدوا من رأوا أن الضمان مشتق من الضم لأن النون أصلية فيه<sup>(2)</sup>.

وعرف عقد الكفالة في التشريع الجزائري بموجب القانون المدني:

عرفت المادة 644 من (ق.م.ج). عقد الكفالة بأنه: «الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص بتنفيذ التزام بأن يتعهد بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يَف به المدين نفسه»<sup>(3)</sup>.

من خلال استقراء نص المادة 644 من (ق.م.ج) يتضح بأن عقد الكفالة هو اتفاق ينشأ بين الدائن والكفيل يلتزم بمقتضاه الكفيل بضمان الوفاء بالدين الأصلي إذا لم يوف به المدين.

ويتبين أيضاً أن الكفالة تركز على التزام أصلي وتعمل على ضمان الوفاء به لأن الكفالة ترتب التزاماً شخصياً في ذمة الكفيل محله الوفاء بالتزام أصلي إذا لم يَف به المدين. فالالتزام الكفيل تابع للالتزام المدين الأصلي في وجوده وانقضائه وصحته وبطلانه، بل وفي أوصافه أيضاً.

أما في القانون المدني المصري عرفها بأنها: «الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يَف به المدين».

بناء على هذا التعريف يتبين لنا بأن عقد الكفالة يتم بين الدائن والكفيل دون المدين بل أنه لا يشترط في عقد الكفالة موافقة أو رضاء المدين بل يمكن أن يتم بدون علمه ورغم معارضته ومع ذلك

(1) زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، بيروت، لبنان، د. ط، الجزء الخامس عشر، ص 10-11.

(2) علي خفيف، المرجع السابق، ص 193.

(3) أنظر المادة 644 من الأمر رقم 5/58 المؤرخ في 26/09/195 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية

الجزائرية، العدد 8، الصادر بتاريخ 30/09/195 المعدل والمتمم بمقتضى الأمر رقم 0/05 المؤرخ في

20/06/2005 الجريدة الرسمية، العدد 44، الصادرة بتاريخ 13/05/2000.

فإن المدين ليس بغريب تماما عن عقد الكفالة بل ليوفر له الثقة والائتمان لدى دائته ويمنح هذا الأخير الأمن والضمان<sup>(1)</sup>. والتي تقابلها نص المادة 647 من ق.م.ج: « تجوز كفالة المدين بغير علمه، وتجوز أيضا رغم معارضته».

يفهم من نص المادة 647 من (ق.م.ج) بأن الكفالة ترتكز على التزام أصلي، وتعمل على الوفاء به، فهي تابعة دائما له، لذلك ترتب التزام شخصي في ذمة الكفيل محله الوفاء بالالتزام الأصلي إن لم يف به المدين، ومنه لا يكون مصدر الالتزام المكفول هو العقد دائما بل تتعدد مصادره بمصادر الالتزام المعروفة وهي: العقد، الإرادة المنفردة، شبه العقد، فالفعل المستحق للتعويض أو القانون بينما التزام الكفيل الناشئ عن عقد الكفالة، مصدره دائما واحد وهو العقد.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه لا ينبغي أن يفهم من العبارة الأخيرة الواردة في نص المادة 644 من (ق.م.ج) : «إذا لم يف به المدين نفسه» ، أن التزام الكفيل معلق على شرط واقف، وهو عدم قيام المدين الأصلي بالوفاء لأن التزام الكفيل التزم بأن يترتب في ذمة الكفيل بمجرد انعقاد الكفالة فالمراد من ذلك العمل على إبراز الصفة الاحتياطية به للكفالة، والتي تجعل الكفيل ملتزم من الدرجة الثانية بمعنى أن الدائن ملزم بأن يطالب المدين أولا وهو ما نصت عليه المادة 660 من (ق.م.ج): «لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده، إلا بعد رجوعه على المدين ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق»<sup>(2)</sup>.

ومن خلال التحليل المختصر لمضمون المواد السابقة نخلص بالقول أن الكفالة عقد تأمين شخصي، يلتزم بموجبه شخص الكفيل بالوفاء التزم المدين متى عزم هذا الأخير عن أدائه، وذلك بضم ذمته المالية لذمة المدين.

كما عرف الأستاذ بودري الكفالة بأنها: «عقد بمقتضاه يكفل الشخص من الغير تنفيذ الالتزام بأن يتعهد بالوفاء إذا لم يف به المدين نفسه، على أن يحتفظ بحق الرجوع على هذا المدين»<sup>(3)</sup>.

(1) نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية، [د. ط]، 2005، ص10.

(2) زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الأمل، تيزي وزو - الجزائر، [د. ط]، 2001، ص18.

(3) محمد محمود زهران همام، التأمينات العينية والشخصية، الإسكندرية، منشأة المعارف، [د. ط]، 2001، ص25.

وعرفت المادة 116 من قانون الأسرة الكفالة على أنها: «التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية، كقيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي»<sup>(1)</sup>. يستشف من نص المادة 116 من قانون الأسرة بأن الكفالة عبارة عن التزام تطوعي للتكفل برعاية طفل قاصر وتربيته وحمايته بنفس الطريقة التي يتعامل بها الأب مع ابنه، إذ تمنح الكفالة بناء على طلب وتكون سواء أمام القاضي المختص أو الموثق.

## الفرع الثاني

### تعريف الضمان العيني في القانون

التأمينات العينية الخاصة نوعان، تأمينات شخصية وتأمينات عينية، فالتأمينات الشخصية ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي، فيصبح للدائن بدلا من مدين واحد مدينين أو أكثر، كلهم مسؤولون عن الدين إما في وقت واحد أو على التعاقب، وبذلك يكفل حق الدائن، فإذا أعسر المدين رجع الدائن على غيره من المسؤولين الآخرين عن حقه قد يرى ذلك تأمينا كافيا لحقه، أما التأمينات العينية تتلخص في تخصيص مال معين يكون عادة مملوكا للمدين، لتأمين حق الدائن، فيكون للدائن حق عيني على الوفاء بحق الدائن وبذلك التأمين العيني استيفاء الدائن لحقه منه، وسواء بقي في ملكية المدين أو خرج من هذه الملكية.

ومن بين التأمينات العينية نجد الرهن الرسمي والرهن الحيازي، نظرا للدور الفعال لهما في بعض المجتمعات التي بلغت شأننا كبيرا من التقدم وكانت لها تشريعات على درجة عالية من التطور<sup>(2)</sup>.

فالرهن لغة، هو الثبوت والدوام، يقال ماء راهن أي راكد، ونعمة راهنة أي ثابتة دائمة وهو من الحبس-رهن الشيء رهونا- أي ثبت ودام، فهو بمعنى الدوام والاستمرار والاحتباس.

(1) أنظر المادة 116 من القانون رقم 84/11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة معدل والمتمم بالأمر 05/02 المؤرخ في 2 فبراير 2005.

(2) محمد العروسي منصور، نظام الرهن الحيازي العقاري في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 1، 2012-2013، ص.

## المبحث الثاني

### خصوصية الضمان الخاص

نقصد بها بقانون التأمينات التي تنقسم إلى قسمين التأمينات شخصية و تأمينات عينية يمثل فرعاً مستقلاً يستمد خصوصيته من قيام أنظمة أساسية أعطاها المشرع اسماً كالكفالة وهي من أهم الصور التأمينات الشخصية، أما الرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي وحق الامتياز فهي تنسب إلى التأمينات العينية وكل هذا يجعل منها ضمانات مسماة والسمة العامة لهذه الأنظمة استعمالها للوسائل الفنية لنظرية الالتزامات أو للحق العيني ولكن بصفة تبعية فهي بذلك لا تمثل هدفاً في ذاتها لأي تصرف قانوني ولكن إذا وجدت فإنها تقوم كنظام قانوني محدد قد يسمح للدائن في التزام بأداء مال باستيفاء هذا الدين من ذمة مدينه متقدماً على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة وهذه الأفضلية في التأمين العينية يعززها الحق في التتبع.

### المطلب الأول

#### مفهومه

سنحاول في هذا المطلب التعرض لمفهوم التأمينات وتعريفها وذكر أهم خصائصها وذلك بتعريف التأمينات الشخصية (فرع أول) ثم نستعرض التأمينات العينية بتعريفها وإبراز أهم خصائصها (فرع ثاني).

#### الفرع الأول

##### مفهوم التأمينات الشخصية (الكفالة)

الكفالة بصفة عامة هي ضم ذمة مالية أخرى لذمة المدين فيصير للدائن ضمان عام آخر هو الضمان العام للكفيل إضافة إلى الضمان العام للمدين الأصلي، ولتحديد مفهوم الكفالة جيداً لا بد من التطرق للمسائل التالية: التعريف الكفالة، خصائص الكفالة<sup>(1)</sup>.

#### أولاً - تعريف الكفالة:

عرّف المشرع الجزائري الكفالة في المادة 644 من القانون المدني بأنها: «عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن أن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه». ومن خلال هذا التعريف يظهر لنا أن الكفالة تنشأ دون تدخل من المدين فهو ليس طرفاً فيها ولا يعتد برفضه أو قبوله لها. كما نجد أنها وجدت ضماناً للدائن وتأميناً لدينه تجاه المدين الأصلي.

(1) زهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 44.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون لم يشترط أن يكون الالتزام المكفول قائما وقت إبرام عقد الكفالة حيث يمكن كفالة الالتزامات المستقبلية<sup>(1)</sup>.

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

وأخيرا يتضح لنا أن الكفالة التي نحن بصدد بيان أحكامها تختلف عن الكفالة التي تذكر في بعض القوانين، مثل الكفالة التي يدفعها في بعض الحالات الشخص المستفيد من الحكم المشمول بالنفاذ المعجل، والكفالة التي يدفعها الشخص الذي يقدم شكوى مصحوبة بادعاء مدني أمام قاضي التحقيق أو الكفالة التي تدفع عند استعمال التكليف المباشرة بالحضور في الجرائم المنصوص عليها في المادة 337 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

### ثانياً - خصائص الكفالة:

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

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

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

**(ج) الكفالة عقد تابع:** أي أن الكفالة تتبع الالتزام المكفول فهي تنشأ لضمانه وتنقضي بانقضائه، ويترتب على خاصية التبعية النتائج التالية:

- لا يستطيع الدائن الرجوع على الكفيل ومطالبته إلا بعد الرجوع على المدين الأصلي ومطالبته (المادة 660 من القانون المدني الجزائري).

(1) زهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 45.

- التزام الكفيل يكون في حدود الالتزام فلا يكون بمبلغ أكبر أو بشروط أشد من الالتزام الأصلي المكفول، فإذا أبرم عقد الكفالة متضمنا شروطا أشد أو مبلغا أكبر يجب إنفاصها لحدود الالتزام المكفول (المادة 652 من القانون المدني الجزائري) :

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

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

**د) الكفالة عقد ملزم لجانب واحد:** حيث أن الكفيل هو الملتزم الوحيد في عقد الكفالة، إلا أن هذا لا يمنع أن يكون عقد الكفالة ملزما للجانبين في عدة حالات منها أن يلتزم الدائن تجاه الكفيل بتقديم أداء معين مقابل قبوله الكفالة سواء كان هذا الأداء لفائدة الكفيل أو لصالح المدين الأصلي مثل لو اشترط الكفيل على الدائن تمديد أجل الدين أو التخلي عن رهن سابق<sup>(1)</sup>.

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

## الفرع الثاني

### مفهوم التأمينات العينية

**أولا - الرهن الرسمي وبيان خصائصه:**

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

ويلاحظ هنا أن المشرع الجزائري عرف الرهن الرسمي بتعريف مصدره وهو العقد ولم يبين طبيعته، حيث اعتبر الرهن الرسمي عقدا ينشئ حقا عينيا رغم أن الرهن الرسمي هو الحق العيني ذاته، كما أن المشرع هنا لم يذكر تقدم الدائن المرتهن على الدائنين العاديين والدائنين المرتهنيين التاليين له في المرتبة، وهو ما جعل شراح القانون يفضلون التعريف التالي: «الرهن الرسمي هو حق عيني ينشأ بمقتضى عقد رسمي ضمانا للوفاء بالالتزام، يخول للدائن المرتهن حق تتبع العقار المرهون

(1) أحمد زواوي، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، العدد 2، الصادرة سنة 2000، ص53.

في أي يد كان واستيفاء حقه من ثمنه بالتقدم على سائر الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة»<sup>(1)</sup>.

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

- **حق عيني:** تظهر صفة العينية في أن للدائن المرتهن حقا مباشرا على العقار المرهون يخوله أفضلية ويسمح له باتباع العقار تحت أي يد كان والتنفيذ عليه<sup>(2)</sup>، دون حاجة لتدخل المدين الراهن أو إرادته.

- **حق تبعي:** حيث أن الرهن الرسمي ينشأ ضمانا للوفاء بالتزام أي حق شخصي، ويرتبط به وجودا وعدما، والأصل أن يبرم عقد الرهن الرسمي بعد نشوء الحق الشخصي الذي يضمنه أو في نفس الوقت مثل عقود القرض المقترنة بعقد رهن رسمي للعقار المقدم ضمانا. وهو ما أكدت عليه المادة 893 من القانون المدني<sup>(3)</sup>.

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

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

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

(1) جلال محمد إبراهيم، سعد محمود، الحقوق العينية اتبعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 19-20.

(2) سعد نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية (الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، حق الاختصاص، حقوق الامتياز، الكفالة، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، ، 2007، ص 38.

(3) جلال محمد إبراهيم، سعد محمود، المرجع السابق، ص 23.

ثانياً - حق التخصيص وبيان خصائصه :

**تعريف حق التخصيص:** لم يعرف المشرع الجزائري حق التخصيص في القانون المدني خلاف الرهن الرسمي والرهن الحيازي، لذلك عرفه شراح القانون بأنه حق عيني تبعي يتقرر بأمر من رئيس المحكمة لصالح الدائن على عقار أو أكثر من عقارات المدين ويحول له ميزتي التقدم والتتبع بالنسبة لتلك العقارات كما نصت عليه المادة 940 من القانون المدني الجزائري : « لا يجوز أخذ حق التخصيص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق، وجائز بيعها بالمزاد العلني».

كما يلاحظ أن له نفس الخصائص مع الرهن الرسمي ، ولا يختلف معه إلا في مصدره، حيث مصدر حق التخصيص القضاء فقط.

ثالثاً - الرهن الحيازي وخصائصه:

نتطرق من خلال هذا العنصر إلى تعريف الرهن الحيازي وتحديد خصائصه وذلك كما يلي:

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

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

**2. خصائص الرهن الحيازي :**

- الرهن الحيازي عقد رضائي ينعقد بمجرد تبادل إيجاب وقبول متطابقين، ولا ضرورة لتسليم الشيء المرهون إذ التسليم التزام لا ركن<sup>(1)</sup>.

- الرهن الحيازي عقد تابع ، فهو يستلزم وجود التزام أصلي يضمه، شأنه في ذلك شأن الكفالة والرهن الرسمي وحق الاختصاص، وهذا الالتزام الأصلي، إذا كان باطلاً أو قابلاً للإبطال أو انقضى، يتبعه الرهن الحيازي في ذلك فيكون باطلاً أو قابلاً للإبطال أو منقضياً<sup>(2)</sup>.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات دار الحلبي، بيروت، ط3، 2000، ص 741-742.

(2) المرجع نفسه، ص 742 وما بعدها.

- الرهن الحيازي عقد غير قابل للتجزئة ، هذه الخاصية قد تقررت لصالح الدائن المرتهن فهي تدعم ائتمان الدائن لأنه كلما كان الوفاء جزئيا كان ضمانه أقوى لاستيفاء الباقي من الدين، وبالتالي فهي وسيلة ضاغطة على المدين وتدفعه إلى حرصه الشديد لاستعادة الشيء الذي أصبح يعد الوفاء الجزئي يمثل قيمة أكبر من قيمة الدين المتبقي عليه بإتمام تنفيذ التزامه وأن سمح له باستعادة جزء من الشيء المرهون لتفادع المدين في الجزء الباقي من التزامه<sup>(1)</sup>.

#### رابعاً - حقوق الامتياز:

\* الأحكام العامة لحقوق الامتياز: نتناول تحت هذا العنصر الأحكام التي تناولها المشرع في المواد 982 إلى 988 من القانون المدني وذلك بدءاً بتعريف حقوق الامتياز وبيان خصائصها ثم عرض التقسيمات الأساسية لحقوق الامتياز.

#### 1. خصائص حقوق الامتياز: من خلال ما سبق نجد أن حقوق الامتياز تتصف بالخصائص

التالية:

(أ) حق عيني: تظهر خاصية العينية بجلاء في حقوق الامتياز الخاصة لأنها ترد على مال معين من العقارات أو المنقولات<sup>(2)</sup>، أما في حقوق الامتياز العامة التي ترد على جميع أموال المدين فلا تبدو خاصية العينية ولا يظهر الامتياز إلا حين التنفيذ على أموال المدين حيث تظهر الأولوية على أموال المدين لصاحب حق الامتياز.

(ب) حق تباعي: حاله حال بقية الحقوق العينية التبعية فإنه يرتبط بالدين المضمون وجوداً وهدماً<sup>(3)</sup>.

(ج) حق لا يقبل التجزئة: حيث يبقى حق الامتياز قائماً على المال المنقل به ما دام هناك جزء من الدين المضمون لم يتم الوفاء به، فكل جزء من المال المنقل ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بكامل المال المنقل بالامتياز.

(د) الامتياز مصدره القانون فقط: وهو ما يتميز به عن سائر الحقوق العينية التبعية التي مصدرها المباشر هو الاتفاق أو حكم القضاء ولا يكون القانون فيها إلا مصدراً استثنائياً، أما حقوق الامتياز فلا تكون إلا بموجب نص في القانون.

(1) حاج بكوش مراد، خاتي فواد قرجنة الطيب، الرهن الحيازي في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الخامسة عشرة، الجزائر، 2004/2007، ص3.

(2) هدى عبد الله، التأمين العقاري مقارنة مع حقوق الرهن والامتياز، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2011، ص 256-257.

(3) أحمد لعور ونبييل صقر، القانون المدني (نصاً وتطبيقاً)، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص337.

هـ) حق الامتياز لا يحتج به على حائز المنقول حسن النية: طبقا لما ورد في المادة 985 من القانون المدني، التي قدمت أمثلة لما يعتبر من الحائزين حسني النية ومنهم مؤجر العقار بالنسبة للمنقولات المستأجر الموجودة في العين المؤجرة وبصاحب الفندق بالنسبة لأمتعة النزلاء المودعة لديه.

و) الامتياز يقرر تبعا لصفة الدين: حيث تتصف بعض أنواع الديون بالأهمية بالنسبة للمشرع رغم أن قيمتها لا تكون كبيرة ولكن نظرا لتعلقها بالمصلحة العامة وحفظ المجتمع واستقرار المعاملات، فلا ينتظر اتفاق الأفراد على تقرير تأمينات للوفاء بها، لذلك يقرر المشرع منح هذه الديون أولوية في الوفاء بها من أموال المدين.

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

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

ب) حقوق الامتياز الخاصة: هي تلك الحقوق الممتازة التي ترد على شيء معين بالذات يملكه المدين من العقار أو المنقول وتقتصر عليه<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### أحكام الضمان الخاص

تناولنا في المطلب السابق مفهوم الضمان الخاص بشقين الشخصي والعيني ، وسنبدر في المطلب هذا بذكر أهم أحكامه، فسنبدأ بأحكام التأمينات الشخصية (فرع أول) ثم نختم بالتعرض إلى أحكام التأمينات العينية (فرع ثاني).

### الفرع الأول

#### أحكام التأمينات الشخصية

#### أولاً - أحكام الكفالة:

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

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (التأمينات العينية)، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 339.

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

(ب) إقامة الكفيل في الجزائر: ويلاحظ هنا أن المشرع اشترط الإقامة المعتادة في الجزائر فلا تكفي الإقامة العارضة المؤقتة، وذلك مراعاة لمصلحة الدائن والتسهيل عليه. وهذا الشرطان لا بد من توفرهما دائماً حيث إذا اختلا في أي وقت قبل انقضاء الدين كان للدائن طلب كفيل آخر أو تأمين عيني تحت طائلة سقوط أجل الدين واعتباره حال الأداء. وإضافة إلى هذين الشرطين نجد شرط أهلية الكفيل لأنه إذا كان في أهلية الكفيل خلل أو قصور فإن الكفالة ستكون عرضة للإبطال وهو ما يجعل ائتمان المدين في خطر.

## 2. التمييز بين الكفالة وما يشابهها:

(أ) الكفالة والتعهد عن الغير: التعهد عن الغير هو عقد بين شخصين يلتزم أحدهما وهو المتعهد أن يجعل شخصاً آخر يقبل بالتعاقد مع المتعهد له، وهو ما نصت عليه المادة 114 من القانون المدني الجزائري. ويظهر المتعهد هنا كما لو كان كفيلاً للشخص الذي تعهد بالحصول على موافقته. إلا أن الكفالة تختلف عن التعهد عن الغير من عدة أوجه أهمها أن الكفالة تتبع التزاماً ناشئاً بين دائن ومدين وهو ما يتوفر في التعهد عن الغير أين التزام المتعهد هو التزام أصلي لا يتبع أي التزام، حيث إذا لم يستطع المتعهد جعل الغير يقبل بالتعاقد مع المتعهد له فإنه يلتزم بالتعويض أو القيام بالالتزام بنفسه دون أن يكون له حق الرجوع على الغير الذي رفض التعاقد.

(ب) الكفالة والتأمين: تشبه الكفالة مع صورة من صور عقد التأمين هي تأمين الائتمان التي يقوم فيها الدائن بتأمين نفسه لدى شركة التأمين ضد خطر إفسار المدين وعجزه عن الوفاء بالدين. حيث تظهر شركة التأمين هنا كما لو كانت كفيلاً للمدين وهو أمر غير صحيح لأن التزام شركة التأمين تجاه المؤمن له هو التزام أصلي سببه الأقساط التي يدفعها. وحين يقع الخطر المؤمن منه (إفسار وعجزه عن السداد) فإن شركة التأمين تدفع مبلغ التعويض للمؤمن له ولا يجوز لها الرجوع على المدين بشيء عكس الكفالة أين يمكن للكفيل الرجوع على المدين بعد الوفاء للدائن (2).

(ج) الكفالة والتضامن: أهم فرق بين الكفالة والتضامن يتمثل في أن الكفيل ليس مسؤولاً بصفة أصلية عن الوفاء بالالتزام خلاف المدين المتضامن الذي يعتبر مديناً أصلياً. وبهذا ننهي ما تعلق بتحديد مفهوم الكفالة وننتقل إلى الحديث حول أركان الكفالة.

(1) محمد حسين منصور، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، [ب. ت.]، ص 39.

(2) أحمد محمود سعد، عقد الكفالة، دار النهضة العربية للطبع والنشر، القاهرة، 1994، ص 134.

## ثانياً - أركان الكفالة:

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

### 1. التراضي في الكفالة: التراضي في عقد الكفالة يطرح المسائل التالية:

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

(ب) التعبير عن الإرادة في عقد الكفالة: بالنسبة للدائن فإن تطبق عليه القواعد العامة في التراضي المنصوص عليه في المادة 59 وما يليها في القانون المدني الجزائري، أما بالنسبة للكفيل ونظراً لخطورة الالتزام المترتب في ذمته فإن بعض شراح القانون المدني يرون ضرورة أن يكون تعبيره عن رضاه بالكفالة تعبيراً صريحاً ولا يقبل منه تعبير ضمني.

(ج) عيوب الإرادة: تطبق القواعد العامة المتعلقة بعيوب الإرادة (الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال) الواردة في نظرية العقد (المواد 81-91 من القانون المدني الجزائري) على عقد الكفالة. ونظراً لكون الكفالة عقداً من العقود ذات الاعتبار الشخصي أين تكون شخصية الكفيل والدائن والدين ذات اعتبار حين إبرامها وهو ما يجعلها مجالاً خصباً لتطبيق نظرية الغلط.

(د) إثبات الكفالة: طبقاً للمادة 645 من القانون المدني<sup>(1)</sup> فإن الكفالة لا تثبت إلا بالكتابة حتى ولو جاز إثبات الالتزام الأصلي المكفول بالبينة (شهادة الشهود). وهذا الخروج عن القواعد العامة في الإثبات (لاسيما المادة 333 من القانون المدني) مبرره هو خطورة التزام الكفيل.

2. محل الكفالة: محل الكفالة هو وفاء المدين بالالتزام الأصلي حين عجز المدين عن الوفاء به، وعليه فإنه لا بد أن يكون هذا الالتزام المكفول موجوداً وممكناً ومشروعاً وهو ما يطرح المسائل التالية:

(أ) مصدر الالتزام المكفول ومحلّه: لا يشترط أن يكون مصدر الالتزام المكفول هو العقد فقط، حيث يمكن كفالة الالتزام الناشئ عن الفعل الضار ما دامت مسؤولية المدين قد ثبتت وحدد مقدار

(1) المادة 645 ق.م.ج: «لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة».

التعويض. وهو ما يصح أيضا في الالتزام الناشئ عن الفعل النافع أو القانون. فإذا لم يوجد الالتزام الأصلي أصلا أو وجد وانقضى قبل الكفالة، فإن الكفالة لا تقوم لانعدام المحل. ومحل التزام الكفيل الأصل فيه هو أداء مبلغ مالي، ولكن يمكن أن يكون محله إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل<sup>(1)</sup>.

مع ملاحظة أنه يجب أن يكون الالتزام الأصلي المكفول صحيحا ومشروعا، فلو كان باطلا أو غير مشروع تنعدم الكفالة، وهو ما نص عليه المشرع في المادة 648 من القانون المدني. **ب) صحة الالتزام الأصلي:** يطرح هذا العنصر مسألتين هامتين هما كفالة الالتزام الناشئ عن عقد قابل للإبطال وكفالة التزام ناقص الأهلية.

**ب.1) كفالة الالتزام الناشئ عن عقد قابل للإبطال:** العقد القابل للإبطال عقد صحيح نافذ بين طرفيه وبالتالي تصح كفالته، ولكنه يبقى معرضا للإبطال من طرف من له الحق في طلب الإبطال (المادتين 99-100 من القانون المدني). ونظرا لخاصية التبعية فإن التزام الكفيل يرتبط مصيره بمصير العقد القابل للإبطال فإذا أجز العقد القابل للإبطال تحصن واستقر وثبت معه التزام الكفيل. أما إذا تقرر إبطال العقد فإنه يزول بأثر رجعي وزالت معه الكفالة تبعا لذلك.

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

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

- أن يجهل الكفيل نقص أهلية المدين: حيث يكون الكفيل هنا قد وقع في غلط في صفة جوهرية هي سن المدين مما يمنحه الحق في طلب إبطال العقد إذا أثبت وقوعه في الغلط وأنه ما كان أبرم عقد الكفالة لو علم أن المدين ناقص أهلية.
- أن يكون الكفيل عالما بنقص أهلية المدين: وهنا تكون الكفالة صحيحة ولا تكون قابلة للإبطال ويبقى التزام الكفيل مرتبطا بمصير الالتزام المكفول، فإذا لم يبطل ناقص الأهلية العقد أو سقط حقه في ذلك بالتقادم تؤكد الالتزام الأصلي وتؤكد معه التزام الكفيل.

(1) سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991، ص86.

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

**ج) كفالة الالتزام الشرطي والالتزام المستقبل:** ورد النص على هذا في المادة 650 من القانون المدني، حيث أجاز المشرع كفالة الالتزام المعلق على شرط وكفالة الالتزام الذي لم ينشأ بعد أي الالتزام المستقبل.

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

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

**د) كفالة الالتزام الطبيعي:** الالتزام الطبيعي هو التزام يتضمن فقط عنصر المديونية ويفتقد عنصر المسؤولية حيث لا يمكن إجبار المدين على الوفاء به وهو ما يقتضي بالضرورة عدم تصور الكفالة به. وعليه إذا أصبح الالتزام المكفول التزاما طبيعيا بسبب من الأسباب كالتقادم فإن التزام الكفيل يصبح كذلك التزاما طبيعيا للتبعية. ولكن إذا تقدم شخص لكفالة التزام طبيعي وهو عالم بأنه التزام طبيعي فإنه يصبح ملتزما أصليا لأن هذا الالتزام الطبيعي أصبح في مواجهته التزاما مدنيا طبقا للمادة 163 من القانون المدني الجزائري<sup>(1)</sup>.

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

(1) نص المادة 163 ق.م.ج: «يمكن أن يكون الالتزام الطبيعي سبب لالتزام مدني».

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

فالملحقات هي ما يترتب على المدين الأصلي من تعويضات بسبب تأخره في التنفيذ. أما مصروفات المطالبة الأولى فهي ما ينفقه الدائن من مصاريف عند رجوعه على المدين منذ الإصدار إلى غاية التنفيذ، أما ما يستجد من مصروفات بعد إخطار الكفيل فهي لا تحسب على الكفيل إلا إذا تم إخطاره بها لأن بإمكان الكفيل تفادي الرجوع عليه ودفع الدين للدائن بمجرد الإخطار وتجنبيه مصاريف الرجوع<sup>(1)</sup>.

**3. سبب الكفالة:** إذا كانت الكفالة تبرعا من الكفيل لصالح الدائن أو المدين فإن سبب الكفالة هو نية التبرع ولا بد من الرقابة على مشروعية الباعث نحو التبرع تحت طائلة بطلان الكفالة. أما حين تكون الكفالة بمقابل فإن سبب التزام الكفيل هو المقابل الذي يقدمه المدين أو الدائن، أي المصلحة التي سيستفيد منها الكفيل نظير التزامه الكفالة، مع الرقابة على الباعث نحو التعاقد من طرف الكفيل. ونلاحظ أنه إذا كان الكفيل قد قبل الكفالة بسبب تعهد المدين له بأداء معين فإن بطلان هذا التعهد لا يؤثر على صحة الكفالة وإنما تعود إلى أصلها التبرعي<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثاني

### أحكام التأمينات العينية

لقد قمنا بتقسيم هذه الأحكام من نواح ثلاث:

#### أولاً - من حيث المصدر:

منها ما ينشأ بالعقد وهو الرهن الرسمي والرهن الحيازي، ومنها ما ينشأ بواسطة أمر من القاضي وهذا هو حق التخصيص ومنها أخير ما ينشأ بنص القانون، وهذه هي حقوق الامتياز. ويلاحظ أن الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري قد يكون مصدره حكم القضاء أو القانون علاوة على العقد (م 882 ق.م.ج)<sup>(3)</sup>.

(1) بن صويلح سامية، إيمان غولي، عقد الكفالة في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابي، 2010-2011، ص 53.

(2) زكي محمد جمال الدين، التأمينات الشخصية والعينية، مطابع دار الشعب، القاهرة، 1994، ص 75.

(3) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 16.

1. مصدر الرهن الرسمي: عرفت المادة 882 ق.م.ج: «الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقا عينيا، على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان».

وقد عرفه المشرع باعتباره حق، إذا الحق هو الغاية، والعقد هو الوسيلة لنشوء هذا الحق. والرهن الرسمي له نقطة اشتراك في المصدر مع التأمينات العينية الأخرى حكم القضاء والقانون وكما نصت عليه المادة 883 ق.م.ج: «لا يعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون، وتكون مصاريف العقد على الرهن إلا إذا اتفق على غير ذلك».

2. مصدر الرهن الحيازي: تعرف المادة 948 ق.م.ج الرهن الحيازي كما يلي: «الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره، بأن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيء يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون».

فالرهن الحيازي حق عيني ينشأ بمقتضى عقد، ويحول للدائن المرتهن سلطة مباشرة على مال يحبسه في يده أو في يد الغير، ويستوفي منه حقه قبل الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أي يد يكون هذا المال.

3. مصدر حق التخصيص: يتقرر هذا الحق التخصيص بحكم من رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار بناء على عريضة يتقدم بها طالب التخصيص (المادة 941 ق.م.ج).

4. مصدر حق الامتياز: مصدره القانون على خلاف الحقوق العينية التبعية الأخرى ونصت عليه المادة 982 ق.م.ج.

ثانياً - من حيث محلها:

نجد أن التأمينات ما لا ينشأ إلا على عقار، وهي الرهن الرسمي وحق التخصيص ومنها ما يرد على منقول والعقار وهي الرهن الحيازي وحقوق الامتياز<sup>(1)</sup>.

(1) محمد صبري سعدي، المرجع السابق، ص16.

## 1. وعاء الرهن الرسمي: (1)

يتضمن محله وهو إنشاء حق عيني على عقار كما يتضمن وعاء الرهن الالتزام المضمون به من أجله نشأ الرهن وشروط المحل في الرهن الرسمي تخصيص العقار المرهون نصت المادة 1/886 ق.م.ج: «لا يجوز أن ينعقد الرهن إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك».

2. محل حق التخصيص: ويرد على العقارات المملوكة للمدين دون المنقولات، إذ تنص المادة 940 ق.م.ج على أنه: «لا يجوز أخذ حق التخصيص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا التخصيص، وجائز بيعها بالمزاد العلني».

3. محل الرهن الحيازي: ويرد الرهن الحيازي إما على عقار أو على منقول ولقد نصت المادة 949 ق.م.ج على أنه: «لا يكون محلاً للرهن الحيازي إلا يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول وعقار».

4. محل حق الامتياز: يرد على العقار وعلى المنقول وعليهما معا وعلى جميع أموال المدين وتسمى بحقوق الامتيازات العامة وكامتيازات الأجرة المستحقة للخدم وكما نصت عليه المادة 984 ق.م.ج النفقة للأقارب عن 6 أشهر الأخيرة وهذا ما نصت على 993 ق.م.ج.

## ثالثاً - من حيث الحيازة :

تتطلب بعض التأمينات انتقال المال الذي يرد عليه التأمين إلى حيازة الدائن كما في الرهن الحيازي، أما الأنواع الأخرى من التأمينات، وهي الرهن الرسمي، وحق التخصيص، وحقوق الامتياز، فإن المال الذي يرد عليه التأمين يظل في حيازة من قدم الضمان (2).

1. حيازة الرهن الرسمي: وفي الرهن الرسمي لا ينقل الراهن حيازة العقار المرهون إلى الدائن المرتهن بل تبقى الحيازة وكذلك الملكية للمالك وهو المدين الراهن ويكون بين الدائن عقد رسمي يقرر له حق الرهن كما نصت عليه المادة 894 ق.م.ج: «يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، على أن أي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن».

2. حيازة حق التخصيص: الدائن الذي حصل على حق التخصيص على عقارات مدنية له حق التقدم على الدائنين التاليين له أي الدائنين الذين قيدوا حقوقهم بعده، إذا الأولوية بالأسبقية في القيد

(1) العربي بن قسمية، محاضرات في مقياس التأمينات العينية (موجهة لطلبة سنة ثانية ماستر)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، لسنة 2020/2019، ص 20.

(2) محمد صبري سعدي، المرجع السابق، ص 16.

كما في الرهن الرسمي، وكذلك يخول حق التخصص تتبع العقار في أي يد يكون للتنفيذ عليه واستفاء حقه كما نصت عليه المادة 940 ق.م.ج.

**3. حيافة الرهن الحيازي:** ويتميز الرهن الحيازي أساساً بانتقال الحيافة من الراهن إلى المرتهن أو إلى الغير يعينه المتعاقدان، هذا ما نصت عليه المادة 951 ق.م.ج: «ينبغي على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي يعينه المتعاقدان لتسليمه ويسرى على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء للبيع».

ويخول الرهن الحيازي للدائن المرتهن حبس الشيء المرهون إلى حين استيفاء حقه، وفي هذا الصدد تنص المادة 962 ق.م.ج على أنه: «يخول الرهن الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون على الناس كافة...».

ويبقى الدائن المرتهن حابساً للشيء المرهون، فإذا وفى المدين الدين، وجب على الدائن المرتهن رد الشيء المرهون إلى مالكة (المدين)، هذا ما نصت عليه المادة 959 ق.م.ج بقولها: «يجب على الدائن أن يرد الشيء المرهون إلى الراهن بعد استفاء كامل حقه وما يتصل بالحق من ملحقات ومصاريف وتعويضات».

ولما كانت حيافة الشيء المرهون تنتقل إلى المرتهن ويبقى عنده إلى حين استفاء حقه فإنه يجب عليه أن يحافظ عليه ويقوم بصيانته بعناية ويكون مسؤولاً عن هلاك الشيء إذا كان الهلاك ناتجاً عن تقصير منه، هذا ما قرره المادة 955 ق.م.ج بقولها: «إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد وهو مسؤول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب لا يد له فيه».

**4. حيافة حقوق الامتياز:** ويلاحظ ما سبق ما نصت عليه المادة 980 ق.م.ج في الرهن الرسمي في انتقال الرهن الذي قرر أحد الشركاء على الشبوع إلى ما آل إليه بسبب القسمة لا يضر برهن صدر من جميع الشركاء، أو بامتياز المتقاسمين، فالرهن في هذه الحالة ولو أنه يتمتع بنفس مرتبته القديمة إذا (قيد خلال تسعين يوماً من يوم إخطار الدائن المرتهن بالقسمة) إلا أن امتياز المتقاسم أن يتقدم عليه<sup>(1)</sup>.



(1) حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية (دراسة تحليلية مقارنة لأحكام الرهن والتأمين والامتياز)، الدار الجامعية للطباعة والنشر، [ب.ت]، ص175.

# الفصل الثاني

أثر الضمان الخاص في تسديد الدين

## الفصل الثاني

### أثر الضمان الخاص في تسديد الدين

#### ■ تمهيد :

وباعتبار الضمان الخاص أن من مقوماته التأمينات الشخصية وهي من أهم صورها عقود الكفالة، فتشمل الكفالة دين، أو نفس، أو عين ونحوه، ولذا جاء التعريف بما يناسب هذا التعميم في العبارة التالية: (ضم ذمة) الكفيل (إلى ذمة) الأصيل (في المطالبة مطلقاً) بنفس، أو بدين أو عين. ومنه متى انعقد عقد الكفالة صحيحاً، فإنه يرتب آثاره فيما بين المتعاقدين، فالأثر المباشر يظهر في العلاقة بين الدائن والكفيل، أما الأثر الغير مباشر فيظهر في العلاقة بين المدين والكفيل أو في العلاقة بين الكفلاء إذا تعددوا، ولذا فإن دراسة آثار الكفالة المباشرة أو غير المباشرة هي دراسة لهذه العلاقات المختلفة، علاقة الدائن بالكفيل وعلاقة الكفيل بالمدين.

كما خصصت مدونة الحقوق العينية بشكل متكامل بصورة شاملة لمختلف المعاملات المتداولة في العقار بمواد واضحة سواء من حيث المبنى أو من حيث المعنى حماية للمخاطر التي يتضمنها الضمان العام. ومن بين هذه الضمانات التي تحول الحقوق للدائن نجد الرهن: «وهو حبس شيء مالي بحق يمكن استفاؤه منه كالدين»، ولانعقاد الرهن يجب توفر كل الأركان الموضوعية والشكلية والمتمثلة في ركن الرضا والأهلية، وركن المحل، وركن السبب بالإضافة إلى تحرير الرهن في عقد رسمي واستنفاؤه لجميع البيانات اللازمة. فبمجرد استكمال أركان الرهن ينشأ عقد الرهن، والذي يرتب في حد ذاته آثار قانونية بالنسبة للمدين الراهن وبالنسبة للغير.

## المبحث الأول

### أهمية الضمان الخاص في القانون المدني

الضمان الخاص هو نظام قانوني يستهدف تأمين الدائن من خطر عدم تنفيذ الالتزام وهو وسيلة جدية لضمان الحق، ويستقل به دائن أو بعض الدائنين فيجعلهم في مركز قانوني مميز يؤمن الدائن من خطر إفسار المدين وذلك من خلال سلطة التقدم، ويؤمنه كذلك من خطر تصرف المدين في أمواله وذلك من خلال منحه سلطة التتبع، والضمانات الخاصة قد تكون شخصية وقد تكون عينية.

### المطلب الأول

#### من حيث نشأته

ونقسم هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول نشأة الكفالة، حيث تعتبر من أهم صور تأمينات الشخصية، والفرع الثاني يتمثل في نشأة التأمينات العينية.

#### الفرع الأول

##### نشأة التأمينات الشخصية (الكفالة)

عرف المشرع الجزائري الكفالة في المادة 644 من القانون المدني بأنها: «عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذ لم يف به المدين نفسه»<sup>(1)</sup>.

#### الفرع الثاني

##### نشأة التأمينات العينية

#### أولاً - نشأة الرهن الرسمي:

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

1. التراضي في عقد الرهن الرسمي: مثل بقية العقود لا بد أن يكون التراضي موجودا وصحيا خاليا من العيوب، حيث يجب أن تتجه إرادة المتعاقدين المتطابقتان إلى إنشاء عقد رهن رسمي على

(1) لقد تطرقنا للموضوع نشأة الكفالة وبيننا فيها خصائصها وأركانها، (انكر: المطلب الأول من المبحث الثاني في الفصل الأول من هذا البحث).

عقار ضمانا لدين محدد، وتطبق في ذلك كافة القواعد العامة الواردة في المواد 59 وما يليها في القانون المدني. وتظهر خصوصية عقد الرهن الرسمي في ركن التراضي في المسائل التالية:

**2. الأهلية اللازمة لإبرام عقد الرهن الرسمي:** بالنسبة للمدين الراهن فقد أكدت المادة 884 من القانون المدني في فقرتها الثانية وجوب أن يكون للراهن أهلية التصرف، وبالتالي لا بد أن تكون له أهلية الأداء الكاملة طبقا للمادة 40 من القانون المدني المحددة بـ19 سنة كاملة. فهو من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر من حيث الأصل، وبالنسبة لناقص الأهلية فلا يقبل منه رهن عقاره إلا بإجازة نائبه الشرعي، والنائب الشرعي لا يمكنه رهن عقار القصر والمحجور عليهم الذين في ولايته إلا بموجب إذن من القاضي طبقا للمادة 88 من قانون الأسرة الجزائري.

أما الدائن المرتهن فلم ينص المشرع على ما تعلق بأهليته في العقد، وهو ما يخضعه للقواعد العامة التي سبق دراستها في نظرية الالتزام<sup>(1)</sup>.

### ثانياً - نشأة حق التخصيص :

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

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

**2. نشأة حق التخصيص:** حتى يحصل الدائن على حق تخصيص على عقارات مدينه لا بد من توفر مجموعة من الشروط وأن يقوم بالإجراءات المبينة فيما يلي:

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

(ب) أن يكون محل حق التخصيص هو العقار، وأن يعين في العقد تعيينا دقيقا وأن يكون مملوكا للمدين وقت تقرير حق التخصيص وإن يجوز بيعه بالمزاد العلني.

(ج) أن يتم الطلب حال حياة المدين لأنه لو مات فليس للدائن الحصول على اختصاص على عقارات التركة.

(1) امجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص126.

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

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

و) لا بد من تبليغ الأمر على ذيل عريضة المتعلق بحق التخصيص للمدين في نفس يوم صدوره، حتى يتسنى له الاعتراض عليه والتظلم منه أمام نفس القاضي الذي أصدره على وجه الاستعجال، فإذا قبل القاضي تظلم المدين أصدر أمرا بإلغاء أمر التخصيص ويجب على المدين هنا القيام بالتأشير على هامش القيد بالأمر الصادر بإلغاء التخصيص<sup>(1)</sup>.

### ثالثا - نشأة الرهن الحيازي:

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

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

(1) أنور العمروسي، الحقوق العينية والتبعية، منشأة المعارف، مصر، 2003، ص 95.

أما الأهلية المطلوبة لإبرام عقد الرهن الحيازي، فإننا نميز بين الأهلية المطلوبة في الراهن والأهلية المطلوبة في الدائن المرتهن<sup>(1)</sup>.

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

أما للدائن المرتهن فالأصل أن الرهن الحيازي عقد ملزم لجانبين يدور بين النفع والضرر وبالتالي فلا بد لصحة التصرف من أهلية الأداء الكاملة فإذا كان ناقص أهلية كان الرهن الحيازي قابلا للإبطال<sup>(2)</sup>.

## 2. المحل والسبب في عقد الرهن الحيازي: محل عقد الرهن الحيازي حاله حال الرهن الرسمي

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

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

(1) محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، دار الكتاب الحديث، بيروت، طبعة 3، 1979، ص 85.

(2) محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق نفسه، ص 86.

اختلاف كبير سوى ما تعلق بإمكانية رهن المنقول رهنا حيازيا من غير المالك حيث يكون للمرتهن حسن النية حق التمسك بالرهن (المادة 970 فقرة 2 من القانون المدني).  
أما السبب في الرهن الحيازي فتطبق عليه ذات القواعد العامة في نظرية الالتزام<sup>(1)</sup>.

#### رابعاً - نشأة حقوق الامتياز :

جاء تعريف حقوق الامتياز في المادة 982 من القانون المدني بأنه: «أولوية يقرها القانون لذين معين مراعاة منه لصفته ولا يكون للذين امتيازاً إلا بمقتضى نص قانوني». وقد عرفه بعض شراح القانون المدني بأنه: «حق الامتياز هو حق عيني تبغي يقرره القانون لضمان الوفاء بدين معين مراعاة منه لصفة هذا الدين، ويخول هذا الحق للدائن استيفاء دينه من ثمن الأموال المثقلة به بالأفضلية على غيره من الدائنين بما فيهم أصحاب التأمينات العينية الأخرى وأصحاب حقوق الامتياز التاليين له في المرتبة»<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني

#### من حيث أثره

ولتوضيح أثر الضمان الخاص، قسمنا هذا المطلب إلى خمسة فروع، (الفرع الأول) يتمحور حول آثار الكفالة بين الكفيل والدائن، (الفرع الثاني) آثار الكفالة بين الكفيل والمدين، (الفرع الثالث) آثار الرهن بالنسبة للدائن المرتهن، (الفرع الرابع) آثار الرهن بالنسبة للمدين الراهن، (الفرع الخامس) أثر القيد في تسديد الدين.

#### الفرع الأول

##### آثار الكفالة بين الكفيل والدائن

للدائن بموجب عقد الكفالة أن يطالب الكفيل بوفاء الدين، ولهذا الأخير أن يفى بالدين، إذا لم يف به المدين نفسه<sup>(3)</sup>، فحق الدائن يتقيد في مطالبة الكفيل من جهة يسبق حلول أجل الدين المكفول باعتباره لا يجوز تنفيذ الالتزام جبراً إلا بعد حلول أجله ومن جهة أخرى يسبق الرجوع على المدين باعتباره صاحب الالتزام الأصلي وباعتباره الكفيل ما هو إلا صاحب الالتزام التبعية<sup>(4)</sup>، أما فيما يخص

(1) محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق نفسه، ص 88.

(2) محمد حسين منصور، النظرية العامة للاثتمان، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2001، ص 445.

(3) عيسى العاقب، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع (عقود ومسؤولية)،

معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1986، ص 42.

(4) محمد محمود زهران همام، المرجع السابق، كفالة، ص 120، 121.

مطالبة الدائن للكفيل فإذا لم يتم تحديد أجل خاص للالتزام الكفيل كان أجل هذا الالتزام هو أجل الالتزام الأصلي، وتطرق المشرع الجزائري إلى هذه الأحكام في المواد من 654 إلى 669 من القانون المدني حيث يبين فيها شروط مطالبة الدائن للكفيل والدفع التي يواجه بها الكفيل هذه المطالبة.

أولاً - شروط مطالبة الدائن للكفيل :

طبقاً للمادة 01/660 من ق.م.ج والتي تنص: « لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين ».

يتبين من نص المادة 01/660 من ق.م.ج بأنه:

- يجب على الدائن أن يرجع أولاً على المدين قبل أن يرجع على الكفيل أو على الأقل أن يرجع على المدين والكفيل معاً إذا كان أجل التزامهما معاً واحداً<sup>(1)</sup>.  
- أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل قبل حلول أجل التزام الكفيل، كما يترتب على تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين الأصلي، وأن الدائن لا يحق له أن يرجع على الكفيل قبل رجوعه على المدين الأصلي بالمدين<sup>(2)</sup>.

### 1. حلول أجل التزام الكفيل :

لا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل بالدين الناشئ عن عقد الكفالة إلا بعد حلول أجل الدين كما هو محدد في عقد الكفالة في حالة الكفالة المحددة أو كما هو محدد بعقد الدين الأصلي في حالة الكفالة المطلقة.

فإن اتفق الدائن مع الكفيل على أجل خاص بدينه، فلا يجوز له مطالبة الكفيل إلا بعد حلول هذا الأجل ولو كان دين المدين قد حل أجله، كما لا يجوز أن يكون أجل دين الكفيل أقرب من أجل دين المدين، وإن كان يجوز أن يكون أطول منه تطبيقاً لقاعدة أن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد عبئاً من التزام المدين، وإن جاز أن يكون أهون منه .

فإن كان التزام الكفيل أشد عبئاً من التزام المدين، فيجب جعل التزام الكفيل مساوياً في العبء لالتزام الأصلي وذلك من أجل التزام الكفيل حتى يساوي أجل التزام المدين<sup>(3)</sup>.

وعلى هذا الأساس لا يجوز مطالبة الكفيل إلا بعد حلول أجل التزامه، حتى ولو كان أجل الدين المكفول قد حل قبل ذلك، وعليه فإذا مد أجل الالتزام الأصلي بإرادة الطرفين الدائنت والمدين أو بحكم القاضي فإن الكفيل سيستفيد من هذا الأجل، فيمتد أجل التزام الكفيل إلى هذا الأجل الجديد ولا يجوز

(1) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 85.

(2) عيسى العاقب، المرجع السابق، ص 42.

(3) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 91.

مطالبة الكفيل قبل هذا الأجل الجديد، وإذا حدث العكس واتفق على تعجيل التزام المدين فإن الكفيل لا يضار من هذا الاتفاق لا تجوز مطالبته إلا عند حلول الأجل الأصلي<sup>(1)</sup>.

## 2. مطالبة الدائن للمدين قبل الرجوع على الكفيل :

المقصود بالرجوع في هذا الصدد المطالبة القضائية، فلا يجوز للدائن أن يرفع الدعوى على الكفيل وحده بإلزامه بالوفاء إلا بعد أن يرفع الدعوى على المدين ويحصل على الحكم ضده لإلزامه بالوفاء أو يرفع دعوى على المدين والكفيل معا<sup>(2)</sup>.

أما في التشريع الجزائري بحسب نص المادة 658 من ق.م.ج بنصها على أنه : « إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفلسة وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال المدين».

ويترتب على ذلك من خلال استقراء أحكام المادة 658 من ق.م.ج أنه في حالة ما إذا رفع الدائن على الكفيل دعوى من قبل رفعها على المدين فإن للكفيل أن يدفعها بوجوب الرجوع على المدين أولاً، وهنا يقتضي بعدم قبول دعوى الدائن عليه وعلى الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع أمام المحكمة.

وعليه أن يبديه في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو في الاستئناف، ولا يجوز للمحكمة أن تقتضي من تلقاء نفسها لأن الحكم الوارد في المادة 1/666 من ق.م.ج ليس من النظام العام.

وعليه إذا نجح الكفيل في دفعه وحكم القاضي بعدم قبل الدعوى - دعوى الدائن - فإن هذا الحكم لا يمس بموضوع حقه ويجوز له بعد ذلك أن يرجع على المدين أولاً من يرجع بعد ذلك على الكفيل<sup>(3)</sup>.

عملاً بأحكام المادة 660 من ق.م.ج والتي تنص على أنه : « لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين».

## 3. شروط رجوع الدائن على المدين أولاً:

يجب توافر شروط معينة للتمسك بدفع وجوب رجوع الدائن على المدين أولاً، وهذا ما سنقوم بعرضه فيما يلي:

- يشترط أن لا يكون الكفيل قد نزل عن التمسك هذا الدفع: وذلك لأن هذا الحق قرره المشرع الجزائري لمصلحة الكفيل، وبالتالي فهو لا يتعلق بالنظام العام ويمكن للكفيل إذن أن ينزل عن هذا الحق وهذا النزول قد يكون صريحاً أو ضمناً وقد يكون وقت انعقاد الكفالة أو بعدها<sup>(4)</sup>.

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 91.

(2) مصطفى عبد الجواد حجازي، عقد الكفالة في القانون المدني، مجلة كبرى مصر، دار الكتب القانونية، 2006، ص 101، 102.

(3) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 87.

(4) نفس المرجع، ص 88.

- يشترط أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين: فمن طبيعة التضامن أنه تخول للدائن الحق في أن يرجع على أي من المدينين مجتمعين أو منفردين.  
والواقع أن التضامن وإن كان من آثاره الطبيعية أن يكون للدائن الحق في الرجوع على أي من المدينين بكل الدين مجتمعين أو منفردين، إلا أن ذلك يجب أن يقتصر على حالة المدينين الأصليين أما إذا كان التضامن بين مدين أصلي ومدين تابع فإن التضامن يجب أن يكون له معنى آخر هو بخصوص الكفالة وهو حرمان الكفيل وكفيل الكفيل<sup>(1)</sup>.

### ثانياً - الدفع التي تجب على الكفيل :

لقد منح المشرع الجزائري للكفيل دفوعاً خاصة بمقتضى عقد الكفالة، وذلك مراعاة لصفته واعتباراً لالتزامه التبرعي، وثباتاً لذلك سنقوم بعرض هذه الدفع كالاتي:

#### 1. الدفع بالتجريد :

يعرف بأنه دفع بعدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل الشخصي قبل تجريد المدين الأصلي من أمواله، ذلك أنه لما كان التزام الكفيل تبعياً فإن له الحق في أن يوقف مطالبة الدائن الموجهة إليه وبدعوة إلى تجريد المدين الأصلي، وهو ما يسمى بالدفع بالتجريد<sup>(2)</sup>، وتتمثل شروطه في ما يلي :

- يجب أن يكون الكفيل شخصياً لا عينياً: حيث أنه الكفيل الذي له حق التمسك بالدفع بالتجريد هو الكفيل الشخصي وعلى ذلك فإنه ليس للكفيل العيني الحق في التمسك بهذا الدفع .

وهذا ما أكدت عليه المادة 901 من ق.م.ج بنصها: « إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا على ما رهنه من ماله ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك » .

وبتبيين من نص المادة أعلاه بأن حق الكفيل موقوف على الدفع بتجريد المدين المكفول ولا يحق له أن يدفع بتجريد مدين آخر غير المكفول في حالة تعدد المدينين .

- يجب أن لا يكون الكفيل قد تنازل مقدماً عن الدفع بالتجريد سواء عند انعقاد عقد الكفالة أو فيما بعد : فالدفع بالتجريد حق خاص بالكفيل مقرر لصالحه، فله أن يتنازل عنه عندئذ يجوز له إعادة استعماله بعد هذا النزول.

وتطبيقاً لنص المادة أعلاه فإذا كان الكفيل متضامناً مع المدين فليس له حق التجريد، إذا كانت قواعد التضامن تقتضي أن يرجع الدائن إذا شاء على الكفيل المتضامن أولاً.

(1) محمد رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص125.

(2) محمد حسين، المرجع السابق، ص44.

أما الكفيل غير المتضامن فله أن يطلب تجديد المدين، إلا إذا كان قد نزل عن هذا الحق ويكون النزول عن الدفع بالتجديد صريحا أو ضمنيا.

- أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين: هو الشرط الوارد في نص المادة 655 من ق.م.ج بنصها على أنه: « لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجديد».

طبقا لأحكام المادة أعلاه يتبين بأنه للكفيل العادي التمسك بهذا الدفع، فالدائن يستطيع الرجوع على المدين أو الكفيل أو عليهما معاً له التنفيذ على أموال الكفيل مع المدين، وتضامن الكفيل مع غيره من الكفلاء لا يمنع كل منهم في التمسك بالدفع بالتجديد إلا إذا كانوا متضامنين، فالنص صريح في تحريم حق الدفع عن الكفيل المتضامن مع المدين<sup>(1)</sup>.

- أن يقوم الكفيل على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين التي تفي بالدين كله: يشترط في ذلك أن تكون هذه الأموال واقعة في داخل الجمهورية، وليست أموال متنازع فيها، وأن تكون مملوكة للمدين وأن تكون كافية للوفاء بكل الدين، وأن تكون قابلة للحجز عليها.

وقد ورد هذا الشرط في نص المادة 661 من ق.م.ج بنصها على أنه: « إذا طلب الكفيل التجديد وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين التي تفي بالدين كله، يؤخذ بعين الاعتبار الأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي الجزائرية أو كانت متنازع فيها».

## 2- الدفع بالتقسيم :

هو الذي يفترض أن هناك أكثر من كفيل لدين واحد وفي عقد واحد ولم يكونوا متضامنين فيما بينهم، وعلى ذلك فإن الدين ينقسم عليهم ولا يجوز للدائن أن يرجع على أي منهم إلا بقدر نصيبه من الدين فقط<sup>(2)</sup>، وتتمثل شروطه في ما يلي :

- أن يتعدد الكفلاء: وعلى ذلك إذا كان للدين كفيل واحد فإن الدين لا ينقسم بينهم وبين المدين  
- أن يتعدد الكفلاء لدين واحد : وعلى هذا لا يجوز للكفيل أن يطلب من الدائن تقسيم الدين بينهم و بين كفيل الكفيل، لأنهما لا يكفلان نفس الالتزام، إذا الكفيل يضمن الالتزام الأصلي ويضمن كفيل الكفيل التزام الكفيل.

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص83.

(2) المرجع نفسه، ص108.

## الفرع الثاني آثار الكفالة بين الكفيل والمدين

إذا قام الكفيل بالوفاء بالدين للدائن، كان له الرجوع على المدين بما وفاه مادام أنه لم يقصد التبرع بكفالاته، وقد نص المشرع على قواعد الرجوع ويسر للكفيل الحصول على المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع، وذلك بإلزام الدائن تقديمها له وقت الوفاء، وقد يكون الكفيل قد ضمن مدينا واحدا أو مدينين متعددين، فيكون له حق الرجوع بالوفاء<sup>(1)</sup>.

ويجوز للكفيل إذا ما قام بالوفاء بالدين للدائن طريقتين للرجوع على المدين إما بدعوى شخصية أو بدعوة الحلول، ومن هذا المنطلق سننتقل بالتفصيل إلى الدعوى الشخصية، ودعوى الحلول.

### أولا - دعوى الكفالة أو الدعوى الشخصية :

طبقا للقواعد العامة فإن كل من يفى دينا على غيره له أن يرجع على المدين بما وفاه، ويكون هذا الرجوع بدعوى شخصية وطبقا لأحكام المادتين 670 و 672 من ق.م.ج<sup>(2)</sup> تتبين هذه الشروط كالآتي:

- أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين ودون اعتراض منه: هذا الشرط لا يتضح من النصوص القانونية، ولكن الفقه مجمع عليه، والمفروغ أن الكفالة تعقد عادة لمصلحة المدين، إلا أنها أحيانا تعقد لمصلحة الدائن وحده، كما أنها إذا انعقدت بعد نشوء الالتزام الأصلي، ولم يحصل الكفيل للمدين على أية فائدة، ففي هذه الحالة فإن الكفيل لا يستطيع الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية وإن كان له الرجوع على المدين طبقا للمادة 259 من ق.م.ج دعوى الإثراء بلا سبب، أما إذا تمت الكفالة دون معارضة المدين سواء تمت بعلمه أو بغير علمه طالما لم تتم معارضته، ففي هذه الحالة يحق لأي كفيل التمسك بالدعوى الشخصية، ويسري على ذلك حتى لو كانت الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين والدائن معا<sup>(3)</sup>.

- أن يكون الكفيل قد وقى الدين: نصت على هذا الشرط المادة 1/672 من ق.م.ج، ولا يقتصر الأمر هنا على الوفاء بالالتزام فقط وإنما ينصرف إلى أسباب الانقضاء الأخرى كالمقاصة والوفاء بمقابل أو التجديد بتغيير المدين، أو الإنابة الكاملة أو اتخاذ الذمة<sup>(4)</sup>.

(1) عيسى العاقب، المرجع السابق، ص65.

(2) أنظر المادة 670 والمادة 672 من الأمر 05/07 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

(3) مصطفى عبد الجواد حجازي، المرجع السابق، ص143.

(4) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 119.

- أن يكون أجل الدين قد حل: يجب أن يكون وفاء الكفيل بالدين في الوقت الذي يحل أجل فيه فإذا تعجل الكفيل الوفاء قبل حلول الأجل، لم يكن له الرجوع على الدين بالدعوى الشخصية إلا عند حلول الأجل ولم يرجع عليه أصلاً إذا وجد ما بين وفاء الوكيل بالدين وحلول الأجل بسبب انقضاء دين المدين.

- أن لا يقع من الكفيل تقصير يسبب ضرراً للمدين: أوجدت المادة 670 من ق.م.ج إخطار المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين من تلقاء نفسه أو طالبه الدائن بالدين مطالبة قضائية، ففي هذه الحالة إخطار الكفيل المدين قبل الوفاء بالدين ليس له شكل خاص، فيصبح أن يكون رسمياً بإعلان على يد محضر أو بكتاب مسجل بعلمك الوصول أو غير مسجل، أو شفويًا على أن يتبين الكفيل أنه قد قام بهذا الإخطار، إلا أن الكفيل لا يفقد حقه في الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية إلا إذا أثبت المدين أنه وفى الدين قبل وفاء الكفيل به أو وفى الدين بعد وفاء الكفيل، أو أن الدين كان باطلاً أو قابلاً للإبطال وكان المدين يستطيع التمسك بذلك ضد المدين، أو أن الدين قد انقضى بسبب يرجع إليه. أما إذا أخطر الكفيل المدين واعترض هذا الأخير على الوفاء، كان على الكفيل أن يمتنع عن الوفاء فإذا اتخذ الدائن إجراءات المطالبة القضائية ضده، فيجب عليه أن يدخل المدين في دعوى ليبيد دفعه فيها، أما إذا لم يرد المدين على الأخطار أو تراخى لمدة طويلة، فإنه يحق للكفيل وفاء الدين للدائن ويجوز له الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية لاسترداد ما دفعه<sup>(1)</sup>.

#### \* مدى ما يرجع به الكفيل على المدين :

عملاً بأحكام المادة 2/800 من ق.م.ج والتي تنص على أنه: « ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات، على أنه في المصروفات لا يرجع إلا بالذي دفعه من وقت إخباره المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده»، وعليه متى أوفى الكفيل الدين للدائن، ورجع على المدين بالدعوى الشخصية وتم قبول هذه الدعوى بتوافر شروطها فإنه يرجع عليه بأصل الدين أو الفوائد أو المصروفات والتعويض التكميلي، وهذا ما سيتم توضيحه من خلال ما يلي:

- أصل الدين: ويقصد به المبالغ التي تكون دين للدائن قبل المدين التي وفى بها الوكيل لإبراء ذمة الكفيل وفوائد هذا الدين والمصروفات التي أنفقها الدائن في الرجوع على المدين والتعويض الذي حكم به للدائن لإخلال المدين بالتزامه<sup>(2)</sup>.

- المصروفات: وتشمل المصروفات التي أنفقها الدائن في مطالبته للكفيل، وكذا المصروفات التي أنفقها الكفيل في مطالبته للمدين والتي أنفقها الكفيل في سبيل الوفاء بالتزامه كمصروفات إرشاد

(1) مصطفى عبد الجواد حجازي، المرجع السابق، ص 145، 146.

(2) سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 110.

الدائن إلى أموال المدين في الدفع بالتجريد ومصروفات العرض الحقيقي والابتداع ومصروفات الدعوى التي رفعها الدائن على الكفيل ومصروفات التنبيه بالوفاء<sup>(1)</sup>.

- **الفوائد:** لا يرجع الكفيل على المدين في دعوى الإثراء بلا سبب إلا بالمبالغ المستحقة التي دفعها إلى الدائن من وقت المطالبة القضائية طبقاً للقواعد العامة.

### ثانياً - دعوى الحُلُول:

إلى جانب الدعوى الشخصية التي يتمتع بها من يقع على عاتقه الدين، فإنه يتمتع كذلك بحق الحُلُول محل الدائن قبل المدين وذلك بدعوى الحُلُول، فإذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه.

كما جاء في نص المادة 671 من ق.م.ج<sup>(2)</sup>، والتي يتضح من نص المادة ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة التي وردت في المادة 261 من ق.م.ج، والكفيل ملزماً بوفاء الدين عن المدين<sup>(3)</sup>، فدعوى الحُلُول ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة يرجع بها كل كفيل وفي الدين سواء كان كفيلاً شخصياً أو عينياً متضامناً مع المدين أو غير متضامناً<sup>(4)</sup> ولهذا يشترط لممارسة هذه الدعوى ما يلي:

- **قيام الكفيل بوفاء الدين عن المدين:** نصت على هذا الشرط المادة 671/02 من ق.م.ج، وهذا الحكم تطبيقاً للقواعد العامة الواردة في المادة 265 من ق.م.ج، من خلال تحليل المادة 265 من ق.م.ج في فقرتها الأخيرة يتبين بأن الدائن يستطيع السماح للكفيل بالرجوع بدعوى الحُلُول قبل استيفاء كل حقه<sup>(5)</sup> وإن كان الكفيل يضار بهذا الرجوع وذلك نتيجة لما قد ينشأ من مزاحمة الكفيل له في رجوعه بالباقي من دينه قبل المدين<sup>(6)</sup>.

- **أن يتم الوفاء عند حلول الأجل:** لا يستطيع الكفيل الرجوع عن طريق دعوى الحُلُول إلا عند الأجل الأصلي للدين<sup>(7)</sup>، فإذا تعجل الكفيل الوفاء بغير رضا الدائن قبل حلول الأجل الأصلي لم يكن له أن يرجع بدعوى الحُلُول إلا عند حلول هذا الأجل، لأنه قد يحدث أن يجد سبب لانقضاء الدين بين وفاء الكفيل بالدين وبين حلول الأجل<sup>(8)</sup>.

(1) محمد رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 163.

(2) أنظر المادة 671 من الأمر 07/05 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

(3) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 106.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 107.

(5) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 107.

(6) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 127.

(7) مصطفى عبد الجواد حجازي، المرجع السابق، ص 148.

(8) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 184.

\* موضوع دعوى الحلول:

طبقاً لأحكام المادة 264 من ق.م.ج والتي تنص على أنه: «من حل محل الدائن قانوناً أو اتفاقاً كان له حق، بما لهذا الحق من خصائص، وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفعات ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله، من حل محل الدائن»<sup>(1)</sup> كما نصت على ذلك المادة 671 من ق.م.ج المذكورة سابقاً.

فيستنتج من هذه النصوص، ما يمكن أن يرجع به الكفيل، والمتمثل فيما يلي:

- أن يحل الكفيل محل الدائن في حقه، بما لهذا الحق من خصائص، لذلك يجب أن يكون حق الدائن لا يزال قائماً وقت الوفاء، وأن يلحقه من توابع فإذا كان حق الدائن تجارياً فالكفيل يحل محله من هذا لحق بهذه الصفة<sup>(2)</sup>.

- أن يحل الكفيل محل الدائن فيما له من حق وبما يكفل هذا الحق من تأمينات، سواء كانت عينية (رهن أو اختصاص أو امتياز)، أو تأمينات شخصية (كفالة أخرى).

- أن يحل الكفيل محل الدائن في حقه، فهذا الحلول يتقيد بالقدر الذي أداه الكفيل من ماله<sup>(3)</sup>.

- أن يكفل الكفلاء المتعددون نفس المدين: فإذا تعدد المدينون وكانوا متضامنين فيما بينهم وقدم كل منهم كفيلاً، كل كفيل من هؤلاء قد كفل ديناً واحداً ولكن لم يكفل نفس المدين، وعلى ذلك فلا يجوز لأحد هؤلاء الكفلاء أن يطلب التقسيم بل يبقى كل منهم مسؤولاً عن الدين بأكمله.

- أن يكون تعدد الكفلاء بعقد واحد: فإذا تعدد الكفلاء، وكانوا قد التزموا بعقد واحد، فإن هذا يدل على أن كل كفيل قد اعتمد على الكفلاء الآخرين، وبالتالي انصرفت نيته إلى أنه لا يلتزم إلا بقدر نصيبه، ولذلك فإن المشرع الجزائري قرر تقسيم فيما بينهم بقوة القانون.

### الفرع الثالث

#### آثار الرهن بالنسبة للدائن المرتهن

إن عقد الرهن عند انعقاده يترتب عليه عدة آثار، آثار على عاتق الدائن المرتهن وأخرى على عاتق المدين الراهن، سواء تعلق الأمر بعقد الرهن الرسمي أو عقد الرهن الحيازي.

#### أولاً - حقوق الدائن المرتهن في عقد الرهن الرسمي:

إذا حل أجل الدين ولم يفي المدين بدينه جاز للدائن حينها التنفيذ على العقار المرهون تحت يد حائزه من أجل بيعه بالمزاد، إلا أن القانون منحه الحق في مراقبة ضمانه بغية المحافظة عليه.

(1) أنظر: المادة 264 من الأمر 07/05 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

(2) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص108، 109.

(3) محمد محمود زهران همام، المرجع السابق، ص145.

### 1. حق الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار المرتهن:

يحق للدائن عند حلول أجل الدين إذا لم يف المدين بدينه أن يقوم بمشارة التنفيذ على العقار الذي قدمه الراهن كضمان، وهذا الأخير قد يكون هو المدين وقد يكون كفيلا عينيا، فالتنفيذ في مواجهة المدين الراهن يكون ذلك إذا كان الراهن هو المدين نفسه، بمعنى أن المدين هو الذي قدم الضمان للدائن وهذا الأخير وهو يواجه المدين بالتنفيذ له صفتان، فله صفة الدائن العادي صاحب الحق في الضمان العام، وصفة الدائن المرتهن صاحب حق عيني.

فحقوق الدائن بوصفه دائن عادي تعني، أن يكون للدائن المرتهن بصفته دائنا عاديا كامل الحقوق التي تثبت للدائن العادي، فله حق شخصي على الضمان العام، أي على جميع أموال مدينه الحاضرة منها والمستقبلية ليكون في مركز الخلف العام للمدين، ويترتب على ذلك ما يلي:

- يحتفظ الدائن المرتهن بكل دعاوى التي تحمى الضمان العام للدائنين، وهي الدعوى الغير المباشرة والدعوى البولصية، وكذا الدعوى الصورية.

- يكون للدائن المرتهن وباقي الدائنين العاديين متساوون تجاه الضمان العام، فلا يكون للدائن المرتهن بوصفه دائنا عاديا حق التقدم على الدائنين العاديين الآخرين في استقاء حقه.

- للدائن المرتهن عند التنفيذ بمقتضى حقه في الضمان العام، أن يبدأ على أي مال يراه مناسباً فلا يكون ملزماً بأن يبدأ التنفيذ بالعقار المرهون، ويبرر الفقه إعطاء المرتهن هذا الحق أنه لو تم تجريدته منه لكان في مركز أدنى من الدائن العادي ليخالف بذلك الغاية من الرهن وهو اعطاؤه مركزاً أفضل من الدائن العادي.

أما حقوق الدائن المرتهن بوصفه دائنا مرهنا، نصت عليها المادة 902/01 من ق.م.ج على أنه: « يمكن للدائن بعد التنبيه على المدين بالوفاء أن ينفذ بحق على العقار المرهون ويطلب بيعه في الآجال وفقاً للأوضاع المقررة في قانون الإجراءات المدنية».

باستقراء نص المادة 902/01 من ق.م.ج يتبين بأن حقوق الدائن المرتهن باعتباره دائنا مرتهنا تنحصر على العقار المرهون، فلا يكون للمرتهن حق على أي مال آخر غير العقار المرهون، أو بتعبير آخر فإن صفة الدائن المرتهن تؤدي إلى حصر حقوقه على ما قدمه المدين الراهن من مال كضمان و فقط<sup>(1)</sup>.

وجب على الدائن المرتهن عند التنفيذ على العقار المرهون اتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا ما قضت به المادة 902/01 من ق.م.ج سالف الذكر.

(1) أمر أولمي، عقد الرهن الرسمي كوسيلة ضمان لحماية حقوق الدائنين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع (قانون العقود)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص 100.

أما فيما يتعلق بالتنفيذ في مواجهة الكفيل العيني، نصت المادة 901 من ق.م.ج على أنه: «إذا كان الرهن شخصاً آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا على ما رهن من ماله، ولا يكون حق الدفع بتجريد المدين إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك».

يتضح من نص المادة أن مسؤولية الكفيل العيني تنحصر فيما رهنه من مال فقط وعليه لا يجوز للدائن المرتهن أن ينفذ على مال آخر غير مرهون، وفي حالة عدم كفاية التأمين الذي قدمه الكفيل العيني، فلا يحق للدائن في هذه الحالة التنفيذ بالباقي على أموال الكفيل الأخرى<sup>(1)</sup>.

لكن يحق للدائن مقابل ذلك أن يرجع بالباقي إذا لم يستوف حقه كاملاً من الكفيل العيني على المدين الأصلي، إذ أن هذا الأخير هو المسؤول على الدين، وإذا باشر الدائن إجراءات التنفيذ ضد الكفيل العيني فإنه ليس بإمكان هذا الأخير أن يدفع بتجريد المدين أولاً، ذلك لأنه من حق الدائن المرتهن أن يختار عند الشروع في التنفيذ بين البدء بمال الكفيل العيني أو البدء بمال المدين.

وإذا قرر الدائن المرتهن التنفيذ على الكفيل العيني كان عليه وبعد تكليف المدين بالوفاء أن يعلن التنبيه بنزع ملكية العقار المرهون إلى الكفيل العيني وتسجيله باسمه، وهذا ما أكدته المادة 2/902 من ق.م.ج بنصها: «وإذا كان الرهن شخصاً آخر غير المدين جاز له تفادي أي إجراء موجه إليه إن هو تخلى عن العقار المرهون وفقاً للأوضاع والأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار».

وبناء على نص المادة أعلاه فإنه يجوز للكفيل العيني أن يتخلى عن العقار المرهون بغية تفادي إجراءات التنفيذ التي ستقام ضده<sup>(2)</sup>.

## 2. حق الدائن المرتهن في مراقبة ضمانه:

تنص المادة 898 من ق.م.ج على أنه: «يلتزم الرهن بضمان سلامة الرهن، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً، وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية اللازمة وأن يرجع على الرهن بما ينفق في ذلك»<sup>(3)</sup>.

الظاهر من نص المادة 898 من ق.م.ج أن القانون قد خول الدائن حق التدخل من أجل الحفاظ على ضمانه إذا كان في شأن أعمال الرهن أن تنقص من ضمانه إنقاصاً كبيراً، وكذلك في أخذ الوسائل التحفظية اللازمة للحفاظ على ضمانه.

(1) أمر أولمي، المرجع، ص100، 101.

(2) المرجع نفسه، ص102.

(3) أنظر المادة 898 من الأمر 07/05 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

وتضيف المادة 899/03 من ق.م.ج أنه: « وفي جميع الأحوال إذا كان من شأن الأعمال الواقعة أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو جعله غير كاف للضمان كان للدائن المرتهن أن يطلب من القاضي وقف هذه الأعمال والأمر باتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر». يتبين من صياغة نص المادة أعلاه بأنه يجوز للدائن أن من القاضي بأن يأمر الراهن بوقف أعماله إذا كان من شأنها أو تنقص من الضمان أو أن تعرضه للهلاك أو التلف، بل وله أن يتخذ الوسائل اللازمة للحفاظ عليه وأن يرجع على الراهن بما أنفق في ذلك. وبصفة عامة يحق للراهن أن يراقب ضمانه وأن يتدخل متى دعت الضرورة ذلك، ولا يتقيد في تدخله سوى بعدم التعرض للمدين عند ممارسة سلطاته على العقار المرهون التي خولها القانون له<sup>(1)</sup>.

### ثانياً - حقوق الدائن المرتهن في عقد الرهن الحيازي:

تتمثل فيما يلي:

#### 1. التنفيذ على أموال الراهن والشيء المرهون :

للدائن المرتهن رهن حيازة صفتان :

- صفة باعتباره صاحب حق شخصي يستطيع أن ينفذ بمقتضاه على جميع أموال المدين، وذلك بما له من حق الضمان العام .  
- وصفته باعتباره صاحب تأمين عيني يستطيع بمقتضاه أن ينفذ على المال المرهون وأن يستوفى من ثمنه حقه بالأولوية عن الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة. فإذا كان الراهن غير المدين أي كفيلاً عينياً لم يكن مسؤولاً في جميع أمواله، بل أن مسؤوليته محددة بالمال الذي قدمه ضماناً لدين المدين، فلا يجوز للكفيل العيني أن يطلب تجريد المدين ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك<sup>(2)</sup>.

وعليه فحق الدائن المرتهن هي الضمان الذي يحققه الرهن الحيازي، لذلك يقصد بحقوق المرتهن حقه في التنفيذ على المال المرهون متى حل أجل الدين المضمون بالرهن ولم يف به المدين، حينئذ يكون من حق الدائن المرتهن أن يشرع في التنفيذ على المال المرهون بأن يحجز عليه ويبيعه ليستوفى حقه من الثمن الناتج من البيع وذلك بصفته صاحب حق عيني يجيز له إمكانية بيع المال تحت أي يد يكون، ويجيز له التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، ولا يوجد ما يحول وقيام الدائن المرتهن من التنفيذ على أموال مدينه الأخرى ولكن بصفته دائناً عادياً.

(1) أمر أولمي، المرجع السابق، ص103.

(2) محمد العروسي منصور، المرجع السابق، ص103.

وببإشر الدائن المرتهن إجراءات التنفيذ على المال المرهون ابتداء من أجل الدين ولم يقم المدين بالوفاء بعد التتبيه عليه بذلك<sup>(1)</sup>.

## 2. حق الدائن المرتهن في تملك محل الرهن :

يجد الدائن المرتهن سنده في ممارسته لحقه في تملك محل الرهن في الفقرة الثانية من المادة 973/02 من ق.م.ج بنصها على أنه: « ويجوز له أيضا أن يطلب من القاضي أن يأمر بتملكه الشيء وفاء للدين على أن يحسب عليه بقيمته حسب تقدير الخبراء»<sup>(2)</sup>.

يتضح من نص المادة أعلاه بأن ممارسة المرتهن لحق تملك المرهون يكون إذا ما كان منقولاً مادياً أو معنوياً فقط، أما إذا كان عقاراً فإن المشرع قد حدد طريقة التنفيذ على المرهون<sup>(3)</sup>، وذلك ببيعه وفق ما هو مقرر في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وعلى ذلك فإن محل الرهن إذا كان منقولاً مادياً فللدائن المرتهن أن يطلب من القاضي الإذن بتملكه الشيء المرهون وفاء للدين على أن يحسب عليه بقيمته وفق تقدير الخبراء، أما إذا كان منقولاً معنوياً - دينياً - فإنه متى أصبح كلاً من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن مستحق الأداء جاز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه أن يطلب بيع هذا الدين أو تملكه وهذا ما نصت عليه المادة 981 من ق.م.ج والتي تنص على أنه: « إذا أصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون مستحق الأداء، جاز للدائن المرتهن، إذا لم يستوف حقه، أن يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقاً له وأن يطلب بيع هذا الدين أو تملكه وفقاً للمادة 970 الفقرة الثانية»<sup>(4)</sup>.

كما يرد على حقوق الدائن المرتهن سواء في عقد الرهن الرسمي أو عقد الرهن الحيازي التزامات وهذا ما سنحاول التطرق إليه فيما يأتي:

### أ) القيود الواردة على حقوق الدائن المرتهن في عقد الرهن الرسمي:

يرد على حقوق الدائن المرتهن عند مواجهته للراهن قيودان اثنان ، هما :

- بطلان شرط تملك العقار المرهون إذا لم يسدد المدين دينه : تنص المادة 903 من ق.م.ج على أنه: « يكون باطلاً كل اتفاق في نظير ثمن معلوم أياً كان أو في أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن.

(1) المرجع نفسه، ص104.

(2) أنظر المادة 973 من الأمر 07/05 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

(3) محمد العروسي منصور، المرجع السابق، ص91.

(4) أنظر المادة 981 من الأمر 07/05 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

غير أنه يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن يتنازل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه»<sup>(1)</sup>

الظاهر من نص المادة أعلاه أنه لا يجوز الاتفاق بين الراهن والمرتهن قبل حلول أجل الدين على أن يمتلك الدائن المرتهن العقار المرهون إذا لم يفي المدين به عند حلول أجله، سواء كان ذلك مقابل الدين أو نظير ثمن محدد يخصم منه الدين ويحصل المدين على الباقي وإذا تم هذا الاتفاق فسيكون باطلا.

وتكمن الحكمة في استبعاد هذا الشرط في أن المشرع أراد حماية الراهن الذي يوجد في مركز ضعيف من استغلال المرتهن لحاجته، فقد يكون هذا الأخير بفرض هذا الشرط على المدين وليس اقتراحه عليه فحسب<sup>(2)</sup>

- بطلان شرط بيع العقار دون مراعاة قانون الإجراءات المدنية والإدارية: مفاد هذا الشرط هو أنه إذا وقع اتفاق بين الراهن والمرتهن على بيع العقار المرهون دون مراعاة الإجراءات التي رسمها القانون في البيوع الجبرية، فإن هذا الشرط سيكون باطلا طبقا للمادة 903/02 من ق.م.ج سالفه الذكر<sup>(3)</sup> وصورة الطريق الممهد أن يتفق الدائن المرتهن مع الراهن على بيع العقار المرهون بغير مزاد أو أن يتم بمزاد يجري دون تدخل المحكمة وشرط الطريق الممهد يقع باطلا كشرط تملك العقار، سواء تم الاتفاق عليه في عقد الرهن أو في عقد لاحق مستقل، غير أنه إذا حل أجل الدين كله أو بعضه، فإن الاتفاق على تملك العقار دون اتباع الإجراءات القانونية يقع صحيحا، وذلك قياسا على جواز تملك العقار المرهون عند حلول أجل الدين<sup>(4)</sup>.

- التزامات الدائن المرتهن في عقد الرهن الحيازي: وتتمثل فيما يلي:

الالتزام بالمحافظة على الشيء المرهون: نص المشرع الجزائري على هذا الالتزام في المادة 955 من ق.م.ج والتي تنص على أنه: « إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد وهو مسؤول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب لا يد له فيه»<sup>(5)</sup>، ومنها يتبين أن هذا الالتزام لا ينشأ إلا من وقت انتقال الحيازة إلى المرتهن، أما قبل انتقالها لا يكون عليه شيء من المحافظة على محل الرهن أو صيانته فهو التزام لا يقوم إلا بعد أن ينفذ الراهن التزامه بتسليم الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن، إذا كان

(1) محمد العروسي منصور، المرجع السابق، ص 92.

(2) أمر أولمي، المرجع السابق، ص 102.

(3) أنظر المادة 903 من الأمر 07/05 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

(4) أمر أولمي، المرجع السابق، ص 102.

(5) أنظر المادة 955 من الأمر 07/05 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

المشروع قد وضع على عاتق الحائز الالتزام بالمحافظة فإنه لم يوضح مقدار العناية المطلوبة منه الأمر الذي التساؤل عن درجة من العناية التي يريدتها المشروع الجزائري وأي نوع منها؟<sup>(1)</sup>.

إن نص المادة 955 من ق.م.ج أجاب على السؤال، لكن إجابته غامضة، كما أنه تكلم على نوعين من المسؤولية في آن واحد وقد صبغ على نحو يبدو أنه قد وضع على عاتق الدائن المرتهن التزاما بوسيلة والتزاما بتحقيق نتيجة في وقت واحد، وقد اختلف الفقه حول تكييف الطبيعة القانونية للالتزام الذي يقع على عاتق الدائن المرتهن، فمنهم من يؤي بأنه التزام ببذل عناية ومنهم من يرى بأنه التزام بتحقيق نتيجة، ومنهم من وقف موقفا وسطا حيث يرى أن نص المادة المذكورة أعلاه يتضمن التزاما بعناية والتزاما بغاية في نفس الوقت<sup>(2)</sup>.

وانطلاقا من هذا الاختلاف يتبين لنا بأن مضمون هذه المادة يحتوي على التزام بعناية الالتزام بغاية في نفس الوقت، وبالتالي لا وجود لتناقض بين المسؤوليتين بل نية المشروع جاءت للتمييز بين أمرين :

- الأمر الأول : عندما يصدر التقصير التهاون من الدائن المرتهن منتجا لآثاره في الحال يؤدي إلى إتلاف أو هلاك الشيء المرهون جزئيا أو كليا بحيث يستحيل التزام برد الشيء إلى الراهن بالحالة التي كان عليها قبل أن يسلمه إياه، هنا تتعدد مسؤوليته على أساس خطأ مفترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس إلا بقطع العلاقة السببية بينه وبين الضرر الذي حدث للشيء ولا يأتي الدائن بذلك إلا بإثبات السبب الأجنبي.

- الأمر الثاني : عندما يصدر منه التقصير أو التهاون أو سلوكا ضارا ظاهرا كان أو خفيا لكن لا ينتج آثارا في الحال بل قد تظهر هذه الأخيرة في المستقبل أي بعد تنفيذ الالتزام بالرد في هذه الحالة لا يمكن إقامة المسؤولية إلا باتباع القواعد العامة<sup>(3)</sup>.

- الالتزام باستثمار الشيء المرهون: تنص المادة 956 من ق.م.ج أنه: « ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل، وعليه أن يستثمره استثمارا كاملا ما لم يتفق على غير ذلك وما حصل عليه الدائن من صافي الربح وما استفاده من استعمال الأشياء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله، على أن يكون الخصم أولا من قيمة ما أنفقه في المحافظة والإصلاحات على الشيء ثم من المصاريف ثم من أصل الدين»<sup>(4)</sup>.

(1) أمر أولمي، المرجع نفسه، ص103.

(2) أمر أولمي، المرجع السابق، ص103.

(3) محمد العروسي منصور، المرجع السابق، ص103، 102.

(4) أنظر المادة 956 من الأمر 07/05 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

يتضح من نص المادة أعلاه بأن يلتزم الدائن المرتهن باستثمار الشيء المرهون، الاستثمار الذي يصلح له وأن يبذل في استثماره وإرادته عناية الرجل المعتاد، ولا يغير من الطريقة المألوفة لاستغلاله إلى برضاء الراهن، وبيادر إلى إخطار الراهن بكل ما يقضيه أن يتدخل فإن أخل الدائن المرتهن بهذا الواجب من العناية كان للراهن أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة كما يجوز له أن يرد الدين فيسترد الرهن<sup>(1)</sup>.

- الالتزام بإدارة الشيء المرهون: لا يقتصر واجب الدائن المرتهن على حفظ الشيء المرهون، بل يجب عليه أن يتولى إدارته بعناية الرجل المعتاد، وإدارة الشيء يجب أن تكون بما يلائم طبيعته والغرض الذي أعد له، فإذا كان المرهون مبنى، فتكون الإدارة بسكناه أو تأجيرها للسكنى، وإذا كان أرضاً زراعية فتكون الإدارة بزراعتها إما بواسطة المرتهن نفسه أو بواسطة من يؤجرها له<sup>(2)</sup>.

- الالتزام برد الشيء المرهون: نصت عليه المادة 959 من ق.م.ج والتي تنص على أنه: « يجب على الدائن أن يرد الشيء المرهون إلى الراهن بعد استيفاء كامل حقه وما يتصل بالحق من ملحقات ومصاريف وتعويضات»<sup>(3)</sup> والتي يتضح من نص المادة أن الالتزام برد الشيء المرهون الواقع على عاتق الدائن المرتهن معلق على شرط وهو استيفاء الدائن حقه قبل المدين سواء من أصل الدين أو ملحقاته من مصروفات أو تعويضات، فإذا بقي شيء من ذلك بقي حق الحبس لمصلحة الدائن المرتهن وهذا تطبيقاً لقاعدة الرهن لا يتجزأ<sup>(4)</sup>.

كما أوردت المادة 960 من ق.م.ج بنصها على أنه: « تسري على رهن الحيابة أحكام المادة 901 المتعلقة بمسؤولية الراهن غير المدين وأحكام المادة 903 المتعلقة بشرط التملك عند عدم الوفاء وشرط البيع دون إجراءات»<sup>(5)</sup>، حكما خاصا لتملك الدائن المرتهن للشيء المرهون عند عدم الوفاء وذلك بإحالتها على المادة 903 من ق.م.ج بنصها على أنه: « يكون باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان أو في أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن.

غير أنه يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أنه أن يتنازل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه».

(1) محمد العروسي منصور، المرجع السابق، ص 109.

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 827.

(3) أنظر المادة 959 من الأمر 07/05 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

(4) محمد حسين منصور، النظرية العامة للاثمان، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001، ص 415.

(5) أنظر المادة 960 من الأمر 07/05 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

والتي تنصفي محتواها على بطلان شرط تملك المال المرهون عند عدم الوفاء وقت حلول الأجل سواء ورد هذا الشرط في عقد الرهن أو في عقد لاحق، وكذلك شرط البيع بدون إجراءات. غير أنه يمكن الاتفاق على تملك الدائن المرتهن للمال المرهون بعد حلول الأجل والملاحظ أن المادة 2/903 من ق.م.ج لم تذكر إجازة البيع دون اتباع إجراءات التنفيذ الجبري<sup>(1)</sup>.

### الفرع الرابع

#### آثار الرهن بالنسبة للمدين الراهن

إذا انعقد الرهن صحيحا ترتب عليه عدة آثار، آثار على عاتق الدائن المرتهن المذكورة سابقا وأخرى على عاتق المدين الراهن، سواء تعلق الأمر بعقد الرهن الرسمي أو عقد الرهن الحيازي.

#### أولاً - حقوق المدين الراهن في عقد الرهن الرسمي:

تتمثل حقوق المدين الراهن في عقد الرهن الرسمي فيما يلي:

##### 1. حق المدين الراهن في التصرف في العقار المرهون :

وقد نصت على هذا الحق المادة 894 من ق.م.ج: « يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون على أن أي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن»<sup>(2)</sup>

يستشف من نص المادة أعلاه أن عقد الرهن الرسمي لا يسلب الراهن سلطة تصرفه في العقار المرهون، إذ أجاز القانون للمدين أو الكفيل العيني أن يتصرف في العقار المرهون تصرفاً قانونياً على أن هذا التصرف لا يجب أن يلحق ضرراً بالدائن، وفيما يلي بعض الأعمال المرتبطة بتصرف الراهن في العقار والتي تنطوي على ضرر يصيب الدائن<sup>(3)</sup>.

(أ) التصرف في العقار المرهون باعتباره منقولاً بحسب المال: ويقصد بذلك أن يتصرف في العقار باعتباره عقاراً عند التعاقد على أن يصير منقولاً بعده، ومثاله أن يقوم الراهن ببيع العقار بقصد هدمه وحصول البائع على أنقاضه، وأن يتصرف في الأشجار المغروسة في الأرض بقصد قطعها وتحويلها لأثاث خشبية<sup>(4)</sup>.

(ب) بيع العقارات بالتخصيص: مادام العقار بالتخصيص ملكاً للراهن فله مطلق الحرية في فصله والتصرف فيه ببيعه أو التبرع به، ولا يتقيد في ذلك سوى بعدم الإضرار بالشخص المرتهن.

(1) محمد العروسي منصور، المرجع السابق، ص 119.

(2) أنظر المادة 894 من الأمر 07/05 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

(3) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 100.

(4) سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 210.

## 2. حق الراهن في إدارة العقار المرهون:

للراهن إدارة العقار المرهون بالطريقة التي يشاء، فيبقى مديرا لعقاره الذي رهنه، إذ يستطيع الراهن بمناسبة إدارة عقاره أن يوجه إدارته الوجهة التي يراها مناسبة، فإذا كان العقار المرهون على سبيل المال أرضا زراعية وكانت المحاصيل التي تنتجها حبوبا عند إبراهيم العقد، جاز له بعدها أن يزرع في الأرض أشجارا للفاكهة أو النخيل عوضا عن الحبوب، وجاز له أيضا أن يبني فوق الأرض الزراعية مصنعا للصناعة أو التجارة<sup>(1)</sup>.

## 3. حق الراهن في استغلال العقار المرهون:

من بين أهم صور استغلال العقار المرهون إيجاره وقبض أجرته معجلة أو مؤجلة على أن إيجار العقار المرهون لمدة طويلة قد يكون من شأنه إلحاق الضرر بالدائن المرتهن ويكون ذلك بالتخفيض من القيمة الاقتصادية للعقار المؤجر عند مباشرة إجراءات التنفيذ وبيعه بالمزاد، إذ قد يؤدي وجود الإيجار إلى عدم الإقبال على شيء العقار المؤجر<sup>(2)</sup>.

## 4. حق الراهن في استعمال العقار المرهون:

مادام الراهن حائزا لعقاره فله الحق في استعماله سواء بنفسه أو عن طريق غيره، فإذا كان العقار منزلا استمر في السكن فيه، وإذا كان أرض زراعية فضاء فله أن يبني عليه، ولا يتأثر حقه إلا بعدم الإضرار بالدائن المرتهن، فإذا كان من شأن الاستعمال أن ينقص من الضمان، اعتبر استعماله هذا مخلا بالتزامه بالضمان الذي يوقض مسؤوليته حينئذ<sup>(3)</sup>.

## ثانياً - حقوق المدين الراهن في عقد الرهن الحيازي:

تظهر حقوق المدين الراهن في الرهن الحيازي فيما يلي:

### 1. ملكية المال المرهون:

يحق للراهن أن يتصرف تصرفا قانونيا في المال المرهون، فيجوز أن ينقل ملكية الشيء المرهون، كما يجوز له ترتيب حق عيني عليه مادام التصرف لا يضر بحق الدائن المرتهن وذلك بأن يكون صدور التصرف بعد نفاذ الرهن في مواجهة غير، ويستطيع أن يرهن الشيء المرهون رهنا رسميا أو حيازيا تاليا في المرتبة للرهن الأول<sup>(4)</sup>.

(1) أمر أولمي، المرجع السابق، ص94، 95.

(2) أمر أولمي، المرجع السابق، ص95.

(3) المرجع نفسه، ص94-96.

(4) محمد العروسي منصور، المرجع السابق، ص99.

## 2. حقوق الراهن باعتباره حائزا:

أن الراهن وهو يضع يده على مال من الأموال فإنه إما أن يكون مالكا أو بنية التملك، فإن انتقال حيازة الشيء إلى الدائن المرتهن هي حيازة عرضية وفائدة الراهن لأن فترة وجود الشيء تحت يد المرتهن هي امتداد للفترة السابقة على الرهن باعتبار أن الدائن أو العدل يجوزان نيابة عن الراهن<sup>(1)</sup>.

### أ) التزامات المدين الراهن في عقد الرهن الرسمي:

تتمثل فيما يلي:

- التزام الراهن بإنشاء حق الرهن: تنص المادة 165 من ق.م.ج بأنه: «الالتزام بنقل الملكية أو أي حق العيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بإشهار العقار»<sup>(2)</sup>.

يستشف من نص المادة أعلاه بأن حق الرهن ينشأ بمقتضى العقد إذا كان العقار المرهون معيناً بالذات، ويملكه الراهن، أما إذا كان العقار المرهون غير معين بالذات أو كان لغير الراهن، فإن عقد الرهن يقع باطلاً وبالتالي لا ينشأ حق الرهن عنه<sup>(3)</sup>.

- التزام الراهن بضمان سلامة الرهن: تنص المادة 898 من ق.م.ج بأنه: «يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن، وللدائن المرتهن أن يعترض على عمل أو تقصير من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصا كبيرا وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية اللازمة وأن يرجع على الراهن بما ينفق في ذلك»<sup>(4)</sup>.

يبين من نص المادة أعلاه بأن يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن، ويلتزم بإبقاء المال المرهون على الحالة التي كان عليها عند التعاقد، والتزام الراهن بضمان سلامة الرهن كالتزام البائع بضمان التعرض في عقد البيع، أو بتغيير آخر فإن مضمون الالتزام بضمان السلامة هو التزام الراهن بضمان التعرض الشخصية وضمان التعرض الصادر عن الغير<sup>(5)</sup>.

- التزام الراهن بضمان الهلاك أو التلف: نظم المشرع الجزائري أحكام هذا الضمان في المادتين: 899 و 900 من ق.م.ج فنصت المادة 899 على أنه: «إذا تسبب الراهن بخطئه في

(1) المرجع نفسه، ص 102.

(2) أنظر المادة 165 من الأمر 07/05 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

(3) أمر أولمي، المرجع السابق، ص 87.

(4) أنظر المادة 898 من الأمر 07/05 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

(5) سعد إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 96.

هالك العقار المرهون أو تلفه كان للدائن المرتهن الخيار بين أن يطلب تأميناً كافياً أو أن يوفى الدين فوراً قبل حلول الأجل»<sup>(1)</sup>.

يتضمن نص المادة أعلاه أن المشرع الجزائري عالج هذه المادة في حالتين لهلاك العقار المرهون وهي :

حالة هلاك العقار المرهون بفعل الراهن، حالة هلاك العقار المرهون بسبب أجنبي.

\* التزام الراهن بنفقات الرهن: تنص المادة 883/02 من ق.م.ج: « وتكون مصاريف العقد على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك».

وتضيف المادة 906 من ق.م.ج: « تكون مصاريف القيد وتجديده وشطبه على الراهن ما لم يتفق على غير ذلك».

الظاهر من النصين أن مصاريف عقد الرهن، وقيده لدى مكتب الشهر، وكذلك تجديد القيد وشطبه تقع كليهما على الراهن، وإذا قام الدائن المرتهن بدفعها جاز له أن يرجع بما دفعه على الراهن وفي جميع الأحوال فإن هذه المصاريف تلحق بالدين الأصلي وتعتبر معه مضمونه بالرهن وفي المرتبة نفسها<sup>(2)</sup>.

#### ب) التزامات المدين الراهن في عقد الرهن الحيازي:

يقع على عاتق الراهن جملة من الالتزامات نوجزها فيما يلي:

- الالتزام بالتسليم: نصت المادة 951 من ق.م.ج بأنه : « ينبغي على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسليمه، ويسري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع»<sup>(3)</sup>، يتضح من خلال استقراء نص المادة أعلاه بأن يلتزم الراهن بتسليم الشيء المرهون ليمكن المرتهن من حيازة الشيء والتسليم في نفس الوقت شرط لنفاذ الراهن في مواجهة الغير، ولا يكفي وضع الشيء تحت تصرف المرتهن أو العدل بل يجب أيضاً أن يكون الراهن قد أعلمه بذلك بأي وسيلة كانت ولو مشافهة<sup>(4)</sup>.

- الالتزام بضمان سلامة الرهن ونفاذه: تنص المادة 953 من ق.م.ج بأنه : « يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه، وليس له أن يأتي عملاً ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحاول دون

(1) أنظر المادة 899 والمادة 900 من الأمر 07/05 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

(2) أمر أولمي، المرجع السابق، ص 87، 88.

(3) أنظر المادة 951 من الأمر 07/05 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

(4) محمد العروسي منصور، المرجع السابق، ص 92.

استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد، والدائن المرتهن في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون»<sup>(1)</sup>.

يتبين من نص المادة أعلاه بأن التزام الرهن رهن حيازة بضمان سلامة الرهن ونفاذه يقابل التزام الراهن في الرهن الرسمي بضمان سلامة الرهن والمنصوص عليها في المادة 989 من ق.م.ج. - التزام الراهن بضمان هلاك المرهون وتلفه: تنص المادة 954 من ق.م.ج. بأنه: « يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعا لخطئه أو ناشئا عن قوة قاهرة، ويسري على الرهن الحيازي أحكام المادتين 899 و 900 المتعلقة بهلاك الشيء المرهون رهنا رسميا أو تلفه، بانتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حل محله من حقوق»<sup>(2)</sup>.

يتضح من النصين 899 و 900 ما يلي :

- إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك المرهون أو تلفه كان للدائن المرتهن الخيار بين أن يطلب تأميناً كافياً أو أن يستوفى حقه فوراً لسقوط الأجل.

### الفرع الخامس

#### أثر القيد في تسديد الدين

وهو أول خيار قد يلجأ إليه الحائز لرد الدائن المرتهن عن مباشرة حق التتبع، ويقصد به قيام الحائز بوفاء الدئنين المرتهنين حقوقهم قبل المدين<sup>(3)</sup>. ولقد نظم المشرع الجزائري أحكام قضاء الديون من المواد 912 إلى 914 ق.م.ج. ، وباستقراء هذه المواد يتضح أن قضاء الديون على نوعين : قضاء اختياري وهو الأصل، وقضاء إجباري يكون في أحوال معينة.

#### أولاً - القضاء الاختياري للدين :

وهو الأصل، إذ أن قضاء الديون أمر اختياري بالنسبة للحائز يلجأ إليه إذ كان يحقق مصلحته، وقد نظم المشرع أحكامه في المادتين 912 و 913 ق.م.ج. ولإحاطة بأحكام القضاء الاختياري للدين نتناول بالدراسة جملة من النقاط أهمها: بيان مصلحة الحائز في قضاء الدين ، وما يتوجب عليه دفعه، والأثر المترتب على ذلك.

(1) أنظر المادة 953 من الأمر 07/05 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

(2) أنظر المادة 954 من الأمر 07/05 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

(3) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 319.

### 1. بيان مصلحة الحائز في قضاء الدين :

قدمنا أن الحائز قد يختار قضاء الدين إذ كان ذلك يحقق مصلحته، ويظهر ذلك بصورة واضحة في حالات كثيرة أهمها:

- إذا كانت قيمة الدين أقل بكثير من قيمة العقار، بمعنى أن قيمة العقار أكبر بكثير من مقدار الدين، وكان الحائز يريد الاحتفاظ بملكية العقار، فيقوم بقضاء الدين، خاصة إذا كان متأكدا من إمكانية رجوعه على المدين أو المالك السابق من أجل استيفاء ما دفعه للدائن<sup>(1)</sup>.

- إذا اشترى الحائز العقار بثمن مؤجل، وكان هذا الثمن يكفي للوفاء بالدين، فيقوم بوفاء الدين خصما من الثمن، وهو بذلك يقضي على دين البائع قبل الدائنين المرتهنين، فينتظر العقار من الرهن دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات التطهير المنصوص عليها قانونا، وهو في نفس الوقت يقضي على دينه قبل البائع الراهن، مما يؤدي إلى براءة ذمته في مواجهته<sup>(2)</sup>.

- إذا كان الحائز قد اكتسب ملكية العقار دون مقابل عن طريق الهبة أو الوصية، وكان قيمة العقار أكثر بكثير من مقدار الدين المضمون، فحفاظا على ملكيته للعقار يقوم بقضاء الدين، ومن ثم يختص له العقار من كل رهن، ولا يرجع على غيره بشيء<sup>(3)</sup>.

- قد يلاحظ الحائز أن قيمة العقار أقل من الدين المضمون، فبعض الرهون الأولى بمفردها تساوي قيمة العقار عند بيعه بالمزاد العلني، فهنا وحرصا منه على الحفاظ على ملكية العقار يقوم بقضاء دين المرتهن المتقدم في المرتبة، ومن ثم يحل محله في الرهن وهو بهذا يضمن عدم رجوع الدائنين المرتهنين أصحاب المراتب المتأخرة عنه، لأن هؤلاء لو طلبوا بيع العقار بالمزاد العلني لما حصلوا على شيء ذلك أن الثمن المعروض في المزاد يكون غالبا أقل من الثمن الذي دفعه الحائز، وهو سيدفع للحائز لأنه حل محل الدائن المرتهن المتقدم في المرتبة.

### 2. بيان الواجب على الحائز دفعه لقضاء الدين : إذ أراد الحائز قضاء الدين فإن يتعين عليه

أن يدفع كل ما يجب دفعه بموجب عقد الرهن الرسمي، بمعنى أنه يلتزم بدفع أصل الدين كله وجميع ملحقاته التي يضمنها الرهن كالمصاريف والفوائد إن وجدت، يضاف إلى ذلك التزامه بدفع المصاريف التي انفقها الدائن المرتهن ابتداء من يوم إنذاره بالدفع أو التخلية إلى غاية وقت الوفاء. وهذا ما نصت عليه المادة 1/912 ق.م.ج.

(1) سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 257.

(2) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 489.

(3) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 530.

3. الأثر المترتب على قضاء الدين : يترت على قضاء الحائز كل الديون المضمونة بالرهن تطهير العقار من الرهن، بمعنى أن يصبح العقار خالصا من الرهن بعد انقضائه تبعا لانقضاء الدين المضمون، ومن ثم يكون حق الحائز أن يطلب محو ما على العقار من قيود.

وفي هذا المعنى نصت المادة 3/914 ق.م.ج على أن الحائز إذا وفي الدائنين : «فإن العقار يعتبر خالصا من كل رهن ويكون للحائز الحق في طلب شطب ما على العقار من قيود».

ورغم أن هذا النص ورد بخصوص القضاء الاجباري إلا أن الفقه رأي أنه ينطبق على القضاء الاختياري، ذلك أنه إذا كانت هذه المادة ترتب التطهير في حالة القضاء الاجباري، فأولى أن يترتب ذلك في حالة القضاء الاختياري حيث يقوم الحائز بقضاء كل الديون.

### ثانيا - القضاء الإجباري للدين :

بالرجوع إلى نص المادة 914 م.ق.ج نستنتج أن إجبار الحائز على الوفاء للدائنين يتحقق في الحالتين الآتيتين :

- الحالة الأولى : أن يكون في ذمة الحائز بسبب امتلاكه العقار المرهون مبلغ من النقود ستحق الأداء حالا، وكفي لوفاء جميع الدائنين الذين لهم حقوق مقيدة على العقار، فكل دائن من هؤلاء الدائنين الحق أن يلزم الحائز بالوفاء بحقه، ويشترط في هذه الحالة أن يكون سند ملكية الحائز قد سجل، والحائز عندئذ يكون مجبرا على الوفاء، وليس فقط بضمان العقار المرهون بل أيضا بضمان ما في ذمته من أموال، إذ يصير في هذه الحالة ملتزما شخصيا تجاه هؤلاء الدائنين.

ويترتب على قيام الحائز بدفع حقوق الدائنين المرتهنين انقضاء دين الحائز قبل الراهن، وانقضاء دين الراهن قبل هؤلاء الدائنين، ويصبح العقار المرهون خالصا من الرهن إلا ما يقابل ما لم يسدد الديون.

- الحالة الثانية : أن يكون ما في ذمة الحائز غير كاف للوفاء بجميع حقوق الدائنين المرتهنين، أو لا يكون مستحقا لأداء أو يكون دينه مغايرا لحقوق هؤلاء الدائنين، وفي هذه الحالة لا يلتزم الحائز بالوفاء إلا أنفق جميع الدائنين على مطالبة الحائز بالوفاء لهم، وهو لا يلتزم بالوفاء إلا طبقا للشروط التي التزم بمقتضاها في مواجهة من انتقلت منه الملكية إلى الحائز، وفي الأجل المتفق عليه بينهما ويلاحظ أنه لا يؤدي إلا ما هو مستحق لهؤلاء الدائنين.

ففي الحالتين السابقتين وعلى الوجه الذي بيناه يلتزم الحائز بالوفاء للدائنين ذوي الحقوق المقيدة على العقار، ويلتزم بهذا الوفاء التزاما شخصيا، أي ضمان أمواله الأخرى، علاوة على ضمان العقار المرهون، إذ يعتبر مدينا شخصيا<sup>(1)</sup>.

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص530.

فإذا ما دفع الحائز كل ديون الدائنين ذوي الحقوق المقيدة على العقار، أو دفع بناء على اتفاقهم جميعاً كل ما هو في ذمته في الحالة الثانية، تحرر العقار من جميع الرهون، وهذا ما نصبت عليه المادة 914 ق.م.ج.

ويلاحظ أنه في الحالتين لا يرجع الحائز بشيء على المدين الراهن أو المالك السابق، إذ أنه لم يفتقر، لأن ما وفاه للدائنين كان ملتزماً بوفائه لاكتسابه ملكية العقار المرهون، فإذا لم يتم الحائز بقضاء الديون اختياراً، ولم يجبر على الوفاء، كان له أن يقوم بتطهير العقار<sup>(1)</sup>.

---

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 328.

## المبحث الثاني

### تطبيقات الضمان الخاص وانقضاؤه

لقد برهننا نظرياً بما لا يدع مجالاً للشك، بأن التأمينات العينية هي التأمينات الأقدر على حماية حقوق الدائن من أخطار إفسار المدين أو قيام هذا الأخير بالتصرف في أمواله بما يضر مصلحة الدائن، وسنقوم في المطالب التالية بتطبيق ما عرفناه من أحكام على الرهن الرسمي والحيازي بشكل خاص، وذلك لتوفر أغلب الأحكام العامة الخاصة بالضمان فيهما.

### المطلب الأول

#### تطبيقات الضمان الخاص

من خلال الفروع التالية سنطبق كل ما عرفناه من أحكام على الرهون الأساسية التي عرفناها، فنتطرق في (الفرع الأول) لأهم التطبيقات على الرهن الرسمي والحيازي موضوعياً وشكلياً، أما في (الفرع الثاني) فسنتناول أهم الشروط واجبة التطبيق موضوعياً للرهن.

#### الفرع الأول

##### تطبيقات الرهن الرسمي والرهن الحيازي موضوعاً

أولاً - الشروط الواجبة التطبيق موضوعاً للرهن الرسمي:

1. صفة العقار: تنص المادة 886 ق.م.ج على أنه: «لا يجوز أن ينعقد الرهن إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك».

فالرهن الرسمي لا يترتب إلا على عقار، وهذا يفسر أن الرهن لا يؤدي إلى نقل حيازة الشيء المرهون إلى المرتهن، لأن استثناء الحيازة للرهن لا يمثل خطورة على ضمان الدائن، لأن العقار شيء ثابت بحيزه لا يستطيع الراهن تبديده وإخفائه<sup>(1)</sup>.

- أي عقار بطبيعته يجوز رهنه.

- يجوز رهن البناء مع الأرض أو مستقلاً عنها، سواء أكان البناء مملوكاً لصاحب الأرض أو مملوكاً للغير، وفي هذا تنص المادة 889 ق.م.ج على أنه: «يجوز لمالك المباني القائمة على أرض الغير أن يرهنها وفي هذه الحالة يكون للدائن حق التقدم في استثناء الدين في ضمن الأنقاض إذا هدمت المباني، ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المباني وفق للأحكام الخاصة بالالتصاق».

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص33.

ويتضح من هذا النص أن المباني في أرض مملوكة لغير يستطيع رهن البناء ويقع رهنه صحيحا، غير أن هذا الرهن يكون محدودا بحقوقه فيبقى الرهن ما بقيت المباني قائمة، ولم تنتقل ملكيتها بالاتصاق إلى مالك الأرض، فإذا انتقلت ملكية المباني إلى صاحب الأرض بالاتصاق، انقضى الرهن على بناء وانتقل الرهن إلى التعويض المستحق لصاحب البناء. وإذا نزلت المباني في الحالات التي يجوز فيها ذلك - كان للمرتهن حق التقدم على ثمن الأتقاض، ويطبق حكم المادة 889 ق.م.ج على الغراس، إذا كان مملوكا لغير صاحب الأرض<sup>(1)</sup>.

- وإذا كان حق الانتفاع مقررا على عقار، فيجوز لمالك الرقبة أن يرهنها وتكون وحدها هي المرهونة، فإذا ما انقضى حق الانتفاع وعاد إلى مالك الرقبة فإن الرهن يمتد إليه أنه من توابع الرقبة ومصيره النهائي إليها.

**أ) صحة العقار التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني:** تنص الفقرة الثانية من المادة 886 ق.م.ج على هذا الشرط بقولها: « يجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني... ».

وهو شرط منطقي لضمان حق الدائن، لأن قيمة هذا الضمان تتمثل في قدرة الدائن. على استثناء حقه من ثمن العقار بعد بيعه بالمزاد، وعلى ذلك لا يجوز رهن العقارات المملوكة للدولة أو الهيئات العامة والمخصصة للمنفعة العامة إذ أن هذه العقارات لا يصح التعامل فيها. وبمقتضى هذا الشرط أيضا لا يصح أن يكون محلا للرهن الرسمي أي عقار لا يمكن التصرف فيه على استقلال كحق الارتفاق منفصلا عن العقار المخدوم أو أي عقار لا تسمح طبيعته بالتصرف فيه كحق الاستعمال الوارد على العقار، وحق السكني إلا بشرط مريع أو مبرر قوي (م 856 ق.م.ج). كما لا يجوز رهن أي حق عيني تبقي على عقار لأن هذا الحق ليست له قيمة في ذاته ولكن قيمته في ضمان الحق الشخصي الذي رتب الحق العيني التبقي لتأمينه. فلا يجوز رهن الرهن الرسمي مثلا.

**ب) وجود العقار وقت الرهن:** أن يكون العقار موجودا وقت الرهن ويستخلص هذا الشرط من المادة 886/2 ق.م.ج على أنه: « ... وأن يكون معينا بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه، وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق، وإلا كان الرهن باطلا ». ومعنى الوجود أن يكون العقار قائما، وعلى ذلك لا يجوز رهن عقار من المباني قبل إتمام بنائه، وبمعنى آخر لا يجوز رهن العقار المستقبلي<sup>(2)</sup>.

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص34.

(2) المرجع نفسه، ص52.

ج) دقة تعيين العقار: يجب أن يكون العقار معينا تعيينا دقيقا، نصت على هذا الشرط المادة 886/2 ق.م.ج بقولها: «... وأن يكون معينا بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه، وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن التعيين إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق، وإلا كان الرهن باطلا».

والتعيين الدقيق يقتضي أن يكون العقار الذي يرد عليه الرهن محددًا من حيث طبيعته، أي بيان إن كان أرضا زراعية، أو أرضا فضاء أو مبنى، وفي الحالة الأخيرة يجب أن يبين إن كان منزلا، أو مخزنا، أو مصنعا، كما يجب تحديد موقع العقار، فإن كان أرضا زراعية، يبين القرية التي تتبعها ورقم القطعة وحدود الأرض، أي بيان ما يجاورها من جميع نواحيها من أملاك الغير، أو الطرق أو مجاري المياه.

وإن كان عقارا مبنيا في مدينة، يبين اسم النهج وقسم الشرطة، الذي يتبعه ورقم المبنى وأطوال حدوده وما تجاوره من عقارات أخرى. كما يجب تحدد مساحة العقار ومكوناته وبصفة عامة ذكر كل بيان يفيد في تمييز العقار عن غيره<sup>(1)</sup>.

فإذا كانت البيانات المتعلقة بالعقار المرهون غير كافية في تعيينه هذا التعيين الدقيق كان عقد الرهن باطلا طبق لنص المادة 2/886 ق.م.ج.

د) شمول الرهن لملاحقات العقار المرهون: تنص المادة 887 ق.م.ج على أنه: «يشمل الرهن ملاحقاته العقار المرهون التي تعتبر عقارا، ويشمل بوجه خاص حقوق الاتفاق والعقارات بالتخصيص وكافة التحسينات والإنشاءات التي تعود بالمنفعة على المالك، ما لم يتفق على غير ذلك»، مع عدم الاخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين المنصوص عليه في المادة 1000 ق.م.ج ويقابل النص المادة 1036 ق.م.ج. مصري وهو مطابق ويقابل في التقنين المدني الأردني المادة 1330، والمادة 887 ق.م.ج تضع قاعدة مقررة، فلا يطبق حكمها إذا اتفق على خلافه ومشمولات العقار المرهون هي:

- حقوق الارتفاق .

- العقارات بالتخصيص.

- التحسينات والإنشاءات التي تعود بمنفعة على المالك.

هـ) ملكية الراهن للعقار المرهون: تقول المادة 884 ق.م.ج: «يجوز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو شخصا آخر يقدم هنا لمصلحة المدين. وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهوب أهلا للتصرف فيه».

(1) محي الدين اسماعيل علم الدين، التأمينات العينية في القانون المصري والمقارن، الرهن والامتياز والاختصاص، دار النهضة العربية، مصر، ص144.

ويتضح من الفقرة الثانية المذكورة أن الراهن يجب أن يكون مالكا لما يرهن، فإذا لم يكن مالكا للعقار المرهوب فلا يتصور أن يقرر للمرتهن حق عليه، ذلك أن فاقد الشيء لا يعطيه<sup>(1)</sup>.

(و) رهن المباني المقامة على ملك الغير: تنص المادة 889 ق.م.ج على ما يأتي: «يجوز لمالك المباني القائمة على أرض الغير أن يرهنها وفي هذه الحالة يكون للدائن حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هدمت المباني، ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المباني وفقا للأحكام الخاصة للالتصاق» طبقا لهذا النص يجوز رهن المباني المقامة على أرض الغير ولا خروج في ذلك على القواعد الخاصة بوجود ملكية الراهن للعقار المرهون، لأن الراهن مالك المباني على أرض الغير. وملكية المباني في هذه الحالة مؤقتة فيقع الرهن عليها محددًا بحقوق الراهن، فيبقى ما بقيت المباني قائمة ومملوكة للراهن.

(ز) رهن المالك على الشيوخ: تنص المادة 713 ق.م.ج على أنه: «إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة فهم شركاء على الشيوخ...».

فالملكية على شيوخ تكون في حالة تعدد الملاك لشيء واحد، وكان نصيب كل منهم حصة تنسب إلى الشيء في مجموعة كالربع أو الثلث.

وقد قرر القانون أن الشريك في الشيوخ يملك حصة ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يخلق الضرر بحقوق سائر الشركاء (المادة 714 ق.م.ج) ومن التصرف في الرهن.

(ح) رهن الملك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي: تنص المادة 885 ق.م.ج على أنه: «يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته، أو فسخه، أو إلغاؤه أو زواله، لأي سبب آخر، إذا ثبت أن الدائن كان حسن النية وقت إبرام عقد الرهن».

وحكم هذه المادة يعتبر استثناء من القاعدة التي تقضي بأن زوال الملكية يترتب عليه أن المتصرف لم يكن مالكا، وبالتالي فإن تصرفه يزول، وعلى ذلك فإن زوال ملكية الراهن بأثر رجعي، كان يجب أن يترتب عليه زوال حق الدائن المرتهن.

(ط) رهن المالك الظاهر: المالك الظاهر، هو الذي يظهر أمام الناس بمظهر مالك العقار، والحقيقة غير ذلك، ومثال ذلك المالك الظاهر من يكون سند ملكيته سوريا كمشترى العقار بعقد صوري، أو الوارث الظاهر الذي يعتقد الناس أنه مستحق الميراث، ثم يتضح أن هناك وارثا يحجبه، والمالك الظاهر كاسم مستعار<sup>(2)</sup>.

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص53.

(2) المرجع نفسه، ص79.

(ي) رهن المالك تحت شرط واقف أو شرط فاسخ: إذا كانت ملكية الراهن معلقة على شرط واقف أو مقترنة بشرط فاسخ فإن عقد الرهن ينعقد صحيحاً ويرتبط مصيره وبمصير الشرط.

(ك) رهن المشتري بعقد غير مسجل: وبناء عليه فإن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل فإذا رهن المشتري بعقد غير مسجل العقار الذي اشتراه فتعتبر رهنه وارداً على ملك الغير، لأن عقده لا ينشئ إلا التزامات شخصية، ولا يترتب عليه نشوء حق الرهن إلا إذا صار الراهن مالكا.

وبناء عليه فإن تسجيل عقد المشتري بعد صدور الرهن أو بعد قيده يجعل الرهن ينتج كامل آثاره ويصح القيد من وقت اكتساب الراهن الملكية، عقد الرهن، فبنشأ لصالح الدائن المرتهن حق الرهن من وقت صيرورة المشتري مالكا.

(ل) رهن الوارث قبل سداد ديون التركة: تطبيقاً لمبدأ (لا تركة إلا بعد سداد ديونه)، لا يملك الوارث في القانون الجزائري من أموال المورث إلا ما بقي بعد سداد ديونه، وتبقى أموال المورث على حكم ملكه طوال المدة التي يستغرقها سداد الديون، ويتعلق بها حق دائنه بما يشبه أن يكون حق تخصيص، وحق رهن عام<sup>(1)</sup>.

2. شروط الالتزام بالدين المضمون بالرهن: وعلى ذلك يجب أن يتوافر شرطان في الالتزام المضمون بالرهن، أولهما أن يكون موجوداً، والثاني أن يكون معيناً.

(أ) وجود الدين المضمون بالرهن-تبعية الرهن للدين: عقد الرهن الرسمي حق عيني تبعي، فهو يتبع الدين المضمون في وجوده، وصحته وانقضائه.

كما نصت عليه المادة 893/1 ق.م.ج بقولها: «لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون، بل يكون تابعا له في صحته وفي انقضائه، ما لم ينص القانون على غير ذلك».

وتطبق تبعية الرهن للدين المضمون أيضاً في الحالات التي يقدم الرهن من شخصي غير المدني. فيستطيع الكفيل العيني أن يتمسك بالدفع المتعلقة بصحة الدين المضمون، أو زواله كما يتمسك بها الدين، والراهن يتمسك بهذه الدفع باسمه الخاص لا باسم المدين فيقبل له الحق ولم نزل عنه المدين.

(ب) الدين المعلق على شرط، والدين المستقبل والدين الاحتمالي: نص المادة 891 ق.م.ج على أنه: «يجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين».

(1) طه البشير محمد، التوجيهات الحقوقية العينية التبعية (الرهن التأميني، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، دراسة تحليلية مقارنة، دار الحرية للطباعة، بغداد، طبعة الرابعة، 1976، ص 221.

وفي الحالة الثانية إذا تحقق الشرط الفاسخ، زال الدين بأثر رجعي وزال تبعاً لذلك الرهن وإذا تخلف الشرط الفاسخ، استقر الدين، وتأكد الرهن تبعاً له.

كذلك يجوز أن يترتب الرهن ضمان لدين مستقبل، أو دين احتمالي، وكلاهما دين لم يكن قد وجد وقت إبرام عقد الرهن والفرق بينهما أن نشوء الدين الاحتمالي غير مؤكد.

وقد خصت الإرادة التشريعية بالذكر الاعتماد المفتوح والحساب الجاري نظراً لأهميتها في الحياة العملية مع أن الاعتماد المفتوح والحساب الجاري ليس إلا صورة للدين الاحتمالي.

**ج) تعيين الدين المضمون:** عرفنا أن العقار المرهون يجب أن يكون معيناً بذاته تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه المادة 886/2 ق.م.ج.

أما الدين المضمون، فلم يعرض له التقنين المدني الجزائري إلا فيما يتعلق بالدين المستقبل والدين الاحتمالي م 891 ق.م.ج ولكن الفقه مجمع على وجوب تعيين الدين المضمون تعييناً دقيقاً، فلا يكفي أن يعلم الغير أن العقار مرهون، ولكن يجب أن يعلم أيضاً مقدار ما يتقبله من ديون حتى يتبين ما إذا كان الراهن قد استنفذ ائتمانه على العقار، أم أن العقار لا يزال يكفي لضمان دين جديد. ويترتب على تخلف شرط تعيين الدين المضمون بطلان عقد رهن كما هو الحال في تخلف التعيين الدقيق للعقار المرهون.

### ثانياً - الشروط الواجبة للتطبيق موضوعاً للرهن الحيازي:

نصت المادة 949 ق.م.ج وتدل على أن محل الرهن الحيازي يكون عقاراً أو منقولاً يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني فجميع الأشياء كلها من عقار ومنقول يمكن رهنها حيازياً وذلك على خلاف الرهن الرسمي الذي لا يرد إلا على عقار. وسبق القول أن جميع المنقولات يجوز رهنها رهن حيازة ما دامت قابلة للحيازة وقابلة للبيع بالمزاد العلني سواء كانت منقولات مادية أو معنوية<sup>(1)</sup>.

**1. المنقولات المادية:** جميعاً يحوز رهنها، كالسيارات والمواشي والأثاث والبضائع والمجوهرات ويستوى أن تكون هذه المنقولات قيمة بذاتها أو مثلية، على أن رهن الأشياء المثلية لا ينشئ الحق العيني (الرهن) إلا بإفرازها ومثال ذلك رهن المحاصيل الزراعية كالغلال والقطن. وقد ألحقت السندات لحاملها بالمنقولات المادية، فالحق في هذه السندات يندمج في الصك كما يقولون، ولذلك كان تداول هذه السندات ورهنها خاضعاً للأحكام التي تخضع لها المنقولات المادية في تداولها (أنظر المادة 970 ق.م.ج).

(1) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 786.

2. **المنقولات المعنوية:** يجب أن تكون قابلة للبيع بالمزاد العلني كحقوق المؤلفين في مؤلفاتهم وبراءات الاختراع والمحال التجارية، والعلامات التجارية، والأسماء التجارية، والسندات التي لحاملها، وكذلك الديون والسندات والأسهم الإسمية وحق الإيجار ووثائق التأمين متى كانت قابلة للتحويل. وتطبيقا لذلك فقد نصت الإرادة التشريعية الجزائرية على رهن الدين والسندات الإسمية والسندات لأمر المواد 975-981 ق.م.ج<sup>(1)</sup>.

3/ **ملحقات المال المرهون:** لم يرد في باب الرهن الحيازي نص يقابل نص المادة 887 الذي يمد الرهن الرسمي إلى ملحقات المال المرهون، ومع ذلك فمن المسلم أن الرهن الحيازي يمتد هو الآخر إلى ملحقات المال المرهون، وذلك بالقياس على الرهن الرسمي وبالإسناد إلى المادة 951/2 ق.م.ج التي تنص على أن: «يسري على الالتزام بتسليم المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع»، ومن المعروف أن القواعد العامة في البيع أن التسليم يشمل ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد له بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء وطبقا لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد العاقدين.

4. **رهن الشيء الواحد لأكثر من دين:** يجوز رهن الشيء الواحد لأكثر من دين ونصت على ذلك المادة 961/2 ق.م.ج: «يجوز أن يكون الشيء المرهون ضامن لعدة ديون».

#### 5. شروط الشيء المرهون:

- أن يكون الشيء معينا ،
- أن يكون مما يصح التعامل فيه ويبيعه بالمزاد العلني ،
- أن يكون موجودا وقت الرهن ،
- أن يكون مملوكا للراهن.

6. **رهن المال الشائع رهن حيازة:** وبصفة خاصة في المادة 714 ق.م.ج تسري على الرهن الحيازي.

7. **الدين المضمون بالرهن الحيازي:** إحالة إلى أحكام الرهن الرسمي الفرد<sup>(2)</sup>.

(1) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 789.

(2) مزعاش أسمهان، التجربة الجزائرية في مجال الشهر العقارية، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، فرع الإدارة المالية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2006/2005، ص 59.

## الفرع الثاني

### الشروط الواجبة التطبيق لعقد الرهن شكلاً

تنص المادة 1/883 ق.م.ج على هذه الرسمية بقولها «لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون».

وكلمة (رسمي) تكشف عن إبرام هذا العقد يستلزم التعبير عن الرضاء به أمام الموثق، فهو يحرر ورقة رسمية يثبت فيها هذا الرضاء وإلا لا ينشأ الرهن.

وتنص الفقرة الثانية من المادة المذكورة على أنه: «وتكون مصاريف على العقد على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك».

#### أولاً - الرسمية ركن في العقد وأثر تخلف الرسمية البطلان:

طبقاً لنص المادة 1/883 ق.م.ج فالإرادة التشريعية جعلت الرسمية ركناً في الرهن لا ينعقد بدونها، فهي ليست مطلوبة لمجرد الإثبات بحيث يغني عنها الإقرار مثلاً، وإنما هي شرط انعقاد، فإذا تخلفت وقع العقد باطلاً بطلان مطلق ولا يترتب عليه أي أثر، فلا ترد عليه الإجازة، ويستطيع كل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه وللمحكمة أن تقضي بهذا البطلان من تلقاء نفسها.

وظاهر من إطلاق النص في المادة 1/883 ق.م.ج على أنه: «لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي» أن المقصود ما يلي:

(أ) أن يقوم موظف عام مختص بتحرير العقود الرسمية، فلا يجوز أن ينعقد الرهن في محضر صلح، أو محضر معاينة لأن هذه الأوراق ولو أنها كلها أوراق رسمية يقوم بتحريرها موظفون ليسوا مختصين بتحرير العقود.

(ب) أن يترك تعيين الجهة التي تختص بتحرير هذا العقد إلى القواعد العامة والقوانين التي تنظم العقود الرسمية بوجه عام، وقد جعل قانون التوثيق ذلك اختصاص الموثق دون غيره<sup>(1)</sup>.

#### ثانياً - الحكمة من اشتراط الرسمية:

إن اشتراط الرسمية قد تفررت أيضاً لمصلحة الدائن المرتهن إذ تحقق له التثبيت من ملكية الراهن للعقار المرهون ومن أهليته للتعاقد إذ يجعل إلى جانبه موظف رسمي يجمع له شتات الأمور ويساعده على تدبير أمره، هذا إلى أن الرسمية تقديم للدائن المرتهن سنداً قابلاً للتنفيذ، فلا يحتاج إلى حكم إذا حل أجل الدين.

(1) محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 79.

ثالثاً - يجب أن يصاغ رضاء المرتهن في الشكل الرسمي:

إذا كان الراهن والمرتهن حاضرين في مجلس العقد أثبت رضاهما في العقد الرسمي وانتهى الأمر بذلك.

أما إذا كان كل منهما في جهة، فمما لا شك فيه أن رضا الراهن يجب أن يدون في ورقة رسمية لأن الرسمية اشترطت ل حمايته.

ويلاحظ أن الرسمية تشترط في انعقاد الرهن الرسمي أيا كان مصدر الدين المضمون، سواء أكان عقداً أو فعلاً نافعا، أو فعلاً ضاراً، والغالب أن يكون الدين قرضاً وأن يقرن عقد الرهن بعقد القرض وأن يدون بهما ورقة رسمية واحدة.

رابعاً - ذكر بيانات التخصيص في عقد الرهن ذاته:

انطلاقاً من المادتين المادة 2/886 ق.م.ج والمادة 891 ق.م.ج أن هذا النص يقرراً مبدأ التخصيص الرهن وهو يقتضي تعيين العقار المرهون تعييناً دقيقاً وكذلك ضرورة تعيين الدين المضمون بالرهن وفقاً لما هو سائد في الفقه باعتباره الوجه الآخر لمبدأ تخصيص الرهن، وبمعنى آخر تخصيص الرهن وبمعنى آخر تخصيص الأول للثاني كطبيعة العقار أو جنسه وموقعه ومساحته وحدوده ومصدر الدين وتاريخه ومحلّه ومقداره<sup>(1)</sup>.

خامساً - ذكر بيانات التخصيص في عقد رسمي لاحق:

وقد نصت الفقرة الثانية في المادة 886 ق.م.ج صراحة نصت عليه: «... وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أو في رسمي عقد لاحق...».

إذا خلت الورقة الرسمية في بيانات التخصيص، فإن الرهن لا ينعقد ولا تكون هذه الورقة باطلة في ذاتها، بل هي تعتبر ورقة رسمية صحيحة ولكن غير كافية لانعقاد الرهن بها نظراً لنقص البيانات ويجوز تكملة هذا النقص بورقة رسمية لاحقة وبذلك يتم إبرام العقد بهذه الورقة الرسمية اللاحقة.

سادساً - التوكيل بالرهن:

نصت عليه المادة 572 ق.م.ج على أنه: «يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك».

(1) محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 80.

سابعاً - الوعد بالرهن:

طبقاً لنص المادة 2/71 ق.م.ج يستلزم الوعد بعقد الرهن الرسمي الشكل الذي يلزم للعقد الموعود به. ويتضح مما تقدم أن الوعد بالرهن نوعان:  
أ) يتم الوعد في ورقة رسمية فإذا نكل الواعد فيمكن بمقتضاه استصدار حكم من القضاء يقوم مقام الرهن.

ب) يتم الوعد دون ورقة رسمية، فلا يترتب الإخلال به سوى الحكم بالتعويض، ويجوز أن يؤخذ حق تخصيص، أو سقوط أجل الدين.

ثامناً - قيد وتشهير الرهن الرسمي:

ونصت عليه المادة 905 ق.م.ج: «ويشهر لدى المحافظة العقارية».

تاسعاً - قيد وتشهير الرهن الحيازي:

كما نصت عليه المادة 950 ق.م.ج: «تسري على الرهن الحيازي أحكام المواد 891 و893 المتعلقة بالرهن الرسمي».

ويقيد لدى مصلحة السجل التجاري ويشهر على لوحة الإشهار أي الإعلانات والجرائد<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### انقضاء الضمان الخاص

الانقضاء الذي نشير إليه ما هو إلا تطبيق للمبادئ العامة، حيث أن التزام المكفول ينقضي بسبب من أسباب الانقضاء الواردة في التقنين المدني، وينقضي الرهن الرسمي بصفة تبعية بانقضاء الدين المضمون، وبصفة أصلية عن طريق التطهير أو البيع الجبري، أو النزول عن الرهن أو انقضاء الرهن باتحاد الذمة وبهلاك المرهون، أما فيما يتعلق بالرهن الحيازي ينقضي بصفة أصلية أي بصورة مستقلة عن الدين المضمون به والذي يبقى في ذمة المدين كما أنه يمكن أن ينقضي الرهن الحيازي بصفة مستقلة إذا حكم بفسخه أو ببيع العقار المرهون رهن حيازة بيعا جبرياً<sup>(2)</sup>.

(1) محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 85.

(2) محمد العروسي منصور، المرجع السابق، ص 137.

## الفرع الأول

## انقضاء عقد الضمان الشخصي في القانون

تتقضي الكفالة إما بصورة تبعية، وهذا لكون عقد الكفالة عقد تابع، إذ لا وجود لهذه الأخيرة إذا لم يكن هناك التزام أصلي جاءت من أجل ضمان الوفاء به، وبالتالي تطبيقاً للقاعدة التي تقول التابع يتبع المتبوع، فإن كل ما يؤدي إلى انقضاء الالتزام الأصلي سيؤدي إلى انقضاء الكفالة تبعاً له، كما تتقضي الكفالة بصورة أصلية لكون أن هذه الأخيرة لها مقوماتها الخاصة، وبالتالي إذا توفر في هذا العقد أسباب الانقضاء، فإنه يؤدي إلى انتهاء الكفالة وزوالها<sup>(1)</sup>، وهذا ما سنحاول التطرق إليه من خلال: أولاً (انقضاء الكفالة بصورة تبعية لانقضاء الالتزام الأصلي)، ثانياً (انقضاء الكفالة بصورة تبعية).

## أولاً - انقضاء الكفالة بصفة تبعية :

تتعدد صور انقضاء العقد الأصلي، فإما أن ينقضي بصورة طبيعية وهي الوفاء، أو بصورة أخرى يحصل فيها الدائن على منفعة غير التي كان يحق له طلبها، وهو ما يسمى بالوفاء بمقابل كما تتقضي في حالات أخرى دون وفاء<sup>(2)</sup>، هذا ما سيتم توضيحه من خلال ما يلي:

## 1. انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء:

يمكن أن يقوم المدين الأصلي بالوفاء بالدين فيقضي التزامه الأصلي وينفذ تبعاً لذلك التزام الكفيل<sup>(3)</sup>، ويلتزم لقضاء الدين المكفول أن يجري الدائن حجزاً على أموال المدين وبيعها ويكون الثمن كافياً للوفاء بحقه حتى لو هلك المال قبل تسليمه للمشتري فإن الضامن للهالك في هذه الحالة لا يكون هو الدائن بل للمدين. إذ يعتبر هو البائع، أما إذا كان الوفاء جزئياً فإن الكفالة جزئياً فإن الكفالة لا تتقضي إلى بمقدار الجزء الذي حصل الوفاء به ويشترط أن يكون الوفاء صحيحاً طبقاً لما نصت المادة 260 من ق.م.ج: « يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشيء الذي وفى به، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه»<sup>(4)</sup>. يفهم من نص المادة بأنه يجب أن يكون الموفى مالكا للشيء الذي وفى به، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه فإن لم يكن كذلك، كان الوفاء غير صحيح وبالتالي لا ينقضي الالتزام الكفيل.

(1) زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 132.

(2) المرجع نفسه، ص 133.

(3) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 140.

(4) أنظر المادة 260 من الأمر 07/05 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

ويقوم مقام الوفاء العرض الحقيقي إذا تلاه إيداع أو أي إجراء مماثل وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائي لصحته المادة 274 من ق.م.ج ، إذ يترتب عليه انقضاء الالتزام الأصلي وانقضاء الالتزام الكفيل أو هناك حالة يتم فيها الوفاء بالدين المكفول دون انقضاء هذا الدين، وذلك إذا وفي الغير بهذا الدين للدائن فيحل محله حلولاً قانونياً أو اتفاقياً، ويرجع الموفي على المدين كما تقضي قواعد الحلول فلا ينقضي الدين بالرغم من وفائه ويبقى التزام الكفيل<sup>(1)</sup>.

يقضي الالتزام الأصلي بما يعادل الوفاء في أربع حالات: بمقابل، التجديد والإنابة، المقاصة واتحاد الذمة، وهذا ما سوف نوضحه فيما يلي:

#### أ) الوفاء بمقابل:

تنص المادة 285 من ق.م.ج: «إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلاً استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء». ويترتب على الوفاء بمقابل انقضاء الدين الأصلي وينقضي التزام الكفيل بالتبعية.

والوفاء بمقابل عملية مركبة من تجديد الدين بتغيير محله ثم الوفاء بهذا المحل الجديد، فتجديد الدين هو الذي يتم به الالتزام الأصلي به فلا يكون له أثر على انقضاء الالتزام الأصلي وانقضاء التزام الكفيل بالتبعية وهذا ما نصت عليه المادة 655 من ق.م.ج: « إذا قبل الدائن في مقابل الدين برئت ذمة الكفيل لو استحق هذا الشيء». عملاً بأحكام هذا النص فإن المدين قضى الدين المكفول عن طريق الوفاء بمقابل<sup>(2)</sup>، أي اتفق المدين مع الدائن بنقل ملكية شيء آخر من المدين إلى الدائن<sup>(3)</sup>.

#### ب) التجديد والإنابة:

تنص المادة 291 من ق.م.ج: « يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه وإنشاء التزام جديد مكانه. ولا تنتقل التأمينات التي تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي إلى بنص في القانون أو إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين انصرفت إلى غير ذلك»<sup>(4)</sup>. ويلاحظ على نص هذه المادة بأنه يجب حذف كلمة "غير" حتى يستقيم المعنى المراد بأن التأمينات تنتقل إذا تبين من الاتفاق أن نية المتعاقدين انصرفت إلى ذلك أي انتقال التأمينات، كما يتضح أيضاً بأن التجديد يترتب عليه انقضاء التأمينات ومنها الكفالة كقاعدة عامة، ولو أن الفقرة الثانية أجازت الاتفاق على بقاء

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص120.

(2) محمد الحسين محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام (مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط1، 1998، ص195.

(3) أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص190.

(4) أنظر المادة 291 من الأمر 07/05 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

التأمينات، في حين قيدت ذلك المادة 293 من ق.م.ج والتي نصت على أنه: « لا تنتقل الكفالة العينية أو الشخصية ولا التضامن إلى الالتزام الجديد إلا إذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون » ، بمعنى يجب أن تكون نية التجديد واضحة، كما أوضحت ذلك المادة 289/01 من ق.م.ج بنصها على أنه: « لا يفترض التجديد بل يجب الاتفاق عليه صراحة أو استخلاصه بوضوح من الظروف »<sup>(1)</sup>، والتجديد يستتبع الالتزام الأصلي بتوابعه وأخصها التأمينات وإنشاء التزام جديد مستقل عن هذا الالتزام الأصلي فيما يميزه من خصائص وما يتصل به من توابع ودفع، أما الإنابة فلا يترتب عليها انقضاء الكفالة إذا كانت إنابة كاملة تتضمن تجديد للالتزام بتغيير المدين بحيث التزام المدين "المنيب" بتوابعه يحل محله التزام شخص آخر هو المناب في مواجهة الدائن وهو المناب لديه ذلك إذا لم يرتض الكفيل أن يكفل المدين الجديد في الالتزام الجديد، أما إذا لم يتفق التجديد فإن كانت الإنابة ناقصة قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول الذي يظل قائماً بتوابعه.

### ج) المقاصة:

إذا انقضى الدين المكفول بالمقاصة بأن كان هناك دين للمدين في ذمة دائئه انقضى الدين المكفول وانقضت الكفالة تبعاً لذلك، ويستطيع الكفيل أن يتمسك بالمقاصة، وبالتالي انقضاء الكفالة بين الدين الذي كفله ودين المدين في ذمة الدائن طالما تخلص المدين من مديونته عن طريق المقاصة<sup>(2)</sup>.

والمقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، فالكفيل له مصلحة التمسك بها حتى ولو لم يتمسك بها المدين أو الدائن بل حتى في حالة تنازلها عنها.

### د) اتحاد الذمة:

تقتضي المادة 304 من ق.م.ج: « إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة » كأن يكون الكفيل وريثاً للدائن فبموته تتحد ذمة الدائن والكفيل ويصبح دائن لنفسه فتسقط الكفالة دون سقوط الحق الأصلي<sup>(3)</sup>.

### 3. انقضاء الالتزام الأصلي دون وفاء:

ينقضي الالتزام الأصلي بدون وفاء في ثلاثة حالات، وهي:

(1) محمد محمود زهران همام، المرجع السابق، ص 200.

(2) المرجع نفسه، ص 214.

(3) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 123.

(أ) الإبراء:

إذا انقضى الدين المكفول بإبراء الدائن للمدين من الدين من الدين انقضى الدين المكفول بالإبراء وانقضت الكفالة بصفة تبعية، وعليه إذا أبطل الإبراء فإن الالتزام الأصلي يعود بجميع ضماناته ومنها التزام الكفيل. (1)

(ب) استحالة التنفيذ:

في حالة إذا أثبت المدين أن الوفاء بالالتزام أصبح مستحيلًا عليه من إجراء سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ من الدائن نفسه فهنا تبرأ ذمة الكفيل، أما إذا كانت استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب يكون المدين مسؤولاً فلا تبرأ ذمة الكفيل لأن محل الالتزام يتحول إلى تعويض ويبقى كفيلاً للتعويض، وإذا استحال تنفيذ الدين خطأ المدين، فإن محل الدين تحول إلى تعويض ولا تبرأ ذمة المدين كما تبرأ ذمة الكفيل، بلا يبقى كفيلاً للتعويض، أما إذا هلك الشيء بفعل الكفيل فإن ذمة المدين تبرأ من الدين، إذ يعتبر فعل الكفيل أجنبياً إلى المدين وتبرأ ذمة الكفيل باعتباره كفيلاً تبعاً لبراءة ذمة المدين ولكن الكفيل يبقى مسؤولاً عن الخطأ كمدين أصلي نحو الدائن (2).

(ج) التقادم:

إذا انقضى الالتزام الأصلي بالتقادم فإن التزام الكفيل ينقضي بالتبعية ولم تكتمل مدة التقادم الخاصة به من كان دينه يستحق في أجل لاحق لأجل استحقاق الدين المكفول، وإذا انقضت مدة التقادم الخاصة بالكفيل فإن التزام الكفيل التابع قد انقضى مستقلاً عن الدين الأصلي ولا يؤدي إلى انقضائه بالتبعية (3).

ثانياً - انقضاء الكفالة بصفة أصلية :

تنقضي الكفالة بطريق أصلي إما بانقضاء التزام الكفيل دون الدين المكفول، يعتبر سبب من أسباب انقضاء الالتزام، أو بأوجه خاصة بالكفالة دون غيرها.

1. أسباب انقضاء الالتزام الكفيل دون الدين المكفول:

قد ينقضي التزام الكفيل بسبب من أسباب انقضاء الالتزام فتقضي الكفالة، هذا ما سنوضحه من خلال ما يلي:

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص124.

(2) محمد محمود زهران همام، المرجع السابق، ص246.

(3) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص116.

(أ) **انقضاء التزام الكفيل باتحاد الذمة:** وتكون من ورث أحدهما الآخر (الكفيل والدائن) وترتب على ذلك انقضاء التزام الكفيل فقط دون التزام المكفول، ويستطيع من بقي منهما حياً وورث الآخر أن يطالب المدين بالدين فإن كان الدائن هو من ورث الكفيل فإن يستطيع أن يطالب المدين بالدين لكن دون كفالة تضمنه، أما إذا كان الكفيل هو من ورث الدائن فإن يستطيع أن يطالب بالدين الأصلي بصفة عادية.

(ب) **انقضاء التزام الكفيل بالإبراء:** للدائن أن يبرئ الكفيل من التزامه ومتى وقع هذا في الدين المكفول قائماً أما العكس فغير صحيح، إذ لا يجوز للدائن أن يبرئ المدين والإبقاء على التزام الكفيل لأن زوال الأصل يستتبع زوال الفرع، وإن تعدد الكفلاء فإن إيراد الدائن لأحد الكفلاء لا يؤدي إلى براءة ذمة غيره من الكفلاء، ويجوز مطالبة الكفلاء الآخرين كل بقدر نصيبه إن كانوا غير متضامنين أو مطالبة أي منهم بكل الدين، بعد خصم حصة الكفيل الذي تم إبرأؤه<sup>(1)</sup>.

(ج) **انقضاء التزام الكفيل بالتقادم:** وقد ينقضي التزام الكفيل بالتقادم، دون أن ينقضي الدين المكفول ويسري التقادم بالنسبة إلى الدين الأصلي في الوقت الذي يسري فيه بالنسبة إلى التزام الكفيل فينقضي الدين بالتقادم أو في وقت واحد<sup>(2)</sup>. ولكن قد يحدث أن ينقضي التزام الكفيل بالتقادم وذلك دون أن ينقضي الدين الأصلي، وعند ذلك تنقضي الكفالة لانقضاء التزام الكفيل، وإن كان التزام المدين الأصلي لا يزال باقياً، فإن انقطع التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي بقي التزامه قائماً، أما التزام الكفيل الذي لم ينقطع سريان التقادم بالنسبة إليه فإنه ينقضي بالتقادم أو قد يقف التقادم بالنسبة للمدين الأصلي ولا يقف بالنسبة إلى الكفيل، فيتقادم التزام الكفيل قبل أن يتقادم التزام المدين الأصلي، وفي مثل هذه الأحوال تبرأ ذمة الكفيل بصفة أصلية مع بقاء المدين الأصلي ملتزماً بالدين<sup>(3)</sup>.

## 2. الأسباب الخاصة لانقضاء عقد الكفالة بصفة أصلية:

تتمثل هذه الأسباب الخاصة فيما يلي:

- **براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضعاه الدائن لخطأ من الضمانات:** تنص المادة 656 من ق.م.ج: « تبرأ ذمة الكفيل بقدر الذي أضعاه الدائن من الضمانات»، وهذا السبب مقدر لحماية الكفيل لأنه إذا أوفى الدين يحل محل الدائن فيما له من حقوق بمعنى إذا كانت هناك تأمينات أخرى لنفس الدين المضمون بالكفالة فإن الكفيل الذي يوفى بهذا الدين يكتسب هذه التأمينات وإن قام الدائن بإضاعة هذه التأمينات بخطئه فإنه يكون قد ضيع على الكفيل فرصة في استيفاء حقه الذي حل فيه

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 158.

(2) المرجع نفسه، ص 60.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 231-239.

محل الدائن ويكون الجزاء هو براءة ذمة الكفيل في مواجهة الدائن بقدر ما أضاعه من تأمينات<sup>(1)</sup> أما إذا كانت إضاعة التأمينات ناشئة عن قوة قاهرة أو عن فعل الغير أو عن فعل المدين أو فعل الكفيل نفسه فإنه لا محل لقيام مسؤولية الدائن أصلاً حيث ليس هناك خطأ ينسب إليه<sup>(2)</sup>.

- براءة ذمة الكفيل بعدم اتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين بعد إنذار الكفيل له -  
بضرورة اتخاذها: عملاً بأحكام المادة 258 من ق.م.ج : «إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن»<sup>(3)</sup>.

## الفرع الثاني

### انقضاء عقد الضمان العيني في القانون

ونعرض فيما يلي طرق انقضاء الرهن الرسمي (أولاً) ، ثم إلى انقضاء الرهن الحيازي (ثانياً).

#### أولاً - انقضاء عقد الرهن الرسمي:

ينقضي عقد الرهن الرسمي بصفة تبعية وبصفة أصلية، وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

#### 1. انقضاء الرهن الرسمي بصفة تبعية:

ينقضي حق الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون، ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين، ودون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته، والأسباب التي ينقضي بها الدين المضمون هي أسباب انقضاء الالتزام بصفة عامة، كالوفاء والمقاصة واتحاد الذمة والإبراء والتجديد، والتقاعد، ويلزم لانقضاء الرهن بصفة تبعية أن يكون الدين المضمون قد انقضى بتمامه، وذلك أنه إذا بقي جزء من الدين المضمون لم ينقض، بقي الرهن لضمان هذا الجزء، تطبيقاً لقاعدة عدم تجزئة الرهن الرسمي<sup>(4)</sup>.

#### 2. انقضاء الرهن الرسمي بصفة أصلية:

قد ينقضي الرهن الرسمي بصفة أصلية دون أن ينقضي الدين المضمون به، فيترتب على ذلك أن يصبح الدائن المرتهن دائناً عادياً ذو حق شخصي، وقد نص القانون المدني على سببين لانقضاء الرهن بصفة أصلية هما:

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 198.

(2) المرجع نفسه، ص 204.

(3) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 367.

(4) أكرم أولمي، المرجع السابق، ص 140.

(أ) **التطهير**: ينقضي الرهن الرسمي بطريقة أصلية، أي مستقلا عن الدين بأسباب مختلفة ومنها، انقضاؤه بالتطهير<sup>(1)</sup> وفقا لنص المادة 934 من ق.م.ج: « إذا تمت إجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمي نهائيا... ».

(ب) **البيع الجبري**: ينقضي الرهن ببيع العقار بالمزاد العلني نتيجة للتنفيذ عليه، وسواء حصل هذا التنفيذ بناء على طلب الدائن المرتهن، أو بناء على طلب غيره من الدائنين، سواء حصل التنفيذ في مواجهة الراهن، أو في مواجهة الحائز، أو الحرس الذي عينته المحكمة بعد التخلية، سواء رسا المزاد العلني على الحائز أو غيره، والرهن لا ينقضي تلقائيا بمجرد رسو المزاد، بل يجب أن يقوم الراسي عليه المزاد بدفع الديون المقيدة على العقار بحسب مرتبتها في حدود الثمن الذي رسا به المزاد، أو بإيداع الثمن خزانة المحكمة لكي يتولى القاضي توزيعه على مستحقيه<sup>(2)</sup>.

### ثانياً - انقضاء الرهن الحيازي:

ينقضي الرهن الحيازي بصفة تبعية بانقضاء الحق المضمون، كما أن الرهن الحيازي يمكن أن ينقضي بصفة أصلية بالرغم من انقضاء الحق المضمون.

#### 1. انقضاء الرهن الحيازي بصفة تبعية:

حيث أن الغرض من تقرير رهن حيازي ضمان الوفاء بدين معين، فإن الرهن الحيازي ينقضي بانقضاء الدين المضمون، أي كان سبب انقضائه (الوفاء، الوفاء بمقابل، استحالة التنفيذ، الإبراء المقاصة التجديد، التقادم المسقط)، وقد يرجع سبب انقضاء الدين للحكم ببطلان العقد الذي أنشأ الدين فيبطل على شرط فاسخ، فيتحقق الشرط ويزول العقد بأثر رجعي فيزول الدين والرهن كاملا بأثر رجعي.

#### 2. انقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية:

لقد عدد المشرع الجزائري الأسباب التي بها ينقضي الرهن بصفة أصلية بنص المادة 01/965 من ق.م.ج وتشمل الرهن الحيازي سواء كان محله منقولا أو عقارا وحصرها في التنازل عن حق الرهن المرهون<sup>(3)</sup>.



(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص544، 543.

(2) أعمار أولمي، المرجع السابق، ص123.

(3) محمد العروسي منصور، المرجع السابق، ص147.

خاتمة

## الخاتمة

يُعدُّ الضمان الخاص أفضل من الضمان العام في نجاعته، ويعد من المحاور الأساسية في المعاملات التجارية والقانونية والتي ساهمت وتساهم في التنمية الشاملة للدول، ومهما كان النظام السياسي والاقتصادي المتبع، باعتباره المادة الأولية للمشاريع العامة والخاصة.

لذلك سعت الدول إلى تنظيمه وضبط نطاقه عبر سن نظم قانونية تقوم بتسيق العمليات والتملك والاستعمال لهذه الأموال بما يضمن حماية الحق من أي اعتداء.

وبعد الدراسة المستفيضة والتمحيص ، فإن النتائج المتوصل إليها كانت كالآتي :

**1- ضبط المشرع الجزائري عقد الضمان في كتابين : الأول كتاب الالتزامات والعقود في الباب الحادي عشر (الكفالة) ، والكتاب الرابع الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية، الباب الأول (الرهن الرسمي)، والباب الثاني (حق الاختصاص) والباب الثالث (الرهن الحيازي) والباب الرابع (حقوق الامتياز)، وخصص لكل نوع منها إجراءات وأحكام تضبطه وتميزه عن غيره من التصرفات والقيود التي تقع على الممتلكات العقارية منها والمنقولة ضمانا لمعاملات الأفراد.**

**2- يُعدُّ الضمان في مادة التأمينات حماية للدائن، وهذا هو الفكر السائد والراجح لدى رجال وفقهاء القانون ، ولكن من خلال هذا البحث برزت فكرة جديدة وهي أن الضمان لا تقصر حمايته فقط على الدائن بل تتعداها إلى حماية المدين من جهة أخرى، وذلك بإبعاد هذا الأخير عن شبهة الفساد المنصوص عليها في ظل قانون 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006، والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، وحتى لا تطاله المتابعة الجزائية بتهمة المنح والاستفادة من قروض بدون ضمانات كافية.**

والملاحظ للأحداث الأخيرة التي تمر بها الجزائر يرى أن معظم المتابعات الجزائية التي طالت رموز الفساد في البلاد كانت على أساس منح قروض لرجال الأعمال دون أية ضمانات. ومن هنا يبرز دور الضمان الخاص في مادة التأمينات كردع قانوني واقى من كل المتابعات المحتملة للدائن والمدين على حد سواء.

**3- أنّ الدائن في هذا الضمان يظل دائنا عاديا، إذ يشترك مع غيره من الدائنين في الضمان العام ، ولهذه الأسباب أصبح الإحجام عنها جليا.**

4- أن التأمينات العينية تحتل الصدارة من حيث التفضيل، ذلك لأنها تكفل للدائن الحصول على حقه كاملاً عن طريق تخصيص مال معين من أموال المدين وتبقى ضامنة للوفاء بحقه في كل الأحوال، فيكون الدائن في مأمن من إفسار المدين عن طريق حقه في التقدم، وفي مأمن أيضاً من غشه إذا تصرف في هذا المال بما للدائن من حق التتبع.

وختاماً للموضوع نخلص إلى جملة من التوصيات نوجزها فيما يلي :

1- أن المراجع الجزائرية لموضوع الضمان الخاص والتي تبين نجاعته وفعاليتها تكاد تكون منعدمة، ولهذا نقترح المزيد من التأليف والبحوث من قبل الأساتذة الجزائريين لإثراء المكتبة الوطنية عن نجاعة الضمان الخاص ، حيث أنني حينما اخترت موضوع «نجاعة الضمان الخاص في تسديد الدين» تبادر في ذهني أن المراجع التي اعتمدها في بحثي كلها جزائرية، حتى وإن كان المشرع الجزائري قد اتبع في ذلك المشرع المصري.

2- أنّ موضوع نجاعة الضمان الخاص في تسديد الدين موضوع طويل، خصوصاً في تعدد أنواع الرهون، ولهذا يمكن أن يأخذ كل نوع من أنواعه مذكرة مستقلة، حتى يتم التفصيل والشرح أكثر .

3- تشديد العقوبات الجزائية والمدنية على المخالفين والمتلاعبين بعقود الضمان بمناسبة استفادتهم من قروض بنكية على اعتبار أنها تمثل الضمان الوحيد للأموال العمومية، وكل مخالف لشروط الضمان سواء من جهة الدائن أو المدين يتعرض لعقوبات قاسية ومشددة.



# قائمة المراجع

## قائمة المراجع

### ■ أولاً - الكتب العامة :

1. القرآن الكريم.
2. امجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
3. زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، بيروت، لبنان، د. ط، الجزء الخامس عشر.
4. عبد الرحمن بن ناصر السعدي، مختصر تفسير القرآن العظيم، منشورات، دار القلم، بيروت، الطبعة الأولى، 2005.
5. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات دار الحلبي، بيروت، ط3، 2000.
6. محمد الحسين محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام (مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط1، 1998.
7. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001.

### ■ ثانياً - الكتب المتخصصة :

1. أحمد زاوي، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، العدد 2، الصادرة سنة 2000.
2. أحمد لعور ونبيل صقر، القانون المدني (نصا وتطبيقا)، دار الهدى، الجزائر، 2007.
3. أحمد محمود سعد، عقد الكفالة، دار النهضة العربية للطبع والنشر، القاهرة، 1994.
4. أنور العمروسي، التضامن والتضام والكفالة في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1996.
5. أنور العمروسي، الحقوق العينية والتبعية، منشأة المعارف، مصر، 2003.
6. جلال محمد إبراهيم، سعد محمود، الحقوق العينية التبعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
7. حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية (دراسة تحليلية مقارنة لأحكام الرهن والتأمين والامتياز)، الدار الجامعية للطباعة والنشر، [ب. ت].
8. زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الأمل، تيزي وزو - الجزائر، [د. ط]، 2001.
9. زكي محمد جمال الدين، التأمينات الشخصية والعينية، مطابع دار الشعب، القاهرة، 1994.

10. سعد نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية (الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، حق الاختصاص، حقوق الامتياز، الكفالة، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، 2007.
11. سمير عبد السيد تتاغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1991.
12. صلاح علي أبو النجا، أحكام الضمان في الفقه والقانون، مطبوعات بنك التضامن، الطبعة الثالثة، [د.ن].
13. طه البشير محمد، الوجيز الحقوق العينية التبعية (الرهن التأميني، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، دراسة تحليلية مقارنة، دار الحرية للطباعة، بغداد، طبعة الرابعة، 1976.
14. محمد حسين منصور، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، [ب. ت].
15. محمد رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2007.
16. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (التأمينات العينية)، دار هومة، الجزائر، 2009.
17. محمد صبري السعدي، شرح قانون المدني الجزائري (التأمينات الشخصية والعينية)، القسم الأول، دار الهدى، الجزائر، د. ط، (عقد الكفالة).
18. محمد محمود زهران همام، التأمينات العينية والشخصية، الإسكندرية، منشأة المعارف، [د. ط]، 2001.
19. محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، دار الكتاب الحديث، بيروت، طبعة 3، 1979.
20. محي الدين اسماعيل علم الدين، التأمينات العينية في القانون المصري والمقارن، الرهون والامتياز والاختصاص، دار النهضة العربية، مصر.
21. مصطفى عبد الجواد حجازي، عقد الكفالة في القانون المدني، مجلة كبرى مصر، دار الكتب القانونية، 2006.
22. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية، [د. ط]، 2005.
23. هدى عبد الله، التأمين العقاري مقارنة مع حقوق الرهن والامتياز، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2011.

■ ثالثاً - الرسائل والمحاضرات :

I. الرسائل :

1. أعمار أولمي، عقد الرهن الرسمي كوسيلة ضمان لحماية حقوق الدائنين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع (قانون العقود)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017.
2. بن صويلح سامية، إيمان غولي، عقد الكفالة في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابي، 2010-2011.
3. عيسى العاقب، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع (عقود ومسؤولية)، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1986.
4. محمد العروسي منصور، نظام الرهن الحيازي العقاري في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر 1، 2012-2013.
5. مزعاش أسهان، التجربة الجزائرية في مجال الشهر العقاري، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، فرع الإدارة المالية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2006/2005.
6. حاج بكوش مراد، خاتي فؤاد قرجنة الطيب، الرهن الحياز في التشريع الجزائري، مذكرة تجرح لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الخامسة عشرة، الجزائر، 2004/2007.

II. المحاضرات :

1. العربي بن قسمية، محاضرات في مقياس التأمينات العينية (موجهة لطلبة سنة ثانية ماستر)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار تليجي، الأغواط، لسنة 2019/2020.

■ رابعاً - النصوص القانونية :

1. القانون 86-07 المؤرخ في 04 مارس 1986 المتعلق بالترقية العقارية، من أجل التحكم في العقار وتنظيم تسييره، الجريدة الرسمية، عدد 10.
2. القانون 90-29، المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق لـ 1 ديسمبر 1990 المتعلق بالتمتية والتعمير ، في الجريدة الرسمية عدد 22، 1990.



# فهرس المحتويات

# فهرس المحتويات

الصفحة

الموضوع

■ إهداء	
■ شكر وعرفان	
■ مقدمة	2

## الفصل الأول

### مقومات الضمان الخاص

■ تمهيد :	6
■ العبحث الأول: التعريف بالضمان في الشريعة الإسلامية والقانون	7
● المطلب الأول : تعريف الضمان في الشريعة الإسلامية	7
○ الفرع الأول: تعريف الضمان لغة واصطلاحاً	7
- أولاً: لغةً	7
- ثانياً: اصطلاحاً	7
○ الفرع الثاني: مشروعية الضمان في القرآن والسنة	8
- أولاً: القرآن الكريم	8
- ثانياً: السنة النبوية	9
- ثالثاً: الإجماع	10
○ الفرع الثالث: شروط الضمان	10
- أولاً: الضامن	10
- ثانياً: المضمون عنه	11
- ثالثاً: المضمون له	11
- رابعاً: المضمون به	12
● المطلب الثاني: تعريف الضمان في القانون المدني	12
○ الفرع الأول: تعريف الضمان الشخصي في القانون	13
○ الفرع الثاني: تعريف الضمان العيني في القانون	15

16	■ العبحث الثاني : خصوصية الضمان الخاص
16	● المطلب الأول : مفهومه
16	○ الفرع الأول : مفهوم التأمينات الشخصية (الكفالة)
16	- أولاً : تعريف الكفالة
17	- ثانياً : خصائص الكفالة
18	○ الفرع الثاني : مفهوم التأمينات العينية
18	- أولاً : الرهن الرسمي وبيان خصائصه
20	- ثانياً : حق التخصيص وبيان خصائصه
20	- ثالثاً : الرهن الحيازي وخصائصه
21	- رابعاً : حقوق الامتياز
22	● المطلب الثاني: أحكام الضمان الخاص
22	○ الفرع الأول : أحكام التأمينات الشخصية
22	- أولاً : أحكام الكفالة
24	- ثانياً : أركان الكفالة
27	○ الفرع الثاني : أحكام التأمينات العينية
27	- أولاً : من حيث المصدر
28	- ثانياً : من حيث محلها
29	- ثالثاً : من حيث الحيازة

## الفصل الثاني

### أثر الضمان الخاص في تسديد الدين

32	■ تمهيد :
33	■ العبحث الأول : أهمية الضمان الخاص في القانون المدني
33	● المطلب الأول : من حيث نشأته
33	○ الفرع الأول : نشأة التأمينات الشخصية (الكفالة)
33	○ الفرع الثاني : نشأة التأمينات العينية
33	- أولاً : نشأة الرهن الرسمي
34	- ثانياً : نشأة حق التخصيص
35	- ثالثاً : نشأة الرهن الحيازي
37	- رابعاً : نشأة حقوق الامتياز
37	● المطلب الثاني : من حيث أثره
37	○ الفرع الأول : آثار الكفالة بين الكفيل والدائن
38	- أولاً : شروط مطالبة الدائن للكفيل
40	- ثانياً : الدفع التي تجب على الكفيل
42	○ الفرع الثاني : آثار الكفالة بين الكفيل والمدين

42	- أولاً : دعوى الكفالة أو الدعوى الشخصية .....
44	- ثانياً : دعوى الحلول .....
45	الفرع الثالث : آثار الرهن بالنسبة للدائن المرتهن .....
45	- أولاً : حقوق الدائن المرتهن في عقد الرهن الرسمي .....
48	- ثانياً : حقوق الدائن المرتهن في عقد الرهن الحيازي .....
53	الفرع الرابع: آثار الرهن بالنسبة للمدين الراهن .....
53	- أولاً : حقوق المدين الراهن في عقد الرهن الرسمي .....
54	- ثانياً : حقوق المدين الراهن في عقد الرهن الحيازي .....
57	الفرع الخامس : أثر القيد في تسديد الدين .....
57	- أولاً : القضاء الاختياري للدين .....
59	- ثانياً : القضاء الإجباري للدين .....
61	■ <b>المبحث الثاني : تطبيقات الضمان الخاص وانقضاؤه</b> .....
61	● <b>المطلب الأول : تطبيقات الضمان الخاص</b> .....
61	○ الفرع الأول : تطبيقات الرهن الرسمي والرهن الحيازي موضوعاً .....
61	- أولاً : الشروط الواجبة التطبيق موضوعاً للرهن الرسمي .....
66	- ثانياً : الشروط الواجبة التطبيق موضوعاً للرهن الحيازي .....
68	○ الفرع الثاني : الشروط الواجبة التطبيق لعقد الرهن شكلاً .....
68	- أولاً : الرسمية ركن في العقد وأثر تخلف الرسمية البطلان .....
68	- ثانياً : الحكمة من اشتراط الرسمية .....
69	- ثالثاً : يجب أن يصاغ رضا المرتهن في الشكل الرسمي .....
69	- رابعاً : ذكر بيانات التخصيص في عقد الرهن ذاته .....
69	- خامساً : ذكر بيانات التخصيص في عقد رسمي لاحق .....
69	- سادساً : التوكيل بالرهن .....
70	- سابعاً : الوعد بالرهن .....
70	- ثامناً : قيد وتشهير الرهن الرسمي .....
70	- تاسعاً : قيد وتشهير الرهن الحيازي .....
70	● <b>المطلب الثاني : انقضاء الضمان الخاص</b> .....
71	○ الفرع الأول : انقضاء عقد الضمان الشخصي في القانون .....
71	- أولاً : انقضاء الكفالة بصفة تبعية .....
74	- ثانياً : انقضاء الكفالة بصفة أصلية .....
76	○ الفرع الثاني : انقضاء عقد الضمان العيني في القانون .....
76	- أولاً : انقضاء عقد الرهن الرسمي .....
77	- ثانياً : انقضاء الرهن الحيازي .....
79	■ <b>خاتمة</b> .....
82	■ <b>قائمة المراجع</b> .....