معهد:الحقوق و العلوم السياسية

قسم:الحقوق

مطبوعة بيداغوجية بعنوان :

محاضرات في مقياس :

العـــقود الخاصـــة

(عقد الكفالة، الرهن الرسمي، الرهن الحيازي)

المستوى: السنة الثالثة ليسانس.

التخصص: القانون الخاص.

السداسي: السادس.

إعداد الدكتور: بن سالم المختار

الرتبة: أستاذ محاضر" ب:

السنة الجامعية:2023/2022

مقدمة:

يبحث الإنسان في حياته اليومية عن الاستقرار في جميع معاملاته المدنية، وعليه فيبحث عن الضمانات الخاصة التي يتم من خلالها الحفاظ عن حقوقه وتعزيز استيفائها، على عكس ما تقدمه له الضمانات العامة والتي لا توفر له أي حق أولوية في المطالبة أو ضمانة إضافية.

تتوفر الضمانات العامة من خلال الآليات المتاحة في القانون المدني والتي تعتبر مصدرا للالتزام كالعقد الملزم للجانبين، أو التصرف المنفرد كالهبة والوصية والتبرع، أو القانون (عند وجود نص يلزم بذلك)، أو من خلال القضاء عند وجود حكم قضائي يقضي به.

وتكون أفضلية المطالبة بالدين تقتصر على أشخاص محددين من خلال الرابطة القانونية أو الاتفاقية مع الطرف الآخر، فإذا لم يتوفر مبدأ الأفضلية أصبحنا نبحث عن التساوي في سداد الدين مع البقية في شكل قسمة الغرماء، وهو ما يشكل في الغالب خطر ضياع الدين أو إعسار المدين.

وفحوى ما يترتب عن هذا الضمان هو حصول الدائن على تأمين سواء عيني أو شخصي، حتى يصبح الدائن في وضع مستقر دون خوف من ضياع حقوقه، وهو ما يسمى بالحقوق العينية التبعية.

وتجدر الإشارة إلى توضيح أنّ التأمين الشخصي يعني جميع أموال المدين ضامنة لدينه أي ذمته المالية، بينما التأمين العيني يعني وجود عين (ملكية) محددة بالذات ضامنة لسداد الدين.

وعليه فهذا البحث يتضمن التركيز على خاصية التبعية في حقوق التأمين، باعتبار أنّ أن التأمينات هي في الأساس حقوقا، وكذا يتضمن التزامات باعتبار أن هاته التأمينات عبارة

عن عقود، والتي هي جوهر الدراسة ضمن السداسي السادس لطور ليسانس حقوق تخصص قانون خاص.

لذا كان جديرا بنا طرح الإشكالية التالية:

– أي الحقوق العينية التبعية الأكثر تداولا باعتبارها عقودا خاصة؟ وكيف أولاها المشرع الجزائري من تنظيم في ظل نصوص القانون المدني الجزائري؟

ومن أجل معالجة الإشكالية كان لزاما علينا اتخاذ المنهج الوصفي كنهج أساسي للدراسة بغية الوصول للنتيجة المرجوة.

وكانت الخطة المتبعة تتضمن باختصار ثلاث فصول، فالفصل الأول يتمحور حول عقد الكفالة باعتباره ضمانا شخصيا وفيه أهم العناصر كتعريفه وأركانه والالتزامات المترتبة فيه وانقضائه، ومن ثم الفصل الثاني والذي يتمحور حول عقد الرهن الرسمي والذي تناول التعريف وبيان خصائصه وإنشائه وآليات انقضائه، ومن ثم الفصل الثالث الذي تضمن الرهن الحيازي وبطبيعة الحال تناولت الدراسة أهم عناوينه كطبيعة الرهن الحيازي وطرق انقضائه.

الفصل الأول
عقد الكفالة

المبحث الأول: مفهوم الكفالة.

يتضمن موضوع عقد الكفالة مجموعة من العناصر منها التعريف والخصائص وتمييز عقد الكفالة عمّا يشابهه من المفاهيم.

المطلب الأول: تعريف عقد الكفالة.

لتعريف عقد الكفالة وجب الوقوف على المعنى اللغوي لها، ومن ثم المعنى القانوني والفقهي.

الفرع الأول: التعريف اللغوي.

وتعني الكفالة في اللغة: الضم، ومنه قول الله تعالى «وكفلها زكريا»[1] فهي من : كفل يكفل كفالة ،إذا فالكافل هو القائم بأمر اليتيم والمربي له،[2] والكفالة أيضا تعني الضمانة.[3]

كما عرفها الحنفية بأنها: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة، وعرّفها المالكية بأنّها شغل ذمة أخرى بالحق، وقد جاءت في مجلة الأحكام العدلية المصرية بأنّها ضم ذمة إلى ذمة في مطالبة شيء يعني يضم أحد ذمة آخر ويلتزم أيضا المطالبة التي لزمت حق ذلك.[4]

[1] الآية 37 سورة آل عمران.
[2] علال أمال، التبني والكفالة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة ماجيستر، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2008، ص 30.
[3] مرجع الكتروني: https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D9%83%D9%81%D8%A7%D9%84%D8%A9/ تاريخ التصفح : 10 أوت 2022.
[4] سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2006، ص 10.

الفرع الثاني: التعريف القانوني :

تنص المادة 644 من القانون المدني الجزائري[5] على ما يلي: " **الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفِ بهذا الالتزام إذا لم يفِ به المدين نفسه**"

يُؤخذ من هذا التعريف بأن الكفالة هي عقد بين الكفيل و الدائن، أما المدين الأصلي فليس طرفاً في عقد الكفالة بل أن كفالة المدين تجوز بغير علم المدين و تجوز أيضاً رغم معارضته، و هذا ما نصت عليه المادة 647 من القانون المدني الجزائري.

كما يبدو من التعريف بنص المادة سالفة الذكر بأنّ المشرع ذكر شخص بدل إنسان حتى تشتمل الصياغة الشخص الطبيعي والمعنوي، فالعبرة بامتلاكه ذمة مالية كافية لتغطية الضمان، وجاء في العبارة "بأن يف بالالتزام إذا لم يف به المدين نفسه" توضيحا بأنّ الالتزام لا يقتصر على تقديم مبلغ مالي فقط، فقد يكون مصدره فعل نافع أو فعل ضار أو القانون نفسه أو العقد.[6]

وقد أضافت محكمة النقض المصرية تعقيبا على عقد الكفالة بأنّه ليس هناك ما يمنع من أن يكفل شخص واحد تنفيذ الالتزامات المترتبة على عقد في ذمة عاقديه كلاهما، بأن يتعهد لكل منهما بأن يفي له بالتزام المتعاقد الآخر في حالة تخلف هذا المدين عن الوفاء به، فعقد الكفالة ينعقد بن الكفيل وكل من المتعاقدين بوصف كل منهما دائنا للآخر بالالتزامات المترتبة له في ذمته بمقتضى العقد الأصلي المبرم بينهما.[7]

[5] الأمر 75-58 الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم، ج ر عدد 78.
[6] محمد أحمد المعداوي عبد ربه، الوجيز في التأمينات العينية والشخصية، الصادر عن كلية الحقوق جامعة الفيوم، مصر، 2018، ص 203.
[7] محمد حسين منصور، النظرية العامة للإئتمان، منشأة المعارف، مصر، 2005، ص 68.

ولقد أغفل المشرع الجزائري صفة التبعية عن الالتزام بالكفالة ولم يأت ذكره ضمن التعريف، غير أنّه السمة التي تشترك فيها جميع التأمينات الشخصية والعينية التي تعتبر تبعية بأجملها.

المطلب الثاني: خصائص عقد الكفالة.

لعقد الكفالة عدة خصائص تميزه عن باقي العقود، وباعتباره عملا مدنيا فإنّه يستمد خصائصه من القانون المدني، وهذا بعد أن ينشأ العقد الأصلي الذي يكون سببا في نشوء عقد الكفالة.

الفرع الأول: عقد ضمان شخصي

لأن التزام المدين بضمان الكفيل حق الدائن يترتب في ذمة الكفيل شخصيا ، فهي تأمين للدائن ضد امتناع المدين عن الوفاء بالتزامه، فتعهد الكفيل بالوفاء بالدين يزيد ثقة الدائن في حصوله على حقه فيتحقق به الضمان.

والكفالة تتميز أيضا بالطابع الشخصي حيث يضيف الكفيل ذمته إلى جانب ذمة المدين للوفاء بالدين، أي أن الكفيل يضم ضمانه العام إلى الضمان العام للمدين،والطابع الشخصي للكفالة يميزها عن الكفالة العينية التي يقدم فيها الكفيل مالا معينا لضمان الوفاء بدين المدين، وهو لا يضمن الوفاء بهذا الدين إلا في حدود المال الذي قدمه تأمينا له.[8]

الفرع الثاني: عقد رضائي

جاء في مجلة الأحكام العدلية المصرية في المادة 621[9] بأنّ "تنعقد الكفالة بإيجاب الكفيل وحده..."، فهي بذلك تصدر وتنفذ من الكفيل فقط ما لم يردها المكفول له وهو الدائن،

[8] محمد حسين منصور، النظرية العامة للإئتمان، مرجع سابق، ص 72.
[9] الأمر 75-58 ، المعدل والمتمم.

ويشترط أن تتوافر أهلية التبرع في الكفيل لكي تكون صحيحة.[10] أي ينعقد بمجرد التراضي بين الكفيل والدائن و الكتابة شرط للإثبات فقط المادة 645 من القانون المدني الجزائري.

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 787 من القانون المدني المصري بأن "يسلم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع"، إذ الأمر لا يخص انعقاد الكفالة، وإنّما يتعلق بآثارها بعد الانعقاد على أساس مبدأ الرضائية، وفي الحقيقة أن الخروج عن القواعد العامة في إثبات عقد الكفالة يرجع أساسا إلى التزام الكفيل الذي يعدّ تبرعا، مما يجب استناده إلى رضا صريح وقاطع، ويرى البعض الغاية في ذلك تكمن في أن المشرع اراد أن يحمي الكفيل بعد انقضاء التزامه.[11]

الفرع الثالث: عقد ملزم لجانب واحد.

وهي ملزمة لكفيل دون أن يكون له مقابل، وإن كان قد توفرت مصلحة للكفيل بأن يلتزم الدائن للكفيل بمقابل نظير الكفالة فيتحقق قيام التزامات على عاتق كل من طرفيها، حيث تصبح الكفالة عقدا ملزما لجانبين.

ومع ذلك ذهب جانب من الفقه بأنّه إذا اشترط الكفيل على الدائن أن يؤدي مبلغا نقديا نظير الضمان، فإنّ العقد لا يظل كفالة بل يصبح صورة من التأمين إذ يعتبر تعهد الضمان تأمينا للدائن من خطر إعسار مدينه، ويرى جانب آخر من الفقه أنّه وحتى يتم اشتراط مبلغا نقديا مقابلة الكفالة لا ينفي عنها صفة الكفالة مادام الكفيل يتعهد بتنفيذ التزام المدين إذا لم يقم هذا الأخير بالوفاء. [12]

[10] سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، مرجع سابق، ص 15.
[11] معزوز دليلة، محاضرات في العقود الخاصة2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، الجزائر، 2021، ص 93.
[12] محمد أحمد المعداوي عبد ربه، مرجع سابق، ص 208.

الفرع الرابع: عقد تبرعي

وذلك من خلال أن الكفيل يتبرع بماله للدائن وعقد معاوضة بالنسبة للدائن لان حصل على الكفالة مقابل حالة المقدم للمدين.

مع العلم أنّه وقع اختلافا فقهيا حول وصف الكفالة بأنّها عقد تبرع أو عقد معاوضة، إلى أنّ فصل في هذا الخلاف على أساس النظر في العلاقة بين الطرفين (الدائن والكفيل)، فإذا كان الكفيل يلتزم قبل الدائن دون مقابل كان تبرعا، وإذا التزم الدائن بإعطاء الكفيل مبلغا في مقابل تدخله بالضمان كان العقد معاوضة.[13]

الفرع الخامس: عقد تبعي

إنّ خاصية التبعية من أهم خصائص عقد الكفالة، بل تعتبر الأساس الفاصل لتمييزه عن غيرها من وسائل الضمان الشخصية، فعقد الكفالة ليس ضمان شخصي مستقل عن العقد الأصلي، بل له علاقة بالدين الأصلي، وهو نتيجة العلاقة الأصلية، فالكفيل من أجل أن يكفل الدين وجب وجود دين أصلي سابق.[14]

كما أنّ صفة التبعية تقتضي حسب نص المادة 648[15] من ق م ج بأن "لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا".

وذلك ان التزام الكفيل تابع لالتزام المدين (التابع يتبع الأصل) يترتب عن التبعية :
– ألا يكون المال المكفول أكثر من المال الأصلي أو اشد عبئا طبقا للمادة 652 ق م ج
–تطابق شروط عقد الكفالة مع الالتزام الأصلي. طبقا للمادة 648 ق م ج ، فلا يمكن تصور وجود كفالة صحيحة إذا كان مبلغ الكفالة أكبر مما هو مستحق في الدين الأصلي، أو

[13] نساخ فاطمة، عقد الكفالة وفق القانون المدني الجزائري، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2019، ص 16
[14] محمد علي عبده، عقد الكفالة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2005، ص 84.
[15] الأمر 75-58 ، المعدل والمتمم.

وجود شروط اشد من شروط الدين المكفول، كما يستفيد الكفيل من أي تغير طارئ في الالتزام المكفول، ولكن لا يضار من هذا التغيير.

- للكفيل ان يتمسك بدفوع المدين الأصلي. طبقا للمادة 653 ق م ج.

الفرع السادس: عقد الكفالة عقد ضمان

معناه أنها تضمن وفاء المدين بالدين فهي تأمين للدائن ضد امتناع المدين عن الوفاء بالتزامه، فوفق هذه الخاصية يخول الدائن حق الضمان العام على أموال مدينه بل وأيضا على أموال الكفيل، فالكفيل يلتزم التزاما شخصيا في مواجهة الدائن بدفع قيمة الدين إذا لم يف به المدين الأصلي، هذا الوضع الذي يجعل من الضمان أوسع نطاقا بالنسبة لدائن ولمصلحته.[16]

وتقوم البنوك في الوقت الحاضر بكفالة ديون بعض عملائها ويتقاضى البنك منهم عادة عمولة نظير كفالته، ولذلك يستبعد من نطاق الكفالة، وهي تأمين شخصي، فلا يكون الكفيل العيني مسؤولا شخصيا عن الدين المضمون بل تتحدد مسؤوليته في العين التي قدمها رهنا سواء كان الرهن رهنا رسميا أو رهنا حيازيا، فإذا لم تكف قيمة هذه العين للوفاء بحق الدائن كاملا فإنّه لا يجوز للأخير الرجوع على غيرها من الأموال العينية المملوكة للكفيل العيني، وهذا بخلاف الكفيل الشخصي فإنّه يكون ملتزما شخصيا بالوفاء بالدين وينتقل هذا الالتزام الشخصي في تركته إلى ورثته.[17]

المطلب الثالث: أنــواع الـكـفــالـــة.

يمكن إجراء أكثر من تقسيم للكفالة بحسب الزاوية المنظور إليها منها:

– **من حيث المصدر**: تكون الكفالة إما اتفاقية أو قانونية أو قضائية.

[16] نساخ فاطمة، مرجع سابق، ص 18.
[17] فرحاوي عبد العزيز، محاضرات في مقياس التأمينات الشخصية عقد الكفالة-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لمين دباغين سطيف، الجزائر، 2021، ص 11.

- **ومن حيث الطبيعة** : هناك الكفالة المدنية والكفالة التجارية.
- **ومن حيث المحل** : تكون كفالة شخصية (بسيطة أو تضامنية)، أو عينية

الفرع الأول: الكفالة من حيث المصدر.

يمكن تقسيمها إلى كفالة اتفاقية وقانونية وقضائية.

أولا: الكفالة الاتفاقية.

هي التي تنشأ نتيجة اتفاق المدين مع الدائن على التزام الأول بتقديم كفيل للثاني يضمن دينه، ويكون هذا الاتفاق مصدر التزام المدين بتقديم الكفالة، سواء تم الاتفاق قبل نشوء الدين في ذمة المدين أو بعد ذلك، ويعد من قبيل الكفالة الاتفاقية سعي المدين للحصول على كفيل يضمنه ويقدمه للدائن حتى يحصل منه على ائتمان جديد أو ان يجدد الائتمان السابق، ويمكن أن تنشأ الكفالة أيضا في حالة تقدم الكفيل من تلقاء نفسه لضمان المدين والتزامه به في مواجهة الدائن، حتى ولو يعلم بها هذا الأخير أو رغم معارضته لذلك، حيث يكون مصدر التزام هذا الكفيل هو الإرادة المنفردة، وهي مصدر إرادي يقيد به وتعتبر هاتين الحالتين من قبل الكفالة الاتفاقية.[18]

ثانيا: الكفالة القانونية.

تكون الكفالة قانونية في الأحوال التي يوجب القانون فيها على المدين تقديم كفيل للدائن، ومثال ذلك نص المادة 851[19] من القانون المدني الجزائري، والمادة 212 ق م ج "...فإنّ للدائن وقبل انقضاء الأجل، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه، ولو بوجه خاص أن يطالب بتأمين ان خشي إفلاس المدين..."

[18] معزوز دليلة، مرجع سابق، ص 95.
[19] الأمر 75-58 ، المعدل والمتمم.

ثالثا: الكفالة القضائية.

تكون الكفالة قضائية في الحالات التي يكون مصدر التزام المدين فيها بتقديم كفيل حكم القاضي، مثل ما جاءت به المادة 2/717 مدني جزائري، "...وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية، أن تقرر مع هذا كل ما تراه مناسب من التدابير ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما يستحق من التعويضات".

واعتبار الكفالة اتفاقية أو قانونية أو قضائية له أهمية من الناحية العملية ذلك أن للكفالة القانونية و القضائية أحكام خاصة وهذا طبقا للمادة 667[20] ق م ج والتي تنص على " يكون الكفلاء في الكفالة القضائية أو القانونية دائما متضامنين "

الفرع الثاني: الكفالة من حيث الطبيعة.

بما أنّ الكفالة من عقود التبرع، فالأصل أنّها عقد مدني وليس تجاري، وتظهر أهمية ذلك في الإثبات والاختصاص.

أولا:الكفالة التجارية.

وتكون إذا كان الكفيل تاجر ويحترف الكفالة بمقابل، أو إذا تعلقت بدين ثابت في ورقة تجارية وقع عليها الكفيل بصفته ضامنا احتياطيا أو مظهرا . طبقا للمادة 2/651 ق م ج .

فالكفالة الناتجة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا، وأن أي تظهير لها يجعلها عملا تجاريا، يقصد بالضمان الاحتياطي ضمان الالتزام الناشئ من الورقة التجارية ويقع بكتابته على الورقة التجارية ذاتها أو كتابته على الورقة التجارية المتصلة بها أو في ورقة مستقلة، وهو ما أكدته المادة 409 من القانون التجاري الجزائري، أما التظهير فقد اعتبره

[20] الأمر 75-58 ، المعدل والمتمم.

المشرع الجزائري بمثابة كفالة تجارية، إلا أنّ هناك من يعتبرها صورة من صور الرهن الحيازي للورقة التجارية.[21]

ثانيا: الكفالة المدنية.

تنص المادة 1/651[22] ق م ج على " تعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا . "

الفرع الثالث: الكفالة من حيث المحل.

أولا: الكفالة العينية .

هي قيام الكفيل بتقديم شيء من أمواله ضمانا للوفاء بالدين وبمعنى أخر ينشىء للدائن تأمينا عينيا كرهن رسمي أو رهن حيازي، حيث يسمى هذا الكفيل بالكفيل العيني إذا رهن عقارا أو منقولا رهنا رسميا أو حيازيا، فهو لا يضمن الوفاء إلاّ في الحدود المال الذي قدّمه، فالضمان لا يرد على ذمته المالية كاملة كما هو الحال في الكفالة الشخصية.[23]

ثانيا: الكفالة الشخصية.

هي ضم ذمة الكفيل الى ذمة المدين الأصلي أي يصبح حق الضمان العام على أموال المدين بالإضافة إلى على أموال الكفيل، فهي كفالة عادي ترتب التزاما في ذمة الكفيل بضمان الوفاء بالدين.

[21] سي يوسف زاهية حورية،عقد الكفالة، دار الأمل، الجزائر، 2001، ص 21.
Pour détail regarder article : https://cours-de-droit.net/le-bail-definition-et-conditions-du-contrat-a121603892/ vu a : 10/09/2022.

[22] الأمر 75-58 ، المعدل والمتمم.

[23] محمد أحمد المعداوي عبد ربه، مرجع سابق، ص 214.

ثالثا: الكفالة الكاملة والجزئية والمحددة.

تكون كاملة إذا التزم الكفيل بضمان الدين الأصلي كله، وتكون جزئية إذا اقتصر الكفيل على ضمان جزء من الدين، أما الكفالة المحددة يضمن فيها الكفيل الدين كله ولكن يلتزم بحد أقصى.

المطلب الرابع: شروط عقد الكفالة.

تنص المادة 646[24] من القانون المدني "إذا التزم المدين بتقديم كفيل يجب أن يقدم شخصاً موسراً ومقيماً بالجزائر، و له أن يقدم عوضاً عن الكفيل، تأميناً عينياً كافياً."

فالشروط التي يجب توافرها هي:

الفرع الأول: يجب أن يكون الكفيل موسرا.

أي قادرا على الوفاء بالالتزام الذي قام بضمانه إذا اقتضت الحالة ذلك ، وتوفّر صفة اليسار أو الاقتدار في الكفيل مسألة موضوعية متروك تقديرها لقاضي الموضوع.

وعب يشر الكفيل يقع على المدين الذي قام بتقديمه، ويقاس اليسر بما يوجد لديه من الأموال التي تكون كافية للوفاء بالدين الذي كفله، سواء كانت هذه الأموال منقولات أو عقارات بشرط أن تكون قابلة للحجز عليها، أما التشريع الفرنسي فقط اشترط لإثبات يسر الكفيل أن تكون أمواله عقارات فقط دون الأموال المنقولة ما لم يكن الدين تجاريا أو زهيد القيمة،[25] وحقيقة مسألة يسر الكفيل هي مسألة موضوعية تخضع لسلطة تقديرية.

[24] الأمر 75-58 ، المعدل والمتمم.

[25] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني التأمينات الشخصية والعينية، دار الهدى للطباعة، الجزائر، 2011، ص 24.

الفرع الثاني: أن يكون الكفيل مقيما بالجزائر.

والإقامة المقصودة هي الإقامة العادية وليس العرضية ولا يشترط أن يكون الكفيل مقيما في موطن المدين، كما لا يشترط أن يكون الكفيل جزائريا.

وهذا يعني أنّه في حالة تغيير الكفيل موطنه ولم يعد لديه موطنا معلوما في الجزائر، وجب تقديم كفيل آخر بدل مجهول الموطن، أو على الأقل تقديم كفالة عينية داخل الجزائر وإلاّ سقط أجل الدين وأصبحت نافذة فورا.[26]

- هل يشترط وجود أموال الكفيل بأرض الوطن؟

يذهب البعض إلاّ أنّه يجب تقدير يسر الكفيل بالنظر إلى أمواله الموجودة داخل الإقليم حتى يمكن التنفيذ عليها، لأنّ الأموال الموجودة بالخارج تثير الكثير من الصعوبات المتعلقة بمسائل تنازع القوانين الأمر الذي يشكك في قدرة الكفيل على تأمين الدين.

إلاّ أنّه لا يمكن القول باشتراط مثل هذا الشرط، فلا شك أنّ الأمر يختلف حسب كل حالة، ويجب ترك المسألة لتقدير المحكمة طبقا لملابسات كل حالة، والوجود في أرض الوطن هو تسهيل المقاضاة أمام المحكمة.

الفرع الثالث: أن تكون للكفيل أهلية إبرام العقد.

باعتبار أن الكفيل قادم على التزام ضار بمصلحته ولذلك يجب أن يكون واعيا لما هو قادم عليه، ويجب توفر الأهلية وقت إبرام العقد.

ويترتب على ذلك أنّه لا يجوز للقاصر ولا المحجور عليه أن يكفل الغير متبرعا، فإذا كفله كانت الكفالة باطلة كما لا يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يعقد باسم القاصر أو

[26] بوخاتم آسية، محاضرات في العقود المدنية المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2021، ص 9.

المحجور عليه، ولو بإذن المحكمة عقد الكفالة، أي باعتباره كفيلا، لأنّه يمتنع التبرع بمال القاصر أو المحجور عليه،[27]

المبحث الثاني: انعقاد الكفالة الشخصية .

إن عقد الكفالة كغيره من العقود الرضائية لا يتم إلا بتوافر أركان العقد العامة من الرضا والمحل والسبب.

المطلب الأول: الرضا.

حسب نص المادة 59 من ق م ج والمادة 60 من نفس القانون، أنّ العقد لا ينعقد دون وجود رضا بين الطرفين حسب القواعد العامة في العقود، ويمكن التعبير عن الإرادة بأي وسيلة كانت كأن تكون لفظية أو بالكتابة أو الإشارة، أو كل ما من شأنه دلالة على وجود إرادة.

على اختلاف بعض الفقه في مدى الأخذ بالتصريح الضمني للإرادة والتصريح الصريح للإرادة نجد أنّ المشرع الجزائري قد اشترط كتابة التزام الكفالة، ليس بمفهوم اشتراط الشكلية وفق ما هو معروف ولكن لإثبات التعامل بعقد الكفالة التي سبق وان قلنا أنّها عقد رضائي، وهذا من أجل ضمان الحقوق.

إذ يجب لقيام الكفالة تطابق إرادتي الدائن والكفيل دون اشتراط أي شكل خاص ، ودون حاجة إلى رضا المدين ، لأنه ليس طرفا في عقد الكفالة، لما كان عقد الكفالة من العقود الخطرة بالنسبة للكفيل فيلزم أن يكون رضا هذا الأخير صريحا .

[27] محمد حسين منصور، الحقوق العينية والكفالة في القانون اليمني، مطبعة التوني، مصر، 1981، ص 698.

الفرع الأول: أهلية الكفيل.

يجب أن تتوفر في الكفيل أهلية التبرع وبالغا من العمر 19 سنة كاملة[28] وغير محجور عليه وإلا وقعت الكفالة باطلة ، وعلى ذلك لا يجوز للمحجور عليه ولا القاصر أن يكفل الغير متبرعا لأن الكفالة بالنسبة له تصرف ضارا ضررا محضا، كما لا يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يبرم عقد الكفالة باسم ناقص الأهلية أو المحجور عليه ولو بإذن من المحكمة، إذ لا يجوز التبرع بأموال القصر أو المحجور عليهم، **لكن:** إذا كانت الكفالة تتم بمقابل التزم به سواء الدائن أو المدين فيجب توفر أهلية التصرف في الكفيل، فلا يجوز لناقص الأهلية والمحجور عليه إبرام عقد الكفالة، أما إن أبرمه فيكون العقد قابلا للإبطال ما لم تلحقه الإجازة.

الفرع الثاني: أهلية الدائن.

لا تشترط فيه إلا أهلية التعاقد، فيكفي أن يكون شخصا مميزا، لأن عقد الكفالة بالنسبة له نافع نفعا محضا. أما إن كانت الكفالة بمقابل التزم به الدائن، فيجب توفر أهلية التصرف.

وتسري القواعد العامة على صحة الرضا حتى تنعقد الكفالة فيجب أن تكون إرادة الكفيل خالية من أي عيب مثل الغلط أو الإكراه أو التدليس أو الاستغلال.

المطلب الثاني: الـمـحـل.

إنّ محل الالتزام في عقد الكفالة هو ضمان الوفاء بالالتزام الأصلي إذا لم يف به المدين نفسه، وذلك مهما كان مصدره وأيا كان محله، كأن يكون مصدره العقد أو العمل غير المشروع أو القانون، وسواء كان محله إعطاء شيء أو التزام بعمل أو الالتزام بامتناع عن عمل، كما يجوز أن يكون التزام الكفيل محلا لكفالة أخرى، وهذا ما يسمى بكفيل الكفيل.[29]

[28] المادة 40 من الأمر 75-58 ، المعدل والمتمم.

[29] محمد أحمد المعداوي عبد ربه، مرجع سابق، ص 221.

ويجب أن يوافر في محل الكفالة الشروط الواجب توفرها في محل الالتزام بصفة عامة، فمن شروط الالتزام المكفول أن يكون موجودا وصحيحا وأن يكون معيّنا أو قابلا للتعيين .

الفرع الأول: أن يكون (الالتزام المكفول) موجودا.

أولا: كفالة الالتزام المستقبلي.

أجازت المادة 650 ق م ج على كفالة الالتزام المستقبلي و يشترط أن يتحدد مقدار الدين المكفول وأن يتفق في عقد الكفالة على حد أقصى للمبلغ الذي يضمنه الكفيل تتم هذه الكفالة في فتح الاعتماد في المصارف، وتنص المادة 650[30] على ": "تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين المشروط، غير أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة ، كان له أن يراجع فيها في أي وقت ما دام الدين المكفول لم ينشا."

غير أنّه إذا تم كفالة دين مستقبلي لم يعين مدة الكفالة كان له أن يرجع فيها في أي وقت مادام الدين المكفول لم ينشأ، وكفالة الالتزام المستقبلي شائعة في الاستعمال فمثلا: كفالة الاعتماد الذي يفتحه البنك لأحد عملائه، أي قبل أن يقبض المدين شيئا من الاعتماد، وكذلك يستطيع شخص أن يقدم كفيلا يضمنه فيما عسى أن يشتريه من متجر معين، فيكون الكفيل ضامنا لثمن البضائع التي سيشتريها المدين الأصلي، إذن صحة كفالة الالتزام المستقبلي ليست إلا تطبيقا للقواعد العامة الواردة في نص المادة 1/92 من ق م ج التي تنص على أنّه "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا".[31]

– وقد يثار التساؤل كيف ينشأ الالتزام التابع قبل الالتزام الأصلي ؟

[30] الأمر 75-58 ، المعدل والمتمم.

[31] معزوز دليلة، مرجع سابق، ص 110.

الرأي السائد فقها أن الكفالة في هذه الحالة تنشأ معلقة على شرط واقف و هو نشوء الالتزام الأصلي والقانون يجيز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا طبقا للمادة 92 ق م ج .

ثانيا: كفالة الالتزام الطبيعي.

الالتزام الطبيعي ناقص لأنه ينقص عنصر المسؤولية واستناد للقاعدة العامة التي تنص على أن الكفالة لا تجوز بشروط أشد من شروط الدين المكفول (المادة 652 ق م ج) فإنه لا يجوز كفالة الالتزام الطبيعي.

فكفالة الالتزام الطبيعي نجد أنّها تتضمن عنصر المديونية وتفتقد لعنصر المسؤولية، وبالتالي لا يمكن مطالبة المدين بأداء دينه، ولنفترض وجود كفالة لهذا الالتزام، فالقاعدة تقول بما أنّ التزام بالكفالة هو تابع، فلا يمكن تصور أن يكون مشددا أو في درجة أقوى من الالتزام الأصلي، فإذا اعتبرنا أنّ الالتزام الأول غير نافذ فكذلك الحكم على الالتزام التبعي، وبالتالي فالكفالة عديمة الجدوى.

ثالثا: كفالة الالتزام الشرطي.

نصت المادة 650[32] ق م ج على جواز كفالة الالتزام الشرطي ومعنى ذلك أن التزام المدين المعلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ يمكن ضمانه بالكفالة، وبالتالي لا يجوز مطالبة المدين ولا الكفيل قبل تحقق الشرط، فإذا تحقق الشرط الواقف أصبح الالتزام الأصلي نافذ وبالتالي أصبح التزام الكفيل نافذا، وإذا تخلف الشرط الواقف فإنّ الالتزام الأصلي يزول بأثر رجعي، كأن لم يكن وتزول أيضا الكفالة باعتبارها التزاما تبعيا له.

[32] الأمر 75-58 ، المعدل والمتمم.

الفرع الثاني: أن يكون الالتزام المكفول صحيحا.

إن فكرة تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي تهيمن على كل أحكام الكفالة ومن هنا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا فإن الكفالة تكون صحيحة وهذا استنادا إلى المادة 648 من القانون المدني.

بمعنى إذا كان الالتزام المكفول مصدره العقد فلابدّ أ يكون هذا العقد صحيحا، وصحة العقد تتعلق بالشروط والأركان التي يجب توفرها وفق الأحكام الخاصة بالعقد.

أولا: كفالة الالتزام الباطل بطلانا مطلقا.

لا تجوز كفالة الالتزام الباطل بطلانا مطلق مثل: دين المقامرة ، دين ربا فاحش، انعدام الأهلية في عقد الدين، لذلك إذا كان الالتزام المكفول باطل بطلانا مطلقا مثل حالة الدين الذي يكون سببه غير مشروع، كانت الكفالة باطلة كذلك، وهذا ما أكدته نص المادة 654 ق م ج بفحواها "يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين، فإذا احتج المدين الأصلي ببطلان التزامه المكفول، فللكفيل أن يحتج بهذا البطلان، فتكون كفالة الالتزام الباطل باطلة مثله".[33]

ثانيا: كفالة الالتزام القابل للإبطال.

الالتزام الناشئ عن عقد قابل للإبطال لنقص أهلية المدين أو لعيب شاب رضاه يكون موجودا وبالتالي تصح كفالته غير أن مصيره مرتبط بمصير الالتزام القابل للإبطال ونفرق بين:

أ/ إذا تقرر إبطال العقد بناء على طلب من تقرر لمصلحته الإبطال فان الالتزام المكفول يزول بأثر رجعي ويبطل عقد الكفالة.

[33] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني التأمينات الشخصية و العينية ، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1970، ص 32.

ب/ أما إذا أجاز المدين العقد القابل للإبطال أو سقط حقه في الإبطال أو التقادم فان الالتزام المكفول يتأكد وجوده .

وان كان يعلم الكفيل أن الالتزام الأصلي قابل للإبطال وكفله (أي كان سيء النية) فلا يمكنه التمسك بالبطلان أما إذا كان لا يعلم (أي حسن النية) فيمكنه التمسك بالبطلان.

ثالثا: كفالة التزام ناقص الأهلية.

ناقص الأهلية هو القاصر المميز ومن في حكمه، وتجوز كفالة التزام ناقص الأهلية وهذا طبقا للمادة 649 ق م ج والتي وضع المشرع الجزائري لها حكما خاصا والتي تنص على"من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول، باستثناء الحالة المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 654 من القانون المدني"

وفي هذا الصدد نفرق بين ثلاث افتراضات:

الفرض 1: أن يكون الكفيل لا يعلم بنقص الأهلية المدين فأعتقد أنه كامل الأهلية: يجوز للكفيل طلب إبطال عقد الكفالة إذا توفرت شروط الإبطال على أساس الغلط.

الفرض 2: أن يكون الكفيل يعلم بنقص أهلية المدين وقصد بالكفالة ضمان الوفاء بهذا الالتزام فلا يمكن للكفيل أن يتمسك بإبطال العقد وتطبق الأحكام العامة للكفالة.

الفرض 3: أن يكون الكفيل عالما بنقص أهلية المدين وقصد بالكفالة تأمين الدائن ضد خطر تمسك المدين بنقص أهليته :

وقد اختلف الفقه في تفسير هذا الحكم والرأي الذي يفضله الدكتور محمد صبري السعدي أن الكفيل هنا ملتزم بصفة تبعية في حالة إجازة العقد أما إذا أبطل أو لم يف به المدين اعتبر الكفيل مدينا أصليا .

الفرع الثالث: أن يكون الالتزام المكفول معينا أو قابلا للتعيين .

وتعيين التزام الكفيل يرتبط بتعيين التزام المدين و هذا طبقا للمادة 652 ق م ج.

أولا: نطاق التزام الكفيل.

الكفيل ملتزم بحدود التزام المدين و بحدود الالتزام المكفول وبحدود المدة.

ثانيا: الكفالة المطلقة.

هي الكفالة غير المحددة كما إذا كفلت بصفة عامة كل التزامات البائع في عقد البيع، وطبقا للمادة 653 ق م ج فإن محل التزام الكفيل في الكفالة المطلقة يتكون من :

- أصل الدين : وهو المقدار المستحق في ذمة المدين.
- ملحقات الدين : كالفوائد والتعويضات مثل م 456 ق م ج.
- مصروفات المطالبة الأولى و المستجدة بعد إخطار الكفيل.

الكفالة المحددة : وهي التي لا تتجاوز الحدود المرسومة لها في العقد، وهذا طبقا للمادة 2/652 ق م ج .

المطلب الثالث: الـسـبـــــب.

إن مشروعية السبب يبحث عنه في الدافع الذي دفع الكفيل إلى الالتزام، فإذا كان الكفيل يقصد إسداء جميل أو خدمة للمدين فإنه يكون باعثا مشروعا، أما إذا كان الباعث غير مشروعا فسبب الالتزام إذن باطل وتبطل الكفالة تبعا لذلك.

وهناك صعوبة في تطبيق نظرية السبب المعروفة في القواعد العامة على عقد الكفالة وهذا راجع إلى طبيعتها الخاصة فالكفالة وان كانت تنعقد بين طرفيها الدائن والكفيل إلا أنها تعتبر عملية قانونية ثلاثية.

أي أنها **رابطة بين الدائن والمدين** : وفي هذه الرابطة قد تربط الدائن على المدين أن يقدم كفيلا حتى يقبل العقد المقترح، و **رابطة بين المدين والكفيل** : تتمثل سواء في الاتفاق، و**رابطة بين الدائن والكفيل** : وهذه الرابطة هي التي تجسد عقد الكفالة والذي بمقتضاه يتعهد الكفيل بأن يفي بالالتزام إذا لم يف به المدين نفسه.

ويتحدد الموقف الجزائري من خلال نصي المادتين 97 و98 من ق م ج حيث ركّز على مشروعية السبب، حيث نص في مادته 97 "إذا كان التزام المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلا"، وفي نص المادة 98 "كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا، ما لم يقع الدليل على غير ذلك، ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه"، أي أنّ التشريع الجزائري أخذ بالنظرية الحديثة للسبب.

المطلب الرابع: إثبات الـكـفـالـــة : بين الكتابة والشكلية.

تنص المادة 645[34] من القانون المدني على أنه" لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبيّنة".

وفي بعض الأحيان يجوز إثبات الكفالة بالبينة وذلك عملا بالمادة 1/335 ق م ج،كذلك في الأحوال المنصوص عنها في المادة 336 ق م ج كالإقرار واليمين أو القرائن.

فالكتابة المطلوبة هي كتابة عرفية لتأكيد وجود تعامل وليس لانعقاد العقد، فيشترط فيها وجود تاريخ معين وثابت للاحتجاج بها اتجاه الغير والأسبقية.

المبحث الثالث: آثـــــــــار عـــــقـــــد الـــــكـــــفـــــالـــــــة.

عقد الكفالة يرتب آثار مباشرة تظهر في العلاقة بين الكفيل و الدائن وآثار غير مباشرة تظهر في العلاقة بين المدين والكفيل أو في العلاقة بين الكفلاء ان تعددوا.

المطلب الأول :الـعـلاقـة بـيـن الـدائـــن والـكـفـيـــل .

المواد من 654 إلى 669 ق م ج .

متى يجوز للدائن مطالبة الكفيل ؟

- ✓ عند تحديد أجل التزام الكفيل
- ✓ عند عدم تحديد أجل التزام الكفيل
- ✓ إذا كان هناك أجل واحد للالتزامين

[34] الأمر 75-58 ، المعدل والمتمم.

قد يسقط أجل الالتزام الأصلي بسبب إفلاس المدين أو إعساره أو إضعاف التأمينات طبقا للمادة 211 ق م ج فهل يؤثر على أجل التزام الكفيل ؟

الرأي السائد في الفقه إلى عدم سقوط أجل التزام الكفيل وهذا تبعا لقاعدة أن أي شيء يسوئ من مركز المدين لا يؤثر على مركز الكفيل .

أما فيما يخص الوسائل التي وضعها المشرع لتمكين الكفيل من استيفاء حقه فنجد ما يلي:

الفرع الأول: رجوع الدائن أولا على المدين:

مطالبة الدائن الكفيل لا تجوز إلا عند حلول أجل الكفالة، وهذا استنادا إلى المادة 1/660[35] ق م ج والتي تنص على "لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين. "

وإذا سقط الأجل الممنوح للمدين للسداد قبل أوانه كحالة إفلاسه حسب نص المادة 211 من ق م ج، فهل سيؤثر ذلك على عقد الكفالة؟

يعتبر الفقه أنّ إعسار المدين أو الإفلاس هو حلول الأجل وهنا يحل أجل الكفالة لأنّ العبرة من عقد الكفالة هو تأمين إعسار المدين.

فإن كان أجل التزام الكفيل مختلف عن أجل الالتزام المكفول فإنّ الأجل الممنوح للكفيل قد يحل بعد الأجل الممنوح للدين أو قبله، فإن حل أجل الالتزام الأصلي قبل حلول أجل التزام الكفيل فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل قبل حلول الأجل المحدد لالتزامه، لأنّ التزام الكفيل يكون أخف عبئ من الالتزام الأصلي ويستفيد الكفيل من الأجل الممنوح له وهو التوجه الفقهي الذي انتهجه الغالبية.

[35] الأمر 75-58 ، المعدل والمتمم.

وهذا كله في حالة عدم تضامن الكفيل مع المدين أي في حالة الكفالة البسيطة، أما في حالة الكفالة التضامنية أي إذا كان الكفيل متضامنا مع المدين فله أن يرجع على الكفيل مباشرة .

شروط الدفع بوجوب الرجوع على المدين أولا :

- ✓ يشترط ألا يكون الكفيل قد تنازل عن هذا الحق
- ✓ يجب ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين
- ✓ يجب ان تكون للكفيل مصلحة في التمسك بهذا الدفع.
- ✓ ألا يكون الدفع بالرجوع يتعلق بالنظام العام بل يتعلق بمصلحة خاصة للكفيل .

الفرع الثاني: حق الدفع بالتقسيم.

وهذا الحق يثبت عند تعدّد الكفلاء في حالة ما إذا رجع الدائن على أحدهم وكان لأحدهم التمسّك بالدفع بالتقسيم، وتنص المادة 1/664 ق م ج على " إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم قسم الدين عليهم ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة ".

أمّا إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية منفصلة عن بعضها، فإنّ كل واحد منهم يكون مسؤولا عن الدين كله، إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم، نص المادة 664/2[36] ق م ج.

أولا: الشروط الواجب توفرها في الدفع بالتقسيم.

فلا بد من توافر شروط وهي :

[36] الأمر 75-58 ، المعدل والمتمم.

- ✓ أن يتعدد الكفلاء.
- ✓ أن يكون الكفيل الذي يتمسك بالدفع كفيل شخصي.
- ✓ يجب أن يتعدد الكفلاء لدين واحد.
- ✓ يجب أن يتعدد الكفلاء لمدين واحد.
- ✓ يجب أن يتعدد الكفلاء بعقد واحد.
- ✓ ألا يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم.
- ✓ يجب ألا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في التقسيم.

ثانيا:آثـار الـدفــع بالتـقـسـيـم.

للكفيل أن يتمسك بالدفع بالتقسيم في أي مرحلة من مراحل الدعوى، ويكون التقسيم يقع بقوة القانون لتوافر شروط هذا الدفع، كما أنّه لا يجوز للدائن أن يطالب أي من الكفلاء بكل الدين بل يطالبه بحصته فقط وإذا لم تكن محددة فالتقسيم يكون بالتساوي حسب عددهم، وفي حالة إعسار أحد الكفلاء فإن الدائن هو الذي يتحمل حصة المعسر .

الفرع الثالث: الـدفـع بإضـاعة التأمينات بخطأ الـدائـن.

تنص المادة 656[37] ق م ج على " تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو تقررت بعد الكفالة وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون . "

[37] الأمر 75-58 ، المعدل والمتمم.

يتضح من هذا النص أنّ الدائن إن أهمل المحافظة على التأمينات بأن أضاع بخطئه شيئا منها فإن ذمة الكفيل تبرأ بقدر ما أضاعه الدائن من هذه الضمانات وللكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له.

من له الحق بهذا الدفع ؟: الكفيل وحده سواء كان متضامن أو غير متضامن .

أ/ أساسه :فكرة الحلول وهي أن يحل الكفيل محل الدائن .

ب/شروط براءة ذمة الكفيل :

- ✓ أن يكون الدائن قد أضاع تأمينا خاصا.
- ✓ أن تكون إضاعة التأمينات بخطأ من الدائن.
- ✓ أن يترتب على ذلك إضرار بالكفيل.

ج/آثار التمسك بهذا الدفع : براءة ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات .

الفرع الرابع: الدفع بالتجريد.

تنص المادة 2/660 ق م ج على " و لا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الدفع ".

فبالرجوع إلى هذا النص نجد أن الدفع بالتجريد هو الرجوع على المدين للتنفيذ على أمواله قبل الرجوع على الكفيل، فمن باب أولى ومن العدالة التنفيذ على أموال المدين أولا،

والحكمة في ذلك كون أنّ لا مصلحة للكفيل في ذلك مادام يوجد الإثبات بأنّ للمدين ما يكفي من أموال لسداد الدين.[38]

وتنص المادة 661 على "إذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين التي تفي بالتركة ، ولا يؤخذ بعين الاعتبار الأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي الجزائرية أو كانت متنازع فيها "

والدفع بالتجريد تقرر لمصلحة الكفيل باعتباره ضامنا لدين ليس له مصلحة به فمن باب العدل ألا ينفذ عليه بالدرجة الأولى وأموال المدين قائمة لم ينفذ عليها و نص المشرع على أحكامه في المواد من 660 إلى 663 ق م ج[39] .

أولا: شروط الدفع بالتجريد.

أ/ يشترط أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين.

جاء حسب نص المادة 665 ق م ج أنّه "لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد".

ب/ يشترط أن يكون الكفيل شخصيا لا عينيا.

لأن الكفيل العيني راهن ولا يحق له التمسك بالتجريد إلا إذا كان قد اشترط ذلك صراحة وهذا ما نصت عليه المادة 901 ق م ج بقولها "إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين، فلا يجوز التنفيذ على ما له إلا على ما رهنه من ماله، ولا يكون له حق الدفع بالتجريد المدين إلا إذا وجد مدين آخر غير مكفول في حالة تعدد المدينين".

[38] بوخاتم آسية، مرجع سابق، ص 21.
[39] الأمر 75-58 ، المعدل والمتمم.

ج/ يجب على الكفيل إرشاد الدائن إلى أموال المدين التي تفي بالدين كله و تكون موجودة في الجزائر وغير متنازع فيها.

المادة 661 ق م ج بقولها "إذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه أن يقوم على نفقته برشاد الدائن إلى أموال المدين التي تفي بالدين كله، ولا يؤخذ بعين الاعتبار الأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي الجزائرية أو كانت متنازع فيها".

د/ يشترط أن يتمسك الكفيل بهذا الحق. المادة 660 ق م ج .

ثانيا:آثار الدفع بالتجريد.

يمتنع على الدائن التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين، أي ضرورة قيام الدائن بإجراءات التنفيذ على أموال مدينه في الوقت المناسب، وتكون هناك براءة ذمة الكفيل في الحدود التي يتحصل الدائن عليها من حقه نتيجة تنفيذه على أموال المدين أن يتحمل الدائن نتيجة إعسار المدين .

وان تراخى الدائن في التنفيذ على أموال المدين ولم يبذل في ذلك عناية الرجل العادي، يتحمل خطأه الذي ارتكبه بيده، ويقع عبء إثبات ذلك التقصير على الكفيل طبقا للقواعد العامة للإثبات.

ثالثا: صورة خاصة للدفع بالتجريد : (الدفع بالتجريد التأمين العيني).

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

شروط التمسك بالدفع بالتجريد في صورته الخاصة :

- ✓ ألا يكون الكفيل متضامن مع المدين حسب المادة 665 ق م ج.
- ✓ يجب أن يكون هناك تأمين عيني خصص لضمان نفس الدين.
- ✓ يجب أن يكون هذا التأمين العيني تقرر قبل انعقاد الكفالة أو معها.
- ✓ يجب أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع.

أما عن أثاره فنفس آثار الدفع بالتجريد في صورته العامة .

الفرع الخامس: التزامات الدائن عند استيفائه الدين.

التزام الدائن بأن يسلّم للكفيل وقت وفائه الدين، المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع وقد نصت على ذلك المادة 1/659 من القانون المدني.

1- يلتزم الدائن بأن يسلم للكفيل وقت وفائه الدين ، المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع.

2- التزامه بنقل التأمينات الضامنة للدين، وذلك إذا كان الدين مضمونا بتأمين عقاري فإن الدائن يلتزم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين ، ويتحمّل الكفيل مصروفات هذا النقل على أن يرجع بها على المدين المادة 3/659 من القانون المدني.

3- التزامه بالتخلّي عن التأمين المتمثل في منقول، وهذا أيضا بصريح الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه 2/659 فإن كان الدين مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل.

أما إذا كان التأمين الذي يضمن الدين ، كفيلا آخر ، ففي هذه الحالة للكفيل الذي وفى الدين الرجوع على الكفيل الآخر بنصيبه في الدين، وتظهر أهمية هذا المعنى في حالة تعدّد الكفلاء.

إن الكفيل يحلّ محل الدائن في الدين الذي وفّاه له ، حيث أن هذا الحلول يعطي للكفيل نفس حق الدائن بما يكفله من ضمانات، وللكفيل أن يمتنع عن الوفاء للدائن إذا لم يقم بهذا الالتزام وذلك حتى يضغط على الدائن ليحصل منه على هذه الضمانات حتى يستفيد منها عند الرجوع على المدين ، وذلك بحلوله محلّ الدائن في حقه .

المطلب الثاني: العلاقة بين المدين والكفيل.

حسب المواد من 670 إلى 673 ق م ج[40]، والتي جاءت بالتفصيل.

إذا وفى الكفيل الدين للدائن فإنه يكون قد وفي بدين غيره و لو أنه في الوقت نفسه يكون قد نفذ التزامه الناشئ عن عقد الكفالة و طبقا للقواعد العامة فإن لمن وفى دين عن غيره الرجوع على المدين الأصلي بقدر ما دفعه.

ويتضح أن الكفيل يستطيع استخدام ثلاثة دعاوى :

-دعوى الإثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة المادة 259 ق م ج .

-دعوى الكفالة (الدعوى الشخصية) المواد 670 و 672 ق م ج .

-دعوى الحلول طبقا للمادة 671 ق م ج .

الفرع الأول: دعوى الكفالة (الشخصية).

هذه الدعوى ناشئة عن عقد الكفالة، ويجب أن تتوافر في دعوى الكفالة الشروط التالية:

أولا: شروط دعوى الكفالة.

✓ يجب أن يكون أجل الدين قد حل.

[40] الأمر 75-58 ، المعدل والمتمم.

- ✓ يجب ان يكون الكفيل قد وفى بالدين فعلا.
- ✓ أن تكون الكفالة قد عقدت دون معارضة المدين ولمصلحته.
- ✓ يجب على الكفيل إخطار المدين قبل القيام بالوفاء م 670 ق م ج.

ثانيا: الكفلاء الذين يحق لهم الرجوع بالدعوى الشخصية .

الكفيل الذي يتقدم ليكفل المدين سواء كانت الكفالة بعلمه أو بغير علمه يحق له الرجوع بالدعوى الشخصية ، سواء كان متضامنا ، أو كفيلا عاديا أو كفيلا مأجورا أو غير مأجورا ، كفيلا شخصيا أو عينيا ، لكن هناك استثناء:

– لا يدخل في نطاق هذا النص ، الكفيل الذي يكفل المدين رغم معارضته.

– ولا يدخل أيضا في نطاق هذا النص الكفالة التي تعقد لمصلحة الدائن دون مصلحة المدين.

وتكون الكفالة في صالح الدائن دون المدين إذا عقدت بعد وجود الالتزام في ذمة المدين وذلك لتأمين الدائن ضد خطر إعسار المدين ودون فائدة لهذا الأخير، في هذه الحالة لا يحق للكفيل الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية، وإن كان له الحق في الرجوع عليه بناءا على دعوى الإثراء بلا سبب المنصوص عليها في القواعد العامة في القانون المدني الجزائري (المادتان : 141 ، 142).

وموضوع الدعوى الشخصية حسب تنص المادة 672 ق م ج على " يكون للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه .

ويرجع بأصل الدين والمصروفات غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده ."

وبهذا تكون حددت المادة ما يرجع به الكفيل على المدين :

أ/ أصل الدين :المبلغ الذي دفعه الكفيل للدائن لإبراء ذمته .

ب/ المصاريف : وتشمل المصاريف التي أنفقها الكفيل في تنفيذ عقد الكفالة و المصاريف التي أنفقها الدائن في رجوعه عليه و اضطر الكفيل أن يردها له و مثالها مصاريف إرشاد الدائن على أموال المدين ...الخ.

ج/ التعويض عن الضرر الذي يكون قد لحق الكفيل من جراء تنفيذ الكفالة.

الفرع الثاني: دعـــــوى الـــحـــلـــــول.

هي أن يحل الكفيل محل الدائن في جميع ما له من حقوق و تجاه المدين شرط أن يستوفى الدائن كل دينه .

أولا: شروط دعوى الحلول :

- أن يكون الكفيل قد وفى الدين فعلا .
- يجب ان يكون الدائن قد استوفى حقه كاملا المادة 671 و 265 ق م ج .
- يجب أن يكون الكفيل قد وفى الدين عند حلول الأجل .

ثانيا: موضوع دعوى الحلول :

يتبين من نص المادة 264 و 671 و 670 ق م ج أن :

حلول الكفيل محل الدائن يكون بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع، ويحل الكفيل محل الدائن في حقه بما يكفله من تأمينات سواء كانت هذه التأمينات شخصية أو عينية المادة 659 ق م ج الكفيل يحل محل الدائن بما يرد على هذا الحق من دفوع.

- رجوع الكفيل على المدينين وعلى بقية الكفلاء.

- رجوع الكفيل في حالة تعدد المدينين .

أ/تعدد المدينين غير المتضامنين : إذا تعدد المدينون وكانوا غير متضامنين وكفلهم كفيل كان له ان يرجع على كل منهم بقدر نصيبه في الدين.

ب/ تعدد المدينين المتضامنين : المادة 673 ق م ج في دين واحد وكانوا متضامنين فالكفيل الذي كفلهم جميعا له ان يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين.

- رجوع الكفيل على غيره من الكفلاء.

1)-تعدد الكفلاء مع تضامنهم.

تنص المادة 668 من القانون المدني على أنه "إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم و وفى أحدهم الدين عند حلوله، يجوز له أن يرجع على كل من الباقين بحصته في الدين و بنصيبه في حصة المعسر"،طبقاً للمادة يكون كل كفيل مسؤولاً على الدين فإذا وفى أحدهم الدين فلا يجوز أن يرجع على الكفيل المتضامن إلا بقدر نصيبه في الدين مضافاً إليه نصيبه من حصة المعسر منهم.

2)-تعدد الكفلاء و عدم تضامنهم.

قُسِّم الدين بينهم بقوة القانون فلا يلتزم كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة،و إن إعسار أحدهم لا يتحمَّله غيره من الكفلاء والدائن هو الذي يتحمَّل حصة الكفيل المعسر منهم.

المبحث الرابع: انقضاء عـــــقـــــد الـــكـــفـــالـــــة.

تنقضي الكفالة ذاتها بسبب من الأسباب بصفة أصلية دون أن ينقضي الدين المكفول في (الدفع بعدم اتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين والدفع بعدم تدخل الدائن في تفليسة المدين والدفع بإضاعة الدائن للتأمينات بخطئه).

المطلب الأول: انقضاء الكفالة بطريق أصلي بسبب من أسباب انقضاء الالتزام.

الفرع الأول: الوفاء.

هو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام وتنقضي اذا قام الكفيل بالوفاء بما التزم به تجاه الدائن ويظهر ذلك بصورة واضحة في الكفالة الجزئية .

ونتكلم عن الوفاء إذا وفّى المدين بالدين الذي عليه برأت ذمة الكفيل (في حالة الوفاء الكلي)، أما إذا كان الوفاء جزئيا فإنّ ذمة الكفيل لا تبرأ إلاّ بقدر ما وفاه المدين، وهنا يشترط أن يكون المدين هو من قام بالوفاء، أما إذا وفّى بالدين شخص آخر غير المدين وحلّ الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه، فإنّ ذمة الكفيل لا تبرأ حتى تبرأ ذمة المدين.[41]

الفرع الثاني: اتحاد الذمة.

هو اجتماع صفتي الدائن و المدين في شخص واحد لنفس الدين ويتحقق هذا مثلا: إذا ورث الكفيل الدائن.

وهذا ما نصت عليه المادة 304 من ق م ج[42]، أي أن الالتزام يقتضي قانونا وجود شخصين مختلفين، أحدهما يكون دائنا والآخر يكون مدينا، فإذا اجتمعت صفة الدائن والمدين في الشخص الواحد لأي سبب من الأسباب وبالنسبة إلى دين واحد، انقضى هذا الالتزام بسبب

[41] بوخاتم آسية، مرجع سابق، ص 32.
[42] الأمر 75-58 ، المعدل والمتمم.

قيام عقبة قانونية دون مطالبة الشخص لنفسه بتنفيذ الالتزام، ومن الأمثلة على اتحاد الذمة، عند قيام المستأجر بشراء العين المؤجرة من الملك المؤجر، فهنا تجتمع صفة المؤجر والمستأجر لدى نفس الشخص، وبذلك ينقضي الالتزام الأصلي وينقضي التزام الكفالة بالتبعية.[43]

الفرع الثالث: الإبـــراء.

هو نزول الدائن عن حقه للكفيل بدون مقابل، حسب نص المادة 305 من ق م ج أي يتنازل الدائن صراحة عن دينه أو ضمنا مع إعلام المدين بذلك، حتى يسقط الالتزام، وينقضي حق الدائن في المطالبة بدينه المدين، يكون بالإرادة المنفردة للدائن باعتباره عقدا تبرعيا وينتج أثره من تاريخ علم المدين بذلك، وبالتالي فيتم سقوط التزام الكفالة كنتيجة للإبراء.

المطلب الثاني: انقضاء الكفالة بطريق تبعي :

الفرع الأول: الوفاء.

إذا وفىَّ المدين بالدين الذي عليه برأت ذمته و برأت بالتبعية ذمة الكفيل(في حالة الوفاء الكلي)، أمّا إذا كان الوفاء جزئياً فإن ذمة الكفيل لا تبرأ إلا بقدر ما وفاه المدين، وهنا يُشترط أن يكون المدين هو الذي قام بالوفاء،أما إذا وفىَّ بالدين شخصٌ آخر غير المدين وحلّ الموفي محلّ الدائن الذي استوفى حقه، فإن ذمة الكفيل لا تبرأ لأن ذمة المدين لم تبرأ ونفس الحكم في حوالة الحق.

الفرع الثاني: انقضاء الدين المكفول بالوفاء بمقابل.

ونصت عليه المادة 655 من القانون المدني "إذا قبل الدائن شيئاً آخر في مقابل الدين برأت بذلك ذمة الكفيل و لو استحق هذا الشيء"،طبقاً لهذا النص فإن المدين إذا اتفق مع

[43] معزوز دليلة، مرجع سابق، ص 140.

الدائن عن الاستعاضة عن الدين الأصلي بنقل ملكية شيءٍ آخر من الدائن، فإن ذمة المدين الأصلي تبرأ عن طريق هذا الوفاء بمقابل، و تبرأ ذمة الكفيل تبعاً لذلك فتنقضي الكفالة بطريق تبعي.

أولا:انقضاء الدين المكفول بالتجديد.

نعني بالتجديد هو إنشاء علاقة قانونية جديدة تحل محل العلاقة السابقة التي سقطت بفعله، فيكون انقضاء الدين المكفول بالتجديد كتجديد المدين دينه بتغيير الدائن أو تغيير الدين، فينقضي بذلك الدين المكفول وتنقضي معه بالتبعية الكفالة.[44]

نصت عليه المادة 287 من القانون المدني و ما يليها،إذا انقضى الدين المكفول بالتجديد بأن جدَّد المدين الأصلي دينه لتغيير الدائن أو المدين أو تغيير الدين في محلِّه أو مصدره،فإن الدين المكفول ينقضي و تنقضي الكفالة بصورة تبعية و يحلُّ محلَّ الدين المكفول دين جديد لا تنتقل إليه التأمينات التي كانت تكفل الدين المكفول (المادتان 291 و 293 من القانون المدني).

ثانيا: انقضاء الدين المكفول بالمقاصة.

إذا أصبح المدين المكفول دائناً للدائن و توافرت شروط المقاصة المنصوص عليها في المادة 297 من القانون المدني[45]، انقضى الالتزام المكفول بقدر الالتزام الذي ترتب في ذمة الدائن و انقضى بالتبعية التزام الكفيل بهذا القدر.

ثالثا: انقضاء الدين المكفول باتحاد الذمة.

المادة 304 من القانون المدني، ينقضي الالتزام إذا اجتمعت في شخصٍ واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة لدينٍ واحد و بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة،كأن يرث المدين الدائن أو

[44] نساخ فاطمة، مرجع سابق، ص 88.
[45] الأمر 75-58 ، المعدل والمتمم.

أن يوصي الدائن لمدينه بالدين،و متى انقضى الالتزام الأصلي المكفول انقضى بالتبعية التزام الكفيل

الفرع الثالث: انقضاء الالتزام الأصلي دون الوفاء.

ينقضي الالتزام دون الوفاء به في حالاتٍ معينة:

أولا: الإبراء.

المادة 305 من القانون المدني[46]، إذا أبرأ الدائن مدينه فإن التزام المدين ينقضي وينقضي بالتبعية التزام الكفيل، أما إبراء ذمة الكفيل لا يترتب عليه إبراء ذمة الكفيل الأصلي

ثانيا: استحالة التنفيذ.

إذا استحال تنفيذ التزام المدين لسببٍ لا يد له فيه، فإنه ينقضي و ينقضي التزام الكفيل بصفة تبعية و لكن في هذه الحالة على المدين أن يثبت أن الوفاء بالدين أصبح مستحيلاً عليه لسببٍ أجنبي لا يد له فيه.

ثالثا: التقادم المسقط.

إذا انقضى الالتزام الأصلي بالتقادم فإن التزام الكفيل ينقضي بالتبعية و لو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة به.

رابعا: انقضاء الكفالة بفسخ الدين أو بإبطاله.

قد يزول الدين المكفول بفسخ العقد الذي أنشأه فيصبح الدين كأنه لم يكن، وكذلك تصبح الكفالة كأنها لم تكن تبعاً للدين.

[46] الأمر 75-58 ، المعدل والمتمم.

الفصل الثاني
عقد الرهن الرسمي

يعتبر الرهن الرسمي أهم وسيلة ائتمان في العصر الحديث لأنه يوفق بين مصالح كل من الراهن والمرتهن بالرغم من أنها متعارضة ،كما انه يمنح الغير حماية في حالة تعاملها مع الراهن في العقار المرهون، وبهذا التوفيق بين المصالح فهو يحقق خدمة الاقتصاد الوطني.

ويتحقق هذا التوفيق بين المصالح في كون أن الراهن لا يفقد ملكية العقار الموضوع تحت الرهن، وتبقي له كافة سلطات المالك ، كما لا يفقد حيازة العقار، وبقاء العقار في ملكيته وحيازته يمكنه من الاستفادة من خلال إدارته واستغلاله ويكون باستطاعته كذالك رهنه لدائنين آخرين أو بيعه .

– أما بالنسبة للمرتهن فالرهن الرسمي يقرر له ضمانا قويا دون أن يحمله عبء إدارة واستغلال العقار ويزوده في نفس الوقت بسند تنفيذي.

–أما الغير فمصلحته تتحقق في كون ضرورة تخصيص الرهن وشهره تحقق لهم الوسيلة لمعرفة الدين المضمون بالعقار على وجه التحديد، ويقومون بأجراء معاملتهم مع الراهن على بينة من الأمر.

المبحث الأول: مفهوم عقد الرهن الرسمي.

يختلف عقد الرهن الرسمي عن عقد الكفالة باعتبار أنّ الرهن الرسمي يرد على الحق العيني، وقد تناولنا في هذا المبحث تعريفه وتبيان خصائصه ومدى اختلافه عن غيره من الحقوق.

المطلب الأول: تعريف عقد الرهن الرسمي.

قبل التطرق لمفهوم الرهن الرسمي وجب توضيح مصطلحاته بشكل من الدقة.

الفرع الأول: تعريف الرهن الرسمي لغة.

ويعنى الرهن الرسمي لغة إما الثبوت أو الدوام ، ماء أرهن أي أركد، حالة راهنة: أي ثابتة، أو يعني الحبس واللزوم، في قوله تعالى « **كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ** »[47] أي محبوسة.

عن أبي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ قالَ: ((نَفْسُ الْمُؤْمِنِ مُعَلَّقَةٌ بِدَيْنِهِ حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ)). رواهُ أحمدُ والتِّرْمِذِيُّ وحَسَّنَهُ.

الفرع الثاني: تعريف الرهن الرسمي قانونا.

يعرف المشرع الجزائري "الرهن الرسمي " في المادة 882 من القانون المدني[48] على أنه " الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقا عينيا، على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان " .

وعرّفه آخرون[49] "سلطة تثبت للدائن بمقتضى عقد رسمي على عقار معين تخوله أن يستوفي حقه من ثمن هذا العقار أو من أي مقابل نقدي له بالأولوية على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في أي يد يكون".

وعرّفه السنهوري "حق عيني ينشأ بموجب عقد رسمي هو الرهن، ويتقرر ضمانا للوفاء بدين، وهذا الحق العيني يتقرر على عقار مملوك للمدين أو لكفيل عيني وبموجبه يكون للدائن الحق في استيفاء دينه من ثمن هذا العقار، متقدما في ذلك على الدائنين العاديين لمالك هذا العقار وللدائنين أصحاب الحقوق العينية على هذا العقار المتأخرين في المرتبة ومتتبعا هذا

[47] الآية 38، سورة المدثر.
[48] الأمر 75-58 ، المعدل والمتمم.
[49] محمد أحمد المعداوي عبد ربه، مرجع سابق، ص 14.

العقار تحت يد من انتقلت له ملكيته"،[50] إذ يعتبر هذا التعريف شاملا لكل جزئيات الرهن الرسمي ومعرّفًا إياه بصورة جد واضحة لا تحتاج لإضافة.

ويلاحظ أن المشرع بتعريفه للرهن بأنه عقد قد غلب فكرة العقد على فكرة الحق الذي ينشأ عن العقد وكان من المستحسن أن يعرف الرهن باعتباره حقا إذ الحق هو الغاية، وما العقد إلا وسيلة نشوئه، كما لم يوضح تعريف المشرع الجزائري فكرة انتقال الرهن مع انتقال حق الملكية فهو لصيق بالملكية لا الشخص.

كما يلاحظ على تعريف المشرع الجزائري غياب فكرة القيد، فتقييد الرهن لازم لمواجهة الغير، ويمكن التذرع به في مواجهتهم.

الفرع الثالث: تمييز الرهن الرسمي عن بعض المصطلحات المشابهة.

للرهن الرسمي عدة خصائص تميزه عن غيره من التأمينات الأخرى أو العقود المشابهة، حيث يحصل المستفيد من الرهن أي الدائن على امتيازات تجعله يقرر أن يستفيد لمصلحته من الرهن الرسمي دون بقية الرهون، وهذا على الرغم من وجود بعض التشابه فيما بينها إلاّ أنّ هناك علامات فارقة.

أولا: الرهن الرسمي وحق الاختصاص (التخصيص).

حسب المادة 941 و 942 قانون مدني جزائري فان حق التخصيص هو حق يتقرر بأمر عريضة من رئيس المحكمة لصالح الدائن الذي بيده حكم واجب التنفيذ أو أكثر من عقارات مدينه.

وعلى هذا يتفق حق التخصيص مع الرهن الرسمي في أن كلاهما يرد على عقار وأن كل منهما أداة لضمان استيفاء الدين، أي يخول لصاحبه حق التقدم والتتبع، ويختلفان في

[50] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 270.

المصدر المنشئ لهذا الضمان، فالرهن الرسمي مصدره العقد الإرادي (الاتفاق) بينما مصدر الضمان في حق التخصيص القضاء، لأنّ الحكم القضائي هو سبب نشوء هذا الالتزام.

ثانيا: الرهن الرسمي و الرهن الحيازي.

الرهن الحيازي حسب ما جاء في نص المادة 948 ق م ج[51] بأنّ "عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون".

يمكن القول بأنّ الرهنان الرسمي والحيازي يشتركان من حيث أنّ كل منهما حق عيني وحق تبعي وغير قابل للتجزئة وناشئ بمقتضى عقد رسمي .

كما أن المادة 950 قانون مدني جزائري[52] الوارد في الباب الثالث المتعلق بالرهن الحيازي تنص على: (تسري على الرهن الحيازي أحكام المواد 891-893-904 المتعلقة بالرهن الرسمي)، **ويختلفان** من حيث موضوع الرهن فالحيازي يرد على العقارات كما يرد على المنقولات أما الرسمي فهو الأصل لا يرد إلا على العقارات.

كما أنّ يسري الرهن الرسمي في حق الغير ابتداءا من تاريخ قيده في المحافظة العقارية، حيث تعطى للدائن المرتهن مرتبته بدءا من هذا التاريخ، أمّا الرهن الحيازي فلا يكون نافذا في مواجهة الغير إلاّ بتسليم المرهون إلى الدائن أو على أجنبي تعينه إرادة المتعاقدين، وفي حالة كان محل الرهن هو عقار وجب قيده مثل ما يحدث في الرهن الرسمي حتى يكون نافذا في مواجهة الغير.

[51] الأمر 75-58 ، المعدل والمتمم.
[52] الأمر 75-58 ، المعدل والمتمم.

الرهن الرسمي هو عقد شكلي بخلاف الرهن الحيازي الذي لا يشترط ذلك في الطرفين، كما أنّ الرهن الرسمي لا يشترط الحيازة، بينما تنتقل في الرهن الحيازي.

ثالثا: الرهن الرسمي وحق الامتياز.

جاء تعريف حق الامتياز حسب المادة 982 من ق م ج بأنّه "الامتياز أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته، ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني"، وعليه يتفق حق الامتياز مع الرهن الرسمي في أن كل منهما يضمن الوفاء بالدين، كما تنص المادة 986 مدني جزائري فقرة 01 (تسري على حقوق الامتياز العقارية أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق).

كما تنص المادة 987 مدني جزائي على : (يسري على الامتياز ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تلفه).

وأيضا المادة 988 مدني جزائري نصت على (ينقضي حق الامتياز بنفس الطرق التي ينقضي بها حق الرهن الرسمي وحق رهن الحيازة، ووفقا لأحكام انقضاء هذين الحقين ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك).

ويختلف الرهن الرسمي عن حق الامتياز من حيث المصدر، فالأخير مصدره القانون حسب نص المادة 982 مدني جزائري[53] وأما الرهن الرسمي مصدره الاتفاق أو القانون أو الحكم القضائي، كما يختلفان كذلك حسب المادة 986 ف 3 ق م ج (...غير أن حقوق الامتياز العامة ولو كانت مترتبة على عقار لا يجب فيها الإشهار ولا حق التتبع، ولا حاجة للإشهار أيضا في حقوق الممتازة جميعا تكون أسبق في المرتبة على أي حق امتيازي عقاري آخر أو حق رهن رسمي مهما كان تاريخ قيده، أما فيما بينهما فالامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخزينة يتقدم على حقوق الامتياز العامة ...).

[53] الأمر 75-58 ، المعدل والمتمم.

رابعا: الرهن الرسمي والكفالة.

يتفقان في أن كل منهما يعد من عقود الضمان، ويختلفان في أن الالتزام في الكفالة يكون في أموال الكفيل (ذمته المالية)، وأما الالتزام في الرهن الرسمي فيكون على المال محل الرهن فقط.

يتباينان من حيث محل الضمان الكفيل يقدم مالا لضمان دين غيره أي تأمين شخصي، بينما الراهن في الرهن الرسمي يقدم مالا لضمان دين عليه نفسه ويكون عينيا.

المطلب الثاني: خصائص الرهن الرسمي.

للرهن الرسمي عدة خصائص يمكن تجزئتها إلى صنفين، صنف ننظر إليه من زاوية الحق أي ناتجه من حقوق، ومن جهة أخرى باعتباره عقدا.

الفرع الأول: باعتبار الرهن الرسمي حقا.

يترتب على الرهن الرسمي باعتباره حقا ما يلي:

أولا: حق عيني.

فالرهن حق عيني يخول للدائن المرتهن حق التقدم والتتبع وهذه السلطة التي يخولها الرهن للدائن المرتهن سلطة مباشرة على الشيء موضوع الحق ولكن لا يخول له حق استعماله أو استغلاله، لأنّ الرهن ليس جزءا من حق الملكية.

ثانيا: حق تبعي.

فهو يتبع الالتزام الأصلي الذي وجد لضمانه في صحته وبطلانه وانقضائه وهذا بحسب المادة 893 من القانون المدني الجزائري.

ويترتب أيضا أنّ الرهن لا يقوم إلاّ إذا نشأ الالتزام المضمون صحيحا، وإذا تقرر بطلان الالتزام بطل الرهن، كما ينتقل مع انتقال الالتزام للخلف العام أو الخاص للدائن المرتهن، وأخيرا فالرهن ينقضي إذا انقضى الالتزام الأصلي بالوفاء أو بأية طريقة أخرى.[54]

واستثناءا يمكن وجود حالات رهن دون وجود خاصية التتبع للدين الأصلي وقد أدرجها المشرع الجزائري في نصوص قانونية واضحة نذكرها كالتالي:

- حالة الرهن المقرر لضمان دين مستقبلي أو احتمالي: وقد نصت على ذلك المادة 891 على أنّه "يجوز أن يترتب الرهن ضمانا للدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي، كما يجوز أن يترتب ضمانا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين".

- حالة تجديد الدين الأصلي وبقاء الرهن قائما: نعلم أنّ تجديد دين أصلي يعني انقضاء الدين الذي كان قائما ويعني انقضاء الرهن لأنه التزام تابع للأصل، غير أنّه ورد استثناء حسب نص المادة 292 من ق م ج[55]، أنّه ينقضي الالتزام الأصلي دون أن يستتبعه انقضاء الرهن الذي ينتقل إلى الالتزام الجديد.[56]

ثالثا: حق عقاري.

الأصل أن يكون محل حق الرهن عقارا فلا يرد على المنقولات، ولكن استثناءا يسمح برهن بعض المنقولات التي قدر أن طبيعتها تسمح بشهر الرهن الرسمي الوارد عليها بناءا على نص قانوني وهذا عملا بالمادة_886 /01 ق م التي تنص: " لا يجوز أن ينعقد الرهن إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك .. ".

[54] محمد حسين منصور، النظرية العامة للإئتمان، مرجع سابق، ص 216.
[55] الأمر 75-58 ، المعدل والمتمم.
[56] معزوز دليلة، مرجع سابق، ص 18.

كما جاءت بعض الاستثناءات نذكر منها ما نصت عليه المادة 55 قانون بحري، بشأن رهن السفن رهنا رسميا وكذلك المادة 31 قانون الطيران المدني (الصادر في جوان 1998) التي تنص على أنه " يمكن أن تكون الطائرات محل رهن وفقا للتشريع الساري، ويقيد الرهن في سجل ترقيم الطائرات ولا يكون له مفعول إزاء الغير إلا بعد تقييده... "، وما نصت عليه اتفاقية جنيف لسنة 1948 بشأن الرهن الرسمي على الطائرات.

وهنا ما يمكننا أنّ نفرّق به بين الرهن الرسمي والرهن الحيازي، ما ورد على منقول وما ورد على عقار.

رابعا: حق مصدره العقد.

جاء نص المادة 883 ق م[57] أنه " لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون " ، وبالتالي فالأصل هو أن الرهن الرسمي مصدره العقد واستثناءًا قد يكون مصدره القانون أو الحكم القاضي غير أن الاستثناء لا يكون إلا بنص خاص مثل المادة 999 ق م ج.

خامسا: حق غير قابل للتجزئة.

يقصد بذلك حسب ما جاءت به المادة 892 من ق م ج أن "كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها، ما لم ينص القانون أو يقضي الاتفاق بغير ذلك".

أي لا يمكن تقسيم الرهن كحق وتجزئته، كما لا يمكن تقسيم العقار وإلصاق الرهن بجزء منه وتحرير الجزء الآخر.

[57] الأمر 75-58 ، المعدل والمتمم.

الفرع الثاني: باعتبار الرهن الرسمي عقدا.

يرتب الرهن الرسمي باعتباره عقدا ما يلي:

أولا: عقد شكلي.

لا ينعقد إلا بشكل الرسمي وفقا لنص المادة 883/ 01 ق م فلكي ينعقد الرهن يجب أن يحرر من قبل ضابط عمومي مختص وفقا لإجراءات معينة .

فإذا تخلفت الرسمية نكون أمام عقد باطل بطلانا مطلقا، ولا يمكن الاحتجاج بأي شكل من الأشكال، لأن الشكلية هنا ركن أساسي لانعقاد العقد.

ثانيا: عقد ضمان عيني.

فهو عقد لضمان الوفاء بدين سابق بين شخصين وينصب علي عقار معين من عقارات الراهن وينشأ عنه حق عيني، لأن الراهن يلتزم فيه بتقديم عين معينة للوفاء بالدين.

ثالثا: ملزم لجانب واحد.

لأنه لا ينشئ التزاما إلا في ذمة الراهن فقط لكن ليس هناك ما يمنع أن يكون ملزم الجانبين إذا اتفقا المتعاقدين به على ذلك كأن يلتزم الدائن المرتهن بالتزام معين في عقد الرهن تجسيدا المبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وإحقاقا لمبدأ سلطان الإرادة .

رابعا: عقد بمقابل.

أي يعتبر عقد معاوضة، لأن الراهن لا يتبرع للمرتهن، بل يقدمه له لقاء مقابل وهو قيام الدائن باقتراض المدين أو منحه أجلا، حتى ولو لم يكن الراهن هو المدين بل طرفا ثالثا يسمى الكفيل العيني.

المبحث الثاني: إنشاء عقد الرهن الرسمي (أركانه).

لإنشاء الرهن الرسمي لابدّ من توافر شروط شكلية وشروط موضوعية، والتي قد يسميها البعض أيضا بأركان الرهن الرسمي.

المطلب الأول: إنشاء الرهن الرسمي من حيث الموضوع.

يتضمن إنشاء الرهن نوعين من الشروط الموضوعية، هناك ما هو متعارف عليها تم معالجتها تحت عنوان الشروط الموضوعية العامة المعروفة في العقود، وشروط موضوعية خاصة بموضوع الرهن.

الفرع الأول: الأركان الموضوعية العامة.

الرهن كبقية العقود يتم بمقتضي عقد تراعي في إبرامه الشروط المقررة في القواعد العامة فلا ينعقد العقد إلا بالتراضي، أي تقابل الإرادتين وهذا يتطلب أن يكون الطرفين أهلا للتصرف القانوني، وإذا قام بإبرام العقد نائب عن المدين، وجب توافر الشروط فيه التي ينص عليها القانون، وهو نفس الأمر مع الوكالة.

أولا: الـرضـا.

يجب أن يصدر الرضا من المتعاقدين وهما الراهن و الدائن المرتهن ويجب أن تكون الإرادتين خالية من عيوب الرضا ويشترط أيضا أن يكون كل منهما أهلا لمباشرة الرهن .

ثانيا: المـحـل.

يخضع للقواعد العامة أي يجب أن يكون موجودا أو ممكنا ومعينا أو قابلا للتعين ومشروعا كما أن لمحل عقد الرهن الرسمي شروطا خاصة سنتطرق إليها في الأركان موضوعية الخاصة.

ثالثا: السبب.

يعتبر سبب الرهن هو الالتزام المضمون بالرهن أيا كان موضوع الالتزام على أن يكون سبب عقد الرهن مشروعا وإلا كان العقد باطلا بطلانا مطلق حسب نص المادة 97 ق مدني جزائري كسائر العقود.

الفرع الثاني: الأركان الموضوعية الخاصة.

أولا: تخصيص الرهن.

هذه القاعدة هي قاعدة مزدوجة تنطبق على العقار المرهون والدين المضمون.

يشترط في العقار المرهون رهنا رسميا أن يكون عقارا موجودا ومعينا تعيينا دقيقا وأن يكون عقارا مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني إعمالا بالمادة 886 قانون مدني.

أ- أن يكون العقار موجودا.

فعلا وقت إبرام العقد مع جواز رهن المال المستقبل باعتبار أنه: لم ينص القانون المدني على حكم رهن الأموال المستقبلية، لذا وجب أن نسترشد بأحكام القواعد العامة، وفي هذا الصدد تنص المادة 01/92 قانون مدني على أنه "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا ".

ب-تعيين العقار تعيينا دقيقا.

جاء في نص المادة 886 ق م" ...يجب أن يكون...معينا بالذات تعيينا دقيقا ..."، وهذا الحكم يقرر مبدأ تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون والمقصود بالتخصيص هو أن يتقرر الرهن على عقار بالذات وليس كل أموال المدين الحاضرة والمستقبلية، ويرد هذا التعيين في عقد الرهن ذاته أو في عقد لاحق رسمي.

ج- يجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني.

حيث أن الغرض الأساسي (الأثر الأساسي) من الرهن هو تمكين الدائن المرتهن من التنفيذ على العقار المرهون لاستفاء حقه من ثمنه في حالة عدم وفاء المدين بدينه.

د- ملحقات الرهن : طبقا للمادة 887 ق م ج [58].

إذا عين أو حدد العقار المرهون فالرهن الوارد عليه يمتد إلى ملحقاته بحكم القانون دون الحاجة إلى اتفاق بين المتعاقدين .

ويلاحظ أن هذا الملحقات واردة على سبيل المثال كما أن هذا النص ليس أمر فيجوز للمتعاقدين استبعاد بعض الملحقات أو كلها من الضمان، ومنها :

حقوق الارتفاق – العقارات بالتخصيص (وهي منقولات بطبيعتها صدت لخدمة العقار فتأخذ حكمه وتعتبر عقار) – التحسينات والمنشات (ويقصد بها كل ما يلحق العقار المرهون من زيادة مادية بفعل الإنسان أو بفعل الطبيعة).

ثانيا: تخصيص الدين المضمون.

يتم تعيين الدين المضمون في عقد الرهن نفسه أو في ورقة رسمية ملحقة، علما أن عقد الرهن الرسمي لا يعتبر منعقدا إلا من تاريخ تعيين الدين ويتم تعيين الدين المضمون بالرهن بتعيين مصدره ومقداره

[58] الأمر 75-58 ، المعدل والمتمم.

أ-تحديد مصدر الدين.

الذي قد يكون عقد وهنا تعيين نوع وطبيعة العقد بدقة ،وقد يكون الفعل الضار أو الفعل النافع (الإثراء بلا سبب، الفضالة، الدفع غير المستحق) أو القانون ويجب في كل الحالات تحديد المصدر بدقة.

وتكمن أهمية تحديد مصدر الدين في إنارة الدائن المرتهن بما يتعلق بالدين من أسباب بطلان أو عدم صحة أو انقضاء.

ب-تحديد مقدار الدين :

يجب تحديد مقدار الدين بالأحرف و الأرقام ، وقد أجازت المادة قانون مدني صراحة أنيكون الدين المضمون معلق على شرط أن يكون مستقبلي أو احتمالي كما أجازت أن يترتب الرهن ضمانا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جاري شرط أن يحدد في عقد الرهن الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين.

وتظهر أهمية تحديد مقدار الدين معرفة مدى تناسبه مع قيمة العقار المرهون .

إذا لم يحدد الدين بمصدره و مقداره أو بمقداره الأقصى الذي ينتهي إليه إذا كان مستقبليا كان عقد الرهن باطلا بطلانا مطلق.

ج- أهلية الراهن.

إذا كان الراهن هو المدين فالرهن يعتبر بالنسبة له من أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر، لهذا يشترط أن يكون بالغا سن التمييز أما إذا كان غير ذلك فان الرهن يقع باطلا بطلانا مطلقا وهذا ما يراه البعض ،غير انه طبقا للنص يجب أن يكون الراهن كامل الأهلية.

أما إذا كان الراهن غير المدين بان كان كفيلا عينيا ،فالتصرف يعتبر بالنسبة له ضارا ضررا محضا، ويشترط لصحته أن يكون الراهن بالغا سن الرشد كذلك.

ومن ثم فجراء عدم بلوغ سن الرشد في الحالة الأولى هو القابلية لإبطال لأن الأهلية المتطلبة هي أهلية التصرف وجزاء عدم بلوغ سن الرشد في الحالة الثانية هو البطلان المطلق لأن المتطلب هو توافر أهلية التبرع

د- ملكية الراهن للعقار المرهون.

على اعتبار أن تقرير رهن على عقار من شانه تمكين الدائن المرتهن من التنفيذ عليه اقتضاء لحقه في حالة عدم وفاء الدين بدينه، فلقد اشترط المشرع أن يكون الراهن، سواء كان هو المدين أو كان كفيلا عينيا.

- مالكا للعقار المرهون حسب ما نصت عليه المادة 02/284 قانون مدني.

- وإذا كانت الصورة المألوفة لملكية الراهن أن تكون ملكية مفرزة حقيقة باتة مؤكدة وخالصة له، فان هناك من الصور ما تستدعي التأمل في حكمها .

المطلب الثاني: ركن الشكلية لإنشاء عقد الرهن الرسمي.

تنص المادة 883 ق م على أنه" لا **ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي...**" يفهم من هذا النص أن الشكلية المطلوبة لانعقاد الرهن الرسمي هي الرسمية، أي يجب أن يفرغ العقد في ورقة رسمية.

كما نصت المادة 324 ق م بأن "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا

للإشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه"، أي يجب أن تذكر في الورقة بيانات التخصيص من حيث العقار المرهون والدين المضمون.

يتبين من هذا النص انه يشترط في العقد الرسمي:

الفرع الأول: تحرير محرر من المكلف.

أن يقوم بتحريره موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة حسب ما جاء في المادة 03 من القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق على أن "الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصيغة الرسمية ...".

الفرع الثاني: وجود موظف مختص.

أن يكون هذا الموظف أو ضابط عمومي أو شخص المكلف بخدمة عامة مختصا من حيث الموضوع والمكان والزمان في تحرير العقد.

الفرع الثالث: إجراءات شكلية مطابقة.

يجب أن يراعي في تحرير العقد ما أوجبه القانون من حيث الشكل والموضوع بمعنى أن يحرره وفقا للإجراءات الشكلية.

الإجراءات الشكلية هي التي قررها المشرع وان كل عقد لا يتم وفقا لإجراءات مقررة يكون باطلا بطلانا مطلقا وهذا ما تضمنته المادة 324 مكرر1 ق م ومحتوى هذه المادة تتضمنه المادة 12 من الأمر رقم 70-91 المتعلق بالتوثيق وكذلك المادة 02/71 ق م التي تنص على أنه "إذا اشترط القانون لتمام العقد استفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا

على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد" مثل ما هو الحال في العقارات وكذلك المادة 55 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18-12-1990 المتضمن التوجيه العقاري .

أ- الإجراءات الشكلية.

التي قررها المشرع في المواد من 26 إلى 32 من قانون التوثيق والتي يمكن تصفيتها إلى :

- شروط تتعلق بلغة تحرير العقد (حسب المادة 26 ق .ت هي اللغة العربية).
- بيانات تتعلق بأطراف العقد (محددة في المادة 29 ق ت).
- بيانات تتعلق بالموثق (المادة 29 من نفس القانون).
- بيانات تتعلق بأطراف متدخلة.
- بيانات تتعلق بموضوع العقد.

وحسب ما جاء في المادة 27 ق ت يمنع كل تحرير أو كتابة بين الأسطر أو أي إضافة وإلا عد كل ذلك باطلا.

كما يمكن أن يبرم رهن رسميا في الخارج بين جزائريين على عقار موجود في الجزائر ويتولى تحريره إما القنصل الجزائري في ذلك البلد حسب ما جاء في المادة 34 من الأمر 12/77 المؤرخ في 02 /1977/03 المتعلق بتنظيم الوظيفة القنصلية[59].

كما يمكن أن يحرر من موثق في ذلك البلد إلا انه لا ينفذ في الجزائر إلا بعد الحصول على أمر تنفيذي من جهة قضائية جزائرية حسب ما نصت عليه المادة 352 ق إ م و إ.

[59] الأمر رقم 77 _ 12 المؤرخ في 03/02/ 1977 المتعلق بالوظيفة القنصلية

ب- مسألة الاختصاص.

إن اختصاص الموثق الذي يقوم بتحرير العقد إلى غاية صدور قانون التوثق كان الاختصاص في مسائل تحرير عقد الشهرة يكون إلى الموثق المختص إقليميا حسب التعبير المستعمل في المرسوم رقم 89-353 المؤرخ في 1983/05/21 م، الذي يبين إجراءات إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية (المادة 01 و 02)، والموثق المختص إقليميا هو الذي يقع في دائرة اختصاص المحكمة الكائن بدائرتها العقار محل عقد الشهرة إلا انه وبعد صدور القانون 27/88 المؤرخ في 22 / 06/ 1988 م، المتضمن تنظيم التوثيق تغيرت فكرة الاختصاص بان أصبح الموثق مختصا بالنسبة لكامل التراب الوطني.

مع العلم أنه : يجوز التوكيل بإنشاء الرهن وهذه الوكالة لا بد أن تكون وكالة خاصة، فتصبح و لو لم يعين العقار محل الرهن على مجه التخصيص وهذا ما قررته المادة 574 ق م.[60]

-كما يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني (الشكل الرسمي) وهذا ما جاء في المادة 572 ق م.

-فالرسمية ليست متطلبة كدليل إثبات وإنما كركن لازم لانعقاد العقد وإلا كان باطلا بطلانا مطلقا ويصح التمسك ببطلانه من أي طرفي العقد ومن ذي مصلحة.

وكخلاصة للرهن الرسمي نجد أنّه هو حق عيني تبعي غير قابل للتجزئة سواء من حيث العقار المرهون أو من حيث الدين المضمون (892 ق م[61]) ينعقد بين الدائن المرتهن والراهن سواء كان هو المدين أو غيره ممن يقدمون الرهن لمصلحته 02/884 قانون مدني).

[60] بوخاتم آسية، مرجع سابق، ص 42.
[61] الأمر 75-58 ، المعدل والمتمم.

ويلزم لانعقاده بجانب الشروط الموضوعية العامة لإبرام العقود عموما تحقق ما يستلزمه المشرع من شروط موضوعية خاصة إضافة إلى الرسمية باعتباره عقدا شكليا لا ينعقد بدونها، ويعتبر هذا العقد التوثيقي سند تنفيذي كالحكم القضائي (31 قانون التوثيق)[62].

[62] القانون رقم 06-02 المؤرّخ في 20 فبراير سنة 2006، المتضمّن تنظيم مهنة الموثّق.

الفصل الثالث
الرهن الحيازي

يعتبر الرهن الحيازي من بين التأمينات العينية التي أدرجها المشرع الجزائري، والتي مصدرها العقد أو الاتفاق المبرم بين الطرفين، في هذا العرض المختصر سوف نقوم بتوضيح الجانب القانوني للرهن الحيازي، وتوضيح مدى اتفاقه أو اختلافه مع الرهن الرسمي باعتباره الأقرب إليه.

المبحث الأول: الرهن الحيازي.

إنّ تعريف مصطلح الرهن الحيازي يقتضي البحث عن خلفية المصطلح وظهوره الأول، ومن ثم التفصيل في الجانب القانوني له ضمن المواد **(المواد من 948 إلى 981 قانون مدني)** باعتبار أن الدراسة قانونية وكذا البحث في تطبيقاته لاحقا.

المطلب الأول: تعريف الرهن الحيازي.

جاء في تعريف الرهن الحيازي بأنّه "عقد يتضمن جعل مال وثيقة للتأمين على دين أو عين مضمونة وهو مشروع بلا إشكال"[63]، فمن خلال هذا التعريف تم إبراز الصفة العقدية للرهن، واعتباره وسيلة للضمان، كما لم يتم التوضيح نوع الالتزام الناشئ منه الرهن، والاكتفاء باعتباره دينا فقط دون توضيح.

عرفت المادة 948[64] قانون مدني الرهن الحيازي بأنه "**عقد يلتزم به شخصٌ ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان،شيئاً يرتب عليه للدائن حقاً عينياً يخوِّله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين،و أن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون.**"

[63] مقال منشور على الانترنت : https://www.iasj.net/iasj/download/eb03f38f72843ed5 تاريخ التصفح 11سبتمبر 2022، ص 360.

[64] الأمر 75-58 ، المعدل والمتمم.

يعني تخويل حبس الشيء في القانون معنى الحيازة وهي تلك السلطة المادية التي تقع على الشيء المرهون، والتي تمكن الشخص المستفيد من الرهن من السيطرة الفعلية عليه.

ولقد أحال المشرع في المادة 950 قانون مدني إلى بعض أحكام الرهن الرسمي المواد: –المادة 891 قانون مدني: المتعلقة بجواز ضمان الدين المعلق على شرط،أو الدين المستقبلي، أو دين احتمالي.

- المادة 893 قانون مدني: التي تقرر تبعية الرهن للدين المضمون في صحته وانقضائه.

–المادة 904 قانون مدني: المتعلقة بضرورة القيد حتى ينفذ في حق الغير.

الراهن قد يكون هو المدين وقد يكون شخص آخر غير المدين (كفيل عيني)، والرهن الحيازي بالنسبة للراهن المدين هو عمل من أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر لذا تلزم في الراهن توافر أهلية التصرف في الشيء المرهون،أما إذا كان الراهن شخص آخر غير المدين فيطلب فيه الأهلية الكاملة (أهلية التبرع)،أما الدائن المرتهن رهن حيازي فهو بموجب العقد يتلقى حق الرهن وحيازته للشيء المرهون ترتب عليه التزامات بصيانة الشيء المرهون واستغلاله ورده عند انقضاء الرهن مما يجعل عقد الرهن بالنسبة إليه تصرفاً يدور بين النفع والضرر وليس نافعاً نفعاً محضاَ كالرهن الرسمي، لذا لا يكفِ أن يكون مميزاً بل يجب أن يكون كامل الأهلية.

المطلب الثاني: محل الرهن الحيازي.

لقد نصت المادة 949 قانون مدني[65] على أن "محل الرهن الحيازي يكون منقولاً أو عقاراً 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، وجميع المنقولات يجوز

[65] الأمر 75-58 ، المعدل والمتمم.

رهنها رهن حيازة ما دامت قابلة للحيازة وقابلة للبيع بالمزاد العلني، سواء أكانت منقولات مادية أو معنوية.

يجوز رهن الشيء الواحد لأكثر من دين، ونصت على ذلك المادة 961 فقرة 2 قانون مدني "...ويجوز أن يكون الشيء المرهون ضامناً لعدة ديون."

الشيء المرهون سواء كان عقاراً أو منقول يجب أن تتوافر فيه شروط معينة حتى يمكن رهنه حيازياً:

1- أن يكون الشيء المرهون معيناً (المادة 94 قانون مدني)[66]؛

2- أن يكون الشيء المرهون مما يصح التعامل فيه و بيعه بالمزاد العلني؛

3- وجود الشيء المرهون وقت الرهن،فيجب أن يكون الشيء المرهون موجود وقت الرهن،فرهن الأشياء المستقبلية رهناً حيازياً باطل بطلان مطلق؛

4- ملكية الراهن للمال المرهون، يمكن للدائن المرتهن أن يكتسب حق الرهن الحيازي لمنقول متى حازه بحسن نية، ويجوز له أن يتمسك بهذا الحق ضد المالك الحقيقي، وأن يحبس عنه المنقول المرهون إلى أن يستوفي كامل حقه المضمون بالرهن، وأن يكون للمالك الحقيقي الرجوع على الراهن بتعويض ما أصابه من ضرر بسبب الرهن.

المطلب الثالث: خصائص الرهن الحيازي.

للرهن الحيازي خصائص يمكن إبرازها من خلال التعريف، كونه حقا عينيا وكذلك حقا تبعيا، ولا يتم الاشتراط فيه الرسمية فالكتابة تبقى وسيلة للإثبات.

[66] الأمر 75-58 ، المعدل والمتمم.

الفرع الأول: حق عيني : حق يرد على عقار أو منقول.

بعض الفقه يسبق صفة "الحق العيني" على الرهن الحيازي، وهي تعني أنّه يجب تخصيص ملكية للرهن سواء عقار أو منقول، فالرهن الرسمي من الحقوق العينية لا الشخصية.

الفرع الثاني: حق تبعي.

أي لا يمكن تصور وجود الرهن الحيازي كالتزام أصلي، بل يجب توافر أصل الدين الناتج عن التزامات تسبق الرهن، وما الرهن إلاّ كوسيلة لضمان الدين، ويكون خاضعا للالتزام الأصلي بالتبعية من حيث صحة العقد ومن حيث انقضائه.

حسب نص المادة 839 ق م ج[67] "لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون بل يكون تابعا له في صحته وفي انقضائه".

الفرع الثالث: عقد ملزم لجانبين.

يقتضي وجود الرهن الحيازي تبادل في الالتزامات بين الطرفين، والذي ينعقد بوجود تراضي بين الطرفين دون الحاجة للرسمية.

المبحث الثاني: آثـــــار الــرهن الحيـــازي.

حق الرهن ينشأ لمصلحة الدائن المرتهن بمجرد إبرام عقد الرهن الحيازي دون حاجة إلى تأخير ذلك إلى وقت تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الأجنبي الذي يعينه المتعاقدان، وإلى اتخاذ الإجراءات الأخرى اللازمة لنفاذ الرهن في مواجهة الغير.

[67] الأمر 75-58 ، المعدل والمتمم.

المطلب الأول : آثار الرهن الحيازي فيما بين المتعاقدين.

عقد الرهن الحيازي من العقود الملزمة لجانبين يترتب على نشوئه التزامات على عاتق كل من الراهن والمرتهن، وهذه الالتزامات مؤسسة على انتقال الحيازة من الراهن إلى المرتهن، وتسليم الشيء المرهون مع ضمانه لسلامة الرهن ونفاذه، والمرتهن يقع على عاتقه الالتزام بالمحافظة على الشيء المرهون، وإدارته واستثماره ثم يلتزم برده عند انقضاء الرهن.

أولا: التزامات الراهن وحقوقه.

يرتب عقد الرهن الحيازي بعضا من الالتزامات والحقوق للراهن، يمكن تعدادها وفق ما يلي:

أ/التزامات الراهن.

يلتزم الراهن بترتيب حق الرهن كما يلتزم أيضاً بتسليم المال المرهون للمرتهن، وبضمان سلامة الرهن ونفاذه، وبضمان هلاك المرهون أو تلفه:

1-الالتزام بترتيب حق الرهن.

ينشىء عقد الرهن الحيازي التزاماً بإنشاء حق الرهن على عاتق الراهن، على أن هذا الالتزام ينفذ بمجرد إتمام العقد بقوة القانون إذا كان الشيء المرهون معين بالذات، أما إذا لم يكن الشيء المرهون معيناً بذاته فإن الراهن يلتزم بترتيب حق الرهن، فإذا كان المرهون من الأشياء المثلية المعينة بالنوع التزم الراهن بالإفراز.

2-الالتزام بتسليم المرهون.

نصت عليه المادة 951 قانون مدني، والتسليم في تنظيم الرهن الحيازي له أهمية كبيرة فتنفيذه شرط لنفاذ الرهن في مواجهة الغير،أي شرط للاحتجاج بحق الرهن في مواجهة الدائنين

الآخرين، وتسري على التزام الراهن بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع (المادة 951 فقرة 2 قانون مدني).

ويقصد بالتسليم وضع لمال المرهون تحت تصرف الدائن المرتهن أو العدل بحيث يتيسر له حيازته، فإذا لم ينفذ المدين الراهن التزامه، فإنّه يجوز للدائن المرتهن وفقا للقواعد العامة إجبار الراهن على الوفاء به، فيتسلم الشيء المرهون رغما عنه ودون رضاه، كما يصح المطالبة بفسخ العقد والتمسك بسقوط أجل الالتزام المضمون بالرهن ووجوب الوفاء بالدين المضمون فورا على أساس عدم تقديم التأمين اللازم لضمان الدين.[68]

3-الالتزام بضمان سلامة الرهن و نفاذه.

نصت عليه المادة 953 قانون مدني "يضمن سلامة الرهن ونفاذه..."، فبالنسبة لضمان سلامة الرهن فيلتزم الراهن بعدم القيام بأي عمل مادي أو قانوني من شأنه أن يؤثر على حق المرتهن، فيضمن كل عمل من أعمال التعرض التي تصدر منه، وعليه المحافظة عليه إلى أن يتم تسليمه إلى المرتهن،أما بالنسبة لضمان نفاذ الرهن فيلتزم الراهن بأن يقوم بما يلزم لنفاذ الرهن في حق الغير كأن يقدم المستندات اللازمة لإجراء قيد الرهن والتصديق على توقيعه على العقد...الخ[69].

4-التزام الراهن بضمان هلاك المرهون وتلفه.

نصت المادة 954 على أنه "يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعاً لخطئه أو ناشئاً عن قوة قاهرة،و يسري على الرهن الحيازي أحكام المادتين 899 و900 المتعلقة بهلاك الشيء المرهون رهناً رسمياً أو تلفه،و بانتقال حق الدائن

[68] محمد أحمد المعداوي عبد ربه، مرجع سابق، ص 140.

[69] Fanny mazeaud, le contrat de bail, article en ligne, https://kleyrgrasso.com/wp-content/uploads/2019/01/Cours-bail-2018-2019.pdf vu a: 10/09/2022.

من الشيء المرهون إلى ما حلَّ محله من حقوقه،و يتضح من نص المادة 899 و900 قانون مدني.

*أما نفقات الرهن فتقع على الراهن و يمكن الاتفاق على خلافه.

ب/ حقوق الراهن.

1-ملكية الراهن للمال المرهون.

تظل ملكية المال المرهون للراهن فيحق له أن يتصرف تصرفاً قانونياً في المال المرهون، فيجوز أن ينقل ملكية المال المرهون كما يجوز له ترتيب حق عيني عليه، ما دام التصرف لا يضر بحق الدائن المرتهن، فيستطيع أن يرهن الشيء المرهون رهناً رسمياً أو حيازياً آخر، ومن تطبيقات حق الراهن في التصرف ما نصت عليه المادة 972 قانون مدني "يجوز للراهن إذا عرضت فرصة لبيع الشيء المرهون وكان البيع صفقة رابحة،أن يطلب من القاضي الترخيص في بيع هذا الشيء، ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين، ويحدد القاضي عند الترخيص شروط البيع و يفصل في أمر إيداع الثمن".

أما التصرفات المادية فلا يستطيع الراهن القيام بها إذا كان من شأنها الإضرار بحق الرهن، فإذا لم تكن كذلك فيحق له القيام بها.

2-حيازة المال المرهون.

حيازة المال المرهون تنتقل إلى الدائن المرتهن، وحيازته تكون على سبيل الرهن أي حيازة لحق الرهن، أما حيازة حق الملكية فتظل للراهن، فالدائن المرتهن يكون حائزاً قانونياً فيما يتعلق بحق الرهن وحائزاً عرضياً فيما يتعلق بحق الملكية، ويترتب على كون المرتهن حائزاً لحق الرهن أنه يستطيع أن يكتسب حق الرهن على أساس الحيازة إذا كان من قرر الرهن غير

مالك، فإذا كان المرهون منقولاً وحازه بحسن نية اكتسب عليه حق الرهن بمجرد حيازته استناداً إلى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية (المادة 970 قانون المدني).

وإذا كان المال المرهون عقاراً رهنه غير مالك كان له أن يكسب حق الرهن عليه بالتقادم الطويل (المادة 827 قانون مدني)، أو القصير إذا كان حسن النية (المادة 828 قانون مدني).

ثانيا: التزامات الدائن المرتهن.

يلتزم الدائن المرتهن بحفظ الشيء المرهون وصيانته، كما يلتزم بإدارة الشيء المرهون، ويلتزم أيضاً باستغلال هذا الشيء حتى لا يفوت عليه نفعه، وأخيراً يلتزم المرتهن برد الشيء المرهون للراهن عند انقضاء حقه.

1- الالتزام بحفظ الشيء المرهون و حيازته.

نصت عليه المادة 955 قانون مدني "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"، فالتزام المرتهن بالمحافظة على الشيء المرهون ينشأ من وقت انتقال حيازة الشيء إليه، وإذا كان الشيء سُلِم لأجنبي فإن هذا الالتزام يقع على عاتق هذا الأخير، والتزام المرتهن هو التزام بعمل والمطلوب منه بذل عناية الرجل المعتاد في المحافظة على الشيء، وإذا اقتضت صيانة المال المرهون بعض الأعمال وجب على المرتهن القيام بها، وعليه أن ينفق ما يلزم ذلك من نفقات على أن يخصمها من الغلّة، والالتزام بالمحافظة على الشيء المرهون وصيانته تقتضي أن يبادر المرتهن بإخطار الراهن بكل ما يستدعي تدخله كما لو كان الشيء مهدد بالهلاك أو التلف،فإذا أخلّ الدائن المرتهن بالتزامه بحفظ الشيء وصيانته كان مسؤولاً بتعويض الراهن عن الضرر الناشئ عن هذا

الإخلال.

2- الالتزام بإدارة الشيء المرهون.

ونصت عليه المادة 958 "يتولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد،و ليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن، ويجب عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر يقتضي تدخله.فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشيء إدارة سيئة أو ارتكب في ذلك إهمالاً جسيماً،كان للراهن الحق في أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه"، ويتضح من نص المادة أن الدائن المرتهن يلتزم بإدارة الشيء المرهون وأن يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد،فإذا كان الشيء المرهون منزلاً يحق للمرتهن أن يسكنه بنفسه أو أن يؤجره للغير، وكذلك إذا كان الشيء المرهون أرض زراعية، وفي حالة ما إذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشيء إدارة سيئة أو ارتكب في ذلك إهمالاً جسيماً كان للراهن الحق في أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه.

3- التزام المرتهن باستثمار الشيء المرهون.

نصت عليه المادة 956 قانون مدني، ويتضح من المادة ما يلي:

1-يلتزم الدائن المرتهن باستثمار الشيء المرهون وأن يبذل في إدارته عناية الرجل العادي، ولا يغير من الطريقة المألوفة لاستغلاله إلا برضاء الراهن، ويبادر إلى إخطار الراهن بكل ما يقتضيه أن يتدخل، فإذا أخلّ الدائن المرتهن بهذا الواجب كان للراهن أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة، كما يجوز له أن يرد الدين ويسترد الشيء المرهون (المادة 958 قانون مدني).

ما ينتج من غلَّة يخصم من الدين ولو لم يكن قد حلَّ أجله،على أن يحتسب الخصم من قيمة ما أنفقه الدائن المرتهن في المحافظة على الشيء، ثم المصروفات، ثم من أصل الدين (الفقرة 2 من المادة 956 قانون مدني).

الدائن المرتهن يستثمر الشيء المرهون لحساب المدين الراهن،و لكنه يحتفظ بالثمار خصماً من الدين، وهو في استثماره للشيء المرهون يكون نائباً عن الراهن لأن هذا الأخير هو مالك الشيء وإليه تعود ثماره.

في حالة عدم تعيين ميعاد حلول الدين المضمون وطبقاً لنص المادة 957 قانون مدني فإنه في حالة عدم الاتفاق على تحديد أجل لحلول الدين المضمون بالرهن، فإن الدائن لا يجوز له أن يستوفي حقه إلا من ثمار الشيء المرهون، بمعنى آخر ما بقي من الريع بعد مصروفات الصيانة والاستغلال والإدارة يخصم منه أصل الدين.

4- الالتزام بالرد.

حيازة المرتهن للشيء المرهون هي حيازة عرضية في مواجهة المالك، ولذا يلتزم برد الشيء عند انقضاء حقه في الرهن، ما نصت عليه المادة 959 قانون مدني.

وقد يجبر المرتهن على الرد قبل حلول أجل الدين إذا أساء إدارة الشيء المرهون أو ارتكب في ذلك إهمالاً جسيماً، ويترتب على الرد إما وضع الشيء المرهون تحت الحراسة وفي هذه الحالة لا ينقضِ الرهن، وإما أن يسترد الراهن الشيء المرهون مقابل دفع ما عليه، وعندئذٍ ينقضي الرهن والدين معاً (المادة 958 قانون مدني).

وحق الراهن في استرداد الشيء المرهون هو حق شخصي ينشأ من عقد وتحميه دعوى شخصية تسمى دعوى الرهن، وله بصفته مالكاً أن يطلب استرداد العين المرهونة بدعوى الاستحقاق العينية.

وقد نصت المادة 960 من القانون المدني على بطلان شرط التملك عند عدم الوفاء وشرط البيع دون إجراءات،و أحالت إلى المادتين 901 و 903 من نفس القانون.

المطلب الثاني: آثار الرهن الحيازي بالنسبة إلى الغير.

لا ينفذ الحق العيني في الرهن الحيازي في مواجهة الغير إلا بانتقال حيازة الشيء المرهون من الراهن إلى الدائن المرتهن أو إلى الشخص الأجنبي الذي يعينه المتعاقدان، وانتقال الحيازة ليس شرطاً لإبرام عقد الرهن الحيازي ولكنه شرط لنفاذ الرهن في مواجهة الغير، ويتحقق انتقال الحيازة بتنفيذ الراهن التزامه بالتسليم، وهذا الالتزام من آثار عقد الرهن في العلاقة بين الراهن والمرتهن وانتقال الحيازة إلى المرتهن يخوِّله الحق في حبس الشيء المرهون، ولما كان للمرتهن حق الرهن فيصبح صاحب حقين الرهن والحبس، يسمحان له بمباشرة ميزتي الأفضلية والتتبع على الشيء المرهون ليقتضي حقه.

وبجانب انتقال الحيازة للدائن المرتهن فإن هناك شروط أخرى يجب توافرها حتى ينفذ الرهن في مواجهة الغير، وهي: القيد بالنسبة للعقارات، وإثبات التاريخ بالنسبة للمنقول.

أولا: الحيازة.

نصت عليها المادة 961 قانون مدني، ويتضح من نص المادة أنه يشترط لنفاذ الرهن الحيازي في مواجهة الغير أن تنتقل الحيازة من الراهن إلى الدائن المرتهن أو إلى شخصٍ ثالث يتفق عليه المتعاقدان، وقد خوّلت المادة 962 قانون مدني للدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون على الناس كافة، وفي استرداد حيازته من الغير إذا خرج الشيء المرهون من يده بدون إرادته أو دون علمه، واستثناءاً من شرط انتقال الحيازة لنفاذ الرهن في مواجهة الغير أجازت الإرادة التشريعية للدائن المرتهن تأجير العقار إلى الراهن نفسه مستبدلة الحيازة بشرط شهر الإيجار في هذه الحالة،ما نصت عليه المادة 967 قانون مدني، الحكمة من انتقال حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن هي تحقيق علنية حق المرتهن وإشعار الغير بما يثقل ملك الراهن من تأمينات.

ثانيا: حبس الشيء المرهون.

للدائن المرتهن الحق في أن يحبس المال المرهون ضماناً لوفاء حقه إلى حين استيفاء هذا الحق كاملاً، وهذا ما نصت عليه المادة 962 فقرة 1 من القانون المدني، فالدائن المرتهن يستطيع حبس المال المرهون بانتقال الحيازة إليه أو إلى الأجنبي الذي يعينه المتعاقدان والذي يقوم بالحبس لمصلحة الدائن المرتهن، ويكون مسؤولاً أمام هذا الأخير إذا ما أخلَّ بذلك، والحق في الحبس يثبت للدائن المرتهن سواء كان الشيء المرهون عقاراً أو منقولاً مادياً أو معنوياً، وهذا الحق يبقى طالما لم يستوفِ دينه كاملاً، لأن حق الرهن لا يتجزأ.

وحق الحبس مستقل،غير ناشئ عن الحق في الرهن بل هو مستقل عنه، إذ لو كان ناشئاً عن حق الرهن لأصبح مقيداً بحدود سلطة الدائن في الأفضلية أو التتبع مما يجعله عديم الفائدة، إذ أن الحق في الحبس تبدو أهميته وفائدته في الحالات التي لا عمل فيها لحق الدائن في الأفضلية و التتبع، ولذا فإنه نوع من الحبس المقرر في القواعد العامة، ورغم ذلك يعمل على تدعيم حق الرهن، وللدائن حق الحبس في مواجهة الراهن ويستطيع أن يستعمل حقه في الحبس ضد المالك الحقيقي وضد كل من تثبت له حقوق على الشيء المرهون في تاريخ لاحق لنفاذ الرهن في مواجهتهم، ومن أمثلتهم المشتري لعقار مرهون سجل البيع بعد قيد الرهن، والمشتري لمنقول مرهون إذا كان تاريخ الرهن الثابت أسبق من تاريخ البيع، أما هؤلاء الذين ثبتت لهم حقوق على الشيء المرهون قبل نفاذ حق الرهن في مواجهتهم فلا يستطيع الدائن المرتهن الاحتجاج بحقه في الحبس في مواجهتهم،ما قررته المادة 962 قانون مدني.

والحق في الحبس يظل قائماً ولو خرج الشيء المرهون من حيازة الدائن، ويثبت الحبس للدائن المرتهن من وقت انتقال المرهون (أي من وقت حيازته)، ويستمر حتى يستوفي دينه كاملاً، أما التنفيذ فلا يثبت للدائن المرتهن إلا عند حلول أجل الدين.

ثالثا:الحق في الحبس والراسي عليه المزاد.

- هل يحق للمرتهن حبس المرهون عن الراسي عليه المزاد إذا بيع الشيء المرهون جبراً؟

للإجابة يجب أن نفرق بين فرضيتين:

الفرضية الأولى: إذا كان طالب التنفيذ هو الدائن المرتهن نفسه فلا يحق له حبس الشيء المرهون عن الراسي عليه المزاد،و له فقط حق الأفضلية على الثمن.

الفرضية الثانية: إذا كان التنفيذ جرى بناءاً على طلب دائن آخر فإن حكم مرسى المزاد يطهر العقار من الحقوق المقيدة عليه ومنها الرهن الحيازي إذا كان وارد على عقار، وهذا الحكم يفهم من المواد 915 إلى 921 قانون مدني؛

أما إذا كان الشيء المرهون منقولاً فإن بيعه جبرياً لا يؤدي إلى حرمان الدائن المرتهن من حقه في الحبس، وعلى ذلك فإن الدائن المرتهن يستطيع أن يحبس الشيء المرهون عن الراسي عليه المزاد حتى يستوفي حقه كاملاً، وذلك بشرط أن يكون الدائن طالب التنفيذ دائناً عادياً أو متأخراً في المرتبة عن الدائن المرتهن.

رابعا: حق الدائن المرتهن في التقدم (الأفضلية)

طبقاً لنص المادة 948 من القانون المدني فالرهن الحيازي يضمن للدائن المرتهن التقدم في اقتضاء حقه من ثمن الشيء المرهون أو من المال الذي يحل محله، ويفضل في ذلك على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة، والرهن يضمن الوفاء بأصل الدين وبمبالغ أخرى نصت عليها المادة 963 من القانون المدني، وهي:

-المصاريف الضرورية التي أنفقت للمحافظة على الشيء.

-التعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشيء.

-مصاريف العقد الذي أنشأ الدين،و مصاريف عقد الرهن الحيازي و قيده عند الاقتضاء.

-المصاريف التي اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازي.

وفيما يخص ترتيب المرتهنين عند التزاحم تتحدد مرتبة الدائن المرتهن حيازةً، إذا كان الرهن وارد على عقار بالقيد مع انتقال الحيازة (المادة 966 قانون مدني)، أما إذا كان الرهن وارد على منقول فإن مرتبة الدائن المرتهن حيازة تتحدد بإثبات الرهن في ورقة مكتوبة ثابتة التاريخ مع انتقال الحيازة دائماً (المادة 966 قانون مدني).

خامسا: حق التتبع.

وقد أشارت إليه المادة 948 قانون مدني "...في أي يد يكون"،فحق التتبع هو تمهيد لمباشرة المرتهن حقه في استيفاء دينه بالتقدم في حالة انتقال ملكية الشيء المرهون إلى الغير، ويلاحظ أن الدائن المرتهن يباشر الحق في التتبع مع أن الشيء في حيازته، لأن المقصود بالتتبع هنا ليس التتبع المادي وإنما التتبع القانوني، ويشترط ليستطيع الدائن المرتهن أن يتتبع العقار أن يكون حقه نافذاً في مواجهة الغير، وهذا النفاذ لا يكون إلا بحيازة الشيء المرهون،فإذا فقد المرتهن حيازة المنقول المرهون وانتقلت الحيازة إلى شخص حسن النيّة فإنه لا يستطيع الدائن المرتهن أن يحتج بحقه في التتبع لأنه لم يعد حقه نافذاً في مواجهة الغير لفقده الحيازة هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن للحائز الجديد أن يتمسك بقاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية "المادة 970 قانون مدني.

وإذا كان المرهون عقاراً و فقد المرتهن حيازته فإن حقه في الرهن لا ينفذ في مواجهة الغير، ويصبح حيال هؤلاء الغير مجرد دائن عادي حتى لو كان حقه قد قيد.

يستطيع الدائن المرتهن التنفيذ على الشيء المرهون إذا كان حقه نافذاً في مواجهة الغير،فإذا كان الشيء المرهون عقاراً فعلى الدائن المرتهن اتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار طبقاً لما قرره قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقواعد المقررة في الرهن الرسمي.

أما بالنسبة للمنقول فإن إجراءات التنفيذ هي كقاعدة عامة إجراءات الحجز على المنقول، ويلاحظ أن من انتقلت إليه ملكية المال المرهون حيازة لا يسمى حائزاً كما في الرهن الرسمي،و لا تسري عليه الأحكام الخاصة التي وردت في باب الرهن الرسمي، فالمالك الجديد للعقار المرهون حيازة لا يتمتع بالوسائل القانونية التي يتمتع بها الحائز للعقار المرهون رهناً رسمياً، فلا يحق له اتخاذ إجراءات التطهير ولا أن يختار التخلية، وإنما يجب عليه أن يتحمل إجراءات نزع الملكية، وإذا أراد أن يتفاداها فعليه أن يوفي الدائن حقه ويحل محله قِبل المدين.

المبحث الثالث: انقضاء الرهن الحيازي.

الرهن الحيازي حق عيني تبعي فهو يستند إلى الالتزام الأصلي الذي وُجد لضمانه، ويترتب على هذا أن الرهن الحيازي كالرهن الرسمي ينقضي تبعاً لانقضاء الالتزام الأصلي، ويجوز أن ينقضي بصفة أصلية.

المطلب الأول: انقضاء الرهن الحيازي بصفة تبعية:

تنص المادة 964 قانون مدني أنه "ينقضي حق الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين، دون الإخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً في الفترة ما بين انقضاء الحق و عودته".

الفرع الأول: انقضاء الرهن الحيازي بالوفاء بالدين.

تعتبر طريقة الوفاء بالدين الآلية البسيطة التي تنتهي بها غالبية العقود، وعليه فهي نفسيها التي تؤول إليها عقود الرهن الرسمي السابق تناولها.

أولا: الوفاء بمقابل.

بما أنّ الرهن الحيازي تبعي للدين الأصلي فإنّ الوفاء بالدين الأصلي يعتبر آلية لانقضاء الرهن الحيازي، ويكون الوفاء بالدين من قبل الشخص المدين نفسه أو من الغير بشرط أن يحضى الوفاء بالقبول، وذلك عند تحقق الشروط الآتية:

- أن يتم الوفاء بمقابل رضا المرتهنين.
- أن يكون المدين مالكا للمال وأهلا للتصرف فيه.
- أن يؤدي الوفاء بمقابل إلى انقضاء الدين كله.

ثانيا: تجديد الدين كآلية لانقضاء الرهن الحيازي.

قبل حلول أجل استيفاء الدين يحق للأطراف الاتفاق على تجديد الدين، ويحل الدين الجديد محل الدين القديم، والذي يلزم توفر الشروط الآتية:

- وجود التزامين متعاقبين، حسب ما جاء في المادة 291 ق م ج.
- وجود اختلاف بين الالتزام الجديد والقديم.
- توفر نية لتجديد العقد بصراحة.

ثالثا: المقاصة.

تعتبر من بين الطرق لانقضاء الدين، كوجود دينين متقابلين،[70] وهذا ما جاء في المادة 300 من ق م ج "لا تقع المقاصة إلاّ إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، ولا يجوز النزول

[70] هوام علاوة، الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، شهادة ماجيستر، جامعة باتنة، الجزائر، 2008، ص 71.

عنها قبل ثبوت الحق فيها ويترتب عليها انقضاء لدينين بقدر الأقل منهما منذ الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة، ويكون تعيين جهة الدفع في المقاصة كتعيينه في الوفاء".

رابعا: إتحاد الذمة.

يمكن ضم الذمة عن طريق ضم الرهن والملكية المرهونة في يد شخص واحد، كأن يشتري الدائن المرتهن العين المرهونة، وقد تكلم المشرع الجزائري عن هذا في المادة 965 فقرة 2 من ق م ج "...إذا اجتمع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية في يد شخص واحد".[71]

الفرع الثاني: انقضاء الرهن الحيازي دون الوفاء.

يمكن للدين أن ينتهي دون وفاء، وبذلك ينقضي الرهن بصفة تبعية.

أولا: الإبراء.

تعتبر من بين الطرق المعروفة لانقضاء الدين المضمون، حيث جاء في نص المادة 964 ق م ج أنّه "ينقضي حق الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين دون الإخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانونا في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته".

وهو ما جاء في نص المادة 305 من ق م ج "ينقضي الالتزام إذا برّأ الدائن مدينه اختياريا ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين".

ثانيا: التقادم.

تتقادم الالتزامات بشكل عام بعد مضي 15 سنة والتي تدخل فيما يسمى بالتقادم المسقط، وعند فوات هاته السنوات لا يمكن المطالبة بالوفاء بالدين بالطرق القانونية، لزوال

[71] الأمر 75-58، المعدل والمتمم.

حق المطالبة به بمضي 15 سنة في الحالات العادية، وعليه فسقوط الحق في المطالبة بالدين يعني أيضا سقوط الحق في المطالبة بالرهن الحيازي.

المطلب الثاني: انقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية:

ونصت عليها المادة 965 قانون مدني،و تكمن الأسباب في ما يلي:

الفرع الأول: تنازل الدائن عن حقه.

إذا تنازل الدائن المرتهن عن هذا الحق،على أنه يجوز أن يحصل التنازل ضمنياً بتخلي الدائن باختياره عن الشيء المرهون، أو من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ،غير أنه إذا كان الشيء مثقل بحق تقرر لمصلحة الغير،فإن تنازل الدائن لا ينفذ في حق هذا الغير إلا برضائه؛

الفرع الثاني: تملك الدائن للشيء المرهون.

إذا اجتمع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية في يد شخص واحد، حسب ما جاء في نص المادة 265 فقرة 02 [72]"...إذا اجتمع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية في يد شخص واحد".

الفرع الثالث: هلاك محل الرهن الحيازي.

إذا هلك الشيء أو انقضى الحق المرهون، يترتب عن ذلك التعويض أو نزع ثمن أو تطبيق فكرة الحلول العيني، أمّا إذا كان الهلاك جزئيا مع بقاء الجزء السليم كافيا لضمان الدين، فالقاعدة هي عدم تجزئة الرهن، حيث جاء في النص القانوني "يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك راجع لسبب لا يد له فيه".

[72] الأمر 75-58 ، المعدل والمتمم.

الخـــاتـــمة.

تناولت الدراسة عرضا مختصر لعقد الكفالة والرهن الرسمي والرهن الحيازي والتي تمثل جوهر التأمينات العينية والشخصية، حيث أولاها المشرع الجزائري من التدقيق والتفصيل ما يزيل الشك في تفسير نصوصها القانونية وتبيان أهم سماتها كالتبعية للحق الأصلي وعنصر المديونية.

أولا: النتائج.

تضمنت الدراسة توضيحا للالتزامات الناتجة عن هاته الحقوق كالحق في الضمان، والأطراف المتعاقدة وكيفية انقضاء هاته الحقوق الناتجة عن الاتفاق بين الأطراف كالوفاء أو المقاصة.

وقد خلصت الدراسة إلى أنّ أفضل وأضمن هاته العقود الخاصة الواردة في المطبوعة هو الرهن الرسمي لالتصاقه بالعقار وكذا لاشتراط الرسمية فيه مما يسهّل الإثبات ولا يدع مجالا للشك، كما أنّ الضمان العيني أفضل كثيرا من الضمان الشخصي في التتبع والأفضلية والتقدم على باقي الدائنين العاديين.

والميزة التي تمتاز بها هاته العقود الخاصة كونها تأتي ضمن الشريعة العامة أي تخضع في أحكامها العامة للقانون المدني وليست ضمن قوانين خاصة، أي أنّها تخضع للطرق الحديثة في التداول أو التعاقد سواء عن طريق الانترنت أو غيرها.

فيمكن الوفاء من خلال البطاقات البنكية، كما يمكن أن يكون مجلس العقد الكترونيا وكذا يمكن الإثبات بجميع الطرق كالرسائل الالكترونية أو النصية الهاتفية وغيرها.

ثانيا: الاقتراحات.

على الرغم من الإلمام بجميع جوانب الحقوق العينية والشخصية في القانون إلاّ أنّه يمكن إضافة بعض الاقتراحات البسيطة، والتي هي:

عند تعريف الكفالة في المادة 644 من القانون المدني الجزائري كان يمكن اختصارها في الشكل الآتي "الكفالة هي ضم ذمة مالية إلى ذمة في المطالبة بالشيء".

كما أنّه من أجل تعزيز حماية للمدين في الدعوى للرجوع حسب نص المادة 660 من القانون المدني، فيجب ترك المجال للمدين في اختيار الأيسر بينهما للرجوع عليه.

كان لزاما أيضا تفادي كثرة الإحالات في الرهن الحيازي للرهن الرسمي مما يوحي لقارئ القانون أنّه لا يوجد اختلاف بين الرهنين، فيوجد عدّة فوارق قانونية بينهما.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: قائمة المصادر.

1- القرآن الكريم.

2- الأمر 75-58 الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم، ج ر عدد 78.

3- الأمر رقم 77 _ 12 المؤرخ في 03/02/ 1977 المتعلق بالوظيفة القنصلية

4- القانون رقم 06-02 المؤرّخ في 20 فبراير سنة 2006، المتضمّن تنظيم مهنة الموثّق.

ثانيا: قائمة المراجع:

أ- الكتب.

5- سي يوسف زاهية حورية،عقد الكفالة، دار الأمل، الجزائر، 2001.

6- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني التأمينات الشخصية و العينية ، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1970.

7- محمد أحمد المعداوي عبد ربه، الوجيز في التأمينات العينية والشخصية، الصادر عن كلية الحقوق جامعة الفيوم، مصر، 2018.

8- محمد حسين منصور، الحقوق العينية والكفالة في القانون اليمني، مطبعة التوني، مصر، 1981.

9- محمد حسين منصور، النظرية العامة للإئتمان، منشأة المعارف، مصر، 2005.

10- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني التأمينات الشخصية والعينية، دار الهدى للطباعة، الجزائر، 2011.

11- محمد علي عبده، عقد الكفالة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2005.

ب- المذكرات والرسائل:

1- سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2006.

2- علال أمال، التبني والكفالة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة ماجيستر، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2008.

3- هوام علاوة، الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، شهادة ماجيستر، جامعة باتنة، الجزائر، 2008.

ج- المحاضرات:

1- بوخاتم آسية، محاضرات في العقود المدنية المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2021.

2- فرحاوي عبد العزيز، محاضرات في مقياس التأمينات الشخصية عقد الكفالة-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لمين دباغين سطيف، الجزائر، 2021.

3- معزوز دليلة، محاضرات في العقود الخاصة2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، الجزائر، 2021.

4- نساخ فاطمة، عقد الكفالة وفق القانون المدني الجزائري، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2019.

د- المواقع الالكترونية:

1- مرجع الكتروني: https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D9%83%D9%81%D8%A7%D9%84%D8%A9 تاريخ التصفح : 10 أوت 2022.

2- مقال منشور على الانترنت : https://www.iasj.net/iasj/download/eb03f38f72843ed5 تاريخ التصفح 11سبتمبر 2022، ص 360.

3- Pour détail regarder article : https://cours-de-droit.net/le-bail-definition-et-conditions-du-contrat-a121603892/ vu a : 10/09/2022.

4- Fanny mazeaud, le contrat de bail, article en ligne, https://kleyrgrasso.com/wp-content/uploads/2019/01/Cours-bail-2018-2019.pdf vu a: 10/09/2022.

فهرس المطبوعة

العنوان	الصفحة
مقدمة	01
الفصل الأول: عقد الكفالة	03
المبحث الأول: مفهوم الكفالة.	04
المطلب الأول: تعريف عقد الكفالة.	04
الفرع الأول: التعريف اللغوي.	04
الفرع الثاني: التعريف القانوني :	05
المطلب الثاني: خصائص عقد الكفالة.	06
الفرع الأول: عقد ضمان شخصي	06
الفرع الثاني: عقد رضائي	06
الفرع الثالث: عقد ملزم لجانب واحد	07
الفرع الرابع: عقد تبرعي	08
الفرع الخامس: عقد تبعي	08
الفرع السادس: عقد الكفالة عقد ضمان	09
المطلب الثالث: أنواع الكفالة.	09
الفرع الأول: الكفالة من حيث المصدر	10
أولا: الكفالة الاتفاقية.	10
ثانيا: الكفالة القانونية.	10
ثالثا: الكفالة القضائية.	11
الفرع الثاني: الكفالة من حيث الطبيعة	11
أولا: الكفالة التجارية.	11
ثانيا: الكفالة المدنية.	12
الفرع الثالث: الكفالة من حيث المحل	12
أولا: الكفالة العينية.	12
ثانيا: الكفالة الشخصية	12
ثالثا: الكفالة الكاملة والجزئية والمحددة.	13
المطلب الرابع: شروط عقد الكفالة.	13
الفرع الأول: يجب أن يكون الكفيل موسرا.	13

الفرع الثاني: أن يكون الكفيل مقيما بالجزائر.	14
الفرع الثالث: أن تكون للكفيل أهلية إبرام العقد.	14
المبحث الثاني: انعقاد الكفالة الشخصية.	15
المطلب الأول: الرضا.	15
الفرع الأول: أهلية الكفيل.	16
الفرع الثاني: أهلية الدائن.	16
المطلب الثاني: المحل.	16
الفرع الأول: أن يكون (الالتزام المكفول) موجودا.	17
أولا:كفالة الالتزام المستقبلي	17
ثانيا: كفالة الالتزام الطبيعي	18
ثالثا: كفالة الالتزام الشرطي.	18
الفرع الثاني: أن يكون الالتزام المكفول صحيحا.	19
أولا: كفالة الالتزام الباطل بطلانا مطلقا.	19
ثانيا: كفالة الالتزام القابل للإبطال.	19
ثالثا: كفالة التزام ناقص الأهلية.	20
الفرع الثالث: أن يكون الالتزام المكفول معينا أو قابلا للتعيين .	21
أولا: نطاق التزام الكفيل.	21
ثانيا: الكفالة المطلقة.	21
المطلب الثالث: السبب.	22
المطلب الرابع: إثبات الكفالة : بين الكتابة والشكلية.	23
المبحث الثالث: آثار عقد الكفالة.	23
المطلب الأول :العلاقة بين الدائن والكفيل.	23
الفرع الأول: رجوع الدائن أولا على المدين.	24
الفرع الثاني: حق الدفع بالتقسيم.	25
الفرع الثالث: الدفع بإضاعة التأمينات بخطأ الدائن.	26

الفرع الرابع: الدفع بالتجريد.	27
الفرع الخامس: التزامات الدائن عند استيفائه الدين.	30
المطلب الثاني: العلاقة بين المدين والكفيل.	31
الفرع الأول: دعوى الكفالة (الشخصية).	31
أولا: شروط دعوى الكفالة.	31
ثانيا: الكفلاء الذين يحق لهم الرجوع بالدعوى الشخصية .	32
الفرع الثاني: دعوى الحلول.	33
أولا: شروط دعوى الحلول.	33
ثانيا: موضوع دعوى الحلول.	33
المبحث الرابع: انقضاء عقد الكفالة.	35
المطلب الأول: انقضاء الكفالة بطريق أصلي بسبب من أسباب انقضاء الالتزام.	35
الفرع الأول: الوفاء.	35
الفرع الثاني: اتحاد الذمة.	35
الفرع الثالث: الإبراء.	36
المطلب الثاني: انقضاء الكفالة بطريق تبعي.	36
الفرع الأول: الوفاء.	36
الفرع الثاني: انقضاء الدين المكفول بالوفاء بمقابل.	36
أولا: انقضاء الدين المكفول بالتجديد.	37
ثانيا: انقضاء الدين المكفول بالمقاصة.	37
ثالثا: انقضاء الدين المكفول باتحاد الذمة.	37
الفرع الثالث: انقضاء الالتزام الأصلي دون الوفاء.	38
أولا: الإبراء.	38
ثانيا: استحالة التنفيذ.	38
ثالثا: التقادم المسقط.	38
رابعا: انقضاء الكفالة بفسخ الدين أو بإبطاله.	38

الفصل الثاني : الرهن الرسمي	39
المبحث الأول: مفهوم عقد الرهن الرسمي.	40
المطلب الأول: تعريف عقد الرهن الرسمي.	40
الفرع الأول: تعريف الرهن الرسمي لغة.	41
الفرع الثاني: تعريف الرهن الرسمي قانونا.	41
الفرع الثالث: تمييز الرهن الرسمي عن بعض المصطلحات المشابهة.	42
أولا: الرهن الرسمي وحق الاختصاص (التخصيص).	42
ثانيا: الرهن الرسمي والرهن الحيازي.	43
ثالثا: الرهن الرسمي وحق الامتياز.	44
رابعا: الرهن الرسمي و الكفالة.	45
المطلب الثاني: خصائص الرهن الرسمي.	45
الفرع الأول: باعتبار الرهن الرسمي حقا.	45
الفرع الثاني: باعتبار الرهن الرسمي عقدا.	48
المبحث الثاني: إنشاء عقد الرهن الرسمي (أركانه).	49
المطلب الأول: إنشاء الرهن الرسمي من حيث الموضوع.	49
الفرع الأول: الأركان الموضوعية العامة.	49
أولا :الرضا.	49
ثانيا: المحل.	49
ثالثا: السبب.	50
الفرع الثاني: الأركان الموضوعية الخاصة.	50
أولا: تخصيص الرهن.	50
ثانيا: تخصيص الدين المضمون	51
المطلب الثاني : ركن الشكلية لإنشاء عقد الرهن الرسمي.	53
الفرع الأول: تحرير محرر من المكلف.	54
الفرع الثاني: وجود موظف مختص.	54

الفرع الثالث: إجراءات شكلية مطابقة.	54
الفصل الثالث: الرهن الحيازي	58
المبحث الأول: الرهن الحيازي	59
المطلب الأول: تعريف الرهن الحيازي.	59
المطلب الثاني: محل الرهن الحيازي.	60
المطلب الثالث: خصائص الرهن الحيازي.	61
الفرع الأول: حق عيني : حق يرد على عقار أو منقول.	62
الفرع الثاني: حق تبعي.	62
الفرع الثالث: عقد ملزم لجانبين.	62
المبحث الثاني: آثـــــار الــرهن الحيـــازي.	62
المطلب الأول : آثار الرهن الحيازي فيما بين المتعاقدين.	63
أولا: التزامات الراهن و حقوقه.	63
ثانيا: التزامات الدائن المرتهن.	66
المطلب الثاني: آثار الرهن الحيازي بالنسبة إلى الغير.	69
أولا: الحيازة.	69
ثانيا: حبس الشيء المرهون.	70
ثالثا: الحق في الحبس و الراسي عليه المزاد.	71
رابعا: حق الدائن المرتهن في التقدم (الأفضلية)	71
خامسا: حق التتبع.	72
المبحث الثالث: انقضاء الرهن الحيازي.	73
المطلب الأول: انقضاء الرهن الحيازي بصفة تبعية:	73
الفرع الأول: انقضاء الرهن الحيازي بالوفاء بالدين.	73
أولا: الوفاء بمقابل.	74
ثانيا: تجديد الدين كآلية لانقضاء الرهن الحيازي.	74

ثالثا: المقاصة.	74
رابعا: إتحاد الذمة.	75
الفرع الثاني: انقضاء الرهن الحيازي دون الوفاء.	75
أولا: الإبراء.	75
ثانيا: التقادم.	76
المطلب الثاني: انقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية:	76
الفرع الأول: تنازل الدائن عن حقه.	76
الفرع الثاني: تملك الدائن للشيء المرهون	76
الفرع الثالث: هلاك محل الرهن الحيازي	76
الخاتمة	77
قائمة المصادر والمراجع	79