جامعة محمد الصديق بن يحي– جيجل

كلية الحقوق والعلوم السياسية– قسم الحقوق

السنة الثالثة قانون خاص: الفوجين 03– 04

الأستاذة: بلجودي أحلام

ملخص حول دروس الأعمال الموجهة في مادة التأمينات

المحور الأول: عقد الكفالة

تمهيد:

ويقصد بالتأمينات الشخصية الالتزامات الشخصية التي تضاف إلى التزام المدين، وهي عبارة عن ضم ذمة إلى ذمة أخرى لضمان حق الدائن، وقد يكون هذا التعدد أو الضم على قدم المساواة، أي يكون المدينون ملزمين جميعا في الدرجة الأولى، ويتحقق ذلك في حالة التضامن بين الدائنين وعدم قابلية الالتزام للانقسام، والإنابة في الوفاء.

وقد يكون هذا التعدد أو الضم ليس على قدم المساواة، وإنما تختلف درجة مسؤولية المدنيين من الوفاء بالتزام، فتكون مسؤولية بعضهم في الدرجة الأولى ولا تأتي مسؤولية البعض الآخر إلا في الدرجة الثانية، ويتحقق ذلك في الكفالة العادية.

والكفالة هي ضم ذمة الكفيل بالإضافة إلى حقه في الضمان العام على أموال مدينه الأصلي، وبذلك يصبح للدائن حق الضمان العام على أموال الكفيل بالإضافة إلى حقه في الضمان العام على أموال مدينه الأصلي.

المبحث الأول: مفهوم عقد الكفالة

المطلب الأول: التعريف بالكفالة

الفرع الأول: تعريف الكفالة

يمكن تعريف الكفالة بأنها عقد يتم بين شخص يسمى الكفيل ودائن شخص آخر، يلتزم الكفيل بموجبه أن يضمن للدائن الوفاء بالدين الذي له على المدين.

وقد عرفتها المادة 644 ق.م حيث تنص: "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه".

ويتضح من هذه المادة أن طرفي الكفالة هما الكفيل والدائن، أما المدين فليس طرفا في عقد الكفالة، فيصبح أن تتم الكفالة دون علمه ورغم إرادته.

ويلاحظ أنه لا يشترط أن يكون الدين الأصلي قد نشأ وقت إبرام عقد الكفالة، حيث يجوز العقد لكفالة الالتزامات المستقبلة، والالتزامات المعلقة على شرط. (م 650)

وإذا كانت المادة 644 تنص على أنه "إذا لم يف به المدين نفسه"، فلا يعني ذلك أن التزام الكفيل معلق على شرط واقف، هو عدم قيام المدين بالوفاء، وإنما المقصود بهذه العبارة أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي، وهذه التبعية تعني ارتباط التزام الكفيل بالتزام المدين في وجوده وفي مصيره، ولا تفي أن التزام الكفيل بالضمان منذ إبرام عقد الكفالة هو التزام منجز.

الفرع الثاني: خصائص عقد الكفالة

أولا: الكفالة ضمان شخصي

والكفالة هي الصورة النموذجية للتأمينات الشخصية، والهدف منها هو تأمين دائن على حقه قبل مدينه، وهو شخص آخر غير الكفيل الذي يتعهد بالوفاء بدين هذا المدين مما يزيد ثقة الدائن في الحصول على حقه، وبذلك يتحقق الضمان.

ومعنى أن الكفالة عقد ضمان شخصي هو أن التزام الكفيل بضمان حق الدائن يترتب في ذمة الكفيل شخصيا، فيكون مسؤولا عن الوفاء بهذا الدين من كل أمواله، لأن الكفالة تؤدي إلى ضم ذمة الكفيل غلى ذمة المدين، ولذلك فإن مخاطر الضمان العام التي يتعرض لها الدائن في رجوعه على المدين يتعرض لها في رجوعه على الكفيل وهي إعسار المدين أو إعسار الكفيل، غير أن قيمة الكفالة تتحدد بدرجة يسر الكفيل ومركزه.

ثانيا: الكفالة عقد تابع

ومعنى ذلك أن التزام الكفيل ينشأ تابعا لالتزام المدين وهو الالتزام الأصلي الذي يهدف التزام الكفيل إلى ضمان الوفاء به.

ويترتب على هذه التبعية أن الدائن لا يستطيع الرجوع على الكفيل إلا بعد الرجوع على المدين (م 660)، ويترتب أيضا على ذلك أن التزام الكفيل يكون فيف حدود التزام المكفول، فلا يجوز أن يكون التزام الكفيل بمبلغ أكبر أو بشرط أشد، ولكن يجوز أن يكون بمبلغ أقل او بشروط أخف (م 652).

كذلك يترتب على صفة التبعية أن الكفيل يستطيع التمسك بالدفوع التي للمدين الأصلي، وإذا أبطل الالتزام الأصلي فإن التزام الكفيل يسقط، كما أنه لا يصح أن يكون التزام الكفيل منجز إذا كان الالتزام الأصلي معلقا على شرط أو مضاف إلى أجل.

فإذا كان التزام الكفيل أكبر أو أشد عبئا من التزام المدين الأصلي فلا يبطل ولكن يجب انقاصه حتى يعادل التزام المدين.

ثالثا: الكفالة عقد ملزم لجانب واحد

الصورة المعتادة للكفالة أنها تنشئ التزام واحد يقع على عاتق الكفيل، أما الطرف الآخر لعقد الكفالة وهو الدائن فلا يلتزم بشيء مقابل لالتزام الكفيل.

غير أنه يجوز أن تكون الكفالة ملزمة لجانبين إذا التزم الدائن بالتزام مقابل التزام الكفيل بموجب عقد الكفالة، سواء كان هذا الالتزام لمصلحة المدين أو لمصلحة الكفيل.

وغالبا أن يكون الالتزام المقابل لمصلحة المدين، كما في حالة التزام الدائن بمنح المدين قرضا جديدا مقابل الكفالة أو يعطيه أجلا أو يتخلى عن الرهن المقدم منه لضمان الدين، ففي هذه الحالات يعتبر عقد الكفالة عقد ملزما لجانبين.

رابعا: الكفالة عقد من عقود التبرع

الصورة المعتادة للكفالة هي أن يقوم الكفيل بالتزامه دون مقابل، وبذا تكون الكفالة بالنسبة إليه من أعمال التبرع، وتطبق عليها قواعد التبرع من حيث الأهلية اللازمة لإبرام عقود التبرعات، وكذلك من حيث الطعن بالدعوى البوليصية.

أما بالنسبة للدائن فتعتبر الكفالة من الأعمال النافعة نفعا محضا، أو عملا متردد بين النفع والضرر إذا أعطى المدين أجلا.

وتصبح الكفالة من عقود المعاوضة بالنسبة للكفيل إذا التزم بها نظير مقابل سواء كان هذا لمقابل من الدائن أو من المدين، وذلك بشرط أن يظهر استحقاق الكفيل هذا المقابل.

خامسا: الكفالة عقد رضائي

حيث نعقد الكفالة بمجرد أن يتبادل المتعاقدان إرادتيهما المتطابقتين، واشترع المشرع في المادة 645 إثبات الكفالة بالكتابة لا يطعن في رضائية العقد ما دام لا تشترط هذه الكتابة عند إبرام العقد.

الفرع الثالث: تمييز الكفالة عن بعض المفاهيم المشابهة

أولا: الكفالة والتعهد عن الغير

التعهد عن الغير عقد بين شخص يلتزم أحدهما وهو المتعهد بأن يجعل شخصا ثالثا يلتزم في مواجهة المتعاقد معه، وقد نصت المادة 114 على التعهد عن الغير، وقد يعتقد أن المتعهد عن الغير كفيل للشخص الذي تعهد بالحصول على قبوله، ولكن الفرق بينهما ان الكفالة التزام أصلي على

المدين، والكفيل التزامه تبع الالتزام الأصلي، فيلتزم الكفيل بالوفاء إذا لم يوف به المدين وله أن يرجع على المدين بما أوفى به.

وهذا يختلف عن التعهد عن الغير، فليس هناك مدين أصلي والمتعهد عنه قد يقبل أو يرفض موضوع التعهد، وفي حالة الرفض يلتزم بتعويض المتعاقد معه دون أن يكون له الحق في الرجوع على المتعهد عنه.

ثانيا: الكفالة وعقد التأمين

قد تشتبه الكفالة مع نوع من التأمين، وهو تأمين الائتمان، الذي بموجبه يؤمن الدائن لدى شركة تأمين ضد إعسار مدينه، فالشركة هنا تبدو كأنها كفيل يضمن الوفاء بالدين إذا لم يوف به المدين الأصلي.

ولكن الفرق بينهما أن التزام شركة التأمين ليس التزاما تابعا بل هو التزام أصلي مصدره عقد التأمين، ومحله هو التعويض عن الضرر الذي يصيب الدائن من ضرر إعسار مدينه، وسببه ما يدفعه الدائن من أقساط للشركة، وعندما تدفع الشركة التعويض للدائن فإنها لا ترجع على المدين كما هو الحال في الكفالة.

ثالثا: الكفالة والتضامن

يختلف التزام الكفيل عن التزام المدين بالتضامن، ويتضح الفرق في حالة الكفالة العادية، فالدائن لا يستطيع مطالبة الكفيل إلا عد مطالبة المدين، وله الدفع بتجريد المدين من أمواله إذا ما طولب.

وحتى في حالة تنازل الكفيل عن حقه في التجريد فإن التزام المدين المتضامن يختلف عن التزام الكفيل، لأن التزامه بالدين يكون مع المدين الأصلي ويساويه، أما التزام الكفيل فهو التزام تابع للالتزام الأصلي ويرتبط معه وجودا وعدما، ويترتب على هذه التبعية أنه في حالة إبراء الدائن مدينه فإن ذمة الكفيل تبرأ (م654)، أما في حالة المدين المتضامن فلا تبرأ ذمته إذا أبرأ الدائن المدين الأصلي إلا إذا صرح الدائن بذلك (م227).

المطلب الثاني: أنواع الكفالة (تقسيمات الكفالة)

الفرع الأول: الكفالة المدنية والكفالة التجارية

إن الكفالة تعتبر بالنسبة للكفيل عملا مدنيا دائما حتى ولو كان الكفيل تاجرا ولو كان الدين المكفول تجاريا، وقد نصت على ذلك المادة 1/651 ذلك لان الأعمال التجارية تستهدف الربح وتقوم على المضاربة، والكفالة في الأصل هي من أعمال التبرع فهي لا تدخل في الأعمال التجارية، غير أنه إذا

كان الكفيل تاجرا ويحترف الكفالة بمقابل فتكون كفالته في هذه الحالة عملا تجاريا ككفالة البنك دين أحد الأشخاص نظير مقابل يتمثل في عمولة.

الفرع الثاني: الكفالة الكاملة والكفالة الجزئية

تكون الكفالة كاملة إذا التزم الكفيل بضمان الدين الأصلي كله، كما أن الكفالة غالبا من تكون على هذه الصورة (فيتحدد التزام الكفيل في مضمونه وفي مقداره طبقا للالتزام المكفول).

وقد تكون الكفالة جزئية، وفي هذه الحالة يقتصر التزام الكفيل على ضمان جزء من الدين، بحيث لا تقوم الكفالة بالنسبة لما بقي على المدين للدائن.

الفرع الثالث: الكفالة الاتفاقية والقانونية والقضائية

التزام الكفيل بضمان الدين الأصلي ينشأ عن عقد الكفالة الذي يتم بينه وبين الدائن، ولذلك فإن التزام الكفيل هو التزام إرادي في جميع الأحوال.

أولا: الكفالة الاتفاقية

وتكون كذلك إذا التزام المدين للدائن بتقديم كفيل يضمن دينه، ويحدث هذا غالبا في حالة رفض الدائن إعطاء المدين قرضا أو منحه أجلا.

ثانيا: الكفالة القانونية

وتكون في الحالة التي يوجب فيها القانون على المدين تقديم كفيل للدائن، ومثاله ما نصت عليه المادة 851.

ثالثا: الكفالة القضائية

وتكون الكفالة قضائية في الحالات التي يكون مصدر التزام المدين فيها بتقديم كفيل هو حكم قضائي (المادة 2/717).

أهمية التمييز بين هذه الأنواع:

إن الكفالة القانونية والقضائية أحكاما خاصة لا يؤخذ بها في الكفالة الاتفاقية (المادة 667) في حين أنه إذا تعدد الكفلاء في الكفالة الاتفاقية يكونون غير متضامنين، إلا إذا تم الاتفاق على ذلك في عقد الكفالة.

إن الكفالة القانونية والقضائية تجعل الكفيل متضامنا مع المدين، ويترتب على هذه التضامن أن الدائن له حق الرجوع على الكفيل أولا قبل الرجوع على المدين.

الفرع الرابع: صور خاصة للكفالة:

أولا: الكفالة البسيطة والمشددة:

الكفالة المشددة:

فقد يكون التزام الكفيل أشد من التزامه في الكفالة العادية، وهذه هي صورة الكفالة المشددة، وفيها يتنازل الكفيل عن أمواله قبل التنفيذ على أموال المدين، ويجب في هذه الحال أن يكون الاتفاق صريحا أو ضمنيا على نزول الكفيل عن حقه هذا، وعند الشك يفترض أن الكفيل لم ينزل عن هذا الحق.

الكفالة البسيطة:

فيجب على الدائن الرجوع أولا على المدين الأصلي قبل رجوعه على الكفيل، ولا يلتزم هذا الأخير إلا بالجزء الباقي من الدين، وعلى الدائن إثبات أنه حاول الحصول على حقه من المدين بكل الوسائل الممكنة دون جدوى، وأن الجزء الذي لم يحصل عليه لم يكن نتيجة تقصير منه.

ثانيا: الكفالة المؤقتة

أي أن تكون مؤقتة بمدة زمنية معينة، وفي هذه الحالة تبرأ ذمة الكفيل بمضي المدة المتفق عليها إذا لم يقم الدائن باتخاذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين، وعلى الدائن إخطار الكفيل بعد الانتهاء من الإجراءات بأنه سيرجع عليه بما لم يستطع الحصول عليه من المدين.

ثالثا: كفالة الكفيل

في هذه الصورة يبرم الدائن عقد كفالة مع كفيل ثاني ويلتزم بموجبه هذا الأخير بضمان التزام الكفيل الأول، ولا يستطيع الدائن الرجوع على كفيل الكفيل إلا بعد رجوعه على الكفيل الأصلي، وإذا كان الكفيل الأصلي قد تنازل عن حقه في الدفع بالتجريد فلا يحق لكفيل الكفيل التمسك بهذا الدفع في مواجهة الدائن، وإذا أوفى كفيل الكفيل فله الرجوع على كل من المدين الأصلي والكفيل الأصلي.

رابعا: كفالة الرجوع

إذا وفى الكفيل للدائن في الكفالة العادية، فإنه يرجع على المدين الأصلي بما أوفى به، وقد يخشى الكفيل عدم الحصول من المدين بما أوفاه للدائن، ولذلك يبرم الكفيل عقدا مع كفيل ثان يضمن الأخير للكفيل الأول بما يرجع به على المدين.

خامسا: كفالة التزامات الخدمة

وهذا النوع يستهدف كفالة ما قد ينشأ مستقبلا في ذمة موظف من التزامات بسبب وظيفته، وفي العمل فإن هذا النوع قد يأخذ صورة تأمين نقدي يودعه الموظف ضمانا لما قد ينشأ من ديون في ذمته بسبب وظيفته، وفي هذه الحالة لا نكون بصدد كفالة بل نكون بصدد رهن حيازي.

أما إذا كانت المبالغ المودعة من غير الموظفين فنكون هنا بصدد كفالة.

المبحث الثاني: أركان الكفالة

المطلب الأول: الرضا في الكفالة

الكفالة عقد رضائي، فبمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين بأن يتعهد الكفيل بأن يفي بالتزام المدين إذا لم يف به المدين.

الفرع الأول: الأهلية اللازمة لطرفي العقد

تختلف الأهلية اللازمة لإبرام الكفالة بالنسبة للكفيل عنها بالنسبة للدائن، فالكفالة بالنسبة للكفيل تتم **في الأصل تبرعا**.

أهلية الكفيل

الكفالة بالنسبة للكفيل تتم في الأصل تبرعا، ولذا تلزم فيه أهلية التبرع، أي أهلية الأداء الكاملة، وإن كان الكفيل صبيا مميزا أو من هو في حكمه فإن الكفالة تقع باطلة بطلانا مطلقا، أما إذا كانت بعوض فتكون قابلة للإبطال.

وتقضي القواعد العامة بأن الرضا بالكفالة يجوز أن يكون صريحا أو أن يكون ضمنيا (م 60)، أما بالنسبة للكفيل ونظرا لخطورة التزامه تشترط بعض التشريعات كالقانون الفرنسي أن يكون رضاؤه بالكفالة صريحا، ولأنه لا يوجد نص مماثل في القانون الجزائري، فإن جانب من الفقه يميل إعمال القواعد العامة، فكما يكون رضا الكفيل صريحا يكون ضمنيا، ولا يمكن أن تتطلب الإرادة الصريحة، إلا في الأحوال التي ينص فيها القانون أو الاتفاق على ذلك،.

إذا فقد الكفيل أهليته بعد إبرام العقد فإنها تظل قائمة وصحيحة ولا يطالب المدين بتقديم مدين أو تأمين آخر.

الفرع الثاني: شروط الكفيل

تنص المادة 646 على أنه: "إذا التزم المدين بتقديم كفيل وجب أن يقدم شخصا موسرا ومقيما بالجزائر، وله أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا".

أولا: يسار الكفيل

يشترط أن يكون الكفيل موسرا، لأنه لو كان معسرا لن تكون هناك فائدة للدائن من الكفالة، والمقصود بيسار الكفيل، أن تكون لديه من الأموال ما يكفي للوفاء بالدين المكفول، سواء أكانت هذه الأموال عقارية أو منقولة، وتكون قابلة للحجز عليها.

ولا يظهر نص المادة 646 اشتراط وجود أموال الكفيل في الجزائر، مع أن تطلب هذا الشرط كان أهم لحماية الدائن من شرط إقامة الكفيل في الجزائر.

ثانيا: الإقامة في الجزائر

ويشترط أن يكون الكفيل مقيما في الجزائر، والمقصود بالإقامة هنا الإقامة المعتادة في الجزائر، فلا تكون إقامته فيها عارضة، وذلك مراعاة لمصلحة الدائن وللتسهيل عليه عند مطالبته للكفيل.

ويرى بعض الفقه أن إعسار الكفيل أو تغيير موطنه يؤدي إلى سقوط أجل الدين (م 211) لأن التأمينات قد ضعفت بسبب لا دخل لإرادة المدين فيه ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا إما إذا كان المدين قد قدم كفيلا عينه الدائن بنفسه.

ثالثا: تقديم تأمين عيني بدلا من الكفيل

ويتضح من نص المادة 646 أن المدين الملتزم بتقديم كفيل يستطيع أن يقدم بدلا منه تأمينا عينيا كافيا، وليس للدائن أن يعترض على ذلك، لأن التأمين العيني أبلغ أثرا في ضمان حقوقه، وكفاية التأمين العيني المقدم مسألة موضوعية تخضع لتقدير القاضي.

المطلب الثاني: محل الكفالة

الفرع الأول: وجود الالتزام المكفول

الكفالة تفترض وجود التزام أصلي، وضمان الوفاء بهذا الالتزام الأصلي هو محل التزام الكفيل، وحتى يكون التزام الكفيل موجودا فإنه يجب أن يكون الالتزام المكفول موجودا. وإذا لم يوجد الالتزام الأصلي أو وجد ثم انقضى قبل إبرام عقد الكفالة، فإنها لا تنشأ لانعدام وجود محل لها، ولا يوجد الالتزام الأصلي إلا إذا كان المحل صحيحا أو مشروعا، فإذا نشأ عن عقد باطل كهبة لم تستوف شكلها المطلوب، أو كدين قمار، فإنه يكون غير موجود ومن ثم لا يصلح لان يكون محلا للكفالة. (المادة 648)

أولا: كفالة الالتزامات الناشئة عن عقد قابل للإبطال

الالتزام الناشئ عن عقد قابل للإبطال لنقص أهلية المدين أو بعيب شاب رضاه يكون موجودا وبالتالي تصح كفالته، غير أن تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول تجعل مصيره مرتبط بمصير هذا الالتزام المكفول، فإذا ما حاز المدين العقد القابل للإبطال أو سقط حقه في الإبطال أو التقادم فإن الالتزام الأصلي المكفول بتأكد وجوده، وبالتالي وجود التزام الكفيل، أما إذا تقرر إبطال العقد بناء على طلب من تقرر لمصلحته الإبطال فإن الالتزام المكفول يزول بأثر رجعي، ويبطل عقد الكفالة الذي أبرم لضمان الوفاء به، ولكن إذا كان الكفيل على علم بسبب الإبطال كفل علاوة على ضما نالوفاء بالالتزام المكفول، عدم تمسك المدين بالإبطال فيكون قد نفذ التزامه.

ثانيا: كفالة التزام ناقص الأهلية

إذا تقدم كفيل لكفالة التزام ناقص الأهلية، فإنه نميز بين الحالات الثلاثة:

1– الحالة الأولى:

أن يكون الكفيل لا يعلم بنقص أهلية المدين، فاعتقد أنه كامل الأهلية، وفي هذا الفرض يكون الكفيل قد وقع في غلط في سن المدين، وهو غلط في صفة جوهرية، يجيز له طلب إبطال عقد الكفالة إذا توافرت شروط الإبطال للغلط.

2– الحالة الثانية:

أن يكون الكفيل يعلم بنقص أهلية المدين وقصد بالكفالة ضمان الوفاء بهذا الالتزام، وفي هذه الحالة تطبق الأحكام العامة في الكفالة، ويكون مصير التزام الكفيل مرتبط بمير التزام المدين.

3– الحالة الثالثة:

حيث يكون الكفيل عالما بنقص أهلية المدين وقصد بالكفالة تأمين الدائن ضد خطر تمسك المدين بنقص أهليته، وقد نصت على هذه الحالة المادة 649، وإذا توافرت شروط هذه المادة وقضي بإبطال التصرف الذي أبرمه ناقص الأهلية بتمسكه بذلك، فإن التزام الكفيل لا يسقط تبعا لذلك، بل يظل ملتزما بوفاء الدين الأصلي، وفي هذه الحالة يصبح الكفيل ملتزما بصفته مدينا أصليا، ، ويفسر الفقه ذلك بنظرية تحول العقد (المادة 105).

ثالثا: كفالة الالتزام المستقبل

المادة 650 تنص على أنه: "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 ينشأ".

ويتضح من الفقرة الأولى من هذه المادة جواز كفالة الالتزام المستقبل، ويشترط في هذه الحالة أن يتحدد مقدار الدين المكفول، وفي هذه الحالة تنشأ معلقة على شرط واقف هو نشوء الالتزام الأصلي، والكفيل في الدين المستقبل إما أن يكون قد عين مدة للكفالة، وإما أن يكون قد قدم كفالة دون تحديد لمدة، ففي الحالة الاولى يكون الكفيل ضامنا لما ينشأ من التزامات في ذمة المدين خلال المدة المحددة بشرط ألا تجاوز الحد الأقصى للمبلغ الوارد في كفالته، فإذا انقضت المدة دون أن ينشأ الدين الأصلي برئت ذمة الكفيل نهائيا، أما إذا لم ينشأ في ذمة المدين إلا جزء من الدين المتفق على كفالته، فإن ضمان الكفيل يقتصر على هذا الجزء.

رابعا: كفالة الالتزام الشرطي

نصت المادة 650 على جواز كفالة الالتزام الشرطي، ومعنى ذلك أن التزام المدين المعلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ يمكن ضمانه بالكفالة ولكن تبعية التزام الكفيل تجعل مصير هذا الالتزام مرتبط بمصير الالتزام المكفول نتيجة لتحقق الشرط أو تخلفه.

خامسا: كفالة الالتزام الطبيعي

إذا كان الالتزام الطبيعي لا يلزم المدين بأدائه، فلا يتصور أن يضمن شخص آخر الوفاء به إذا لم يؤده المدين، وبمعنى آخر لا يتصور كفالة الالتزام الطبيعي، لأن الكفالة في هذه الحالة يترتب عليها بأن يلتزم الكفيل بالتزام واجب الوفاء به، مع أن الدين المكفول ليس واجبا قانونيا على المدين أداؤه، وهذا ما يناقض تبعية الكفالة للالتزام الأصلي، إذ يترتب على هذه التبعية الا يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين الأصلي (المادة 625).

ويلاحظ أن التزام الكفيل إذا كان لا يمكن أن ينشا من البداية التزاما طبيعيا فإنه يمكن أن يصير كذلك تبعا لتحول التزام المدين إلى التزام طبيعي، فإذا تقادم التزام المدين وانقلب إلى التزام طبيعي، فإن التزام الكفيل يصبح طبيعيا كذلك، فإذا وفى به عن اختيار فيعتبر هذا الوفاء صحيحا ولا يستطيع الكفيل استرداد ما دفع (المادة 162).

غير أنه إذا تقدم شخص لكفالة التزام وهو يعلم أنه التزام طبيعي، فإنه لا يعتبر كفيلا ولكن يعتبر مدينا أصليا بدين مدني سببه الالتزام الطبيعي.

الفرع الثاني: تعيين محل التزام المكفول

لكي يتعين التزام الكفيل لا بد من تعيين الالتزام المكفول الذي تعقد الكفالة لضمان الوفاء به والالتزام المكفول يتعين بتعيين طرفيه ومحله ومصدره.

– يجب أولا تعيين طرفي الالتزام الأصلي، فضرورة تعيين المدين لكي يعرف الكفيل الشخص الذي سيرجع عليه إذا ما اضطر للوفاء للدائن للالتزام المكفول.

– تعيين مصدر الالتزام وذلك بذكر الواقعة القانونية التي أنشأت هذا الالتزام، فيذكر أن مصدر الدين المكفول عقد قرض، أو أنه تعويض عن فعل ضار أو الإثراء بلا سبب أو القانون.

ولا يشترط أن يكون محل الالتزام المكفول معينا تعيينا دقيقا في جميع الأحول بل أن يكون قابلا للتعيين، ومثاله كفالة ما سيقترضه شخص من مصرف في حدود مبلغ معين أو خلال مدة معينة، وكما في كفالة ما ينشأ في ذمة المسؤول عن فعل ضار من تعويض للدائن (المضرور).

ويجوز أن يتفق الدائن والكفيل على أن يكون التزام الأخير مختلفا في مقداره أو في شروطه أو في أوصافه عن الالتزام الأصلي، ويراعي في هذه الحالة ما تقتضيه صفة تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي (م652)، مع الإشارة إلى أنه إذا عقدت بشروط أشد من شروط الالتزام المكفول فلا يترتب على ذلك بطلانها، بل تكون صحيحة في حدود الالتزام الأصلي.

ملحقات الدين والمصروفات:

إذا لم يحدد الاتفاق نطاق الكفالة، فإنه يتحدد بحكم القانون، وتكون في هذه الحالة الكفالة مطلقة، أو غير محددة فتنصب على الدين المكفول بمقداره وأوصافه وملحقاته طبقا لما تقضي به المادة 653.

ويتضح أن القانون يجعل على الكفيل علاوة على ضمان الدين الأصلي، ضمان الملحقات والمصروفات التي أشار إليها نص المادة المذكورة هي:

1. ملحقات الدين، وهي التعويضات التي يلتزم بها المدين بسبب إخلاله بالتزامه.
2. مصروفات المطالبة الأولى، وهي التي ينفقها الدائن في مطالبة المدين بالوفاء وتشمل تكاليف الإعذار ورسوم رفع الدعوى ومصروفاتها، أي تشمل المصاريف السابقة على المطالبة القضائية مع نفقات هذه المطالبة.
3. ما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل بما اتخذه الدائن من إجراءات ضد المدين.

المبحث الثالث: آثار الكفالة

المطلب الأولى: علاقة الكفيل بالدائن

الفرع الأول: مطالبة الكفيل وأوجه الرد عليها

العلاقة بين الكفيل والدائن كأثر لعقد الكفالة تظهر في أن الدائن يستطيع مطالبة الكفيل والكفيل يستطيع أن يدفع هذه المطالبة بكل ما من شأنه أن يؤدي إلى براءة ذمته.

أولا: مطالبة الدائن للكفيل

متى تجوز المطالبة:

لا تجوز مطالبة الدائن للكفيل إلا عند حلول أجل الدين، وعادة يكون أجل التزام الكفيل هو نفس أجل الالتزام الأصلي المكفول، ولكن قد يكون لالتزام الكفيل أجل يختلف عن أجل التزام المدين، فإذا كان هذا الأجل لاحق لأجل الالتزام الأصلي فإن الدائن لا يستطيع مطالبة الكفيل إلا عند حلول أجل التزامه، وفي حالة امتداد الأجل بإرادة الدائن أو بحكم القضاء، فإن الكفيل يستفيد من ذلك ولا يستطيع الدائن مطالبة الكفيل قبل حلول الأجل الجديد.

ويثور التساؤل عن أثر سقوط أجل الالتزام الأصلي المكفول لأحد الأسباب التي تحددها المادة 211، وهذا التساؤل يفترض بطبيعة الحال أن الأجل واحد بالنسبة للالتزام الأصلي والتزام الكفيل، إذ أنه في حالة اختلاف الأجلين، يبقى أجل التزام الكفيل، إذ أنه في حالة اختلاف الأجلين، يبقى أجل التزام الكفيل ولا يتأثر بسقوط أجل الالتزام الأصلي.

والرأي الراجح في الفقه يجب التفرقة، فإذا كان سبب سقوط أجل الدين يرجع إلى فعل المدين، كما إذا لم يقدم ما وعد به من تأمينات أو أضعفها بفعله فإن أجل التزام الكفيل لا يسقط، أما إذا كان سقوط الأجل بسبب لا يرجع إلى إرادة المدين، كما في حالة الإفلاس وإضعاف التأمينات بسبب خارج عن إرادته، فإنه في هذه الحالة يسقط أجل التزام الكفيل تبعا لسقوط أجل الالتزام الأصلي، ونحن من جانبنا نأخذ بهذا الرأي الاخير.

مطالبة المدين قبل الكفيل أو معه:

تنص المادة 1/660 "لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين"، يتضح من هذا النص أنه لا يجوز للدائن أن يطالب المدين أولا، وله الجمع بين المدين والكفيل في المطالبة، ولذا فإن مطالبة الدائن الكفيل قبل مطالبته المدين يترتب عليه عدم قبول دعواه.

والمقصود بالرجوع في النص المذكور المطالبة القضائية، وبمعنى آخر أن يرفع الدائن الدعوى على المدين ليحصل على حكم يلزمه بالوفاء، لذا لا يكفي إعذار المدين لكي يرجع الدائن على الكفيل.

ويلاحظ أن الزام الدائن برفع الدعوى مع أو قبل الرجوع على الكفيل لا يكون ضروريا إذا كان حقه ثابتا بسند رسمي، في هذه الحالة يكفي أن يكون الدائن قد قام بالبينة على المدين بالوفاء، كذلك الحال إذا أفلس المدين وامتنع على دائنيه اتخاذ إجراءات فردية ضده، فإنه يكفي تقدم الدائن بحقه في تفليسة المدين ليستطيع الرجوع على الكفيل.

وحق الكفيل في الدفع بعدم قبول دعوى الدائن ضده قبل مطالبة المدين يسقط إذا كان الكفيل متضامنا مع المدين، قياسا على المادة 669.

ثانيا: الدفوع التي للكفيل

ويقصد بدفوع الكفيل الأوجه التي يستطيع الكفيل أن يتمسك بها في مواجهة الدائن إذا طالبه بدفع الدين، وهناك ثلاثة أنواع من الدفوع يستطيع الكفيل التمسك بها:

1– الدفوع المتعلقة بالالتزام الأصلي المكفول:

أ– حق الكفيل في التمسك بجميع دفوع المدين:

المادة 1/654 تعطي للكفيل الحق في التمسك بجميع الدفوع التي يستطيع المدين التمسك بها في مواجهة الدائن، أما المادة 666 فتنص على أن للكفيل أن يتمسك بهذا النوع من الدفوع حتى ولو كان متضامنا مع المدين.

ومن هذه الدفوع ما يؤدي إلى بطلان الالتزام المكفول، أو إلى انقضاء الالتزام المكفول (كالوفاء، التقادم، الدفع بعدم التنفيذ)، أو التمسك بقابلية العقد الذي أنشأ الالتزام الأصلي المكفول للإبطال لأي عيب شاب رضاء المدين.

ويتمسك الكفيل بهذه الدفوع باسمه لا باسم المدين، والكفيل يستطيع التدخل في الدعوى التي يرفعها الدائن على المدين ليتمسك بدفع قد لا يتمسك به المدين نفسه، كما يحق له التمسك بهذه الدفوع حتى ولو نزل عنها المدين، فيحق له مثلا التمسك بتقادم الالتزام المكفول حتى لو كان المدين قد نزل عن حقه في التمسك بالتقادم، أما إذا أجاز المدين العقد القابل للإبطال فليس للكفيل الحق بهذا السبب.

ب– تمسك الكفيل بنقص أهلية المدين:

يتضح من ف2 من المادة 654 أن الكفيل لا يستطيع التمسك بنقص أهلية المدين إذا كان عالما بذلك وقت التعاقد، ولكن إذا تمسك المدين بنقص أهليته وحكم له بإبطال الالتزام الأصلي فإن الكفيل يستفيد من ذلك ويبطل التزامه تبعا، ويلاحظ أن حكم هذا النص يختلف عن المادة 649.

2– الدفوع المترتبة على عقد الكفالة:

أ– الدفع بعدم جواز مطالبة الكفيل وحده إلا بعد الرجوع على المدين:

ويجب توافر مجموعة من الشروط حتى يمكن للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع وهي: (المادة 660)

- عدم نزول الكفيل عن حقه في التمسك بهذا الدفع.
- ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين (المادة 669)
- وجوب وجود مصلحة للكفيل في التمسك بهذا الدفع، وذلك بأن يكون رجوع الدائن على المدين مجديا، فإذا كان المدين معسرا فليس للكفيل مصلحة في التمسك بهذا الدفع.

ب– الدفع بعدم اتخاذ الإجراءات ضد المدين:

المادة 1/657: ويتضح من هذا النص أن تأخر الدائن في الرجوع على المدين لا يترتب عليه سقوط حقه في مطالبة الكفيل، حتى ولو ترتب على هذا التأخير إضرار بالكفيل نتيجة إعسار المدين وتعذر رجوع الكفيل عليه، غير أن القانون لم يترك الكفيل دون حماية، فقد نص بموجب الفقرة 2 من المادة 657، حيث يستطيع الكفيل إذا حل أجل الدين وخشي أن يتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين أن ينذر الدائن باتخاذ الإجراءات، فإذا انقضت 06 أشهر من وقت الإنذار دون أن يقوم الدائن في اتخاذ هذه الإجراءات، برأت ذمة الكفيل، إلا إذا قدم المدين للكفيل ضمانا كافيا يضمن به الكفيل الرجوع على المدين إذا ما اضطر للوفاء للدائن.

ويطبق هذا الحكم في حالة إفلاس المدين، ولم يتقدم الدائن في التفليسة، فيدفع الكفيل مطالبة الدائن بعدم اتخاذ الإجراءات ضد المدين (المادة 658).

ج– الدفع بإضاعة التأمينات:

يتضح من نص المادة 656 أنه قد يقرر جزاء إضاعة الدائن التأمينات التي تكون لحقه قبل المدين لمصلحة الكفيل، فإذا أهمل الدائن في المحافظة على هذه التأمينات بأن أضاع بخطئه شيئا منها فإن ذمة الكفيل تبرأ بقدر ما أضاع الدائن من هذه الضمانات، وبالتالي يمكن للكفيل ان يدفع عند مطالبة الدائن له بإضاعة التأمينات إذا توافرت الشروط التالية:

- أن يكون الدائن قد أضاع تأمينا خاصا.

- أن تكون إضاعة التأمينات بخطأ من الدائن.
- ان يترتب على ذلك إضرار بالكفيل.

د– الدفع بالامتناع عن الوفاء حتى يقوم الدائن بما يفرضه عليه القانون لحماية حق الكفيل:

المادة 659، يلتزم الدائن أن يسلم الكفيل وقت وفائه بالدين بمستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع، وبمقتضى هذا النص فإنه إذا كان بيد الدائن منقول مرهون أو محبوس لضمان الوفاء بالدين، فيجب عليه أن يتخلى عنه للكفيل، أما إذا كان الدين مضمونا بتأمين عقاري، فيجب على الدائن ان يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين إلى الكفيل، وباعتبار أن هذه التزامات تقع على عاتق الدائن لمصلحة الكفيل، فإنه في حالة الامتناع الوفاء بها يمكن للكفيل دفع مطالبة الدائن بذلك.

هـ– الدفع بالتجريد: (المادة 660)

ولكي يستطيع الكفيل التمسك بالدفع بالتجريد يشترط ما يلي:

- ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين (المادة 665) في حين أن تضامن الكفيل مع غيره من الكفلاء لا يمنع كل منهم في التمسك بهذا الدفع، إلا إذا كانوا متضامنين مع المدين.
- يشترط تمسك الكفيل بهذا الدفع لأنه لا يتعلق بالنظام العام وقد نصت على ذلك المادة 2/660، ومع ذلك فلا يترتب نزول الكفيل عن حقه في التجريد (صراحة أو ضمنا) حرمان كفيل الكفيل من أن يتمسك في مواجهة الدائن بتجريد الكفيل من أمواله، وأيضا بتجريد المدين.
- أما الشرط الأخير هو إرشاد الكفيل على نفقته إلى أموال المدين الموجودة في الجزائر وغير المتنازع فيها وتكفي للوفاء بالدين كله (المادة 661).

وعلى ذلك لو كانت هذه الأموال لا تفي إلا بجزء من الدين فلا يقبل الدفع بالتجريد (المادة 1/277)، كذلك إذا كان هذه الأموال متعلقة بتكاليف كرهون... فلا تعتد بهذه الأموال.

وفي حالة إفلاس إو إعسار المدين فإن الدفع بالتجريد لا يقبل مهما كانت الأموال التي يكون الكفيل قد أرشد إليها، لأن حالة الإفلاس أو الإعسار تفرض عدم استيفاء الدائنين لكل حقوقهم عند التنفيذ على أموال المدين.

ويترتب على الدفع بالتجريد مجموعة من الآثار وهي:

- لا يجوز للدائن التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله.

- يجب على الدائن ان ينفذ على أموال المدين التي أرشد إليها الكفيل، وإلا أصبح مسؤولا اتجاه الكفيل عن إعسار المدين، إذا ترتب على عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب.
- وإذا تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد أثناء نظر الدعوى فإن المحكمة تقضي بعدم جواز التنفيذ على امواله، لا يعد تجريد المدين من أمواله، وإذا تمسك الكفيل بهذا الدفع أثناء التنفيذ على أمواله فتقضي المحكمة بوقف إجراءات التنفيذ.
- أما إذا أهمل الدائن في التنفيذ على أموال المدين في الوقت المناسب، وقد أدى ذلك إلى إعسار المدين، فلم يحصل على حقه، فيكون الدائن مسؤولا على ذلك أمام الكفيل وتبرأ ذمته بالقدر الذي كان يستطيع الحصول عليه من أموال المدين لو لم يحضر في ذلك (م662).

صور خاصة للدفع بالتجريد: (م 660–662)

ويشترط لتطبيق هذا النص أن تتوافر مجموعة من الشروط:

- أن يكون هناك تأمين عيني خصص قانونا أو اتفاقا لضمان الوفاء بالدين.
- يجب أن يكون هذا التأمين وارد على مال مملوك للمدين، ويرى بعض الفقه ان هذا الحكم ما هو إلا صورة خاصة من صور تجريد المدين من أمواله، مع بعض الفقه يرى انه لا يشترط ملكية المدين للمال الوارد عليه التأمين، وذلك لعدم صراحة النص.
- يجب أن يكون التأمين قد نشأ قبل الكفالة أو معها، إذ أنه في هذه الحالة يكون الكفيل قد أدخل في اختياره هذا التأمين الخاص عند إبرامه الكفالة مقدرا أنه لن يطالب إلا بما يجاوز قيمة هذا التأمين.
- كما يجب ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين.
- ويجب أن يتمسك الكفيل بوجوب تنفيذ الدائن أولا على المال الذي ترتب عليه التأمين العيني.

المطلب الثاني: الآثار التي تترتب على وفاء الكفيل للدائن

الفرع الأول: دعوى الكفالة أو الدعوى الشخصية

أولا: شروط رجوع الكفيل بدعوى الكفالة: (المادة 670–672)

1– أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين ودون اعتراض منه:

حيث يشترط أن تنعقد الكفالة لمصلحة المدين وليست لمصلحة الدائن وحده، كما يجب أن تكون الكفالة قد تمت دون معارضة المدين.

2– أن يكون الكفيل قد وفى الدين:

ويشمل الوفاء أيضا كل ما يقوم مقامه، كالمقاصة التي تقع بين الكفيل الدائن أو باتحاد الذمة أو إذا ورث الدائن، إما إذا أبرأ الدائن الكفيل أو تقادم دين الكفالة فإن الكفيل لا يكون قد وفى الدين أو قام بما يقوم مقام الوفاء بذلك فإنه لا يستطيع الرجوع على المدين.

3– أن يكون أجل الدين قد حل:

إذا وفى الكفيل الدين قبل حلول الأجل فإنه لا يستطيع الرجوع على المدين بمجرد الوفاء، والعبرة بأجل الدين الأصلي، فإذا منح الدائن المدين أجلا جديدا أو امتد الأجل بحكم القضاء فإن ذلك لا يمنع الكفيل الذي وفى من الرجوع على المدين عند حلول الأجل الأصلي، وإذا نزل المدين عن الأجل فيحق للكفيل التمسك بهذا النزول ويفي بحق الدائن فورا ويرجع على المدين.

4– ألا يقع من الكفيل تقصير يسبب ضررا للمدين: (م 670)

وهناك فرضين:

الفرض الأول: إخطار الكفيل المدين

وعند الإخطار على هذا الأخير الاعتراض إذا كان قد وفى الدين أو كانت له أسباب تقضي ببطلانه... وعلى الكفيل في هذه الحالة الامتناع عن الوفاء، أما إذا قام بالوفاء بالرغم من اعتراض المدين فإن حقه في الرجوع على المدين يسقط بكل ما وفى به أو بجزء منه إذا كان لدى المدين أسباب تؤدي إلى انقضاء الدين كله أو بعضه، وفي حالة عدم اعتراض المدين في الوقت المناسب فإنه لا يترتب ذلك.

الفرض الثاني: حالة عدم الإخطار

أما إذا لم يخطر الكفيل المدين قبل الوفاء، وكان للمدين أسباب تؤدي إلى انقضاء الالتزام أو بطلانه، فإنه في هذه الحالة يكون الكفيل مقصرا، ومن ثمة يتحمل نتيجة خطئه، فيسقط حقه في الرجوع على المدين.

مدى ما يرجع به الكفيل على المدين:

1. أصل الدين:

ويشمل مقدار الدين الأصلي، وكذلك فوائد هذا الدين، كما يشمل المصروفات التي أنفقها الدائن في مواجهة المدين.

2. المصروفات:

وتشمل كل ما أنفقه الدائن في الإجراءات التي اتخذها ضد الكفيل والتي اضطر هذا الأخير لدفعها، كمصروفات التنبيه بالوفاء، ورفع الدعوى، وكذلك مصروفات الإرشاد إلى أموال المدين عند التجريد، ومع ذلك فإن المدين لا يلتزم إلا ما أنفقه الكفيل بعد إخطار الكفيل له بالإجراءات التي اتخذت ضده، ومع ذلك يمكن للكفيل الرجوع على المدين بالمصروفات المطالبة الأولى كمصروفات التنبيه عليه بالوفاء ومصروفات رفع الدعوى...

3. مطالبة الكفيل المدين بالتعويض:

لا توجد إشارة في نص المادة 672 إلى التعويض، رغم أن المشرع الفرنسي قد نص صراحة إلى ذلك في المادة 2028، ومع ذلك فقد أجمع الفقه على جواز الكفيل بتعويض على المدين وإن كان بعض الفقهاء يشترطون سوء نية المدين.

الفرع الثاني: دعوى الحلول

أولا: شروط دعوى الحلول

من خلال المادة 671، فإن حكم هذا النص ليس إلا تطبيقا خاصا للقاعدة العامة التي وردت في المادة 261.

فيكفي لرجوع الكفيل بدعوى الحلول أن يكون قد وفى الدين، ويستوفي أن تكون الكفالة قد عقدت بعلم المدين أو دون علمه، أو رغم إرادته، وسواء كانت لمصلحة المدين أو لمصلحة الدائن، غير أن الفرق بينهما وبين الدعوى الشخصية التي تستند إلى الكفالة هو أنها لا تجوز إلا إذا كان الدائن قد استوفى كل حقه، بخلاف الدعوى الشخصية، حيث لمن وفى جزء من الدين الرجوع به على المدين، ومع ذلك فإن الدائن يستطيع السماح للكفيل الرجوع بدعوى الحلول قبل استيفاء كل حقه، ولا يشترط أن يكون الدائن قد استوفى ما بقي له من الكفيل نفسه، فقد يستوفي من المدين أو أي شخص آخر، وفي حالة استيفاء الدائن حقه من شخص له حق الحلول فإن هذا الشخص والكفيل يكونان على قدم المساواة.

ثانيا: آثار حلول الكفيل محل الدائن

أحالت المادة 671 فيما يتعلق بآثار الحلول إلى القواعد العامة، وبالذات المادة 261 وما بعدها، حيث يترتب على حلول الكفيل محل الدائن بما له من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكلفه من تأمينات وما يرد عليه من دفوع:

- يحل الكفيل محل الدائن في حقه ويرجع على المدين بهذا الحق، ولذلك يجب أن يكون حق الدائن لا زال قائما وقت الوفاء ليستطيع الكفيل الموفى أن يرجع به.
- يرجع الكفيل بحق الدائن بما له من خصائص (خاصة بالنسبة للأجل)، فإذا كان حق الدائن تجاريا كان رجوع الكفيل على أساس هذه الصفة، وإذا كان حق الدائن مزود بسند تنفيذي آخر، وأيضا مدة التقادم (309-310).
- يرجع الكفيل بحق الدائن بما يلحقه هذا الحق من توابع، كالفوائد، وأيضا الشرط الجزائي إذا كان الاتفاق الذي أنشأ الحق قد تضمنه، ويعتبر أيضا من التوابع ما يكون للدائن من حق في الطعن في تصرف المدين بالدعوى البوليصية إن توافرت شروطها.
- يحل الكفيل محل الدائن في حقه بما يكلفه من تأمينات (659).
- وأخيرا يحل الكفيل محل الدائن في حقه بما يرد على هذا الحق من دفوع، فيتمسك المدين في مواجهة الكفيل بما يستطيع المدين أن يتمسك بهذه الدفوع إذا كان الكفيل قد أخطره بأنه سيفي بالدين ولم يعترض على الوفاء في الوقت المناسب.

الفرع الثالث: رجوع الكفيل على المدينين عند تعددهم

أولا: حالة تعدد المدينين بلا تضامن

إذا تعدد المدينون بدين واحد دون تضامن بينهم فيجب أن نفرق بين:

- إذا كان الكفيل قد كفل جميع المدينين، فإنه إذا وفى الدين يستطيع الرجوع على كل منهم بقد نصيبه في الدين.
- إذا كان الكفيل قد كفل بعضهم فقط، فلا يستطيع الرجوع على الآخرين بدعوى الكفالة ولا بدعوى الحلول، ولكن إذا وفى حصتهم من الدين الرجوع عليهم بدعوى الإثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة.

ثانيا: إذا تعدد المدينون المتضامنين

إذا كان الكفيل قد كفلهم جميعا فيستطيع أن يطالب أي منهم بكل الدين سواء باستخدامه دعوى الكفالة أو دعوى الحلول (المادة 675).

إذا كان الكفيل قد ضمن بعض المدينين دون البعض الآخر فإنه يستطيع الرجوع بكل الدين على أي مدين ممن كفلهم بإحدى الدعويين.

أما بالنسبة للمدينين الذين لم يكلفهم فيستطيع الرجوع على كل منهم بدعوى الإثراء بلا سبب، كما يستطيع الرجوع بالدعوى غير المباشرة باسم المدين الذي كفله وفقا لأحكام الخاصة بالرجوع بين المدينين المتضامنين.

المحور الثاني: الرهن الرسمي

– إنعقاد الرهن الرسمي:

أولا: الأركان الموضوعية لعقد الرهن الرسمي

I– الأركان الموضوعية العامة:

1- ركن التراضي :

تراضي المتعاقدين هو الركن الأول للعقد الذي يعتبر ظاهرة مركبة تقتضي وجود إرادتين متطابقتين على الأقل ثم التعبير عنها وتبادلهما من قبل الأطراف ، فيندمج بعضها ببعض لتكون الإرادة المشتركة.

أ– وجود التراضي:

لا يكون التراضي موجودا إلا بتطابق الإرادتين بعد صدور الإيجاب و القبول وتوفر الأهلية اللازمة للانعقاد.

يمثل توافق الإرادتين العنصر الرئيسي في العقد و يكون التوافق الإرادتين بين الراهن (كان مدينا أو غيره) والدائن المرتهن على المسائل الجوهرية للعقد و هي :

- طبيعة العقد المرهون (هو عقد رهن رسمي).
- العقار المرهون (طبيعته وموقعه).
- الدين المضمون(مصدره ومقداره).

فإذا لم يكون هناك توافق في الإرادة حول أحد هذه المسائل حالة ذلك دون وجود تراضي و بالتالي يكون العقد باطلا بطلانا مطلق.

ب– صحة التراضي:

– الأهلية اللازمة للانعقاد:

*** أهلية الراهن:**

حسب نص المادة 884 ق م :« يجوز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو شخصا آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين ... » .وفي كلتا الحالتين يجب ان يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف

فيه، وبهذا تختلف الاهلية اللازمة للرهن باختلاف الراهن في حد ذاته، أي مدينا أو كان غير مدينا وذلك بالنظر الى طبيعة التصرف(الرهن).

في حالة ما كان الراهن هو المدين فان الفقه يعتبر أن عقد الرهن يكون بمقابل رغم أنه ملزم بجانب واحد، مما يجعل الرهن بالنسبة للمدين الراهن دائرا بين النفع والضرر، ولذلك يكفي لانعقاده أن يكون المدين الراهن مميزا، أي بالغا سن 13 سنة كاملة (المادة 42 ق م) –كما ينعقد الرهن بإرادة من هو في حكم المميز كالمحجور عليه لسفه أو غفلة، لكن العقد وان كان منعقدا فانه غير صحيح .

أما إذا كان الراهن هو غير المدين أي كفيل عيني، فلا ينعقد في حقه إلا إذا كان كامل الأهلية أي بالغا عند إبرام ويجب أن لا يعتري أهليته أي عارض من العوارض سواءا التي تنقص الأهلية وإلا كان عقد الرهن الرسمي باطلا بطلانا مطلقا .

*** أهلية الدائن المرتهن:**

– إذا كان الراهن هو المدين: يعتبر الرهن الرسمي بالنسبة للمرتهن دائر بين النفع والضرر، لأنه يكون قد تحصل على الرهن لأنه منح قرض أو أجل للمدين ولإنعقاد الرهن في حقه يكفي أن يكون مميزاً أو من هو في حكمه (المحجور عليه لسفه أو غفلة).

– إذا كان الراهن غير المدين : فالأصل أن العقد بالنسبة له نافعًا نفعًا محضًا، فلا يمس باعتبار العقد نافعا نفعا محضا للدائن منحه للمدين القرض أو الأجل لأن المدين في هذه الحالة يعتبر من الغير، ولكن رغم ذلك لا ينعقد العقد إلا إذا كان الدائن المرتهن مميزًا أو من في حكمه وإلا كان باطلا بطلانا مطلقا.

2– ركن المحل:

محل عقد الرهن هو الشيء المرهون، والذي 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.

3– ركن 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.

2– الأركان الموضوعية الخاصة:

سنتعرض للأحكام الخاصة بموضوع الرهن الرسمي من الأوجه التالية :

أ– تخصيص الرهن من حيث:

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

- تخصيص العقار المرهون:

يشترط في العقار المرهون رهنا رسميا أن يكون عقارا موجودا ومعينا تعيينا دقيقا و أن يكون عقارا مما يجوز التعامل فيه.

- 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.

ب– أهلية الراهن وملكيته للعقار المرهون:

–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.

– 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.

ثانيا: الشروط الشكلية للرهن الرسمي

إذا كان الأصل في العقود هو مبدأ الرضائية، بحيث أن العقد ينعقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، إلا أن في بعض الأحيان يتدخل المشرع ليشترط شكل معين لانعقاد بعض العقود وذلك مراعاة منه لاعتبارات جديرة بهذا الاهتمام، ومن بين هذه العقود الرهن الرسمي فهو يعتبر من العقود الشكلية، حيث تنص المادة 883 من القانون المدني على أنه :"لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي ..." ، ويفهم من هذا النص أن الشكلية مطلوبة لانعقاد الرهن الرسمي، ويقصد بهذا تحرير الرهن

من طرف ضابط عمومي في حدود اختصاصه وفقا للإجراءات التي يفوضها القانون في تحرير العقود الرسمية.

إن الرسمية تعتبر شرط لانعقاد الرهن وعلى ذلك فإنه يترتب على تخلفها بطلان العقد بطلانا مطلقا، وهذا العقد لا يتحول إلى وعد بتقديم رهن رسمي وذلك لان الوعد يجب أن يتوفر فيه الشكل الذي يتطلبه المشرع في العقد الموعود به، لكن هذا لا يمنع من أن العقد الذي لم يتوفر فيه الرسمية يخلف اتفاق منشئ لالتزامات شخصية يصلح للمطالبة بالتعويض أو بسقوط أجل الدين.

المبحث الثاني: آثار الرهن الرسمي

أولا: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للراهن

I– حقوق الراهن:

1– حق الراهن في مباشرة سلطة التصرف:

حسب ما نصت عليه المادة 894 ق م فإنه يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون على أن أي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن، ونميز في هذا الإطار بين ما يصدر من الراهن من تصرفات لا تؤثر في العقار المرهون ككيان مادي و تلك التي تؤثر عليه.

2– حق الراهن في مباشرة سلطة الاستعمال والاستغلال:

باعتبار الراهن مالك وحائز للعقار المرهون فله الحق في استعماله إلى حين التنفيذ عليه فيما ليس من شانه انتقاص أو إضعاف الضمان المقرر للمرتهن إضعافا كبيرا وذلك بالإقلال من قيمة العقار أو إضعافها فليس له أن يخرب العقار أو يتركه يتخرب بإهماله، وللدائن المرتهن طالما أن هذا الموقف يعرض حقوقه للخطر أن يعترض على مسلك الراهن وقد يأخذ هذا الاعتراض شكل طلب من الدائن المرتهن بتعيين حارس على العقار يتعهد بصيانته وحفظه.

II– التزامات الراهن:

1– الالتزام بإنشاء حق الرهن:

إذا كان الراهن مالكا للعقار المرهون نشأ حق الرهن لمصلحة المرتهن من تلقاء نفسه بمجرد انعقاد العقد و لا يتوقف على أي إجراء لاحق كإجراء القيد مثلا، لأن القيد واجب لنفاذ الرهن في مواجهة الغير وليس لنشأة الحق ذاته تطبيقا للمادة 902 قانون مدني جزائري .

2– التزام الراهن بضمان سلامة الرهن:

يتمثل التزام الراهن بضمان سلامة الرهن في التزامه بضمان تعرضه الشخصي للمرتهن وكذا ضمان تعرض الغير له سواء كان التعرض مادي أو قانوني باعتبار أن عقد الرهن الرسمي هو عقد ضمان.

– فإذا هلك أو أتلف العقار المرهون (كل ما يمس سلامته) ظهرت فكرة الضمان و قوامها أن الضمان واجب على الراهن و حق للمترهن وهذا يعني أنه في حالة وقوع مساس بالرهن ووقوع ضرر فعلا ولو كان راجعا لسبب أجنبي فإنه يتحمل نتيجة ذلك لأن الراهن ملزم بذلك و كان للمرتهن حقوق قررها المشرع الجزائري حماية له تتمثل في:

* حق الرجوع على الراهن .

* إنتقال حقه إلى ما يحل محل العقار المرهون

3– التزام الراهن بنفقات الرهن:

تنص المادة 883 /02 قانون مدني على أن مصاريف العقد تكون على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك"، إلا أن هذا النص ليس أمرا و لا متعلق بالنظام العام لذا يجوز الاتفاق على خلافة كأن يتفقا مثلا على تحمل المصاريف مناصفة مثلا.

ثانيا: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمرتهن

1– حقوق المترهن قبل حلول الأجل :

في هذه الفترة لا يكون للدائن المرتهن سوى الحق في مراقبة ما يترتب عليه المساس بحقه أو الإنقاص منه، فإذا حدث ذلك فله اتخاذ الإجراءات التحفظية اللازمة للمحافظة على العقار المرهون من التلف.

2– حقوق المرتهن بعد حلول الأجل:

إذا حل أجل الدين ولم يف المدين بالدين جاز للدائن المرتهن التنفيذ على العقار المرهون متبعا في ذلك إجراءات معينة فرضها القانون بحسب ما إذا كان الراهن مدينا أم كفيلا عينيا.

أ– إذا كان الراهن هو المدين:

في هذه الحالة إذا حل أجل الدين يطالب الدائن المرتهن المدين بالوفاء الاختياري للدين، ويعد هذا بمثابة تنبيه للمدين، وحسب المادة (612 ق إ م و إ) فإنه يجب أن يسبق التنفيذ الجبري التبليغ الرسمي للسند التنفيذي وتكليف المدين بالوفاء بالدين خلال 15 يوما.

ب– إذا كان الراهن هو شخص غير المدين:

باعتبار أن الراهن هو ضامن لدين الغير، فإن مسؤوليته تتحدد بالمال الذي قدمه ضمانا لدين المدين، ومن ثمّ لا يجوز للدائن المرتهن أن ينفذ على غيره من الأموال الأخرى المملوكة له.

ثالثا: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للغير

لا ينتج عقد الرهن أثره في مواجهة الغير إلا بتوافر شرط يتعلق بعلانية أو شهر الرهن الرسمي، وهذا الشهر يتم بقيد الرهن في مصلحة الرهون بالمحافظة العقارية، اذ يعتبر إجراءا جوهريا لسريانه في مواجهة الغير، فيمارس الدائن المرتهن لحقه في التقدم لاستفاء دنيه المضمون وحق التتبع والتنفيذ على العقار في يد الغير.

I– حق التقدم:

يعتبر حق التقدم أو الأفضلية جوهر الرهن الرسمي وذلك لأن الميزة الأساسية للرهن الرسمي هي السماح للدائن المرتهن التقدم في استفاء حقه على الدائنين العادين والدائبين التالين له في المرتبة وهذا ما نصت عليه المادة 882 قانون مدني.

ولقد جعل المشرع الجزائري نقاد الرهن في حق الغير مرتبط بشرط حدوث الواقعة المنشأة للأفضلية (الأولية)، ألا وهي حسب نص المادة01/904 ق م قيد العقد أو الحكم المثبت الرهن قبل أن يكسب الغير حقا عينيا على العقار المرهون.

ومحل حق الأفضلية هو ما يباشر عليه الدائن المرتهن حقه في التقدم، وهو بصفة أصلية ثمن العقار بعد بيعه بالمزاد العلني، إلا أن حق التقدم لا يرد على ثمن العقار فقط و إنما يرد على ملحقاته كذلك (العقارات بالتخصيص وحقوق الارتفاق والتحسينات والمنشآت وكذلك ثمار العقار المرهون).

يستوفي الدائن بطريقة الأفضلية مجموعة من الحقوق تتمثل في:

– أصل الدين : المبلغ الثابت في القيد .

–الفوائد المستحقة من وقت القيد.

–المصروفات: وتشمل نفقات الرهن وقيده وتحديده .

للدائن المرتهن أن يتقدم على الدائن العادي حتى لو كان دين هذا الدائن الأخير قد نشأ قبل القيد، أما التزاحم على الأفضلية فهو لا يكون إلا بين دائنين أصحاب حقوق عينية تبعية، فالتزاحم يقتضي المفاضلة بين دائنين اكتسب كل منهم تأمينا خاصا على العقا ،و قد أخذ المشرع الجزائري في فض هذا التزاحم بمبدأ الأسبقية في القيد، فقد رأينا أن المادة 01/904 ق م تقتضي بان مرتبة الرهن تحسب من وقت القيد.

ويكون للدائن المرتهن التنازل عن مرتبة الرهن، وهذا التنازل يرد على القيد وليس على الرهن ذاته، لذلك اشترط المشرع في نص المادة 910 ق م أن يكون المتنازل له رهن مقيد على نفس العقار، وأن لا يتم التنازل إلا في قدر دين المتنازل بما لا يضر بحقوق الدائنين الأخرين، وأن يؤشر بالتنازل على هامش قيد المتنازل عن مرتبته.

II– حق التتبع:

إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى الغير لأي سبب من الأسباب فللدائن المرتهن أن يستعمل الميزة التي يخولها له الرهن، وهي تتبع العقار في أي يد يكون للتنفيذ عليه، أو بعبارة أخرى يقصد بالتتبع حق الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار تحت يد من انتقلت إليه الملكية، المادة 01/911.

1– شروط مباشرته:

أ– حلول اجل الدين: يحل الدين بحلول أجله، أو للأسباب الأخرى المسقطة للأجل وفقا للمادة 211 ق م. ب– **يجب أن يكون الحائز مالكا للعقار المرهون:**

حق التتبع لا يمارس إلا في مواجهة الحائز بالمعنى المقصود في المادة 02/911 ق م، ولذلك فإنه يشترط لاعتبار الشخص حائزا أن تتوافر فيه الشروط التالية:

– أن يكون قد كسب ملكية العقار المرهون كله أو بعضه.

– أن يكون قد كسب الحق بعد قيد الرهن وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية.

– ألا يكون من شأن اكتساب الحائز لحقه إسقاط لحق الدائن المرتهن في التتبع.

–يجب أن يتم قيد الرهن قبل شهر التصرف، فإذا لم يتم الشهر أصلا فلا يعتبر حائزا و يتم التنفيذ في مواجهة الراهن دون اعتبار لهذا الغير.

2– إجراءات التتبع :

يجب إتباع إجراء خاصة في التنفيذ على الحائز بحكم انتقال ملكية العقار المرهون إليه والمشار إليها في المادة 923 ق م و المواد 731 إلى 735 (ق إ م و إ)، والتي تتمثل فيما يلي:

– التنبيه على المدين ينزع الملكية: المادة 923 ق م.

– إنذار الحائز: إنذارا رسميا بدفع الدين أو بتخليه العقار إلا جرى التنفيذ في مواجهة الحائز، فيشترط أن يكون هذا الإجراء (الإنذار بالدفع أو التخيلية) لاحقا على توجيه تنبيه نزع الملكية للمدين، المادة 923 ق م.

–تسجيل التنبيه والانذار:

أوجب المشرع تسجيل التنبيه والإندار الموجه للحائز في مكتب الشهر العقاري التابع لها العقار، ويودع هذا الأمر بالحجز على الفوز أو في اليوم التالي للتبليغ الرسمي كأقصى أجل، ويعد العقار أو الحق العيني العقاري محجوزا من تاريخ القيد المادة (725 /03 ق إ م و إ).

3– موقف الحائز من مباشرة حق التتبع:

أ– دفوع الحائز:

- **الدفوع المستمدة من عقد الرهن** : للحائز أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الرهن ذاته كبطلانه أو لخلل في القيد أو غيرها من الدفوع التي يمكن أن يستمدها من الرهن.
- **الدفوع المتعلقة بالدين** : حسب نص المادة 924 ق م فإنه نميز بين فرضين:

–حالة شهر سند الملكية قبل صدور الحكم الدين: وفي هذه الحالةّ إذا لم يكن الدائن قد اختصم الحائز فلا يكون الحكم حجة عليه لأنه من الغير، وله أن يتمسك بجميع الدفوع التي كان للمدين التمسك بها (924 /01 ق م) كبطلان الدين مثلا .

–حالة عدم شهر سند الملكية قبل صدور الحكم بالدين: وفي هذا الفرض يكون الحكم حجة على الحائز، ولا يمكنه التسمك إلا بالدفوع التي يمكن للمدين التمسك بها بعد صدور الحكم بالدين.

ب– الخيارات الممنوحة للحائز لوقف إجراءات التتبع:

* **قضاء الديون:** في بعض الحالات يكون من مصلحة الحائز أن يقوم بقضاء الديون التي يضمها الرهن كلها أو بعضهما اختياريا، لكن في حالات أخرى يجبر على ذلك.

* **تطهير العقار**: المادة 915 ق م في الفقرة الأولى

يفهم من هذا النص أن التطهير هو تحرير وتخليص الأموال العقارية من الرهون التي تحمل بها، ويتم ذلك عن طريق عرض الحائز لقيمة العقار المرهون الذي آل إليه على المرتهنين الذين تسري رهونهم في مواجهته، وحسب نص المادة **915 ق م** السالفة الذكر فإن حق التطهير يثبت فقط للحائز، والحائز وحده هو الذي يملك التطهير، وهو من يكسب ملكية العقار أو حق انتفاع عليه دون أن يكون مسؤولا مسؤولية شخصية عن الدين المضمون.

– إجراءات التطهير:

للحائز أن يطلب تطهير العقار ابتداءا من الوقت الذي يصبح فيه حائزا بصرف النظر عن حلول أو عدم حلول آجال الديون المقيدة التي يضمنها العقار المرهون، وحتى ولو قبل أن يوجه الدائن التنبيه إلى المدين أو الإنذار بالدفع والتخلية إلى الحائز.

ويبقى هذا الحق قائما إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع (المادة 02/915 ق م)، وقد حددت المادة 916 ق م البيانات التي يجب أن يشتمل عليها إعلان التطهير

– آثار التطهير: للدائنين المقيدة حقوقهم على العقار رفض العرض بالتطهير وإما قبوله.

– رفض عرض التطهير: يعتبر عرض التطهير مرفوضا برفضه من جانب أحد الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار أيا كانت مرتبته أو من جانب الكفيل الذي ضمن هذه الحقوق، والرفض لا بد أن يتخذ شكل طلب بيع العقار المعروض تطهيره بالمزاد، على أن يتم ذلك الطلب في 30 يوما من آخر إعلان رسمي، مضاف إليها آجال المسافة ما بين الموطن الأصلي للدائن وموطنه المختار، على ألا تزيد آجال المسافة على 30 يوما أخرى (المادة 918 ق م).

قبول التطهير: يتم قبول التطهير من الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار أو من الكفلاء لهذه الحقوق سواء صراحة أو ضمنيا (المادة 918ق م)، فإذا انتهت المدة اللازمة ولم يرفض أي دائن اعتبر سكوتهم قبولا ويحق بعدها للحائز القيام بالتطهير، فإذا قام الحائز بدفع المبلغ الذي يقوّم به العقار للدائنين الذين تسمح مرتبتهم باستفاء حقوقهم منه مع زيادة العشر، أو إذا أودع هذا المبلغ في الخزينة العامة، تطهّر العقار من جميع الحقوق المقيدة وفقا لما نصت عليه المادة 921ق م، وبالتالي إذا تمت إجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمي نهائيا (المادة 934 ق م) ولو زالت ملكية الحائز الذي طهر العقار لأي سبب من الأسباب.

*** تخلية العقار المرهون:**

التخلية عبارة عن وسيلة قانونية يتخلص بمقتضاها الحائز من مباشرة الإجراءات في مواجهته، وعلى ذلك فهي لا تمنع التتبع ولا تعطله وإنما تهدف إلى مباشرة الإجراءات في مواجهة الحائز أو الأمين حتى لا يظهر إسم الحائز في هذه الإجراءات، والتخلية في الأصل مقررة لمصلحة الحائز ولكن إذا كان مجبرا على قضاء الديون يسقط عنه هذا الحق، المادة 914 فقرة 03 ق م.

لم يحدد المشرع الوقت الذي تجوز فيه التخلية إلا أنه يمكن للحائز أن يبدأ في مباشرة حقه في التخلية منذ شروع الدائنين في إجراءات التنفيذ على العقار المرهون تجاهه، وحتى تكون الإجراءات إلى يقوم بها الحائز للتخلي عن العقار المرهون صحيحة وجب أن تكون كما بينتها المادة 922 قانون مدني:

– أن يقدم الحائز تقرير قلم كتاب المحكمة المختصة.

–أن يعلن الدائن المباشر للإجراءات بهذه التخلية في خلال05 أيام من وقت التقرير بها.

آثار التخليـة :

إذا اختار الحائز تخليه عن العقار هذا لا يعني منع أو تعطيل حق التتبع الذي يباشره الدائن المرتهن، وإنما يقتصر أثرها فقط على امتناع مباشرة إجراءات التنفيذ في مواجهة الحائز، وإن كان يمكن مباشرتها في مواجهة الحارس الذي يتولى في نفس الوقت إدارة العقار.

للحائز الحق في التصرف في العقار إلى حين تسجيل تنبيه نزع الملكية، كما يكون له أن يقرر عليه رهونا ضمانا لدين عليه أو على غيره، وتتحدد مرتبة هذه المرهون حسب تاريخ القيد، وإذا هلك العقار بسبب قوة قاهرة قبل رسو المزاد فإن الحائز يتحمل تبعته.

– إذا كان الثمن الراسي به المزاد يزيد على ديون الدائنين، آلت الزيادة للحائز (928ق م)

— إذا انقضت الرهون المقيدة على العقار لأي سبب من الأسباب، كما إذا أوفى الراهن هذه الديون — قبل بيعه بالمزاد – ظل العقار على ملكية الحائز خاليا منها.

وكموقف أخير بتعرض له **الحائز**: إن لم يختر قضاء الديون المقيدة أو تطهير العقار المرهون أو التخلي عنه استمر الدائن المرتهن في اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهته والتي لا تختلف عن الإجراءات التي تتخذ ضد المدين – فصلها قانون الإجراءات المدنية والإدارية– فيقوم الدائن أخيرا باتخاذ إجراءات البيع بالمزاد العلني (المادة 923 ق م).

تمارين تطبيقية في الكفالة:

التمرين الأول:

بين مدى وجود التضامن بين الكفالاء، وأيضا مدى إمكانية الدفع بالتقسيم في الحالات التالية:

– تعدد الكفلاء (**أ، ب، ج، د**) لدينين مختلفين وبعقود متوالية، حيث كفل (**أ، ب، ج**) الدين الأول، في حين كفل (**د**) الدين الثاني.

– تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد.

– تعدد الكفلاء لدين واحد بعقود متوالية، ومدينين غير متضامنين، حيث كفل كل واحد منهم مدينا.

التمرين الثاني:

على إثر الانتقادات والعيوب التي وجهت لما يعرف بالضمان العام والمقرر بموجب المادة 188من القانون المدني الجزائر، ولتقديم تأمين كاف للدائن ظهرت أنواع أخرى من الضمان تتمثل في الضمان الخاص، وذلك من خلال التأمينات العينية والشخصية:

المطلوب:

– بين أهم الانتقادات الموجهة للضمان العام بسبب عجزه كوسيلة للتأمين ضد مخاطر عدم الوفاء بالدين.

– بين أهم الخصائص المميزة للرهن الرسمي وحق التخصيص باعتبارهما من التأمينات العينية.

التمرين الثالث:

نتيجة لعقد الانتفاع المبرم بين **أحمد وطارق** البالغ من العمر 17 سنة بتاريخ 16 جوان 1999 والوارد على مزرعة مملوكة لهذا الأخير، على أن تكون مدة العقد ثلاث سنوات، طلب **طارق** من **أحمد** وبسبب خوفه من عدم تمكن هذا الأخير من تسديد المستحقات التي قد تترتب عليه من جراء إبرام هذا العقد أن يقد له تأمينا عينيا، فرهن **سامي** صديق **أحمد** وجاره في المزرعة آلة الحصاد والجرار المملوكة له بتاريخ 27 سبتمبر 1999 لمصلحة **طارق**، وبعد انقضاء مدة الانتفاع مباشرة قدم **أحمد علي** ككفيل له من أجل الحصول على تمديد مدة العقد لثلاث سنوات أخرى، فكان له ذلك، وبسبب عدم ثقته في القدرة المالية لـ**أحمد** تعاقد **علي** مع **حسين** لضمان استرجاع أي مبلغ قد يضطر لتسديده لـ**أحمد** بموجب ارتباطه بعقد الكفالة.

ونتيجة عجز **أحمد** عن سداد المستحقات التي ترتبت على عاتقه في مواجهة **طارق** بموجب عقد الانتفاع والمقدرة بـ 160 ألف دينار جزائري عاد **طارق** على **علي** يطالبه بالسداد، فدفع له مبلغ 100

ألف دينار فقط، على أساس أن 60 ألف دينار الأخرى يستطيع الحصول عليها بالتنفيذ على آلة الحصاد والجرار المرهونة، وعاد **علي** بدوره على **حسين** لاسترجاع المبلغ.

المطلوب:

- حدد التكييف القانوني للوقائع السالفة الذكر؟
- ماهي الدفوع التي تكون **لحسين** في مواجهة **علي؟**
- ماهي الشروط التي يجب توافرها حتى يمكن **لعلي** الرجوع على **أحمد** بموجب دعوى الحلول؟
- ماهي حقوق **علي** بموجب دعوى الكفالة التي قد يرفعها على **أحمد؟** وأي من الدعويين (الحلول أو الكفالة) أنجع حتى يتمكن **علي** من الحصول على حقه؟

التمرين الرابع:

بعد تبليغه بأمر تحويل مقر عمله إلى مدينة سطيف، سعى **عادل** المقيم بمدينة جيجل للحصول على سيارة لتسهيل تنقله إلى مدينة سطيف، فأبرم عقد بيع مع **مُحَمَّد** وارد على سيارة مملوكة لهذا الأخير، بمبلغ نقدي قدر بـ 900 ألف دينار جزائري، ونظرا لعدم قدرته على سداد مبلغ الدين فورا، منح **مُحَمَّد لعادل** أجلا يقدر بسنة للوفاء بالثمن مع إمكانية دفع المبلغ على أقساط، وضمانا لحقه اتجه **مُحَمَّد لعمر** يطلب منه كفالة الدين الناشئ بينه وبين **عادل**، فقبل **عمر** بذلك وأبرم العقد بدون حصول موافقة **عادل** على هذه الكفالة، كما أبرم **مُحَمَّد** عقد كفالة ثان بعلم من **عادل** وبالرغم من معارضة **عمر** مع **البنك** لكفالة هذا الأخير وذلك بالشروط التالية:

– أن البنك لا يلتزم بالكفالة في حالة حصول **عادل** على التعويضات الممنوحة للموظفين المتعلقة بالزيادة في الأجر.

– تحدد مدة الكفالة بسنة ونصف لا يمكن تجديدها.

المطلوب: أجب عن الأسئلة التالية مع بيان التأسيس القانوني:

– ما مدى تأثير عدم علم **عادل** بعقد الكفالة المبرم بين **مُحَمَّد وعمر** على صحة هذه الكفالة؟

– ما هو نوع الكفالة المبرم بين **مُحَمَّد والبنك**، من حيث طبيعتها، من حيث الأوصاف التي لحقت بها، ومن حيث المدة، ومن حيث نوعها الخاص، مع بيان الآثار المترتبة على كل ذلك؟

– لو حصل **عادل** بموجب حكم قضائي على تمديد للأجل لمدة سنة أخرى، هل يستفيد كل من **عمر والبنك** من هذا التمديد في الأجل؟

– لو اضطر البنك السداد **لمحمد** الدائن بكل الدين عند حلول أجل الدين، ما هي الدعاوى التي يستطيع البنك الرجوع بها على كل من **عمر** الكفيل الأول، و**عادل** المدين لاسترداد هذا المبلغ؟

التمرين الخامس: حدد العلاقة بين الكفلاء في الحالات التالية:

– إبرام كل من (أ) و(ب) عقد كفالة باعتبارهم كفلاء مع الدائن لكفالة التزام المشتري (المدين) بدفع الثمن.

– إبرام الكفيل (أ) عقد كفالة مع الدائن الأول وإبرام (ب) عقد كفالة مع الدائن الثاني لكفالة التزام المشتري (المدين) بدفع الثمن، مع العلم أن الدائن الأول والثاني متضامنين.

– إبرام الكفيل (أ) عقد كفالة أول مع الدائن وإبرام (ب) عقد كفالة ثان مع الدائن نفسه لضمان التزام المشتري (المدين) بدفع الثمن.

– إبرام الكفيل (أ) عقد كفالة مع الدائن لضمان التزام المدين الأصلي، وإبرام الكفيل (ب) عقد كفالة مع الكفيل (أ) لضمان التزام المدين الأصلي برد مبلغ الدين للكفيل (أ) إذا وفى به هذا الأخير للدائن.