

جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



مذكرة ماستر

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية

فرع: الحقوق
تخصص: قانون اعمال

الرقم التسلسلي:

إعداد الطالبة: عشور زينب

يوم: 2019/06/15

ضمانات منح القروض في التشريع الجزائري

لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة بسكرة	أستاذ مساعد	الأستاذ / حملاوي دغيش
مشرفا	جامعة بسكرة	أستاذة محاضرة	الأستاذة / لعمري صالح
مناقشا	جامعة بسكرة	أستاذ مساعد	الأستاذ / سقني صالح

جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



مذكرة ماستر

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية

فرع: الحقوق
تخصص: قانون اعمال

الرقم التسلسلي:

إعداد الطالبة: عشور زينب

يوم: 2019/06/15

ضمانات منح القروض في التشريع الجزائري

لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة بسكرة	أستاذ مساعد	الأستاذ / حملاوي دغيش
مشرفا	جامعة بسكرة	أستاذة محاضرة	الأستاذة / لعمري صالحة
مناقشا	جامعة بسكرة	أستاذ مساعد	الأستاذ / سقني صالح



شكر وعرفان

الحمد لله أولاً على تمام نعمته حمداً كثيراً.

ثم الشكر لأستاذة المشرفة: "لعمري طالحة" التي كانت توجيهاتها
قناديل منيرة في طريقي. كما أتقدم بالشكر الجزيل لأعضاء اللجنة
الذين قبلوا مناقشة هذا البحث، و إلى كل من يسر لي الطريق لإتمام
هذا العمل المتواضع.

و إلى كل من أسهم في إخراج هذا العمل إلى النور ممن لم يذكرهم
قلمي ، لكن لم ينسهم قلبي.

إلى من حقّ فيهم قول الحبيب... (من علمني حرفاً صرفت له عبداً)

«أساتذتي الأفاضل»

إلى كل من كان العلم وساماً يفتخر به أمام الجهلاء...

فالناس موتى وأهل العلم أحياء...

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى كل من
علمني النحوض بعد السقوط و كل من كان
لي عوناً إلى أبي و أمي و كل أفراد عائلتي
من الصغير إلى الكبير حفظهم الله و ربهم.

مقدمة

شرعت الجزائر في سياسة واتخاذ إجراءات دقيقة وجديدة عند منح القروض وذلك لحماية العمليات المصرفية وتحقيق ليونة في الاستثمارات الوطنية والأجنبية للنهوض بالاقتصاد الوطني وذلك من خلال الضمانات التي يطلبها، وقد حاول المشرع تسهيل هذه الإجراءات من خلال القوانين المتعاقبة، من أجل أن تصل الجزائر إلى اقتصاد مزدهر وناجح.

وقد تماشت مع هذه التحولات الاقتصادية إصلاحات في الجانب المصرفي و البنكي بسبب ما تعرضت له من عدم توازن مالي وركود ، وهذا ما نجده ضمن القوانين التي اعتمدها في المجال المصرفي و معاملاته من سنة 1990 إلى غاية سنة 2011 و الذي جاء بتعديلات عديدة في النظام المصرفي الجزائري. وبذلك فقد أولى اهتماما كبيرا بالجانب المصرفي ومعاملاته ومن أجل مواكبة التطورات الحديثة في جميع مجالات الحياة وانجاز المشاريع الاقتصادية في حدود ما يسمح به القانون.

وخصوصية المصارف تظهر في وظيفتها الاقتصادية التي تتمثل في تلقي الودائع النقدية وتسييرها واستغلالها واستثمارها ومنح القروض بالاعتماد على الضمانات التي تطلبها مهما اختلفت أنواعها بحسب ما تقدمه من قروض وعلى قدر قيمتها حيث يستطيع رجال الأعمال استثمارها في مشاريع إنتاجية وتجارية متعددة، لمدة زمنية معينة لجني العائد منها ويتم التأمين عليها لدى البنوك للحصول على قروض بمبالغ معينة و دراسة أي مخاطر قد يتعرض لها البنوك في هذه الحالة.

والحقيقة أن كل بنك يسعى إلى تقديم أكبر وأحسن العروض لمنح القروض للاستفادة من العائد منها ،ولا يخفي عنا أن زيادة هذا الأخير تؤدي إلى زيادة المخاطرة التي قد يتعرض لها كإفلاس الزبون الذي يتعامل معه سواء كان شخص طبيعي أو معنوي و للتقليل من حدة هذه المخاطرة والأزمات وتوفير السيولة اعتمدت البنوك على إجراءات محددة لضمان قيمة هذه القروض المقدمة و سرعة الحصول عليها عند الضرورة.

الإشكالية:

ما هي الضمانات التي تطلبها البنوك من أجل منح القروض لعملائها؟

وتتفرع على هذه الإشكالية عدة تساؤلات فرعية منها:

- ما هي الكفالة المصرفية و ما هي آثارها و كيف تنقضي؟
- ما هو خطاب الضمان و ما هي آثاره و كيف ينقضي ؟
- ما هو الرهن الرسمي و كيف يكون ضامنا للقرض ؟
- ما هو الرهن الحيازي و ما هي آثاره ؟

* أهمية الموضوع:

تتجلى أهمية هذه الدراسة في عدة جوانب يمكن تجسيدها من خلال النقاط

التالية:

* **أولاً:** معرفة الضمانات البنكية التي يمكن تقديمها من أجل الاستفادة منها في

منح القروض.

* **ثانياً:** توضيح هذه الضمانات و تبيان أهميتها بالنسبة للبنك . عند تقديمه

للقروض.

* **ثالثاً:** معرفة الشروط والإجراءات التي يطلبها البنك من طالب القرض.

* **رابعاً:** توضيح فاعلية هذه الضمانات المقدمة من المستفيد من القرض في

العمليات المصرفية و معرفة مدى مرونتها.

* أهداف من الموضوع:

* الكشف عن التسهيلات المقدمة من الجهاز المصرفي لمنح القروض و ما

يطلبه من ضمانات.

* إلقاء الضوء على الضمانات التي يجب تقديمها للاستفادة من القروض.

* تبيان ان الضمانات مرتبطة بقيمة القرض وتوضيح كيف يتم تقييمها و

دراستها.

* المنهج المتبع :

للإجابة على هذه الإشكالية اتبعنا المنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونية

في المجال البنكي والمتبعة لتقديم الضمانات بالإضافة إلى المنهج الوصفي حيث تم

الاطلاع على الموضوع من عدة مراجع وجمع المعلومات لعرض مختلف الضمانات الممنوحة للقروض البنكية والإمام بجميع جوانبه المفاهيمية و الإجرائية.

*الدراسات السابقة:

1) أثناء عملية البحث عن مراجع تختص بهذا الموضوع وجدنا أن معظم الكتب الموجودة هي كتب عامة وبعض الدراسات المتخصصة منها التي تتناول الموضوع بصفة جزئية و مختصرة. إذ وجدنا دراسات سابقة حول الموضوع إذ تتناول كل عنصر جزء على حدا ،من أطروحات دكتورا و رسائل ماجستير و مذكرات ماستر منها رسالة دكتوراه للطالبة مقران راضية، **خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها**، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، الجزائر، سنة **2013، 2014** التي تناولت موضوع خطاب الضمان من الناحية الفقهية و انا تناولته من الناحية القانونية , و رسالتي الماجستير لكل من الطالبة ربحاني يسمينة، **الرهن الرسمي كضمان بنكي**، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزائر، سنة **2005، 2006** و عبد الرحمن قيصر وشوقي يعيش، **مدى الالتزام القانوني للبنك في خطاب الضمان**، رسالة ماجستير في القانون الخاص، بكلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، جامعة النجاح الوطنية، سنة **2018**. حيث تناولت الاولى موضوع الرهن الرسمي كضمان بنكي و هو نفس ما تناولته في مذكرتي بصفة مفصلة اكثر و الثانية تناولت خطاب الضمان ايضا و مدي اهميته و اجراءاته و انا تناولته باكثر تفصيل من الناحية الاجرائية و المفاهيمية.

و للإجابة عن الإشكالية المطروحة قسمنا الخطة الى فصلين متتاليين و متسلسلين إذ يتناول الفصل الأول الضمانات الشخصية و يضم مبحثين الأول الكفالة و الثاني خطاب الضمان . أما الفصل الثاني فيتناول الضمانات العينية و يضم أيضا مبحثين الأول الرهن الرسمي و الثاني الرهن الحيازي. و خاتمة تشمل أهم النتائج المتوصل إليها من خلال هذه الدراسة.

الفصل الأول

الضمانات الشخصية

تمهيد

حسب القاعدة العامة للوفاء و المنصوص عليها في المادة 188 من القانون المدني فان أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، و أن جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له حق التقدم طبقا للقانون .و من خلال هذا فان جميع أمواله وقت التنفيذ الجبري سواء كان حاضرا منها أو مستقبلا ، وبما أن الضمان العام قد لا يحقق للدائن الضمان الكافي للاستيفاء حقه لذا قرر المشرع وسائل قانونية و فنية كفيلة لضمان حق الدائن هذه الوسائل تسمى **بالضمانات الشخصية** حيث إن عند التزام شخص آخر مع المدين للوفاء بالدين و أساسه تعدد المدينين فإذا أعسر ادهم كان له في يسار الآخرين ما يضمن له الوفاء بدينه او عن طريق ما طلب المدين من البنك لخطاب الضمان من أجل تقوية مكانته المالية أمام الدائن.

و بهذا فان الضمانات الشخصية تقوم على تعدد المسؤولين عن تنفيذ الالتزام؛ حيث تضمن للدائن حقه من ضم ذمة أخرى إلى ذمة المدين، ففي حالة إعسار المدين تكون الذمة الأخرى مسؤولة عن الوفاء بدينه. وبهذا يصبح له مجال في حصوله على حقه؛ حيث يختار من المدينين من هم أكثرهم يسرا، ويستوفي دينه كاملا أو يعود على أي مدين بما يفي له من حقه إذا لم يتحصل عليه من المدين الأول وذلك كون الالتزام لا يقبل الانقسام بين المدينين به المتعددين، ونفس الأمر في حالة الإنابة.

المبحث الأول: الكفالة

لأهمية العلاقة بين المدين و الدائن كونها تتعلق بحقوق مالية إذ أن الدائن يكون مهدد بخطر عدم تمكنه من الحصول الحق الذي له قبل مدينه وذلك متى لم يف المدين بما عليه من دين اختياريا. و لهذا اوجد المشرع نوعين من وسائل الضمان للحفاظ على حق الدائن الأول الضمان العام و الثاني يقوم على تعدد المسؤولين عن تنفيذ الالتزام، فيتحقق ضمان الدائن فيها من ضمّ ذمة أخرى إلى ذمة المدين، ففي حالة إعسار المدين تكون الذمة الأخرى مسؤولة عن الوفاء بنفس الدين، وهنا تتزايد فرص حصول الدائن على حقه.¹

المطلب الأول: مفهوم الكفالة

تهدف الكفالة إلى تحقيق ضمان قوي للدائن، من خلال تعدد المدينين بدرجات مختلفة على نفس الدين؛ وهذا بأنها تُمَكِّنُ الدائن من الحصول على دينه من المدين أو عدّة مدينين غير المدين الأصلي بحيث لو أعسر هذا الأخير كان الكفيل لمدين احتياطي أو الكفلاء فملزمون بتنفيذ التزام المدين، لذلك تعد الكفالة الشخصية نظام تأميني قوي يحقق إلى حدّ ما الضمان للوفاء بدين المدين اتّجاه الدائن.²

الفرع الأول: تعريف الكفالة

لمعرفة الكفالة و مامعناه و الغاية منها نتطرق الى تعريفها لغة و فقها و قانونا وفق مايلي :

¹ مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك وفقا لأحكام قانون التجارية الجديد رقم 17 سنة 1999، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2002، ص 319.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، (التأمينات، الشخصية والعينية، عقد الكفالة)، دار الهدى، الجزائر، سنة 2011، ص 06.

أولاً تعريف الكفالة لغة

* **فعل**: كَفَّلَ، كَفَّلَ يَكْفُلُ ، كَفَّلًا وَكَفَالَةً ، فهو كَافِلٌ وكَفِيلٌ والجمع :كُفَّلٌ كُفْلَاءٌ ، والمفعول مَكْفُولٌ .

***فعل** : كَفَّلَ، كَفَّلَ يَكْفُلُ ، كَفَّلًا وَكُفْلًا ، فهو كَافِلٌ ، والمفعول مَكْفُولٌ ، كَفَّلَ الشَّخْصَ / كَفَّلَهُ بِكَذَا : كَفَّلَهُ كَانَ كَفِيلًا وَضَامِنًا لَهُ، كَفَّلَ الصَّغِيرَ : كَفَّلَهُ ؛ عَالَهُ وَأَنْفَقَ عَلَيْهِ.¹

ثانياً تعريف الكفالة فقهاً:

ويقصد بها الضم والضمان، واختلف الفقهاء في تعريفها، فمنهم من قال: أنها مشتقة من التضمن، وذلك بسبب أن ذمة الضامن تتضمن الحق، ومنهم من قال أنها مشتقة من الضمن؛ وذلك كون أن ذمة كل من الضامن والمضمون عنه واحدة، ومنهم رأي آخر يرى أنه مشتق من التضمين؛ ومعناه أن يضمن الدين في ذمة من الدين عليه، وانتقدت من رأى أن الضمان مشتق من الضم؛ لأنَّ النون أصلية فيه. بالإضافة إلى ذلك فالكفالة في اللغة هي الالتزام؛ وقيل: تكفلت بالمال التزمت به وألزمته نفسي، وأزلت عنه الصيغة والذهب، وقيل: تحملت به، وقيل: والكافل أيضا مثل ضمني وضامن، وفُرِّقَ بينهما فقيل: الكفيل الضامن والكافل هو الذي يعول إنسان ويتفق عليه.²

وفي كتاب الله تعالى بعد بسم الله الرحمن الرحيم: (فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا كُلَّمَا دَخَلَ عَلَيْهَا زَكَرِيَّا الْمِحْرَابَ وَجَدَ

¹ ابن منظور (ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، دون سنة، المجلد 10، ص 588 .

² وداد باقي، الكفالة في القانون المدني الجزائري والفقاه الإسلامي، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص، عقود ومسؤولية، جامعة بومرداس، كلية الحقوق ببودواو، سنة 2009، ص 08.

عِنْدَهَا رِزْقًا ۖ قَالَ يَمْرَيْمُ أَنَّى لَكَ هَذَا ۖ قَالَتْ هُوَ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ يَرْزُقُ مَنْ يَشَاءُ بِغَيْرِ حِسَابٍ ﴿١٧٦﴾¹، صدق الله العظيم.

وفي الحديث فيما رواه البخاري في صحيحه:

حدثنا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبْدِ الْوَهَّابِ، قَالَ: حَدَّثَنِي عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ أَبِي حَازِمٍ، قَالَ: حَدَّثَنِي أَبِي، قَالَ: سَمِعْتُ سَهْلَ بْنَ سَعْدٍ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قَالَ: «أَنَا وَكَافِلُ الْيَتِيمِ فِي الْجَنَّةِ هَكَذَا». وَقَالَ بِإِصْبَعَيْهِ السَّبَّابَةَ وَالْوُسْطَى².

والكافل والكفيل: الضامن، والأنثى الكفيل أيضا، وجمع الكفيل الكفلاء، وقد يقال للجمع كفيل، كما قيل في الجمع صديق، وجمع الكفالة كفالات.

وقيل أيضا: الكفالة مأخوذة من الكفل، والكفل نقصد به الضعف، قال تعالى: (

يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَءَامِنُوا بِرَسُولِهِ يُؤْتِكُمْ كِفْلَيْنِ مِنْ رَحْمَتِهِ وَيَجْعَلْ لَكُمْ نُورًا تَمْشُونَ بِهِ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ۗ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿١٧٦﴾³) صدق الله العظيم.

وقيل أنه النصيب.⁴

ومن خلال هذه التعاريف نستنتج أن الكفيل يقوم مقام المدين أمام الدائن في السداد؛ حيث يرجع الدائن على الكفيل من أجل استيفاء دينه، وتكون هذه الكفالة إما بعلم من المدين أو بغير علمه، وهذه الكفالة تمنح هذه الكفالة تمنح للمدين مركزا ماليا قويا أمام الدائن.

¹ سورة آل عمران، الآية/ 37.

² البخاري (أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري)، صحيح البخاري، ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، مراجعة: أحمد محمد معوض، مكتبة باض، المنصورة، عزبة عقل، 2011، ص 965.

³ سورة الحديد، الآية/ 28.

⁴ المرجع نفسه، ص 10.

ثانيا: تعريف الكفالة قانونا

يمكن أن يتقدم البنك لكفالة عميله، فيتعهد بالوفاء بدين العميل قبل غيره إذا لم يحم به العميل بنفسه، وبذلك يوفر الائتمان والثقة للعميل اتجاه غيره.

وللبنك مصلحة واضحة في هذه العملية التي لا تلزمه بتقديم نقود، ويتقاضى عنها عمولة لا تقل عن العمولة المستحقة في حالة القرض وفتح الاعتماد،¹ حيث نجد أن القانون المدني الجزائري نظم عقد الكفالة في المواد 644 إلى غاية 673 منه، إذ نصت المادة 644 من القانون المدني بان "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه".² وبهذا يعدّ عقد الكفالة تصرفا قانونيا صادرا عن شخص بمحض إرادته يضمن دين عالق في ذمة غيره. فهي من هذا المنطلق تعدّ عمل تبرعي من الكفيل يتحمّل فيه تنفيذ التزامات شخص آخر لا يكون له أي علاقة بها لأي سبب من الأسباب، فقد يضمن تاجر تاجرا آخر يتعامل معه؛ وهي الصورة الأكثر انتشارا، أو أن يضمن الأب ابنه ابنته في القرض عند قيامها بمشروع تجاري، لذلك تعدّ الكفالة عقد ملزم لجانب واحد وهو الكفيل ولا يكون المدين طرفا فيها وإنما يبقى أجنبيا عن العقد.³

الكفالة في الأصل عمل مدني، ولو كان الدين المكفول تجاريا، وهي عمل تجاري بالنسبة للبنك لأنها من عمليات البنوك طبقا للمادة 02 من القانون التجاري، وهي تخضع لقواعد القانون المدني، وبما أنّ لها جزء تجاري فهذا يجعلها تخضع لقواعد قانون خاص.⁴

¹ يمينة حوجو، عقد الكفالة وعقد الرهن في القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، سنة 2019، ص 10.

² رقم المادة 644 من الأمر 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المتمم والمعدل، ج ر، العدد 38، الصادرة بتاريخ 1975/09/30.

³ المرجع نفسه، ص 11.

⁴ مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 320.

من خلال التعاريف و من خلال المادة 644 من القانون المدني نجد ان الكفالة لها عدة خصائص و تتمثل في :

- الكفالة عقد ضمان شخصي - الكفالة عقد ملزم لجانب واحد - عقد الكفالة عقد تابع - عقد الكفالة عقد رضائي - عقد الكفالة من عقود التبرع ، و نتناولها بالتفصيل كالآتي :

1/ الكفالة عقد ضمان شخصي:

فهي الصورة الأوضح للتأمينات الشخصية، والهدف الرئيسي منها هو تأمين دائن على حقه من قبل مدينه؛ وهو شخص آخر يتعهد بالوفاء بدين هذا المدين مما يزيد ثقة الدائن في الحصول على حقه، وبذلك يتحقق الضمان؛ وهو ما يسمّى الكفيل، وبهذا فكل ما يصيب المدين من مخاطر أو عسر على الكفيل شخصيا، فيكون مسؤولا عن الوفاء بهذا الحق، من كل أمواله لأن الكفالة تؤدي إلى ضم ذمة المدين.

والكفالة تتحدد بوضعية وحالة الكفيل ومركزه، فكلما كان ميسورا كالبنك مثلا فهو أكثر ضمانا للدائن من أيّ تأمين آخر.

وما نلاحظه: أنّ الكفيل الشخصي والكفيل العيني في مركز قانوني متشابه، والفرق بينهما أنّ الكفيل الشخصي يسأل عن التزامه في ذمته كلّها، بينما الكفيل العيني في قيمة العين المقدّمة منه لتأمين حقّ الدائن.¹

2/ الكفالة عقد ملزم لجانب واحد:

ويقصد بها أنّ الكفيل وحده من يتحمّل الالتزام الذي ينشئه هذا العقد. وإذا تلقى الكفيل عوضا مقابل كفالته لعميله فإنّ هذا العوض يتلقاه من عميله لا من دائن هذا العميل، وهو في صدد تأمين اعتماد ومن خلال هذا فإنّ العقد الذي يتلقاه البنك مقابل العوض ليس عقدا ملزما لجانب واحد ناتج بين مصدر هذا العوض، وأنّه إذا كانت

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص ص 15، 16.

الكفالة المصرفية مصدرا لالتزامات متبادلة بين البنك الكفيل والدائن، كما أنه لو تمّ الاتفاق بينهما على إنفاص عن الدين المكفول أو إرجاء ميعاد استحقاقه.¹

3/ عقد الكفالة عقد تابع:

ويقصد بها أنّ ما يستحمله الكفيل من التزامات هو ناتج عن التزامات المدين الذي يكفله، وهذا التزام بالتبعية، ويزترتب على ذلك أنّ الدائن لا يستطيع الرجوع على الكفيل إلاّ بعد الرجوع على المدين (المادة 660 من القانون المدني الجزائري).

وهذا الالتزام يكون متساوي مع التزام المكفول الأصلي؛ حيث لا يجوز أن يكون أكثر من ذلك أو أقل، وهذا حسب نص المادة 652 "لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر ممّا هو مستحق على المدين ولا بشرط أشدّ من الدين المكفول، ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشرط أهون" حيث يمكن أن يلتزم الكفيل بجزء من الدين، كما أنّه لا يكفل ما زاد في عبء الدين الأصلي بعد الكفالة بإرادة المدين الأصلي أو سبب خطئه، ونتاج هذه التبعية أنّ الكفيل يستطيع التمسك بالدفع التي تقدّم للمدين الأصلي، وإذا أبطل الالتزام لزاما على ذلك يسقط التزام الكفيل.²

4/ عقد الكفالة عقد رضائي:

يعد عقد الكفالة من العقود الرضائية كونه نتاج عن تصرفين قانونيين صدر الأوّل عن الكفيل بإرادة حرة غير مشوبة بأي عيب لينتقي بالثاني الصادر عن الدائن بإرادة حرة غير مشوبة بأي عيب، ورضائية البنك ترد في العبارات التي يتضمنها عقد الكفالة، ويشترط أن تكون واضحة وصريحة، بعيدة عن أي لبس أو إبهام حول نيّة تحمل الالتزام. فلا يمكن استنتاج الإرادة للقول أنّ نيّة البنك اتجهت إلى تحمّل التزام المدين اتجاه الدائن، وإنّ هذا الاستنباط لا يجوز ولو كان من خلال ظروف معيّنة أو

¹ محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك "دراسة مقارنة" (الحسابات المصرفية، خطاب الضمان، الجاري مدين، تأجير الخزائن، الاعتماد المستندي، الإيداع، الكفالة المصرفية، الحوالة المصرفية، التسليف)، المجلد الرابع، دار الثقافة، الأردن، الطبعة الأولى، سنة 2009، ص 233.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 16، 17.

استنتاجات مهما كانت درجة الاقتناع بها. ومع أنّ التصرفات الصادرة عن البنك لا تعتبر في الأحوال المشار إليها كفالة طبقا للقواعد العامة المنظمة لعقد الكفالة، إلاّ أنّه من الممكن مساءلة البنك على أساس المسؤولية التقصيرية؛ إذا اتضح بأنّ التركيبة التي صدرت عنه بحق أحد عملائه أو المعلومات التي أدلى بها للغير عن عميل له كانت غير صحيحة بقصد أو دون قصد وهو في مواجهة الدائن.

وهذه الثقة في المعلومات التي تلقاها منه تعامل مع المدين، وبالتالي يتحمّل مسؤولية الأضرار التي تصيب هذا الدائن.¹

5/ الكفالة عقد من عقود التبرع:

المعتاد أنّ الكفالة بدون مقابل، وعليه تكون الكفالة بالنسبة إليه من أعمال التبرع. وتطبّق عليها قواعد التبرّع من حيث الأهلية اللازمة لإبرام عقود التبرعات، وكذلك من حيث الطعن بالدعوى البوليصرية، أمّا فيما يخص الدائن، فتعد الكفالة من الأعمال النافعة نفعاً محضاً. وتصبح الكفالة من عقود المعاوضة بالنسبة للكفيل إذا التزم بها نظير مقابل سواء كان هذا المقابل من الدائن أو المدين.²

ثانياً: تمييز عقد الكفالة عن بعض الأنظمة المشابهة لها

إنّ الكفالة أداة ائتمان من الناحية الاقتصادية؛ لأنّها وسيلة ضمان من الناحية القانونية وبهذا فهي تتشابه مع أنظمة أخرى، ويتمثل هذا في:

1/ التضامن بين المدينين: ويظهر اختلاف الكفالة عن التضامن بين المدينين،

حيث أنّ هذا الأخير يلتزم فيه المدين بصفة أصلية في مواجهة الدائن.³

¹ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 234 ، 235.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 18، 19.

³ محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون سنة، ص 59.

أمّا الكفيل ولو كان متضامنا يتمسك ببراءة ذمّته، إذا ما يضيع المدين تأمينه وأيضاً سقوط التزامه في حالة ما إذا لم يرجع الدائن على المدين خلال ستة أشهر من تاريخ إنذار الكفيل، وإذا لم يحل الدائن في تفليسة المرتهن سقط حقّه في الرجوع على الكفيل بقدر ما يمكن الحصول عليه من هذه التفليسة المواد من (656_ 658 من القانون المدني).

2/ الإنابة القاصرة أو الناقصة: وهنا يبقى الدين في ذمّة المدين الأصلي وينظم إليه المدين الجديد، حيث يكون مديناً لنفس الدائن بنفس الدين في حالة الإنابة الكاملة، يحدد الالتزام ويبقى ثابتاً مع تغير في المدين، حيث يختفي المدين الأصلي ويحلّ محله مدين جديد (المناوب) وهي نفسها الكفالة؛ أي لا يوجد اختلاف هنا، والاختلاف يحدث في الإنابة الناقصة، حيث يتعدد المدينون لدين واحد، إذ يتجلى الاختلاف هنا في فكرة التبعية، لأنّ المناوب يلتزم بدفع الغير التزاماً أصلياً في مواجهة الدائن وهذا الأخير لا يمكنه الرجوع على المنيب الأصلي، ولو كان موسراً، أمّا الكفيل التزامه تابع للالتزام الأصلي، وبهذا يجوز له أن يدفع في مواجهة الدائن بضرورة رجوعه على المدين الأصلي أولاً، والتمسك في مواجهته بضرورة التنفيذ على أموال المدين قبل الشروع في التنفيذ على أمواله ثانياً.¹

3/ التعهّد عن الغير: إذ أنّه تعاقد فيها شخص مع شخص آخر، بأن يحمل الغير على قبول التعاقد أو التزام معين، مثل الوكيل الذي يتجاوز حدود الوكالة، وهنا الوكيل يتعهّد شخصياً بأن يجعل الموكل يقرّ الاتفاق الخارج عن حدود الوكيل، وهنا التعهّد عن الغير لا يلزم؛ إذ أنّ أي متعهّد يلتزم بالعقد الذي يبرمه، لأنّه ليس وكيلاً عن الغير أو نائباً عنه، ولا يحقّ له إلزامه، وتعهّده هنا بأن يحصل على رضا هذا الغير بالعقد محلّ إلزام المتعهّد، أمّا إلزام الكفيل هو تبعي حيث يلتزم بالوفاء بالدين

¹ عبد الرزاق السنهوري، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون سنة، ص62.

إذا لم يف به المدين نفسه، فالكفيل يضمن وفاء المدين بالتزامه، أمّا المتعهد فيقتصر على حمل الغير على قبول الالتزام دون أن يضمن الوفاء به، وبهذا فللغير الحرية في قبول أو رفض الالتزام، فإذا رفض فيعدّ أنّه أخلّ بالتزامه الأصلي.

ويلتزم بالتعويض على ما ألحقه من ضرر، ويتخلّص من التعويض بأن يقوم بنفسه بما يتعهّد الغير القيام به؛ أي يجوز له أن يقوم بنفس الالتزام، وهذا ما أقرت به المادة 114 من القانون المدني الجزائري: "إذا تعهّد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهّده، فإن رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهّد أن يعوّض من تعاقد ويجوز له مع ذلك أن يتخلّص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم له، أما إذا قبل الغير هذا التعهّد فإنّ قبوله لا ينتج أثراً إلاّ من وقت صدوره، ما لم يتبين أنّه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهّد".¹

4/ تأمين سيار المدين: هو عقد يلتزم به أحد الطرفين للطرف الثاني في مقابل قسط معيّن بضمان الخسارات التي تلحقه نتيجة إفسار مدينه، وبهذا العقد هنا يهدف لتأمين الدائن من خطر إفسار المدين وهو لا يضمن سيار المدين وإنما يلتزم التزاماً أصلياً بموجب عقد التأمين، لا بوفاء دين المدين ذاته، ويعوّض الدائن عن الضرر الذي يلحقه نتيجة إفسار المدين.²

الفرع الثاني: أركان و شروط الكفالة

أولاً: أركان الكفالة

وهي أربعة أركان: الرضا و الأهلية والمحل والسبب، وتخضع للقواعد العامة، وفق شروط تنظمها و تحددها من أجل العمل بها و سنشرحها وفق العناصر التالية:

¹ رقم المادة 114 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

² أحمد محمود سعد، عقد الكفالة، دار النهضة العربية للنهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، القاهرة،

سنة 1994، ص134.

1_ الرضا: حيث أنّ الكفالة عقد رضائي ويتبادل فيه الطرفان رضاها وإرادتهما المتطابقة بحيث يتعهد الكفيل بسدّ دين المدين إذا لم يف به هذا الأخير، والمدين ليس طرفا في العقد؛ فالعقد يكون بين الكفيل والدائن.¹

وقد لا يعمل المدين بذلك حسب المادة 647 من القانون المدني الجزائري: "يجوز كفالة المدين بغير علمه وتجاوز أيضا رغم معارضته".²

ويجوز لناقص الأهلية أن يكفل المدين ويكون التزامه موجودا أو صحيحا غير أنّ هذا التصرف الذي أنشأ هذا الالتزام يكون قابلا للإبطال حسب المادة 649 من القانون المدني الجزائري الذي كان نصّها كالآتي: "من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول، باستثناء الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 645"³، وقد جاء نص المادة 645 كالآتي: "لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات ذلك".⁴

ولكي يتحقق الرضا لا بدّ من توفر الأهلية.

2_ الأهلية اللازمة لطرفي العقد: وهنا تختلف بين طرفي العقد، فليست نفسها بالنسبة للكفيل والدائن؛ حيث أنّ الأول تغلب عليه أهلية التبرع؛ أي أهلية الأداء كاملة وكذلك الأمر إذا تمت المعاوضة.

أمّا الدائن يتلقّى الكفالة دون مقابل، وهي بالنسبة إليه من الأفعال النافعة التي لا ضرر فيها، وهنا تكفي فيه أهلية الاعتناء أمّا إذا كانت بمقابل فلا بدّ من توافر

¹ المرجع نفسه، ص ص32، 33.

² رقم المادة 647 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

³ رقم المادة 649 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

⁴ رقم المادة 645 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

الأهلية لذلك، والتصريح بالرضا يمكن أن يكون ضمنيا أو صريحا حسب نص المادة 60 من القانون المدني الجزائري.¹

3_ محل الكفالة: يجب أن تتوفر الشروط التالية فيه:

يجب أن يكون ممكنا ومعينا أو قابلا للتعيين ومشروعا: أي أن يكون الالتزام موجودا وصريحا ومعينا أو قابلا للتعيين؛ والمشروعية هنا مرتبطة بالتعيين، لأنّ ضمان الوفاء بالالتزام على شخص آخر عمل مشروع في ذاته. إذا كان الالتزام قابلا للإبطال وصرّح بوجوده المدين أُلزم الكفيل بوفائه للدائن وإذا تقرر إبطاله بطلت كفالة الكفيل.

وقد نصّت المادة 650 من القانون المدني الجزائري على أنّه "تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدّما المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين المشروط، غير أنّه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعيّن مدّة الكفالة، كان له أن يراجع فيها في أيّ وقت مادام الدين المكفول لم ينشأ"²، وقد نصّت أيضا نفس المادة عن كفالة الالتزام الشرطي؛ أي أنّ الالتزام المدني المعلق على شرط واقف أو شرط فاسخ يمكن ضمانه بكفالة.

وإذا كان "الالتزام الطبيعي" لا يلزم المدين بأدائه فلا يتصور كفالة الالتزام الطبيعي لأنّ الكفالة في هذه الحالة يترتب عليها أن يلتزم الكفيل بالالتزام مدني، واجب الوفاء به، مع أنّ الدين المكفول ليس واجبا قانونيا على المدين أدائه، وهذا ما يناقض تبعية الكفالة للالتزام الأصلي، طبقا لنص المادة 652 من القانون المدني الجزائري " لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط المدين المكفول".³

¹ رقم المادة 60 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

² رقم المادة 650 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

³ رقم المادة 652 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

4_ السبب: وهو الغاية من انعقاد عقد الكفالة فهو لمصلحة الطرفين الدائن والمدين وقد يكون التزام الكفيل في الحالتين بمقابل، كما قد يكون تبرعا؛ فإذا كانت للدائن وبمقابل فإنّ التزام الكفيل بالوفاء سببه هو حصوله على مصلحة ما، ويكون سبب الالتزام الدائن مستحيلا أو مخالفا للنظام العام.

وكذلك الحال إذا كان الباعث على الكفالة غير مشروع وكان الدائن يعلم ذلك، أمّا إذا كانت نية الكفيل هي التبرّع فهو متبرّع في هذه الحالة، أمّا إذا كان دافعه إلى التبرّع غير مشروع وكان الدائن على علم فإنّ الكفالة تكون باطلة، وممكن أن يكون سبب الكفالة مصلحة بين الأطراف (المدين، الدائن، الكفيل).¹

ثانيا: شروطها: إنّ الغرض من تقديم المدين للكفيل هو تأمين الدائن ضد مخاطر إعسار مدينه، وذلك بضمّ ذمّة مالية إلى ذمّة هذا الأخير؛ حيث لا بد من توافر الشروط معيّنة في الكفيل، في جميع الأحوال التي يلتزم فيها المدين بتقديم الكفيل، حيث نصّت عليها المادة 646 من القانون المدين التي تقتضي ب" إذا التزم المدين بتقديم كفيل، يجب ان يقدم شخصا موسورا و مقيما بالجزائر، و له أن يقدم عوضا عن الكفيل، تأمينا عينيا كافيا".²

وبهذا نستنتج: أنّه يجب أن يكون الكفيل ميسور الحال وقادر على الوفاء بالدين الذي كفله وحالة يسر الكفيل يثبتها المدين، ويجب أن يكون ما يملكه الكفيل غير متنازع فيه ويكون عقارا من أجل حماية حق الدائن.

ولابد أن يكون الكفيل مقيما بالجزائر مهما كانت جنسيته مثل (أجنبي مقيم بالجزائر)، من أجل سهولة الوصول إليه ومطالبته بإيفاء الدين. و بهذا فان المشرع الجزائري اعتد بالاقامة و ليس بالجنسية.

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص ص52، 53.

² رقم المادة 646 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

الفرع الثالث: انواع الكفالة

و من خلال ما تناولناه في التعاريف السابقة الذكر للكفالة و خصائصها فهنا سنتناول انواع الكفالة بحسب المصدر و بحسب طبيعتها و بحسب التزام الكفيل .

أولاً: بحسب مصدرها:

1/ الكفالة الاتفاقية :

هي التي تنشأ نتيجة إتفاق المدين مع الدائن على التزام الاول بتقديم كفيل للثاني يضمن دينه، و يكون هذا الاتفاق هو مصدر التزام المدين بتقديم الكفالة ، سواء تم الاتفاق قبل نشوء الدين في ذمة المدين أو بعد ذلك.¹ وبهذا نكون امام حالتين للكفالة الاتفاقية و هما:

الحالة الأولى: وهنا يقدم المدين كفيل له باتفاق مع الدائن بناء على عقد

السابق.

الحالة الثانية: وهي حالة تقديم المدين كفيل له بدون علم من الدائن، أمّا الكفالة

القانونية فهي التي يلتزم المدين بتقديمها بسبب النصوص القانونية، والمادة 851 من القانون المدني الجزائري التي تنصّ على أنّه يلزم المنتفع بمنقول أن يقدم لمالكه كفالة ضامناً للوفاء بالتزامه برد المنقول أو بدله.

2/ الكفالة القانونية :

تكون الكفالة قانونية في الاحوال التي يوجب القانون فيها على المدين تقديم كفيل للدائن، وهذا ما نصت عليه المادة 851 من القانون المدني الجزائري و التي تلزم المنتفع بمنقول ان يقدم لمالك الرقبة كفالة ضمان للوفاء بالتزامه برد المنقول او بدله . و ايضا نجد ان المادة 211 /1 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على ان اجل الدين يسقط متى انقض بفعل المدين و الى حد كبير ما اعطى الدائن من

¹ احمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 134 .

تأمين خاص و لو كان هذا التأمين قد اعطى ،بعقد لاحق او بقتضى القانون .مالم يفضل الدائن ،ان يطالب بتكملة الثمن .

و كذا نص المادة 212 من نفس القانون التي نصت على انه للدائن ،وقبل انقضاء الاجل ان يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقوقه ،و لو بوجه خاص ان يطالب بتأمين ان خشي افلاس المدين.¹

3/الكفالة القضائية :

تكون الكفالة قضائية في الحالات التي يكون مصدر التزام المدين فيها بتقديم كفيل حكم القاضي ،مثل ما جاءت به المادة 717 /2 من القانون المدني اذ تنص انه اذا وافقت المحكمة على قرار الشركاء الذين يملكون على الاقل 3/4 من المال الشائع باجراء تغييرات اساسية فيه فان لها ان تامر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق له من تعويضات ،و ماذا نص المادة 2/40 اجراءات المدنية التي تقضي بانه يجوز للقاضي ،ان يامر بكفالة في حالة الاستعجال بالتنفيذ.

أما الكفالة القضائية أو القانونية يكون بمقتضاها المدين ملزما بتقديم كفيل بموجب حكم قضائي فيكون هذا الحكم مصدر التزام المدين بتقديمها.²

وبالرجوع إلى المادة 667 من القانون المدني التي تنص على أنه " يكون الكفلاء في الكفالة القضائية أو القانونية أو القانونية دائما متضامنين" ،³ ومن خلال هذا النص نستنتج أن التضامن في الكفالة لا بد من الاتفاق عليه صراحة، أما الكفالة القانونية والقضائية فهي مفترضة وذلك لما أعطاه المشرع من مكانة كبيرة للكفيل القانوني القضائي.

¹ المواد 211،211،851 من الامر 58/75 السالف الذكر .

² آسيا بوخاتم، مقياس التأمينات العينية والشخصية، لكلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، سنة 2015، ص10.

³ رقم المادة 667 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

ثانيا: بحسب طبيعتها

1/ الكفالة المدنية

القاعدة أن الكفالة عقد مدني لأنه من عقود التبرع، والتجارة تقوم على الريح والمضاربة ولا تتفق مع صفة التبرع، فالكفيل متبرع ولا يحصل على مقابل، وهو ما أكدته المادة 651 من القانون المدني، و يترتب على ذلك أن الكفالة تعتبر مدنية ولو كان الكفيل يضمن دين تجاري أو وليد علاقة تجارية بين المدين و الدائن، ولو كان الكفيل لديه الأهلية التجارية، ويقوم بممارسة نشاط تجاري، طالما أن الكفالة تمت على سبيل التبرع.

2/ الكفالة التجارية :

استثنت المادة 2/651 من القانون المدني حالتين، اعتبرت فيهما أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمان احتياطي وأن أي تطهير لها يجعلها عمل تجاري¹. فالضمان الاحتياطي يقصد به ضمان الالتزام الناشئ من الورقة التجارية و يتم ذلك بكتابته على الورقة التجارية ذاتها أو كتابته على الورقة المتصلة بها أو في ورقة مستقلة وهو ما أكدته المادة 409 من القانون التجاري²، أما بالنسبة للتطهير، فعلى الرغم من اعتبار المشرع تطهيرها بمثابة كفالة تجارية، إلا أن البعض الآخر ذهب لاعتبارها صورة من صور الرهن الحيازي للورقة التجارية.

¹ رقم المادة 2/651، الأمر 58/75 السالف الذكر.

² المادة 409 من الامر 58/75 السالف الذكر.

ثالثاً: بحسب التزام الكفيل

1/ كفالة كلية:

أما بالنسبة للتظهير، فعلى الرغم من إعتبار المشرع تظهيرها بمثابة كفالة تجارية، إلا أن البعض الآخر ذهب لاعتبارها صورة من صور الرهن الحيازي للورقة التجارية.

2/ الكفالة الجزئية:

و هذا حسب نص المادة 652 من القانون المدني الجزائري ، اذ تنص انه في حالة اذا التزم الكفيل بضمان جزء من الدين و بمجرد أن يسدد الكفيل بضمان جزء من الدين و بمجرد أن يسدد الكفيل هذا الجزء فان ذمته تنبأ منه¹.

2/ كفالة محددة :

وهي تأمين عيني حيث يقدم الكفيل مالا (عقار أو منقول) مملوكا لضمان الوفاء بالتزام في ذمة شخص آخر، حيث يقوم برهن عقار أو منقول يملكه لضمان الوفاء بالتزام المدين وهو لا يضمن هذا الوفاء إلا في حدود المال الذي قدمه تأميناً له فالضمان لا يرد على كل ذمته المالية. ومنه الكفيل لا يكون مسؤول شخصياً عن الدين بل يضمن الدين في حدود المال الذي قدمه رهناً و منه نكون امام الكفالة المحددة الكفالة².

¹ المادة رقم 652 من الامر 58/75 السالف الذكر.

² احمد شرف الدين ، التامينات العينية و الشخصية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،دون سنة ، ص 39 .

المطلب الثاني: آثار الكفالة

ترتب عن الكفالة آثارا فيما بين الدائن والكفيل، وهذا بسبب أنّ عقد الكفالة يعدّ عقدا تابعا لالتزام أصلي، وقد يتعدد الكفلاء ويكونون متضامنين فيما بينهم أو مع المدين، حسب الحالات.

وبهذا فإنّ الكفيل يعد مدينا احتياطيا، كذلك إذا حلّ أجل الدين وطالبه الدائن بالوفاء، في هذه الحالة فإنّ القانون يمنحه دفوع تتعلّق بعقد الكفالة ودفوع تتعلّق بالدين، هذه الدفوع هي حماية قررها القانون له حتى يتخلّص من الوفاء. و تناولها المشرع خلال المواد 654 الى 673 من القانون المدني الجزائري.¹

الفرع الاول: العلاقة بين الكفيل والدائن

علاقة الكفيل بالدائن لها وجهان، الأول يتمثل في مطالبة الدائن للكفيل بالدين عند عدم وفاء المدين به، والثاني يتمثل في الدفوع التي يتمسك بها الكفيل في مواجهة الدائن لرد هذه المطالبة. وبعد هذا نجد أن الدائن الذي إستقى حقه من الكفيل تقع عليه واجبات يلزم بها نجاة الكفيل و تعتبر بمثابة آثار ناتجة عن واقعة الدفع، نتطرق لها فيما يلي

اولا : مطالبة الدائن للكفيل و الضوابط التي تحكم ذلك

للدائن الرجوع على الكفيل لمطالبته بالدين متى لم يف المدين بذلك، و نحكم هذه الأخيرة قاعدتين أساسيتين هما:

1/ : وجوب حلول أجل الدين بالنسبة للكفيل

مطالبة الدائن للكفيل لا تجوز إلا عند حلول أجل الكفالة و الغالب أن يكون أجل إلتزام الكفيل هو نفس أجل الإلتزام المكفول، إلا أنه قد يحدث أن يختلف الأجلان بالاتفاق أو بناء

¹ المواد من 654 - 673 من الامر 58/75 السالف الذكر .

على واقعة أخرى تؤدي لسقوط أجل التزام المدين.

فإن كان أجل التزام الكفيل مختلف عن أجل الالتزام المكفول فإن الأجل الممنوح للكفيل قد يحل بعد الأجل الممنوح للمدين أو قبله، فإن حل التزام الأصيل قبل حلول أجل التزام الكفيل فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل قبل حلول الأجل المحدد للالتزامه لأن التزام الكفيل يمكن أن يكون أخف عبئاً¹ من الالتزام الأصلي، ويستفيد الكفيل من الأجل الممنوح له².

وإذا حل التزام الكفيل قبل حلول التزام الأصيل، فإن أجل التزام الكفيل يمتد حتى يصبح مساوياً لنفس أجل التزام الأصيل، ولا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل قبل حلول أجل الدين الأصلي و ذلك لأن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد عبئاً من التزام الأصيل. هذا وأن كل اتفاق بين الدائن والمدين على تعديل أجل الالتزام الأصلي يستفيد منه الكفيل و لكن لا يضر منه فإن مد أجل الالتزام الأصلي فإن الكفيل و يستفيد من هذه المهلة سواء كان مصدرها الاتفاق أو القاضي ولا تجوز أي مطالبة قبل حلول الأجل الجديد، وأن اتفق على تعجيل أجل الالتزام الأصلي فإن الكفيل لا يضر و لا يجوز مطالبة إلا عند حلول أجل الكفالة أي موعد التزامه هو، والسبب يعود إلى الرغبة في حماية الكفيل.

لكن قد يسقط الأجل الممنوح للمدين للسداد وذلك قبل أوانه لعدة أسباب طبقاً للمادة 211 ق.م وهي : الإفلاس أو الإعسار أو إضعاف تأمينات الدين، وعدم تقديم الدائن ما وعد بتقديمه من تأمينات³، فما هو تأثير ذلك على الكفالة ؟ وهل يؤدي إلى سقوط أجل التزام الكفيل و يلتزم بسداد الدين حالاً أم لا يجوز الرجوع عليه قبل الأجل الأصلي المتفق عليه ؟

انقسم الفقه حول هذه المسألة، حيث يتجه البعض إلى القول بسقوط أجل التزام الكفيل بالتبعية لسقوط أجل التزام المدين ذلك أن الغرض من الكفالة هو تأمين الدين ضد مخاطر إعسار المدين، وقد تحقق ذلك مما أدى إلى سقوط الأجل المقرر للوفاء، إلا أن الرأي الغالب استقر على أن يبقى هذا الالتزام قائماً إلى حين حلول أجله، وبظل الكفيل متمتعاً بالأجل الممنوح له

¹ المادة 2/652، من الامر 58/75، السالف الذكر.

² محمدي سليمان، مدونة حول التأمينات العينية و الشخصية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، الجزائر، ص 31.

³ المادة 211، الامر 58/75، السالف الذكر.

ولا يجوز الرجوع عليه قبل حلول هذا الأجل ولو سقط أجل الدين الذي يكفله و ذلك للأسباب التالية:

- 1/ أن تبعية الكفالة للالتزام الأصلي لا تمنع من انعقادها بشروط أخف.
- 2/ أن سحب الثقة من المدين بسبب الإعسار أو الإفلاس أمر خاص به لا يبتر سحب الثقة من الكفيل كما لا يستطيع المدين الإساءة كمركز الكفيل بفعليه.
- 3/ قواعد تفسير الكفالة تقضي الأخذ بالتفسير الأصلح للكفيل بوصفه تبرعا من جهة و بوصفه مدين أيضا يفسر الشك لصالحه من جهة أخرى.

2/: وجوب رجوع الدائن على المدين أولا قبل رجوعه على الكفيل

القاعدة أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل، وحده إلا بعد رجوعه على المدين وهذا ما تضمنته نص المادة 1/660،¹ ومؤدي ذلك أن الدائن يلتزم بالرجوع على المدين أولا، ولا يرجع ابتداء على الكفيل و لكن يمكن للدائن أن يرجع على المدين و الكفيل في آن واحد، و يقصد بالرجوع المطالبة القضائية أي رفع الدعوى على المدين والحصول على حكم قضائي بإلزامه ومن ثمة لا تكفي مجرد المطالبة الودية أو إعدار المدين للوفاء بالتزامه، ويرد على هذه القاعدة إستثنائين:

الأول : إذا أشهر إفلاس المدين، وجب على الدائن التقدم في التفليسة بالدين و إلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل يقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن.

الثاني : إذا كان لدى الدائن سند صالح للتنفيذ على المدين فإن مجرد التنبيه بالوفاء يعتبر في ذاته رجوعا كافيا على المدين و يفتح طريق الرجوع على الكفيل.

¹ المادة 1/660، من الامر 58/75، السالف الذكر.

وعليه إذا رفع الدائن دعواه على الكفيل وحده قبل الرجوع على المدين كانت دعواه غير مقبولة، لأننا بصدد قيد قانوني على الدائن مراعاته وإلا تعرضت دعواه للدفع بعدم القبول، وهذا القيد لا يتعلق بالنظام العام، لذا لا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها وإنما يجب أن يتمسك به الكفيل أمام المحكمة. ومن تم أوجبت شروط لصحة إبداء هذا الدفع هي:

* وجوب أن لا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في هذا الدفع صراحة أو ضمناً، لأنه مقرر لمصلحته ومنه له التنازل عليه.

* يجب أن لا يكون الكفيل متضامناً مع المدين، لأن الدائن هنا يستطيع الرجوع على الكفيل المتضامن ابتداءً دون إمكانية أن يدفع بوجوب الرجوع على المدين، وقد طبق المشرع الفكرة بوضوح في المادة 669 مدني عندما أجاز الرجوع على كفيل الكفيل إذا كان متضامناً مع الكفيل¹.

* وجوب أن يكون في رجوع الدائن على الكفيل مصلحة أو فائدة فلو كان المدين ظاهر الإعسار، فلا فائدة من تمسك الكفيل بوجوب البدء بالرجوع على المدين، وبالمقابل للكفيل التمسك به إن كان للمدين بعض الأموال التي تكفي لسداد بعض الديوان فيرجع الدائن على هذه الأموال ثم يستوفي بقية الدين من الكفيل، وهنا نشير إلى أن القاضي هو الذي يقدر ما إن كانت هناك مصلحة للكفيل، في التمسك بهذا الدفع من عدمه، ويقع على الدائن عبء إثبات إعسار المدين أو عجزه الظاهر عن الوفاء.

وأخيراً تجدر التنويه إلى أن الدفع بضرورة الرجوع على المدين أولاً يعد من الدفع الموضوعية لأنه لا يتعلق بوجود حق الدائن قبل الكفيل، وهو كذلك ليس من الدفع الشكلية بل هو كما سبق وأن رأينا دفع بعدم القبول الدعوى لعدم استيفاء إجراء لا بد من إستنفاته.

¹ المادة 669 ، الامر 58/75 ،السالف الذكر.

ثانيا: الدفع الممنوحة للكفيل لرد المطالبة

1/الدفع الناشئة عن الدين الأصلي

يحق للكفيل أن يتمسك بجميع الدفع التي يستطيع المدين التمسك بها، في مواجهة الدائن، ذلك لأن تبعية التزام الكفيل تجعله يتأثر بكل ما يؤثر في الالتزام المكفول. وقد نصت المادة 1/654 على هذا بقولها: «يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين¹، وللکفيل التمسك بهذه الدفع ولو كان متضامنا مع المدين إذ تنص المادة 666 على أنه " يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفع متعلقة بالدين " ².

فطبقا لهذه النصوص يستطيع الكفيل التمسك في مواجهة الدائن بكل ما يستطيع المدين الأصلي أن يدفع به هذه المطالبة، ومن هذه الدفع ما يؤدي إلى بطلان الالتزام المكفول، كالدفع بالبطلان لانعدام الرضا المحل السبب أو لتخلف الشكل القانوني، كما له التمسك بالدفع المؤدية إلى انقضاء الالتزام المكفول كالوفاء، التجديد، التقادم، والوفاء بمقابل اتخاذ الذمة. وللکفيل التمسك بقابلية العقد الذي أنشأ للالتزام المكفول للإبطال لأي عيب شاب رضا المدين كغلط أو تدليس أو إكراه، و يتمسك الكفيل بهذه الدفع باسمه هو لا باسم المدين لأن التزامه يتعلق بالالتزام المكفول و يرتبط به وجودا و عدما، ولذا فله بمقتضى حق خاص التمسك بكل ما سيؤدي هذا الالتزام أو يؤدي لانقضائه وله التدخل في الدعوى التي يرفعها الدائن على المدين لیتمسك بدفع قد لا يتمسك به المدين نفسه وله التمسك بهذه الدفع ولو نزل عنها المدين فله التمسك بتقادم الالتزام المكفول حتى ولو كان المدين قد نزل عن حقه في التماسك بالتقادم. أما إذا أجاز المدين العقد القابل للإبطال فليس للكفيل الحق في التمسك بهذا السبب إلا أن كان المدين متواطئ مع الدائن للإضرار بالكفيل. هذا وأن التمسك بقابلية العقد للإبطال بسبب نقص أهلية الكفيل فإن المادة 654 القانون المدني الجزائري في :

¹ المادة 1/654، الامر 58/75، السالف الذكر.

² المادة 666، الامر 58/75، السالف الذكر.

فقرتها الأولى نصت على أن: "إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص الأهلية وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد فليس له أن يحتج بهذا الوجه"¹. ويتضح من هذا النص أن الكفيل لا يستطيع التمسك بنقص أهلية المدين إذا كان عالما بذلك وقت التعاقد، إلا أنه إذا تمسك المدين بنقص أهلية وحكم له بإبطال الالتزام الأصلي، فإن الكفيل يستفيد من ذلك، ويبطل التزامه تبعاً، ويلاحظ أن هذا النص يختلف عن حكم المادة 649 القانون المدني الجزائري، الناصة على: "من كفل التزام ناقص الأهلية، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول"، وهو النص الذي يتناول حكم فرض الكفيل بسبب نقص الأهلية و يحرم الكفيل من التمسك ببطلان تصرف المدين المكفول و يتمسك به المدين².

2/الدفع الناشئة عن عقد الكفالة

زيارة على الدفع السابقة الذكر فإن المشرع منح الكفيل دفوعاً خاصة به مراعاة لصفته و اعتباراً لالتزامه التبرعي، وفيما يلي يعرض لهذه الدفع وهي: الدفع بالتجريد (المادة 2/660 مدني)، الدفع بالتقسيم في حالة تعدد الكفلاء، (المادة 644 مدني)، الدفع بإضاعة التأمينات بخطأ الدائن، المادة 656 ق.م.ج، الدفع بعدم اتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين، (المادة 657 ق.م.ج)، الدفع بعدم تدخل الدائن في تفسلة المدين (المادة 658 القانون المدني الجزائري).

أولاً : الدفع بالتجريد

تنص المادة 2/660 القانون المدني الجزائري "ولا يجوز له (الدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله، و يجد على الكفيل في هذه المسألة أن يتمسك بهذا الدفع"³. والدفع بالتجريد بمعنى بسيط هو أنه إذا أراد الدائن التنفيذ على الكفيل فلهذا

¹ المادة 654، الامر 58/75، السالف الذكر.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص، ص 69-70.

³ المادة 2/666، الامر 58/75، السالف الذكر.

الأخير التمسك بالتنفيذ أولاً على أموال المدين و تجريده منها إذا كان له أموال كافية للوفاء بكل الدين، وهو دفع تقرر لمصلحة الكفيل باعتباره ضامناً لدين ليس له مصلحة فيه فمن باب العدل ألا ينفذ عليه بالدرجة الأولى و أموال المدين قائمة لم ينفذ عليها. والهدف من هذا الدفع يعود إلى أن الكفيل جدير بالرعاية لأنه يوفى ديناً ليس بدينه، بل بدين غيره فهو عادة يقدم خدمة للغير لتقوية ائتمانه، ولا ضرر في هذا على الدائن، إذ هو يستوفي حقه من الكفيل إن لم يستوفه من المدين. ويفرض لدراسة هذا الدفع من خلال تناول شروطه، والآثار المترتبة عليه وصورة خاصة للدفع به.

- شروط الدفع بالتجريد :

1/ يجب أن يكون الكفيل شخصي لا عيني: لأن الكفيل العيني راهن، ولا يحق له التمسك بالتجريد إلا إذا كان قد اشترط ذلك صراحة، وهو ما نصت عليه المادة 901 من القانون المدني الجزائري "إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا على ما رهنه من ماله، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك"¹. وحق الكفيل قاصر على الدفع بتجريد المدين المكفول، ولا يحق له أن يدفع بتجريد مدين آخر غير مكفول، في حالة تعدد المدينين.

2/ يجب أن لا يكون الكفيل قد تنازل مقدماً عن هذا الدفع: وهذا ما نصت عليه المادة 2/660 يقولها " ... على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق .."² فهو دفع ليس من النظام العام يقع على الكفيل التمسك به وليس للقاضي الحكم به من تلقاء نفسه، باعتبار أنه دفع خاص بالكفيل فإنه يجوز له أن يتنازل عنه لأنه مقرر لصالحه، وقد يتم التنازل عن الدفع في عقد الكفالة ذاته، أو بعد ذلك في اتفاق مستقل، وقد يكون هذا التنازل صريحاً أو ضمناً و

¹ المادة 901، الأمر 58/75 السالف الذكر .

² المادة 2/660، الأمر 58/75 السالف الذكر .

مثال النزول الضمني سكوت الكفيل عن الدفع بالتجريد عندما يشرع الدائن في التنفيذ على أمواله، ومن ثمة فهو يستخلص من ظروف الحال و ملابتها و قولنا أن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام يثير التساؤل عن الوقت الذي يجب على الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع؟ ذهب البعض إلى القول أنه إذا رفعت الدعوى على الكفيل، كان له الحق في التمسك بهذا الدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى، وعليه أن يتمسك بهذا الدفع قبل صدور الحكم النهائي فإذا لم يفعل، وصدر هذا الحكم بإلزامه بالدين، فلا يعلق تنفيذه على تجريد المدين من أمواله ومنه فإن هذا الدفع يتعلق بمرحلة المطالبة القضائية وليس بالتنفيذ¹.

ويذهب الرأي الغالب إلى أن رجوع الدائن على الكفيل يمر بمرحلتين الأولى مرحلة التقاضي والثانية مرحلة التنفيذ، و تختص كل مرحلة بدفع خاص، فالمرحلة الأولى هو الدفع بعدم القبول للدعوى لرفعها على الكفيل أولاً، و يجوز التمسك بهذا الدفع في أي مرحلة من مراحل الدعوى، أما الدفع بالتجريد فهو خاص بمرحلة التنفيذ حيث يستطيع الكفيل التمسك به في مواجهة الدائن عندما يشرع في التنفيذ على أمواله لذا، فإن هذا الدفع لا يسقط لعدم التمسك به في مرحلة التقاضي، (فهذا لا يعني عدم جواز إبدائه في مرحلة التقاضي، بل للكفيل إبدائه أثناء نظر الدعوى.

3/ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين :وهو الشرط الوارد بنص المادة 665 من القانون المدني الجزائري، ومنه للكفيل العادي التمسك بلزوم التنفيذ على أموال المدين أولاً. أما الكفيل المتضامن فليس له التمسك بهذا الدفع، فالدائن يستطيع الرجوع على المدين أو الكفيل أو عليهما معاً، وله التنفيذ على أموال الكفيل مع المدين أولاً. وهنا نقول أنه لا يجوز الاتفاق على احتفاظ الكفيل بالحق في التمسك بالتجريد في كل من الكفالة القضائية والقانونية لأن الكفيل فيها يعتبر متضامناً بنص القانون وتقضي طبيعة التضامن في هذه الحالة حرمان الكفيل من

¹ سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1975 سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص: الرهن الحيازي، حقوق الامتياز)، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1996، ص 212.

الحق في الدفع بالتجريد، أما بالنسبة للتضامن الإتفاقي، فإذا البعض يرى عدم جواز منح الكفيل المتضامن الحق في الدفع بالتجريد لأنه يتعارض مع طبيعة التضامن و احتفاظ الكفيل بهذا الدفع لا يجعله متضامنا في الواقع إلا أن الرأي الغالب يذهب إلى أنه ليس هناك ما يمنع مثل هذا الاتفاق إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة و حرية الكفيل في التخفيف من التزامه.

4/ يجب أن يرشد الكفيل إلى أموال المدين التي تفي بكل الدين : وهو الشرط المنصوص عليه بالمادة 661 والتي نصت على ما يلي " إذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين التي تفي بالدين كله. ولا يؤخذ بعين الاعتبار الأموال التي يدل عليها الكفيل إذ كانت هذه الأموال تقع خارج الأرض الجزائرية أو كانت متنازع عليها"¹. فلكي يكون الدفع بالتجريد مقبولا و قائما على أساس يجب أن تكون للمدين أموال يمكن للدائن التنفيذ عليها، ويقع على الكفيل عبء إثبات وجود أموال للمدين صالحة و كافية للوفاء بكل الدين، و يقوم بإرشاد الدائن إلى هذه الأموال على نفقته و مثالها مصروفات استخراج صور لمستندات ملكية المدين للأموال التي أرشد عنها، وهذا فضلا عن أن مصروفات التجريد سيرجع بها الدائن على الكفيل.

هذا و يشترط في الأموال التي يجب أن يرشد عنها الكفيل عدة شروط هي:

أ - أن تكون الأموال مملوكة للمدين، فالأموال الغير مملوكة له لا يعتد بها ولو كانت في حيازته.

ب- أن تكون هذه الأموال قابلة للحجز عليها :وهو شرط الذي يتفق مع الغاية من الإرشاد وهو التنفيذ.

ج- أن تكون هذه الأموال كافية للوفاء بكل الدين :فلا يكفي أن تكفي الأموال للوفاء بجزء من الدين أو حتى معظمه، فإن كانت الأموال التي يرشد عنها الكفيل لا تكفي لسداد الدين كله، فإنه لا يجوز التمسك بالدفع بالتجريد.

وتقدير كفاية الأموال التي يرشد إليها الكفيل مسألة واقع يفصل فيها قاضي الموضوع، و يقدر

¹ المادة 661، الامر 58/75، السالف الذكر.

قيمتها وقت النظر في النزاع بشأنها، ولا يؤخذ بعين الاعتبار إلا القيمة الصافية، فإن كانت مثقلة بحقوق عينية تبعية كالرهن، فإن قيمة المال تحدد بعد استنزال الديون المضمونة بهذا الرهن. كما يلاحظ بأنه إذا كانت الأموال غير كافية للوفاء بكل الدين، فإن الدائن غير ملزم بالتنفيذ عليها، إذ لو أُلزم بذلك لأدى هذا إلى إجباره بالوفاء الجزئي لحقه، وهو ما يتعارض مع القواعد العامة في الوفاء حيث تنص المادة 1/277 من القانون المدني الجزائري على أنه " لا يجبر المدين الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقف بغير ذلك"¹.
 د- أن تكون الأموال موجودة بالجزائر : وذلك لتجنب إرهاب الدائن من خلال مباشرة إجراءات معقدة عند وجود الأموال في خارج إقليم الدولة، هذا ولا يشترط أن تكون الأموال موجودة في مكان الوفاء بالدين أو في موطن المدين.

و- وجوب ألا تكون الأموال متنازع عليها : لأن الأموال المتنازع عليها غير مأمونة العاقبة، فقد يسفر فض النزاع عن أنها غير مملوكة للمدين. وهذا ويكون المال متنازع عليه إذا كانت هناك دعوى مرفوعة في شأنه أو كان محلا لنزاع جدي.

- آثار الدفع بالتجريد : يترتب على توافر شروط الدفع بالتجريد، وقبول المحكمة له عدة

نتائج قانونية هامة تتمثل في:

1/عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل:

يترتب على قبول الدفع بالتجريد وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل، بل أن هذه الإجراءات تقف بمجرد إبداء الكفيل للدفع حتى تفصل المحكمة فيه و تسقط الإجراءات التي يكون الدائن قد اتخذها قبل الدفع بالتجريد، وتبطل كل الإجراءات التي تتخذ في سبيل التنفيذ على أموال الكفيل، سواء تعلق الأمر بمرحلة التقاضي أن تم التمسك بالدفع أثناء سير الدعوى أو بمرحلة التنفيذ إن تم التمسك به عند شروع الدائن في التنفيذ عن طريق حدوث اشكال في التنفيذ .
 فوقف المطالبة نعني بها إذن الكف عن متابعة السير في إجراءات التنفيذ، هذا وأن إجراءات

¹ المادة 1/277، الامر 58/75، السالف الذكر.

التنفيذ لا يمنع الدائن من اتخاذ الإجراءات التحفظ به على أموال الكفيل لأن هذا الإجراء لا يمس بأصل الحق والعرض منه، الحفاظ على ذمة الكفيل المالية حتى لا يتصرف فيها.

2/ إلزام الدائن بالتنفيذ على أموال المدين التي أرشده إليها الكفيل:

على الدائن أن يبادر إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهة المدين وإلا تحمل نتيجة إعسار المدين إن تراخي في التنفيذ على أمواله وعلى الدائن أن يبذل في اتخاذ هذه الإجراءات عناية الرجل العادي، و يتحمل النتيجة إن أصبحت أمواله غير كافية للوفاء بالدين بعد أن كانت كافية عندما أرشده الكفيل إليها، ويقع عبء إثبات تقصير الدائن على الكفيل، وفقا للقواعد العامة¹.

3/ مسؤولية الكفيل عند عدم حصول الدائن على حقه كاملا:

إن اتخذ الدائن الإجراءات التنفيذية على مال المدين، في الوقت المناسب فإن ذلك يؤدي عادة إلى حصوله على حقه، إلا أنه من المتصور عدم استفاء الدائن لحقه كاملا بالرغم من قيامه بالإجراءات التنفيذية، على الوجه الصحيح لسبب أجنبي لا يد له فيه، إذ قد يظهر دائنون عاديون للمدين يزاحمون الدائن و يقاسمونه حصيلة التنفيذ مما يؤثر على كفاية الأموال للوفاء بالدين، وقد تتخفف قيمة أموال المدين عند التنفيذ. بسبب تقلبات السوق أو يظهر أنه قد تم تقدير هذه الأموال بأكثر من قيمتها، والنتيجة أن ذمة الكفيل لا تبرا إلا بقدر ما استوفى الدائن، من المدين بعد التنفيذ عليه، وهنا للدائن الرجوع على الكفيل بالباقي من حقه لكن يتعين عليه ليقوم بهذا الرجوع أن يثبت أنه نفذ على جميع الأموال التي دل عليها الكفيل و يتم هذا بتقديم محاضر الحجر، وأوراق التنفيذ.

ثانيا: الدفع بالتقسيم في حالة تعدد الكفلاء

في حالة كان الكفيل واحدا فإنّ الدائن له حق مطالبة بكل الدين، إذا ما توفرت الشروط التي يتطلبها القانون للمطالبة، أمّا في حالة التعدد للكفلاء لدين واحد، فكيف تكون مطالبة الدائن؟. وهنا نرجع لنص المادة 664 من القانون المدني الجزائري: "إذا تعدد الكفلاء لدين واحد

¹ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 212.

وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، فُسِّمَ الدين عليهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة. أمّا إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية فإنّ كل واحد منهم يكون مسؤولاً عن الدين كلّهُ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحقّ التقسيم¹، ولكي ينقسم الدين بين الكفلاء المتعددين يستلزم توافر الشروط الآتية:

1_ أن يتعدد الكفلاء لدين واحد، هنا لا ينقسم الدين بين الكفيل والمدين لأنّ الدين ليس واحداً، وهذا لاختلاف التزام الكفيل عن التزام المدين.

ونجد أيضاً أنّ الدين لا ينقسم بين الكفيل وكفيل الكفيل لأنّ التزام الكفيل محله ضمان الوفاء أمّا محل التزام كفيل الكفيل فهو ضمان الوفاء بالتزام الكفيل.²

2_ أن يكون التزام الكفلاء بعقد واحد، وهذا بسبب أنّ كل كفيل قد أدخل في اعتباره مسؤولية غيره من الكفلاء وبهذا فإنّه سيفي بجزء من الدين، وفي حالة تعددهم بعقود متوالية فالدين هنا لا ينقسم بقوة القانون ويحق للدائن مطالبة كلا منهم بكل الدين، ما لم يكن الكفيل قد احتفظ لنفسه في عقد الكفالة بحقّ التقسيم.

3_ أن يكون المدين واحداً؛ فإذا تعدد المدينون، كما في حالة التزام عدّة أشخاص على سبيل التضامن بنفس الدين وكفل كلا منهم أحد الكفلاء، فلا ينقسم الدين بينهم ويتوفر هذا الشرط إذا كل كفيل جميع المدينين المتضامنين.

4_ حالة عدم تضامن الكفلاء حيث إذا تضامنوا يحق للدائن الرجوع على كل منهم بكل الدين طبقاً لأحكام التضامن ولا ينقسم الدين، حتى ولو كانا كفيلاً معاً نجد عقداً واحداً. أمّا في حالة عدم التضامن فينقسم الدين بينهم.

ويتوافر هذه الشروط فإنّ الدين ينقسم بين الكفلاء بقوة القانون؛ فلا يلتزم كل واحداً منهم إلاّ بوفاء حصّته من وقت انعقاد الوكالة. وفي حالة إفسار أحد الكفلاء فإنّ نصيبه لا ينقسم

¹ رقم المادة 664 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 60.

بين الكفلاء بل يحتمل الدائن نتيجة هذا الإعسار.¹

ثالثاً : الدفع بخطأ الدائن في المحافظة على التأمينات الأخرى:

وهذا ما نصّت عليه المادة 656 من القانون المدني الجزائري: "تبرأ ذمّة 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".² وهنا نجد حالة تهاون الدائن في المحافظة على التأمينات الأخرى المقدّرة لضمان دينه فتضيع بخطئه هذه الضمانات كلها أو جزءاً منها، وهنا تبرؤ ذمّة الكفيل بقدر ما ضيعه المدين من ضمانات، ويحقّ للكفيل الدفع بهذا الخطأ في حالة مطالبة الدائن عليه بالوفاء. ويتمسك الكفيل بهذا الدفع بتوفر الشروط التالية:

_ خطأ الدائن في ضياع التأمين الخاص.

_ حدوث ضرر للكفيل من جراء خطأ الدائن.

ويتمسك الكفيل بهذا عن طريق دفع أثناء رجوع الدائن عليه، وله طلب ذلك عن طريق رفع دعوى على الدائن يطلب فيها الحكم ببراءته بسبب إضاعة التأمينات و يترتب على قبوله براءة ذمة الكفيل بقدرها إضاعة الدائن بخطئه، و يتوجب التمسك بهذا الدفع لأن المحكمة لا تقضي به من تلقاء نفسها لأنه لا يتعلق بالتقادم العام.

رابعاً: الدفع بتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضدّ المدين:

إذ نصّت المادة 657 من القانون المدني الجزائري على أنّه: " لا تبرأ ذمّة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنّه يتّخذها"³ ونجد أنّ هذه المادة تعالج تأخر الدائن في المطالبة بحقّه من المدين لا تسقط حقّه في مطالبة الكفيل ولو ترتب عنه إضرار بالكفيل نتيجة لإعسار المدين، وتعدّ رجوع الكفيل عليه، وفي الفقرة الثانية من نفس المادة: " غير أنّ ذمّة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضدّ المدين خلال ستة أشهر من إنذار

¹ محمد صيري السعدي، المرجع السابق، ص 60.

² رقم المادة 656 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

³ رقم المادة 657 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا". وهنا يحق للكفيل أن ينذر الدائن باتخاذ الإجراءات اللازمة ضد المدين من اجل وفاء التزامه في أجل قدره ستة أشهر من يوم إنذار الكفيل للدائن، وإذا انقضت هذه المدة دون قيام الدائن بأي إجراء ضد المدين، برأت ذمة الكفيل إلا إذا قدم المدين الكفيل ضمانا كافيا، يضمن به الكفيل رجوعه على المدين إذا كان ملزما بالوفاء للدائن".¹

خامسا: الدفع بعدم تقدم الدائن للتفليسة:

وهذا حسب نص المادة 658 من القانون المدني الجزائري: "إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن"²؛ ومن هنا نرى أنّ الالتزام بالوفاء يكون على أموال المدين وذلك بافتراض إفلاسه بالحكم القضائي الذي أمر بالتفليسة وعين وكيلها، ومن هنا فإنّ للدائن الحق في التفليسة حتى يأخذ حقه منها.

وعند إهماله لإرجاع دينه يضيع حقه في المطالبة من الكفيل إلا بجزء ما أصاب الكفيل من ضرر بسبب إهمال الدائن في الدخول في التفليسة، وفي حالة مطالبته بالوفاء لكل الدين جاز للكفيل التمسك في المواجهة ببراءة ذمته بالنسبة للقدر الذي أضاعه الدائن بسبب عدم تدخله في التفليسة.

3/التزامات الدائن عند استفاء الدين تجاه الكفيل

نصت المادة 671 من القانون المدني الجزائري على " إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين"³. وما هي إلا تطبيق للقواعد العامة الواردة بنص المادة 261 من نفس القانون، و ما بعدها الخاصة بالوفاء مع الحلول. فالمادة 264 نصت " من حل محل الدائن قانونا أو اتفاقا كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع و ما يكفله من تأمينات و ما يرد عليه من دفع بالقدر الذي أداه

¹ يمينة ححو، المرجع السابق، ص ص37، 38.

² رقم المادة 658 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

³ المادة 671، الأمر 58/75، السالف الذكر.

من ماله من حل محل الدائن"¹، و يترتب على حلول الكفيل محل الدائن أن يكون للكفيل الرجوع على المدين بحق الدائن بما له من خصائص، وما يلحقه من تأمينات وعلى ذلك نصت المادة 659 القانون المدني الجزائري على "على أن يلتزم الدائن بأن يسلم للكفيل وقت وفاته الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع"²، ومن تم فإن الكفيل يقوم بعد الوفاء بالدين المكفول بالرجوع على المدين بما وفاه للدائن، وعلى هذا الأخير أن يسلمه وقت الوفاء كل المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع، بدعوى الحلول أين يحل محل الدائن في حقوقه و أهم هذه السندات، سند الدين المكفول الموجود في يد الدائن ومخالصة من الدائن تفيد استيفاءه للدين فإن امتنع الدائن عن هذا كان من حق الكفيل الامتناع بدوره عن تنفيذ التزامه لأنه تصرف تنطوي على إضعاف لحق الكفيل في الرجوع و استرداد ما يستوفيه.

وعند النزاع بصدد أي من الطرفين يبدأ في التنفيذ كان للكفيل أن يودع مبلغ الدين بخزانة المحكمة، وله بعد هذا الإيداع القانوني الرجوع على المدين بعد الحصول على شهادة بذلك تغنيه عن مستندات الدين وعن المخالصة³.

هذا و لقد نصت المادة 2,3/659 على أنه "إذا كان الدين مضمون بمنقول مرهون أو محبوس، وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل.

وإذا كان الدين مضمون بتأمين عقاري، فإن الدائن يلتزم أن يقوم بالإجراءات اللازمة للنقل هذا التأمين و يتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على المدين"⁴.

فالنص ألزم الدائن القيام بنقل الضمانات للكفيل، ويتم النقل من خلال اتخاذ الإجراءات التي تتفق و طبيعة الضمان، فإن كان الدين مضمون بمنقول مرهون أو محبوس، وجب على الدائن أن يتخلى عن حيازته للكفيل، أما إن كان مضمون بتأمين عقاري (رهن رسمي أو حق اختصاص) فعلى الدائن أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقله و ذلك بالتأشير على هامش القيد مع

¹ المادة 264، الامر 58/75، السالف الذكر.

² المادة 659، الامر 58/75، السالف الذكر.

³ أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 167 .

⁴ المادة 2,3/659، الامر 58/75، السالف الذكر.

تسليم عقد الرهن أو صورة الحكم الذي قرر حق الاختصاص و يتحمل الكفيل مصروفات النقل، على أن يرجع بها على المدين بعد ذلك .

الفرع الثاني العلاقة بين الكفيل و المدين

و نتناول في هذا الفرع علاقة الكفيل بالمدين و كيفية رجول الكفيل عن المكفول عنه
اولا:الدعوى الشخصية أو دعوى الكفالة

تنص المادة 670 القانون المدني الجزائري على أنه" يجب على الكفيل أن يخبر المدين قبل أن يقوم بالوفاء أي بوفاء الدين وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق، أسباب تقضي ببطلان الدين أو انقضائه. فإن لم يعارض المدين في الوفاء بقي للكفيل الحق في الرجوع عليه، ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو انقضائه"¹.

وتنص المادة 672 على أنه:«يكون للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو يغير علمه. ويرجع بأصل الدين و المصروفات، غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده»²

ومن تم يكون للكفيل الذي كفل المدين، سواء كانت الكفالة بعلمه أو يغير علمه الرجوع بالدعوى الشخصية سواء كان متضامنا أو كفيلا عاديا، سواء كان شخصا أو عينيا، لكن هناك استثناء:

-إذ 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

¹ المادة 670، الامر 58/75، السالف الذكر.

² المادة 672، الامر 58/75، السالف الذكر.

لتأمين الدائن ضد خطر إفسار المدين ودون فائدة لهذا الأخير، وفي هذه الحالة لا يحق للكفيل الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية، وإن كان له الحق في الرجوع بناء على دعوى الإثراء بلا سبب المنصوص عليها في القواعد العامة للقانون المدني (المادة 141، 142 القانون المدني الجزائري). هذا وأن أغلبية الفقه الحديث يذهب إلى القول بأن الدعوى الشخصية التي يرجع بها الكفيل على المدين طبقاً للمادة 670 و 672 القانون المدني الجزائري هي دعوى مستقلة هذا و يرى أغلب الفقه إلى وجوب حرمان الكفيل من الدعوى الشخصية متى أبرمت رغم معارضة المدين أن كانت لصالح الدائن، وحده ليقصر حقه في الرجوع على المدين بدعوى الحلول فقط، هذا و تشير إلى أن الفقه المصري يجيز للكفيل في هاتين الحالتين وعلى تقضي المشرع الفرنسي الرجوع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب طبقاً للقواعد العامة¹.

- شروط دعوى الكفالة

1/ أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين و دون معارضته:

يجمع الفقه على أن دعوى الكفالة تقتصر على الحالات التي تتعد فيها، الكفالة دون معارضة المدين سواء كانت بعلم المدين أم بغير علمه، وذلك على أساس أن الكفالة تحقق في الغالب مصلحة المدين أو مصلحة الدائن و المدين معاً، لأنها تحقق اطمئنان الدائن إلى المدين و ثقته فيه فيقبل التعامل معه و يمنحه الائتمان، و يستوي في ذلك الكفيل العادي أو المتضامن، الكفيل المأجور أو المتبرع، الكفيل الشخص أو العيني، فيحق لكل منهم الرجوع بدعوى الكفالة طالما تمت الكفالة بغير معارضة المدين و كانت تحقق مصلحة المدين أو مصلحة الدائن و المدين معاً. وفي كل هذه الأحوال يقتصر حق الكفيل في الرجوع على المدين بدعوى الحلول وذلك لأن الدعوى الشخصية دعوى خاصة تمنح للكفيل على أساس أنه يكون قد أسدى خدمة للمدين. ويجيز الفقه في هاتين الحالتين للكفيل، بالإضافة إلى دعوى الحلول الحق في الرجوع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب طبقاً للقواعد العامة.

¹ زاهية حورية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الامل للطباعة و النشر ، تيزي وزو، دون سنة نشر ، ص 80 - 82 .

2/ قيام الكفيل بالوفاء للدائن:

يجب أن يقوم الكفيل بوفاء الدين المكفول، والوفاء قد يتم بتقديم الشيء المستحق أصلاً أو القيام بما يقوم مقامه بشرط أن يؤدي إلى براءة ذمة المدين. هذا و يرجع الكفيل على المدين ولو وفى إلا بجزء من الدين، إذا كانت الكفالة عن جزء من الدين أو قبل الدائن منه وفاء جزئي، وهنا تختلف دعوى الكفالة عن دعوى الحلول التي يشترط للرجوع بها أن يكون الوفاء كلياً، وللدائن أي يرجع في الوقت نفسه على المدين بما تبقى من حقه فإن كانت أموال المدين غير كافية للوفاء لكل من الكفيل والدائن فإنه يتم تقسيم المال بينهما قسمة غرماء، فالدائن لا يتقدم على الكفيل في استثناء الباقي من أموال المدين كما هو الحالة في دعوى الحلول.

3/ وفاء الكفيل بالدين عند حلول أجله:

يجب أن يقوم الكفيل بالوفاء بالدين المكفول عند حلول أجله، فإن قام بالوفاء قبل الميعاد لم يكن له الرجوع على المدين إلا عند حلول الأجل، و يفقد حقه في الرجوع عليه إذا انقضى الدين لسبب ما بين ووفاء الكفيل بالدين و حلول الأجل المقصود هنا هو الأجل الأصلي للدين،¹ فإن امتد هذا الأجل بالاتفاق أو بناء على حكم المحكمة فإن هذا الأجل الإضافي لا يقيد الكفيل وله الوفاء بالدين بمجرد حلول الأجل الأصلي ثم يرجع على المدين بالدعوى الشخصية حتى قبل نهاية الأجل الإضافي.²

4/ ألا يكون الوفاء قد حصل بخطأ من الكفيل:

يحق للكفيل الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية بما وفاه من دين للدائن، بشرط أن يترتب على هذا الوفاء براءة ذمة المدين، أما إن كان الوفاء قد تم بخطأ الكفيل لأن هذا الوفاء لم يكن واجب بسبب بطلان مصدر الدين أو انقضائه كلياً أو جزئياً، فإنه لا وجه لرجوع الكفيل على المدين بما وفاه ولهذا السبب أوجب القانون على الكفيل أن يخطر المدين، قبل الوفاء

¹ زاهية حورية سي يوسف ، المرجع السابق ، ص 83.

² زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق ، ص 83 .

بالدين، بعزمه على الوفاء فقد يكون لدى المدين أسباب تمنع الوفاء وعليه فإن على المدين إبداء اعتراضه على وفاء الكفيل خلال مدة معقولة، وأن يتضمن هذا الاعتراض أسباب جدية تمنع الوفاء بالدين، ولا وجود لشكل خاص لإخطار الكفيل للمدين و لاعتراض هذا الأخير على الوفاء، فقد يتم بورقة رسمية أو عرفية أو شفاهية، فإن قام الكفيل بالوفاء دون إخطار المدين، فإنه يتحمل مسؤولية ذلك الوفاء بحيث لو أثبت المدين بأن هذا الوفاء لم يفده لم يكن للكفيل أن يرجع على المدين بشيء مما وفاه و يتحمل مسؤولية وفائه الخاطيء. ما إذا قام الكفيل بإخطار المدين ورد عليه طالبا منه عدم الوفاء، مبررا أسباب ذلك، كان على الكفيل الامتناع عن الوفاء، وإن اتخذ الدائن إجراءات المطالبة القضائية في مواجهته كان عليه أن يدخل المدين في الدعوى.

هذا وإن رأى الكفيل عدم جدية اعتراضات المدين، و قام بالوفاء على مسؤولية، فإن اثبت بعد ذلك صحة هذه الاعتراضات لم يكن للكفيل الرجوع عليه، ولكن يرجع على الدائن لاسترداد ما دفع بدون حق. أما إذا لم يرد المدين على إخطار الكفيل أو تراخى ووفى الكفيل، لم ينسب له تقصير و يكون له أن يرجع بالدعوى الشخصية لاسترداد ما وفاه ولو ظهر أن للمدين أسباب تقضي ببطلانه، إذ يتحمل تبعه تقصيره و يلتزم بأن يدفع للكفيل ما أداه، هذا و أن موضوع رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية فإنه وطبقا للمادة 672 نصت ان " يرجع الكفيل بأصل الدين و لمصروفات غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده"¹، إذ هنا يرجع الكفيل بأصل الدين والمصروفات.

أ/ أصل الدين

وهو كل ما دفعه الكفيل إلى الدائن لإبراء ذمة المدين، و يشمل ذلك مقدار الدين الأصلي، وكذا فوائد هذا الدين لو كان ينتج فوائد اتفاقية أو قانونية ما دامت تدخل ضمن الدين المكفول

¹ المادة 672، الامر 58/75 السالف الذكر .

ب/ المصروفات

وهي كل المبالغ التي أنفقها الكفيل في تنفيذ عقد الكفالة، وتلك التي أنفقها الدائن في رجوعه على الكفيل و اضطر الكفيل إلى ردها له، بالإضافة إلى ذلك ما يكون قد أنفقه في الإرشاد على أموال المدين لتجريده و مصروفات الدعوى التي رفعها الدائن على الكفيل، لكن لا يرجع بهذه المصروفات على المدين إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات، التي اتخذها ضده لأن المدين متى أخطر بها قد يسارع إلى الوفاء بالتزامه، و يتجنب بذلك المصروفات التي يقوم بها الكفيل أو الدائن لو لم يخطر، هذا و بالمقابل أن حق الكفيل في الرجوع يمتد حتى إلى مصروفات المطالبة الأولى بمصروفات التنبيه بالوفاء و مصروفات دفع الدعوى، إذ أنها مصروفات تتفق قبل أن يصل الكفيل إلى اتخاذ أي إجراء بالإخطار للمدين ولهذا يلتزم بها المدين لا الكفيل .

ثانيا:الرجوع بدعوى الحلول

تنص المادة 671 القانون المدني الجزائري ان "إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين، ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن استوفى كل حقه من المدين"¹.
ونجد أن هذا النص ليس إلا تخصيصا يطبق القاعدة العامة التي وردت في المادة 261 القانون المدني الجزائري" إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفى محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال التالية: إذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه"²، والكفيل كما رأينا ملزم بوفاء الدين عن المدين، فيكفي لرجوع الكفيل بدعوى الحلول³. أن يكون قد وفى الدين، و يستوي أن تكون الكفالة قد عقدت بعلم المدين أو دون علمه، أو رغم إرادته، سواء كانت لمصلحة المدين أو لمصلحة الدائن.

¹ المادة 671، الامر 58/75 السالف الذكر.

² المادة 261، الامر 58/75، السالف الذكر.

³ محمد صبري السعدي المرجع السابق ، ص 104 .

غير أن الفرق بينها و بين الدعوى الشخصية التي تستند إلى الكفالة هو أنها لا تجوز إلا إذا كان الدائن قد استوفى كل حقه، بخلاف الدعوى الشخصية، فممن وفى جزء من الدين، الحق في الرجوع به على المدين.

فبالرجوع لدعوى الحلول توجب أن يكون الدائن قد استوفى كل حقه، ونصت على ذلك المادة 2/671 " ولكن إذا لم يوف إلا ببعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي كل حقه من الدين"¹، وهو تطبيق للقواعد العامة الواردة بنص المادة 265 القانون المدني الجزائري، وطبقا للعبارة الأخيرة من النص فإن للدائن أن يسمح للكفيل الرجوع بدعوى الحلول قبل استفاء كل حقه ذلك أن الغرض من هذه الدعوى حماية مصلحة الدائن الذي له التنازل عن الحماية المقررة له. هذا و للكفيل الاستفادة من كل التأمينات التي تضمن الدين متى وفى بالالتزام أو وفاه جزئيا و قام المدين بالوفاء بالجزء الباقي، أو قام شخص آخر غير المدين كالوفاء، وهنا يكون هذا الشخص و الكفيل على قدم المساواة، فيقسمان الناتج من دعوى الحلول قسمة عزماء وهو ما نصت عليه المادة 265 القانون المدني الجزائري بقولها " فإذا حل شخص آخر محل الدائن فيم بقى له من حق، رجع من حل أخيرا هو من تقدمه في الحلول، كل بقدر ما هو مستحق له، و تقاسما قسمة عزماء"².

يترتب على حلول الكفيل محل الدائن طبقا للمواد (671 و 261، 264 القانون المدني الجزائري) أن يكون للكفيل الرجوع على المدين بحق الدائن بما له من خصائص و ما يلحقه من توابع، و عليه من دفع على التفصيل التالي:

يرجع الكفيل بحق الدائن بماله من خصائص، وعليه فلا يمكن أن يرجع على المدين إلا عند حلول الأجل الذي يستطيع الدائن الرجوع فيه، فلو منح الدائن أو القاضي أجل للمدين، فإن الكفيل لا يستطيع الرجوع قبل الأجل الجديد.

¹ المادة 2/671، الامر 58/75، السالف الذكر.

² المادة 265، الامر 58/75، السالف الذكر.

الفرع الثالث: حالة تعدد المدينين و الكفلاء في الدين

وهنا نكون امام : حالة رجوع الكفيل عند تعدد المدينين المتضامنين والغير المتضامنين، و حالة رجوع الكفيل بعد الوفاء على غيره من الكفلاء المتضامنين والغير متضامنين

اولا :رجوع الكفيل عند تعدد المدينين المتضامنين والغير المتضامنين

تنص المادة 673 القانون المدني الجزائري على انه" إذا تعدد المدينون في دين واحد و كانوا متضامنين، فللكفيل الذي ضمنهم جميعا أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين"¹. لقد سبق و أن درسنا رجوع الكفيل على المدين على فرضية أن المدين شخص واحد، إلا أنه يحدث أن يتعدد المدينون بنفس الدين، وفي هذه الحالة يكون الكفيل قد ضمنهم جميعا كما قد يكون كفل بعضهم فقط، كما يمكن أن يكونوا متضامنين فيما بينهم، وقد لا يكون كذلك، وفيما يلي نبين حكم هذه الفروض.

1/ حالة تعدد المدينين مع عدم تضامنهم:

إذا كان المدينون غير متضامنين فيما بينهم، و كفلهم الكفيل جميعا، و وفى بالدين للدائن، فإنه في هذه الحالة يرجع على كل واحد منهم بقدر نصيبه، سواء رجع الكفيل بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية أو بدعوى الإثراء بلا سبب. أما إذا كان المدينون غير متضامنين فيما بينهم و كفل الكفيل بعضهم فقط فإنه في هذه الحالة لا يرجع الكفيل إلا على المدينين الذين كفلهم و بقدر نصيبهم في الدين و ليس للكفيل الرجوع على غيرهم سواء بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول إذا دفع أكثر من نصيب المدينين الذي كفلهم مما أدى إلى براءة ذمة الكفلاء الذين لم يدفع لهم فإنه يجوز له الرجوع على الدين لم يكفلهم بدعوى الإثراء بلا سبب.

2/ حالة تعدد المدينين و تضامنهم:

إذا كان المدينون متضامنين و ضمنهم الكفيل جميعا فإنه في هذه الحالة يكون له الرجوع على

¹ المادة 673 ،الامر 58/75 ،السالف الذكر.

أي منهم بكل الدين الذي وفاه، و يكون له ذلك سواء رجع بدعوى الحلول أن بالدعوى الشخصية. أما إذا كان المدينون متضامنين، و ضمن الكفيل بعضهم فقط فإنه كذلك يحق له أن يطالب أيا من المدينين الذين ضمنهم بكل الدين الذي وفاه سواء رجع عليه بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول، إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه عمليا هو:

* هل يجوز للكفيل أن يرجع على مدين متضامن لم يكفله؟ و بأي دعوى؟

من المسلم به، أنه لا يجوز له الرجوع عليه بالدعوى الشخصية لأن هذه الدعوى خاصة برجوع الكفيل على المدين الذي كفله، ولكن يجوز للكفيل أن يرجع على المدينين الذين لم يضمنهم بدعوى الإثراء بلا سبب بقدر الإثراء فقط، كما يمكنه أن يرجع عليهم بالدعوى الغير مباشرة مستعملا حقوق مدينه، لأن الكفيل بقيامه بالوفاء يصبح دائئا للمدين، وفي هذا الصدد تنص المادة 189 القانون المدني الجزائري ان " لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها خاصا بشخصه أو غير قابل للحجز و لا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا، إلا إذا اثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق و أن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره أو أن يزيد فيه"¹.

ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه غير أنه لا بد أن يدخله في الخصام.

أما بالنسبة لرجوع الكفيل بدعوى الحلول فهناك من يرى أنه لا يجوز للكفيل الرجوع على المدينين الذي لم يضمنهم بهذه الدعوى، و هناك من يرى عكس ذلك، أي أنه يحق له ذلك، و سندهم في ذلك المادة 264 القانون المدني الجزائري، التي تؤكد على أن من حل محل الدائن كان له حقه بما يكفل هذا الحق من ضمانات، والتضامن بين المدينين هو أحد ضمانات الوفاء بالحق، وعليه فإنه يجوز للكفيل الذي حل محل الدائن أن يرجع على أي مدين متضامن بكل الدين ولو لم يكن قد كفله، ويذهب البعض إلى القول بأن رجوع الكفيل على المدين المتضامن غير المكفول يكون بقدر حصته فقط، ولكن الرأي الغالب يذهب إلى أنه يحق للكفيل، أن يرجع بكل الدين على أي من المدينين المتضامنين حتى الذي لم يكفله منهم، وعلى ذلك يكون الحكم

¹ المادة 189، الامر 58/75، السالف الذكر.

واحد بالنسبة للكفيل الذي يضمن جميع المدينين المتضامنين و الكفيل أن يرجع بدعوى الحلول (أي أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق) على أي من المدينين المتضامنين حتى من لم يكفله منهم و بكل الدين.

ثانيا : رجوع الكفيل بعد الوفاء على غيره من الكفلاء المتضامنين والغير متضامنين

ذكر في القانون أنه إذا قام الكفيل بوفاء الدين للدائن كان له حق الرجوع على الكفلاء الذين كفلوا نفس الدين، و بالنسبة لهذا الرجوع يجب أن نميز بين ما إذا كان الكفلاء متضامنين أو غير متضامنين وهو ما سوف نتطرق له على النحو التالي:

1/ الحالة التي يتعدد فيها الكفلاء دون تضامن:

تنص المادة 1/664 على أنه " إذا تعدد الكفلاء لدين واحد، و بعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة"¹. ومنه إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، فإن الدين ينقسم عليهم، ولا يكون للدائن أن يطالب كلا منهم إلا بقدر نصيبه في المسؤولية عن الدين، كما أن لكل منهم أن يتمسك بالتقسيم إذا طالبه الدائن بكل الدين، فإذا وفى أحد الكفلاء كل الدين، بالرغم من عدم التزامه، فلا يستطيع الرجوع على غيره من الكفلاء إلا بدعوى الإثراء بلا سبب، وفقا للقواعد العامة و يرجع على كل منهم بقدر نصيبه في المسؤولية عن الدين دون اعتبار لما يطرأ بعد ذلك من إعسار لبعض الكفلاء، بل الدائن هو الذي يتحمل حصة الكفيل المعسر منهم.

2/ الحالة التي يتعدد فيها الكفلاء مع تضامنهم:

إذا تعدد كفلاء الدين الواحد، وكانوا متضامنين فيما بينهم أو كانوا قد التزموا بعقود متوالية (2/664 القانون المدني الجزائري)²، فإن كلا منهم يكون مسؤول عن كل الدين ولا يستطيع أحد

¹ المادة 1/664، الامر 58/75، السالف الذكر.

² المادة 2/664، الامر 58/75، السالف الذكر.

الكفلاء أن يتمسك بتقسيم الدين بينه و بين غيره من الكفلاء، فإذا وفى أحدهم الدين بعد مطالبته، فله الرجوع على غيره من الكفلاء إما بدعوى الإثراء بلا سبب، و إما بدعوى الحلول محل الدائن وفي الحالتين فإنه لا يرجع على كل كفيل إلا بقدر حصته و نصيبه في حصة من أعسر من الكفلاء.

فإذا رجع الكفيل بدعوى الإثراء بلا سبب، فإنه يرجع بأقل القيمتين قيمة افتقاره أو قيمة ما أثرى به الكفيل الذي رجع عليه، وهذا الأخير قد أثرى بمقدار حصته و نصيبه في حصة المعسر، أما الكفيل الذي وفى، فقد افتقر بمقدار ما وفاه مجاوزا حصته في المسؤولية عن الدين، ولا يمكن القول أنه لم يفتقر لأنه كان ملزم بوفاء الدين كله و حصل مقابل الوفاء على براءة ذمته وهنا لا يمكن هذا القول إذ أن مسؤولية الكفيل المتضامن عن الدين كله إنما تكون بالنسبة لعلاقة هذا الكفيل بالدين أما بالنسبة لغيره من الكفلاء فإن الدين ينقسم.

وإذا رجع الكفيل بدعوى الحلول، فلا يرجع على كل كفيل إلا بقدر حصته في الدين، و نصيبه في حصة من أعسر و لا يمكن القول أن الدائن كان يستطيع الرجوع على أي من الكفلاء بكل الدين، وعليه فيستطيع الكفيل الذي حل محله ذلك، لأن القول بهذا يؤدي إلى الدخول في حلقة مفرغة لأن كل كفيل يرجع على غيره من الكفلاء بكل الدين، لذا و تجنباً لهذه النتيجة الغير المعقولة نصت المادة 234 من نفس القانون على " إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين، فلا يجوز له أن يرجع على أي من الباقيين إلا بقدر حصته في الدين، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن"¹، و كرست هذه القاعدة بنص خاص تجسد في المادة 668 من نفس القانون أيضا التي تنص على : « إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم و وفى أحدهم الدين عند حلوله يجوز له أن يرجع على كل من الباحثين بحصته من الدين و بنصيبه في حصة المعسر"².

¹ المادة 234، الامر 58/75، السالف الذكر.

² المادة 668، الامر 58/75، السالف الذكر.

المطلب الثالث: انقضاء الكفالة

بانتهاؤ الالتزام وزواله ينتي العقد، وانقضاء عقد الكفالة يؤدي إلى زوال أثره، سواء بأداء الدين أو تسليم المكفول به أو الإبراء وغيرها من أسباب الانقضاء.

الفرع الأول: الأسباب العامة لانقضاء الكفالة بطريق أصلي

مما سبق وجدنا ان الكفالة تنقضي بعدة اسباب و اول هذه الاسباب الاسباب العامة و تتمثل في :

أولاً: اتجاه الذمة: وهنا نجد أنه في حالة الوث(أن يرث الكفيل الدائن أو العكس) مباشرة ينقضي التزام الكفيل دون التزام المكفول (المدين)، أما إذا ورث الكفيل المدين هنا تتحدد صفة المدين والكفيل مع بعض (في شخص واحد) لذلك لا تنقضي الكفالة. **ثانياً: انقضاء التزام الكفيل بالابراء:** أي أن يبرأ الدائن الكفيل ويعفيه من الوفاء بالالتزام هنا برأت ذمته دون أن ينقضي الدين المكفول، أما العكس فغير صحيح فلا يجوز أن يبرأ الدائن المدين دون أن يبرأ ذمة الكفيل وذلك بسبب ارتباطهما.¹

ثالثاً: انقضاء التزام الكفيل بالتقادم: وهو انقضاء التزام الكفيل بمرور الأجل المحدد دون أن ينقضي الدين المكفول.

الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء عقد الكفالة بصفة أصلية

توجد ثلاث اسباب خاصة بصفة اصلية لانقضاء الكفالة وهي:

أولاً: براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضعه الدائن بخطئه من الضمانات:

حسب نصّ المادة 656 من القانون المدني، وهذا السبب من أجل حماية الكفيل، وذلك يظهر جلياً في حالة وفائه بالدين فإنه يحلّ مكان الدائن فيما له من حقوق، وهذا بتوافر تأمينات ضامنة لنفس الدين المضمون بالكفالة، حيث أنّ هذه

¹ آسيا بوخاتم، المرجع السابق، ص 37.

التأمينات يكتسبها الكفيل كلها في رجوعه على المدين أو على غيره من الكفلاء، وإذا ضيَّع الدائن حقَّه في أحد هذه التأمينات فإنه يضيع حقَّ الكفيل فيها، وحقَّه في استرداد حقَّه الذي حلَّ مكانه فيه، ونتيجة لذلك فإنَّ الكفيل في هذه الحالة تبرأَ ذمَّته في مواجهة الدائن بقدر هذه التأمينات الضائعة¹.

ثانياً: براءة ذمَّة الكفيل لعدم اتِّخاذ الدائن لإجراءات في مواجهة المدين بعد إنذار الكفيل له بضرورة اتِّخاذها:

وهنا إجراء لحماية الكفيل عند تهاون الدائن أو إهماله حسب نصَّ المادة 567 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري: "غير أنَّ ذمَّة الكفيل تبرأَ ذمَّة إذا لم يتمَّ الدائن باتِّخاذ إجراءات ضدَّ المدين خلال ستة أشهر (6 أشهر) من إنذار الكفيل للدائن، ما لم يقدِّم المدين للكفيل ضماناً كافياً"². وهنا نجد أنَّ الدائن في حالة تباطئه في اتِّخاذ إجراءات المطالبة بالدين رغم حلول الأجل المقرر يؤدي بالكفيل إلى إنذاره وإذا لم يتمَّ بذلك برأت ذمَّة الكفيل³.

ثالثاً: براءة ذمَّة الكفيل لعدم تقدُّم الدائن في تفليسة المدين:

وهذا ما نصَّت عليه المادة 658: "إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدَّم بدينه في التفليسة وإلاَّ سقط حقَّه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن"⁴، وبهذا وفي حالة عدم تقدُّم الدائن في تفليسة المدين فإنَّ ذمَّة الكفيل لا تبرأَ إلاَّ بقدر الذي كان سيحصل عليه الدائن من التفليسة، ويجب على الكفيل التمسك بهذا الحق، سواء برفع دعوى أو صورة دفع، ويجوز له التنازل عنه لأنَّه ليس من النظام العام ولا يحكم به القاضي من تلقاء نفسه.

¹ المادة رقم 656 من الامر 58/75 السالف الذكر .

² المادة 567 من الأمر 58/75 السالف الذكر .

³ آسيا بوخاتم، المرجع السابق، ص 38.

⁴ المادة 658 من الأمر 58/75 السالف الذكر .

الفرع الثالث: انقضاء الكفالة بطريق تبعية

خاصة التبعية التي يتميز بها الكفيل تجعله ينقضي بنفس الأسباب انقضاء الالتزام الأصلي وهذه الأسباب هي:

أولاً: انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء وما يقوم مقام الوفاء:

1/ الوفاء: وهنا تكون حالة وفاء المدين بدينه للدائن، وهنا تنتهي تبعية الكفيل بالوفاء (حالة الوفاء الكلي)، أما في حالة في حالة الوفاء الجزئي فإن ذمة الكفيل لا تبرا؛ لأن ذمة المدين لم تبرا، وينطبق هذا على حوالة الحق حسب نص المادة 243 من القانون المدني الجزائري: "تشمل حوالة الحق ضماناته كالكفالة، والامتياز والرهن ورهن الحيازة، كما تشمل ما حلّ من أقساط".¹

أما إذا قام المدين بنقل التزامه لشخص آخر (حوالة الدين) فإن الدين يظل قائماً، إلا أنه مع تغيير شخص المدين فإن التزام الكفيل ينقضي، إلا إذا وافق الكفيل على ضمان المدين الجديد.²

حسب نص المادة 254 من القانون المدني الجزائري: "يحال الدين بكامل ضماناته؛ غير أنه لا يبقى للكفيل، عينياً كان أو شخصياً، التزام اتجاه الدائن إلا إذا رضي بالحوالة"³، ولبراءة الذمة في حالة يجب أن يكون الوفاء بالالتزام صحيحاً من طرف المدين حسب نص المادة 260 من القانون المدني "يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفي مالكا للشيء الذي وفى به، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه".⁴

¹ المادة 243 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

² آسيا بوخاتم، المرجع السابق، ص 34.

³ المادة 254 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

⁴ المادة 260 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

2/ انقضاء الدين المكفول بالوفاء بمقابل:

ونصت عليه المادة 655 من القانون المدني: "إذا قبل الدائن شيئاً آخر في مقابل الدين برئت بذلك ذمة الكفيل ولو استحقّ هذا الشيء".¹ ونستخلص من هذه المادة: أنّه تبرأ ذمة الكفيل إذا اتفق المدين مع الدائن على تغيير طريق التبعية.² وهذا ما نصت عليه أيضاً المادة 285 من القانون المدني: "إذا قبل الدائن في استيفاء حقّه مقابلاً استعاض به عن شيء المستحقّ قام هذا مقام الوفاء".³

3/ انقضاء الدين المكفول بالتجديد:

تنصّ المادة 291 من القانون المدني على أنه: "يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه، وإنشاء التزام جديد مكانه، ولا تنتقل التأمينات التي تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي إلاّ بنصّ في القانون أو إلاّ إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين انصرفت إلى غير ذلك"،⁴ ويتّضح من هذا أنّ التجديد لا يحدث إلاّ في حالة سداد كل التأمينات وانقضائها ومنها الكفالة كقاعدة عامّة.⁵ ونجد في المادة 293 من القانون المدني الجزائري قد قيّدت ذلك بضرورة رضاء الكفيل إذ نصت على أنه: "لا تنتقل الكفالة العينية، أو الشخصية، ولا التضامن إلى الالتزام الجديد إلاّ إذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون".⁶ ويجب أن تكون نية التجديد واضحة حسب ما أقرته المادة 289 من القانون المدني الجزائري: "لا يفترض التجديد بل يجب الاتفاق عليه صراحة أو استخلاصه بوضوح من الظروف".⁷

¹ المادة 655 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

² آسيا بوخاتم، المرجع السابق، ص 35.

³ المادة 285 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

⁴ المادة 291 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

⁵ محمد صيري السعدي، المرجع السابق، ص 113.

⁶ المادة 293 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

⁷ المادة 289 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

4/ انقضاء الدين المكفول بالمقاصة:

إذا تمّ الوفاء بالدين عن طريق المقاصة، بأن يكون ممن له دين للمدين في ذمّة دائنه، هنا ينقضي دين المكفول وانقضت الكفالة تبعاً للمواد (297، 308 من القانون المدني الجزائري). والمقاصة لا تطبق إلاّ بتمسك صاحبها بها حسب المادة 300 من القانون المدني الجزائري: "لا تقع المقاصة إلاّ إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحقّ فيها"¹، ويحقّ للكفيل التمسك بها حتى ولو لم يتمسك بها المدين أو الدائن"².

5/ انقضاء الدين المكفول باتّحاد الذمّة:

وهذا ما نصّت عليه المادة 304 من القانون المدني الجزائري بأنّه: "إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتّحدت فيه الذمّة"³، كأن يرث المدين الدائن أو أن يوصي الدائن لمدينه بالدين ومتى انقضى الالتزام الأصلي المكفول انقضى بالتبعية التزام الكفيل.

ثانياً: انقضاء الالتزام الأصلي دون الوفاء: وهنا نجد حالات معيّنة

1/ الإبراء: وهذا ما نصّت عليه المادة 305 من القانون المدني الجزائري: "ينقضي الالتزام إذا برأ الدائن مدينه اختيارياً ويتمّ الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكم يصبح باطلاً إذا رفضه المدين"⁴.

وهنا نستنتج أنّه إذا برأ الدائن مدينه فإنّ التزام المدين ينقضي، وينقضي بالتبعية التزام الكفيل أمّا إبراء ذمّة الكفيل لا يترتب عليه إبراء ذمّة الكفيل الأصلي⁵، ونيّة التبرّع هي أساس الإبراء (المادة 306 من القانون المدني الجزائري)، فإذا عقد الدائن

¹ المادة 300 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 114.

³ المادة 304 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

⁴ المادة 652 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

⁵ آسيا بوخاتم، المرجع السابق، ص 36.

صُلحاً مع مدينه المفلس، وتنازل بموجبه عن جزء من دينه، فلا يعد هذا براء، لأنّ الدائن هنا ليس له نيّة التبرّع وهذا تجنباً لإجراءات التقلية فقط. ويلاحظ أنّ الكفيل لا يستطيع إجبار المدين على الوفاء له بالجزء الذي وقّاه الدائن إذ لا يتخلف عن ذلك إلاّ الالتزام الطبيعي، وهنا نجد أنّه إذا قام الدائن بتبرئة ذمّة الكفيل؛ فلا تبرأ ذمّة المدين في هذه الحالة.

2/ استحالة التنفيذ:

من خلال العنوان نجد أنّه إذ استحال تنفيذ الالتزام بسبب لا يد للمدين فيه، انقضى الدين المكفول وانقضت الكفالة، أمّا إذا كان المدين سبباً فيه فلا تبرأ ذمّة الكفيل، لأنّ محلّ الالتزام يتحوّل إلى تعويض، ويبقى كفيلاً للتعويض، وإذا هلك الشيء بفعل الكفيل، فإنّ ذمّة المدين تبرأ؛ إذ أنّ فعل الكفيل يعدّ سبباً أجنبياً بالنسبة للمدين، وتبرأ ذمّة الكفيل بالتبعية ويصبح مسؤولاً عنّ خطؤه لمدين أصلي.¹

3/ التقادم:

وهنا إذا انقضى الالتزام الأصلي بالتقادم فينتج عنه انقضاء التزام الكفيل بالتبعية ولو لم تكتمل مدّة التقادم الخاصة به.

4/ انقضاء الكفالة بفسخ الدين أو إبطاله:

والمقصود هنا أنّ عقد الكفالة ينقضي بمجرد فسخ هذا العقد الذي أنشأه أصله، فيصبح الدين كأنّه لم يكن وكذلك تصبح الكفالة كأنّها لم تبعا للدين.

المبحث الثاني: خطاب الضمان

إنّ من أهمّ الأعمال البنكية هي خطابات الضمان البنكية التي تستعملها البنوك في نشاطها الاقتصادي حيث تساعد على الحركة التجارية، وذلك بسبب أنّها أكثر وسائل الضمان انتشاراً، ولهذا سنتناول في مبحثنا هذا ماهية خطاب الضمان من أجل دراسته.

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 116.

المطلب الأول: مفهوم خطاب الضمان

هو صورة من صور الضمانات المصرفية؛ أنشأت بسبب العرف في المعاملات التجارية، وذاع استخدامه كبديل للتأمين النقدي، الذي يستلزم تقديمه في بعض العقود مثل: عقود التوريد، الأشغال العمومية، وذلك للسير الحسن لها.

الفرع الأول: تعريف الضمان

للتعريف بخطاب الضمان و معرفة كل ما يتعلق به من مفاهيم لغوية و قانونية نتناول النقاط التالية .

اولا تعريف خطاب الضمان لغة

الضَّمانُ : الكفَالَةُ والالتِزامُ ،ضَمَانُ الرَّهْنِ : ما يكونُ مضمونًا بالأقلِّ .

ضَمَانُ الغَصْبِ: ما يكونُ مضمونًا ضَمَانُ المبيعِ: ما يكونُ مضمونًا بالثمنِ قلَّ أو كَثُرَ

خطاب اعتماد :وثيقة على شكل خطاب يعطيه البنك للعميل ويسمح الخطاب بمدفوعات

لصالح العميل حتى حد معين يذكر في الخطاب.¹

خطاب اعتماد: خطاب يطلب فيه المصرف إلى مراسله في الخارج أن يدفع لحامله مبلغًا معينًا من المال.

ثانيا تعريف خطاب الضمان فقها

قد عُرِّفَ: "بأنه تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص يسمّى (الآجر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمّى المستفيد، خلال مدة معينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة".² وقد عُرِّفَ أيضا بأنه:

¹ ابن منظور (ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم)، لسان العرب ،دار صادر، بيروت ، دون سنة،المجلد03،ص 622 .

² مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 81

" خطاب التعهد كما تسميه بعض البنوك، وهو إجراء يقوم به البنك يتمثل في تعهد مكتوب يصدره بناء على طلب عملية أو غرض محدد، فبموجبه يدفع لصالح طرف ثالث مبلغا معيناً من النقود عند أول طلب يتلقاه من هذا الطرف خلال أجل سريانه، وذلك رغم أية قد يحتج بها العميل المضمون".¹ وعرف أيضا خطاب الضمان بأنه "عقد كتابي بمقتضاه يتعهد البنك بكفالة أحد عملائه في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث بمناسبة التزام ملقى على عاتق العميل المكفول وضمانا لوفائه اتجاه ذلك الطرف.² ومن خلال هذه التعريفات يستنتج أن معظم التشريعات قد اتفقت على أن يكون تعريف خطاب الضمان كما يلي: "خطاب الضمان هو تعهد يصدره البنك بناء على طلب العميل بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من البنك خلال المدة المحددة في الخطاب، ومن خلال البيانات التي يشمل عليها خطاب الضمان تتحدد التزامات البنك في مواجهة عملية وفي مواجهة المستفيد.³ وخطاب الضمان ليس غايته مراقبة تنفيذ العملية في مواجهة المستفيد؛ بل يكون التزام البنك مجرداً من ظروف التزام العميل أمام المستفيد. وبهذا فإن البنك ملزم بدفع المبلغ المحدد في الخطاب وخلال المدة المحددة دون النظر إلى العلاقة القانونية التي تربط العميل بالمستفيد، حيث أن خطاب الضمان لا يمثل ضماناً قوياً في نظر المستفيد إلا إذا

¹ عماد الدين طرابلسي، خطاب الضمان البنكي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الشركات، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، سنة 2015، ص 06.

² Michel Matieu_lfcan Cecta, L'exploitant bancaire et le risque crédit revue banque

éditeur, 1995 .p 214

³ علي جمال الدين عوض ، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، سنة 2000 ، ص 11

كان التزام البنك بمقتضى الخطاب نهائياً مجرداً من العلاقات السابقة بين أطرافه.¹

ثالثاً: تعريف خطاب الضمان قانوناً

عُرِّفَ خطاب الضمان في المادة 1/68 من الأمر 03/11 والتي تنصُّ على أنه "كلُّ عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما، أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر، أو بموجبه لصالح الشخص الأمر التزاماً بالتوقيع كالضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان".²

ومن هنا نجد أنّ المشرِّع أشار في قانون النقد والقرض إلى خطاب الضمان البنكي كعملية من عمليات البنوك، ولم يضع له نظاماً يحكمه؛ حين صدوره يخضع إلى العمليات البنكية وتنفيذه يخضع لعمليات العرف البنكية.

والتي لها الدور الكبير في نشأته وظهوره. وبهذا من خلال هذه العمليات نستنتج بعض التعاريف لخطاب الضمان كون أنّ المشرِّع لم يحدد تعريف واضح له.

رابعاً: خصائص خطاب الضمان:

من خلال التعريف السابق نستنتج الخصائص التالية

1 / خطاب الضمان هو عمل تجاري؛ لأنّ البنك هو مصدره، وهذا بما تمتاز به العمليات البنكية بتجارتها حتّى لو كانت عمل فردي أو لصالح شخص غير تجاري.

2 / التعهّد الذي يقوم على أساسه خطاب الضمان هو دفع مبلغ مالي معيّن أو قابل للتعيين.

3 / يتحدد التعهّد بخطاب الضمان بالمدّة المعيّنة فيه، والتي تنتهي بانقضاء الالتزام، لأنّه يمتاز بالفورية في تنفيذ الالتزام حيث يقوم البنك بدفع مبلغ خطاب

¹ عماد الدين طرابلسي، المرجع السابق، ص 08.

² الأمر 03/11، مؤرّخ في 27 جمادى الثانية سنة 1424هـ الموافق ل 26 تشرين سنة 2003، يتعلّق بالنقد والقرض، ص 11.

الضمان دون مناقشته للمستفيد، ومن هنا فالمدة المقررة في خطاب الضمان في الحدّ الأقصى من أجل الوفاء بالالتزام.

4/ الغرض الذي أنشئ من أجله الضمان على الاعتبار الشخصي بالنسبة لكل من المستفيد والعميل الأمر ولا يجوز التنازل عنه.

5/ استقلالية خطاب الضمان، وهنا ينفصل الالتزام الناشئ عن خطاب الضمان واستقلاله عن كل علاقة أخرى.¹

خامسا/ أهمية خطابات الضمان:

لخطاب الضمان في الحياة الاقتصادية دور كبير وهام جدا سواء على الصعيد الداخلي أو الخارجي، فهو يحلّ محلّ التأمين النقدي الذي يطلب تقديمه في مجال عقود التوريد (الأشغال العامّة) وغير ذلك من المجالات، وبهذا فله أهميّة كبيرة لعدّة أطراف:

1_ أهميّة خطاب الضمان بالنسبة للعميل:

يمثّل خطاب الضمان للعميل عملية مالية بينه وبين البنك تحافظ على ماله فبدل أن يقترض مبلغا من المال و يضطر إلى إرجاعه بفائدة إلى البنك فهذا يلجأ إلى طلب إصدار خطاب الضمان من البنك حيث يكون أقلّ سعرا من الفائدة التي يتحمّلها في حالة اقتراضه قيمة التأمين النقدي من البنك. وإذا كان العميل مقيما بالخارج وكان متعاقدًا مع جهة الإدارة فإنّ خطاب الضمان يُغنيه عن تحويل العملات الأجنبية الموازية لقيمة التأمين الواجب إيداعه لدى خزينة الجهة الإدارية، وزيادة على ذلك فإنّ خطاب الضمان بالنسبة للعميل يسرع له في القيام بإجراءاته الطويلة الخاصّة بتعليمات الرقابة على النقد.

¹ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص339.

2_ أهمية خطاب الضمان بالنسبة للبنك:

بما أنّ البنك هو المصدر الفعلي الذي لخطاب الضمان فهو يتقاضى عمولة من عميله مقابل إصدار هذا الخطاب، حيث تتناسب هذه العمولة مع قيمة الضمان وأجله ونوع العملية التي أصدر من أجلها، كما أنّ غطاء خطابات الضمان تزيد من ودائع البنك حيث يحتفظ بها إلى حين انتهاء مدّتها، وغالبية خطابات الضمان لا تسدد قيمتها للمستفيد، ولا تكلف البنك سوى مصاريف إصدارها (نفقات إدارية) ولا يتحمّل البنك أيّ خسارة في دفعها لأنّه دائماً يحتفظ بغطاء لها، ولأنّ إصدار هذه الخطابات عبارة عن خدمة يقدّمها البنك لعملائه، وتكون الخطابات تشكّل خطراً على البنك في حالة ما إذا لم يكن لها أساس أو مبني على غش أو تدليس بالنسبة للوفاء بقيمة الضمان من طرف المستفيد.¹

3_ أهمية خطاب الضمان بالنسبة للمستفيد:

إنّ الأطراف المشاركة أو المسببة في إصدار خطاب الضمان تعود بفائدة على المستفيد، فبصدور خطاب الضمان من بنك معتمد فهو ضمان كافي بالنسبة للجهات المستفيدة منه، حيث لا تقلّ عن ما يؤديه التأمين النقدي المودّع عليها، لأنّ خطاب الضمان يتأسس على شروط تجعله قابلاً للدفع من جانب البنك دون قيد أو شرط حتّى ولو اعترض العميل، وقبول خطابات الضمان من الجهة المستفيدة منها يجعلها واقعيًا تتجنّب المشاكل التي قد تنتج عن إيداع المبالغ لديها وإعادة سحبها في نهاية المدّة التي قد تقتصر أو تطول على حسب نوع كل عملية على حدا، وخطابات الضمان تعدّ إجراءً سريعاً ومسهلاً للمقاولين من أجل القيام بأعمالهم وانجاز المشاريع.²

¹ سليمان رمضان محمد عمر، النظام لقانوني لخطابات الضمان المصرفية، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، سنة 2009، ص 44.

² عماد الدين طرابلسي، المرجع السابق، ص 17، 18.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لخطاب الضمان البنكي:

اختلفت الآراء في تحديد الطبيعة القانونية لخطاب الضمان، وسنتعرض لهذه الاختلافات حسب العناصر التالية:

أولاً: خطاب الضمان والكفالة:

يختلف خطاب الضمان عن الكفالة المصرفية اختلافاً بينياً؛ رغم التشابه ورغم أنّ قانون المعاملات التجارية قد ذكر خطاب الضمان ضمن الفصل الثاني الذي يتكلم عن الكفالة المصرفية، إذ نجد أنّهما يلتقيان في أنّ التزام البنك بالدفع في الكفالة المصرفية مرتبط وتابع لالتزام العميل (أي المدين) اتجاه غير المستفيد. والبنك قد يقوم بالتنفيذ عينا وبطريق التعويض في حالة تقاعس العميل عن الوفاء بالتزامه، ونجد في خطاب الضمان أنّ التزام البنك مستقل بذاته يتعهد فيه بأن يدفع المبلغ المبيّن في الخطاب بمجرد أن يطلب المستفيد إليه ذلك وبغض النظر عن الالتزام الذي قدّم لضمان ذلك الخطاب.¹

ثانياً: خطاب الضمان أكثر فائدة للمستفيد (الدائن) من الكفالة:

مع تطوّر المعاملات التجارية أصبح الدائن لا يقتنع بالكفالة من أجل الوفاء بدينه، لهذا ابتكر البنك الوسيلة المناسبة وهي خطاب الضمان؛ وهي وسيلة تحقق الهدف الاقتصادي من تدخل البنك، لأنّ البنك لا يضمن العميل في أداء التزاماته قبل غيره، كما هو شأن الكفيل العادي، حيث أنّ للكفالة معنى كبير ومميّز للبنك تتجلى في أنّ خطاب الضمان يحلّ محلّ النقود تماماً، وعليه يجب أن تتوافر في التزام البنك العناصر التي تمكّنه من كفالة نقدية وهي:

¹ جاسم علي سالم الشامسي، (كفالة الرخصة التجارية وخطاب الضمان المصرفي وتطبيقاته ومدى توافقه مع الحدود الشرعية)، منظمة المؤتمر الإسلامي، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة عشر، 9 / 14 / 2005، ص 26، 27.

أ_ استقلال التزام البنك:

والمقصود ب استقلال التزام البنك في خطاب الضمان عن التزام كل منهما، ويستطيع البنك أن يتعهد بالدفع لدى الطلب رغم معارضة المدين، وهنا نجد أنه تمّ قطع الصلة بين التزام كل منهما، ويظهر جليا استقلال التزام البنك متى لاحظنا أنّ وظيفته الاقتصادية: هي أن يصدر خطاب الضمان لصالح الدائن فهو لا يظنّ حسن نيّة تنفيذ العميل لالتزامه أمام دائئه، ولا يتعهد بتنفيذ التزام العميل (الدائن) ولا بسداد ما يكون عليه من دين لكي لا يصبح تدخّل البنك هنا سوى كفالة مصرفية، فهو يلتزم بدفع المبلغ المحدد في خطاب الضمان وهو تعهد منقطع الصلة بكيفية تنفيذ العميل المدين التزامه. وعليه فاستقلال التزام البنك معناه انفصاله أو استقلاله عن كل علاقة أخرى غير علاقة البنك بالمستفيد من الخطاب.¹

ب_ ضرورة اعتبار الضمان المكتوب الصادر من البنك خطاب ضمان المعنى الدقيق:

ويقصد به توفّر شرط الكفاية الذاتية، أي لا يتوقّف مضمون الالتزام الثابت به أو بمقداره أو باستحقاقه على عنصر خارج الخطاب ما يعني أن يكون خطاب الضمان كافيا بذاته وبالتالي يكون المستفيد هنا مطمئنا عندما يتلقاه إذ يعتبر نفسه قد تلقى نقودا.

ج_ التعهد في خطاب الضمان المستحق فور صدور التعهد:

مما سبق وجدنا أنّ خطاب الضمان فوري في استحقاقه، فإنّ الدائن الذي يقبله يرضى به بدلا من قبضه نقودا فورية ملزم من ذلك أن يكون من حقّه أن يطلب وفاء الخطاب فور صدوره، فلا يكون خطاب الضمان مستحقا في وقت آجل، لأنّ المستفيد الذي يطلب نقوده فورية لا يقبل بديلا عنها نقودا مؤجلة.²

¹ علي جمال الدين عوض ، المرجع السابق ، ص 27 .

² جاسم علي سالم الشامسي، المرجع السابق، ص ص 29، 30.

ثالثاً: خطاب الضمان والإنابة:

الإنابة في سداد الدين هي دلالة على عقد ثلاثي الأطراف يتقدّم بها المدين إلى دائنه بمدين جديد للوفاء بدينه محلّ محلّه ويقضي التزامه. وقد تكون الإنابة بالضمان المناب إلى المدين كمدين في وجه الدائن (المستفيد). ومن هنا يكون لهذا الأخير مدينين؛ وهذه الإنابة لا تبرئ ذمّة المدين نحو الدائن، وهنا الدائن أمام مدينين في استقائه حقّه، فإذا كان هذا المدين الثاني هو البنك والتزم أمام الدائن بوفاء الدين كان هذا الالتزام أصلياً ومباشراً ومستقلاً عن التزام المدين الأصلي وهذه هي الإنابة الناقصة؛ والتي مفادها: "أنّه فيما يتعلّق بالعلاقة بين المفيد (المدين) والدائن، يبقى المدين مديناً للدائن ولا تبرأ ذمّته إلاّ إذا وقى المناب الالتزام الجديد الذي في ذمّة للدائن، وتبرأ في حالة وفاء المنيب نفسه للدائن الدين الأصلي الذي في ذمّته. وهنا نكون أمام العلاقة التي تربط المنيب بالمناب حيث إذا وقى المناب الدين للدائن كان له أن يرجع على المنيب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب حسب مقتضى الحال، فمصدر دين المنيب هو الالتزام الأصلي ومصدرين المناب هو عقد الإنابة، وبهذا فلا تضامن بينهما وأيضا لا يعتبر المناب كفيلا للمنيب. ومن نستنتج :

أ_ يبقى العميل مديناً للمستفيد إلى جانب مديونية البنك للمستفيد فإذا برأت ذمّة أحدهما برأت ذمّة الآخر.

ب- للمستفيد حرية الرجوع على البنك أو العميل وهذا ينطبق على الإنابة وليس على خطاب الضمان.

ج_ للبنك حقّ الرجوع على العميل بعد الوفاء على أساس الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بالأسباب حسب الأحوال.

د_ لا علاقة بالتزام البنك نحو المستفيد بالتزام العميل في مواجهته.¹

¹ علي جمال الدين عوض ، المرجع السابق ، ص 28 .

هـ_ في الإنابة للبنك التمسك بجميع دفعات العميل في مواجهة المستفيد لاتحاد محلّ الالتزامين، أمّا في خطاب الضمان غير ذلك ففي الواقع أنّ خطاب الضمان المصرفي حيث يتميز الخطاب بالتجريد والاستقلال.

و_ لا تضامن بين البنك والعميل لاختلاف مصدر دين العميل هو الالتزام الأصلي أمّا البنك فهو عقد الإنابة.

ز_ إنّ الإنابة (الناقصة) تفسر امتداد خطاب الضمان إذا أوشك على الانتهاء قبل انتهاء العمليات المضمونة به.¹

رابعاً: الاشتراط لمصالحه الغير:

وهنا نجد أنّ مصطلح خطاب الضمان هو من باب التعهّد بالشرط والمقصود منه التعهّد بأداء دين أو شرط للدائن أو المشترط حيث ينتج عنه اشتغال الذمّة بقيمة الأداء عند توفقه، أي بقيمة الدين أو الشرط، فالمشرط الجهة صاحبة المشروع وإن لم تملك قيمة الشرط في ذمّة المشروع عليه (المقاول أو المتعهّد)، أو أنّها تمتلكها بالتبعية في ذمّة المصرف المتعهّد، والواقع أنّ المصرف يتعهّد بهذا الفعل للجهة المشروط لها، وعند التلف تملك هذه الجهة قيمة الفعل من ذمّة المصرف، بمقتضى ضمانه للفعل ويتعهّد به، وعلى هذا الأساس يعدّ خطاب الضمان من البنك تعهّداً بوفاء المقاول بالشرط.²

خامساً: تخريج خطاب الضمان على أساس قاعدة "الخارج بالضمان":

المقصود هنا أنّ البنك قد ضمن في خطاب الضمان، فيكون له نصيب من الربح العائد للعميل من العملية المضمونة، أو محلّ الضمان لاشتراكه مع العميل في هذه العملية (شراكة العقد) محلّه ضمان عمل العميل، وهو نوع من العمل، واستحقاق الربح يكون تارة بالمال أو بالضمان، وعلى هذا يكون للبنك حظ من كسب العميل وربحه.³

¹ محي الدين إسماعيل، علم الدين: العمليات الائتمانية في البنوك وضمانات، القاهرة سنة 1975، ص 43.

² غريب الجمال، المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون، القاهرة، سنة 1987، ص 17.

³ جاسم علي سالم الشامسي، المرجع السابق، ص 37، 38.

الفرع الثالث: أنواع خطاب الضمان

من خلال ما تتولناه سابقا عن خطاب الضمان اتضح لنا جليا ان له انواع و اهمية بالغة مما جعلنا نتعمق فيها وندرسها وفق مايلي :

أولا/ أنواع خطاب الضمان: وتتمثل في

1_ خطاب ضمان ابتدائي: وهو نتاج عن تقدّم العملاء للمناقصات لتنفيذ أعمال

تجارية وغيرها سواء كانت إنشاء مشاريع أو توريد بضائع أو تقديم خدمات وهذا دليل لدفع مبلغ نقدي من العميل، والبنك له القدرة على إصدار عدّة خطاب ضمان ابتدائي لعميل معيّن عند كلّ مناقصة أي أنّ البنك يصدر خطاب الضمان للعميل نفسه ولكن حسب نوع كل عملية تجارية يقوم بها معه.

2_ خطاب ضمان نهائي: في حالة ما إذا فاز أحد المتقدمين (العملاء)

بمناقصة معروضة فإنّ الجهة صاحبة المشروع تطلب منه تنفيذ شروط هذه المناقصة تقديم خطاب ضمان نهائي خلال فترة محدّدة، وبما أنّ البنك هو المصدر لخطاب الضمان فهو ملزم بدفع قيمته للجهة الصادرة لصالحها خلال الفترة المحدّدة في الخطاب ولهذا السبب فإنّ بعض البنوك تطالب العميل بالتوقيع على تعويض عام منه للبنك حيث يتعهد فيه العميل بتعويض البنك عن جميع الأضرار التي تنتج عن تقديم خطاب الضمان بالإضافة إلى فوائد التأخير أو أي مصاريف أخرى، كما يتضمّن تفويض العميل للبنك بدفع قيمة خطاب الضمان إلى الجهة الصادرة لصالحها دون الرجوع إليه.¹

¹ عبد المطلب عبد الحميد، البنوك الشاملة (عملياتها وإدارتها)، القاهرة، دار الجامعية للطباعة و النشر، سنة 2000، ص138.

3_ خطاب الضمان المصرفي:

وهو يصدر عن بنك محلي لضمان خطاب مقابل صادر من بنك أجنبي،
مثلاً: عندما تتقدم شركة أجنبية لتنفيذ مشروع في بلد محلي، وبما أن لائحة
المناقصات توجب ضرورة تقديم خطاب ضمان من بنك محلي، فتلجأ الشركة إلى بنك
في دولتها لإصدار هذا الخطاب باسمها لصالح هذا البنك المحلي، والذي بدوره يتولى
إصدار خطاب الضمان باسم الشركة لصالح الجهة التي تتقدم إليها بالعطاء، وذلك
بضمان خطاب الضمان الصادر لصالحه من البنك الأجنبي، والعكس صحيح لو
كانت شركة مقاولات تسويقية تقوم بذلك في بلد آخر.

4_ خطاب الضمان لدفعات مقدّمة:

في بعض الأعمال يتسلم المقاول جزء من قيمة العطاء مقدّماً من الجهة صاحبة
المشروع تمهيدا لبدء العملية المسندة إليه، وعليه فمن رسا عليه العطاء يطلب منه
تقديم خطاب الضمان مصرفي لصالح الجهة التي تقوم بتسليمه الدفعات المقدّمة
حفاظاً على حقوقها في حالة عدم تنفيذ العملية، وأكثرها يطلب البنك من الجهة
صاحبة العملية أن تقوم بالدفع بموجب شبكات تصدر لأمر البنك المصدر لخطاب
الضمان وهنا يكون البنك متابع لعملية التسديد.¹

5_ خطاب الضمان المشروط:

وهنا نجد أن البنك يعلّق دفع قيمة خطاب بشروط معيّن، أو إثبات إخلال العميل
في التزامه على نحو لا يلتزم بالوفاء، إلا إذا ثبت إخلال العميل في التزامه على نحو
لا يلتزم بالوفاء، إلا إذا ثبت إخلال العميل بالتزامه في مواجهة المستفيد، ومن هنا فإنّ
الشروط التي تلحق بخطابات الضمان إذا أثرت في طبيعتها القانونية باعتبار أنّ
الالتزام فيها التزم تخرجها من خطابات الضمان، وإذا كان هذا الشرط المعين لا يؤثر
على خطاب الضمان العادية فلا مشكلة فيه.

¹ عبد المطلب عبد الحميد، المرجع السابق، ص139.

6_ خطاب الضمان غير المشروط:

الأصل صدور خطابات الضمان من البنك دون شرط، ولأنّ تنفيذها لا يتأثر بأيّ عامل خارجي أو شرط أو حلول أجل، حيث إذا علّق الضمان بشرط، فهذا يقلل من أهميته وكفاءته في الحياة التجارية ويحدّ من الاعتماد عليها، حيث إذا وردت شروط في الخطابات تعد دفاعاً للعميل يحتمي خلفه.¹

7_ خطابات الضمان الداخلية:

وتكون بين العميل والمستفيد والبنك، ويشترط أن يكونوا مقيمين في مكان واحد؛ أمّا إذا كان أحدهما مقيماً والآخر غير مقيم فنكون بصدد خطاب ضمان خارجي وخطاب الضمان الداخلي يشترط فيه الإقامة المحليّة.

8_ خطابات الضمان الخارجية:

وهذا النوع من الخطابات يصدر في حالة المعاهدات والاتفاقيات التي تتعقد بين دولتين، وتصدر من عميل مقيم لصالح مستفيد غير مقيم أو العكس، وهنا نكون أمام أربع حالات:

أ/ الخطابات التي تصدر لصالح مستفيد مقيم:

وهنا نكون أمام حالة طلب إصدار خطاب الضمان من طرف شخص غير مقيم (أجنبي) لصالح شخص مقيم، مثلاً: لو أرسلت مناقصة لصالح عميل أجنبي وكان من شروطها تقديم خطاب ضمان تأميناً لحسن التنفيذ للدفعة المقدّمة سلفاً، حيث يلجأ العميل الأجنبي إلى البنك الأجنبي الذي يتعامل معه من أجل طلب إصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد وهذا ما يسمى بخطاب الضمان الخارجي "الأجنبي".²

¹ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 357، 358.

² المرجع نفسه، ص 359.

ب/الخطابات التي تصدر لصالح مستفيد غير مقيم:

وهنا يكون المستفيد غير مقيم إذا كان في الخارج، وبهذا فإنّ المستفيد هنا يكون قد أحال العطاء على شخص مقيم وطلب منه تقديم خطاب ضمان للسبب الذي يحدده من أجل تنفيذ أحسن للعملية أو لضمان الدفعة المقدّمة سلفاً، ويمكن أن يكون المستفيد هو المصدر الأجنبي الذي يبيع للمستورد في البلد بضائع لا يدفع كل ثمنها، ويشترط على المقيم تقديم خطاب ضمان للوفاء بباقي المبلغ المؤجل، وهكذا فإنّ البنك المحلي يصدر الخطاب بعكس الصورة التي قام بها عندما طلب إليه البنك الأجنبي أن يصدر خطاب ضمان أصدره أو قام نيابة عنه في إصداره، وبهذا فإنّ الأجنبي لا يمكنه التملّص بالوفاء بالالتزام بمجرد صدور خطاب الضمان.¹

ج/ اشتراك البنك المركزي في إصدار خطابات الضمان:

يكون إصدار خطاب الضمان مشاركة بين البنك المركزي والبنك المحلي وهذا باشتراط المستفيد، وهنا يكون دور البنك المركزي تعزيز دور البنوك المحلية في اعتماداتها وضمانا لما تعهّدت به، وهنا يكون الضمان مغطى بأكبر قيمة.

د/ الضمان المقابل:

الغطاء هو الضمان الذي يطلبه البنك من عميله كمقابل ليؤمن به نفسه من أية مخاطر إذا ما طلب منه سداد قيمة خطاب الضمان، هذا من جهة العميل أمّا من جهة البنوك فيما بينها، فنجد أنّ العرف السائد في حالة إصدار البنك المحلي خطاب الضمان بناء على طلب بنك أجنبي إمّا أن يصدره دون غطاء "على المكشوف"، وهذا في حالة البنوك الكبيرة من الدرجة الأولى، حيث يتعهّد بتعويض البنك المحلي عن جميع الأضرار التي قد يلحق به فيما لو دفع المستفيد خطاب الضمان الذي أصدره بناء على طلب البنك الأجنبي.²

¹ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 364، 365.

² المرجع نفسه ص 366.

المطلب الثاني: آثار خطاب الضمان

لخطاب الضمان ثلاث آثار على كل من البنك و الأمر و المستفيد جراء اصداره و سنشرحها بالتفصيل و فق مايلي:

الفرع الأول: آثار خطاب الضمان بالنسبة للبنك

لخطاب الضمان آثار تمس البنك و تعود عليه من خلال العمل به و إجراءات اصداره
أولاً: التزامات البنك:

1_ الوفاء بقيمة خطاب الضمان في الأجل المحدد:

خطاب الضمان يمكن أن يكون على حالتين: إمّا أن يكون محدد المدة أو غير محدد المدة، إذا كان خطاب الضمان محدد المدة فإن البنك ملزم بالوفاء بقيمة خطاب الضمان متى طلب المستفيد ذلك؛ وهذا قبل انتهاء المدة المحددة وإذا قدم للبنك طلب الوفاء بقيمة الخطاب من طرف المستفيد بعد انتهاء مدته فهنا يسقط حق الوفاء من طرف البنك، وذلك لانتهاء سريان خطاب الضمان.

أمّا في الحالة الثانية عدم تحديد المدة في خطاب الضمان فإنّ للبنك صلاحية إنهاء خطاب الضمان ويلتزم هنا بإخطار عملية بقراره في وقت ملائم قبل التاريخ الذي حدده كموعّد لانتهاء سريان خطاب الضمان، وبهذا فإنّ التزام البنك بالوفاء يكون حسب شرط المحددة فيه أن يكون خطاب الضمان ساري المفعول¹.

2_ الوفاء بقيمة خطاب الضمان لشخص المستفيد أو وكيله الخاص فقط:

وبالرجوع لطبيعة خطاب الضمان فإنّ واجب البنك الالتزام بتسديد بقيمة الضمان للمستفيد فقط، حيث لا يعتد بأيّ وفاء لغير المستفيد الأصلي، حيث بمجرد طلب المستفيد من البنك الوفاء بقيمة خطاب الضمان التزم الأخير بذلك في حدود الأجل المعين. ولا يستطيع البنك ردّ أي مبلغ قد دفعه لغير مستفيد؛ لأنّه في جميع خطابات

¹ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 367.

الضمان يقوم الأمر بتحديد اسم المستفيد وتدوينه في خطاب الضمان لإلزام البنك بعدم صرف قيمة خطاب الضمان لسواه.¹

3_ رد قيمة التأمين للأمر عند صرف قيمة خطاب الضمان للمستفيد:

لإصدار خطاب الضمان يطلب البنك من الأمر تقديم تأمين، سواء كان أوراق تجارية قابلة للتداول أو عقارات أو ما إلى ذلك حتى يضمن أن المستفيد سيقوم بسداد قيمة خطاب الضمان في حالة قيام البنك بسداد قيمة خطاب الضمان.

وإذا لم يتم بذلك متى طلب المستفيد ذلك بعد انتهاء مدة سريان الخطاب، فعلى البنك أن يرد هذا التأمين للأمر مرة أخرى، وأحياناً عندما تكون ثقة البنك في الأمر وفي مركزه المالي كبيرة وفي قدرته الكبيرة في سداد قيمة خطاب الضمان، عندما سيقوم البنك بالوفاء بقيمته للمستفيد فهذا لا يقوم البنك بطلب تقديم تأمين له.

4_ عدم الاعتراض على الوفاء بقيمة خطاب الضمان متى طلب إليه ذلك

طبقاً لشروط الخطاب:

يقوم البنك بوفاء قيمة خطاب الضمان عندما يطلب المستفيد ذلك وفي وقت سريان خطاب الضمان وفق الشروط الموجودة في هذا الأخير، ولا يحق للبنك الاعتراض مهما كانت الأسباب، إلا في حالة ما إذا كان الطلب خارج المدة المحددة في خطاب الضمان.

ثانياً: حقوق البنك:

الرجوع على الأمر بقيمة خطاب الضمان الذي تمّ الوفاء بها للمستفيد بجانب الفوائد، في حالة صدور خطاب الضمان وقدمه المستفيد للبنك من أجل الحصول على قيمته خلال فترة سريانه وفق ما هو منصوص عليه من قوانين في هذا الأخير وقام

¹ منير محمد الجبهي ومحمود محمد الجبهي ، (أعمال البنوك، وديعة النقود، وديعة الصكوك، تأجير الخزائن، رهن الأوراق المالية، النقل المصرفي، الاعتماد القادري، الاعتماد المستندي، الخصم، خطاب الضمان، الحساب الجاري، نصوص المواد المنظمة لعمليات البنوك، نصوص قانون سرية حسابات البنوك والتعليق عليه، تطبيقات أحكام محكمة النقض)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2000، ص 231، 234.

البنك بتنفيذ ذلك، فإنّ البنك في هذه الحالة يرجع على الأمر بقيمة هذا الخطاب، ويكون هذا الرجوع إمّا في صورة رجوع البنك على الأمر لصورة مباشرة ليوفي قيمة خطاب الضمان وبقيمة الفوائد المستحقّة على قيمة الخطاب من تاريخ سدادها للمستفيد وحتىّ وفاء الأمر بها للبنك.¹

الفرع الثاني: خطاب الضمان بالنسبة للأمر

لا تقتصر آثار خطاب الضمان على البنك المصدر له و إنما تشمل الأمر بإصداره و هو المدين و تتمثل في:

أولاً: التزامات الأمر:

1/ تحديد بيانات خطاب الضمان:

إنّ الالتزام الأهم والضروري الذي يتحمّله الأمر عندما يطلب من إصدار خطاب ضمان هو أن يحدد بيانات خطاب الضمان، وهذه البيانات تتمثّل في تحديد التزام البنك وذلك بتحديد شخصية المستفيد وتحديد المبلغ الذي يصدر من أجله خطاب الضمان، وذلك من أجل أن يفي البنك بقيمة خطاب الضمان للمستفيد الأصلي دون سواه، دون زيادتها، وأيضاً وذلك مع تحديد فترة سريان خطاب الضمان وهذا ما يعطي للبنك الحق في الاعتراض متى طلب إليه الوفاء بعد انتهاء المدة المحددة.

2/ تقديم تأمين إذا ما طلب البنك ذلك:

وهنا في حالة ما إذا كانت ثقة البنك بعميله غير كبيرة فهنا يطلب من الأمر أن يقدم تأميناً يغطّي قيمة خطاب الضمان وعلى الأمر أن يقدّم هذا التأمين.

¹ منير محمد الجنيبي ومحمود محمد الجنيبي، المرجع السابق، ص235، إلى 237.

ثانيا: حقوق الأمر:

1/ قيام البنك بالوفاء بقيمة خطاب الضمان متى طلب إليه ذلك وفقا لشروط خطاب الضمان:

إنّ من حقوق الأمر: حقّه بأن يقوم البنك بالوفاء بقيمة خطاب الضمان للمستفيد متى طلب منه ذلك وفقا لشروط خطاب الضمان وفي مدّته المحدّدة.

2/ قيام البنك بردّ قيمة التأمين إذا لم يوف قيمة خطاب الضمان:

مما سبق عرفنا أنّه يمكن للبنك أن يطلب من الأمر تقديم تأمين من أجل إصدار خطاب ضمان له سواء بقيمة خطاب الضمان كاملة أو نسبية معيّنه حسب طلب البنك¹، وفي حالة عدم وفاء البنك بتسديد قيمة خطاب الضمان للمستفيد فلزام عليه إرجاع قيمة التأمين المُقدّمة من الأمر.²

الفرع الثالث: آثار خطاب الضمان بالنسبة للمستفيد:

ولم يخلو المستفيد من آثار خطاب الضمان فهي أيضا تشمله و تتمثل في :

أولاً: التزامات المستفيد:

1/ أن يطلب من البنك الوفاء بقيمة الخطاب في الأجل المحدد وفقا لشروط

خطاب الضمان: إنّ الالتزام الذي يقع على المستفيد هو التزام واحد ويتمثّل في تقديم طلبه للوفاء بقيمة خطاب الضمان يكون خلال فترة سرّيان الخطاب؛ فلا يمكن أن يستفيد من قيمة خطاب الضمان إذا كان طلبه خارج فترة السرّيان، وعلى المستفيد أن يلتزم بشروط العقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه، وهنا يتّضح فصل علاقة البنك بالمستفيد عن علاقته مع العميل، لأنّ علاقة البنك بالمستفيد تتمثّل في منحه قيمة خطاب الضمان وتنتهي هذه العلاقة بمجرد انتهاء عملية الوفاء بخطاب الضمان.

¹ منير محمد الجنبهي ومحمود محمد الجنبهي ، المرجع السابق، ص 238 .

² منير محمد الجنبهي ومحمود محمد الجنبهي ، المرجع السابق، ص 240، 241.

2/ عدم قيام البنك بالاعتراض على الوفاء بقيمة خطاب الضمان:

طالما التزم المستفيد بجميع الشروط الموجودة في خطاب الضمان فلا يجوز للبنك أن يعترض بعدم التنفيذ وتقديم المستفيد المستندات التي قد ينصّ عليها في خطاب الضمان، التزم البنك بالوفاء بقيمة الخطاب دون أيّ اعتراض، وهنا عند قيام المستفيد بجميع الإجراءات المطلوبة فله حق الاستفادة من قيمة خطاب الضمان دون أيّ اعتراض سواء كان هذا الاعتراض تأسيساً على علاقة البنك بالأمر أو بالمستفيد أو تأسيساً على علاقة الأمر بالمستفيد.¹

ثانياً: حقوق المستفيد:

قيام البنك بوفاء قيمة خطاب الضمان له، من الحقوق الهامة للمستفيد هو التزام البنك بتسديد قيمة خطاب الضمان له حيث يبدأ هذا الحق بمجرد صدور خطاب الضمان من البنك وهو حق مقرر له ساري المفعول طوال فترة سريان خطاب الضمان، ويؤدّي البنك هذا الالتزام بمجرد مطالبته بذلك أثناء مدّة سريان الخطاب المحددة ودون أن يشترط البنك الحصول على موافقة الأمر.²

المطلب الثالث: انقضاء خطاب الضمان

يترتب على خطاب الضمان التزام بمجرد صدوره ووصوله إلى علم المستفيد ويبقى قائماً إلى غاية انقضائه، وهنا سنتطرق إلى أسباب انقضاء خطاب الضمان.

الفرع الأول: انقضاء خطاب الضمان بالوفاء أو بما يقوم مقامه

بعد ان يقوم الخطاب الضمان بالمهمة التي اصدر من اجلها ينقضي بالوفاء او بعدمه.
أولاً: انقضاء الخطاب بالوفاء: ينتهي التزام البنك في خطاب الضمان حسب نصّ المادة 258 من القانون المدني بدفع قيمة للمستفيد خلال الفترة المحددة فيه بقيمته المعنية فيه للمستفيد في حدّ ذاته أو من يوكله، ويمكن للمستفيد المطالبة بجزء

¹ المرجع نفسه، ص 242.

² منير محمد الجنيبي ومحمود محمد الجنيبي، المرجع السابق، ص 242.

من قيمة الخطاب الضمان وبقى حقه في الجزء المتبقي إلى غاية نهاية المدّة المحدّدة، حيث أنّ القواعد الموحّدة الخاصّة بخطابات الضمان في المادّة 23 تجيز الوفاء الجزئي ما لم ينص الخطاب على غير ذلك، وعلى البنك أن يعلم العميل بأنّ المستفيد قد طلب تنفيذ خطاب الضمان وعندما يقوم البنك بدفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد فإنّه يلغي خطاب الضمان من سجلّاته بعد أن يقوم المستفيد بإعادة صكّ الخطاب إلى البنك لانتهاه الغرض الذي صدر من أجله.

ثانيا: انقضاء خطاب الضمان بما يقوم مقام الوفاء:

وقد يقوم البنك بوفاء قيمة خطاب الضمان بما يعادل قيمة الوفاء، أي تنفيذه عيناً، وهنا نكون أمام إجراء المقاصّة بين دين المصرف في ذمّة المستفيد وقيمة خطاب الضمان المطالب به.¹ والمقاصّة على حسب نصّ المادّة 297 من القانون المدني هي أحد طرق انقضاء الالتزام يتمسك به المدين للوفاء بما هو مستحقّ عليه لدائنه وما هو مستحقّ اتّجاهه في حالة وجود دينان ما متقابلان مستحقّي الأداء في ذمّة المدين والدائن وهنا ينتهي التزام المصرف في خطاب الضمان باتّحاد ذمّة العميل والمستفيد مع بعض (في شخص واحد) حيث يصبح من حصل اتّحاد الذمّة في شخصه دائناً ومديناً بما يترتّب عليه انقضاء الحق والدين فيما بينهما، فينقضي خطاب الضمان. ولا يمكن للمستفيد أن يطالب بقيمة الخطاب عن غرض آخر غير العرض المحدد فيه.²

الفرع الثاني: انقضاء خطاب الضمان بدون وفاء

وهنا ندرس الحالات التي ينقضي فيها خطاب الضمان بدون وفاء البنك به وهي:

أولاً: انقضاء أجل خطاب الضمان دون مطالبة من المستفيد:

¹ مقران راضية، المرجع السابق، ص 143.

² المرجع نفسه، ص 144، 145.

تنقضي خطابات الضمان المحددة بانتهاء مدتها القانونية دون أن ترد أي مطالبة من المستفيد خلال سريانها، حيث لا تقبل أي مطالبة من المستفيد خارج هذه المحددة والتي تبدأ من تاريخ إصدار الخطاب ووصوله إلى علم المستفيد، وانتهائه بطول التاريخ الذي نص عليه الخطاب، وأي تعديلات لحقت بالخطاب، والبنك هو الأكثر حرصاً على تحديد مدة خطاب الضمان ولو نسيها العميل أو المستفيد، حيث العبرة بتاريخ وصول المطالبة للبنك خلال مدة الضمان لا بتاريخ إرسال المطالبة من المستفيد التي قد ترد في وقت لاحق لانتهاء الضمان.¹

ثانياً: التقادم:

صدور خطاب الضمان من البنك يرفق بعدة أمور جوهرية أساسية لتحديد الخطاب وشكله، ومنها مدة صلاحية الخطاب، إلا أن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد هو أن مدة الخطاب قد تكون غير محددة، أو أن الفعل أو الحدث لم يتحقق بشأن الواقعة التي ذكر أن الانقضاء متوقف عليها، بحيث تثار مسألة تقادم التزام البنك بدفع قيمة الضمان للمستفيد، ومن هنا يطرح السؤال التالي: ما هو الوقت الذي يبقى فيه البنك ملتزماً اتجاه المستفيد بدفع قيمة الخطاب؟، يرى أن التزام البنك مجرد اتجاه المستفيد، وعليه فلا يعطيه الحق في إنهاء حق المستفيد بإرادته المنفردة أو بالاشتراك مع إرادة العميل، وهنا نكون أمام الخطابات المشروطة وغير مشروطة على أساس أنها غير محددة المدة، فإذا ارتبطت المدة غير المحددة مع الضمان غير المشروط، فإن سريان التقادم بالنسبة إليه لا يبدأ إلا من وقت تحقق الشرط، ولو أخل العميل بالتزامه اتجاه المستفيد في وقته المحدد له، فهنا يبدأ تقادم حق المستفيد من هذا الوقت، أما إذا تخلف الشرط أو استحال تحققه فإن التزام البنك ينقضي كما لو قام العميل بتنفيذ التزامه، وهنا يصبح تحقق الشرط مستحيلاً.²

¹ عبد الرحمن قيصر وشوقي يعيش، مدى الالتزام القانوني للبنك في خطاب الضمان، رسالة الماجستير في القانون

الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح

الوطنية، سنة 2018، ص 119.

² المرجع نفسه، ص، ص 220-122.

الفرع الثالث: إعادة خطاب الضمان إلى البنك الضامن قبل انتهاء مدته

واستحالة التنفيذ.

في حالة انتهاء مدة الخطاب دون الوفاء به نكون امام الحالات التالية و هي :

أولاً: إعادة خطاب الضمان إلى البنك الضامن قبل انتهاء مدته: إن أسباب انقضاء

خطاب الضمان هو إعادته من طرف المستفيد إلى البنك قبل انتهاء مدته، فقد تبنى هذه الحالة لانقضاء الغرض الذي صدر الخطاب من أجله كما لو نفذ العميل التزامه في علاقته بالمستفيد وفقا للشروط المحددة بينهم، أو لزوال للأسباب التي دعت إلى اقتضاء خطاب الضمان، حيث نكون أمام حالة الإبراء المدين، وهنا نجد اختلاف في أثر الإبراء حسب نوع خطاب الضمان إذا كان مشروطاً أم لا؛ فإذا كان مشروطاً بحصول إخلال من العميل بالتزامه، كان للإبراء أثر مهني لالتزام البنك بصدد خطاب الضمان، حيث أن الشرط يستحيل تحققه بعد حصول الإبراء منه، أما إذا كان غير مشروط فلا يكون للإبراء أثر على التزام البنك اتجاه المستفيد أي نكون أمام الحالة العادية في وفاء البنك بقيمة خطاب.

ثانياً: استحالة التنفيذ: وهو استحالة تنفيذ العميل الأمر لالتزاماته للمستفيد، والتي كانت

سبباً لإصدار خطاب الضمان، فقد تصيب علاقة العميل بالمستفيد بعض الأمور التي تجعل من التزام العميل مستحيلاً. تعد الاستحالة الناتجة عن تقصير العميل الأمر سبباً يعطي الحق للمستفيد بطلب تسديد قيمة خطاب الضمان، وهنا تكون الاستحالة لا تعد سبباً لانقضاء التزام البنك بغير الوفاء، أما إذا كانت الاستحالة تعود إلى سبب أجنبي لا يد للعامل فيها أو تعود إلى فعل الدائن، فإن أثرها على التزام البنك في خطاب الضمان يختلف بحسب ما إذا كان الخطاب مشروطاً أو غير مشروط؛ وإذا كان غير بشرط يعفي البنك من التزامه إذا استحال قيام العميل الأمر بالتزامه فلا يتأثر التزام البنك باستحالة التنفيذ، مهما كان سبب رجوع الاستحالة، ويبقى البنك ملتزماً بوفاء قيمة خطاب الضمان للمستفيد، وإذا ارتبط انقضاء التزام البنك باستحالة تنفيذ الالتزام الأصلي عملي على عاتق العميل في علاقته بالمستفيد فإنه ينقضي بالتنفيذ¹.

¹ عبد الرحمن قيصر وشوقي يعيش، المرجع السابق، ص 126، 127.

خلاصة الفصل الأول

عرضنا في الفصل الأول الضمانات الشخصية والتي تمثلت في الكفالة وخطاب الضمان؛ حيث أنّ الكفالة تثبت مدى تحمّل المستفيد للمخاطر سواء بشخصه أو عن طريق من يكفله، وإمّا أن يكون كفيلا واحدا أو عدّة كفلاء، فهذا كلّه من أجل تقوية مركزه المالي وزيادة ثقة البنك فيه لمنحه القرض.

وأیضا تناولنا كيفية تحمّل مسؤوليته إثر طلبه من البنك أن يصدر له خطاب الضمان والذي يكون بقيمة القرض الذي اقترضه وفق شروط ومدة محددة وهذا لتسهيل عمليات المدين التجارية وحسن سير مشاريعه. و عليه استنتجنا الفرق بين الكفالة و خطاب الضمان ،حيث يلتزم البنك بتسديد خطاب الضمان متى طلب منه الدائن ذلك فى أى وقت دون مناقشة او اعتراض من جانب البنك ، اما الكفالة المصرفية فهى تأتى بعد تجريد المدين وعدم كفاية عناصر ذمته المالية للوفاء فهنا يأتى دور الكفيل ، إذا لابد فيها اولا من الرجوع على المدين فان لم يستطع الوفاء او لم تكفى امواله جاز الرجوع بالدين على الكفيل الذى يستطيع ان يتمسك بكافة الدفوع المقررة لصالح المدين والناشئة عن العلاقة الاصلية بين الدائن والمدين.

الفصل الثاني

الضمانات العينية

تمهيد:

إنّ للضمانات العينية دور هام من القدم في تشجيع الائتمان وتنشيط عمليات القروض، حيث أنّه لا تتم منع القرض بأجل من غير ضمان كاف يؤمنه من خطر إفسار المدين، ويضمن له الوفاء بحقه كاملاً، فالضمانات العينية أساسها يقوم على تخصيص مال معيّن، لضمان الوفاء بدين الدائن، وهي تبعث الثقة في نفس هذا الأخير وتشجعه على منح المدين ما هو في حاجة إليه من دين أو أجل. وهي عبارة عن ضمانات ملموسة يمكن حجزها في حالة عدم تسديد المدين لدينه، كالعقارات و المنقولات، و هذا ما يسمى بالرهن، و تتركز الضمانات العينية على موضوع الشيء المقدم للضمان، و تتمثل هذه الضمانات في قائمة واسعة من السلع و التجهيزات العقارية، يصعب تحديدها هنا، و يعطي هذه الأشياء على سبيل الرهن، و ليس على سبيل تحويل الملكية، و ذلك من أجل ضمان استرداد القرض، و يمكن للبنك أن يقوم ببيع هذه الأشياء عند التأكد من استحالة استرداد القرض. و في الواقع يمكن أن يشرع في عملية البيع هذه خلال خمسة عشر (15) يوماً ابتداءً من تاريخ القيام بتبليغ عاد للمدين .

المبحث الأول: الرهن الرسمي

ويقصد بالرهن الأصول التي يبدي العميل استعداده لتقديمها للبنك كضمان في مقابل الحصول على القرض، والعميل لا يحق له التصرف في أصل الرهن مهما كان نوع التصرف، وإذا لم يستطع سداد قرضه أو الفوائد المترتبة عنه، هنا يحق للبنك التصرف في الأصل المرهون وبيعه لاسترداد مستحقاته.¹

المطلب الأول: مفهوم الرهن الرسمي

الرهن الرسمي هو تأمين عيني ينتقل للدائن عند حلول أجل الدين حق توقيع الحجز على العقار، وهو في حيازة أي شخص كان وأن يستوفي حقه بالأفضلية من الثمن، حيث عرّفه المشرع الجزائري في المادة 882 من القانون المدني ب"أنه عقد يكتسب له الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه، يكون له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان".²

وبهذا فهو ضمان للدائن، وفي حالة عدم تمكن المدين من الوفاء بدينه في الآجال المحددة ببيع الشيء محل الرهن - العقار - وتعويضه من ثمن البيع وتكون له الأولوية بالمقارنة مع الدائنين الآخرين.

الفرع الأول: تعريف الرهن الرسمي

لمعرفة معنى الرهن الرسمي و المقصود منه وما يتطلب سنعرّفه من حيث اللغة و الفقه و القانون كما يلي :

أولاً: تعريف الرهن الرسمي لغة

*رَهَنَ: فعل

- رَهَنَ بِرَهْنٍ ، رَهْنًا ، وَرُهُونًا ، فَهُوَ رَاهِنٌ ، وَالْمَفْعُولُ فَهُوَ مَرُهُونٌ ، وَرِهِيْنٌ

¹ منير إبراهيم هندي، إدارة البنوك التجارية، مدخل اتخاذ القرارات، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، سنة 2015، ص222.

² رقم المادة 882 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

- رَهَنَ بِالْمَكَانِ : تَبَّتْ ، أَقَامَ بِهِ
- رَهَنَ عِنْدَهُ مَنْزِلَهُ : جَعَلَهُ رَهْنًا قَائِمًا مَقَامَ الدَّيْنِ
- رَهَنَ الْمَكَانُ : دَامَ ثَابِتًا
- رَهَنَ الشَّيْءَ : أَدَامَهُ ثَابِتًا
- رَهْنُهُ لِسَانِي : كَفَفْتُهُ ، حَبَسْتُهُ

الجمع : رِهَان و رُهْن و رُهُون ، رُهُونَات

- (الرَّهْنُ) (: شرعاً) : حَبَسُ الشَّيْءَ بِحَقِّ لِيُسْتَوْفَى مِنْهُ عِنْدَ تَعَدُّرِ وَفَائِهِ
- الرَّهْنُ : ما وضع عندك لِيُتُوبَ مَنَابَ ما أُخِذَ مِنْكَ وَالْجَمْعُ : رِهَانٌ¹

ثانيا: تعريف الرهن الرسمي فقها

و يقصد به الثبوت والدوام، ويطلق على الحبس، فالقول نعمة رهنه أي ثابتة و دائمة. وقد كان لمصطلح الرهن ذكر في القرآن الكريم، في قوله تعالى: (كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ)² صدق الله العظيم.

ومعناها محبوسة بعملها و بكسبها، أي يمكن أخذ الدين أو بعضه من تلك العين.

و معناه شرعا: عرفه العلماء بأنه قيمة مالية تعطى للعين موثقة بدين، إذا استدان شخص ديناً من شخص آخر و جعل نظير ذلك الدين عقارا أو حيوانا محبوسا تحت يده حتى يقضيه دينه فهنا فهذا هو الرهن شرعا.³

¹ ابن منظور (ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم)، لسان العرب، دار صادر، بيروت ، دون سنة، المجلد 06. ص 249.

² سورة المدثر، الآية 38

³ السيد سابق، فقه السنة ، الفتح للإعلام العربي، المجلد الثالث، القاهرة، دون سنة ، ص 130 .

ومن خلال كل هذا تستنتج أن المقصود من الرهن هو بيع الشيء المرهون عند استحقاق الدين و لم يف المرتهن دينه لاستيفاء حقه منه، فكل ما جاز بيعه جاز رهنه وكل ما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه،¹ مثلا لا يجوز التعامل برهن الخمر أو ما شابهها.

و نجد أن الدين الإسلامي شرع الرهن و في السنة و الإجماع أيضا، و يظهر ذلك من خلال قوله تعالى في كتابه الكريم (وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ۖ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ ۗ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ ۗ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ ۗ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فإِنَّهُ رِءَاثٌ مِّنْ قَلْبِهِ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ۗ) ² صدق الله العظيم.

و ذكر في الحديث النبوي: حدثنا مسلم بن إبراهيم: حدثنا هشام: حدثنا قتادة: عن أنس رضي الله عنه قال: ولقد رهن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذرعه بشعير، ومشيت إلى النبي صلى الله عليه وسلم بخبز شعير وإهالة سنخة، ولقد سمعته يقول: «ما أصبح لآل محمد إلا صاع، ولا أمسى». وأنهم لتسعه أبيات. حدثنا مسدد: حدثنا عبد الواحد: حدثنا الأعمش، قال: تذاكرنا عند إبراهيم الرهن والقبيل في السلف، فقال إبراهيم: حدثنا الأسود:

عن عائشة رضي الله عنها: أن النبي صلى الله عليه وسلم اشتري من يهودي طعاما إلى أجل، ورهنه ذرعه.³

¹ محمد ابن قدامه المغني، ويليهِ الشرح الكبير، المجلد الثالث، الجزء الرابع، دار الكتاب العربي، دون سنة، ص

.366

² سورة البقرة، الآية 283

³ محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، 383.

ثالثا: تعريف الرهن الرسمي قانونا

هو الرهن الذي يتقرر على مال منقول أو العقار، ومن هنا يتضح أنّ الرهن الرسمي هو الرهن الذي يعقد ضمنا للدين أي أن العبرة في تحديد صفة الرهن فهي طبيعة الدين المضمون، وهنا يكون الرهن الرسمي إذا كان الدين المضمون مدنيا كالوفاء بثمن عقار أو أشياء اشترت للاستعمال أو الاستهلاك الشخصي، وهنا لا نأخذ بعين الاعتبار الدائن والمدين؛¹ حيث نجد أنّ المشرع الجزائري عرّفه على حسب نشوئه والغاية منه حيث قام بالتطرق إلى أحكامه في الجزء المتعلق بالحقوق العينية التبعية، وهذا حسب نصّ المادة 882 من القانون المدني كما عرضنا سابقا، ونصّ أيضا في المادة 883 بأنّه: "لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون".²

ومن خلال ما سبق نجد أنّ المشرع قد حدّد المحلّ الذي يمارس عليه الدائن المرتهن حقّه وهو ثمن العقار حسب النص، وهنا نجد تقصيرا من المشرع يحول دون الرهن وتأدية وظيفته، حيث تناول فقط الحالة العادية في استيفاء الدين وهي عن طريق بيع العقار بالمزاد العلني وتحويله إلى مبلغ مالي، حيث تجاهل حدوث هلاك للعقار المرهون أو إتلاف مّا يؤثر فيه فيمنع بيعه، وهنا حقّ الرهن يقع على ما يحلّ محلّ العقار الهالك أو التالف ليستوفي الدائن حقّه منه، وهذا حسب نصّ المادة 907 من القانون المدني الجزائري: "يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم اتجاه الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حلّ محلّ هذا العقار، بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا أجروا القيد في يوم واحد".³

¹ مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 49.

² رقم المادة 883 من الأمر 58/75 السالف الذكر

³ رقم المادة 907 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

ونستنتج أيضا أنّ المشرع ومن خلال المادة 882 من القانون المدني الجزائري أنّه جدد العقارات فقط كرهن رسمي، رغم أنّه قد ينعقد على بعض المنقولات الخاضعة لإجراء الشهر، مثل: السفن والطائرات على سبيل الحصر.¹

ونجد أيضا أنّ المشرع الجزائري نص صراحة على أنّ الرهن الرسمي هو ضمانا للقروض البنكية والائتمان البنكي والمعاملات البنكية في المادة 891 من القانون المدني: "يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار أو دين احتمالي، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين".²

الفرع الثاني: خصائص الرهن الرسمي

ومن خلال التعريفات السابقة نستخلص خصائص الرهن الرسمي والمتمثلة في:

أولاً: الخصائص العامة: وتتمثل في

1/ الرضائية:

أي أنّ الرهن الرسمي يحدث من خلال اتفاق الأطراف ورضاهم أي تطابق إرادتي المدين الراهن والدائن المرتهن أو الكفيل العيني الراهن لعقاره والدائن المرتهن، وهذا ما نصّت عليه المادة 884 من القانون على أنّه: "يجوز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو شخصا آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين".³

2/ عقد مسمى:

الرهن المسمى يخضع للقواعد العامة، وقد خصّه القانون بتنظيم خاص به، تحت اسم معين وهو عقد الرهن الرسمي الذي شمل جميع الإجراءات المتعلقة به، إنّ هذه التنظيمات المميزة لها أهمية كبيرة، من خلالها يتمكن الأطراف المتعاقدة من

¹ أولمي عمر، عقد الرهن الرسمي كوسيلة ضمان لحماية حقوق الدائنين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، سنة 2017، ص 9، ص 11.

² رقم المادة 891 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

³ رقم المادة 884 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

معرفة كيفية إبرام هذا العقد، وأيضا في حالة النزاع يتعلق بعقد الرهن الرسمي يكون للقاضي الفصل فيه وذلك الفصل فيه وذلك بالرجوع إلى أحكامه المعيّنة في القانون.

3/ ملزم لجانب واحد:

ويعني أنّ عقد الرهن الرسمي ينشئ التزامات على طرف واحد وهو المدين الراهن أو الراهن إذا كان كفيلا عينيا على عكس الالتزام الأصلي، وبهذا نظم القانون التزامات المدين الراهن التي تقع عليه بدءا من إنشاء الرهن إلى غاية انقضائه، حيث يلتزم بضمان السلامة المادية والمعنوية لحق الرهن إلى غاية استيفاء الدائن حقه.¹

4/ عقد شكلي "الرسمية":

وهنا نجد أنّ المشرّع أوجب طريقة معينة ومحددة وهي الشكل الرسمي أي أن ينشأ في محرر رسمي والرسمية يشترطها القانون وهي ركن في عقد الرهن الرسمي لا ينعقد بدونه وهذا الأمر يتعلّق بالنظام العام عكس ما يستلزمه الرهن القانوني أو القضائي، وتتولى الموثق كضابط عمومي تحرير الرهن الرسمي في حدود ما خوّله القانون له والتي يجب مراعاتها تحت طائلة البطلان حسب أحكام المواد من 324 مكرر 2 إلى 324 مكرر 4 من القانون المدني وكذا المواد من 26 إلى 29 من القانون 02/06 الصادر في 20 فبراير 2006 المتعلّق بتنظيم مهنة الموثق.²

ثانيا: الخصائص الخاصة:

1/ حق عيني عقاري:

أي أنّ الرهن الرسمي يقع على مال عقار وغالبا ما يكون السكن المراد يملكه أو قطعة الأرض التي يراد البناء عليها أو غير ذلك، كما يمنح هذا الحق العيني للبنك المرتهن حق التقدّم وحق التتبع.

¹ يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 55، 56.

² المواد من 26 إلى 29 من القانون 02/06 الصادر في 20 فبراير 2006 المتعلّق بتنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية رقم 15، العدد 14، الصادرة بتاريخ 2006/03/08.

2/ حق تبعي:

للحق الشخصي الذي يضمه (الدين)، فيسير معه ويتبعه في شأنه ومصيره وانقضائه كما جاء في المادة 893 من القانون المدني الجزائري: "لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون، بل يكون تابعا له في صحته وفي انقضائه ما لم ينص القانون على غير ذلك، وإذا كان الراهن غير المدين كان له إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به أن يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالدين، ويبقى له هذا الحق ولو تنازل عنه المدين".¹

ويترتب على هذه الخاصية أنه في حالة عدم كفاية الثمن الناتج عن البيع الجبري للمال في استيفاء حقوق البنك المقرض وبهذا يبقى حق الراهن المقرض قائما.

3/ حق غير قابل للتجزئة:

فكل جزء من العقار المرهون ضامن لكل دين، وكل جزء من الدين مضمون بكل المرهون، كما جاء في المادة 892 من القانون المدني الجزائري: "كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل دين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها، ما لم ينص القانون أو يقضي الاتفاق بغير ذلك".²

وبما أن الرهن الرسمي أساسه هو العقد، لكن توجد مصادر أخرى وهذا حسب الفقرة الأولى من المادة 883 من القانون المدني الجزائري "لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون"³ ومنه نجد أن الرهن الرسمي قد ينشأ بموجب اتفاق ويسمى بالرهن الرسمي الاتفاقي، وإذا كان بحكم قضائي سمي بالرهن الرسمي

¹ رقم المادة 893 من الأمر 58/75 السالف الذكر

² رقم المادة 892 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

³ رقم المادة 883 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

القضائي، وبالنص القانوني يسمى بالرهن الرخصي القانوني والاتفاقي أكثر انتشارا في المجال البنكي.¹

الفرع الثالث: إنشاء الرهن الرسمي

لقيام الرهن الرسمي يجب توافر عدة شروط لذلك و التي تحكم اجراءات تنفيذه و انشائه و تنقسم الى الشروط الشكلية و الشروط الموضوعية ز هي كالآتي :

أولا: الشروط الشكلية: وهي

1/ إثبات الرهن (الرسمية):

من أساسيات تغادر من المنقول في القانون المدني في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يدون في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ بالرهن، وأيضا جميع تفاصيل العين المرهونة،² وتكون موقعة أو مودّعة أمام موظف عام أو شخص مكلف وهو الموثق،³ وحيث إذا حدث أي خلل من هذه الإجراءات فإنّ العقد يعدّ باطلا بطلانا مطلقا باعتباره رهنا، وهذا ما نصّت عليه المادّة 61 من المرسوم التنفيذي رقم 63/76 المتضمن قانون السجل العقاري والمعدّل والمتمم بالمرسوم 123/93 الذي ينص على: "كل عقد موضوع شهر عقاري يجب أن يكون مفرغا في شكل رسمي".⁴

ثمّ صدر الأمر رقم 11/03 المتعلّق بالنقد والقرض الذي ألغى القانون رقم 10/90، والملاحظ على هذا الأمر أنّه لم يتضمّن أي نص قانوني يشير إلى الرهن الرسمي، وكذلك الأمر بالنسبة للأمر رقم 04/10 المتعلّق بالنقد والقرض الذي يعدّل الأمر رقم 11/03.

¹ ريجاني يسمينة، الرهن الرسمي كضمان بنكي، مذكرة شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن عكنون، الجزائر، سنة 2005، 2006، ص ص5، 6.

² مصطفى كامل طه، المرجع السابق، ص50.

³ ونوغي غادة، ضمانات القروض البنكية، مذكرة لنيل شهادة الماستر الأكاديمي، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون الأعمال، سنة 2016/2017، ص25.

⁴ المرسوم التنفيذي رقم 63/76، المؤرخ في 25/03/1976 والمعدّل والمتمم بالمرسوم رقم 123/93، المتعلّق بتأسيس السجل العقاري.

وقام المشرع الجزائري بعدة تصليحات من سنة 2003 إلى غاية سنة 2017 على قانون النقد والقرض وقانون المالية، وذلك لتسهيل الإجراءات وتحسينها. أمّا الرهن الرسمي القضائي والاتفاقي الأول يتم بموجب حكم قضائي بطلب من المدين أمام العدالة لإثبات الدين محل النزاع، أمّا الثاني ينتج نتيجة اتفاق بين البنك مانح القرض والمدين المقترض.

2/ القيد:

هو تسجيل العقارات المخصصة للرهن في السجل العقاري لأنها تسير عليها أحكام القيد، وهذا ما تناولته المادة 904 من القانون المدني الجزائري: "لا يكون الرهن نافذا في حق الغير إلا إذا قيّد العقد أو الحكم المثبت للرهن والدائنون يستوفون حقوقهم بحسب مرتبة كل واحد منهم حسب ما نصّت عليه المادة 907 من القانون المدني الجزائري.

ثانيا: الشروط الموضوعية: وهي

1/ الشروط الخاصة بالمال المرهون:

حسب نص المادة 886 من القانون المدني الجزائري، أن يكون عقارا ممّا يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني ومعينا بالذات تعيينا دقيقا وموجودا وقت الرهن فلا يجوز عن المال المستقبل، ويشمل جميع ملحقات العقار المرهون وهذا ما أشارت عليه أيضا المادة 887 من نفس القانون.¹

وعلى حسب المادة فإنّ الرهن الرسمي لا يقع إلا على عقار وينبغي أن يكون هذا العقار معيّنًا تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه، ويكون حاضرا حيث لا يجوز رهن المال المستقبل ويمتد الرهن بحكم القانون إلى ملحقات العقار المرهون.²

¹ رقم المادة 887 من الأمر 58/75 السالف الذكر، 218.

² سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 35.

2/ تعيين العقار تعيينا دقيقا:

ويقصد بها أن يكون الرهن على العقار بالذات، وليس على كل أموال المدين الحاضرة المستقبلية، وفي الصورة الحديثة هو رهن خاص وليس رهن عام وهنا يظهر مبدأ التخصيص ومنه القضاء على فكرة الرهن العام الذي يرد على كل أموال المدين دون تخصيص.

3/ ملكية الراهن للعقار:

وهنا لا يقع الرهن إلا على العقار المملوك فعلا للراهن وهذا الشرط لم يخضع للمبادئ العامة التي لا تجيز للشخص التصرف في مال ليس له حق التصرف فيه، ولا يشترط أن يكون المدين هو نفسه الراهن، حيث يمكن أن يرهن شخص آخر عقارا ملكه من أجل سداد دين غيره، وقد يكون الراهن مالكا تحت شرط فاسخ أو واقف؛ فإذا كان فاسخا ولم يتحقق الشرط يصبح الراهن مالكا بشكل نهائي لعدم تحقق الشرط ويصبح رهنه باتا، أما إذا تحقق الشرط فتتقضي ملكية الراهن وذلك بأثر رجعي، وهنا يعد غير مالك للمال منذ البدء فيزول رهنه بأثر رجعي.¹

4/ رهن ملك للغير:

هو رهن لعقار لا يملكه الراهن، وإنما يرهنه عادة لاعتقاده أنّ المالك سيقرّ الرهن بورقة رسمية، لأنّه هنا سيسعى إلى أن يصبح العقار مملوكا وعند ذلك سيتقرر رهنه من ذلك الوقت، والرهن للمال المستقبل هو أن يرهن المدين شيء يعتقد أنّه سيؤول إليه مستقبلا مثل الورث أو الوصية، وهنا الشيء المرهون لا يكون معينا بالذات، وهنا الرهن يصبح باطلا؛ لعدم وجود صفة التخصيص في الشيء المرهون أي أنّه غير معين أو قابل للتعيين.²

وهذا ما نصّت عليه المادّة 884 من القانون المدني الجزائري "يجوز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو شخص آخر يقدّم رهننا لمصلحة المدين وفي كلتا الحالتين

¹ أسعد دياب، أبحاث في التأمينات العينية، المؤسسة الجامعية، لبنان، دون سنة، ص 103.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ص 297، 298.

يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرّف فيه"¹، ومن خلال هذه المادة يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار، إذ لو قام برهن ملك الغير فهنا الرهن يقع باطلا بطلانا مطلقا.

5/ رهن المالك الظاهر:

وهنا نكون أمام حالة صدور الرهن عن مالك ظاهر، أي ليس من مالك حقيقي للعقار المرهون، كأن يكون المالك أو الوارث ظاهر بسند صوري أو اسم مستعار، أو أنّه امتلك العقار بالغصب فهنا يكون الرهن باطلا.

6/ رهن المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي:

وهنا نكون أمام حالة ما إذا قام الراهن (المدين) برهن عقاره تزول ملكيته للعقار بأثر رجعي بسبب بطلان عقد شرائه لهذا العقار أو إلغائه، أو غيرها من أسباب زوال الملكية بأثر رجعي وفي هذه الحالة يعد الرهن كأنّه لم يكن أساسا، وهنا يجب اعتبار الرهن الصادر عنه كأنّه صادر عن غير المالك وبهذا فهو غير ملزم للمالك الجديد (صاحب الرهن الأوّل)،² وفي نصّ المادة 885 من القانون المدني الجزائري "يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن، الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته، أو فسخه، أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر، إذا ثبت أنّ الدائن كان حسن النية وقت إبرام عقد الرهن"³، وهنا المشرّع الجزائري أقر بصحة الرهن بالنسبة للدائن وذلك إذا أثبتت صحة نيّته أثناء إبرام العقد.

¹ رقم المادة 884 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

² أسعد دياب، المرجع السابق، ص104.

³ رقم المادة 885 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

7/ رهن الحصّة الشائعة:

حسب نصّ المادة 1/890 من القانون المدني الجزائري على أنّه: "يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاكين لعقار شائع، أيّا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته".¹

وهنا نجد أنّ رهن الحصّة الشائعة يجوز إذا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار ممكنة؛ كأن يصبح شريك المدين الراهن عدلا فيجوز الحصّة الشائعة المرهونة نيابة عن الدائن المرتهن،² ويجوز الرهن أيضا في حالة صدوره عن جميع الشركاء، ونجد أن الفقرة الثانية من نفس المادة نصّت على أنّه قد يصدر الرهن من كل الشركاء على الشيوع وقد يصدر عن بعضهم، والرهن يمكن أن يكون على كامل العقار أو على الحصّة الشائعة منه فقط.

8/ الرهن الصادر عن جميع الشركاء:

وهذا ما نصّت عليه الفقرة الأولى من المادة 890 من القانون المدني الجزائري؛ حيث أنّه إذا صدر الرهن من جميع الشركاء فهو صحيح وكأنّه صدر من مالك واحد، وتضامن وموافقة جميع الشركاء عليه ينفي كل الشبهات للتعارض بين مصالحهم أو الإضرار ببعضهم، ومصير هذا الرهن لا يتأثر بقسمة العقار في المستقبل.

9/ الرهن الصادر لمالك المباني القائمة على أرض الغير:

وهنا نكون أمام حالة أنّ المالك يستطيع رهن العقار الذي يمتلكه وهو على أرض مملوكة للغير حسب نصّ المادة 889 من القانون المدني الجزائري، وحماية لحق الدائن قام المشرّع بجواز حق التقدّم في استيفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هدمت المباني، ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض في حالة إبقائه للمباني.

¹ رقم المادة 890 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

² أسعد دياب، مرجع سابق، ص 105.

المطلب الثاني: آثار الرهن الرسمي

للرهن الرسمي آثار بين أطرافه وهو حق عيني نافذ أمام مواجهة الغير، إذ يحدث آثاراً على كل أطرافه سواء الراهن أو المرتهن ويتعدى كذلك للغير وسنشرح هذه الآثار بالتفصيل وفق العناصر التالية :

الفرع الأول: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للراهن:

وهنا نجد أنّ الرهن الرسمي يرتب على عاتق الراهن التزاماً؛ وهو ترتيب حقّ الرهن وينفذ في الحال بحكم القانون، وهنا يترتب على تنفيذ الالتزام أن يوجد أكثر من حقّ عيني على العقار المرهون حق الراهن وهو حق ملكية وحق الدائن المرتهن.¹

أولاً: التزامات الراهن:

وهنا يلتزم الراهن مديناً أم كفيلاً عينياً بأن يقر حق الرهن على العقار لمصلحة المرتهن، ويلتزم أيضاً سلامة العقار المرهون من:

1/ يضمن سلامة العقار قيد الرهن حتى تاريخ وفاء الدين، ويحق للمرتهن الاعتراض على أي نقص في ضمانه وله حق اتخاذ الإجراءات التي تحفظ حقه، على أن يرجع بالنفقات على الراهن.

2/ إذا حدث هلاك للعقار نتيجة خطأ الراهن، فهنا للمرتهن الاختيار بين استيفاء دينه كاملاً أو أن يتقاضى تأميناً كافياً.

3/ إذا كان سبب الهلاك أو تلف العقار المرهون بسبب أجنبي خارجي ولم يقبل الدائن (المرتهن) بقاء الدين بدون ضمان له الاختيار في استيفاء دينه قبل حلول الأجل أو أن يقدم تأميناً كافياً له.

¹ خليفة الحزوبي، قانون مدني، التأمينات العينية والشخصية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، سنة 2014، ص 249.

جميع هذه الحالات مهما اختلفت؛ والتي تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف مما تجعله غير كاف لضمان حق الدائن (المرتتهن) كان له الحق في أن يطلب من القاضي وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر.¹

ثانياً: حقوق الراهن:

وتتمثل حقوق الراهن في :

1/ الحق في الاستعمال:

وهنا يحق للراهن استعمال عقاره المرهون على حسب ما يحتاجه مهما كان نوع العقار وكيفية استعماله له، وذلك بشرط عدم إنقاص من قيمة ضمانه للدائن المرتتهن، بأن يقلل من قيمة العقار أو إضعافه أو هدمه.

2/ الحق في الاستغلال:

بما أنّ الحق في استغلال العقار لا ينزع ملكية العقار ولا يلغيها، وإنما يتقيد بعدم إلحاق الضرر بحقوق المرتتهن، فمثلاً: إيجار الراهن للعقار المرهون؛ هو من أعمال الإدارة التي يجوز له القيام بها وهو في حيازته.

3/ حق التصرف:

يحق للراهن التصرف في العقار المرهون ما دام لا يمس حق الدائن المرتتهن.²

الفرع الثاني: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمرتتهن:

بعد ان تناولنا آثار الرهن الرسمي بالنسبة للراهن، فأننا سنتناول أثره بالنسبة للمرتتهن في هذا الفرع وفق النقاط التالية والتي تنقسم إلى قسمين:

¹ سائد حاتم سيف الدين، رهن الدين وفقاً لأحكام قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، سلسلة

الرسائل العلمية، دراسات قانونية، دار النشر أكاديمية شرطة دبي، سنة 2011، ص ص 189، 187.

² عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ص 397 ، 402.

أولاً: التزامات المرتهن:

1/ المحافظة على العقار المرهون وصيانتته:

في حالة حيازة المرتهن الدائن للعقار يترتب عليه التزامات تتمثل في الاعتناء به إجراءات التصليحات عليه إذا تطلب ذلك، وله أن يسترجع ما صرفه من الضمان أو أن يستوفيهما بالأفضلية من ثمن العقار، وهذا بموجب بذل نفس العناية من أجل المحافظة على عقاراته، وأي عمل يقوم به يزيد من قيمة العقار ليس له الحق بأن يطالب بها وذلك تحت طائلة الإثراء بلا سبب، وإذا أجلّ الدائن المرتهن بالحفاظ على العقار فللراهن الحق أن يطلب من القضاء أن يضع العقار المرهون في يد حارس أو المطالبة بإلغاء الرهن والقرض، ومنه استعادة العقار المرهون لقاء تسديد الدين، وله الحق أن يطالب المرتهن بالتعويض في حالة ما إذا أضرّ هذا الأخير بالعقار المرهون أو المقاصّة بين قيمة الدين وقيمة الضرر.¹

2/ إدارة العقار المرهون واستثماره:

وتنقسم إلى قسمين:

أ_ استغلال العقار:

وهنا يلتزم الدائن المرتهن بالاستثمار في العقار المرهون كاملاً بما هو معمول به ولا يجوز تغيير هذه الطريقة، إلاّ بموافقة الدائن، وهنا يعمل الدائن المرتهن في استغلاله عناية الرجل العادي ولا يقصر في عمله، وإذا قصّر في ذلك يكون مسؤولاً عن فعله، وهنا يحق للراهن أن يطالب بوضع العقار المرهون تحت يد الحارس.

ب_ حسم الغلّة من الدين المضمون:

رهن العقار لا يلغي ملكية الراهن له ولا حقّه في غلّة هذا العقار وإذا قام المرتهن باستغلال ذلك فهو يعمل ذلك نيابة عن الراهن ولحسابه وله الحق في أن يقتصه لسداد مبلغ دينه.

¹ أسعد دياب، المرجع السابق، ص ص118، 119.

جـ. انتفاع المرتهن بالعقار دون مقابل والاتفاق على جعل العلة مقابل فوائد: وهنا نجد أن المرتهن يستفيد بالعقار المرهون بموافقة الراهن على ذلك على وجود ويكون الاتفاق مقابل أم لا.

د/ رد العقار المرهون:

في حالة إيفاء المدين الراهن للدين وجب على المرتهن (الدائن) أن يرد العقار المرهون له بعد ما كان يحوزه ويحبسه من أجل ضمان دينه، بعد أن أوفى المدين الراهن كامل الدين، أو أن الدين انقضى بأحد أسباب الانقضاء الأخرى كالمقاصة واتحاد الذمة والإبراء من الدين، أمّا في حالة مرور الزمن فهنا لا مجال لحصوله؛ لأنّ بقاء العقار المرهون لدى المرتهن هو إقرار ضمني من المدين الراهن بوجود الدين وهذا لا يزول بمرور الزمن، ولا يجوز ربط هذا العقار بدين آخر إذا انقضى الدين الذي رهن من أجله هذا العقار.¹

ثانيا: حقوق المرتهن:

نتيجة للرهن الرسمي فللدائن المرتهن حقوق له إثر ذلك كضمان ناشئ له، وهي:

1/ حق حبس العقار المرهون حتى استيفاء الدين:

يحق للدائن المرتهن حبس العقار المرهون كضمان لدينه إلى غاية استيفاء دينه كاملاً، وهذا الحبس يشمل كل ما يتعلّق بالعقار من زوائد ولواحق، وبهذا الحبس يبقى قائماً بقيام الدين وينتهي بانتهاء الدين، وله الحق بالاحتجاج به أمام جميع الأشخاص الذين لم يكتسبوا قبل قيد الرهن حقا عينيا على هذا العقار المرهون، إذ قيد هذا الرهن في السجل العقاري فإنّه يحتج به أمام الغير والمدين المرتهن، وحق الحبس يكون خلال مدّة 30 يوما من يوم الدين.

¹ أسعد دياب، المرجع السابق، ص 120_121.

وبقاء العقار المرهون في يد المرتهن اعترافاً من المدين الراهن ضمناً ومستمرًا بوجود الدين في هذه الحالة وهنا لا يسقط الدين المضمون بمرور الزمن.

2/ حق الأفضلية:

بما أنّ الرهن حق عيني فإنّه يستنتج إعطاء المرتهن حق استيفاء دينه من ثمن العقار بالأفضلية على غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له مرتبة، ومنه فإننا نكون أمام:

أ_ وعاء الأفضلية:

يقع حق الأفضلية على القيمة المالية للعقار المرهون وما يرتبط به من ملحقات وهو ينتقل إلى ما يحل حلاً عينياً محلّ العقار المرهون في حال هلاكه أو تلفه أو استهلاكه.

ب_ نطاق الأفضلية:

حق الأفضلية يمتد إلى الفوائد والنفقات الضرورية والنافعة التي أنفقها من أجل صيانة المرهون استثماره، وهذا الحق لا يتحدد بمدة معينة لأنّ الرهن يضمنها بأكملها على خلاف لما هي عليه الحال في التأمين العقاري أين تكون الفوائد بنفس المرتبة المعينة لأجل الدين.¹

ج_ التزام على الأفضلية:

الدائن المرتهن له حق التقدّم عن بقية الدائنين الآخرين وأصحاب التأمين الذين يُلَوّنه في استيفاء دينه، وفي حالة تعدد الدائنين المرتهنين عند وضع المرهون تحت يد عدل مثلاً، فهنا يعتد بتاريخ الرهن وإذا كان بنفس التاريخ فهنا يلجؤون إلى بيع العقار بالمزاد العلني ويقتسمون الثمن بالتساوي فيما بينهم.

¹ أسعد دياب، المرجع السابق، ص116.

د- حق التتبع:

ويقصد به أن الدائن المرتهن له حق تتبع العقار المرهون أينما انتقلت ملكيته، وينفذ عليه بحق الأفضلية الذي اكتسبه على بقية الدائنين وهذا تتبع معنوي وليس مادي؛ لأنّ حيازة المرهون هي في يد الدائن المرتهن.

3/ حق التنفيذ على العقار المرهون وبيعه بالمزاد العلني:

إذا حلّ أجل تسديد الدين ولم يف المدين الراهن به فللدائن المرتهن حق ملاحظته إجبارياً ببيع العقار بطريقة نزع الملكية، وهذا باتّخاذ إجراءات التنفيذ الجبري؛ أي عن طريق البيع بالمزاد العلني.¹

الفرع الثالث: آثار الرهن بالنسبة للغير:

حق الرهن ينشأ بمجرد العقد، ولا يعتدُّ به في مواجهة الغير إلاّ بالقيود، حيث كل من يتأثر ويتضرر من وجود هذا الرهن: هو الغير؛ أي كل من يتأثر ويتضرر من وجود هذا الرهن فهو الغير الذي يتأثر به، أي كل مرتهن آخر أو صاحب أي حق عيني أو بدعي، مقيد على العقار وعلى هذا الأساس فإنّ للغير حقوق يطالبون بها سواء على أساس الأفضلية أو حق التتبع وهذا حسب نصّ المادة 904 من القانون المدني الفقرة (1): "لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلاّ إذا قُيِّدَ العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار...".²

¹ أسعد دياب، المرجع السابق، ص 117.

² رقم المادة 904 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

أولاً: القيد: و يتم وفق الخطوات التالية و نذكرها بالتفصيل:

1/ الإشهار العقاري:

الحق العيني نافذ في حق كل الناس، ولهذا ومن أجل أن تعرف الناس ملكية هذه العقارات فلا بدّ من:

أ_ التسجيل:

وهو تسجيل القيد بكامله، وشهره من أجل إنشاء الحقوق العينية الأصلية، أو نقلها وهذا التسجيل يكون بنقل صورة كاملة من المحرر الذي يراد إشهاره في السجل.

ب_ القيد:

وهو تدوين جميع البيانات المتعلقة بالعقار المرهون، والقيد يكفي في شهر التأمين العيني وأسماء الدائن والمدين، وهناك نوعين من الشهر:

ب_1_ نظام الشهر العيني:

وهذا يكون على العقار في حدّ ذاته، فكل عقار خاص به في السجل ويسجل فيه كل ما يتعلّق بالعقار.

ب_2_ نظام الشهر الشخصي:

وهناك القيد يكون بأسماء الأشخاص الذين قاموا بهذه التصرفات، والجزائر تأخذ بالشهر العيني كقاعدة والشهر الشخصي كاستثناء، حسب الأمر 74_75 المتعلّق بمسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري والمرسومين التنفيذيين له.¹

وتكون إجراءات القيد حسب نصّ المادة 905 من القانون المدني الجزائري على أنّه: "تسري على إجراء القيد وتجديده وشطبه وإلغاء الشطب والآثار المترتبة على ذلك كلّ الأحكام الواردة في قانون تنظيم الإشهار العقاري"² كما تنصّ المادة 906 أيضا

¹ الأمر رقم 74/75، المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن اعداد مسح الاراضي العام و تأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية ، عدد92 ، الصادرة بتاريخ 18/11/1975.

² رقم المادة 905 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

من نفس القانون على أنه: "تكون مصاريف القيد وتجديده وشطبه على الراهن، ما لم يتفق على غير ذلك".¹

من خلال المادتين فإن إجراءات القيد تحددها قواعد الإشهار العقاري الذي يقع في دائرة العقار المرهون، والذي يكون من صاحب الشأن سواء الراهن أو المرتهن وفقا للمادة 189 من القانون المدني "لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين...".، وقد يكون طلب القيد بمن ينوب أحدهما أو وكيل أحدهما وقيد الرهن يشمل جميع بيانات كلا من المرتهن والراهن وعقد الرهن، وبيانات تخصص الدين المضمون بالرهن وبيانات العقار المخصص للرهن، ونجد أن العقد ليس شرطا وإنما إجراء لاحق لنشوء الرهن بإبرام عقده، حيث يرتب الرهن أثره بالنسبة للغير، وليس هناك وقت محدد لإتمام القيد إذ للدائن الوقت في طلبه، وهناك ما يمنع نفاذ القيد ويوقف إجراءاته في بعض الأشخاص:

ب_2_1_ تسجيل تصرف ناقل لملكية العقار المرهون إلى الغير:

إذا قام الراهن بالتصرف في العقار وسجل التصرف قبل قيد الرهن ومن هنا يخرج العقار المرهون من ملكيته وانتقاله إلى المتصرف إليه خالصا من الرهن، وأيضا في حالة بين العقار المرهون جبرا وسجل حكم مرسى المزاد قبل قيد الرهن، فإن قيد الدائن رهنه بعد ذلك لم يكن للقيد أي أثر بالنسبة للمتصرف له، حسب نص المادة 904 من القانون المدني: "لا يكون الرهن نافذا في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار...".²

ب_2_2_ تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار المرهون:

إذا تم تسجيل نزع الملكية قبل قيد الرهن لم يكن لهذا الأخير أثر على الحاجزين الآخرين، ولا أي دائنين آخرين.

¹ رقم المادة 906 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

² رقم المادة 904 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

ب_2_3_ شهر إفلاس الراهن:

حسب المادة 904 الفقرة 2: "... وذلك دون الإخلال بالأحكام المقررة في الإفلاس"، وكل الأحكام هنا تقضي بحقوق الامتياز والرهن العقاري المكتسبة من المفلس على الوجه القانوني.

لذلك يجوز قيدها يوم إصدار حكم إشهار الإفلاس، وإذا تمّ القيد بعد شهر الإفلاس فلا يكون للرهن أثر يحتج به أمام دائني المفلس بالرغم من أنّ الرهن ثم إبرامه بالشكل الصحيح والرسمي قبل حكم شهر الإفلاس¹.

ب_2_4_ مصاريف القيد:

تبعاً لنص المادة 906 من القانون المدني الجزائري على أنه: "تكون مصاريف القيد وتجديده وشطبه على الراهن، ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك"².

ب_2_5_ تجديد القيد:

يتجدد القيد كل 10 سنوات من إجرائه، وإلا زالت آثاره وذلك حسب نصّ المادة 96 من المرسوم التنفيذي 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري: " تحتفظ التسجيلات بالرهن والامتياز طيلة عشر سنوات ابتداءً من تاريخها، ويوقف أثرها إذا لم يتم تجديد هذه التسجيلات قبل انقضاء هذا الأجل"³، أمّا المرسوم التنفيذي رقم 47/77 المؤرخ في 19 فبراير 1977 فقد أقرّ بإمكانية إعفاء المؤسسات العمومية والجماعات للتجديد .

وجعل مدّة القيد ب35 سنة بدلا من 10 سنوات لبعض المؤسسات وهي: المؤسسات المصرفية الوطنية، الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط،

¹ آسيا بوخاتم، المرجع السابق، ص65.

² رقم المادة 906 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

³ المادة 96 المرسوم التنفيذي رقم 63/76، المؤرخ في 19/03/1976 والمعدّل والمتمم بالمرسوم رقم 123/93، المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

وكذلك الدولة والبلدية تستفيد من هذه المدة بالنسبة للقروض الممنوحة للهيئات السكنية، والتجديد يطلب من الدائن المرتهن،¹ وقد نصّت المادة 913 من القانون المدني الجزائري: إذا حلّ الحائز محلّ الدائن المرتهن في رهنه فيجب عليه أن يتعهد بقيد الرهن بالحفظ وتجديد القيد في الميعاد ليبقى الرهن محتفظاً بمرتبته الأولى. ومصروفات التجديد يقع على الراهن حيث نصّ المشرع على حالة التأشير على هامش القيد وهذا ما أقرته المادة 904 من القانون المدني الجزائري.

ب_2_6_ شطب القيد وإلغاء الشطب:

إذا زال الرهن وانقضى لأي سبب من الأسباب فإنّ هذا يلزم شطب القيد أي التأشير على هامش القيد بما يفيد اعتباره غير موجود وهنا نكون أمّا شطب اختياري وهذا يرضى الدائن ويتقرير يصدر منه، وشطب قضائي: إذا فقد الدائن عن إلغاء ولم يكن هناك ما يبرر بقاء القيد لأنّ كل من له مصلحة يقوم بذلك عن طريق رفع طلب إلى القضاء للحكم بإلغاء القيد.

ب_2_7_ إبطال الشطب بعد حصوله:

يمكن بعد الشطب إذا دعت الحاجة إلى سريانه مثل: إذا تبين بطلان رضا الدائن بإلغاء القيد أو تمّ نقض الحكم الذي تمّ الشطب بناءً عليه، وإلغاء الشطب ترفع دعوى قضائية لذلك، أمام محكمة العقار، ويرفعها من له مصلحة وإذا تأكد القاضي أن الشطب لا أساس له حكم بإلغائه، ويعود القيد إلى ما كان عليه ومنشأ لآثاره.

2/ حق الأفضلية:

وهو الغاية من الرهن إذ يستوفي الدائن المرتهن حقه منفصلاً على غيره من الدائنين الذين لا يتمتعون بنفس مركزه سواء كانوا دائنين عاديين أم مرتهنيين متأخرين في المرتبة، بحيث نجد أنه بسبب حدوث هذه الأفضلية (القيد) حيث يعتد بوقت القيد²، وهذا حسب المادة 882 من القانون المدني الجزائري: "الرهن الرسمي عقد يكسب به

¹ آسيا بوخاتم، المرجع السابق، ص 66.

² خليفة الخروبي، المرجع السابق، ص 251.

الدائن حقًا عينيا على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدّم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان".¹

وإذا تمّ ترسيم الحقّ تحدد موضوع الأفضلية وهنا تتساوى المرتبة لأصل الدين وفوائض 3 سنوات، إذا لم يتم تحديد نسبة الفائض بالعقد وبالترسيم.

أ_ موضوع الأفضلية:

إن الحقوق التي يستوفيهها الدائن المرتهن بالأفضلية هي أصل الدين والفوائد والمصروفات، وهو ثابت في القيد، وإذا كان هنا كفرق بين أصل الدين وما تم إثباته في القيد، تقدّم الدائن في أقلّ القيمتين؛ لأنّ الزيادة غير نافذة في حق الغير.

أمّا الفوائد التي تشملها الأفضلية؛ فهي تلك التي استحققت وقت القيد، وتقيّد مع الدين الأصلي، والفوائد التي تستحق من السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية قيد الدين الأصلي، والمصروفات التي يستوفيهها الدائن بطريقة الأفضلية بسبب مرتبة رهنه فهي نفقات العقد وقيد الرهن وتجديد العقد.

ب_ محل الأفضلية:

وهو ثمن العقار وهو ما يُعطى للدائن المرتهن حق الأفضلية فيه بعد بيعه في المزاد العلني، وحق الدائن في التقدّم شمل المصاريف والإجراءات الأخرى مثل ملحقاته، حقوق الارتفاق، التحسينات، الإنشاءات، ...

ج_ درجة الأفضلية:

وهي الدرجة التي يحتلها الدائن المرتهن في استيفاء دينه من تاريخ دينه وتسجيله في القيد.

¹ رقم المادة 882 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

د_ التنازل عن مرتبة الرهن:

وهنا التنازل يرد على القيد، وليس على الحق في الرهن ذاته، وعليه فالمتنازل عنه ينبغي أن يكون له صاحب حق مقيد على نفس العقار، وهذا التنازل يجب أن لا يضر بمصلحة الدائنين الآخرين وأصحاب الحقوق الأخرى المقيدة على العقار.¹

3/ حق التتبع:

للدائن الذي رسّم حقه على عقار أن يتتبعه أيا كانت اليد التي انتقل إليها للمحاصة "بدينه واستخلاصه بحسب درجة ترسيمه، وهذا الحق مرتبط بحق المدين الراهن في التصرف في العقار المرهون، حيث توظيف الرهن لا يمنعه من التصرف في العقار؛² أي أنّ وقت ماله تنتقل ملكية العقار المرهون إلى شخص آخر يحقّ للدائن المرتهن تتبع العقار.

أ_ تتبع الدائن المرتهن حيازة مع أنّ الحيازة في يده:

وهنا نجد أنّ الدائن المرتهن ولو كانت الحيازة تحت يده لا يمنعه من تتبع العين، لأنّ التتبع هنا ليس تتبعاً مادياً، وإلّا لما احتاج الدائن المرتهن تتبع العين وحيازتها في يده، وإثماً هو تتبع معنوي للملكية، ولا يستطيع التصرف فيها لأنّ ملكيتها للمشتري.

ب_ المالك الجديد لا يظهر العقار ولا يحكيه:

وهنا رأينا في الرهن الرسمي والذي يقابل المالك الجديد، هنا له في حالة ما لم يدفع الدين ولم يرد أنّ يتحمّل شخصياً إجراءات نزع الملكية أن يطلب تطهير العقار أو يتخلى عنه، فالمالك الجديد ما عليه إلا أن يدفع الدين، أو أن يتحمّل شخصياً إجراءات التنفيذ، وليس له تطهير العقار أو التخلي عنه ويشترط في المالك الجديد الشروط التالية:

¹ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 139_141.

² خليفة الحزوبي، المرجع السابق، ص 252.

* انتقال الملكية للدائن الجديد حيث لا يعدُّ المستأجر مالكا للعقار وذلك لعدم انتقال الملكية ولا يعدُّ واضح المستأجر مالكا للعقار وذلك لعدم انتقال الملكية له، ولا يعد واضح اليد أيضا مالكا للعقار بالتقادم.

* انتقال ملكية العقار المرهون بعد قيد الرهن وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، وهنا يجب على المالك الجديد بتسجيل حقّه قبل قيد الرهن، من أجل عدم سريان الرهن في حقّه وبهذا لا يستطيع المرتهن تتبعه هنا، وإذا سجل حقّه بعد القيد، لم ينفذ تصرفه وللدائن المرتهن أن ينفذ على العقار المرهون وهو لا يزال في ملكية الراهن.

* تسجيل سند المالك إذا انتقلت إليه الملكية بتصرف قانوني غير قابل للتسجيل فلا يتحقق التسجيل، وإذا كانت الملكية انتقلت بالتقادم هنا يكون مالكا ولا يستوجب عليه التسجيل، ويقع التسجيل إذا انتقلت الملكية بعقد بيع ولهذا عليه تسجيل البيع وإذا سبق القيد تسجيل البيع، فللمرتهن حق تتبع العقار المرهون وهو في يد المالك الجديد.

* أن لا يكون المالك الجديد من أصحاب الدين، أي أن لا يكون مسؤولا عن الدين مسؤولية شخصية، وبهذا لا يعد مالكا المدين المتضامن غير المتضامن، ولا الكفيل الشخصي ولا العيني، ولا يجوز لهم تطهير العقار ويحق للكفيل العيني التخلي لأنّه غير مسؤول عن الدين إلا في حدود العقار المرهون.¹

المطلب الثالث: إنقضاء الرهن الرسمي

ينقضي الرهن الرسمي بطريقتين: إمّا أن ينقضي بصفة تبعية لانقضاء الدين المضمون به أو بصفة أصلية استقلالاً عن الدين الذي يبقى قائماً دون ضمان الرهن، ويجب فيهما ترقين قيد الرهن المدوّن في السجل العقاري.

الفرع الأول: انقضاء الرهن الرسمي بصفة أصلية

ينقضي الرهن بصورة أصلية، أي مع بقاء الدين المضمون به الذي يستثمر قائماً بعد إنقضاء الرهن بسبب:

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 523_524.

أولاً: انقضاء الرهن باتفاق الطرفين:

إذا اتفق طرفي الرهن (الراهن والمرتهن) على إنهاء الرهن وترقين قيده من السجل العقاري، مع إبقاء الدين مضمون به، وقد يكون هذا الاتفاق بضمانات أخرى مثل الكفالة الشخصية أو بدون هذه الضمانات، وزوال الرهن يوجب على الدائن أو إعادة العقار المرهون إلى الراهن، وهنا يتحوّل الدين إلى دائن عادي غير مضمون ويتساوي هنا الدائن مع بقية الدائنين، وقد يضم عقد الرهن في حدّ ذاته الاتفاق على زواله، وهذا في حالة ارتباطه بشرطٍ لاغٍ وقد يرد في عقد لاحق.

ثانياً: انقضاء الرهن بتنازل الدائن عنه:

وتقوم هذه الحالة بتنازل الدائن عن حقّه فيه دون أن يتنازل عن الدين، مكتفياً بالضمان العام، وقد يكون بطريقة صريحة أو ضمنية ويستفاد التنازل الضمني من أي موقف أو تصرف يدل عليه دلالة قاطعة لا غموض فيها مثل أن يشارك الدائن المرتهن في التصويت بالموافقة على الصلح الاحتياطي أو التصويت بالموافقة على الصلح البسيط المعقود بعد الإفلاس.

ثالثاً: انقضاء الرهن بهلاك العقار المرهون:

إذا هلك العقار كلياً فيزول الرهن أصلاً بزوال موضوعه زوالاً مادياً، كما لو كان المرهون هو حق السطحية وفهم موضوع هذا الحق بفعل قاهرة، وقد يكون هلاكاً معنوياً بزوال الحق العيني من الناحية القانونية لا الواقعية، كأن سقط حق الانتفاع من المرهون سقط بعد قيامه، بحلول أجله أو بوفاة المنتفع، وإذا استغل العقار للمنفعة العامة ينقضي الرهن وإذا عوض المالك عن أحد أسباب نزع الملكية له، انتقل الرهن بمرتبته إلى ذلك التعويض، ويستوفي الدائن حقّه بالأفضلية المقررة له.¹

¹ أسعد دياب، المرجع السابق، ص 122_123.

رابعاً: انقضاء الرهن نتيجة لفقد الدائن حيازة المرهون:

وهنا نكون أمام حالة إذا سلم العقار المرهون إلى الدائن المرتهن وحيازته له هو ركن من أركان عقد الرهن لا يقوم بدونه، ويفقدان الدائن حيازة هذا العقار سقط الرهن بصفة أصلية وبقي الدين، ما إذا لم تكن حيازة العقار المرهون في يد عدل؛ أي شخص ثالث اتفق عليه الطرفان.

خامساً: انقضاء الرهن باجتماع حق الرهن مع حق الملكية في شخص واحد:

وذلك بتحديد الذمة بحيث يؤول الحق العيني الأصلي للمرتهن فيندمج عندها الحق التبعي؛ أي الرهن مع الحق الأصلي مثل يشتري المرتهن العقار موضوع الرهن.

سادساً: انقضاء الرهن ببيع العقار بالمزاد العلني:

بالتنفيذ الجبري ينقضي الرهن أصله، وذلك ببيع العقار بالمزاد العلني وبإحالة هذا العقار إلى المزاد الأخير الذي دفع الثمن الأعلى، وهنا يكون قرار الإحالة يظهر العقار من الرهن الواقع عليه ويتحوّل حق الدائن إلى الثمن ويشترط:

1/ يسجل قرار الإحالة في السجل العقاري بعد إكتسابه قوة القضية المحكمة وبعد أن يدفع الشاري ثمنه.

2/ إذا طلب المرتهن الاطلاع على دفتر الشروط البيع لدى دائرة الإجراء وإذا لم يطلب ذلك فهو ليس له حق الاحتجاج عليه بإجراءات التنفيذ وبالبيع الجبري وتمليكه أن يتمسك بحقه في الرهن.¹

الفرع الثاني: انقضاء الرهن الرسمي بصفة تبعية:

ينتهي الرهن تبعاً وذلك لانقضاء الدين المضمون به أو زواله، حيث لوجود عيب يبطل العقد أو التصرف الناشئ عنه يزول الدين، مثل عيب الإدارة أو عيوب الأهلية أو إنعدام الموضوع أو السبب أو عدم مشروعيتها، وإذا أنشئ الدين بعقد معلق على شرط لاغٍ وتمّ تحقيق هذا الشرط فهنا يزول بأثر رجعي، وهنا يزول الرهن بزوال الدين

¹ أسعد دياب، المرجع السابق، ص124.

لارتباطهما ببعض، وقد ينشأ الدين صحيحاً، ولكن ينقضي سبب من أسباب السقوط العامة للموجبات، والأسباب متعددة لزوال الدين منها: الوفاء والمقاصة والإجراء واتحاد الذمة والتجديد، وفيما يخصّ الدائن المرتهن للعقار المرهون فهذا إقرار ضمني مستمر من جانب المدين يترتب الدين وهذا إقرار يوقف الزمن، أمّا إذا كان الراهن ليس نفسه قاطعاً بمرور الزمن أو مانعاً من المطالبة بالدين، وبانقضاء الدين فعلياً ينقضي الرهن تبعاً، وبعدم تجزئة الرهن فإنّه يبقى قائماً في حالة انقضاء جزء من الدين فقط.

وإذا انقضى السبب الذي به انقضى الدين، ويرجع الدين قائماً فبالضرورة تبعاً يعود الرهن ويصبح قائماً، إذ بزوال المانع يعود الممنوع وهذه القاعدة يجب أن لا تضر بحقوق الغير التي اكتسبها على العقار بحسن النية بعد انقضاء الرهن.¹

المبحث الثاني: الرهن الحيازي

إنّ الرهن الحيازي يشمل الأدوات والمعدات الخاصة بالتجهيز للمحل التجاري؛ أي أنّ الرهن الحيازي يقع على المنقولات، ولهذا سنتناول في مبحثنا هذا مفهوم الرهن الحيازي وآثاره وانقضاؤه.

المطلب الأول: مفهوم الرهن الحيازي

ونعرض في المفهوم تعريف وخصائص وأهميته وأنواع الرهن الحيازي وإنشاؤه.

الفرع الأول: تعريف الرهن الحيازي

لمعرفة ما معنى الرهن الحيازي و على ما يقع و ما يميزه سنتطرق الى تعريفه لغة و شرعا و قانونا.

¹ المرجع نفسه، ص122.

أولاً: تعريف الرهن الحيازي لغة

الرهن الحيازي: عقد يتم به إحتباس مال في يدّ الدائن أو يدّ عدل ضماناً لحقه .
الرهن التأميني: عقد يكسب به الدائن على عقار مخصّص لوفاء دينه حقاً عينياً في التقدّم على الدائنين العاديين في إستيفاء دينه .

الرهن: توثيق دين بعين ، أي : حبس شيء مالي ضماناً لحق على الغير .

شرط الرهن المفتوح: شرط استمرار الرهن لتغطية قروض مستقبلية .

حجز الرهن المباشر: شرط عقد قرض بضمان عقاري يقضي بحق المقرض في

بيع العقار المرهون في حالة تقصير المدين في السداد .

إغلاق الرهن : أخذ المرتهن (المقرض) الرهن بما له على صاحبه من الدين عند

عجزه عن الوفاء . حبس الرهن) : إذا تمّ رهن ممتلكات كضمان لقرض فإنه يجوز

للمقرض أن يحبس الرهن إذا عجز المقرض عن سداد القرض .

رَهَنَ (فعل)

- رَهَنَ بِرَهْنٍ ، رَهْنًا ، وَرُهُونًا ، فَهُوَ رَاهِنٌ ، وَالْمَفْعُولُ فَهُوَ مَرهُونٌ ، وَرِهِيْنٌ

- رَهَنَ بِالْمَكَانِ : ثَبَتَ ، أَقَامَ بِهِ

- رَهَنَ عِنْدَهُ مَنْزِلَهُ : جَعَلَهُ رَهْنًا قَائِمًا مَقَامَ الدَّيْنِ

- رَهَنَ الْمَكَانُ : دَامَ ثَابِتًا

- رَهَنَ الشَّيْءَ : أَدَامَهُ ثَابِتًا

- رَهْنُهُ لِسَانِي : كَفَفْتُهُ ، حَبَسْتُهُ

الجمع : رِهَانٌ وَرُهْنٌ وَرُهُونٌ ، رُهُونَاتٌ

- (الرَّهْنُ) : شَرَعًا) : حَبَسُ الشَّيْءَ بِحَقِّ لِيُسْتَوْفَى مِنْهُ عِنْدَ تَعَذُّرِ وَفَائِهِ .

- رَهْنٌ غَيْرُ حِيَازِيٍّ : الرهن الذي يقدّمه الدائن إلى مدينه من دون إعطائه الحقّ الكامل في التصرف به .¹

ثانيا: تعريف الرهن الحيازي فقها

- و هو الدوام و الثبوت يقال ماء رهن أي راكد، رهنه أي دائمة و مستمرة.² و في قوله تعالى: (كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ)³؛ أي محبوسة بما قدمت و قوله صلى الله عليه و سلم أيضا: "نفس المؤمن مرهونة بدينه حتى يقضى عنه" أي أن النفس محبوسة في قبرها.⁴

وبهذا نستنتج أن ما عرف به الرهن الرسمي سابقا هو نفسه ما يطبق على الرهن الحيازي من الجانب الفقهي اذ انه مشروع في كتاب الله و السنة و الإجماع، و يقع على العقارات و المنقولات أي أكثر اتساعا عن الرهن الرسمي.

ثالثا: تعريف الرهن الحيازي من الناحية القانونية

لم يعط المشرع الجزائري تعريفا واضحا للرهن الحيازي، وقد تناوله في نصّ المادة 948 من القانون المدني الجزائري: "الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين المتعاقدين شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حسب الشيء إلى أن يستوفي

¹ ابن منظور (ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، دون سنة، المجلد 06، ص 248.

² عبد المجيد المعلوم، الرهن الحيازي بين الشريعة و القانون، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، سنة 2003، ص 12.

³ سورة المدثر، الآية 38.

⁴ مواهب الجليل، لشرح خليل للخطاب، الجزء الخامس، مطبعة دار الفكر، بيروت، دون سنة، ص 12.

الدين، وأن يتقدّم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون".¹

وبهذا فإنّ الرهن الحيازي هو احتباس مال في يد الدائن أو يد عدل ضمانا لحق يمكن إرجاعه كاملاً أو بعضاً منه بالتقدّم على سائر الدائنين، وبهذا يجب أن تتوفر له أركان العقد من إيجاب وقبول الأطراف (الراهن والمرتهن والمرهون به)، لأنّه عقد رضائيّ تقدّم فيه الراهن المرهون للمرتهن مقابل الدين حتى يتم سدادهن وهذا ما يُحوّل للمرتهن حق التقدّم في المطالبة باستيفاء دينه عن الدائنين الآخرين وله حق جعل الرهن في يد عدل، ويحتفظ هذا الأخير به إلى غاية سداد الدين، وإذا تعرّض المرهون للتلف أو الهلاك وهو تحت يد العدل ضمن قيمته.²

وقد يرد الرهن الحيازي على عقار أو منقول مادي كالسفينة أو الطائرة أو البضائع؛ أي على منقول عيني كرهن الأسهم، أو حق التأليف أو العناصر المعنوية للمحل التجاري أو رهن وثيقة التأمين على الحياة، والهدف من هذا الرهن هو:

* حماية المرتهن من أي مخاطر؛ من عدم تنفيذ الراهن لدينه.

* تعيين ضمان خاص على مال معين من أموال الراهن إضافة إلى الاكتفاء بالضمان العام على جميع أموال الراهن، وذلك ما يعطي المرتهن حق التقدّم على الدائنين الآخرين.³

¹ رقم المادة 948 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

² صهيب عبد الله السخانية، الضمانات العينية، الرهن ومدى مشروعيتها استثمارها في المصارف الإسلامية، دار النفائس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، سنة 2011، ص 68.

³ علاء الدين زكي يوسف البكري، رهونات المصرفية، ومخاطر الانتمانية في فلسطين، رسالة ماجستير في القانون التجاري، معهد الحقوق، جامعة بيرزيت، سنة 2015، ص 14، 15.

رابعاً : انواع الرهن الحيازي

وللرهن الحيازي عدّة أنواع والتي تظهر جليا من خلال تعريفه ونتناولها كما يلي:

1/ الرهن الحيازي للأدوات والمعدّات الخاصّة بالتجهيز:

ويقوم على الأدوات والأثاث ومعدّات التجهيز والبضائع، ولقيام البنك بالإجراءات اللازمة للرهن عليه، أولاً: التأكّد من سلامتها، والتأكّد من أجل البضاعة المرهونة غير قابلة للتلف ثانياً، وعدم تعرّض قيمتها للتغير في قيمتها ثالثاً، وحسب نصّ المادة 152/الفقرة 01 و02 من القانون التجاري الجزائري "تم الموافقة على الرهن الحيازي بواسطة عقد رسمي أو عرفي يسجل برسم محدد، فإذا وقع للبائع اعتبر حاصلًا بموجب عقد البيع، وإذا وقع للمقرض الذي يقوم بتقديم الأموال اللازمة لدفعها للبائع، اعتبر الرهن الحيازي حاصلًا بموجب عقد القرض"¹.

ويقيّد عقد الرهن الحيازي بالسجل العمومي والذي يكون بكتابة المحكمة التي بدائرة اختصاصها المحل التجاري، ويتمّ ذلك خلال 30 يوما الموالية لتاريخ إبرام العقد التأسيسي، وإذا لم يحترم هذا الأجل أصبح هذا العقد باطلاً.

ولا يحقّ للراهن بيع هذه الأشياء المرهون حتى يسدد ما عليه من ديون مستحقّة إلاّ بعد أخذ موافقة المرتهن، وإذا تعدّر ذلك على الراهن أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة الفصل في طلبه وذلك كحل أخير له².

وإذا قام بخلاف ذلك تعرض لعقوبات منصوص عليها في المادة 167 من القانون التجاري الجزائري "تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 376 من قانون العقوبات على كل مستوى أو كل حائز للأموال المرهونة، حيازيًا وفقا لهذا القانون يقدّم على إتلافها أو يخلّصها. أو يحاول اختلاسها أو يفسدها أو

¹ الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل26 سبتمبر سنة 1975 الذي يتضمن القانون التجاري المعدّل والمتمم، ص27.

² الطاهر لطرش، تقنيات البنوك، دراسة في طرف استخدام النقود من طرف البنوك مع إشارة إلى التجربة الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الجزائر، الطبعة الثالثة، سنة 2003، ص169.

يحاول إفسادها بأي طريقة كانت بغرض تعطيل حقوق الدائن وتطبيق نفس العقوبات على كل من يقوم بأي محاولة للغش تهدف إلى حرمان الدائن من حقه في الامتياز الذي له على الأموال المتعلقة بالدين أو إلى تنقيصه¹، وبهذا النوع نكون أمام نوعين:

1/ القيم المنقولة:

وتتمثل في الأسهم والسندات، لأنها يمكن تقدّم على أنها رهن مقابل قروض بنكية وهنا يجب أن تثبت بعقد رسمي ويقيد على سبيل الضمان في الدفاتر المذكورة.

2/ الأوراق التجارية:

وتقدّم مقابل القروض على سبيل الرهن وهي مكملّة لديون العملاء، وهنا البنك يكون محلّ المدين في تحصيل الأوراق وذلك في حالة عدم قدرة المدين على سداد الديون في الآجال المحددة، وفي الرهن الحيازي يجوز للبنك عامة لاستيفاء ديونه أن يطلب من القاضي الترخيص له ببيع الأشياء المرهونة في المزاد العلني أو عند اقتضاء الأمر يبيعهها بسعر السوق، ويجوز له أيضا أن يطلب من القاضي بأن يأمر بتمليكه الأشياء المرهونة وفاء للدين وذلك بتقدير الخبراء لقيّمته.²

2/ الرهن الحيازي للمحل التجاري:

ويتكون المحل التجاري من عدّة عناصر والتي ذكرت في الفقرة 01 من المادة 119 من القانون التجاري الجزائري: "لا يجوز أن يشمل الرهن الحيازي للمحل التجاري من الأجزاء التابعة له إلاّ عنوان المحل والاسم التجاري والحق في الإجازة والزيائن والشهرة التجارية والأثاث التجاري والمعدّات والآلات التي تستعمل في استغلال المحل وبراءات الاختراع والرخص وعلامات الصنع أو التجارة والرسوم

¹ المادة 167 من الأمر رقم 59/75، السالف الذكر، ص 42.

² المرجع نفسه، ص 170.

والنماذج الصناعية وعلى وجه العموم حقوق الملكية الصناعية والأدبية أو التقنية المرتبطة به.¹

وهنا نجد أنّ المادة ركزت على المحل التجاري والسهم التجاري والحق في الإجازة والزبائن والشهرة التجارية والأثاث التجاري، والمعدّات والآلات وبراءات الاختراع والرخص والعلامات التجارية والرسوم والنماذج الصناعية...، ورغم هذا إذا لم يشمل عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري وبشكل دقيق وصريح؛ أي العناصر التي هي محل الرهن بصفة دقيقة، فهذا يكون شاملاً، إلّا عنوان المحل والاسم التجاري والحق في الإجازة والزبائن والشهرة التجارية.²

3/ رهن السيارات والآلات الإنشائية:

يقبل البنك أيضاً بالسيارات والآلات الإنشائية كضمان لمنح القروض للمرتهن، أو شاحنات أو حافلات أو جرافات أو اللودز أو الجاك أو الهامر المرخصة والمسجلة لدى دائرة السير، ولا يختلف هذا الرهن عن غيره من المركبات الآلية عن رهن الأشياء المادية الأخرى إلّا في عدم اشتراط تسليم السيارة أو المركبة الآلية من العميل إلى البنك لإتمام الرهن، وهذا خلافاً للقاعدة العامة للرهن والتي تشترط لإتمامه نقل حيازة المرهون المنقول من الراهن للدائن المرتهن.³

4/ المعادن الثمينة:

إنّ تقديم المعادن الثمينة كضمان من أقدم الضمانات وتتم بقيام العميل بإيداع كمية الذهب أو الفضة أو البلاتين أكثر المعادن الثمينة استعمالاً كضمانات للبنك، ويتمثل العمل السلبي لها في عدم وجود خبراء في البنك لتقويم هذه المعادن وإعطائها القيمة المناسبة لبيعه إذا تطلب الأمر ذلك، وقد يكون التعامل به بالنسبة للبنك غير مقبول في السوق التجاري من حيث السمعة الأدبية.

¹ المادة 119 من الأمر رقم 59/75، السالف الذكر.

² الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص 170، 171.

³ صهيب عبد الله بشير السخانة، المرجع السابق، ص 108.

5/ الرهن العام على جميع الممتلكات:

وهو نوع جديد من الرهانات التي تقدّم كضمان للبنك من جميع موجودات الشركة أو المؤسسة المملوكة لها في الوقت الحالي أو في المستقبل ولا يشترط التصرف فيها بعد ذلك، وهذا أسلوب جديد قامت به البنوك من أجل تسهيل العمليات لمنح القروض وتوسيع عمله المصرفي والضمانات، ويطبق في المشاريع الصناعية.¹

الفرع الثاني: خصائص الرهن الحيازي وأهميته

من التعريف السابق الذكر نستخلص خصائص وأهمية الرهن الحيازي:

أولاً: خصائص الرهن الحيازي:

الرهن الحيازي هو حق عيني يمنح صاحبة سلطة مباشرة على الشيء المرهون حيث يعطيه الحق في حبس المرهون وأن يستخلص حقه من ثمنه بالأفضلية عن باقي الدائنين، وهو من عقود الضمان الذي يأتي بعد عقد الرهن الرسمي في التعامل التجاري كضمان لمنح القروض ويتمتع ب:

1/ يتم الرهن الحيازي وينشأ عقده بإرادة المتعاهدين الراهن والمرتهن، سواء كان الراهن نفسه أو شخص يقدّم منقولاً أو عقاراً ضمناً لدين غيره وهو الكفيل العيني، حيث لا ينشأ بحكم قانوني أو قضائي بل بإرادة كل من أطرافه حرّة، وبهذا فهو من العقود الرضائية.²

2/ عقد الرهن الحيازي عقد ملزم للجانبين: حيث يولد التزامات متبادلة بين أطرافه (الراهن والمرتهن) وذلك لضمان سلامة المرهون من طرف الراهن، ويلتزم المرتهن بالمحافظة على الشيء المرهون وإستثماره وإدارته.

3/ يرد على العقار المنقول الذي يمكن التعامل فيه ويمكن بيعه بالمزاد العلني.

4/ هو من العقود التبعية؛ أي أنّه لا يستمتع بالاستقلالية الذاتية، إنّما هو تابع للالتزام الأصلي ويرتبط به (بوجود، وصحته وبطلانه وانقضائه).

¹ المرجع نفسه صهيب عبد الله بشير السخانية، المرجع السابق، ص 110، 111.

² موسى فاضل عباس، المرجع السابق، ص 162.

5/ هو عقد غير قابل للتجزئة وهي طبيعية وخاصة التي يتمتع بها وليست من مستلزماته، حيث يجوز للطرفين (الراهن والمرتهن) الاتفاق على خلاف ذلك.

6/ يفترض في عقد الرهن الحيازي نقل حيازة المرهون إلى المرتهن، لأنه وسيلة فعّالة للدائن؛ لأنها تطمئنه على الحصول على حقه خاصة إذا كان المرهون من المنقولات لإعلام الغير بقيام الرهن الحيازي والاحتجاج أمامهم.

7/ يعطي الرهن الحيازي حق حبس المرهون لدى المرتهن سواء كان منقولاً أو عقاراً حتى يستوفي الدائن حقه.

8/ إنه حق عيني يمنح للمرتهن حق التقدم والتتبع لاستيفاء حقه من ثمن الشيء المرهون بتقدمه على سائر الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة، وله حق تتبع المرهون والتنفيذ عليه في أي يد يكون.¹

ثانياً: أهمية الرهن الحيازي:

لأنّ الرهن الحيازي من أقدم صور الرهن التي تعامل بها الإنسان في حيازته دون تملكه، وهو أحد الضمانات العينية المعتمد عليها لخدمة الائتمان وتتمثل أهميته في:

1/ يعد الرهن الحيازي بالنسبة للمصارف خدمة واسعة لأنه وسيلة ضمان، ومحل الرهن يشمل العقارات التي يصح رهنها رهناً رسمياً ويضم أيضاً المنقولات بأنواعها حيث يمكن بيعها استقلالاً بالمزاد العلني كالحلّي والجواهر وغيرها من المنقولات الثمينة وهنا يكون الرهن مقابل الحوالة والحجز ورهن السندات لحاملها والسندات الاسمية والإذنية، وهذا التنوع يزيد من فرص الضمانات التي يقدمها المدين (الراهن) إلى البنوك.

2/ هو أسرع وسيلة للضمان إذا كان محلّه منقولاً لأنه يكون نافذاً في حقّ المتعاقدين؛ وذلك بتوقيع العقد وتسليم الشيء المرهون دون حاجة إلى الرسمية، حيث

¹ موسى فاضل عباس، المرجع السابق، ص 163، 164.

يكون نافذا أمام الغير بتدوينه في ورقة ثابتة التاريخ، أمّا إذا كان العقار فإتمامه يشترط أن يسجل في دائرة السجل العقاري.

3/ إنّ الرهن الحيازي يعطي للمرتهن (الدائن) حقوقا واسعة فهو بالأفضالية له حق التقدّم في استيفاء حقّه عن بقية الدائنين سواء العاديين أو المرتهنيين التاليين له في المرتبة وحقّ تتبع المرهون في أي يد يكون وينفذ عليه، وله حق حبس المرهون عن الراهن حتى يستوفي دينه كاملا.

4/ إنّ الأحوال المرهونة رهنا حيازيا تمتاز بالسهولة وسرعة الإجراءات في بيعها، فإذا كان عقارا يتم بيعه عند حلول الأجل بطلب يقدمه المرتهن إلى دائرة التسجيل العقاري، أمّا إذا كان منقولاً كان لهذا الأخير بعد انقضاء سبعة أيام من تاريخ إنذار المدين بالوفاء أن يطلب من المحكمة الإذن له ببيع المال المرهون وعن طريق القضاء المستعمل، ويصدر القرار خلال سبعة أيام، وأي شرط يضعه البنك أو اتفاق في عقد الرهن أو بعده يمنح البنك الحق في بيع الأموال المنقولة (المرهونة) عند حلول الآجال المحددة للدين.¹

الفرع الثالث: إنشاء عقد الرهن الحيازي

ينشأ عقد الرهن الحيازي بين الراهن والمرتهن، ولهذا يجب أن يكون مستوفيا أركانه وشروط صحته، وبكفي لانعقاده الرضا لأنّه عقد رضائي حيث يعتمد على الشروط العامة والشروط الخاصة في إنشائه ونتناولها على النحو التالي:²

أولاً: الشروط العامة: وتشمل كل من الرضا والأهلية والسبب والمحل.

1_ الرضا: وهنا نتكلم عن التعبير لكلا الطرفين:

¹ موسى فاضل عباس، المرجع السابق، ص 164، 165.

² نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، الكفالة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2007، ص 201.

أ/ التعبير عن الإرادة:

لانعقاد الرهن الحيازي يجب أن يتبادل الطرفين فيه التعبير عن إرادتهما بالتطابق حيث يكون الراهن أو غيره هو الطرف الأول حيث يجوز أن يكون شخصاً ضامناً لدين غيره وهو الكفيل العيني. والقواعد العامة تشترط أن يصدر التعبير عن الإرادة من طرفي العقد أو من ينوب عنهما قانوناً أو اتفاقاً، وعليه يجوز أن يوكل الراهن عنه شخصاً في إبرام العقد وذلك بوكالة خاصة، أمّا فيما يخص المرتهن فإنّ التزاماته الناشئة عن هذا العقد في ذمّته هي بسبب أعمال الإدارة ولهذا يكفي قبول الارتهان نيابة عن الدائن المرتهن أن يكون لدى الوكيل الذي يمثّله وكالة عامة، أمّا بالنسبة للنيابة القانونية على نائب المرتهن أن تتوفر فيه ولاية التصرف طبقاً لما حدّدّه القانون.

ب/ شروط صحة الإرادة:

يشترط في الإرادة الصادرة عن الطرفين هنا أن تكون صريحة وواضحة؛ أي أن تكون خالية من أي العيوب المعروضة في القواعد العامة وهي: الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال.

2_ الأهلية:

ويستلزم لصحة العقد أن يكون طرفاً ذو أهلية صحيحة لانعقاده ولهذا سنتطرق إلى أهلية الراهن وأهلية المرتهن:

أ/ أهلية الراهن:

لم يتطرّق المشرّع إلى أهلية الراهن الحيازي وإنّما استلزم وأوجب توافر أهلية التصرف في المال المرهون لدى الراهن، فإذا كان الراهن هو المدين نفسه كان هذا الفعل بالنسبة له من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، وهنا استلزم كمال الأهلية، وعليه فإذا صدر الرهن من الصبي المميز أو من في حكمه كان التصرف قابلاً للإبطال.¹

¹ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 202.

أمّا إذا كان الراهن شخص غير المدين (أي الكفيل العيني) فإنّه يعد من التصرفات الضارة ضرراً محضاً، أو ما يدور من تصرفات تتعلّق بالنفع والضرر، وذلك حسب ما إذا كان قد رهن متبرّعاً أو تقاضى مقابلاً، فهنا الأهلية حسب الأحوال.

ب/ أهلية الدائن المرتهن:

هي تختلف عن أهلية المرتهن في الرهان الرسمي؛ لأنّه في الرهن الأخير لا يكون في ذمّة المرتهن أي التزام، وإنّما يلتزم بالاعتماد بالشيء المرهون، أمّا في الرهن الحيازي فإنّه ينشئ في ذمّته التزامات مقابل التزامات الراهن؛ لأنّه يعد من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، ولهذا يشترط أن يتوافر في المرتهن أهلية هذه الأعمال، وهي لا تكتمل إلاّ ببلوغ سن الرشد، وإلاّ كان العقد معرّض للإبطال إذا عمل به وهو في سن التمييز.¹

3_ محل الرهن الحيازي:

وهو كل ما يصلح التعامل فيه ويمكن بيعه في المزاد العلني من عقار ومنقول...وهنا يشترط أن يكون الراهن مالكا للمرهون أو متصرفاً فيه كما تمّ ذكره سابقاً حسب نص المادة 119 من القانون التجاري الجزائري، أمّا الحقوق العينية التبعية كالرهن التأميني والرهن الحيازي وحقوق الامتياز لا يمكن رهنها ولا رواتب الموظفين والعقارات بالتخصيص مستقلة عن العقار الذي خصصت له، وعليه لا يمكن رهن أي مال لا يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني ويجب أن تتوفر في محل الرهن الحيازي الشروط العامة للمحل وهي: وجوده وقبوله للوجود مستقبلاً ومشروعاً ومعيناً أو قابلاً للتعيين.²

¹ المرجع نفسه، ص 203.

² موسى فاضل عباس، المرجع السابق، ص 166.

4_ السبب:

وهو سبب حدوث الرهن الحيازي؛ أي سبب قيام الرهن الحيازي من أجل حصول المدين (الراهن) على القروض التي يحتاجها حين تطلب البنوك بصفقتها المرتهن، ضمانا لمنح القروض من أجل ضمان استرجاعها، وإذا كان سبب الالتزام باطلا فيؤدي مباشرة إلى بطلان الرهن، ولا أثر له لأنه تابع للالتزام المضمون ويتمسك به كل من له مصلحة، ويجوز أن يكون الرهن ضامنا لدين مستقبلي أو معلقا على شرط سواء كان فاسخا أو واقفا.

وبانقضاء الدين المتعلق بالرهن الحيازي ينقضي سبب حدوثه لأي سبب من أسباب الانقضاء.

ثانيا: الشروط الخاصة:

وهي الشروط التي تحكم صحة عقد الرهن الحيازي وتتمثل في:

1/ الالتزام المضمون:

يشترط فيه الوجود أو قابل للوجود ومخصصا ولا يشترط أن يكون منجزا وإنما يصح أن يكون الدين المضمون معلقا على شرط واقف أو فاسخ أو دينا مستقبلا أو دينا احتماليا أو الاعتماد المفتوح كالاعتماد المستندي أو خطاب الضمان أو لحساب جارٍ، ويتحدد الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين، وإذا قفل الحساب الجاري فلا يضمن الرهن إلا المبالغ المستحقة في هذا الميعاد المحدد سواء تجاوزت الحد الأقصى أو لم تصل إليه، ويجب تحديد مصدر الدين المضمون أو الالتزام سواء كان عقدا أو ناتج عن إرادة منفردة، وهل هو مبلغ من المال أو الامتناع عن العمل أو القيام به؟ والجزاء عدم تخصيص وتحديد الدين المضمون بالتدقيق يترتب عنه بطلان العقد وهذا البطلان يتمسك به كل من له مصلحة.¹

¹ موسى فاضل عباس، المرجع السابق، ص 167.

2/ المال المرهون:

المال المرهون بالنسبة في الرهن الحيازي يقع على العقار أو المنقول والذي يمكن بيعه بالمزاد العلني، وما يشترط في المال المرهون ما يلي:

أ_ يجب أن يكون الشيء المرهون معيناً:

هنا يجب أن يكون المرهون معيناً تعييناً دقيقاً، إذ هنا تطبق القواعد العامة في تعيين المحل، وأن لا يكون نافياً للجهالة بأن يعين ذاتياً بالنوع مع ذكر مقداره أو قابلاً للتعيين¹.

ب_ يجب أن الشيء المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني:

أي لا يجوز رهن الأملاك العامة والأشياء الموقوفة، ولا يجوز رهن المال المشروط وعدم التصرف فيه، كما لا يجوز رهن الأملاك العامة والأشياء الموقوفة، ولا يجوز رهن المال المشروط وعدم التصرف فيه، كما لا يجوز رهن حق الارتفاق استقلالاً عن العقار ولا حق الاستعمال أو السكن.

ج_ يجب أن يكون الشيء المرهون موجوداً وقت الرهن: يجب وقت إبرام عقد

الرهن الحيازي أن يكون المرهون موجوداً لأن رهن الأشياء المستقبلية باطلاً بطلاناً مطلقاً.

د_ يجب أن يكون الشيء المرهون مملوكاً للراهن: أي أن يكون ملكاً للراهن

وقت عقد الرهن الحيازي².

هـ_ رهن ملك الغير:

في حالة رهن ملك الغير في الرهن الحيازي يجوز كونه لا يتطلب الرسمية في انعقاده، أي لا يلتزم إقرار المالك بملكه للمرهون وإذا لم يقرر المالك فلا يكون له أثر بالنسبة له، وبهذا يستعمل حقوقه على الشيء متجاهلاً وجود عقد الرهن، أمّا في حالة

¹ موسى فاضل عباس، المرجع السابق، ص 168.

² المرجع نفسه، ص 169.

رهن المنقول هناك يكون أمام أحكام الحيازة لأن ما يعود على هذه الأخيرة لا يقتصر على كسب الملكية بل يمتد ليشمل كسب الرهن وهنا نأخذ بحسن النية؛ أي أنّ وقت الحيازة يجهل أن يرتهن من غير مالك.

و_ رهن المالك تحت شرط:

وهنا نطبق ما يسري في الرهن الرسمي ونلاحظ أنّ قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية كثيرا ما يعطل الأثر الرجعي للشرط، وبهذا فإنّ المالك لا يستطيع أن ينقلها إلى المرتهن.¹

ز_ رهن المباني المقامة على أرض القيد:

تطبق نفس أحكام الرهن الرسمي، طبقا لنص المادة 889 من القانون المدني الجزائري.²

ح_ رهن المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي:

وهنا نطبق أحكام الرهن الرسمي حسب نص المادة 885 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن الرهن هنا يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن، حيث رغم إبطال سند ملكية الراهن بالفسخ أو أي سبب آخر وكان للمرتهن حسن النية، وأثبتت أثناء عقد الرهن فهنا أقرّ المشرّع الجزائري بصحة الرهن بالنسبة له.³

ط_ رهن المالك الظاهر:

وهنا نفس ما طبق على الرهن الرسمي أيضا، ففي حالة صدور الرهن الحيازي عن مالك ظاهر؛ أي أنّه ليس المالك الحقيقي للشئ المرهون كأن يكون وارثا صوريا أو باسم مستعار أو أنّ امتلاكه للمرهون كان بالغصب، يكون الرهن باطلا.

¹ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 205_209.

² المادة 889 من الأمر رقم 59/75، السالف الذكر.

³ المادة 885 من الأمر رقم 59/75، السالف الذكر.

المطلب الثاني: آثار الرهن الحيازي

ونتناول في هذا المطلب آثار الرهن الحيازي لكل من الراهن والمرتهن والغير.

الفرع الأول: آثار الرهن الحيازي بالنسبة للراهن

ينتج عن عقد الرهن الحيازي آثارا تمس الراهن (المدين) من التزامات وحقوق عليه.

أولاً: التزامات الراهن:

1_ التزام الراهن بإعطاء وتسليم الرهن: ليقوم بإعطاء المرهون للمرتهن يجب أن يكون هذا الأخير معيناً بالذات، فينشأ عليه التزام على الراهن بإعطائه للمرتهن، حيث يتجلى التزام الراهن هنا في القيام لكل ما هو ضروري، لنشوء حق الرهن، فلو كان المرهون أشياء مثلية معينة بالنوع فقط التزم الراهن بفرزها وإذا لم يقيم بذلك اعتبر مخالفاً بالتزامه، وهنا يسقط الأجل بسبب عدم تقديم التأمينات والضمانات التي وعد بها، مما يلزمه بالتعويض إن كان له محل.¹

2_ التزام الراهن بضمان سلامة الرهن ونفاذه:

وهنا نطبق نفس أحكام الرهن الرسمي في هذه الحالة إلى أن الشيء المرهون ينتقل إلى حيازة المرتهن حيث أن الأول يلتزم بصيانة ومحافظة على المرهون، فالمرتهن يجوز المرهون لحساب المالك فيما يتعلّق بحق الملكية ويكون ملزم برده في حالة انقضاء الرهن وهذا ما يؤدي به أن يحافظ عليه وذلك حماية لحق الراهن في الملكية وحقّه هو في الرهن.²

ويجدر القول أن العمل الذي يقوم به المرتهن أثناء حيازته للمرهون هو بذل عناية الرجل العادي وليس لتحقيق نتيجة، حيث أن لا يلتزم بأي تعويض أمام الراهن في حالة ما إذا تلف أو هلك الشيء المرهون بقوة قاعده أو عمل أجنبي، بل هنا يكون الراهن هو الملزم بالضمان في حالة الهلاك أو التلف رغم أن المرهون كان في

¹ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ص 223، 224.

² سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 246.

حوزة المرتهن، وبهذا يظهر أن الراهن لا يعفى من مسؤوليته ولكن يتنقل العبئ للإثبات فقط، فإذا أثبت المرتهن عدم تقصيره في عمله تحمل الراهن نتيجة الهلاك أو التلف وإذا أحدث هذا الهلاك أو التلف أثرا يحول قيمة أخرى محل الشيء المرهون كمبلغ تعويض أو تأمين أو ثمن نزع الملكية على العقار للمنفعة العامة أو ثمن بيع الشيء المرهون إلى مشتر حسن النية، ولو أن حفاظ المرتهن التزم عليه فهذا لا يغير شيئاً في كون الضمان حقا له والتزاما على الراهن.

ومما سبق فإنّ الراهن ملزم بضمان المرهون في هلاكه أو تلفه سواء حدث ذلك قبل أو بعد تسليمه للمرتهن.¹

ثانياً: حقوق الراهن:

وهنا ندرس الحالات التالية، حيث لا يترتب على الراهن أن ينقل ملكية المرهون إلى المرتهن بل تبقى الملكية حقه، وهي:

1_ ملكية الراهن للمال المرهون:

تبقى ملكية الشيء المرهون للراهن، وله حق مباشرة سلطاته عليه بشرط أن لا يتعارض عمله مع حقوق المرتهن؛ حيث يكون تصرفه قانوني مثل نقل الملكية أو ترتيب حق عيني عليه مادام لا يضر بحق المرتهن؛² حيث يعطي لمرتهن حق مواجهة الغير، أمّا سلطة الاستغلال والاستعمال فإنّ الدائن المرتهن هو الذي يقوم بهما، على أن يخصم الغلّة من مستحقّاته.

2_ حيازة المال المرهون:

وبما أنّ الملكية تبقى للراهن، فنتبقى له حيازة حق الملكية حتى ولو كان الشيء المرهون في يد المرتهن أو في يد أجنبي اتّفقا عليه، لأنّ المرتهن له الرهن فقط، وحيازته بالنسبة للملكية حيازة عارضة (مؤقتة)؛ لأنّه لا يكتسبها بالتقادم مهما طالّت مدّة هذه الحيازة.

¹ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ص 247، 248.

² المرجع نفسه، ص 249.

الفرع الثاني: آثار الرهن الحيازي بالنسبة للمرتهن:

ويتمثل في الالتزامات والحقوق التي تترتب عليه ويكتسبها نتيجة لهذا الرهن،

وهي:

أولاً: التزامات المرتهن:

كون أنّ الدائن عند تسلمه للشيء المرهون يعمل لمصلحته ومصصلحة الراهن معاً، فعليه أن يبذل عناية الرجل العادي في ذلك، أمّا إذا كان تسليم الشيء المرهون لأجنبي فإذا قام بعمله بأجر وجب عليه القيام بعناية الرجل العادي، أما إذا كان بغير مقابل (بغير أجر) فهذا يلتزم بما يلتزم به الوكيل غير المأجور؛ فيكون عليه أن يبذل العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة دون زيادة عن عناية الرجل العادي، وتتمثل هذه الالتزامات في:

1/ التزامات بخفض الشيء وصيانته:

وهذا وحسب ما سبق ذكره، على المرتهن عناية الرجل العادي للشيء المرهون وليس عليه تحقيق نتيجة، فيكفي عليه الحفاظ على الشيء المرهون وصيانته، حسب نوع الشيء المرهون، وإذا لم يحافظ عليه وأهمله مما يؤدي إلى هلاكه وتلفه فهذا يعوّض الراهن الذي عليه إثبات ذلك، ومن بين الحفاظ على الشيء المرهون من طرف المرتهن بإبلاغ الراهن في حالة ما إذا وجد ما يهدد الشيء المرهون بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة، وواجبه أن لا يتصرّف فيه وبما أنّ الدائن المرتهن واجب عليه الحفاظ على الشيء المرهون يجب عليه تسديد نفقات صيانته، وإذا كان لا يستطيع تحملها؛ فيجوز له أن يتحلل من هذه الالتزامات إذا تخلى هو عن حقّ الرهن.¹

¹ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 230، 231.

2/ التزامات المرتهن بإدارة الشيء المرهون واستثماره:

ونتناول فيه ما يلي:

أ_ التزامات المرتهن بإدارة الشيء المرهون:

لا يقتصر واجب الدائن في الحفاظ على الشيء المرهون فقط، وإنما وجب عليه تولّي إدارته بعناية الرجل العادي بما تستوجب طبيعته والغرض منه، فإذا كان مبنى فتكون الإدارة في سكناه أو تأجيره للسكن وإذا كانت أرض فبزراعتها بنفسه أو من يؤجّرها له، ولا يغير من غرضه إلا برضا الراهن، وإذا كانت هذه الإدارة لمصلحة هذا الأخير فهي تحقق مصلحة أيضا للمرتهن نفسه، وإذا أحل المرتهن بالتزامه؛ هنا يحصل على الغلّة خصما من مستحقّاته، وبهذا ليس له الحق بالمطالبة بأجر، وعند إخلاله بالتزامه فللراهن الرجوع عليه بالتعويض وفقا للقواعد العامة.

ب_ التزامات المرتهن باستثمار الشيء المرهون:

إذا كان الشيء المرهون ينتج ثمارا وجب على المرتهن إدارته بعناية الرجل العادي، وذلك باستثماره بنفسه عن طريق استعماله أو من الغير بتأجيره، سواء كان استعماله بأجر أو من غير أجر، وما حصل عليه يخصمه من استحقاقه (الدين)، حتى ولو لم يحل أجله بما في ذلك خصم قيمة المصاريف والنفقات التي قام ويكون هذا الاستثمار كاملا وأي نقصان فيه يعد تقصيرا منه.

3/ المقاصة بين غلّة المرهون والفوائد:

للدائن المرتهن أن يخصم صافي الربح أو مقابل استعماله للشيء المرهون من الفوائد بعد المصروفات بنوعيتها، ويتم الخصم بثلاث طرق:
أ/ إذا اتّفق الطرفان على فوائد الدين المضمون بسعر معني وتكون بالنسبة للدائن هذه الفوائد خصما من الغلّة بعد خصم المصروفات بنوعها.¹

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 826.

ب/ إذا اتفقا على أن تكون كاملة أو جزء منها للدائن المرتهن؛ فهذا اتفاق جائز وكل هذا بعد خصم قيمة المصروفات والنفقات.¹

ج/ عدم اتفاق الطرفين على سعر الفائدة وعلى جعل الغلة للدائن في مقابل الفائدة؛ كان المرهون ينتج ثمارا فهنا فهنا يسحب الدائن الفوائد على أساس السعر القانوني، وحالة سكوت الدائن هنا فنعد الغلة مقابل الفوائد،² ولا يستطيع المرتهن الوفاء بدينه إلا عن طريق استنزاله من فائض الثمار، وعلى المدين أن يدفع ما بقي من الدين في أي وقت أراد ويسترد العينة المرهونة.

4/ الاستثمار والخصم في حالة رهن الديون:

للمرتهن أن يقبض غلة الدين المرهون، فيستولي على التي تحل بعد الرهن، وعلى كل الاستحقاقات الدورية التي ينتجها، حيث يخصم ذلك من المصاريف، ثم الفوائد ثم من أصل الدين المضمون بالرهن، فإذا حلَّ أجل الدين قبل أجل ضمانه فلا يحق للمدين أن يوفي الدين إلى المرتهن والراهن معا، وينتقل حق الرهن إلى ما تم إيداعه بعد أن تطلب من المدين إيداع ما يؤديه وعلى كل منهما (المرتهن والراهن) التعاون في استغلال ما آداه المدين، وإذا اتفق الراهن والمرتهن على قبض الدين المرهون وهما أصحاب المصلحة فليس للمدين الامتناع عن الوفاء لهما.

5/ صفة الدائن المرتهن في استثمار المرهون:

في هذه الحالة يمكن للنائب إدارة الشيء المرهون، لأن عقد الرهن يتضمن توكيلا من الراهن إلى المرتهن بالإدارة والاستغلال وقبض الربح مع تقديم حساب مفصل للراهن، ويمكن أن يقوم بالاستثمار أصلا عن نفسه بمقتضى سلطة فحواها إدارة حقه العيني، وهنا فإن قيام الراهن بالاستثمار أصلا عن نفسه فيما يقوم به من أعمال في سبيل إدارة الشيء المرهون واستثماره.

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 827.

² نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 232، 233.

6/ الالتزام برد الشيء المرهون:

يقوم المرتهن برد المرهون بمجرد وفاء الراهن بالدين كاملاً وكل ما يتعلّق به من مصاريف ونفقات سواء كان الانقضاء والوفاء بصفة أصلية أو تبعية، ولا تجزئة فيه ويشترط أن يكون المرهون على نفس حالته وقت حدوث الرهن، فإذا كان المرتهن سبباً في هلاك المرهون وجب عليه التعويض، إلا إذا أثبت عكس ذلك، وإذا تأخّر المرتهن في الردّ أياً كان سبب التأخير فعليه أن يرده مع ما في الغلّة التي حصل عليها بعد استهلاك الدين وملحقاته،¹ والراهن يطالب برده بإحدى الدعويين: أولاً: دعوى شخصية الناشئة عن عقد الرهن نفسه سواء كان الراهن مالكا أو غير مالكا ودعوى الاستحقاق، أو ثانياً: الدعوى العينية التي يرفعها باعتباره مالكا يطالب بشيء يملكه، ولا يثبت للراهن إلا إذا كان مالكا والدعوى الأولى تسقط بالتقادم الذي يبدأ من وقت أن يصبح الرد واجب، أمّا الثانية لا تسقط بالتقادم مهما طال الزمن، وللمرتهن حق التخلص من جميع التزاماته السابق ذكرها إذا هو تنازل عن حقه في الرهن وأعاد الشيء المرهون للراهن.

ثانياً: حقوق المرتهن:

وهنا نتطرّق إلى حقّ المرتهن في التنفيذ على المال المرهون وعلى أموال الراهن، والحكم الخاص برهن المنقول وحصوله على حقه من الدين المرهون.

1/ التنفيذ على أموال الرهن والشيء المرهون:

يكتسب المرتهن صفتان في الرهن الحيازي: الأولى: صاحب حق شخصي تستطيع أن ينفذ بمقتضاه على جميع أموال المدين، وهذا ماحقّ له من الضمان العام، والثانية: صاحب تأمين عيني يستطيع بمقتضاه أن ينفذ على المال المرهون وأن يستوفي من قيمته حقه بالأولية عن باقي الدائنين سواء العاديين أو التاليين له في المرتبة، ويقوم بالتنفيذ على المال المرهون، وإذا كان الراهن كفيلاً عينياً لم يكن مسؤولاً

¹ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 234_240.

في جميع أمواله وتكون مسؤوليته محددة بالمال الذي قدّمه ضمانا لدين المدين ولا تتجاوزه ولا يحق لهذا الأخير أن يطلب تجديد المدين لم يوجد اتفاق على غير ذلك.

2/ حكم خاص برهن المنقول:

الأصل هو التنفيذ على الشيء المرهون وفقا للإجراءات وهناك استثناءات يقوم بها الدائن في:

- أ_ إذا لم يستوفي الدائن حقّه فله أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع الشيء المرهون بالمزاد العلني أو سعره في البورصة أو السوق.
- ب_ وله حق أن يطلب من القاضي أن يأمر بتملكه الشيء وفاء للدين على أن يحتسب عليه بقيمته بحسب تقدير الخبراء.¹

3/ حصول الدائن المرتهن على حقّه من الدين المرهون:

إذا كان نوع المرهون دين فهنا لا يستدعي الأمر بيعه مادام أنّه أصبح مستحقا وللمرتهن استلام حقّه، وإذا كان محلّ الدين المرهون من جنس محلّ الدين المضمون بالرهن، حيث يكونا مبلغا من النقود، فإذا المرتهن لم يستوفي حقّه من الراهن عند حلول أجله، أن يقبض من المدين بالدين المرهون بما يكون مستحقا له من قبل الراهن، وإذا بقي الشيء كان أن يقبضه، وإذا كل منهما عن الآخر؛ فللمرتهن أن يطلب مع الدين المرهون حتى يتحصل على حقّه من قيمته، أو أن يطلب من القاضي أن يأمر بتملكه الدين المرهون وفاء لدينه على أن يحسب عليه بقيمته بحسب ما قدره الخبراء.

الفرع الثالث: آثار الرهن الحيازي بالنسبة للغير:

تنص المادة 961 من القانون المدني الجزائري: "...لا يكون للرهن الحيازي أثرا بالنسبة للغير إلا بانتقال حيازة الشيء المرهون من الراهن إلى المرتهن أو أجنبي يعيّنه المتعاقدان، وتتم هذه الأخيرة بتنفيذ الراهن التزامه بالتسليم وهو من آثار الرهن

¹ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 241_244.

في العلاقة بين الراهن والمرتهن، حيث يعطي للمرتهن حقّ الحبس أيضا¹، وهذا حسب نص المادة 1/962 من القانون المدني الجزائري " يخول الرهن الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون على الناس كافة دون إخلال بما للغير من حقوق تمّ حفظها وفقا للقانون "².

ومن هذا المنطلق سنتناول العناصر التالية:

أولاً: الحيّزة: يستلزم أن تنتقل حيّزة المرهون من الراهن إلى المرتهن أو الأجنبي المتفق عليه والمعيّّن بصورة ظاهرة ومستمرة.

1/ ونعني بأن تكون الحيّزة ظاهرة؛ أي أن يفقد الراهن حيّزة الشيء بحيث لا يبقى عنصرا من عناصر ائتمانه في مواجهة الغير، والرهن لا يمنع تقرير الشيء المرهون لحساب فيما يخص حق الملكية ولحساب المرتهن فيما يخص حق الرهن، وانتقال الحيّزة هو الإعلان عن حق الدائن على الشيء المرهون، حيث يكون قيد الرهن له الحجية في مواجهة الغير.

2/ ونعني بانتقال الحيّزة يكون مستمرا ودائما؛ وهذا إذا كان المرهون منقولاً أما إذا كان عقارا فيجوز أن إلى حيّزة المرتهن بصفته مستأجرا شرط التأشير على ذلك في هامش القيد، وهذا إعلان للغير بحق الدائن المرتهن والحيّزة الظاهرة والمستمرة إلى المرتهن تمكنه من حبس الشيء حتى يستوفي حقوقه.³

ثانياً: الحبس:

حسب نص المادة السابقة 962 من القانون المدني الجزائري حيث المرتهن يتمكن من حبس الشيء المرهون بانتقال حيّزته إليه، أو إلى الأجنبي الذي عينه المتعاقدان ، حيث يعمل لمصلحة الدائن والحبس ليس نتاج عن الحق في الرهن، ولكن مستقل عنه وخلاف ذلك يقيدّه بحدود، وما للدائن في حقّ الأفضلية والتتبع،

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

² رقم المادة 962 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

³ المرجع نفسه، ص ص 258_260.

وبهذا فإنّ السبب من القواعد العامّة، ولأنّ هذا الأخير مستقل عن الرهن فهو يعمل على تدعيمه حيث يعطي للدائن القائم به حقّ مواجهة الراهن حتّى يستوفي كامل حقوقه، وإذا تصرف هذا الأخير في الشيء المرهون فإنّ المرتهن يحتج في مواجهة الغير بحقه في الحبس، وإذا حاول أحد الدائنين الآخرين التنفيذ على المرهون وبيعه بالمزاد العلني، فهذا يستطيع مع ذلك حبس المرهون حتى يستوفي ما أنفقه حتى ولو كانت لا تدخل في موضوع الأفضلية.

ثالثاً: الأفضلية والتتبع:

إنّ الرهن الحيازي يعطي للمرتهن حقّ التقدّم في المطالبة باستيفاء حقه بالأفضلية على ثمن المرهون بعد بيعه في المزاد العلني أو على القيمة المالية التي حلّت محل المرهون في حالة الهلاك أو التلف ومرتبته في الأفضلية تتحدد بوقت القيد بالنسبة للعقار، ووقت لإثبات تاريخ العقد بالنسبة للمنقول، وموضوع الأفضلية هو أصل الدين وملحقاته، ويشمل:

1_ المصروفات الضرورية التي أنفقت للمحافظة على المرهون ويضمنها حق الحبس وحق امتياز مصروفات الحفظ والصيانة، والمصروفات النافعة فلا يضمنها الحق في الرهن؛ وإنّما تدخل في حق الحبس.

2_ التعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشيء.

3_ مصروفات عقد الدين والرهن، وقيدته إذا تعلّق بالعقار وتجديد العقد ومصروفات التنفيذ.

وحق الأفضلية الذي يتمتع به المرتهن هنا يعطيه حق استيفاء حقه في أي يد يكون فيها المرهون، وهذا هو الحق في التتبع، وهي تصرفات الراهن في الشيء المرهون بعد الرهن، حيث لا تؤثر في حق الدائن المرتهن الذي يحتج بحقه وينفذ على الشيء رغم انتقال ملكيته.¹

¹ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 261، 265.

ولا يتحقق التتبع إلا إذا كان حقّه نافذا في مواجهة الغير في العقار، ولا يكون كذلك إلا إذا كانت حيازة المرتهن للمرهون قائمة ومستمرة أيضا بالنسبة للمنقول، والأمر هنا متشابه؛ فإذا فقد المرتهن الحيازة للمنقول الذي انتقلت حيازته إلى شخص آخر حسن النية فهنا لا يستطيع مواجهته؛ لأنّ حق المرتهن نافذ في مواجهة الغير، ومن ناحية أخرى الحائز الجديد يستطيع أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول وعدم جواز التمسك بحقّ المواجهة بحقوقه على المنقول، وذلك بعد علمه بوقت انتقال الحيازة إليه، وفي حالة الرهن لمواجهة الغير يصبح دائنا عاديا، وإذا كان نافذا فإنّ استيفاء المرتهن حقّه بالتنفيذ على الشيء المرهون، وتختلف الإجراءات بين العقار والمنقول: ففي العقار تطبق قواعد الرهن الرسمي، أمّا المنقول تطبق عليه إجراءات الحجز كقاعدة عامّة.¹

المطلب الثالث: انقضاء الرهن الحيازي

يعدّ الرهن تابعا للدين المضمون ويدور معه وجودا وعدما، وينقض الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون به تماما، أو بصفة مستقلة عنه تماما بعدة حالات، ولهذا سنتناول انقضاء الرهن الحيازي بطريقتين حسب نص المادتين 964 و965 من القانون المدني الجزائري.²

الفرع الأول: انقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية.

قد ينقضي الدين دون انقضاء الدين المضمون أصلا، وهذا في حالة وجود ما يمس الرهن الحيازي، ويتحقق ذلك ب:

أولا: انقضاء الرهن الحيازي بأسباب تتعلق بالإرادة:

وهنا يكون انقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية ناتجة عن إرادة المرتهن في إنهائه أولا، ويتمثل في:

¹ عبد الرزاق السنهوي، المرجع السابق، ص 764.

² رقم المادة 964 و965 من الأمر 58/75 السالف الذكر.

ثانيا: تنازل الدائن المرتهن عن الرهن:

إذا تنازل المرتهن عن حقه بالرهن سواء صراحة أو دلالة، ويمكن تحقق ذلك بتخليه عن حيازة المال المرهون، ويجب أن يكون ظاهرا لا شك فيه، ويشترط هذا التنازل أن يكون ذا أهلية؛ لأنه يؤثر على المرتهن بعدم استيفاء حقه بعده، وإن هذا التنازل لا يزيله في حال تعلق به حق الغير، بل يشترط موافقة الغير الذي له الحق المضمون من أجل عدم حرمانه من الاستفادة من هذه الحقوق بمجرد تنازل المرتهن الأصلي عنها، ويرجع إثبات حدوث هذا التنازل إلى كل من يدعي ذلك، حيث يقوم المرتهن بإعادة المال المرهون بإرادته واختياره للراهن.

ثالثا: التنفيذ على المال المرهون:

إذا لم يفي الراهن المضمون في الأجل المحدد، فالمرتهن هنا يتخذ الإجراءات اللازمة ببيع المال المرهون من أجل استيفاء حقه من ثمن المال المرهون عند بيعه، حيث إذا غطى المال جميع المستحقات المضمونة للمرتهن؛ ينقضي الرهن الحيازي تبعا لها.

وإذا لم يكف فإن الرهن الحيازي ينقضي حتما بالرغم من عدم استيفاء المرتهن لجميع ديونه المتعلقة بهذا الرهن، حيث ومن خلال إجراءات البيع ينقل المال المبيع للمشتري خاليا من حق الرهن، وبالرغم من انقضاء الرهن الحيازي فهذا لا يؤدي إلى انقضاء الدين للمرتهن؛ حيث لا ينقضي نهائيا ولا تبرأ منه ذمة المدين، فهو له حق الرجوع على أمواله الأخرى كباقي الدائنين العاديين.¹

رابعا: انقضاء الرهن الحيازي لأسباب لا تتعلق بالإرادة:

قد ينقضي الرهن الحيازي رغما عن إرادة المرتهن، وبهذا يحدث الانقضاء سواء وافق عليه أو عارض، وهذا وفقا لما يلي:

¹ مالك بهجت عبد الطيف جمعة ، التنظيم القانوني للرهن الحيازي في فلسطين "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، سنة 2017، ص ص 130، 131.

*** هلاك المال المرهون أو انقضاء الحق المرهون:**

ينقضي الرهن الحيازي بهلاك المال المرهون كلياً، أما إذا كان الهلاك جزئياً للمال محلّ الرهن فلا ينقضي الرهن الحيازي ويبقى موجوداً على ما تبقى من المال المرهون، وهذا ضماناً للحق؛ لأنّ من خصائص الرهن عدم التجزئة، وفي حال تمّ دفع مبلغ التأمين أو التعويض على الهلاك الذي حدث انتقل الرهن عندئذ إلى هذا التعويض ولا ينقضي الرهن، وفي حالة ما يكون الراهن هو نفسه المرتهن (أي شخص واحد) بالنسبة للدين يؤدي هذا إلى انقضاء الدين بمقدار الاتّحاد، وهذا مانع طبيعي يمنع المطالبة بالدين لاتّحاد الصفة بينهما (شخص واحد)، وسبب اتّحاد الذمّتين بأثر رجعي يؤدي ذلك إلى عودة الدين لما كان عليه قبل اتّحادهما لسقوط ما يمنع ذلك، وهذه الحالة تؤدي إلى زوال الدين بالنسبة له عن المال دون أن يؤثر على غيره من المرتهنين إذا كان المال المرهون ذاته مرهوناً لصالح أكثر من مرتهن.¹

الفرع الثاني: انقضاء الرهن الحيازي بصفة التبعية

بعد دراستنا لكيفية انقضاء الرهن الحيازي بصفة رسمية سنتناول في هذا الفرع كيفية انقضاء الرهن الحيازي بالصفة التبعية حسب العناصر التالية:

أولاً: أسباب زوال الدين:

وهذه الأسباب تتمثل في بطلان العقد وبهذا يبطل الدين والرهن معه بصفة تبعية، وأيضاً نفس الشيء إذا كان العقد قابلاً للإبطال؛ فلمن له مصلحة في إبطال العقد الاختيار بأن يبطل العقد ويبطل معه الدين ويبطل معهما الرهن الحيازي، وأيضاً لو تعلّق العقد بشرط فاسخ فيتحقق الشرط، ويزول العقد بأثر رجعي ويزول الدين لنفس السبب والرهن الحيازي كذلك.²

¹ مالك بهجت عبد الطيف جمعة، المرجع السابق، ص 132_134.

² عبد الرزاق السنهوي، المرجع السابق، ص 756.

ثانياً: أسباب انقضاء الدين:

يكون الدين صحيحاً ويبقى، ولكن ينقضي بسبب من أسباب انقضاء الدين، وبهذا ينقضي الرهن بصفة تبعية.

ثالثاً: تعداد أسباب انقضاء الدين: وهي:

1_ الوفاء:

عند انقضاء الدين المضمون بالرهن الحيازي عن طريق الوفاء، ينتج فيه القواعد العامة، والوفاء مع الحلول يجعل الموفي يحل محل الدائن في رهن الحيازة الذي له ويتعذر الوفاء للمرتهن مباشرة في قروض معينة، فليس على المدين إلا أن يودّع الدين دون الحاجة إلى عرض حقيقي تنبراً ذمته.

2_ الوفاء بمقابل:

وإذا استحق المقابل في المرتهن؛ فإنه يرجع على المدين بضمان الاستحقاق، وفي هذه الحالة ينقضي الدين الأصلي بالتجديد، ثم ينقضي الدين الجديد، الذي حلّ محلّ الدين الأصلي بالوفاء.

3_ التجديد:

وهنا ينقضي الدين القديم وينشأ دين جديد يحلّ محله.

4_ المقاصة:

وهي أداة وفاء ضمان.

5_ اتحاد الذمة:

إذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة بأثر رجعي؛ يعدّ هذا الأخير كأنه لم يكن ويعود الدين إلى الظهور، ويزول السبب بأثر غير رجعي، فلا يتضرر الغير بعودة الدين إلى الظهور.

6_ الإبراء من الدين:

وهو تصرف تبرعي من جانب واحد وهو المرتهن المبرئ، وينقضي الدين¹.

¹ عبد الرزاق السنهوي، المرجع السابق، ص 757.

7_ استحالة التنفيذ: وهنا يتدخل سبب أجنبي يحول دون التنفيذ لا يد للراهن فيه، وإذا كانت الاستحالة بخطأ الراهن لم ينقضي الدين.¹

8_ التقادم المسقط:

الدين الأصلي لا يسقط بالتقادم، مادامت العينة المرهون حيازياً تحت يد المرتهن بصفة رهن الحيازة؛ لأن وجود هذا الأخير يقطع المدّة؛ إذ أنه اعتراف مستمر من جانب الراهن بوجود الدين، فهنا ينقطع التقادم.²

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 764.

² المرجع نفسه، ص 765.

خلاصة الفصل الثاني:

يعدّ حق الرهن من الحقوق العينية التبعية وهو نوعان: الرهن الرسمي والرهن الحيازي، وعند تناولنا لهذه الدراسة اتضح لنا الفرق بينهما، وهو كالآتي:

* ينشأ حق الرهن الرسمي بمقتضى عقد رسمي؛ بحيث يجب إتباع إجراءات رسمية لتوثيقه أمام موظف رسمي بينهما ينشأ الرهن الحيازي بمقتضى عقد عرفي.

* تبقى ملكية وحيازة الشيء المرهون في حق الرهن الرسمي بيد المالك (المدين) الراهن، بينما تنتقل الحيازة في عقد الرهن الحيازي إلى الدائن.

* يرد حق الرهن الرسمي على العقارات فقط، بينما يرد الرهن الحيازي على العقارات والمنقولات.

* الرهن الحيازي أقدم من الرهن الرسمي، وعلى هذا فإنّ لكلاهما دور كبير، كضمانات عينية يقدّمها المدين من أجل الحصول على ما يريده من قروض من البنك لانجاز مشاريعه وبسرعة في سيولته النقدية.

الخلاصة

من خلال دراستنا وجدنا أن النظام المصرفي في الجزائر يتمتع بالاستقلالية وبأحكام خاصة به في معاملاته وتسهيلها، وهذا ما أدى إلى مسايرة كل التطورات والتحديثات في السوق المالية والتجارية، وذلك عن طريق أهمّ عملية يقدّمها وهي القروض وكيفية العمل بها، من تسيير إلى غاية استردادها في آجالها المحددة، وذلك باتّخاذ كل الإجراءات اللازمة، حيث وضحت الضمانات المقدّمة سواء كانت شخصية أو عينية، وذلك للحفاظ على أمواله من أجل اجتناب أي مخاطر قد تحدث له، وتكون الضمانات التي يطلبها بقدر القروض التي يقدّمها؛ لأنّ هذه الأخيرة تعدّ كمحرك للاقتصاد والمشاريع الاستثمارية.

ولهذا فإنّ البنوك في الوقت الحالي تقوم بدراسة الضمانات المقدّمة لها من أجل منح القروض من حيث معاييرها، مثل: دراسة المشروع استراتيجيا وتحليله ماليا ودراسة وضعية طالب القرض مهما كانت شخصيته (طبيعي أو معنوي)، وذلك لأهمية تقييم وضعه المالي وتقدير نسبة الخطر المحتمل، وبهذا يحدد نسبة الضمانات التي يطلبها لتغطي وتوازي القرض الممنوح والمتمثلة في الضمانات الشخصية والعينية.

ونظرا للتطور السريع الذي تعرفه البنوك الجزائرية في مجال الاستثمار وللنهوض بأزمتهما الحالية دفعها هذا إلى تقديم قروض من أجل جلبهم للقيام بمشاريعهم داخلها، وهذا ما يجعلها تدخل مجال المنافسة من جانبها الواسع وتقديم ضمانات تحفز المستثمرين وتجذبهم إليها، ورغم هذا السعي للنهوض والمواكبة للاقتصاد العالمي، إلّا أنها تصطدم بعراقيل كثيرة تندمج بين إدارية وتنظيمية.

وكل الضمانات المقدّمة لها أهمية بالغة خاصّة المتمثلة في الضمان المالي، لما يتمتع به من سرعة في التعامل وسهولة إجراءات تنفيذه، والحصول على التعويض فورا.

وضمان القرض الداخلي لم يعرف تطورا ملحوظا، ولهذا لم يستجيب لحد اليوم للتطلعات المرجوة منه، والجزائر تسعى للأفضل، وعليه توصلنا إلى النتائج التالية:

*الكفالة كضمان للقروض للبنك لا تختلف عن الكفالة العادية من حيث إجراءاتها رغم أنّ المشرع يشترط فيها الكتابة والعمليات المصرفية تتسم بحرية الإثبات.

*الضمان المالي أو خطاب الضمان وسيلة فعالة لضمان القروض البنكية، ويرد على الأوراق التجارية.

*إنّ الضمانات العينية مكملّة للضمانات الشخصية و تقوم لتفادي أي خطر قد يتعرض له البنك في حالة القروض طويلة الأجل والمتمثّلة في الرهن الرسمي والحيازي.

واستنادا لهذه النتائج يمكننا إلى إعطاء الاقتراحات التالية:

- 1/ إصلاح الأنظمة والإدارة من أجل تسهيل العمليات المصرفية وخاصة ما يتعلّق بالكفالة من أجل أن تتماشى مع العمليات المصرفية لأنّ أحد أطرافها البنك وهو يعدّ تاجرا.
- 2/ تشكيل لجان تراقب توافق الضمانات الممنوحة مع القروض المطلوبة وآجال تسديدها، وإجراءاتها المتبعة في حالة عدم الدفع.
- 3/ عند إصدار أي قوانين وأنظمة يجب وضعها من قبل مختصين من أجل العمل بها على أحسن وجه.

قائمة المصادر والمراجع

أولا / قائمة المصادر

* القرآن الكريم.

* السنة النبوية: صحيح البخاري.

(1) البخاري (أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري)، صحيح البخاري،

ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، مراجعة: أحمد محمد معوض، مكتبة باض، المنصورة، عزبة عقل، 2011.

1/ الأوامر و القوانين:

* الأمر 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم ، الجريدة الرسمية ، العدد 78، الصادرة بتاريخ 1975/09/30.

* الامر رقم 74/75، المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن اعداد مسح الاراضي العام و تاسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية ، عدد 92 ، الصادرة بتاريخ 1975/11/18.

* الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 الذي يتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية ، العدد 77، بتاريخ 1996/12/09.

* الأمر 03/11، مؤرخ في 27 جمادى الثانية سنة 1424 هـ الموافق ل 2003/08/27، يتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية، عدد 52، الصادرة ب 2003/08/27.

* القانون 02/06 الصادر في 20 فبراير 2006 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق ، الجريدة الرسمية رقم 15، العدد 14 ، الصادرة بتاريخ 2006/03/08.

2/ المراسيم التنفيذية:

* المرسوم التنفيذي رقم 63/76، المؤرخ في 25/03/1976 والمعدل والمتمم بالمرسوم رقم 123/93، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، عدد 30، الصادرة ب 1976/04/13.

ثانيا / قائمة المراجع

1/ الكتب باللغة العربية

أ/ الكتب

- 1) ابن منظور (ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم)، لسان العرب ،دار صادر، بيروت ، دون سنة، المجلد 03 .
- 2) ابن منظور (ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم)، لسان العرب ،دار صادر، بيروت ، سنة 2003، المجلد 06.
- 3) ابن منظور (ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم)، لسان العرب ،دار صادر، بيروت ، دون سنة، المجلد 11 .
- 4) أحمد محمود سعد، عقد الكفالة، دار النهضة العربية للنهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، سنة 1994.
- 5) احمد شرف الدين، التأمينات العينية والشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة ،دون سنة.
- 6) أسعد دياب، أبحاث في التأمينات العينية، المؤسسة الجامعية للدراسات، لبنان، دون سنة.
- 7) السيد سابق، فقه السنة، الفتح للإعلام العربي، المجلد الثالث، دون سنة.
- 8) خليفة الحزوبي، القانون المدني، التأمينات العينية والشخصية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، سنة 2014.
- 9) زاهية حورية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الامل للطباعة و النشر ، تيزي وزو، دون سنة نشر.
- 10) سائد حاتم سيف الدين، رهن الدين وفقا لأحكام قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، سلسلة الرسائل العلمية، دراسات قانونية، دار النشر أكاديمية شرطة دبي، سنة 2011.
- 11) سليمان رمضان محمد عمر، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2009.

- (12) سمير عبد السيد تتاغو، التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص: الرهن الحيازي، حقوق الامتياز)، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1996.
- (13) صهيب عبد الله السخانية، الضمانات العينية، الرهن ومدى مشروعية استثمارها في المصارف الإسلامية، دار النفائس، الأردن، سنة 2011.
- (14) الطاهر لطرش، تقنيات البنوك، دراسة في طرف استخدام النقود من طرف البنوك مع إشارة إلى التجربة الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2003.
- (15) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون سنة.
- (16) عبد المطلب عبد الحميد، البنوك الشاملة (عملياتها وإدارتها)، دار الجامعية للطباعة و النشر القاهرة، سنة 2000.
- (17) عبد المجيد المعلوم، الرهن الحيازي بين الشريعة و القانون، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، سنة 2003.
- (18) علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، سنة 2000.
- (19) غريب الجمال، المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون، القاهرة، سنة 1987،
- (20) محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، دون سنة.
- (21) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات، الشخصية والعينية، عقد الكفالة، دار الهدى، الجزائر، سنة 2011.
- (22) محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك "دراسة مقارنة" (الحسابات المصرفية، خطاب الضمان، الجاري مدين، تأجير الخزائن، الاعتماد المستندي، الإيداع، الكفالة المصرفية، الحوالة المصرفية، التسليف)، المجلد الرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2009.

- (23) محمد ابن قدامه المغني، الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، المجلد الثالث، الجزء الرابع، دون سنة.
- (24) محمدي سليمان، مدونة حول التأمينات العينية و الشخصية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1999.
- (25) محي الدين إسماعيل، علم الدين: العمليات الائتمانية في البنوك وضمانات، القاهرة، سنة 1975.
- (26) مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك وفقا لأحكام قانون التجارية الجديد رقم 17 سنة 1999، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2002.
- (27) منير إبراهيم هندي، إدارة البنوك التجارية، مدخل اتخاذ القرارات، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، سنة 2015.
- (28) منير محمد الجنيهي المحامي ومحمود محمد الجنيهي المحامي، أعمال البنوك، وديعة النقود، وديعة الصكوك، تأجير الخزائن، رهن الأوراق المالية، النقل المصرفي، الاعتماد القادري، الاعتماد المستندي، الخصم، خطاب الضمان، الحساب الجاري، نصوص المواد المنظمة لعمليات البنوك، نصوص قانون سرية حسابات البنوك والتعليق عليه، تطبيقات أحكام محكمة النقض، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2000.
- (29) مواهب الجليل، لشرح خليل للخطاب، الجزء الخامس، مطبعة دار الفكر، بيروت، دون سنة.
- (30) نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، الكفالة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2007.
- (31) يمينة حوجو، عقد الكفالة وعقد الرهن في القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، سنة 2019.
- ب/ الرسائل الجامعية:
* أطروحات الدكتوراه:

1) مقران راضية، **خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها**، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، الجزائر، سنة 2013، 2014.

***رسائل الماجستير:**

2) أولمي عمر، **عقد الرهن الرسمي كوسيلة ضمان لحماية حقوق الدائنين**، رسالة ماجستير في القانون، فرع قانون العقد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، سنة 2017.

3) ربحاني يسمينة، **الرهن الرسمي كضمان بنكي**، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزائر، سنة 2005، 2006.

4) عبد الرحمن قيصر وشوقي يعيش، **مدى الالتزام القانوني للبنك في خطاب الضمان**، رسالة ماجستير في القانون الخاص، بكلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، جامعة النجاح الوطنية، سنة 2018.

5) علاء الدين زكي يوسف البكري، **الرهنات المصرفية، ومخاطر الائتمانية في فلسطين**، رسالة ماجستير في القانون التجاري، معهد الحقوق، جامعة بيرزيت، سنة 2015.

6) مالك بهجت عبد الطيف جمعة، **التنظيم القانوني للرهن الحيازي في فلسطين دراسة مقارنة**، رسالة الماجستير في القانون الخاص من كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، سنة 2017.

7) وداد باقي، **الكفالة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي**، رسالة الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق ببودواو، جامعة بومرداس، سنة 2009.

***مذكرات الماستر:**

8) عماد الدين طرابلسي، **خطاب الضمان البنكي**، مذكرة ماستر، تخصص قانون الشركات، شعبة الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، سنة 2015.

9) ونوغي غادة، **ضمانات القروض البنكية**، مذكرة ماستر الأكاديمي، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، سنة 2016/2017.

ج/ المقالات:

1) جاسم علي سالم الشامسي، (كفالة الرخصة التجارية وخطاب الضمان المصرفي وتطبيقاته ومدى توافقه مع الحدود الشرعية)، منظّمة المؤتمر الإسلامي، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة عشر، 9 /14 /2005.

د/ المحاضرات:

1) آسيا بوخاتم، مقياس التأمينات العينية والشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، سنة 2015.

2/ المراجع باللغة الاجنبية :

1) Michel Matieu_lfcac Cepta, **L'exploitant bancaire et le risque crédit revue banque éditeur**, année 1995.

فهرس العناوين

العنوان	الصفحة
مقدّمة	أ - ب - ت
الفصل الأول: الضمانات الشخصية	
تمهید	05
المبحث الأول: الكفالة	06
المطلب الأول: مفهوم الكفالة	06
الفرع الأول: تعريف الكفالة	15-07
الفرع الثاني: أركان و شروط الكفالة	18-15
الفرع الثالث: أنواع الكفالة	22-18
المطلب الثاني: آثار الكفالة	22
الفرع الأول: العلاقة بين الكفيل و الدائن	37-22
الفرع الثاني: العلاقة بين الكفيل و المدين	43-37
الفرع الثالث: حالة تعدد المدينين و الكفلاء في الدين	47-43
المطلب الثالث: انقضاء الكفالة	47
الفرع الأول: الأسباب العامّة لانقضاء الكفالة بطريق أصلي	47
الفرع الثاني: الأسباب الخاصّة لانقضاء عقد الكفالة بصفة أصلية	49-48
الفرع الثالث: انقضاء الكفالة بطريق تبعي	53-49
المبحث الثاني: ماهية خطاب الضمان	53
المطلب الأول: مفهوم خطاب الضمان	53
الفرع الأول: تعريف الضمان	57-53
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لخطاب الضمان البنكي	61-58
الفرع الثالث: أنواع خطاب الضمان	65-62
المطلب الثاني: آثار خطاب الضمان	65
الفرع الأول: آثار خطاب الضمان بالنسبة للبنك	67-65
الفرع الثاني: خطاب الضمان بالنسبة للأمر	69-68

70-69	الفرع الثالث: آثار خطاب الضمان بالنسبة للمستفيد
70	المطلب الثالث: انقضاء خطاب الضمان
71-70	الفرع الأول: انقضاء خطاب الضمان بالوفاء أو بما يقوم مقامه
72-71	الفرع الثاني: انقضاء خطاب الضمان بدون وفاء
73-72	الفرع الثالث: إعادة خطاب الضمان إلى البنك الضامن قبل انتهاء مدّته واستحالة التنفيذ
74	خلاصة الفصل الأول
	الفصل الثاني: الضمانات العينية
75	تمهید
76	المبحث الأول: الرهن الرسمي
76	المطلب الأول: مفهوم الرهن الرسمي
80-76	الفرع الأول: تعريف الرهن الرسمي
83-80	الفرع الثاني: خصائص الرهن الرسمي
87-83	الفرع الثالث: إنشاء الرهن الرسمي
87	المطلب الثاني: آثار الرهن الرسمي
89-87	الفرع الأول: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للراهن
93-89	الفرع الثاني: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمرتهن
100-93	الفرع الثالث: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للغير
100	المطلب الثالث: انقضاء الرهن الرسمي
102-100	الفرع الأول: انقضاء الرهن الرسمي بصفة أصلية
103-102	الفرع الثاني: انقضاء الرهن الرسمي بصفة تبعية
103	المبحث الثاني: الرهن الحيازي
103	المطلب الأول: مفهوم الرهن الحيازي
109-103	الفرع الأول: تعريف الرهن الحيازي

فهرس العناوین

112-110	الفرع الثاني: خصائص الرهن الحيازي
117-112	الفرع الثالث: إنشاء عقد الرهن الحيازي
117	المطلب الثاني: آثار الرهن الحيازي
119-117	الفرع الأول: آثار الرهن الحيازي بالنسبة للراهن
124-120	الفرع الثاني: آثار الرهن الحيازي بالنسبة للمرتهن
127-124	الفرع الثالث: آثار الرهن الحيازي بالنسبة للغير
127	المطلب الثالث: انقضاء الرهن الحيازي
129-127	الفرع الأول: انقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية
131-129	الفرع الثاني: انقضاء الرهن الحيازي بصفة تبعية
132	خلاصة الفصل الثاني
134-133	الخاتمة
140-135	قائمة المصادر والمراجع
142-141	فهرس العناوین

المخلص:

إنّ الضمانات أمر هام؛ لأنها تضع البنك في مأمن من أي مخاطر قد يقع فيها نتيجة منحه للقروض لأي طالب لها والذي تتوفر فيه الشروط المطلوبة، ولهذا اهتم بها التشريع الجزائري، وذلك من خلال الأنظمة والأحكام والقوانين التي تنظمها وتسيّرهما وتماشت مع التطورات الجديدة لها، لنمو الاقتصاد الوطني و النهوض به و التسريع بحركته مع اقتصاديات النول الأخرى في العالم ، وكل هذا دعما للاستثمار ومرونة حركة الاقتصاد الجزائري. وعليه فإن المتعاملين مع البنوك يقدمون الضمانات من أجل الحصول على القرض، وإن البنوك تفرض هذه الضمانات من أجل اعتبارها أداة إثبات و العميل لا يقدم الضمان إلا في حدود استطاعته، و البنك يرغب في الحصول على ضمانات تعادل قيمتها قيمة القرض المقدم سواء كانت ضمانات شخصية أو ضمانات عينة فلكل منها دور في منح القروض و لا تقل إحداها عن الأخرى بل العكس فكل منهما يكمل الآخر و يوسع من باب الضمانات و قدر القرض الممنوح، و هنا تظهر المفاوضات بين الفرعين لتحديد قيمة الضمان و نوعه ما هو القرض الذي يمكن منحه لهذا الأخير، دون أن ننسى أن سمعة العميل و مكانته المالية وعلاقاته التجارية و عملياته المصرفية مع البنك تزيد من ثقة البنك في منحه القروض التي يطلبها و تسهيل الإجراءات له و تحفيزه و لا يخلوا الأمر من مراقبة البنك لهذه القروض و متابعتها من اجل ضمان المال الممنوح فهو أيضا يسعى إلى تحقيق أهداف ايجابية و مالية من عميله.

Résumé:

Les garanties sont importantes, parce que cela met la banque à l'abri de tout risque pouvant résulter du don de prêts Pour tout demandeur qui répond aux conditions requises. C'est pourquoi la législation algérienne a cité par lois et règlements qui les régissent et gère en ce synchronisons avec l'évolution, à la croissance et au progrès de l'économie nationale et à l'accélération de ses échanges avec les économies des autres pays du monde, tout cela soutient l'investissement et la flexibilité de l'économie algérienne. C'est pour cela que les demandeurs de crédit doivent fournir des garanties. Et que les banques l'imposent pour être considéré comme une preuve. Le client ne fournit la garantie que dans la limite de ses possibilités. Et la banque veut obtenir des garanties égales à la valeur du prêt fourni, qu'ils soient des garanties personnelles ou des biens, Chacun joue un rôle dans l'octroi de prêts et pas moins que l'autre, mais au contraire ils se complètent. Et étendent le champ des garanties et le montant du prêt consenti. Ces ici qu'apparaît les négociations entre les deux parties pour déterminer la valeur de la garantie et de quel type de prêt peut être accordé à ce dernier. Sans oublier que la réputation, la situation financière, les relations commerciales et les opérations bancaires du client renforcent la confiance de la Banque dans l'octroi de prêts demandés et en facilite les démarches. Il va de soi que la banque contrôle ces emprunts et leur suivi afin de garantir l'argent accordé. Il cherche également à atteindre les objectifs positifs et financiers de son client.