



جامعة باتنة 01 الحاج لخضر



كلية الحقوق والعلوم السياسية

- قسم الحقوق -

الكفالة العينية العقارية في التشريع الجزائري

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص : قانون عقارى

تحت إشراف الأستاذ:

بخوش رزيق

من إعداد الطالبتين :

برجوح هناء

برحال ليندة

لجنة المناقشة

الصفة	المؤسسة الجامعية	الرتبة العلمية	الإسم واللقب
رئيساً	جامعة باتنة 01	أستاذ محاضر أ	حمشة نور الدين
مشرفاً ومقرراً	جامعة باتنة 01	أستاذ محاضر أ	بخوش رزيق
مناقشاً	جامعة باتنة 01	أستاذ التعليم العالي	يحياوي لعللى

دورة جوان

السنة الجامعية: 2024/2023

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شُكْرٌ وَتَقْدِيرٌ

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من لم يشكر الناس لم يشكر الله"
صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم.

الحمدُ لله على إحسانه والشُّكر له على توفيقه وامتنانه ونشهد أن لا إله إلا الله
وحده لا شريك له تعظيمًا لِشأنه ونشهد أن سيدنا ونبينا مُحَمَّد عبده ورسوله
الداعي إلى رضوانه،

صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وأتباعه وسلم.

بعد شُكر الله سبحانه وتعالى على توفيقه لنا لإتمام هذا البحث المتواضع نتقدم
بخالص الشُّكر والتقدير للأستاذ " بخوش رزيق " على إرشاداته وتوجيهاته
التي لم يبخل بها علينا يومًا وللمجهودات التي قدمها لنا طيلة مشوارنا
الدراسي خلال السنوات الماضية فلم نجد له أفضل من الدعاء بأن
يؤفقه الله ويجزيه عنا خير الجزاء، فكلّما التنا لآ توفيه حقه
له منا كل الإحترام والتقدير.

الإهداء

الحمدُ لله وكفى والصلاة على الحبيب المصطفى ﷺ وأهله ومن وفى أما بعد:
الحمد لله الذي وفقني لتثمين الخطوة في مسيرتي الدراسية بهذه المذكرة التي
تعتبر كثمرة جُهد ونجاح بفضل الله عزّ وجل... أهديتها
إلى "الوالدين" الكريمين حَفِظَهُمَا اللهُ
وأدامَهُمَا بصحة وعافية،
إلى العائلة الكريمة "إخوتي" و"أخواتي"، لأختي "زينب" رحمها الله
وأسكنها فسيح جناته.
إلى "صديقاتي" وكل "أساتذتي" في كلية الحقوق،
لكل من مد لنا يد العون أهدى لكم هذا العمل المتواضع.

هنا برجوح

الإهداء

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبيه الصادق الأمين

أما بعد: أهدي هذا العمل المتواضع إلى أعزما أملك

"أمي" و"أبي" حفظهما الله وأدام عليهما الصحة والعافية

إلى اللذين هم ملاذي ورمز فخري وإعتزازي

إخوتي "زين الدين"، "عبد الرحمان"، "جواد" و"هيثم"

إلى أختي العزيزة وسندي في الحياة "أريج"

إلى روح "جدتي" رحمها الله.

ولكل من مد لي يد العون سواء من قريب أو بعيد، وساندني

لإنجاز هذا العمل المتواضع.

ليندة برحال

قائمة المحتويات:

ق-م-ج: القانون المدني الجزائري.

ص: الصفحة.

ط: الطبعة.

د- ط: دون الطبعة.

د-س: دون السنة.



تُعد العلاقة بين الدائن والمدين علاقة مديونية، إذ أن لهذه الأخيرة أهمية كبيرة في الحياة العملية، وذلك لتعلقها بالحقوق المالية، حيث يُعتبر الطرف الأول (الدائن) مُهددًا بخطر عدم استيفائه لحقه الموجود في ذمة المدين، سواء بسبب رفض المدين الوفاء به أو إعساره، ومن هذا المنطلق سعى الأفراد في ظل تعاملاتهم، إلى إيجاد وسائل أمان لكي تُعزز الارتباط الوثيق بين الائتمان و الضمان.

كما أن المُشرع قد تبنى مجموعة من الوسائل ليضعها في إطار مقنن يُسهل كيفية العمل بها، حيث أنه منح ضمانًا عامًا للدائن لاستيفاء حقه من المدين، يعني أن جميع أموال المدين هي ضمان للوفاء بديونه، وبالتالي فإن كل الدائنين متساويين في هذا الضمان، أي لهم نفس المرتبة، كما أن المُشرع أعطى لكل منهم مصلحة لحماية ذلك الضمان إلى حين حلول أجل الدين من خلال عدّة وسائل، كالدعوى المباشرة وغير مباشرة، وبالرغم من تكريس هذه الحماية إلا أن الدائن قد يقع في مواجهة مخاطر أخرى تُهدد حقه كإعسار المدين. ومن هذا المنطلق كان لا بُد من تعزيز مركز الدائن، وذلك من خلال منحه عدّة ضمانات تتمثل في التأمينات الشخصية و التأمينات العينية.

فالتأمينات الشخصية هي ضمانات قانونية ممنوحة للدائن من أجل استيفاء حقه في المستقبل عند حلول أجل الدين المضمون بها ، إذ أنها وسيلة لخلق الأمان في نفس الدائن، بوجود شخص آخر يمكن أن يطالبه بالوفاء، فهي تقتضي إلزام شخص آخر بالدين مع المدين. أما التأمينات العينية فهي تقوم على تخصيص مال معين يملكه المدين للوفاء بالدين أو لضمان الوفاء بالالتزام، ومن الضمانات القانونية كذلك الكفالة العينية العقارية، فهي تعد كدرع يقي من خطر تصرف المدين في هذا المال.

ورغم أهمية هذه الأخيرة فإن المشرع الجزائري لم يُنظمها بأحكام خاصة، إلا في نقاط متفرقة من القانون المدني مكتفياً بذلك على تنظيم أحكام الكفالة الشخصية، والتي تعتبر الأصل العام، وهذا ما دفع القضاء والفقهاء لاستنباط أحكام الكفالة العينية العقارية من الأنظمة المُشابهة لها، ولهذا وجب البحث في هذا الموضوع، لسد الفراغ التشريعي الموجود فيه.

وهذا ما سيكون موضوع بحثنا في مذكرة الماستر التي عنونها ب: الكفالة العينية العقارية.

أولاً: أهمية الموضوع

إن موضوع الكفالة العينية العقارية يستمد أهميته من عناصر تكوين هذه الكفالة وهي الشخص القائم بها، ومركزه القانوني الفعال، وتميزه عن الكفيل الشخصي بأحكام خاصة به، كما أنها تُعد ضماناً مهماً لتأمين حق الدائن في استيفاء حقه من الشخص المدين.

ثانياً: أهداف الدراسة فيما يأتي:

1) محاولة تحديد أصل الكفالة العينية العقارية وأهم الركائز التي تقوم عليها، وكذا وضع

إطار مفاهيمي لها وتحديد الطبيعة القانونية ونوع الالتزام القائم بها إما أنها التزام

شخصي أم التزام عيني.

2) معرفة نوع التأمين المُقدم من طرف الكفيل العيني، وما يترتب عنه من حقوق.

3) استنباط الأحكام المنظمة للكفالة الشخصية والرهن الرسمي و إسقاطها عليها.

ثالثاً: أسباب اختيار الموضوع:

يرجع اختيارنا للموضوع إلى أسباب ذاتية وأسباب موضوعية:

1- الأسباب الذاتية: تتمثل في الرغبة في معرفة الأحكام القانونية

المنظمة للكفالة العينية العقارية كونها ترد على العقار وهو مجال دراستنا

القانونية الأكاديمية.

2- الأسباب الموضوعية: تتمثل في قلة المراجع حوله وهو ما دفعنا

وشجعنا للبحث فيه باعتباره من المواضيع التي تحوي عنصر الجودة.

رابعاً: المنهج المُتبع:

للإجابة عن الإشكالية السابقة والتساؤلات الفرعية اعتمدنا بصفة أساسية على المنهج

الوصفي، وذلك من خلال عرض مختلف الجزئيات المتعلقة بالموضوع.

واعتمدنا أيضًا على المنهج التحليلي وذلك للإلمام بمختلف الآراء الفقهية وتفكيكها، واستنباط الطبيعة القانونية للكفالة العينية العقارية، وأيضًا تحليل النصوص القانونية المنظمة لكل من الكفالة الشخصية والرهن الرسمي لمحاولة إسقاطها على الكفالة العينية العقارية.

خامسًا: الدراسات السابقة:

إن الدراسات السابقة في موضوع الكفالة العينية العقارية قليلة جدًا، فلم يكن هناك دراسات سابقة كاملة تشملها، حتى أن الفقهاء غالبًا ما يشيرون لها في سياق عرض أحكام قانونية منظمة للكفالة، باستثناء دراستين تحصلنا عليهما حول موضوع الكفالة العينية العقارية.

حيث تمثلت الدراسة الأولى في مقال لغني ريسان جادر بعنوان الطبيعة القانونية للكفالة العينية، والمنشور من طرف كلية الحقوق في البصرة، العراق، سنة 2019م، إذ حاول من خلال مقاله تحديد الطبيعة القانونية للكفالة العينية العقارية، حيث تم عرض الجدل الفقهي القائم حول اعتبار الكفالة العينية العقارية التزامًا شخصيًا أم عينيًا.

أما الدراسة الثانية فتمثلت في دراسة مقارنة للقانون المدني المصري بعنوان محاولة لتأصيل أحكام الكفالة العينية لمحمد شكري سرور، والتي نُشرت في القاهرة، سنة 1987م، حاول فيها تأصيل أحكام الكفالة العينية وأحكام الكفالة الشخصية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى عرض مدى خضوعها لأحكام الرهن.

ومن هنا كانت الانطلاقة لمحاولة تعزيز وإعطاء إطار مفاهيمي للكفالة العينية العقارية وتحديد مفهومها وطبيعتها القانونية، وكذا خصائصها وأركان وجودها، وأيضًا تحديد نظامها القانوني والأحكام التي تُنظّمها.

سادسًا: الصّعوبات:

من الصعوبات التي واجهناها في دراستنا هذه هي قلة المراجع والدراسات المتخصصة في هذا الموضوع.

سابعًا: إشكالية البحث:

من خلال ماسبق ذكره حول التعريف بالموضوع يُمكن طرح الإشكالية التالية:

ما مدى فعالية الكفالة العينية العقارية في ضمان استيفاء
الدائن لحقه ضد المدين؟

ويندرج تحت هذه الإشكالية التساؤلات الفرعية التالية:

1. ماهي الطبيعة القانونية لعقد الكفالة العينية العقارية؟
2. ماهي أركان وشروط عقد الكفالة العينية العقارية؟
3. ماهي الآثار المترتبة عن عقد الكفالة العينية العقارية وطرق انقضائها؟

ثامناً: **خِطَّة البَحْث:**

للإجابة على الإشكالية المذكورة سابقاً ارتأينا صياغة **الخِطَّة** ضمن قالب ثنائي تتكون من
فصلين:

الفصل الأول بعنوان الإطار المفاهيمي للكفالة العينية العقارية وتناولنا فيه من
خلال بحثين، المبحث الأول سيتم التطرق إلى تحديد مفهوم الكفالة العينية العقارية من خلال
تعريفها وكذا تحديد طبيعتها القانونية، أما في المبحث الثاني فقد تم تخصيصه لتبيان طبيعتها
القانونية واستعراض أبرز خصائصها، على أن يتم في الفصل الثاني بيان الأحكام القانونية
للكفالة العينية العقارية ضمن بحثين، المبحث الأول حول أركان الكفالة العينية العقارية
وشروط صحتها، والمبحث الثاني خصصناه لآثار الكفالة العينية العقارية وطرق انقضائها،
الخاتمة.

الفصل الأول: الإطار

المفاهيمي للشفافة العينية

العقارية

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للكفالة العينية العقارية

رَكَز التشريع الجزائري على قواعد الائتمان و الثقة، وعمل على تعزيزها لدى الدائن، وذلك بالاستعانة بمبادئ قانونية حسب اختلاف درجاتها وفق مقدار الأمان الذي توفره، ومن أبرز هذه المبادئ مبدأ الضمان العام، والمتمثل في اعتبار كل أموال المدين عبارة عن ضمان عام لدائنيه، إلا أن قصور هذا الضمان في أغلب الأحيان أجبر المتعاملين به على استحداث ضمانات أخرى، والمتمثلة في شقين؛ الشق الأول عبارة عن ضمان عيني يقوم على تخصيص مال مملوك للمدين لضمان حق الدائن، أما الشق الثاني هو الضمان الشخصي، حيث أنه عبارة عن ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين، وهذه الأخيرة تُعد من أهم الصور المعروفة للكفالة كعقد مدني، إذ أن معاملات الأفراد المختلفة في محاولة إعطاء صبغة الأمان من طرفهم نتج عنها ضمان جديد يتمثل في تقديم شخص من الغير لضمان الوفاء بدين المدين الأصلي، لما له من مميزات كحق تتبع العقار المرهون في أي يد كان وكذا حق الأولوية في استيفاء الدين، ويعتبر هذا الضمان (العيني) أقوى من الضمان الشخصي، مما يجعلنا أمام نظام قانوني جديد يسمى الكفالة العينية العقارية.

لم يخصصها المشرع بتنظيم خاص، وإنما اكتفى بإشارات متفرقة للكفالة العينية بصفة عامة في مجمل المواد المنظمة للكفالة والرهن باعتبارها نظاماً هجيناً يجمع في تطبيقاته بين أحكامها، وللإحاطة أكثر بإطارها المفاهيمي في هذا الفصل، تناولنا مفهوم الكفالة العينية العقارية في المبحث الأول، وذلك من خلال التطرق إلى تعريف الكفالة العينية العقارية وكذا عرض الجدل الفقهي حولها ومن ثم التطرق إلى طبيعتها القانونية، أما المبحث الثاني فقد تم التطرق فيه إلى خصائص عقد الكفالة العينية العقارية وتمييزها عن المصطلحات المشابهة لها.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للكفالة العينية العقارية

المبحث الأول:

مفهوم الكفالة العينية العقارية

إن الكفالة نوعان: الأولى هي الكفالة الشخصية، حيث أن الأصل فيها تقدم شخص من غير المدين لضمان وفاء ما على المدين لدائنه، فيضم ذمته إلى ذمة المدين فيزيد من ضمان الدائن لأخذ حقه، ومنه فإن الكفالة تنشئ في ذمة الكفيل التزاما شخصيا ينفذ على جميع أمواله، وقد يرى الكفيل أن يقصر التزامه ويحدد في نفاذه على عقار معين من العقارات التي يملكها وهنا يظهر وهنا يظهر النوع الثاني من الكفالة، وهي الكفالة العينية العقارية، حيث تعد رابط قوي يحد ضمان الوفاء لدين المدين تجاه الدائن ذلك لأن العقار يتمتع بصفة الثبات. ليتضح لنا مفهوم النوع الثاني من الكفالة سنتطرق لتعريفها في المطلب الأول والمطلب الثاني خُصص لمعرفة الطبيعة القانونية للكفالة العينية العقارية.

المطلب الأول: تعريف الكفالة العينية العقارية

لكي نقوم بتحديد تعريف جامع ومانع للكفالة العينية العقارية وجب علينا تقسيم المطلب الأول إلى ثلاث فروع الفرع الأول التعريف اللغوي والفرع الثاني التعريف الفقهي و الفرع الثالث التعريف القانوني.

الفرع الأول: التعريف اللغوي للكفالة العينية العقارية

بالرجوع إلى المعاجم العربية نجد عدة تعاريف لغوية للكلمات التي يتكون منها هذا المصطلح، وهي ثلاث كلمات: الكفالة، عينية، عقارية
أولاً: الكفالة لغةً: ورد في معجم لسان العرب أن الكفالة لغة: من الفعل كفل، يكفل، كُفلاء، والمفعول مكفول، كفل به ضمنه، كفل المال، كفل الرجل: صَمَنَهُ¹.

1 ابن منظور محمد بن مكرم الإفريقي المصري، لسان العرب، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1990، ص 130.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للكفالة العينية العقارية

كفل دين شريعة: تعهد بدفعه في حال تمنعه أو عدم تمنعه من تسديده كَفَل، يَكْفُل، كَفَالَة، فهو كَفِيل كَفَل الشَّخْص صار كَفِيلًا وضمَامًا.¹

ثانيًا: العينية لغةً:

كلمة العينية أصلها عين (الإسم) في صورة مفرد مذكر، وتحليلها عينية، ونقصد بالدفعه العينية: دفعة غير نقدية.²

ثالثًا: العقار لغةً:

العقار هو المنزل والضيعة، يُقال: ما له دار ولا عقار.³

يُعرف العقار بأنه كل شيء يمثل أصلاً مستقراً أو ثابتاً في موقعه مما يؤدي إلى عدم قابليته الانتقال من موقع إلى آخر دون تعرضه للتلّف.⁴

العقار الحُرّ: ما كان خالص الملكية يأتي بدخل دائم يسمى ريعاً.⁵

الفرع الثاني: التعريف الفقهي للكفالة العينية العقارية

رغم تعدد التعاريف الفقهية إلا أنها لم تختلف عن التعريف اللغوي:

حيث عرفها محمد إبراهيم الموسي بأنها: "ضم ذمة مالية أخرى إلى ذمة المدين في ضمان الالتزام".⁶

1 ابن منظور، المرجع السابق، ص 130.

2 ابن منظور، المرجع نفسه، ص 135.

3 ابن منظور، المرجع نفسه، ص 597.

4 فريدة مزياي، دور العقار في التنمية المحلية، دفاثر السياسة و القانون، العدد 06، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2012، ص 49.

5 ابن منظور، المرجع السابق، ص 135.

6 محمد إبراهيم الموسي، نظرية الضمان الشخصي (الكفالة)، الجزء الأول، دار الثقافة والنشر بالجامعة، السعودية، 1991، ص 284.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للكفالة العينية العقارية

وعرّفها الدكتور محمد شكري سرور بأنها: " ذلك الاتفاق الذي بموجبه يقدم أحد الأشخاص، ويقال له الكفيل العيني، عقارا ضمانا لدين على غيره، ووسيلته الفنية لذلك هي رهن المال رسمياً، لينحصر في القيمة الاقتصادية لهذا المال الحد الأقصى لمسؤوليته عن هذا الدين".¹ كما عرّفها الدكتور سليمان مرقس بالقول: " أنها هي تلك الكفالة التي يقصر فيها الكفيل التزامه و يحدد نفاذه في مال معين من أمواله العقارية يخصصه لوفاء الدين وينشئ عليه رهناً لمصلحة الدائن".²

وتُعرف الكفالة العينية العقارية: بأنها تأمين عيني، حيث يقدم فيه الكفيل مالاً عقارياً مملوكا له لضمان الوفاء بالالتزام في ذمة شخص آخر و يسمى الكفيل هنا بالكفيل العيني، حيث يقوم برهن عقار يملكه لضمان الوفاء بالالتزام، وهو لا يضمن هذا الدين إلا في حدود المال الذي قدمه كتأمين له، فالضمان لا يرد على كل ذمته وبالتالي فالكفيل العيني لا يكون مسؤولاً شخصياً.³

من خلال ما سبق يمكننا تعريف الكفالة العينية العقارية بأنها: تُعتبر نوعاً من اتفاقات الضمان يتم بين الدائن وأجنبي عن الدين يسمى الكفيل العيني بحيث يقدم هذا الأخير ضماناً عينياً عقارياً للوفاء بدين المدين حتى بدون علمه أو رغم معارضته، فرضاً المدين ليس ركناً في هذا النوع من العقد، وقد يكون هذا الضمان أقل في حجمه من الضمان الذي تقدمه الكفالة العادية لكنه أكثر فاعلية بما يمنحه للدائن من ميزتي التتبع و الأولوية على المال المرهون ضماناً لحقه"، وبالتالي فإن هذا النوع من الكفالة أفضل إذ يمكن الدائن التقدم على باقي الدائنين وكذا تتبع العقار حتى لو خرج من ذمة الكفيل من جهة، ومن

1 محمد شكري سرور، دراسة مقارنة محاولة تأصيل أحكام الكفالة العينية، كلية الحقوق، مقال منشور بجامعة القاهرة، مصر، 1987، ص 03.

2 سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون، عقد الكفالة، مكتبة صادر للنشر، بيروت، لبنان، ط 04، 1863م، ص 179.

3 عبد الرزاق السنهوري، التأمينات العينية والشخصية، الجزء العاشر، دار إحياء التراث العربي للنشر، لبنان، ص 18.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للكفالة العينية العقارية

جهة أخرى يُمكن هذا النوع من الكفالة الكفيل من معاونة المدين دون أن يعرض للخطر سوى احد عناصر ذمته المالية فقط.¹

الفرع الثالث: التعريف القانوني (التشريعي) للكفالة العينية العقارية

لم يُعرف المشرع الجزائري الكفالة العينية بصفة عامة أو الكفالة العينية العقارية بصفة خاصة، بل تطرق إلى تعريف الكفالة في القانون المدني، وذلك وفق المادة 644²، حيث اتضح من نص المادة أن الكفالة عقد يتم بين الكفيل و الدائن دون مشاركة المدين فلا يشترط في الكفالة رضا هذا الأخير و موافقته، بل يمكن أن تتم الكفالة دون علمه أو رُغم معارضته.³ وهذا ما نصت عليه المادة 647 من القانون المدني الجزائري.⁴

ورُغم ذلك فالمدين له دور هام في وجود الكفالة حيث أن الكفيل ما تبرع بالكفالة إلا ليضمن التزام المدين الأصلي في وجوده، وانقضائه، وصحته، وكذا بطلانه، بل وفي أوصافه أيضًا.⁵ والتزام الكفيل قبل الدائن بوفاء ما التزم به المدين الأصلي إذا لم يقم هذا المدين بالوفاء، والتزام الكفيل التزام تبعي، يقوم تبعًا للالتزام الأصلي ولضمان الوفاء به، فهناك إذا علاقة أصلية بين الدائن والمدين وعلاقة تبعية بين الدائن نفسه وشخص آخر وهو الكفيل.⁶

1 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 05.

2 انظر المادة 644 من الأمر 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 31، الصادرة ب 13 مايو 2007م.

3 بدر الدين محمدي ، محاضرات في التأمينات الشخصية والعينية، مقدمة لطلبة السنة الثالثة حقوق، تخصص قانون خاص، قسم الحقوق، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي أحمد صالح، النعامة، الجزائر، 2019، ص 03.

4 انظر المادة 647 من القانون المدني.

5 بدر الدين محمدي ، المرجع السابق، ص 03.

6 دليلة معزوز، محاضرات مقياس التأمينات العينية والشخصية (الرهن الرسمي، الكفالة)، مقدمة لطلبة السنة الثالثة ليسانس، تخصص قانون خاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2021/2020، ص 89.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للكفالة العينية العقارية

تُعرف الكفالة العينية العقارية بأنها عقد يرتب بمقتضاه شخص يسمى الكفيل العيني تأميناً عينياً، كأن يقدم الكفيل مالا منقولاً أو عقارياً من أمواله رهناً لضمان الوفاء بالدين في ذمة شخص آخر، و الكفيل العيني يضمن الدين في حدود قيمة المال المخصص لذلك، كما أنها تنتهي بمجرد انتهاء أو فقد الكفيل لحيازة المال لأي سبب من الأسباب، والكفيل هنا يجمع بين صفتي الكفيل والراهن، مما يعني أن يسري عليه أحكام الكفالة و الرهن في نفس الوقت¹.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للكفالة العينية العقارية

لتحديد الطبيعة القانونية للكفالة العينية العقارية و معرفة كونها التزاما عينيا أو تأميناً عينياً سنقسم هذا المطلب إلى فرعين الفرع الأول بعنوان الكفالة العينية العقارية التزام عيني و الفرع الثاني بعنوان الكفالة العينية العقارية تأمين عيني.

الفرع الأول: الكفالة العينية العقارية التزام عيني

عَرَّفَ الفقهاء الالتزام العيني بأنه: " ذلك الالتزام الذي يجد الشخص نفسه ملزماً بأداء عمل نحو شخص آخر". ويرى آخرون أن سبب هذا الالتزام ينحصر في أن المدين أو الغير الذي قدم الضمان (الكفيل العيني) هو مالك العين"، و بالتالي وجد الالتزام بسبب وجود حق شخص معين على عين معينة.² و لمعرفة مدى انطباق الالتزام العيني على الكفالة العينية العقارية، سنحاول تكييف المركز القانوني للكفيل العيني، و مدى انطباق الالتزام العيني عليه، وذلك من خلال استعراض الاتجاهات الفقهية في هذه المسألة والمتمثلة في اتجاهين:

أولاً: الاتجاه الأول: يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى تكييف المركز القانوني للكفالة العينية العقارية على أساس الالتزام العيني؛ لأن الالتزام يركز في العين، فيلاحقها أينما انتقلت، و ينقضي هذا الالتزام بفناء تلك العين، و بذلك فالالتزام هنا يتجرد من نسبته إلى الشخص،

1 زاهية حورية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الأمل للطباعة والنشر و التوزيع، نيزي وزو، ط 03، 2004، ص 15.

2 غني ريسان جادر، الطبيعة القانونية للكفالة العينية، مقال بمجلة دراسات البصرة، العراق، العدد 32، 2019، ص 14.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للكفالة العينية العقارية

بل ينتزع وجوده من المال و تزول مسؤولية الكفيل العيني إذا تخلى عن هذا المال، و بالتالي فإن مسؤولية الكفيل العيني هي مسؤولية عينية.¹

ثانياً: الاتجاه الثاني: لقد رفض أصحاب هذا الاتجاه تأسيس المركز القانوني للكفالة العينية العقارية على فكرة الالتزام العيني و كيفها بالاستعانة بعنصر المديونية و المسؤولية في الالتزام ، حيث أنه فضل تأصيل مركز الكفالة العينية العقارية بالاستعانة بعنصر المديونية و المسؤولية في الالتزام ، إذ يرى أن الركيزة في هذا الصدد هي أن كل التزام يجب أن تتوفر فيه المديونية على أن ذلك لا يقتضي حتما توافر المسؤولية المطلقة عن أداء الالتزام ، بل يجوز الحد من هذه المسؤولية.²

الفرع الثاني: الكفالة العينية العقارية تأمين عيني

تُعرف التأمينات بأنها " تلك الوسائل التي تضمن الدائن استيفاء حقه و تقيه إفسار مدينه المحتمل و تحيطه بالثقة، التي يستطيع بها الحصول على دينه "، وهذه التأمينات نوعان عينية وشخصية، أما التأمينات العينية أي المتعلقة بالعين تكون " بتخصيص مال معين مملوك للمدين أو لغيره للوفاء بدين الدائن، فيستوفي الدائن حقه من هذا المال قبل غيره من الدائنين و يتتبعه أينما كان و يسمى تأمين عيني؛ لأنه يرد على مال معين".³

وأما التأمينات الشخصية فهي ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي، فيصبح للدائن بدلا من مدين واحد مدينان أو أكثر، كلهم مسؤولين عن الدين، إما في وقت واحد أو على التعاقب. و بذلك يكفل حق الدائن، لا ذمة واحدة هي ذمة المدين، بل أكثر من ذمة فإذا أفسر المدين رجع الدائن على غيره من المسؤولين الآخرين عن حقه، وقد يرى في ذلك تأمينا كافيا لحقه.⁴ و لبيان مدى انطباق التأمين العيني على الكفالة العينية العقارية سنقوم بتكييف المركز

1 غني ريسان جادر، المرجع نفسه، ص 21.

2 غني ريسان جادر، المرجع نفسه، ص 14.

3 محمد صبري السعدي، التأمينات العينية و الشخصية، الكفالة الشخصية، دار الهدى للنشر، عين مليلة، الجزائر، (د، ط)، 2011، ص 17.

4 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، التأمينات الشخصية و العينية ، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2004، ص 05.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للكفالة العينية العقارية

القانوني للكفيل العيني، و ما مدى انطباق التأمين العيني عليه، من خلال استعراض اتجاهات الفقهاء في هذه المسألة والمتمثلة في اتجاهين هما:

أولاً: الاتجاه الأول: يرى بعض الفقهاء أن الكفالة العينية العقارية تعد في أصلها رهنا رسمياً ؛ لأن الكفيل يقدم مالا عقاريا مملوكا له لضمان حق الدائن، فالكفالة العينية العقارية يغلب فيها معنى العينية على معنى الكفالة الشخصية؛ لأنها في الواقع تأمين عيني لا تأمين شخصي، و هذا التأمين العيني يتميز بأن الذي يقدمه ضمانا لحق الدائن ليس هو المدين، بل هو شخص آخر غير المدين يضمه بتقديمه لعين مملوكة له يجعلها رهنا في التزام المدين.¹

ثانياً: الاتجاه الثاني: يرى البعض الآخر من الفقهاء أن الكفالة العينية العقارية هي مزيج بين التأمين العيني و التأمين الشخصي، أي أنها تجمع بين نوعي التأمينات الخاصة بتقديم الكفيل العيني عينا عقاريا مملوكا له ضمانا لدين الآخر، و ذلك بأن يقدم العقار رهنا لأداء دين المدين، و هنا يعتبر مالك العقار كفيلا شخصيا من جهة؛ لأنه ضمن دين شخص آخر، و كفيلاً عينياً لأنه قدم مالا عينياً عقارياً مخصص لضمان الدين، ولا يكون مسؤولاً إلا بمقدار ما قدمه.²

المبحث الثاني: خصائص عقد الكفالة العينية العقارية و تمييزها عن المصطلحات المشابهة لها

استناداً إلى تعريف عقد الكفالة الوارد في المادة 644 من القانون المدني الجزائري ، و على اعتباره عقد مستقلاً بذاته، يتضح أن عقد الكفالة لديه مجموعة من الخصائص عامة وخاصة، حيث سنتعرف عليها في المطلب الأول أما المطلب الثاني فسنخصصه للتمييز بين الكفالة العينية العقارية و المصطلحات المشابهة لها.

1 غني ريسان جادر، المرجع السابق ، ص 29-30.

2 غني ريسان جادر، المرجع السابق، ص 31.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للكفالة العينية العقارية

المطلب الأول: خصائص الكفالة العينية العقارية

تستمد الكفالة العينية العقارية أهم خصائصها العامة من الكفالة الشخصية، باعتبارها الأصل العام، و هذا ما سيتم عرضه في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني سنتطرق للخصائص الخاصة بها باعتبارها نظاماً مستقلاً.

الفرع الأول: الخصائص العامة للكفالة العينية العقارية

تتمثل الخصائص العامة في أن عقد الكفالة العينية العقارية عقد ملزم لجانب واحد (أولاً)، وأنه عقد تبعية (ثانياً)، وعقد تبرعي (ثالثاً).

أولاً: الكفالة العينية العقارية عقد ملزم لجانب واحد

لا تتعقد الكفالة إلا بين الكفيل و الدائن، أما المدين فهو غريب عنها، فنجد الكفيل يلتزم قبله بشيء، و من هنا كانت الكفالة عقداً ملزماً لجانب واحد، أي الكفيل ولا يغير من طبيعة هذا العقد، و اعتباره عقداً ملزماً لجانب واحد، إذ ينتج عن ذلك التزامات على الدائن لا يمكن وفاقها أن ينقلب عقد الكفالة إلى عقد ملزم للجانبين¹:

1. التزام الدائن بتسليم الكفيل أثناء وفائه للدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع عليه، أما إذا كان الدين مضموناً بمنقول مرهون أو محبوس، فيجب على الدائن أن يتخلى عنه الكفيل.
2. التزام الدائن بالمحافظة على تضمن الحق بجانب الكفالة، و إلا وجب أن تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضره الدائن بخطئه من تأمينات.
3. وجوب اتخاذ إجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل له، و إلا برأت ذمة الكفيل ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً.

1 رمضان محمد أبو السعود، همام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية و العينية، دار المطبوعات الجامعية أمام كلية الحقوق، ت 4822829 الإسكندرية، مصر، المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجامعية، 1998، ص 32 - 33.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لكفالة العينية العقارية

إن عقد الكفالة العينية العقارية ينشأ بين الدائن و الكفيل العيني فقط، أين يتعهد هذا الأخير أمام الدائن بالوفاء بالدين إذا أعسر المدين أو رفض للوفاء به.¹ و لكن ذلك لا يمنع من أن تكون الكفالة العينية العقارية عقدًا ملزمًا للجانبين إذا التزم الدائن نحو الكفيل بدفع مقابل في نظير كفالته للمدين، فيصبح كل من الكفيل والدائن ملتزمًا نحو الآخر، ويكون عقد الكفالة العينية العقارية في هذه الحالة ملزمًا للجانبين.²

ثانيا : الكفالة العينية العقارية عقد تبعية

إن خاصية التبعية تتمثل في إنشاء التزام الكفيل تبعيًّا، بل وحتى إذا اشترط التضامن فإن الكفالة تبقى لها صفة التبعية لالتزام المدين، فالتضامن لديه فائدة واحدة في الكفالة ألا وهي عدم استعمال الكفيل للحق في التجريد، ولكنه لا يُقلب التزام الكفيل إلى التزام أصلي فالكفيل المتضامن يضل كفيلاً ويلتزم بناءً على ذلك بطريق تبعية.³ تتميز الكفالة بصفة عامة و الكفالة العينية العقارية بصفة خاصة بتبعيتها الضيقة و المباشرة للالتزام الأصلي المكفول، و هذا يعود إلى محل التزام المدين الأصلي عند عدم الوفاء به، و رغم وجود علاقتين: علاقة بين المدين و الدائن، وعلاقة بين الدائن و الكفيل، و ما يترتب عليهما من التزامين مستقلين، إلا أنه يوجد دين واحد يجب الوفاء به؛ و بالتالي كل ما يمس هذا الدين فإنه ينعكس تلقائياً على التزام الكفيل العيني، و منه يمكننا القول أن كل ضمان لا يتوفر فيه عنصر أو صفة التلهية فإنه لا يعتبر كفالة.⁴

و على هذا الأساس اعتبرت التبعية من الركائز الأساسية بالنسبة للكفالة بصفة عامة و الكفالة العينية العقارية بصفة خاصة، إذ تضمنت المادة 648 من القانون المدني بأن صحة الكفالة العينية العقارية لا تكون إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً. وطبقاً للمادة 652 فإن الكفالة

1 أحمد زواوي، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، المجلة القضائية، العدد 02، الصادرة في 2000، ص 08.

2 عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 20.

3 رمضان محمد أبو السعود، همام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية و العينية، المرجع السابق، ص 37.

4 محمود بكر محمود، صفة التبعية لالتزام الكفيل الشخصي في عقد الكفالة، المجلة الدولية للعلوم الإنسانية و الاجتماعية العراق، العدد 23، 2021، ص 06.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لكفالة العينية العقارية

العينية العقارية لا يمكن أن تكون أكبر من المبلغ المستحق على المدين، إذ لا يُشترط أكثر من شروط الدين المكفول.¹

و يترتب على صفة التبعية مايلي²:

1. الكفالة العينية العقارية لا تكون صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا.
2. لا تجوز الكفالة العينية العقارية أكبر مما هو مستحق على المدين و لا يشترط أشد من شروط الدين المكفول.
3. يترتب على تحديد الالتزام المكفول انقضاء التزام الكفيل العيني، و ينشأ مكانه التزام جديد، إلا إذا كان هناك اتفاق خلاف ذلك.

ثالثا : الكفالة العينية العقارية عقد تبرعي

في خاصية التبرعية يلتزم الكفيل بوفاء الدين عن المدين بدون مقابل، وهذا في العلاقة بين الدائن والكفيل، لأن هذا الأخير يقوم بتأدية خدمة بدون مقابل، فهو يلتزم بضمان التزام المدين الأصلي دون تلقي أي مقابل من الدائن، وما ينبغي التنبيه إليه أنه في هذه العلاقة تكون الكفالة دائما تبرعية، أي أن الدائن لا يُعطي أي مقابل للكفيل نظير كفالته، أما في حالة تعهد الدائن بتقديم مال مقابل التزام الكفيل، فإننا نكون بصدد عقد الكفالة، بل تأمين ائتمان: وبهذا يصبح عقدا أصليا لا تابعا واحتماليا ولا محددًا.³

طبقًا للقواعد العامة فإن عقد التبرع هو العقد الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلا لما يعطي، مع انصراف النية لذلك.⁴ حيث ذهب غالبية شراح القانون المدني إلى أن عقد الكفالة بصفة عامة و الكفالة العينية العقارية بصفة خاصة عقد تبرع ، و يرى السنهوري أن الكفالة هي تبرعية بالنسبة للكفيل ، أما بالنسبة للمدين فهي عقد معاوضة؛ لأن الدائن قد حصل على

1 انظر المواد 648 و 652 من القانون المدني.

2 سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون - عقد الكفالة _ المرجع السابق ، ص 106.

3 زاهية حورية سي يوسف، الوجيز في عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري- دراسة مقارنة-، دار هومة للنشر، (د،ط)، الجزائر، 2018، ص 29-30.

4 شوقي بناسي، قانون العقود، دراسة في القانون المدني الجزائري و الفرنسي و الفقه الإسلامي، الجزء الأول، بيت الأفكار للنشر، الطبعة الأولى، 2022، ص 382.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للكفالة العينية العقارية

مقابل لما قدمه من دين للمدين بناء على القاعدة القانونية القائلة بأنه: "ليس من الضروري في عقود المعاوضة أن يكون العوض أُعطي لأحد المتعاقدين، بل يكفي إعطاؤه للغير وهو المدين"¹، والعقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسبة لأحد المتعاقدين وتبرعاً بالنسبة للمتعاقد الآخر، كما أن التبرع لا يُشترط فيه أن يكون المتبرع قد تبرع لمتعاقد آخر.²

ولفصل الخلاف بين الفقهاء وجب وضع أساس للنظر في العلاقة بين الطرفين (الدائن و الكفيل)، فإذا كان الكفيل يلتزم قبل الدائن دون مقابل كان تبرعاً، و إذا التزم الدائن بإعطاء الكفيل مبلغاً في مقابل تدخله بالضمان كان العقد معاوضة، ومنه نجد في علاقة الدائن بالكفيل أن العقد بينهما يصبح معاوضة، وذلك إذا أخذ الكفيل من المدين مقابلاً للكفالة ومنح الدائن المدين في مقابل حصوله على الكفالة أجلاً أو تنازلاً عن رهن يضمن الدين، أما في حالة عدم حصول الكفيل على مقابل للكفالة فإن هذه الأخيرة تُعد من عقود التبرع، إذ أن الكفيل لم يحصل على شيء، كما أن الدائن لم يحصل من الكفيل على شيء، غير استيفائه لحق الوفاء بما يستحق له، بينما في حالة حصول الدائن على مُقابل الذي يتمثل في الضمان الذي حصل عليه في هذه الذمة الجديدة، التي انضمت إلى ذمة المدين الجديد، إذ أن لهذا الضمان ميزة للدائن دفعته إلى ائتمان المدين، كما يكفي أن يكون العقد للمعاوضات بحصول أي طرف على أي شيء من الطرف الآخر. إذاً فالكفالة إن كانت تبرعاً بالنسبة للكفيل، إلا أنها لا تُعد تبرعاً في نظر الدائن، فهي دائماً من المعاوضات.³

الفرع الثاني: الخصائص الخاصة للكفالة العينية العقارية

تتميز الكفالة العينية العقارية ببعض الخصائص الخاصة، باعتبارها نظاماً خاصاً أو عقداً ذا طبيعة خاصة، و تتمثل هذه الخصائص فيما يلي:

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، التأمينات العينية الكفالة الشخصية، دار الهدى لنشر الجزائر، 2011، ص 26.
2 رمضان محمد أبو السعود، همام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية و العينية، المرجع السابق، ص 35-36.
3 نساخ فاطمة، عقد الكفالة وفق القانون المدني الجزائري، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2019، ص 16.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للكفالة العينية العقارية

أولاً: الكفالة العينية العقارية التزام عيني

عرف بعض الفقهاء الالتزام العيني بأنه ذلك الالتزام الذي يكون في الحالة التي يجد فيها الشخص ملزماً بأداء عمل نحو شخص آخر، و لكن هذا الالتزام ينحصر في عين معينة يملكها، فهنا وجد الالتزام بسبب وجود ملكية العين، و يُعرف هذا النوع من الالتزام بأنه: "التزام ينشأ بسبب وجود حق عيني لشخص معين على عين معينة"¹. وقد أقر بعض الأنصار بأنه في حالة الكفالة العينية العقارية بأن الشيء المقدم كضمان للدين هو الذي يقع عليه الواجب و ليس مالك هذا الشيء مؤكداً أن الكفيل الحقيقي يكون هذا المال، و هو الذي يضمن بقيمة الدين تماماً كالكفيل في الكفالة الشخصية إذ يضمن الدين بكل ثروته، كل ما في الأمر أنه يجب أن يكون لهذا المال المقدم كضمان ممثل قانوني يمكنه أن يعبر عن الرضا في هذا الالتزام و كذا اقتضاء الدين منه من طرف الدائن في حالة إفسار المدين و هذا الممثل هو الكفيل العيني.²

ثانياً: الكفالة العينية العقارية عقد شكلي

تعتبر الشكلية شرطاً ضرورياً لإثبات التزام الكفيل حيث ينشأ التصرف القانوني بواسطة الإرادة، ويتخذ التعبير عنها عدة صور كالكتابة واللفظ و الإشارة ويكون للفرد اختيار الصورة المناسبة التي تُعبر عن إرادته، وهو ما يُطلق عليه بالرضائية وتعتبر هذه الأخيرة أساس العقود كأصل عام، ومنه فإن عقد الكفالة عقد رضائي لا يتطلب فيه المشرع لقيامه شكلاً صحيحاً، حيث لا يمكن تصور وجود عقد كفالة عينية (أي رهن عقار)؛ دون وجود عقد مكتوب، فالكتابة التي أقرها المشرع الجزائري هي للإثبات وليست للانعقاد تطبيقاً للمادة 645 من القانون المدني.³

لكن استثناء فإن الكفالة العينية العقارية هي كفالة تتغلب فيها العينية على الشخصية، وهي عقد يجمع بين أحكام الكفالة كتأمين شخصي و الرهن الرسمي كتأمين

1 غني ريسان جادر، المرجع السابق، ص10.

2 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 8.

3 انظر المادة 645 من القانون المدني.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للكفالة العينية العقارية

عيني، و كما هو متعارف فإن التأمينات العينية تتمثل في تخصيص مال معين لضمان دين المدين، فقد يكون المال عقارا؛ و بالتالي نكون بصدد الرهن الرسمي و أحكامه، إذ ألزم المشرع إخضاعه للرسمية، و ذلك من خلال المادة 883 من القانون المدني.¹

وبموجب المادة 324 من القانون المدني الجزائري، فإن العقد الرسمي هو عقد يُثبت فيه شخص مؤهل قانونًا ما تلقاه من أطراف هذا العقد في حدود المهام والصلاحيات المُكلف بها.² ولإشارة فإن هذه المادة قد تم تعديلها وتتميمها بالمادة 324 مكرر 01 إلى مكرر 07، حيث تضمنت إضافة للعقود المنصوص عليها قانونًا العقود التي يجب تحريرها في شكل رسمي وهي العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية، ودفع ثمنها للجهة المختصة، وكذا إيداع الأموال الناتجة عنها لدى مُحَرر العقد، وكل ذلك يتم تحت طائلة البطلان.³

المطلب الثاني: التمييز بين الكفالة العينية العقارية والمصطلحات المشابهة لها

تتشارك الكفالة العقارية العينية مع بعض المصطلحات المشابهة لها في خصائص معنية، إلا أن لكل منها أحكامًا قانونية مستقلة تميزها عن الأخرى، و منه وجب علينا التمييز بين الكفالة العينية العقارية و بعض المصطلحات المشابهة، وتم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، حيث سُنَّص الفرع الأول للتمييز بين الكفالة العينية العقارية وبين الكفالة الشخصية، وفي الفرع الثاني يتم التمييز بين الكفالة العينية العقارية و الرهن الرسمي، أما في الفرع الثالث التمييز بين الكفالة العينية العقارية والكفالة الشخصية المضمونة برهن.

الفرع الأول: التمييز بين الكفالة العينية العقارية و بين الكفالة الشخصية

قبل التمييز بين الكفالة العينية العقارية و الكفالة الشخصية سنقوم بتعريف كل منهما على حدى ثم بيان أوجه الشبه والاختلاف بينهما.

1 انظر المواد 645، 883 من القانون المدني.

2 انظر المادة 324، من القانون المدني.

3 انظر المادة 324 مكرر 01، من القانون المدني.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للكفالة العينية العقارية

لقد سبق وأن عرفنا الكفالة العينية العقارية في المبحث الأول لذا سنمر مباشرة إلى تعريف الكفالة الشخصية.

أولاً: الكفالة الشخصية هي ضمان يضمن فيه الكفيل أداء الدين إذا لم يف به المدين، إذ يجوز للدائن أن يستوفي حقوقه من أموال المدين أو إذا لم يكفي المال الأول، حيث أن الكفالة ترد على الضمان العام للكفيل أي على كل أمواله دون تخصيص.¹ حيث تُسمى بالتأمين الشخصي، إذ يلتزم فيها الكفيل ب ضمان الوفاء بالدين إذ لم يف به المدين الأصلي، وهي تنقسم بدورها إلى كفالة بسيطة و تضامنية.²

1/ الكفالة البسيطة:

الكفالة البسيطة هي التي يكون فيها الكفيل واحدا فلا يوجد فيها تضامن ومحلها واحد وتاريخ الوفاء به محدد، فهي ليست مضافة إلى أجل، ولا معلقة على شرط وهي الأصل.³

2/ الكفالة التضامنية:

الكفالة التضامنية هي التي يتعدد فيها الكفلاء سواء بموجب عقد كفالة بموجب عقد واحد يربطهم مع الدائن أو بموجب عدة عقود كفالة متتالية، فإذا تعدد الكفلاء بموجب عقد واحد كان هناك مجال للدفع بالتقسيم، أما إذا تعدد الكفلاء بموجب عقود متتالية وجب على الدائن التنفيذ أولاً على المدين الأصلي ثم على الكفلاء الواحد تلو الآخر متتابعين بكل حسب تاريخ ترتيبه تصاعدياً، إما للمطالبة بكل الدين أو بالجزء المتبقي، الذي لم يف به الكفيل السابق في الترتيب... وهكذا حتى تصل إلى الكفيل الأخير أو حتى يسدد كامل الدين.⁴

1 نادية ليونسي حداد ، عقد الكفالة في القانون المدني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 04، الصادرة سنة 1999، ص 11.

2 محمد حسين منصور، النظرية العامة للإئتمان، دار الجامعة الجديدة للنشر، ط 01، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 79.

3 محمد حسين منصور، المرجع نفسه، ص 79.

4 محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 79.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للكفالة العينية العقارية

تشترك الكفالة العينية العقارية مع الكفالة الشخصية في أن كليهما يمثل ضمانات لوفاء المدين بالتزامه و بأنهما تابعتان للالتزام الأصلي،¹

في حين يختلفان في النتائج التالية:

أ. أن الكفالة الشخصية تختلف عن الكفالة العينية العقارية في أن الكفيل الشخصي يكون مسؤولاً في كل أمواله، أما الكفالة العينية العقارية فهي تتحد بشيء (العقار)، مرهون لصالح الدائن.

ب. الكفالة العينية العقارية تكون من المدين بتقديم مال معين من أمواله لضمان الوفاء بما عليه، أما الكفالة الشخصية فهي أن يقوم شخص بضمان الوفاء بجميع أمواله (الكفيل).

2

ج. الكفالة العينية تمنح للدائن مركز خاص و ممتاز تجنبه خطر إفسار المدين و الكفيل بحيث يكون له بالإضافة إلى الضمان العام للمدين سلطة التنصيب على الشيء المقدم من الكفيل وهي السلطة التي تخوله حق التتبع و الأولوية في استيفاء حقه، أما الكفالة الشخصية تقوم على فكرة تعدد المسؤولين عن الوفاء بالدين وبذلك يستطيع الدائن الرجوع عليه وبذلك يقوي الضمان العام.³

الفرع الثاني: التمييز بين الكفالة العينية العقارية و بين الرهن الرسمي

لقد نظم المشرع الجزائري الرهن الرسمي في القانون المدني في الباب الأول من الكتاب الرابع المخصص للحقوق العينية التبعية، أو ما يسمى بالتأمينات العينية، حيث نجد في المادة 882

1 زكي محمود جمال الدين، دروس التأمينات الشخصية و التأمينات العينية، (د، ط)، 1974، ص.29.

2 زكي محمود جمال الدين، المرجع نفسه، ص30 .

3 حداد ليونسي، عقد الكفالة في القانون المدني، مقال منشور للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية العدد 04، الصادرة سنة 1999، ص 11.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للكفالة العينية العقارية

تضمنت أن الرهن الرسمي حق عيني يكسب به صاحبه عقار للوفاء بدينه وبمقتضاه يتقدم على الدائنين الآخرين في استيفاء حقه من ثمن العقار.¹ وعرف بعض الفقهاء الرهن الرسمي على أنه:

" حق عيني ينشأ بموجب عقد رسمي هو الرهن، و يتقرر ضماناً للوفاء بدين و هذا الحق العيني يتقرر على حق مملوك للمدين أو لكفيل عيني، و بموجبه يكون للدائن الحق في استيفاء دينه من ثمن هذا العقار مقدماً في ذلك الدائنين العاديين لمالك هذا العقار، و للدائنين أصحاب الحقوق العينية على هذا العقار المتأخرين في المرتبة، و متتبعا هذا العقار تحت يد من انتقلت إليه ملكيته".²

يتفق عقد الرهن الرسمي و عقد الكفالة العينية العقارية في أن كليهما يعد من عقود الضمان، و منه يمكن القول أن الرهن الرسمي هو حق تبعي ينشأ بموجب عقد رسمي و هو عقد الرهن، و يتقرر ضماناً للوفاء بدين على عقار مملوك للمدين.

ويختلفان في أن الالتزام في الكفالة العينية العقارية يكون مالاً قدمه الكفيل العيني، أما في الرهن الرسمي فيكون مالاً قدمه المدين الأصلي، أما من حيث محل الضمان فالكفيل يقدم مالاً لضمان دين غيره بينما الراهن في الرهن الرسمي يقدم مالاً لضمان دين نفسه.³

الفرع الثالث: تمييز الكفالة العينية العقارية عن الكفالة الشخصية المضمونة برهن

كما أوردنا سابقاً بأن الكفالة الشخصية هي التزام الكفيل بالوفاء بدين المدين في حالة إعساره، وترد الكفالة الشخصية على الضمان العام للكفيل؛ أي على أمواله دون تخصيص، أما الكفالة الشخصية المضمونة برهن، أي في حالة عدم يسر الكفيل، ليقدم هذا الأخير تأميناً عينياً عقارياً لتأكيد تعهده الوفاء بالدين في حالة عدم وفاء المدين.

1 انظر المادة 882 من القانون المدني.

2 سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية و الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 19.

3 عبد الرزاق أحمد السنهوري، التأمينات العينية و الشخصية، الكفالة الشخصية (د، ط)، دار الهدى للنشر، الجزائر،

2011، ص 18.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للكفالة العينية العقارية

تتمثل أوجه التشابه في أنها لا تكون ذمة الكفيل الشخصي المالية سوى المال المرهون ضمانا لكفالته، إذ أن النتيجة واحدة في الحالتين.

أما أوجه الإختلاف تكمن في محل الضمان، حيث يضمن الرهن في الكفالة العينية العقارية في الالتزام الأصلي، و يكون الارتباط بين عنصر الكفالة والرهن ارتباط لا يقبل الانفصال إذ لا يوجد أحدهما إلا بوجود الآخر، حيث يضمن في الكفالة الشخصية التزام تباعي وكل منهما لا يقبل التجزئة لأي سبب بسيط، وهو أنه يمكن أن توجد بدونه وهي قائمة حتى في بطلانه.¹

1 محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 05.

خلاصة الفصل الأول

في نهاية الفصل الأول نخلص إلى أن عقد الكفالة العينية العقارية هي تخصيص عقار مملوك للغير على سبيل الرهن لضمان الوفاء بدين المدين الأصلي، فالكفيل العيني لا يكون ملزمًا التزامًا شخصيًا بأداء الدين، بل الذي يضمن الدين هو المال الذي قدمه الراهن، وهي عقد هجين يصعب تحديد طبيعته القانونية، وبالتالي إعطاء التكييف الصحيح للمركز القانوني للكفيل العيني، فكان الجدل قائمًا حول اعتبارها التزامًا شخصيًا أم عينيًا، وهل هي تأمين شخصي أم عيني، رغم أن الفقه قد غلب العينية على الشخصية، إلا أننا نرى أنها عقد ذو طبيعة خاصة يجمع بينهما في أحكامه، فهي خليط بين ركائز الكفالة الشخصية، سواء من حيث خصائصها كالتبعية والإلزام من جانب واحد وغيرها، وكذا ركائز وجود الرهن الرسمي من حيث اعتبارها عقد شكلي كأبرز خاصية له، وبالتالي ينتج عن تخلفها البطلان المطلق.

الفصل الثاني: الأحكام القانونية للكفالة العينية العقارية

الفصل الثاني: الأحكام القانونية لكفالة العينية العقارية

إذا كانت الكفالة العينية العقارية مستوفية لأركانها وشروطها، فإنها تكون صحيحة بين طرفي العقد، أي بين الدائن والكفيل العيني، وتعتبر الكفالة العينية العقارية عقدًا فرعيًا يقوم على الالتزام الأصلي، وتتشأ علاقة بين الكفيل العيني والمدين، خاصة إذا وفي الكفيل بالالتزام، وعليه سنقسم هذا الفصل لمبحثين، ليتم التطرق لأركان وشروط الكفالة العينية العقارية في المبحث الأول، أما في المبحث الثاني فقد تم تخصيصه لآثار الكفالة العينية العقارية وطرق انقضائها.

الفصل الثاني: الأحكام القانونية لكفالة العينية العقارية

المبحث الأول:

أركان وشروط عقد الكفالة العينية العقارية:

الكفالة العينية العقارية شأنها شأن العقود الأخرى تتطلب لانعقادها توافر الأركان المعروفة، و توافر جملة من الشروط التي تربط بين شخصين و هما الكفيل العيني و الدائن، و لهذا فنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث سنعالج في المطلب الأول أهم الأركان التي تقوم عليها الكفالة العينية العقارية، أما المطلب الثاني فنخصصه لشروط الكفالة العينية العقارية.

المطلب الأول: أركان عقد الكفالة العينية العقارية

لدراسة الأركان التي تقوم عليها الكفالة العينية العقارية سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول خصصناه للأركان العامة للكفالة العينية العقارية، أما الفرع الثاني خصصناه للأركان الخاصة للكفالة العينية العقارية.

الفرع الأول: الأركان العامة لكفالة العينية العقارية

كما سبق ورأينا أن الكفالة العينية العقارية هي عقد بين الكفيل والدائن، يلتزم بمقتضاه الكفيل بأن يف بالالتزام الأصلي إذا لم يف به المدين، ومعلوم أن لكل عقد أركاناً يقوم عليها، وهي كالاتي: الرضا، المحل، السبب.

أولاً: الرضا في عقد الكفالة العينية العقارية

عقد الكفالة من العقود الرضائية التي لا يشترط في انعقادها أي شكل خاص، فتتعد الكفالة بمجرد تطابق إرادتي طرفيها وهما الكفيل والدائن¹، أما المدين الذي تقعد الكفالة عادة لمصلحته ليس طرفاً في عقد الكفالة ولا يشترط رضائه بها، بل تتعد صحيحة رغم معارضته أو دون علمه، وهذا ما جاء في المادة 647 من ق-م-ج، بأنه تجوز كفالة المدين دون علمه ورغم معارضته.²

1 سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 36.

2 انظر المادة 647 من القانون المدني.

الفصل الثاني: الأحكام القانونية لكفالة العينية العقارية

أما بالنسبة للوكالة، فإنه إذا أراد الكفيل أن يعطي توكيلاً لشخص ما بالكفالة، وجب أن يكون التوكيل خاصاً ومحددًا؛ لأن عقد الكفالة من عقود التبرع، أما بالنسبة للدائن فتكفي الوكالة العامة، لأنه يستفيد من الوكالة بلا مقابل.¹ ويُلاحظ أن القواعد العامة بالنسبة للتدليس والإكراه وفقًا للمواد 86 و 88 من ق-م-ج، تقضي أنه في حالة وقوع التدليس أو الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أو المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بالتدليس أو الإكراه؛ وعليه فإن الكفيل لا يستطيع طلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن الدائن كان يعلم بالتدليس والإكراه.²

ثانياً: المحل في عقد الكفالة العينية العقارية

باعتبار أن الكفالة العينية العقارية هي عقد ذو طبيعة خاصة تجمع بين أحكام الكفالة الشخصية وأحكام الرهن، فإنه يمكن القول: أنها تقوم على محلين، أو ذات محل مزدوج، يتمثل الأول في الالتزام الأصلي القائم بين المدين والدائن باعتبار أن الكفالة هي ضمان لهذا الالتزام، أما الثاني فيتمثل في العقار المكفول به أو المقدم للضمان من طرف الكفيل العيني وسنبين ذلك النحو التالي:

أ - الالتزام الأصلي

تبرم الكفالة لضمان دين في ذمة المدين حيث يعتبر الدين المكفول هو الالتزام الأصلي وليس من الضروري أن يكون هذا الدين موجود وقت إبرام العقد، وإنما يمكن أن توجد فيما بعد كفالة الدين المستقبلي أو الدين الشرطي أو حتى كفالة الدين الطبيعي كما سنبين ذلك من خلال مايلي:

1/ كفالة الالتزام المستقبلي

لمعرفة الطبيعة القانونية لكفالة الالتزام المستقبلي وجب علينا تعريفه ثم بيان طبيعته:

1 زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص 44.

2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 37.

الفصل الثاني: الأحكام القانونية لكفالة العينية العقارية

1.1 تعريف الالتزام المستقبلي: هو اتفاق بين طرفين يلتزم فيه الطرف الأول بشراء أو بيع أصل، أما في الطرف الثاني يبيع أو يشتري ذلك الأصل بسعر يحدد عند إبرام العقد، ويثبت فيه بينما، ويتم التسليم في تاريخ مستقبلي.¹ ويتضح ذلك من المادة 650 من ق-م-ج،² حيث أن المشرع الجزائري أجاز كفالة الدين المستقبلي مع وجوب تحديد مقدار الدين المكفول حتى يكون الكفيل على بينة من الدين الذي يكفله، أو على الأقل معرفة الحد الأقصى لمبلغ الدين، وفي حالة عدم تحديد ذلك تعتبر الكفالة باطلة بطلاناً مطلقاً.

2.1 الطبيعة القانونية لكفالة الالتزام المستقبلي: هناك جدل فقهي كبير حول التكييف القانوني السليم لكفالة الدين المستقبلي، حيث يرى الاتجاه الغالب من الفقه أن عقد الكفالة بصفة عامة والكفالة العينية العقارية بصفة خاصة للدين المستقبلي تتعد على شرط واقف، و تتحقق بوجود الالتزام الأصلي في ذمة المدين، فهي تعد من الالتزامات المستقبلية، والمشرع أجاز أن يكون الالتزام مستقبلياً، وذلك ما جاء في المادة 92 من ق-م-ج بأن يكون الالتزام شيئاً مستقبلاً أو محققاً، وبالتالي يمكن التعامل في حقوق تنشأ بعد، بما أنها قابلة للنشوء مستقبلاً، وتعتبر الكفالة إحدى هذه المعاملات الناشئة على حق مستقبلي.³

2/الالتزام المشروط: يُعرف الالتزام الشرطي بأنه ذلك الالتزام الذي يعلق في تحققه أو تخلفه على شرط مستقبلي. فإما أن يكون الشرط فاسخاً يترتب عليه زوال الالتزام، وإما أن يكون واقفاً يترتب عليه وجود الالتزام.⁴ وقد أكدت المادة 650 من القانون المدني إلى جواز كفالة الدين المشروط، وتطبيقاً لفكرة التبعية فإن مصير التزام الكفيل يرتبط بمصير الالتزام المكفول، فإذا كان الشرط الذي علق عليه الالتزام المكفول واقفاً، فإن التزام الكفيل يكون أيضاً

1 العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعة، الطبعة 06، 2014، ص 30.

2 المادة 650 من القانون المدني.

3 العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 36.

4 محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، دار الهدى للطباعة و النشر، الجزائر، 2019، ص 85.

الفصل الثاني: الأحكام القانونية لكفالة العينية العقارية

معلقاً على شرط واقف، فإذا تحقق الشرط أصبح كل من الالتزام المكفول والالتزام الكفيل نافذاً، وإذا تخلف الشرط، زال كل من الالتزامين في نفس الوقت، أما إذا كان الشرط الذي علق عليه الالتزام المكفول فاسخاً، فإن من الالتزامين يكون نافذاً قبل تحقق الشرط، زال كل من الالتزامين رجعي.¹

3/ الالتزام الطبيعي: الالتزام الطبيعي هو الالتزام الذي يتخلف فيه عنصر المسؤولية، فلا يمكن إجبار المدين في الالتزام الطبيعي على تنفيذ هذا الالتزام بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.² ويتضح من هذا التعريف أن الالتزام الطبيعي هو التزام يغيب فيه عنصر المسؤولية، وهو عنصر يجبر المدين على الوفاء بالالتزام، وقد أثارت كفالة هذا النوع من الالتزام جدلاً فقهيًا حول جواز كفالة هذا النوع من عدمه، حيث أن معظم الفقهاء ذهبوا إلى عدم جواز كفالته، وذلك يعود إلى أنه لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من الالتزام الأصلي، اعتباراً لأن المدين في الالتزام الطبيعي مخير بالوفاء من عدمه؛ ولأن كفالة الالتزام الطبيعي تفتح المجال لإجبار المدين على الوفاء بطريقة غير مباشرة، إذ يجبر الدائن الكفيل على الوفاء، الأمر الذي يتنافى مع تعريف الالتزام الطبيعي.³

ب- المال المقدم من طرف الكفيل العيني كضمان: كما عرفنا سابقاً كفالة العينية العقارية بأنها تلك الكفالة التي يقصر فيها الكفيل التزامه، ويحدد نفاذه في مال معين من أمواله العقارية، يخصصه لوفاء الدين المكفول، وينشأ عليه رهناً لمصلحة الدائن.⁴

1 انظر المادة 650 من القانون المدني.

2 خالد الخطيب، محمد و آخرون، أوصاف الالتزام، جامعة محمد الخامس الرباط، المغرب، ط 2019م- 2020م، ص 10.

3 عبد الرزاق دربال، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2004، ص 5،6،7.

4 سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون -عقد الكفالة-، المرجع السابق، ص 179.

الفصل الثاني: الأحكام القانونية لكفالة العينية العقارية

ثالثاً: السبب في عقد الكفالة العينية العقارية

لقد اختلف الفقه في تحديد المقصود بالسبب، فذهب البعض إلى أن سبب العقد هو الدافع للتعاقد، حيث اشترط أن يكون مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وذهب البعض الآخر إلا أن سبب العقد هو تطلب وجود سبب الالتزام باعتباره الغاية الموضوعية المباشرة للعقد، ثم اختلف مرة أخرى لدى تطبيق فكرة السبب على عقد الكفالة.¹

أما النظرية الحديثة فعرفته بأنه تلك الدوافع الشخصية والنفسية التي دفعت المتعاقد لإبرام العقد، وهي دوافع تختلف باختلاف أطراف العقد.²

ومما سبق يتبين صعوبة تطبيق نظرية السبب على الكفالة بصفة عامة والكفالة العينية العقارية على وجه خاص، وهذا يعود إلى طبيعتها الخاصة، حيث يرى جانب من الفقه بأن الكفالة تصرف مجرد من السبب، وبدونه تنشأ صحيحة ومنتجة لكافة آثارها القانونية، وعليه يبقى التزام الكفيل العيني صحيحاً استناداً إلى الإرادة الظاهرة.³

الفرع الثاني: الأركان الخاصة لكفالة العينية العقارية

إن الرهن الرسمي لا ينعقد إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون وفقاً لما أقرته المادة 883 من ق-م-ج، ومنه يمكن القول أنه يجب على الطرفين إخضاع عقد الكفالة العينية العقارية للشكلية الرسمية، باعتبار هذه الأخيرة ركناً للانعقاد وينتج عن تخلفها بطلان هذا العقد.

1 همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية و الشخصية، -الكفالة- الرهن الرسمي - حق الاختصاص - الرهن الحيازي -

حقوق الامتياز -، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، 2001م، ص114.

2 سعد خليفة العبار، نظرية السبب في القانون المدني، كلية القانون الجامعة بنغازي، ليبيا، (د، ط)، (د، س)، ص 18، 19.

3 علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، ط 2010، ص48.

الفصل الثاني: الأحكام القانونية لكفالة العينية العقارية

أولاً: ركن الشكلية

إن الشكلية هي إفراغ العقد في شكل معين بموجب القانون، فهي تعتبر كركن أساسي في العقود التي يجب إفراغها في شكل معين.¹ وبالرجوع لنص المادة 324 من ق-م-ج، يتبين الشروط التي يجب توافرها ليكون السند الرسمي صحيحاً:²

1. كون الورقة الرسمية محررة من قبل موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، أو الموظف العام وهو الشخص الذي تعينه الدولة للقيام بعمل من أعمالها، و يتنوع الموظفون العموميون بتنوع السندات الرسمية التي يصدرونها .
2. سلطة الموظف أو الضابط العمومي و اختصاصه في إصدار السند الرسمي، والمقصود بالسلطة كما يعرفها فقهاء القانون: "هي ولاية الموظف أو الضابط العمومي وأهليته".
3. مراعاة الأشكال والأوضاع التي قررها القانون.

ثانياً: جزاء تخلف الشكلية

حسب المادة 324 مكرر 1 من ق-م-ج فإنه يجب تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية في شكل رسمي حتى تحت طائلة البطلان، وبذلك يكون البطلان هو الجزاء المنطقي والأكثر انسجاماً مع طبيعة الشكل ودوره في إبرام العقد، وهو دور جوهري وذو أهمية كبيرة.³

1/ تعريف البطلان المطلق: هو انعدام الأثر القانوني للعقد الذي لم تحترم فيه القواعد التي أوجبها المشرع للعقد، فالعقد الباطل مثله مثل العقد الغير النافذ، لا يسري في

1 محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، فعد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية،(د، ط)، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 27.

2 عمر زيتوني ، حجية العقد الرسمي، مجلة الموثق، العدد 03، 2001، ص 43.

3 انظر المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني.

الفصل الثاني: الأحكام القانونية لكفالة العينية العقارية

حق الغير، ولا يمكن الاحتجاج به لدى الغير والسبب في عدم نفاذ العقد هو تخلف ركن من أركانه وهو الشكلية.¹

2/ خصائص البطلان في تخلف الشكلية :

ومن خصائص هذا البطلان أنه لا يتقادم ولا يقبل الإجازة، ولا يخلف عنه التزام طبيعي، وسنسلط الضوء على هذه الخصائص فيما يلي:

أ- **بطلان العقد لتخلف الشكلية لا يزول بالتقادم:** إن بطلان العقد لتخلف الشكلية هو بطلان مطلق، وليس للعقد وجود قانوني، وبذلك يجوز إقامة دعوى البطلان مهما طال الأمد، حيث أن الزمن لا يمكن أن يحيل العدم وجودا، ولكن الرغبة في حماية الأوضاع المستقرة مدة من الزمن قد حملت بعض القوانين، ومن بينها القانون الجزائري على أن يقرر إسقاط دعوى البطلان بمرور الزمن.² ولكن هذا لا يعني أن العقد الباطل قد تحول إلى عقد صحيح؛ لأن المشرع قد أقر أنه إذا كان هناك عقد باطل لعيب في الشكل لم يتم تنفيذه، وطالب أحد المتعاقدين الآخرين بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، إذا كان من حق الطرف الآخر الامتناع عن تنفيذ هذه الالتزامات، والدفع ببطلان العقد، وطبقا لنص الفقرة الثانية من المادة 102 ق-م-ج تسقط دعوى البطلان إذا مضى على إبرام العقد 15 سنة غير أن الدفع ببطلان العقد لا يسقط.³

ب- **بطلان العقد لتخلف الشكل لا يقبل الإجازة:** إن جزءا تخلف الشكل في التصرفات الشكلية لا يخرج عما هو مقرر في البطلان المطلق من عدم إمكانية إجازته، إذ يعتبر التصرف

1 العربي بلحاج ، النظرية العامة للعقد في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2015، ص 63.

2 هجيرة تومي، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسة، جامعة خميس مليانة، الجزائر، المجلد الخامس، العدد الأول، (دس)، ص 253.

3 انظر المادة 102 من القانون المدني.

الفصل الثاني: الأحكام القانونية لكفالة العينية العقارية

الباطل تصرفاً معدوماً؛ والعدم لا يمكن إجازته، وذلك لأنه ليس له وجود في نظر المشرع الجزائري، ولو كان له ظهور ووجود مادي ملموس في الواقع، وهذه القاعدة تعد من المبادئ المسلم بها في التشريعات المدنية؛ وبذلك يعد البطلان لتخلف الشكل بطلاناً مطلقاً لا يمكن إجازته.¹

المطلب الثاني: شروط صحة الكفالة العينية العقارية

إن عقد الكفالة العينية العقارية يعتبر رابطة قانونية تتم بين شخصين، الأول يسمى الكفيل العيني، والثاني يسمى الدائن، بحيث يلتزم الأول بضمان دين المدين في حدود المال الذي قدمه في حالة عدم إستيفائه من المدين، حيث يستوجب لصحة هذا العقد أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط المتعلقة بالطرفين، الفرع الأول أو بالمحل الذي يقوم عليه الفرع الثاني.

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالمتعاقدين: إن ركن الرضائية هو الأصل في كل العقود، وذلك لتبني معظم التشريعات لمبدأ سلطان الإرادة، وهذا تطبيقاً لأحكام المادة 59 ق-م-ج²: وتخضع الكفالة العينية العقارية لنفس الأحكام العامة، باعتبارها عقداً يقوم على تطابق إيجاب وقبول طرفيها، وكذا توافر مجموعة من الشروط في طرفيها والتي سنعرضها تباعاً كما يلي:

أولاً: شروط الكفيل: حسب نص المادة 646 من ق-م-ج، فإن الشروط الواجب توافرها في الكفيل هي أن يكون ميسوراً لكن الكفيل العيني يكون شرط اليُسْر فيه مطلوباً، لأنه

1 إيمان بن دايمي، البطلان المطلق في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، دراسة و أبحاث المجلة العربية للأبحاث و الدراسات في العلوم الإنسانية و الاجتماعية، مجلد 14، العدد 03، 2022، ص 95.

2 انظر المادة 59 من الأمر 75-58، المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

الفصل الثاني: الأحكام القانونية لكفالة العينية العقارية

يضمن الدين في حدود المال الذي قدمه فقط، ولكن يشترط فيه أن يكون مالاً ملكية التامة التي تمكنه من التصرف في العقار، وهذا خلافاً للكفيل الشخصي الذي يضمن الدين بكل ذمته المالية، المعرضة للنقصان أو الزيادة، لذا استلزم المشرع يُسر الكفيل لزرع الثقة في نفس الدائن¹، ومن أبرز الشروط الواجب توافرها في الكفيل، خاصة إذا كانت الكفالة بدون مقابل ما يأتي:

1/ إقامة الكفيل بالجزائر: إن الهدف من وضع هذا الشرط واضح، يتمثل في سهولة الرجوع على الكفيل لاستيفاء حقه في حالة إفسار المدين أو رفضه للوفاء بالدين، والمقصود من الإقامة هنا الإقامة الاعتيادية وليست العرضية، وإذا غير الكفيل موطنه أثناء الكفالة، وأصبح له موطن غير معلوم في الجزائر، ففي هذه الحالة وجب على المدين تقديم ضمان آخر أو تأمين عيني، وإلا سقط أجل الدين.²

2/ أهلية الكفيل: في الغالب يتقدم الكفيل لضمان دين للمدين متبرعاً دون حصوله على مقابل، إذ يفرق القانون بين أهلية أداء المعاوضات والتبرعات، إذ تعتبر هذه الأخيرة تصرفات مفقرة لذمة المالية، ومن ثم كان يجب أن يشترط فيها المشرع أهلية التبرع، والتي تتمثل في بلوغ الكفيل سن الرشد، وأن يكون غير محجور عليه، وإلا كان العقد باطلاً، بخلاف عقود المعاوضات فهي عقود تدور بين النفع والضرر، ولا يمكن للولي أو الوصي أو القيم إبرام عقد الكفالة باسم القاصر أو المحجور عليه، ولذا أوجب القانون على الكفيل المتبرع بلوغ سن الرشد وعدم الحجر عليه.³ أما إذا كانت الكفالة بمقابل كما في انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء، فهنا تخرج عن دائرة عقود التبرعات إلى دائرة المعاوضات التي تدور التصرفات فيها بين النفع والضرر، حيث لا يشترط المشرع فيها أهلية خاصة،

1 انظر المادة 646 من القانون المدني.

2 شوقي بن ناسي، قانون العقود-دراسة القانون الجزائري والفرنسي والفقهاء الإسلامي-، المرجع السابق، ص 433.

3 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 81.

الفصل الثاني: الأحكام القانونية لكفالة العينية العقارية

وتكفي أهلية الصبي، وعليه يكون رهنه صحيحاً وناظراً إذا كان من التصرفات المأذون له فيها.¹

ثانياً: الشروط المتعلقة بالدائن: إن المشرع لم يضع شروطاً خاصة بالدائن سواء في موطنه أو أهليته باعتبار أن الكفالة تصرف نافع محض له، إذ أنه يكفي أن يكون في سن التمييز أو أن يكون شخصاً عاقلاً، حيث أن كفالة المجنون والصبي غير المميز لا تصح لأنه ليست أهلاً لإصدار القبول.²

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالمحل: تضمنت المادة 648 من القانون المدني أن صحة الكفالة مشروطة لصحة الالتزام المكفول³؛ أما الكفالة العينية العقارية فلا يكفي أن يكون الالتزام فيها صحيحاً، بل تستوجب إضافة شروط محل الضمان الذي قدمه الكفيل العيني لكفالة الدين، وهذا ما سنعرضه فيما يلي :

أولاً: شروط التزام المكفول: لضمان الالتزام المكفول يشترط أن يكون معيناً، وأن يكون موجوداً و صحيحاً.

1/ تعيين الالتزام المكفول: يُعين الالتزام المكفول بتحديد محله وطرفيه ومصدره، وذلك لأهمية هذه العناصر في الكفالة العينية العقارية، إذ تبرز هذه الأهمية في اعتبار الدائن الطرف الرئيسي و الأصلي في هذا العقد، ومعرفة المدين للكفيل الذي يكفله، وأيضاً في حالة حوالة الدين المكفول من مدين لآخر⁴، ففي عقد الكفالة العينية العقارية يجب أن يكون الدين معيناً، وألا يكون أشد منه.⁵

1 علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية - الحقوق العينية التبعية-حق الملكية- الحقوق المتفرعة عن حق الملكية-دراسة موازنة-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، (د، س) ص 256.

2 سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني-عقد الكفالة-، المرجع السابق، ص 61.

3 أنظر المادة 648، من القانون المدني.

4 أنظر المادة 254، من القانون المدني.

5 أنظر المادة 656، من القانون المدني.

الفصل الثاني: الأحكام القانونية لكفالة العينية العقارية

2/ وجود التزام الكفيل: يعتبر شرط الوجود في الالتزام الأصلي من أبرز ما تقوم عليه الكفالة، باعتباره عقدًا تبعيًا لا يقوم بذاته مهما كان مصدره، سواء كان منشؤه عقدياً أو من فعل ضار، أو من فعل نافع، أو نص من القانون، وأياً كانت أوصافه سواء منجزاً أو معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل.¹

3/ صحة الالتزام المكفول: يشترط في الالتزام المكفول أن يكون صحيحاً، وأن يقوم بجميع أركانه، أما في حالة تخلفها عدّ هذا الالتزام باطلاً بطلاناً مطلقاً، ولا يصح للكفالة العينية العقارية، أما في حالة ما إذا كان الالتزام ناشئاً في عقد شابه أحد عيوب الرضا أو نقص في أهلية أحد المتعاقدين، فيصبح قابلاً للإبطال؛ إلا أنه يصلح محلاً للكفالة العينية العقارية، إذا تمسك صاحب المصلحة بإبطاله فيعتبر كأنه لم يكن، وبالتالي ينتج عنه بطلان الكفالة العينية العقارية التي عقدت بشأنه بالتبعية و بأثر رجعي.²

ثانياً: الشروط المتعلقة بالمكفول به

حسب المادة 886 من ق-م-ج³ فإن الشروط المتعلقة بالعقار محل الكفالة العينية العقارية تتمثل في:

- 1) يجب أن يكون العقار المرهون مملوكاً للكفيل العيني، و أهلاً للتصرف فيه.⁴
- 2) يجب أن تقع الكفالة العينية العقارية على عقار يصح التعامل فيه، وبيعه في المزاد العلني.⁵

1 سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني- عقد الكفالة-، المرجع السابق، ص 60.

2 علي سليمان، النظرية العامة-مصادر الالتزام- المرجع السابق، ص 83، 84.

3 انظر المادة 886، من القانون المدني.

4 علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، الحقوق العينية الأصلية، الحقوق العينية التبعية، حق الملكية، الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، دراسة مقارنة، الجزء الثاني، ط الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2008، ص260.

5 رجاء السلاموني، الوجيز في عقود التأمين في القانون المدني والشريعة، دار الكتاب الحديث، (د-ط)، 2010، ص 69.

الفصل الثاني: الأحكام القانونية لكفالة العينية العقارية

3) أن يتم تعيين العقار المرهون تعييناً كافياً، وللإشارة فإن عقد الكفالة العينية العقارية يلزم فيها تخصيص الرهن من حيث محل الضمان، إذ أنه يشمل جميع ملحقات العقار المرهون، وعلى كل جزء منه وكذا تابعه¹.

المبحث الثاني: آثار الكفالة العينية العقارية و انقضاؤها

لكفالة العينية العقارية مجموعة من العلاقات القانونية يترتب عنها أحكام خاصة تنظمها، وذلك يعود إلى طبيعة تكوينها الخاصة، ولدراسة آثار هذه الكفالة يستلزم التطرق لآثارها بين طرفيها (الكفيل العيني و الدائن) وكذا بين (الكفيل العيني و المدين)، لذا سنتطرق في هذا المبحث لآثار عقد الكفالة العينية العقارية كمطلب أول، أما في المطلب الثاني فسننتظر لطرق انقضائها.

المطلب الأول: آثار عقد الكفالة العينية العقارية:

إذا انعقدت الكفالة العينية العقارية صحيحة مستوفية لشروطها وأركانها، رتبت آثاراً قانونية بين أطرافها، وهذا ما سيتم تبيانها في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فقد تم تخصيصه لآثار هذا العقد بالنسبة للغير.

الفرع الأول: الآثار القانونية للعلاقات الناتجة عن الكفالة العينية العقارية
باعتبار أن الكفالة العينية العقارية عقد ذو طبيعة خاصة، فإنه ينتج عنها علاقات متشعبة بين أطرافها، وبيانها على النحو الآتي:

أولاً: العلاقة بين الكفيل العيني و الدائن: تُستخلص العلاقة بين الكفيل العيني والدائن في جانبين، يتمثل الأول في مطالبة الدائن للكفيل العيني بالدين عند عدم وفاء المدين به، أما الثاني ففي الدفع التي يتمسك بها الكفيل العيني في مواجهة الدائن لرد هذه المطالب، ولهذا الأخير التزامات اتجاه الكفيل العيني ناتجة عن هذا الدفع، سنتطرق لكل هذا تباعاً فيما يأتي:

1 أمينة عبدلي، الشروط الشكلية لعقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، جامعة خميس مليانة، العدد الرابع، 2018م، ص 192.

الفصل الثاني: الأحكام القانونية لكفالة العينية العقارية

1/ مطالبة الدائن للكفيل العيني: لا يمكن للدائن أن يطالب الكفيل العيني بالوفاء بالدين، إلا في حال توفر قاعدتين:

القاعدة الأولى: تتضمن عدم جواز رجوع الدائن على الكفيل العيني قبل حلول أجل الدين المكفول.¹

أما القاعدة الثانية: تمثلت في عدم مطالبة الدائن بالدفع قبل الرجوع على المدين الأصلي بهذا الدين.²

2/ الدفع الممنوحة للكفيل العيني لرد المطالبة: يستفيد الكفيل من كافة الدفع التي يستفيد منها الكفيل الشخصي، إلا الدفع بالتجريد، وهذا راجع لقيود الكفيل العيني لرهن المال وذلك للتنفيذ عليه، وتتمثل هذه الدفع فيما يأتي:

أ- الدفع الناشئة عن الالتزام الأصلي: للكفيل حقوق مرتبطة بجميع الدفع، مما يؤدي إلى بطلان الالتزام الأصلي، وهذا طبقاً للمواد 664 و 666 من القانون المدني³، كالدفع بتخلف الأركان، أو الدفع المؤدية لانقضاء الالتزام، وللكفيل العيني أن يتمسك بها بإسمه لا بإسم المدين، كما يحق له المطالبة ببطلان الإلتزام.⁴

ب- الدفع الناشئة عن عقد الكفالة: منح المشرع الحق للكفيل العيني بالدفع بدفوع خاصة والمتمثلة فيما يأتي:

ب.أ- الدفع بالتقسيم :

ويكون التقسيم في حالة تعدد الكفلاء لدين واحد، وفي عقد واحد ولو لم يكونوا متضامنين فيما بينهم.⁵

1 همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص121.

2 سمير تناغو، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص60.

3 انظر المواد 664، 666، من القانون المدني.

4 محمد صبري السعدي، التأمينات الشخصية والعينية-عقد الكفالة-، المرجع السابق، ص70.

5 أنظر المادة 669، من القانون المدني.

الفصل الثاني: الأحكام القانونية لكفالة العينية العقارية

ولا يجوز للدائن أن يرجع على أي منهم بأكثر من قدر نصيبه في الدين.¹

ب.ب- **الدفع بإضافة التأمينات:** من خلال نص المادة 656 ق،م،ج يتضح أنه إذا أهمل الدائن الضمانات المخصصة للوفاء بالدين، فإن ذمته تبرأ بقدر ما أضعاه، و يتمسك الكفيل العيني بذلك عن طريق الدفع أثناء رجوع الدائن عليه.²

ب.ج- **الدفع بعدم اتخاذ الدائن لإجراءات ضد المدين:** لا يترتب عن تأخر الدائن في الرجوع على المدين سقوط حقه في مطالبة الكفيل العيني، حيث لا تبرأ ذمة هذا الأخير تطبيقاً لما جاء في نص المادة 657 من ق-م-ج؛ إلا أن المشرع لم يترك الكفيل دون حماية، لذا أقر بأن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال 06 أشهر من إنذار الكفيل للدائن، ما لم يقدم المدين للكفيل له ضماناً كافياً.³

ب.د- **الدفع بعدم تدخل الدائن في تغلصة المدين:** يجب على الدائن في حالة إفلاس المدين أن يتقدم دينه في التغلصة، و إلا يقطع حقه في الرجوع على الكفيل العيني بقدر ما أصابه من ضرر بسبب إهمال الدائن.⁴ وبالتالي فإذا لم يتدخل الدائن في تغلصة المدين، يمكن للكفيل العيني التمسك بهذا الدفع في مواجهة الدائن به، إذا طالب هذا الأخير بالوفاء بالالتزام الأصلي، وله أن يتمسك به في صورة دعوى الحصول على البراءة.⁵

3/ حقوق الكفيل العيني بصفته راهناً: إن آلية الرهن الرسمي لا تجرد الراهن من ملكيته، سواء كان هذا الراهن مديناً أو كفيلاً عينياً، وبالتالي تبقى سلطاته الثلاثة في يده.⁶

1 سامية بن صويح و إيمان غولي، مقال حول- عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري-، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2010-2011، ص 45.

2 أنظر المادة 656، من القانون المدني.

3 انظر المادة 657، من القانون المدني.

4 انظر المادة 658، من القانون المدني.

5 سليمان علي، النظرية العامة- مصادر الالتزام- القانون المدني الجزائري، ط 6، ص 55.

6 حياة حامي، نسبة فعالية الرهن الرسمي كضمان للديون، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 7، العدد 01، 2021، ص

الفصل الثاني: الأحكام القانونية لكفالة العينية العقارية

4/ التزامات الكفيل بصفته راهن : يلتزم الراهن سواء كان مديناً أو كفيلاً عينياً من خلال عقد الرهن بمجموعة من الالتزامات، حددها المشرع في القسم المخصص بآثار الرهن الرسمي، وتتمثل فيما يأتي¹:

أ) التزام الكفيل العيني بإنشاء حق الرهن.

ب) التزام الكفيل العيني بضمان سلامة الرهن.

ج) التزام الكفيل العيني بنفقات الرهن.

5- التزامات الدائن عند استيفاء الدين اتجاه الكفيل العيني

إذا رجع الدائن على الكفيل العيني، للوفاء بالدين، فإن الدائن يلتزم بأن يسلم للكفيل العيني العقار وقت وفاء الدين، ليمكنه من الرجوع على المدين، كما يلتزم أيضاً بنقل التأمينات الضامنة للدين إلى الكفيل العيني.²

ثانياً: العلاقة بين الكفيل العيني و المدين

تنشأ العلاقة بين الكفيل العيني والمدين في حالة قيام الكفيل بوفاء الدين للدائن، كان له الرجوع على المدين بما وفاه، مادام أنه لم يقصد التبرع بكفالاته، وهذا طبقاً للقواعد العامة.³

1/ رجوع الكفيل العيني على المكفول عنه بالدعوى الشخصية (دعوى الكفالة)

يجب على الكفيل العيني أن يخبر المدين قبل الوفاء بالدين، وإلا سقط حقه في الرجوع عليه لأن المدين قد يكون وفى بالدين في وقت الاستحقاق أو كانت له أسباب تقضي بطلان وانقضاء الدين، فيمكن للكفيل الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية.⁴

1 رمضان محمد أبو السعود، هام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية و العينية، المرجع السابق، ص 285-291.

2 عيسى العاقب، -عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري- بحث للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1986، ص 64.

3 عيسى العاقب، المرجع نفسه، ص 65.

4 عيسى العاقب، المرجع نفسه، ص 66.

الفصل الثاني: الأحكام القانونية للكفالة العينية العقارية

2/ رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول

حسب المادتين 671 و 261 من ق-م-ج يمكن للكفيل العيني أن يستفيد من أحكام الكفيل الشخصي في الرجوع على المدين بدعوى الحلول، إذا وفى بدين المدين كاملاً، ويمكن أن تكون الكفالة العينية العقارية قد تمت بعلم المدين أو دون إرادته، ورغم اعتراضه أيضاً وسواء كانت لمصلحة الدائن أو لمصلحة المدين؛ ولكن في حالة وفاءه بجزء من الدين، فلا يجوز رفع هذه الدعوى¹، حيث أن هذه الأخيرة ماهي إلا تطبيق للقواعد العامة إذ يكون الكفيل العيني قد قام بالوفاء بالدين وهذا ماتضمنته المادة 258 من القانون المدني.

3/ كيفية الرجوع عند تعدد المدينين و الكفلاء في الدين

إذا كفل الكفيل العيني مجموعة من المدينين غير المتضامنين ووفوا بالدين للدائن، فإن له الحق في الرجوع على كل واحد منهم، أما في حالة عدم تضامنهم فله الرجوع فقط على الذين كفلهم ويقدر نصيبهم في الدين²، أما في حالة تعدد الكفلاء مع تضامنهم في دين واحد، فإن كل واحد منهم ملتزم ومسؤول عن كل الدين، ولا يجوز أن يتمسك أحد الكفلاء بحق التقسيم إذا وفى أحدهم بالدين بعد مطالبته، وله الرجوع على الباقي وفقاً للمادة 668 من القانون المدني.

الفرع الثاني: الآثار القانونية للكفالة العينية العقارية في مواجهة الغير

الكفالة العينية العقارية عقد يتم من خلاله تقديم الكفيل لهذا الضمان عن طريق آلية الرهن الرسمي، ومنه يمكن سريان أحكام هذا الأخير عليها، وذلك من خلال القيد في المحافظة العقارية بصفة إلزامية.

أولاً: القيد في المحافظة العقارية

القيد هو إجراء يتم في المحافظة العقارية الواقع في اختصاصها العقار المرهون، وهو بمثابة شهر للرهن، ويتم التأشير على البطاقة العقارية الخاصة بالعقار المرهون، وتطبيقاً لأحكام

1 نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1982، ص 356.

2 سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص 262.

الفصل الثاني: الأحكام القانونية لكفالة العينية العقارية

المادة 905 من القانون المدني الجزائري فإن الشطب وتجديد الشطب وإلغاء الشطب، والآثار المترتبة على كل ذلك، تخضع للقانون المنظم للإشهار العقاري، كما نصت المادة 906 من القانون المدني بأن مصاريف القيد وتجديده وشطبه على عائق الرهن الذي يمثل في حالة الكفالة العينية العقارية (الكفيل العيني) ما لم يتفق على خلاف ذلك.¹

ويعرف القيد أنه في حالة وجود رهون وامتيازات واردة على العقارات، بغض النظر عن من قام بها سواء كان المدين أم الكفيل العيني، تهدف هذه التأمينات إلى استيفاء قيدها في المحافظة العقارية، فهي مهمة لتشجيع المعاملات، وكذا السماح لكل فرد بالإطلاع على الوضعية القانونية لعقار ما لغرض التعامل فيه.²

فلا يمكن التحدث عن نفاذ القيد في مواجهة الغير دون التطرق إلى حق التقدم وحق التتبع.

ثانياً: حق التقدم

يُقصد بحق التقدم الدائن المرتهن في استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محله، متقدماً في ذلك على الدائنين العاديين والدائنين الممتازين التاليين له في المرتبة³، كما ورد في المادتين 882 و 907 من القانون المدني الجزائري، فإن للدائن المرتهن مباشرة حقه في التقدم لاستيفاء حقه بصفة أصلية من ثمن العقار بعد بيعه في المزاد العلني أو بصفة استثنائية فيما يحل محل ثمن العقار سواء دفع تعويض من قبل المتسبب في هلاك العقار كلياً أو جزئياً أو كلياً أو دفع مبلغ التعويض المستحق في حالة نزع الملكية للمنفعة العامة، طبقاً لما جاء في المادة 925 من ق-م-ج، حيث يعتبر ثمن العقار أو المال الذي حل محل العقار المرهون هو محل التقدم. وقد حددت أيضاً المادة 907 من ق-م-ج كيفية حساب مرتبة الرهن إذا كان معلقاً بشرط أو كان مستقبلياً... إلخ كما تم الذكر سابقاً⁴. فالعبرة من وقت

1 أنظر المواد 905 و 906 من القانون المدني.

2 عماد إبراهيم، إشكالات تنفيذ سند تأمين الدين وفق التشريعات النافذة في الضفة الغربية، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، قسم القانون، الكلية العصرية الجامعة، رام الله فلسطين، المجلد 36، 2020، ص 2399.

3 همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 243.

4 المواد 882 و 907 و 925 من الأمر 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

الفصل الثاني: الأحكام القانونية للكفالة العينية العقارية

قيده، وهو مبدأ عام لضمان المساواة أمام الضمان العام ومنه ترتيب الرهن وفق الأسبقية بالقيود، فيُحدد ترتيبهم على حسب أسبقيتهم في تواريخ وساعات إجرائها، فإذا تم القيد في يوم وساعة واحدة تعادلت هذه الحقوق ولم يتقدم أحدهما على الآخر وكانت في مرتبة واحدة¹.

ثالثاً: حق التتبع

عرّف الفقه حق التتبع بأنه المكنة التي يُخولها حق الرهن للدائن المرتهن والتي يكون له بمقتضاها سلطة التنفيذ على العقار المرهون بيد الغير². طبقاً للمادة 911 إلى 932 من ق-م-ج أن للدائن المرتهن حق تتبع العقار في أي يد يكون.

1/ شروط ممارسة حق التتبع: نظم المشرع هذا الحق في المواد 911 إلى 932 من ق-م-ج، ويمكن تقسيم شروط مباشرته إلى شروط متعلقة بالدائن المرتهن، وشروط متعلقة بحائز العقار.

أ- الشروط المتعلقة بالدائن المرتهن: وتتمثل فيما يأتي³:

- أن يكون الرهن مقيداً قبل أن يُشهر من قبل من انتقلت إليه ملكية العقار حقه، وبالتالي يكون نافذاً في مواجهة الغير.

- حُلُول أجل الدين المرهون؛ فهو يعتبر من الشروط العامة للتنفيذ بالدين عمومًا، سواء تعلق الأمر بدائن عادي أو بدائن ممتاز.

ب- الشروط المتعلقة بالحائز:

ويمكن استخلاصها مما جاءت به المادة 911 الفقرة الثانية من القانون المدني وتتمثل في:⁴

- ألا يكون الشخص مسؤولاً مسؤولاً شخصية عن الدين المضمون بالرهن.

- انتقال الملكية للعقار المرهون إلى شخص من الأغيار.

1 همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 475 و 480.

2 حياة حامي، المرجع السابق، ص 186.

3 همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 488.

4 انظر المادة الفقرة الثانية 911 من القانون المدني.

الفصل الثاني: الأحكام القانونية لكفالة العينية العقارية

2/ إجراءات مباشرة حق التتبع: طبقاً للمادة 923 من القانون المدني الجزائري، ومن أجل البدء في التنفيذ على عقار مرهون يجب على الدائن أن يقوم أولاً بإخطار الراهن بنزع الملكية، ثم إنذار الحائز إما يدفع المستحق وتطهير العقار وتخليه العقار، بغض النظر عما سيختاره الحائز، ومنه فإن إجراءات التتبع هي تنبيه للراهن بنزع الملكية، ثم تتبع ذلك بما يختاره سواء من دفع المستحق بالوفاء بدين المدين، أو تخليه العقار وعرضه في المزاد العلني، واستثناء الدائن دينه من المال العائد من بيع العقار¹.

المطلب الثاني: طرق انقضاء الكفالة العينية العقارية.

إن خاصية التبعية في الكفالة بصفة عامة والكفالة العينية العقارية بصفة خاصة من أبرز ما تتميز به فهي تقوم على الالتزام الأصلي وتتبعه في صحته وكذا بطلانه، ووجوده وعدمه، وبالتالي فهي تنقضي بانقضائه بصفة تبعية، وهذا ما سيتم تناوله في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فخصصناه لأسباب انقضاء الكفالة العينية العقارية بصفة أصلية.

الفرع الأول: انقضاء الكفالة العينية العقارية بصفة تبعية: طبقاً للمبادئ العامة الواردة في ق-م-ج، فإن الالتزام المكفول ينقضي بإحدى الطرق في الوفاء بالالتزام الأصلي، وبالتالي انقضاء الكفالة العينية العقارية بطرق عدة تتمثل في قيام المدين بالوفاء بالدين (أولاً)، أو بما يعادله (ثانياً).

أولاً: انقضاء الالتزام الأصلي.

1/ انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء:

إذا وفى المدين بكل الدين انقضى الالتزام الأصلي وانقضى بالتبعية له التزام الكفيل، وإذا وفى بجزء من الدين، وكان الكفيل ضمناً لكل الدين المكفول، برأت ذمة الكفيل بالقدر الذي تم به

1 انظر المادة 923 من القانون المدني.

الفصل الثاني: الأحكام القانونية لكفالة العينية العقارية

الوفاء، ويشترط لبراءة ذمة الكفيل بالقدر الذي تم به الوفاء من الدين، أن يكون هذا الوفاء صحيحاً، بأن يكون الموفي مالكاً للشيء الذي وفى به، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه، ويكفي لانقضاء الدين المكفول أن يحجز الدائن على أموال المدين ويبيعها ويكون الثمن كافياً للوفاء بحقه.¹

2/ انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء:

حدد القانون المدني أربعة أسباب لانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء، وهي الوفاء بمقابل، التجديد والإنابة، المقاصة، إتحاد الذمة، وسنتناول ذلك تباعاً فيما يلي:

أ- انقضاء الدين المكفول بالوفاء بمقابل:

الوفاء بمقابل هو مزيج من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية وهو يتحلل وفق عنصرين:

أ. تجديد بتغيير محل الدين: وهو ماتم فيه التعديل أو التغيير الجوهرى في الدين، فيكون هناك دين جديد، وينتج عن ذلك انقضاء الدين القديم بكل ضماناته، وبهذا تبرأ ذمة الكفيل العيني بصفة نهائية بانقضاء الدين الأصلي.²

ب. الوفاء بمقابل: إذا قبل الدائن (اختياراً) استيفاء لحقه مقابلاً استعاض به عن الشيء المستحق، قام مقام الوفاء وانقضى الالتزام الأصلي، بما يتبعه من ضمانات ومن بينها الكفالة العينية العقارية.³

فإنه إذا قبل الدائن شيئاً آخر مقابل الدين فهنا تبرأ ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء، وفي حالة ما إذا قدم المدين أو الغير (غير الكفيل العيني) مقابلاً للدائن، فإن الدين الأصلي ينقضى

1 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 204.

2 همام محمد محمود، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 236.

3 همام محمد محمود، التأمينات العينية والشخصية، المرجع نفسه، ص 237.

الفصل الثاني: الأحكام القانونية لكفالة العينية العقارية

وتتقضي الكفالة العينية العقارية بدورها بصفة خاصة، وإذا تم الاستحقاق بالمقابل المدفوع من المدين فإن الكفالة العينية العقارية لا ترجع للوجود، وهذا تطبيقاً لأحكام المادة 655 من ق-م-ج¹، لأن الوفاء بمقابل برأ ذمة الكفيل العيني، وللدائن أن يرجع على المدين أو الغير بضمان الاستحقاق.²

ب- انقضاء الالتزام المكفول بالتجديد والإنابة

ب.أ **التجديد**: يعتبر التجديد أحد أسباب انقضاء الالتزام الأصلي في مقابل إنشاء التزام جديد مكانه، بحيث يعتبر أن التجديد على ما ورد على الدين المكفول، وانقضاء كل تأميناته بما فيها الكفالة العينية العقارية، إلا إذا نص القانون أو الاتفاق الصريح أو الضمني على خلاف ذلك، حيث أنه لا تنتقل الكفالة العينية أو الكفالة الشخصية ولا التضامن إلى الالتزام الجديد، إلا إذا قبل به الكفلاء والمدينون، وكذا المتضامنون، تطبيقاً لما جاء في المادة 293 من ق-م-ج³.

ب.ب **الإنابة**: الإنابة نوعان؛ الأولى إنابة كاملة: تتضمن تجديد للالتزام بتغيير المدين فهي اتفاق بأن ذمة المدين أو المنيب تبرا في مواجهة دائنيه، وبالتالي ينتج عنه انقضاء الالتزام المكفول، وهي في ظاهرها تتضمن أحد أنواع التجديد المذكورة سابقاً؛ والمتمثلة في تجديد الالتزام بتغيير المدين لكن تطبيقاً لمبدأ عدم افتراض التجديد في الإنابة، فإنه في حالة وجود نزاع يظل المدين ملزماً بالدين في مواجهة دائنيه إلى

1 أنظر المادة 655 من القانون المدني.

2 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص414.

3 أنظر المادة 293 من القانون المدني.

الفصل الثاني: الأحكام القانونية لكفالة العينية العقارية

جانبا التزام المنايا، وهذا وفقا للمواد 294 و 295 و 296 من القانون المدني الجزائري¹.

أما النوع الثاني من الإناابة هو الإناابة النااقصة، وهي إناابة لا تتضمن تجديداً بتغيير المدين بحيث يبقى الالتزام الأصلي في ذمة المدين إلى جانب الشخص الذي يكون من الأغيرات، أي المنايا، ويصبح للمنايا لديه مدينان، ولا يترتب عليها انقضاء الالتزام المكفول، وبالتالي يبقى الكفيل العيني ملتزماً بالوفاء بالدين في حالة ما إذا لم يقيم المدينان بالوفاء به؛ بحيث أن التزام الكفيل يظل قائماً تبعاً له وبذات القدر².

ج/ انقضاء الالتزام المكفول بالمقاصة.

يُقصد بالمقاصة اجتماع صفة الدائن والمدين بالنسبة لدين واحد في ذات الشخص³. ومنه يصبح كل أطراف الدين دائناً ومديناً في نفس الوقت. وقد نصت المادة 296 من ق، ج على الشروط الواجب توافرها في المقاصة، كي تكون أحد أسباب انقضاء الدين المكفول؛ إذ أن للمدين حق المقاصة بين ما هو له في ذمة الدائن وما عليه من دين مستحق تجاهه، ولو كان مصدر الالتزامين مختلفين، فيلزم أن يكونا ثابتين وخاليين من النزاع، ومستحقاً الأداء، وصالحين للمطالبة بهما أمام القضاء، حيث أن المقاصة لا تمنع إذا تأخر ميعاد الوفاء لمهلة أقرها القاضي أو تبرع بها الدائن. ولا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها صاحب المصلحة الآخر، حيث أن هذا الأخير يعتبر هو صاحب المصلحة، وهو ما أكدت عليه المادة 300 من القانون المدني، ومنه فإن المقاصة ليست من النظام العام إذ يجوز التنازل عنها واستيفاء كل من

1 انظر المواد 294، 295، 296 من القانون المدني.

2 همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والعينة والشخصية، المرجع السابق، ص 241.

3 العربي بلحاج، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 316.

الفصل الثاني: الأحكام القانونية لكفالة العينية العقارية

الطرفين دينهما من الآخر، وفي حالة قيامها صحيحة ترتب عليها انقضاء الالتزام، وبالتالي براءة ذمة الكفيل¹.

د/ انقضاء الالتزام المكفول بإتحاد الذمّة

إذا تحقق إتحاد الذمة بين الدائن والمدين؛ كأن ورث المدين دائته، أو أوصى الدائن بحقه للمدين، صار المدين دائئاً لنفسه بما يؤدي لانقضاء الدين وما كان يضمنه من كفالة، ولكن إذا زال السبب الذي أفضى إلى إتحاد الذمة عاد الالتزام إلى الوجود بما يتبعه من الملحقات². ويقتضى القانون لقيام الالتزام وجود شخصين مختلفين، فإذا اجتمعت صفة الدائن والمدين في شخص واحد انقضى الالتزام، وهذا لاستحالة مطالبة الشخص نفسه بالتنفيذ. وهذا ما نجده في واقعة وفاة الدائن وورثته هم المدينون، إذ تجتمع صفة الدائن والمدين لدى ورثة الدائن، ويعتبر هذا الأمر هو الاختلاف الجوهرى بين المقاصة وإتحاد الذمة، إذ في المقاصة يشترط وجود طرفين يتحمل كل منهما ديناً مستقلاً عن الآخر، بخلاف إتحاد الذمة الذي يقوم على وجود طرف يحمل صفة الدائن والمدين لدين واحد³.

ثانياً: إنقضاء الالتزام الأصلي بدون الوفاء به

لقد أشار القانون للحالات التي ينقضي فيها الالتزام دون وفاء، والتي تتمثل في الإبراء، واستحالة التنفيذ، و أخيراً التقادم المسقط.

1/ الإبراء: هو تنازل المدين عن استيفاء حقه، سواء كان صريحاً أو ضمناً، ولا يلزم الإبراء قبول المدين له كقاعدة عامة؛ وإذا أبرأ الدائن المدين برأت ذمة الكفيل العيني بصفة تبعية، ويمكن للدائن أن يبرأ ذمة الكفيل العيني دون أن يبرأ التزام المدين؛ ومنه ينقضي التزام

1 المواد 297 و 300 من القانون المدني.

2 همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 244.

3 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - التأمينات الشخصية والعينية المرجع السابق، ص 225.

الفصل الثاني: الأحكام القانونية لكفالة العينية العقارية

الكفيل العيني، ويبقى على التزام المدين قائماً، ولكن لا يجوز للدائن أن يبرأ ذمة المدين ويُبقي على التزام الكفيل العيني، باعتبار التزامه تابع للالتزام المدين في وجوده وعدمه، وللدائن أن يبرأ أحد الكفلاء دون الآخرين، وبذلك ينقضي التزام الكفيل المبرأ فقط دون الآخرين، ويمكنه الرجوع عليهم لاستيفاء دينه في حالة عدم وفاء المدين به.¹

2/ استحالة التنفيذ: إذا استحال على المدين تنفيذ التزامه فإنه ينقضي، وينقضي التزام الكفيل العيني بصفة تبعية، ولكن يجب على المدين في هذه الحالة أن يثبت استحالة تنفيذ وذلك لسبب أجنبي؛ إذ أن الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين، فذلك يترتب عدم مسؤولية المدين و الحكم عليه بالتعويض، في حين يظل الكفيل العيني ضامناً للالتزام بالتعويض ولا تبرأ ذمة المدين والكفيل العيني بالتبعية، أما في حالة هلاك الشيء بسبب الكفيل العيني، فإن ذمة المدين تبرأ، ويعتبر فعل الكفيل العيني سبباً أجنبياً بالنسبة للمدين.²

3/ التقادم المسقط: نظم المشرع التقادم المسقط في المواد 308 و 322 من ق-م-ج، حيث يتضح أنه قد حدد مدة تقادم الالتزام وانقضائه تباعاً ب15 سنة في كل الالتزامات؛ لكن استثنى بعض الالتزامات، كتقادم حقوق الأطباء والصيادلة و المحامين وباقي الأشخاص المذكورين في المادة 310، وغيرها من الاستثناءات في المواد 311 و 312 من القانون المدني. في حين أن مدة التقادم تبدأ من يوم استحقاق الدين للأداء وينقطع بالمطالبة القضائية، ولو رفعت الدعوى الشخصية إلى محكمة غير مختصة بالتنبيه أو الحجز.³

1 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - التأمينات الشخصية و العينية - المرجع السابق، ص 238، 239.

2 زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص 132.

3 انظر المادة 317 من القانون المدني.

الفصل الثاني: الأحكام القانونية لكفالة العينية العقارية

الفرع الثاني: انقضاء الكفالة العينية العقارية بصفة أصلية:

أولاً: انقضاء الكفالة العينية العقارية ببيع العقار الضامن في المزاد العلني

إذا تم تقديم العقار المرهون للبيع بالمزاد العلني، وذلك نتيجة لمباشرة أحد الدائنين لإجراءات نزع الملكية، وتم رسو المزاد وشهر حكم المزاد؛ فإن العقار يظهر من رهون التي ثقلته وذلك بحكم القانون¹، حتى لو بقيت هناك رهون لم تدفع لعدم كفاية الثمن الذي رسا به المزاد.² تُجرى المزايدة في جلسة علنية برئاسة المحكمة أو القاضي الذي يُعين لهذا الغرض، وبذلك يصدر القاضي في نهاية إجراءات المزايدة حكم رسو المزاد وإيقاع البيع، حيث يعد هذا الحكم سنداً تنفيذياً ويقيد في المحافظة العقارية من طرف المحضر القضائي حتى تُنقل الملكية³، وذلك إعمالاً للأثر الناشئ والناقل للشهر، ووجود الحق العيني بالنسبة للغير من يوم شهره في المحافظة العقارية.⁴ ومن خلال مواد قانون الإجراءات المدنية والإدارية المنظمة لإجراءات الحجز العقاري، فإنها لم تخصص للكفيل العيني، ضرورة الإنذار بالحجز، بل خصصته لحائز العقار، ومع ذلك فإنه في حالة ما لم يقيم المدين بالوفاء بالدين؛ فإن إجراءات الحجز تتم في مواجهة الكفيل العيني، وهذا بتبليغه أمر الحجز وقيد اسمه في المحافظة العقارية.⁵

ويلاحظ في هذا الصدد مايلي:

1) يُشترط عند بيع العقار بالمزاد العلني انقضاء كل حق عيني يقيد العقار سواء تم البيع في مواجهة المالك السابق أو الحائز، فالبيع قد يتم في مواجهة الحائز عند اختياره تحمل إجراءات نزع الملكية، أو عندما يعتمد تطهيره، لكن عرضه يرفض

1 شمس الدين الوكيل، الموجز في نظرية التأمينات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1967، ص 294.

2 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر في التأمينات الشخصية و العينية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 638.

3 انظر المواد 774، 764، 762 من القانون المدني.

4 انظر المواد 15، 16، من الأمر 74-75، المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد، 92 الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 1975.

5 مسعود كمين، الحجز العقاري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة باتنة، 2002، ص 76.

الفصل الثاني: الأحكام القانونية لكفالة العينية العقارية

ويطلب بيع العقار بالمزاد العلني، وقد يتم في مواجهة الحارس عندما لا يريد الحائز ظهور اسمه في إجراءات التنفيذ، فيختار تخلية العقار¹.

(2) يشترط أن يقوم الراسي عليه المزاد بإيداع الثمن الذي رسا به لدى صندوق المحكمة ليقوم القضاء بتدبير أمر تقسيمه على مستحقيه أو تسديده للدائنين المُقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن، ومنه تطهير العقار من الرهون لتسجيل حكم رسو المزاد العلني وشهره في المحافظة العقارية.

ولم يُفصل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في إجراءات حجز عقار الكفيل العيني؛ إلا ما تضمنته المادة 726 منه بأن الدائن إذا قام بتأمين عيني على العقار المراد حجزه، فإنه يبلغ الكفيل العيني بالوفاء بالدين أو تخليه عنه أو قبول إجراءات الحجز و البيع.²

ثانياً: انقضاء الكفالة العينية العقارية بهلاك العقار المقدم كضمان: ذهب جانب من الفقه إلى تكييف أساس فكرة الالتزام العيني كمركز قانوني للكفيل العيني، ويُطلق هذا الوصف عليه لأن الالتزام يرتكز على عين الذات ويلاحقها أينما حلت، ومنه يفنى الالتزام فناء العين وهلاكها، وذلك لزوال محله.³ لكن يشترط أن يكون هذا الهلاك كلياً، حيث لو كان الهلاك جزئياً فإن الرهن الذي قام به الكفيل العيني ينقضي منه الجزء الهالك فقط، ويُبقي على الجزء غير الهالك، ولكن تطبيقاً لمبدأ عدم جواز تجزئة الرهن يبقى هذا الأخير ضامناً لكل الدين، ويلزم أيضاً أن يكون الهلاك بسبب أجنبي، ولا يكون للراهن الكفيل العيني يداً فيه.⁴

1 جلال محمد إبراهيم و أحمد محمود سعد، الحقوق العينية التبعية، الجزء الأول الرهن الرسمي، دار النهضة العربية للنشر، عين شمس، مصر، 1994، ص 543.

2 انظر المادة 726 من الأمر 08-09، المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21، الصادرة في 23 أبريل 2008 .

3 غني ريسان جادر، المرجع السابق، ص 16.

4 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 653.

خلاصة الفصل الثاني

في نهاية هذا الفصل يمكننا القول بأن المشرع الجزائري لم يخصص إطاراً قانونياً خاصاً بالكفالة العينية العقارية؛ وذلك لأنها تتميز بنظام هجين يجمع القواعد التي تحكم الكفالة الشخصية، والقواعد الأخرى التي تحكم الرهن الرسمي. فيتبين أن هذا النوع من الكفالة هو نظام مستقل وتتميز بأحكام و ضمانات خاصة، وتعتبر أقوى من الضمان الشخصي، بمنح الدائنين الثقة في قدرتهم على نفاذ حقوقهم، كما أن العقار الذي يقدمه الكفيل العيني تُكسبه مميزات وخصائص تمنح الدائن الثقة في الملكية و ضمانات تسمح للدائنين بممارسة حقوقهم ومراقبة الممتلكات المرهونة، حتى لو لم يعد الكفيل مسؤولاً عنها.

المخاتمة

بعد هذه الجولة المُمتعة في دراسة موضوع الكفالة العينية العقارية نصل في ختام هذه الدراسة إلى أن هذا الموضوع في غاية الأهمية خاصة في الواقع العملي؛ إلا أن المشرع الجزائري لم ينظمها بأحكام خاصة، وذلك بالرغم من التأثير الذي تلعبه على أطراف العلاقة التعاقدية بين (الدائن، المدين والكفيل العيني)، في الحياة العملية حيث نادراً ما نشهد مثل هذه العقود التي تُعد ذات طابع خاص، وقد خلصنا من خلال دراستنا هذه إلى جُملة من النتائج و الاقتراحات:

أولاً: النتائج:

- 1) لم يخصص المشرع الجزائري أحكاماً خاصة و دقيقة للكفالة العينية العقارية، وإنما ترك هذا الاجتهاد للقضاء و الفقه، باعتبار أن الكفالة العينية العقارية نظام هجين يجمع بين أحكام الكفالة الشخصية والرهن الرسمي.
- 2) يرى معظم الفقهاء أن الكفيل العيني هو راهن وكفيل شخصي في نفس الوقت، فنجد أن هذا الأخير يتصرف بكلا الصفتين، فالكفيل العيني له مركز خاص به يتميز عن الكفيل الشخصي.
- 3) الكفالة العينية العقارية محلها العقار، إذ أنه يتميز بالثبات فيجعل الدائن يتمتع بأقوى الضمانات المقدمة له، وذلك من خلال التقدم على باقي الدائنين وكذا تتبع العقار حتى لو خرج من ذمته.
- 4) الكفالة العينية العقارية هي مزيج بين الكفالة الشخصية و الرهن الرسمي، فنجد أن الكفالة الشخصية تُمكن الكفيل الشخصي من أن يكون مسؤولاً في كل أمواله، أما في الرهن الرسمي لا تكون ذمة الكفيل الشخصي المالية سوى المال المرهون.
- 5) الكفالة العينية العقارية التزام عيني، لأن محلها العقار وليست التزاماً شخصياً، باعتبارها تركز على العين وينقضي الالتزام بانقضائها وبالتالي يتجرد من نسبته للشخص.

ثانياً: الإقتراحات:

- 1) إلزامية التمييز بين الكفالة العينية العقارية والكفالة الشخصية والرهن الرسمي؛ لأن هذه الأنظمة تشترك في العديد من الأحكام، مما أوجب على المشرع تنظيم إطار قانوني مستقل لتجنب الخلط بين هذه الأنظمة.
- 2) ينبغي على الفقهاء والباحثين الاهتمام بدراسة موضوع الكفالة العينية العقارية أكثر، من أجل تأصيله وضبط أحكامه، وتمييزه عن الأنظمة والعقود المشابهة.
- 3) يتوجب على المشرع وضع أحكام خاصة بالكفيل العيني، مثل التي تتعلق بدمته المالية، حيث أن المشرع لم ينص على لزوم توفر اليسر في الكفيل العيني عكس الكفيل الشخصي، مروراً لتخصيص أحكام للعين المقدمة كضمان، والإشارة إلى وجوب توفر شروط وأركان تنظم العلاقة بين أطرافها وبين الغير.

قائمة المصادر

والمراجع

أولاً / المصادر

أ/النصوص التشريعية:

1. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008م، الجريدة الرسمية العدد 21 الصادرة في 23 ابريل 2008م.
2. الأمر رقم 75 - 85 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية، العدد، 31 الصادرة بـ 13 مايو 2007م.
3. الأمر رقم 75 - 74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975م، المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد، 92 الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 1975م.

ب/المعاجم

ابن منظور محمد بن مكرم الإفريقي المصري، لسان العرب، بيروت، الطبعة الأولى، 1990م.

ثانياً / المراجع

أ/ الكتب

- 1) جلال محمد إبراهيم وأحمد محمود سعد، الحقوق العينية التبعية، الجزء الأول الرهن الرسمي، دار النهضة العربية للنشر، عين شمس، مصر، 1994م.
- 2) خالد الخطيب، محمد وآخرون، أوصاف الالتزام، جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب، الطبعة 2019م - 2020م.
- 3) زكي محمد جمال الدين، دروس التأمينات الشخصية والتأمينات العينية، دون الطبعة، القاهرة، مصر، 1974.
- 4) سعد خليفة العبار، نظرية السبب في القانون المدني، كلية القانون الجامعة بنغازي، ليبيا، دون الطبعة، دون السنة.
- 5) سليمان علي، النظرية العامة، مصادر الالتزام للقانون المدني الجزائري، الطبعة 06، دون السنة.
- 6) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون، عقد الكفالة، مكتبة صادر للنشر، بيروت، لبنان، الطبعة 04، 1863م.
- 7) سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2008م.
- 8) شمس الدين الوكيل، الموجز في نظرية التأمينات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1967م.

- 9) شوقي بناسي، قانون العقود، دراسة في القانون المدني الجزائري والفرنسي والفقهاء الإسلامي، الجزء الأول، بيت الأفكار للنشر، الطبعة الأولى، 2022م.
- 10) عبد الرزاق أحمد السنهوري، التأمينات العينية والشخصية، الجزء العاشر، دار إحياء التراث العربي للنشر، بيروت، لبنان، الطبعة 04، 1863م.
- 11) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر في التأمينات الشخصية والعينية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000م.
- 12) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر والأخير، التأمينات الشخصية والعينية، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، رئيس محكمة النقض الأسبق، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، 2004م.
- 13) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي للنشر، بيروت، لبنان، دون السنة.
- 14) عبد الرزاق دربال، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر 2004م.
- 15) العربي بلحاج، النظرية العامة للعقد في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2015م.
- 16) علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، الحقوق العينية الأصلية، الحقوق العينية التبعية، حق الملكية، الحقوق المنقولة عن حق الملكية، دراسة مقارنة، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008م.
- 17) عمار علوي، الملكية و النظام العقاري في الجزائر - العقار - دار هومة للنشر، الجزائر، الطبعة 04، 2006م.
- 18) محمد إبراهيم الموسي، نظرية الضمان الشخصي (الكفالة)، الجزء الأول، دار الثقافة والنشر بالجامعة، السعودية، 1991م.
- 19) محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة للنشر، الطبعة 01، الإسكندرية، مصر، 2001.
- 20) محمد رمضان أبو السعود، همام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، دار المطبوعات الجامعية أمام كلية الحقوق ت 4822829 الإسكندرية، المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجامعية، 1998م.
- 21) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، دار الهدى للطباعة و النشر، الجزائر، 2019م.

22) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، فعد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، (د، ط)، دار الهدى، الجزائر، 2008م.

23) نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1982م.

24) همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، -الكفالة- الرهن الرسمي- حق الاختصاص- الرهن الحيازي- حقوق الامتياز-، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001م.

ب/ المحاضرات

1) بدر الدين محمدي، محاضرات في التأمينات الشخصية والعينية، مقدمة لطلبة السنة الثالثة حقوق، تخصص قانون خاص، قسم الحقوق، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي أحمد صالح، النعامة، الجزائر، 2019م.

2) دليلة معزوز، محاضرات مقياس التأمينات العينية والشخصية (الرهن الرسمي، الكفالة)، مقدمة لطلبة السنة الثالثة ليسانس، تخصص قانون خاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2021/2020م.

3) سامية بن صويلح وإيمان غولي، -عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري-، جامعة باجي مختار، عنابة، 2010-2011م.

4) فاطمة نساخ، عقد الكفالة وفق القانون المدني الجزائري، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2019م.

5) فريدة مزياني، دور العقار في التنمية المحلية، دفا تر السياسة والقانون، العدد 06، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2012م.

ج/الرسائل الجامعية

1) سامية بن صويلح و إيمان غولي، -عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2010م-2011م.

2) عيسى العاقب، -عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري- بحث للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1986م.

3) مسعود كمين، الحجز العقاري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة باتنة، الجزائر، 2002م.

د/المقالات العلمية

1) أحمد زواوي، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، المجلة القضائية، العدد 02، الجزائر، الصادرة 2000م.

- (2) أمينة عبدلي، الشروط الشكلية لعقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، جامعة خميس مليانة، الجزائر، العدد الرابع، 2018م.
- (3) إيمان بن دايمي، البطلان المطلق في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دراسة وأبحاث المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلد 14، العدد 03، 2022م.
- (4) حياة حامي، نسبة فعالية الرهن الرسمي كضمان للديون، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 07، العدد 01، الجزائر، 2021م.
- (5) عماد إبراهيم، إشكالات تنفيذ سند تأمين الدين وفق التشريعات النافذة في الضفة الغربية، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، قسم القانون، الكلية العصرية الجامعة، رام الله، فلسطين، المجلد 36، 2020م.
- (6) عمر زيتوني، حجية العقد الرسمي، مجلة الموثق، العدد 03، الجزائر 2001.
- (7) غني ريسان جادر، الطبيعة القانونية للكفالة العينية، مقال بمجلة دراسات، العدد 32، البصرة، العراق، 2019م.
- (8) محمد شكري سرور، دراسة مقارنة محاولة تأصيل أحكام الكفالة العينية، كلية الحقوق، مقال منشور بجامعة القاهرة، مصر، 1987م.
- (9) محمود بكر محمود، صفة التبعية لالتزام الكفيل الشخصي في عقد الكفالة، المجلة الدولية للعلوم الإنسانية والاجتماعية العراق، العدد 23، 2021م.
- (10) نادية ليونسي حداد، عقد الكفالة في القانون المدني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 04، الصادرة سنة 1999م.

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
05	مقدمة.....
06	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للكفالة العينية العقارية.....
07	تمهيد.....
08	المبحث الأول: مفهوم الكفالة العينية العقارية.....
08	المطلب الأول: تعريف الكفالة العينية العقارية.....
08	الفرع الأول: التعريف اللغوي للكفالة العينية العقارية.....
09	الفرع الثاني: التعريف الفقهي للكفالة العينية العقارية.....
11	الفرع الثالث: التعريف القانوني للكفالة العينية العقارية.....
12	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للكفالة العينية العقارية.....
12	الفرع الأول: الكفالة العينية العقارية التزام عيني.....
13	الفرع الثاني: الكفالة العينية العقارية تأمين عيني.....
14	المبحث الثاني: خصائص الكفالة العينية العقارية وتمييزها عن المصطلحات المشابهة لها.....
15	المطلب الأول: خصائص الكفالة العينية العقارية.....
15	الفرع الأول: الخصائص العامة للكفالة العينية العقارية.....
18	الفرع الثاني: الخصائص الخاصة للكفالة العينية العقارية.....
20	المطلب الثاني: التمييز بين الكفالة العينية العقارية وبين المصطلحات المشابهة لها.....
21	الفرع الأول: التمييز بين الكفالة العينية العقارية وبين الكفالة الشخصية.....
23	الفرع الثاني: التمييز بين الكفالة العينية العقارية وبين الرهن الرسمي.....
23	الفرع الثالث: التمييز بين الكفالة العينية العقارية وبين الكفالة الشخصية المضمونة برهن.....
25	خلاصة الفصل الأول.....
26	الفصل الثاني: الأحكام القانونية للكفالة العينية العقارية.....

27 مهيد
28 المبحث الأول: أركان الكفالة العينية العقارية وشروط صحتها
28 المطلب الأول: أركان الكفالة العينية العقارية
28 الفرع الأول: الأركان العامة للكفالة العينية العقارية
32 الفرع الثاني: الأركان الخاصة للكفالة العينية العقارية
35 المطلب الثاني: شروط صحة الكفالة العينية العقارية
35 الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالمتعاقدين
37 الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالمحل
39 المبحث الثاني: آثار الكفالة العينية العقارية و انقضائها
39 المطلب الأول: آثار الكفالة العينية العقارية
39 الفرع الأول: الآثار القانونية للعلاقة الناتجة عن الكفالة العينية العقارية
43 الفرع الثاني: الآثار القانونية للكفالة العينية العقارية في مواجهة الغير
46 المطلب الثاني: طرق انقضاء الكفالة العينية العقارية
46 الفرع الأول: انقضاء الكفالة العينية العقارية بالتبعية
52 الفرع الثاني: انقضاء الكفالة العينية العقارية بصفة أصلية
54 خلاصة الفصل الثاني
59 الخاتمة
61 قائمة المصادر والمراجع
66 فهرس المحتويات

المخلص

تناولت هذه المُذكرة موضوع الكفالة العينية العقارية وهذه الأخيرة تعتبر نوعاً من اتفاقات الضمان التي تتم بين الدائن و شخص أجنبي عن الدين ويسمى الكفيل العيني إذ يقوم بتقديم عقار لضمان دين المدين في حالة إيساره ، فالكفالة العينية العقارية عقد ذو طبيعة خاصة تتميز بمجموعة من الخصائص العامة والخاصة، وكذا مجموعة من الأركان والشروط، فتتمثل الأولى في جملة من الأركان المطلوبة في جميع العقود القانونية وهي الرضا، المحل، والسبب، بالإضافة إلى ضرورة وضعها في قالب شكلي كونها ترد على العقار. أما الثانية فهي شروط يلزم توفرها لتقوم صحيحة، وباعتبار الكفالة العينية العقارية نظاماً هجيناً فهو يجمع في أحكامه بين ما يتعلق بالكفالة الشخصية مثل الأحكام المنظمة للعلاقة الناتجة عن هذا العقد وآثارها، بالإضافة إلى أحكام الرهن أيضاً والآثار المترتبة عليه بالنسبة للغير، و أيضاً قيد هذا العقد في المحافظة العقارية، ونجد الازدواجية في طرق الانقضاء سواء بصفة أصلية أو تبعية، وذلك بانقضاء الالتزام الأصلي بأحد طرق الانقضاء، كما يكون إنقضاؤها بصفة أصلية، وذلك في حالة وفاء الكفيل العيني بالدين أو عن طريق بيع العقار بالمزاد العلني أو هلاكه.

الكلمات المفتاحية: الكفالة العينية العقارية. كفالة. الكفالة العينية. الرهن الرسمي .

Abstract:

This memorandum deals with the bail bond, which is considered a type of guarantee that is made between a creditor and a person other than the creditor for the debt. between the creditor and a third-party guarantor of the debt, called a guarantor in kind, who provides real estate to secure the debtor's debt in the event of insolvency, in the event of insolvency. It is a contract of a special nature characterized by a set of general and special characteristics, as well as a set of elements and conditions. The first is a set of elements required in all legal contracts, namely consent, locality, and cause, in addition to the necessity of putting it in a formalized form as it appears on the property. As for the second, they are conditions that must be met in order to be valid, and as a hybrid system, it combines in its provisions It combines the provisions related to personal guarantees, such as the provisions regulating the relationship resulting from this contract and its effects, in addition to the provisions of the mortgage and its effects This contract is also registered in the real estate governorate, and we find duplication in the methods of termination, whether original or consequential, by terminating the original obligation by one of the methods of termination, and its termination is original, in the event that the guarantor in kind fulfills the debt or through the sale of the property by public auction or loss.

Keywords :Real estate guarantee. Guarantee. Official mortgage.