الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف – المسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية
الرقم التسلسلي: .....
قسم الحقوق
رقم التسجيل: .....

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث (ل.م.د) في الحقوق

تخصص: قانون مدني

العنوان:

الآليات القانونية للمحافظة على حق الدائن وفقا لأحكام التشريع الجزائري

من إعداد الطالب:

بوزيان السعيد

تاريخ المناقشة: 2024/03/09

أمام لجنة المناقشة المكونة من السادة:

الاسم واللقب	الرتبة	المؤسسة الجامعية	الصفة
أ.د/ والي عبد اللطيف	أستاذ التعليم العالي	جامعة محمد بوضياف–المسيلة	رئيسا
أ.د/ بوقرة العمرية	أستاذ التعليم العالي	جامعة محمد بوضياف–المسيلة	مشرفا ومقررا
د/ فراحتيه كمال	أستاذ محاضر "أ"	جامعة محمد بوضياف–المسيلة	مناقشا
أ.د/ ميمون جمال الدين	أستاذ التعليم العالي	جامعة محمد بوضياف–المسيلة	مناقشا
د/ يهوني زهية	أستاذ محاضر "أ"	جامعة لونيسي علي –البليدة 2	مناقشا
د/ قليل علاء الدين	أستاذ محاضر "أ"	جامعة عباس لغرور–خنشلة	مناقشا

السنة الجامعية: 2024/2023

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ ﴾.

صدق الله العظيم

﴿سورة المائدة، الآية:**01**﴾

إهـــــداء

إلى وَالِدَيَّ العزيزين اللذان تعبا من أجلي أبي الغالي رحمه الله وأمي أطال الله في عمرها وجعلها الله تاجا فوق رأسي.

إلى من شاركت في تفاصيل هذا العمل بآماله وآلامه بطريقة مباشرة أو غير مباشرة زوجتي الفاضلة.

إلى إبني عبد البارئ وبناتي لينة، أنفال، إيمان، تسنيم.

إلى من أجدهم بسندي إخوتي جمال، عبد الرشيد، عمر، مراد، فيصل، وهيبة، مليكة.

إلى كل من شارك في إنجاز هذا البحث ولو بكلمة طيبة.

شكر وعرفان

لك الحمد والشكر ربي، يا من بحمدك وشكرك لا تزول النعم، الحمد لله على نعمك التي لا تعد ولا تحصى.

أتقدم بجزيل الشكر إلى كل من:

–الأستاذة المشرفة **بوقرة العمرية**، حفظها الله ورعاها وأطال في عمرها على تفضلها بالإشراف على رسالتي هذه وإيلائي كل الرعاية والاهتمام فجزاها الله عني خير الجزاء.

–الأستاذ الدكتور **والي عبد اللطيف** على المساعدة والتشجيع والدعم والنصح القيّم أثناء انجاز هذا العمل، وأيضا أشكر الأستاذ الدكتور **لجلط فواز** عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية على المساعدة في المجال البحثي.

–كل الأساتذة الأفاضل بكلية الحقوق والعلوم بجامعة المسيلة الذين تلقيت الدراسات الجامعية على أيدهم ولم يبخلوا على بأي شيء، خصوصا أساتذة القانون الخاص، وشكر خاص على التشجيع والمساعدة لرفيق الدرب في مجال الدراسة الجامعية **الأستاذ بوداود خليفة**.

–الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة الذين سيتشرفون بمناقشة هذه الرسالة.

–إلى كل من قدم لي يد المساعدة من قريب أو من بعيد لإنجاز هذا العمل.

لهم مني جميعا خالص الاحترام والتقدير والعرفان.

السعيد بوزيان

قائمة المختصرات

قائمة المختصرات

ط	الطبعة
د.د.ن	دون دار نشر
ج	الجزء
ج.ر	الجريدة الرسمية
د.س.ط	دون سنة طبع
ق.م.ج	القانون المدني الجزائري
ق.م.ف	القانون المدني الفرنسي
ق.م.م	القانون المدني المصري
Op.cit	cité ouvrage précédemment
Ed	Edition
Art	Article
Civ	Civile
C .civ	Code civil
p	Page

مقدمة

إن الطبيعة الاجتماعية للفرد تؤدي به إلى التواصل مع باقي أفراد المجتمع، على أساس أن الفرد لا يمكنه العيش بمعزل عن البقية، الأمر الذي يسمح لهذا الأخير القيام ببعض التصرفات القانونية في الحياة اليومية مع أقرانه من المجتمع من أجل إشباع رغباته، وتتنوع هذه التصرفات حسب الاحتياجات التي تواكب التطور الحاصل في جميع المجالات، وتؤدي هذه التصرفات القانونية إلى ترتيب حقوق والتزامات في ذمته، ويسمى الطرف الذي يترتب له الحق بالدائن والطرف الذي يترتب عليه التزام في ذمته بالمدين نتيجة علاقة دائنية بينهما.

حيث تم تنظيم هذه المعاملات المالية بين الأفراد من خلال النظرية العامة للالتزام، كونها تنظم كل من الالتزام الطبيعي والمدني، وهذا الأخير يقوم على أمرين أساسيين هما عنصري المديونية والمسؤولية، والهدف من ذلك توفير الحماية القانونية لطرفي الالتزام على حد سواء، و حتى يتسنى للدائن مطالبة المدين بالتنفيذ ، فبالنسبة للمدين أقرت معظم التشريعات ومنها التشريع المدني الجزائري الحماية الكافية من خلال مجموعة من الآليات من أجل الوفاء بالالتزام دون إرهاق ودون مساس بحريته الشخصية من خلال إقرار التنفيذ العيني متى كان ممكنا والتنفيذ بمقابل في حالة استحالة العيني التنفيذ بسبب المدين، وكذلك إقرار المشرع الحماية للمدين من خلال منحه مهلة للوفاء بشرط ألا يسبب ذلك ضررا جسيما للدائن.

أما بالنسبة للدائن أقر له المشرع مجموعة من الآليات بهدف المحافظة على حقه في الضمان العام واستيفائه بحلول الأجل من خلال العديد من الآليات منها وسائل إجرائية تتمثل في الآليات التحفظية والتنفيذية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وأخرى موضوعية الهدف منها المحافظة على حق الدائنين في الضمان العام نتيجة إهمال المدين وتقصيره أو غشه وتتمثل هذه الآليات بالنسبة للمواد المدنية في الدعوى غير المباشرة كآلية وقائية ودعوى عدم نفاذ التصرف ودعوى الصورية كآليتين علاجيتين، إضافة إلى شهر إعسار المدين العاجز عن الوفاء بديونه لدائنيه بالرغم من أن المشرع الجزائي لم ينص على شهر الإعسار، أما بالنسبة للمواد التجارية فإن الآلية العلاجية تتجلى في شهر إفلاس المدين التاجر المتوقف عن سداد ديونه، كمأن المشرع لم يكتفي بهذه الآليات المقررة للدائنين العاديين، بل أوجد آليات أخرى منها ما يجعل الدائن في مركز خاص يميزه عن غيره من الدائنين العاديين كاستثناء على مبدأ المساواة مثل الدعوى المباشرة والحق في الحبس والاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان والفسخ والمقاصة وحوالة الدين.

لكن من أجل تعزيز الحماية أكثر أقر المشرع أيضا للدائن ضمانا خاصا يجعله يستوفي حقه قبل باقي الدائنين ويتجلى ذلك في التأمينات بنوعيها الشخصية مثل الكفالة والتأمينات العينية مثل حق الرهن الرسمي والحيازي والتخصيص وحق الامتياز.

أولا: أهمية الدراسة

تكمن أهمية الدراسة بالنظر للاهتمام الذي حظي به الدائن من قبل المشرع من الناحية النظرية والعملية في تقييم مدى نجاعة هذه الآليات في توفير الحماية الكافية والمقررة من قبل المشرع بالنسبة لهذا الدائن من أجل تجنيبه خطري نقص أموال المدين نتيجة تصرفه في أمواله أو عدم كفايتها للوفاء بديونه ومزاحمة باقي الدائنين الآخرين له في ظل مبدأ المساواة بينهم، و تستقطب أهمية الدراسة أيضا فعالية الآليات التي أقرها المشرع من أجل وضع الدائنين العاديين في مراكز خاصة تميزهم عن باقي الدائنين كاستثناء على مبدأ المساواة وقسمة الغرماء المقرر لجميع الدائنين على الضمان العام دون استثناء، وتنبع أهمية الدراسة كذلك في النظر في دور وفاعلية الحماية الجدية التي أقرها المشرع بالنسبة لبعض الدائنين من خلال إقرار آليات تجعل الدائن في مركز ممتاز في بعض الحالات، وفي حالات أخرى تمنح صفة الامتياز للحق.

ثانيا: أهداف الدراسة

يتجلى الهدف الرئيسي في البحث عن مدى توفير المشرع للحماية القانونية الكافية للدائن من أجل المحافظة على حقه في الضمان العام وفقا للقواعد الموضوعية تمهيدا للتنفيذ عليه، ومن أجل تحقيق هذا الغرض نسعى ونتطلع إلى ما يلي:

–دراسة وتقييم دور دعاوى الضمان العام في المحافظة على حق الدائن وفقا لمبدأ المساواة المقرر على هذا الضمان.

–شرح وتحليل الدراسة النظرية لبعض المراكز الخاصة التي أقرها المشرع للدائن العادي من أحل استيفاء حقه من الضمان العام وتمييزه عن غيره من الدائنين العاديين كاستثناء على مبدأ المساواة.

–دراسة وتحليل مدى فاعلية الضمانات الخاصة التي أقرها المشرع للدائن بموجب التأمينات الشخصية والعينية.

ثالثا: أسباب اختيار الموضوع

لقد تم اختيارنا لهذا الموضوع بالنظر إلى دوافع وأسباب ذاتية وأخرى موضوعية سنتناولها على النحو الآتي:

1–الدوافع الذاتية

تتجلى الأسباب الذاتية من أجل اختيار الموضوع في الميولات والرغبات الشخصية للباحث في مجال المواد المدنية، كونها تعبر عن معاملات الأفراد وتتماشى مع واقعهم، إضافة إلى الآثار التي تترتب عن هذه المعاملات من حقوق والتزامات، والحماية القانونية المقررة لذلك.

2–الدوافع الموضوعية

أ–يرجع اختيار هذه الدراسة لعدة أسباب موضوعية منها ما يعود إلى حجم القيمة القانونية التي وضعها المشرع من أجل حماية الدائن، من خلال الترسانة القانونية التي أقرها لذلك، لاسيما في جانب المحافظة على حق الدائن تمهيدا لاستيفائه لهذا الحق متى توافرت الشروط اللازمة لذلك.

ب–فمن بين الأسباب كذلك الموضوعية لاختيار الموضوع عدم تناول هذه الدراسة بصفة شاملة وموحدة، وإن كان البعض قد تناولها في أجزاء معينة، والهدف من ذلك محاولة الباحث إضافة هذه الدراسة كمرجع.

ج–التحقق من مدى نجاعة هذه الدراسة النظرية في الوصول إلى الهدف المعلن وهو المحافظة على حق الدائن من الناحية العملية

د–محاولة تقديم هذه الدراسة في شكل مبسط وبالتدريج، الأمر الذي يتيح ويسهل للباحث القانوني معرفة الآليات القانونية الموضوعية التي وضعها المشرع من أجل المحافظة على حق الدائن واستيفائه حسب التدرج القانوني.

رابعا: حدود الدراسة

أدى التطور السريع في المعاملات بين الأفراد إلى ترتيب أنواع عديدة من الالتزامات، مما يستوجب معه أيضا تعدد الآليات القانونية لتوفير الحماية اللازمة للدائن من خلال القوانين الإجرائية والموضوعية، وكحدود للدراسة ستقتصر دراستنا على الآليات القانونية الموضوعية للمحافظة على حق الدائن وفقا للقانون الجزائري.

خامسا: الدراسات السابقة

في هذا الصدد نستعرض بعض الدراسات السابقة التي تمكنا من الحصول عليها وجمعها، والتي لها صلة بالموضوع محل الدراسة والبحث، سواء بصفة شاملة، أو بصفة جزئية تشمل موضوع البحث، وعلى هذا الأساس سنوجزها على النحو الآتي:

1–دراسة " بوصري بلقاسم محمد، طرق التنفيذ من الناحية المدنية "، أطروحة دكتوراه 2015، وهي دراسة سلط من خلالها صاحبها الضوء على وسائل حماية الضمان العام من خلال الدعاوى القضائية المتمثلة في الدعوى المباشرة والغير مباشرة ودعوى عدم نفاذ التصرف ودعوى الصورية وحق الحبس وحق الرهن.

2–دراسة " لوني يوسف، الحماية الإجرائية للدائن المتعاقد في التنفيذ العيني "، أطروحة دكتوراه علوم 2019 جامعة تيزي وزو، حيث تتناول هذه الدراسة فكرة تحريك الدائن لإجراءات التنفيذ عن طريف وسائل الضمان.

3–دراسة " معاشي سميرة، آثار شهر الإفلاس بالنسبة لجماعة الدائنين "، مذكرة ماجستير 2005، حيث حاولت هذه الدراسة تسليط الضوء على حماية جماعة الدائنين من مدينهم المفلس، وكذلك توفير الحماية فيما بينهم تحسيد لمبدأ المساواة التي أقرها المشرع.

4–دراسة " شرابي دليلة، الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان "، أطروحة دكتوراه علوم 2019، وتهدف هذه الدراسة إلى تبيان الدور الإيجابي للاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان وما تحققه من ائتمان من أجل المحافظة على حق الدائن خصوصا في عقد البيع.

5–دراسة " أحمد محمد الحوامدة، دور الدعوى المباشرة في المحافظة على حقوق الدائنين"، مقال 2019، وتكمن أهمية هذه الدراسة والهدف المتوقع الوصول إليه هو تبيان الدور الإيجابي الذي تحققه الدعوى المباشرة في المحافظة على حق الدائن من خلال وضعه في مركز خاص يميزه عن باقي الدائنين مع بيان محدودية نطاقها كاستثناء على مبد أ المساواة بين الدائنين على أموال المدين المتواجدة في الضمان العام.

6–دراسة " سرايش زكرياء، الحق في الحبس وأثره في الضمان "، أطروحة دكتوراه علوم 2018، حيث تهدف هذه الدراسة إلى بيان دور الحق في الحبس وفعاليته كآلية خاصة تمنح للدائن العادي في المحافظة على حقه في الالتزامات المتقابلة من خلال استعمال الحق في الحبس بهدف الضغط على المدين وإجباره على الوفاء بهذا الحق.

7–دراسة " يامة إبراهيم، الضمانات المقررة للدائن في ظل نظام التأمينات الشخصية والعينية في ظل التشريع الجزائري "، مقال 2019، وتكمن أهمية هذه الدراسة في كونها سلطت الضوء على دور التأمينات الشخصية والعينية في ضمان حق الدائن دون مزاحمة من غيره من الدائنين، ليصبح بمثابة دائن له صفة الممتاز.

سادسا: صعوبات الدراسة

اعترض طريق الباحث مجموعة من الصعوبات والعوائق، فمنها ما هو خاص بالحياة المهنية للباحث كونه يشتغل في قطاع يتطلب منه جهدا فكريا ووقتا كافيا وتركيزا عاليا، الأمر الذي أدى أحيانا إلى إعاقة تقدم نسبة الجانب البحثي في مجال الأطروحة، ومن بين العوائق أيضا ما هو عام مثل جائحة كورونا التي أثرت على الانطلاق في إنجاز الأطروحة بالنسبة للسنة الأولى من البحث، أما فيما يتعلق بالمادة العلمية فإن الباحث نسبيا لم تعترضه عوائق كثيرة في هذا المجال، رغم قلة المصادر المتخصصة في هذا الموضوع، وبالتالي التوجه للبحث عن الكتب العامة والتي هي ليست سهلة المنال من الحصول عليها.

سابعا: إشكالية الدراسة

إذا كانت العلاقة التي تنشأ بين الأفراد ترتب مجموعة من الآثار، حيث تعتبر هذه الآثار بالنسبة للمدين بمثابة التزامات في أغلب الحالات، أما بالنسبة للدائن تعتبر هذه الآثار حقا شخصيا مجاله المعاملات المالية، وعليه متى كان التزام المدين يتوافر على عنصري المديونية والمسؤولية، فإنه يجوز للدائن مطالبة المدين بالدين، كما يجوز له أيضا إمكانية اتخاذ إجراءات من شأنها أن تؤدي إلى المحافظة على حقه في الضمان العام، وهذا الأمر أقره المشرع في آليات قانونية إجرائية وآليات قانونية أخرى موضوعية، لكن دراستنا ستقتصر على الآليات القانونية الموضوعية للمحافظة على حق الدائن، ومن هنا يمكننا طرح الإشكالية الرئيسية التالية:

ما مدى نجاعة الآليات المقررة من قبل المشرع الجزائري للمحافظة على حق الدائن وفقا للقوانين الموضوعية؟

كما يتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية مجموعة من التساؤلات الثانوية، والتي من خلال البحث عن الإجابة عنها نكون قد حققنا الغرض وهو الإجابة عن الإشكالية الرئيسية ومن هذه الأسئلة الثانوية ما يلي:

–ما مدى فاعلية الآليات القانونية الوقائية والعلاجية المقررة للدائن العادي للمحافظة على حقه في الضمان العام.

–كيف نظم المشرع الجزائري فكرة المراكز القانونية الخاصة المقررة للدائن العادي من أجل المحافظة على حقه في الضمان العام ومدى فاعليتها كاستثناء على مبدأ المساواة مقارنتها بباقي التشريعات.

–ماهي مظاهر تقرير تعزيز الحماية القانونية للدائن من أجل ضمان حقه بموجب قواعد الضمان الخاص والمتمثلة في التأمينات الشخصية والعينية.

ثامنا: منهج الدراسة

من أجل الوصول إلى الأهداف المسطرة للدراسة قمنا باستعمال العديد من المناهج البحثية بقصد الإلمام أكثر بموضوع البحث ولو نسبيا، حيث تم توظيف المنهج الوصفي كونه الأنسب للتعريف بالإطار المفاهيمي لجزئيات الموضوع، كما استخدمنا أيضا المنهج التحليلي بهدف تحليل النصوص القانونية واستقرائها، مع إجراء بعض المقارنات في بعض الحالات فقط كما في حالة مقارنة جزئية الإعسار التي لم ينظمها المشرع على خلاف بعض التشريعات.

تاسعا: خطة الدراسة

انطلاقا من مشكلة الدراسة المطروحة والهدف المسطر من أجل الإجابة عنها، فإننا اعتمدنا خطة بحثية مكونة من بابين رئيسيين كل واحد منهما يتضمن فصلين وسيتم غرض ذلك وفقا لما يلي:

1–الباب الأول: تم إدراج الباب الأول تحت عنوان " **الآليات القانونية للمحافظة على حق الدائن العادي**".

حيث قسمنا هذا الباب إلى فصلين، فتطرقنا في **الفصل الأول** إلى الضمانات القانونية المقررة للدائن العادي للمحافظة على حقه وفقا لمبدأ المساواة، أما في **الفصل الثاني** تناولنا المراكز القانونية الخاصة المقررة للدائن العادي كاستثناء على مبدأ المساواة.

2–الباب الثاني: أدرجنا الباب الثاني تحت عنوان " **الآليات القانونية للمحافظة على حق الدائن الممتاز**.

فبدوره هذا الباب ينقسم إلى فصلين، حيث خصصنا الفصل الأول إلى دور الضمانات الشخصية كآلية قانونية للمحافظة على حق الدائن، أما الفصل الثاني فقد خصصناه إلى الضمانات العينية كآلية قانونية للمحافظة على حق الدائن.

أما نهاية الدراسة فكانت **بخاتمة** تضمنت النتائج التي تم الوصول إليها من قبل الباحث، إضافة إلى حزمة من الاقتراحات والتي بإمكانها أن تعزز وتزيد من قوة الضمان بالنسبة للدائن بهدف المحافظة على حقه في الضمان العام واستيفائه.

الباب الأول

الآليات القانونية للمحافظة على حق الدائن العادي

تمهيد الباب الأول

إن الدائن العادي بصفة عامة حظي ونال مكانة بارزة ضمن مختلف الدراسات القانونية، من خلال توفير لهذا الأخير آليات تحفظ له حقه في الضمان العام، نتيجة تقصير المدين أو إهماله في استيفاء حقه لدى غيره من أجل إدخاله إلى الضمان للمحافظة على حقوق دائنيه، لاسيما إذا ساءت حالته المالية، هذا مما يؤدي إلى فقدان الثقة، وزعزعة نظام الائتمان لديه، وتقليص دائرة المعاملات المالية، فعلى صورة هذه الحقيقة وخلفياتها ارتأينا التطرق والتعريج إلى مختلف الآليات القانونية التي أقرها المشرع للدائن العادي كسبيل من أجل استيفاء حقه من الضمان العام، والهدف من هذه الآليات هو توقي خروج أموال المدين من الضمان العام، أو إرجاعها إلى هذا الأخير إلى غاية حلول أجل الاستحقاق من أجل التنفيذ عليها، وإلا فقدت هذه الآليات القانونية جدواها.

فعليه إذا استحال التنفيذ العيني للالتزام وكان ذلك بسبب المدين، يمكن للدائن حينها أن يطالب بالتنفيذ بمقابل، فإذا استحال ذلك أيضا تقوم مسؤولية المدين العقدية بالنسبة للالتزامات التعاقدية، وفي هذا الصدد منح المشرع للدائن عدة آليات من أجل المحافظة على حقه في الضمان العام، فمن بين تلك الآليات التي أقرها المشرع هناك آليات تحفظية، وأخرى تنفيذية نظمهما المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإضافة إلى الآليات السابقة الذكر منح المشرع أيضا للدائن آليات وسطية بين التحفظية والتنفيذية فهي أقوى من التحفظية وأضعف من التنفيذية نظمها المشرع في القانون المدني، وبعض القوانين الخاصة كالقانون التجاري، حيث تكرس هذه الآليات هدفين، الهدف الأول من هذه الآليات الوسطية هو وقائي من خلال حماية الدائن من الأخطار التي يتعرض والمحافظة على حقه في الضمان العام والهدف الثاني علاجي من خلال منح الدائن آلية تمكنه من إرجاع الأموال إلى الضمان العام بعد تصرف المدين فيها محاولا تهريب هذه الأموال من ضمانه العام عن طريق الهبة مثلا أو بطريقة صورية.

كما كرس المشرع للدائن العادي آليات أخرى تسمح له بالمحافظة على حقه واستيفائه وتضمن له تنفيذ الالتزام ومن هذه الآليات الحق في الحبس وشهر إفلاس المدين التاجر المتوقف عن دفع ديونه وكذلك شهر إعسار المدين وهذه الحالة الأخيرة لم يتطرق إليها ولم يدرجها المشرع الجزائري في نصوص القانون المدني على خلاف التشريعات العربية المقارنة التي نظمت حالة شهر إفلاس المدين في قوانينها بكل إسهاب، وعلى هذا الأساس سنتطرق في الفصل الأول إلى الضمانات القانونية للمحافظة على حق للدائن العادي وفقا لمبدأ المساواة المقرر لجميع الدائنين، أما في الفصل الثاني سنتناول بعض الآليات الخاصة تحت عنوان المراكز القانونية الخاصة المقررة للدائن العادي كاستثناء على مبدأ المساواة من أجل حصول الدائن العادي على حقه من الضمان العام للمدين.

الفصل الأول

الضمانات القانونية للمحافظة على حق للدائن العادي وفقا لمبدأ المساواة

تمهيد الفصل الأول

إن المآل الطبيعي للالتزام هو تنفيذه والوفاء به، والأصل أن يكون التنفيذ عينا متى كان ذلك ممكنا لأنه يؤدي إلى جبر الضرر جبرا تاما، فإذا استحال ذلك ولم تفلح الغرامة التهديدية في حمل المدين على الوفاء يتم اللجوء إلى التنفيذ بطريق التعويض، أو ما يسمى بالتنفيذ بمقابل، وذلك متى تقدم به المدين وقبله الدائن بشرط ألا يسبب ذلك ضررا جسيما للدائن ، كما يمكن للدائن أيضا المطالبة بالفسخ إذا تعذر تنفيذ الالتزام، وسواء كان التنفيذ عينا أو بطريق التعويض، فإن أموال المدين هي التي تكون محلا لهذا التنفيذ، وهذا ما يسمى بالضمان العام للدائنين، وتستند إلى فكرة الضمان العام مجموعة من الآليات بهدف المحافظة على الضمان المقرر لجميع الدائنين.

بحيث تجسد الذمة المالية للمدين الضمان العام لحقوق جماعة الدائنين، وهي عبارة عن الحقوق الموجودة في الذمة المالية للمدين، وما عليه من التزامات، سواء نشأت هذه الحقوق والالتزامات في الوقت الحاضر، أو تنشأ مستقبلا، بمعنى الأموال الحاضرة والمستقبلة في ذمة المدين، ويهدف الضمان العام باعتباره نظام قانوني إلى توفير الحماية القانونية للدائن من أجل استيفاء حقوقه المترتبة في ذمة مدينه، وتعتبر هذه الحماية عامة، أي موجهة لجميع الدائنين دون استثناء، وليست موجهة لدائن معين بذاته، مهما كانت طبيعة هذه الحقوق الموجودة في ذمة المدين وهذا ما كرسته المادة 188من القانون المدني الجزائري بنصها "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه. وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون اتجاه هذا الضمان."

إلا أن الضمان العام تعترضه عدة مخاطر منها خطر تقصير المدين وإهماله في المطالبة بحقه الذي هو في ذمة الغير وكذلك بسبب غشه أحيانا من خلال خطر تصرف المدين في أمواله من جهة، وكذلك أيضا خطر مزاحمة الدائنين الآخرين له من جهة أخرى خصوصا في حالة عدم كفاية أموال المدين للوفاء بجميع ديونه، وفي هذا الصدد أقر المشرع الجزائري وعلى غرار باقي التشريعات للدائن العادي عدة آليات من أجل المحافظة على حقه واستفائه من الضمان العام، البعض من هذه الآليات إجرائي يتمثل في الآليات التحفظية والتنفيذية ، حيث جسد المشرع ذلك في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما نص المشرع أيضا في القانون المدني على آليات وسطية بين التحفظية والتنفيذية، فهي أقوى من التحفظية وأضعف من التنفيذية من خلال الضمانات التي أقرها لمشرع للدائن العادي والهدف منها المحافظة على حق الدائن في الضمان العام ، ومن بين هذه الآليات الوسطية من أجل المحافظة على الضمان العام آليات وقائية متمثلة في الدعوى غير المباشرة، وأخرى علاجية تتجلى في الدعوى البوليصية، والدعوى الصورية، إضافة إلى شهر إعسار المدين أو إفلاسه حسب الحالة، وهذه الضمانات الموضوعية هي موضوع دراستنا في هذا الفصل، ولتسليط الضوء أكثر على هذه المسألة سنتطرق إلى هذه الدراسة في ثلاث مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: الدعوى غير المباشرة آلية للمحافظة على حق الدائن أم مجرد وكالة

المبحث الثاني: مدى نجاعة ودور الآليات العلاجية في المحافظة على حق الدائن

المبحث الثالث: الإعسار والإفلاس ضمان لحقوق الدائنين واختلاف في الأحكام والقواعد

المبحث الأول: الدعوى غير المباشرة آلية للمحافظة على حق الدائن أم مجرد وكالة

كرس المشرع الجزائري للدائن العديد من النظم القانونية العامة من أجل المحافظة على حقه في الضمان العام، بهدف تنفيذ المدين لالتزامه عينا أو بمقابل، ومن بين هذه النظم القانونية العامة والتي تتصف بصفة الوقائية نجد الدعوى غير المباشرة باعتبارها آلية قانونية تكفل حقوق الدائن في مواجهة إهمال المدين وغشه ، وعلى هذا الأساس و قبل التطرق إلى هذه الدعوى الوقائية سنخص بالدراسة الضمان العام في مطلب تمهيدي ،ثم سنتطرق في هذا المطلب الأول وبالتحديد إلى مفهوم الدعوى غير المباشرة، الضمان العام ،وفي الطلب الثاني سنتناول تمييز الدعوى غير المباشرة عن بعض النظم القانونية المشابهة لها، أما في المطلب الثالث ستناول آثار الدعوى غير المباشرة باعتبارها آلية للمحافظة على حق الدائن في الضمان العام.

مطلب تمهيدي: الضمان العام

فمن أجل تمكين الدائن العادي من تحصيل حقه لدى مدينه وتفادي ما يهدده من أخطار، لاسيما إذا لم يوفي المدين بالدين اختيارا، أو عدم كفاية أموال هذا الأخير عند اللجوء إلى التنفيذ الجبري، أجاز المشرع للدائن من خلال القانون المدني[1] نوعين من الآليات القانونية، وهما الضمان العام والتأمينات بنوعيها الشخصية والعينية إضافة إلى بعض الآليات الخاصة، بحيث تشكل أموال المدين الضمان العام للدائنين، كما يتساوى جميع الدائنين في اقتسام هذه الأموال، إلا إذا كان لأحدهم حق امتياز، ويقصد بالضمان العام هو تأمين عام وحق ذاتي يقي الدائن من جميع تصرفات المدين في أمواله للغير بحيث يكون له حق التتبع على هذا المال في أي يد كان والتنفيذ عليه لاستفاء دينه، على اعتبار أن الضمان العام وهو ضمان قانوني مقرر للدائن، ويتميز الضمان العام بخاصيتين أساسيتين، الأولى أنه عام، أي يقع على كافة أموال المدين الملحقة بذمته الحاضرة والمستقبلة دون تحديد لهذا المال بمأنه يقبل الحجز والتنفيذ عليه عن طريق بيعه بالمزاد العلني من أجل استفاء دينه من ثمن بيعه، أما الخاصية الثانية تتمثل في أن الضمان العام مشترك بين سائر الدائنين بالنسبة لمدين واحد، معنى ذلك أن جميع الدائنين العاديين متساوون في الحقوق الواردة على الأموال المتواجدة في ذمة مدينهم، سواء كانت منقولات أو عقارات، أي كان تاريخ نشوء حقهم، وأي كان تاريخ اكتساب هذه الأموال، وينتج على هذه المساواة، قسمة أموال المدين قسمة غرماء[2]، خصوصا إذا كانت أموال هذا الأخير غير كافية للوفاء بجميع ديونه، فإنها تقسم بينهم قسمة غرماء كل واحد حسب نسبة دينه إلا إذا كان

---

[1] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر، العدد 78، المؤرخة في 1976/09/30، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج ر، العدد 44، والقانون 07-07 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر عدد 31، المؤرخة في 2007/05/13.

[2] محمد أو باجي، مقال بعنوان الضمان العام ووسائل حمايته، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة 2، العدد 14، ص222.

لأحدهم حق امتياز[1]، إلا أن الضمان يتعرض لخطرين هما، خطر تصرف المدين في أمواله مما يؤدي في الغالب إلى التغيير في ذمته المالية، سواء كان هذا التغيير في الشق الإيجابي بزيادة الحقوق، أو في الشق السلبي بزيادة الالتزامات، وهذا التغيير الأخير هو الذي يشكل خطرا على الضمان العام، أما الخطر الثاني فيتجلى في مزاحمة الدائنين الآخرين له وذلك إعمالا لقاعدة المساواة بينهم، وقسمة الأموال بينهم قسمة غرماء، خصوصا في حالة عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه، غير أن الإرادة التشريعية كرست الحماية القانونية للدائن بقدر الإمكان من التهديدات التي تستهدف الضمان العام فوضعت تحت تصرف الدائن عدة آليات من أجل المحافظة على حقه في الضمان العام[2]، إذن تأسيا على ما سبق ذكره سنتناول في هذا المبحث تباعا الآليات الوقائية في المحافظة على حق الدائن العادي في الضمان العام، من خلال التطرق إلى الدعوى غير المباشرة.

المطلب الأول: مفهوم الدعوى غير المباشرة

إذا تدهورت الحالة المالية للمدين بسبب تقصيره نتيجة إهماله، أو كان ذلك عمدا، أو بسبب تقاعس المدين في المطالبة بحقوقه المتواجدة لدى الغير، فهذا قد يؤدي إلى إلحاق ضررا بدائنيه، الأمر الذي أدى بالمشرع إلى الإقرار للدائن بحقه في رفع دعوى قضائية باسم مدينه ونيابة عنه، الهدف منها المحافظة على حقه في الضمان العام[3]، وعلى على هذا الأساس وبناء على ما سبق ذكره، سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الدعوى غير المباشرة كآلية وقائية للمحافظة على حق الدائن العادي في الضمان العام، وكذا تناول شروطها.

الفرع الأول: تعريف الدعوى غير المباشرة

أولا: التعريف الفقهي

أورد الفقه القانوني عدة تعريفات للدعوى غير المباشرة كآلية للمحافظة على حق الدائن، بحيث يعرفها البعض على أنها " دعوى استعمال حقوق المدين باسمه عن طريق القضاء "، أي أن الدائن الذي يقوم بالمطالبة بحقوق المدين في هذه الحالة ما هو إلا نائبا قانونيا عن المدين المتقاعس او المقصر في استعمال بعض حقوقه والمطالبة بها[4]، كما

[1] تنص المادة 188 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر على ما يلي " أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه، وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون اتجاه هذا الضمان ".

[2] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات "أحكام الالتزام"، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطبع والنشر والتوزيع، 2010، عين مليلة، الجزائر، ص111.

[3] تنص المادة 189 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر على ما يلي " لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها خاصا بشخصه أو غير قابل للحجز، ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق، وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره، أو يزيد فيه، ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالة حقه غير أنه لابد أن يدخله في الخصام ".

[4] العربي بلحاج، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2019، ص249.

عرفها البعض الآخر على أنها " دعوى يرفعها الدائن باسم مدينه ونيابة عنه، فهي لا تفترض وجود علاقة مباشرة بين الدائن الذي يرفع هذه الدعوى وبين مدين مدينه، لكنه يخاصمه قضائيا باسم ذلك المدين، حيث أنها تؤدي إلى إدخال الحق الذي يطالب به الدائن مدين مدينه في ذمة ذلك المدين، وبالتالي الزيادة في الضمان العام للدائنين"[1].

كما عرفها آخرون على أنها " عبارة عن وسيلة و آلية قانونية تخول للدائن أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا الأخير إذا لم يقم باستعمالها لا سيما إذا لم يطالب بها وذلك بهدف المحافظة على الضمان العام، غير أن الدعوى غير المباشرة كانت في القانون الروماني والفرنسي ترفع على أساس دعوى جماعية من جماعة الدائنين بمناسبة تصفية أموال المدين المعسر تصفية جماعية[2]، أما حاليا في كل من القانون المدني الفرنسي والمصري فهي دعوى فردية ويستفيد منها جميع الدائنين[3]،كما تعرف الدعوى غير المباشرة أيضا على أنها " دعوى يرفعها الدائن ضد مدينه الفرعي أي مدين مدينه وباسم مدينه الأصلي ولحسابه، أوهي عبارة دعوى تمكن الدائن من باسم مدينه من استعمال حقوق هذا الأخير إن لم يستعملها هو نفسه، غير أن الدائن في هذه الحالة يقتسم أموال مدينه مع باقي الدائنين قسمة غرماء كل واحد حسب نسبة دينه خصوصا إذا كانت أموال المدين غير كافية للوفاء، إلا إذا كان لأحدهم حق امتياز[4]، **غير أن الباحث يرى أن التعريف المناسب للدعوى غير المباشرة وهو كما يلي " الدعوى غير المباشرة هي آلية قانونية وقائية تمنح للدائن الحق في رفع دعوى قضائية باسم مدينه ولحسابه، وذلك من أجل المحافظة على حقه في الضمان قبل حلول أجل دينه تمهيدا للتنفيذ على هذا الحق بمجرد حلول الأجل، حماية له من إهمال مدينه أو تقصيره، سواء كان ذلك عمدا، أو بحسن نية ".**

ثانيا: التعريف التشريعي

لم يعرف المشرع المدني الجزائري على غرار باقي التشريعات الدعوى غير المباشرة، لكنه نص على شروطها ونظيم أحكامها في المادتين على التوالي 189 و190من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

الفرع الثاني: شروط استعمالها

يتبين من خلال مضمون المادة 189 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم أنه يشترط لاستعمال الدعوى غير المباشرة كآلية وقائية للمحافظة على حق الدائن في الضمان العام توافر مجموعة من الشروط

[1] محمد أوباجي، المرجع السابق، ص 233.

[2] نبيل أبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام " احكام الالتزام "، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر،2003، ص 105.

[3] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 115.

[4] ريمة برمضان، المراكز القانونية المتميزة ومبدأ المساواة بين الدائنين، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر " بن يوسف بن خدة "، 2014/2013، ص 14.

الأساسية ،ما لم تكن هذه الشروط متصلة بشخص المدين أو غير قابل للحجز، ولا يشترط لذلك أيضا حلول أجل الدين من أجل رفع الدعوى غير المباشرة، بحيث تقوم هذه الشروط الواجب توافرها على دعامتين أساسيتين هما وجود منفعة مشروعة للدائن من جهة، ونيابة الدائن عن المدين نيابة خاصة من جهة ثانية ، ومن هذه الشروط ما يعود إلى شخص الدائن، ومنها ما يرجع إلى شخص المدين، وكذلك أيضا شروط تتعلق بالحق الذي يستعمله المدين، وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى كل هذه الشروط على التوالي بنوع من التفصيل كما يلي:

أولا: بالنسبة للدائن

تتجلى الشروط التي ترجع إلى الدائن من أجل رفعه للدعوى غير المباشرة باعتبارها آلية وقائية للمحافظة على حق الدائن في الضمان العام في مجموعة من الشروط منها ثبوت حق الدائن، ويجب أن يكون غير متنازع فيه، كما لا يشرط في حق الدائن قابليته للتنفيذ ومعلومية وتعيين مقداره، وكذا عدم اشتراط اسبقية حق الدائن على حق المدين، إضافة إلى عدم اشتراط حصول الدائن على إذن من القضاء من أجل رفع هذه الدعوى وكذلك أيضا عدم اشتراط حلول أجل الدائن، وللتفصيل في هذه الشروط سنتناولها تباعا كالآتي:

1-ثبوت حق الدائن وخلوه من المنازعة

هذا يعني أنه يشترط في أن يكون حق الدائن مؤكدا ومحققا، أي أن المصلحة المشروعة للدائن محققة الوقوع وليست هذه المصلحة محتملة الوقوع، فإذا كان هذا الحق متنازع فيه فيجب الفصل فيه بصفة نهائية حتى تثبت للدائن صفة رفع الدعوى غير المباشرة، وإلا يفقد الدائن حقه في رفع هذه الدعوى المقررة له بقوة القانون[1].

2-عدم اشتراط قابلية دين الدائن للتنفيذ

فعلى هذا الأساس فلا يشرط أن يكون بيد الدائن سند تنفيذي من أجل التنفيذ، بل الهدف من الدعوى غير المباشرة هو المحافظة على الحق في الضمان العام وليس تنفيذا[2].

3-ألا يشترط في حق الدائن معلومية وتعيين المقدار

لأنه حق الدائن ثابت وغير متنازع فيه، كمأنه مؤكد ومحقق الوقوع، لأن الأمر يتعلق بإرجاع أموال المدين إلى الضمان العام وليس التنفيذ عليها، مثل حق المضرور من الفعل غير المشروع، إذ يجوز لهذا الأخير أن يستعمل دعوى مدينه المسؤول دون انتظار لتقدير التعويض.

[1] محمد شكري سرور، الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري، ط2، دار النهضة العربية للنشر، مصر،2008، ص151.

[2] أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام " أحكام الالتزام "، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص 17.

4-عدم اشتراط أسبقية حق الدائن على حق المدين

لأن الضمان العام للمدين، أي الذمة المالية له تتشكل من جميع الأموال الملحقة بذمته سواء كانت حاضرة أو مستقبلة، بمعنى مهما كان تاريخ دخولها إلى ذمته المالية[1].

5-عدم الاشتراط على الدائن الحصول على إذن من القضاء

أي لا يشترط على الدائن حصوله على إذن من القضاء، بهدف رفع دعوى باسم المدين ولحسابه ضد مدين مدينه بهدف مطالبته بإدخال الأموال إلى الضمان العام، لأن الدائن في هذه الحالة يعتبر نائبا عن المدين نيابة قانونية يستمدها من القانون، فهو ليس بحاجة إلى اللجوء للقضاء من أجل الحصول على هذه النيابة[2].

6-عدم اشتراط حلول أجل الدين

فلا يشترط في الدعوى غير المباشرة حلول أجل الدين حتى يقوم الدائن رفعها[3]، حتى ولوكان حق الدائن معلقا على شرط واقف أو مضاف لأجل، وهذا ما جسدته المادة 189 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم بنصها على ما يلي" لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه...". **إلا أن الباحث يري بأن ما جاءت به المادة 01/189 من الأمر 75-58 فيه نوع من الغموض، بحيث يتضح ضمنيا من هذه المادة أنه يمكن للدائن رفع الدعوى غير المباشرة بعد حلول أجل الدين وهذا لا يحقق الغرض المنشود لأن الدائن تجاوز مرحلة المحافظة على الضمان العام وانتقل إلى مرحلة التنفيذ والمطالبة بحقه بمجرد حلول الأجل وإعذار المدين وفقا لما يشترطه القانون ، كمأنه بعد حلول أجل الدين يمكن للدائن استعمال آليات أخرى من أجل استيفاء حقه عن الطريق التنفيذ العيني وما يكفله الدائن من وسائل منها الغرامة التهديدية، فإذا استحال ذلك يلجأ الدائن إلى التنفيذ بمقابل ،كما يمكن للدائن رفع دعوى عدم نفاذ التصرف، وكذلك يمكن للدائن رفع للدعوى المباشرة إذا توافرت الشروط والحالات المتطلبة قانونا لذلك، وعليه يرى الباحث ويقترح على المشرع تعديل نص المادة 01/189 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني ليصبح نصها كالآتي " لكل دائن قبل حلول أجل دينه، أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ...".**

ثانيا: بالنسبة للمدين

إن إقرار المشرع للدائن استعمال الدعوى غير المباشرة الهدف منه حماية المصلحة المشروعة للدائن والمتمثلة في المحافظة على الضمان العام المقرر للدائنين، ولكي يتحقق هذا الهدف المشروع يجب أن تتحقق مجموعة من الشروط في

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص121.

[2] أنور سلطان، المرجع السابق، ص 18.

[3] محمد أوباجي، المرجع السابق، ص 233.

المدين، منها تقصيره في استعمال حقه بنفسه، وأن ينتج عن هذ التقصير إعسار المدين أو يزيد في إعساره، ومن هذه الشروط أيضا إدخاله كخصم في هذه الدعوى، لذلك سنفصل في هذه الشروط وفقا الآتي:

1-تقصير وإهمال المدين في استعمال حقه

يشترط لرفع الدعوى غير المباشرة تقصير المدين وإهماله في المحافظة على حقه في الضمان العام، كأن يسكت المدين عن مطالبة مدينه حتى يؤدي ذلك إلى سقوط الحق بالتقادم، أو يتقاعس ويتكاسل في رفع هذه الدعوى[1]، مما يؤدي هذا التقاعس والإهمال والتقصير إلى الإضرار بدائنيه، ويقع عبئ على الدائن، أما إذا قام الدائن برفع الدعوى غير المباشرة ثم تدخل المدين لكي يستعمل حقه، ففي هذه الحالة يتوقف الدائن عن مواصلة السير في الدعوى ويترك استعمالها للمدين، لكن يمكن للدائن أن يدخل كخصم ثالث من أجل مراقبة مدينه إذا توجس وخاف من تواطؤ المدين المتقاعس والمقصر مع مدينه، مما يؤدي ذلك إلى تهريب الأموال من الضمان العام، لا سيما إذا كان ذلك عمدا عن طريق الغش من خلال هذا التصرف غير المشروع في نظر القانون، جاز للدائن أن يستعمل هذه الدعوى[2].

2-أن يؤدي إهمال المدين وتقاعسه إلى إعساره أو الزيادة في ذلك

يقصد بالإعسار زيادة الديون عن الحقوق بالنسبة للذمة المالية للمدين، مما يؤدي بهذا الأخير إلى عدم قدرته على الوفاء بحقوق دائنيه، كمأن قيام المدين بإثبات تقصير المدين في استعمال حقه غير كاف، بل توجب عليه أن يثبت أن هذا التقصير في استعمال الحق أدى إلى إعسار المدين أو زاد في إعسار و على المدين أن يثبت عكس ذلك[3]، وهذا ما كرسته المادة 193[4] من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم، أما إذا كان للمدين أموال أخرى تكفي للوفاء بكل ديونه، فلا يجوز لأي دائن من دائنيه التدخل في شؤونه إلا بعد أن يبرر بأن له مصلحة مشروعة، أي يثبت بأن المدين لم يستعمل حقوقه بنفسه بسبب تقصيره أو إهماله[5]، كما يجب على الدائن إدخال المدين في الدعوى لأن الدان مجرد نائب عن المدين نيابة خاصة وبالتالي تنصرف إليه الحقوق وتدخل في الضمان العام، و يصدر الحكم لصالح المدين في مواجهة مدينه[6].

---

[1] سمير عبد السيد تناغوا، **أحكام الالتزام والاثبات**، ، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009. ، ص 266.

[2] لزرق بن عودة، **وسائل حماية الضمان العام**، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران ،2014/03/19

[3] تنص المادة 189/من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر على ما يلي " ... إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه، الحقوق، وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره أو يزيد فيه "، إذن المشرع الجزائري يشير إلى حالات الإعسار، إلا أنه لم ينظمه عل خلاف بعض التشريعات العربية التي نظمت الإعسار مثل الشرع القطري.

[4] تنص المادة 193 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر " إذا ادعى الدائن عسر المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عنها ".

[5] سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني " أحكام الالتزام "، المجلد الرابع، ط3، منشورات مكتبة صادر، لبنان، 1992، ص 288.

[6] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 119.

3-إدخال المدين كخصم في الدعوى

لا يجوز للدائن أن يرفع الدعوى غير المباشرة بدون إدخال المدين كخصم ثالث في الدعوى، فإذا لم يدخل الدائن المدين في الدعوى يجوز لهذا الأخير أن يدفع بعدم قبول الدعوى، وهذا الشرط الشكلي أقره المشرع المدني الجزائري في نص المادة 189 /02 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم بنصها" ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه، غير أنه لابد أن يدخله في الخصام "، وإدخال المدين كطرف في الدعوى أقوى من الإعذار الذي أصبح أقل لزوما بعد اشتراط إدخال المدين في الدعوى[1]، وهذا ما كرسه المشرع المدني المصري أيضا من خلال المادة 235 الفقرة الثانية.

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية الدعوى غير المباشرة

اختلف وتباين الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للدعوى غير المباشرة، فيرى بعض الفقه أن الدعوى غير المباشرة من أعمال التنفيذ، غير أن هذا الرأي انتقد على أن الدائن حينما يستعمل حقوق مدينه يهدف في ذلك إلى إرجاع الأموال إلى الضمان العام وليس التنفيذ عليها، إلا أن اتجاه آخر من الفقه يرى أن هذه الدعوى هي إجراء تحفظي على الذمة المالية للمدين حسب الحالة التي هي عليها، لأن الهدف حسبهم هو استعمال دعوى أو حق من طرف الدائن نتيجة تقصير المدين في استعمال ذلك.

إلا أن اتجاه آخر من الفقه يرى هذه الدعوى هي نظام قائم ومستقل بذاته يستند في وجوده إلى فكرة الضمان العام ويتفرع عنها[2]، إلا أن الرأي الراجح يرى أن الدعوى غير المباشرة تعد من الآليات الوسطية بين التحفظية والتنفيذية، فهي أقوى من التحفظية وأضعف من التنفيذية، الهدف منها إدخال الأموال الملحقة بذمة المدين إلى الضمان العام تمهيدا للتنفيذ لاحقا من قبل الدائنين[3]، ويرى الباحث أن هذا الرأي الراجح يتطابق مع رؤية المشرع من خلال نص المادة 189من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم والتي تنص على استعمال الدائن لحقوق المدين ضد مدين مدينه.

المطلب الثاني: نطاق استعمال للدعوى غير المباشرة وتمييزها عن بعض النظم القانونية المشابهة لها

سنتطرق في هذا الفرع إلى نطاق استعمال الدعوى غير المباشرة، ثم تمييزها عن الوكالة.

الفرع الأول: نطاق استعمال الدعوى غير المباشرة

سنتناول في هذه الجزئية الحقوق والدعاوى التي يجوز للدائن استعمالها ثم الحقوق التي لا يجوز استعمالها.

---

[1] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 293.

[2] مصطفى عبد الحميد العدوى، النظرية العامة للالتزام " أحكام الالتزام "، ط3، دون دار نشر، مصر 2000، ص 123.

[3] أنور سلطان، المرجع السابق، ص98.

أولا: الحقوق التي يجوز للدائن استعمالها باسم المدين

يقصد بها الحقوق التي يستعملها الدائن باسم مدينه ونيابة عنه ولصالحه، بهدف المحافظة على الحقوق المالية للمدين التي تمثل الضمان العام لجميع الدائنين العاديين دون استثناء، بحيث يقتسمونها قسمة غرماء وخروجا عن الأصل العام فإنه يجوز التدخل في شؤون المدين من خلال سماح المشرع للدائن رفع دعوى ضد مدين مدينه باسم المدين ولحسابه والهدف منها الحفاظ على الضمان[1]، إلا أن هذا التدخل ليس على إطلاقه بل له حدود كرستها المادة 189 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم، ويتعلق الأمر بالحقوق الغير القابلة للحجز، أو الأموال الخارجة عن الضمان العام سواء كانت هذه الحقوق عينية مثل حق الملكية أو حق الانتفاع أو حق ارتفاق أو رهن، كما يمكن أن تكون حقوق شخصية مثل الكفالة، معنى ذلك أن الحقوق التي يجوز استعمالها باسم المدين من قبل الدائن هي جميع الحقوق والدعاوى المالية التي تمثل قيمة مالية[2].

ثانيا: الحقوق التي لا يجوز للدائن استعمالها

إن قاعدة استعمال الدائن لحق مدينه في رفع الدعوى غير المباشرة باسم المدين ولصالحه في مواجهة مدين المدين ليست مطلقة النطاق، بل ترد عليه استثناءات فيما يتعلق بشخص المدين وقابلية الأموال للتنفيذ من عدمها، وعدم جواز استعمال رخص المدين، بحيث لا يجوز فيها للدائن أن يستعمل حقوق مدينه وللتفصيل أكثر سنتطرق إلى بنوع من الشرح والتحليل عل النحو الآتي:

1-الحقوق غير قابلة للحجز عليها أو الخارجة عن الضمان العام

إن الهدف من الدعوى غير المباشرة هو إدخال الأموال التي في ذمة المدين إلى الضمان العام من أجل التنفيذ عليها لاحقا بحلول أجل الاستحقاق، وعليه فإن الأموال التي لا تقبل الحجز عليها تخرج عن دائرة الضمان العام، فالدائن لا يمكنه التنفيذ على الأموال التي يستعملها المدين كنفقة[3]، وكذلك لا يجوز للدائن استعمال حق المدين في السكن أو الاستعمال لأنهما من الحقوق التي لا يجوز التنازل عنها للغير والحجز والتنفيذ عليها حتى ولو كان نائبا عن المدين.

2-الحقوق المتصلة واللصيقة بشخص المدين

فهي حقوق لا تدخل في الضمان العام للدائنين بحسب أصلها والتي يتوقف استعمالها لاعتبارات شخصية أو عائلية، أو أدبية يختص المدين وحده بتقديرها، ومن ثم لا يجوز استعمالها باسم المدين عن طريق الدعوى غير

[1] نورة جبارة، الدعوى غير المباشرة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، 2001، ص30.

[2] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص ص 255، 256.

[3] عبد لرزاق دربال، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنش والتوزيع، عنابة،2004، ص 32.

المباشرة لأنها لصيقة ومرتبطة بشخص المدين، حق في الرجوع في الهبة وحقوق المؤلف في نشر مصنفه أو عدم نشره، وكذلك الحق في الحياة، وحق إبطال الزواج والحق في الاسم أو رفع دعوى نسب لكي يرث ما الغير [1]، منعى ذلك أنه لا يجوز التصرف في هذه الحقوق اللصيقة بالشخصية، والحق في النسب وإنكاره، والحق في الشرف ويضاف إلى هذه الحقوق والدعاوى المالية التي تتصل بشخص المدين الحق في طلب التعويض عن الضرر المعنوي[2].

3-عدم جواز استعمال رخص المدين

إن استعمال الرخص من عدمه هو أمر متروك إلى السلطة التقديرية للمعني، وعليه لا يجوز للدائن استعمال الرخص نيابة عن المدين، لأن الدعوى غير المباشرة لا تسمح ولا تمنح للدائن قانونا التدخل في شؤون مدينه إلى درجة تسلبه حريته في تقدير أموره وتصريف شؤونه، لأن استعمال الرخص لا يقصد به المحافظة على الضمان العام، وعلى هذا الأساس فإن الرخص تخرج عن مجال ونطاق الدعوى غير المباشرة، فعيليه لا يجوز للدائن أن يحل محل مدينه في استعمال هذه الرخص المخولة قانونا المدين، مثل قبول صفقة رابحة تعرض عليه، أو قبول مستأجر حتى ولوكان بأجرة باهظة، أو المطالبة بالشفعة أو عدم طلبها، وقبول الوصية نيابة عن المدين[3].

الفرع الثاني: تمييز الدعوى غير المباشرة عن بعض النظم القانونية المشابهة لها

إن الدعوى غير المباشرة التي يرفعها الدائن باسم مدينه ولحسابه، تكون هذه الأخيرة في مواجهة مدين المدين، وتتقاطع الدعوى غير المباشرة باعتبارها آلية للمحافظة على حق الدائن في الضمان العام مع عقد الوكالة، وكذلك الفضالة، وعلى هذا الأساس سنتناول تمييز الدعوى غير المباشرة مع هذه النظم القانونية السالفة الذكر.

أولا: تمييز الدعوى غير المباشرة عن الوكالة

يتضح من خلال نص المادة 190 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، أن قيام الدائن برفع الدعوى غير المباشرة للمطالبة بحقوق المدين ماهي إلا نيابة أقرها القانون وهي من نيابة نوع خاص ومحصورة ، لأن الدائن مقيد برفع هذه الدعوى من أجل إرجاع حقوق المدين التي هي في ذمة الغير نتيجة إهماله وتقصيره، دون أن يتصرف الدائن في هذه الأموال موضوع الدعوى غير المباشرة التي هي ضمان لجميع الدائنين وبالتساوي[4]، **وعليه يرى الباحث أن الدعوى المباشرة تتشابه مع الوكالة من حيث المبدأ، إلا أنهما يختلفان من حيث التصرف القانوني، إذ يجوز التصرف في الوكالة على خلاف الدعوى غير المباشرة التي يقتصر دورها**

[1] عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، ص32، وراجع أيضا ياسين مقدم، **محاضرات في مقياس القانون المدني " أحكام الالتزام "**، المجموعة الأولى، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، السنة الجامعية 2020/2019، ص21.

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 117، وأنظر أيضا العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 258.

[3] منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني " مصادر الالتزام وأحكامها "، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2012، ص463.

[4] لزرق بن عودة، المرجع السابق، ص25

بحكم القانون على إرجاع المال إلى الضمان العام للمدين والذي هو مقرر لجمع الدائنين دون استثناء إعمالا لمبدأ المساواة.

ثانيا: تمييز الدعوى غير المباشرة عن الفضالة

يتضح من نص المادتين 150 و151 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم [1]، أن الفضالة هي عبارة عن تولي شخص القيام بشأن ما لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بهذا العمل، أي أن العمل الذي قام به الفضولي هو عمل تطوعي، **فعليه يرى الباحث أن الفضالة تتقاطع مع الدعوى غير المباشرة في كون الدائن رافع الدعوى ليست له علاقة مباشرة مع الدائنين العاديين الآخرين، إلا أن الفضالة تقترب من الدعوى غير المباشرة باعتبارهما مصدر للنيابة ولهما دورا مشابها فالدائن رافع الدعوى يعد نائبا عن المدين لأنه يرفعها باسمه ولحسابه وكذلك الدائن بالنسبة لباقي الدائنين فيعتبر فضولي.**

إذن فالدائن يلعب دور النائب بالنسبة للمدين، وكذلك بالنسبة لباقي الدائنين، فالدائن ينطبق عليه وصف الفضولي من جهة أي نائب عن باقي الدائنين، ويشاركهم في اقتسام ما يحققه من هذه الدعوى بعد عودة المال إلى الضمان والتنفيذ عليه لاحقا، وذلك بعد حلول أجل الدين.

غير أن هذه الدعوى تختلف عن الفضالة، كون أن الدعوى غير المباشرة تصرف قانوني مصدره القانون وهذا ما نصت عليه المادة 189 السالفة الذكر، أما الفضالة فهي تصرف بإرادة منفردة من طرف الفضولي.

[1] تنص المادة 150 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر على ما يلي " الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزما بذلك "، وتنص المادة 151 من نفس الأمر على ما يلي " تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي، أثناء توليه شأنا قد تولى شأن غيره لما بين الأمرين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر ".

المطلب الثالث: أحكام الدعوى غير المباشرة بين المحافظة على حق الدائن والوكالة والوكالة

إن الغرض من الدعوى غير المباشرة هو المحافظة على الضمان العام وتقويته، كما تكفل للدائنين الحصول على حقوقهم وأن الدائن رافع الدعوى ما هو إلا نائبا في استعمال هذه الدعوى وهذا ما جسدته المادة 190من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم[1]، وهذا ما يبين أن أحكام الدعوى غير المباشرة تقوم على أساس فكرة نيابة الدائن عن المدين وباسمه ولحسابه في رفع هذه الدعوى، وتكمن هذه النيابة قانونا في استعمال حقوق المدين من أجل المحافظة على الضمان العام، وفي هذا المجال سنتناول آثار الدعوى غير المباشرة يباعا كما يلي:

الفرع الأول: بالنسبة للدائن رافع الدعوى

إن ما ينتج عن الدعوى غير المباشرة من تحصيل للأموال يدخل في الذمة المالية للمدين، لأن الغرض من هذه الدعوى هو المحافظة على الضمان العام، بحيث يتقاسم الدائن رافع الدعوى غير المباشرة مع باقي الدائنين هذه الأموال التي تم إرجاعها للضمان العام قسمة غرماء كل واحد حسب نسبة دينه، خصوصا في حالة عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه إلا إذا كان لأحدهم حق امتيا، فإنه في هذه الحالة يستوفي حقه قبلهم جميعا[2]،أي أن الدائن رافع الدعوى لا يستأثر بالنتيجة التي تحققها، بمعنى أن الحقوق التي تدخل إلى الضمان العام لا ينفذ عليها الدائن رافع الدعوى لوحده، بل يشاركه سائر الدائنين، لأنه ليس إلا نائبا عن المدين[3]،فالدائن رافع الدعوى يدخل في خصومة قضائية طويلة ومعقدة الإجراءات ضد مدين المدين وباسم المدين ولصالحه ، من أجل تحصيل الأموال إلى الضمان العام، بحيث يتم التنفيذ على هذه الأموال وقبض الدين من ثمنها، ويتم بعد دخولها إلى الضمان العام وحلول أجل ديونهم من قبل جميع الدائنين دون تمييز بما فيهم الدائن رافع الدعوى ويقتسمونها قسمة غرماء كل واحد حسب بنسبة دينه، لاسيما إذا أموال المدين غير كافية للوفاء بجمع ديونه اتجاه سائر الدائنين العاديين الآخرين إلا من كان له حق امتياز ، أي كان بيده تأمينا خاصا مثل الرهن الرسمي[4].

فيرى الباحث أن أحكام الدعوى غير المباشرة بالنسبة للدائن، تكمن في أن الدائن يعتبر مجرد وكيل خاص عن المدين المهمل والمقصر في استعمال حقه في المحافظة على الضمان العام ودون مقابل ولا أجرة، أما بالنسبة للدائنين العاديين الآخرين يعتبر الدائن العادي رافع الدعوى مجرد متطوع، أو فضولي يجلب حق الغير دون تكليفه من طرفهم، لذلك يرى الباحث أنه ليس من العدل مساواة الدائن رافع الدعوى مع غيره من

---

[1] تنص المادة 190 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر على ما يلي " يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين، وكل ما ينتج عن استعمال هذه الحقوق يدخل في أموال المدين ويكون ضمانا لجميع دائنيه ".

[2] أنور سلطان، المرجع السابق، ص 26، وأنظر أيضا محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص124.

[3] محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 161.

[4] نورة جبارة، المرجع السابق، ص76.وأنظر كذلك العربي بلحاج، مرجع سابق، ص ص 260،261.

الدائنين العاديين الآخرين، فعلى هذا الأساس يقترح الباحث على المشرع في حالة تعديله للقانون المدني لاحقا في المستقبل إقرار للدائن العادي رافع الدعوى غير المباشرة حماية قانونية في مواجهة المدين المهمل والمتقاعس والمقصر في استعمال حقه، وكذلك اتجاه الدائنين العاديين الآخرين الذين يزاحمونه في قسمة الأموال دون جهد يبذلونه، بأن يوفر له حماية قانونية تعادل جهده المبذول ودون مقابل، بحيث تتمثل هذه الحماية القانونية من خلال النص على تخصيص جزء من هذه الأموال التي دخلت إلى الضمان العام عن طريق هذه الدعوى للوفاء بحق الدائن كتمييز له عن باقي الدائنين بهدف تشجيع الدائنين على رفع هذه الدعوى حتى تحقق الغرض منها قبل تهريب الأموال من الضمان العام، وكذلك كان على المشرع أن يحفز الدائن رافع الدعوى، من خلال سد الطريق أمام الدائنين الذين لم يبادروا إلى رفع هذه الدعوى، ويمارسون مهنة الاتكالية وانتظار الغير لجلب حقوقهم.

الفرع الثاني: بالنسبة للمدين

إذا أهمل المدين وقصر في استعمال حقه ضد مدينيه كان بإمكان أحد الدائنين أو جلهم رفع دعوى غير مباشرة باسم ولصالح المدين ونيابة عنه حتى ولو لم يحل أجل دينه ضد مدين مدينه، ويترتب على هذه الدعوى مجموعة من الآثار بالنسبة للمدين، منها ما يتعلق باحتفاظ المدين بحق التصرف في الحق المطالب به عن طريق الدعوى غير المباشرة، بحيث يكون هذا التصرف نافذا في حق الدائن، شأنه في ذلك شأن المدين الذي صدر منه هذا التصرف[1]، ويكون أيضا للخصم أي مدين المدين حق التمسك بهذا الحق في مواجهة الدائن رافع الدعوى، إذن فنيابة الدائن عن المدين لا تحرم هذا الأخير من التصرف في الحقوق التي يستعملها الدائن رافع الدعوى غير المباشرة، لأن المدين هو صاحب الحق المطالب به وله الحق وبكل حرية في التصرف في هذا لحق، إذ يمكن للمدين نقل هذا الحق إلى الغير عن طريق البيع أو الرهن، كما يجوز للمدين أن يقوم بالوفاء بالدين حتى بعد رفع هذه الدعوى[2]،من ثم لا يجوز للدائن باسم هذه الدعوى أن يتولى إدارة أموال المدين أو الإشراف عليها، فلا يجوز له أن يتصرف في هذه الحقوق بالبيع أو الإيجار ، على اعتبار الدائن وكيل ولا يجوز له تجاوز حدود الوكالة[3]، **فعليه يرى الباحث أن ما يمكن استخلاصه مما تم التطرق إليه أن الدعوى غير المباشرة تهدف إلى المحافظة على الضمان العام المقرر لجماعة الدائنين بسبب إهمال المدين وتقصيره، سواء كان ذلك عمدا أو بحسن نية، لأنه يفترض حسن النية في التنفيذ أي في الوفاء بالالتزام، وفي هذا الصدد نصت المادة 01/107 من الأمر 75-58**

[1] أنور سلطان، المرجع السابق، ص 25.

[2] لزرق بن عودة، المرجع السابق، ص ص 26،27.

[3] العربي بلحاج، المرجع السابق ص 260. وأنظر محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص

المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم على ما يلي " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية "،كما أن هذه الدعوى ليست دعوى تنفيذ على أموال المدين لذلك فهي تفقد القيمة الحقيقية كآلية للمحافظة على حق الدائن مقارنة بالآليات الأخرى مثل الآليات التنفيذية لذلك فهي قليلة الاستعمال في الحياة العملية نظرا لضعف جدواها وأن الدائن رافع الدعوى حقه غير مضمون أمام مزاحمة الدائنين الآخرين له في اقتسام أموال الضمان العام بما فيها التي تم إرجاعها عن طريق الدعوى غير المباشرة، كما يرى الباحث أن الدعوى غير المباشرة تعد تطوعا من المدين نيابة عن باقي الدائنين ودون مقابل، لذلك لا يكون لهذه الدعوى جدى لأنها فقدت صفة التنافسية بين الدائنين من أجل رفعها.

الفرع الثالث: بالنسبة لسائر الدائنين

يترتب على رفع الدعوى غير المباشرة من طرف أحد الدائنين، أنه إذا نجح الدائن في رفع دعواه وصدر الحكم لصالح المدين وتم إرجاع الحق موضوع الدعوى إلى الضمان العام، فإن الدائن رافع الدعوى لا يستأثر بنتيجتها لوحده بل يتقدم عنه الدائنين الذين لهم حق امتياز في استيفاء حقوقهم كل واحد حسب نسبة دينه ومرتبته، كما يشاركه باقي الدائنين من خلال تقدمهم ومطالبتهم بالتنفيذ على الحق موضوع الدعوى العائد إلى الضمان العام، لأنه يجوز لهم مزاحمة الدائن والتقاسم معه هذه الأموال قسمة غرماء كل واحد حسب نسبة دينه لأن الهدف من إقرار المشرع بمبدأ الضمان العام هو حماية الدائن مزاحمة الدائنين المتدخلين قبل بيع الأشاء المحجوزة وعدم كفاية حاصل البيع لتغطية مستحقات الدائنين وهذه الرخصة على إطلاقها تشكل سلاحا لفائدة طرف واحد، إذ تحقق الحماية الفعلية للدائن لكنها في المقابل قد تحدث أضرارا بالمدين من دون جدوى في حالة تعسف الدائن، ماعدا إلا إذا كان لأحدهم حق امتياز[1]، إلا إذا انفرد الدائن رافع الدعوى بهذه النتيجة من خلال إجراء التنفيذ بمفرده، فحينها يكون قد أقفل الباب أمام وسد الطريق أمام جميع الدائنين واستأثر بنتيجة الدعوى لوحده، أما إذا خسر الدائن دعواه وصدر الحكم لفائدة الخصم أي مدين المدين، فيكون لهذا الحكم حجية في مواجهة الدائن رافع الدعوى وباقي الدائنين، ففي هذه الحالة ينتظر الدائن رافع الدعوى وباقي الدائنين حلول آجال ديونهم وسلوك طرق أخرى من أجل المطالبة بها[2].

الفرع الرابع: بالنسبة مدين المدين" خصم الدائن"

إن الخصم "مدين المدين" باعتباره طرف مدعى عليه في الدعوى غير المباشرة لا يترتب في حقه أي أثر اتجاه الدائن لعدم وجود رابطة قانونية تربطه به، بل تتم مطالبته بالوفاء بدين الدائن، إلا أنه يمكنه التمسك بجميع دفوع

[1] العربي بلحاج، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص ص 262، 263.

[2] بلقاسم محمد بوصري، طرق التنفيذ من الناحية المدنية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015، ص 173.

المدين في مواجهة الدائن باعتباره نائبا عن المدين، كما يجوز للخصم أن يدفع ببطلان التصرف المنشئ للحق موضوع الدعوى لأي سبب من الأسباب، أو الدفع بانقضاء هذا الحق بأي سبب من الأسباب كالوفاء والمقاصة والتقادم، فالخصم لا يتأثر بالدعوى غير المباشرة، لأن علاقته المباشرة هي علاقة الدائنية التي تربطه بالمدين[1]، **و أخيرا يرى الباحث أن المشرع أقر رفع الدعوى غير المباشرة حتى ولو لم يحل أجل دين الدائن، وبالتالي فإن المشرع أغفل الحديث عن أجل دين الخصم فيما إذا كانت الدعوى غير المباشرة التي ترفع ضده هل تكون قبل حلول أجل دين المدين، أو بعد حلوله، لذلك يقترح الباحث على المشرع أخذ هذا الأمر بعين الاعتبار في حالة تعديله للقانون المدني وينص صراحة على رفع هذه الدعوى قبل حلول أجل الدين باعتبارها آلية وقائية لأنه بعد حلول أجل الدين توجد آليات علاجية نذكر منها دعوى عدم نفاذ التصرف.**

[1] العربي بلحاج، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص ص 262، وأنظر أيضا ياسين مقدم، مرجع سابق، ص 24.

المبحث الثاني: مدى نجاعة ودور الآليات العلاجية في المحافظة على حق الدائن

إذا لم تحقق الآليات الوقائية السالفة الذكر الهدف الذي قررت لأجله، وهو المحافظة على الضمان العام للمدين، و كذلك إذا لم يقم الدائن باستعمال هذه الآليات في وقتها، بمعنى تأخر المدين في استعمال هذه الآليات إلى غاية حلول أجل الدين، وقام المدين بالتصرف في هذه الأموال في كلها، أو في جزء منها، أجاز المشرع وأقر للدائن آليات علاجية منها الدعوى البوليصية "دعوى عدم نفاذ التصرف" في مواجهة غش المدين العمدي، وكذلك الدعوى الصورية والتي تعد كاشفة لتصرف المدين إذا تبين أن هذا الأخير أراد من خلال هذا التصرف تهريب الأموال من الضمان العام، وعلى هذا الأساس سنتطرق في هذا المبحث إلى الدعوى البوليصية " دعوى عدم نفاذ التصرف " في المطلب الأول، أما في المطلب الثاني سنتناول الآلية العلاجية الثانية " الدعوى الصورية ".

المطلب الأول: دعوى عدم نفاذ التصرف ردع للمدين وإشكالات في التنفيذ

أجاز المشرع للدائن الذي أصابه ضرر بسبب غش المدين الطعن في تصرفات هذا المدين المعسر عن طريق دعوى عدم نفاذ التصرف من أجل إرجاع المال إلى الضمان العام والتنفيذ عليه، لذلك سنتناول بالدرجة الأولى مفهوم دعوى عدم نفاذ التصرف وكذا أحكامها، إضافة إلى الإشكالات التي تعترض وتواجه هذه الدعوى.

الفرع الأول: مفهوم دعوى عدم نفاذ التصرف

سنتطرق تباعا إلى تعريف الدعوى البوليصية في الجزئية الأولى، ثم إلى شروط استعمالها، وأخيرا سنتناول بالدراسة تمييز الدعوى البوليصية عما يشابهها من بعض المصطلحات القانونية، وكذلك سنعالج أيضا الطبيعة القانونية لهذه الدعوى.

أولا: تعريف دعوى عدم نفاذ التصرف

يعرف البعض دعوى عدم نفاذ التصرف على أنها " دعوى فردية يرفعها الدائن باسمه وليس باسم مدينه، والهدف منها عدم نفاذ التصرف الضار بالدائن، بمعنى أن تصرف المدين اتجاه المتصرف إليه لا يسري في حق الدائن رافع الدعوى البوليصية، ولا ينصرف أثره إلى المدين، بل يعود إلى الضمان العام "[1]. كما يعرفها البعض الآخر على أنها " دعوى فردية أقرها المشرع للدائن متى توافرت شروطها، بهدف حمايته هذا الأخير من تصرفات مدينه الضارة به "[2]، كما عرفت أيضا على أنها " دعوى يتقرر للدائنين بمقتضاها الحق في طلب عدم نفاذ تصرفات المدين الضارة والتي تلحق ضررا بضمانهم العام، فالهدف منها هو المحافظة على الضمان العام والزيادة في الضمان "[3]، أما المشرع الجزائري

[1] محمد حسين منصور، ص 118.

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق ص ص 131،132.

[3] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 267.

لم يعرف الدعوى البوليصية وإنما نظم أحكامها في المواد من 191[1] إلى 197 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم، يتضح من خلال نص المادة 191 أنه في حالة قيام المدين بالتصرف في أمواله إلى الغير بهدف الإضرار بدائنيه، مستعملا في ذلك الغش بهدف تهريب الأموال من الضمان العام من خلال إعساره أو الزيادة في إعساره، أو الزيادة في إعساره، أقر المشرع للدائنين الحق في رفع دعوى عدم نفاذ التصرف حماية لهم من هذه التصرفات الضارة بهم.

ثانيا: شروط دعوى عدم نفاذ التصرف

إن الهدف من دعوى عدم نفاذ التصرف هو توقيف وتعطيل أثر التصرف الذي يقوم به المدين اتجاه المتصرف إليه من أجل الإضرار بالدائنين، وبمعنى آخر أن رفع دعوى عدم نفاذ التصرف من طرف الدائن يمس بصفة مباشرة مصلحة المتصرف إليه، ومن أجل رفع هذه الدعوى يجب توافر مجموعة من الشروط منها ما يرجع للدائن، والبعض الآخر يرجع للتصرف المطعون فيه، إضافة إلى الشروط التي ترجع إلى المدين، وهذه الشروط كرسها المشرع من خلال نصه على أحكام دعوى عدم نفاذ التصرف في المواد من 191 إلى 197 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى هذه الشروط تباعا كما يلي:

1-بالنسبة للدائن

لرفع دعوى عدم نفاذ التصرف من طرف الدائن لابد من توافر مجموعة من الشروط التي يشترطها القانون لكي يعتد بهذه الأخيرة، ومنها أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، وأن تكون للدائن مصلحة في الطعن في تصرفات المدين، وكذلك أيضا أن يكون حق الدائن سابقا لتصرف المدين المطعون فيه، كما يجب أن يرفع الدائن دعوى عدم نفاذ التصرف قبل أن تسقط بالتقادم، لذلك سنفصل في هذه الشروط وفق هذا التسلسل المنهجي تباعا وعلى النحو الآتي:

أ-أن يكون حق الدائن مستحق الأداء

اشترط المشرع الجزائري وعلى غرار باقي التشريعات في الدائن الذي يطعن في تصرف مدينه عن طريق رفع دعوى عدم نفاذ التصرف اتجاه المتصرف إليه أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، وأن يكون هذا الحق محقق الوجود ومشروع وليس احتمالي وثابت وغير متنازع فيه[2]، بمعنى أنه لا يجوز للدائن أن يطالب المدين بحقه إلا بعد حلول

[1] تنص المادة 191 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم السالف الذكر على ما يلي " لكل دائن حل وصدر من مدينه تصرف ضاربه أن يطلب عدم نفاذ التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره، وذلك متى توافرت أحد الشروط المنصوص عليها في المادة التالية ".

[2] منذر الفضل، المرجع السابق، ص 467، وأنظر أيضا العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 273.

الأجل، ولا يجوز له للدائن أيضا أن يرفع دعوى عدم نفاذ التصرف إلا بعد حلول أجل استحقاق دين الدائن الذي في ذمة المدين، وهذا الأمر كرسته المادة191 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم[1].

ب-أن يكون حق الدائن سابقا على تصرف المدين المطعون فيه

من بين الشروط الواجب توافرها أيضا في رفع دعوى عدم نفاذ التصرف بالنسبة للدائن، أن يكون حق الدائن سابقا لتصرف المدين المطعون فيه[2]، أما إذا كان التصرف المطعون فيه سابق لنشوء حق الدائن، فلا يجوز لهذا الأخير الطعن في تصرف سابق لوجود حقه، لأن العبرة في رفع دعوى عدم نفاذ التصرف بأسبقية تاريخ نشوء حق الدائن على قيام المدين بالتصرف المطعون فيه اتجاه المتصرف إليه وليس بتاريخ استحقاق حق الدائن الذي في ذمة المدين[3].

ج-وجوب رفع الدعوى في الميعاد القانوني قبل أن تسقط بالتقادم

أورد المشرع الجزائري شرط رفع دعوى عدم نفاذ التصرف في ميعادها القانوني، من خلال المادة 197[4] من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، بحيث إذا لم يقم الدائن برفع دعوى عدم نفاذ التصرف في الآجال المنصوص عليها قانونا والتي تقدر ب "03" ثلاث سنوات من الوقت الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف، و"15" خمسة عشر سنة من تاريخ إبرام المدين للتصرف المراد الطعن فيه اتجاه المتصرف إليه، سواء علم الدائن أولم يعلم، فإن هذه الدعوى تتقادم بانقضاء هذه الآجال، ولا يمكن للدائن التمسك بهذه الدعوى، لكن إذا سقطت دعوى عدم نفاذ التصرف بالنسبة لأحد الدائنين وقام برفعها دائن آخر حل أجل دينه، فإنه يترتب على ذلك أن الدائن الذي سقطت دعواه بالتقادم يشارك الدائنين في الأموال العائدة إلى الضمان العام نتيجة دعوى عدم نفاذ التصرف المرفوعة من أحد الدائنين[5].

فيرى الباحث أن المشرع لم يعاقب الدائن الذي لم يرفع دعوى عدم نفاذ التصرف في الميعاد القانوني بحرمانه من نتيجة هذه الدعوى في حالة ما إذا تم رفعها من أحد الدائنين، بل سمح له مشاركة

---

[1] تنص المادة 191من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم السالف الذكر على ما يلي " لكل دائن حل وصدر من مدينه تصرف ضاربه أن يطلب عدم نفاذ التصرف في حقه...".

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 144، وأنظر أيضا أنور سلطان، مرجع سابق، ص 41.

[3] مصطفى عبد الحميد عدوي، ص 164.

[4] تنص المادة 197 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم السالف الذكر على ما يلي " تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء " 03 " ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء" 15 " خمسة عشر سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه ".

[5] لزرق بن عودة، المرجع السابق ص ص 69، 70.

الدائنين بنتيجة هذه الدعوى والتنفيذ على الأموال العائدة إلى الضمان العام، وبالتالي منحه فرصة ثانية من أجل استيفاء حقه من هذه الدعوى التي قام برفعها غيره من الدائنين، إلا أن الباحث يقترح على المشرع بالنسبة للدائن الذي تماطل في رفع هذه الدعوى حتى تقادمت تقليص نسبته من الأموال الناتجة عن هذه الدعوى التي قام برفعها غيره من الدائنين وحرمانه من قسمة الغرماء، بهدف تشجيع الدائنين على رفعها بدل الاعتماد على الغير من جهة، وكجزاء للدائن الذي تقادمت هذه الدعوى بين يديه من جهة ثانية.

د-أن تكون للدائن مصلحة من أجل الطعن في تصرفات المدين

إضافة إلى الشروط السالفة الذكر، يشترط أيضا في دعوى عدم نفاذ التصرف بالنسبة للدائن، أن يكون تصرف المدين اتجاه المتصرف إليه ضارا بالدائن، لأن هدف المدين من هذا التصرف هو تهريب الأموال من الضمان العام لكيلا يستوفي الدائن حقه[1]، وعلى هذا الأساس لا يمكن للدائن رفع هذه الدعوى إلا إذا كان له مصلحة فيها، خصوصا إذا أدى تصرف المدين إلى إعساره أو الزيادة في إعساره[2]، وتكمن المصلحة في الضرر الذي يصيب الدائن، فإذا انتفت هذه المصلحة فلا يمكن للدائن رفع هذه الدعوى، مما يعطل حصول الدائن على حقه من مدينه[3]، وهذا ما جسدته المادة 191[4] من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

2-بالنسبة للمدين

إن مجموعة العوامل الرئيسية التي تجعل من الدائن يلجأ إلى رفع دعوى عدم نفاذ التصرف من أجل استيفاء حقه حسب ما هو مقرر قانونا، تتجلى في شرطين أساسيين، الأول يتمثل في التصرفات التي يجريها المدين مستعملا الغش من أجل تهريب الأموال والإنقاص من الضمان العام، والشرط الثاني يتجسد في إعسار المدين أو الزيادة في إعساره، لذلك سنتطرق إلى هذين الشرطين المتعلقين بالمدين بالشرح والتفصيل ووفقا للآتي:

أ-إعسار المدين أو الزيادة في إعساره

يعتبر شرط إعسار المدين أو الزيادة في إعساره بسبب التصرف الذي قام به هذا الأخير اتجاه المتصرف إليه أحد الأسس التي يستند إليها الدائن في رفعه لدعوى عدم نفاذ التصرف، فالعبرة من هذا الشرط أنه يجب أن يؤدي التصرف المطعون فيه إلى إعسار المدين، أو يزيد في إعساره، وذلك وقت إبرام التصرف وأن تستمر هذه الحالة إلى

---

[1] أنور سلطان المرجع السابق، ص 39.

[2] العربي بلحاج، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 277.

[3] منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بأراء الفقه وأحكام القضاء، أراس للطباعة والنشر، العراق، 2006، ص105.

[4] تنص المادة 191 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم السالف الذكر على ما يلي "...وصدر من مدينه تصرف ضاربه أن يطلب عدم نفاذ التصرف في حقه ".

غاية رفع دعوى عدم نفاذ التصرف[1]، ويعتد بالإعسار الفعلي لا القانوني، أي أن تكون ديون المدين أكبر من حقوقه، بمعنى أن الذمة المالية للمدين سلبية وليست إيجابية، وأن يكون حق الدائن مستحق الأداء[2].

فبمفهوم المخالفة أنه إذا كان المدين موسرا وقت إبرام العقد ولم يؤدي هذا التصرف إلى إعساره أو لم يزيد في إعساره، فإنه لا يجوز لأي من الدائنين رفع دعوى عدم نفاذ التصرف اتجاه المتصرف إليه[3]، ويقع عبئ إثبات الإعسار على الدائن الذي يدعي إعسار مدينه، وعلى المدين إذا أنكر الإعسار توجب عليه إثبات أن أمواله تكفي للوفاء بديونه أو تزيد عن هذا الوفاء بالديون[4].

ب-الغش وقصد الإضرار بالدائنين

يقصد بالغش عموما استعمال آليات وطرق تضليلية الهدف منها الوصول أو تحقيق شيء أو هدف غير مشروع، أما الغش وقصد الإضرار في مجال دعوى عدم نفاذ التصرف أن تتواجد لدى المدين نية الإضرار بالدائنين وقت صدور التصرف، والهدف من هذا الغش هو محاولة المدين التخلص من الوفاء بالتزاماته اتجاه الدائنين، بحيث من خلال هذا التصرف الذي ينطوي على الغش وقصد الإضرار يسعى المدين من خلاله إلى تهريب الأموال من أجل إضعاف الضمان العام وإنقاصه لتصبح أمواله غير كافية للوفاء بديونه[5]، وفي هذه الصدد نميز حالتين، فإذا كان تصرف المدين المطعون فيه بعوض توجب على الدائن إثبات تواطؤ المتصرف إليه مع المدين، أما إذا كان التصرف المطعون فيه بدون عوض فإن الغش في هذه الحالة مفترض بقوة القانون، وهذا ما كرسته المادة 192 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

3-بالنسبة للتصرف المطعون فيه

من أجل رفع دعوى عدم نفاذ التصرف من طرف الدائن ضد المتصرف إليه مدين المدين الذي حل أجل دينه، يشترط في التصرف المطعون فيه توافر مجموعة من الشروط، منها اشتراط أن يكون التصرف قانونيا، وكذلك يجب أن يكون هذا الأخير مفقرا، وهذا ما يعرف بنطاق دعوى نفاذ عدم التصرف، فمن أجل التوضيح أكثر سنتطرق إلى هذه الشروط كما يلي:

---

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص146.

[2] أنور سلطان، المرجع السابق، ص47.

[3] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 281.

[4] تنص المادة 193 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم السالف الذكر عل ما يلي " إذا ادعى الدائن عسر المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الدين أو يزيد عليه ".

[5] زهرة بن عيسى، الغش في العقود، رسالة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2017/2016، ص13، وأنظر أيضا وراجع محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 147.

أ-أن يكون التصرف المطعون فيه قانونيا

لكي يصلح أن يكون التصرف الذي قام به المدين اتجاه المتصرف إليه قابلا للطعن فيه، يجب أن يكون هذا الأخير قانونيا، سواء كان عقدا بإرادتين مختلفتين، أو عقد بإرادة منفردة، وسواء كان عقود المعاوضة مثل البيع أو من عقود التبرع مثل الهبة، لأنه لا مكان للطعن بدعوى نفاذ التصرف في تصرفات المدين التي ليست بإرادته وعليه لا يجوز الطعن في الأعمال المادية للمدين[1]، باستثناء بعض الحالات التي يجوز للدائنين الطعن فيها بدعوى عدم نفاذ التصرف، رغم أن هذا التصرف الذي قام به المدين غير إرادي مثل تدخل الدائنين في القسمة [2].

ب-أن يكون التصرف المطعون فيه مفقرا

يعرف التصرف المفقر على أنه ذلك التصرف الذي من شأنه أن يؤدي إلى الإنقاص من الجانب الإيجابي للذمة المالية للمدين ويزيد في الجانب السلبي، لذلك يشترط من أجل رفع دعوى عدم نفاذ التصرف أن يكون التصرف المطعون فيه الذي قام به المدين مفقرا، ويترتب عليه إعسار المدين أو الزيادة في إعساره، فهذا الشرط أساسي من أجل رفع الدائن لدعوى عدم نفاذ التصرف، إضافة إلى توافر الشروط السابقة الذكر[3].

معنى ذلك أن التصرف المفقر هو عدم وجود مال ظاهر للمدين لكي يفي بديونه، سواء كانت هذه الديون مستحقة الأداء أو مضافة لأجل، ويتحمل الدائن عبئ إثبات أن المدين معسر، ويتحمل ذلك المدين إذا نفى صفة الإعسار عن نفسه وأن أمواله تكفي للواء بديونه أو تزيد عنها[4]،وبذلك يكون المشرع الجزائري قد واكب التشريع المصري المستحدث الذي ساوى بين النقصان في الحقوق والزيادة في الالتزامات[5]، وهذا ما كرسته المادة 191 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بنصها "**إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره، وذلك متى توافر أحد الشروط المنصوص عليها في هذه المادة** ".

ثالثا: الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ التصرف

اختلف الفقه القانوني في تحديد الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ التصرف، باعتبارها أداة فعالة وذات أهمية، لأنها آلية يطالب من خلالها الدائن بعدم نفاذ تصرف المدين المعسر، والذي يؤدي إلى الإضرار بحقوق الدائن،

---

[1] لزرق بن عودة، المرجع السابق، ص74، وأنظر وراجع أيضا محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 185.

[2] تنص المادة 729 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم السالف الذكر على ما يلي " لدائنين كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة أو يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم ".

[3] محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 174 وما يليها.

[4] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص ص 280،281.

[5] لزرق بن عودة، المرجع السابق، ص 78.

وفي هذا المجال ظهر العديد من النقاش الفقهي، فيرى بعض من الفقه أن دعوى عدم نفاذ التصرف هي دعوى بطلان[1]، ويتزعم ذلك الفقه الفرنسي، إلا أن هذا الرأي أنتقد، على اعتبار أن الدائن ليس من الغير ولا يمكنه المطالبة ببطلان العقد أو التصرف، بل المطالبة بعدم نفاذ هذا التصرف، كما يعتبر جانب من الفقه أن دعوى عدم نفاذ التصرف هي دعوى تعويض عن ما يلحق الدائن من ضرر، وبالتالي فهي من مظاهر المسؤولية والتي تقوم على أساس الخطأ والضرر[2]، أما البعض الآخر يرى أن دعوى عدم نفاذ التصرف هي دعوى ذات طبيعة خاصة ومستقلة، كونها تهدف إلى المطالبة بحقوق الدائنين التي هي في ذمة المدين من جهة، ومراعاة مصلحة الغير حسن النية من جهة ثانية، و هذا ما استقر عليه كل الفقه و القضاء، خصوصا في فرنسا ومصر، حيث تعتبر دعوى عدم نفاذ التصرف على أنها دعوى عدم نفاذ التصرف الذي يقوم به المدين في حق الدائنين، والهدف منها المحافظة الضمان العام للدائنين، أي أن التصرف لا يسري في حق الدائن، لكنه يبقى صحيحا بين المدين والمتصرف إليه، معنى ذلك أن لدعوى عدم نفاذ التصرف هي ذات طبيعة خاصة ومستقلة، فهي ليست دعوى بطلان ولا يمكن اعتبارها دعوى تعويض[3].

الفرع الثاني: الأحكام المترتبة على دعوى عدم نفاذ التصرف

متى توافرت شروط رفع الدعوى البوليصة، وقام أحد الدائنين بالطعن في تصرف مدينهم، بهدف الإضرار بهم، فإنه يترتب على هذه الدعوى بعد صدور الحكم مجموعة من الآثار بالنسبة للدائن رافع الدعوى وباقي الدائنين، وكذلك بالنسبة للمدين، إضافة إلى مجموعة الآثار المتعلقة والمرتبطة بالتصرف المطعون فيه، وعليه سنتطرق في هذا الفرع لهذه الآثار تباعا وبنوع من الشرح والتفصيل على النحو الآتي:

أولا: آثار دعوى عدم نفاذ التصرف بالنسبة للدائن الطاعن في التصرف وباقي الدائنين

إذا صدر الحكم لمصلحة الدائن الطاعن، يترتب على نجاح دعوى عدم نفاذ التصرف مجموعة من الآثار بالنسبة للدائن الطاعن، فقد تسقط دعواه إذا لم يعد له مصلحة في ذلك، أو يترتب على ذلك عدم نفاذ التصرف المطعون فيه في حق الدائن، وقد يستفيد من التعويض، وسنفصل في كل هذه الآثار بنوع من الشرح والإثراء كما يلي:

1-عدم نفاذ التصرف المطعون فيه في حق الدائن

متى توافرت شروط رفع دعوى عدم نفاذ التصرف بالنسبة للدائن، منها حلول للأجل، ووجود مصلحة عاجلة للدائن وأن يكون حق الدائن سابق في الوجود لتصرف المدين المطعون فيه، وكذلك أيضا تحقق شرط شكلي

[1] لزرق بن عودة، المرجع السابق، ص 55.

[2] أنور سلطان، المرجع السابق، ص 59، وراجع أيضا العربي بلحاج، مرجع سابق، ص270.

[3] عبد المجيد أحمد سعيد الصلوي، مقال بعنوان شروط الطعن في دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين وآثارها، دراسة مقارنة في القانونين المدني والمصري، مجلة العلوم التربوية والدراسات الإنسانية، كلية الحقوق بجامعة تعز، اليمن، العدد الأول، أكتوبر 2017، ص 103.

يتمثل في ورفع الدعوى في ميعادها القانوني، فإنه يرتب على ذلك قانونا عدم نفاذ التصرف في حق الدائن، أي أن التصرف الذي أجراه المدين مع المتصرف إليه موقوف النفاذ في حق الدائن الطاعن والدائنين الآخرين الذين تتوافر فيهم شروط رفع هذه الدعوى، وذلك متى صدر حكم يقضي بذلك، بحيث يعود المال إلى الضمان العام ويعتبر هذا التصرف كأن لم يكن ويسري بأثر رجعي كأنه مازال في ذمة المدين المالية[1].

2-سقوط الدعوى إذا لم تعد للدائن مصلحة

إذا قام المتصرف إليه قبل صدور الحكم بعدم نفاذ التصرف وقبل مباشرة الدائن إجراءات التنفيذ، بإجراء يهدف من خلاله إلى التخلص من الحكم الصادر في الدعوى، سواء بأن يؤدي المتصرف إليه إلى الدائن رافع الدعوى ما هو مستحق له في ذمة المدين، أو أن يودع ثمن المثل للشيء الذي اكتسبه لدى خزانة المحكمة[2]، وهذا ما كرسته المادة195 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم بنصها على ما يلي: " **إذا كان من تلقى من المدين المعسر لم يدفع ثمنه فإنه يتخلص مما ينتج عن دعوى الدائن متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل، وقام بإ يداعه الخزانة** "،كما تسقط الدعوى أيضا إذا قام المدين بالوفاء بالدين مباشرة بنفسه[3].

4-استفادة جميع الدائنين من الحكم بعدم نفاذ التصرف

إعمالا لقاعدة الضمان العام، فإن الحكم الصادر بعدم نفاذ التصرف يستفيد منه جميع الدائنين، وذلك بهدف تحقيق مبدأ المساواة الذي يقوم عليه الضمان العام، بحيث يعود المال موضوع التصرف المطعون فيه إلى الضمان العام، ويسمح لجميع الدائنين للتنفيذ عليه واستيفاء حقوقهم بالقدر الذي يكفي للوفاء بديونهم، والمال الباقي هو من نصيب المتصرف إليه وله كامل الحرية في التصرف فيه، وهذا الأمر كرسته المادة 194[4] من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

لكن ما يمكن الإشارة إليه أن المشر استعمل عبارة عدم معارضة عوض عبارة عدم نفاذ التصرف، وذلك نتيجة الترجمة من الفرنسية إلى العربية[5]، **ففي هذا الصدد يضم الباحث رأيه إلى من سبقه من الباحثين من خلال الاقتراح على المشرح تعديل نص المادة 194 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، وذلك من خلال استبدال عبارة "عدم معارضة التصرف" بعبارة " عدم نفاذ التصرف"، لأن عدم نفاذ**

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 155.

[2] عبد المجيد أحمد سعيد الصلوي، المرجع السابق، ص125، أنظر أيضا محمد صبري السعدي، مرجع السابق، ص 155،

[3] لزرق بن عودة، المرجع السابق، ص120.

[4] أنظر المادة 194 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[5] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص ص 283 ،284.

التصرف يقصد به وقف نفاذ التصرف في حق الدائن وليس الغرض منه التأجيل أو المعارضة لكي تؤدي المادة الغرض الذي شرعت وقررت لأجله[1].

3-حق الدائن في التعويض

إذا لم ينجح الدائن الطاعن في دعواه ولم يعيد الأموال موضوع التصرف المطعون فيه إلى الضمان العام، كما في حالة تصرف المتصرف إليه في هذه الأموال بعوض إلى متصرف إليه ثاني وبحسن نية، فإذا لحق بالدائن ضررا نتيجة تصرف مدينه سيئ النية، يستطيع حينها أن يطالب الدائن المدين بالتعويض عن الفعل الضار أي غير المشروع، أما إذا كان المتصرف إليه سيئ النية أيضا فيكون مسؤولا مع المدين مسؤولية تضامنية عن الضرر الذي لحق بالدائن والذي يستوجب التعويض نتيجة اشتراكهما في الفعل الضار على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية وهذا ما كرسته المادة 124 [2] من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم [3].

ثانيا: آثار دعوى عدم نفاذ التصرف بالنسبة للمدين والمتصرف إليه

يترتب على رفع لدعوى عدم نفاذ التصرف من طرف الدائن متى توافرت شروطها مجموعة من الآثار بالنسبة لطرفي العقد الذي موضوعه التصرف المطعون فيه، فينتج عن رفع هذه الدعوى بقاء تصرف صحيحا بين المدين والمتصرف إليه، ويترتب على ذلك أيضا حق المتصرف إليه في الرجوع على المدين بالدفوع الناشئة عن العقد الذي بينهما، كما يمكنه تجنب دعوى عدم نفاذ التصرف، إضافة إلى الأثر المتمثل في حق المتصرف إليه في الرجوع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب، وعليه سنتطرق إلى كل هذه الآثار بالتفصيل وفقا إلى للترتيب التالي:

1-بقاء التصرف صحيحا بين المدين والمتصرف إليه

إن الأثر الواضح والجلي الناتج عن نجاح دعوى عدم نفاذ التصرف فيما بين المدين والمتصرف إليه هو بقاء التصرف صحيحا بينهما ومنتجا لجميع آثاره القانونية، لأن دعوى عدم نفاذ التصرف ليست دعوى بطلان وإنما عدم نفاذ التصرف في حق الدائن، بحيث يترتب على هذا الأمر مجموعة من الحقوق بالنسبة للمتصرف إليه تسمح له بالرجوع على المدين، لاسيما الحقوق الناشئة عن العلاقة العقدية التي تربطه بالمدين[4]، أو تلك الحقوق التي تخول له

---

[1] مقترح تعديل نص المادة 194 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم السالف الذكر كما يلي " متى تقرر عدم نفاذ التصرف للدائن استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف اجحافا بحقهم".

[2] تنص المادة 124 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم السالف الذكر على ما يلي " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض "

[3] لزرق بن عودة، المرجع السابق، ص 119.

[4] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 157.

حق الرجوع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب نتيجة وفاء المتصرف إليه بحق الدائن [1]، ما لم يبقى من ثمن الشيء محل التصرف المطعون فيه ما يكفي للوفاء بحق المتصرف إليه حقه، بعد استيفاء الدائن لحقه الذي في ذمة مدينه[2].

أ–حق المتصرف إليه في الرجوع على المدين بالدعاوى الناشئة عن العقد

يترتب على العقد الذي بين المتصرف إليه والمدين عدة حقوق للمتصرف إليه بسبب عدم نفاذ التصرف المطعون فيه، ومن هذه الحقوق المقررة للمتصرف إليه، مطالبة هذا الأخير فسخ العقد نتيجة عدم تنفيذ المدين للعقد ومطالبته بالتعويض إذا لحقه ضررا بسبب ذلك، كما يمكن للمتصرف إليه الدفع بعدم التنفيذ، إضافة لطلب التنفيذ عن طريق التعويض لاستحالة التنفيذ العيني بسبب المدين نتيجة الحكم بعدم نفاذ التصرف المطعون فيه.

ب–حق المتصرف إليه في الرجوع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب

إذا استوفى الدائن رافع الدعوى حقه من المتصرف إليه ففي هذه الحالة يجوز لهذا الأخير أن يرجع على المدين بقدر ما وفى به للدائن الطاعن، على أساس دعوى الإثراء بلا سبب، لأن المدين في هذه الحالة أثرى على حساب المتصرف إليه من خلال سداد ديونه اتجاه دائنيه، نتيجة عدم نفاذ التصرف في حقهم إلا بعد الوفاء من[3].

2–تجنب المتصرف إليه دعوى عدم نفاذ التصرف

يمكن للمتصرف إليه تجنب دعوى عدم نفاذ التصرف من خلال التخلص من هذه الدعوى بإحدى الطريقين، الطريق الأول يتمثل في إيداع المتصرف إليه لثمن مثل الشيء موضوع التصرف المطعون فيه لدى خزانة المحكمة، والطريق الثاني يتجلى في قيام المتصرف إليه بالوفاء بحق الدائن حتى يتسنى له اتقاء عدم نفاذ التصرف[4].

الفرع الثاني: فعالية دعوى نفاذ التصرف وإشكالاتها في التنفيذ

إن دعوى عدم نفاذ التصرف تفتقد للفعالية، كون المدين يظل محتفظا بالمال موضوع التصرف المطعون فيه، وله حق التصرف في هذا الأخير إلى غاية قيام الدائنين بالتنفيذ على هذا المال، هذا ما يؤدي بنا القول بأن هذه الدعوى ماهي إلا إجراء تحفظي لا يمكن أن يرقى إلى الآليات التنفيذية، إضافة إلى عدم توفيرها الحماية الكافية للدائنين، خصوصا عندما لا تكفي أموال المدين للوفاء بديونه بعد التنفيذ بسبب مزاحمة الدائنين الآخرين له[5].

---

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 286.

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 157.

[3] أنور سلطان، المرجع السابق، ص 58.

[4] تنص المادة 195 من الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم السالف الذكر على ما يلي " إذا كان من تلقى حقا من المدين المعسر لم يدفع ثمنه فإنه يتخلص مما ينتج عن دعوى للدائن متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل وقام بإيداعه الخزانة "، وانظر أيضا عبد المجيد السعيد أحمد الصلوي، مرجع سابق، ص 125.

[5] عبد المجيد أحمد سعيد الصلوي، المرجع نفسه، ص126.

أما الباحث فيرى أن دعوى عدم نفاذ التصرف المرفوعة من طرف الدائن الطاعن تعتبر بمثابة نيابة أو فضول بالنسبة لباقي الدائنين اللذين تتوافر فيهم شروط رفع هذه الدعوى لكن لم يقوموا برفعها، إلا أنهم يستفيدون من نتيجتها، وبالتالي من غير المعقول مساواة الدائن الطاعن بغيره من الدائنين المهملين والمتقاعسين سواء كان ذلك بحسن نية، أو عكس ذلك ، وعليه كان من الأجدر على المشرع أن يفاضل بين الدائن الطاعن وغيره من الدائنين، من خلال منحه أسبقية في الوفاء أو تخصيص جزء له بما يعادل جهده ووقته وماله المبذول من أجل رفع دعوى عدم نفاذ التصرف وحتى تحقق هذه الدعوى الهدف الذي تقررت لأجله، كما يرى الباحث أنه رغم الإيجابيات المترتبة على دعوى عدم نفاذ التصرف كآلية علاجية للمحافظة على حقوق الدائنين في الضمان العام ،إلا أنها تثير بعض الإشكالات بالنسبة للدائن الطاعن أثناء مباشرة التنفيذ على المال موضوع التصرف المطعون فيه، لاسيما إذا كان محل هذا التصرف غير قابل للانقسام في التصرفات القانونية التي تكون بعوض، ورفض المتصرف إليه التخلص من الحكم في الدعوى بالوفاء للدائن بما هو مستحق له في ذمة المدين، أو عدم إيداعه لثمن المثل للشيء الذي اكتسبه لدى خزانة المحكمة، فهنا السؤال الذي يطرح نفسه حول مدى إمكانية تطبيق هذا الحكم الذي يثير إشكالا في المجال القانوني، وبالتالي فإن دعوى عذم نفاذ التصرف بقدر ما جاءت بحلول علاجية للمحافظة على الضمان العام ،فأيضا ترتبت عليها إشكالات في التنفيذ خصوصا في هذه الحالة السابقة الذكر، بحيث يظل هذا التصرف رهينة في يد المتصرف إليه إذا لم يفي المدين للدائن من جهة واستحالة عدم نفاذ التصرف في حق الدائن الطاعن من جهة ثانية بسبب عدم قابلية محل التصرف المطعون فيه للتجزئة فمثال ذلك إذا كان موضوع التصرف عقار ذو مساحة صغيرة غير قابل للتجزئة في الواقع، فإذا قام المدين ببيع هذا العقار إلى المتصرف إليه، وقام الدائن برفع دعوى عدم نفاذ التصرف، ففي هذه الحالة لا يمكن تجزئة هذا المحل أي العقار الصغير، الأمر الذي يحول دون تنفيذ الحكم الذي يقضي بدعوى عدم نفاذ التصرف.

المطلب الثاني: دعوى الصورية كآلية علاجية للمحافظة على حق الدائن في الضمان العام

في بعض الحالات قد يلجأ المدين إلى إبرام تصرفات قانونية يكون الهدف منها تهريب الأموال من ضمانه العام، مما يسبب ذلك إضرارا بدائنيه، من خلال التستر وراء هذا التصرف الظاهر، حتى لا يقوم هذا المدين بالوفاء بديونه اتجاه دائنيه وهذا ما يعرف بالصورية، وحماية للدائنين والغير حسن النية من هذا التصرف الضارة بهم، أقر المشرع للدائن الحق في رفع دعوى الصورية كآلية علاجية للمحافظة على الضمان العام في أحكام المواد من 198 إلى 199 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم. وعلى هذا الأساس سنتطرق في هذا المطلب تباعا إلى مفهوم دعوى الصورية، وكذلك تمييزها عن بعض المصطلحات القانونية المشابهة لها ثم أحكامها.

الفرع الأول: مفهوم دعوى الصورية

إن المشرع الجزائري وعلى غرار بعض التشريعات لم يعرف الصورية تاركا ذلك إلى الفقه وهذا هو عين الصواب، إلا أنه نظم أحكامها من خلال المادتين 198و199 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، وعليه سنتناول في هذا الفرع تباعا تعريف الفقه القانوني للصورية إضافة إلى تحديد وبيان شروطها.

أولا: تعريف الصورية

لم يتفق الفقه القانوني على تحديد مفهوم واضح للصورية، خصوصا الفقه الفرنسي، حيث يرى جانب من الفقه أن مفهوم الصورية ينحصر في العقد فقط، بينما يرى البعض الآخر أن الصورية أشمل من هذا الأخير باعتبارها تضم التصرفات القانونية الأخرى،[1] وعليه سنتطرق إلى هذين الرأيين بنوع من الشرح والتفصيل كما يلي:

1-المفهوم الضيق للصورية

يرى أنصار المفهوم الضيق للصورية أنها تنحصر في العقد، فهي عبارة عن اتفاق نطاقه محدود يهدف من خلاله طرفا التصرف القانوني إلى إخفاء الحقيقة التي اتجهت إليها إرادتهما، فهي تمثل وضع قائم على عقد ظاهر، سواء كان هذا الوضع ماديا أو قانونيا، وذلك من أجل إخفاء عقد حقيقي مستتر إما بمحو أثره كليا أو جزئيا[2].

2-المفهوم الواسع للصورية

على خلاف المفهوم الضيق للصورية، يتجه جانب من الفقه ومنهم الفقيه " ميشال داغوا " بالقول إن المقصود بالصورية لا ينحصر في العقد، بل أوسع نطاقا منه، فهي اتخاذ مظهر غير حقيقي، من خلال اتفاق الطرفان لإخفاء تصرف حقيقي، فيكون تصرفهما الظاهر صوريا، وتصرفهما الحقيقي مستتر يسمى بورقة الضد[3].

---

[1] خولة بوقرة، الصورية في التعاقد، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر 1، 2017، ص 09.

[2] إبراهيم المنجى، الدعوى الصورية، منشأة المعارف، القاهرة، 1991، ص 17.

[3] خولة بوقرة، المرجع السابق، ص 10.

ثانيا: شروط دعوى الصورية

اتفق جل الفقهاء القانونيين على أنه يجب توافر مجموعة من الشروط حتى يتسنى رفع الدعوى الصورية من قبل الدائن الذي قد يضيع حقه بسبب هذه الصورية ومن بين هذه الشروط وجود عقدان أحدهما ظاهر والآخر حقيقي مستتر، وأن تتجه إرادتهما إلى إخفاء حقيقة هذا التصرف، كما يجب أن يصدرا العقدان في وقت واحد، وللتوضيح أكثر سنتطرق لهذه الشروط بنوع من الشرح والتفصيل كما يلي:

1-وجود عقدان أحدهما ظاهر والآخر خفي

معنى ذلك اتجاه إرادة المتعاقدين إلى ابرام عقد حقيقي خفي ومستتر، وعقد صوري ظاهر ومثال ذلك قيام شخص ببيع عقار لشخص آخر بمبلغ 10.000 عشرة آلاف دينار جزائري، بالرغم من أن الثمن الحقيقي للعقار هو 4000 أربعة آلاف دينار جزائري، فالهدف من هذ العقد الصوري هو تضخيم المبلغ حتى يمتنع على الشفيع التمسك بحق الشفعة، لأن العقد الحقيقي الخفي هو عقد بيع العقار بمبلغ 4000 أربعة آلاف دينار جزائري، وبالتالي فإن هناك عقدان عقد حقيقي يبين الثمن الفعلي ويسمى العقد الحقيقي بورقة الضد ويعلم ذلك المتعاقدان، وآخر عقد ظاهر يسمى بالعقد الصوري يعلم به الغير حسن النية دون أن يعلم بالعقد الحقيقي[1].

2-يجب أن يتواجد موقفان أو عقدان يجتمع فيهما نفس الأطراف والوقائع

يقصد من هذا الشرط أن طرفا العقد الحقيقي المستتر هما نفسهما طرفا العقد الصوري الظاهر، سواء كان هذا التعاقد مباشرة أو عن طريق النيابة كأن يوكل أحد التعاقدين نائبا عنه من أجل إبرام العقد، وكذلك يجب أن يكون موضوع العقدان نفسه، كأن يكون العقد الحقيقي هو بيع عقار، والعقد الظاهر هو هبة هذا العقار، والهدف من إخفاء التصرف الحقيقي بواسطة التصرف الظاهر،[2] وكذلك قد يهدف المتعاقد المدين تهريب أمواله من الضمان العام قصد الإضرار بدائنيه كما لو باع المدين مال من أمواله بيعا صوريا لأحد أقربائه وهو مازال في ذمته، وكذلك يستوجب في الصورية أيضا اختلاف كل من العقد الحقيقي والمستتر، سواء من ناحية طبيعتهما، أو من حيث أركان العقدين وشروطهما[3].

[1] فهمي مرداوي عرفات نواف، الصورية في التعاقد " دراسة مقارنة "، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية كلية الدراسات العليا في نابلس، فلسطين، 2010، ص11.

[2] لزرق بن عودة، المرجع السابق، ص 139.

[3] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص297.

3-صدور العقدان في زمن واحد

والمقصود بذلك هو تمام العقدان في لحظة واحدة، أي في آن واحد، والعبرة في ذلك بالمعاصرة الذهنية، فهي متحققة ومتأتية في حالة الاتفاق على الصورية وقت إبرام العقد الأول حتى ولو حررت ورقة الضد في زمن لاحق للعقد الظاهر الصوري وإلا لا نكون أمام موقف أو عقد صوري، بل أمام أمرين منفصلين ومختلفين تماما[1].

الفرع الثاني: أنواع الصورية

إذا كان الهدف من إبرام العقد الصوري الظاهر هو إخفاء كلي لحقيقة ما من خلال عقد ظاهر فنكون أمام صورية مطلقة، أما إذا كان الهدف من إبرام هذا العقد الصوري هو إخفاء جزء من الحقيقة نكون أمام صورية نسبية، وعلى هذا الأساس سنخص بالدراسة والشرح من خلال التطرق إلى الصورية النسبية " أولا "، ثم الصورية النسبية" ثانيا" وهذه الأخيرة تنقسم إلى صورية بطريق التستر وأخرى بطريق المضادة، إضافة كذلك إلى صورية بطريق التسخير.

أولا: الصورية المطلقة

يقصد بهذا النوع من الصورية، هو ذلك التصرف الوهمي الذي يتفق بموجبه الطرفان على إبرام تصرف قانوني لا وجود له في الحقيقة، والهدف منه إخفاء كامل الحقيقة[2]، وهذا ما يعرف الصورية المطلقة أي لاو وجود لهذا التصرف في الواقع العملي مجرد صورة وهمية تظهر للعلن وهي منافية للحقيقة العقدي[3]، كأن يقوم المدين ببيع بعض أمواله أو كلها لشخص آخر من أفراد عائلته، فمن أجل توقي التنفيذ على هذا المال محل التصرف الصوري، فيسمى هذا العقد بالظاهر أو الصوري، أما العقد الثاني فهو مستتر وخفي[4] وهو الذي يبين المدين البائع فيه عدم القصد بنقل الملكية من طرفه إلى المتصرف إليه صوريا، ويسمى هذا العقد الصوري بورقة الضد ، ويتفق من خلال هذه والورقة على أن الأموال تبقى مملوكة للمدين البائع بغرض تهريب أمواله من الضمان العام إضرارا بدائنيه[5].

ثانيا: الصورية النسبية

يقصد بالصورية النسبية أنها لا تخفي الحقيقة الكاملة للتصرف القانوني، بل تخفي شقا من مجمل العلاقة القانونية الحاصلة بين المتعاقدين، فهي لا تقع على وجود التصرف القانوني، بل تنصب على ماهية التصرف أو أحد

---

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص162.

[2] العربي بلحاج، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص291.

[3] ناصر راشد مصبح الكلباني، صورية عقد الشركة " دراسة مقارنة بين القانون الإماراتي والقانون الكويتي "، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المارات العربية المتحدة، ديسمبر 2018، ص ص 18،19.

[4] العربي بلحاج، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 292.

[5] أيمن أبو العيال، مقال بعنوان الصورية ودعوى الطعن بها، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، سوريا، المجلد 20، العدد 01،2004، ص49.

عناصره، فقد يكون الهدف هو إخفاء طبيعة العلاقة القانونية بين المتعاقدين، أو إخفاء أحد أطراف العقد، أو شرط من شروطه، ومن هذا المنطلق سنعالج هذه الجزئيات الثلاث بنوع من الشرح والتفصيل كما يلي:

1-الصورية النسبية بطريق التستر والإخفاء

ففي هذا النوع من الصورية يتم التطرق إلى نوع العقد المراد إبرامه أو تكييفه، دون التطرق إلى وجوده، والهدف من ذلك إخفاء جزء من العقد الحقيقي المستتر بين المتعاقدين، عن طريق عقد آخر ظاهر صوري يختلف عنه من حيث الطبيعة، مثل إبرام عقد هبة عقار في صورة عقد بيع حتى يمتنع على الواهب العدول عن الهبة.

2-الصورية النسبية بطريق المضادة

إن هذا النوع من الصورية يتحقق نتيجة وقوعه على شرط من شروط العقد أو ركن من أركانه، وقد يكون ذلك إما بسبب العقد، أو محله، أو تاريخ انعقاده، ومثال ذلك بيع عقار بثمن مرتفع عن الثمن الحقيقي حتى يمتنع على الشفيع التمسك بالشفعة، أو بيع هذا العقار بثمن أقل بغرض التهرب من رسوم التسجيل المتعلقة بالضرائب والشهر العقاري[1]، والتي يهدف ويسعى إليها المدين من أجل إخفاء جزء من الحقيقة العقدية.

3-الصورية النسبية بطريق التسخير

يتم اللجوء إلى التعقد بوسطة الصورية عن طريق التسخير في الحالة التي يمنع فيها القانون بعض الأشخاص القيام بالتعاقد، سواء كان ذلك بأنفسهم مباشرة أو بطريق التسخير[2]، ومثال ذلك منع المحامين والقضاة شراء الحقوق المتنازع عليها والتي تكون في دائرة اختصاص الجهة القضائية التي يباشرون فيها عملهم[3].

الفرع الثالث: إثبات الصورية وتمييزها عن بعض المصطلحات القانونية المشابهة لها

سنتطرق في هذا الجزء من البحث إلى إثبات الصورية بين أطراف العقد، وكذلك أيضا بالنسبة للغير حسن النية، ثم سنتناول أيضا تمييز الصورية عما يشابهها من مصطلحات قانونية، وسنفصل في هذا كله كما يلي:

أولا: إثبات الصورية

سنخص بالدراسة إثبات الصورية بين أطراف العقد الصوري، وكذلك إثباتها بالنسبة للغير حسن النية.

1-إثبات الصورية بين أطراف العقد

طبقا للقواعد العامة فإن إثبات الصورية بين طرفي العقد وخلفهما العام لا يكون إلا بالكتابة، بحيث لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة، إعمالا لقاعدة توازي الأشكال، وعلى هذا الأساس فإنه في المواد غير التجارية

[1] أنور سلطان، المرجع السابق، ص64.

[2] محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ص 198،199.

[3] أنظر المواد من 402 إلى 403 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

لا يجوز إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن مائة ألف دينار جزائري أو إذا كانت غير محددة القيمة بشهادة الشهود[1]، فمن خلال مخالفة هذه المادة فإنه يجوز الإثبات بطرق الإثبات الأخرى ومنها الكتابة[2].

فعليه لإثبات ما يخالف الكتابة يجب على الطرف المدعي المتعاقد تعاقدا صوريا الحصول على وثيقة مكتوبة تثبت العقد الحقيقي المستتر بين أطراف العقد وتسمى هذه الوثيقة بورقة الضد، غير أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها بل يرد عليها استثناءات يجوز من خلالها الإثبات بشهادة الشهود والقرائن وذلك في حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة يدل على الصورية ،وأيضا وجود مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على الكتابة، في حالة فقدان الورقة بسبب أجنبي، إضافة إلى حالة التحايل القانون فيجوز للمتعاقدين أو خلفهما العام حينها إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات ومننها الشهدة والقرائن[3].

2-إثبات الصورية من طرف الغير

إذا أضرت الصورية بالغير وألحقت به ضررا جاز لهذا الغير كشف هذا التصرف الصوري بكافة طرق الاثبات، من خلال التمسك بالعقد المستتر الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين، كما يجوز لهذا الغير إثبات الصورية بكافة طرق الاثبات وبشتى السبل إذا توافر لديه حسن النية، كما للغير أن يتمسك بالعقد الصوري بشرط أن تكون له مصلحة في ذلك، مهما كانت قيمة التصرف، والمقصود بالغير هنا الخلف الخاص للمدين والدائنين[4].

ثانيا: تمييز الصورية عن بعض المصطلحات والنظم القانونية المشابهة لها

بعد تطرقنا إلى المقصود بالصورية وتحديد شروطها، وكذلك تناول أنواعها وطرق إثباتها، سنتناول أيضا تمييز هذه الأخيرة عن بعض النظم القانونية التي تشابهها كالتزوير والتدليس، وذلك وفقا للتدرج والترتيب التالي:

1-تمييز الصورية عن التزوير

إذا كانت الصورية تهدف لإخفاء حقيقة التصرف المبرم بين المتعاقدين، فإنه لا يتصور أن تكون الصورية نفسها تزوير لأن كلا المتعاقدين يعلمان بصورية العقد، على خلاف التزوير الذي قد يعلمه طرف دون الطرف الآخر[5]. **فلهذا يرى الباحث أن العبرة من التمييز بين الصورية تكمن في كون الصورية التي تخفي العقد الحقيقي يعلم بها المتعاقدان، لأنهما اتفقا عليها، أما التزوير فيعلم به أحد المتعاقدين وهو الطرف المزور.**

---

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 301

[2] أنظر المادة 01/333 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[3] محمد صبري السعدي، المرجع السابق ص ص 164،164.

[4] فهمي مرداوي عرفات نواف، المرجع السابق، ص 41.

[5] لزرق بن عودة، المرجع السابق، ص 145.

2-تمييز الصورية عن التدليس

يقصد بالتدليس استعمال شخص يسمى المدلس لوسائل وطرق احتيالية واللجوء إلى الخداع من أجل إيقاع شخص آخر في غلط يدفعه إلى التعاقد نتيجة استعمال الحيلة، ويدعى هذا الشخص بالمدلس عليه[1]، وعلى هذا الأساس تتشابه الصورية مع التدليس كون كل منهما يخفي شيئا تحت ستار ظاهر، ومن أوجه الاختلاف بينهما في أنهما يختلفان من حيث إرادة الأطراف، فبالنسبة التدليس يلجأ إليه أحد أطراف العقد أو كلاهما في آن واحد، بينما الصورية تكون باتفاق الطرفين[2]، كما يختلفان عن بعضهما البعض من حيث الهدف، فالتدليس يهدف إلى موافقة الطرف المدلس علية دون علمه على العقد المراد إبرامه، أما الصورية يهدف من خلالها المتعاقدين إلى إخفاء العقد الحقيقي عن الغير أو جزء منه مع علمهما بذلك، كما يمكن أن يكون التدليس غير مشروع دائما لأنه يقوم على غش وسوء نية المتعاقد المدلس اتجاه المتعاقد الآخر المراد التدليس عليه، أما الصورية فيكون الهدف منها أيضا غش المتعاقدين اتجاه الغير، أو التحايل على القانون[3].

الفرع الثالث: أحكام الصورية

يترتب على الصورية في مجموعة من الآثار، منها ما ينتج عن العلاقات المترتبة عن الصورية بين المتعاقدين وخلفهما العام، وكذلك ورقة الضد، وبالنسبة للغير وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى هذه الآثار كما يلي:

أولا: بالنسبة للمتعاقدين وخلفهما العام

على اعتبار أن المشرع أقر كقاعدة عامة أن آثار العقد تنصرف في الأصل إلى المتعاقدين وخلفهما العام،[4] أي الورثة، وعلى هذا الأساس فإن الأثر المباشر للصورية بالنسبة للمتعاقدين وخلفهما العام يتمثل في كون العقد الصوري الظاهر ليس له أي أثر بالنسبة لأطراف هذا العقد أو خلفهما العام، لأن نية المتعاقدين منذ البداية تنصرف إلى الالتزام بالعقد الخفي المستتر وهو الذي يعتد به من قبل المتعاقدين وخلفهما العام، وعليه فإن العقد الصوري لا يسري بين المتعاقدين وكذلك خلفهما العام، فالعبرة بالعقد المستتر وليس بالعقد الصور الظاهر إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة[5]، فعليه يشترط في العقد لحقيقي من أجل أن يتمسك به المتعاقدان وخلفهما العام مجموعة من الشروط منها استيفاء هذا العقد لشروط موضوعية، مثل ستر المتعاقدان هبة في صورة بيع، ففي هذه الحالة وجب أن تتوافر في الهبة الشروط

---

[1] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام " مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري "، ديوان المطبوعات الجامعية، ط5، بن عكنون، الجزائر،2003، ص ص 60،61.

[2] فهمي مرداوي عرفات نواف، المرجع السابق، ص29.

[3] فهمي مراوي عرفات نواف، المرجع نفسه ص29.

[4] تنص المادة 108 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر على ما يلي " ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ".

[5] أنظر المادة 199 من الأمر 75-58، المتضمن القانون، المدني المعدل والمتمم، السالف الذكر.

والأركان الموضوعية التي لصحيحة التي يتطلبها القانون ، وكذلك شروط أخرى تتعلق بالجانب الشكلي، فإذ كان العقد الخفي يتطلب إفراغه في شكلية معينة، أما العقد الظاهر لا يتطلب هذه الشكلية، فحينها يكون العقد الحقيقي المستتر صحيحا، وعليه كخلاصة عامة فإن العقد الظاهر مجرد أمر وهمي يهدف إلى إخفاء وضع حقيقي إضرارا بالغير الدائن ، يثبت من خلال ورقة الضد وهي ورقة مكتوبة يثبت فيها حقيقة التصرف[1].

ثانيا: بالنسبة للغير

إن مصطلح الغير له مفاهيم متعددة، بحيث يقصد بهذا الأخير في مجال التصرفات القانونية وذلك حسب الرأي الراجح فقها وقضاء، هو الطرف الذي لم يكن في العقد وتصرف مع المتصرف إليه بحسن نية بالعقد الصوري على أنه تصرف حقيقي[2]، كما يقصد بالغير أيضا في الصورية، هو كل شخص اعتقد بحسن نية وقت تعامله أن العقد الصوري عقد حقيقي فاطمأن إليه وتعامل على هذا الأساس.

كما تقتضي قواعد العدالة ومبدأ استقرار المعاملات حمايته من الضرر الناشئ عن اعتماده على مظهر كاذب اتخذه المتعاقدان وكان سبباً في تضليله. ويقصد به أيضا هو الطرف الذي يحل مكان سلفه في ملكية شيء معين، أو حق عيني آخر مثل الدائن المرتهن والمشتري والموهوب له، ويشمل الغير دائني المدين وخلفه الخاص[3]، وهذا ما نصت عليه المادة 198 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم كما يلي " **إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري** ".

1-الخلف الخاص

يقصد بالخلف الخاص هو كل شخص يكتسب على حق من أحد أطراف العقد الصوري، سواء كان هذا الحق عينيا أو شخصيا، ويرى جانب من الفقه أنه لا يهم الأمر بالنسبة لصفة الخلف الخاص إن كان قد اكتسب حقه قبل التصرف الصوري أو بعده مثل المشتري يعتبر خلفا خاصا للبائع في ضمان العيوب الخفية، أما جانب آخر من الفقه فيرى أنه إذا تعلق الأمر بتصرف صوري موضوعه حق عيني فيجب أن يكون هذا الخلف الخاص قد اكتسب هذه الصفة بعد انعقاد العقد الصوري لا قبله، لأن هذا التصرف حدث قبل أن يتحصل الخلف الخاص على هذه الصفة، لأن هذا التصرف محميا بقواعد الشهر إذا كان موضوعه حق عيني أصلي مثل حق الملكية الوارد على عقار، أو بقواعد الحيازة إذا كان محل التصرف وارد على منقولا[4].

---

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 164.

[2] محمد خاطر صبري، الغير عن العقد " دراسة في النظرية العامة للالتزامات "، ط1، الدار العلمية والدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص189.

[3] أيمن أبو العيال، المرجع السابق، ص 57.

[4] خولة بوقرة، المرجع السابق، ص 55.

2-الدائنون

يعتبر من الغير أيضا الدائن الشخصي لكل من طرفي التصرف القانوني، سواء كان هذا الدائن الشخصي قد حل أجله أم لا، وسواء كان حق الدائن الشخصي سابق للتصرف الصوري أم تاليا له، بشرط أن يكون هذا التصرف ثابتا وخاليا من النزاع، مثل الحالة التي يكون فيها عقد البيع صوريا يجوز للدائن الشخصي للبائع التمسك بالعقد الحقيقي حتى لا يخرج المبيع من الضمان العام للمدين البائع، لأن مصلحته تكمن في التنفيذ على أموال هذا الأخير متى حل أجل دينه[1].

ثانيا-الدفوع المخولة للغير من أجل المحافظة على حقه في الضمان العام

يجوز للغير التمسك بالعقد المستتر الخفي كما يجوز له أيضا التمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النية.

أ-التمسك بالعقد المستتر الحقيقي

يجوز للغير بالنسبة للصورية إذا كانت له مصلحة في ذلك التمسك بالعقد الحقيقي المستتر، مثبتا ذلك بكافة طرق الإثبات، ومثال ذلك تمسك دائن البائع بالاتفاق الحقيقي الذي يترتب بين البائع والمشتري في حالة الصورية المطلقة من أجل بقاء المبيع في الضمان العام للبائع، ومصلحة الغير أيضا إذا كان التصرف مستترا في حالة الصورية، مثل إخفاء هبة في صورة بيع، فحينها يجوز للغير التمسك بالعقد الحقيقي المستتر[2].

ب-التمسك بالعقد الظاهر من قبل الغير حسن النية

إذا كان الغير حسن النية بالنسبة للصورية يجوز له التمسك بالعقد الظاهر نتيجة المظهر الكاذب بين المتعاقدين بشرط عدم علمه بالعقد الحقيقي وقت تعامله بالعقد الظاهر، وإلا لا يمكنه التمسك بالعقد الظاهر لأن حسن النية مفترض، وعلى من يدعي عكس ذلك وجب عليه إثبات ذلك، وهو ما يقتضيه استقرار المعاملات[3].

ب-تعارض مصالح الغير بين متمسك بالعقد المستتر وآخر متمسك بالعقد الظاهر

إذا حدث وإن تمسك بعض الغير بالعقد المستتر والبعض الآخر بالعقد الظاهر، فقد نكون أمام تعارض في مصالح هذا الغير، ومثال ذلك تمسك دائني البائع أو خلفه الخاص بالعقد المستتر، وتمسك دائني المشتري أو خلفه الخاص بالعقد الحقيقي نكون أمام تعارض في المصالح، في هذه الحالة وجب تفضيل دائني المشتري أو خلفه الخاص حتى ولوكان العقد الحقيقي هو الأول في تسجيله[4]، حيث أعطى المشرع المصري طريقين للغير من أجل التمسك

[1] أنور سلطان، المرجع السابق، ص 70.

[2] خولة بوقرة، المرجع السابق، ص 68.

[3] أيمن أبو العيال، المرجع السابق، ص 58.

[4] أنو سلطان، المرجع السابق، ص 74.

بالعقد الصوري أو المستتر[1]، على خلاف المشرع الجزائري الذي لم يتطرق إلى هذا التعارض بل فضل الحسم في الأمر ولم يترك مجالا للحديث عن التعارض من خلال إقراره للغير التمسك بالعقد الصوري الظاهر متى كان هذا الغير حسن النية، وهذا ما كرسه من خلال نص المادة 198 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم[2].

فعلى هذا الأساس يرى الباحث ومن أجل توفير حماية قانونية أكثر للغير عموما والدائن خصوصا يرى أنه من الأجدر على المشرع لو أقر لدائن المتعاقد الذي تعاقد صوريا إمكانية الاختيار في التمسك بالعقد الصوري أو العقد الحقيقي متى كانت له مصلحة في ذلك ودفع الضرر الناشئ عن التصرف الصوري، وفي هذا الإطار يقترح الباحث على المشرع في حالة فتحه ورشة تعديل القانون المدني مستقبلا إمكانية تعديل أحكام المادة 198 الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، من خلال إضافة عبارة " كما يمكنهم التمسك بالعقد الحقيقي متى لحق بهم ضررا جسيما ".

ليصبح نص 198 المادة كما يلي " إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين والخلف الخاص، متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري كما يمكنهم التمسك بالعقد الحقيقي متى لحق بهم ضررا جسيما ".

[1] نصت المادة 244 من القانون المدني المصري على ما يلي " إذا أبرم عقد صوري فلدائن المتعاقدين والخلف الخاص متى كانوا حسنى النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كمأن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم "

[2] عبد الحميد الشواربي، عزالدين الدينا صوري، الصورية في الفقه والقضاء، ط5، دار النشر، بلد النشر،1997، ص 103.

المبحث الثالث: الإعسار والإفلاس ضمان لحقوق الدائنين واختلاف في الأحكام والقواعد

إضافة إلى الآليات القانونية السابقة الذكر، أقر المشرع آليات أخرى من أجل ضمان الدائنين لحقوقهم للتقييد والحد من التصرفات القانونية التي يقوم بها المدين في أمواله، والتي تكون ضارة بحقوق الدائنين في الضمان العام، ومن بين هذه الآليات شهر إعسار المدين بالنسبة للمواد المدنية، وشهر إفلاس المدين المتوقف عن الدفع بالنسبة للمواد التجارية، وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى الإعسار في المطلب الأول والإفلاس في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الإعسار إجراء لاستيفاء حق الدائن في المواد المدنية

سنتناول في الفرع الأول من هذا المطلب إلى مفهوم الإعسار وإجراءات رفع دعوى هذا الأخير، أما في الفرع الثاني سنخص بالدراسة آثار شهر إعسار المدين، وفي الفرع الثالث سنتطرق أيضا إلى انتهاء حالة الإعسار.

الفرع الأول: مفهوم الإعسار وإجراءات رفع الدعوى

أولا: مفهوم الإعسار

لكي يتضح الأمر أكثر سنتطرق في البداية إلى التعريف الاصطلاحي للإعسار، ثم بعد ذلك سنتناول موقف المشرع الجزائري من مصطلح الإعسار وهل نظم أحكامه أم لا، وبعدها ننتقل إلى دراسة أنواعه، إضافة إلى الإجراءات المقررة من أجل رفع دعوى شهر إعسار المدين الذي لم يقم الوفاء بديونه التي في ذمته اتجاه دائنيه.

1 –تعريف الإعسار

عرف جانب الفقه القانوني الإعسار المدني على أنه " الحالة التي يتواجد فيها المدين والتي تزيد فيها ديونه عن أمواله في وقت معين، وبالتالي فهو معسر في ذلك الوقت سواء كانت هذه الديون حالة أو مؤجلة "، كما عرفه جانب آخر من الفقه على أنه " حالة واقعية تتمثل في الحالة المالية للمدين، والناتجة عن عدم تعادل بين الشق الإيجابي مع الشق السلبي للذمة المالية للمدين فيكون المدين معسرا حينها كلما زادت ديونه عن حقوقه "[1].

فيرى الباحث أن التعريف الأقرب للإعسار هو عجز المدين عن أداء التزاماته المالية في وقت معين، نتيجة اختلال في التوازن بين الشق الإيجابي للذمة المالية والشق السلبي، سواء كانت هذه الديون قد حلت أم أنها مؤجلة.

2–موقف المشرع الجزائري

لم يعرف المشرع ي الجزائري الإعسار ولم ينظم أحكامه، بل أشار إليه من خلال الشروط الواجب توافرها في الدعوى غير المباشرة والدعوى، البولصية مسايرا ومتأثرا بالتشريع الفرنسي[2]، على خلاف بعض التشريعات الحديثة

[1] فهد سعيد فلاح سعيد، التنظيم القانوني للإعسار المدني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، د.ب.ن، 2014/2013، ص14.

[2] أنظر المواد من 189إلى 196 من الأمر 75–58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

مثل التشريع الاسباني الذي نظم الإعسار، بحيث تغل يد المدين ولا يجوز التصرف في أمواله، وكذلك بعض التشريعات العربية التي قننت الإعسار في المدني في قوانينها ، حيث كرس ذلك المشرع المصري في المواد من 264 إلى 249، والمشرع العراقي من خلال تقنينه للإعسار المدني في المواد من 270 إلى279 من القانون المدني العراقي، بمعنى تنظيم أحكام الإعسار المدني بصفة مستقلة عن الإفلاس التجاري وعدم الخلط بينهما[1].

ثانيا: أنواع الإعسار

الإعسار المدني نوعان، إعسار قانوني، وآخر فعلي وهذا ما سنعالجه في هذه الجزئية وفقا للتسلسل الآتي:

1-الإعسار القانوني

هو حالة قانونية تظهر للوجود نتيجة زيادة ديون المدين التي حل أجل استحقاقها على حقوقه، ويتأتى ذلك من خلال شهر إعسار المدين قانونيا بموجب حكم قضائي، وهذا النظام القانوني كرسته بعض التشريعات العربية في قوانينها منها القانون المدني المصري الجديد والعراقي والتشريع الأردني والكويتي [2]، غير أن المشرع الجزائري لم ينظم الإعسار المدني في القانون، وإنما أشار إليه عرضيا في حالات قانونية مثل دعوى عدم نفاذ التصرف.

2-الإعسار الفعلي

يقصد بالإعسار الفعلي هو ذلك الحالة الواقعية التي تنشأ من زيادة ديون على حقوقه المدين سواء كانت حالة الأداء أم لا، فيجوز في هذه الحالة شهر إعسار المدين بشرط أن يكون هذا الإعسار محقق الوجود على حقوق المدين، من خلال هذا التعريف يتضح أن الإعسار الفعلي مجاله أوسع من الإعسار القانوني، كون هذا الأخير لا يمكن التمسك به إلا إذا حق الدائن مستحق الأداء، على خلاف الأمر بالنسبة للإعسار الفعلي[3].

ثالثا: شروط الإعسار

إن شهر إعسار المدين من الآليات القانونية التي منحها المشرع المدني للدائن بهدف ضمان تنفيذ المدين لالتزامه، وتوقي تصرفاته الصادرة عنه والتي تلحق ضررا بدائنيه، ومن أجل شهر إعسار هذا الأخير العاجز عن سداد ديونه، لابد من توافر مجموعة من الشروط، ويتمثل ذلك في عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه المستحقة الأداء، ويشترط لذلك أيضا وجوب تقديم طلب شهر الإعسار إلى المحكمة المختصة بذلك، إضافة إلى شرط سلطة المحكمة في تقدير شهر الإفلاس من عدمه، وسنفصل في ذلك تباعا كما يلي:

---

[1] جيلالي عشير، مقال بعنوان الإعسار في الفقه الإسلام والأنظمة القانونية المقارنة، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة، العدد الثاني، مارس 2020، ص 40-42.

[2] فهد سعيد فلاح سعيد، المرجع السابق، ص 15.

[3] باسم محمد ملحم، مقال بعنوان الإعسار في القانون المدني القطري بين غياب التنظيم التشريعي وترتيب الآثار، المجلة الدولية للقانون، دار جامعة حمد بن خليفة للنشر، قطر، العدد 02، 2017، ص06.

1-عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه المستحقة الأداء

من بين هذه الشروط شرط تحقق حالة شهر إعسار المدين، توافر شرط عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه المستحقة الأداء، فبمفهوم المخالفة إذا كانت أموال المدين كافية للوفاء بديونه المستحقة الأداء، لا يجوز شهر إعسار هذا الأخير حتى لو كانت هذه الأموال غير كافية للوفاء بالديون المؤجلة، إذن فالعبرة من هذا الشرط هو عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه المستحقة دون غير المستحقة، وإلا اعتبر هذا الشرط غير محققا بالنسبة لحالة الإعسار من خلال تقديم طلب شهر الإعسار إلى المحكمة المختصة والتي لها سلطة تقديرية في هذا الأمر[1].

2-وجوب تقديم طلب شهر الإعسار إلى المحكمة المختصة

من أجل شهر إعسار المدين الذي لا تكفي أمواله للوفاء بديونه المستحقة الأداء، وجب تقديم طلب شهر إعساره إلى المحكمة المختصة، سواء يقدم هذا الطلب من طرفه بهدف الاستفادة مما يحققه له نظام الإعسار من إيجابيات مثل نظرة الميسرة في أداء الديون المستحقة، وتمديد أجل ديونه غير المستحقة، أو يقدم الطلب من طرف أحد الدائنين تحقيقا لمصلحته، بهدف قطع الطريق أمام المدين لكيلا يبدد هذه الأموال ولا يخفيها من الضمان العام، ويقع عبئ إثبات الإعسار على الطرف الذي قدم طلب شهر الإعسار إلى المحكمة المختصة، ويتم الإثبات بجميع طرق الإثبات[2].

3-السلطة التقديرية للمحكمة في شهر الإعسار

إذا توافر الشرطين السابق ذكرهما وهما عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه المستحقة الأداء، وتقديم طلب شهر إعسار المدين للمحكمة المختصة، فهذا لا يعني أن المحكمة تحكم بشهر إعسار المدين، بل لها سلطة تقديرية واسعة في ذلك، فيمكنها أن تحكم بعدم شهر إعسار المدين، حيث تتجلى هذه السلطة التقديرية في تقدير الظروف المحيطة والتي أدت إعسار المدين، فإذا كانت عامة وتخص جميع الناس ففي هذه الحالة تحكم المحكمة بشهر الإعسار، أما إذا كانت خاصة ففي هذه الحالة توازن المحكمة بين مصلحة الدائن ومركز المدين[3].

الفرع الثاني: إجراءات شهر الإعسار

من أجل رفع دعور شهر إعسار المدين، إتباع مجموعة من الإجراءات، بداية بتحديد المحكمة المختصة وتبيان سلطتها التقديرية، وكذلك النظر في دعوى شهر إعسار المدين بصفة استعجالية، إضافة إل علانية حكم شهر الإعسار، وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى هذه الإجراءات بنوع من الشرح التفصيل وفقا لما يلي:

---

[1] توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 81.

[2] أحمد محمود خليل، الإفلاس التجاري والإعسار المدني، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1987، ص ص15-16.

[3] أحمد محمود خليل، المرجع نفسه، ص 16-17.

أولا–المحكمة المختصة وسلطتها التقديرية في شهر إعسار المدين

طبقا لبعض التشريعات ومنها المشرع المدني المصري، فإن المحكمة المختصة بالنظر في دعوى شهر إعسار المدين هي المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدين الذي ساءت حالته المالية وأصبح غير قادر على الوفاء بديون اتجاه الدائنين، وهذا ما كرسته المادة 250 من القانون المدني المصري، وللمحكمة سلطة واسعة في تقدير شهر إعسار المدين من عدمه، من خلال مراعاة الظروف المحيطة، سواء كانت هذه الأخيرة عامة أو خاصة، وهذا ما جسدته المادة 251 من القانون المدني المصري[1].

ثانيا–الصفة الاستعجالية لدعوى شهر الإعسار

بالنظر إلى خصوصية دعوى شهر إعسار المدين، ينظر فيها القاضي على وجه الاستعجال وهذا جسده المشرع المصري في المادة 250 القانون المدني المصري بنصها على ما يلي " يكون شهر الإعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه، وتنظر الدعوى على وجه السرعة "[2]، على خلاف بعض التشريعات التي لم تشترط هذه السرعة والاستعجال مثل المشرع القطري[3].

ثالثا–علانية حكم شهر الإعسار

بالرجوع إلى التشريع المصري نجد أنه أوجب تنظيم الأحكام الخاصة بعلنية شهر الإعسار في المادة 254 من القانون المدني المصري، من خلال تسجيل الأحكام الصادرة في سجل خاص ينظم وفقا لقرار صادر عن وزير العدل يتضمن أسماء المعسرين حسب تواريخ صدور الأحكام بشهر الإعسار، ويؤشر كاتب المحكمة في هامش التسجيل حتى يعلم الغير بالوضع المالي للمدين المعسر الذين يريدون التعامل معه من جهة، وكذلك تمكين باقي الدائنين من المشاركة في إجراءات التنفيذ على أموال مدينهم المعسر تحقيقا لمبدأ المساواة بينهم من جهة ثانية[4].

الفرع الثالث: أحكام شهر الإعسار

يترتب على شهر الإعسار آثارا بالنسبة للمدين، وكذلك بالنسبة للدائنين، وسنتطرق إلى ذلك كما يلي:

أولا: بالنسبة للمدين

إن من بين الآثار المترتبة على شهر الإعسار بالنسبة للمدين هي منعه من الإضرار بحقوق الدائنين، من خلال غل يده ومنعه من التصرف في أمواله، سواء كانت هذه التصرفات بعوض مثل البيع أو من قبيل التبرع كالهبة،

---

[1] باسم محمد ملحم، المرجع السابق، ص ص 19-20.

[2] نبيل إبراهيم سعد، محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 206.

[3] باسم محمد ملحم، المرجع السابق، ص 20.

[4] باسم محمد ملحم، المرجع نفسه، ص 20.

مما يؤدي إلى الزيادة في التزاماته، ويسري هذا المنع من وقت تسجيل عريضة افتتاح الدعوى لدى كتابة ضبط المحكمة، لا من وقت صدور الحكم، أما التصرفات السابقة لدعوى شهر إعسار المدين لا يشملها هذا المنع، والغرض من ذلك هو حماية الدائنين، ومن بين هذه الآثار أيضا تقرير نفقة للمدين من الإيرادات المحجوزة في حالة ما إذا تم الحجز عليها، وأصبح دون مورد يعيش منه[1]، باستثناء الأموال التي هي غير القابلة للحجز عليها[2].

كما يترتب على شهر الإعسار أيضا إمكانية من القاضي للمدين أجل جديد للوفاء بديونه المستحقة الأداء وهو ما يسمى بنظرة الميسرة[3]، إلا أن شهر الإعسار لا يترتب عنه سقوط الحقوق المدنية والسياسية[4].

ثانيا: بالنسبة للدائنين

إن شهر إعسار المدين يكون بمثابة إشعار للدائنين بأن يبادروا إلى التنفيذ على أموال المدين الذي أشهر إعساره، ويترتب على شهر إعسار المدين مجموعة من الآثار بالنسبة للدائنين، ويتجلى ذلك في أثرين أساسيين هما تحقيق المساواة بين الدائنين واستبعاد التصفية الجماعية، وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى ذلك بالشرح وفقا لم يلي:

1-تحقيق المساواة بين الدائنين

إن تحقيق المساواة الفعلية بين الدائنين يظهر من خلال صدور الحكم بشهر إعسار المدين الذي يتبعه سقوط آجال الدين المؤجلة، وتصبح هذه الأخيرة مستحقة الأداء، بحيث يجوز للدائنين أصحاب الديون المؤجلة أن يطالبوا بالتنفيذ على أموال المدين المعسر[5]، وسقوط آجال الديون ليس أمرا محققا دائما وليس حكما حتميا، حيث أجازت بعض التشريعات للمدين أن يطلب من القاضي عدم إسقاط آجال الديون، كما يمكن للمدين أن يطلب من القاضي منحه أجل أ وتمديد الأجل من أجل الوفاء بديونه، بشرط عدم إلحاق الضرر بالدائنين.

كما لا يجوز الاحتجاج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل عريضة دعوى شهر الإعسار بأي تخصيص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل، والهدف من ذلك هو عدم الإخلال بالمساواة بين الدائنين[6]، إلا إذا كان بيد الدائن حكم قضائي واجب التنفيذ حتى يستطيع الحصول حق التخصيص من أجل التقدم على باقي الدائنين، غير أن حق التخصيص لا يكون نافذا في حق الدائنين ذوي التواريخ الثابتة والسابقة لتاريخ

---

[1] محمود سعد ماهر، دعاوى الضمان العام للدائنين، ط1، د.د.ن، مصر، 1996، ص ص 241-246.

[2] أنظر المادة 636 من القانون 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية رقم 21، بتاريخ 23 أفريل 2008، المعدل والمتمم بالقانون 22-13، جريدة رسمية رقم 48، بتاريخ 17جويلية 2022.

[3] أنظر المادتين 210و281 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[4] محمود سعد ماهر، المرجع السابق، ص 272.

[5] أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص27.

[6] محمود سعد ماهر، المرجع السابق، ص 251.

تسجيل عريضة دعور شهر إعسار المدين والهدف من ذلك هو ضمان حقوق هؤلاء الدائنين الذين قاموا برفع دعوى شهر إعسار المدين [1].

2-استبعاد التصفية الجماعية

إن التصفية الجماعية لا تعتبر إجراء جماعيا بالنسبة لنظام للإعسار، بل هي إجراء فرديا يحتفظ به كل دائن، من خلال امتلاكه حق المبادرة بمفرده من أجل رفع دعوى شهر إعسار المدين والتنفيذ عليها لاحقا بعد اتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك، وفي حدود ما يسمح به القانون[2]، ولا يمكن للدائنين الآخرين مزاحمته عند التوزيع، فله أن يستوفي حقه دون الدائنين الآخرين، معنى ذلك أن لكل دائن كامل الحرية في اتخاذ ما يلزم من إجراءات فردية يسبق بها الدائنين الآخرين حتى يستوفي حقه دون مزاحمة، وهذا على حلاف نظام الإفلاس الذي يكون فيه الدائن رافع الدعوى ممثلا لجماعة الدائنين[3].

فعلى هذا الأساس يرى الباحث أن نظام شهر الإعسار كآلية للمحافظة على حق الدائن بالنسبة للديون المدنية فيه نوع من المرونة والعدالة، حيث يسمح للدائن رافع دعوى شهر إعسار المدين وقيامه باتخاذ إجراءات التنفيذ للحصول على أسبقية استيفاء دينه الذي في ذمة مدينه المعسر ودون مزاحمة من باقي الدائنين الآخرين، بحيث يعد شهر إعسار المدين من طرف الدائن من أهم الآليات الناجعة والفعالة لاستيفاء حقه، على خلاف دعاوى الضمان العام الي تثير مجموعة من الإشكالات منها مزاحمة الدائنين وقسمة الغرماء تجسيدا لمبدأ المساواة بين جميع الدائنين رغم أنهم لم يقوموا برفع هذه الدعاوى.

المطلب الثاني: الإفلاس آلية لاستيفاء حق الدائن وجزاء للمدين في المواد التجارية

في إطار سعي المشرع للمحافظة على حقوق الدائنين في المواد التجارية، أنشأ إلى جانب القواعد العامة قواعد خاصة تتعلق بالمعاملات التجارية خصوصا ما يتعلق بحماية الدائنين من مدينهم عن طريق نظام شهر إفلاس التاجر العاجز عن سداد ديونه، والهدف من ذلك استقرار المعاملات من خلال حماية حقوق الدائنين من جهة، وكذلك حماية المدين المفلس من الدائنين من جهة ثانية، وعلى هذا الأساس سنتطرق في هذ المطلب إلى مفهوم الإفلاس، وكذلك تمييزه عن الإعسار المدني، إضافة إلى تبيان آثار الإفلاس بالنسبة جماعة للدائنين والمدين.

الفرع الأول: مفهوم الإفلاس

ستناول في هذا الفرع تعريف الإفلاس، وكذلك التطرق أيضا إلى خصائصه وشروطه وفقا لما يلي:

---

[1] باسم محمد ملحم، المرجع نفسه، ص 25.

[2] أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 29.

[3] قدري عبد الفتاح الشهاوي، نظرية الحق في الحبس ودعوى الإعسار المدني، منشأة المعرف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 143.

أولا: تعريف الإفلاس

يقصد بنظام الإفلاس هو حالة قانونية ينتهي ويؤول إليها تاجر توقف عن دفع ديونه، وبمعنى آخر هو طريق للتنفيذ الجماعي على أموال المدين التاجر المتوقف عن سداد ديونه في ميعاد استحقاقها، مما يؤدي إلى تصفية أمواله وبيعها تمهيدا لتوزيع ثمنها على الدائنين من خلال تقسيمها بينهم قسمة غرماء كل واحد حسب نسبة دينه تكريسا لمبدأ المساواة بين الدائنين إلا إذا كان لأحدهم مركز خاص أو ممتاز[1]، وهذا ما أجمع عليه الفقه والقضاء في العصر الحديث ، بحيث يرى كل منهما أن التوقف عن الدفع ليس ضائقة مالية عابرة فحسب، بل هو وضع يدل على المركز المالي للمدين التاجر، بحيث يعكس الصورة الحقيقية لهذا الأخير والتي تتصف بأنها حرجة وميؤوس منها لأنها تبين صورة المدين التاجر العاجز عن الواء بديونه في ميعاد استحقاقها المحدد[2].

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف الإفلاس في القواعد العامة أي في القانون المدني، بل نظمه في نصوص القانون التجاري[3]، من خلال النص على شروطه وتبيان أحكامه، على اعتبار أن المدين المتوقف عن الدفع تاجرا[4]، حيث حدد المشرع التجاري الجزائري شروط الإفلاس من خلال المادة 215 من القانون التجاري بنصها على ما يلي **" يتعين على كل تاجر أو شخص معنوي خاضع للقانون الخاص ولو لم يكن تاجرا إذا توقف عن الدفع، أن يدلي بإقرار في مدة خمسة عشر يوما قصد افتتاح إجراءات التسوية القضائية أو الإفلاس "[5]، غير أن الباحث وعلى غرار بعض الباحثين ومنهم إبراهيم بوخضرة أن المشرع تطرق في نص المادة السالفة الذكر إلى المدين التاجر وغير التاجر، وهذا حسب رأي الباحث هو خلط في المفاهيم بين نظام الإفلاس والإعسار، رغم أن المشرع لم ينظم الإعسار إطلاقا وإنما تطرق له في حالات عرضية، وعلى هذا الأساس يقترح الباحث على المشرع في حالة فتحه لورشة تعديل القانون التجاري حذف عبارة ولو لم يكن تاجرا إذا توقف عن الدفع، وذلك من أجل تفادي هذا الخلط بين المفهومين السابقي الذكر.**

---

[1] نادية فضيل، أحكام الإفلاس، ص 130. المجلة

[2] نادية فضيل، المرجع نفسه، ص130.

[3] الأمر 75-59، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، ج ر، العدد 101، المؤرخة في 19 ديسمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون، 22-09، المؤرخ في 05 ماي 2022، ج ر، العدد 32، المؤرخة في 14 ماي 2022.

[4] نوال برنوس، شروط إفلاس شركات الأشخاص والآثار المترتبة عنه في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، 2014، جامعة الجزائر 1، ص05.

[5] إبراهيم بوخضرة، آثار الإفلاس دراسة مقارنة الشريعة الإسلامية والقانون التجاري الجزائري، مذكرة ماجستير، 2006، جامعة الجزائر، ص 21.

ثالثا: شروط الإفلاس

طبقا لأحكام القانون التجاري الجزائري نجد أنه من أجل شهر إفلاس المدين لابد من توافر شرطين أساسيين هما تحقق الصفة التجارية للمدين، وأن يتوقف هذا الأخير عن الدفع وهذا ما سنتطرق إليه وفقا للآتي:

1-تحقق الصفة التجارية

من خلال تفحص نص المادة 215 من القانون التجاري يتضح أنه من أجل طلب شهر إفلاس المدين الذي توقف عن دفع ديونه في مواعيدها المحددة أن تتوافر شرط فيه الصفة التجارية[1]، سواء كان المدين شخصا طبيعيا، بشرط أن يكون هذا العمل الذي يقوم عملا تجاريا ويتخذه حرفة معتادة، وقد يكون هذا العمل تجاريا بحسب موضوعه أو شكله أو بالتبعية[2]، وأن يكون هذا الشخص أهلا لممارسة التجارة وفقا لما هو معمول به في القواعد العامة[3] والقانون التجاري لاسيما ما يتعلق بترشيد القاصر إضافة إلى شرط القيد في السجل التجاري[4].

أما بالنسبة للشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص يقصد به الشركات التجارية، والتي يكون الهدف من تأسيسها القيام بأعمال تجارية وتحقيق الربح[5]، إضافة إلى الشخص المعنوي الخاص حتى ولو لم يكن تاجرا رغم ما يثيره من تساؤلات حول شهر إفلاسه كونه غير تاجر، وفي هذا الصدد لقد أبدينا رأينا في هذا الموضوع سابقا.

2-التوقف عن الدفع

كرست المشرع الجزائري التوقف عن الدفع كشرط موضوعي لشهر الإفلاس المدين في نص المادة 215 من القانون التجاري متى كانت هذه الديون التي توقف المدين عن دفعها مستحقة الأداء، وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى المقصود بالتوقف عن الدفع، إضافة إلى تحديد تاريخ التوقف عن الدفع، وكذلك إثبات هذا التوقف.

أ-المقصود بالتوقف عن الدفع

يقصد بالتوقف عن الدفع حديثا عجز المدين التاجر عن سداد ديونه التجارية في مواعيد استحقاقها، حتى ولو كانت ذمته المالية ميسورة، أي لديه أموال في ذمة الغير ولم يحل أجل استحقاقها فلا يستطيع التصرف فيها في الوقت الذي يشاء لأنها ليست في حيازته، بمعنى أن المعيار المعتمد في تحديد العجز الحقيقي والفعلي للتاجر عن سداد ديونه يكون في الوقت الذي يصبح فيه المركز المالي للمدين التاجر ميؤوس منه وغامض، بشرط أن تكون أسباب

[1] أنظر المادة 215 من الأمر 75-59، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[2] أنظر المواد 01و 02 و03 الأمر 75-59، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[3] أنظر المواد من 40إلى 43 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

[4] أنظر المادتين 05 و21 من الأمر 75-59، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[5] إبراهيم بوخضرة، المرجع السابق، ص ص 35-36.

التوقف عن الدفع غير مشروعة، و إلا فإنه لا يجوز شهر إفلاسه رغم إعساره وعدم قدرته على الوفاء بديونه[1]، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل عن كيفية تحديد وقت توقف التاجر عن دفع ديونه، وطريقة إثباته.

ب-تحديد تاريخ التوقف عن الدفع

إضافة إلى شرط تحقق الصفة التجارية بالنسبة لديون المدين التاجر من أجل شهر إفلاسه، يستوجب أن يكون هذا الدين التجاري مستحق الأداء وخاليا من النزاع، لأن شهر إفلاس المدين التاجر قوامه وأساسه التنفيذ على أمواله لصالح جماعة الدائنين، ومن أجل ذلك يجب أن يكون تاريخ التوقف عن الدفع معلوما ومحددا حتى يكون فاصل بين الديون المستحقة وغير المستحقة، على اعتبار التوقف عن الدفع معيارا حقيقيا من أجل شهر الإفلاس، لأن الديون غير مستحقة الأداء يخرج أصحابها من عملية التنفيذ على أموال المدين عند افتتاح التفليسة. كأن يكون الدين مقترن بشرط أو أجل أو دين متنازع عليه، فيمنعه هذا الشرط أو الأجل من الاستحقاق[2]،أما شأن تحديد تاريخ التوقف عن الدفع يرجع إلى المحكمة المختصة بشهر الإفلاس، لأنه التزام يقع على عاتق هذه الأخيرة، فهي التي تحدد تاريخ التوقف عن الدفع في أول جلسة، فإذا لم تحدده أعتبر محدد من تاريخ صدور الحكم المقرر لشهر الإفلاس، بشرط أن يكون هذا التاريخ له أسبقية لا تزيد عن ثمانية عشر شهرا من تاريخ صدور الحكم، كذلك أيضا أعطى المشرع للمحكمة الحق في تعديل تاريخ التوقف عن الدفع، من خلال إصدار حكم لاحق لحكم شهر الإفلاس وسابق لقفل الديون حماية لجماعة الدائنين بعد القفل النهائي لكشف الديون[3].

ج-إثبات التوقف عن الدفع

إن عبئ إثبات التوقف عن الدفع يقع على عاتق المدعي، أي الطرف الذي طلب شهر إفلاس المدين التاجر، ويجوز إثبات التوقف عن الدفع كافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن، لأن إثبات التوقف عن الدفع هو أمر واقعي ومادي كون المدين تاجر والدين تجاري، مثل تحرير محضر احتجاج ضد المدين التاجر بسبب عدم وفائه بورقة تجارية، أو إصدار المدين لشيك بدون رصيد، أو هروب هذا الأخير واختفائه، أو الحصول على قروض بفائدة مرتفعة، أو بيعه لمحله التجاري بأثمان زهيدة، أو محاولته الحصول على صلح أو تسوية قضائية مع دائنيه[4].

رابعا: خصائص الإفلاس

يتصف نظام الإفلاس بمجموعة من الخصائص والمميزات سنتطرق إلى البعض منها على النحو التالي:

---

[1] عبد القادر الصادق، مقال بعنوان التوقف عن الدفع في نظام الإفلاس، مجلة الحقيقة، العدد 37، جامعة أدرار، 2016/02/18، ص 289.

[2] إبراهيم بوخضرة، المرجع نفسه، ص40.

[3] نادية فضيل، المرجع السابق، ص ص 141-142، المجلة، وأنظر المواد من 222و 233و 248 من القانون التجاري.

[4] نسيبة إبراهيم حمو، مقال بعنوان حماية الائتمان التجاري بين الإعسار المدني والإفلاس التجاري، مجلة الرافدين، المجلد 10، العدد 38، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق،2008، ص13.

1-الإفلاس ذو طبيعة عقابية

إن سبب الإفلاس ينتج عموما بسبب توقف المدين عن الدفع، إلا أنه أحيانا يكون بسبب تقصير المدين أو تدليسه بهدف الإضرار بدائنيه، حيث أن هذه التصرفات تؤدي إلى شهر إفلاس المدين بعد صدور حكم قضائي يقضي بذلك، ويترتب على شهر الإفلاس غل يد المدين وحرمانه من إدارة أمواله والتصرف فيها، حماية لجماعة الدائنين[1]، غير أن هناك من الأنظمة القانونية ما ينص على أشد من ذلك، لاسيما ما يتعلق بتقييد حرية التجار المحكوم عليهم بالإفلاس ومن بين هذه الأنظمة القانونية التشريع التجاري المصري من خلال المادة 524 منه والتي تنص على إجبار المدين المفلس الحضور إلى المحكمة وعدم الجواز له بالابتعاد عن محل إقامته، كما نص المشرع الجزائري على سقوط الحقوق المدنية والسياسية للمدين المفلس[2].

إذن فشهر إفلاس المدين بسبب تقصير المدين أو تدليسه يعتبر جزاء للمدين، حيث يعتبر كل من التقصير والتدليس جنحة معاقب عليها، وهذا ما كرسه المشرع الجزائري في قانون العقوبات، حيث نصت المادة 383 على هذا الشأن، الأمر الذي يكرس الخاصية العقابية اتجاه المدين المفلس بسبب التقصير أو التدليس.

2-المساواة بين الدائنين في استيفاء حقوقهم كأصل عام

إذا صدر حكم قضائي يقضي بشهر إفلاس المدين المتوقف عن دفع ديونه التجارية، فإن ذلك يؤدي إلى تكوين جماعة الدائنين، ويجب على كل دائن جديد الانضمام إلى هذه الجماعة، تجسيدا لمبدأ المساواة بينهم من أجل قسمة أموال المدين قسمة غرماء، بمعنى أن إجراءات الإفلاس موحدة ومنظمة ويستبعد فيا الطابع الفردي ويمثل وكيل التفليسة جماعة الدائنين.

غير أن هذه المساواة ليست مطلقة بل يمكن للدائن الممتاز التقدم بحسب مرتبته على باقي الدائنين سواء كانوا عاديين أو ممتازين وتاليين له في المرتبة وهذا استثناء على مبدأ المساواة بينهم[3].

3-بساطة إجراءات التفليسة

إن اتصاف المعاملات التجارية بالسرعة والائتمان يقتضي تبسيط الإجراءات من أجل عدم إطالة أمد النزاع، وضمانا لهذه السرعة والائتمان خصوصا بالنسبة للإفلاس بسط المشرع الإجراءات من خلال تقليصه لمدة الطعن بالاستئناف بالنسبة للأحكام الصادرة بشأن الإفلاس خلال 10 أيام[4]، كمأن هذه الأحكام مشمولة بالنفاذ المعجل

[1] وفاء شيعاوي، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص ص 21-22.

[2] محمد غرابي، مبارك بن الطيبي، دراسة نقدية لنظام الإفلاس في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 11، العدد، 02، جامعة أدرار، سبتمبر 2020، ص ص 479-480.

[3] راشد راشد، الأوراق التجارية والإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص260.

[4] أنظر المادة 234 من الأمر 75-،59 المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

رغم المعارضة والاستئناف بشرط دفع كفالة[1]، على خلاف القواعد العامة التي يكون فيها الاستئناف خلال شهرين من التبليغ الرسمي للحكم أو القرار، وأن الأحكام الصادرة في المواد المدنية غير قابلة للتنفيذ إلا إذا أصبحت حائزة لقوة الشيء المقضي فيه، معنى ذلك أن الحكم الصادر قد استوفى جميع طرق الطعن العادية[2].

4-إجراءات الإفلاس تحت إشراف السلطة القضائية

أسند المشرع الجزائر شأن الإشراف على إجراءات الإفلاس إلى الجهات القضائية المختصة تتمثل في الأقطاب القضائية المتخصصة[3]، فهي التي تسند إليها مهمة تعيين القاضي المنتدب ليتولى الرقابة على أعمال وكيل التفليسة باعتباره ممثلا عن المدين وجماعة الدائنين الدائنين بهدف حسن سير الإجراءات، على اعتبار أن المدين تغل يده ويتم حرمانه من إدارة أمواله والتصرف فيها، والغرض من ذلك المحافظة على هذه الأموال وتصفيتها وقسمتها على الدائنين قسمة غرماء.

5-ذو طابع جماعي بالنسبة لجماعة الدائنين

إضافة إلى ما سبق فإن نظام الإفلاس التجاري يرتكز على فكرة التصفية الجماعية لأموال المدين المشهر إفلاسه لفائدة جماعة الدائنين[4]، بحيث تتولى هذه التصفية وتشرف عليها الجهة القضائية صاحبة الاختصاص، ويتم التنفيذ الجماعي إذا لم يعد للصلح والتسوية القضائية جدوى مع المدين المشهر إفلاسه، فلا يبقى سوى التنفيذ على أموال هذا الأخير وبيعها وقسمتها من طرف جماعة الدائنين قسمة غرماء كل واحد حسب نسبة دينه[5].

الفرع الثاني: آثار الإفلاس

إن الحكم بشهر إفلاس المدين التاجر متى توافرت الشروط اللازمة لذلك مجموعة من الآثار، منها ما يعود ويرتبط بشخص المدين، ومنها ما يتعلق بأمواله، وكذلك أيضا يرتب هذا الحكم آثارا بالنسبة لجماعة الدائنين على حسب درجاتهم، سواء كانوا عاديين أو ممتازين، وعلى الأساس سنتطرق تباعا بنوع من الشرح إلى آثار الإفلاس بالنسبة للمدين في الجزئية الأولى، أما في الجزئية الثانية سنتناول آثار شهر إفلاس الدين بالنسبة لجماعة الدائنين.

---

[1] نادية فضيل، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 22.

[2] أنظر المواد من إلى من ق.إ.م.إ 08-09 المعدل والمتمم.

[3] أنظر المادة 07/32 من القانون 08-09 المعدل والمتمم، وراجع أيضا، محمد جلاب، فتحي ويس، مقال بعنوان الفرق بين الإعسار والإفلاس، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 07، العدد 03، جامعة زيان عاشور الجلفة، سبتمبر 2022، ص 533.

[4] محمد جلاب، فتحي ويس، المرجع نفسه،534.

[5] رضوان فايز نعيم، الإفلاس التجاري، ط2، دار النهضة العربية، مصر، 1999، ص 11.

أولا: آثار الإفلاس بالنسبة للمدين الذي أشهر إفلاسه

1-آثار الإفلاس على شخص المدين

يترتب على حكم شهر الإفلاس بالنسبة لشخص المدين لمفلس مجموعة من الآثار القانونية منها بعضها سلبي والآخر إيجابي، فالجانب السلبي يتمثل في تقييد حريته، ومنعه من ممارسة بعض الحقوق المدنية والسياسية والمهنية ونشر الحكم من أجل التشهير بالمدين المفلس، والجانب الإيجابي يتمثل في تقرير إعانة للمفلس، وهذا ما سنعالجه وفق رؤية قانونية بحتة، ثم يتم التطرق إلى آثار الإفلاس بالنسبة للذمة المالية للمدين، وعليه سيتم تناول هذه الآثار بنوع من الشرح والتفصيل وفقا لتسلسل منهجي منتظم على النحو الآتي:

أ-تقييد حرية المدين المفلس

إذا كان سبب إفلاس المدين التقصير أو التدليس، فإن ذلك يؤدي إلى قيام مسؤوليته الجزائية، بحيث يعد الإفلاس جرما معاقبا عليه من خلال نصوص القانون التجاري لاسيما المواد من 370و371و374، كما اعتبر المشرع الإفلاس بالتدليس جنحة معاقب عليها في قانون العقوبات من خلال المادة 383 والتي سبق ذكرها[1].

ب-تقرير إعانة للمفلس وعائلته

إن من بين الآثار التي يرتبها حكم شهر الإفلاس أيضا بالنسبة لشخص المدين هي تقرير إعانة مالية للمفلس وعائلته، لأن الحكم بشهر الإفلاس يؤدي إلى غل يد المدين عن التصرف في أمواله على إثر صدور الحكم بشهر الإفلاس، إلا أن المشرع لم يهمل الجانب الإنساني في حياة المفلس، بل أقر له ولعائلته نفقة من أموال التفليسة، والهدف من ذلك تلبية الحاجيات التي تعتبر من ضرورات الحياة المعيشية ومتطلباتها، ويختص بتحديد هذه النفقة القاض المنتدب بأمر من وكيل التفليسة[2]،وهذا الأمر جوازي من القاضي وله السلطة التقديرية الواسعة في ذلك بهدف معرفة وضعية المدين المفلس هل هو في حالة عوز أم له مداخيل أخرى ينفق بها على عائلته[3].

ج-سقوط الحقوق المدنية والمهنية والسياسية للمفلس

إضافة إلى تقييد حرية المدين المفلس وتقرير إعانة له ولعائلته، هناك أثر آخر مرتبط بشخص المدين يتمثل في سقوط الحقوق المدنية والمهنية والسياسية لهذا الأخير، وهو ما نص عليه المشرع التجاري الجزائري في المادة 243 منه والتي تقضي بأن المدين الذي أشهر إفلاسه بأنه يخضع للأمور التي حظرها القانون بمناسبة إفلاسه، إضافة إلى سقوط

[1] التميمي محمد رضا، التوقف عن الدفع وآثاره على المفلس وحقوق الدائنين " دراسة في القانون التجاري الجزائري والمصري "، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون أعمال، جامعة الحاج لخضر بباتنة،2012، ص ص 90-94.

[2] تنص المادة 01/242 من القانون التجاري على ما يلي " للمدين أن يحصل لنفسه ولأسرته على معونة من الأصول يحددها القاضي المنتدب بأمر بناء على اقتراح وكيل التفليسة ".

[3] التميمي محمد رضا، المرجع السابق، ص 95.

بعض حقوقه والمنصوص عليها في القانون، سواء كانت مدنية أو سياسة أو مهنية، وتبقى سارية المفعول مالم يرد اعتباه، وبشرط عدم تواجد أحكام قانونية تخالف ذلك[1]، ومثال حق الانتخاب والحرمان من التسجيل في قائمة المحلفين المساعدين لقاضي المحكمة في المسائل الاجتماعية، وحرمان المفلس من النيابة عن أطراف الخصومة أمام القضاء، ومنعه من حمل الأسلحة والتدريس، وكذلك منعه من جميع الوظائف والمناصب السامية في الدولة وجميع الخدمات التي لها صلة بجريمة الإفلاس، بشرط أن يقترن الإفلاس بالتدليس أو التقصير[2].

د-نشر اسم التاجر المفلس والتشهير به

من بين أهم الآثار التي تمس شخص المدين التاجر وسمعته هو نشر الأحكام الصادرة عن الإفلاس والتسوية القضائية، من خلال نشر ملخص الحكم في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية في لمكان الذي يقع فيه مقر المحكمة[3]، والهدف من نشر الحكم هو معاقبة المدين المفلس، من خلال إطلاع الغير على إفلاسه وما ينتج عنه من آثار على سمعته ومكانته بين الناس عموما وطبقة التجار خصوصا، لاسيما ما تعلق بزعزعة الثقة والائتمان لديه اتجاه الغير، وكذلك أيضا يهدف هذا النشر إلى تنبيه وحماية الغير المتعامل مع المدين الذي أشهر إفلاسه[4].

هـ-آثار الإفلاس على أموال المدين

إن الأثر المباشر بالنسبة للذمة المالية للمدين المفلس بعد الحكم بشهر الإفلاس، يتمثل في غل يد هذا الأخير عن إدارة أمواله، ويقصد بذلك تجميد تصرفات المدين على أساس أنها تصرفات قائمة على الغش اتجاه جماعة الدائنين، بحيث يعتبر غل يد المدين محدد ومرتبط بمدى مصلحة الدائنين لهذا الغل، أي أنها كلما أصبحت أموال المدين جميعها ضمانا عاما للدائنين وهذا هو الأصل، كلما غلت يد المدين أكثر، وأصبحت هذه الأموال كلها ضمان[5]،إلا أن هذا الأصل ترد عليه استثناءات، منها العقود التي يبرمها المدين مع الغير بعد صدور الحكم فلا يعد هذا الغير دائنا، وكذلك إذا وفى المفلس بعد الإفلاس، فإن وفاءه غير مقبول وإلا اعتبر مرتكبا لجريمة الإفلاس بالتقصير، وعلى الدائن الذي تم الوفاء له أن يستوفي حقه من التفليسة، إضافة إلى البيوع فإذا قام المدين ببيع أي منقول فإنه يعتبر مرتكبا لجرية الإفلاس بالتدليس، وكذلك أيضا إذا قام المدين المفلس بفعل غير مشروع بعد شهر

---

[1] تنص المادة 243 من القانون التجاري على ما يلي " يخضع المدين الذي أشهر إفلاسه للمحظورات وسقوط الحق المنصوص عليها في القانون، وتستمر هذه المحظورات وسقوط الحق قائمة حتى رد الاعتبار، مالم توجد أحكام قانونية تخالف ذلك ".

[2] إبراهيم بوخضرة، المرجع السابق، ص 114.

[3] تنص المادة 228 من القانون التجاري على ما يلي " تسجل الأحكام الصادرة بالتسوية القضائية أو بشهر الإفلاس في السجل التجاري ويجب إعلانها لمدة ثلاثة أشهر بقاعة جلسات المحكمة وأن ينشر ملخصها في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية للمكان الذي يقع فيه مقر المحكمة ".

[4] إبراهيم بوخضرة، المرجع السابق، ص114.

[5] نادية فضيل، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص ص 45-46.

إفلاسه، فإنه لا يمكنه الاحتجاج على الدائنين بالتعويض، ويمتد غل يد المدين أيضا إلى الدعوى القضائية، باستثناء بعض الأموال التي لا تغل فيها يد المدين مثل الأموال غير القابلة للحجز عليها كالمنقولات والأمتعة[1].

ثانيا: آثار الإفلاس بالنسبة للدائنين

يرتب الحكم بشهر إفلاس المدين مجموعة من الآثار بالنسبة للدائنين بهدف المحافظة على حقوقهم واستفائها من الضمان العام للمدين، وعليه سنتطرق إلى أهم هذه الآثار التي تلحق بالدائنين، سواء كانوا عاديين يشكلون جماعة الدائنين أو إصحاب مراكز ممتازة، إضافة إلى الدائنين الذين لا ينتمون إلى هذه الجماعة.

1-بالنسبة لجماعة الدائنين

وتكمن هذه الآثار في تكوين جماعة الدائنين، ووقف الدعاوى الفردية، وإسقاط آجال الديون، ووقف سريان الفوائد، وتقرير رهون إجبارية لمصلحة جماعة الدائنين، وهذا ما سنتطرق إليه كما يلي:

أ-تكوين جماعة الدائنين

بعد صدور حكم شهر إفلاس المدين، تنشأ جماعة الدائنين* بقوة القانون، بحيث تتكون من دائنين عاديين مهما كان مصدر ديونهم، كالعقد أو الفعل الضار، بشرط أن يكون هذا المصدر قبل الحكم بشهر الإفلاس فإذا كان مصدر الدين هو بالعقد فالمعيار هنا هو تاريخ إبرام العقد، وإذا تعلق الأمر بالفعل لضار فالمعيار هو تاريخ وقوع الفعل الضار، وقد تتكون جماعة الدائنين من دائنين أصحاب امتيازات عامة التي يحدد القانون تاريخ نشأتها كما في حالة الالتزام بدفع الضرائب[2]، وذلك تحقيقا لبدأ المساواة التي رتبه المشرع على حكم شهر الإفلاس، لأن الامتياز العام لا يظهر إلا إثناء التنفيذ، فالتاريخ هنا القانون هو الذي يحدده، كما توجد أيضا مجموعة من الدائنين وهم أصحاب الحقوق الممتازة الخالصة مثل الرهن أو حق تخصيص أو حق امتياز، وهذا النوع من الدائنين لا ينطوي تحت عنوان جماعة الدائنين العاديين لأن حقوقه مضمونة بتأمينات خاصة وما عليهم إلا المطالبة بالتنفيذ على هذه الحقوق من أجل استيفاء ديونهم المستحقة في ذمة المدين ، إلا أنهم مطالبون بتسجيل أنفسهم في جماعة الدائنين من أجل

[1] محمد رضا التميمي، المرجع السابق، ص 104، وأنظر المادة 244 من القانون التجاري على ما يلي " يترتب بحكم القانون على الحكم بإشهار الإفلاس، ومن تاريخه، تخلي المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، بما فيها الأموال التي قد يكتسبها بأي سبب ومادام في حالة الإفلاس. ويمارس وكيل التفليسة جميع حقوق ودعاوى المفلس المتعلقة بذمته طيلة مدة التفليسة. على أنه يجوز للمدين القيام بجميع الأعمال الاحتياطية لصيانة حقوقه والتدخل في الدعاوى التي يخاصم فيها وكيل التفليسة.

* يقصد بجماعة الدائنين أنها تلك الجماعة التي تتشكل بقوة القانون بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس، وتتكون من جميع الدائنين العاديين، أي الذين لا توجد لهم تأمينات خاصة تضمن الوفاء بديونهم، وهذه الجماعة يحكمها مبدأ المساواة فيما بينهم في توزيع ناتج تصفية أموال المفلس قسمة غرماء.

[2] أحمد مالك أحمد عبد الرحيم، الآثار القانونية لشهر الإفلاس على حقوق دائني المفلس " دراسة مقارنة "، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، نابلس، 2013، ص 17.

التذكير بحقوقهم اتجاه المدين المفلس[1]،لكن في حالة عدم كفاية الضمانات المقدمة إليهم من أجل استيفاء حقوقهم للاشتراك مع الدائنين العاديين ومزاحمتهم فيما بقي لهم من حقوق في ذمة المدين بشرط قبولهم من قبل جماعة الدائنين، وفي كل الحالات يجب أن تنشأ الديون بعد صدور حكم شهر الإفلاس ضد المدين المتوقف عن دفع ديونه التجارية[2].

ب-وقف الدعاوى الفردية

يترتب على الحكم بشهر إفلاس المدين التاجر وقف الدعاوى الفردية لجماعة الدائنين[3]، لأن الهدف الرئيسي لنظام الإفلاس هو التصفية الجماعية لأموال المدين المفلس كون الدائنون يقتسمون الأموال بالتساوي قسمة غرماء كل واحد حسب نسبة دينه وبالتالي تتوقف جميع الدعاوى الفردية للدائنين، ويشمل هذا الإجراء الدائنين العاديين والدائنين ذوي الامتياز العام، باستثناء بعض الدعاوى مثل الطعن في حكم شهر الإفلاس أو المطالبة بتعديل تاريخ التوقف عن الدفع وكذلك المطالبة بقطع التقادم إذا لم يقم الوكيل القضائي بذلك، إضافة إلى بعض الحالات المنصوص عليها في المواد 284و 291و323 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني[4].

ج-إسقاط آجال الديون

بمجرد صدور الحكم بشهر إفلاس المدين تسقط آجال جميع الديون التي هي في ذمة المدين وتصبح هذه الآجال مستحقة الأداء بقوة القانون ودون النص على ذلك في الحكم القضائي القاضي بشهر الإفلاس مهما كان مصدرها، سواء كان قانونيا أو اتفاقيا أو قضائيا، وسواء كانت هذه الديون مضمونة بتأمين عيني أم لا، مثل الرهن الرسمي أو الحيازي أو حق امتياز أو حق تخصيص، أي أن آجال ديون المدين المشهر إفلاسه تسقط دون تخصيص للأموال، والهدف من ذلك تهيئة التفليسة للتصفية الجماعية، أما حقوق المدين فهي لا تخضع لهذا الإجراء[5].

د-وقف سريان الفوائد

إن الدائن قبل شهر الإفلاس له أن يطالب بدينه والفوائد المترتبة على ذلك، لكن بعد صدور الحكم يترتب عنه وقف سريان هذه الفوائد، بالنسبة للدائن والتي هي على عاتق المدين مهما كان نوع هذه الفوائد ويتعلق الأمر

---

[1] نادية فضيل، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 51.

[2] محمد رضا التميمي، المرجع السابق، ص 141.

[3] تنص المادة 245 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم السالف الذكر على ما يلي " يترتب على الحكم بشهر الإفلاس أو التسوية القضائية وقف كل دعوى شخصية لأفراد جماعة الدائنين ...".

[4] سميرة معاشي، آثار حكم شهر الإفلاس بالنسبة لجماعة الدائنين، شهادة ماجستير، فرع قانون أعمال، جامعة الحاج لخضر باتنة،2005، ص48.

[5] أحمد مالك أحمد عبد الرحيم، المرجع السابق، ص ص 53،54، وأنظر أيضا المادة 246 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

بالدائنين العاديين فقط، إلا أن المشرع الجزائري موقفه غامض بخصوص هذه المسألة*،لأن لهدف من وقف سريان الفوائد هو تحديد ديون التفليسة بصفة نهائية لكيلا يتم الحساب من جديد بسبب تراكم الفوائد خصوصا في حالة بطئ إجراءات التفليسة، وهذا ما جسده المشرع التجاري المصري من خلال نص المادة 233 منه[1]، بهدف تحقيق المساواة بين الدائنين و تمهيدا للتصفية الجماعية، أما الدائنين الممتازين يستمر سريان الفوائد على الديون رغم صدور الحكم بالإفلاس ويتعلق الأمر مبدأ بسريان الفوائد بالنسبة للدائنين العاديين فقط، ولا يمتد أثره بالنسبة للمدين الذي تبقى الفوائد سارية بالنسبة لحقوقه التي في ذمة الغير لأنها تزيد من الضمان العام[2].

هـ-الرهن الإجباري لجماعة الدائنين

إضافة إلى الآثار السابقة الذكر فإن صدور حكم شهر الإفلاس يجعل الوكيل القضائي يقوم بقيد رهن عقاري على أموال المدين جميعها، سواء كانت حاضرة أو مستقبلية مع القيام بتسجيل هذا الرهن فورا حتى لا يصبح جماعة الدائنين المقرر لهم هذا الرهن من الغير، كما يحميهم هذا الأخير من الدائنين الجدد والتي نشأت ديونهم بعد عدول المدين المفلس العائد لإدارة أمواله عن الصلح أو فسخه، لأن هذا الرهن المقيد والمسجل هو ضمان مقرر لجماعة الدائنين المتصالحين[3]، وهذا ما جسده المشرع الجزائري من خلال النص على الرهن المقرر لجماعة الدائنين[4].

2-بالنسبة للدائنين الذين لا ينتمون إلى جماعة الدائنين

لا تقتصر آثار شهر الإفلاس بالنسبية لجماعة الدائنين فقط، بل هناك فئات أخرى ومن بينها الدائنين أصحاب المراكز الخاصة كالدائن المخول له حق الحبس والدائن رافع الدعوى المباشرة، بحيث لا يتعرض هذا النوع من الدائنين لقسمة الغرماء وإنما يستأثرون بهذه الحقوق بمفردهم، وكذلك أيضا تضاف إلى هذه الفئة فئة أخرى تتمثل في الدائنين أصحاب المراكز القانونية الممتازة ويكتسبون هذه الصفة من خلال التأمينات المقررة لهم على أموال المدين وتمنح لهم هذه التأمينات حق استيفاء ديونهم التي هي على عاتق المدين وبأولوية عن جماعة الدائنين مثل الأجور

* المشرع لتجاري الجزائري لم ينص على وقف سريان الفوائد، بل منع سريانها بين الأفراد وهذا ما يتضح من خلال نص المادة 454 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم السالف الذكر بنصها " القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك ".

[1] سميرة معاشي، المرجع السابق، ص 56.

[2] إبراهيم بوخضرة، المرجع السابق، ص ص 137،138.

[3] التميمي محمد رضا، المرجع السابق، ص ص .152،153

[4] تنص المادة 254 من الأمر 75-58، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، السالف الذكر على ما يلي " يقتضي الحكم الناطق بالتسوية القضائية أو شهر الإفلاس لصالح جماعة الدائنين، بالرهن العقاري الذي يتعين على وكيل التفليسة بتسجيله فورا على جميع أموال المدين وعلى الأموال التي يكتسبها من بعد أولا بأول ".

والمرتبات بالنسبة لحقوق الامتياز العامة والرهن الرسمي وحق التخصيص على العقار والرهن الحيازي [1]،**فمن خلال هذه الدراسة يتبين أن شهر إفلاس المدين هو الآلية العلاجية الفعالة للدائنين من أجل استيفاء حقوقهم لدى مدينهم التاجر المتوقف عن الدفع إذا لم تجدي معه التسوية القضائية ،لذلك يرى الباحث أن شهر الإفلاس بالنسبة للمواد التجارية رغم أنه يؤدي بالمدين إلى فقدان ائتمانه التجاري بين التجار وتشويه سمعته، لاسيما من خلال غل يده من التصرف في أمواله وحرمانه من بعض حقوقه المدنية والسياسية، وبالتالي يعتبر الإفلاس عقاب للمدين، على خلاف الأمر بالنسبة للدائنين، حيث يوفر شهر الإفلاس التصفية القانونية لأموال المفلس وبصفة جماعية وبإشراف قضائي دون تحايل أو مماطلة، إذ يعتبر شهر الإفلاس آلية ناجحة وذات فعالية بالنسبة للدائنين من أجل استيفاء حقوقهم من مدينهم التاجر إذا لم تفلح جميع السبل بما فيها الصلح الواقي من الافلاس، لذلك يقترح الباحث على المشرع الاقتداء بنظام الإفلاس في المواد التجارية، وتنظيم ما يقابله في المواد المدنية وهو ما يعرف بالإعسار المدني.**

[1] سميرة معاشي، المرجع السابق، ص57، وراجع أيضا محمد جلاب، فتحي ويس، المرجع السابق،536، وأنظر المواد من 292إلى 305 من الأمر 75-58، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

الفصل الثاني

المراكز القانونية الخاصة المقررة للدائن العادي كاستثناء على مبدأ المساواة

تمهيد الفصل الثاني

رغم إقرار المشرع للدائنين العاديين عدة آليات تحفظ لهم حقوقهم في الضمان العام للمدين تجسيدا لمبدأ المساواة بينهم والتي تم تناولها سابقا في الفصل الأول ، سواء تعلق الأمر بالمواد المدنية، من خلال إقرار المشرع للدائن العادي الحق في رفع دعوى غير مباشرة ضد مدين مدينه، وتكون هذه الأخيرة باسم ولحساب مدينه بسبب الإهمال أو التقصير، وهي دعوى وقائية الهدف منها إرجاع المال إلى الضمان العام نيابة عن المدين ،لكن هذه الآلية أثبتت عدم جدواها كونها غير كافية وغير فعالة، وكذلك أيضا من خلال إقرار المشرع أيضا للدائن العادي آليات علاجية متمثلة في دعوى عدم نفاذ التصرف والدعوى الصورية نتيجة غش المدين في القيام بتصرف قانوني الهدف منه الإضرار بدائنيه، أو بهدف التحايل على القانون، غير أن هاتان الآليتان كانتا أيضا غير كافيتان وغير فعالتان بالنظر إلى الشروط الكثيرة المتطلبة لكل منهما ، إضافة إلى شهر إعسار المدين، وهذا الأخير لم ينظمه المشرع المدني الجزائري مخالفا في ذلك بعض التشريعات منها العربية، أما بالنسبة للمواد التجارية فقد أقر المشرع آلية شهر إفلاس المدين التاجر في حالة توقفه عن دفع ديونه التجارية، مما يترتب عنه استفادة جميع الدائنين من هذه الأموال الموجودة في الضمان العام أو العائدة إليه من خلال التصفية الجماعية لأموال المدين المفلس، تحقيقيا لمبدأ المساواة.

غير أن مبدأ المساواة بين الدائنين ليس على إطلاقه بل تعترضه مجموعة من الإشكالات والتي تؤدي إلى الإخلال به وتحول دون تحقيقه، حيث أقر المشرع في هذا الصدد آليات أخرى من أجل استيفاء الدائنين لحقوقهم دون مزاحمة، خصوصا في حالة عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه، كون الدائن يضطر إلى الاقتصار على استيفاء جزء من حقه، بل قد يضيع عليه هذا الحق إذا تخلف لسبب أو لآخر عن المشاركة في التنفيذ على أموال المدين، ومن أجل اطمئنان الدائن في الحصول على حقه يلزمه أن يتمتع بضمانات سواء تعلق الأمر بتأمينات أي حقوق ممتازة، أو منح الدائن العادي مركزا قانونية خاصة به تجعله في موقف يتميز بها عن غيره من الدائنين العاديين، لذلك أورد المشرع مجموعة من الاستثناءات على مبدأ المساواة بين الدائنين العاديين في الضمان العام منها ما يتعلق بالحقوق الممتازة بنوعيها الشخصية والعينية، ومنها أيضا ما يتعلق بالضمانات الخاصة التي أقرها المشرع للدائن العادي دون غيره من الدائنين العاديين وهذه الأخيرة هي موضوع دراستنا في هذا الفصل.

ففي هذا المجال نجد أن المشرع أعطى للدائن العادي ضمانات خاصة تميزه عن غيره من الدائنين العاديين، منها ما هو في إطار عقدي مثل حالة الفسخ والدفع بعدم التنفيذ و كذلك أيضا الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان حتى يستوفي الدائن حقه، والبعض الآخر مقرر بموجب نصوص القانون بصفة مباشرة مثل الدعوى المباشرة والحق في الحبس، ومنها ما هو مقرر أيضا قانونا ولكن بصفة غير مباشرة، سواء كان بمناسبة تنظيم المشرع لانتقال

الالتزام أو انقضائه ، وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى هذه الدراسة في هذا الفصل وفقا لثلاث مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: الضمانات الخاصة المقررة للدائن العادي بموجب العلاقة العقدية

المبحث الثاني: الضمانات الخاصة المقررة للدائن العادي بموجب القانون بصفة مباشرة

المبحث الثالث: الضمانات الخاصة المقررة للدائن العادي بموجب نصوص القانون بصفة غير مباشرة

المبحث الأول: الضمانات الخاصة المقررة للدائن العادي بموجب العلاقة العقدية

إن علاقة التي بين الدائن والمدين أساسها في الأصل الثقة والائتمان، لكن مع تطور الحياة الاقتصادية وما تستدعيه من السرعة في المعاملات والتي يترتب عنها العديد من المخاطر منها عدم استيفاء الدائن العادي لحقه بسبب عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه وفقا لما يتطلبه مبدأ المساواة، بحيث لم يعد الدائن يفكر في كيفية نشوء حقه في ذمة المدين بقدر ما يفكر في الضمانات التي تقرر له من أجل استيفاء هذا الحق، ومن بين هذه الضمانات هناك ضمانات خاصة وهي تلك المقررة بموجب العلاقة العقدية مثل الفسخ والدفع بعدم التنفيذ والاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان، فعلى هذا الأساس سنتطرق إلى هذه الضمانات على النحو الآتي:

المطلب الأول: الفسخ كضمانة خاصة للدائن العادي في العلاقة العقدية

في هذا المطلب سنتناول بالدراسة والشرح مفهوم الفسخ كضمانة خاصة للدائن العادي في العلاقة العقدية، أما في الفرع الثاني سنتطرق إلى الآثار المترتبة على الفسخ سواء بالنسبة للمتعاقدين وكذلك بالنسبة للغير.

الفرع الأول: مفهوم الفسخ

سنتطرق إلى تعريف الفسخ وبيان الشروط الواجب توافرها من أجل إعماله، إضافة إلى التطرق لأنواعه.

أولا: تعريف الفسخ

يعرف الفسخ على أنه هو عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه الناشئ عن عقد ملزم للجانبين، ينحل بموجبه ذلك العقد ويزول بصفة رجعية بحكم من المحكمة، أو عملا بشرط فاسخ في العقد اتفق عليه المتعاقدان وقت إبرام العقد[1]،كما يعرف الفسخ أيضا أنه نظاما قانونيا يترتب في حالة عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لما رتبه العقد في ذمته من التزامات ، بمعنى آخر أنه حق كل متعاقد في العقد الملزم للجانبين[2] في أن يطلب متى لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه حل الرابطة العقدية كي يتخلص بدوره من الالتزام الملقى على عاتقه، فهو انحلال الرابطة التعاقدية بأثر رجعي بسبب عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه، وهو جزاء الإخلال بالرابطة العقدية يقوم إلى جانب المسؤولية العقدية[3]، أما المشرع الجزائري لم يعرف الفسخ وإنما نظم أحكامه في المواد من 119 إلى 121 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، بحيث تنص المادة 119 على ما يلي " **في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر، بعد إعذاره للمدين، أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع**

---

[1] محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات " العقد "، طبعة ثانية محينة ومنقحة، تونس، سبتمبر 1997.

[2] تنص المادة 55 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر على ما يلي " يكون العقد ملزما للطرفين، متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضا ".

[3] العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني " العقد والإرادة المنفردة "، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2001، ص300.

التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك، ويجوز للقاضي أن يمنح للمدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات "، فعليه من خلال استقراء نص هذه المادة يتضح أنه من أجل مطالبة الدائن بالفسخ لابد من توافر مجموعة من الشروط، وذلك في حالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدي اتجاه الدائن كجزاء له عن الإخلال بهذا الالتزام وكحماية للدائن من أجل توقي الفسخ لأن المشرع يحافظ على بناء المراكز القانونية أولى من هدمها .

ثانيا: شروط الفسخ

من خلال نص المادة 119 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم نستخلص أنه من أجل طلب أحد المتعاقدين فسخ العقد لابد من توافر مجموعة من الشروط والتي سنتطرق إليها وفقا لما يلي:

1-أن يكون العقد ملزما لجانبين

من بين الشروط الواجب توافرها لوقوع الفسخ يجب أن يكون العقد ملزما لجانبين، بمعنى أن يكون العقد تبادليا وبعبارة أخرى هو العقد الذي ينشأ التزامات على عاتق طرفيه، فيصبح كلا الطرفين دائنا ومدين في وقت واحد[1] مثل عقد الإيجار الذي يترتب عنه التزام على عاتق المؤجر يتمثل في تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة وفق لما هو متفق عليه، ويترتب عنه كذلك التزام على عاتق المستأجر يتمثل في دفع بدل الإيجار والمحافظة على العين المؤجرة، وعلى هذا الأساس إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر المطالبة بالفسخ وهذا لا يكون إلا في العقود الملزمة لجانين وهذا ما كرسه المشرع هذا النوع من العقود في القانون المدني[2].

2-إخلال المدين بالتزام تعاقدي قائم في ذمته ومستحق الأداء

يتمثل الإخلال بالعقد في عدم تنفيذه كما هو متفق عليه في الآجال المحددة لذلك، فلا يتحقق الإخلال إذا كان التزام المدين غير حال الأداء ، إذ يشترط في التزام المدين أن يكون حالا محقق الوقوع[3]، ومن أجل مطالبة الدائن بفسخ العقد يجب أن يكون المدين قد أخل بالتزامه التعاقدي القائم والمستحق الأداء وأن يكون هذا الإخلال فعليا ومحققا سواء وقع أو وشيك الوقوع، ويكمن خطأ المدين في هذه الحالة في عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخر في تنفيذه أو امتنع عن التنفيذ كليا أو جزئيا، أي عدم الوفاء بحق الدائن أو التأخر في تنفيذه، ولكن في حالة التنفيذ

[1] رشيد دحماني، حماية العقد من الإبطال والفسخ، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محند أكلي أو الحاج-البويرة، 2016، ص54.

[2] حسينة حمو، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو ،2011، ص 19.

[3] حسينة حمو، المرجع نفسه، ص ص 24،25.

الجزئي يجب أن يكون الجزء غير المنفذ أكبر بكثير من الجزء المنفذ لكي يكون الفسخ مبررا وإلا اعتبر تعسفا ولا يجوز المطالبة بالفسخ من قبل الدائن[1].

3-أن يكون الدائن طالب الفسخ مستعدا لتنفيذ التزامه

معنى ذلك أن المتعاقد طالب الفسخ يجب ألا يكون مقصرا في تنفيذ التزاماته، بل يستوجب ويتعين عليه أن يكون قد وفى بالتزاماته أو أنه مستعد للوفاء بها لكون الفسخ يعد جزاء قانوني لعدم تنفيذ العقد[2]، وبمأن الفسخ يرد على الالتزامات العقدية المتقابلة، فإن المتعاقد الذي نفذ التزامه هو الذي يطالب المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه المقابل أو يمكنه المطالبة بالفسخ، على اعتبار هذا الأخير جزاء للمدين بسبب الإخلال بالتزامه العقدي سواء عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه، وسواء كان الامتناع عن التنفيذ كليا أو جزئيا، في حين يعتبر حماية للدائن[3].

ثالثا: أنواع الفسخ

يتضح من خلال استقراء نص المادتين 119و120 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم أن الفسخ يتقرر باتفاق الطرفين أو بحكم قضائي إذا استحال التنفيذ بسبب المدين أما إذا كانت الاستحالة راجعة لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإن العقد يزول وينفسخ بقوة القانون، وعليه سنتناول بالدراسة كيفية تقرير الفسخ حسب الحالات المشار إليها وفقا لما يلي:

1-الفسخ القضائي

يتفق معظم الفقه على أن الفسخ القضائي للعقد هو الأصل، أي أن الفسخ وفقا للقواعد العامة يتم إقراره من قبل المحكمة وليس باتفاق بين المتعاقدين، والحكم القضائي في هذه الحالة منشئ للفسخ وليسا كاشفا له بشرط إعذار المدين من أجل تنفيذ التزامه قبل رفع الدعوى من أجال تنبيهه ووضعه وضع المقصر في تنفيذ التزامه.

إلا أن بعض الفقه لا يشترط ضرورة الإعذار، وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في هذا الشأن وذلك حسب الظروف، إذ يمكن للقاضي الحكم بفسخ العقد بناء على طلب الدائن أو منح المدين أجلا جديد من أجل الوفاء بالتزامه، مع الحكم بالتعويض في الحالتين إن اقتضى الحال ذلك كون القاضي يملك سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال ، بشرط ألا يسبب ذلك ضررا جسيما للدائن[4]،بل هناك من الفقه من يرى أن سلطة القاضي نافعة وأمر

[1] العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني " العقد والإرادة المنفردة "، المرجع السابق، ص306.

[2] أحمد بو كرزازة، مقال بعنوان الإبطال والفسخ دراسة مقارنة بين النظامين في القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 32، العدد 03، جامعة منتوري قسنطينة 1، ديسمبر 2021، ص 545.

[3] عبد الرحمان الشرقاوي، دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزام في ضوء تأثرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي، الطبعة السادسة، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، المغرب،2019، ص 317.

[4] حسينة حمو، المرجع السابق، ص 67.

مرغوب فيه لا يمكن إنكاره ، فلا يمكن للقاضي أن يقضي بفسخ العقد بمجرد طلبه من أحد طرفي العقد، بل يوازن بين مصلحة الطرفين ويراعي النظام العام في المجتمع والهدف من ذلك استقرار المعاملات[1]، والحكم بالفسخ من عدمه يدخل في حدود سلطة القاضي وليس للمتعاقد في ذلك مجرد طلبه[2]،وفي هذا الصدد تطرق المشرع الجزائري إلى هذا النوع من الفسخ بموجب المادة 119 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم، **إلا أن الباحث ينظم إلى فئة الفقه الذي يعتبر الاعذار ضروري من أجل مطالبة الدائن بالفسخ كونه يقيم الحجة على المدين في حالة عدم تنفيذه لالتزامه رغم إعذاره، فإن عدم تنفيذ المدين لالتزامه يصنف ضمن الأفعال العمدية وليست بسبب الإهمال، وبالتالي يترتب على ذلك قيام مسؤوليته المشددة من خلال الحكم عليه بالتعويض عن الضرر الذي أصاب الدائن نتيجة عدم التنفيذ إعمالا لقاعدة ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة بسبب امتناعه عن التنفيذ، أو كان تنفيذه جزئيا أو معيبا، كما يرى الباحث أيضا أن الفسخ القضائي فيه نوع من العدالة، كونه يصدر من سلطة مستقلة عن المتعاقدين، وبالتالي يطبقه الجميع إذا استوفي الحكم القضائي طرق الطعن وأصبح نهائيا.**

2-الفسخ الاتفاقي

استثناءا على الأصل العام فقد يكون الفسخ اتفاقيا متى اتفق المتعاقدان على فسخ العقد إذا أخل أحد المتعاقدان عن تنفيذ التزاماته، بحيث يحل اتفاق المتعاقدان محل الحكم القضائي، لكون هذا الاتفاق هو الذي يقرر فسخ العقد، إلا أن هذا الاتفاق يأخذ عدة صور من حيث الصياغة والآثار[3]، وسيتم التطرق إلى ذلك كما يلي: **أ- أن يكون العقد مفسوخا بمجرد إخلال احد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته**

يجوز للمتعاقدين الاتفاق على أن العقد يعتبر مفسوخا إذا لم يقم أحد هما بتنفيذ التزامه اتجاه المتعاقد الآخر، حيث يعتبر شرط عدم تنفيذ المتعاقد لإلتزامه أمرا ضروريا لكي يتسنى للمتعاقد الآخر استعمال حقه والمتمثل في المطالبة بالفسخ دون اللجوء إلى القضاء ودون إنذار، ، أي أن العقد يكون مفسوخا بمجرد حلول تنفيذ الالتزام ولم يقم المدين بذلك، سواء كان الفسخ عن عدم تنفيذ الالتزام كليا أو جزئيا وسواء تعلق الأمر هذا بالتزام جوهري أو غير جوهري ، أي أن العقد يفسخ وفقا للبنود المتفق عليها صراحة بين المتعاقدين في العقد[4].

---

[1] فطيمة الزهراء مصدق، **دور القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد**، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، ص 84.

[2] سليمان براك دايح الجميلي، أحمد فايز عبد حميد، مقال بعنوان علاقة الفسخ من غير إخلال بالظروف الاجتماعية والاقتصادية " دراسة قانونية مقارنة "، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، لمجلد 13، العدد 02، كلية القانون، جامعة الفلوجة، العراق،2022، ص ص 646،645.

[3] سهام عبدلي، مقال بعنوان الفسخ بين الطبيعة الإدارية للصفقة العمومية والقانون الخاص، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 09، المركز الجامعي تامنغست، الجزائر، سبتمبر 2015، ص 82.

[4] عبد الكريم بلعيور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،2001، ص212.

ب–أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ودون الحاجة إلى حكم

أي أن فسخ العقد يتحقق متى أخل أحد المتعاقدين في تنفيذ التزامه، معنى ذلك أنه لاحاجة لرفع الدعوى ولالحكم ينشئ الفسخ، الا إذا نازع المدين في إعمال شرط الفسخ الموجود في العقد وادعى هذا الأخير أنه نفذ التزامه ، ففي هذه الحالة يقتصر دو القاضي على التحقق من أن المدين لم ينفذ التزامه، فإذا ثبت للقاضي أن المدين لم ينفذ التزامه توجب عليه إصدار حكم مقرر للفسخ لامنشئا له،دون الاستغناء عن إعذار الدائن للمدين فبعدها يصبح العقد مفسوخا ودون الحاجة إلى حكم قضائي منشئاله بشرط أن تتوافر شروط الفسخ[1].

ج–الاتفاق أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه

في هذه الحالة لايمكن للقاضي ممارسة سلطته التقديرية، والتي تستبعد بموجب الاتفاق الي وقع بين الدائن والمدين من خلال الشرط الموجود في العقد ، فلايستطيع القاضي منح المدين مهلة من أجل تنفيذ التزامه ولايملك سوى الحكم بالفسخ باعتباره أمر متفق عليه في العقد، بشرطأن يقوم الدائن بإعذار المدين ورفع الدعوى لأن دور القاضي مستبعد في هذا الشأن، ويكون الحكم مقررا للفسخ الاتفاقي الذي تم بين الدائن والمدين لامنشئا له.

3–الفسخ القانوني

إذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجني لايد للمدين فيه، ينقضي هذا الالتزام بقوة القانون عن طريق مايسمى بالإنفساخ وتنقضي معه الالتزامات المقابلة له، ويجب على المدين إثبات أن هذا السبب الأجنبي لاعلاقة له به، وإلا بقي ملزما بتنفيذ التزاماته العقدية اتجاه الدائن بالالتزام، ويترتب على ذلك الحكم بالتعويض،حيث كرست معظم التشريعات الحديثة هذا النظام القانوني منها المشرع المدني المصري من خلال المادة 159 بنصها على ما يلي " في العقود الملزمة لجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت الالتزامات المقابلة وينفسخ العقد من تلقاء نفسه[2]، أما المشرع الجزائري فسار على نفس خطى المشرع المصري[3].

الفرع الثاني: آثار الفسخ

إذا توافرت شروط وإجراءات الفسخ باعتباره نظام قانوني سواء كان هذا الفسخ قضائيا أو إتفاقيا أوقانونيا،فإنه يترتب عليه كقاعدة عامة انحلال العقد ومحو جميع آثاره بأثر رجعي ،وبالتالي زوال جميع الالتزامات التي قد نشأت عن العقد قبل إقرار الفسخ، حيث تنصرف هذه الآثار إلى المتعاقدين والغير ، وعلى هذا الأساس سنتطرق تباعا إلى آثار الفسخ بالنسبة للمتعاقدين في الجزئية الأولى، ثم آثار الفسخ بالنسبة للغير في الجزئية الثانية.

---

[1] هبة حازم خضر كوبري، الإطار القانوني لفسخ العقود الملزمة لجانبين، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2021، ص 28.

[2] عبد الرحمان الشرقاوي، المرجع السابق، ص 314.

[3] أنظر المواد 121و307 من الأمر 75–58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

أولا: آثار الفسخ بالنسبة للمتعاقدين

تنص المادة 122 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم على مايلي " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك، جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض "، فمن خلال استقراء هذه المادة نجد أنه في حالة فسخ العقد تترتب مجموعة من الآثار بالنسبة للمتعاقدين تتمثل منها إعادة الحال إلى ماكان عليه قبل التعاقد وبأثر رجعي، حيث يعتبر العقد كأن لم يكنن، أما في حالة استحالة الفسخ يحكم القاضي بالتعويض، وعليه سنتطرق إلى هذه الآثار على النحو الآتي:

1-إعادة الحال إلى ماكان عليه قبل التعاقد وبأثر رجعي

بمجرد أن يتم توقيع الفسخ يتم إعادة الحال إلى ماكان عليه قبل التعاقد، بحيث يرد كل متعاقد ما حصل عليه أو ما تسلمه من المتعاقد الآخر بموجب العقد، ويعتبر العقد كأن لم يكن ويسري الفسخ بأثر رجعي، بحيث يعيد كل من الدائن والمدين ماتسلماه من بعضهما البعض ، كما يمكن للدائن طالب الفسخ زيادة على استرداد محل العقد والثمار أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الفسخ نتيجة إخلال المدين المتعاقدمعه بتنفيذ التزامه، لكن هذه المطالبة تكون على أساس المسؤولية التقصيرية لا العقدية لزوال العقد بالفسخ،ويتضمن التعويض ويشمل ما لحق الدائن من خسارة ومافاته من كسب،نتيجة الفسخ بسبب امتناع المدين عن تنفيذ التزامه أو نفذ جزءا من هذا الالتزام أو كان تنفيذه معيبا، والمطالبة بالتعويض عن الضرر مقرر للدائن وليس المدين[1]، ومثال ذلك امتناع المؤجر من تكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة رغم أن المسأجر قام بدفع بدل الإيجار ففي هذه الحالة يجوز للمسأجر المطالبة بفسخ عقد الإيجار مع طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه، ولكن المستأجر لا يحق له المطالبة بالفسخ لأنه هو المسبب في الفسخ نتيجة عدم تنفيذه لالتزامه بحرمان المستأجرمن الانتفاع العين المؤجرة[2].

2- استحالة إعادة الحال إلى ماكان عليه قبل التعاقد

في حالة فسخ العقد ولم يستطيع المدين رد وإعادة ماحصل عليه وماتسلمه من الدائن عينا بهدف إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد ، فإنه يلزم بالدفع لهذا الأخير مقابل بدل الاسترداد، والقاضي بإمكانه أن يحكم للدائن المتضرر بالتعويض عن ما لم يستطيع المدين رده للدائن، وهذا ما كرسه الشرع الجزائري في نص المادة 122 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، وهذا التعويض مرتبط باستحالة إعادة الحال إلى ماكان عليه قبل التعاقد، ولايمكن إرجاع سبب التعويض أساسا لاستحالة تنفيذ المدين الالتزامه المؤدي إلى فسخ العقد[3].

---

[1] حسينة حمو، المرجع السابق، ص ص 86،87، وأنظر أيض المادة 182 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[2] حسينة حمو، المرجع نفسه، ص 88.

[3] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 108،109.

3- التعويض عن الفسخ

إذا تم قبول الدعوى المرفوعة من قبل الدائن طالب الفسخ فيمكن لهذا الأخير أن يطلب من القاضي المختص بالفصل في موضوع النزاع في نفس الدعوى أو بموجب دعوى مستقلة الحصول على تعويض بمناسبة حكم القاضي بفسخ العقد، والمسؤول عن دفع هذا التعويض هو المدين الذي أخل بالتزامه، وأساس هذا التعويض المسؤولية التقصيرية وليس المسؤولية العقدية، بالنظر للضرر الذي أصاب الدائن نتيجة خطأ المدين والمتمثل في الاخلال بالتزامه العقدي، ويكون هذا النوع من التعويض في الفسخ القضائي دون الفسخ الاتفاقي، وهذا الأمر كرسه المشرع من خلال المادتين 119 و120 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم[1].

4- تحمل تبعة الهلاك في حالة الإنفساخ

حينما يكون الفسخ راجع لسبب أجنبي لايد للمدين فيه، فإن من يتحمل تبعة الهلاك بالنسبة للعقود الملزمة لجانبين هو المدين ، كون أن التزام هذا الأخير ينقضي بمجرد استحالة تنفيذه وتنقضي معه جميع الالتزامات المقابلة له ، ومثال ذلك إذا هلكت العين المؤجرة تحت يد المؤجر قبل تمكين المستأجر من الانتفاع بها، فإن المؤجر هو من يتحمل تبعة هلاك العين المؤجرة ، ولايمكن للمؤجر مطالبة المستأجر ببدل الإيجار[2]، بل يرد المؤجر إلى المستأجر بدل الإيجار إذا قبضه منه ولايمكن للدائن المطالبة بالتعويض كون الاستحالة راجعة لسبب أجنبي ، أما بالنسبة للعقود الملزمة لجانب واحد فإن الدائن هو من يتحمل تبعة الهلاك لاستحالة التنفيذ بسبب أجنبي[3]، وهذا ماكرسه المشرع الجزائري في نصوص المواد 122 و307 و369 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم، **ويرى الباحث أن آثار الفسخ بالنسبة للمتعاقدين تتجلى في أمران أساسيان، الأول يتعلق بالمدين، حيث يعد الفسخ بالنسبة للمدين بمثابة جزاء لعدم تنفيذه لالتزامه سواء كان ذلك كليا أو تنفيذا جزئيا أو كان هذا التنفيذ معيبا، ويعتبر هذا الإجراء القانوني الذي أقره المشرع جزاء للمدين نتيجة إخلاله بالقوة الملزمة للعقد وأساسها القانوني هو نص المادة 106 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم والي تنص على ما يلي " العقد شريعة المتعاقدين فلايجوز نقضه ولاتعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون "، كما يرى الباحث بالنسبة للدائن العادي طالب الفسخ في العلاقة العقدية أن الفسخ يعد ضمانة خاصة لهذا الأخير، بحيث يؤدي الفسخ إلى وضع الدائن طالب الفسخ في مركز متميز عن غيره من الدائنيين**

[1] عبد الرحمان الشرقاوي، المرجع السابق، ص 319.

[2] زريق برهان، نظرية البطلان في العقد الإداري، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، دمشق، سوريا،2002، ص 209

[3] يوسف لوني، الحماية الإجرائية للدائن المتعاقد في التنفيذ العيني، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2019، ص 444.

العاديين لنفس المدين، وهذا الأمر يجسد الاستثناء الوارد على مبدأ المساواة وقسمة الغرماء في حالة عدم كفاية أموال المدين للوفاء بجميع ديونه، ويعتبر الفسخ حسب رأي الباحث دائما من الآليات العلاجية الفعالة التي تجعل المدين يدرس جميع الاحتياطات اللازمة من أجل تفادي الفسخ ويقوم بتنفيذ التزامه قبل اللجوء إلى إجراء الفسخ من قبل الدائن، إلا أن هذه الآلية غيرمتاحة لجميع الدائنين وتبقى محصورة ومحدودة، كونها مقررة وناشئة بموجب علاقة عقدية دون غيرها.

ثانيا: آثار الفسخ بالنسبة للغير

إن زوال العقد بالفسخ يترتب عليه محو أثار العقد بالنسبة للغير كأصل عام كما هو الحال بالنسة للمتعاقدين، غير أن هذه القاعدة ترد عليها استثناءات، وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى هذه الآثار وفقا لما يلي:

1-زوال حقوق الغير بأثر رجعي كأصل عام

إن قاعدة الأثر الرجعي للفسخ لاتسري على المتعاقدان فحسب ،بل تمتد أيضا إلى الغير الذي يؤول إليه هذا الأثر جراء فسخ العقد، بحيث تزول حقوق والتزامات هذا الغير بأثر رجعي كما هو الشأن بالنسبة للمتعاقدين، بمعنى أن هذا الغير الدي اكتسب حقا من أحد المتعاقدين وكان هذا الحق له صلة بمحل العقد المفسوخ، فإن هذا الحق يزول تبعا لزوال حقوق والتزامات المتعاقد الذي تعامل معه بمجرد فسخ العقد، مثل قيام المدين بالتصرف في الشيء المبيع لشخص آخر ففي حالة الفسخ فإن الشيء المبيع يعود إلى البائع غير مثقل بالحقوق ، ففي هده الحالة يمكن للدائن رفع دعوى الاسترداد أو الاستحقاق على الغير لمطالبته بالشيء المبيع[1].

2-الاستثناءات الواردة على قاعدة الأثر الرجعي

إن قاعدة الأثر الرجعي بالنسبة للغير ليست على إطلاقها بل ترد عليها استثناءات، ودلك تطبيقا لمبدأ حسن النية واستقرار المعاملات، بحيث لا يمتد أثرها إلى الغير ومن بين هذه الاستثناءات المنصوص عليه في التشريع الجزائري حيازة المنقول بحسن نية، وكذلك في حالة اكتساب الغير للحق بالتقادم المكسب، إضافة إلى الغير الذي ترتب له رهن رسمي على الحق، وسنتناول هده الاستثناءات بالشرح تباعا على النحو الآتي:

أ-حيازة المنقول بحسن نية

في حالة الحكم بفسخ العقد بين المتعاقدين، فإن هذا الفسخ لايسري في حق الغير الذي تلقى منقولا معينا من أحد المتعاقدين بموجب سند صحيح وبحسن نية، كون هذا التصرف مستقل عن العلاقة العقدية بين المتعاقدين، وهذا التصرف الذي لايمسه الفسخ يعتبر استثناء على قاعدة سريان الأثر الرجعي للفسخ بالنسبة للغير حتى يمكن

[1] يوسف لوني، المرجع السابق، ص 445.

تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، لأن هذه القاعدة تجسد حماية الغير حسن النية، حيث أقر المشرع حماية الغير حسن النية في هذا الجانب من خلال تكريس هذا الاتجاه في نصوص بعض الشريعات الحديثة[1]، بما فيها المشرع المدني الجزائري[2].

ب-الغير الذي ترتب لصاله رهن رسمي

أقرت التشريعات الحديثة حماية خاصة للدائن المرتهن رهنا رسميا دون الرهن الحيازي من أجل ألا يتأثر بفسخ العقد الذي بين المدين المتعاقد مع الدائن المرتهن والمتصرف إليه، وهذا يعد استثناءا على القاعدة العامة والتي تقضي بسريان الفسخ بأثر رجعي بالنسبة للغير[3]، معنى ذلك أن الرهن يبقى قائما على القار المرهون حتى ولو زال العقد لأي سبب من الأسباب ومنها الفسخ، بشرط أن يكون الدائن المرتهن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه عقد الرهن ويجن أن يكون ذلك قبل رفع دعوى الفسخ[4]، وهذا الأمر جسده المشرع في القانون المدني[5].

ج-اكتساب الغير للحق بالتقادم المكسب

استثناء على قاعدة الأثر الرجعي للفسخ بالنسة للغير، فإنه في حالة كسب الغير حقا من بموجب التقادم المكسب، فإن هذا الحق لايمسه الفسخ الذي قد يحصل بين متصرف ومتصرف إليه، وكمثال على ذلك لو فرضنا أن هذا الغير أصبح مالكا للشيئ المبيع وأن هذا الأخير قد حدث بشأنه عقد بيع بين البائع والمشتري، فإن الفسخ يحدث بين البائع والمشتري دون الغير، ودون ضياع حق الدائن وعدم المساس به من خلال الحكم له بالتعويض[6].

المطلب الثاني: الدفع بعدم التنفيذ كآلية خاصة لضمان حق الدائن العادي في تنفيذ العقد

يجوز لأي طرف من أطراف العلاقة العقدية أن يمتنع عن الوفاء من أجل الضغط على الطرف الآخر وإجباره على التنفيد وذلك استنادا إلى الدفع بعدم التنفيذ، بحيث يعد هذا الأخير آلية في يد أحد المتعاقدين لكي يتمسك بها من أجل تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه العقدي وعلى هذا الأساس سنتطرق في الفرع الأول إلى مفهوم الدفع بعدم التنفيذ وفي الفرع الثاني سنخص بالدراسة والشرح الأثار المترتبة على الدفع بعدم التنفيذ وفقا لما يلي:

---

[1] عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص 291 وما بعدها، وراجع أيضا، عبد الحفيظ بقة، محاضرات في شرح القانون المدني الجزائري " النظرية العامة للالتزام "، الجزء الأول، سنة ثانية حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة. ص 106.

[2] تنص المادة 835 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر على ما يلي " من حاز بسن صحيح منقولا أو حقا عينيا على المنقول أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته ".

[3] يوسف لوني، المرجع السابق، ص446.

[4] عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص ص 295، 296.

[5] أنظر المادة 885 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[6] عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص 297.وأنظر المواد 122 و827 و828 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر

الفرع الأول: مفهوم الدفع بعدم التنفيذ

سنتناول في هذا الفرع تعريف الدفع بعدم التنفيذ كجزاء عن الإخلال بالقوة الملزمة للعقد، وذلك من أجل توقي فسخ العقد لأن الهدف هو المحافظة على استمرار العلاقة العقدية بدل هدمها ، إضافة إلى التطرق إلى الشروط التي يجب أن تتوافر في الدفع بعدم التنفيذ، وكذلك أيضا تمييزه عن بعض المصطلحات المشابهة له.

أولا: تعريف الدفع بعدم التنفيذ

لقد تعددت التعريفات الفقهية لمصطلح الدفع بعدم التنفيذ، حيث يعرفه بعض الفقه القانوني على أنه " رخصة أقرها القانونللطرف المتعاقد في العقد الملزم للجانبين، بحيث يمكنه من الامتناع عن تنفيذ التزاماته إلى غاية تنفيذ المتعاقد الآخر ما عليه من التزام "[1]، كما يعرفه البعض الآخرمن الفقه أيضا على أنه " نظام قانوني يعطي لكل متعاقد حق الامتناع عن تنفيذ التزاماته العقدية المستحقة الأداء في العقود الملزمة للجانبين، إلى أن يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته المقابلة لالتزامه، فالدفع بعدم التنفيذ يعتبر بمثابة ضمان لحقوق الدائن ووسيلة ضغط على المدين وحثه على تنفيذ التزامه[2]، ويعرف أيضا على أن الدفع بعدم التنفيذ " هو آلية قانونية تخول لكل طرف في العقد الملزم لجانبين الحق في الامتناع عن تنفيذ التزامه ما لم يقم بتنفيذ التزامه "، ومن أمثلة ذلك امتناع المؤجر من تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة إلى غاية قيام هذا الأخير بدفع كامل أقساط بدل الإيجار[3].

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

لم يعرف المشرع ا الدفع بعدم التنفيذ مسايرا بذلك مختلف التشريعات تاركا ذلك الفقه كونه المختص بتحديد المفاهيم ، غير أن المشرع أجاز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ونظم شرطه في الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم وذلك من خلال المادة 123 بنصها على ما يلي " في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به، وهو وسيلة ضغط من أجل تنفيذ الالتزامات المتقابلة دون حاجة اللجوء إلى القضاء[4].

ثالثا: شروط الدفع بعدم التنفيذ

لكي يتمكن أحد المتعاقدين من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ يجب أن يبرر امتناعه عن عدم تنفيذ التزاماته العقدية، ويتحقق ذلك بتوافر مجموعة من الشروط، منها أن يكون العقد ملزما للجانبين، وأن تكون هذه الالتزامات

[1] محمد الزين، المرجع السابق، ص 157.

[2] Rémy Cabrillag, Droit des obligations, Dalloz, Paris, 2 ème Edition, 1996, p 117.

[3] عبد الرحمان الشرقاوي المرجع السابق، ص308.

[4] خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص 50 وما يليها.

المتقابلة مستحقة الأداء، وأن يخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، وعلى هذا الأساس سنتطرق من خلال هذه الجزئية التي هي موضوع دراستنا إلى التفصيل في هذه الشروط الواجب توافرها تباعا على النحو الآتي:

1-أن يكون العقد ملزما للجانبين

يلزم من أجل تمسك أحد المتعاقدين بالدفع بعدم التنفيذ في العلاقة العقدية، وذلك بهدف استمرار العقد وتنفيذه لافسخه، وجود ارتباط وتقابل للالتزامات العقدية التي تكون تبادلية بين المتعاقدين وعلى عاتقهما ، معنى ذلك أن كلا المتعاقدين دائن ومدين في آن واحد مثل عقد البيع الذي يكون فيه البائع دائن بقبض الثمن ومدين بتسليم الشيئ المبيع للمشتري، و المشتري دائن بتسلم الشيئ المبيع ومدين بدفع الثمن،بحيث يجوز للمتعاقد البائع الامتناع عن تسليم الشئ المبيع إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن والعكس صحيح، وهذا ما تكرسه المادة 123 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم، معنى ذلك أنه لايجوز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة لجانب واحد مثل عقد الديعة التي يكون فيه الطرف المودع دائنا والطرف المودع لديه مدينا[1].

2-أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء

إضافة إلى اشتراط شرط أن يكون العقد ملزما لجانبين، هناك شروط أخرى من أجل إمكانية تمسك أحد المتعاقدين في العلاقة العقدية بالدفع بعدم التنفيذ، منها شرط استحقاق الأداء بالنسبة للالتزامات المتقابلة، أي أن هذه الأخيرة واجبة الوفاء حالا وفي نفس الوقت وهذا الشرط نصت عليه المادة 123 من الأمر 75-58 المتضمن القانون القانون المدني المعدل والمتمم ، فبمفهوم المخالفة فإنه إذا كانت هذه الالتزامات المتقابلة غير مستحقة الأداءلسبب من الأسباب كأن تكون معلقة على شرط* أو أجل، إلا إذا أسقط الأجل بسبب شهر إعسار الدين في المواد المدنية أوشهر إفلاس المدين التاجر في المواد التجارية، حتى ولو كان ذلك يستنتج من طبيعة المعاملة العرف أن التزام المتعاقد واجب الأداء قبل التنفيذ ففي هذه الحالة لايجوز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ.

3-أن يخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه

من أجل تمسك أحد المتعاقدين بالدفع بعدم التنفيذ، يجب أن يكون المتعاقد الآخر قد أخل بتنفيذ التزامه سواء امتنع هذا المتعاقد المخل عن تنفيذ هذا الالتزام كليا أو جزئيا،و يشترط لذلك أن يكون هذا الامتناع هو السبب الذي أدى بالمتعاقد إلى عدم تنفيذ التزامه والتمسك بهذا الدفع[2] ، وهذا ما كرسه المشرع في نص المادة 123 من

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 110. وراجع أيضا عبد الحفيظ بقة، مرجع سابق، ص 129.

* يقصد بالشرط كوصف للالتزام هو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع والذي يترتب على تحققه وجود الالتزام أو زواله، أي أنه أمر خارجي تضيفه الإرادة إلى التزام استوفى أركان وعناصر تكوينه، أما الأجل فهو أمر مستقبلي مؤكد الوقوع يعلق عليه استحقاق الالتزام أو انقضاؤه ولا يكون له أثر رجعي.

[2] العالية سمن، زينب كريم، مقال بعنوان سلطة القاضي في تقدير مشروعية الدفع بعدم تنفيذ العقد، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 14، العدد 29، جامعة محمد خيضر بسكرة، مارس 2022، ص 676، وراجع أيضا يوسف لوني، مرجع سابق، ص 393.

الأمر المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم، بشرط أن تكون التزامات المتعاقدين متقابلة ومستحقة وكذلك غير مؤجلة، لأنه لا يمكن للمتعاقد أن يدفع بالدفع بعدم التنفيذ إلا بعد انقضاء الأجل، لأن الغرض من الدفع بعدم التنفيذ هو تأجيل ووقف تنفيذ التزام أحد المتعاقدين إلى غاية تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه كجزاء له[1].

4-وجوب مراعاة حسن النية عند التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

إن أساس الدفع بعدم التنفيذ الذي يمارس من قبل أطراف العقد هو مبدأ حسن النية ، حيث لا يجوز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ تحت غطاء سوء النية ، بحيث يجب ألا يكون هذا الدفع من قبل الدائن المتعاقد إلا في ظل مبدأ حسن النية وإلا أعتبر هذا الأخير متعسفا في استعمال هذا الحق ، ويقصد بهذا المبدأ هو ذلك السلوك الأخلاقي الذي يتحلى به شخص اتجاه شخص آخر، من خلال الالتزام بالوفاء بالالتزامات التي على هي على عاتقه على أكمل وجه، إلا أن تطبيق هذا المبدأ صعب التكريس فلذلك يبقى مجرد فكرة قانونية قد تتحقق أولاتتحقق[2].

رابعا: تمييز الدفع بعدم التنفيذ عن المصطلحات المشابهة له

سنتطرق في هذه الجزئية تباعا إلى تمييز الدفع بعدم التنفيذ عن الفسخ و وقف التنفيذ المقاصة والحق في الحبس.

1-تمييز الدفع بعدم التنفيذ عن الفسخ

يتشابه كل من الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس في كونهما وسيلة ضمان خاص للدائن العادي ويعدان أيضا وسيلة إجبار من أجل الضغط على المتعاقد الآخر لكي يقوم بتنفيذ التزامه، كما يشتركان كونهما ذا طبيعة مؤقتة[3]،وأ ن الدفع بعدم التنفيذ والفسخ يعدكل منهما بصفته آلية من الآليات التي قد تؤدي إلى انحلال الرابطة العقدية، بحيث يعتبر كل منهما جزاء عن إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته العقدية اتجاه المتعاقد الآخر في العقد الملزم لجانبين الذي تتقابل فيه الالتزامات بالنسبة لأطرافه، ويعتبر هذا الجزاء عقاب للمدين نتيجة الإخلال بالقوة الملزمة لهذا العقد من جهة، وحماية لحقوق الدائن المتعاقد من جهة ثانية، لكنهما يختلفان من حيث المضمون، فبالنسبة للدفع بعدم التنفيذ يعد وسيلة وقائية يتمسك بها أحد المتعاقدين من أجل حماية حقوقه الناشئة عن العقد، على خلاف الفسخ الذي يعد آلية علاجية كجزاء نتيجة عدم تنفيذ أحد المتعاقدين بالتزاماته العقدية[4]، كمأن الدفع بعدم التنفيذ هو إجراء تأجيلي فقط على خلاف الفسخ الذي يؤدي إلى زوال العقد بأثر رجعي كأصل عام، وكذلك يختلفان من حيث السلطة التقديرية للقاضي فبالنسبة للفسخ أجاز القانون للقاضي بمناسبة مطالبة الدائن بالفسخ

[1] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام " العقد-والإرادة المنفردة "، الطبعة الأولى، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009، ص364.

[2] يوسف لوني، المرجع السابق، ص 393.

[3] عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص 125.

[4] عبد الكريم بلعيور، المرجع نفسه، ص ص 125، 126.

إمكانية فسح العقد أو رفضه مع التعويض أو منح الدين أجلا للوفاء بالتزامه[1] وهذه السلطة قبلية وهذا مانصت عليه المادة 119 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم، أما بالنسبة للدفع بعدم التنفيذ فإن المتعاقد هو الذي يقرر الدفع بعدم التنفيذ ويقتصر دور القاضي على التحقق من هذه الشروط فقط، وبالتالي فإن سلطته بعدية في حالة معارضة المتعاقد الآخر لاستعمال للدفع بعدم التنفيذ[2].

2-تمييز الدفع بعدم عن وقف تنفيذ العقد

إن الدفع بعدم التنفيذ ووقف تنفيذ العقد كلاهما يشتركان في بعض الأحكام التي تهدف إلى حماية العقد والمحافظة على استمرار العلاقة العقدية بين أطرافه إلى غاية زوال وانقضاء السبب الذي إدى إلى وقف تنفيذ العقد ويشركان كون مضمونهما واحد وهو وقف تنفيذ العقد بصفة مؤقتة ثم يعود إلى السريان، ويسمحان للدائن بوقف تنفيذ التزامه مؤقتا خلال فترة الامتناع أو التوقف بشرط توافر شرط حسن النية وتحقيق العدالة العقدية[3]، لكنهما يختلفان من حيث الهدف والغاية، فالدفع بعدم التنفيذ يعتبر أداة ضغط يهدف إلى إلى إجبار المدين المتعاقد على تنفيذ التزامه ،أما وقف العقد هو آلية ضمان الهدف منها المحافظة على الرابطة العقدية [4]لكي يتم تجنب فسخها كما هو الحال في الظروف الطارئة فقد يتم وقف تنفيذ العقد إلى حين زوال الظرف الطارئ وهذا ما أقره المشرع[5].

3-تمييز الدفع بعدم التنفيذ عن المقاصة

يعد كل من الدفع بعدم التنفيذ والمقاصة وسيلة ضمان تضمن للدائن استيفاء حقه، ويستأثر بهذا الضمان لوحده دون غيره من الدائنين العاديين من أجل تمكينه من تفادي إعسار المدين،و يتشابه كل من الدفع بعدم التنفيذ والمقاصة في شروط مشتركة بينهما، بحيث يتطلب لذلك تحقق شرط حلول الأجل، وشرط خلو الدين من النزاع ، وعليه لايمكن التمسك بهما قبل حلول هذا الأجل[6]، إلا أنهما يختلفان فيبعض الأوجه منها مجال الاستعمال، حيث أن مجال المقاصة أوسع من الدفع بعدمالتنفيذ كون مجال المقاصة الالتزام ومجال الدفع بعدم التنفيذ العقد ، كمأن محل

---

[1] تنص المادة 210 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتم، السالف الذكر على ما يلي" إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعادا مناسبا لحلول الأجل، مراعيا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه.

[2] حسينة حمو، المرجع السابق، ص ص 13،14.

[3] زينب سالم، الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية " دراسة مقارنة "، أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2019، ص ص 46 ،47.

[4] زينب سالم، المرجع السابق، ص ص 47، 48.

[5] أنظر المادة 03/107 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[6] حورية لشهب، زينب سالم، مقال بعنوان الطبيعة القانونية للدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني الفرنسي " دراسة مقارنة "، مجلة العلوم القانونية، المجلد 33، العدد 02، كلية القانون، جامعة بغداد العراق، 2018، ص 20.

الالتزام بالنسبة للمقاصة يجب أن يكون محل الالتزام نقودا أو مثليات من نفس النوع والجودة، على خلاف الدفع بعدم التنفيذ الذي لايشترط فيه محل معين بالذات فقد يكون نقود أو شيئ آخر، لأن الدفع بعدم التنفيذ الهدف منه هو الضغط على الطرف الآخر من أجل تنفيذ التزامه[1].

الفرع الثاني: أحكام الدفع بعدم التنفيذ

يعد الدفع بعدم التنفيذ ضمانة وحماية قانونية لأطرافه من الفسخ،كون أثر الدفع بعدم التفيذ ينحصر أساسافي وقف التنفيذ بالنسبة لأطرافه، من خلال تأجيله مؤقتا إلى فترة زمنية لاحقة، وعلى هذا الأساس فإن الدفع بعدم التنفيذ ضمان لفائدة الطرف المتمسك به من جهة من أجل المحافظة على حقه والمتمثل في تنفيذ العقد بدل من هدمه، وجزاء للمتعاقد الآخر الذي رفض تنفيذ التزاماته التعاقدية التقابلية، فإنه يترتب على ذلك مجموعة من الآثار بالنسبة للمتعاقدين وكذلك أيضا بالنسبة للغير، وعلى هذا الأساس سنتطرق ألى آثار الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة للمتعاقدين في الجزئية الأولى، وكذلك بالنسبة للغير في الجزئية الثانية، وفقا لما يلي:

أولا: بالنسبة للمتعاقدين

يترتب على الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة للمتعاقدين في حالة نجاحه وقف تنفيذ الالتزامات العقدية ويستمر هذا الوقف إلى غاية تنفيذ الطرف الآخر المتعاقد معه لالتزامه وكذلك الامتناع عن تسليم الشيئ محل العقد[2]، بحيث لاتزول الالتزامات العقدية التقابليةكما هو الحال في الفسخ، لأن هذا الأخير لا يؤدي إلى جبر المتعاقد الآخر على تنفيذ التزامه ولا يؤدي إلى انقضاء الالتزام ولا يؤدي كذلك أيضا إلى انحلال العقد[3]، وإجراء الدفع بعدم التنفيذ يهدف إلى تحقيق العدالة العقدية من خلال حمل المتعاقد الآخر على الوفاء بالتزامه، كما يعد أداة ضمان للدائن ويحميه من خطر إعسار المدين، وذلك من خلال تمكين الدائن المتعاقد المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ من الضغط على المدين وهو المتعاقد الآخر حتى يجبره ويحمله على تنفيذ التزامه، قبل طلب الفسخ، مثل امتناع البائع عن تنفيذ تسليم الشيء المبيع حتى يستوفي الثمن من المشتري ، كمأن الدفع بعدم التنفيذ لايرتب عنه فوائد تأخيرية أو اتخاذ إجراءات تنفيذية حتى ولو كان حق المتعاقد المتمسك بهذا الدفع مستحق الأداء[4].

يرى الباحث أن الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة للمتعاقدين هو وسيلة مؤقتة وصورة مصغرة للحق في الحبس بالنسبة للمجال التعاقدي، حيث أقر المشرع هذه الآلية بهدف حماية الدائن المتعاقد المتمسك

[1] حورية لشهب، زينب سالم، مقال بعنوان الطبيعة القانونية للدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني الفرنسي " دراسة مقارنة "، المرجع نفسه، ص 21.

[2] توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام " مصادر الالتزام "، الطبعة الثالثة، الدار الجامعية، الأردن، 1997، 341.

[3] حمزة قتال، مصادر الالتزام " العقد"، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2018، ص 241.

[4] خليفة بوداود، أثر التحولات الاقتصادية على النظرية العامة للعقد " قانون حماية المستهلك نموذجا "، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون مدني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، 2023، ص 51.

بهذا الدفع بسبب امتناع المدين عن تنفيذ التزامه التعاقدي، وذلك من خلال سعي الدائن إلى الضغط على المدين المتعاقد معه من أجل إجباره على القيام بالوفاء بالتزاماته العقدية اتجاه الدائن المتمسك بهذا الدفع، وهذه الحماية التي يحظى بها الدائن المتمسك بهذا الدفع هي حماية خاصة له دون غيره من الدائنين العاديين، غير أن هذا الإجراء إذا طال أمده ولم ينجح في الوصول إلى الغرض الذي أنشأ لأجله فإنه يحتم على الدائن المتعاقد اتخاذ إجراءات أخرى كالمطالبة بالفسخ أو التنفيذ بمقابل أو المطالبة بقيام المسؤولية العقدية لهذا الأخير، لذلك يرى الباحث أيضا أن الدفع بعدم التنفيذ هو أداة ضمان خاص للدائن العادي في العلاقة العقدية وآلية وقائية تدفع بالمتعاقدين إلى تنفيذ العقد حفاظا على استقرار المعاملات والمراكز القانونية ، لكن هذا الدفع هو ضمان بصفة مؤقتة هدفه تنفيذ العقد وهذا هو الأساس لأنه لا فائدة من إبرام عقود دون تنفيذها هذا من نصت عليه المادة 01/107 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم والتي تنص على مايلي " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية "، رغم أن المشرع لم يحدد المدة التي يسمح بها للمتعاقد للتمسك بهذا الدفع.

ثانيا: بالنسبة للغير

إن قاعدة سريان أثر الدفع بعدم التنفيذ لا تقتصر على المتعاقدين كأصل عام، بل تمتد استثناء إلى الغير أيضا، لكن هذا الامتداد ليس دائما، وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى المقصود بالغير وكذلك تبيان الحالة التي يسري فيها أثر الدفع بعدم التنفيذ في حق الغير من عدمه ،و هذا ذلك كله مرتبط بنتيجة الدفع بعدم التنفيذ.

1-المقصود بالغير

عرف الفقه الغير على أنه هو ذلك الشخص الذي يكتسب حقا في تاريخ لاحق لتاريخ التمسك بعدم التنفيذ من طرف الدائن المتعاقد، والغير هم الأشخاص الذين ليسوا أطرافا في العقد[1] ولايملكون صفة الخلف العام[2]، معنى ذلك أن الغير قد يكون خلفا خاصا أو دائنين عاديين لأحد المتعاقدين، أو شخصا حائزا لحقوق وأموال المدين مثل حائز العقار أو المال محل الرهن، أما التشريعات لم تعرف مصطلح الغير ومنها المشرع الجزائري[3].

[1] يوسف لوني، المرجع السابق، ص 396.

[2] تنص المادة 108 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر على ما يلي " ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث ".

[3] ربيعة حليمي، الغير في العقد " دراسة في القانون المدني وبعض القوانين الخاصة "، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر 01، 2017، ص 13.

2-الحالة التي يسري فيها أثر الدغع بعدم التنفيذ في حق الغير

إذا اكتسب الغير حقه بعد تمسك الدائن بالدفع بعدم التنفيذ، فإن هذا الدفع يسري في حق الغير، كون حقه ثبت بعد الدفع وليس قبله ومثال ذلك تمسك البائع بعدم تسليم الشيئ المبيع نتيجة امتناع المدين عن دفع الثمن، وبعدها قام المشتري بالتصرف في المبيع إلى الخلف الخاص، فيعد الغير هو الشخص المتصرف إليه، أي المشتري الثاني، فحينها يجوز للدائن أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ اتجاه المشتري الثاني على اعتباره من الغير[1].

3-الحالة التي لا يسري فيها أثر الدغع بعدم التنفيذ في حق الغير

على خلاف الحالة الأولى السابقة الذكر، فإنه إذا اكتسب الغير حقه قبل أن يتمسك الدائن المتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ، فإن أثر هذا الدفع لايسري بحق هذا الغير الذي انتقل إليه المال أو الشيئ، ويعتبر بالنسبة له كأن لم يكن، وذلك تطبيقا للقاعدة القانونية التي تقضي بضرورة احترام الحقوق التي اكتسبها الغير بحسن نية[2].

المطلب الثالث: الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

إذا كان الأصل في عقد البيع هو تمام نقل الملكية بدفع كامل الثمن وقت إبرام العقد خصوصا في المنقولات ويتم ذلك من خلال التسليم، إلا أنه في حالة ما إذا تم تأجيل الوفاء بكامل الثمن أو بجزء منه، ففي هذه الحالة قد يحتفظ البائع بالشيئ المبيع حتى يستوفي الثمن المتفق عليه في العقد ، وهذا ما يعرف بشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان، وعليه سنتطرق تباعا إلى مفهوم الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان.

الفرع الأول : مفهوم الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

سنتناول في هذا الفرع المقصود بشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان وشروط صحته ومجال إعماله.

أولا: تعريف الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

إن شرط الاحتفاظ بالملكية يقترن في الغالب بعقود البيوع ذات الطابع الائتماني والتي تتم بين طرفين هما البائع والمشتري، بحيث عرف بعض الفقه شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان على أنه ذلك الأمر الذي ألفه البائعون بصفة معتادة من خلال وضع شرط التقسيط كبند في عقد البيع والذي يخول بموجبه وبمقتضاه للبائع الإمكانية في الاحتفاظ بملكية الشيء المبيع إلى غاية الوفاء بكامل الثمن[3]، كما يعرفه البعض الآخر على أنه هو ذلك الشرط الذي يشترط فيه البائع احتفاظه بملكية الشيء المبيع بالرغم من تسليمه للمشتري حتى سداد آخر قسط

[1] حمزة قتال، المرجع السابق، ص 242.

[2] عبد الرحمان الشرقاوي، مرجع سابق، ص 312.

[3] صالح بن نوى، مقال بعنوان الملكية كضمان في عقد الاعتماد الايجاري للمنقول، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 28، جامعة يوسف بن خده –الجزائر 1–، نوفمبر 2021، ص 654.

من الثمن المتفق عليه في عقد البيع [1]، وهذا ما جسده المشرع الجزائري في الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم [2].

ثانيا:شروط صحة شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

من أجل إعمال شرط صحة الاحتفاظ بالملكية في عقد البيع على سبيل الضمان لمصلحة الدائن البائع اتجاه المشتري المدين، يجب توافر مجموعة من الشروط، منها اتفاق طرفي العقد إعمالا لقعدة العقد شريعة المتعاقدين المصوص عليها في الماة 106، وكذلك وقت الاتفاق على هذا الشرط، إضافة إلى العلم بهذا الشرط.

1-اتفاق طرفي العقد على الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

لكي يكون شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان صحيحا بالنسبة للدائن البائع، يجب أن يكون هذا الأخير محل اتفاق بين البائع والمشتري حتى يرتب آثاره القانونية[3]، فبمهوم المخالفة فإذا كان الشرط صادرا بصفة منفردة من الدائن البائع وبشكل انفرادي، فلا يكون صحيح ولا أثر له اتجاه المشتري ويعتبر كأن لم يكن.

2-وقت الاتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

الأصل أن شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان يستوجب أن يكون متفق عليه من قبل الأطراف وقت إبرام العقد[4]، أي أن انتقال الملكية يتم بمجرد تمام وإبرام العقد حتى ولو يتم التسليم، و هذا المبدأ كرسته بعض التشريعات بالنسبة للمنقول المعين بالذات[5]،حيث سار على هذا المنوال المشرع المدني الجزائري من خلال المادة 165من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم والتي تقضي بما يلي " الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالاشهر العقاري "، أما بالنسبة لبعض التشريعات والتي تعلق انتقال الملكية على شرط التسليم، أي يتم التسليم وقت إبرام العقد أو في وقت لاحق، وهذا المعيار يأخذ به معظم الفقه ويعتبرون

[1] فاتن سيمشي، مقال بعنوان مدى فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان في عقد الاعتماد الايجاري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2021، ص860.

[2] تنص المادة 01/363 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر على ما يلي "إذا كان ثمن البيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع ".

[3] تنص المادة 01/363 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر على ما يلي "إذا كان ثمن البيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع ".

[4] فيروز بن شنوف، مقال بعنوان شرط الاحتفاظ بالملكية كوسيلة لتوظيف الملكية على سبيل الضمان " دراسة مقارنة "، مجلة المعيار في الآداب والعلوم الإنسانية والاجتماعية والثقافية، المجلد، 05، العدد 10، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي تيسمسيلت، 2014، ص 300.

[5] حمزة شرابن، الملكية كوسيلة لدعم الائتمان، مذكرة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يوسف بن خدة – الجزائر 1-، 2008، ص 68.

أن أساس انتقال الملكية هو معيار التسليم ويتم الاتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية وقت إبرام العقد أو في وقت لاحق[1]، لكن في الحالتين لايسقط الالتزام بتسليم الشيئ والمحافظة عليه إلى غاية تسليمه[2].

3-العلم بشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

على خلاف بعض الأنظمة القانونية الأخرى التي تقر بصحة شرط الملكية على سبيل الضمان وبقوته الملزمة حتى ولوكان هذا الشرط وارد ضمن الشروط العامة لعقد البيع بشرط أن يعلم المشتري بذلك وقت إبرام العقد أو كان واجبا عليه أن يعلم، إلا أن المشرع الجزائري رغم إقراره لهذا الشرط لم يشترط علم المشتري بذلك سواء من خلال الغموض الظاهر في المادة 363 أو بسبب عدم وجود أحكام قضائية تشير إلى هذا المجال[3].

ثالثا:مجال إعمال شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

يرد شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان على المنقولات سواء كانت هذه المنقولات مادية أومعنوي ويرد أيضا شرط الاحتفاظ بالملكة على سبيل الضمان على العقارات وسنتطرق إلى ذلك وفق لمايلي :

1-شرط الاحتفاظ بالملكية في بيع المنقولات

يرد شرط الاحتفاظ بالملكية على كل المنقولات سواء كانت مادية أو معنوية، فيمكن أن تكون كل المنقولات محلا للبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان من أجل استيفاء البائع للثمن المؤجل أو المقسط، وغالبا ما يكون هذا المحل منقولا معينا بالذات ، كون ملكية هذا الأخير تنتقل بمجرد تمام العقد ولاتحتاج إلى إجراءات أخرى، أما بالنسبة للمنقولات المادية المعينة بالنوع لاتنتقل ملكيتها لى المشتري إلا بعد الفرز، وعلى هذا الأساس ففي هذا النوع من البيوع فإن شرط الاحتفاظ بالملكية فهو نادر الاستعمال كضمان، لأن البائع يمكنه تحقيق نفس الغرض بمجرد الامتناع عن الفرز، وبالتالي لاتنتقل الملكية للمشتري بسبب آخر وليس شرط الاحتفاظ بها على سبيل الضمان[4]، وهذا كله جسده المشرع في نص المادتين على التوالي 165 و 166 من الأمر 75-58 المضمن القانون المدني، والمعدل والمتمم، كما يمكن أن يرد شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان في البيوع الوارد محلها على منقولات معنوية، كحق المؤلف وبراءة الإختراع، والعناص المعنوية للمحل التجاري، لكنها تتميز بخصوصية في انتقال الملكية والتي قد تتأخر في انتقالها إلى المشتري، الأمر الذي يجعل المشتري يستغني عنها[5].

[1] حمزة شرابن، المرجع نفسه، ص 68، وأنظر المادة 166 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[2] أنظر وراجع المادة 167 من الأمر 75-58 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[3] فيروز بن شنوف، المرجع السابق، ص 301.

[4] دليلة شرابي، الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان، أطروحة دكتوراه قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2019، ص ص 88، 89.

[5] دليلة شرابي، المرجع نفسه، ص 91.

2-شرط الاحتفاظ بالملكية في بيع العقارات

على خلاف انتقال الملكية بالنسبة للمنقولات سواء كانت هذه المنقولات معينة بالذات أو معينة بالنوع، فإن انتقال الملكية بالنسبة للعقارات يستوجب توافر إجراءات شكلية تتمثل في شرطين أساسيين هما الشكلية الرسمية المتطلبة للانعقاد والشهر العقاري، وهذا ما كرسه المشرع المدني الجزائري في المادتين 324 مكرر01 و793 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم ، وعليه فإن المتعاقد البائع الذي لم يستوفي الثمن كله أو بعضه يمكنه تأخير إجراءات الشهر العقاري، ومعنى ذلك أنه يمكن لبائع العقار الاستغناء عن شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان كون تأخيرنقل الملكية بسبب إجراءات الشهر العقاري يكون بديل لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان على أسا أنه موجود[1]، **فيرى الباحث أنه من خلال دراسة الجزئية المتعلقة بمجال إعمال شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان يتضح أن المجال الخصب لإعمال هذا الشرط هو المنقولات بنوعيها المعينة بالذات والمعينة بالنوع بعد فرزها، أما بالنسبة للعقارات فمجال هذا الشرط محدود وضيق أو معدوم، كون البائع أن يمكنه الاستغناء عن هذا الشرط لوجود بدائل أخرى.**

رابعا: الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

اختلف الفقه والقضاء في تحديد الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان، فهناك من يرى أن شرط الاحتفاظ بالملكية هو شرط واقف يتوقف على تحققه وجود حق البيع في حد ذاته وهذا ما اتجه إليه القضاء الفرنسي فإذا كان شرط الوفاء بالثمن من قبل المشتري هو شرط واقف يتوقف عليه فإذا كان شرط الوفاء بالثمن من قبل المشتري هو شرط واقف يتوقف عليه قيام البيع وفقا لهذا الاتجاه، فيظل البائع مالكا للمبيع ولا تنتقل ملكيته إلى المشتري قبل دفع الثمن للبائع، زخلال هذه الفترة لايجوز للبائع التصرف في وعليه فإن الاحتفاظ بملكية المبيع هو بيع معلق على شرط واقف وهو انتقال الملكية مقابل الوفاء بكامل الثمن[2].

أما البعض الآخر أن المبيع الذي يحتفظ به البائع على سبيل الضمان وهو بيع معلق على شرط فاسخ، معنى ذلك أن ملكية الشيئ المبيع تنتقل إلى المشتري، ثم تعود من جديد إلى البائع وبأثر رجعي إذا تحقق الشرط الفاسخ المتمثل في عدم وفاء المشتري بكامل الثمن[3]،والبعض الآخر يرجع احتفاظ بملكية المبيع بسبب إعطاء البائع للمشتري أجلا لاستحقاق الثمن، أي الاحتفاظ بالملكية يهدف إلى تأجيل انتقالها للمشتري حتى يستوفي البائع الثمن، أما الرأي الغالب فقهيا والذي يماشى ورأي الباحث فيرى أن الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان هو شرط يخول

[1] محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص 29.

[2] حمزة شرابن، المرجع السابق، ص71.

[3] عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني أحكام الالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ص 271.

بمقيضاه الاحتفاظ بالملكية إلى حين قيام المشتري بدفع كامل الثمن والأرجح أن يكون هذا الشرط هو شرط واقف لنقل الملكية[1]، وهذا ما يتماشى ونص المادة 363 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم.

الفرع الثاني: أحكام توظيف شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

سنتطرق في هذه الجزئية إلى مدى فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان، وسنتناول أيضا آثار هذا الشرط بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير، على اعتبار أن هذا النوع من العقود يكتسي طبيعة خاصة.

أولا:مدى فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

في حالة قصور الضمانات الاتفاقية في تأجيل دفع الثمن، بإمكان البائع توظيف شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان من أجل استيفاء الدائن لحقه دون تعرضه للمخاطر أو على الأقل التقليل منها، إذن فالملكية في هذه الحالة تلعب دورا آخر يتجلى في الضمان المقرر للدائن البائع بموجب بند أوشرط في عقد البيع بالتقسيط وكذلك عقد البيع الذي أجل دفع ثمنه، ومثال ذلك عقد الاعتماد الإيجاريوعقدالبيع بالإيجار، فالهدف من الاحتفاظ بالملكية من قبل الدائن البائع بملكية محل الضمان هو إيجاد مركز قانوني متميز لهذا الأخير والذي يميزه عن غيره من الدائنيين العاديين الآخرين إلى حين استيفاء حقه، وذلك يعد استثناء على مبدأ المساواة بين جميع الدائنين، بحيث يتجلى هذا الشرط عموما في بيع المحلات التجارية والعقارات، إلا أنه يستخدم بكثرة في بيع المنقولات بنوعيها [2]، وفي هذا الصدد سنخص بالدراسة فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية في بعض العقود كما يلي:

1-فعالية شرط الاحتفظ بالملكية في عقد الاعتماد الإيجاري

يقصد بعقد الاعتماد الايجاري اللجوء إلى بنك او شركة مؤهلة قانوناً بممارسة الاعتماد الايجاري بحيث تتولى بناءا على طلب المشروع المستفيد تمويله بما يحتاجه من الأصول وتأجيرها له لمدة غير قابلة للإلغاء مقابل وفائه بأقساط الأجرة المتفق عليها على أن يتعهد البنك أو الشركة الممولة في نهاية مدة العقد بمنح المستفيد خيارا ثلاثيا يسمح له بتملك الأصل المؤجر أو إعادة تجديد الإيجار أو رد الأصل إلى الشركة الممولة المالكة له[3].

أما المشرع الجزائري وعلى غرار باقي التشريعات المقارنة فقد نظم عقد الاعتماد الإيجاري من خلال الأمر 09/96[4]، وجسد المشرع الجزائري تعريف الاعتماد الإيجاري من خلال نص المادة 01 من الأمر 09/96 المتعلق

[1] عبد المنعم البدراوي، المرجع نفسه، ص 272 ومايليها.

[2] دليلة شرابي، المرجع السابق، ص ص 138،139، فيروز بن شنوف، المرجع السابق، 301.

[3] هشام بن الشيخ، مقال بعنوان الاحتفاظ بالملكية ودوره التأميني " عقد الاعتماد الإيجاري كنموذج "، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد 16، جانفي 2017، ص 221.

[4]- الأمر 96-09، المؤرخ في 1996/01/10، المتعلق بالاعتماد الإيجاري، ج ر، 03، المؤرخة في 14 جانفي 1996.

بالاعتماد الإيجاري[1]، كما يتحقق شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان في عقد الاعتماد الإيجاري من خلال بقاء البنك أو المؤسسة المالية أو شركة الاعتماد الإيجاري مالكة للعين المؤجرة طوال مدة عقد الاعتماد الإيجاري إلى غاية شراء المستأجر لهذه العين وتملكها، وتكمن فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان في عقد الاعتماد الإيجاري من خلال تجنب البنك أو المؤسسة المالية أو شركة الاعتماد الإيجاري أية مزاحمة من قبل دائني صاحب المشروع أي المستفيد من الاعتماد الإيجاري وتصبح في مركز متميز، فلايمكن لهؤلاء الدائنبن التنفيذ على المحل الذي تعود ملكيته للبنك أو لمؤسسة مالية أو لشركة اعتماد إيجاري، واحتفاظ الطرف المؤجر بالملكية يمكنه من استرداد محل العقد موضوع الإيجار وذلك في حالة عدم قدرة المستأجر على الوفاء بسبب عدم استكمال دفع أقساط الإيجار أو في حالة حل العقد بالتراضي أو كان حل العقد قضائيا أوبسبب بتسوية قضائية أو إفلاس المستأجر ، وهذا ماكرسه المشرع الجزائري في الأمر 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري لاسيما المادة 22 منه[2].

2-فعالية شرط الاحتفظ بالملكية على سبي الضمان في عقد البيع الإيجاري

نظم المشرع الجزائري البيع الإيجاري بموجب المرسوم التنفيذي35-97، المعدل والمتمم بالمرسوم ، حيث يتضح من خلال المادة السابعة من المرسوم التنفيذي 97/35[3] أن المشرع الجزائري عرف البيع الإيجاري بأنه " هو العقد الذي يلتزم بموجبه ديوان الترقية والتسيير العقاري باعتباره المالك المؤجر أن يحول ملكا عقاريا ذا استعمال سكني لأي مشتري إثر فترة تحدد باتفاق مشترك وحسب شروط هذا المرسوم، ويحرر العقد حسب الشكل الرسمي لإجراءات التسجيل والاشهار وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما، وخلال الفترة المتفق عليها يحتفظ ديوان الترقية والتسيير العقاري بصفته مالك العقار، بكل حقوقه والتزاماته، أما المستأجر المشتري فيحتفظ بكل الالزامات المرتبطة بالمستأجرين لاسيما في مجال الأعباء المشتركة "، فعلى هذا الأساس فإن البيع الإيجاري يعد أداة وآلية ضمان إتفاقية الهدف منها ضمان حق البائع المؤجر في استيفاء الثمن من المشتري المستأجر عن طريق الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان طيلة الفترة المحددة ويكون ذلك تحت طائلة بطلان العقد في حالة عدم تسديد المشتري المستأجر لستتة استحقاقات شهرية متتالية[4]، فحق الملكية من أقوى الضمانات التي تمكن الدائن المؤجر من الحصول على حقوقه،

---

[1]- تنص المادة 01 من الأمر 09/96، المتعلق بالاعتماد الإيجاري، السالف الذكر على ما يلي " يعتبر الاعتماد الإيجاري عملية تجارية ومالية يتم تحقيقها من قبل البنوك والمؤسسات المالية، أو شركة تأجير مؤهلة قانونا ومعتمدة صراحة بهذه الصفة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين أو الأجانب أشخاصا طبيعيين كانوا أم معنويين تابعين للقانون العام أو الخاص، تكون قائمة على عقد إيجار يمكن أن يتضمن أو لا يتضمن حق الخيار بالشراء لصالح المستأجر ، وتتعلق بأصول منقولة أو غير منقولة ذات الاستعمال المهني أو بالمحلات التجارية أو بمؤسسات حرفية".

[2]- أنظر المادة 19 من الأمر 09/96، المتعلق بالاعتماد الايجاري، السالف الذكر.

[3] مرابط عثماني، عقد البيع بالإيجار، مجلة الحقوق والعلوم الأنسانية، جامعة زيان عشور بالجلفة، المجلد 07، العدد 03، 2008/10/01.

[4] فاتن سيمشي، المرجع السابق، ص ص 870،871.

كما يمكن للبائع المؤجر استرداد العين المؤجرة من التفليسة [1]، وبالتالي يتحقق له الضمان الكافي في حالة إفلاس المشتري الالمستأجر قبل الوفاء بالثمن[2].

أما الباحث يرى أنه من خلال التطرق إلى هذين النموذجين على التوالي والمتعلقين بالاعتماد الايجاري الذي يكون فيه البائع بنك أو مؤسسة مالية أو شركة اعتماد إيجاري، والبيع بالإيجار الذي يكون فيه البائع ترقية عقارية متمثلة في ديوان الترقية والتسيير العقاري، بحيث يتضح أن شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان شرط ذو فعالية يحقق الغرض الذي شرع لأجله وذا أهمية تمكن وتسمح للبائع الدائن من الاستفادة بالمركز المتميز والخاص الذي يضمن له اسيفاء حقوقه دون غيره من باقي الدائنين العاديين من جهة، ويضع المشتري في موقع المؤجر لا المالك والعقد مهدد بالبطلان قبل دفع المشتري لكامل أقساط الإيجار، وهذا الأمر يجسد شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان كأصل عام ويتوافق ومضمون نص المادة 363 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم.

ثانيا: آثار شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

يرتب الاحنفاظ بالملكية على سبيل الضمان مجموعة من الآثار بالنسبة للمتعاقدين وكذلك أيضا الغير.

1-بالنسبة للمتعاقدين

تتجلى آثار شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان بالنسبة للمتعاقدين وهما البائع والمشتري في الآثار المترتبة لكل منهما والمتمثلة في حقوقهما والتزاماتهما وهذا ماسنتطرق إليه تباعل في هذه الجزئية على النحو الآتي:

أ-التزامات البائع

من الالتزامات التي يرتبها عقد البيع بمجرد الانعقاد بالنسبة للبائع خصوصا في حالة احتفاظه بالملكية على سبيل الضمان بهدف إجبار المشتري على الوفاء من خلال دفع الثمن وتكمن هذه الالتزامات في حقوق البائع والتزاماته، فمن بين الحقوق التي يمنحها القانون للبائع الذي اشترط الاحتفاظ بملكية الشيئ المبيع إلى غاية أن يستوفي الثمن من المشتري، أي أن البائع المحتفظ بالملكية على سبيل الضمان يظل مالكالوحده دون غيره ولاتنتقل الملكية للمشتري إلا بعد وفاء هذا الأخير بكامل الثمن، ويحق للبائع التصرف في هذا الشيئ المملوك له، بشرط أن يكون هذا التصرف معلقا على شرط واقف، وليس شرطا فاسخا لأن البيع المعلق على شرط فاسخ تنتقل ملكيته للمستري بتمام العقد، ولا يمكن للبائع التصرف في هذا الشيئ إلا بعد تحقق الشرط الفاسخ أي عودة الملكية إلى البائع و لا

[1] فاتن سيمشي، المرجع نفسه، ص873

[2] Planiol et Ripert, Traite pratique de droit civil ,2éme édition, N17, Douai, 30 juillet 1987, R, proc, Coll, p304.

يمكن للبائع أن يحتفظ بالملكية بعد وفاء المشتري بالثمن، وإلا اعتبر تعسفا في استعمال هذا الحق، كما يليزم البائع في عقد البيع الذي يتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية لمصلحة البائع بنقل الحيازة المادية إلى المشتري، لأن الهدف من هذا الشرط هو بقاء البائع مالكا للشيئ المبيع، وويكون استعمال واستغلال هذا الشيئ المبيع من حق المشتري، والذي تكون له كامل الحرية في الإستفادة من المنافع المادية والاقتصادية للشيئ، لأن الاحتفاظ بالملكية من قبل البائع على سبيل الضمان فقط يهدف إلى تنفيذ الالتزام[1].

فعلى هذا الأساس يرى الباحث أن شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان يحقق الهدف الذي يسعى إليه المشرع وهوحماية الدائن وليس الاحتفاظ بالملكية من قبل البائع يهدف إلى التعسف.

ب–التزامات المشتري

يرتب عقد البيع الذي يتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان لمصلحة البائع مجموعة من الآثار بالنسبة للمشتري أيضا، حيث تتجلى هذه الآثار في الحقوق المقررة لمصلحة المشتري، من خلال إقرار المشرع الحيازة المادية للشيئ المبيع من قبل المشتري واستعمال هذا الشيئ واستغلاله كما في حالة البيع الإيجاري والاعتماد الإيجاري، ويكون ذلك نتيجة اتفاق صريح في العقد بين البائع والمشتري، أو يستنتج ضمنيا من إرادة الأ طراف المتعاقدة، أو أن هذا العقد في حد ذاته يهدف توجه القصد منه الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان [2]، كما يرتب هذا العقد على المشتري التزامات من بينها التزامه بالوفاء بكامل الثمن، سواء كان البيع مؤجلا أو إيجاريا .

2–بالنسبة للغير

إن المشرع الجزائري لم يرتب للغير المتمثل في دائني المشتري سواء كانوا عاديين أو ممتازين أي أثر في مواجهة الدائن الذي قرر له شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان، حيث لايسري هذا الشرط في حق هذا الغير خصوصا في حالة إفلاس المشبري[3]. وهذا كرسه المشرع الجزائري في نص المادتين 307و 308 من الأمر 75–59 المتضمن القانون التجاري والمعدل والمتمم، إضافة إلى تكريس المشرع لهذا الأمر في أحكام عقد الاعتماد الإيجاري وهذا ما يعزز الثقة والائتمان لدى الدائن المستفيد من هذا الشرط ويتميز بهذا المركز الخاص[4] . **حيث يرى الباحث**

---

[1] دليلة شرابي، المرجع السابق، ص 144 وما يليها، وراجع أيضا حمزة شرابن، المرجع السابق، ص ص 92، 93.

[2] فاتن سيمشي، المرجع السابق، ص871.

[3] صالح بنوي، المرجع السابق، ص 655، وراجع أيضا فيروز بن شنوف، المرجع السابق، ص 302.

[4] تنص المادة 22 من الأمر 09/96، المتعلق بالاعتماد الإيجاري، السالف الذكر على ما يلي " في حالة عدم قدرة المستأجر على الوفاء، تم إثباتها قانونا من خلال عدم دفع قسط واحد من الإيجار، أو في حالة حل بالتراضي أو قضائي أو تسوية قضائية أو إفلاس المستأجر، لا يخضع الأصل المؤجر لأية متابعة من دائني المستأجر العاديين أو الامتيازين مهما آن وضعهم القانوني وصفتهم، سواء أخذوا بعين الاعتبار بصفة فردية أو على شكل كتلة في إطار إجراء قضائي جماعي ".

من خلال هذه الدراسة أن إدراج شرط الملكية على سبيل الضمان يعد ضمانا خاصا للدائن المقرر له بموجب العلاقة العقدية حيث يجعله في مركز متميز، كمأن لهذا الشرط فعالية تكمن في تحقيق الهدف المرجو منه بالنسبة للدائن البائع في استيفاء حقه من المدين المشتري والمتمثل في قبض الثمن دون مزاحمة من قبل دائني المشتري، الأمر الذي يجسد فكرة الاستثناء على مبد أ المساواة بين العاديين في الضمان العام المنصوص عليه في المادة 188 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني.

المبحث الثاني: الضمانات الخاصة المقررة للدائن العادي بموجب القانون بصفة مباشرة

استثناء على مبدأ المساواة الذي يحققه الضمان للدائنين، فإنه يرد عليه استثناءات ومن بينها الدعوى المباشرة والحق في الحبس باعتبارهما آليتين ناعجتين من آليات المحافظة على حق الدائن رافع هذه الدعوى باعتبارهما ضمانا من نوع خاص، وعليه سنتطرق إلى الدعوة المباشرة في المطلب الأول والحق في الحبس في المطلب الثاني:

المطلب الأول: الدعوى المباشرة ضمان خاص ومجالات محدودة

سنتطرق في هذا المطلب تباعا إلى مفهوم الدعوى المباشرة وثم يتم التطرق أيضا إلى آثار هذه الأخيرة.

الفرع الأول: مفهوم الدعوى المباشرة

أولا: تعريف الدعوى المباشرة

تعرف الدعوى غير المباشرة على أنها وسيلة قانونية تمنح للدائن الحق في رفع دعوى مباشرة ضد مدين مدينه وباسمه الشخصي ولحسابه الخاص وليس باسم مدينه ولا نيابة عنه، وتخول هذه الدعوى للدائن حقا مباشرا اتجاه مدين مدينه للوفاء بالدين الذي ذمته اتجاه المدين[1]،كما تعرف أيضا على أنها " الدعوى المباشرة هي عبارة عن دعوى ذات طبيعة قانونية خاصة ينظمها نص قانوني خاص، يسمح من خلاله للدائن بالحق في إقامة دعوى باسمه الشخصي ولصالحه على مدين مدينه ليستأثر بنتيجتها لوحده، ودون أن يتعرض لمزاحمة باقي دائني المدين[2] ويقصد بالدعوى المباشرة أيضا بأنها " وسيلة قانونية ترخص لأي دائن أن يطالب باسمه ولحسابه مدين مدينه بما في ذمته من حق مدينه، فيؤول هذا الحق إلى ذمة الدائن المطالب مباشرة دون أن يدخل في ذمة المدين[3]،كما تعرف كذلك بأنها " دعوى من نوع خاص، هدفها حماية الضمان العام للدائن وحده رافع الدعوى وليس لباقي الدائنين والحفاظ على حقه من خلال منع مزاحمته من قبل باقي الدائنين، فهي تعطي للدائن حق الاستئثار على هذا الحق موضوع الدعوى، أي أن له حق امتياز على هذا الحق، ولا يدخل الحق موضوع الدعوى في الضمان العام لسائر الدائنين[4].

غير أن الباحث يعرف الدعوى المباشرة كما يلي " الدعوى المباشرة هي آلية قانونية منحها المشرع لفئة من دائني المدين ويكون ذلك باسم الدائن ولصالحه، ومجالها ضيق وخاص بحالات محددة بنصوص

---

[1] أحمد عبد الدائم، شرح القانون المدني " النظرية العامة للالتزام، ج2، أحكام الالتزام، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، سوريا،2003، ص 119.

[2] أحمد محمد الحوامدة، عيسى غسان الربضي، مقال بعنوان دور الدعوى المباشرة في المحافظة على حقوق الدائنين، دراسة للتشريعات الاتحادية بدولة الامارات العربية المتحدة، مجلة الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، المجلد 46، العدد 01، 2019، ص121.

[3] صبري حمد خاطر، النظرية العامة للالتزام " أحكام الالتزام " دراسة مقارنة في القانون المدني البحريني، جامعة البحرين، ط1، البحرين، 2006، ص121 وما يليها.

[4] سمية مكربش، مقال بعنوان الدعوى المباشرة في التأمين من المسؤولية، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد "أ"، العدد 46، جامعة الإخوة متنوري قسنطينة، ديسمبر 2016، ص501.

تشريعية، والهدف من ذلك مطالبة مدين المدين بالوفاء بالدين الذي هو في ذمة المدين نتيجة العلاقة القانونية التي تربط الدائن رافع الدعوى بالمدين الأصلي بحيث تمكنه هذه الدعوى بالاستئثار بنتيجتها لوحده.

ثانيا: خصائص الدعوى المباشرة

تتميز الدعوى المباشرة على غرار الآليات الوقائية الأخرى للمحافظة على حق الدائن في الضمان العام بمجموعة من الخصائص، لذلك سنتطرق إلى هذه الخصائص بالشرح والتفصيل تباعا كما يلي ":

1-الدعوى المباشرة ترفع باسم الدائن

أي أن الدعوى المباشرة لا ترفع باسم المدين في مواجهة مدين المدين بل ترفع باسم الدائن اتجاه المدين الأصلي في مواجهة مدين المدين، معنى ذلك يجب إدخال المدين كخصم في الدعوى المباشرة، أي أن الدائن رافع الدعوى يعد طرفا أصليا فيها وليس نائبا عن المدين كما في حالة الدعوى غير المباشرة ويترتب على ذلك عدم إمكانية ممارسة مدين المدين للدفوع المقررة للمدين الأصلي في مواجهة الدائن على خلاف الدعوى غير المباشرة[1].

2-الدعوى المباشرة ترفع باسم الدائن

إذا ربح الدائن رافع الدعوى المباشرة دعواه التي رفعها باسمه وضد مدين المدين ودون أن يدخل المدين فيها، فإنه يستأثر بنتيجتها لوحده ولا يشاركه باقي الدائنين في ذلك، لأن الهدف من هذه الدعوى حصول الدائن على أموال المدين التي هي في ذمة مدين المدين مباشرة ودون اقتسامها مع باقي الدائنين، لأنه بمثابة دائن ممتاز[2].

3-الدعوى المباشرة ضمان خاص

إن الدعوى المباشرة تمنح للدائن رافعها مركزا قانونيا متميزا وخاصا اتجاه باقي الدائنين الآخرين للمدين الأصلي، وذلك من خلال استئثاره بنتيجتها لوحده دون مشاركة باقي الدائنين، أي عدم اللجوء إلى مبدأ المساواة المقرر للدائنين في الضمان العام وهذا ما كرسته المادة 188 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بنصها على ما يلي " أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه، وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون، فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان "،كما أن حق الدائن تابع لحق المدين الأصلي، فإذا انقضى حق المدين الأصلي اتجاه الدائن ينقضي معه حق الدائن رافع الدعوى المباشرة اتجاه مدين المدين[3]، وعليه فإن الدعوى المباشرة تقترب من الضمان الخاص وتبتعد عن الضمان العام، وينسب هذا الحق الدائن رافع الدعوى دون سواه.

---

[1] أحمد محمد الحوامدة، عيسى غسان الربضي، المرجع السابق، ص ص 119،120.

[2] العربي بلحاج، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص ص 263،264.

[3] مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزام، الدار الجامعية، لبنان،1987، ص 317.

ثالثا: الطبيعة القانونية للدعوى المباشرة

تباين الفقه القانوني في تحديد الطبيعة القانونية للدعوى المباشرة باعتبارها استثناء على مبدأ نسبية أثر العقد، بحيث يقضي هذا الأخير كقاعدة عامة بانصراف أثر العقد إلى المتعاقدين وهما الدائن والمدين،[1] إلا أن هذه القاعدة ليست على اطلاقها، بل يوجد عيها استثناء ومنها الدعوى المباشرة والتي يرفعها الدائن ضد مدين مدينه والذي لا تربطه به علاقة مباشرة، لأن الدائن تربطه علاقة مع المدين الأصلي وليس مدين المدين[2]، لذلك ظهرت عدة نظريات فقهية من أجل تبيان وتحديد الطبيعة القانونية للدعوى المباشرة، فيرى بعض الفقه أن هذه الدعوى تعود إلى فكرة حوالة الحق، كما يرى البعض الآخر أن أساس الدعوى المباشرة هو الاشتراط لمصلحة الغير، وكذلك أيضا ينسبها بعض الفقه إلى فكرة الإثراء بلا سبب، إضافة إلى الحق الممتاز والإنابة، لكن رغم هذه التباينات الفقهية لم يتم تحديد الطبيعة القانونية للدعوى المباشرة في منظورها التقليدي ، أما المفهوم المتجدد لطبيعة للدعوى المباشرة حسب الفقه الحديث، فإنه يرجع إلى عدة نظريات منها نظري العدالة[3]، ونظرية المجموعة العقدية[4]، إضافة لنظرية المراكز القانونية الممتازة[5]، وسيتم شرح هذه النظريات لاحقا، لكن ما يرجح فإن الدعوى المباشرة ذات طبيعة قانونية لأنه الأساس الوحيد الذي تقوم عليه، بحيث نجد أن نطاقها ضيق، لأنها مقررة بنصوص القانون[6].

رابعا: شروط الدعوى المباشرة

من أجل رفع الدعوى المباشرة من طرف الدائن على مدين مدينه لابد من توافر مجموعة من الشروط الموضوعية منها وجود نص قانوني يجبر الدائن على رفع الدعوى، وأن يكون الحق موضوع الدعوى حالا ومعلوم المقدار، ويشترط لذلك وجود علاقتين قانونيتين منفصلتين، وسنفصل في ذلك تباعا بالشرح والتفصيل كما يلي:

1-وجود نص قانوني يجيز للدائن رفع الدعوى المباشرة

إن أساس قيام الدعوى المباشرة ورفعها من طرف الدائن ضد مدين المدين، ومطالبة هذا الأخير بالحق الذي هو ثابت في للمدين، هو وجود نص قانوني يجيز للدائن رفع هذه الدعوى في حالة إذا لم يقم المدين بالوفاء للدائن، بحيث يقرر هذا النص ويمنح للدائن حق التقدم على باقي دائنين المدين الأصلي، وعلى هذا الأساس فإن الدعوى

---

[1] أحمد محمد الحوامدة، عيسى غسان الربضي، المرجع السابق، ص ص 119، 120.

[2] محمد ياسين الجبوري، الدعوى المباشرة في القانون الأردني، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات، العدد 52، أكتوبر 2012، ص 274.

[3] إسماعيل نامق حسن، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص 55.

[4] جاك غستان، وآخرون، ترجمة منصور القاضي ترجمة منصور القاضي، مفاعيل العقد وآثاره، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، لبنان،2000، ص931 وما يليها.

[5] محمد ماجد رشاد، الدعوى المباشرة في العلاقات القانونية غير المباشرة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ،2008، ص 140.

[6] لزرق بن عودة، المرجع السابق ص33.

المباشرة تكتسب شرعيتها من النص القانوني الذي يقررها، **فيرى الباحث أن ما يمكن استخلاصه من هذا الشرط أن الدعوى المباشرة مصدرها القانون فهي محصورة ومحددة بنصوص القانون وليست مطلقة.**

2-أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ومعلوم المقدار

إن ما يميز الدعوى المباشرة كونها ليست آلية تحفظية ولا من الآليات القانونية المقررة للضمان العام، بل هي آلية مباشرة يجلب بواسطتها الدائن حقه الثابت في ذمة مدينه مباشرة من ذمة مدين مدينه ودون مزاحمة من باقي الدائنين الآخرين كما هو الحال في الدعوى غير المباشرة[1]، فلكي تكون الدعوى صحيحة لابد من حلول الأجل، أما إذا كان حق الدائن معلق على شرط واقف، أو أجل فاسخ، فلا مجال لإعمالها هذه الأخيرة، إلا بتحقق هذا الأجل أو زوال الشرط الفاسخ، غير أنه يجوز للدائن حتى قبل انقضاء الأجل أن يطالب بحقوقه واتخاذ كافة الإجراءات بما فيها رفع الدعوى غير المباشرة للمحافظة على حقه في الضمان العام، كما يجوز للدائن مطالبة المدين بتأمين ومرد ذلك إلى الخوف من إفلاس المدين، أو إعساره أو استناد الدائن في ذلك إلى سبب معقول له ما يبرره[2]، ولا تكون هذه الدعوى صحيحة إلا إذا كان الحق موضوع الدعوى غير متنازع فيه بين الدائن والمدين.

3-وجود علاقتين قانونيتين منفصلتين

من بين الشروط المقررة لرفع الدعوى المباشرة وجود علاقتين منفصلتين وأطرافها مختلفين مع وجود طرف مشترك بين العلاقتين وهو المدين بالنسبة للدائن، وكذلك بالنسبة لمدين المدين، العلاقة الأولى ناشئة بين الدائن والمدين والعلاقة الثانية تكون بين المدين والغير، ومثال ذلك الوكالة بعمولة حيث توجد علاقتان، العلاقة الأولى بين الطرف الموكل والوكيل، أما العلاقة الثانية فتكون بين الوكيل بعمولة والبائع أو المشتري، ولا يتحقق ذلك إلا بوجود نص قانوني يجيز للدائن رفع الدعوى المباشرة، وأن يكون حق هذا الأخير مستحق الأداء ومعلوم المقدار[3].

الفرع الثاني: الدعوى المباشرة والمصطلحات القانونية المشابهة لها

إن الدعوى المباشرة كإحدى الأنظمة القانونية تتقاطع مع مجموعة من الأنظمة القانونية المشابهة لها في عدة نقاط، وعلى هذا الأساس سنتناول في هذا الفرع تباعا وبالشرح ولتفصيل تمييز الدعوى المباشرة عن بعض المصطلحات القانونية المشابهة لها وفق ترتيب المواد القانونية في الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم، بداية بتمييز هذه الأخيرة عن الاشتراط لمصلحة الغير ثم عن حوالة الحق، وأخيرا تمييزها عن حق الامتياز.

---

[1] أحمد محمد الحوامدة، غسان الربضي، المرجع نفسه، ص121.

[2] تنص المادة 206 منا لأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم السالف الذكر على ما يلي " إذا كان الالتزام معلق على شرط واقف، فلا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط .... الخ "، وأنظر المادة 212 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[3] أحمد محمد الحوامدة، غسان الربضي، لمرجع السابق، ص122.

أولا: الدعوى المباشرة والاشتراط لمصلحة الغير

إذا كانت الدعوى المباشرة تعرف على أنها " دعوى يرفعها الدائن باسمه ولحسابه على مدين مدينه للمطالبة بالحق المترتب في ذمة المدين[1]، فإن الاشتراط لمصلحة الغير يقصد به " أنه يجوز لكل شخص بأن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، بشرط أن يكون له في هذا الاشتراط مصلحة شخصية سواء كانت مادية، أو معنوية[2]، فعلى هذا الأساس فإن الدعوى المباشرة تشترك وتتشابه مع الاشتراط لمصلحة الغير في كون كل منهما يندرج ضمن العلاقات القانونية غير المباشرة، لأن الدائن رافع الدعوى المباشرة لا تربطه علاقة مباشرة بمدين المدين وكذلك في الاشتراط لمصلحة الغير فالشخص المشترط لا تربطه علاقة قانونية مباشرة بالشخص المنتفع، أي كلا العلاقتين القانونيتين يدخل فيهما طرف أجنبي، بحيث يؤدي هذا التشابه إلى الخلط بين النظامين القانونيين السلف ذكرهما[3]، غير أن هذا التشابه ليس على إطلاقه، بل توجد العديد من الفروق الجوهرية تميز كل واحد منهما عن الآخر، فإذا كان مصدر حق الدائن رافع الدعوى المباشرة اتجاه المدين ومدين المدين خارج عن إرادة كل منهما، وإنما مصدر وأساس ذلك نصوص القانون، بينما الاشتراط لمصلحة الغير الذي يتبين قصده ونيته من انعقاد العقد في إنشاء حقوق لمصلحة الغير، لأن حق المنتفع ينشأ عن إرادتي كل من المشترط والمنتفع خلال عقد الاشتراط لمصلحة الغير، وكذلك في الاشتراط لمصلحة الغير يمكن للمنتفع أن يقبل بهذا الاشتراط أو يرفض ،على خلاف الدعوى المباشرة التي يمارسها الدائن لأنها تشكل امتيازا معترفا به خارج إرادتيهما، والدعوى المباشرة فيها نفع محظ للدائن، مثل عقد التأمين ينصرف قصد المؤمن له عند انعقاد العقد مع المؤمن إلى حماية نفسه من الأخطار المحتملة أي أن الطرف المستفيد هو واحد، على خلاف الاشتراط لمصلحة الغير الذي يرتب حقوق والتزامات في ذمة الطرفي أي أنه عقد ملزم لجانبين لا يجوز للمدين ومدين المدين الطعن فيها متى توافرت شروط رفعها وفي خلاصة القول فإن مصدر الدعوى المباشرة قانوني ومصدر الاشتراط لمصلحة الغير عقدي[4].

[1] عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، أحكام الالتزام، ج3، مطبعة الزهراء،1971، ص 244.

[2] تنص المادة 116 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والتمم، السالف الذكر على ما يلي " يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية كانت أو أدبية "، وراجع أيضا رمضان محمد أبو السعود، مصادر وأحكام الالتزام، المصادر الارادية،

[2] أنظر المادة 116 من الأمر، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ،2006، ص228.

[3] محمد ماجد رشاد، المرجع السابق، ص120.

[4] جاك غستان، وآخرون، ترجمة منصور القاضي، المرجع السابق، ص 912 وما يليها.

ثانيا: الدعوى المباشرة وحوالة الحق

قبل البدء في التمييز بين الدعوى المباشرة وحواة الحق لابد من تعريفه، فيقصد بحوالة الحق إذن "هي عبارة عن اتفاق ينقل من خلاله شخص الدائن "المحيل" حقه اتجاه المدين "المحال عليه "، إلى شخص ثالث " المحال إليه " ليصبح دائنا مكانه، ويشترط في الحوالة ما يشترط في العقود[1]، كما عرف المشرع الجزائري من خلال المادة 239 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بنصها " يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا منع ذلك نص القانون ،أو اتفاق المتعاقدين ،أو طبيعة الالتزام ،وتتم الحوالة دون الحاجة لرضا المدين"، ومن أوجه التشابه بين حوالة الحق والدعوى المباشرة أن الدائن المحيل بعد إبرامه الحوالة لا يجوز له استيفاء حقه من المدين وهو الشأن نفسه فلا يجوز للدائن رافع الدعوى المباشرة إذا ستوفى حقه من مدين المدين ودون مزاحمة من باقي الدائنين، كما لا يجوز في الدعوى المباشرة الاحتجاج بالدفوع اللاحقة للدعوى، في حين يجوز لمدين المدين الاحتجاج بها على الدائن، وهذا الأمر يتشابه مع حوالة الحق، بحيث يجوز الاحتجاج بالدفوع السبقة لها في مواجهة المحل إليه أي الدائن الجديد، مطالبة المدين بالوفاء[2]، أما أوجه الاختلاف بينهما تكمن في أن حوالة الحق ذات طبيعة اتفاقية أي تنشأ عن الإرادة الحرة والجازمة للطرفين وهما الطرف المحيل والطرف والمحال إليه[3]، كما تعتبر حوالة الحق أداة وفاء لأن الشخص المحال إليه يكون دائنا لدائن المدين، أما الدعوى المباشرة فهي ذات طبيعة قانونية وتعتبر بمثابة امتياز خاص للدائن خارج عن إرادة الدائن والمدين من جهة، وكذلك امتياز خاص للدائن من أجل استيفاء حقه دون مزاحمة الدائنين الآخرين من جهة ثانية[4].

ثالثا: الدعوى المباشرة وحق الامتياز

إن عدم جدوى الدعوى غير المباشرة في استيفاء حق الدائن أدى بالمشرع إلى إقرار للدائن رفع دعوى مباشرة باسمه ولحسابه في مواجهة مدين المدين في حالات محصورة قانونا، بحيث القانون للدائن رافع الدعوى المباشرة حق امتياز من خلال التقدم بالأولية على باقي الدائنين الآخرين، وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى تمييز الدعوى المباشرة عن حق الامتياز[5] من خلال تبيان أوجه الشبه والاختلاف بينهما، فالشخص صاحب الامتياز لا يخضع لمبدأ المساواة بين الدائنين العاديين بل يتقدم عليهم جميعا، ويتقدم أيضا على الدائنين الممتازين التاليين له في المرتبة، وبالرجوع إلى

[1] مصطفى الجمال، أحكام الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ،2006، ص512، وأنظر أيضا عبد الرزاق دربال، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، ار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر،2004، ص64.

[2] جاك غستان، وآخرون، ترجمة منصور القاضي، المرجع السابق، ص 914.

[3] يوسف بوشاشي، حوالة الحق في القانون المدني الجزائري " دراسة مقارنة "، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1989، ص 64.

[4] جاك غستان، وآخرون، ترجمة منصور القاضي، المرجع نفسه، ص 915.

[5] يقصد بحق الامتياز أنه أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة لصفته، ولا يكون لدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني.

الدعوى المباشرة فإنها حسب الفقه تشبه إلى حد بعيد حق الامتياز، كون كلاهما مصدره القانون، وبالتالي لن تكون الإرادة وحكم القاضي أحد مصادر كل منهما[1]، غير أن هذا التشابه بينهما ليس مطلقا بل هناك فروقا تميزهما عن بضعهما البعض، فالنسبة للدعوى المباشرة الدائن رافع الدعوى يستوفي حقه دون مزاحمة من باقي الدائنين سواء كانوا ممتازين أو عاديين، وبالتالي فإن الدائن رافع هذه الدعوى لا يلجأ إلى إتباع الطرق التنفيذية لأن الدائن يرفع الدعوى المباشرة باسمه ولحسابه، أما الدائن صاحب الامتياز رغم الأولوية المقررة له في استيفاء دينه، لكنه يبقى معرضا لمزاحمة الدائنين السابقين له في المرتبة[2]، وهذا ما جسده المشرع المدني[3].

الفرع الثالث: الدعوى المباشرة مفهوم متجدد

حاول الفقه الحديث الاجتهاد من أجل إيجاد مفهوم جديد للدعوى المباشرة، وفي هذا الشأن يتباين الفقه ويختلف في تحديد مفهوم جديد وواضح، بحيث أدى هذا التباين إلى ظهور عدة نظريات كل واحدة منها تنظر إلى الدعوى المباشرة كمفهوم متجدد وفقا للمعيار الذي اعتمده كل اتجاه في ذلك، وللتفصيل أكثر سنتطرق تباعا إلى أهم هذه النظريات، بداية بنظرية العدالة، ثم نظرية المجموعة العقدية، وأخيرا نظرية المراكز القانونية الممتازة.

أولا: نظرية العدالة

يرى أنصار نظرية العدالة أن النظرية القانونية للدعوى المباشرة تقوم على فكرة العدالة، بحيث تعتبر أول قاعدة قانونية غير مكتوبة ظهرت بين الأفراد، وهي مستمرة وباقية بل هي أساسه وروحه، ومن ثم ويبررون ذلك على أن العدالة هي السند القانوني لهذه الدعوى، وظهر هذا المصطلح الجديد حسب هذه النظرية في القرن التاسع عشر، واستنادا إلى هذه النظرية ف، فإنه يمكننا الخروج على مبدأ نسبية أثر العقد ومنح المؤجر في عقد الايجار الحق في استيفاء بدل الايجار من المستأجر من الباطن مباشرة و بالأولوية على دائن المستأجر الأصلي، وبالتالي تتوافق الدعوى المباشرة مع مبدأ نظرية العدالة[4].

ثانيا: نظرية المجموعة العقدية

يقصد بالمجموعة الاقتصادية هي مجموعة من العقود المترابطة والمتكاملة تهدف إلى تحقيق غاية اقتصادية واحدة، من بين نتائج التطورات الاقتصادية ظهور مفهوم جديد يتمثل في المجموعة العقدية، التي من خلالها يمكن

---

[1] محمد ماجد رشاد، المرجع السابق ص117.

[2] جاك غستان، وآخرون، ترجمة منصور القاضي، المرجع السابق، ص924.

[3] تنص المادة 983 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر على ما يلي " مرتبة الامتياز يحدده القانون، فإذا لم يوجد نص خاص يعين مرتبة الامتياز يأتي هذا الامتياز بعد الامتيازات المنصوص عليها في هذا الباب.

وإذا كانت الحقوق الممتازة في مرتبة واحدة فإنها تستوفي عن طريق التسابق، ما لم يوجد نص قانوني يقضي بغير ذلك "

[4] جاك غستان، وآخرون، ترجمة منصور القاضي، المرجع السابق، ص938 وما يليها.

لأي شخص أن يكون في علاقة عقدة مع غيره، حتى وإن لم بينهما مباشرة مادام كل منهما في تلك المجموعة العقدية، كما في حالة تشييد رب العمل لبناء، فهو يحتاج إلى مجموعة من المقاولين كل حسب اختصاصه، فالأول يتكفل بالبناء ووضع الخرسانة والثاني بالطلاء والثالث بالكهرباء، وهذه العقود جميعها تهدف إلى هذا التشييد. فبموجب هذه النظرية يشترك الشخص مع كل المجموعة العقدية، إما بواسطة المحل أو السبب، لذلك اعتبرت هذه النظرية أن الدعوى المباشرة تعد إحدى مظاهرها[1]، إلا أن هذا الحماس الفقهي والقضائي لم يدم طويلا، بعد أن تراجع القضاء الفرنسي عن ذلك وكذلك الفقه، مما جعلها لا تصلح أن تكون أساس لهذه للدعوى.

ثالثا: تكييف نظرية المراكز القانونية الممتازة

أدى عجز النظريتين السابقتين عن تحديد وصف قانوني دقيق وواضح للدعوى المباشرة إلى ظهور نظرية جديدة تسمى بنظرية المراكز القانونية الممتازة، وحسب هذه النظرية، فإن الدعوى المباشرة تعد ضمانا خاصا للدائن الذي قام برفعها[2]، حيث تقترب هذه الدعوى إلى التأمين، إذ يطالب الدائن باسمه ولحسابه مدين المدين بمال ثابت في ذمة الدين الأصلي عن طريق دعوى قضائية مباشرة ضد مدين المدين ودون ادخال المدين فيها[3].

فالدعوة المباشرة حسب هذا المنظور لا تعد آلية من أجل المحافظة على حق الدائن الضمان العام، بل هي ضمان خاص أقره المشرع للدائن رافع الدعوى المباشرة في مواجهة مدين المدين الذي لا تربطه به أي علاقة، لذلك يعتقد أن نظرية المراكز القانونية الممتازة هي التي تقرب وتفسر المعنى الحقيقي للدعوى المباشرة، على أنها تأمين خاص يتمتع به الدائن الذي قام برفعها، من خلال استئثاره بنتيجتها لوحده ودون مزاحمة من باقي الدائنين على خلاف الدعوى الغير مباشرة والتي تقضي بغير ذلك، وعليه فإن الدعوى المباشرة تمنح الدائن الذي قام برفعها مركزا قانونيا ممتازا منحه إياه القانون وليس الإرادة المشتركة للمتعاقدين، بل إن العلاقة المباشرة توجد بين الدائن والمدين الأصلي وبين مدين المدين الأصلي، كون حق الدائن ينتقل بهذه الدعوى من المدين إلى مدين المدين[4].

الفرع الرابع: تقييد نطاق الدعوى المباشرة بموجب نصوص القانون

إن نطاق ومجال الدعوى المباشرة مقرر بموجب نصوص القانون، حيث أقر المشرع الجزائري من خلال الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم للدائن الحق في رفع دعوى مباشرة باسمه ولحسابه لمطالبة مدين مدينه بالوفاء بالدين الذي في ذمة المدين الأصلي اتجاهه، وللتوضيح والتفصيل أكثر سنتطرق إلى الحالات التي يجوز فيها

[1] عامر عاشور عبد الله البياتي، التعاقد من الباطن " دراسة مقارنة "، دار الكتب القانونية، مص 2013، ص 235.

[2] أحمد عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات–آثار الالتزام**، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، مصر 1968، ص978.

[3] محمد ماجد رشاد، المرجع السابق، ص 139. ، وراجع أيضا جاك غستان، مرجع سابق، ص 940.

[4] خليفة بوداود، المرجع السابق، ص ص 289، 290.

للدائن رفع هذه الدعوى، وهي حالات مقيدة أقرها المشرع على سبيل الحصر لا على سبيل المثال وسنوجزها على النحو الآتي:

أولا: دعوى المؤجر ضد المستأجر من الباطن

يقصد بالإيجار هو عقد يلتزم بمقتضاه شخص يسمى المؤجر بتأجير شيء لمدة معينة لشخص آخر يدعي المستأجر، مقابل بدل ايجار[1]، وعليه فإن عقد الإيجار هو من العقود الملزمة لجانبين، ومن عقود المعاوضة، على اعتباره أنه يتكون من طرفين تنصرف إليهما آثار هذا العقد كقاعدة عامة إعمالا لمبدأ نسبية أثر العقد، لكن إذا تصرف المستأجر الأصلي بتأجير العين المؤجرة إلى مستأجر آخر عن طريق عقد إيجار من الباطن دون موافقة مكتوبة من المؤجر[2]، أجاز المشرع للمؤجر الحق في رفع دعوى مباشرة اتجاه المستأجر من الباطن لمطالبته ببدل الإيجار الذي في ذمة المستأجر الأصلي إذا لم يستوفيه المؤجر من هذا الأخير، متى أنذر المؤجر المستأجر من الباطن بذلك، حينها يصبح المستأجر من الباطن ملتزما اتجاه المؤجر، كما لا يجوز للمستأجر من الباطن الاحتجاج في مواجهة المؤجر بما سبقه من بدل إيجار إلى المستأجر الأصلي، إلا إذا تم ذلك قبل الإعذار، سواء كان ذلك وفقا للعرف، أو الاتفاق المبرم وقت انعقاد الايجار الفرعي[3].

ثانيا: دعوى المقاول الفرعي والعمال ضد رب العمل

إن من بين العقود التي محل الالتزام فيها هو القيام بعمل، نجد عقد المقاولة، ويقصد به هو ذلك العقد الذي يتعهد بموجبه أحد المتعاقدين " المقاول" القيام بعمل مقابل أجر يدفعه للمتعاقد الآخر، بحيث يسمى هذا الأخير برب العمل، والأصل أن تنفيذ عقد المقاولة يكون عينا من المقاول الأصلي[4]، لكن أذا استحال التنفيذ العيني لعقد المقاولة لسبب راجع إلى المقاول، فإنه يمكن تنفيذ الالتزام من طرف مقاول فرعي يتعاقد معه المقاول الأصلي وعلى نفقة هذا الأخير ما لم تكن شخصية المقاول الأصلي محل اعتبار[5]، وعقد المقاولة الفرعي يستمد وجوده من عقد المقاولة الأصلي ،إذن هناك علاقة غير مباشرة بين المقاول الفرعي ورب العمل، وكذلك بين عمال المقاول الأصلي ورب العمل وهذا هو الأصل، لكن استثناء أعطى المشرع للمقاول الفرعي في عقد المقاولة والعمال الحق في إمكانية رفع دعوى مباشرة

---

[1] تنص المادة 467 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر على ما يلي " الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بالعين بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم ".

[2] لعموري لخلوفي، الدعوى المباشرة " ضمان غير مسمى "، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 19، جامعة بومرداس، جوان 2018، ص142.

[3] أنظر المادة 507 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[4] لعموري لخلوفي، المرجع السابق، ص 144.

[5] تنص المادة 170 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر على ما يلي " في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الالتزام إذا كان هذا التنفيذ ممكنا ".

ضد رب العمل متى توافرت شروطها، من أجل المطالبة التي هي في ذمة المقاول الأصلي[1]، وما يميز هذه الحالة من حالات الدعوى المباشرة أنه لا يستأثر بنتيجتها دائن خاص لوحده بل توجد فيا المزاحمة ،لأنها مقررة للمقاول الفرعي والعمال الذين تربطهم بالمقاول الفرعي علاقة عمل مباشرة ،كما أن لهم الحق في رفع هذه الدعوى في مواجهة رب العمل نتيجة عدم وفاء المقاول الأصلي بالتزامه اتجاه المقاول الفرعي والعمال[2]، كما يرى الباحث أن المادة 01/565 فيها عبارة لا تؤدى المنعى الصحيح وهي " ...**حق مطالبة رب العمل مباشرة بما يجاوز القدر الذي يكون مدينا للمقاول الأصلي** ..."، ولكي تكون العبارة ذات معنى يجب إضافة الحرف **"لا"** ليكتمل المعنى وتصاغ العبارة كما يلي " ... **حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينا للمقاول الأصلي** ...".

ثالثا: دعوى المضرور ضد شركة التأمين

إعمالا لمبدأ نسبية أثر العقد، فإن العقد لا يؤتي ثماره إلا بالنسبة لأطرافه، أي لا تنصرف آثاره إلا إلى المتعاقدين كأصل عام، إلا أن هذا المبدأ ليس على إطلاقه بل ترد عليه استثناءات من بينها الدعوى المباشرة المقررة للدائن، ومن تطبيقات الدعوى المباشرة دعوى المسؤولية المدنية في مجال التأمين ، أي "دعوى المضرور ضد شركة التأمين "، حيث أن المضرور لا تربطه بالمؤمن " شركة التأمين" أي علاقة، وليس طرفا في عقد التأمين المبرم بين المؤمن له والمؤمن " شركة التأمين "، بل يستند في دعواه بناء على علاقة المؤمن بالمؤمن له، لذلك نجد أن المشرع أجاز للطرف المضرور الحق في رفع دعوى ضد المؤمن له من أجل الحصول على تعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب خطأ أو فعل المؤمن له، وهذا ما جسده المشرع الجزائري في نص المادة 619 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني[3]، وعليه يستخلص من هذه المادة حسب رأي محمد صبري السعدي أن المشرع الجزائري وعلى غرار المشرع الفرنسي رتب للشخص المضرور الحق في رفع دعوى مباشرة ضد المؤمن وهو شركة التأمين من أجل الحصول على تعويض عن الضرر الذي لحقه، نتيجة تعرضه لحادث سببه المؤمن له الذي تربطه علاقة بالمؤمن "شركة التأمين"[4]، مثل الدعوى التي يرفعها أحد ركاب سيارة الأجرة عن الضرر الذي أصابه نتيجة حادث المرور[5].

---

[1] تنص المادة 01/565من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر على ما يلي " يكون للمقاولين الفرعيين والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما يجاوز القدر الذي يكون مدينا للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى ويكون لعمال المقاول الفرعي مثل هذا الحق تجاه كل من المقول الأصلي ورب العمل ".

[2] العربي بلحاج، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 38.

[3] تنص المادة 619 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر على ما يلي " التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصاله مبلغا المال أو أي إيراد أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن للمؤمن ".

[4] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص130.

[5] أنور سلطان، المرجع السابق، ص 33.

رابعا: دعوى الموكل ضد نائب الوكيل

من بين تطبيقات الدعوى المباشرة أيضا، دعوى الموكل ضد نائب الوكيل والعكس، بحيث يبين نص المادة 580 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني القانون[1]، أنه سواء رخص الموكل للوكيل في تعيين نائب عنه أم لم يرخص له، فإن عقد الوكالة من الباطن المنعقد بين الوكيل ونائبه يترتب عنه، إمكانية نشوء دعوى مباشرة مقررة لكل من الموكل ضد نائب الوكيل والعكس صحيح، ويكون حينها الوكيل متضامنا مع نائبه من حيث المسؤولية[2].

خامسا: دعوى رب العمل ضد نائب الفضولي[3]

إذا تجاوز نائب الفضولي حدود الوكالة المبرمة بينه وبين الفضولي، يكون الفضولي مسؤولا عن تصرفات نائبه، فإذا قام نائب الفضولي بعمل مادي أضر برب العمل، أجاز القانون لرب العمل الحق في رفع دعوى مباشرة في مواجهة نائب الفضولي، وهذا ما كرسته الفقرة الثانية من المادة 154 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بنصها على ما يلي" **وإذا عهد الفضولي إلى غيره بكل العمل الذي تكلف به أو ببعضه كان مسؤولا عن تصرفات نائبه دون إخلال بها لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب "**[4].

الفرع الخامس: أحكام الدعوى المباشرة

يترتب عن رفع الدعوى المباشرة من طرف الدائن متى توافرت شروطها ومجال استعمالها مجموعة من الآثار، بحيث يهدف الدائن من هذه الدعوى مطالبة مدين المدين بالحق الذي هو في ذمة المدين الأصلي، وتترتب هذه الآثار بالسبة للدائن رافع الدعوى والمدين، وكذلك أيضا بالنسبة لمدين المدين، سنتناولها بالشرح كما يلي:

أولا: بالنسبة للدائن

إن القانون أجاز للدائن رافع الدعوى الماشرة إذا نجح فيها وصدر الحكم لصالحه، أن ينفذ على المال موضوع الدعوى، ولا يشاركه في ذلك باقي الدائنين، أي يستأثر بنتيجتها لوحده[5]، بمعنى لا ينازعه باقي الدائنين ولا و لا

---

[1] تقضي المادة 580 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر على ما يلي " إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له في ذلك كان مسؤولا عما فعل النائب، كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية.

أما إذا رخص للوكيل في إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب فإن الوكيل لا يكون مسؤولا إلا عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات.

ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل ونائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة عن الآخر ".

[2] أنور سلطان، المرجع السابق، ص 31.

[3] يقصد بالفضالة حسب لزرق بن عودة " هي تولي شخص عن قصد تام القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك ".

[4] لزرق بن عودة، المرجع السابق، ص 38.

[5] الحمروني نزار، الدعوى المباشرة في القانون التونسي، مجلة الشريعة والقانون، العدد، 34، الإصدار 01، فرع أسيوط، جامعة الأزهر، جانفي 2022، ص 2929.

يقتسمون معه الأموال قسمة غرماء، لأن الدعوة المباشرة مقررة للدائن باسمه ولحسابه ضد مدين المدين بصفته، وللدائن الخيار في الرجوع على المدين الأصلي[1]، أو الرجوع على مدين المدين بدعوى مباشرة كما بينا ذلك سابقا[2]، والدائن أثناء رجوعه على مدين المدين لا يطالبه إلا ما هو مستحق له في ذمة المدين الأصلي، فإذا لم يستوفي الدائن دينه كاملا من مدين المدين يمكنه الرجوع بفارق الدين على المدين الأصلي، أما ذا كانت أموال المدين التي يطالب بها الدائن مدين المدين أكبر من حق الدائن، ففي هذه الحالة يستوفي الدائن حقه والباقي يدخل إلى الضمان العام للمدين، **فيرى الباحث بأن الدعوى المباشرة ضمان خاص للدائن، فنتيجتها لا تدخل إلى الضمان العام للمدين الأصلي من جهة، والدائن لا يخضع للمزاحمة من باقي الدائنين ولا ينافسونه في اقتسام الأموال.**

ثانيا: بالنسبة للمدين الأصلي

يترتب على رفع الدعوى المباشرة من طرف الدائن تقييد حرية المدين وغل يده ليمنعه من التصرف في المال موضوع الدعوى، لأن الهدف من ذلك هو حماية الدائن من تصرفات المدين اتجاه الغير "مدين المدين"، مثل قيام المستأجر الأول بتأجير العين المؤجرة إلى مستأجر ثاني عن طريق عقد إيجار من الباطن، وفي هذه الحالة إذا قام المؤجر برفع دعوى مباشرة ضد المستأجر من الباطن، فيتوجب على المستأجر من الباطن بأن يؤدي للمؤجر بدل الإيجار الثابت في ذمة المستأجر الأول[3]، فعليه لا يجوز للمدين الأصلي من التصرف في المال موضوع الدعوى المباشرة، وأي تصرف من المدين الأصلي في هذا المال لا يعتد به في مواجهة الدائن، لأن هذا الأخير قام برفع الدعوى باسمه ولحسابه وليس باسم مدينه الأصلي[4].

ثالثا: بالنسبة لمدين المدين

بمأن الدائن يرفع الدعوى باسمه ولحسابه ضد مدين المدين الذي يعد طرفا أصليا في هذه الدعوى بحكم نصوص القانون وليس طرفا أصليا للمدين الأصلي، فيترتب على ذلك منع مدين المدين الوفاء بالدين الذي في ذمته اتجاه المدين الأصلي[5]، كما لا يمكنه بأن يدفع اتجاه المدين الأصلي بالدفوع الناتجة عن الدعوى المباشرة، وكذلك أيضا إذا وفى مدين المدين بالدين الذي في ذمة المدين الأصلي للدائن رافع الدعوى المباشرة تبرأ ذمته اتجاه المدين الأصلي[6].

---

[1] الحمروني نزار، المرجع نفسه، ص 2930.

[2] أحمد محمد الحوامدة، عيسى غسان الريضي، المرجع السابق، ص 128.

[3] أحمد محمد الحوامدة، عيسى غسان الريضي، المرجع نفسه، ص 129.

[4] سمية مكربش، المرجع السابق، ص501.

[5] أحمد محمد الحوامدة، عيسى غسان الريضي المرجع السابق، ص129.

[6] لزرق بن عودة، المرجع السابق، ص 43.

ففي ختام هذا المطلب يري الباحث أن وجهة نظره الشخصية حول هذه الجزئية تكمن في أن الدعوى المباشرة لا تعتبر من الآليات التي تحافظ على الضمان العام للمدين الذي يستفيد منه جميع الدائنين وبالتساوي، بل هي ضمان من نوع خاص بالنسبة للدائن رافع الدعوى وتجعله في مركز متميز عن غيره من الدائنين العاديين، لأنه يستأثر بنتيجتها لوحده، ودون مزاحمة من باقي الدائنين على خلاف حق الحقوق الممتازة لأن الدائن ينفذ على هذه الأموال لوحده إذا صدر حكم قضائي بات ونهائي لصالحه، حيث يشترط في الأحكام القضائية بالنسبة المواد المدنية ألا تكون قابلة للتنفيذ إلا إذا كانت حائزة للشيء المقضي فيه، لذلك يقترح الباحث على المشرع إدراج الدعوى المباشرة تحت بند وعنوان الضمانات الخاصة المقررة للدائن لاستفاء حقه من مدينه، لأن نطاقها أصلا ضيق ومقيد بحالات قانونية منصوص عليها في الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني على سبيل الحصر لا المثال، وأخيرا ما يمكن استخلاصه أن الدعوى المباشرة هي استثناء عن الأصل العام، لأن القاعدة العامة تقضي بعدم جواز المطالبة بالحق إلا من خلال صاحبه بحد ذاته أو من ينوبه، وكذلك هذه الدعوى مقيدة من حيث نطاقها لأن المشرع نص على مجال استعمالها على سبيل الحصر، كما أنها مطلقة في أحكامها بالنسبة للدائن بحيث يستأثر بنتيجتها لوحده ودون مزاحمة ولا يحتاج إلى اتباع طرق التنفيذ.

المطلب الثاني: الحق في الحبس كمركز متميز وخاص للدائن العادي

إضافة إلى الدعوى المباشرة كضمان خاص للدائن العادي مقرر بموجب نصوص القانون وبصفة مباشرة والتي تم التطرق إليها سابقا، هناك أيضا ضمان خاص آخر يدعى الحق في الحبس وهو مقرر أيضا بنصوص القانون وبصفة مباشرة، بحيث يجعل الدائن العادي في مركز متميز عن غيره من باقي الدائنين كاستثناء على مبدأ المساواة بين الدائنين وقسمة الغرماء ودون مزاحمة في الضمان العام للمدين، خصوصا في حالة عدم كفاية أموال المدين للوفاء بجميع ديونه المستحقة الأداء، وعلى هذا الأساس سنتطرق في الفرع الأول إلى مفهوم الحق غي الحبس وتطبيقاته وفي الفرع الثاني سنتناول أحكامه.

الفرع الأول: مفهوم الحق في الحبس وتطبيقاته

سنخص بالدراسة في الفرع الأول تعريف الحق في الحبس ثم التطرق إلى شروطه وطبيعته القانونية من خلال الجزئية الأولى المتعلقة بمفهوم الحق في الحبس، أما في الجزئية الثانية سنتناول إلى تطبيقات الحق في الحبس منها ما هو منصوص عليها في نصوص القانون وكذلك أيضا التطبيقات الغير منصوص عليها في نصوص القانون.

أولا: مفهوم الحق في الحبس

سنتناول تعريف الحق في الحبس وشروطه، وأيضا التطرق خصائصه إلى طبيعته القانونية وموقف المشرع.

1-تعريف الحق في الحبس

سنتطرق تباعا إلى التعريف الفقهي ثم التعريف التشريعي.

أ-التعريف الفقهي للحق في الحبس

حظي الحق بالحبس باهتمام كبير من جانب الفقه، حيث عرفه الفقهاء كل واح حسب المعيار القانوني الذي يعتمده، حيث عرفه البعض على أنه " حق يثبت للدائن الذي يكون ملتزما بتسليم شيء معين لمدينه، في أن يمتنع عن تنفيذ التزامه بتسليم هذا الشيء، لحين استيفاء حقوقه قبل هذا المدين، طالما أن التزامه بتسليم الشيء نشأ بسبب التزام المدين، وكان مرتبطا به[1]، كما يعرف البعض الآخر الحق في الحبس على أنه مكنة قانونية تمثل مصلحة حالة ومشروعة ومحمية مصدرها القانون، تمارس بواسطة الدفع بها أمام القضاء عند الاقتضاء ،بحيث تمنح لصاحبها حق رفض رد شيء بين يديه اتجاه كل من يطالبه به عند توافر شروط محددة بين التزام الرد والدين المختص بمن يستعمل هذه المكنة من أجل ذلك الالتزام[2]، أي أن حق الحبس هو نظام قانوني يخول الدائن الذي يكون ملتزما بتسليم شيء معين لمدينه في أن يمتنع عن تسليمه حتى يستوفي كامل حقوقه المرتبطة بهذا الشيء[3]،كما عرف الفقه الفرنسي الحق في الحبس على أنه " امتناع الدائن عن الوفاء بالتزامه مادام الطرف الآخر لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه في حالات حددها وحصرها القانون إلا أنه لم يمنحه لأي دائن، كما اعتبره ضمان قانوني هدفه المحافظة على الشيء وليس للدائن الحق في بيعه وفي حالة بيعه ليس له حق التقدم على باقي الدائنين، بمعنى أنه وسيلة ضغط على المدين من أجل الوفاء وبالتالي فهو ضمان غير تام[4]، وعليه فإن الحق في الحبس وسيلة دفاعية ووقائية يستعملها الدائن في الالتزامات المتقابلة للضغط على المدين من أجل حمله عل تنفيذ التزامه عينا وعلى الصحيح وهذا ما كرسه المشرع في نص المادة 200 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم[5].

أما الباحث فيرى أن التعريف المناسب والأرجح للحق في الحبس هو كما يلي" نظام قانوني يخول للدائن بالالتزام إمكانية مسك أو حبس الشيء الذي التزم بأدائه حتى يضمن استيفاء حقه المرتبط بهذا

---

[1] العربي بلحاج، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، المرجع السابق، ص 306، وأنظر أيضا محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 168.

[2] محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 234.

[3] يوسف لوني، المرجع السابق، ص 361.

[4] حسينة خوجة، مقال بعنوان حق الحبس ضمان لتنفيذ الالتزام، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد، العدد، كلية الحقوق –سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1، سنة، ص 237.

[5] يوسف لوني المرجع السابق، ص 362.

الشيء، سواء كان هذا الارتباط قانوني أو مادي موضوعي"، ومثال مثل حبس البائع للشيء المبيع حتى يستوفي الثمن من قبل المشتري وهذا ما كرسه المشرع في المادة 390 من نفس الأمر 75-58.

ب-التعريف التشريعي

على غرار باقي التشريعات لم يعرف المشرع الجزائري الحق في الحبس لأن ذلك من اختصاص الفقه، إلا أنه نظم المشرع الجزائري أحكام الحق في الحبس في المواد من 200 إلى 202 من الأمر 75-58 المضمن القانون المدني والمعدل والمتمم حيث تنص المادة 200 من نفس الأمر على ما يلي " لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يقم بالتزام ترتب عليه وله علاقة سببية وارتباطا بالتزام المدين، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كان للوفاء بالتزامه هذا، ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع "، فيتضح من نص المادة أن الحق في الحبس يتميز بمجموعة من الخصائص والتي تميزه عن باقي الأنظمة القانونية المشابهة له، وهذا ما سنتناوله بالشرح في الجزئية الموالية كالآتي:

2-خصائص الحق في الحبس

للحق في الحبس مجموعة من الخصائص تتجلى في كونه غير قابل للتجزئة وذا طبيعة جزائية ومقرر بنصوص القانون، كمأنه يعد وسيلة دفاعية ووقاية من جهة أخرى، وهذا ما سنخصه بالدراسة وفقا لما يلي:

أ-الحق في الحبس يقع بقوة القانون

معنى ذلك أن الحق في الحبس يستند في وجوده إلى نصوص القانون والذي يخول للطرف الدائن بالالتزام إمكانية استعماله، أي خلال منح الدائن الحق في حبس الشيء الذي التزم به اتجاه المدين إلى غاية استيفاء حقه من هذا الأخير الممتنع عن التنفيذ، ويكون هذا الحق مرتبط بهذا الشيء المحبوس وذلك متى توافرت الشروط اللازمة لذلك، دون أن يكلف الدائن نفسه عناء اللجوء إلى القضاء ودون الحاجة إلى حكم قضائي من أجل تقريره، معنى ذلك أن الحق في الحبس يقع بقوة القانونية والذي يفترض فيه وجود التزامات قانونية تبادلية بين طرفيه وهذا ما كرسه المشرع الجزائري في نص المادة 200 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم[1].

ب-الحق في الحبس غير قابل للتجزئة

معنى ذلك أن خاصية عدم قابلية الحق في الحبس للتجزئة، تكمن في أن الدائن يجب يتمسك بكامل الشيء وليس بجزء منه، حتى ولو تم الوفاء من المدين بصفة جزئية، لأن هذا الأخير لا يترتب عنه انقضاء الحق في الحبس

[1] زكريا سرايش، الحق في الحبس وأثره في الضمان، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري-قسنطينة، 2018، ص 60 -62.

بصفة جزئية، كون الدائن يمنح له الحق في الامتناع عن تسليم الشيء كله إلى غاية استيفاء حقه المتمثل في أصل الدين وملحقاته والمصاريف التي أنفقها العين من أجل المحافظة عليها إذا تطلب الأمر ذلك تحقيقا لأهمية الحق في الحبس الواسعة النطاق، وهذه الخاصية أيضا تستهدف ضمان حق الدائن وتجعله في مركز خاص ومتميز عن غيره من الدائنين واستثناء على مبدأ المساواة[1].

ج-الحق في الحبس وسيلة دفاعية ووقائية

أجمع الفقه على الطبيعة الوقائية للحق في الحبس، كون هذا الجزاء الذي أقره المشرع من أجل تنفيذ المدين لالتزامه تجنبا لوقوع الضرر، وهذا ما يجسد الطابع الوقائي والدفاعي الممتاز الذي يخول للأطراف استعمال هذا حق الحبس وذلك متى توافرت شروطه بهدف الوصول بالالتزام إلى الغاية الأقل خطورة من أجل استقرار المعاملات وتفادي الفسخ، لأن الهدف المنشود دائما هو المحافظة على المراكز القانونية واستمرارها أولى من هدمها، كون الحق في الحبس يمنح الدائن الحق في لامتناع عن تسليم الشيء كله حتى يستوفي حقه من أصل الدين والمصروفات وبذلك يعتبر هذا الحق بمثابة آلية دفاعية من أجل دفع المدين إلى تنفيذ الالتزام قبل اللجوء إلى الوسائل الأخرى[2].

د-الحق في الحبس وسيلة ضغط على المدين لتنفيذ التزامه

الحق في الحبس لا يخول للدائن الحابس الإبقاء على ملكيته للشيء بصفة دائمة، وإنما يمكنه من الاحتفاظ بملكية هذا الشيء بصفة مؤقتة وعدم تسليمه للمدين مؤقتا باعتباره دائنا لم يستوفي حقه من هذا المدين، وعليه فإن الحق في الحبس يعد وسيلة ضغط تجعل الدائن يستعملها من خلال حبس الشيء من أجل الضغط على المدين وحمله على تنفيذ التزامه، وهذا ما يؤدي بنا إلى القول بأن الحق في الحبس يشبه إلى حد بعيد الغرامة التهديدية من حيث تحقيق الهدف المراد الوصول إليه وهو التنفيذ واستقرار المعاملات الاقتصادية وليس الفسخ[3].

3-شروط الحق في الحبس

من أجل تمسك الدائن بالحق بالحبس في حالة امتناع المدين عن الوفاء بالتزامه لابد من توافر مجموعة من الشروط، منها التزام الدائن بأداء شيء ووجود حق مستحق الأداء للحابس، وأن يكون هناك ارتباط بين التزام الدائن الحابس حقه الذي هو في ذمة المدين، وعليه سنتناول هذه الشروط تباعا بالشرح وفقا لما يلي:

[1] عبد الباقي البكري، تنفيذ الالتزام، الطبعة الأولى، منشأة المعرف، بغداد، ص 447.

[2] زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 63 وما يليها.

[3] أحمد سمير الصوفي، حق الحبس في القانون المدني العراقي، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإنسانية، العدد 01، جامعة الأنبار، العراق، 2009، ص ص 250،249.

أ-وجود التزام على الدائن بأداء شيء

من أجل إعمال الحق في الحبس يجب توافر محل الالتزام الذي ينصب ويرد عليه الحق في الحبس، بحيث يلتزم الدائن الحابس بأداء هذا الشيء لأن حق المدين متعلق به، بشرط أن يكون هذا الشيء مادي سواء كان هذا الحق أو الشيء منقولا أو عقارا، ولا يكون هذا الشيء ملكا عاما من الأموال العامة والتي لا تقبل الحجز عليها[1].

ب-أن يكون حق الدائن الحابس مستحق الأداء

يشترط لقيام الحق في الحبس وجود حق للدائن مستحق الأداء[2] لأن الهدف من الحق في الحبس هو الضغط على المدين وحمله على تنفيذ التزامه في الوقت المحدد ، وهذا الحق هو دين في ذمة المدين ويشترط فيه أن يكون دينا مدنيا ومحقق الوجود ومستحق الأداء وخاليا من النزاع، وألا يكون حق الدائن معلقا على شرط واقف أو مضاف لأجل، وأن يكون هذا الحق تاليا في الوجود أو على الأقل معاصرا لحيازة الشيء ويشترط كذلك عدم قيام المدين بتنفيذه لالتزامه قبل الدائن أو كان هذا التنفيذ معيبا أو جزئيا[3]، من خلال عدم الوفاء بحق الدائن، وإلا لا يجوز للدائن حبس الشيء الذي التزم به تحت أي عذر من الأعذار ، ما لم يقضي اتفاق أو عرف أو طبيعة معاملة بخلاف ذلك كمأن مصدر حق الحابس لا يؤثر لقيام الحق في الحبس فقد يكون عقدا أو عمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو بنص القانون وقد يكون محله عينا أو مبلغا من النقود أو قيام بعمل أو الامتناع عن عمل[4].

ج-أن يوجد ارتباط بين التزام الدائن الحابس وحقه

من أجل قيام الحق في الحبس يجب أن يكون هناك ارتباط بين حق الحابس والتزامه بأداء الشيء، سواء كان هذا الارتباط قانوني من خلال علاقة قانونية تبادلية بين التزامين أي كان مصدرها العقد أو الإرادة المنفردة لأحد أطراف الالتزام ، فيكون لكل من الطرفين الحق في الامتناع عن تنفيذ التزامه [5]،كأن يحبس البائع الشيء المبيع حتى يستو في الثمن من المشتري والعكس صحيح كأن يمتنع المشتري عن دفع الثمن حتى يتسلم الشيء المبيع وهذا ما كرسه المشرع في نص المادة 390 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم[6]، وقد يكون هذا الارتباط مادي أساسه واقعة مادية تتمثل في حيازة الشيء أو إحرازه، معنى ذلك أن الارتباط المادي الموضوعي يرجع

---

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 172-174، وأنظر أيضا أنور سلطان، المرجع السابق، ص 77-79.

[2] محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص .237

[3] أحمد سمير الصوفي، المرجع السابق، ص 252 وما يليها.

[4] محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 238، أنظر وراجع أيضا العربي بلحاج أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، المرجع السابق، ص ص 317،318.

[5] زكرياء سرايش، المرجع السابق، ص

[6] تنص المادة 390 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر على ما يلي "

إلى الشيء في ذاته وليس لرابطة قانونية تبادلية تجمع طرفي الالتزام وهما الدائن الذي حبس الشيء والمدين له الحق في استرداد هذا الشيء[1].

د-وجوب توافر حسن النية في استعمال الحق في الحبس

متى توافرت الشروط السالفة الذكر يمكن للدائن حبس الشيء بشرط أن يكون حسن النية حتى يستوفي حقه من المدين، بمعنى لا يتعسف في استعمال حق الحبس، وألا يكون عدم تنفيذه لالتزامه راجع إلى تقصير هذا الأخير أو بسبب غشه أو إهماله، لأن سوء النية يعد سبب من أسباب فقدان الدائن لحقه في حبس هذا الشيء[2].

ثانيا: تطبيقات الحق في الحبس

تتجلى تطبيقات الحق في الحبس في صنفين، الصنف الأول يتعلق بالتطبيقات المنصوص عليها القانون والصنف الثاني يتمثل في التطبيقات غير المنصوص عليها في قانون، وهذه التطبيقات منها ما يقوم على ارتباط قانوني أو تبادلي ومنها ما يقوم على ارتباط مادي موضوعي، وهذا ما سنتطرق بالتفصيل حقا على النحو الآتي:

1-تطبيقات الحق في الحبس المنصوص عليها في القانون

أورد المشرع الجزائري تطبيقات للحق في الحبس في نصوص متفرقة من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم، ومن هذه التطبيقات ما يقوم على ارتباط قانوني، أي وجود علاقة تقابلية تبادلية بين الدينين لكل من الطرفين، كالدفع بعدم التنفيذ وحق البائع في حبس الشيء المبيع حتى يستوفي الثمن وحق المشتري في حبس الثمن حتى يقوم البائع بضمان التعرض وضمان العيوب الخفية وتسلم الشيء المبيع إذا لم يتسلمه من البائع بشرط أن يكون حق الحابس مستحق الأداء ومرتبط بالتزامه بأداء الشيء المحبوس وخاليا من النزاع ، وهذا ما كرسه المشرع في نص المادتين، إلا في حالة وجود شرط في العقد يمنع الطرف الآخر من استعمال الحق في الحبس من أجل حبس السيئ 390 و 388 الأمر المذكور أعلاه وكذلك توجد تطبيقات للحق في الحبس منصوص عليها في القانون لكنها تقوم على ارتباط مادي موضوعي مثل حق الحابس في حبس الشيء إلى غاية استرداد ما أنفقه عليها من مصروفات لازمة على هذا الأخير، وهذا ما كرسه المشرع في المواد 200 و 784 و785 و839 من نفس الأمر إذا كانت هذه المصروفات ضرورية أو نافعة، سواء كانت بحسن أو بسوء نية[3].

---

[1] أنور سلطان، المرجع السابق، ص 81 وما يليها، وأنظر وراجع أيضا العربي بلحاج، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، المرجع السابق، ص 319 وما يليها.

[2] أحمد سمير الصوفي، المرجع السابق، ص 249.

[3] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 179.

2-تطبيقات الحق في الحبس غير المنصوص عليها في القانون

إضافة إلى تطبيقات الحق في الحبس المنصوص عليها في القانون هناك تطبيقات أخرى غير منصوص عليها في القانون منها ما يقوم على ارتباط قانوني مثل حق المؤجر في حبس العين المؤجرة حتى يستوفي الأجرة وحق المستأجر في حبس الأجرة حتى يتمكن من الانتفاع بالعين المؤجرة، وهذا التطبيق يعد نموذجا الدفع بعد التنفيذ في عقد الإيجار، ومن تطبيقات الحق في الحبس التي تقوم على ارتباط مادي موضوعي مثل حبس الدائن الحابس للعين حتى يستوفي المصاريف التي أنفقها جراء حدوث تكاليف غير معتادة وقيامه بصيانة أضرار جسيمة[1].

الفرع الثاني: آثار الحق في الحبس وانقضائه

سنتطرق في هذا الفرع تباعا إلى الآثار المترتبة على الحق في الحبس بالنسبة للدائن الحابس والمتمثلة في حقوق وواجباته، إضافة إلى ذلك سنتناول أيضا انقضاء الحق في الحبس سواء كان ذلك بطريقة تبعية أو أصلية.

أولا: آثار الحق في الحبس

كما سبق وأن ذكرنا فإن آثار الحق في الحبس بالنسبة للدائن تتجلى في حقوق وواجبات هذا الأخير.

1-حقوق الدائن الحابس

بمجرد توافر شروط الحق في الحبس السابقة الذكر، تترتب للدائن الحابس مجموعة من الآثار من خلال امتناعه عن تسليم الشيء لمالكه، وتتجلى هذه الآثار في مجموعة من الحقوق والواجبات ومن هذه الحقوق ما يلي:

أ-الحق في الامتناع عن تسليم الشيء المحبوس

يرتب الحق في الحبس للدائن الحابس الحق في الامتناع عن تسليم الشيء المحبوس لمالكه أو من له الحق في استرداده حتى يستوفي حقه كاملا وهذا الامتناع يعد ضمانا خاصا للحابس وليس حق امتياز ويشمل الحق في الحبس أصل الدين وملحقاته من مصاريف وفوائد إن وجدت، أو حتى يقوم المدين بعرض الوفاء عرضا حقيقيا يقبله الحابس أو يحكم نهائيا بصحته لأن العرض الحقيقي يقوم مقام الوفاء ، ولا يمكن تجزئة الحق الحبس حتى ولو قام المدين بالوفاء الجزئي بحق الدائن الحابس، وبالتالي فإن الحق في الحبس يشترك مع كافة حقوق الضمان في عدم القابلية للتجزئة ، وهذ الحق يستند في وجوده على الحيازة المادية أي السيطرة الفعلية على الشيء كامتناع البائع عن تسليم الشيء المبيع الذي يسيطر عليه فعليا للمشتري بشرط ألا يتعسف الدائن الحابس في استعمال هذا الحق[2].

[1] أحمد سمير الصوفي، المرجع السابق، ص 249.

[2] حسينة خوجة، حق الحبس ضمان لتنفيذ الالتزام، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر 1، المجلد 54، العدد 02، بتاريخ 2017/06/15، ص 240.

ب-الحق في الاحتجاج بحق الحبس اتجاه الغير

يسري الحق في الحبس في مواجهة الخلف العام والدائن العادي سواء كان حقه سابقا أو لاحقا لحق الدائن الحابس، غير أن هذا الأمر لا يحرم الدائن العادي من التنفيذ على الشيء المحبوس لأن هذا الأخير يعد جزء من الضمان العام للمدين الذي لم يوفي بحق الدائن الحابس، لكن بعد أن يستوفي هذا الأخير حقه كاملا، كون الحق في الحبس يعد ضمانا خاصا يتمتع به الدائن الحابس دون غيره من الدائنين العاديين، أما بالنسبة للخلف الخاص إذا كان سبب الحق في الحبس إنفاق مصروفات فيمكن حينها للدائن الحابس الاحتجاج بحق الحبس اتجاه الخلف الخاص سواء كان حق هذا الأخير سابق أو لاحقا لثبوت الحق في الحبس، بحيث يعتبر الدائن الحابس دائنا من نوع خاص بالنسبة لهذه المصروفات في مواجهة كل من يطالب باسترداد الشيء المحبوس، كما أن الحق في الحبس لا يمنح لصاحبه حق التتبع والاحتفاظ بالشيء ولوكان محل تصرفات متعاقبة سواء كان عقار أو منقولا[1].

ج-عدم تخويل حق الحبس امتياز للدائن الحابس

الحق في الحبس باعتباره من آليات الضمان الخاص مقررة للدائن الحابس من أجل الضغط على المدين بهدف استيفاء حقه، فإذا وفى المدين بحق الدائن نتيجة الحق في الحبس فهذا الوفاء لا يزاحمه فيه باقي الدائنين العاديين[2]، غير أن الحق في الحبس لا يعد حق امتياز[3] بالنسبة للدائن الحابس على الشيء المحبوس فلا يمكنه رفض تسليم الشيء إلى الشخص الذي رسا عليه المزاد في حالة التنفيذ على الشيء وبيعه بالمزاد العلني[4]، أما بالنسبة للثمن الناتج عن هذا البيع فيقسم بالتساوي لأنه لازال في الضمان العام للمدين والذي يشترك فيه جميع الدائنين دون استثناء ويخضع هذا المال لقاعدة قسمة الغرماء بين الدائنين، لأن الضمان الخاص بالنسبة للدائن الحابس يكمن في حبسه للشيء بهدف الضغط على المدين من أجل الوفاء للدائن الحابس وليس التنفيذ على الشيء[5].

يرى الباحث أن الحق في الحبس يمنح للدائن الحابس إمكانية الضغط على المدين من أجل الوفاء بالدين الذي في ذمته، وبالتالي يتوقى الدائن الحابس مزاحمة الدائنين الآخرين له من خلال تفادي قسمة الغرماء في حالة التنفيذ على أموال المدين المتواجدة بالضمان العام بما فيها الشيء المحبوس، غير أن

---

[1] حسينة خوجة، المرجع نفسه، ص ص 241،242، وراجع أيضا محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 182.

[2] أنور سلطان، المرجع السابق، ص ص 90،91، وأنظر أيضا محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 244.

[3] تنص المادة 01/201 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر على ما يلي " مجرد الحق في الحبس لا يثبت حق امتياز عليه ".

[4] أنور سلطان، المرجع السابق، ص 92.

[5] أحمد سمير الصوفي، المرجع السابق، ص 249، وراجع أيضا العربي بلحاج أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، المرجع السابق، ص 326.

المشرع أقر الحق في الحبس ولم يحدد مدة لذلك ولم يبدي موقفا واضحا في حالة الوفاء الجزئي مع العلم أن الحق في الحبس غير قابل للتجزئة مما يسبب ضرر للمدين نتيجة ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة بسبب عدم تسلمه للعين المحبوسة في الوقت المناسب خصوصا في الأشياء التي تنتج ثمارا وتكون سريعة والتلف لاسيما أمام صعوبة الاثبات ، فلذلك يقترح الباحث على المشرع إقرار التعويض في هذه الحالة حماية للمدين الذي وفى جزئيا للدائن الحابس بهدف منع هذا الأخير من التعسف في استعمال هذا الحق حتى يتحقق التناسب بين امتناع المدين عن جزء من التنفيذ وحق الدائن حبس العين.

2-واجبات الدائن الحابس للشيء

إضافة إلى الحقوق التي يرتبها الحق في الحبس بالنسبة للدائن الحابس يرتب أيضا التزامات على عاتق هذا الأخير تتمثل في المحافظة على العين المحبوسة وتقديم حساب عن الغلة إذا كان الشيء المحبوس ينتج ثمارا ورد العين المحبوسة إلى صاحبه إذا كان يخشى عليها من الهلاك، وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى هذه الواجبات كالآتي:

أ-المحافظة على العين المحبوسة

بالرجوع إلى نص المادة 201 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، فإن المشرع الجزائري أوجب على الدائن الحابس المحافظة على العين المحبوسة تحت يده، من خلال بذل عناية الرجل المعتاد وفقا لأحكام رهن الحيازة، معنى ذلك أن الحابس يتعهد بصيانة العين والمحافظة عليها من التلف أو الهلاك أو الإهمال، وإلا قامت مسؤوليته عن ذلك، ما لم يكن الهلاك راجع لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ويكون الدائن الحابس مسؤولا عن الضرر الذي يسببه حبس الشيء بالنسبة للغير على أساس المسؤولية التقصيرية ، لأن الدائن الحابس عن حراسة الشيء كونه يسيطر فعليا على هذا الشيء بفعل الحيازة المادية لهذا الأخير[1]، لكن إذا خشي الحابس على هلاك الشيء أو تلفه يمكنه الحصول على إذن من القضاء من أجل بيع الشيء المحبوس ويتغير محل الحبس من الشيء إلى الثمن، وقد يودع الثمن لدى خزانة المحكمة أو لدى شخص ثالث أو الدائن الحابس[2].

ب-تقديم حساب عن الغلة إذا كانت العين المحبوسة تنتج ثمارا

إذا كان الشيء المحبوس من الأشياء التي تنتج ثمارا، فإن الدائن الحابس ملزم بتقديم حساب للمدين المالك عن الغلة، أي ما ينتجه الشيء المحبوس من ثمار، على اعتبار الدائن حائزا وليس مالكا ففي عقد البيع فإن الثمار تستحق للمشتري من وقت إبرام عقد البيع أو من الوقت المتفق عليه، معنى ذلك أن الدائن يقبض هذه الغلة ويحبسه

[1] حسينة خوجة، المرجع السابق، ص 244، وأنظر المواد 955و 971 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[2] جمال أبو الفتوح محمد أبو الخير، مقال بعنوان مشروعية الامتناع عن تنفيذ الالتزام، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 07، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة السادات، جمهورية مصر العربية، 2019، ص ص 80،81.

مع الشيء ويقدم حسابا عنها للمالك، فإذا خشي الحابس عن هذه الثمار من الهلاك أو التلف يسارع إلى يبعها بعد أخذ إذن من القضاء، ثم يحبس ثمنها ويقدم حساب إلى المدين المالك بعد انقضاء الحق في الحبس، وتبقى ملكية الشيء وثماره خالصة للمدين وتقتصر يد الدائن الحابس على الحيازة المادية ويكون للمدين المالك حق التصرف فيها وبكل حرية متى شاء ذلك[1]، ويستوجب في تحقيق هذا الالتزام توافر عنصر حسن النية[2].

ج–رد العين المحبوسة إذا كان يخشى عليها من التلف والهلاك

يقع على عاتق الدائن الحابس التزام مضمونه رد العين المحبوسة عن انقضاء الحق في الحبس، ويختلف هذا الالتزام حسب العلاقة التي تربط الدائن الحابس بالمدين المالك، فقد يكون مصدر رد العين المحبوسة العقد[3]، ومثال ذلك حبس البائع للشيء المبيع حتى يستوفي الثمن من المشتري، ففي هذه الحالة الالتزام الذي يقع على عاتق البائع تسليم الشيء المبيع للمشتري المالك إذا استوفى البائع حقه من هذا المالك، أي انقضى الالتزام بسبب الوفاء من قبل المدين[4]، وقد يكون مصدر رد العين غير العقد كالإثراء بلا سبب مثل حيازة شخص لأرض مملوكة للغير وقام بغرس الأشجار فيها ثم حبسها حتى يستوفي حقه المتمثل في التعويض عن الأشجار التي غرسها، فإذا حصل هذا الأخير على التعويض توجب عليه ترك حيازة الأرض إلى مالكها، لأن الحق في الحبس هو امتناع مؤقت عن تنفيذ الالتزام وليس نهائي، حيث ينتهي الحق في الحبس بتسليم العين المحبوسة لمالكها متى قام هذا الأخير بالوفاء بالتزامه اتجاه الدائن[5].

ثانيا: انقضاء الحق في الحبس

بمأن الحق في الحبس هو امتناع مؤقت عن تنفيذ الالتزام الذي في ذمة الدائن، أي إنه ليس حق دائم لهذا الأخير، وبالتالي لابد من انقضاء هذا الحق ويكون ذلك بإحدى الطريقتين، إما أن ينقضي الحق في الحبس بطريقة تبعية أو ينقضي بطريقة أصلية وهذا ما سنتطرق إليه بالشرح والتفصيل تباعا في هذه الجزئية وفقا لما يلي:

1–انقضاء الحق في الحبس بطريقة تبعية

ينقضي الحق في الحبس بطريقة تبعية وفقا لقاعدة إذا زال الأصل زال معه الفرع، وعليه إذا انقضى الحق المضمون بالوفاء اختياريا من قبل المدين، أو بما يعادل الوفاء مثل المقاصة أو التجديد أو اتحاد الذمة انقضى معه الحق

---

[1] زكريا سرايش، المرجع السابق، ص ص 159، 160، وراجع محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 185.

[2] محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 247.

[3] جمال أبو الفتوح محمد أبو الخير، المرجع السابق، ص 81.

[4] حسينة خوجة، المرجع السابق، ص246، وراجع أيضا العربي بلحاج أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، المرجع السابق، ص ص 331،332.

[5] محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 247، وأنظر أيضا محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 185.

في الحبس، كما ينقضي الحق في الحبس بانقضاء الحق المضمون دون وفاء كما في حالة الابراء، أو استحالة تنفيذ هذا الالتزام الأصلي بسبب أجنبي، فإن الحق في الحبس ينقضي معه أيضا تجسيد لقاعدة الانقضاء بالتبعية والتي تقضي بانقضاء الالتزام التابع وفقا لانقضاء الالتزام الأصلي[1].

2-انقضاء الحق في الحبس بطريقة أصلية

ينقضي الحق في الحبس بطريقة أصلية ويفقد الدائن الحابس الضمان الخاص المقرر له بموجب هذا الحق متى قدم المدين المالك للدائن الحابس تأمينا كافيا سواء كان ذلك تأمينا شخصيا مثل الكفالة أو تأمينا عينيا مثل الرهن الرسمي أو الحيازي أو حق تخصيص أو حق امتياز، وكذلك ينقضي الحق في الحبس بطريقة أصلية في حالات أخرى كما في حالة تنازل الدائن الحابس عن حقه في الحبس، بمعنى فقدان الحابس السيطرة المادية والفعلية على الشيء، أي خروج العين من يد الحابس خروجا إراديا[2]، وأيضا ينقضي هذا الحق بطريق أصلي إذا أخل الدائن الحابس بواجب المحافظة على العين المحبوسة مثل عدم قيام البائع بالإجراءات اللازمة من أجل عدم هلاك وتلف العين المحبوسة، وكذلك ينقضي حق الدائن في حبس الشيء إذا هلك هذا الأخير هلاكا تاما، وفي كل هذه الحالات يفقد الدائن صفة المركز المتميز والخاص ويصبح دائن عادي تسري عليه المساواة مع أقرانه من الدائنين[3].

بناء على ما سبق التطرق إليه يتضح أنه ما يمكن استخلاصه من خلال هذا المبحث أن الدعوى المباشرة والحق في الحبس بصفتهما من آليات الضمان الخاص بحيث يتمكن الدائن العادي من خلال الدعوى المباشرة استيفاء حقه دون مزاحمة من باقي الدائنين كون هذه الدعوى مقررة للدائن العادي في حالات محصورة قانونا وكذلك الاستئثار بنتيجتها من قبل الدائن الذي قام برفعها وليست مقررة لحماية الضمان العام ، أما الحق في الحبس يكمن الضمان الخاص فيه كونه مقرر لدائن معين من أجل الضغط على المدين لتنفيذ التزامه، أما في حالة التنفيذ فلا يستأثر بنتيجتها لوحده، فهو يشبه الغرامة التهديدية، وهذا ما يجسد الاستثناء على مبدأ المساواة على أموال المدين بين جميع الدائنين العاديين .

[1] زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 200.

[2] عبد الرزاق دربال، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2004، ص26.

[3] خالد نواف حازم، انقضاء الحق في الحبس بطريق أصلي " دراسة تحليلية مقارنة "، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 01، العدد24،01، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، سنة 2005، ص ص 109،110.

المبحث الثالث: الضمانات الخاصة المقررة للدائن العادي بموجب نصوص القانون بصفة غير مباشرة

إضافة إلى الضمانات الخاصة المقررة للدائن العادي بموجب العلاقة العقدية والضمانات الخاصة المقررة بنصوص القانون بصفة مباشرة، هناك ضمانات خاصة أخرى مقررة للدائن العادي كاستثناء على مبدأ المساواة وتتمثل في ضمانات خاصة نص عليها القانون بصفة غير مباشرة، أي بصفة عارضة بمناسبة تنظيمه لانتقال الالتزام وانقضائه، وعلى هذا الأساس سنتطرق في هذا المبحث تباعا الى البعض من هذه الضمانات، ففي المطلب الأول سنتناول حوالة الدين وفي المطلب الثاني سنخص بالدراسة المقاصة كضمان متميز وخاصة للدائن العادي.

المطلب الأول: حوالة الدين

في هذا المطلب سنتناول بالشرح مفهوم حوالة الدين في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني سنتطرق إلى آثارها.

الفرع الأول: مفهوم حوالة الدين

سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف حوالة الدين وكذلك شروط انعقادها ونفاذها، وتمييزها عن حوالة الحق.

أولا: تعريف حوالة الدين

يعر الفرع الأول: مفهوم حوالة الدين في بعض الفقه حوالة الدين على أنها اتفاق الدائن أو المدين مع شخص آخر على الحلول محل المدين في ذات الدين[1]، كما يعرفها بعض من الفقه على أنها " هي ذلك العمل قانوني الذي بموجبه يدخل شخص ثالث كمدين في التزام قائم بدلا من المدين الأصلي دون أن يؤدي ذلك إلى تغيير في مضمون الالتزام[2]، أما المشرع المدني الجزائري لم يعرف حوالة الدين تاركا الأمر للفقه، إلا أنه نظم أحكامها في الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم[3]، حيث تنص المادة 251 من نفس الأمر على ما يلي " تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين "، يتضح من خلال التعريفات الفقهية أن حوالة الدين يتفق فيها المدين مع شخص أجنبي، بحيث فلا يشترط في انعقاد الحوالة رضا الدائن حتى ولوكان ذلك ضروريا لنفاذها، بل يتحمل هذا الشخص الأجنبي الدين الذي في ذمة المدين اتجاه الدائن، وينتقل هذا الدين إلى هذا الشخص الأجنبي بجميع مقوماته وخصائصه وضماناته ودفوعه، متى توافرت مجموعة الشروط اللازمة لذلك، ويسمى هذا الشخص الأجنبي بالشخص المحال عليه ويسمى المدين بالشخص المحيل، والدائن بالشخص المحال أو المحال إليه[4].

---

[1] محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 247.

[2] مصطفى قويدري، حوالة الدين بين القانون المدني وقانون الصفقات العمومية الطابع العملي للنظرية، المجلة الزائرية للعلوم الاقتصادية والسياسية، المجلد 48، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، مارس 2011، ص 102.

[3] أنظر المواد من 251 إلى 257 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[4] مصطفى قويدري، المرجع السابق، ص ص 102، 103.

ثانيا: شروط حوالة الدين

لإعمال حوالة الدين وتحقق الغرض الذي أقرت لأجله، يجب توافر مجموعة من الشروط منها ما يرجع إلى انعقادها ومنها ما يرجع إلى نفاذها، وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى ذلك من خلال هاتين الجزئيتين كما يلي:

1-الحوالة عقد بين المدين الأصلي والمحال عليه

في هذه الحالة تتم حوالة الدين بموجب اتفاق بين المدين الأصلي والشخص المحال عليه[1] متى توافرت الأركان العامة المتطلبة لانعقاد أي عقد والمتمثلة في الرضا والمحل والسبب، وتوافر الأهلية اللازمة لذلك وخلو إرادة الطرفين من العيوب، لكن في هذه الحالة لا يشترط رضا الدائن كونه ليس طرفا في العقد وإنما مستفيد منه، أماعن نفاذ حوالة الدين فإنها لا تنفذ إلا برضا الدائن ولا تكون نافذة في حقه إلا إذا أقرها هذا الأخير ودون إضافة شروط أو إجراء تعديل وإلا اعتبرت رفضا[2]، ويقصد بذلك إقرار الدائن بقبوله الاتفاق الذي تم بين المدين المحال عليه الدين، ويكون ذلك تحت طائلة عدم عدول المتعاقدين عن الحوالة أو تعديلها، أما إذا رفض الدائن الحوالة سواء كان هذا الرفض صريحا أو ضمنيا ودون اشتراط شكلية معينة لهذا الرفض، فإنها لا تنفذ في حق هذا الدائن[3].

2-الحوالة عقد بين الدائن والمحال عليه

إضافة إلى الحالة الأولى، فقد تنعقد حوالة الدين بموجب اتفاق بين الدائن والمحال عليه، وينتج عن هذا الاتفاق حلول الشخص المحال عليه محل المدين الأصلي في التزامه، كما يسري على هذا العقد القواعد العامة السالفة الذكر من رضا ومحل وسبب، وقد يكون ذلك صراحة أو ضمنا، بشرط وضوح إرادة الطرفين ودون اشتراط شكل خاص لانعقادها، ودون حاجة إلى رضا المدين الأصلي سواء بالنسبة لانعقاد حوالة الدين أو نفاذها[4].

الفرع الثاني: آثار حوالة الدين

بمجرد انعقاد حوالة الدين يترتب عليها مجموعة من الآثار، فمن هذه الآثار ما ينصرف إلى الدائن ومنها ما ينصرف إلى الشخص المحال عليه، بالإضافة إلى بعض الآثار التي تنصرف إلى المدين الأصلي بالالتزام اتجاه الدائن.

أولا: آثار حوالة الدين بالنسبة للدائن

تعد حوالة الدين بمثابة ضمان خاص وكافي للدائن من أجل لمحافظة على حقه، بحيث يميزه عن باقي الدائنين العاديين الآخرين كاستثناء على مبدأ المساواة، من خلال انتقال الدين بذاته من المدين الأصلي بالالتزام إلى الشخص

---

[1] أنظر المادة 251 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[2] مصطفى قويدري، المرجع السابق، ص106. وأنظر المادة 252 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[3] محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ص 279، 280.

[4] عبد الرحمان الشرقاوي، أحكام الالتزام، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2020، ص82.

المحال عليه ، كما ينتقل هذا الدين بكافة صفاته كأن يكون هذا الدين معلقا على شرط أو مضاف إلى أجل، وكذلك أيضا انتقال هذا الدين بكافة ضماناته، سواء كان رهنا لرسمي أو حيازيا ،أو حق التخصيص أو حق امتياز، والمقصود بهذه الضمانات هي الضمانات المقدمة من الشخص المحال عليه، غير أنه إذا كان الدين مضمونا بكفالة عينية أو شخصية، فإن هذه الكفالة تنقضي إلا إذا رضي الكفيل بقاء كفالته، أما الضمانات المقدمة من طرف الغير سواء كانت عينية أو شخصية فهي مستثناة، كونها مقدمة من كفيل المدين الأصلي[1].

ثانيا: آثار حوالة الدين بالنسبة للمحال عليه

يترتب على حوالة الدين بالنسبة للمحال عليه أثر مباشر يتمثل في حلول الشخص المحال عليه محل المدين الأصلي بالالتزام، بحيث يصبح مسؤولا عن الوفاء بالدين الذي في ذمة المدين بالالتزام الأصلي اتجاه الدائن المستفيد من حوالة الدين، كما يترتب على الحوالة أيضا بالنسبة للشخص المحال عليه في مقابل حلوله محل المدين مجموعة من الآثار تتمثل في حماية مصلحته، وبين أوجه هذه الحماية هي حق المحال عليه التمسك في مواجهة الدائن بكافة الدفوع المقررة للمدين الأصلي بالالتزام ، ومنها التمسك ببطلان الدين الأصلي الذي في ذمة المدين أو المطالبة بالفسخ ، أو التمسك بانقضائه بمختلف طرق الانقضاء مثل المقاصة، أو التجديد ، أو التقادم[2].

كما يمكن للمحال عليه التمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة في مواجهة الدائن، بحيث يجوز لهذا الأخير التمسك ببطلان عقد الحوالة لتخلف ركن من الأركان العامة مثل عدم مشروعية السبب أو المحل، أو انعدام الرضا، كما يجوز أيضا للمحال عليه التمسك في مواجهة الدائن بالدفع بالإبطال بسبب نقص أهليته أو أن إرادته يشوبها عيبا من عيوب الرضا المنصوص عليها قانونا مثل الغلط والتدليس، كما يمكن للمحال عليه التمسك بانعدام الحوالة في مواجهة الدائن بسبب وصف الالتزام، كتحقق الشرط الفاسخ أو تخلف الشرط الواقف[3].

ثالثا: آثار حوالة الدين بالنسبة للمدين الأصلي بالالتزام

الأصل أنه إذا أقر الدائن حوالة الدين يترتب على ذلك براءة ذمة المدين، بحيث أن الدين ينتقل بجميع ضماناته وصفاته من ذمة المدين إلى ذمة الشخص المحال عليه ويلتزم هذا الأخير بالوفاء قبل إقرار الحوالة وبعد رفضها[4]، أما إذا انعقدت الحوالة بين المدين الأصلي والشخص المحال عليه، وكانت هذه الحوالة بمقابل ولم يقم المدين الأصلي بالوفاء اتجاه المحال عليه بعد قيام هذا الأخير بالوفاء بحق الدائن اتجاه المدين، جاز للشخص المحال عليه

[1] حورية مخلوفي، حوالة الدين، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011، ص69.

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 285، وراجع أيضا أنور سلطان، مرجع سابق، ص 308.

[3] العربي بلحاج، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، المرجع السابق 554 وما يليها، وأنظر أيضا المادة 256 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[4] أنظر المواد 253 و255 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

الرجوع على المدين بمقدار ما وفى به للدائن، أما إذا تمت الحوالة بين الدائن والمحال عليه، وقام المحال عليه بالوفاء للدائن، ففي هذه الحالة ووفقا للقواعد العامة يمكن للدائن الرجوع على المدين بدعوى قضائية على أساس الإثراء بلاسبب[1]، **يرى الباحث أن المشرع ومن أجل حماية الدائن والغير من المخاطر التي تترتب عن حوالة الدين اشترط إقرارها من قبل الدائن، إلا أنها ورغم المخاطر التي تسببها للدائن والغير فهي تعد ضمان خاص للدائن العادي خصوصا في حالة عدم قدرة المدين الأصلي على الوفاء بالالتزام اتجاه الدائن، وبالتالي يتسع الضمان بالنسبة لهذا الأخير دون غيره من الدائنين العاديين وتصبح حوالة الدين تلعب دور الكفالة أو التجديد، لذلك يقترح الباحث على المشرع في حالة تعديله للقانون المدني مراجعة بعض المفاهيم المتشابهة وإدراجها تحت عنوان واحد بدل تكرارها بعناوين مختلفة وتحت مسميات عديدة تفاديا للتضخم التشريعي خصوصا بالنسبة للأمر 75-58 المتضمن القانون المدني للقانون المدني الجزائري.**

المطلب الثاني: المقاصة

بعد التطرق لحوالة الدين في المطلب الأول كآلية من الآليات الخاصة التي تضمن للدائن المحافظة على حقه بصفة غير مباشرة من خلال تنظيم المشرع لانتقال الالتزام، كما سنتطرق في المطلب الثاني أيضا إلى الدور الخاص الذي تلعبه المقاصة بصفة غير مباشرة في الحفاظ على حق الدائن العادي وجعله في مركز متميز عن باقي الدائنين استثناءا على مبدأ المساواة، وذلك من خلال تطرق المشرع للمقاصة تحت عنوان انقضاء الالتزام، وعلى هذا الأساس سنتناول بالتفصيل مفهوم المقاصة في الفرع الأول، ثم ننتقل إلى معالجة آثار هذه الأخيرة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم المقاصة

في هذا الفرع سنخص بالدراسة تعريف المقاصة باعتبارها أداة وفاء وضمان، وكذلك التطرق إلى أنواعها.

أولا: تعريف المقاصة

تعرف المقاصة بأنها " اجتماع صفة الدائن والمدين، بالنسبة إلى الدين الواحد في ذات الشخص، مما يؤدي إلى انقضاء الدين لاتحد الذمة، فهي وسيلة تؤدي لانقضاء الدينين المتقابلين، في الديون المتقابلة بين ذمتين كل منهما دائنة للأخرى ومدينة لها معا، وذلك بمقدار الأقل منهما "[2]، وهذا ما كرسه المشرع المدني الجزائري[3].

من خلال هذا التعريف يتضح أن للمقاصة دور مزدج، فهي من جهة تعتبر أداة وفاء لأنها تسهل الوفاء والهدف من ذلك تفادى نقل الأموال وما يعترضها من مخاطر، على أن اعتبار المقاصة اختصار لوفاء مزدوج، لأن

[1] حورية مخلوفي، المرجع السابق، ص ص 85،86.

[2] العربي بلحاج، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، المرجع السابق 591.

[3] أنظر المادة 297 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

الدينان المتقابلان ينقضيان بقدر الأقل منهما، ومن جهة ثانية فإن المقاصة تعد أداة ضمان كون الدائن يستوفي حقه من الدين الذي في ذمته، ويستأثر بهذا الحق لوحده دون غيره من الدائنين الآخرين وبالتالي يتفادى المزاحمة بين الدائنين، وهذا الغرض الثاني هو الذي يتوافق مع موضوع دراستنا والذي سنفصل فيه من خلال آثار المقاصة.

ثانيا: شروط المقاصة

بالرجوع إلى نص المادة 297 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، يتضح أنه من أجل إعمال المقاصة لابد من توافر مجموعة من الشروط وهذا ما سنتطرق إليه تباعا في هذا على النحو الآتي:

1-وجود دينيين متقابلين

من أجل إعمال المقاصة يتطلب ذلك وجود دينين متقابلين، بمعنى أن كلا من الطرفين دائنا ومدينا وفي وقت واحد، سواء كان مصدر الدينين واحد أم مختلف، حتى ولول م يكن كل من المدين أهلا للوفاء والدائن أهلا للاستيفاء، على اعتبار المقاصة واقعة مادية، وكذلك تعد المقاصة نوع من الوفاء الجبري بالالتزام وليس اختياري[1].

2-أن يكون الدينين متماثلين

معنى ذلك أن يكون كل من الدينيين مبلغا من النقود أو أشياء مثلية من نفس النوع ومن درجة واحدة من الجودة، بحيث لا يمكن أن تحدث المقاصة بين دينيين مختلفين، فلا يجوز أن تحدث المقاصة بين مبلغ من النقود وكمية من القمح، كما يجب أن يكون محل الدين التزام بنقل ملكية شيء وليس القيام بعمل أو الامتناع عنه[2].

3-أن تكون الديون القابلة للمقاصة خالية من النزاع

إضافة للشروط السابقة لإعمال المقاصة يستوجب أيضا أن يكون الدينان خاليين من النزاع، وبالتالي يجب أن يكون كل منهما محقق الوجود ومحدد المقدار، وهذا يعني أن الدين يجب أن يكون ثابت وليس محل منازعة بين الطرفين، وكذلك يجب ألا يكون استحقاق هذا الدين معلق على شرط واقف أو مضاف لأجل، لأنه يفقد صفة تحقق الوجود، وأن يكون مصدر هذا الدين عمل مشروع، وأن يكون هذا الدين مستحق الأداء[3].

4-استحقاق الدينين للأداء

بمأن المقاصة وفاء جبري، فإنه يستلزم أن يكون كل من الدينيين مستحق الأداء، لأنه لا يمكن تنفيذ الالتزام إلا بحلول أجل الاستحقاق، وعليه لا يجوز إجراء المقاصة بالنسبة للديون المعلقة على شرط واقف أو مضافة لأجل

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص357.

[2] عبد المجيد قادري، مقال بعنوان دور المقاصة في انقضاء الالتزام، مجلة التواصل في العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 28، جوان 2011، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار-عنابة، ص 157.

[3] عبد الرحمان الشرقاوي، أحكام الالتزام، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، المرجع السابق، ص ص 303، 304.

واقف[1]، على خلاف الأجل القضائي الذي يمنحه القاضي للمدين بسبب عدم قدرته على الوفاء الذي يمكن إجراء المقاصة بالنسبة للدين متى وجد مال للمدين المستفيد من الأجل القضائي دون انتظار حلول الأجل، ويمكن إسقاط الأجل في حالات معينة وإجراء المقاصة ،كتنازل أحد الطرفين عن الأجل متى تقرر لصالحه، غير أنه يمكن إسقاط الأجل ويحل أجل الدين بسبب إفلاس المدين، إلا أنه لا يمكن إجراء المقاصة[2].

5-صلاحية الدينين للمطالبة بهما أمام القضاء

لكي يمكن إجراء المقاصة بين دينين متقابلين، يستوجب على كل من الدينين أن تتوافر فيهما صفة إمكانية المطالبة بهما أمام القضاء، وذلك من خلال قابلية إمكانية رفع الدعوى القضائية من أجل إجبار المدين على الوفاء بالدين اتجاه الدائن، بمعنى آخر وعلى سبيل المثال يجب أن تقع المقاصة بين التزامين مدنيين وليس بين التزامين أحدهما طبيعي والآخر مدني، كون الالتزام الطبيعي لا يمكن المطالبة به أمام القضاء نتيجة غياب عنصر المسؤولية، وكذلك أيضا لا تقع المقاصة بين التزامين أحدهما بسيط والآخر معلق على شرط أو مضاف لأجل وكذلك يجب ألا يكون أحد الدينين من الحقوق غير القابلة للحجز عليها أو يكون مصدرها غير مشروع [3].

ثالثا: أنواع المقاصة

تتعدد المقاصة إلى عدة أنواع، ويرجع ذلك إلى طبيعة مصدرها، فإذا كان السبب الذي يؤدي إلى وقوع المقاصة هو القانون، تسمى حينها بالمقاصة القانونية، أما في حالة اتفاق الطرفان على إجراء المقاصة، فتسمى هذه الأخيرة بالمقاصة الاختيارية، أما إذا وقعت دون المصدرين السابقين، ففي هذه الحالة يمكن اللجوء إلى القضاء من أجل إجراء المقاصة، وهذا ما يسمى بالمقاصة القضائية، وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى هذه الأنواع كما يلي:

1-المقاصة القانونية

فهي المقاصة الجبرية التي تقع بقوة القانون ودون الحاجة إلى رضا الطرفين[4]، و بالرجوع إلى نص المادة 300من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم والتي تنص على أنه إذا ترتب على المقاصة انقضاء الدينين المتقابلين سواء كان هذا الانقضاء كليا بتساوي الدينين، أو جزئيا إذا كان أحد الدينين أكبر من الآخر فينقضي الجزء الأقل الباقي من الدين يظل في ذمة المدين يستوجب أن يفي به للدائن، وهذا الأمر يكرس مصطلح أن المقاصة أداة وفاء، وبالتالي فإن المشرع الجزائري ساير مختلف التشريعات من التشريع الفرنسي، حيث عزز المشرع

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 358.

[2] نضرة بن ددوش، انقضاء الالتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي والفقه الإسلامي" دراسة مقارنة "، أطروحة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2011، ص12.

[3] عبد المجيد قادري، المرجع السابق، ص 158.

[4] العربي بلحاج، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، المرجع السابق، ص 591.

الجزائري ذلك من خلال الفقرة الثانية من المادة السابقة الذكر بنصها على ما يلي " ويكون تعيين جهة الدفع في المقاصة كتعيينها في الوفاء "، فعليه فإن المقاصة جزء من الوفاء، كون الوفاء أشمل من هذه الأخيرة لأنه يتم من المدين أو من الغير، على خلاف المقاصة التي تتم من شخصين فقط، كمأن للمقاصة دور آخر يتجلى في كونها أداة ضمان، من خلال وضع الدائن الذي يستوفي حقه في مركز وأفضل ومتميز عن غيره من باقي الدائنين العاديين ويقربه من مرتبة الامتياز بالنسبة لنفس المدين كاستثناء على مبدأ المساواة بين الدائنين[1].

2-المقاصة الاتفاقية

وهي التي تتم باتفاق الطرفين، أو بالإرادة المنفردة لأحدهما وبكل حرية، تجسيدا لمبد أسلطان الإرادة، لا سميا في حالة وجود مانع من وقوع المقاصة القانونية، سواء كان بسبب اختلاف محل الدينين المتقابلين مثلا، أو لعدم تحقق شرط من الشروط السالفة الذكر[2]، وهذا النوع من المقاصة يصبح ملزما بمجرد اتفاق الطرفين، باعتباره عقد بينهما وبالتالي يكتسب هذا العقد قوته الملزمة ويجب تنفيذه وبحسن نية طالما أنه تم بتوافق إرادة طرفيه الحرة[3].

أما عن آثار المقاصة الاتفاقية فإنها لا تنتج آثارها إلا من وقت إعلان صاحب المصلحة عن إرادته في إجرائها، فهي لا تسند إلى الماضي، بل من وقت إعلان الإرادة في إجرائها من أحد الطرفين أو بإرادة كل منهما[4].

3--المقاصة القضائية

متى لم تتوافر شروط إجراء المقاصة القانونية الجبرية والمقاصة الاتفاقية، جاز للقاضي أن يحكم بالمقاصة بناء على طلب عارض يقوم بتقديمه المدين نتيجة دعوى رفعت عليه من قبل الدائن من أجل مطالبته بالوفاء بالدين الذي في ذمة هذا المدين، وكان لهذا المدين حق في ذمة الدائن. غير أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على المقاصة القضائية في القوانين الموضوعية مثله مثل بعض التشريعات العربية ولا في القانون المدني الفرنسي[5]، إلا أن المشرع أشار إليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك من خلال الفقرة الأولى من المادة 03/25[6].

---

[1] ياسمينة حوفاني، المقاصة القانونية في القانون المدني الجزائري" دراسة مقارنة "، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر-يوسف بن خدة، 2009، من13إلى15.

[2] محمد العمري محمود علي وآخرون، مقال بعنوان المقاصة في فقه القانون المدني الأردني وأهم تطبيقاتها في القانون المدني التجاري، مجلة كلية نوح القضاة للشريعة والقانون، الجزء الثالث، العدد 21، جامعة العلوم الإسلامية، الأردن، 2016، ص1516.

[3] أنظر المواد " 59،106،107"، من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدي، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[4] ياسمينة حوفاني، المرجع السابق، 05.

[5] ياسمينة حوفاني، المرجع نفسه، ص06.

[6] تنص المادة 03/25 من القانون 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المعدل والمتمم، السالف الذكر على ما يلي" تتحدد قيمة النزاع بالطلبات الأصلية والإضافية وبالطلبات المقابلة أو المقاصة القضائية ".

الفرع الثاني: أحكام المقاصة

يترتب على إجراء عملية المقاصة مجموعة من الآثار، منها ما ينصرف إلى أطرافها ومنها مؤول إلى الغير.

أولا: آثار المقاصة بالنسبة للطرفين أصحاب العلاقة

إذا توافرت أركان وشروط المقاصة القانونية، فإن هذه الأخيرة تنعقد انعقادا صحيحا ونافذا، ويترتب على ذلك مجموعة من الآثار منها انقضاء الدينين بالمقدار الأقل وبأثر رجعي، وذلك متى حصلت المقاصة بين ديني الطرفين، بحيث ينقضي التزام كل منهما اتجاه الآخر ودون إضرار بحقوق الغير، أما الجزء الباقي من الدين يوفي به المدين اتجاه الدائن، أما إذا كان الدينان متساويان فينقضي التزام كل منهما اتجاه الآخر[1]، ووفق هذا المنظور وحسب المشرع الجزائري ومن خلال المادة 300 فإن للمقاصة تحقق الوفاء المزدوج ، فمن جهة تعد أداة وفاء بالنسبة للمدين في حالة الوفاء الجزئي، كمأن المقاصة تعد أداة ضمان إذا تمكن أطراف العلاقة من استيفاء حقوقهما، سواء كان هذا الوفاء كليا أو جزئيا، وهذا الوفاء ينفرد به الدائن عن باقي الدائنين العاديين للمدين ودون مزاحمة مما يحقق صفة الضمان التي تمنح الدائن المتمسك بالمقاصة في مركز متميز عن غيره من الدائنين وتقربه من مرتبة الامتياز أما بالنسبة للمقاصة الاتفاقية فإنها تسري من وقت التمسك بها وليس لها أثر رجعي ، أما المقاصة القضائية فإنها ترتب آثارها من تاريخ الحكم بهاو ليس من تاريخ رفع الدعوى العرضة للتمسك بالمقاصة[2].

ثانيا: آثار المقاصة بالنسبة للغير

إذا حدث وأن تم إجراء المقاصة بين ديني الطرفين أصحاب العلاقة، فإن ذلك لا يؤثر على الحقوق التي يكتسبها الغير، كون المقاصة لها أثر مباشر على الديون المتقابلة والمتماثلة بين الطرفين، أي التي ليسلها ارتباط ببعضها البعض، وهذا ما يجسد فكرة حماية الغير حسن النية، حيث يستوجب الحفاظ على مبدأ الحقوق المكتسبة، وعدم المساس بمبدأ المساس بمبدأ المساواة بين الدائنين المقرر على الضمان العام للمدين، وهذا ما كرسه المشرع الجزائري في نصوص المواد 302 و303 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم[3].

يرى الباحث أن المقاصة تعد أداة فعالة وناجعة تمنح للدائن العادي ضمانا يمكنه من استيفاء حقه الذي في ذمة مدينه دون باقي الدائنين الآخرين ودون مزاحمة، وهذا الأمر يعد استثناء على مبدأ المساواة المقرر بالنسبة للضمان العام، من خلال وضع الدائن في مركز متميز يقترب من الحقوق الممتازة.

[1] محمد العمري محمود علي وآخرون، المرجع السابق، ص 1526.

[2] العربي بلحاج، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، المرجع السابق، ص 608 وما يليها.

[3] عبد المجيد قادري، المرجع السابق، ص 159.

خلاصة الباب الأول

إن الغاية الأساسية من تناولنا للآليات القانونية من أجل المحافظة على حق الدائن العادي هي محاولة من أجل توضيح دور الآليات الوقائية في المحافظة على حق الدائن العادي، وكذلك بيان فعالية الآليات العلاجية في المحافظة على هذا الحق، سواء بالنسبة للمواد المدنية أو التجارية، إضافة إلى إظهار أهمية ونجاعة المراكز القانونية الخاصة التي أقرها المشرع للدائن العادي كاستثناء على مبدأ المساواة المقررة على أموال المدين المتواجدة في الضمان العام.

فمن خلال تناولنا في الفصل الأول مفهوم الدعوى غير المباشرة والآثار المترتبة على استعمالها كآلية وقائية للمحافظة على حق الدائن في الضمان العام نتيجة إهمال المدين أو تقصيره في المحافظة على أمواله في الضمان العام تبين لنا أن المشرع رغم إقراره لهذه الآلية فهي قليلة الاستعمال من الناحية العملية كونها لا تحقق الغرض الذي قررت لأجله باعتبارها مجرد وكالة نيابة عن المدين من جهة وفضالة بالنسبة لباقي الدائنيين.

كما نخلص من تناولنا للجزئية الثانية من الفصل الأول أن الآليات العلاجية التي أقرها المشرع كما في حالة الدعوى البولصية والدعوى الصورية وشهر إفلاس المدين، من خلال التطرق إلى الإطار المفاهيمي لهذه الآليات والآثار المترتبة عليها نتيجة غش المدين، من خلال إبرام تصرفات قانونية تؤدي إلى تهريب الأموال من الضمان العام، أو عجزه عن سداد ديونه، أما بالنسبة للإعسار المدني فإن المشرع الجزائري لم ينظمه بالرغم من دوره الفعال والذي يشبه إلى حد بعيد شهر الإفلاس مع الاختلاف في الطبيعة والإجراءات، يستخلص من خلال هذه الدراسة أن هذه الآليات العلاجية كآلية المحافظة على حق الدائن لم تحقق الهدف المرجو منها، على اعتبار أن هذه الآليات منها ما يرجع صعوبة وقف عدم نفاذ التصرف بالنسبة للدعوى البولصية كما في حالة التزام الذي محله غير قابل للتجزئة والانقسام إلى صعوبة الإثبات كما في حالة الدعوى الصورية، أما بالنسبة لشهر الإعسار و الإفلاس فتعدان آليتان ناجعتان بالنسبة لاستيفاء حق الدائن رغم ما يسببه للمدين من أضرار إذا كان هذا الأخير حسن النية وبالتالي كان من الأولى مساعدته عن طريق منحه مهلة للوفاء بالنسبة للإعسار في المواد المدنية وإجراء صلح وتسوية قضائية بالنسبة للمواد التجارية من أجل استقرار المعاملات ومساعدة المدين.

أما في الفصل الثاني فنخلص من موضوع الدراسة أن المراكز القانونية الخاصة التي أقرها المشرع للدائن العادي بموجب نصوص متفرقة من القانون المدني من أجل استيفاء حقه كاستثناء على مبد أ المساواة المنصوص عليه في المادة 188 من القانون المدني، حيث تهدف هذه الآليات إلى الضغط على المدين من أجل تنفيذ التزامه بالنسبة للالتزامات العقدية كما في حالة الفسخ والدفع بعدم التنفيذ، كما أنها مقيدة في حالات معينة بالنسبة الدعوى المباشرة، إضافة إلى بعض المراكز القانونية الخاصة والتي هي مقررة لحالة معينة مثل حوالة الدين والمقاصة.

الباب الثاني

الآليات القانونية للمحافظة على حق الدائن الممتاز

تمهيد الباب الثاني

إضافة إلى تطرقنا إلى المراكز المتميزة للدائن العادي، أقر المشرع أيضا ضمانات أخرى للدائن تدخل في نطاق الضمان الخاص تعرف بالتأمينات العينية والتأمينات الشخصية كضمانات ممتازة واستثناء على مبدأ المساواة وقسمة الغرماء، من خلال تخصيص مبلغ معين من المال المملوك للمدين من أجل ضمان الوفاء بالدين لدائن معين، بحيث يخول هذا التأمين العيني للدائن حق الأفضلية والتقدم على جميع الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة، ولا يمكن لهذا الدائن المخصص له التأمين العيني أن يتقدم على غيره أكثر مما هو مخول له بموجب هذا التأمين العيني، وينقسم هذا الضمان الخاص إلى تأمينات عينية وتأمينات شخصية، وتتجلى التأمينات الشخصية " الكفالة" في ضم الذمة المالية لشخص واحد أو عدة أشخاص للذمة المالية للدين الأصلي وهذا ما يسمى بالكفالة الشخصية، الأمر الذي يؤدي إلى توسيع قاعدة الضمان من خلال رجوع الدائن على الضمان العام للمدين والأشخاص الضامنين لدين الدائن ضمانا شخصيا، وتمنح للدائن صاحب الضمان الشخصي صفة الدائن الممتاز.

أما النوع الثاني من الضمان الخاص فيتكرس في التأمينات العينية المتمثلة في تأمينات واردة على عقار ويتعلق الأمر بالرهن الرسمي وحق التخصيص وتأمينات واردة على المنقول و العقار ويتجلى ذلك في الرهن الحيازي، إضافة إلى نوع آخر من هذه التأمينات يتمثل في حقوق الامتياز، والتي بدورها تنقسم إلى حقوق امتياز عامة وحقوق امتياز خاصة، فهذه التأمينات العينية تمكن الدائن من خلالها الحصول على حقه كاملا من خلال تخصيص مال معين من أموال المدين للوفاء بهذا الحق، ويخول هذا التأمين العيني للدائن حق حيازة المال المخصص للتأمين أي خروج المال محل التأمين من أموال الضمان العام للمدين، كما تخول التأمينات العينية عموما للدائن المقرر له التأمين حق التقدم والأفضلية على جميع الدائنين العاديين والدائنيين التاليين له في المرتبة في أي يد يكون.

بمعنى أن التأمينات العينية تمنح الدائن أيضا حق التتبع على هذا المال تحت يد الحائز الجديد والتنفيذ عليه من خلال بيعه بالمزاد العلني واستيفاء حقه من ثمنه، وتنسب صفة الممتاز للدائن المستفيد من التأمين العيني بالنسبة للرهن الرسمي وحق التخصيص والرهن الحيازي، فيسمى بالدائن الممتاز، على خلاف الحقوق الممتازة التي ينسب فيه الامتياز إلى الحق وليس للدائن صاحب هذا الحق، فمن أجل الإحاطة بجوانب الموضوع بنوع من الدقة والتفصيل، سنقسم هذا الباب إلى فصلين، بحيث يتم التطرق في الفصل الأول وفي ثلاث مباحث تباعا إلى مفهوم الضمانات الشخصية، التطرق تم آثارها، ونختتم هذا الفصل بتناول التطبيقات المستحدثة للضمانات الشخصية " الكفالة "، أما الفصل الثاني سنخصصه إلى التأمينات العينية ونقسمه أيضا إلى ثلاث مباحث، حيث نتناول بالترتيب فعالية التأمينات العينية الواردة على العقار في استيفاء حق الدائن، واستيفاء حق الدائن في ظل التأمينات العينية الواردة على العقار والمنقول، وحقوق الامتياز كضمانات خاصة بموجب نصوص القانون.

الفصل الأول

دور الضمانات الشخصية كآلية قانونية للمحافظة على حق الدائن الممتاز

تمهيد الفصل الأول

إضافة إلى الآليات التحفظية والتنفيذية لتي أقرها المشرع من أجل استيفاء حق الدائن ، أقر أيضا آليات قانونية وسطية للمحافظة على حق الدائن العادي، والتي تم عرضها في الباب الأول من خلال تطرقنا إلى الآليات الوقائية متمثلة في الدعوى المباشرة والدعوى غير المباشرة، وكذا تناولنا أيضا للآليات العلاجية متمثلة في الدعوى الصورية والدعوى البوليصية، إضافة إلى الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس وشهر إعسار المدين، بحيث يتضح أ ن هذه الآليات رغم أهميتها القانونية وكذا الدور الكبير الذي لعبته في سبيل المحافظة على حق الدائن في الضمان العام، إلا أنها لم تعد كافية، وأصبحت قاصرة ولم تحقق الهدف المرجو منها، خصوصا أمام التطور الحاصل في جميع المجالات منها الاقتصادية والمالية من أجل جلب الاستثمارات لاسيما الأجنبية منها.

ففي هذا المجال أقر المشرع للدائن آليات أخرى تعد أكثر فعالية ونجاعة الهدف منها توفير وتعزيز الحماية القانونية للدائن من أجل تجنب الخطر المزدوج الذي يواجه الدائن، والمتمثل في عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه، وكذا مزاحمة الدائنين الآخرين له، كما كرس المشرع العديد من الضمانات عن طريق مجموعة من التأمينات في مواجهة عدم قدرة المدين على الوفاء، نتيجة إهماله وتقاعسه، وعلى اعتبار أن التأمينات في جوهرها هي ضمان للدائن من أجل الوفاء بدين لم يسدد عند نشأته، فهي آلية وضعها المشرع حماية لحق الدائن.

بحيث تسمى هذه الآليات بالضمان الخاص وتتكون من شقين الشق الأول يتمثل في التأمينات الشخصية وهو الجزء المتعلق بالدراسة في هذا الفصل، ويقصد بالتأمينات الشخصية ضم ذمة مالية أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي، فيتعدد المدينين بالنسبة للدائن، بحيث تقوم مسؤوليتهم اتجاه الدائن في وقت واحد، أو خلال فترات متعاقبة متمثلة في الكفالة المدنية وتطبيقاتها المستحدثة، والهدف من هذه التأمينات هو توفير الحماية القانونية للدائن من أجل استيفاء حقوقه، من خلال منحه صفة الدائن الممتاز، وتمتعه بحق الأولوية والتتبع عن باقي الدائنين الآخرين.

لذلك كرس المشرع التأمينات الشخصية في الكتاب الثاني في الباب الحادي عشر تحت عنوان الكفالة في المواد من 644 إلى 673 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ومن أجل جعل الرؤية حول هذا الموضوع أكثر وضوحا سنتطرق إلى ذلك تباعا في فصلين، الفصل الأول تحت عنوان دور التأمينات العينية كآلية في المحافظة على حق الدائن، والفصل الثاني تحت عنوان الضمانات الشخصية كآلية خاصة للمحافظة على حق الدائن. فترات متعاقبة متمثلة في الكفالة المدنية وتطبيقاتها المستحدثة، والهدف من هذه التأمينات هو توفير الحماية القانونية للدائن من أجل استيفاء حقوقه، من خلال منحه صفة الدائن الممتاز، وتمتعه بحق الأولوية والتتبع عن باقي الدائنين الآخرين، وللتفصيل في هذا الموضوع قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى ثلاث الشخصية، وللتفصيل في هذا الموضوع قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث رئيسية:

المبحث الأول: مفهوم الضمانات الشخصيةّ " الكفالة "كآلية للمحافظة على حق الدائن

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على الضمانات الشخصية " الكفالة "

المبحث الثالث: التطبيقات المستحدثة للضمانات الشخصية " الكفالة "

المبحث الأول: مفهوم الضمانات الشخصية " الكفالة " كآلية للمحافظة على حق الدائن

حرص المشرع على إقرار مجموعة من الضمانات الخاصة الهدف منها المحافظة على حق الدائن واستيفائه بمجرد حلول ميعاد الاستحقاق، ومن بين هذه الضمانات الخاصة الكفالة باعتبارها ضمانة شخصية وآلية لاستيفاء حق الدائن من الضمان العام للمدين، ومن أجل التفصيل أكثر في هذه الجزئية سنتناول في هذا المبحث تباعا المقصود بالكفالة في المطلب الأول، ثم أركان انعقادها في المطلب الثاني، إضافة إلى خصائصها وأنواعها في المطلب الثالث، وسنخص بالذكر والدراسة أيضا تمييز الكفالة عن النظم القانونية المشابهة لها في المطلب الرابع.

المطلب الأول: المقصود بالكفالة

تأسيسا على ما سبق التطرق إليه سنتناول في هذا المطلب التعريف الفقهي والتشريعي للكفالة.

الفرع الأول: التعريف الفقهي للكفالة

لم يرسو الفقه على تعريف شامل للكفالة، بل اختلف في تحديد مفهوم جامع للكفالة، بحيث عرفها البعض ومنهم السنهوري على أنها "عبارة عن ضم ذمة مالية إلى ذمة مالية أخرى لضمان حق الدائن، كما يعرفها البعض الآخر على أنها "ضم ذمة مالية، أو ذمم أخرى إلى جانب ذمة المدين لضمان الوفاء بالالتزام"، كما عرفها الفقه الإسلامي أيضا على أنها "ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل للمطالبة بدين أو عين أو نفس"[1]، **فعليه يرى الباحث أن ما يمكن استنتاجه من خلال هذه التعريفات الفقهية أن الفقه بشقيه القانوني والإسلامي يشترك في فكرة "الضم"، أي ضم ذمة مالية لشخص آخر إلى الذمة المالية للمدين من أجل الوفاء بحق الدائن الذي هو في ذمة المدين المكفول، لهذا يقترح الباحث على المشرع مراعاة هذا التوافق الفقهي، في حالة تعديله للأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.**

الفرع الثاني: التعريف التشريعي للكفالة

سنتناول في هذه الجزئية التعريف التشريعي للكفالة من خلال عرض تعريف المشرع المصري وكذا لجزائري.

أولا: التشريع المصري

عرف المشرع المصري الكفالة في نص المادة 772 من القانون المدني المصري على انها "عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ الالتزام، بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف المدين نفسه "، أي أن الكفالة عقد كباقي العقود ،وما يستخلص من نص هذه المادة حسب الباحث سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ أن طرفي الكفالة هما الكفيل والدائن أما المدين ليس طرفا فيها، كون هذه الأخيرة من الممكن أن تنشأ دون علم المدين أو تنشأ رغم

[1] حورية زاهية سي يوسف، الوجيز في عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري "دراسة مقارنة"، دار هومة للنشر والتوزيع، جوان 2018، الجزائر، ص 25.

معارضته، ويتبين من هذا التعريف أن عقد الكفالة ملزم لجانب واحد وهو الكفيل، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة بل يمكن تجاوزها من خلال الاتفاق بين الكفيل والدائنين على إبرام الكفالة، وقد يكون ذلك بمقابل يتحصل عليه الكفيل ،وبالتالي تصبح الكفالة عقد ملزم لجانبين وبعوض، ويشترط في الكفيل أهلية التصرف[1].

ثانيا: التشريع الجزائري

سنتطرق في البداية إلى تعريف قانون الأسرة[2] للكفالة، حيث عرفت المادة 116 من قانون الأسرة الكفالة على أنها " الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي "، كما عرف المشرع المدني الجزائري الكفالة من خلال نص المادة 644 من الامر 75-58 على أنها " عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ الالتزام، بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه"[3]، فبهذا التعريف يتضح أن المشرع الجزائري ساير بذلك مختلف التشريعات على غرار كل من القانون المدني الفرنسي والمصري، وعليه إن عقد الكفالة هو عبارة عن عملية قانونية تشمل ثلاثة أشخاص على الأقل، كل واحد منهم يختلف عن الآخرين من حيث وضعيته القانونية، أي من ناحية اكتسابه للحقوق وتحمله للالتزامات[4].

فمعنى ذلك أن الكفالة هي عبارة عن عقد بين شخصين هما الكفيل والدائن المكفول، أما المدين فليس طرفا في عقد الكفالة، وتجوز الكفالة دون علم المدين، وكذلك في حالة معارضته[5]، وعلى الدائن أن يطالب بالتنفيذ أولا على أموال المدين الأصلي قبل التنفيذ عل أموال الكفيل، لأن الكفيل ضامنا احتياطيا وليس أصليا[6].

إذا المشرع الجزائري عرف الكفالة على أساس أنها عقد، **وهذا ما يراه الباحث يتطابق والواقع العملي باعتباره التعريف الأقرب للكفالة، لكن لم يبين طبيعة هذا العقد هل هو من عقود المعاوضة أم التبرع أم ذو طبيعة مزدوجة**، فمن أجل قيام عقد الكفالة يجب توافر مجموعة من الأركان والشروط وهذا ما سنتطرق في المطلب الثاني.

---

[1]- سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، عقد الكفالة والأثار المترتبة عليه بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري، أطروحة لنيل الماجستير، جامعة النجاح، نابلس، فلسطين،2006، ص 15.

[2]- القانون 84-11 المؤرخ في 09جوان 1984، والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالقانون رقم المؤرخ في، ج ر عدد، المؤرخة في.

[3]- عبد الرحمان سلام، "الكفالة في التشريع المدني الجزائري"، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة مستغانم، الجزائر، المجلد 19، العدد 02، أكتوبر2018، ص608.

[4]- Christian Larroumet, Droit civil-Tome3-Les Obligation : Le contrat, 3éme édition économique, 1996, France, p72.

[5]- أنظر المادة 647 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[6]- حورية زاهية سي يوسف، المرجع السابق ص18.

المطلب الثاني: انعقاد عقد الكفالة

من أجل وجود أي عقد وقيامه صحيحا يستلزم توافر مجموعة من الأركان والشروط، وإلا حكم عليه بالبطلان وأعتبر كأن لم يكن، ومن أجل التفصيل أكثر في أركان وشروط عقد الكفالة سنتناول ذلك كما يلي:

الفرع الأول: أركان عقد الكفالة

يخضع عقد الكفالة في إبرامه للأركان المنصوص عليها في القواعد العامة التي تخضع لها جميع العقود والمتمثلة في الرضا وصحته وخلوه من العيوب وركني المحل والسبب من جهة، وتوافر شرط الأهلية وخلوها مما يصيبها من عوارض وموانع، إضافة إلى الشروط الواجب توافرها في الكفيل من جهة ثانية، أما من الناحية الشكلية فقد اشترط المشرع في عقد الكفالة أن يكون مكتوبا، والمقصود بالكتابة هنا ليست الرسمية بل الكتابة المتطلبة للإثبات وليست للانعقاد[1]، أي انعقاد الكفالة هو عبارة عن عملية قانونية تشمل ثلاثة أشخاص على الأقل كل واحد منهم يختلف عن الآخرين من جانب مركزه ووضعه القانوني، أي من حيث اكتسابه للحقوق وتحمله للالتزامات، وتتمثل هذه العلاقات في علاقة الدائن مع المدين، وعلاقة الكفيل مع الدائن وعلاقة الكفيل بالمدين.

أولا: التراضي والأهلية

فالمقصود بالتراضي هو وجود التعبير عن إرادتين مختلفتين ومتطابقتين، وبمأن عقد الكفالة يخضع في إبرامه إلى القواعد العامة باعتباره من العقود الرضائية، فإن قوامه ركن التراضي بمعنى أنه "يلزم لانعقاده تطابق الإرادتين بين الدائن والكفيل "دون الحاجة إلى رضا المدين المكفول كونه ليس طرفا في هذا العقد[2]، بل له علاقة مديونية مع الدائن والناتجة عن الالتزام الأصلي للمدين، إذ يلزم لذلك أن يكون رضا الكفيل في عقد الكفالة صريحا[3]، على خلاف بعض العقود التي قد يكون فيه الرضا ضمنيا[4]، وقد يكون السكوت قبولا إعمالا لقاعدة السكوت علامة الرضا ،أي دليل على وجود الرضا، إلا أنه لا يمكن أن يكون إيجابا، إعمالا لقاعدة لا ينسب لساكت قول، كما في حالة السكوت الملابس[5]، أو حالة إقرار القانون بأن السكوت يعد قبولا كما هو الحال في البيع بشرط التجربة وهذا ما كرسه المشرع

---

[1]- عبد الرحمان سلام، المرجع السابق، ص 611، أنظر المادة 02/651 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[2]- أنور العمروسي، التضامن والتضامم والكفالة في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر،1999، ص238.

[3]- أنظر المادة 647 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[4]- تنص المادة 60 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر على ما يلي: " ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا "

[5]- تنص المادة 68 من الامر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر على ما يلي " إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض القبول في وقت مناسب، ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه ".

في القانون المدني[1] ، كما يجب أن يتمتع الكفيل بأهلية التصرف أي أن يكون راشدا بالغا سن 19سنة كاملة حسب القانون الجزائري وكذلك ألا تصاب أهليته بعارض من عوارض الأهلية " العته والجنون"، أو بمانع من موانعها سواء كان مادي أو قانوني أو طبيعي، كما يجب أن يكون رضا الكفيل خاليا من عيوب الإرادة المنصوص عليها في القانون مثل الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال[2]، لأن عقد الكفالة ملزم لجانب واحد وهو الكفيل، عكس الدائن فهو غير معني بذلك لأنه ليس من مصلحته إبطال العقد بل تنفيذه، أما فيما يخص شرط الأهلية بالنسبة للدائن فتكفي أهلية التبرع، على اعتبار أن تصرف الكفيل فيه نفعا محضا للدائن[3]، والمتمثل في استيفاء الدائن لدينه.

ثانيا: المحل

يتجلى محل الالتزام بالنسبة للكفيل في عقد الكفالة في الوفاء بالتزام المدين إذا لم يقم المدين بالوفاء بهذا الالتزام بنفسه، بحيث يشترط أن يكون هذا المحل ممكنا أي موجودا أو قابلا للوجود وصحيحا إذا كان محل الالتزام إعطاء شيء، وأن يكون معينا، إذا كان محل الالتزام القيام بعمل[4]، وإلا كانت الكفالة باطلة، كما يجب أن يكون التزام الكفيل مشروعا، حيث لا يجوز لأي كفيل التمسك ببطلان الالتزام الأصلي من أجل إبطال التزامه، فيسمى حينئذ التزام الكفيل التزاما احتياطيا للالتزام المدين الأصلي، أما محل الالتزام المكفول يشترط فيه أن يكون صحيحا، ولا تشوبه اية شائبة، وأن يكون ممكنا أي أن يكون موجودا أو قابلا للوجود مستقبلا وليس مستحيلا ومعينا أو قابلا للتعيين وإلا بطلت الكفالة، كما أجاز المشرع كفالة الدين الشرطي، والمستقبلي، سواء كان شرطا واقفا أو فاسخا، فإذا تحقق الشرط الواقف يتحقق الالتزام الأصلي، أما أذا تحقق الشرط الفاسخ يزول الالتزام الأصلي ويعتبر كأن لم يكن ويزول معه عقد الكفالة ،كما يشترط في الكفالة تحديد مبلغها وإلا اعتبرت باطلة[5].

ثالثا: السبب

إن السبب هو الرابط القانوني والدافع الحقيقي للعقد، إلا أن الباعث الرئيسي والدافع للتعاقد في عقد الكفالة هو شخصي، باعتبار عقد الكفالة من العقود الملزمة لجانب واحد، فهذا السبب متغير وغير مباشر يختلف من كفيل إلى آخر، فقد يكون سبب الكفالة تقديم خدمة من قبل الكفيل اتجاه لمدين وبدون مقابل فيكون ذلك تبرعا، كما قد تكون الكفالة بمقابل يتقاضاه الكفيل من المدين أو بهدف الوفاء بدين في ذمة المدين، بشرط أن يكون هذا السبب

---

[1]- أنظر المادة 1/355 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[2]- حورية زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 37-40.

[3] أنظر المادة 42من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[4] زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام " العقد والإرادة المنفردة "، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة الجزائر، 2014، ص90.

[5] فوزي أحمد نهلة أحمد، "أحكام عقد الكفالة في القانون المدني المصري"، مجلة العلوم السياسية والقانون، المركز العربي الديمقراطي، ألمانيا، المجموعة 05، العدد 29، سنة 2021، ص26-29، وأنظر المواد من648 إلى 650 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

مشروعا وغير مخالف للنظام العام، وأن يعلم الدائن بالكفالة، لأن الهدف من ذلك استقرار المعاملات، إذن فيستوجب في عقد الكفالة أن يكون الباعث مشروعا خصوصا إذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن أي أن هذا السبب أو الباعث لا تشوبه أية شائبة، فلا يكفل الابن أباه من الاستلاء على أموال أبيه وحرمان إخوته، وإلا كان ذلك باطلا، وأن تكون للكفيل مصلحة مشروعة في الكفالة، وذلك متى كانت هذه الأخيرة لمصلحة المدين من أجل الوفاء بدين في ذمته ولمصلحة الدائن ، وإلا بطلت هذه الأخيرة[1].

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الكفيل

يشترط في الكفالة مجموعة من الشروط يجب أن تتوافر في الكفيل حتى يكون أهلا لذلك وهي كالآتي:

أولا: أن يكون الكفيل أهلا لإبرام عقد الكفالة

يشترط لإبرام عقد الكفالة من قبل الكفيل أهلية التصرف طبقا للقواعد العامة، بحيث إذا كان المدين ملزما بأن يقدم للدائن كفيلا لضمان الوفاء بالدين الذي في ذمته، فيجب أن يكون الكفيل ذا أهلية كاملة وقت إبرام العقد، لأنه مقبل على التزام ضار بمصالحه، فالعبرة إذن بتوافر أهلية الكفيل وقت إبرام عقد الكفالة، ومعنى ذلك أنه إذا أصبح الكفيل عديم أهلية أو ناقصها بسبب عارض من عوارض الأهلية أو مانع من موانعها، فلا يؤثر ذلك على الضمان ولا ينقص من قيمته رغم أن المشرع لم ينص على هذا الشرط بل اغلبية الفقه هو الذي اشترط ذلك[2].على خلاف الدائن الذي تكفيه توافر أهلية التبرع لأن تصرف الكفيل فيه نفعا محضا للدائن[3].

ثانيا: يجب أن يكون الكفيل موسرا

أي يجب أن يكون الكفيل قادرا على الوفاء بالالتزام الذي قام بضمانه اتجاه الدائن إذا اقتضى الحال ذلك ، ويقع عبئ إثبات يسر الكفيل على الدائن، ويقاس يسر الكفيل بالأموال المتواجدة لديه ما إذا كانت كافية للوفاء بحق الدائن أم لا، سواء كانت هذه الأموال منقولات أو عقارا ت، ورغم ذلك يمكن للدائن أن يثبت أن هذه الأموال أو بعضها متنازع فيها و يصعب التنفيذ عليها لبعدها وسهولة تهريبها، أو كانت مرهونة سوآءا رهنا رسميا أو حيازيا أو عليها حق عيني كحق الانتفاع، أما إذا كان الكفيل معسرا فلا قيمة قانونية للكفالة ويصبح الضمان بالنسبة للدائن معدوم[4]، وتوافر صفة اليسار أو القدرة على الوفاء هي مسألة موضوعية متروك تقديرها لقاضي الموضوع[5]، ففي نظر

---

[1] سليمان مر قس، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد الكفالة، المجلد الثالث، الطبعة الثالثة، جامعة القاهرة، سنة1993-1994، مصر، ص67-68.

[2] حورية زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 36.

[3] انظر المادة 42 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[4] أنظر المادة 646 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[5] سليمان مر قس، المرجع السابق، ص35.

الباحث أن المشرع لم يحدد المعايير والشروط الواجب توافرها في الكفيل حتى يمكن معرفته بأنه موسرا أم معسرا، وذلك من أجل أن يتعرف الدائن على قيمة الضمان الذي قرر لمصلحته، هل هو كافي أم لا، وإلا لا فائدة من هذا الشرط إذا كان لا يحقق الهدف الذي اشترط لأجله، لذلك يقترح الباحث على المشرع إدراج هذه المقترحات في حالة القيام بتعديل مواد القانون المدني مستقبلا من أجل توفير ثقة أكبر بين الدائن المدين.

ثالثا: يجب أن يكون الكفيل مقيما بالجزائر

ويقصد بذلك الإقامة العادية للكفيل وليست الإقامة العرضية كالقيام برحلة سياحية، والهدف هو منح التسهيلات اللازمة للدائن من أجل استطاعته الرجوع على الكفيل ومطالبته بالوفاء بغض النظر عن جنسيته، فالعبرة هنا بموطن الإقامة[1]، بحيث لا يشترط في الكفيل أن تكون جنسيته جزائرية، فيمكن أن يكون أجنبي الجنسية ما دام مقيما في الجزائر وله إقامة دائمة فيها، حتى ولوكان موطنا مختارا يعتمد عليه فيما ينشأ عن الكفالة من علاقات، فيرى الباحث ويقترح على المشرع أن يشترط على الكفيل الإقامة في الجزائر إلى غاية حلول أجل الدين المكفول ليتسنى للدائن التنفيذ على أموال الكفيل، لأنه دون ذلك لا فائدة من شرط الإقامة، وبالتالي يقترح الباحث على المشرع مستقبلا تعديل المادة 646 من الأمر 75-58، المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني.

المطلب الثالث: خصائص وأنواع عقد الكفالة

من خلال تعريف الكفالة على أساس أنها عقد، لذلك فإنها كبقية العقود تتميز بمجموعة من الخصائص سيتم التطرق إليها في هذا المبحث، إضافة إلى تناول أنواعها وذلك حسب المعيار المعتمد من المشرع في التقسيم.

الفرع الأول: خصائص عقد الكفالة

يتضح من خلال تعريف المشرع المدني الجزائري للكفالة على أساس أنها عقد، بأنها تتصف بمجموعة من المميزات التي تتصف بها غالبية العقود، فمن حيث التسمية والإلزام فهي عقد مسمى، وعقد ملزم لجانب واحد، إلى غير ذلك من هذه الخصائص، وعليه سنحاول أن نبرز تباعا مجموعة من هذه الخصائص المهمة لعقد الكفالة.

أولا: الكفالة ضمان شخصي

إن أساس وقوام عقد الكفالة هو عنصر الاعتبار الشخصي، لأن الدائن لا يمنح ثقته لمدينه إلا بعد التأكد من قدرته على الوفاء بالتزامه، إضافة إلى سمعة المدين وأخلاقه ومدى حرصه على الوفاء، باعتبار أن الائتمان يقوم على الثقة، وعلى اعتبار كذلك أن الكفالة تضمن الوفاء بدين المدين، فهي تأمين للدائن ضد امتناع المدين عن الوفاء بالتزامه، فتعهد الكفيل بالوفاء بالدين يزيد ثقة الدائن في حصوله على حقه فيتحقق به الضمان والاطمئنان اتجاه

[1] حورية زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 36، وأنظر المادة 646 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

المدين ، حيث يضيف الكفيل الشخصي ذمته إلى جانب ذمة المدين للوفاء للدائن أي أن الكفيل الشخصي يضم ضمانه العام إلى الضمان العام للمدين، على خلاف الكفالة العينية التي يقدم مالا معينا من أجل ضمان الوفاء بدين المدين، لأن الكفيل في هذه الحالة مسؤول في حدود المال المخصص للضمان فقط[1].

ثانيا: الكفالة عقد رضائي

يقصد بالعقد الرضائي عموما هو ذلك العقد الذي يكفي لانعقاده توافر عنصر الرضا بين أطرافه، فلا حاجة إلى إفراغ إرادة المتعاقدين في شكل معين، وبالإسقاط على ذلك تعد الكفالة من العقود التي تخضع في إبرامها إلى ركن الرضائية، حيث لم يشترط المشرع الجزائري شكلا معينا وخاصا لانعقاد الكفالة، إذ يكفي لانعقادها توافر ركن الرضا بين الدائن والكفيل، إضافة للمحل والسبب ،أما الكتابة في عقد الكفالة فهي ليست شرطا للانعقاد، لأن المشرع اشترط الكتابة دون اشتراط الرسمية في الانعقاد، أما الرسمية[2] فهي شأن آخر، بمعنى أن الكفالة تخضع في إبرامها للقواعد العامة وهي الرضائية[3]، أما الكتابة هي شرط للإثبات بحيث يعد نص المادة 645 من الأمر 75-58 استثناء بالنسبة للإثبات وفقا القواعد العامة، فالكتابة هنا للإثبات وليست للانعقاد، بحيث تقضي المادة 333 معدلة من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم أن التصرفات القانونية في المواد غير التجارية والتي تزيد قيمتها عن مائة ألف دينار جزائري" 100.000 "، أو تكون غير محددة القيمة، أنه لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود، معنى ذلك أنه يتم الإثبات بطرق الإثبات الأخرى منها الكتابة، فبمأن الكفالة مهما كانت قيمتها يتم إثباتها بالكتابة فهذا استثناء على القاعدة العامة في الإثبات في المواد المدنية[4]،كذلك اشترط المشرع في قانون الأسرة من خلال المادة 117 من القانون 84-11 المعدل والمتمم أن الكفالة تكون أمام المحكمة أو أمام موثق، أي أن الكفالة تحرر في ورقة رسمية من أجل الإثبات وليست للانعقاد[5].

ثالثا: الكفالة عقد ملزم لجانب واحد هو الكفيل

يتميز عقد الكفالة بأنه ملزم لجانب واحد وهو الطرف الكفيل، أما الطرف الآخر فهو يستفيد من الكفالة دون أن يقدم شيئا للكفيل، أي أنه عقد من جانب الكفيل فقط لأن عقد الكفالة ينشأ بين الكفيل والدائن أي بمعنى أن عقد الكفالة ينشأ بالإرادة المنفردة للكفيل، ودون تدخل المدين، بحيث يتعهد الكفيل للدائن بضمان الوفاء

---

[1]- أحمد زواوي، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 02، سنة2000، ص08.

[2]- زكريا سرايش، المرجع السابق، ص28.أنظر المادة 324 مكرر من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[3]- سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، المرجع السابق، ص 15.

[4]- أنظر المادتين 333 و645 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[5]- سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، المرجع السابق، ص 15.

بالدين الذي في ذمة المدين الأصلي إذا لم يقم هذا الأخير بالوفاء، لذلك فإن عقد الكفالة يرتب التزاما على الكفيل، أما الدائن فلا يلتزم بأي شيء بل يزداد الضمان بالنسبة إليه، لذلك يوصف عقد الكفالة بأنه ملزم لجانب واحد وهو الكفيل، إلا في الحالة التي يلتزم فيها الدائن اتجاه الكفيل فيصبح حينئذ عقد الكفالة ملزم لجانبين، وكذلك في حالة قيام الكفيل بالوفاء، فيحل الكفيل محل الدائن، وحينها يمكنه الرجوع على المدين[1].

رابعا: الكفالة عقد تبرعي

عقد التبرع هو ذلك العقد الذي تقتصر فيه المنفعة على طرف واحد، أما الطرف الآخر هو الذي يلتزم بجلب المنفعة للطرف المستفيد دون مقابل[2] مثل عقد كفالة القاصر، إذن فبحسب الأصل وإعمالا للقواعد العامة فإن عقود التبرع هي التي لا يتحصل فيها أحد المتعاقدين على مقابل لما يمنح أو يعطي مع انصراف نيته إلى ذلك، أي لا ينتظر مقابلا من الطرف الآخر، وهذا ما ينطبق على الكفيل بحيث يقوم بالوفاء للدائن بدون مقابل لذلك تعتبر الكفالة من عقود التبرع بحيث تندرج ضمن الأعمال المدنية حتى ولوكان الكفيل تاجرا[3]، إلا في الحالات التي تكون فيها الكفالة ضمان للأوراق التجارية ضمانا احتياطيا وتظهيرها، حينها تكون الكفالة عملا تجاريا[4]، أما إذا وفى الكفيل للدائن ويتحصل على مقابل من المدين تصبح هنا الكفالة من عقود المعاوضة مثل الكفالة البنكية التي يقدمها البنك لعميله المقاول كضمان في مجال الصفقات العمومية مقابل عمولة وفي هذه الحالة تنتفي صفة التبرع.

خامسا: الكفالة عقد تبعي

إضافة إلى الخصائص السالفة الذكر، فإن عقد الكفالة لا يتمتع بكيان مستقل بحد ذاته خارج مجال العلاقة بين الدائن بالالتزام والمدين بالالتزام الأصلي ، بمعنى أن التزام الكفيل يظل تابعا لالتزام المدين الأصلي، فهو يتبعه وجودا وعدما وصحة وبطلانا، إلا أنه لا يجوز أن يتعدى التزام الكفيل الالتزام الأصلي للمدين لكنه يجوز أن يكون أخف من التزام المدين، لكن الكفالة تظل محافظة على طبيعتها المدنية حتى ولو كان الالتزام الأصلي للمدين مدني أو تجاري بمعنى هنا لا تسري قاعدة التبعية، فإذا كان المدين تاجرا فالكفالة تحافظ على مدنيتها[5]، كما يتحدد التزام الكفيل بمقدار وحدود التزام المدين الأصلي، من خلال الامتيازات التي وفرها القانون للكفيل بحقه أن يتمسك

---

[1] كوثر ز هدور، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، مجلة الفقه والقانون، الموقع الإلكتروني majalah.New.ma.www، تاريخ الاطلاع 01جويلية 2022، ص04.

[2] زكريا سرايش، المرجع السابق، ص ص 35، 36.

[3] أنظر المادة 651 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[4] منصور داود، عامر قير ع، "تجارية عقد الكفالة"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1، المجلد رقم 07، العدد 01، جانفي2020، ص351، وراجع أيضا المادة 2/651 الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[5] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 16.

بالدفوع التي يستطيع أن يواجه بها الدائن المدين في حالة رجوعه عليه عند حلول أجل الدين ولا تجوز الكفالة أيضا في مبلغ اكبر مما هو مستحق على عاتق المدين ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول[1].

الفرع الثاني: أنواع الكفالة

سنتطرق في هذا الفرع إلى أنواع الكفالة بحسب مصدرها وكذا بحسب طبيعتها، وأيضا بحسب محلها.

أولا: أنواع الكفالة بحسب مصدرها

سنحاول التطرق إلى أنواع الكفالة بحسب مصدرها إلى عدة أنواع مختلفة فقد يكون مصدرها الاتفاق او القانون، أو القضاء، فإذا كان مصدرها الإرادة تسمى حينئذ بالكفالة الاتفاقية بالنظر إلى إرادة أطرافها، أما إذا كان مصدرها الرئيسي حكم القاضي فتسمى بالكفالة القضائية، وقد يكون مصدرها القانون فتسمى عندها بالكفالة القانونية، وعليه سنتناول في هذه الجزئية بعض هذه الأنواع تباعا بالشرح والتفصيل على النحو الآتي:

1-الكفالة الاتفاقية

هي التي تنشأ بموجب اتفاق بين المدين و الدائن، بحيث يقدم المدين كفيلا بموجب عقد بينه وبين الدائن على أن يلتزم المدين بتقديم كفيل للدائن يضمن دينه، ويكون هذا الاتفاق هو مصدر التزام المدين بتقديم الكفالة، سواء تم الاتفاق قبل نشوء الدين في ذمة المدين أو بعد ذلك، ويعد ذلك من قبيل الكفالة الاتفاقية من خلال سعي المدين من تلقاء نفسه للحصول على كفيل يضمنه ويقدمه من تلقاء نفسه، دون أن يكون ملتزما بذلك اتجاه الدائن حتى يحصل منه على ائتمان جديد أو أن يجدد الائتمان السابق ،كما يمكن أن تنشأ الكفالة كذلك في حالة تقدم الكفيل من تلقاء نفسه لضمان المدين والتزامه بذلك في مواجهة الدائن، حتى ولو لم يعلم بها هذا الأخير أو حتى رغم معارضة، حيث يكون مصدر التزام الكفيل هو الإرادة المنفردة للكفيل، وهذا ما يتجلى في الكفالة التبرعية لأن الكفيل يكفل المدين دون مقابل حتى ولوكان ذلك دون علم المدين أو رغم معارضته[2].

2-الكفالة القانونية

تكون الكفالة قانونية إذا كان مصدرها القانون، أي في الأحوال التي يوجب القانون فيها على المدين تقديم كفيل للدائن لضمان الوفاء بالدين الذي في ذمته، ومثال ذلك ما نص عليه الأمر 75-58 من خلال المادة 851 والتي تنص على إلزام المنتفع بمنقول أن يقدم للمالك كفالة ضمان للوفاء بالتزامه برد المنقول أو بدله[3].

---

[1]-تنص المادة 652 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم السالف الذكر على ما يلي " لا تجوز الكفالة في مبلغ أكثر من الدين مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول، ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشرط أهون ".

[2] سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، المرجع السابق، ص 30.

[3] أنظر المادة 851 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

3-الكفالة القضائية

تكون الكفالة قضائية في الحالات التي يكون مصدر التزام المدين بتقديم كفيل هو حكم القاضي ويكون هذا الحكم منشأ للكفالة وليس كاشف لها[1]، ومثال ذلك ما جاء به نص المادة 02/717 من الأمر 75-58، إذ تنص أنه إذا وافقت المحكمة على قرار الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع بإجراء تغيرات أساسية فيه، فإن لها أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق له من تعويضات[2].

ثانيا: أنواع الكفالة بحسب طبيعتها

تنقسم الكفالة وفقا لمعيار طبيعتها إلى مدنية وتجارية، وأن الكفالة المدنية تتميز بخاصية التبرع خدمة للمدين، من خلال اشتراط المشرع في الكفيل أهلية التصرف لأن الكفالة قد تلحق ضررا محضا بالكفيل، فيجب أن يكون الكفيل بالغا وعاقلا بحيث يجب أن يبلغ الصبي سن 19 سنة كاملة، وكذلك أيضا لا يمكن أن يكون الكفيل مجنونا أو معتوها، على اعتبار المجنون والمعتوه من عديمي الأهلية ولا يمكن أن يكون سفيها أو ذا غفلة[3].

1-الكفالة المدنية

الأصل طبقا للقواعد العامة أن الكفالة من العقود المدنية لأنها من عقود التبرع، على خلاف العقود التجارية التي تقوم على الربح والمضاربة ولا تتفق مع ميزة التبرع، حيث أدرج المشرع المدني الجزائري ذلك في الباب الحادي عشر، حيث أقر المشرع الجزائري أن الكفالة الناشئة عن دين تجاري هي كفالة مدنية، وتخضع في تنظيمها لأحكام القانون المدني، بغض النظر إن كان الكفيل تاجرا أو غير تاجر، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك[4].

2-الكفالة التجارية

إن الكفالة التجارية تكتسب طبيعتها التجارية إما بسب شكلها مثل الكفالة المترتبة على ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا كما هو منصوص عليه في المادة 409 من الأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم أو من خالا تظهير هذه الأوراق التجارية ، أو بحسب موضوعها وهذا ما جسده المشرع في الفقرة الثالثة من نص المادة الثانية من الأمر75-59 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم[5]، ومن أبرز الأمثلة على ذلك

---

[1] حورية زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص32-33.

[2] أنظر المادة 02/717 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[3] سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، المرجع السابق، ص40، وتنص المادة 42 المعدلة من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر على ما يلي " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون.

[4] أنظر المادة 01/651 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[5]- داود منصور، عامر قير ع، المرجع السابق، ص 351 ،354، وأنظر المادة 02/651 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

الكفالة المصرفية وخطاب الضمان، فالضمان الاحتياطي يقصد به ضمان الالتزام الناشئ عن الورقة التجارية بكتابته على الورقة التجارية ذاتها أو كتابته على ورقة متصلة بها أو في ورقة مستقلة عن هذه الورقة التجارية[1].

ثالثا: أنواع الكفالة بحسب محلها

تنقسم الكفالة بحسب محلها إلى كفالة شخصية وأخرى عينية وسنتطرق لهما تباعا بالشرح والتفصيل.

1-الكفالة الشخصية

يقصد بالكفالة الشخصية هي الكفالة العادية التي يلتزم فيها الكفيل بضمان الوفاء بالدين إذا لم يف به المدين نفسه، فيستطيع الدائن أن يستوفي حقه من أموال المدين ومن أموال الكفيل إذ لم تكفي أموال المدين للوفاء بحق الدائن الذي هو في ذمة المدين، وترد الكفالة على الضمان العام للكفيل أي على كل أمواله دون تخصيص[2].

2-الكفالة العينية

فهي عبارة عن تأمين عيني، بحيث يقدم الكفيل مالا مملوكا له، سواء كان عقارا أو منقولا، من أجل ضمان الوفاء بالتزام في ذمة شخص آخر ويسمي الكفيل حينئذ بالكفيل العيني، حيث يقوم الكفيل برهن عقار رهنا رسميا، أو رهن منقول رهنا حيازيا لضمان الوفاء بالتزام المدين وهو لا يضمن هذا الوفاء إلا في حدود المال المقدم تأمينا له، ففي هذه الحالة فإن الضمان لا يرد على كل ذمته المالية، لأن الكفيل العيني لا يكون مسؤول شخصيا عن كامل الدين، بل يضمن الدين في حدود المال الذي قدمه كرهن على خلاف الكفيل الشخصي[3].

المطلب الرابع: تمييز الكفالة عما يشابهها من نظم قانونية

تتقاطع الكفالة مع العديد من النظم القانونية المشابهة لها في مجموعة من المميزات، وهذا لا يعني أنها تتطابق معها تطابقا تاما، بل أن لكل هذه النظم أحكام مستقلة عن بعضها البعض لكنها قد تتشابه أحيانا، وللتفصيل أكثر سنتناول تمييز الكفالة عن كل من عقد التأمين والإنابة بنوعيها الكاملة والناقصة، إضافة إلى تمييز الكفالة عن التعهد عن الغير، وكذلك أيضا تمييزها عن التضامن والحوالة بشقيها، أي حوالة الحق وحوالة الدين.

الفرع الأول: تمييز الكفالة عن عقد التأمين

يقصد بالتأمين هو عقد يلتزم بمقتضاه أحد طرفيه وهو المؤمن، لطرفه الثاني وهو المستأمن، في مقابل قسط معين بضمان الخسائر التي تلحقه نتيجة إعسار مدينه، ويختلف عقد الكفالة عن عقد التأمين من حيث صفة الإلزام

[1] – داود منصور، عامر قير ع، المرجع نفسه، ص .355

[2]– يقصد بالكفالة الشخصية هي الكفالة العادية أي المدنية والمنصوص عليها في المواد من 644 إلى 673 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[3]– نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر ،2007، ص308.

فهو ملزم لجانب واحد كون التزام الكفيل ناتج عن عقد تابع، حيث يستند عقد الكفالة أساسا في وجوده على الالتزام الأصلي للمدين وليس حق قائم بذاته، وعليه فإن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد، على خلاف عقد التأمين الذي هو ملزم لجانين، الطرف الأول هو المؤمن" شركة التأمين" والطرف الثاني هو المؤمن له" المستأمن".

غير أنهما يتشابهان في حالة قيام الدائن بالتأمين لدى شركات التأمين بهدف تغطية مخاطر إعسار مدينه، والهدف من هذا التأمين هو تعويض الدائن عن الضرر الذي قد يلحقه نتيجة إعسار المدين ولا يدل ذلك على أن المدين موسرا، فحينها تبدو شركة التأمين كأنها تقوم مقام الكفيل، من خلال التعويض الذي تقدمه للدائن[1].

الفرع الثاني: تمييز الكفالة عن الإنابة

يقصد بالإنابة[2] تصرف بمقتضاها يحصل المنيب" المدين" على رضا المناب لديه" الدائن"، أي أن المدين ينيب شخصا آخر عنه، بحيث يتعهد للدائن بالوفاء بالدين الموجود في ذمة المدين، وتتم الإنابة متى حصل اتفاق بين المدين والدائن بأن يقوم شخصا آخر بالوفاء للدائن بدلا عن المدين، والإنابة نوعان كاملة وقاصرة[3]:

أولا: الإنابة الكاملة

يقصد بها أن ينيب المدين شخص آخر يتعهد للدائن بدين جديد بدل الذي كان في ذمة المدين، أي أن الدين القديم ينقضي لينشأ مكانه دين جديد، وتؤدي الإنابة الكاملة إلى إبراء ذمة المدين المنيب ويعتبر هذا التجديد بتغيير المدين[4]، فعليه يرى الباحث لا وجه للخلط بين فكرة الإنابة الكاملة والكفالة، لأن الإنابة الكاملة تنطوي على تجديد للالتزام بتغير المدين، فالمدين الأصلي يختفي ليحل محله مدين جديد، أما الكفالة فلا تشمل عنصر التجديد، بل تتبع الالتزام الأصلي للمدين وتكفله، إلا أنهما يشتركان في ثلاثية أطراف العلاقة القانونية.

ثانيا: الإنابة الناقصة

الإنابة الناقصة فهي لا تتضمن تجديدا، بل يبقى الدين في ذمة المدين الأصلي وينظم إليه المدين الجديد ليكون مدينا لنفس الدائن ونفس الدين، فمعيار التفرقة بين النوعين يمكن في تضمنها تجديدا بتغير المدين أو عدم تضمنها له، فالنسبة للإنابة الناقصة يمكن أن يثور ويتحقق الخلط واللبس، حيث يتعدد المدينون بدين واحد، إذ يبقى

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، ج10، المرجع السابق، ص 62، وأنظر أيضا، سعد أحمد محمود، عقد الكفالة، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، ط1، القاهرة، سنة 1994، ص134.

[2] تنص المادة 294 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر على ما يلي " تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين، ولا تقتضي الإنابة أن تكون حتما مديونية سابقة المدين والغير ".

[3] ريم عدنان عبد الرحمان الشنطي، الإنابة في الوفاء " دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والأردني، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007، ص79.

[4] دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 96.

الدين في ذمة المدين الأصلي، وينظم إليه المدين الجديد ليكون مدينا بنفس الدين[1]، إلا أن الفارق بين الإنابة الناقصة والكفالة أي بين الكفيل والمناب يكمن في فكرة التبعية، فالمناب يلتزم بدفع دين الغير التزاما أصليا لا التزاما تابعا كما هو الحال بالنسبة للكفيل ويستطيع الدائن أن يختار أي من يطالبه بحقه المنيب أم المناب، لأن كل منهما يلتزم التزاما أصليا في مواجهة الدائن، فلا يستطيع المناب أن يطلب من الدائن أن يرجع على المنيب الأصلي حتى ولو كان موسرا، ولا يستطيع أن يحتج بالدفوع التي يحتج بها المنيب على الدائن، أما بالنسبة للكفيل فإن التزامه تابع للالتزام الأصلي، فمن ثم يجوز له أن يدفع في مواجهة الدائن بضرورة رجوعه على المدين الأصلي أولا، وله أن يتمسك في مواجهته بضرورة التنفيذ على أموال المدين وتجريده من أمواله قبل الشروع في التنفيذ على أموال الكفيل كونه ضامنا لدين المدين اتجاه الدائن[2].

الفرع الثالث: تمييز الكفالة عن التضامن

يعتبر التضامن من أنظمة التأمينات الشخصية التي أساسها انضمام ذمة مالية إلى ذمة المدين وهذا ما يشبه إلى حد بعيد الكفالة، ويتفق كل من الكفالة والتضامن كون كلاهما يمنح الدائن ضمانا وتأمينا شخصيا، إلا أن الكفالة تختلف عن التضامن بين المدينين، كون أن المدين المتضامن يلتزم بصفة أصلية في مواجهة الدائن[3]، إلا أن ذللك يعد على نقيض مع التزام الكفيل الذي يلتزم بصفة احتياطية حتى ولو كان متضامنا مع المدين، فهو يعتبر التزاما تابعا لالتزام المدين، ويترتب على صفة التبعية هذه أن للكفيل حتى ولو كان متضامن أن يتمسك ببراءة ذمته إذا ما أضاع الدائن تأمينات الدين، ويترتب على ذلك سقوط التزامه إذا لم يرجع الدائن على المدين خلال ستة أشهر من تاريخ إنذار الكفيل للدائن بذلك، وكذلك أيضا إذا لم يحل الدائن في تفليسة المدين وسقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما كان يستطيع أن يحصل عليه الدائن من هذه التفليسة[4].

الفرع الرابع: تمييز الكفالة عن التعهد عن الغير

يقصد بالتعهد عن الغير هو أن يتعاقد شخص مع آخر على أن يتعهد له شخصيا بأن يحمل الغير على قبول التعاقد[5]، كما في حالة الوكيل الذي يتجاوز حدود الوكالة، بحيث يتعهد الوكيل للشخص المتعاقد معه أن الموكل

---

[1] العربي بلحاج، أحكام الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2012، ص من 317 إلى 319.

[2] سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، المرجع السابق، ص 90، وراجع ريم عدنان عبد الرحمان الشنطي، المرجع نفسه، ص ص 109، 110.

[3] محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون تاريخ نشر، ص59.

[4] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص257، وأنظر المواد 656 إلى 658 من الأمر 75-58، المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

[5] تنص المادة 01/114 من الأمر 75-58، المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر على ما يلي " إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده، فإن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ ما التزم به.

يقر ويقبل بالاتفاق الخارج عن حدود الوكالة[1]، أما التعهد عن الغير لا يلزم الغير، بل يلزم المتعهد شخصيا بالعقد الذي يبرمه، فلا يترتب على التعهد عن الغير أي التزام في ذمة هذا الأخير وله كامل الحرية في قبوله أو رفضه، على اعتبار أن المتعهد عن الغير يلتزم التزاما أصليا بأن يجعل الغير يقبل التزام معين، إلا أن التعهد عن الغير قد يقترب من الكفالة، فيمكن أن يجتمعا في عملية واحدة، إذ يمكن لشخص واحد أن يجمع بين الصفتين، أي صفة المتعهد وصفة الكفيل، على خلاف التزام الكفيل الذي هو التزام تبعي يتمثل في الوفاء بالدين إذا لم يقم المدين بذلك بنفسه اتجاه الدائن، وهذا يختلف عن التعهد عن الغير، لأن المتعهد يكمن دوره في حمل الغير على قبول الالتزام دون ضمان الوفاء به، كمأن مجموعة العلاقات القانونية بالنسبة الكفالة والتعهد على الغير تشمل علاقة قانونية ثلاثية الأطراف أي تتكون أشخاص على الأقل[2].

الفرع الخامس: تمييز الكفالة عن الحوالة

تعد الحوالة أداة لانتقال الالتزام، بمعنى خروج الالتزام من أحد طرفيه ويحل محله شخصا آخر فيما له من حقوق وما عليه من التزامات، فإذا تغير طرفي الالتزام من جهة الدائن فنكون بصدد حوالة الحق، أما إذا تغير طرفي الالتزام من جهة المدين، فنكون حينئذ بصدد حوالة الدين وهذا ما كرسه المشرع المدني الجزائري في الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم[3]، ففي موضوعنا هذا سنتطرق إلى جزئية تمييز الكفالة عن الحوالة، وفي هذا الصدد لابد من دراسة حالتين وهما تمييز الكفالة عن حوالة الحق، وكذلك أيضا تمييزها عن حوالة الدين باعتبارهما آليتين لانقضاء الالتزام.

أولا: تمييز الكفالة عن حوالة الحق

تتم الحوالة بمجرد تراضي كل من الدائن المحيل والمحال له وتتم بينهما دون تدخل من طرف المدين[4]، فعليه فإنه يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر، إلا إذا منع ذلك نص في القانون أو اتفاق المتعاقدين او طبيعة الالتزام، وتتم الحوالة دون الحاجة إلى رضا المدين[5]، إلا أنه لا يمكن الاحتجاج بالحوالة اتجاه المدين أو الغير بدون رضا المدين بهذه الحوالة على خلاف الكفالة التي يمكن أن تتم دون علم المدين ودون رضاه، يتضح من هذا التعريف بأن

---

[1] تنص المادة 575 من الأمر 75-58، المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر على ما يلي " الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز الحدود المرسومة، لكن يسوغ له أن يتجاوز الحدود إذا تعذر عليه إخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأنه ما كان يسع الموكل إلا الموافقة على هذا التصرف وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يخبر الموكل حالا بتجاوزه حدود الوكالة ".

[2] سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، المرجع السابق، ص 63.

[3] محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص251.

[4] محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، المرجع نفسه، ص 255.

[5] أنظر المادة 239 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

الدائن الذي يحول حقه إلى شخص آخر يشبه الكفيل من حيث ضمان الوفاء، مع العلم أن هذا الأخير مسؤولا عن الضرر الذي قد يلحق بالشخص المحول له هذا الحق، نتيجة إخلال الدائن بالتزامه والمتمثل في ضمان أن المدين موسرا[1].

ثانيا: تمييز الكفالة عن حوالة الدين

فهي عقد ينتقل بمقتضاه الدين الذي على المدين إلى شخص آخر يصبح مدينا مكانه، بمعنى أن حوالة الدين يقصد بها انتقال دين المدين إلى شخص آخر، فيحل هذا الشخص الآخر محل المدين في الدين نفسه بجميع مقوماته، فتقوم حوالة الدين على ثلاثة أطراف وهما الدائن والمدين الأصلي والمحال عليه الذي هو المدين الجديد[2].

بحيث يتفق المدين مع شخص آخر بأن يتحمل عنه الدين الذي هو في ذمته، ولا تكون هذه الحوالة نافذة إلا إذا أقرها المدين[3]، فتتشابه كل من حوالة الدين والكفالة من حيث تحمل الدين، ففي عقد الكفالة يتحمل الكفيل الدين الذي في ذمة المدين والناتج عن الالتزام الأصلي، ونفس الشيء في حوالة الدين إذ يتحمل المدين الجديد دين المدين الأصلي[4].

[1] سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، المرجع السابق، 58.

[2] محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 275.

[3] انظر المواد 252،251 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[4] سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، المرجع السابق، 58.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على الضمانات الشخصية "الكفالة" كآلية المحافظة على حق الدائن

على اعتبار أن الكفالة آلية خاصة وضمان شخصي لاستيفاء حق الدائن، فإنه يترتب على انعقادها مجموعة من الآثار بالنسبة للدائن والكفيل والمدين، وعليه فإن الآثار المباشرة للكفالة كآلية للمحافظة على حق الدائن واستيفائه دون مزاحمة من باقي الدائنين الآخرين من جهة، وكذا ابراء ذمة المدين اتجاه الدائن من جهة أخرى، حيث تظهر من خلال مجموعة العلاقات التي تربط الكفيل بالدائن، والكفيل بالمدين، و يكتسب الدائن حقه في إمكانية الرجوع على الكفيل من أجل ضمان استيفاء حقوقه، ويستفيد المدين من ضمان دينه من طرف الكفيل، خصوصا إذا كان المدين معسرا، أو إذا لم يقم بالوفاء بحق الدائن كونه هو المدين بالالتزام الأصلي[1].

الفرع الأول: العلاقة بين الدائن والكفيل

إن علاقة الكفيل بالدائن لها شقان، الأول يتمثل في مطالبة الدائن للكفيل من أجل الوفاء بالدين عند عدم وفاء المدين به، والشق الثاني يتمثل في الدفوع التي يتمسك بها الكفيل في مواجهة الدائن لرد هذه المطالبة.

كما أن الدائن الذي استوفى حقه من الكفيل تقع عليه واجبات يلتزم بها اتجاه هذا الأخير، من خلال مطالبة الدائن للكفيل من أجل الوفاء بالالتزام المكفول متى حل أجل تنفيذ الالتزام، لاسيما في حالة تأخر المدين عن الوفاء بديونه، بحيث يجب على الدائن أن يطالب المدين أولا بالوفاء قبل الكفيل، ويمكن للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع اتجاه الدائن وهذ ما يسمى بالدفع بالتجريد وهناك دفع آخر يدعى الدفع بالتقسيم في حالة تعدد الكفلاء غير المتضامنين، أو تعدد المدينين يمكن للكفيل أن يتمسك بالدفع بالتقسيم متى توافرت شروط ذلك[2].

فلكي نفصل أكثر في هذا الأمر، سنتطرق لاحقا إلى هذه العناصر بالشرح كل واحد حسب أهميته.

أولا: مطالبة الدائن الكفيل بالوفاء بالدين

للدائن الحق في الرجوع على الكفيل لمطالبته بالدين إذا لم يقوم المدين بالوفاء بهذا الحق اتجاه الدائن بحلول أجل الاستحقاق أو في حالة امتناعه عن الوفاء، ويحكم هذه المطالبة أمران أساسيان سنتطرق لهما تباعا كالآتي:

1-حلول أجل المطالبة بالدين

الأصل أن الدائن لا يجوز له أن يطالب بالوفاء بالالتزام إلا بعد حلول أجل الدين الذي هو في ذمة المدين[3]، والغالب أن يكون أجل التزام الكفيل هو نفسه أجل الالتزام المكفول أو بعده، إلا أنه قد يحدث أن يختلف الأجلان بالاتفاق أو بناء على واقعة أخرى تؤدي لسقوط أجل التزام المدين، فإذا لم يكن هناك اتفاق على تحديد أجل الدين،

---

[1] فوزي أحمد نهلة أحمد، المرجع السابق، ص 31.

[2] حورية زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص69.

[3] سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، الإسكندرية، مصر، 1975، ص60.

فإن هذا الأجل يحل بحلول أجل استحقاق دين المدين الذي نتج عن الالتزام الأصلي بين الدائن والمدين[1]، وقد يكون الأجل الممنوح للمدين ليس هو الأجل نفسه الممنوح للكفيل، وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن الرجوع على الكفيل قبل حلول هذا الأجل، أي أجل تنفيذ الكفالة[2]، لأنه لا يجوز للدائن الرجوع على الكفيل وحده إلا بعد الرجوع على المدين أولا، فإذ اكان أجل التزام الكفيل مختلف عن أجل الالتزام المكفول فإن الأجل الممنوح للكفيل قد يحل بعد الأجل الممنوح للمدين أو قبله، فإن حل أجل الالتزام الأصلي قبل حلول أجل التزام الكفيل فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل قبل حلول الأجل المحدد لالتزامه لان التزام الكفيل يمكن أن يكون أخف عبئا من الالتزام الأصلي، ويستفيد الكفيل من الأجل الممنوح له، إلا أن أجل مطالبة الدائن الكفيل من أجل الوفاء بالدين لا يبقى دائما ساريا وفقا لهذا المفهوم سالف الذكر، بل ترد عليه استثناءات خصوصا في حالة إفلاس المدين أو إعساره، بحيث يتم اسقاط الأجل بالنسبة للدين قبل حلول تاريخ وميعاد الاستحقاق إذا أنقص المدين بفعله إلى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين خاص، سواء كان مصدر هذا التأمين العقد أو القانون، بشرط ألا يطلب الدائن هذا التأمين الخاص، فإذا لم يقدم المدين للدائن ما وعد به من تأمينات[3]، وكذلك أيضا في حالة ما إذا تم شهر افلاس المدين أو إعساره[4]، بينما المشرع المدني الجزائري لم يذكر حالة الإعسار بل ذكر حالة الإفلاس فقط، كما يجوز في المقابل للمدين أن يطلب من القاضي منحه أجلا للوفاء، إذا وجد ما يبرر ذلك من ظروف، بشرط ألا يلحق الأجل ضررا جسيما بالدائن وللقاضي السلطة التقديرية الواسعة في الحكم بذلك ، فيرى الباحث أن أجل تنفيذ الكفالة يجب أن يكون على الأقل متوافقا مع حلول أجل تنفيذ الالتزام الأصلي أو أن يكون لاحقا له، كما يقترح الباحث على المشرع في حالة تعديله للقانون المدني إدراج حالة تقدم الدائن إلى تفليسة الكفيل في حالة إفلاس هذا الأخير من أجل استيفاء الدائن دينه من تفليسة الكفيل، وأنه إذا تأخر الدائن في اتخاذ هذه الإجراءات أبرأت ذمة الكفيل قانونا بسبب إهمال الدائن في الرجوع على الكفيل.

2-سبق وأولوية رجوع الدائن على المدين

الأصل أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل، وحده إلا بعد رجوعه على المدين ا، ومؤدي ذلك أن الدائن يلتزم بالرجوع على المدين أولا، ولا يرجع ابتداء على الكفيل ولكن يمكن للدائن أن يرجع على المدين والكفيل

[1] حورية زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص70.

[2] فيصل شرف أحمد "محمد زياد"، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2012، ص37.

[3] محمدي سليمان، المرجع السابق، ص31، وأنظر المادة 211 من الأمر 75-58، المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

[4] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المصادر، المجلد الأول "01"، دار النهضة العربية، 1966القاهرة، ص 975.

في آن واحد[1]، ويقصد بالرجوع المطالبة القضائية أي رفع الدعوى على المدين والحصول على حكم قضائي بإلزامه ومن ثمة لا تكفي مجرد المطالبة الودية أو إعذار المدين للوفاء، إذن لكي يكون للدائن الحق في مطالبة الكفيل بتنفيذ الالتزام الذي أصبح مستحق الأداء، وجب عليه قانونا مطالبة المدين بتنفيذ التزامه الأصلي الذي تأخر في تنفيذه أو تعذر ذلك بسبب المدين، فلا يشترط في هذه الحالة أن تكون أموال المدين كافية للوفاء بديونه، بل يكفي أن تكون له أموال تفي ولو بجزء من الدين[2]، حينئذ يجوز للدائن الرجوع على الكفيل ومطالبته بالوفاء بصفته ضامن احتياطي من أجل الوفاء بالالتزام الأصلي الذي هو في ذمة المدين، كما لا يجوز للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين أولا من أمواله[3]، وللكفيل التمسك بهذا الدفع في مواجهة الدائن.

أما إذا رجع الدائن على الكفيل قبل رجوعه على المدين، فإنه من حق الكفيل أن يطالب ويتمسك في مواجهة الدائن بالرجوع على المدين أولا[4]، فيشترط لذلك عدم تنازل الكفيل عن هذا الدفع سواء كان ذلك صريحا أو ضمنيا، وسواء كان وقت انعقاد الكفالة أو بعد انعقادها، ويجب ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين، وأن تكون له مصلحة مشروعة في ذلك، والقاضي هو الذي يقرر وجود المصلحة من عدمها إذا تمسك الكفيل بهذا الدفع، كما يجب على الكفيل القيام بإرشاد الدائن إلى جميع أموال المدين التي تكون كافية للوفاء بكامل الدين[5]، و يكون الدائن مسؤولا في حالة إعسار المدين بسبب عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة من اجل التنفيذ على أموال المدين في الوقت المناسب[6]، إلا أن شرط أولوية رجوع الدائن على المدين ترد عليه استثناءات تتمثل فيما يلي:

أ-حالة شهر إفلاس المدين

بحيث يجب على الدائن التقدم في التفليسة بالدين وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن وهذا ما جسدته المادة 658 من نفس الأمر 75-58[7].

---

[1] تنص المادة 01/660 من الأمر 75-58، المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني على ما يلي " لا يجوز للدائن الرجوع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين ".

[2] حورية زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص75.

[3] فيصل شرف أحمد "محمد زياد"، المرجع السابق، ص40.

[4] تنص المادة 02/660 من الأمر 75-58، المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني على ما يلي "...ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الدفع ".

[5] فوزي أحمد نهلة أحمد، المرجع السابق، ص 31-32.

[6] تنص المادة 662 من الأمر 75-58، المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني على ما يلي " يكون الدائن في كل الأحوال التي يدل فيها الكفيل على أموال المدين، مسؤولا اتجاه الكفيل عن إعسار المدين الذي يترتب عن عدم اتخاذه الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب "

[7] تنص المادة 658 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم على ما يلي " إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر سبب إهمال الدائن ".

ب: إذا كان لدى الدائن سند صالح للتنفيذ على أموال المدين

فإذا كان الدائن يحوز على سندا تنفيذيا صالح للتنفيذ على أموال المدين، فإنه بمجرد إعذار المدين من أجل الوفاء، فإن ذلك يعتبر رجوعا كافيا على المدين، وبعدها يجوز للدائن الرجوع على الكفيل، بشرط عدم تنازل الدائن عن حقه في هذا الدفع صراحة أو ضمنيا، لأنه مقرر لمصلحته ومن حقه التنازل عليه، وألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين، كما يجب أن يكون للدائن مصلحة في رجوعه على الكفيل، وإلا فقد هذا الرجوع فائدته.

ثانيا: الدفوع التي يتمسك بها الكفيل في مواجهة الدائن

أقر المشرع للكفيل في حالة رجوع الدائن عليه قبل أن يطالب المدين بالوفاء أن يدفع في مواجهة الدائن بالتمسك بالدفع بتجريد المدين من أمواله والتنفيذ عليها، أما في حالة تعدد الكفلاء الغير متضامنين بالنسبة لدين واحد وفي عقد واحد، فالدائن في هذه الحالة لا يكون رجوعه على أي من الكفلاء إلا بقدر نصيبه في الدين، وهذا ما يسمى بالدفع بالتقسيم[1]، وسنفصل في الدفع بالتجريد وشروطه وآثاره ثم نتناول، أيضا الدفع بالتقسيم وشروطه وآثاره، وهذا ما كرسه المشرع في نصوص المواد من660إلى669 من الأمر 75-58 المعدل والمتمم.

1-الدفوع الناشئة عن الدين الأصلي

يحق للكفيل أن يتمسك بجميع الدفوع التي يستطيع المدين التمسك بها، في مواجهة الدائن، استنادا لعلاقة التبعية بين عقد الكفالة والالتزام الأصلي الناتج عن علاقة المديونية بين المدين والدائن، وهذا ما كرسته المادة 01/654 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم[2]، وللكفيل أيضا الحق في التمسك بهذه الدفوع حتى ولو كان متضامنا مع المدين وهذا ما جسدته المادة 666 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم[3]. ومن بين هذه الدفوع المطالبة ببطلان الالتزام المكفول لانعدام ركن من الأركان " الرضا، المحل، السبب، أو لتخلف الشكل القانوني"، كما له أن يتمسك بالدفوع المؤدية إلى انقضاء الالتزام المكفول سواء كان بسب بالوفاء، أو التجديد، أو التقادم، أوا لوفاء بمقابل أو اتخاذ الذمة"، وكذا للكفيل أن يتمسك بنقص أهلية المدين ويبطل التزام الكفيل ما لم يكن عالما بذلك وقت التعاقد، أو إذا قام الكفيل بكفالة مدين ناقص أهلية منذ البداية، فعندها لا يمكنه أن التمسك بنقص أهلية المدين المكفول[4].

---

[1] حورية زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص70.

[2] تنص المادة 01/654 من الأمر 75-58، المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر على ما يلي " يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين ".

[3] تنص المادة 666 من الأمر 75-58، المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر على أنه " يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين"

[4] أنظر المادتين " 2/654 و649 " من الأمر 75-58، المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

2-الدفع بالتجريد

حسب نص المادة 02/660 من الأمر 75-58، فإنه لا يجوز الدائن أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله، ويجوز للكفيل في هذه المسألة أن يتمسك بهذا الدفع، أي أن الدفع بالتجريد هو آلية قانونية خولها المشرع للكفيل من أجل التمسك بأن لا ينفذ الدائن على أموال الكفيل قبل أن ينفذ على أموال المدين المكفول، متى توافرت الشروط المقررة لذلك[1]، فالدفع بالتجريد بالمعنى البسيط هو أنه إذا اتضح أن الدائن يريد التنفيذ على الكفيل فيحق لهذا الأخير التمسك بالتنفيذ أولا على أموال المدين وتجريده منها، ما لم تكن هذه الأموال كافية للوفاء بكامل الدين، وهذا دفع تقرر لمصلحة الكفيل باعتباره ضامنا احتياطيا، وليس مدينا أصليا، فالهدف من إ قرار هذا الدفع يبين أن الكفيل جدير بالرعاية والحماية القانونية، وأنه يقوم بالوفاء بدين ليس هو السبب في حصوله ولا طرفا فيه، بل يوفي بدين نتج عن الالتزام الأصلي الناشئ عن العلاقة القانونية بين الدائن والمدين المكفول، أي أن الدين ليس في ذمة الكفيل بل في ذمة غيره[2]. فمن جهة أنه من العدل ألا يتم التنفيذ على أموال الكفيل وأموال المدين موجودة وقائمة ولم ينفذ عليها، ومن جهة ثانية فلا يعقل أن يترك الدائن فرصة تواجد أموال الكفيل للوفاء بديونه ويدخل في خصومة قضائية طويلة ومعقدة مع المدين يخسر الدائن فيها الجهد والمال والوقت، **فعلى هذا الأساس يرى الباحث أنه من باب مصلحة الدائن يتعين ترك الحرية والخيار للدائن في الرجوع على الكفيل أو المدين أو كليهما معا خصوصا، إذا ما تأكد الدائن أن أموال المدين غير كافية للوفاء بديونه، وعليه نقترح تعديل الفقرة الثانية من المادة 660 من نفس الأمر 75- 58**

أ-شروط الدفع بالتجريد

يستوجب للتمسك بالدفع بالتجريد من قبل الكفيل في مواجهة الدائن توافر مجموعة من الشروط منها أن تكون أموال المدين محل التنفيذ من الأموال التي تقبل الحجز عليها وأن يكون الكفيل شخصي وليس عيني ويجب أن تكون أموال المدين غير متنازع فيها ويجب أيضا ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين، كما يجب ألا يكون الكفيل قد تنازل مسبقا عن هذا الدفع، وهذه الشروط التي قمنا بإيجازها سنتناولها تباعا على النحو الآتي:

-أن تكون أموال المدين محل التنفيذ من الأموال التي تقبل الحجز عليها

فبمفهوم المخالفة أي أن هذه الأموال غير متعلقة بحق شخصي للمدين، بل تكون من الأموال التي تدخل في الضمان العام، فيجوز الحجز والتنفيذ عليها وبيعها بالمزاد العلني حتى يستوفي الدائن دينه من ثمنها.

[1] شروق عباس فاضل، سارة نعمت أحمد، "حماية الكفيل في عقد الكفالة "، مجلة طبنه للدراسات العلمية الأكاديمية، المركز الجامعي سي الحواس بريكة، المجلد الثالث 03، العدد الأول 01، المجلد الثالث "03"،2020/06/19، ص 281-282.

[2] نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص360.

-أن يكون الكفيل شخصي وليس عيني

أي أن هذا الحق يقتصر على المدين المكفول الذي قررت الكفالة لمصلحته دون غيره من باقي الدائنين في حالة تعددهم، على خلاف الكفيل العيني الذي لا يمكنه التمسك بالدفع بالتجريد إلا إذا اشترط ذلك صراحة[1].

-يجب أن تكون أموال المدين غير متنازع فيها

تفاديا لتعطيل الإجراءات أو إلغائها يجب ان تكون أموال المدين غير متنازع فيها، وأن تكون الأموال موجودة بالجزائر، ومثالها المال المملوك على الشيوع فلا يمكن التنفيذ عليه إلا بعد الفصل في دعوى القسمة.

فالهدف من ذلك تجنب إرهاق الدائن من خلال مباشرة إجراءات طويلة معقدة عند وجود الأموال في خارج إقليم الدولة، وذلك من أجل تسهيل عملية التنفيذ عليها ربحا للوقت، وتجنيبا لإرهاق الدائن ولا يشترط أن تكون الأموال موجودة في مكان الوفاء بالدين أو في موطن المدين[2]، لأن الخصومة القضائية تتسم ببطيء الإجراءات من خلال المدة التي تستغرقها ف رفع الدعوى على مستوى المحكمة وإجراءات الطعن في حالة ما إذا تم الطعن في الحكم، إضافة إلى توفير الجهد والأموال والمتمثلة في المصاريف القضائية التي تنفق على الدعوى.

-يجب ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين

وهذا الشرط جسدته المادة 665 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم، أي يجب أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين حتى يتمسك بالدفع بالتجريد، لأن صفة التضامن تسقط حق الكفيل المتضامن في التجريد بقوة القانون، أما الكفيل المتضامن مع المدين فلا يمكنه التمسك بالدفع بالتجريد[3]، فالدائن يستطيع الرجوع على المدين أو الكفيل أو عليهما معا، وله التنفيذ على أموال مدين، أو التنفيذ على أموال الكفيل والمدين كليهما معا.

-يجب ألا يكون الكفيل قد تنازل مسبقا عن هذا الدفع

كرست المادة 02/660 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم عدم تنازل الكفيل عن الدفع بالتجريد بنصها " ولا يجوز له أن ينفذ على الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق"، فيتضح من هذه العبارة "أن يتمسك بهذا الحق" أنها توحي بأنه يجب على الكفيل ألا يتنازل على حقه في التمسك بالدفع بالتجريد، وإلا سقط حقه في ذلك، وهذا الدفع ليس من النظام العام،

---

[1] تنص المادة 901 من الأمر 75-58 على ما يلي " إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا على ما رهنه من ماله، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك".

[2] فوزي أحمد نخلة أحمد، المرجع السابق، ص 33، وأنظر المادة 661 من الأمر 75-58، المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

[3] تنص المادة 665 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم على ما يلي " لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد ".

باعتباره مقرر للكفيل وحده دون غيره، بحيث يجوز لهذا الأخير التنازل عنه بمحض إرادته لأنه حق شخصي مقرر للكفيل، وبالتالي يسقط حقه في التمسك بالتجريد في مواجهة الدائن الذي رجع عليه[1].

– يجب أن يقوم الكفيل وعلى نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المملوكة المدين التي تفي بكل الدين

وهذا الشرط كرسه المشرع من خلال نص المادة 661 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، إلا أن المشرع استثنى الأموال التي تقع خارج الأرض الجزائرية لأنها ثير إشكالات في التنفيذ، وكذلك استثنى المشرع الأموال المتنازع عليها والغير الثابتة في الذمة المالية للمدين سواء لعدم وجود السند أو لم يصدر بشأنها حكم قضائي بات ونهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه، أي استوفى جميع طرق الطعن العادية، مثل المصاريف التي يدفعها الدائن جراء تصويره للمستندات، واستخراج الصور، ومصاريف الدفع بالتجريد[2].

ب–أثار الدفع بالتجريد

إذا توافرت شروط الدفع بالتجريد من طرف الكفيل، وتم قبول المحكمة لهذا الدفع، يترتب على ذلك مجموعة من الآثار القانونية، لأنه ليس من العدل أن يقوم الكفيل بالوفاء مادام المدين موسرا[3]، والهدف من هذا الدفع حماية مصلحة الكفيل من إهمال المدين وغشه، بحيث يترتب على ذلك عدة نتائج قانونية تتمثل فيما يلي:

– عدم جواز البدء في التنفيذ على أموال الكفيل أووقف إجراءات التنفيذ قبل تجريد المدين من أمواله

فمن أجل مطالبة الكفيل يجب تجريد المدين من أمواله أولا، باستثناء الإجراءات التحفظية في مواجهة الكفيل مثل توقيع حجز تحفظي على أموال الكفيل، لأنه يترتب على قبول الدفع بالتجريد وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل، بل أن هذه الإجراءات تقف بمجرد إبداء الكفيل للدفع بالتجريد حتى تفصل المحكمة فيه وتسقط الإجراءات التي يكون الدائن قد اتخذها قبل الدفع بالتجريد، كما تبطل كل الإجراءات التي تتخذ في سبيل التنفيذ على أموال الكفيل، سواء تعلق الأمر بمرحلة التقاضي أو تم التمسك بالدفع أثناء سير الدعوى أو في مرحلة التنفيذ إن تم التمسك به عند شروع الدائن في التنفيذ، فينشأ على التمسك بالدفع بالتجريد من قبل الكفيل أيضا تحمل الدائن نتيجة إعسار المدين وذلك بسبب عدم اتخاذه إجراءات التنفيذ في الوقت المناسب[4].

---

[1] أنظر المادة 02/660 من الامر 75-58، المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

[2] تنص المادة 661 من الأمر 75-58، المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر على ما يلي " إذا طلب الكفيل التجريد، وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين تفي بالدين كله، ويلاحظ أن المشرع أسقط سهوا كلمة "التي " السابقة لجملة " تفي بالدين كله " في نص هذه المادة.

[3] م. حمو دي بكر حمو دي، المرجع السابق، ص83.

[4] علي أبو مارية، تجريد أموال المدين كدفع من الدفوع المقررة لمصلحة الكفيل في القانون الفلسطيني، دراسة مقارنة بالقانون الكويتي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة فلسطين الأهلية، فلسطين، المجلد 12، العدد 01، أ فريل 2021، ص28-29.

كما يترتب على الدفع بالتجريد أيضا عدم جواز البدء في التنفيذ على أموال الكفيل، ويترتب على ذلك أيضا أنه في حالة الوفاء الجزئي من قبل المدين اتجاه الدائن تبرأ ذمة الكفيل في حدود المقدار الذي وفى به المدين المكفول للدائن، وإضافة إلى الدفع بالتجريد هناك دفع آخر يدعى الدفع بالتقسيم وهو متاح لكل كفيل اتجاه غيره من الكفلاء في حالة وفائه بدين مكفول من جميع الكفلاء، وكذلك هذا الدفع مخول لكل مدين اتجاه نظرائه من المدينين بشرط ألا يكون الكفلاء أو المدينون متضامنون[1].

– إلزام الدائن بالتنفيذ على أموال المدين التي أرشده إليها الكفيل

يجب على الدائن أن يبادر إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهة المدين المكفول وإلا تحمل نتيجة إعسار المدين إن تراخي في التنفيذ على أمواله، وعلى الدائن أن يبذل في اتخاذ هذه الإجراءات عناية الرجل العادي ويتحمل النتيجة إن أصبحت أموال لمدين غير كافية للوفاء بالدين بعد أن كانت كافية عندما أرشده الكفيل إليها، بمعنى أن الدائن تماطل وتباطأ في اتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك ، وبالتالي فوت فرصة على نفسه لاستفاء دينه[2].

– مسؤولية الكفيل عند عدم حصول الدائن على حقه كاملا

معنى ذلك أنه إذا قام الدائن بالإجراءات التنفيذية على مال المدين، في الوقت المناسب فقد يؤدي ذلك في الغالب إلى حصول الدائن على حقه، إلا أنه في حالة عدم استيفاء الدائن لحقه كاملا بالرغم من قيامه بالإجراءات التنفيذية على الوجه الصحيح، وذلك بسبب أجنبي خارج عن إرادته، مثل ظهور دائنين عاديين للمدين يزاحمون الدائن ويقتسمون معه الأموال، مما يؤثر على كفاية أموال المدين المخصصة للوفاء بدين الدائن.

3–الدفع بالتقسيم

يقصد بالدفع بالتقسيم أي أنه يجوز لكل مدين أو كفيل المطالبة بتقسيم الدين بينه وبين المدينين الآخرين أو الكفلاء الآخرين، وذلك كل واحد حسب نسبة حصته في الدين بشرط ألا يكونوا متضامنين[3]،كما نصت المادة 664 من الأمر 75–58 على أنه " إذا تعدد الكفلاء لدين واحد، وبعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة، أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، فإن كل واحد منهم يكون مسؤولا عن الدين كله إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم "، فطبقا لنص المادة 664 من الامر 75–58 فإن التقسيم يقع بقوة القانون، ومن أجل التمسك بهذا الدفع لابد من توافر مجموعة من الشروط المتطلبة لذلك، وهذا ما سنتطرق تباعا إليه على النحو الآتي:

[1] حورية زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 82–84.

[2] علي أبو مارية، المرجع السابق، ص 29–30.

[3] شروق عباس فاضل، سارة نعمت أحمد، المرجع السابق، ص288.

أ-شروط الدفع بالتقسيم

حتى يتمسك الكفيل بالدفع بالتقسيم يجب توافر مجموعة من الشروط تتمثل فيما يلي:

-يلزم للدفع بالتقسيم تعدد الكفلاء[1]، لأن هذا الشرط هو الأساس الذي يقوم عليه الدفع بالتقسم، فإذا كان هناك كفيل واحد فلا مجال للكلام عن الدفع بالتقسيم، لأن هذا الكفيل يكون مسؤولا عن الدين المكفول.

- أن يتعدد الكفلاء لدين واحد، بحيث لو اختلفت الديون المضمونة من الكفلاء، فلا مجال للتقسيم، وإنما يكون كل واحد منهم مسؤولا عن الدين الذي ضمنه ولا يمكن منهم طلب التقسيم مع مدين آخر لأنهم لم يكفلوا نفس المدين هذا وأنه لا يجوز للكفيل أن يطلب من الدائن تقسيم الدين بينه وبين المصدق كفيل الكفيل لأنهما لا يكفلان نفس الالتزام.

- عدم وجود تضامن بين الكفلاء الذين كفلوا نفس المدين وفي عقد واحد. لأنهم إذا كانوا متضامنين فيما بينهم، يجوز للدائن الرجوع على أي منهم، ويطالبه بالوفاء بكل الدين عملا بأحكام التضامن.

-أن يتعدد الكفلاء لمدين واحد، إن هذا الشرط يعتد بوحدة المدين، أي أنه لا يعني حتما شخصا واحد، فإذا تعدد الكفلاء لمدينين متضامنين، وكفل كل منهم كل المدينين فإن شرط وحدة المدين يتوفر، وينقسم الدين بين الكفلاء[2].

- عدم تنازل الكفيل عن الحق في التقسيم، لأن تقسيم الدين يقع بقوة القانون فإن كان الكفلاء متعددون ورجع الدائن على أحدهم وطلب الوفاء بالدين، وقام هذا الكفيل بالوفاء رغم توافر كل الشروط، فإنه يعد متنازلا عن حقه، إلا أنه لا يتعلق بالنظام العام، لذا يمكن التنازل عنه، فالقاضي لا يحكم به من تلقاء نفسه ما لم يتنازل عنه الكفلاء[3].

ب-أثار الدفع بالتقسيم

إذا توافرت شروط الدفع بالتقسيم السالفة الذكر، فإن التقسيم يقع بقوة القانون حتى ولو لم يطلبه الكفلاء الغير متضامنون، بل تقوم المحكمة بتقسيم الدين من تلقاء نفسها دون طلب من الكفيل ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة، بحيث يقسم الدين بين الكفلاء بالتساوي ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، ويمكن لهذا الأخير "الكفيل" التمسك بهذا التقسيم في أي مرحلة من مراحل الدعوى، ما لم يتنازل عن حقه في الدفع بالتقسيم سواء كان هذا التنازل صريحة أو ضمنا، لكن إذا تعدد الكفلاء وبعقود متوالية فإن كل واحد منهم

---

[1] كوثر ز هدور، المرجع السابق، ص07.

[2] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص152، كوثر ز هدور، المرجع السابق، ص 07.

[3] شروق عباس فاضل، سارة نعمت أحمد، المرجع نفسه، ص 288-289، وتنص المادة 664 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم على ما يلي " إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانو غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة.

أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، فإن كل واحد منهم يكون مسؤولا عن الدين كله، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم ".

يكون مسؤولا عن الدين كله[1]، وللدائن أن يطالب أي من الكفلاء بكامل الدين، فإذا وفى أحد الكفلاء بالدين للدائن حل محل الدائن في الرجوع على باقي الكفلاء كل بقدر نصيبه في الدين، متى احتفظ أحد الكفلاء لنفسه بالحق في التقسيم اتجاه غيره من الكفلاء الضامنون لدين المدين اتجاه الدائن صاحب الحق، أما إذا تعدد كفلاء الدين الواحد في ذمة مدين واحد والتزموا بالتضامن فيما بينهم، فلا ينقسم الدين بينهم بل يجوز للدائن أن يطالب كلا منهم بكل الدين لأن تضامن الكفلاء فيما بينهم أو تضامنهم مع المدين يسقط حقهم في الدفع بالتقسيم[2]، أما في حالة إعسار أحد الكفلاء، فإن الدائن هو من يتحمل حصة المعسر، ولا يمكن مطالبة الكفلاء بحصة الكفيل المعسر، لأن الأصل في القانون الجزائري هو انقسام الدين بينهم بقوة القانون ويتحدد ذلك من وقت انعقاد عقد الكفالة وليس من وقت المطالبة أو الفصل في الدعوى المرفوعة من طرف الدائن صاحب الدين أمام القضاء بحكم بات ونهائي.

ج-دفوع أخرى

إضافة إلى الدفعين السابقين وهما الدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم هناك دفوع أخرى تتمثل فيما يلي:

-الدفع بعدم اتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين

من خلال نص المشرع المدني الجزائري في نص المادة 01/656 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم على أنه لا تبرأ ذمة الكفيل بمجرد حلول أجل الدين وتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات في الرجوع على المدين، غير أن ذلك لا يسقط حق الدائن في مطالبة الكفيل نتيجة إعسار المدين وتعذر رجوع الكفيل عليه، فمن أجل حماية الكفيل أقر المشرع له آلية تتمثل في إنذار الدائن خلال مدة تقدر بستة أشهر سواء تأخر المدين في التنفيذ إذا كان بيده سندا تنفيذيا، أو رفعت دعوى ضده، فإذا انقضت مدة "06" أشهر من يوم إنذار الكفيل للدائن ولم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات اللازمة ضد المدين تبرأ ذمة الكفيل بقوة القانون[3].

- الدفع بإضاعة التأمينات

كرست المادة 656 من الامر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم أنه إذا أهمل الدائن بخطئه المحافظة على التأمينات، فإن الكفيل تبرأ ذمته بقدر ما أضاع الدائن من هذه التأمينات، ومن أجل تمسك الكفيل بهذا الدفع لابد من توافر مجموعة من الشروط، منها أن يكون الدائن قد أضاع تأمينا خاصا، بسبب غشه أو خطئه الجسيم، أو أن يترتب على ضياع التأمينات ضرر للكفيل.

---

[1] فوزي أحمد نهلة أحمد، المرجع السابق، ص43.

[2] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 156.

[3] أنظر المادة 657 من الأمر 75-58 المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

-الدفع بعدم تدخل الدائن في تفلسه المدين

نصت المادة 658 من الأمر 75-58 على أنه "إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن".

فعليه فإن القانون فرض على الدائن التدخل في التفليسة، من أجل الحصول من المدين ما يمكن الحصول عليه من أموال. فإذا حدث تقصير من الدائن في اتخاذ هذا الإجراء وترتب على ذلك ضياع فرصته في استيفاء بعض حقه فلا يجوز له الرجوع على الكفيل إلا بما يزيد على القدر الذي كان سيحصل عليه من التفليسة لو دخل فيها، فإن لم يدخل الدائن في التفليسة وطالب الكفيل بالوفاء بكل الدين جاز لهذا الأخير التمسك في مواجهة الدائن ببراءة ذمته بالقدر الذي أضاعه الدائن لعدم تدخله في التفليسة[1].

د-التزامات الدائن عند استيفائه الدين

إذا استوفى الدائن حقه من الكفيل، يحل الكفيل محل الدائن في جميع ماله من حقوق اتجاه المدين[2]، كما يجب على الدائن تسليم المستندات اللازمة للكفيل وقت استيفائه الدين، حيث نصت المادة 264 من الأمر 75-58 المعدل والمتمم على أنه" من حل محل الدائن قانونا أو اتفاقا كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن".

كما يترتب أيضا على حلول الكفيل محل الدائن في حالة وفائه بالدين، حق رجوع الكفيل على المدين بحق الدائن وما يلحقه من تأمينات وهذا ما كرسته المادة 659 من الأمر 75-58 بنصها "على أن يلتزم الدائن بأن يسلم للكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع"[3]، كما يلتزم الدائن بنقل التأمينات الضامنة للدين المضمون بتأمين عقاري، وكذا التخلي عن التأمين إذا كان الدين مضمون بمنقول مرهون أو محبوس[4]، لكن في حالة تعدد الكفلاء فإن الكفيل الذي وفى بالدين يمكنه الرجوع على باقي الكفلاء كل حسب نصيبه في الدين[5]، فلقد نصت المادة 2/659 أيضا على أنه "إذا كان الدين مضمون بمنقول مرهون أو محبوس، وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل"، كما نصت أيضا المادة 03/659 على أنه "وإذا كان الدين مضمون بتأمين عقاري، فإن الدائن يلتزم بأن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين ويتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها

---

[1] تنص المادة 656 من الامر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم على ما يلي " تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات، وراجع أيضا سليمان محمدي، عقد الكفالة، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1999، ص43.

[2] أنظر المواد 671 و261 وما يليها من الأمر 75-58 المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

[3] أنظر المادتين 264، 01/659 من الأمر 75-58 المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

[4] حورية زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 94، وأنظر المادة 659 من الأمر 75-58 المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

[5] أنظر المادة 01/664 من الأمر 75-58 المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

على المدين"، فعليه فإن نص المادة صريح حيث ألزم المشرع الدائن القيام بنقل الضمانات للكفيل، ويتم النقل من خلال اتخاذ الإجراءات التي تتفق وطبيعة الضمان، فإن كان الدين مضمون بمنقول مرهون أو محبوس، وجب على الدائن أن يتخلى عن حيازته للكفيل، أما إن كان الدين مضمون بتأمين عقاري سواء كان رهن رسميا أو حق تخصيص فعلى الدائن أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا الضمان وذلك بالتأشير على هامش القيد مع تسليم عقد الرهن أو صورة الحكم الذي قرر حق التخصيص ويتحمل الكفيل مصروفات النقل ثم يمكنه الرجوع على المدين بعد ذلك[1].

الفرع الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين

إذا قام الكفيل بالوفاء بالدين للدائن فهنا تنشأ علاقة مديونية بين الكفيل والمدين سببها الكفالة، بحيث يحق للكفيل أن يرجع على المدين بالالتزام الأصلي، من أجل الحصول على ما وفى به، لهذا أعطى المشرع للكفيل طريقين يسلكهما من أجل الحصول على حقوقه، وهما الدعوى الشخصية ودعوى الحلول، وهذا ما سنتطرق إليه

أولا: رجوع الكفيل على المدين بدعوى الكفالة " الدعوى الشخصية"

أقر المشرع أنه من الواجب على الكفيل أن يخبر المدين قبل أن يقوم بالوفاء أي بوفاء الدين وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق، أسباب تقضي ببطلان الدين أو انقضائه، فإن لم يعارض المدين في الوفاء بقي للكفيل الحق في الرجوع عليه، ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو انقضائه[2]،كما جسد المشرع أيضا أنه يمكن للكفيل الذي وفى بالدين للدائن أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه، ويرجع بأصل الدين والمصروفات، غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده[3]، وعليه متى وفى الكفيل للدائن حقه الناشئ عن الالتزام الأصلي الواقع على عاتق المدين وأخطر الدائن المدين بهذا الوفاء، ولم يعارضه المدين على ذلك، وكان عالما بذلك، فإنه يحق له أي الكفيل رفع دعوى شخصية في مواجهة المدين من أجل الحصول على ما وفى به للدائن، فيشترط لذلك حلول الأجل الأصلي للدين المكفول، وأن يكون الدائن قد استوفى حقه من الكفيل عن طريق الحجز على أموال الكفيل و التنفيذ عليها وبيعها بالمزاد العلني واقتضاء الدين من ثمنها[4].

---

[1] محمد صبري السعدي، عقد الكفالة في التشريع المدني الجزائري، درا الهدى عين مليلة، الجزائر، ص110.

[2] أنظر المادة 670 من الأمر 75-58، المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

[3] تنص المادة 672 من الأمر 75-58، المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني على ما يلي " يكون للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة بعلمه أو بغير علمه ".

[4] حورية زاهية سي يوسف، المرجع السابق ص103-105.

1-شروط الدعوى الشخصية

يحق للكفيل الرجوع على المدين إذا ما وفى بالدين بالدعوى الشخصية، متى توافرت الشروط الآتي ذكرها:

أ-حلول أجل الدين

ترفع الدعوى الشخصية بحلول أجل الدين والمقصود بالأجل هنا هو الميعاد الأصلي للدين المكفول أي الميعاد المتفق عليه في العقد من قبل الدائن والمدين، فلا يحق للكفيل الرجوع على المدين إلا بحلوله هذا الميعاد المتفق علية، إلا أنه إذا امتد الأجل الأصلي بسبب مهلة منحها الدائن للمدين الهدف منها تأجيل الاستحقاق، فإن هذا الامتداد لا يحتج به في مواجهة الكفيل، وعلى العكس من ذلك فإنه في حالة تنازل المدين عن الأجل الأصلي الممنوح له، سيستفيد الكفيل من هذا التنازل ويحق له الرجوع على المدين عند حلول الأجل الجديد[1].

ب-أن يكون الكفيل قد وفى بكامل الدين أو جزء منه

لا يمكن للكفيل الرجوع على المدين إلا بعد قيامه بالوفاء بالدين الذي هو في ذمة المدين والمكفول من طرف الكفيل المكفول، قد يتم بتقديم الشيء المستحق أصلا أو القيام بما يقوم مقامه بشرط أن يؤدي إلى براءة ذمة المدين، فبهذا الوفاء يمكن للكفيل الرجوع على المدين هذا ويرجع الكفيل على المدين ولو وفى إلا بجزء من الدين، إذا كانت الكفالة مقررة عن جزء من الدين، أو قبل الدائن أن يتم الوفاء له وفاءا جزئيا.

ج-يجب على الكفيل إخطار المدين

يجب على الكفيل قبل قيامه بالوفاء أن يخطر المدين، وبالتالي فإن قيام الكفيل بالوفاء دون إخبار المدين سيفقده حق الرجوع عليه، بحيث تبرأ ذمة المدين، إلا أن عدم إخبار الكفيل للمدين لا يؤدي في جميع الحالات إلى براءة ذمته، وذلك في حالة وفاء الكفيل بالالتزام ولم يكن للمدين أسباب تؤدي إلى بطلان الالتزام وانقضائه[2].

د-أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين ودون معارضته

يجمع الفقه على أن دعوى الكفالة تقتصر على الحالات التي تنعقد فيها الكفالة دون معارضة المدين سواء كانت بعلم المدين أم بغير علمه، وذلك على أساس أن الكفالة تحقق في الغالب مصلحة المدين أو مصلحة الدائن والمدين معا، لأنها توفر اطمئنان الدائن وثقته إلى المدين فيقبل التعامل معه، سواء كان الكفيل عادي أو متبرع، إلا أنه أحيانا تعقد لمصلحة الدائن وحده، فمثالها إذا انعقدت الكفالة بعد نشوء الالتزام الأصلي ولم يحصل المدين على أية فائدة، ففي هذه الحالة لا يستطيع الكفيل بعد وفائه بالدين المضمون، الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية[3]، كما

[1] أنظر المادة المواد " 210،212 " من الأمر 75-58، المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

[2] أنظر المادة 01/670 من الأمر 75-58، المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

[3] حورية زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص

يجب أن تتم الكفالة دون معارضة من المدين، فتجوز عودة الكفيل على المدين في الكفالة التي عقدت بعلم المدين أو دون علمه، أما التي انعقدت رغم معارضته فلا يجوز الرجوع عليه بهذه الدعوى، وهذا ما يتضح من نص المادة 1/672 من الأمر 75- 58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم[1].

2-مضمون الدعوى الشخصية

يرجع الكفيل بما وفى للدائن من حق في ذمة المدين من أصل الدين والمصروفات التي أنفقها على هذا الوفاء من وقت إخبار المدين بالإجراءات، وهذا ما نصت عليه المادة 2/672 من الأمر 75-58 على أنه " يرجع الكفيل بأصل الدين ولمصروفات، غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي قام بدفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده"، مما يفيد أن الكفيل يرجع بأصل الدين والمصروفات، ويقصد بأصل الدين كل ما قام الكفيل بدفعه إلى الدائن لإبراء ذمة المدين، ويشمل ذلك مقدار الدين الأصلي، وكذا فوائد هذا الدين لو كان ينتج فوائد اتفاقية أو قانونية ما دامت تدخل ضمن الدين المكفول، أما المصروفات فيقصد بها كل المبالغ التي أنفقها الكفيل في تنفيذ عقد الكفالة، بالإضافة إلى ذلك ما يكون قد أنفقه في الإرشاد على أموال المدين لتجريده ومصروفات الدعوى التي رفعها الدائن على الكفيل، هذا وبالمقابل أن حق الكفيل في الرجوع يمتد حتى إلى مصروفات المطالبة الأولى بمصروفات التنبيه بالوفاء ومصروفات دفع الدعوى، إذ أنها مصروفات تنفق قبل أن يصل الكفيل إلى اتخاذ أي إجراء بالإخطار للمدين ولهذا يلتزم بها المدين لا الكفيل[2].

ثانيا: رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول

طبقا للقواعد العامة إذا وفى الكفيل للدائن بكامل الدين الذي هو في ذمة المدين، فإنه يحل محل الدائن في جميع ما للدائن من حقوق ودفوع اتجاه المدين[3]، بحيث يستطيع الكفيل الرجوع على المدين بدعوى الحلول[4]، سواء كانت الكفالة بعلم المدين أو دون علمه، أو رغم معارضته، فيشترط من أجل حلول الكفيل محل الدائن، أن يكون الكفيل قد وفى بالدين فعلا، وبأي طريقة من طر ق الوفاء عند حلول الأجل، وأن يكون الوفاء بكامل الدين، كما يحل الكفيل محل الدائن في حقه بما يكفله من تأمينات، وكما يحل الكفيل أيضا محل الدائن في حقه لما يرد على هذا

[1] تنص المادة 01/671 من الأمر 75-58، المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر على ما يلي " يكون للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه"

[2] أنظر المادة 02/672 من الأمر 75-58، المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني على ما يلي " ويرجع بأصل الدين والمصروفات غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده ".

[3] أنظر المواد 261،264،671 من الأمر 75-58 المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

[4] محمد صبري السعدي، عقد الكفالة في التشريع المدني الجزائري، المرجع السابق، ص104.

الحق من دفوع[1]، على خلاف الكفالة الشخصية التي يمكن للكفيل الرجوع على المدين ولو بجزء من الدين، أي في حدود الدين الذي وفى به للكفيل للدائن.

أ-مضمون دعوى الحلول

يترتب على قيام الكفيل بالوفاء للدائن الحلول محله وهذا ما حسدته نصوص المواد " 261، 264، 671 " من الامر 75-58 المعدل والمتمم، والتي تقر للكفيل بالحق في الرجوع على المدين بحق الدائن بما له من خصائص وما يلحقه من توابع، وما عليه من دفوع وتأمينات ومنها ما يلي:

ب-رجوع الكفيل بحق الدائن بما له من خصائص

بحيث يمكن أن نورد مجموعة من الأمثلة عن هذه الحالة إذا كان دين الدائن له صفة تجارية، فإن هذا الحق ينتقل للكفيل بهذه الصفة، واقتران حق الدائن بأجل يسري على الكفيل، في هذه الحالة لا يجوز له الرجوع على المدين إلا بحلول ذلك الأجل.

ج-رجوع الكفيل بحق الدائن بما يتبعه من توابع

فالكفيل يستفيد من الفوائد التي ينتجها الدين المضمون، إذ يحق له الرجوع بها على المدين، أما إذا كان الدين لا ينتج فوائد، فإن رجوعه يكون على ما تقرر له القواعد العامة من فوائد قانونية تبدأ من وقت المطالبة.

د-يحل الكفيل محل الدائن في حقه بما له من ضمانات

يحق للكفيل أن يحل محل الدائن في حقه فيما كان يكفله من ضمانات، ولا يختلف الأمر فيما إذا كانت هده الضمانات(التأمينات) شخصية أو عينية موجودة وقت إبرام عقد الكفالة أو قدمت فيما بعد، وسواء قدمت من المدين نفسه أو من الشخص الغير.

هـ-حلول الكفيل محل الدائن في حقه وما يتصل به من دفوع

فمقتضى هذا الحق أن المدين يستطيع مواجهة مطالبة الكفيل بكل ما كان يستطيع أن يدفع به رجوع الدائن عليه، كأن يدفع بأن حق الدائن معلق على شرط واقف أو فاسخ أو مضاف إلى أجل[2]، وللإشارة أنه إذا كان المدينون غير متضامنين فيما بينهم، وكفلهم الكفيل جميعا، ووفى بالدين للدائن، فإنه في هذه الحالة يرجع على كل

[1] حورية زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 108.

[2] تنص المادة 264 من الأمر 75-58، المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر. على أنه " من حل محل الدائن قانونا أو اتفاقا كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن "

واحد منهم بقدر نصيبه[1]، سواء رجع الكفيل بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية أو بدعوى الإثراء بلا سبب، أما بالنسبة للمدينين الذين لم يكفلهم الكفيل فلا يحق له الرجوع عليهم بدعوى الكفالة، ولكن إذا كان قد وفى بكامل قيمة الدين، فيحق له الرجوع عليهم بدعوى الإثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة، أما إذا ضمن الكفيل مدينون متضامنون وبدين واحد، فإنه يحق له الرجوع على أي منهم بكامل الدين الذي وفاه[2]، سواء كان رجوعه بالدعوى الشخصية أو دعوى الحلول أما إذا ضمن بعضهم فقط فحينئذ يطالب المدينين الذين ضمنهم بكامل الدين بكلا الدعويين السابق ذكرهما.

الفرع الثالث: العلاقة بين الكفيل وغيره من الكفلاء

من المقرر قانونا أنه إذا قام الكفيل بوفاء الدين للدائن كان له حق الرجوع على الكفلاء الذين كفلوا نفس الدين، وبالنسبة لهذا الرجوع يجب أن نميز بين ما إذا كان الكفلاء متضامنين أو غير متضامنين، وذلك من خلال الرجوع إلى نص المادتين 664 و668 من الأمر 75-58 المعدل والمتمم. وسنفصل في ذلك كما يلي:

أولا: الحالة التي يتعدد فيها الكفلاء دون تضامن

فعليه ففي حالة تعدد الكفلاء بالنسبة لدين واحد وبعقد واحد، أو كان ذلك بعقود متتالية، مع احتفاظ كل كفيل بحقه في التقسيم، وأن إعسار أحد هؤلاء لا يتحمله غيره من الكفلاء وإنما يتحمله الدائن، ففي هذه الحالة فإن كل كفيل لا يلزم إلا بقدر نصيبه من كفالة الدين، فإذا لم يوفي أحدهم بنصيبه فلا يتحمل ذلك باقي الكفلاء لكن إذا وفى أحدهم بكامل الدين يمكنه حينئذ الرجوع على غيره من الكفلاء بدعوى الإثراء بلا سبب[3].

ثانيا: الحالة التي يتعدد فيها الكفلاء مع تضامنهم

أما في حالة تعدد الكفلاء مع تضامنهم لا ينقسم الدين بينهم، ولا يختلف الوضع فيما إذا كانوا قد كفلوا دينا واحدا بعقد واحد أو كانوا ملزمين بعقود متوالية، فكل واحد منهم يكون مسؤولا بكامل الدين، وفي حالة قيام أحدهم بالوفاء بجميع الدين في تاريخ الاستحقاق، جاز له الرجوع على باقي الكفلاء بقدر نصيبه في الدين، وبنصيبه في حصة المعسر منهم[4].

---

[1] أنظر المادة 664 من الأمر 75-58، المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

[2] تنص المادة 673 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، عل ما يلي " إذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين فللكفيل الذي ضمنهم جميعا أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين ".

[3] سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، المرجع السابق، ص173.

[4] تنص المادة 668 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، عل ما يلي " إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله يجوز له أن يرجع على كل من الباقين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم ".

المبحث الثالث: الصور المستحدثة للضمانات الشخصية " الكفالة "

أدى التطور الحاصل في ميدان المعاملات التجارية عموما، والمعاملات المصرفية خصوصا إلى ظهور مصطلح جديد يدعى بالضمانات المصرفية كصور مستحدثة للكفالة الشخصية، متمثلة في الكفالة المصرفية وخطاب الضمان، بحيث كان ينظر لهما في بداية الأمر على أنهما امتداد للكفالة الشخصية، بمعنى أن الكفيل "المصرف" يضم ذمته إلى ذمة العميل اتجاه المستفيد، إلا أن هذه الصور المستحدثة للكفالة في المجال المصرفي تختلف عن الكفالة العادية، لأن الكفيل فيها دائما ثابت ومعروف وهو المصرف على خلاف الكفالة العادية، غير أن المشرع ترك تنظيم هذا الأمر للقواعد العامة رغم أهميته، وهوما سنتطرق إليه تباعا كما يلي:

المطلب الأول: الكفالة المصرفية

سنتناول في هذا المطلب المقصود بالكفالة المصرفية وخصائصها وشروط انعقادها، وكذلك احكامها.

الفرع الأول: المقصود بالكفالة المصرفية

بالرجوع إلى نص المادة 644 من القانون المدني الجزائري فإن الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بان يتعهد للدائن أن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه، فعلى اعتبار الكفالة المصرفية من عقود الضمان المالي يقصد بها وقوف البنك إلى جانب عميله، من خلال ضم ذمته إلى ذمة عميله في مواجهة دائن بالتزام في ذمة العميل، ويتجلى ذلك في دفع البنك لقيمة الكفالة مستقبلا إذا أخل العميل بالتزامه[1]، فالكفالة هي عبارة عن تأمين شخصي فهي تمنح الدائن تدعيم وتقوية مركزه في حالة تقاعس المدين أو إفلاسه[2]، والكفالة المصرفية هي آلية ضمان من ابتداع العرف المصرفي باعتبارها من صور الضمان المصرفي كضمانات شخصية مستحدثة، كما تعرف بأنها تلك التأمينات التي يقدمها طالب الائتمان إلى البنوك في صورة نقدية أو عينية[3].

الفرع الثاني: أهمية الكفالة المصرفية وتمييزها عن بعض النظم القانونية المشابهة لها

على اعتبار الكفالة تأمين شخصي لا تمنح للدائن حقي التتبع والأفضلية كما في حالة التنفيذ العيني، الهدف منها تقوية الائتمان وتدعيم مركز الدائن أمام خطر تصرف المدين في أمواله ومزاحمة الدائنين الآخرين له، أو بسبب تقاعس المدين وإهماله، إذن نظرا لأهمية الكفالة المصرفية، سنتطرق في هذا الفرع تباعا إلى كل من أهمية الكفالة المصرفية" أولا " ثم تمييزها عن بعض الأنظمة القانونية المشابهة لها " ثانيا".

---

[1] راضية أ مقران، ضمانات البنك في مجال الائتمان، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2000، ص 30-32.

[2] حورية زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 46.

[3] أسماء مرابط وآخرون، الضمانات الشخصية المستحدثة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة أم البواقي، المجلد 06، العدد 02، ديسمبر2019، ص 103-104.

أولا: أهمية الكفالة المصرفية

إن التطور الاقتصادي والاجتماعي أدى بالبنوك إلى ابتداع آليات ائتمانية جديدة، تتجلى في التعهدات المصرفية ومنها الكفالة المصرفية، حيث تبرز أهمية الكفالة المصرفية من خلال توفير الثقة بين المتعاقدين، كما أنها تدعم وتساعد حسن سير الاعمال وتنظيمها من أجل تفادي تأخيرها أو توقيفها[1]،كما أنها تعتبر مصدر تدفق الأموال من أجل تمويل الاستثمارات باعتبارها أداة فعالة لأداء الأعمال وحسن تنفيذها بدلا من الحصول على تأمين نقدي، فهي تمكن العميل بأن يقدم لدائنه ضمانا كافيا، والهدف من الكفالة المصرفية أيضا هو ضمان بالنسبة للمستفيد من أجل الوفاء بالدين الذي في ذمة المدين نتيجة إخلاله بالتزاماته، أما أهميتها بالنسبة للبنك الذي يصدر الكفالة تتمثل في العمولة التي يتقاضاها مقابل الخدمة التي يقدمها لعملائه[2].

ثانيا: تمييز الكفالة المصرفية عما يشابهها من أنظمة قانونية

سنحاول في هذه الجزئية عرض وتبيان بعض الأنظمة القانونية التي تتشابه مع الكفالة المصرفية، وعلية سنتطرق تباعا بالشرح والتفصيل إلى أوجه التشابه والاختلاف بين الكفالة المصرفية وبعض هذه الأنظمة، لاسيما تمييز الكفالة عن عقد تأمين الضمان وخطاب الضمان، وأيضا تمييزها عن الحساب الجاري والاعتماد المستندي.

1-تمييز الكفالة المصرفية عن عقد التأمين الضمان

تتشابه الكفالة المصرفية مع تأمين الصمان من حيث الآثار في حالة عدم قيام المدين بالوفاء، فيصبح كل من الكفيل والمؤمن ملتزمين بالوفاء، لأن الهدف من العقدين الكفالة وتأمين الضمان هو الوفاء بالدين، إلا أن العقدان يختلفان من حيث توفير الضمان، فالنسبة للكفالة المصرفية يتدخل الكفيل لمساعدة المدين وتقوية ائتمانه، أما عقد تأمين الضمان يهدف إلى مساعدة الدائن لأنه هو الذي أمن نفسه من خطر عدم وفاء المدين بالدين[3].

2-تمييز الكفالة المصرفية عن الاعتماد المستندي

إن أوجه التشابه بين عقد الكفالة المصرفية وعقد الاعتماد المستندي[4] في كون طرفي كل من العقدين هما البنك والعميل، وأن الطرف الأول العميل يسعى إلى الحصول على ضمان من الطرف الثاني ألا وهو البنك، أما أوجه الاختلاف بينهما جوهرية، بحيث أن البنك فاتح الاعتماد المستندي والبنك المراسل الذي أيد البنك فاتح الاعتماد

[1] مريم بنت الخوخ، دور الكفالة المصرفية في مجال الائتمان، مجلة دفاتر البحوث العلمية، المركز الجامعي مرسلي عبد الله، تيبازة، العدد 11، ديسمبر 2017، ص370.

[2] مريم بنت الخوخ، المرجع نقسه، ص 371.

[3] محمود محمد الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية " عمليات البنوك "، دار الثقافة، الأردن،2009، ص ص 252،251.

[4] يقصد بعقد الاعتماد المستندي على أنه " عقد يتعهد البنك بمقتضاه أن يفتح اعتمادا لصالح شخص هو المستفيد بناء على طلب العميل وهو الآمر بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل ".

أنهما أصبحا مدينين ليس على أساس التضامن كما هو الحال بالنسبة للكفالة المصرفية، بل أن التزام كل منهما مستقل عن الآخر، عكس الكفالة المصرفية التي يكون الالتزام الناتج عنها على عاتق البنك الكفيل ، بحيث يعتبر الأخير متضامنا مع المدين المكفول[1].

3-تمييز الكفالة المصرفية عن خطاب الضمان

تشترك الكفالة المصرفية مع خطاب الضمان كون كلاهما عملية مصرفية تتم بطريق التوقيع وكلاهما أداة ضمان وعملية قانونية ثلاثية الأطراف ففي خطاب الضمان أطراف العلاقة هم البنك مانح الخطاب، والعميل الآمر، والمستفيد من الخطاب، أما أطراف الكفالة هم البنك الكفيل، والعميل المكفول، والمستفيد من الكفالة، غير أنهما يختلفان من حيث التزام البنك اتجاه الدائن أو المستفيد من الكفالة المصرفية أو خطاب الضمان.

ففي الكفالة التضامنية يظل الكفيل تابع لالتزام المدين رغم أن الكفيل لا يمكنه الدفع بالتجريد[2]، أما التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان فهو التزام مباشر في مواجهة المستفيد ومستقل في تنفيذه عن علاقة البنك من جهة وعن علاقة العميل بالمستفيد من جهة أخرى، وتتجلى مظاهر هذه الاستقلالية في خطاب الضمان كون أن التزام البنك يكون محددا بمبلغ الضمان مهما كانت قيمة مديونية العميل.

أما في عقد الكفالة المصرفية، فالكفيل يلتزم بقيمة الدين المكفول وهو النهج الذي سار عليه المشرع الجزائري في مجال إبرام الصفقات العمومية بحيث يكون خطاب الضمان مستقلا عن باقي الالتزامات، على عكس الكفالة التي تعد عقدا تابعا للعقد الأساسي بين الدائن والمدين الأصلي، كما تظهر هذه الاستقلالية من خلال عدم ارتباط انقضاء التزام البنك مانح الخطاب مع انقضاء التزام العميل، بحيث ينقضي التزام البنك بمجرد انتهاء مدة الخطاب، كما لا يجوز للبنك مصدر خطاب الضمان الاحتجاج ضد المستفيد من الخطاب بالدفوع المستمدة من علاقة البنك بعميله، أو الدفوع المستمدة من علاقة العميل بالمستفيد لأنه لا وجود لعلاقة التبعية بالنسبة لعقد خطاب الضمان، على خلاف الكفالة المصرفية التي ينقضي فيها التزام البنك بمجرد انقضاء الالتزام الأصلي للمدين إعمالا لخاصية التبعية التي يتميز بها عقد الكفالة المصرفية كما يمكن للكفيل التمسك بكل الدفوع المقررة للدائن في مواجهة المدين[3].

[1] محمود محمد الكيلاني، المرجع السابق، ص253.

[2] سليمان رمضان محمد عمر، النظام القانوني لخطابات الضمانات المصرفية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر ،2009، ص 75.

[3] محمود محمد الكيلاني، المرجع السابق، ص ص 256 ،257.

4-تمييز الكفالة عن الحساب الجاري

الحساب الجاري هو عبارة عن عقد يقوم في أساسه على مبدأ سلطان الإرادة، أي أنه يخضع في إبرامه للحرية الإرادية وخيار طرفيه ويرتب التزامات على عاتقهما، ويلتقي الحساب الجاري[1] مع عقد الكفالة المصرفية في أن كل منهما عقدا رضائيا وتبعيا، أي عقد تابعا لعقد سابق كان سببا في وجوده، كما يشتركان في أنهما يقومان على الاعتبار الشخصي لأطرافه، غير أنهما يختلفان من حيث الالزام، بحيث أن عقد الكفالة المصرفية هو عقد ملزم لجانب واحد وهو البنك الكفيل، بينما عقد الحساب الجاري فهو عقد ملزم لطرفيه ولا يضم أي من الطرفين ذمته المالية إلى ذمة غيره[2].

الفرع الرابع: خصائص الكفالة المصرفية وشروط انعقادها

على اعتبار الكفالة المصرفية عقد فإنها تختص بجملة من ال والأوصاف، وكذلك يشترط لانعقادها توافر مجموعة من الأركان، إضافة إلى بعض الشروط الخاصة التي يجب توافرها عقد الكفالة، وهذا ما سنتطرق إليه تباعا.

أولا: خصائص الكفالة المصرفية

إن عقد الكفالة المصرفية يتصف بمجموعة من الأوصاف والخصائص سنتطرق إليها على النحو الآتي:

1-الكفالة المصرفية عقد ملزم لجانب واحد

يتميز عقد الكفالة المصرفية باعتباره تصرف إرادي صادر من جانب البنك الكفيل، بأنه ملزم لجانب واحد كونه ينشأ التزاما في ذمة طرف واحد اتجاه الدائن، نتيجة تخلف المدين الرئيسي عن تنفيذ التزامه، أي على عاتق الكفيل " البنك" وحده، حتى ولو كانت الكفالة بمقابل، لأن العبرة بعقد الاعتماد بالتوقيع المبرم بين المدين والكفيل، لأنه إذا تلقى الكفيل عوضا جراء كفالته لعميله، فإن هذا العوض يتلقاه من العميل وليس الدائن[3].

2-الكفالة المصرفية تقوم على الاعتبار الشخصي

إن الدعامة والركيزة الأساسية لقيام الكفالة عموما والكفالة المصرفية خصوصا هي عنصر الاعتبار الشخصي الذي هو جوهر علاقة البنك الكفيل بعميله المكفول، وأن الدائن لا يمنح ثقته لمدينه إلا بعد التأكد من قدرته على الوفاء بالتزامه، إضافة إلى سمعة المدين ومدى حرصه على الوفاء، باعتبار أن الائتمان يقوم على الثقة[4].

---

[1] يقصد بالحساب الجاري أنه " هو عقد مؤسس على خيار طرفيه، فيرتب التزامات على كل منهما، بحيث يتفق طرفاه على تبادل الأموال بينهما "، وهذا ما أوضحه محمود محمد الكيلاني من خلال الموسوعة التجارية والمصرفية السابقة الذكر.

[2] محمود محمد الكيلاني، ص 259.

[3] فاطنة بن بابوش، الكفالة البنكية كأداة للضمان في عمليات الائتمان في ظل التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس،2019/2018، ص28.

[4] فاطنة بن بابوش، المرجع نفسه، ص31-32.

3-الكفالة المصرفية من عقود المعاوضة

إذا كان الأصل يقضي أن تعقد الكفالة المصرفية دون عوض باعتبارها من عقود التبرع إذ يلتزم فيها الكفيل بالضمان للدائن دون مقابل، إلا أن ذلك لا يمنع الكفيل من الحصول على مقابل، فحينئذ تتحول الكفالة المصرفية من عقد تبرعي إلى عقد معاوضة هذا ما نص عليه قانون النقد والقرض الجزائري[1] كما في حالة الضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان[2]، بحيث تنتفي فيه صفة المجانية، بشرط أن يحصل الكفيل على هذا العوض بكل وضوح، فيرى الباحث أن الكفالة المصرفية ليست عقد ثابت من حيث التبرع والعوض بحيث يأخذ هذا العقد إحدى الخاصيتين، حسب الكفالة التي يقدمها البنك ما إذ اكانت هذه الأخيرة بعوض أودون ذلك.

4-الكفالة المصرفية عقد تبعي

يرتبط عقد الكفالة المصرفية ارتباطا وثيقا بالالتزام الأصلي المكفول، بحيث لا يمكن أن نتصور وجود كفالة دون وجود التزام أصلي تتبعه، فالكفالة تتبع الالتزام الأصلي المكفول تبعية تامة، وذلك تحت طائلة البطلان من حيث الصحة والبطلان والوجود والعدم، والمشروعية والمدة والمضمون والآثار المترتبة عليه، كما يتحدد التزام البنك الكفيل بالتزام المدين الأصلي، لذلك فإن خاصية التبعية تتميز بها الكفالة عن غيرها من الضمانات المشابهة لها[3].

5-الكفالة المصرفية عملا تجاريا

القاعدة العامة تقضي أن الكفالة تعد عقدا مدنيا بالنسبة للدين التجاري حتى ولوكان المدين تاجرا، ولا تخضع لأحكام القانون التجاري[4]، إلا أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها، بل ترد عليها استثناءات، بحيث تعد الكفالة عملا تجاريا بحسب طبيعتا متى كانت ناشئة عن ضمان أوراق تجارية ضمانا احتياطيا[5]، وكذلك في حالة تظهير هذه الأوراق، وكذلك أيضا الكفالة المصرفية الناشئة عن كل عملية مصرفية أو صرف أو قرض أو اقتراض[6].

ثانيا-شروط انعقاد الكفالة المصرفية

لانعقاد عقد الكفالة المصرفية يستوجب توافر مجموعة الشروط الموضوعية العامة والمتمثلة في الأهلية والرضا وكذا المحل والسبب وشروط خاصة مطلوبة لهذا العقد تتكرس في مبلغ الكفالة والمدة، إضافة إلى الغرض الذي أنشأت لأجله الكفالة، وهذا ما سنتطرق إليه بالتدريج في هذه الجزئية وفق التسلسل المنهجي الآتي:

---

[1] الأمر 03-11، المؤرخ في 2003/08/26 والمتضمن قانون النقد والقرض المعدل والمتمم، الجريدة رسمية عدد 52، المؤرخة في 2003/08/27.

[2] أنظر المادة 68 من الأمر 03-11 المعدل والمتمم السالف الذكر.

[3] فاطنة بن بابوش، المرجع السابق، ص35-36.

[4] لأمر 75-59، المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، ج رعدد 101، المؤرخة في 1975/12/19.

[5] أنظر المادة 651 من الأمر 75-58 المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

[6] أنظر المادة 02 من الامر 75-59، المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

1-الشروط الموضوعية العامة لانعقاد الكفالة المصرفية

تتجلى الشروط الموضوعية العامة لانعقاد عقد الكفالة في الرضا والمحل والسبب وسنفصل فيها كما يلي:

أ-الأهلية وسلطة التوقيع

يجب على الكفيل" البنك "أن يكون مؤسسة ائتمان خاضعة لمقتضيات قانون النقد والقرض وبمأن البنك الكفيل شخص معنوي فإنه يتخذ شكل شركة مساهمة، ويمارس النشاط البنكي والذي يعد نشاطا تجاريا بحسب الموضوع[1]، فيشترط لذلك توافر الأهلية التجارية والتي يتحصل عليها البنك بمجرد القيد في السجل التجاري، متى توافرت الشروط اللازمة لذلك، فيترتب على ذلك تحصله على أهلية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وما يترتب على ذلك من نتائج وهذا وفقا لما تقضي به للقواعد العامة[2]، وذلك دون تجاوز القدرة المالية للبنك[3].

ب-المحل في الكفالة البنكية

يتجلى محل عقد الكفالة المصرفية في الضمان الممنوح، متمثلا في الوفاء للدائن بدين المدين الأصلي، ويجب ان يكون هذا المحل محددا أو قابلا للتحديد وقت التزام الكفيل، فإذا لم يحدد مقدار الكفالة، فإن الكفيل يضمن ملحقات الدين من تعويضات ومصروفات، نتيجة عدم تنفيذ المدين للالتزام بشرط ان يكون محل الكفالة مشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة[4].

ج-السبب في الكفالة البنكية

طبقا للقواعد العامة فإنه يتطلب لانعقاد عقد الكفالة وجود سبب لذلك ويشترط في هذا الأخير أن يكون مشروعا، أي بمنعي ألا يكون سبب التزام الكفيل هو الحصول على الائتمان الممنوح للمدين وإلا كان ذلك باطلا، لأن الكفيل في هذه الحالة يكون ضامنا ومستفيدا من الائتمان في نفس الوقت دون ان تكون له صفة المدين الأصلي[5].

2-الشروط الخاصة لانعقاد الكفالة المصرفية

يلزم لانعقاد الكفالة المصرفية مجموعة من الشروط الخاصة وهي ما تعرف بالعناصر الجوهرية لذلك سنحاول التطرق إلى كل من هذه العناصر تباعا وبالتفصيل حسب التسلسل المنهجي الآتي:

---

[1] أنظر المادة 02 من الأمر 75-59، المعدل والمتمم، المتضمن القانون التجاري، السالف الذكر.

[2] أنظر المادة 50 من الأمر 75-58 المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

[3] فاطنة بن بابوش، المرجع السابق، ص 29.

[4] سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، 1975، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، ص12.

[5] مريم بنت الخوخ، دور الكفالة المصرفية في مجال الائتمان، مجلة دفاتر البحوث العلمية، المركز الجامعي مرسلي عبد الله، تيبازة، العدد 11، ديسمبر 2017، ص374.

أ-المبلغ

يجب أن يتضمن عقد الكفالة المصرفية مبلغ الكفالة بالأرقام والأحرف، لأن التزام الكفيل لا يتعدى المبلغ المدون في متن الكفالة، ولا يجوز ان تصدر الكفالة دون ذكر المبلغ، ويكون ذلك تحت طائلة البطلان وتعتبر الكفالة عندها كأن لم تكن[1].

ب-المدة

بمأن تنفيذ الالتزام الأصلي للمدين مرتبط بتاريخ محدد والتعهد في الكفالة ينص أيضا على دفع مبلغ معين حلال فترة زمنية محددة، فيستوجب ذلك تحديد مدة للكفالة وهذا هو الأصل، إلا أن بعض الجهات المستفيدة قد تشترط على البنك مقدم الكفالة على أن الكفالة غير محددة المدة، بمعنى يتم الغاء تاريخ الاستحقاق، وفي هذه الحالة يمكن للبنك انهاء الكفالة في أي وقت شاء، بشرط أن يخطر البنك العميل قبل ذلك بمدة مناسبة ومعقولة.

ج-الغرض

إن الغرض من تقديم الكفالة هو كفالة المدين في حالة عدم قيامه بتنفيذ الالتزام الأصلي سواء كان ذلك بسبب عجزه عن الوفاء أو بسبب امتناعه عن ذلك، لذلك يجب ان يكون الغرض واضحا ومحددا وغير قابل للتأويل والتفسير الخاطئ، أي أنها تضمن وتحقق الهدف الذي أنشئت لأجله، وتنتهي بانتهاء هذا الغرض[2].

الفرع الخامس: أنواع الكفالة المصرفية

إن نطاق الكفالة المصرفية واسع وغير محصور، فهي تتطور وتتماشى مع ما يتطلبه المجتمع من حاجيات، وتهدف الكفالة المصرفية لضمان الوفاء بالالتزامات التي هي على عاتق عملاء البنك، فالكفالات المصرفية عديدة ومتنوعة، بحيث تنقسم إلى عدة أنواع، ويرجع ذلك حسب معيار التقسيم المعتمد، فقد يكون مصدرها القانون، أو حكم قضائي، أو إرادة الأطراف، وفي هذه الجزئية نتطرق إلى الكفالة يكون مصدرها القانون ونخص بالذكر الكفالات المصرفية في مجال الصفقات العمومية[3]، باعتبارها الأكثر شيوعا واستعمالا في الواقع العملي إضافة إلى الكفالة الجمركية.

---

[1] وائل نورس هنّاوي، دور الكفالة المصرفية في عملية المبادلات التجارية الخارجية وتنفيذ المشاريع الاقتصادية، مذكرة ماجستير، جامعة دمشق، سوريا،2016، ص 07.

[2] وائل نورس هناوي، المرجع نفسه، ص07.

[3] القانون رقم 23-12، المؤرخ في 05 أوت 2023، المتضمن يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، ج رعدد 51، الصادرة بتاريخ 06 أوت 2023.

أولا: الكفالة الإدارية في مجال الصفقات العمومية

الكفالة الإدارية هي التي يستوجب طلبها بمناسبة الإعلان عن مناقصة من أجل ضمان حسن التنفيذ في مجال الصفقات العمومية المبرمة بين المؤسسات العمومية ومؤسسات الإنجاز مقدمة الخدمة الى غير ذلك من النشاطات وتنقسم إلى ما يلي:

1-كفالة التعهد

يقصد بالكفالة المؤقتة هي عبارة عن آلية تملكها الإدارة صاحبة المشروع من أجل تفادي التراجع التعسفي للمشاركين في المناقصة عن تنفيذ الصفقة العمومية، والهدف منها حماية الإدارة من المشاركين غير الجديين في المناقصة، وضمان تنفيذ الصفقة من جانب الطرف الذي يقع علية تنفيذ هذه الصفة، أما مبلغ كفالة التعهد الذي اشترط لتنظيم الصفقات العمومية إدراجه في العرض يقدر بنسبة واحد بالمائة من مبلغ العرض[1].

2-كفالة حسن التنفيذ

فهي التزام من البنك بتحمل تبعات إخلال العميل بالتزاماته، سواء عن عدم اتمام الأشغال، أو عن عدم تسليمها في الآجال، أو كانت غير مطابقة لما هو معمول به، لأن الهدف من هذه الكفالة هو حماية مصلحة الإدارة المتعاقدة من خلال اشتراط هذا النوع من الضمانات في العقد من جهة، وبالتالي الحفاظ على المال العام لذلك ألزم المشرع الجزائري تقديم كفالة حسن التنفيذ إذا تم النص عليها في القانون ، ومن جهة ثانية جبر وإلزام الطرف المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزامه وفقا للشروط والآجال المتفق عليها في العقد وإلا قامت مسؤوليته العقدية ومنها دفع قيمة كفالة الضمان الإدارية للبنك الكفيل مقدم الكفالة المصرفية.

ففي المحصلة فإن مجال كفالة حسن التنفيذ هو تأمين لمصالح الإدارة في مواجهة الطرف المتعاقد معها، وتعتبر كفالة حسن التنفيذ من أهم الضمانات التي أقرها المشرع، بحيث حرص على تقديمه من قبل المتعاملين سواء كانونا وطنيين أو أجانب[2].

3-الكفالة عن اقتطاع الضمان

الكفالة عن اقتطاع الضمان هو مبلغ يقوم بإيداعه المقاول المكلف بالإنجاز لدى البنك ويتراوح ما بين 05 إلى 10 بالمائة من مبلغ الصفقة، وذلك من أجل تفادي اقتطاع الإدارة لهذا المبلغ أثناء القيام بعملية التخليص عن الأشغال المنجزة، كضمان للعيوب الي يمكن أن تظهر قبل التسليم النهائي للأشغال، ويتحصل المقاول على هذا المبلغ

[1] فوزية هاشمي، الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية "دراسة مقارنه"، مجلة الفقه القانوني والسياسي، جامعة بن خلدون تيارت، المجلد 01، العدد 01، 2017/12/01، ص 162-163.

[2] فوزية هاشمي، المرجع نفسه، ص166.

بعد الإفراج عن هذه الكفالة، وذلك بعد تقديم المقاول للبنك رفع اليد الذي تسلمه الإدارة صاحبة المشروع للمقاول بعد ثلاثة أشهر الموالية لتاريخ محضر الاستلام النهائي للأشغال المنجزة[1].

4-كفالة رد التسبيقات

أحيانا تقوم الإدارات صاحبة المشروع أي المصلحة المتعاقدة بتقديم تسبيق للمقاولين ومؤسسات الإنجاز الي تحظى بالفوز بالصفقة، ولا يمكنها الحصول التسبيق فعليا إلا إذا حصلت على كفالة التسبيق من إحدى البنوك، والهدف من ذلك هو مساعدة المقاول على مباشرة الأعمال والتخفيف من أعبائه المالية وفق ما تم الاتفاق علية في العقد، وهذا الأخير يلتز م برد هذه التسبيقات بعد حصوله مستحقاته في الآجال المحددة وهذا ما نص علية قانون الصفقات العمومية[2].

ثانيا: الكفالة الجمركية

إن اتطور الاقتصادي الحاصل في المجتمعات أدى إلى حركية تجارية وزيادة في حجم المبادلات والتعاملات التجارية مع الخارج، الأمر جعل المشرع يتدخل وينظم حركة الاستيراد والتصدير بطريقة تضمن إلى حد بعيد التوازن بين حقوق المستوردين والمصدرين وكذلك أيضا حقوق الإدارة الجمركية، لأن المتعارف عليه قانونا هو أن البضائع المستوردة يدفع مقابل دخولها إلى أرض الوطن ضرائب ورسوم.

لذلك فإن تدخل المشرع كان عن طريق ابتكار آلية الكفالة لصالح الإدارة الجمركية، تسمح للمستورد بالاستفادة من تسهيلات في الأداء، وتمكن المصدر من دخول المنافسة في الأسواق الخارجية، ودور الكفالات البنكية في هذا الإطار يتجلى إما لتأجيل سداد تلك الرسوم والضرائب أو الإعفاء من أدائها أو لضمان تقديم الوثائق الضرورية الخاصة بتلك البضائع أي هي ضمان لاستيفاء للدائن ألا وهي إدارة الجمارك في مواجهة المدين.

الفرع السادس: أحكام الكفالة المصرفية

سنتطرق في هذه الجزئية الى آثار الكفالة المصرفية، من خلال تناول العلاقة بين البنك والدائن، وكذا العلاقة بين البنك والمدين، وبعدها يتم التطرق للإيجابيات التي تحققها هذه الأخيرة، وكذا المخاطر التي قد تخلفها.

أولا: أثار الكفالة المصرفية

يترتب على عقد الكفالة المصرفية مجموعة من الآثار، متمثلة في التزامات البنك الكفيل والتزامات الدائن في مواجهة البنك، وكذلك أيضا تترتب التزامات في ذمة كل من البنك والمدين في علاقتهما مع بعضهما البعض.

1-العلاقة بين الكفيل والدائن

[1] الطاهر لطرش، تقنيات البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السابعة ،2010، الجزائر، ص 64-65.

[2] الطاهر لطرش، المرجع نفسه، ص65.

يتجلى التزام البنك الكفيل اتجاه الدائن في حصول هذا الأخير على حقوقه بحلول تاريخ الاستحقاق، من خلال قيام البنك بتسديد قيمة الدين المكفول والذي هو في ذمة المدين الأصلي، نتيجة امتناع هذا الأخير عن الوفاء، وبهذا الوفاء تبرأ ذمة البنك الكفيل اتجاه الدائن، وحينها يجوز للبنك التمسك بكل الدفوع المخولة للدائن اتجاه المدين الأصلي المكفول[1]،أما التزام الدائن اتجاه البنك الكفيل يتمثل في مطالبة المدين أولا وتجريده من أمواله، وبعدها إذا لم يقم المدين بالوفاء يطالب الدائن البنك الكفيل بقيمة الدين المكفول وملحقاته إن تطلب الأمر ذلك، دون أن تتجاوز المطالبة حدود الكفالة المصرفية، كما يجب على الدائن المحافظة على كل الضمانات المقررة للدين، منها التأمينات وكذا اتخاذ إجراءات المطالبة بالدين، والتنفيذ خلال المدة المنصوص عليها قانونا الكفيل، كم يجب على الدائن ان يتقدم بدينه في التفليسة في حالة إفلاس المدين وذلك تحت طائلة سقوط حقه، ويلتزم الدائن بأن يسمح للكفيل بأن يحل محله في ممارسة حقه في الرجوع على المدين[2].

2-العلاقة بين البنك الكفيل والمدين

من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق البنك الكفيل هو التزامه بالإعلام اتجاه المدين لأن ذلك من واجبات البنك اتجاه عملائه، ويلزم البنك أيضا بالوفاء بالدين المكفول والمترتب في ذمة المدين الأصلي اتجاه الدائن في حالة الإمتاع عن ذلك ،كما يجب أيضا على البنك إعلام المدين قبل الوفاء بحق الدائن وإلا سقط حقه، أما المدين فإنه ملزم اتجاه البنك الكفيل بالوفاء بقيمة ما وفى به الكفيل للدائن، وذلك في حالة قيام الكفيل بالوفاء بالدين، كما يجب على المدين أن ن يقدم معارضته في حال قيام الكفيل بالوفاء دون علمه، ووجب على المدين أيضا دفع العمولة والفائدة للبنك[3].

ثانيا: مزايا وعيوب الكفالة المصرفية

من بين الإيجابيات والمزايا التي تتميز بها الكفالة المصرفية، أنها تعد من الضمانات المصرفية على غرار خطاب الضمان بحيث تجعل البنك أكثر ثقة واطمئنانا اتجاه العميل المستفيد من الكفالة، فهي وسيلة تشجيع وتسهيل التعامل بين البنك وعملائه وتزيد في عملية الائتمان، بحيث تهدف الكفالة المصرفية إلى تقريب البنك من المدين، وتساعد على التعامل بينهما، كما تتضح بصورة أكبر الثقة بين البنك وعميله وما يتبعها من ائتمان.

زيادة على ذلك حماية البنوك الدائنة في ضمان سداد حقوقها المالية في حالة عدم كفاية الضمانات العينية، كما تعد الكفالة المصرفية مصدر أموال للبنك من أجل استثمارها وتشجع على الاستثمار في مجال الصفقات

[1] مريم بنت الخوخ، المرجع السابق ص375-376.

[2] مريم بنت الخوخ، المرجع نفسه، ص376-377.

[3] يمينة حوحو، عقد الكفالة وعقد الرهن في القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، ص36-38.

العمومية التي تكون الدولة طرفا فيها، وبذلك فهي تمنح ضمانا قويا للدائن من أجل استرداد دينه إذا أصبح المدين الأصلي في حالة اعسار باعتبار البنك الكفيل متضامن[1].

أما المخاطر والصعوبات التي تحد من نجاعة وفعالية الكفالة المصرفية، فمنها القواعد التي تتسم بالبطيء والتعقيد نتيجة خضوعها للأحكام الخاصة بالكفالة الشخصية المنصوص عليها في القواعد العامة، ومن بين هذه الصعوبات شرط مطالبة المدين الأصلي قبل مطالبة الكفيل، هذا مما يجعلها عاجزة عن مسايرة السرعة التي تتسم بها المعاملات المالية والتجارية[2]، ومن بين هذه الصعوبات أيضا التي تعترض الكفالة المصرفية خطر منازعة العميل حول وجود الالتزام وصحته من أجل تفادي الوفاء بالدين الأصلي، هذا مما أدى بالبنوك إلى إجبار العملاء المكفولين بالالتزام أمامها من خلال التوقيع على نماذج خاصة معدة ومحددة مسبقا تفرض على العميل المكفول التنازل عن التمسك بالدفوع المخولة له فتشدد من التزامه مما يشكل خطورة على أمواله، وبمأن البنك يعتبر محتكر لسوق الائتمان، فلا يجد العميل سوى الإذعان لهذه الشروط التعسفية إذا ألح العميل على استخدام هذا النوع من الضمان ،إضافة إلى مشكلة تقدير يسار العميل من عدمه، فالأمر نسبي، لأن ذلك يعد عائقا أمام تطبيق الكفالة المصرفية[3]، فيرى الباحث أن الكفالة المصرفية من عقود الإذعان وبالتالي فإن مجال الحرية التعاقدية فيها محصور، فعلى الكفيل أن يطلب الضمان ويقبل بشروطه أولا يطلبه، ويقترح على المشرع الجزائري القيام بوضع أحكام خاصة بالكفالة المصرفية في القانون المدني من خلال إدراجها تحت عنوان مستقل عن الكفالة الشخصية، أو تنظيم أحكامها في قانون النقد والقرض ومن بين هذه الأحكام تعديل شرط مطالبة الدائن للمدين أولا من أجل منح الدائن حق مطالبة المدين والكفيل في آن واحد من أجل مسايرة السرعة والائتمان في المجالين المالي والتجاري.

[1] أسماء مرابط وآخرون، المرجع السابق، ص106.

[2] أسماء مرابط وآخرون، المرجع نفسه، ص107.

[3] فاطنة بن بابوش، المرجع السابق، ص ص 26،27.

المطلب الثاني: خطاب الضمان

إن لخطاب الضمان دور بالغ الأهمية في مجال النشاط الاقتصادي عموما وفي ميدان تشجيع الاستثمار خصوصا، باعتباره من أهم الضمانات المصرفية الناشئة عن توقيع البنك، حيث يوفر البنك للعميل الثقة والائتمان اتجاه الغير، كما يعتبر أداة فعالة من أجل توفير الثقة والائتمان بين المتعاملين خصوصا في عملية التجارة الخارجية.

الفرع الأول: مفهوم خطاب الضمان

للإحاطة بهذا الموضوع أكثر سنتطرق في الفرع الأول بالتدريج إلى المقصود بخطاب الضمان من خلال التطرق إلى التعريف التشريعي والفقهي، إضافة إلى تناول خصائص خطاب الضمان وكذلك أيضا شروطه.

أولا: المقصود خطاب الضمان

1-التعريف الفقهي

اختلف الفقه في تعريف خطاب الضمان بحيث يعرفه البعض على أنه " تعهد مكتوب من البنك بناء على طلب شخص يسمى الآمر بدفع مبلغ معين، أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى المستفيد خلال مدة معينة في الخطاب، ودون اعتداد بأية معارضة[1]، كما عرفه البعض الآخر على أنه " تعهد نهائي يصدر عن البنك بناء على عميله، بقبول دفع مبلغ معين من النقود، أو قابل للتعيين، بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من البنك خلال مدة محدودة "[2]، أما جانب من الفقه فيعرف خطاب الضمان على أنه "عقد مكتوب يتعهد بمقتضاه البنك كفالة أحد عملائه في حدود مبلغ معين، اتجاه طرف ثالث بمناسبة التزام ملقى على عاتق العميل المكفول، وضمانا لوفائه اتجاه البنك سواء كان طلبا مبررا أو مجردا أم مصحوبا بتقديم مستندات محددة في الخطاب يقدمها المستفيد في الخطاب خلال مدة محددة أو غير محددة على أن يكون الضامن شخصا آخر غير المتعاقد مع المستفيد"[3]،كما يعرف آخرون خطاب الضمان على أنه "تعهد صادر من البنك، بناء على طلب العميل الآمر، بحيث يلتزم فيه البنك بدفع مبلغ معين من النقود أو قابل للتعيين بمجرد أول مطالبة من جهة المستفيد دون قيد أو شرط"[4].

---

[1] مصطفى طه، عمليات البنوك، دار الفكر الجامعي، 2005، الإسكندرية، مصر، ص81.

[2] Jean-Pierre Mattout .Doit Bancaire. International.2ème éd. La revue Banque Editeur.Paris.Sans date de Publication.P155.

[3] سعد العتيبي بدر، التنظيم القانوني لخطاب الضمان في مجال الصفقات العامة "دراسة مقارنة"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، الطبعة الثامنة، العدد 02، العدد التسلسلي 30، جوان 2020، ص 92.

[4] Philippe Simler, Cautionnement et Garantie Autonomes ,3ème édition, paris, France .2000, p37.

2-التعريف التشريعي

لم يعرف المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات خطاب الضمان المصرفي بطريقة مباشرة وبتنظيم واضح وجلي ولم يستعمل هذا المصطلح إطلاقا، بالرغم من أنه أورد في نص المادة 68 من قانون النقد والقرض 23-09 المعدل والمتمم عبارة الضمان الاحتياطي والكفالة أو الضمان، لكن هذا ليس قرينة قاطعة على أنه قد عرفه، فالمشرع الجزائري لم يساير بعض التشريعات العربية التي عرفت خطاب الضمان، مثل المشرع المصري.[1]كما عرف المشرع العراقي خطاب الضمان على أنه " تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب أحد المتعاملين معه بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر دون قيد أو شرط، إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله".[2]

ثانيا: خصائص خطاب الضمان

من خلال التعريفين التشريعي والفقهي لخطاب الضمنان نخلص إلى مجموعة من الخصائص التي تميزه عن بعض الأنظمة القانونية الأخرى مثل الكفالة المصرفية، حيث تمكن كل من الفقه والقضاء من تبيان وتوضيح مجموعة من الخصائص التي يتميز بها خطاب الضمان عن الكفالة المصرفية، وعليه سنتناولها تباعا بالشرح كالآتي:

1-خطاب الضمان عمل تجاري

على اعتبار البنك شركة مساهمة، وإن خطاب الضمان من العمليات المصرفية للبنك، فإن خطاب الضمان يعد عملا تجاريا. لأن أعمال البنوك تجارية بحسب موضوعها هذا ما نصت عليه المادة 13/02من الأمر 75-59، المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، حتى ولو تمت هذه الأعمال بصفة منفردة أو لصالح شخص، غير أنه لا يعد ورقة تجارية لأن خطاب الضمان أداة ضمان وليس وفاء عكس الورقة التجارية التي تعتبر أداة ائتمان ووفاء في نفس الوقت[3].

2-خطاب الضمان محله مبلغ من النقود

إن خطاب الضمان أتى ليحل محل التأمين النقدي، أي أن محل التزام البنك هو الالتزام الفوري للبنك بدفع المبلغ النقدي المذكور في الخطاب بمجرد أن يطالب به المستفيد، إلا في حالة الغش والتعسف الظاهر في المطالبة

[1] نورالدين يوسفي، سامي كحلول، النظام القانوني، لخطاب الضمان المصرفي، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 03، العدد 05، نوفمبر 2018، ص362، وأنظر المادة 68 من القانون 23-09، المؤرخ في 21جوان 2023، ج ر، عدد 04، الصادرة بتاريخ 27 جوان 2023.

[2] فاطنة بن بابوش، المرجع السابق، ص131.

[3] راضية أ مقران، خطابات الضمانات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر،2013 -2014، ص37.

بالوفاء، بحيث يكون هذا المحل دائما عبارة عن دفع مبلغ مالي، وتكون المطالبة بهذا المحل به سواء كان معين المقدار أو قابل للتعيين، وبالعملة المتفق عليها.

3-خطاب الضمان يقوم على الاعتبار الشخصي

يرتكز خطاب الضمان باعتباره أداة ائتمان قائم على الاعتبار الشخصي، لكن يثور التساؤل عن الطرف الذي شخصيته محل اعتبار هل هو العميل أم المستفيد، وفي هذا الصدد يرى جانب من الفقه ومنهم الدكتورة سميحة القليبي أن العميل هو الذي شخصيته محل اعتبار لأن المصرف ملزم بالدفع لأية جهة يحددها العميل ،وأن ذكر اسم المستفيد في خطاب الضمان هذا لا يعني أن شخصته محل اعتبار، لأن الهدف من ذلك هو تحديد مدى التزام المصرف، كمأن البنك مصدر الخطاب لا يرضى بإصدار خطاب الضمان إلا لثقته في شخصية العميل وأمانته أما المستفيد لا علاقة له بذلك لأن العميل هو الذي يتعاقد مع البنك[1].

كما يرى جانب آخر من الفقه أن شخصية المستفيد يجب أن تكون محل اعتبار، لأنه عادة ما يطالب المستفيدون بقيمة خطاب الضمان بطريقة تعسفية أو عن طريق الغش، فعليه من غير الممكن أن يصدر خطاب الضمان لصالح شخص معين دون أن يكون أمينا وحسن النية، وأخيرا يرى الباحث يجب أن تكون شخصية كل من العميل والمستفيد محل اعتبار من أجل تقوية الائتمان بين البنك والعميل والمستفيد[2]، فلا يمكن للعميل التنازل عن خطاب الضمان الناشئ بناء على طلبه إلى الغير، فلا يمكن المستفيد أن يتحصل على خطاب الضمان عن طريق الغش أو التعسف[3].

4-مبدأ الاستقلالية في خطاب الضمان

بالنسبة لخطاب الضمان المصرفي فهو مستقل عن الالتزام الناشئ عنه، كما أنه مستقل عن أي علاقة أخرى، رغم أن الدين المضمون هو سبب نشوئه، ويترتب على ذلك، استقلالية التزام النبك مصدر خطاب الضمان اتجاه المستفيد، فلا يجوز للمستفيد الرجوع على البنك، كما يجب على البنك الدفع للمستفيد عند أول طلب، وفي الآجال التي تم تحديدها في خطاب الضمان[4]، أي أن التزام البنك مصدر خطاب الضمان هو التزام مستقل عن علاقته بالعميل أو علاقته بالمستفيد، معنى ذلك أن البنك حينما يصدر الخطاب لا يلتزم بضمان تنفيذ العميل لالتزامه في

---

[1] راضية أ مقران، خطابات الضمانات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، ص ص 35،36، وتنص المادة 13/2 من الأمر 75-59، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، السالف الذكر، على أنه " يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه ....

كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسرة أو خاصة بعمولة...".

[2] راضية أ مقران، خطابات الضمانات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، المرجع السابق، ص36.

[3] سعد العتيبي بدر، المرجع السابق، ص99.

[4] نور الدين يوسفي، سامي كحلول، المرجع السابق، ص363.

مواجهة الدائن ،ولا يلتزم أيضا ما التزم به العميل أو أن يسدد ما عليه من دين وإلا اعتبر خطاب الضمان كفالة مدنية، هذا مما يؤكد مبدأ الاستقلالية في خطاب الضمان المصرفي ،أي أن خطاب الضمان يتميز بالكفاية الذاتية دون اندماجه مع باقي الالتزامات الأخرى، معنى ذلك أن التزام البنك مصدر الخطاب يتجلى في دفع المبلغ المحدد في الخطاب من أجل ضمان الدين[1].

5-مدة خطاب الضمان

إن خطاب الضمان يتم تحديده بالمدة المعينة فيه، وتنقضي هذه المدة بانقضاء الالتزام، فهو يمتاز بأنه فوري في تنفيذ الالتزام، بحيث يقوم البنك بتسديد ودفع مبلغ خطاب الضمان للمستفيد بحلول هذه المدة والتي تعتبر كحد أقصى للوفاء بالالتزام[2].

ثالثا: صور خطاب الضمان

سنتناول في هذه الجزئية الصور المختلفة لخطاب الضمان، وسنركز على الصور الأكثر شيوعا في الحياة العملية وذلك من خلال التطرق إلى صور خطاب الضمان بحسب الالتزام المضمون، وكذا خطابات الضمان الدولية، وأيضا خطاب الضمان بحسب شروطه، إضافة إلى الإجراءات الشكلية لإصدار خطاب الضمان المصرفي.

1-خطاب الضمان بحسب الالتزام المضمون

إن خطابات الضمان بحسب الالتزام المضمون تعدد بحسب الغرض الذي صدرت لضمانه، وبدوره خطابات الضمان بحسب الالتزام المضمون تنقسم إلى مجموعة من الفئات سنتناوله بالدراسة كما يلي:

أ-خطاب الضمان في مجال الصفقات العمومية

تستفيد المؤسسات والهيئات العمومية والشركات بمناسبة عقود المقاولات والتوريد من خطاب الضمان في مجال الصفقات العمومية وقد يكون خطاب الضمان ابتدائيا، وفي هذه الحالة يقوم البنك مصدر الخطاب بتعهد إلى الجهة المستفيدة وهي مؤسسة أو هيئة عمومية، ومضمون هذا الخطاب هو ضمان دفع مبلغ معين من النقود بنسبة محددة من قيمة الصفقة[3]، بحيث يجوز للمستفيد من هذا الخطاب الحصول عليه بمجرد طلبه في حال عدم قدرة العميل المستفيد من الصفقة الوفاء بالتزاماته العقدية، ويكون هذا الخطاب في بداية المناقصة وينتهي بمجرد الإعلان عن نتيجتها ،إما برسوها أو عدم رسوها على المترشح الذي صدر خطاب الضمان الابتدائي لضمانه ،وكذلك يوجد نوع آخر من خطاب الضمان في مجال الصفقات العمومية وهو خطاب الضمان لرد التسبيقات المقدمة لعميل البنك

[1] راضية أ مقران، خطابات الضمانات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، المرجع السابق، ص ص 27،28.

[2] محمود محمد الكيلاني، المرجع السابق، ص342.

[3] أحمد بن حسن بن أحمد الحسني، خطابات الضمان وتكييفها الفقهي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، ط 1999، ص08.

المستفيد من الصفقة، بحيث إذا اشترطت المصلحة المتعاقدة مع عميل البنك والذي فاز بالصفقة تقديم مبلغ معين كدفعة مقدمة، في هذه الحالة يتوجب على عميل أن يطلب من البنك إصدار خطاب ضمان لفائدة الجهة العمومية صاحبة الصفقة، أو ما يسمى بالمصلحة المتعاقدة، ويعتبر هذا الخطاب كضمان في حالة عدم إنجاز المقاول للمشروع أو إخلال المورد بالتوريدات الموكلة والمسندة إليه، إذن فالهدف واضح من خطاب رد التسبيقات ، فهو ضمان في حالة إخلال المقاول بالمشروع أو المورد بالتوريد[1]، كما يوجد نوع آخر من خطاب الضمان في مجال الصفقات العمومية وهو خطاب الضمان لحسن التنفيذ، لأن الهدف من إبرام العقد هو تنفيذه، لذلك تتطلب هذه العقود خصوصا في مجال الأشغال والتوريدات تقديم خطاب ضمان نهائي من أجل حسن التنفيذ، ومطابقته للشروط المتوافق عليها في العقد، بحيث تستمر صلاحية هذا الخطاب إلى غاية انتهاء العقد الأساس، ففي الأشغال عموما تستمر صلاحية خطاب الضمان سنة من التسليم المؤقت للأشغال والهدف من ذلك هو التأكد من سلامة تنفيذ الأشغال في عقد المقاولة واستلام البضائع إذا تعلق الأمر بتركيب الآلات والمعدات، ويتم طلب هذا النوع من الخطاب من قبل المؤسسات والهيئات الحكومية بعد أن يحصل العميل على الصفقة ،فإذا أخل هذا العميل بالتزاماته التعاقدية تتقدم المصلحة المتعاقدة معه وتطلب من البنك تسديد مبلغ ضمان حسن التنفيذ ولا يمكن للعميل الاعتراض على ذلك إلا عن طريق القضاء من خلال رفع دعوى قضائية[2].

الفرع الثاني: أحكام خطاب الضمان

يترتب على خطاب الضمان مجموعة الآثار، تتجلى في مجموعة من العلاقات والروابط القانونية بين كل من البنك والعميل والمستفيد، وذلك بالنظر لأهمية العملية، وتتمثل هذه العلاقات في العلاقة بين العميل والمستفيد والعلاقة بين العميل والبنك، وكذلك أيضا العلاقة بين البنك والمستفيد، والبنك والمستفيد وعليه سنتطرق إلى أهمية خطاب الضمان المصرفي " أولا " وآثاره " ثانيا ".

أولا: الأهمية العملية لخطاب الضمان

إن لخطاب الضمان أداء فعال وهام في شتى المجالات الاقتصادية والمالية على الصعيدين الداخلي والخارجي باعتباره أداة وفاء، مقارنة مع العمليات المصرفية الأخرى من عدة جوانب وتكمن هذه الأهمية فيما يلي:

[1] ماهر كنج شكري، العمليات المصرفية الخارجية، دار للنشر والتوزيع، ط2 ،2004، الأردن، ص410.

[2] Serge Antoine Techkhoff," cautions, garantie à première demande bonds ", Revue le Moci, n° 02, Paris, 15/02/2012, p p 48-59.

1-بالنسبة للعميل

إن أهمية لجوء العميل إلى طلب إصدار خطاب الضمان من البنك، هو المحافظة على ماله، كونه أقل سعرا من حيث الفائدة مقارنة بالقرض البنكي الذي يضطر لإرجاعه إلى البنك، بدلا من تقديم تأمين نقدي يبقى مجمدا لدى البنك، دون استثمار كما يعفي خطاب الضمان العميل من تحويل العملات الأجنبية الموازية لمقدار التأمين الواجب إيداعه لجهة إدارية، إذا كان مقيما بالخارج، كما يعد خطاب الضمان وسيلة فعالة خصوصا في عقود التجارة الدولية، بحيث يسمح للعميل باستثمار أمواله على نحو سهل وبسيط للاستفادة منها دون تجميدها لمدة قد تطول كتأمين نقدي لدى الجهة التي يتعامل معها المستفيد الذي يطلب التأمين[1]، وعليه يعد خطاب الضمان من الآليات المهمة في تنشيط الاستثمار بسبب توافره على الثقة[2].

2-بالنسبة للبنك

إن الفائدة التي يجلبها البنك من إصداره لخطاب الضمان تتجلى في العمولة والفائدة التي يتقاضاهما البنك مقابل إصداره لهذا النوع من الضمانات مع العلم أن العمولة تتناسب طرديا مع قيمة الضمان، بحيث كلما زادت قيمة خطاب الضمان زاد مقدار العمولة، وكذلك عملية إصدار خطاب الضمان من طرف البنك لا تكلفه إلا نفقات إدارية بسيطة مقارنة بخدماته المصرفية الأخرى التي يتم تقديمها للعملاء، ومن جهة أخرى فإن غطاء خطاب الضمان يزيد من حجم الودائع البنكية والتي يمكن استثمارها من طرف البنك لأنه يحتفظ بها إلى غاية انتهاء مدتها[3].

3-بالنسبة للمستفيد

فبمجرد صدور خطاب الضمان من البنك، فإنه يعد ضمانة كافية يستوفي الغاية بالنسبة للجهات المستفيدة منه، لان خطاب الضمان ينشأ ويتأسس على مجموعة من الشروط تلزم البنك بدفعه لخطاب الضمان للمستفيد دون قيد أو شرط كما أن الميزة الاقتصادية والتجارية لهذا الأخير كونه سريعا، فإنه يساعد على انجاز المشاريع[4]، وعلى اعتبار أن خطاب الضمان فعالا حيث لا يقل ذلك عما يؤديه التأمين النقدي المودع لدى البنك، كون التزام التزاما قطعيا ومستقلا البنك، لاسما في دفع المبلغ المحدد في الخطاب للمستفيد، بمجرد قيام المستفيد بطلب ذلك، فيقوم البنك المراسل بالدفع للمستفيد دون قيد أو شرط أو اعتراض أو دفوع على هذا الطلب كما يوفر

[1] فاطنة بن بابوش، المرجع السابق، ص143.

[2] فاطنة بن بابوش، المرجع نفسه، ص144.

[3]. راضية أ مقران، خطابات الضمانات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، المرجع السابق، ص26.

[4] فاطنة بن بابوش، المرجع السابق، ص 143-144.

خطاب الضمان للمستفيد الوقت والجهد والمال، من خلال الاعفاء من القيام بالإجراءات الإدارية التي يتطلبها إيداع التأمين النقدي واستعادته[1].

ثانيا: آثار خطاب الضمان

بعد تطرقنا في الفرع الأول إلى كل ما يتعلق بمفهوم خطاب الضمان، باعتباره عملية يلتزم بموجبها البنك بدفع مبلغ معين من النقود، بمجرد المطالبة من قبل المستفيد وذلك ناتج عن علاقة أصلية بين العميل طالب إصدار الخطاب والمستفيد منه، وعليه فإن خطاب الضمان تترتب عليه مجموعة من الآثار تتمثل في مجموعة علاقات مستقلة عن بعضها البعض منها علاقة العميل بالمستفيد، وكذا علاقة العميل بالبنك، وأيضا العلاقة بين البنك والمستفيد وهذا ما سنتطرق إليه تباعا كما يلي:

1-العلاقة بين العميل والمستفيد

تعد العلاقة بين العميل الآمر والمستفيد نقطة البداية بالنسبة لعملية خطاب الضمان وهذا ما يسمى بالعقد الأساس والعقد الأصلي، وتختلف هذا العقد حسب نوع العلاقة التي تربط العميل بالمستفيد فقد تكون عقد مقاولا أو مستوردا، وتتجلى العلاقة بين العميل والمستفيد من خلال التزام العميل بموجب اتفاق مع أحد الأشخاص بأن يقدم له ضمانا لتنفيذ أمر من الأمور، بحيث يلتزم العميل بتسليم خطاب ضمان بنكي للمستفيد بمبلغ مستحق الأداء وضمن مدة محددة، وذلك حسب الشروط المتفق عليها، فإذا أخل العميل بذلك تقوم مسؤوليته، فإذا قبض المستفيد[2]خطاب الضمان من البنك دون أن يقوم بالوفاء بالتزامه اتجاه العميل، يمكن لهذا الأخير الرجوع عليه بدعوى الكسب غير المشروع.[3]

2-العلاقة بين العميل والبنك

تعد علاقة العميل بالبنك علاقة عقدية، بحيث يتم بموجبها قيام البنك بإصدار خطاب ضمان لصالح المستفيد على أساس الاتفاق الذي حصل بين العميل والمستفيد، فالعلاقة بين العميل الآمر والمصرف الضامن تجسد تنفيذ العميل لالتزاماته العقدية الناشئة عن العقد الذي يجمع العميل بالمستفيد وطبقا للشروط المتفق عليها.

فيعد طلب العميل لخطاب الضمان بمثابة إيجاب يتضمن بيان الغرض الذي يطلب من أجله إصدار خطاب الضمان، وكذلك الشروط التي يصدر بها الخطاب ومدة صلاحياته، أما إصدار البنك لخطاب الضمان[4]، يعد قبولا

[1] راضية أ مقران، خطابات الضمانات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، أطروحة دكتوراه، قانون خاص، جامعة الجزائر،2014، ص26.

[2] نورالدين يوسفي، سامي كحلول، المرجع السابق، ص368

[3] راضية أ مقران، خطابات الضمانات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، المرجع السابق، ص 87-88.

[4] راضية أ مقران، خطابات الضمانات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، المرجع نفسه، ص89.

لطلب العميل، فينشأ بينهما عقد يرتب التزامات على عاتق كل منهما، كما يقع على عاتق البنك واجب إخطار العميل بمطالبة المستفيد من الخطاب من أجل الوفاء بقيمة الخطاب المقدم للمستفيد، كما يلتزم البنك برد قيمة الغطاء المقدم من العميل إذا انقضت مدة الخطاب ودون مطالبة من العميل مقابل التزام العميل بدفع غطاء مبلغ الضمان الذي يمكن أن يتخذ شكلا نقديا أو عينيا كالأوراق المالية والتجارية مثل السفتجة، أو بضائع وكذا عمولة للبنك عن خدمة الضمان والفوائد، كما يلتزم العميل بعدم إثارة الدفوع المتعلقة بدفع الغطاء[1].

3-العلاقة بين البنك والمستفيد

تربط البنك بالمستفيد علاقة خطاب الضمان، بحيث تنتج هذه العلاقة من اللحظة التي يصدر فيها البنك الخطاب للمستفيد وقبول هذا الأخير لهذا الخطاب دون اعتراضه على ذلك، وتعد هذه العلاقة مستقلة عن العلاقتين السابقتين اللتين تم ذكرهما، لذلك يلتزم البنك بصفة نهائية بتقديم الخطاب دون رفض أو رجوع لأي سبب من الأسباب، فترسيخا لمبدأ الاستقلالية بين هذه العلاقات لا يمكن للمصرف الاحتجاج على المستفيد بالدفوع المستمدة من علاقة العميل بالبنك أثناء مطالبته بالوفاء، أو بتلك الدفوع المستمدة من علاقة العميل بالمستفيد لأن فسخ أو بطلان العقد الأصلي لا يؤثر على الضمان[2].

[1] نورالدين يوسفي، سامي كحلول، المرجع السابق، ص368.

[2] محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 383 وما بعدها.

الفصل الثاني

الضمانات العينية كآلية للمحافظة على حق الدائن الممتاز

تمهيد الفصل الثاني

إن قصور الآليات والوسائل المقررة في القانون المدني من أجل الحفاظ على حق الدائن واستيفائه من الضمان العام للمدين، لاسيما في حالة عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه، يجعل فكرة الضمان الخاص من الأفكار الأكثر أهمية التي يشتغل عليها الدائن بهدف ضمان الوفاء بحقوقه بمجرد حلول الأجل ويتنوع هذا الضمان الخاص بين التأمينات الشخصية والعينية، وتجسد ذلك في القانون الجزائري من خلال الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، حيث سعي و حرص المشرع على توفير الحماية للمدين والمحافظة على مصالح الدائن، حيث تناولنا جزء من هذا الضمان الخاص المتعلق بالدائن في الفصل الأول من خلال تطرقنا إلى التأمينات الشخصية كآلية وضمانة خاصة للدائن الممتاز بهدف الحصول على حقه، غير أن المشرع ومن أجل توسيع نطاق الحماية وتعزيزها أكثر أقر للدائن إلى جانب التأمينات الشخصية ضمانات أخرى تدعى بالتأمينات العينية أو الحقوق العينية التبعية وسميت بهذا الاسم لأنها ليست حقوق قائمة بذاتها بل تستند في وجودها إلى حقوق أخرى ، ويقصد بالتأمين تخصيص مال معين يكون في الغالب مملوكا للمدين من أجل تأمين حق الدائن تكريسا لحمايته من الخطر المزدوج الذي يهدده ويحول دون استيفاء حقه ويتمثل هذا الخطر المزدوج في خطر مزاحمة الدائنين الآخرين له وخطر عدم كفاية أموال المدين للوفاء بحق الدائن، وتتضمن هذه الضمانات تأمينات واردة على العقار تتمثل في الرهن الرسمي وحق التخصيص، وتأمينات واردة على المنقول والعقار وتتجلى في الرهن الحيازي، إضافة إلى حقوق الامتياز العامة والخاصة، حيث تمنح هذه التأمينات للدائن سلطة مباشرة على الحق محل التأمين وتمنحه الحق في استيفاء دينه من أموال المدين بالتقدم والأفضلية عن باقي جميع الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة، وكذلك تتبع محل التأمين في أي يد يكون واستفاء حقه من المقابل النقدي، لكن إذا امتنع المدين عن ذلك ولم يوف بحق الدائن حينها يمكن لهذا الأخير التنفيذ على الشيء محل التأمين وبيعه بالمزاد العلني واستيفاء حقه من ثمن هذا الشيء بالأولوية، ولقد جسد المشرع هذه الحماية الخاصة من خلال النص على التأمينات العينية في الباب الأول من الكتاب الرابع تحت عنوان الحقوق العينية التبعية في المواد من 882 إلى 1001 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ، وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى هذه التأمينات العينية تباعا بالشرح والتفصيل حسب التسلسل المنهجي الآتي:

المبحث الأول: فعالية التأمينات العينية الواردة على العقار في استيفاء حق الدائن

المبحث الثاني: استيفاء حق الدائن في ظل التأمينات العينية الواردة على العقار والمنقول

المبحث الثالث: حقوق الامتياز كضمانات خاصة مقررة بموجب نصوص القانون

المبحث الأول: فعالية التأمينات العينية الواردة على العقار في استيفاء حق الدائن

من بين التأمينات العينية التي يكون محلها عقار نجد الرهن الرسمي وحق التخصيص، وهي ضمانات تهدف للمحافظة على حق الدائن وتجعله في مركز ممتاز كاستثناء على مبدأ المساواة المقرر للدائنين على أموال المدين في الضمان العام، وعليه سنتناول في المطلب الأول الرهن الرسمي وإلى حق التخصيص في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الرهن الرسمي كآلية للمحافظة على حق الدائن

أورد المشرع الجزائري الرهن الرسمي في نصوص المواد من 882 إلى 936 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني تحت عنوان التأمينات العينية، وفي موضوع دراستنا سنتطرق إلى مفهوم الرهن الرسمي وبيان أحكامه.

الفرع الأول: مفهوم الرهن الرسمي

للإحاطة بهذا الموضوع سنتناول في هذه الجزئية الأولى من هذا الفرع تعريف الرهن الرسمي وبيان خصائصه ومصادره وإجراءات قيده، أما في الجزئية الثانية سنتطرق إلى الشروط المتطلبة لانعقاد عقد الرهن الرسمي.

أولا: تعريف الرهن الرسمي

في هذه الجزئية سنتطرق إلى التعريف الفقهي والتشريعي للرهن الرسمي كأحد أهم صور التأمينات العينية.

1-التعريف الفقهي

عرف بعض الفقه الرهن الرسمي على أنه " عقد رسمي مضمونه حق عيني تبعي، الهدف من إقراره ضمان دين للمدين على عقار مملوك له أو لغيره، بحيث يخول للدائن بمقتضى هذا العقد التقدم بالأولوية عن غيره من الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي لهذا العقار، وللدائن حق تتبع العقار في أي يد كان "[1]، كما عرف البعض الآخر من الفقه أيضا الرهن الرسمي على أنه " تأمين يخول للمالك الحق في الإبقاء على حيازته للعقار من جهة، ومن جهة ثانية يخول للدائن الحق في توقيع الحجز على ذلك العقار وبيعه وهو في حيازة أي شخص كان بحلول أجل الاستحقاق، من أجل استيفاء حقه بالأولوية من ثمن بيع العقار "[2].

أما الباحث فقد ساير معظم الفقه في ذلك حيث يعرف الرهن الرسمي بأنه " تأمين يقع على عقار مملوك للمدين، بموجب عقد رسمي، بهدف ضمان حق الدائن الذي هو دين في ذمة المدين، بحيث يخول للدائن استيفاء حقه بالأولوية والأفضلية عن باقي الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة، وله حق التتبع على هذا العقار في أي يد كان، ليصبح بمثابة دائن له امتياز على هذا الحق المملوك للمدين".

---

[1]- ثامر خالدي، مقال بعنوان حماية الدائن من خلال الرهن الرسمي الاتفاقي، مجلة ضياء للدراسات القانونية، المجلد 01، العدد 01، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي نور البشير البيض، 2019، ص 137.

[2]- محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 11

2-التعريف التشريعي

المشرع الجزائري على غرار معظم التشريعات الحديثة عرف الرهن الرسمي من خلال المادة 882 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم على أنه " عقد بكسب به الدائن حقا عينيا، على عقار لوفاء دينه يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن العقار في أي يد كان"، فمن خلال هذا التعريف يتضح أن المشرع عرف الرهن الرسمي من خلال العقد، بدل تعريف مضمون العقد والمتمثل في الحق العيني التبعي الوارد على العقار، كون الحق هو الغاية المرجوة، أما العقد فهو وسيلة لإنشاء الحق[1].

ثانيا: خصائص الرهن الرسمي

يتصف الرهن الرسمي باعتباره من الحقوق التبعية بمجموعة الخصائص، لذا سنتطرق إلى ذلك وفق لما يلي:

1-الرهن الرسمي حق عيني

بمأن الرهن الرسمي، يرد على عقار فإنه يمنح الدائن سلطة مباشرة على العقار المرهون، حتى يتمكن من خلال ذلك استيفاء دينه متقدما على جميع الدائنين العاديين والدائنين الممتازين التاليين له في المرتبة، وهذه السلطة تتمثل في حق التقدم، إضافة إلى حق التتبع الذي يخول للدائن تتبع العقار في أي يد كان وتوقيع الحجز والتنفيذ عليه وبيعه بالمزاد العلني بهدف استيفاء دينه إذا امتنع المدين عن الوفاء بالدين عند حلول أجل استحقاق الدين[2].

2-الرهن الرسمي حق تبعي

إن الهدف من إنشاء الرهن الرسمي هو ضمان حق شخصي لدائن معين فيكون الرهن الرسمي تابعا للحق في الوجود والصحة والبطلان والانقضاء، فلا يقوم هذا الحق إلا بقيام الحق المضمون، معنى ذلك أن الرهن الرسمي يبطل ببطلان الحق، كما ينقضي بانقضائه، كما يتبع الرهن الرسمي الحق المضمون في حالة ما إذا كان معلقا على شرط أو مضافا لأجل، وكذلك أيضا يتبعه في انتقاله إلى الخلف العام والخلف الخاص للدائن المرتهن، وكذلك يتبعه في الطبيعة فإذا كان الدين تجاريا كان الرهن الرسمي تجاريا، وإذا كان الدين مدنيا كان الرسمي على نفس الشكل[3].

3-الرهن الرسمي حق عيني عقاري

الأصل أن الرهن الرسمي لا ينصب إلا على العقار دون المنقول، حيث أن المدين الراهن يظل مالكا للعقار على خلاف الرهن الحيازي، ويترتب على ذلك أن الدائن يتقدم على جميع الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة ويتبع العقار في أي يد كان، كون الرهن نشأ لضمان دين معين، وليس حق متفرع عن حق الملكية، لكن هذا الأصل

---

[1]- زوبير براحلية، القرض العقاري والرهن الرسم في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، 2017، ص 92.

[2]- عبد ال رزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون سنة نشر، ص271.

[3]- زوبير براحلية، المرجع السابق، ص ص 101،102، وأنظر المادة 983 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

ليس على إطلاقه، بل يمكن أن يرد الرهن الرسمي على الطائرة والسفينة والمحل التجاري[1]، ويتم شهره ذلك بطرق خاصة على خلاف الشهر العقاري، وهذا ما اتجه إليه الفقه القانوني، أما المشرع الجزائري كرس هذا الاستثناء في نص المادة 886 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمتمم بنصها على ما يلي" لا يجوز أن ينعقد الرهن إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك...". **إلا أن الباحث يرى أن صياغة المادة السالفة الذكر فيه نوع من الغموض بشأن عبارة لا يجوز أن ينعقد الرهن إلا على عقار، كون الرهن ينعقد على المنقول والعقار، ومن هذا المنطلق يقترح الباحث على المشرع التخصيص أكثر، من خلال إضافة كلمة الرسمي للرهن حتى يزول الغموض، وعلى هذا الأساس يقترح الباحث على المشرع في حالة تعديله للقانون المدني مستقبلا، أن يعدل أيضا نص المادة 886 من خلال إضافة كلمة " الرسمي " لتصبح صياغة المادة كما يلي " لا يجوز أن ينعقد الرهن الرسمي إلا على عقار مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك "**

4-الرهن الرسمي حق غير قابل للتجزئة

تبين هذه الخاصية أن الرهن الرسمي حق غير قابل للتجزئة، من خلال بيان بأن كل جزء من العقار المرهون هو ضمان لكامل الدين، فإذا تعددت العقارات المرهونة، فإن كل عقار منها يعتبر ضامن لكل الدين، ويحق للدائن المرتهن أن يباشر التنفيذ على أي منها، معنى ذلك أن كل جزء من هذا الدين يكون مضمونا بكامل العقار المرهون، حتى ولو وفى المدين بجزء من الدين، فإن الرهن الرسمي لا ينقضي في حدود الوفاء الجزئي بل يبقى ضامنا لكل الدين[2]، إلا أن قاعدة عدم تجزئة الرهن ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق على التجزئة في عقد الرهن نفسه أ وفي اتفاق لاحق، ومثالها الاتفاق على أ ن يتحرر جزء من العقار كلما تم دفع جزء من الدين[3].

ثالثا: مصادر الرهن الرسمي

بالرجوع إلى المواد 882 و883 من الأمر 75-58 يتضح بأن الرهن الرسمي ينقسم بحسب مصدره إلى ثلاثة أنواع، فقد يكون مصدره اتفاق الأطراف، أو القضاء، أو القانون، وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى هذه الأنواع تباعا كل حسب المصدر المنشأ له بالشرح والتفصيل على النحو الآتي:

---

[1]- إبراهيم يامة، عبد القادر سرحاني، مقال بعنوان الضمانات المقررة للدائن في نظام التأمينات الشخصية والعينية في ظل التشريع الجزائري، مجلة المنار للدراسات والبحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس المدية، المجلد 03، العدد 01، جوان 2019، ص 112.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص274، وراجع أيضا زوبير براحلية، مرجع سابق، ص ص 104،103.

[3]- كمال فتحي دريس، الوجيز في العقود الخاصة " عقد الإيجار-الرهن الرسمي والحيازي "، الجزء الثاني، مطبعة منصور، وادي سوف، 2022، ص 61، كما تنص المادة 892 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر على ما يلي "كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين المضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها، ما لم ينص القانون أو يقضي الاتفاق بغير ذلك ".

1-الرهن الاتفاقي

يقصد بالرهن الاتفاقي بأنه حق عيني ينشأ بموجب اتفاق بين المدين الراهن والدائن المرتهن، ويصب هذا الاتفاق في عقد رسمي، ويتقرر هذا الحق ضمانا لدين الدائن على عقار مملوك للمدين أو غيره، بحيث يخول للدائن بموجب هذا العقد حق التقدم في استيفاء حقه بالأولوية عن جميع الدائنين والتاليين له في المرتبة، وحق تتبع العقار في أي يد يكون والتنفيذ عليه، إلا أن المشرع عرف الرهن الرسمي من خلال المادة 882 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني بالعقد بدل تعريفه بالحق، كونه حق عيني تبعي يضمن للدائن حقه، وهي الغاية التي قرر لأجلها هذا الرهن، أما العقد فهو الوسيلة التي تؤدي إلى تحقيق هذه الغاية والمتمثلة في ضمان حق الدائن المرتهن[1].

2-الرهن الرسمي القانوني

عرف الفقه الرهن الرسمي القانوني على أنه" حق عيني ينشئه القانون للدائن على عقار معين مخصص للوفاء بدينه، يكون له بمقتضاه التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء دينه من ثمن العقار في أي يد يكون "، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يعرف الرهن الرسمي القانوني كنوع من التأمينات العينية، بل تطرق إليه في إطار مصادر الرهن الرسمي[2]، إلا أن المشرع أخلط بين الرهن الرسمي كحق وعقد الرهن الرسمي، أي أخلط بين الغاية والوسيلة، ويتميز الرهن الرسمي بمجموعة من الخصائص تتمثل في كونه حق عيني عقاري تبعي تابع للالتزام الأصلي يمنح صاحبه ميزتي التقدم والتتبع، وكذلك يعتبر هذا الرهن مال عقاري، إضافة إلى ذلك أنه يتعلق بالعقار المرهون وضمان حق شخصي للدائن، كمأنه حق غير قابل للتجزئة كما أشرنا سابقا.

3-الرهن الرسمي القضائي

يقصد بالرهن الرسمي القضائي على أنه " حق عيني تبعي يتقرر للدائن على عقار أو أكثر من عقارات المدين بمقتضى حكم قضائي واجب التنفيذ والصاد ر بالتزام المدين بالدين، ويخول للدائن التقدم على الدائنين العاديين و الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي لذلك العقار في يد أي يكون "، ومن أجل إعمال الرهن القضائي يجب توافر مجموعة من الشروط، [3]،منها أن يكون الرهن الرسمي مقررا بموجب حكم قضائي نهائي واجب التنفيذ وصادر في موضوع الدعوى، ويتضمن هذا الحكم بالرهن الأموال المملوكة للمدين وقت قيد الرهن،

---

[1]- ثامر خالدي، المرجع السابق، ص 137، وأنظر وراجع أيضا زوبير براحلية، المرجع السابق، ص 94.

[2]- كمال شميل، التأمينات الممنوحة للمصارف والمؤسسات المالية " العينية والخاصة "، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009، ص 14 وما يليها، كما تنص المادة 883 من الأمر 75-58، لمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر على ما يلي" لا ينعقد الرهن الرسمي إلا بعقد أو حكم أو بمقتضى القانون ".

[3]- ثامر خالدي، مقال بعنوان حماية الدائن المرتهن بين الرهن القانوني والرهن القضائي، العدد، 14، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، 2017، ص 74،75.

وللقاضي السلطة التقديرية الواسعة، في تقرير الرهن الرسمي القضائي من عدمه سواء بالنسبة لتحديد العقار الواقع عليه الرهن الرسمي وكذلك شروط قبول وإقرار الرهن الرسمي القضائي.

رابعا شروط إنشاء الرهن الرسمي

يتطلب لإنشاء الرهن الرسمي لفائدة الدائن المرتهن توافر مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية، وعلى هذا الأساس سنتطرق في هذا الفرع إلى الشروط الشكلية في الجزئية الأولى والشروط الموضوعية في الجزئية الثانية.

1-الشروط الشكلية للرهن الرسمي

بالرجوع إلى نص المادة 883 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني نجد أن المشرع الجزائري اشترط الرسمية بالنسبة لعقد الرهن الرسمي وذلك تحت طائلة البطلان، ومن هذا المنطلق سنتناول في هذه الجزئية الكتابة الرسمية كشرط لانعقاد عقد الرهن الرسمي، ثم نتطرق إلى قيد الرهن من أجل شهره، كون الرهن يستوجب الشهر.

أ-الكتابة الرسمية كشرط لانعقاد عقد الرهن الرسمي

يقصد بالرسمية تحرير عقد الرهن في ورقة رسمية من طرف موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة[1]، مثل الخبير ومكاتب الدراسات، وأن يكون هذا الموظف أو الضابط أو الشخص المكلف بخدمة عامة مختص قانونا من حيث الزمان والمكان، مثل رئيس المجلس الشعبي البلدي على مستوى البلدية، ومدير أملاك الدولة على مستوى الولاية والموثق على المستوى الوطني، ويدون هذا الرهن سواء في عقد الرهن ذاته، أو في عقد رسمي لاحق، ويجب أن يحتوي هذا العقد الرسمي على مجموعة من بيانات التخصيص منها تعيين العقار محل الرهن وتحديد طبيعته وحدوده وموقعه ومساحته، إضافة إلى تحديد الدين المضمون ومصدره ومحله وتاريخه، وإسم الدائن المرتهن والمدين الراهن فإذا تخلف أحد البيانات الجوهرية يكون عقد الرهن الرسمي تحت طائلة عدم الانعقاد، كون الكتابة في العقد الرسمي تعد شرطا للانعقاد وليس للإثبات، ما يترتب على تخلفها بطلان العقد بطلانا مطلقا[2].

ب-قيد عقد الرهن الرسمي كشرط شكلي

الرهن الرسمي باعتباره حق عيني تبعي فإنه لا يتم إنشاؤه أ نقله أو تعديله أو انقضاؤه إلا بعد تسجيله في البطاقات العقارية بالسجل العقاري[3] لدى المحافظة العقارية، وهذا ما يقضي به الأمر الذي يوصي بإعداد المسح العام

[1]- أنظر المادة 324 مكرر1 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[2]- أمينة عبدلي، مقال بعنوان الشروط الشكلية لعقد الرهن الرسمي في القانون الجزائري، مجلة البحوث الدراسات القانونية والسياسية، العدد 04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، جانفي 2018، ص197.

[3]- المرسوم 76-63، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المؤرخ في 25 /1976/03، الجريدة الرسمية، عدد30، المؤرخة في 13 أفريل 1976.

للأراضي وتأسيس السجل العقاري [1]لاسيما المادة 16منه، وكذلك المادة 793 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والتي تشترط الشهر العقاري في التصرفات القانونية السالفة الذكر، سواء تعلق الأمر بالحقوق العينية الأصلية أو بالحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي، ومن أجل نفاذ الرهن الرسمي وجب قيده حتى يعتد به ويصبح نافذا اتجاه الغير من تاريخ هذا القيد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار[2]، أما بين المتعاقدين فإنه يرتب آثاره من يوم نشر العقد في البطاقات العقارية لدى مصلحة السجل العقاري بالمحافظة العقارية، تجسيدا للأصل العام الذي يقضي بانصراف أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين كنتيجة من النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة المنصوص عليها في المواد 106 و 108 و109 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، أما فيما يتعلق بإجراءات قيد الرهن الرسمي وتجديده وشطبه وإلغائه والآثار المترتبة على ذلك تطبق أحكام المرسوم 76-63 المتعلق بالتسجيل العقاري، أي نفس إجراءات شهر نقل ملكية العقار[3].

2-الشروط الموضوعي للرهن الرسمي

إضافة إلى الشروط الموضوعية المتعلقة بعقد الرهن الرسمي والمتمثلة في الرضا والمحل والسبب، وتوافر شرط الأهلية وخلو الإرادة من العيوب، لاسيما الرهن الاتفاقي الذي يتطلب ركن الرضا على خلاف الرهن القضائي والقانوني اللذان لا يحتاجان إلى إرادة الراهن، وكذلك توجد شروط خاصة تتعلق بأطراف العقد والمحل المرهون.

أ-أهلية المدين الراهن من أجل التصرف

يشترط في المدين الراهن أن يكون أهلا للتصرف، كون الرهن من الأعمال التي تدور بين النفع والضرر، فلذلك يجب أن يكون الراهن راشدا أي بالغا 19 سنة كاملة، ولم تصب أهليته بعارض من عوارض الأهلية، فلا يكون مجنونا ولا معتوها وغير محجور عليه، أما الصبي المميز فإن تصرفه يكون باطلا بطلانا نسبيا أي قابلا للإبطال لمصلحته[4]، أما إذا كان الراهن ليس المدين بل هو كفيل عيني، فهنا نميز حالتين، فإذا كان الكفيل متبرعا ففي هذه الحالة يجب أن يكون الكفيل ذا أهلية كاملة أي بالغا سن الرشد ولم يصب بعارض من عوارض الأهلية كالجنون والعته، أما إذا كانت الكفالة بمقابل فيكفي أن تكون للكفيل أهلية التصرف التي تدور بين النفع والضرر.

---

[1]- الأمر 75-74، المتضمن إعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري، المؤرخ في 1975/11/12، الجريدة الرسمية عدد 92، المؤرخة في 18نوفمبر 1975.

[2]- جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البليدة، 2001، ص ص 99،100، وأنظر المادة 904 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[3]- نجاة بوساحة، مقال بعنوان الرهن القانوني المؤسس للبنوك والمؤسسات المالية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 13، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2016، ص 46، وأنظر المادة 905 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[4]- ثامر خالدي، مقال بعنوان حماية الدائن من خلال الرهن الرسمي الاتفاقي، المرجع السابق، ص 140.

فالأمر كذلك بالنسبة للشخص المعنوي فتبقى نفس الشروط المتطلبة للشخص الطبيعي متوافرة بالنسبة للممثل القانوني الذي يمثل الشخص المعنوي حتى يتسنى له القيام بالرهن، يجب أن يكون مالكا للعقار وأهلا للتصرف[1]، أما أهلية الدائن المرتهن فقد تعددت الآراء الفقهية بشأنها، فهناك من يشترط أهلية التصرف كاملة، أي بالغا سن الرشد وأهليته غير مصابة بعارض من عوارض الأهلية كالعته والجنون وبمانع من موانعها سواء كان هذا المانع ماديا أو قانونيا أو طبيعيا، كون هذا التصرف يتضمن استيفاء الدين، أما البعض الآخر يشترط أهلية التمييز بسبب صغر السن أو سفه أو غفلة، لأن الرهن الرسمي عقد ملزم لجانب واحد وهو المدين أو الكفيل العيني الراهن، فيكفي أن يكون المرتهن مميزا ليصح عقد الرهن وهذ هو الرأي الراجح فقهيا[2].

ب–ملكية المدين الراهن للعقار المرهون

بالرجوع إلى نص المادتين 884و886 و891 من الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني، يتبين لنا بأنه لا يجوز أن ينعقد الرهن الرسمي إلا على عقار كأصل عام ما لم يقضي القانون بخلاف ذلك، ويشترط في هذا العقار المرهون مجموعة من الشروط، بحيث يجب أن يكون عقارا بطبيعته أو عقارا بالتخصيص أو حقا عينيا عقاريا مما يجوز بيعه في المزاد العلني، وأن يكون معينا بالذات، كما يشمل الرهن الرسمي أيضا ملحقات العقار مثل حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص وكافة التحسينات التي تعود بالمنفعة على الراهن المالك ما لم يتم الاتفاق بغير ذلك، كما يحق للراهن إدارة العقار وقبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار باعتباره مالكا له[3]، لأن الهدف من الاشتراط هو أن الرهن الرسمي يرتب حقا عينيا تبعيا لمصلحة الدائن المرتهن على هذا العقار، بحيث يخول للدائن من خلال هذا الحق استيفاء دينه من ثمن هذا العقار بعد بيعه في المزاد العلني، ما لم يقم المدين بالوفاء بالدين[4].

الفرع الثاني: قيد الرهن الرسمي

من أجل أن يرتب عقد الرهن الرسمي آثاره ويصبح نافذا اتجاه الغير، وجب قيده حتى يتمكن المتعاقدين الاحتجاج به اتجاه هذا الغير، وعليه سنتطرق في هذا الفرع إلى الإجراءات المتبعة من أجل قيد عقد الرهن الرسمي.

فمن من أجل تسليط الضوء على شرط نفاذ عقد الرهن الرسمي اتجاه الغير، وجب التطرق في هذه الجزئية بالتفصيل إلى التعريف الفقهي للقيد وموقف المشرع الجزائري، كما نتطرق أيضا إلى الإجراءات المتبعة لقيد الرهن.

---

[1]– زوبير براحلية، المرجع السابق، ص110، وأنظر المواد " 43،42،40 " من الأمر 75–58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

[2]– كمال فتحي دريس، المرجع السابق، ص 63.

[3]– محمد عبد الاله موسى شبر، مروان عضيد عزت، مقال بعنوان الرهن العقاري المسجل بالقانون العراقي " دراسة مقارنة "، مجلة المداد، المجلد 13، العدد 01، جامعة زيان عاشور بالجلفة، 2023، ص 141.

[4]– زوبير براحلية، المرجع السابق، ص ص 111، 112، وراجع أيضا إبراهيم يامة، عبد القادر سرحاني، المرجع السابق، ص115.

أولا: تعريف القيد

تعددت الآراء الفقهية حول تحديد تعريف القيد، فيعرف البعض من الفقه القيد على أنه " إجراء رسمه المشرع لشهر الرهن الرسمي والحقوق العينية التبعية الأخرى، مثل حق التخصيص والرهن الحيازي وحقوق الامتياز، وكذا الاحتجاج بها أمام الغير "[1]، كما عرفه جانب من الفقه على أنه " مجموعة إجراءات وقواعد قانونية وتقنية تشمل التصرفات القانونية المنصبة على العقارات، سواء كانت كاشفة، أو منشئة، أو ناقلة، أو معدلة أ ومنهية لحق عيني عقاري أ صلي أو تبعي، بغض النظر عن نوع التصرف عقدا كان أ وحكما أو قرارا، سواء كان مصدر هذا الحق تصرفا قانونيا أو واقعة مادية "، أما المشرع الجزائري لم يعرف القيد، بل نظم أحكامه في المواد من 904 إلى 906 من الأمر 75-58 والمرسوم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المنظم الإشهار العقاري[2].

ثانيا: الإجراءات المتبعة من أجل قيد عقد الرهن الرسمي

لكي يصبح الرهن الرسمي نافذا اتجاه الغير، يجب قيده لدى المحافظة العقارية التي يقع بدائرة اختصاصها العقار المرهون، وعليه سنتطرق لميعاد القيد وكيفية إجراء القيد والبيانات التي يتضمنها والتأشير على هامش القيد.

أ-ميعاد القيد

خول المشرع من خلال قانون التوثيق[3] للموثق مهمة إيداع مختلف العقود التي تتضمن نقل الملكية العقارية والحقوق العينية، وكذلك أيضا تعديلها وإنهائها، لدى المحافظة العقارية، من خلال المادة 10 من قانون التوثيق، ومن بين هذه العقود الرهن الرسمي الذي يقوم الموثق بإيداعه للشهر خلال شهرين من تاريخ تحرير العقد ،وهذا ما كرسه المشرع من خلال قانون المالية لسنة 1998[4]، لاسيما المادة 31 منه، أما الرهن القضائي فيتم إيداعه للإشهار خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدور الحكم، على خلاف الرهن القانوني الذي لم يحدد له المشرع ميعاد[5].

ب-كيفية إجراء القيد

يتقدم الموثق باعتباره الشخص الذي له صفة تحرير العقود الرسمية الواردة على العقار بإيداع عقد الرهن الرسمي لدى المحافظة العقارية الواقع في دائرة اختصاصها العقار مقابل وصل يسلم له، وفي حالة استيفاء عقد الرهن جميع شروطه الشكلة والموضوعية واستوفى جميع البيانات المطلوبة، فيتم قيد الرهن من طرف المحافظ العقاري[6].

---

[1]- همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2004، ص 334 وما يليها.

[2]- كمال فتحي دريس، المرجع السابق، ص 84

[3]- القانون رقم 98-12، المتضمن قانون المالية لسنة 1999، المؤرخ في 1998/12/12، جريدة رسمية، عدد 98، المؤرخة في 31ديسمبر 1998.

[4]- القانون 06-02، المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، المؤرخ في 2006/03/08، جريدة رسمية، عدد 14، المؤرخة في 08 مارس 2006.

[5]- أمينة عبدلي، المرجع السابق، ص205.

[6]- مريم بنت الخوخ، فعالية الرهن العقاري كضمان، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2012، ص 09.

حيث تسلم نسخة من عقد الرهن مؤشر عليها من طرف المحافظ العقاري مع بيان تاريخ القيد، ويحتفظ المحافظ العقاري بنسخة ثانية لدى مصالحه، ولا يمكن التصرف في العقار المرهون إلا بعد تحريره من هذا الرهن.

ثالثا: البيانات التي يتضمنها القيد

حتى يتم قيد عقد الرهن الرسمي من قبل المحافظ العقاري[1] يجب أن يتضمن العقد التعريف بالأطراف من خلال تعيين أسماء كل من الدائن المرتهن والمدين الراهن وهويتهما ومهنتهما ومحل إقامتهما، وكذلك تخصيص العقار المرهون من خلال بيان موقع العقار ومساحته وطبيعته فلاحية أم صناعية، إضافة إلى الإشارة إلى تاريخ إبرام عقد الرهن، أو تاريخ الحكم القضائي الصادر في الموضوع، كما يجب أيضا تعيين مقدار الدين تعيين كاملا، إضافة إلى ميعاد استحقاقه، وفي حالة تخلف إحدى البيانات الجوهرية يكون عقد الرهن الرسمي باطلا بطلانا مطلقا.

الفرع الثالث: تمييز الرهن الرسمي عن المصطلحات المشابهة له

سنتطرق في هذا الفرع إلى تمييز الرهن الرسمي عن حق التخصيص والرهن الحيازي وحقوق الامتياز.

أولا: تمييز الرهن الرسمي عن الرهن الحيازي

الرهن الرسمي والحيازي كلاهما من التأمينات العينية لضمان حق الدائن فهما يتشابهان في كون كل منهما قد ينشأ بموجب عقد وأنهما يتضمنان حقا عينيا تبعيا وغير قابل للتجزئة[2] ويمنحان الدائن سلطة مباشرة على شيء معين من خلال استعمال حقي التتبع والأفضلية في استيفاء حقه على جميع الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة وفي أي يد يكون الشيء من الثمن المقابل للشيء المرهون أو بالتنفيذ على هذا الشيء وبيعه بالمزاد العلني ء محل الرهن، إلا أنهما يختلفان في أوجه معينة منها نوع إنشاء العقد، فالرهن الرسمي عقد شكلي بينما الحيازي عقد رضائي، وكذلك من حيث المحل فالرهن الرسمي لا يرد إلا على العقار ويشترط لنفاذه اتجاه الغير قيده وشهره، بيمنا الرهن الحيازي يرد على المنقول والعقار، ولا يكون القيد ضروريا إذا كان محل الرهن الحيازي منقولا[3]، كما يخول الرهن الرسمي للدائن المرتهن التنفيذ على العقار المرهون بالأفضلية والتتبع، أما الرهن الحيازي فيخول للداهن المرتهن الحق في حبس الشيء حتى يستوفي الدائن دينه، كمأن الرهن الحيازي يخول لصاحبه حيازة الشيء المرهون، لكن الرهن الرسمي تبقي الحيازة في يد الراهن ولا تنتقل إلى أي أحد باعتبار المدين يبقى مالكا[4].

---

[1]- مسعود رويصات، نظام السجل العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009، ص 89.

[2]- كمال فتحي دريس، المرجع السابق، ص من 59 وما يليها،

[3]- عبد المجيد الصلاحين وآخرون، مقال بعنوان حقوق الدائن المرتهن والتزاماته بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد 17، العدد 01، كلية، جامعة، الأردن، السنة، ص 172.

[4]- فهيمة بوزار، مقال بعنوان الرهن الرسمي على حق الامتياز الصناعي في القانون الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 07، العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، ديسمبر 2021، ص 1205.

ثانيا: تمييز الرهن الرسمي عن حق التخصيص

يتفق كل من الرهن وحق التخصيص في أنهما يقعان على عقار، كما يتفقان في طبيعتهما على أساس أن كل منهما حق عيني تبعي وغير قابل للتجزئة ولهما نفس الآثار اتجاه الدائن المرتهن والراهن والغير، ويخولان للدائن استيفاء حقه بالتقدم على جميع الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، وتتبع العقار أو الحق العيني العقاري في أي يد يكون من أجل التنفيذ عليه[1]، إلا أنهما يختلفان في طريق الإنشاء، فالرهن الرسمي ينشأ بمقتضى عقد أو حكم قضائي أو بموجب القانون بينما حق التخصيص ينشأ بمقتضى حكم قضائي واجب التنفيذ فقط[2].

ثالثا: تمييز الرهن الرسمي عن حقوق الامتياز

يشترك الرهن الرسمي وحقوق الامتياز كونها ضمان خاص للدائن وأنهما من الحقوق العينية التبعية والغير قابلة للتجزئة بحيث يمنح كل منهما للدائن المرتهن والدائن صاحب حق الامتياز صفة التقدم في استيفاء حقه عن باقي الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة، لكن بالنسبة الرهن الرسمي تحدد المرتبة على أساس تاريخ القيد والشهر[3]، أما بالنسبة لحقوق الامتياز الذي يحدد المرتبة فيها هو القانون[4]، أما ميزة التتبع فتثبت لكل منهما باستثناء حقوق الامتياز العامة سواء الواردة على المنقول أو العقار التي لا يتم قيدها ولا شهرها ولا تخول للدائن حق التتبع[5]، أما عن نشأة كل منهما فالنسبة للرهن الرسمي ينشأ عن طريق العقد أو الحكم القضائي أو بمقتضى القانون، أم حقوق الامتياز تنشأ بموجب القانون وهي أولوية يقرها القانون لحق الامتياز وليس لصاحبه[6]، **وعليه فإن الدائن في الرهن الرسمي الدائن هو الذي يكون في مركز ممتاز، أما في حقوق الامتياز تمنح صفة الامتياز للحق ولا تنصرف للدائن، ويرى الباحث من خلال هذا التمييز بين كل من الرهن الرسمي والرهن الحيازي وحق التخصيص والحقوق الممتازة باعتبارها تأمينات عينية ترد على حقوق عينية أصلية، فإنها تشترك في نقس الهدف هو ضمان استيفاء حق الدائن سواء من خلال إقرار التأمين للدائن وجعله في مركز ممتاز كما في حالة الرهن الرسمي والحيازي وحق التخصيص أو من خلال إقرار القانون حقوق الامتياز للحق الوارد عليه الامتياز وليس للدائن صاحب حق الامتياز.**

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص662.

[2]- أنظر المادتين 883 و937 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[3]- سمير عبد السد تناغو، المرجع السابق، ص ص 138، 139.

[4]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 919.

[5]- علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، ص69.

[6]- أنظر المادة 982 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

الفرع الرابع: أحكام الرهن الرسمي

إذا توافرت جميع الشروط الشكلية والموضوعية فإن عقد الرهن الرسمي ينشأ صحيحا، وفي حالة قيده لدى المحافظة العقارية، فإنه يرتب مجموعة من الآثار بالنسبة للمتعاقدين، وكذلك بالنسبة للغير، وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمتعاقدين أولا، ثم نتطرق إلى آثار الرهن الرسمي بالنسبة إلى الغير.

أولا: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمتعاقدين

سنتناول في هذه الجزئية آثار الرهن الرسمي بالنسبة للدائن المرتهن، وكذلك أيضا بالنسبة والمدين الراهن.

1-بالنسبة للدائن المرتهن

الأصل أن الرهن الرسمي لا يرتب التزامات على عاتق الدائن المرتهن، وإنما يمنحه مجموعة من الحقوق في حالة عدم قيام المدين بالوفاء، على اعتبار الرهن الرسمي ضمان لحق الدائن، إلا أن هذا الأصل ليس على إطلاقه، بل ترد عليه استثناءات سعى المشرع من خلالها إلى توفير حماية المصالح الخاصة، وتحقيق المنفعة العامة، لذلك سنتطرق إلى حقوق الدائن المرتهن كأصل عام، ثم نتطرق إلى الاستثناءات التي ترد على حقوق هذا الدائن المرتهن.

أ-حقوق الدائن المرتهن

بمجرد حلول أجل دين الدائن المرتهن، يترتب له أثر استيفاء حقه، من خلال التنفيذ على العقار المرهون.

- التنفيذ في مواجهة المدين

من بين الآثار المترتبة عن الرهن الرسمي بالنسبة للدائن بحلول أجل الدين وامتناع المدين عن الوفاء بالدين بعد إعذاره من قبل الدائن، الحق في التنفيذ على أموال المدين التي ينصب عليها الضمان العام بصفته دائن له حق شخصي في الضمان العام، وفي حالة عدم استيفاء الدائن لحقه، جاز له التنفيذ على العقار المرهون ببيعه في المزاد العلني وذلك من خلال اتباع الإجراءات المتبعة قانونا[1]من أجل استيفاء الدائن لحقه متقدما على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة بصفته دائن له حق عيني تبعي على العقار المرهون، وزيادة على ذلك فإنه في حالة عدم حلول أجل الدين وعدم وفاء المدين بحق الدائن، فإنه لا يجوز الاتفاق بين الدائن المرتهن والمدين الراهن على تملك الدائن للعقار، لكن بعد حلول الأجل ولم يفي المدين بالدين حينها يمكن للدائن تملك هذا العقار المرهون[2].

- التنفيذ في مواجهة الكفيل العيني

أما في حالة ما إذا كان الراهن شخص غير المدين أي كفيل عيني لا يجوز للدائن المرتهن التنفيذ على كافة أموال هذا الأخير، بل يمكنه التنفيذ في حدود ما تم رهنه لا غير، كمأنه لا يمكن للكفيل العيني الدفع اتجاه الدائن

[1]- ثامر خالدي، مقال بعنوان حماية الدائن من خلال الرهن الرسمي الاتفاقي، المرجع السابق، ص 143.

[2]- أنظر المادة 902 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

بتجريد المدين من أمواله كما في الكفالة الشخصية ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك، ومن مصلحة الدائن المرتهن وحتى يتقوى الضمان بالنسبة له في استيفاء حقه، يتوجب عليه ألا يقبل شرط تجريد المدين أولا من أمواله[1].

ب–الاستثناءات التي ترد على حقوق الدائن المرتهن

من بين القيود والاستثناءات الواردة على حقوق الدائن المرتهن على العقار المرهون قيدان، القيد الأول يتمثل في عدم الاشتراط في عقد الرهن الرسمي ذاته أو في عقد رسمي لاحق شرطا يقضي بأن يمتلك الدائن المرتهن العقار المرهون إلا إذا لم يقم المدين الراهن بالتزامه، أما في حالة الاتفاق على هذا الشرط فإن هذا الأخير يعد باطلا ويبقى الرهن صحيحا[2]، لكن المشرع أجاز للمدين الراهن إمكانية التنازل عن العقار المرهون للدائن المرتهن بحلول أجل الدين، أما القيد الثاني يتمثل في بطلان شرط بيع العقار دون مراعاة الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3]، **ويستخلص الباحث من خلال التطرق إلى آثار الرهن الرسمي بالنسبة للدائن المرتهن، أن الرهن يعد ضمانه جوهرية في مجال العقود التي تقبل هذا النوع من الرهن الرسمي والذي يهدف إلى حماية أموال الدائن المرتهن من الضياع في حالة إهمال المدين وتقصيره أو التصرف في أمواله تصرفا يشوبه الغش أو التحايل على القانون بهدف تهريب أمواله من الضمان العام كي لا يوفي لدائنيه اللذين حلت آجال ديونهم، هذا ما يبرر فكرة الرهن الرسمي كآلية من الآليات التي كرسها المشرع من أجل استيفاء حق الدائن وجعل هذا الأخير في مركز ممتاز، وذلك من خلال التقدم في استيفاء حقه عن الدائنين العاديين والدائنين الممتازين التاليين له في المرتبة، بحيث يعطي الرهن الرسمي ضمانا كافيا بالنسبة للدائن المرتهن، من خلال زيادة المعاملات بالنظر لتوفر عنصر الائتمان كما في حالة منح البنوك القروض العقارية للمقاولين والمستثمرين مقابل رهون رسمية، بحيث هذا الرهن يرغم المقاول الراهن على الوفاء لأن مصير هذا العقار في النهاية هو بيعه من طرف الدائن المرتهن واستيفاء حقه إذا لم يقم المدين الراهن بالوفاء، وعليه فإن الرهن الرسمي يشجع على الدخول في علاقات تعاقدية مضمونة الوفاء، مما يؤدي إلى ظهور حركية اقتصادية وتنموية واسعة النطاق تعود بالنفع الخاص على الأفراد، وبالنفع العام على خزينة الدولة من خلال كثرة المعاملات العقارية وازدهار السوق العقارية وما يتبعها من حقوق الشهر لفائدة الدولة ، بالنظر إلى كثرة المعاملات العقارية ووجود مصادر التمويل وبالتحديد من البنوك التي تقدم قروضا في هذا الشأن، لاسيما مع وجود الضمان الكافي المتمثل في الرهن الرسمي الذي يرد على العقار.**

---

[1]– كمال فتحي دريس، المرجع السابق، ص83.

[2]– يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الأصلة والتبعية، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، 2011، ص 270 وما يليها.

[3]– أنظر المادة 903 من الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

2-بالنسبة للمدين الراهن

إضافة إلى الآثار التي يرتبها الرهن الرسمي بالنسبة للدائن المرتهن، هناك آثار أخرى تنصرف إلى المدين الراهن وتتمثل في مجموعة من الحقوق والالتزامات، وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى هذه الآثار على النحو الآتي:

أ-حقوق المدين الراهن

من بين أهم الحقوق البارزة التي تترتب كأثر بالنسبة للمدين الراهن هي بقاء هذا الأخير مالكا للعقار المرهون وحائزا له، وبالتالي فإن المدين الراهن يبقى محتفظ بسلطته الواردة على العقار المرهون، من خلال بقاء حق التصرف في العقار المرهون تحت يده، لاسيما حق استغلال العقار واستعماله، باستثناء عدم المساس بحق الدائن المرتهن على العقار والمتمثل في حق الضمان المكفول لهذا الأخير بموجب الرهن الرسمي الذي يقع على العقار المرهون[1].أما في حالة قيد الدائن المرتهن حق رهنه قبل أن يشهر المتصرف اليه التصرف الذي صدر من الراهن فهنا لا يجوز المساس بحق الدائن ولا يؤثر فيه، أما في حالات اخرى فيحق لهذا للدائن إذا قيد حق رهنه قبل قيد الرهن الثاني رهن العقار مرة اخرى من قبل الراهن، ومن هذه الحالات توقيع الدائن حق اختصاص، أو رهنا حيازيا[2].

ب-التزامات الراهن

في مقابل هذه الحقوق المخولة للمدين الراهن على إثر الرهن الرسمي، يترتب أيضا على عاتق المدين الراهن مجموعة من الالتزامات منها التزام المدين الراهن بإنشاء الرهن على العقار المرهون لفائدة الدائن المرتهن، فإذا كان العقار المرهون مملوكا للدائن في هذه الحالة ينشأ الرهن بمجرد انعقاد العقد الذي يشترط تقييد الرهن من أجل نفاذه اتجاه الغير، كما يلتزم المدين الراهن أيضا بضمان سلامة الرهن دون إنقاص ضمان الدائن إنقاصا كبيرا باعتباره مالكا للعقار وحائزا له، ويحق للدائن أن يعترض على الأعمال التي من شأنها أن تؤدي إلى إنقاص هذا الضمان.

كما يلتزم المدين أيضا بضمان التعرض الشخصي للدائن سواء كان تعرضا قانونيا من خلال منع المدين الراهن من التصرف في العقار المرهون وذلك بعدم بيعه أو رهنه مرة ثانية لدائن مرتهن آخر، وذلك تحت طائلة الإخلال بالتزام في ذمته وهو ضمان سلامة الرهن ، وضمان التعرض الصادر من الغير، وكذلك يلتزم المدين الراهن بضمان التعرض الشخصي المادي، من خلال القيام ببعض الأعمال التي تؤدي الانتقاص من قيمة العقار المرهون مثل نزع بعض ملحقاته كالحديقة مثلا[3]، ويلتزم المدين الراهن أيضا بضمان التعرض القانوني الصادر من الغير دون التعرض المادي، حيث يضمن الراهن بموجب عقد الرهن التعرض الصادر من الغير، كما لو ادعى شخص ما أنه

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 273، كمال فتحي دريس، المرجع السابق، ص73.

[2]- خليفة الخروبي، التأمينات العينية والشخصية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2014، ص249.

[3]- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص90.

المالك الحقيقي للعقار المرهون، أو له حق عيني على هذا الأخير قبل عملية قيد الرهن ، وفي مثل هذه الحالات يجب على الراهن أ ن يدفع ادعاء الغير بشكل يؤدي إلى بقاء الرهن قائما غير منقوص، وإذا فشل في ذلك واستحق المرهون اعتبر الراهن مخلا بالتزام ضمان سلامة الرهن[1]، كما يلتزم المدين الراهن بضمان هلاك وتلف العقار المرهون، فإذا هلك العقار المرهون بفعل المدين الراهن جاز للدائن المرتهن الحق في طلب الوفاء بحقه حالا، كون الأجل قد سقط بحكم القانون، أما إذا كان الهلاك راجع إلى سبب أجنبي فالمدين الراهن له الخيار إما الوفاء بحق الدائن فورا، أو أن يقدم للدائن تأمين كافيا، ولا يمكن للدائن رفض هذه الخيارات وإلا اعتبر متعسفا[2].

3-بالنسبة للغير

من أجل نفاذ الرهن الرسمي اتجاه الغير وترتيب آثاره لا يكفي توافر الشروط الشكلية والموضوعية لنشوء الرهن فحسب، بل يجب قيد هذا الأخير لدى مصلحة الشهر العقاري بالمحافظة العقارية، ويترتب على ذلك آثار تضر بمصلحة الغير من خلال استعمال الدائن المرتهن لحقه في التقدم والتتبع وتطهير وتحرير العقار المرهون من الرهن وتخليته، وسنتطرق إلى ذلك كما يلي:

أ-المقصود بالغير

يقصد بالغير هو كل شخص له حق يتضرر من وجود الرهن، وذلك بتقدم صاحب الحق عليه وتقاضى حقه قبله من العقار المرهون، ويشمل هذا الغير ثلاث فئات، الصنف الأول إما يكون دائنا مرتهنا رهنا رسميا أو دائنا له حق اختصاص على العقار المرهون أو دائنا مرتهنا للعقار رهنا حيازيا، أما الصنف الثاني يشمل فئة الدائنين العاديين اللذين ليس لهم حقوق عينية تبعية على العقار المرهون، أما الصنف الثالث فيتمثل في الأشخاص الذين لهم حقوق عينية أصلية على العقار المرهون كما في حالة انتقال الملكية إلى مالك آخر، فهذا الأخير يتضرر من وجود الرهن الرسمي على العقار، كون الدائن المرتهن يستطيع التنفيذ على العقار المرهون وهو في يد المالك الآخر[3].

ب-حق التقدم

المقصود بحق التقدم هو أن الدائن المرتهن رهنا رسميا له أولوية على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة من أجل استيفاء حقه من المقابل النقدي للعقار أو من ثمن بيع العقار في حالة عدم وفاء المدين بالدين[4]، ويكون هذا التقدم لمصلحة الدائن المرتهن و يقع على العقار المرهون ومشتملاته كحق الارتفاق[5]، لذلك وجب تحديد

---

[1]- كمال فتحي دريس، المرجع السابق، ص73.

[2]- خليفة الخروبي، المرجع السابق، ص 249، وراجع المادة 899 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 427.

[4]- إبراهيم يامة، المرجع السابق، ص ص 115، 116.

[5]- أنظر المادة 907 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

مرتبة الدائن المرتهن، والتي تكون من خلال الأسبقية بالقيد حتى ولوكان حق الدائن المرتهن هو عبارة عن دين شرطي أو مستقبلي أو احتمالي، لأن العبرة في تحديد التقدم تكون من خلال القيد، ويشترط في حق الدائن المرتهن أن يكون محدد المقدار في القيد ومضافة إ ليه مصاريف العقد ومصاريف تجديد الرهن إن حصل تجديد، وهذه الحقوق هي أيضا تكون مقيدة[1]، ويستعمل حق التقدم عند الحجز على العقار المرهون وبيعه بالمزاد العلني ولا يكون ذلك إلا بعد إعذار المدين وإلزامه بالدفع، فإذا لم يتم الوفاء من قبل المدين يحرر المحضر القضائي محضر بعدم الدفع أو الامتناع عن الدفع، ثم القيام بإجراءات الحجز العقاري، الذي يتم بواسطة عريضة إلى رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها العقار المرهون، ويقوم المحضر بتبليغ أمر الحجز للمدين، ويجب على المحافظ العقاري قيد أمر الحجز، وإذا لم يقم المدين المحجوز عليه بالوفاء خلال أجل 30 يوما من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر الحجز[2]، يحرر المحضر القضائي قائمة شروط البيع بالمزاد العلني ويودعها بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها العقار المرهون موضوع الحجز، وبعد إجراء الحجز وبيع العقار المرهون بالمزاد العلني، يحق للدائن أن يستوفي حقه من الثمن الناتج عن البيع بالأولوية على غيره من الدائنين، بشرط أن يكون قد قيد رهنه أولا[3] ولم يقم الدائن بالتنازل عن مرتبة رهنه إلى دائن آخر متأخر عنه في المرتبة وله رهن مقيد على نفس العقار المرهون[4].

ج–حق التتبع

إضافة إلى حق التقدم المخول للدائن المرتهن والذي يضر بمصالح الغير، هناك حق آخر مخول لهذا الأخير في مواجهة الغير متى توافرت الشروط اللازمة، ويقصد به تتبع الدائن المرتهن للعقار المرهون في يد من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون بهدف التنفيذ عليه واستيفاء حقه من ثمن العقار متقدما على الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة متى حل أجل دينه ووفقا للشروط المحددة قانونا، كما يمكن للشخص الذي انتقل إليه العقار المرهون التمسك بدفوع في مواجهته من خلال استعمال أحد الخيارات المحددة قانونا[5]، إما قيام المدين بالوفاء الاختياري للدائن من خلال دفع الدين المضمون وملحقاته، أو من خلال الخيار الثاني المتمثل في الوفاء الاجباري[6]، ومن بين الشروط الواجب توافرها لاستعمال حق التتبع حلول أجل الدين المضمون بالرهن[7]، بحيث لا يجوز للدائن تتبع العقار في أي يد يكون إلا بعد

---

[1]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 493 وما يليها.

[2]– ثامر خالدي، مقال بعنوان حماية الدائن من خلال الرهن الرسمي الاتفاقي، المرجع السابق، ص 144.

[3]– ثامر خالدي، مقال بعنوان حماية الدائن من خلال الرهن الرسمي الاتفاقي، المرجع نفسه ص 145.

[4]– أنظر المادة 910 من الأمر 75–58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[5]–كمال فتحي دريس، المرجع السابق، ص 90.

[6]– أنظر المادتين 902 و914 من الأمر 75–58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[7]– شوقي بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2009، 380 وما يليها

حلول أجل الوفاء بالدين أو سقوطه لأي سبب من الأسباب كشهر إفلاس المدين ،لأن أي مطالبة من قبل الدائن المرتهن اتجاه المدين قبل حلول الأجل تعد باطلة، وكذلك من بين الشروط الواجب توافرها من أجل استعمال حق التتبع أن يكون العقار المرهون في يد الحائز المالك للعقار أو الحقوق العينية العقارية القابلة للرهن[1]، ولا بد أن يكون الرهن نافذا في مواجهة الغير وأن يكون مقيدا قبل أن يشهر من انتقلت له ملكية العقار لأنه إذا لم يقيد الراهن حقه قبل انتقال الملكية للحائز فإنها تنتقل إلى هذا الأخير خالية من الرهن[2]،كما يشترط لممارسة حق التتبع أن يكون الحائز مالكا للعقار المرهون وليس مجرد وضع اليد، لأن العبرة من مباشرة حق التتبع من قبل الدائن المرتهن يتمثل في التنفيذ على الحق الذي انتقل إلى الحائز وينتهي هذا التنفيذ من خلال بيع العقار بالمزاد العلني واستيفاء الدائن لحقه بالأفضلية والتقدم على غيره من الدائنين العاديين و الدائنين التاليين له[3].

د-التطهير

يقصد بالتطهير هو قيام حائز العقار المرهون بالإجراءات اللازمة من أجل السماح له بالتخلص من حق التتبع الذي كان مخولا للدائنين المرتهنين رهنا رسميا على العقار، من خلال إعلام الدائنين بأنه مستعد للوفاء بجميع الديون الموثقة برهون رسمية على هذا العقار، ويتم التطهير باقتراح ثمن لتملك العقار المرهون من قبل حائز العقار الذي قام بشهر سند ملكيته، ولا يتم التطهير إلا بموافقة الدائنين، أما في حالة الرفض فيتم بيع العقار في المزاد العلني، وفي حالة عدم قيام هذا الحائز بالإجراءات من أجل بيع العقار بالمزاد العلني ولم يطلبه أحد الدائنين الذي تثبت له هذه الصفة يبقى ثمن العقار نفسه المقدر في العقد، وينفذ عليه الدائنين كل حسب نسبة دينه[4].

هـ-التخلية

من أ جل عدم مباشرة التنفيذ على العقار المرهون، أجاز القانون لحائز العقار إمكانية القيام بالتخلية حتى لا تباشر إجراءات التنفيذ على العقار المرهون[5]، لأن المدين الراهن والمدين المتضامن والكفيل الشخصي، هم أشخاص لا يمكنهم طلب القيام بإجراء التخلية باعتبارهم مسؤولين مسؤولية شخصية عن حق الدائن، بخلاف الكفيل العيني الذي يجوز له القيام بإجراء التخلية حفاظا على سمعته المالية، وتكون التخلية من خلال تقرير يقدمه الحائز للعقار إلى كتابة ضبط المحكمة المختصة، وعلى الحائز أن يطلب التأشير في هامش هذا التقرير تسجيل نزع الملكية أو مباشرة

---

[1]- أنظر المادتين 211، و911 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[2]- لخضر قويسم، آثار الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2013، ص73.

[3]- ثامر خالدي، مقال بعنوان حماية الدائن من خلال الرهن الرسمي الاتفاقي، المرجع السابق، ص ص 145، 146.

[4]- خليفة الخروبي، المرجع السابق، ص ص 254، 255.

[5]- أنظر المادة 902 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

إجراءات التخلية خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها، وتكون التخلية مقبولة إذا أعلن الدائن خلال خمسة أيام من التقرير بها، ويترتب على تخلف إجراء من هذه الإجراءات بطلان التخلي شكلا ويمكن للدائن حينها تجاهلها، والاستمرار في إجراءات التنفيذ، أما في حالة عدم تخلف أي من إجراءات التخلية، فإنها تقع صحيحة شكلا، لكن هذا لا يمنع كل ذي مصلحة من معارضة التخلية بحجة عدم استيفاء الشروط اللازمة لذلك بواسطة دعوى قضائية يتم الإعلان فيها عن أحقية الحائز في التخلية[1].

إن حدوث التخلية يترتب عليها عدم امتلاك الحائز للعقار أو حيازته القانونية، كون هذا الأخير حائز حيازة مادية فقط، بحيث يترتب على التخلية كذلك مباشرة التنفيذ على العقار المرهون في مواجهة الحائز، غير أن الحائز يظل مالكا للعقار وله حرية التصرف وتسجيل الرهون على العقار إلى وقت تسجيل نزع الملكية[2]، لكن هده التصرفات لا تسري في مواجهة الدائن المرتهنين بل في مواجهة الدائنين العاديين فقط، كما يترتب على انقضاء الدين استرجاع الحائز للعقار حتى ولو بعد رسو المزاد، بشرط أن يوفي هذا الحائز بديون الدائنين المرتهنين[3].

الفرع الخامس: مزايا وعيوب الرهن الرسمي

سنتطرق في الجزئية الأولى من هذا الفرع إلى مجموعة من المزايا التي يحققها الرهن الرسمي كأداة ضمان ممتازة بالنسبة للدائن المرتهن، ثم نتناول العيوب التي تترتب على هذا التأمينين العيني الذي يرد العقار وهذا ما سنعالجه كما يلي:

أولا: مزايا الرهن الرسمي

تظهر فعالية الرهن الرسمي كضمان لدين الدائن المرتهن باعتبار هذا الأخير ضمانة عينية فعالة من خلال ما يمنحه هذا الرهن من امتيازات للدائن المرتهن بصفته الجهة المؤمن دينها، وبالتالي فإن الدائن المرتهن يمنحه عقد الرهن تأمينا عينيا وضمانا كافيا باعتباره دائنا ممتازا[4]، وعليه فإن للرهن الرسمي مجموعة من الإيجابيات والسلبيات ومن بين هذه الإيجابيات انتقال حق الدائن المرتهن إلى قيمة العقار المرهون في حالة هلاك هذا العقار أو تلفه، لأن سلطة الدائن المرتهن تنصب على العقار ذاته باعتباره حق عيني تبعي يقع على ملكية العقار المثقل به، وكذلك أيضا من بين الإيجابيات ضمان جميع الالتزامات مهما كانت طبيعتها وأوصافها سواء كان هذا الالتزام معلق على شرط أو مضاف لأجل أو دينا مستقبليا باستثناء الالتزامات الطبيعية التي تفتقد لعنصر المسؤولية، وكذلك أيضا أن الرهن الرسمي غير قابل للتجزئة، بمعنى أنه يحقق القاعدة التي تقضي بأن الجزء يضمن الكل أ ي أن كل جزء من العقار المرهون يضمن

[1]– ثامر خالدي، مقال بعنوان حماية الدائن من خلال الرهن الرسمي الاتفاقي، المرجع السابق، ص ص 145، 146.

[2]– جلال محمد إبراهيم، أحمد محمود سعد، الحقوق العينية التبعية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1994، ص383.

[3]– بمو برويز خان الدلوي، مقال بعنوان تحرير المرهون وأحكامه في القانون المدني دراسة تحليلية " مقارن بين قانوني العراقي والمصري "، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، العدد 22، جامعة تكريت، العراق، 2014، ص ص 262، 263.

[4] زوبير براحلية، المرجع السابق، ص 184.

كل الدين المضمون، إضافة إلى بعض الإيجابيات الأخرى منها الصفة الرسمية للعقد من أجل الانعقاد والاثبات وذلك تحت طائلة بطلان عقد الرهن الرسمي، إضافة إلى قيد عقد الرهن لدى مصلحة الشهر العقاري بالمحافظة العقارية، وهي إيجابيات كونها تحقق ضمانة أكبر للدائن والمدين الراهن والغير[1].

ثانيا: عيوب الرهن الرسمي

رغم الإيجابيات الفعالة التي تميز الرهن الرسمي، إلا أنه لا يخلو من مجموعة من العيوب مثل عدم جدوى مباشرة حق التقدم وحق التتبع، وإضعاف حق الدائن المرتهن عن طريق خيار التطهير وهذا ما سنتناوله كما يلي:

1-عدم جدوى مباشرة حق التقدم

إن عملية ترتيب الدائنين المرتهنين من أجل الحصول على حقوقهم تحدد بالأسبقية في القيد وتحسب المرتبة من وقت القيد، إلا أن الدائن المرتهن قد يتضرر في استيفاء حقه بالأسبقية بسبب المزاحمة من غيره من الدائنين الذين يتمتعون بحق امتياز عام، كون حقوق الامتياز العامة المترتبة على العقار تضمن مبالغ مستحقة للخزينة العامة، فلا يشترط فيها الإشهار ولاحق التتبع، فالدائن بهذا النوع من الحقوق يسبق جميع الدائنين المرتهنين مهما كان تاريخ قيدهم، وكذلك الأمر بالنسبة للمصاريف القضائية والضرائب والرسوم فهي حقوق امتياز عامة تستوفى قبل حقوق الدائنين المرتهنين أو الممتازين مهما كان تاريخ قيدهم[2]، إضافة إلى بائع العقار الذي لم يستوفي حقه المتمثل في ثمن العقار وملحقاته فله أن يتقدم على جميع الدائنين المرتهنين حتى ولو سبقوه في القيد[3].

2-عدم جدوى مباشرة حق التتبع

الأصل أن الدائن المرتهن بالنسبة للرهن الرسمي يستوفي حقه من ثمن بيع العقار المرهون في أي يد يكون بشرط حلول أجل الدين، وأن يكون هذا الحق مقيد قبل شهر ملكية من انتقلت إليه ملكية العقار وهذا ما يسمى بحق التتبع، لكن لا يكون لهذا الحق أية جدوى في عدة حالات منها منع إجراءات القيد وشهر إفلاس المدين وتسجيل تنبيه بنزع الملكية في حالة شهر التصرف الناقل للملكية[4]، إضافة إلى قيام المتصرف بشهر عقده، ففي هذه الحالة

---

[1]- عبد الحليم بوشكيوة، مقال بعنوان الرهن الرسمي ضمان من ضمانات القروض إيجابياته وعيوبه، العدد 06، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، 2009، وأنظر أيضا المادتين 891و 900 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[2]- حياة حامي، مقال بعنوان نسبية فعالية الرهن الرسمي كضمان للديون، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 07 العدد 01، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، 2021، ص ص 185، 186. أنظر المادتين 907و908 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

[3]- أنظر المادة 999 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[4]- مريم قسول، مقال بعنوان مخاطر الائتمان في عقد الرهن الرسمي، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 10، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1-الحاج لخضر، 2023، ص 197 وما يليها.

يفقد الدائن المرتهن لحق التتبع ويصبح دائن عادي يخضع لمبدأ المساواة وقسمة الغرماء في الضمان العام بين جميع الدائنين، وبالتالي يفقد صفة الدائن الممتاز المتميز بها عن غيره من الدائنين العاديين[1].

3-إضعاف حق الدائن المرتهن عن طريق خيار التطهير

في حالة عدم قدرة الحائز على منع الدائن المرتهن من مباشرة حق التتبع على العقار المرهون، أجاز المشرع لحائز العقار المرهون الحق في استعمال مجموعة من الخيارات القانونية منها خيار الوفاء بحق الدائن المرتهن سواء كان ذلك اختيارا أو جبرا، كما خول المشرع للحائز أيضا خيار تخلية أو تطهير العقار المرهون من يد الدائن الراهن[2].

غير أن الباحث يرى أن المشرع المدني منح للدائن المرتهن حق تتبع العقار المرهون والتنفيذ عليه في أي يد يكون من أجل استيفاء حقه دون مزاحمة من قبل باقي الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة، خصوصا في حالة عدم كفاية أموال المدين الراهن للوفاء بديونه، لكن هذا الأثر الذي رتبه المشرع للدائن المرتهن والمتمثل في حق التتبع يثير بعض الإشكالات من الناحية العملية كون المدين الراهن لا يمكنه نقل الملكية للمتصرف إليه إلا بعد تحرير العقار المرهون من الرهن عن طريق ما يسمى بمقررة رفع اليد التي تشترطها مصالح الحفظ العقاري من أجل شهر تصرف نقل الملكية بالنسبة للعقار المرهون، الأمر الذي يفقد الدائن المرتهن صفة حق التتبع لأنه منذ البداية لا يمكن شهر تصرف المدين الراهن اتجاه المتصرف إليه إلا بعد استيفاء الدائن المرتهن لحقه ومنحه المدين الراهن مقررة رفع اليد.

بحيث من خلال منح مقررة رفع اليد يجوز للمدين الراهن التصرف في العقار المرهون بكل حرية ودون إشكال، وعليه يقترح الباحث على المشرع إعادة النظر بالنسبة لحق التتبع المقرر للدائن المرتهن رهنا رسميا على العقار المرهون من خلال تعديل المادة 882 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني وجعلها تتماشى والقانون العقاري بهدف الحد من ظاهرة التباين التشريعي الذي أصبح يظهر جليا كما في حالة حق التتبع، وإعادة النظر في هذا النوع من المواضيع لأنها أصبحت لا تفي بالغرض، بالنظر لوجود نصوص قانونية في القانون العقاري تنظم انتقال الملكية، والتي أظهرت محدودية حق الدائن في التتبع على العقار المرهون إن لم نقل لم يعد له مفعول، لاسيما في الرهون التي يكون فيها الدائن المرتهن مؤسسة مالية أو مصرفية ، بحيث لا يمكن أن يتصرف الراهن في محل الرهن بنقل ملكيته إلا بعد قيام الدائن المرتهن برفع اليد عن المال المرهون، ولا يتم ذلك إلا بعد قيام المدين بالوفاء بالدين للمرتهن.

---

[1]- مريم قسول، المرجع نفسه، ص 199، وأنظر المادة 911 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدلة والمتمم، السالف الذكر.

[2]- حياة حامي، المرجع السابق، ص 187، وراجع المواد من 915إلى 921 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدلة والمتمم، السالف الذكر.

المطلب الثاني: حق التخصيص

إضافة إلى الرهن الرسمي كآلية ضمان ممتازة واردة على عقار أو حق عيني عقاري من أجل استيفاء حق الدائن المرتهن بالتقدم والأولوية عن غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، هنالك ضمان ممتاز آخر يرد على العقار يدعى بحق التخصيص، وعلى هذا الأساس سنتناول مفهوم حق التخصيص في الفرع الأول ثم سنتطرق إلى إجراءاته وتقريره، أما في الفرع الثاني سنخص بالدراسة الأحكام التي تنظم حق التخصيص.

الفرع الأول: مفهوم حق التخصيص

سنعرف حق التخصيص ثم نتطرق إلى خصائصه والشروط المتطلبة، سواء ما تعلق بالشروط الواجب توافرها في صاحب طلب التخصيص والحكم المنشأ لهذا الحق والأموال التي تكون محلا لهذا الحق، ووقت إقراره.

أولا: تعريف حق التخصيص

تعددت الآراء الفقهية في تعريف حق التخصيص حيث عرفه البعض على أنه " هو حق عيني تبعي يمنحه رئيس المحكمة للدائن بناء على حكم واجب التنفيذ صادر بإلزام المدين بالدين، على عقار أو أكثر من عقارات المدين، بحيث يستطيع الدائن بموجب هذا الحق أن يستوفي حقه في الدين متقدما على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة من هذا العقار أو العقارات في أي يد تكون "[1]،كما عرفه البعض الآخر على أنه " هو حق عيني تبعي يثبت للدائن بأمر من القضاء على عقار معين أو أكثر من عقارات مدينه، بناء على حكم واجب التنفيذ بإلزام المدين بالدين، ويكون للدائن بموجب هذا الحكم أن يستوفى دينه من المقابل النقدي لهذا العقار، في أي يد يكون "، كما عرفه البعض أيضا على أنه " قدرة الدائن الذي بيده حكم موضوعي نهائي على أخذ أحد العقارات المدين ضمانا للحصول على حقه بأمر من المحكمة المختصة "[2].

كما يعتبر البعض أن حق التخصيص من الإجراءات التحفظية التي يلجأ إليها الدائن من أجل ضمان تنفيذ الحكم الصادر لصالحه، فحق التخصيص يشبه الرهن الرسمي من حيث الآثار ويختلف عنه من حيث النشوء، كون الرهن الرسمي قد يكون مصدره الاتفاق أو القضاء أو القانون بينما حق الاختصاص مصدره حكم قضائي واجب التنفيذ يصدره رئيس المحكمة المختصة "[3]، غير أن المشرع الجزائري وغلى غرار بعض التشريعات الحديثة لم يعرف حق التخصيص كما هو الشأن بالنسبة للرهن الرسمي تاركا الأمر للفقه ، بل نظم أحكامه وآثاره وانقضاؤه في

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 660.

[2]- رضا عبد الحليم عبد المجيد، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، دون دار نشر، دون سنة النشر، مصر، ص346.

[3]- إنجي هند زهدور، مقال بعنوان لتصرفات الخاضعة للشهر العقاري، مجلة حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 06، العدد 01، جامعة وهران 2، 2014، ص 189.

الباب الثاني من الكتاب الرابع في المواد من 937إلى 947 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

ثانيا: شروط حق التخصيص

إن حق التخصيص باعتباره من بين أهم الحقوق العينية التبعية، كونه يمنح الشخص الذي صدر لمصلحته حق الأولوية من خلال استيفاء حقه بالأولوية عن باقي الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة، وإضافة إلى ذلك يمنح حق التخصيص للدائن حق التتبع من أجل التنفيذ على العقار محل التخصيص في أي يد يكون، ولكي يتحقق ذلك لابد من توافر مجموعة من الشروط منها ما هو موضوعي ومنها ما هو إجرائي، وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى هذه الشروط الموضوعية لإنشاء حق التخصيص في الجزئية الأولى والشروط الإجرائية في الجزئية الثانية.

1-الشروط الموضوعية لإنشاء حق التخصيص

من بين الشروط الموضوعية منها يعود إلى طالب التخصيص والحكم الذي يؤخذ عليه هذا الحق، ومن هذه الشروط أيضا ما يرجع إلى الأموال التي يتقرر عليها هذا الحق ووقت أخذه، وهذا ما سنتناوله كما يلي:

أ-الشروط الموضوعية بالنسبة للدائن طالب حق التخصيص والحكم الذي يقره

يشترط بالنسبة للدائن صاحب طلب التخصيص أن يكون حقه ثابتا بمقتضى حكم قضائي، إذ لا يكفي أن يكون حقه ثابتا بعقد رسمي بغض النظر عن مصدر دينه وأي كان محل هذا الدين، لأن حق التخصيص ضمان ما يستحقه الدائن من تعويض بسبب إخلال المدين بالتزامه[1]، أما بالنسبة للحكم الذي يقر حق التخصيص فيشرط فيه أن يكون قضائيا يقرر حق طالب التخصيص، وليس هذا الحق مقرر بعقد رسمي، كما يجب أن يكون هذا الحكم القضائي واجب التنفيذ أي استوفى جميع طرق الطعن العادية أو مشمول بالنفاذ المعجل بنص القانون أو بحكم من المحكمة المختصة، كما في حالة المواد التجارية، أي ممهورا بالصيغة التنفيذية ، وأن يكون صادرا في موضوع وملزما للمدين بشيء معين[2]، وهذا ما كرسه المشرع من خلال الأمر 75-58 المعدل والمتمم[3].

ب-الشروط الواجب توافرها في الأموال محل حق التخصيص ووقت أخذها

يشترط في الأموال محل حق التخصيص أن تكون عقارا معينا تعيينا دقيقا وقابلا للبيع بالمزاد العلني، وأن يكون مملوكا للمدين وقت تقرير حق التخصيص ووقت قيد هذا الحق، أي لا يقع حق التخصيص على المنقول أما بالنسبة لوقت طلب حق التخصيص وفقا للقاعدة العامة أنه متى توافرت الشروط السابقة الذكر يجوز للدائن طلب

[1]- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 201 وما يليها.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 675 وما يليها.

[3]- أنظر المواد من 937 إلى 941 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

التخصيص[1]، غير أن المشرع نص على عدم جواز أخذ حق تخصيص على عقار بعد موت صاحبة، وهذا ما كرسته المادة 02/937 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

الفرع الثاني: إنشاء حق التخصيص

إن حق التخصيص لا يتقرر بموجب نص قانوني ولا يجيزه القاضي من تلقاء نفسه بل يطلبه الدائن المرتهن من رئيس المحكمة المختصة الواقع في دائرة اختصاصها العقار الذي ينصب عليه التخصيص، وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى تقديم الطلب من طرف الدائن للحصول على التخصيص وسلطة رئيس المحكمة في تقدير هذا الطلب بالقبول أو الرفض، إضافة إلى التظلم الذي يرفعه الدائن ضد قرار رئيس المحكمة إذا تضمن هذا القرار الرفض.

أولا: تقديم طلب حق التخصيص من طرف الدائن المرتهن

يتم تقديم طلب أمر التخصيص من قبل الدائن عن طريق عريضة موجهة إلى رئيس المحكمة المختصة الواقع في دائرة اختصاصها موقع العقار، ويجب أن تتضمن العريضة مجموعة من البيانات، منها اسم الدائن ولقبه وموطنه الأصلي أو المختار ومهنته، واسم المدين ولقبه وموطنه ومهنته، وتعيين مقدار الدين، فإذا كان غير معين يقوم رئيس المحكمة بتعيين مقداره مؤقتا، إضافة إلى بيان موقع العقار محل حق التخصيص، وترفق العريضة بصورة شمسية عن الحكم، أو تقدم شهادة من كتابة الضبط تثبت منطوق الحكم في نفس اليوم الذي صدر فيه الحكم[2].

كما يجب إعلان الأمر القاضي بالتخصيص حتى يعلم المدين بذلك، كون الأمر صدر في غيابه، حيث تصدر كتابة ضبط المحكمة إعلان أمر التخصيص في نفس اليوم الذي صدر فيه الأمر بالتخصيص، من خلال إعلان المدين بتوقيع التخصيص والتأشير بهذا الأمر على نسخة من الحكم أو شهادة مرفقة بالطلب المقدم لأمر التخصيص، بهدف إعطاء المدين حق التظلم من ذلك[3]، وهذا ما كرسه المشرع الجزائري في الأمر 75-58[4].

ثانيا: سلطة رئيس المحكمة في تقدير هذا الطلب

يؤول الاختصاص للنظر في طلب حق التخصيص إلى رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها موقع العقار، حيث يصدر القاضي أمر التخصيص بأوامر على عريضة، ولرئيس المحكمة السلطة التقديرية الواسعة في قبول الأمر بالتخصيص متى تبين له توافر الشروط اللازمة لذلك، فيحينها يمكنه تحديد العقارات التي يقع عليها التخصيص، أم إذا اتضح له خلاف ذلك يمكنه رفض الأمر بالتخصيص، كما له أيضا سلطة تقدير الدين مؤقتا[5].

---

[1]- محمد أحمد المعداوي عبد ربه، الوجيز في التأمينات العينية والشخصية، دون دار نشر، مصر، ص 116 ومايليها.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص من 704 إلى 707.

[3]- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2007، ص192.

[4]- راجع المادتين 941 و943 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[5]- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص ص 191، 192.

ثالثا: التظلم من قرار رئيس المحكمة والقاضي برفض التخصيص

إذا صدر قرار من رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها العقار الذي ينصب عليه التخصيص، فإنه يجوز للدائن أن يقدم تظلما نتيجة هذا الرفض، بحيث يرفع هذا التظلم إلى نفس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها موقع العقار وأمام نفس رئيس المحكمة الذي قضى برفض طلب أمر التخصيص، وعلى هذا الأساس فإن احتمال عدول القاضي عن قراره هو احتمال ضعيف إلا في حالات نادرة[1]، **لذلك يرى الباحث أنه من باب العدل والإنصاف يجب رفع التظلم أمام جهة قضائية أعلى من الجهة التي أقرت رفض الأمر بالتخصيص وتتمثل هذه الجهة القضائية في المجلس القضائي، لأن الهدف من ذلك هو حماية الدائن رافع التظلم من التعسف، وكذلك أيضا الحفاظ على استقلالية العدالة والمحافظة على حقوق المتقاضين من خلال إعادة النظر في رفض الأمر بالتخصيص وتكون هذه الجهة القضائية هي المجلس القضائي، على اعتبار أن المحكمة الابتدائية تحت ولاية هذا الأخير، من أجل ترسيخ العدالة و الشفافية القضائية.**

الفرع الثالث: أحكام حق التخصيص

بعد تطرقنا إلى تعريف حق التخصيص وبيان شروطه والإجراءات المتبعة لتقريره، سنتناول في هذا الفرع آثار حق التخصيص" أولا " ثم نخص بالدراسة " إنقاصه "، ثم وبعد ذلك سنتطرق إلى طريقة انقضائه " ثالثا".

أولا: آثار حق التخصيص

متى توافرت شروط وإجراءات إنشاء حق التخصيص فإنه يرتب مجموعة من الآثار كما هو الحال بالنسبة للرهن الرسمي كون كلاهما من الوسائل الائتمانية الهدف منها التوفيق بين مصالح الدائن والمدين، وعلى هذا الأساس سنتناول آثار حق التخصيص بالنسبة للدائن الذي صدر حكم التخصيص لصالحه والمدين مالك العقار.

1-بالنسبة للدائن

بمجرد حصول الدائن على حق التخصيص تترتب له مجموعة من الآثار كما في حالة الرهن الرسمي، بمعنى ما يتطلبه الرهن الرسمي من شهر وقيد ينطبق على حق التخصيص كون كلاهما يرد على عقار[2]، بحيث يخول حق التخصيص للدائن استيفاء حقه من ثمن العقار الذي يقع عليه التخصيص عن طريق بيعه بالمزاد العلني، ووفقا لصفة الامتياز التي يكتسبها الدائن من حق التخصيص، ويكتسب هذا الأخير حق عيني على العقار المخصص من أجل ضمان وفاء المدين بالدين[3]، ويخول حق التخصيص للدائن بعد إعذاره للمدين التنفيذ على هذا العقار المخصص، أما

[1]- محمد أحمد المعداوي عبد ربه، المرجع السابق، ص 122، وراجع المادة 947 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

[2]- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص214.

[3]- محمد أحمد المعداوي عبد ربه، المرجع السابق، ص 122.

في حالة وجود كفيل عيني، ضامن للوفاء بحق الدائن إلى جانب المدين، فإن الدائن في هذه الحالة لا ينفذ على جميع أموال الكفيل إلا في حدود ما تم تخصيصه لهذا الضمان، وللدائن أيضا حق التنفيذ على عقار المدين مع جميع الدائنين العاديين وبالتساوي، وللدائن حق الخيار في التنفيذ بين الكفيل والمدين وينفذ على عقار كليهما، وذلك في حالة عدم كفاية مال أحد كل منهما للوفاء بالدين، ولا يمكن للكفيل العيني الدفع بالتجريد[1].

2-بالنسبة للمدين

بمأن آثار حق التخصيص هي نفسها بالنسبة للرهن الرسمي، فإن المدين يلتزم بسلامة العقار الواقع عليه حق التخصيص بعد أخذ حق التخصيص، إذ لا يجوز له بعد أخذ حق التخصيص على عقاره أن يرتب على هذا العقار أي حق يشهر قبل قيد حق التخصيص، ولا يمكنه نزع شيء من هذا العقار، كما يلتزم المدين بضمان التعرض الشخصي والتعرض الصادر من الغير، إضافة إلى التزامه بتحمل تبعة هلاك العقار أو تلفه بسبب خطئه وفي هذه الحالة يكون الدائن مخيرا في استيفاء حقه فورا أو الحصول على تأمين كاف، أما إذا كان هلاك العقار أو تلفه يرجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين، فيكون هذا الأخير مخيرا بين الوفاء الفوري للدائن وتقديم تأمين كاف.

كما يرتب حق التخصيص مجموعة حقوق للمدين منها عدم تجريد المدين من ملكيته للعقار المخصص ولا من حيازته له، حيث يبقى المدين مالكا للعقار الواقع عليه التخصيص وحائزا ومستغلا له مثل بيع الثمار كما يمكن للمدين تطهير العقار المخصص من أجل التخلص من حق التتبع كما هو الحال بالنسبة إلى الرهن الرسمي.[2]

3-بالنسبة للغير

أن حق التخصيص تترتب عليه مجموعة من الآثار كما هو الحال بالنسبة للرهن الرسمي، حيث يمنح حق التخصيص للدائن صاحب طلب التخصيص حق التقدم عن جميع الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة من أجل استيفاء دينه من المقابل النقدي للعقار أو من ثمن بيع العقار المخصص في حالة عدم وفاء المدين بالدين، كما يترتب للدائن اتجاه الغير حق التتبع على العقار المخصص واستيفاء حقه بالأولوية في أي يد يكون هذا العقار المخصص بهدف التنفيذ عليه وبيعه بالمزاد العلني واستيفاء حقه من ثمن العقار متقدما على الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة متى حل أجل دينه ووفقا للشروط المحددة قانونا، كما يمكن للشخص الذي انتقل إ ليه العقار المخصص التمسك بدفوع في مواجهة المدين من خلال استعمال أ حد الخيارات المحددة قانونا ، إما قيام المدين بالوفاء الاختياري للدائن من خلال دفع للمدين الدين المضمون ومشتملاته[3]، أو الوفاء الإجباري، ويشترط لذلك أن يكون العقار المخصص

[1]- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 187.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص من 715، 716

[3]- محمد عبد الاله موسى شبر، مروان عضيد عزت، المرجع السابق، ص141.

ملكا للمدين، إضافة إلى حق قيام حائز العقار المخصص بتطهير العقار المخصص أجاز القانون لحائز العقار إمكانية القيام بالتخلية حتى لا تباشر إجراءات التنفيذ على العقار المرهون، لأن المدين الراهن والمدين المتضامن والكفيل الشخصي، هم أشخاص لا يمكنهم طلب القيام بإجراء التخلية باعتبارهم مسؤولين مسؤولية شخصية عن حق الدائن، أما بالنسبة للإجراءات تبقى نفسها كما في حالة الرهن الرسمي[1].

ثانيا: إنقاص حق التخصيص

ينفرد حق التخصيص بصفة تميزه عن غيره من الحقوق العينية التبعية، كون هذا الحق غير ثابت طوال مدة بقائه، بل يمكن إنقاصه من خلال مطالبة كل من له مصلحة* بإنقاص حق التخصيص إلى حد مناسب، وتتم هذه المطالبة في حالة ما إذا كان الدين المضمون أقل بكثير من قيمة العقارات الواقع عليها حق التخصيص[2] وهذا ما يستنتج من مفهوم مخالفة المادة 946 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم، حيث يتم الإنقاص عن طريق القضاء أو بالاتفاق بين طالب الإنقاص والدائن صاحب حق التخصيص، ويشمل الانقاص جزء من العقار المخصص أو نقله إلى عقار آخر تكون قيمته لضمان الدين، أما المصاريف اللازمة لطلب الإنقاص يتحملها كل من طلب هذا الإنقاص[3]، فإذا تم الفصل في طلب الإنقاص من طرف رئيس المحكمة الذي أصدر حكم الأمر بالتخصيص والواقع في دائرة اختصاصها العقار المخصص وجب قيد هذا الإنقاص لأنه لا يصبح نافذا في اتجاه الغير إلا بعد القيد وهنا نميز حالتين، ففي الحالة الأولى إذا تعلق الأمر بنقل حق التخصيص إلى عقار آخر وجب قيده بقيد جديد، أما في الحالة الثانية إذا كان الإنقاص يقتصر على جزء من العقار أو العقارات ففي هذه الحالة يكفي التأشير على هاش القيد القاضي بحق التخصيص ودون الحاجة إلى قيد جديد[4].

ثالثا: انقضاء حق التخصيص

إن الإجراءات المتبعة من أجل قيد حق التخصيص والآثار المترتبة عليه تسري عليها نفس أحكام الرهن الرسمي، وكذلك أسباب انقضائه، حيث تسري على انقضاء حق التخصيص نفس الأحكام التي تسري على الرهن الرسمي بالنسبة للانقضاء، وعليه فإن حق التخصيص ينقضي بطريقة أصلية مستقلة عن انقضاء الدين الأصلي المضمون، كما ينقضي حق التخصيص أيضا بطريقة تبعية تبعا لانقضاء الدين المضمون، وهذا ما سنعالجه في هذه الجزئية وفقا لما يلي:

---

[1] محمد أحمد المعداوي عبد ربه، المرجع السابق، ص 124.

* ذي المصلحة يتمثل في المدين المالك للعقار المخصص والدائنين العاديين للمدين والدائنين الممتازين التاليين للدائن صاحب حق التخصيص في المرتبة.

[2]- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 197.

[3]- محمد أحمد المعداوي عبد ربه، المرجع السابق، ص125.

[4]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 722.

1-انقضاء حق التخصيص بطريقة أصلية

بالرجوع إلى نص المادة 947 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم فإن جميع الأحكام المتعلقة بالرهن الرسمي تسري على حق التخصيص، وعليه فإنه هذا الأخير ينقضي بطريقة أصلية، ومن هذه الطرق التنازل عن حق التخصيص من قبل الدائن صاحب التخصيص فهو تصرف قانوني بإرادة منفردة الهدف منه إنهاء حق التخصيص، فهو لا يحتاج إلى رضا المدين مالك العقار، بل يلزم لانقضائه وصول التنازل إلى علم مالك العقار، كما يلزم توافر الأهلية اللازمة للتنازل عن الدين المضمون [1]، وبالإسقاط على الأحكام المنظمة للرهن الرسمي فإن حق التخصيص ينقضي باتحاد الذمة، لأنه لا فائدة من ترتيب شخص لحق تخصيص لمصلحته على عقار يملكه، كونه دائن ومدين لنفسه في آن واحد، ما لم يوجد أصحاب تخصيص آخرون سابق تاريخ قيدهم لتاريخ قيده[2]، كما ينقضي حق التخصيص بصفة أصلية بهلاك العقار محل التخصيص وينقضي أيضا إذا هلك العقار المخصص وبذلك ينتقل حق الدائن المرتهن إلى التعويض أو مبلغ التأمين أو مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة طبقا لقاعدة الحلول العيني[3]، فإذا كان الهلاك جزئيا فإن التخصيص يبقى بالنسبة للجزء الباقي ويكون ضامنا لكل الدين طبقا لقاعدة عدم التجزئة التي تسري على الرهن الرسمي وحق التخصيص من خلال الإسقاط التي نصت عليه المادة 947 السالفة الذكر[4]، وينقضي أيضا حق التخصيص بطريق أصلية من خلال إجراء تطهير العقار متى قام الحائز بتطهير العقار المخصص وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المادتين 916 و 917 من الأمر 75-58 المضمن القانون المدني والمعدل والمتمم، إضافة إلى انقضاء حق التخصيص بطريق أصلي بسبب بيعه بالمزاد العلني من أجل استيفاء الدائن لحقه، لأن ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام يسري على حق التخصيص[5].

2-انقضاء حق التخصيص بطريقة تبعية

بالرجوع إلى المواد 893 و933 و947 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم يتضح أن حق الاختصاص تسري عليه نفس أحكام الرهن الرسمي بالنسبة للانقضاء بطريقة تبعية، وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى انقضاء حق التخصيص بطريقة تبعية وفقا لهذه الأحكام، حيث ينقضي حق التخصيص بسبب بانقضاء الدين المضمون [6]، وهذا ما يتضح من نص المادتين 933 و947 أن الرهن الرسمي ينقضي بانقضاء الدين المضمون

---

[1]- كمال فتحي إدريس، المرجع السابق، ص 93.

[2]- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، المرجع السابق، 198.

[3]- ريحاني يسمينه، الرهن الرسمي كضمان بنكي، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2006، ص72.

[4]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص ص 653، 654.

[5]- أنظر المادتين، 934 و936 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[6]- كمال فتحي إدريس، المرجع السابق، ص92.

ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين دون الإخلال بالحقوق التي اكتسبها الغير حسن النية من انقضائه وعودته، وبإسقاط أحكام الرهن الرسمي على حق التخصيص طبقا للمادة 947 السالفة الذكر ، فإنه إذا انقضى الدين المضمون بالوفاء المباشر من قبل المدين سواء كان هذا الوفاء اختياريا أو جبريا انقضى معه حق التخصيص إعمالا لقاعدة التبعة التي يتميز بها هذا الأخير، كما ينقضي أيضا حق التخصيص بطريق التبعية بانقضاء الدين المضمون بمختلف طرق الانقضاء الأخرى مثل الوفاء بمقابل والمقاصة والتجديد[1].

[1]– علاوة هوام، زوبير براحلية، مقال بعنوان تبعية الرهن للدين المضمون في التشريع الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 10، 2017، ص ص 68، 69.

المبحث الثاني: استيفاء حق الدائن في ظل التأمينات العينية الواردة على المنقول

تطرقنا في المبحث الأول إلى الضمانات الممنوحة للدائن بوصفه دائنا ممتازا بموجب التأمينات العينية الواردة على العقار والمتمثلة في الرهن الرسمي وحق التخصيص، أما في المبحث سنتطرق إلى الرهن الحيازي باعتباره تأمينا عينيا يمنح للدائن صفة الامتياز، وعلى هذا الأساس سنخصص هذه الدراسة لمفهوم الرهن الحيازي في المطلب الأول وفي المطلب الثاني سنتناول شروط إنشاء الرهن الحيازي والآثار المترتبة عليه بالنسبة لأطرافه وبالنسبة للغير.

المطلب الأول: مفهوم الرهن الحيازي

سنتناول في هذا المطلب تباعا مفهوم الرهن الحيازي، من خلال تعريف الرهن الحيازي وبيان خصائصه.

الفرع الأول: تعريف الرهن الحيازي وبيان خصائصه

سنتطرق في هذا الفرع إلى التعريف الفقهي والتعريف القانوني للرهن الحيازي، ثم التطرق إلى الخصائص.

أولا: تعريف الرهن الحيازي

تعددت التعاريف الفقهية للرهن الحيازي إلا أنها في مجملها تشترك في تحديد تعريف شامل ومتكامل للرهن الحيازي حيث عرف بعض الفقه المصري الرهن الحيازي وعلى رأسهم الفقيه شمس الدين الوكيل أن الرهن الحيازي " هو نظام قانوني يكفل للدائن بمقتضى عقد أبرمه مع الراهن أن يحبس المال المرهون، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي للمال المرهون، في أي يد يكون "[1].

كما عرف البعض الآخر الرهن الحيازي على أنه " عقد به يلتزم شخص، ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم للدائن أو إلى أجنبي يعيينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه الرهن حقا عينيا يخوله حبس الشيء، لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون "[2]، **أما الباحث يعرف الرهن الحيازي على أنه " عقد يتم بموجبه ضمان حق للدائن في ذمة مدين له، حتى يحصل الدائن بمقتضى هذا العقد على شيء يخول له حبس المال المرهون حتى يستوفي حقه من المقابل النقدي أو من ثمن بيع هذا المال في أي يد يكون، وذلك بالتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة "**، أما المشرع الجزائري فقد أورد الرهن الحيازي في المواد من 948 إلى 965 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم، حيث عرف الرهن الحيازي في نص مادة 948 على أنه " عقد يلتزم به شخص، ضمانا لدين عليه، أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعيينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه للدائن

[1]- علاوة هوام، الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2008، ص 11.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 638.

حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون ". **يستخلص الباحث أن المشرع عرف الرهن الحيازي بالعقد كما في حالة الرهن الرسمي بدل أن يعرفه بالحق مضمون العقد والمتمثل في الضمان، وبذلك المشرع ساير معظم الفقه في تعريفه للرهن الحيازي لاسيما الفقه الفرنسي والمصري**، ومن خلال هذا التعريف نستنتج مجموعة من الخصائص التي يتصف بها الرهن الحيازي كتأمين عيني.

ثانيا: خصائص الرهن الحيازي

الرهن الحيازي يختلف عن الرهن الرسمي وحق التخصيص، كون الرهن الحيازي يرد على العقار والمنقول بينما الرهن الرسمي وحق التخصيص فكلاهما يردان على العقار، وإضافة إلى الخصائص التي يشترك فيها الرهن الحيازي مع كل من الرهن الرسمي وحق التخصيص والمتمثلة في خاصية الحق العيني وصفة التبعية وعدم القبول للتجزئة، فإن الرهن الحيازي ينفرد ببعض الخصائص تميزه عنهما، وعليه سنتطرق لخصائص الرهن الحيازي كم يلي:

1-الرهن الحيازي عقد رضائي ملزم للجانبين

الرهن الحيازي يختلف عن الرهن الرسمي وحق التخصيص لأن الرهن الرسمي قد يكون مصدره الإرادة أو القانون أو القضاء، أما حق التخصيص فإن مصدره القضاء، على خلاف الرهن الحيازي الذي مصدر العقد الناتج عن الإرادة المشتركة والملزمة للمتعاقدين[1]، كون هذا الأخير ينعقد بمجرد تبادل الطرفين التعبير عن ارادتيهما المتطابقتين أي تطابق الإيجاب والقبول[2]، والاختلاف الجوهري بين الرهن الحيازي والرهن الرسمي فيكون أن الرهن الحيازي عقد رضائي عكس الرهن الرسمي الذي هو شكلي حيث يتم إفراغ الإرادة في ورقة رسمية وتحت طائلة بطلان العقد، ويرتب الرهن الحيازي في ذمة المدين الراهن التزام بتسليم الشيء المرهون وانتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن أو أي شخص يتفقان على تعيينه، أما الدائن فيلتزم بالمحافظة على الشيء المرهون واستثماره وإدارته ورده عند انقضاء الرهن الحيازي وتقديم حساب عن الغلة والثمار، وهذا الأمر يبرز أهمية خاصية الإلزام بين طرفيه[3].

2-الرهن الحيازي حق عيني

بمأن الرهن الحيازي من الحقوق العينية التبعية، فإنه يخول للدائن سلطة مباشرة على الحق ويمنحه ميزة الأولوية في استيفاء حقه من ثمن بيع الشيء بالمزاد العلني وصلاحية تتبعه في أيد كان[4]، سواء كان المال منقولا أو عقارا مع

---

[1]- كمال فتحي إدريس، المرجع السابق، ص96.

[2]- أنظر المادة 59 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[3]- علاوة هوام، المرجع السابق، ص12.

[4]- محمد أحمد المعداوي عبد ربه، المرجع السابق، ص125.

انتقال الحيازة إليه، على اعتبار أن الرهن الحيازي من عقود الضمان وعلى غرار التأمينات العينية الأخرى، ففي هذي الخاصية يتفق الرهن الحيازي مع الرهن الرسمي وحق التخصيص رغم الاختلاف في محل الرهن.

3-الرهن الحيازي حق تبعي

إن العقود العينية مثل الرهن الرسمي وحق التخصيص ليست عقود قائمة بذاتها، بل هي عقود تستند في وجودها إلى حق عيني آخر من أجل ضمانه وهو الدين، والرهن الحيازي باعتباره من هذه العقود، فإنه يظهر للوجود بنشأة هذا الحق الأصلي ويتبعه وجودا وعدما وصحة وبطلانا، وينقضي بانقضائه وتحدد طبيعته القانونية بحسب طبيعة الالتزام الأصلي فإذا كان الالتزام مدني فإن الرهن مدني، وإذا كان الالتزام تجاري يكون الرهن تجاري ويصح أن يكون الالتزام معلق على شرط أو مضاف لأجل، فيكون الرهن الحيازي معلق على شرط أو مضاف لأجل تجسيدا لقاعدة التبعية في هذا النوع من العقود، والهدف من ذلك تحديد المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق[1]، وخاصية التبعية كرسها المسرع الجزائري في الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم [2].

4-الرهن الحيازي غير قابل للتجزئة

من خصائص الرهن أنه لا يقبل التجزئة، أي أن جميع المال المرهون ضامن لجميع الدين، وجميع الدين مضمون بكل الرهن وعدم التجزئة من طبيعة الرهن لا من مستلزماته، حيث أن المشرع الجزائري تطرق إلى هذه القاعدة في الرهن الرسمي لكن لم يشير إليها في الرهن الحيازي رغم نصه في المادة 950 من الأمر 75-58 على أن الأحكام المنصوص عليها في المواد 891 و893 و904 من نفس الأمر المتعلقة بالرهن الرسمي تسري على الرهن الحيازي، لكن مقارنة ببعض القوانين ومنها القانون المدني المصري في نص المادة 1098 والتي تحيل إلى أحكام الرهن الرسمي بما فيه عدم قابلية الرهن الحيازي للتجزئة بالنسبة الرهن الحيازي، بحيث تقضي هذه القاعدة أن الرهن الحيازي لا يجزأ، معنى ذلك أن كل جزء من المال المرهون يضمن كل الدين المضمون إعمال لقاعدة الجزء يضمن الكل سواء كان منقولا أو عقارا يضمن كل الدين، غير أ ن هذه القاعدة تستبعد بنص قانون أو باتفاق الأطراف على تجزئة الرهن[3]، **وعليه يضم الباحث رأيه إلى أراء الباحثين ومنهم الباحث علاوة هوام المتضمن الاقتراح على المشرع تعديل أحكام المادة 950 من الأمر لكي تشمل الإحالة عدم قابلية الرهن الحيازي للتجزئة، والتي لم يحيل فيها المشرع هذا الأمر إلى أحكام الرهن الرسمي وقد يكون ذلك سهوا لأنه اقتبس معظم أحكام القانون المدني من التشريع المدني المصري والفرنسي.**

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص من 742 إلى 744.

[2]- أنظر المواد 893 و950 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[3] علاوة هوام، المرجع السابق، ص 13.

5-الرهن الحيازي يرد على المنقول

إن ما يميز الرهن الحيازي عن الرهن الرسمي وحق التخصيص أنه يرد على المنقول والعقار، ولا يكفي القيد وحده لسريان الرهن الحيازي في مواجهة الغير إذا ورد على عقار أو منقول، بل يشترط انتقال الحيازة من الراهن إلى الدائن[1]، حيث أكد المشرع ذلك من خلال المادة 966 من الأمر 75-58 المعدل والمتمم، بل يشترط لنفاذ الرهن الحيازي الوارد على عقار في حق الغير انتقال حيازة العقار المرهون[2]، وهذا عكس التأمينات العينية الأخرى.

الفرع الثاني: أنواع الرهن الحيازي

الرهن الحيازي نوعين وهما الرهن الحيازي العقاري والرهن الحيازي الوارد على المنقول، وهذا ما سنتطرق إليه بالتدرج، حيث سنتطرق للرهن الحيازي العقاري ثم سنتناول إلى الرهن الحيازي الوارد على المنقول وفقا لما يلي:

أولا: الرهن الحيازي العقاري

الرهن الحيازي العقاري هو نوع من الضمان أقره المشرع للدائن الهدف منه تأمين الدائن من خطر عدم وفاء المدين بالدين بحبس العقار حتى يستوفي الدائن دينه[3]، **وعليه يرى الباحث أن الرهن الحيازي العقاري هو وسيلة لاستيفاء الدين وليس غاية،** حيث أورد المشرع الجزائري الرهن الحيازي العقاري في المواد من 966 إلى 968 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم، وذلك من خلال اشتراط المشرع لنفاذ الرهن الحيازي الوارد على العقار شرطين هما الشرط الأول يتمثل في تسليم العقار إلى الدائن المرتهن، أي انتقال الحيازة من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن[4] والشرط الثاني يتمثل في قيد الرهن العقاري بتسجيله لدى مصلحة الضرائب وشهره على مستوى مصلحة الشهر العقاري بالمحافظة العقارية الواقع في دائرة اختصاصها العقار المرهون رهنا حيازيا، وتسري عليه نفس الإجراءات والأحكام التي تسري على الرهن الرسمي سواء ما تعلق بالجهة المختصة بالقيد أو في حالة شهر إفلاس المدين الراهن أو موته أو التنبيه بنزع ملكية العقار المرهون وكيفية القيد، إضافة إلى تحديد قيد الرهن الحيازي العقاري وكذلك شطبه[5]، وهذ ما كرسه المشرع الجزائري في المواد 905 من نفس الأمر التي تحيل إلى قانون الشهر العقاري المجسد في المرسوم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، كما تنص المادتين950 و966 من الامر 75-58

---

[1]- مالك بهجت عبد اللطيف جمعة، التنظيم القانوني للرهن الحيازي في فلسطين " دراسة مقارنة "، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2017، ص 19.

[2]- تنص المادة 966 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر على ما يلي " يشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير، إلى جانب تسليم الملك للدائن، أن يقيد عقد الرهن العقاري، وتسري على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي ".

[3]- حسن عبد اللطيف حمدان، لتأمينات العينية، الطبعة الأولى، الدار الجامعية بيروت، دون تاريخ نشر، ص. 142

[4]- خليفة الخروبي، المرجع السابق، ص 213.

[5]- علاوة هوام، المرجع السابق، ص 21 وما يليها.

المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم على أن ما يسري من أحكام و شروط على الرهن الرسمي هي نفسها تسري على الرهن الحيازي، وهذا ما ينطبق على الرهن الحيازي العقاري.

ثانيا: الرهن الحيازي الوارد على المنقول

الأصل أن الرهن الحيازي الوارد على المنقول هو عقد رضائي يقع على منقول، ويشترط فيه التسليم الفعلي للدائن، بمعنى انتقال حيازة المنقول للدائن أو لغيره ممن وقع عليه الاتفاق المرتهن[1]، كون الحيازة في المنقول تعتبر سند ملكية، بحيث يكون له حقا عينيا تبعيا يخول له حبس الشيء حتى يستوفي دينه وأن يتقدم على جميع الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة وأن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون[2]،كما يشترط في هذا الشيء المنقول يأن يكون محلا للرهن كل منقول يصلح التعامل فيه ويصح بيعه بالمزاد العلني، فلا يمكن أن يكون أموال وقف أو أموال مستقبلية، والمنقول قد يكون ماديا كالمجوهرات مثل الذهب والفضة، وقد يكون معنويا مثل الديون والسندات الاسمية، لكن بعض المنقولات يمكن رهنها دون نقل حيازتها مثل رهن حق التأليف والابتكار و رهن السفن والطائرات ورهن السيارات، كتمويل البنك شخص لشراء سيارة مقابل رهن[3].

المطلب الثاني: شروط إنشاء الرهن الحيازي وأحكامه

سنخص بالدراسة في الفرع الأول من هذا المطلب الشروط الواجب توافرها لانعقاد العقد، وشروط نفاذ الرهن الحيازي إضافة إلى شروط المتعلقة بأحكام الحيازة، أما في الفرع الثاني سنتطرق إلى الآثار المترتبة على ذلك.

الفرع الأول: شروط إنشاء الرهن الحيازي

سنفصل تباعا في هذا الفرع بالشرح في الشروط المتعلقة بإنشاء عقد الرهن الحيازي بداية بالشروط العامة والخاصة لانعقاد هذا العقد، ثم نتطرق إلى شرطي القيد والحيازة لنفاذ الرهن الحيازي في مواجهة الغير وفقا لما يلي:

أولا–الشروط المتعلقة بانعقاد العقد

من أجل انعقاد عقد الرهن الحيازي لابد من توافر مجموعة من الشروط منها ما هو عام والتي يتطلبها أي عقد مثل الرضا والمحل والسبب والأهلية، ومنها ما هو خاص ينفرد بها الرهن الحيازي عن غيره من العقود الأخرى.

1–الشروط العامة

حتى ينعقد عقد الرهن الحيازي صحيحا لابد من تطابق الإرادتين بين الدائن المرتهن و الراهن ، ويجب أن يكون هذا الرضا صحيحا وخاليا من العيوب التي تشوبه، والمتمثلة في الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، وفي هذا

[1] مالك بهجت عبد اللطيف جمعة، المرجع السابق ص 64 وما يليها.

[2] خليفة الخروبي، المرجع السابق، ص 212

[3] علاوة هوام، المرجع السابق، ص من 54 إلى 57.

العقد أيضا يجوز للمدين الراهن إنابة شخص عنه بموجب وكالة خاصة كون عقد الرهن الحيازي من أعمال التصرف، على خلاف الدائن المرتهن الذي تكفيه وكالة عامة لإنابة شخص عنه لأن هذا العمل من أعمال الإدارة[1]، أما بالنسبة لشرط الأهلية، فإذا كان من أبرم عقد الرهن الحيازي هو المدين نفسه فيشترط فيه أهلية التصرف إذا كان التصرف بالنسبة إليه يدور بين النفع والضرر، أما بالنسبة للكفيل العيني* فيشرط فيه الأهلية كاملة أي بلوغه سن الرشد 19 سنة كاملة وألا تصب أهليته بعارض من عوارض الأهلية كالعته أو الجنون أو بمانع من موانعها سواء كان مانع مادي أو طبيعي أو قانوني[2]، أما بالنسبة لأهلية الدائن المرتهن يشرط فيه أهلية التصرف لأن عقد الرهن يدور بين النفع والضرر ويدخل في هذا الحكم الصبي المميز وناقص الأهلية بسبب السفه أو الغفلة ، فإذا كان الرهن الحيازي فيه مصلحة للدائن فإن التصرف يكون صحيحا، أما إذ كان الرهن فيه ضرر محض فيكون هذا التصرف باطلا بطلانا مطلقا، أما إذا كان التصرف يدور بين النفع والضرر فيكون قابلا للإبطال لمصلحة الدائن المرتهن، أو بعد إجازته من خلال تصحيح و إزالة سبب إبطال العقد[3].

2-الشروط الخاصة

يتميز عقد الرهن الحيازي عن غيره من العقود من حيث الانعقاد كونه يتطلب شروط خاصة ويتعلق الأمر بالمال المرهون والالتزام المضمون، وعلى هذا الأساس سنتطرق في هذه الجزئية إلى هاتين النقطتين وفقا لما يلي:

أ-الشروط المتعلقة بالمال المرهون

إن المال المرهون بالنسبة للرهن الحيازي يختلف عنه بالنسبة للرهن الرسمي، لأن هذا الأخير ينصب على العقار، وذلك على خلاف الرهن الحيازي الذي يقع على العقار والمنقول، سواء كانت هذه المنقولات مادية أو معنوية[4]، ويشترط في المال المرهون بالنسبة للرهن الحيازي مجموعة من الشروط منها أن يكون المال المرهون معينا على حسب طبيعته عقارا أو منقولا، فقد يكون هذا المال المرهون معينا بالذات أو بالنوع أو قابلا للتعيين[5]، كما يشرط لذلك أيضا أن يكون المال المرهون ثابتا ومعلوما وغير متنازع فيه ومحدد المقدار وصالح للتعامل فيه وقابل للتنفيذ الجبري أي قابل للبيع بالمزاد العلني و أن المال المرهون مملوكا للمدين أو الكفيل العيني[6]، رغم أن المشرع الجزائري لم

---

[1]- كمال فتحي إدريس، المرجع السابق، ص98.

*- يقصد بالكفيل العيني هو الشخص الذي يقوم برهن مال معين من أمواله ضمانا لدين على غيره.

[2]-ريمة تمزانت، الرهن الحيازي العقاري في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة-1، 2020، ص 64 وما يليها.

[3]- علاوة هوام، المرجع السابق، ص67، وأنظر المادتين 884و948 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[4]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 762 وما يليها.

[5]- محمد أحمد المعداوي عبد ربه، المرجع السابق، ص135.

[6]-كمال فتحي إدريس، المرجع السابق، ص ص100،101.

ينص على هذا الشرط بالنسبة للرهن الحيازي، لكن بالإسقاط على القواعد العامة وما جاء به الرهن الرسمي من قواعد، فإنه يجب تحقيق هذا الشرط[1]، والهدف من بيع العقار بالمزاد العلني هو قبض ثمن بيع العقار من قبل الدائن بالأفضلية عن غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في حالة عدم وفاء المدين بحق الدائن سواء كان هذا الوفاء اختياريا أو جبرا، كما يجب أن يكون المال المرهون موجودا وقت إبرام عقد الرهن، ولا يمكن أن يكون مالا مستقبليا فمصيره البطلان المطلق، بل يكون موجودا وقت إبرام العقد الرهن[2].

ب–الشروط المتعلقة الالتزام المضمون

إن الرهن الحيازي كباقي التأمينات العينية لأخرى ليس حقا قائما بذاته، وإنما يستند في وجوده إلى حق عيني أصلي، حيث يكون الرهن الحيازي ضامنا لهذا الحق الأصلي، ولتحقق ذلك لابد من تحقق مجموعة من الشروط أولها أن يكون الدين المرهون دينا مشروعا ولازما، أي ناتج عن التزام مدني وليس طبيعي كثمن البيع في عقد البيع وقابلا للتنفيذ الجبري، كما يشترط في الدين المرهون أيضا أن يكون ثابتا وغير متنازع فيه ومعينا ومعلوم المقدار، إذ لا يجوز رهن دين مجهول المقدار، ويستوي أن يكون الدين المضمون معلقا على شرط أو مضاف لأجل، مستقبلي أو احتمالي[3]، أما المشرع الجزائري لم ينص على ذلك بالنسبة للرهن الحيازي، لكن يستخلص ذلك من القواعد العامة وبالإسقاط على أحكام الرهن الرسمي المنصوص عليها في انفس أحكام لأمر 75–58[4].

ثانيا الشروط المتعلقة بنفاذ الرهن

لا ينفذ الرهن الحيازي في مواجهة الغير بمجرد انعقاده، بل اشترط المشرع المدني لذلك قيده بمناسبة تنظيم أحكام الرهن الرسمي وهذا ما يتم اسقاطه على الرهن الحيازي، إضافة لشرط الحيازة، وهذا ما سنتطرق له كما يلي:

أ–القيد

طبقا لنص المادة 966 من الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم التي أحالت عملية قيد عقد الرهن الرسمي إلى المرسوم 76–63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، فإن المشرع الجزائري خص الرهن الحيازي بنفس الأحكام الواردة في هذا الشأن، حيث أوجب المشرع من خلال المادة 93 من المرسوم 76–63 قيد الرهون العقارية الحيازية من خلال إيداع جدولين لدى مصلحة الشهر بالمحافظة العقارية موقعين ومصادقين ويتضمنان مجموعة

---

[1]– أنظر لمواد 884 و885، 886، 948 من الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[2]– علاوة هوام، المرجع السابق، ص69.

[3]– محمد أحمد المعداوي عبد ربه، المرجع السابق، ص137.

[4]– تنص المادة 891 من الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر على ما يلي " يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي كما يجوز أن يترتب ضمانا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين ".

من البيانات منها بيانات تتعلق بالدائن المرتهن مثل اسم الدائن المرتهن وموطنه الأصلي أو المختار ومهنته، وتاريخ سند الدين المضمون وسببه، واسم العقار الذي طلب الدائن المرتهن توقيع الرهن الحيازي عليه وموقعه وحدوده ومساحته، واسم المدين الراهن وموطنه ومهنته، أو اسم الكفيل العيني وموطنه ومهنته، فإذا قبل المحافظ العقاري ذلك فإنه يتم تقييد الرهن من خلال التأشير على هامش عقد الرهن الحيازي، وقد يرفض المحافظ العقاري طلب قيد الرهن الحيازي[1]، غير أن هذا الرهن يمكن الطعن فيه أمام الغرف الإدارية على مستوى المجلس القضائي الذي يقع في دائرة اختصاصه العقار محل الشهر[2]، أما عملية قيد الرهون الواردة على المحلات التجارية فإنها تتم على مستوى المركز الوطني للسجل التجاري، أما إذا تعلق الأمر بقيد رهن المحلات التجارية الذي يشمل براءات اختراع أو رخص أو علامات تجارية أو رسوم أو نماذج الصناعية فيكون على مستوى المعهد الجزائري للملكية الصناعية[3]، إلا أنه توجد بعض الحالات التي لا يجوز فيها قيد الرهن الحيازي كما في حالة الرهن الرسمي إذا تعلق الأمر بشهر إفلاس المدين الراهن وموته، وكذلك في حالة تسجيل تنبيه بنزع ملكية العقار المرهون[4]، كما يجب إجراء القيد في حالة تجديده وشطبه[5]، وتكون مصاريف القيد على عاتق المدين الراهن أو الكفيل العيني ما لم يفق الأطراف بغير ذلك وهذه ما كرسه المشرع في المادة 906 من نفس الأمر 75-58.

ب-شرط الحيازة

إضافة إلى شرط قيد الرهن الحيازي هناك شرط آخر يتمثل في انتقال الحيازة من الراهن إلى الدائن المرتهن من خلال التسليم وتخلي الراهن عن حيازته للمنقول حتى يعلم به الغير ويؤمن به الدائن المرتهن حقه من أعمال المدين التي تهدف إلى تهريب العين محل الرهن الضامنة لحق الدائن، خصوصا إذا كانت منقولا، وكذلك شرط الحيازة يخول للدائن المرتهن في حبس الشيء المرهون واستيفاء حقه من الثمن بالأولوية، وإلا بقي الرهن حبيس أطرافه، أما في الرهن الحيازي العقاري فإن نظام الشهر العقاري يصعب من مهمة تهريب المال أو إخفائه، إن لم نقل مستحيلة، لذلك ظهرت اتجاهات فقهية حديثة تنادي بجعل الرهن الحيازي على المنقول دون العقار، ولذلك ظهر اتجاه حديث في التشريع يبقي على حيازة بعض المنقولات المرهونة مع تنظيم إجراءات شهر الرهن الحيازي[6].

---

[1]- كمال فتحي إدريس، المرجع السابق، ص ص70،71، وراجع أيضا ريمة تمنرانت، رجع السابق،125.

[2]-نورالدين زبدة، آليات ضبط سندات الملكية العقارية الخاصة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011، ص77.

[3]- طارق قرير، العربي بن قسمية، مقال بعنوان قيد الرهن الحيازي في القانون التجاري الجزائري "كبديل عن الحيازة "، مجلة الدارسات القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد 01، جامعة عمار ثليجي الأغواط، جانفي 2017، ص 128.

[4]- ريمة تمنرانت، المرجع السابق ص123.

[5]-محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 123.

[6] علاوة هوام، المرجع السابق، ص81.

الفرع الثاني: أحكام الرهن الحيازي

إذا انعقد الرهن الحيازي صحيحا وتحققت جميع شروطه العامة والخاصة، وكذلك توافرت شروط نفاذه المتمثلة في القيد والحيازة، فإنه يرتب مجموعة من الآثار بالنسبة لأطرافه والغير، وهذا ما سنتطرق إليه وفقا لما يلي:

أولا: بالنسبة للراهن

أورد المشرع من خلال المواد 951و 953 و954 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم مجموعة من الآثار بالنسبة للرهن الحيازي تتمثل في الالتزامات التي هي على عاتق الراهن وحقوق لمصلحته.

1-التزامات الراهن

أ-الالتزام بتسليم المال المرهون

إن أول التزام يقع على عاتق الراهن هو نقل حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن، سواء كان منقولا أو عقارا، أو يتم نقل الحيازة إلى شخص أجنبي يعيينه طرفا الالتزام، والتسليم ليس ركنا في العقد وإنما هو التزام يقع على عاتق الراهن بنقل الحيازة بطريقة فعلية، وعليه فإن التسليم يعد من بين شروط نفاذ الرهن الحيازي في مواجهة الغير[1]، بحيث لا يكون للدائن المرتهن حق التقدم والتتبع على المال المرهون إلا بعد حلول الأجل، وقد يكون التسليم حكميا كأن يكون بتغيير سبب الحيازة، فيكون الدائن المرتهن حائزا للمال المرهون بسبب وديعة مثلا وبعدها تحول إلى رهن[2]، أما فيما يخص الأحكام المطبقة على التسليم تسري عليه الأحكام الواردة على عقد البيع، ويتم التسليم من خلال وضع المال المرهون تحت تصرف الدائن المرتهن ويجوز له أن ينتفع به دون عائق بعد إبرام عقد الرهن الحيازي، كما يجوز تأجيل التسليم إذا حصل الغير على حقه قبل التسليم على حقوق تتعارض مع الرهن المرتب على المال المرهون[3]، أما فيما يخص المكان، فإذا لم يحدد المتعاقدان مكان للتسليم فإنه يتم في موطن الراهن، فإذ الم يكن له موطن فيتم في المكان الذي يتواجد به المال المرهون[4]، وفي حالة الإخلال بهذا الالتزام، جاز للدائن المرتهن إجبار الراهن على التنفيذ العيني ، فإذا استحال ذلك يمكن للدائن المطالبة بالفسخ مع التعويض، فإذا تم الحكم بفسخ العقد يسقط أجل الدين المضمون بالرهن الحيازي، ويستوجب الوفاء بالدين المضمون فورا بسبب عدم تقديم التأمين اللازم لضمان الدين الذي اتفقا المتعاقدان على ضمانه بالرهن الحيازي[5].

---

[1]- ريمة تمنرانت، المرجع السابق ص من 144 إلى146.

[2]- مالك بهجت عبد اللطيف جمعه، المرجع السابق، ص ص 93، 94.

[3]- بشير محمودي، مقال بعنوان أحكام الرهن الحيازي لبراءة الاختراع، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 01، جامعة الحاج لخضر الوادي، 2021، ص 454، وراجع المادة 02/951 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[4]- علاوة هوام، المرجع السابق، ص 122، وأنظر المواد 211 و367 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[5]- محمد أحمد المعداوي عبد ربه، المرجع السابق، ص140، 141.

ب–الالتزام بضمان سلامة الرهن

أوجب المشرع المدني الجزائري على الراهن ضمان سلامة الرهن ونفاذه اتجاه الغير من خلال نص المادة 953 من الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم على ما يلي " يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه، وليس له أن يأتي عملا ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد والدائن المرتهن في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون "، يتضح من خلال أنه لا يمكن للراهن القيام بأعمال تؤدي إلى الإنقاص من الشيء المرهون أو تمس بحقوق الدائن المرتهن تحت أي ظرف كان، لأن ذلك يعد مساسا بالضمان الذي هو ملتزم به اتجاه المدين[1].

ج–الالتزام بضمان عدم التعرض

من بين الالتزامات التي تقع على عاتق ضمان عدم التعرض سواء كان هذا التعرض صادر منه شخصيا أو صادر من الغير، بحيث لا يجوز للراهن أن يقوم بترتيب أي حق لمصلحة شخص آخر بالشهر على الشيء المرهون قبل قيد الراهن، كما لا يجوز له القيام بأي شيء تخريبي من شأنه أن ينقص من المال المرهون انقاصا كبيرا،

بحيث يلتزم الدائن بضمان التعرض الصادر من الغير من خلال دفع ادعاء الغير بحق على العين المرهونة والذي قد يمس بحق الدائن المرتهن، ولا يمكن للغير الادعاء بالحق إلا بعد تقييد حق رهنه أولا، فإن لم يستطيع الراهن دفع هذا التعرض الصادر من الغير، فيمكن للدائن المرتهن المطالبة بتأمين كاف، أو بتكملة الدين المقدم أو بسقوط أجل هذا الدين، ودفع هذا الأخير فورا، والالتزام بضمان عدم التعرض يعد جزاء للإخلال بضمان سلامة الرهن[2].

د–الالتزام بتحمل تبعة هلاك المال المرهون أو تلفه

إضافة إلى الالتزامات السابقة الذكر هناك التزام آخر يتمثل في الالتزام بضمان هلاك أو تلف المال المرهون سواء كان هذا الشيء منقولا أو عقارا، فإذا كان هذا الهلاك أو التلف بسبب الراهن أجاز المشرع للدائن المطالبة بتأمين آخر كاف أو أن يستوفي حقه فورا[3]، والهدف من ذلك حماية الدائن المرتهن ومنحه الضمانات الكافية[4]، أما إذا كان هلاك المرهون أو تلفه يعود لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، ففي هذه الحالة للدائن المرتهن حق الخيار بين بقاء الدين بدون تأمين أو رفض ذلك، فإذا اختار الخيار الأول بقي الدين بلا تأمين واذا اختار الثاني انتقل الأمر إلى

---

[1]– خليفة الخروبي، المرجع السابق، ص 221.

[2] – أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني–التأمينات العينية والشخصية–، الجزء العاشر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.س.ن، ص ص 800، 801.

[3] – أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه ص ص 802

[4]– ريمة تمرانت، المرجع السابق، ص154، وأنظر المادتين 898 و899 من الأمر 75–58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

المدين، الذي له حق الخيار بين أن يقدم تأمينا كافيا بدلا من التأمين الهالك أو التالف[1]، أو إسقاط أجل الدين والوفاء فورا للدائن المرتهن، أما إذا كان الهلاك أو التلف يرجع للدائن المرتهن، ففي هذه الحالة لا يكون الراهن مسؤولا عن هذا التلف أو الهلاك، بل المسؤولية تعود إلى الدائن على أساس أنه قصر في القيام بالتزامه المتمثل في بذل عناية الرجل العادي من أجل المحافظة على العين المرهونة التي هي في حيازته، ويدفع تعويضا للمدين عن الهلاك نتيجة خطئه على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية، ويحل هذا التعويض محل ما هلك أو تلف من العقار[2].

2-حقوق الراهن

يرتب الرهن الحيازي للراهن مجموعة من الحقوق وهذا ما سنتطرق إليه تباعا في هذه النقطة وفقا لما يلي:

أ-الحق في الاحتفاظ بملكية المال المرهون

بالرغم من أن الرهن الحيازي يترتب عليه انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن، إلا أن الراهن يبقى مالكا للمال المرهون خصوصا بالنسبة للعقار، بحيث يخول الاحتفاظ بالملكية للراهن حق التصرف والاستعمال والاستغلال من خلال تصرف الراهن في المال المرهون تصرفا قانونيا بنقل الملكية أو ترتيب حق عيني عليه وذلك قبل قيد الدائن للرهن أما بعد قيد الرهن لا ينفذ هذا التصرف في حق الدائن، بشرط ألا يمس الراهن بحقوق الدائن المرتهن رهنا حيازيا، أما حق الاستعمال والاستغلال يكون من خلال تقديم الدائن المرتهن للراهن حساب عن الغلة والثمار التي تنتج عن المال المرهون الذي هو في حيازة الدائن المرتهن، كون الحيازة تنتقل إلى الدائن المرتهن وقت إبرام العقد[3].

2-الحق في استرداد العقار المرهون والحصول على غلته

إذا انقضى الالتزام المترتب عليه الرهن الحيازي، سواء كان ذلك بسب وفاء الراهن بهذا الدين، أو انقضى لأي سبب من أسباب الانقضاء، فإن المشرع أجاز من نص خلال المادة 958من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم للراهن إمكانية استرداد المال المرهون بعد القيام بالوفاء بحق الدائن، فإذا امتنع الدائن عن رد المال المرهون يمكن للراهن أن يلزمه بالرد عن طريق القضاء مع طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة امتناع الدائن عن رد المال المرهون رهنا حيازيا للراهن، متى توافرت الشروط اللازمة المتعلقة بالرهن الحيازي[4].

---

[1]-بشير محمودي، المرجع السابق، ص 454.

[2]- أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 803.

[3]- علاوة هوام، المرجع السابق، ص 140.

[4]- شايب بوزيان، مقال بعوان تطبيقات الرهن الحيازي في المجال البنكي، مجلة القانون، المجلد 03، العدد 01، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي الشهيد أحمد زبانة بغليزان، 2014، ص 146.

كما أقر المشرع أيضا للراهن حقه في الحصول على المنفعة والثمار الناتجة عن الشيء المرهون كما في حالة الحق في الحبس[1]، حيث يلتزم الدائن المرتهن بتقديم كشف حساب عن الغلة التي ينتجها المال المرهون الذي هو في حيازة الدائن المرتهن، لأن حيازة الدائن المرتهن للمال المرهون لا يغني عن ملكية الراهن لهذا المال ولا يمنعه من المطالبة بحقوقه، حيث يخصم الدائن المصاريف التي أنفقها على العين المرهونة من حساب الغلة من أجل صيانتها والمحافظة عليها والقيام بالتحسينات اللازمة والباقي يقدمه للراهن على أساس ما انتجته العين المرهونة من ثمار[2].

ثانيا: بالنسبة الدائن المرتهن

يرتب عقد الرهن الحيازي باعتباره عقد ملزم لجانبين مجموعة من الآثار بالنسبة لطرفيه، وعلى هذا الأساس سنتطرق تباعا في هذه الجزئية إلى حقوق الدائن المرتهن وكذلك الالتزامات التي تقع على عاتقه وفق لما يلي:

1-حقوق الدائن المرتهن

على اعتبار الرهن الحيازي يعد ضمانة تجعل الدائن في مركز ممتاز من أجل استيفاء دينه دون مزاحمة مع غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة كاستثناء على مبدأ المساواة وقسمة الغرماء، لذلك منح المشرع للدائن المرتهن مباشرتها مجوعة من الحقوق بمجرد حلول أجل الدين إذا لم يقم المدين بالوفاء بحق الدائن.

أ-التنفيذ على المال المرهون

إذا لم يقم المدين بالوفاء للدائن، فإنه بمجرد حلول أجل دين الدائن المرتهن وإعذاره للراهن، يجوز لهذا الأخير مباشر واتباع الإجراءات القانونية العادية من أجل التنفيذ على العقار المرهون وبيعه بالمزاد العلني ، ولا يظهر الامتياز إلا أثناء توزيع الثمن، حيث يتقدم الدائن المرتهن على غيره من الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة من أجل استيفاء دينه، أما عملية مباشرة الإجراءات تتم وفقا للإجراءات القانونية العادية المعمول بها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي يتبعها الجميع دائن عادي أم ممتاز من أجل الحجز والتنفيذ والبيع بالمزاد العلني[3].

ب-حق تملك المال المرهون

بالرجوع إلى نص المادة 973 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، نجد أن المشرع أجاز للدائن المرتهن تملك العين المرهونة من خلال استصدار إذن بالتمليك من القاضي مقابل الوفاء بالدين ويتم تقدير قيمة الشيء المرهون من قبل الخبراء، وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في الموازنة بين مصلحة المرتهن والراهن[4].

---

[1]- أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 8.

[2]- ريمة تمنرانت، المرجع السابق، ص156.

[3]- نعمان محمد خليل جمعة، الحقوق العينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص70.

[4]- علاوة هوام، المرجع السابق، ص 172.

2-التزامات الدائن المرتهن

إضافة إلى الحقوق المقررة لمصلحة للدائن المرتهن تترتب أيضا على عاتقه مجموعة من الالتزامات منها الالتزام بإدارة المال المرهون واستثماره، والالتزام بالمحافظة على العين المرهونة وصيانتها، والالتزام برد العين المرهونة.

أ-الالتزام بإدارة المال المرهون واستثماره

يقع على عاتق الدائن المرتهن التزام إدارة الشيء المرهون، حيث يبذل الدائن المرتهن عناية الرجل العادي في إدارته للمال المرهون، فلا يغير طريقة استغلال هذا المال، بل يستغله بالطريقة المألوفة، لكن إذا اقتضى الأمر تعديل هذا الاستغلال فيشترط لذلك موافقة الطرف الراهن وإعلامه بكل أمر يقضي تدخله، فإذا خالف الدائن المرتهن هذا الالتزام أو أساء استعماله، أجاز المشرع للراهن طلب وضع العين المرهونة تحت الحراسة القضائية[1]، كما يلتزم الدائن المرتهن أيضا باستثمار المال المرهون من أجل تحقيق الأرباح، فإذا تحصل الدائن على أرباح صافية، فإن قيمتها تخصم من الدين المضمون بعد خصم جميع المصاريف منها الفوائد والمصاريف التي انفقها الدائن المرتهن على الإصلاحات التي أجراها على العين المرهونة من أجل المحافظة عليها، بمعنى أن الدائن المرتهن يجب عليه استغلال العين المرهونة على الطريق الصحيح التي أعدت لها و المألوفة لاستعمالها، فلا يتركها دون استغلال[2].

ب-الالتزام بالمحافظة على العين المرهونة وصيانتها

هذا الالتزام أقره المشرع الجزائري على عاتق الدائن المرتهن حيازيا، على أساس أن حيازة العين المرهونة تنتقل إليه، لذلك خول له المشرع إمكانية حبس الشيء حتى يستوفي حقه، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون، كون هذا الحق يخول للدائن المرتهن طوال مدة حيازته حبس العين المرهونة سواء كانت منقولا أو عقارا، لذلك أوجب المشرع على الدائن المرتهن المحافظة على العين المرهونة وصيانتها حتى تسترد إلى الراهن مالكها بالحالة التي تسلمها عليه الدائن المرتهن وذلك في حالة عدم وفاء الراهن بحق الدائن المرتهن، أو التنفيذ عليها و بيعها بالمزاد واستيفاء حقه من ثمن بيعها[3].

---

[1]- محمد أحمد المعداوي عبد ربه، المرجع السابق، ص ص147، 148.

[2]- أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 813 ومايليها، وأنظر علاوة هوام، مرجع سابق، ص148، وراجع المادتين 956 و958 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

[3]- أنظر المادة 955 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر، وراجع بشير محمودي، مرجع سابق، ص 455.

ج-الالتزام برد العين المرهونة

أقر المشرع الجزائري من خلال المادة 972 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم على إمكانية لجوء الراهن إلى القضاء من أجل استصدار رخصة ببيع المال المرهون إذا رأى أن هذا البيع يعد صفقة رابحة، كما أجاز المشرع للراهن إمكانية طلب استرداد المال المرهون إذا أساء الدائن المرتهن استعمال المال المرهون[1].

فيرى الباحث أن الدائن المرتهن ملزم برد العين المرهونة إذا قام المدين بالوفاء للدائن سواء كان ذلك اختياريا أو جبريا، لأن انتقال الحيازة غير نهائي بل هو مؤقت ومرتبط بقيام المدين بالوفاء من عدمه.

ثالثا: بالنسبة للغير

إذا توافرت شروط انعقاد عقد الرهن الحيازي فإنه ينعقد صحيحا، لكن هذه الشروط بمعزلها لا تكفي لنفاذه اتجاه الغير، بل يلزم لذلك توافر شرطي القيد وانتقال حيازة المال المرهون إلى الدائن المرتهن، فإذا توافرت كل هذه الشروط السالفة الذكر، فإن الرهن الحيازي يرتب مجموعة من الآثار في مواجهة الغير، وهذا ما سنتطرق إليه.

1-حق الحبس

يستمد الدائن المرتهن هذا الحق من الأساس القانوني المنصوص عليه في المادتين 948 و962 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم حق حبس المال المرهون في مواجهة الناس كافة دون الإخلال بحقوق الغير التي أقرها القانون، وهذا الحق يخول للدائن المرتهن في حالة خروج المال المرهون من تحت يده دون إرادته أودون علمه استرداده ممن غصبه منه وفقا لأحكام الحيازة[2]، وعليه فإن الدائن يمكنه حبس المال المرهون سواء انتقلت إليه الحيازة أو إلى الشخص الأجنبي الذي تم الاتفاق عليه، وعليه فإن الرهن الحيازي يمنح الدائن المرتهن سلطة ممارسة الحق في الحبس على المال المرهون والتي تظل قائمة حتى ولو خرج المال المرهون من تحت يد الدائن المرتهن ، فله حق استرداد هذا المال ممن غصبه منه وفقا لأحكام الحيازة[3]، حتى يستوفي الدائن المرتهن حقه كاملا بالأولوية على الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة بسبب الرهن الحيازي وليس بسبب الحق في الحبس لأن هذا الأخير مستقل عن حق الامتياز فهو لا يمنح لصاحبه حق امتياز بل هو جزاء لامتناع المدين عن الوفاء[4]، بل هو أيضا ضمان خاص وارد كاستثناء على مبدأ المساواة وقسمة الغرماء يضاف إلى الامتياز الحاصل عليه الدائن المرتهن بموجب أحكام التأمينات

[1]- علاوة هوام، المرجع السابق، ص، 177، وراجع أيضا محمد أحمد المعداوي عبد ربه، مرجع السابق، ص158.

[2]- سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف للتوزيع، الإسكندرية، 1997، ص 260 وما يليها.

[3]- محمد لعروسي منصوري، مقال بعنوان أحكام نفاذ رهن الدين العادي اتجاه الغير في القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 13، جوان 2016، ص219.

[4]- محمد لعروسي منصوري، المرجع نفسه، ص220 وما يليها.

العينية عموما و أحكام الرهن الحيازي خصوصا ،كما يمهد الحق في الحبس الطريق للدائن التنفيذ على المال المرهون في حالة امتناع المدين عن الوفاء، كون الحق في الحبس وسيلة تهديدية[1].

2-حق التقدم

إضافة إلى حق الحبس هناك حقوق أخرى يرتبها الرهن الحيازي بالنسبة للدائن المرتهن في مواجهة للغير منها حق التقدم الذي أقره المشرع له من أجل استيفاء حقه بالأفضلية عن جميع الدائنين العاديين والتاليين في المرتبة، أي كان تاريخ نشوء دينهم ومتى أصبح هذا الرهن نافذا في مواجهة الغير وبحلول أجل الوفاء بالدين، على أساس أن هذا الحق يعد من أهم الحقوق المخولة للدائن في مواجهة الغير، ولكن لا يحتج اتجاه الغير بحق الحبس بل يحتج اتجاههم بموجب أحكام الرهن الحيازي ،[2] ويرد هذا الحق على الدين الأصلي وملحقاته والمصاريف الضرورية التي أنفقها الدائن المرتهن من أجل المحافظة على العين المرهونة وصيانتها والقيام بالتحسينات اللازمة، والتعويضات الناشئة عن العيوب التي تشوب العين محل الرهن مثل العيوب الخفية التي لم يكن في وسع المرتهن معرفتها و قت إبرام عقد الرهن الحيازي على العين المرهونة لأنها تستدعي الخبرة اللازمة لذلك[3]. **فيرى الباحث أن حق التقدم يجسد الاستثناء الوارد على مبد أ المساواة وقسمة الغرماء المنصوص عليه من خلال مفهوم المخالفة للمادة 02/188 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم التي تنص على ما يلي " ...وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون اتجاه هذا الضمان ". يتضح أن الاستثناء الوارد على مبدأ المساواة بين الدائنيين يتمثل في وجود حق أفضلية.**

3-حق التتبع

ففي حالة حلول أجل الدين ولم يوفي المدين بالدين، فإنه يمكن للدائن المرتهن رهنا حيازيا التنفيذ على المال المرهون الذي لازال في حيازته بالأفضلية عن جميع الدائنيين العاديين والتاليين له في المرتبة، لكن إذا حل أجل الدين وكان المال المرهون قد انتقل إلى حيازة شخص جديد فإن المشرع أقر للدائن المرتهن إمكانية تتبع المال المرهون والتنفيذ عليه من أجل استيفاء حقه بالتقدم على الدائنيين العاديين والتاليين له في المرتبة تحت يد الحائز الجديد المنتقل إليه المال المرهون بالحيازة، كون حق التتبع يبقى ساكنا لا يتحرك إلا إذا انتقلت ملكية العين المرهونة إلى شخص آخر،

---

[1]-محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني " الحقوق العينية التبعية "، الجزء الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص232.

[2]- طارق قرير، العربي بن قسمية، المرجع السابق، ص 133، وراجع أيضا محمد لعروسي منصوري، مرجع سابق، ص222، ص223.

[3]- وتنص المادة 963 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم السالف الذكر على ما يلي " لا يقتصر الرهن الحيازي عل ضمان أصل الحق وإنما يضمن أيضا وفي نفس الوقت المرتبة ما يلي: -المصاريف الضرورية التي أنفقت للمحافظة على الشيء-الأضرار الناشئة عن عيوب الشيئ-مصاريف العقد الذي أنشأ الدين ومصاريف عقد الرهن الحيازي وقيده عند الاقتضاء-المصاريف التي اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازي ".

[1]وهذا ما يعرف بحق التتبع ويشمل الدين الأصلي وملحقاته من وفوائد والمصاريف المرتبطة بالمحافظة على العين المرهونة وصيانتها والقيام بالإصلاحات التي من شأنها أن تؤدي إلى تحسين خدماتها [2]،ويقصد بحق التتبع أيضا هو الحق الذي يخول للدائن المرتهن عند حلول دينه ولم يستوفيه من المدين أن يقوم بتتبع المال المرهون في أي يد انتقل إليها والتنفيذ عليه، وفي هذه الحالة لا يمكن الدفع بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية[3].

يرى الباحث أن حق التتبع بالنسبة للرهن الحيازي أيضا يثير بعض الإشكالات من الناحية العملية كون الراهن لا يمكنه التصرف بنقل الملكية أو نقل الحيازة القانونية للمتصرف إليه إلا بعد تحرير المال المرهون من الرهن المرتب من قبل الدائن المرتهن عن طريق ما يسمى بمقررة رفع اليد التي تشترطها مصالح القيد والشهر من أجل السماح بإجراء التصرفات القانونية كما هو الحال في بيع السيارات بالتقسيط بالنسبة للمنقول فلا يمكن للمدين" الزبون" التصرف في المال المرهون إلى شخص آخر إلا بعد تسديد مبلغ الدين للدائن المرتهن " البنك" وهنا يطرح السؤال ما مصير حق التتبع هنا، وكذلك بالنسبة للعقار كما في حالة بيع السكنات المرهونة، وبالتالي فإن حق التتبع هو مقيد منذ البداية وغير مسموح به من خلال مقررة رفع اليد على الضمان التي تشترطها مصالح الشهر العقاري بالنسبة للرهن الحيازي العقاري الوارد على العقار والحقوق العينية الأخرى ، ومقررة رفع اليد التي يشترطها المركز الوطني للسجل التجاري أو المعهد الوطني للملكية الصناعية بالنسبة للرهن الحيازي الوارد على المنقول.

[1]- علاوة هوام، المرجع السابق، ص 184.

[2]- خليفة الخروبي، المرجع السابق، ص 225.

[3]- طارق قرير، العربي بن قسمية، المرجع السابق، ص 135

المبحث الثالث: حقوق الامتياز ضمانات خاصة بموجب القانون

أورد المشرع ضمانات للدائن بحكم القانون، حيث خصه بأفضلية على باقي الدائنين في بعض التأمينات منها حقوق الامتياز، وعليه سنتطرق تباعا إلى مفهوم حقوق الامتياز، ثم الأحكام المنظمة لها وفقا لما يلي.

المطلب الأول: مفهوم حقوق الامتياز

سنخص بالدراسة في هذا المطلب المقصود بالحقوق الممتازة من خلال تعريفها وبيان خصائصها في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني سنتطرق إلى أنواع الحقوق الممتازة المتمثلة في حقوق امتياز عامة وحقوق امتياز خاصة.

الفرع الأول: المقصود بالحقوق الممتازة

للتعريف أكثر بالحقوق الممتازة سنحاول التعريج على تعريف الحقوق الممتازة ثم الانتقال إلى خصائصها.

أولا: تعريف حقوق الامتياز

اختلف الفقه القانوني في وضع تعريف جامع وشامل لحقوق الامتياز، حيث عرفه البعض على أنه " حق عيني يخول صاحبه سلطة مباشرة يقررها القانون لأصحاب الديون الممتازة، لتكون حقوق الامتياز هي كل ما تقرر من حقوق بمقتضى القانون على مال معين مملوك لمدينه، وذلك على أساس التقدم الذي يعد الصيغة الجوهرية لحق الامتياز وعنصره الجوهري [1]فيتقدم بذلك أصحاب حق الامتياز على جميع الدائنين ليتزاحم مع الدائنين الممتازين عند بيع المال المثقل بحق الامتياز ويستوفي حقه بتتبع المال في أي يد يكون، ذلك أن حقوق الامتياز تمنح للدائن ميزتي التقدم والتتبع "[2]، كما عرفه البعض الآخر " على أنه تأمين عيني أو حق عيني تبعي وأولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته وأنه لا يمكن أن يكون حق الامتياز إلا بمقتضى نص في القانون [3]، أما المشرع الجزائري فحاول إيجاد تعريف يجمع بين مختلف حقوق الامتياز العامة والخاصة سواء الواردة على المنقول أو العقار حيث عرف حق الامتياز من خلال المادة 982 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم كالآتي " الامتياز أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص القانون "، من خلال نص هذه المادة يتنين أن حقوق الامتياز هي نوع من التأمينات العينية تنشأ بمقتضى القانون، وتمنح للدائن حق الأولوية في استفاء الدين كاستثناء على مبدأ المساواة وقسمة الغرماء[4].

---

[1]- مريم تومي، مقال بعنوان نفاذ حقوق الامتياز الخاصة العقارية في مواجهة الدائنين وفق أحكام القانون المدني الجزائري، مجلة الحقوق والحريات، المجلد 09، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، أكتوبر 2021، ص 1604.

[2]-مريم تومي، مقال بعنوان نفاذ حقوق الامتياز الخاصة العقارية في مواجهة الدائنين وفق أحكام القانون المدني الجزائري، المرجع نفسه، ص1605.

[3]- رمضان أبو السعود، المدخل إلى القانون، الدار الجامعية، القاهرة، 1986، ص 408.

[4]-مريم جاب الله، عايدة سدايرية، حقوق الامتياز في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج، الدفعة الخامسة عشر، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2007، ص 07.

ويلاحظ الباحث أن المشرع اقترب إلى حد بعيد من تعريف رمضان أبو السعود، حيث قطع الطريق أمام القضاء وإرادة الأطراف بشأن من يقرر حقوق الامتياز، حيث نسب تقرير ذلك إلى القانون.

ثانيا: خصائص حقوق الامتياز

بالرجوع إلى نص المادة 982 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم والتي عرف من خلالها المشرع حق الامتياز، فإنه يتبين من هذا التعريف أن الامتياز له عدة خصائص، وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى أول الخاصية التي تقر بأن الامتياز حق قانوني، ثم نخص بالدراسة صفة الامتياز التي ترجع إلى الحق وليس إلى الدائن، ثم سنتناول خاصية أخرى يتصف بها الامتياز وهي صفة الحق العيني التبعي وغير القابل للتجزئة.

1-الامتياز حق قانوني

على خلاف التأمينات العينية الأخرى التي قد يكون مصدرها الاتفاقات العقدية أو الأحكام القضائية مثل الرهن الرسمي وحق التخصيص والرهن الحيازي، فإن حق الامتياز لا يمكن تقريره ولا تحديد مرتبته إلا بنصوص القانون، وبالتالي فهو حق لا يقاس عليه، لكن هذا لا يعني أنه يختلف تماما مع التأمينات العينية الأخرى السالفة الذكر، بل يشترك معها في الهدف الجوهري التي قررت لأجله هذه التأمينات والمتمثل في ضمان استيفاء حق الدائن صاحب التأمين العيني بالأفضلية عن الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة وتتبعه في أي يد يكون[1].

2-الامتياز صفة للحق وليس للدائن

إن صفة الامتياز بالنسبة لحقوق الامتياز لا تنصرف للدائن، بل إلى الحق و يكون هذا الأخير ممتازا متى توافرت فيه هذه الصفة التي يقرها القانون ويحميها، بحيث ينص القانون على أنها حقوق ممتازة، فيظل الحق ممتازا وليس صاحبه، على خلاف التأمينات العينية الأخرى التي تلحق صفة الامتياز بالدائن لا الحق، حيث يتقدم الدائن في هذه التأمينات العينية السالفة في استيفاء دينه بالأولوية عن الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة في أي يد يكون على أساس أنه في مركز ممتاز يميزه عن غيره من الدائنين[2]، وعليه تنسب صفة الامتياز للحق وصفة الممتاز للدائن بالنسبة للتأمينات العينية الأخرى التي تم ذكرها، والهدف من ذلك تعزيز الضمان والمحافظة عليه.

3-الامتياز حق عيني تبعي غير قابل للتجزئة

اتفق الفقه على أن التأمينات العينية جميعها ومنها حق الامتياز العامة والخاصة هي حقوق عينية رغم الجدل الذي أثير بشأن حقوق الامتياز العامة على الديون حول مدى اعتبارها حقوق عينية أم لا، كونها تمنح لشخص سلطة مباشرة على شيء معين بالذات وتنمح صاحب هذه السلطة حق الأولوية والتتبع، وترد حقوق الامتياز على

[1]- مريم تومي، المرجع السابق، 1605.

[2] أحمد عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق، 923.

العقار والمنقول، وحق الامتياز ليس حق قائم بذاته بل يستند في وجوده إلى حق عيني أصلي يتبعه في الوجود والصحة والبطلان، وهذا ما يضفي عليه صبغة التبعية، وكذلك أيضا إن حق الامتياز كباقي التأمينات العينية هو ضمان لحق الدائن، حيث أن محل الامتياز ضامن للدين كله، وأن كل جزء من الدين مضمون بكامل المال الخاضع للضمان بالامتياز، أي يسري عليه ما يسري على هذه التأمينات وبالتالي فهو غير قابل للتجزئة.[1]

الفرع الثاني: أنواع حقوق الامتياز

تنقسم حقوق الامتياز إلى حقوق عامة وخاصة، وفي هذا الصدد سنتطرق إلى حقوق الامتياز العامة الواردة على المنقول والعقار" أولا "، ثم سنتناول أيضا حقوق الامتياز الخاصة الواردة على العقار فقط " ثانيا ".

أولا: حقوق الامتياز العامة الواردة على المنقول والعقار

لقد أورد المشرع الجزائري حقوق الامتياز العامة الواردة على المنقول في نصوص المواد من 990 إلى 998 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، بحيث تنقسم بدورها إلى حقوق خاصة وعامة واردة على المنقول.

فتتجلى حقوق الامتياز العامة في المصاريف القضائية التي أنفقت في إجراءات قضائية تمت وفق للقانون ولمصلحة الدائن صاحب حق الامتياز، فلا يدخل في هذا الامتياز المصروفات التي ينفقها أحد الدائنين لمصلحته الشخصية، وتكون هذه المصروفات التي أنفقت من أجل المصلحة المشتركة لجميع الدائنين الهدف منها حفظ أموال المدين وبيعها[2]، ومن بين حقوق الامتياز العامة أيضا المبالغ المستحقة للخزينة مثل الضرائب والرسوم وحقوق أخرى من أي نوع كان لها امتياز ضمن الشروط المقررة في القوانين والمراسيم الوارد في هذا الشأن ، وكذلك أيضا نفقات حفظ المنقول وإصلاحه وصيانته وما يلزم فيها من ترميم مثل إصلاح السيارة و الهدف منها الحفاظ على المال محل الامتياز، فهي مصروفات ونفقات ضرورية وليست كمالية وهذا الامتياز ينصب على كل المنقول وليس على ما ترتب من نتيجة المصاريف من زيادة في قيمته فقط[3]، إضافة إلى بعض حقوق الامتياز الأخرى فهي حقوق لا تتضمن مال مخصص تعود ملكيته للمدين، وإنما ينصب الضمان على كافة أموال المدين الموجودة في ذمته وقت التنفيذ عليها، سواء عقارية منها أو منقولة، حيث تمنح هذه الحقوق لصاحبها حق الأفضلية من خلال التقدم على جميع الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة، وتتمثل في المبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر لمدة 12 شهرا الأخيرة، إضافة إلى المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين من مأكل وملبس طيلة 06 أشهر الأخيرة والنفقة

[1]- يمينة شوادر، أحكام حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي والقانون المدني " دراسة تطبيقية مقارنة "، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، 2011، ص 55 وما يليها، وأنظر المواد من 990 إلى 992 منلأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[2] مريم جاب الله، عايدة سدايرية، المرجع السابق، ص33.

[3]- مريم تومي، مقال بعنوان أثر تزاحم حقوق الامتياز في تحديد مراتبها في القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسة، المجلد 12، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمة لخضر بالوادي، سبتمبر 2021، ص 676.

المستحقة للأقارب عن 06 أشهر الأخيرة أيضا، وامتيازات مصروفات الزراعة في مقابل آلات الزراعة ونفقات الحصاد وحق امتياز مؤجر العقار وصاحب الفندق وامتياز بائع المنقول وامتياز حق متقاسمي المنقول في المعدل، وتستوفى هذه الحقوق فيما بينها كل واحد حسب نسبة دينه، إعمالا لمبدأ المساواة وقسمة الغرماء بين جميع الدائنين على أموال المدين المتواجدة ، باستثناء الضمان العقاري الذي يضمن مستحقات الخزينة العمومية، ولا تستوفى هذه المبالغ إلا بعد استيفاء حقوق الامتياز العامة الواردة على المنقول السابقة الذكر[1].

ثانيا: حقوق الامتياز الخاصة لواردة على العقار

أقر المشرع المدني الجزائري ثلاثة أنواع من حقوق الامتياز الخاصة الواردة على العقار تتمثل في امتياز بائع العقار وامتياز المقاولين والمهندسين، إضافة إلى امتياز المتقاسم في العقار، حيث يقع حق امتياز بائع العقار على ثمن بيع العقار القابل للحجز من أجل التنفيذ عليه وبيعه بالمزاد العلني باعتباره محل حق الامتياز، فيشمل هذا الحق ثمن العقار وملحقاته ومصروفاته وفوائده، ولا يمكن للدائن المطالبة بحقه عن طريق الامتياز إلا إذا كان حق الامتياز الوارد على العقار قد تم تسجيله وقيده[2]، أما امتياز المقاولين والمهندسين يتجلى في المبالغ المستحقة لهم نتيجة إسناد لهم تشييد المباني أو منشآت أو من خلال إعادة تشييدها أو ترميمها، فلذلك أقر لهم القانون حق امتياز بقيمة ديونهم المستحقة على هذه المباني والمنشآت في حالة عدم الوفاء من طرف المدين، ومن أجل الحصول على ذلك يجب قيد تسجيل هذا الامتياز وشهره لدى المحافظة العقارية طالما الأمر يتعلق بعقار[3]، وكذلك يوجد حق امتياز آخر يتمثل في امتياز المتقاسم في العقار، وفي هذا النطاق أورد المشرع الجزائري أن الشركاء الذين اقتسموا عقارا يرد عليه امتياز تأمينا لما تخوله القسمة من حق في رجوع كل منهم على الآخرين، بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة، فتكون مرتبة امتياز الشريك المتقاسم كمرتبة امتياز البائع، ا لذلك أقر المشرع حق الامتياز للشركاء من أجل ضمان الالتزامات الناتجة عن القسمة، ويقع الامتياز على نصيب الشريك المتقاسم، ولتحديد مرتبة هذا الامتياز وجب قيد حق امتياز متقاسم العقار وتكون مرتبته مماثلة لشروط امتياز البائع للعقار وهذا ما كرسته المادة
من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم[4].

---

[1]- مريم تومي، مقال بعنوان أثر تزاحم حقوق الامتياز في تحديد مراتبها في القانون المدني الجزائري، المرجع نفسه، ص ص 677، 678، وراجع المواد من 993 إلى 998 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[2]- مريم جاب الله، عايدة سدايرية، المرجع السابق، ص 59 وما يليها، وأنظر المادة 999 من الأمر 75-58 ال المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[3]-أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1001، وأنظر المادة 1000، من الأمر 75-58 ال المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[4]- مريم تومي، مقال بعنوان نفاذ حقوق الامتياز الخاصة العقارية في مواجهة الدائنين وفق أحكام القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 1612.

المطلب الثاني: أحكام حقوق الامتياز

على اعتبار أن حقوق الامتياز من التأمينات العينية، فإنها تترتب عليها مجموعة من الآثار تتعلق بتحديد مرتبة الدائن صاحب حق الامتياز، وكذلك أيضا حق التقدم المترتب عن حقوق الامتياز سواء كانت عامة أو خاصة، وأي كان محلها منقول أو عقار، إضافة إلى أثر حق التتبع المخول لصاحب الامتياز بالنسبة لحقوق الامتياز العامة دون غيرها من حقوق الامتياز الأخرى، وعلى هذا الأساس سنتطرق بالتفصيل تباعا في البداية إلى تحديد مرتبة الدائن صاحب الامتياز، ثم سنتناول حق التقدم ثانيا، ونختتم هذه الآثار بحق التتبع المخول للدائن.

الفرع الأول: الشهر وتحديد المرتبة

سنتطرق في هذا الفرع إلى الشهر بالنسبة لحقوق الامتياز "أولا" ثم يتم تناول تحديد مراتبها " ثانيا ".

أولا: الشهر

بالنسبة لحقوق الامتياز العامة لم يشترط قيدها ولا يستوجب أيضا شهرها حتى ولو كانت واردة على عقار فهي تنفذ في مواجهة الغير دون الحاجة إلى قيدها وشهرها، على خلاف حقوق الامتياز الخاصة الواردة على عقار فإنها لا تصبح نافذة في مواجهة الغير إلا بعد شهرها[1]، وذلك بتأشير المحافظ العقاري[2]، وهذا ما كرسه المشرع المدني الجزائري من خلال الفقرة الثالثة من نص المادة 986 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بنصها على ما يلي " غير أن حقوق الامتياز العامة ولو كانت مترتبة على عقار لا يجب فيها الإشهار ولا حق التتبع، ولا حاجة للإشهار أيضا في حقوق الامتياز العقارية الضامنة بمبالغ مستحقة للخزينة العامة، وهذه الحقوق الممتازة جميعها تكون أسبق في المرتبة على أي حق امتياز عقاري آو حق رهن رسمي مهما كان تاريخ قيده، أما فيما بينهما فالامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخزينة يتقدم على حقوق الامتياز العامة ".

ثانيا: تحديد مرتبة الامتياز

يختلف تحديد مراتب حقوف الامتياز من حقوق الامتياز العامة والخاصة الواردة على المنقول وحقوق الامتياز الخاصة الواردة على العقار بحسب أسبقية القيد وطبيعة الامتياز وهذا ما سنتطرق إليه تباعا كما يلي:

1-تحديد المرتبة بالنسبة لحقوق الامتياز العامة والخاصة الواردة على المنقول

رتب المشرع الحقوق الممتازة فيما بينها ترتيبا تنازليا حسب درجة امتيازها من خلال تصنيف حقوق الامتياز العامة هي الأولى ثم الخاصة ،حيث صنف امتياز المصاريف القضائية في المرتبة الأولى وبالتالي تستوفى قبل جميع الحقوق الممتاز الأخرى ثم تليها المبالغ المستحقة للخزينة العامة بهدف تمكين الدولة من تأدية وظائفها المرتبطة بالمصلحة العامة

[1]- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص256.

[2]- نور الدين زبدة، المرجع السابق، ص 76.

في المرتبة الثانية بعد المصاريف القضائية، ثم يرتب بعدها مصروفات حفظ وترميم المنقول، لأن الهدف من ذلك هو الحفاظ على هذه العين حتى يستوفي هذا الدائن صاحب الامتياز حقه[1]، ثم تليها مجموعة من حقوق الامتياز العامة منها المبالغ المستحقة للأجراء، و امتياز المبالغ المستحقة عن توريد المأكل والملبس والنفقة، فإذا تزاحمت حقوق أصحاب المرتبة الرابعة فيما بينها فيتم الوفاء على أساس كل واحد حسب نسبة دينه تجسيد لمبدأ المساواة وقسمة الغرماء،[2] أما في المرتبة الخامسة يصنف امتياز المصروفات الزراعية والمبالغ المستحقة للآلات الزراعية، فإذا تزاحمت امتيازات هذه المصروفات فيما بينها يسري عليها مبدأ المساواة ، أي كل واحد بحسب نسبة دينه، ثم تليها في المرتبة السادسة حقوق امتياز مؤجر العقار مالم يعلم بها بصفته حائزا ،ويشترك معه في نفس المرتبة صاحب الفندق[3]، وسابعا نجد امتياز من كل بائع المنقول وامتياز المتقاسم في المنقول[4].

2-تحديد المرتبة بالنسبة لحقوق الامتياز الخاصة الواردة على العقار

بالنسبة لحقوق الامتياز الخاصة الواردة على العقار، نجد امتياز بائع العقار لا ينفذ في مواجهة الغير إلا بعد قيده وشهره، أما مرتبته فتحدد بتاريخ البيع بشرط أن يتم القيد خلال شهرين من تسجيل عقد البيع، وإلا يتحول هذا الامتياز إلى رهن رسمي، وفي حالة التزاحم تكون الأولوية للأسبق في النشأة ، أما مرتبة امتياز المقاولين والمهندسين تحدد وفقا لتاريخ شهر القيد، وفي حالة تزاحم بين حقوق الامتياز العقارية وحقوق الامتياز العامة، فإن حقوق الامتياز العامة تسبق في المرتبة امتياز المقاولين والمهندسين، أما مرتبة امتياز المتقاسم في العقار تحدد من تاريخ قيد عقد القسمة وفي حالة التزاحم مع امتيازات عقارية أخرى عقارية فالأولوية للأسبق في التسجيل أما إذا كان التزاحم مع حقوق الامتياز العامة، فإن امتياز المتقاسم في العقار يفقد حق الأولوية أمام هذه الأخيرة[5].

ثالثا: حق التقدم

يعد حق التقدم من بين أهم الآثار المترتبة على التأمينات العينية عموما وحقوق الامتياز خصوصا كونه يمنح أولوية وأفضلية لصاحب حق الامتياز استيفاء دينه على باقي الدائنين من ثمن الشيء الواقع عليه الامتياز وذلك على أساس السلطة المباشرة التي خولت له بموجب القانون حيث يتقدم الدائن صاحب الامتياز على جميع الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة، وفي حالة التزاحم فقد نظم المشرع الجزائري ذلك من خلال المواد من 990 إلى 1001 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ونظم أيضا كيفية تحديد الأسبقية سواء تعلق الأمر بحقوق

[1]- مريم تومي، مقال بعنوان أثر تزاحم حقوق الامتياز في تحديد مراتبها في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص ص 680، 681.

[2]- أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 959 وما يليها.

[3]- خليفة الخروبي المرجع السابق، ص 202.

[4]- زوينة زبار نوفل، حق الامتياز في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، 2003، ص 106.

[5] مريم تومي، مقال بعنوان أثر تزاحم حقوق الامتياز في تحديد مراتبها في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص ص 682، 683.

الامتياز العامة الواردة على المنقول أو الواردة العقار، إضافة إلى حقوق الامتياز الخاصة الواردة على العقار فقط، وهذه الجزئية تطرقنا إليها سابقا بمناسبة الدراسة المرتبطة بتحديد مرتبة حق الامتياز.

ثالثا: حق التتبع

إذا تصرف المدين في المال محل الامتياز إلى الغير الذي هو شخص أجنبي لا علاقة له بالدائن، فإن هذا التصرف يؤدي إلى انتقال المال محل الامتياز إلى الغير مثقلا بهذا الامتياز، سواء كان هذا المال منقولا أ وعقارا، فيقوم الدائن باتخاذ مجموعة من الإجراءات في مواجهة هذا الغير والتي من شأنها أن تسمح للدائن باستيفاء حقه في أي يد يكون وهذا ما يسمى بحق التتبع، وعليه سنتطرق إلى ذلك في حق الامتياز بالنسبة للمنقول والعقار.

1-حق التتبع في حق الامتياز الوارد على منقول

الأصل أنه في حالة تصرف المدين في أمواله المنقولة، فإن الحيازة تنتقل النسبة للمتصرف إليه، أما بالنسبة للمال المنقول محل حق الامتياز فإذا تصرف فيه المدين يكون مثقلا بالامتياز من حيث الأصل[1]، لكن بالنسبة لهذا الأمر نميز حالتين، فإذا كان الغير المتصرف إليه حائز حيازة عرضية حينها يمكن للدائن تتبع المنقول في أي يد كان والتنفيذ عليه من أجل استيفاء دينه بالأفضلية عن جميع الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة، لأنه لا يمكن التمسك في الحيازة العرضية بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية[2]، أما إذا كان تصرف المدين في المال المنقول محل الامتياز اتجاه الغير بمقابل واستلم هذا الغير هذا المال لكن المدين لم يقبض الثمن المستحق له، ففي هذه الحالة يمكن للدائن التنفيذ على الثمن بين أيدي الغير عن طريق ما يسمى بحجز ما للمدين لدى الغير الذي يستحقه ويستوفي حقه منه بالأفضلية على جميع الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة[3]، أما في حالة تصرف المدين في المال المنقول محل الامتياز للغير وقبض الثمن وقام بتسليم المال محل الامتياز للغير المتصرف إليه وكان هذا الأخير حسن النية لا يعلم بأن المال محل حق الامتياز مثقلا بالامتياز فتنتقل الحيازة إليه ولا يمكن للدائن تتبع هذا المنقول بسبب انقضاء امتيازه لعدم وجود المحل، وفي هذا الصدد تنص المادة 01/985 من الأمر 75-58 المتضمن للقانون المدني المعدل والمتمم على ما يلي " لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية "، أ ما إذا كان الغير المتصرف إليه سيئ النية يعلم وقت انتقال الحيازة إليه بأن المال الذي انتقل إليه مثقلا بحق امتياز تسقط قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ويمكن للدائن تتبع هذا المال محل حق الامتياز والتنفيذ عليه[4].

---

[1]- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص258.

[2]- إبراهيم إسماعيل إبراهيم وآخرون، مقال بعنوان امتياز بائع المنقول " دراسة مقارنة في القانون العراقي "، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 03، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2018، ص 68.

[3]- زوينة زيار نوفل، المرجع السابق، ص124،

[4]- يمينة شوادر، المرجع السابق ص 75.

2-حق التتبع في حق الامتياز الوارد على عقار

بالنسبة لحقوق الامتياز الخاصة الواردة على عقار، فإن استعمال الدائن صاحب الحق محل الامتياز لحق التتبع تسري عليه أحكام الرهن الرسمي[1]، فيشترط لنفاذ هذه الحقوق في مواجهة الغير توافر مجموعة من الشروط منها قيد حق الامتياز وشهره، وينفذ هذا الحق بمجرد حلول أجل استحقاق الدين أو سقوط هذا الأجل لأي سبب كالإفلاس أو غير ذلك، إضافة إلى اشتراط نفاذ حق الامتياز المثقل للعقار في حق الحائز، أما حقوق الامتياز العامة الواردة على عقار فلا يرد عليها حق التتبع ولا يشترط فيها قيد وشهر حق الامتياز الوارد على العقار أو الوارد على حق عيني عقاري[2]، وهذا ما ورد في نص المادة 986 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم، **فيرى الباحث أن تبسيط المشرع للإجراءات من أجل التنفيذ على المال محل حقوق الامتياز الواردة على عقار من خلال الإعفاء من القيد والشهر وحق التتبع يهدف إلى المحافظة على المال العام من خلال الإعفاء من الإجراءات الطويلة والمصاريف التي تنتج عن عمليات القيد والشهر وحق التتبع، كذلك يهدف هذا الإعفاء من أجل جبر المدين على التنفيذ العيني أو بمقابل حتى لا يصبح المال العام بين أيدي لا يمكن التنفيذ عليها بحجة صعوبة تطبيق حق التتبع وكذلك إشكالات الملكية والحيازة.**

[1]- زوينة زيار نوفل، المرجع السابق، ص135.

[2]- محمد أحمد المعداوي عبد ربه، المرجع السابق، ص175.

خلاصة الباب الثاني

إن الهدف الرئيسي من عرضنا لهذا الباب هو محاولة التعرف على الإطار العام للتأمينات الشخصية والتأمينات العينية في مجال الضمان الخاص من خلال تناولنا في الفصل الأول مفهوم الكفالة، وذلك من خلال التطرق إلى المقصود بالكفالة ثم أركان وشروط انعقادها، بالإضافة إلى خصائصها وأنواعها وكذا تمييزها عن بعض الأنظمة القانونية المشابهة له وكذلك تناول الآثار المترتبة على الكفالة، حيث تم التطرق إلى العلاقات التي تنشأ عن الكفالة وتوضيح التزام وحق كل طرف من هذه الأطراف ، وكذا دور الكفالة في توفير الثقة والاطمئنان للدائن من أجل استيفاء دينه أو حقه المتواجد في ذمة المدين بالالتزام، على اعتبار أن الموضوع الجدير بالدراسة هو الآليات القانونية لاستيفاء حق الدائن، في ختام هذا الفصل تم التطرق إلى الصور المستحدثة للكفالة الشخصية في المجال المصرفي بالنظر للتطور الاقتصادي للمجتمعات، أما في الفصل الثاني فقد تم التطرق إلى التأمينات العينية كآلية للمحافظة على حق الدائن وجعله في مركز ممتاز، حيث تطرقنا إلى الإطار المفاهيم لكل من الرهن وحق التخصيص والرهن الحيازي وحقوق الامتياز، ونم التطرق إلى نشأة كل تأمين من هذه التأمينات العينية السابقة الذكر، إضافة إلى التطرق إلى الآثار المترتبة عن كل منها، وتتمثل أهم هذه الآثار في حقي الأولوية والتتبع التي يمنحها كل تأمين نمن هذه التأمينات للدائن، وبناء على ما تم التطرق إليه في هذا الباب خلص الباحث إلى ما يلي:

1-إن الضمانات الشخصية كآلية خاصة للمحافظة على حق الدائن لم تحقق الهدف المرجو منها، على اعتبار أن الكفيل الشخصي مسؤوليته لا تتأسس ولا تقوم إلا بعد رجوع الدائن على المدين وتجريده من أمواله، الأمر الذي يؤدي بالدائن إلى الدخول في خصومة قضائية مع المدين تتسم ببطيء الإجراءات وكثرة التكاليف مما تسبب له إرهاق في جهده وماله من جهة، ومن جهة ثانية يتم تفويت فرصة عليه خصوصا في حالة تصرف الكفيل في أمواله أو إعساره أو إفلاسه، إلا في حالة الكفالة المصرفية التي يكون احتمال إعسار البنك الكفيل مستبعد على اعتبار أن البنك له ملاءة مالية كافية، لذلك فإن الكفالة المصرفية تمنح ضمان قوي للدائن من أجل استيفاء دينه الذي هو في ذمة العميل المكفول من البنك.

2-إن التأمينات العينية كآلية خاصة للمحافظة على حق الدائن تعد آلية ناجعة للمحافظة على حق الدائن وتجعله في موضع ممتاز، كونها تضمن لهذا الأخير حقه عن طريق ما يسمى بحق الأفضلية والتقدم في مواجهة الغير المتمثل في الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، إلا أن هذه الضمانات غير متاحة لجميع الدائنين إلا لمن قررت له كاستثناء على مبد أ المساواة.

خاتمة

تطرقت هذه الدراسة إلى أبرز المواضيع الهامة بالنسبة للنظرية العامة للالتزام، وخصوصا إلى بعض الآثار المترتبة على المعاملات بين الأفراد والمتمثلة في توفير الحماية القانونية من قبل المشرع للطرف الإيجابي من أطراف الالتزام وهو الدائن وتتمثل هذه الحماية في تمكين الدائن بوسائل قانونية تحفظ له حقه في الضمان العام للمدين ، وهذا النوع من الدراسات قديم متجدد فهو لا ينتهي، بل دائم الاستمرار في المجال البحثي ويتعلق الأمر بالحماية القانونية التي أقرها المشرع من أجل المحافظة على حقه في الضمان العام، حيث تناولنا هذه الدراسة من خلال التطرق في الباب الأول إلى الآليات القانونية للمحافظة على حق الدائن العادي في فصلين، ففي الفصل الأول تم التطرق إلى الآليات الوقائية والمتمثلة في الدعوى غير المباشرة وبالتحديد مفهومها وآثارها، ثم تناولنا بالدراسة الآليات العلاجية للمحافظة على حق الدائن العادي ، من خلال التطرق إلى دعوى عدم نفاذ التصرف ودعوى والصورية ، إضافة إلى شهر الإعسار بالنسبة للمواد المدنية، وشهر إفلاس المدين التاجر بالنسبة للمواد التجارية.

أما في الباب الثاني تناولنا الآليات القانونية للمحافظة على حق الدائن الممتاز من خلال إقرار المشرع لمجموعة من الضمانات الخاصة منها ما هو شخصي كالكفالة، ومنها ما هو عيني كالرهن الرسمي والحيازي وحق التخصيص وحق الامتياز، وأخيرا ومن خلال هذه الدراسة توصلنا إلى مجموعة من النتائج وأبدينا بعض الاقتراحات سنوجزها على النحو الآتي:

أولا: النتائج

1–من خلال هذه الدراسة وبعد تطرقنا إلى الدعوى غير المباشرة كآلية وقائية تبين لنا أن الدائن رافع الدوى غير المباشرة ليس إلا نائبا نيابة قانونية يكفلها القانون عن المدين المهمل والمتقاعس والمقصر، أما بالنسبة لباقي الدائنين يعتبر الدائن العادي رافع الدعوى مجرد متطوع، أو فضولي يجلب حق الغير دون تكليفه من طرفهم، لأن نتيجتها لا يستأثر الدائن رافع الدعوى بنتيجتها، بل تعود إلى جميع الدائنين الذين ديونهم مستحقة الآجال وفقا لمبدأ المساواة وقسمة الغرماء.

2–من بين النتائج التي يمكن استخلاصها أيضا أن الدعوى المباشرة هي استثناء عن الأصل العام، لأن القاعدة العامة تقضي بعدم جواز المطالبة بالحق إلا من خلال صاحبه بحد ذاته أو من ينوبه، وكذلك هذه الدعوى مقيدة من حيث نطاقها لأن المشرع نص على مجال استعمالها على سبيل الحصر، كما أنها مطلقة في أحكامها بالنسبة للدائن بحيث يستأثر بنتيجتها لوحده ودون مزاحمة ولا يحتاج إلى اتباع طرق التنفيذ.

3–رغم ما تحققه الضمانات الشخصية التي أقرها المشرع من حماية قانونية من أجل المحافظة على حق الدائن في الضمان، من خلال ضمان دينه من طرف شخص آخر أي تعزيز وتوسيع الضمان، إلا أن هذه الضمانات الشخصية كآلية خاصة للمحافظة على حق الدائن لم تحقق الهدف المرجو منها، على اعتبار أن الكفيل الشخصي

مسؤوليته لا تتأسس ولا تقوم إلا بعد رجوع الدائن على المدين وتجريده من أمواله، الأمر الذي يؤدي بالدائن إلى الدخول في خصومة قضائية مع المدين تتسم ببطيء الإجراءات وكثرة التكاليف مما تسبب له إرهاق في جهده وماله من جهة، ومن جهة ثانية يتم تفويت فرصة عليه خصوصا في حالة تصرف الكفيل في أمواله أو إعساره أو إفلاسه، إلا في حالة الكفالة المصرفية التي يكون احتمال إعسار البنك الكفيل مستبعد على اعتبار أن البنك له ملاءة مالية كافية، لذلك فإن الكفالة المصرفية تمنح ضمان قوي للدائن من أجل استيفاء دينه الذي هو في ذمة العميل المكفول من البنك.

4-عدم تنظيم الكفالة المصرفية كضمانة شخصية مستحدثة في القانون المدني وكذلك أيضا في قانون النقد والقرض تاركا الأمر للقواعد العامة لذلك يرى الباحث ويقترح على المشرع أنه في حالة فتح ورشة تعديل القانون المدني فعلى المشرع أن يأخذ هذا الأمر بنوع من العناية اللازمة وإدراجه ضمن التعديلات التي يراها مناسبة للقانون المدني أو يدرجها ضمن نصوص قانون النقد والقرض.

5-التأمينات العينية آليات ناجعة وذات فعالية في المحافظة على حق الدائن على خلاف المراكز الخاصة، وذلك خلال وضع الدائن في مركز ممتاز من أجل استيفاء حقه بالأولوية والتقدم كاستثناء على مبدأ المساواة المقرر على أموال المدين المتواجدة في الضمان العام.

ثانيا: الاقتراحات

1-من أجل تعزيز وتقرير الحماية أكثر وجعل الدعوى غير المباشرة فعالة وذات استعمال واسع يقترح الباحث على المشرع في حالة تعديله للقانون المدني لاحقا إقرار للدائن العادي رافع الدعوى غير المباشرة حماية قانونية في مواجهة المدين المهمل والمقصر في استعمال حقه، وكذلك في مواجهة الدائنين العاديين الآخرين الذين يزاحمونه في قسمة الأموال دون جهد يبذلونه، بأن يوفر له حماية قانونية تعادل جهده المبذول، بحيث تتمثل هذه الحماية القانونية من خلال النص على تخصيص جزء من هذه الأموال التي دخلت إلى الضمان العام عن طريق هذه الدعوى للوفاء بحق الدائن كتمييز له عن باقي الدائنين بهدف التشجيع على رفع هذه الدعوى حتى تحقق الغرض المنتظر منها والمتمثل في إرجاع الأموال إلى الضمان العام من جهة ، ومن جهة ثانية كان على المشرع أن يحفز الدائن رافع الدعوى، من خلال سد الطريق أمام الدائنين الذين لم يبادروا إلى رفع هذه الدعوى ويمارسون مهنة الاتكالية وانتظار الغير لجلب حقوقهم، وعليه فيقترح الباحث على المشرع تشجيع الدائنين التنافس على رفعها من أجل إدخال أموال المدين إلى الضمان العام وعدم ترك الفرصة للمدين المهمل والمقصر، لأنه ليس من العدل مساواة الدائن رافع الدعوى مع غيره من الدائنين العاديين الآخرين.

2-يقترح الباحث على المشرع توسيع نطاق استعمال الدعوى المباشرة من أجل ردع المدين لكي يحرص المدين على إدخال أمواله المتواجدة لدى الغير إلى الضمان من جهة، ويستفيد جميع الدائنين من الأحقية في رفع هذه الدعوى مع الإبقاء على الاستئثار بنتيجتها حتى لاتفقد هذه الدعوى جدواها.

3-يقترح الباحث يقترح على المشرع بالنسبة للدائن الذي تماطل في رفع الدعوى البولصية حتى تقادمت تقليص نسبته من الأموال الناتجة عن هذه الدعوى التي قام برفعها غيره من الدائنين وحرمانه من قسمة الغرماء، بهدف تشجيع الدائنين على رفعها بدل الاعتماد على الغير من جهة، وكجزاء للدائن الذي تقادمت هذه الدعوى بين يديه من جهة ثانية.

4-يقترح الباحث على المشرع -ترك الحرية والخيار للدائن في الرجوع على المدين أو الكفيل وإلغاء شرط تجريد المدين من أمواله أولا، لأن هذا الشرط قد يكون فيه مضيعة للوقت خصوصا إذا كانت أموال المدين غير كافية للوفاء بحق الدائن.

5-يقترح الباحث على المشرع في حالة تعديله للقانون المدني خصوصا إدراج الآليات القانونية للمحافظة علة حق الدائن تحت عنوان ضمان حقوق الدائنين وترتيبها، بدل النص عليها في نصوص متفرقة سواء كان دائنا عاديا أو صاحب مركز خاص أو دائن ذي مركز ممتاز.

تم بعون وحمد الله وتوفيقه

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر المعتمدة

❖ **القرآن الكريم**

❖ **النصوص التشريعية**

- **القوانين والأوامر الجزائرية**

1. الأمر 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، المؤرخة في 1975/09/30، المعدل والمتمم بالقانون 05-10، المؤرخ في 20 جوان 2005، ج ر عدد 44، والقانون 07-05، المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر عدد 31، المؤرخة في 13 ماي 2007.

2. الأمر 75-59، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، ج ر، العدد 101، المؤرخة في 19 ديسمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون 22-09، المؤرخ في 05 ماي 2022، ج ر عدد 32، المؤرخة في 14ماي 2022.

3. الأمر 96-09، المؤرخ في 1996/01/10، المتعلق بالاعتماد الإيجاري، ج ر عدد، 03، المؤرخة في 14 جانفي 1996.

4. الأمر 75-74، المتضمن إعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري، المؤرخ في 1975/11/12، ج ر عدد 92، المؤرخة في 18 نوفمبر 1975.

5. القانون رقم 98-12، المتضمن قانون المالية لسنة 1999، المؤرخ في 1998/12/12، ج ر عدد، 98، المؤرخة في 31ديسمبر 1998.

6. القانون 06-02، المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، المؤرخ في 2006/03/08، ج ر عدد 14، 2006، المؤرخة في 08مارس 2006.

7. القانون 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية رقم 21، بتاريخ 23 أفريل 2008، المعدل والمتمم بالقانون 22-13، ج ر عدد 48، بتاريخ 17جويلية 2022.

8. القانون 23-09، المؤرخ في 21جوان 2023، ج ر عدد 04، الصادرة بتاريخ 27 جوان 2023.

9. القانون رقم 23-12ا، المؤرخ في 05 أوت 2023، المتضمن يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، ج رعدد 51، الصادرة بتاريخ 06 أوت 2023.

- **القوانين العربية**

1. القانون المدني المصري رقم 131، الصادر في 1948/07/29، متوفر على الموقع الالكتروني:

https://manshurat.org

❖ **النصوص التنظيمية**

1. المرسوم 76-63، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المؤرخ في 25 /1976/03، الجريدة الرسمية، عدد30، المؤرخة في 13أفريل 1976.

ثانيا: المراجع المعتمدة

❖ **المراجع باللغة العربية**

أ-الكتب

1. أنور سلطان، **النظرية العامة للالتزام " أحكام الالتزام "**، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005.

2. أحمد محمود خليل، **الإفلاس التجاري والإعسار المدني**، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1987.

3. أحمد عبد الدائم، **شرح القانون المدني " النظرية العامة للالتزام**، ج2، أحكام الالتزام، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، سوريا،2003.

4. أحمد عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات-آثار الالتزام**، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، مصر 1968، ص978.

5. أحمد عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني-التأمينات العينية والشخصية-**، الجزء العاشر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.س.ن.

6. أنور العمروسي، **التضامن والتضامم والكفالة في القانون المدني**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر،1999.

7. أحمد بن حسن بن أحمد الحسني، **خطابات الضمان وتكييفها الفقهي**، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، طبعة 1999.

8. إبراهيم المنجى، **الدعوى الصورية**، منشأة المعارف، القاهرة، 1991.

9. إسماعيل نامق حسن، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية، دار الكتب القانونية، مصر، 2011.

10. العربي بلحاج، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري التصرف القانوني " العقد والإرادة المنفردة "**، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2001.

11. العربي بلحاج، **أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري**، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2019.

12. الطاهر لطرش، **تقنيات البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية**، الطبعة السابعة، الجزائر، 2010.

13. جاك غستان، وآخرون، ترجمة منصور القاضي ترجمة منصور القاضي، **مفاعيل العقد وآثاره**، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، لبنان،2000.

14. جلال محمد إبراهيم، أحمد محمود سعد، **الحقوق العينية التبعية**، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1994.

15. دربال عبد الرزاق، **الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري**، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، دون سنة نشر.

16. همام محمد محمود زهران، **التأمينات العينية والشخصية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 200.

17. وفاء شيعاوي، **الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري**، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.

18. زريق برهان، **نظرية البطلان في العقد الإداري**، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، دمشق، سوريا،2002.

19. زكريا سرايش، **الوجيز في مصادر الالتزام " العقد والإرادة المنفردة "**، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة الجزائر، 2014

20. حورية زاهية سي يوسف، **الوجيز في عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري "دراسة مقارنة"**، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر جوان 2018.

21. حسن عبد اللطيف حمدان، **التأمينات العينية، الطبعة الأولى، الدار الجامعية بيروت**، دون تاريخ نشر.

22. يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الأصلة والتبعية، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، 2011.

23. يمينة حوحو، عقد الكفالة وعقد الرهن في القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، دون سنة نشر.

24. كمال فتحي دريس، **الوجيز في العقود الخاصة " عقد الإيجار–الرهن الرسمي والحيازي "**، الجزء الثاني، مطبعة منصور، وادي سوف، 2022

25. محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات "أحكام الالتزام"، دراسة مقارنة في القوانين العربية**، دار الهدى للطبع والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2010.

26. محمد صبري السعدي، **عقد الكفالة في التشريع المدني الجزائري**، درا الهدى عين مليلة، الجزائر.

27. محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام " العقد–والإرادة المنفردة**، الطبعة الأولى، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009.

28. محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني" التأمينات العينية "**، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.

29. محمد شكري سرور، **الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري**، ط2، دار النهضة العربية للنشر، مصر، 2008.

30. مصطفى عبد الحميد العدوى، **النظرية العامة للالتزام " أحكام الالتزام "**، ط3، دون دار نشر، مصر 2000.

31. منذر الفضل، **الوسيط في شرح القانون المدني " مصادر الالتزام وأحكامها "**، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2012.

32. منذر الفضل، **الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بأراء الفقه وأحكام القضاء**، أراس للطباعة والنشر، العراق، 2006.

33. محمد خاطر صبري، **الغير عن العقد " دراسة في النظرية العامة للالتزامات "**، ط1، الدار العلمية والدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001.

34. محمود سعد ماهر، **دعاوى الضمان العام للدائنين**، ط1، د.د.ن، مصر، 1996.

35. محمود محمد الكيلاني، **الموسوعة التجارية والمصرفية " عمليات البنوك "**، دار الثقافة، الأردن،2009.

36. محمد الزين، **النظرية العامة للالتزامات " العقد "**، طبعة ثانية محينة ومنقحة، تونس، سبتمبر 1997

37. مصطفى الجمال، **النظرية العامة للالتزام**، الدار الجامعية، لبنان 1987.

38. مصطفى الجمال، **أحكام الالتزام**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ،2006.

39. محمد ماجد رشاد، **الدعوى المباشرة في العلاقات القانونية غير المباشرة**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ،2008.

40. مصطفى طه، **عمليات البنوك**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2005.

41. ماهر كنج شكري، **العمليات المصرفية الخارجية**، دار للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الأردن ،2004، الأردن.

42. محمد حسنين، **الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

43. محمد أحمد المعداوي عبد ربه، **الوجيز في التأمينات العينية والشخصية**، دون دار نشر، مصر، دون تاريخ النشر.

44. محمد وحيد الدين سوار، **شرح القانون المدني " الحقوق العينية التبعية "**، الجزء الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.

45. نبيل إبراهيم سعد، محمد حسين منصور، **أحكام الالتزام**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2002.

46. نبيل أبراهيم سعد، **النظرية العامة للالتزام " احكام الالتزام "**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003.

47. نبيل إبراهيم سعد، **التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة**، الإسكندرية، مصر ،2007.

48. نادية فضيل، **الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري**، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

49. نعمان محمد خليل جمعة، **الحقوق العينية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

50. سليمان مرقس، **الوافي في شرح القانون المدني " أحكام الالتزام "**، المجلد الرابع، ط3، منشورات مكتبة صادر، لبنان، 1992.

51. سليمان مرقس، **الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة" عقد الكفالة "**، المجلد الثالث، الطبعة الثالثة، جامعة القاهرة، سنة 1993.

52. سمير عبد السيد تناغوا، **أحكام الالتزام والاثبات**، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009.

53. سمير عبد السيد تناغو، **التأمينات الشخصية والعينية**، الإسكندرية، مصر، 1975.

54. سمير عبد السيد تناغو، **التأمينات الشخصية والعينية**، منشأة المعارف للتوزيع، الإسكندرية، 1997.

55. سليمان رمضان محمد عمر، **النظام القانوني لخطابات الضمانات المصرفية**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر ،2009.

56. علي علي سليمان، **النظرية العامة للالتزام " مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري "**، ديوان المطبوعات الجامعية، ط5، بن عكنون، الجزائر،2003.

57. عبد الحميد الشواربي، عزالدين الدينا صوري، **الصورية في الفقه والقضاء**، ط5، دار النشر، دون بلد نشر،1997.

58. عبد الكريم بلعيور، **نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،2001.

59. عبد الرحمان الشرقاوي، **دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزام في ضوء تأثرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي**، الطبعة السادسة، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، المغرب،2019.

60.عبد الرحمان الشرقاوي، **أحكام الالتزام**، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2020.

61.عبد الباقي البكري، **شرح القانون المدني العراقي" أحكام الالتزام "**، ج3، مطبعة الزهراء،1971

62.عبد الرزاق دربال، **الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري**، ار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر.2004

63.عامر عاشور عبد الله البياتي، **التعاقد من الباطن " دراسة مقارنة "**، دار الكتب القانونية، مصر 2013.

64.عبد الرحمان الشرقاوي، **أحكام الالتزام**، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2020.

65. عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوجيز في شرح القانون المدني**، نظرية الالتزام بوجه عام، المصادر، المجلد الأول "01"، دار النهضة العربية، مصر، 1966.

66. صبري حمد خاطر، **النظرية العامة للالتزام " أحكام الالتزام " دراسة مقارنة في القانون المدني البحريني**، جامعة البحرين، ط1، البحرين، 2006

67. قدري عبد الفتاح الشهاوي، **نظرية الحق في الحبس ودعوى الإعسار المدني**، منشأة المعرف، الإسكندرية، مصر، 2002.

68. رمضان أبو السعود، **المدخل إلى القانون**، الدار الجامعية، مصر، 1986.

69. رضوان فايز نعيم، **الإفلاس التجاري**، ط2، دار النهضة العربية، مصر، 1999.

70. راشد راشد، **الأوراق التجارية والإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

71. ريحاني يسمينه، **الرهن الرسمي كضمان بنكي**، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2006.

72. رضا عبد الحليم عبد المجيد، **الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية**، دون دار نشر، مصر، دون تاريخ النشر.

73. شوقي بناسي، **أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2009.

74. توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، **مصادر وأحكام الالتزام**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.

75. خليل أحمد حسن قدادة، **الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري**، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.

76. خليفة الخروبي، **التأمينات العينية والشخصية**، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2014.

أ-الأبحاث الجامعية

- **أطروحات الدكتوراه**

1. التميمي محمد رضا، **التوقف عن الدفع وآثاره على المفلس وحقوق الدائنين " دراسة في القانون التجاري الجزائري والمصري "**، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون أعمال، جامعة الحاج لخضر بباتنة،2012.

2. بلقاسم محمد بوصري، **طرق التنفيذ من الناحية المدنية**، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015.

3. زينب سالم، **الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية " دراسة مقارنة "**، أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2019.

4. زوبير براحلية، **القرض العقاري والرهن الرسم في التشريع الجزائري**، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، 2017.

5. يوسف لوني، **الحماية الإجرائية للدائن المتعاقد في التنفيذ العيني**، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2019.

6. يمينة شوادر، **أحكام حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي والقانون المدني " دراسة تطبيقية مقارنة "**، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، 2011.

7. فاطنة بن بابوش، **الكفالة البنكية كأداة للضمان في عمليات الائتمان في ظل التشريع الجزائري**، أطروحة دكتوراه، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2019.

8. فاطمة الزهراء مصدق، **سلطة القاضي في تعديل العقد المدني**، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون مدني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2023.

9. راضية أ مقران، **خطابات الضمانات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها**، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر،2014.

10. ريمة تمنرانت، **الرهن الحيازي العقاري في التشريع الجزائري**، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة-1، 2020

11. خليفة بوداود، **أثر التحولات الاقتصادية على النظرية العامة للعقد " قانون حماية المستهلك نموذجا "أطروحة دكتوراه**، تخصص قانون مدني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، 2023.

- **مذكرات الماجستير**

1. أحمد مالك أحمد عبد الرحيم، **الآثار القانونية لشهر الإفلاس على حقوق دائني المفلس " دراسة مقارنة "**، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، نابلس، 2013.

2. إبراهيم بوخضرة، **آثار الإفلاس دراسة مقارنة الشريعة الإسلامية والقانون التجاري الجزائري**، مذكرة ماجستير، 2006، جامعة الجزائر 2001.

3. جمال بوشنافة، **شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البليدة، 2001.

4. هبة حازم خضر كوبري، **الإطار القانوني لفسخ العقود الملزمة لجانبين**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2021.

5. وائل نورس هنّاوي، **دور الكفالة المصرفية في عملية المبادلات التجارية الخارجية وتنفيذ المشاريع الاقتصادية**، مذكرة ماجستير، جامعة دمشق، سوريا،2016.

6. زهرة بن عيسى، **الغش في العقود**، رسالة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2017.

7. زوينة زبار نوفل، **حق الامتياز في التشريع الجزائري**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، 2003.

8. حمزة شرابن، **الملكية كوسيلة لدعم الائتمان**، مذكرة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يوسف بن خدة –الجزائر 1، 2008.

9. حورية مخلوفي، **حوالة الدين**، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011.

10. حسينة حمو، **انحلال العقد عن طريق الفسخ**، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو ،2011.

11. يوسف بوشاشي، **حوالة الحق في القانون المدني الجزائري " دراسة مقارنة "**، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1989.

12. ياسمينة حوفاني، **المقاصة القانونية في القانون المدني الجزائري" دراسة مقارنة "**، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر–يوسف بن خدة، 2009.

13. كمال شميل، **التأمينات الممنوحة للمصارف والمؤسسات المالية " العينية والخاصة "**، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009.

14. لزرق بن عودة، **وسائل حماية الضمان العام**، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران ،2014.

15. لخضر قويسم، **آثار الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري**، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2013.

16. مسعود رويصات، **نظام السجل العقاري في التشريع الجزائري**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009.

17. مريم بنت الخوخ، **فعالية الرهن العقاري كضمان**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2012.

18. مالك بهجت عبد اللطيف جمعة، **التنظيم القانوني للرهن الحيازي في فلسطين " دراسة مقارنة "**، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2017.

19. نورة جبارة، **الدعوى غير المباشرة**، رسالة ماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، 2001.

20. نوال برنوس، **شروط إفلاس شركات الأشخاص والآثار المترتبة عنه في القانون الجزائري**، مذكرة ماجستير، 2014، جامعة الجزائر 1.

21. نورالدين زبدة، **آليات ضبط سندات الملكية العقارية الخاصة**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011.

22. سميرة معاشي، **آثار حكم شهر الإفلاس بالنسبة لجماعة الدائنين**، شهادة ماجستير، فرع قانون أعمال، جامعة الحاج لخضر باتنة،2005.

23. سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، **عقد الكفالة والأثار المترتبة عليه بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري**، أطروحة لنيل الماجستير، جامعة النجاح، نابلس، فلسطين،2006.

24. فهمي مرداوي عرفات نواف، **الصورية في التعاقد " دراسة مقارنة "**، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية كلية الدراسات العليا في نابلس، فلسطين، 2010، ص11.

25. فهد سعيد فلاح سعيد، **التنظيم القانوني للإعسار المدني**، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، د.ب.ن، 2014.

26. فيصل شرف أحمد "محمد زياد"، **الدفع بالتجريد في عقد الكفالة "دراسة مقارنة"**، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2012، ص37.

27. ريم عدنان عبد الرحمان الشنطي، **الإنابة في الوفاء " دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والأردني، رسالة ماجستير**، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007.

28. راضية أ مقران، **ضمانات البنك في مجال الائتمان**، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2000.

29. رشيد دحماني، **حماية العقد من الإبطال والفسح**، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محند أكلي أو الحاج-البويرة، 2016.

30. خولة بوقرة، **الصورية في التعاقد**، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر 1، 2017.

ب-المقالات

1. أحمد بو كرزازة، **الإبطال والفسخ دراسة مقارنة بين النظامين في القانون المدني الجزائري**، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 32، العدد 03، جامعة منتوري قسنطينة 1، ديسمبر 2021.

2. أحمد محمد الحوامدة، **عيسى غسان الربضي، دور الدعوى المباشرة في المحافظة على حقوق الدائنين دراسة للتشريعات الاتحادية بدولة الامارات العربية المتحدة**، مجلة الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، المجلد 46، العدد 01، 2019.

3. أحمد سمير الصوفي، **حق الحبس في القانون المدني العراقي**، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإنسانية، العدد 01، جامعة الأنبار، العراق، 2009.

4. أحمد زواوي، **عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري**، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 02، سنة2000.

5. أسماء مرابط وآخرون، **الضمانات الشخصية المستحدثة**، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة أم البواقي، المجلد 06، العدد 02، ديسمبر2019.

6. أمينة عبدلي، **الشروط الشكلية لعقد الرهن الرسمي في القانون الجزائري**، مجلة البحوث الدراسات القانونية والسياسية، العدد 04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، جانفي 2018.

7. إبراهيم يامة، عبد القادر سرحاني، **الضمانات المقررة للدائن في نظام التأمينات الشخصية والعينية في ظل التشريع الجزائري**، مجلة المنار للدراسات والبحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس المدية، المجلد 03، العدد 01، جوان 2019.

8. إنجي هند زهدور، **التصرفات الخاضعة للشهر العقاري**، مجلة حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 06، العدد 01، جامعة وهران 2، 2014.

9. العالية سمن، زينب كريم، **سلطة القاضي في تقدير مشروعية الدفع بعدم تنفيذ العقد**، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 14، العدد 29، جامعة محمد خيضر بسكرة، مارس 2022.

10. الحمروني نزار، **الدعوى المباشرة في القانون التونسي**، مجلة الشريعة والقانون، العدد، 34، الإصدار 01، فرع أسيوط، جامعة الأزهر، جانفي 2022.

11. باسم محمد ملحم، **الإعسار في القانون المدني القطري بين غياب التنظيم التشريعي وترتيب الآثار، المجلة الدولية للقانون**، دار جامعة حمد بن خليفة للنشر، قطر، العدد 02، 2017.

12. بمو برويز خان الدلوي، **تحرير المرهون وأحكامه في القانون المدني دراسة تحليلية " مقارن بين قانوني العراقي والمصري "**، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، العدد 22، جامعة تكريت، العراق، 2014.

13. جيلالي عشير، **الإعسار في الفقه الإسلام والأنظمة القانونية المقارنة**، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة، العدد الثاني، مارس 2020.

14. جمال أبو الفتوح محمد أبو الخير، **مشروعية الامتناع عن تنفيذ الالتزام**، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 07، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة السادات، جمهورية مصر العربية، 2019.

15. هشام بن الشيخ، **الاحتفاظ بالملكية ودوره التأميني " عقد الاعتماد الإيجاري كنموذج "**، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد 16، جانفي 2017.

16. حسينة خوجة، **حق الحبس ضمان لتنفيذ الالتزام**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد، العدد، كلية الحقوق –سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1، سنة.

17. حورية لشهب، زينب سالم، **الطبيعة القانونية للدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني الفرنسي " دراسة مقارنة "**، مجلة العلوم القانونية، المجلد 33، العدد 02، كلية القانون، جامعة بغداد العراق، 2018.

18. حياة حامي، **نسبية فعالية الرهن الرسمي كضمان للديون**، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 07 العدد 01، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، 2021.

19. كوثر زهدور، **عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري**، مجلة الفقه والقانون، الموقع الإلكتروني **www.majalah.New.ma**، تاريخ الاطلاع 01جويلية 2022.

20. لعموري لخلوفي، **الدعوى المباشرة " ضمان غير مسمى "**، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 19، جامعة بومرداس، جوان 2018.

21. نسيبة إبراهيم حمو، **حماية الائتمان التجاري بين الإعسار المدني والإفلاس التجاري**، مجلة الرافدين، المجلد 10، العدد 38، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق،2008.

22. نجاة بوساحة، **الرهن القانوني المؤسس للبنوك والمؤسسات المالية**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 13، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2016.

23. نورالدين يوسفي، سامي كحلول، **النظام القانوني لخطاب الضمان المصرفي**، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 03، العدد 05، نوفمبر 2018

24. مرابط عثماني، **عقد البيع بالإيجار**، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 07، العدد، 03، جامعة زيان عشور بالجلفة، 2008/10/01.

25. محمد ياسين الجبوري، **الدعوى المباشرة في القانون الأردني**، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات، العدد 52، أكتوبر 2012.

26. مصطفى قويدري، **حوالة الدين بين القانون المدني وقانون الصفقات العمومية الطابع العملي للنظرية**، المجلة الزائرية للعلوم الاقتصادية والسياسية، المجلد 48، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، مارس 2011.

27. محمد العمري محمود علي وآخرون، **المقاصة في فقه القانون المدني الأردني وأهم تطبيقاتها في القانون المدني التجاري**، مجلة كلية نوح القضاة للشريعة والقانون، الجزء الثالث، العدد 21، جامعة العلوم الإسلامية، الأردن، 2016.

28. محمد عبد الاله موسى شبر، مروان عضيد عزت، **الرهن العقاري المسجل بالقانون العراقي " دراسة مقارنة "**، مجلة المداد، المجلد 13، العدد 01، جامعة زيان عاشور بالجلفة، 2023.

29. محمد غرابي، مبارك بن الطيبي، **دراسة نقدية لنظام الإفلاس في التشريع الجزائري**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 11، العدد، 02، جامعة أدرار، سبتمبر 2020.

30. منصور داود، عامر قير ع، **"تجارية عقد الكفالة"**، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1، المجلد رقم 07، العدد 01، جانفي2020.

31. مريم بنت الخوخ، **دور الكفالة المصرفية في مجال الائتمان**، مجلة دفاتر البحوث العلمية، المركز الجامعي مرسلي عبد الله، تيبازة، العدد 11، ديسمبر 2017.

32. مريم قسول، **مخاطر الائتمان في عقد الرهن الرسمي**، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 10، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1-الحاج لخضر، 2023.

33. مريم تومي، **نفاذ حقوق الامتياز الخاصة العقارية في مواجهة الدائنين وفق أحكام القانون المدني الجزائري**، مجلة الحقوق والحريات، المجلد 09، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، أكتوبر 2021.

34. سليمان براك دايح الجميلي، أحمد فايز عبد حميد، **علاقة الفسخ من غير إخلال بالظروف الاجتماعية والاقتصادية " دراسة قانونية مقارنة "**، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، لمجلد 13، العدد 02، كلية القانون، جامعة الفلوجة، العراق،2022.

35. سهام عبدلي، **الفسخ بين الطبيعة الإدارية للصفقة العمومية والقانون الخاص**، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 09، المركز الجامعي تامنغست، الجزائر، سبتمبر 2015.

36. سمية مكريش، **الدعوى المباشرة في التأمين من المسؤولية، مجلة العلوم الإنسانية**، المجلد "أ"، العدد 46، جامعة الإخوة متنوري قسنطينة، ديسمبر 2016.

37. سعد العتيبي بدر، **التنظيم القانوني لخطاب الضمان في مجال الصفقات العامة "دراسة مقارنة"**، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، الطبعة الثامنة، العدد 02، العدد التسلسلي 30، جوان 2020.

38. عبد القادر الصادق، **التوقف عن الدفع في نظام الإفلاس**، مجلة الحقيقة، العدد 37، جامعة أدرار، 2016/02/18.

39. علي أبو مارية، **تجريد أموال المدين كدفع من الدفوع المقررة لمصلحة الكفيل في القانون الفلسطيني، دراسة مقارنة بالقانون الكويتي**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة فلسطين الأهلية، فلسطين، المجلد 12، العدد 01، أ فريل 2021.

40. عبد المجيد الصلاحين وآخرون، **حقوق الدائن المرتهن والتزاماته بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية**، المجلد 17، العدد 01، كلية، جامعة الأردن.

41. عبد المجيد قادري، **دور المقاصة في انقضاء الالتزام**، مجلة التواصل في العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 28، جوان 2011، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار-عنابة.

42. عبد الحليم بوشكيوة، **الرهن الرسمي ضمان من ضمانات القروض إيجابياته وعيوبه**، العدد 06، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، 2009.

43. علاوة هوام، زوبير براحلية، **تبعية الرهن للدين المضمون في التشريع الجزائري**، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 10، 2017.

44. فاتن سيمشي، **مدى فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان في عقد الاعتماد الايجاري**، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2021.

45. فيروز بن شنوف، **شرط الاحتفاظ بالملكية كوسيلة لتوظيف الملكية على سبيل الضمان " دراسة مقارنة "**، مجلة المعيار في الآداب والعلوم الإنسانية والاجتماعية والثقافية، المجلد، 05، العدد 10، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي تيسمسيلت، 2014

46. فوزية هاشمي، **الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية "دراسة مقارنه"**، مجلة الفقه القانوني والسياسي، جامعة بن خلدون تيارت، المجلد 01، العدد 01، 2017/12/01

47. فوزي أحمد نهلة أحمد، "**أحكام عقد الكفالة في القانون المدني المصري**"، مجلة العلوم السياسية والقانون، المركز العربي الديمقراطي، ألمانيا، المجموعة 05، العدد 29، سنة 2021.

48. فهيمة بوزار، **الرهن الرسمي على حق الامتياز الصناعي في القانون الجزائري**، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 07، العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، ديسمبر 2021.

49. صالح بن نوى، **الملكية كضمان في عقد الاعتماد الايجاري للمنقول**، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 28، جامعة يوسف بن خده –الجزائر 1–، نوفمبر 2021.

50. شروق عباس فاضل، سارة نعمت أحمد، "**حماية الكفيل في عقد الكفالة** "، مجلة طبنه للدراسات العلمية الأكاديمية، المركز الجامعي سي الحواس بريكة، المجلد الثالث 03، العدد الأول 01، المجلد الثالث "03"،2020/06/19.

51. ثامر خالدي، **حماية الدائن من خلال الرهن الرسمي الاتفاقي، مجلة ضياء للدراسات القانونية**، المجلد 01، العدد 01، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي نور البشير البيض، 2019.

52. خالد نواف حازم، **انقضاء الحق في الحبس بطريق أصلي " دراسة تحليلية مقارنة "**، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 01، العدد،24، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، سنة 2005.

ج–المطبوعات

1. عبد الحفيظ بقة، **محاضرات في شرح القانون المدني الجزائري " النظرية العامة للالتزام "**، الجزء الأول، سنة ثانية حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة.

2. ياسين مقدم، **محاضرات في مقياس القانون المدني " أحكام الالتزام "**، المجموعة الأولى، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، السنة الجامعية 2020/2019.

3. فتحي مجيدي، **محاضرات في مقياس الالتزامات**، سنة ثانية علوم قانونية وإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عشور بالجلفة، السنة الجامعية 2010/2009.

د-المراجع باللغة الأجنبية

1. Rémy Cabrillag, **Droit des obligations**, **Dalloz**, Paris, ème Edition, 1996.
2. Christian Larroumet, **Droit civil-Tome3-Les Obligation** : **Le contrat**, 3éme édition économique, 1996, France.
3. Jean-Pierre Mattout .**Doit Bancaire**. **International**.2ème éd. La revue Banque Editeur .Paris .Sans date de Publication.
4. Philippe Simler, **Cautionnement et Garantie Autonomes** ,3ème édition, paris, France .2000.
5. Serge Antoine Techkhoff," **cautions**, **garantie à première demande bonds** ", Revue le Moci, n° 02, Paris, 15/02/2012, p p 48-59.

الفهرس العام

الفهرس العام

آية قرآنية	
الإهداء	
شكر وعرفان	
قائمة المختصرات	**05**
مقدمة	**07**
الباب الأول: الآليات القانونية للمحافظة على حق الدائن العادي	
تمهيد الباب الأول	**14**
الفصل الأول: الضمانات القانونية للمحافظة على حق للدائن العادي وفقا لمبدأ المساواة	**15**
تمهيد الفصل الأول	**16**
المبحث الأول: الدعوى غير المباشرة آلية للمحافظة على حق الدائن أم مجرد وكالة	**18**
مطلب تمهيدي: الضمان العام	**18**
المطلب الأول: مفهوم الدعوى غير المباشرة	**19**
الفرع الأول: تعريف الدعوى غير المباشرة	**19**
أولا: التعريف الفقهي	**19**
ثانيا: التعريف التشريعي	**20**
الفرع الثاني: شروط استعمالها	**20**
أولا: بالنسبة للدائن	**21**
ثانيا: بالنسبة للمدين	**22**
الفرع الثالث: الطبيعة القانونية الدعوى غير المباشرة	**24**
المطلب الثاني: نطاق استعمال الدعوى غير المباشرة وتمييزها عن بعض النظم القانونية المشابهة لها	**24**
الفرع الأول: نطاق استعمال الدعوى غير المباشرة	**24**
أولا: الحقوق التي يجوز للدائن استعمالها باسم المدين	**25**
ثانيا: الحقوق التي لا يجوز للدائن استعمالها	**25**
الفرع الثاني: تمييز الدعوى غير المباشرة عن بعض النظم القانونية المشابهة لها	**26**
أولا: تمييز الدعوى غير المباشرة عن الوكالة	**26**
ثانيا: تمييز الدعوى غير المباشرة عن الفضالة	**27**
المطلب الثالث: أحكام الدعوى غير المباشرة بين للمحافظة والوكالة	**28**

الفرع الأول: بالنسبة للدائن رافع الدعوى	**28**
الفرع الثاني: بالنسبة للمدين	**29**
الفرع الثالث: بالنسبة لسائر الدائنين	**30**
الفرع الرابع: بالنسبة مدين المدين" خصم الدائن"	**30**
المبحث الثاني: مدى نجاعة ودور الآليات العلاجية في المحافظة على حق الدائن	**32**
المطلب الأول: دعوى عدم نفاذ التصرف ردع للمدين وإشكالات في التنفيذ	**32**
الفرع الأول: مفهوم دعوى عدم نفاذ التصرف	**32**
أولا: تعريف دعوى عدم نفاذ التصرف	**32**
ثانيا: شروط دعوى عدم نفاذ التصرف	**33**
1-بالنسبة للدائن	**33**
2-بالنسبة للمدين	**35**
3-بالنسبة للتصرف المطعون فيه	**36**
ثالثا: الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ التصرف	**37**
الفرع الثاني: الأحكام المترتبة على دعوى عدم نفاذ التصرف	**38**
أولا: آثار دعوى نفاذ التصرف بالنسبة للدائن الطاعن في التصرف وباقي الدائنين	**38**
ثانيا: آثار دعوى نفاذ التصرف بالنسبة للمدين والمتصرف إليه	**40**
الفرع الثاني: فعالية دعوى نفاذ التصرف وإشكالاتها في التنفيذ	**41**
المطلب الثاني: دعوى الصورية كآلية علاجية للمحافظة على حق الدائن في الضمان العام	**43**
الفرع الأول: مفهوم دعوى الصورية	**43**
أولا: تعريف الصورية	**43**
ثانيا: شروط دعوى الصورية	**44**
الفرع الثاني: أنواع الصورية	**45**
أولا: الصورية المطلقة	**45**
ثانيا: الصورية النسبية	**45**
الفرع الثالث: إثبات الصورية وتمييزها عن بعض المصطلحات القانونية المشابهة لها	**46**
أولا: إثبات الصورية	**46**
ثانيا: تمييز الصورية عن بعض المصطلحات والنظم القانونية المشابهة لها	**47**
الفرع الثالث: أحكام الصورية	**48**

أولا: بالنسبة للمتعاقدين وخلفهما العام	**48**
ثانيا: بالنسبة للغير	**49**
1–الخلف الخاص	**49**
2–الدائنون	**50**
ثانيا–الدفوع المخولة للغير من أجل المحافظة على حقه في الضمان العام	**50**
المبحث الثالث: الإعسار والإفلاس ضمان لحقوق الدائنين واختلاف في الأحكام والقواعد	**52**
المطلب الأول: الإعسار إجراء لاستيفاء حق الدائن في المواد المدنية	**52**
الفرع الأول: مفهوم الإعسار وإجراءات رفع الدعوى	**52**
أولا: مفهوم الإعسار	**52**
ثانيا: أنواع الإعسار	**53**
ثالثا: شروط الإعسار	**53**
الفرع الثاني: إجراءات شهر الإعسار	**54**
أولا: المحكمة المختصة وسلطتها التقديرية في شهر إعسار المدين	**55**
ثانيا: الصفة الاستعجالية لدعوى شهر الإعسار	**55**
ثالثا: علانية حكم شهر الإعسار	**55**
الفرع الثالث: أحكام شهر الإعسار	**55**
أولا: بالنسبة للمدين	**55**
ثانيا: بالنسبة للدائنين	**56**
المطلب الثاني: الإفلاس آلية لاستيفاء حق الدائن وجزاء للمدين في المواد التجارية	**57**
الفرع الأول: مفهوم الإفلاس	**57**
أولا: تعريف الإفلاس	**58**
ثانيا: موقف المشرع الجزائري	**58**
ثالثا: شروط الإفلاس	**59**
رابعا: خصائص الإفلاس	**60**
الفرع الثاني: آثار الإفلاس	**62**
أولا: آثار الإفلاس بالنسبة للمدين الذي أشهر إفلاسه	**63**
ثانيا: آثار الإفلاس بالنسبة للدائنين	**64**
الفصل الثاني: المراكز القانونية الخاصة المقررة للدائن العادي كاستثناء على مبدأ المساواة	**69**

تمهيد الفصل الأول	**70**
المبحث الأول: الضمانات الخاصة المقررة للدائن العادي بموجب العلاقة العقدية	**72**
المطلب الأول: الفسخ كضمانة خاصة للدائن العادي في العلاقة العقدية	**72**
الفرع الأول: مفهوم الفسخ	**72**
أولا: تعريف الفسخ	**72**
ثانيا: شروط الفسخ	**73**
ثالثا: أنواع الفسخ	**74**
الفرع الثاني: آثار الفسخ	**76**
أولا: آثار الفسخ بالنسبة للمتعاقدين	**77**
ثانيا: آثار الفسخ بالنسبة للغير	**79**
المطلب الثاني: الدفع بعدم التنفيذ كآلية خاصة لضمان حق الدائن العادي في تنفيذ العقد	**80**
الفرع الأول: مفهوم الدفع بعدم التنفيذ	**81**
أولا: تعريف الدفع بعدم التنفيذ	**81**
ثانيا موقف المشرع: الجزائري	**81**
ثالثا: شروط الدفع بعدم التنفيذ	**81**
رابعا: تمييز الدفع بعدم التنفيذ عن المصطلحات المشابهة له	**83**
الفرع الثاني: أحكام الدفع بعدم التنفيذ	**85**
أولا: بالنسبة للمتعاقدين	**85**
ثانيا: بالنسبة للغير	**86**
المطلب الثالث: الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان	**87**
الفرع الأول: مفهوم الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان	**87**
أولا: تعريف الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان	**87**
ثانيا: شروط صحة شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان	**88**
ثالثا: مجال إعمال شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان	**89**
رابعا: الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان	**90**
الفرع الثاني: أحكام توظيف شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان	**91**
أولا: مدى فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان	**91**
ثانيا: آثار شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان	**93**

المبحث الثاني: الضمانات الخاصة المقررة للدائن العادي بموجب القانون بصفة مباشرة	**96**
المطلب الأول: الدعوى المباشرة ضمان خاص ومجالات محدودة	**96**
الفرع الأول: مفهوم الدعوى المباشرة	**96**
أولا: تعريف الدعوى المباشرة	**96**
ثانيا: خصائص الدعوى المباشرة	**97**
ثالثا: الطبيعة القانونية للدعوى المباشرة	**98**
رابعا: شروط الدعوى المباشرة	**98**
الفرع الثاني: الدعوى المباشرة والمصطلحات القانونية المشابهة لها	**99**
أولا: الدعوى المباشرة والاشتراط لمصلحة الغير	**100**
ثانيا: الدعوى المباشرة وحوالة الحق	**101**
ثالثا: الدعوى المباشرة وحق الامتياز	**101**
الفرع الثالث: الدعوى المباشرة: مفهوم متجدد	**102**
أولا: نظرية العدالة	**102**
ثانيا: نظرية المجموعة العقدية	**102**
ثالثا: تكييف نظرية المراكز القانونية الممتازة	**103**
الفرع الرابع: تقييد نطاق الدعوى المباشرة بموجب نصوص القانون	**103**
أولا: دعوى المؤجر ضد المستأجر من الباطن	**104**
ثانيا: دعوى المقاول الفرعي والعمال ضد رب العمل	**104**
ثالثا: دعوى المضرور ضد شركة التأمين	**105**
رابعا: دعوى الموكل ضد نائب الوكيل	**106**
خامسا: دعوى رب العمل ضد نائب الفضولي	**106**
الفرع الخامس: أحكام الدعوى المباشرة	**106**
أولا: بالنسبة للدائن	**106**
ثانيا: بالنسبة للمدين الأصلي	**107**
ثالثا: بالنسبة لمدين المدين	**107**
المطلب الثاني: الحق في الحبس كمركز متميز وخاص للدائن العادي	**108**
الفرع الأول: مفهوم الحق في الحبس وتطبيقاته	**108**
أولا: مفهوم الحق في الحبس	**108**

ثانيا: تطبيقات الحق في الحبس	**113**
الفرع الثاني: آثار الحق في الحبس وانقضائه	**114**
أولا: آثار الحق في الحبس	**114**
ثانيا: انقضاء الحق في الحبس	**117**
المبحث الثالث: الضمانات الخاصة المقررة للدائن العادي بموجب نصوص القانون بصفة غير مباشرة	**119**
المطلب الأول: حوالة الدين	**119**
الفرع الأول: مفهوم حوالة الدين	**119**
أولا: تعريف حوالة الدين	**119**
ثانيا: شروط حوالة الدين	**120**
لفرع الثاني: آثار حوالة الدين	**120**
أولا: آثار حوالة الدين بالنسبة للدائن	**120**
ثانيا: آثار حوالة الدين بالنسبة للمحال عليه	**121**
ثالثا: آثار حوالة الدين بالنسبة للمدين الأصلي بالالتزام	**121**
المطلب الثاني: المقاصة	**122**
الفرع الأول: مفهوم المقاصة	**122**
أولا: تعريف المقاصة	**122**
ثانيا: شروط المقاصة	**123**
ثالثا: أنواع المقاصة	**124**
الفرع الثاني: أحكام المقاصة	**126**
أولا: آثار المقاصة بالنسبة للطرفين أصحاب العلاقة	**126**
ثانيا: آثار المقاصة بالنسبة للغير	**126**
خلاصة الباب الأول	**127**
الباب الثاني: الآليات القانونية للمحافظة على حق الدائن الممتاز	
تمهيد الباب الثاني	**129**
الفصل الأول: دور الضمانات الشخصية كآلية قانونية للمحافظة على حق الدائن.	**131**
تمهيد الفصل الأول	**131**
المبحث الأول: مفهوم الضمانات الشخصية " الكفالة " كآلية للمحافظة على حق الدائن	**133**

المطلب الأول: المقصود بالكفالة	**133**
الفرع الأول: التعريف الفقهي للكفالة	**133**
الفرع الثاني: التعريف التشريعي للكفالة	**133**
أولا: التشريع المصري	**133**
ثانيا: التشريع الجزائري	**134**
لمطلب الثاني: انعقاد عقد الكفالة	**135**
الفرع الأول: أركان عقد الكفالة	**135**
أولا: التراضي والأهلية	**135**
ثانيا: المحل	**136**
ثالثا: السبب	**136**
الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الكفيل	**137**
أولا: أن يكون الكفيل أهلا لإبرام عقد الكفالة	**137**
ثانيا: يجب أن يكون الكفيل موسرا	**137**
ثالثا: يجب أن يكون الكفيل مقيما بالجزائر	**138**
المطلب الثالث: خصائص وأنواع عقد الكفالة	**138**
الفرع الأول: خصائص عقد الكفالة	**138**
أولا: الكفالة ضمان شخصي	**138**
ثانيا: الكفالة عقد رضائي	**139**
ثالثا: الكفالة عقد ملزم لجانب واحد هو الكفيل	**139**
رابعا: الكفالة عقد تبرعي	**140**
خامسا: الكفالة عقد تبعي	**140**
الفرع الثاني: أنواع الكفالة	**141**
أولا: أنواع الكفالة بحسب مصدرها	**141**
ثانيا: أنواع الكفالة بحسب طبيعتها	**142**
ثالثا: أنواع الكفالة بحسب محلها	**143**
المطلب الرابع: تمييز الكفالة عما يشابهها من نظم قانونية	**143**
الفرع الأول: تمييز الكفالة عن عقد التأمين	**143**
الفرع الثاني: تمييز الكفالة عن الإنابة	**144**

أولا: الإنابة الكاملة	**144**
ثانيا: الإنابة الناقصة	**144**
الفرع الثالث: تمييز الكفالة عن التضامن	**145**
الفرع الرابع: تمييز الكفالة عن التعهد عن الغير	**145**
الفرع الخامس: تمييز الكفالة عن الحوالة	**146**
أولا: تمييز الكفالة عن حوالة الحق	**146**
ثانيا: تمييز الكفالة عن حوالة الدين	**147**
المبحث الثاني: الآثار المترتبة على الضمانات الشخصية "الكفالة" كآلية المحافظة على حق الدائن	**148**
الفرع الأول: العلاقة بين الدائن والكفيل	**148**
أولا: مطالبة الدائن الكفيل بالوفاء بالدين	**148**
ثانيا: الدفوع التي يتمسك بها الكفيل في مواجهة الدائن	**151**
1–الدفوع الناشئة عن الدين الأصلي	**151**
2–الدفع بالتجريد	**152**
3–الدفع بالتقسيم	**155**
الفرع الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين	**159**
أولا: رجوع الكفيل على المدين بدعوى الكفالة " الدعوى الشخصية"	**159**
1–شروط الدعوى الشخصية	**160**
2–مضمون الدعوى الشخصية	**161**
ثانيا: رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول	**161**
الفرع الثالث: العلاقة بين الكفيل وغيره من الكفلاء	**163**
أولا: الحالة التي يتعدد فيها الكفلاء دون تضامن	**163**
ثانيا: الحالة التي يتعدد فيها الكفلاء مع تضامنهم	**163**
المبحث الثالث: الصور المستحدثة للضمانات الشخصية " الكفالة "	**164**
المطلب الأول: الكفالة المصرفية	**164**
الفرع الأول: المقصود بالكفالة المصرفية	**164**
الفرع الثاني: أهمية الكفالة المصرفية وتمييزها عن بعض النظم القانونية المشابهة لها	**164**
أولا: أهمية الكفالة المصرفية	**165**

ثانيا: تمييز الكفالة المصرفية عما يشابهها من أنظمة قانونية	**165**
الفرع الرابع: خصائص الكفالة المصرفية وشروط انعقادها	**167**
أولا: خصائص الكفالة المصرفية	**167**
ثانيا–شروط انعقاد الكفالة المصرفية	**168**
1–الشروط الموضوعية العامة لانعقاد الكفالة المصرفية	**169**
2–الشروط الخاصة لانعقاد الكفالة المصرفية	**169**
الفرع الخامس: أنواع الكفالة المصرفية	**170**
أولا: الكفالة الإدارية في مجال الصفقات العمومية	**171**
ثانيا: الكفالة الجمركية	**172**
أولا: أثار الكفالة المصرفية	**173**
1–العلاقة بين الكفيل والدائن	**173**
2–العلاقة بين البنك الكفيل والمدين	**173**
ثانيا: مزايا وعيوب الكفالة المصرفية	**173**
المطلب الثاني: خطاب الضمان	**175**
الفرع الأول: مفهوم خطاب الضمان	**175**
أولا: المقصود خطاب الضمان	**175**
ثانيا: خصائص خطاب الضمان	**176**
ثانيا: صور خطاب الضمان	**178**
الفرع الثاني: أحكام خطاب الضمان	**179**
أولا: الأهمية العملية لخطاب الضمان	**179**
ثانيا: آثار خطاب الضمان	**181**
1–العلاقة بين العميل والمستفيد	**181**
2–العلاقة بين العميل والبنك	**181**
3–العلاقة بين البنك والمستفيد	**182**
الفصل الثاني: التأمينات العينية كآلية للمحافظة على حق الدائن	**183**
تمهيد الفصل الثاني	**184**
المبحث الأول: فعالية التأمينات العينية الواردة على العقار في استيفاء حق الدائن	**185**
المطلب الأول: الرهن الرسمي كآلية للمحافظة على حق الدائن	**185**

الفرع الأول: مفهوم الرهن الرسمي	**185**
أولا: تعريف الرهن الرسمي	**185**
ثانيا: خصائص الرهن الرسمي	**186**
ثالثا: مصادر الرهن الرسمي	**187**
رابعا: شروط إنشاء الرهن الرسمي	**189**
1–الشروط الشكلية للرهن الرسمي	**189**
2–الشروط الموضوعي للرهن الرسمي	**190**
الفرع الثاني: قيد الرهن الرسمي	**191**
أولا: تعريف القيد	**192**
ثانيا: الإجراءات المتبعة من أجل قيد عقد الرهن الرسمي	**192**
ثالثا: البيانات التي يتضمنها القيد	**193**
الفرع الثالث: تمييز الرهن الرسمي عن المصطلحات المشابهة له	**193**
أولا: تمييز الرهن الرسمي عن الرهن الحيازي	**193**
ثانيا: تمييز الرهن الرسمي عن حق التخصيص	**194**
ثالثا: تمييز الرهن الرسمي عن حقوق الامتياز	**194**
الفرع الرابع: أحكام الرهن الرسمي	**195**
أولا: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمتعاقدين	**195**
1–بالنسبة للدائن المرتهن	**195**
2–بالنسبة للمدين الراهن	**197**
3–بالنسبة للغير	**198**
3–المقصود بالغير	**198**
ب–حق التقدم	**198**
ج–حق التتبع	**199**
د–التطهير	**200**
هـ–التخلية	**200**
الفرع الخامس: مزايا وعيوب الرهن الرسمي	**201**
أولا: مزايا الرهن الرسمي	**201**
ثانيا: عيوب الرهن الرسمي	**202**

المطلب الثاني: حق التخصيص	**204**
الفرع الأول: مفهوم حق التخصيص	**204**
أولا: تعريف حق التخصيص	**204**
ثانيا: شروط حق التخصيص	**205**
الفرع الثاني: إنشاء حق التخصيص	**206**
أولا: تقديم طلب حق التخصيص من طرف الدائن المرتهن	**206**
ثانيا: سلطة رئيس المحكمة في تقدير هذا الطلب	**206**
ثالثا: التظلم من قرار رئيس المحكمة والقاضي برفض التخصيص	**207**
الفرع الثالث: أحكام حق التخصيص	**207**
أولا: آثار حق التخصيص	**207**
1-بالنسبة للدائن	**207**
2-بالنسبة للمدين	**208**
3-بالنسبة للغير	**208**
ثانيا: إنقاص حق التخصيص	**209**
ثالثا: انقضاء حق التخصيص	**209**
المبحث الثاني: **استيفاء حق الدائن في ظل التأمينات العينية الواردة على المنقول**	**212**
المطلب الأول: مفهوم الرهن الحيازي	**212**
الفرع الأول: تعريف الرهن الحيازي وبيان خصائصه	**212**
أولا: تعريف الرهن الحيازي	**212**
ثانيا: خصائص الرهن الحيازي	**213**
الفرع الثاني: أنواع الرهن الحيازي	**215**
أولا: الرهن الحيازي العقاري	**215**
ثانيا: الرهن الحيازي الوارد على المنقول	**216**
المطلب الثاني: شروط إنشاء الرهن الحيازي وأحكامه	**216**
الفرع الأول: شروط إنشاء الرهن الحيازي	**216**
أولا: الشروط المتعلقة بانعقاد العقد	**216**
ثانيا: الشروط المتعلقة بنفاذ الرهن	**218**
الفرع الثاني: أحكام الرهن الحيازي	**220**

أولا: بالنسبة للراهن	**220**
ثانيا: بالنسبة الدائن المرتهن	**223**
ثالثا: بالنسبة للغير	**225**
1-حق الحبس	**225**
2-حق التقدم	**225**
3-حق التتبع	**226**
المبحث الثالث: حقوق الامتياز ضمانات خاصة بموجب القانون	**228**
المطلب الأول: مفهوم حقوق الامتياز	**228**
الفرع الأول: المقصود بالحقوق الممتازة	**228**
أولا: تعريف حقوق الامتياز	**228**
ثانيا: خصائص حقوق الامتياز	**229**
الفرع الثاني: أنواع حقوق الامتياز	**230**
أولا: حقوق الامتياز العامة الواردة على المنقول والعقار	**230**
ثانيا: حقوق الامتياز الخاصة لواردة على العقار	**231**
المطلب الثاني: أحكام حقوق الامتياز	**232**
الفرع الأول: الشهر وتحديد المرتبة	**232**
أولا: الشهر	**232**
ثانيا: تحديد مرتبة الامتياز	**232**
ثالثا: حق التقدم	**233**
رابعا: حق التتبع	**234**
خلاصة الباب الثاني	**236**
خاتمة	**237**
قائمة المصادر المراجع	**241**
الفهرس	**258**
الملخص	**271**

ملخص

إن تنظيم المشرع الجزائري لأحكام النظرية العامة للالتزام من خلال قواعد القانون المدني و القوانين الموضوعية الخاصة المتفرعة عنه يهدف إلى تنظيم الالتزامات القانونية التي تنشأ بين الأشخاص بهدف تنظيم تصرفاتهم وفقا للقانون، وكذلك أيضا تنظيم الآثار المترتبة عن هذه الالتزامات، والهدف من ذلك توفير الحماية القانونية اللازمة لأطراف الالتزام من أجل استقرار المعاملات، حيث أن المشرع الجزائري وفر هذه الحماية لطرفي الالتزام وهما الدائن والمدين على غرار باقي التشريعات، و في موضوعنا هذا ستقتصر دراستنا على الآليات الموضوعية للمحافظة على حق الدائن وفقا لأحكام التشريع الجزائري من خلال التطرق إلى الآليات القانونية للمحافظة على حق الدائن العادي في الضمان العام للمدين في ظل مبدأ المساواة بين جميع الدائنين مثل الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصة والصورية .

إلا أن هذه الآليات لم تعد كفيلة وحدها للمحافظة على حق الدائن العادي أمام المخاطر التي تهدد الضمان العام للمدين، حيث أقر المشرع آليات أخرى تمنح للدائن العادي مركزا خاصا يميزه عن باقي الدائنين الآخرين في المحافظة على حقه كاستثناء على مبدأ المساواة مثل الدعوى المباشرة ، كما أقر المشرع أيضا آليات قانونية تجعل الدائن في مركز ممتاز من خلال منحه ضمانا خاصا سواء كان شخصيا أو تأمينا عينيا، بحيث يمكن هذا الضمان الخاص الدائن من استيفاء حقه بالأولوية عن جميع الدائنين العاديين والدائنين الممتازين التاليين له في المرتبة.

الكلمات المفتاحية: الضمان العام، الدائن العادي، مبدأ المساواة، المراكز الخاصة، الضمان الخاص، الدائن الممتاز.

Abstract

The Algerian legislator's regulation of the provisions of the general theory of obligation through the rules of civil law and the special substantive laws branching from it aims to regulate the legal obligations that arise between people with the aim of regulating their actions in accordance with the law, as well as also regulating the effects resulting from these obligations, and the aim of this is to provide the necessary legal protection. To the parties to the obligation in order to stabilize transactions, as the Algerian legislator provided this protection for the two parties to the obligation, namely the creditor and the debtor, similar to the rest of the legislation. In this topic, our study will be limited to the objective mechanisms for preserving the creditor's right in accordance with the provisions of Algerian legislation by addressing the legal mechanisms for preserving the right. The ordinary creditor in the general security of the debtor under the principle of equality between all creditors, such as the indirect lawsuit and the legal and fictitious lawsuit.

However, these mechanisms alone are no longer sufficient to preserve the right of the ordinary creditor in the face of risks that threaten the debtor's general security, as the legislator has approved other mechanisms that grant the ordinary creditor a special status that distinguishes him from the rest of the other creditors in preserving his right as an exception to the principle of equality, such as a direct lawsuit, as it approved The legislator also has legal mechanisms that place the creditor in an excellent position by granting him a special guarantee, whether personal or in-kind, so that this special guarantee enables the creditor to fulfill his right of priority over all ordinary creditors and preferred creditors next to him in rank.

Keywords: General guarantee, ordinary creditor, principle of equality, special positions, special guarantee, preferred creditor.