

التفاضل بين وسائل الضمان
 سليمان بن الشريف
 كلية الحقوق والعلوم السياسية
 جامعة باجي مختار - عنابة

ملخص

أوجد المشرع الجزائري للدائنين ضمانات مختلفة ومتنوعة يمكن طلبها عند منح الائتمان للمدين، ولكن الواقع العملي ونتيجة التغيرات الحاصلة فيه على مختلف الأصعدة كشف عن أنواع أخرى من الضمانات يمكن تقديمها للحصول على الائتمان تجسد في جوهرها فكرة "سلطان الإرادة". هذه الضمانات وجدت لدعم الأمن التعاقدي ولتعزز إحداها الأخرى. فأمام التأرجح بين حسن نية المدين عند الانعقاد وسوءها عند التنفيذ يتعين على الدائنين حصانة أنفسهم أو بالأحرى أموالهم من أخطار عدم السداد المحتملة. ففي ظل هذا الوضع المتغير يمكن البحث عن المعايير والأسس التي على أساسها يفاضل الدائن بين وسائل الضمان تلك لتحقيق الحماية حال المزاحمة و بلوغ الكفاية حالة عدم السداد.

الكلمات المفتاحية: الضمانات، التأمينات، الائتمان، الضمان العام.

Résumé

Le législateur algérien a instauré, au bénéfice du créancier, un ensemble de garanties, que le contrat générant la situation de crédit, peut exiger au débiteur, soutenant ainsi le principe de confiance dans les relations commerciales, et donnant aux parties (sur la base du principe de l'autonomie de la volonté) la faculté de créer d'autres formes de garanties. Celles-ci répondent à leurs besoins de consolider les autres garanties déjà instaurées par la loi, et de ce fait consolider la sécurité contractuelle. Le rôle de l'innovation en garanties, n'est pas seulement de compléter les insuffisances soulevées en cette matière, mais beaucoup plus de répondre au besoin de se mettre à l'encontre du risque d'insolvabilité souvent frauduleuse.

Mots clés : Les Garanties, assurances, Crédit, gage commun.

Abstract

The algerian legislator has adopted different guarantees for the creditors that are required when concluding contracts with debtors. These guarantees aim to consolidate the confidence principle in commercial relations and permit the parties to create other forms of guarantees being based on the autonomous willingness principle that respond to their needs to consolidate other legal existing guarantees, in order to strengthen the contractual security. The role of innovation in guarantees is not only to complete the insufficiencies in this domain but to treat the problem of insolvability often fraudulent as well.

Keywords : Safeguards, Insurances, Credit, commun safeguard .

مقدمة:

ما فتئت الإرادة التشريعية تستهدف الدائن بالحماية وتعزز من مركزه بوسائل ضمان متعددة ومتنوعة، حتى سارعت إرادة الأطراف المتعاقدة، ولفترات متعاقبة إلى استحداث وسائل ضمان كبداية للضمانات التقليدية، مبنية على فكرة "مبدأ سلطان الإرادة" وعلى أسباب واعتبارات عدة لا يدركون حقيقتها وأهدافها إلا هم. تلك الوسائل تجسد في جوهرها فكرة التأمينات، التي تعني في مفهومها القانوني العام "الضمانات أو الوسائل التي يتقي بها الشخص خطراً معيناً" وفي مفهومها القانوني الخاص تعني "ضمانات تنفيذ الالتزامات" أي الضمانات التي تؤمن الدائن من خطر عدم الوفاء بالدين وتتيح له فرصة استيفاء حقه إذا ما حل أجل الاستحقاق.

إذا فالعلاقة بين الدائن والمدين تقوم في الأساس على الثقة التي يضعها الدائن في مدينه، ولكن المدين قد لا يكون أهلاً لهذه الثقة، إما لسوء نيته أو نتيجة ظروف خارجة عن إرادته، لذلك وفي ظل هذه المتغيرات اقتضى الأمر البحث عن وسائل ضمان تعزز حق الدائن، فكانت التأمينات هي الوسيلة لتحقيق هذا الضمان. وهكذا يمكن تعريف التأمينات بأنها "ضمانات تنفيذ الالتزام".

والتأمينات بهذا المعنى مفيدة للدائن والمدين، لأنها بضمانها حق الدائن تعزز الثقة بالمدين وتشجع الدائنين على ائتمانه ومنحه ما يحتاج إليه من مال أو أجل. وهكذا يتضح أن الدائن يسعى إلى تعزيز مركزه وزيادة فرص الوفاء في تاريخ الاستحقاق من خلال الوسائل المعروضة عليه من المدين والتي عادة ما يفاضل بينها، وأن المدين يسعى من خلال ما يعرضه من ضمانات إلى

الحصول على الائتمان وتعزيز ثقة الدائن به، هذا ما دفعنا إلى طرح الإشكال التالي:

- ما هي الضمانات التي يكفلها النظام القانوني لتأمين حق الدائن؟ وما هي أوجه القصور فيها والتي أدت إلى ظهور الكثير من الضمانات الاتفاقية البديلة لتقوية الائتمان؟ وعلى أي أساس يفاضل الدائن بين وسائل الضمان تلك؟

للإجابة على هذه الإشكالية يمكن الرجوع إلى تلك التطورات التي كانت الدافع وراء دراسة هذا الموضوع لمعرفة دور وأهمية هذه الوسائل في تفعيل الائتمان الذي بدوره يؤدي إلى تنشيط الحياة الاقتصادية على مستوى الأفراد والجماعات، والإجابة على الإشكالية أعلاه لا تتحقق إلا بامتطاء المنهج التحليلي أساساً والمقارن أحياناً لأننا في جوانب عدة من الدراسة سنقف ونحلل النصوص القانونية والآراء حول وسائل الضمان من حيث فاعليتها وكفايتها في تحقيق الضمان للدائن، ومن حيث تحقيق الائتمان الذي يسعى المدين للحصول عليه من جهة ومن جهة أخرى سنعبر في رؤى عدة ونحاول أن نقارن بين كفاية وسائل الضمان في تحقيق تنفيذ الالتزام وجلب الائتمان وبين الخطر الذي يحيط بها والأسس التي يبني عليها الدائن قناعته ويقبل بوسيلة ضمان دون الأخرى، هذه المتفرقات في الدراسة أفضت بنا إلى تقسيم الموضوع على الخطة التالية:

المبحث الأول: اعتبارات تفضيل الضمانات التقليدية.

المبحث الثاني: اعتبارات تفضيل الضمانات المستحدثة.

المبحث الأول: اعتبارات تفضيل الضمانات التقليدية مما لاشك فيه أن احترام الالتزامات وتنفيذها أصبح الآن من الضرورات القصوى للحياة القانونية

الجبري ضده وهو ما تضمنته المادة 164 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم⁽⁵⁾.

وسعي الدائن نحو مدينه بقصد الحصول على التنفيذ العيني أو التنفيذ عن طريق التعويض تحكمه قاعدة أساسية هي "أن جميع أموال المدين الحاضرة منها والمستقبلية تضمن الوفاء بديونه، وأن الدائنين جميعاً متساوون في سعيهم نحو هذه الأموال" وهذه القاعدة تعرف بالضمان العام (المطلب الأول)، وما لم يثق الدائن بالاعتبار الشخصي للمدين أو في ضمانه العام يدخل في دائرة البحث عن ضماناً خاص (المطلب الثاني) لعله في النهاية يؤمن نفسه من أخطار عدم السداد المحتملة.

المطلب الأول: الضمان العام ووسائل حماية حق الدائن

بعد زوال نظام الإكراه البدني في قانون الإجراءات المدنية والإدارية - بانضمام الجزائر إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بتاريخ: 1989/05/16 - وانكماش نطاق تطبيقه حالة الإخلال بالتزامات تعاقدية لم يجد الدائن وسيلة للحصول على حقه إلا بالالتجاء إلى التنفيذ على أموال المدين، هذا التنفيذ بدأ في القانون الروماني في شكل الحجز العام على ذمة المدين والذي يوقع بواسطة البريتور بناء على طلب الدائن، وينتهي هذا الحجز ببيع بالمزاد العلني لكل أموال المدين⁽⁶⁾.

وفي تطور لاحق أصبح في الإمكان أن يتم بيع جزئي لأموال المدين ولكن مع بقاء نظام الحجز العام على كل أمواله، ويلاحظ أن هذا الحجز العام قد ارتبط بنظام جماعي لتصفية أموال المدين، فالحق في الحجز لا يجب أن يؤثر فيما للدائنين من حق في الضمان العام.

وبفعل هذا التطور أصبح الحق في الحجز الذي يملكه كل دائن، ما هو إلا ترجمة طبيعية لحق هذا

والاقتصادية، وأنه لمن السهل تصور مدى ما يلحق هذه الحياة من اضطراب إذا ما تخلف المدينون عن الوفاء بالتزاماتهم.

إن عدم تنفيذ الالتزامات يعد انقطاعاً للتوازن الاقتصادي المؤسس على الثقة المشروعة في المعاملات والتي في نهاية الأمر قد انخدعت، لأنه إذا كانت الالتزامات عبارة عن علاقة قانونية بين طرفين هما الدائن والمدين فإن عدم تنفيذها قد يمس الغير من قريب أو من بعيد لما لها من صدى اجتماعي واقتصادي⁽¹⁾، لذلك فإن القوانين الحديثة تقدم من الوسائل القانونية ما يضمن بفاعلية احترام وتنفيذ الالتزامات دون المساس بشخص المدين، وذلك لتحفظ التوازن في الحياة القانونية والاقتصادية ولتحميها من الاضطراب.

بالرجوع إلى التشريعات نجد أن المشرع الجزائري يعمل بحرص على تنفيذ الالتزامات بدقة وانتظام لما في ذلك من أهمية قصوى للائتمان، وفي هذا الصدد نص على أن المدين ملزم بما تعهد به⁽²⁾، وغاية الدائن هي أن يحصل على الأداء الذي التزم به المدين، ويكون ذلك بالتنفيذ العيني للالتزام⁽³⁾، وإذا تعذر تحقيق هذه الغاية فإن الدائن يلجأ إلى المطالبة بالتنفيذ بمقابل أي عن طريق المطالبة بالتعويض⁽⁴⁾.

والأصل أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه طائعاً مختاراً، وهو بذلك يستجيب إلى أحد عنصري الالتزام، وهو عنصر المديونية المتمثل في واجب ملقى على عاتقه يملئ عليه الأداء الاختياري، فإذا رفض المدين الأداء الاختياري يستطيع الدائن أن يجبره على هذا الأداء عن طريق تحريك العنصر الثاني وهو عنصر المسؤولية، ومعناه إجبار المدين على تنفيذ التزامه قهراً عن طريق اتخاذ إجراءات التنفيذ

دائنه. وعندما تحين لحظة التنفيذ واقتسام المال، فإنه بطبيعة الحال سينقص نصيب كل دائن، مما يترتب عليه أن يكون الضمان العام ليس وسيلة مؤكدة لتأمين الدائن، كما أنه لا يصلح أن يكون أساساً لائتمان المدين⁽¹¹⁾، وهذه تعتبر واحدة من مخاطر الضمان العام التي يولي لها الدائن اعتباراً كبيراً.

إذا لكل دائن الحق في أن يحجز على أموال المدين وأن يبادر قبل غيره إلى استيفاء حقه من هذه الأموال، فإذا لم يتمكن الدائنون الآخرون من اللحاق به ومزاحمته عند التوزيع فقد يستوفي حقه كاملاً دونهم، فالمساواة إذا بين الدائنين هي مساواة قانونية لا فعلية، والقانون يعتبر الدائنين متساوين جميعاً ولكن لا يمنع أحدهم من اتخاذ الإجراءات الفردية ليسبق بها الآخرون⁽¹²⁾. وبالتالي فالخطر الثاني الذي يتعرض له الدائنون والناجم من قاعدة الضمان العام هو فيما تمليه هذه القاعدة بوجوب المساواة بين الدائنين، إذ أن قسمة أموال المدين يجب أن تتم على أساس حصول كل دائن على نسبة معينة من مال المدين تعادل ماله من حق، فإذا لم تكف للوفاء بديونه فإن ذلك بطبيعة الحال يؤدي إلى عدم حصول كل دائن على كامل حقه من أموال المدين وفي هذه الحال يقتسمون ما في ذمته قسمة غراماً، فلا أفضلية في الضمان العام لدائن على غيره من الدائنين.

وكنتيجة لذلك لا تحقق قاعدة الضمان العام نظراً لما تثيره من مخاطر للدائن أمناً كافياً حيث يتمنى كل دائن الحصول من مدينه على كامل حقه⁽¹³⁾. مما يكون الضمان العام معه غير ذي اعتبار بالنسبة لكثير من الدائنين.

أكثر من ذلك كله يكمن الخطر الآخر في أنه قد يظفر بالغنم من يبادر إلى التنفيذ على أموال المدين قبل غيره حين يستشعر الحرج المالي الذي أحاط به

الدائن في الضمان العام، وحصول الدائن على تأمين يضمن وفاء الالتزام سوف يخفف بشكل مؤثر من مغالاة الدائن في استخدام هذه الحجز، والنتيجة أنه إذا زادت فرص الوفاء بالالتزام قيل أن الدين مضمون بشكل فعال، ووجود التأمين يعد عنصراً في القيمة الحقيقية للدين، بحيث يؤدي زوال أو انقراض هذا التأمين إلى التأثير في الدين ذاته، والمدين الذي يضعف ما قدمه من تأمين أو يتخلف عن تقديمه يعاقب بإسقاط الأجل وإيفاء الحق⁽⁷⁾.

في هذا المقام نجد أن جانباً كبيراً من الفقه⁽⁸⁾ قد استعان في تفسير فكرة الضمان العام بفكرة الذمة المالية، هذه الأخيرة التي تتكون من مجموع الحقوق والالتزامات المالية، فإن حقوق دائني المدين لا ترد عليها كمجموع، حيث تشتمل الذمة على الديون أيضاً، ولكنها ترد على الجانب الايجابي من هذه الذمة، وهذا ما يسمى بالحق في الضمان العام الذي يملكه دائنو المدين على هذا الجانب الايجابي⁽⁹⁾. وهذا الحق في الضمان العام هو الذي يفسر العلاقة بين الجانب الايجابي والجانب السلبي من ذمة المدين، ومن مجموع أمواله ومجموع ديونه، وبذلك يكون مجموع حقوق الشخص ضامناً لمجموع التزاماته⁽¹⁰⁾.

وإذا كانت المادة 188 من القانون المدني تقضي بأن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه...، فإن الحق في الضمان العام يكون لكل دائن يتساوى مع غيره من الدائنين في هذا الحق دون النظر لمقدار دينه، وبالتالي فإن أي دائن من الدائنين يتأثر من أي تغيير يطرأ على ذمة المدين، سواء كان التغيير في الجانب الايجابي بزيادة الحقوق، أو كان التغيير في الجانب السلبي بزيادة الديون، وبدلاً من أن يتصرف المدين في مال له يقوم بإبرام عقود جديدة تزيد فيها التزاماته، فتزداد ديونه ويكثر

غير أنه بالرغم من كل هذه الضمانات والوسائل التي يمنحها القانون للدائنين للمحافظة على حق الضمان العام⁽¹⁸⁾ إلا أنهم لا يزالون معرضين لأن يفقدوا بسبب إعسار المدين أو للاعتبارات أعلاه بعض حقوقهم قبله ولا بد لهم من ضمانات أخرى تجنبهم هذا الخطر أو تحد منه.

المطلب الثاني: الضمان الخاص ودوره في كفاية حق الدائن

إذا كانت القاعدة أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه إزاء دائنيه، وإذا كانت الأنظمة القانونية قد خولت هؤلاء الدائنين وسائل عدة لتقوية الضمان العام، إلا أن هذا الضمان وهذه الوسائل لا تكفي من الناحية الفعلية لحماية حق الدائنين من مخاطر الضمان العام، فضلاً عن أن في الالتجاء إليها عناء قد لا توازيه الفائدة منها. فقد لا يكون المدين متوانياً في استعمال حقوقه أو في المطالبة بها على نحو يخول للدائن استعمالها أو المطالبة بها بالدعوى غير المباشرة التي تخضع لشروط قد لا تتوافر باستمرار⁽¹⁹⁾، كما أنه قد لا ينجح الدائن في إثبات غش المدين أو في إقامة الدليل على الصورية فيخرج المال من ذمة المدين وبالتالي من ضمانه العام رغم التواطؤ على الإضرار به أحياناً، كما أن شهر الإعسار قصد به ضمان المساواة بين الدائنين ولكن لا يضمن لهم الوفاء بكامل حقهم، فضلاً عن ذلك حتى أن الدائن إذا نجح في رفع الدعوى غير المباشرة أو الدعوى الصورية أو دعوى عدم النفاذ التي تتطلب شروط قد يصعب تحقيقها⁽²⁰⁾، فهي من هذه الناحية تحقق للدائن حماية متأخرة وترمي إلى إنقاذ ما تبقى للمدين من أموال.

ولأجل كل ذلك فإنه حتى يطمئن الدائن إلى استيفاء حقه من مدينه ويمنحه ائتمانه فإنه يحسن به أن يحصل على ضمان خاص لحقه فيأمن إعسار

ويضيع حق دائن آخر لمجرد أنه تخلف لسبب أو لآخر عن المشاركة في التنفيذ على أموال المدين فتقسم هذه الأموال في هذا الفرض على الدائنين الذين شاركوا في التنفيذ فقط⁽¹⁴⁾ ما يظهر الأمر في حقيقته ويجعل هذا الضمان ضماناً وهمياً، ذلك أنه بين نشأة الحق واستحقاقه يمكن أن تتغير ذمة المدين، فالدائن له حق فقط على الأموال الموجودة في ذمة مدينه وقت التنفيذ، كما أن وسائل المحافظة على الضمان العام⁽¹⁵⁾ أثبتت الواقع العملي فعاليتها المحدودة رغم أن حق الضمان العام ينشأ بمجرد الالتزام ودون حاجة إلى إجراء شكلي والذي يولي له الدائن اهتمام عند منح الائتمان.

ويترتب على ذلك أن حق الضمان العام لا يتجسد في الواقع إلا إذا لجأ الدائن للتنفيذ الجبري على أموال مدينه، لأن هذا الحق ليس إلا تعبيراً عن عنصر المسؤولية الشخصية غير المحدودة التي تقع على عاتق المدين. ونتيجة للارتباط بين حق الضمان العام وحق الدائنية، فقد يبدو لأول وهلة أن حق الضمان ليس إلا جزء من حق الدائنية، ولذلك فإن التنفيذ الجبري الذي يركز عليه حق الضمان العام وكذلك التنفيذ الاختياري ليس إلا مرحلتين لنفس الشيء⁽¹⁶⁾.

إذا فحق الضمان العام لا يخول للدائن إلا الحصول من أموال مدينه على قيمة معادلة للفائدة التي كان يمثلها له تنفيذ الأداء الذي كان ينتظره، وبناء على ذلك يجب أن نفرق بين ما للدائن من حق في أداء معين وحقه في الرجوع على ذمة مدينه ليحصل على مقابل مالي لهذا الأداء، فحق الدائن في أداء معين يجب ألا يختلط بالوسيلة القانونية التي وضعت تحت تصرفه لإدراك هذا الحق وحمايته⁽¹⁷⁾.

المدين ويدراً عنه به غشه أو إهماله، إذ أن هذا الضمان يكون عادة كافياً للوفاء بحق الدائن في ميعاد الاستحقاق.

ويقصد بالضمان الخاص: تقوية فرص الدائن في استيفاء حقه تقوية لا تخولها له فكرة الضمان العام سواء كانت هذه التقوية من مال المدين أو من مال الغير، وسواء كان مصدرها الاتفاق أو نص القانون⁽²¹⁾.

والضمان الخاص الذي تقرر للدائن، إنما يأتي زيادة عما له أصلاً من حق في الضمان العام المقرر له بالنسبة إلى جميع أموال مدينه، ولهذا فإن الدائن الذي تقرر له هذا الضمان لا يفقد حقه الأصلي في التنفيذ على أموال المدين الأخرى باعتبارها داخلة في الضمان العام المقرر له، شأنه في ذلك شأن باقي الدائنين، وكل ما هنالك أنه سوف يتعرض لمزاحمتهم⁽²²⁾ وأن تخصيص مال معين لضمان الوفاء بحق أحد الدائنين لا يسلب حقوق بقية الدائنين على هذا المال، بل يظل عنصراً من عناصر الضمان العام، وبالتالي يجوز لكل دائن أن ينفذ عليه، كل ما في الأمر أن الدائن المزود بتأمين عيني على هذا المال يستوفي حقه مقدماً على غيره وليس أمام الدائن العادي سوى أن يقنع بما تبقى له بعد ذلك⁽²³⁾.

فالضمان الخاص يشمل إذا ما يسمى: بالتأمينات الشخصية والتأمينات العينية، ويكون التأمين شخصياً بضم ذمة مالية أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي بحيث يصبح للدائن بدلاً من مدين واحد مدينان أو أكثر جميعهم مسؤولون عن الدين، إما في وقت واحد وإما على التعاقب، وبذلك يكون حق الدائن مضموناً، فإذا عجز المدين عن الوفاء رجع الدائن على غيره من المسؤولين الآخرين، وهكذا يكون الدائن أكثر اطمئناناً إلى استيفاء حقه،

لأن تعدد المسؤولين عن هذا الحق يخفف من المخاطر التي يتعرض لها الدائن إذا ما انحصرت المسؤولية بمدين واحد فقط.

ويكون التأمين عينياً، بتخصيص عين من أموال المدين أو الغير ضمان للوفاء بالالتزام، حيث يرتبط تأمين الدائن بمال معين أو بعدة أموال معينة، ويخول له هذا الارتباط أن يحصل على حقه من ثمن هذه الأموال مفضلاً على غيره من الدائنين لنفس المدين.

إن الحصول على تأمين عيني في الوقت الحاضر يستلزم غالباً بعض الشكليات الطويلة والمكلفة، كما أن التأمينات العينية تنقص من القدرة الائتمانية للمدين، بينما هذا الأخير في حاجة ماسة إلى الائتمان، في مقابل ذلك نجد أن التأمينات الشخصية سهلة ومرنة ويمكن الحصول عليها من الغير أو المؤسسات المالية مثلاً، وهذا أسهل إذا ما تعلق الأمر بمعاملات تجارية، حيث لا تزال تحتل المكان الأسمى ويرجع سر احتفاظ التأمينات الشخصية بأهميتها في القانون التجاري إلى السرعة وعدم التعقيد اللازمين في العمليات التجارية الشيء الذي توفره التأمينات الشخصية أكثر من العينية، فضلاً عن أن القانون التجاري يحيط الدائن بضمانات أوفى من القانون الذي يأخذه المدين المتوقف عن الدفع بالشدة وبتنظيمه للتنفيذ المشترك على أموال المدين المفلس فيضمن بذلك المساواة الفعلية بين الدائنين. وهذا في الإجمال سر تفضيلها وانتشارها في هذا المجال وقبولها من طرف الدائنين، ثم لسبب آخر نجد أن المؤسسات التجارية نادراً ما تكون مالكة لعقارات وذلك لأسباب محاسبية وضرائبية، هذه المؤسسات يمكن أن تعطي ضماناً على المحل التجاري أو بعض عناصر الاستغلال، والحقيقة أن مثل هذه الأموال ليس لها قيمة إلا

استيفائه لدينه هذا يكون مقدماً على غيره من الدائنين العاديين والدائنين أصحاب التأمينات التالين له في المرتبة.

وهكذا يبدو في نظر بعض الدائنين أن التأمينات العينية أفضل من التأمينات الشخصية، إذ أن الضمان في التأمينات الشخصية يكون في الغالب بتعدد المدينين، وقد يصاب جميع هؤلاء بالإعسار فيستحيل على الدائن الحصول على حقه كاملاً، أما في التأمينات العينية فحق الدائن مصون بالأموال المخصصة للوفاء به، وهذه الأموال تكون في الأصل كافية لسداد الدين، إلا إذا تلفت أو هبطت قيمتها الاقتصادية وهذا أمر قل أن يحدث وإن حدث فيكون نتيجة اضطراب يصيب المجتمع في شتى فروع نشاطه⁽²⁴⁾. وقديماً قيل "الأشياء توفر الثقة أكثر من الرجال"⁽²⁵⁾.

فالتأمين العيني إذا يحقق أمناً مزدوجاً للدائن، فهو يؤمنه ضد خطر إعسار المدين بما يوفره من حق في الأفضلية من جهة، كما يؤمنه ضد خطر تصرف المدين في أمواله بما يحققه من الحق في التمتع من جهة أخرى، أي حق على المال يسمح له بتجنب إخفائه قبل أن يصبح الدين مستحقاً وهذا الحق يسمح له بتتبع المال في أي يد يكون ليمارس عليه حقه في الأولوية على ثمن هذا المال، علماً أنه في الحقيقة أن حق الأولوية والتتبع لا تظهر جدواهما إلا إذا أمكن الاحتجاج بهما في مواجهة الغير وهذا أيضاً لا يتم إلا عن طريق إجراءات الشهر والعلانية.

ولذلك فالدائن قد لا يجد غضاضة في منح الائتمان للمدين إذا قدم الأخير تأميناً عينياً كافياً يكفل الوفاء بالحق، بينما يتردد كثيراً في منح ائتمانه إذا اعتمد المدين على محض الضمان العام.

بالاستغلال، فهي تعتمد على نشاط المدين نفسه مما يجعلها وسائل ضمان هشة.

لهذه الأسباب نجد أن الدائن يفضل الحصول على حقه في مواجهة شخص آخر غير المدين أي يفضل التأمين الشخصي عن التأمين العيني للأسباب السابقة أعلاه وهذا خاصة إذا ما تعلق الأمر بمعاملات تجارية، والتي تقتضي في بعض جوانبها السرعة والتبسيط.

لكن وما دام الأمر متعلق بالتفاضل بين وسائل الضمان المعروضة من طرف المدين وباعتبار التأمينات الشخصية إحدى هذه الوسائل، فالبعض من الدائنين يقبل بها لاعتبارات تتوافق ومصالحهم الشخصية في ذلك.

ومادام الأمر أيضاً متعلق بنشاط يمس بالذمة المالية فإن الأفراد في مثل هذه الظروف والأحوال يضعون الحدود الأبعد للنتائج المترتبة على ذلك. إلا أن البعض الآخر يتحفظ في قبولها والسبب بكل بساطة أنها قد لا توفر الضمان الكافي، وهذا راجع إلى أن المسؤولين عن الوفاء بحقهم قد يصابون بالإعسار جميعاً، فيتعذر عليهم الحصول على حقهم كاملاً رغم تعدد صور هذه التأمينات ما بين تضامن المدينين والمنصوص عليه في المادة 217 قانون مدني، والكفالة المادة 644 قانون مدني، هذه الأخيرة التي يقبل بها البعض من الدائنين إذا كانت صادرة عن مصرف أو عن شخص مشهود له بالاستقامة والثقة وملاءة ذمته المالية، أما البعض الآخر من الدائنين فإنه يذهب دونها إلى طلب التأمينات العينية، التي تقوم على تخصيص مال معين للوفاء بحق الدائن ويظل هذا المال مثقلاً بالتأمين حتى ولو انتقلت ملكيته إلى الغير، ذلك أن التأمين يولي صاحبه حق تتبع المال المنقل به في يد مالكة الجديد والتنفيذ عليه لاستيفاء دينه من ثمنه، وهو في

ويسرت عملية الاقتراض، سواء بالنسبة للمؤسسات أو الأفراد والذين عجزوا جزئياً أو كلياً عن تمويل احتياجاتهم الاستهلاكية أو الاستثمارية بأنفسهم.

وأمام عدم كفاية وسائل الضمان السابقة في منح الممولين الضمان والأمان الكافي، فقد لجأوا إلى وسائل مستحدثة للتمويل تمنحهم ضماناً أكثر وتبعدهم في ذات الوقت عن مخاطر الوسائل التقليدية.

وتتميز وسائل التمويل الائتماني الحديث بأنها ليست جديدة كلية عن الأنظمة القانونية التقليدية، وإنما تقوم على أحد هذه النظم المعروفة مثل الإيجار والبيع والتأمين بعد تطويعها بما يجعل لها دوراً ائتمانياً فيتضمن النظام إلى جانب صفته التقليدية، صفة ائتمانية تأمينية.

أضف إلى ذات الأسباب أن بعض التأمينات التقليدية مثل الرهن الحيازي، قد يؤدي إلى عرقلة تداول الأموال بل ويصعب توفيرها في الكثير من الأحيان مما كشف العمل عن ظهور وسائل أخرى للضمان تختلف في قوتها ومداهها بحسب حاجة الدائنين لها وقدرة المدينين على توفيرها.

ولعل من أهم تلك الصور الاتفاقية البديلة للصور التقليدية لحماية الائتمان، الملكية كوسيلة للضمان (المطلب الأول)، التأمين كوسيلة لتعزيز الضمان (المطلب الثاني)، الشرط المانع من التصرف كوسيلة للضمان (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الملكية كوسيلة للضمان

تعزيزاً لمركزهم، لجأ الدائنون إلى توظيف وسائل قانونية تقليدية خارج نطاق التأمينات وذلك حماية لأنفسهم من تصرفات المدين، فعادوا للملكية كضمان، خاصة ما تحققه لهم هذه الضمانة من حماية حالة إفسار أو إفلاس المدين.

وترتيباً على ما سبق أعلاه، أنه إذا كان المشرع قد أحاط الدائن العادي بنوع من الحماية بإقراره نظام الضمان العام، وإعطائه من الوسائل ما يكفل المحافظة عليه، إلا أنه مع ذلك لا يحقق للدائن الضمان الكافي لاستيفاء حقه، كما أنه غالباً ما يعجز الدائن عن الحصول على تأمين شخصي أو عيني ليسد هذا القصور، كل هذا أدى بالدائن إلى الالتجاء إلى الوسائل الاتفاقية لعله يحقق لنفسه نوعاً من الضمان.

المبحث الثاني: اعتبارات تفضيل الضمانات المستحدثة

في ظل روابط الالتزام، وخاصة المؤجلة منها نجد أن الدائنين، وفي ظل الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية القائمة على متغيرات لا يمكن التحكم فيها أو التنبؤ بها يضعون الكثير من وسائل الحيطة والحذر مما قد يصدر من الشخص المدين في هذه الروابط، ومما لم يفصح عنه عند إبرامها، لذا يلجأون وفي حالات جانبب الحصر إلى طلب ضمانات إضافية تعزيزاً لعناصر الثقة التي فقدت وكان يفترض وجودها.

وباتساع نطاق الائتمان وتزايد أهميته في العصر الحالي أدى بالمتعاقدين إلى الإقبال المتزايد على التأمينات واستحداث صور جديدة للضمان، فقد تطورت المعاملات التجارية والمصرفية والمشروعات المشتركة وعجزت التأمينات التقليدية عن مواجهة تلك الحاجة نظراً لما تنطوي عليه من وقت ونفقات.

هذه الضمانات المستحدثة ظهرت إلى الوجود اثر تعرض التأمينات العينية لعدة أزمات، كما أنها جاءت بالاتفاق بين الأطراف المتعاقدة لمواجهة الحاجة إلى ضمان أقوى لا يعرض صاحبه لذات المخاطر التي تواجه صاحب الضمان التقليدي. كما أنها في الوقت ذاته عززت من قدرت طالبي التمويل

في هذا المقام نجد أن التأمينات العينية قد مرت بمراحل ثلاث هي: التصرف الائتماني ثم الرهن الحيازي ثم الرهن الرسمي، وفي الوقت الحاضر يبدو أنها قد عادت إلى شكلها الابتدائي الملكية، فأصبحت الأخيرة توظف كوسيلة للضمان، وذلك إما بالاحتفاظ بها على سبيل الضمان أو نقلها لنفس الغرض والهدف.

أ- الصورة الأولى: الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان.

إن الصعوبات المرتبطة بالضمانات التقليدية أدت بالممارسات التبادلية بين الأفراد إلى إيجاد ضمانات أخرى، تتمثل أساساً في توظيف حق الملكية في مجال الضمان وذلك عن طريق شرط الاحتفاظ بالملكية.

فمن أجل الحصول على تمويل للمشاريع الإنتاجية بأقل كلفة ممكنة وتوفير الضمانات الأكيدة للبايعين، وتشجيع المشتريين على الاستثمار، لجأ الأشخاص إلى وسائل ضمان تسهل عملية تصريف الصناعات وتلاءم بنفس الوقت البائع والمشتري، فكان عقد البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية احد صورها.

إن استعمال حق الملكية كضمان كان موجودا في القانون الروماني، حيث أن الراهن كان ينقل ملكية أمواله إلى الدائن الذي يلتزم بإرجاعها، وكانت هذه الوسيلة معروفة باسم *fiducie* - إلا أن هذه التقنية لم تتجسد في القانون المدني القديم لأنها كانت لا تفيد بشي، لأن الرهن الرسمي و الحيازي كانا يشكلان في ذلك الوقت - 1804 - تأمينات فعالة وكافية للدائنين والمدنيين⁽²⁶⁾. ولكن بظهور أزمة التأمينات العينية والشخصية، فإن الممارسات أدت بالرجوع إلى استعمال حق الملكية كضمان، فأصبح البائع مثلاً يشترط الاحتفاظ بملكية المبيع

إلى أن يقوم المشتري بالوفاء بالثمن، وهو ما يعرف بالبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية، والذي نص عليه المشرع في المادة 363 قانون مدني، وعليه نلاحظ أن شرط الاحتفاظ بالملكية سببه تأجيل الوفاء بالثمن، أي أن آلية هذا الشرط تقتضي أن إتمام الوفاء بالثمن يستتبع نقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري، ويظهر هذا جلياً في تعاقدات البنك في مجال بيع السيارات بالتقسيط - سابقاً - حيث كان يحتفظ بملكية العين إلى أن يتم الوفاء بآخر قسط. ومنذ ذلك أصبح شرط الاحتفاظ بالملكية يشكل تعبيراً واضحاً عن الاتجاه نحو توظيف الملكية كوسيلة للضمان، بالإضافة إلى مفهومها الأساسي كحق عيني أصلي.

وشرط الاحتفاظ بالملكية عموماً⁽²⁷⁾: "هو عبارة عن بند أو شرط يرد في العقد بشكل صريح أو ضمني ينص على احتفاظ المالك -بائع الشيء - بملكته للمال على الرغم من تسليمه للمشتري الذي يصبح حائزاً له، حتى يقوم هذا الأخير وخلال مدة متفق عليها في العقد بالوفاء بكافة الأقساط". إن الهدف الذي يتوخاه الدائن من وراء إدراج هذا الشرط في العقد هو الحصول على أكبر قدر ممكن من الحماية وتتجلى مظاهر هذه الحماية والفاعلية من خلال إمكانية البائع بأن يطالب باسترداد الشيء المبيع باعتباره مالك له مما يجنبه مزاحمة باقي دائني المشتري له، هذا الأمر ممكن إلى حد بعيد، ولكن الإشكال الذي يثور وممكن أن يتفاجئ به البائع، هو أنه في حالة إفلاس المشتري فإن باقي الدائنين يأخذون بالوضع الظاهر، وهو أن المبيع يدخل في الضمان العام للمدين خاصة أن ما يؤيد هذا الموقف ويعززه هو حيازة المدين للشيء المبيع. في الحقيقة أن فعالية هذا الشرط تظهر بشكل جلي ضمن أحكام عقد الاعتماد الأيجاري⁽²⁸⁾ في

وغني عن البيان أن التأمينات القائمة على نقل الملكية على سبيل الضمان، ومنها "التصرف الائتماني" ظهرت إلى الوجود إثر تعرض التأمينات العينية لعدة أزمات فقدمت كآلية جديدة لمواجهة الحاجة إلى ضمان أقوى لا يعرض صاحبه لذات المخاطر التي تواجه صاحب التأمين العيني، وفي هذا الصدد كتب الأستاذ-ANCEL- عن التأمينات المثالية فقال "التأمين الجيد لا يجب أن يكون كذلك من جهة الدائن فحسب وإنما يتعين عليه أن يحقق ذات القبول لدى المدينين ولا يعرض مصالح الغير للخطر"⁽³¹⁾.

وبالرجوع للضمانات التي يمكن أن تقدمها فكرة التصرف الائتماني نجد أن-الفيدوسية- بالمقارنة للتأمينات الكلاسيكية تمتاز بالبساطة، وهي سمة متأتية من الطابع الإتفاقي أو التعاقدية الذي يغلب على التصرف الائتماني.

وفي هذه الحقيقة نجد أن التجاذب الذي يحصل بين الدائنين، هو على من يحوز أفضل تأمين يجعله في مصاف المركز المتميز، حينها يستطيع الانفلات وتجاوز قاعدة المساواة بين الدائنين، لتجيء بعد ذلك عملية الموازنة والمفاضلة بين تلك الضمانات⁽³²⁾ لنصل إلى من من الدائنين يكون له الحق في الأولوية حين المزاحمة، ومن هذه الناحية فإن التصرف الائتماني على سبيل الضمان يقول الأستاذ-HUBERT DE VAULPANE- "يحق كل يوم كسباً جديداً في مواجهة التأمينات العينية الكلاسيكية عند افتتاح الإجراءات الجماعية للتنفيذ.

ثم ما من شك في أن التصرف الائتماني على سبيل الضمان القائم على نقل الملكية عزز من قدرة طالبي التمويل ويسر عملية الإقراض، سواء كانت للمؤسسات أو للأفراد، حتى وإن كانت عملية نقل

مضمون المادة 22 من ذات القانون، وضمن أحكام البيع الأيجاري⁽²⁹⁾، ويتضح أن إحتفاظ المؤجر بملكية الأصل يشكل ضماناً فعالاً في مواجهة الإجراءات الجماعية المتخذة من طرف دائني المستأجر في إطار الإفلاس والتسوية القضائية، حيث أن العين المؤجرة لا تخضع لأية متابعة.

لكن وما تجدر الإشارة إليه أن تطبيق هذه القاعدة يبقى مقتصراً من حيث مجال التطبيق على عقد الاعتماد الأيجاري، مما يضع المشرع موضع المقصر نظير ما ذهب إليه نظيره الفرنسي في هذا المجال من تعميم هذه القاعدة حتى يجعل من هذا الشرط ضماناً فعالاً.

أن شرط الاحتفاظ بالملكية ورغم الحماية التي يوفرها باعتباره وسيلة ضمان، إلا أن ما يعيبه ويجعل الكثير من الدائنين وخاصة في ظل المعاملات المدنية لا يقبلون عليه، هو ضيق مجاله لكونه مقصوراً على عمليات التمويل العيني، كما انه محفوف بمخاطر انتقال المبيع إلى حائز حسن النية⁽³⁰⁾، ولذا فإن مجال انتشاره يبقى محدوداً ومقصوراً في الغالب الأعم على التجار المحترفين خاصة.

ب- الصورة الثانية: نقل الملكية على سبيل الضمان.

ظهر هذا النوع من التصرفات في القانون الروماني كأول صورة للتأمينات العينية جاءت لتلبية طلب المدين للدين وتعزز ائتمان الدائن لدينه، ومؤدى هذا الاتفاق هو قيام المدين بنقل ملكية الشيء إلى الدائن مع التزام الدائن بمقتضى الاتفاق الائتماني بإعادة نقله للمدين مرة أخرى عند وفائه بالدين المضمون.

ذلك أن الممارسات العملية كثيرا ما تكشف عن أن الدائن يشترط التأمين على الشيء المرهون كي يستطيع أن يستوفي حقه من مبلغ التأمين في حالة تعرض المال للخطر، ومن ثم فإن التأمين على المال الضامن للدائن كثيرا ما يكون وسيلة أو شرط للحصول على الائتمان.

وإذا كانت هذه الوسيلة تظهر أنها أكثر فاعلية من حيث الضمان إذ لا يوجد حجز عقاري ولا بيع بالمزاد العلني، وتتميز بالتسوية السريعة بفضل الدعوى المباشرة للدائن في مواجهة شركة التأمين ومن حيث المبدأ موسرة، لكن يعاب عليها أنها أكثر كلفة، بل أن هناك من يعتبر أن هذا الضمان يعتبر شكلا خاصا من الكفالة وبالتالي فإن مخاطر إعسار الكفيل تظل قائمة أي إفلاس شركة التأمين، والدليل على صحة هذا الرأي أن شركات التأمين العاملة في هذا المجال تقوم غالبا بفرض إعادة التأمين على عميلها وذلك خشية من وقوعها هي الأخرى في حالة إعسار أو إفلاس مما يبرر عجز هذا الضمان. في الحقيقة أن خلو المنظومة القانونية من نص قانوني خاص بالتأمين على الدين أو التأمين على القرض على المستوى الداخلي، يؤدي حتماً إلى عدم بلوغ الغاية المنشودة من هذا الضمان مما يبرز عجزه عن حماية ائتمان الدائن، وعليه نستنتج أن هذا الضمان غير قادر على تغطية العجز الذي يكتنف الضمانات السابقة، خاصة وأن ارتفاع تكلفته يخيف الزبائن (المدينين) من الإقبال عليه.

ولكن رغم فاعلية هذه الوسيلة إلا أنها تبقى مقبولة نسبياً من طرف بعض الدائنين وغير ذات أهمية بالنسبة للآخرين، وقد يقبلها بعض الدائنين ويشترطها إلى جانب وسائل الضمان الأخرى، كما هو الحال بالنسبة لتعاملات البنوك مما يقيم الأمر شك في فاعلية هذه الوسيلة ونسبيتها في القدرة على

المال إلى المتصرف إليه تمثل بعض الخطر بالنسبة للمدين الراهن، لكنها بالطبع تمثل افتقاد مؤقت للمال إلى غاية السداد، وخاصة لما نعلم خاصية التبعية التي تميز عملية التنازل، فهي غير مقصودة لذاتها وإنما تستهدف الضمان وتتبنى على التزام خاص يقع على عاتق المتصرف إليه تمثل بالرد، وإلا تعرض للمساءلة القانونية.

المطلب الثاني: التأمين كوسيلة لتعزيز الضمان

نظرا لعجز الضمان العام ووسائله عن حماية حق الدائن، كانت الحاجة ماسة إلى وسيلة أخرى تؤمن الدائن من خطر إعسار المدين وتحميه من غشه وإهماله.

في البداية وجدت هذه الوسيلة في نظم التأمينات العينية والشخصية، إلا أن الواقع أبرز عجز هذه الوسائل بدورها، ما دفع الأمر إلى البحث عن وسائل أنجع، من بين هذه الوسائل الحديثة نسبياً ما يسمى بالتأمين، حيث يقوم المدين بالتأمين على العين المثقلة بالتأمين العيني، وأن حق الدائن في هذه الصورة يتعلق بمبلغ التأمين

أو التعويض في حالة هلاك تلك العين، كما أن التأمين أيضا يقوي المال الذي يقدمه المدين للدائن كضمان لما يحصل عليه من ائتمان، فقد اتخذوا عقد التأمين وسيلة للتمويل الائتماني واخذ ذلك عدة صور منها التأمين على المال المبيع، والتأمين على المال المرهون، والتأمين على شخص المشتري، وتأمين الدين، ورهن وثيقة التأمين، وحق الدائن في هذه الصور يتعلق بمبلغ التأمين أو التعويض في حالة هلاك تلك العين، لذلك الكثير من الدائنين وخاصة التجار (الممولين) والمصارف يشترطونه إلى جانب وسائل الضمان الأخرى ويفضلونه في كثير من هذه الحالات.

تأمين الدائن ضد الإخطار المختلفة المشار إليها أعلاه، مما يجعل بقية الدائنين في بحث مستمر عن وسائل أخرى أكثر نجاعة، ولعل التشديد في قيام المدين بعمل أو الامتناع عنه ما يحقق هذا الغرض ويجعل الدائن أكثر حصانة مما يحتمل من مخاطر عدم السداد.

المطلب الثالث: الشرط المانع من التصرف كوسيلة للضمان

عادة ما يلزم الدائن مدينه بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل وذلك بهدف تعزيز الضمان أو تفادي التصرفات التي قد تزعزع المركز المالي للمدين، ولعل أبرز صور تلك الالتزامات والتي جاءت مسايرة لمقتضيات الائتمان التجاري تمثلت في أنه: قد يشترط المتصرف على المتصرف إليه عدم التصرف في الشيء مدة زمنية وذلك لهدف مشروع، كأن يشترط البائع عدم تصرف المشتري في المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن، حيث لا شك في مشروعية البائع الممثل في ضمان استيفاء الثمن وحث المشتري عن الوفاء به، ومن شأن ذلك ضمان فعالية حق البائع في طلب الفسخ واسترداد المبيع في حالة التخلف عن الوفاء بالثمن، وهذا ما يعرف بالشرط المانع من التصرف، وهو قيد اتفاقي يرد على حق الملكية، وأوردته اغلب التقنيات الحديثة، بالمقابل من ذلك فإن القانون المدني الجزائري أغفل التعرض لهذا الشرط متأثرا في ذلك بالقانون المدني الفرنسي القديم الذي ورد بدوره خاليا منه.

غير أن القضاء الفرنسي متأثرا بتطور الظروف ومستجيباً للحاجات العملية قد انتهى في النصف الثاني من القرن الماضي إلى قبول هذا الشرط بعد أن كان يرفضه، وأشترط لصحته أن يكون البائع مشروعاً ولمدة معقولة⁽³³⁾.

أما المشرع المصري فأمام استقرار القضاء على إجازة الشرط المانع من التصرف فلم يكن له سوى الاستجابة لهذا الاستقرار القضائي وتقنين ما جرى عليه القضاء، فنظم أحكام الشرط المانع من التصرف ضمن المادتين 823 - 824 على التوالي من القانون المدني المصري، إذ قضت المادة 823 "إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف في مال فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ومقصورا على مدة معقولة ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير"

أما المادة 824 من ذات القانون والتي حدد فيها المشرع المصري جزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف فقضت بأنه "إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً"⁽³⁴⁾.

يستخلص من هذه المواد انه لصحة هذا الشرط لابد من توافر شروط أهمها:

- أن يرد في عقد أو وصية.
- أن يكون الباعث على اشتراطه مشروعاً.
- أن تكون مدة المنع معقولة وليست أبدية.
- إن خلو التقنين المدني الجزائري من نصوص مماثلة لا يعني على حد تعبير الأستاذ علي سليمان حرمان المتعاقدين من إمكانية إدراج هذا الشرط والدليل على ذلك أن المرسوم الصادر بتاريخ 1976/04/13 المتعلق بتأسيس السجل العقاري⁽³⁵⁾ قد ذكر شرط عدم جواز التصرف في

الخاتمة:

ختاماً يمكن القول ان الضمانات تحتل مكانة مرموقة ضمن وسائل تحقيقها، ذلك أن لا أحد ينكر أن أهمية الضمان في العصر الحالي تزداد بالقدر الذي ازدادت فيه الحاجة الماسة للائتمان، فباعتبار هذا الأخير قائم على الثقة، فهذا يعني أن الدائن لا يمنح ائتمانه إلا للمدين الموثوق فيه، ولا شك أن هذه الثقة تتبع بشكل أساسي مما يقدمه للدائن من ضمانات تكفل له الوفاء بحقوقه.

إن فكرة الضمانات فكرة متطورة، هذا التطور أدى إلى تنوع كبير في الوسائل والأدوات المستعملة في سبيل تحقيق الوظيفة الاقتصادية المبتغاة من وراء الضمان، وقد أدت التطورات الحديثة إلى أن الدائنين أصبحوا في بحث مستمر على المزيد من الضمانات، بل أن البعض منهم يشترط عدة وسائل ضمان بمناسبة عملية ائتمانية واحدة. وأمام هذه المتغيرات نجد أن التأمينات تلعب دوراً كبيراً في ضمان حق الدائن حيث تضعه في مركز متميز عن غيره من الدائنين، إلا أنه ليس من السهل الحصول في كل مرة على تلك التأمينات ما دام الأمر كشف عن عدم كفاية وجدوى الاعتبار الشخصي ونقصد بالأخير عدم الثقة الكافية في الأشخاص أو بالأحرى شخص المدين وانعدام العنصر الأخلاقي نتيجة تأرجح- في الغالب- مبدأ حسن النية عند نشوء الالتزام إلى سوء النية عند تنفيذه، وأمام هذا المتغير تتوارى كلمة إئتمان عن معنى الثقة في حسن نية الشخص الذي يلتزم نحوك، إزاء هذا الأمر، رغم ما يتمتع به من مركز اجتماعي أو نظر البعض من الأشخاص له على أنه ذي ملاءة وأمانة، واعتبار. حيث يصعب على المدين غالباً وفي ظل هذه الظروف تقديم الكافي من الضمانات، سواء لعدم توافرها

المادة 87 منه، وعليه فلا مانع من إدراج هذا الشرط.

إن هذا الشرط يمكن أن يلعب دوراً هاماً في حفظ وضمان حق البائع في الثمن في البيع الائتماني نظراً لأن يد المشتري تظل مغולה عن التصرف في العين حتى يتم الوفاء بكل الثمن، أي أن المشتري يفقد مؤقتاً أهم عنصر من عناصر حق الملكية وهو حق التصرف، ويؤدي ذلك إلى حث المشتري على الوفاء بالثمن كي يتمكن من ممارسة مكناات حق الملكية كاملة.

هذا وأن هذا الشرط لا يمنع وجوده في العقد المتعاقد من طلب فسخ هذا العقد استناداً إلى الأحكام العامة المقررة للفسخ في العقود الملزمة للجانبين، ومع ذلك يعاب عليه أنه لا يقدم ضمانات عينية أو شخصية مباشرة للبائع تضمن له استيفاء حقه في الثمن فهو يظل مهدداً بمخاطر إفسار المشتري ومزاحمة باقي الدائنين في حالة التنفيذ على أمواله بصفة عامة وعلى ثمن المبيع بصفة خاصة إلا إذا تمسك بحق امتياز كبايع على هذا الثمن مما يبرز ضعف هذا الضمان.

عملياً وإثباتاً لضعف هذا الضمان ما جاء في مذكرة صادرة عن مديرية أملاك الدولة لولاية المدية⁽³⁶⁾، حيث جاء من طرف مديرها أن هذا الشرط والمتمثل في المنع من التصرف لا يستند إلى أي نص قانوني أو مندرج ضمن إطار تنظيمي معين.

إن القرار المشار إليه أعلاه يفرغ الشرط المانع من التصرف من كل قيمة قانونية الأمر الذي يؤدي إلى القول بحرمان الدائن من استعمال هذا الأسلوب لتدعيم ضمانه وحماية ائتمانه.

أو لارتفاع تكلفتها، مما يشكل في الأخير عبأ مالياً على المدين الذي يكون غالباً في حاجة ماسة إلى الائتمان.

أضيف إلى ذلك ما تنطوي عليه الضمانات من بعض المخاطر والعيوب، فالتأمينات العينية مثلاً قد تسبقها حقوق أخرى كحقوق الامتياز العامة والرهن وحقوق الامتياز الخاصة الأسبق في القيد، علاوة على ذلك فإن تحقيق التأمينات لوظيفتها-الحجز والبيع بالمزاد العلني-يكون غالباً بطئ وباهض التكاليف...في مقابل ذلك ورغم ما للتأمينات من مزايا بالنسبة للدائنين أثناء منح الائتمان ولهم الخيار في المفاضلة بينها، فإنهم يبدون أقل انشغالا بالمطالبة بالوفاء بحقوقهم في الأجل المحدد ويتركون الديون تتراكم، مما يؤدي إلى أن دائنين آخرون-العاديين-يدفعون ثمن ذلك.

في هذا المضمار ورغم ما يحف الأمر من مخاطر فإن على الدائن والمدين أن يأخذوا في الحسبان انه رغم وسائل الضمان التي يعرضها المدين سواء بطلب من الدائن أو إغراء منه للدائن للحصول على الائتمان، فإن قيمة هذا الطلب وذلك العرض تكمن فيما يتمتع به الطرفان من قوة الضمير الخلقي(الاعتبار الشخصي) في شان تنفيذ التزاماتهم التعاقدية والحرص على تحقيق مصالحهم

الهوامش

- 1 - نبيل إبراهيم سعد: "التأمينات العينية والشخصية". دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية 2007 ص 8 - 9 .
- 2 - المادة 160 من الأمر رقم 58/75 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- 3 - علي علي سليمان: "النظرية العامة للالتزام". مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1990 ص 09 .
- 4 - خطاب زينب: "التنفيذ العيني في القانون الجزائري". رسالة ماجستير، بن عكنون الجزائر 2000/2001 ص 16.
- 5 - المادة 164 من الامر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- 6 - رمضان أبو السعود: "التأمينات الشخصية والعينية". منشأة المعارف، الاسكندرية 1995 ص 10 .

المتبادلة، أضيف إلى ذلك ورغم سيطرة الفكر الرأسمالي لدى الكثير من الأشخاص في العصر الحالي فانه وحتى تكون وسيلة الضمان مثالية مهما كان نوعها، تقليدية أو مستحدثة فانه يجب أن تراعى الاعتبارات التالية:

- بسيطة في إنشائها وقليلة التكاليف حتى لا تكون سبب في رفع تكلفة الائتمان أو سبب في عدم منحه.

- ملائمة للدين الذي تضمنه ومتناسبة معه، حتى يتجنب إساءة استعمال التامين.

- فعالة في تحقيق الضمان حال اللجوء إليها واستعمالها، بمعنى أن يعطى للدائن الأمان في استيفاء حقه في تاريخ الاستحقاق إذا لم ينفذ المدين التزامه.

- تنفيذ بسيط، إي خالية من تعقيد الإجراءات وطولها، وذلك لتجنب البطء والنفقات غير المفيدة.

ومتى توافرت هذه الاعتبارات في الضمانات التي تم عرضها وتقديهما من طرف المدين فإن للدائن في هذه الاحوال حرية التفاضل بينها.

- 7 - المادة 211 ق م "يسقط حق المدين في الأجل:....إذا أنقص بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص..."
- 8 - حسن كيره: "المدخل إلى القانون". منشأة المعارف، الاسكندرية 1971 ص 510 .
- أنظر: عوض أحمد الزعبي: "المدخل إلى علم القانون". الطبعة الثالثة، دار وائل للنشر 2007 ص 394 .
- أنظر: عبد القادر الفار: "المدخل لدراسة العلوم القانونية". الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الاردن 1994 ص 185-186.
- 9 - مصطفى أحمد عمران الدراجي: "الحقوق المتعلقة بالذمة المالية". ط 1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2008 ص 197 .
- 10 - حسن كيره: "المرجع السابق". ص 510 .
- 11 - رمضان أبو السعود: "المرجع السابق": ص 15 .
- 12 - شمس الدين الوكيل: "نظرية التأمينات في القانون المدني الجديد". ج 1، دار المعارف، الاسكندرية 1956 ص 18 .
- 13 - توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال: "مصادر وأحكام الالتزام". دراسة مقارنة، ط 1 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2008 ص 691 .
- 14 - حسين عبد اللطيف حمدان: "التأمينات العينية". منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2007 ص 31.
- 15 - نبيل إبراهيم سعد، همام محمد محمود: "المبادئ الأساسية في القانون". دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، ص 507 - 509 .
- 16 - نبيل إبراهيم سعد: "التأمينات العينية والشخصية". المرجع السابق، ص 23 .
- 17 - أنظر أيضا: نبيل إبراهيم سعد: "التأمينات العينية والشخصية". المرجع السابق، ص 24.
- 18 - عامر محمود الكسواني: "أحكام الالتزام". دراسة مقارنة، ط 1 دار الثقافة، عمان 2008 ص 149 .
- 19 - يشترط لرفع الدعوى غير المباشرة:
- أن تكون الحقوق التي أهمل المدين المطالبة بها أو استعمالها مما يجوز الحجز عليها
- وأن لا تكون تلك الحقوق متصلة بشخص المدين.
- 20 - يشترط لرفع دعوى عدم النفاذ:
- أن يكون دين الدائن مستحق الأداء. - أن يكون المدين قد أجرى هذا العقد إضرارا بالدائنين.
- أن يكون العقد هو السبب في عجز المدين. - أن يكون من تلقى المال من المدين قد تواطأ مع المدين.
- 21 - السيد عيد نايل: "أحكام الضمان العيني والشخصي". مطبعة جامعة الملك سعود 1993 ص 09 .
- 22- ABDALLAH (Fathi Abdel Rahim) :L'exécution in species (en nature) du contrat en droit comparé, revue « Al- qanoun waliqtisad » droit économie pratique, N°1 ,An 43,IMP, université du Caire,1973 p55 .
- 23 - عبد الفتاح عبد الباقي: "أحكام القانون المدني المصري". التأمينات الشخصية والعينية. ط 2، دار النشر للجامعات المصرية 1954 ص 18 .
- 24 - شمس الدين الوكيل: المرجع السابق. ص 41 .
- 25 - يقول LOYSEL وهو من كبار شراح القانون المدني الفرنسي القديم: "أن الضامن يراوغ بينما المال المحمل بالضمان يدفع". انظر عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق ص 17 .
- 26- Dominique LEGEAI « sûretés et garanties du crédit », Librairie générale de Droit et de jurisprudence, Paris 2006, p122.
- 27 - حمد الله محمد حمد الله: "حماية بائع المنقولات المادية من خلال شرط الاحتفاظ بالملكية". دار النهضة العربية، القاهرة 1996 ص 13 .

- وأنظر أيضا. محمد حسين منصور: "شرط الاحتفاظ بالملكية". الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية 2006 ص 13 و 24 .
- 28 - الأمر رقم 09/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996 المتضمن الاعتماد الأيجاري. الجريدة الرسمية العدد 03 المؤرخة 11 يناير 1996 .
- وفيما يتعلق بالوضع الظاهر-أنظر:فتيحة قره:"النظرية القضائية المستحدثة للأوضاع الظاهرة". منشأة المعارف الاسكندرية 1988 ص 60.
- وأنظر أيضا: محمد سعيد عبد الرحمن:"نظرية الوضع الظاهر في قانون المرافعات". الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2008 ص 156
- 29 - المرسوم التنفيذي رقم 35/97 المؤرخ في 14 يناير 1997 المحدد لشروط وكيفيات بيع الأملاك ذات الاستعمال السكني وإيجارها وبيعها بالإيجار، وشروط بيع الأملاك ذات الاستعمال التجاري والمهني وغيرها، التي أنجزتها دواوين الترقية والتسيير العقاري بتمويل قابل للتسديد من حسابات الخزينة العامة أو بتمويل مضمون منها والمسلمة بعد شهر اكتوبر 1992 .
- 30 - إبراهيم الدسوقي أبو الليل:"تطورات حديثة في التأجير التمويلي" الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2007 ص 122 .
- 31 -P. ANCEL. « Nouvelles sûretés pour créanciers, échaudés ».cah.dr.ent. N°5.1989
- 32- Emmanuel CORDELIER , à propos de l'article 2037 du code civil. « Observation sur le droit préférentiel »R.T.D.com,N°4,oct.-déc.2004.p.661
- 33 - علي علي سليمان:"ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري"ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1986 ص 36 .
- 34 - أشرف جابر سيد:"مدى الاحتجاج بالشرط المانع من التصرف في مواجهة دائني المتصرف".دار النهضة العربية،بيروت 2006 ص 19 .
- 35 - المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية، العدد 30 المؤرخة في 13/04/1976 .
- 36 - مذكرة صادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية بتاريخ 26/03/2007 كرد عن التظلم ضد قرار المحافظة العقارية للبرواقية،ولاية المدية الراض إشهار الوعد بالبيع المحرر من طرف الموثق لفائدة المتظلم والمتضمن قطعة أرض صالحة للبناء،حيث أن قرار الرفض الصادر عن المحافظة العقارية استند على أن العقد المشكل لأصل الملكية يتضمن شرط وضعته الجهة البائعة(الوكالة العقارية) مفاده أن المشتري لا يستطيع إعادة بيع الحصة تحت أي شكل وهو الشرط الذي اعتبرته الجهة المتظلم لديها(المديرية العامة للأموال الوطنية)غير قانوني لعدم استناده على أي نص قانوني.