



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
المركز الجامعي الشيخ المقاوم
أمود بن مختار-إيليزي-
معهد الحقوق



مذكرة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون خاص معق

بغنوان:

الضمانات القانونية للالتزام

بين الوقاية والكفاية

تحت إشراف الأستاذ:

د/ حمادي محمد رضا

إعداد الطالبين:

بن قليه عبد القادر

نويشي نور الهدى

وتتكون لجنة المناقشة من الأساتذة:

رئيسا	أستاذ محاضر- (م.ج.إيليزي)	الأستاذ: بن قردي أمين
مشرفا ومقررا	أستاذ محاضر - (م.ج.إيليزي)	الأستاذ: حمادي محمد رضا
مناقشا	أستاذ محاضر- (م.ج.إيليزي)	الأستاذ: العمري خالد

السنة الجامعية : 2024/2023



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
المركز الجامعي الشيخ المقاوم
أمود بن مختار-إيليزي-
معهد الحقوق



مذكرة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون خاص معق

ب عنوان:

الضمانات القانونية للالتزام بين الوقاية والكفاية

تحت إشراف الأستاذ:

د/ حمادي محمد رضا

إعداد الطالبين:

بن قليه عبد القادر

نويشي نور الهدى

وتتكون لجنة المناقشة من الأساتذة:

رئيسا	أستاذ محاضر (م.ج.إيليزي)	الأستاذ: بن قردي أمين
مشرفا ومقررا	أستاذ محاضر (م.ج.إيليزي)	الأستاذ: حمادي محمد رضا
مناقشا	أستاذ محاضر (م.ج.إيليزي)	الأستاذ: العمري خالد

السنة الجامعية : 2024/2023

شكر وتقدير

نشكر الله تعالى الذي وفقنا لإنجاز هذا العمل

نشكر الأستاذ المشرف د/ حمادي محمد رضا الذي سعدنا بإشرافه علينا و توجيهاته لنا

كما نتقدم بالشكر لكل الأساتذة الذين درسونا طيلة خمس سنوات وقدموا لنا كل النصيح

والإرشاد

كما نتقدم بالشكر للجنة المناقشة التي قامت بتصويب أخطائنا لإخراج المذكرة في أحسن

صورة

و نتقدم بشكر خاص لزميلنا "جباري عبد الحكيم" الذي باذر لمساعدتنا دون أي تردد.

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع
إلى من علمني الصبر و القوة
إلى من يرى نجاحي انتصارا
أبي أطل الله في عمري
إلى من تذكرني في كل دعاء
إلى من تفرح لفرحي
أمي حفظها الله
إلى كل زملائي و أصدقائي دون استثناء

عبد القادر

إهداء

أهدي هذا العمل إلى

من علمني أن القليل في العلم لا يكفي

و أخبرني دائما أن سالك طريق العلم لا يندم

أبي رحمه الله

إلى من تفرح لنجاحي و تفوقي

إلى أمي حفظها الله

إلى إخوتي و أخواتي

إلى صديقاتي وزملائي دون استثناء

نور الهدى

قائمة المختصرات

صفحة	ص
من للصفحة للصفحة	ص.ص
طبعة	ط
الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية	ج.ر.ج.ج
القانون المدني الجزائري	ق.م.ج
قانون الاجراءات المدنية و الإدارية	ق.إ.م.إ
القانون التجاري الجزائري	ق.ت.ج
دون سنة نشر	د.س.ن

مقدمة

نظرا للطبيعة الاجتماعية للأفراد فإنهم يقومون بمجموعة تعاملات لا نهائية يوميا فيما بينهم، يكون بعضها عاديا وبعضها الآخر يتسم بالصبغة القانونية، لأنها تتم في شكل تصرفات قانونية، مما يرتب حقوقا والتزامات بين الأطراف في شكل علاقة مديونية، يكون فيها صاحب الحق دائنا ومن يقع عليه الالتزام مدينا. وهذا يعني نشوء مراكز قانونية بينهم وبالتالي يكون مقابل الأداء الذي يؤديه الدائن تنفيذ المدين للالتزامات المفروضة عليه.

والأصل أن أداء الالتزامات التي تقع على عاتق المدين تكون برضاه واختياره، فإذا لم يؤدي التزامه اختياريا يمكن للدائن أن يجبره على تنفيذ الالتزام، فالقانون يتيح مباشرة التنفيذ الجبري لاقتضاء حق الدائن جبرا عن المدين ورغمما عنه.¹ ونجد أن تنفيذ هذه الالتزامات لا يقع على شخص المدين بل على ذمته المالية التي تكون ضمانا للدائن، أو ما يعرف بالضمان العام الذي يستطيع من خلاله الدائن التنفيذ على كافة أموال المدين في حال إخلاله بمسؤوليته في الوفاء بديونه.

والتنفيذ على أموال المدين هو مرحلة متطورة من مراحل تنفيذ الالتزام في القانون الروماني، حيث كان التنفيذ قبلا يتم على شخص المدين، فالمدين الذي لا يقوم بتنفيذ التزامه يتم حبسه ويبيعه مثل العبيد، أو حتى قتله، حتى تطورت فكرة التنفيذ على أمواله تقديسا لحرمة الإنسان وحرية.

وتكريسا للمبادئ القانونية التي ترتبط بالعدالة وإحقاق الحق، كان لا بد من وجود تأمين يحمي الدائن الذي قد يتعرض لمخاطر تهدد حصوله على حقه وقت حلول أجل استيفائه.

وذلك لأن تصرفات المدين تنقسم إلى تصرفات نافعة تزيد من ذمته المالية وتجعل الضمان العام قويا بالنسبة للدائن وهنا لا يطرح أي إشكال، على عكس تصرفات المدين التي تنقص من ذمته المالية فيتأثر الضمان العام سلبا وتتضرر مصلحة الدائن منها، لذا كان لا بد من إيجاد وسائل تحمي الدائن من آثار هذه التصرفات الضارة و تقوي الضمان العام.

وللحفاظ على الضمان العام أقر المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات مجموعة من الآليات التي وضعت تحت يد الدائن ليستخدمها متى رأى أن المدين يضر بمصلحته، هذا من جهة، ومن جهة أخرى ومع تطور العديد من العوامل خاصة في شقها الاقتصادي كان يجب وجود ضمانات أخرى تساهل توسع نطاق الائتمان، لذا كرس المشرع الضمان الخاص والمتمثل في التأمينات الشخصية والعينية حتى يطمئن الدائن لوجود العديد من الوسائل التي تضمن له حقه.

¹ أحمد خلاصي، قواعد و إجراءات التنفيذ الجبري، وفقا لقانون الإجراءات المدنية الجزائرية و التشريعات المرتبطة به، منشورات عشاش، الجزائر، د.س.ن، ص 7.

أهمية الموضوع:

تتجلى أهمية الموضوع في:

- عرض الضمانات المختلفة التي أقرها المشرع حماية للدائن للحفاظ على حقوقه في مواجهة المدين
- تبيان جدوى وفعالية هذه الضمانات للحد من خطر التصرفات الضارة للمدين، ومدى تأثيرها في العلاقات القانونية من حيث منحها المزيد من الثقة و الاطمئنان.

أهداف الموضوع:

- عرض الأحكام الخاصة بالضمانات المقررة في التشريع الجزائري، و تحديد مدى فاعليتها بالنسبة للدائن.
- تقديم إطار مفاهيمي لمجمل الآليات المتضمنة في الموضوع و معرفة مواطن الضعف والقوة لكل آلية.

أسباب اختيار الموضوع:

هناك أسباب ذاتية وموضوعية

الأسباب الذاتية:

وتتمثل في ميلنا لمواضيع القانون المدني، ورغبتنا في التعمق و فهم الآليات التي أقرها المشرع بتفصيل أكبر.

الأسباب الموضوعية:

- عدم وجود دراسات تشتمل على كل آليات الحماية التي أقرها المشرع من دعاوى حماية الضمان العام وتأمينات مجتمعة بل متفرقة.

- تقديم الموضوع بشكل يكون مبسّطاً لتسهيل الاطلاع عليه، انطلاقاً من الدعاوى الموجهة إلى الدائن العادي وحتى الوصول إلى الآليات المقررة للدائن الممتاز.

إشكالية البحث:

بناء على ما تقدم نطرح الإشكالية التالية:

ما مدى فعالية الضمانات القانونية التي أقرها المشرع الجزائري في تحقيق الحماية للدائن؟

صعوبات البحث:

لم نجد صعوبة في جمع المادة العلمية بسبب توفر المراجع الخاصة بالموضوع، لكن الصعوبة كانت تكمن في اتساع الموضوع وتشعبه وصعوبة تبسيطه بالشكل الذي كنا نسعى إليه، أضف إلى ذلك ضيق الوقت وتوزع جهودنا ما بين العمل و الدراسة.

منهج البحث:

اعتمدنا على المنهج الوصفي من أجل الإحاطة بالإطار المفاهيمي لعناصر الموضوع، واعتمدنا على المنهج التحليلي من أجل تحليل بعض النصوص القانونية واستقراءها.

الدراسات السابقة:

من الدراسات التي اعتمدنا عليها ولها صلة بموضوع بحثنا:

- لزرقي بن عودة "وسائل حماية الضمان العام"، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران
- حيث تناول فيها الباحث مختلف الوسائل القانونية المتاحة للدائن في الضمان العام، وهذه الدراسة تشتمل على الجزء الأول من بحثنا، المتعلق بالضمان العام و الدعاوى المقررة لحمايته
- بنت الخوخ مريم " دور الضمانات الشخصية في تدعيم الائتمان " رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص
- تحدثت فيها الباحثة عن الكفالة ودورها كتأمين شخصي، وهذا الموضوع فيه جانب من موضوعنا المتعلق بالضمان الخاص.

خطة البحث

للإجابة عن الإشكالية قمنا بتقسيم الموضوع إلى فصلين حيث تطرقنا في الفصل الأول الضمان العام ودوره في حماية حق الدائن، وقمنا بتقسيمه إلى مبحثين الأول بعنوان مفهوم الضمان العام ومخاطره على الدائنين، والمبحث الثاني تحت عنوان وسائل حماية الضمان العام، أما الفصل الثاني تناولنا الضمان الخاص ودوره في كفاية حق الدائن، واشتمل على مبحثين الأول بعنوان التأمينات الشخصية، والثاني تحت عنوان التأمينات العينية.

الفصل الأول الضمان العام ودوره في حماية حق الدائن

بناء على علاقة المديونية القائمة بين الدائن والمدين يفترض أن يقوم كل منهما بأداء التزاماته في مقابل ما يحصل عليه على سبيل الوفاء، لكن يمكن للمدين أن يخلف من جانبه بأداء هذه الالتزامات تجاه الدائن الذي منحه ثقته، لذلك منح القانون للدائن باعتباره صاحب مصلحة مجموعة من الوسائل التي تحافظ على الضمان العام حتى حلول أجل الدين. وترتبط فكرة الضمان العام بمجموع ما تضمنه الذمة المالية للمدين من أموال حاضرة ومستقبلية من وقت نشوء الدين حتى وقت الوفاء به، وبما أن مصلحة الدائن تقتضي الحفاظ على ذمة المدين المالية لأنها ضمانه في الحصول على حقه، فيمكنه أن يباشر باستغلال الوسائل المتاحة له في الضمان العام متى تبين له أن المدين قد أقدم على تصرفات تمس بهذا الضمان وتنقص من أمواله الضامنة لديونه.

وبدوره قام المشرع الجزائري بوضع عدة وسائل تحفظية وتنفيذية حماية للدائن تجاه المدين وتمثل هذه الوسائل في الاجراءات التحفظية كتوقيف الحجز التحفظية، أو تعيين حارس قضائي لمنع المدين من تهريب أمواله، خاصة أن الضمان العام لا يمنح الدائن الحق في منع المدين من التصرف في أمواله، ولا يمنحه الحق في تتبعها وقت خروجها من ذمته، وهناك وسائل قانونية تتمثل في الدعوى غير المباشرة و الدعوى البوليصية، والدعوى الصورية، ويوجد الحق في الحبس.

وستتطرق لهذه الوسائل بعد توضيح فكرة الضمان العام على النحو الآتي: ففي المبحث الأول نتناول (مفهوم الضمان العام ومخاطره)، وفي المبحث الثاني نتناول (وسائل حماية الضمان العام).

المبحث الأول: مفهوم الضمان العام ومخاطره على الدائنين:

مكن المشرع الجزائري الدائن من استيفاء حقوقه من خلال فكرة الضمان العام الذي يمنح للدائن عند حلول أجل الوفاء الحق في التنفيذ على أي مال من أموال المدين الموجودة في ذمته وقت التنفيذ، مما يجعل الأموال الداخلة في ذمته بعد نشوء الدين تدخل في الضمان العام.

ولا يخص الضمان العام دائئا واحدا، وإنما جميع الدائنين مما يجعلهم متساوين في قسمة ما ينتج عن هذا الضمان، وهذا يعتبر إجحافا للبعض الذين لا يستوفون ديونهم كاملة كما تجدر الإشارة إلى أن الضمان العام لا يرفع ولا يغفل يد المدين عن التصرف بأمواله، مما يجعل الدائن مهددا بخاطر عدم الحصول على حقوقه. وفي تقسيمنا لهذا المبحث سنتناول في المطلب الأول (المقصود بحق الضمان العام وخصائصه) وفي المطلب الثاني (مخاطر الضمان العام).

المطلب الأول: المقصود بحق الضمان العام وخصائصه

إن نشوء حق للدائن قبل مدينه هو أثر للالتزام بينهما، وما يضمن هذا الحق هي أموال المدين الموجودة في ذمته المالية وقت التنفيذ، إلا ما أستثني منها بنص خاص، وستعرض في الفرع الأول ل (المقصود بالضمان العام) وفي الفرع الثاني (خصائص الضمان العام).

الفرع الأول: المقصود بحق الضمان العام

لابد من توضيح فكرة الضمان العام و مبدأ العمل بها، وكذا ذكر أهم الخصائص التي تتميز بها. أعطى المشرع للدائن الحق في استيفاء ديونه من خلال فكرة الضمان العام والتي سنتطرق للمقصود منها من خلال تحليل المادة 188 ق م ج التي تنص على أن " أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان."¹

من خلال هذا النص يتضح أن للدائن الحق في التنفيذ على أموال المدين من أجل استيفاء حقه على اعتبار أن المشرع جعل كل أمواله ضمانا لتسديد ديونه، سواء كانت هذه الأموال منقولات أو عقارات، أو حقوق مالية. وإذا لم يف المدين باختياره الالتزام جاز للدائن أن ينفذ على أي مال من أموال المدين تنفيذا جبريا لاستيفاء حقه.²

¹ الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر.ج. عدد 78، الصادرة بتاريخ 19 ديسمبر 1975، المعدل والمتمم.

² العربي بلحاج، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، مؤسسة الكتاب القانوني، ابن النديم للنشر و التوزيع، الجزائر، ط1، 2023، ص20.

وفكرة الضمان العام تتمحور حول تمكين الدائن من استيفاء حقه من أموال المدين، ويكون ذلك بالحجز عليها تمهيدا لبيعها واقتضائه لحقه من ثمن البيع. كما أن استيفاء الديون يكون متساويا لجميع الدائنين إلا من كان منهم متمتعا بأولوية بنص القانون.

الفرع الثاني: خصائص الضمان العام

للضمان العام عدة خصائص تتمثل في:

- 1- لا يدخل في الضمان العام إلا الحقوق المالية للمدين¹، أي أن ما يدخل في الذمة المالية للمدين ويكون مملوكا له وقت التنفيذ هو ما يعنى بالضمان العام، كما أنه لا يخصص مال معين لهذا التنفيذ، ويستثنى من هذه الأموال ما يتعلق بشخص المدين وما استثناه القانون مثلما نصت عليه المادة 636 و 642 ق إ².
- 2- الضمان العام يتساوى فيه جميع الدائنين : جميع الدائنين متساوون في اقتضاء ديونهم من أموال المدين، ولا يوجد تمييز بينهم بسبب التواريخ التي نشأت فيها ديونهم. والدائنون متساوون قانونا في هذا الضمان لا يتقدم أحدهم على الآخر إلا بحق خاص يخوله التقدم على سائر الدائنين بالنسبة للمال محل هذا الحق كالرهن والامتياز³.
- 3- الضمان العام لا يخول حق التتبع : لا يستطيع الدائن العادي تتبع المال الذي خرج من ذمة المدين المالية، فإذا باع شيئا خرج من الضمان العام على عكس لو كان لديه تأمين خاص لخوله تتبع المال في يد المشتري.
- 4- الضمان العام لا يغل يد المدين: يبقى المدين متمتعا بحقه في إدارة أمواله والتصرف فيها، مالم تتخذ ضده إجراءات التنفيذ و يحجز عليها، ولا يمكن للدائن أن يمنع المدين من أي تصرف في أمواله في الفترة ما بين نشوء الدين وحلول أجل الوفاء.

الفرع الثالث: طبيعة القواعد المنظمة للضمان العام

إن تمتع المدين بحقه في التصرف في أمواله لا يمنحه الحق في الاتفاق مسبقا على أن يحدد شيئا من هذه الأموال ليستثنىها من الضمان العام، وهذا ما يتضح من نص المادة 188 ق.م.ج. وتبعاً لذلك لا يمكن للمدين أن يقوم باتفاقات تخرج بعض المال من إطار الضمان العام إلا ما أستثنى منها بنص خاص. والسماح بتحديد مثل هذه الاتفاقات للضمان العام يتعارض مع فكرة الذمة المالية وفكرة الائتمان الشخصي ويهدم مبدأ الضمان العام نفسه.

¹ العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 23.

² القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فيفري 2008، والمتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية، ج.ر.ج. ج. عدد 21 الصادرة في 23 أفريل سنة 2008، المعدل والمتمم.

³ وليد ميرة، الدعوى القضائية كوسيلة لحماية الضمان العام، مجلة الحقوق و العلوم السياسية جامعة خنشلة، المجلد 9، العدد 02، 2022، ص 854.

المطلب الثاني: مخاطر الضمان العام:

يتساوى الدائنون في ممارسة حقهم في الحجز على أموال مدينهم واستيفاء ديونهم، والقانون جعل لكل منهم الحق في التنفيذ على أموال المدين وجعل لسائر الدائنين الحق في مشاركة التنفيذ مما ينتج عنه قسمة الغرماء، كما يشمل الضمان العام على عدة مخاطر تنقص من الذمة المالية للمدين، وستعرض لمخاطر الضمان العام من خلال الفرع الأول (تصرف المدين في أمواله)، والفرع الثاني (خطر تراحم الدائنين).

الفرع الأول: تصرف المدين في أمواله

لا يخول الضمان العام للدائن الحق في منع المدين من التصرف في أمواله فله الحق في التصرف بالبيع مثلا، "إذا باع المدين شيئا من ماله خرج هذا المال من الضمان العام ولا يستطيع الدائن العادي أن يتبعه في يد المشتري كما كان يستطيع لو أن له تأمينا خاصا على المال"¹. ويمكن أن يقوم المدين بتهديب أمواله، أو قد يقع أي حادث بسبب فعله سواء بحسن نية أو سوء نية، مما يتسبب في التغيير من ذمة المدين في الجانب السلبي بزيادة الديون فتزداد قائمة الدائنين ويتعذر على الدائن الأول الحصول على حقه².

والدائن العادي لا يعتبر خلفا عاما ولا خلفا خاصا للمدين، بل هو من الغير لذا فالتصرفات التي يقوم بها المدين لا تسري في حقه، إذا تصرف المدين هو واقعة مادية تزيد أو تنقص في الضمان العام، وليست تصرفا قانونيا أنشأ حقا أو التزاما في جانب الدائن³.

الفرع الثاني: خطر تراحم الدائنين

إن مبدأ المساواة بين الدائنين يعتبر مبدأ عاما يرتبط بحق الضمان العام، ويسمح للدائنين العاديين الحصول على حقوقهم بشكل متساو، وبناء على ذلك سنتطرق لمبدأ المساواة بشكل عام بشيء من التفصيل، من أجل توضيحه ثم نوضح مبدأ توضيحه ثم نوضح مبدأ المساواة بين الدائنين.

إن مبدأ المساواة على العموم يعني أنه ليس لأحد أفضلية على أحد آخر، وهو مبدأ موجود في كل الثقافات الانسانية، وبالرجوع للمجتمع الجزائري نجد أن الدستور الحالي 2020 قد نص على هذا المبدأ في المادة 37 منه: "كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولهم الحق في حماية متساوية، ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر اجتماعي"⁴.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات - آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن، 935.

² بمينة جوحو، التأمينات الشخصية و العينية، عقد الكفالة، عقد الضمان المستقل، عقد الرهن، دار بلقيس، الجزائر، 2023، ص 06.

³ علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، ط 13، 2013، ص 434.

⁴ دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 2020، ج.ر.ج.ج. 82، المؤرخة في 30 ديسمبر 2020.

أولاً: المقصود بمبدأ المساواة بين الدائنين

أي أن جميع الدائنين متساوون في اقتضاء ديونهم دون أي تمييز بينهم، ومرد ذلك أنه لا توجد أفضلية بينهم وهو ما نصت عليه المادة 188 / 2 ق.م.ج: " وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقاً للقانون فإن جميع الدائنين متساوون اتجاه هذا الضمان."

وهذه المساواة لا تتعلق بالدائنين العاديين فقط، فللدائن الذي يتمتع بضمان شخصي أي ضمان مزدوج يشترك مع غيره في الأموال أثناء التنفيذ عليها تقسم بينهم بالتساوي، وفي حالة عدم كفايتها تقسم بينهم قسمة غرماء، وكذلك الأمر بالنسبة للدائن صاحب التأمين العيني الذي لا يكفي تأمينه للوفاء بدينه يشترك مع باقي الدائنين في القسمة بالتساوي.

ثانياً: طبيعة المساواة بين الدائنين

" المساواة بين الدائنين هي مساواة قانونية لا فعلية"¹ فالقانون يمكن الدائن من الحق في التنفيذ على أموال المدين لكن مع ذلك يكون لباقي الدائنين الحق في مشاركته في هذا التنفيذ واقتسام ما ينتج عنه قسمة غرماء إلا أن القانون لا يمنع أيًا من الدائنين في اتخاذ إجراءات فردية يسبق بها الآخرين في التنفيذ على أموال المدين، فإذا لم يتمكن أحد الدائنين من المشاركة في التنفيذ على أموال المدين إما إهمالا منه أو أنه لم يعلم بإعسار هذا الأخير، فقد يستوفي الدائن الذي باشر إجراءات التنفيذ حقه كاملاً دونهم².

لكن قد يحدث ألا يكون باقي الدائنين على علم بما يتخذه هذا الدائن من إجراءات التنفيذ، حتى تصل هذه الإجراءات إلى مرحلة لا يمكنهم فيها المشاركة الفعلية³

ثالثاً: تراحم الدائنين أمام الضمان العام

يكون الدائنون عند تعددهم مشتركين في أموال الضمان العام التي تدخل نطاق التنفيذ بالتساوي، سواء كانوا دائنين عاديين أو أصحاب تأمينات شخصية إذ تقسم هذه الأموال بينهم بالتساوي إذا كانت كافية، أما إذا لم تكن كافية تنور

¹ بمينة حوحو، مرجع سابق، ص 6.

² زهية حورية سي يوسف كجار، المركز القانوني الممتاز للدائن في الدعوى المباشرة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي أفلو، المجلد 05، العدد 02، 2022، ص 458.

³ ريمة برمضان، المراكز القانونية المتميزة و مبدأ المساواة بين الدائنين، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر، 2013-2014، ص 01.

فكرة التضام و يتم التوزيع عن طريق قسمة الغرماء.¹

المبحث الثاني: وسائل حماية الضمان العام

وضع المشرع مجموعة من الوسائل تهدف إلى المحافظة على الضمان العام، وهي توفر الحد الأدنى من الحماية كون هذا الضمان معرض للنقصان بسوء أو حسن نية المدين مما يحول دون حصول الدائن على حقه، ومن هذه الوسائل نجد الوسائل التحفظية التي يحافظ بها الدائن على الضمان العام قبل التنفيذ، وتكون إما عن طريق الحجز التحفظي أو تعيين حارس قضائي، أو عن طريق وسائل تنظيمية مثل الدعاوى، ومن خلال هذا المبحث نتطرق لهذه الوسائل في المطلب الأول (الوسائل التحفظية)، و المطلب الثاني (الوسائل التنفيذية)

المطلب الأول: الوسائل التحفظية:

للدائن الحق في بعض الإجراءات التحفظية التي يقوم بها من أجل الحفاظ على أموال المدين ومنعه من التصرف فيها تصرفات قانونية كال تبرعات والبيع، وتعرض لهذه الإجراءات في هذا المطلب في الفرع الأول (الحجز التحفظية) والفرع الثاني (الحراسة القضائية).

الفرع الأول: الحجز التحفظية

وتعرض لتعريف الحجز التحفظية، وخصائص، وشروط الحجز التحفظي، وما ينتج عنه من آثار

أولاً: تعريف الحجز التحفظية

"هي عبارة عن إجراءات قضائية يقوم بها الدائن العادي لمنع المدين من التصرف في بعض أمواله، عندما يخشى أن مدينه يقدم على التصرف فيها عن طريق البيع أو الهبة مثلاً من أجل جعل هذه التصرفات غير نافذة تجاه الغير"².

وقد نصت المادة 646 ق إم إ على أن: "الحجز التحفظي هو وضع أموال المدين المنقولة المادية والعقارية تحت يد

القضاء ومنعه من التصرف فيها"³.

¹ زهية حورية سي يوسف كجار، مرجع سابق، ص 459.

² محمد أوباجي، الضمان العام ووسائل حمايته، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لونيبي علي البلدية2، العدد 14، 2018، ص 226.

³ القانون 08-09 المتضمن الاجراءات المدنية والادارية، المعدل والمتمم.

ثانيا: خصائص الحجز التحفظي

- 1 - الحجز التحفظي إجراء وقائي: يراد من الحجز التحفظي وضع الأموال المحجوزة تحت يد القضاء دون أن يؤدي ذلك إلى بيعها.¹
- 2 - الحجز التحفظي إجراء مؤقت: فهو يهدف إلى منع المدين من التصرف في أمواله بصفة مؤقتة.
- 3 - لا يشترط سند تنفيذي في الحجز التحفظي.
- 4 - ليس حقا مطلقا: فهو متروك للقاضي لينظر في شأنه وله أن يصدر الأمر بالحجز متى تحقق له رجحان فقدان الضمان بسبب إمكانية تهريب المدين لماله أو إخفائها.²

ثالثا: شروط الحجز التحفظي

تتمثل هذه الشروط في:

- أن يكون للدائن حق محقق الوجود.
- أن يكون هذا الحق حال الأداء.
- أن يرفع الدائن دعوى قضائية لتوقيع الحجز التحفظي، ويكون ذلك في شكل عريضة قضائية مسببة موقعة منه، ويحصل على إذن من القضاء بإجراء الحجز.³
- أن يخشى الدائن فقدان الضمان لحقوقه.
- يجب على المحضر القضائي بعد صدور أمر الحجز التحفظي، أن يقوم بتحرير محضر حجز وجرّد للأموال الموجودة تحت يد المدين وجرّد للأموال الموجودة تحت يد المدين وإلا كان الحجز باطلا.

رابعا: آثار توقيع الحجز التحفظية

إن الآثار التي تترتب على توقيع الحجز التحفظية تتمثل في منع المدين من التصرف في أمواله المنقولة المادية أو العقارية، وكل تصرف قانوني من المدين في أمواله المحجوزة لا يكون نافذا في حق الدائن. كما يترتب على كل التصرفات القانونية أو المادية للمدين في أمواله المحجوزة المضرة بالدائن الحاجز، تعرض المدين المحجوز عليه للعقوبات المتعلقة بجرائم الأموال المحجوزة و المنصوص عليها في قانون العقوبات الجزائي.

¹ عبد القادر أقصاضي، الإطار القانوني للحجز التحفظي في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، مجلة الحقيقة للعلوم الانسانية و الاجتماعية، جامعة أحمد دراية، أدرار، المجلد 18، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، أدرار، 2019، ص 62.

² عبد الرحمن بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على ضوء القانون 08-09 المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13، الجزء الثاني، ط 05، بيت الأفكار، الجزائر، 2022، ص 168.

³ أحمد خلاصي، مرجع سابق، ص 457.

إلا أنه يجوز للمدين أن يؤجر هذه الموال بترخيص من رئيس المحكمة الذي أمر بالحجز ويكون ذلك بأمر على عريضة، حسب نص المادة 661 ق.إ.م.إ. ولكي تترتب هذه الآثار على الحجز التحفظية يجب تثبيت أمر الحجز التحفظي.

فبعد صدور أمر الحجز التحفظي من طرف قاضي الموضوع، وبعد تحرير محضر الحجز والجرد للأموال الموجودة تحت يد المدين من طرف المحضر القضائي وقيامه بتسليم نسخة منه للمدين وتعيينه حارسا عليها، يجب على الدائن الحاجز أن يرفع دعوى تثبيت أمر الحجز التحفظي أمام قاضي الموضوع في أجل أقصاه خمسة عشر يوما من تاريخ صدور أمر الحجز، وإلا كان الحجز والاجراءات التالية له باطلة، حسب المادة 662 ق.إ.م.إ.

وعندما يفصل قاضي الموضوع في دعوى تثبيت الحجز التحفظي بإثبات حق الدائن الحاجز على المدين، يحكم القاضي بصحة الحجز التحفظي وتثبيته، وإذا فصل القاضي برفض دعوى تثبيت الحجز التحفظي لعدم إثبات حق الدائن الحاجز تجاه المدين، يجب على المحكمة في هذه الحالة أن تحكم برفع الحجز وجوبا.¹

خامسا: حالات إجراء الحجز التحفظي

1- الحجز التحفظي على العقارات: يمكن للدائن أن يحجز على عقارات مدينه حجزا تحفظيا، و يتم ذلك بقيد أمر الحجز التحفظي على العقارات بالمحافظة العقارية التي يوجد بدائرة اختصاصها العقار و ذلك خلال مدة خمسة عشر يوما، وإلا كان الحجز باطلا.²

2- حجز المؤجر على أموال المستأجر: يمكن للمؤجر أن يقوم بالحجز على منقولات المستأجر الموجودة في العين المؤجرة، حجزا تحفظيا، ويمكن للمؤجر كذلك الحجز على أموال المستأجر الفرعي التي تكون موجودة داخل العين المؤجرة.³

3- الحجز على أموال المدين المتنقل: يمكن للدائن أن يحجز على منقولات المدين المتنقل حجزا تحفظيا وهذه المنقولات تكون في مكان إقامة الدائن.⁴

¹ أحمد خلاصي، مرجع سابق، ص 461.

² محمد أوباجي، مرجع سابق، ص 227.

³ أحمد خلاصي، مرجع سابق، ص 470.

⁴ محمد أوباجي، مرجع سابق، ص 227.

الفرع الثاني: الحراسة القضائية

تعتبر الحراسة القضائية من قبيل الإجراءات التحفظية التي تأتي لحماية حقوق الأطراف وفي المقابل ترتب حقوقا للحارس القضائي، وستناول كل هذا بشيء من التفصيل فيما يأتي.

أولاً: مفهوم الحراسة القضائية

إن الأصل في الحراسة أنها حراسة اتفاقية، وهي تعتبر عقداً من العقود الواردة على العمل وهذا ما نصت عليه المادة 602 من ق.م.ج "الحراسة الاتفاقية، هي ايداع شيء متنازع فيه من طرف شخص أو عدة أشخاص بين يدي شخص آخر يلتزم بإعادته بعد فض المنازعة إلى الشخص الذي يثبت له الحق فيه". أما الحراسة القضائية فيلجأ إليها القاضي عندما لا يتفق الأطراف على الحراسة، أو في حالة ما إذا كان الدائن يخشى خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد مدينه.

ثانياً: وظيفة الحارس القضائي

تتمثل وظيفة الحارس القضائي في المحافظة على الأموال المعهودة إليه حراستها وإدارة هذه الأموال التي هي تحت حراسته ببذل عناية الرجل العادي، وليست من وظيفة الحارس القضائي أن يتصرف في الأموال المعهودة إليه حراستها ما لم يتحصل على ترخيص من القاضي.

وعندما تنتهي الحراسة، ويكون ذلك بحكم القضاء أو باتفاق ذوي الشأن، يقوم الحارس القضائي برد الأموال المعهودة إليه حراستها إلى من يعينه القاضي، وهذا ما جاءت المادة 611 من ق.م.ج، والتي تنص على ما يلي: "تنتهي الحراسة باتفاق ذوي الشأن جميعاً، أو بحكم القضاء وعلى الحارس حينئذ أن يبادر إلى رد الشيء المعهود إليه حراسته إلى من يختاره ذوو الشأن أو من يعينه القاضي".

من هنا يتضح أن الحراسة القضائية تعتبر أيضاً إجراء من الإجراءات التحفظية التي تحافظ على الضمان العام.

المطلب الثاني: الوسائل التنفيذية لحماية الضمان العام

وضع القانون المدني الجزائري تحت يد الدائن عدة وسائل تنفيذية لاستيفاء حقوقه، وهذه الوسائل تسمى بدعوى الضمان والتي تخول للدائن أن يراقب أموال المدين ما دخل منها في ذمته وما خرج منها، وبذلك يتفادى نقصان

الضمان العام بسبب إهمال المدين أو تقصيره أو حتى في حالة غشه، وتتمثل هذه الدعاوى فيما أقره المشرع في القانون المدني من المادة 189 إلى المادة 199، كما أقر له حق الحبس في المواد 200 إلى 202 من ذات القانون وستتناولها بالتفصيل في الفرع الأول (دعاوى حماية الضمان العام) وفي الفرع الثاني (حق الحبس).

الفرع الأول: دعاوى حماية الضمان العام

وتتمثل هذه الدعاوى فيما أقره المشرع في القانون المدني من المادة 189 إلى المادة 202 و هي الدعاوى غير المباشرة، ودعوى عدم النفاذ، والدعوى الصورية.

أولاً: الدعوى غير المباشرة: نتعرض لتعريفها، والشروط اللازمة لمباشرتها، و آثارها.

1- تعريف الدعوى غير المباشرة: ونتناول تعريفها فقها وقانونا.

1-1- التعريف الفقهي:

أورد الفقه عدة تعريفات للدعوى غير المباشرة، حيث يعرفها البعض على أنها: " الدعوى التي يباشر بها الدائن حقوق مدينه قبل الغير نيابة عنه، وبهذا يستطيع المحافظة على ضمانه العام و التغلب على إهمال المدين أو غشه الذي يقصد به إضعاف هذا الضمان."¹

ويعرفها البعض الآخر على أنها: " وسيلة وضعها القانون في يد الدائن ليحمي بها حقه في الضمان العام نتيجة تقصير المدين في استعمال بعض حقوقه أو المطالبة بها."²

ومن خلال هذه التعريفات نجد أن الدعوى غير المباشرة تتم من قبل الدائن الذي ينوب عن مدينه في استعمال حقه، وذلك للحفاظ على هذا الحق في حال تقاعس المدين عن ذلك.

1-2- التعريف القانوني:

على غرار باقي التشريعات لم يورد التشريع الجزائري تعريفا للدعوى غير المباشرة، لكن نجد أنه نص عليها في المادة

189 ق م ج بقوله أن " لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين..."

¹ أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام، "أحكام الالتزام"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2005، ص13.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2019، ص114.

من خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع منح للدائن الحق في أن يكون نائبا في المطالبة بحقوق المدين، ولكن يشترط لاستعمال هذا الحق أن يثبت أن المدين قد قصر في استعمال هذا الحق وأهمله وأن ذلك قد يسبب عسرا أو زيادة في عسر المدين وهذا ما ورد في ذات المادة من ق.م.ج "... ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق، وأن هذا الامساك من شأنه أن يسبب عسره، أو أن يزيد فيه."

وقد سميت هذه الدعوى بـ "غير المباشرة" لأن الدائن لا يستفيد منها بطريق مباشر، وإنما تعود عليه بطريق غير

مباشر، لأن المال المتحصل عليه لا يستأثر به هو وحده، وإنما يذهب إلى ذمة المدين فيزيد الضمان العام.¹

2- شروط الدعوى غير المباشرة:

هناك شروط متعلقة بالدائن وأخرى متعلقة بالدائن وأيضا هناك شروط تتعلق بالحق.

2-1- الشروط المتعلقة بالدائن:

- أن يكون حق الدائن موجودا، مؤكدا وخاليا من النزاع حول مبدأ وجوده،² وهنا ما يهم هو تحقق الوجود ولا يهم إن كان هذا الوجود لاحقا لقيام حق المدين الذي يستخدمه الدائن، والعبرة في ذلك أن الضمان العام لا يعتد فيه بتواريخ نشوء الحقوق على عكس الضمان الخاص.
- أن تكون للدائن مصلحة عاجلة على إقامة هذه الدعوى،³ فتقاعس المدين وإهماله يسبب اعساره أو يزيد فيه ولا بد للدائن من إثبات هذا الاعسار لأنه يقع على عاتقه.
- لا يشترط في حق الدائن أن يكون معلوم المقدار،⁴ لأن الهدف من هذه الدعوى هو الحفاظ على الضمان العام.

2-2- الشروط المتعلقة بالمدين:

- أن يكون المدين مقصرا في استعمال حقه وهذا ما نصت عليه المادة 189 ق.م.ج.
- إذا كان المدين موسرا لا يحق للدائن استعمال هذه الدعوى، بل لا بد أن يكون معسرا لأنه طالما كان بإمكان الدائن الحصول على حقه كاملا من التنفيذ على أموال المدين فلا حاجة لاستعمال حق المدين في الدعوى غير المباشرة.

¹ العربي بلحاج، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري وفقا لأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، ط3، 2019 ص255.

² نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، "أحكام الالتزام"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2003، ص112.

³ العربي بلحاج، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 256.

⁴ المرجع نفسه، ص 257.

- لا يشترط إعدار المدين لاستعمال حقه، فالهدف من هذه الدعوى هو فقط الحفاظ على الضمان العام وليس تنفيذ المدين لالتزامه.

2-3- الشروط المتعلقة بالحق:

لا بد أن يكون هذا الحق من الحقوق المالية الموجودة بذمته فعلا والتي يمكن الحجز والتنفيذ عليها، وهذا ما نصت عليه المادة 189 ق.م.ج .

3- آثار الدعوى غير المباشرة: وتنصرف هذه الآثار إلى الدائن، والمدين ومدين المدين.

3-1- آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للدائن:

لا يستأثر الدائن وحده بنتيجة الدعوى¹: فالدائن لا يستطيع الحصول على الحق الناتج عن الدعوى وحده بل يشاركه فيه باقي الدائنين، وهذا ما نصت عليه المادة 190 ق.م.ج "... وكل ما ينتج عن استعمال هذه الحقوق يدخل في أموال المدين ويكون ضمانا لجميع دائنيه."

نيابة الدائن في استعمال حقوق مدينه محصورة باستعمال هذه الحقوق دون التصرف فيها، فلا يجوز له أن يتصالح على هذا الحق باسم مدينه.²

وبالتالي فإن الحكم الصادر عن هذه الدعوى لا يمنح لمن صدر لصالحه أي امتياز عن بقية الدائنين.

3-2- آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للمدين:

لا تغل يد المدين عن التصرف في استعمال حقه³، حيث يبقى المدين محتفظا بحقه ولا ترفع يده عنه، وله أن يتصرف في ما يملكه بكل حرية، فالقاعدة في هذا الخصوص هي علاقة الأصيل بالنائب فيبقى الأصيل حرا فيما ناب عنه غيره فيه.

3-3- آثار الدعوى بالنسبة لمدين المدين:

يمكن لمدين المدين أن يدفع بجميع أسباب انقضاء الدين⁴، فالدائن هنا هو نائب عن المدين الذي لم يباشر حقه بنفسه ويمنحه القانون ما هو مقرر للمدين دون أي امتيازات هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا يمكن لمدين المدين الدفع بدفعه تتعلق بالدائن وتكون من أسباب انقضاء الدين كالتقادم والمقاصة.

¹ عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الاثبات. آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص 976.

² بن عودة لزرق، وسائل حماية الضمان العام، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران، 2014، ص 28.

³ نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص 114.

⁴ المرجع نفسه، ص 114.

ثانيا: الدعوى البوليصية (دعوى عدم النفاذ): ونتعرض لتعريفها، شروطها وآثارها.

1- تعريف الدعوى البوليصية: و نعرفها فقها أولا ثم قانونيا

1-1- التعريف الفقهي:

لقد وردت عدة تعريفات فقهية للدعوى البوليصية نذكر منها أنها: " الدعوى التي يصل بها الدائن إلى عدم نفاذ التصرفات الصادرة من المدين في مواجهته، إذا كان المدين قد لجأ إلى هذه التصرفات بغرض الإضرار بحق الدائن وإنقاص ضمانه العام."¹

وأیضا التعريف الذي ينص على أنها: " الدعوى التي بمقتضاها يكون للدائنين الحق في طلب عدم نفاذ تصرفات المدين الضارة التي تضر بضمانهم العام."²

باستقراء هذه التعريفات نجد أن الهدف من هذه الدعوى هو تجنب الضرر الذي قد يلحق الدائن بسبب التصرفات التي يقوم بها المدين والتي تنقص من مجموع ما يشتمل عليه الضمان العام.

1-2- التعريف القانوني:

لم يرد في التشريع الجزائري تعريف للدعوى البوليصية، لكن نظمت أحكامها في المواد 191 إلى 197 من القانون المدني الجزائري، وقد نصت المادة 191 ق.م.ج على أن: " لكل دائن حل دينه، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، 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 المادة التالية." من خلال نص المادة نجد أنه يحق للدائن الذي حل أجل دينه أن يقوم بطلب تعطيل أثر تصرفات المدين التي تضر بحقوق الدائنين، وذلك وفق شروط سنتطرق لها لاحقا.

2- شروط الدعوى البوليصية: وتتمثل في

2-1- الشروط المتعلقة بالدائن:

- أن يكون حق الدائن مستحق الأداء³: لا بد أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ليقوم برفع هذه الدعوى، والسبب أن الدعوى البوليصية تمنح للدائن الحق في التدخل في تصرفات المدين والطعن فيها باسمه الخاص.

¹ أنور سلطان، مرجع سابق، ص 13.

² العربي بلحاج، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 270.

³ المرجع نفسه، ص 276.

ولا يجوز لدائن بحق مؤجل لم يحل ميعاده، أو كان حقه معلقا على شرط واقف لم يتحقق بعد، أو متنازعا فيه أن يلجأ لرفع الدعوى البوليصة.¹

- أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه²: أي أن تصرف المدين يكون تاليا لنشوء حق الدائن والعبرة من ذلك أن الدائن يكون قد اعتمد على المال محل تصرف المدين في استيفاء حقه وقت نشوئه.

إلا أنه يجوز للدائن أن يطعن في تصرف المدين ولو كان سابقا على نشوء حقه، إذا كان المدين قد عقد هذا التصرف بقصد الإضرار بحق هذا الدائن المستقبل.³

2-2 الشروط المتعلقة بالمدين والمتصرف إليه:

وتتمثل هذه الشروط في إثبات وجود غش المدين مع علم المتصرف إليه بهذا الغش، متى كان هذا التصرف معاوضة وعلى الدائن إثبات هذا الغش، وهذا ما نصت عليه المادة 192 ق.م.ج "إذا كان تصرف المدين بعوض، فإنه لا يكون حجة على الدائن إذا كان هناك غش صدر من المدين، وإذا كان الطرف الآخر قد علم بذلك الغش يكفي لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم بعسره".

أما إذا كان التصرف تبرعا فإنه لا ينفذ في حق الدائن ولو كان من صدر له التبرع حسن النية، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا.⁴

2-3 الشروط المتعلقة بالتصرف المطعون فيه: ويشترط في هذا التصرف:

- أن يكون ضارا بالدائن: وهو الذي ينتج عنه الإعسار وهنا نقصد الإعسار الفعلي الذي يتمثل في زيادة الديون على الحقوق.⁵ وهذا يعني عدم كفاية أموال المدين في الوفاء بديونه التي حل أجلها أو لم يحل بعد، وتجدد الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد نص في المادة 193 ق.م.ج على أنه لا يجب على الدائن الذي يدعي إعسار المدين إلا إثبات مقدار

¹ بن عودة لزرق، مرجع سابق، ص 63.

² العربي بلحاج، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 277.

³ نبيل سعد ابراهيم، مرجع سابق، ص 127.

⁴ العربي بلحاج، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 279.

⁵ أنور سلطان، مرجع سابق، ص 48.

ديونه ويقع على المدين إثبات أن له مالا يساوي قيمة هذه الديون أو ما يزيد عليها. ولا بد أن تكون حالة الإعسار قائمة حتى وقت الدعوى لأنه لا فائدة من رفع الدعوى في حال أصبح المدين موسرا.

- أن يكون التصرف مفقرا للمدين: فإذا لم يكن التصرف مفقرا لا يمكن للدائن الطعن فيه، وبالتالي فإن كل التصرفات التي لا تزيد في الحقوق ولا تنقص من الإلتزامات مستبعدة من الطعن فيها، لأنها حتى لو كانت لا تزيد في الضمان العام فإنها لا تنقصه أيضا.

3- آثار الدعوى البوليصية:

تتمثل آثار الدعوى البوليصية في عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن، على الرغم من أن هذا التصرف نفسه نافذ في حق المتصرف إليه إذا كان صحيحا بعد أن يستجمع أركانه وشروط صحته بالنسبة لطرفيه، وهذه الآثار هي:

- سقوط الدعوى إذا لم تعد للدائن مصلحة¹، ويكون ذلك إما بتأدية المتصرف إليه الدين الذي في ذمة المدين، أو قيام المدين نفسه بالوفاء. وكذلك القيام بإيداع ثمن المثل للشيء في الخزانة وهذا ما نصت عليه المادة 195 ق.م.ج.

- عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن: وهو ما يستشف من نص المادة 194 ق.م.ج حيث لا يكون التصرف المطعون فيه نافذا بالنسبة للدائن صاحب الدعوى وسائر الدائنين المتضررين من هذا التصرف ويعتبر هذا التصرف كأنه لم يوجد أصلا، ويترتب على ذلك:

- أن المال المتصرف فيه لا يدخل في الضمان العام لدائني المتصرف إليه، ويمتنع على هؤلاء الدائنين مشاركة دائن المتصرف في التنفيذ على هذا المال.² وهنا يعتبر أن هذا المال لم يخرج من الضمان العام للدائنين.

- عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن لا يكون إلا بالقدر اللازم للوفاء بحقه، أما ما زاد عنه فإنه يظل ساريا.³

- التصرف بين المتعاقدين يبقى صحيحا رغم عدم نفاذه في حق الدائن،⁴ وبالتالي فإن من حق المتصرف إليه الرجوع على المدين بالدعوى الناشئة عن العقد، فله أن يطلب التعويض أو الفسخ، وفي حالة وفائه للدائن مكان المدين له الحق بالرجوع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب.

¹ محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، مرجع سابق، ص 155.

² أسماء تحنوني، شرح القانون المدني الجزائري-النظرية العامة للإلتزام- برتي للنشر، الجزائر، 2022، ص 331.

³ المرجع نفسه، ص 331.

⁴ العربي بلحاج، أحكام الإلتزام، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 285.

- تقادم الدعوى البوليصة: تتقادم الدعوى البوليصة وفقا لنص المادة 197 ق.م.ج ب(03) ثلاث سنوات من يوم علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف مع ضرورة توفر الشروط المذكورة سابقا من غش وعلم المتصرف إليه في حال المعاوضة، وإعسار في حال التبرع. وتتقادم الدعوى بمرور 15 سنة من يوم القيام بالتصرف المطعون فيه سواء علم به الدائنون أم لم يعلموا.

ثالثا: الدعوى الصورية:

قد يلجأ المدين إلى القيام ببعض التصرفات الصورية التي ليس وجود في الحقيقة وذلك لتهريب أمواله، مما يسبب إضرارا بمصلحة الدائنين، وهذا ما يدفعهم لرفع دعوى يثبتون فيها غش المدين وصورية تصرفاته وسنتطرق فيما يأتي إلى مفهوم الصورية ثم مفهوم الدعوى الصورية وأحكامها وآثارها.

1- تعريف الصورية:

تعرف الصورية على أنها: "اتخاذ مظهر غير حقيقي إخفاء تصرف حقيقي، وذلك بأن يتفق طرفان على إخفاء إرادتهما الحقيقة بقصد إخفاء تصرف حقيقي عن الغير، فتصرفهما الظاهر يكون صوريا، أما تصرفهما المستتر أو ما يسمى بورقة الضد فيكون حقيقيا"¹. وتعرف أيضا على أنها: " وضع ظاهري يخفي حقيقة العلاقة القانونية بين المتعاقدين."²

وهذا يفيد بأن الصورية هي إيراد شيء وهو التصرف الحقيقي، وإظهار شيء آخر للغير وهو التصرف الظاهر باتفاق الطرفين.

2- أنواع الصورية: للصورية نوعان: الصورية المطلقة والصورية النسبية:

2-1- الصورية المطلقة:

وهي ما كانت متعلقة بوجود العقد نفسه؛ حيث أن الاتفاق المستتر لا يتضمن عقدا آخر مختلفا عن العقد الظاهر؛ وإن كان الاتفاق المخفي يثبت لأن التصرف الظاهر تصرف صوري ولا يوجد في حقيقة الأمر.

¹ نقلا عن فريد صحراوي، الصورية وأثرها في القانون المدني الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية، المركز الجامعي تامنغست، العدد 10، 2016، ص 64.

² أنور سلطان، مرجع سابق، ص 62.

أي أنه في الحقيقة لا وجود للتصرف الظاهر، ليس القصد منه إحداث تصرف قانوني بين المتعاقدين بل القصد منه إخفاء حقيقة ما، كاتفاق المدين على إبرام عقد بيع مع شخص آخر والذي يكون صورياً لأن الشيء المباع لا يخرج من ذمته في الحقيقة.

وفي مقابل العقد الصوري يأخذ المدين من الطرف الآخر "المشتري" ما يسمى بـ "ورقة الضد" وهي الاتفاق المستتر.

2-2 الصورية النسبية:

وتتمثل في "إخفاء حقيقة التصرف في صورة تصرف آخر"¹ كأن يكون العقد الحقيقي هو عقد هبة ويتم إخفاؤه في عقد البيع. ونجد أن هناك أنواعاً في الصورية تتمثل في:

أ- الصورية بطريق التستر:

وترتبط بطبيعة التصرف ونوعه، فيتم ستر التصرف الحقيقي في تصرف صوري آخر.

ب- الصورية بطريق المضادة:

وترتبط بشرط من شروط العقد أو ركن من أركانه، كأن يذكر ثمن أقل من الثمن الحقيقي في عقد البيع.

ج- الصورية بطريق التسخير:

وتتحقق إذا وقعت على شخص أحد المتعاقدين، حيث يتم إخفاء شخص أحد طرفي العقد وراء اسم شخص آخر يتعاقد لصالحه. وتكون عادة هذه الصورية في الأحوال التي يمنع فيها التعاقد على بعض الأشخاص مثل ما نصت عليه المادة 402 ق.م.ج على أنه: "لا يجوز للقضاة، ولا للمدافعين القضائيين، ولا للمحامين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط، أن يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلاً."

كما تنص المادة 403 ق.م.ج: "لا يجوز للمحامين و للمدافعين القضائيين، أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها سواء كان التعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة إذا كانوا هم الذين تولوا الدفاع عنها وإلا كانت المعاملة باطلة."

3- تعريف الدعوى الصورية: ونتعرض لتعريفها الفقهي والقانوني

3-1 التعريف الفقهي:

تعرف الدعوى الصورية على أنها "الدعوى التي يستبقي بها الدائن في الضمان العام ما خرج في الظاهر من ملك المدين بتصرفات صورية قصد بها حرمان الدائن من التنفيذ عليها"¹.

¹ أسماء تخنوني، مرجع سابق، ص 333.

وتعرف أيضا على أنها: "الوسيلة القانونية التي يصل بها الدائن لكشف الحقيقة، للمطالبة بإعمال الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، والمحافظة على حقوقه باستبقاء المال محل التصرف الصوري في ذمة المدين، عن طريق إظهار صورية التصرف الكاذب الذي يضر به"²

نستنتج من هذه التعاريف أن الدعوى الصورية ترتبط بالتصرفات الظاهرة التي يحاول المدين تبينها ليستتر على تصرفات أخرى حقيقية يكون الغرض منها محاولة غش الدائن والإضرار به، مما يدفعه لرفع دعوى الصورية لكشف الإرادة الحقيقية للمتعاقدين.

3-2 التعريف القانوني:

لم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف دعوى الصورية لكن نص على أحكامها في المواد 198 و 199 من ق.م.ج.

حيث تنص المادة 198 من ق.م.ج على أنه: "إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين و للخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري".
وتنص المادة 199 من ق.م.ج على أنه: "إذا أخفى المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين، والخلف العام هو العقد الحقيقي".
من خلال هذين النصين يتضح لنا أن المشرع قد مكن الغير الذي تثبت حسن نيته من دائني المتعاقدين وخلفهم الخاص في حال جهلهم بصورية التصرف من التمسك بالعقد الظاهر.

4- شروط الصورية:

هناك عدة شروط يجب توافرها لقيام الصورية:

- أن يكون هناك عقدان: أحدهما حقيقي والآخر صوري³، حيث تتجه إرادة المتعاقدين إلى العقد الحقيقي المستتر أما العقد الصوري فليس إلا مجرد تحايل؛ ويكون كل من العقدين مغايرا للآخر في الطبيعة أو في الشروط والأركان، أو في شخصية الأطراف كما سبق ذكره.

¹ أنور سلطان، مرجع السابق،، ص13.

² العربي بلحاج، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص292.

³ المرجع نفسه، ص 301.

- أن يختلف العقدان في عنصر معين: وهذا العنصر الذي تلحقه الصورية قد يكون الرضا، أو السبب، أو شخصية المتعاقدين.¹

- أن يتزامن العقدان: ويعني هذا اتجاه إرادة كلا الطرفين إلى إبرام العقد الصوري والعقد الحقيقي معا، فإذا اتفق المتعاقدان على تصرف ما من ثم اتفقا على تغيير التصرف الأول أو تعديل شروطه، هنا لا نكون أمام الصورية وإنما نكون بصدد تصرف سابق تعدلت شروطه.²

5- الآثار القانونية للصورية:

يترتب عن الصورية عدة آثار فيما بين المتعاقدين والخلف العام، والغير، ونوجزها فيما يلي:

5-1- أثر الصورية فيما بين المتعاقدين والخلف العام:

عملا بأحكام المادة 199 من القانون المدني الجزائري فإن العبرة تكمن في العقد الحقيقي الذي يكون نافذا فيما بين المتعاقدين والخلف العام الذين هم الورثة وليس العقد الظاهر، فإرادة المتعاقدين منذ البداية كانت تتجه إلى إعمال العقد الحقيقي المستتر وما ينتج عنه . وعملا بنص المادة 107 من ق.م.ج "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه...".

ولذلك يمكن للمتعاقدين وخلفهما العام الاحتجاج بالعقد الحقيقي وإثبات صورية العقد الظاهر. فإذا لم تثبت الصورية اعتد بالعقد الظاهر.³

5-2- أثر الصورية بالنسبة للغير:

بالرجوع إلى نص المادة 198 ق.م.ج التي تنص على أنه: "إذا أبرم عقد صوري فلدائي المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري." نجد أن الغير هم دائنو المتعاقدين وخلفهم الخاص والذين يحق لهم التمسك بالعقد الظاهر في حال كانوا حسني النية.

وأساس تمسك هذا الغير بالعقد الظاهر هو ما يقتضيه مبدأ استقرار المعاملات من وجوب الاطمئنان إلى الإرادة الممكن التعرف عليها، ذلك أن المتعاقدين قد خلقا مظهرا كاذبا اعتمد عليه الغير في تعامله، ولذا وجب أن يسري عليهما في علاقتهما بهذا الغير هذا العقد الظاهر، ومعيار حسن النية هو جهل هذا الغير وقت التعامل بوجود العقد

¹ إيمان جلال، ضمانات تنفيذ الالتزام المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2021، ص25.

² أحمد عبد الحميد أمين، الصورية و ورقة الضد في العقود المدنية، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية ، مصر، العدد40، المجلد40، 2019، ص40.

³ أسماء تخونوي، مرجع سابق، ص335.

المستتر، فإن ثبت علم الغير بالعقد المستتر وقت تعامله انتفت الحكمة من حمايته، وألزمه العقد المستتر شأنه في ذلك شأن المتعاقدين، ولو كان هذا العقد غير مسجل.¹

الفرع الثاني: الحق في الحبس:

لقد عرفت العديد من التشريعات الحق في الحبس على غرار التشريع الفرنسي والمصري اللذين أفرا بأنه ليس حقا عينيا²، كما تناول المشرع الجزائري أحكام الحق في الحبس من المادة 200 إلى المادة 202 من ق.م.ج كوسيلة من وسائل حماية الضمان العام وستتطرق إلى هذا الحق من خلال المفهوم والخصائص والشروط.

أولا: تعريف الحق في الحبس وخصائصه:

نورد تعريف الحق الحبس وخصائصه فيما يلي:

1- تعريف الحق في الحبس:

1-1 التعريف الفقهي: هو أن كل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به، ما دام المدين لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه، بسبب التزام المدين و مرتبط به.³

وعرف على أنه: "الحق المعترف به في بعض الحالات لأحد الدائنين الذي يلتزم بأداء شيء معين في حوزته بأن يمتنع عن رده حتى يتم الوفاء بحق نشأ له بمناسبة التزامه ومرتبط به.⁴

ومن خلال هذه التعريفات نجد أن الحق في الحبس يستلزم وجود طرفين أحدهما يقوم بحيازة شيء يلزم عليه أن يؤديه في مقابل حق ينتظر أن يتم الوفاء به، ومتى تم هذا الوفاء تنتهي معه الحيازة.

2-1 التعريف القانوني:

جاء في نص المادة 200 من ق.م.ج " لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه وله علاقة سببية وارتباط بالتزام المدين. أو مادام الدائن لم يقيم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا."

نجد أن هذا التعريف يوافق ما ورد في التعريفات الفقهية حيث أن حق الحبس يعني أن كل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عنه إذا لم يقيم الطرف الثاني بأداء التزامه.

¹ أسماء تحنوني، مرجع سابق، ص 336.

² محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 170.

³ نقلا عن العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 331.

⁴ نقلا عن إيمان جلال، مرجع سابق، ص 28.

و حق الحبس يفترض وجود التزامين مترتب كل منهما عن الآخر أي كان مصدر هذا الالتزام.¹

2- خصائص الحق في الحبس:

يتميز الحق في الحبس بالخصائص القانونية الآتية:

2-1- الحق في الحبس لا يقبل التجزئة:

فهو يمنح الدائن الحق في أن يمتنع عن تسليم الشيء كله حتى يستوفي حقه،² كما يقصد بأنه لا يقبل التجزئة أنه لا ينقضي بصفة جزئية إذا قام المدين بالوفاء الجزئي.³

2-2- الحق في الحبس وسيلة دفاعية وقائية:

لأنه يتسم بطبيعة وقائية تهدف إلى منع وقوع الضرر، ويرى بعض الفقه أنه وسيلة دفاعية تستخدم لتفادي فسخ العقد.⁴

2-3- الحق في الحبس يتعلق بالعقار والمنقول على السواء:

أي كل ما يدخل في التعامل الشرعي و القانوني، كما أنه لا يخضع لإجراءات الشهر و القيد لأنه ليس حقا عينيا، ولا يخول لصاحبه ما تخوله الحقوق العينية من تتبع وأفضلية، وهو يرد على حالات غير محصورة.⁵

ثانيا: طبيعة الحق في الحبس

1- الحق في الحبس حق عيني:

وهذا حسب النظرية التي تقول بأن الحق في الحبس قائم على الإحراز الفعلي من قبل شخص على شيء دون واسطة أحد، وأنه يمكن الاحتجاج به تجاه الكافة، وقد أكد على عينية الحق في الحبس الكثير من الفقه و الاجتهاد الفرنسي القديم والحديث، وقد استندوا في ذلك إلى ان الدائن يمارس سلطة مباشرة على شيء معين.⁶ إلا أن هذه النظرية قد انتقدت على أساس أنه لا يمكن اعتبار الحق في الحبس حقا عينيا كونه يفتقد لمقومات الحق العيني الأساسية، فلا يشتمل على حق التقدم ولا على حق التتبع، كما أنه غير خاضع لإجراءات الشهر.⁷

¹ حسينة خوجة، حق الحبس ضمان لتنفيذ الالتزام، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، المجلد 2، العدد 2، 2017، ص 237.

² العربي بلحاج، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 317.

³ فاطيمة الزهرة عكرمي، رحمة شواربي، الحق في الحبس، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة غرداية، 2021-2022، ص 10.

⁴ المرجع نفسه، ص 12.

⁵ العربي بلحاج، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 316.

⁶ نسيم عبد الوهاب، دليمة بوقبة، حالات مشروعية الامتناع عن الوفاء على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2013، ص 08.

⁷ إيمان جلال، مرجع سابق، ص 30.

2- الحق في الحبس حق شخصي:

يرى أصحاب هذه النظرية أن الحابس هو الدائن والمدين في نفس الوقت، فهو يمتنع عن تسليم شيء بحوزته وهو ملزم بتسليمه إلى غاية دفع مستحقته، فهو لا يتخلى عن الشيء المحبوس إلا بتسديد ما هو مستحق له. لكن تقييم هذه النظرية يكون بأن الحق الشخصي يخول الدائن أن يجبر مدينه على الوفاء بالتزامه أيا يكن في حال لم يوف به اختياريا، لكن الحق في الحبس هو مجرد امتناع عن الوفاء بالتزام.¹

3- موقف المشرع الجزائري:

أدرج المشرع الجزائري الحق في الحبس تحت عنوان "ضمان حقوق الدائنين" مما يبين أن الحق في الحبس ذو طبيعة خاصة، حيث لا يستلزم لجوء الدائن للقضاء من أجل استعمال هذا الحق، فهو يقوم بإجراء بسيط وهو الامتناع عن الوفاء في مقابل امتناع المدين عن الوفاء.

و للدائن "الخيار إذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه، بين أن يمتنع هو الآخر عن الوفاء باستعمال الحق في الحبس، إذ هو أراد إتمام العقد أو العلاقة التي تربطه بمدينه وبين أن يطالب بالفسخ وهو في هذه الحالة الأخيرة ينهي العلاقة القانونية التي تربطه بالطرف الآخر، منه نصل إلى نتيجة في غاية الأهمية، تتمثل في أن الحق في الحبس عملة ذو وجهين، فهو ضمان قانوني لحق الدائن في استيفاء حقه، وفي آن واحد جزاء للمدين لعدم تنفيذه لالتزامه".²

ثالثا: شروط الحق في الحبس:

1- أن يكون الحابس ملزما بأداء شيء:

لقيام الحق في الحبس يلزم أن يكون الحابس مدينا للطرف الآخر بأداء شيء معين، وهو المحل الذي يرد عليه الحبس، إلا أنه يمتنع عن تسليمه حتى يستوفي حقه، ولا يهم مصدر الدين محل الحبس، سواء أكان العقد أو العمل غير المشروع، أو الاثراء بلا سبب، أو نص القانون كما انه لا يشترط أن يكون حق الحابس محدد المقدار، أو أن يكون صادرا به حكم قضائي، أو أن يكون مزودا بسند تنفيذي.³

¹ نسيم عبد الوهاب، دليلة بوقبة، مرجع سابق، ص. 10.09.

² المرجع نفسه، ص 11.

³ العربي بلحاج، مرجع سابق، ص. 318.319.

و يرد حق الحبس على المنقول والعقار و الأشياء المثلية والقيمية وغير المادية كأصل عام، ويستثنى منه الأشياء غير القابلة للحجز بطبيعتها أو قانوناً¹.

2- أن يكون حق الحابس مستحق الأداء:

و ذلك يعني أن يكون قد حل ميعاد الوفاء بالدين، وأن يكون حق الحابس لاحقاً على حيازة الشيء المحبوس فلا يجوز للحابس حبس شيء تسلمه بموجب عقد لاحق لأن هذا يتعارض مع فكرة الترابط بين الالتزامين التي تعتبر ضرورية لقيام الدائن بالحبس. ولا يشترط التناسب بين قيمة حق الحابس وقيمة الشيء المحبوس، إذ يجوز حبس الشيء ولو تجاوزت قيمته مقدار حق الحابس.²

3- وجود ارتباط بين التزام الحابس وحقه:

لا بد من وجود علاقة بين التزام الحابس بأداء الشيء و التزام المدين تجاه الدائن، هذه العلاقة قد تكون علاقة قانونية تبادلية. فنكون أمام الارتباط القانوني "المعنوي" الذي يعني وجود علاقة تبادلية بين الالتزامين، هذه العلاقة قد تكون تعاقدية كالإيجار أو غير تعاقدية كالفضالة.³

و قد نكون أمام واقعة مادية فنكون بصدد الارتباط المادي أو الموضوعي ونكون هنا أمام حالتين:⁴

- الحالة الأولى: إذا أنفق الحائز أو الحابس مصروفات ضرورية أو نافعة على الشيء.
- الحالة الثانية: إذا أصيب الحابس بضرر يستحق التعويض، ونكون هنا أمام قيام المسؤولية التقصيرية التي توجب التعويض.

ثالثاً: آثار الحق في الحبس: ونتطرق فيها إلى حقوق وواجبات الحابس، وآثار الحق في الحبس بالنسبة للغير.

¹ طارق جبارني، فارس حميدي، وسائل حماية الضمان العام في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة محمد بن بشير الإبراهيمي، برج بوعريش، 2022-2023، ص 37.

² العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 321.322.

³ نسيم عبد الوهاب، دليلة بوقبة، مرجع سابق، ص 14.

⁴ المرجع نفسه، ص 14.

1- حقوق الحابس:

- يحق للحابس الامتناع عن تسليم العين حتى يستوفي حقه، وهو امتناع مؤقت عن التنفيذ لتقوية الضمان، وليس طريقا لانقضاء الالتزام.¹

- ويمكن للحابس أن يحتج أمام الغير وهم الخلف العام والدائن العادي بحقه في الحبس، فبالنسبة للخلف العام من ورثة وموصى إليهم فيسري في مواجهتهم هذا الحق، أما الدائن العادي سواء نشأ حقه سابقا أو لاحقا لحق الحبس فإنه لا يحرم من التنفيذ على الشيء المحبوس، بل المقصود بذلك امتناع الحابس عن تسليم هذا الشيء حتى استيفاء حقه كاملا، وهذا ما يميز الحابس عن غيره من المدينين.²

أما بالنسبة للخلف الخاص فسيان حق الحبس في مواجهتهم فيه اختلاف حسب طبيعة العين المحبوسة:

- فإذا كانت العين المحبوسة عقارا تكون العبرة بتاريخ شهر الخلف الخاص لحقه على العقار فإذا كانت سابقة للحبس فلا يحق للحابس الاحتجاج بحق الحبس، أما إذا كانت لاحقة لحق الحبس يحق للحابس التمسك بحقه في الحبس في مواجهة الخلف الخاص.³

- وإذا كان الشيء المحبوس منقولاً، فإن الحق في الحبس يسري في مواجهة من ترتبت حقوقه بعد الحبس إذا كان الحابس حسن النية.

2- واجبات الحابس:

يتوجب على الحابس الحفاظ على العين المحبوسة وأن يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد، فإذا قصر في ذلك تقوم مسؤوليته التقصيرية ويلزمه التعويض.⁴

كما لا بد أن يلتزم الحابس بتقديم حساب غلة الشيء المحبوس للمالك وهذا ما نصت عليه المادة 2/201 ق.م.ج "وعلیه أن يقدم حساباً عن غلته."

وإذا استوفي الحابس حقه لا بد أن يرد الشيء المحبوس للمدين، ويمكن للمدين إجبار الحابس على ذلك في حال قام بوفاء دينه، أو قدم تأمينا كافيا للوفاء بالتزامه سواء كان تأمينا عينيا أو شخصيا.⁵

¹ حسينة خوجة، مرجع سابق، ص 240.

² المرجع نفسه، ص 241.

³ العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 335.

⁴ حسينة خوجة، مرجع سابق، ص 243.

⁵ العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 333.

ملخص الفصل الأول:

يتبين لنا أن المشرع الجزائري قد أوجد للدائنين العديد من الوسائل التي تسمح لهم بالحفاظ على الضمان العام وحمايته، كالإجراءات التحفظية التي تحول دون وقوع مخاطر ، والدعاوى المتمثلة في الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصة، والصورية والتي تمكن الدائن من بعض الإجراءات كالنيابة عن المدين في استرجاع حقوقه من الغير عند تقاعسه عن القيام بذلك، وإرجاع ما يخرج من الضمان العام سواء ثبت إهمال المدين أو غشه، حيث يمكن أن يخرج المال محل الضمان من حيازة المدين الذي يقوم بالتصرف في هذا المال، مما يسبب بعض التغيرات التي تطرأ على ذمة المدين المالية، وتؤثر على حق الدائن بالسلب.

كما أن حق الدائن في الضمان العام غير محدد أو مرتبط بعين أو مال معين بل بكل ما تتضمنه الذمة المالية للمدين بعد نشوء الدين وقبل التنفيذ، إضافة إلى عدم وجود كل من حق التبع وحق الأولوية.

وهذا ما يجعل الدائن لا يمنح الائتمان إلا للمدين الذي يستحق الثقة التي ترتبط ارتباطا وثيقا بالضمانات التي يقدمها المدين والتي تكفل له الوفاء بحقه، أي لا بد من وجود ضمانات أكثر قوة تمنح للدائن الحماية المطلوبة في استيفاء حقوقه.

الفصل الثاني الضمان الخاص ودوره في كفاية حق الدائن

ضمانا لاستيفاء حقوق الدائنين وأمام قصور الضمان العام أوجد المشرع ضمانات قانونية أكثر فاعلية تتمثل في التأمينات الشخصية والعينية، والتي يكون فيها للدائنين سلطة الأولوية والتقدم على الدائنين العاديين وهذا ما يعرف بالضمان الخاص.

ويوفر الضمان الخاص باشماله على التأمين الشخصي، والتأمين العيني حماية أقوى للدائن وذلك بضم ذمة مالية إلى ذمة المدين ليتسع نطاق الضمان، أو بتخصيص مال المدين أو مال غيره للوفاء، فيعمل الضمان الخاص على تحقيق قدر أكبر من الائتمان والثقة للدائن، الذي يصبح مركزه أكثر قوة من غيره من الدائنين ويكفل حقوقه عند حلول الأجل.

ويطلق عادة على الضمان الخاص مصطلح التأمينات الخاصة التي تعرف على أنها: "وسيلة قانونية يمنحها القانون بشكل مباشر، أو بالاتفاق على دائن معين من أجل ضمان استيفاء كامل دينه عند الاستحقاق، فهي ضمانات خاصة تهدف إلى وضع دائن معين في مركز قانوني يمتاز به عن غيره من الدائنين العاديين حيث يصبح في مأمن من خطر عدم تحصيل حقه كاملا في حالة إعسار أو إفلاس مدينه".¹

وسنحاول التعرف على ما يشتمل عليه الضمان الخاص في هذا الفصل من خلال المبحث الأول (التأمينات الشخصية) والمبحث الثاني (التأمينات العينية).

¹ إيمان رزين، مركز الدعوى المباشرة من بين نظم التأمينات الشخصية و العينية، مجلة القانون العقاري و البيعة، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، المجلد 11، العدد 01، 2023، ص 138.

المبحث الأول: التأمينات الشخصية

لقد سميت التأمينات الشخصية بهذا الاسم لأن هناك شخصا يتعهد بالوفاء مكان المدين، ويقصد بها: " إيجاد شخص آخر غير المدين يستطيع الدائن أن يطالبه بذات الدين بحيث إذا لم يستطع الدائن الحصول على حقه كاملا من المدين كان له أن يرجع على هذا الشخص مطالبا بحقه أو بما لم يستوف من هذا الحق، ومن هنا جاءت تسميتها بالتأمينات الشخصية.¹"

وتتمثل التأمينات الشخصية في ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين، وبالتالي في حالة إعسار المدين تقوم الذمة المالية الأخرى بالوفاء بالدين مما يحقق للدائن ضمانا أكبر في الحصول على دينه، ومن أهم صور التأمينات الشخصية نجد الكفالة التي ظهرت كتأمين شخصي في القانون الروماني القديم، ولا زالت حتى وقتنا الراهن، والتي يقصد بها ضم ذمة مالية إلى ذمة أخرى للوفاء بحق الدائن.

وستتناول في هذا المبحث من خلال المطلب الأول (مفهوم الكفالة والضمانات التي تمنحها للدائن) وتتناول في المطلب الثاني (المخاطر التي تحد من فعالية الكفالة كتأمين شخصي) .

المطلب الأول: مفهوم الكفالة والضمانات التي تمنحها للدائن

هناك عدة تعاريف للكفالة ومجموعة من الخصائص سنتطرق لها في الفرع الأول (مفهوم الكفالة) وهناك عدة ضمانات تمنحها الكفالة للدائن نستعرضها في الفرع الثاني (الضمانات التي تمنحها الكفالة للدائن).

الفرع الأول: مفهوم الكفالة

نتطرق أولا لتعريف الكفالة ثم الخصائص التي تميزها.

أولا: تعريف الكفالة : هناك عدة تعريفات للكفالة من الناحية الفقهية والقانونية وهي:

1- التعريف الفقهي:

تعرف الكفالة على أنها: " ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين.²"

وتعرف على أنها: " عقد يتم بين شخص يسمى الكفيل ودائن شخص آخر، يلتزم بموجبه الكفيل أن يضمن للدائن الوفاء بالدين الذي له على المدين.³"

¹ عادل أحمد الجسسي، مدى ملائمة شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان، دراسة مقارنة، أطروحة ماجستير، كلية القانون، جامعة الامارات العربية، 2018، ص 05.

² خليفة داودي، أحمد كواش، النظام القانوني للكفالة المصرفية، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة خميس مليانة، عين الدفلى 2018-2019، ص 13.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، دار الهدى، الجزائر، د.س.ن، ص 13.

وعقد الكفالة هو: "تصرف قانوني صادر عن شخص بمحض إرادته يضمن ديناً عالماً في ذمة الغير".¹

2- التعريف القانوني:

عرفتها المادة 644 ق.م.ج على أن: "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه".

من نص المادة يتضح أن الكفالة عقد له طرفان هما الكفيل والدائن، فالكفيل في هذا العقد هو من يلتزم بضمان دين المدين الذي لا يكون طرفاً في عقد الكفالة، والدائن هو الطرف الثاني وصاحب الدين الأصلي.

ثانياً: خصائص عقد الكفالة:

للكفالة عدة خصائص ومنها:

1- الكفالة عقد رضائي:²

لا بد من وجود الرضائية في عقد الكفالة بالرجوع إلى الأحكام العامة في إبرام العقود التي تتطلب تطابق الإيجاب والقبول في الإرادتين وهو ما يستوجب وجود هذا التطابق بين إرادتي الكفيل والمدين. ولا يشترط أي شكل للانعقاد أما الشكل الذي ورد في نص المادة 645 ق.م.ج فيقصد به الكتابة المعدة للإثبات فقط.

2- الكفالة عقد ملزم لجانب واحد:³

وذلك لأن الكفيل وحده ملزم بالوفاء بالدين حين حلول الأجل أما الدائن فلا يلتزم بشيء بموجب عقد الكفالة هذا هو الأصل، ولكن ليس هناك ما يمنع الدائن من أن يلتزم بعوض مقابل التزام الكفيل بعقد الكفالة، ويصبح العقد بذلك ملزماً لجانبين، كأن يقوم المدين بدفع مبلغ من المال للبنك الذي يكفله.

حيث تنشأ التزامات متبادلة على عاتق كل من الدائن والكفيل، هذه الالتزامات المتقابلة يرتبط بعضها ببعض بحيث يعتبر كل منها سبباً لقيام الالتزام المقابل فإذا تمثل المقابل الذي يدفعه الدائن للكفيل مقابل كفالته للدائن في مبلغ

¹ بمينة جوحو، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، عقد الضمان المستقل، عقد الرهن، دار بلقيس للنشر، 2023، ص 11.

² عدنان إبراهيم سرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة، المقاوله- الوكالة- الكفالة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، 2009، ص 227.

³ المرجع نفسه، ص 228.

من النقود، نكون أمام حالتين:¹

- إذا كان الغرض من المبلغ الذي يدفعه الدائن هو مقابل تعهد الكفيل بتأمينه من خطر الإعسار وتعويضه عن الضرر اللاحق به من جراء ذلك، فإن العقد يصبح صورة من صور التأمين.
- إذا كان دور الكفيل يقتصر على تنفيذ التزام المدين إذا لم يقيم بوفائه فإن العقد يظل كفالة.

3- الكفالة عقد تبعي:²

فالكفالة عقد ثانوي تابع لالتزام أصلي قائم بين الدائن والمدين، الذي يصبح أجنبيا في عقد الكفالة. وبما أن عقد الكفالة عقد تبعي فإنه يتبع الالتزام الأصلي وجودا وعدما ولا يجوز أن يختلف عنه في أي جزئية من جزئياته، وبالنظر لنص المادة 652 ق.م.ج التي جاء فيها: "لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول. ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشرط أهون".

فإننا نجد أن التزام الكفيل يكون في حدود الالتزام المكفول وليس أكبر ولا أشد منه، ولكن يمكن أن يكون أقل وأخف. ويمكن بناء على صفة التبعية أن يدفع الكفيل بكافة الدفع المتاح للمدين.

4- الكفالة من عقود التبرع:³

الكفالة بالنسبة للكفيل من عقود التبرع فالكفيل لا يأخذ مقابلا للضمان الذي قدمه للدائن، أما بالنسبة للدائن فالكفالة إما من الأعمال النافعة نفعا محضا إذا لم يقدم أي مقابل، أو من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، إذا قدم مقابلا للكفيل على سبيل المثال.

ورغم أن بعض الفقه يرى أن الكفالة في أغلب الأحوال من عقود المعاوضة، إلا أن الأصل في الكفالة أنها ضمان دون مقابل، إذ أن الكفيل يلتزم بالضمان للدائن التزاما لا يتضمن معناه عنصر المقابل الذي يحصل الكفيل عليه، لأن الكفالة في الغالب تكون بطلب من الكفيل.⁴

ثالثا: شروط عقد الكفالة:

للكفالة عدة شروط هي: ذكرت المادة 646 ق.م.ج شروط الكفيل الذي يقدمه المدين بنصها على ما يلي:

¹ أسماء إبراهيم، صفاء عطوي، أحكام عقد الكفالة في ظل التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة قلمة، 2014-2015، ص 13.

² عدنان إبراهيم السرحان، مرجع سابق، ص 231.

³ محمد صبري السعدي، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 18.

⁴ المرجع نفسه، ص 19.

" إذا التزم المدين بتقديم كفيل وجب أن يقدم شخصا موسرا و مقيما بالجزائر، وله أن يقدم عوضا عن الكفيل، تامينا عينيا كافيا."

من خلال نص المادة المذكورة نجد أن هناك عدة شروط يجب توفرها في الكفيل هي:

– أن يكون الكفيل موسرا: وهذا أمر بديهي فلا يعقل أن يتقدم شخص ليضمن ديننا وهو معسر، فلا بد أن يكون قادرا على الوفاء بالالتزام الذي يضمنه.

ولا بد أن يكون للكفيل ما يكفي في ذمته المالية للوفاء بدين المدين ومسألة يسر الكفيل تخضع لتقدير قاضي الموضوع لأنها تتعلق بوقائع مادية وله أن يستعين بخبير لتقدير يسر الكفيل¹. ويدخل في هذا اليسر جميع أموال الكفيل الحالية والمستقبلية.

وإذا ثارت مشكلة عسر الكفيل من طرف الدائن فعلى المدين إثبات يسره². ويفهم من ذلك أن الدائن إذا ادعى عسر الكفيل عليه إثباته، ويقع على عاتق المدين إثبات عكس ما يدعيه الدائن بوجود أموال تكفي للوفاء بالدين.

– إقامة الكفيل بالجزائر: وهو أمر بديهي ليكون من السهل على الدائن مطالبة الكفيل عندما يحين أجل الوفاء، ولم يف به المدين وبقصد بالموطن في الجزائر الإقامة المعتادة للكفيل فيها، فلا تكون إقامته عارضة، وذلك مراعاة لمصلحة الدائن³. لكن لا يشترط في الكفيل أن يكون جزائري الجنسية فقد يكون أجنبيا مقيما في الجزائر كالشركات الأجنبية المتواجدة في الجزائر⁴.

وفي حالة ما إذا غير الكفيل موطنه أثناء الكفالة ولم يعد له موطن معلوم في الجزائر يسقط أجل الدين، إذا لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا، ككفيل آخر أو تأمين عيني⁵.

– الأهلية⁶: بما أن الكفالة من عقود التبرع فلا بد من توفر شرط الأهلية، لأن هذا العقد ينقص من الذمة المالية للكفيل فقد يصبح تصرفا ضارا ضررا محضا بالنسبة له وبالتالي يصبح هذا التصرف باطلا أو قابلا للإبطال، وربما هذا ما دفع المشرع إلى عدم ذكر هذا الشرط في المادة 646 من القانون المدني السابقة الذكر.

الفرع الثاني: الضمانات المقررة للدائن بموجب عقد الكفالة:

¹ حنان عياد، التناسب بين الدين والضمان، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر 01، 2013-2014، ص 55.

² محمد صبري السعدي، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 24.

³ المرجع نفسه، ص 24.

⁴ يمينه حوحو، مرجع سابق، ص 14.

⁵ نقلا عن ليسيا عسكري، شناز ولد الشيخ، الطبيعة القانونية لعقد الكفالة، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2021-2022، ص 19.

⁶ حنان عياد، مرجع سابق، ص 55.

عندما يتقدم الكفيل كضامن للدين يكون الدائن أكثر اطمئنانا بسبب تعزيز الحماية القانونية له، ووجود عدد من الضمانات التي تقرها الكفالة والتي تتمثل في:

أولاً: حق الدائن في مطالبة الكفيل:

وهو أول ما ينتج عن علاقة الدائن بالكفيل فعند حلول الأجل، وعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، حينها يتقدم الدائن للكفيل بطلب تنفيذ هذا الالتزام، وهذا هو جوهر عقد الكفالة بالرجوع لنص المادة 644 من ق.م.ج.

ثانياً: حق الدائن في إجبار الكفيل على تنفيذ الالتزام:

يمكن أن يكون أجل التزام الكفيل لاحقاً لأجل التزام المدين، فلا يمكن للدائن مطالبة الكفيل إلا عند حلول أجل التزامه.

كما يجب على الدائن الرجوع أولاً على المدين قبل رجوعه على الكفيل، حيث تنص المادة 1/660 من ق.م.ج على أنه: "لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين."

يمكن أن يتم تمديد أجل تنفيذ الالتزام بإرادة الدائن أو بحكم قضائي، فيستفيد الكفيل من ذلك ولا يستطيع الدائن مطالبة قبل حلول الأجل الجديد. وإذا لم يتم تحديد أجل خاص لالتزام الكفيل، كان أجل هذا الالتزام هو أجل الالتزام الأصلي.¹

ثالثاً: حق الدائن في مطالبة المدين أو الكفيل أو مطالبتهما معاً:²

تعطي الكفالة الدائن المكفول له الحق في مطالبة الكفيل بأداء الدين، لكن هذا الحق لا يسقط حق الدائن في مطالبة المكفول عنه (المدين) - الذي هو صاحب الدين الأصلي - فللدائن مطالبة الكفيل أو المدين على السواء في حالة تضامنتهما معاً بكامل الدين، أو مطالبة الاثنين معاً كل منهما بجزء من الدين.

* توجد حالات أخرى يحق فيها للدائن مطالبة الكفيل بتنفيذ الالتزام، كتقدمه في إفلسة المدين، والقيام بالإجراءات المناسبة ضد المدين بعد إعذاره من الكفيل، لأن هذه الحالات تسقط حق الكفيل في الرجوع على الدائن ورفضه دعوى الدائن.

¹ محمد صبري سعدي التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، مرجع سابق ص 56.

² عدنان إبراهيم السرحان، مرجع سابق، ص 262.

إضافة إلى أن الكفالة تتميز بقلّة تكاليفها، وبساطة إنشائها دون الحاجة إلى إجراءات طويلة ومعقدة مثل باقي الضمانات.¹

وتجدر الإشارة إلى أن الشروط التي أدرجها المشرع لصحة عقد الكفالة تعد أيضا ضمانات للدائن، لأنها ترتبط بتسهيل مطالبة الدائن للكفيل من حيث يسره وإقامته بالجزائر.

المطلب الثاني: المخاطر التي تحد من فعالية الكفالة.

على الرغم من أن عقد الكفالة من التأمينات الشخصية التي وضعت كضمان إضافي للدائن، إلا أن هناك عدة دفعات متاحة للكفيل تحول دون قيامه بالتزاماته، وهو ما يوفر حماية للكفيل من جهة و يؤثر سلبا على حق الدائن من جهة أخرى.

وستتناول بالتفصيل هذه الدفعات والتي تنقسم إلى دفعات متعلقة بالالتزام الأصلي، ودفعات متعلقة بعقد الكفالة ودفعات متعلقة بتقصير الدائن.

الفرع الأول: الدفعات المتعلقة بالالتزام الأصلي المكفول

بما أن عقد الكفالة عقد تبعية يحق للكفيل التمسك بكافة الدفعات التي يتمسك بها المدين، وتتمثل هذه الدفعات في:

أولاً: الدفع ببطان الالتزام الأصلي²:

من الطبيعي أن العقد الباطل لا ينشئ أية التزامات لأي طرف ويعتبر كأن لم يكن، وبالرجوع لخصائص الكفالة التي تنشأ وتنقضي بنشأة وانقضاء الالتزام الأصلي المكفول، فبطان هذا الالتزام يعني بطان الكفالة.

ثانياً: الدفع بانقضاء الالتزام الأصلي³:

تنشأ الكفالة لضمان دين المدين فإذا قام بأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام تنقضي معه الكفالة بالتبعية. وهذا ما نصت عليه المادة 1/645 من ق.م.ج ، وقد حدد المشرع الجزائري أسباب انقضاء الالتزام في الباب الخامس من القانون المدني، والتي تتمثل في الوفاء، الوفاء بمقابل، التجديد والإنابة المقاصة، اتحاد الذمة، والابراء، استحالة الوفاء والتقادم المسقط.

¹ مريم بنت الخوخ، دور الضمانات الشخصية في تدعيم الائتمان، رسالة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2020-2021، ص12.

² صورية حمداوي، فتيحة مسعودان، الكفالة كتأمين شخصي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2013، ص38.

³ المرجع نفسه، ص38.

ثالثاً: الدفع الخاصة بإبطال الالتزام المكفول¹:

يمكن أن يكون المدين ناقص الأهلية، أو أن إرادته مشوبة بعيب من عيوب الإرادة، فيصبح العقد قابلاً للإبطال ويكون من حق الكفيل التمسك بهذا الدفع إذا لم يكن عالماً بذلك وقت التعاقد، وهذا ما نصت عليه المادة 2/654 من ق.م.ج.

الفرع الثاني: الدفع الناشئة عن عقد الكفالة:

من حق الكفيل أن يدفع عن نفسه تنفيذ الالتزام بعدة أوجه تتمثل في:

أولاً: الدفع بالرجوع:

لا يمكن للدائن مطالبة الكفيل إلا بعد حلول أجل الدين الأصلي، ولا يمكن أن يكون الأجل الممنوح للكفيل أقل من ذلك، وفي حال عودة الدائن على الكفيل قبل عودته على المدين، فمن حق الكفيل أن يدفع بحق الرجوع على المدين وفقاً لنص المادة 1/660 من ق.م.ج.

أما في حالة عدم تحديد أجل التزام الكفيل باتفاق خاص في عقد الكفالة يحدّد أجل التزام الكفيل، فإن هذا الأجل يحل باستحقاق دين المدين، عندئذ يعود الدائن على المدين والكفيل في الوقت نفسه، كما يمكن أن يحدد نفس لأجل لكل من التزام المدين والكفيل، حينئذ يكون للدائن الحق في الرجوع على أي منهما، خاصة في حالة تضامنها مما يجعلهما في نفس المركز من الدين.²

ثانياً الدفع بالتجريد:

يمكن للكفيل الدفع بالتجريد في مواجهة الدائن، وذلك بطلب تجريد المدين أولاً من أمواله إذا كانت كافية لتسديد ديونه، وعلى الكفيل التمسك بهذا الدفع، وهذا ما ورد في نص المادة 2/660 ق.م.ج. وللدفع بالتجريد عدة شروط وآثار تمثل في:

1- شروط الدفع بالتجريد:³

- أن يكون الكفيل شخصياً لا عينياً.
- يجب أن لا يكون الكفيل قد تنازل مقدماً عن هذا الدفع.
- ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين.

¹ صورية حمداوي فتيحة مسعودان، مرجع سابق، ص 39.

² يمينة حوحو، مرجع سابق، ص 29.

³ أسماء إبراهيم، صفاء عطوي، مرجع سابق، ص 47.

- أن يرشد الكفيل إلى أموال المدين التي تفي بكل الدين.

2- آثار الدفع بالتجريد: يترتب عن الدفع بالتجريد ما يلي:

- عدم التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله.
- يمكن أن يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد في أي مرحلة كانت عليها الدعوى.
- يصبح الدائن مسؤولاً تجاه الكفيل عن إعسار المدين،¹ حيث يتحمل الدائن مسؤولية إعسار المدين في مواجهة الكفيل الذي أُرشد له لأموال المدين ولكنه تقاعس ولم يقيم بالإجراءات المطلوبة في وقتها.

ثالثاً: الدفع بالتقسيم:

تبعا لما تنص عليه المادة 664 ق.م.ج ، فإنه يحق للكفيل الدفع بالتقسيم في حالة تعدد الكفلاء لدين واحد وعقد واحد بشرط ألا يكونوا متضامنين فيما بينهم، وليس بإمكان الدائن أن يطالب أيا منهم بأكثر من نصيبه الذي ضمنه. وللدفع بالتقسيم شروط و آثار تتمثل في:

1- شروط الدفع بالتقسيم: للدفع بالتقسيم عدة شروط هي²:

- أن يتعدد الكفلاء ويكون هذا التعدد لدين واحد ، أي أن يكون هناك عدة كفلاء وجميعهم قد كفّلوا نفس الدين لنفس المدين، وليس عدة ديون لنفس المدين، وليس عدة مدينين لديون مختلفة، لأن وحدة المدين هنا لا تعني شخصا واحدا لأنه قد يتضامن عدة مدينين لدين واحد.
- يجب ألا يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم.
- يجب أن يكون الكفلاء كفّلوا المدين بعقد واحد.

2- آثار الدفع بالتقسيم: ينتج عن الدفع بالتقسيم عدة آثار هي:

- يكون الدين عند الدفع بالتقسيم مقسما لحصص، فلا يمكن عندها للدائن إلا أن يطالب كلا من الكفلاء على قدر حصته في ضمان الدين وليس الدين كله.
- بإمكان الكفيل أن يتمسك بالدفع بالتقسيم في أي مرحلة من مراحل الدعوى.³

¹ محمد صبري السعدي، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 84.

² المرجع نفسه، ص 52.

³ بمينة حوحو، مرجع سابق، ص 37.

- إذا لم يذكر نصيب كل كفيل ينقسم الدين بالتساوي على الكفلاء حسب عددهم،¹ فلا يعقل أن يثقل كافل بدين أكبر من غيره دون سبب معين.
- إذا أعسر أحد الكفلاء يتحمل الدائن هذا العسر، ولا يمكن تحميل دين الكفيل المعسر لغيره من الكفلاء لأن الدين ينقسم بينهم بقوة القانون.²

الفرع الثالث: الدفع المبينة على تقصير الدائن

يحدث أن يكون الدائن مهملاً أو متقاعساً فلا يبادر إلى الحفاظ على حقه لدى المدين بأن يتخذ بعض الإجراءات، فيكون للكفيل أن يتخذ من هذا الإهمال حجة على الدائن ويدفع بها عن نفسه في تنفيذ التزامه، وتتمثل هذه الدفع في:

أولاً: الدفع بإضاعة التأمينات:

يستطيع الكفيل أن يدفع بإهمال الدائن في المحافظة على التأمينات وتضييعها، وبالتالي تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضع الدائن من هذه الضمانات، وهذا ما نصت عليه المادة 656 من ق.م.ج. ولكي يتمكن الكفيل من التمسك بهذا الدفع هناك عدة شروط يجب توافرها، كما أن هناك عدة آثار تنتج عن هذا الدفع.

1- شروط الدفع بإضاعة التأمينات: وتتمثل شروط الدفع بإضاعة التأمينات من خلال نص المادة 656 من ق.م.ج. في:

- إضاعة الدائن بخطئه تأميناً خاصاً وضع للوفاء بالدين المكفول سواء كان تأميناً شخصياً أو عينياً، "كما ينبغي أن يكون خطأ الدائن خطأ شخصياً، كإهماله في قيد الرهن مثلاً أو اتخاذ إجراء للمحافظة على سلامة الرهن".³
- حدوث ضرر للكفيل جراء خطأ الدائن بإضاعة تأمين خاص، لأن هذا التأمين هو ما كان يعتمد عليه الكفيل عند عودته على المدين لاستيفاء حقه، "ويجب أن يكون هذا التأمين ذو قيمة معتبرة في ضمان حق الدائن، لأنه لو لم يكن كذلك فلا طائل من تمسك الكفيل بهذا الدفع".⁴

¹ سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1996، ص 88.

² يمينه حوحو، مرجع سابق، ص 37.

³ المرجع نفسه، ص 38.

⁴ صورية عبد الكريم، حمزة بن شعلال، الدفع المرتبطة بعقد الكفالة في القانون المدني، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمن بن ميرة، بجاية، 2012-2013، ص 50.49.

2- آثار الدفع بإضاعة التأمينات: وتتمثل في:

- براءة ذمة الكفيل لأن الدائن بخطئه ضيع فرصة استيفاء حقه من التأمينات المقدمة، "فإذا كانت هذه الضمانات تكفي للوفاء بكل الدين برئت ذمة الكفيل نهائياً، وإلا برئت بالقدر الذي يعادل قيمة التأمين الذي أضاعه".¹
- انقضاء عقد الكفالة، لأن الكفيل بمجرد تمسكه بإثارة هذا الدفع حتى يتقرر حقه في براءة ذمته كاملة، ويجوز له أيضاً أن يرفع دعوى قضائية لمواجهة الدائن والمطالبة ببراءة ذمته.²

ثانياً: الدفع الرجعة إلى عدم اتخاذ الدائن إجراءات محددة:

هناك بعض الإجراءات التي على الدائن أن يقوم بها ضد المدين من أجل استيفاء حقه، وإلا كان من حق الكفيل أن يدفع بإهمال الدائن وتقصيره، وذلك في حال التأخر في اتخاذ الإجراءات ضد المدين، أو عدم التقدم في تفليسة المدين.

1- الدفع بتأخر الدائن في اتخاذ الاجراءات ضد المدين:

لابد للدائن من اتخاذ عدة اجراءات من أجل استيفاء حقه من المدين، وفي حال عدم قيامه بهذه الإجراءات تبرأ ذمة الكفيل، إلا أن هذه البراءة لا تتحقق بمجرد أن الدائن لم يقوم بهذه الاجراءات أو تأخر في القيام بها، وهذا ما تنص عليه المادة 1/657 ق.م.ج التي تنص على أنه: "لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه يتخذها".

لكن بالرجوع للفقرة الثانية من ذات المادة والتي تنص على مايلي: "غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقوم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً." فإننا نجد أن براءة ذمة الكفيل تتحقق إذا لم يقوم الدائن و في أجل ستة أشهر من يوم إنذار الكفيل له باتخاذ الإجراءات ضد المدين بسبب حلول أجل الدين سواء يرفع دعوى ضد المدين، أو اتخاذ اجراءات التنفيذ إذا كان بيد الدائن سند تنفيذي.

¹ محمد صبري، السعدي، التأمينات الشخصية و العينية، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص75.

² صورية عبد الكريم، حمزة بن شعلال، مرجع سابق، ص52.

و إذا انقضت ستة أشهر من يوم الإنذار ولم يتخ الدائن أي إجراء تبرأ ذمة الكفيل إلا إذا قدم المدين للكفيل ضمانا كافيا ليرجع به عليه بعد تنفيذ الالتزام.

ومن خلال ما تقدم نجد أن للدفع بالتأخر في اتخاذ الإجراءات شروط و آثار وهي:

1-1- شروط الدفع بتأخر المدين في اتخاذ الإجراءات ضد المدين:

- حلول أجل الدين لأن إعدار الدائن قبل ذلك يكون عديم الجدوى،¹ و لعبرة من ذلك أن الدائن لن يكون بإمكانه اتخاذ أي إجراء قبل حلول أجل الوفاء.
- تمسك الكفيل بهذا الدفع لأنه يحمي به مصلحته الخاصة، وليس من النظام العام فلا تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها.
- حصول ضرر للكفيل بسبب إعسار المدين و عدم تمكن الكفيل من الرجوع عليه بسبب ذلك.²

1-2- آثار الدفع بتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين:

- قبول دفع الكفيل بعدم اتخاذ الدائن للإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل له يؤدي إلى رفض دعوى الدائن والحكم ببراءة ذمة الكفيل.
- يكون الدائن مسؤولا وفقا للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية إذا لم يباشر في الإجراءات وهو يبذل عناية الرجل العادي في ذلك.³

2- الدفع بعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين:

تنص المادة 658 من ق.م.ج 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 بسبب إهمال الدائن." ويتضح من خلال هذه المادة أن حق الدائن في الرجوع على الكفيل إذا لم يف المدين بدينه يسقط، وذلك بسبب عدم تقدمه في تفليسة المدين، و الذي كان سيمنع عن الكفيل ولو جزءا من قيمة الدين المكفول. وتصدر الإشارة إلى أن إفلاس المدين يعني أن تغل يده عن التصرف في أمواله مع سقوط آجال كل الديون وهذا ما نصت عليه المادتان 244 و 246 ق.ت.ج

¹ سعاد توفيق أبو المشايخ، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه -دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري-، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2006، ص 147.

² المرجع نفسه، ص 148.

³ المرجع نفسه، ص 148.

حيث جاء في نص المادة 244: "يترتب بحكم القانون على الحكم بإشهار الإفلاس، ومن تاريخه تخلي المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها..."¹.

وجاء في نص المادة 246 ق.ت.ج: "يؤدي حكم الإفلاس أو التسوية القضائية إلى جعل الديون غير المستحقة حالة الأجل بالنسبة للمدين."

وللدفع بعدم التقدم في التفليسة شروط وآثار هي:

2-1- شروط الدفع بعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين:

- أن يفلس المدين ولو لم يحل أجل الدين وذلك بالرجوع لما تنص عليه 246 ق.ت.ج التي تسقط كل آجال الديون وعد تقدم الدائن في هذه التفليسة.

- أن يصاب الكفيل بضرر نتيجة لعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين.

- أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع لأنه من مصلحته الخاصة وليس من الضمان العام فلا تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، كما سبق وذكرنا.

2-2- آثار الدفع بعدم التقدم في تفليسة المدين: وينتج عن هذا الدفع ما يلي:

- براءة ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بسبب تقصيره في التقدم في تفليسة المدين

- وليس للدائن الحق في مطالبته بكامل الدين.

يترتب على هذه الدفع جميعاً أن الدائن لا يستطيع الحصول على دينه من الكفيل، بسبب تقصيره أو بسبب وجود عدة كفلاء يتحمل كل منهم جزءاً من الدين، مما يعرقل الدائن أمام هذا الضمان الشخصي الذي وضع لزيادة الضمان في علاقة المديونية بين الدائن والمدين.

كما تجدر الإشارة إلى أن الدائن لو أراد مطالبة الكفيل بدينه سيثبت ذلك بالكتابة، وفي هذا خطر على الدائن بسبب إمكانية ضياع حقوقه بسبب صعوبة إثبات عقد الكفالة بينه وبين المدين، كما أنه حتى ولو وجد العقد فيمكن أن يفسر لمصلحة الكفيل ويترتب عنه ضياع حق الدائن كذلك.²

دون أن نهمّل جزئية هامة تتعلق بمركز الدائن في عقد الكفالة بين باقي الدائنين، وهي أن الدائن في التأمين الشخصي هو دائن عادي لا يمتاز إلا بتعدد الذمم المالية المضافة لذمة المدين لحمايته.³

المبحث الثاني: التأمينات العينية

¹ الأمر 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، ج.ر.ج. ج. عدد 101، الصادرة في 19 ديسمبر 1975، المعدل والمتمم.

² مريم بنت الخوخ، مرجع سابق، ص. 18.17.

³ المرجع نفسه، ص. 25.

يحتاج الدائن إلى ضمان يخصه بامتيازات تجعل مركزه القانوني قويا في مواجهة المدين وتمثل التأمينات العينية الوسيلة المثلى لوضعه في هذا المركز القانوني.

وتعرف التأمينات العينية على أنها: "التأمينات التي ترد على مال معين مملوك للمدين أو الغير، فتثقله بحق عيني تبقي لمصلحة الدائن بحيث يكون له بالإضافة إلى حقه في الضمان العام على جميع أموال مدينه سلطة تنصب على ذلك المال المعين، تمكنه من تتبعه في أي يد يكون لينفذ عليه حجزا أو بيعا، ويستوفي دينه من ثمنه بالأولوية على غيره من الدائنين".¹

نظم المشرع الجزائري التأمينات العينية في الكتاب الرابع من القانون المدني تحت عنوان الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية، وخصص الباب الأول للرهن الرسمي، والباب الثاني لحق التخصيص، والباب الثالث للرهن الحيازي والباب الرابع لحقوق الامتياز.

وستتطرق للتأمينات العينية و الضمانات التي تقررها للدائن من خلال المطلب الأول (التأمينات العينية المقررة في التشريع الجزائري)، ومن خلال المطلب الثاني (الضمانات المقررة في التأمينات العينية ومخاطر التأمينات العينية).

المطلب الأول: التأمينات العينية المقررة في التشريع الجزائري.

تنقسم التأمينات العينية إلى تأمينات ترد على العقار كالرهن الرسمي وحق التخصيص، و تأمينات ترد على المنقول كالرهن الحيازي، و حق الامتياز، وتتمثل قوة هذه التأمينات في أنها تمنح للدائن سلطة مباشرة على الحق محل التأمين، كما تمنحه الحق في الأفضلية والتتبع.

وستتناول هذه التأمينات بالتفصيل في الفرع الأول(الرهن الرسمي والرهن الحيازي)، وفي الفرع الثاني (التخصيص والامتياز).

الفرع الأول: الرهن الرسمي والرهن الحيازي .

يوقع الرهن الرسمي على العقار، ويوقع الرهن الحيازي على المنقول وسنقوم بشرح كل منهما وتبيان خصائصهما.
أولا: الرهن الرسمي:

1- تعريف الرهن الرسمي: ونعرف الرهن الرسمي فقها وقانونا

1-1- التعريف الفقهي:

¹ عادل أحمد الجسسي، مرجع سابق، ص.5-6.

عرفه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري بأنه: "حق عيني ينشأ بموجب عقد رسمي هو الرهن، ويتقرر ضمناً للوفاء بدين، وهذا الحق العيني يتقرر على عقار، مملوك للمدين أو لكفيل عيني و بموجبه يكون للدائن الحق في استيفاء دينه من ثمن هذا العقار، مقدماً في ذلك على الدائنين العاديين لمالك هذا العقار و للدائنين أصحاب الحقوق العينية على هذا العقار المتأخرين في المرتبة، ومتتبعا هذا العقار تحت يد من انتقلت له ملكيته."¹

وعرفه الأستاذ سمير تناغو كالاتي: " هو حق عيني تبقي ينشأ بمقتضى عقد رسمي ويتقرر ضمناً لدين على عقار مملوك للمدين أو غيره، ويكون للدائن بمقتضاه أن يتقدم في استيفاء حقه من المقابل النقدي لهذا العقار مفضلاً على غيره من الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة، وأن يتتبع العقار في أي يد يكون."²

ويعرفه الأستاذ محمد صبري السعدي كما يلي: " الرهن الرسمي حق عيني تبقي يكسبه الدائن على عقار بمقتضى عقد رسمي بينه وبين مالك العقار، ويكون له بمقتضاه أن يتقدم غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي لهذا العقار في أي يد يكون."³

من خلال هذه التعريفات نجد أنها تتفق على أن الرهن الرسمي حق عيني على عقار يتم بموجب عقد رسمي بين المدين المالك للعقار والدائن، الذي يكتسب بواسطته الحق في التقدم على الدائنين العاديين ومن يتلون في المرتبة، كما يكون له الحق في تتبع هذا العقار في أي يد كان.

1-2- التعريف القانوني:

عرف المشرع الجزائري الرهن الرسمي في نص المادة 882ق.م.ج كالاتي: "الرهن الرسمي عقد يكتسب به الدائن حقاً عينياً، على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان."

من خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع قد جعل للدائن حقاً عينياً بموجب الرهن الرسمي ليكون ضمناً للوفاء بديونه ورغم أنه مبين في نص المادة طريقة التنفيذ على هذا العقار إما بالبيع أو التملك، إلا أنه يفهم من نصوص أخرى أن التنفيذ يكون بالبيع في المزاد العلني، واستيفاء حقه من ثمن هذا البيع، كما نجد أن هذا الرهن يمنح للدائن الحق في التقدم على الدائنين اللاحقين له في المرتبة أي في تاريخ القيد، لنجد أن المشرع لم يتعرض للدائنين العاديين

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات العينية والشخصية، الجزء العاشر، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د.س.ط، ص270.

² سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص19.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، الرهن الرسمي وحق الاختصاص و الرهن الحيازي وحقوق الامتياز، دار الهدى، الجزائر، 2021، ص19.

رغم أن الدائن في الرهن الرسمي يتقدم عليهم أيضاً، و يتمتع الدائن أيضاً بسلطة تتبع العقار في أي يد كان لأن المدين لو تصرف في العقار بالبيع مثلاً بعد رهن العقار فهذا التصرف يكون تالياً للرهن ومن حق الدائن تتبعه.

2- خصائص الرهن الرسمي: و تتمثل في:

- الرهن الرسمي حق عيني:

فهو يخول لصاحبه سلطة مباشرة على مال معين بموجبها يستطيع اقتضاء حقه من المقابل النقدي لهذا المال محل الحق، وفقاً للأولوية الممنوحة له على غيره من الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة وهو حق التقدم ويُحوَّل للدائن أيضاً تتبع العقار في أي يد كان.

- الرهن الرسمي حق تباعي:

ينشأ الرهن الرسمي بسبب وجود التزام أصلي بين الدائن والمدين، والرهن لا يمثل سوى ضماناً على هذا الالتزام، لذلك هو حق تباعي. وقد نصت المادة 1/893 من ق.م.ج على أنه: " لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون بل يكون تابعا له في صحته وفي انقضائه، ما لم ينص القانون على غير ذلك."

- الرهن الرسمي حق عقاري:

لا يرد الرهن الرسمي إلا على عقار، عكس الرهن الحيازي الذي يرد على العقار والمنقول، فالمدين الراهن يظل مالكا للعقار ولا تنتقل حيازته للدائن المرتهن. إلا أن هناك بعض المنقولات المستثناة من هذه الخاصية بسبب طبيعتها كالسفن والطائرات، والمحل التجاري التي نظم المشرع لها طرقاً خاصة للشهر.¹

- الرهن الرسمي حق غير قابل للتجزئة:

فكل جزء من العقار المرهون هو ضمان لكل الدين، وكل العقارات التي تكون مرهونة في الدين في حال تعددها يكون كل منها ضماناً لكل الدين أيضاً، يحق للدائن مباشرة حقه على أي منها.

وهذا ما ورد في نص المادة 892 ق.م.ج التي تنص على أن: "كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها..."

3- شروط الرهن الرسمي: هناك شروط موضوعية و أخرى شكلية.

3-1- الشروط الموضوعية: و التي تنقسم إلى شروط موضوعية عامة، وشروط موضوعية خاصة.

¹ محمد صبري السعدي، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 21.

3-1-1- الشروط الموضوعية العامة: وهي الشروط الموجودة في سائر العقود وهي الرضا، المحل والسبب.

3-1-2 الشروط الموضوعية الخاصة: بالرجوع لنص المادة 2/884 ق.م.ج التي تنص على أن: "... يجب أن يكون الرهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف." نجد أنه يشترط أن يكون الرهن مالكا للعقار سواء أكان المدين أو كفيله العيني، كما تشترط الأهلية، و يشترط أيضا تحديد الدين والعقار تحديدا دقيقا.

3-1-2-1 ملكية الرهن للعقار المرهون:

الرهن تصرف جزئي في العقار ، وهو تصرف قانوني يترتب للدائن حقا عينيا تبعا عليه، و يستطيع بواسطته أن يستوفي حقه من ثمنه، فإذا لم يكن الرهن مالكا فلن يترتب الرهن آثاره القانونية¹ وفي حالة رهن ملك الغير يعتبر الرهن باطلا بطلانا مطلقا و هذا بالنص الصريح للمادة 884 من ق.م.ج .
كما يكون باطلا بطلانا مطلقا قياسا على نص المادة 884 رهن عقار مستقبلي لأنه لم يصبح ملكا للرهن بعد. والعبرة بالملكية وقت إبرام الرهن الرسمي ولو زالت الملكية بعد ذلك.²

3-1-2-2 أهلية المدين الرهن والكفيل العيني:

أ- بالنسبة للمدين الرهن:

يعتبر الرهن الرسمي من أعمال التصرف بالنسبة للرهن وليس من أعمال الإدارة لذا يستلزم القانون أن يكون أهلا للتصرف،³ لكن إذا كان ممنوعا من التصرف في العقار منعا اتفاقيا، رغم أهليته يكون تصرفه باطلا.⁴

ب- بالنسبة للكفيل العيني:

الكفيل العيني يكفل دينا ليس دينه وبالتالي فهو يقوم بتصرف يسبب له ضررا محضا، لأنه يعد متبرعا، لذلك لا بد أن يكون أهلا للتبرع.

3-1-2-3 تخصيص الرهن:

أ- بالنسبة للعقار المرهون: اشتملت المادة 886 من ق.م.ج على الشروط الواجب توافرها في الرهن الرسمي وهي:

- أن يكون الرهن منعقدا على عقار.

- أن يكون العقار مما يصح التعامل فيه ويبيعه بالمزاد العلني.

¹ زاهية حورية سي يوسف، الوافي في عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، ط2، 2017، ص49.

² المرجع نفسه، ص 52.

³ محمد صبري السعدي، التأمينات العينية مرجع سابق، ص28.

⁴ زاهية حورية سي يوسف، الوافي في عقد الرهن الرسمي، مرجع سابق، ص46.

- أن يكون العقار موجودا وقت الرهن.

أن يكون العقار معينا تعيينا دقيقا.

ب- بالنسبة للدين المضمون بالرهن:

- ينشأ الدين المضمون بالرهن تابعا لالتزام أصلي، فلا يمكن أن ينشأ دونه ووفقا لهذه التبعية ينقضي بانقضائه أيضا.

- وفقا للمادة 891 ق.م.ج يجوز أن يترتب الرهن لدين معلق على شرط واقف أو فاسخ، أو دين مستقبل، أو احتمالي.

- تحديد مبلغ الدين المضمون تحديدا دقيقا وفقا لنص المادة 891 ق.م.ج.

3-2- الشروط الشكلية: تتمثل هذه الشروط في :

3-2-1 الرسمية: اشترط المشرع بنص صريح الشكلية في الرهن الرسمي وإلا كان باطلا، حسب نص المادة 883

ق.م.ج.

3-2-2 القيد: وهو تدوين البيانات الواردة في الرهن الرسمي في سجل خاص، وتتمثل أهميته في أنه يمكن الغير من

الاطلاع على التصرفات الواردة على العقار.

ثانيا: الرهن الحيازي:

1- تعريف الرهن الحيازي : سنتطرق إلى تعريفه فقها وقانونا

أ- التعريف الفقهي:

يعرف على أنه: "حق عيني ينشأ بمقتضى عقد يخول للدائن المرتهن سلطة مباشرة على مال يحبسه في يده أو في يد الغير ويستوفي منه حقه قبل الدائنين العاديين و الدائنين التاليين له في المرتبة في أي يد يكون هذا المال"¹.

ويعرف على أنه: "عقد به يلتزم شخص ضمانا عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى عدل يعينه المتعاقدان شيئا يترتب عليه للدائن حق عيني يخوله حبس الشيء حتى استيفاء الدين، وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من هذا الشيء في أي يد يكون."²

من خلال هذه التعريفات نجد أن الرهن الحيازي ينشئ حقا عينيا للدائن، ويمكنه من حبس مال حتى يستوفي حقه، كما يمكن أن تنقل الحيازة لشخص أجنبي غير الدائن، و يمنح الرهن الحيازي للدائن حق التقدم والتتبع.

ب- التعريف القانوني:

¹ نقلا عن أبو بكر الصديق عطية، الرهن الحيازي في ظل التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغاث، 2019-2020. ص11.

² لقمان زكرياء، و آخرون، الرهنان الحيازي و الرسمي في النظام المالي الإسلامي الماليزي، دراسة فقهية تحليلية، مجلة التجديد، الجامعة الإسلامية ماليزيا، المجلد 21، العدد 41، 2017، ص137.

عرف المشرع الجزائري الرهن الحيازي في المادة 948 ق.م.ج كما يلي: "الرهن الرسمي عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين و الدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون."

من خلال هذا التعريف نجد أن الرهن الحيازي عقد يقوم فيه المدين أو الكفيل العيني بتسليم شيء على سبيل ضمان للدين سواء كان المسلم له الدائن أو شخصا أجنبيا، كضمان للدين ويستطيع من خلاله الدائن حبس الشيء المرهون إلى غاية استيفاء حقه من المدين، كما يخول له التقدم و التتبع.

2- خصائص الرهن الحيازي: يتميز الرهن الحيازي بعدة خصائص هي:

- أنه عقد رضائي ينعقد بتطابق الإيجاب و القبول ولا تشترط فيه الرسمية.¹
- يعتبر حقا عينيا لأنه يخول للدائن سلطة مباشرة على المال المرهون.
- حق عيني تبعية لالتزام أصلي يتبعه في النشأة والانقضاء.
- يرد على العقار أو المنقول عكس الرهن الرسمي الذي يرد على العقار فقط.
- الرهن الحيازي عقد غير قابل للتجزئة وهذا بالرجوع لنص المادة 950 ق.م.ج التي تحيلنا لأحكام المادة 891 من ذات القانون والتي تنص على عدم قابلية الرهن للتجزئة فكل جزء من المال المرهون يضمن الدين كاملا وكل جزء من الدين يكون مضمونا بالمال المرهون كله.

3- شروط الرهن الحيازي: وهي شروط عامة وخاصة

3-1 الشروط العامة: وهي مجموعة الأركان الموجودة في سائر العقود من الرضا و الأهلية والمحل والسبب، ونركز على ركن الأهلية التي لها بعض:

بالنسبة للأهلية الواجبة في المدين الراهن تشترط أهلية التصرف إذا كان التصرف يدور بين النفع والضرر، أما الكفيل العيني فيشترط فيه الأهلية الكاملة، أما بالنسبة للدائن المرتهن فيشترط فيه أهلية التصرف فإذا كان الرهن الحيازي في مصلحة الدائن كان التصرف صحيحا، وإذا كان الرهن ضارا ضررا محضا كان التصرف باطلا بطلانا مطلقا، أما إذا كان التصرف يدور بين النفع والضرر فيمكن إبطاله أو إجازته.²

3-2 الشروط الخاصة : وتعلق بالمال المرهون، والالتزام المرهون

¹ أبو بكر الصديق عطية، مرجع سابق، ص16.

² السعيد بوزيان، الآليات القانونية للمحافظة على حق الدائن وفقا لأحكام التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2024، ص217.

3-2-1 الشروط المتعلقة بالمال المرهون: و هو يتنوع ما بين المنقول والعقار و مما يمكن حيازته ويشترط فيه:

- أن يكون المال المرهون معيناً تعييناً نافياً للجهالة، وذلك بالرجوع للقواعد العامة في نص المادة 94 من ق.م.ج التي تنص على وجوب تعيين محل الالتزام بذاته، أو بنوعه ومقداره.

- يجب أن يكون المال المرهون مما يصح التعامل فيه، وبيعه بالمزاد العلني وفقاً لنص المادة 949 من ق.م.ج.

- وجود المال المرهون وقت الرهن.

- ملكية الراهن للمال المرهون.

3-2-2 الشروط المتعلقة بالالتزام المرهون: و يشترط فيه:

- أن يكون موجوداً فلا يمكن وجود رهن دون وجود دين.

- أن يكون معيناً تعييناً دقيقاً، فلا يجوز إنشاء رهن لدين لم يترتب بعد ولا يعلم مقداره، ويترتب على مخالفة هذا الشرط البطلان المطلق.¹

- أن يكون قابلاً للتنفيذ عليه وبيعه وتحصيل ثمنه.²

الفرع الثاني: حقوق الامتياز و التخصيص

بعد تعرضنا للرهن الرسمي والرهن الحيازي في الفرع الأول نتعرض في هذا الفرع لحقوق الامتياز والتخصيص كنوعين من أنواع التأمينات العينية.

أولاً: حقوق الامتياز:

1 -تعريف حقوق الامتياز: ونعرفها فقها وقانوناً

1-1 التعريف الفقهي:

عُرف الامتياز في الفقه المصري على أنه: "حق عيني يقرره القانون ضماناً لوفاء دين معين مراعاة منه لصفته، وهذا الحق يمنح الدائن سلطة على الشيء المحل به تمكنه من استيفاء دينه بالأولوية في أي يد يكون."³ وعرف على أنه:

¹ أبو بكر الصديق عطية، مرجع سابق، ص 56.

² المرجع نفسه، ص 56.

³ نقلاً عن محمد صبري السعدي، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 302.

" حق عيني يخول صاحبه سلطة مباشرة يقرها القانون لأصحاب الديون الممتازة."¹

من خلال هذه التعريفات نجد أن حق الامتياز حق عيني يقره القانون ويمنح للدائن سلطة مباشرة لاستيفاء دينه بالأولوية.

1-2 التعريف القانوني:

عرفت المادة 982 من ق.م.ج الامتياز على النحو التالي: " الامتياز أولوية يقرها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني." من خلال هذا النص نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف الامتياز على أنه حق عيني مرتبط بالدائن، بل وصفه بأنه أولوية مرتبطة بالدين وليس بصاحب الدين، وهذا الامتياز مصدره القانون وليس العقد أو القضاء.

2- خصائص حقوق الامتياز: وتتمثل هذه الخصائص في:

1-2 الامتياز حق قانوني:

يختلف مصدر حق الامتياز عن باقي التأمينات العينية في أنه حق مصدره القانون، وليس العقد مثل الرهن الرسمي والرهن الحيازي، ولا القضاء مثل حق التخصيص.

2-2 الامتياز صفة للحق وليس للدائن:

تنصرف صفة الامتياز للحق وليس للدائن بالنظر لصفة هذا الدين والتي يقرها القانون، وهذا ما أشارت اه المادة 982 سالفه الذكر.

2-3 الامتياز حق عيني تبعي غير قابل للتجزئة:

ينشأ حق الامتياز تابعا لحق أصلي، وبالتالي فهو يتبعه في الوجود والصحة والانقضاء، وهو أيضا يضمن الدين كله، وكل جزء من الدين مضمون بالمال المخصص لهذا الضمان.²

2-4 حق الامتياز يرد على جميع الأموال: المنقولة منها، أو العقارية، المادية والمعنوية.³

3- أنواع حقوق الامتياز: تنقسم حقوق الامتياز إلى حقوق الامتياز العامة، وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة علة منقول والواردة في المواد من 990 إلى 998 من ق.م.ج.

3-1 حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول: وهي مرتبة بحسب درجة امتيازاتها كما يلي:

- امتياز المصاريف القضائية المادة 990 ق.م.ج.

¹ مريم تومي، نفاذ حقوق الامتياز الخاصة العقارية في مواجهة الدائنين وفق أحكام القانون المدني الجزائري، مجلة الحقوق والحريات، جامعة عباس لغرور، خنشلة، المجلد 09، العدد 02، 2021، ص 1604.

² السعيد بوزيان، مرجع سابق، ص 230.

³ محمد صبري السعدي، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 303.

- امتياز المبالغ المستحقة للخزينة العامة المادة 991 ق.م.ج.
 - امتياز المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وترميمه المادة 992 ق.م.ج.
 - حقوق الامتياز المتعلقة بالأجور، ومبالغ التوريد، والنفقة المادة 993 ق.م.ج.
 - امتياز مبالغ مواد الزراعة و الآلات الزراعية المادة 994 ق.م.ج.
 - امتياز مؤجر العقار المادة 995 ق.م.ج.
 - امتياز صاحب الفندق المادة 996 ق.م.ج.
 - امتياز بائع المنقول المادة 997 ق.م.ج.
 - امتياز الشركاء الذين اقتسموا منقولا المادة 998 ق.م.ج.
- 3-2 حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار:** وتنقسم إلى حقوق الامتياز الممتازة، وحقوق الامتياز العادية.

3-2-1 حقوق الامتياز الممتازة:

باستقراء نص المادة 3/986 من ق.م.ج نجد أن المشرع لم يوجب في حقوق الامتياز العامة المترتبة على العقار الإشهار ولا التتبع، وهذه الحقوق تكون أسبق على كل الحقوق العقارية من امتياز عقاري، أو من رهن رسمي وباستثناء الامتياز الضامن لمبالغ مستحقة للخزينة والذي يتقدم على كل ما سبق.

3-2-2 حقوق الامتياز العادية:

وهي الحقوق التي تسري عليها أحكام الرهن الرسمي، وتحسب مرتبتها على أساس تاريخ وساعة القيد. وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار تنقسم إلى:

- امتياز بائع العقار المادة 999 ق.م.ج
- امتياز المقاولين والمهندسين المعماريين المادة 1000 ق.م.ج
- امتياز المتقاسم في العقار 1001 ق.م.ج.

ثانيا حق التخصيص:

وهو من الضمانات الواردة على العقار شأنه شأن الرهن الرسمي، إلا أنه يختلف عنه في المنشأ كونه ينشأ بحكم قضائي.

1- تعريف حق التخصيص: ونورد كلا من التعريف الفقهي والقانوني لحق التخصيص فيما يلي:

1-1 التعريف الفقهي: يعرف حق التخصيص بأنه: "حق عيني تبقي يمنحه رئيس المحكمة للدائن، بناء على حكم واجب التنفيذ صادر بإلزام المدين بالدين، على عقار أو أكثر من عقارات المدين، ويستطيع 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

ويعرف بأنه: "حق عيني تبغي يتقرر بأمر من رئيس المحكمة، لصالح الدائن على عقار أو أكثر من عقارات مدينه بناء على حكم واجب التنفيذ صادر له بالتزام مدينه بالدين، ويحول له ميزتي التقدم والتتبع بالنسبة لتلك العقارات."² من خلال هذه التعريفات نجد أن حق التخصيص حق عيني تبغي، يصدر بأمر قضائي واجب التنفيذ لفائدة الدائن، على عقار، وبموجبه يحول له سلطتي التقدم والتتبع.

1-2 التعريف القانوني: لم يعرف المشرع الجزائري حق التخصيص ولكنه، تناول أحكامه في المواد من 937 إلى 947 من ق.م.ج.

2- خصائص حق التخصيص: وتتمثل في:

- حق التخصيص حق عيني تبغي، أي أنه يحول للدائن سلطة مباشرة على عقار، وينشأ بسبب وجود التزام أصلي يتبعه في الوجود والانقضاء.

- حق التخصيص لا يرد إلا على عقار و هذا ما ورد في نص المادة 940 من ق.م.ج

- أنه حق غير قابل للتجزئة والعقار الذي وقع عليه التخصيص كله ضامن للدين.

- أنه ينشأ بحكم من رئيس المحكمة.

3- شروط و إجراءات الحصول على حق التخصيص:

توجد مجموعة من الشروط الموضوعية والإجراءات لإنشاء حق التخصيص نحاول التفصيل فيها كما يلي:

3-1 الشروط الموضوعية: وتتمثل في أربعة شروط هي:

3-1-1 الشروط المتعلقة بالدائن الذي يحصل على حق التخصيص: يستطيع أي دائن الحصول حق تخصيص على عقار مدينه، أيا كان مصدر هذا الدين.³

3-1-2 الشروط المتعلقة بالحكم الذي يحصل بمقتضاه الدائن على حق التخصيص: أن يكون حكما قضائيا واجب التنفيذ، صادرا في موضوع الدعوى، ويكون ملزما للمدين بأداء شيء معين وفقا لنص المادة 937 ق.م.ج.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، التأمينات العينية و الشخصية، مرجع سابق، ص 660.

² محمد صبري السعدي، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 201.

³ المرجع نفسه، ص 204.

3-1-3 الشروط المتعلقة بالأموال التي يتعلق بها حق التخصيص: لا يتقرر حق التخصيص إلا على عقار أو عقارات معينة تعييناً دقيقاً، تكون مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق، ومما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني حسب ما ورد في نص المادة 940 من ق.م.ج.

3-1-4 الشروط المتعلقة بوقت أخذ حق التخصيص: يستطيع الدائن أن يحصل على حق التخصيص في أي وقت شاء، متى توافرت الشروط سابقة الذكر، إلا في حالة موت المدين وفقاً لنص المادة 2/937 ق.م.ج.

3-2 إجراءات الحصول على حق التخصيص:

طبقاً لنص المادة 941 من ق.م.ج فإن الدائن ليتحصل على حق التخصيص لا بد أن يقدم عريضة لرئيس المحكمة حتى يستصدر حكماً، وتشمل هذه العريضة مجموعة من البيانات مثل اسم ولقب ومهنة وموطن الدائن، اسم المدين ولقبه وموطنه، ومقدار الدين....

ويعلن الأمر بالتخصيص للمدين في نفس اليوم الذي يصدر فيه وفقاً لنص المادة 943 ق.م.ج.

المطلب الثاني: الضمانات المقررة في التأمينات العينية ونسبية فعاليتها

تمنح التأمينات العينية للدائن ضمانات يحق له استخدامها إذا ما حل أجل الدين وامتنع المدين عن الوفاء باعتبار أنه يتمتع بمركز قانوني يتيح له تجاوز غيره من الدائنين العاديين، وحتى تجاوز الدائنين الممتازين في بعض الأحيان لكن يمكن أن تطرأ بعض الاختلالات مما يحد من فعالية هذه الضمانات، و سنحاول التطرق إلى الضمانات المقررة في التأمينات العينية (الفرع الأول)، ونسبية فعالية الضمانات في التأمينات العينية في (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: الضمانات المقررة في التأمينات العينية

تتمثل الضمانات التي يتمتع بها الدائن في التأمينات العينية في حق التقدم ، حق التتبع، حق الحبس. ونفصل فيها كالآتي:

أولاً: حق التقدم:

ويعني أنه يكون للدائن صاحب التأمين العيني أن يقتضي حقه من المدين بالأولوية على باقي الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة، وبذلك فهو يتوقى أن يدخل مع هؤلاء الدائنين قسمة غرماء حال عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه¹ ولقد نصت المادة 882 ق.م.ج على هذا الحق.

ويتحدد محل ومرتبة حق التقدم كالآتي:

¹ أحمد منصور، حق التقدم، مقال منشور بتاريخ 2021-11-07، تم الاطلاع عليه يوم 2024-02-13 على الساعة 6:30 صباحاً، منشور على الموقع <https://jordan-lawyer.com>.

- يرد حق التقدم في الرهن الرسمي على ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار حسب نص المادة 907 من ق.م.ج، و تضاف إليه مصاريف العقد، والقيّد، والتجديد حسب نص المادة 909 من نفس القانون.
- أما بالنسبة لمرتبة الدائن المرتهن فهو يتقدم على جميع الدائنين العاديين مهما كان تاريخ نشوء ديونهم، أما إذا تعدد الدائنون المرتهنون فيكون ترتيبهم في استيفاء حقوقهم طبقاً لتاريخ قيد رهونهم، إذا كان قيد الرهون قد تم في تاريخ واحد فالعبرة تكون بساعة القيد حتى ولو تقدم اثنان في ساعة واحدة تساويا ولو كان أحدهما متأخراً بدقائق.¹
- يرد حق التقدم في الرهن الحيازي على ثمن الشيء المرهون، إضافة إلى ملحقات الدين والمصاريف التي أنفقها الدائن من أجل الحفاظ على العين المرهونة، والتعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشيء ومصاريف العقد والقيّد وتنفيذ الرهن الحيازي حسب ما جاء في نص المادة 963 من ق.م.ج.

- وتتحدد مرتبة الدائن المرتهن حيازة بتقدمه على جميع الدائنين العاديين، أما في حالة تزامنه مع دائنين مرتهنين على عقار تكون الأسبقية بالقيّد مع انتقال الحيازة، أما في المنقول بتاريخ ثابت في المحرر.²
- يرد حق التقدم في حقوق الامتياز على المال محل الامتياز أو ما يحل محله ويرد في الأموال العامة على الأموال الحاضرة والمستقبلية للمدين، وفي حقوق الامتياز الخاصة على مال معين بالذات، أو ما يحل محله.
- وتتحدد مرتبة صاحب حق الامتياز في حقوق الامتياز الواقعة على عقار حسب ما أورده المواد من 990 إلى 998 ق.م.ج. ومرتبة حقوق الامتياز العقارية الخاصة من المادة 999 إلى المادة 1001 من ذات القانون.
- يرد حق التقدم في حق التخصيص على ثمن العقار وكل مشتملاته وحنى ثماره. ويتقدم على الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة، ويأخذ نفس أحكام الرهن الرسمي بالنظر للإحالة حسب نص المادة 947 ق.م.ج.

ثانياً: حق التبع :

- يعتبر حق التبع من الحقوق المخولة للدائن تبعاً للتأمينات العينية التي يحصل عليها، حيث يمكنه التنفيذ على العقار أو الشيء المرهون في أي يد كان.
- 1- حق التبع في الرهن الرسمي:**

¹ محمد صبري السعدي، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص.ص. 135. 136.

² إيمان جلال، مرجع سابق، ص. 100.

يقصد بحق التتبع "قدرة الدائن المرتهن على التنفيذ على العقار المرهون بمقتضى حق الرهن، ولو انتقلت ملكيته إلى الغير أو اكتسب عليه هذا الغير حقاً قابلاً للرهن، والذي يسمى اصطلاحاً حائزاً للعقار المرهون"¹. وذلك يعني أن التتبع يحصل عندما تنتقل الملكية من ذمة الراهن سواء كان المدين الأصلي، أو الكفيل العيني إلى الغير وهو الحائز. والحائز هو كل من تنتقل إليه الملكية بأي سبب من الأسباب سواء بالنسبة للعقار أو أي حق عيني آخر قابل للرهن، ولا يكون مسؤولاً مسؤولاً شخصية عن الدين المضمون بالرهن حسب نص المادة 2/911.ق.م.ج ويشترط في الحائز توفر ثلاثة شروط هي:²

- أن يكتسب ملكية العقار المرهون بأي سبب من أسباب الملكية بموجب تصرف قانوني كالبيع، أو بموجب واقعة مادية كالنقادم المكسب.

- أن يكتسب الملكية بعد قيد الرهن وقبل التنبيه بنوع الملكية.

- ألا يكون الحائز ملزماً تجاه الدائن المرتهن بالوفاء بالدين، لأنه يكون هنا في مركز المدين الأصلي.

و يشترط في الدائن لممارسة حق التتبع مايلي:

- أن يحل أجل الدين المضمون بالرهن.

- أن يكون التتبع نافذاً في حق الغير "الحائز" ولا يكون كذلك إلا إذا كان مقيداً قبل اكتساب الحائز للعقار، لأن العبرة هنا بأسبقية القيد.³

2- حق التتبع في الرهن الحيازي:

يمكن للدائن المرتهن رهناً حيازياً التنفيذ على المال المرهون الذي لا زال في حيازته تبعاً لحق الأفضلية، أما إذا انتقلت الحيازة إلى شخص آخر، فيمكن للدائن المرتهن تتبع المال والتنفيذ عليه، وهذا ما أشارت له المادة 948 من ق.م.ج. ويشترط أن يكون حق الدائن نافذاً في مواجهة الغير وذلك بالحيازة، فلو انتقلت الحيازة في المنقول إلى شخص حسن النية فإنه لا يستطيع أن يحتج بحقه في التتبع، لأنه فقد الحيازة ولأن الحائز الجديد له أن يتمسك

¹ زاهية حورية سي يوسف، الوافي في العقد الرسمي، مرجع سابق، ص 138.

² بمينة حوحو، مرجع سابق، ص 114.

³ خالد بشيخ، حق التتبع في الرهن الرسمي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عقاري، جامعة ابن خلدون، تيارت، 2020-2021، ص 17.

بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية. وإذا كان المرهون عقارا وفقد الدائن حيازته فإن حقه في الرهن لا ينفذ في مواجهة الغير.¹

3- حق التبعية في التخصيص:

يكون للدائن صاحب حق التخصيص الحق في تتبع العقار في أي يد كان و التنفيذ عليه واستيفاء حقه من ثمنه متى حل أجل دينه و كان قد قام بالقيد قبل أي تصرف ناقل للملكية.

4- حق التبعية في حق الامتياز:

في حق الامتياز الواقع على العقار يطبق عليه ما يطبق على الرهن الرسمي من أحكام، من حلول الأجل والقيد، واشتراط نفاذ حق الامتياز في مواجهة الغير بالنسبة للعقار المثقل بهذا الحق، حتى يتمكن الدائن من التنفيذ بحق التبعية، أما في حقوق الامتياز العامة فلا يسري عليها حق التبعية، وهذا ما يستشف من نص المادة 986 من ق.م.ج. ولصاحب حق الامتياز الواقع على منقول أن يتبعه في أي يد يكون، أما في حقوق الامتياز العامة فلا يوجد حق التبعية لأن حق الامتياز فيها يتقرر على كل أموال المدين التي تكون له وقت التنفيذ.²

ثالثا : الحق في الحبس:

من حق الدائن المرتهن رهنا حيازيا حبس الشيء المرهون، وفقا لنص المادة 962 من ق.م.ج. وإذا ترتب الرهن على شيء وأصبح نافذا في حق الغير، يكون للدائن المرتهن السلطة في حبسه وبيعه واستيفاء حقه من الثمن متقدما على من يتلوّه في المرتبة من الدائنين ومتتبعا لهذا الشيء في أي يد كان.³ ولا يثبت التنفيذ للدائن المرتهن إلا عند حلول أجل الدين ويمكن أن يحل الأجل ولا ينفذ الدائن على العين المحبوسة ويستبقها حتى يستوفي دينه من غلتها، و يعيد الشيء المرهون على صاحبه.⁴

الفرع الثاني: نسبة فعالية الضمانات في التأمينات العينية.

¹ أبو بكر الصديق عطية، مرجع سابق، ص 98.

² سامية بجاوي، مني يحيو، فعالية حق الامتياز الوارد على المنقول، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2021-2022، ص 69.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 853.

⁴ شوقي بلقيل، الرهن الحيازي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة المسيلة، 2014-2015، ص 84.

تمثل التأمينات العينية ضمانا قويا للدائن لما تخوله له من سلطات تدعم مركزه القانوني، لكن قد يواجه هذا الضمان بعض الصعوبات التي تحد من فعاليته و نجد منها:

- أن من حق الراهن أن يبقى مستغلا للعقار ويستفيد من ثماره لأنه لا يزال مالكا لهذا العقار، لكن قد يضار الدائن من هذا الاستغلال، إذا غير المدين الراهن من نشاط العقار المرهون وكان هذا التغيير ينقص من الضمان بسبب الإنقاص من قيمة العقار عند بيعه.¹

- في حالة تأجير الراهن للعقار المرهون وتحديد الإيجار طويل المدة ينقص من ضمان الدائن المرتهن بسبب عدم الإقبال على شرائه في المزاد العلني، ولهذا لا بد أن تشهر الإيجارات طويلة المدة حتى تكون نافذة في مواجهة الغير وتكون ثابتة التاريخ قبل التنبيه بنزع الملكية، لأنه إذا لم يكن ثابت التاريخ قبل تنبيه نزع الملكية، فإنه لا ينفذ في حق الدائن المرتهن.²

- في حالة تصرف الراهن في العقارات بالتخصيص فإن ذلك يؤدي إلى إضعاف التأمين وإلحاق ضرر بالدائن.³

- قد يصبح حق التقدم دون جدوى بسبب تراحم الدائنين أصحاب التأمينات العينية مع أصحاب حقوق الامتياز العامة المترتبة على العقار والتي تضمن مبالغ مستحقة للخزينة العامة، ولا تخضع للإشهار ولا التتبع، ويكون أصحاب هذه الديون متقدمين على جميع الدائنين المرتهنين مهما كان تاريخ قيدهم، وكذلك الأمر بالنسبة لبائع العقار الذي يستوفي حقه قبل جميع الدائنين مهما كان تاريخ قيدهم.

- قد يصبح حق التتبع دون جدوى في حالة عدم قيد الحق، أو التأخر فيه، كما توجد حالات لا يمكن القيام بالقيد فيها: مثل شهر إفلاس المدين وتسجيل تنبيه نزع الملكية من قبل دائنين آخرين، و شهر التصرف الناقل لمملكية العقار المرهون للغير.⁴

كما نجد أن منح الحائز الحق في تطهير العقار يضر بالدائنين لأنه يمنحهم وفاء جزئيا بسبب توزيع القيمة التي عرضها الحائز عليهم حسب ترتيبهم فإذا استغرقت بعض الرهون كل المبلغ لم يكن لبقية الدائنين أي حق، وفي حال رفض الدائنين

¹ حياة حامى، نسبة فعالية الرهن الرسمي كضمان للديون، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 07، العدد 01، 2021، ص 176.

² مريم قسول، مخاطر الإئتمان في عقد الرهن الرسمي، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، المجلد 10، العدد 10، 2023، ص 192.

³ المرجع نفسه، ص 194.

⁴ السعيد بوزيان، مرجع سابق، 202.

خيار التطهير يمكن لشريك في حصة شائعة رهن حصته و يكون هذا الرهن صحيحا ويتم الانتقال إلى إجراءات البيع رغم إرادة الدائنين وقبل حلول آجال الديون¹.

نجد أن الدائن الراهن الذي لا تنتقل له الحيازة، يكون في مواجهة قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية من جهة، ومن جهة أخرى يكون بإمكان المدين المرهن التصرف في الشيء المرهون، وهذا ما يؤثر على حق الدائن في التتبع كما تجعل مسألة فقدان الحيازة حق الدائن غير نافذ تجاه الغير، وتفوت عليه حق الأفضلية على باقي الدائنين.

¹ محمد توفيق قديري، تطهير العقار المرهون تطهيرا رسميا طبقا لأحكام القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34، العدد 01، 2020، ص 310.

ملخص الفصل الثاني:

نجد أن التأمين الشخصي الممثل في الكفالة يمنح الدائن ضمانا بضم ذمة مالية لذمة المدين حتى تزيد ثقة الدائن ومن شروط الضامن اليسر والإقامة بالجزائر حتى يسهل عليه التنفيذ، لكن قد يتعرض هذا الدائن للإعسار أو يقوم بتغيير محل إقامته، فيضيع ضمان الدائن و يرجع كما كان في مواجهة المدين وحده، هذا فيما يتعلق بالتأمين الشخصي.

أما فيما يتعلق بالتأمين العيني فإننا نجد الدائن في مركز متميز عن بقية الدائنين، الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة، ويمكنه أن يستوفي حقه بالأولوية من ثمن المال المرهون أو ما يحل محله، كما يمكنه التأمين العيني أيضا من حق التتبع الذي يخول له تتبع المال في أي يد كان حتى ولو تصرف فيه المدين للغير، كما يمكن الرهن الحيازي الدائن من حق آخر هو حق حبس الشيء إلى غاية استيفاء دينه، لكن هناك بعض المخاطر التي تحد من فعالية هذه الضمانات، كتراجع حق تقدم الدائن المرتهن أمام حقوق الامتياز العامة التي تكون قبله، إضافة إلى وجود الأسبقية المرتبطة بالقيود لبعض الرهون.

الخاتمة

وضع المشرع عدة ضمانات لحماية الدائن ليتمكن من التنفيذ على المدين واستيفاء دينه وقت حلول الأجل وتنوعت هذه الضمانات ما بين ما يمثل وقاية ضد تقصير المدين وغشه، وبين ما شرع للحفاظ على أموال المدين من تهريبها، وهذا حفاظا على الضمان العام الذي يمثل ذمة المدين المالية والتي يجب ألا تتأثر بالنقصان حتى لا تتأثر حقوق الدائنين، وهذه الضمانات تعني الدائنين العاديين، أما التأمينات الشخصية الممثلة في الكفالة التي تضم ذمة شخص آخر لذمة المدين لكي يضمن الوفاء بدينه في حال لم يوف به هو، أما فيما يتعلق بالتأمينات العينية فهي ترد على مال يكون مملوكا لمدين أو لشخص آخر، يستطيع الدائن التنفيذ عليه لاستيفاء حقه.

ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع توصلنا لعدة نتائج هي:

بالنسبة للضمان العام:

- يبقى الضمان العام قاصرا عن حماية حقوق الدائنين لأنه لا يحد من المخاطر التي يتعرض لها الدائن، فهو لا يوفر أية أولوية للدائنين ويجعلهم متساوين في استيفاء ديونهم دون حق أسبقية.

- مختلف الدعاوى التي شرعت للحفاظ على الضمان العام تلزم الدائن بإثبات إهمال المدين وتقصيره، وكذا إثبات غشه وهو ما يحول دون إمكانية رفع هذه الدعاوى وارجاع المال المتصرف فيه إلى الذمة المالية للمدين.

وبالنسبة للضمان الخاص فيما يتعلق بالكفالة:

- تبقى الكفالة عاجزة كتأمين شخصي على حماية الدائن، وخاصة في حالة إعسار الكفيل أو تغيير محل إقامته، مما يمنع الدائن من التنفيذ عليه، ولا يتغير مركز الدائن بين غيره من الدائنين لأنه لا يملك أي تأمين عيني و يبقى دائما عاديا. أما في التأمينات العينية:

فبرغم ما تقدمه من ضمانات إلا أن هناك نوعا من القصور الذي يحد من فاعلية هذه التأمينات و الذي يتمثل في:

- تقدم حقوق الامتياز العامة كالمبالغ المخصصة للخزينة، وتقدم الرهون بالأسبقية في القيد مما يؤخر مرتبة الدائن المرتهن ومن الممكن أن يمنعه حتى من استيفاء حقه في حالة توزيع جميع المال المحصل من البيع في المزاد العلني.

- استنزاف الوقت والجهد والمال في مختلف الاجراءات ونجد كذلك مصاريف الحفاظ على الشيء المحبوس في الرهن الحيازي.

ومن خلال ما سبق نجد أن الضمانات القانونية التي أقرها المشرع بالنسبة لوسائل حماية الضمان العام قد أثبتت قصورها فهي من جهة تفرض شروطا لإثبات الضرر الذي يلحق بالدائن حتى يكون بإمكانه مباشرتها، كما أن الدائن الذي يقوم بهذه الدعاوى لا يحصل نتائجها وحده، بل ترجع للضمان العام ككل وتضاف إلى ذمة المدين ليتشارك بها كل

الدائنين أما فيما يخص الضمان الخاص فإنه ليس كافيا بالقدر الذي يمنح الدائن استيفاء حقوقه بسبب ما ينطوي عليه من مخاطر، كإمكانية رهن العقار المرهون، و أسبقية القيد.

المقترحات

بناء على ما تقدم من نتائج يمكن تقديم المقترحات التالية:

- تعزيز دور دعاوى الضمان العام لكي لا تكون مجرد وسيلة لإرجاع الأموال الخارجة من الذمة المالية للمدين للضمان العام، بل لا بد من استئثار الدائن الذي يبادر بهذه الدعوى بنتائجها دون غيره من الدائنين.
- تخفيف عبء الإثبات الذي يقع على عاتق الدائن فيما يتعلق بالتقصير والغش من حيث الاجراءات، بل يكفي إثبات وجود تصرفات قانونية بعد نشوء الدين.
- إثبات يسر الكفيل وإقامته بالجزائر شرطان غير كافيان لضمان دين المدين لأنهما قابلان للتغيير لذا لا بد أن يقدم الكفيل هذا الضمان كتأمين يخص الدائن في حال عدم وفاء المدين دون شروط الرجوع أولا على المدين و إثبات القيام بإجراءات معينة حتى يرجع على الكفيل بل يكفي شرط عدم وفاء المدين بدينه.
- اشتراط أن يكون العقار المعد للرهن غير مثقل بحقوق عينية تبعية أخرى، واشتراط ألا يتصرف فيه المدين بعد تقديمه كضمان للدائن.
- التخفيف من أعباء اجراءات القيد و الشهر والاكثفاء ببطاقة حول العقار تصدر من جهة واحدة تبين التصرفات الواردة على العقار.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: النصوص القانونية

- 1- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 2020، ج.ر.ج. ج 82، المؤرخة في 30 ديسمبر 2020.
- 2- الأمر 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر.ج. ج عدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.
- 3- الأمر 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، ج.ر.ج. ج عدد 101، الصادرة بتاريخ 19 ديسمبر 1975، المعدل والمتمم.
- 4- القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فيفري 2008، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر.ج. ج عدد 21 الصادرة في 23 أفريل سنة 2008، المعدل والمتمم.

ثانياً: المراجع والمصادر

- 1- إبراهيم عدنان السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة، المقاوله- الوكالة- الكفالة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- 2- إبراهيم نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2003.
- 3- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات العينية والشخصية، الجزء العاشر، دار إحياء التراث العربي، لبنان، دون سنة نشر.
- 4- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، مصر 1968.
- 5- السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، دار الهدى الجزائر، دون سنة نشر.
- 6- السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2019.
- 7- السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، الرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي وحقوق الامتياز، دار الهدى، الجزائر، 2021.
- 8- بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على ضوء القانون رقم 08-09 المعدل و المتمم بالقانون رقم 22-13، الجزء الثاني، بيت الأفكار، الجزائر، ط5، 2022.

- 9- بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري وفقا لاجتهادات المحكمة العليا، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، ط3، 2019.
- 10- بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، مؤسسة الكتاب القانوني، ابن النديم للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2023.
- 11- تخنوني أسماء، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام، برقي للنشر، الجزائر، 2022.
- 12- حوحو يمينة، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، عقد الضمان المستقل، عقد الرهن، دار بلقيس، الجزائر، 2023.
- 13- خلاصي أحمد، قواعد و إجراءات التنفيذ الجبري، وفقا لقانون الإجراءات المدنية الجزائري والتشريعات المرتبطة به، منشورات عشاش، الجزائر، دون سنة نشر.
- 14- سلطان أنور النظرية العامة للالتزام "أحكام الالتزام"، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005.
- 15- عبد السيد سمير تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حق الامتياز، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1996.
- 16- فيلاي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، ط3، 2013.

ثالثا: الأطروحات والمذكرات

أ- أطروحات الدكتوراه

- 2- بنت الخوخ مريم، دور الضمانات الشخصية في تدعيم الائتمان، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2020-2021.
- 3- بوزيان السعيد، الآليات القانونية للمحافظة على حق الدائن وفقا لأحكام التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2024.

ب- مذكرات الماجستير:

- 1- رمضان ريمة، المراكز القانونية المتميزة و مبدأ المساواة بين الدائنين، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، جامعة الجزائر، 2013-2014.
- 2- لزرق بن عودة، وسائل حماية الضمان العام، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران، 2013-2014.

3- عياد حنان، التناسب بين الدين والضمان، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر 1، 2013-2014.

ج- مذكرات الماستر

1- ابراهيم أسماء، عطوي صفاء، أحكام عقد الكفالة في ظل التشريع، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، جامعة 08 ماي 1945 قلعة، 2015.

2- بشيخ خالد، حق التتبع في الرهن الرسمي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة ابن خلدون، تيارت، 2021.

3- بلقيل شوقي، الرهن الحيازي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة المسيلة، 2015.

4- جبارني طارق، حميدي فارس، وسائل حماية الضمان العام في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة محمد بشير الابراهيم، برج بوعريش، 2022.

5- جلال إيمان، ضمانات تنفيذ الالتزام المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2021.

6- حمداوي صورية، مسعودان فتيحة، الكفالة كتأمين شخصي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبدالرحمن ميرة، بجاية، 2013.

7- داودي خليفة، كواش أحمد، النظام القانوني للكفالة المصرفية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة خميس مليانة، عين الدفلى، 2018.

8- عبد الوهاب نسيم، بوقبة دليلة، حالات مشروعية الامتناع عن الوفاء على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2013.

9- عسكري ليسيا، ولد الشيخ شناز، الطبيعة القانونية لعقد الكفالة، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2021.

10- عكرمي فاطيمة الزهرة، شواري رحمة، الحق في الحبس، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة غرداية، 2022.

11- يحياوي سامية، يحيو منى، فعالية حق الامتياز الوارد على المنقول، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2022.

رابعاً: المقالات

- 1- أقصاضي عبد القادر، الإطار القانوني للحجز التحفظي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مجلة الحقيقة للعلوم الانسانية والاجتماعية، جامعة أحمد درارية، أدرار، المجلد 18، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية أدرار، 2019.
- 2- أوباجي محمد، الضمان العام ووسائل حمايته، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لونييسي علي البليلة 2، العدد 2018، 14.
- 3- بعجي أحمد، حماية الدائن المرتهن في رهن المنقول دون تجريد المدين الراهن من الحياة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية السياسية والاقتصادية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 1، المجلد 57، العدد 01، 2020.
- 4- تومي مريم، نفاذ حقوق الامتياز الخاصة العقارية في مواجهة الدائنين وفق أحكام القانون المدني الجزائري، مجلة الحقوق والحريات، جامعة عباس لغرور، خنشلة، المجلد 09، العدد 02، 2021.
- 5- خوجة حسينة، حق الحبس ضمان لتنفيذ الالتزام، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، المجلد 02، العدد 02، 2017.
- 6- رزين إيمان، مركز الدعوى المباشرة من بين نظم التأمينات الشخصية والعينية، مجلة القانون العقاري والبيئة، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، المجلد 11، العدد 01، 2023.
- 7- سي يوسف كجار زهية حورية، المركز القانوني الممتاز للدائن في الدعوى المباشرة، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، المركز الجامعي أفلو، المجلد 05، العدد 02، 2022.
- 8- صحراوي فريد، الصورية وأثرها في القانون المدني الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية، المركز الجامعي تامنغست، العدد 10، 2016.
- 9- عبد الحميد أحمد أمين، الصورية وورقة الضد في العقود المدنية، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، مصر، المجلد 40، العدد 40، 2019.
- 10- قسول مريم، مخاطر الإئتمان في عقد الرهن الرسمي، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 1، المجلد 10، العدد 10، 2023.
- 11- قديري محمد توفيق، تطهير العقار المرهون تطهيرا رسميا طبقا لأحكام القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34، العدد 01، 2020.

12- لقمان زكرياء، وآخرون، الرهنان الحيازي والرسمي في النظام المالي الإسلامي الماليزي، دراسة فقهية تحليلية، مجلة التجديد، الجامعة الإسلامية ماليزيا، المجلد 21، العدد 41، 2017.

13- ميرة وليد، الدعوى القضائية كوسيلة لحماية الضمان العام، مجلة الحقوق و العلوم السياسية جامعة خنشلة، مجلد 9، العدد 02، 2022

خامسا: المواقع الالكترونية

أحمد منصور، حق التقدم، مقال منشور بتاريخ 07-11-2021، تم الاطلاع عليه يوم 13-02-2024. على الساعة 6.30 صباحا منشور على الموقع

<https://jordan-lawyer.com>

قائمة المحتويات

الموضوع	الرقم
مقدمة	01
الفصل الأول: الضمان العام ودوره في حماية حق الدائن	05
المبحث الأول مفهوم الضمان العام ومخاطره على الدائنين	06
المطلب الأول مفهوم الضمان العام	06
الفرع الأول: المقصود بحق الضمان العام	06
الفرع الثاني: خصائص الضمان العام	07
الفرع الثالث: طبيعة القواعد المنظمة للضمان العام	07
المطلب الثاني: مخاطر الضمان العام	08
الفرع الأول: تصرف المدين في أمواله	08
الفرع الثاني: خطر تراحم الدائنين	08
المبحث الثاني: وسائل حماية الضمان العام	10
المطلب الأول: الوسائل التحفظية	10
الفرع الأول: الحجز التحفظية	10
الفرع الثاني: الحراسة القضائية	12
المطلب الثاني: الوسائل التنفيذية للحفاظ على الضمان العام	13
الفرع الأول: دعاوى حماية الضمان العام	13
الفرع الثاني: الحق في الحبس	23
خلاصة الفصل الأول	28
الفصل الثاني: الضمان الخاص و دوره في كفاية حق الدائن	30
المبحث الأول: التأمينات الشخصية	31
المطلب الأول: مفهوم الكفالة و الضمانات التي تمنحها للدائن	31
الفرع الأول: مفهوم الكفالة	31
الفرع الثاني: الضمانات المقررة للدائن بموجب الكفالة	34
المطلب الثاني: حدود فعالية الكفالة كتأمين شخصي	36
الفرع الأول: الدفع المتعلقة بالالتزام الأصلي المكفول	36
الفرع الثاني: الدفع الناشئة عن عقد الكفالة	37
الفرع الثالث: الدفع المبنية على تقصير المدين	39

42	المبحث الثاني: التأمينات العينية
43	المطلب الأول: التأمينات العينية المقررة في التشريع الجزائري
43	الفرع الأول: الرهن الرسمي و الرهن الحيازي
49	الفرع الثاني: حقوق الامتياز والتخصيص
53	المطلب الثاني: الضمانات المقررة في التأمينات العينية و نسبية فعاليتها
53	الفرع الأول: الضمانات المقررة في التأمينات العينية
56	الفرع الثاني: نسبية فعالية الضمانات في التأمينات العينية
59	خلاصة الفصل الثاني
61	خاتمة
64	قائمة المراجع والمصادر
70	قائمة المحتويات

ملخص

لقد نظم المشرع الجزائري حماية لأطراف التعاقد الدائن والمدين جملة من الوسائل القانونية التي تضبط العلاقة بينهما، وهذا ضمانا لاستقرار المعاملات وتعزيز الائتمان، خاصة بالنسبة للدائن الذي تتأثر ذمته المالية سلبا بخروج الأموال منها، وكحماية له أقرت فكرة الضمان العام التي تجعل جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بدينه.

لكن بسبب تصرفات المدين التي تضر بمصلحة الدائن في هذا الضمان وضع المشرع وسائل تحفظية وتنفيذية تمكن الدائن من الحفاظ على الضمان العام لكنها أثبتت عدم كفايتها، بسبب أن جهود الدائن في استعمال هذه الوسائل لا تخوله أية أفضلية لأن جميع الدائنين متساوون في الضمان العام، رغم أنهم في الواقع ليسوا كذلك مما استوجب وجود تأمين أكثر فاعلية لتقوية الثقة والائتمان فكان وجود الضمان الخاص أفضل حل، هذا الأخير الذي ينقسم إلى التأمينات الشخصية من جهة والمتمثلة في الكفالة التي تسمح بضم ذمة مالية إلى ذمة المدين لمنح ثقة أكبر للدائن ومن جهة أخرى التأمينات العينية التي تمنح للدائن حقا عينيا تبعا على مال مملوك للمدين أو لكفيل عيني يستطيع من خلاله أن يتقدم على غيره من الدائنين، كما يستطيع أن يتتبع هذا المال لينفذ عليه في أي يد كان في حال تصرف فيه المدين.

الكلمات المفتاحية:

الضمان العام- الضمان الخاص- التأمينات الشخصية- التأمينات العينية - التقدم والتتبع.

Summary:

The Algerian legislator has organized a set of legal measures to protect the contracting parties, the creditor and the debtor, which regulate the relationship between them. This aims to ensure the stability of transactions and enhance credit, especially for the creditor whose financial position is negatively affected by the outflow of funds. As a protection for the creditor, the concept of general security has been established, ensuring that all the debtor's assets guarantee the fulfillment of their debt.

However, due to the debtor's actions that harm the creditor's interest in the general security, the legislator has implemented precautionary and enforcement measures to enable the creditor to maintain this security. Nonetheless, these measures have proven insufficient, as the creditor's efforts in utilizing them do not grant any preference, given that all creditors are equal in the general security, although in reality, they are not.

Therefore, a more effective security was required to enhance trust and credit, and special security proved to be the optimal solution. This special security is divided into personal guarantees, represented by suretyship, which allows the addition of another financial liability to the debtor's liability, providing greater trust to the creditor, and real guarantees, which grant the creditor a real right over an asset owned by the debtor or a real guarantor. This allows the creditor to have priority over other creditors and to follow this asset and execute upon it, regardless of whose possession it is in, if the debtor disposes of it.

Keywords: general security, special security, personal guarantees, real guarantees, priority, and pursuit.