

جامعة مولود معمري - تيزي وزو

كلية الحقوق والعلوم السياسية



دور الإرادة في استحداث تقنيات جديدة للضمان

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم
تخصص: القانون

تحت إشراف الأستاذ الدكتور

سمار نصر الدين

إعداد الطالبة

شويط صباح

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	ج. تيزي وزو	أستاذة	د. سي يوسف زاهية حورية
مشرفا ومقررا	ج. جيحل	أستاذ	د. سمار نصر الدين
مناقشا	ج. تيزي وزو	أ. محاضرة "أ"	د. أماروز لطيفة
مناقشا	ج. الجزائر	أستاذ	د. زروتي طيب
مناقشا	ج. تيزي وزو	أ. محاضرة "أ"	د. بشاتن/ باي صفية
مناقشا	ج. تيارت	أ. محاضر "أ"	د. قوسم حاج غوثي

تاريخ المناقشة: 23 جانفي 2020

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

عبدالله ١٤١٧

شكر وعرافان

الحمد لله الذي هدانا إلى هذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله.

سبحانه لا علم لنا إلا ما علمنا.

إنما أمره إذا أراد شيئاً أن يقول له كن فيكون.

فالحمد لله في الأولى والحمد لله في الآخرة

يشرفني أن أتقدم بشكري الجزيل في أول المقام إلى أستاذي المشرف

الدكتور "سماز نصر الدين" على كل ما بدله من جهد وعناء

في الإشراف والتوجيه والإرشاد وعلى صبره الجميل معنا حتى يرى

هذا العمل النور

فكان لمساهمته الأثر البالغ في إتمام هذه الدراسة

فجزاه الله عنا خير الجزاء.

وإلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد.

كما أتقدم بالشكر لأعضاء اللجنة المناقشة.

الإهداء

إلى من دفعني للعلم والعطاء ...

أمي الحنون - أبي الغالي

إلى من أضاء دربي بالدعاء ..

أطال الله في عمرهما

إلى رفيق دربي وسندي في الحياة

الذي لم يدخر جهدا لمد يد

زوجي الغالي عبد المالك

العون والمساعدة ..

إلى فلذات كبدي حبيباتي ونور عيوني

يمني ومريم

إلى من أشدّ بهم أزي ...

إخوتي

إلى جميع أفراد أسرتي ...

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع

صباح

قائمة لأهم المختصرات المستخدمة في البحث

1- باللغة العربية:

ق م ج القانون المدني الجزائري.

ق ت ج القانون التجاري الجزائري.

ق إ م إ قانون الاجراءات المدنية والإدارية.

ج ر ج د ش الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

ص الصفحة.

ص ص من الصفحة إلى الصفحة.

/ الفقرة.

ب ب ن بدون بلد نشر.

ب س ن بدون سنة نشر.

2- باللغة الفرنسية:

Ed: Edition

Op. cit : Ouvrage Cité (Référence précité) .

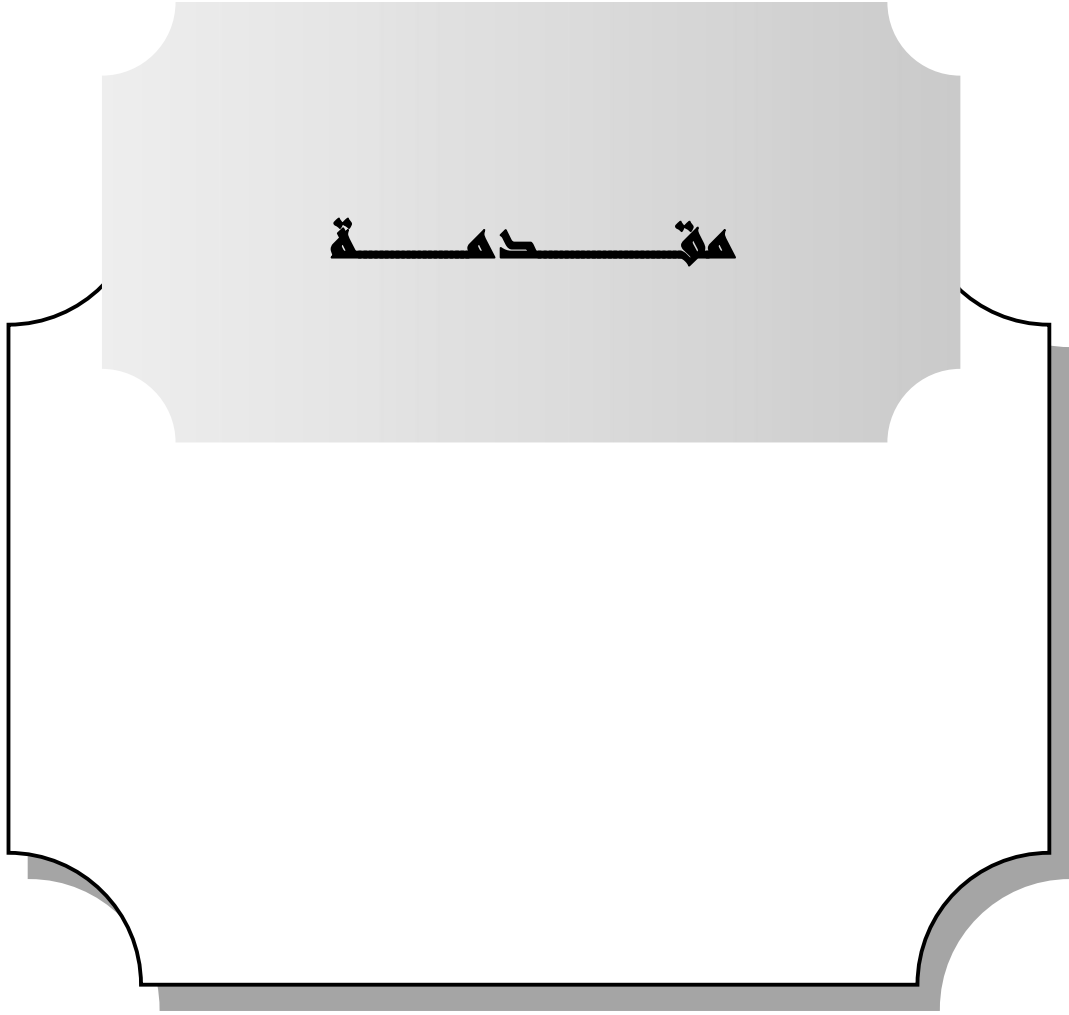
p: page.

L.G.D.J: Librairie générale de droit et de jurisprudence.

bull . civ:.. Bulletin civil de la Cour de Cassation

N°: Numéro

Cass. civ: Cour de Cassation, Chambre Civile - France.
ord: Ordonnance
Fran: France.
art: Article.
Cass. Com: Cour de Cassation, Chambre Commerciale- France.
Ibid: La même référence.
JORF Journal officiel De La République Française.



تخضع إرادة الأفراد من حيث الأصل إلى مبدأ حرية التعاقد، أي أن إرادتهم مستقلة في الإلتزام من عدمه، لأن الإرادة هي أهم مصدر للإلتزام. كما أنها مصدر للشروط التعاقدية، فتختار ما تشاء وما تراه مناسباً لمصلحة صاحبها.

لكن هذه الإستقلالية تقابلها إستقلالية الطرف الآخر في العقد ولا بد من التوفيق بين الاستقلاليتين ليتحقق الاتفاق، ومن هنا نتج ما يسمى مبدأ سلطان الإرادة القائم أساساً على حرية التعاقد، فلأفراد الحرية في ترتيب علاقاتهم القانونية كما يشاؤون بشرط مراعاة مقتضيات النظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية الأمر¹، وعلى ذلك فإن سلطان الإرادة ورغم الإعتراف به كمبدأ من المبادئ العامة في ميدان العقود والإلتزامات، إلا أن إعماله يجب أن يتقيد وفق مقتضيات التضامن الاجتماعي، فلا يكون مستوجبا للإحترام إلا بتوافقه مع تلك المقتضيات، بل ويفقد قوته الملزمة إذا تنافى مع المصلحة العامة ويصير تصرفاً غير إجتماعي².

وإذا كان مبدأ سلطان الإرادة قائم على مبدأ حرية التعاقد فمعنى هذا أن طرفي العقد لهم الحرية في إختيار بنود العقد، وكذلك تعديليه أو إنهائه³ إذا ما حل طارئ يستدعي ذلك كتخلف أحد الطرفين عن تنفيذ إلتزامه، فيضطر الطرف الدائن إلى البحث عن سبل ووسائل تضمن تنفيذ الإلتزام المترتب من طرف مدينه، أو على الأقل تقديم ضمانات تكفل هذا التنفيذ دونما مشاكل، لأن الأصل في العلاقة القائمة بين الدائن والمدين أساسها الثقة التي يضعها الدائن في مدينه، فهو يمنحه القرض أو السلعة التي يحتاجها بسبب ثقته بأن هذا المدين سوف يفي بدينه في الأجل المتفق عليه، لكن قد يحدث وأن يتأخر المدين عن الوفاء بالدين، إما لغش في نفسه أو لإعسار وقع فيه نتيجة ظروف خارجة عن إرادته.

لذلك فقد ظهرت الحاجة إلى ضمانات تكفل حق الدائن وتحميه من غش المدين أو إعساره، فتوالى ظهور التأمينات عبر العصور وازدادت وتطورت بصورة أكبر بالمعطيات الاقتصادية الجديدة والتي أفرزها محيط التجارة الدولية.

1 - هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، العقد، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص17.

2 - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2000، 2001، ص8.

3 - المادة 106 من أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر، عدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

فالتأمينات لم تظهر حديثاً وإنما وجودها مرتبط بوجود الفرد وتعامله مع الآخرين، وتعتبر التأمينات وسيلة لتحقيق الضمان ويمكن القول هي ضمانات لتنفيذ الالتزام أي الضمانات التي تقي الدائن خطر إفسار المدين أو غشه، وتكفل له استيفاء حقه إذا ما حل أجله.

وفائدة التأمين تشمل الدائن والمدين معاً، لأنه بضمان حق الدائن تتعزز الثقة في المدين ويصبح مصدر ثقة بالنسبة للدائنين وتشجعهم على منحه ما يحتاج إليه من قروض أو أجل، ولا يخفى ما لذلك من أثر في تشجيع الائتمان الذي يعتبر من أهم الوسائل لتنشيط الحركة الاقتصادية التي تعتمد غالباً على هذا الائتمان، إذ قلما نجد مشروعاً اقتصادياً يعتمد في تمويله على القدرة الذاتية لمن يقوم بهذا المشروع، بل الغالب أن يتم التمويل عن طريق الائتمان، أي عن طريق القروض التي تقدمها الجهات المختصة في مقابل ضمانات كافية.

والضمانات في العصور القديمة ارتبطت بشخص المدين حيث نجد أن القانون الروماني مثلاً أباح استرقاق المدين وقتله أو حبسه في مكان خاص إلى أن يدفع الدين أو يأتي من يدفعه عنه، وقد امتدت فكرة الإكراه البدني إلى القانون الفرنسي إلى أن ألغي هذا النظام في العصر الحديث، ما عدا الديون الناجمة عن جرم جزائي، على اعتبار أن شخص المدين ليست هو الضمان المناسب للوفاء بالديون، وإنما أمواله أو ذمته المالية هي الضامنة للوفاء بدينه. ويطلق على هذا النوع من الضمان اسم "الضمان العام"، وهناك قاعدة تقول أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بدينه، وهذا حماية لحقوق الدائن، لكن هذه الوسيلة قد لا تكون كافية لأن المدين قد يتصرف في ذمته المالية فيحرم الدائن من استرجاع حقوقه.

وبالرغم من محاولة مختلف التشريعات حماية الضمان العام بشتى الوسائل مثل الدعوى غير المباشرة، الدعوى البوليصية، نظام الإعسار... إلخ. لكن هذه الوسائل لم تنجح في حماية الدائنين من مخاطر الضمان العام وبقي الدائن العادي مهدداً بخطر إفسار المدين، لذلك كان لابد من إيجاد تأمينات خاصة تحمي الدائن من خطر إفسار المدين أو غشه أو إهماله، وتكفل له استيفاء حقه كاملاً في جميع الأحوال.

والتأمينات الخاصة هي تأمينات يختص بها دائن أو أكثر من بين سائر الدائنين والتي يؤمنون بها خطر إفسار المدين أو امتناعه عن الوفاء وهي نوعان: تأمينات شخصية، وتأمينات عينية.

فالتأمينات الشخصية أو ما يسمى بالضمان الشخصي تتم بتدخل شخص آخر خلاف المدين ويتعهد بسداد القرض، وفي حالة عدم قيام المدين بالوفاء يمكن الرجوع إلى الشخص الضامن، وبهذا يكون الدائن أكثر اطمئنانا إلى استيفاء حقه، لأن تعدد المسؤولين عن هذا الحق يخفف من المخاطر التي يتعرض لها الدائن.

ومن أهم صور التأمينات الشخصية هناك الكفالة وهي أصدق الضمانات الشخصية، والتي يلتزم بموجبها شخص معين بتنفيذ التزامات المدين تجاه الدائن إذا لم يستطع الوفاء بهذه الإلتزامات عند حلول آجال الاستحقاق.

ومن الواضح أن الكفالة وسيلة وقائية هدفها الاحتياط ضد احتمالات سيئة في المستقبل. ولا يمكن أن يتدخل الكفيل بشكل فعلي إلا إذا تحققت هذه الاحتمالات السيئة والمتمثلة في عدم تمكن المدين من الوفاء بالتزاماته.

وتبقى الكفالة كغيرها من التأمينات الشخصية لا توفر للدائن ضمانا كافيا يكفل له الحصول على حقه كاملا في جميع الحالات إذ أن خطر إفسار الكفيل يظل قائما إلى جانب خطر إفسار المكفول، لذلك يتردد الدائن في قبول الكفالة ما لم تكن صادرة عن بنك أو عن شخص مشهود له بالملاءة والاستقامة.

وهناك نوع آخر من الضمانات الشخصية ويمكن اعتباره نوعا من أنواع الكفالة وهو ما يسمى بالضمان الاحتياطي، وهذا النوع لا يكون إلا في الأوراق التجارية باعتباره التزاما تجاريا، إذن يقدم الضمان الاحتياطي عادة عندما يكون هناك توقيع ضعيف أو مشكوك فيه فيأتي الضامن الاحتياطي لتقوية الثقة لدى الدائن.

وإلى جانب هذه الضمانات الشخصية هناك نوع آخر من الضمانات هو الضمانات العينية وهي لا تقوم على المعيار الشخصي وإنما معيارها مادي محض، حيث تقوم على أساس تخصيص مال معين عقارا أو منقولا للتنفيذ عليه وفاء بالدين المضمون.

فهي إذن تقوم على تخصيص مال معين للوفاء بحق الدائن. ويظل هذا المال مثقلا بالتأمين حتى ولو انتقلت ملكيته إلى الغير، وتسمى هذه التأمينات أيضا بالضمانات الحقيقية، وأهم أنواعها نجد الرهن بنوعيه الرسمي والرهن الحيازي. كذلك هناك رهن الأوراق التجارية وأسهم وحصص الشركات...إلخ.

إن كل ما سبق ذكره من الضمانات سواء الشخصية أو العينية بالرغم مما تحتويه من أهمية في بعث الثقة في نفوس المتعاملين، وبالرغم من الجهود المبذولة في اختيارها وتقنينها حيث أن وجودها نابع من حاجة الأفراد وإرادتهم في خلق جو من الأمان والاطمئنان في معاملاتهم اليومية، إلا أن التطور الاقتصادي الكبير الذي شهده العالم واتساع التجارة الدولية أدى إلى إدخال الريبة والشك حول تلك الضمانات التقليدية ومدى نجاعتها وجدواها في احتواء حجم المبادلات التي تقوم على السرعة والائتمان. إضافة إلى بطأ إجراءاتها حيث أن المتعامل قد يطول انتظاره من أجل استرجاع أمواله من مدينه. لذلك توجهت إرادة الأفراد إلى البحث عن بدائل وحلول تكفل ضمان الديون واسترجاعها بأسرع وقت ممكن حتى لا تتعطل المصالح وتستمر الحركة التجارية دونما تأثر بالعوامل الخارجية.

هذا التوجه الجديد نحو البحث عن تأمينات أكثر نجاعة، قاد الدائنين إلى إنشاء وخلق آليات أخرى تمنح لهم الثقة والأمان. ونكون بذلك بصدد إستحداث تقنيات جديدة لضمان الديون لكن يبقى مشكل تصنيف هذه التقنيات المستحدثة ومدى إمكانية إدراجها ضمن التأمينات.

هذه الأخيرة سواء كانت شخصية أم عينية قد تم تحديدها بدقة متناهية، حيث أن القانون المدني لم يكن يعرف في الأصل (في مجال التأمينات الشخصية) إلا تأميناً شخصياً واحداً وهو الكفالة والذي يتميز بخاصية التبعية بمعنى تبعية إلتزام الكفيل لإلتزام المدين الأصلي، حيث يقوم الكفيل بالوفاء للدائن في حالة عدم تنفيذ المدين الأصلي لإلتزامه بنفسه، إذن هناك وحدة الإلتزام بين إلتزام الكفيل والمدين الأصلي، وهذا ما يشكل حرجاً بالنسبة للدائن، لأن الكفيل يستطيع أن يحتج بنفس الدفع الممنوحة للمدين. لذلك وإنطلاقاً من مبدأ حرية التعاقد فقد تم خلق وسائل

مستحدثة لا تحمل في طياتها صفة التبعية، وهي الضمانات المستقلة أو خطابات الضمان والتي تعتبر ضمانات يلتزم بها طرف ثالث بصفة أصلية ومستقلة عن إلتزام المدين.¹

وبالإضافة إلى تقنية خطاب الضمان هناك تقنيات أخرى استدعتها الضرورة الاقتصادية والحركة التجارية الدولية مثل: خطاب النوايا أو مايسمى خطاب الرعاية أو خطابات الطمأنينة، والتي عن طريقها تأمن وتضمن تعهد الشركة الأم للبنك الوفاء بالإلتزامات المقدمة من طرف فرعها.²

إن هذين التقنيتين (خطاب الضمان وخطاب النوايا) وبالرغم من أن مصدرهما هو إرادة الأفراد إلا أن بعض التشريعات قد سارعت لتقنيها وإدراجها ضمن التأمينات الشخصية، ومن بينها نجد التشريع الفرنسي الذي نظمهما في نص المادتين 2321 بالنسبة لخطاب الضمان المستقل والمادة 2322 بالنسبة لخطاب النوايا، وهذا بموجب الأمر المؤرخ في 23 مارس 2006.³

بالإضافة إلى خطاب الضمان وخطاب النوايا نجد أن التأمينات الشخصية قد اتسعت دائرتها حيث أن قانون الإلتزامات يمنح كذلك تقنيات عديدة تعاقدية يمكن أن تقوم مقام الضمانات الشخصية كالتضامن، والملكية الشائعة فهذه الإلتزامات تسمح بوضع دين واحد على عاتق عدة أشخاص متضامنين في هذا الدين وكل واحد منهم يكون ملزما بكل الدين.⁴

ونفس الشيء بالنسبة للإجابة التي تقدم على أنها إجراء يميل إلى تبسيط تصفية الديون بحيث يقدم المدين شخص آخر ينوب عنه في الوفاء لدائنه، لكن هذه الإجابة إن كانت لا تُحرر المدين الأصلي من كل الدين، فهنا نكون أمام إجابة ناقصة، ويكون بالتالي للدائن مدينين المدين الأصلي والنائب،⁵ ومن هنا نلاحظ بأن القانون المدني بصفة عامة والإلتزامات بصفة خاصة تشكل منبعاً للدائنين بما تحتويه من آليات عديدة وإن كانت لا تعتبر تأمينات بطبيعتها إلا أنها

¹ - Jean – BAPTISTE SEUBE, Droit des Suretés, 4 édition, Dalloz, Paris, 2008, p7

² - Sophie MOREIL, Droit Bancaire ,10 édition Dalloz, Paris, 2010,p158.

³- Ordonnance N° 2006 -346 Du 23 Mars 2006 Relative Aux Suretés, JORF n°71 du 24 mars 2006, page 4475, texte n° 29 <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte>

⁴- Jean – BAPTISTE SEUBE, Op. Cit, p8.

⁵- Adolphe MINKOA SHE, Droit Des Suretés Et Des Garanties Du Crédit Dans L'Espace Ohada, Tame 1 Les Garanties Personnelles, Editions Dianoia, 1ere Editions, Paris, 2010, p18

تستطيع أن تقوم بمهمتها كتأمين، وهي بذلك تعتبر تأمينات من خلال اتجاهها أو من خلال الغاية التي تصبو إلى تحقيقها.¹

أما التأمينات العينية فقد عرفت بدورها تطورا لافتا وعرفت بروز أشكال جديدة منها. وهذا التطور راجع إلى سببين:

السبب الأول يتمثل في ظهور أصول وأموال جديدة وبالتالي نجد أن أصحاب هذه الأموال يبحثون عن سبل لتحقيق منفعة من خلال إستعمالها كتأمينات عينية قائمة على أصول غير مادية.²

والسبب الثاني هو العودة إلى التأمينات القائمة على حق الملكية والتي تمنح أمانا كبيرا للدائن حيث يتم إستعمال الملكية كوسيلة للضمان، ومن أهم تطبيقاتها: شرط الإحتفاظ بالملكية والإيجار التمويلي والتصرف الإئتماني. فهذه الضمانات تسمح للدائن من إسترداد البضاعة في حالة عدم الوفاء بالثمن فيما يخص الإحتفاظ بالملكية أو في حالة عدم الوفاء بالأجرة فيما يخص الإيجار التمويلي، كما أن هذه التأمينات العينية الحديثة تظهر مزاياها خاصة عند فتح الإجراء الجماعي ضد المدين (أي تعرضه للإفلاس) فهي أكثر نجاعة من جميع الرهون الأخرى³ لأنها لا تتدرج ضمن الضمان العام للمدين.

إن كل هذه المزايا التي تمنحها التأمينات الشخصية والعينية الحديثة للدائن دفعت البعض للتفكير حول ما إذا كانت هذه التأمينات تستحق هذا الوصف أم لا، فبعض الفقه اعتبرها كذلك (أي أنها تأمينات) والبعض الآخر يرفض ذلك، وهذا من خلال التمييز بين فكريتي التأمينات والضمانات⁴ حيث يعتبر البعض أن فكرة الضمان تعبر عن وظيفة إقتصادية أكثر من تعبيرها عن نظام قانوني محدد بينما على العكس من ذلك نجد أن فكرة التأمينات تعبر عن نظام قانوني محدد له وسائله الفنية وسماته الخاصة.

¹- Jean – BAPTISTE SEUBE, Op. Cit, p8.

² I bid, p 8.

³- Adolphe MINKOA SHE, Op. Cit, p19

⁴-I bid, p19.

وبالتالي فالتأمينات هي نوع من أنواع الضمانات ولكن العكس غير صحيح، إذ أنه ليس بالضرورة أن يكون لكل ضمان نوعاً من التأمينات، ففكرة الضمان أوسع بكثير من فكرة التأمينات لأن قانون التأمينات أنشئ كفرع مستقل يقوم حول أنظمة أساسية هي الكفالة والرهن والإختصاص والإمتياز بينما الضمانات لم تنحصر في فرع معين من فروع القانون¹ وإنما نجد أن هناك أنظمة قانونية في قانون الإلتزامات أو قانون الأموال تقوم على تحقيق وظيفة الضمان بصفة أصلية أو بصفة استثنائية . وقد أدت التطورات الحديثة إلى العودة دون قيد أو شرط إلى هذا المنبع، أي إلى قانون الإلتزامات وقانون الأموال. مما أدى إلى بروز وظيفة الضمان التي تحققها هذه الأنظمة في الوقت الحاضر .

وإذا كان مصدر الضمانات عادة يكون أثراً لمركز محدد أو لمجموعة من الروابط، فإن التأمينات تضاف إلى رابطة الإلتزام ولا يمكن أن تكون أثراً لهذه الرابطة، لأنها تنشأ عن مصدر مستقل عن مصدر رابطة الإلتزام التي تعمل على ضمان الوفاء بها، فهي تنشأ عن طريق الإلتفاق أو القضاء أو القانون².

كما أن فكرة التأمين فكرة تتصنف بالجمود والتطور البطيء، أما فكرة الضمان فهي فكرة حية لذلك فهي متطورة وهذا التطور أدى إلى تنوع كبير في الوسائل والأدوات المستعملة في سبيل تحقيق الوظيفة الإقتصادية المرجوة من وراء الضمان³، ومن هنا جاءت فكرة البحث في كلا النوعين من الضمانات سواء كانت تأمينات تقليدية والتي تكفلت القوانين والأنظمة في تنظيمها وتحديدتها أو ما عملت الإرادة على إستحداثها من ضمانات. فكل له أهميته ودوره في بعث الثقة والطمأنينة في نفوس المتعاملين، لكن مع ميول كبير ومستمر نحو الضمانات المستحدثة.

ولذلك من الضروري دراسة كلا النوعين من الضمانات سواء تقليدية أو حديثة، للوقوف عند الأسباب الحقيقية لإستبعاد التأمينات التقليدية والتوجه نحو خلق ضمانات جديدة على إعتبار أن

¹ - نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006 ص 14.

² - المرجع نفسه، ص ص 15 و 16.

³ - المرجع نفسه، ص 16.

لهذا التوجه دلالات مرتبطة بالثقة والتي هي أساس المعاملات المالية و الإقتصادية بصفة عامة، إضافة إلى عامل السرعة وبساطة الإجراءات التي تتميز بها مختلف الضمانات الحديثة.

لذلك فالغرض من الدراسة هو تحديد ما يقدمه كل نوع من أنواع التأمينات من ضمانات وثقة وأمان، والبحث أيضا عن الضمانات الأكثر نجاعة والتي تساهم في إنتعاش واستقرار العلاقات المالية بين الأفراد بحيث تحميهم من مخاطر الإئتمان.

مما تقدم تتمحور إشكالية الموضوع من خلال متغيرين أساسيين:

المتغير الأول:

يمثل في وجود وسائل تقليدية لحماية الائتمان وبعث الثقة في نفوس المتعاملين، لكن هناك شك يدور حول مدى نجاعتها وكفايتها، بالإضافة إلى سلبية أخرى تنطوي عليها هذه التأمينات التقليدية وهو طول اجراءاتها وتعقيدها، وهذا أمر يتعارض مع التطور الإقتصادي وتنوعه سواء على المستوى الداخلي أو الخارجي.

والمتغير الثاني:

حيث أنه وفي ظل هذا التطور والتزايد الهائل في حجم المبادلات التجارية، توجهت إرادة المتعاملين نحو البحث عن وسائل ائتمان أخرى مستحدثة تكون بديلة عن الوسائل التقليدية. وهذه الضمانات المستحدثة نجد أن بعض التشريعات بادرت إلى تقنينها وتنظيمها وأضفت عليها طابع التأمينات. ومنها التشريع الفرنسي، وهذا على الرغم من أن بعض الفقه يعتبر أن القيام بتقنينها يخرجها من طابعها الأصلي ويبعدها عن غرضها الحقيقي القائم على فكرة استقلالية الارادة وحريتها في التعاقد، لذلك فالكثير يفضل ترك مسألة تنظيمها إلى إرادة الطرفين المتعاقدين وعدم إدراجها ضمن قواعد القانون المدني.

من خلال ما تقدم تتضح إشكالية هذا الموضوع والتي يمكن صياغتها كما يلي:

هل يمكن الإعتماد على وسائل الضمان التقليدية في دعم الثقة بين المتعاملين خاصة في ظل التطورات الإقتصادية الحاصلة، وما هي أبرز الدوافع والعوامل التي دفعت إرادة المتعاملين للبحث

عن وسائل ضمان جديدة ، وما مدى نجاح هذه الوسائل المستحدثة في نزع مكانة التأمينات التقليدية لتكون بديلة عنها؟

وللبحث في إشكالية الموضوع ينبغي إنتهاج عدة مناهج، منها الوصفي من أجل التعرف على مختلف الضمانات التقليدية والحديثة، والمقارن لمقارنة مختلف النصوص القانونية لمختلف التشريعات الوطنية والدولية المتعلقة بموضوعنا، والتحليلي لتحليل مختلف الآراء الفقهية.

وخطة مكونة من بايين: الأول: مبررات إستحداث تقنيات جديدة للضمان، وهذا لتحديد أهم الأسباب والدوافع التي أدت إلى عدم الإكتفاء بالتأمينات التقليدية التي حددتها جل التشريعات على سبيل الحصر والتوجه نحو خلق ضمانات جديدة.

والثاني: دور الإرادة في تطوير تقنيات الضمان واستحداثها وهذا من خلال دراسة بعض الضمانات الحديثة والتي تتميز بالبساطة والسرعة في إجراءاتها وتبعث الثقة أكثر في نفوس المتعاملين.

المباني الأول

مبادرات استحداث تقنيات جديدة
للضمان

إن الأخطار التي تهدد الشخص متنوعة وكثيرة والتأمينات بمعناها الواسع يقصد بها كل وسيلة تحمي الشخص من الخطر الذي يهدده، فنجد أن نظام التأمينات الاجتماعية يحمي الشخص من أخطار البطالة، والمرض والشيخوخة، وقوانين التأمين الخاص تقي الشخص من الأخطار التي تهدد ماله أو جسمه.

على أن هناك نوعا آخر من الخطر يهدد الدائن، وهو عدم تمكنه من الحصول على الحق الذي له قبل مدينه، إذا لم يف المدين بما عليه من دين اختيارا. وهذا الخطر قد عرف على مرّ العصور طرق عديدة لإبعاده وأخذ الحق من المدين. لكن هذه الطرق لم تكن تتوافق في بدايتها مع القيم الأخلاقية الإنسانية، حيث كان الإنسان في العصور القديمة يعتبر أن الالتزام علاقة شخصية محضة وأن عدم تنفيذ هذا الالتزام من طرف المدين يسمح للدائن بالتنفيذ عليه بطرق بدائية ووحشية، مثل سجنه واسترقاقه، ورغم هذه الوحشية إلا أن فعاليتها لم تكن بالقدر الكافي، وإن كانت تتمتع بنوع من الزجر والوقاية، وهذه الوسائل كانت تتفق مع عقلية ذلك العصر، ويعتبرونها جدّ قانونية.

لكن في المجتمعات الحديثة أصبح الالتزام علاقة بين ذمتين ووسيلة مجردة يتحقق بواسطتها تبادل بعض القيم الاقتصادية، إضافة إلى ذلك أصبح الانتقام من المدين لا يمثل أي قيمة لدى الدائن، لو كان كل ما يهم الدائن هو حصوله على حقوقه التي كان ينتظرها، كما أن المساس بحرية شخص المدين أصبح يتعارض مع التطور الحديث للنظام العام والآداب العامة، لذلك نجد أن كل القوانين تقريبا تخلصت من هذه الأنظمة البدائية.

فالآن أصبح مبدأ احترام الالتزامات من الضروريات القصوى للحياة الاقتصادية والقانونية وعدم احترامها يؤدي بالمساس ليس فقط بحقوق أطراف العلاقة القانونية بل وحتى الغير قد يتأثر سلبيا من عدم تنفيذ الالتزامات سواء من قريب أو من بعيد.

لذلك نجد أن القوانين الحديثة قد اهتمت بإعطاء مجموعة من الوسائل الفنية والقانونية ما يضمن احترام وتنفيذ الالتزام دون مساس بشخص المدين وذلك لتحفظ التوازن في الحياة الاقتصادية والقانونية، وتحميها من الاضطراب.

فبالإضافة نظرة فاحصة على القوانين المدنية الحديثة، نجد أن الشغل الشاغل لمختلف التشريعات هو العمل على تنفيذ الالتزامات بدقة وانتظام لما في ذلك من أهمية قصوى للاتئمان.

ولعل أهم ما تهدف إليه القوانين هو التنفيذ العيني للالتزام، أي أن المدين يقوم بأداء ما التزم به عينا، لأن الدائن عند إبرامه عقدا من العقود يهدف إلى شيء معين وينتظر مقابلا محددًا، ويرتب كل شؤونه على ذلك، وقد نصت في ذلك المادة 164 ق.م.ج: "يجبر المدين بعد إعداره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه عينيا متى كان ذلك ممكنا".¹

وهذا التنفيذ الجبري يرد على مال المدين وليس على شخصه، وأنه يتم بواسطة السلطة العامة المنوط بها التنفيذ وفقا للإجراءات القانونية المحددة،² بواسطة المحضر القضائي في الموطن الحقيقي أو المختار للدائن بشرط أن يكون الحق محقق الوجود ومستقر في الذمة ومعين المقدار، ومستحق الأداء، وخاليا من أي نزاع، بمقتضى السندات التنفيذية القضائية كحكم قضائي نهائي عليه صيغة التنفيذ يتضمن التزاما بالتنفيذ الجبري، أو أمر قضائي استعجالي بالإنفاذ المعجل، أو أمر بالأداء لتحصيل دين من النقود ثابت بالكتابة حال الأداء ومعين المقدار مأمورا به قانونا والأوامر على العرائض (المادة 600 ق.إ.م.إ. الجديد).

فلا يجوز للدائن قانونا أن يأخذ حقه بنفسه (المادة 601 ق.إ.م.إ. الجديد) ومن حق المدين أن يفرض تنفيذ التزامه عينا متى كان ذلك ممكنا، حتى لو طالب الدائن بالتعويض كطريق للتنفيذ بمقابل (المادة 164 ق.م.ج).

بمعنى أن المدين لا يحكم عليه بالتعويض إلا بعد استحالة التنفيذ العيني³، لأن التنفيذ العيني هو الذي يتفق أكثر مع حقيقة الالتزام وهو الذي يتفق أيضا مع الهدف الأسمى للقانون الخاص بصفة عامة، ذلك لأن التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض ليس إلا وسيلة احتياطية لا تعطي إلا

¹ - القانون المدني الجزائري، ويقابلها المادة من 203 القانون المدني المصري.

² - راجع المواد من 600 إلى 798 ق.إ.م.إ. الجديد الصادر طبقا للقانون رقم قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية جريدة رسمية رقم 21 مؤرخة في 23 أبريل 2008.

³ - العربي بلحاج، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، ب.ط، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 133.

إشباع نسبي للدائن، ولا يهدف في النهاية إلا إلى إعادة التوازن النسبي لذمة الدائن، ولذلك فهو ليس كافياً.¹

فالمشرع حاول وضع عددا من الوسائل القانونية الكفيلة لتمكين الدائن من التنفيذ العيني وحمل المدين عليه، وقد خصص المشرع في التقنين المدني فصلا كاملا حول هذا التنفيذ العيني تحت باب آثار الالتزام، ويعود هذا الاهتمام بطبيعة الالتزام ومدى أهمية التدخل الشخصي للمدين في التنفيذ، وتحديد كيفية ووسيلة التنفيذ، فهناك حالات لا يكون فيها التنفيذ العيني للالتزام ممكنا إلا إذا قام به المدين بنفسه، فيلجأ الدائن إلى القضاء ليحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة تهديدية² إذا امتنع عن ذلك، ويجوز للقاضي أن يزيد مقدار هذه الغرامة إذا كان ذلك ليس كافيا أو كلما رأى داعيا للزيادة، فإن لم تُجد الغرامة التهديدية في حمل المدين على التنفيذ العيني، فإن القاضي يقوم بتحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائي.

إن كل هذه الوسائل التي وضعها القانون المدني في يد الدائن إذا لم تكن كافية واستحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالالتزام، فإن لم يقم المدين بالتنفيذ العيني أو بمقابل طوعا أو اختيارا، فليس أمام الدائن إلا أن يلجأ إلى التنفيذ الجبري، والتنفيذ الجبري عينا أو بمقابل يكون على أموال المدين لا على شخصه. وهذه الاموال هي الضامنة للوفاء بالتزاماته. وهذا ما يسمى بالضمان العام. والضمان العام ما هو إلا وسيلة من وسائل حماية الائتمان التقليدية، والتي يضاف إليها وسائل أخرى تتمثل أساسا في التأمينات الشخصية التقليدية خاصة الكفالة، والتأمينات العينية التقليدية خاصة الإتفاقية كالرهن الرسمي والحيازي. فرغم التنوع الملحوظ في هذه التأمينات التقليدية إلا أن الاختلاف يبقى قائم حول مدي جدواها ونجاعتها في حماية الدائن.

لذلك توجهت الإرادة الإنسانية للبحث عن المزيد من الوسائل الناجعة لحماية الائتمان، وقد بلورت هذه الإرادة مختلف التشريعات وتبنت تنظيم ضمانات وتأمينات أخرى ليس فقط في المجال المدني وإنما يزداد الإهتمام أكثر بالضمانات في المجال التجاري والمصرفي.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 09.

² - الغرامة التهديدية هي مبلغ من المال يحكم به القاضي على المدين إذا امتنع عن تنفيذ التزامه بعد الاجل الذي حدد له. مع ضرورة توافر شروط تطبيقا للمواد (175، 174 ق م ج).

لذلك من المهم تسليط الضوء على هذه الضمانات في ظل القواعد التقليدية (فصل أول)
ثم نبرز توجه الإرادة نحو تقنيات أخرى مدنية وتجارية واستخدامها كضمانات (فصل ثاني)

الفصل الأول

الضمانات في ظل القواعد التقليدية

تزداد أهمية نظرية التأمينات في العصر الحاضر مع ازدياد حجم العلاقات الاقتصادية وتنوعها، ويرتبط ازدهار النشاط التجاري بعنصر الائتمان الذي يلعب دورا بالغ الأهمية في المعاملات المالية والحياة الاقتصادية بصفة عامة.

والائتمان يعني الثقة ويراد به حصول الشخص على قيمة معينة (نقود أو بضائع أو خدمات... إلخ) مع الالتزام بردها أو رد مقابلها خلال مدة معينة، ولا يمنح الدائن مثل هذا الائتمان إلا للمدين الموثوق فيه، وتتبع الثقة في المدين من خلال شخصه ومعاملاته أو ما يكون لديه من أموال أو ما يقدمه للدائن من ضمانات تكفل له الوفاء بحقه.

ويعد الائتمان وسيلة هامة لتمويل مشروعات الإنتاج سواء برؤوس الأموال اللازمة أو البضائع والخدمات ويتم هذا التمويل مع منح المدين أجلا للوفاء به، ويقتضي منح هذا الأجل الثقة وتقديم الضمان أو التأمينات التي تطمئن الدائن في الحصول على حقه، لذا تعد التأمينات خطوة إيجابية نحو انتعاش واستقرار العلاقات المالية بين الأفراد، حيث تؤمنهم من مخاطر الائتمان التي تهددهم وما قد يستتبع ذلك من تقليص حجم التعامل وركود الاقتصاد القومي.

لكن يبقى دائما التخوف من عدم جدوى هذه التأمينات، فقد تكون غير كافية خاصة إذا تعرض الدائن لمزاحمة باقي الدائنين من خلال الضمان العام الذي يعد الوسيلة الأولى لحماية الائتمان (المبحث الأول)، ووسائل الضمان العام كثيرة منها ما يمنح لجميع الدائنين بالتساوي، وهي الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية ودعوى الإعسار... إلخ.

وهناك ما تمنح مركزا متميزا لبعض الدائنين مثل الدعوى المباشرة، الحق في الحبس والمقاصة.

لكن عدم كفاية الضمان العام جعل إرادة الأفراد تبحث عن وسائل أخرى للضمان تكون أكثر نجاعة، فظهر الضمان الخاص متمثل في التأمينات الشخصية والعينية (المبحث الثاني) وأهم أنواع هذه التأمينات لدينا الكفالة باعتبارها تأمين شخصي والرهن بنوعيه رسمي وحيازي... إلخ.

لكن دائما يبقى التساؤل مطروح حول مدى جدوى هذه الضمانات الخاصة أيضا.

المبحث الأول: الضمان العام كوسيلة لحماية الائتمان

إن أهم خطر قد يهدد الدائن، هو عدم تمكنه من الحصول على الحق الذي له قبل مدينه، إذا لم يف المدين بما عليه من دين اختيارا.

وقد يكون التنفيذ الجبري غير مفيد لعدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه، لذلك فإن الإرادة التشريعية الجزائرية⁽¹⁾ اهتمت بتنظيم ما يعرف بالضمان العام الذي هو حق للدائن على أمواله مدينه، فقد خصصت الفصل الثالث من الباب المتضمن آثار الالتزام تحت عنوان ضمان حقوق الدائنين، فجاء في المادة 188 ق.م.ج.⁽²⁾: "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه، وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون اتجاه هذا الضمان"، فحسب النص فإن للدائن حق ضمان عام على أموال المدين (المطلب الأول)، ولهذا الضمان العام وسائل حماية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الضمان العام على أموال المدين

بحسب نص المادة 188 ق.م.ج فإن الضمان العام يتميز بخاصيتين هما: انه عام يرد على كل أموال المدين (الفرع الأول) وأنه مشترك بين سائر الدائنين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الضمان العام يرد على كل أموال المدين

فهو بالإضافة إلى أنه يرد على كل أموال المدين فهو أيضا لا ينصب على مال معين بالذات، وعلى هذا يستطيع الدائن أن يستوفي حقه بالتنفيذ على أي مال من الأموال المملوكة للمدين وقت نشوء الدين، أو أية أموال أخرى يكتسبها المدين بعد ذلك، وهذا باستثناء الأموال التي لا يجوز الحجز عليها.⁽³⁾

¹ - راجع محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 7.

² - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمنتم.

³ - أنظر: محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006، ص 211.

ويترتب على ذلك حرية المدين كقاعدة عامة في التصرف في أي مال من أمواله⁽¹⁾، ويخرج من ذمته لأن حق الدائن لا يرتبط بمال معين بل يرد على أموال المدين كمجموعة واحدة أو تتعدد تصرفات المدين في حق الدائنين، دون أن يكون لهم الاعتراض على هذه التصرفات، أو سلطة تتبع المال المتصرف فيه في يد من انتقل إليه، وقد يترتب على تصرفات المدين زيادة أمواله وتقوية الضمان العام، وقد يكون من شأن هذه التصرفات إنقاص أموال المدين وإضعاف الضمان مما يضر بحقوق الدائنين.⁽²⁾

الفرع الثاني: الضمان العام مشترك بين سائر الدائنين

أي أن جميع الدائنين متساوون فيما لهم من الضمان العام،⁽³⁾ فلا يمتاز أحدهم عن الآخرين، فكل أصحاب الحقوق الشخصية سواسية في هذا الشأن، أي لا أولوية لأحدهم على الآخر لا فرق في ذلك بين دائن نشأ حقه في تاريخ متقدم ودائن نشأ حقه في تاريخ لاحق⁽⁴⁾، مؤدى ذلك أن الدائنين تكون لهم نفس المرتبة في استيفاء حقوقهم، فإذا اتسعت لهم جميعاً أموال المدين استوفوا حقوقهم كاملة، أما إذا لم تكف أموال المدين للوفاء بجميع ديونه فإنهم يتقاسمونها كل بنسبة حقه، أي أن الأموال تقسم بين الدائنين قسمة غرماء، بحيث يستوفون ديونهم من جميع أموال المدين بنسبة مقدار دين كل واحد منهم⁽⁵⁾، ويترتب على ذلك أنه إذا كان المدين معسراً فإن الدائن لن يحصل إلا على جزء من حقه، وإذا تخلف أحد الدائنين أو بعضهم، فلن يتبقى له شيئاً من أموال المدين للتنفيذ عليه لأن هذه الأموال سيكون قد تم توزيعها على الدائنين المتقاسمين.⁽⁶⁾

المطلب الثاني: وسائل حماية الضمان العام ومدى كفايتها

لقد وضع القانون عدة وسائل لحماية الدائنين من التصرفات التي قد يجريها المدين إضرار بحقوقهم، فيجوز للدائن اتخاذ بعض الإجراءات التحفظية أو الاحتياطية، كتوقيع الحجز التحفظي

¹ - رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2006، ص 133.

² - محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 211.

³ - محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2009، ص 269.

⁴ - عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، دار الثقافة، عمان الأردن، 2007، ص 92.

⁵ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 136.

⁶ - جميلة دوار، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، دار قرطبة، الجزائر 2010، ص 37.

على أموال المدين أو التدخل في إجراءات قسمة المال الشائع المملوك لمدينه، وطلب اتخاذ بعض الاحتياطات للحفاظ على تركة المدين، ووضع الأحكام على أموال المدين أو تحرير محضر جرد بها عند موته أو إفلاسه.⁽¹⁾

لذلك نلاحظ أن لهذا الضمان العام مخاطر بالنسبة للدائن العادي في بعض خصائص هذا الضمان فلقد رأينا أن الضمان العام للدائنين لا يحول دون أن يتصرف المدين في أمواله أو الزيادة في التزاماته، وبالتالي تأتي لحظة التنفيذ على أموالهن فلا يجد الدائن شيئاً ينفذ عليه، كما أن الخطر الثاني الذي يتعرض له الدائن العادي يتمثل في قاعدة المساواة بما تحققه من مزاحمة الدائنين الآخرين له.

والدائن العادي الذي لا يملك سبباً من أسباب التقدم والأفضلية ليس له سوى أن يقتنع بالضمان العام، ولقد كفل له المشرع عدة طرق تترتب جميعها على الضمان العام وتقوم على أساسه وتهدف كلها إلى تأكيد الضمان العام وتقويته.⁽²⁾

ولذلك فإن هناك عدة طرق وضعها القانون أمام الدائن للمحافظة على الضمان العام (الفرع الأول)، لكن تبقى هذه الوسائل غير كافية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: وسائل حماية الضمان العام

كما سبق وأن أشرنا هناك عدة وسائل وضعها القانون أمام الدائن للمحافظة على الضمان العام وهي الدعوى غير المباشرة، والدعوى المباشرة والدعوى البولصية، ودعوى الصورية.

¹ - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 270.

² - رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 138.

أولاً: الدعوى غير المباشرة

وقد نصت عليها المادتان 189⁽¹⁾، 190⁽²⁾ ق.م.ج، وهي الدعوى التي يرفعها الدائن نيابة عن مدينه للمطالبة بحقوق هذا الأخير لدى الغير إلا ما كان منها متصلاً بشخصه أو غير قابل للحجز، إذا اثبت أن عدم استعمال المدين لهذه الحقوق من شأنه أن يسبب إعساره أو يزيد من هذا الإعسار.⁽³⁾

إذن فاستعمال الدائن حقوق مدينه على هذا النحو يقصد منه المحافظة على أموال المدين تمهيداً للتنفيذ عليها، فالدعوى غير المباشرة تعد وسيلة لحماية حق الدائن في الضمان العام من أن ينتقص نتيجة قعود المدين عن استعمال بعض حقوقه أو المطالبة بها⁽⁴⁾، فالهدف منها إذن هو المحافظة على الضمان العام من مغبة إهمال المدين في استعمال ما له من حقوق، فقد يؤدي هذا الإهمال إلى حرمان الدائنين من التنفيذ على مال كان يدخل في ضمانهم العام لو أن المدين استعمل ماله من حقوق، ولا يكون من أموال المدين الأخرى ما يكفي لسداد ديونه كاملة فيلحق الدائنين ضرر بسبب هذا الإهمال، فالدعوى غير المباشرة هي الأداة التي قررها المشرع لدفع مثل هذا الضرر، وذلك بتقرير نيابة قانونية للدائن عن مدينه في شأن استعمال الحق الدين لم يستعمله المدين.⁽⁵⁾

ومن خلال كل ما سبق إذا لم تتوافر شروط توقيع حجز ما للمدين لدى الغير أو كان المراد الاعتراف بحق للمدين قبل الغير، كانت الدعوى غير المباشرة هي الوسيلة المتاحة للدائن في تلك الظروف يصل بها إلى تحقيق دائنية مدينه للحق موضوع الدعوى⁽⁶⁾، ثم إدخاله إلى ذمة

¹- تنص المادة 189 ق.م.ج على أنه: "لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها خاصاً بشخص أو غير قابل للحجز ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولاً إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق، وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره، أو أن يزيد فيه.

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

²- تنص المادة 190 ق.م.ج على أنه: "يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين، وكل ما ينتج عن استعمال هذه الحقوق يدخل في أموال المدين ويكون ضماناً لجميع دائنيه.

³- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 8.

⁴- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 212.

⁵- رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 141، 142.

⁶- رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 157.

هذا المدين وذلك تمهيدا للتنفيذ عليه، وقلنا أيضا إن الدائن رافع الدعوى غير المباشرة لا يستأثر بناتج سعيه إلى مدين المدين.⁽¹⁾

ولكن قد يكون هناك صلة وارتباط بين حق الدائن وبين حق مدينه قبل الغير، وقتئذ تكون في يد الدائن وسيلة أخرى يسعى بها إلى مدين المدين مستأثرا بثمرة هذا السعي، فلا يشاركه دائنوا المدين الآخرين في اقتسام تلك الثمرة، وتلك الوسيلة هي الدعوى المباشرة.⁽²⁾

والدعوى المباشرة تبدا وثيقة الصلة بتنفيذ الالتزام، فهي تعد من الوسائل التي منحها القانون للدائن في سبيل جبر المدين على تنفيذ ما التزم به، إلا أنها ليست وسيلة متاحة لكل دائن، بل تمنح للدائن الذي يوجد بين حقه وحق مدينه قبل الغير صلة وارتباط، لذلك تصح معالجة الدعوى المباشرة بعد الدعوى غير المباشرة.⁽³⁾

وإذا كان الدائن المزود بالدعوى المباشرة يستأثر بناتج تلك الدعوى، فإن ذلك يعد خروجاً على قاعدة المساواة بين الدائنين، فيصبح لهذا الدائن مركزاً ممتازاً بالنسبة لغيره من دائني المدين.

ثانياً: الدعوى البوليصية (دعوى عدم نفاذ التصرف)

وقد تضمنتها المادة 191⁽⁴⁾ ق.م.ج وما بعدها، والتي يستعملها الدائن طالبا عدم نفاذ تصرف مدينه في حقه، إذا كان هذا التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزامه.⁽⁵⁾

وتشترك الدعوى البوليصية مع الدعوى غير المباشرة في الهدف، ألا وهو المحافظة على أموال المدين، ولكن يختلفان في أن الدعوى غير المباشرة يقصد منها تأمين الدائن ضد خطر إهمال المدين وتقصيره، أما الدعوى البوليصية تهدف إلى حماية الدائن من خطر أكبر ألا وهو

¹ - المرجع نفسه، ص 158.

² - المرجع نفسه، ص 158.

³ - رمضان أبو السعود المرجع السابق، ص 158.

⁴ - تنص المادة 191 ق.م.ج على أنه: "لكل دائن حل دينه، وصدر مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره، وذلك متى توافر أحد الشروط المنصوص عليها في المادة التالية."

⁵ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية المرجع السابق، ص 8.

تصرفات المدين التي يجريها إضراراً به، كأن يقوم ببيع أمواله بثمن بخس، ثم يقوم بتهريب ما قبض من ثمن وذلك فراراً من تنفيذ الدائنين على المال.

ولرفع الدعوى البوليصية يجب توافر بعض العناصر وهي:

1- التصرف المفقر:

حيث أن هذا التصرف يؤدي إلى عجز المدين عن إيفاء ديونه أو تفاقم عجزه الموجود قبل هذا التصرف، ومن أمثلة التصرفات المفقرة لزمة المدين: البيع، الهبة، الإبراء، أو التصرف الذي يزيد من ديونه، كالقرض والشراء.⁽¹⁾

2- التصرف الضار بالدائنين:

حيث أن افتقار ذمة المدين على النحو السابق من شأنه زيادة ديون المدين وتفاقمها، مما يحول بين الدائنين وبين استيفاء كامل حقوقهم أو ينقص مما يمكن لهم الحصول عليه.⁽²⁾

3- كما يشترط القانون المدني الجزائري أن يكون هناك غش من طرف المدين ومن تعامل معه.⁽³⁾

4- أن حق الدائن مستحق الأداء كشرط لرفعه الدعوى البوليصية.⁽⁴⁾

ثالثاً: دعوى الصورية

لقد رأينا أنه في الدعوى البوليصية يطعن الدائن في تصرف مدينه الذي عقده إضراراً به، فنحن أمام تصرف جدّي، فلولا القضاء بعدم نفاذه، لسرى في حق الدائن، ولكن قد يلجا المدين في سبيل الإضرار بدائنه أيضاً إلى إجراء تصرف صوري لا وجود له في الحقيقة، كبيع صوري يتناول مال من أمواله، ويتفق الطرفان على أن البيع لا وجود له، فيظهر المدين بمظهر البائع والمتصرف إليه بمظهر المشتري، ويترتب على هذا البيع خروج المال المتصرف إليه - ظاهرياً - من نطاق الضمان العام، وبالمثل أيضاً أن تزيد التزامات المدين ظاهرياً عن طريق عقد قرض صوري وهكذا.

¹- توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 698، 699.

²- توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال المرجع السابق، ص 699.

³- المادة 192 ق.م.ج.

⁴- توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 700.

وقد تحقق الصورية أهداف أخرى غير أهداف الإضرار بالدائنين، فقد يقصد بها التهرب من بعض أحكام القانون، كالبيع السوري السائر لوصية أو لهبة، وقد يخفي المتعاقد أن السبب غير المشروع للتصرف بمقتضى عقد صوري وفي الأحوال المتقدمة لازالت العين المبيعة حقيقة على ملك البائع، لكن لا يستطيع دائنه التنفيذ عليها باعتبارها عنصرا في الضمان العام، إلا إذا أثبت صورية هذا البيع عن طريق دعوى الصورية⁽¹⁾، ويقع عبء الإثبات على من يدعي خلاف الظاهر أي على من يدعي صورية العقد، لأن الصورية بحد ذاتها تعتبر من الأمور التي تخالف طبيعة الأمور، كما أنها تعتبر من قبيل الأمور العارضة، وبالتالي فإن الأصل فيها هو العدم، إذن فعلى من يدعي هذه الصورية الإثبات سواء الدائن أو الخلف الخاص وهذا بكافة الطرق، أما المتعاقدين والخلف العام لا يجوز لهما إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة.⁽²⁾

هذا وقد أعطت المادة 198 ق.م.ج الدائن حق التمسك بالعقد المستتر.

رابعاً: تمييز دعوى الصورية عن دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق الدائن

والدعوى غير المباشرة

يتبين من خلال الحديث عن دعوى الصورية وجود أوجه شبه وخلاف بينها وبين الدعوى المباشرة واختلافها عن دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق الدائن.

1- أوجه الشبه والخلاف بين دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة:

يوجد وجه شبه بين الدعويين على أن هذا لا يعني القول بعدم وجود خلاف بينهما، فما هو وجه الشبه والخلاف بين الدعويين؟

فبالنسبة لأوجه الشبه: كلتا الدعويين لا يشترط فيهما أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، ولا أن يكون هذا الحق سابقاً على التصرف الصادر من المدين، وأن جميع الدائنين يستفيدون من نتيجة الحكم الصادر عن المحكمة، باعتبار أن أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه وجميعهم متساوون في هذا الضمان، فإذا باع مدينا عينا مملوكا له بيعا سورياً، فدائن البائع يستطيع أن

¹ - رضمان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ص 200، 201.

² - عامر محمود الكسواني، أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 165.

يطعن بالعقد السوري، ولا يشترط أن يكون حقه مستحق الأداء، أو أن يكون سابقا على التصرف السوري، فإذا نجح في دعواه استفاد معه باقي الدائنين، ويجوز للدائن أن يستعمل حق مدينه البائع في التمسك بالعقد المستتر، فيصل إلى نفس النتيجة التي يصل إليها من وراء الطعن السوري، والتمسك بالعقد المستتر يفيد سائر الدائنين.⁽¹⁾

وبالنسبة لأوجه الخلاف بينهما نجد الآتي:

1- إذا طعن الدائن في العقد الظاهر بالصورية ورفع الدعوى باسمه شخصيا، وإذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين بان رفع الدعوى باسم هذا المدين، ومن ثم نجد أن للدائن إثبات الصورية بكافة وسائل الإثبات لأنه من الغير، وذلك على خلاف الحالة الثابتة التي يعمل بها باسم المدين فلا يستطيع الإثبات إلا بالطرق التي منحت للمدين، فلا يجوز إثبات تصرف بالشهادة والقانون يتطلب إثباته بالكتابة لا يجوز له إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة.⁽²⁾

2- إذا طعن الدائن بالصورية، فليس في حاجة إلى إثبات إفسار المدين، أما إذا تمسك بالعقد المستتر بنيابة عن مدينه، وجب عليه إثبات إفسار المدين أو أنه سيزداد في إفساره إذا تمسك بالعقد نيابة عن المدين.

3- إذا اختار الدائن دعوى الصورية فلا يجوز للمشتري أن يرفع هذه الدعوى بدفع خاص بالعقد المستتر، أما إذا تمسك بالعقد المستتر للمشتري أن يدفع هذه الدعوى بكل الدفع التي يستطيع أن يدفع بها دعوى البائع لو كان هذا هو الذي تمسك بالعقد المستتر.⁽³⁾

2- أوجه الشبه والخلاف بين دعوى الصورية ودعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق الدائن:

يجمع بين الدعوى البوليصة ودعوى الصورية وحدة الغرض، وهو الطعن في تصرف صادر عن المدين يهدف منه إبعاد بعض ماله عن متناول يد الدائنين، وفي الحالتين يعتبر

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، 1968، ص112.

² المرجع نفسه، ص112.

³ المرجع نفسه، ص113.

تصرف المدين تصرفاً تدليسياً¹، غير أنه إذا كان التدليس في الدعوى البوليصية يوجه دائماً ضد الدائنين، إلا أنه في دعوى الصورية قد يكون بوجهها إلى غير الدائنين كالصورية التي يقصد منها التهرب من أحكام القانون الذي يوجب دفع رسوم عن عملية تسجيل العقد لدى دائرة الأراضي.⁽²⁾

وتختلف الدعويان بأنه في الدعوى البوليصية يتصرف المدين في بعض ماله تصرفاً جدياً، في حين أنه في دعوى الصورية يتصرف المدين في ماله تصرفاً غير جدي، وهذا الاختلاف موضوع الدعويين يهياً للدائن مباشرة أي منهما، فله أن يرفع دعوى الصورية لإثبات حقيقة التصرف، مثلاً أن عقد البيع الصادر من المدين ليس إلا عقداً صورياً يقصد به إخفاء هبة، ثم يطعن في الهبة بالدعوى البوليصية دون حاجة إلى إثبات سوء نية المدين الواهب أو الموهوب له.

وينبني على الفارق الجوهرى السابق الذكر بين الدعويين عدة فروق أخرى نذكر منها:

1- لا تقتصر دعوى الصورية على الدائن، بل يجوز لكل من يضار به صورية التصرف أن يطعن فيه من خلال هذه الدعوى ولو كان أحد المتعاقدين، أما الدعوى البوليصية فلا يكون إلا للدائن.

2- يشترط في الدعوى البوليصية في نطاق بعض القوانين أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، أما في دعوى الصورية فيكفي أن يكون خالياً من النزاع، ومن ثم يجوز لمن كان دينه مؤجلاً أو معلقاً على شرط واقف أن يباشر هذه الدعوى الأخيرة.

3- لا يشترط في دعوى الصورية على خلاف الدعوى البوليصية، أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه، لهذا يجوز لكل دائن ولو كان دينه لاحقاً لتصرف المدين أن يطعن بالصورية، ذلك أن الدائن لا يطلب في دعوى الصورية أكثر من تقرير عدم وجود تصرف المدين وهو أمر لا يتأثر بتاريخ نشوء حق الدائن.

¹ - عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، المرجع السابق، ص 1116.
² - عبد الرحمن أحمد جمعة الحلالشة، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني آثار الحق الشخصي، أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، 2006، ص 167.

4- لا يشترط في دعوى الصورية أن يقصد المدين بتصرفه الإضرار بحقوق الدائن، لأن الصورية قد يقصد بها غرض آخر كما سبق وأن أشرنا، وعلى ذلك يجوز للدائن الطعن في تصرف المدين بالصورية وإن كانت معاوضة لم تتطو على الإضرار به.

5- لا يشترط لرفع دعوى الصورية أن يكون التصرف الصوري قد سبب إفسار المدين أو زاد في إفساره (كما كان الشأن بالنسبة إلى الدعوى البوليصية) لأن الدائن هنا لا يطالب إلا بتقرير حقه الواقع، وهو أن تصرف المدين لا وجود له، وهذا أمر لا علاقة له إطلاقاً بإفساره.

وهذا الحكم وإن كان سليماً من الناحية النظرية، إلا أنه من الناحية العملية لا يتصور أن يكلف الدائن نفسه مشقة رفع الدعوى والسير فيها إذا كان باقي أموال المدين التي لم يتناولها هذا التصرف الصوري يكفي للوفاء بديونه، والجدير بالذكر أنه لا يوجد مانع من الجمع بين الدعويين إذا كان هدف الدائن عدم نفاذ تصرفات المدين في حقه.

والجدير بالذكر أن دعوى الصورية التي يقصد منها احلال العقد المستتر محل العقد الظاهر، وبالتالي تقرير الحقيقة لا يعقل أن ينالها التقادم لأن الزمان مهما طال أمده ليس من شأنه أن يؤثر على التصرفات الصورية ويقبلها إلى تصرفات حقيقية، ولكن دعوى المطالبة بالحقوق وتنفيذ الالتزامات التي هي موضوع دعوى الصورية تخضع للتقادم، فلو أراد الموهوب له أن يدعي بصورية الهبة وبثبت أن التصرف الذي اتخذ في الظاهر شكل الهبة إنما يخفي بيعاً في الحقيقة، كان ادعاؤه غير خاضع للتقادم ومن الجائز سماعه في كل وقت، ولكنه لو أراد الادعاء بضمان العيب وكانت دعواه مشمولة بالتقادم كان ادعاؤه مسموع لأن حق المطالبة بضمان العيب الخفي مشمولاً بالتقادم الذي نصت عليه المادة⁽¹⁾.

وخلاصة القول نرى عدم تقادم دعوى الصورية بحد ذاتها لكن دعوى المطالبة بالحقوق وتنفيذ الالتزامات ينالها التقادم.

¹ - عبد الرحمن أحمد جمعة الحلاشة، المرجع السابق، ص ص 168، 169.

خامسا: حق التفريق بين مملوكين

يقصد بحق التفريق بين مملوكين الحق المعطى لدائني المورث في فصل أموال التركة عن أموال الورثة لكي لا يزاخمهم دائنو هؤلاء في التنفيذ على أموال التركة، بما قد يسببه ذلك لهم من خسارة خاصة إذا كانت التركة مليئة والوارث معسرا.

فالتفريق بين مملوكين أو الفصل بين أموال الورثة، هو في واقع الأمر وسيلة للمحافظة على الضمان العام لدائني المورث، ومنع دائني الورثة من مزاحمتهم في أموال التركة، لكي تبقى هذه الأموال خالصة للوفاء بديونهم.⁽¹⁾

سادسا: نظام الإعسار

يتحقق الإعسار عندما تكون أموال المدين غير كافية للوفاء بديونه المستحقة وبدون النظر إلى ديونه المؤجلة، ويثبت الإعسار بحكم يصدر عن المحكمة بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه ولو كان حقه غير مستحق الأداء، ويرمي نظام الإعسار إلى حماية الضمان العام للدائنين، وتتمثل هذه الحماية بوجه خاص في عدم نفاذ أي تصرف أو وفاء يقوم به المدين بعد تسجيل صحيفة الإعسار.⁽²⁾

ويتضح أن هذا النظام أنفع للدائن من الدعوى البوليصية، لأنه يحميه من نتائج تصرفات المدين مهما كان نوعها دون تحميله عبء إثبات الغش في جانب هذا الأخير.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى نرى أن الحكم المتضمن إعلان الصورية له أثره السلبي الذي يقتصر على المتداعين دون أن يسرى على الغير ومنهم الدائنون، ذلك أن هذا القول ينسجم مع مبدأ احترام حق الغير في التمسك بالعقد الظاهر رغم وجود العقد المستتر وهو الذي يجب ألا

¹ - حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 39.

² - وقد نصت في ذلك المادة 257 قانون مدني مصري: "متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار فلا يسري في حق الدائنين أي تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته، فلا يسري في حقهم أي وفاء يقوم به المدين"، عن مرجع حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 40.

يحرم منه ذو المصلحة لمجرد أنه طاب لمتعاقد من المتعاقدين أو لشخص آخر استصدار حكم بإعلان الصورية.⁽¹⁾

الفرع الثاني: عدم كفاية وسائل الضمان العام

إن الضمان العام لا يقدم للدائن الحماية الكافية والتأمين الكامل لاستفاء حقه الذي قد يضيع كلياً أو جزئياً بسبب إعسار المدين أو بسبب مزاحمة باقي الدائنين له في استفاء حقوقهم، أو لمجرد تخلفه لسبب أو لآخر عن المشاركة في التنفيذ على أموال المدين، أضف إلى ذلك أن الضمان العام لا يقي الدائنين مخاطر التصرفات الضارة التي قد يجريها المدين ويترتب عليها إنقاص حقوقه أو زيادة التزاماته.⁽²⁾

ولا تكفي الوسائل السابقة التي وضعها القانون تحت تصرف الدائن (الدعوى غير المباشرة والبوليصية والصورية)⁽³⁾، فالدعوى غير المباشرة تخضع لشروط قد لا تتوافر باستمرار⁽⁴⁾ فضلاً عن أن الفائدة منها تعود على جميع الدائنين، ولا يستأثر بها الدائن رافع الدعوى وقد لا يحصل هذا الدائن إلا على جزء من حقه.⁽⁵⁾

وكذلك الأمر بالنسبة لدعوى الصورية، فالدائن الذي يرفع هذه الدعوى لا يستأثر بنتيجتها، بل يشاركه في التنفيذ على المال الذي تناوله التصرف الصوري سائر الدائنين، باعتبار أن هذا المال لم يخرج من ذمة المدين، ويدخل بالتالي في الضمان العام لدائنيه.⁽⁶⁾

ولا يختلف الأمر كثيراً بالنسبة للدعوى البوليصية، فالدائن الذي يباشر هذه الدعوى، وإن كان يستأثر وحده بالفائدة التي تنتج عنها، ولا يشاركه في هذه الفائدة الدائنون الذين لم يدخلوا معه

¹ - المرجع نفسه، ص 40.

² - محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 213.

³ - لم نذكر الدعوى المباشرة لأنها تعطي مركزاً متميزاً لبعض الدائنين وهذا ما سيأتي ذكره لاحقاً.

⁴ - حيث يشترط لرفع الدعوى غير المباشرة ما يلي:

- أن تكون الحقوق التي أهمل المدين استعمالها أو المطالبة بها، مما يجوز الحجز عليها، وإلا تكون متصلة بشخص المدين؛

- أن يثبت أن المدين لم يستعمل هذا الحق، وأن يترتب على ذلك وقوعه في الإعسار أو في زيادة الإعسار.

- أن يكون حق الدائن الذي يستعمل حق مدينه خالياً من النزاع، ومعين المقدار، ومستحق الأداء.

⁵ - حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 41.

⁶ - المرجع نفسه، ص 41.

في الدعوى، إلا أن مباشرة الدعوى البوليصية تتطلب شروطاً قد يصعب تحقيقها،⁽¹⁾ كما أن اللجوء إليها لا يكون إلا بعد إعسار المدين، فهي من هذه الناحية تحقق للدائن حماية متأخرة وترمي إلى انقاذ ما تبقى للمدين من أموال.⁽²⁾

أما حق التفريق بين مملوكين، أي بين تركة المورث وأموال الورثة، فضلاً عن أنه يخضع لشروط تختلف باختلاف أموال التركة، فهو وإن ضمن لدائني المورث التقدم على دائني الورثة في التنفيذ على أموال التركة، إلا أنه لا يدفع عنهم خطر المساواة في التنفيذ على هذه الأموال، وقد تكون أموال التركة غير كافية لسداد ديونهم، فلا يستوفون سوى جزء من هذه الديون.

أما نظام الإعسار فهو كذلك يترتب عليه ضمان المساواة بين الدائنين، إلا أنه لا يضمن للدائن الوفاء الكامل لحقه لأن المال يقسم بين الدائنين قسمة غرماء،⁽³⁾ كما أن الأصل في الحكم بشهر الإعسار يكون بناء على السلطة التقديرية للقاضي، فهو لا يحكم به إلا إذا تأكد من عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه الحالة فقط، دون ديونه الآجلة، ثم إن الفائدة التي تعود على الدائنين من الحكم بشهر إعسار المدين في حال صدوره هي الحيلولة دون تفاقم إعساره.⁽⁴⁾

وإن كانت كل هذه الوسائل التي أقرتها التشريعات المختلفة لحماية الضمان العام تجعل الدائنين على قدم المساواة أمام القانون لاستثناء حقوقهم، إلا أنه توجد لدى بعض الدائنين العاديين مراكز متميزة.

¹ - حيث يشترط لرفع الدعوى البوليصية:

- أن يكون دين الدائن مستحق الأداء وأن يكون تاريخ سابقاً لتاريخ العقد المطعون فيه.
- أن يكون المدين قد أجرى هذا العقد وأن يكون هذا العقد هو السبب في عجز المدين أو في تفاقم هذا العجز.
- أن يكون من تلقى المال من المدين -عندما يكون التصرف بعوض- قد تواطأ مع المدين.
- أن ينتج عن العقد المطعون فيه، خروج مال من ذمة المدين وليس مجرد حرمانه من كسب جديد.

² - حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 42.

³ - محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 214.

⁴ - حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 42.

المطلب الثالث: المراكز المتميزة لبعض الدائنين

إن الدائن العادي أحيانا يكون في مركز متميز يمكنه من استيفاء حقه دون مزاحمة الدائنين الآخرين له، هذا المركز لا يقصد به تحقيق ضمانات خاصة للدائن ولا يكسبه صفة الدائن الممتاز، بل هو حالة فعلية يوجد فيها الدائن مصادفة مثل الحق في الحبس، الدعوى المباشرة المقاصة.

الفرع الأول: الحق في الحبس

نظرا لما يتسم به حق الحبس من أهمية باعتباره إحدى الوسائل المجدية التي وضعتها التشريعات بغية ضمان استحصال الدائن حقوقه من أموال المدين والمحافظ على الضمان العام،⁽¹⁾ فإن الحق في الحبس يعطي للدائن مركزا متميزا على باقي الدائنين، حيث يعتبر هذا الحبس للمال أو الشيء الموجود تحت يد الدائن ضمان خاص أعطاه القانون لكل دائن يكون مدينا في ذات الوقت لمدينه، حيث جاء في مضمون المادة 200 ق.م.ج على أنه يجوز لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته، نشأ بسبب التزام المدين ومرتبب به، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا.⁽²⁾

إن للحق في الحبس أهمية عملية باعتباره يحمل المدين على تنفيذ التزامه إجباريا⁽³⁾، وهو أيضا بمثابة ضمان خاص أعطاه القانون للدائن بغية تحصيل حقوقه من أموال المدين، وبالتالي المحافظة على الضمان العام.

وقد نظم المشرع الجزائري أحكام الحق في الحبس في المواد من 200 إلى 202 من القانون المدني الجزائري، مبرزا أهمية هذه الوسيلة كضمانة فعالة للدائن، وسنبحث أولا في مفهومها، ثم في شروطها (ثانيا)، ثم آثار الحق في الحبس (ثالثا) ومن ثم كيفية انقضاء الحق في الحبس (رابعا).

¹ - حسن علي الدنون، محمد سعيد الروح، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص 151.

² - وتقبلها المادة 291 من القانون المدني المغربي الجديد، و246 مدني مصري، و247 مدني سوري، و387 مدني أردني، عن مرجع العربي بلحاج، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 306.

³ - عامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص 99.

أولاً: مفهوم الحق في الحبس

ويقصد به أن كل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به، مادام المدين لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه، بسبب التزم المدين ومرتب به، فيفترض في الحق في الحبس أن الدائن مدين في نفس الوقت بتسليم شيء تحت يده، وهو يتمتع عن تنفيذ التزامه حتى يستوفي الثمن من المشتري، ومثاله كذلك حبس المودع لديه الوديعة حتى يتقاضى أجره وما أنفقه في حفظها.⁽¹⁾

والحق في الحبس ليس حقا عينيا كالرهن، ولكنه وسيلة خاصة من وسائل الضمان، أعطاهها المشرع لكل دائن متى توافرت شروط الارتباط بين التزامه قبل مدينه، وبين حقه هو قبل نفس المدين وذلك مراعاة لاعتبارات العدل والمنطق.⁽²⁾

ويتميز الحق بالحبس بمجموعة من الخصائص القانونية أهمها:

1. الحق في الحبس يفترض من وجود التزامات تبادلية بين الدائن والمدين. أي لأنه حق مؤقت وتابع للإلتزام الأصلي.
2. الحق في الحبس يتعلق بالعقار والمنقول على السواء.
3. الحق في الحبس لا يقبل التجزئة.
4. الحق في الحبس من حقوق الضمان الخاص.⁽³⁾

ويترتب على كون الحق في الحبس حقا من حقوق الضمان باعتباره حقا تابعا، فهو لا يمكن أن يوجد مستقبلا، بل يجب أن يستند إلى الإلتزام الأصلي، الذي يوفر ضمان الوفاء به.

ثانياً: شروط الحق في الحبس

يشترط لنشوء الحق في الحبس توافر شروط ثلاثة شروط منصوص عليها في المواد 200،

201، 202 ق.م.ج:

¹ - العربي، بلحاج أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 307.

² - سمير عبد السيد تناغو، أحكام الإلتزام والإثبات، منشأة المعارف، مصر، 2005، ص 275.

³ - العربي بلحاج، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 313 وقد اعتبر الدكتور بلحاج العربي أن الحق في الحبس من حقوق الضمان الخاص أي إحدى وسائل التأمين أو الضمان المشروعة التي يراد بها حمل أو إجبار المدين على تنفيذ التزامه، بل هو من الوسائل الفعالة التي تكفل للدائن استيفاء حقه كاملاً.

- وجود التزام على الحابس بأداء شيء.
- أن يكون حق الحابس مستحق الأداء.
- أن يوجد ارتباط بين التزام الحابس وحقه.

الشرط الأول: وجود التزام على الحابس بأداء شيء

يلتزم الدائن بأداء شيء معين، وهو المحل الذي يرد عليه الحبس، إلا أنه يتمتع عن تسليمه حتى يستوفي حقه، هذا الشيء عادة يكون عيناً معينة تقع في حوزة الحابس ويلتزم بتسليمها للمدين.⁽¹⁾ والأصل أن جميع الأشياء أياً كانت طبيعتها يمكن أن تكون محلاً للحق في الحبس، فالشيء المحبوس قد يكون عقاراً أو منقولاً معيناً بذاته أو بنوعه وقد يكون مثلياً أو قيمياً، وقد يكون شيئاً مادياً أو غير مادي⁽²⁾، بل يمكن أن يتمثل محل الحبس في عمل أو امتناع عن عمل، كالمقاول الذي يتمتع عن إتمام عمله حتى يستوفي ما تم الاتفاق عليه من أجره معجلة.

ثالثاً: آثار حق الحبس

يترتب على قيام الحق في الحبس مجموعة من الآثار التي تبين وتحدد حقوق الحابس وواجباته وذلك وفقاً لما يلي:

1- حقوق الدائن الحابس:

إذا ثبت للدائن حق الحبس وفقاً لما تقدم من شروط، كان له الحق في الامتناع عن رد أو تسليم الشيء محل الحبس، حتى يستوفي كامل حقه مضافاً إليه كافة الرسوم والمصاريف والفوائد.⁽³⁾

ويبقى له الحق طالما أنه لم يستوف حقه بالكامل، بمعنى أن المدين لو أوفى وفاءً جزئياً بالدائن الذي عليه للدائن فإن هذا الأخير يحق له أن يبقى ممتنعاً عن رد أو تسليم الشيء محل

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهاوي، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام المرجع السابق، ص 1132 و 1133.

² - جميلة دوار، المرجع السابق، ص 29.

³ - هذا ما جاء في نص المادة 200 فقرة 2: "ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه إذا هو اتفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يتمتع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع".

الاحتباس لحين الاستيفاء الكلي والكامل لدينه الذي في ذمة مدينه مع ما يلحقه من مصاريف ونفقات وفوائد.

وخلافا لموقف التشريع الأردني الذي جاء في نص المادة 391⁽¹⁾ والذي يعطي حق امتياز للحابس على باقي الدائنين، فإن التشريع الجزائري في نص المادة 201 فقرة 1 لا يعطيه هذا الامتياز، حيث تنص: "مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه"، وهذا جاء في المادة 247 مدني مصري وجل التقنيات العربية.⁽²⁾

لكننا نختلف في ذلك مع رأي المشرع الجزائري ونوافق المشرع الأردني، لأن فيه نوع من المنطق وانسجامه مع المنطق السليم للأمور، حيث لا يعقل أن أعطي للشخص الحق في حبس الشيء ولا أعطيه امتيازاً عليه عند التنفيذ عليه، فإذا كان لهذا الشخص الحق في حبس الشيء كان له من باب أولى التميز والتقدم على غيره من الغرماء عن التنفيذ على هذا الشيء.

وللدائن الحابس أخيراً الحق في طلب الإذن من المحكمة لبيع الشيء المحتبس إذا كان يخشى عليه من الهلاك أو التلف، وفي هذه الحالة تُطبق الإجراءات الخاصة ببيع الشيء المرهون رهناً حيازياً، وبالتالي فإن الحق في الحبس ينتقل من الشيء المحتبس إلى ثمنه بعد بيعه، وهذا وفقاً لنص المادة 201 فقرة 3 من القانون المدني الجزائري، حيث جاء فيها: "... إذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقاً للأحكام المنصوص عليها في المادة 971⁽³⁾ وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه".

¹ - حيث جاء فيها: 'من احتبس الشيء استعمالاً لحقه في احتباسه كان أحق من باقي الغرماء في استيفاء حقه'، عن مرجع عامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص 107.

² - مثل المادة 250 مدني ليبي و 248 مدني سوري، و 283 مدني عراقي، و 274 مدني لبناني... إلخ، عن مرجع عامر الكسواني، المرجع السابق، ص 107.

³ - تنص المادة 971 ق.م.ج على ما يلي: 'إذا كان الشيء مهدداً بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كافٍ لضمان حق الدائن ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شيء آخر يقدم بدله، جاز للدائن أو للراهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني أو بسعره في السوق.

ويفصل القاضي في أمر إيداع الثمن عند الترخيص في البيع وينتقل حق الدائن في هذه الحالة من الشيء إلى الثمن".

2- واجبات الدائن الحابس:

كما يعطي حق الحبس حقوقا للدائن المحتبس فإنه يفرض في نفس الوقت عليه بعض الواجبات، حيث يلزمه من ناحية أولى بالمحافظة على الشيء محل الاحتباس، وبموجب هذا الواجب تكون تبعة هلاك الشيء محل الحبس أو تلفه على مسؤوليته ما لم يتبين أن سبب الهلاك أو التلف كان لسبب أجنبي لا يد له فيه وذلك تطبيقا لقواعد مسؤولية حارس الأشياء، وهذا على اعتبار أن الدائن الحابس وليس المالك يعتبر بمثابة حارس للشيء، وبالتالي وحده يكون له السيطرة الفعلية عليه فيكون الحابس مسؤولا عما يسببه الشيء من ضرر للغير طبقا للقواعد العامة.⁽¹⁾

ومن ناحية ثانية، فإن من الواجبات الملقاة على عاتق الدائن الحابس هو قيامه بتقديم كشف حساب للمالك هذا الشيء يبين فيه غلته وما نتج عليه إذا كان الشيء محل الحبس من الأشياء التي تغل ولها منتجات معينة⁽²⁾ مثل الثمار، وبهذا يلتزم الحابس برد العين وثمارها وغلتها إلى المالك فور انتهاء أو انقضاء الحبس بعد أن يستنزل المصروفات التي انفقها.⁽³⁾

ومن ناحية ثالثة، من واجبات الدائن الحابس القيام برد الشيء من الحبس، بالحالة التي احتبسه فيها دون نقص أو تلف إذا قام المدين بالوفاء بدينه كاملا وشاملا لكافة المصاريف والفوائد وعدم الامتناع عن تسليم الشيء محل الحبس.

رابعاً: انقضاء الحق في الحبس

بالرجوع إلى نص المادة 202 ق م ج نجد أن من بين أسباب انقضاء الحق في الحبس خروج العين المحبوسة من يد الحابس، أي بزوال الحيازة عن الدائن الحابس بإرادته أو بعلمه وعلى كل حال فإن زوال الحيازة تنتهي إما بصورة أصلية أو بصورة تبعية

¹ - المادة 138 ق.م.ج حيث جاء فيها: "كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء، ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية، أو عمل الغير، أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة".

² - وهذا حسب نص المادة 201 فقرة 2: "وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقا لأحكام رهن الحيازة وعليه يقدم حسابا عن غلته".

³ - أنظر: عامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص 109.

والمقصود بالتبعية أنه متى انقضى الدين الأصلي بالوفاء أو ما يقوم مقامه كالتجديد والابراء... إلخ.

أما الإنقضاء بصورة أصلية فالمقصود به هو الانقضاء بالرغم من بقاء الدين الأصلي قائماً، وهذا في عدة حالات هي:

1- إذا تنازل الحابس عن الحق في الحبس بإرادته.

2- فقد الشيء المحبوس من حائزه أو محرزه وهذا إما إرادياً بالتخلي الاختياري عن الشيء، أو غير إرادى كخروجه غصبا من يد الحابس، وهنا يحق له رفع دعوى استرداد الشيء المحبوس خلال أجل ثلاثون يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده ، وقبل سنة من وقت خروجه من يده.

3- كما ينقضي أيضاً إذا قدم المدين تأميناً آخر كافياً بدلاً عنه.

4- وينقضي كذلك بهلاك الشيء المحبوس.¹

وفي الأخير نقول أن الحق في الحبس هو ضمان خاص يخول كل من التزم بأداء شيء، أن يتمتع عن الوفاء به ما دام الطرف الآخر لم يعرض الوفاء بسبب التزم مترتب عليه ومرتبط به، فيكون للدائن أن يحبس المال أو الشيء الموجود تحت يده والذي يلتزم بأدائه، حتى يستوفي حقه كاملاً، فهذا الحق يجعل الدائن في مركز متميز، لكن نص المادة 201 فقرة 1 تنقص من حجم هذا الامتياز، وقد رأينا أن التشريع الجزائري يختلف في هذا الصدد عن التشريع الأردني الذي جعل من الحق في الحبس امتيازاً حقيقياً للدائن على باقي الدائنين.

الفرع الثاني: الدعوى المباشرة

لقد وفرت القوانين الحديثة للدائن حماية خاصة، وهي الدعوى المباشرة التي تخول للدائن أن يرفع على مدين مدينه دعوى مباشرة يستأثر فيها بالحق، يرفعها الدائن باسمه شخصياً لا باسم مدينه، مطالباً بالحق من مدين مدينه مباشرة (أي ماله من حق قبل المدين الأصلي)، دون أن

¹ - العربي بلحاج، المرجع السابق ، ص ص 335 إلى 339.

يتعرض لمزاحمة باقي دائني هذا المدين، مما يعد خروجاً على قاعدة المساواة بين الدائنين، فيصبح الدائن رافع الدعوى المباشرة بمثابة دائن له بامتياز على هذا الحق، ويتقدم جميع الدائنين ليستوفي حقه.⁽¹⁾

وعامة لا توجد نظرية عامة للدعوى المباشرة في القانون المدني، فهي تقرر إلا في مواضيع متفرقة بنصوص خاصة، لذا لا يجوز استعمال هذه الدعوى إلا في الحالات التي وردت في التشريع.

لكن قبل رفع هذه الدعوى المباشرة يجب على الدائن رافع الدعوى أن ينذر المدعى عليه (وهو مدين مدينه) بالوفاء بالحق المطالب به وضرورة وجود ارتباط بين التزام مدين المدين إزاء المدين الأصلي وبين التزام الأخير إزاء دائنه، ومن هنا تظهر لنا جليا الدعوى المباشرة كوسيلة من وسائل التنفيذ، فتحقق ذلك ببساطة وسرعة في الإجراءات لا تحققها الدعوى غير المباشرة.

والدعوى المباشرة عبارة عن حماية استثنائية تقوم على فكرة الامتياز، فهي في الحقيقة ضمان خاص، أو نوع من أنواع التأمين التي أنشأها القانون، حيث يطالب الدائن باسمه الشخصي بحقوق مدين مدينه فينتقل حق المدين إلى ذمة الدائن المباشر مباشرة، ولا يمر بالتالي بذمة المدين.⁽²⁾

ولعل أهم الحالات القانونية التي أوردها القانون المدني الجزائري حول الدعوى المباشرة نجد ما يلي:

أولاً: حالة المؤجر: وهي دعوى يرفعها المؤجر قبل المستأجر من الباطن، ليستوفي أجره العين المؤجرة، من المبالغ التي قد تكون في ذمة هذا الأخير للمستأجر الأصلي، وقد نصت في هذا الصدد المادة 507 ق.م.ج.⁽³⁾

¹ - العربي بلحاج، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص ص 263، 264.

² - المرجع نفسه، ص ص 264، 265.

³ - نص المادة 507 والمعدلة بموجب قانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، والتي جاء فيها ما يلي: "يكون المستأجر الفرعي ملتزماً مباشرة تجاه المؤجر بالقدر الذي يكون بذمته للمستأجر الأصلي وذلك في الوقت الذي أنذره المؤجر....".

ثانياً: حالة المقاول

وهي دعوى يرفعها المقاول من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحساب صاحب العمل لمطالبة هذا الأخير مباشرة بما لا يتجاوز القدر الذي يكون به مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى.⁽¹⁾

ثالثاً: حالة الوكيل

وهي دعوى بين الموكل ونائب الوكيل، أي أنه يمكن للوكيل إنابة غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له في ذلك، فيكون مسؤولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو.

ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية⁽²⁾، ويكون للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر.⁽³⁾

رابعاً: حالة المضرور

وهي الدعوى التي رفعها المصاب في حادث مرور على شركة التأمين، على أساس الاشتراط لمصلحة الغير⁽⁴⁾ (وهو التأمين الإجباري لتغطية الأضرار التي تلحق الغير) في عقد

¹ - حيث تنص المادة ق م ج 565 على أنه: "يكون للمقاولين الفرعيين والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاول الفرعي مثل هذا الحق تجاه كل من المقاول الأصلي ورب العمل....".

² - أنظر جميلة دوار، المرجع السابق، ص 43.

³ - المادة 580 ق.م.ج والتي جاء فيها: "إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له في ذلك كان مسؤولاً عما فعل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية.

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

ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل والنائب أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر.

⁴ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 265، 266.

التأمين المبرم بين المسؤول عن الحادث وشركة التأمين المؤمنة رغم أن المضرور لم يكن طرفاً فيه.⁽¹⁾

خامساً: الدعوى المباشرة من رب العمل ضد نائب الفضولي

وهو ما تقضي به المادة 2/154 ق.م.ج على أنه يجوز لصاحب العمل رفع دعوى مباشرة ضد نائب الفضول الذي عهد إليه الفضولي بكل العمل أو بعضه.⁽²⁾

ومن خلال ما تقدم يبدو لنا جلياً ما تعطيه الدعوى المباشرة من امتياز للدائن الممنوحة له، فتدعم الثقة وتجعله من مركز متميز على باقي الدائنين.

الفرع الثالث: المقاصة

إن للمقاصة وظيفة مزدوجة، فهي أداة وفاء وأداة ضمان، حيث تحقق نوعاً من الضمان للدائن لأنها تمكنه من استيفاء حقه مما يجب عليه لمدينه، وهو بذلك يتفادى مخاطر إعسار المدين ومزاحمة باقي الدائنين له ويتجنب مشاركتهم له، ومن ثم فهو يتمتع بنوع من الأولوية والتقدم عليهم، ولكن لا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بالحقوق التي اكتسبها الغير، مثال ذلك الدائن الذي يسبق في توقيع الحجز تحت يد المدين.⁽³⁾

أولاً: تعريف المقاصة

المقاصة وسيلة لتسوية الديون المتقابلة بين ذمتين، كل منهما دائنة للأخرى ومدينة لها معا وذلك بقدر الأقل، فلو كان محمد دائناً لإبراهيم بمبلغ 1000 دج ثم يصبح إبراهيم دائناً له بـ 600 دج فتقع المقاصة بين هذين الدينين لينقضيا بقدر الأقل منهما فلا يبقى على إبراهيم سوى مبلغ 400 دج، وتحقق المقاصة نوعاً من الضمان للدائن لأنه تمكنه من استيفاء حقه، فهو بذلك

¹ نصت في هذه الصدد المادة 619: "التأمين عقد يلتزم المؤمن بمتقاضه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن". والمادة 56 من قانون التأمينات الجديد.

² حيث تنص المادة 2/154 ق.م.ج على أنه: "يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادي، ويكون مسؤولاً عن خطئه. ومع ذلك فللقاضي أن ينقص مبلغ التعويض المترتب على هذا الخطأ، إذا كانت الظروف تبرر ذلك".

³ محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 273، ص 274.

يتفادى مخاطر إفسار المدين ومزاحمة باقي الدائنين له، ومن ثم فهو يتمتع بنوع من الأولوية والتقدم عليهم.⁽¹⁾

وقد أشارت المادة 297 ق.م.ج إلى تعريف المقاصة حيث جاء فيها: "للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له تجاهه ولو اختلف سبب الدينين إذا كان موضوع كل منهما نقودا أو مثليات متحدة النوع والجودة وكان كل منها ثابتا وخاليا من النزاع ومستحق الأداء صالحا للمطالبة به قضاءا.

ولا يمنع المقاصة تأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضي أو تبرع بها الدائن."

ويتضح من المادة أن هناك أنواع للمقاصة ولكل شروطها.

ثانيا: أنواع المقاصة

هناك مقاصة قانونية وأخرى اتفاقية وقضائية.

1- المقاصة القانونية:

إذا وقعت المقاصة بقوة القانون أي بصفة جبرية وإذا تمسك بها من له الحق فيها وجب على المحكمة أن تقضي بها ولا يستطيع الطرف الآخر أن يرفض وقوعها⁽²⁾، وتسمى عندئذ بالمقاصة القانونية ولها عدة شروط، وهذه الشروط جاءت كما يلي في القانون المدني الجزائري:

- وجود دينين متقابلين.
- تماثل محل الدينين المتقابلين (مثل نقود، أو مثليات متحدة... إلخ).
- أن يكون الدينان خاليين من النزاع.
- صلاحية الدينان للمطالبة بهما قضائيا.
- ألا تضر المقاصة بحقوق الغير.

¹ - جميلة دوار، المرجع السابق، ص 102.

² - ليس لقاضي الموضوع أن يعتد بالمقاصة إلا إذا تمسك بها صراحة من له الحق فيها (المادة 298، 301 ق.م.ج)، راجع العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 592.

ويترتب على توافر شروط المقاصة القانونية انقضاء الدينين، لكن بقدر الأقل منهما متى كان مقدار أحدهما أكبر من الآخر، ومتى انقضى الدينان انقضت معه توابعه أو ضمانته كالرهن والكفالة وغيرهما.⁽¹⁾

وبالرغم من أن المقاصة تقع بقوة القانون إلا أن المشرع يقرر أنها لا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، وليس للقاضي بالتالي أن يثيرها من تلقاء نفسه.

لكن يجوز لمن له الحق في التمسك بها التنازل عنها صراحة أو ضمنا بعد أن تكون قد توافرت الشروط اللازمة، ويترتب على هذا النزول انقضاء الدينين بأثر رجعي.⁽²⁾

2- المقاصة القضائية:

قد يحول بين أحد الطرفين وإمكان تمسكه بالمقاصة القانونية تخلف أحد شروطها المحددة قانونا في حقه، فإذا كان هذا الشرط من الشروط التي يستطيع القضاء استكمالها هو ما ينحصر في شرط خلو حقه من النزاع أمكن وقوع المقاصة القضائية، فمثلا إذا طالب الدائن بدينه فادعى المدين بحقه في تعويض عن ضرر أصابه جراء خطأ الدائن وطالب بإجراء المقاصة بين ما عليه من دين وما له من حق، كان للقاضي تقدير قيمة هذا الحق، ثم إعمال المقاصة بين الدينين، فإذا قام القاضي بذلك كان حكمه منشئا لها واسند إيقاع المقاصة إلى وقت النطق بالحكم.⁽³⁾

3- المقاصة الاتفاقية: وتسمى كذلك بالمقاصة الاختيارية، حيث أنها تقع باتفاق الطرفين واتجاه إرادتهما الحرة والمعتبرة شرعا وقانونا للقيام بها كوسيلة قانونية لتنفيذ الالتزام بما يعادل أو يقوم مقام الوفاء.⁽⁴⁾

ويرجع الاتفاق بين طرفي المقاصة على هذا الإجراء القانوني إلى كامل إرادتهما إذا كان يحقق مصلحة لهما، وبالتالي نجد أن المقاصة أيضا من أهم الضمانات التي تمنح مركزا متميزا

¹ - عبد الرزاق دربال، الوجيز في أحكام الإلتزام، دار العلوم، عنابة الجزائر، 2004، ص 103.

² - جميلة دوار، المرجع السابق، ص 104.

³ - المرجع نفسه، ص 104.

⁴ - عامر محمود الكسواني، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 92.

للدائن، فتمنحه نوعاً من الامتياز على باقي الدائنين، سواء كان هذا الاختيار للمقاصة بموجب نص قانوني، أو حكم قضائي أو بإعمال مبدأ سلطان إرادة كلا الطرفين.

ومن خلال ما تقدم حول الضمان العام للمدين على أموال مدينه نجد أن هذه الضمانات هي وسيلة حماية، يوفرها القانون للدائنين بغض النظر عن جدواها، فهي خياراً أخيراً يلجأ إليه الدائن إذا لم يكن له ضمان خاص، أو لم يكن في مركز متميز كما جرى ذكره.

لأن الدائن في كثير من الأحيان يرغب في الحصول على ضمانات أكثر نجاعة من مدينه وتجعله يتقدم في المرتبة على باقي الدائنين، وأهم هذه الضمانات الخاصة التقليدية لدينا الضمانات الشخصية والعينية.

المبحث الثاني: الضمانات الشخصية والعينية التقليدية

إذا كان المشرع قد أحاط الدائن العادي بنوع من الحماية بإقراره نظام الضمان العام وإعطائه من الوسائل ما يكفل المحافظة عليه، إلا أنه مع ذلك لا يحقق للدائن الضمان الكافي لاستيفاء حقه، فكل هذه القواعد القانونية العامة لا تحيط الدائن إلا ببعض الحماية فلا تقيه من كل خطر، بل هو يظل مهدداً دائماً بإعسار مدينه، وبالتالي عدم تمكنه من استيفاء حقه كاملاً، ولذلك كان من الطبيعي أن يوفر القانون للدائن الوسائل القانونية والفنية الكفيلة لضمان حقه ولدرء هذه المخاطر، أو على الأقل جعلها أبعد احتمالاً، هذه الوسائل القانونية هي ما يسمى بالضمان ولفظ أكثر شيوعاً بالتأمينات.⁽¹⁾

إن ظهور التأمينات العينية والشخصية لم يكن في وقت واحد، بل أن التأمينات الشخصية كالتضامن والكفالة كانت الأسبق بالظهور وهذا راجع لسببين:

الأول: أن التأمينات العينية تفترض حضارة أكثر تقدماً، إذ كان يسبقها تنظيم حق الملكية، ثم تفريع الحقوق العينية الأخرى عن هذا الحق، ثم التمييز بين الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية، إذ لم تكن التأمينات العينية إلا حقوقاً عينية تبعية وهذا كله يفترض تقدماً في الحضارة. وتنوعاً في الحقوق ولذلك تأخرت التأمينات العينية في الظهور عن التأمينات الشخصية،

¹ - نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010 ص 30.

إذ أن هذه التأمينات الأخيرة لم تكن تفترض إلا أن تضم ذمة إلى ذمة أخرى على قدم المساواة أو على التعاقب.

والسبب الثاني: كان ظهور التأمينات الشخصية ابتداءً أمراً طبيعياً، إذ كان المدينون في أول الأمر من الطبقة الفقيرة التي لم تملك ما تقدمه تأميناً عينياً، فقد كانت التأمينات العينية تقوم في أساسها على العقار. وكان العقار هو ملك الأسرة جميعاً. إذ كان يمثل الثروة الحقيقية، ويمثل الأسرة رئيسها فهو وحده الذي يحوز العقار ولا يملكه، أما بقية أفراد الأسرة فكانوا يلجأون إلى التأمينات الشخصية ويساعدهم على ذلك وجود الروابط الأسرية والتضامن بين أفرادها، فكان الفرد يلتمس العون من أفراد قبيلته، ثم من أفراد أسرته، فيجد من يتضامن معه ويكفل الدين عنه، فكان النظام الاجتماعي للقبيلة ثم للأسرة يهيئ السبيل إلى التأمينات الشخصية من تضامن وكفالة.¹

لكن الوضع اختلف في المجتمعات الحديثة، فبالرغم من مزايا التأمينات الشخصية إلا أنها لا تضمن تماماً إنقضاء خطر إعسار المدينين الذين يضمنون دين الدائن، بينما في التأمينات العينية يكاد يكون الدائن في منأى عن كل خطر، حيث أن حقه يتعلق بمال معين وله حق تتبع هذا المال في أي يد يكون ويحصل على حقه من ثمن بيعه بالأفضلية على الدائنين الآخرين، فإذا كان هناك احتمالاً لهلاك هذا المال، فهو مع ذلك احتمال بعيد نسبياً، بالإضافة إلى ذلك أنه في الغالب يكون مؤمناً على هذا المال، ويتعلق بالتالي استثناء حق الدائن بمبلغ التأمين أو التعويض.

ومن هذا يتضح ما تمثله التأمينات من فائدة كبيرة للمدين والدائن على حد سواء، فالضمان الخاص يؤمن الدائن ضد مخاطر إعسار مدينه المحتمل ويمكن بالتالي من إستيفاء حقه كاملاً وهذا الدور التأميني الذي يلعبه الضمان الخاص في الحياة القانونية والإقتصادية، أما بالنسبة للدور الائتماني للضمان الخاص فإنه يتلخص في أن المدين بتقديمه ضماناً عينياً أو شخصياً لدائنه يمنحه الثقة والأمان ما يجعله يرتضي له أجلاً معين ما كان يرتضيه بدون هذا الضمان وتزداد مدة

¹ - تامر ريمون فهميم، ضمانات الائتمان المصرفي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 208

هذا الأجل أو تقل بحسب ما يمثله الضمان من قيمة للدائن. ما يسمى بالأجل في لغة القانون ما هو إلا الإئتمان في لغة الاقتصاد.¹

إن هذا الدور الإئتماني الفعال للضمان الخاص يستوقفنا للحديث عنه ومعرفة أهم صورته، فنستهيل ذلك بالحديث عن أهم ضمان شخصي تقليدي وهو الكفالة (مطلب أول)، ثم نعرض للحديث عن التأمينات العينية التقليدية (مطلب ثاني).

المطلب الأول: الكفالة الشخصية باعتبارها ضمان شخصي تقليدي:

تعتبر الكفالة أهم ضمان شخصي تقليدي، بالرغم أن هناك ضمانات أخرى ذكرها التقنيين المدني الجزائري على غرار باقي التشريعات وهي التضامن بين المدنيين (المواد 217 ق م ج وما بعدها). وعدم قابلية الإلتزام للإقسام بين المدنيين به المتعددين، فيحقق نفس الغرض إذ يكون كل مدين ملزماً بوفاء الدين كله (المواد 237 وما بعدها).

وكذلك الأمر في الإنابة في الوفاء مع بقاء المدين الأصلي (المنيب) مسؤولاً قبل الدائن، مع المدين الجديد (المناب) (المواد 294 وما بعدها).

غير أن الكفالة هي أهم صور التأمينات الشخصية ومعناها ضم ذمة أخرى لذمة المدين، وبذلك يقوى الضمان الذي للدائن فيستطيع الرجوع على الكفيل بالإضافة إلى الضمان العام الذي له على أموال مدينه. وقد قسم التقنين المدني الجزائري نصوص عقد الكفالة إلى فصلين خصص أولهما لنصوص أركان الكفالة وهي المواد من 644 - 653 وثانيهما للنصوص المنظمة لآثار الكفالة، من المواد 654 - 673.

وستكون دراسة الكفالة كعقد ينشأ عنه التأمين الشخصي وفقاً للترتيب الآتي:

- قواعد الكفالة بوجه عام (فرع أول)
- آثار عقد الكفالة (فرع ثاني)
- إنقضاء الكفالة (فرع ثالث)

¹ - نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 34

الفرع الأول: قواعد الكفالة بوجه عام

إن الحديث عن قواعد عقد الكفالة بوجه عام يستوجب ذكر تعريفها وخصائصها وصورها، وتميزها عما يشابهها من عقود أخرى ثم الحديث عن أركانها وشروطها.

أولاً: مفهوم عقد الكفالة:

نجد عقد الكفالة منظماً في التقنين المدني الجزائري من خلال الكتاب الثاني تحت عنوان :
الإلتزامات والعقود، الباب الحادي عشر تحت عنوان "عقد الكفالة"

- فما المقصود بهذا التأمين الشخصي؟

1- تعريف عقد الكفالة:

نستطيع أن نعرف الكفالة بأنها عقد يتم بين شخص يسمى الكفيل ودائن شخص آخر، يلتزم بموجبه الكفيل أن يضمن للدائن الوفاء، بالدين الذي له على المدين.¹ وقد عرفت المادة 644 قانون مدني جزائري كما يلي "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ إلتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه"

ومن هذا التعريف يتبين أن الكفالة عقد يتم بين الكفيل والدائن دون المدين ولا يشترط إذن رضا المدين وموافقته.² بل يمكن أن تتم الكفالة دون علمه ورغم معارضته، ورغم ذلك فالمدين له دور هام في وجود الكفالة حيث هذا الكفيل ما تبرع³ إلا ليضمن إلتزام هذا المدين لدائنه، وليوفر له الثقة والإئتمان لدى دائنه، فهذا الإلتزام هو ما يضمنه الكفيل فيجب أن يكون مذكوراً في وضوح ودقة في عقد الكفالة وهذا الإلتزام المكفول أكثر ما يكون مبلغ من النقود، وقد يكون إعطاء شيء غير النقود.

¹ - محمد صبرى السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، دار الهدى الجزائر، 2011، ص 13.

² - أنظر مصطفى عبد الجواد حجازي، عقد الكفالة في القانون المدني، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 15.

³ - إن هذا القول لا يؤخذ على إطلاقه، إذ أن هناك بعض الكفالات التي يسعى المدين إلى الحصول عليها بمقابل مثل الكفالة المصرفية.

كما قد يكون عملاً أو إمتناعاً عن عمل فإن لم يكن الإلتزام المكفول مبلغاً من نقود، ضمن الكفيل ما عسى أن يحكم على المدين الأصلي من تعويض جراً إخلاله بالإلتزام بإعطاء شيء غير النقود، أو من جراً إخلاله بالإلتزام بعمل أو بالإمتناع عن عمل.

فالكفالة إذن تفترض وجود إلتزام مكفول، وهذا الإلتزام يفترض وجود مدين أصلي به ودائن، كما تفترض الكفالة وجود عقد بين الكفيل والدائن بالإلتزام الأصلي المكفول بموجبه يفى الكفيل بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين الأصلي. فالكفالة ترتب إلتزاماً شخصياً في ذمة الكفيل. وإلتزام الكفيل هذا تابع للإلتزام الأصلي. بمعنى أن الكفالة الشخصية هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصل فيصبح للدائن مدينان بدلاً من مدين واحد.¹ وإذا كانت الكفالة في أصلها شخصية إلا أن هناك صورة أخرى للكفالة تسمى بالكفالة العينية، والتي تعتبر من التأمينات العينية المقدمة من الغير.

وصفة الكفالة تأتي من أن شخص يتقدم لضمان دين غيره، وصفة التأمين العيني تأتي من أن الضمان المقدم للدائن له طبيعة هذا التأمين ويتمثل في رهن على مال من أمواله وتتميز الكفالة العينية عن الكفالة الشخصية بأن الكفيل يقتصر فيها إلتزامه، ويحدد في مال معين من أمواله عقاراً كان أو منقول، يخصه لوفاء الدين المكفول. وذلك عن طريق إنشاء رهناً رسمياً أو حيازياً بحسب الأحوال لمصلحة الدائن.

إذن لا يخول هنا للدائن حقاً شخصياً على كل أموال الكفيل بل تخوله حقاً عينياً تبعياً على أموال الكفيل (تخصيص جزء منه)²

2- خصائص عقد الكفالة:

يتميز عقد الكفالة بعدة خصائص تميزه عن غيره من العقود وكثير منها تشترك مع سائر العقود.

وأهم خصائص عقد الكفالة ما يلي:

¹ - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر والأخير في التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، 1998، ص 19، 20.

² - أنظر نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2010، ص 333.

أ- الكفالة عقد رضائي:

عقد الكفالة من العقود الرضائية حيث يبرم بمجرد التراضي بين الدائن والكفيل دون الحاجة لإشترط شكل خاص¹ فهو يمكن أن يعقد كتابة² (كتابة عرفية أو رسمية)، أو شفاهة³ ولكن لابد فيه من نص صريح فيجب أن تكون نية الكفيل واضحة³. وهذا نظرا لخطورة إلتزام الكفيل.

ب- الكفالة عقد من عقود الضمان الشخصي:

ومعنى ذلك هو أن إلتزام الكفيل بضمان حق الدائن يترتب في ذمة الكفيل شخصيا. فيكون مسؤولا عن الوفاء بهذا الحق من كل أمواله لأن الكفالة تؤدي إلى ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين⁴.

ولذلك فإن مخاطر الضمان العام التي يتعرض لها الدائن في رجوعه على المدين يتعرض لها في رجوعه على الكفيل وهي إعسار الكفيل فمن هذه الزاوية نرى أن قوة التأمينات العينية كالرهن مثلا أكبر بكثير من ضمان الكفالة.

ج- الكفالة عقد تابع:

ونحن نرى بأنها الخاصة الأكثر تمييزا للكفالة عن العقود الأخرى، ومعنى التبعية أن إلتزام الكفيل ينشأ تابعا لإلتزام المدين وهو الإلتزام الأصلي الذي يهدف إلتزام الكفيل إلى ضمان الوفاء به.

ويترتب على هذه التبعية عدم إمكانية رجوع الدائن على الكفيل قبل رجوعه على المدين الأصلي وهذا ما جاء في نص المادة 660 ق م ج⁵ وتبعاً لهذه التبعية لا يجوز أن يكون إلتزام

¹ - أنظر مصطفى عبد الجواد، عقد الكفالة في القانون المدني، المرجع السابق، ص 30.

² - إن وجود الكتابة المنصوص عليها في مختلف التشريعات بما فيها التشريع الجزائري، مثلا المادة 773 مدني مصري و645 قانون مدني جزائري ليست ركنا في الإنعقاد بل إنها تتعلق بالإثبات فقط وبالتالي يمكن إثبات الكفالة بما يقوم مقام الكتابة كالإقرار واليمين... إلخ.

³ - أنظر عدنان إبراهيم سرحان، العقود المسماة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 227.

⁴ - راجع محمد صبري السعدي الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص 15.

⁵ - حيث جاء في نص المادة 660 مايلي "لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين، و لا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق".

الكفيل بمبلغ أكبر أو بشرط أشد، هذا ما جاء في نص المادة 652 ق م ج وهنا يجب إنقاص هذا الإلتزام حتى يعادل الإلتزام الأصلي ولا يبطل.

وكما يترتب على صفة التبعية أن الكفيل يستطيع التمسك بالدفوع التي للمدين الأصلي فإذا أبطل الإلتزام الأصلي يسقط إلتزام الكفيل.

كما يصح أن يكون إلتزام الكفيل منجزا إذا كان الإلتزام الأصلي معلقا على شرط أو مضافا لأجل.¹

د - عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد في أصله:

إن الجانب الذي هو ملزم بعقد الكفالة هو الكفيل وحده، فهو ملزم بضمان الوفاء بالدين الأصلي إذا لم يف به المدين، لكن يمكن أن يكون عقد الكفالة ملزما لجانبين إذا ما قدم الدائن مقابلا للكفيل نظير كفالته،² غير أنه إذا قدم المدين مقابلا للكفيل فإن عقد الكفالة يبقى ملزما لجانب واحد لأن المدين ليس طرفا في العقد.

هـ - عقد الكفالة عقد من عقود التبرع:

فالعقد تبرعي بالنسبة للكفيل يلتزم بالوفاء بالدين عن المدين إن لم يستطيع هذا الأخير الوفاء به، وهذا الإلتزام دون مقابل، لكن عقد الكفالة يمكن أن يكون عقد معاوضة بالنسبة للكفيل إذا تلقى مقابلا لكفالته سواء من الدائن أو من المدين كالمصرف الذي يتقاضى عمولة من المدين حتى يكفله ويختلف الأمر هنا عن التأمين لأن المؤمن لا يكفل المدين بل أن إلتزامه أصليا.³

أما بالنسبة للدائن فإن عقد الكفالة بالنسبة إليه هو عقد معاوضة لأن هذا الأخير تحصل على ضمان وهو الكفيل الذي يضمن له الدين الأصلي إن لم يف به المدين.⁴

3- أنواع عقد الكفالة:

¹ - محمد صبري السعدي، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص 17.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الجزء العاشر في التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 24.

³ - المرجع نفسه، ص 25.

⁴ - المرجع نفسه، ص 25.

يمكن تقسيم الكفالة عدة تقسيمات، وهذا بحسب الزاوية المنظور إليها:

- فمن حيث المصدر: تكون الكفالة إما إتفاقية أو قانونية أو قضائية.
- ومن حيث الطبيعية هناك الكفالة المدنية والكفالة التجارية.

ويضاف لهذه التقسيمات أنواع أخرى، كالكفالة الكاملة والكفالة الجزئية والكفالة محددة المقدار.

أ-تقسيم الكفالة من حيث المصدر:

إن إلترام الكفيل بضمان الدين الأصلي ينشأ عن عقد الكفالة الذي يتم بينه وبين الدائن ولذلك فإن إلترام الكفيل بالكفالة هو إلترام إرادي إتفاقي في جميع الأحوال.

وقد يكون مصدر الكفالة كذلك قانوني أو قضائي. فتكون الكفالة إتفاقية إذا إلترم المدين للدائن بتقديم كفيل يضمن دينه ويحدث هذا غالبا في حالة رفض الدائن إعطاء المدين قرضا أو منحه أجلا.

وتكون الكفالة قانونية في الأحوال التي يوجب القانون فيها على المدين تقديم كفيل للدائن،¹ ومثال ذلك في القانون المدني الجزائري في المادة 851 التي تلزم المنتفع بمنقول أن يقدم لمالك الرقبة كفالة تضمن الوفاء بإلتزامه برد المنقول عند نهاية الإلتفاح فتتص على أنه " إذا كان المال المقرر عليه حق الإلتفاح وجب جرده ولزم المنتفع تقديم كفالة به..."

وتكون الكفالة قضائية في الحالات التي يكون مصدر إلترام المدين فيها بتقديم كفيل حكم به القاضي، كما في حال المادة 2/717 ق م ج² إذ تتص على أنه إذا وافقت المحكمة على قرار الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع بإجراء تغييرات أساسية فيه، فإن لها أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق له من تعويضات.

¹ - محمد صبري السعدي، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص 22.

² - وقد جاء في نص المادة 717 الفقرة 2 " والمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية، أن تقرر مع هذا كل ما تراه مناسبا من التدابير ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من تعويضات. "

ويعد تقسيم الكفالة إلى إتفاقية أو قانونية أو قضائية أي من حيث مصدرها هو أهم هذه التقسيمات وأبرزها¹

ب- تقسيم الكفالة من حيث الطبيعة:

الكفالة تعتبر بالنسبة للكفيل عملا مدنيا حتى وإن كان الكفيل تاجرا ولو كان الدين المكفول تجاريا وهذا حسب المادة 651 ق م ج²

وهذا لأن الأعمال التجارية تهدف لتحقيق الربح أما الكفالة فهي من أعمال التبرع.

غير أنه إذا كان الكفيل تاجرا يحترف الكفالة بمقابل فتكون في هذه الحالة الكفالة عملا تجاريا، كالكفالة التي يقدمها البنك لأحد عملائه بمقابل.

كما يكون عملا تجاريا إذا تعلقت بدين تجاري ثابت على ورقة تجارية وقع عليها الكفيل بصفته ضامنا إحتياطيا أو مظهرا.

ج- الكفالة الكاملة والجزئية والمحددة:

✓ حيث تكون الكفالة كاملة إذا إلتزم الكفيل بضمان الدين الأصلي كله.

✓ وتكون الكفالة جزئية إذا إقتصر إلتزام الكفيل على ضمان جزء من الدين.

✓ وتكون الكفالة محددة إذا ضمن الكفيل كل الدين، لكن يلتزم بحد أعلى.

ثانيا: شروط وأركان عقد الكفالة:

1- شروط عقد الكفالة:

إن الغرض من تقديم الكفيل هو تأمين الدائن ضد مخاطر إفسار مدينه وذلك بضم ذمته الماليه إلى ذمة هذا الأخير، ويجب أن تتوافر شروط معينة في الكفيل في جميع الأحوال التي يلتزم فيها المدين بتقديم كفيل أيا كان مصدر هذا الإلتزام.(إتفاقي أو قانوني أو قضائي).

¹ - تكمن أهمية تقسيم الكفالة من حيث مصدرها في أن للكفالة القانونية والقضائية لها أحكاما خاصة تميزها عن الكفالة الإتفاقية، فمثلا بحسب نص المادة 667 ق م ج أن الكفلاء في الكفالة القضائية أو الكفالة القانونية دائما متضامنين في حين أن التضامن في الكفالة الإتفاقية لا يكون إلا بالإتفاق، بالتالي فإن إلتزام الكفيل في الحالتين الأولىيتين أشد من الإلتزام في الكفالة الإتفاقية.

² - حيث جاء في نص المادة 651 "تعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا".

وقد وردت هذه الشروط في المادة 646 ق م ج، والتي تقضي بأنه: "إذا إلتزم المدين بتقديم كفيل يجب أن يقدم شخصا موسرا ومقيما في الجزائر، وله أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا".

نستخلص من النص أهم الشروط التي يجب توافرها في الكفيل:

أ- يجب أن يكون الكفيل موسرا:

إن المقصود بهذا الشرط أن يكون الكفيل قادرا على الوفاء بالإلتزام الذي قام بضمانه إذا إقتضت الحالة ذلك، إذن لا قيمة للكفالة إذا كان الكفيل معسرا، والمدين الملتزم بتقديم كفيل هو الذي يقع عليه إثبات يسار الكفيل ويسار هذا الأخير يقاس بما لديه من أموال كافية للوفاء بالدين الذي كفله ويستوي أن تكون هذه الأموال منقولات أو عقارات شائعة ومفرزة متى كان ذلك كافيا للوفاء بدين الدائن، كما يستطيع الدائن أن يثبت أن هذه الأموال أو بعضها متنازع فيها، أو يصعب التنفيذ عليها، فتستبعد من مال الكفيل. وتوفر صفة اليسار أو الإقتدار في الكفيل مسألة موضوعية متروك تقديرها لقاضي الموضوع.

ب- أن يكون الكفيل مقيم في الجزائر:

إن الحكمة من هذا الشرط هي تمكين الدائن من مطالبة الكفيل والرجوع عليه بأسهل الطرق وهذا إذا لم يف المدين بالإلتزامه، والإقامة المقصودة هي الإقامة العادية وليست العرضية ولا يشترط أن يكون الكفيل مقيما في موطن المدين كما لا يشترط أن يكون الكفيل جزائريا.

ج- أن يكون للكفيل أهلية إبرام العقد:

باعتبار أن الكفيل قادم على إلتزام ضار بمصلحته، لذلك يجب ان يكون واعيا لما هو قادم عليه ومدركا لخطورة هذا الإلتزام، ورغم أن نصوص القانون المدني المتعلقة بالكفالة لم تشر إلى هذا الشرط لذلك وجب الرجوع للقواعد العامة الخاصة بالأهلية من خلال نص المادة 78، كما أن أغلبية الفقه ذهب إلى إشتراطها حيث بدونها لن تتحقق الكفالة.

2- أركان عقد الكفالة:

إذا كان عقد الكفالة بالمعنى الضيق لا يكون إلا بين الدائن والكفيل، إلا أن تعريف الكفالة، يدل على أن هناك شخصا ثالثا يهمله الأمر، هو المدين الأصلي وعلى العموم يبرم عقد الكفالة بتوافر الأركان العامة المعروفة من: رضا، محل، سبب مع بعض الخصوصية التي تميز عقد الكفالة والتي سنعرفها فيما يلي:

أ- الرضا:

الكفالة من العقود الرضائية إذ يجب لقيام هذا العقد صحيحا تطابق إرادتي الدائن والكفيل دون اشتراط أي شكل خاص، ودون حاجة إلى رضا المدين لأنه ليس طرفا في عقد الكفالة، ولما كان هذا العقد من العقود الخطرة بالنسبة للكفيل يستوجب أن يكون رضا هذا الأخير صريحا،¹ بالرغم من أنه لا يوجد في القانون الجزائري ولا المصري² ما يجبر على أن يكون التعبير صريحا. فالقواعد العامة لكلا القانونين (الجزائري والمصري) تجيز أن يكون التعبير ضمنيا.³ ورغم هذا يمكننا إستنتاج إجبارية التعبير الصريح من خلال نص المادة 660 ق م ج وهذا بمفهوم المخالفة حيث جاء من خلالها لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل قبل رجوعه على المدين.

أما بالنسبة للأهلية اللازمة لطرفي العقد، فإن هناك إختلاف بين أهلية الكفيل وأهلية الدائن.

¹ - بالرجوع إلى نص المادة 60 ق م ج نجد أن القواعد العامة للقانون المدني تجيز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا، لكن أغلب التشريعات خاصة التشريع الفرنسي أخذت بفكرة الرضا الصريح للكفيل.

² - لقد إستند جانب من الفقه المصري إلى المعمول به في فرنسا وإلى نص المادة 773 ق م مصري والذي يشترط الكتابة لإثبات الكفالة كدليل على خطورة عقد الكفالة، وذهب إلى اشتراط أن يكون رضا الكفيل صريحا، والحقيقة أن القواعد العامة لم تأخذ بهذا المبدأ بل إنها تجيز أن يكون التعبير ضمنيا، والكفالة لاتخرج عن هذه القواعد حيث أنه لا يوجد حكم خاص لها في هذا الصدد كما أن اشتراط الكتابة لإثبات الكفالة، ليس دليلا على اشتراط أن يكون رضا الكفيل صريحا حيث أن عند تخلف الكتابة بجوز إثبات الإلتزام بما يقوم مقامها من إقرار ويمين، لكن ولخطورة إلتزام الكفيل فإنه يجب أن يكون رضاؤه واضحا. أنظر نبيل إبراهيم سعد، التأمينات ع و ش، المرجع السابق، ص 343، 344.

³ - وهذا ماجاء في نص المادة 90 ق مدني مصري ويقابلها نص المادة 60 ق مدني جزائري والتي جاء فيها: "التعبير عن الإدارة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".

إذا كانت الكفالة تبرعا أي تكون لمصلحة الدائن دون مقابل ففي هذه الحالة يشترط توافر أهلية التبرع لدى الكفيل¹ أي الأهلية الكاملة، وكذلك الأمر إذا تمت معاوضة فإنه يجب أن تتوافر هذه الأهلية، وإن كان الكفيل صبيا مميزا أو من هو في حكمه فإن الكفالة في الحالة الأخيرة إذا كانت بعوض تكون قابلة للإبطال.²

أما بالنسبة للدائن وهو الطرف الثاني في الكفالة، وتعتبر الكفالة بالنسبة إليه عملا نافعا نفعا محضا، لذلك لا يشترط فيه إلا أهلية قبول التبرع، وهي أهلية الصبي المميز ومن في حكمه كذي الغفلة والسفيه بعد تسجيل قرار الحجر عليهما.³ أما إذا كانت بمقابل فيجب أن تتوافر فيه الأهلية كذلك.⁴

أما بالنسبة لعيوب الإرادة فإن الكفالة تخضع للقواعد العامة من حيث قابلية العقد للإبطال لعيب يشوب إرادة أحد المتعاقدين، وليس هناك قواعد خاصة لتنظيم هذه العيوب في الكفالة فيكفي الإحالة بشأنها للقواعد العامة.

ب - المحل:

إن محل إلتزام الكفيل هو ضمان تنفيذ الإلتزام الأصلي والوفاء به إذا لم يف به المدين نفسه، وحتى يكون محل إلتزام الكفيل ممكنا يجب أن يكون الإلتزام الأصلي المكفول موجودا وصحيحا، وعلى ذلك إذا كان الإلتزام الأصلي غير موجود أو وجد ثم أبطل أو وجد صحيحا ثم إنقضى لا يكون لإلتزام الكفيل محل ومن ثم يقع باطلا.⁵

إذا فشروط الإلتزام المكفول هي أن يكون موجودا أو أن يكون معينا أو قابلا للتعين.

1 - مصطفى عبد الجواد حجازي، عقد الكفالة في القانون المدني، دار الكتب القانونية، مصر، 2006 ص 62.

2 - محمد صبري السعدي، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص 33.

3 - نبيل إبراهيم سعد، التأمينات ع و ش، المرجع السابق، ص 346.

4 - محمد صبري السعدي، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص 33.

5 - نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 349.

ب1- وجود الإلتزام المكفول:

إذا كان وجود الإلتزام الأصلي هو سبب إلتزام الكفيل إلا أن التشريع الجزائري أجاز أن يكون الإلتزام الأصلي مستقبليا أو شرطيا، حيث ورد في المادة 650 ق م ج مايلي: "تجوز الكفالة في الدين المستقبلي إذا حدد المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين المشروط غير أنه كان الكفيل في الدين المستقبلي لم يعين مدة الكفالة كان له أن يراجع فيها في أي وقت مادام الدين المكفول لم ينشأ".

كأن يقدم شخص كفيلا يضمنه بما يشتريه من سلع مستقبلا فيكون الكفيل ضامنا لثمن البضائع التي يشتريها المدين الأصلي.

أما كفالة الإلتزام الشرطي فالرجوع للقواعد العامة تجوز كفالة الدين الشرطي سواء كان الدين الأصلي معلقا على شرط واقف أو معلقا على شرط فاسخ، ونظرا للصفة التبعية للكفالة تكون معلقة على نفس الشرط فإذا تخلف الشرط الواقف زال الدين الأصلي بأثر رجعي وأعتبر كأن لم يكن، أما إذا تحقق الشرط الواقف تأكد الإلتزام الأصلي أي ينفذ بأثر رجعي وينفذ إلتزام الكفيل بالتبعية.

أما إذا تحقق الشرط الفاسخ فإن الدين الأصلي يفسخ بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن وينفسخ بالتبعية إلتزام الكفيل.¹

ب2- أن يكون الإلتزام المكفول صحيحا:

بالعودة إلى خاصية التبعية نجد صحة الكفالة مرتبطة بصحة الإلتزام المكفول، وهذا إستنادا إلى نص المادة 648 ق م ج²

ب3- أن يكون الإلتزام المكفول معينا أو قابلا للتعيين:

وقد نصت على هذا الشرط القواعد العامة ومثاله كأن يعين أطراف هذا الإلتزام "الدائن والمدين" ويعين محل الدين ومصدره.

¹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص 45.

² - جاء في نص المادة 648 ق م ج " لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان كان الإلتزام المكفول صحيحا"

فتعيين أطراف الإلتزام يشمل ذكر إسم الدائن ولقبه ومهنته ومكان إقامته، وتعيين محل الإلتزام المكفول يكون كذلك بذكر مثلا مبلغه أو نوع البضاعة ومقدارها لأن إلتزام الكفيل يكون في حدود هذا المبلغ والمقدار ولا يتخطهما.

وتعيين الإلتزام المكفول من حيث مصدره، لأنه قد يكون للدائن أكثر من حق قبل مدينه وبنفس القيمة (مثلا دين أول بقيمة 50000 دج ودين ثاني بنفس هذه القيمة). لكن يختلفان من حيث المصدر كأن يكون مصدر الدين الأول عقد بيع ومصدر الثاني عقد إيجار.

لكن عدم تعيين الإلتزام المكفول لا يعني بالضرورة أنه إلتزام باطل بل يجوز متى كان قابلا للتعيين على ألا يتجاوز إلتزام الكفيل حدود الإلتزام الأصلي، مع إمكانية الإلتزام بأقل قيمة الإلتزام الأصلي أي بجزء من الدين الأصلي.¹

ج- سبب الكفالة

إن تحديد ركن السبب في عقد الكفالة صعب وترجع هذه الصعوبة إلى طبيعة الخاصة لهذا العقد بإعتبار عملية قانونية ثلاثية، إذ هناك العلاقة بين الدائن والمدين ثم العلاقة بين الكفيل والدائن وبين الكفيل والمدين، وهذه الأخيرة رغم أهميتها إلا أنها خارجة عن نطاق عقد الكفالة لأن المدين ليس طرفا فيها، وهنا قد يكون سبب كفالته هو إسداد خدمة توفير الإئتمان للمدين أو مقابل يتقاضاه منه أو يكون بقصد قضاء دين لهذا الأخير.

وهنا نجد أن العلاقة بين الدائن والمدين هي سبب الإلتزام وليس العلاقة بين الكفيل والدائن، وهذا يتوافق والشروط الموضوعية للنظرية التقليدية للسبب موضوعي مجرد ومباشر وغير متغير، أما الباعث الرئيسي أو الدافع للتعاقد فهو شخصي وغير مباشر ومتغير، يختلف من كفيل إلى آخر، ويشترط فيه أن يكون مشروعاً.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 364.

وهنا يتوجب أن يعلم المتعاقد الآخر وهو الدائن بهذا السبب حتى لا يفاجأ ببطلان العقد إذا كان سببه غير مشروع فمثلاً إذا كان الكفيل قد تبرع للمدين بالكفالة فإن سبب إلتزامه هو نية التبرع وتكون الكفالة باطلة إذا كان الباعث على التبرع غير مشروع وكان الدائن يعلم به.¹

وإذا وقع نزاع حول مشروعية السبب ووجوده فإن عبء الإثبات يقع على عاتق الكفيل وهذا بكافة الطرق.

ثالثاً: إثبات عقد الكفالة

بالرجوع إلى نص المادة 645 ق م ج² نجد أن الكتابة ضرورية لإثبات الإلتزام الكفيل لكنها غير ضرورية لإنعقاد الكفالة.

وهذا راجع إلى أن إلتزام الكفيل من الإلتزامات التبرعية لذا يجب أن يستند إلى رضاء صريح وقاطع، وإثبات عقد الكفالة بالكتابة لا يعني أنها عقد شكلي بل هو عقد رضائي فالكتابة شرط للإثبات وليست ركن للإنعقاد.

رابعاً: تمييز الكفالة عن غيرها من العقود والأنظمة التي تشابهها

إن الكفالة من الناحية الإقتصادية أداة إئتمان ومن الناحية القانونية وسيلة من وسائل الضمان، لذلك قد نجد هناك أنظمة قانونية أخرى، قد تشتهه بالكفالة سواء من حيث تكوينها القانوني أو من حيث وظيفتها الإقتصادية، مع العلم أن الصفة المميزة للكفالة هي التبعية.

1- الكفالة والتضامن بين المدينين:

من حيث أن المدين المتضامن يلتزم بصفة أصلية في مواجهة الدائن على عكس الكفالة إلتزام الكفيل حتى وإن كان متضامناً مع المدين فهو تابع للإلتزام الأصلي.

2- الكفالة والنيابة في التعاقد:

يختلفان في أن النائب ليس كفيلاً بل إلتزامه أصلياً مع المدين.

¹ - محمد صبري السعدي، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص 53.

² - حيث جاء في نص المادة 645 " لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الإلتزام الأصلي بالبينة".

3- الكفالة والتعهد عن الغير:

يختلفان في أن التعهد عن الغير موضوعه هو حمل الغير على قبول إلتزام معين حيث أن المتعهد يتعهد للدائن يجعل الغير ملتزما ولذلك فإن إلتزامه أصلي وليس تابع أما الكفيل فيلتزم بضمان إلتزام المدين.

4- الكفالة وعقد التأمين:

فقد تشته الكفالة مع نوع من التأمين وهو تأمين الإئتمان الذي بموجبه يؤمن الدائن لدى شركة تأمين ضد إفسار مدينه، فالشركة هنا تبدو كأنها كفيل يضمن الوفاء بالدين إذا لم يف به المدين الأصلي.

ولكن نجد فرقا بينها، فالإلتزام شركة التأمين (المؤمن) ليس إلتزاما أصلي مصدره عقد التأمين ومحلّه هو التعويض عن الضرر الذي يصيب الدائن من ضرر إفسار مدينه وسببه ما يدفعه الدائن من أفساط للشركة وعندما تدفع الشركة التعويض للدائن فإنها لا ترجع على المدين، كما هو الحال في الكفالة.¹

5- الكفالة المدنية والكفالة التجارية:

تكون الكفالة في الأصل عملا مدنيا وهي مجانية بطبيعتها، مالم يكن هناك نص مخالف، فهي بطبيعتها مدنية مالم تعط من تاجر لغاية تجارية، ففي مثل هذه الحالة تعتبر تجارية، ويمكن أن تكون عملا تجاريا بطبيعته، إذا كانت من أعمال المصارف كما يمكن أن تكون تجارية بالتبعية إذا قام بها التاجر لحاجات تجارية.

ويمكن أن تكون عملا مختلطا إذا كان أحد المتعاقدين تاجرا، والمتعامل معه غير تاجر، وللقاضي تحديد ما إذا كانت الكفالة عملا تجاريا أو مدنيا.²

¹ - محمد صبري السعدي، التأمينات الشخصية والعينية - عقد الكفالة - المرجع السابق، ص 30.

² - إلياس ناصيف، العقود المصرفية، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014، ص 190.

الفرع الثاني: آثار عقد الكفالة

إذا كان عقد الكفالة قد نشأ صحيحاً بين طرفيه فإنه لا مجال سيرتب آثار بالنسبة لهما (الدائن والكفيل) ونظراً لطبيعة عقد الكفالة بإعتباره عقد تبعية للإلتزام الأصلي. فإنه يترتب عنه كذلك نشوء علاقة بين الكفيل والمدين.

أولاً: علاقة الكفيل بالدائن

وتبرز هذه العلاقة في حق الدائن بمطالبة الكفيل ولهذا الأخير حق الدفع بكل ما من شأنه أن يؤدي إلى براءة ذمته. لذلك سنتحدث عن مطالبة الدائن للكفيل ثم نعرض الدفوع التي يجوز للكفيل أن يتمسك بها في مواجهة الدائن إما لتقرير برائته أو لتأجيل التنفيذ على أمواله أو حتى يقوم الدائن بما عليه من إلتزامات.

1- مطالبة الدائن للكفيل: ليس من حق الدائن مطالبة الكفيل متى شاء ذلك، بل هو مجبر على الإنتظار إلى حين حلول أجل الدين الأصلي، وهذا شرط تفرضه القواعد العامة حيث حتى وإن سقط أجل الدين الأصلي¹ لا يستتبع ذلك سقوط أجل الكفالة، فلا يجوز أن يكون أجل الكفالة أقصر من أجل الدين الأصلي، ولأن المدين بعد الكفالة لا يستطيع أن يسئ مركز الكفيل أو يضر به.

إذن فالدائن لا يعود على الكفيل أولاً بل يجب مطالبة مدينه قبل ذلك،² فالكفالة عقد تبعية. والمقصود بالرجوع ليس مجرد تنبيهه فلا يجوز تنبيه الكفيل دون رفع دعوى على المدين وتجريده من كافة أمواله ومسألة الرجوع تثير ثلاث فروض:

- الرجوع على المدين أولاً ثم الكفيل.
- المدين والكفيل في آن واحد.
- الرجوع على الكفيل وحده.

¹ - يسقط أجل الدين الأصلي حسب القواعد العامة، وفقاً لنص المادة 211 ق م ج وهذه الأسباب هي: - إضعاف التأمينات - عدم تقديم المدين ما وعد به من تأمينات - الإفلاس - الإعسار.

² - أنظر المادة 660 ق م ج .

فالحالتين الأوليتين مقبولتين أما الحالة الأخيرة فمرفوضة وغير ممكنة، وفي حالة عدم الرجوع على المدين أولاً ينشأ للكفيل حق الدفع بالرجوع على المدين أولاً وهذا بشروط:

*شروط الرجوع على المدين أولاً:

أ- عدم تنازل الكفيل على هذا الحق سابقاً (في عقد الكفالة مثلاً)

ب- أن يكون الكفيل متضامناً مع المدين (بمعنى كفالة بسيطة فقط) فحسب نص المادة 669

ق م ج "لا يجوز للدائن الرجوع على كفيل الكفيل قبل الرجوع على الكفيل الأول إلا إذا كانا متضامنين" ويمكن إسقاط هذا الحكم على حالة علاقة الكفيل بالمدين قياساً.

ج- أن يكون للكفيل مصلحة في التمسك بهذا الدفع وهذا يستفاد من القواعد العامة ولو كانت

مصلحة بسيطة نظراً للصفة التبرعية والإحتياطية والتبعية للكفالة.¹

لكن كل هذا بشرط أن لا يكون المدين معسراً فهنا لا فائدة من تمسك الكفيل بوجوب الرجوع

على المدين أولاً وبذلك تنتفي المصلحة ويقع على الدائن عبء إثبات إعسار المدين، وهذا خلاف الدفع بالتجريد الذي يقع على عاتق الكفيل.²

2- الدفع بالتقسيم

حيث أنه إذا تعدد الكفلاء في دين واحد يحق لهم أن يدفعوا في مواجهة الدائن بالتقسيم،

وقد يكون التعدد في آن واحد وقد يكون التعدد بمقتضى عقود متوالية وقد يكون للكفيل كفيل.

وبالرجوع إلى نص المادة 664 ق م ج يجب أن نفرق بين فرضتين:

الفقرة الأولى: من نص المادة 664 ق م ج حالة تعدد الكفلاء بدين واحد ويعقد واحد، وفي

مثل هذا الفرض كل من هؤلاء الكفلاء إعتد على غيره، ويحق لهم أن يدفعوا في حالة مطالبة

الدائن لهم بالتقسيم وهذا بشروط:

1- تعدد الكفلاء

¹ - نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 389.

² - المرجع نفسه، ص 389.

2-التعدد يكون بعقد واحد

3- أن يكون هذا الدين واحد

4- أنهم غير متضامنين لأن التضامن لا يفترض.

وهنا يكون رجوع الدائن على الكفلاء كل بحسب حصته.

الفقرة الثانية: من نص المادة 664 ق م ج حالة إذا كانت العقود متفرقة أي تعدد الكفلاء لعقود متوالية هنا تنتفي صفة الدين الواحد وبعقد واحد، ولا يجوز لهم المطالبة بالتقسيم وكل كفيل ملتزم بالوفاء بكل الدين، وإذا كان الكفيل متضامن كذلك لا يجوز له الدفع بالتقسيم.

3- الدفع بالتجريد:

إن القواعد العامة في التنفيذ تقتضي بأن يكون في يد الدائن سند تنفيذي يرجع به على المدين أو الكفيل وهذا السند قد يكون حكم قضائي أو سند رسمي.

والدفع بالتجريد هو حق قرره القانون للكفيل بمقتضاه يستطيع الكفيل¹ إذا توافرت شروط معينة، منع الدائن من التنفيذ على أمواله قبل أن ينفذ على أموال المدين، وأن هذه الأموال غير كافية للوفاء بالدين.²

أ-حالات الدفع بالتجريد:

وهناك ثلاث حالات للدفع بالتجريد:

أ-حالة رفع دعوى من طرف الدائن على الكفيل من أجل الوفاء.

ب-إذا كان في يد الدائن سند تنفيذي كما لو كان رهن رسمي، فيدفع الكفيل بما يسمى الإستشكال في التنفيذ.

ج-بيع العقار المرهون فيحق للكفيل الاعتراض على قائمة شروط البيع بعد إيداع هذه القائمة لدى المحكمة.

¹ - إضافة إلى ذلك كفيل الكفيل، وليس للكفيل المتضامن حق الدفع به مادة 665 ق م ج.

² - محمد صبري السعدي، التأمينات الشخصية والعينية - عقد الكفالة - المرجع السابق، ص 77.

ويحق للكفيل التمسك بالدفع بالتجريد في أي مرحلة من مراحل التقاضي ماعدا محكمة النقض لأنه دفع موضوعي وليس شكلي.

ب- شروط التمسك بالدفع بالتجريد:

هناك عدة شروط للتمسك بهذا الدفع أهمها:

- الدفع بالتجريد ليس من النظام العام لذا يجب التمسك به من طرف صاحب المصلحة، وهو الكفيل فالمحكمة لا تحكم به من تلقاء نفسها، كما للكفيل التنازل عنه صراحة أو ضمنيا، وفي حالة الشك إذا كان التنازل ضمنيا يفسر الشك لمصلحة الكفيل كما في حالة عدم دفعه بالتجريد لعدم إمكانية المدين الدفع فلا جدوى من الدفع بالتجريد.
- ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين. (المادة 665 ق م ج.)
- يجب أن يرشد الكفيل الدائن إلى الأموال التي يمكن التنفيذ عليها حسب المادة 661 ق م ج، كما يجب أن تكون هذه الأموال كافية للرجوع، وقابلة للحجز عليها وغير متنازع فيها، وأن تكون موجودة في الجزائر¹، ويتحمل الكفيل نفقات الإرشاد.²

ج- آثار قبول الدفع بالتجريد:

وأهم هذه الآثار:

- وقف التنفيذ على أموال الكفيل حتى تجريد المدين.
- للدائن حق اتخاذ الإجراءات التحفظية التي تضمن حصوله على حقه على أموال الكفيل، مثلا: له حق تخفيض مال معين من أموال الكفيل للتنفيذ عليها في حالة عدم وجود ما ينفذ عليه عند المدين.
- وجوب التنفيذ على أموال المدين التي أرشد إليها الكفيل وإلا كان للدائن اتخاذ إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل.

¹ - المادة 661 فقرة 2 ق م ج.

² - المادة 661 فقرة 1 من ق م ج.

- يتحمل الدائن إيسار المدين، فإن تأخر الدائن عن التنفيذ على أموال المدين التي أرشد إليها الكفيل فيقع الإيسار يتحملة الدائن ولا يتحملة الكفيل.¹

4-صورة خاصة للدفع بالتجريد:

وتتمثل في الدفع بتجريد المدين من الأموال المحملة بتأمين عيني لضمان نفس الدين قبل التنفيذ على أموال الكفيل.²

ولهذه الصورة شروط:

- 1- أن لا يكون الكفيل متضامن.
- 2- أن تقدم الكفالة مع هذا التأمين أو بعده.
- 3- إذا لم يكف المال المخصص لكل الدين جاز للدائن الرجوع على الكفيل بما تبقى من دين.

5-دفع أخرى للكفيل:

وهي دفع مستمدة من مصادر مختلفة أهمها:

أ- دفع مستمدة من الالتزام الأصلي:

وهذا راجع إلى طبيعة عقد الكفالة وصفة التبعية للالتزام الأصلي، فالكفيل حق الدفع بكل دفع المدين الأصلي.³ مثل الدفع بالبطان أي بطلان الإلتزام الأصلي، وله حق التمسك سواء كان كفيلا عاديا أو متضامنا.

ب- دفع مستمدة من عقد الكفالة:

فقد يبطل عقد الكفالة ولا يبطل الإلتزام الأصلي، كذلك قد يتمسك الكفيل ببراءة دمه إذا كان عقد الكفالة معلق على شرط أو يضاف إلى أجل رغم عدم تواجد هذا في الإلتزام الأصلي.⁴

¹ - المادة 662 ق م ج.

² - المادة 663 ق م ج.

³ - المادة 654 ق م ج.

⁴ - المادة 655 ق م ج.

ج- دفع مستمدة من مركز الكفيل ككفيل:

فلا يحق للدائن أن يتخذ أي إجراء من شأنه يمنع الكفيل حق الرجوع على المدين، فيحق مثلا للكفيل الدفع ببراءة ذمته بقدر ما أضافه الدائن، ويقدر الضرر الذي أصابه نتيجة عدم رجوع الدائن على المدين، وكذلك إلزام الدائن بتسليم الكفيل وقت وفائه الدين، كل المستندات اللازمة لإستعمال حقه في الرجوع.¹ أي تسليمه سند الدين حتى يرجع على المدين أو باقي الكفلاء المتضامنين، وكذلك له حق الدفع بالتجريد وهو -كما سبق ورأينا- دفع مستمد من مركزه ككفيل.

للكفيل حق الإمتناع عن الوفاء، إلى أن يسلمه الدائن كل المستندات التي تمكنه من الرجوع على المدين. ومثالها إذا كان للدائن حق في الحبس، عليه أن يخول الكفيل ذلك وأن يسلمه المنقولات التي للمدين تحت يده.

إن تأخر الدائن أو عدم تأخره لا يترتب أثر في علاقته بالمدين الأصلي، لكن تبرا ذمة الكفيل إذا لم يقد الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن مالم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا.²

ويترتب مما سبق أن الكفيل يعفى من إلزامه، لكن بشروط:

- أن يقوم الكفيل بإنذار الدائن، رغم عدم تحديد المشرع ميعاد، لكن وفقا للقواعد العامة يتعين أن يكون وقت حلول الأجل، فقبل ذلك لا يجوز للدائن الرجوع على المدين.
- عدم تجاوز مدة ستة أشهر من تاريخ الإنذار فقد يعسر أو يفسد المدين ولا يحصل الدائن على حقه، وهنا يجب على الدائن إخبار الكفيل بتقاعس المدين عن الوفاء خلال ستة أشهر.

¹ - المادة 668 ق م ج.

² - المادة 657 ق م ج.

- لا بد من تدخل الدائن في تفلسة المدين، فهذا هو الإجراء الوحيد الذي يحق للدائن فيه الحصول على حقه، لأنه إن لم يشارك في التفلسة فهو أضعاف حقوقه وفوت ما كان للكفيل أن يحصل عليه لو تدخل في تفلسة المدين وهذا بمثابة الإعذار¹
- الدفع ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أضعاه الدائن من تأمين، وهذا طبقاً لما جاء في نص المادة 656 ق م ج فالدائن قد يرتكب خطأ، وارتكابه للخطأ قد يؤدي لإضعاف التأمينات المقدمة، والكفيل قد يكون معتمد اعتماد كلياً أو جزئياً على هذه التأمينات.
- ومن هنا نجد أن المشرع لم يرد ترك مصير الكفيل في يد دائن مهمل، حيث منح حق الدفع بعدم التنفيذ بسبب الضرر الذي وقع عليه من هذا الدائن المهمل.
- وإذا كان الدين مضمون بتأمينات خاصة فمن حق الكفيل حلول محل الدائن في هذه التأمينات الخاصة حال رجوعه على المدين فأساس هذا الدفع هو مبدأ التبعية والحلول، حيث يحل الكفيل محل الدائن.
- والكفيل وحده صاحب المصلحة في هذا الدفع فلا يمكن مثلاً للمدين المتضامن مع المدين الأصلي التمسك بهذا الدفع لأن الدائن يرجع على أي من المدينين المتضامنين بكل الدين.
- ويشترط للتمسك بهذا الدفع من طرف الكفيل، أن يكون الدائن قد أضعاه فعلاً عمداً أو إهمالاً، ولا يسأل إن أضعاه بفعل قوة قاهرة أو بفعل الغير، وأهم هذه التأمينات الخاصة، قد يكون رهناً غير مقيد أو عدم إتخاذ الدائن للإجراءات التي تجعل الرهن قائماً مثل عدم تجديد الرهن.
- وإذا اشتراك كل من الكفيل والدائن في إضاعته تبرأ ذمة الكفيل، كذلك يجب حدوث ضرر من وراء إضاعته لهذا التأمين فلا مسؤولية بدون ضرر.
- ويتعين على الكفيل إثبات أن الدائن أضعاف تأميناً خاصاً، ولا يلزم في المقابل بإثبات أنه أصابه ضرر، كما يمكن للكفيل التنازل عن هذا الدفع، مادام أن حق التمسك به يعود له وحده.

¹ - المادة 658 ق م ج.

ثانياً: العلاقة بين الكفيل والمدين

إن الكفيل إذا وفى للدائن، فله حق الرجوع على المدين بما دفع إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول، ولا يحق للكفيل الرجوع على المدين إلا إذا وفى فعلاً الدين للدائن، ورجوع الكفيل في هذه الحالة يكون من حقه حتى بالرجوع للقواعد العامة المتمثلة في الإثراء بلا سبب.¹

لأن المدين أثرى على حساب الكفيل، إذ أن دينه قبل دائنه قد إنقضى بمال غيره، كما أن الكفيل إنقصر سبب المدين لأنه وفى بماله دين غيره وهو المدين ولذلك يجوز للكفيل إتباع طريق القواعد العامة، طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب ويكون رجوع الكفيل بأقل القيمتين: قيمة الإثراء وقيمة الإفتقار لكن المشرع لم يكتف بإعطاء الكفيل الحق في الرجوع على المدين طبقاً للقواعد العامة في الإثراء بلا سبب، بل منحه حق المطالبة عن طريق دعويين هما: دعوى الشخصية تستند إلى عقد الكفالة ودعوى الحلول.

1- الدعوى الشخصية (دعوى الكفالة): لقد نصت المادة 670 ق م ج على شروط رجوع الكفيل

بدعوى الكفالة حيث جاء فيها: "يجب على الكفيل أن يخبر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين، وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كان عنده وقت الإستحقاق أسباب تقضي ببطان الدين أو إنقضاءه"

فإذا لم يعارض المدين في الوفاء بقي للكفيل الحق في الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو بإنقضائه.

وتنص المادة 672 ق م ج: " يكون الكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء

كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه، ويرجع بأصل الدين والمصروفات غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي إتخذت ضده".

¹ - المادة 141 ق م ج: حيث جاء فيها " كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما إستفاد من العمل أو الشيء".

ومن خلال هذين النصين يشترط لرجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية المستندة للكفالة، الشروط الآتية:

- أن يكون الكفيل وفى الدين: أكان هذا الوفاء نقداً أو ما يقوم مقامه، أو الوفاء بمقابل أو بالتجديد أو الإنابة، ولا يشترط أن يكون الوفاء على المدين ولو لم يستوفى الدائن بقية حقه.
- أن يتم الوفاء عند حلول الأجل: إذا استتب الكفيل ووفى بالدين قبل حلول الأجل فإنه لا يمكنه الرجوع على المدين إلا بعد إنقضاء أجل الدين حتى وإن استوفى الدائن كامل دينه.
- أن يقوم الكفيل بإخطار المدين قبل الوفاء: وهنا يمكن القول:
 - يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفائه الدين وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين.
 - إذا لم يعارض ذلك الوفاء وكان للكفيل الحق في الرجوع على المدين بعد الوفاء بالدين أو جزء منه.¹
- ويقوم الكفيل بالوفاء سواء طالبه الدائن بذلك مطالبة قضائية أو كان ذلك من تلقاء نفسه، وهنا نذكر حالتين:

الحالة الأولى: إذا قام الكفيل بإخطار المدين بنيته في الوفاء، فإن المدين يتمكن بذلك من الاعتراض على الوفاء. ويجب أن يتم الإخطار في وقت مناسب فإذا لم يعارض المدين ووفى الكفيل فإنه يحق له ممارسة دعوى الرجوع أما إذا عارض المدين وتم إخطار الكفيل فإنه على الكفيل ممارسة دعوى إسترداد ضد الدائن.

الحالة الثانية: إذا لم يقم الكفيل بإخطار المدين قبل الوفاء بالدين يكون مقصراً، وتبرأ ذمة المدين بما أصابه من ضرر نتيجة هذا التقصير، ومثال هذه الحالة:

- إذا وفى المدين بالدين كله يسقط حق الكفيل بالرجوع.
- إذا وفى المدين بجزء من الدين فإن ذمة المدين تبرأ من ذلك الجزء عند الرجوع.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية (التبعية وغير التبعية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص 120.

- إذا لم يثبت الدين في ذمة المدين فإنه لا يحق للكفيل الرجوع على المدين حتى ولو وفى هذا الأخير بالدين.¹

• موضوع الدعوى الشخصية:

أ- أصل الدين:

المبلغ الذي دفعه الكفيل للدائن لإبراء ذمته وكذلك الفوائد التي إستحققت عن هذا الدين حتى يوم الوفاء سواء كانت فوائد قانونية أو إتفاقية.

ب- الفوائد:

يكون للكفيل الحق في القواعد القانونية عن كل ما قام بدفعه إبتداء من يوم الدفع.

ج- المصروفات:

التي أنفقتها الدائن في مطالبة الكفيل وكذلك المصروفات التي أنفقتها هذا الأخير في مطالبة المدين.²

د- التعويض:

ولا يرجع الكفيل إلا بالتعويض عن الضرر الذي يصيبه نتيجة سوء نية المدين.³

2- دعوى الحلول:

وتعني أن الكفيل الذي وفى الدين له حق حلول محل الدائن في جميع ماله من حقوق قبل المدين وفي هذا الصدد نصت المادة 671 ق م ج.⁴

¹ - محمد صبري السعدي، التأمينات الشخصية والعينية - عقد الكفالة - المرجع السابق، ص ص 96،97.

² - - المرجع نفسه، ص 98.

³ - نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية (التبعية وغير التبعية)، المرجع السابق، ص 124.

⁴ - تنص المادة 671 ق م ج على مايلي: " إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين، ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلا أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين".

أ- الكفلاء الدين يحق لهم مباشرة الدعوى:

يستطيع أي كفيل أن يرجع على المدين بدعوى الحلول، ويستوي أن تكون الكفالة حاصلية بعلم المدين أو بغير علمه وحتى رغم معارضته، ويستوي أن تكون الكفالة لمصلحة الدائن أو مصلحة المدين، ويستوي أن يكون كفيلا مأجورا أو غير مأجور، متضامنا أو غير متضامن.¹

ب- شروط دعوى الحلول:

- يشترط أن يكون الوفاء قد تم عند حلول الأجل.

- يشترط أن يكون الوفاء بالدين كاملا.

ج- موضوع دعوى الحلول:

بالرجوع إلى نص المادة 671 ق م ج إذا وفي الكفيل الدين له أن يحل محل الدائن إذ للكفيل أن يرجع بالحق الذي حل فيه:

- فيحل الكفيل محل الدائن في حقه ما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع.

- أن الكفيل يحل محل الدائن في حقه بما تكفله من تأمينات (كالرهون مثلا).

- كما يحل محله أيضا فيما يرد على هذا الحق من دفع.

• رجوع الكفيل في حالة تعدد المدينين:

- فإذا تعدد المدينين مع عدم تضامنهم وكفلهم الكفيل كان له أن يرجع على كل منهم بقدر

نصيبه في الدين.

- إذا تعدد المدينين مع تضامنهم في دين واحد فالكفيل الذي كفلهم جميعا له أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين.²

ومن خلال ماسبق نلاحظ أن المشرع الجزائري وحماية لحقوق الدائنين قد وضع قواعد وطرق تمكنهم من ضمان إسترجاع حقوقهم من مدينهم، لكن مع مراعاة الإجراءات المعمول بها،

¹ - نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية (التبعية وغير التبعية)، المرجع السابق، ص 125.

² - المادة 673 ق م ج.

فالدائن في حالة تهاونه في إتخاذ الإجراءات المناسبة فهو يعرض حقه للضياع وبالتالي يتوجب الأخذ بعين الإعتبار كافة الإجراءات والدعاوي التي أقرها التشريع الجزائري واللجوء إليها عند الحاجة.

الفرع الثالث: إنقضاء الكفالة

أولاً: الأوجه العامة لإنقضاء الكفالة

تنقضي إما بطريقة تبعية، بمعنى أنها تنقضي بإنقضاء الإلتزام الأصلي، مهما كان نوع الإنقضاء سواء كان بوفاء المدين بما عليه من دين، إبراء ذمة المدين، إتحاد ذمة المدين مع الدائن كأن يكون المدين وريثاً للدائن فيرثه مما يترتب عليه إتحاد الذمتين وسقوط الكفالة. أو تنقضي بالطريقة الأصلية، نعني بها إنقضاء الكفالة دون انقضاء الدين الأصلي سواء بوفاء الكفيل لقيمة الدين أو إبراء الدائن للكفيل أو إتحاد الذمة كأن يكون الكفيل وريثاً للدائن، فبموته تتحد ذمة الدائن والكفيل، ويصبح دائئنا لنفسه فتسقط الكفالة دون سقوط الحق الأصلي.¹

ثانياً: الأوجه الخاصة لإنقضاء تتعلق بالكفالة دون غيرها

براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من ضمانات، ذلك دون أن ينقضي الدين الأصلي. كأن يتنازل الدائن عن رهن إعتد عليه الكفيل كضمان للتمسك بحقه في تجريد المدين أو ضمان التنفيذ على المال المرهون إن هو نفذ إلتزامه في عقد الكفالة.

براءة ذمة الكفيل إذا تأخر الدائن في إتخاذ الإجراءات النظامية ضد المدين، حيث يعمد الكفيل إلى إنذار الدائن بحلول أجل الدين مطالباً إياه بضرورة مطالبة المدين، فإن تأخر الدائن في إتخاذ الإجراءات ضد المدين من شأنه أن يبىء ذمة الكفيل على أن ذمة الكفيل لا تبرأ إذا منح الدائن أجلاً جديداً للوفاء بالدين.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية (التبعية وغير التبعية)، المرجع السابق، ص 139.

عدم تقدم الدائن في تفلسة المدين، من شأنه أن يبرء ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر ويقدر ما كان للدائن أن يحصل عليه من مال لو أنه تقدم في تفليسة المدين، ولو أفلس المدين قبل حلول أجل الدين.¹

وفي الأخير نقول أن الكفالة ليست الخيار الوحيد لضمان حق الدائن بل هناك ضمانات أخرى كانت ولا زالت تحضا بمنزلة كبيرة لدى المتعاملين وهي التأمينات العينية التقليدية.

المطلب الثاني: التأمينات العينية التقليدية

لقد ظهرت هذه التأمينات بعد التأمينات الشخصية -كما سبق ذكره- وهذا النوع من التأمينات يجعل الدائن الذي يتمتع بها يتقدم على الدائن العادي، إضافة إلى أن الدائن الذي يملك حق عيني تبعي ليس له حق التقدم فحسب بل حتى حق التتبع.

والمقصود بالحق العيني أو التأمين العيني، هو تخصيص مال معين للوفاء بالتزام معين حيث ظل المال المخصص للوفاء بالالتزام مثقلا بالتأمين، حتى ولو تصرف فيه المدين.

إذن فالتأمين العيني يحقق أمنا مزدوجا للدائن:

- يؤمنه من خطر إعسار المدين.
- ويؤمنه من خطر تصرف المدين وهذا بحق التتبع.

والتأمين العيني يفضل من حيث الضمان على التأمين الشخصي، فالدائن في هذا الأخير يظل عرضة لإعسار جميع المسؤولين عن الوفاء بالدين، أما التأمين العيني فإن إصابة الدائن بخطر مستبعدة، إلا إذا انحطت القيمة الاقتصادية للمال وهذا أمر قل ما يحدث وللتأمينات العينية أنواع عديدة متمثلة في:

*الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، حق الإختصاص، حق الإمتياز.

لكن وقع إختيارنا على موضوع الرهن الرسمي للحديث عنه كأهم ضمان تقليدي يستخدمه الأفراد بإرادتهم للوفاء بديونهم.

¹ - محمد صبري السعدي، التأمينات الشخصية والعينية (عقد الكفالة)، المرجع السابق، ص 110.

وهذا النوع من التأمينات يمنح لصاحبه (الدائن) إلى جانب حق الضمان العام المقرر له كدائن عادي ميزتين هما حق التقدم وحق التتبع.

كذلك يبقى العقار في حيازة مالكة الراهن (وهذا أحد أوجه الاختلاف مع الرهن الحيازي) فله حق التصرف فيه.

فبالرغم من أن هذا التأمين ليس حديثا، لكن نستطيع القول أنه الأكثر شيوعا بين الأفراد نظرا لما تقدمه من ضمانات وإئتمان، وزيادة الثقة في المدين.

ولإبراز قيمة هذا النوع من الضمانات نتحدث عن:

➤ قواعد الرهن الرسمي بوجه عام (فرع أول).

➤ آثار الرهن الرسمي (فرع ثاني).

➤ إنقضاء الرهن الرسمي (فرع ثالث).

الفرع الأول: قواعد الرهن الرسمي بوجه عام

الرهن الرسمي هو حق عيني تبعي ينشأ بموجب عقد رسمي هو الرهن، ويتقرر ضمانا بدين على عقار مملوك للمدين أو لكفيل عيني، ويكون بموجبه للدائن حق في إستيفاء دينه من ثمن هذا العقار متقدما في ذلك على الدائنين العاديين لمالك هذا العقار، والدائنين المرتهنيين التاليين له في المرتبة، وله حق تتبع هذا العقار في أي يد كانت.

ولمزيد من التفصيل في هذا الموضوع، يستوجب الحديث عن تعريفه وتمييزه عن التأمينات العينية المشابهة وكذلك إبراز خصائصه من خلال مفهوم عام للرهن الرسمي (أولا) ثم نعرض للحديث عن شروط إنشاء الرهن الرسمي (ثانيا).

أولا: مفهوم الرهن الرسمي

إن التعريف الذي أورده المشرع الجزائري في المادة 882 ق م ج يوضح لنا مميزات هذا التأمين وخصائصه والتي جاءت كما يلي:

1-تعريف الرهن الرسمي:

حسب المادة 882 ق م ج الرهن الرسمي هو: "عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في إستيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان".

إذن هذا الرهن يمنح للدائن حقا على عقار مدينه، يضمن به الدين الأصلي. وهذا الضمان يجعل الدائن متقدما على الدائنين العاديين وحتى من لهم حق عيني آخر على هذا العقار أو أصحاب حقوق إختصاص متى كان متقدما عليهم في المرتبة، بمعنى أن قيده للرهن سبق قيدهم له.

وعند حلول أجل الدين دون دفعه من طرف المدين، للدائن حق إستيفاء حقه من ثمن العقار بعد بيعه في المزاد العلني أو من قيمته في حالة هلاك العقار وكان هذا الأخير مؤمنا فيأخذ دينه من مبلغ التعويض أو في حالة نزع الملكية كذلك.

2-تمييز الرهن الرسمي عن بعض المفاهيم المشابهة:

قد يختلط مفهوم الرهن الرسمي مع بعض التأمينات الأخرى:

كالرهن الحيازي وحق الإختصاص وحق الإمتياز لكن أكيد هناك فروقات هامة تميز بينهم، فمثلا:
-الرهن الرسمي والرهن الحيازي، يتفقان من حيث أن كل منهما حق عيني تبعي وغير قابل للتجزئة وناشئ بمقتضى عقد رسمي.¹ ويختلفان من حيث الموضوع فالرهن الحيازي يرد على العقارات كما يرد على المنقولات أما الرسمي فهو في الأصل لا يرد إلا على العقارات.

-أما الرهن الرسمي وحق التخصيص، فإنه حسب المواد 941 و 942 ق م ج فإن حق التخصيص هو حق يتقرر بأمر على عريضة من رئيس المحكمة لصالح الدائن الذي بيده حكم واجب التنفيذ على عقار أو أكثر من عقارات مدينه، وعلى هذا فهما يتفقان في كونهما يردان على

¹ - كما نصت المادة 950 ق م ج الواردة في الباب الثالث المتعلق بالرهن الحيازي على مايلي: "تسري على الرهن الحيازي أحكام المواد 891، 893، 904 المتعلقة بالرهن الرسمي".

عقار لضمان الدين ويختلفان في المصدر المنشئ لهذا الضمان فالرهن الرسمي مصدره العقد الإرادي (الاتفاق) بينهما مصدر الضمان في حق التخصيص هو القضاء.

- أما بالنسبة للرهن الرسمي حق الإمتياز، فنصت في هذا الصدد المادة 982 ق م ج على أن "الإمتياز أولوية يمنحها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته ولا يكون للدين إمتياز إلا بمقتضى نص قانوني" إذا فكلاهما ضمانا للدين، وقد جعل المشرع الجزائري أحكام الإمتياز تتفق مع أحكام الرهن الرسمي في عدة نصوص هي المواد: 986 ق م ج و 987 والمادة 988 ق م ج.¹

ويختلف الرهن الرسمي عن حق الإمتياز من حيث المصدر لأن هذا الأخير مصدره القانون والرهن الرسمي مصدره الإتفاق، كما يختلفان حسب ما جاء في نص المادة 986 فقرة 3 ق م ج.²

- أما الرهن الرسمي والكفالة: فيتفقان في أن كل منهما وسيلة ضمان للدين تنشأ بإرادة الأفراد. ويختلفان في أن الإلتزام في الكفالة يكون في الذمة المالية للكفيل، أما الإلتزام في الرهن الرسمي يكون على المال محل الرهن، كما يختلفان من حيث محل الضمان فالكفيل يكفل دين غيره أما في الرهن فالرهن في الرهن الرسمي يقدم مالا لضمان دينه.

3- خصائص الرهن الرسمي: وتتمثل خصائصه فيما يلي:

1- الرهن الرسمي حق عيني عقاري:

وهذا بالرجوع إلى نص المادة 882 ق م ج: " عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على العقار.. " ويمنح بموجبه للدائن المرتهن أفضلية على غيره من الدائنين وهي سلطة مباشرة على هذا

¹ - حيث جاء في نص المادة 986 ق م ج فقرة 1 ما يلي "يسري على حقوق الامتياز العقارية أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق"

وجاء في نص المادة 987 ق م ج ما يلي "يسري على الامتياز ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تلفه"

وجاء في نص المادة 988 ق م ج ما يلي "ينقضي حق الامتياز بنفس الطرق التي ينقضي بها الرهن الرسمي وحق رهن الحيازة، وفقا

لأحكام انقضاء هذين الحقين، مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك."

² - حيث جاء في نص المادة 986 فقرة 3 "غير أن حقوق الامتياز العامة ولو كانت مترتبة على عقار لا يجب فيها الاشهار ولا حق التتبع ولا حاجة للاشهار أيضا في حقوق الامتياز العقارية الضامنة، بمبالغ مستحقة للخرينة العامة وهذه الحقوق الممتازة جميعا تكون أسبق في المرتبة على أي حق امتياز عقاري آخر أو حق رهن رسمي مهما كان تاريخ قيده. أما فيما بينهما فالامتياز الضامن للمبالغ العامة المستحقة للخرينة يتقدم على حقوق الامتياز العامة."

الحق. (أي حق الرهن وليس الملكية)، كما نفهم من النص أن الرهن الرسمي لا يرد إلا على العقارات أما المنقولات فهي مستبعدة من هذا الإجراء (الرسمية) ماعدا استثناء رهن بعض المنقولات ذات القيمة الاقتصادية الكبيرة كرهن السفن والطائرات.....¹ الخ.

2- الرهن الرسمي حق عيني تبعي وغير قابل للتجزئة:

تعود نشأة الرهن الرسمي لوجود حق شخصي للدائن على ذمة المدين فيكون الرهن الرسمي تابعا لهذا الحق الأصلي، ويبقى تابعا له في وجوده وصحته وإنقضاءه وهذا حسب المادة 893 ق م ج.

كما تنص المادة 892 ق م ج على أن "كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل دين وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها، ما لم ينص القانون أو يقضي الاتفاق بغير ذلك".

ونفهم من النص:

- أن كل جزء من العقار ضامن لكل الدين.
- وان كل جزء من الدين مضمون بكل العقار فمثلا لو دفع المدين جزء من الدين يبقى العقار المرهون ضامنا للجزء المتبقي.

3- حق ناشيء بمقتضى عقد رسمي لا ينقل الحياة:

وهذا يتضح من خلال نص المادة 883 ق م ج "لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي..."، إن تخلف الرسمية يؤدي إلى بطلان عقد الرهن الرسمي بطلانا مطلقا.²

كما أن الرهن الرسمي على خلاف الرهن الحيازي يجعل العقار يبقى في حيازة المدين الراهن بمعنى بقاء حق التصرف لمصلحته، وهذا لا ينقص من قيمته كضمان لأن العقار شيء ثابت لا يمكن إخفاءه.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 42.

² - المادة 886 ق م ج فقرة 2 حيث جاء فيها ما يلي: "ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه في المزاد العلني، وأن يكون معنا بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه، وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن أو في عقد رسمي لاحق وإلا كان باطلا".

ثانياً: شروط إنشاء الرهن الرسمي

تتلخص هذه الشروط في شروط موضوعية طبقاً للقواعد العامة وشروط موضوعية خاصة وشروط متعلقة بالإجراءات الشكلية.

1- الشروط الموضوعية:

وتتمثل أساساً في الرضا و خلوه من العيوب، وهذا طبقاً للقواعد العامة ولكن الأهلية في الرهن الرسمي لها أحكام خاصة، لذلك نخصها بالحديث إضافة إلى الشروط الموضوعية الأخرى الخاصة بالرهن الرسمي، وهي التي تخص العقار الذي يرد عليه الرهن وشروط موضوعية أخرى تخص الإلتزام المضمون بالرهن.

أ- الأهلية:

فالمدين الراهن: يجب أن تتوافر فيه أهلية الأداء الكاملة، القدرة على مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، أي إكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات ومناطها الرشد، وهذا نظراً لخطورة التصرف الذي يقوم به المدين الراهن.¹

وحسب المادة 884 ق م ج قد يتم التعبير عن الإرادة من طرف الشخص نفسه أو شخص من الغير²

و لكن بشرط أن يكون العقار في كلتا الحالتين ملكاً للراهن، لأن الرهن من أعمال التصرف وليس الإدارة بالنسبة للراهن.

أما أهلية المرتهن فيلاحظ أن الرهن الرسمي عقد ملزم لجانب واحد هو الراهن، أما الدائن المرتهن فلا يلتزم بشيء ولذلك يكفي لمباشرته أن تتوافر أهلية الاغتناء، أي أهلية مباشرة الأعمال النافعة نفعاً محضاً، بمعنى أن يكون مميزاً سواء صبي مميز أو من يأخذ حكمه كالسفيه وذا الغفلة وهو الرأي السائد خاصة في الفقه المصري.³

¹ - المادة 884 ق م ج وجاء فيها: "يجوز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو شخصاً آخر يقدم رهناً لمصلحة المدين"

² - أهم صور التعبير عن الإرادة بواسطة الغير: الوكالة القانونية والوكالة الإتفاقية.

³ - محمد صبري السعدي، التأمينات العينية، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 32.

ب-العقار الذي يرد عليه الرهن:

يجب توافر فيه خمسة شروط، ويجب أن يكون هذا الشيء المرهون: عقارا وقابلا للتعامل فيه، وأن يباع بالمزاد العلني، وأن يكون موجودا ومعينا تعينا دقيقا بداته ومشتملاته وأن يكون مملوكا للمدين الراهن.

الشرط الأول: أن يكون عقار

ويترتب علي ذلك أن لا يتطلب نقل حيازة العقار إلى الدائن المرتهن، لأنه لا خطورة عليه ببقائه في يد المدين لأن العقار شيء ثابت، وحماية للغير يجب القيام ببعض الاجراءات تتمثل في اجراء الشهر العقاري أي علانية الرهن.

لا يصح رهن المنقول رسميا مثل: السيارات، الأثاث..... إلخ ماعدا المنقولات ذات القيمة العالية كالطائرات والسفن_ هذا بحسب الأصل_ لكن المشرع نص في المادة 886 ق م جزائري: "ما لم يوجد نص يقتضي بغير ذلك" حيث نصت المادة 120 قانون تجاري "يثبت الرهن الحيازي بعقد رسمي ويتقرر وجود الإمتياز المترتب على الرهن بمجرد قيده بالسجل العمومي الذي يمسك بكتابة المحكمة التي يستغل في نطاق دائرتها المحل التجاري، ويجب إتمام نفس الإجراء بكتابة المحكمة التي يقع بدائرتها كل فرع من فروع المحل التجاري التي شملها الرهن الحيازي".¹

كما يتضح من المادة 889 ق م ج² أن الباني في ملك غيره يستطيع رهن البناء ويقع الرهن صحيحا، إلا إذا زالت ملكية المباني لصاحب الأرض بالإلتصاق، لكن يبقى للدائن حق التقدم على ثمن الأتقاض.

ويطبق نفس الحكم على الغراس إذا كان مملوكا لغير صاحب الأرض، وحق الإنتفاع يجوز رهنه إذا كان مقرر على عقار ويكون مصيره مصير الرهن، فهو يتبعه إذ ينقضي بإنقضاء أجله أو بموت المنتفع لكن لا يزول رهن الإنتفاع إذا تم النزول عنه لمالك الرقبة، فهذا لا يؤثر في حق

¹ - أنظر المادة 120 من أمر رقم 75-59 المؤرخ في في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري ج.ر.ج. العدد 101 مؤرخة في 19 ديسمبر 1975 المعدل والمتمم.

² - وقد جاء فيها ما يلي: "يجوز لمالك المباني القائمة على أرض الغير أن يرهنها وفي هذه الحالة يكون للدائن حق التقدم في إستيفاء الدين من ثمن الأتقاض إذا هدمت المباني، ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا إستبقى المباني وفقا للأحكام الخاصة بالإلتصاق".

الدائن المرتهن رغم إنقضاء الإنتفاع، والمادة 874 تنص على أنه إذا إنقضى الإنتفاع بسبب إساءة المنتفع فلا ينقضي الرهن ويعود العقار متقلا به لهذا المالك.

الشرط الثاني: أن يكون العقار مما يصلح التعامل فيه

ما دام أنه وسيلة ضمان فيجب أن يكون مما يصلح التعامل به. فمثلا لا يجوز رهن عقار مملوك للدولة أو رهن عقار لا يجوز التصرف فيه لأنه سيباع في المزاد العلني.¹

الشرط الثالث: شرط الوجود وقت الرهن

فلا يجوز مثلا رهن المباني قبل إتمام بنائه، فلا يجوز رهن العقار المستقبلي، ونلاحظ أن المشرع المصري في المادة 1033 قد أقر "يقع باطلا رهن المال مستقبلا"²

وهذا الأمر لم يحدث في التشريع الجزائري وكان الأجدر النص عليه.

مثال: رهن المال المستقبلي إنتظار الهبة أو الإرث أو الوصية.....إلخ.

الشرط الرابع: أن يكون معينا تعينا دقيقا

يعين كل من مكان المبنى من حيث الطبيعة، ومن حيث الموقع، وشمول الرهن لملحقات

العقار المرهون: من حق الإرتفاق ومشتمات العقار وهي:

- حقوق الإرتفاق.

- العقارات بالتخصيص (كآلات الزراعة والمصانع)

- التحسينات والإنشاءات التي تعود بمنفعة على المالك.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 58.

² - المرجع نفسه، ص 59.

الشرط الخامس: أن يكون المال المرهون مملوكا للراهن

إذا كان المشرع الجزائري سكت عن حكم رهن ملك الغير¹ إلا أنه أباح رهن المباني المقامة على ملك الغير حسب المادة 889 ق م ج ويبقى هذا الرهن ما بقيت المباني في الحالات التي تستحق فيها هذا المقابل.

أما رهن المالك على الشيوع، فبداية نقول أن للمالك على الشيوع حق إستعمال والتصرف في هذا الشيء لكن دون الإضرار بباقي الشركاء، لذلك هناك أربع صور من التصرف في هذا العقار المملوك على الشيوع:

الصورة الأولى: الرهن الصادر من جميع الشركاء

فبحسب نص المادة 890 فقرة 1 "يبقى نافدا....." فهو يقع صحيحا ونافدا في حقهم جميعا وهذا قبل القسمة وبعد القسمة أيضا مهما كانت نتيجتها.

لكن يثور التساؤل في حالة قسمة العقار الشائع، ووقوع الرهن في نصيب أحد الشركاء الثلاثة فإنه يتحمل هذا الشريك الرهن ثم يعود على باقي شركائه السابقين.

الصورة الثانية: الرهن الصادر من أغلبية الشركاء

فحسب نص المادة 720 ق م ج للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلى باقي الشركاء يجب بشرط موافقة القضاء عليه.

الصورة الثالثة: رهن الشريك لحصته الشائعة أو لجزء مفرز من العقار

فحسب المادة 714 ق م ج فقرة 1 هذا الرهن صحيح ولا مشكلة في حالة بقاء الشيوع لكن عند القسمة قد لا يقع في نصيب الراهن الجزء المرهون، فإذا إختص الشريك الراهن لجزء مفرز يعادل في قيمته الحصة المرهونة، فإن الرهن ينحصر في هذا الجزء المفرز الذي آل إليه.

¹ - بداية لم ينص المشرع الجزائري على حكم ذلك وهذا خلافا للمشرع المصري الذي إعتبر رهنا قابلا للإبطال إذ تلحقه الإجازة إذا وافق عليه صاحب العقار، لكن ما حكم رهن ملك الغير في القانون الجزائري في ظل هذا السكوت، فيحسب ما ذهب إليه الدكتور محمد صبري السعدي، فإنه يأخذ حكم بيع ملك الغير المقرر في النصين (397-399)، محمد صبري السعدي، للتأمينات العينية، المرجع السابق، ص 40.

أما رهن الشريك لجزء مفرز من العقار الشائع فبحسب نص المادة 714 فقرة 2 ونص المادة 890 ق م ج فقرة 2 فإنه ينتقل هذا الرهن إلى الجزء المفرز الذي آل إليه.

الصورة الرابعة: رهن الشريك لكل المال الشائع.

وهذه الحالة باطلة، إذ لا يجوز ترتيب أي حق على المال الشائع دون موافقة كل الشركاء، حيث وحسب نص المادة 715 ق م ج تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد إتفاق يخالف ذلك.

إضافة إلى كل هذه الصور والحالات للرهن هناك صور أخرى تستخلص من النصوص الواردة في القانون المدني الجزائري:

-كرهن المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي، فحماية لمصلحة الدائن حسن النية، جاء حكم المادة 885 ق م ج إستثناء من القاعدة العامة، حيث أقرت بإنتقال العقار متقلا بالرهن.

-أما رهن المالك الظاهر والوارث الظاهر فلا يسري لأنه رهن ملك الغير.

ج- الإلتزام المضمون بالرهن:

-يجب أن يوجد هذا الإلتزام المضمون (أي شرط الوجود) وأن يكون معيناً وأن يكون موجوداً، لأن الرهن يتبع الدين المضمون في وجوده وصحته وإنقضائه.¹

-إذن فالإرتباط ما بين الرهن والدين المضمون هو إرتباط التابع بالمتبوع، فإذا كان الدين صحيحاً صح الرهن وإلا فهو باطل، وإذا انقضى الدين انقضى الرهن تبعاً له، كل هذا حتى ولو كان الراهن شخصاً آخر غير المدين.

فللكفيل العيني أن يتمسك بأوجه الدفوع المتعلقة بالدين، من بطلان أو انقضاء حتى لو تنازل المدين عنها، وهذا إلى جانب تمسكه بأوجه الدفوع الخاصة به.²

¹ - المادة 893 فقرة 1 ق م ج.

² - أنور العمروسي، الحقوق العينية التبعية، التأمينات العينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 103.

- وكذلك لا عبرة بالمصدر الذي ينشئ الدين المضمون، فقد يكون الرهن ضمانا لإلتزام مصدره العقد أو الفعل الضار، أو الإثراء بلا سبب أو نص القانون، لكن يجب تعيين ذلك (أي هذا المصدر)

- الدين المعلق على شرط، والدين المستقبلي والدين الاحتمالي فبالرجوع إلى نص المادة 891 ق م ج يجوز أن ينشأ الرهن لضمان دين معلق على شرط واقف أو شرط فاسخ، فإذا تحقق الشرط **في الحالة الأولى:** وجد الدين وتأكد الرهن تبعاً له وإذا تخلف الشرط فإن الدين لا يوجد ويزول الرهن.

وفي الحالة الثانية: إذا تحقق الشرط الفاسخ زال الدين بأثر رجعي وزال تبعاً لذلك الرهن، وإذا تخلف الشرط الفاسخ استقر الدين وتأكد الرهن تبعاً له.¹

كذلك يجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين مستقبلي أو دين احتمالي وكلاهما دين لم يكن قد وجد قبل إبرام عقد الرهن والفرق بينهما أن نشوء الدين الإحتمالي غير مؤكد.

وبعد بيان هذه الشروط الموضوعية للرهن الرسمي والمتمثلة في الأهلية وخلو الرضا من العيوب طبقاً للقواعد العامة إضافة إلى شروط خاصة بالعقار الذي يرد عليه الرهن وشروط خاصة بالدين المضمون، وكل هذه الشروط لا تكفي ولا تكتمل إلا بوجود الشروط الشكلية.

2- الشروط الشكلية:

لإنعقاد الرهن الرسمي من حيث الشكل يجب توافر شرطان

الشرط الأول : أن يكون الرهن في ورقة رسمية.

الشرط الثاني: أن يظهر في هذه الورقة الرسمية بيانات التخصيص من حيث العقار المرهون والدين المضمون، وهذه الرسمية تقررت لمصلحة الراهن والدائن المرتهن معاً.

فبالنسبة لتقرير الرسمية لمصلحة الراهن فذلك لأن الراهن يحتفظ بملكية العقار المرهون وبحيازته وهذا يغريه على أن يعتقد أنه سيتخلص من الرهن، ولكن قد يطول الأمر به دون أن

¹ -محمد صبري السعدي، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 73.

يتخلص من الرهن وفي بعض بعض الأحيان يقع فريسة نزع ملكية العقار المرهون ليستوفي الدائن دينه.

أما كون الرسمية قررت لمصلحة الدائن المرتهن فذلك يظهر من خلال أن الدائن المرتهن يجد نفسه في حاجة إلى التثبيت من أصل ملكية الراهن ومن أهليته للتعاقد، فالتجاؤه إلى الرسمية يجعله في أمن من ذلك إذ يكون إلى جانبه موظف رسمي يجمع له شتات الأمور ويعينه على تدبير أمره، هذا إلى جانب أن الرسمية من شأنها أن تضع في يد المرتهن سندا قابلا للتنفيذ، فلا يحتاج إلى حكم إذا حل أجل الدين.¹

كما أن الرسمية قد تقرر لمصلحة الإئتمان في حد ذاته، فذلك يظهر من ضرورة كتابة العقد كتابة صحيحة ولا يتوافر ذلك إلى درجة كبيرة إلا إذا كان العقد رسمياً.²

الفرع الثاني: آثار الرهن الرسمي

إن آثار الرهن الرسمي تنصرف أساساً إلى طرفي هذا العقد، وهما المدين الراهن والدائن المرتهن، فبنشأ نتيجة هذه العلاقة حقوق والتزامات في ذمة كل منهما لكن هذه الآثار لا تقتصر عليها فقط، بل تمتد إلى الغير أيضاً لكن التشريعات وضعت شروطاً لإنتقال هذه الآثار إلى الغير أو بالأحرى إحتجاج الدائن المرتهن بهذا العقد في مواجهة الغير يتطلب إجراء القيد والشهر.

لذلك سنقسم هذه الآثار إلى قسمين:

أولاً: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمتعاقدين

إن عقد الرهن الرسمي يكسب الدائن المرتهن حقاً على العقار المرهون، وهو حق الرهن حيث يستطيع الدائن إذا حل أجل الدين أن يستعمل دعوى الرهن على العقار المرهون، فيكون له حق التقدم على جميع الدائنين العاديين لمدينه، وكذلك على الدائنين المقيدين إذا كانوا متأخرين في المرتبة، وله حق التتبع إذا انتقلت ملكية العقار من يد الراهن إلى يد أخرى.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 281، ص 280.

- المرجع نفسه، ص 281²

كما يمنح هذا الرهن حقوق للراهن أهمها: حق التصرف في العقار، لأن الرهن لا يحرمه حق الملكية، لذا نوضح كل هذا بداية بآثار الرهن بالنسبة للراهن ثم آثار الرهن بالنسبة للمرتهن.

1- آثار الرهن الرسمي بالنسبة للراهن:

وسنوضح التزامات وحقوق المدين المراهن

أ- التزامات الراهن:

أ-1- الإلتزام بإعطاء المرتهن حق الرهن:

إن حق الدائن ينشأ بمجرد العقد ولا يتوقف على أي إجراء كإجراء القيد، لأن الفائدة من القيد هو نفاذ الرهن في مواجهة الغير وليس لنشأة الحق ذاته.¹ حيث لا ينشأ حق أفضلية أو تتبع دون شهر وقيد

أ-2- الإلتزام الراهن بضمان سلامة الرهن:

فبالرجوع إلى نص المادة 898 ق م ج فضمان السلامة واجب على الراهن وحق للدائن المرتهن، فهو ملزم بعدم المساس به، وللدائن حق الاعتراض حسب المادة 899 ق م ج إذا كان هذا المساس ينقص ضمانه إنقاصا كبيرا.

أ-3- الإلتزام بضمان الهلاك أو التلف:

فحسب نص المادة 899 ق م ج إذا أدى فعل الراهن إلى هلاك العقار المرهون أن تلتفه فيكون الدائن المرتهن مخير بين أن يطلب تأميناً كافياً أو يستوفي حقه فوراً.

فمن خلال هذا النص نجد أن الإرادة التشريعية قد حمت الدائن المرتهن بإتخاذ إجراءات ما يحفظ به ضمانه المتحصل من الرهن كما أن المادة 898 ق م ج سمحت للمرتهن بطلب الترخيص للقيام بالترميم على حساب الراهن، لكن إذا نشأ الهلاك أو التلف لسبب لا ينسب إلى

¹ - حيث تنص المادة 904 ق م ج على ما يلي: "لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على عقار..."

المدين ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين فللمدين الخيار بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل (المادة 2/899).

وحسب نص المادة 900 ق م ج قد يؤدي هلاك العقار أو تلفه إلى حصول الرهن على بديل له من التعويض أو تأمين، وحق الدائن ينتقل إلى الحق الذي يحل محل العقار المرهون، وهذا ما يسمى بالحلول العيني مثل المبلغ الذي يتحصل عليه الرهن مقابل نزع الملكية للمنفعة العمومية أو باعه أنقضاء، لأن الهلاك هنا أدى إلى حرمان الدائن المرتهن من ميزة التتبع فلم يبقى أمامه إلا أخذ حقه من ثمن التعويض الذي حصل عليه المدين الرهن.

أ-4- إلتزام الرهن بنفقات الرهن:

على الرهن الإلتزام بمصاريف العقد ونفقات القيد حيث أكدت المادة 883 ق م ج على ذلك بقولها: "تكون مصاريف العقد على الرهن إلا إذا إتفق على غير ذلك".

وأكدت المادة 906 ق م ج على أن مصروفات قيد الرهن وتجديده ومحوه على الرهن بقولها "تكون مصاريف القيد وتجديده وشطبه على الرهن مالم يتفق على غير ذلك".

ب- حقوق المدين الرهن:

ب1- حق التصرف في العقار:

يجوز للرهن أن يتصرف في العقار المرهون سواء كان التصرف مادياً أو قانونياً بشرط أن لا يضر بحقوق الدائن المرتهن.¹ أما التصرف المادي لا يجب أن يمس بسلامة الرهن، والتصرف القانوني فله أن يتصرف في العقار بالبيع أو الهبة أو المقاصة مثلاً. كما له أن يرتب كل الحقوق العينية الأخرى، كحق الإنتفاع، الإرتفاق، رهن العقار مرة أخرى، ومعيار التفرقة بين التصرف الجائز وغير الجائز هو الإنقاص من ضمان الدائن المرتهن.

¹ - نص المادة 894 ق م ج.

-بيع العقار المرهون بإعتباره منقولاً بحسب المآل:

قد لا يؤثر تصرف الراهن في الثمار وهي متصلة بالعقار أو محصول الأراضي لأنه يعد من قبيل أعمال الإدارة¹ ويحق له ذلك ما دامت الثمار لم تلحق بالعقار المرهون، أما إذا كان التصرف يرد على أصل العقار بإعتباره منقول بحسب المآل، فهذا التصرف يمثل خطراً بالنسبة للمرتهن كأن يهدم الراهن العقار ويبيعه أنقاضاً، فهنا يجوز للمرتهن أن يعترض على هدم العقار.

-بيع العقارات بالتخصيص:

إن التصرف فيها يشكل خطراً على الدائن المرتهن لأنه ينقص من قيمة الضمان وهذا التصرف لا يسري في حق الدائن إذا كان مقيداً وللدائن الإعتراض على فصل العقارات بالتخصيص، أما إذا تم البيع فعلاً وانتقلت الحيازة ليد المشتري فهنا تراعي نية المشتري فإذا كان سيء النية جاز للمرتهن إسترداده ولا يستطيع المشتري التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.²

أما إذا كان حسن النية فإن حق الدائن في التتبع ينقضي لأن المشتري يحتج عليه بالحيازة فلا يبقى للدائن إلا الحجز على الثمن أو حق الأفضلية.

ب-2-سلطة الإستعمال:

له هذه السلطة لكن يشترط المحافظة على سلامة العقار وألا يخربه عمداً أو إهمالاً، فليس له أن ينقص من قيمة العقار عند استعماله، وليس له أن يهدم العقار المرهون، إلا إذا أراد من وراء هدمه أن يقيم على الأرض بناء آخر لا يقل عن البناء الأول. وإضعاف الراهن لضمان سلامة العقار، من شأنه أن يؤدي إلى إسقاط الأجل ويطلب حقه فوراً.³

¹ -المادة 895 ق م ج

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 401، 402 .

³ - المرجع نفسه، ص 413.

ب-3-سلطة الإستغلال:

إن الرهن لا يحرم المدين الراهن من حقه وسلطته على الشيء بإعتباره مالكا، لكنه فقط مقيد بسلامة هذا العقار حتى لا يضعف من تأمين الدائن.¹

وإذا رأى الدائن أن هناك أعمال تضر بحقه، له أن يتخذ الوسائل التحفظية الكفيلة بحماية ضمانه كطلب تعيين حارس على العقار المرهون، وقد حدد المشرع تاريخ شروع الدائن بالتنفيذ على العقار المرهون لإستقاء حقه وهذا بتسجيل تنبيه بنزع الملكية.

فقبل تاريخ تسجيل التنبيه، يمكن للراهن إستغلال هذا العقار، لكن بعد هذا التسجيل فإن يد الراهن تغل عن إستغلاله، وقد نصت في هذا الصدد أحكام المادة 896 و 897 من القانون المدني الجزائري.²

2-آثار الرهن الرسمي بالنسبة للدائن المرتهن:

ونخص بالذكر حقوق الدائن المرتهن سواء قبل حلول أجل الدين أو بعده وكذلك القواعد العامة في التنفيذ على رجوع المرتهن.

أ-حقوق الدائن المرتهن:**أ-1-قبل حلول أجل الدين:**

لا يكون للدائن المرتهن سوى الحق في مراقبة ما يترتب عليه المساس بحق أو الإنقاص منه فإذا حدث ذلك فله إتخاذ الإجراءات التحفظية اللازمة للمحافظة على العقار من التلف.

أ-2-بعد حلول أجل الدين:

إذا حل الأجل ولم يف المدين بالدين، جاز للدائن المرتهن التنفيذ على العقار المرهون متبعا في ذلك إجراءات فرضها القانون. كما يجوز له التنفيذ على سائر أموال المدين (الضمان العام) في حالة عدم كفاية ثمن العقار للوفاء بالدين فالدائن المرتهن لا يستوفي حقه من العقار

¹ - وهذا حسب نص المادة 898 ق م ج.

² - حيث تحدث عن الإيجار الذي يقوم به المدين الراهن يكون صحيحا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه بنزع الملكية لكن بعد تسجيل هذا التنبيه الأصل أن تغل يد المدين الراهن عن هذا الإستغلال.

المرهون طبقاً لإجراءات معينة تنتهي إلى بيع العقار جبراً بالمزاد العلني، وكل إتفاق يخالف ذلك يعد باطلاً لمخالفته للنظام العام، وهذا ما نتعرض إليه فيما يلي:

• **بطلان شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء:**

لا يجوز للدائن الإتفاق مع المدين على تملك العقار عند عدم إستيفاء الدين وقت حلول أجله نظير ثمن معلوم، والغرض من البطلان حماية للراهن من إستغلال المرتهن والبطلان يرد على الشرط دون الرهن، أما إذا حل الدين يجوز الإتفاق على تمليك العقار لإنتفاء شبهة الإستغلال فيه.¹

• **بطلان شرط البيع دون إتباع الإجراءات التي فرضها القانون:**

بالرجوع إلى نص المادة 903/ 1 يكون باطلاً كل إتفاق يجعل للدائن الحق.... أو في أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الإتفاق قد أبرم بعد الرهن" ويسمى هذا الشرط في الفقه "شرط الطريق الممهد" فيلغي الشرط ويبقى الرهن صحيحاً.

كل هذا قبل حلول أجل الدين، أما إذا حل الأجل أو قسط منه، فيجوز أن يتم الإتفاق بين الدائن والمدين على بيع العقار المرهون بالممارسة أو بإجراءات أقل تعقيداً من الإجراءات التي ينص عليها قانون الإجراءات المدنية.²

أ-3- **حقوق الدائن المرتهن على الكفيل العيني:**

باعتبار أن الكفيل يرهن عقاره لضمان دين غيره، فإن مسؤوليته تتحدد بالمال الذي قدمه ضماناً لدين المدين ومن تم لا يجوز للدائن المرتهن أن ينفذ على غيره، كما لا يجوز له في حالة عدم كفايته للوفاء بكامل حقه التنفيذ بالباقي على أموال الكفيل العيني الأخرى، وليس أمام الدائن المرتهن سوى الرجوع بالباقي على المدين، وهذا إنطلاقاً من نص المادة 901 ق م ج والتي جاء

¹ - المادة 903 ق م ج.

² - محمد صبري السعدي، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 118.

فيها: "إذا كان الراهن شخص آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا على ما رهن من ماله....".

ب- القواعد العامة في التنفيذ على رجوع المرتهن

ينفذ الدائن بحقه على العقار المرهون بعد التتبيه على المدين بالوفاء، علماً بأن إستيفاء الدائن لحقه من ثمن بيع العقار في المزاد العلني وفقاً للإجراءات المبينة في قانون الإجراءات المدنية مما يتعلق بالنظام العام،¹ بحيث يبطل كل إتفاق على غير ذلك قبل حلول أجل الدين لما في ذلك من شبهة إستغلال الدائن المرتهن لحاجة المدين الراهن.

ثانياً: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للغير

إن إنعقاد الرهن الرسمي بين الدائن المرتهن والمدين الراهن يتطلب القيام بإجراء القيد حتى يسري في مواجهة الغير، والمقصود بالقيد هو إجراء يتم في المحافظة العقارية الواقع في دائرة إختصاصها العقار المرهون، وهو بمثابة شهر الرهن ويتم ذلك بالتأشير على البطاقة الخاصة بالعقار المرهون. وقد أكدت المادة 905 من القانون المدني الجزائري على أنه يسري قانون الشهر العقاري على كل الإجراءات الخاصة بالقيد من تجديد وشطب، وأما نفقات ومصاريف القيد فهي على الراهن، ما لم يوجد إتفاق يقضي بخلاف ذلك.²

والغرض من تحديد تاريخ القيد هو نشوء حق التقدم لأن مرتبة الرهن الرسمي يبدأ حسابها من ذلك التاريخ ولو كان الدين لم ينشأ بعد، كأن يكون إحتمالياً أو معلق على شرط. وهذا ما قرره المادة 908 من ق م ج.

وإذا تأخر إجراء القيد فلن يستفيد من إجراءه فيما بعد، وهذه الحالات التي تعطل فيها أثر القيد وهي بالتالي توقف أثره ويكون غير نافذ في مواجهة الغير وهذه الحالات هي:

¹ - أنظر إجراءات البيع بالمزاد العلني في المادة 747 وما بعدها، من قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية جريدة رسمية رقم 21 مؤرخة في 23 أبريل 2008.

² - المادة 906 ق م ج.

➤ شهر إفلاس المدين: بحيث بعد شهر الإفلاس لا يمكن إجراء قيد الرهن الصادر من المدين الراهن الذي ظهر إفلاسه، وإذا تم القيد فيمكن الحكم ببطلانه فلا يصح التمسك به من قبل جماعة الدائنين.

➤ تسجيل التنبيه بنزع الملكية: فإذا قام أحد الدائنين بتسجيل التنبيه بنزع الملكية فلا يستطيع بعدها الدائن المرتهن الذي يكون قد نشأ حقه أن يقيد رهنه، وإذا قيده فلا يحتج به على الغير ولا يكون نافدا في مواجهتهم.

لكن إذا كان القيد صحيحا بكل شروطه فإنه يرتب حقين للدائن المرتهن هما حق الأفضلية وحق التتبع.

1- حق الأفضلية: المقصود بحق الأفضلية حق الدائن المرتهن في التقدم في إستيفاء حقه من العقار المرهون على الدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة والدائنين العاديين وهذا ما نصت عليه المادة 882 ق م ج.¹

كما أن نص المادة 907 من القانون المدني الجزائري أكدت بأن الدائنين المرتهنين ليستوفون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار أو المال الذي حل محله، بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا أجروا القيد في يوم واحد والحقوق التي يستوفوها الدائن بطريقة الأفضلية وهي أصل الدين والفوائد والمصروفات وهذه الأخيرة تشمل الرهن وقيده تجديده.... إلخ وهذا حسب نص المادة 909 ق م ج.²

أما فيما يخص محل الأفضلية فهو ما يباشر عليه الدائن المرتهن حقه في التقدم وهو بصفة أصلية ثمن العقار بعد بيعه بالمزاد العلني، إلا أن الحق لا يرد على ثمن العقار فقط وإنما يرد على ملحقاته الملحقة به من تاريخ تسجيل التنبيه بنزع الملكية مع الآخذ بعين الإعتبار أن صاحب حق الإمتياز العام يتقدم على أصحاب الحقوق المقيدة حتى ولو وجدت قبل حقه لأن حق الإمتياز العام لا يخضع للقيد، وكذلك المبالغ المستحقة للخزينة العامة أما الحقوق الواجبة الشهر

¹ - حيث جاء فيها: ".....إن يتقدم على الدائنين التاليين له في إستيفاء حقه من ثمار ذلك العقار....."

² - حيث جاء في نص المادة: "يترتب على قيد الرهن إدخال مصاريف العقد والقيد والتجديد إدخالا ضمنيا في التوزيع وفي مرتبة الرهن نفسها، وإذا سجل أحد الدائنين تنبيه نزع العقار إنتفع سائر الدائنين بهذا التسجيل".

فمرتبة كل منها تتحدد على أساس الأسبقية في القيد وهذا ما قرره المادة 907 ق م ج السالفة الذكر.

لكن على الرغم من هذا التأكيد على إحترام مرتبة كل دائن مرتهن لمرتبة غيره من الدائنين إلا أن التشريع الجزائري على غرار باقي التشريعات الأخرى قد سمح لهؤلاء الدائنين التنازل عن مرتبة الرهن.¹

فيفترض وجود أكثر من حق مقيد على نفس العقار، وهذا التنازل يجب ألا يضر بحقوق الدائنين الآخرين المقيدة حقوقهم على العقار، وعليه يتم التنازل إلا في حدود قدر الدين المتنازل والإحتجاج بهذا التنازل يجب أن يأتى به على هامش قيد المتنازل عن مرتبته ويمكن التمسك في مواجهة المتنازل كبطان الدين المضمون بالرهن أو بطلان الرهن أو بطلان القيد أو انقضاء الرهن قبل التنازل.

كما يمكن الإحتجاج على المتنازل له بأوجه الدفع الخاصة بدينه، فإذا كان دينه قد انقضى فلا فائدة من التنازل له.

2- حق التتبع: ويقصد به حق الدائن المرتهن² في تتبع العقار المرهون أي قدرته على التنفيذ على هذا العقار حتى وإن إنتقلت ملكيته إلى غير الراهن، فله أن يتبع العقار في أي يد ينتقل إليها العقار، أما إذ ظلت الملكية في يد الراهن فلا حاجة لحق التتبع ويكون حق التقدم كافيا لإستيفاء حقه.³

ويسمى الشخص الذي يمارس حق التتبع في مواجهته "الحائز" والذي عرفته المادة 911 فقرة 2 ق م ج⁴ لمباشرة الدائن المرتهن لحق التتبع يجب توافر بعض الشروط.

¹ - وهذا ما جاء في نص المادة 910 ق م ج.

² - ويستفيد من حق التتبع كل دائن مرتهن مهما كان ولو كان متأخرا ولا يستفيد من بيع العقار، وهذا نستخلصه من نص المادة 911 فقرة 1 ق م ج.

³ - نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص171.

⁴ - حيث جاء في نص هذه المادة: هو كل من إنتقلت إليه ملكية العقار بأي سبب من الأسباب ملكية العقار المرهون أو حق عيني آخر لرهن دون أن يكون مسؤولا مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن.

أ- شروط مباشرة الدائن المرتهن لحق التتبع:

- أن يكون حق الشخص حالاً وقت إستعمال حق التتبع لحلول أجل الدين.
- أن يكون قيد الرهن قد تم في الوقت الملائم، حيث يجب أن يكون رهن الدائن مقيداً قبل تسجيل التصرف الذي تم بمقتضاه نقل الملكية إلى الغير حيث يكون نافداً في حقه.

ب- إجراءات التتبع:

أول إجراء يقوم به الدائن المرتهن هو تنبيه المدين ومطالبته بالوفاء ثم إنذار الحائز إما بالوفاء أو التخلي عن العقار، فحسب نص المادة 923 ق م ج لا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ في مواجهة المدين نزع الملكية.... وفقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار، ويكون هذا الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية، أو مع هذا التنبيه في وقت واحد. ويقصد بالتنبيه إعدار المدين بأنه إذا لم يف بالدين يحجز العقار ويبيع بالمزاد العلني وإذا قام المدين بعد تنبيهه، بالوفاء بالدين يتم التوقف عن متابعة الإجراءات.

وبعد الإنذار الموجه للمدين يقوم الدائن بإنذار الحائز ويكون بالدفع أو التخلية وليس هناك ما يمنع أن يقوم الدائن بإنذاره المدين في آن واحد.¹

ج- الدفع الممنوحة للحائز لوقف إجراءات التتبع:

للحائز متى أُنذر أن يعارض في الإنذار في أي وقت أثناء إجراءات نزع الملكية، فإذا لم يعارض حتى الحكم بنزع الملكية وانقضاء مواعيد الطعن، فإن هذا الحكم يحوز قوة الشيء المحكوم فيه بالنسبة إليه.² أما إذا قام بالإعتراض فأمامه نوعين من الدفع: دفع متعلقة بالدين وأخرى مستمدة من عقد الرهن.

فبالنسبة للدفع المتعلقة بالدين: ما جاء في نص المادة 924 ق م ج حول ما إذا كان الدين قد حكم به على المدين بعد شهر سند ملكية الحائز للعقار أو قبل ذلك.

فالفرضية الأولى: إذا ثبت الدين بحكم صادر على المدين قبل تسجيل سند الحائز كان لهذا الحكم حجية الأمر المقضي به في مواجهة الحائز، لأن الحائز في هذه الحالة يعد خلفاً

¹ - المادة 923 ق م ج.

² - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 305.

خاصا للمدين الراهن، وعلى هذا فلا يجوز للحائز أن يتمسك بأي دفع يمنع على المدين نفسه التمسك به بعد صدور الحكم.¹

أما الفرضية الثانية: إذا أثبت الدين بحكم صدر على المدين بعد تسجيل سند الحائز، لم يكن الحكم حجة على الحائز ما لم يشترك في الدعوى، ولا بد من إختصاص الحائز مع المدين فإذا لم يختصم في الدعوى، جاز له أن يتمسك بجميع الدفوع التي كان في وسع المدين أن يحتج بها وإذا اختصم صار طرفا في الدعوى فيمتنع عليه الإحتجاج بأي دفع كان يجوز التمسك به قبل صدور الحكم.²

أما الدفوع المستمدة من الرهن، فيستطيع الحائز أن يتمسك بكل الأوجه التي قد تتضمن الطعن في صحة الرهن ونفاذه، وعلى ذلك فإن الحائز يستطيع أن يتمسك ببطلان الرهن ذاته لعدم إستقائه لشروط من الشروط الموضوعية أو شكلية، أو ببطلان القيد أو بعدم القيام بالقيد أصلا أو بعد تجديد القيد قبل تسجيل التصرف الذي أكتسب به الحائز ملكيته العقار المرهون.

وإذا أخفقت كل هذه المحاولات، إنتقل الحائز إلى جميع الوسائل القانونية التي يحق له أن يختار إحداها لاتخاذ موقف في مواجهة الدائن وهذه الوسائل هي: إما قضاء الديون أو تطهير العقار أو تخلية العقار أو تحمل إجراءات نزع الملكية وبيع العقار بالمزاد العلني وهنا تبين موقف الحائز من بيع عقاره بالمزاد.³

* **قضاء الديون:** ويكون من مصلحة الحائز قضاء الديون إذا كان الدين أقل بكثير من قيمة العقار أو من الجزء الباقي من الثمن في ذمة الحائز والأصل أن قضاء الدين يكون إختياريا من طرف هذا الحائز حسب مصلحته هو.⁴

¹ - سمير تناعو، المرجع السابق ص 108.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 527.

³ - المرجع نفسه، ص 527.

⁴ - حيث نصت المادة 912 ق م ج على مايلي: "يجوز للحائز عند حلول الدين المضمون بالرهن أن يقضيه هو وملحقاته بما في ذلك مصاريف الإجراءات من وقت إنذاره، ويبقى حقه هذا قائما إلى رسو المزاد وله في هذه الحالة أن يرجع بكل ما يوفيه على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون كما يجوز له أن يحل محل الدائن الذي إستوفى الدين فيما له من حقوق إلا ما كان منها متعلقا بتأمينات، قدمها شخص آخر غير المدين".

لكن الحائز مقيد وملزم في حالات معينة إذا طلب منه الدائن المقيد حقه على العقار وذلك في حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان المبلغ المستحق الأداء في ذمة الحائز حالاً.

أما الحالة الثانية: أن يكون الدين غير مستحق الأداء حالاً.¹

وفي كلتا الحالتين فإن وفاء الحائز للدائنين المقيدين تؤدي إلى تطهير العقار من كل الرهون ويكون للحائز الحق في طلب محو ما على العقار من قيود، وليس له الرجوع على أحد لأنه قد وفى بما هو مستحق في ذمته بسبب إمتلاكه العقار المرهون² وتجدر الإشارة أن الحائز له حق الرجوع على المدين عن طريق ثلاث دعاوي وهي: دعوى الشخصية، ودعوى الحلول محل الدائن المرتهن، أو دعوى الضمان على المالك السابق للعقار المرهون.

* **تطهير العقار:** هو وسيلة قانونية يستطيع الحائز بمقتضاها أن يعرض على الدائنين المقيدة ديونهم قبل تسجيل سند ملكية قيمة العقار، فإذا قبل هؤلاء الدائنين العرض دفع لهم الحائز هذه القيمة حسب ترتيب إستحقاقهم ويترتب على هذا تخليص العقار من جميع الرهون حتى تلك التي لم يصب أصحابها شيء من قيمة العقار، أما إذا لم يقبل الدائنون كلهم أو بعضهم هذا العرض وجب عليهم طلب بيع العقار في الحال ولو كانت ديونهم غير حالة، وينتهي عندئذ إما برسو المزاد على الحائز أو على غيره، وفي الحالتين يطهر العقار مما عليه من حقوق، وهذا الحق - أي حق تطهير العقار - مخول للحائز دون غيره وله الخيار في إستخدامه أم لا.

* **تخلية العقار:** إذا إختار الحائز هذا الحل فيجب عليه رفع يده عن العقار وتركه لحارس تعينه المحكمة وتتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية، والغرض منه منع إجراء التنفيذ في مواجهته وعدم ظهور إسمه فيه، ويكون هذا الحق للحائز وحده بشرط أن لا يكون مسؤولاً عن الدين

¹ - وقد نصت في هذا الصدد المادة 914 فقرة 1 و 2.

² - نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 171.

المضمون وقد يصبح الحائز مسؤولاً عن الدين المضمون إما بمقتضى القانون أو بمقتضى الاتفاق وكذلك أجاز المشرع إمكانية تخلية العقار للكفيل العيني رغم أنه لا يعتبر حائزاً.¹

* **تحمل إجراءات نزع الملكية** وهنا يتحمل الحائز إجراءات التنفيذ عليه بإعتباره حائز بعد رفضه للتطهير أو تخلية العقار لكن في جميع الحالات يحق للحائز إستعادة العقار عن طريق المشاركة في المزاد (المادة 925 ق م ج)

- فإذا رسا المزاد على الحائز يعتبر مالكا للعقار بمقتضى سند الملكية الأصلي (المادة 926 ق م ج)

وإذا زاد الثمن الذي رسا به المزاد على ما هو مستحق للدائنين المقيدة حقوقهم كانت الزيادة للحائز (المادة 928 ق م ج).

- أما إذا رسا المزاد على غير الحائز وسجل الحكم انتقلت الملكية إلى من رسا عليه المزاد من وقت هذا التسجيل والذي يجب أن يتم خلال 3 أيام التالية لصدوره.²

ثالثاً: انقضاء الرهن الرسمي

وقد ينقضي بصفة تبعية أو بصفة أصلية:

1- إنقضاء الرهن بصفة تبعية:

بالرجوع إلى نص المادة 933 ق م ج يتضح أن هذه الحالة تكون بإنقضاء الدين المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذي إنقضى به الدين، دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية كسبها في الفترة ما بين إنقضاء الحق وعودته.

فالرهن يتبع الدين الأصلي في نشأته وإنقضائه إلا أنه يجب الإشارة إلى أنه لكي ينقضي الرهن الرسمي يجب أن ينقضي الدين كلية، أما إذا إنقضى الدين جزئياً فالرهن الرسمي يبقى قائماً عملاً بمبدأ عدم تجزئة الرهن الرسمي فكل جزء من العقار ضامن لكن الدين، وأسباب إنقضاء

¹ - المادة 902 ق م ج.

² - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 256.

الدين عديدة منصوص عليها في القواعد العامة¹ منها الوفاء بالدين الأصلي، المقاصة، التجديد، إتحاد الذمة، الوفاء، التقادم.....إلخ.

2-إنقضاء الرهن بصفة أصلية:

ويقصد بذلك إنقضاء الرهن مع بقاء الدين قائما في ذمة المدين وإنقضاء الرهن بهذه الصفة يعود إلى أربع حالات:

أ-تطهير الحائز للعقار المرهون:

وهذا ما جاء في نص المادة 934 ق م ج "إذا تمت إجراءات التطهير إنقضى حق الرهن نهائيا...".

ب-بيع العقار المرهون بالمزاد العلني:

فإذا تم هذا البيع ورسا المزاد ينقضي الرهن متى قام من رسا عليه المزاد بإيداع الثمن لدى خزانة المحكمة أو توزيعه على الدائنين المرتهنين المقيدة حقوقهم الذين تسمح مرتبتهم بإستيفاء الدين.²

ج-تنازل المرتهن عن الرهن الرسمي:

وهذا التنازل يشمل الرهن دون الدين الأصلي حيث يبقى دائما عاديا.

د - هلاك العقار المرهون:

لكن يجب أن يكون الهلاك كليا وليس جزئيا عملا بقاعدة عدم تجزئة الرهن حيث يبقى الجزء المتبقي من العقار ضامنا للدين.

وفي الأخير نقول أن غاية الدائن المرتهن الأساسية من خلال عقد الرهن الرسمي هي أن يستوفي حقه من ثمن العقار حسب المرتبة التي يخولها له القيد الذي أجراه، وفي جميع الأحوال يتم هذا الإستيفاء بالأولوية على سائر الدائنين العاديين وهو ما يسمى بحق الأفضلية أو التقدم أو الأولوية، ولكن قد يحدث حين يُفتح طريق التنفيذ أمام المرتهن أن يكون العقار قد خرج من ذمة الراهن فلم يعد مملوكا له، كما يحدث أن يكون حق آخر من الحقوق المتفرعة على الملكية والتي

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص618.

² - المادة 936 ق م ج.

يجوز التصرف فيها استقلالاً هو الذي خرج، وحينئذ يجد الدائن المرتهن نفسه أمام عدم جدوى التنفيذ على الرهن ووجوب التنفيذ على المال بين يدي هذا الغير الذي آلت إليه الملكية، أو حق متفرع عليها وهذا ما يسمى بحق التتبع أو التنفيذ على المال في أي يد يكون ما دامت ليست يد الرهن ومن تم فإن حق التقدم يلزم الرهن دائماً، أما التتبع فقد يكون أو لا يكون حسب ظروف الحال بل أكثر من هذا فالتتبع ليس حقاً مستقلاً عن التقدم بل هو حماية له، فمثلاً في الضمان العام معروف أن ما يخرج عن ذمة المدين يخرج عن منال الدائنين ما لم ينجحوا في إعادته عن طريق الدعوى البوليصية، أما الرهن فهو بعيد عن هذا الخطر ذلك أن الدائن المرتهن حين يتتبع يطلب نفس الشيء الذي كان يطلبه لو بقي المال في ذمة مدينه، أي يطلب استيفاء حقه بالأولوية من الثمن، ومن ثمة فإن هاتين الميزتين -التتبع والأولوية- يلعبان دوراً فعالاً في دعم ثقة الدائن في استخدام هذه الوسيلة كضمان للدين الأصلي، وتراجع استخدام التأمينات الشخصية التي تعتمد على تقديم كفيل شخصي أو عيني مما يجعل الدائن قلقاً مخافة إفسار الكفيل أيضاً، كما أنه ومن عوامل تقدم نظم التأمينات العينية إستقرار نظام الملكية الفردية، وتزايد قيمة الثروات المنقولة فأصبح من السهل تقديم تأمين عيني سواء على منقول أو على عقار من خلال نظام الحيازة أو الشهر كما أن التأمينات العينية هي استثناء عن قاعدة المساواة بين الدائنين لذلك فقد نظمها المشرع على سبيل الحصر فلا يجوز القياس عليها أو التوسع في تفسيرها.

أما التأمينات الشخصية فتعتبر تطبيقاً لمبدأ المساواة بين الدائنين في الضمان العام لذا فهي يمكن أن تنشأ في أي شكل يرتضيه الأطراف بشرط ألا ينطوي ذلك على مخالفة النظام العام والآداب العامة، لذلك فقد ظهرت أشكال مستحدثة للتأمينات الشخصية تتماشى مع كل تطور حاصل في مجال التجارة والمعاملات الإقتصادية.

إن السر في تطور نظام التأمينات الشخصية واتجاه الإرادة نحو استحداث تقنيات جديدة للضمان يرجع أساساً إلى عدم كفاية كل الضمانات السابقة من ضمان عام أو تأمينات عينية أو شخصية تقليدية.

فالضمان العام لا يقدم للدائن الحماية الكافية، والتأمين الكامل لاستيفاء حقه الذي قد يضيع كلياً أو جزئياً لسبب إعسار المدين أو لسبب مزاحمة باقي الدائنين له في استيفاء حقوقهم، أو لمجرد تخلفه لسبب أو لآخر عن المشاركة في التنفيذ على أموال المدين، أضف إلى ذلك أن الضمان العام لا يقي الدائنين مخاطر التصرفات الضارة التي قد يجريها المدين ويترتب عليها إنقاص حقوقه أو زيادة التزاماته.

كما أن الوسائل التي وضعها القانون لحماية الضمان العام وهي الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية والصورية لا تحمي الدائن من تهاون المدين في تحصيل حقوقه أو التصرف في أمواله غشاً بدائنيه لأن شروط ممارسة هذه الدعاوي كثيرة ومعقدة وصعبة الإثبات خاصة فيما يتعلق بإثبات التوطؤ أو الغش أو الصورية، أضف إلى ذلك أن ما ينتج عن ممارسة هذه الدعاوي لا يستأثر به الدائن الذي باشرها لوحده، بل يتساوى فيه جميع الدائنين مما يعرضه إلى الدخول معهم في قسمة غرماء ولا يحصل بالتالي إلا على جزء من حقه.

وكذلك الحال بالنسبة لنظام الإعسار حيث يترتب عليه ضمان مساواة الدائنين إلا أنه لا يضمن للدائن الوفاء الكامل لحقه لأن المال يقسم بين الدائنين قسمة غرماء.

وإضافة إلى عدم كفاية الضمان العام وعدم تقديمه التأمين المرجو للدائن فإنه حتى التأمينات الشخصية والعينية على الرغم من أهميتها ودورها في مجال الإئتمان إلا أن السلبيات التي تنطوي عليها أدت إلى البحث عن بدائل أو تأمينات مستحدثة، كما أن هذه التأمينات السابقة يصعب في بعض الحالات تقديمها من طرف المدين سواء لعدم توافرها أو لإرتفاع تكلفتها فقد لا يجد المدين كفيلاً يكلفه أو مالا يقدمه رهناً، كما أن التأمينات العينية قد تسبقها حقوق أخرى كحقوق الإمتياز العامة والرهون وحقوق الإمتياز الخاصة الأسبق في القيد، ويقتضي الرهن العديد من الإجراءات القانونية كالقيد والتجديد وإجراءات بيع العقار كما يلقي الرهن الحيازي على عاتق الدائن عدة التزامات تتعلق بحفظ واستغلال المال المرهون كما أن الكفالة يتوقف جدواها على مدى يسر الكفيل الذي قد يتعرض هو الآخر للإعسار.

لكل ذلك كان من الضروري البحث عن وسائل أخرى لحماية الإئتمان.

الفصل الثاني

دور الارادة في توظيف بعض التقنيات
المدنية والتجارية التقليدية كضمانات

أدى إتساع نطاق الإئتمان وتزايد أهميته في العصر الحديث، إلى الإقبال المتزايد على التأمينات واستحداث صور جديدة للضمان، فقد تطورت المعاملات الإقتصادية والمصرفية والمشروعات المشتركة، وعجزت التأمينات التقليدية عن مواجهة تلك الحاجة نظرا لما تتطوي عليه من وقت ونفقات، نتيجة إشتراط الرسمية أو اتخاذ إجراءات الشهر والعلانية من جهة، وبسبب إجراءات الحجز والتنفيذ والبيع بالمزاد العلني من جهة أخرى، كما أن بعض التأمينات مثل الرهن الحيازي، قد يؤدي إلى عرقلة تداول الأموال، بل ويصعب توفيرها في كثير من الأحيان.

فظهرت وسائل أخرى للضمان تختلف في قوتها ومداهها بحسب حاجة الدائنين وقدرة المدنيين ونوعية النشاط الإقتصادي سواء تعلق الأمر بنشاط إنتاجي أم مهني أم استهلاكي¹ ولعل أهم الصور البديلة لحماية الإئتمان حوالة الحق، نقل الملكية على سبيل الضمان والتأمين، إلزام المدين بعمل أو إمتناع عن عمل، حق الدائن في الإطلاع على ذمة ونشاط مدينه.

فهذا في المجال المدني أما في المجال التجاري فلا يخلو هو الآخر من استحداث صور أخرى للضمان: مثل الرهون التجارية من رهن للأوراق المالية (الأسهم والسندات) ورهن المحل التجاري ورهن الأوراق التجارية ورهن السفن والطائرات، والإستفادة من نظام الإفلاس كضمان لجماعة الدائنين وغيرها من الضمانات التي تظهر وتتطور بإستمرار حسب متطلبات المعاملات الإقتصادية والمصرفية.

ونظرا لإستحالة حصرها وتناولها في مجملها فقد إرتأينا إختيار نموذجين إثنين الأول نموذج عن الضمانات المدنية التقليدية وهو حوالة الحق (مبحث أول).
والثاني: نموذج عن الضمانات التقليدية التجارية وهي الرهون التجارية (مبحث ثاني).

¹ - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرحع السابق، ص 281.

المبحث الأول: استخدام حوالة الحق كضمان مدني تقليدي

إن المقصود بالحوالة انتقال الالتزام من الدائن أو المدين الأصلي إلى شخص جديد، فيحل هذا الأخير محل الدائن في مجال حقه الشخصي أو محل المدين بالنسبة لالتزامه ومن هنا فإن الحق الشخصي أو الالتزام ذاته ينتقل من الذمة المالية للدائن أو المدين إلى الذمة المالية للشخص الجديد.

وهذا الانتقال قد يكون بسبب الوفاة، فينتقل إلى الورثة، أو بين الأحياء. فإذا إنتقل الالتزام في جانبه الإيجابي سمي بحوالة الحق أما إذا انتقل في جانبه السلبي فيسمى بحوالة الدين. لكن ما يهنا في هذا الصدد هو النوع الذي يمكن استخدامه كوسيلة للضمان وهذا لا يمكن تصوره إلا في حالة الانتقال الأولى أي إنتقال الإلتزام في جانبه الإيجابي بمعنى حوالة الحق. ولتوضيح ذلك نبحت في المقصود بحوالة الحق بوجه عام (مطلب أول)، ثم أركان وشروط حوالة الحق (مطلب ثاني) ثم آثار حوالة الحق (مطلب ثالث).

المطلب الأول: حوالة الحق بوجه عام

للتعرف على هذه التقنية لانتقال الإلتزام يجب وضع التعريف المناسب لها وتحديد أركانها وطبيعتها القانونية.

الفرع الأول: التعريف بحوالة الحق

تعرف حوالة الحق بأنها اتفاق يتم بين المحيل والمحال عليه على نقل الدين والمطالبة به من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فهي وسيلة لنقل الحق من الدائن القديم إلى الدائن الجديد الذي يحل محله بالرجوع على المدين¹

كما عرفها المشرع الجزائري في نص المادة 239 من قانون المدني حيث جاء فيها: "يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا منع ذلك نص القانون أو إتفاق المتعاقدين أو طبيعة الإلتزام وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين".

¹ - العربي بلحاح، المرجع السابق، ص 502.

ومن خلال النص يتضح أن للحوالة طرفين هما الدائن المحيل والغير المحال إليه، أما المدين فليس طرفا في الحوالة ولذلك فرضاءه ليس شرطا لإنعقادها، وذلك لأن عبء الإلتزام لا يتغير بتغير الدائن.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لحوالة الحق

وللحوالة أغراض مختلفة وإن كانت صورتها واحدة فقد تكون حوالة الدين مقابل عوض يفى به المحال إليه للدائن وعند ذلك يتقاضى الدائن ثمنا لهذا الحق من المحال له.

وقد تكون الحوالة مجانا ودون مقابل فقد يهب الدائن الحق للمحال إليه وهنا يجب أن تتوافر أركان الهبة الموضوعية والشكلية، وبصفة خاصة يجب أن تحرر في وثيقة رسمية.

كما قد تكون الحوالة رهنا يقدمه الدائن للمحال إليه،¹ وفي هذه الحالة الأخيرة تتضح صورة استخدام الحوالة كضمان لدين في ذمة الدائن لدى المحال إليه، فيقدم له الحوالة على سبيل الرهن لضمان أصل الدين.

وهناك احتمال رابع لحوالة الحق وهو أن للدائن المحيل دين في ذمته لمصلحة المحال له فتأخذ حكم الوفاء بمقابل، ومرجع الحكم في كل هذا هو نية المتعاقدين التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها، ويتفرع على هذا أن تعيين القواعد الواجب تطبيقها في هذا الشأن يناط بطبيعة التصرف الذي يزعم عقده، إلا أن هناك بعض القواعد التي يتعين تطبيقها في جميع الأحوال دون تفریق وبصرف النظر عن الباعث إلى الحوالة أو الهدف منها دون أن يعتد في ذلك بسبب الانتقال أو ترتيب الحق بيعا كان أو هبة أو قرضا أو رهنا.²

المطلب الثاني: أركان وشروط حوالة الحق

إذا كانت حوالة الحق هي عقد بين طرفين دائن قديم وآخر جديد فلا بد من توافر شروط وأركان هذا العقد.

¹ - محمد حسن منصور، النظرية العامة للالتزام، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 394.

² - جميلة دوار، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، دار قرطبة، الجزائر، 2011، ص ص 79، 78.

فأركان العقد في القواعد العامة هي التراضي والمحل والسبب بالإضافة إلى الرسمية إذا كانت موضوع الحوالة عبارة عن عقار أو أي شيء آخر يتطلب إفراغها في شكلها الرسمي. (الفرع الأول).

أما شروط حوالة الحق فهي الشروط الخاصة بهذه التقنية دون سواها. (الفرع الثاني)

الفرع الأول: أركان عقد حوالة الحق

إن العقد بوجه عام يقع باطلا إذا تخلف فيه ركن من أركانه فلا يصحح ولا تلحقه الإجازة لذلك يجب أن يتوافر هذا العقد على التراضي بين طرفيه، والمحل مع توضيح سبب هذا العقد. وعقد حوالة الحق كغيره من العقود يجب أن يحتوي على هذه الأركان.

أولاً: التراضي

الحوالة عقد بين الدائن الأصلي (المحيل) والدائن الجديد (المحال له) ولذلك يكفي لإنعقادها تراضي المحيل والمحال له، فالمدين ليس طرفاً في عقد الحوالة، فلا يشترط رضاه لإنعقادها.¹ ذلك إن إنتقال الحق من دائن إلى آخر، ليس من شأنه الإضرار بالمدين فيستوجب رضائه لإنعقاد الحوالة، كما أنه مادام شخص الدائن ليس له إعتبار في الإلتزام، فلا أهمية بالنسبة للمدين إذا أصبح مديناً لدائن جديد فعبد الإلتزام كما هو لم يتغير، وينبغي أن يراعى أنه يشترط لصحة إنعقاد الحوالة ألا يكون الحق قد زال عن المحيل قبل إبرام الحوالة.²

أما بالنسبة لرضا الطرفين المحيل والمحال له في عقد الحوالة، فهي شأنها شأن القواعد العامة، حيث يتحقق ركن الرضا عند تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين، وتوافر الأهلية اللازمة، فضلاً عن خلو إرادة المتعاقدين من العيوب ويتم العقد برضا الدائن المحيل، والدائن الجديد المحال له، دون حاجة لرضاء المدين، وبالتالي لا يجوز الانتقاص من حقوق المحال له بناء على إتفاق يتم بين المحيل والمدين المحال عليه.³

¹ - المادة 239 ق م ج.

² - رمضان أبو السعود، أحكام الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2006، ص 374.

³ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، أحكام الإلتزام، منشأة المعارف، مصر، 2008، ص 220.

غير أن الحوالة قد تفرغ في محرر رسمي إذا كان موضوعها يتطلب هذه الرسمية، وهذا إستثناء من الأصل لأنها عقد رضائي، ومثال ذلك عقد الهبة فإذا توافرت نية التبرع بالحق لدى الدائن المحيل، فيخضع لأحكام التبرع وبصفة خاصة يجب إفراغ العقد في الشكل الرسمي في هذه الحالة بإعتباره عقد هبة مباشرة، إذ الهبة المباشرة لا تتم إلا في الشكل الرسمي على أن الحوالة قد لا يكون المقصود منها سوى إنشاء تأمين خاص فتسري عليها أحكام الرهن.¹

ثانياً: المحل

القاعدة العامة المتعلقة بنطاق الحوالة، هي أن جميع الحقوق الشخصية، أيا كان محلها، تقبل الحوالة من الدائن القديم أو الأصلي (المحيل) إلى الدائن الجديد (المحال له) سواء أكانت مدنية أو تجارية، بسيطة أو موصوفة، منجزة أو معلقة على شرط أو مضافة إلى أجل، وأيا كان موضوعها (سواء أكان مبلغاً من النقود، أشياء مثلية أو معينة بالذات أو عملاً أو امتناعاً عن عمل).²

كما في حالة تنازل المستأجر عن الإيجار حيث يحيل حقه قبل المؤجر بتمكينه من الإنتفاع بالعين المؤجرة، لكن يلاحظ هنا أن الحوالة ترد على عقد الإيجار برتمته حيث تشمل مجموع الحقوق والالتزامات الناشئة من هذا العقد وأن التنازل عن الإيجار يخضع لتنظيم قانوني خاص.

وتجوز حوالة الحق، مدنياً كان أو تجارياً، ثابتاً في ورقة رسمية أو عرفية أو غير ثابتة في سند، ويستوي أن يكون ذلك الحق منجزاً أو معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل أو أن يكون حقاً مستقبلياً أو إحتمالياً ولو كان حقاً متنازعا فيه أي رفعت بشأنه دعوى أو قام بصدده نزاع جدي³

ورغم ذلك فإن هذه القاعدة ليست مطلقة بل ترد عليها عدة إستثناءات قانونية، نذكر منها

خاصة:

¹ - توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، مصادر وأحكام الإلتزام، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 557.

² - العربي بلحاج، المرجع السابق ص 512، 513.

³ - محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 396، 397.

1- لا تجوز الحوالة في الحقوق غير القابلة للحجز عليها، فحيث يمنع الحجز تمتع الحوالة فلا تجوز الحوالة، إلا بقدر ما يكون منه قابلاً للحجز، فإذا كان الدين لا يقبل الحجز إلا في حدود جزء منه محدد أو قيمة محددة، صحت الحوالة في حدود هذه النسبة، كدين النفقة والأجور، والمرتببات والمخصصات في الحدود المقررة قانوناً وغيرها.¹

وقد نصت في هذا الصدد صراحة المادة 240 ق م ج.²

والحقوق غير القابلة للحجز ترد بنص القانون لإعتبارات قانونية عديدة.³

2- وجود إتفاق بين الدائن والمدين على منع حوالة الحق مثال ذلك حالة ما إذا إشتراط المؤجر على المستأجر عدم جواز النزول عن الإيجار للغير، وما جرت عليه مصلحة السكك الحديدية وهيئات النقل العام من عدم جواز النزول عن الإشتراك في السكك الحديدية وعدم جواز النزول عن تذكرة الإياب إذا أخذ المسافر تذكرتي ذهاب وإياب معاً.⁴

3- وقد تتنافى طبيعة الحق مع جواز حوالاته، فطبيعة الحق قد تقتضي عدم جواز حوالاته، كما لو كان مرتبطاً بشخص الدائن، كحق الشريك في شركات الأشخاص، والإلتزام بالإتفاق على شخص معين هنا يكون لشخصية الدائن إعتبار خاص ومن ثمة لا يمكن له أن ينزل عن حقه إلى شخص آخر.⁵

ثالثاً: سبب الحوالة

يقصد بالسبب في القواعد العامة أن يكون الإلتزام مشروعاً وغير مخالف بالنظام العام

والأداب العامة⁶

¹ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 513.

² - حيث جاء فيها: "لا تجوز حوالة الحق إلا إذا كان الحق قابلاً للحجز".

³ - وقد أوردتها المادة 636 إلى 639 قانون إجراءات المدنية والادارية.

⁴ - رمضان أبو السعود، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 377.

⁵ - محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 399.

⁶ - المادة 97 و98 من القانون المدني.

وهذا ما ينطبق على السبب في حوالة الحق، رغم إختلافه بإختلاف الظروف والأحوال فقد تكون الرغبة في الحصول على عوض أو مقابل، وقد يكون الدائن الأصلي مدفوعاً بنية التبرع، أو إعطاء ضمان خاص، أو غير ذلك.

وعلى ذلك تكون حوالة الحق باطلة، سواء تمت بعوض مالي، أو على سبيل التبرع، إذا لم يكن لها من هدف إلا إبعاد المدين عن القضاء المحلي المختص وجره دون مسوغ إلى محكمة أخرى غير محكمته، وفقاً لما يقتضيه موطن المحال له¹

كما يجب أن يكون المال المحال به من الأموال الصالحة لأن تكون محلاً للإنتقال من ذمة المحيل إلى ذمة المحال له وبذلك لا تكون مخالفة للنظام العام والآداب أو من الأموال التي لا يجوز التصرف فيها أو التعامل بها أصلاً.² مثل أموال الزكاة، الحقوق للصيقة بالشخصية.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بنفاد حوالة الحق

إن نفاذ الحوالة يختلف ما إذا كان في حق المدين أو في مواجهة الغير.

أولاً: نفاذ حوالة الحق بالنسبة للمدين

إذا كانت الحوالة تنعقد برضا المحيل والمحال له دون حاجة إلى رضاه المدين، إلا أن نفاذها في حق هذا الأخير لا يكون إلا بعلمه بها، وهذا حتى يمتنع عن الوفاء بالحق للدائن المحيل، فقد يكون جاهلاً للحوالة ويتعامل مع دائنه على أنه الدائن الوحيد فيفي له بالدين أو ينقضي الدين لأي سبب آخر، إذن فاشتراط القبول والإعلان يعود إلى أنه ليس من العدل أن يتحمل المحال عليه تبعاً الوفاء بالتزامه مرتين أي للمحيل وللمحال له.³ وعلى ذلك كان من العدل أن يعلم المدين علماً يقينياً بحصول الحوالة فيصبح المحال له هو دائنه الوحيد فلا يجوز له أن يتعامل مع الدائن الأصلي أو الوفاء له بالدين⁴ المحال له.

1 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 515.

2 - عامر محمود الكسواني، أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص 260.

3 - أمير أحمد فتوح الحجة، آثار عقد الحوالة المدنية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008، ص 26. <https://www.mobt3ath.com/pdf.php?ext=pdf>

4 - رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 378، ص 379.

وقد حدد المشرع في المادة 241 ق م ج كيفية تحقق العلم بالحوالة وهذا بقبول المدين لهذه الحوالة وكذلك طريقة إعلانه بها حيث يشترط أن يكون قبول المدين لاحقاً على انعقادها حتى يتسنى له العلم بها وعلى ذلك فإن تصريح المدين الوارد في السند المنشئ للالتزام بحوالة الدائن لحقه لا يغني عن قبول المدين للحوالة التي تقع بعد ذلك.

ويستوي أن يكون القبول صريحاً أو ضمناً كما لو قام المدين بالوفاء بجزء من التزامه للدائن الجديد المحال له.¹

أما إعلان المدين بالحوالة فيتم وفق ورقة رسمية عن طريق محضر قضائي وذلك بناء على طلب المحيل أو المحال له، كما ورد ذلك في محرر الدعوى أو بإنذار مستقل أو بالتنبيه أو التقدم في توزيع أو توقيع حجز تحفظي تحت يد المحال عليه، ولا يغني عن الإعلان الرسمي أي طريق آخر للعلم بإخطار المدين بكتاب مسجل أو إقرار المدين بالعلم بغير قبول من جانبه.

وعندما تنفذ الحوالة في مواجهة المدين فإن وفاءه للمحيل لن يبرئ ذمته حيث يظل ملزماً بهذا الدين قبل المحال له، أما قبل نفاذ الحوالة بحقه فإن ذمته تبرأ من الإلتزام إذا وفاه للدائن الأصلي.

ثانياً: نفاذ الحوالة قبل الغير

لا يقصد بالغير كل شخص أجنبي عن الحوالة لأن هذا الشخص لا علاقة له بأطراف الحوالة فهي لا تعنيه ولا يتأثر بوجودها أو بنفاذها، وإنما يقصد بالغير كل من يضر بالحوالة لأن له حقا خاصا على الحق المحال به، أي أن له في ذمة المحيل حق خاص على الحق المحال به يتعارض مع الحوالة. مثال ذلك دائنو المحيل أصحاب الحقوق الثابتة قبل شهر إعساره الدائن المرتهن للحق المحال به.²

وتنفذ الحوالة في حق الغير بنفس الإجراءات التي تنفذ بها قبل المدين أي بقبوله لها أو إعلانه بها، فالإعلان يكفي لنفاذ الحوالة بالنسبة لكل من المدين والغير، لأنه يتم بورقة رسمية ومن

¹ - أحمد شوقي محمد عيد الرحمن، المرجع السابق، ص 222، ص 223.

² - محمد حسين منصور، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 403، ص 404.

تم فهو ثابت التاريخ.¹ أما قبول المدين للحوالة فإنه وإن كان يكفي لنفاذها في حقه إلا أنه يشترط أن يكون ثابت التاريخ حتى يؤدي إلى نفاذ الحوالة في مواجهة الغير، والحكمة من إشتراط ثبوت التاريخ هو منع تواطؤ المحيل والمحال عليه للأضرار بالغير، فإن الأول يقدم إذا كان تاريخ نفاذ حوالتة في حق الغير سابقا على تاريخ حق هذا الأخير، فإذا تزامن المحال له مع دائن حاجز أو دائن مرتهن أو محال له ثان، يقدم الأول إذا كان تاريخ نفاذ حوالتة في حق هذا الغير سابقا على تاريخ الحجز أو الرهن أو نفاذ الحوالة الثانية في حقه هو.

إذن إذا تعددت الحوالة بحق واحد كانت الأفضلية على أساس الأسبقية في النفاذ وهو ما نص عليه القانون المدني الجزائري في المادة 249 من ق م والتي جاء فيها "في حالة وقوع خلاف بين عدة حوالات تخص حقا واحدا، فضلت الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حق الغير"

ونلاحظ أخيرا أنه قد نص القانون على نفاذ الحوالة في حالات إستثنائية في حق المدين أو بالنسبة للغير بغير الطريق الذي اشترطه وفقا للقواعد العامة للحوالة في المادة 241 ق م ج ومن أمثلة ذلك: أن حوالة الحقوق الواردة في الأوراق التجارية الإسمية أو الإذنية (كالشيك والكمبيالة والسند الإذني) تتم بالتظهير حتى لو لم يعلم بها المدين وذلك لما تنطوي عليه المعاملات التجارية من سرعة وأئتمان.²

المطلب الثالث: آثار حوالة الحق

رأينا أن الحوالة لا تتعقد إلا برضاء المحيل والمحال له، لكنها لا تنفذ في مواجهة المدين أو الغير إلا بقبول المدين لها أو إعلانه بها، وعلى ذلك تترتب على الحوالة أربع علاقات علاقة المحيل بالمحال له وثانية بين المحال له والمحال عليه، وثالثة بين المحيل والمحال عليه، ورابعة تنشأ بين المحال له والغير فنعرض لآثار الحوالة في شأن كل تلك العلاقات.

¹ - المادة 241 ق م ج.

² - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 524.

الفرع الأول: العلاقة بين المحال له بالمحيل (طرفي العلاقة)

يترتب على انعقاد الحوالة إنتقال الحق من المحيل إلى المحال له (أولاً) فيصبح هذا الأخير هو الدائن الجديد، وينتقل الحق المحال به بطبيعته بمقداره وتوابعه وينتقل الحق كذلك بضماناته سواء عينية كالرهن أو الامتياز أو الشخصية كالكفالة أو تضامن¹

كما يلتزم المحيل بالتسليم (ثانياً) وكذلك ضمان الحق المحال به (ثالثاً)

أولاً: إنتقال الحق من المحيل إلى المحال له

فبمجرد إبرام الحوالة بين المحيل والمحال له ينتقل الحق المحال من الأول إلى الثاني ويلزم المحيل بالتسليم وبضمان الحق المحال به، فإنه لا يكفي قانوناً قيام المحيل بتسليم سند الحوالة إلى المحال له أو أدلة الإثبات التي تمكنه من استيفاء حقه من المحال عليه (مادة 243 ق م ج) وإنما على المحيل أيضاً أن يمتنع عن كل ما من شأنه الإضرار بحقوق المحال له وفقاً لبنود عقد الحوالة.²

ويحدد التصرف القانوني الذي انتقل به الحق المحال به، العلاقة بين المحيل والمحال له، فقد تكون الحوالة من غير عوض (أي بالتبرع وبدون مقابل) وفي هذه الحالة تسري عليها أحكام الهبة، وعندئذ لا يكون المحيل ضامناً لوجود الحق وفقاً للمادة 244 ق م ج فقرة 2.

وقد تكون بعوض (أي بمقابل مالي) وفي هذه الحالة تسري عليها الأحكام العامة والقواعد الخاصة بعقود المعاوضات وعلى الأخص عقد البيع الذي يرتب إلتزامات متقابلة على طرفيه فيلزم المحيل بالضمان، ويكون ضامناً لوجود الحق وقت الحوالة.³

والحوالة إذا كانت بعوض فإنها تعتبر نوعاً من المضاربة وتحتل المكسب أو الخسارة. وفي جميع الأحوال فإن الحوالة سواء أكانت بعوض أم بغير عوض، فإن المحال له ينتقل إليه الحق المحال به بكل قيمته أو بنفس صفاته وخصائصه، كما لو كان مدنياً أو تجارياً أو مستحق

¹ - جميلة دوار، المرجع السابق، ص 82.

² - المادة 244 و 245 ق م ج.

³ - المادة 1/244 ق م ج.

الأداء أو مقترنا بوصف من أوصاف الالتزام أو منتجا للفوائد الاتفاقية أو القانونية أو غير منتج لها، فإن كان الدين حالا مثلا تكون الحوالة حالة وإن كان مؤجلا تكون الحوالة مؤجلة¹ وعلى ذلك فإن الحق ذاته ينتقل من المحيل إلى المحال له بمقداره وصفاته وضماناته، وتوابعه وما تعلق به من دفع.

فإنقال الحق بمقداره إلى المحال له يكون بإنقاله بذات المقدار المحدد في السند المنشيء له ولو كان المقابل الذي أداه المحال له يقل عن قيمة هذا المقدار.

وانتقال الحق بصفاته فيعني أن يحتفظ الحق عند انتقاله إلى المحال له بكل صفاته السابقة، فإذا كان الحق مثلا تجاريا أو ثابتا في سند تنفيذي فإنه يظل كذلك بالنسبة للمحال له، وانتقال الحق بضمانات الحق من تأمينات شخصية وعينية، كالكفالة الإمتياز والرهن، ويلاحظ بالنسبة للتأمين العيني العقاري فإنه يلزم التأشير بالحوالة في هامش القيد الأصلي حتى يحتج به في مواجهة الغير.²

وقد نصت المادة 243 ق م ج عن انتقال الحق بضماناته حيث جاء فيها: "تشمل حوالة الحق ضماناته كالكفالة والإمتياز والرهن والحياسة، كما تشمل ما حل من أقساط".

والأقساط هي من توابع انتقال الحق فلا ينتقل من دونها وهي الأقساط المستحقة التي لم يكن الدائن قد قبضها وقت الحوالة، وذكر المشرع للأقساط جاء على سبيل المثال لا الحصر حيث يعتبر من قبيل التوابع أيضا حق المحال له في تسلم السند المثبت للحق، وكافة ما يلزم لإثبات حقه والمطالبة به وحقه في الدعاوي التي تحمي الحق، كحقه في المطالبة بفسخ العقد، كما لو إمتنع المشتري عن الوفاء بالثمن المحال به، ويترتب على الفسخ في هذه الحالة رد المبيع إلى المحال له وليس المحيل.³

¹ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 526، ص 527 .

² - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 227.

³ - المرجع نفسه، ص 227.

وإضافة إلى إنتقال الحق بضماناته وتوابعه، فإنه أيضا ينتقل بما تعلق به من دفع¹ سواء دفع سلبية أو ايجابية، بما في ذلك الدعاوي التي تعتبر من ضماناته كالدفع ببطلان السند المنشئ للحق والدفع بالفسخ والدفع بإنقضاء الدين، وغيرها من الدفع التي يجوز للمحال عليه أن يتمسك بها أمام القضاء.²

وقد جاء في قرار عن محكمة النقض المصرية "بأن حوالة الحق لا تنشئ إلتزاما جديدا في ذمة المدين وإنما هي تنقل الإلتزام الثابت أصلا في ذمته من دائن إلى دائن آخر بإعتبار هذا الإلتزام حقا للدائن المحيل، وينتقل بها الإلتزام ذاته بجميع مقوماته وخصائصه.³ والدائن المحال له يجوز له قبل إعلان الحوالة أو قبولها أي قبل نفاذها في حق المدين أو الغير، أن يتخذ جميع الإجراءات التحفظية ليحافظ بها على الحق المحول إليه مثل قيد الرهن أو قطع التقادم.⁴

كما أوردت المادة 243 ق م ج أنواع الضمانات التي قد تشمل عليها حوالة الحق.⁵

ثانيا: إلتزام المحيل بالتسليم

فيجب أن يسلم المحيل للمحيل له، سند الحق المحال به، بأن يقدم له جميع وسائل إثبات الحق المحال به، وكل ما هو ضروري لإثباته ولإستيفائه من أدلة وبيانات تمكنه من تحصيل هذا الحق المحول. كالأوراق الرسمية أو العرفية وأسماء الشهود إذا كانت البيئة جائزة في إقامة الدليل عليه.⁶

ولم يأت نص في القانون المدني الجزائري يوضح صراحة إلتزام المحيل بتسليم سند الحق المحال به ووسائل إثباته، وكل ما يلزم من الأدلة والبيانات لتمكينه من حقه، وهذا عكس

1 - حيث جاء في نص المادة 248 ق م ج: "يتمسك المدين قبل المحال له بالدفع التي يتعرض بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه كما يجوز له أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة".

2 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 527.

3 - المرجع نفسه، ص 528.

4 - المادة 242 ق م ج والتي جاء فيها: "يجوز للدائن المحال له قبل إعلان الحوالة أو قبولها أن يتخذ كل الإجراءات التحفظية ليحافظ بها على الحق المنتقل إليه".

5 - والتي جاء فيها: "تشمل حوالة الحق ضماناته كالكفالة والامتياز والرهن ورهن الحيازة، ورهن الحيازة كما تشمل ما حل من أقساط".

6 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 529.

التشريعات العربية الأخرى التي نصت على ذلك.¹ بالتالي يجب الرجوع في هذه النقطة إلى القواعد العامة الخاصة بالإثبات.

ومما سبق ذكره يترتب على تمام عقد الحوالة انتقال حق الدائن إلى الشخص المحال له، ولذلك فلا يجوز للدائن المحيل بعد إبرام الحوالة استيفاء الحق من المدين، فإذا ما حدث واستوفى الدائن المحيل الحق فإنه يرد ما استلمه للمحال له، ولا يجوز للدائن المحيل بعد إبرام الحوالة أن يأتي ما من شأنه الإضرار بالمحال له، كأن يرهن الحق المحال أو يحوله ثانية إلى شخص آخر فإن فعل شيئاً من ذلك كان مسؤولاً قبل المحال له عما أصاب هذا الأخير من ضرر حتى ولو كانت الحوالة بغير عوض أو كانت قد اشترط عدم الضمان²

ويستطيع المدين أن يدفع في مواجهة المحال له بعد نفاذ الحوالة في حقه، بكافة الدفوع التي كان يستطيع أن يدفع بها في مواجهة المحيل كالدفع بإنقضاء الإلتزام لأي سبب من الأسباب باستثناء المقاصة.³ كما يجوز له أن يتمسك في مواجهته بكافة الدفوع المستمدة من عقد الحوالة في الفترة ما بين إنعقاد الحوالة ونفاذها، لأنه (العقد) سند المحال له في مطالبة المحال عليه فإذا كان العقد باطلاً جاز الدفع ببطلانه.⁴

ثالثاً: إلتزام المحيل بضمان الحق المحال به

وهنا يجب على المحيل ضمان تمكين المحال له من الحق المحال به وهذا من خلال مجموعة من الضمانات قد تكون إتفاقية أو قانونية.

¹ - المادة 199 مدني معربي، و 767 مدني عراق، و 1010 مدني أردني 1125 مدني إماراتي والتي نصت على أنه: "على المحيل أن يسلم إلى

المحال له سند الحق المحال به، وأن يقدم له كل ما يلزم من بيانات ووسائل إثبات لتمكينه من حقه"

² - توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، مصادر وأحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 558.

³ - ونلاحظ أن المشرع المصري قد إستنتى هو الآخر من قاعدة انتقال الدين بدفوعه إلى المحال له الدفع بالمقاصة إذا كان المدين المحال عليه قد قبل الحوالة دون تحفظ، نفس المرجع السابق، ص 559.

⁴ - المادة 248 ق م ج.

1- الضمان القانوني:

إذا كان لشخص ما حق في ذمة شخص آخر ويريد التصرف فيه لمصلحة شخص ثالث فعليه، أولاً ثبوت هذا الحق وحقه في التصرف فيه، وكذلك إمتناعه عن كل ما من شأنه عدم تمكين المحال له أو المتصرف إليه من الإنتفاع بحقه الذي نقله إليه المحيل المتصرف.

وقد نظم المشرع الجزائري إلتزام المحيل بالضمان من خلال المواد 244، 245، 246، 247 من ق م ج.

وهذا الضمان القانوني للحالة قد يكون عن الحالة بعوض أو عن الحالة بغير عوض.

أ- الضمان القانوني للحالة بعوض:

جاء في نص المادة 244/فقرة 1 ق م ج: "إذا كانت الحالة بعوض فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحالة ما لم يكن هناك إتفاق يقضي بغير ذلك".

ووفقاً لهذه المادة، فإن إلتزام المحيل يقتصر على ضمان الحق المحال به وقت الحالة ولا يدخل في إطار هذا الضمان أية مخاطر أخرى يتعرض لها المحال له لا تتعلق بوجود هذا الحق، وبالتالي لا يحتاج إلتزام المحيل في هذا الضمان إلى إتفاق خاص، بإعتباره ضمان يحكم القانون ولذلك يبقى المحيل ملتزماً بالضمان إذا كان الحق محل الحالة غير موجود إذا كان مصدره عقد باطل أو كان الحق قابلاً للإبطال وأبطله المدين المحال عليه الذي ترتب الحق في ذمته، ففي هذه الحالة أيضاً يجب الضمان على المحيل حتى وإن كان الحكم بالإبطال قد صدر بعد صدور الحالة ذلك لأن للإبطال أثر رجعي.¹

وإذا كان الحق معلقاً على شرط فاسخ لا يعلمه المحال له ثم تحقق هذا الشرط قبل صدور الحالة أو بعد صدورهما فانقضى الحق المحال له فلا حق له بالرجوع على المحيل بالضمان إذا تحقق هذا الشرط.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، نظرية الإلتزام بوجه عام، الاوصاف، الحالة، الانقضاء، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، بدون سنة نشر، ص 503.

ويبقى إلترام المحيل بالضمان قائماً إذا كان الحق قد إنقضى قبل الحوالة بأي سبب من أسباب الإنقضاء كالتقادم أو التجديد أو المقاصة أو اتحاد الذمة فتعد هذه الأسباب أيضاً مسوغاً لإلترام المحيل بالضمان، ويبقى ذلك قائماً مالم يوجد اتفاق بين المحيل والمحال له على تخفيف أو تشديد أحكام الضمان هذه، ويبقى المحيل ملتزماً بالضمان كذلك إذا كان قد تصرف بالحق المحال به إلى محال له سابق أصبحت حوالتة نافذة في حق المدين والغير.

كما أن المحيل يضمن للمحال له عدم التعرض القانوني والمادي الصادر منه أما التعرض المادي الصادر من الغير والذي يؤدي إلى إتلاف أو غصب الحق المحال به، فلا يضمنه المحيل، إلا إذا إستطاع المحال له إثبات تواطؤ المحيل مع الغاصب أو المتلف للمحال به، ويضمن المحيل بحكم القانون توابع الحق المحال به التي تنتقل معه، فإن كان للحق محل الحوالة تأميناً كرهن أو إمتياز أو كفالة فإن ضمان المحيل لها يكون وقت إنعقاد الحوالة، وإن إنقضت هذه التأمينات بعد صدور الحوالة فلا ضمان على المحيل حيث تبرأ ذمته ما لم يثبت المحال له تواطؤ المحيل في ذلك¹.

ويعد المحيل ضامناً للمحال عليه بموجب القانون أيضاً، ولو لم يتم الإتفاق على ذلك إذا كان المحال عليه معسراً وقت إنعقاد الحوالة وكان المحيل يعلم بذلك، إلا أنه أخفى ذلك غشا عن المحال له، فيكون مصدر ضمانه هنا الغش لا عقد الحوالة²

ب- الضمان القانوني للحوالة بغير عوض

حيث نصت المادة 244 فقرة 2 ق م ج على مايلي: "أما إذا كانت الحوالة بغير عوض فلا يكون المحيل ضامناً لوجود الحق".

ومن خلال النص نلاحظ أن المحيل لا يضمن شيئاً للمحال له، لا بنص القانون ولا بالإتفاق، ذلك أن القاعدة تقضي بأن الضمان والتبرع لا يجتمعان، سواء تعذر على المحال له إستيفاء حقه لإعسار المحال عليه، أو كان الدين ذاته لا وجود له فلا يكون المحيل ضامناً حتى

¹ - عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، نظرية الإلتزام بوجه عام، الاوصاف، الحوالة، الإنقضاء، المرجع السابق ص ص 504، 503.

² - المرجع نفسه، 505 ص

لوجود الحق المحال به وقت انعقاد الحوالة، لأنه لم يأخذ مقابلاً من المحال له يبرر إلتزامه بالضمان.

ولكنه يكون مسؤولاً عن أفعاله الشخصية عما يترتب عن تدليسه، ولو كانت الحوالة بغير عوض، بل حتى ولو أنه إشتراط عدم الضمان¹ وهذا نتيجة الضرر الذي ألحقه المحيل بالمحال له. ونلاحظ من خلال ما سبق أن هذه الأحكام الخاصة بالضمان القانوني يجوز الإتفاق على مخالفتها بما يتماشى مع مصلحة أطراف الحوالة، دون المساس بأحكام الضمان الآمرة.

2- الضمان الإتفاقي:

ويتمثل في إتفاق الأطراف على وضع تنظيم خاص لأحكام الضمان بالمخالفة للأحكام الواردة في الضمان القانوني، لأن تلك الأحكام لا تتعلق بالنظام العام، وقد يقصد المتعاقدان من اتفاقهما التخفيف من الضمان أو الإعفاء منه أو الزيادة فيه بمعنى التشديد.²

فيتفقان على تخفيف الضمان إذا إشتراط المحيل مثلاً أن لا يضمن توابع الحق المحال به، فإذا كان هذا الحق مضموناً برهن إشتراط المحيل عدم ضمان هذا الرهن، فإنه لا يكون مسؤولاً إذا تبين أن الرهن باطل أو أنه قابل للإبطال وأبطله الراهن أو أنه غير موجود لأي سبب آخر.³

إذن عدم ضمان وجود توابع الحق لا يكون إلا بإتفاق خاص مع المحال له يقضي بعدم ضمان توابع الحق، وفي هذا الإتفاق تخفيف للضمان بل قد يصل الإتفاق إلى حد محو الضمان أصلاً، فيشتراط المحيل ألا يضمن وجود الحق المحال ذاته، ويقع ذلك غالباً إذا كان المحيل واثق من أن الحق الذي يحوله هو حقه، فيشتراط عدم الضمان حتى إذا تبين أن الحق ليس له لم يكن مسؤولاً عن الضمان، أو يكون المحيل غير متأكد من أن الحق الذي يحوله غير خال من العيوب، فيصطنع الحيطة ويشترط عدم الضمان.⁴

1 - المادة 247 ق م ج حيث جاء فيها: "يسأل المحيل عن أفعاله الشخصية ولو كانت الحوالة مجانية بغير ضمان".

2 - محمد حسين منصور، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 411.

3 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية الإلتزام بوجه عام الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 506.

4 - المرجع نفسه، ص 506.

ويحدث ذلك غالباً في حالة ما إذا كان الحق متنازعا فيه، فيقبل المحال له عدم الضمان نظير دفعه ثمن أقل بكثير من قيمة الحق، وكقاعدة عامة فإن الإعفاء من الضمان لا يعفي المحيل من وجوب رد الثمن الذي قبضه، إلا إذا كانت الحوالة عقداً احتمالياً فلا يرجع المحال له على المحيل بشيء وتكون الحوالة كذلك إذا كان الثمن المحال متنازعا فيه، وكان المحال له على علم بذلك وكان الثمن المدفوع فيه أقل بكثير من قيمته، وينبغي ملاحظة أن الإتفاق على إنقاص أو إسقاط الضمان لا يعفي المحيل من المسؤولية عن أفعاله الشخصية،¹ وهذا وفقاً للمادة 247 ق م ج وهذا حتى وإن كانت الحوالة بغير عوض أو حتى عند اشتراط عدم الضمان وسواء كان هذا الضمان قانونياً أم إتفاقياً.

ومعنى هذا أن المحيل يضمن جميع تصرفاته الضارة بالمحال له، والتي تصدر بعد إنعقاد الحوالة، والتي قد تؤدي إلى إنقاص الحق المحال به أو إنقضاءه بأي سبب من الأسباب، ويتعلق هذا الحكم بالنظام العام ومن تم يبطل كل إتفاق من شأنه الإعفاء أو التخفيف من هذه المسؤولية² ومن صور الإتفاق على تشديد الضمان إلتزام المحيل بضمان يسار المدين،³ ويفسر هذا الإلتزام لمصلحة المدين أي أن الضمان قاصر على يسار المدين وقت الحوالة، ما لم يتفق الأفراد صراحة على أن المحيل يضمن يسار المدين في المستقبل أي وقت حلول أجل الدين. ولا تمتد مسؤوليته إلى ما بعد ذلك، فلا يسأل المحيل إذا قصر المحال له في إستيفاء حقه في الميعاد، عند إعسار المدين بعد ذلك.

وإذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقاً للحالات المذكورة سابقاً (وفق المادتين 244، 245 ق م ج) فلا يلزم المحيل إلا برد ما قبضه بالإضافة إلى المصاريف ولو وجد إتفاق يقضي

1 - محمد حسين منصور، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 411.

2 - العربي بلحاج، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 535.

3 - وقد نصت في ذلك المادة 245 ق م ج والتي جاء فيها: "لا يضمن المحيل يسار المدين إلا إذا وجد إتفاق خاص بهذا الضمان، وإذا ضمن المحيل يسار المدين فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى يسار المدين وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك"

بغير ذلك،¹ إذ ينبغي أن يتحمل المحال له المغنم والمغرم لأن الحوالة تتطوي على معنى المضاربة في هذه الحالة.²

كما أن الحكمة من تحمل المحيل إلتزام رد ما قبضه من ثمن ومصرفات فقط، تتمثل في تجنب إتخاذ حوالة الحق وسيلة للربا، إذ أنه لو جاز للمحال له إسترداد ما يوازي قيمة الحق المحال به لكان الفرق بين هذه القيمة وقيمة ما أداه بمثابة فوائد ربوية.³

الفرع الثاني: العلاقة بين المحال له والمحال عليه

تختلف آثار الحوالة فيما بين المحال له والمحال عليه قبل النفاذ عنها بعد النفاذ.

أولاً: علاقة المحال له بالمحال عليه قبل نفاذ الحوالة

القاعدة أنه قبل نفاذ الحوالة في حق المحال عليه عن طريق قبوله لها أو بإعلانه بها⁴

لا تنشأ بينه وبين المحال له أية علاقة، فالمحال عليه يظل مديناً للمحيل (الدائن الأصلي)، وتبرأ ذمته بالوفاء له بالدين وليس للمحال له أن يطالبه بالوفاء.⁵

ومع ذلك فإنه يجوز للمحال له أن يتخذ الإجراءات التحفظية التي يستطيع بواسطتها الحفاظ على الحق الذي أحيل إليه،⁶ كقيد الرهن الضامن للحق المحال به، وله أن يقطع التقادم عن طريق المطالبة القضائية وله أيضاً توقيع الحجز التحفظي تحت يد المحال عليه وغيرها.⁷

ومن جهة أخرى فإنه بالرغم من عدم نفاذ الحوالة في حق المحال عليه، فإنه يستطيع الوفاء بالدين للمحال له، ويكون هذا الوفاء صحيحاً ومبرراً لذمته، حيث يعد بمثابة قبول ضمني

1 - أنظر نص المادة 246 ق م ج.

2 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 535.

3 - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 233.

4 - المادة 241 ق م ج.

5 - محمد حسين منصور، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 414.

6 - المادة 242 ق م ج.

7 - العربي بلحاج، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 537.

للحوالة ويمتتع عليه، إذا علم بالحوالة الإتيان بأي عمل ينطوي على غش ويؤدي إلى الإضرار بحقوق المحال له، كما لو قام بالوفاء بالدين للمحيل غشا وتواطؤاً.¹

ثانياً: علاقة المحال له بالمحال عليه بعد نفاذ الحوالة

جاء في نص المادة 239 ق م ج "يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا منع ذلك نص القانون، أو إتفاق المتعاقدين أو طبيعة الإلتزام وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين".

ومن خلال النص فإنه يترتب على نفاذ الحوالة إنتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له في مواجهة المحال عليه، إذ يصبح الدائن للمحال عليه هو المحال له وليس المحيل، ولا تبرأ ذمة المحال عليه إلا بالوفاء للمحال له (وهو الدائن الجديد).

ومن تم ينتقل الحق المحال به إلى المحال له، بصفاته وملحقاته وتوابعه وضماناته، التي كانت له وقت الإعلان أو القبول أي من تاريخ نفاذ الحوالة في مواجهة المدين.²

أما بالنسبة للدفع فإن المحال عليه يستطيع التمسك بنوعين من الدفع في مواجهة المحال له.³

النوع الأول: وهي الدفع التي كانت للمدين المحال عليه ويستطيع التمسك بها في مواجهة المحال له المحيل وقت إعلان الحوالة أو قبولها، كالدفع التي ترجع إلى بطلان الحق أو إنفساخه أو إنقضائه بالوفاء أو بالتقادم أو الإبراء أو لسبب آخر، حيث يجوز أن يكون الحق المحال به قد إنقضى وقت نفاذ الحوالة حتى ولو كان موجوداً وقت إبرامها. كذلك الدفع التي تتعلق بعدم حلول أجل الدين أو عدم تحقق الشرط الواقف المعلق عليه أو بتحقق شرط فاسخ يؤدي إلى زوال الحق.

ومؤدى ذلك أن المحال عليه يمكنه التمسك بالدفع التي كانت موجودة وقت الحوالة، وتلك التي ينشأ بسببها في الفترة ما بين إنعقاد الحوالة ونفاذها، حتى ولو ترتب حكم هذه الدفع فيما بعد

¹ - محمد حسين منصور، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 415.

² - العربي بلحاج، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 537.

³ - المادة 248 ق م ج.

كما لو كان الحق معلق على شرط فاسخ ولم يتحقق هذا الشرط إلا بعد نفاذ الحوالة. ويرد على هذه القاعدة إستثناء خاص بالمقاصة، حيث لا يجوز للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان يمكنه المتمسك بها قبل قبوله الحوالة، إذا تم هذا القبول دون تحفظ، ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل (الدائن الأول). أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها فلا تمنعه هذه الحوالة من التمسك بالمقاصة.¹

أما النوع الثاني: من الدفع التي يستطيع المحال عليه التمسك بها في مواجهة المحال له، فهي الدفع الناشئة عن عقد الحوالة ذاته، إذ أن هذا العقد هو سند المحال له في مطالبة المحال عليه، فللمحال عليه أن يتمسك ببطلان الحوالة، ولكنه لا يستطيع التمسك بقبليتها للإبطال، لأن الإبطال لم يتقرر لمصلحته. وله كذلك أن يتمسك بصورية الحوالة إن كانت له مصلحة في ذلك وله أن يثبتها بكافة الطرق.²

الفرع الثالث: علاقة المحيل بالمحال عليه

يجب التفرقة في هذه الحالة بين مرحلتين مرحلة قبل نفاذ الحوالة في حق المحال عليه (المدين) وهي الفترة السابقة عن إعلان الحوالة أو قبولها، والفترة اللاحقة حيث تصبح الحوالة نافذة في حق المحال عليه وفي حق الغير.

أولاً: قبل نفاذ الحوالة في حق المحال عليه

يبقى المحيل (الدائن القديم) هو صاحب الحق، ويستطيع أن يستوفي الحق من المحال عليه (المدين بوصفه الدائن الأصلي الوحيد له، وأن يجبره على الوفاء بإلتزامه³ كما يستطيع المحيل بوصفه الدائن الوحيد أيضاً أن يتخذ الإجراءات التحفظية للمحافظة على حقه.⁴

كما يستطيع المحيل أيضاً أن يتصرف في الحق المحال به، لأنه لا يزال صاحبه في مواجهة الدائن والغير، فله أن يحيل الحق مرة أخرى إلى شخص آخر أو أن يرهنه، وله أن يقضي

1 - محمد حسين منصور، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 416.

2 - المرجع نفسه، ص 416، ص 417.

3 - المادة 241 الفقرة 1 ق م ج.

4 - جميلة دوار، المرجع السابق، ص 84.

هذا الحق بالإبراء أو التجديد أو المقاصة أو غير ذلك من أسباب الإنقضاء ولا يكون للمحال له في هذه الحالات سوى الرجوع على المحيل بالضمان¹

ثانياً: بعد نفاذ الحوالة في حق المحال عليه

وهذا بقبوله لها أو بإعلانه بها فإن المحال له يصبح هو الدائن الوحيد، ويصبح المحيل أجنبياً بالنسبة للمحال عليه، فلا يستطيع المحيل أن يستوفي الذين منه،² وليس له التصرف فيه تصرفاً نافداً في مواجهة المحال عليه، كما أنه لا يجوز لدائني المحيل أن يحجزوا على الحق المحال به تحت يد المحال عليه لأنه لم يعد مملوكاً لمدينهم.³

الفرع الرابع: علاقة المحال له بالغير

بداية وكما تم ذكره سابقاً فإن الحوالة لا تعتبر نافذة بحق الغير، إلا من تاريخ إعلانها الرسمي للمحال عليه، أو من تاريخ قبوله لها بمحضر رسمي،⁴ ولهذا الأمر أهمية بالغة فيما يتعلق بحالة تعدد الحوالة بالنسبة لأكثر من شخص وكانت بنفس المحل، فهنا العبرة بالحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حق الغير، بمعنى أن القانون يعطي للحوالة الأسبق تاريخاً في التسجيل وبالتالي في الإعلان للمحال عليه أو قبوله لها الأولوية والأفضلية عن غيرها في حالة تعددها.⁵

إذن فالغير هنا قد يكون محالاً له ثاناً أو أكثر لذات الحق محل الحوالة، وكذا دائني المحيل مما يطرح مشكل تزام الحوالات والحجوز.

أولاً: التنازع بين المحال لهم: وصورتها أن يقوم المحيل الدائن بحوالة حقه مرة ثانية أو ثالثة إلى محال لهم على التوالي ونشأ نزاع بينهم حول الأولوية فإن المفاضلة بينهم في حالة التنازع تكون على أساس الأسبق في تاريخ نفاذ حوالتهم في حق الغير، وليس بتاريخ إنشاء الحوالة.⁶

1 - محمد حسين منصور، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 418.

2 - جميلة دوار، المرجع السابق، ص 84.

3 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 540.

4 - وهذا ما جاء في نص المادة 241 ق م ج.

5 - عامر محمود الكسواني، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 271.

6 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 541.

ومما تقدم يتبين أنه إذا تعددت الحوالات لحق واحد، فضلت الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حق الغير، وفقا للمادة 249 ق م ج.

أي أن العبرة في الأفضلية ليست بتاريخ إنعقاد الحوالة، بل بتاريخ سريانها بالنسبة للغير بإعلانها رسميا للمحال عليه، ولا تكون الحوالة نافذة في حق الغير إلا بإعلانها رسميا للمحال عليه أو قبولها بوثيقة ثابتة التاريخ.¹ ولكن دون اللجوء إلى الغش لتحديد المحال له الأول.

ثانيا: التنازع بين المحال له والدائن الحاجز

والدائن الحاجز هو دائن المحيل فهذا الحاجز لا تنفذ الحوالة في مواجهته إلا بقبول المدين الثابت التاريخ أو بإعلانه بالحوالة.

وتطبيقا لذلك فإنه بعد إنعقاد الحوالة وإعلانها وقبولها لا يؤثر توقيع الحجز على الحق المحال به لأن هذا الحق أصبح ملكا للمحال له (الدائن الجديد) ويكون الحجز وكأنه واقع على مال الغير²

فإذا وقع حجز ما تحت يد المحال عليه، قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر، وفي هذه الحالة إذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير، فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة³ وهذا ما جاء في نص المادة 250 ق م ج⁴

وفي الأخير نقول أن الحوالة سواء كانت على سبيل الوفاء أو على سبيل الضمان لها أهمية كبيرة في المعاملات المالية، إلا أنهما يختلفان من حيث أن الأولى -على سبيل الوفاء-

¹ - المادة 241 فقرة 2 ق م ج.

² - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 542.

³ - المرجع نفسه، ص 542.

⁴ - وقد نصت هذه المادة على مايلي: "إذا حجز ما تحت يد المحال عليه قبل نفاذ الحوالة في حق الغير كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر وفي هذه الحالة إذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير، فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر المبلغ الضروري لتكملة قيمة الحوالة لصالح المحال له."

تنتقل ملكية الحق المحال إلى المحال إليه كمقابل للوفاء بدينه، وبذلك تبرأ ذمة المحال عليه وقت إنعقاد الحوالة دون حاجة إلى إثبات يسار المدين.

أما الحالة الثانية أي الحوالة على سبيل الضمان فلا تنتقل ملكية الحق إلى المحال إليه ولا تبرأ ذمة المحيل من دينه إلا إذا أوفى به أو قبض المحال إليه بالفعل دينه من قيمة الحوالة. ومن هنا كانت الحوالة على سبيل الضمان أفضل للدائن وخاصة إذا كان بنكا أو مؤسسة مالية.

وبالتالي فإن حوالة الحق وإن كانت تتم في صورة واحدة وتخضع من حيث إنعقادها ونفاذها في حق المدين أو الغير لقواعد مشتركة موحدة، إلا أنها تختلف إختلافا بينا من حيث طبيعة التصرف المقصود منها فقد يقصد المحيل بالحوالة بيع الحق إلى المحال له فتخضع لأحكام البيع. وقد يقصد بها الهبة أو الوفاء بدين سابق فتكون وفاء بمقابل وقد يقصد بها مجرد تحقيق هدف إئتماني وتقرير ضمان للمحال له استيفاء لحقه قبل المحيل فتتعد على سبيل الرهن ولا تنتقل ملكية الحق إلى المحال إليه، إذن فالأمر يرجع إلى نية المتعاقدين.

ولذلك فإن انتقال الحق عن طريق الحوالة يخضع لنوعين من القواعد: قواعد عامة تتصل بإنعقاد الحوالة في ذاتها ونفاذها في حق المدين أو الغير، وتجري على جميع صور الحوالة، وقواعد خاصة تتعلق بالتصرف المقصود من الحوالة فيخضع كل تصرف للقواعد الخاصة به ويتحدد على أساسه العلاقة بين المحيل والمحال له.

وإذا كانت الحوالة قد أبرمت على سبيل الضمان لتأمين الوفاء بدين بنك مثلا انطبقت عليها أحكام الرهن لا أحكام الوفاء فلا تنتقل ملكية الحق إلى المحال له، لأن الرهن لا ينقل ملكية الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن، وإنما يقتصر على تخويله الأولوية في إستيفاء دينه من قيمة الشيء المرهون أي بالأفضلية على غيره من الدائنين، وتسقط الحوالة إذا أدى المدين الراهن دينه للمحال له، وتنقضي بإنقضاء الدين الذي تضمنه، أما إذا تخلف المدين عن أداء دينه المضمون بالحوالة كان للبنك المحال له أن ينفذ على القيمة المالية للحق المحال متقدما على غيره من

الدائنين. وفي كلا الحالتين لا تبرأ ذمة المحيل إلا إذا إستوفى المحال له كامل حقه المضمون بالحوالة.

المبحث الثاني: الرهن التجاري كضمان تقليدي في المجال التجاري

للرهن التجاري مكانة وأهمية كبيرة في المجال التجاري، فقد يخشى التاجر إفلاس مدينه ومزاحمة غيره من الدائنين، فيسعى للحصول على رهن من مدينه يضمن له إستيفاء حقه من ثمن الشيء المرهون قبل الدائنين الآخرين.

والرهن كما جاء تنظيمه في التقنين التجاري،¹ يتطلب إنتقال حيازة المنقول المرهون من الراهن إلى الدائن المرتهن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان لإعلام الغير بالرهن، وقد كشف التطور الاقتصادي الحديث عن منقولات ذات قيمة كبيرة بإعتبارها من أدوات الإنتاج، كالسفن والمراكب النهريّة والطائرات والمحال التجارية وغيرها،² فهذا النوع من المنقولات لا يستطيع المدين التخلي عن حيازتها لأنها من العناصر الضرورية لنشاطه الاقتصادي، إضافة إلى أن إنتقال حيازتها سيحمل الدائن المرتهن عبء المحافظة عليها وإستغلالها لذلك ظهر نظام رهن المنقولات دون حيازة والذي أخذت به بعض التشريعات الأجنبية وتناوله التشريع الجزائري، لذلك سنبين الرهن التجاري العادي (مطلب أول) ثم رهن المحل التجاري بإعتباره رهن دون إنتقال الحيازة (مطلب ثاني)

المطلب الأول: الرهن التجاري العادي

الرهن في القواعد العامة هو حق عيني تبقي لمصلحة الدائن المرتهن على مال شخص آخر هو المدين الراهن، وذلك ضمانا لدين في ذمة الراهن أو في غير ذمته، وينقسم الرهن في أصله إلى نوعان رهن رسمي أو تأميني يرد على عقار ورهن حيازي يرد على عقار أو منقول لكنه يتطلب إنتقال الحيازة من المدين إلى الدائن أو إلى يد شخص ثالث، كل هذا إذا كان الرهن مدنيا

¹ - وهذا من خلال نصوص المواد 31 وما بعدها من القانون التجاري.

² - مصطفى كمال طه، العقود التجارية، دت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 47.

والدين مدنيا أيضا فهل يختلف الأمر لو كان الرهن تجاري ومتى يكون ذلك؟ ولتحديد ذلك نبحت في المقصود بالرهن التجاري (فرع أول) وآثار الرهن التجاري (فرع ثاني).

الفرع الأول: المقصود بالرهن التجاري

بالرغم من أن الإئتمان التجاري يقوم أساسا على الثقة في المدين ومركزه المالي، فإذا احتاج التاجر إلى المال وأراد أن يقترض فقد يمنحه الدائن هذا الإئتمان من غير أن يطلب منه تقديم ضمانات خاصة، إلا أن هذا الإئتمان لم يعد كافيا لحماية حقوق الدائنين من تقلبات السوق وإحتمالات المستقبل وبخاصة إذا كان هؤلاء الدائنون بنوكا أو مؤسسات مالية كبرى، لذا فالغالب أن تطلب البنوك تقديم ضمانات كالرهن.

وتكون لهذا الرهن صفته التجارية إذا كان الدين تجاريا فما المقصود بتجارية الرهن (أولا) ولتوضيح مفهوم الرهن التجاري أكثر نبين خصائصه (ثانيا)، ثم إنشأؤه (ثالثا).

أولا: تعريف الرهن التجاري

لم تضع أغلب التشريعات المقارنة تعريفا محددًا للرهن ومنها التشريع الجزائري، والأردني والبحريني والكويتي وإنما تعرضت لتجارية الرهن، ووفقا للنصوص الواردة في تلك التشريعات يعتبر الرهن تجاريا بالنسبة إلى الدائن المرتهن والمدين الراهن في آن واحد، إذا ورد على منقول ضمانا لدين تجاري بالنسبة للمدين، وفي هذه الحالة يخضع الطرفان المتعاقدان لقواعد الرهن الذي ينظمه القانون التجاري¹

ويمكن القول بأن المشرع الجزائري أخذ بالمعيار الموضوعي في صفة التجارية الذي بمقتضاه يعد العمل تجاريا متى كان موضوعه تجاريا بغض النظر عن صفة الأطراف المتعاقدة.²

لذلك سنوضح تعريف الرهن التجاري من خلال التعاريف الفقهية مع توضيح الصفة

التجارية للرهن.

¹ - منير علي هليل، مبادئ القانون التجاري، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2012، ص 199.

² - وهذا بحسب نص المادة 2 من القانون التجاري.

1- التعريف الفقهي للرهن التجاري:

بما أن معظم التشريعات لم تحدد تعريف للرهن التجاري وإنما تم تعريف الرهن الرسمي والحيازي ومع الإشارة إلى الحالة التي يكون فيها الرهن تجارياً وذلك لتمييزه عن الرهن المدني، فإننا نعود في تعريف الرهن التجاري لما بادر به الفقهاء من تعريفات أهمها: أن الرهن التجاري هو حق عيني تبغي يتقرر لمصلحة الدائن الذي يعرف بالمرتهن ويقرره شخص على مال له ضماناً لدين في ذمته، ويسمى حينئذ رهننا أو في ذمة غيره ويعرف في هذه الحالة كفيلاً عينياً، ويتم ترتيب الرهن كضمان إضافي إلى جانب الضمان العام المقرر على ذمة مدنيه لإتقاء مخاطر إعسار هذا الأخير أو إفلاسه أو مزاحمة دائنيه¹

2- الصفة التجارية للرهن:

يكون الدين تجارياً إذا كان مقرراً لضمان الوفاء بدين تجاري، أي دين ناشئ عن عمل تجاري بغض النظر عن صفة طرفيه تاجرين كانا أم لم يكن أي منهما تاجراً،² وهذا الأمر لا إختلاف فيه لكن إنقسمت الآراء الفقهية في حالة ما إذا كان الدين تجارياً فقط بالنسبة لأحد طرفيه، أي في حالة كونه عملاً مختلطاً، كما لو إشتري شخص تاجراً كان أم غير تاجر منتوجات زراعية من مزارع بثمن مؤجل لبيعها بربح ورتب له رهناً على مال من أمواله ضماناً لهذا الدين، حيث يعتبر الدين لذلك تجارياً بالنسبة للمشتري المدين الرهن ومدنياً بالنسبة للبائع الدائن المرتهن، أو بالعكس لو إشتري مزارع آلات زراعية لإستعمالها في مزرعته من تاجر أو من شخص كان قد إشتراها لبيعها بربح وحصل المزارع منه على أجل لدفع ثمن هذه الآلات بضمان رهن على مال من أمواله، حيث يكون الدين في هذه الحالة مدنياً بالنسبة للمشتري المدين الرهن وتجارياً بالنسبة للبائع الدائن المرتهن، إذ يرى البعض أن العبرة في تجارية الرهن بتجارية الدين المضمون بالنسبة للمدين الرهن لا الدائن المرتهن إلا إذا أمكن إعتباره تجارياً على أساس آخر كما لو كان الدائن

¹ - حلو أبو حلو، القانون التجاري، الشركة العربية المتحدة للتسويق والتوريدات بالتعاون مع جامعة القدس المفتوحة، مصر، 2008، ص 275، ص 276.

² - أكرم ياملكي، القانون التجاري، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2010، ص 214.

المرتهن مصرفاً حيث يعتبر الرهن المقرر له من مدينه، أياً كانت صفة الدين بالنسبة إليهم تجارياً باعتبارها معاملة من معاملات المصارف التي تعد بحكم ماهيتها الذاتية أعمالاً تجارية.¹

وفي المقابل يرى جانب آخر من الفقه أنه لا حاجة لمثل هذه التفرقة بين الحالتين وأن الرهن بالتالي يعتبر تجارياً بمجرد كون الدين المضمون تجارياً بالنسبة لأحد طرفيه، لكن إذا كان الراهن تاجراً فإنه يفترض أن الرهن تجارياً وذلك تطبيقاً لقريئة التجارية.²

أما إذا كان ناشئاً عن عمل مختلط فالعبرة بطبيعة الدين بالنسبة إلى المدين، فإذا كان تجارياً بالنسبة إلى المدين كان الرهن الذي تقرر لضمانه رهناً تجارياً.³

كما يعتبر الرهن تجارياً إذا ترتب على دين نشأ في ذمة تاجر يحترف التجارة عملاً له ولو كان الدين ناشئاً عن عمل مدني أصلاً، لأن مثل هذا العمل يكتسب الصفة التجارية بالتبعية حيث أن جميع الأعمال التي يقوم بها التاجر لحاجات تجارية أو بمناسبةها تعتبر تجارية كذلك، فإذا ثار شك حول ذلك إعتبرت تجارية إلا إذا قام دليل على عكس ذلك.

فلا سند له في القانون إن أخذنا الكلام بمعناه الحرفي أو الظاهري، أي إن إعتبرنا الرهن تجارياً بمجرد كونه مترتباً على دين ناشئ في ذمة تاجر، ولو كان الدين ناشئاً عن عمل مدني أصلاً لأن العمل المدني أصلاً إذا قام به التاجر لغايات تجارية يعتبر عملاً تجارياً بتوافر الشرطين السابقين، أي بكونه صادراً من تاجر ولغاية تجارية وإعتبره عملاً تجارياً بالتبعية،⁴ فإن الرهن الذي يترتب عليه يعتبر تجارياً لهذا السبب وليس لمجرد كونه مترتباً على دين ناشئ في ذمة تاجر، لذلك إعتبر بعض الفقه أن عقد الرهن التجاري ليس عقداً أصلياً بل هو عقد تبعية، إذ أن العبرة في صفة الرهن التجاري بصفة الدين المضمون بعقد الرهن وأن الصفة التجارية لا تلحق الرهن التجاري تبعاً لصفة الدائن أو المدين وإنما تلحق بالتبعية للصفة التي يكتسبها الدين الأصلي وأنه

1 - أكرم ياملكي، القانون التجاري، المرجع السابق، ص 214.

2 - هاني دويدار، القانون التجاري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 195.

3 - المرجع نفسه، ص 195.

4 - نصت على الأعمال التجارية بالتبعية المادة 4 من القانون التجاري الجزائري، حيث جاء فيها: "يعد عملاً تجارياً بالتبعية الأعمال التي يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات ممتجره، الإلتزامات بين التجار".

يترتب على ذلك أن الرهن الذي يعقد ضمانا لدين مدني ولو حصل بين تاجرين فإنه يعتبر رهنا مدنيا.¹

لكن توضيح مدى تجارية الرهن لا تكتمل إلا ببيان كيفية نشأة هذا الرهن التجاري وخصائصه.

ثانيا: خصائص الرهن التجاري

من خلال ما تقدم يمكن إستخلاص الخصائص التالية:

- 1- أن الرهن التجاري عقد عيني حيث يشترط على المدين الراهن تسليم الشيء المرهون ونقل الحيازة، وبالتالي فإن تسليم الشيء المرهون ركن في العقد وشرط لإنشائه.
- 2- عقد ملزم للجانبين، ويقصد بذلك أنه يرتب إلتزامات متقابلة في ذمتي طرفيه الراهن والمرتهن.
- 3- يضمن حقا لا يتجزأ، ويقصد بذلك أن سلطة الدائن المرتهن تبقى على المال المرهون كله حتى يستوفي كل الدين المضمون من ثمن الشيء المرهون بطريق الإمتياز.
- 4- لا يرد إلا على منقولات مادية أو معنوية.²

ثالثا: إنشاء الرهن التجاري

إن الرهن التجاري من العقود الرضائية، لكن يشترط فيه تسليم الشيء المرهون لإنعقاد الرهن على عكس الرهن الحيازي المدني ينشأ بمجرد الإتفاق بين الطرفين أي تبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما المتطابقتين،³ دون حاجة إلى تأخير ذلك إلى وقت تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الأجنبي الذي يعينه المتعاقدان أو إلى وقت إتخاذ الإجراءات الأخرى اللازمة لنفاذ

¹ - أكرم ياملكي، المرجع السابق، ص 215، ص 216.

² - خالد إبراهيم التلاحمة، الوجيز في القانون التجاري، الطبعة الثالثة، دار وائل للنشر، الأردن، 2012، ص 106.

³ - المادة 59 ق م ج.

الرهن في مواجهة الغير،¹ فالتسليم في تنظيم الرهن الحيازي له أهمية كبيرة في نفاذ الرهن والإحتجاج به في مواجهة الدائنين الآخرين.²

وإنّقال حيازة المرهون إلى الدائن المرتهن تتطوي على فائدة كبيرة، فهي من جهة تفيد المرتهن لأنها تجعل المرهون بمنأى عن الراهن، فلا يستطيع هذا الأخير إخفاءه إذا كان منقولاً ولا التصرف فيه لشخص حسن النية يستطيع أن يحتمي بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، إضافة إلى ذلك فإنّ انتقال الحيازة إلى المرتهن أو إلى شخص ثالث يفيد الغير، إذ عن طريقه يستطيع الغير أن يحيطوا علماً بتعلق حق الدائن المرتهن بالشيء المرهون، وعدم بقاءه خالصاً للمدين الراهن، فلا يندعون ببقاء الشيء تحت يده ولا يتورطون من ثم بإقراضه، إذا كان مركزه المالي لا يتيح هذا الإقراض، وضرورة إنتقال حيازة المال المرهون إلى الدائن تعني أن الرهن التجاري يجب أن يقع على مال منقول.³

وتختلف طريقة إنتقال حيازة الشيء المرهون فيما إذا كان منقولاً مادياً أو منقولاً معنوياً.

1- رهن المنقولات المادية

أ- إثبات الرهن

يشترط لنفاذ رهن المنقول في مواجهة الغير إلى جانب إنتقال الحيازة إلى الدائن في المواد المدنية أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة، بيانا كافيا ويحدد هذا التاريخ الثابت مرتبة الدائن المرتهن.⁴

وشرط الكتابة ليس لازماً لإنعقاد الرهن أو إثباته بل لنفاذه. وعلى ذلك فإنّ كتابة الورقة لازمة مهما كانت قيمة الدين ولو كانت أقل من مائة ألف دينار جزائري.⁵

¹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (7) التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 259.

² - وقد نصت في ذلك المادة 951 ق م ج.

³ - فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2007، ص 218.

⁴ - المادة 969 ق م ج.

⁵ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، (7) التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 313.

والحكمة من شرط الكتابة هو الحيلولة دون تواطؤ المدين الراهن مع المرتهن للإضرار بالغير، كأن يعمد إلى تفضيل دائن على غيره بإدعاء أنه مرتهن رغم أنه سلمه الشيء على سبيل الوديعة أو العارية أو الإيجار، أو أن يغير في بيانات الورقة بأن يقدم تاريخ الرهن أو يزيد في مقدار الدين المضمون أو يستبدل بالشيء المرهون شيء آخر.¹

وتحسب مرتبة الرهن من وقت تحرير الورقة ثابتة التاريخ² بشرط تحقق حياة المرتهن للمنقول المرهون في نفس الوقت، فالمرتبة تحسب من وقت إجتماع الشرطين معا.

وإذا إشتمل الرهن جملة أشياء وبين بعضها دون بيان البعض الآخر، فالعقد يكون نافدا في حق الغير بالنسبة لما تم بيانه من هذه الأشياء دون غيرها، والمحاكم هي التي تقدر ما إذا كان البيان كافيا أو غير كاف³

أما فيما يتعلق بالرهن التجاري فتنبص المادة 31 من القانون التجاري الجزائري: "يثبت الرهن المتمم من تاجر أو غير تاجر لأجل عمل من الأعمال التجارية تجاه الغير وبالنسبة للمتعاقدين طبقا لأحكام المادة 30⁴ أعلاه" وبالتالي يمكن إثبات الدين فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير بكافة طرق الإثبات أيا كانت قيمة الدين المضمون بالرهن، وبالتالي يسري على إثبات الرهن التجاري قاعدة حرية الإثبات في المواد التجارية.⁵

ب- إنتقال حياة المنقول المادي:

يتم إنتقال حياة المنقولات المادية بإحدى طريقتين الأولى بالإنتقال الفعلي وتعني تسليم الشيء المنقول فعليا إلى الدائن المرتهن وذلك بتمكين هذا الأخير من قبض الشيء المرهون وحبسه لديه، إلى حين سداد الدين المضمون،⁶ وقد عبر المشرع الجزائري عن ذلك من خلال نص

1 - نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 234.

2 - إشتراط إثبات التاريخ هو القاعدة العامة للإحتجاج بالورقة العرفية على الغير، وليس حكما خاصا برهن النقول رهنا حيازيا.

3 - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 314.

4 - حيث جاء في نص المادة 30 ق م ج ما يلي: "يثبت كل عقد تجاري: سندات رسمية، سندات عرفية، فاتورة مقبولة، بالرسائل، بدفاتر الطرفين، بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأته المحكمة وجوب قبولها".

5 - مصطفى كمال طه، العقود التجارية، المرجع السابق، ص 51.

6 - فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، المرجع السابق، ص 219.

المادة 2/32 ق ت ج حيث جاء فيها: "يعتبر الدائن حائزاً للبضائع متى كانت تحت تصرفه وفي مخازنه أو سفنه أو في مستودع عمومي".

أما الطريقة الثانية لإنقال الحياة المادية فتكون بالإنقال الرمزي أو الحكمي، ويتحقق ذلك بوضع المال المرهون تحت تصرف الدائن المرتهن بطريقة تجعل المال المرهون في حراسته، كما لو كان المال المرهون بضاعة مودعة في مخزن وأقفل المخزن وسلمت مفاتيحه إلى الدائن المرتهن، كما يعد تسليمًا رمزيًا للمال المرهون، إذا تسلم الدائن المرتهن سندًا يمثل المال المرهون ويعطيه دون غيره حق تسلمه، كما لو تم رهن البضاعة المنقولة بحرا بتسليم سند الشحن الذي يمثلها للدائن المرتهن.¹

كما قد يكون التسليم معنويًا، كأن تكون البضاعة المرهونة موجودة فعلاً في حيازة الدائن المرتهن من قبل على سبيل الوديعة أو الإعارة أو الإيجار.²

2- رهن المنقولات المعنوية:

وتسمى كذلك بالمنقولات غير المادية، وهي ما لا تدرك بالحس وقد تكون عبارة عن حقوق ثابتة في سند عادي أو في إحدى السندات المالية أو الأوراق التجارية كسند السحب (السفتجة) والسند لأمر أو قد تكون حقا عاديا.

أ- رهن السندات الإسمية والسندات الاذنية

وهي السندات التي تصدرها الشركات كالأسهم الإسمية والسندات، وتتضمن حقوقاً لصاحبها،³ حيث جاء في نص المادة 976 ق م ج: "يتم رهن السندات الإسمية لأمر بالطريقة الخاصة المنصوص عليها قانوناً بشرط أن يذكر أن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن وبدون حاجة إلى إعلان"

¹ - وقد نصت في هذا الصدد المادة 32 فقرة 2 من ق ت ج حيث جاء فيها: "...أو كان بيد الدائن قبل وصولها وثيقة الشحن أو أي سند نقل آخر معادل لها".

² - حلو أبو حلو، المرجع السابق، ص 279.

³ - حيث جاء في نص المادة 31 فقرة 3: "أما بالنسبة للأسهم وحصص الشركاء في الشركات المالية والصناعية والتجارية أو المدنية والتي يحصل نقلها بموجب تحويل في دفاتر الشركة يجب أن يثبت الرهن بعقد رسمي ويجب أن تقيد هذه العملية على سبيل الضمان في الدفاتر المذكورة".

ويتضح لنا من نص هذه المادة أنه يتبع في رهن السندات الإسمية والسندات الأذنية الإجراءات الخاصة التي رسمها القانون لحوالة هذه السندات، ويجب ذكر أن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن، والرهن هنا يتم دون إعلان المدين فالسندات الإسمية يتم رهنها بالقيود في المؤسسة التي أصدرتها وكذلك بالتأشير على صك السند ذاته ومرتببة الرهن تحسب من وقت إتخاذ هذه الإجراءات، أما فيما يتعلق بالسندات الأذنية مثل الأوراق التجارية ووثائق التأمين، فإن رهنها يتم بطريق التظهير ويجب ذكر أن هذه القيمة للضمان.¹

أما السندات لحاملها فهي تعامل معاملة المنقولات المادية وقد نصت على ذلك المادة 1/970 من القانون المدني،² وبناء على ذلك لا يفقد رهن السندات لحاملها في حق الغير إلا إذا دون الرهن في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المال المرهون والحق المضمون بيانا كافيا، وذلك بالإضافة إلى نقل حيازة هذه السندات إلى الدائن المرتهن.³

ب- نفاذ الرهن في الديون العادية:

لم يتعرض المشرع التجاري لمسألة رهن الديون العادية التي لا يجوز نقل الحق فيها بالتسليم أو بالتنازل عنها بطريق القيد أو بالتظهير، ومن تم فتخضع للأحكام المقررة في القانون المدني، والتي من خلالها جاء نص المادة 975⁴ على ما يلي: "لا يكون رهن الدين نافدا في حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله له وفقا للمادة 241، ولا يكون نافدا في حق الغير إلا بتسليم سند الدين المرهون إلى المرتهن وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول".

ويتبين من خلال النص أن رهن الدين في هذا النوع من الديون هو حوالة لهذا الحق على سبيل الرهن ولهذا فلا يكون نافدا في حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله وفقا لنص

1 - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (7) التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 325.

2 - حيث جاء فيها: "تسري على الرهن المنقول الأحكام المتعلقة بالآثار التي تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات لحاملها".

3 - نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 236.

4 - ويقابلها نص المادة 1123 قانون مدني مصري.

المادة 241 ق م ج¹ كما لا تنفذ الحوالة- وطبقا لهذا النص- في حق الغير إلا من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول بها".

كما يشترط كذلك إنتقال حيازة سند الدين إلى الدائن المرتهن فشرط إنتقال حيازة سند الدين إلى الدائن المرتهن فشرط إنتقال الحيازة هو الشرط المشترك بين كل أنواع الرهن الحيازي،² ومرتببة الرهن تحسب من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول بشرط تحقق الحيازة للمرتهن في الوقت نفسه.³

الفرع الثاني: آثار الرهن التجاري

عقد الرهن سواء أكان مدنيا أم تجاريا، من العقود الملزمة لجانبين فهو يرتب إلتزامات على عاتق المدين الراهن وإلتزامات مقابلة على عاتق الدائن المرتهن، وإلتزامات أحدهما تعد حقوقا للآخر، ولا فرق من حيث الآثار بين الرهن التجاري والرهن المدني، ولهذا لم يتضمن القانون التجاري نصوصا تحدد آثار الرهن التجاري⁴ فيما عدا المادة 33 ق ت ج⁵ لذلك فإنه تسري أحكام القانون المدني بقدر عدم تعارضها مع المبادئ المختصة بالقانون التجاري.

أولا: آثار الرهن بالنسبة للمدين والدائن

1- آثار الرهن بالنسبة للمدين الراهن:

جاء في القواعد العامة أنه لا يجوز للراهن أن يتصرف في المرهون حيازيا تصرفا قابلا للفسخ كالبيع والإجار والهبة إلا بقبول المرتهن،⁶ فإذا قام الراهن بالتصرف بالمرهون بموافقة المرتهن، كأن قام ببيعه مثلا حق للدائن المرتهن أن ينتقل إلى ثمن المرهون، وإذا أقر المدين

1 - حيث جاء في نص المادة 241 ق م ج: "لا يحتج بالحوالة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا رضي بها المدين أو أخبر بها بعقد غير قضائي، غير أن قبول المدين لا يجعلها نافذة قبل الغير إلا إذا كان هذا القبول ثابت التاريخ".

2 - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (7) التأمينات العينية، ص 324.

3 - وهذا حسب نص المادة 975 ق م ج السالفة الذكر.

4 - وهذا على غرار باقي التشريعات الأخرى كالتشريع الأردني والمصري.... إلخ.

5 - التي تناولت إجراءات التنفيذ على الشيء المرهون.

6 - أو لموافقة القاضي وهذا ما جاء من خلال نص المادة 972 ق م ج حيث جاء فيها: "يجوز للراهن إذا عرضت فرصة لبيع الشيء المرهون وكان البيع صفقة رابحة أن يطلب من القاضي الترخيص في بيع هذا الشيء ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين ويحدد القاضي عند الترخيص شروط البيع ويفصل في أمر إيداع الثمن".

الراهن بأن المرهون مملوك لغيره فإن هذا الإقرار لا يسري في حق الدائن المرتهن ولا يسقط حق هذا الأخير بحسب المرهون حتى يستوفي دينه.¹

كما يقع على عاتق الراهن إلتزام بضمان سلامة الشيء المرهون، وكذلك الإلتزام بعدم القيام بأي عمل ينقص من ضمانه أو يحول دون مباشرة المرتهن لحقوقه، وقد نصت في ذلك المادة 953 ق م ج.²

كما يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعا لخطئه أو ناشئا عن قوة قاهرة،³ وهنا يمكن إنتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى حق آخر يحل محله، فللدائن المرتهن الخيار بين طلب تأمينا كافيا أو إستيفاء حقه فورا،⁴

إضافة إلى ذلك يجوز للمرتهن أن يطلب من المحكمة منع الراهن من القيام بأية أعمال من شأنها أن تعرض المرهون للهلاك أو التعيب أو تجعله غير كاف للضمان،⁵ وإذا هلك المرهون أو تعيب فإن حق المرتهن ينتقل إلى المال الذي حل محله، وللمرتهن أن يستوفي حقه منه.⁶

2- آثار الرهن بالنسبة للدائن المرتهن:

أول هذه الآثار بالنسبة للدائن المرتهن هو إلتزامه بالمحافظة على المرهون حيازيا، والعناية به عناية الرجل المعتاد،⁷ ويدخل في نطاق المحافظة على المرهون قيام الدائن بإستعمال جميع الحقوق الملازمة للأشياء أو السندات المسلمة إليه على سبيل الرهن.⁸

1 - بسام حمد الطراونة، باسم محمد ملحم، مبادئ القانون التجاري، الطبعة الثالثة، دار المسيرة، الأردن، 2014، ص 217.

2 - حيث جاء في نصها: "يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه، وليس له أن يأتي عملا ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون إستعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد، والدائن المرتهن في حالة الإستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي للمحافظة على الشيء المرهون".

3 - المادة 954 ق م ج.

4 - المادة 899 ق م ج.

5 - المادة 899/الثانية والثالثة.

6 - بسام حمد الطراونة، باسم محمد ملحم، المرجع السابق، ص 218.

7 - المادة 955 ق م ج.

8 - بسام حمد الطراونة، باسم محمد ملحم، المرجع السابق، ص 218.

وبناء على ذلك يتعين على الدائن المرتهن أن يقوم بإستعمال الشيء المرهون والمحافظة على الحقوق الملازمة له،¹ فإذا كان منقولاً مادياً فإن المرتهن يلتزم بالإعلان عن أي شيء يهدد المرهون بالهلاك أو ينقص من قيمته.

كما أعطت المادة 978 ق م ج للدائن المرتهن حق إستيفاء الإستحقاقات الدورية على أن يخضم ما يستوفيه أولاً من المصاريف ثم من أصل الدين المضمون بالرهن، وهذا إذا لم يتفق من قبل على غير ذلك من طرف الدائن والمدين.

كما يلتزم الدائن بالمحافظة على الدين المرهون،² فإذا كان له أن يحصل شيئاً من هذا الدين دون تدخل الراهن وجب عليه أن يحصله في الزمان والمكان المعينين للإستيفاء، وأن يبادر بإخطار الراهن بذلك. ومن خلال النص يتضح كذلك (المادة 978 ق م ج) أن المرتهن يقوم بإستثمار الدين عن طريق الحصول على المستحقات الدورية ويخصمها من حقوقه لدى المدين فالدائن المرتهن له أن يستولي على ما يدره الدين من فوائد، كما في حالة السندات التي تصدرها الحكومة إن كانت تدر فائدة، وله الحصول على الإستحقاقات الدورية كالأقساط وذلك بشرط استئزال ما يحل عليه من حقه المضمون بالرهن.³

ثانياً: التنفيذ على الشيء المرهون

إن إجراءات التنفيذ على الشيء المرهون تختلف في الرهن المدني عنها في الرهن التجاري ففي المدني تتطلب القواعد العامة أن يرفع الدائن المرتهن دعوى على المدين للحصول على حكم نهائي بالدين والتنفيذ بمقتضاه على الشيء المرهون، ومما لا شك فيه فإن رفع دعوى والفصل فيها وإجراء البيع يستغرق وقتاً طويلاً ونفقات باهظة.⁴

أما تنفيذ الرهن التجاري فمن المفروض أنه يختلف في إجراءات التنفيذ على المال المرهون عن الرهن المدني لتحصيل حق الدائن المرتهن في حالة عدم سداده عند الاستحقاق وأن يتم التنفيذ

1 - فيمكن للدائن المرتهن أن يستثمر في الشيء المرهون وأن يتولى إدارته مع بدل العناية اللازمة لذلك وهذا ما نصت عليه المادتين 956 و958 ق م ج.

2 - ومن أمثلة كيفية المحافظة على الشيء المرهون إيداع هذا الأخير أحد المخازن العمومية، كما لو كان بضاعة مخصصة للبيع أو تهيئة الظروف الملائمة لاستعمال الشيء في الغرض المخصص له، كتوفير وسائل التهوية اللازمة لتشغيل الآلات البخارية أو إتخاذ التدابير اللازمة لحسن إستعمال الشيء كالقيام بأعمال صيانة السيارات، أنظر نبيل إبراهيم سعد، القانون التجاري، المرجع السابق، ص 205.

3 - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 327.

4 - حلو أبو حلو، المرجع السابق ص 281.

بالسرعة التي تتطلبها طبيعة التجارة، ومعظم التشريعات تضمنت نصوصاً ترمي إلى تبسيط إجراءات التنفيذ على الشيء المرهون في الرهن التجاري. وهذا ما تتطلبه المعاملات التجارية من سرعة وتبسيط في الإجراءات نظراً لأهمية الوفاء في ميعاد الاستحقاق بالنسبة للمعاملات التجارية.¹

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 33 ق ت ج الفقرة 1 و 2 حيث نص على ما يلي: "إذا لم يتم الدفع في الاستحقاق جاز للدائن خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغ عاد حاصل للمدين أو الكفيل العيني من الغير إذا كان له محل أن يشرع في البيع العلني للأشياء المرهونة، ويجوز لرئيس المحكمة بناء على طلب الأطراف أن يعين عوناً للدولة ومختصاً للقيام بهذا العمل".

فالملاحظ على إجراءات التنفيذ أنها بسيطة إلى أبعد حد فلم يستوجب المشرع طلب الإذن من القاضي، للشروع في تحصيل قيمة الشيء المرهون، فالدائن يقوم بمجرد تبليغ عادي وليس رسمي للمدين أو الكفيل من أجل الشروع في عملية بيع الشيء المرهون في المزاد العلني. وقد حدد أيضاً أجلاً لإرسال هذا التنبيه للمدين أو كفيله العيني والذي حدد بخمسة عشر يوماً (15)،² من تاريخ تبليغ المدين أو الكفيل العيني.

وبعد بيع الشيء المرهون في المزاد العلني، يستوفي الدائن حقه من ناتج البيع بطريق الأولوية، شاملاً أصل الدين والفوائد والمصروفات.³

ثالثاً: تملك الشيء المرهون عند عدم الوفاء

عند إستحقاق الدين المضمون بالرهن ولم يوف المدين بالدين هل يجوز للدائن المرتهن أن يملك الشيء المرهون عوضاً عن دينه؟ فهذه الحالة كانت معروفة في القانون الروماني حيث كان للدائن المرتهن الذي بيده حيازة الشيء المرهون أن يحبسه ضماناً لدينه لحين الإستحقاق فإذا تخلف المدين عن الوفاء كان للدائن الحق في أن يملك الشيء المرهون.

1- فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، المرجع السابق ص 229.

2- لقد اختلفت التشريعات في تحديد هذه المدة، فمثلاً حددها المشرع العراقي بـ 7 أيام من خلال نص المادة 193 قانون تجارة عراقي، أما قانون التجارة المصري فقد حددها في مادته 87 بـ 3 أيام مع تقديم عريضة للقاضي ليحصل الدائن منه على الإذن ببيع جميع الأشياء المرهونة أو بعضها بالمزاد العلني، أما قانون التجارة اللبناني فقد تشارك مع القانون التجاري الجزائري في موقفه من عدم طلب الإذن من القاضي بل يتم تبليغ المدين أو الكفيل بمرسلة بسيطة ثم يشرع في البيع العلني، وهذا من خلال نص المادة 271 قانون التجارة اللبناني أما المدة التي يستغرقها قبل التبليغ فقد حددها المشرع اللبناني بـ 8 أيام، وعلى العكس من كل التشريعات العربية هذه، فإن المشرع الأردني اختلف تماماً عنهم وهذا بإشتراطه على الدائن المرتهن أن يلجأ إلى المحكمة المختصة ويرفع دعوى للمطالبة بوفاء دينه. راجع في ذلك فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، المرجع السابق، ص 229، ص 230.

3- هاني دويدار، القانون التجاري، المرجع السابق، ص 28

وبقى هذا الشرط لفترة طويلة سائدا في عقود الرهن ثم ألغي نظرا لما يمثله من إستغلال واجحاف في حق المدين الراهن، وذلك لأنه في الغالب كانت قيمة الشيء المرهون تفوق بكثير قيمة الدين المضمون، وحل محله شرط جديد يسمى "بشرط الطريق الممهد" بموجبه أصبح للمرتهن أن يمتلك الشيء المرهون عند عدم الوفاء بالدين بالقيمة التي يقدرها أهل الخبرة. وفي كل الأحوال شرط التملك يجلب الشبهة في تحديد القيمة الحقيقية للشيء المرهون، إضافة إلى الأثر النفسي المؤلم الذي يتركه تملك الشيء المرهون في نفس المدين، لأن هذا الأخير يقبل مجبرا بهذا الحل ويكون في موقف ضعيف فيقبل بكل شروط الدائن المرتهن.¹

ولهذه الأسباب فقد نصت القوانين الحديثة على بطلان هذا الشرط والذي يسميه البعض بالرهن المغلق،² كما أبطل الشرط كذلك لأنه يحول دون مشاركة الدائنين الآخرين في التنفيذ على الشيء المرهون وإستئثار الدائن المرتهن بقيمة الشيء التي قد تفوق كثيرا قيمة الدين المضمون بالرهن،³ وتأكيدا تقضى قوانين التجارة في مختلف التشريعات،⁴ بأنه يكون باطلا كل إتفاق يبرم وقت تقرير الرهن يعطي للدائن المرتهن في حالة عدم إستيفاء الدين عند حلول أجله الحق، في تملك الشيء المرهون أو في بيعه دون مراعاة الإجراءات المنصوص عليها للتنفيذ على الشيء المرهون.

وقد نصت في ذلك المادة 33 فقرة 3 قانون تجاري جزائري، حيث جاء فيها: "ويعتبر لاغيا كل شرط يرخص فيه للدائن بأن يستملك المرهون أو يتصرف فيه من غير مراعاة الإجراءات المقررة آنفا" ويقصد إجراءات التبليغ ومنح مهلة 15 يوما للمدين قبل الشروع في بيع المرهون في المزاد العلني.⁵

1 - فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، المرجع السابق، ص 231، ص 232.

2 - هاني دويدار، القانون التجاري، المرجع السابق، ص 208.

3 - المرجع نفسه، ص 208.

4 - ومنها المادة 67 قانون تجارة أردني، والبحريني في المادة 147 و 237 من قانون التجارة الكويتي، والمادة 2/271 من قانون التجارة اللبناني، و129 تجاري مصري، أنظر منير علي هليل، المرجع السابق، ص 214، وأنظر مصطفى كمال طه، العقود التجارية، المرجع السابق، ص 57.

5 - ويرى جانب من الفقه أنه يمكن تملك الشيء المرهون عند الإستحقاق أو حلول أجل الدين وهذا ما نصت عليه القواعد العامة مثل المادة 973 ق م ج، حيث تنتفي هنا صورة إستغلال المدين لكن بشرط إستأذان القاضي بذلك ويتم تقييم الشيء المرهون بواسطة أهل الخبرة، وهنا يرى بعض الفقه أيضا أنه ليس هناك ما يمنع تطبيق هذه الأصول على الرهن التجاري طالما أن رقابة القضاء ملحوظة وطالما أنه لم يرد نص مخالف في قانون التجارة، أنظر إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، المؤسسة التجارية، الجزء الأول، عويدات للنشر والطباعة، لبنان، 1999، ص 463.

رابعاً: إنقضاء الرهن التجاري

لم يتضمن القانون التجاري أحكاماً خاصة لإنقضاء الرهن التجاري لذلك فهو ينقضي وفقاً

للأسباب العامة لإنقضاء الرهن الحيازي المنصوص عليها في القانون المدني وهي:

1- إنقضاء الدين المضمون بالرهن.

2- تنازل الدائن المرتهن عن حقه في الرهن صراحة أو دلالة.

3- إذا تملك المال المرهون عن طريق الإرث.

4- هلاك المال المرهون كلياً.

5- إنقضاء الحق المرهون.¹

المطلب الثاني: رهن المحل التجاري كضمان تجاري

للمحل التجاري قيمة مالية ومعنوية كبيرة بالنسبة للتاجر، فهو مصدر للرزق والكسب، فيستغله قدر المستطاع حتى يحقق أرباحاً وفوائد عديدة لكن قد يتخلل ممارسة التاجر لنشاطه التجاري بعض العراقيل والصعوبات قد تصل إلى حد الإفلاس، ولتجنب ذلك يعتمد التاجر إلى إيجاد حلول وسبل تعطي ضمانات للدائنين بأنه قادر على سداد ديونه، ولعل أهم هذه الضمانات هي ما تم دراسته من قبل من تأمينات عينية وشخصية، لكن إذا كان هذا التاجر لا يملك إلا هذا المحل التجاري سيضطر لا محال إلى وضعه كضمان وهذا عن طريق ما يعرف بالرهن الوارد على المحل التجاري.

وبما أن المحل التجاري من الأموال المنقولة، فإن التاجر لا يستطيع أن يحصل على الائتمان والضمان المطلوب إلا عن طريق رهنه رهناً حيازياً وانتقال حيازته إلى الدائن المرتهن مما يستتبع حرمان التاجر من استثمار محله وإستغلاله وبالتالي عدم سداد الديون، وتمكيناً للتاجر من الإقتراض بضمان محله التجاري مع بقاءه في حيازته، أجازت مختلف التشريعات ومنها التشريع

¹ - نداء محمد الصوص، مبادئ القانون التجاري، الطبعة الأولى، مكتبة المجتمع العربي، ودار أجنادين، الأردن، 2007، ص 68.

الجزائري،¹ رهن المحل التجاري مع بقاء هذا المحل في حيازة صاحبه، وسنبين ذلك من خلال المقصود بعقد رهن المحل التجاري (فرع أول) وشروط إنشاء رهن المحل التجاري (فرع ثاني) وأحكام رهن المحل التجاري (فرع ثالث) والرهن الحيازية الخاصة التابعة للمحل التجاري (فرع رابع).

الفرع الأول: المقصود بعقد رهن المحل التجاري

المحل التجاري منقول معنوي يتألف من مجموع عناصر مادية ومعنوية مخصصة لمزاولة المهنة التجارية. وتشمل العناصر المادية البضائع والمعدات، أما العناصر المعنوية فهي الإتصال بالعملاء والسمعة التجارية والإسم التجاري والعنوان التجاري والحق في الإجارة وحقوق الملكية الصناعية والأدبية والفنية والرخص والإجازات.²

وهذا المحل التجاري قد ترد عليه عدة تصرفات قانونية، والمتمثلة في بيع ورهن المحل التجاري وكذلك تأجير التسيير ولكن قصدنا أن نخص بالذكر الرهن دون التصرفات الأخرى لأن التاجر قد يلجأ إليه لضمان قرض ما.

أولاً: تعريف عقد رهن المحل التجاري

الرهن بصفة عامة في القواعد العامة هو حق عيني تبعي وينقسم إلى قسمين رهن رسمي ويرد على العقارات ورهن حيازي ويرد على المنقولات المادية أو المعنوية.

وبما أن المحل التجاري منقول معنوي فالمفروض إنتقال الحيازة إلى يد الدائن كضمان له، وحتى يدعم التاجر نشاطه التجاري من خلال القرض الذي يتحصل عليه من هذا الدائن، لكن إذا تخلى المدين الراهن عن حيازته للمال الذي يقدمه كضمان يستحيل معه الإستمرار في الإستغلال واستثمار المحل.

ولما كانت الحيازة وسيلة للشهر في الرهن الحيازي، فإن إبقائها للمدين في حالة رهن المتجر سيضر بالغير ضرراً بليغاً الذي لا يستطيع أن يعلم بوجود الرهن، فيتعامل مع المدين وهو يعتقد

¹ - وهذا من خلال نصوص المواد من 118 وما بعدها من القانون التجاري.

² - أنظر مصطفى كمال طه، العقود التجارية، المرجع السابق، ص 62.

بخلو المتجر من الأعباء الخاصة، لهذا إستلزم المشرع شهر الرهن ونظم طريقة هذا الشهر حماية للغير.

هذا التوفيق بين مصلحة المدين التاجر الذي تقتضي تمكينه من رهن متجره دون أن يتخلى عن حيازته وبين مصلحة الغير التي تتطلب علمه بوجود الرهن،¹ هو جوهر الأحكام التي وضعها القانون التجاري في مختلف التشريعات.

ويلاحظ أن رهن المحل التجاري يختلف عن الرهن البحري للسفن ورهن الطائرات في أن الأول يرد على منقول معنوي هو المحل التجاري في حين أن الثاني والثالث يردان على منقول مادي هو السفينة من جهة والطائرة من جهة أخرى.²

ثانياً: محل عقد رهن المحل التجاري

يتكون المحل التجاري من عناصر مادية وأخرى معنوية ومن تمة فإن رهن المحل التجاري يعني في الواقع رهن هذه العناصر، ويخضع تحديد العناصر التي يشملها عقد الرهن للإرادة الصريحة للمتعاقدين، مع العلم أن المشرع الجزائري قد إستبعد عنصر البضائع من عملية الرهن، من خلال نص المادة 119 ق ت³ وفرق بين حالتين، حالة تعيين العناصر التي تناولها الرهن وحالة عدم تعيين العناصر التي تناولها عقد الرهن.

1- حالة تعيين العناصر بعقد الرهن:

يقصد بها تحديد عناصر المحل التجاري المقرر رهنها بعقد الرهن، إضافة إلى عنصر العملاء والشهرة التجارية الذي يكون في جميع عمليات رهون المحال التجارية بصفة إلزامية، كما

1 - تامر ريمون فهميم، المرجع السابق، ص 188.

2 - مصطفى كمال طه، العقود التجارية، المرجع السابق، ص 61.

3 - حيث جاء في نص هذه المادة: "لا يجوز أن يشمل الرهن الحيازي للمحل التجاري من الأجزاء التابعة له إلا عنوان المحل والإسم التجاري والحق في الإجارة والزبائن والشهرة التجارية والأثاث التجاري والمعدات والآلات التي تستعمل في إستغلال المحل وبراءات الإختراع والرخص وعلامات الصنع أو التجارة والرسوم والنماذج الصناعية وعلى وجه العموم حقوق الملكية الصناعية والأدبية أو التقنية المرتبطة به. وإن الشهادة الإضافية الصادرة بعد الرهن والشاملة للبراءة المنطبقة، عليها تتبع مصير هذه البراءة وتكون جزءاً مثلها من الرهن المنشأ. وإذا لم يعين صراحة وعلى وجه الدقة في العقد ما يتناوله الرهن فإنه لا يكون شاملاً إلا العنوان والإسم التجاري والحق في الإجارة والزبائن والشهرة التجارية.

وإذا احتوى الرهن الحيازي على المحل التجاري وفروعه، فيجب تعيين هذه الأخيرة ببيان مركزها على وجه الدقة".

يستثنى من العناصر عنصر البضائع كونه قانونا وحسب نص المادة 119 قانون تجاري لا يمكن أن يكون محلا للرهن، والحكمة من ذلك إتاحة الفرصة للتاجر الراهن لمواصلة إستغلال محله التجاري.¹

2- حالة عدم تعيين العناصر بعقد الرهن:

إذا لم تحدد عناصر المحل التي تناولها عقد الرهن فإن الرهن هنا ينصب قانونا على المحل التجاري بعناصره المعنوية المألوفة فقط والمتمثلة في العنوان والإسم التجاري والحق في الإجارة والزيائن والشهرة التجارية،² وهذا ما أكدته المادة 2/119 قانون تجاري.

الفرع الثاني: شروط إنشاء رهن المحل التجاري:

لقد خص المشرع الجزائري عقد الرهن كغيره من العقود بمجموعة من الشروط سواء تلك التي نص عليها في القانون المدني أو تلك المنصوص عليها في القانون التجاري³ وهذه الشروط شكلية وموضوعية.

ويختلف رهن المحل التجاري عن رهن المنقولات المادية بأنه يتم دون إنتقال الحيازة من المدين إلى الدائن وهو يخضع لشروط شكلية دقيقة من أجل إعلان الغير بالعملية،⁴ وقبل الحديث عن هذه الشروط الشكلية، لا بأس بالتذكير بمجموع الشروط الموضوعية التي لا تختلف عما هو منصوص عليه في القواعد العامة.

أولا: الشروط الموضوعية

وتتمثل في الرضا والمحل والسبب المشروع.

1- التراضي:

التراضي يكون بين طرفين أبرما عقدا ملزما لجانبيين والعقد إذن هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، وتوافق الإرادتين هو ما يعبر عنه بالتراضي وهو أساس العقد فلا وجود له إذا لم يتوافر الرضاء به.

1 - نداء محمد الصوص، مبادئ القانون التجاري، الطبعة الأولى، مكتبة المجتمع العربي، ودار أجنادين، الأردن، 2007، ص 77.

2 - المرجع نفسه، ص 77.

3 - أحمد بلودنين، المختصر في القانون التجاري الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس، الجزائر، 2011، ص 91.

4 - بلقاسم بودراع، الوجيز في القانون التجاري، الأعمال التجارية، التجار المحل التجاري الإيجارات التجارية، البيع، الرهن الحيازي إيجار التسيير، مطبعة الرياض، الجزائر، 2004، ص ص 219، 220.

وهذا الرضا لا يكفي لإنشاء عقدا صحيحا إذ لا بد أن يجيء الرضا سليما من العيوب¹ وصادر من ذي أهلية، وهذا ينطبق على طرفي العقد في الرهن الحيازي على المحل التجاري حيث إذا تم الإتفاق بين المدين الراهن والدائن المرتهن على إبرام هذا العقد فيجب أن يكون الرضا الصادر منهما صحيحا وخاليا من العيوب الآتية:

أ- الغلط:

هو عبارة عن وهم تلقائي يقع فيه المتعاقد حين أبرامه للتصرف، فيجعله يتصور الشيء الذي تعاقد عليه على غير حقيقته،² والغلط في موضوعنا الخاص برهن المحل التجاري قد يكون في صفة المحل التجاري أو الغلط في ذات المتعاقد.

ب- التدليس:

وهو إستعمال طرق إحتيالية من شأنها أن تخدع المدلس عليه وتدفعه للمتعاقد،³ وقد يستخدم أحد أطراف الرهن بعض الحيل تضر بالطرف الثاني.

ج- الإكراه:

هو ضغط يقع على أحد المتعاقدين فيولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد وهذا هو الإكراه المعنوي ومثاله أن يضرب شخص آخر، أو يهدده بالقتل أو بالإعتداء على العرض، أو بإثارة فضيحة أو بإتلاف ماله أو يخطف إبنه حتى يحمله على التعاقد،⁴ فهذا لإكراه هو الذي يفسد الإرادة فقط أي المتعاقد يكون له نوع من الحرية ولكن حرية نسبية جدا فله خيارين إما أن يرفض العقد ويتحمل الأخطار الناتجة عن الإكراه، أو يبرم العقد تحت ضغوطات الإكراه ويكون العقد قابلا للإبطال.⁵

1 - أنظر محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (1) النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة دراسة مقارنة في القوانين العربية، الطبعة 4، دار الهدى، الجزائر، 2006-2007، ص 76.

2 - عبد الرزاق دريال، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ومصادر الإلتزام، دار العلوم، الجزائر، 2004، ص 22.

3 - غنية قري، نظرية الإلتزام، الطبعة الأولى، دار قرطبة، الجزائر، 2007، ص 18.

4 - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (1) النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 186.

5 - غنية قري، المرجع السابق، ص 16.

أما الإكراه المادي فهو الذي يعدم الإرادة لأن المكره لن تكون له إرادة مطلقا، كأن يمسك شخص بإبهام شخص آخر عنوة ويطلب بصمته على عقد مكتوب أو سند دين، فالعقد هنا باطلا بطلانا مطلقا،¹ والإكراه في عقد الرهن قد يقع من الدائن المرتهن على المدين الراهن فيدفعه لرهن محله التجاري تحت سلطان الرهبة والخوف.

د- الإستغلال:

وهو الانتفاع من الغير بغير وجه حق، كما يعرف إصطلاحا بأنه الطيش البين والهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد بغرض دفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل مع العرض المقابل.²

وبالإضافة إلى خلو الإرادة من العيوب فيجب أن تكون صادرة من شخص ذي أهلية.

2-السبب:

وهو الغرض الذي إنصرفت إليه إرادة المتعاقدين وهو الدافع للتعاقد ويشترط أن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة،³ وإلا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا.

3-المحل:

يجب أن يكون المحل (موضوع الرهن) موجودا قبل نشوء الرهن حتى ينعقد الرهن فلا يمكن رهن المحل في طريق التأسيس أي في حالة الإنشاء، كما يجب أن يكون المحل معيناً معيناً دقيقاً حتى لا يحدث نزاع بين طرفي الرهن.⁴

ومن خلال ما سبق يجب أن يكون الرضا خاليا من العيوب المنصوص عليها في الشريعة العامة، وأن يكون السبب مشروعاً وفيما يخص الموضوع يجب أن يكون معيناً، غير أنه لا يمكن رهن محل تجاري في طريق التأسيس أي في حالة الإنشاء فهذه العملية غير جائزة كما لا يجوز

¹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني(1) النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 187.

² - علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر الجزائر، 2001.

³ - أنظر المادة 97 ق م ج.

⁴ - وقد نصت في ذلك المادتين 93، والمادة 949 ق م ج.

رهن المحل التجاري إلا من طرف صاحبه، وهذا يعني أنه في الرهن يجب أن يكون المدين الراهن مالكا للمحل التجاري وأن يكون أهلا للتصرف.

ولهذا إستبعد المشرع الجزائري كل الأشخاص الآخرين التي يمكن لها أن تتدخل لأي غرض في هذه العملية،¹ حيث نصت المادة 149 ق ن: "لا يجوز أن يتدخل بطريق مباشر أو غير مباشر ولو بالتبعية كسماسرة أو وسطاء أو مستشارين مهنيين في التنازلات والرهن المتعلقة بالمحلات التجارية كما لا يجوز لهم أن يكونوا تحت أي إسم كان مودعين لأثمان بيع المحلات التجارية.....".

وبالتالي يعاقب بالحبس من شهر إلى 3 أشهر وبغرامة لا تتجاوز 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من يخالف الحظر المنصوص عليه في المادة السابقة (أي المادة 149) وتضاعف العقوبة في حالة العود.²

ومن بين الأشخاص الذين يحظر عليهم رهن محلاتهم التجارية أيضا المفلسون الذين لم يرد لهم إعتبارهم،³ ومع أن الإفلاس لا ينقص من أهلية المفلس فإن الرهن الذي يرتبه المفلس على محله التجاري بعد صدور حكم شهر الإفلاس لا ينفذ في مواجهة جماعة الدائنين، نتيجة غل يد المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها، ويكون الرهن غير نافذ وجوبا بناء على طلب وكيل التفلسة إذا صدر من المفلس بعد تاريخ التوقف عن الدفع، وقبل الحكم بشهر الإفلاس (فترة الرتبة) ضمانا لدين سابق على الرهن، ويجوز الحكم بعدم نفاذه في مواجهة جماعة الدائنين إذا نشأ خلال الفترة السابقة، وكان الدائن يعلم وقت إنشاء الرهن بتوقف المفلس عن الدفع.⁴

ثانيا: الشروط الشكلية

إن أهم شرط لإنعقاد رهن المحل التجاري هو الكتابة وإلا كان باطلا فالكتابة شرطا للإنعقاد وبالتالي فهي ركن من أركان العقد وليس مجرد شرط للإثبات مع ضرورة شهر الرهن عن طريق القيد في السجلات الخاصة بذلك، وإذا إشتمل رهن المحل التجاري على علامة تجارية أو غيرها

1 - بلقاسم بودراع، المرجع السابق، ص 220.

2 - المادة 150 ق ت ج.

3 - الفقرة 3 من المادة 149 ق ت ج.

4 - أنظر مصطفى كمال طه، العقود التجارية، المرجع السابق، ص 64.

من حقوق الملكية الصناعية فلا يكون رهنه حجة على الغير إلا بعد إستيفاء إجراءات شهر الرهن الخاصة بهذه الحقوق¹ وهذا بالإضافة إلى إجراءات قيد رهن المحل التجاري ذاته.² ويرجع سبب إشتراط الكتابة والشهر لإنعقاد عقد رهن المحل التجاري، إلى عدم إنتقال الحيازة للمرتهن وهذه القاعدة قد تكون سببا في إلحاق الضرر بالغير، لأن بقاء المحل التجاري في أيدي التاجر لا يسمح بمعرفة الوضعية الحقيقية لهذا الأخير، ويمكن الإعتقاد بأن المحل التجاري غير مثقل برهن، ومن أجل تفادي ذلك نص المشرع على إحترام شروط شكلية دقيقة، وعلى وجه الخصوص نشر عملية الرهن لحماية الغير، حتى يعلم بأن المحل موضع رهن حيازي بالرغم من أنه لازال بين أيدي التاجر.³

وعلى ذلك فإن عقد الرهن الواقع على المحل التجاري يجب صبه في شكله الرسمي زائد نشره حسب القواعد المقررة قانونا.

1- الكتابة الرسمية:

بالرجوع إلى نص المادة 120 ق ت ج فإن الرسمية شرط لإنعقاد عقد الرهن⁴ وصحته والوسيلة الوحيدة لإثباته، والكتابة الرسمية هي وسيلة تسمح للمدين الراهن بالإثبات الرهن ومن خلالها أيضا يستطيع التمسك بحقه في مواجهة الغير، لذلك وجب شهر هذا الرهن وقيدته.

2- قيد رهن المحل التجاري:

لقد إشتراط المشرع الجزائري في المادتين 120 و121 من القانون التجاري قيد الرهن بالسجل الخاص بالقيد الموجود على مستوى المركز الوطني للسجل التجاري الذي يقع في دائرته مقر المحل التجاري، وتجدر الإشارة أن عملية قيد الرهن كانت تتم على مستوى كتابة ضبط

¹ - مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق أصول القانون التجاري، الأعمال التجارية، التجار، الشركات التجارية، المحل التجاري، الملكية الصناعية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، ص 678.

² - محمد فريد العريني وهاني دويدار، قانون الأعمال، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002، ص 411.

³ - بلقاسم بودراع، المرجع السابق، ص 220، ص 221.

⁴ - وقد إستنتى المشرع الجزائري من هذه القاعدة في المادة 177 ق/1 قانون النقد والقرض، إذ يتم الرهن لصالح البنوك والمؤسسات المالية بموجب عقد عرفي مسجل حسب الأصول.

المحكمة غير أن المرسوم رقم 98-109¹ المؤرخ في 04 أفريل 1998 حول هذه المهام إلى المركز الوطني للسجل التجاري ومأموري المركز الوطني للسجل التجاري على المستوى المحلي، فأجاز أن تتم عملية رهن المحل التجاري لصالح البنوك أو المؤسسات المالية بموجب عقد عرفي مسجل حسب الأصول.

ويجب أن يتم القيد خلال ثلاثين يوما من تاريخ إبرام عقد الرهن، وإلا وقع تحت طائلة البطلان. بمعنى لا يجوز الإحتجاج بالرهن على الغير إذا ما تم خارج الأجل القانوني.²

وإذا تضمن عقد الرهن عناصر معنوية ذات طبيعة خاصة تتعلق بحقوق الملكية الصناعية والتجارية، كعلامة تجارية أو براءة إختراع أو رسم أو نموذج صناعي، فلا يكون رهنها حجة على الغير إلا بعد إستيفاء إجراءات شهر الرهن الخاصة بهذه الحقوق،³ ويتم هذا القيد الخاص بالمعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية،⁴ وقد أنشئ هذا المعهد سنة 1998.⁵

وعملية القيد بالمركز الوطني للسجل التجاري تتم بنفس الطريقة التي يتم فيها بيع المحل التجاري،⁶ فيتم النشر بالجريدة الرسمية للإعلانات القانونية أو في إحدى الجرائد الوطنية المؤهلة للإعلانات القانونية.

الفرع الثالث: أحكام رهن المحل التجاري

للحديث عن الأحكام الخاصة برهن المحل التجاري يجب التطرق إلى آثار رهن المحل التجاري بالنسبة للمدين الراهن والدائن المرتهن وبالنسبة للغير (أولا) ونبحث كذلك في طرق التنفيذ على المحل التجاري المرهون (ثانيا) ثم أخيرا إنقضاء عقد رهن المحل التجاري.

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 98-109 مؤرخ في 4 أفريل 1998 يحدد كيفية تحويل الصلاحيات المخولة لمكاتب الضبط وكتاب الضبط في المحاكم العمومية للبيوع ورهون حيازة المحلات التجارية وإجراءات قيد الإمتيازات المتصلة بها إلى المركز وللسجل التجاري ومأموري المركز الوطني للسجل التجاري، جريدة رسمية، عدد 20، المؤرخة في 05 أفريل 1998.

² - مبروك مقدم، المرجع السابق، ص 76.

³ - مصطفى كمال طه، النظرية العامة للقانون التجاري والبحري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 110.

⁴ - مبروك مقدم، المرجع السابق، ص 76.

⁵ - وهذا بموجب المرسوم التنفيذي رقم 98-68 المؤرخ في 21 فيفري 1998 يتضمن انشاء المعهد الوطني للملكية الصناعية ويحدد قانونه الاساسي، جريدة رسمية عدد 11 المؤرخة في، 01 مارس 1998. ص 21.

⁶ - مبروك مقدم، المرجع السابق، ص 77.

أولاً: آثار رهن المحل التجاري

إن هذه الآثار تترتب على طرفي العقد، وهما الراهن والمرتهن ثم إلى الغير وهم الدائنين العاديين ومؤجر العقار.

1- آثار الرهن بالنسبة للراهن:

إن الراهن يستفيد من بقاء المحل التجاري المرهون في حيازته، مما يسمح له بالإستمرار في إستثماره رغم الرهن،¹ إلا أنه يخشى أن يهمل الراهن المحافظة على عناصر المحل التجاري التي هي حق الدائن المرتهن.

لذلك يقع على الراهن إلتزام المحافظة على الأشياء المرهونة،² ووفقاً للقواعد العامة يترتب على إضعاف المدين للتأمينات التي قدمها للدائن سقوط أجل الدين³

وفي حالة نقل المدين الراهن للمحل التجاري تصبح الديون المقيدة مستحقة الأداء بحكم القانون إذا لم يحم مالك المحل التجاري بإبلاغ الدائنين المقيدون في المحل المختار خلال خمسة عشر يوماً من قبل دون اللجوء إلى القضاء، وهذا بأنه يرغب في نقل المحل التجاري وكذلك الوجهة الجديدة لمحلته التجاري.⁴

وبالرغم من الإخطار الصحيح، إلا أنه إذا قدر الدائنون أن نقل المحل التجاري ينقص من قيمته بحيث لم تعد تكفي لمواجهة ديونهم، فيحق لهم مطالبة القضاء أن يقرر إسقاط آجال هذه الديون سبب إضعاف الضمان،⁵ وقد نصت في ذلك الفقرة 5 من المادة 123 ق ت ج.

ومن إلتزامات المدين الراهن أيضاً بصفته حائزاً للأموال المرهونة حيازياً، عدم إتلافها أو محاولة إتلافها أو إختلاسها أو يفسدها أو يحاول إفسادها بأي طريقة كانت بغرض تعطيل حقوق

¹ - مصطفى كمال طه، النظرية العامة للقانون التجاري والبحري، المرجع السابق، ص 112.

² - هاني دويدار، القانون التجاري، التنظيم القانوني للتجارة - الملكية التجارية والصناعية، الشركات التجارية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 277.

³ - حيث نصت في ذلك المادة 953 ق م ج "يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه وليس له أن يأتي عملاً ينقص من قيمة الشيء المرهون...." وكذلك المادة 899 ق م ج حيث جاء فيها "إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه كان للدائن المرتهن الخيار بين أن يطلب تأميناً كافياً أو أن يستوفي حقه فوراً".

⁴ - راجع المادة 1/123 ق ت ج.

⁵ - هاني دويدار، القانون التجاري، التنظيم القانوني للتجارة الملكية التجارية والصناعية، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 277، 278.

الدائن،¹ وذلك تحت العقاب الجزائي طبقا للمادة 376 قانون عقوبات² وقد نصت في ذلك المادة 167 قانون تجاري جزائري.

2- آثار الرهن بالنسبة للدائن المرتهن:

يترتب على رهن المحل التجاري للدائن المرتهن حق إستيفاء حقه بالأولوية على سائر الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة، ويكون للدائن المرتهن حق تتبع المحل التجاري في أي يد كان ويكون الرهن ضامنا لكل الدين وغير قابل للإنقسام، إلا أن الدائن المرتهن قد يتعرض لإنقاص قيمة الضمان الذي حصل عليه إذا قام مؤجر العقار بفسخ عقد الإيجار، لذلك منحه المشرع سبيلا لتفادي فسخ الإيجار.³

وسنعرض كل هذه الحقوق والالتزامات من خلال ما يلي:

أ- حق الأولوية:

يقصد بحق الأولوية أن يكون للدائن المرتهن الأفضلية في إستيفاء حقه من ثمن المحل التجاري في حالة بيعه عن باقي الدائنين أصحاب الحقوق المضمونة التاليين له في القيد⁴ وكذا الدائنين العاديين، ويتم بيع المحل التجاري وفق الإجراءات المنصوص عليها في المادة 1/125 ق ت ج حيث نصت: "يجوز لكل دائن يباشر إجراء حجز تنفيذي وللمدين المعرض لهذا الإجراء أن يطلب من المحكمة التي يقع بدائرتها المحل التجاري بيع المحل التجاري المحجوز عليه مع المعدات والبضائع التابعة له".

على أن يتم تبليغ المدين وإنذاره بالدفع، قبل 30 يوما من تاريخ بيع المحل التجاري،⁵ ويكون هذا البيع بأمر من المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها المحل التجاري بناء على طلب الدائن المرتهن.⁶

1 - مبروك مقدم، المرجع السابق، ص 78.

2 - أمر رقم 66-156 مؤرخ 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 49، مؤرخة في 11 جوان 1966 المعدل والمتمم.²

3 - هاني دويدار، القانون التجاري، التنظيم القانوني للتجارة، المرجع السابق، ص 278.

4 - بحسب نص المادة 122 ق ت ج "يجري ترتيب الدائنين المرتهنين فيما بينهم على حسب ترتيب قيودهم وتكون للدائنين المقيدون في يوم واحد رتبة واحدة متساوية".

5 - المادة 126 / 1 ق ت ج.

6 - المادة 2/126 ق ت ج.

ب- حق التتبع:

إن حق التتبع مخول للدائن المرتهن على المحل التجاري المرهون، والذي من خلاله يمكن للدائن المرتهن طلب وضع لوحة تتضمن مكان وتاريخ ورقم قيد الامتياز المثقلة به، والغرض من هذا الإجراء إثبات حق المستفيد في تتبع الشيء المرهون واستبعاد القاعدة العامة الحيازة في المنقول سند الملكية.¹

ويتميز حق الدائن المرتهن على عكس حق إمتياز البائع بعدم قابليته للتجزئة² وتعلقه دون تمييز بالثمن الإجمالي للعناصر المعنوية، فلا يتحرر أي عنصر من هذه العناصر من الرهن إلا بعد حصول الدائن المرتهن على دينه بالكامل.³

لكن قد يتصرف المدين في أحد عناصر المحل على إعتبار أن الرهن الواقع على المحل التجاري غير مانع من التصرف فيه، وإذا كان الحائز الجديد لا يمكنه الإحتجاج بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية كونها لا تطبق على المحل التجاري.

غير أنه يمكن تطبيق هذه القاعدة والإحتجاج بها إذا ما تم التصرف في جزء من العناصر المادية وانتقلت فعلا إلى المتصرف إليه.

أما العناصر المعنوية في حالة تصرف المدين الراهن فيها يمكن للدائن المرتهن ممارسة حق التتبع عليها ويكون الرهن نافدا في مواجهة المتصرف إليه.⁴

لكن يمكن لهذا الحائز الجديد للمحل التجاري المرهون أن يتفادى ملاحقة الدائنين المرتهنين المقيدين وهذا بتبليغ جميع الدائنين المقيدين في محل الإقامة المختار منهم في قيودهم تحت طائلة سقوط الحق وقبل الملاحقه أو خلال ثلاثين يوما من الإنذار بالدفع المبلغ له من أنه مستعد لتسديد كافة الديون⁵

1- بلقاسم بودراع، المرجع السابق، ص 226

2- وقد عبرت عن ذلك المادة 130 ق ت ج 1/

3- محمد السيد الفقي، القانون التجاري، الاعمال التجارية، التجار، الاموال التجارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص ص 312، 313.

4- مبروك مقدم، المرجع السابق، ص 80.

5- وهذا ما أكدته المادة 132 ق ت ج.

وهذا لا يمنع الدائن المرتهن من حق بيع المحل في المزاد العلني، ويعرض رفع الثمن المقدم من المشتري بمقدار العشر ليصبح الثمن الأساسي الجديد، مع وجوب تبليغ المشتري والمدين الراهن السابق في ظرف خمسة عشر يوماً¹ ويصبح المشتري حارساً بحكم القانون على المحل التجاري، وله حق مباشرة أعمال الإدارة على أنه يمكن له طلب تعيين متصرف آخر ويجوز لكل دائن تقديم مثل هذا الطلب.²

3- آثار العقد بالنسبة للغير:

ويقصد بالغير كل شخص له علاقة بالمحل التجاري مثل الدائنين العاديين ومؤجر العقار الذي به المحل التجاري.

أ- الآثار بالنسبة للدائنين العاديين

إن الرهن الحيازي الوارد على المحل التجاري وإن كان فيه مصلحة للدائن المرتهن، لكنه سيضر لا محال بجماعة الدائنين العاديين، حيث تقل حظوظهم في الحصول على مستحقاتهم لذلك نجد المشرع ومن خلال المادة 123 فقرة 6 قد منحهم حلاً معقولاً حيث جاء فيها: "كما أن قيد الرهن الحيازي يمكن أن يجعل الديون السابقة والتي يكون موضوعها إستغلال المحل التجاري حالة الأجل". فالدائنين العاديين متى شعروا بأن هذا الرهن سيسبب لهم ضرراً ما عليهم سوى تقديم طلب سداد ديونهم قبل الإستحقاقات، وهذا مخالف لما هو في القواعد العامة والتي لا يمكن أن يسقط فيها الأجل إلا في الحالات المنصوص عليها قانوناً³ أو لإتفاق الطرفين⁴

ب- الآثار بالنسبة لمؤجر العقار:

يستطيع مؤجر العقار طلب فسخ عقد الإيجار في حالة إخلال المستأجر - وهو المدين الراهن - بالإلتزامات الناشئة عن العقد وأهمها الوفاء بالأجرة.

1 - المادة 133 ق ت ج.

2 - المادة 134 ق ت ج.

3 - وهذا حسب المادة 211 ق م ج: "يسقط حق المدين في الأجل، إذا شهر إفلاسه وفقاً لنصوص القانون، إذا انقص بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص..... إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من تأمينات".

4 - حسب نص المادة 106 ق م ج: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون".

ولما كان الحق في الإيجار من عناصر المحل التجاري ذات الأهمية البالغة في تحديد قيمته، سوف يتضرر الدائن المرتهن من فقد هذا العنصر المشمول برهن المحل التجاري،¹ وهذا ما جعل المشرع من خلال نص المادة 124 ق ت ج يلزم المؤجر بإبلاغ الدائنين في المحل التجاري المختار والمعين في قيد كل واحد منهم حتى يمكنهم من إستعمال حقهم في الحفاظ على عنصر الإيجار بدفع بدل الإيجار.

ولا يجوز للمحكمة أن تصدر حكما بالفسخ إلا بعد مرور شهر من تاريخ إخطار الدائن المرتهن، حتى يتسنى له القيام بأداء الأجرة إلى مؤجر العقار ليمنع عن طلب الفسخ. أما إذا تقرر فسخ عقد الإيجار باتفاق المؤجر والمستأجر أو بحكم القانون، فلا يمكن أن يكون الفسخ نهائيا ومنتج لآثاره إلا بعد شهر من تاريخ التبليغ حتى يتمكن كل دائن مقيد من إستعمال حقه في طلب بيع المحل التجاري عن طريق المزاد العلني.²

ثانيا: التنفيذ على المحل التجاري المرهون

لقد خص المشرع الجزائري المحل التجاري المرهون بنصوص قانونية خاصة، توضح كيفية التنفيذ عليه والإجراءات المتبعة من قبل الدائن المرتهن، وهذا عند إنقضاء أجل الدين حيث من خلال نص المادة 126 ق ت ج يتضح أن الدائن المرتهن إذا أراد الحصول على دينه عن طريق بيع المحل التجاري، ما عليه إلا رفع طلب إلى المحكمة التي يستغل المحل التجاري في دائرة إختصاصها، والتي ستصدر أمرا للسماح للدائن المرتهن ببيع المحل التجاري في المزاد العلني ولكن بشرط إنذار مُبلغ إلى المدين الراهن والحائز في مدة لا تقل عن ثلاثين يوما من تاريخ التبليغ.

ويصدر القاضي حكمه وفق الفقرات 5، 6، 7، 8 من المادة 125 ق ت ج والتي جاء فيها تقوم المحكمة عند الإقتضاء بتعيين متصرفا مؤقتا لإدارة المحل التجاري، وتحدد السعر

¹ - هاني دويدار، القانون التجاري، التنظيم القانوني للتجارة، الملكية التجارية والصناعية، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 280.

² - المادة 124 / 2 ق ت ج.

الإفتتاحي المطروح للمزايدة، وتضبط الشروط الأساسية التي يجب إتمام البيع بمقتضاها، وتعهد بإجراء البيع إلى الموظف العمومي الذي باشر تحرير دفتر الشروط¹

وإذ كان من الضروري القيام بإجراءات النشر الإستثنائية، فيجب ضبطها في الحكم أو بموجب أمر يصدر من المحكمة على ذيل العريضة.²

وإذا لم يكن للدائن المرتهن طالب التنفيذ دائنين مرتين آخرين يزاحمونه في مبلغ المحل التجاري، فبإمكانه طلب الحصول أو قبض دينه مباشرة من الموظف العمومي القائم على عملية البيع، وهذا بعد إقطاع المصاريف الممتازة لمستحقيها.³

وللمحكمة مدة شهرين للبت في الدعوى من أول جلسة، ويكون حكمها غير قابل للمعارضة فيه وقابل للتنفيذ بالرغم من جميع طرق الطعن،⁴ ونفهم من تأكيد المشرع على مدة الشهرين أن هذه المسألة إستعجالية، يجب إتباع فيها قواعد الإستعجال الموجودة في قانون الإجراءات المدنية.⁵

ويتم إستئناف⁶ هذا الأمر الصادر من المحكمة في غضون ثلاثين يوماً من تبليغه إلى الطرف المعني،⁷ وقبل صدور الحكم بالبيع ب15 يوم يجب على الدائن المرتهن طالب البيع أن ينذر المدين الراهن وباقي الدائنين بالإطلاع على دفتر الشروط وبيان إعتراضاتهم أو ملاحظاتهم ومن أجل حضور عملية البيع بالمزاد العلني إذا رغبوا في ذلك،⁸ على أن يتم البيع بعد 10 أيام على الأقل من لصق الإعلانات المتضمنة البيانات الخاصة بالدائن المرتهن القائم بالملاحقه وكذلك بيانات المدين الراهن من إسم ومهنة ومحل إقامة... إلخ.⁹

1 - المادة 5/125 ق ت ج.

2 - المادة 6/125 ق ت ج.

3 - المادة 125 / 7 ق ت ج.

4 - المادة 8/125 ق ت ج.

5 - حيث أن النصوص الخاصة بالأحكام الإستعجالية هي المنصوص عليها في الباب الثالث من الكتاب الرابع من قانون الإجراءات المدنية والادارية، ابتداء من المادة 917.

6 - ويتم الإستئناف وفق الإجراءات القانونية في القواعد العامة

7 - المادة 9/125 ق ت ج.

8 - المادة 1/127 ق ت ج.

9 - أنظر في ذلك المادة 1/127 ق ت ج.

تم تلصق هذه الإعلانات على باب المحكمة المختصة ومقر المجلس الشعبي البلدي التي يوجد فيها المحل التجاري وكذلك في مكتب الموظف العمومي المكلف بالعملية.¹

كما ينشر الإعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية قبل 10 أيام من تاريخ البيع بالمزاد العلني، كذلك الإعلان في جريدة وطنية أو محلية مختصة بالإعلانات القانونية في الدائرة أو الولاية التي يوجد فيها المحل التجاري، ويثبت النشر بقيده في محضر البيع.²

وإذا كان هناك إعتراض على إجراءات البيع في المزاد العلني، فعلى ذوي المصلحة رفع دعوى لتوضيح أوجه البطلان، وهذا قبل 8 أيام من مرسى المزاد تحت طائلة سقوط الحق ويفصل في هذا الطلب، رئيس المحكمة للمكان التابع للدائرة التي يجري فيها إستغلال المحل التجاري.³

وبعد إجراء المزايدة ورسو المزاد على شخص معين يجب على هذا الأخير القيام بكافة شروط المزاد وإلا يعاد بيع المحل التجاري عن طريق إعادة المزاد مرة أخرى وهذا بعد إندار الأطراف المعنية في مهلة عشرين يوماً وفقاً للإجراءات المقررة⁴ في المادة 127.

ويلتزم المزايد الذي لم يستجب للمزايدة الأولى تجاه دائن البائع والبائع نفسه، بالفرق الحاصل بين الثمن الذي تم به البيع له، والثمن الحاصل من إعادة البيع بالمزايدة، دون أن يستفيد هذا المزايد الأول من منافع المزايدة الثانية إن وجدت، ويكلف الراسي عليه المزاد الأول بمصاريف ونفقات هذا المزاد والتي تحصل من طرف الموظف العمومي المكلف عند الاقتضاء.⁵

ثالثاً: إنقضاء عقد رهن المحل التجاري

الرهن هو حق عيني تبعي نشأ تبعاً لعلاقة الدائنية الموجودة سابقاً بين الدائن والمدين، وما هذا الرهن إلا وسيلة لضمان أصل الدين، فهو يتبعه وجوداً وإنقضاءً، فما دام الدين موجود فالرهن موجود وإذا إنقضى هذا الدين سينقضي لا محال الرهن تبعاً لذلك.

1 - المادة 2/127 ق م ج.

2 - المادة 4 و3/127 ق ت ج.

3 - المادة 5/127 ق ت ج.

4 - المادة 1/129 ق ت ج.

5 - المادة 2 و3 ق ت ج.

وطرق إنقضاء الرهن في القواعد العامة وهي نفسها أسباب إنقضاء الإلتزام.¹

- 1- تسديد قيمة الدين.
- 2- تنازل الدائن المرتهن.
- 3- إتحاد الذمة.
- 4- هلاك المال المرهون كلياً.

الفرع الرابع: الرهون الحيازية الخاصة التابعة للمحل التجاري

لقد أورد المشرع الجزائري نظاماً خاصة لبعض الرهون الواردة على المحل التجاري، وتعود هذه الخصوصية إما لطبيعة موضوعها أو لإختلاف مصدرها، لأنه عادة يكون مصدر الرهن الحيازي هو الإتفاق الحاصل بين المدين الراهن والدائن المرتهن.

وتتمثل هذه النظم الخاصة في: الرهن الحيازي على الأدوات والمعدات الخاصة بالتجهيز (أولاً)، والرهن الحيازي القضائي للمحل التجاري (ثانياً).

أولاً: رهن الآلات والمعدات الخاصة بتجهيز المحل التجاري

لقد نظم المشرع الجزائري الرهون التجارية الحيازية، الواردة على الآلات ومعدات التجهيز الخاصة بالمحل التجاري، وفق أحكام خاصة، وهذا من خلال نص المادة 151 إلى غاية المادة 168 من القانون التجاري الجزائري.

كما إستبعدت المادة 119 ق ت ج المعدات والآلات من الرهن الحيازي الشامل للمحل التجاري، وهنا يجدر توضيح فكرة إستبعاد هذه المعدات والآلات والإجراءات اللازمة لإستكمال رهنها، وما ينجر عنه من حقوق والتزامات الدائن والمدين.

1- إجراءات إنشاء وقيد الرهن الحيازي للآلات والمعدات:

لقد سمحت المادة 151 ق ت ج للتاجر صاحب المحل التجاري المرهون، بأن يوقع الرهن الحيازي على المعدات والآلات بمفردها دون حاجة إلى قيد الرهن على المحل التجاري ككل نظراً

¹ - راجع الباب الخامس من القانون المدني الجزائري الذي جاء تحت عنوان إنقضاء الإلتزام من المادة 258 إلى المادة 322 ق م ج.

إلى حاجة المحل التجاري في بعض الأحيان إلى تجديد أداوته ومعداته، فحول هنا المشرع الحق لمالكة في تقييد رهن حيازي على المعدات والأدوات التي يشتريها بغرض تجهيز المحل التجاري.¹

وبالرجوع إلى نص المادة 152 ق ت ج نجد أن المشرع سمح برهن هذه المعدات والآلات إما رهنا رسميا أو عرفيا يسجل برسم محدد، ويعتبر الرهن حاصلًا بموجب عقد البيع إذا تم لصالح من قدم الأموال اللازمة لدفعها للبائع، ويجب أن تذكر في العقد الأموال المكتسبة مع وصف كل منها على وجه الدقة، بحيث يمكن تمييزها عن الأموال الأخرى من نفس النوع والمملوكة للمؤسسة، علاوة على ذلك يجب بيان المكان الذي توجد به الأموال موضوع الرهن، وفي هذا الصدد يجب أن يبين العقد إذا كانت الأموال موجودة في مكان على وجه ثابت، أو إذا كانت قابلة للنقل إلى مكان آخر.²

وفي هذا الصدد تؤكد المادة 153 ق ت ج على ضرورة إجراء القيد في أجل 30 يوما من تاريخ العقد المنشئ للرهن الحيازي، وإلا عد باطلا، ويجب أن يبرم عقد الرهن في مهلة أقصاها شهر واحد ابتداء من تاريخ تسليم معدات التجهيز بنفس المكان الذي يجب إنشاؤها فيه.

ويجوز للمستفيد من الرهن طبقا لنص المادة 154 ق ت ج وضع لوحة مثبتة على قطعة أساسية من الأموال المرهون تتضمن بيان مكان وتاريخ ورقم قيد الإمتياز المثقلة به، ولا يجوز للمدين الراهن الاعتراض على هذا التدبير، وإلا طبقت عليه أحكام العقوبات المقررة في المادة 167 ق ت ج وإذا إنتقل حق الرهن الحيازي إلى حامل آخر عن طريق الحلول الإتفاقي سواء بعقد رسمي أو عرفي فيجب التأشير به على هامش القيد الأصلي خلال 30 يوما من تاريخ العقد وذلك بتسليم أصل النسخة من عقد الحلول إلى مأمور السجل التجاري المختص إقليميا،³ ويحفظ هذا الامتياز لمدة 05 سنوات⁴، قابلة للتجديد مرتين وإذا لم تجدد في أجله، سقط الحق في التمسك بالإمتياز وهذا ما أكدته المادة 155 ق ت ج.

1 - مبروك مقدم، المرجع السابق، ص 84.

2 - بلقاسم بودراع، المرجع السابق، ص 226.

3 - مبروك مقدم، المرجع السابق، ص 86.

4 - المادة 161 ق ت ج.

2- آثار الرهن الحيازي للأدوات والمعدات:

هناك عدة آثار سواء بالنسبة للمدين الراهن أو بالنسبة للدائن المرتهن، فالمدين الراهن إذا أراد بيع كل أو جزء من الأموال المحملة بالديون عن طريق البيع الإختياري، يجب أن يطلب الموافقة المسبقة من الدائن المرتهن، والإذن من قاضي الأمور المستعجلة للمحكمة التي تفصل بالدرجة الأخيرة، وإلا تعرض المدين للعقوبات المنصوص عليها في المادة 167 ق ت ج وهذا ما أكدته المادة 157 من نفس القانون.

أما الدائن المرتهن فهو يتمتع بحق الأفضلية والتتبع للمال المرهون ويفضل على باقي الدائنين بما فيهم المرتهن الذي وقع قيده على المحل التجاري ككل،¹ وكذا إمتياز بائع المحل التجاري بشرط أن يكون الدائن المرتهن الواقع رهنه على الآلات والمعدات، قد أبلغ هؤلاء بالرهن خلال شهرين من تاريخ إبرام عقد الرهن الحيازي، وإلا سقط حقه في الأفضلية والتتبع.²

وقد إستنتجت المادة 159 ق ت ج عن إمتياز الدائن المرتهن الذي يمارسه على الأموال المثقلة بالتفضيل على كل الامتيازات الأخرى بإستثناء مايلي:

- إمتياز الخزينة
- إمتياز المصاريف القضائية
- إمتياز المصاريف التي تتفق للمحافظة على الشيء
- الإمتياز الممنوح لأصحاب الأجور بموجب النصوص الجاري العمل بها.

ثانيا: الرهن الحيازي القضائي

إن عملية إنشاء رهن قضائي عن المحل التجاري تمثل إجراء تحفظي يرمي إلى حماية الدائن على وجه الإستعجال ضد مخاطر إعسار مدينه التاجر،³ وهذا الأمر مسموح به وفق قانون الإجراءات المدنية، حيث يمكن للدائن طلب حجز تحفظي على المنقولات إذا كان حاملا لسند ما

¹ - مبروك مقدم، المرجع السابق، ص 87.

² - المادة 159 ق ت ج.

³ - بلقاسم بودراع، المرجع السابق، ص 227.

ومن تم يمكنه طلب إستصدار إذننا بقيد رهن حيازي على المحل التجاري للمدين، وهذا من خلال تقديم عريضة لرئيس المحكمة مع إلتزامه بتقديم طلب تثبيت الحجز في أجل لا يتجاوز 15 يوما من صدور أمر رئيس المحكمة، وإلا أعتبرت الإجراءات باطلة.¹

يجب وصف العناصر المادية وتقدير قيمتها، ويجب على المحضر القضائي أن يقوم بقيد الحجز في السجل التجاري وذلك في مهلة 8 أيام من تاريخ تحرير المحضر، والغرض من القيد التحفظي المؤقت هو حماية ضمان الدائن لأنه يؤدي إلى منع المدين من التصرف في الأموال المحجوزة، والقيد النهائي يتم في مهلة شهرين من التاريخ الذي إكتسب فيه الحكم الفاصل في الموضوع حجبية الشيء المقضي فيه.²

وأخيرا يتبين مما سبق أن إستخدام الرهن التجاري كضمان لا يختلف كثيرا عن الرهن الخاص بالمعاملات المدنية، فهو يقدم نفس الخدمة للدائن حيث يمنحه ثقة أكبر في مدينه، لأن التاجر يخشى دائما إفلاس مدينه ومزاحمة غيره من الدائنين فيشترط رهنا لصالحه يسمح له بأن يستوفي حقه من ثمن الشيء المرهون قبل الدائنين الآخرين.

لكن هذا لا يعني أن يشترط في الطرفين الدائن والمدين أن يكونا تاجرين، فالمهم أن يكون الدين المضمون تجاريا حتى يكون الرهن تجاري. ويكمن الإختلاف بين الرهن المدني والتجاري في سريان قاعدة حرية الإثبات على الرهن التجاري وهذا في المواد التجارية، كما أن بعض المعاملات تعتبر تجارية بنص القانون صراحة، فمثلا إذا كان الرهن وارد على سفتجة أو محل تجاري أو سندات تجارية فالرهن تجاريا، لكن يبقى نفس التساؤل حول مدى جدوى هذا الرهن كضمان مادام أنه لا يختلف كثيرا عن الرهن المدني، فهو يتعرض لنفس المخاطر والعيوب كأسبقية حقوق الإمتياز العامة وحقوق الإمتياز الخاصة في القيد.

كما أن هذا الرهن التجاري إذا كان يرد على العقار فإنه يقتضي العديد من الإجراءات الشكلية كالقيد والتجديد، كما أن الرهن الحيازي للشيء المرهون يلقي على عاتق الدائن عدة

¹ - بلقاسم بودراع، المرجع السابق ، ص ص 227، 228.

² - المرجع نفسه، ص 228.

التزامات تتعلق بالحفاظ على المال المرهون وهذه في حد ذاتها مسؤولية، فيجب عليه المحافظة على الصكوك مثلا والسندات والأسهم الإسمية، كما أن حيازة هذه الأشياء قد تكلف الدائن نفقات باهضة من أجل المحافظة عليها مما قد يحتم على المدين والدائن طلب بيع هذا الشيء المرهون.

لكن ما يميز إجراءات بيع الرهن التجاري في المزاد العلني، هو تبسيط هذه الإجراءات من خلال نصوص خاصة في القانون التجاري، وإذا كان نقل الحيازة في رهن المنقول هو الشرط الأساسي لصحة هذا الرهن لأنها وسيلة لإعلام الغير بالرهن. إلا أن هذه القاعدة تم إستبعادها فيما يخص المنقولات ذات القيمة الكبيرة كالسفن والمراكب النهرية والطائرات والمحلات التجارية، وهذا راجع لسببين أساسيين: أولهما أن هذه المنقولات يصعب إخفائها من طرف المدين وثانيها أنها تعتبر من أدوات الإنتاج والتي لا يمكن لأصحابها الإستغناء عنها والرهن الحيازي سيحرم المدين من مواصلة إستغلالها، لأن تقديمها كضمان كان من أجل الحصول على قرض لتطوير نشاطاته الإقتصادية من خلالها وهذا ينطبق تماما على الرهن الحيازي الوارد على المحل التجاري حيث يقدم للتاجر خدمة كبيرة من أجل الحصول على قرض لتطوير نشاطه التجاري دون حاجة للتخلي عن حيازة محله التجاري.

فالرهن الحيازي العادي أو التقليدي يتطلب إنتقال حيازة المنقول المرهون من الراهن إلى الدائن المرتهن أو إلى شخص آخر يعينه المتعاقدان، وهذه مشكلة كبيرة تعرقل ممارسة التاجر لنشاطاته التجارية وإستثماره وإستغلاله لمحله التجاري، لذلك من الصعب عليه أن يقبل التجرد من الحيازة، كما أن إنتقال الحيازة فيه مسؤولية كبيرة تقع على عاتق الدائن المرتهن هذا الأخير الذي قد لا يتحمل عبء المحافظة عليها.

وإذا كان الرهن الحيازي في القواعد العامة يتطلب إنتقال الحيازة، فهذا أمر في غاية الأهمية وفيه فائدتان لاغنى عنها لإستقرار الإئتمان.

الأولى هي: حماية الغير وهم الدائنون الآخرون للراهن والمشترون الإحتماليون للشيء المرهون بإعلامهم بتخصيص الشيء المرهون لضمان حق الدائن المرتهن.

والثانية هي: حماية الدائن المرتهن من خطر تصرف المدين الراهن في الشيء المرهون لشخص حسن النية يكون له الإحتجاج بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية وهي تكسبه ملكية المنقول محررة من حق الرهن.

وللتوفيق بين المصالح الثلاثة، مصلحة المدين الراهن في إستمرار نشاطه التجاري، ومصلحة الدائن المرتهن في المحافظة على الشيء المرهون، ومصلحة الغير الذي قد يتضرر به عدم نقل الحيازة لأن هذه الأخيرة هي وسيلة لشهر الرهن ليعلم به كل ذي مصلحة، وهنا تدخلت إرادة المشرع بإشترط القيد على كل منقول مرهون حيازيا دون نقل للحيازة ومعاملته معاملة العقار مع أنه منقول معنوي.

كما أن المحافظة على القيمة الحقيقية للمحل هي من حق الدائن المرتهن ونظرا لطبيعة المحل التجاري فإن قيمته قابلة للنقصان أو الزيادة، فمثلا سوء الإستغلال للمحل من طرف المدين قد ينقص من قيمته وبذلك ينقص من ضمان الدائن، لذلك خول له حق الأولوية وحق التتبع وحقه في معارضة كل تصرف ينقص من قيمة المحل التجاري، مثل بيع إحدى عناصره أو فسخ عقد الإيجار.

وعلى كل حال فليس كل المنقولات تصلح محلا للرهن دون نقل للحيازة، إذ أنه من الصعب تنظيم شهر لجميع المنقولات، نظرا لكثرتها وتمائلها وسرعة إنتقالها من يد إلى يد أخرى، وبالتالي يقتصر هذا النوع من الرهن على المنقولات ذات القيمة العالية، وهذا هو شأن المحل التجاري ورهن السفن والطائرات.

الباب الثاني

دور الإرادة في تطوير تقنيات الضمان

وإستحداثها

أصبحت المرونة والسرعة من العوامل الأساسية التي تساعد في تطور المعاملات الإقتصادية والمصرفية والمشروعات المشتركة في عصرنا الحالي، وتزداد أهمية هذين العنصرين في مجال الإئتمان بصورة عامة، وفي مجال الضمانات بصورة خاصة حيث يزداد الطلب من قبل المتعاملين الإقتصاديين على هذه الضمانات والتي تسهل تسيير المعاملات من خلال بعث الثقة والطمأنينة في نفوسهم.

إن الأهمية البالغة للتأمينات والضمانات في العصر الحاضر تظهر من خلال الإقبال المتزايد عليها، بالإضافة إلى إستحداث صور جديدة للضمان بسبب عجز التأمينات التقليدية عن مواجهة التطورات الإقتصادية الحاصلة، ورغبة الأفراد في البحث عن بدائل جديدة لهذه التأمينات التقليدية التي تتصف بالبطء في تكوينها بسبب الإجراءات التي فيها الكثير من التعقيد بالإضافة إلى إرتفاع تكلفتها لذلك ظهرت وسائل ضمان أخرى تختلف في قوتها ومداهها بحسب حاجة الدائنين وقدرة المدينين ونوعية النشاط الإقتصادي.

وقد مست هذه البدائل الجديدة كلا النوعين من التأمينات سواء التأمينات الشخصية أو التأمينات العينية، ومن أمثلتها نجد نقل الملكية على سبيل الضمان، شرط الإحتفاظ بالملكية التأمين، إلزام المدين بعمل أو بالإمتناع عن عمل، حق الدائن في الإطلاع على ذمة ونشاط مدينه، الإيجار التمويلي، الضمان بمجرد الطلب، أو ما يسمى بخطاب الضمان وكذلك خطاب النوايا أو ما يعرف بخطابات الثقة والطمأنينة. وغيرها من التأمينات الأخرى التي ساهمت إرادة الأفراد في خلقها لتسهيل معاملاتهم، ونظرا لصعوبة حصرها في مجملها نكتفي بتسليط الضوء على أهمها والأكثر شيوعا، من خلال دراسة بعض الضمانات الشخصية المستحدثة (فصل أول) ثم نتناول بعض التأمينات العينية المستحدثة من خلال توضيح مجالات إستعمال الملكية كضمان (فصل ثاني).

الفصل الأول

الضمانات الشخصية المستحدثة

كثيرا ماتدعو الحاجة إلى إزدياد الطلب على التأمينات نظرا لدورها وأهميتها في دعم الثقة بين المتعاملين، ولعل أهم هذه التأمينات نجد التأمينات الشخصية والتي تنطوي في النظم التقليدية على الكفالة بالدرجة الأولى، لكن وبسبب المخاطر التي تحتويها هذه الأداة بدأ التفكير في البحث عن بدائلها، حيث يتوقف جدواها على مدى يسر وملاتمة الكفيل الذي قد يتعرض هو الآخر للإعسار، لذلك فقد ظهرت ضمانات شخصية أخرى مستحدثة أهمها خطاب الضمان (مبحث أول) هذه الأداة التي تستخدم خاصة في المعاملات المصرفية بالإضافة إلى خطاب النوايا الذي ترسله شركة أم لدعم الثقة في فرع لها لدى الغير. (مبحث ثاني).

المبحث الأول: خطاب الضمان.

تعتبر خطابات الضمان من أهم أشكال الائتمان المصرفي التي ابتكرها العرف المصرفي حيث ومع تزايد حجم المبادلات التجارية وتزايد المخاطر التي تصاحبها ظهرت أنواع جديدة للضمان تتماشى مع مقتضيات التجارة الدولية وحتى الداخلية. وبما أن خطابات الضمان تقوم على الاعتبار الشخصي كالكفالة، كان من الضروري توسط كفيل ذو ملاءة مالية يثق فيه كلا طرفي العملية التجارية، لذلك ليس هناك أفضل من البنوك يمكن أن يلعب هذا الدور، عن طريق قيامها بضمان عملائها لدى الغير.

وتتعدد صور تدخل البنوك في مجال خلق وتقديم الائتمان لعملائها، وإن كانت الغاية منها واحدة، وهي تمكين العميل من الحصول على الائتمان الذي ينشده بأن يمكنه البنك من الوفاء بالتزاماته لدى الغير، والحصول على أجل أو ثقة من دائنيه بواسطة البنك.

وتنقسم صور الائتمان المصرفي إلى قسمين كبيرين: الأول يقدم فيه البنك لعميله أو لشخص آخر يحدده العميل مبلغا نقديا أو أداة وفاء أخرى، يستخدمها العميل في الوفاء بديونه وهو ما يسمى بالاقتراض، أما الثاني فيكتفي فيه البنك بضمان العميل لدى الغير، وهو ما يسمى بالائتمان المصرفي بطريق التوقيع.

وتنشأ الحاجة إلى خطاب الضمان عندما يجد العميل نفسه مضطرا إلى تقديم تأمين نقدي إلى من يرغب في التعامل معه لكي يقبل هذا الأخير بالتعاقد معه، إذ يلجأ حينئذ العميل المعني بالأمر إلى بنكه ويطلب منه إصدار خطاب ضمان لصالح الشخص الذي ينوي التعامل معه، ويتعهد فيه البنك بصفة نهائية بضمان هذا العميل في حدود المبلغ المعين في الخطاب، وخلال مدة معينة، وذلك عن طريق القيام بدفع المبلغ إلى المستفيد بمجرد أن يطلب هذا الأخير ذلك دون إمكانية التمسك بأية دفع مستمدة من علاقة أخرى.

وبذلك يتولد عن خطاب الضمان ثلاث علاقات أساسية ومستقلة عن بعضها البعض علاقة العميل بالمستفيد التي ينظمها عقد الأساس والتي قد تكون بيعا أو مقاوله مثلا، وعلاقة العميل

بالبنك وينظمها عقد الاعتماد بالضمان، وعلاقة المستفيد بالبنك والتي تنشأ مباشرة عن خطاب الضمان.

و يخدم خطاب الضمان مصالح كل أطرافه، فالبنك يتقاضى عمولة عن قيامه بدور الضامن لعميله دون أن يقرضه نقودا بشكل مباشر، والعميل يستفيد لأن خطاب الضمان يدعم ثقته لدى الغير دون أن يضطر إلى تقديم تأمين نقدي. كما يستفيد منه المستفيد لأن إلتزام البنك بالوفاء له يعد بمثابة تأمين نقدي بين يديه وذلك بالنظر لملاءة الذمة المالية للبنك.

ولخطاب الضمان أهمية كبيرة في الحياة العملية، فهو يستخدم في صور لا حصر لها بحيث يشكل ضمانا بدلا من التأمين النقدي، وضمانة في حالة المزايدات والمناقصات، وضمانة للتأمين عن أي نوع من أنواع المهن، وضمانة في الجمارك، وضمانة في حالات الشراء بأجل. ولعل الأهمية العملية التي تمتاز بها خطابات الضمان بالنسبة للأطراف من جهة، والاختلافات الجوهرية القائمة بينها وبين بعض الأنظمة المشابهة كالكفالة، والاعتماد المستندي من جهة ثانية وغياب نصوص قانونية تنظم هذه التقنية على مستوى التشريعات الوطنية من جهة ثالثة، هي التي دفعت بغرفة التجارة الدولية لوضع قواعد تتعلق بالضمانات التعاقدية منذ سنة 1978 بإسم "الأصول الموحدة لكفالات العقد" نشرة رقم 325، ثم أضافت نشرة جديدة بشأن الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية عام 1983 نشرة رقم 400، ووضعت كذلك القواعد الموحدة المتعلقة بالضمانات لدى الطلب سنة 1992 نشرة رقم 458، ثم نشرة رقم 500 سنة 1993 والتي تضمنت أحكاما خاصة بخطاب الضمان تحت اسم اعتمادات الضمان¹. كما دفعت أهمية خطاب الضمان أيضا بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي إلى إعداد مشروع اتفاقية متعلق بالضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد المساندة والذي تبنته الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها المنعقدة ما بين 2 و 26 ماي 1995.

أما المشرع الجزائري فلم يضع إطارا قانونيا خاصا لخطاب الضمان، وبالرغم من ذلك يستعمل من الناحية العملية بكثرة في مختلف البنوك المحلية، حيث يحكمه العرف المصرفي

¹ عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، الجزء الثاني: الاوراق التجارية وعمليات البنوك، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الاردن، 2007، ص، 451.

والتقنين الذي وضعته غرفة التجارة الدولية، وهذا الوضع يفسح المجال لإعمال إرادة الأطراف في إطار العرف الجاري العمل به، والمبادئ القانونية العامة، بالإضافة لذلك الغموض الذي يكتنف أحكام خطاب الضمان المصرفي، وعدم دقة المصطلحات المستعملة في هذا المجال، خاصة وأنا نجد في الواقع ترديدا لعبارة الكفالة المصرفية أكثر من خطاب الضمان وهذا راجع لعدم التمييز بينهما رغم اختلافهما.

إن موضوع خطاب الضمان يطرح عدة إشكالات يصعب علينا حصرها، وهذا نظرا لحدثة الموضوع وقلة التشريعات التي تناولته في تقنيناتها، خاصة التشريع الجزائري الذي ترك تنظيمه للعرف المصرفي، وبعض الأنظمة الصادرة عن بنك الجزائر، لذلك من الضروري التعرف على هذه التقنية الحديثة بوجه عام (مطلب أول) ثم أحكام خطاب الضمان (مطلب ثاني).

المطلب الأول: خطاب الضمان بوجه عام

إن خطاب الضمان المصرفي نوع من الضمانات البنكية التي نتجت عن تطور العلاقات الاقتصادية الدولية، فنظرا لتوسع حركة التجارة بين المشروعات الأوربية والأشخاص العامة أو الخاصة التابعة للدول الأخرى وفي سبيل التوصل إلى أفضل السبل الفعالة لتحقيق متطلبات الأطراف بخصوص الثقة والأمان الذي يتعين أن يسود علاقاتها مع الشركات الأوربية تدخلت البنوك في هذا المجال، خاصة أن العقود الدولية تستغرق مدة زمنية طويلة لتنفيذها، وأطرافها لا تتوفر لديهم في الغالب أية معلومات أكيدة عن بعضهم البعض، مما يجعلهم متخوفين من الوقوع كضحية لحالات الغش أو التدليس. وهكذا نتيجة الحاجة العملية ظهرت الضمانات المستقلة الواجبة الدفع عند الطلب أو ما يسمى خطاب الضمان الذي أصبح ابتداء من نهاية السبعينات الضمانة البنكية الأساسية في المعاملات التجارية الدولية بالنسبة للكثير من الدول كفرنسا مثلا¹ ولأن تطور الخدمات المصرفية في مجال الائتمان لا يكاد يقف عند حد، كان من الطبيعي أن ينتشر العمل بخطاب الضمان في المعاملات التجارية الداخلية كتقنية توفر للأطراف الثقة اللازمة، ليس فقط على مستوى الأشخاص المعنوية فقط، بل حتى بالنسبة للأشخاص الطبيعية²

¹ - Marie- Noëlle Jobard- Bachellier, Manuella Bourassin, Vicent Brémond, Droit des sûretés, Editions Dalloz, paris, 2007, p 231.

² - Ibid. p 231.

الفرع الأول: مفهوم خطاب الضمان

لتحديد مفهوم خطاب الضمان نسلط الضوء على مختلف التعريفات الموضوعة له سواء التعاريف الفقهية أو التشريعية مع استنباط شروط وخصائص وأنواع خطاب الضمان من خلالها.

أولاً: تعريف خطاب الضمان

هناك عدة تعاريف لخطاب الضمان حيث نجد بعض التعاريف التشريعية إضافة إلي بعض الاجتهادات الفقهية في هذا الصدد.

1- التعريف التشريعي

على خلاف التشريعات المقارنة لم يتضمن القانون التجاري الجزائري قواعد تحكم خطاب الضمان المصرفي وهذا على الرغم من كثرة العمل به في مختلف البنوك التجارية الجزائرية، حيث يعد من أهم الأنشطة البنكية التي تمارسها وتصنفه ضمن القروض بالتوقيع أو ما يسمى بالإلتزامات بالتوقيع. حيث تنص المادة 68 / ف 01 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض¹ على ما يلي: " يشكل عملية قرض في مفهوم هذا الأمر كل عمل لقاء عرض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر، أو يأخذ بموجبه لصالح الشخص الآخر إلتزاماً بالتوقيع كالضمان الإحتياطي أو الكفالة أو الضمان".

إن المشرع الجزائري من خلال هذه المادة ذكر على سبيل المثال الضمان الإحتياطي والكفالة والضمان وهي تدرج ضمن القرض بالتوقيع (crédit par signature)، وهذا الأخير يمثل في واقع الأمر أنماطاً مختلفة ومتعددة من بينها خطاب الضمان المصرفي وعموماً يتمثل القرض بالتوقيع في الضمان الذي يقدمه البنك لزيونه لتمكينه من الحصول على الإئتمان والثقة اللازمين لهذا لدى جهة أخرى، أي أن البنك لا يقدم نقوداً ولكنه يمنح من خلال توقيعه ثقة فقط² ويكون مضطراً إلى إعطاء النقود إذا عجز الزبون عن الوفاء بالتزاماته.

¹ - أنظر الأمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت 2003 يتعلق بالقرض والنقد، ج.ر المؤرخة في 27 أوت 2003 المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-17 مؤرخ في 11 أكتوبر 2017 ج.ر عدد 57 مؤرخة في 12 أكتوبر 2017.

² - مصطفى كمال طه، علي البارودي، القانون التجاري، الطبعة الأولى، منشورات الطلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2001 ص 252.

ومع أن قانون النقد والقرض أشار إلى خطاب الضمان المصرفي كعملية من عمليات البنوك لكن المشرع الجزائري لم يضع نظاما قانونيا يحكمه وأمام هذا الفراغ التشريعي تخضع البنوك الجزائرية عملية إصدار خطاب الضمان المصرفي وتنفيذه إلى الأعراف المصرفية وكذلك بعض الأحكام المتفرقة في القوانين المصرفية مثل قانون النقد والقرض ومختلف الأنظمة الصادرة عن مجلس النقد والقرض.

أما المشرع الفرنسي فقد نص على خطاب الضمان المستقل في إطار التعديلات التي أدخلت على التقنين المدني¹ حيث عرفه بأنه تعهد يلتزم بموجبه الضامن بالنظر إلى الإلتزام المكتتب من قبل الغير، بدفع مبلغ نقدي بمجرد الطلب أو وفقا للشكليات المتفق عليها².

2- التعريف الفقهي

لقد تعددت التعريفات الفقهية لخطاب الضمان المستقل، وإن جاءت في أغلبها متشابهة منها:

- تعهد كتابي يتعهد بمقتضاه المصرف بكفالة أحد عملائه _ طالب الإصدار _ في حدود مبلغ معين اتجاه طرف ثالث بمناسبة التزام ملقى على عاتق العميل المكفول، ضمانا لوفاء هذا العميل بالتزامه اتجاه ذلك الطرف خلال مدة معينة، على أن يدفع المصرف المبلغ المضمون عند أول مطالبة خلال سريان خطاب الضمان، دون النقائص لما قد يبديه العميل من معارضة³.
- وأيضا خطاب الضمان المستقل عقد مبرم بين الأمر وضامن يكون غالبا بنكا، ينشئ إلتزاما على عاتق هذا الأخير، يدفع مبلغا نقديا لفائدة الغير المستفيد بمجرد تقديمه طلبا بذلك⁴.

¹ - حيث تم تشكيل لجنة مؤلفة من اختصاصيين في الميدان سميت بلجنة غريمالدي la commission de Grimaldi قدمت مشروعا يتضمن تعديلات هامة مست الجزء الخاص بالتأمينات _ contrat (Voir, SIMLER Philippe, Avant-propos, les revues juris classeur: concurrence_ consommation n°6 lexis nexis, France, Juin 2006 p 17)

² " Article 2321 du code civil Français (Ord, 23 mars 2006) définie le la garanties autonome comme : l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues" (Voir HOUTCIEFF Dimitri, les suretés personnelles. Les Revues Juris Classeur: contrats _ concurrence _ consommation, N° 06, lexis nexis, 106France, Juin 2006, p 20.)

³ - محمد الأمين ولد المرابط، خطابات الضمان في المصارف الإسلامية، مجلة: دراسات قانونية، العدد 09 دار القبة للنشر والتوزيع، الوادي الجزائر 2002 ص 40.

⁴ - RANOUIL Véronique et CHABAS François, Leçons de droit civil: suretés_ publicités foncières, Tome III 6^{ème}, Montchrestien, Paris, France, 1988, p 65.

- وتعرف كذلك خطابات الضمان بأنها صكوك مصرفية ذات طابع خاص تصدر عن البنك بناء على طلب عميله ويتعهد فيها البنك بدفع مبلغ معين من النقود بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من البنك، خلال المدة المحددة في الخطاب دون توقف على شرط آخر¹. وانطلاقاً من هذه التعريفات تتشكل التركيبية التعاقدية لخطاب الضمان المستقل من ثلاث أطراف:

- الأمر Le donneur d'ordre

- المستفيد Le bénéficiaire

- الضامن Le garant

حيث بناء على ما طلب الأمر يلتزم الضامن بدفع مبلغ محدد لفائدة المستفيد²

- كما عرفه البعض الآخر على أنه تعهد نهائي من البنك بناء على طلب العميل الذي يطلق عليه الأمر بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من البنك خلال مدة معينة ودون توقف على شرط آخر³

- أما القواعد الموحدة للضمانات المستقلة لسنة 1992⁴ فتعرف خطاب الضمان المستقل على أنه يمثل كل ضمان، أو أي تعهد بالدفع من قبل شركة تأمين، أو أي شخص طبيعي أو معنوي يدعى الضامن.

ثانياً: الشروط الخاصة بخطاب الضمان

من خلال التعاريف المختلفة لخطاب الضمان سواء التشريعية أو الفقهية تتوضح لنا مجموعة من الشروط لا بد من توافرها في خطاب الضمان، ولعل الأهم منها نجد هناك ثلاث شروط أو ثلاثة عناصر أساسية وهي مبلغ الضمان ومدة الضمان والغرض من الضمان.

¹ - مصطفى كمال طه، علي البارودي، المرجع السابق ص 252.

² - ليلي مشطر، النظام القانوني لخطاب الضمان المستقل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية تخصص قانون السوق، كلية الحقوق، جامعة جيجل 2007-2008 ص 15.

صلاح إبراهيم شحاتة، ضوابط منح الائتمان المصرفي من منظور قانوني ومصرفي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر 2009 ص 336³

⁴ - ليلي مشطر المرجع السابق، ص 12.

1- مبلغ الضمان: الأصل تحديده بشكل واضح لكن يمكن أن يصدر الضمان بمبلغ قابل للتعيين كأن يضمن البنك عميله في كل ما يسببه من ضرر للغير - المستفيد - وتعهده على هذا النحو صحيح¹.

2- مدة الضمان: ينشأ حق المستفيد من وقت وصول الخطاب إليه وعلمه به، ويصدر خطاب الضمان لمدة محددة يحرص على تأكيدها باعتباره مدة سريان الخطاب وعلى اشتراط وصول المطالبة قبل تاريخ معين وبيان أن ضمان البنك يسقط تلقائياً إذا لم تصل البنك مطالبة حتى التاريخ المحدد ولا حاجة لإخطار من البنك للمستفيد ولا اتخاذ إجراء آخر².

3- الغرض من الضمان: تشترط المادة 03 من القواعد الموحدة لخطابات الضمان المصرفية لعام 1992 أن يتضمن خطاب الضمان بيان الغرض الذي صدر من أجله وهو ضمان إلتزام معين ناشئ بذمة الزبون لمصلحة المستفيد استناداً إلى العلاقة القائمة بينهما.

وبالإضافة إلى هذه العناصر الأساسية هناك شروط أخرى وجودها ضروري في خطاب الضمان وهي:

- التقديم والتمهيد، تعهد البنك الضامن، تعيين الأطراف، تحديد وقت نفاذ الضمان، امتداد الضمان، عملة الضمان، لغة الضمان، القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة، بيان عدم جواز تداول خطاب الضمان أو التنازل عنه³.

ثالثاً: خصائص خطاب الضمان

1- تجارية خطاب الضمان:

لما كان خطاب الضمان هو ضمن العمليات المصرفية التي يقوم بها البنك فهو تجاري دائماً بالنسبة له، وبالنسبة للعميل الأمر إذا كان تاجراً أو طلب خطاب الضمان بناء على تجارته

¹ - جاسم علي الشامسي، خطاب الضمان المصرفي وتطبيقاته ومدى توافقه مع الحدود الشرعية، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والإقتصادية، الجزء الثاني، الجديد في التمويل المصرفي، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002 ص 387.

² - المرجع نفسه ص 387.

³ - جاسم علي الشامسي، المرجع السابق، ص، ص، 386 إلى 388.

ويسببها فهو تجاري بالنسبة له، وإن لم يكن كذلك عدّ مدنيا بالنسبة له وإن لم يكن كذلك عدّ مدنيا بالنسبة له¹.

2- الطبيعة الشخصية لخطاب الضمان:

إن حق المستفيد من خطاب الضمان متعلق بشخصه أصلا، ولا يجوز لدائنيه استخدامه باسمه، كما لا يجوز للمستفيد التنازل عنه إلى الغير إلا بموافقة المصرف. ويشترط أن يكون المصرف نفسه مأذونا له من الأمر في إعطاء هذه الموافقة.

وبالتالي فإن خطاب الضمان يعتبر التزاما شخصيا لمصلحة المستفيد، ولا يتعداه إلى غيره من الأشخاص، لذلك لا يجوز للمستفيد تظهيره إلى غيره، وهو لا يتضمن عبارة "الأمر". كما لا يعتبر سندا تجاريا، وبالتالي فلا يجوز خصمه لدى المصرف.

ولا يجوز للمستفيد أن يتنازل عنه لأي شخص آخر، وبأي طريقة كانت، حتى ولو بالتبعية لتنازله عن عقد المقاوله الاصيلي، لان شخصية المستفيد من خطاب الضمان وأمانته محل اعتبار لدى العميل².

3- خاصية استقلالية الضمان:

وصف هذا الضمان بالمستقل لإنفصاله تماما عن العقد الأساسي الذي يربط مصدر الأمر بالمستفيد من هذا الضمان³. بمعنى أن علاقة البنك مصدر خطاب الضمان بالمستفيد الذي صدر الخطاب لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل. ويلتزم البنك بمجرد إصداره خطاب الضمان ووصوله إلى المستفيد بأداء المبلغ الذي يطالب به الأخير بإعتباره حقا له يحكمه خطاب الضمان ما دام هو في حدود التزام البنك المبين به. وإلتزام البنك تجاه المستفيد في هذا الإلتزام أصلي. وبالتالي فإن إلتزام البنك نحو المستفيد هو إلتزام مجرد وقطعي ويات، فهو مجرد لإنفصاله واستقلاله عن العلاقات الأخرى غير علاقة البنك بالمستفيد، ومن تمة لا صلة بين إلتزام

¹ - منير محمد الجنيبي، ممدوح محمد الجنيبي، أعمال البنوك، دار الفكر الجامعي، مصر، 2000 ص 229.

² - ناصف إلياس، العقود المصرفية، المجلد الثاني، التحويل المصرفي - الحساب المشترك - الكفالة المصرفية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014، ص 267، 268.

³ - مصطفى العوجي، القانون المدني: الموجبات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ب س ن، ص 301.

البنك قبل المستفيد وصلة هذا المستفيد بالعميل،¹ وهو ما يميزه عن الكفالة المصرفية حيث يعد التزام البنك التزام تبعية. ولهذا لا يجوز للبنك أن يرفض الوفاء للمستفيد لسبب يرجع للعلاقة القائمة بين العميل الأمر والمستفيد أو العميل الأمر والبنك.

4- إلزامية الضمان لجانب واحد:

إن التعهد الذي يصدره البنك يكون بارادته المنفردة، وليس للأمر إلزام البنك بذلك. كذلك هذا التعهد الصادر من البنك لا يحتاج لقبول من المستفيد فالضمان إلتزام من جانب واحد ولا بد من تنفيذه بمجرد طلب المستفيد ذلك. وبهذا يعتبر البنك في الضمان أصيلا عن نفسه وليس وكيفا عن عميله وطابع الإستقلال لضمان البنك هو الذي جعله ملزما له وحده دون غيره.²

رابعا: أنواع خطاب الضمان

إن خطابات الضمان تقدم في حالات كثيرة ولأغراض مختلفة سواء في مجال المعاملات الداخلية أو الدولية وقد وضع الفقه تصنيفات عديدة لها لكن نكتفي بذكر صنفين أساسيين: خطابات ضمان من حيث كيفية الوفاء. أو ما يسميه بعض الفقه من حيث الصيغة أو شكليات استعمالها، والتصنيف الثاني خطابات ضمان من حيث محل الإلتزام المضمون أو من حيث المصدر تنقسم إلى نوعين: خطابات ضمان محلية وأخرى خارجية.

1- خطابات الضمان من حيث الصيغة: ولها ثلاثة أنواع أساسية:

أ- الضمان بمجرد طلب La garantie a première demande.

ويعتبر هذا النوع الأكثر صرامة من بين أنواع الضمانات وكذلك الأكثر استعمالا في العلاقات التجارية الدولية، إذ يوفر أكثر حماية لمصالح المستفيد منه.

وكما تدل عليه تسميته، يمكن طلبه في أي وقت من قبل المستفيد بدون تقديم تبريرات لذلك ويقوم الضامن بالوفاء بدون الإحتجاج بأي أجل.³

¹ - تامر ريمون فهميم، المرجع السابق، ص 296.

² - سمحة القليوبي، القانون التجاري، (عمليات البنوك)، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، مصر 1986، ص 105.

³ - المرجع نفسه، ص 98.

ب- الضمان المستندي Les garanties documentaire

في هذا النوع، فإن الدعوة إلى الضمان مشروطة بتقديم المستفيد لبعض الوثائق المتفق عليها في عقد الالتزام، مثل قرار قضائي أو تحكيمي يدين المدين، فواتير غير مسددة ... إلخ.¹ وهذا النوع من الضمان يوفر أكثر حماية للضامن أو ضامن الضامن أو الأمر حيث يسمح بالحد من خطر تقديم المستفيد لأي طلب بالوفاء يكون فيه نوع من التعسف أو التدليس.

ج- الضمان بمجرد الطلب المبرر La garantie a première demande justifié

في هذا المتغير من الضمان لدى أول الطلب البسيط يكون على المستفيد أن يقدم أسباب طعنه ضد التقصير في تنفيذ الضمان أو في عدم احترام الآجال أو في التنفيذ المعيب ... ولكن دون أن يكون عليه تقديم الدليل على دقة وصحة الأسباب التي يطرحها.

في الواقع إن فرض مثل هذا المبرر غايته الأساسية إمكانية وضع مسؤولية المستفيد حيز التنفيذ إذا اتضح أنه بعد دفع الضمان، أن الأسباب المطروحة غير دقيقة أو غير موسسة.²

2-: خطابات الضمان من حيث محل الالتزام المضمون (أو المصدر).

ويمكن تصنيفها إلى صنفين رئيسيين هما:

-خطابات ضمان المحلية والخارجية

أ- خطابات الضمان المحلية:

لقد تزايد التعامل بخطابات الضمان على مستوى البنوك المحلية، واعتمادها كبديل للضمانات النقدية، ولعل أهم الخطابات الأكثر استعمالاً خطابات ضمان المناقصات والمزايدات وخطابات الضمان الجمركية والملاحية.³

¹ -Nasreddine Samar, Les Garanties Autonomes: Une Alternative Au Coutonnement, Revue des sciences sociales et humaines, N° 14, JMPEL Qods, Université de Batna, Algérie, Juin 2006, p 51.

² - Ibid, p 51.

³ صلاح الدين حسين السيسي، الإعتمادات المستندية والضمانات المصرفية من النواحي الإقتصادية والمحاسبية والقانونية، الطبعة الأولى، دار الوسام للطباعة والنشر، لبنان، 1998 ص 81.

أ.1 خطابات ضمان المناقصات والمزايدات:

تعتبر خطابات ضمان المناقصات والمزايدات الأوسع انتشارا في الحياة العملية تصدر غالبا لصالح الوزارات والجهات الحكومية والشركات والمؤسسات، ضمانا لحقوقها في الصفقات التي تبرمها مع المقاولين أو الموردين... إلخ ونظرا لأهمية هذه المشاريع وضخامة حجمها يلاحظ أنه نادرا ما يجرى تقديم عطاء بالمناقصة أو بالمزايدة دون أن تطلب الجهة صاحبة الشأن (أي التي طرحت المناقصة أو المزايدة) خطاب ضمان مصرفي، أو كفالة مصرفية، إما لضمان جدية العطاء أو لضمان التنفيذ وحسن الأداء. وقد كان تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر وضبط طرق ممارستها بواسطة المرسوم الرئاسي رقم 02-280¹ والذي ألغي بموجب المرسوم الرئاسي رقم 10-236² المؤرخ في 07 أكتوبر 2010.

إن خطاب ضمان المناقصات والمزايدات بدورها متنوعة، وتأخذ إحدى الصور الثلاثة التالية: - خطاب الضمان الإبتدائي - خطاب الضمان النهائي (ضمان حسن التنفيذ) - خطاب ضمان الدفعات المقدمة (التسيبقات).

أ.2 خطابات الضمان الجمركية والملاحية:

ويعتبران كذلك من أكثر خطابات الضمان استعمالا.

- فخطاب الضمان الجمركي تناوله المشرع الجزائري من خلال قانون رقم 98-10 المتضمن التشريع الجمركي³ حيث تنص المادة 106 منه على ما يلي: " إن الحقوق والرسوم بالنسبة للبضائع المصرح بها واجبة الأداء بمجرد انتهاء الفحص وإمكان رفع اليد عن البضائع، غير أنه

¹- المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1423 الموافق لـ 24 يوليو سنة 2002 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ج.ر عدد 52 الصادرة في 28 يونيو 2002. (ملغى)

²- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 10 أكتوبر سنة 2010 ج.ر عدد 58 الصادرة في 07 أكتوبر 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية. ملغى بموجب مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ج ر عدد 50، الصادرة في 20 سبتمبر 2015.

³- قانون رقم 98-10 المؤرخ ف 22 أوت 1998 ج.ر عدد 61 الصادرة بتاريخ 23 أوت 1998 يعدل ويتمم قانون رقم 79-07 المؤرخ في 21 يوليو 1979 والمتضمن قانون الجمارك. والمعدل بقانون 17-04 مؤرخ في 16 فبراير 2017، ج ر عدد 11 مؤرخة في 19 فبراير 2017، والذي يعدل ويتمم قانون رقم 79-07 السالف الذكر.

يمكن لإدارة الجمارك أن تطالب بإيداع المبلغ الذي يمثل الحقوق والرسوم أو تقديم ضمان كاف تأميناً لأداء الدفع الكامل لهذه الحقوق والرسوم عند رفع اليد".

ولعل أهم الأنظمة الجمركية التي تصدر في شأنها خطابات الضمان المصرفية:

* نظام الإيداع الجمركي: المادة 129 ق 98-10 السالف الذكر.

* نظام السماح المؤقت: المادة 132 ق 98-10 السالف الذكر.

* نظام العبور الجمركي: المادة 127 ق 98-10 السالف الذكر.

* نظام التخليص على البضائع.

- أما خطابات الضمان الملاحية من بين أهم الحالات التي تصدر فيها البنوك التجارية ضماناً بناءً على طلب زبائنها هو حالة خطاب الضمان الذي يحل محل وثيقة الشحن، فالملاحظ أنه قد تصل البضائع المستوردة إلى الميناء قبل أن ترد مستندات شحنها التي لا يمكن للمستورد استلام بضاعته قبل ذلك وقد تطول مدة انتظار وصول المستندات مما يعرض المستورد لمخاطر تقلب أسعار السوق المحلية ويتحمل مصاريف طول تخزينها في الدائرة الجمركية أو قد تكون البضاعة سهلة التلف، فهنا يلعب خطاب الضمان البنكي وظيفته ائتمانية فيقدم المستورد ضماناً بنكياً مجسداً بوثيقة التعهد إلى وكيل الشركة الناقلة بقيمة البضائع ومقابل هذا الضمان يقدم وكيل الشركة الناقلة للبضاعة دون سندات الشحن¹ وهناك أنواع أخرى لخطابات الضمان الملاحية والتي تستخدم لضمان نصيب مالك البضاعة المشحونة من السائر التي قد تصيب السفينة.

- وهناك أيضاً خطابات ضمان ملاحية لتفادي الحجز التحفظي على السفن وهذا ما نصت عليه المادة 150 من القانون رقم 98-05 المتضمن القانون البحري² والتي تنص على ما يلي: "يعني الحجز التحفظي حسب مفهوم هذا الفصل إيقاف السفينة ومنعها من السفر بأمر من السلطة القضائية المختصة".

¹ - صلاح الدين حسين السبسي، مرجع سابق ص 89.

² - قانون رقم 98-05 المؤرخ في 25 يونيو 1998 ج.ر. عدد 47 الصادرة بتاريخ 27 يونيو 1998، يعدل ويتمم الأمر رقم 76-80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 والمتضمن القانون البحري. والمعدل ويتم بقانون رقم 10-04 مؤرخ في 15 أوت 2010 ج.ر. عدد 46 مؤرخة في 18 أوت 2010.

ب- خطابات الضمان الخارجية:

خطابات الضمان الخارجية هي التي تصدر في شأن عمليات يكون أحد طرفيها غير مقيم ويمكن تقسيمها إلى قسمين، خطابات الضمان الصادرة بطلب من غير المقيمين، وخطابات الضمان الصادرة لصالح غير المقيمين.

ب.1 خطابات الضمان الصادرة بطلب من غير المقيمين:

وهذا النوع يطلب في حالات عديدة فقد يتقدم الأجنبي غير المقيم للمشاركة في مناقصة أو مزيدة وطنية، وقد يرسو عليه العطاء ففي هذه الحالة يتعين عليه تقديم ضمان مصرفي لحسن تنفيذ الصفقة. وهذا النوع من الضمانات الخارجية يحكمه في الجزائر النظام الصادر عن مجلس النقد والقرض رقم 02-93 مؤرخ في 03 يناير 1993 يتعلق بإصدار عقود الضمان والضمان المقابل من قبل البنوك الوطاء المعتمدين¹ ويهدف هذا النظام كما تنص المادة الأولى منه إلى تحديد شروط إصدار عقود الضمان من قبل البنوك الوطاء المعتمدين لفائدة المقيمين بموجب التزامات مأخوذة في الجزائر من قبل غير المقيمين وكذا عقود الضمان المقابلة الصادرة لصالح غير المقيمين بموجب إلتزامات مأخوذة من قبل المقيمين تجاه الخارج. إن خطابات الضمان الخارجية التي تصدر بناء على طلب غير المقيمين لا تحتاج في إصدارها إلى ترخيص من بنك الجزائر كما تنص على ذلك المادة 03/ف1 من النظام رقم 02/93 السالف الذكر.

أما لو أصدر البنك المحلي - الوسيط - خطاب ضمان بناء على طلب بنك خارجي لصالح مستفيد مقيم، فإن تعهد البنك الخارجي بالضمان المقابل ضروري. وتؤكد عليه المادة 03/فقرة 02 من نظام رقم 02-93 بقولها: "يخضع إصدار عقود الضمان إلى تغطية مسبقة بواسطة عقد ضمان مقابل يصدره بنك أجنبي من الدرجة الأولى لفائدة البنك الوسيط المعتمد. يسمى البنك المحلي الذي أصدر خطاب الضمان مباشرة للمستفيد المحلي، بالضامن المباشر، ويعبر عنه في فرنسا بـ « Le garant » ونسمة البنك الأجنبي الذي طلب من البنك المحلي إصدار هذا الخطاب بضامن الضامن (الضامن المقابل) « contre garantie ».

¹ - نظام بنك الجزائر رقم 02-93 مؤرخ في 03 يناير 1993 يتعلق بإصدار عقود الضمان والضمان المقابل من قبل البنوك الوطاء المعتمدين ج.ر 17 الصادرة بتاريخ 1993/03/14.

ب. 2. خطابات الضمان الصادر لصالح غير المقيمين:

تتص الفقرة الأولى من المادة 04 من نظام رقم 93-02 المتعلق باصدار عقود الضمان والضمان المقابل من البنوك الوسطاء (المعتمدين) على ما يلي: " يمكن للبنوك الوسطاء المعتمدين أن تصدر دون ترخيص من بنك الجزائر عقود ضمان وضمان مقابل لفائدة غير المقيمين بموجب الإلتزامات المتخذة من قبل المقيمين إزاء الخارج".

ويتضح من خلال هذه المادة أنه يمكن للبنوك أن تصدر خطابات ضمان خارجية لفائدة مستفيدين غير مقيمين، بناء على طلب زبائنها وهذا في حالات عديدة فقد تطلب للاشتراك في المناقصات والمزايدات الدولية المتعلقة مثلا بالمشاريع الإنسانية الكبيرة. كما قد يطلب هذا النوع من الضمان من طرف المستورد المحلي لصالح المصدر الأجنبي في الخارج، ضمانا لسداد الدفعات المؤجلة من قيمة الواردات على أساس تسهيلات الموردين... إلخ ففي هذه الحالات وغيرها تصدر البنوك خطابات ضمان يكون المستفيد فيها أجنبيا.

وأخيرا يتضح من خلال دراستنا لخطابات الضمان الخارجية بنوعيتها أنها تؤدي دورا هاما في الحياة الاقتصادية بوجه عام والتجارة الخارجية بوجه خاص لعل أهم ما تحققه في هذا المجال أنها تجنب المتعاملين الاقتصاديين في عقود التجارة الدولية الأضرار الوخيمة التي تلحقهم بسبب تجميد أموال باهضة كضمان لمدة طويلة لدى الجهة التي تم التعاقد معها. فأصبحت خطابات الضمان تغني عن تحويل هذه الأموال ثم إعادة إستردادها عند انتهاء الغرض منها وبلتالي لم يعد واردا ما كان يترتب على ذلك من تحمل مصاريف وعمولات إضافية وخسائر ناتجة عن تغيير أسعار العملات الأجنبية.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لخطاب الضمان المستقل

لمعرفة الطبيعة القانونية لخطاب الضمان المستقل لابد من تمييزه عن بعض المفاهيم المشابهة له، خاصة الكفالة والاعتماد المستندي، الاشتراط لمصلحة الغير.

أولاً: تمييز خطاب الضمان عن الكفالة المصرفية:

خطاب الضمان البنكي صورة من صور الكفالة المصرفية، فالكفالة المصرفية تتخذ شكل الكفالة العادية الخاضعة لقواعد القانون المدني مع احتفاظها بالصفة التجارية كما تتخذ صيغة الضمان المصرفي أو الضمان البنكي المستقل وبذلك تتغير الطبيعة القانونية لهذه الكفالة وتظهر بذلك أوجه الإختلاف بين الكفالة المصرفية، والضمان البنكي المستقل من خلال خصائص كل واحد منهما.

فالكفالة المصرفية تتخذ شكل الكفالة العادية الخاضعة لقواعد القانون المدني ويعلق فيها إلتزام البنك على العلاقة الأصلية أو عقد الأساس الذي اقتضى الأمر بموجبه إصدارها، فهو التزم تابع و مرتبط بالتزام العميل فالتزام البنك إلتزام تبعي.

أما بالنسبة لتعهد الضمان أو الضمان البنكي المستقل، فيتميز باستقلال إلتزام البنك عن العلاقة الأصلية التي اقتضت إصداره.

وبذلك تنفيذ الضمان يتوقف على أمر خارجي غير مذكور في التعهد إضافة لكون التزم البنك بمبلغ محدد في التعهد لا يتوقف على مقدار المديونية بين العميل والمستفيد، وكذا الحق بالمطالبة بالوفاء من المستفيد فلا بد أن تكون في المدة المحددة في التعهد. أما بالنسبة للكفالة المصرفية فلا يجوز المطالبة إلا متى كان الإلتزام المضمون ممكناً طلبه، وثبت وجوده وقيمه واستحقاقه قبل الإدعاء على الكفيل وللكفيل-البنك- حق الدفع بكل ما من شأنه انهاء وانقضاء الدين الأصلي به، باستثناء الدفع بالتجريد فهذا الأخير لايجوز عكس الكفالة المدنية¹.

من خلال هذه العناصر تبدو لنا التفرقة بين خطاب الضمان والكفالة سهلة من الناحية النظرية، إلا أنه من الناحية العملية هناك العديد من المشاكل التي تعترض تحديد ما إذا كان الضمان كفالة أم خطاب ضمان، وذلك لإطلاق تسمية الكفالة على خطاب الضمان أو احتواءه

¹ - سميحة القليوبي، مرجع سابق ص 97.

على شرط يحيل إحالة صريحة إلى العقد الأساسي أو ترجمة خاطئة وغير دقيقة مما يؤدي إلى التباس حول طبيعة الإلتزام.¹

ثانياً: تمييز خطاب الضمان المستقل عن الإعتماد المستندي:

الاعتماد المستندي عملية مصرفية ائتمانية ذات أهمية اقتصادية كبيرة وخاصة في مجال التجارة الدولية، وتعد حجر الزاوية في هذا المجال، لأن المصارف مما لا شك فيه لها دور كبير جدا في تمويل التجارة الدولية والاعتماد المستندي هو أهم طرق ذلك التمويل، وأن معظم عمليات الاستيراد والتصدير تتم بواسطته نظراً لإختلاف دول الأطراف المتعاقدة² والذي يميزه عن غيره من العمليات المصرفية أنه يتلائم مع مصالح جميع الأطراف المعنية وهم المصدر (البائع ويسمى في عملية الإعتماد المستندي بالمستفيد) والمستورد (المشتري ويسمى بالأمر على اعتبار هو الذي يعطي الأمر بفتح الاعتماد) والبنك الوسيط (ويسمى البنك المنشئ أو المؤيد أو البلغ حسب الحالة). وبهذه الصفة يوفر الاعتماد المستندي الأداة اللازمة لتمويل عمليات الاستيراد والتصدير مع تحقيق الحد الأقصى من الثقة لكل طرف من أطراف عقد البيع الدولي³.

ويعرف الإعتماد المستندي في التشريعات التجارية أنه عقد يتعهد البنك بمقتضاه بفتح اعتماد لصالح المستفيد بناء على طلب الأمر بفتح الاعتماد، بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل.⁴ ومن خلال ما سبق يتبين أن الإعتماد المستندي يتشابه مع خطاب الضمان في أن كلاهما يمثل علاقة قانونية ذات ثلاثة أطراف: البنك، والعميل الأمر، والمستفيد، إلا أنهما يختلفان من حيث أن المستفيد في خطاب الضمان هو المشتري أو المستورد، أما المستفيد في الإعتماد المستندي هو المورد أو البائع.

¹ - راضية أمقران ، خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الاسلامية منها، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1، 2013/2014. ص 41.

² - بختيار صابر بايز حسين، مسؤولية المصرف في الاعتماد المستندي والمخاطر التي تواجهه، دراسة تحليلية، د ت، دار الكتب القانونية، ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010، ص 17.

³ - محمد الطاهر بلعساوي، التزامات البنك في الاعتمادات المستندية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص 5، 6.

⁴ - بختيار صابر بايز حسين، المرجع السابق، ص 25.

ويتفقان أيضا في أن التزام البنك بالدفع مستقل عن عقد الأساس، وهذا الإستقلال قد يفقد قيمته في حالة وجود غش أو تواطؤ، إلا أنهما يختلفان من حيث إثبات هذا الغش أو التواطؤ، ففي الإعتماد المستندي يكون الإثبات سهلا ميسورا، فبمجرد إثبات وجود تزوير أو عدم تطابق في المستندات يمكن إثبات الغش أو التواطؤ، أما في خطاب الضمان فإن إثبات هذين السببين يمثل صعوبة كبيرة للعميل الأمر، ويتفقان أخيرا في أن كلا منهما يعتبر عملية مصرفية تتم بمجرد توقيع البنك.¹

ثالثا: تمييز خطاب الضمان المستقل عن الإشتراط لمصلحة الغير:

فالإشتراط لمصلحة الغير وفقا للقواعد العامة يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على إلتزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كانت له في تنفيذها مصلحة شخصية، ويترتب على هذا الإشتراط أن يكتسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الإشتراط ويستطيع أن يطالبه بوفاءه ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن هذا العقد، والواضح أن البنك هنا لا يستطيع التمسك أمام المستفيد بأي دفع مستمد من العقد الذي أبرمه مع عميله - المشتري - وبهذا تسقط نظرية الإشتراط لمصلحة الغير في الضمان البنكي.²

المطلب الثاني: أحكام خطاب الضمان.

يعتبر اصدار خطاب الضمان خاتمة لسلسلة من العلاقات والروابط التعاقدية بين أطرافه الثلاثة، والذي سينجر عنه مجموعة من الآثار تمس كل طرف منهم (فرع أول) كما يمكن لخطاب الضمان كغيره من التعهدات والعقود، أن ينقضي وينتهي بطرق عدة (فرع ثاني).

الفرع الأول: آثار خطاب الضمان

إن أهم الآثار الناجمة عن إصدار خطاب الضمان هو نشوء علاقات متعددة الأطراف بين البنك والعميل (الأمر) والمستفيد، وتترتب عن هذه العلاقات حقوقا والتزامات عديدة من يوم صدور التعهد إلى يوم انقضاءه. وسنحاول إبراز هذه الآثار من خلال ما يلي:

¹ - سليمان رمضان محمد عمر، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر 2009، ص 78.

² - محمد الأمين ولد أحمد المرابط، المرجع السابق ص 51، 52.

أولاً: العلاقات الناشئة عن خطاب الضمان:

بمناسبة خطاب الضمان المستقل تتشكل ثلاث علاقات أصلية، وهي علاقة الأمر والمستفيد وهو عقد الأساس وعلاقة العميل الأمر والبنك، وهي علاقة اعتماد بالضمان، وعلاقة البنك بالمستفيد.

إلا أنه لتنفيذ الضمان قد يستوجب الأمر تدخل بنك آخر وهو بنك محلي لبلد المستفيد بالضمان الذي يتلقى تعليماته من بنك أجنبي وهو بنك الأمر، ويسمى هذا بالضمان المقابل، فعلاقة البنك الأول والثاني هي علاقة ضمان مقابل.

1- علاقة الأمر بالمستفيد - علاقة عقد الأساس -

قد تكون هذه العلاقة ناشئة عن عقد بيع أو توريد أو مقاوله وتسمى هذه العلاقة عقد الأساس (Contrat de base)

وفي عقد الأساس كثيرا ما يشترط المشتري على البائع أن يقدم له ضمان أيا كانت وظيفته كضمان دخول مناقضة أو مزيدة أو ضمان رد الدفعات المقدمة، أو ضمان حسن التنفيذ، سواء ضمنا بدفع لدى أول طلب أو ضمانات تدفع بطلب من المستفيد مصحوب بمستندات معينة.

وعقد الأساس هو سبب إصدار الضمان، أي أن البنك يصدر الضمان تنفيذاً لإلتزامه الذي تعهد به أمام البائع أو المقاول في هذا العقد لصالح المشتري¹

ويتجلى آثار الضمان على عقد الأساس في كونه قد يعتبر أن إصدار البنك الضمان بالشروط المطلوبة، شرطا لنفاذ عقد الأساس، أو شرطا لإنعقاد عقد الأساس.

2- علاقة الأمر والبنك - علاقة اعتماد بالضمان -

فمتى عزم العميل إبرام عقد مع شخص طلب منه تقديم ضمان للتعاقد، فيلجأ العميل إلى البنك ليستوفي شروط معينة ليصدر له ضمان لصالح المستفيد وذلك بالشروط التي يطلبها العميل الأمر ويعتبر العقد بينه وبين البنك عقد اعتماد بالضمان، فإذا لم تكن بين الأمر والبنك علاقة سابقة تسمح بطلب هذا الضمان بشروطه فالبنك غير ملزم بإصداره، أما إذا كانت بينهما معاملات

1 - مصطفى كمال طه، القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999 ص 466 .

سابقة فالبنك ملزم بإصداره للضمان أي قبول طلب العميل بتوقيع عقد الضمان متى كانت الظروف تسمح بذلك¹.

3- علاقة البنك بالمستفيد - إلتزام بضمان -

متى أبرم عقد الاعتماد بالضمان بين الأمر والبنك وجب على البنك أن يصدر التعهد بالضمان متى توفرت شروط إصداره وقدم العميل الضمانات والعمولة التي إشتراطها. فالبنك يصدر التعهد بإرادته المنفردة وهو إلتزام لجانب واحد بدون ضرورة لقبول المستفيد، فعلاقة البنك بالمستفيد لا تنشأ إلا بعد صدور هذا التعهد وعند مطالبة المستفيد بالضمان، وبذلك يلتزم البنك تجاه المستفيد².

4- علاقة البنك الضامن والبنك الضامن المقابل (الضمانة المقابلة)

نشأت الضمانة المستقلة المقابلة كنتيجة طبيعية للضمانات المستقلة الصادرة عن مصرف مختلف عن مصرف الأمر والتي انتشرت نتيجة لتوسع التجارة على الصعيد العالمي. فالمستفيد، والذي هو عادة بموقع تعاقدى قوي في العقد الاساسي، يفضل أن تكون الضمانة صادرة عن مصرف محلي. فتسهيلاً لسير التعاقد الاصيلي، وتوفيراً لطمأنة المستفيد بضمان أكثر صرامة، يقوم الأمر بتكليف مصرفه القيام بالإتصال بمصرف بلد المستفيد لإصدار ضمانة غب طلب هذا الأخير. لكن بالمقابل لا يقوم مصرف بلد المستفيد بإصدار ضمانة غب طلب المستفيد (أي الضمانة الأولية) إلا إذا حصل على ضمانة مصرف بلد الأمر، وهي ما تسمى الضمانة المقابلة³. ومن أهم خصائص هذه الضمانة المقابلة، هي خاصية الاستقلالية عن عقد الأساس وعن الضمان الأصلي، وما يؤكد هذا الاستقلال في نوعي الضمان أنه إذا كان أحدهما باطلاً أو غير نافذ، ظل

¹ - هاني دويدار، القانون التجاري: العقود التجارية، العمليات المصرفية، الأوراق التجارية، الافلاس، طبعة أولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 429.

² - هاني دويدار، القانون التجاري: العقود التجارية، العمليات المصرفية، الأوراق التجارية، الافلاس، المرجع السابق، ص 429.

³ - بسام عاطف المهتار، مايا سليت مشرفية، الضمانة غب الطلب: آلية دفعها، تعطيل الآلية مسؤولية المصارف، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 49.

الضمان الآخر صحيحا نافذا ويجب تنفيذه متى طلب المستفيد منه ذلك، كذلك وجوب تنفيذ كل بنك لإلتزاماته وتعهداته دون التمسك بعدم تنفيذ البنك الآخر لتعهداته.¹

ثانيا: الإلتزامات الناشئة عن خطاب الضمان

1- إلتزامات وحقوق البنك الضامن

أ- إلتزامات البنك:

تقع على عاتق البنك مجموعة من الإلتزامات بمجرد إلتزامه بالضمان ومن أهمها ما يلي:

أ.1- الوفاء بقيمة خطاب الضمان في الأجل المحدد:

خطاب الضمان إما أن يكون محدد المدة وفي حالة ما إذا كان محدد المدة يكون البنك ملتزما بالوفاء بقيمة خطاب الضمان متى طلب إليه المستفيد ذلك قبل انتهاء المدة المحددة، وعليه يمتنع البنك عن الوفاء دون تحمل أية مسؤولية قبل المستفيد أو الأمر إذا ما كان طلب الوفاء بقيمة خطاب الضمان قد قدم إليه بعد انتهاء مدة سريان خطاب الضمان.

وفي حالة ما إذا كان خطاب الضمان غير محدد المدة ففي هذه الحالة يكون للبنك وفي أي وقت وبارادته المتفردة بإنهاء مدة سريان خطاب الضمان على أن يلتزم في هذه الحالة بإخطار عميله بقراره هذا في الوقت المناسب قبل التاريخ الذي حدده كموعداً لإنهاء سريان خطاب الضمان.²

هذا ما أكدته واستقرت عليه أحكام محكمة النقض المصرية إذا جاء مايلي: " حق المستفيد في خطاب الضمان ينشأ من تاريخ وصول الخطاب إليه وعلمه به وطبقا لما يرد به من عبارات وذلك حتى انتهاء المدة المحددة بحيث يسقط هذا الحق إذا لم تصل المطالبة إلى البنك المصدر للخطاب حتى نهاية التاريخ المحدد به ولا يعد تسليم الخطاب من قبل المستفيد إلى البنك المصدر له بعد انتهاء مدته تنازلا عنه إلا إذا تضمن الخطاب مثل هذا الإتفاق أو اتفق تسليمه إلى البنك بما يدل على تنازل المستفيد عما ورد من حقوق. لما كان ذلك وكان الحكم الإبتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد ارتكن إلى أن تسليم المطعون ضده لخطاب الضمان في 05/07/1989 بعد

¹ - سهام عكوش، استقلال خطاب الضمان الدولي المصرفي عن عقد الاساس، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد ب، عدد 49، جوان 2018، ص

351. <http://revue.umc.edu.dz/index.php/h/article/view/2771>

² - منير محمد الجنيبي، ممدوح محمد الجنيبي، مرجع سابق ص 232 و 233.

انتهاء مدته لا يعد تنازلاً عن هذا الخطاب لأنه طالب بقيمة هذا الخطاب بتاريخ 1989/06/25 وعاود هذا الطلب بخطابه المؤرخ في 1989/06/29 وذلك قبل انقضاء مدته المبيّنة به¹.

أ.2- الوفاء بقيمة خطاب الضمان لشخص المستفيد أو وكيله الخاص فقط

بما أن خطاب الضمان يقوم على الإعتبار الشخصي، فإنه لا يكون للبنك حق الوفاء بقيمة خطاب الضمان إلا للمستفيد أو وكيله الخاص وفي حالة قيام البنك بالوفاء بقيمة الخطاب لشخص غير المستفيد، فلا يعتد بهذا الوفاء وعليه أن يقوم بالوفاء مرة أخرى للمستفيد متى طلب إليه ذلك في الأجل المحدد وفي جميع الأحوال فلا يكون للبنك الذي قام بالوفاء بقيمة خطاب الضمان لغير المستفيد حق الرجوع بهذا الوفاء على الأمر لأنه لو يلتزم بما ورد بالشروط التي تم الإتفاق عليها في خطاب الضمان والتي تنص على أن يقوم البنك بالوفاء للمستفيد أو وكيله الخاص دون غيرهما.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الأمر يقوم في جميع خطابات الضمان بتحديد اسم المستفيد وتدوينه في خطاب الضمان لإلزام البنك بعدم صرف قيمة خطاب الضمان لسواه².

أ.3- رد قيمة التأمين للأمر عند عدم صرف قيمة خطاب الضمان للمستفيد

في معظم الأحيان يطلب البنك من الأمر كشرط لإصدار تعهد الضمان أن يقدم تأميناً، سواء كانت أوراق تجارية قابلة للتداول أو عقارات أو ما إلى ذلك من أشياء لكي يضمن البنك سداد الأمر لقيمة الضمان بعد صرفها للمستفيد، ففي حالة عدم صرف قيمة الضمان للمستفيد في المدة المحددة يلتزم البنك برد قيمة التأمين المقدم على سبيل الإحتياط³.

أ.4- عدم الإعتراض على الوفاء بقيمة خطاب الضمان متى طلب إليه ذلك طبقاً لشروط

كما لا يجوز للبنك أن يرفض الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالعميل. فإذا لم يقدم العميل للبنك الغطاء المتفق عليه لإصدار خطاب الضمان وفسخ العقد، فلا أثر لذلك على

المرجع نفسه، ص 233.

² منير محمد الجنيبي، ممدوح محمد الجنيبي، المرجع السابق، ص 234.

³ المرجع نفسه، ص 234 و 235.

حق المستفيد الذي يستمد مباشرة من الخطاب وليس من العقد المبرم بين البنك والعميل. كما لا يجوز للبنك أن يتمسك بالمقاصة في مواجهة المستفيد بسبب دين في ذمة العميل لصالح البنك.¹

ب- حقوق البنك:

إذا دفع البنك للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان، جاز له الرجوع على الأمر بمقدار المبلغ المدفوع وفوائده وعمولاته من تاريخ دفعه. هذا بالإضافة إلى حقه في الرجوع على الكفلاء الشخصيين والعينيين.²

2- إلتزامات وحقوق البنك الضامن المقابل

أ- إلتزامات البنك:

تتطبق نفس الأحكام في حالة الضمان والضمان المقابل حيث يلتزم الضامن المقابل بنفس إلتزامات الضامن ويكون رجوع البنك الضامن على البنك الضامن المقابل في البلاد الأجنبية الذي يعد أمراً للبنك الضامن فنترتب على البنك الضامن المقابل كل الإلتزامات المترتبة على البنك الضامن في حالة الضمان العادي أي حالة إقتصار الضمان على بنك واحد ضامن بدون ضامن مقابل.

ب- حقوق البنك:

ولهذا البنك نفس الحقوق للبنك الضامن حيث البنك الضامن المقابل يعد ضامناً لآمره - العميل - ويحق له الرجوع عليه بكل الحقوق التي سبق دراستها بالنسبة للبنك الضامن في حالة إقتصار الضمان على بنك واحد للضمان.

3- إلتزامات وحقوق الأمر

إلى جانب حقوق و الإلتزامات الصادر لتعهد الضمان يترتب للأمر طالب التعهد بالضمان إلتزامات وحقوق.

أ- إلتزامات الأمر (العميل):

بمناسبة صدور الضمان البنكي المستقل تترتب على الأمر مجموعة من الإلتزامات أهمها:

¹ - مصطفى كمال طه، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص 84.

² - إلياس ناصف، العقود الدولية، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص 337.

أ.1- تحديد بيانات خطاب الضمان:

أهم إلزام يتحمل به الأمر عندما يطلب من البنك إصدار خطاب ضمان هو أن يحدد بيانات خطاب الضمان وتكمن أهمية هذا التحديد في : تحديد إلتزامات البنك سواء تحديد شخصية المستفيد أو تحديد المبلغ الذي يصدر به خطاب الضمان، وعليه فعلى الأمر أن يحدد شخصية المستفيد حتى يلتزم البنك بعدم الوفاء بقيمة الخطاب إلا لهذا المستفيد. وأيضا يحدد قيمة خطاب الضمان والتي يلزم البنك بالوفاء بها وعدم زيادتها وأيضا يحدد الأمر فترة سريان خطاب الضمان وهو ما يعطي للبنك الحق في الإعتراض على الوفاء متى طلب إليه الوفاء بعد إنتهاء هذه الفترة¹.

أ.2- تقديم تأمين إذا ما طلب البنك ذلك: (غطاء الضمان)

تطلب البنوك أن يقدم العملاء لها ضمانات كافية لتغطية التعهدات التي تلتزم بها بناء على طلبهم كما هو الحال بالنسبة لخطاب الضمان أو فتح الإعتمادات وتسمى الضمانات في حالة خطاب الضمان بالغطاء² والغطاء قد يكون نقدا يدفعه العميل للبنك بالخصم من حسابه الجاري لدى البنك، وقد يكون عينا كرهن يقرره العميل على منقول أو عقار يملكه أو يقدم العميل أوراقا مالية أو تجارية أو بضائع، وقد يكون الغطاء تنازل العميل عن حقوقه قبل المستفيد الناشئة عن العملية الصادر بشأن خطاب الضمان، كما قد يتخذ الغطاء صورة وثيقة تأمين لصالح البنك بمثابة كفالة تضمن للبنك اقتضاء حقه من شركة التأمين في حالة اضطراره إلى أداء قيمة خطاب الضمان³.

وقد تعرض المشرع المصري في المادة 356 من القانون رقم 17 لسنة 1999 للحالة التي يطلب فيها البنك من الأمر تأمينا مقابل قيام البنك بإصدار خطاب الضمان وأيضا طبيعة هذا الضمان، وتتص هذه المادة على ما يلي: " يجوز للبنك لأن يطلب تأمينا مقابل إصدار خطاب الضمان ويكون هذا التأمين نقدا أو صكوكا أو بضائع أو تنازلا من الأمر عن حقه قبل المستفيد"⁴.

¹- عزيز العكلي، شرح القانون التجاري ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 2006، ص 460.

²- سميحة القليوبي، مرجع سابق ص ص 94 و 95.

³- وقد أشارت في هذا الصدد المادة 304 من مشروع قانون التجارة المصري إلى هذا الغطاء بقولها: " على المصرف أن يرد ما قدمه الأمر من تأمين للحصول على خطاب الضمان" د. سميحة القليوبي، مرجع سابق ص 95.

⁴- منير محمد الجنيبي، ممدوح محمد الجنيبي، المرجع السابق ص 238.

ب- حقوق الأمر:

كما أن للأمر إلتزامات فإن له كذلك حقوق أهمها:

ب.1- وفاء البنك بقيمة الضمان متى طلب المستفيد ذلك وفق الشروط المحددة:

يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد اصداره ووصوله إلى المستفيد بوفاء قيمته لهذا الأخير متى طلب ذلك خلال المدة المبينة فيه.

والتزام البنك قبل المستفيد هو إلتزام أصيل مستقل عن كل من العلاقة بين العميل والمستفيد وتلك التي بين العميل والبنك.¹

ب.2- قيام البنك برد قيمة التأمين (الغطاء) إذا لم يوف قيمة خطاب الضمان: وهذا في حالة عدم وفاء البنك بقيمة الضمان للمستفيد، فيحق بعدها للأمر استرجاع قيمة هذا التأمين.²

4- إلتزامات وحقوق المستفيد:

بصدور تعهد البنك بالضمان يدخل المستفيد كطرف من أطراف الضمان البنكي فتقع عليه إلتزامات ويكتسب حقوقاً.

أ- إلتزامات المستفيد:

أهم الإلتزامات المرتبة على عاتق المستفيد ما يلي:

أ.1- طلب الوفاء في الأجل المحدد وفقاً لشروط خطاب الضمان.

تبرأ ذمة البنك قبل المستفيد إذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع، إلا إذا تم الاتفاق بين البنك والمستفيد قبل انتهاء المدة على تجديدها، بشرط موافقة العميل على ذلك. ويلتزم البنك بأن يرد للعميل الأمر في نهاية مدة سريان الخطاب ما قدمه من تأمين للحصول على هذا الخطاب.³

¹ - مصطفى كمال طه، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص 83، 84.

² - منير محمد الجنيبي، ممدوح محمد الجنيبي، المرجع السابق، ص 231.

³ - مصطفى كمال طه، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص 84، 85.

أ.2- احترام الشروط المحددة في تعهد الضمان:

فقد أشرنا سابقاً إلى أن الأمر قد يحدد شرط الضمان التي بموجبها يجدد إلتزام البنك ويلتزم البنك أن يصدر هذا الضمان في حدود ووفقاً للشروط التي وضعها الأمر. وبما أن هذه الشروط تحرر في التعهد وهذا التعهد يقدم للمستفيد مما يجعله ملزماً باحترام الشروط التي حررت في التعهد أو في عقد الضمان القائم بين الأمر والبنك. وتتجلى هذه الشروط مثلاً في قيمة المبلغ الذي يحق للمستفيد المطالبة به، والمدة التي يحق للمستفيد المطالبة خلالها... إلخ¹.

ب- حقوق المستفيد:

بمجرد صدور هذا التعهد تنشأ لدى المستفيد حقوقاً من قبل البنك².

ب.1- علم المستفيد بصدور تعهد الضمان:

لا يكفي صدور التعهد من البنك وإنما لا بد من علم المستفيد علم اليقين بصدور هذا التعهد وذلك بإصدار وتبليغ خطاب التعهد إلى المستفيد لكي يعلم بمضمونه والشروط الواردة فيه وهذا ليتسنى للبنك ضمان حقوقه المترتبة عن الضمان، ولنفي حق البنك في الدفع بأية حجة لعدم الوفاء في حالة مراعاة المستفيد بشروط التعهد.

ب.2- قيام البنك بالوفاء بقيمة خطاب الضمان عند طلبه له:

الإلتزام بالوفاء من طرف البنك حق للمستفيد وذلك مع احترام الشروط السابق ذكرها في التزامات المستفيد، فباحترام هذه الشروط يولد حقه في إلتزام البنك بالوفاء بدون الحصول على موافقة الأمر، وذلك عند أول طلب من المستفيد³. ومن حقه أيضاً عدم إعتراض البنك عن الوفاء في حالة قيام المستفيد بالإلتزامات الملقاة على عليه.

وتجدر الإشارة إلى أن الوفاء الذي يلتزم به البنك تجاه المستفيد لدى أول طلب رغم معارضة العميل وبدون حق البنك في الدفع بأية دفع خارجة على الشروط الواردة في تعهد الضمان طبقاً

¹ - منير محمد الجنيبي، ممدوح محمد الجنيبي، المرجع السابق، ص 242.

² - منير محمد الجنيبي، ممدوح محمد الجنيبي، المرجع السابق، ص 242.

³ - أكرم ياملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، طبعة أولى، الإصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 2008، ص 329.

لخاصية الإستقلالية التي يتميز بها الضمان إلا أنه قد تتحقق حالات قد تؤدي إلى تعطيل مبدأ الإستقلالية، وبذلك يجوز للبنك الدفع بعدم الوفاء وذلك في حالة الغش أو التعسف ومن أهمها:

- طلب المستفيد الوفاء مع ثبوت دليل يقدمه الأمر بمستندات تؤكد إتمام التزامات العقد الأساسي ويكون هذا الدليل مقدا للمحكمة.

- طلب الوفاء لا ينصرف إلى العملية المضمونة مع إقرار المستفيد بذلك.

الفرع الثاني: إنقضاء خطاب الضمان

إن عملية الضمان البنكي وكأي عملية قانونية أخرى تنشأ ثم تسري ثم في آخر المطاف تنتهي، وبذلك فإن إنقضاء هذا الضمان يكون لعدة أسباب أهمها:

أولاً: إنقضاء خطاب الضمان بوفاء قيمته:

هذه الحالة هي الحالة الطبيعية لإنقضاء خطاب الضمان وهي قيام المستفيد بصرف قيمة الخطاب وهذا بشرط تقدم المستفيد بطلب قيمة خطاب الضمان أثناء فترة سريان خطاب الضمان وطبقاً للشروط الموجودة في الخطاب والموضوعة بواسطة شخص يسمى الأمر.

ثانياً: إنقضاء خطاب الضمان بانقضاء أجله:

فإذا لم يصل إلى علم البنك المطالبة بالوفاء خلال الأجل المحدد له في التعهد ينقضي الضمان تلقائياً، فوصول الطلب إلى البنك بعد فوات مدة الضمان فالبنك غير ملزم بالوفاء وبالتالي ينقضي الضمان.

وتجدر الإشارة إلى أن انقضاء الضمان قد يكون دفعة واحدة كما قد يكون جزئياً أو تدريجياً وذلك في ضمان الدفعات المقدمة أو ضمانات حسن التنفيذ، فينقضي تبعاً لمراحل تنفيذ عقد الأساس وهنا يبرز الخلاف القائم بين الضمان البنكي المستقل والكفالة المصرفية حيث تبرأ ذمة البنك بمجرد الوفاء في الضمان المصرفي المستقل رغم عدم تنفيذ أو انقضاء عقد الأساس، عكس الكفالة المصرفية التي يكون البنك فيها ضامناً إلى غاية انقضاء عقد الأساس.

كما تجدر الإشارة أيضاً إلى أن طلب الوفاء، أو عدم تقديم الطلب بعد انتهاء أجل الضمان البنكي، وبالتالي براءة ذمة البنك، وما على المستفيد إلا رد وثيقة التعهد أو خطاب التعهد الصادر

من البنك بطلب استرجاعه ليس لصلاحيته وإنما لاستيفاء البنك لملفاته لأن هذا الحق أصبح منعما بفوات أجله. إذن فخطاب الضمان ينقضي بصفة عامة بكافة الأسباب المقررة في القواعد العامة وخاصة بالوفاء أو بحلول أجل الإنقضاء التي تعد أكثر منطقية وسريانا في مادة الضمان، أما بقية الأسباب الأخرى فتعد أقل نطاقا من حيث انتشارها خاصة ضمن مجال المعاملات الدولية¹.

من خلال ما تم استعراضه بخصوص خطابات الضمان يتضح لنا بجلاء التأثير الإيجابي الكبير لهذا النوع من الضمانات على التجارة الدولية من خلال وضع القوانين والقواعد القانونية، وتكريس الأعراف التي تساهم في تطور التجارة الدولية.

فخصوصيته المتمثلة في استقلالية التزام البنك عن العلاقة الأصلية، وما تقتضيه من عدم جواز التمسك بدفوع مستمدة من هذه العلاقة، بالإضافة إلى كونه بمثابة تأمين نقدي جعله يتجاوز سلبيات "التأمين الكلاسيكي" ويحقق مزايا تخدم جميع الأطراف ويفرض بالتالي وجوده في ميدان المال والأعمال.

إلا أنه على الرغم من الأهمية الخاصة التي تميز خطاب الضمان عن باقي "التأمينات الشخصية" فإن هناك معوقات حقيقية قد تحول دون نجاح هذه الأداة في أداء وظيفتها الأساسية كون المطالبة قد تقوم على تعسف أو غش خاصة في الضمان لدى أول طلب، بحيث أن المستفيد قد يستعمل الضمان المستقل كوسيلة للضغط على الأمر من أجل الحصول على تنازل منه بمراجعة شروط ومقتضيات تنفيذ المشروع.

وأمام هذا الوضع الذي يفرض على الضامن مراعاة مصالح عميله، في الوقت الذي يتولى فيه حماية سمعته ومصداقيته التجارية، يتعين عليه اتخاذ كامل احتياطاته للاحتماء من آثار واجبه بالإخطار وواجبه بالوفاء بصورة تلقائية وفورية.

وكما سبقت الإشارة فالضمانة المصرفية من خلق وابتكار الممارسة البنكية الحالية التي فرضتها التطورات الحديثة والعلاقات المعقدة التي يعرفها محيط التجارة الدولية

¹- SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, Op.cit., p218,219.

لهذا وأمام غياب نصوص تشريعية تنظم هذه العمليات التي مازال يحكمها العرف التجاري ومن ثم صعوبة إيجاد حلول لعدة مشاكل قد تعوق هذه المؤسسة، فإن السؤال الذي يبقى مطروحا ويفرض نفسه بالحاح هو كيفية التوفيق بين استقلال خطاب الضمان وما يترتب عنه من تلقائية الدفع وعدم جواز التمسك بدفوع مستمدة من علاقة المستفيد بالعميل أو علاقة هذا الأخير بالضامن وبين حماية الأمر ضد تعسف المستفيد؟

يقترح بعض الفقه لحل هذه الإشكالية ضرورة إدخال بعض التعديلات على مقتضيات خطاب الضمان يكون من ورائها تقييد المطالبة بالوفاء.

غير أن هذا الاقتراح يبدو أنه غير مستساغ وذلك لاعتبارين أساسيين:

الاعتبار الأول: ويتعلق بالمركز الاقتصادي الذي غالبا ما يتمتع به المستفيد بالنظر للمنافسة الحادة التي تسود بين المقاولات والشركات التجارية، مما يتيح للمستفيد فرض نوع التأمين الذي يرغب فيه ويراه محققا لمصلحته.

أما الاعتبار الثاني: فيتجلى في كون خطاب الضمان المصرفي قد تم تكريسه من قبل الممارسة البنكية أصلا لتجاوز سلبيات الكفالة البنكية وما يطبعها من علاقة تبعية. في حين يرى جانب آخر من الفقه ضرورة إقحام شرط التحكيم بحيث إذا وقع نزاع حول مدى أحقية المستفيد في استيفاء قيمة خطاب الضمان فإنه يتم اللجوء إلى إحدى جهات التحكيم المحلية أو الدولية بعدما يتم أداء قيمة الضمان إلى المستفيد بصفة مؤقتة.

غير أن هذا لا يكفي لحماية الأمر خصوصا عندما يتعلق الأمر بخطاب الضمان غير المشروط أو الواجب الدفع لدى أول طلب لذلك يبقى على الأمر فقط أن يحتاط وأن يطلب من البنك تضمين مقتضيات من شأنها حمايته دون أن تشكل عرقلة في تنفيذ خطاب الضمان.

وعلى المستوى الوطني نجد أنه بالرغم من انتشار استخدام خطاب الضمان خاصة في مجال الصفقات العمومية، إلا أننا نسجل غياب التنظيم القانوني لهذه الأداة، لذا يبقى تدخل المشرع لتقنينها - عبر قواعد قانونية مكملة - أمر ضروري وذلك على غرار ما قامت به بعض الدول كفرنسا ومصر والإمارات العربية المتحدة.

المبحث الثاني: خطابات النوايا.

لقد كان أول ظهور لفكرة خطابات النوايا في مجال التجارة الدولية، كما تطورت في مجال القوانين الداخلية لاسيما في إطار مجموعات الشركات في ظل الأنظمة الأنجلوأمركية كما ظهرت هذه الخطابات أيضا في رحاب موضوع التأمينات في فترة السبعينات في فرنسا.

ونظرا لكون عالم ودنيا الأعمال هم بحاجة إلى المزيد من الثقة والأمان في التعامل، فإن من بين الوسائل التي تدعم هذه الثقة وهذا الأمان هي خطاب النوايا، الذي عادة ما تصدره الشركة الأم لمصلحة مؤسسة مالية أو بنك، تؤكد من خلاله أن الفرع أو الشركة التابعة لها قادرة على تنفيذ التزاماتها، وذلك بهدف مساندة الفرع التابع لها في القرض البنكي الذي حصل عليه وهذا التعهد مجرد من كل قيمة قانونية فهو في أصله إلتزاما أدبيا فحسب.

وبهذا يكون خطاب النوايا إحدى أهم الوسائل الحديثة لدعم الثقة والضمان للبنك المقرض من طرف الشركة الأم التي تقوم بإعلان نيتها ورغبتها في دعم المدين المقترض، ويعد مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية أساس هذا النوع من الخطابات، حيث يعبر عن إرادة من يصدر عنه التعهد نحو الغير بأسلوب ويقوة إلتزام تختلف من حالة لأخرى.

إن هذا المفهوم الحديث لخطاب النوايا لم يكن سائدا من قبل، حيث أن النشأة التاريخية له كان عبارة عن فكرة تبادل الخطابات والمستندات في مرحلة ما قبل التعاقد وبيان إرادة الأطراف في إبرام عقد من العقود، وذلك في إطار المفاوضات التعاقدية خاصة بين المتعاقدين الذين يفصل بينهم بعد جغرافي كبير لذلك فهم بحاجة ماسة لتبادل رسائل نوايا خلال فترة المفاوضات قبل التعاقد النهائي، كما تستخدم كذلك في مجال العقود الدولية المعاصرة كعقود بناء المصانع بنظام تسليم المفتاح أو عقود نقل التكنولوجيا ... إلخ وغيرها من العقود التي تحتاج إلى المزيد من الوقت قبل التوصل إلى إبرام العقد النهائي.

غير أنه سرعان ما بدأت خطابات النوايا في الإنتشار في مجال التأمينات الشخصية، والتي يرى البعض أنها قد أخذت في التزايد والإزدهار بعد الحرب العالمية الثانية، وحتى بداية فترة

السبعينات حيث عرف الاقتصاد العالمي تطوراً سريعاً، فمثلاً في الولايات المتحدة الأمريكية إتجهت الشركات الكبرى العملاقة إلى تطوير وتنويع وسائلها المالية لأجل الإرتقاء بأنشطة وإستثمارات فروعها في الخارج، وعلى الأخص من جانب الوسطاء الماليين. ومن بين هذه الوسائل خطابات النوايا حيث تقوم بإرسالها إلى البنوك لبعث الثقة لديها ودعم المقترض، مما يؤدي إلى طمأنينة الدائن عند منح القرض للمدين.

كما يعد من ضمن أسباب إنتشار خطابات النوايا في الوسط الأنجلو أمريكي والأوروبي عدم كفاية التأمينات التقليدية الشخصية والعينية لسد حاجات التجارة الدولية، وعجزها عن مواكبة المتطلبات الجديدة للتكنولوجيا المعاصرة، كذلك بطئ التأمينات وتطلبها لبعض الأشكال الرسمية وغيرها من الصعوبات على عكس خطابات النوايا التي تتسم بالمرونة والسرعة وسهولة إصدارها وقلة تكلفتها،¹ وغيرها من المزايا التي يمكن معرفتها من خلال دراستنا للأحكام العامة لخطاب النوايا (مطلب أول) والتي بموجبها نتعرف على خطاب النوايا والمسميات الأخرى له، وتميزه عن المفاهيم المشابهة وكذلك طبيعته القانونية وكيفية تفسير الخطاب، ثم نعرض بالحديث عن أنواع خطابات النوايا والضمانات التي تحققها (مطلب ثاني) لأن خطاب النوايا قد يكون خطاب أدبي أخلاقي وقد يكون خطاباً يتضمن إلزاماً بعمل أو ببذل عناية أو خطاباً يتضمن تحقيق نتيجة إلى غير ذلك من الضمانات التي يحققها هذا النوع من الخطابات.

المطلب الأول: الأحكام العامة لخطاب النوايا

لقد دفعت مقتضيات التجارة الدولية والإفتتاح العالمي بالمعاملين للبحث عن وسائل حديثة لدعم الإئتمان والثقة، وهذا نتيجة قصور التأمينات التقليدية السابق ذكرها، فظهر هذا النوع من الضمانات والذي يعرف باسم خطاب النوايا والذي شاع إستخدامه للحصول أو للمساعدة في الحصول على القروض البنكية في المجال المالي الأمريكي عام 1960²، إلا أنه لم يعرف بهذا

¹ - أنظر خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركة الأم لحساب أحد فروعها وقيمتها القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007. ص، ص 10، 11.

² - مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2004، ص 7.

المعنى في أوروبا إلا حديثاً، حيث بدأ في الظهور في فرنسا في فترة السبعينات من هذا القرن وتؤكد ظهوره خاصة منذ الحكم القضائي الصادر من محكمة باريس في 1979/04/25 وبعدها ظهرت أحكام قضائية أخرى.

والنموذج الأمثل الذي ظهرت معظم هذه الأحكام بشأنه يتعلق بشركة كبيرة أو الشركة الأم لها عدة فروع يريد أحدها تسهيل الحصول على الإئتمان اللازم لها من أحد البنوك، وتتعهد الشركة الأم بالسهر على قيام الشركة المقترضة بالوفاء بالتزاماتها، وعمل اللازم من أجل تحسين مركزها المالي وهنا تعتبر الشركة الأم ملتزمة مدنياً بتحقيق نتيجة يترتب على عدم تنفيذها دفع مبلغ تعويضي.¹

وهنا نلاحظ أن تعهد الشركة الأم يتغير بحسب الحالات فيبدأ مجرد تعهد أخلاقي أو بالأحرى إلتزام طبيعي مجرد من صفة الإلزام، إلى أن يصل إلى الإلتزام بالضمان يماثل الإلتزام الكفيل ويتشابه معه،² ولقد تعددت التسميات التي إستخدمها الفقه والقضاء لخطاب النوايا فمنهم من إصطلح عليه خطاب الرعاية أو خطاب المعونة أو خطاب الطمأنينة أو خطاب التزكية،³ غير أن كلها تصب في خانة واحدة وهي مساندة الشركة الأم لأحد فروعها ومع ذلك تقتضي دراستنا التدقيق أكثر في مفهوم خطاب النوايا (فرع أول) من خلال تعريفه وتحديد هوية أطرافه والمزايا التي يقدمها هذا النوع من الضمانات مع تمييزه عن التعهدات المشابهة له (فرع ثان).

الفرع الأول: مفهوم خطاب النوايا

لقد ظهرت العديد من المسميات في الفقه المقارن للتعبير عن خطاب النوايا، لكن لا يجب الخلط بين خطاب النوايا المبني على أساس دعم ثقة الدائن في المدين وخطاب النوايا في مرحلة المفاوضات التعاقدية، لذلك سيتم توضيح الفرق بينهما من خلال تعريف خطاب النوايا (أولاً) مع تبيان المسميات الأخرى له وأطراف هذا الخطاب مع إبراز أهمية خطاب النوايا بالنسبة لأطرافه.

¹ - محمد حسن منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2009، ص 287.

² - مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2004، ص 8.

³ - خليل فكتور تادرس، المرجع السابق، ص 14.

أولاً: تعريف خطاب النوايا

ليس من السهل تحديد تعريف لخطاب النوايا¹ لكن بعض الفقه إعتد في تعريفه على توضيح وظيفة هذا الخطاب أو الغرض منه، فعلى سبيل المثال عرفه البعض بأنه خطاب موجه من الشركة الأم بشأن قرض لفرع من فروعها من مؤسسة لتأكيد مشاركتها في رأس ماله أو لتأكيد الإشراف الإداري أو لإتخاذ كل الإجراءات الضرورية لكي يتسنى للفرع أن يرد القرض للبنك.²

وقد عرفه البعض الأخر من باب إلتزام الغير بإلتزام بعمل أو إمتناع عن عمل على سبيل الضمان، فقد تقوم شركة أم بإصدار خطاب على سبيل الضمان لأحد الشركات التابعة لها لكي تمكن هذه الشركة من الحصول على الإئتمان اللازم لها من أحد البنوك.³

وفي هذا الخطاب تتعهد الشركة الأم بأن تسهر على أن تكون الشركة التابعة لها قادرة على مواجهة إلتزاماتها، أو أنها لن تطالبها بما هو مستحق عليها حتى لا ترتبك مواردها المالية.⁴

أما المشرع الفرنسي فقد بادر إلى تعريف خطاب النوايا من خلال المادة 2322 قانون مدني الفرنسي المعدل في 23 مارس 2006⁵ والتي تعرفه بأنه "إلتزام بعمل أو الإمتناع عن عمل موضوعه تقديم الدعم للمدين"

إن إلتزام الشركة الأم قد يختلف في قوته أو في طبيعته وهذا حسب الصياغة المستعملة، فقد يكون إلتزاماً أخلاقياً وقد يكون إلتزاماً طبيعياً وقد يكون إلتزاماً مدنياً بحيث قد يكون إلتزاماً بعناية أو بتحقيق نتيجة.

1 - ويسمى في اللغة الفرنسية Lettre d'intention et lettre de confort

2 - أنظر خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص 21.

3 - ويتضح لنا أن لخطاب النوايا ثلاث أطراف وهي مصدر الخطاب وهي الشركة الأم والدائن وهو غالباً بنك والمقترض والذي قد يكون فرع تابع لشركة أم.

4 - أنظر نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص 146.

5- (Ord.23 Mars 2006) Les Sûreteés Personnelles Régies par le présent titre sont cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention, , Marie- Noëlle, Jobard- BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vicent BREMOND, Droit des Sûretés, Editions Dalloz, Paris, 2007, p210 .

والملاحظ من كل نوع من أنواع الإلتزام المذكورة ليس الغرض منها هو الوفاء للدائن بل مجرد إتخاذ موقف إزاء المدين تسمح له بالنهوض بالإلتزاماته.

إذن فالمراد من خطاب النوايا أو ما يسميه البعض بـ ¹خطاب الثقة هو تعزيز الثقة في المدين تجاه الدائن، ومع ذلك فإن الخطاب يمكن أن يلعب دورا هاما بالنسبة للبنك كذلك الدور الذي يلعبه الضمان عادة في إتخاذ قرار بمنح القرض للفرع.²

ثانيا: أهمية خطاب النوايا بالنسبة للأطراف

بالرغم من تعارض المصالح بين أطراف خطاب النوايا إلا أن هذا لا ينفى وجود فائدة لكل طرف في الخطاب سواء بالنسبة للمصدر أي الشركة الأم أو بالنسبة للمقترض وهو الشركة الفرع أو حتى بالنسبة للبنك مانح القرض والذي يبحث عن ضمانات أكثر لتغطية الدين.

1- فائدة خطاب النوايا للمصدر:

من الواضح أن الشركات الأم أصبحت تفضل إستخدام وسيلة خطاب النوايا التي تعبر بجد عن إرادتها الكاملة، بدلا من الكفالة التي تتطلب بعض الشكليات القانونية كما أن خطاب النوايا يتسم بالسرعة في إصداره وسهولته، وهذا عكس الكفالة التي تتطلب الحصول على إذن مسبق من مجلس إدارة شركة المساهمة قبل إصدار الكفالة وضرورة ذكر الكفالة في ميزانية الشركة السنوية.³

فخطابات النوايا تتجنب هذه المتطلبات وهنا تتلاشى عيوب التأمينات التقليدية التي بات بعضها عاجزا عن مواكبة مقتضيات التجارة الدولية، ومن هنا نلاحظ أن أهمية خطاب النوايا بالنسبة للمصدر، فهي تعطي له إلتزاما أقل من الكفالة كخطابات النوايا الأدبية المجردة من أي قوة إلزامية، وهو ما يهم الشركة كي تبقى بعيدة عن دائرة الإلتزام القانوني.

¹ - إن هذه الخطابات ليس لها نظام قانوني محدد وإنما تخضع لمبدأ سلطان الإرادة، وهذا هو سبب تنوع أشكالها وصيغها فكل شركة تعبر بالوسيلة المناسبة لها، لكن هناك إجتهاادات قضائية من أجل حماية مانح الإلتزام بأن يجعل الخطابات ترتب نفس الآثار المترتبة عن الكفالة، أنظر نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، المرجع السابق، ص 147.

² - مصطفى أحمد عبد الجواد، المرجع السابق، ص 14.

³ - أنظر خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص 27.

2- فائدة خطاب النوايا بالنسبة للدائن:

إن هدف البنك الأساسي قبل منح أي قرض، هو الإطمئنان لهذا المقترض والثقة فيه أكبر قدر ممكن، لذلك تعد خطابات النوايا الصادرة من الشركة الأم حتى وإن كان خطاباً أدبياً مصدراً مهماً لدعم هذه الثقة، فليس بإمكان مرسل الخطاب إنكار التوقيع في حالة عجز الفرع عن سداد الدين، كما أن للخطاب ميزة أخرى ليس فقط للدائن بل لكل الأطراف وهي مرونة وسهولة الإجراءات ويسرها، حيث لا تتنقل كاهل الدائن كما هو الشأن في التأمينات الشخصية الأخرى كالكفالة.¹

3- فائدة خطاب النوايا للمقترض:

من الواضح أن هذا الخطاب قد أصدر خصيصاً لمصلحة المقترض فهو المستفيد الأول نظراً لحاجته للدعم والثقة من أجل الحصول على القرض من أجل تطوير أنشطته التجارية والصناعية.

وأخيراً نلاحظ مما سبق ذكره حوله تعريف خطاب النوايا، أنها وسيلة مبتكرة عن طريق العرف ظهرت لتيسير المعاملات التجارية والإبتعاد عن كل العوائق والعراقيل التقليدية في مجال منح الإئتمان.

الفرع الثاني: تمييز خطاب النوايا عن بعض الضمانات المشابهة

إن خطاب النوايا بإعتباره أداة ضمان مصدرها الإرادة المنفردة للشخص، قد تختلط مع بعض الأدوات الأخرى التي تهدف إلى تحقيق نفس الغرض وهو الضمان لذلك يجب تمييزها عن بعض هذه الضمانات المشابهة كالكفالة (أولاً) وخطابات النوايا الصادرة في مرحلة المفاوضات التعاقدية (ثانياً)، والتمييز أيضاً بين خطاب النوايا والإشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير (ثالثاً).

¹ - أنظر خليل فكتور تادرس، المرجع السابق، ص 29.

أولاً: خطاب النوايا والكفالة

من المتفق عليه فقها أن خطاب النوايا أفضل من الكفالة، لأن شروط إصدار الخطاب أسهل من إصدار الكفالة، حيث أن هذه الأخيرة إذا كانت صادرة من شركة أم فإن النظام القانوني للشركة يشترط قيوداً بالنسبة لإصدار الكفالات، والتي لا تُلزم لإصدار الخطاب، كما أن هذا الأخير لا يظهر في حسابات الشركة،¹ ورغم هذا الإختلاف إلا أنه قد تختلط وتتشابه الكفالة بخطاب النوايا.

ففي خطاب النوايا تتوقف قيمتها القانونية على الألفاظ المستعملة، وأن الإلتجاء إليها يكون بمنأى عن الشروط والشكليات المتطلبة لإعطاء ضمان،² على عكس الكفالة نجدها أكثر تحديداً حيث أنها لا تفترض ذلك بل أن الرضا من طرف الكفيل هو أمر جوهري، ويجب أن يكون تعبيره عن الرضا واضحاً وهذا نظراً لخطورة إلتزام الكفيل.³

لذلك فإن عدم الوضوح في الصياغة يفتح الباب على مصراعيه للتلاعب، إذ أن المسؤول من إحدى الشركات الأم عندما يلتزم بصفته كفيلاً لأحد الشركات التابعة له، سيكون من مصلحته اللعب بالألفاظ والقول بأنه لم يلتزم بصفته كفيلاً، وإنما إلتزام بصفته مصدراً لخطاب نوايا وثقة ولذلك يمكن أن يلتبس الأمر على الغير الذي منح إئتمانه للشركة التابعة.⁴

فالقراءة الواعية لألفاظ الخطاب وصياغته مسألة تكتسب أهمية خاصة في مدى إلتزام مرسله بالوفاء لذلك الدين، وعلى سبيل المثال فإن صياغة أحد خطابات النوايا بعبارة "أنا سنراقب تنفيذ المدين لتعهدده لأجل أن تسيير عملية الإئتمان سيرها الطبيعي"، يدل أنه مجرد إلتزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، وكذلك في صياغة الخطاب بأن قيام مدير الشركة القابضة بتوجيه توصية في صورة خطاب نوايا إلى البنك الدائن لفرع الشركة يتضمن عبارة: "أنا سوف نزيد دعمنا لفرع الشركة لأجل تنفيذ تعهداته قبلكم" لا يخرج عن كونه إلتزاماً ببذل عناية.

1 - أنظر جمال الدين عوض، عمليات البنوك، المكتبة القانونية، ب ب، ب س، ص 1334.

2 - سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، منشأة المعارف، مصر، 2005، ص 25.

3 - نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، المرجع السابق، ص 150.

4 - المرجع نفسه، ص 150.

كذلك الخطاب الصادر على أن مرسله سيعمل كل ما في وسعه بأن يبذل أقصى الجهد لكي يكون المدين قادراً على سداد المديونية إنما هو مجرد إلتزام بوسيلة، ومن هنا تظهر لنا أهمية صياغة خطابات النوايا وإشتمالها على نوع إلتزام المرسل.

فيجب أن تبين هذه الخطابات ما إذا كان هذا الإلتزام هو إلتزام بتحقيق نتيجة أو كونه إلتزام ببذل عناية فقط، أما الكفالة فهي في جميع الحالات تلقي على عاتق مرسل الخطاب إلتزاماً بتحقيق نتيجة متى تعهد مرسل الخطاب بالوفاء عن المدين للدائن إن لم يقم المدين بالسداد في الموعد المحدد.¹

كما يثار التساؤل إن كان ملزماً إخضاع خطاب النوايا عندما يكون صادراً عن شركة مساهمة للترخيص المسبق لمجلس الإدارة مثلما تنص عليه المادة 35-223 من القانون التجاري الفرنسي، فهذا النص يستهدف فقط "الكفالات" لذلك فقد قررت محكمة النقض الفرنسية، أن هذا الترخيص مطلوب عندما يخلق خطاب النوايا إلتزاماً بالنتائج فقط.²

لذلك فإننا نجد من أسباب لجوء الأفراد إلى خطابات النوايا وتفضيلها على الكفالة هو رغبة الأطراف في التهرب من القواعد القانونية الصارمة التي تحكم الكفالة،³ والواقع أن خطاب النوايا يحقق ميزتين في حالة تضمينه إلتزام قانوني بعمل أو بالإمتناع عن عمل وسواء أكان هذا الإلتزام بوسيلة أم بنتيجة، حيث أن خطاب النوايا يكون في مثل هذه الحالة أقل إلتزاماً من الإلتزام الناشئ عن الكفالة فضلاً عن أنه يتيح للملتزم حرية تنفيذ هذا الإلتزام بطرق متعددة، وهذا ما يجعل من خطاب النوايا وسيلة ذات جاذبية وبريق،⁴ كما أنه إذا ما تعهد مصدر الخطاب بأعمال داعمة للمدين للوفاء بتعهداته فهذا ليس معناه الحلول محله في الوفاء، ثم إن هذا الأخير ليس له الرجوع

¹ - سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 26.

² - Jean - BAPTISTE SEUBE, Droit des Suretés, 4 édition, Dalloz, Paris, 2008, p100.

³ - سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 53.

⁴ - مصطفى أحمد عبد الجواد، المرجع السابق، ص 85.

عل الشخص الذي قام بمساندته بالقدر الذي يملكه من قدم تأميناً شخصياً كما هو الحال بالنسبة للكفيل.¹

ثانياً: خطاب النوايا والتعهد عن الغير

يعرف التعهد عن الغير بأنه عقد يتم بين شخصين، يتعهد فيه أحدهما وهو المتعهد في مواجهة المتعاقد معه وهو المتعهد له بأن يجعل شخصاً ثالثاً من الغير يلتزم بأمر معين، والمقصود من هذا التعريف أنه لكي يقوم التعهد عن الغير فإنه يتعين توافر عدة شروط:

1- أن يتعاقد المتعهد بإسمه شخصياً لا باسم الغير الذي يتعهد عنه، بحيث يظل الأخير أجنبياً عن هذا التعاقد كما تتصرف آثار العقد إلى المتعهد.

2- أن يكون الغرض من التعهد هو إلتزام المتعهد نفسه لا إلتزام الغير، بمعنى أن تتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه شخصياً بما تعهد به وهو الحصول على قبول الغير، فالمتعهد لا يملك ولا يقصد إلزام الغير بما تعهد به وإنما إلتزامه شخصياً بأن يحمل الغير على قبول التعهد، والغير لا يلتزم إلا مند قبوله للتعهد وإن نشأ على عاتقه إلتزام فيكون مصدره عقداً آخر يتم بقبوله لا من تعاقد المتعهد.

3- أن يكون محل إلتزام المتعهد هو الحصول على رضا الغير، فمفاد إلتزام المتعهد ليس مجرد إلتزاماً ببذل عناية أو أن يبذل المزيد من الجهد لحمل الغير على قبول التعهد بل هو إلتزام بتحقيق نتيجة وهي قبول الغير للتعهد²

إذن فالتعهد ما هو إلا إلتزام من جانب واحد³ وهو المتعهد، هذا الأخير يعد بحمل الغير على قبول الإلتزام دون أن يشمل ضمان تنفيذ الإلتزام ذاته، وقد يبدوا للوهلة الأولى أن هناك تشابه بين التعهد عن الغير وخطابات النوايا (كما يرى بعض الفقه الفرنسي).

¹ - سعاد مجاجي، التأصيل القانوني لخطابات النوايا في مجال الائتمان، دراسة تحليلية في التشريع الفرنسي، مجلة القانون والأعمال، تاريخ نشر المقال، 2014/09/29. <https://www.droitentreprise.com>

² - خليل فيكتور تادريس، المرجع السابق، ص 35.

³ - المادة 113 و 114 من ق م ج.

لكن هذا التشابه ليس إلا تشابها شكليا وظاهرا في بعض أطراف العلاقة، إذا أن الخلاف كبير بينها، حيث أننا نجد في إلترام المتعهد عن الغير هو إلترام بتحقيق نتيجة وهي حمل الغير على القبول بأمر معين على خلاف ذلك فإن الشركة الأم لا تتعهد بحمل الفرع على قبول القرض فهو أمر بعيد عن دورها وأن كل ما تقوم به هو إضفاء المزيد من جو الثقة والأمان للبنك خلال تعامله مع الفرع، فلا تحمل تعهدا بقبول أو تصديق الفرع على عقد القرض.

من جهة أخرى فإن المتعهد عن الغير يتحرر من الإلترام بمجرد قبول هذا الغير به ومصادقته على الإلترام، فهنا تتحقق النتيجة المرجوة منه والموعود بها، لكن إذا لم يصادق الغير على التعهد يبقى المتعهد ملتزما بصفة شخصية،¹ إذ أن محل الإلترام الذي أخده المتعهد على عاتقه الحصول على موافقة الغير على التعهد ويكون إلترامه هذا بنتيجة لا بوسيلة فلا يكفي أن يبذل المتعهد ما في وسعه لحمل الغير على قبول التعهد، بل يجب أن يصل فعلا إلى الغاية فيقبل الغير بالتعهد، وإذا قبل الغير بهذا التعهد، يتوقف مباشرة إلترام المتعهد دون أن يكفل تنفيذه.²

أما في خطاب النوايا فمحل إلترام الشركة الأم يتنوع ويختلف حسب صيغة كل خطاب وطبيعته، بداية من مجرد التعهد الأدبي أو التعهد ببذل عناية، وأخيرا الإلترام بتحقيق النتيجة المحددة.³

ومن خلال ما تقدم فإن خطاب النوايا والتعهد عن الغير فكرتين مختلفتين من عدة نواحي سواء من حيث الهدف والغاية المقصودة، أو حتى من حيث محل الإلترام، كما يختلفان فيما يخص مرحلة إبرام التعهد، وإبراء ذمة كل من المتعهد أو إبراء ذمة الشركة الأم في خطاب النوايا.

¹ - خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص 36.

² - سمير عيد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 51.

³ - خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص 36.

ثالثا: خطاب النوايا والإشتراط لمصلحة الغير

الإشتراط لمصلحة الغير¹ عبارة عن عقد يتم بين المشتري والمتعهد (سواء كان عبارة عن بيع أو هبة أو تأمين.....) يرتب بموجبه حقا مباشرا لفائدة طرف ثالث هو المستفيد أو المنتفع، وطالما أن الإشتراط عقد فإنه يجب أن تتوافر فيه الشروط المعهودة في العقود كالتراضي والمحل والسبب ويضاف إليها أن المشتري حينما يتعاقد لفائدة المنتفع، إنما يتعاقد بإسمه هو لا بإسم المنتفع.²

وقد إتجه بعض الفقه إلى تحليل خطابات النوايا على أنها إشتراط لمصلحة الغير، ولكن بالتدقيق في الأمر جيدا، نرى أن في الإشتراط لمصلحة الغير ثمة شخصين وهما المشتري والمتعهد يتفقا على إكتساب الغير حقا من إلتزام المتعهد بالتنفيذ، مفاد ذلك أن عقد الإشتراط يبرم بين المشتري والمتعهد دون علم المنتفع المستفيد، إلا أن الأمر يختلف في خطابات النوايا، فهي تبرم بين المصدر وهو الشركة الأم والدائن وليس المدين كما في الإشتراط لمصلحة الغير ولمصلحة الدائن نفسه، إضافة إلى ذلك لم تتجه إدارة البنك أو الشركة الأم إلى إنشاء حق مباشر للفرع بل أن الفرع يستمد حقه من عقد القرض الذي أبرم أو سيبرم فيما بعد وليس من خطاب النوايا³

وبالتالي نلاحظ عدم التشابه بين الأداتين وأن خطاب النوايا ينقصه شرطا أساسيا يتوافر في الإشتراط لمصلحة الغير، وهو أن البنك ليس لديه أي إرادة لإنشاء حق لمصلحة الفرع ولكن لمصلحته هو نفسه، كما أنه لا توجد بين البنك والشركة الأم أية رابطة تعاقدية خارجة عن ما هو ناشيء عن الخطاب.

رابعا: خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم وخطابات النوايا في مرحلة المفاوضات التعاقدية

المتأمل في العقود الدولية المعاصرة كعقود إنشاء البنية التحتية، إقامة المطارات ومحطات الطاقة وعقود إنشاء المصانع بنظام المفتاح في اليد، وعقود نقل التكنولوجيا وعقود خدمات

¹ - وقد نص المشرع الجزائري على الإشتراط لمصلحة الغير من خلال النصوص القانونية 116، 117، 118 ق م ج.

² - عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، ص 60، 61

³ - خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص 37.

المعلومات وعقود الإئتمان التأجيري الدولي... يدرك أنها على خلاف العقود الدولية اليومية البسيطة كالبيع أو النقل وغيرها تتطوي على العديد من المسائل الفنية الدقيقة، التي لا يمكن حسمها في جلسة أو جلستين بل يستلزم الأمر اجتياز مراحل متعاقبة ومستمرة صوب العقد النهائي.

حيث يتم إجراء إتفاقات تمهيدية تحرر في مستندات تحضيرية يتبادل فيها الأطراف الرؤى والمفاهيم حول أمور تتصل بالمفاوضات حول العقد النهائي، ولعل من أهمها ما يسمى بخطاب النوايا أو التفاهم،¹ حيث أنه في هذا الخطاب يقوم الراغب في التعاقد بتوجيه دعوة إلى شخص معين أو إلى أفراد الجمهور، يعلن فيها عن رغبته في التفاوض بشأن هذا العقد المراد إبرامه، وهذا ما يطلق عليه الدعوة إلى التفاوض، حيث لا تتضمن تلك الدعوة الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه بل مجرد التعرف على من يستجيب لدعوته ليدخل معه في التفاوض حول مضمون العقد المرغوب فيه، حيث جرى العمل في التجارة الخارجية على ارسال الدعوة للتفاوض إلى الطرف الآخر عن طريق ما يسمى خطاب الضمان للدلالة على جدية هذه الدعوى وإعطائها طابعا رسميا، ويتضح من ذلك أن خطاب النوايا وثيقة هامة يبدأ بها، بحسب الأصل، أطراف العملية التعاقدية مشوارهم نحو خوض غمار التحضير للمفاوضات، والتوجه نحو التعامل الجدي لإنجاز العقد المراد إبرامه². وهنا نلاحظ الفرق الواضح والجلي، بين هذا النوع من خطابات النوايا التي تسبق مرحلة التعاقد، والنوع الثاني الذي نحن بصدد دراسته، وهو خطاب النوايا في مجال الإئتمان الصادرة عن الشركة الأم لحساب أحد فروعها أو إحدى الشركات التابعة لها. حيث إذا رغب أحد هذه الفروع في الحصول على قرض من أحد البنوك أو تدعيم موقفه بإئتمان، فإنه يطلب من الشركة الأم إرسال خطاب النوايا إلى البنك لدعمه وبث الثقة والأمان في نفس الدائن -أي البنك-³ لذلك فكل من

1 - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2000-2001، صص 31، 32، 33.

2 - سعاد مجاجي، خطابات النوايا كوسيلة قانونية لتأمين تنفيذ الالتزامات: دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2012. ص ص 13، 14.

3 - خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص 39.

خطاب النوايا الصادر عن الشركة الأم وخطاب النوايا في مرحلة التفاوض مختلفان تماما من حيث الهدف الذي يسعى كل منهما في تحقيقه.

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية والعقدية لخطابات النوايا

إن كثرة وتنوع خطابات النوايا الصادرة في مجال منح القروض، نتج عنه صعوبة تبني مفهوم موحد لهذه الخطابات، ويترتب على ذلك صعوبة تصور طبيعة قانونية موحدة لكل أنواع الخطابات، حيث تعتمد طبيعتها ونظامها القانوني بصفة عامة على العبارات الواردة بالخطاب والقصد المشترك لأطرافه، والظروف والملاسات المحيطة بعملية إصدار الخطاب،¹ أما بالنسبة للطبيعة التعاقدية فقد ثار خلاف فقهي حول الطبيعة التعاقدية لخطاب النوايا حيث إتجه البعض إلى تكييفها على أساس أنها عقد ملزم لجانب واحد وهو مصدر الخطاب.²

أولا: الطبيعة القانونية لخطاب النوايا

طبيعة خطاب النوايا تتحدد بصفة كبيرة من خلال كتابتها، حيث يمكن لخطاب النوايا أن يتخذ أشكالا مختلفة ومتنوعة ولا يمكن لأي وصف أن يفرض نفسه، فالأمر كله متعلق بالألفاظ المستعملة من الطرفين. وهذه الخطابات يمكن أن تكون مقيدة لصاحبها بشكل ما، فقد تكون مجرد تعهد شرفي كما يمكن أن تكون إلزاما قانونيا.

1- تعهد شرفي: Engagement d'honneur

أحيانا لا يمثل خطاب النوايا سوى إلزاما معنويا لا يعترف القاضي بمميزته الإلزامية، فمثلا مؤسسة ما يمكن أن تخبر البنك بالعلاقات التي تربطها بفرع لها وتدعوه لتقديم مساهمته، وفي هذه الظروف ليس هناك أي إلزام قانوني ولكن مجرد تعهد شرفي فقط، ورغم أن هذا الخطاب يفتقد لمفعول الإلتزام إلا أنه يبقى مفيدا حيث يسمح بتدخل هام لمؤسسة ذات سمعة مالية، فتعطي أفضلية إمكانية الحصول على قرض بنكي.³

¹ - مصطفى أحمد عبد الجواد، المرجع السابق، ص 88.

² - خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص 40.

³ - Jean – BAPTISTE SEUBE, Op. Cit p 99.

2- إلتزام قانوني: Engagement Juridique

يمكن أن يشكل خطاب النوايا إلتزاما قانونيا وتحدد له عقوبات تبعا لذلك، وهنا كذلك نجد تنوعا كبيرا فعلى الرغم من وصفه بخطاب نوايا إلا أنه يمكن أن يُحمل الشركة الأم إلتزاما بدفع دين فرعها، وفي هذه الفرضية يمكن إعادة وصف وتكييف خطاب النوايا ليصبح كفالة.

كما يمكن أن يحمل خطاب النوايا معنى آخر ليس الإلتزام بدفع دين المدين (الفرع) ولكن يقوم بالحرص على تنفيذ هذا الفرع إلتزاماته بصفة جيدة، فمثلا شركة أم تلتزم بالقيام بكل ما هو ممكن لدعم الفرع التابع لها وتعد بجلب رؤوس أموال في حالة الوقوع في صعوبات مالية،¹ فهذا الإلتزام ممكن حله بصيغة التعويضات.

كما يمكن كذلك أن يشكل خطاب النوايا تبعا للألفاظ المستعملة إلتزام بالوسائل أو إلتزام بالنتائج، وفي هذه الفرضيات يتميز خطاب النوايا عن الكفالة ويصبح ضمانا أصيلا،² وبالتالي لا توجد طبيعة قانونية واحدة لخطابات النوايا حيث تختلف القيمة القانونية للخطاب بحسب نوعه وصياغته والعبارات والألفاظ التي يتضمنها،³ ومن هنا يمكن إعتبار هذا النوع من الضمانات ذو طبيعة خاصة، يختلف عن كل أنواع الضمانات والتعهدات الأخرى.

وقد وصفها البعض بأنها أداة شاذة غير قابلة للإدراج تحت تقسيمات القانون المدني، وفضل البعض الآخر إعتبارها نوع جديد من التأمينات الشخصية. ولكن ما إستقر عليه الفقه الفرنسي والقضاء أنه لا تدرج ضمن التأمينات الشخصية سوى خطابات النوايا التي تتضمن إلتزاما بتحقيق نتيجة أو المتضمنة حلول الشركة الأم محل الفرع، وهي الكفالات المستترة وبالتالي تستبعد خطابات النوايا الأدبية وكذلك المتضمنة إلتزاما ببذل عناية من نطاق الضمانات.⁴

¹ - Jean- BAPTISTE SEUBE, Op. Cit, p.99.

² -Ibid., Op. Cit, p.100.

³ - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 44.

⁴ - خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص 40.

ثانياً: الطبيعة التعاقدية لخطابات النوايا

في مجال المفاوضات العقدية قد تتضمن صياغة الخطاب النص على أنه لا يشكل عقداً ومن ثم فإن مثل هذه الصياغة تخرج الخطاب عن النطاق العقدي،¹ غير أن المشكلة تثار في حالة خلو صياغة الخطاب مما يفيد تجريده من الطابع العقدي.

وهنا ظهر خلاف بين المدارس الثلاث الفرنسية والإنجليزية والأمريكية حيث إعتبرت المدرسة الفرنسية خطاب النوايا الموقع من قبل طرفيه والمثبت لإتفاقات بينهما، عقداً خاضعاً للمبادئ العقدية شريطة أن يكون الخطاب قد إستجمع أركان العقد بصفة عامة.²

أما المدرسة الإنجليزية، فيرفض غالبية الفقهاء فيها إسباغ الطابع العقدي على خطاب النوايا المتضمن بعض الإتفاقات الصادرة خلال مرحلة التفاوض خاصة في حالة خلو صياغة الخطاب من التعبير عن إرادة طرفيه في إرتباطهما العقدي.

أما في ظل المدرسة الأمريكية فإن الأمر يتوقف على نية الأطراف فإذا ثبت أنهم قصدوا إثبات ما تم التوصل إليه من إتفاقات، فإن خطاب النوايا يشكل عقداً دونما إنتظار لتوقيع العقد النهائي، بل يمكن إعتبار الخطاب بمثابة وثيقة ملزمة وقابلة للتنفيذ، إذا تضمنت تعليق نفاذها على شرط معين جرى تحقيقه فعلاً، مثل النص في الخطاب على أنه لا يعتبر العقد نهائياً إلا إذا وافقت جهة الإدارة على المعاملة محل التعاقد.³

أما خطابات النوايا في مجال الإئتمان محل الدراسة، فيبقى التساؤل حولها مطروح، ما إذا يمكن إعتبارها عقوداً أم أن الأمر لا يتعدى الإلتزام بالإرادة المنفردة؟.

فقد إتجه بعض الفقه إلى تكييف خطابات النوايا على أنها عقود ملزمة لجانب واحد، وهو مصدر الخطاب (الشركة الأم مثلاً) وأن العقد يكون فيه مصلحة إقتصادية ومالية لهذه الشركة.

1 - مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الإئتمان، المرجع السابق، ص 91 .

2 - مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الإئتمان، المرجع السابق ص 91.

3 - المرجع نفسه، ص ص 91، 92.

حيث يسمح هذا القرض الممنوح من البنك للفرع، بتطوير أنشطته المالية والإقتصادية وزيادة أعماله، كما يسمح للشركة الأم زيادة رأس مالها لدى الفرع.¹

وبالتالي خلص أصحاب هذا الرأي، إلى أن خطابات النوايا لا تلزم سوى المصدر دون المرسل إليه، في حين ذهب الرأي الراجح في الفقه الفرنسي إلى الإعتراف بالطبيعة العقدية لخطاب النوايا الصادر في مجال الإئتمان، حيث أن هذا الخطاب يشكل عقدا خاصا في حالة قبوله من جانب المرسل إليه (البنك الدائن)² وهنا تتفق إرادة هذا الأخير مع إرادة موقع الخطاب.

وقد إتجهت محكمة إستئناف باريس إلى هذا التكييف في حكمها بتاريخ 10/03/1989 عندما قضت بأن خطاب النوايا وعلى الرغم من الطبيعة المنفردة، يمكن وفقا لشروطه وحينما يتم قبوله من المرسل إليه وبالنظر إلى النية المشتركة للأطراف أن يتمثل في تعهد تعاقدى بعمل أو بالإمتناع من عمل قد يصل إلى الإلتزام بنتيجة..

ومن هنا نلاحظ أن الفقه والقضاء الفرنسيين يميزان بين مرحلتين، مرحلة ما قبل القبول من طرف المرسل إليه حيث يبقى الخطاب ملزم من جانب واحد، لكن بعد مرحلة القبول من طرف المرسل إليه (البنك مثلا) سواء قبول صريح أم ضمني يصبح تصرفا عقديا ملزما للجانبين،³ وكل هذا بإستثناء خطابات النوايا الأدبية التي يظل لها الطابع الفردي.⁴

وتجدر الإشارة إلى أن الإعتراف بالطبيعة العقدية لخطابات النوايا الصادرة في مجال الإئتمان مشروط بتوافر هذا الخطاب على كل العناصر الأساسية الواجب توافرها في العقود، وأن يتضمن الخطاب إلتزاما قانونيا وهنا سنستثني كما سبقت الإشارة إليه خطابات النوايا المجردة من

1 - خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص 41.

2 - ويتم هذا القبول بكافة الوسائل صراحة أو ضمنا، إلا أنه من الأفضل أن يكون بالكتابة ويرد المستفيد على الشركة الأم بالقبول. ومن أمثلة ذلك "قد إستلمنا خطابكم ونوافق على الشروط المدرجة به" وهنا يتحول الخطاب إلى إلتزام تعاقدى ولم يعد بالإمكان تعديل شروطه من طرف المصدر (الشركة الأم مثلا) دون موافقة المستفيد، أنظر خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص 42.

3 - كل هذا مع مراعاة العبارات المستخدمة في الخطاب، هل تدل على الإلتزام بالوسائل أو إلتزاما بنتيجة فمثلا إذا نص الخطاب على أن الشركة الأم "ستقوم بكل ما هو ضروري" أو "تقوم بذلك الإلتزام" ففي هذه الحالة بالنسبة لمحكمة النقض هو إلتزام بنتائج، أنظر في ذلك Jean BAPTISTE SEUBE , Op. Cit, p.101

4 - خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص 42.

أي إلتزام قانوني، والتي تشكل الطائفة الأولى من خطابات النوايا (خطابات النوايا الأدبية الأخلاقية).

فتلك الخطابات لا تحوي في الواقع أي تعهد قانوني محدد، وإن كان يمكن أن تنشأ عنها مسؤولية تقصيرية،¹ حيث يمكن للشركة الداعمة دفع مبلغ من التعويضات إذا لم يف الفرع بإلتزاماته، ويكون هذا المبلغ مساو للضرر الحاصل للدائن (البنك مثلا) بمعنى نفس المبلغ الذي لم يسدد. ولكن على الدائن أن يثبت خطأ مصدر الخطاب في حالة إذا كان الإلتزام بالوسائل، أما في حالة ما إذا كان الإلتزام بالنتائج فمجرد بقاء الدائن دون الحصول على أمواله يبين عدم تنفيذ الداعم (مصدر الخطاب) للإلتزام.²

الفرع الرابع: تفسير خطابات النوايا

التفسير عادة يكون في حالة غموض العبارات وعدم الفهم من خلالها النية الحقيقية لمصدر الخطاب، ومن تمة تظهر مشكلة التقييد الحرفي لهذه العبارات، أم البحث عن النية المشتركة للأطراف.

أولا: التفسير الحرفي لعبارات خطاب النوايا

لقد جرت العادة أن تقوم المحاكم بتفسير صيغة خطاب النوايا تفسيراً حرفياً دقيقاً وفقاً للعبارات المستخدمة، وأكدت من خلال أحكامها على أن القضاة ملزمون بتفسير النص كما هو دون تحوير أو تأويل³

ثانياً: البحث عن النية المشتركة للأطراف

فمن المستحب عند تفسير صيغة خطابات النوايا اللجوء إلى النية المشتركة والمقصد الأساسي للأطراف، ومعرفة إلى أي حد إتجهت إرادتهما إلى تعهد أو إلتزام دون الآخر ومن تم

¹ - مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الإئتمان، المرجع السابق، ص 95.

² - Jean – BAPTISTE SEUBE, Op. cit, p.101.

³ - خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص ص 47، 48.

على القاضي تحليل إرادة الأطراف لحظة توقيع خطاب النوايا.¹

لكن تحليل إرادة الطرفين يكون بناء على المستندات المحررة من جانب الشركة الأم والبنك المستفيد، وخاصة خطاب النوايا المرسل نفسه فإذا تبين للقاضي أثناء النظر في النزاع التعارض بين الخطاب والمقصد المشترك للأطراف فله إعادة تكييف الخطاب على النحو الذي يتفق ومقصد الشركة الأم والبنك، وفي حالة بقاء الشك في النية المشتركة يفسر هذا الشك لمصلحة الملتزم (المدين) وهذا ما جاء في القواعد العامة للقانون المدني منها مثلا المادة 112 ق م ج.

ومن جهة أخرى ينظر البعض على أن القاضي يلتزم ليس بإرادة الأطراف فحسب، وإنما بمراعاة الآثار المترتبة على خصائص العمل،² لذلك ينبغي توخي الحذر الشديد عند صياغة خطاب النوايا، حيث يجب استخدام ألفاظ واضحة ومحددة تدل بشكل قاطع على أن الأمر يتعلق بمجرد دعوة إلى التفاوض لا تحمل أي جانب إلزامي لمصدرها، ويجب أن تكون العبارات الواردة فيه مرنة وقابلة للإضافة أو التعديل. ولا تشكل إيجابا ملزما لصاحبها حتى لا يجد نفسه مرتبط بالعقد أو بالالتزام القانوني رغم إرادته. إذن فأسلوب صياغة خطاب النية هو الذي يجعل منه ملزما أو غير ملزم لمن أصدره، لذلك يجب الحرص على استخدام ألفاظ أو عبارات لا تفيد الإلتزام، مثل كلمة "من المستحب أو من الملائم".

كما يستحسن الإستعانة برجال القانون لصياغة الخطاب لأن الكثير من المسئولون التنفيذيون في المشروعات من مديريين ومهندسين، يتولون تحرير خطابات النوايا بأنفسهم، لذلك تأتي الصياغة مشوبة بالغموض والتناقض نتيجة عدم إدراك الفهم القانوني للألفاظ والمصطلحات المستخدمة، وهو ما يلقي على عاتق رجل القانون عبئا ثقيلا في سبيل التعرف على الطبيعة القانونية لخطاب النوايا.

¹ - خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص 48.

² - المرجع نفسه، ص 49.

بل أن ترك صياغة مستندات خطابات النوايا لغير المتخصصين، يمكن أن يكلف كثيراً أطراف العقد الذين لا يرغبون في التحمل بالتزامات معينة لمجرد تحرير خطاب النوايا.¹

المطلب الثاني: أنواع خطابات النوايا وبيان قيمتها القانونية

لما كانت خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الإلتزام، تخضع بصفة أساسية لمبدأ حرية التعاقد فإن أشكالها تتعدد في الواقع العملي، ومن ثم تتعدد صياغتها ومحتوى الإلتزام الوارد بها وفضلاً عن ذلك فإن قصد الأطراف يلعب دوراً هاماً في تحديد ماهية الإلتزام الناشئ عن الخطاب،² وقد تعددت التقسيمات أو التصنيفات الفقهية لخطابات النوايا في مجال الإلتزام ولكن تدور في مجملها حول المعنى الذي يتضمنه الخطاب وفقاً للعبارات الواردة به ووفقاً لنية أطرافه في حالة قبوله من جانب المرسل إليه وفي ضوء ذلك يتم تقسيم الخطابات بحسب نوع الإلتزام الذي يتضمنه الخطاب.

وعليه نقسم خطابات النوايا كما يلي:

- خطابات النوايا الأدبية وقيمتها القانونية (فرع أول).
- خطابات النوايا المتضمنة لإلتزاماً ببذل عناية وقيمتها القانونية (فرع ثاني).
- خطابات النوايا المتضمنة لإلتزاماً بتحقيق نتيجة وقيمتها القانونية (فرع ثالث).
- خطابات النوايا في شكل كفالات مستترة (فرع رابع).

الفرع الأول: خطابات النوايا الأدبية وقيمتها القانونية

إذا نظرنا إلى بعض خطابات النوايا بالنظر إلى صياغتها لا تخرج عن كونها مجرد تعهد أخلاقي لا أثر له في القانون، إما لعدم وجود تعهد أصلاً، أو لإشتمال الخطاب على تعهد لكن ليس له قيمة قانونية،³ وهذا راجع إلى محاولة مصدر الخطاب وبكل وسيلة تقادي نشوء إلتزام

¹ - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 45.

² - مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الإلتزام، المرجع السابق، ص 17.

³ - سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 13.

قانوني على عاتقه وفي مثل هذه الظروف فإن المستفيد من الخطاب (البنك) يعلم بضعف الورقة التي بحوزته، ولكنه يفضلها عن غياب التوقيع كلية فهي شيء أفضل من لا شيء.¹

إذن فهي مجرد خطابات معنوية فلا تتضمن سوى بيانات أو إعلانات أو مجرد تقديم المدين، أو تعلن الشركة الأم عن علمها ومعرفتها بالإئتمان الممنوح للفرع وتعطي بيانات عن سياسة المجموعة أو الموقف الإئتماني لها،² كما يمكن أن يشير الخطاب إلى ملاءة الفرع المقترض وأنه سوف يفي بالتزاماته نحو البنك، فهذه الخطابات مجرد تقديم أو توصية.³

وتتنوع صيغ خطابات النوايا التي يمكن أن تتدرج تحت هذه الطائفة ومن أمثلتها: "نحن نعلن علمنا التام بالإئتمان الذي قمتم بمنحه لإحدى شركاتنا وقد لاحظنا أن هذا الإئتمان الصادر منكم لشركتنا قد أخذتم فيه في الإعتبار العلاقات التي تربطنا به، ولكن بإمكاننا أن نتنازل كلياً أو جزئياً عن مشاركتنا في المجموعة أو نُعدل من سياستنا المالية وسنخطركم قبلها بوقت كاف...".

أو "نحن نشكركم عن الإئتمان الذي حصل عليه فرعنا من بنكم، ونؤكد لكم علمنا التام بالشروط والنماذج والحالات التي تعالج هذه العملية، وأن هذا الإئتمان إئتماناً مؤيداً بإعتبارات واقعية حيث إن شركتنا تحوز أو تمتلك بطريق مباشر أو غير مباشر، معظم الأسهم في رأس مال الفرع...."⁴

فهنا نجد أن الشركة الأم تقوم بدور إعلامي فقط، وأنها دائماً تقوم بمراقبة هذه الفروع في كيفية تنفيذ تعهداتها، هذا وقد اعترفت جل الأنظمة القانونية بإمكانية تحديد التعهد وتجريده من كل قوة ملزمة سواء كان خطاب النوايا في مرحلة المفاوضات التعاقدية أو الصادرة من الشركة الأم، ومن هذه الأنظمة نجد منها في الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا وفرنسا وألمانيا وإيطاليا.

1 - مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الإئتمان، المرجع السابق، ص 21.

2 - خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص 54.

3 - مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الإئتمان، المرجع السابق، ص 21.

4 - خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص 55.

إذن إذا كانت هذه الخطابات تخلو من أي إلتزام قانوني فهنا يثور التساؤل حول قيمتها القانونية (أولاً) مدى خضوعها لقواعد قانون الشركات إذا ما صدر الخطاب من الشركة الأم (ثانياً).

أولاً: القيمة القانونية لخطابات النوايا الأدبية

يرى بعض الفقه أن خطابات النوايا الأدبية لا تتضمن أي إلتزام قانوني، ولكنها مجرد إعلانات تشكل مجرد تعهد أخلاقي engagement moral أو إلتزام طبيعي بل حتى أن بعض الخطابات لا تتضمن أي تعهد على الإطلاق، وبالتالي فالشركة الأم مثلاً -باعتبارها مصدرة للخطاب- غير مجبرة على تنفيذ إلتزامات وتعهدات الفرع ولا يمكن متابعتها قضائياً من قبل البنك المستفيد.¹

ورغم هذا فإن أنصار هذا الرأي من الفقهاء يعتبرون أن هذا الخطاب الأخلاقي له فائدة بالنسبة للمرسل إليه، حيث من المسلم به أن صفة مصدر الخطاب وعلو مكانته وإهتمامه بالقرض المبرم، كل ذلك يدل على أن الخطاب يتعلق بسمعته، لذا فإن هذه الخطابات تمثل نوعاً من الأمان بالنسبة للبنك المرسل إليه، إذ تعتبر ذات أثر مطمئن له بما يجعله لا يقلق بشأن تعهدات الفرع.

ويضيف أصحاب هذا الرأي أن إعتبار هذا النوع من الخطابات خطاباً أخلاقياً طبيعياً سوف ينتج عنه نتائج مرتبطة بطبيعة وآثار هذا الإلتزام، ومنها أن التنفيذ الإختياري لهذا الإلتزام من جانب مصدر الخطاب يعتبر بمثابة وفاء لا يحق له الرجوع فيه وليس مجرد تبرع.²

وبالتالي وبالرغم من ضعف القيمة القانونية للتعهدات الأدبية أو المعنوية، إلا أنها لها فائدة للمستفيد حيث يشعر بالثقة والأمان في التوقيع، فوجود هذا التوقيع ومساندة الشركة الأم المعنوية تبقى أفضل من عدم وجود أي تعهد على الإطلاق.³

¹ - مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الإلتزام، المرجع السابق، ص ص 24، 25.

² - المرجع نفسه، ص ص 25، 26.

³ - خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص 59.

وإذا كان هذا الخطاب لا يجبر الشركة الأم المصدرة له على تنفيذ إلتزام الفرع، إلا أنه قد يترتب عنه مسؤولية تقصيرية إذا إقترفت هذه الشركة الأم أي خطأ يستلزم المساءلة أو إهمال منها في صياغة البيانات الواردة في الخطاب، كأن تولد إعتقاد خاطئ أو ثقة على خلاف الحقيقة في ملاءة فرعها، مما سبب ضرر للبنك الذي قدم القرض للفرع بناء على المعلومات الواردة من هذه الشركة الأم، ومن تمة تلتزم بالتعويض مساويا لدين البنك الذي لم يستطع الحصول عليه من الفرع العاجز عن الدفع،¹ بل أن هناك من يعتبر هذا الخطأ المرتكب من قبل الشركة الأم تدليسا ويمكن إبطال العقد على هذا الأساس لأن هذا الخطاب لم يصدر إلا من أجل الخداع والتدليس.²

لكن المشكل الذي يثور هنا هو كيفية إثبات المسؤولية التقصيرية والتي تقع على عاتق البنك المستفيد، حيث يجب على هذا الأخير أن يثبت تأثير الخطاب على قراره بخصوص منح القرض وبأنه هو الدافع إلى التعاقد.

وفي الأخير نؤكد على أن هذا النوع الأول من خطابات النوايا لا تتضمن أية قيمة قانونية، إلا أنها إلتزامها مجرد تعهد شرفي أخلاقي أو طبعي، وأن وفاء الشركة بدين الفرع يكون إختياري ولكن ليس تبرعا إضافة إلى ذلك ومن باب الحرص على إستقرار المعاملات وتوفير الثقة لها.

يجب على الشركة الأم ألا تقدم على إرسال هذا النوع من الخطابات إلا إذا كانت واثقة من ملاءة فرعها، وأنه بإستطاعته الوفاء بتعهداته³ وبالتالي إذا لم يكن لهذا الخطاب قيمة قانونية إلا أن له قيمة خلقية كبيرة في المجال التجاري.

¹ - مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا، المرجع السابق، ص30.

² - خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص61.

³ - مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا، المرجع السابق، ص 31.

ثانياً: مدى خضوع خطابات النوايا الأدبية لقواعد قانون الشركات

إن إصدار خطابات النوايا الأدبية يتسم بالمرونة والسهولة واليسر، حيث لا تلتزم الشركة الأم عند إصدار هذا النوع من الخطابات بإتباع القواعد الملزمة مثل الحصول على إذن من مجلس الإدارة قبل إصدار الخطاب وضرورة تدوينه في ميزانية الشركة وسجلاتها.¹

حيث نصت المادة L225-35 قانون تجاري فرنسي على ضرورة الحصول على إذن مسبق من مجلس إدارة الشركة قبل منح الكفالات أو الضمانات الإحتياطية أو الضمانات، وقد قررت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد أن الترخيص مطلوب عندما يخلق خطاب النوايا إلتزاماً بالنتائج،² وبالتالي يخرج عن هذا الإجراء خطابات النوايا الأدبية لأن هذه الأخيرة لا تمثل ضماناً بالمعنى الفني للضمان.³

الفرع الثاني: خطابات النوايا المتضمنة إلتزاماً ببذل عناية وقيمتها القانونية

نتيجة ضعف التعهدات الأدبية وإفتقادها لعنصر الإلزام القانوني، ظهرت خطابات أكثر فاعلية تتماشى مع متطلبات الحياة التجارية وتمنح المزيد من الثقة والحماية للبنك المقرض لذلك ظهر هذا النوع من الخطابات المتضمنة ما يسمى الإلتزام ببذل عناية أو الإلتزام بوسيلة.⁴

Une obligation de moyen والمقصود بها الإلتزام بأخذ الحيطة والحذر أي الإلتزام بعمل أو الإمتناع عن عمل،⁵ مع أن هناك من يكيف هذا الإلتزام بعمل أو الإمتناع عنه بأنه إلتزام بنتيجة وليس إلتزام بوسيلة فحسب، لذلك يجب التفرقة بينهما (أولاً) ثم نحدد القيمة القانونية لخطابات النوايا المتضمنة إلتزاماً ببذل عناية (ثانياً).

¹ - خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص 62.

² - Jean- BAPTISTE SEUBE, Op. Cit, p100.

³ - خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص 63.

⁴ - خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص 64.

⁵ - مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا، المرجع السابق، ص 37.

أولاً: معيار التفرقة بين الإلتزام بوسيلة والإلتزام بنتيجة

تكمن الصعوبة في تحديد معايير التفرقة بين الإلتزام بوسيلة (بدل عناية) والإلتزام بنتيجة في مجال الإلتزامات بعمل، إذ تعتبر الإلتزامات بإعطاء شيء ما والإلتزامات بالإمتناع عن عمل في الواقع وبالضرورة هي إلتزامات بنتيجة.¹

ولكن رغم ذلك لا توجد خطوط عريضة فاصلة بصفة مطلقة بين التعهدين ولا يوجد مانع من إحتمال إختلاطهما، لكن هذا لا يمنع أن نفرق بينهما على الأقل فيما يخص خطابات النوايا. فمن جهة في الإلتزام بعناية لا يتعهد مصدر الخطاب بإدراك أو تحقيق نتيجة محددة، ولكن يتعهد ببذل عناية أو وسيلة لإمكانية تحقيق النتيجة.

إذن فالشركة تتعهد فقط ببذل ما في وسعها وإمكانها وهذا النوع من التعهد يمكن أن يؤدي إلى قيام مسؤولية تقصيرية فقط وبالتالي منح تعويض للمضرور.

أما الإلتزام بنتيجة، فتلتزم الشركة الأم بتحقيق نتيجة معينة، وهي أن يرُد الفرع القرض الذي حصل عليه من البنك في الوقت المحدد. فالخطاب هنا يولد على عاتق المصدر إلتزاماً تعاقدياً لإدراك النتيجة والبنك هنا ليس عليه اثبات الخطأ بل مجرد دعم تحقق هذه النتيجة تقوم المسؤولية من جانب مصدر الخطاب، إذن فالخطأ هنا مفترض على عكس الخطأ في بذل العناية فالخطأ ليس مفترض بل واجب الإثبات من طرف المضرور،² ثم إثبات العلاقة السببية بينهما.

ومثال ذلك نجد في إلتزام الطبيب دائماً هو إلتزام ببذل العناية وليست النتيجة المتمثلة في الشفاء على عكس بعض الإلتزامات التي يجب تحقق النتيجة فيها مثل الإلتزام بنقل ملكية أو إقامة مبنى ... إلخ³

وإذا كانت من الصعب وضع حد فاصل بين الإلتزام بالوسيلة والإلتزام بالنتيجة، إلا أنه في مجال خطابات والنوايا نجد أن القضاء يعول كثيراً على إرادة المرسل أي الشركة مصدرة الخطاب،

¹ - مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا، المرجع السابق، ص 38.

² - خليل فكتور تادرس، المرجع السابق ص 73

³ - مصطفى أحمد عبد الجواد، خطايا النوايا، المرجع السابق ص 39

وهذا في ضوء العبارات الواردة به¹ والتي قد يشوبها بعض الغموض أو تحتوي على عبارات متناقضة مما يتعذر معه بيان نوع الخطاب، وهنا يتم اللجوء على النية المشتركة للأطراف².

ونتيجة التنوع الكبير للعبارات والمصطلحات المستعملة من قبل الشركة الأم، نجد أن التمييز بين الالتزام بالوسائل والالتزام بالنتائج مفتوح على مصرعيه، وهذا التمييز ليس حديثا فقط بل ظهر مع ظهور التعامل بخطابات النوايا، لذلك فإن هذا التمييز يعتبر كلاسيكيا³، حيث ظهر مند أن أصدرت الغرفة التجارية لمحكمة النقض قرارا يكرس لأول مرة البعد القانوني لخطاب النوايا⁴، حيث كرس مفهوم الالتزام بالنتيجة في خطاب النوايا في حكمها المبدئي المؤرخ في 21 ديسمبر 1987⁵ "وبالرغم من طابعها الأحادي الجانب - أي أنه صادر من جانب المرسل بإرادة منفردة - فإن خطاب النوايا ووفقا لعباراته وحينما يكون قد تم قبوله من جانب المرسل إليه وبالنظر إلى القصد المشترك للأطراف يمكن أن يشكل إلتزاما تعاقديا للقيام بالعمل أو بالإمتناع عن العمل يمكن أن يبلغ حد الإلتزام بتأمين تحقيق نتيجة، إن لم يشكل بحد ذاته كفالة"⁶.

إن التمييز بين الإلتزامين (بالوسيلة أو النتيجة) وإن كان أكاديميا، إلا أنه ذو أهمية بحيث يتضح مدى قوة الإلتزام الذي من خلاله يقدم مصدر الإلتزام مساهمته المالية بعد فشل المدين في تنفيذ الإلتزامه.

إذن فالمفارقة بسيطة، فالإلتزام بنتيجة يكون عندما يلتزم المصدر بالنتيجة المحددة بدون معوقات فلا تفرض سوى التنفيذ الإيجابي من قبله. وفي المقابل يكون الإلتزام بالوسائل عندما لا يكون المدين قد إلتزم بتحقيق النتيجة المحددة لكنه يصبو إلى وضع الوسائل الضرورية التي تسمح

¹ - مصطفى عبد الجواد، خطابات النوايا، المرجع السابق ص 42

² - خليل فكتور تادرس، المرجع السابق، ص 74

³ - Xavier BARRE, La Lettre D'intention, Ed, Economica, Paris, 1995, p178

⁴ - Anne-Sophie Barthez, Dimitri Houtcieff, les Suretés personnelles L.G.D.J, lextenso Edition, paris,2010, p1030

⁵ - Xavier BARRE, Op. Cit, p178

⁶ - Cass, 21 Décembre 1987, bull, N° 281 p210, Xavier Op. Cit, p178.

بتحقيق النتيجة أو هكذا يفرق بعض الكتاب بين إلتزامات الحذر المسماة "بالوسائل" وبين الإلتزامات المحددة المسماة "بالنتائج"¹.

وفي حكم آخر لمحكمة النقض الفرنسية والصادر في 23 أكتوبر 1990² أكد على أن الإلتزام بالنتائج تكون طبيعته بأن يجعل صاحبه مسؤولاً عن تبعات فشل المدين، ويكون بذلك مؤسساً لضمان. على العكس في الإلتزامات بالوسائل يكون مداها ذو بعد إختياري، أو يكتفي مصدر الخطاب المجرد بالإلتزام بإعطاء المدين (فرع الشركة) الإمكانيات المالية للتسيير دون أن يترجم هذا بأنه إلتزام بخروج أموال من ذمة مصدر خطاب النوايا³

ثانياً: القيمة القانونية لخطابات النوايا المتضمنة إلتزاماً ببذل العناية (الإلتزام بوسيلة)

إن خطابات النوايا (وكما سبق ذكره) ليست نوعاً واحداً من الإلتزامات فهي تختلف بحسب عبارات ومصطلحات الخطاب الذي تمنحه مؤسسة أم لتدعيم فرع لها لدى البنك. فقد تكون هذه العبارات تدل على إلتزام بسيط أدبي معنوي.

بحيث تكتفي المؤسسة الأم بمجرد التوصية لدى البنك. لكن قد يرقى هذا الإلتزام إلى إلتزام حقيقي تعاقدي، ينطوي على الإلتزام بالعمل أو الإلتزام بالإمتناع عن عمل من طرف محرر الخطاب،⁴ فيكون الإلتزام هنا إلتزاماً بوسيلة أو النتيجة وفي كثير من الأحيان نجد أن المؤسسة الأم تفضل الابتعاد قدر المستطاع عن الإلتزام بالنتائج وتكتفي بالإلتزام بالوسائل، ولتحقيق ذلك يجب على هذه المؤسسة إنتقاء العبارات المناسبة لتجنب الإلتزام بالنتائج.

1- Xaveir BARRE , Op, Cit, p178.

2- Com 23 Octobre 1990, Bull, IV, N° 256, Xaveir Barré Op. Cit, p179.

3- Xaveir BARRE, Op. Cit, p179.

4- Marie-Noëlle JOBERD-BACHELLIER, Vincent BREMOND, Droit Civil Suretés, Publicité Foncière, 16° Edition, DALLOZ, Paris, 2009, p41.

من أهم العبارات الدالة على الالتزام بالوسائل لدينا مثلاً: " نأكد لكم من خلال هذا الخطاب أننا سنقوم بكامل الجهد المطلوب خلال الاثنا عشرة سنة المقبلة ليكون لدى فرعنا إمكانيات مالية كافية لمواجهة إلتزامته تجاه مؤسستكم"¹.

وكذلك عبارة: " ووفقا لسياستنا الثابتة نأكد لكم أننا سنقوم بكل الجهد الذي يعطي للمؤسسة(المدين) إمكانيات مالية تسمح لها بالوفاء فعليا بإلتزامتها تجاه الهيئات الدائنة وهذا خلال كامل مدة القرض الممنوح لفرعنا"².

كذلك عبارة: " نلتزم بالقيام بكامل الجهد ليكون لدى فرعنا إمكانيات مالية كافية"³.

لكن قد تكون كذلك عبارات خطاب النوايا فضفاضة قد تحمل المعنيين بالالتزام بالوسائل أو النتائج⁴. فمثلا صيغة "مؤسسة أم تعمل على ما هو ضروري " تفسر حسب الحالات من طرف الفقه كمعنى للإلتزام بالوسائل أو الإلتزام بالنتيجة⁵.

إن هذا التداخل في الإلتزامين بفرض تدخل القضاء لفض النزاعات حول تحديد نوع الإلتزام هل هو إلتزام بوسيلة أم بنتيجة، ومن بين الأحكام القضائية التي صدرت في هذا الصدد، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2000/04/18 " يجب البحث عن نية مشتركة للأطراف، لتأييد ما أكدته محكمة الإستئناف من أن الشركة لم تتخذ أي تعهد بالحلول محل الشركة الفرع في مواجهة المقرضين في حالة عجز الفرع و لذلك استنتجت أن تعهد الشركة هو إلتزام بالوسيلة"⁶.

¹- « nous vous confirmons pas la présente que nous ferons tous nos efforts, au cours des douz années à venir, pour que notre filiale dispose d'une trésorerie suffisant pour fair face à ses engagements envers votre société » paris 10 mars 1989, D. 1989, som ; p294 (Anne- saphie Barthez, Dimiri Houtcieff, les sûretés personnelles, Op. Cit p1031.

²- " conformément à notre politique constant, nous confirmons que nou ferons tous les efforts pour que les sociétés (débitrices) disposent d'une trésorerie suffisante leur permettant de remplir effectivement leurs obligations envers les organismes prêteurs, et ceci pendant toute la durée du prêt consenti à nos filiales"

³- " nous nous engageons à faire les meilleurs efforts pour que notre filiale dispose d'une trésorerie suffisante" .

⁴- Christophe Albiges, Marie- Pierre Dumont-lefrand, Droit des Sûretés, 3^e edition, DALLOZ, paris, 2011, p192

⁵- Marie-Noëlle JOBERD-BACHELLIER, Vincent BREMOND, Op.cit , p41

⁶- Cass, Com, 18 avril 2000, philppe Malaurie, laurent Aynés, les Suretés la publicité foncière Defrénois lesctenos, paris, 2011 p165.

وأخير نقول بالنسبة للإلتزام مصدر الخطاب ببذل عناية أو وسيلة، لا يتعهد بإدراك نتيجة محددة وإنما يعمل ما في وسعه لتحقيق ذلك فقط وعدم تنفيذ الشركة الأم المتعهددة لتعهداتها يعطي محلا للتعويض إذا توافرت شروطه عن الوعد ببذل الجهد وليس تعويضا عن النتيجة¹

الفرع الثالث: خطابات النوايا المتضمنة إلتزاما بنتيجة

يكون إلتزام مرسل خطاب النوايا إلتزاما بتحقيق نتيجة، عندما يتعهد وبطريقة واضحة بتحقيق نتيجة محددة وبصورة جازمة وقطعية لا تقبل أي إحتتمالات² لكن رغم ذلك يمكن ان تختلط مفاهيم هذه العبارات الدالة على إلتزام بالنتائج، وتفسر من وجهة نظر أخرى على أنها إلتزامات بالوسائل. لذلك نحاول إبراز صورة خطاب النوايا الذي يتضمن إلتزاما بنتيجته (أولا) ثم نبحت بصفة خاصة عن الإلتزام بالعمل والامتناع عن العمل في خطاب النوايا (ثانيا) ثم نبرز قيمته القانونية (ثالثا) بمعنى هل يمكن أن يرقى إلى مرتبة الضمان الموجود في التأمينات الشخصية.

أولا: صورة خطاب النوايا المتضمن إلتزاما بنتيجة

إن خطاب النوايا المتضمن إلتزام بنتيجة، يكون متى إلتزمت الشركة الأم بإتخاذ إجراءات محددة لصالح فرعها بغرض تحقيق إلتزاماتها مثل توفير حساب جاري، أين تساهم هنا وبقوة في تنفيذ إلتزامات فرعها³.

ويبقى دائما إستخدام بعض العبارات والمصطلحات الذي يحدد الإلتزامات التي تشكل إلتزاما بالنتائج ومن بين هذه العبارات.

" إذا كانت هناك حاجة، ستعمل المجموعة ما هو ضروري لكي يتم تشريف إلتزامات فرعها بالشكل الذي لا يتحمل من خلالها الدائن في أي حال أي خسائر"⁴.

¹- خليل فكتور تادرس، المرجع السابق، ص 72.

²- مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا، المرجع السابق ص 55.

³- Marie-Noëlle JOBERD-BACHELLIER, Vincent BREMOND, Op.cit p41

⁴- " l'engagement que, s'il était, besoin, le groupe ferait le nécessaire pour que soient les obligation de la filiale, de telle sorte que le créancier ne subisse en aucun cas de préjudice" .

وكذلك عبارة "الالتزام بالقيام بما هو ضروري لكي يتمكن المدين بإحترام إلتزامته ويكون لديه إمكانيات مالية كافية لهذا الغرض"¹ .

وعبارة: " الالترام بالقيام بما يجب ليكون لدى المدين في كل وقت إمكانيات مالية ضرورية لمواجهة إلتزامته"² .

وكذلك عبارة: " الالترام بالبقاء بشكل مستمر على الدعم بالشكل الذي يعطي وفق كل الفرضيات للمدين الموارد المالية الضرورية لتأمين المساهمة المالية"³.

وغيرها من العبارات التي تسمح بمسؤولية الشركة الأم في حالة عدم تحقيق النتيجة. وكان أول حكم صادر من محكمة النقض الفرنسية يعبر عن إمكانية نشوء هذا النوع من الالترامات في 21 ديسمبر 1987 حيث أصدرت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية قرارا يكرس لأول مرة البعد القانوني لخطاب النوايا، حيث جاء فيه "بالرغم من طابعها الاحادي الجانب، فإن خطاب النوايا يمكنه، بحسب مصطلحاته عندما يتم قبوله من الطرف الموجه له وبناء على النية المشتركة بين الأطراف والموضوعة على عاتق الذي أصدره أن تشكل إلتزاما تعاقديا بالقيام بعمل أو الإمتناع يمكن أن يبلغ إلى حد تأمين تحقيق نتيجة إذا لم تشكل كفالة"⁴.

وتطبيقا لهذا النوع من الخطابات قضت محكمة النقض الفرنسية في 2002/07/09⁵ بأن خطاب النوايا هو خطاب يتعهد بموجبه المصدر بما هو لازم وضروري لحمل الفرع على تنفيذ إلتزاماته وحسن أداء العملية، وأنه في البحث عن النية المشتركة للأطراف، يتبين وكلما قضت محكمة الإستئناف أن الشروط المستخدمة في صيغة الخطاب توحى بأن المصدر قدم مشاركته

¹- " l'engagement de faire le nécessaire pour que le débiteur respecte ses engagement et dispose d'une trésoreie suffisante à cet effet".

²- " l'engagement de faire en sorte que le débiteur dispose à tout moment des moyens financiers qui lui seront nécessaires pour faire face à ses obligations" .

³- " le engagement de maintenir en permanence son appui de manière à ce que, en toute hypothèse, le débiteur dispose des fonds nécessaires pour assurer la bonne fin du concours financier", Anne-Sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Les Suretés Personnelles, L.G.D.J, Lextenso Edition, Paris, 2010 p1031, 1032

⁴- Ibid, op.cit, p1030

⁵- Anne-Sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit, p1032.

ومساندته لفرعه. إلا أنه لم يتعهد بالوفاء محله في حالة إفلاسه. واستنتجت المحكمة من ذلك أن مصدر الخطاب لم يصدر تعهداً بمضمون الكفالة وإنما هو التزام بتحقيق النتيجة، وما حدث أن الفرع المضمون قد دخل في مرحلة تصفية جماعية. ولم يسدد إلا جزء فقط من القرض، فطالب الدائن الشركة الأم بالتعويض ودفع باقي القرض.

فرفضت محكمة الإستئناف "Colmar" طلب الدائن وقضت أن التعهد ليس كفالة وإنما إلتزام ببذل عناية، إلا أن محكمة النقض رفضت هذه الجزئية الأخيرة، واعتبرت أنه إلتزم بتحقيق نتيجة وكونه ضماناً¹.

كما أكدت ذات المحكمة في 2000/10/24²، بأن الشركة الأم تعهدت بتأمين كامل الإلتزامات المالية للشركة الجديدة المدينة، وأكدت محكمة النقض ما انتهت إليه محكمة الموضوع، وأن الشركة الأم قد حملت على عاتقها تعهداً بتحقيق نتيجة مما يسمح للشركة الجديدة المدينة بتنفيذ إلتزاماتها تجاه البنوك، وأن هذا الضمان يندرج تحت إطار تطبيق المادة 225-35 من قانون التجارة الفرنسي³.

ومؤدى ذلك أنه في خطابات النوايا المتضمنة إلتزاماً بتحقيق نتيجة، يلتزم المصدر بإتخاذ كافة الوسائل والإجراءات الضرورية للتنفيذ ولا يعني ذلك أن المصدر يتعهد شخصياً ومباشرة بالوفاء للدائن، وإنما مفاده أن الشركة الأم ستتخذ كل ما هو ضروري ولازم لتضع تحت تصرف الشركة الفرع كل الوسائل التي تمكنها من تنفيذ إلتزاماتها أو توفير السيولة الكافية لسداد القرض⁴. إذن خطاب النوايا ليس وفاء مباشراً للدائن بل غالباً ما يوصف بأنه ضمان تعويضي⁵.

¹ - خليل فكتور تادرس، المرجع السابق، ص 78.

² - Anne Sephie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, op, cit, p1032, " l'engagement d'assurer l'intégralité des besoins financiers de la Société débitrice pas apport en compte courant et ne pas céder ni donner en garantie, pendant toute la durée de l'emprunt, les éléments incorporels sans l'accord des banques et institution financières, parties prenantes au capital

³ - خليل فكتور تادرس، المرجع السابق، ص 78.

⁴ - خليل فكتور تادرس، المرجع السابق، ص 78، 79.

⁵ - Marie- Noëlle, Jobard- BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vicent BREMOND, Droit des Sûretés, Op, Cit, p210 .

ثانياً: الالتزام بالقيام بالعمل والإمتناع عن العمل هو إلتزام بتحقيق نتيجة

خطاب النوايا أو ما يسمى بخطاب التظمين أو الرعاية هو إتفاقية عن طريقها يقوم شخص يسمى عادة المرسل المكتتب أو المظمتن، ويعبر بألفاظ متغيرة للدائن المستفيد عن عزمه دعم المدين-الدعم بمختلف الوسائل- ليتمكن من الوفاء بالتزاماته، وبهذا يتميز خطاب النوايا عن الكفالة عن طريق "موضوع الإلتزام" الذي ينشأ، الأمر المتعلق بـ "الإلتزام بالعمل أو عدم العمل" وبالتالي لا يوجد تشابه بين الإلتزام المرسل في الخطاب والإلتزام الموجود في الكفالة.

إذن فالخطاب المرسل هو إلتزام جديد يتمثل في القيام بتقديم خدمة واحدة أو أكثر، سواء (بالإلتزام بالقيام بعمل) أو عن طريق الإمتناع عن عمل (أي الإلتزام بعدم القيام بالعمل) وفي حالة عدم تنفيذ الإلتزام، أو التنفيذ السيئ للخطاب، يقوم التعويض على عاتق المرسل بناء على المسؤولية العقدية لمصلحة الدائن¹.

وخطاب النوايا المتضمن إلتزاماً قانوني بالقيام بعمل أو الإمتناع عن عمل تبلور مند صدور المادة 2322 قانون مدني الفرنسي في 23 مارس 2006² والتي تعرف خطاب النوايا بأنه "الإلتزام بعمل أو الإمتناع عن عمل موضوعه تقديم الدعم للمدين".

وبالتالي فإن إلتزام مصدر الخطاب يحتوي على إلتزامات محددة وغير محددة، وبذلك فمن الوارد إيجاد وبشكل متكرر إلتزاماً من مصدر الخطاب بالحفاظ على مساهمته في رأسمال فرع الشركة، أو إلتزاماً بإعلام المستفيد من الخطاب، وإما بإعطاء ضماناً بديلاً في حال التنازل عن الضمانات، أو إعطاء الفرع الإمكانات المالية الضرورية لدفع ديونه. هذا الإجراء الأخير يمكن أن يكون عبارة عن رفع لرأس المال أو الحصول على قرض تسليف على حساب جاري أو تنازل عن الدين³، أو الإلتزام بمراقبة تسيير الفرع لتتمكن من بلوغ نتيجة واحدة وهي سداد الدين للبنك، وتظهر عملية

¹- Marie- Noëlle, Jobard- BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vicent BREMOND, Droit des Sûretés, Op, Cit, p210.

²- (Ord.23 mars 2006) les sûretés personnelles régies par le présent titre sont cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention, Marie- Noëlle, Jobard- BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vicent BREMOND, Droit des Sûretés, Op, Cit p 210

³- Christophe ALBIGES, Marie-Pierre Dumont LEFRAND, Droit Des Sûretés, 3^e édition DALLOZ, paris, 2011 p192

مراقبة تسيير الفرع من خلال التركيز على رأس المال، وتوضح ذلك في الخطاب المرسل عن طريق العبارات التالية مثلا: "الحفاظ على مساهمتنا بالأغلبية ومراقبتنا لتسيير فرعنا يسمح لنا بمراقبة وتسيير هذه الأخيرة للعمليات..."¹.

إضافة إلى مراقبة التسيير، يمكن للشركة الأم أن تقوم بمراقبة مباشرة لموظفي إدارة الفرع أو تغيير إدارة هذا الأخير، أو من خلال تقرير خبرتها الخاصة التي تفيد بها فروعها وبموظفي إدارتها الذين تضعهم تحت تصرف الفرع، وهذا باستخدام العبارات التالية مثلا: "تأكد لكم نيتنا بتقديم لفائدة فرعنا دعمنا التقني الكامل وكذلك دعمنا التجاري والمالي"

"لتلزم بتقديم الدعم الضروري لفرعنا سواء على المستوى التقني، التجاري، والإداري"²، فكل هذه العبارات والأساليب السابقة تعبر عن إلتزام الشركة الأم بالقيام بعمل.

لكن هذا الإلتزام بعمل قد يأتي في صيغة فضاضة من طرف مصدر الخطاب كأن يلتزم مثلا: "بالقيام بما في وسعه من أجل..."
وكذلك "بالقيام بكل ما هو ضروري من أجل..."
و"بالقيام بكل الجهد"

وأیضا "بوصع كل ما يجب حيز التطبيق لتأمين الإحتياجات المالية للفرع"
وكذلك "العمل من أجل تمكين الشركة المدينة من تلبية إلتزامها..."³.

كما أن التصرف الذي يعد به مصدر الخطاب يمكن أن يكون كذلك عبارة عن إلتزام بالإمتناع عن عمل مثل عدم التنازل أو تخفيض مساهمتها للفرع المدين مادامت لم تف بإلتزامها تجاه الدائن (المستفيد من الخطاب)، فهذا النوع من الخطابات ما هو إلا شرط بعدم جواز التصرف

¹ - Xavier BARRE, op.cit p204.

² - IBid,p 204.

³ - Christophe ALBIGES, Marie-Pierre Dumont LEFRAND, op.cit p192

المؤقت الذي يعتبر صالحا طالما احترمت (الشركة الفرع) الشروط المعتادة بالمصلحة والجدية والمشروعية¹.

لذلك نفهم مما سبق أن الالتزام بالإمتناع عن العمل من طرف الشركة الأم، ما هو إلا إجراء مؤقت إلى حين تمكين الدائن من استيفاء حقه وكنوع من الضمانات له، لكن يمكن للشركة الأم أن توقف مساهمتها للشركة الفرع، إذا تراجعت عن الجدية والمثابرة في العمل لتحقيق مصلحتها معا.

ثالثا: القيمة القانونية لخطاب النوايا المتضمن إلتزام بالنتيجة

قبل صدور التعديل القانوني المدني الفرنسي في 23 مارس 2006، كان هناك جدل فقهي كبير حول القيمة القانونية لخطاب النوايا وهل يمكن إعتبار كل الخطابات الصادرة من الشركة الأم لدعم فروعها، عبارة عن ضمانات حقيقية أم هي مجرد خطابات أدبية؟

لقد سبق وأن رأينا أن خطابات النوايا الأدبية لا ترقى إلى قيمة الضمان الحقيقي، لذلك بقي الجدل قائما حول الخطابات المتضمنة إلتزاما بالوسائل أو إلتزاما بالنتائج

1- خطاب النوايا الذي يشكل ضمانا حقيقيا:

إن اعتبار خطاب النوايا ضمانا حقيقيا لم يبدأ مع صدور المادة 2322 من القانون المدني الفرنسي لسنة 2006، وإنما كانت هناك آراء فقهية عديدة في هذا الخصوص، وحتى أحكاما قضائية عديدة انطلقا من القرار المبدئي الصادر عن الغرفة التجارية الفرنسية المؤرخ في 21 ديسمبر 1987 والمبين سابقا، حيث حدد هذا القرار بألفاظ واضحة ليس فقط صحة خطاب النوايا وإنما كذلك حدد طبيعتها القانونية، حيث ومن خلاله يتضح أن خطاب النوايا وإن كان ملزما من جانب واحد وهو مصدر الخطاب إلا أنه وحسب الألفاظ المستخدمة فيه وعندما يقبلها الطرف الموجهة له ومع احترام النية المشتركة للأطراف، يمكن أن يشكل على حساب مكتبته إلتزاما تعاقديا بالقيام بعمل أو عدم القيام بعمل يمكن أن يبلغ إلى حد الإلتزام بنتيجة إذا لم يكن ضمانا².

¹ - Christophe ALBIGES, Marie-Pierre Dumont LEFRAND, op.cit, p192

² - Marc MIGNOT, Droit des Suretés, montchrestien, lesctenso, éditions paris 2010, p270.

لكن هذا الإلتزام الذي في ذمة المُصدر ليس إلتزاما بالدفع مكان المدين الأصلي، وإنما هو مجرد إلتزام تجاه الدائن بدعم المدين الأصلي حتى يتمكن هو شخصيا بدفع دينه. وإن تعذر عليه ذلك وفشل، فإنه يُحكم على الضامن بدفع تعويضات عن الضرر والفائدة إذا لم يوف بها المدين الأصلي. هذه التعويضات تكون مساوية لمبلغ الدين غير المدفوع، لأن هذا المبلغ هو الذي يساوي الضرر الذي تعرض له الدائن، إذا كان مُصدر الخطاب قد تحمل إلتزاما بسيطا بالوسائل يكون على الدائن لتحصيل التعويضات عن الضرر إثبات أن مُرسل الخطاب ارتكب خطأ (مثل عدم تقديم الدعم المادي للمدين الموجود في حالة صعوبة بحرمانه بشكل تعسفي من الحصول على الصفقة مثلا) فهنا نجد أن خطاب النوايا قدم للدائن ضمانا أقل قوة من الكفالة¹ لذلك يمكن تصنيف الخطاب في هذه الحالة على أنه إلتزام ببذل عناية دون إمكانية تحقيق النتيجة، لأن الشركة الأم تتعهد ببذل ما في وسعها دون أن يتجاوز الأمر حد ذلك، وعدم تنفيذها لهذا الإلتزام يمكن أن يعطي محلا لتعويض متى توافرت شروطه² (وأهمها الإثبات من قبل المدين).

لكن سيكون الأمر مختلفا إذا كان مصدر الخطاب قد تحمل إلتزاما بالنتيجة، ففي هذه الحالة فإن مجرد عدم تسديد الدين من طرف المدين الأصلي يخلق إلتزاما بالإصلاح.

إن هذا الضمان له طابع قوي، إلى درجة أنه يستطيع أن يهرب من القواعد المقيدة في قانون الكفالة³ لأن هذا الإلتزام لا يحمل إلتزاما بدفع دين المدين، ولكن يقوم بالحرص على تنفيذ إلتزاماته بصفة جيدة. فهذا الإلتزام الغرض منه أن يحل بصيغة تعويضات فقط وهذا ما يجعل خطاب النوايا يتميز عن الكفالة ويصبح ضمانا اصيلا⁴.

ومما سبق نجد أن فرصة الحصول على تعويض في خطاب النوايا المتضمن إلتزام بالنتيجة أقوى من خطاب النوايا المتضمن إلتزام بوسيلة، مع أن التمييز بين الإلتزامين يبقى امر متوقف

¹- Pascal ANCEL, Droit Des Suretés, 6 Edition, Iescis Nescis, paris, 2011, p91.

²- خليل فكتور تادرس، المرجع السابق، ص72.

³- Pascal ANCEL, op.cit p99.

⁴- Jean - BAPTISTE SEUBE, op.cit, p91.

على الألفاظ والعبارات المستخدمة في الخطاب، والتي يمكن تفسيرها بكلا المعنيين¹ في بعض الأحيان. حيث نجد في حكم مستحدث لمحكمة النقض الفرنسية 2011²، " أن مجرد الوعد بالقيام بما هو ضروري " لكي يتمكن المدين من الوفاء بالتزاماته أو العمل على " fair en sorte " أن يتمكن من خلال وضعية مالية تسمح له بالوفاء، فمجرد هذا له قيمة إلتزام بتحقيق النتيجة³.

2-إشتراط الاذن المسبق من قبل أعضاء مجلس إدارة الشركة الأم.

إن أهم ما يميز خطابات النوايا المتضمنة إلتزاما ببذل عناية والمتضمنة إلتزاما بتحقيق نتيجة، هو ضرورة الحصول على الاذن المسبق من مجلس إدارة الشركة الأم قبل إصدار الخطاب، فقد إستقر الفقه على أن الإذن غير ضروري في الإلتزام ببذل عناية وعلى نقيض الإلتزام بنتيجة⁴ وفقا لنص المادة (L35-225) من قانون التجاري الفرنسي⁵ حيث أوجبت ضرورة الحصول على إذن مسبق في حالات الكفالات والضمانات الإحتياطية والضمانات.

ويثار مشكل الإذن المسبق خاصة إذا كانت الشركة الأم شركة مساهمة تدار من طرف مجلس الإدارة. ويقوم أحد مسيري هذه الشركة بإصدار خطاب النوايا لمصلحة الفرع دون الرجوع إلى مجلس الإدارة⁶. وبالأخص إذا كان الإلتزام ضمن ما تتبناه المادة (L35-225) الفقرة 4 من القانون التجاري الفرنسي⁷، والتي تنص على الضمانات المقدمة من طرف الشركة ذات الأسهم، يجب أن تكون مرخصة من طرف مجلس إدارتها، لكن لما صدرت أحكام بعكس ما جاء في هذه المادة، اعتبر الفقه أن خطابات النوايا التي تُنشأ إلتزام بالوسائل ليست ضمانا، ولا تدخل ضمن مجال تطبيقات المادة (L35-225).

¹- Pascal ANCEL, op.cit p91.

²- Cass. Com. 17 Mai 2011 ; pourvoi n° 09-16 ;186.

³- Pascal ANCEL, op.cit p91.

⁴- خليل فكتور تادرس، المرجع السابق، ص ص 74،75.

⁵- Code de commerce français - Dernière modification le 03 janvier 2018 - Document généré le 12 janvier 2018.

⁶- Marc MIGNOT, Op.cit p270.

⁷- Articl 98anc L 24 Juillet 1966, , Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, <https://www.legifrance.gouv.fr>. Marc Mignot Op.cit p270.

أما بالنسبة لخطابات النوايا التي تشكل إلتزام بالنتائج فليس هناك شك بأنها ضمان. وبذلك فمن الواجب أن يكون مرخص لها من طرف مجلس إدارة الشركة ذات الأسهم، وجزءا عدم أخذ الإذن المسبق هو عدم حجية الخطاب الصادر من أحد مسيري هذه الشركة عليها.

لذلك فقد حمل البعض هذا المسير وحده المسؤولية التقصيرية، على إعتبار أنه لم يطلب الترخيص من مجلس إدارة الشركة. لكن البعض الآخر من الفقه انتقد هذا الإلتزام في تحميل المسير هذه المسؤولية حيث لا يمكن فصل خطأ المسير عن مهامه ومنصبه ولا يمكن أن يؤدي ذلك إلى مسؤولية شخصية¹.

وحتى وإن تم الإقرار بأن الإلتزام بالنتائج هو من يستوجب هذا الترخيص لكن بقي الإشكال مطروح حول كيفية تحديد نوع الخطاب خاصة إذا كانت عبارات الخطاب فضفاضة وغير واضحة.

وقد صدر في هذا الصدد قرار في 20 أكتوبر 2009² يخص شركة أم إلتزمت بتشريف فرع لها لدى مؤسسة أخرى تعاقدها معها الفرع، وكذا دفع المستحقات التي يمكن أن تنتج عن هذا العقد. ولرفض الدفع المقدم من الطرف الشركة الأخرى إعتبرت محكمة الإستئناف أن الإلتزام المسجل من طرف الشركة الأم وهو إلتزام بالوسائل وليس بالنتائج. لكن رأي الغرفة التجارية لمحكمة النقض كان مغايرا لذلك حيث وحسبها وبناء على مصطلحات نص الخطاب فإن الشركة الأم قد إلتزمت بنتيجة.

ولكن في قراءة لقرار المحكمة (في 20 أكتوبر 2009) لا يتضح إذا كان ممثل الشركة الأم الموقع على الخطاب قد تحصل على ترخيص من مجلس الإدارة وفقا لشروط المواد (L35-225) و (L68-225) من القانون التجاري الفرنسي³ لكن منذ صدور الأمر المؤرخ في 23 مارس 2006 المتعلق بالتأمينات وصنف الخطاب النوايا ضمن التأمينات الشخصية⁴. أصبح هذا الجدل

¹- Marc MIGNOT , Op.cit p271

²- Cass, Com, 20 Oct 2009, n° 08-19.620 F-D, la vie claire, C/ Wessaene, Juris Data n°2009-050037Alain CERLES, lettre d'intention, obligation de résultat, revue de droit, bancaire et financière, Revue bimestrielle lesciscis juris classeur, Janvier 2010, p43

³- Alain CERLES, Op.cit p43

⁴- Cod civil, Fran, art, 2281-1

الفقهي محل شك فلم يعد من المجدي التمييز بين نوعي خطابات النوايا سواء بالالتزام بالوسائل أو الالتزام بالنتائج حيث تصنف جميعها على أنها تأمينات ،خاصة عندما تكون صادرة من شركة ذات أسهم - وهو ما يحصل في غالب الأحيان- وبالتالي يجب أن تخضع لموافقة السابقة من مجلس الإدارة أو المراقبة.

وقد أوضح الفقيه فيليب سيملر "Simler Philippe" " أن اشتراط الترخيص المسبق المنصوص عليه في المواد (225-68 و L225-35) من القانون التجاري يجب إحترامه في كل أنواع خطابات النوايا منذ الوقت الذي يرجح فيه أن لهذا الإلتزام عقوبة وجزاء".
لكن البعض اعتبر ان هذا الرأي، إذا تم تكريسه من طرف المحاكم سيكون توقيعاً على وثيقة موت خطاب النوايا¹.

وخلاصة القول مما سبق أن المشرع الفرنسي أراد إنهاء الجدل الفقهي حول إلزاميه خطاب النوايا مهما كان نوعه من خلال تصنيفه ضمن التأمينات الشخصية، وهذا بصدر المادة 2322 قانون المدني فرنسي² والتي خالفت جل الآراء الفقهية، حيث اعتبرت هذه المادة ان خطاب النوايا تأمين شخصي دائماً مهما كان موضوعه وطبيعة الإلتزام الناتج عنه³ . وبالتالي قيد مستعملي هذه التقنية بعدما كانت منفذا يهرب إليه المتعاملون الاقتصاديون وهذا من أجل الابتعاد عن القيود التي تفرضها التأمينات الشخصية الأخرى خاصة الكفالة، بحيث وجد الكثير في خطاب النوايا متنفساً حقيقياً فلا يتقيد مصدر الخطاب بنفس درجة إلتزام الكفيل، كما أنها تمنح المستفيد منه والذي يكون في كثير من الأحيان بنكا تمنحه راحة وطمأنينة للفرع طالب القرض. حتى وإن كان إلتزام الشركة الام مجرد تشريف ودعم معنوي لهذا الفرع، لذلك نقول أن وضع هذه التقنية ضمن التأمينات الشخصية هو وضع حد لغرضها الحقيقي الذي أراده مصدر الخطاب.

¹- Alain CERLES, Op.cit, p 43

²- Ordonnance du 23 Mars 2006

³- Marc MIGNOT, Op. cit p 270,271

الفرع الرابع: خطابات النوايا في شكل كفالات مستترة

تعتبر الكفالة نوعاً من أنواع التأمينات الشخصية والتي تعني ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي، فيصبح للدائن بدلاً من مدين واحد مدينان أو أكثر، كلهم مسؤولون عن الدين إما في وقت واحد أو على فترات متفرقة، وبالتالي يضمن الدائن الحصول على حقه كاملاً، وإذا كانت التأمينات الشخصية تقدم فائدة للدائن فهي أيضاً لها فائدة بالنسبة للمدين حيث تمنحه ثقة الدائن فيه، وبغير هذه الثقة لن يحصل على أي إئتمان.

وقد عرفت مختلف التشريعات الكفالة بأنها "عقد بمقتضاه يكفل الشخص تنفيذ إلتزام إلتزم به المدين إذا لم يف به هذا المدين نفسه".

وللكفالة شروط منها الكتابة كشرط إثبات بالرغم من أنها غير ضرورية للإنعقاد، كما أن الكفالة تفرض أن يكون رضا الكفيل صريحاً¹.

وعلى ضوء ما سبق هل يمكن أن ينتج عن مجرد خطاب نوايا كفالة حقيقية بالمعنى الذي قصده القانون؟ ولماذا يلجأ الأطراف إلى خطاب النوايا بدلاً من اللجوء إلى الكفالة المباشرة؟ لذلك سنبين مدى جواز نشوء كفالة حقيقية عن خطاب النوايا (أولاً)، ثم تبين أسباب لجوء الأطراف إلى خطاب النوايا بدلاً من الكفالة (ثانياً).

أولاً: مدى جواز نشوء كفالة حقيقية عن خطاب النوايا

لقد أضاف الفقه المقارن نوعاً رابعاً من أنواع خطابات النوايا، بالإضافة إلى الأنواع الثلاثة السابقة، وهي ما تسمى بخطابات النوايا في شكل كفالات مستترة "Les Cautionnements Déguisés" وتكون هذه الحالة إذا تضمن الخطاب إلتزاماً حقيقياً بالحلول محل الفرع المدين الأصلي في عملية الإئتمان في حال عجز هذا الأخير عن سداد الدين، وقيام الشركة الأم بالوفاء بالدين مكانه².

¹ - مصطفى عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الإئتمان، المرجع السابق، ص 69، 70.

² - خليل فكتور تادرس، المرجع السابق، ص 87.

وبناء على ذلك يرى هؤلاء الفقهاء أن الإلتزام الناشئ عن الكفالة لا يشترط أن يصاغ في شكله الخاص، أي لا يشترط فيه شكلية معينة وذكر كلمة كفيل أو كفالة، وإنما يكفي بطريقة أو بأخرى أن يتعهد الضامن بدفع دين المدين الأصلي وفي حالة عجز هذا الأخير أو إمتناعه عن السداد، أي أن يحل محله في الوفاء إذا لزم الأمر. إذ أن ذلك يشكل في الحقيقة كفالة، حيث أن هذه الأخيرة تعني الإلتزام بدفع دين الغير أي أن يحل الكفيل محل المدين الأصلي وذلك على الرغم من أن الكفالة يجب أن تكون صريحة وفقا لما إشتراطه القانون.

ويصنف البعض أنه ليس من الضروري أن يكون إلتزام من أصدر الخطاب ممثلا في دفع مبلغ من المال، لأن الكفالة يمكن تنفيذها بمقابل.

وبالرغم من أنه لا يشترط في الكفالة أي لفظ خاص يدل على وجودها، إلا أنه يجب على الأقل أن يتعهد من وقّع الخطاب وبعبارات واضحة عن إرادته بجلاء تجاه الدائن، بأنه سيقوم بتنفيذ إلتزام المدين إذا لم يقم هذا الأخير بتنفيذه بنفسه¹.

ومن أهم ما يميز هذا النوع من الخطابات هو أنه لا يتضمن سوى إلتزاما بالحلول محل الفرع في الوفاء على نقيض الأشكال الأخرى، ومنها على سبيل المثال الإلتزام بالوسيلة حيث يأخذ تعهد مصدر الخطاب عدة اشكال كزيادة في رأس مال الفرع، أو الإيداع في الحساب الجاري، أو المشاركة في الإدارة، وغير ذلك من الصور التي قد يتخذها إلتزام الشركة الأم.

ومن هذا المنطلق نرى أن هذا الخطاب هو كفالة غامضة أو مستترة لأسباب ما. ويظل ساريا طالما لم ينقض الإلتزام الأصلي، ومن وجهة نظر البعض أنه في هذه الحالة يكفي الخطاب على أنه إلتزام بنتيجة، وذلك وكما يبدو لصعوبة التمييز بين الإلتزام بنتيجة والكفالة في صيغ خطابات النوايا، إلا إذا تضمن الخطاب تعهدا صريحا بالرد أو بالحلول محل الفرع في الوفاء وعندئذ يكفي التعهد على أنه كفالة، والطبيعي أن الكفالة لا تفترض بل يتعين النص عليها صراحة، فلا تتحقق إلا إذا توافرت لدى الشخص الرغبة الصادقة والحقيقية ككفيل، فرغبة الكفيل

¹ مصطفى عبد الجواد، خطابات النوايا، المرجع السابق، ص74

لابد وأن تصاغ بصورة صريحة ومؤكدة لا يشوبها أدنى غموض أو لبس.¹ وقد إعترفت بعض الأحكام القضائية الفرنسية بإمكانية نشوء كفالة حقيقية عن بعض الخطابات النوايا، وبالتالي تترتب كافة الآثار القانونية المرتبطة بالكفالة.

ومن هذه الأحكام ما قضت به محكمة، باريس بتاريخ 12/01/1996 حيث كيفت خطاب النوايا على أنه شكل كفالة والتزام بنتيجة في نفس الوقت إذا تعهد من وقع الخطاب بإتخاذ كل الوسائل الفورية اللازمة لحسن تنفيذ عقد القرض عند الإقتضاء وفي نفس الإتجاه قضت محكمة "Arras" الابتدائية على أن خطاب النوايا يشكل كفالة حقيقية في حالة تعهد من وقع الخطاب في مواجهة الدائن، بأن لا يكون لدى هذا الأخير أية خوف فيما يخص عملية سداد الكمبيالات الموقعة من جانب المدين لأن مرسل الخطاب يضمن هذا سداد.²

لكن ما يدعو للتساؤل لماذا لا يجأ الأطراف إلى الكفالة مباشرة بدلا من خطابات النوايا في شكل كفالات مقنعة أو مستترة

ثانيا: أسباب لجوء الأطراف إلى خطابات النوايا بدلا من الكفالة

إن الهدف الرئيسي من إطلاق لفظ خطابات النوايا على الكفالات، هو التنصل من القواعد القانونية الملزمة التي تصطبغ بها الكفالة.

وبالرغم من هذا التشابه بين خطابات النوايا المتضمنة إلتزام بنتيجة والكفالة، إلا أنه يظل الفارق بينهما واضحا، فمن جهة أولى فإن الكفالة لا تقترض بل لابد من النص الصراحة، ولا يعني ذلك ضرورة ورود لفظ الكفيل، بل يفهم ذلك من لفظ الحلول محل الفرع أو التعهد في حالة عجز الأخير، كما يمكن للقاضي رد التعهد لطبيعته الحقيقية ولا يمنعه من ذلك أي تسمية يطلقها الأطراف على التعهد، ومن جهة أخرى لا يتحرر الكفيل ولا تبرأ ذمته إلا بالوفاء للدائن، أما في خطاب النوايا المتضمن تحقيق النتيجة، فأمام الشركة الأم العديد من الوسائل التي تستطيع بموجبها الوصول إلى النتيجة المحددة، وأخيرا يلتزم الكفيل بدفع دين الغير المكفول إذا لم يف

¹ - خليل فكتور تادرس، المرجع السابق، ص 89

² - مصطفى عبد الجواد، خطابات النوايا، المرجع السابق، ص 81، 82

الأخير به، فالكفالة تفرض تبعية الدين وبالتالي إمكانية التمسك بكافة الدفع التي يستطيع المكفول أن يتمسك بها، وعندما يوفي الكفيل يحل محل الدائن قانونيا في رجوعه على المدين المكفول، أما في خطاب النوايا فالمصدر يتدخل بإرادته وتربطه علاقات مالية بالفرع كما يعد خطاب النوايا مستقلا عن عقد القرض.

كما أن الخلاف بينهما يبدو واضحا في أن خطابات النوايا المتضمنة لإلتزاما بنتيجة وإن شبهت بالكفالة فهي لضمان دين الغير أما الكفالة فهي الإلتزام بوفاء ودفع دين الغير وليس بضمانه فقط¹

كما أنه هناك أسباب أخرى تجعل الأطراف يفضلون التعامل بخطاب النوايا بدلا من الكفالة، خاصة بالنسبة لمرسل الخطاب الذي عادة يرغب في التهرب من القواعد الصارمة التي تحكم الكفالة. خاصة ما يتعلق بضرورة الحصول على الإذن المسبق من مجلس إدارة الشركة المساهمة قبل إعطاء الكفالة، وكذلك ضرورة ذكر الكفالات في الميزانية السنوية للشركة وسائر القواعد والشروط الأخرى².

غير أنه لا يكون الامر دائما كما يرغب فيه الأطراف، حيث يتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية فيما يتعلق بتكليف الإلتزام، وبالتالي رده إلى الطبيعة الصحيحة وكونه كفالة³ مقنعة أو مستترة وليس خطاب نوايا متضمن إلتزام بوسيلة أو إلتزام بالنتيجة، وبالتالي تسري أحكام الكفالة رغم أن هؤلاء الأطراف قد قصدوا التهرب من تطبيق هذه القواعد.

وبناء عليه فإن اللجوء إلى خطاب النوايا المتضمن كفالة مقنعة (مستترة) بدلا من الكفالة الصريحة، لا يحقق أية ميزة لأطراف الخطاب إذ أن كافة القواعد الخاصة بالكفالة تسري على الخطاب في هذه الحالة، وعلى العكس فإن خطاب النوايا يحق ميزتين في حالة تضمنه إلتزام قانوني بعمل أو بالإمتناع عن العمل سواء أكان هذا الإلتزام بوسيلة أم بالنتيجة، حيث أن خطاب

¹ خليل فكتور تادرس، المرجع السابق، ص 91، 92

² مصطفى عبد الجواد، خطابات النوايا، المرجع السابق، ص 83، 84

³ خليل فكتور تادرس، المرجع السابق، ص 92

النوايا في مثل هذه الحالة أقل إلزاماً من الإلتزام الناشئ عن الكفالة فضلاً من أنه يتيح للملتزم حرية تنفيذ هذا الإلتزام بطرق متعددة¹ وهذا ما يجعل من خطاب النوايا وسيلة متميزة ومفضلة عن الإلتزام الموجود في الكفالة، بإعتبارها أقل صرامة لإعتمادها على إرادة الأفراد في إختيار ما يناسبهم أثناء كتابة خطاب النوايا على عبارات وألفاظ تعكس إرادتهم الحقيقية.

وأخيراً نقول أن هذا الجدل الفقهي الكبير بين الكفالة وخطاب النوايا، قد وضع له المشرع الفرنسي حداً من خلال تصنيف خطاب النوايا ضمن التأمينات الشخصية في المادة 2322 من قانون مدني الفرنسي وهذا بموجب التعديل الحاصل في 23 مارس 2006 وبالتالي إعتبارها ضماناً حقيقياً لكنها تتميز عن الكفالة وتختلف عنها بشكل كبير.

وننتهي في خاتمة عرضنا لخطاب النوايا أنها أداة وتقنية بدأ ظهورها بإرادة أطراف لهم مصلحة في التعامل بها بإعتبارها أداة أقل صرامة من الكفالة، كما أنها تمنح الثقة والأمان للبنك المقرض.

كما أن هناك عدة عوامل أخرى ساهمت في التعامل بها منها ما هو إقتصادي أو ما يرجع إلى عدم كفاية التأمينات التقليدية لسد احتياجات التجارة الدولية، ومنها ما يرجع إلى مصدر الخطاب ذاته ورغبته في تحديد تعهده وإلتزامه، بحيث لا يلتزم إلا في الحدود التي أراد أن يلتزم بها، وهو ما يستبعد وجود نظرة موحدة لخطابات النوايا حيث تعددت أنواعها وإختلفت أحكامها بحسب الألفاظ والعبارات التي يتضمنها كل خطاب، فالعبرة إذن بمضمون الخطاب وليس في التسمية التي يختارها مصدر الخطاب، وهنا يمكن للقاضي في حالة نشوء نزاع أو إختلاف حول مدلول ومقصود صاحب الخطاب أن يتدخل ويكيف الخطاب التكييف المناسب والصحيح فقد يكون إلتزام بالوسيلة أو بالنتيجة، وقد لا يعدو مجرد تعهد شرفي لا يرقى إلى مرتبة الإلتزام القانوني.

وهذا التنوع هو ميزة في حد ذاتها حيث تمنح عدة خيارات لمصدر الخطاب لا تقيد كما هو الحال في الكفالة، حيث نجد أن الكثير من الشركات أصبحت تلجأ له كبديل عن الكفالة، وهذا

¹ - مصطفى عبد الجواد، خطابات النوايا، المرجع السابق، ص ص 84، 85

حتى تقدم الدعم اللازم والكافي لفروعها وتمنحهم الضمان وثقة الغير فيهم خاصة البنوك لأن ما يميز خطابات النوايا هو عامل السرعة وعدم الخضوع للشكليات المفروضة بخصوص الكفالة مما يسهل حصول الفرع على وسائل الإئتمان التي يرغب فيها وتسهل له تطوير أنشطته.

وبما أن النوايا يعود ظهورها وتطورها لإرادة الافراد المتعاملين في المجال الاقتصادي، فإنها تعتبر ذات طبيعة تعاقدية بامتياز حيث يقوم مرسل خطاب النوايا بإرسال إجابة وينتظر قبول المرسل إليه الذي يعبر عن قبوله بكافة الطرق بذلك يجب توافر كل أركان العقد الرضائي من تراضي ومحل وسبب مشروع وأهلية، لكن قد يكون هناك غموض في التعبير المستخدم من كلا الطرفين قد يصل إلى حد التنازع مما يدفع القاضي إلى البحث عن النية المشتركة للطرفين أو يستخدم سلطته التقديرية لتكييف هذا الخطاب، فقد تحمل العبارات المستخدمة إما إلتزام بوسيلة أو إلتزام بنتيجة.

كل هذا يؤدي إلى طرح إشكال حول القيمة القانونية لخطاب النوايا بين التعهد الأدبي والتعهد القانوني، ومدى إمكانية المطالبة بالتعويض نتيجة الاخلال بإحدى هذه الإلتزامات خاصة إذا كان الإلتزام المخل به هو إلتزام بتحقيق نتيجة سينجر عنه مسؤولية مدنية تعاقدية وهذا نتيجة عدم تنفيذ الإلتزام أو التنفيذ السيئ له.

لذلك توصف خطابات النوايا بأنها ضمانات تعويضية وهذه ميزة أخرى تميزها عن الكفالة وغيرها من التعهدات الأخرى.

وبالرغم من الجدل الفقهي الواسع الذي ظهر في الفقه الفرنسي حول القيمة القانونية للإلتزام بوسيلة واعتبار البعض من الفقهاء أنها أقل قيمة من الإلتزام بالنتيجة، إلا أن المشرع الفرنسي قد نزع هذا الجدل بضمه خطاب النوايا ضمن قسم التأمينات الشخصية من القانون المدني الفرنسي وبالتالي إعتبر أن كل الخطابات مهما كان نوعها عبارة عن ضمانات حقيقية ورغم هذا فقد رأى الكثير أنه من الأفضل لو لم يخرج خطاب النوايا من إطاره العرفي وعدم إدماجه ضمن التأمينات حتى لا يفقد الغرض الحقيقي من وراء ظهور وتداوله، حتى أن بعض الفقه إعتبر أن وضع

خطاب النوايا ضمن قواعد القانون المدني هو شهادة وفاة خطاب النوايا لأن هذا سيقيد المتعاملين به ويفقد بالتالي ميزته الحقيقية، لكن هذا الرأي وفي إعتقادنا مبالغ فيه.

حيث وبالرغم من صرامة المادة 2322 قانون المدني الفرنسي والذي قد يبعث الطمأنينة في مستلم الخطاب، إلا أنها تبقى أقل صرامة من الكفالة، وإجراء تقنينها ما جاء إلا حماية للدائنين من التلاعبات أو الفرار من المسؤولية. خاصة إذا كان خطاب النوايا ذو قيمة قانونية وليس معنوية فقط أو مجرد تعهد شرفي، لذلك يجب أن تكون صياغته بطريقة محكمة بعيدا عن الغموض واللبس، ومن الأحسن تحريرها من أشخاص ذوي خبرة.

إضافة إلى ذلك من مصلحة الدائن أن يشترط خطابات نوايا ينشأ عنها إلتزام قانوني والابتعاد عن التعهدات الأدبية.

وأخيرا ننوه بضرورة الإهتمام التشريعي بهذا النوع من الخطابات سواء كان ذلك بعمل دولي كالاتفاقيات مثلا أو عن طريق التشريع الداخلي لكل دولة، خاصة في الجزائر التي تبقى فيها هذه الأداة غامضة عند الكثير وغير معروفة، فالتشريع يساعد على التعريف بها وانتشار التعامل بها ويجب عند تشريعها الأخذ بعين الإعتبار التشريعات الدولية الأخرى التي سبقتنا بخصوص خطابات النوايا الصادرة عن الشركة الأم لحساب أحد فروعها.

الفصل الثاني

استعمال الملكية كوسيلة للضمان

إن التطور الإقتصادي الكبير والمتسارع في عصرنا الحالي أدى إلى تزايد حجم المبادلات التجارية بين الأشخاص سواء الطبيعية أو المعنوية، فالحاجة الماسة إلى منتجات جديدة أدى إلى تطوير أساليب البيع والشراء لأن شراء أدوات وتجهيزات ضخمة، أو مساحات شاسعة من العقارات يتطلب سيولة مالية لا يستهان بها، وطبعاً من الصعب على أي شخص تقديم هكذا مبالغ بصورة فورية.

فظهرت طرق جديدة للبيع، مثل البيع بالتقسيط، البيع مع الإحتفاظ بالملكية، ونقل الملكية على سبيل الضمان، والإعتماد الإيجاري والبيع الإيجاري، وكذلك الإيجار المقترن بوعده بالبيع... وغيرها من الأساليب المبتكرة من قبل الأفراد والتي تحقق رغبات طالبي هذه الوسائل وكذلك تعطي ضمانات متنوعة لمقدميها، وهذا على أساس أن الضمانات الشخصية والعينية التقليدية ثبت عدم نجاعتها وعدم كفايتها وضعف مواكبتها للتطورات الحديثة.

لذلك فقد إتجهت إرادة الأفراد إلى تطوير هذه الضمانات التقليدية وإستخدامها بطرق مختلفة تتماشى مع التطور السريع للمعاملات الإقتصادية، فظهرت إستخدامات جديدة للملكية، هذه الأخيرة لم تعد تنحصر في الحق على القيمة أو في حق الإنتفاع بالمزايا الإقتصادية للشيء، وإنما أصبحت الملكية تلعب دورها كضمان.¹

وذلك بالرغم من صعوبة تقبل ذلك للوهلة الأولى، وهذا لسببين: الأول على أساس أن التأمينات العينية المذكورة واردة على سبيل الحصر، وبالتالي لا تأمين عيني دون نص وخاصة لا يوجد أي نص يجعل من الملكية تأميناً عينياً، والسبب الثاني: هو تعارض طبيعة حق الملكية كحق عيني أصلي مع إستخدامه كحق عيني تبعي.

ورغم كل هذا لم يمنع الإرادة من توظيف الإحتفاظ بالملكية أو نقل الملكية لتحقيق نوع من الضمان يفوق في فعاليته التأمينات العينية التقليدية، وهكذا لم تعد الملكية غاية في ذاتها، وإنما أصبحت في هذا الصدد وسيلة لتحقيق غاية أخرى وهي الضمان.²

1 - نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص12.

2 - نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، المرجع السابق، ص167.

والضمانات المبينة على أساس الملكية كثيرة ومتنوعة حيث نجد ما يعرف بنقل مؤقت - للملكية عن طريق إما بيع مع شرط الإسترداد والذي نصت عليه المادة 1659 قانون مدني فرنسي وهو بيع يحتفظ البائع من خلاله على إعادة الثمن الرئيسي والتعويض (المادة 1673 ق م فرنسي) لكن هذا الإجراء لا يجب أن يتجاوز خمس سنوات وإذا إستعملت هذه التقنية كضمان فإن الثمن هو في الواقع قرض.

ومن أهم إيجابيات هذه التقنية أن الدائن لا يتأثر في حالة الإفلاس والتصفية القضائية للمدين، فيخرج الدائن من سباق الدائنين على ممتلكات المدين ويبقى الدائن مالكا تاما،¹ أما الطريقة الثانية للنقل المؤقت للملكية فهو ما يعرف بعقد الإستيثاق أو التصرف الإئتماني ويسميه البعض بنقل الملكية على سبيل الضمان² la fiducie³.

إضافة إلى ذلك نجد أن من بين الضمانات المبنية على الملكية هو شرط الإحتفاظ بالملكية كضمان، والإيجاري التمويلي والبيع الإيجاري والإيجار المقترن بأجل، ولكن لصعوبة حصرها وإحتوائها جميعا إرتأينا إختيار تسليط الضوء على نوعين منها والتي تمنح أفضلية وضمانة أكثر للدائن وهي شرط الإحتفاظ بالملكية كضمان (مبحث أول) والإيجار التمويلي أو ما يسمى بالإعتماد الإيجاري (مبحث ثاني).

¹ - Stéphane PIEDEIIEVRE, Droit Des Suretés, Edition Ellipses, Paris, 2008, p213.

² - نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، المرجع السابق، ص 114.

³ - Stéphane PIEDEIIEVRE, Op. Cit, p213.

المبحث الأول: شرط الإحتفاظ بالملكية كضمان

الأصل في عقد البيع أنه من العقود الفورية والناقلة للملكية، حيث يتم نقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري وتنفيذ العقد، في مقابل ثمن متفق عليه وهذا بعد إبرام العقد مباشرة، غير أن متطلبات المعاملات المالية وخاصة الصناعية والتجارية الضخمة قد تضطر المشتري إلى تأجيل الوفاء بكل أو ببعض الثمن، وهذا يضيف على البيع صفة إئتمانية، قد تخفي مخاطر وآثار وخيمة على حق البائع في الثمن، فيلجأ هذا الأخير إلى أساليب وتقنيات تحفظ له حقه في الثمن على الشيء المبيع وتقيه من مخاطر قد يتعرض لها المشتري كالإعسار والإفلاس، ومن بين هذه التقنيات إشتراط الإحتفاظ بالملكية كضمانة إتفاقية وهذا إضافة إلى ما يمنحه القانون من ضمانات أخرى.

لذلك سنبحث في هذه التقنية المستحدثة التي دأبت إرادة الأفراد على إستخدامها كضمان، وهذا من خلال إبراز ماهية شرط الإحتفاظ بالملكية (مطلب أول) ثم آثار شرط الإحتفاظ بالملكية (مطلب ثاني).

المطلب الأول: ماهية شرط الإحتفاظ بالملكية

إن إستعمال الملكية كضمان ماهي إلا صورة تعبر عن مدى حرية الأفراد التعاقدية وعلى أن العقد فعلا هو شريعة للمتعاقدين، لأن هذا الإستعمال للملكية لم تنظمه لا القوانين ولا الأنظمة، وإنما إرادة الأفراد هي التي إتجهت نحو ذلك، على إعتبار أن الملكية في الأصل هي غاية يطمح للوصول إليها كل شخص.

لكن مع تطور فكرة الضمان وعدم حصرها في التأمينات الشخصية والعينية التقليدية، ظهر إستخدام الملكية كضمان، عن طريق وضع شرط الإحتفاظ بالملكية من طرف البائع إلى حين سداد كل الثمن من طرف المشتري، وتبعاً لهذا الشرط يصبح لحق الملكية دور تأميني تفوق فعاليته فعالية التأمينات العينية، لأن الملكية لم تعد غاية في حد ذاتها وإنما تطور إستخدامها لتصبح وسيلة لتحقيق غاية أخرى.

وللتعرف بصورة أوضح على فكرة شرط الإحتفاظ بالملكية كضمان نقف على بعض المفاهيم التي إجتهد فقهاء القانون في وضعها (فرع أول)، ثم نبين الطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية (فرع ثاني).

الفرع الأول: مفهوم شرط الإحتفاظ بالملكية.

تقتضي القواعد العامة إنتقال ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد إبرام العقد، وينشئ البيع إلتزاما على عاتق البائع بنقل الملكية إلى المشتري، وينفذ هذا الإلتزام بمجرد إبرام العقد وبقوة القانون إذا كان البيع واردا على منقول معين بالذات ويعلق تنفيذ هذا الإلتزام على الإفرز بالنسبة للمنقول المعين بالنوع والتسجيل بالنسبة للعقار. ويتم تنفيذ الإلتزام بغض النظر عن تنفيذ المشتري لإلتزامه بدفع الثمن، فتخلف المشتري عن الوفاء بالثمن الواجب الأداء فورا لا يمنع إنتقال ملكية المبيع ولو لم يتم تسليمه، لذلك وبما أن نقل ملكية المبيع ليس من النظام العام فمن حق طرفي العقد الاتفاق على إرجاء نقل الملكية إلى أجل محدد وإبقائها للبائع وعدم إنتقالها للمشتري إلا بعد سداد كامل الثمن.¹

وهنا يلعب شرط الإحتفاظ بالملكية دورا تأمينيا هاما لإستيفاء ثمن المبيع، ويكون البيع في هذا الفرض إئتمانيا بالنسبة لكلا الطرفين فالبايع يأتمن المشتري على الثمن، ويأتمن المشتري البائع على الملكية.

وإذا كان هذا هو الدور التأميني الجديد للملكية فما المقصود بشرط الإحتفاظ بالملكية تحديدا (أولا) وإذا كان هذا الشرط قد وضع لمصلحة البائع ما موقف المشتري؟ وبالتالي يجب توضيح مدى مشروعية هذا الشرط (ثانيا) ومجاله (ثالثا) هل يقتصر على المنقولات فقط أو يشمل العقارات أيضا؟.

أولا: تعريف شرط الإحتفاظ بالملكية

يعرف البعض شرط الإحتفاظ بالملكية بأنه: الشرط الذي إعتاد البائعون بالتنقيط على وضعه في عقد البيع، ويحتفظ البائع بمقتضاه بملكية البيع لحين الوفاء بالثمن بأكمله.²

¹ - محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجيدة، مصر، 2007، ص24.

² - حمزة شرابين، الملكية كوسيلة لدعم الإئتمان، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص86.

كما يعرفه البعض الآخر بأنه: إتفاق بمقتضاه يحتفظ البائع بملكية الشيء المبيع، ولو تم تسليمه، إلى أن يستوفي كامل الثمن.¹

ويعرفه البعض الآخر بأنه: إتفاق بموجبه يعلق الأثر الناقل للملكية في العقد إلى غاية الوفاء التام بالإلتزام الذي يمثل المقابل وفي الغالب فإن هذا العقد هو عقد بيع، ولكن يمكن أن يكون أي عقد آخر بعوض له أثر ناقل للملكية ولا سيما عقد الشركة.²

وقد نصت المادة 363 ق م ج على صحة هذا النوع من الإتفاقات حيث ورد فيها: "إذا كان ثمن البيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع.

فإذا كان الثمن يدفع أقساطا جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءا منه على سبيل التعويض في حالة ما إذا وقع فسخ البيع بسبب عدم إستيفاء جميع الأقساط، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف أن يحفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة 184.

وإذا وفي المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه تملك الشيء المبيع من يوم البيع.

تسري أحكام الفقرات الثلاثة السابقة حتى ولو أعطى المتعاقدان للبيع صفة الإيجار.³

ومن خلال ما تقدم نلاحظ أن لشرط الإحتفاظ بالملكية عدة خصائص أهمها:

1- أنه إتفاق جوازي بين أطراف العقد منوط بإرادتهما في البيع آجل الثمن، وهذا ما إستخلص من نص المادة 363 ق م ج سابقة الذكر.

2- أن شرط الإحتفاظ بالملكية هو إتفاق صحيح وغير مخالف للقواعد العامة، حيث أن إنتقال الملكية لحظة إنعقاد البيع ليس من مستلزماته، وقد أقرته القوانين كافة لما يحققه من مصالح مشروعة.

3- أنه غير قابل للتجزئة، حيث أن إحتفاظ البائع بالملكية يضمن ثمن المبيع كاملا، فلا يستطيع المشتري التخلص منه إذا دفع معظم الأقساط، حيث أنه يسري بآثاره حتى آخر قسط من الثمن،

¹ - نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، المرجع السابق، ص14.

² - Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Droit Civil, Les Suretés, La Publicité Foncière, 5^e Edition, Defrénois, Lextenso Edition, Paris, 2011, p377.

³ - ويقابل هذه المادة ، المواد 1/430 قانون مدني مصري والمادة 455 قانون مدني ألماني، والمادتان 1583 و 1138 من القانون المدني الفرنسي، راجع في هذا الصدد نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، المرجع السابق، ص169.

كما أن الملكية لا تنتقل مجزئة بعدد الأقساط فلا يستطيع البائع تملك نصف المبيع إذا دفع نصف الثمن.¹

وبالتالي نلاحظ أن أغلب التشريعات تربط نقل الملكية بإتمام عملية البيع.²

ثانيا: مشروعية شرط الإحتفاظ بالملكية

إن مشروعية شرط الإحتفاظ بالملكية لم تعد محل نقاش وجدال بين الفقهاء في العصر الحديث، وفي القانون المعاصر ويرجع سبب تردد البعض في تقبله والشك في مدى صحته إلى أن هذا الشرط يترتب عليه وجود المال في يد من لا يملكه، فيظل بذلك الغير يعتقد أنه مالك ويتعامل معه على هذا الأساس بينما هو غير مالك.

ولعل أهم أسباب هذا الإعتراض على شرط الإحتفاظ بالملكية أيضا، يرجع إلى ما جاء في الفقه الإسلامي حيث توصل بعض الفقه إلى منافية الشرط لمقتضى عقد البيع الذي من شأنه عند إنعقاده مستوفيا شروط صحته ونفاذه ولزومه، أن ينتقل الملك في الحال من البائع إلى المشتري.³

وحقيقة الأمر أن الفقه الإسلامي يميز بين أمرين

الأول: إشتراط البائع عدم تصرف المشتري في المبيع مطلقا.

والثاني: إشتراط البائع عدم تصرف المشتري في المبيع حتى يعطي الثمن المؤجل.

فالشرط في الحالة الأولى مخالف لمقتضى العقد بإجماع الفقهاء ويقع باطلا.

أما في الحالة الثانية فالقاعدة أنه إذا ورد الشرط لسبب مشروع كضمان الوفاء بالثمن وقع صحيحا، وقد أجازت التشريعات المدنية⁴ صراحة الشرط المذكور حيث يجوز للبائع أن يجعل نقل الملكية للمشتري موقوفا على إستيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع.

وقد إستقر شرط الإحتفاظ بالملكية في القوانين المعاصرة نظرا لما يحققه من مصالح إقتصادية مشروعة من جهة، ولعدم مخالفته للنظام العام من جهة أخرى، ذلك أنه من المقرر جواز

¹ - هادي حسين عبد علي الكعبي، إحتفاظ البائع بملكية المبيع، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2011، ص33.

² - Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Op. Cit, p378.

³ - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 306.

⁴ - المادة 363 ق م ج.

الإتفاق على تعليق إنتقال الملكية على شرط معين أو تأجيل هذا الإنتقال لأجل محدد حيث أن تحديد وقت إنتقال الملكية بالعقد أمر لا يتعلق بالنظام العام.¹

ثالثاً: مجال شرط الإحتفاظ بالملكية

إن شرط الإحتفاظ بالملكية عام التطبيق يمكن اللجوء إليه في كل من بيع المنقولات والعقارات، ويكمن المجال الغالب للشرط في بيع المنقولات المادية بالتقسيت حيث تنتقل ملكيتها إلى المشتري بمجرد العقد ولو لم يتم دفع الثمن، لذا يحرص البائع على إرجاء هذا الأثر ضامناً لإستيفاء حقه.

ويختلف الأمر بالنسبة للعقار حيث يستطيع البائع الوصول إلى نفس النتيجة من خلال الإمتناع عن القيام بالإجراءات اللازمة لتسجيل البيع ذلك أن التسجيل إجراء لا غنى عنه لنقل ملكية العقار، وغالبا ما يتم الإتفاق بين المتبايعين على إرجاء التسجيل إلى حين الإنتهاء من سداد الثمن.

وهذا الإتفاق ضروري لتقوية مركز البائع في مواجهة المشتري الممتنع عن دفع الثمن حيث لا يمكن لهذا الأخير أن يلجأ لدعوى صحة ونفاذ عقد البيع، لأن شرط قبول هذه الدعوى هو أن يكون إلتزام البائع نفسه نافذاً، وألا يكون محققاً في إمتناعه عن التنفيذ.

كما أن البائع يستطيع ولو لم يوجد إتفاق على تعليق التسجيل على سداد الثمن، التمسك بجميع الدفوع التي تتعارض مع طلب المشتري إثبات صحة ونفاذ البيع بما في ذلك التمسك بعدم التنفيذ يخضع في حالة عدم وجود إتفاق كما هو معلوم لمبدأ وجوب مراعاة حسن النية في التنفيذ. ومن تم لا يجوز التمسك بهذا الدفع في حالة ما إذا كان ما لم يتم تنفيذه من الإلتزام المقابل قليل الأهمية بالنسبة لما نفذ منه، وعلى ذلك إذا لم يكن هناك إتفاق صريح على ربط التسجيل بالإنتهاء من دفع كل الثمن أو إتفاق على شرط الإحتفاظ بالملكية، فإن البائع لا يستطيع الإمتناع عن إتمام إجراءات التسجيل في حالة ما إذا كان الجزء المتبقي من الثمن قليل الأهمية بالنسبة للجزء المدفوع منه.²

1 - محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، المرجع السابق، ص28.

2 - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص307.

كما يجب التريث قبل اللجوء إلى شرط الإحتفاظ بالملكية في بيع المنقولات المُعينة بالنوع ذلك أن ملكية تلك المنقولات لا تنتقل إلى المشتري بمجرد إبرام العقد بل يلزم الإفراز، وغالبا ما يعلق البائع ذلك الإجراء على إستيفاء حقوقه، ويفرض قيام البائع بإفراز المبيع وتسليمه قبل قبض كل الثمن، فإنه يلجأ إلى وسائل أخرى لضمان حقه دون شرط الإحتفاظ بالملكية الذي لا يتفق غالبا وطبيعة هذه المنقولات نظرا لتماثل وحدثها وإمكان الحصول عليها دائما من الأسواق وهي غالبا ما تكون أشياء قابلة للإستهلاك ينحصر إستعمالها بحسب ما أعدت له، في إستهلاكها ماديا أو قانونيا، كالطعام والوقود والحبوب...إلخ. ومن تم يتناف شرط الإحتفاظ بالملكية مع الغرض الذي من أجله حصل عليها المشتري.

كما يرد شرط الإحتفاظ بالملكية أيضا في الحقوق الذهنية، كحق المؤلف والملكية الفنية والصناعية، كمن يبيع الحق في براءة الإختراع مع الإحتفاظ بملكيته لضمان إستيفاء حقه، ولعل أهم مثال على هذا يتمثل في بيع المحل التجاري، وهو منقول معنوي مع الإحتفاظ بملكيته، وينبغي ملاحظة الأحكام الخاصة لنقل الحقوق المعنوية حيث يتطلب القانون إجراءات معينة لهذا الإنتقال. ويعد تأخير إتمام إجراءات نقل الحق المعنوي الضمانة الكافية للبائع لإستيفاء حقوقه قبل المشتري، مما يغنيه عن شرط الإحتفاظ بالملكية الذي يقل وجوده في هذا النوع من البيوع. ومن خلال ما سبق يتضح أن المجال الخصب لشرط الإحتفاظ بالملكية هو بيع المنقول المعين بالذات.¹

الفرع الثاني: شروط وجود الإحتفاظ بالملكية

ينتضمن شرط الإحتفاظ بالملكية شروطا موضوعية وأخرى شكلية وتتمثل فيما يلي:

أولا: الشروط الموضوعية

إن موضوع شرط الإحتفاظ بالملكية ذو طابع رضائي بمعنى يخضع لمبدأ سلطان الإرادة، أي تطابق إرادة البائع مع إرادة المشتري، لذلك يجب أن يتم النص عليه من طرف البائع بشكل واضح وجلي ليتمكن المشتري من قبوله مع الإطلاع التام عليه.²

¹ - محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، المرجع السابق، ص 30، 31.

² - Marc MIGNOT, Op. cit, p655.

وفي مسعى لتخفيف الشكلية القانونية قررت محكمة النقض الفرنسية تبعا للعديد من الأحكام أنه ليس ضروريا أن يكون البند (شرط الإحتفاظ بالملكية) قد تم قبوله رسميا من طرف المشتري، إذ أن عدم الإعتراض من هذا الأخير مع معرفته بالشرط، له قيمة القبول مهما كان نوع الوثيقة (فاتورة، سند تسليم....)¹

ويجب أن يظهر البائع هذه الوثائق قبل التسليم أي قبل تنفيذ العقد.²

أما إذا غاب الاتفاق بين الطرفين حول بند الإحتفاظ بالملكية وكان موضوعا فقط من طرف البائع ويريد فرضه على المشتري، فلن يكون له أي جدوى.

إذن يجب لصحة هذا الشرط أن يكون موجودا على أقصى تقدير عند التسليم، ولا تهم طريقة الكتابة، لكن ضروري أن تتم صياغة البند بحروف واضحة ومقروءة وبألفاظ واضحة ومحددة، ومن جهة أخرى بالنسبة للمشتري ليس بالضرورة أن يكون قبوله صريحا فيكفي الموافقة الضمنية بعدم الإعتراض مثلا³، وقد قضت في ذلك محكمة النقض الفرنسية من خلال قرار 11 ماي 1984.⁴

أما في التشريع الجزائري، وبإعتباره لم ينظم موضوع شرط الإحتفاظ بالملكية وفق قواعد خاصة فيجب الرجوع إلى القواعد العامة كالمادة 363 و المادة 68 من قانون المدني الجزائري هذه الأخيرة التي أخذت بالتعبير الضمني وأعدت به في بعض العقود حيث أشارت إلى الحالات التي يعتبر فيها سكوت المشتري قبولا ضمنيا، حيث جاء فيها: "إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في الوقت المناسب ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب يتعامل سابق بين المتعاقدين أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".

فوفقا للنص يمكن تفسير سكوت المشتري على أنه قبول في حالتين:

¹ - Cass. Com, 19 févr, 1985, sté Iso, bull. civ ,IV N° 68.

² - Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Op. Cit, p379.

³ - Gaël PIETTE, Droit Des Sûretés: Sûretés Personnelles, Sûretés réelle, 2° Edition, , Gualino éditeur, paris, 2007, p191.

⁴- Cass. Com. 11Mai 1984, Bull. Civ IV N°154

- **الحالة الأولى:** وجود علاقات سابقة بين البائع والمشتري، إلا أن مجرد وجود معاملات سابقة بين الأطراف لا يؤدي بالضرورة إلى حتمية اعتبار السكوت قبولا. وإنما الأمر يتوقف على تقدير ظروف كل حالة.

-**الحالة الثانية:** إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف أو غير ذلك من الظروف تقضي بأن هذا السكوت يقوم مقام القبول، فهنا يمكن إستنتاج قبول المشتري رغم سكوته، من ظروف التعاقد ذاته ولو لم تكن هناك معاملة سابقة بين البائع والمشتري. لكن تجدر الإشارة إلى أن موافقة المشتري في البيوع بالتقسيط ليست محل اعتبار غالبا لأن حاجة المشتري للمبيع قد يفرض عليه الإقبال على هذا النوع من البيوع¹

ثانيا الشروط الشكلية:

لقد أكدت المادة 2368 من القانون المدني الفرنسي على كتابة بند الشرط الاحتفاظ بالملكية² لكن التساؤل الذي يطرح ما الغاية من الكتابة هل هي شرط للصحة أم في الحجية؟ إن قانون الإجراءات الجماعية الفرنسي يشترط هو كذلك أن يكون بند الإحتفاظ بالملكية موضحا في شكل كتابي، ومن دون ذلك لا يملك هذا الشرط الحجية لدى جماعة الدائنين الآخرين للمشتري.³ إذن فالكتابة هنا ليست شرطا للصحة وإنما هي شرط للحجية (المادة 16-624) فقرة 02 من قانون التجارة الفرنسي⁴.

إن قاعدة الكتابة والمفروضة مند قانون 12 ماي 1980، ليست قاعدة تتطلب الإشهار بل أبعد من ذلك نجد أن المشرع الفرنسي ومن خلال التشريعات اللاحقة لقانون 12 ماي 1980 كان يسعى إلى تخفيف وتبسيط الاجراءات الشكلية، حيث وبمناسبة الإصلاحات التي أجريت على قانون الإجراءات الجماعية عن طريق قانون 10 جوان 1994 وبموجب المادة 6-624 L فقرة 2

¹ - حمزة شراين، المرجع السابق ص ص 89، 90

² - Marc MIGNOT, Op. cit, p656.

³ - Gaël PIETTE, Droit Des Sûretés, Op. Cit, p 191

⁴ - القانون التجاري الفرنسي.

قانون تجاري، أكدت أنه في الظروف العامة للبيع يمكن للطرفين تجنب إعادة الشكل الصريح لبند الإحتفاظ بالملكية في كل عملية بيع مثلما كان يفرضه الفقه سابقا.

إذن يتضح من هنا في حالة التعامل السابق بين الطرفين لا يشترط إعادة التعبير الصريح في كل تعامل¹.

بل وذهب التشريع الفرنسي أكثر من هذا من خلال قانون 1 جويلية 1996 حيث كسر الرأي الفقهي الذي كان يفرض أن يتم النص صراحة على الأقل على بند الإحتفاظ بالملكية، حيث كان سابقا يفرض أن يكون البند محل اتفاق بين البائع والمشتري، إضافة إلى عدم تطبيق الشرط في حالة وجود بنود متناقضة في العقد بمعنى في حالة تناقض بين الشروط العامة للبيع تنص على الإحتفاظ بالملكية وشروط أخرى ترفضه. حيث وبإصلاح قانون التأمينات وكذلك تعديل القانوني التجاري الفرنسي في المادة 16-624 والتي كانت 122-621 لا يمكن للمشتري الهروب من تطبيق البند إلا من خلال اتفاق صريح بين إرادة البائع وإرادة المشتري على إستبعاد بند الإحتفاظ بالملكية خاصة في حالة تعرضه للإفلاس².

والملاحظ أن الأمر المؤرخ في 23 مارس 2006 الخاص بالتأمينات لاسيما شرط الأحتفاظ بالملكية قد أنهى مشكلة التضارب بين الآراء حول إمكانية النص من طرف واحد بشرط الإحتفاظ بالملكية وهو البائع. حيث وضع حدا لهذه الإمكانية³ وهذا من خلال نص المادة 2368.

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية:

إن مسألة تحديد الطبيعة القانونية لاحتفاظ البائع بملكية المبيع، تحظى بأهمية عملية وعلمية كبيرة وتترتب عليها جملة من الآثار القانونية التي تختلف بأحكامها تبعا لاعتبار الإحتفاظ بالملكية شرطا واقفا أو إعتباره فاسحا (أولا) كما يثار التساؤل كذلك حول مدى إعتباره شرط الإحتفاظ بالملكية أجلا (ثانيا).

1- Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Op. Cit, p379.

2- Ibid. p379.

3- Ibid. p379.

أولاً: الإحتفاظ بالملكية عبارة عن شرط

لقد تضاربت الآراء الفقهية حول طبيعة شرط الإحتفاظ بالملكية، حيث هناك اتجاه اعتبره شرط واقف والبعض الآخر يرى أنه شرط فاسخ.

وبطبيعة الحال فإن هناك نتائج عملية مختلفة تترتب على الأخذ بأحد التكييفين، فإذا كان شرط الإحتفاظ بالملكية شرطاً فاسخاً فإن المشتري يصبح في الحال مالكا للبضائع ملكية تامة، لكنها مهددة بالزوال حيث أنه لو لم يتم الوفاء بالثمن يصبح البائع مالكا لهذه البضاعة مرة أخرى. ففي هذه الحالة يوجد نقل للملكية ثم إعادة لنقل هذه الملكية. وإذا أخذنا بمنطق الأثر الرجعي للشرط فإنه عند تحقق الشرط الفاسخ، يعتبر البائع الذي لم يستوف في النهاية الثمن كأنه لم تنزل عنه ملكية الشيء المبيع نهائياً، وبالتالي يتحمل تبعة الهلاك.

أما إذا كان شرط الإحتفاظ بالملكية شرطاً واقفاً فإن المشتري لا يصبح مالكا للبضاعة، إلا بعد الوفاء الفعلي بكامل الثمن¹.

فالفارق الأساسي بين التكييفين يتمثل في المركز القانوني للمشتري إلى أن يتم الوفاء بالثمن ففي الفرض الأول نجد أن المشتري يصبح مالكا ملكية تامة للشيء المبيع، بالرغم من أن حقه مهدداً بالزوال، وبالتالي يستطيع أن يتصرف فيه بنفس هذا الوصف أما إذا كان شرط الإحتفاظ بالملكية شرطاً واقفاً كما هو الحال في الفرض الثاني، فإنه ليس للمشتري إلا حق إحتمالي، لذلك يكون من الصعوبة تحديد السلطات التي يباشرها المشتري على البضاعة المبيعة والمسلمة له. فالمشتري محرز لهذه البضاعة دون أن يكون مالكا لها ولا حائزاً لها، لأنه ليس لديه نية التملك أي إعتقاده بحسن نية أنه مالك².

إن الطبيعة القانونية للاحتفاظ بالملكية بقيت ولمدة طويلة محل جدل فقهي وقضائي حول ما إذا كان ذو مفعول واقف على دفع الثمن أو شرط فاسخ أو حتى أجل³، حيث أنه وقبل صدور القانون الفرنسي المؤرخ في 12 ماي 1980 المسمى بقانون "DUBANCHET" والذي عدل

¹ - نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، المرجع السابق ص 27

² - المرجع نفسه ص 28

³ - Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Op. Cit p382

المادة 65 من قانون 13 جويلية 1967 كان شرط الإحتفاظ بالملكية عديم الأهمية عندما يكون المدين مفلسا، لأن باقي الدائنين يمكنهم التمسك بالملائمة الظاهرة للمدين، أي قدرته على الدفع¹ إن فالفقه والقانون الفرنسي قبل تاريخ 1980 ولمدة طويلة اعتبروا أن شرط الاحتفاظ بالملكية دون حجية في مواجهة الغير، فالملاحظ هنا أنه لطالما إرتبط تاريخ بند الاحتفاظ بالملكية ارتباطا وثيقا بتاريخ الإفلاس².

ومع ذلك فقد تناولته أحكام القضاء في عدة مناسبات حيث أن بعض الأحكام اعتبرته شرطا واقفا يرد على العقد كله، وبعض الأحكام الأخرى قربت شرط الإحتفاظ بالملكية من الشرط الفاسخ دون أن تصل إلى حد تشبيهه بنظامه القانوني بهذا الأخير³.

لكن حكم محكمة Colamar صدر في 14 أكتوبر 1977 وفي قضية Mecarex قد تم نقضه من الدائرة التجارية لمحكمة النقض في 29 نوفمبر 1979 وقد قررت محكمة النقض أن محكمة الاستئناف قد مسخت شرط الإحتفاظ بالملكية والذي كان ينص وبطريقة واضحة ومحددة على أن نقل الملكية سيكون موقوفا حتى الوفاء بكامل الثمن⁴، لكن بعد صدور قانون 12 ماي 1980 إتجه القضاء إلى تكييف شرط الإحتفاظ بالملكية على أنه شرط واقف كما جعل شرط الإحتفاظ بالملكية قابلا للاحتجاج به لدى الدائنين الآخرين في حالة الإفلاس.

ثم جاء القانون 25 جانفي 1985 خاصة المادة 121 منه الذي أعادة في المجمل تدابير قانون 1980 حيث أكد على أن العقارات التي تباع مع بند الاحتفاظ بالملكية يمكن المطالبة بها في حالة فتح اجراء جماعي تجاه المدين، لكن هذه المطالبة يمكن توقيفها عن طريق تحديد آجال محددة لدفع الثمن من طرف وكيل التفلسة. (المادة 16 - L624 قانون التجارة الفرنسي)، لكن

¹- Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Op. Cit, p378

²- Marc MIGNOT, Op. cit, p651

³- نبيل ابراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان المرجع السابق ص 29 نقلا عن الأحكام القضائية الفرنسية التالية:

-V. Req21 Juillet 1897 .

-V.Taulous 19 oct 1960.

-Cass. Civ 28 mars 1934 et 22 oct 1934.

⁴- نبيل ابراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان المرجع السابق ص 29

هذا بشرط أن يكون الدائن قد قدم موافقته بتقديم تلك الآجال¹ وتجدر الإشارة على أنه ابتداء من صدور قانون 12 ماي 1980 أصبح يعتبر شرط الاحتفاظ بالملكية اتفاق بموجبه يُعلق الاثر الناقل للملكية في العقد إلى حين الوفاء التام بكامل الثمن.² وبالتالي نجد أن المشرع الفرنسي قد كيّف الشرط على أنه شرط واقف وليس شرط فاسخ، كما أصبح هذا الشرط ومنذ صدور هذا القانون نافدا في حق جماعة الدائنين ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن يدخل الشيء المبيع الذي توقفت ملكيته على تحقيق الشرط في الضمان العام لهؤلاء الدائنين، بل أن الأفضلية للبائع الدائن في إسترداد الشيء إذا عجز المشتري عن دفع كل الثمن دون تجزأة.

ونخلص من كل ما تقدم ان فائدة قانون 12 ماي 1980 قد انحصرت في طائفة الشروط التي توقف نقل الملكية مع إستبعاد الشروط الفاسخة في حال عدم الوفاء بالثمن، ويترتب على هذا التكييف أن تبعة هلاك الشيء المبيع تظل على عاتق البائع لأنه مازال المالك لهذا الشيء. لكن هذه القاعدة مجرد قاعدة مكملة إذ يمكن الاتفاق على مخالفتها من طرف الأطراف لذلك من الاحسن الإفصاح عن إرادة مخالفة³. لذلك نجد أن البائعين حريصين على اشتراط أن تبعة الهلاك تقع على عاتق المشتري في الحال أو على الأكثر منذ التسليم. وهذا ما اتجه إليه القانون المصري⁴.

وفي الحقيقة إن الأخذ بفكرة الشرط بالمعنى الفني الدقيق فاسخا كان أو واقفا، يثير إعتراضا جوهريا يتمثل في عدم إمكانية صياغة تنفيذ الالتزام الرئيسي للمشتري في صورة شرط بالمعنى الفني للكلمة فالشرط في الواقع يعتبر واقعة خارجة عن ارادة الاطراف بينما يتوقف تنفيذ العقد وخاصة دفع الثمن على إرادة المشتري في حالة التنفيذ الجبري، أي أن الأمر يتوقف على إرادة الطرفين⁵.

¹- Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Op. Cit, p378

²- IBid p 377

³- نبيل ابراهيم سعد، الضمانات غير مسماة في القانون الخاص المرجع السابق ص186

⁴- نبيل ابراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان المرجع السابق ص 32

⁵- حمزة شراين، المرجع السابق ص 92

ثانياً: شرط الاحتفاظ بالملكية عبارة عن أجل

إن الفائدة العملية للتفرقة بين الشرط والأجل تكمن بطبيعة الحال في الأثر الرجعي للشرط، فإذا كان شرط الاحتفاظ بالملكية شرطاً واقفاً فإنه وبمجرد دفع ثمن البضائع كاملاً فإن المشتري يعتبر مالكا لهذه البضائع من وقت إبرام العقد، على العكس من ذلك إذا نظر إلى شرط الاحتفاظ بالملكية على أنه أجل واقف فإن حلول هذا الأجل يؤدي إلى نقل الملكية دون أثر رجعي¹.

ويرى أصحاب نظرية الأجل أن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع مضاف إلى أجل واقف يتفق فيه الأطراف على إرجاء تنفيذ العقد إلى حين حلول الأجل وهو الموعد المحدد لدفع الثمن، وينبغي عند حلول الأجل الوفاء بكامل الثمن، وتنتقل ملكية البضاعة من البائع للمشتري منذ ذلك الحين، ودون أثر رجعي وهذا بخلاف البيع المعلق على شرط واقف، ولكن لا يوجد مانع من اتفاق الطرفين على جعل انتقال الملكية بأثر رجعي في حالة الأجل الواقف، وترتب انتقالها بأثر فوري في حالة الشرط الواقف، أي أنه يجوز للأطراف باتفاق صريح ترتيب أو استبعاد الأثر الرجعي للوفاء مهما كان التكييف الذي يمكن إضافته على هذه الواقعة. وفي الحقيقة إن مسألة زمان ترتيب الأثر لا تهم كثيراً الطرفين بقدر ما تهم أكثر الغير الذي يرتب له المشتري حقا على البضاعة قبل دفع ثمنها² كالرهن مثلاً. فمن المهم إذن معرفة ما إذا كان شرط الاحتفاظ بالملكية الذي يهدف إلى إفادة البائع من أحكام قانون 12 ماي 1980، قد أدخل أجلاً أم شرطاً.

وبرجعنا إلى هذا القانون نجد أن المشرع الفرنسي لم يحدد بتعبير صريح ما إذا كان يقصد الشرط أم الأجل، واكتفى بالنص على شرط الاحتفاظ بالملكية يوقف نقل الملكية إلى أن يتم الوفاء بكامل الثمن³

وقد أفصحت الأعمال التحضيرية للقانون أن الأمر يتعلق بشرط وليس بأجل، غير أن البرلمانيين ليس من المؤكد إن كان لديهم إدراك بالمعنى الفني لكلمة شرط، فالتعبيرات التي استخدموها عادة لتصف واقعياً شرط الاحتفاظ بالملكية توحي بأنهم يقصدون الشرط في الوقت

¹ - نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان المرجع السابق ص 33

² - محمد حسين منصور شرط الاحتفاظ بالملكية، المرجع السابق، ص ص 316:315

³ - Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Op. Cit, p377

الذي ينصرف فيه تفكيرهم إلى الأجل، فبالنسبة لهم، البائع يشترط أن تبقى له الملكية حتى الوفاء بكامل الثمن وأن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا عندما يدفع هذا الأخير كامل الثمن.

وإذا كانا بصدد شرط فإنه يجب أن تكون الصيغة على النحو التالي: الملكية لا تنتقل إلا إذا دفع المشتري الثمن.¹

وعلى كل حال فإن الرأي القائل بأن شرط الاحتفاظ بالملكية هو أجل، رأي منتقد بشدة على اعتبار هذا التكييف يصطدم بأحكام قانونية عديدة منها أن جميع التشريعات التي عالجت احتفاظ البائع بالملكية قد أقرت بفكرة الأثر الرجعي وهي تثبت للشرط دون الأجل، فالأجل لا يرتد بأثر رجعي مطلقاً. وكذلك يرى قسم آخر من الفقهاء أنه لا يمكن اعتبار الاحتفاظ بالملكية لحين تسديد الثمن أجل، لأن الأجل أمر محقق الوقوع حتى في كون تاريخه غير محدد، فإذا كانت واقعة دفع الثمن تعد أجلاً وهي بذلك تكون محققة الوقوع فإن الدائن هو البائع هنا، ليس بحاجة إلى حماية بواسطة الاحتفاظ بالملكية²

المطلب الثاني: آثار شرط الإحتفاظ بالملكية

بالرغم من تسلم المشتري للشيء المبيع إلا أن شرط الإحتفاظ بالملكية المتفق عليه في عقد البيع يوقف إنتقال الملكية إلى حين الدفع الكامل للثمن، ويترتب على ذلك أن هذا المشتري مجرد واضع يد، فهو ليس بمالك ولا بحائز وبالتالي نحن أمام وضع خاص ومختلف تماماً عما يكون عادة في العقود الأخرى، لذلك من المهم توضيح وضعية طرفي العقد (الفرع الأول) الذي يتضمن بند الإحتفاظ بالملكية حتى تتضح أيضاً الآثار الناجمة عن هذا البند، ومن خلال معرفة هذه الآثار يمكن تحديد مدى فعالية هذا الشرط كضمان أي ما يحققه من ضمانات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: وضعية مشتري الشيء والبائع

آثار الإحتفاظ بالملكية يجب أن تقيم من خلال تحديد وضعية مشتري الشيء وبعد ذلك عن طريق تحديد وضعية البائع.

¹- نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، المرجع السابق ص 35.

²- هادي حسين عبد علي الكعبي، المرجع السابق ص 58

أولاً: وضعية مشتري الشيء

تنتقل حيازة المبيع إلى المشتري إذا احتفظ البائع بالملكية، هذه الحيازة وفي أصل البيوع العادية تخول المشتري جميع السلطات الثلاث من استعمال وإستغلال وتصرف، لكن الوضع هنا مختلف تماماً لأن هذه الحيازة تخول المشتري سلطتي الإستعمال والإستغلال دون أن تخوله سلطة التصرف، وذلك لأن سلطة التصرف تبقى للبائع إلى حين دفع كامل الثمن.¹

إذن هناك خصوصية بالنسبة لمركز المشتري قبل الوفاء بالثمن تنشأ من خلال عقد يربط بينه وبين المالك، بئعه، لكن هذا الاتفاق في الحدود التي يعتبر فيها مجرد عقد بيع فقط، لا ينظم مسألة سلطات المشتري قبل أن يصبح مالكا عن طريق الوفاء بكامل الثمن بطبيعة الحال هذه السلطات تنشأ عن حق الملكية الذي يتكفل عقد البيع بنقله.

لكن في حالة عدم تحقق هذا الإنتقال للملكية فإننا نكون بصدد نوع من الفراغ القانوني الذي لا يخلو من ترك إنطباع بالقلق،² لذلك فمن الضروري توضيح وضعية المشتري من الشيء المبيع خاصة فيما يخص السلطات الثلاث التي يخولها حق الملكية، إضافة إلى تبعة هلاك الشيء المبيع التي تعد من أهم آثار الشرط على المشتري.

1- إستعمال الشيء المبيع من طرف المشتري:

إذا كان البائع يحتفظ بملكية الشيء المبيع، إلا أنه لا يتمتع تماماً به لأنه ينقل حيازته إلى يد المشتري،³ هذا الأخير الذي يجب عليه الإحتفاظ بالشيء المباع ويتحمل في هذا الصدد إلتزاماً بالوسائل أي بدل كل العناية اللازمة للمحافظة عليه (المادة 1137 قانون مدني فرنسي) مع إمكانية الإستعمال والحيازة المادية الكاملة للشيء المبيع بالرغم من أنه ليس مالكا.⁴

1 - هادي حسين عبد علي الكعبي، المرجع السابق، ص72.

2 - نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، المرجع السابق، ص42.

3- حيث أنه وحسب المادة 1/363 ق م ج لا يوجد ما يمنع من تسليم المبيع إلى المشتري، بل على العكس إن حاجة المعاملات التجارية قد تفرض تسليم المبيع إلى المشتري، كما لو كان هذا الأخير تاجراً وتعلق الأمر بألات وأجهزة أو بضائع لازمة لسير نشاط مشروعة، كما أن مصلحة البائع أحياناً تقتضي تسليم المبيع إلى المشتري ليتمكن من إستعماله وإستغلاله والحصول على ثماره وبالتالي الوفاء بالثمن، وقد جاء في نص المادة 1/363 ما يلي: "إذا كان ثمن المبيع مؤجلاً جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع".

4 - Marc MIGNOT, Op. cit, p 657.

إن الإحتفاظ بالملكية يؤدي إلى الفصل بين أمرين هامين هما: من جهة ملكية الشيء ومن جهة ثانية التمتع بهذا الشيء وإستعماله، فالإحتفاظ بالملكية لا يسبب تقطع الملكية التي تبقى للبائع الذي يعتبر مالكا لها ملكا تاما، والأكد أن التمتع بالشيء يرجع للمشتري، هذا الأخير الذي يكون حاله مشابها للمستأجر في عقد الإيجار.¹

لكن إستعمال المشتري للشيء المبيع قبل الوفاء الكامل بالثمن يجعله يتحمل في المقابل تبعة هلاكه منذ يوم تسلمه،² إذن فإستعمال المشتري للشيء المبيع يعتبر بمثابة ملكية إقتصادية لأن المشتري يمارس فعليا صلاحيات المالك ويستخدم الملكية المكتسبة وكأنها ملك له، وهذا بالرغم من أن الملكية القانونية تبقى للبائع.³

2- التصرف في الشيء:

في الحقيقة المشتري ليس له حق التصرف في الشيء بما أنه ليس المالك، إلا أن الوضع الظاهر يدل على أن المشتري حائزا ماديا وقانونيا، كما أنه ومن الناحية النفسية نجد المشتري يستيق نقل الملكية لفائدته ويتصرف كمالك، وهنا يخلق مشكل حقيقي خاصة إذا كان التصرف في الشيء ماديا ثم طالب به البائع فإن تسوية الأمر بينهما تكون وفق إتفاق إرادي بينهما.

أما إذا كان التصرف قانوني فإن المشتري الجديد له حق التحجج بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، خاصة إذا كان الشيء عبارة عن منقول، وهذه حماية نصت عليها المادة 2276 قانون مدني فرنسي، وهنا لن تكون مطالبة البائع ذات فائدة.⁴ أما إذا تم دفع الثمن بالكامل من طرف المشتري فإن التصرف هنا في الشيء المبيع لن يكون مشكلة بل على العكس له كامل الصلاحية في ذلك.

3- تحمل تبعة الهلاك:

إن إحتفاظ البائع بملكية المبيع على سبيل الضمان وتسلم المشتري هذا المبيع للإنتفاع به مسألة تثير التساؤل حول تبعة هلاك المبيع في الفترة ما قبل الوفاء بالثمن، فمن يتحمل نتائج فقد أو تلف الشيء سواء بصفة كلية أو جزئية؟

¹ - Ibid. p657.

² - محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، المرجع السابق، ص121.

³ - Marc MIGNOT, Op. cit, p 657

⁴ - Ibid. p 657, 658.

بالرجوع إلى نصوص القانون المدني الجزائري نجد نص المادة 369¹ منه يربط تبعة هلاك الشيء بتسليمه، بغض النظر عن وقت إنتقال الملكية ولا يتحمل المشتري تبعة هلاك الشيء بقوة قاهرة إذا لم يكن قد تسلمه أو اعذره البائع لإستيلاّم المبيع.²

كما أضاف المشرع الجزائري في نص المادة 370 ق م ج³ الحديث عن الهلاك الجزئي الذي ينقص قيمة الشيء، حيث أنه ومن خلال النص إذا حدث هلاك جزئي بسبب أجنبي فإن الهلاك يتحمّله البائع، لكن مع مراعاة مدى جسامته الهلاك، حيث جاء من خلال النص حكّمين مختلفين:

- الحكم الأول:

الهلاك الجزئي الجسيم فالمشتري في هذه الحالة طلب الفسخ وإسترداد الثمن إذا كان قد دفعه أو عدم دفعه إن لم يكن قد تم ذلك، كما له الحق في الإحتفاظ بالمبيع وطلب إنقاص الثمن.

- الحكم الثاني:

الهلاك الجزئي غير الجسيم ففي هذه الحالة ليس للمشتري سوى المطالبة بإنقاص الثمن دون طلب الفسخ.

إذن موقف المشرع الجزائري يتسم بالمنطقية، ذلك أن ربط تبعة الهلاك بالتسليم في العقود الناقلة للملكية كالبّيع، موقف سليم ومن ثم تقع تبعة هلاك المبيع قبل التسليم على البائع، ولو كانت قد إنتقلت إلى المشتري قبل الهلاك، هذا وفقا لما ورد ضمن القواعد العامة المتعلقة بالتسليم، لكن يثور التساؤل حول ما إذا كان شرط الإحتفاظ بالملكية سيؤثر على قواعد تبعة هلاك المبيع أم لا؟⁴

بالنسبة للتشريعات التي ترى أن العبرة في تحديد تبعة الهلاك تكون بالتسليم دون الملكية، فإنه لا يثير تطبيق ذلك المبدأ أية صعوبة في حالة البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية، فإذا هلك المبيع الذي يحتفظ البائع بملكيته قبل تسليمه للمشتري، تحمل البائع تبعة هذا الهلاك وينفسخ

¹ - حيث جاء فيها: "إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد اعدار المشتري بتسلم المبيع".

² - حمزة شرابين، المرجع السابق، ص 117.

³ - حين جاء في نص هذه المادة: "إذا إنقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن".

⁴ - حمزة شرابين، المرجع السابق، ص 118.

البيع، ويسقط إلتزام المشتري بدفع الثمن، ويمكنه إسترداد ما دفعه ويمتنع عن دفع ما تبقى منه، والعكس صحيح إذا كان المبيع قد تم تسليمه فعلا رغم إحتفاظ البائع بملكيته، وهلك فإنه يهلك على المشتري لا على البائع، ويظل ملتزما بدفع كامل الثمن ولا يكون له إسترداد ما دفعه.¹

وقد أخذ بهذا الرأي المشرع المصري والألماني وحدى حدوهما المشرع الجزائري، أما المشرع الفرنسي فقد ربط تبعة الهلاك بالملكية وليس بالتسليم، ويؤدي ذلك إلى نتائج مخالفة تماما للنتائج التي نجدها في التشريع الجزائري وكذلك المصري والألماني، حيث أنه في التشريع الفرنسي يظل البائع كقاعدة عامة، متحملا تبعة هلاك المبيع، طوال فترة الإحتفاظ بالملكية سواء قبل أو بعد تسليمه للمشتري.

إنه لمن الصعب تحميل البائع في كل الأحوال تبعة هلاك الشيء المبيع، خاصة إذا قام بتسليمه للمشتري للإنتفاع به، وفقده كل سيطرة عليه، لذلك حاول البعض أن يستشف من مجموع نصوص عقد البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية إتجاه إرادة الأطراف ضمنا إلى نقل المخاطر على عاتق المشتري، لكن هذا لا يتحقق إلا إذا كان هناك إتفاق مخالف من طرف البائع والمشتري.

لذلك يجري العمل عادة على حرص البائع على تضمين عقد البيع شرطا يقتضي بتحمل المشتري عبء هلاك المبيع منذ لحظة تسلمه رغم عدم تملكه إياه، وهذا تقاديا لتطبيق القضاء الفرنسي للقواعد العامة، والتي تعتبر لحسن حظ البائع قواعد مكملة يجوز الإتفاق على مخالفتها.²

ثانيا: وضعية البائع

على إعتبار أن البائع مالكا للشيء فإن بإمكانه المطالبة به في حالة عدم سداد كامل الثمن أو في حالة تعرض المشتري للإفلاس، وبالتالي فإن عملية الإسترداد ليست بالأمر الهين حيث يمكن أن تصاحبها بعض العراقيل، لذلك نبحت في كيفية المطالبة وآجالها وإمكانية المطالبة بشيء مثلي أي إستبدال الشيء محل البيع بشيء آخر، بالإضافة إلى معرفة حدود المطالبة خاصة في حالة تصرف المشتري في الشيء المبيع وأصبح في يد مشتري جديد.

¹ - محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، المرجع السابق، ص ص 127، 128.

² - المرجع نفسه، ص ص 130، 131، 132.

1- المطالبة بالشيء:

يجب التفرقة بين المطالبة الخاصة بالمنقولات والخاصة بالعقارات وكذلك الآجال التي يجب أن تحدث فيها المطالبة إضافة إلى التمييز بين المطالبة العينية للشيء والمطالبة المثلية له أي إمكانية إستبدال الشيء.

أ- التمييز بين المطالبة بالمنقولات أو بالعقارات:

إن أهم صلاحية يتمتع بها البائع من خلال شرط الإحتفاظ بالملكية هي حقه في المطالبة بالشيء الذي يملكه في مواجهة المشتري، فإذا قبلت المطالبة فإن الشيء سيرد له بالشكل الذي يجعل المشتري يفقد حيازته،¹ على إعتبار أن بند الإحتفاظ بالملكية شكل من أشكال الضمان غير التقليدي والقائم على حق الملكية، والذي لا يتصادم من حيث المبدأ بأي عقبة تصيب التأمينات الكلاسيكية، فهذا الشرط يسمح بإستعادة ملكية السلع والافلات من تبعات الإجراء الجماعي،² المفتوح ضد المشتري (إجراءات الإفلاس).

ولتحديد كيفية المطالبة ينبغي العودة للأنظمة القانونية التي تناولت هذا الموضوع، حيث وبالرجوع إلى القانون الفرنسي نجد أن هناك نظامين منفصلين للمطالبة، نظام القانون العام في القانون المدني والنظام الخاص الإستثنائي في القانون التجاري عندما يخضع المشتري للإجراء الجماعي (المادة L624-9s والمادة R-624-13s).

وجود هذين النظامين يفرض وضع حد فاصل بين النظام الأول والثاني، لهذا من الضروري اللجوء إلى المبادئ الكلاسيكية المتعلقة بتفسير كل إستثناء عن القواعد العامة والتي يجب أن تفسر بشكل محدود، وبالتالي فإن أي فرضية غير خاضعة صراحة إلى قاعدة الإستثناء في القانون التجاري تخضع لقواعد القانون المدني، وفي هذا الصدد نجد أن المطالبة في القانون التجاري الفرنسي تقتصر فقط على المنقولات.

لكن هذا عند ما يكون المدين خاضعا لإجراء جماعي أي في حالة تعرضه للإفلاس، أما إذا كان في وضع عادي فإن المطالبة بالمنقول تكون وفق أحكام القانون المدني أي القواعد العامة

¹ - Marc MIGNOT, Op. cit, p658.

² - Vanéssa BARSALLO, Le Droit De Propriété Comme Garantie Non Traditionnelle Du Crédit Bancaire Au Panama Et En France, Pour Le Diplôme D' études Doctorales, spécialité : Droit Commercial, Université Panthéon-ASSAS-paris II, 1994, p 178.

وبالعكس فإن المطالبة المتعلقة بالعقارات تخضع مباشرة للقواعد الموجودة في القانون المدني، والذي حدد المطالبة العينية للعقار.¹

وبالرجوع إلى الوراثة نجد أن المشرع الفرنسي وفي قانون 25 جانفي 1985 (المادة 121) أعاد في المجلد تدابير قانون 1980، حيث جاء فيه فيما يخص البضائع التي تباع مع بند الإحتفاظ بالملكية، يمكن المطالبة بها في حالة فتح إجراء جماعي (أي تفلسة المدين)، إلا أن المطالبة يمكن أن يتم تجميدها عن طريق آجال دفع محددة من طرف قاضي التفلسة.² ونفس القانون (25 جانفي 1985) أضاف في مادته 122، أنه يمكن المطالبة بثمن أو جزء من ثمن البضائع المعينة في المادة 121 والتي لم يدفع ثمنها، ولم تخلص بقيمتها ولم تجري بها المقاصة³

ونظرا لإهتمام المشرع الفرنسي بموضوع شرط الإحتفاظ بالملكية وإدراكه للأهمية النظرية والتطبيقية للمبدأ، فقد بادر وفق إصلاح قانون التأمينات إلى دمج هذا البند ولأول مرة وفق القانون المدني، حيث وبمناسبة إصلاحات 23 مارس 2006 قام بوضع نظام قانوني خاص بشرط الإحتفاظ بالملكية لاسيما في المادة (art 2367 et s) وهذا دون تعديل في الأشكال الأصلية أو في آثار الإحتفاظ بالملكية.⁴

ب- آجال المطالبة بالشيء:

إن شرط الإحتفاظ بالملكية يسمح للبائع المالك الذي لم يتم الوفاء له، بإستعادة البضائع التي بحوزة المدين خاصة إذا تعرض هذا الأخير للإفلاس، وهنا تبرز القيمة الحقيقية للشرط حيث أنه يقطع التكافؤ والتساوي بين جماعة الدائنين (دائني المدين).

وهذه الميزة التي يتميز بها شرط الإحتفاظ بالملكية كانت أحد الأسباب التي دفعت الفقه الفرنسي القديم إلى وقف مفعول البند عندما يكون المشتري في حالة تسوية قضائية أو تصفية الأموال.

¹ - Marc MIGNOT, Op. cit, p658.

² - Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Op. Cit, p 378.

³ - Vanéssa BARSALLO, Op. Cit, p179.

⁴ - Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Op. Cit, p378.

لكن وبما أن حق الملكية حق عيني ذو نجاعة مطلقة سيكون من الطبيعي أن يسمح للبائع المالك أن يفلت من مزاحمة باقي الدائنين له ومن إجراءات التفلسة بأكملها.¹ لكن بشرط إحترام آجال المطالبة والتي في حدود ثلاثة أشهر من تاريخ نشر حكم فتح الإجراء الجماعي ضد المدين. وهذا وفقا لنص المادة القديمة لقانون التجارة الفرنسي L621-115 والمادة L 624-9 الجديدة.

وتكون هذه المطالبة بشكل ودي عن طريق رسالة موصى بها مع وصل إستلام موجهة إما لوكيل التفلسة أو للمدين (المادة 624-17 قانون تجارة فرنسي).

غير أن المطالبة لا تصبح ممكنة في حالة إقتراح وكيل التفلسة دفع الثمن في الحال مع موافقة الدائن على ذلك، مع إمكانية منح أجل للدفع يحدده وكيل التفلسة نفسه، وهذا الأجل لا يضر بالدائن لأن دفع الثمن يكون وفق ديننا نشأ بشكل منتظم في تاريخ لاحق عن الحكم الإفتتاحي لإجراءات التسوية (المادة L621-122 قانون تجارة فرنسي قديم فقرة 4 والمادة L624-16 فقرة 4 من القانون الجديد).²

أما إذا كانت المطالبة خارج الآجال المحددة تماما، أي خارج أجل الثلاثة أشهر الموالية لتاريخ نشر الحكم الذي يفتح الإجراء الجماعي (المادة 9 - L624 قانون تجارة فرنسي)، فإن مطالبة الدائن تكون غير مقبولة، وفي المقابل فإن حقه في الملكية لا ينتهي أو ينتقل إلى المشتري، غير أنه غير قابل للتنفيذ في الإجراء الجماعي للمدين ويمكن لوكيل التفلسة التصرف فيه عند الضرورة.³

ج- المطالبة العينية والمطالبة المثلية للشيء:

تقتضي المطالبة بأن تكون الأملاك المباعة عينية أي موجودة عينا في تاريخ فتح الإجراء الجماعي،⁴ بمعنى يجب أن تكون هذه الأملاك متطابقة مع تلك التي قدمت للمشتري على أساس العقد الذي يحتوي بند الإحتفاظ بالملكية (المادة 2371 فقرة 1 قانون مدني فرنسي، والمادة 16- L624 فقرة 2 قانون تجارة فرنسي)، وبعبارة أخرى موضوع المطالبة يجب أن يكون متطابقا

¹ - Vanéssa BARSALLO, Op. Cit, p179.

² - Gaël PIETTE, Op, cit, p191.

³ - Marc MIGNOT, Op. cit, p659.

⁴ - Gaël PIETTE, Op. Cit, p192.

بالضبط مع الذي تم بيعه، ويقع عبء إثبات الوجود العيني للملكية المطالب بها على عاتق الشخص المطالب بها.¹

إلا أن المطالبة لا تعود ممكنة في حالة الدمج ضمن أملاك أخرى، ولكنها في نفس الوقت تكون ممكنة إذا كان إسترجاعها لا يسبب ضرر للأملاك التي تم دمجها فيها (المادة 122- L621) فقرة 3 قانون تجارة قديم، والمادة 16- L624 فقرة 3 قانون تجارة جديد) وكذلك المادة (2370 ق م ف)² غير أن مطلب ضرورة وجود عيني للسلع يخفف ويتراجع في ثلاث فرضيات. الفرضية الأولى: في حالة إعادة البيع المطالبة تكون حينها بالثمن شريطة أن لا يكون قد دفع ثمنه أو سوى بما يقابل قيمته، أو بإجراء مقاصة بين المدين والمشتري في تاريخ حكم فتح الإجراء الجماعي (المادة 18- L624 قانون تجارة فرنسي).³

الفرضية الثانية: في حالة هلاك الشيء تكون المطالبة حول تعويض التأمين (المادة 13- 121 قانون التأمين الفرنسي) وكذلك المادة (18- L624) قانون التجارة الفرنسي)⁴.

الفرضية الثالثة: إذا كانت الملكية المعنية ملكية مثلية،⁵ أي ملكية قابلة للإستبدال (المادة 16- L624 فقرة 3 من قانون التجارة الفرنسي)، وأصبحت هذه الفرضية ممكنة منذ إصلاح 10 جوان 1994 والذي تم بالمادة 2369 من القانون المدني الفرنسي بدأ من صدور الأمر المؤرخ في 23 مارس 2006 والذي يسمح بالمطالبة على أملاك قابلة للإستبدال من نفس النوع والنوعية التي تم بيعها.⁶

وهنا نلاحظ أن الإحتفاظ بالملكية يتحول وبدءاً إلى حق على القيمة تقليداً لباقي التأمينات العينية، وهنا يكمن خطر فقدان خصوصيتها.⁷

2- حدود المطالبة بالشيء:

هناك ثلاث حدود للمطالبة بالشيء، إما بإدماج الملكية، أو بإعادة بيعها، أو بضياعها

¹ - Marc MIGNOT, Op. cit, p659.

² - Gaël PIETTE, Op. Cit, p192.

³ - Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Op. Cit, p381.

⁴ - Gaël PIETTE, Op. Cit, p192.

⁵ - Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Op. cit, p381.

⁶ - Gaël PIETTE, Op. Cit, p192.

⁷ - Ibid, p382.

أ- دمج الملكية المطالب بها في ملكية أخرى:

سبقَت الإشارة إلى أن المطالبة من طرف الدائن لا تكون ممكنة في حالة دمج الشيء المملوك للبائع في ملكية أخرى، لكن هذا الدمج هو حد نسبي للمطالبة العينية حيث أن المطالبة تقبل عندما يكون الشيء موضوع الإحتفاظ بالملكية مدمج في عقار أو منقول، وتكون هناك إمكانية للفصل بين هذه الأشياء دون أن تتعرض للتلف والخسارة. (المادة 2370 قانون المدني فرنسي والمادة 16-1624 لفقرة 3 قانون تجارة فرنسي) لكن السؤال الذي يطرح نفسه ماهي درجة الدمج التي تمنع المطالبة؟

في هذا الصدد يرى الفقه أن المطالبة تكون ممكنة عندما يكون الشيء مجرد ملحق قابل للإزالة بدون صعوبة، كمحرك باخرة يمكن تفكيكه بسهولة¹.

ب- إعادة بيع الملكية: بالرجوع إلى نص المادة 2279 ق م فرنسي نجد أنها تعارض مطالبة المالك الذي احتفظ بملكية شيء منقول ضد المشتري الثاني الذي يحوزها بحسن نية، وهذا أخذاً بقاعدة: "الحيازة في المنقول سند الملكية" التي تجعل صاحب الإحتفاظ بالملكية يخسر هذه الملكية لصالح الحائز بحسن نية (أي المشتري الثاني) لكن في المقابل إذا كان هذا الحائز سيء النية، يسترد البائع حق المطالبة، كما يمكن للبائع المطالبة بالثمن إذا استحال عليه المطالبة بالشيء ذاته².

ج- ضياع الملكية: الأصل في التشريع الفرنسي كما سبق ذكره أن تبعة هلاك الشيء على البائع. وهذا على عكس ما ورد في التشريعات الأخرى منها الجزائري والمصري والألماني التي تربط تبعة الهلاك بوقت التسليم حيث تكون تبعة الهلاك على المشتري بعد التسليم.

إلا أنه في القانون الفرنسي يمكن للمالك الاتفاق³ مع المشتري تحويل مخاطر الشيء على هذا الأخير أي أن تبعة الهلاك تكون على المشتري.

¹- Marc MIGNOT, Op. cit, p661,662

²- Ibid. p 662

³- لأن قاعدة تبعة الهلاك على البائع في التشريع الفرنسي هي قاعدة مكملة، وليست من النظام العام، لذلك يمكن الاتفاق على مخالفتها.

كما أن القانون الفرنسي يسمح للمالك بالمطالبة بتعويض التأمين الخاص بالملكية (المادة L624-18) من القانون التجارة الفرنسي والمادة 2372 قانون المدني فرنسي¹.

الفرع الثاني: قيمة الضمان الذي يحققه شرط الإحتفاظ بالملكية

إن توجه الإرادة للبحث عن بدائل جديدة للتأمينات سواء شخصية أو عينية، أسفر عن تبني آليات جديدة يظهر أن استخدامها كضمان، له فعالية أكثر من الضمانات التي تقدمها التأمينات التقليدية وذلك نظرا لقلّة تكلفتها وبساطة نشأتها. ولعل أهم ما تبنت الإرادة من ضمانات نجد مسألة الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان، هذه الأخيرة نالت في الأخير شرف الإدماج ضمن قواعد القانون المدني الفرنسي حسب المادة الجديدة 2357 فقرة 1.2² وهنا نجد أن المشرع الفرنسي قد إعترف بصفة الشرط كضمان بإدراجه ضمن التأمينات العينية.

أما في التشريع الجزائري، فينبغي الرجوع إلى قواعد العامة للبيع على اعتبار أن القانون المدني الجزائري لم يتناول بعد موضوع شرط الإحتفاظ بالملكية، حيث وبالرجوع إلى نص المادة 363 ق م ج التي جاء فيها: "إذا كان ثمن المبيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع"، نجد وبصفة مبدئية أن المستفيد من هذا الضمان هو البائع وحده، ذلك أنه وطبقا لهذا النص فإن هذا الضمان الاتفاقي أطرافه هما البائع والمشتري لكن السؤال المطروح هل يمكن نقل هذا الضمان إلى الغير واستفادة هذا الأخير منه؟ كما لو حل بنك مثلا محل البائع في الاستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية³.

سيوضح ذلك من خلال الحديث عن بساطة وفاعلية شرط الإحتفاظ بالملكية (أولا) ثم الحديث بعد ذلك عن انتقال بند الإحتفاظ بالملكية إلى دائني البائع (ثانيا).

¹- Marc MIGNOT, Op. cit, p664

²-Charles GIJSBERS, Sûretés Réelles Et Droit Des Biens, Thèse De Doctorat En Droit Privé, Université Panthéon-Assas, Paris, Soutenu le 8 décembre 2012, p75.

³- حمزة شراين، المرجع السابق، ص 98

أولاً: بساطة وفاعلية شرط الاحتفاظ بالملكية:

تظهر بساطة هذا الشرط في أنه لا يستلزم سوى الاتفاق عليه بين بنود العقد، وهذا الشرط في أه لا يستلزم سوى الاتفاق عليه بين بنود العقد، وهذا ما يستخلص من مضمون المادة 363 من القانون المدني الجزائري، ذلك أن المشرع لم يشترط شكلاً معيناً أو إجراءً خاصاً¹ لذلك نجد أن هذا الشرط شائع في بيع الآلات الميكانيكية والدرجات وماكينات الخياطة و الراديو هات والتلفزيونات والثلاجات والغسالات وغير ذلك من المنقولات، وهذا الشرط يمكن تصوره أيضاً في بيع المحلات التجارية والأراضي والمنازل والفيلات².

وفي بيع المنقولات نجد أن شرط الاحتفاظ بالملكية هو ضمان يتماشى مع الموضوع الأساسي للعقد، وهو نقل الحيازة. فإذا لم يتم الدفع من طرف المشتري يستطيع البائع المطالبة بإسترداد الشيء المبيع بإعتباره ملكاً له مما يسمح له بتجنب التزاحم مع دائني المشتري³.

وقبل صدور قانون 12 ماي 1980 الفرنسي كان دائماً شرط الاحتفاظ بالملكية صالحاً على اعتبار أن المادتين 1583 و 1138 من القانون المدني الفرنسي والتي تربط نقل الملكية بإتمام عملية البيع لم تكونا إلزاميتين، لكن المشكلة تظهر في حالة إفلاس المدين (المشتري) حيث يصبح الشرط عديم الأثر لأن باقي الدائنين يمكنهم التمسك بالملائمة الظاهرة للمدين⁴ وهو أن الشيء يدخل في الضمان العام للمدين خاصة وأن حيازة المدين للشيء المبيع تُعزز هذا الوضع الظاهر⁵، وبصدور قانون 12 ماي 1980 جعل المشرع الفرنسي -كما فعل نظيره الألماني- ووفقاً لبعض الشروط جعل شرط الاحتفاظ بالملكية قابلاً للاحتجاج به في مواجهة جماعة الدائنين الآخرين في حالة الإفلاس وهذا من القانون المسمى "Dubanchet" الذي عدل المادة 65 من القانون 13 جويلية 1967 بإضافة إلى القانون 25 جانفي 1985 خاصة المادة 121 منه الذي

¹- فيروز بن سنوف، النظام القانوني للاحتفاظ بالملكية في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في

القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2016-2017 ص 131.

²- نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة لضمان المرجع السابق، ص 51.

³- Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Op. Cit, p378.

⁴- Ibid. p378

⁵- نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، المرجع السابق ص 52

أعاد في المجلد تدابير قانون 12 ماي 1980 وأكد على أن البضاعة التي تباع مع بند الاحتفاظ بالملكية يمكن المطالبة بها في حالة فتح اجراء جماعي تجاه المدين،¹ لكن هذه المطالبة يمكن أن تتعطل نتيجة مدد الدفع المحددة من جانب مأمور النقلسة، والتي تنتهي على أقصى تقدير مع إنتهاء مدة المراقبة²، لكن يفترض أن يكون الدائن قد قدم موافقته بتقديم تلك الأجال (المادة 16- L624 قانون تجارة فرنسي) وأخذا بعين الإعتبار الأهمية النظرية والتطبيقية لبند الاحتفاظ بالملكية فقد أدمج اصلاح قانون التأمينات عبر الأمر المؤرخ في 23 مارس 2006 لأول مرة تنظيم النظام القانوني للشرط من خلال نص المادة (2367 قانون مدني فرنسي)³ وعموما فإن هذا الامر يقوم بتكريس الحلول الفقهية المكفولة سابقا في المجال التجاري.⁴

إضافة إلى ما سبق ذكره فإن بساطة شرط الاحتفاظ بالملكية تتجلى أيضا من خلال بساطة الإجراءات الشكلية، حيث وبالرجوع إلى نص المادة (2368 ق م ف) الكتابة هي شرط للاتبات فقط وليس للانعقاد. فليس ضروري أن يكون البند قد تم قبوله من طرف المشتري بطريقة رسمية بل عدم اعتراض هذا الأخير ومعرفته بالأمر له قيمة القبول مهما كان نوع الوثيقة (فاتورة سند تسليم...)⁵ إذن كل هذه الميزات التي يتميز بها شرط الاحتفاظ بالملكية تجعل البائع المالك في وضع مريح إلى حد ما، خاصة و أنه مطمئن بأن الشيء المبيع لن يدخل ضمن اجراءات التصفية في حالة تعرض المشتري المدين للإفلاس، وله امتياز استرداد هذا الشيء والمطالبة به وفق الشروط والأجال القانونية. ولكن هل هناك إمكانية لإستفادة البائع بهذا الشرط عن طريق تقديمه لدائنيه كضمان؟

ثانيا: إمكانية إنتقال بند الاحتفاظ بالملكية إلى الغير

إن شرط الاحتفاظ بالملكية، هو شرط يؤدي إلى تأخير الأثر الناقل للملكية في العقد، وليس الخلاص منه وبالتالي يمكن أن ينتقل الشيء المبيع إلى سلطة المشتري وفقا للقواعد العامة للبيع،

¹- Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Op. Cit p378

²- نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، المرجع السابق ص53،52

³- Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Op. Cit p378.

⁴- Marc MIGNOT, Op. cit, p379.

⁵- Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Op. Cit p379.

ويقوم بإستغلال هذا الشيء المباع حتى وأن بعض الفقه يعترف للمشتري بحقه القانوني في إعادة بيع الملكية¹، وهنا يرد حق البائع على ثمن إعادة البيع (المادة 2372 قانون فرنسي) لكن هذا لا يعني أن المشتري سيفعل ما شاء بهذه الملكية، كإهلاكها مثلا بل على العكس يجب عليه منطقيا تحمل مسؤولية الالتزام بالمحافظة على الملكية، وفي نفس الوقت تبقى له سلطات واسعة على هذا الشيء. وفي المقابل لا يحتفظ الدائن بأي جدوى إقتصادية من الملكية المنقولة ولا بأي سلطة من السلطات التي تتخذها الملكية عادة بمفهومها الكلاسيكي، لأن هذا الشيء موجود تحت يد المشتري وبالتالي فالمحتوى الإقتصادي المعتاد للملكية يتبخر وتصبح الملكية وكأنها بلا جسد.

إذن هناك لا توازن في الصلاحيات حيث نجد أن المشتري حائز غير مستقر وهو الذي له كل السلطات على الشيء، والبائع مالك حقيقي وهو لا يملك أي سلطة.²

وأمام هذا الوضع هل توجد إمكانية من إستفادة البائع والمشتري من هذا الشيء وخاصة الإستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية الوارد كضمان؟ حيث وفي الكثير من الأحيان يحتاج البائع أو المشتري إلى الإئتمان فهل يستطيع أي منهما أن ينقل إلى الغير (البنك مثلا) على سبيل الضمان شرط الإحتفاظ بالملكية؟³

في الحقيقة هناك وسائل عديدة لاستخدام شرط الإحتفاظ بالملكية كضمان ومنها حوالة الحق وكذلك الحلول الاتفاقي أو التنازل عن عقد البيع ذاته. فالبنسبة للحوالة يتم انتقال الحق في الثمن عن طريق حوالة مدنية أو عن طريق تظهير للسفينة.

وفي كل هذه الوسائل المتاحة لنقل الحق، تظهر صعوبة عملية وهي معرفة ما إذا كان من الممكن الإستفادة من شرط الإحتفاظ بالملكية كوسيلة للضمان، بإعتباره من لواحق وتوابع الحق المحال به، وسبب هذه الصعوبة يرجع إلى أن القانون المدني قد نص على هذه التوابع⁴ حيث وبالنسبة للحوالة جاء في نص المادة 243 م ج " تشمل حوالة الحق ضماناته كالكفالة، والامتياز

¹- Charles GIJSBERS, Op. cit, p75,76.

²- Ibid. p76.

³- نبيل ابراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، المرجع السابق، ص36.

⁴- المرجع نفسه، ص 57

والرهون، ورهن الحيازة كما تشمل محل من أقساط¹ فمادام النص لم يحدد الضمانات على سبيل الحصر يمكن اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية ضمانة مقررة للوفاء بالحق بالثمن².

هذا وقد نصت المادة 264 ق م ج على مسألة الحلول الاتفاقية³ حيث جاء فيها "من حل محل الدائن قانونا أو اتفاقا كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع، وما يكلفه من تأمينات وما يرد عليه من دفعوع، ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن" ومن خلال النص يتضح أنه يمكن اعتبار شرط الإحتفاظ بالملكية من توابع الحق في الثمن ينتقل معه للشخص (كالبانك مثلا) الذي يحل محل البائع⁴.

أما في الفقه الفرنسي وقبل تعديل القانون المدني بموجب الأمر 23 مارس 2006⁵ فقد ظلت هناك شكوك حول إمكانية انتقال الاستفادة بشرط الإحتفاظ بالملكية كوسيلة للضمان إلى الغير، على إعتبار أن الحق العيني لا ينشأ إلا بموجب القانون، وأن تشبيه الاحتفاظ بالملكية بالتأمينات سيؤدي إلى انشاء حق عيني جديد وإضافي إلى تلك الموجودة على سبيل الحصر في القانون المدني.

لكن القانون المؤرخ في 12 ماي 1980 قد تجاوز بالفعل إطار العلاقة الوحيدة بين البائع والمشتري ليبلغ مدى هذه العلاقة لجماعة الدائنين، وبصفة خاصة الدائنين الحاصلين على إمتيازات خاصة ومن بينهم البنوك. وهنا يطرح التساؤل كيف يمكن للبنك الحصول على ربح من الضمان الذي يؤسسه شرط الاحتفاظ بالملكية؟ هذا من جهة ومن جهة أخرى، عندما لا يحقق البنك أي فائدة من هذا الشرط، فإنه يتعرض مثل باقي الدائنين (دائني المشتري) للمعاملة التفضيلية التي يستفيد منها البائع المطالب عند فتح إجراء جماعي⁶ (أي افلاس المشتري) طبعا

¹ - ويقابلها المادة 307 قانون مدني مصري.

² - حمزة شراين، المرجع السابق، ص 103

³ - يقابلها القانون المدني المصري المادة 329

⁴ - حمزة شراين، المرجع السابق ص 103.

⁵ - حيث أن القانون المدني الفرنسي قد سبق التشريعات العربية في هذا الصدد وأنهى الخلاف حول مدى اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية كتأمين عيني وهذا بنصه صراحة على ذلك، حيث هناك فصل جاء تحت عنوان "في الملكية المحتفظة كضمان" أنظر مرجع:

Marc MIGNOT, Op. cit, p651.

⁶ - Vanéssa BARSALLO, Op. Cit, p183.

هذا إذا كان المشتري هو من تنازل للبنك عن حقه في الشيء المبيع كضمان لقرض قد تحصل عليه مثلا من هذا البنك.

وبالتالي إذا كان البائع لا يستطيع المطالبة بالشيء من دائنه (المشتري الأول) يمكنه إجراء المطالبة ضد المشتري الثاني (المادة 2372 ق م ف، والمادة 18-624 قانون التجارة فرنسي) حيث يمكنه المطالبة بالثمن. ويعود أساس الحق في المطالبة ضد المشتري الثاني إلى الملكية المباعة مع شرط الاحتفاظ بالملكية¹ لكن حق البائع في مطالبة المشتري الثاني لها شروط هامة أهمها: أن تكون الملكية المباعة للمشتري الثاني من طرف المدين الوسيط (أي المشتري الأول) بشكل عيني أي في حالتها الاصلية، فلا تكون المطالبة مقبولة إذا كانت الملكية محولة قبل بيعها أي أن الشيء المبيع قد تغيرت ملامحه.

والشرط الثاني لهذه المطالبة، أن لا يكون المشتري الثاني قد دفع ثمن الشيء إلى المشتري الأول² (حيث قد يكون هذا المشتري الثاني بنكا قدم قرض للمشتري الأول مقابل الحصول على هذه البضاعة) إضافة إلى ذلك فإن حق البائع في مطالبة المشتري الثاني، ينكسر أمام المادة 2276 ق م ف التي تحمي الدائن الراهن حيازيا والذي دخل بنية حسنة في حيازة البضاعة³.

إذن ومن خلال ما تقدم يمكن للبنك الاستفادة من بند الاحتفاظ بالملكية، حيث أن وظيفة البنك التمويلية تجعله قادرا على الالتزام، سواء تجاه المشتري أو تجاه البائع، فبالنسبة للمشتري يمكن أن يدخل البنك في علاقة معه من خلال تقديم التمويل اللازم لاقتناء بضائع.

أما بالنسبة للبائع فيمكن للبنك أن يحل محله، إذا كان البنك دائنا مثلا لهذا البائع، فيحل محله في الحقوق التي يمتلكها البائع والمتعلقة ببند الاحتفاظ بالملكية، ويرى العديد من الفقهاء أن هناك فائدة اقتصادية كبيرة مرتبطة بنقل الشرط، حيث تسهل تدخل مقرضي النقود لاسيما في الاجراء الجماعي من خلال الدفع بسهولة أكبر للبائع في مكان المشتري المتعثر الذي يحل محله في الاحتفاظ بالملكية.

¹- Marc MIGNOT, Op. cit, p 662.

²- Ibid. p663

³- Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Op. Cit p384.

كما أن البائع والمشتري ومن أجل الحصول على قرض بنكي¹ يمكنهم نقل على سبيل الضمان للبنك فائدة شرط الاحتفاظ بالملكية² عن طريق إما الحوالة أو الحلول الاتفاقي أو التنازل عن عقد البيع ذاته³.

فبالمناسبة لآلية الحلول المتفق عليها فإنه يفضل نقل الاحتفاظ بالملكية إلى البنكي كضمان للقرض الممنوح، ومن جهة أخرى فإن انتقال فائدة الاحتفاظ بالملكية عن طريق الحلول لا يدع أي مجال للشك منذ صدور قرار محكمة النقض بتاريخ 15 مارس 1988 فمنذ هذا التاريخ أصبح بإمكان البنك الذي يقدم دعمه لمالك شيء قام ببيعه مع شرط الاحتفاظ بالملكية يمكنه الحصول على سبيل الضمان على الملكية المحتفظة.

هذين القرارين كرسا حق الدائن في الحلول في حقوق البائع بالمطالبة بالبضائع المباعة تحت بند الاحتفاظ بالملكية في حالة إفلاس المشتري.

محكمة النقض الفرنسية اعتبرت في القرارين المشار إليهما أن: "تطبيق بند الإحتفاظ بالملكية عندما يكون المشتري خاضعا لإجراء جماعي ليس هناك مجال للتمييز بين المطالبة من طرف البائع أو عن طريق طرف آخر حل محله في حقوقه، ويكون لهذا الشخص في هذا الصدد كل الإجراءات التي كانت ملكا للدائن والمرتبطة بالدين قبل الدفع."

وهنا نجد أن محكمة النقض قد أكدت فرضية أن شرط الاحتفاظ بالملكية هو من توابع الحق في الثمن، وبالتالي يمكننا أن نستنتج بأن شرط الإحتفاظ بالملكية معترف بإنتقاله عن طريق الحلول كمكون لحق مرتبط بالدين المضمون⁴.

وفي الأخير نجد أن تقنية الاحتفاظ بالملكية كضمان ماهي إلا صياغة جديدة للالتزامات المتقابلة بموجب عقد البيع، حيث أن عقد البيع يفرض نقل ملكية المبيع مقابل قيام المشتري بدفع الثمن، فإذا لم يتم بذلك فيحق للبائع الاحتفاظ بالملكية كضمان لحقه في ثمن الشيء المبيع، إذن

1- Vanéssa BARSALLO, Op. Cit p187.

2- Ibid, p188.

3- نبيل ابراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، المرجع السابق، ص، ص 56،57.

4- Vanéssa Barsallo, op, cit p188.

فشرط الاحتفاظ بالملكية هو خروج عن القواعد العامة، لذلك يجب الاتفاق عليه مسبقاً أو على الأقل إعلام المشتري به بأي طريقة أخرى (فاتورة، سند التسليم) أما كتابته فهي واجبة من أجل الاحتجاج به في مواجهة الغير فقط، كما أن هذا الشرط ليس له أثر على عقد البيع إنما أثره يقتصر على انتقال الملكية التي يوقف مفعولها إلى حين الدفع الكامل للثمن، وبالتالي فإن طبيعة شرط الاحتفاظ بالملكية هو شرط واقف ليس فاسخاً، وهذا ما توصل إليه المشرع الفرنسي بعد جدل فقهي واسع من خلال القانون المؤرخ في 12 ماي 1980 والذي من خلاله جعل للبائع مركزاً متميزاً عن باقي الدائنين الآخرين للمشتري خاصة عند تعرض هذا الأخير للإفلاس وفتح إجراء جماعي ضده. فيكون للبائع هنا بفضل الشرط، الأفضلية في استرداد الشيء المبيع وعدم دخوله في الضمان العام للمشتري.

واستمر الجدل الفقهي الفرنسي حول إمكانية اعتبار هذا الشرط تأمين عيني خاصة وأن التأمينات العينية مذكورة على سبيل الحصر في القانون المدني إلى أن حسم المشرع الفرنسي الأمر من خلال الإصلاحات التي جاء بها أمر 23 مارس 2006 والذي ادراج الملكية المستعملة كضمان ضمن التأمينات العينية وخصص له فصل كامل.

أما في التشريع الجزائري فإن موضوع شرط الاحتفاظ بالملكية مازال يخضع لأحكام القواعد العامة، حيث وبالرجوع إلى نص المادة 363 ق م ج نجده قد اعترف بوجود الشرط لكنه لم يضع نظاماً قانونياً خاصاً بهذه التقنية، وبالتالي يبقى المشكل مطروح خاصة فيما يخص وضعية هذا البائع عند تعرض المشتري للإفلاس، هل يمكن للبائع استرداد الشيء المبيع أم يبقى في يد المشتري وبالتالي يدخل ضمن الضمان العام ويكون البائع هنا دائناً عادياً مع باقي الدائنين.

لذلك حان الوقت للاهتمام بتقنين هذه التقنية المستخدمة كضمان، وكل التقنيات المستحدثة الأخرى وهذا لما تقدمه من حلول لمشاكل عجزت عن حلها التأمينات التقليدية، وخاصة أن هذه الضمانات المستحدثة تتميز بخاصية البساطة في تكوينها وسهولة إجراءاتها.

المبحث الثاني: التأجير التمويلي كوسيلة الضمان

لقد إحتل عقد التأجير التمويلي مؤخرًا مكانة هامة في الأسواق المالية بإعتباره وسيلة حديثة لإمداد المشروعات الصناعية والتجارية بالتجهيزات الضرورية، وهذا من خلال عقد إيجار بصورة مستحدثة تضمن الفائدة والربح للبايع من جهة، وتضمن إنجاز المشاريع بصورة أسرع وبدون عوائق من جهة ثانية.

وقد بدأ إستخدام عقد التأجير التمويلي من الناحية التاريخية مند عام 1930 في الولايات المتحدة الأمريكية في المجال العقاري، وسنة 1950 في مجال المنقولات، في حين ظهر في أوروبا في أواخر الخمسينيات من القرن الماضي،¹ كما أخذت به دول العالم الثالث أيضا في إفريقيا وآسيا ودول أمريكا اللاتينية بإعتبار أن التأجير التمويلي يساعد الدول النامية على مواجهة صعوبات الحصول على التمويل المصرفي وعجزها في تمويل مشاريعها.

ومن خلال هذا الإنتشار السريع والهائل لهذا العقد تتضح مدى أهميته في التنمية الإقتصادية وبالفعل يستحق أن نتحدث عنه بإسهاب أكبر بتوضيح ماهية عقد التأجير التمويلي (مطلب أول) مبرزين تعريفه وخصائصه وتكييفه القانوني بإعتباره وسيلة ضمان، كما يجب توضيح التنظيم القانوني لهذا العقد (مطلب ثاني) من خلال إبراز أركانه الشكلية والموضوعية، وما يقدمه من ضمانات للمؤجر والمستأجر معا، ونختتم بكيفية إنقضاء وانتهاء هذا العقد.

المطلب الأول: ماهية عقد التأجير التمويلي

إن المزايا العديدة التي يمنحها عقد الإيجار التمويلي أدت إلى توسع دائرة إستخدامه من أمريكا إلى أوروبا ومنها إلى باقي دول العالم، ولعل أهم ما يميزه هو سهولة الحصول على المعدات والأدوات والأجهزة المستخدمة في إنجاز المشاريع من طرف المستثمرين، حيث أن الشخص الذي يفكر في كيفية تمويل المشاريع عادة ما يلجأ إلى الإقتطاع من رأس المال المشروع، مما يترتب عليه تجميد جزء كبير من رأسماله وتحمله لنتائج نجاح وفشل المشروع، وقد يلجأ إلى الإقتراض

¹ - أنظر نجوى إبراهيم البدالي، عقد الإيجار التمويلي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 05.

من جهات خارجية والتي قد تتطلب ضمانات كثيرة قد تعيق عمل المشروع بالإضافة إلى تعرضه إلى مخاطر السداد والإفلاس في حال فشل المشروع.

لذلك لجأ الفكر القانوني إلى وسيلة تضمن للشخص الحصول على المعدات اللازمة دون تحمل تكاليف شرائها دفعة واحدة، وبطريقة تضمن حقوق المؤسسة الممولة بإحتفاظها بملكية المعدات وكان ذلك باللجوء إلى فكرة الإيجار التمويلي.¹

وقد تعددت الآراء الفقهية وإختلفت حول تحديد تعريف لعقد الإيجار التمويلي (فرع أول) لذلك سنحاول توضيح بعضا من هذه التعاريف والتي من خلالها سنبين أهم خصائص هذا العقد وصوره، كما سنبين الطبيعة القانونية للعقد وتكييفه من خلال تميزه عن بعض المفاهيم المشابهة (فرع ثاني)، ثم نوضح خصوصية عقد الإيجار التمويلي في مجال الضمان أو مدى ما يحققه الإيجار التمويلي من ضمانات (فرع ثالث).

الفرع الأول: التعريف بالتأجير التمويلي

لقد ظهرت عدة تعاريف متعلقة بهذا العقد، سواء كانت تعاريف فقهية أو تشريعية (أولا) كما أن الإختلاف الواقع حول تحديد تعريف لعقد الإيجار التمويلي كان راجعا لإختلاف صورته (ثانيا) والتي سيتم توضيحها مع بيان أهم خصائص عقد الإيجار التمويلي (ثالثا).

أولا: تعريف عقد الإيجار التمويلي

لقد إختلفت الآراء حول تعريفه حيث ركز جانب من الفقه على الطابع التمويلي للعقد بإعتباره أحد وسائل تمويل الإستثمارات حيث عرفه أصحاب هذا الرأي بأنه: "وسيلة تمويل بمقتضاها تقوم مؤسسة مالية بتأجير بعض التجهيزات والآلات والأدوات والمهمات إلى عملائها مع تطبيق أحكام عقد الإيجار في العلاقة التعاقدية بينهم."²

¹ - أنظر علاء الدين عبد الله الفواز الخصاونة، التكييف القانوني لعقد الإيجار التمويلي، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص13.

² - المرجع نفسه، ص14.

فهذا التعريف ركز على إعتبار العقد وسيلة تمويل يلجأ إليها المستفيد لتمويل إستثماراته ومشاريعه خاصة عندما تعجز طريق التمويل التقليدية عن تحقيق حاجته.

كما حاول بعض الفقهاء تعريف هذا العقد بأنه: "وسيلة تمويل بمقتضاها تقوم مؤسسة مالية بتأجير بعض التجهيزات والآلات والأدوات والمهمات إلى عملائها مع تطبيق أحكام عقد الإيجار في العلاقة التعاقدية بينها وبينهم".¹

كما عرفه إتجاه آخر بأنه عبارة عن نظام قانوني مركب يتكون من بعض القواعد القانونية المستمدة من الأشكال التقليدية للعقود التجارية ويتميز هذا النظام ببعض الخصائص المستمدة من مزج القواعد القانونية،² لكن يعاب على هذا التعريف أنه لم يحدد الأشكال التقليدية للعقود التي يستمد منه أحكامه.

ويذهب إتجاه رابع إلى إعتبار العقد صيغة قانونية مستحدثة ذات كيان خاص، حيث يعرف هذا الإتجاه بأنه: "إحدى الصيغ القانونية الحديثة التي تسمح لأحد المشاريع أو الأشخاص بالحصول على أشياء وإستعمالها دون أن يكون لديه الأموال اللازمة لشرائها في الحال وهذه الأموال إما عقارية أو منقولة".

ونلاحظ أن هذا التعريف واسع فهو لم يحدد طبيعة هذه الصيغة أو العقد، وأكتفي بالإشارة إلى أنه من الصيغ القانونية المستحدثة، كما أنه لم يشر إلى الطابع المركب لعقد الإيجار التمويلي، كما لم يشر إلى الخيارات الممنوحة للمستفيد عند نهاية العقد لكنه بالمقابل حدد طبيعة الأموال التي ينصب عليها هذا العقد بأنها قد تكون أموال عقارية أو منقولة.³

ثانياً: صور عقد الإيجار التمويلي

تختلف صور عقد الإيجار التمويلي بحسب الزاوية التي ينظر إليها كل جانب من الفقهاء فهناك مثلاً التأجير التمويلي التملكي والإيجار التمويلي متعدد الأطراف.....إلخ.

1 - أنظر إلياس ناصف، العقود الدولية، "عقد الليزنغ أو عقد الإيجار التمويلي" في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص55.

2 - المرجع نفسه، ص57.

3 - أنظر علاء الدين عبد الله فواز الخصاونة، المرجع السابق، ص16.

أما في التشريع الجزائري فقد خص المشرع صور الإعتماد الإيجاري بنصوص محددة في أمر رقم 96-09¹، لذلك سنقيم دراسة هذه الصور إلى فئتين الأولى الصور التي جاءت بها مختلف التشريعات المقارنة والثانية الصور التي حددها المشرع الجزائري.

1- صور الإيجار التمويلي وفق بعض التشريعات المقارنة.

من خلال التشريعات المقارنة حيث أن معظم التشريعات العربية تقسم هذه الصور إلى تأجير تمويلي تملكي وآخر متعدد الأطراف وآخر تشغيلي ثم تأجير تمويلي بضمان الأصل وأخيرا التأجير التمويلي البدلي.

أ- الإيجار التمويلي التملكي:

وهو عقد بموجبه تكتسب شركة التأجير التمويلي ملكية الأصل الإنتاجي وتقوم بتأجيره إلى المستفيد، وفيه يتعهد المستفيد بأداء دفعات نقدية يزيد مجموعها على ثمن شراء الأصل، وذلك طوال مدة إستعماله الأصل والتي يتفق الطرفان على عدم قابليتها للإلغاء. ويتم تحديد مدة العقد على أساس العمر الإقتصادي للأصل. ويتحدد مقدار الأجرة على نحو يسمح لشركة التأجير التمويلي بإسترداد ما أوفاه على سبيل ثمن شراء الأصل بالإضافة إلى الفائدة، جزاء رؤوس الأموال المستثمرة. ويكون للمستفيد في نهاية مدة الإتفاق خيار تملك الأصل.²

ب- التأجير التمويلي متعدد الأطراف:

في هذه الصورة تكون العلاقة غير مباشرة بين شركة التأجير التمويلي (المؤجر) والمشروع المستفيد (المستأجر) حيث يحصل المؤجر على جزء كبير من رأس المال اللازم لشراء الأصل الإنتاجي محل عقد الإيجار التمويلي عن طريق الإقتراض من الغير، ومؤدى ذلك أن العلاقة هنا لا تقتصر على شركة التأجير التمويلي والمشروع المستفيد وإنما يتدخل طرف آخر يكون غالبا بنكا.³

¹ - أمر رقم 96-09 مؤرخ في 10/01/1996 يتعلق بالإعتماد الإيجاري، ج ج ج عدد 03 مؤرخة في 14/01/1996.

² - تامر ريمون فهيم، ضمانات الإئتمان المصرفي، المرجع السابق، ص520.

³ - أنظر نجوى إبراهيم البدالي، المرجع السابق، ص68.

ج-الإيجار التمويلي التشغيلي:

إن هذه الصورة من العقد لا تمول الإكتساب بل تمول الإستعمال، بمعنى آخر هذا العقد لا ينقل منفعة جوهر الملكية من المؤجر التمويلي إلى المستأجر التمويلي، إذ لا تنتقل إلى هذا الأخير كل الحقوق و الإلتزامات والمنافع والمساوى المرتبطة بحق ملكية الأصل بل تبقى صالح المؤجر التمويلي.¹

و يبرم هذا العقد عادة لمدة قصيرة تتراوح بين سنتين أو ثلاث سنوات قابلة للإلغاء، حيث تعود ملكية الأصل المؤجر إلى الشركة المؤجرة في نهاية عقد الإيجار، ولا يتمتع المشروع المستفيد بالحق في إختيار شراء الأصل في نهاية مدة العقد، وتحمل الشركة المؤجرة عبء صيانة الأصل المؤجر، لذا يراعي ذلك عند تقدير الأجرة، ولا يؤخذ العمر الإقتصادي المفترض للأصل في الإعتبار عند تحديد مدة الإيجار. ولقصر مدة عقد التأجير التشغيلي لا تسمح القيمة الإيجارية بإسترداد ثمن شراء الأصل المؤجر. وتساعد تلك الصورة من صور التأجير التمويلي المشروع المستفيد على تجنب مخاطر الإضمحلال الإقتصادي والتقادم التقني.²

د-التأجير التمويلي بضمان الأصل:

لا تختلف هذه الصورة كثيرا عن التأجير التمويلي التشغيلي إلا في جزئية إلتزامات المؤجر إذ يتعهد في هذه الصورة بالتأمين على الأصل المؤجر.³

هـ-التأجير التمويلي البدلي:

وتعد هذه الصورة نموذجا للتأجير التشغيلي لكنها تختلف عنه في أن العقد يخول المستفيد طلب إستبدال أصل جديد بالأصل المؤجر وذلك خلال مدة الإيجار.⁴

¹ - عبد الكريم عسالي، عقد الاعتماد الإيجاري الدولي، أطروحة مقدمة لنيل دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2015/06/23. ص 88.

² - نجوى إبراهيم البدالي، المرجع السابق، ص 69، ص 70.

³ - أنظر تامر ريمون فهيم، المرجع السابق، ص 521.

⁴ - نجوى إبراهيم البدالي، ص 70، ص 71.

و-التأجير التمويلي مع الإشتراك في نتائج بيع الأصل:

ترد هذه الصورة الخاصة للتأجير التمويلي على السيارات وهي منتشرة في الولايات المتحدة الأمريكية، أما في فرنسا فالتأجير التمويلي يعطي المستأجر في نهاية مدة الإيجار خيار شراء الأصل محل عقد الإيجار سواء كان عقارا أو منقولا فيكسب ملكية الأصل بسعر مخفض يدخل في تقديره المبالغ التي دفعها المستأجر خلال مدة الإيجار وقد عرفت المادة الأولى من القانون الفرنسي رقم 66-440 المؤرخ في 2 يوليو 1966 الإيجار التمويلي بقولها: "يقصد بعمليات الإيجار التمويلي في مفهوم هذا القانون مايلي:

- عمليات تأجير المعدات والآلات اللازمة لمزاولة حرفة أو صناعة والتي يتم شراؤها بقصد إعادة تأجيرها بواسطة مشروعات تظل هي المالكة لها.
- العمليات التي تتضمن قيام مشروع بتقديم عقارات مخصصة للإنتفاع المهني للإيجار سواء تم شراء هذه العقارات بمعرفته أو تم إنشاؤها لحسابه.¹
- عمليات إيجار المحل التجاري أو المنشأة الحرفية أو أحد العناصر المعنوية للمحل أو المنشأة.²

أما في التشريع الجزائري فلم يبتعد كثيرا عما ذهب إليه التشريع الفرنسي، بل تناول موضوع الإيجار التمويلي وفقا لما جاء به هذا التشريع.

2- صور الإيجار التمويلي وفقا للتشريع الجزائري:

بالرجوع إلى نصوص الأمر رقم 96-09 نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ على عاتقه تحديد مختلف صور الإيجار التمويلي أو كما أطلق عليه الإعتماد الإيجاري وكان هذا مع الأخذ بعين الاعتبار لعدة معايير:

¹ - أنظر تامر ريمون فهم، ص521، ص522.

² - المرجع نفسه، ص523.

أ- المعيار الأول:

معيار مدى تحمل أطراف العقد للإلتزامات والمخاطر والذي من خلالها صنف المشرع الإيجار التمويلي إلى صنفين:

الصنف الأول: إيجار تمويلي مالي

ويسمى بهذا الإسم في حالة ما إذا نص عقد الإعتماد الإيجاري على تحويل لصالح المستأجر كل الحقوق والإلتزامات والمنافع والمساوى والمخاطر المرتبطة بملكية الأصل الممول عن طريق الإعتماد الإيجاري، وفي حالة ما إذا لم يمكن فسخ عقد الإعتماد الإيجاري، وكذا في حالة ما إذا تضمن هذا الأخير للمؤجر حق إستعادة نفقاته من رأس المال، والحصول على مكافأة على الأموال المستثمرة،¹ ومن الناحية التطبيقية فإن الإيجار التمويلي المالي يتخذ شكلان أساسيان هما: الشكل الأول: الإيجار التمويلي المباشر

والذي يعتبر شكلا تقليديا للإيجار التمويلي المالي ومضمونه قيام مؤسسة ما بإستئجار أصل جديد يتم الحصول عليه عادة من طرف الشركة المنتجة أو من بعض الوسطاء كالشركات المتخصصة في تأجير الأصول.²

الشكل الثاني: البيع وإعادة الإستئجار

ويسمى كذلك الإيجار التمويلي اللاحق وفيه تقوم الشركة التي تملك أرضا أو مباني أو معدات ببيع إحدى هذه الأصول إلى مؤسسة مالية، وفي الوقت نفسه توقع إتفاقية مع هذه المؤسسة لإستئجار هذا الأصل وإبقائه عند الشركة لفترة معينة من الزمن وتحت شروط معينة، ومع أن هذه الصورة لم ينص عليها المشرع الجزائري في نص الأمر 96-09 إلا أنها واسعة الإنتشار في فرنسا.³

¹ - أنظر نص المادة 2 فقرة 2 من أمر 96-09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري.

² - سمير محمد عبد العزيز، التأجير التمويلي ومداخله المحاسبية الإقتصادية التشريعية التطبيقية، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، 2000، ص75، ص76.

³ - أنظر هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، الطبعة الثانية، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية 1998، ص10، ص11.

الصنف الثاني: الإيجار التمويلي التشغيلي

ويسمى إيجار تمويلي تشغيلي في حالة ما إذا لم يحول لصالح المستأجر كل أو تقريبا كل الحقوق والإلتزامات والمنافع والمساوئ والمخاطر المرتبطة بحق ملكية الأصل الممول، والتي تبقى لصالح المؤجر أو على نفقاته،¹ والميزة الموجودة في هذا النوع أن الشركة المؤجرة تقوم بصيانة وخدمة المعدات المستأجرة وتضم تكاليف هذه الصيانة إلى أقساط الإيجار أو تحصلها من الشركة المستأجرة باتفاق منفصل عن عقد الإيجار.

كما تعطي عقود إستئجار الخدمة للشركة المستأجرة، الحق في إلغاء العقد وإرجاع الأصل إلى المؤجر قبل نهاية مدة العقد الأساسية، علما بأن هذه الميزة مهمة جدا للشركة المستأجرة لأنها تستطيع إعادة الأصل، وفي مقابل ذلك وبما أن فترة الإستئجار قد تكون أقل بكثير من العمر الإقتصادي المتوقع للأصل، فالمتوقع من المؤجر أن يسترد مجمل تكلفة الأصل إما عن طريق إعادة تأجير الأصل بعد نهاية فترة العقد وإما عن طريق بيعه.²

ب- المعيار الثاني: معيار محل إقامة أطراف العقد

ففي هذا النوع نميز بين حالتين:

حالة ما إذا كان العقد داخليا أو خارجيا دوليا:

فالمشرع الجزائري مثلا عرف الإيجار التمويلي الوطني من خلال نص المادة 5 فقرة 1 من أمر رقم 96-09 السالفة الذكر، بأن تجمع العملية بين شركة تأجير أو بنك أو مؤسسة مالية بمتعامل إقتصادي وتكون إقامتهم في الجزائر.

¹ - المادة 2 فقرة 3 من أمر رقم 96-09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري.

² - سمير محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص75.

وعليه يكون الإيجار التمويلي وطني في حالة إبرام العقد بين متعاملين يقيمان في البلد نفسه وفي حالة قيام الشركة المؤجرة بفتح فروع لها في الخارج قصد القيام بعمليات الإيجار التمويلي، فإن هذه الفروع تمارس عمليات الإيجار التمويلي الوطني في الدول التي أقامت فيها.¹

أما الإيجار التمويلي الدولي: فحسب نص المادة 5 فقرة 2 و3 و4

من أمر رقم 96-09: "عندما يكون العقد الذي يركز عليه إما ممضي بين متعامل إقتصادي مقيم في الجزائر وشركة تأجير أو بنك أو مؤسسة مالية غير مقيمة في الجزائر، وإما ممضي بين متعامل إقتصادي غير مقيم في الجزائر أو شركة تأجير أو بنك أو مؤسسة مالية مقيمة في الجزائر".

وتحدد المادة 125 من أمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم، تحدد المقيم في الجزائر بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرئيسي لنشاطاته الإقتصادية في الجزائر، وبالعكس يعتبر كل شخص غير مقيم في الجزائر إذا كان المركز الرئيسي لنشاطاته الإقتصادية خارج الجزائر".

ج-المعيار الثالث: معيار طبيعة الأصل الممول

ومن خلال هذا المعيار نقسم الإيجار التمويلي إلى ثلاث أصناف إيجار تمويلي للمنقولات والإيجار تمويلي للعقارات وإيجار تمويلي للمحلات التجارية والمنشآت الحرفية.²

• الصنف الأول: الإيجار التمويلي للأصول المنقولة

بالرجوع إلى نص المادة 7 من أمر 96-06 نجد أنها اعتبرت الإعتماد الإيجاري للأصول المنقولة عبارة عن عقد تمنح من خلاله شركة التأجير، البنك أو المؤسسة المالية المسماة بالمؤجر على شكل تأجير مقابل الحصول على إيجارات لمدة ثابتة، أصولا متشكلة من تجهيزات أو عتاد أو أدوات ذات الإستعمال المهني لمتعامل إقتصادي، شخصا طبيعيا كان أو معنويا يدعى المستأجر

¹ - ليندة سامي، عقد الإعتماد الإيجاري مداخلة مقدمة ضمن أعمال الملتقى الوطني، عقود الأعمال ودورها في تطوير الإقتصاد الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 16، 17 ماي، 2012، ص180.

² - وهذا حسب المادة 1 فقرة 3 حيث جاء فيها: "يعتبر الإعتماد الإيجاري موضوع هذا الأمر عملية تجارية ومالية:....."

- وتتعلق فقط بأصول منقولة أو غير منقولة ذات الإستعمال المهني أو بالمحلات التجارية أو لمؤسسات حرفية"

كما يترك لهذا الشخص إمكانية إكتساب كليا أو جزئيا الأصول المؤجرة عن طريق دفع سعر متفق عليه والذي يأخذ بعين الاعتبار على الأقل جزئيا الأقساط التي تم دفعها بموجب الإيجار.

وقد إشتراط المشرع الجزائري في نص المادة 6 من الأمر 96-09 ضرورة إشهار عقد الإيجار التمويلي وقد أورد مرسوما تنفيذيا خاصا يحدد فيه كيفية إشهار عمليات الإعتماد الإيجاري للأصول المنقولة.¹

● الصنف الثاني: الإيجار التمويلي للأصول غير المنقولة

ويطلق عليها كذلك القرض الإيجاري للعقارات وهي تلك العمليات التي بموجبها يقوم أحد المشروعات بتأجير أموال عقارية مخصصة لأغراض مهنية يسيرها المشروع، أو يتم بناءها لحسابه، إذا كانت الطبيعة القانونية لهذه العمليات تسمح للمستأجرين بتملك جميع الأموال المنجزة أو بعضها في موعد أقصاه انتهاء الإيجار، وذلك إما عن طريق تنفيذ وعد بالبيع، وإما عن طريق اكتساب ملكية الأرض التي أقيمت عليها المباني المؤجرة، سواء كان اكتساب ملكية الأرض بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وإما عن طريق انتقال ملكية مباني مقامة على أرض مملوكة للمستأجر بقوة القانون.²

ولقد حدد المشرع الجزائري من خلال نص المادة 8 من أمر رقم 96-09 طبيعة الأموال التي يرد عليها هذا العقد (أي عقد الإيجار التمويلي العقاري) حيث إشتراط أن تكون الأصول التي يحصل عليها المستأجر هي أصول ثابتة مهنية،³ إشتراها أو بنيت لحسابه مع إمكانية المستأجر في الحصول على ملكية مجمل الأصول المؤجرة أو جزء منها في أجل أقصاه إنقضاء مدة الإيجار ويتم ذلك في صيغة من الصيغ التالية:

➤ عن طريق التنازل تنفيذا للوعد بالبيع من جانب واحد.

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 06-90 مؤرخ في 20 فيفري 2006 يحدد كيفية إشهار عمليات الإعتماد الإيجاري للأصول المنقولة، الجريدة الرسمية، عدد10، مؤرخة في 26 فيفري 2006.

² - بلول أمعر، إشكالات التنفيذ على الضمانات البنكية، دراسة مقارنة في القانون الجزائري والفرنسي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2018/03/04. ص 131.

³ - نلاحظ أن المشرع في هذا النص قد حدد طبيعة العقار المؤجر الذي يجب أن يكون موجه لنشاط مهني وبالتالي فهو يستبعد العقارات المتخصصة للسكن أو الاستعمال الشخصي.

أي تنفيذ الوعد بالبيع من جانب المؤجر مع توقف الأمر على إعلان إداري من طرف المستأجر بقبول تملك المال المؤجر عن طريق استعمال خيار الشراء.

➤ أو عن طريق الإكتساب المباشر أو غير المباشر حقوق ملكية الأرض التي شيدت عليها العمارة أو العمارات المؤجرة، وبالتالي يكفي المستفيد تملك الأرض لكي تنتقل إليه ملكية المباني تطبيقاً لأحكام الإلتصاق العقاري.¹

➤ أو عن طريق التحويل قانوناً ملكية الأصول التي تم تشيدها على الأرض والتي هي ملك المستأجر.

• الصنف الثالث: إيجار تمولي للمحلات التجارية والمنشآت الحرفية

وقد نصت على هذا الصنف المادة 09 من أمر 96-09 حيث إعتبرت عقد الإعتماد الإيجاري المتعلق بمحل تجاري أو مؤسسة حرفية سندا يمنح من خلاله طرف يدعى "المؤجر" على شكل تأجير مقابل الحصول على إيجارات لمدة ثابتة لصالح طرف يدعى المستأجر محلاً تجارياً أو مؤسسة حرفية من ملكه مع الوعد من جانب واحد بالبيع لصالح "المستأجر" وبمبادرة منه عن طريق دفع سعر متفق عليه يأخذ بعين الإعتبار على الأقل جزئياً الأقساط التي تم دفعها بموجب الإيجارات، مع إنعدام إمكانية المستأجر في إعادة تأجير المحل التجاري أو هذه المؤسسة الحرفية لصاحب الملكية الأول.

ثالثاً: خصائص عقد الإيجار التمويلي

يعتبر عقد الإيجار التمويلي عقد يمنح للمستأجر ثلاث خيارات عند نهاية العقد، كما يعتبر وسيلة من وسائل تمويل الإستثمارات والخاصية الثالثة كونه من العقود التي تقوم على الإعتبار الشخصي.

1- الخيارات الثلاثة المقررة للمستأجر:

لقد تباينت الآراء وإختلفت في هذا الشأن بين مختلف التشريعات المقارنة فمثلاً في الولايات المتحدة وإنجلترا إقتصرت هذه العلاقة على التأجير فقط، من دون حق الشراء الإختياري للمستأجر في نهاية مدة الإيجار، أما التشريعين الفرنسي والمصري فقد قررا للمستأجر الحق في إختيار شراء

¹ - أنظر المادة 782 وما بعدها، القانون المدني الجزائري.

المال المؤجر كله أو بعضه في الموعد والثلث المحدد في العقد على أن يراعي في تحديد الثمن مبالغ الأجرة التي أداها،¹ وقد إنتهج المشرع الجزائري في هذا الصدد نهج المشرعين الفرنسي والمصري وذلك من خلال نص المادة 16 من أمر رقم 96-09.

والخيارات الثلاثة لإنهاء عقد الإيجار التمويلي هي:

أ- إما شراء الأموال المؤجرة:

وهذا بناء على رغبة المشتري التي يجب أن يفصح عنها قبل نهاية مدة العقد، إما برغبته في شراء كل المال أو بعضه، ويتم الشراء وفق الشروط المتفق عليها في عقد الإيجار التمويلي فيحدد الثمن مسبقا، والذي عادة ما يكون أقل من سعر السوق حيث أوجب المشرع أن يراعي عند تقديره مبالغ الأجرة السابقة التي دفعها المستأجر، لكن إذا لم يتضمن هذا العقد على وعد بالبيع فلا يكون ثمة عقد إيجار تمويلي بل يعتبر عقد إيجار عادي وبسيط.²

ب- تجديد عقد الإيجار:

وعادة ما ينص العقد الأساسي على شروط التجديد لاسيما ما يتعلق ببديل الإيجار الذي عادة ما يكون أقل من البديل الذي كان يدفعه المستأجر خلال المدة الأولى للإيجار، كما يجب أن يبدي المستأجر رغبته صراحة في التجديد فلا يعتد بالتجديد الضمني.³

ج- رد الأشياء محل عقد الإيجار التمويلي:

فقد يختار المستأجر عند نهاية مدة الإيجار عدم تجديد أو شراء الأموال المستأجرة، بل ينهي العقد ويعيد الأموال التي في حيازته إلى المؤجر، وتنتهي هنا العلاقة التأجيرية بين الطرفين العقد، وقد إعتبر الإجتهد الفرنسي أن المستأجر الذي لم يستعمل خياره بالشراء أو بالتجديد عند نهاية مدة العقد ولم يرجع الأموال موضوع العقد إلى المؤجر، يكون قد إقترف جريمة إساءة الإئتمان.⁴

1 - أنظر إلياس نصيف، العقود الدولية، عقد الليزنغ أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن، المرجع السابق، ص71.

2 - المرجع نفسه، ص73.

3 - نجوى إبراهيم البدالي، المرجع السابق، ص206، ص207.

4 - أنظر إلياس نصيف، العقود الدولية، عقد الليزنغ أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن، المرجع السابق، ص78، ص79.

2- عقد الإيجار التمويلي هو إحدى وسائل التمويل الإستثماري:

إن أطراف العقد يلجأون إلى هذا النوع من العقود بإعتباره أفضل خيار لتمويل أي مشروع فيحقق مصلحة لكلا الطرفين المؤجر والمستأجر، فالمؤجر لا يقوم بشراء المال من أجل تأجيره فقط، كما هو الأمر في الإيجار العادي بل أن للمستأجر دورا في العقد إذ يقوم المؤجر بشراء المال بناء على طلب المستأجر الذي يختار هو المعدات المطلوبة، في معظم الحالات أو بطلب إقامة الأبنية وفقا للمواصفات والشروط التي تتاسب حاجة المشروع، ثم يتولى المؤجر تمويل عملية الشراء أي دفع الثمن أو تكاليف إقامة الأبنية والإنشاءات، وذلك مقابل حصوله على أجره يراعي في تقديرها حصول المؤجر على إستثماره في هذا المجال مع كافة الضمانات التي تحقق له ذلك.

3- عقد الإيجار التمويلي من عقود الإعتبار الشخصي:

وهي خاصية أخرى من خصائص هذا العقد والتي يتشارك فيها مع سائر عقود الإئتمان الأخرى والمقصود بالإعتبار الشخصي هنا، أن كل شخص طرف في العقد له إعتباره أمام الطرف الآخر، ويقوم هذا الإعتبار على مجموعة من العناصر تؤدي إلى جعل كل من المتعاقدين محل ثقة المتعاقد الآخر، أما العناصر فتتكون من سمعة المتعاقد من الناحيتين المالية والشخصية ومدى قدرته على إبقاء إلتزاماته وتاريخه في التعامل التجاري.

وطالما أن العقد يقوم على الإعتبار الشخصي فإن الغلط في شخص أحد طرفي العقد يؤدي إلى قابلية هذا العقد للإبطال بناء على طلب الفريق الذي وقع في الغلط، وقد راعت معظم التشريعات فكرة الإعتبار الشخصي في عقد الإيجار التمويلي لماله من أهمية في إبرام العقد حتى إنتهاءه، فنصت مثلا على أنه لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن العقد إلى الغير إلا بعد الحصول على موافقة المؤجر، وأن العقد يفسخ من تلقاء نفسه إذا إنهار الإعتبار الشخصي لدى المستأجر كحالة إفلاسه أو إعساره، أو إنقضائه إذا كان شخصا معنويا وغالبا ما ينص العقد نفسه وبموافقة الطرفين على إعتبار العقد ملغي في حال وفاة المستأجر.¹

¹ - أنظر إلياس ناصيف، العقود الدولية، عقد الليزنج أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن، المرجع السابق، ص84، ص85.

الفرع الثاني: التكيف القانوني لعقد الإيجار التمويلي

لقد اختلف الفقه حول طبيعة عقد الإيجار التمويلي فمنهم من كیفه على أنه مزيج من الأحكام القانونية لعقدي الإيجار والبيع، وبالتالي هو قريب من عقد البيع الإيجاري، وذهب رأي آخر إلى أن عقد التأجير التمويلي عبارة عن مزيج قانوني يتكون من عدد من الإلتزامات التعاقدية وهي الوعد بالإيجار، الوكالة، الإيجار، الوعد بالبيع من جانب واحد ولكن يظل عقد التأجير التمويلي محتفظا بإستقلاله عن هذه العقود الداخلة في تكوينه،¹ وليبان الطبيعة القانونية الخاصة لعقد التأجير التمويلي نميزه عن باقي العقود المشابهة له.

أولاً: عقد الإيجار التمويلي وعقد الإيجار

لقد عرف القانون المدني الجزائري عقد الإيجار بأنه: "عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الإنتفاع لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم، يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقداً أو بتقديم أي عمل آخر"²

من خلال التعريف يتضح لنا أن عقد الإيجار العادي وعقد الإيجار التمويلي لهما نفس الصفات وأنها متماثلان إلى حد بعيد من حيث وجود علاقة قانونية بين شخصين تخول أحدهما الإنتفاع بمال مملوك للآخر لمدة محددة ولقاء عوض معلوم، إلا أن عقد الإيجار التمويلي يختلف عن عقد الإيجار العادي من عدة أوجه أهمها أنه يرد على مال يحدده المستأجر فيتعهد المؤجر بشرائه من أجل تأجيره للمستأجر ويترتب على العلاقة الوثيقة بين عقد الإيجار التمويلي وعقد الشراء أثر هام يتمثل في حق المستأجر في الرجوع بدعوى مباشرة على البائع على الرغم من أنه لا توجد علاقة قانونية مباشرة بينهما، ومن أوجه الاختلاف المهمة أيضا أن عقد الإيجار التمويلي عادة ما يتضمن شرطاً يخول المستأجر حق تملك المأجور في نهاية مدة العقد بعد دفع الثمن

¹ - نجوى إبراهيم البدالي، المرجع السابق، ص107، ص108.

² - المادة 467 ق م ج.

المتفق عليه والذي يكون أقل بكثير من القيمة الحقيقية للمبيع إذ يراعي في تحديده مقدار الأجرة التي دفعها المستأجر.¹

كما أن مدة الإيجار في كلا العقدین تخضع في تحديدها لإرادة الطرفين إلا أنه في عقد الإيجار التمويلي غالباً ما تكون طويلة ومتناسبة مع العمر الافتراضي للأشياء، وقد أظهر التعامل أنها تتراوح بين حوالي خمس سنوات في الأموال المنقولة وخمس عشرة سنة في الأموال غير المنقولة، وذلك للصعوبة التي تقع فيها المؤسسة المؤجرة في إعادة تأجيرها إلى مشروع آخر عند نهاية العقد الأول في حين أنه في عقد الإيجار العادي غالباً ما تكون مدة العقد قصيرة لكي تعطي للمؤجر فرصة الإستفادة من الأموال المؤجرة.²

وبالتالي فإن عقد الإيجار العادي رغم بعض أوجه التشابه مع الإيجار التمويلي إلا أن أوجه الاختلاف كثيرة أيضاً، لذلك إتجه بعض الفقه لإعتبار الإيجار التمويلي ما هو إلا وعداً بالإيجار ملزم للطرفين على إعتبار أن توقيع عقد الإيجار التمويلي يتم قبل شراء الأشياء موضوع عقد الإيجار وذلك قياساً على نص المادة 1089 قانون مدني فرنسي والتي تقابلها المادة 71 قانون مدني جزائري³ والمادة 101 مدني مصري، والتي تقضي بأن الوعد بالإيجار قياساً على الوعد بالبيع، يصبح إيجاراً بالمعنى الصحيح متى كان هذا الوعد ملزماً للطرفين، ومتضمناً موضوع العقد وبدل الإيجار ومدته وهذا ما يتضمنه عقد الإيجار التمويلي أي أن هذا الجانب من الفقه يرى في عقد الإيجار التمويلي وعداً ملزماً للطرفين بالإيجار، والذي يصبح عقداً لإيجار الأشياء موضوع العقد عند تسلمها من المنتج أو المورد.⁴

وقد إستند هذا الجانب من الفقه على أن تملك المستأجر للأشياء المؤجرة في نهاية العقد هو مجرد خيار قلماً يُقدم المستأجر على إستعماله لعدم جدوى هذه الأشياء بعد مدة الإيجار الطويلة التي تتطابق في كثير من الأحيان مع العمر الافتراضي لهذه الأشياء، وبالتالي يكون عقد الليزنغ

¹ - علي هادي العبيدي، العقود المسماة البيع والإيجار، الطبعة السادسة، دار الثقافة، الأردن، 2012، ص208، ص209.

² - إلياس ناصيف، العقود الدولية، عقد الليزنغ أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن، المرجع السابق، ص111.

³ - والتي جاء في فقرتها الأولى: "الاتفاق الذي يعد له المتعاقدان أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عين جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها".

⁴ - إلياس ناصيف، العقود الدولية، عقد الليزنغ أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن، المرجع السابق، ص106، ص107.

في مضمونه عبارة عن عقد إيجار للأشياء وحتى أن بعض الفقه يرى أن إمكانية تملك الأشياء المؤجرة من المشروع المستأجر في نهاية العقد لا يعتبر من العناصر الأساسية لعقد الإيجار التمويلي ووفقا لهذا الإتجاه يقترب عقد الليزنغ (الإيجار التمويلي) من عقد الإيجار.¹

إن تكييف عقد الإيجار التمويلي على أنه وعد بإيجار الأشياء لا يتفق مع ما جرى به التعامل عند إبرام هذا العقد، على إعتبار أن المؤسسة المالية توقع عقد الإيجار التمويلي مع المشروع المستفيد من عقد الإيجار التمويلي وتوقع في الوقت نفسه عقد شراء الأموال والأشياء التي يحتاجها المشروع الذي يقوم نيابة عن المؤسسة بتسلم هذه الأموال والأشياء.

كما أن عقد الليزنغ يتميز عن عقد الإيجار العادي من عدة وجوه، فمن ناحية يتضمن عقد الإيجار التمويلي في إحدى مراحلها عقد إيجار الأشياء اللازمة للمشروع، غير أن عقد الإيجار لا يعتبر سوى عنصرا من عناصر عقد الإيجار التمويلي الذي يشمل فضلا عن عقد الإيجار عدة قواعد أخرى، بينما يقتصر عقد الإيجار العادي على وضع الأموال المؤجرة تحت تصرف المستأجر طول مدة الإيجار، أي أن عقد الإيجار العادي هو عقد بسيط لا يشمل إلا العلاقة الثنائية بين المؤجر والمستأجر.

ومن ناحية أخرى فالأشياء موضوع عقد الإيجار العادي تكون مملوكة للمؤجر ومعدة لتأجيرها لأي مستأجر يرغب في ذلك، بينما في عقد الإيجار التمويلي لا تكون الأشياء المؤجرة موجودة في ملكية المؤسسة المؤجرة وقت توقيع العقد، بل أن هذه المؤسسة تفوض المستأجر بمقتضى عقد الإيجار التمويلي بشراء الأموال موضوع العقد، كما أن المستأجر هو الذي يختار بنفسه هذه الأموال بحسب احتياجاته ومصالحه ويمتد إيجارها في الغالب لمدة طويلة تقترب من العمر الافتراضي لهذه الأموال، ولذلك لا يكون في معظم الأحيان ثمة فرصة للمؤجر من أجل تأجيرها مدة أخرى.²

¹ - إلياس ناصيف، العقود الدولية، عقد الليزنغ أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن، المرجع السابق ص107.

² - المرجع نفسه، ص109، ص110.

ومن ثمة فإن عقد الإيجار هو عنصر من ضمن مجموعة عناصر قانونية إندمجت فيما بينها لتكون هذا النمط الجديد هو التأجير التمويلي.¹

ثانياً: عقد الإيجار التمويلي وعقد البيع

لقد إعتبر جانب من الفقه أن عقد الإيجار التمويلي يقترب من عقد البيع بالتقسيط مع الإحتفاظ بالملكية بينما يقرب جانب آخر من الفقه الإيجار التمويلي من عقد البيع الإيجاري لذلك سنبين وجهة نظر كلا الفرقين.

1- عقد الإيجار التمويلي عقد بيع بالتقسيط أو بيع لأجل

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن عقد الإيجار التمويلي عبارة عن عقد بيع بالتقسيط يحتفظ البائع بمقتضاه بملكية المبيع لحين إستيفاء الثمن، ويلتزم المشتري خلاله بسداد أقساط الثمن على دفعات مختلفة أو عند إنتهاء سداد هذه الأقساط يمتلك المشتري المبيع بأثر رجعي.²

أو يكون البيع مؤجل الثمن حيث يتم الاتفاق على سداده دفعة واحدة عند حلول الأجل، ويشيع ذلك بين التجار فالمصنع مثلاً يبيع منتجاته لتاجر الجملة بالأجل ويقوم هذا الأخير بتوزيع تلك البضاعة على تجار التجزئة بالأجل على أن يسدد البائع بالتجزئة إلى بائع الجملة الثمن بعد بيع السلعة إلى المستهلكين، ويقوم تاجر الجملة بدوره بالوفاء بالثمن إلى المصنع.

أما البيع بالتقسيط فيتم تقسيم الثمن على دفعات، سواء شهرية أو سنوية وينتشر هذا النوع بين التجار والمستهلكين في مجال السلع المعمرة كالأدوات الكهربائية والآثاث والسيارات والمعدات والأجهزة.³

ومن هنا جاء التشابه بين عقد التأجير التمويلي وعقد البيع لأجل على إعتبار أن المشروع المستفيد من عقد الليزنغ (التأجير التمويلي) يلتزم بدفع مبالغ محددة على فترات زمنية معينة في

¹ - نجوى إبراهيم البدالي، المرجع السابق، ص122.

² - علاء الدين عبد الله فواز الخصاونة، المرجع السابق، ص61.

³ - محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، طبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص20، ص21.

العقد، تراعي الدفعات التي سبق دفعها إلى المؤجر، أي أنه في كلا العقدين يدفع المستفيد من الأشياء أقساطا تحتسب عند تقدير الثمن.¹

ومع ذلك يظل الإختلاف بين العقدين واضحا ففي البيع لأجل أو البيع بالتقسيط تنتقل الملكية إلى المشتري من تاريخ إبرام العقد، أما عقد الليزنغ فيظل المستأجر مستأجرا ولا تنتقل ملكية الأشياء إليه إلا عند إعلان رغبته بالشراء وإبرام عقد البيع وتسديد كامل الثمن،² ومنه فإن البيع بالتقسيط تنتقل الملكية بمجرد تقديم القسط الأخير من الثمن دون حاجة إلى إعلان إرادي من جانبه ويكون إنتقال الملكية إليه بأثر رجعي.

أما في عقد الإيجار التمويلي فللمستفيد الخيار بين التملك أو تجديد الإيجار أو الإنهاء، إذن فالتملك يحتاج إلى إعلان إرادي من المستفيد فلا تنتقل الملكية إذن بقوة القانون وفوق هذا لا يكون إنتقال الملكية بأثر رجعي بل يعتبر المستفيد مالكا من تاريخ قبوله تملك المنقول.³

كما يشترط في المال محل عقد الإيجار التمويلي، أن يكون مخصصا لمباشرة نشاط مهني للمستأجر طبقا لنص المادتين 1 و 8 من أمر رقم 96-09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري في حين لا يشترط مثل هذا الشرط في البيع لأجل أو في البيع بالتقسيط.

2- عقد الإيجار التمويلي وعقد البيع الإيجاري

يعرف البيع الإيجاري بأنه الإتفاق الذي بموجبه يسلم أحد الطرفين شيئا معيناً للطرف الآخر لينتفع به فترة معينة في صورة إيجار في مقابل مبالغ دورية محددة، ثم يصير هذا الإتفاق بيعا يتملك بموجبه المنتفع الشيء الذي في يده، إما بسداده لكل المبالغ المتفق عليها أو بإعلان رغبته في الشراء أو بوفاء المالك بوعده في حالة الإتفاق على ذلك (ويسمى بالإيجار مع الوعد بالبيع).⁴

وقد إختلف الفقه في تكييف عقد البيع الإيجاري، فقد رأى جانب من الفقه أن هذا العقد هو عبارة عن إتفاق يتكون من عقد إيجار معلق على شرط فاسخ وبيع معلق على شرط واقف، وهو

1 - إلياس ناصيف، العقود الدولية عقد الليزنغ أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 133.

2 - المرجع نفسه، ص 133.

3 - هاني دويدار، القانون التجاري، العقود التجارية والعمليات المصرفية والأوراق التجارية والإفلاس، المرجع السابق، ص 225.

4 - حمدي أحمد سعد أحمد، البيع الإيجاري، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص 29.

سداد المشتري لأقساط الثمن بحيث يكون عقد الإيجار المعلق على شرط فاسخ عقدا صحيحا يرتب آثاره جميعا، لذلك تسري أحكام عقد الإيجار في الفترة السابقة على إنتهاء المشتري من سداد أقساط الثمن فيلتزم البائع (المؤجر) بتسليم المال ووضعه تحت تصرف المشتري (المستأجر) للإنتفاع به، ويلتزم المستأجر باستعمال المال وفق الأغراض المعد لها والمحافظة عليه.

كما يلتزم بدفع بدلات الإيجار طوال مدة العقد وفي النهاية يلتزم برد المال عند نهاية العقد. بالمقابل يكون عقد البيع معلقا على سداد المشتري للثمن، فإذا قام المشتري بسداد الثمن يتحقق الشرط الفاسخ وينتهي عقد الإيجار ليبدأ سريان عقد البيع وتنتقل الملكية للمشتري بأثر رجعي، وتعد الأقساط المدفوعة أقساط ثمن، أما إذا لم يقم المشتري بسداد الثمن يتخلف الشرط ويصبح عقد البيع كأن لم يكن فيزول بأثر رجعي وينتهي عقد الإيجار عند هذا الحد.

أما الجانب الآخر من الفقه فيرى أن عقد البيع الإيجاري هو عقد إيجار عادي لكنه مرتبط بوعد بالبيع والشراء متبادل بين الطرفين (البائع والمشتري)، بحيث يلتزم المستأجر بمقتضى عقد البيع بسداد أقساط الأجرة طوال مدة العقد وعند تمام سدادها يملك المستأجر المال بمقتضى الوعد بالبيع، إذن فهو يعتبر مند البداية بيعا لأن الملكية تنتقل للمستأجر تلقائيا وبحكم القانون وبأثر رجعي إلى يوم إبرام العقد.¹

وقد حسم المشرع الجزائري هذه المسألة من خلال نص المادة 363 ق م ج²، ومن هنا فوجه الشبه بين عقد البيع الإيجاري والتأجير التمويلي يتمثل في أن حيازة الطرف الثاني (المشروع المستفيد أو المشتري) في كلا العقدين للأشياء محل العقد تكون بوصفه مستأجرا على سبيل الإنتفاع بها لمدة معينة مقابل إلتزامه بأداء القيمة الإيجارية المتفق عليها، وكلا العقدين يتضمن

¹ - علاء الدين عبد الله فواز الخصاونة، المرجع السابق، ص 85.

² - وجاء في نص المادة 363 ق م ج ما يلي: "إذا كان ثمن البيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله ولم تم تسلم الشيء المبيع، فإذا كان الثمن يدفع أقساطا جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستقي البائع جزءا منه على سبيل التعويض في حالة ما إذا وقع فسخ البيع بسبب عدم إستيفاء جميع الأقساط ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة 184.

وإذا وفى المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه تملك الشيء المبيع من يوم البيع، تسري أحكام الفقرات الثلاثة السابقة حتى ولو أعطى المتعاقدان للبيع صفة الإيجار".

وعدا بالبيع من المؤجر للمستأجر ولعل سبب التقريب بين العقدين يرجع إلى أن كلاهما يتضمن وعدا بالبيع من المؤجر للمستأجر¹

ومع ذلك فإن أوجه الاختلاف كثيرة بين العقدين

أولها: أن عقد البيع الإيجاري يمكن تكييفه على أنه عقد بيع عادي حتى ولو لم يكيف الطرفان عقدهم بذلك، حيث لا يصح القول بتحول العقد من إيجار إلى بيع عند نهاية مدة الإيجار، في حين أن عقد الإيجار التمويلي هو عملية تمويل من جانب إحدى المؤسسات الائتمانية مع ترك الخيار للمستفيد في نهاية عقد الإيجار بتملك الأشياء المؤجرة أو تجديد العقد أو رد الأشياء إلى المؤجر.²

وثاني الفرقات بين العقدين أن في عقد الإيجار التمويلي متى إختار المستفيد خيار الشراء فإن ملكية الأصل الإنتاجي للمؤجر تنتقل إليه إعتبارا من تاريخ إبرامه عقد الشراء مع المؤجر، أما في عقد البيع الإيجاري فالأمر مختلف حيث إن إنتقال الملكية لا يتطلب من المستأجر تعبيراً عن إرادته بالتملك وبالتالي فإن إنتقال ملكية المبيع إلى المشتري يكون بعد أدائه لجميع الأقساط المتفق عليها إبتداء من تاريخ العقد.³

- ومن حيث سبب إبرام العقد نجد أن البيع الإيجاري يمكن إبرامه من أي شخص مهما كانت صفته ومهما كان نوع النشاط الذي يمارسه، أما بالنسبة للإيجار التمويلي نجد أن المشرع مثلاً قد إشتراط أن يكون محل عقد الإيجار التمويلي يكون لمباشرة نشاط مهني.

- يصنف البعض عقد الإيجار التمويلي بأنه عقد مركب من عدة عقود وبالتالي يصعب إدخاله ضمن طائفة العقود المسماة فهو عقد ذو طبيعة خاصة، أما البيع الإيجاري فيعتبر من قبيل عقود البيع بالتقسيط مع الإحتفاظ بالملكية.⁴

¹ - نجوى إبراهيم البدالي، المرجع السابق، ص137، ص138.

² - إلياس ناصيف، العقود الدولية، عقد اليزنغ أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن، المرجع السابق، ص131.

³ - نجوى إبراهيم البدالي، المرجع السابق، ص139.

⁴ - المرجع نفسه، ص140.

ثالثاً: عقد الإيجار التمويلي وعقد القرض

لقد ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار عقد الإيجار التمويلي من ضمن عقود التمويل وبالتالي فهو عقد قرض، ويستند أصحاب هذا الإتجاه في محاولة تحديد الطبيعة القانونية لعقد الإيجار التمويلي إلى تقريبه من عقد القرض بإعتباره وسيلة يلجأ إليها المستفيد لتمويل مشاريعه وهذا نفسه الغرض من القرض.

فالنوعين يتشابهان من حيث الآثار المترتبة عنهما، فالمشروع المستفيد يستبدل القرض النقدي بالقرض العيني، فبدلاً من الحصول على قرض في صورة نقدية يشتري ما يحتاجه من أصول ويعمل على سداد قيمة أصل القرض وفوائده على أقساط دورية، حيث أنه يحصل على القرض من شركة الإيجار التمويلي في صورة عينية بناء على ما يحتاجه من أصول، فتعمد هذه الأخيرة إلى توفير التمويل اللازم للشركة المستأجرة، على أن تقوم هذه الأخيرة بدفع أقساط الإيجار التي تساوي في مجموعها تكلفة الأصول المستأجرة بالإضافة إلى عائد مناسب على رأس المال المستثمر للشركة المؤجرة.

كما أن كلا العقدين يؤديان إلى تحقيق نفس النتيجة حيث أن عقد القرض هو عقد ناقل للملكية، ويقضي نقل ملكية مبالغ نقدية أو أي أشياء مثالية أخرى، لصالح المقترض على أن يلتزم المقترض بسداد مبلغ القرض، كذلك يحقق عقد الإيجار التمويلي النتيجة نفسها حيث يقرر العقد الحق للمستفيد بتملك المال بناء على الخيار الممنوح له عند نهاية العقد، كما أن عقد الإيجار التمويلي يؤدي إلى الآثار نفسها من الناحية الاقتصادية حيث يؤدي إلى توفير أموال المستفيد.¹

ورغم هذا التشابه بين العقدين إلا أنهما مختلفان من عدة نواحي فمن خلال تعريف القرض مثلاً يمكن إستخلاص بعض الفروقات الواضحة، حيث عرفه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 450 ق م ج والمتعلقة بالقرض الإستهلاكي كما يلي: "قرض الإستهلاك هو عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض نظيره في النوع والقدر والصفة".²

¹ - علاء الدين عبد الله فواز الخصاونة، المرجع السابق، ص 103، ص 104.

² - ويقابلها نص المادة 538 قانون مدني مصري.

ويتضح من ذلك أن القرض من العقود الواردة على الملكية فبموجب عقد القرض تنتقل ملكية الشيء من المقرض إلى المقترض، وبالتالي فإن هذا الأخير لا يلتزم برد نفس الشيء الذي إقترضه بل يرد أشياء مماثلة لها في المقدار والنوع والصفة، ويترتب على ذلك أن المقترض إذا تصرف في الأشياء محل عقد القرض لا يعد مبددا ومرتكبا لجنحة خيانة الأمانة التي يعاقب عليها قانون العقوبات.

أما في عقد التأجير التمويلي فتحتفظ شركة التأجير التمويلي بملكيتها للأصول محل عقد التأجير طوال مدة العقد وفي نهاية مدة العقد يكون للمستأجر الخيار بين ثلاثة خيارات إما شراء الأصل المؤجر، وفي هذه الحالة يراعي مبالغ الأجرة التي دفعها المستأجر طوال مدة العقد، إذ يكون الثمن هو القيمة المتبقية التي لم تغطها أقساط الأجرة أو تجديد عقد الإيجار لمدة أخرى أو رد الأصل المؤجر وإلا إعتبر مبددا ومرتكبا لجنحة خيانة الأمانة.¹

المطلب الثاني: التنظيم القانوني لعقد التأجير التمويلي

إن عقد التأجير التمويلي هو عقد رضائي في أصله ينعقد بإرتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر، وبالتالي هو عقد مثل سائر العقود في القواعد العامة، لكن رغم ذلك فإن له خصوصية أثناء الإنعقاد تميزه عن باقي العقود الأخرى (فرع أول)، ويعد إكتمال أركان وشروط العقد فإنه سيترتب عنه آثار بالنسبة للمؤجر وللمستأجر أيضا (فرع ثاني)، وكبقية العقود فإن التأجير التمويلي يمكن أن ينقضي بطريقة قانونية أو إتفاقية (الفرع ثالث).

الفرع الأول: خصوصية التأجير التمويلي في مرحلة الإنعقاد

إن الحديث عن أركان العقد وخاصة الأركان الخاصة بهذا العقد، سيقربنا أكثر من معرفة طبيعة عقد التأجير التمويلي، وبما أن عقد التأجير التمويلي كغيره من العقود فإنه يتطلب لإنعقاده صحيحا توافر الأركان الموضوعية العامة، كالرضى والمحل والسبب والأهلية اللازمة لطرفي العقد ورغم ذلك فهذا لا يمنع أن يكون لعقد التأجير التمويلي شروط موضوعية خاصة به، سواء في مرحلة الإنعقاد أو في مرحلة تنفيذ العقد.

¹ - نجوى إبراهيم البدالي، المرجع السابق، ص160.

وسنبحث بداية في الشروط الموضوعية (أولاً) ثم، نتناول الشروط الشكلية (ثانياً).

أولاً: الشروط الموضوعية لعقد التأجير التمويلي

يجب أن تتوفر في عقد التأجير التمويلي الأركان العامة الواجب توافرها في كل عقد، فيجب أن يتوافر على الرضى الصحيح والمتمثل بوجود إرادتين متطابقتين خاليتين من عيوب التراضي وصادرتين من شخصين يتمتعان بالأهلية القانونية اللازمة لإبرام العقد، ويجب أن ينصب هذا الرضا على محل موجود ومعينا تعينا نافيا للجهالة ومشروعاً، أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وكذلك ضرورة وجود سبب مشروع.¹

لكن يتجه الفقه الراجح والقضاء إلى أنه لا يكفي لبطلان العقد أن يكون الباعث لأحد المتعاقدين غير مشروع بل يجب أن يتصل هذا الباعث بالمتعاقدين الآخر للمحافظة على استقرار المعاملات المالية وحماية المتعاقدين الآخر حسن النية، الذي لم يعلم وقت إبرام العقد بوجود باعث غير مشروع، ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام،² لذلك سنحاول التركيز على خصوصية الشروط الموضوعية الموجودة في عقد التأجير التمويلي من تلاقي إرادتين إلى الحديث عن طرفي العقد والمحل والسبب.

1- توافيق الإرادتين في عقد الإيجار التمويلي:

يتم التعاقد بإرتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر³ وهذا بعد أن يتأكد كل طرف من مجموعة من الضوابط في الطرف الآخر،⁴ حيث تبدأ عملية التأجير التمويلي بمبادرة من المشروع المستفيد عندما يحدد ما يحتاجه من معدات وآلات، ومن ثم يحدد المورد أو المنتج -البائع- ويتفاوض معه حول مواصفات المعدات والآلات، وتنتهي هذه المفاوضات بحصول المشروع المستفيد على عرض من البائع بمواصفات المعدات والآلات وأسعارها، ويعتبر هذا العرض بمثابة إيجاب بالبيع صادر من البائع.

1 - زياد أبو حصوة، عقد التأجير التمويلي، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الأردن، ودار الراي للطباعة والنشر، بيروت لبنان، 2005، ص130.

2 - محمد عابد الشوابكة، عقد التأجير التمويلي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص112.

3 - المادة 59 ق م ج.

4 - محمد عابد الشوابكة، المرجع السابق، ص115.

ومن تم يبدأ المشروع المستفيد بالبحث عن ممول لهذه العملية وقد يقترح عليه المورد اللجوء إلى شركة تأجير تمويلي معينة لكونها تقدم تسهيلات للعملاء، وقد يحدد المشروع المستفيد بنفسه هذه الشركة، ومن تم يتقدم بطلب إلى شركة التأجير التمويلي والتي تعد نماذجاً خاصة بذلك ويعتبر طلب المشروع بمثابة إيجاب موجه إلى الشركة، ويرفق مع الطلب العرض الصادر من البائع، أضف إلى ذلك أوراق ومستندات عن الوضع المالي للمشروع وميزانيته والتزاماته وجميع المعلومات والبيانات التي تطلبها الشركة وخصوصاً ما يتعلق بطبيعة المشروع ووضعه المالي وطبيعة استخدام الأصل وعوائد هذا الاستخدام.

وعلى ضوء دراسة شركة التأجير التمويلي لمركز المشروع المستفيد يتحدد لها المركز المالي للمشروع المستفيد، وقدرته على الوفاء بالتزاماته وكذلك المخاطر المحتملة من العملية ثم تقرر إما قبول الطلب أو رفضه، فإذا قبلت شركة التأجير التمويلي يكون هذا القبول على عرض البائع والذي يعتبر بمثابة إيجاب للبيع، وعلى طلب المشروع والذي يعتبر بمثابة إيجاب من المستفيد ومن تم ترسل الشركة طلبها إلى البائع بشراء الأصل.¹

والطلب المقدم من المستفيد أو المستأجر في هذه المرحلة يعتبر بمثابة دعوة للتعاقد أو التفاوض والتي تسبق تطابق الإرادتين، ويكون التفاوض على أشياء كثيرة منها التفاوض حول قيمة ومقدار التمويل هل سيرد على كل الأموال أو على نسبة مئوية من قيمة العقد، كذلك يتم التفاوض حول نسبة الربح الذي يتوقعه المؤجر وهو ما يعرف بالفائدة، كما يتم التفاوض حول الضمانات التي ستقدم في عقد التأجير التمويلي،² كالتأمين على المأجور لصالح المؤجر وكذا التفاوض حول كيفية سداد القرض وقيمة الأقساط ومواعيدها ومكانها.³

ويلاحظ أنه لتحديد الدور الذي يقوم به كل من المستفيد والمؤجر في عملية الإيجار التمويلي وما إذا كان هو المحرك العملي للعملية نتائج تتعكس على التزامات الطرفين، فإذا كان المؤجر هو من يتولى شراء المال بنفسه من المورد ثم يقوم بتسليمه للمستفيد نتيجة لعقد الإيجار، فإنه يلتزم

¹ - زياد أبو حصوة، المرجع السابق، ص130، ص131.

² - وقد نصت في ذلك المادة 17، فقرة 2، من الأمر رقم (09-96) المتعلق بالإعتماد الإيجاري.

³ - محمد عايد الشوابكة، المرجع السابق، ص116، ص117.

بضمان عيوب المال الخفية وبضمان التصرف والإستحقاق في مواجهة المستفيد، كما يلتزم بتحمل تبعه إصلاح المال وصيانته وتبعية هلاكه وهذا ما لا يهدف المؤجر الحصول عليه، حيث يحاول إعفاء نفسه من كل هذه الإلتزامات والقاءها على عاتق المستفيد.

كذلك إذا كان المستفيد هو من تولى عملية شراء المال من البائع كوكيل عن المؤجر، فإنه يتحمل نتائج عدم مطابقة المال لأغراضه ويتحمل ما به من عيوب، حيث إنه تسلم المال نيابة عن المؤجر لذلك كان عليه أن يبذل العناية المطلوبة في فحص المال وإختياره وكان بإمكانه إكتشاف ما به من عيوب لذلك يتحمل نتيجة خطئه.¹

2- طرفي العقد:

إن عقد التأجير التمويلي من وجهة النظر القانونية من العقود الثنائية الأطراف وطرفاه هما: المؤجر والمستأجر،² ونظرا لما لعقد التأجير التمويلي من أهمية إقتصادية على أساس أنه وسيلة من وسائل تمويل الإستثمار، فلا بد من توافر شروط معينة في كل من المؤجر والمستأجر ولازمة لإبرام العقد.³

أ- المؤجر:

من خلال نص المادة الأولى فقرة 2 من أمر رقم (09-96) يتضح أن عملية التأجير التمويلي يتم تحقيقها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، أو شركة تأجير مؤهلة قانونا ومعتمدة صراحة بهذه الصفة، ونفهم من خلال النص أنه أجاز للأشخاص المعنوية مزاولة أعمال التأجير دون الأشخاص الطبيعيين، مادام أنه إشتراط التأهيل القانوني لذلك أي الحصول على إعتقاد مسبق من طرف البنك المركزي.⁴

وبعد حصول هذا المؤجر على الترخيص والإعتماد يجب التسجيل والإنخراط في مركزية المخاطر الموجودة على مستوى بنك الجزائر ويزود من خلالها البنك المركزي بكل المعلومات

1 - علاء الدين عبد الله فواز الخصاونة، المرجع السابق، ص183، ص184.

2 - إن عملية الإعتماد الإجاري أو التأجير التمويلي تضم من الناحية الإقتصادية ثلاثة أطراف وهي مؤسسة الإيجار التمويلي والمستفيد والبائع.

3 - بسام هلال مسلم القلاب، التأجير التمويلي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الرابطة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص144.

4 - المادة 82 من قانون النقد والقرض: "يجب أن يرخص المجلس بإنشاء أي بنك أو مؤسسة مالية يحكمها القانون الجزائري"

الخاصة بالمستفيدين من التمويل،¹ كما يقوم البنك المركزي بدوره بتبليغ كل بنك ومؤسسة مالية بطلب منها بالمعلومات التي يتلقاها من زبائن المؤسسة.

وبالرجوع إلى نص المادة 5 من أمر 96-09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري نجد أن المشرع لم يشترط أن يكون المؤجر وطنيا فقط بل يمكن أن يكون أجنبيا حيث جاء في فقرتها الثانية: "يعرف الإعتماد الإيجاري.....على أساس أنه دولي عندما يكون العقد الذي يرتكز عليه إما ممضي بين متعامل إقتصادي مقيم في الجزائر وشركة تأجير، أو بنك أو مؤسسة مالية غير مقيمة في الجزائر" وفي الأخير ننوه بأن هذا البنك أو المؤسسة المالية المؤجرة قد تكون مؤسسة تزاوّل نشاط التأجير التمويلي في مجال المنقولات ويتخصص بعضها في تمويل طائفة معينة من المنقولات كالمعدات والآلات الصناعية، ومؤسسة أخرى تزاوّل نشاط التأجير التمويلي في مجال العقارات.² وإذا كان المؤجر يخضع لكل الشروط السابقة فإن المستأجر كذلك لا بد من توافر فيه بعض الشروط.

ب- المستأجر:

يتضح من نص المادة 2 من أمر (96 - 09) السالف الذكر أن عملية التأجير التمويلي تتم بين البنوك والمؤسسات المالية أو شركة تأجير من جهة، وبين متعاملين إقتصاديين جزائريين كانوا أو أجنبيا، سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين تابعين للقانون الخاص أو العام.

ومن خلال النص يتضح أيضا أنه يشترط في المستفيد تمتعه بصفة المشروع الاقتصادي سواء كان موضوع المشروع تجاري أو غير تجاري، حيث قد يعمل في الزراعة أو النقل..... الخ كما أن شخصية المستأجر محل إعتبار في العقد عند التعاقد، وأثناء التنفيذ وعند إنقضاء العقد، فالإعتبار الشخصي للمستأجر شرط إبتداء وبقاء.³

1 - المادة 98 / 1 و 2 من قانون النقد والقرض.

2 - زياد أبو حصوة، المرجع السابق، ص 135، ص 136.

3 - طالما أن الغرض من التأجير هو إستثمار الشيء المأجور في مشاريع إنتاجية كالمشاريع التجارية والصناعية والزراعية والحرفية والمهنية وغيرها.

وهذا على خلاف عقد الإيجار العادي التقليدي، لأن عقد التأجير التمويلي من العقود التي تقوم على الثقة المتبادلة بين طرفيه وعلى تبادل الإلتزامات المستمرة بين طرفيه كذلك.¹

3- محل عقد الإيجار التمويلي:

يرد عقد الإيجار في القواعد العامة على جميع الأشياء التي تدخل في دائرة التعامل كالعقارات والمنقولات المادية والمعنوية،² لكن لعقد التأجير التمويلي طبيعة خاصة لذلك سنوضح خصوصية المحل في هذا العقد.

أ- محل الشيء المأجور والأجرة:

حيث اعتبر المشرع الجزائري أن العقد الذي يكون محله مخصصا لنشاط يمارسه المتعامل الاقتصادي، يعتبر بذلك إجماعا إجباريا،³ كما حددت نصوص المادتين 3 و 4 من أمر 09 - 96 مضمون هذا المحل فقد يكون منقولا عندما يخص أصولا منقولة، تتشكل من تجهيزات أو مواد أو أدوات ضرورية لنشاط المتعامل الاقتصادي، وقد يكون هذا المحل غير منقول عندما يخص أصولا عقارية مبنية أو ستبنى لسد الحاجات المهنية الخاصة بالمتعامل الاقتصادي، فما يهم هنا هو استخدام هذا المحل في مشروع إنتاجي وليس إستهلاكي.

أما الأجرة في عقد التأجير التمويلي فتعتبر جزءا مقابل إستهلاك الأصول المؤجرة، بالإضافة إلى هامش الربح الذي يحصل عليه المؤجر التمويلي والأجرة هي محل إلتزام المستأجر ويشترط فيها ما يشترط لأي محل للإلتزام من وجود ومشروعية ومعينا أو قابلا للتعيين،⁴ وقد أكدت المادة 11 من أمر 09 - 96 على وجوب تحديد مبلغ الإيجار.⁵

1 - محمد عابد الشوابكة، عقد التأجير التمويلي، المرجع السابق، ص 127.

2 - المرجع نفسه، ص 131.

3 - نلاحظ ذلك من خلال نص المادة 3 من أمر 09 - 96.

4 - بسام هلال مسلم القلاب، المرجع السابق، ص 157.

5 - حيث جاء في نص المادة: "يجب أن يشير عقد الإجماع الإيجاري للأصول المنقولة الموافق للإجماع الإيجاري المالي تحت طائلة فقد هذه الصفة إلى مدة الإيجار ومبلغ الإيجار....."

ب- المدة:

يعتبر عقد التأجير التمويلي من العقود الزمنية حيث ينعقد لمدة معينة يحددها طرفاه إحتراماً للطابع المؤقت للتأجير التمويلي، إذ لا يجوز جعل الإلتزامات الناشئة عنه مؤبدة أو في حكم التأييد، فالإنتفاع بالمأجور يستلزم مدة معينة وهذه المدة يقاس عليها مقدار الإنتفاع¹، ويمتد عادة عقد التأجير التمويلي ليشمل العمل الاقتصادي للمال محل العقد، وعادة ما يتم أيضاً الإتفاق على أن يكون العقد لمدة غير قابلة للإلغاء، فلا يحق للمستفيد فسخ العقد إلا بعد إنتهاء مدة العقد، أي بعد إسترداد المؤجر للمبالغ التي قدمها لتمويل شراء المال محل العقد.²

وقد تعرضت المادة 11 من أمر 96 - 09 المتعلقة بالإعتماد الإجاري إلى ذلك حيث جاء فيها: "يجب أن يشير عقد الإعتماد الإجاري للأصول المنقولة الموافق للإعتماد الإجاري المالي تحت طائلة فقد هذه الصفة إلى مدة الإيجار"

وتؤكد المادة 12 من نفس الأمر على عدم قابلية مدة الإيجار للإلغاء وبالتالي عدم إلغاء العقد،³ والهدف من هذه القاعدة هو ضمان حصول المؤجر التمويلي على إجمالي الأجرة، ومن جهة ثانية تمكن المستأجر من الإنتفاع بالمأجور وتكفل له الاستقرار القانوني والمادي لمشروعه الإنتاجي.⁴

4-السبب:

وفقاً للقواعد العامة يجب أن يكون السبب أيضاً مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وسبب إلتزام المستأجر في عقد التأجير التمويلي يتمثل في إلتزام شركة التأجير التمويلي -المؤجر- بأن تضع تحت تصرفه شيئاً لينتفع به مدة محددة لقاء أجرة يتم الإتفاق عليها، ويستخدم المشروع المستفيد هذه الأشياء وكأنه مالكةا.

1 - بسام هلال مسلم القلاب، المرجع السابق، ص 159.

2 - علاء الدين عبد الله فواز الحصاصنة، المرجع السابق، ص 190.

3 - وقد جاء في المادة 12 من أمر 96 - 09 ما يلي: "

4- بسام هلال مسلم القلاب، المرجع السابق، ص 161.

كما تتعهد شركة التأجير التمويلي بأن تبيع هذه الأشياء المؤجرة للمستفيد -المستأجر- عند نهاية مدة الإيجار المتفق عليها إذا رغب المستأجر في ذلك لقاء سداد القيمة المتبقية، إذ أنه يؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير الثمن مجموع ما تم دفعه من أجرة طوال مدة عقد الإيجار، أما سبب إلزام المؤجر -شركة التأجير التمويلي- فهو إلزام المستأجر في سداد الأجرة الدورية المتفق عليها بالعقد خلال مدة معينة محددة بالعقد.¹

ثانياً: الشروط الشكلية لعقد التأجير التمويلي

إذا كان عقد التأجير التمويلي من بين أهم العقود في المجال التجاري، ومع علمنا بأن المواد التجارية تعطي للمتعاقدين حرية الإثبات بكافة الطرق، وبالتالي فليس من الضروري إفراغ هذا العقد في قالبه الشكلي، مع التذكير بأن التشريعات المقارنة مثل المصري أو الفرنسي لم تنص صراحة على ركن الشكلية (الكتابة)، غير أن العرف التجاري إستقر من جهة على كتابة هذا العقد إضافة إلى الشهر من جهة ثانية² وهذا من أجل الإحتجاج به في مواجهة الغير.

1- الكتابة:

بالرغم من رضائية عقد التأجير التمويلي فإنه واجب الكتابة وهذا لتحقيق غرضيين:

الغرض الأول: لتعدد بنوده التي تستوجب الكتابة.

الغرض الثاني: من الناحية العملية لا بد من القيد قبل إجراء الشهر على إعتبار أن القيد من الأمور التي أوجبها القانون.

ولم ينص المشرع الجزائري من خلال أمر 96 - 09 على الشكلية في عقد الإيجار التمويلي بشكل صريح، أو كركن في العقد ولأن الفائدة من الكتابة حتى يمكن الإحتجاج به في مواجهة الغير، وكذلك حماية لدائني المستأجر من الوقوع في الخطأ إعتقاداً منهم بأن الأصول الإنتاجية

¹ - زياد أو حصوة، المرجع السابق، ص150، ص151.

² - إلياس ناصيف، العقود الدولية، عقد الليزنج أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن، المرجع السابق، ص231، ص232.

التي في حيازته تدخل في ضمانه العام ويمكنهم التنفيذ عليها في حالة الإفلاس ومنحه الائتمان اعتماداً على هذا الوضع الظاهر.¹

2- الشهر:

لقد أخلت المادة 6 من أمر 96-09² المتعلق بالإعتماد الإجاري تنظيم عمليات الإشهار إلى التنظيم،³ وتطبيقاً لنص هذه المادة فقد نص المرسوم التنفيذي للأمر 96-09 على كفيات القيد والتسجيل حيث تضمن مرسوم تنفيذي رقم 06-90 على كفيات إشهار عمليات الإعتماد الإجاري للأصول المنقولة، والمرسوم التنفيذي 06-91 على كفيات إشهار الإعتماد الإجاري للأصول غير المنقولة.

حيث يكلف المركز الوطني للسجل التجاري لضمان الشهر القانوني لعمليات الإعتماد الإجاري للأصول المنقولة، والإعتماد الإجاري كذلك المتعلق بالمحلات التجارية والمؤسسات الحرفية، بإعداد سجل عمومي لعمليات الإعتماد الإجاري ومسكه.

➤ مسك هذه السجلات وإطلاع الجمهور عليها تحت السلطة المباشرة لأعوان الملحقات المحلية للمركز وتنظيم ذلك.⁴

➤ ويكون من واجب المؤجر إجراء عملية القيد لكل عقد إعتماد إجاري للأصول المنقولة في السجل المخصص على المستوى المحلي، ويتم هذا القيد في غضون 30 يوم من تاريخ إبرام العقد.⁵ ويتم تقديم طلب التسجيل من خلال جدول مخصص لذلك.

1 - نجوى إبراهيم البدالي، المرجع السابق، ص 268.

2 - حيث جاء في هذه المادة: "تخضع عمليات الإعتماد الإجاري إلى إشهار تحدد كفياته عن طريق التنظيم".

3- وقد حددت طرق الإشهار من خلال مرسوم تنفيذي رقم 06-90 مؤرخ في 20 فبراير 2006 والذي يحدد كفيات إشهار عمليات الإعتماد الإجاري للأصول المنقولة ح ر، عدد 10 مؤرخة في 2006/02/26، وكذلك مرسوم تنفيذي رقم 06 - 91 مؤرخ في 20 فبراير 2006 يحدد كفيات إشهار عمليات الإعتماد الإجاري للأصول غير المنقولة ح ر عدد 10 مؤرخة في 2006/02/26.

4 - المادة 2 من مرسوم تنفيذي رقم 06-90، السالف الذكر.

5 - المادة 3 من نفس المرسوم.

- وكل تعديل يطرأ على عقد الإعتماد الإيجاري يجب القيام بقيده مباشرة،¹ فإذا قام مثلا المؤجر بتغيير المكان الذي يمارس فيه النشاط مثلا، يجب التعديل في سجلات ملحقة المركز الوطني للسجل التجاري المختص إقليميا.²
- كما يتم أيضا قيد الشطب من السجلات بناء على إتفاق الطرفين أو حكم قضائي حائز حجبة الشيء المقضي فيه، أو بإنقضاء عقد الإيجار عن طريق التنازل تنفيذا للوعد بالبيع.³
- أما فيما يخص إشهار وقيد عمليات الإعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة فقد حددتها نصوص المرسوم التنفيذي 06-91 السالف الذكر حيث أضاف زيادة على الشروط المنصوص عليها في المادة 8 السالفة الذكر من أمر 96-09 بعض الشروط الأخرى وهي:
- تعيين الموثق محرر عقد الإعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة.
 - تاريخ عقد الإعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة ورقمه.
 - تعريف المستفيد من القرض.
 - مدة عقد الإعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة.
 - المعدل الإجمالي للمبالغ الواجب تسديدها بعنوان الإيجار.
 - النص على إمكانية خيار الشراء لصالح المستفيد من القرض عند الإقتضاء.
 - التاريخ الأقصى المحدد لتبليغ خيار الشراء عند الإقتضاء⁴
- وبعد عملية القيد يجب نشر عقد الإعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة لدى المحافظة العقارية التي يتبع لها العقار المعني بعملية الإعتماد الإيجاري.⁵

1 - المادة 1/5 من مرسوم 06-90، السالف الذكر

2 - المادة 2/5 من نفس المرسوم.

3 - المادة 6 مرسوم رقم 06-90 السالف الذكر.

4 - المادة 2 من مرسوم تنفيذي رقم 06-91، السالفة الذكر.

5 - المادة 3 من نفس المرسوم التنفيذي.

وتنتهي آثار النشر بمجرد إنقضاء الإيجار عن طريق التنازل تنفيذا للوعد بالبيع من جانب واحد، أو بصدور حكم أو قرار حائز لحجية الشيء المقضي فيه،¹ أو في حالة ما قرر المستأجر خيار الشراء.²

الفرع الثاني: خصوصية عقد الإيجار التمويلي من حيث الآثار

إن عقد الإيجار التمويلي من العقود الملزمة لجانبين، فالمؤجر ملتزم بتمكين المستأجر من الإنتفاع بالأصل المؤجر والمستأجر ملزم بدفع الأجرة المتفق عليها، مقابل إنتفاعه بالأصل المؤجر وغير ذلك من الإلتزامات التي يفرضها العقد أو القانون والتي تخرج عن حكم القواعد العامة نظرا لخصوصية هذا العقد.

أولا: الإلتزامات المؤجر

إذا كان للمؤجر مجموعة من الإلتزامات تقع على عاتقه إلا أن له حقوقا على عاتق المستأجر، ولعل أهمها هو حق الإحتفاظ بملكية الأموال موضوع العقد وحق التصرف بها، وحق تقاضي بدلات إيجارها المحددة في العقد وفي المواعيد المذكورة فيه ومراقبة المستأجر في كيفية إستثمار هذه الآلات والمواد، وعدم إساءة إستعمالها،³ وإذا كانت هذه حقوقا للمؤجر فإنها الإلتزامات بالنسبة للمستأجر، وقبل توضيحها يجب البحث أولا في الإلتزامات المؤجر والمتمثلة في تمكين المستأجر من الإنتفاع، وكذلك الإلتزام بالتمويل وأخيرا الإلتزام بنقل ملكية المأجور.

1- الإلتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الإنتفاع بالمال المؤجر:

وفقا للقواعد العامة في عقد الإيجار يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الإنتفاع بالمال المؤجر، ويتفرع عن هذا الإلتزام ثلاثة إلتزامات أساسية تتمثل بالإلتزام بتسليم المال المؤجر، والإلتزام بإجراء الصيانة الضرورية له، والإلتزام بضمان التعرض وضمان العيوب الخفية نحو المستأجر.

¹ - المادة 5 من نفس المرسوم التنفيذي.

² - المادة 45 من أمر رقم 96-09 السالف الذكر.

³ - سمير نصار، موسوعة القانون التجاري، 3، العقود التجارية، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، دمشق سوريا، 2006، ص 527.

أ- إلتزام شركة التأجير التمويلي بالتسليم:

إن أحد أهم الإلتزامات الملقاة على عاتق المؤجر هو تسليم المأجور إلى المستأجر، بحيث تصبح الأموال المؤجرة في حيازة المستأجر بما يمكنه من الإنتفاع بها، وقد حددت القواعد العامة¹ كفيات التسليم وزمانه ومكانه ومصاريفه ومقداره وما يعتبر من ملحقاته، هذا مالم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك أو وجد عرف تجاري يقضي بخلاف ذلك.²

وعملا بمقتضى القواعد العامة يجب على المؤجر تسليم العين المؤجرة للمستأجر في حالة تصلح للإستعمال المعد لها تبعا لإتفاق الطرفين،³ إلا أن الوضع الخاص لعقد الإيجار التمويلي يعفي الشركة الممولة (المؤجر) من هذا الإلتزام.

فعقد الإيجار التمويلي يقرر أولا أن المستفيد وكيل عن الشركة في إختيار الآلة أو المعدات وتحديد مواصفاتها وإختيار البائع ثم يقرر أنه على المستفيد تسلم المنقول مباشرة من البائع أي دون تدخل من شركة الإيجار التمويلي، بل أن المستفيد يتسلم المنقول من البائع (المورد أو المقاول المنتج) بوصفه مستأجرا من الشركة المؤجرة.

وبإزدواج هاتين الصفتين يتحمل المستفيد وحده مصارف الإستلام، كما أنه يتحمل مخاطره ولا يستطيع الرجوع على شركة الإيجار التمويلي، وإلا آثارت هذه الأخيرة في حقه المسؤولية عن خطأ الوكيل في تنفيذ وكالته سواء تلك الخاصة بإختيار المنقول وبائعه، أو تلك المتعلقة بالإستلام.⁴

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يوضح أحكام التسليم من خلال أمر 96-09 وإنما أشار فقط إلى أنه من بين الإلتزامات الملقاة على عاتق المؤجر هي: الإلتزام بتسليم الأصل المؤجر طبقا للخصوصيات التقنية المعينة من قبل المستأجر في الحالة وفي التاريخ المنفق عليهما

1 - أنظر المواد 476، 477، 478، ق م ج.

2 - محمد عايد الشوابكة، المرجع السابق، ص152.

3 - المادة 476 ق م ج.

4 - هاني دويدار، القانون التجاري، العقود التجارية، العمليات المصرفية، الأوراق التجارية، الإفلاس، المرجع السابق، ص231، ص232.

في عقد الإعتماد الإجاري،¹ ويفهم من هذا النص أن المشرع ترك الخيار لطرفي العقد حول كيفية التسليم.

ب- الإلتزام بالصيانة:

والأصل في القواعد العامة لعقد الإيجار هو إلتزام المؤجر بإجراء الصيانة الضرورية للمال المؤجر،² إلا أن هذا الإلتزام في عقد التأجير التمويلي يكون على عاتق المستأجر³ وهذا خلافاً للقواعد العامة، وهذا نظراً لطبيعة العقد الخاصة، وبالتالي فإن المؤجر التمويلي لا يلتزم بالإصلاحات سواء أكانت إصلاحات ضرورية أو غير ضرورية وذلك لأن المؤجر التمويلي غرضه الأساسي هو التمويل، ويحرص على عدم تحمل أي إلتزام من طبيعة فنية خاصة بالمأجور ولذلك يدرج في العقد من الشروط ما يحمل المستأجر الإلتزام بصيانة المأجور مع الإحتفاظ لنفسه بحق التحقق على فترات دورية من قيامه بهذا الإلتزام وبموجب شرط صريح في العقد،⁴ وهذا ما أكدته المادة 33 من أمر 09-96 المتعلق بالإعتماد الإجاري.⁵

ج- الإلتزام بالضمان:

المقصود من هذا الإلتزام هو أن يضمن المؤجر للمستأجر خلو الشيء المؤجر من العيوب التي تمنعه من استعمال الشيء المؤجر بالشكل المناسب،⁶ وبالتالي فالمؤجر يضمن للمستأجر الحيابة الهادئة للشيء مع عدم تعرضه الشخصي أو تعرض من الغير المبني على أساس قانوني⁷

1 - المادة 2/38 من أمر 09-96 المتعلق بالإعتماد الإجاري.

2 - المادة 479 ق م ج والتي جاء فيها: "يلتزم المؤجر بصيانة العين المؤجرة لتبقى على الحالة التي كانت عليها وقت التسليم"

3 - المواد 33 وما بعدها من أمر 09-96 الساف الذكر.

4 - بسام هلال مسلم القلاب، المرجع السابق، ص210، ص211.

5 - حيث جاء في فقرتها الثانية: "يجب على المستأجر أن يسمح خلال مدة الإيجار للمؤجر بالدخول إلى المحلات التي يوجد فيها الأصل المنقول المؤجر حتى يتسنى له ممارسة حقه في مراقبة حالة هذا الأصل".

6 - نجوى إبراهيم البدالي، المرجع السابق، ص317.

7 - هاني دويدار، القانون التجاري، العقود التجارية، المرجع السابق، ص235.

لكن لعقد الإيجاري التمويلي خصوصية حيث لا تسأل شركة الإيجار التمويلي عن أي سبب موجب للضمان تقتضيه القواعد العامة،¹ فلا يضمن المؤجر تعرض الغير للمستأجر كما لا يضمن له عيوب المنقول الخفية،² بشرط أن يبقى للمستأجر حق الرجوع على البائع بالضمان.³

لكن مبدئياً فإن للمؤجر إلتزام بالضمان في مواجهة المستأجر وقد نصت نصوص الأمر الخاص بالإعتماد الإيجاري الجزائري على ذلك حيث جاء في نص المادة 31 من أمر 96-09: "يضمن المؤجر المستأجر غير العاجز من كل سبب يحول دون الإنتفاع بالأصل المؤجر، والنتائج عنه أو عن شخص آخر"

إذن ومن خلال النص فالمؤجر يضمن عدم تعرضه هو من جهة وعدم تعرض أي شخص من الغير للمستأجر، وفي نفس السياق أضافت المادة 38 من نفس الأمر أنه يجب على المؤجر دفع كل الرسوم والضرائب وكل التكاليف التي تترتب على الأصل المؤجر.

كما يلتزم بضمان الصفات التي تعهد بها المؤجر صراحة في عقد الإعتماد الإيجاري أو الصفات المطلوبة حسب استعمال الأصل المؤجر.⁴

كذلك الإلتزام بأن يضمن المؤجر للمستأجر بعدم إلحاق أي سبب يحول دون إنتفاع المستأجر بالأصل المؤجر وبعدم إحداث للأصل المؤجر أو لملحقاته أي تغيير يقلل من هذا الإنتفاع، وكذا الإلتزام بضمان المستأجر ضد أي أضرار أو سبب قانوني من قبل المؤجر، بإستثناء أي سبب بفعل الغير غير مدع لأي حق على الأصل المؤجر.⁵

وقد إستثنى المشرع كذلك من إلتزام المؤجر بالضمان تجاه المستأجر ما يسمح به العرف أو العيوب التي كان يعلم بها المستأجر سابقا وقت إبرام العقد.⁶

1 - وقد نظم المشرع الجزائري القواعد الخاصة بأحكام التعرض في المواد 483 إلى 490 ق م ج.

2 - حيث أن شركات التأجير التمويلي إستغلت الطابع التكميلي للقواعد الخاصة بالضمان، والتي يجوز الإتفاق على مخالفتها، فإن هذه الشركات أدرجت شرط صريح في العقد يعفيها من الضمان، أنظر نجوى إبراهيم البدالي، المرجع السابق، ص316.

3 - إلياس ناصيف، العقود الدولية، عقد الليزنج، المرجع السابق، ص297.

4 - المادة 4/38 من أمر 96-09 السالف الذكر.

5 - المادة 5/38 من أمر 96-09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري.

6 - الفقرة السابعة من المادة 38 من نفس الأمر.

ويتضح من ذلك أنه متى سمح العرف الجاري فيما يخص الإعتماد الإيجاري فإن المؤجر يعفى بصفة مطلقة من كل مسؤولية عن أية إعاقة يواجهها المستأجر في استعمال المأجور،¹ ومرد اعفاء المؤجر التمويلي من ضمان العيوب الخفية مرده إلى الطبيعة الخاصة لعقد الإيجار التمويلي لأن دوره يقتصر على شراء المأجور وتمكين المستأجر من الإنتفاع به لقاء بدل إيجار يدفعه له والحصول على ثمن المحدد في العقد عند نهاية مدة العقد.²

ونلاحظ أنه وفقا لنص المادة 490 ق م ج أنه يجوز الإعفاء من المسؤولية بشرط أن لا يكون إخفاء العيوب من باب الغش بالمستأجر،³

2-إلتزام المؤجر بالتمويل:

يرى الكثيرون أن هذا الإلتزام لا محل له في عقد الإيجار التمويلي، لأن المستفيد يبتغي استعمال الآلات أو المعدات فيكفي تقرير أن شركة الإيجار التمويلي ملتزمة بتمكينه من الإنتفاع بها دون فرض إلتزام بالتمويل على عائقها.⁴

ولكن في الواقع هذا الإلتزام لا يكفي لأنه إلتزام معلق على شرط إكتساب الشركة الممولة لملكية الأموال موضوع التمويل، خاصة وأن عقد الإيجار التمويلي هو عقد ملزم لجانبين ولا يمكن للمؤجر القيام بإلتزامه دون أن يملك الأموال موضوع العقد.⁵

1 - هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، ص300.

2 - لعل أهم أسباب التي تبرر إعفاء المؤجر التمويلي من ضمان العيوب الخفية على إعتبار أن المستأجر هو الذي يختار بنفسه المعدات والتجهيزات وقد يختار حتى المورد (البائع).

3 - حيث جاء في نص الفقرة 2 من المادة 490 مايلي: "ويبطل كل إتفاق يتضمن الإعفاء أو التخفيف من ضمان العيوب إذا أخفاها المؤجر غشا".

4 - هاني دويدار، القانون التجاري، العقود التجارية، المرجع السابق، ص230.

5 - إلياس ناصيف، العقود الدولية، عقد الليزنغ، المرجع السابق، ص299.

3- الإلتزام بنقل الملكية:

يعتبر تمكين المستفيد من تملك المال المؤجر في نهاية مدة الإيجار ركنا جوهريا في عقد الإيجار التمويلي،¹ ويترتب على ذلك أن تكون شركة الإيجار التمويلي ملتزمة بنقل ملكية المال إلى المستفيد في نهاية مدة الإيجار التمويلي، ولا يجوز تعليق إنتقال الملكية إلى المستفيد على قبول المؤجر التمويلي ذلك عند إنتهاء مدة الإيجار.²

ويكون هذا الإلتزام بناء على وعد منفرد بالبيع، ويفسر هذا الوعد المنفرد بالبيع إلتزام الشركة مند إبرام العقد بنقل ملكية الأصل إلى المشروع المستفيد، إذا أعلن هذا الأخير رغبته في تملك الأصل.³

وبذلك يظهر مدى الدور التأميني لملكية شركة التأجير التمويلي للمال المؤجر، طالما أن للملكية دورا مؤقتا لتنفيذ المشروع المستفيد لإلتزاماته الناشئة عن العقد، وبذلك تضمن الشركة مخاطر إفسار المشروع المستفيد، فتلتزم الشركة بنقل ملكية الأصل المؤجر إلى المشروع المستفيد في نهاية مدة الإيجار شريطة أن يعلن المشروع المستفيد رغبته في ذلك من جهة وأن يكون موف لجميع إلتزاماته من جهة أخرى.

ثانيا: إلتزامات المستأجر

في الحقيقة إن إلتزامات المستأجر في عقد التأجير التمويلي أكبر بكثير من إلتزامات المؤجر، وهذا مقارنة بإلتزامات المستأجر في العقود المشابهة الأخرى، وقد نظم المشرع الجزائري هذه الإلتزامات من خلال نصوص أمر 96-09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري، وأهم هذه الإلتزامات الإلتزام بدفع الأجرة في مواعيدها المحددة وكذلك الإلتزام بحماية ملكية التأجير التمويلي من خلال

1 - حيث جاء في أمر 96-09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري ومن خلال القسم الثاني البنود الملزمة في عقد الإعتماد الإيجاري للأصول المنقولة وفي نص المادة 11 من هذا القسم جاء مايلي: "يجب أن يشير عقد الإعتماد الإيجاري للأصول المنقولة الموافق للإعتماد الإيجاري المالي تحت طائلة فقد هذه الصفة إلى مدة الإيجار ومبلغ الإيجار وحق الخيار بالشراء الممنوح للمستأجر عند إنتهاء العقد وكذا إلى القيمة المتبقية من سعر إقتناء الأصل المؤجر".

2 - هاني دويدار، القانون التجاري، العقود التجارية، المرجع السابق، ص243.

3 - زياد أبو حصوة، المرجع السابق، ص167.

الإستعمال المناسب والشخصي، وكذلك صيانة الأصل المؤجر وتأمينه ورده عند إنتهاء العقد وعدم ممارسة خيار الشراء.

1-إلتزام المستأجر بالوفاء بالأجرة:

حيث أكدت المادة 11 من أمر 09-96 على أن العقد يجب أن يحدد مبلغ الإيجار كما تؤكد المادة 10 من نفس الأمر من خلال الفقرة 3 على حق المؤجر في قبض مبلغ معين من الإيجار في مدة تدعى "الفترة غير القابلة للإلغاء"، فالوفاء بالأجرة من أهم الإلتزامات التي تقع على عاتق المستأجر لقاء إنتفاعه بالأموال المؤجرة، وتمثل الأجرة إهلاك رأس مال الشركة من جهة والفائدة المقررة لتوظيف رأس المال من جهة أخرى.¹

هذا ويجب على المستأجر أن يدفع للمؤجر مقابل حق الإنتفاع بالأصل المؤجر وفي التواريخ المتفق عليها،² وهذا إضافة إلى الإلتزامات الخاصة بالمستأجر والتي تنص عليها القواعد العامة في القانون المدني،³ إذا لم يكن هناك إتفاق آخر.

لذلك فالأجرة تدفع بالطريقة المتفق عليها سواء أكان ذلك نقدا أم بواسطة شيك أو حوالة بنكية تسدد بإيداعها في حساب المؤجر التمويلي لدى البنك أو غير ذلك،⁴ وغالبا ما نجد أن النصوص التشريعية لعقد الإيجار التمويلي تؤكد على دفع الأجرة في شكل أقساط يحددها العقد.⁵

وهذه الأقساط قد تدفع شهريا وقد تكون ربع سنوية أو نصف سنوية على حسب الأحوال، وقد تكون سنوية أيضا لبعض أنواع المنقولات التي يقتضي إستهلاكها فترة زمنية طويلة كالسفن والطائرات.⁶

1 - زياد أبو حصوة، المرجع السابق، ص168.

2 - المادة 32 من أمر 09-96 المتعلق بالإعتماد الإيجاري.

3 - فالمادة 39 من نفس الأمر تحيلنا إلى قواعد الإيجار في القانون المدني بشرط عدم وجود إتفاقات أخرى بين المؤجر والمستأجر، فالملاحظ هنا أن عقد الإيجار التمويلي دائما يفتح المجال لسلطان الإرادة في إختيار ما يناسب الطرفين من شروط.

4 - بسام هلال مسلم القلاب، المرجع السابق، ص229.

5 - المواد 8، 9، 19 من أمر 09-96 المتعلق بالإعتماد الإيجاري.

6 - هاني دويدار، القانون التجاري، العقود التجارية، المرجع السابق، ص246.

2-إلتزامات المستأجر المتعلقة بحماية ملكية المؤجر:

من أجل حماية ممتلكات المؤجر التي في يد المستأجر، يجب على هذا الأخير الإلتزام ببعض الإلتزامات وهي المحافظة على المال المؤجر، والإلتزام بتحمل المسؤولية الناتجة عن الأموال المؤجرة، والإلتزام بعدم القيام ببعض التصرفات القانونية، وكذلك عدم التنازل عن عقد الإيجار للغير.

أ-المحافظة على الأموال المؤجرة:

ومن أجل تحقيق غرض المحافظة على المال المؤجر ينبغي على المستأجر ما يلي:

• الإلتزام بحسن إستخدام الأموال المستأجرة بمعنى الإستخدام العادي وبشكل شخصي، وبعد من قبيل الإستعمال العادي للمنقول مثلا تحديد عدد ساعات تشغيل الآلة أو المعدات فلا يجوز نقلها من مكانها دون إستئذان الشركة الممولة،¹ والأهم هو الإلتزام بإستعمال الأصل المؤجر حسب ما وقع الإتفاق عليه وبطريقة مطابقة لغرضه وذلك في حالة سكوت عقد الإعتماد الإيجاري عن الموضوع.²

وبالتالي فالمحافظة على الشيء المؤجر هي أهم ما يصبو إليه المؤجر، لأنها الضمانة الوحيدة له لإسترداد أمواله، لذلك فمن واجب المستأجر المحافظة على الأصل المؤجر مثلما يفعله رب الأسرة الحريص³ وليس الرجل العادي فقط، ونظرا للطابع الشخصي لعقد الإيجار التمويلي وحفاظا على حسن إستخدام الأصل المؤجر، يمنع المستأجر من التصرف في الأموال المؤجرة أو التخلي عنها.⁴

• الإلتزام الثاني المحافظة على الأصل المؤجر القيام بأعمال الصيانة وإصلاح الأموال المؤجرة وتتم صيانة المأجور وفقا للأصول الفنية المتعارف عليها، ووفقا للتعليمات المحددة من قبل المؤجر

1 - هاني دويدار، القانون التجاري، العقود التجارية، المرجع السابق، ص249.

2 - الفقرة 4 من المادة 39 أمر 96-09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري.

3 - المادة 35 من أمر 96-09.

4 - الفقرة 12 من المادة 39 أمر 96-09 السالف الذكر.

أو المنتج أو المورد أو المقاول،¹ ولتحقيق هذه الصيانة يتحمل المستأجر نفقاتها من تحمل الإلتزام تأمين الأصل المؤجر من خطر الإلتلاف الكلي أو الجزئي، والتي تحد أو تمنع الإستعمال المتفق عليه.²

ويدخل من باب الصيانة أيضا، السماح للمؤجر بإجراء كل الترميمات التي تتطلب تدخله المستعجل، حتى يحفظ الأصل المؤجر ولو منعت هذه الترميمات كليا أو جزئيا من الإنتفاع بالأصل المؤجر.³

بالإضافة إلى عدم إحداث أي تغيير بالأصل المؤجر أو إضافة تجهيزات دون إذن المؤجر خاصة إذا كانت هذه التغييرات تهدد سلامة العقار المؤجر وتنقص من قيمته التجارية،⁴ ويجب على المستأجر التقيد بالترميمات التي جرى العرف على السماح بها.⁵

• كما يتحمل المستأجر عبء التأمين⁶ ضد مخاطر هلاك المنقول وتبعاته⁷ حتى في حالة القوة القاهرة، وهي أفسى أشكال التبعات التي يمكن أن يتحملها الإنسان ويفسر قبول المستفيد لكل هذه التبعات كونه في أمس الحاجة إلى المنقول ولا يستطيع شراؤه أو الحصول على إئتمان مصرفي، فلا يكون أمامه سوى اللجوء إلى إحدى شركات الإيجار التمويلي.⁸

ب- الإلتزام بتحمل المسؤولية الناتجة عن الأموال المؤجرة:

قد يحدث من الناحية العملية أن يلحق الأصل المؤجر أضرارا بالغير، كأن تنفجر آلة محل العقد أو ينهار بناء أو جزء منه فيسبب ضررا للغير أو يؤدي بحياة أحد الأشخاص أو يلحق ضررا بماله، فيطرح التساؤل حول من يتحمل المسؤولية هل هو المستأجر أو المؤجر، فطبقا للقواعد

1 - محمد عايد الشوابكة، المرجع السابق، ص175.

2 - المادة 34 من أمر 96-09 السالف الذكر.

3 - المادة 39 فقرة 03 من أمر 96-09 السالف الذكر.

4 - المادة 39 فقرة 05 من أمر 96-09 السالف الذكر.

5 - المادة 39 فقرة 06 من أمر 96-09 السالف الذكر.

6 - المادة 34 من نفس الأمر.

7 - المادة 38 فقرة 8.

8 - هاني دويدار، القانون التجاري، العقود التجارية، المرجع السابق، ص251.

العامة نجد أن المستأجر هو حارس للأشياء المنقولة المستأجرة ومادامت هذه الأشياء في حيازته فمن باب أولى أن يكون هو المسؤول عنها.

ومن خلال نص المادة 138 ق م ج¹ نلاحظ أن الأشياء التي تشملها الحراسة هي المواد المتفجرة، الأسلحة، السموم، الأسلاك الكهربائية والمواد الكيميائية والأدوات الطبية والزجاج والسوائل وتيار الكهرباء والغاز وأيضا الضجة التي تحدثها الطائرات وغيرها، والمقصود بالحراسة هنا أن يكون للحارس السيطرة الفعلية على الشيء والتصرف فيه في الإستعمال والتوجيه والرقابة لحساب نفسه،² هذه وقد إستثنى المشرع الجزائري عن مسؤولية الحارس عن الأشياء المسؤولية الناجمة عن البناء، حيث حملت المادة 140 ق م ج المسؤولية لمالك البناء وليس لحارسه.³

لكن من خلال النصوص الخاصة بعقد الإعتماد الإيجاري الواردة في أمر 96-09 نجد أن المشرع الجزائري قد قام بإعفاء المؤجر من أي نوع من المسؤولية سواء كان محل الإيجار وارد على منقول أو على عقار، وهذا فيه خروج عن القاعدة العامة الموجودة في المادة 140 السالفة الذكر.

حيث أنه ومن خلال نص المادة 17 الفقرة الثالثة والرابعة يعفى المؤجر من كل مسؤولية مدنية تجاه المستأجر أو تجاه الغير، وكذلك إعفاه من كل مسؤولية كانت في الأصل على عاتق المؤجر وفق القواعد العامة، بل وأكثر من هذا فقد جعل إرادة الطرفين هي صاحبة القرار في إختيار بنود في العقد تجعل المستأجر يتكفل بالأصل المؤجر وكل نفقاته ومخاطره، وحتى تبعات الهلاك يتحملها المستأجر.

ويتضح ذلك من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 17 حيث تحمل المستأجر مسؤولية تبعه الهلاك، ذلك عن طريق إشتراطها أن يضمن الأموال المؤجرة لدى شركات التأمين والإكتتاب لديها

¹ - حيث نصت في ذلك المادة 138 ق م ج حيث جاء في فقرتها الأولى "كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الإستعمال والتسيير والرقابة يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء".

² - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، المسؤولية التقصيرية: الفعل المستحق للتعويض، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص216، ص217.

³ - وهذا على خلاف ما ذهب إليه جل التشريعات العربية و أهمها التشريع المصري والذي حمل حارس البناء المسؤولية بدلا من مالكة وهذا من خلال نص المادة 177 ق م مصري حيث جاء فيها: "حارس البناء ولو لم يكن مالكا له مسؤول عما يحدثه إنهدام البناء من ضرر ولو كان إنهداما جزئيا....."

أنظر في ذلك محمد صبري السعدي، المسؤولية التقصيرية، المرجع السابق، ص242.

ويقوم بدفع أقساط التأمين لمصلحة المؤجر بحيث إذا هلكت الأموال موضوع الإيجار يحصل المؤجر على الأجرة المتفق عليها عن باقي مدة عقد الإيجار فضلا عن الثمن المتفق عليه، وهذا بدفعه عند نهاية الإيجار إذا رغب المستأجر في الشراء.¹

كذلك في حالة ضياع الأصل المؤجر من اليد المستأجر سواء ضياع كلي أو جزئي يكون المؤجر وحده مؤهلا لقبض التعويضات الخاصة بتأمين الأصل المؤجر.²

ج- الإلتزام بعدم القيام ببعض التصرفات القانونية:

إن إمتلاك المؤجر للأصول الإنتاجية محل عقد التأجير التمويلي طوال مدة الإيجار، يحتم على المستأجر عدم المساس بها أو أن يتصرف فيها تصرفا نافلا للملكية، أو يرتب عليها حقا عينيا للغير وذلك لأن حيازته لتلك الأصول هي حيازة عرضية بصفته مستأجرا لها، وبالتالي أي تصرف من هذا القبيل يعد باطلا.³

• كما أنه ومن التصرفات التي يرفضها عقد التأجير التمويلي وتتعترف بها القواعد العامة هي التنازل عن الحق في الإيجار عن طريق الحوالة، أو عن طريق الإيجار من الباطن لكن بموافقة المؤجر.

لكن الأمر يختلف بالنسبة للمؤجر التمويلي، الذي يحرص كل الحرص على الأصل المؤجر من خلال مجموعة من الإجراءات والتدابير منها مراقبة المحلات⁴ التي يوجد فيها الأصل المؤجر من حين إلى الآخر والتأكد من سلامتها، وحتى حين يسمح بهذا التنازل لا يكون إلا وفق موافقة صريحة من المؤجر.

الفرع الثالث: ضمانات عقد التأجير التمويلي

إن عقد التأجير التمويلي من العقود القائمة على الإعتبار الشخصي، أي أنها تقوم على أساس ثقة المؤجر التمويلي بالمستأجر غير أن مقدار هذه الثقة يختلف من مستأجر إلى آخر تبعا

1 - إلياس ناصيف، العقود الدولية، عقد الليزنج، المرجع السابق، ص290.

2 - المادة 26 من أمر 96-09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري.

3 - نجوى إبراهيم البدالي، المرجع السابق، ص347.

4 - المادة 33 من أمر 96-09 السالف الذكر.

لظروفها وطبيعتها ونظرا لتغير معيار الثقة فإنه لا بد من وجود ضمانات، وكما هو معلوم فإن الضمانات لا ينحصر نطاقها في مجال التأمينات فقط وإنما تتعدى فكرة الضمان هذا النطاق.

وعلى ذلك فإن هناك ضمانات يكفلها القانون مباشرة للتأجير التمويلي، وهي الضمانات القانونية (أولا) وهناك ضمانات إتفاقية مباشرة (ثانيا) وهي التي يشترطها المؤجر التمويلي بالإتفاق مع المستأجر وهناك ضمانات أخرى إتفاقية لكن غير مباشرة (ثالثا) وقد تحقق هذه الأخيرة ضمنا أقوى وأكبر للمؤجر كالشرط الجزائي مثلا، لذلك سنتعرف على كل منها وعلى مدى جدواها كضمان ومدى كفايتها لأداء هذا الدور.

أولا: الضمانات القانونية

وتتلخص في أمرين إثنين حق ملكية الأصول للمؤجر التمويلي ومدى جدواها كضمان. والأمر الثاني هو حق المؤجر التمويلي في فسخ العقد وإسترداد المال المأجور ومدى جدوى هذا الفسخ كضمان أو ما يقدمه للمؤجر من ضمانات.

1- مدى جدوى حق ملكية الأصول كضمان لعقد الإيجار التمويلي:

يعتبر حق الملكية عنصر جوهري من عناصر عقد التأجير التمويلي، فهو لا ينشأ بموجب عمل إرادي يكون تابعا لهذا الإتفاق بل هو جوهر العقد، لذلك فقد أجمع الفقه على أن حق الملكية هو الضمان الجوهري الذي تتمتع به شركة التأجير التمويلي لإستيفاء حقوقها المالية، ضد كل المخاطر كالإفلاس والإعسار أو تصفية المستأجر، ففي هذه الحالة لا تدخل الأصول المأجرة في التفلسة.¹

ولكن إحتفاظ المؤجر التمويلي بالملكية وإن كان لا يحقق له تأمين عيني بالمعنى الفني الدقيق، إلا أنه قد أدى وظيفته كضمان لإستيفاء حقه وتقليل المخاطر التي قد يتعرض لها في حالة تخلف الطرف الآخر عن الوفاء بالتزاماته.²

¹ - بسام هلال مسلم القلاب، المرجع السابق، ص 273، ص 274.

² - نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، المرجع السابق، 2007، ص 75.

ويترتب على إحتفاظ المؤجر الإئتماني بملكية الأدوات أو المعدات عدم إعتبارها عقارات بالتخصيص بالنسبة للمستأجر الإئتماني لتخلف شرط الملكية، وعلى ذلك إذا كان العقار المرصود لخدمته هذه الممتلكات مرهونا رهنا رسميا فلا تعتبر من مشتملاته وبالتالي لا يمتد إليها حق الدائن المرتهن.¹

ومن خلال ما سبق يتبين أن الإيجار التمويلي كوسيلة تمويلية يرمي إلى تحقيق عدة أهداف في آن واحد، من بين هذه الأهداف تحقيق ضمان للمؤجر الإئتماني عن طريق الإحتفاظ بالملكية وما يخول ذلك من حق إسترداد الشيء محل العقد في حالة تخلف المستأجر الإئتماني عن الوفاء بالتزاماته.

وعلى ذلك فإن وظيفة الضمان التي يقوم بها الإيجار التمويلي تعتبر من أهم خصائصه في كل البلدان التي عرفت هذا النظام،² ومع ذلك وإن كان حق الملكية أقوى الحقوق العينية على الإطلاق، لأنه يمنح حق إمتياز للمؤجر على المأجور، إلا أنه لا يقوم مقام التأمين العيني بكل ما يتصل به من خصائص وبالتالي لا يشكل ضمانا كافية في عقد التأجير التمويلي وهذا لعدة أسباب

- إن حق الملكية وإن كان يضمن سلامة عملية التأجير التمويلي ككل، فإنه لا يضمن تحديدا الوفاء بأقساط الأجرة في حال تخلف المستأجر عن دفعها، لأن المؤجر التمويلي لا يمكنه في إطار عملية التأجير إلا فسخ العقد وإسترداد المأجور ما دام يحتفظ بملكية المأجور، ومن ثم يلجأ إلى المطالبة بأقساط الأجرة مما يجعل منه بمثابة دائن عادي

- كما أن حق الملكية ليس بتأمين عيني لأن التأمينات العينية محددة على سبيل الحصر،³ في القانون المدني والتي تعد إستثناء من الضمان العام والإستثناء لا يقاس عليه⁴

1 - نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، المرجع السابق، ص234.

2 - المرجع نفسه، ص133.

3 - وهي الرهن الرسمي والرهن الحيازي وحق التخصيص وحق الإمتياز.

4 - بسام هلال مسلم القلاب، المرجع السابق، ص275.

2- مدى جدوى الفسخ والإسترداد كضمان لحق المؤجر التمويلي:

إذا توقف المستأجر عن دفع الإيجار يمكن للمؤجر طلب إعادة الملكية التي تعوض قيمتها المبلغ المستثمر في العملية،¹ وإذا كان في القواعد العامة يتم الفسخ عن طريق حكم قضائي فإن عقد التأجير التمويلي يسمح للمؤجر بإسترداد المأجور بإعتباره مالكا له،² إضافة إلى أن هذا الشيء المأجور لا يدخل ضمن الضمانة العامة للدائنين ولا يعتبر من موجودات التصفية أو التفلسة في حال صدور قرار بتصفية المستأجر أو بشهر إفلاسه.

كما أن الفسخ قد يسمح للمؤجر بتحقيق أرباح لم يكن في مقدوره تحقيقها بغرض المضي في تنفيذ العقد بصورته الطبيعية، شريطة أن يتمكن المؤجر التمويلي من تسويق المأجور المسترد في ظروف وبشروط ملائمة.

وبالتالي تمثل القيمة السوقية للأصل المسترد في الواقع الأمر الضمان الفعلي المقرر للمؤجر بالإضافة إلى المطالبة بالتعويض إستنادا للقواعد العامة في المسؤولية،³ ورغم كل ذلك فإن فسخ عقد التأجير التمويلي وإسترداد الأصل المؤجر لا يشكلان ضمانة كافية وذلك للأسباب التالية:

- فالسلبية الكبرى بعقد التأجير التمويلي تنطوي على إستحالة فك إرتباط الدائن من العقد على إعتبار أنه ساري المفعول، فمثلا من خلال نص المادة 13-622 L من القانون التجارة الفرنسي نجد أن المدين يمكنه فرض إستمرار العقد حتى ولو لم يتم بتسديد الإيجار المنقضي قبل قرار فتح الإجراء الجماعي (أي إجراءات التفلسة)، ومن هنا فالدائن لا يمكنه تحقيق إعادة الفعلية للممتلكات إلا يوم فسخ العقد أو إنتهاء آجاله، وتضيف المادة 1-10-624 L من القانون التجاري الفرنسي أن الدائن (المؤجر) يبقى مصيره في طلب الفسخ وإعادة الممتلكات أو الدفع الفوري، معلقا بشكل كبير بإرادة المسير (وكيل التفلسة)،⁴ لأن هذا الأخير وحده له حق طلب إستمرار العقد (التأجير التمويلي) بعد الحكم بإعلان الإفلاس ومن تم لا يجوز للمدين المستأجر ولا للدائن أن

¹ - Caroline HOUIN – BRESSAND , Fiducie – Sureté, Clause De Réserve De Propriété , Crédit – Bail : Quelle Protection Pour Le Banquier Propriétaire ? Revue De Droit Bancaire Et Financier – Revue Bimestrielle Lexinexis Jurisclasseur – Mars – Avril 2010,p 95.

² - وهذا بموجب أمر على ديل العريضة غير قابل للإستئناف وهذا في حالة عدم دفع المستأجر .

³ - بسام هلال مسلم، المرجع السابق، ص282.

⁴ - Caroline HOUIN – BRESSAND , Op.Cit, P 97.

يطلبه، وهو متعلق بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه،¹ وإستمرار العقد عادة يكون لمصلحة جماعة الدائنين.

- كما أن نظام الفسخ لا يتفق مع الغاية من التأجير التمويلي الذي يرمي إلى تنفيذ العقد لتحقيق مصالح إقتصادية فالمؤجر يحرص على قبض الأجرة دون فسخ العقد.
- كما أنه في العلاقات التجارية الدولية قد لا يتسنى للمؤجر الإئتماني في الكثير من الحالات إسترداد الأدوات أو المعدات أو التجهيزات محل الإيجار التمويلي، إما لإعتبارات واقعية أو سياسية وإما لإعتبارات قانونية وإذا حدث وتمكن من إستردادها فإنه قد يتعذر عليه التصرف فيها وخاصة إذا كان سعرها في سوق البيع بالمزاد منخفضاً وهذا مايفسر أن بعض الأدوات، مثل النماذج الأولى أو التجهيزات ذات التقنية العالية والتي يتم تجاوزها بسرعة، لا يمكن تمويلها إلا بحذر شديد وكذلك الحال بالنسبة للإيجار الإئتماني العقاري خاصة إذا كان العقار المسترد ذو إيراد منخفض.² ومن خلال ما تقدم فإن المؤجر التمويلي وحرصاً منه على الحفاظ على حقوقه وعدم الإكتفاء بالضمانات القانونية كحق الملكية وفسخ العقد وإسترداد المأجور، قد يلجأ إلى الضمانات الإتفاقية كالتأمينات العينية والشخصية ليضمن الوفاء بأقساط الأجرة.

ثانياً: الضمانات الإتفاقية المباشرة للمؤجر

إضافة إلى الضمانات القانونية السابقة يستطيع المؤجر التمويلي بالإتفاق مع المستأجر أن يحصل على ضمانات خاصة أخرى، يؤمن بها تنفيذ المستأجر لإلتزاماته، وتأخذ هذه الضمانات عدة صور منها عينية وشخصية وتأمين ودون الغوص في مدلول ومضمون كل منها، نبحت فيما يهمننا في هذا الصدد وهو مدى جدواها كضمانات للمؤجر التمويلي.

1- مدى جدوى الضمانات العينية في عقد الإيجار التمويلي:

قد يطلب المؤجر التمويلي ضمانات عينية خاصة في المجال العقاري التي يملك بموجبها ليس حق التقدم فحسب بل حتى حق التتبع،³ والضمانات العينية بعضها يتطلب نقل حيازة المال

¹ - إلياس ناصيف، العقود الدولية، عقد الليزنج، المرجع السابق، ص391.

² - نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، المرجع السابق، ص235، ص236.

³ - بسام هلال مسلم القلاب، المرجع السابق، ص291.

المرهون من يد الراهن إلى يد المرتهن مثل رهن البضائع رهن الأوراق المالية والتجارية ورهن النقود، والنوع الآخر لا يتطلب نقل الحيازة من يد الراهن إلى يد المرتهن ومنها رهن العقارات والمنقولات المعنوية ذات القيمة الكبيرة كالمحلات التجارية، وكذلك السفن والمركبات.

فبالرغم ما يميز هذه الضمانات العينية من مزايا إلا أنها تنطوي أيضا على عيوب فقد تثير مخاوف المؤجر والمستأجر في آن واحد ولعل أهم هذه العيوب:

- أنه ليس من السهل دائما الحصول على تلك التأمينات حيث يصعب على المدين غالبا تقديمها سواء لعدم توافرها أو لإرتفاع تكلفتها، فقد لا يجد المستأجر ما لا يقدمه رهنا.
- أضف إلى ذلك ما تنطوي عليه التأمينات العينية من بعض المخاطر والعيوب، فقد تسبقها حقوق أخرى كحقوق الإمتياز العامة والرهن وحقوق الإمتياز الخاصة الأسبق في القيد ويقتضي الرهن الرسمي العديد من الإجراءات القانونية كالقيد والتجديد وإجراءات بيع العقار، كما يلقي الرهن الحيازي على عاتق الدائن عدة إلتزامات تتعلق بحفظ وإستغلال المال المرهون.¹
- ومن المخاطر أيضا التي تشترك فيها كل الضمانات العينية، هو إحتمال هلاكها مما يعدم كل ضمان ينتظره المؤجر التمويلي.

علاوة على ذلك نجد أن الإيجار الإئتماني قد أحدث تغييرا عميقا في مجال التأمينات، فنجد تأمينات شخصية كالكفالة قد حلت محل التأمينات العينية في حالات كثيرة، كما أن الإئتمان الممنوح للشركات التابعة والتي تملك معظم أصولها شركات الإيجار التمويلي قد تم ضمانه بوسائل جديدة غير الرهن الحيازي أو الرهن الرسمي بل ومختلفة إلى حد كبير عن الكفالة في صورتها التقليدية.²

¹ - محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، المرجع السابق، ص90.

² - نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، المرجع السابق، ص76.

2- مدى جدوى الضمانات الشخصية في عقد الإيجار التمويلي:

حيث أنه بإمكان المؤجر التمويلي طلب تقديم كفيل من المستأجر يكفله في تنفيذ التزامه بدفع بدل الإيجار والتمن المحدد في العقد في حال إخلال المستأجر بالتزاماته، وهنا تقوى فرص حصول المؤجر على حقوقه خاصة عند إفلاس أو إعسار المستأجر.

وقد تكون هذه الكفالة عادية وقد تكون مصرفية، فالكفالة العادية تؤمن حق المؤجر التمويلي من خلال إلتزام شخص آخر مع المدين المستأجر، كما أن المؤجر يسترجع حقه حتى في حالة وفاة المدين أو الكفيل حيث تنفذ إلتزاماتهما في تركة الشخص المتوفي.¹

لكن يتوقف جدوى الكفالة كوسيلة للضمان على مدى يسر وملائمة الكفيل، الذي قد يتعرض هو الآخر لخطر الإعسار،² فالمؤجر التمويلي يبقى معرضاً لمخاطر الضمان العام بسبب عدم كفاية أموال المدين والكفيل معاً للسداد، ولتقادي مخاطر الكفالة الشخصية العادية قد يطلب المؤجر التمويلي من المستأجر الحصول على كفالة مصرفية، ومضمون هذه الكفالة هي أن يتقدم بنك لكفالة عمليه (المستأجر)، فيعهد بالوفاء بدين العميل قبل الغير إذا لم يف به العميل نفسه وبذلك فالبنك يمنح الثقة والإئتمان لعمليه المستأجر لدى الغير،³ (أي أمام المؤجر التمويلي).

ورغم ما تحققه الكفالة من جدوى للمؤجر التمويلي، إلا أن المستأجر قد لا يجد بنكاً يقدم له كفالة مصرفية إلا لقاء ضمانات معينة، وهذه الضمانات إما أن تكون على شكل ضمانات عينية أو كفالة شخصية يقدمها العميل المستأجر للبنك الكفيل كضمانة وهذا يرهن المستأجر وبحملة إلتزامات إضافية.⁴

1 - بسام هلال مسلم القلاب، المرجع السابق، ص 297.

2 - محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، المرجع السابق، ص 90.

3 - مصطفى كمال طه، عمليات البنوك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 79.

4 - بسام هلال مسلم القلاب، المرجع السابق، ص 301.

3-مدى جدوى التأمين كوسيلة للضمان في عقد التأجير التمويلي:

يلعب التأمين دورا هاما في تنشيط الإئتمان على المستوى الفردي والجماعي،¹ من خلال عدة صور أهمها:

أ-التأمين على الحياة:

المستفيد في عقود التأجير التمويلي إما يكون شخصا طبيعيا أو شخص معنويا،² فإذا كان المستفيد شخصا طبيعيا يمكن لشركة الإيجار التمويلي أن تلزمه بإبرام عقد التأمين على حياته بحيث لا تقل قيمة البوليصة عن ثمن شراء المنقول الذي تدفعه الشركة، وتكون الشركة المستفيدة بالبوليصة إلى جانب المستفيد فإذا توفي هذا الأخير إنقضى عقد الإيجار التمويلي وتسترد الشركة المال المؤجر، بالإضافة إلى قبضها التعويض المقرر لها بموجب عقد التأمين، وبالتالي تجمع الشركة بين الأجرة التي قبضتها قبل وفاة المستفيد وقبض مبلغ التعويض من شركة التأمين وإسترداد الآلة أو المعدة³

ب-التأمين على الشيء المأجور:

وتكون هذه الصورة بالاتفاق بين المؤجر والمستأجر على التأمين على المأجور كأداة لضمان إستيفاء قيمة الأصول المؤجرة،⁴ بدلا من التأمين على شخص المستأجر وهنا يأمّن المؤجر التمويلي على خطر هلاك المأجور أو سرقة وغير ذلك من الأخطار التي تهدده،⁵ فإذا تحققت إحدى هذه الأخطار يكون للمؤجر الحق في مبلغ التأمين والذي يعادل قيمة المأجور.

1 - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص283.

2 - قدري عبد الفتاح الشهاوى، موسوعة التأجير التمويلي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2002، ص 61.

3 - هاني دويدار، القانون التجاري، العقود التجارية، المرجع السابق، ص248.

4 - حيث نصت المادة 34 من أمر 09-96 المتعلق بالإعتماد الإيجاري على ما يلي: "يمكن أن يضع عقد الإعتماد الإيجاري أيضا على عاتق المستأجر إلتزام تأمين الأصل المؤجر على حسابه، ضد مخاطر الإلتلاف الكلي أو الجزئي والتي تحد أو تمنع الإستعمال المنفق عليه".

5 - كما أن المادة 39 من أمر 09-96 في فقرتها 8 تضع على عاتق المستأجر إلتزام بالتأمين على الحريق حيث جاء فيها: "الإلتزام بضمان المؤجر ضد مخاطر الحريق والتكفل بالخسائر التي تلحق الأصل المؤجر ضد مخاطر الحريق والتكفل بالخسائر التي تلحق الأصل المؤجر والتأمين ضد مثل هذه المخاطر".

ج- جدوى التأمين للمؤجر والمستأجر:

بالرغم من المحاسن الكثيرة والمزايا التي يقدمها التأمين للمؤجر التمويلي إلا أن هذا الأخير قد لا يكون في مأمن كامل وقد لا يتمكن من تحصيل هذا المبلغ، كما لا ننسى أن التأمين يشكل عبئا ماليا على المستأجر الذي يكون غالبا في حاجة كبيرة إلى التمويل،¹ وبالنسبة للمؤجر أيضا فإنه في حال تعرض المأجور للمخاطر المؤمن عليها لا تقوم شركات التأمين بدفع مبلغ التأمين للمستفيد مباشرة، مما يضطره لإقامة دعوى للمطالبة بمبلغ التأمين ويقع عبء الإثبات على المؤجر وحتى عند الحكم لصالح هذا الأخير قد تلجأ شركة التأمين إلى الطعن بالطرق المختلفة بهدف المماطلة وإطالة أمد الدعوى.²

ثالثا: ضمانات المؤجر التمويلي الإتفاقية غير المباشرة

من أهم الضمانات الإتفاقية غير المباشرة نجد الشرط الجزائي الذي صنعه المؤجر التمويلي كبند في العقد لضمان الوفاء بالأجرة والأقساط في حالة تخلف المستأجر عن الوفاء بالأجرة أو التأخر عن الوفاء، وعمل هذا الشرط يؤدي علاوة على إسترداد الشيء إلى إستحقاق فوري للأجرة المستحقة عن المدة المتبقية في العقد، بالإضافة إلى دفع مبلغ معين على سبيل الجزاء.³

1- مضمون الشرط الجزائي:

الشرط الجزائي هو مبلغ جزافي يقدر به الطرفان مقدما التعويض المستحق عن الضرر الذي يلحق أحدهما نتيجة خطأ الطرف الآخر فهو تقدير إتفاقي للتعويض يتم الإتفاق عليه قبل وقوع الضرر بالفعل، حيث يتفق المتعاقدان مقدما على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن (المؤجر) في حالة عدم تنفيذ المدين (المستأجر) لإلتزامه أو التأخير فيه.⁴

1 - محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، المرجع السابق، ص90.

2 - بسام هلال مسلم القلاب، المرجع السابق، ص310.

3 - نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، المرجع السابق، ص72.

4 - محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، المرجع السابق، ص90.

2- جدوى الشرط الجزائي كوسيلة للضمان في عقد الإيجار التمويلي:

➤ يهدف المتعاقدان من إدراج الشرط الجزائي إلى جعل المدين دائم المثابرة على تنفيذ التزامه وتفادي الإخلال به.

➤ كما يهدف إلى تأكيد التزامات المتعاقدين ووجوب تنفيذها والتقيدها بها.

➤ كما أنه من شأن الشرط الجزائي أن يؤكد جدية المتعاقد ويساعد المحكمة في تقدير التعويض حال تدخلها إذا طلب أحد المتعاقدين ذلك خصوصا إذا كان التعويض ليس على هيئة شرط جزائي.¹

➤ وكما يبدو أن الشرط الجزائي هو أصلح وأحسن الضمانات على الإطلاق، حيث يتمكن المؤجر التمويلي بواسطته إضافة إلى إسترداد المأجور إلتزام المستأجر بسداد جميع أقساط الأجرة الباقية حتى نهاية مدة العقد،² في حالة فسخ العقد لعدم سداد الأجرة في المواعيد وبالشروط المتفق عليها في العقد³

وإذا لم يكن هناك نص في العقد على الشرط الجزائي فالقاضي هو الذي يقدر قيمة التعويض،⁴ ويلجأ المؤجر إلى القضاء في حالة الفسخ التعسفي لعقد الإعتقاد الإيجاري الصادر من المستأجر، ويفصل القاضي في دفع الإيجارات المتبقية وكذا التعويض المغطي للخسائر المحتملة وما فاتته من كسب.⁵

وقد ذكرت القواعد العامة في القانون المدني الجزائري دور القاضي في تقدير قيمة التعويض إذا لم يكن مقدرا في العقد وشروط هذا التعويض حيث لا بد من إلحاق الضرر بالمؤجر من جراء التأخر في الوفاء بالأجرة أو عدم الوفاء بها.⁶

1 - محمد عايد الشوابكة، المرجع السابق، ص 222.

2 - بسام هلال مسلم القلاب، المرجع السابق، ص 323.

3 - وقد نصت في ذلك المادة 13 من أمر 09-96 المتعلق بالإعتقاد الإيجاري.

4 - حيث جاء في نص المادة 13 من أمر 09-96 السالفة الذكر ما يلي: ".....يمكن تحديد مبلغه ضمن العقد في إطار بند خاص أو في حالة إنعدام ذلك عن طريق الجهة القضائية المختصة وفقا للأحكام القانونية المطبقة على الفسخ التعسفي".

5 - المادة 21 من أمر 09-96 المتعلق بالإعتقاد الإيجاري.

6 - أنظر نص المادة 182 ق م ج.

❖ ويعتبر بعض الفقه أن تدخل المحكمة في تحديد الشرط الجزائي أو تعديله يؤدي إلى تضاعل فعالية الشرط، ويؤدي إلى عدم إكثارات المستأجر به لثقتة بإمكانية المطالبة بتخفيضه إذا رأى القاضي أن هذا التعويض مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة.¹

كما أن الشرط الجزائي لا يقي المؤجر التمويلي من مخاطر إفلاس المستأجر أو إعساره وتعرضه لمزاحمة الدائنين الآخرين لأنه يدخل فيما يخص دين بدلات الإيجار المستحق له قبل الحكم بالإفلاس فيدخل به المؤجر في جماعة الدائنين كدائن عادي، إذا كان المال المؤجر منقولاً أما إذا كان عقاراً فإن المؤجر يتمتع بامتياز على المنقولات الموجودة في هذا العقار بإعتبارها من الديون التي تدخل ضمن التفلسة.²

وأخيراً من خلال إستعراض كل ضمانات الإيجار التمويلي السابقة نلاحظ أن التأمين هو الأفضل كوسيلة للضمان رغم بعض العيوب، لكن هذه العيوب ليست كافية لنبد هذه الوسيلة فهي وسيلة توفر ضماناً للمؤجر التمويلي، إضافة إلى ضمان آخر وهو ملكية الأصول الذي لا يوازيه أي ضمان آخر.

الفرع الرابع: إنقضاء عقد التأجير التمويلي

تنتهي العقود وفق القواعد العامة لأسباب عديدة، بعضها يشكل النهاية الطبيعية للعقد ويكون ذلك بإنهاء مدته، وبعضها الآخر يشكل نهاية غير طبيعية للعقد ويكون ذلك لأسباب تظهر قبل إنتهاء مدة العقد كتخلف أحد الأركان أو في مرحلة التنفيذ قد تحدث ظروف طارئة توقف تنفيذ العقد، أو حتى إخلال أحد طرفي العقد بالتزاماته المتفق عليها، وهنا سيلجأ الطرف المضرور للمحكمة المختصة للمطالبة بالتعويض عن الضرر أو حتى فسخ العقد نهائياً.

لكن نظراً لخصوصية عقد التأجير التمويلي فإن له أيضاً خصوصية فيما يخص طريقة إنقضاءه، حيث يمنح للمستأجر عند نهاية العقد ثلاث خيارات بدلاً من إنقضاء العقد وإنهاء العلاقة

1 - محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، المرجع السابق، ص 91، ص 92.

2 - إلياس ناصيف، العقود الدولية، عقد الليزنغ، المرجع السابق، ص 392.

التعاقدية، كما نصت قواعد الإيجار التمويلي على حالات خاصة يتم فيها الفسخ ووفقا لقواعد خاصة.

أولاً: إنتهاء عقد التأجير التمويلي

عقد التأجير التمويلي هو من العقود الزمنية محددة المدة، لذلك ينتهي بإنتهاء المدة المتفق عليها والمحددة في العقد¹، ولا بد أن تحديد مدة هذا العقد مبنية على أساس العمر الإقتصادي المفترض للأصل الإنتاجي محل العقد وحسب نوع هذا الأصل هل هو منقول أو عقار، لذلك نجد أن المؤجر التمويلي لا يحرص على إستعادة المال بقدر ما يحرص على تجديد العقد أو شراء الأصل المؤجر من طرف المستأجر، لأنه من الصعب عليه أن يعيد إستئجار نفس المأجور إلى مستأجر جديد فقد يفقد هذا المحل جزء كبير من قيمته السوقية.

لذلك نجد أن المؤجر يمنح للمستأجر عند نهاية مدة العقد ثلاث خيارات²

✓ خيار الشراء أو ما يعرف بالحصول على الملكية مقابل دفع قيمته المتبقية.

✓ متابعة العقد وتجديده

✓ إعادته المأجور لصاحبه المؤجر ووضع حد للعقد.³

1- خيار الشراء:

من خلال نص المادة 10 من أمر 96-09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري وفي فقرتها الرابعة، نجد أن المشرع قد سمح للمستأجر في حالة الإعتماد الإيجاري المالي فقط، وعند إنقضاء الفترة غير القابلة للإلغاء الخاصة بالإيجار، أن يكتسب الأصول المؤجرة مقابل دفع قيمة متبقية تأخذ بعين الإعتبار الإيجارات التي تم قبضها في حالة ما إذا قرر هذا المستأجر مزولة حق الخيار

¹ - حنان كمال الدين جمال ضبان، عقد التأجير التمويلي وتطبيقاته المعاصرة : دراسة فقهية، ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، غزة، فلسطين، 2015/10/17، ص، 91. <https://iugspace.iugaza.edu.ps/bitstream/handle/>

² - حيث نصت المادة 16 من أمر 96-09 على مايلي: "يمكن للمستأجر عند إنقضاء فترة الإيجار غير قابلة للإلغاء ويتقدر منه فقط:

- إما أن يشتري الأصل المؤجر مقابل دفع قيمته المتبقية كما تم تحديدها في العقد.

- وإما أن يعيد تجديد الإيجار لفترة ومقابل دفع إيجار تتفق عليه الأطراف.

- وإما أن يرد الأصل المؤجر للمؤجر".

³ - Stéphane PIEDEIIEVRE, Droit Des Suretés, Edition Ellipses, Paris, 2008, p227.

بالشراء على أن يذكر هذا الخيار أثناء إبرام العقد،¹ حيث يمكن أن يكون الإتفاق على أعمال خيار الشراء حتى قبل إنتهاء مدة عقد الإيجار، لذلك يجب أن يتم الإتفاق بين المتعاقدين على تحديد الميعاد الذي يجب فيه على المستأجر أن يعلن رغبته في إستعمال خياره بشراء المال وإلا كان للمستأجر إعلان رغبته في أي وقت بشرط أن يكون قبل نهاية مدة العقد لأن الخيار ينقضي بإنقضاء العقد.²

هذا ويمثل خيار الشراء للمستأجر النتيجة المنطقية التي يصل إليها عقد الإيجار التمويلي حتى أنه يشكل الغاية التي من أجلها يتم اللجوء إلى التأجير التمويلي، ويعتبر حق المستأجر في شراء المال المؤجر وعد بالبيع من طرف واحد وهو المؤجر.³

وقد حددت المادة 45 من أمر 09-96 شروط نقل حق الملكية عند إقرار خيار الشراء من طرف المستأجر في التاريخ المتفق عليه، حيث يتم ذلك عن طريق رسالة مضمونة الوصول موجهة إلى المؤجر خمسة عشر (15) يوما على الأقل قبل هذا التاريخ، ويتعين على المتعاقدين إثبات ذلك بعقد ناقل للملكية يحرر لدى الموثق والقيام بالإجراءات القانونية المتعلقة بالبيع والإشهار المنصوص عليها في القوانين المعمول بها.⁴

وفي هذه الحالة يعتبر عقد الإعتماد الإيجاري قد إنتهى بشرط أن يكون المتعاقدان قد أوفيا بالتزاماتهما ويعتبر بيع الأصل المؤجر قد تم فعلا عند تاريخ تحرير العقد الرسمي المتعلق به، بغض النظر عن عدم القيام بإجراءات الإشهار التي يبقي الطرفان، البائع والمشتري ملتزمين بها.⁵ وإبتداء من التاريخ المذكور أنفا تحل محل العلاقات التي كانت تربط المؤجر بالمستأجر علاقات تربط مشتري العقار ببائعه وتخضع لأحكام القانون المدني المتعلقة ببيع العقارات.⁶

1 - حسب نص المادة 11 من أمر 09-96 المتعلق بالإعتماد الإيجاري.

2 - محمد عايد الشوابكة، المرجع السابق، ص233.

3 - زياد أبو حصوة، المرجع السابق، ص186.

4 - وقد نصت في هذا الصدد المادة 2 من مرسوم تنفيذي رقم 06-91 الذي يحدد كيفية إشهار عمليات الإعتماد الإيجاري للأصول المنقولة.

5 - المادة 2/45 من أمر 09-96 السالف الذكر.

6 - المادة 3/45 من أمر 09-96 السالف الذكر.

2- تجديد عقد التأجير التمويلي:

نجد هذا الخيار الثاني الممنوح للمستأجر عند نهاية العقد من خلال نص المادة 16 في فقرتها الثالثة حيث جاء فيها: "وإما يعيد تجديد الإيجار لفترة ومقابل دفع إيجار تتفق عليه الأطراف".

ومن خلال النص نلاحظ أن المستأجر إذا لم يكن يرغب بشراء المال المؤجر، وكان بحاجة للإستمرار في الإنتفاع بالمال المؤجر فإنه يستطيع أن يطلب تجديد عقد التأجير التمويلي قبل نهاية مدته، وذلك بهدف إستمرار حركة الإنتاج لمدة أخرى تزيد أو تنقص عن مدة الإيجار الأصلية.¹

وإذا كان الإعلان عن الرغبة في التجديد يمكن تقديمه من طرف المستأجر عند نهاية عقد الإيجار، إلا أنه من الأحسن الاتفاق على شروط التجديد بين المؤجر والمستأجر في عقد الإيجار التمويلي نفسه ويتم من خلاله أيضا توضيح الأسس التي يتم بناء عليها تجديد العقد لما يوفره ذلك من حماية للمستأجر، ودرءا لما قد يرافق التفاوض على شروط التجديد من مشكلات قد ينتج عنها التضحية بمصالح أحد طرفي العقد.²

كذلك فيما يخص طريقة إبداء الرغبة في التجديد لابد من وجود إرادة صريحة من المؤجر والمستأجر للموافقة على التجديد،³ إذن فلا يعتد بالإرادة الضمنية وبالتالي فقوانين الإيجار التمويلي ستبعد سريان أحكام الإمتداد القانوني لعقد الإيجار.⁴

ونصت في هذا الصدد المادة 42 من أمر 96-09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري حيث من خلالها يتبين أن العلاقة بين المؤجر والمستأجر في إطار الإيجار التمويلي العقاري لا تخضع إلى

1 - زياد أبو حصوة، المرجع السابق، ص188.

2 - إلياس ناصيف، العقود الدولية، عقد الليزنج، المرجع السابق، ص374، ص375.

3 - محمد عايد الشوابكة، المرجع السابق، ص237.

4 - المرجع نفسه، ص239.

أحكام بعض المواد من القانون المدني الجزائري خاصة المادتين 474 - 509،¹ المتعلقة بتنظيم أحكام بقاء المستأجر بعد إنتهاء مدة الإيجار .

وبالتالي لا يمكن للمؤجر أن يطالب بحق البقاء في الأمكنة المؤجرة عند إنتهاء فترة الإيجار غير القابلة للإلغاء والمحددة في عقد الإعتماد الإيجاري، إلا إذا تم الاتفاق على عقد إيجار جديد مع المؤجر يحدد مدة الإيجار الجديد وثمنه.²

وإذا إنتهت مدة الإيجار الأولى ولم يبدي المستأجر رغبته في التجديد يجب على هذا الأخير إعادة الأصل للمؤجر دون حاجة للتنبيه بالإخلاء،³ وأخيرا فإن تجديد عقد الإيجار التمويلي تعتبر عقدا جديدا وهو يخول المستأجر عند نهاية الخيارات الثلاثة، وهي إما الشراء أو رد المال للمؤجر أو تجديد العقد مرة ثانية.⁴

3-رد الأصل للمؤجر للمؤسسة المؤجرة:

في حالة عدم إبداء المستأجر رغبته لا في الشراء ولا في التجديد، عليه رد المال للمؤجر لصاحبه أي للمؤسسة المؤجرة⁵، ومن متطلبات صيانة الشيء المؤجر ونتائج المحافظة عليه إرجاعه في حالة إشتغال وإستعمال توافق حالة أصل آخر يماثله وفي نفس عمره الاقتصادي،⁶ وإلا إعتبر أساء الإئتمان إذا كان إمتاعه عن الرد قد تم بدون حق.⁷

ويتحمل المستأجر جميع النفقات اللازمة والمصاريف لتسليم الشيء إلى المؤجر، ويكون لهذا الأخير الحرية الكاملة في التصرف في الشيء محل العقد بعد إسترداده سواء بتأجيره مرة أخرى أو ببيعه.⁸

1 - وقد تم إلغاء العمل بهاتين المادتين من خلال تعديل القانون المدني لسنة 2007.

2 - المادة 1/44 من أمر 96-09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري.

3 - المادة 2/44 من أمر 96-09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري.

4 - إلياس ناصيف، العقود الدولية، عقد الليزنغ، المرجع السابق، ص378.

5 - نصت في ذلك المادة 4/16 من أمر 96/09 السالف الذكر حيث جاء فيها: "وإما أن يرد الأصل للمؤجر للمؤجر".

6 - المادة 1/36 من نفس الأمر.

7 - إلياس ناصيف، العقود الدولية، عقد الليزنغ، المرجع السابق، ص379.

8 - زياد أبو حصوة، المرجع السابق، ص189.

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أنه إذا إمتنع المستأجر عن رد المال المؤجر،¹ إلى المؤجر فيكون لهذا الأخير الحق في إلزامه بمقتضى أمر يصدره قاضي الإستعجال بالمحكمة المؤهلة إقليمياً.²

ثانياً: فسخ عقد التأجير التمويلي

عقد التأجير التمويلي بإعتباره عقداً ملزماً لجانبين فالمفروض إستطاعة كل منهما طلب فسخ عقد التأجير التمويلي بسبب إخلال المتعاقد الثاني بتنفيذ إلتزاماته الناشئة عن العقد، وليس تمة ما يمنع من إدراج العقد شرط فاسخ صريح يتم إعماله إذا ما توافرت إحدى الحالات المتفق عليها والموجبة لفسخ العقد.³

وعليه فوفقاً للقواعد العامة قد يكون الفسخ إتفاقياً أو قضائياً ويتم بحكم من المحكمة، وقد يكون الإلغاء بقوة القانون إذا إنقضى الإلتزام لإستحالة تنفيذه،⁴ وعقد الإعتقاد الإيجاري لا يختلف كثير عن العقود في القواعد العامة فيما يخص مسألة الإلغاء، إلا أنه يبقى لديه خصوصية وأسباب خاصة قد تؤدي إلى إلغاء وفسخ عقد الإعتقاد الإيجاري وهي:

1- عدم قيام المستأجر بسداد الأجرة المتفق عليها في المواعيد ووفقاً للشروط المتفق عليها في العقد.⁵

2- إشهار إفلاس المستأجر أو إعلان إعساره، وفي هذه الحالة لا تدخل الأموال المؤجرة في أموال التقلية ولا في الضمان العام للدائنين.⁶

1 - كأن يطالب بحق حبسه كما ورد في نص المادة 2/36 من أمر 09/96 السالف الذكر.

2 - المادة 03/44 من أمر 09-96 السالف الذكر.

3 - هاني دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، الطبعة الثانية، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، مصر، 1998، ص462.

4 - إلياس ناصيف، العقود الدولية، عقد الليزنغ، المرجع السابق، ص381.

5 - حيث نصت المادة 20 من أمر 09-96: ".....وذلك في حالة عدم دفع المستأجر قسطاً واحداً من الإيجار وفي هذه الحالة يمكن للمؤجر أن يتصرف في الأصل المسترجع".

6 - سمير نصار، المرجع السابق، ص531.

3- إتخاذ إجراءات التصفية قبل المستأجر إذا كان شخصا اعتباريا سواء أكانت تصفية إجبارية أم إختيارية مالم تكن بسبب الإندماج، ويشترط عدم الإخلال بحقوق المؤجر المنصوص عليها في العقد.¹

هذا وقد حددت المادة 13 من أمر 96-09 عقوبة فسخ العقد خلال فترة الإيجار غير القابلة للإلغاء، حيث من أهم آثار هذا الفسخ وفي هذه الفترة منح تعويضات للطرف المضرور والذي يمكن تحديد قيمتها في العقد في إطار بند خاص، وإذا لم يحدد المبلغ في العقد يمكن للجهة القضائية المختصة تحديد ذلك وفقا للأحكام المطبقة على الفسخ التعسفي.

كما أكدت الفقرة 2 من نفس المادة² على أسباب الفسخ التي يكون المستأجر هو المسؤول عنها وبالتالي إلزامية دفعه تعويضات لا تقل عن المبلغ الخاص بالإيجارات المستحقة المتبقية بإستثناء إذا كان هناك إتفاق مسبق على غير ذلك، ومن بين هذه الأسباب ما تم ذكره سابقا من إفلاس أو إعسار المستأجر أو تصفية إذا تعلق الأمر بالشخص المعنوي، وبالتالي عدم القدرة الحقيقية للمستأجر خلال الفترة غير القابلة للإلغاء على الوفاء مما يترتب عليه فسخ عقد الإعتماد الإيجاري.

وبذلك ينتهي العقد وبعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد وبالتالي يلتزم المستأجر بإعادة المواد المؤجرة إلى المؤجر بنفس الحالة التي إستلمها عليها مع مراعاة الإستعمال ومدته مع التعويضات اللازمة، وإذا وجد في العقد شرط جزائي أُعمل هذا الشرط.³

إن عقد التأجير التمويلي من العقود المستحدثة والتي ظهرت حديثا نظرا لمتطلبات الحياة الاقتصادية والتجارية المتميزة حاليا بإتساع نشاطاتها وضخامة مشاريعها، وتضافر هيئات متعددة وتعاونها في سبيل تحقيق أهداف يعجز عن تحقيقها شخص واحد.

ولا يشترط في المشروع الممول أن يكون تجاريا أو صناعيا فقط، فقد يكون أيضا زراعيا أو مهنيا أو حرفيا، فالمهم هو الحصول على التمويل لما يحتاجه هذا المشروع من آلات وأدوات

¹ - إلياس ناصيف، العقود الدولية، عقد الليزنج، المرجع السابق، ص387.

² - المادة 13 من أمر 96-09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري.

³ - سمير نصار، المرجع السابق، ص531، ص532

وتجهيزات ومهمات فنية، لذلك فإن أسلوب التأجير التمويلي قد أثبت نجاعته في إستقطاب العديد من الأفراد والقطاعات المختلفة، وهذا للمزايا العديدة التي يوفرها لهم والتي قد لا تحققها أساليب التمويل التقليدية.

وقد تبين إهتمام المشرع الجزائري بشكل خاص بموضوع التأجير التمويلي، من خلال إصدار قانون ينظم هذه العملية، مبرزا التعريف به وتحديد طريقة التعاقد الخاصة به وأطراف العقد والتزامات وحقوق كل منها، إضافة إلى آثار هذا العقد وكيفية إنقضاءه ويبين أيضا مزاياه والضمانات التي يقدمها لأصحابه، وقد تبنى المشرع الجزائري تسمية "الإعتماد الإيجاري" بدلا من "التأجير التمويلي" التي إعتدتها الدول العربية الأخرى وهذا ترجمة حرفية للتسمية باللغة الفرنسية "crédit bail".

من خلال دراستنا لعقد التأجير التمويلي نستخلص النتائج التالية:

- أن عقد التأجير التمويلي هو وسيلة لتمويل الإستثمارات الإنتاجية بواسطة دعمها بمعدات وأدوات حديثة، وأصول عقارية دون أن يضطر المستأجر لدفع ثمنها حالا.
- أن عقد التأجير التمويلي ذو طبيعة خاصة تختلف عن الإيجار في القواعد العامة، حيث يمنح هذا العقد للمستأجر الاستفادة ثلاث خيارات عند نهاية العقد، إما شراء الأصل المؤجر بموجب وعد بالبيع من جانب واحد من طرف المؤجر، أو تجديد العقد لمدة أخرى أو رد المال المؤجر.
- 3- أن عقد التأجير التمويلي وإن كان يبرم بين طرفين هما المستأجر المستفيد والشركة المؤجرة إلا أن هناك طرف ثالث في العلاقة وهو بائع الأصل أو المقاول الذي يشتري منه المؤجر الشيء المؤجر، والذي في كثير من الأحيان يكون من إختيار المستأجر المستفيد.
- أن للتأجير التمويلي أهمية كبرى في تحقيق الربح، ليس بملكية الأصل وإنما بطريقة إستخدام هذا الأصل بشكل صحيح.
- أن التأجير التمويلي يحقق أغراض إنتاجية ويستبعد التأجير لأغراض إستهلاكية

- عقد التأجير التمويلي هو عقد محدد المدة فلا يجوز إلغائه قبل إنقضاء المدة المتفق عليها والتي تساوي عادة العمر الاقتصادي للأصول، وقد سمي المشرع الجزائري هذه الفترة "بالفترة غير القابلة للإلغاء".

- أخضع المشرع الجزائري عقود الإ اعتماد الإيجاري لنظام خاص بقيد وشهر الأصول المنقولة وأخرى للأصول غير المنقولة، وهذا فيه حماية للغير من بعض المستأجرين الذين يحاولون الظهور في مظهر الملاك.

- أن عقد التأجير التمويلي يخول لصاحب الملكية وهو المؤجر ضمانا أساسية، وهي المحافظة على حق الملكية طوال مدة الإيجار والتي على أساسها يكون من حق المؤجر القيام بدورات تفتيشية لممتلكاته أثناء فترة الإيجار، وله الحق كذلك في فرض مختلف الشروط على المستأجر من أعمال الصيانة والضمان.....إلخ.

- نلاحظ من خلال أمر 96-09 المتعلق بالإ اعتماد الإيجاري أن الإلتزامات الملقاة على عاتق المستأجر أكبر بكثير من الإلتزامات المؤجر مما يجعله الطرف الأضعف في العلاقة.

- أن المشرع من خلال هذا القانون قد منح للمؤجر إمتيازات هامة تسمح له بفسخ العقد وإستعادة أمواله والتصرف فيها، وهذا إذا تخلف المستأجر عن دفع قسط واحد فقط من الإيجار.

لذلك يجب إعادة النظر في بعض النصوص وخاصة التي تضعف من حقوق المستأجر كحق المؤجر في بيع أو رهن وإعطاء حق ملكيته للشيء المؤجر، وهذا طيلة فترة الإيجار، فهذا الأمر يعتبر تهديدا لمصالح المستأجر.

كذلك فسخ العقد لمجرد التخلف عن دفع قسط واحد من الأقساط، فيه تعسف واجحاف في حق المستأجر، فقد يكون التأخير ليس ناتج عن سوء نية، بل قد يكون راجعا لعدم تحصيل مستحقاته المالية من الغير، وعدم توافر السيولة اللازمة في الوقت المحدد لدفع الإيجار.

الذاتية

الخاتمة:

إن نظم التأمينات ما تزال في تقدم وتطور مستمر، وهذا نتيجة لعدة عوامل أبرزها إستقرار نظام الملكية الفردية وتزايد قيمة الثروات المنقولة وكذلك البحث المتزايد عن تأمينات تشبع رغبات الأفراد وخاصة المتعاملين الإقتصاديين الذين يتطلعون بإستمرار للبحث عن تأمين أو ضمان يكون أكثر نجاعة وأكثر بساطة من التأمينات التقليدية، التي بقيت ولوقت طويل الوسيلة الوحيدة التي يعتمد عليها المتعاملون لبعث الثقة فيما بينهم. وقد تكفلت الأنظمة والقوانين بتنظيمها حيث أنها محددة على سبيل الحصر، فلا يجوز من حيث الأصل القياس عليها أو التوسع في تفسيرها، ومهما قيل حول جدوى هذه التأمينات سواء العينية أو الشخصية تبقى أهم بكثير من إعتداد الدائنين على الضمان العام لمدينهم فقط، والذي قد يبادر في التصرف في ممتلكاته وبالتالي تخرج من منال الدائنين ما لم ينجحوا في إعادتها عن طريق الدعوى البولصية، أما التأمينات خاصة الرهن الرسمي، فهي بعيدة عن هذه المخاطر حيث أن الدائن المرتهن يملك حق التتبع، كما له حق الأولوية في إستيفاء حقه على باقي الدائنين التاليين له في المرتبة، وبالتالي نجد أن للتأمينات العينية دور كبير في دعم ثقة الدائن، بل أن الكثير يفضلها على التأمينات الشخصية التقليدية التي تعتمد أساسا على تقديم كفيل شخصي أو عيني، هذا الأخير الذي قد يتعرض هو الآخر إلى الإعسار إلا في حالة تقديم كفيل معروف بملائته المالية كالبنوك مثلا أو المؤسسات المالية.

وهنا تسمى الكفالة بالكفالة المصرفية، حيث يعمد البنك لكفالة عميل لديه لدى الغير، وهذا ما يزيد في طمأنينة وثقة الدائن نظرا لقوة مركز البنك المالية وقدرته على سداد الديون في حالة عجز المدين الأصلي.

إن فبالرغم من المزايا العديدة لنظم التأمينات التقليدية وما تقدمه من ضمانات للمتعاملين، إلا أن التعامل بها بدأ في تراجع مستمر خاصة مع التطورات الإقتصادية الحاصلة، حيث بدأ ينظر إليها على أنها عاجزة عن مواكبة هذا التطور، وهذا هو السر في توجه الإرادة نحو إستحداث تقنيات جديدة للضمان تكون بديلة عن الضمانات التقليدية، والتي باتت في نظر الكثيرين أنها غير كافية ومن الصعب إعتماها كضمان خاصة في مجال المشاريع الضخمة التي تبحث عن قروض، وهذه القروض تحتاج إلى ضمانات سريعة وأكثر نجاعة وأكثر سهولة في تكوينها بعيدا عن تعقيدات إجراءات الضمانات التقليدية.

ولعل أهم العيوب التي تضمنتها التأمينات التقليدية والتي عجلت في تراجع التعامل بها والبحث عن بدائل لها نجد ما يلي:

- أن الضمان العام عاجز عن تقديم الحماية الكافية للدائن، فهو في خوف مستمر من ضياع حقه سبب إما إعسار المدين نفسه أو بسبب مزاحمة باقي الدائنين له في إستيفاء حقوقهم، أو لمجرد تخلفه لسبب ما عن المشاركة في التنفيذ على أموال المدين، كما أن الضمان العام لا يحمي الدائنين من خطر التصرفات الضارة التي قد يقوم بها المدين بممتلكاته كإهلاكها كلياً أو جزئياً مما يؤدي إلى إنقاص قيمتها.

- كما أن وسائل حماية هذا الضمان العام والتي حددها القانون وهي الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية والصورية، لا تحمي الدائن من إهمال المدين وتهاونه في تحصيل حقوقه، أو حتى التصرف في أمواله قصد الإضرار بدائنيه، وهذا على إعتبار أن هذه الدعاوى تتميز بشروطها الكثيرة والمعقدة وكذلك صعوبة الإثبات فيها وخاصة إثبات الصورية أو الغش من طرف المدين.

- كما أنه من عيوب هذه الدعاوى استفادة بقية الدائنين الآخرين منها، حيث أنهم متساوون معه فيما يحصل عليه من حقوق وبالتالي يتم قسمتها قسمة غرماً، وهنا يكون معرض لعدم إستيفاء كل حقه، وكذلك الحال بالنسبة لنظام الإعسار الذي يجعل كل الدائنين متساوون في المرتبة بغض النظر عن ترتيب الديون.

- أما عن أسباب التخلي التدريجي عن التأمينات العينية والشخصية التقليدية والبحث عن بدائل لها، فهي عديدة لعل أبرزها عجز المدين وفي الكثير من الأحيان عن تقديمها سواء لعدم توافرها أو لإرتفاع تكلفتها فقد يصعب عليه إيجاد كفيل يكفله، أو كذلك عدم إمتلاكه لأموال يقدمها كرهن رسمي أو حيازي، إضافة إلى أن هذه التأمينات العينية قد تسبقها في المرتبة حقوق أخرى كحقوق الإمتياز العامة أو الخاصة وكذلك الرهون الأسبق في القيد، دون أن ننسى العائق الأكبر لهذه التأمينات التقليدية هو صعوبة إجراءاتها وتعقيدها من قيد أو تجديد خاصة إذا كان موضوع التأمين يرد على عقار، أما الرهن الحيازي فلا يخلو هو أيضا من صعوبات تتعلق أساسا في الإلتزامات الملقاة على عاتق الدائن الذي يجد نفسه مجبرا على حفظ وإستغلال المال المرهون.

- أما الكفالة فتكمن صعوبتها في عدم إيجاد كفيل في وقت وجيز وإن وجد هذا الكفيل فإنه معرض هو الآخر إلى خطر الإعسار.

لذلك بالرغم من مزايا نظم التأمينات التقليدية والتي لا يمكن إنكار فضلها ولعقود طويلة في دعم ثقة وطمأنينة المتعاملين بها، إلا أن العيوب والنقائص التي تنطوي عليها أدت إلى البحث عن بدائل لها فتوجهت إرادة الأفراد إلى خلق تأمينات مدنية وتجارية أخرى.

وحيث إستخدمت بعض الوسائل كضمانات بالرغم أن غرضها الأصلي ليس الضمان، ونجد في هذا الصدد حوالة الحق التي قد يقدمها الدائن للغير، لأسباب مختلفة فقد يقوم ببيع الحق فيها فتخضع لأحكام البيع وقد يقصد بها الهبة، أو الوفاء بدين سابق فتكون وفاء بمقابل لكن قد يكون هدفها إئتماني فتقدم على سبيل الضمان، إذن فالأمر يرجع إلى نية المتعاقدين.

وإذا قدمت الحوالة على سبيل الضمان لتأمين الوفاء بدين مثلا، فلا تنطبق عليه أحكام الوفاء وإنما أحكام الرهن ولا تنتقل ملكية الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن وإنما يقتصر على تخويله الأولوية في إستيفاء دينه من قيمة الشيء المرهون على باقي الدائنين.

- أما في المجال التجاري فقد أدى تطوير وسائل الضمان إلى إستخدام الرهن التجاري كضمان والذي لا يختلف كثيرا عن الرهن المستخدم في المعاملات المدنية حيث يقدم نفس الخدمة للدائن وهي الثقة في مدينه. لكن مع اختلاف بسيط يتمثل في اجراءات بيع الرهن التجاري في المزاد العلني من خلال نصوص خاصة تضمنها القانون التجاري، إضافة إلى ميزة أخرى يقدمها الرهن التجاري الوارد على منقول حيث يستبعد هذا الرهن قاعدة نقل الحيازة إلى يد الدائن وبقيائها في يد المدين وهذا اختلاف كبير ومهم بين الرهن الحيازي المدني والرهن الحيازي التجاري على إعتبار أن مسألة نقل الحيازة هي الشرط اساسي لصحة الرهن لأنها وسيلة لإعلام الغير بالرهن إلا أن هذا الاستبعاد لهذه القاعدة لا يمس كل المنقولات وإنما فقط المنقولات ذات القيمة الكبيرة فقط، كالسفن والطائرات والمحلات التجارية فهذه المنقولات لا خوف عليها حيث لا يمكن للمدين إخفاءها.

كما أن السبب الأساسي لعدم نقل حيازتها بعد رهنها إلى يد الدائن يكمن في قيمتها الإقتصادية بالنسبة للمدين فهي من أدوات الانتاج التي لا يمكن لأصحابها الإستغناء عنها، وتقديمها كضمان كان في الأصل من أجل الحصول على قروض لتطوير نشاطات هذا المدين من خلالها.

فالتاجر مثلا الذي يقدم محله التجاري كضمان بتوقيع رهنا حيازيا عليه من أجل الحصول على قرض، لا يمكنه في نفس الوقت التنازل عن حيازة هذا المحل لأنه مصدر رزقه ومن دونه لا يمكنه إعادة هذا القرض. وبقي هنا الاشكال يدور بين مبادئ الرهن الحيازي التقليدي التي تقوم على أساس نقل الحيازة للدائن وبين الرهن الحيازي التجاري الذي لا يمكن لأي تاجر التنازل عن مصدر نشاطه التجاري وخاصة المحل التجاري. إضافة إلى صعوبة تحمل الدائن لتكاليف المحافظة على هذا المحل وكذلك صعوبة استغلاله خاصة إذا لم يكن ذا خبرة في هذا المجال.

لذلك نلاحظ أن الرهن التجاري الواردة على المنقولات الكبيرة ذات القيمة الاقتصادية العالية يختلف عن الرهن الحيازي العادي وهذه ضرورة استدعتها المصلحة الاقتصادية لكل الأطراف، سواء الدائن أم المدين دون المساس بمصلحة الغير الذي يعتبر نقل الحيازة بالنسبة له وسيلة للإعلان والشهر عن هذا الرهن.

وهنا تدخلت إرادة المشرع للتوفيق بين المصالح الثلاثة بإشترط القيد على كل منقول مرهون حيازيا دون نقل للحيازة ومعاملته معاملة العقار مع أنه منقول، لكن هنا يقع الاصطدام من جديد بمشكل تعقيد الاجراءات وصعوبتها وتطلبها لوقت طويل وهذا يتنافى مع مبدأ المعاملات التجارية التي تقوم أساسا على عنصرى السرعة والإئتمان.

إن كل الأسباب السابقة تعتبر مبررات معقولة ومنطقية للبحث عن وسائل جديدة للضمان تكون أكثر نجاعة وتتسم بالبساطة في إنشائها وكيفية تنفيذها وكذلك قلة تكلفتها.

وفي هذا الصدد ظهرت انواع جديدة للضمان كبدائل عن الضمانات الشخصية التقليدية وكذلك ضمانات أخرى بديلة عن التأمينات العينية التقليدية، فظهر ما يعرف بخطاب الضمان وخطاب النوايا كبديلين عن الكفالة، خاصة في مجال التجارة الخارجية حيث يتميز خطاب الضمان عن الكفالة باستقلال التزام الكفيل عن التزام المدين المكفول.

وبالتالي لا خوف من تمسك مصدر الخطاب بدفع المدين حيث يمكن للدائن مطالبة مصدر خطاب الضمان حتى قبل مطالبة المدين الأصلي.

كما يتميز خطاب الضمان أيضا أن مصدره يكون عادة بنكا أو مؤسسة مالية وهذا ما يزيد في بعث الثقة والطمأنينة في نفوس الدائنين تجاه مدينهم، وهذا البنك يمنح هذه الثقة من خلال توقيعه دون تقديم أي نقود، لكن قد يضطر إلى تقديم هذه النقود في حالة عجز الزبون عن الوفاء، أو حتى بمجرد الطلب من طرف الدائن نظرا لاستقلالية إلتزام البنك عن الإلتزام الأصلي.

- أما النوع الثاني من الخطابات فهو ما يعرف بخطابات النوايا والتي تعتبر من أحدث التقنيات المستخدمة كضمان. وتتمثل أساسا في خطاب موجه من شركة أم من أجل ضمان فرع لها لدى الغير. لكن يبقى المشكل الذي ثار من أجله جدلا واسعا في الفقه والقضاء هو القيمة القانونية لهذا الضمان ما إذا كان مجرد إلتزام وتعهد أدبي فقط، أم يرقى إلى مرتبة التعهد القانوني الذي ينجر عنه إلتزام الشركة الأم بتنفيذ إلتزامات فرعها تجاه الغير في حالة عجز هذا الأخير عن ذلك.

وهنا نجد أن الكثير من الشركات أصبحت تفضله عن الكفالة نظرا لتميزه عنها بالسرعة بعيدا عن الشكليات المفروضة في الكفالة فهي أقل صرامة منها حيث أن مصدر خطاب النوايا يحدد طبيعة إلتزامه من خلال الألفاظ والعبارات التي يستخدمها في الخطاب وبالتالي بإمكانه جعل الخطاب مجرد تعهد شرفي أو إلتزام بالوسائل فقط دون الوصول إلى درجة الإلتزام بالنتائج، وفي نفس الوقت يمنح ثقة للمقرض تجاه فرع الشركة.

وقد بادرت بعض التشريعات إلى تقنين هذه الخطابات ضمن التأمينات الشخصية وبالتالي أصبح معترف بها قانونا بعدما كانت نشأتها مرتبطة بإرادة المتعاملين بها من أجل الهروب ومن سلبيات التأمينات التقليدية.

هذا ولم يقتصر استحداث وتطوير تقنيات الضمان على التأمينات الشخصية فحسب، وإنما تعدى ذلك مجال التأمينات العينية حيث توجهت إرادة الدائنين في الوقت الحاضر نتيجة قصور نظم التأمينات التقليدية إلى البحث عن ضمانات أقوى تحميهم من مخاطر إعسار المدين أو إفلاسه، فظهرت فكرة توظيف الملكية كوسيلة للضمان بعد ما كانت الملكية هدف وغاية في حد ذاتها. ومن أهم استخدامات الملكية كضمان نجد شرط الاحتفاظ بالملكية كضمان والإيجار التمويلي والبيع الإيجاري والإيجار المقترن بوعد البيع.

وهنا لاحظنا أن الملكية خرجت عن وظيفتها الأصلية كحق عيني أصلي بمنح صاحبه حق الاستئثار والاستمتاع بالشيء، لتؤدي وظيفة أخرى وهي الضمان مما خلق مشكل قانوني حول القواعد الواجبة التطبيق على هذه التقنيات، حيث أن بعض التشريعات إختارت تنظيمها وإدراجها قانونا ضمن التأمينات العينية مع إستقلالها بأحكامها الخاصة والمتميزة عن التأمينات التقليدية، لكن بعض التشريعات الأخرى لم تصل بعد إلى هذا الحل وبقيت معظم هذه التقنيات الحديثة خاضعة في تنظيمها إلى الأعراف التجارية من جهة وإلى إرادة موقعيها من جهة أخرى.

كما توجه البعض إلى إخضاعها لبعض أحكام القواعد العامة للقانون المدني بالرغم من الاختلاف الكبير بينهما لذلك من الضروري وضع مجموعة من المقترحات من أجل تنظيم العمل بهذه الضمانات المستحدثة:

1- من الأفضل إنتهاج ما ذهب إليه البعض التشريعات المتقدمة وعلى رأسها التشريع الفرنسي الذي بادر إلى تقنين هذه التأمينات وتنظيمها ضمن قواعد القانون المدني وصنفها ضمن التأمينات الشخصية

والعينية وبالتالي هذا إقرار منه بها ويكونها احدى الضمانات وبالتالي أنهى الجدل الفقهي والقضائي حول طبيعتها القانونية.

2- من الأفضل صياغتها ضمن قواعد مكملة حتى لا تفقد طابعها الأصلي الذي يقوم على إرادة الطرفين الحرة في تحديد أحكام وشروط كل نوع من أنواع هذه الضمانات.

3- إعادة النظر في بعض النصوص الخاصة بالتقنيات التي قام المشرع الجزائري بتنظيمها على غرار الاعتماد الإيجاري (التأجير التمويلي) والتوفيق بين مصلحة المستأجر والمؤجر والابتعاد عن النصوص التي فيها إجحاف في حق المستأجر (والتي سبق ذكرها) وبالتالي يجب مراعاة الطبيعة الخاصة لهذه العقود نظرا لما تحققه من أهداف إقتصادية ما كانت لتتحقق ضمن نظم التأمينات التقليدية.

وأخيرا نقول أن إرتباط تطور وإستحداث تقنيات الضمان مرتبط إرتباطا وثيقا بالتطورات الإقتصادية الحاصلة في الوقت الحاضر وبالتالي فإن إرادة المتعاملين في البحث عن وسائل وتقنيات جديدة للضمان لن يتوقف وسيستمر بإستمرار هذا التطور لذلك فمن الضروري أن تواكب إرادة المشرع إرادة المتعاملين من أجل تنظيم العمل بكل وسيلة ضمان مستحدثة.

قائمة

المراجع

قائمة المراجع

أولاً- باللغة العربية:

1- الكتب:

1. أبو السعود رمضان ، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2006.
2. أبو حصوة زياد، عقد التأجير التمويلي، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، ودار الراي للطباعة والنشر، الأردن ، لبنان، 2005.
3. أبو حلو حلو، القانون التجاري، الشركة العربية المتحدة للتسويق والتوريدات بالتعاون مع جامعة القدس المفتوحة، مصر، 2008.
4. أحمد حمدي أحمد سعد، البيع الإيجاري، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.
5. الأودن سمير عبد السميع، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، منشأة المعارف مصر، 2005.
6. البدالي نجوى إبراهيم، عقد الإيجار التمويلي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005
7. التلاحمة خالد إبراهيم، الوجيز في القانون التجاري، الطبعة الثالثة، دار وائل للنشر، الأردن، 2012.
8. الجنبيهي محمد، الجنبيهي ممدوح محمد ، أعمال البنوك، دار الفكر الجامعي، مصر، 2000.
9. الحلالشة عبد الرحمن أحمد جمعة، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني آثار الحق الشخصي، أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، 2006.
10. الخصاونة علاء الدين عبد الله الفواز، التكييف القانوني لعقد الإيجار التمويلي، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002
11. الدنون حسن علي، الرحو محمد سعيد، النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2004.

12. السبسي صلاح الدين حسين، الإعتمادات المستندية والضمانات المصرفية من النواحي الإقتصادية والمحاسبية والقانونية، الطبعة الأولى، دار الوسام للطباعة والنشر، لبنان، 1998.
13. السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني: التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، دار الهدى، الجزائر، 2011.
14. السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني: النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة دراسة مقارنة في القوانين العربية، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، 2006-2007.
15. السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني: النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، المسؤولية التقصيرية، الفعل المستحق للتعويض، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2011.
16. السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري: التأمينات العينية، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2008.
17. السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: الجزء العاشر والأخير، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، 1998.
18. السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: الجزء العاشر، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
19. السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث: نظرية الإلتزام بوجه عام، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، دار احياء التراث العربي، لبنان، بدون سنة نشر.
20. السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني: نظرية الإلتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الإلتزام، دار النهضة العربية، مصر، 1968.

21. الشامسي جاسم علي ، خطاب الضمان المصرفي وتطبيقاته ومدى توافقه مع الحدود الشرعية، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والإقتصادية، الجزء الثاني، الجديد في التمويل المصرفي، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2002.
22. الشوابكة حمد عابد، عقد التأجير التمويلي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.
23. الصوص نداء محمد، مبادئ القانون التجاري، الطبعة الأولى، مكتبة المجتمع العربي، ودار أجنادين، الأردن، 2007.
24. الطراونه بسام حمد، ملحم باسم محمد، مبادئ القانون التجاري، الطبعة الثالثة، دار الميسرة، الأردن، 2014.
25. العبيدي علي هادي، العقود المسماة البيع والإيجار، الطبعة السادسة، دار الثقافة، الأردن، 2012.
26. العريني محمد فريد، و دويدار هاني، قانون الأعمال، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002.
27. العكلي عزيز، شرح القانون التجاري، الجزء الثاني: الاوراق التجارية وعمليات البنوك، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الاردن، 2007.
28. العمروسي أنور، الحقوق العينية التبعية، التأمينات العينية، منشأة المعارف، مصر، 2003.
29. العوجي مصطفى، القانون المدني: الموجبات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بدون سنة نشر.
30. الفار عبد القادر، أحكام الالتزام، دار الثقافة، عمان الأردن، 2007.
31. القلاب بسام هلال مسلم، التأجير التمويلي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الراية للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
32. القليوبي سميحة، القانون التجاري: عمليات البنوك، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، مصر 1986.

33. المهتار بسام عاطف ، مشرفية مايا سليت ، الضمانة غب الطلب: آلية دفعها، تعطيل الآلية مسؤولية المصارف، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
34. الكسواني عامر محمود، أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
35. بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومة الجزائر، 2013.
36. بلعساوي محمد الطاهر ، التزامات البنك في الاعتمادات المستندية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012.
37. بلودنين أحمد، المختصر في القانون التجاري الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس، الجزائر، 2011.
38. بودراع بلقاسم، الوجيز في القانون التجاري: الأعمال التجارية، التجار المحل التجاري الإيجارات التجارية، البيع، الرهن الحيازي إيجار التسيير، مطبعة الرياض، الجزائر، 2004.
39. تادرس خليل فيكتور، خطابات النوايا الصادرة من الشركة الأم لحساب أحد فروعها وقيمتها القانونية، دار النهضة العربية، مصر، 2007.
40. تناغو سمير عبد السيد ، أحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
41. عوض جمال الدين ، عمليات البنوك، المكتبة القانونية ، بدون بلد نشر، بدون سنة نشر.
42. حجازي مصطفى عبد الجواد، عقد الكفالة في القانون المدني، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
43. حسين بختيار صابر بايز ، مسؤولية المصرف في الاعتماد المستندي والمخاطر التي تواجهه، دراسة تحليلية، د ت، دار الكتب القانونية، ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010.
44. حمدان حسين عبد اللطيف، التأمينات العينية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
45. شرابين حمزة ، الملكية كوسيلة لدعم الإئتمان، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

46. دريال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الإلتزام، دار العلوم، عنابة الجزائر، 2004.
47. دوار جميلة، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، دار قرطبة، الجزائر 2010.
48. دويدار محمد هاني، النظام القانوني للتأجير التمويلي، الطبعة الثانية، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، مصر، 1998.
49. دويدار هاني، القانون التجاري: التنظيم القانوني للتجارة، الملكية التجارية والصناعية، الشركات التجارية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.
50. دويدار هاني، القانون التجاري: العقود التجارية، العمليات المصرفية، الأوراق التجارية، الإفلاس، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.
51. سامي فوزي محمد، شرح القانون التجاري الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2007.
52. سرحان عدنان إبراهيم، العقود المسماة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
53. سعد نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية: التبعية وغير التبعية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005.
54. سعد نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
55. سعد نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
56. سعد نبيل إبراهيم، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006.
57. سعد نبيل إبراهيم، الملكية كوسيلة للضمان، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، 2007.
58. شحاتة صلاح إبراهيم، ضوابط منح الائتمان المصرفي من منظور قانوني ومصرفي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر 2009.

59. طه مصطفى كمال، البارودي علي، القانون التجاري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2001.
60. طه مصطفى كمال، العقود التجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
61. طه مصطفى كمال، القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999.
62. طه مصطفى كمال، النظرية العامة للقانون التجاري والبحري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006
63. طه مصطفى كمال، عمليات البنوك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
64. طه مصطفى كمال، ووائل أنور بندق أصول القانون التجاري: الأعمال التجارية، التجار، الشركات التجارية، المحل التجاري، الملكية الصناعية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006
65. عبد الجواد مصطفى أحمد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2004.
66. عبد الرحمن أحمد شوقي محمد، أحكام الالتزام، منشأة المعارف، مصر، 2008.
67. عبد العزيز سمير محمد، التأجير التمويلي ومداخله المحاسبية الإقتصادية التشريعية التطبيقية، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، 2000.
68. عبد الكريم سلامة أحمد، قانون العقد الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2000-2001.
69. عبد الله هدى ، دروس في القانون المدني، العقد، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.
70. عمر سليمان رمضان محمد ، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009.
71. فرج توفيق حسن، الجمال مصطفى، مصادر وأحكام الالتزام، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2008.
72. فهيم تامر ريمون، ضمانات الائتمان المصرفي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.

73. فيلالي علي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2001.
74. قرى غنية، نظرية الإلتزام، الطبعة الأولى، دار قرطبة، الجزائر، 2007.
75. منصور محمد حسين ، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006.
76. منصور محمد حسين، شرط الإحتفاظ بالملكية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
77. منصور محمد حسين، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2009.
78. ناصف إلياس، العقود الدولية، "عقد الليزنج أو عقد الإيجار التمولي" في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.
79. ناصيف إلياس، العقود المصرفية، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014.
80. ناصيف إلياس، الكامل في قانون التجارة، المؤسسة التجارية، الجزء الأول، عويدات للنشر والطباعة، لبنان، 1999.
81. نصار سمير، موسوعة القانون التجاري، الجزء الثالث: العقود التجارية، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، سوريا، 2006.
82. هادي حسين عبد علي الكعبي، إحتفاظ البائع بملكية المبيع، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.
83. هليل منير علي، مبادئ القانون التجاري، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2012.
84. ياملكي أكرم، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2008.
85. ياملكي أكرم، القانون التجاري، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2010.

2- رسائل الدكتوراه:

1. أمقران راضية، خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 1، 2014/2013.

2. بلول أعمر، إشكالات التنفيذ على الضمانات البنكية، دراسة مقارنة في القانون الجزائري والفرنسي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2018/03/04.

3. بن سنوف فيروز، النظام القانوني للاحتفاظ بالملكية في عقد الاعتماد الاجاري للمنقولات (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2017/2016

4. عسالي عبد الكريم، عقد الاعتماد الاجاري الدولي، أطروحة مقدمة لنيل دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2015/06/23.

3- مذكرات الماجستير:

1. الحجة أمير أحمد فتوح، آثار عقد الحوالة المدنية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008.

<https://www.mobt3ath.com/pdf.php?ext=pdf>

2. ضبان حنان كمال الدين جمال، عقد التأجير التمويلي وتطبيقاته المعاصرة : دراسة فقهية، بحث لاستكمال درجة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، غزة، فلسطين،

. <https://iugspace.iugaza.edu.ps/bitstream/hand.2015/10/17>

3. مجاجي سعاد، خطابات النوايا كوسيلة قانونية لتأمين تنفيذ الالتزامات: دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012/2011.

4. مشطر ليلي، النظام القانوني لخطاب الضمان المستقل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون السوق، كلية الحقوق، جامعة جيجل 2008/2007.

3- المقالات

أ- الملتقيات

- 1- سامي ليندة، عقد الإعتماد الإجاري مداخلة مقدمة ضمن أعمال الملتقى الوطني، عقود الأعمال ودورها في تطوير الإقتصاد الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 16، 17 ماي، 2012.

ب- المقالات المنشورة

- 1- ولد المرابط محمد الأمين ، خطابات الضمان في المصارف الإسلامية، مجلة دراسات قانونية، العدد 09 دار القبة للنشر والتوزيع، الوادي الجزائر 2002.
- 2- عكوش سهام ، استقلال خطاب الضمان الدولي المصرفي عن عقد الاساس، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد ب عدد 49 جوان 2018.

<http://revue.umc.edu.dz/index.php/h/article/view/2771>

- 3- مجاجي سعاد ، التأصيل القانوني لخطابات النوايا في مجال الائتمان، دراسة تحليلية في التشريع الفرنسي، مجلة القانون والأعمال، تاريخ نشر المقال، 29 سبتمبر 2014
<https://www.droitentreprise.com>

4- النصوص القانونية

النصوص التشريعية:

1. أمر رقم 66-156 مؤرخ في 08 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 49 المؤرخة في 11 جوان 1966 المعدل والمتمم.
2. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، جريدة لرسومية عدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.
3. أمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري ج.ر. العدد 101، مؤرخة في 19 ديسمبر 1975، المعدل والمتمم.

4. أمر رقم 96-09 مؤرخ في 10 جانفي 1996 يتعلق بالاعتماد الاجاري، ج ر عدد 03 مؤرخة في 14 جانفي 1996.
5. قانون رقم 98-05 المؤرخ في 25 يونيو 1998 ج.ر عدد 47 مؤرخة بتاريخ 27 يونيو 1998 يعدل ويتم الأمر رقم 76-80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 والمتضمن القانون البحري، والمعدل والتمم بقانون رقم 10-04 مؤرخ في 15 أوت 2010 ج ر عدد 46 مؤرخة في 18 أوت 2010.
6. قانون رقم 98-10 المؤرخ في 22 أوت 1998 ج.ر عدد 61 مؤرخة بتاريخ 23 أوت 1998 يعدل ويتم قانون رقم 79-07 المؤرخ في 21 يوليو 1979 والمتضمن قانون الجمارك، والمعدل بقانون 17-04 مؤرخ في 16 فبراير 2017، ج ر عدد 11 مؤرخة في 19 فبراير 2017، والذي يعدل ويتم قانون رقم 79-07 .
7. أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت 2003 يتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 52، مؤرخة في 27 أوت 2003 المعدل والمتمم بالقانون رقم 17-10 مؤرخ في 11 أكتوبر 2017 ج ر عدد 57، مؤرخة في 12 أكتوبر 2017.
8. قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، مؤرخة في 23 أفريل 2008.
- النصوص التنظيمية:**
1. مرسوم رئاسي رقم 02-250 مؤرخ في 24 يوليو سنة 2002 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ج.ر عدد 52 الصادرة بتاريخ 28 يونيو 2002.(ملغى).
2. مرسوم رئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 10 أكتوبر سنة 2010 ج.ر عدد 58 الصادرة بتاريخ 07 أكتوبر 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية.(ملغى).
3. مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ج ر عدد 50، الصادرة في 20 سبتمبر 2015.
4. مرسوم تنفيذي رقم 98-68 المؤرخ في 21 فيفري 1998 يتضمن انشاء المعهد الوطني للملكية الصناعية ويحدد قانونه الاساسي، جريدة رسمية عدد 11 المؤرخة في، 01 مارس 1998.

5. مرسوم تنفيذي رقم 98-109 مؤرخ في 4 أبريل 1998 يحدد كفاءات تحويل الصلاحيات المخولة لمكاتب الضبط وكتاب الضبط في المحاكم العمومية للبيع ورهون حيازة المحلات التجارية وإجراءات قيد الإمتيازات المتصلة بها إلى المركز وللـسجل التجاري ومأموري المركز الوطني للسجل التجاري، جريدة رسمية، عدد 20، المؤرخة في 05 أبريل 1998.

6. مرسوم تنفيذي رقم 06-90 مؤرخ في 20 فيفري 2006 يحدد كفاءات إشهار عمليات الإعتماد الإجاري للأصول المنقولة، الجريدة الرسمية عدد 10، مؤرخة في 26 فيفري 2006.

7. مرسوم تنفيذي رقم 06 - 91 مؤرخ في 20 فبراير 2006، يحدد كفاءات إشهار عمليات الإعتماد الإجاري للأصول غير المنقولة، ج ر عدد 10، مؤرخة في 26 فيفري 2006.

الأنظمة:

1. نظام بنك الجزائر رقم 93-02 مؤرخ في 03 يناير 1993، يتعلق بإصدار عقود الضمان والضمان المقابل من قبل البنوك الوستاء المعتمدين، ج.ر 17 الصادرة بتاريخ 14 مارس 1993

ثانيا- باللغة الفرنسية:

1- Ouvrages

1. ALBIGES Christophe, Marie- Pierre Dumont-Lefrand, Droit des Sûretés, 3^e édition, DALLOZ, paris, 2011.
2. AYNES Laurent, CROCQ Pierre, Droit Civil, Les Suretés, La Publicité Foncière, 5^{ème} Edition, Defrénois, Lextenso Edition, Paris, 2011.
3. BAPTISTE SEUBE- Jean , Droit des Suretés, 4^{ème} édition, DALLOZ, paris 2008.
4. BARRE Xavier, La lettre d'intention, Ed. Economica, Paris, 1995
5. BARTHEZ Anne-Sephie, HOUTSIFF Dimitri, Les Suretés Personnelles, L.G.D.J, Lextenso Edition, Paris, 2010.
6. JOBARD- BACHELLIER Marie- Noëlle, BOURASSIN Manuella, BREMOND Vicent, Droit des sûretés, Editions Dalloz, paris, 2007.

7. JOBERD-BACHELLIER Marie-Noëlle, BREMOND Vincent, Droit Civil Suretés, Publicité Foncière 16^{ème} Edition, DALLOZ, Paris 2009.
8. MIGNOT Marc, Droit des Suretés, Montchrestien, Lextenso, éditions, paris, 2010.
9. MINKOA SHE Adolphe, Droit Des Suretés Et Des Garanties Du Crédit Dans L'Espace Ohada, Tame 1 Les Garanties Personnelles, Editions Dianoa, 1ere Editions, Paris, 2010
10. MOREIL Sophie, Droit Bancaire ,10^{ème} édition Dalloz, Paris, 2010
11. PIEDELIEVRE Stéphane, Droit Des Suretés, Edition Ellipses, Paris, 2008.
12. PIEDELIEVRE Stéphane, Droit Des Suretés, Ellipses édition Marketing S.A Paris, 2008.
13. PIETTE Gaël, Droit Des Sûretés: Sûretés Personnelles, Sûretés réelle, 2^e Edition, Gualino éditeur, paris, 2007.

2- thèses

1. BARSALLO Vanéssa, Le Droit De Propriété Comme Garantie Non Traditionnelle Du Crédit Bancaire Au Panama Et En France, Pour Le Diplôme D'études Doctorales, spécialité : Droit Commercial, Université Panthéon-ASSAS-paris II, 1994.
2. GIJSBERS Charles, Sûretés Réelles Et Droit Des Biens, Thèse De Doctorat En Droit Privé, Université Panthéon-Assas, Paris, Soutenue le 8 décembre 2012

3- Revues

1. CERLES Alain, lettre d'intention, obligation de résultat, revue de droit, bancaire et financière, Revue bimestrielle lesciscis juris classer, Janvier 2010
2. HOUIN– BRESSAND Caroline, fiducie – sureté, clause de réserve de propriété, crédit – bail: quelle protection pour le banquier propriétaire ? revue de droit bancaire et financier – revue bimestrielle lexinexis juris classer – mars – avril 2010

3. HOUTCIEFF Dimitri, les suretés personnelles. Les Revues Juris Classeur: contrats _ concurrence _ consommation, N° 06, lexis nexis, France, Juin 2006.
4. RANOUIL Véronique et CHABAS François, Leçons de droit civil: suretés_ publicités foncières, Tome III 6^{ème}, Montchrestien, Paris, France, 1988.
5. SAMAR Nasreddine, Les Garanties Autonomes: Une Alternative Au Cautionnement, Revue des sciences sociales et humaines, N° 14, JMPEL Qods, Université de Batna, Algérie, Juin 2006.
6. SIMLER Philippe, Avant-propos, les revues juris classeur: contrat _ concurrence _ consommation n°6 lexis nexis, France, Juin 2006.

4- Textes juridiques :

1. Code de commerce France, <http://codes.droit.org/CodV3/civil.pdf>.
2. Code civil, France, <http://codes.droit.org/CodV3/civil.pdf>.
3. Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, relative aux sûretés, JORF n°71 du 24 mars 2006, page 4475 texte n° 29 <https://www.legifrance.gouv.fr>.

5- Jurisprudences :

1. Articles 98 anc L 24 Juillet 1966, Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, <https://www.legifrance.gouv.fr>.
2. Cass. Com. 11 Mai 1984, Bull. Civ IV N°154.
3. Cass. Com, 19 févr, 1985, sté Iso, bull. civ ,IV N° 68.
4. Cass, 21 Décembre 1987, bull, N° 281, p210.
5. Com 23 Octobre 1990, Bull, IV, N° 256.
6. Cass, Com, 18 avril 2000, Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 18 avril 2000, 97-18.042, Inédit, www.legifrance.gouv.fr.
7. Cass, Com, 20 Oct 2009, n° 08-19.620 F-D, la vie claire, C/ Wessaene, Juris Data n°2009-050037
8. Cass. Com. 17 Mai 2011 ; pourvoi n° 09-16 ;186.

الفهرس

الصفحة	الفهرس
01	مقدمة
11	الباب الأول مبررات استحداث تقنيات جديدة للضمان
16	الفصل الأول الضمانات في ظل القواعد التقليدية
18	المبحث الأول: الضمان العام كوسيلة لحماية الائتمان
18	المطلب الأول: الضمان العام على أموال المدين
18	الفرع الأول: الضمان العام يرد على كل أموال المدين
19	الفرع الثاني: الضمان العام مشترك بين سائر الدائنين
19	المطلب الثاني: وسائل حماية الضمان العام ومدى كفايتها
20	الفرع الأول: وسائل حماية الضمان العام
21	أولاً: الدعوى غير المباشرة
22	ثانياً: الدعوى البولصية (دعوى عدم نفاذ التصرف)
23	ثالثاً: دعوى الصورية
24	رابعاً: تمييز دعوى الصورية عن دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق الدائن والدعوى غير المباشرة
24	1- أوجه الشبه والخلاف بين الدعوى الصورية والدعوى غير المباشرة:
25	2- أوجه الشبه والخلاف بين دعوى الصورية ودعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق الدائن
28	سادساً: حق التفريق بين مملوكين
28	سابعاً: نظام الإعسار
29	الفرع الثاني: عدم كفاية وسائل الضمان العام
31	المطلب الثالث: المراكز المتميزة لبعض الدائنين
31	الفرع الأول: الحق في الحبس
32	أولاً: مفهوم الحق في الحبس

32	ثانيا: شروط الحق في الحبس
33	ثالثا: آثار حق الحبس
33	1- حقوق الدائن الحابس
35	2- واجبات الدائن الحابس
35	رابعا: انقضاء حق الحبس
36	الفرع الثاني: الدعوى المباشرة
37	أولا: حالة المؤجر
38	ثانيا: حالة المقاول
38	ثالثا: حالة الوكيل
38	رابعا: حالة المضرور
39	خامسا: الدعوى المباشرة من صاحب العمل ضد نائب الفضولي
39	الفرع الثالث: المقاصة
39	أولا: تعريف المقاصة
40	ثانيا: أنواع المقاصة
40	1- المقاصة القانونية
41	2- المقاصة القضائية
41	3- المقاصة الاتفاقية
42	المبحث الثاني: الضمانات الشخصية والعينية التقليدية
44	المطلب الأول: الكفالة بإعتبارها ضمان شخصي تقليدي
45	الفرع الأول: قواعد الكفالة بوجه عام
45	أولا: مفهوم عقد الكفالة
45	1- تعريف عقد الكفالة
46	2- خصائص عقد الكفالة

48	3- أنواع عقد الكفالة
50	ثانيا: شروط وأركان عقد الكفالة
50	1-شروط عقد الكفالة
51	2- أركان عقد الكفالة
56	ثالثا: إثبات عقد الكفالة
56	رابعا: تمييز الكفالة عن غيرها من العقود والأنظمة التي تشابهها
56	1-الكفالة والتضامن بين المدينين
56	2- الكفالة والنيابة في التعاقد
57	3- الكفالة والتعهد عن الغير
57	4- الكفالة وعقد التأمين
57	5- الكفالة المدنية والكفالة التجارية
58	الفرع الثاني: آثار عقد الكفالة
58	أولا: علاقة الكفيل بالدائن
58	1- مطالبة الدائن للكفيل
59	2-الدفع بالتقسيم
60	3- الدفع بالتجريد
62	4-صورة خاصة للدفع بالتجريد
62	5-دفع أخرى للكفيل
65	ثانيا: العلاقة بين الكفيل والمدين
65	1-الدعوى الشخصية (دعوى الكفالة)
67	2- دعوى الحلول
69	الفرع الثالث: إنقضاء الكفالة
69	أولا: الأوجه العامة لإنقضاء الكفالة

69	ثانيا: الأوجه الخاصة للإنقضاء تتعلق بالكفالة دون غيرها
70	المطلب الثاني: التأمينات العينية التقليدية
71	الفرع الأول: قواعد الرهن الرسمي بوجه عام
71	أولا: مفهوم الرهن الرسمي
72	1-تعريف الرهن الرسمي
72	2-تمييز الرهن الرسمي عن بعض المفاهيم المشابهة
73	3-خصائص الرهن الرسمي
73	1-الرهن الرسمي حق عيني عقاري
74	2-الرهن الرسمي حق عيني تبعي وغير قابل للتجزئة
74	3- حق ناشيء بمقتضى عقد رسمي لا ينقل الحياة
75	ثانيا: شروط إنشاء الرهن الرسمي
75	1-الشروط الموضوعية
80	2- الشروط الشكلية
81	الفرع الثاني: آثار الرهن الرسمي
81	أولا: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمتعاقدین
82	1-آثار الرهن الرسمي بالنسبة للراهن
85	2-آثار الرهن الرسمي بالنسبة للدائن المرتهن
87	ثانيا: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للغير
88	1-حق الأفضلية
89	2-حق التتبع
93	ثالثا: انقضاء الرهن الرسمي
93	1-إنقضاء الرهن بصفة تبعية
94	2-إنقضاء الرهن بصفة أصلية

97	الفصل الثاني دور الارادة في توظيف بعض التقنيات المدنية والتجارية التقليدية كضمانات
99	المبحث الأول: استخدام حوالة الحق كضمان مدني تقليدي
99	المطلب الأول: حوالة الحق بوجه عام
99	الفرع الأول: التعريف بحوالة الحق
100	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لحوالة الحق
100	المطلب الثاني: أركان وشروط حوالة الحق
101	الفرع الأول: أركان عقد حوالة الحق
101	أولاً: التراضي
102	ثانياً: المحل
103	ثالثاً: سبب الحوالة
104	الفرع الثاني: الشروط الخاصة بنفاد حوالة الحق
104	أولاً: نفاد حوالة الحق بالنسبة للمدين
105	ثانياً: نفاد الحوالة قبل الغير
106	المطلب الثالث: آثار حوالة الحق
107	الفرع الأول: العلاقة بين المحال له بالمحيل (طرفي العلاقة)
107	أولاً: إنتقال الحق من المحيل إلى المحال له
109	ثانياً: إلتزام المحيل بالتسليم
110	ثالثاً: إلتزام المحيل بضمان الحق المحال به
111	1- الضمان القانوني
113	2- الضمان الإتفاقي
115	الفرع الثاني: العلاقة بين المحال له والمحال عليه
115	أولاً: علاقة المحال له بالمحال عليه قبل نفاذ الحوالة
116	ثانياً: علاقة المحال له بالمحال عليه بعد نفاذ الحوالة

117	الفرع الثالث: علاقة المحيل بالمحال عليه
117	أولاً: قبل نفاذ الحوالة في حق المحال عليه
118	ثانياً: بعد نفاذ الحوالة في حق المحال عليه
118	الفرع الرابع: علاقة المحال له بالغير
118	أولاً: التنازع بين المحال لهم
119	ثانياً: التنازع بين المحال له والدائن الحاجز
121	المبحث الثاني: الرهن التجاري كضمان تقليدي في المجال التجاري
121	المطلب الأول: الرهن التجاري العادي
122	الفرع الأول: المقصود بالرهن التجاري
122	أولاً: تعريف الرهن التجاري
123	1- التعريف الفقهي للرهن التجاري
123	2- الصفة التجارية للرهن
125	ثانياً: خصائص الرهن التجاري
125	ثالثاً: إنشاء الرهن التجاري
126	1- رهن المنقولات المادية
128	2- رهن المنقولات المعنوية
130	الفرع الثاني: آثار الرهن التجاري
130	أولاً: آثار الرهن بالنسبة للمدين والدائن
130	1- آثار الرهن بالنسبة للمدين الراهن
131	2- آثار الرهن بالنسبة للدائن المرتهن:
132	ثانياً: التنفيذ على الشيء المرهون
133	ثالثاً: تملك الشيء المرهون عند عدم الوفاء
135	رابعاً: إنقضاء الرهن التجاري

135	المطلب الثاني: رهن المحل التجاري كضمان تجاري
136	الفرع الأول: المقصود بعقد رهن المحل التجاري
136	أولاً: تعريف عقد رهن المحل التجاري
137	ثانياً: محل عقد رهن المحل التجاري
137	1- حالة تعيين العناصر بعقد الرهن
138	2- حالة عدم تعيين العناصر بعقد الرهن
138	الفرع الثاني: شروط إنشاء رهن المحل التجاري:
138	أولاً: الشروط الموضوعية
138	1- التراضي
140	2- السبب
140	3- المحل
141	ثانياً: الشروط الشكلية
142	1- الكتابة الرسمية
142	2- قيد رهن المحل التجاري
143	الفرع الثالث: أحكام رهن المحل التجاري
144	أولاً: آثار رهن المحل التجاري
144	1- آثار الرهن بالنسبة للراهن
145	2- آثار الرهن بالنسبة للدائن المرتهن
147	3- آثار العقد بالنسبة للغير
148	ثانياً: التنفيذ على المحل التجاري المرهون
150	ثالثاً: إنقضاء عقد رهن المحل التجاري
151	الفرع الرابع: الرهون الحيازية الخاصة التابعة للمحل التجاري
151	أولاً: رهن الآلات والمعدات الخاصة بتجهيز المحل التجاري

151	1- إجراءات إنشاء وقيود الرهن الحيازي للآلات والمعدات
153	2- آثار الرهن الحيازي للأدوات والمعدات
153	ثانيا: الرهن الحيازي القضائي
157	الباب الثاني دور الإرادة في تطوير تقنيات الضمان وإستحداثها
159	الفصل الأول الضمانات الشخصية المستحدثة
161	المبحث الأول: خطاب الضمان
163	المطلب الأول: خطاب الضمان بوجه عام
164	الفرع الأول: مفهوم خطاب الضمان
164	أولا: تعريف خطاب الضمان
164	1- التعريف التشريعي "
165	2- التعريف الفقهي
166	ثانيا: الشروط الخاصة بخطاب الضمان
167	1- مبلغ الضمان
167	2- مدة الضمان
167	3- الغرض من الضمان
167	ثالثا: خصائص خطاب الضمان
167	1- تجارية خطاب الضمان
168	2- الطبيعة الشخصية لخطاب الضمان
168	3- خاصية استقلالية الضمان
169	4- إلزامية الضمان لجانب واحد
169	رابعا: أنواع خطاب الضمان
169	1- خطابات الضمان من حيث الصيغة
170	2- خطابات الضمان من حيث محل الالتزام المضمون (المصدر)

174	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لخطاب الضمان المستقل
175	أولاً: تمييز خطاب الضمان عن الكفالة المصرفية
176	ثانياً: تمييز خطاب الضمان المستقل عن الإعتماد المستندي
177	ثالثاً: تمييز خطاب الضمان المستقل عن الإشتراط لمصلحة الغير
177	المطلب الثاني: أحكام خطاب الضمان
177	الفرع الأول: آثار خطاب الضمان
178	أولاً: العلاقات الناشئة عن خطاب الضمان:
178	1- علاقة الأمر بالمستفيد -علاقة عقد الأساس-
178	2- علاقة الأمر والبنك -علاقة اعتماد بالضمان-
179	3- علاقة البنك بالمستفيد- إلتزام بضمان-
179	4- علاقة البنك الضامن والبنك الضامن المقابل (الضمانة المقابلة)
180	ثانياً: الإلتزامات الناشئة عن خطاب الضمان
180	1- إلتزامات وحقوق البنك الضامن
182	2- إلتزامات وحقوق البنك الضامن المقابل
182	3- إلتزامات وحقوق الأمر
184	4- إلتزامات وحقوق المستفيد
186	الفرع الثاني: إنقضاء خطاب الضمان
186	أولاً: إنقضاء خطاب الضمان بوفاء قيمته
186	ثانياً: إنقضاء خطاب الضمان بانقضاء أجله
189	المبحث الثاني: خطابات النوايا
190	المطلب الأول: الأحكام العامة لخطاب النوايا
191	الفرع الأول: مفهوم خطاب النوايا
192	أولاً: تعريف خطاب النوايا

193	ثانيا: أهمية خطاب النوايا بالنسبة للأطراف
193	1- فائدة خطاب النوايا للمصدر
194	2- فائدة خطاب النوايا بالنسبة للدائن
194	3- فائدة خطاب النوايا للمقترض
194	الفرع الثاني: تمييز خطاب النوايا عن بعض الضمانات المشابهة
195	أولا: خطاب النوايا والكفالة
197	ثانيا: خطاب النوايا والتعهد عن الغير
199	ثالثا: خطاب النوايا والإشترط لمصلحة الغير
199	رابعا: خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم وخطابات النوايا في مرحلة المفاوضات التعاقدية
201	الفرع الثالث: الطبيعة القانونية والعقدية لخطابات النوايا
201	أولا: الطبيعة القانونية لخطاب النوايا
201	1- تعهد شرفي: Engagement d'honneur
202	2- إلتزام قانوني: Engagement Juridique
203	ثانيا: الطبيعة التعاقدية لخطابات النوايا
205	الفرع الرابع: تفسير خطابات النوايا
205	أولا: التفسير الحرفي لعبارات خطاب النوايا
205	ثانيا: البحث عن النية المشتركة للأطراف
207	المطلب الثاني: أنواع خطابات النوايا وبيان قيمتها القانونية
207	الفرع الأول: خطابات النوايا الأدبية وقيمتها القانونية
209	أولا: القيمة القانونية لخطابات النوايا الأدبية
211	ثانيا: مدى خضوع خطابات النوايا الأدبية لقواعد قانون الشركات
211	الفرع الثاني: خطابات النوايا المتضمنة إلتزاما ببدل عناية وقيمتها القانونية
212	أولا: معيار التفرقة بين الإلتزام بوسيلة والإلتزام بنتيجة

214	ثانيا: القيمة القانونية لخطابات النوايا المتضمنة إلتزاما ببذل العناية (الالتزام بوسيلة)
216	الفرع الثالث: خطابات النوايا المتضمنة إلتزاما بنتيجة
216	أولا: صورة خطاب النوايا المتضمن إلتزاما بنتيجة
219	ثانيا: الالتزام بالقيام بالعمل والإمتناع عن العمل هو إلتزام بتحقيق نتيجة
221	ثالثا: القيمة القانونية لخطاب النوايا المتضمن إلتزام بالنتيجة
221	1-خطاب النوايا الذي يشكل ضمانا حقيقيا
223	2-إشتراط الاذن المسبق من قبل أعضاء المجلس إدارة الشركة الأم
226	الفرع الرابع خطابات النوايا في شكل كفالات مستترة
226	أولا: مدى جواز نشوء كفالة الحقيقية عن خطاب النوايا
228	ثانيا: أسباب لجوء الأطراف إلى خطابات النوايا بدلا من الكفالة
233	الفصل الثاني: إستعمال الملكية كوسيلة للضمان
236	المبحث الأول: شرط الإحتفاظ بالملكية كضمان
236	المطلب الأول: ماهية شرط الإحتفاظ بالملكية
237	الفرع الأول: مفهوم شرط الإحتفاظ بالملكية
237	أولا: تعريف شرط الإحتفاظ بالملكية
239	ثانيا: مشروعية شرط الإحتفاظ بالملكية
240	ثالثا: مجال شرط الإحتفاظ بالملكية
241	الفرع الثاني: شروط وجود الإحتفاظ بالملكية
241	أولا: الشروط الموضوعية
243	ثانيا الشروط الشكلية
244	الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية
245	أولا: الإحتفاظ بالملكية عبارة عن شرط
248	ثانيا: شرط الإحتفاظ بالملكية عبارة عن أجل

249	المطلب الثاني: آثار شرط الإحتفاظ بالملكية
249	الفرع الأول: وضعية مشتري الشيء والبائع
250	أولاً: وضعية مشتري الشيء
250	1- إستعمال الشيء المبيع من طرف المشتري
251	2- التصرف في الشيء
251	3- تحمل تبعه الهلاك
253	ثانياً: وضعية البائع
254	1- المطالبة بالشيء
257	2- حدود المطالبة بالشيء
259	الفرع الثاني: قيمة الضمان الذي يحققه شرط الإحتفاظ بالملكية
260	أولاً: بساطة وفاعلية شرط الاحتفاظ بالملكية
261	ثانياً: إمكانية إنتقال بند الاحتفاظ بالملكية إلى الغير
267	المبحث الثاني: التأجير التمويلي كوسيلة الضمان
267	المطلب الأول: ماهية عقد التأجير التمويلي
268	الفرع الأول: التعريف بالتأجير التمويلي
268	أولاً: تعريف عقد الإيجار التمويلي
269	ثانياً: صور عقد الإيجار التمويلي
270	1- صور الإيجار التمويلي وفق بعض التشريعات المقارنة
272	2- صور الإيجار التمويلي وفقاً للتشريع الجزائري
277	ثالثاً: خصائص عقد الإيجار التمويلي
277	1- الخيارات الثلاثة المقررة للمستأجر
279	2- عقد الإيجار التمويلي هو إحدى وسائل التمويل الإستثماري
279	3- عقد الإيجار التمويلي من عقود الإعتبار الشخصي

280	الفرع الثاني: التكييف القانوني لعقد الإيجار التمويلي
280	أولاً: عقد الإيجار التمويلي وعقد الإيجار
283	ثانياً: عقد الإيجار التمويلي وعقد البيع
283	1- عقد الإيجار التمويلي عقد بيع بالتقسيط أو بيع لأجل
284	2- عقد الإيجار التمويلي وعقد البيع الإيجاري
287	ثالثاً: عقد الإيجار التمويلي وعقد القرض
288	المطلب الثاني: التنظيم القانوني لعقد التأجير التمويلي
288	الفرع الأول: خصوصية التأجير التمويلي في مرحلة الإنعقاد
289	أولاً: الشروط الموضوعية لعقد التأجير التمويلي
289	1- توافق الإرادتين في عقد الإيجار التمويلي
291	2- طرفي العقد
293	3- محل عقد الإيجار التمويلي
294	4- السبب
295	ثانياً: الشروط الشكلية لعقد التأجير التمويلي
295	1- الكتابة
296	2- الشهر
298	الفرع الثاني: خصوصية عقد الإيجار التمويلي من حيث الآثار
298	أولاً: التزامات المؤجر
298	1- التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الإنتفاع بالمال المؤجر
302	2- التزام المؤجر بالتمويل
303	3- الإلتزام بنقل الملكية
303	ثانياً: إلتزامات المستأجر
304	1- إلتزام المستأجر بالوفاء بالأجرة

305	2-التزامات المستأجر المتعلقة بحماية ملكية المؤجر
308	الفرع الثالث: ضمانات عقد التأجير التمويلي
309	أولاً: الضمانات القانونية
309	1-مدى جدوى حق ملكية الأصول كضمان لعقد الإيجار التمويلي
311	2-مدى جدوى الفسخ والإسترداد كضمان لحق المؤجر التمويلي
312	ثانياً: الضمانات الإتفاقية المباشرة للمؤجر
312	1-مدى جدوى الضمانات العينية في عقد الإيجار التمويلي
313	2-مدى جدوى الضمانات الشخصية في عقد الإيجار التمويلي
315	3-مدى جدوى التأمين كوسيلة للضمان في عقد التأجير التمويلي
316	ثالثاً: ضمانات المؤجر التمويلي الإتفاقية غير المباشرة
316	1-مضمون الشرط الجزائي
317	2-جدوى الشرط الجزائي كوسيلة للضمان في عقد الإيجار التمويلي
318	الفرع الرابع: إنقضاء عقد التأجير التمويلي
319	أولاً: إنتهاء عقد التأجير التمويلي
319	1-خيار الشراء:
321	2- تجديد عقد التأجير التمويلي
322	3- رد الأصل المؤجر للمؤسسة المؤجرة
323	ثانياً: فسخ عقد التأجير التمويلي
327	الخاتمة
334	قائمة المراجع
347	الفهرس

ملخص:

إن للأفراد الحرية الكاملة في التعاقد، إرادتهم مستقلة في الإلتزام من عدمه، واختيار ما يلائمهم من بنود العقد بشرط أن لا تخالف أحكام النصوص القانونية وأن توفق بين إرادة طرفيه، لكن قد يحدث أن يتخلف أحد الطرفين في تنفيذ التزامه، مما يدفع الطرف الدائن للبحث عن ضمان يكفل له استرجاع حقه ومن هنا ظهرت الحاجة إلى هذه الضمانات. وتوالى ظهورها عبر العصور ابتداء من الضمان العام للمدين وانتهاء بالتأمينات الشخصية والعينية التقليدية التي حددتها معظم التشريعات على سبيل الحصر. وبالرغم من المزايا العديدة لنظم التأمينات التقليدية وما تقدمه من ضمانات للدائن، إلا أن التعامل بها في تراجع مستمر نظرا للتطورات الاقتصادية الحاصلة وعجزها عن مواكبة هذا التطور وهذا هو السر في توجه الإرادة نحو استحداث تقنيات جديدة للضمان تكون أكثر نجاعة وتتميز بالسرعة من حيث تكوينها وأقل تعقيدا من حيث الإجراءات الشكلية.

الكلمات المفتاحية: الضمانات، الإرادة المنفردة، الضمانات الجديدة، خطاب الضمان، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة، وسائل الضمان، شرط الاحتفاظ بالملكية، خطاب النوايا.

Résumé :

La liberté contractuelle suppose le choix laissé aux contractants d'opter pour la garantie de l'obligation qui leur convient. Mais si le code civil offre un panel de suretés que les parties peuvent utiliser ,ces garanties dites légales se sont finalement révélées soit peu efficaces, soit leur mise en œuvre longue et couteuse .En effet, les suretés personnelles à l'image du cautionnement se sont avérées d'une efficacité toute relative en raison de la relation de connexité qu'elles entretiennent avec l'obligation principale ,permettant ainsi à la caution de se prévaloir de tous les recours admis en faveur du débiteur. Les suretés réelles, bien qu'elles offrent une certaine sécurité au créancier présentent l'inconvénient soit d'être longues et couteuses lors de leur mise en œuvre (hypothèque),soit d'immobiliser un bien pour une durée plus ou moins longue(gage).Et c'est pour toutes ces raisons que les parties aux contrats ont imaginé en dehors des garanties légales, des techniques permettant au créancier de recouvrer ses droits, soit en créant des suretés tout à fait nouvelles(garantie autonome ,lettre d'intention) soit en adaptant certaines techniques connues dans le droit civil pour servir à des fins de garantie(réserve de propriété, subrogation incomplète ,promesse de porte-fort).

Mots-clés : les garanties, les volontés individuelles, les garanties nouvelles, la lettre d'intention, lettre de garanties, sûretés personnelles et réelles, le cautionnement, la réserve de propriété, le crédit-bail.