

# درس التّأمينات العينية والشخصيّة

إعداد: معاذ البجاوي

ثالثة إجازة أساسية قانون خاصّ

كلية الحقوق والعلوم السياسية تونس المنار

السّنة الجامعية 2019/2018

الأستاذ المحاضر: حاتم الرّواتبي

## المراجع:

محاضرات الأستاذ حاتم عبد الحميد الرّواتبي

الدّروس المسيرة، عواطف عبد القادر

قانون التّأمينات العينية والشخصية 2014 – خليفة الخروبي

ملتقى التّأمينات والائتمان 2009، بشير الفرشيشي، الهادي بن مراد، حاتم المحمدي، منير العياري، محمّد حمّودة، الحبيب الشّطي، زينة الصّيد، عيبر المكي، ليلى بوسّنة، رابحة الغندري، طارق الرّزفي.

الوسيط، المجلد العاشر، في التّأمينات الشخصية والعينية – عبد الرّزاق السّنهوري.

مجلة الحقوق العينية معلق عليها، عبد المنعم عبّود

حقّ التّتبّع في مادة الامتياز، بشير الفرشيشي، الشّغف بالقانون، 2006

إشهار الامتيازات، نور الدين بالسّور ومحمّد سعيد، دراسات في قانون التّأمينات، 2003

معايير ترتيب التّأمينات العينية، حاتم الرّواتبي (كرّاس الدّرس المسير)

حقّ الحبس من خلال م.إ.ع، علي كحلون، م.ق.ت جانفي 2015

## مقدمة:

التأمينات هي وسائل قانونية تهدف إلى ضمان تنفيذ الالتزامات التي تنشأ بين الأطراف. هي الطرق التي تمكن الدائن من تقوية حظوظه وتعزيزها في استخلاص دينه.

وقانون التأمينات فرع من فروع القانون المدني يعنى بضمان الالتزام وتمكين الدائن من اقتضاء حقه. ولئن كانت التأمينات تندرج في الإطار الواسع للضمانات إلا أنه ليست كل الضمانات تأمينات فالفسخ والدفع بعدم التنفيذ والمقاصة وسائل تهدف لضمان الوفاء بالالتزام لكنها ليس تأمينات بمعناها الفني الدقيق.

وتحقق التأمينات وظيفة تفادي إفسار المدين بطريقتين:

- الأولى هي ضم ذمة ثانية إلى ذمة المدين وهذا ما يحصل في التأمينات الشخصية وأبرزها الكفالة.
- الثانية هي تخصيص مال أو أموال معينة أو جميع مكاسب المدين لضمان الوفاء بالالتزام وتخويل الدائن إمكانية استخلاص حقه بالأفضلية على غيره من الدائنين وهو ما يحصل في التأمينات العينية.

تكتسي التأمينات أهمية بالغة لارتباطها بعدة مواد قانونية كقانون الالتزامات، قانون الأموال، قانون الإجراءات وطرق التنفيذ... مما يجعل من الضروري تعريف بعض المفاهيم الأساسية المرتبطة بهذه المواد.

### • مفهوم الالتزام:

هو رابطة قانونية شخصية بين طرفين هما الدائن والمدين يكون بمقتضاها المدين ملزماً نحو الدائن إما بأداء شيء أو بعمل شيء أو بالامتناع عن عمل وتخول هاته الرابطة للدائن الحق في إجبار مدينه على تنفيذ ما التزم به. وبالتالي فالالتزام متكون من عنصرين هما المديونية (الواجب الذي يتحمله المدين نحو الدائن) والمسؤولية (السلطة التي يخولها القانون للدائن لجبر مدينه على تنفيذ ما التزم به).

### • مفهوم التنفيذ:

هو قيام المدين بالوفاء بالتزامه. هو نوعان:

- **تنفيذ اختياري** تلقائي إرادي أي أن يسعى المدين إلى الوفاء بالتزامه عن طواعية.
- **تنفيذ جبري** إذا امتنع المدين عن التنفيذ وكان مماتلاً صار من حق الدائن أن يسعى إلى التنفيذ الجبري بمعنى غصب المدين على الوفاء بكل الوسائل القانونية المتاحة.

التنفيذ الجبري نوعان:

- **التنفيذ العيني** *exécution en nature* وهو تمكين الدائن من اقتضاء حقه بعينه (273 م.إ.ع). في بعض الأحيان يكون التنفيذ العيني غير ممكن خاصة في الالتزامات بعمل أو بالامتناع عن عمل ليتمكن القانون الدائن من التنفيذ عن طريق التعويض.
- **التنفيذ عن طريق التعويض** *exécution par équivalent* عندها يكون التنفيذ عن طريق إلزام المدين بتعويض الدائن عن الخسارة أو الأضرار الحاصلة له جراء عدم التنفيذ (275 م.إ.ع. و 276 م.إ.ع).

في بعض الحالات الاستثنائية يمكن في صورة الإلزام بعمل الحصول على التنفيذ العيني كما هو الحال في الوعد بالبيع أي يلزم الموعد له الواعد بإتمام البيع النهائي (الأستاذ نذير بن عمو له رأي مخالف).

التنفيذ الجبري يكون بعدة طرق قانونية وهي:

○ الإكراه:

- يكون بدنيا وهو الجبر بالسجن (المدين بالنفقة، إصدار شيك بدون رصيد، عدم إحضار محضون، التاجر المتسبب في إفلاسه...)
- ويكون ماليا أي تهديدا بعقوبة مالية كالغرامة التهديدية *astreinte* وتكون بطلب من القاضي الاستعجالي بإصدار حكم يقوم فيه بالزام المدين بأن يدفع للدائن مبلغا ماليا محددًا عن كل يوم أو أسبوع أو شهر تأخير عن الوفاء بما تعهد به. وتختلف الغرامة التهديدية عن الشرط التغريبي *la clause pénale* وهو اتفاق مسبق بين الدائن والمدين على مبلغ التعويض الذي يمكن المطالبة به في صورة عدم تنفيذ العقد.
- وسائل التنفيذ الجبري التي نظمها المشرع في الباب الثامن من م.م.م.ت وهي وسائل قانونية تسمح للدائن بعقلة مكاسب مدينه وبيعها جبريا لاستخلاص دينه من ثمنها. والعقل هي وسائل تهدف إلى تجميد مكاسب المدين ووضعها تحت يد العدالة لمنع المدين من التصرف فيها (المفعول التجميدي للعقلة طبق 309 م.م.م.ت). أما البيع فيكون عن طريق عدل منفذ إذا تعلق العقلة بمنقولات وعن طريق القضاء أو دائرة التبتيت في العقارات.

### • مفهوم الضمان العام للدائنين:

جاء الفصل 192 م.ح.ع تحت عنوان 'في التأمينات العينية' ونصّ على أنّ 'مكاسب المدين ضمان لدائنيه يتحاصون ثمنها...'. حقّ الضمان العام يعني أن الدائن له الحق في التنفيذ على مكاسب مدينه لاستحقاق دينه من ثمنها فالحق في التنفيذ الذي أصبح حقا دستوريا منذ 2014 هو حق موضوعي. المشرع يتحدث عن المكاسب بصيغة الجمع ويعتبرها ضمانا لكل الدائنين مما جعل شراح القانون يبتدعون عبارة حق الضمان العام. هو حق يتميز بـ:

- **العمومية:** إذ أنه مخول للجميع ويشمل كل المكاسب (باستثناء بعض الأشياء الغير قابلة للتعامل كالمخدرات والأسلحة والملك العام). وإن كان المبدأ ينص أن لكل الدائنين الحق في التنفيذ إلا أن ذلك لا يؤخذ على إطلاقه إذ لا يمكن لدائن الدولة و دائن الأشخاص المتمتعين بالحصانة (مثال: الديبلوماسيون) التنفيذ على مكاسب هذا الأخير.
- **المساواة:** فكل الدائنين لهم نفس الحقوق إزاء المدين وإذا وقع التنفيذ على مكاسب المدين فلا يمكن إقصاء أحد الدائنين و ثمن المكاسب يقع اقتسامه بالمساواة ولا يفضل دائن على آخر لأسبقية الدين أو لأسبقية شروعه في التنفيذ وهذا المبدأ له استثناءاته هو الآخر.

رغم أهمية حق الضمان العام إلا أن الحماية التي يوفرها غير كافية إذ يمكن للمدين التفويت في مكاسبه وإفراغ ذمته المالية من المكاسب حتى لا يجد الدائن ما يستخلص منه. الخطر الثاني يتعلق بفكرة التحاوص أو التوزيع بالتناسب فهاته القاعدة تقتضي عند التنفيذ على مكاسب المدين وعدم كفايتها لاستخلاص كل الديون أن يتحمل كل دائن نسب من الخسارة حسب نسبة دينه من حصيلة التنفيذ.

لمواجهة هذه المخاطر، أقرّ القانون جمل من الحلول حتى يتمكن الدائن من استخلاص دينه وهذه الحلول تتعدد وأهمها:

- **دعاوى الضمان العام:** هي الدعاوى التي تهدف إلى لحماية الضمان العام ونظمها المشرع في م.إ.ع ومن ذلك:

- الدعوى البليانية Action Paulienne كما في **306** فقرة 1 م.إ.ع وهي الدعوى التي تهدف إلى الطعن في تصرفات المدين الضارة بحقوق دائنيه للحصول على حكم يقر أن ذلك التصرف لا يعارض به الدائن. شروط هذه الدعوى هي الإفراط في التفويت أي إفراغ الذمة المالية، الإضرار بحقوق الدائن، التصرف الصادر عن سوء نية مشترط في طرفي المعاملة إذا كانت بعوض أما إذا كانت المعاملة دون عوض فسوء النية مشترط في الواهب فقط. هذا الحكم يلغي التصرف ويرجع المبيع إلى ذمة المدين ليتمكن الدائن من الاستخلاص منه.
- الدَّعوى المنحرفة Action indirecte كما في **الفصل 306** فقرة 2، 307 و 308 م.إ.ع وهي تفترض وجود دائن ومدين ومدين المدين. يحق بمقتضى هذه الدعوى أن يحل الدائن محل المدين في المطالبة بالدين إزاء الغير (مدين مدينه) وهنا الدائن القائم في حق مدينه ينتفع وحده بالمال الذي يجده على ذمة مدين مدينه فيستأثر بالحصيلة على غير من الدائنين.
- دعوى الإعلام عن الصورية (26 م.إ.ع) وتقتضي الصورية وجود عقدين أحدهما ظاهر والآخر سرّي، وجود عقدين صحيحين ووجود عقدين متزامنين. الدائن عندما يتفطن بالصورية يمكنه القيام بدعوى الإعلام عن الصورية ويلغي ذلك التصرف الظاهر ويحق للدائن بذلك التنفيذ على مكاسب المدين.

هذه الدعاوى غير متاحة بسهولة لأنها مشروطة ولا تتعلق بكل العقود والتصرفات وقد لا تكون حصيلة التنفيذ كافية لاستخلاص الديون.

- التأمينات: كما سبق وعرفناها، هي الوسائل الهادفة لضمان تنفيذ الالتزامات وتدعيم حظوظ الدائن في استيفاء دينه. فإن كان حق الضمان العام يتيح للدائن تحقيق هذا الهدف بعدة طرق من خلال دعاوى الضمان العام التي سبق وتعرضنا إليها، فإنّ هذه المسائل تعترّيها نقائص وتواجهها مخاطر لعل أهمّها قيام المدين بإفراغ ذمّته فلا يبقى للدائن مكاسب ينقذ عليها من جهة، وعدم كفاية المكاسب المتاحة بسبب التزام وقاعدة المساواة بين الدائنين. أمام هذه المخاطر التي تواجه الدائن في استيفاء دينه، تمكّن التأمينات هذا الأخير من:
- مطالبة شخص آخر بالدين عوضاً عن المدين الأصلي أي من تدعيم حظوظه في استيفاء دينه بإضافة ذمة مالية ثانية في الغرض: التأمينات الشخصية.
- مطالبة مدينه بتخصيص جزء من مكاسبه لخلاص الدين قبل غيره من الدائنين استثناء من قاعدة المساواة: التأمينات العينية. هذا النوع من التأمينات يمنح المتمتع بالتأمين العيني حقّ الأفضليّة droit de préférence بمعنى أنّه في صورة التزام وعدم كفاية مكاسب المدين يمكن لصاحب التأمين العيني طلب خلاص دينه كاملاً وحقّ التّبع droit de suite بمعنى أنّه يمكنه تتبع مكاسب المدين التي وقع عليها التأمين والتنفيذ عليها حتّى لو وقع التفويت فيها قبل حلول أجل الدين ولم تعد على ذمة المدين. تناول المشرّع التأمينات العينية في **الفصل 193 م.ج.ع** الذي جاء به 'الأسباب القانونية في تفضيل بعض الدائنين على بعض هي الإمتياز، الرهن وحقّ الحبس'. الدائن صاحب التأمين العيني يسمّى دائناً مفضّلاً عن الدائن العادي الذي لا يتمتع إلا بحقّ الضمان العام.
- > إضافة إلى التقسيم التقليدي المتكون من تأمينات عينية (امتياز، رهن، حقّ الحبس) وتأمينات شخصية (كفالة، الحوالة الناقصة، الدين الغير القابل للإنقسام، التضامن السّليبي بين المدينين)، تناول الفقهاء تقسيمات أخرى للتأمينات يذكر منها:

\* تأمينات قانونية (امتياز، حق الحبس...) واتفاقية (الكفالة، الرهن...) وقضائية (غير شائعة في تونس).

\* تأمينات حيازية (رهن المنقول) وتأمينات غير حيازية.

إنّ الوظيفة الائتمانية التي تتحقق إطار التأمينات أو الضمانات، ووحدة النتيجة بين هذين المظهرين، لا تنفي وجود اختلافات. فإذا كانت التأمينات تعبر عن نظام قانوني محدد له وسائله الفنية وسماته الخاصة، فإن ذلك لا يتوفر في فكرة الضمان التي تعبر عن وظيفة اقتصادية أكثر من تعبيرها عن نظام قانوني محدد. فالتأمينات في جوهرها حماية وتلعب على توفير ضمان للدائن لاستخلاص دين لم يسدد عند نشأته. وبذلك فإنها تعتبر نوعا من الضمانات والعكس غير صحيح. فقانون التأمينات يكون كفرع مستقل حول أنظمة أساسية هي الكفالة والرهن والامتياز بينما الضمانات لم تنحصر في فرع معين من فروع القانون. فهناك عديد الأنظمة القانونية في قانون الالتزامات والعقود أو في قانون الأموال تقوم على تحقيق وظيفة الضمان بصفة أصلية أو بصفة عارضة. من ذلك في قانون الالتزامات نجد الفسخ لعدم التنفيذ أو الدفع بعدم التنفيذ أو المقاصة. وفي قانون الأموال تم توظيف الاحتفاظ بالملكية ونقل الملكية لتحقيق نوع من الضمان يفوق في نجاعتها لتأمينات العينية. إلا أن هذه الضمانات وخلافا للتأمينات، تعتبر أثرا لمركز محدد أو لمجموعة من الروابط. بينما تضاف التأمينات إلى رابطة الالتزام ولا تعد بحال من الأحوال مجرد أثر لهذه الرابطة فهي تنشأ بموجب مصدر مستقل عن مصدر رابطة الالتزام التي تعمل على ضمان الوفاء به. فكرة الضمان تنبني على تطور الحياة الاقتصادية وهي في حد ذاتها متطورة مما يجعلها تحتوي على وسائل متعددة ومتجددة في سبيل تحقيق الوظيفة الاقتصادية المرتقبة من وراء الضمان، أما التأمينات -التي تمثل جزءا من الضمانات- فهي أنظمة قانونية تقوم على وسائل فنية تفصيلية وبذلك فإنها تتسم بنوع من الجمود ولا تتطور إلا عرضا بتدخل من المشرع. وإذا كان الدائن غالبا ما يسعى للحصول على ما يضمن له استيفاء حقه بأيسر السبل فإن ذلك يؤدي إلى ظهور ضمانات جديدة تتجدد كلما استوجبت التطورات الاقتصادية ذلك وكلما ظهر أن التأمينات التقليدية قاصرة على أداء وظيفتها. فقانون التأمينات يمثل فرعا مستقلا يستمد خصوصيته من قيام أنظمة أساسية سماها المشرع كالكفالة والرهن والامتياز وجعل منها ضمانات مسمّاة. وإلى جانب التأمينات العينية والشخصية يجب أن يفسح المجال لوسائل أخرى للضمان تختلف في قوتها ومداهها بحسب قدرتها على استبعاد أو تقليل المخاطر التي يتعرض لها الدائن في استيفاء حقه. وهذه الوسائل لا يمكن إخضاعها لنفس نظم التأمينات لاختلافها في الطبيعة والمصدر إذا أنها ضمانات غير مسمّاة تقابل الضمانات المسمّاة بما تشمله من تأمينات عينية وشخصية.

وعلى أية حال، تؤمن التأمينات في الأصل الدائن من خطر إفسار المدين. وبذلك تلعب التأمينات على توفير نظام قوامه الاستجابة إلى الثقة المنشودة من التعامل مع السعي إلى ضمان العدالة والإنصاف.

## الجزء الأول: التأمينات الشخصية

بدأت التأمينات الشخصية في الظهور في المجتمعات البدائية قبل ظهور التأمينات العينية وذلك لسببين، أولها أن التأمينات العينية تفترض حضارة أكثر تحضرا يسبقها تنظيم لحق الملكية ثم تفريع للحقوق العينية الأخرى عن هذا الحق. وعلى هذا الأساس، تأخر ظهور التأمينات العينية عن التأمينات الشخصية بما أن هذه الأخيرة لم تكن تفترض إلا ضمّ ذمة إلى ذمة أخرى على قدم المساواة أو على التعاقب. فكان الظهور الأول لهذا النوع من التأمينات من خلال القانون الروماني وتأخرت التأمينات العينية لتطفو مع القانون اليوناني. من جهة أخرى، كان ظهور التأمينات الشخصية في البداية أمرا طبيعيا إذا كان المدينون في أول الأمر من الطبقة الفقيرة التي لا تملك ما تقدمه تأمينا عينيا وكانت هذه الأخيرة قائمة بالأساس على العقارات التي تملكها الأسر وتحديدا رؤساء الأسر الذين يتحوزون بها بينما يلجأ بقية أفراد الأسرة إلى التأمينات الشخصية. ولما ظهرت التأمينات العينية، بعد أن تطور القانون بظهور حق الملكية، تفوقت هذه التأمينات على التأمينات الشخصية. فهذه الأخيرة هي ضم ذمة إلى أخرى، وقد يكون كل من صاحبي الذمتين معسرا فلا تكون هذه التأمينات ضمانا كافيا لحق الدائن. أما في التأمينات العينية، فإن مالا معيناً يكون غالبا من أموال المدين، يخصص لوفاء حق الدائن ويثبت للدائن عليه حق التقدم وحق التتبع ويكون هذا المال في غالب الأمر كافيا لاستيفاء الدين لأن الدائن لم يكن ليقبل به لو لم يكن كذلك.

وبالتالي فالتأمينات الشخصية ليست بحقوق عينية وإنما هي التزامات شخصية تضاف إلى التزامات المدين وتلخص في كونها ضمّ ذمة مالية أخرى لذمة المدين الأصلي قصد استيفاء الدين. ولئن كانت الكفالة أبرز وأهم صورة لهذه التأمينات إلا أنها ليست الصورة الوحيدة إذ نجد:

- **التضامن السلي بين المدينين:** La solidarité passive تعرض له المشرع في **الفصول من 174 إلى 190 م.إ.ع** والمقصود به هو الوضعية التي يمكن فيها للدائنين في صورة تعددهم، مطالبة أحده بأداء كامل الدين دون قسمته على كلّ منهم.

- **الحوالة الناقصة:** نظمها المشرع في **الفصول من 229 إلى 239 م.إ.ع**. والحوالة La délégation عموما هي عبارة عن نقل ما للدائن من الحقوق على مدينه لشخص آخر وفاء بما عليه لذلك الشخص وتنعقد الحوالة أيضا إذا كلف أحد غيره بأداء دينه ولو لم يكن للمكلف دين في ذمة ذلك الغير. في الحوالة يطلب المجهل من المجهل عليه أن يؤدي الدين للمجهل له. تكون الحوالة كاملة عندما يقع الاتفاق على أن تكون هذه الأخيرة مبرأة لذمة المدين الأصلي لتصبح علاقة المديونية مباشرة بين الدائن الأصلي ومدين المدين وتكون ناقصة عندما لا تكون مبرأة لذمة المدين الأصلي.

ورغم تعدد صور التأمينات الشخصية، تبقى الكفالة أشهرها وأهمّها وهو ما يجعلنا نقتصر على دراستها والتمعن في نظامها القانوني دون غيرها من التأمينات الشخصية.

# الكفالة Le cautionnement

## مقدّمة:

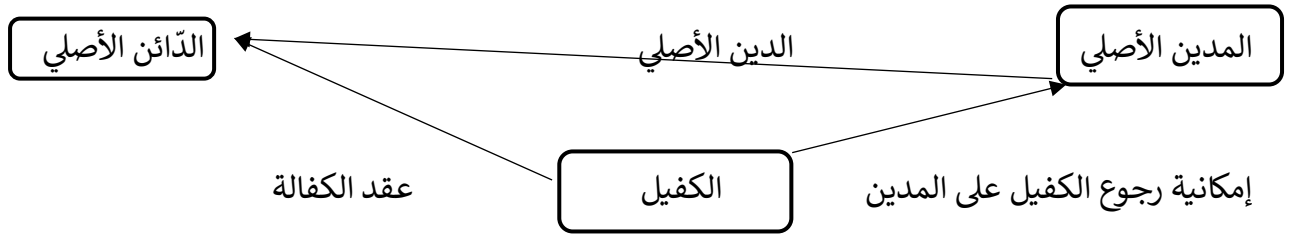
### - مفهوم الكفالة:

نظّمها المشرع التونسي في **الفصول 1478 وما بعده م.إ.ع** وميّز فيها بين كفالة الوجه (تعهد شخص بإحضار المطلوب حضوره أمام القضاء عندما يطلب منه ذلك ولم يعد معمولاً بها في التطبيق) وكفالة المال (موضوع درسنا).

يعرّف المشرع كفالة المال في **الفصل 1478 م.إ.ع** بكونها عقد يلتزم به الكفيل بأن يؤدي دين المدين الأصلي لفائدة الدائن إذا لم يؤده (المدين) أو لم يكن المدين قادراً على الأداء. ويؤخذ من هذا التعريف أن الكفالة عقد بين الكفيل والدائن أما المدين الأصلي فهو ليس طرفاً في عقد الكفالة بل أن الكفالة تجوز دون علم المدين وحتى رغم معارضته (في هذه الحالة لا يمكن للكفيل الرجوع على المدين). ما يهم في الكفالة هو محلها وهو تنفيذ التزام الغير (الدائن) وهو ما يضمنه الكفيل في مواجهة الدائن مما يستوجب أن يكون مذكوراً بدقة ووضوح في عقد الكفالة. هذه الإلتزام يمكن أن يكون نقوداً، عملاً، أو امتناعاً عن عمل.

- هذا العقد يتسم بالتبعية إذ أنه عقد لا ينشأ بذاته وإنما يشترط لنشأته وجود دين سابق يضمنه الكفيل ويرتبط بمصير الكفالة بمصير الدين طبق قاعدة 'الفرع يتبع الأصل'، فإذا انقضى الدين، انقضت الكفالة. أما إذا التزم المسؤول عن الدين (بوازي الكفيل) التزماً أصلياً لا التزماً تابعاً فإنه لا يكون كفيلاً بل يكون مديناً أصلياً التزمه مستقل عن الإلتزام الأصلي في صحته وفي بطلانه وفي فسخه وفي الدفع التي يدفع بها الدين. ولا يكفل الكفيل ما زاد في عبء الدين الأصلي بعد الكفالة بإرادة المدين الأصلي أو بسبب خطئه.
- هو عقد رضائي مبدئياً ينعقد بمجرد التراضي بين الكفيل والدائن ولا حاجة لانعقاده لشكل خاص. (قد تكون الكفالة عقداً شكلياً كما في الكفالة المصرفية).
- هو عقد ملزم لجانب واحد هو جانب الكفيل. فالكفيل وحده هو الذي يلتزم بعقد الكفالة بوفاء الدين للدائن إن لم يف به المدين أو لم يكن قادراً على ذلك، أما الكفيل فلا يلتزم عادة بشيء نحو الكفيل من حيث الأصل (السنهوري) وهذا لا يمنع أن تكون الكفالة عقداً ملزماً للجانبين فيصّب. إلا أن بعض الفقهاء (سليمان مرقس) يرون أن تطور المعاملات جعل من الكفالة عقداً ملزماً للجانبين فالدائن ملزم باتخاذ إجراءات مطالبة المدين بالدين في الوقت المناسب.
- هو عقد مجاني في العادة فالكفيل يتبرع بكفالاته للدين ولا يأخذ مقابلاً لكفالاته الدين لا من الدائن ولا من المدين، وعلى ذلك يشترط في الكفيل عادة أهلية التبرع. لكن هذا لا يمنع أن تكون الكفالة عقداً تبادلياً فيأخذ الكفيل مقابلاً لكفالاته الدين.
- هو عقد مدني في العادة لكن يمكنه أن يكون عقداً تجارياً كما هو الحال في كفالة الكمبيالة مثلاً.

ويفرّق الفقهاء بين عقد الكفالة السالف ذكره وعملية الكفالة التي تجمع ثلاثة أطراف هي الدائن الأصلي والمدين الأصلي والكفيل.



تكون فيها العلاقة الأصلية بين الدائن والمدين وهي علاقة مديونية، وتكون العلاقة الثانية بين المدين والكفيل أين يمكن للكفيل الرجوع على المدين لاستيفاء مبلغ الدين الذي سددته للدائن (بشرط أن لا يعارض المدين الكفالة عند انبرامها) وتكون العلاقة الثالثة بين الكفيل والدائن وهي عقد الكفالة وتمثل جانب المسؤولية في الدين الأصلي (الإلتزام فيه جانب المديونية وجانب المسؤولية).

### - التطور التاريخي للكفالة:

لم تكن الكفالة تتميز في أول عهود القانون الروماني عن التضامن في المديونية. فقد بدأ الكفيل يكون مدينا متضامنا مع المدين الأصلي، ولم يكن يوجد لكل من الكفالة والتضامن إلا شكل واحد يلتزم له كل من الكفيل والمدين المتضامن. ثم بدأت الكفالة تتميز شيئا فشيئا عن التضامن ليعرف هذا القانون ثلاث أنواع من الكفالة هي *sponsio*، *fidepromissio* و *fidejussio*. الأولى والثانية يلتزم فيها الكفيل التزاما أصليا مستقلا عن التزام المدين وفي الثالثة يكون التزامه تابعا لكنه يبقى متضامنا مع المدين. الأمر سيان في القانون الفرنسي القديم إذا كان التطابق حاصلًا بين كفالة وتضامن وبقي الأمر على حاله قبل أن تتميز الكفالة وتتفرد بكونها ضمان الكفيل لدين في ذمة الغير.

# الباب الأول: أركان الكفالة:

تخضع الكفالة للشروط العامة التي حددها المشرع في الفصل 2 م.إ.ع وهي الأهلية، الرضا، المحل والسبب.

## (1) الرضا:

هو ركن أساسي في كل العقود ويكون التعبير عنه في العادة بشكل صريح أو بشكل ضمني لكن الكفالة تضمنت حكما خاصا في الفصل 1485 م.إ.ع الذي جاء فيه أن 'يجب أن تكون الكفالة بلفظ صريح لا بالاحتمال'.  
بقراءة حرفية لمقتضيات هذا الفصل في نسخته العربية، تبدو عمومية عباراته دالة على أن الصراحة مشترطة في جانب الدائن والكفيل لكن النسخة الفرنسية لنفس الفصل التي جاءت به

' L'engagement de la caution doit être exprès, et ne se présume point. ' قد تحيلنا على

قراءة أخرى مفادها أن الصراحة تطال التزام الكفيل دون الدائن وتدعم هذه القراءة من خلال مقتضيات الفصل 1487 م.إ.ع الذي جاء به أنه 'لا يلزم في صحة الكفالة أن يصرح الدائن بقبولها غير أنها لا تصح إذا لم يرض بها'. فقبول الدائن لعقد الكفالة يجوز أن يكون ضمنيا بينما يبقا وجود الرضا مشترطا كانت طريقة التعبير عنه ولا ينشأ عقد الكفالة بدونه. ويفسر هذا الحل بكون الكفالة عقدا نافعا للدائن وغير نافع أو متروحا بين النفع والضرر للكفيل مما يستوجب تعبيره عن رضاه بشكل صريح بمعنى أنه لا تكفي توصية شخص للدائن بأن مدينه مليء حتى نعتبر هذا الشخص كفيلًا. لكن إذا صدرت هذه التوصية عن رعونة أو تسرع وكانت خاطئة ليتبين أن المدين غير مليء فإن الشخص الذي صدرت عنه التوصية، دون أن يكون ملزما ككفيل، يكون مسؤولا مسؤولية تقصيرية نحو الدائن الذي اعتمد على توصيته (السّنهوري). وعلى أية حال، لا يمكن استخلاص رضا الكفيل أو استنتاجه من الظروف. وحتى لو كان الكفيل متبرعا بكفالاته كما هو الغالب، فإن تعبير الدائن عن رضاه أمر مطلوب كما هو الحال في الهبة أين يستوجب التعبير عن الرضا من جهة الموهوب له.

تبادل الرضا ووجوده كاف لقيام الكفالة من حيث المبدأ، ذلك أن الكفالة عقد رضائي. بيد أن ذلك لا يمنع أن تتحوّل الكفالة إلى عقد شكلي لا يصح دون كتابة كما هو الحال في الكفالة المصرفية طبق الفصل 289 م.تج.

رضا المدين الأصلي ليس مطلوبا لانعقاد الكفالة طبقا لصريح عبارات الفصل 1488 م.إ.ع. والسبب في ذلك أن الكفالة عقد طرفاه الدائن والكفيل. فقد تنعقد الكفالة بين الكفيل والدائن، دون إذن من المدين. بل قد تنعقد دون علمه. وأخير، قد تنعقد الكفالة رغم معارضة المدين. والفرق بين هذه الصور المختلفة ليس في انعقاد الكفالة التي تتم في جميع الصور بمجرد تلاقى إرادتي الكفيل والدائن. وإنما يظهر الفرق عند رجوع الكفيل على المدين إذا وفي عنه دينه. فإذا انعقدت الكفالة بإذن من المدين، رجع الكفيل عليه بدعوى الوكالة. وإذا عقدت بعلم المدين أو بغير علمه، لكن دون إذنه، رجع الكفيل على المدين بدعوى الفضالة. وإذا عقدت رغم معارضة المدين، رجع الكفيل على المدين بدعوى الإثراء بدون سبب (عبد الرزاق السّنهوري). في القانون التونسي، يبدو أن جلّ الشراح (حاتم الرواتي) يتفقون أنه إذا تمت الكفالة مع معارضة المدين لها، لا يمكن للكفيل الرجوع على هذا الأخير ولو وفي عنه دينه.

يجب أن يكون الرضا سليما من العيوب إذ تسري على الكفالة العيوب التي يمكن أن تعترى الرضا. وعلى ذلك تكون الكفالة قابلة للإبطال للغلط الجوهرى في خصوص الدين الذي يكفله، كأن يعتقد أنه يكفل كفالة مدنية فإذا بالدين التزاما طبيعيا. وإذا اعتقد أنه يكفل دينا لا ينتج فوائد فإذا به ينتجها. وتكون الكفالة قابلة للإبطال

إذا شاب رضاء الكفالة تدليس كأنه يوهمه الدائن غشا لملاءة المدين الأصلي فإذا به غير مليء أو أوهمه بوجود ضمانات أخرى للدين اعتمد عليها الكفيل إذا بهذه الضمانات غير موجودة أو باطلة. وقد تكون الكفالة قد عقدت بالإكراه، فتكون قابلة للإبطال، كأن يحمل الزوج زوجته بماله من شوكة عليها أن تكفله في دين كبير وهي تعلم أن زوجها لا يستطيع وفاء هذا الدين، وذلك إذا كان الدائن الذي أبرم الكفالة مع الزوجة يعلم أو يستطيع أن يعلم بما شاب رضاء الزوجة من إكراه نتيجة ضغط زوجها (السنهوري).

## (2) الأهلية:

لا يمكن إبرام عقد كفالة إلا ممن كان متمتعاً بالأهلية. لكن نصوص الكفالة جاءت بحلّ خاص فيما يخص أهلية إبرام عقد الكفالة إذ نصّ **الفصل 1480 م.إ.ع** أنّ " من لم يكن أهلاً للتبرّع لا تصحّ كفالته. كما لا يسوغ للصغير أن يكون كفيلاً ولو بإذن وليّه إذا لم تكن له مصلحة في المعاملة."

المشرّع اشترط أهلية التبرّع في شخص الكفيل دون الدائن الذي يكفيه أن يكون مميزاً إذا كانت الكفالة تبرّعياً وتكفيه أهلية التصرف إذا كانت الكفالة بمقابل. فما المقصود بأهلية التبرّع؟

التبرّع هو عمل قانوني تنتقل به ملكية الشيء دون عوض. أهلية التبرّع لا تختلف مبدئياً عن الأهلية الكاملة التي تكتسب ببلوغ سنّ الرشد أي 18 سنة وهي أهلية التفويت بعوض. من جهة أخرى، لا يمكن اعتبار الكفالة عملاً تبرّعياً من حيث المبدأ فهي ليست هبة ولا وصية وإنما هي ضمان قد يؤوّل إلى خلاص الدين الأصلي كما قد لا يؤوّل إلى ذلك، وحتى إذا آل الأمر إلى خلاص الدين الأصلي من قبل الكفيل فإن هذا الأخير قادر على استرجاع مبلغ الدين المدفوع من المدين.

### فمالذي دفع المشرّع لاشتراط أهلية التبرّع في الكفيل؟

ربّما يكون لشرط أهلية التبرّع فائدة ومصلحة معينة إذ بالعودة **للفصل 16 م.إ.ع**، نبيّن أنّ الوالي أو المقدم القضائي لا يمكنهما إبرام أعمال التبرّع في حقّ منظوريهما (بمعنى أنّ ذلك الذي لا يتمتع بأهلية التبرّع لا يمكنه إبرام تصرفات تبرّعية ولو بإجازة وليّه أو مقدّمه القضائي) وبالتالي لا يمكن للوليّ أن يبرم كفالة في حقّ الصغير غير المميز بصفته كفيلاً ذلك أنّ الكفالة قد تكون عملاً ضاراً ضرراً محضاً من جهة الكفيل.

أمّا إذا كانت الكفالة بمقابل سواء كان المقابل من المدين أو من الدائن، فإنّ الفقيه عبد الرزاق السنهوري يرى أنّ الأهلية الواجبة في الكفيل تكون أهلية التصرف لا أهلية التبرّع وذلك قياساً على المقترض بفائدة. وعلى ذلك يجوز للوليّ أو الوصيّ أن يعقد كفالة بمقابل باسم القاصر أو المحجور عليه

من جهة أخرى، وفي نفس سياق أهلية الكفيل، يتحدّث **الفصل 1481 م.إ.ع** عن كفالة المريض مرض موته فكان حلّه أنّه لا تصحّ هذه الكفالة إلاّ في ثلث ماله ويمكن أن تصحّ في أكثر إذا رضي ورثته بذلك.

### ماذا عن الشركات التجارية، هل يمكن أن تكفل ديون أشخاص آخرين

هذه الكفالة ممكنة ومشروطة بجملة من الشّروط أهمها موافقة الشركاء في جلسة عامّة إذا كانت للغير. أمّا إذا كانت للشركاء فهي غير جائزة نظراً لتضارب المصالح بين الشّريك وشركته. ومن جهته يمكن للشّريك أن يكفل ديون الشّركة. (هذا الحلّ يبقى محلّ اختلاف فشقّ فقهيّ هامّ على رأسه الفرنسي بلانيول والمصري عبد الرزاق السنهوري يرون من الجائز لشركة أن تكفل شريكها)

### (3) المحلّ:

محلّ الكفالة يتمثل في ضمان خلاص الدين الأصلي في صورة عدم وفاء المدين به. ويجزئ الفقه الفرنسي هذا المحلّ إلى عنصرين:

Obligation de couverture

Obligation de règlement

فالضمان هو التزام مزدوج :

الالتزام في المستقبل بخلاص الدين.

الالتزام بخلاص الدين عند حلول الأجل وعدم خلاصه من المدين.

مبدئيًا، تجوز كفالة أيّ التزام مهما كان مصدره أو محلّه. إذ يمكن كفالة التزام مصدره العقد ومثال ذلك عقد قرض يكون فيه للمقرض كفيل بالمبلغ الذي اقترضه، ويكفل التزام مصدره عقد بيع فيكون للمشتري كفيل بالثمن ويكفل التزام مصدر عقد إيجار فيكون للمستأجر كفيل بالأجرة... من جهة أخرى يمكن كفالة الالتزام الذي يكون مصدره العمل غير المشروع فيعترف المدين في العمل غير المشروع بمبدأ المسؤولية وبمقدار التعويض ويأتي كفيل يضمنه في هذا المقدار إلى أن يفي به. ومن الممكن كفالة التزام مصدره الإثراء بدون سبب أو دفع غير مستحقّ أو فضالة. ويمكن أخيرا كفالة التزام مصدره القانون فيأتي الجار مثلا لجاره بكفيل يكفله في التزامه بتعويض الأضرار الناجمة عن مضار الجوار. وأيا كان محل الالتزام الأصلي فإنه تجوز كفالته سواء كان هذا المحلّ أداء أو عملا أو امتناعا عن عملا وغالبا ما تكون الكفالة متعلقة بالالتزام بدفع مبلغ من المال Obligation monétaire.

الدين المضمون موضوع الكفالة يجب أن يكون موجودا (حسب الأستاذ خليفة الخروبي من الممكن كفالة دين مستقبل أو احتماليّ وقد أعطى الفصل 1483 م.إ.ع على سبيل المثال صورة للدين المستقبل يكون فيها الكفيل التزم بضمان الدين الذي سيقضى به لفائدة المدعي. فإذا فتح شخص اعتمادا في بنك جاز أن يتقدّم كفيل يضمن ما عسى أن يقبضه هذا المدين وإن كان هذا المبلغ غير معين المقدار عن إبرام عقد الكفالة.)

الدين موضوع الكفالة يجب أن يكون صحيحا فإذا بطل الفرع بطل الأصل أيّ أنّ بطلان الدين الأصلي يعني بطلان الكفالة وهو ما جاء بصريح عبارات الفصل 1482 م.إ.ع. بمعنى أنه حتى تكون الكفالة صحيحة وترتب التزاما في ذمة الكفيل بضمان التزام المكفول، يجب أن يكون التزام هذا الأخير صحيحا. ويكون التزام المكفول صحيحا إذا تولّد عن مصدر غير عقديّ أو عن مصدر عقديّ صحيح. وإذا كان الالتزام الأصلي باطلا أو قابلا للإبطال، أمكن للكفيل كما أمكن للمدين الأصلي أن يتمسك بهذا الدفع ومن ثمّ تصبح الكفالة باطلة. ولا يكون الالتزام باطلا إلا إذا كان مصدره العقد ذلك أنّ الالتزام غير العقديّ ينشئه القانون ولا يمكن إبطاله.

الالتزام الكفيل لا يكون أكثر عبئا وهو ما نصت عليه أحكام 1490 م.إ.ع من أن الكفالة لا تصح في أكثر مما على المدين إلا أنها تصح في بعض الدين وبشروط أخفّ. ويخلص من هذا النص أن الالتزام المكفول هو الذي يحدد مدى التزام الكفيل.

وليس من الضروري لصحة الكفالة أن يقع تحديد مبلغ الضمان عند انعقاد الكفالة بل أنّ الكفيل يكون مطالبا حين حلول الأجل بأصل الدين وتوابعه طبقا لأحكام الفصل 1492 م.إ.ع. لكنّ هذا الأمر لا يخلو من التعقيد لأن الكفيل الذي يلتزم دون تحديد للدين المضمون قد يتفاجأ عند مطالبته بالوفاء بمصاريف وفوائض تفوق قيمتها أصل الدين. وقد كان لفقه القضاء الفرنسي تطبيق للفصل 1326 من المجلة المدنية إتجاه يحد من خطورة عدم تحديد قيمة الدين المضمون فاشتراط أن يكون التعبير عن تحمل توابع الدين بصفة صريحة

وبخط يد الكفيل بل أن المحاكم الفرنسية لم تتردد بإبطال الكفالة إذا اتّسمت بالشّطط. ( Cass. Com. Juin 1997. 1007 )

في صورة مماطلة المدين وطلب الدّائن تعويض الضّرر، التعويض يكون بناء على الفائض القانوني طبق الفصل 278 م.إ.ع والفائض القانوني جاء ضبطه في الفصل 1100 م.إ.ع (7% في المادّة المدنيّة والنّسبة القصوى للاعتمادات البنكيّة + 0.5 في المادّة التّجاريّة).

#### 4 السّبب:

لم يفرد المشرّع الكفالة بنصوص خاصّة فيما يتعلّق بركن السّبب ممّا يستوجب العودة إلى النّصوص العامّة. وتبعاً لذلك، يجب أن يكون للكفالة سبب جائز أي غير مخالف للقانون، النّظام العامّ والأخلاق الحميدة. التّطبيق يمكن أن يطرح إشكالا في هذا السّياق، ويتعلّق الإشكال بالكفالة التي يرمها الكفيل بدافع معيّن كالقربة ثمّ تزول هذه القربة قبل حلول أجل الوفاء بالدين (زوج يكفل دين زوجته لكنّ الرابطة الزوجية تنفكّ قبل حلول أجل خلاص الدين، فهل يبقى الزوج كفيلا بعد انحلال الرابطة الزوجية؟/ شريك يكفل دين شركة ينتمي إليها وفي الأثناء لم يعد شريكا، هل يبقى كفيلا لدين الشركة؟)، هل تبقى الكفالة قائمة رغم زوال الدّافع الذي أدّى إلى انبرامها؟

- الدّوافع هي أسباب ذاتيّة غير مطلوبة لصحّة الكفالة التي تشترط فقط السّبب الموضوعي وهو الضّمان.

## الباب الثاني: آثار الكفالة:

لما كانت الكفالة عقداً بين الكفيل والدائن، فهي توجد أول ما وجدن علاقة بين الكفيل والدائن، إذ تجعل للدائن الحق في الرجوع إذا لم يف المدين بدينه للدائن. ولما كان التزام الكفيل التزاماً تبعياً للالتزام المكفول بما لا يجعل الكفيل مديناً أصلياً بالدين، كان للكفيل حق الرجوع على المدين الأصلي.

### القسم الأول: آثار الكفالة بين الدائن والكفيل:

تختلف بحسب تحقق إحدى فرضيتين، فإما أن يقوم المدين بالوفاء بدينه فينقضي الدين وينقضي تبعاً لذلك عقد الكفالة وإما ألا يدفع المدين الأصلي دينه مما يستوجب تحريك الكفالة لتنتج آثارها.

الأثر الرئيسي للكفالة هو رجوع الدائن على الكفيل لمطالبته بالدين الأصلي ويخضع هذا الأثر لجملة من القواعد التي يمكن تقسيمها إلى عنصرين: قواعد عامة: الكفالة المجردة

#### قواعد خاصة: الكفالة التضامنية

### 1) القواعد العامة: الكفالة المجردة:

تتعلق هذه القواعد بمسألتين أساسيتين هما:

- متى يحقّ للدائن الرجوع على الكفيل؟ (معطى زمني)
  - ما هي حقوق الكفيل في مواجهة الدائن الذي يطالبه بأداء الدين؟
- أ) زمن الرجوع على الكفيل:

يمكن استخراج الأثر الرئيسي للكفالة من خلال تعريفها في الفصل 1478 م.إ.ع بكونه رجوع الدائن على الكفيل لاستيفاء دينه إذا لم يؤده المدين. ولمعرفة الزمن الذي يحقّ فيه للدائن أن يعود على الكفيل، تجب العودة لمقتضيات الفصل 1496 م.إ.ع الذي جاء فيه أنه "لا يمكن التوجه للكفيل إلا إذا ثبتت مماطلة المدين".

#### فكيف تثبت مماطلة المدين؟

بالرجوع إلى الفصول 268 و 269 م.إ.ع، نتبين أنهما يفرقان بين الالتزام محدّد الأجل والالتزام غير محدّد الأجل:

- في الالتزام محدّد الأجل، تثبت مماطلة المدين بحلول الأجل وعدم الوفاء لسبب غير صحيح.
- في الالتزام غير محدّد الأجل، تثبت المماطلة بعد التنبيه على المدين تنبيهاً صحيحاً ومنحه أجلاً مقبولاً لتنفيذ الالتزام ومرور هذا الأجل.

#### هل يمكن للكفيل أن يجد نفسه مطالباً بأداء الدين قبل حلول أجله ومماطلة المدين؟

لا يجب أن يكون التزام الكفيل أشدّ من الالتزام الأصلي، وعلى هذا الأساس فإن المبدأ يقتضي أن لا يطالب الكفيل بالوفاء بالدين قبل الرجوع على المدين الأصلي. لكنّ الفصل 1487 م.إ.ع جاء بصور يكون فيها الكفيل أو من يحلّ محله مطالباً بأداء الدين قبل حلول أجله وهي الصور الآتية:

- إذا توفي الكفيل قبل حلول أجل الدين الأصلي.
  - إذا أفلس الكفيل
- حلول آجال الديون من آثار الوفاة والإفلاس.

## (ب) حقوق الكفيل في مواجهة الدائن:

عند عدم وفاء المدين الأصلي بدينه، يحق للدائن أن يعود على الكفيل. ولهذا الأخير أيضا أن يدافع عن نفسه بجملة من الدفوع. عملياً، يقوم الدائن ضد الكفيل عن طريق دعوى في الأداء يقدمها ضد المدين الأصلي والكفيل بهدف الحصول على سند تنفيذي ضد المدين الأصلي الذي إن لم يكن قادراً على الوفاء بالدين حلّ محله الكفيل. فلا بدّ أن يكون للدائن سند تنفيذي ضد الكفيل أيضاً ولا يكفي أن يكون له سند تنفيذي ضد المدين الأصلي فقط.

في إطار هذه الدعوى، يدافع الكفيل عن نفسه قصد عدم صدور حكم ضده في الأداء بنوعين من الدفوع:

### أولاً: الدفوع الخاصة بالكفيل:

- **الدفوع المستمدة من صحة عقد الكفالة:** قد يكون عقد الكفالة باطلاً أو قابلاً للإبطال بالرجوع لأركان صحة الالتزام المكفول. وقد ينقضي التزام الكفيل بطريقة أصلية دون أن ينقضي التزام المدين. أما الدفوع الراجعة إلى مركز الكفيل فهي تتعلق بعيوب الرضا أو عدم توفر شروط الأهلية في عقد الكفالة.
- يمكن اللجوء للدفوع الخاصة بالكفالة المجردة (الغير تضامنية):

○ **الدفع بالتجريد:** Le bénéfice de discussion جاء بالفصلين 1498 و 1499 م.إ.ع ومعناه

أنه يمكن للكفيل أن يطلب من الدائن أن يباشر التنفيذ على مكاسب المدين وإن تبين أنها غير موجودة أو غير كافية لخلاص الدائن أمكن حينئذ الرجوع على الكفيل. ويمكن للدائن في المقابل إجراء الوسائل الملائمة بغير تجنب إفسار الكفيل وتفويته في مكاسبه ومن ذلك العقل التحفظية.

وطبق الفصل 1499 م.إ.ع يمكن للكفيل أن يجد نفسه في وضعيات لا يمكنه فيها أن يدفع بالتجريد وهي:

- إذا أسقط حقه في ذلك إسقاطاً صريحاً (مثال: الكفالة التضامنية مع المدين)
- إذا صعب على الدائن مقاضاة المدين...
- إذا كان إفسار المدين معروفاً...
- إذا كانت أملاك المدين فيها نزاعاً...

○ **الدفع بالتقسيم:** Le bénéfice de division نصّ عليها الفصل 1500 م.إ.ع في فقرته

الأولى ويكون ذلك في صورة تعدد الكفلاء في الكفالة المجردة (قد يتعدّد الكفلاء ويكونون متضامنين فيما بينهم فتكون الكفالة تضامنية). فعند توجه المدين لأحد الكفلاء ومطالبته بالدين، يحقّ لذلك الكفيل أن يطلب من الدائن تقسيم الدين على جميع الكفلاء (مثال: تعدد الكفلاء بعقد واحد لا يطالب فيه كل كفيل إلا بقدر حصته وإذا طوّل بأكثر أمكنه الدفع بتقسيم الدين).

### ثانياً: الدفوع الخاصة بالمدين:

جاء بالفصل 1502 م.إ.ع أنّه "للكفيل أن يعارض الدائن بما للمدين من أوجه المعارضة سواء تعلّقت بأصل الدين أو بذات المدين مع ما تعلق منها بعدم أهلية المدين وله أن يحتجّ بذلك ولو لم يوافق عليه المدين أو تركه وله أن يعارض بما هو خاص بذات المدين كإسقاط الدين لذات المدين."

ويضيف الفصل 1504 م.إ.ع أنه "إذا حلَّ أجل الدين وتأخر الدائن عن المطالبة بالدين، يمكن للكفيل التوجه للمحكمة وطلب الحكم ببراءة ذمته وانقضاء الكفالة لتراخي الدائن لأن هذا التراخي سيؤدي لتضخم الدين إضافة إلى أنَّ المدين بإمكانه إفراغ ذمته في الأثناء التي تراخي فيها الدائن. ويشترط أن يثبت الكفيل سوء نية الدائن في تراخيه حتى يحصل على حكم ببراءة ذمته.

## (2) القواعد الخاصة: الكفالة التضامنية:

الأصل في الكفالة أنَّها غير تضامنية لكن الدائن الحريص قد يشترط تضامن الكفيل مع المدين ولهذا الأمر أهمية إذ يمنح للدائن الحق في طلب الكفيل والمدين الأصلي بالتضامن.

بالرجوع إلى باب التضامن السّلي بين المدينين وتحديدًا الفصل 174 م.إ.ع نجد أنَّ هذه الكفالة تنشأ في ثلاث صور:

- الاتفاق.
- القانون (مثال: المبدأ في المادة التجارية هو تضامن المدينين كلّما تعدّدوا).
- ضروريّات القضية: (مثال: زوج يشتري عقار دون خلاص ثمنه وتكفله زوجته في ذلك الثمن).

نتيجة هذا التضامن هو الخيار الممنوح للدائن في توجيه المطالبة مباشرة للكفيل دون المرور بالدائن الأصلي كما هو الحال في الكفالة المجردة. فالكفيل العادي، كلما طُلب، له أن يكلف الدائن بتتبع مكاسب المدين أولاً. أما الكفيل المتضامن فلا حق له في هذه المطالبة ولا يجوز له التمسك بحق التجريد. وعلى أيّة حال، يبقى ثبوت مماطلة المدين شرطاً لتتبع الكفيل مهما كان نوع الكفالة، ففي الكفالة التضامنية، يكون الخيار للدائن متاحاً بعد ثبوت مماطلة المدين الأصلي (عواطف عبد القادر).

التضامن قد يكون كذلك متعلقاً بالكفلاء فيما بينهم وليس فقط بين كفيل ومدين ويكون للدائن في هذه الصورة الحق في المطالبة بالدين أمام أحد الكفلاء ولا يكون لهذا الكفيل الحق في الدفع بالتقسيم وإنما يمكنه فقط الدفع بالتجريد.

كفلاء متضامنون فيما بينهم لكنهم غير متضامين مع المدين --> لا يمكنهم الدفع بالتجريد ولا بالتقسيم.  
كفلاء متضامنون فيما بينهم ومتضامنون مع المدين --> يمكنهم الدفع بالتجريد دون التقسيم.  
كفلاء متعدّدون لكن غير متضامين فيما بينهم --> يمكنهم الدفع بالتقسيم.

## القسم الثاني: آثار الكفالة بين الكفيل والمدين الأصلي:

علاقة الكفيل بالمدين الأصلي هي علاقة مستقلة عن علاقة الكفيل بالدائن أي عن عقد الكفالة.

هذه العلاقة تدخل في إطار عملية الكفالة وأثرها الجوهري هو حقّ الكفيل في الرجوع على المدين الأصلي لمطالبته بأداء ما دفع في حقّه لفائدة الدائن.

مبدئياً، يمكن للكفيل أن يعود على المدين فور وفائه بالدين، لكن المشرع يسمح استثنائياً للكفيل أن يطالب مدينه بالأداء قبل الوفاء بالدين الأصلي.

## 1) الرجوع اللاحق للوفاء بالدين الأصلي:

يحقّ للكفيل الرجوع على المدين الأصلي ومطالبته بدفع ما أدّاه الكفيل في حقّه لفائدة الدائن الأصلي باعتبار أن الكفالة ليست عقدا تبرّعا من حيث المبدأ ولو اشترطت فيها أهلية التبرّع. وقد مكن المشرع الكفيل من مطالبة المدين الأصلي على أساس دعويين:

- **دعوى الرجوع الشخصي:** نصّ عليها 1505 م.إ.ع " إذا أدى الكفيل أداء صحيحا يترتب عليه سقوط الدين فله الرجوع على المدين بقدر ما أدّاه." ويسمّى شخصيًا لأنّ الكفيل أدى دين شخص آخر. ويضيف 1506 م.إ.ع " عليه أن يستظهر بوصل يثبت وقوع الوفاء أو حجة أخرى تثبت وفاء الدين. وإذا تم الوفاء قبل حلول أجل الدين، لا يقع الرجوع على المدين إلا بعد حلول أجل الدين." ودعوى الرجوع الشخصي جائزة حتى لو لم يكن المدين على علم من الكفالة طبق 1505 م.إ.ع. ويرى الأستاذ خليفة الخروبي أنّ هناك نوع من التناقض بين مقتضيات الفصل 1488 م.إ.ع الذي نصّ أنّ الكفالة المعطاة دون علم المدين أو بغير رضاه لا يترتب عليها التزام بين المدين والكفيل ويبقى الكفيل مطلوباً وحده للدائن، و مقتضيات الفصل 1505 م.إ.ع الذي أجاز للكفيل الرجوع على المدين الأصلي حتى لو انعقدت الكفالة بدون علمه. والقيام بالدعوى الشخصية لا يجوز إذا أدى الكفيل الدين أو صدر عليه حكم نهائيّ بالأداء ولم يعلم المدين قبل الأداء أو صدور الحكم إذا أثبت المدين أنه أدى ما عليه أو أن بيده ما يكفي لإثبات بطلان الدين أو انقضائه وهذا الحكم لا يجري إذا تعذر على الكفيل إعلام المدين لمغيبه مثلاً طبق الفصل 1511 م.إ.ع. فرجوع الكفيل يشترط فيه حصول العلم للمدين قبل الأداء الاختياري أو قبل صدور الحكم النهائيّ بالأداء لأن قبول الكفيل مبدأ خلاص الدين مباشرة إلى الدائن أو مقاضاته شخصياً دون إعلام المدين أو إدخاله طرفاً في الدعوى يحجر عليه الرجوع كلما أثبت المدين أنه أدى الدين المكفول أو أن هذا الدين قد انقضى بأحد أسباب انقضاء الالتزامات أو أنه يفتقر إلى أحد أركان الصّحة بما يجعله باطلاً. كما استبعد 1510 م.إ.ع حقّ القيام بالدعوى الشخصية إذا كان ما أدّاه الكفيل هو دينه حقيقة وإنما جعل باسم غيره في الظاهر وإذا تكفّل الكفيل رغماً عن نهي المدين أو إذا تبين من صريح العبارة أو من قرائن الحال أنّ الكفالة كانت بقصد التبرّع.
- **دعوى الحلول الشخصي:** هي دعوى يمارسها الدائن ضدّ المدين ومفادها كما نصّ الفصل 1509 م.إ.ع أن يحلّ الكفيل مكان الدائن في جميع ماله على المدين من الحقوق والامتيازات بقدر ما أدّاه. هذه الدعوى هي تطبيق مباشر لمفهوم الحلول الشخصي في الفصول 223 م.إ.ع وما بعده بل أنّ الفصل 226 م.إ.ع أشار للكفيل في فقرته الثالثة والتي تفيد أنّ نتيجة الحلول هي تمتع الكفيل بكل ضمانات، امتيازات وحقوق الدائن الأصلي والتي كان بإمكان هذا الأخير ممارستها ضد المدين الأصلي ولا يحقّ للدائن حرمان الكفيل من التمتع بهذه الضمانات والحقوق. ويمكن للكفيل أن يحرم من دعوى الحلول لنوعين من الأسباب:
  - أسباب مرتبطة بإرادته: 1510 م.إ.ع 'ليس للكفيل أن يرجع على المدين في الصور التالية: أولاً إذا تعلّق الأمر بكفالة صورية أي أن الكفيل في هذه الصورة يكون هو المدين الحقيقي، ثانياً إذا تكفل رغماً عن نهي المدين، ثالثاً إذا تبين أن الكفالة كانت قصد التبرّع إذ نتبين من تصريح الكفيل ومن القرائن الواقعية أن الكفيل عندما التزم بالكفالة التزم أيضاً بعدم الرجوع على المدين.'

○ أسباب راجعة إلى فعله: الفصل 1511 م.إ.ع: تقصيره، تقاعسه، تسرعه، فعل سلبى كعدم إعلام المدين الأصلي قبل الأداء.

## 2) الرجوع السابق للوفاء بالدين الأصلي:

يحصل أن يرجع الكفيل على المدين قبل أداء الدين طبق الفصل 1503 م.إ.ع الذي مكن الكفيل من القيام لمطالبة المدين قضائي ليفعل ما يلزم لبراءة ذمته. وهذه الفرضية التي تهدف بالأساس لحماية حقوق الكفيل مع التأكيد على الصبغة التبعية لالتزامه لا تتحقق إلا في حالات وردت على وجه الحصر وهي:

- إذا تولى الدائن مطالبة الكفيل بأداء الدين المكفول أو حتى قبل ثبوت هذه المطالبة إذا اتضح أن المدين الأصلي أضحي مماطلا.
- إذا ثبت أن المدين غير مقر إقامة أو مركز صناعته بما يمكن أن تنجر عنه صعوبة في جهة الكفيل للرجوع عليه قصد استرجاع ما قد يكون وفاء للدائن.
- إذا التزم المدين الأصلي بتقديم ما يفيد براءة الكفيل تجاه الدائن في أجل معين وحلّ ذلك التاريخ دون الوفاء بذلك الالتزام.

إلا أن حق الكفيل في الرجوع قبل أداء الدين وإن كان يهدف لتفادي تدهور وضعيته وضياح حقوقه لعدم إمكانية رجوعه على المدين الأصلي إذا بقي التزامه تجاه الدائن قائما إلى تاريخ الحلول لا يقوم إذا سبق له أن يتفق مع المدين على خلاف ذلك وأسقط حقه في هذا الرجوع.

## القسم الثالث: آثار الكفالة بين الكفيل وبقية الكفلاء:

تعرض المشرع لصورة تعدد الكفلاء في الفصلين 1500 و 1507 م.إ.ع.

تعدد الكفلاء قد يكون مع تضامنهم أو في غياب التضامن. وقد اقتضى 1507 م.إ.ع أنه إذا تعدد الكفلاء المتضامنون وأدى أحدهم الدين عند حلول الأجل كان له أن يرجع على بقية الكفلاء كل بقدر حصته كما له أن يرجع عليهم بحصة من عجز عن الأداء منهم. ويشير 1509 م.إ.ع إلى حق الكفيل في الرجوع بدعوى الحلول على المدين وعلى بقية الكفلاء بقدر مناب كل منهم.

- **تعدد الكفلاء دون تضامن:** على ضوء ما سبق بيانه في إطار الدفع بالتقسيم، إذا تعدد الكفلاء وكانوا غير متضامين، قسّم الدين عليهم ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة ولا يلتزم الكفيل إلا بقدر حصته في الكفالة. وإذا وقي هذا المناب للدائن، لم يكن له أن يرجع على الكفلاء الآخرين وإنما يرجع على المدين بقدر ما وقاه وفقا للقواعد العامة في الدعوى الشخصية أو الحلول الشخصي.

- **تعدد الكفلاء المتضامين:** إذا تعدد الكفلاء وكانوا متضامين، كان كلّ منهم مسؤولا عن الدين بأكمله مما يسمح للدائن ممارسة ما له من حق في خيار إلزام أي كفيل أو الكفلاء مجتمعين بأداء الدين بكامله طبق 176 م.إ.ع ووفاء أحد الكفلاء المتضامين بجملة الدين يقوم معه حق الرجوع على بقية الكفلاء كلّ بقدر حصته في الدين وبنصيبه في حصة من عجز منهم عن الدفع. ولا يجوز للكفيل المتضامن مع بقية الكفلاء الدفع بالتقسيم.

## الباب الثالث: انقضاء الكفالة:

تنقضي الكفالة إما بصورة أصلية أو بصورة تبعية.

### القسم الأول: الانقضاء الأصلي للكفالة:

هو الذي أشار إليه المشرع **الفصل 1513 م.إ.ع** " تبرأ ذمة الكفيل بكل ما تقع به البراءة من الالتزامات ولو بدون براءة الأصيل (أي دون انقضاء الدين الأصلي). "

فالتزام الكفيل ولو كان متسماً بالتبعية بالتزام المدين الأصلي إلا أنه التزام ناشئ عن عقد خاص يختلف عن العقد الذي رتب التزام الأصيل بل قد ينشأ التزام الكفيل ضماناً لدين مستقبل أو احتمالي أو احتمالي.

وبالتالي فإن الكفالة تنقضي بتحقيق سبب من أسباب انقضاء الالتزام الموجودة **بالفصل 339 م.إ.ع** وما بعده وهي: الأداء، ما يقوم مقام الأداء (التصيير بالدين: دفع شيء مقابل الدين الأصلي)، استحالة الأداء بأمر طارئ أو قوة قاهرة، التقادم، الاسقاط، الفسخ أو الإقالة.

لكن يمكن أن تنقضي الكفالة وينقضي معها الالتزام في الصور الخاصة التي تحدث عنها **الفصل 1514 م.إ.ع** وهي:

أولاً: الأداء: تبرأ به ذمة الكفيل والأصيل.

ثانياً: الحوالة.

ثالثاً: التصيير بالدين (**الفصل 341 م.إ.ع**)

رابعاً: تجديد الالتزام ويكون بتغيير الدائن أو المدين أو الالتزام.

ويمكن أن تنقضي الكفالة لأسباب خاصة ذلك أن الكفالة عقد مسمى مما يجعل انقضاءها قد يحصل لأسباب قانونية ومن ذلك الصور المقررة **بالفصل 1519 م.إ.ع** 'وإذا كان المدين ملياً حين الإنظار برئت ذمة الكفيل إلا إذا رضي بعدم براءة ذمته.' وقد أجاز **الفصل 1504 م.إ.ع** من جهته للكفيل المطالبة بإبراء ذمته إذا حل أجل الدين وتأخر الدائن عن مطالبة المدين إذ أن كل تأخير قد ينجّر عنه خروج المال من ذمة المدين بما يصعب معه على الكفيل الذي وفى الدين مباشرة ما له من حق في الرجوع واسترجاع ما دفعه.

ولا تنقضي الكفالة بموت الكفيل إذ أن التزامه ينتقل للورثة طبق **1522 م.إ.ع**.

### القسم الثاني: الانقضاء التبعي للكفالة:

حدده المشرع في **الفصل 1512 م.إ.ع** 'كل سبب اقتضى بطلان التزام الأصيل أو البراءة منه يبرئ الكفيل.'

ويبدو هذا الحل متوافقاً مع قاعدة 'إذا بطل الأصل بطل الفرع' ومع ما اقتضاه المشرع في **الفصل 1482 م.إ.ع** 'لا تصحّ الكفالة إلا إذا صحّ الدين الأصلي' في إطار شروط الكفالة.

وبطلان الالتزام الأصلي المؤدي إلى انقضاء الكفالة يحصل بطريقتين: فإما أن يصدر حكم قضائي ببطلان هذا الالتزام وإما أن يدفع الكفيل مباشرة ببطلان الالتزام الأصلي لما له من حق في إثارة الدفع الخاصة بالمدين الأصلي.

وقد تنقضي الكفالة إذا انقضى الدين الأصلي بإحدى أسباب انقضاء الالتزامات التي حددها الفصل 339 م.إ.ع. فالدائن يكون قد استوفى حقه بالوفاء أو بطريقة أخرى تقوم مقام الوفاء. (تنقسم أسباب انقضاء الالتزام إلى صنفين: انقضاء أساسه أسباب تعادل الوفاء وهي الأداء سواء كان عادياً أو بمقابل وتجديد الالتزام والمقاصة واختلاط الذمة. ومن جهة أخرى الانقضاء دون وفاء ويتحقق ذلك بالإقالة والإبراء الاختياري وتعذر الوفاء بالالتزام وسقوط الدعوى بمرور الزمن) فينقضي الالتزام الأصلي المكفول ومعه الكفالة ذاتها.

معاد البيرجوي

## الجزء الثاني: التأمينات العينية

التأمينات العينية هي الأسباب والحالات التي يمكن فيها للدائن أن يتمتع بسبب من أسباب التفضيل التي تمكنه من استخلاص دينه بالأفضلية على غيره من الدائنين وقد نظم المشرع التأمينات العينية أساساً في م.ح.ع وتحديدًا في العنوان السادس منها تحت عنوان "التأمينات العينية" وقد عدد المشرع هذه التأمينات بالفصل 193 م.ح.ع وهي الامتياز والرهن وحق الحبس حصراً مع الإشارة إلى أن الرهن ينقسم بدوره إلى رهن عقاري يكون محله بعض أو جملة عقارات المدين ورهن منقول يتسلط على بعض منقولات المدين. ويمكن القول عموماً أن التأمينات العينية تقتضي أن يكون هناك مال أو مجموعة من الأموال التابعة للمدين مخصصة للوفاء بدينه، وهذا التخصيص يجعل الدائن يتمتع بإزاء هذه الأموال بجملة من الحقوق أهمها:

- حق الأفضلية، وهو الحق المخول للدائن في صورة التنفيذ على المال المخصص للوفاء بدينه إن كان منقولا أو عقاراً، في استخلاص دينه قبل بقية الدائنين.
- حق التتبع، أي حق الدائن في التنفيذ على المال المخصص للوفاء بدينه ولو انتقلت ملكيته إلى الغير.

التأمينات العينية هي في الأصل حقوق عينية تبعية لا تنشأ بمفردها وإنما بنشأة الدين الذي تضمنه فتنقضي بانقضائه. وقد قسم الفقهاء وشرح القانون التأمينات العينية إلى عدة أصناف منها التفرقة بين تأمينات قانونية وأخرى اتفاقية (الرهن الاتفاقي) وقضائية (الرهن العقاري على المكاسب العقارية للمدين المفلس) ومنها التمييز بين التأمينات العينية الحيازية (رهن المنقول الحيازي) والتأمينات العينية غير الحيازية (الامتياز والرهن العقاري).

## الباب الأول: الرهن العقاري

**تعريفه:** الرهن العقاري يمكن أن يكون مصدره القانون أو الاتفاق. وقد تعرّض المشرّع للرهن العقاري في نصوص متفرقة سواء في قانون تحيين الرسوم المجمدة أو في إطار مجلة التهيئة الترابية والتعمير وغيرها. ما يهمننا أساسا في محور هذا الدرس هو الرهن العقاري الاتفاقي الذي يجد مصدره في العقد. ويمكن تعريف الرهن العقاري الاتفاقي بالرجوع إلى الفصل 201 م.ح.ع الذي أعطى تعريفا مطلقا للرهن. فالرهن العقاري الاتفاقي هو عقد يخصص بموجبه المدين أو من يقوم مقامه عقارا أو حقوقا عقارية ضمانا للوفاء بالالتزام وتخول للدائن الحق في استيفاء دينه من ثمنه بالأفضلية على بقية الدائنين والحق في تتبع العقار بين يدي من انتقلت إليه ملكيته.

**أهميته:** الرهن العقاري هو رهن يتسلط على عقار أو حقوق عينية عقارية ويمنح لصاحبه حقي الأفضلية والتتبع، ومن هنا تبرز أهمية الرهن سواء بالنسبة للمدين الراهن أو للدائن المرتهن أو كذلك للغير:

- **الزّاهن** وهو الشخص الذي يرهّن أحد عقاراته وفاء للمدين، للرهن أهمية بالنسبة له لأنه سوف يمكنه من التعامل مع الدائن الذي قد لا يقبل التعامل إذا لم يوفر له المدين ضمانا يجعله مطمئنا من استخلاص دينه، ثم إن الرهن العقاري لا يجرده من حيابة المال المرهون: الاستعمال والاستغلال والتصرف ويبقى الشيء الوحيد الممنوع عليه هو افساد العقار طبق 207 م.ح.ع.
- **المرتهن** وهو الدائن، يوفر له الرهن العقاري ضمانا ناجعا باعتباره يمكنه من تفادي مخاطر الضمان العام ومن أهمها المساواة وتنظيم الإعسار وتدعم هذه الحقوق بالالتزامات التي تحمل على كاهل الزّاهن طبق الفصل 207 م.ح.ع. ومن حقوق المرتهن نجد:
  - الحلول العيني (La subrogation réelle) الفصل 209 م.ح.ع " ينسحب الرهن قانونا إذا تعيب المرهون أو هلك على ما بقي منه أو من توابعه وعلى ما يؤخذ من العوض عن ذلك التعيب أو الهلاك كما ينسحب الرهن على ما يؤخذ من العوض عن انتزاعه للمصلحة العامة للدائن أن يتخذ الوسائل التي يراها لحفظ حقه في العوض." وتقتضي نظرية الحلول العيني إحلال شيء محل آخر بالذمة المالية للشخص وإخضاعه لنفس النظام القانوني للشيء الواقع الإحلال محلّه.
  - **الغير** الذي له مصلحة في الرهن العقاري ويمكن أن يكون شخصان: إمّا شخص يريد أن يتعامل في العقار المرهون وإما الدائن لأن العقار يمكن أن يرهّن عدة مرّات. إذا فالمقصود بالغير هو الغير ذي المصلحة والمصلحة تثبت لكل شخص يريد التعامل مع المدين الزّاهن ومن مصلحته أن يكون على علم واطلاع بكل ما يتعلق بالعقار المرهون وبحقوق المدين أو الغير المرتبطة بذلك العقار. ويمكن المشرع من خلال قواعد الإشهار العمومي المتعلقة بالعقارات المسجلة أو غير المسجلة الغير من معرفة المدين الرهن مالك أو غير مالك للعقار المرهون ومن معرفة حجم أو طبيعة العمليات السابقة التي تمت على العقار المرهون بما يمكن الغير الذي يريد التعاقد مع المدين بالرّهن أو بغيره من التصرفات من أن يكون عارضا أو مطلقا على وضعيته القانونية وهو ما يساعده على اتخاذ كل القرارات المناسبة.

من جهة أخرى، يمكننا تعريف الرهن العقاري من بيان خصائصه:

- صبغته العينية، فالرهن العقاري هو حق عيني عقاري أورده المشرع ضمن قائمة الحقوق العينية العقارية التي عددها الفصل 12 م.ح.ع مع الإشارة إلى أنّ الدائن المرتهن ليست له صلاحيات مباشرة

- على العقار المرهون. فصحيح أن الحق العيني يعرف بكونه سلطة يمارسها صاحب الحق العيني على الشيء محل الحق العيني لكن هذه السلطة المباشرة يمارسها الراهن وليس المرتهن الذي ليس له صلاحيات مباشرة إلا عند التنفيذ على العقار المرهون في صورة عدم الوفاء بالدين.
- هو حق عيني تبعية أي أنه لا ينشأ إلا بنشأة الدين الأصلي ويمكن أن ينتقل بانتقال الدين طبق 210 م.ح.ع وينقضي بانقضاء الدين. ومعنى ذلك أنه لا يمكن أن يوجد الرهن بدون دين.
- هو حق عيني غير قابل للتجزئة وهي الخاصية التي أقرها صراحة الفصل 208 م.ح.ع ومعنى ذلك إيفاء الدين مضمونا بكل جزء من أجزاء العقارات المرهونة ويبقى كل عقار ضامنا لكل جزء من أجزاء الدين المضمون.
- هو عقد له خصائص تهم العقود ومن أهمها أنه عقد شكلي لا يكفي الرضا لنشأته وإنما يستوجب الكتب لذلك.
- هو عقد بعوض وليس عقدا تبرعيا.
- هو عقد ملزم لجانب واحد لأن الالتزامات الناجمة عن الرهن تكون على عاتق المدين الراهن دون الدائن المرتهن.

## القسم الأول: تكوين الرهن:

يتكون الرهن إذا تحققت جملة من الشروط وهذه الشروط تتعلق عموما بأطراف الرهن وشكليات الرهن ثم بمحلّه.

### الفقرة الأولى: أطراف الرهن:

#### (1) الرّاهن:

هو عادة المدين وهو الشخص الذي تعامل مع الدائن واقترض منه وأبرم معه أي عملية نشأ عنها رهن ويكون محله دين متمثل في مبلغ مالي يجب دفعه في الآجال.

المدين الأصلي هو الذي يرهّن عادة لفائدة الدائن عقارا يملكه ضمانا للدين، لكن المشرع في الفصل 201 م.ح.ع تحدّث عن المدين أو "من يقوم مقامه". المقصود بمن "يقوم مقامه" هو الكفيل العيني وهو الشخص الذي يرهّن عقارا ضمانا للوفاء بدين شخص آخر وتطلق عليه عبارة الكفيل العيني لتمييزه عن الكفيل الشخصي الذي يضمن الوفاء بدين الغير.

عبارة الراهن تمكننا من استيعاب وضعيتين:

- وضعية المدين الذي يرهّن وفاء بدينه الأصلي.
- وضعية الكفيل العيني الذي يرهّن وفاء بدين الغير.

وتشترط في الرّاهن الأهلية الكاملة وتثبت هذه الأهلية ببلوغ سنّ الرّشد المدني. وتشترط الأهلية الكاملة لأن الرهن هو تصرف قانوني خطير ويمكن أن يؤول إلى نزع ملكية العقار من صاحبه (الرّاهن).

الرّهن هو تصرف منشئ لحق عينيّ ويصنّف قانونا على أنّه عمل تصرف (أعمال التصرف هي إخراج مال من ذمة مالية بمقابل أو بغير مقابل / أعمال الإدارة هي تمكين شخص من استغلال واستعمال مكاسبه دون التفريط فيها/ أعمال الحفظ مثالها ضرب العقل التحفظية) ولهذا يجب أن تتوفّر أهلية التصرف التي تكتسب ببلوغ سنّ

الرّشد، أما بالنسبة لمنعدم الأهلية فالرهن غير جائز ويكون باطلا بطلانا مطلقا. أما بالنسبة لناقص الاهلية فالرهن لا يكون جائزا إلا بمشاركة الولي مع إذن من القاضي المختص وهو قاضي التقادير.

## (2) المرتهن:

هو الدائن ويكون الرّهن من جهته عملا نافعا نفعاً محضاً يمكنه من استخلاص حقه الشخصي الناشئ عن العقد الأصلي. الأهلية المشترطة في المرتهن هي أهلية الحفظ. وهي أهلية تكتسب ولو لم يكن الشخص كامل الأهلية.

بالنسبة بمنعدي الأهلية، لا يجوز لهم القيام بأي تصرف قانوني مهما كان نوعه.

بالنسبة لناقصي الأهلية، يجوز الرهن ولو بدون إذن القاضي وبدون إجازة الولي لأنه عمل نافع نفعاً محضاً ثم إن الرهن عقد ملزم لجانب واحد هو جانب المدين الراهن، أما الدائن الراهن فلا يلتزم بشيء ويمكنه أن يعقد الرهن مباشرة دون واسطة أحد.

وقد نصّ المشرّع في **الفصل 204 م.ح.ع** أن من ليس له شراء ما ذكر في **الفصول من 566 إلى 570 م.إ.ع** ليس له تسلّمه على وجه الرّهن. هذا النص هو نص عام ورد في باب الأحكام العامة وهو يحيل على فصول في م.إ.ع تتعلق بمنع البيع والشراء على أشخاص محددين لاعتبارات مختلفة وهم أساسا القضاة ومساعدوهم وغيرهم. إذا فالمنع المقرر في البيع ينسحب على نفس الأشخاص في ميدان الرهن ومن ليس له البيع والشراء في تلك الميادين المحددة، ليس له الرهن ضمناً لفائدته.

## الفقرة الثانية: شكليات الرّهن:

مبدأ **الشكلية le formalisme** هو المبدأ الذي يقابل الرضائية. ويتحقق هذا المبدأ عندما يشترط القانون شكلية معينة لصحة العملية وأبرز مثال على ذلك هو البيع العقاري طبق **الفصل 581 م.إ.ع** أو عقد الشركة طبق **الفصل 3 م.ش.ت**.

أما **الشكليات Les formalités** تنقسم إلى شكليات إثبات، شكليات صحة وشكليات إشهار. ومبدأ الشكلية لا يخصّ إلا شكليات الصحة دون شكليات الإشهار والإثبات.

عندما نتحدث عن شكليات الرّهن، نتحدث عن شكليات الصحة. أما عندما نتحدث عن آثار الرّهن فننتحدث أولاً عن شكليات الإشهار.

## (1) شكليات صحة الرّهن:

أبرز هذه الشكليات الكتب وقد اشترطه المشرع في **الفصل 275 م.ح.ع**. وبمجرّد قراءة أولى للفصل ننتبين أنّ الكتب شرط صحة في الرّهن وشرط لوجوده أي أن غيابه يجعل من الرهن باطلا.

لكنّ هذا الكتب لا يكفي، إذ يجب أن تتوفر فيه عدة شروط كي يكون صحيحاً، بعضها نص عليها المشرع في **325 م.ح.ع** وبعضها في نصوص أخرى.

في المقام الأول، حدد المشرع من يحرق الكتب وقد ميز بين العقارات غير المسجلة التي يمكن أن يحرر رهونها أي شخص والعقارات المسجلة التي يشترط المشرع تحرير رهونها من قبل أشخاص عينهم **الفصل 377 م.ح.ع** وهم حافظ الملكية العقارية، مدير الملكية العقارية، الأعيان التابعون لإدارة الملكية العقارية، عدول

الإشهاد، المحامون المباشرون غير المتميّنين. ويسمى شرط التحرير من قبل أشخاص معينين مبدأ التحرير الوجوبي. وفي نفس السياق، تعفى البنوك وشركات استخلاص الديون وشركات الإيجار المالي والدولة من مبدأ التحرير الوجوبي.

في المقام الثاني، حدد المشرع مكان تحرير الرهن وذلك في **الفصل 274 م.ح.ع** الذي جاء به أن كتب الرهن يجب أن يكون محررا بتونس والكتب المحرر ببلد أجنبي هو غير صحيح. وهذه القاعدة هي قاعدة تهم القانون الدولي الخاص وتعلق بالسيادة.

ثالثا، أضاف المشرع شروطا متعلقة بمضمون الكتب. ولكي يكون الكتب صحيحا يجب أن تتوفر فيه جملة من التنصيصات الوجوبية المتعلقة بطائفتين من التنصيصات:

• **بيانات التخصيص** وتهم أساسا كل المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقار المرهون والدين المضمون طبق **الفصل 206 م.ح.ع**:

- يجب تحديد أي من العقارات التي يملكها المدين الرّاهن والتي تسلط الرهن عليها وذلك تفاديا لما يسمى الرهن العام (الرّهن دون تحديد) وهو ما يؤدي للإضرار بحقوق الدائنين والسماح للدائن المرتهن بالتنفيذ على أي عقار يملكه الراهن ولو ما اكتسبه بعد التعاقد مع الدائن المرتهن.
- يجب تحديد مبلغ الدين أي مقدار الدين المضمون بالرهن وذلك تفاديا للرهن المطلق والقيام برهن غير محدد. يجب تخصيص الدين وتحديد قيمته وبيان المبلغ الذي يمكن أن يصل إليه وإلا صار المدين في حالة خضوع تام للدائن المرتهن الذي يمكنه أن يزعم أن الرهن مازال قائما حتى يقع خلاص كل الديون التي نشأت بين الطرفين.

• **بيانات التّرسيم والإشهار**: أشار إليها المشرع **بالفصل 377 م.ح.ع** بالنسبة للعقارات المسجلة. يجب عند تحرير الكتب احترام كل التنصيصات المشترطة كأن يقع إمضاء الكتب من الطرفين والتعريف بإمضاءهما أمام الشخص المكلف وإمضاء الكتب من قبل محرر العقد إذا كان الكتب يخضع لمبدأ التحرير الوجوبي. وإذا كان الرهن خاضعا لرخص إدارية، يجب التنصيص على وجوبية الحصول على هذه الرخص (الرخصة هي شكلية أخرى إلى جانب الكتب)

**(2) شكليات إشهار الرّهن:**

يخضع رهن العقار للإشهار وللإشهار عموما وظيفتان:

- وظيفة إعلامية: إعلام الأشخاص الذين لم يكونوا طرفا في العملية القانونية
- وظيفة احتجاجية: ومعناها إعلام الغير بالتصرف القانوني ويرمي ذلك لمعارضته به ومواجهته به لكيلا يزعم هذا الغير أنه جاهل بوجود هذا التصرف فيما بعد وحتى تنزع عنه قرينة حسن النّية.

أورد **الفصل 278 م.ح.ع (العقارات المسجلة)** قاعدة الاحتجاج برهن العقار على الغير من يوم ترسيمه على أنّ ترسيم الرهون في يوم واحد يجعلها متساوية في المرتبة. وأضاف تنقيح القانون عدد **46 المؤرخ في 1992/05/04** أنّ الرهن العقاري لا يتكون أصلا إلا بعد ترسيمه. وتختلف وسائل الإشهار بحسب ما إذا كان العقار مسجّلا أو غير مسجّل.

• **العقار المسجّل**: لا يتكون حق الرهن مبدئيا ولا ينفذ في مواجهة الغير إلا بالتّرسيم (Inscription).

○ ويختلف الترسيم عن **التسجيل العقاري (Immatriculation)** ويقصد به الحكم الذي تصدره المحكمة العقارية بعد الانتهاء من الإجراءات المستوجبة لذلك سواء تعلق الأمر بتسجيل اختياري أو إجباري. فالعقارات عندما تكون غير مسجلة (مثال: مملوكة بالحوز) يمكن لأصحابها أن يقوموا بتسجيلها عن طريق استصدار حكم بالتسجيل صادر عن المحكمة العقارية. وبعد صدور هذا الحكم، يتم إحداث رسم عقاري (Titre foncier) للعقار المسجل تمسكه إدارة الملكية العقارية.

○ ونفّرّق كذلك بين التسجيل العقاري الذي تعرضنا له آنفاً و**التسجيل في القباضة المالية (Enregistrement)** وهو أداء جبائي يدفع لصندوق الدولة عن كل عملية أو تصرف يكون خاضعاً لشكلية التسجيل في القباضة المالية طبق مجلة التسجيل والطابع الجبائي. والتسجيل في القباضة المالية له إضافة إلى الدور الجبائي وظيفة إخبارية على معنى 450 م.إ.ع الذي ينصّ على أنّ التسجيل في القباضة المالية يمنح العقد تاريخاً ثابتاً إزاء الغير. ويضيف الفصل 581 م.إ.ع أن التسجيل وسيلة للإشهار القانوني في العقارات غير المسجلة. والتسجيل في القباضة المالية يقع على الكتب أو التصرف وليس على العقار الذي يسجل بالمحكمة العقارية.

○ أمّا **الترسيم (Inscription)** فهو كتابة فوق الرسم العقاري المراد إشهاره. ويجب التوجه لإدارة الملكية العقارية وفتح الرسم العقاري للإطلاع على العمليات القانونية التي تمت على ذلك العقار حتى يكون المطلع على بيئة تامة بالوضعية القانونية لذلك العقار والرهن الموظف عليه ويصبح من الممكن معارضته بتلك الوضعية القانونية لأنه إمّا أن يكون عالماً أو أنّ بإمكانه أن يعلم. ويباشر شكلية الترسيم كل شخص له مصلحة سواء كان الراهن نفسه أو الدائن المرتهن أو الوكيل أو الوليّ أو المحامي الذي حرر العقد أو المقدم القضائي وكل شخص له مصلحة في ذلك. ويتمّ الترسيم عن طريق تقديم مطلب في الترسيم لإدارة الملكية العقارية مرفوق بالوثائق اللازمة (كتب الرهن أو الرخصة أو كتب توكيل أو حكم قضائي...). والرسم يجب أن يكون مطابقاً للوضعية الواقعية للعقار وفي صورة التنافر يؤدي ذلك إلى الرسوم المجمدة التي تدعو إلى التحيين. وقد أضاف المشرع وظيفة جديدة للترسيم أطلق عليها المفعول المنشئ للترسيم لا إزاء الغير فقط كوسيلة للاحتجاج بل حتى بين الطرفين. لكن هذا المفعول المنشئ لا ينطبق على كل الرسوم العقارية وإنما على الرسوم المحدثة بعد دخول قانون 20 أفريل 1998 حيز التنفيذ والرسوم التي وقع تحيينها طبق قانون 10 أفريل 2001. أما الرسوم المحدثة قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ فلا يشملها المفعول المنشئ وإنما فقط المفعول الاحتجاجي.

● **العقار غير المسجل:** في العقارات غير المسجلة النصّ الأساسي الذي يجب الرجوع له هو الفصل 279

م.ح.ع وطبق هذا النصّ فإنّ الترسيم بسجل الملكية العقارية يعوض بالتنصيص على الرهن برسم الملكية بواسطة عدلين. ويمكن أن يكون كتب بيع العقار كتباً خطياً أو رسمياً، كما يمكن أن يكون رسم الملكية حكماً قضائياً يقضي بالاستحقاق. فيكون اطلاع الشخص على رسم الملكية الوسيلة التي تمكنه من معرفة وجود الرهن. ونلاحظ في هذا الشأن أن المشرع في 279 م.ح.ع وضع حكماً خاصاً ميّز فيه الرهن العقاري عن سائر العقود الأخرى الناقلة لحقوق عينية في العقارات غير المسجلة ففي كل العمليات العقارية الأخرى المتعلقة بعقارات غير مسجلة يكون الإشهار عن طريق شكلية التسجيل في القباضة المالية وهو الأمر اللازم في الرهن لكنها ليس كافياً وإنما يجب أن يضاف إلى شكلية التنصيص

فوق رسم الملكية على الرهن. والسبب في ذلك هو أن المشرع يريد أن يضمن وظيفة الإعلام بالرهن ووظيفة الاحتجاج به وذلك أمر عادي باعتبار الرهن عقد يهم الغير بالأساس. ورغم أهمية الإشهار وحرص المشرع على تحقيقه في العقارات غير المسجلة، إلا أن نجاعة هذه الشكلية مقيدة بصعوبتين فيما يخص العقارات غير المسجلة:

○ صورة انعدام سند الملكية: تعني أنه في بعض الحالات يمكن أن يكون الراهن مالكا للعقار المراد رهنه دون أن يكون بيده سند تملك (مثال ذلك الملكية عن طريق الحوز) وفي هاته الحالة يكون الرهن جائزا لكن الإشهار لن يكون ممكنا في غياب سند للملكية.

○ صورة تعدد سندات الملكية: في صورة تعدد الرسوم أو السندات (مثال ذلك أن يكون بيد الراهن عدة أصول من كتب البيع الذي تملك به أو عدة نسخ مطابقة للأصل) الخطورة التي يمكن أن تعترضنا هي أن يتولى صاحب العقار رهن نفس العقار لفائدة عدة أشخاص وفي كل مرة يتولى التنصيب على الرهن في رسم مختلف عن الآخر دون أن يكون المرتهن في كل مرة عالما بالأمر. وفي النهاية سنجد كل مرتهن متمسكا برهنه ويريد الاحتجاج به على الآخر.

وفي بعض الحالات الخاصة، يجوز الاحتجاج بالرهن العقاري على الغير بدون ترسيم وذلك عندما يكون الرهن معلقا على شرط على معنى **الفصل 202 م.ح.ع** فمثل هذا الرهن لا يمكن ترسيمه بدفاتر الملكية العقارية وإنما يقيد احتياطيا عملا بأحكام **الفصل 366 م.ح.ع** وتكمن أهمية القيد الاحتياطي في أن الترسيمات الحاصلة بعد تاريخ القيد لا يمكن أن تستعمل في مواجهة المستفيد من القيد الاحتياطي إذ أن الحق العيني المرسم أو المقيد احتياطيا يجعل المتعامل في العقار المسجل غيرا سيء النية (خليفة الخروبي).

## الفقرة الثالثة: محلّ الرهن:

### 1) تحديد محلّ الرهن:

بقراءة **الفصل 271 م.ح.ع** "لا تقبل الرهن العقاري إلا الحقوق العينية التالية: الملكية القابلة للبيع والشراء، حق الإنتفاع مدة قيامه، الإنزال، الامفيتيز مدة قيامه، حق الهواء"، يمكننا إبداء جملة من الملاحظات:

- المشرع يتعرض للحقوق العينية القابلة للرهن مقتصرًا على بعض الحقوق العينية العقارية دون بقية الحقوق العينية الأخرى الواردة **بالفصل 12 م.ح.ع**.
  - بعض الحقوق العينية العقارية الموجودة **بالفصل 271** لا يمكن رهنها وهي الكردار الإنزال وحق الهواء تطبيقا **للفصل 191 م.ح.ع** الذي حجر إنشاءها بداية من تاريخ صدور **م.ح.ع**.
  - ما يمكن أن يرهن هو حق الملكية الكامل (استعمال + استغلال + تفويت) وحق الانتفاع (الاستعمال + الاستغلال) وتطبيقا **للفصل 271**، يمكن لمالك عقار إذا جزأه وأسند حق الانتفاع لشخص آخر أن يرهن حق الانتفاع ولا يمكنه رهن الانتفاع مباشرة قبل إنشاء حق في الانتفاع.
  - الرهن العقاري لم يقع ذكره في قائمة الفصل بمعنى أن المشرع يكرّس قاعدة "لا رهن عقاري على رهن عقاري - Hypothèque sur hypothèque ne vaut".
- ويطرح السؤال فيما يتعلق بمدى إمكانية رهن حق الرقبة. يمكن اعتبار رهن حق الرقبة جائزا استنادا إلى تأويل **الفصل 205 م.ح.ع** الذي نص أن ما جاز بيعه جاز رهنه وحق الرقبة يجوز بيعه وإحالاته

للغير. ويتدعم ذلك بالقاعدة العامة التي تقتضي بأن من أمكنه الأكثر أمكنه الأقل بمعنى أن من أمكنه الرهن أمكنه رهن جزء منه.

- **قائمة الفصل 275 م.ح.ع** هي مبدئيًا قائمة حصرية. لكن يمكن القول بأنها قابلة للتوسع فيها بموجب نصوص خاصة تسمح بذلك وأهمها النصوص والقوانين الخاصة التي أقرت إمكانية إنشاء حقوق عينية على الملك العمومي ومن بينها **قانون 18 مارس 1899 للمتعلم بإصدار مجلة الموانئ البحرية التجارية** والتي مكنت بعض الأشخاص من إقامة منشآت على الملك العمومي المتمثل في الموانئ البحرية، وهي عقود اللزما (contrats de concession). أيضا القانون المتعلق بالفضاءات والأنشطة الاقتصادية الحرة والقانون المتعلق بالطيران المدني 2004.

الرهن لا يقتصر على أصل العقار وإنما يمتد إلى توابعه وملحقاته والتحسينات التي أدخلت عليه. وهذا النص يكمل في الحقيقة قاعدة التخصيص. والمقصود بذلك أنه إذا تم رهن عقار متمثل في أرض فلاحية أحدث فوقها بناء وغرست عليها أشجار ووجدت معها أدوات فلاحية، تكون هاته الأخيرة مشمولة بالرهن ولو ألحقت بالعقار بعد نشأة الرهن فلا يتعارض ذلك مع قاعدة التخصيص. إذا فإن الرهن العقاري لا يقتصر على أصل العقار المرهون وإنما يمتد إلى ما التحق بذلك العقار من حقوق ومكاسب وتوابع يعتبرها القانون عقارات حكمية أو تحسينات في ذلك العقار.

من جهة أخرى، يخضع محلّ الرهن لجملة من النصوص الخاصة المتعلقة أساسا برهن العقار المشاع، رهن العقار المستقبلي، رهن الحق المشروط والشروط التي يجب أن تتوفر في العقار المرهون.

## (2) أحكام محلّ الرهن:

### (أ) رهن الحق العيني المشاع:

يمكن أن ترهن الملكية المفردة لكن يمكن أن تكون الملكية مشتركة بين عدة أفراد وفق ما نصّ عليه **الفصل 59 م.ح.ع**. فما يرهّن في هذه الصورة ليس العقار وإنما مناب الشريك في العقار.

في التطبيق تحصل بعض المخالفات التي تؤدي إلى صعوبات قانونية عندما لا تحترم مقتضيات **الفصل 59:**

- العملية الممنوعة الأولى هي عدم إمكانية الشريك رهن مناب مفرز من العقار.
- العملية الممنوعة الثانية هي عدم إمكانية رهن أكثر من منابه المشاع.
- العملية الممنوعة الثالثة هي رهن كامل المشترك.

مبدئيًا، من شروط الرهن أن يكون الراهن مالكا. لكن في بعض الصور يقع رهن ملك الغير طبق **النص 203 م.ح.ع** الذي يطرح نقاش حول صحة هذا الرهن من عدمه وإحداثه لآثار من عدمه. وينصّ **الفصل 203** أنّه "يصحّ رهن ملك الغير إذا أجازاه المالك أو صار المرهون ملكا للراهن." ورهن ملك الغير يتخذ عديد الأشكال، فقد يصدر الرهن عن شخص لا حق له على العقار. وقد يتجاوز حدود وكالته أو يرهّن أحد الشركاء أكثر من منابه في المشترك، وإذا أقر المشرع صحة هذا الرهن في إحالة إجازة المالك أو صيرورة المرهون ملكا للراهن فإن التساؤل يطرح لمعرفة جزاء الرهن عند غياب هذه الشروط. **الفصل 203** لم يتضمن جزاء للرهن المسلط على ملك الغير لذلك قد يتجه الرأي إلى اعتبار هذا العقد موقوفا طبقا لمقتضيات التشريع الإسلامي وتقتضي هذه النظرية وفق ما ذهب إليه أهل الشيعة الإمامية وفقهاء المذهبين الحنفي والمالكي إلى اعتبار رهن ملك الغير عقدا صحيحا بين أطرافه لكن غير نافذ تجاه الغير، فإذا أجازاه المالك الأصلي أو صار المرهون ملكا للراهن أصبح العقد صحيحا وناظرا للجميع وإذا لم يحصل ذلك يفسخ العقد ويعتبر كأنّه لم يكن. وقد يتجه رأي آخر هو رأي الأستاذ أحمد بن طالب إلى القياس للاعتماد على أحكام **الفصل 567 م.إ.ع** التي تضمنت جزاء بيع

ملك الغير. وعملا بالفقرة الثانية من الفصل المذكور، وجب استنتاج أنه إذا لم يجرز المالك الرهن جاز للدائن المرتهن طلب الفسخ وعلى المدين الرهن الخسارة إذا لم يعلم الدائن المرتهن وقت الرهن أن الرهن فضولي وليس لهذا الرهن أن يعارض ببطلان الرهن بدعوى أنه فضولي. وبذلك لا يكون رهن ملك الغير صحيحا إلا في حالة الإجازة أو انتقال الملكية للرهن. ونجد رأي ثالثا بلوره الأستاذ عبد المنعم عبود مفاده أن رهن ملك الغير باطل بطلانا مطلقا في صورة تخلف إجازة المالك أو عدم تملك الرهن للمرهون وذلك لأن فاقد الشيء لا يعطيه طبق 551 م.إ.ع وبما أن رهن ملك الغير يفقد لركن من أركانه وهو المحل وثالثا لأن المجلة الجزائية قد جرّمت رهن ملك الغير على الصعيد الجزائي من خلال الفصل 292 م.ج.

### ب) رهن الحق العقاري المستقبلي:

الحقّ المستقبلي هو الحق الذي لا يوجد في ذمة صاحبه والذي يمكن أن يصبح في الذمة مستقبلا. وأبرز مثال على ذلك حق الموعود له بالبيع (الوعد بالبيع يعد فيه الواعد الموعود له بأن يبرم معه عقدا نهائيا في المستقبل بعد مدّة).

يختلف الشراح في هذه المسألة ويعتبر الاتجاه الغالب أن رهن الحق المستقبلي هو رهن باطل بطلانا مطلقا لعدّة أسباب:

- لأنّ الرّاهن ليس له أيّ حقّ على المال المرهون فالحق العيني ليس تابعا له وليس عنصرا من عناصر ذمّته الماليّة.
- لأنّ الرّاهن يبدو مستعجلا في ممارسة حقوق لم تصبح جزءا من ذمته المالية بعد ولدينا قاعدة تقول بأنّ من استعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه.
- رهن الحق المستقبلي يتعارض مع مبدأ التّخصيص الذي يقتضي تعيين الحق المرهون تحديدا كافيا وهو أمر لا يمكن أن يتحقّق في هذه الصّورة.
- الرّهن العقاري يجب إشهاره والإشهار يبدو مستحيلا إذا تعلق الأمر بعقار مسجل لأننا سنجد المالك الأصلي (الواعد) في السجل العقاري ولن نجد الرّاهن (الموعود له).
- لأنّ المحل يبدو مستحيلا بما أن الرّاهن ليس مالك للحق العيني المرهون.

من جهة أخرى، يبدو أن هذه الحجج قابلة للنقاش إذ نجد الشّقّ المقابل يقدّم حجّتين:

- حجة مستمدّة من الفصل 205 م.ح.ع " ما جاز بيعه جاز رهنه " وبما أنّ بيع الحقّ المستقبليّ جائز فإنّ رهن ملك الغير جائز. علاوة على أنّ الفصل 203 م.ح.ع يمكن قراءته على أنّه يجيز رهن ملك الغير.

- حجة مأخوذة من الفصل 66 م.إ.ع " يجوز أن يكون الالتزام شيئا مستقبلا وغير محقق عدا ما استثنى في القانون لكن لا يجوز التسليم في ميراث قبل وفاة المورث. " وحسب هذا النّصّ يجوز أن يكون التعاقد على حقّ مستقبليّ وغير محقق والقانون لم يستثنى الرّهن من هذه القاعدة بشكل صريح.

أصحاب الرّأي القائل بصحّة رهن الحقّ المستقبليّ يملكون أسسا قانونية منطقية لكنهم قد لا يصمدون أمام الرّأي المخالف ذلك أنّ الفصل 66 م.إ.ع يتحدث لا يتحدث عن الحقّ المستقبليّ وإنما يتحدث عن الشيء المستقبلي الذي له وجود مادي عند التعاقد لكنه لم يكتمل بعد ومثال ذلك العقار الذي هو بصدد البناء. وانطلاقا من هذه المفارقة، فإنّه يمكن رهن الشيء المستقبلي ولا يمكن رهن الحق المستقبلي الذي لا وجود له

في الذمة إلا إذا تحققت أحد شروط الفصل 203 م.ح.ع وهي إجازة المالك أو صيرورة الراهن مالكا (حاتم الرواتبي).

### ت) رهن الحق العقاري المشروط:

الشَّروط هو وصف من أوصاف الإلتزام، نظمه المشرع في م.إ.ع في الفصول 116 وما بعده. وللشَّروط عموما معنيان في القانون:

- المعنى الأوَّل هو مرادف البند (بند من بنود العقد).
- المعنى الثاني هو وصف من أوصاف الإلتزام. وقد عرف المشرع التونسي الشَّروط كوصف من أوصاف الإلتزام في الفصل 116 م.إ.ع على "أنَّه تصريح بمراد المتعاقدين يوقف وجود الإلتزام أو انقضاءه على تحقق واقعة مستقبلية غير محققة الوجود". ويتربط عن هذا التعريف أنَّ الشَّروط نوعان:
  - شروط تعليلي ومثال ذلك اتفاق شخص مع آخر على إبرام عقد بيع سيارة إذا تحصل على قرض بنكيّ أوّلا. إذا تحقق شرط الحصول على قرض، اكتمل الإلتزام وأصبح نافذا، وإذا لم يتحقق انقضى الإلتزام.
  - شروط فسخي يكون العقد معه تامّا لكن إذا تحقّق الشرط الفسخيّ يفسخ العقد.

الحقّ المشروط هو إذا الحق الذي يكتسبه الزّاهن وهو مقترن بشروط تعليلي أو شرط فسخيّ فهل يجوز رهن الحقّ المعلق على شرط؟

**الفصل 202 م.ح.ع** تضمّن ما يلي: "من ليس له على الشيء إلّا حقّ قابل للفسخ أو الإبطال أو معلق على شرط فرهنه للشيء لا يكون إلّا بالشَّروط أو الفسخ نفسه." بمعنى أن الرهن صحيح على شرط أن يقع الرّهن على نفس ذلك الشَّروط التعليقي أو الفسخي.

### ث) الشروط واجبة التوفر في العقار المرهون:

يجب أن تتوفر في محلّ الرّهن الشَّروط العامّة المقرّرة في م.إ.ع على معنى الفصول من 62 إلى 66 م.إ.ع إلّا أنَّ المشرع في م.ح.ع يؤكد على ضرورة توفّر شرطين أساسيين أفردهما بنصّ خاصّ في باب الرّهن:

- أن يكون العقار المرهون قابلا للتعامل فيه وهو ما أفقره صراحة **الفصل 205 م.ح.ع** "ما جاز بيعه جاز رهنه" وما لا يجوز التعامل فيه لا يجوز بيعه وقد أكّد المشرّع على هذا الحكم في **الفصل 271 م.ح.ع** عندما أفقر أنّه "لا تقبل الرهن العقاريّ إلّا الحقوق العينية التالية: الملكية القابلة للبيع والشّراء...".
- شرط ملكية الحق المرهون من الزّاهن أي أن يكون الزّاهن مالكا للمرهون. ويفهم هذا الشرط من خلال مقتضيات **الفصل 203 م.ح.ع** الذي ينصّ أنّه "يصحّ رهن ملك الغير إذا أجازاه المالك أو إذا صار المرهون ملكا للراهن." وبقراءة عكسية نفهم أنّ الرّهن لا يصحّ إذا لم يصبح الزّاهن مالكا أو إذا لم يجزه المالك الأصليّ. وكما أشرنا سابقا فإنّ رهن ملك الغير يطرح سجالا فقهيّا يمكن أن يلخّص في 3 آراء:
  - رأي 1: يعتبره غير جائز لاستحالة المحلّ ولأنّ المشرع الجزائيّ جرّمه في **292 م.ج** معتبرا إيّاه شكلا من أشكال التحيّل وقد تبنّى شقّ هام من فقه القضاء هذا الرّأي.
  - رأي 2: يعتبره قابلا للإبطال وهو جزاء ممكن بناء على أحكام الغلط في صفة جوهرية في المعقود عليه وهي كونه ملك الغير أو الغلط المستثار، أو التغرير من خلال المخاتلات وإخفاء صفة في المعقود عليه.

○ رأي 3: يعتبره صحيحاً وجائزاً لكنه ينتج آثاره الشخصية بتوفر شروط **الفصل 2 م.إ.ع** بينما الأثر العيني الناقل أو المنشئ للملكية لا يحدث إلا بتوفر شروط **الفصل 203 م.ح.ع** وهما صيرورة الراهن مالكا أو إجازة المالك.

## القسم الثاني: آثار الرهن العقاري:

إن آثار الرهن العقاري تكون مبدئياً بين الطرفين أو تجاه الغير.

### الفقرة الأولى: آثار الرهن العقاري فيما بين المتعاقدين:

ينشئ الرهن التزامات على عاتق الراهن وتتمثل في 'التزام' بترتيب حق الرهن وهو التزام ينفذ في الحال بحكم القانون. ويترتب على تنفيذ الالتزام أن يوجد أكثر من حق عيني على العقار المرهون: حق الراهن وهو حق ملكية وحق الدائن المرتهن. يمكن كذلك التعامل مع آثار الرهن العقاري فيما بين المتعاقدين من خلال تسلسل زمني يفرق بين هذه الآثار قبل حلول أجل الدين، وبعد حلول أجل الدين.

#### 1) الآثار بالنسبة للراهن: الآثار قبل حلول أجل الدين:

قبل حلول أجل الدين، يبقى الراهن محافظاً على كل الصلاحيات والحقوق التي يتمتع بها المالك ذلك أن الرهن العقاري لا يجرّد مالك العقار من الحقوق المنجزة عن ملكيته له. مع ذلك، وضع المشرع قيوداً تضمن حقوق الدائن المرتهن وهي التي يمكن أن نستمدّها من خلال **الفصل 207 م.ح.ع** 'لا يسمح للراهن أن يفعل بالمرهون ما ينقص قيمته بالنسبة لما كان عليه وقت العقد ولا ما يمنع المرتهن من إجراء الحقوق الناشئة له من الرهن.' فحق الملكية التي يتمتع به الراهن ليس حقاً مطلقاً فهو مقيد بضرورة عدم المساس بحقوق الدائن المرتهن ويتماشى ذلك مع مبدأ توازن المصالح (L'équilibre des protections) الذي يمنع على الراهن إضعاف التأمين العيني الممنوح لمعاقده بفعله الشخصي ومثال ذلك أنّه لا يحق للراهن البلوغ في استعمال المرهون حد هلاكه أو إتلافه ولا الامتناع عن استعماله بطريقة تعرضه للتلاشي والتخريب. إضافة إلى ذلك سواء كان الراهن هو المدين أو الكفيل العيني فإنه ملزم بإنشاء حق الرهن للدائن المرتهن (إذا كان العقار مسجلاً وجب ترسيمه بالسجل العقاري حتى يتكون الحق العيني).

وإذا تولى الراهن خرق الالتزام بالضمان المحمول عليه على معنى **207 م.ح.ع**، فالجزاء المنطبق نجده في **الفصل 276 م.ح.ع** وهو جزاء سقوط الأجل الذي فرق فيه المشرع بين صورتين: فإذا هلك العقار بفعل المدين كان للدائن المرتهن الحق في طلب الوفاء بالدين حالا لأن الأجل يكون قد سقط بمفعول القانون. أما إذا كان الهلاك لا يعزى إلى خطأ من المدين جاز له عملاً بأحكام **الفصل 276 م.ح.ع** أن يعرض منح تأمين عقاري جديد أو إضافي.

وعلى الراهن أن يبقى مالك للعقار بل وحائزاً له بما يمكنه من التصرف فيه. إلا أنّ هذه التصرفات يجب ألا تمسّ بحق الدائن المرتهن. لذلك اعتبر **الفصل 292 م.ح.ع** رهن ما سبق رهنه يشبه بالتحيّل.

#### 2) الآثار بالنسبة للمرتهن: الآثار عند حلول أجل الدين:

إذا حلّ أجل الوفاء ولم يقم المدين بالوفاء اختياريّاً كان للدائن اتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار المرهون لبيعها بالمزاد العلني حسب مقتضيات **410 م.م.م.ت** مع استيفاء قيمة دينه من ثمن البيع. وتتميز هذه الوضعية ببعض الخصوصيات:

- للدائن المرتهن أن يشرع في التنفيذ على العقار المرهون وأن يمتنع عن التنفيذ على بقية مكاسب المدين المنقولة والغير منقولة طبق **الفصل 306 م.م.م.ت** ويسمى ذلك بقاعدة التنفيذ الاحتياطي.
- إذا كان الرهن موظفا على عقار مسجل وتم ترسيم الرهن في الرسم العقاري، يكون للدائن المرتهن ما يسمى بـ 'سند مرسوم' يمكنه من التنفيذ على العقار المرهون مباشرة ولو بدون استصدار حكم قضائي ضد المدين أي أن السند المرسوم يقوم مقام السند التنفيذي علما أنه لا يمكن التنفيذ على مال المدين إلا إذا كان لدى الدائن سند تنفيذي.
- في التنفيذ الذي يجريه الدائن، من الضروري أن يتبع إجراءات التنفيذ المبينة في **298 م.م.م.ت** دون غيرها. ولهذا الحكم نتائج هامة:
  - فلا يتميز الدائن المرتهن على غيره من الدائنين العاديين في الإجراءات التي يتخذها في التنفيذ على العقار المرهون. فالدائن العادي من حقه عقلة العقارات التابعة لمدينه ومباشرة إجراءات التثبيت ولو كانت موضوع رهن لكن مع بقائه مهتدا بأفضلية الدائن المرتهن عند استخلاص قيمة الدين من المتحصل من البيع.
  - وإذا لم تأت **ع.ح.م.ع** بما يعمل على تأكيد بطلان كل اتفاق يهدف لأن يصبح المرتهن مالكا للعقار عند عدم الوفاء بالدين (شرط تملك العقار المرهون) أو بأن يتم بيع العقار دون مراعاة الإجراءات المقررة في بيع المرهون (شرط الطريق الممهد) فإن ذلك لا يؤدي بالمرّة لجواز مثل هذه الشروط وعلة هذه الشروط في رهن المنقول وفق ما اقتضته **المادة 256 م.ح.ع** تبقى قائمة مع الرهن العقاري بما يجيز الاحتكام لقواعد القياس وإقرار جزاء البطلان حسب الأستاذ خليفة الخروبي.

## الفقرة الثانية: آثار الرهن العقاري بالنسبة للغير:

يكون الرهن نافذا وتتحقق آثاره تجاه الغير أساسا عند احترام شكليات الإشهار وبحصول الإشهار يمكن الحديث عن حقّ الأفضلية وحقّ التتبع في جانب المرتهن.

إنّ مظهر نفاذ الرهن في حق الغير هو حق الدائن المرتهن في الأفضلية وحقه في تتبّع العقار المرهون.

### (1) حقّ الأفضلية:

الأفضلية هي الغاية من الرهن وتعني استيفاء الدائن المرتهن حقه متقدما على غيره من الدائنين العاديين والمرتهنين التاليين له في المرتبة. وحقّ الأفضلية يتطلب توقّر جملة من الشروط:

- ضرورة إشهار الرهن العقاري عن طريق الترسيم في إدارة الملكية العقارية أو التنصيب على الرهن إذا كان العقار المرهون غير مسجل. فلا يمكن للدائن المرتهن أن يعتد بالرهن العقاري إلا إذا تولى إشهار رهنه. والترسيم بالسجل العقاري في العقارات المسجلة هو الذي يكون حق الرهن كحق عيني فيصبح جزاء التعامل في العقار قائما على مدى الإطلاع على ما يثبته الرّسم من تنصيبات فيتحقق عنصر حسن النية إذ لا حقيقة سوى ما تضمّنه الرّسم من بيانات.
- تعدّد الدائنين هو من مفترضات الحديث عن حقّ الأفضلية.
- وحدة المدين ووحدة الدين.
- عدم كفاية ثمن التثبيت العقاري لكفاية كامل الدّين.

وإذا تم ترسيم الحقّ وتوفرت مفترضاته، تحدّد موضوع الأفضلية فتتحقق نفس المرتبة لأصل الدين وفوائض ثلاث سنوات إذا تم بيان نسبة الفائض بالعقد والترسيم طبق **الفصل 279 م.ح.ع.** وبذلك فإنّ الأفضلية تفضي إلى مسألة تراحم أصحاب الحقوق العينية:

- إذا كان التراحم بين دائن مرتهن ودائن عاديّ، يقدّم الدائن المرتهن على الدائن العاديّ شريطة إشهار الرهن.
- إذا كان التراحم بين الدائن الممتاز والدائن المرتهن، يقدّم الدائن الممتاز طبق **195 م.ح.ع.**
- إذا كان التراحم بين راهني عقار، فإنّ الأفضلية بين هؤلاء طبق **278 م.ح.ع.** تكون في شكل مرتبة تتقرر من يوم حصول الترسيم. فأسبقية تاريخ حصول الترسيم تتحدد معها أفضلية الدائن بالنسبة لغيره من الدائنين. وإذا تم ترسيم أكثر من رهن في يوم واحد فإنّ هذه الحقوق تكون متساوية في المرتبة ويخضع أصحابها لقاعدة التحاوص حسب **خليفة الخزوي.**
- إذا كان التراحم بين دائن مرتهن بعقار وآخر مرتهن بمنقول تحول إلى عقار حكمي بقوة القانون، يفضّ هذا الإشكار عن طريق الإشهار.
- إذا كان التراحم بين حابس لعقار ومرتهن للعقار نفسه، فإنّ الأولوية تكون لمن كان سباقاً في الإشهار.

## (2) حقّ التتبّع:

حسب **الفصل 201 م.ح.ع.**، الرهن العقاري هو عقد وتأمين عيني وظيفته الأساسية ضمان الدين الأصلي. وتوظيف الرهن لا يمنع الراهن من التصرف في العقار كما سبق وأشرنا. وعند تحقق مماطلة المدين الراهن، يكون الدائن المرتهن أمام فرضيتين:

- ملكية العقار المرهون بقيت للراهن، يكون للدائن عقلة العقار ومباشرة إجراءات بيعه بالمزاد العلني أمام دائرة البيوعات العقارية بالمحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها العقار المرهون (أفضلية دون تتبع).
- ملكية العقار انتقلت إلى الغير. فكيف للمرتهن أن يواجه الغير؟

كإجابة على هذا السؤال، منح المشرع الدائن المرتهن ما يعرف بحقّ التتبّع الذي ولئن لم تعرفه النصوص التشريعية إلا أنّ **م.ح.ع.** تعرضت له في **الفصلين 270 و280**. وقد عرّفه الفقه بكونه 'الحق المخول للدائن المرتهن للتنفيذ على العقار المرهون ولو انتقلت ملكيته للغير'. ويفهم من ذلك أن لحق التتبّع طبيعة استثنائية فالأصل أن يقع التنفيذ على مكاسب المدين لكن بصورة استثنائية أجاز المشرع للدائن التنفيذ على العقار المرهون الذي انتقلت ملكيته للغير. ويخضع هذا الحقّ في ممارسته إلى شروط أصلية وأخرى إجرائية.

### (أ) الشّروط الأصلية لممارسة حقّ التتبّع:

- شرط يتعلّق بالدين: حلول أجل الدين المضمون مع التحقق من مماطلة المدين.
- شرط يتعلّق بانتقال حيازة العقار من الراهن إلى الغير: حيث أشار **الفصل 281 م.ح.ع.** لهذا الغير من خلال عبارة 'واضع اليد' وعرّفه بكونه كلّ من انتقلت إليه بأي سبب من الأسباب ملكية العقار أو أيّ حقّ عينيّ آخر قابل للرهن. وتتجه الإشارة إلى أنّ عبارات **الفصل 281 م.ح.ع.** تفتقر إلى الدقّة حسب الأستاذة عواطف عبد القادر إذ ليس كل انتقال ملكية للحق المرهون يحقق معه صفة واطئ اليد وقد يحصل انتقال الملكية بالميراث ولا يكون للورثة صفة واطئ اليد لأنهم معنيون مباشرة بالدين وهم مطالبون بأداء التزامات مورثهم في حدود مناباتهم من التركة فيكون من حقّ الدائن المرتهن التنفيذ على العقار دون ضرورة اللجوء لحقّ التتبّع.
- شرط يعلّق بالإشهار: والإشهار هنا يتعلّق بالرهن ويمتدّ إلى التصرف الناقل لملكية العقار المرهون.

- إشهار الرهن: إذا كان العقار مسجلاً فيكون ذلك بترسيم الرهن بإدارة الملكية العقارية وإذا كان العقار غير مسجل فيكون الإشهار بالتنصيص على الرهن بهامش رسم الملكية بواسطة عدلين.
- إشهار انتقال الملكية: يجب على الحارز أن يكون قد قام بإشهار انتقال الملكية وذلك بالترسيم بإدارة الملكية العقارية إذا كان العقار مسجلاً وبالتسجيل في القباضة المالية إذا كان العقار غير مسجل وفي غياب هذا الإشهار يعتبر العقار المرهون على ملك الراهن وهو ما يعني حق الدائن المرتهن في التنفيذ المباشر على ذلك العقار.

### ب) الشروط الإجرائية لممارسة حق التمتع:

طبق الفصل 283 م.ح.ع، تتلخص هذه الشروط في:

- مبادرة الدائن المرتهن عند حلول الأجل بإعلام المدين.
- إنذار واضح اليد.

يمكن أن يطرح إشكال بخصوص وضعية واضح اليد، فهو صاحب حق عيني لكنه أجنبي عن الدين الذي يربط الراهن والمرتهن، فكيف يمكن لواضع اليد أن يواجه إنذار الدائن المرتهن؟

المشرع منح واضح اليد جملة من الخيارات يمكن تبويبها إلى نوعين من الخيارات:

#### • خيارات ينجر عنها بيع العقار بيعاً جبرياً:

- التخلي عن العقار: يمكن لحائز العقار أن يتخلى عن حيازته لتفادي ممارسة حق التمتع ضده، فيقوم بتصريح لدى المحكمة الابتدائية التي بدأرتها العار ويتسلم من الكتابة وصلاً في ذلك. وإذا كان العقار مسجلاً، فعلى الكاتب أن يعلم إدارة الملكية العقارية بالتنصيص على التخلي برسم الملكية. ويتم تبعا لذلك تعيين مؤتمن عدلي تمارس ضده كل الإجراءات المتبعة في البيوعات العقارية. والتخلي لا يقصد به التخلي عن ملكية العقار ولا عن حيازته القانونية فيظل المالك الجديد مالكا وإذا بيع العقار بثمن يزيد عن ديون الدائنين كانت الزيادة له حسب خليفة الخروبي.

- الصمت: لا يحرك واضح اليد ساكنا خلال أجل 30 يوم من الإنذار فلا يقوم بخلاص الدين ولا يمارس إجراءات التخلي ولا يمارس كذلك إجراءات التطهير. فلا يبقى أمام الدائن المرتهن سوى ممارسة حق التمتع ضده والتنفيذ على العقار المرهون.

#### • خيارات ينجر عنها بقاء يد واضح اليد على العقار:

- أداء الدين: قد تتجه رغبة واضح اليد للاحتفاظ بملكية العقار المرهون ويختار حلّ الوفاء بالدين. والوفاء يكون بكامل الدين أصلاً وفوائض ويكون عند حلول الأجل المحدد. ويترتب عن هذا الوفاء انقضاء الرهن. وبهذا الخيار، يحلّ واضح اليد محلّ الدائن المرتهن في الدين ويمكنه طلب مبلغ الدين من المدين.

- تطهير العقار من الرهن: تعرّض له المشرع في 281، 292 و 302 م.ح.ع. هو إجراء يمنع الدائن المرتهن من عقلة العقار مؤقتاً. ويحصل ذلك بتوجيه إعلام للدائنين المرسمين يتضمن تنصيصات وجوبية في ظرف سنة من تاريخ ترسيم سنده أو خلال شهر من تاريخ أول إنذار يوجّه له طبق 283 م.ح.ع. والمقصود بالإعلام هو أن يصرح المالك الجديد بأنه مستعد لخلاص الديون السابقة الموثقة بالرهن والمرسمة قدر الثمن أو بقدر القيمة المصرح بها إذا حصل التفويت بدون عوض. وتختلف آثار هذا الإعلام بحسب اختيارات الدائنين المرتهنيين.

فإذا قبل هؤلاء العرض، تحقق التطهير. وإذا رفض هؤلاء العرض، تعين عليهم القيام بطلب بيع العقار بالمزاد العلني. ويختلف هذا التطهير الاختياري عن التطهير الذي يحصل بحكم القانون طبق 481 م.م.م.ت.

## القسم الثالث: انتهاء الرهن العقاري:

إذا كان الرهن العقاري حقا عينيا تبعيًا فإنه يخضع إلى قاعدة انقضاء التابع بانقضاء المتبوع. إلا أن الرهن العقاري قد ينقضي بصفة مستقلة ولأسباب خاصة دون انقضاء الدين الأصلي. وإذا انقضى الرهن بأحد الأسباب المؤدية إلى ذلك فإن من آثار ذلك أن يحصل التشطيب عليه.

### الفقرة الأولى: الانقضاء:

ينقضي الرهن إما بصفة أصلية أو بصفة تبعية. وأسباب الانقضاء هي أسباب انقضاء الالتزام بوجه عام وفق ما أورده المشرع بـ **الفصل 339 م.إ.ع.** وتجدر الإشارة إلى أن قائمة **الفصل 291 م.ح.ع.** اقتصرت على ذكر بعض أسباب الانقضاء دون أسباب أخرى.

وينقضي الرهن العقاري بصفة تبعية إذا انقضى الالتزام الأصلي بعد الوفاء به أو تعذر الوفاء به أو بتحقيق أحد الأسباب الأخرى.

وقد ينقضي الرهن بصفة أصلية مع بقاء الدين المضمون قائما فيفقد الدائن الأصلي حق الرهن ويصبح دائنا عاديا. ويتحقق ذلك مثلا إذا تنازل الدائن المرتهن عن الرهن بتسليم كتب في رفع اليد إذا كان الكتب ضروريا لإثبات التنازل والقيام بإجراءات التشطيب على الرهن أو إذا هلك العقار المرهون أو إذا أحيل الدين بدون رهن على معنى **210 م.إ.ع.**

### الفقرة الثانية: التشطيب على الرهن:

يقصد بالتشطيب إلغاء مفعول الحق العيني لانقضائه أو انقضاء سببه. فالرهن لا يبقى إلا بقاء الترسيم. ويتحقق التشطيب بعد انقضاء الرهن. أما في الرسوم العقارية للعقارات المسجلة بإنهاء آثار ترسيم الرهن بعد إدراج تنصيب بهامش رسم الملكية. وقد اشترط **290 م.ح.ع.** أن يقع التشطيب بتقديم كتب ممضى من الدائن في رفع اليد أو بحكم أحرز قوة ما اتصل به القضاء. ورفع اليد يتم كتابة بتقديم حجة على الدائن المرتهن تنازل عن حق الرهن لتحقيق أحد أسباب انقضاء الالتزام. وإذا رفض الدائن تسليم كتب في رفع اليد كان للمدين الراهن الذي وفي الدين حق اللجوء للقضاء الأصلي والحصول على حكم يقضي بالتشطيب على الرهن.

ومسألة التشطيب على الرهن العقاري في علاقة بالتنقيص من الرهن وهي الحالة التي خصها **290 م.ح.ع.** مشيرا إلى أن التنقيص من الرهن لا يقع إلا بموجب اتفاق.

## الباب الثاني: الامتياز

عرّف المشرع الامتياز في **الفصل 194 م.ح.ع** بكونه: '... حقّ عينيّ يعطيه القانون في تفضيل بعض الدائنين على بعض للخلاص من مكاسب المدين نظرا لصفة ديونهم.'

وقد خصص المشرع الجزء 2 من العنوان 6 'في التأمينات العينية' المقسّم لباب 1 'الامتياز بوجه عام'، باب 2 الامتيازات العامة والباب 3 'الامتيازات الخاصة'.

هذه النصوص هي الأحكام العامة للامتيازات ونجد النصوص في الخاصة في م.ح.ع أو خارجها.

### القسم الأول: خصائص الامتيازات:

لتحديد خصائص الامتيازات، يجب الانطلاق من تعريف الامتياز في **194 م.ح.ع** "الامتياز حق عيني في تفضيل بعض الدائنين على بعض للخلاص من مكاسب المدين نظرا لصفة ديونهم."

- **الامتياز حقّ عينيّ:** استهل المشرع تعريف الامتياز بوصفه حقا عينيا وهي الميزة التي نجدها في الفصل 12 م.ح.ع والذي عدد الحقوق العينية العقارية واعتبر الامتياز العقاري من بينها.

لماذا نصّص المشرّع على الصبغة العينية للامتياز؟

يطرح هذا السؤال خاصة وأنّ النصّ الأصلي وهو **الفصل 1625 م.إ.ع** الواقع نسخه بمقتضى القانون عدد 5 المؤرخ في 12 فيفري 1965 **المتعلق بإصدار م.ح.ع** كان يعرف الامتياز بكونه "الحقّ الذي يعطيه القانون في تقدّم بعض الغرماء في الخلاص من مكاسب المدين." فلعلّ المشرع أراد حسم الجدل الفقهي بخصوص الطبيعة القانونية للامتياز بعد أن نفى عنه بعض الفقهاء الصبغة العينية معتبرين أنّ الامتياز هو مجرد أولوية تمكّن صاحبها من استخلاص دينه مفضّلا على بقية الدائنين. ما معنى أنّ الامتياز حقّ عينيّ؟

الحقّ العيني هو سلطة قانونية مباشرة يمارسها صاحب الحق على العين عكس الحق الشخصي الذي يفترض رابطة قانونية بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين وبمقتضى هذه الرابطة يلتزم المدين تجاه الدائن. أيضا، الحق العيني ذو أثر مطلق إذا جابه به الكافة وهذا الأثر المطلق المميّز للامتياز كحق عيني يمكن الدائن الممتاز من معارضة الغير بحقه سواء عبر ممارسة حق الأفضلية إذا تعلق الأمر بدائن منافس أو عبر ممارسة حق التتبع إذا تعلق الأمر بحائز للشيء الموظف عليه الامتياز. هل يستجيب الامتياز لتعريف الحقّ العينيّ؟

يتّجه التفكير في البداية أنه عملا بأحكام **الفصل 197 م.ح.ع** فالامتياز يكون عاما يتسلط على كل مكاسب المدين المنقولة والعقارية والخاص يتسلط على مال بعينه. وعلى هذا الأساس، شكك بعض الفقهاء في الصبغة العينية للامتياز خاصة الامتياز العام باعتبار أنه لا يرد على مال معين بالذات وإنما يشمل كل أموال المدين وبالتالي فإن فكرة التخصيص ضعيفة بل غير موجودة (**عبد المنعم عبود**). إلا أن هذا الرأي يتعارض مع صريح عبارات **الفصل 194 م.ح.ع** الذي استعمل عبارة مطلقة بقوله أنّ 'الامتياز حق عيني' وعليه يتجه أخذها على إطلاقها وبالتالي فإنّ الصبغة العينية متحققة في الامتياز سواء كان خاصا أو عاما (**عواطف عبد القادر**).

- **الامتياز مصدره القانون:** نص الفصل 194 أنّ 'الامتياز... يعطيه القانون...' فالقانون هو المصدر الوحيد للامتياز وقد عبّر الفقه عن هذه الخاصية بقاعدة 'لا امتياز بدون نص' وهو بذلك يتفق مع حق الحبس (309 م.إ.ع). ويتربّب عن هذه الخاصية أن النصوص المنظمة للامتياز تكتسي صبغة أمر لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ولا يجوز القياس فيها ويتّجه تأويلها بصورة ضيقة خاصة أنّ الامتياز استثناء لمبدأ المساواة بين الدائنين.
- **الامتياز يمنح لصفة في الدين (أساس الامتياز):** جاء بـ الفصل 194 أنّ 'الامتياز... في تفضيل بعض الدائنين... نظرا لصفة ديونهم.' ويؤخذ من هذه العبارات أنّ الامتياز يعطى للدائن لا لسبب يتعلق بذاته وإنما لسبب يرتبط بدينه لذلك نقول أنّ 'الدين هو الممتاز وليس الدائن.' صفة الدين هي الأساس لمنح الامتياز وقد مثلت هذه الخاصية محلّ إجماع على مستوى الفقه والتشريعات. وقد عرف الفقه هذه الصفة بكونها الاعتبار الذي يراعيه المشرع في دين معيّن والذي يبرر في تقديره جدارته بالتفضيل عن غيره من الديون. من بين هذه الاعتبارات نجد اعتبارات مرتبطة بالمصلحة العامة (امتياز المبالغ المستحقة للخزينة العامة)، اعتبارات معاشية (امتياز دين النفقة)، اعتبارات دينية (مصاريف تجهيز الميت)، اعتبارات اجتماعية (امتياز الأجراء في خلاص أجورهم) ...
- **الامتياز تأمين عيني:** أضاف المشرّع في الفصل 194 م.ح.ع أنّ 'الامتياز حق... في تفضيل بعض الدائنين على بعض...' ويؤخذ من هذه العبارات أنّ الامتياز حق مقرّر لضمان حقّ شخصي وحق في الوفاء المفضّل على مال المدين وتأسيسا على ذلك فهو تأمين عيني. الإقرار بأنّ الامتياز تأمين عيني يربّب آثار التأمينات العينية تجاه الغير
  - **الأفضلية:** المشرع نص عليه صراحة في الفصل 194 بعبارة 'في تفضيل بعض الدائنين' وأوضح الفصل 195 م.ح.ع مداه حين اعتبر أنّ 'الدين الممتاز مفضل على غيره من الديون وحتى على الديون الموثقة برهن عقاري' فالامتياز إذن يمنح الدائن الممتاز مبدئيا حق التقدم على أقوى حقوق التقدم في مادة التأمينات حيث يجعله يتفوق ويفضّل على غيره من الدائنين المنافسين سواء كانوا مرتهنين أو عاديين.
  - **التتبع:** الملفت للانتباه عند قراءة الفصل 194 أن المشرع تعرض لحق الأفضلية كأثر قانوني وحيد مترتب عن الامتياز دون أن يشير إلى حق التتبع في نفس التعريف. وقد ربّب هذا الموقف التشريعي المتمثل في السكوت عن إبراز حق التتبع كأثر من آثار الامتيازات بشكل صريح سجال فقها يمكن تلخيصه في موقفين:
    - الموقف الأول (نور الدين بالسرو/محمد سعيد)** دأب على القول بأن الامتياز لا يمنح الدائن الممتاز حقا في تتبع الشيء موضوعه خاصة أن الفصل 194 م.ح.ع اقتصر على ذكر حق التفضيل فقط دون حق التتبع كما حصر إمكانية استيفاء الدين في إطار التنفيذ على مكاسب المدين دون المكاسب التي خرجت من ذمته المالية مما يؤكد غياب حق التتبع. أمّا عن الإقرار الصريح بعينية الإمتياز ضمن الفصل المذكور فإنّ هذه الطبيعة القانونية لا تؤسس بمفردها حق التتبع الذي ولئن كان من طبيعة الحقوق العينية فهو ليس من ماهيتها ولا من جوهرها إذ الغاية من إقرار العينية هي إثارة الاحتجاج المكّرس من خلال حق التفضيل.
    - المشرع من جهة أخرى لم ينظم حق التتبع بالكيفية التي تجيز الاعتراف به بل أنّ م.ح.ع أشارت له في الفصل 200 ثانيا في صورة استثنائية لا يمكن التوسع في تأويلها.

أيضا، إذا كان موضوع الامتياز منقولاً، فإن مقتضيات الفصل 53 م.ح.ع تعدّ حاجزاً أمام تمسك الدائن الممتاز بحق التتبع فقرينة الحيازة في المنقول كسند للملكية تمكن الحائز من إحباط دعوى الدائن لاسترداد المنقول موضوع الامتياز.

ثم، إنّ عدم إشهار الامتياز بصفة عامة يحول دون إقرار حق التتبع. فالمشرع لم ينصّ صراحة على إشهار الامتياز بنوعيه العام أو الخاص باستثناء بعض الامتيازات الخاصة كامتياز بيع الأصل التجاري مما يدعم فكرة أنه لا مجال لتكريس حق التتبع في غياب نظام إشهاري عام للامتياز.

حجة أخرى يتبنّاها أصحاب هذا الموقف تتمثل في كون المشرع لم ينظم إجراءات التطهير في مادة الامتياز على عكس تأمينات أخرى كالزهن العقاري. وكما هو معلوم فإنّ التطهير يعدّ طريقة للانقضاء الجزئي للتأمين العيني في فرع المتعلق بحق التتبع ومن ثمة فإن غياب تنظيمه في مادة الامتياز يعتبر دليلاً على عدم إلحاق هذا الحق التابع بهذا التأمين الموقف الثاني: وعلى الرغم من الواجهة الظاهرية لهذا الرأي، إلا أنّ شقاً مهماً من الشرح (عبد المنعم عبّود/ بشير الفرشيشي) فنّدوه لاعتبارات عديدة.

ففي البداية، عدم التعرّض إلى حقّ التتبع في تعريف الامتياز لا يعد قرينة أو حجة على رفضه ضمناً واستحالة إقراره مبدئياً ولهذا الدفع سببان. السبب الأول يتمثل في أنه ليس من المشروط عادة التعرّض إلى كلّ الآثار القانونية المترتبة عن إجراء ما أو مؤسسة ما عند تعريفهما حتى يقع تحديد هذه الآثار بصورة يقينية. وعموماً، لا تتعرض التعريفات التشريعية للعقود أو المؤسسات القانونية إلى تحديد كلّ آثارها وأحياناً حتى البعض منها. فهذا العمل موكل أساساً للفقهاء كمصدر غير مباشر للقانون. وتكفي الإشارة إلى أنّ حق التتبع موجود ومنصوص عليه في سائر التأمينات العينية ولكن خارج التعريفات القانونية. والسبب الثاني ينحصر في القول بأن إقرار حقّ التفضيل يفترض بالضرورة إقرار حق التتبع لأن الحق الأول يفقد جدواه في غياب الحق الثاني. وقد اعتبر الأستاذ كمال شرف الدين في هذا السياق أن حق التتبع هو السلاح الفعال بالنسبة للمستفيدين من التأمينات العينية التي تمثل مجالاً رحباً لاستخدامه. ويبدو مستحيلاً على صاحب الدين الممتاز غير المدعم بحق التتبع استيفاء حقه في حال تفويت المدين في محل الإمتياز، علاوة على أنه في صورة ما إذا كان الدائن الممتاز هو الدائن الوحيد للمدين القائم بهذا التفويت فإنه لن يكون بحاجة إلى حق التفضيل في غياب دائنين منافسين له بقدر ما تثبت حاجته الماسة والمؤكدّة إلى حق التتبع. ثانياً، إن الإقرار بأن حق التتبع هو من طبيعة الحق العيني وليس من مستلزماته بحيث يمكن تصور حق عيني تبغي بدون حق تتبع لا يستقيم قانوناً باعتبار أنه من طبيعة الحق العيني أن يوفر ميزتي الأفضلية والتتبع فهما أثران آليان للطبيعة العينية ولا يشترط التنصيص صراحة على وجودهما إذ هما قائمان ما لم يقع استبعادهما بالنصّ الصريح. ولعلّ ما يؤكد هذه العروى الوثقى بين الطبيعة العينية للحق وأثره المتمثل في حق التتبع هو انطلاق بعض الفقهاء من تنصيص المشرع على ترتيب بعض الامتيازات لحق التتبع للإقرار بعينية هذه الحقوق التبعية. أما في تشريعنا فليس الشرح في حاجة للبحث عن هذه العلاقة الطبيعية والعميقة بين حق الامتياز وآثاره ذات الصبغة العينية ذلك أنّ المشرع أقرّ هذه الصبغة العينية صراحة بمعنى أنه لا مجال للتشكيك في ترتيب هذا التأمين العيني لحق التفضيل وحق التتبع.

بالنسبة للحجة الثانية، فإنّ الاستناد إلى **الفصل 53** لا يمكن من التأكيد بانتفاء حق التتبع إلا إذا كانت قرينة الحوز قرينة مطلقة في حين يجدر الإشارة إلى أن قرينة الفصل المذكور بسيطة تجيز للدائن الممتاز استرداد محل تأمينه من الحائز في صورة سوء نية الأخير. ثمّ إنّ قرينة الفصل 53 محدودة المجال إذ تتعلق بالمنقولات دون العقارات في حين أن محل الامتياز يمكن أن يشمل عموم المنقول والعقار أو العقار فقط. أيضا، لا يجب تعميم القرينة سالفه الذكر على كل المنقولات لأنّ هناك عديد المنقولات التي أخضعها المشرع إلى نظام إشهاريّ يشبه نظام العقار المسجل (امتياز السفينة/ امتياز الطائرة/ امتياز الأصل التجاري) مما يجعل الامتيازات المتعلقة بهذه المنقولات مؤهلة لترتيب حقوق تتبع كلما تم ترسيم الامتياز طبق الأحكام والإجراءات الخاصة بها.

وردا على الحجة الثالثة، فلا ريب ولا تريب في كون إشهار الحق العيني إجراء يكتسي من الأهمية الحيز الكبير لإمكانية معارضة الغير به وممارسة حق التتبع في صورة انتقال المال محل الامتياز إلى ذمة الغير. لكن أهمية إشهار الامتياز لا يجب أن تعطي لهذه الشكلية مفعولا منشأ لحق التتبع بحيث يكون هذا الأخير معدوما كلّما لم يرسم الامتياز. ومن المتجه التأكيد أن الإشهار هو شرط من شروط ممارسة حق التتبع وليس شرطا من شروط نشأته وبالتالي لا يجوز قبول تأثير الإشهار أو الترسيم كإجراء لتفعيل الحق على قيام الحق في حدّ ذاته. ثمّ إنّ من الثابت أن الامتيازات لا ترسم لأن مصدرها القانون وليس صكا أو اتفاقا أو حكما يجب إشهاره برسم الملكية ليرتب آثارا معينة، وليس من الثابت ربط ممارسة حق التتبع برسم الامتياز بالسجل العقاري لإعلام الغير المتعامل على العقار بوجوده ولمعارضة الأخير به فالامتياز كما أسلفنا مصدره القانون والقانون يضع قرينة قانونية على معرفة الكافة به (**الفصل 545 م.إ.ع**) فمن يتعامل على العقار الموظف عليه الامتياز يكون محمولا على العلم بوجود هذا التأمين العيني مثلما يكون محمولا على معرفة القانون. أيضا، صحيح أن المشرع لم يسن مبدأ إشهار الامتياز لكن هذا السكوت لا يعني رفضا قاطعا لهذه الشكلية ذات الوظيفة الإعلامية والاحتجاجية خاصة أن النصوص المتعلقة بالامتيازات الخاضعة للإشهار تعتبر حجة على إمكانية إشهار أي امتياز سواء كان عاما أو خاصا.

أمّا فيما يخصّ عدم تعرض المشرع لمسألة تطهير محل الامتياز من التحملات أو الترسيمات ولا لأي خيار من خيارات واضع اليد لمواجهة حق التتبع المخول للدائن صاحب الإمتياز، فإنّ ذلك لا يعني عدم تكريس حق التتبع في مادة الامتياز. أولا، صحيح أن المشرع لم ينظم طرق مواجهة حق التتبع من طرف الغير الراغب في تخليص المال المنقول إليه من التأمين المسلّط عليه. لكن هذا الفراغ التشريعي يمكن سدّه بأحكام م.إ.ع فيما يخص دفع الغير ببطلان الالتزام الأصلي وانقضائه أو ب.م.م.ت فيما يتعلق بإجراءات بيع العقار أو المنقول موضوع حق التتبع. ثانيا، لا يجب تجاهل أن حق الأفضلية في الامتياز من أقوى حقوق الأولوية. وما من شك أنه أقوى من حق الأفضلية الممنوح للدائن المرتهن وخاصة لمرتتهن عقار باعتبار أن **الفصل 195 م.ح.ع** نصّ على ذلك صراحة. وهذا التفوق للامتياز لا معنى له إذا لم يقع سنّ حماية خاصة للدائن الممتاز أقوى من حماية الدائن المرتهن. ولعلّ مراد المشرع في تحقيق مثل هذه الحماية يبرر عدم تمكين الغير من مواجهة الدائن صاحب الدين الممتاز بخيار التطهير إلا في الحالات المستثناة قانونا. وفي النهاية، فإنّ مجلة المرافعات إضافة إلى بعض القوانين الخاصة قد أشارت إلى بعض الصور المتعلقة بتنظيم التطهير الإرادي والتي يمكن أن

تنطبق على الامتيازات ومن ذلك **الفصل 481 م.م.م.ت** والذي تضمن أنّ ' بيع عقار بالمزاد العلني عن طريق المحكمة أو حسب إجراءات الفصل 450 يظهر ذلك العقار قانوناً من جميع الامتيازات والرهون الموظفة عليه...!.

في النهاية، نلاحظ أنّ إصرار المشرع على وصف الامتياز بالحق العيني وهو ما لم يفعل للرهن في **الفصل 201** معتبراً إيّاه عقداً، وما لم يفعله بقية المشرعين العرب الذين اعتمدوا لفظ 'الأولوية' عوض 'حقّ عيني'، وضرورة تأمين ممارسة حق التقدم بواسطة منح الدائن الممتاز حق التتبع، يفترضان استنتاج وجود حقّ التتبع كأثر مترتب عن حقّ الامتياز.

• **الامتياز تأمين غير حيازي:** خلافاً لحق الحبس ورهن المنقول، لا يشترط لقيام الامتياز تخلي المدين عن حيازة المال محلّ الامتياز لفائدة الدائن. ويستنتج ذلك من تعريف الامتياز دون اشتراط ضرورة تحويز الدائن بالمال محلّ الامتياز.

• **الامتياز حقّ عيني تبعي:** الامتياز طبق **الفصل 194** هو حق عيني يعطيه القانون للخلاص من مكاسب المدين وبالتالي فهو يهدف للوفاء بالدين ويفترض وجود دين أصلي. وعلى هذا الأساس، يمكن القول بأنّ الإمتياز هو حق عيني تبعي لا ينشأ بصفة مستقلة كما هو الحال للحقوق العينية الأصلية. وترتب هذه الخاصية بعض النتائج المهمة. فالامتياز لا ينشأ دون وجود دين. ثمّ إنّ انقضاء الدين ينجرّ عنه انقضاء الامتياز. وفي النهاية، انتقال الدين يؤدي إلى انتقال الامتياز طبق **196 م.ح.ع.**

• **الامتياز غير قابل للتجزئة:** رغم أنّ المشرع لم ينصّ على هذا الخاصية صراحة كما فعل مع الرهن في **الفصل 208 م.ح.ع.**، إلّا أنّه يمكن القول بأنها خاصية مشتركة بين كلّ التأمينات العينية ومعناها أنّ الدّين ومحلّ التأمين هما غير قابلين للتجزئة. لكن يجدر الإشارة إلى أنّ مبدأ عدم التجزئة لا يهم النظام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفته.

• **الامتياز يكون عامّاً أو خاصّاً (محلّ الامتياز):** نصّ **الفصل 197 م.ح.ع** أنّ ' الامتياز نوعان عام وخاص فالعام يشمل جميع المنقول والعقار والخاص لا يتسلط إلى على أعيان معيّنة. ' وترتب عن هذا التقسيم نتائج عديدة:

○ ذهب بعض الفقهاء إلى أن حقوق الامتياز العامة ليست بحقوق عينية لغياب عنصر

التخصيص فيها وهو الذي يعدّ أهم خصائص الحقوق العينية، فالامتيازات العامة لا ترد على مال معيّن بالذات في حين يكون من المفروض أن يتسلط الحق العينيّ على شيء محدد يمثل موضوعه. هذا الرأى على وجاهته الظاهرية يتعارض والمقتضيات الصريحة لـ **م.ح.ع**. فالامتيازات العامة منظمّة في مجلة تتعلق بالحقوق العينية ولتأكيد عينية حق الامتياز في **الفصل 194** دون تمييز بين امتياز عام وامتياز خاص.

○ في الامتياز الخاص، يعامل الدائن الممتاز معاملة الدائن العادي ويخضع لقاعدة المساواة كلما تعلق الأمر بمال غير المال موضوع الامتياز الذي يتمتع به دينه.

○ في **الفصلين 304 و306 م.م.م.ت**، نجد قاعدة التنفيذ الاحتياطي إذ طبقاً للفصل 304، يجب على الدائن العادي وصاحب الامتياز العام عند الشروع في التنفيذ ضد المدين أن يبدأ بالتنفيذ على المنقولات وإن لم تكن موجودة أو كانت غير كافية أمكن التنفيذ على العقارات. وإذا تعلق الأمر بدائن مرتّهن أو صاحب امتياز خاص فالقاعدة أنّ الدائن صاحب الامتياز الخاص أو المرتّهن ملزم بأن يبدأ التنفيذ على المال محلّ تأمينه العينيّ وإذا لم يكف هذا المال لخلاص كامل الدين أو لم يكن موجوداً حينئذ يصبح الدائن خاضعاً لقاعدة التنفيذ الاحتياطي.

○ فيما يتعلق بالتراحم بين الامتيازات، هذا التراحم حتمي لا مفّر منه عندما يتعلق الأمر بامتيازات عامة لذلك رتبها المشرع ويّين درجة كل امتياز منها. أما في الامتيازات الخاصة، فهي لا تتراحم حتميًا باعتبار اختلاف محلّها ولا يكون التراحم بينها إلا استثنائيًا لأنّ كلّ امتياز خاصّ له محلّ مختلف عن الآخر في العادة. وفيما يخصّ الامتيازات العامة والخاصة، فهي تتراحم حتما فيما بينها وقد سهى المشرع في م.ح.ع عن حلّ هذا التراحم مما دعا قانون 2016 المتعلق بالإجراءات الجماعية إلى التطرق لهذا الموضوع.

## القسم الثاني: أنواع الامتيازات:

سنعتمد على التقسيم التشريعيّ الذي يفرّق بين الامتيازات العامة والامتيازات الخاصة.

وتجدر الإشارة إلى أنّ دراسة كلّ امتياز بعينه تقتضي الإجابة عن 3 أسئلة هي:

- ما هي صفة الدّين الممتاز في هذه الصورة؟
- ما هو محلّ هذا الامتياز؟
- ما هي رتبة هذا الامتياز؟

### الفقرة الأولى: الامتيازات العامة:

لتحديد الامتيازات العامة، يجب الرّجوع للفصل 199 م.ح.ع الذي حدّد فيه المشرّع أهمّ الامتيازات العامة بيد أنّنا سنجد امتيازات عامة أخرى في نصوص متفرقة خارج م.ح.ع.

- **مصاريف تجهيز الميّت (199 أولاً م.ح.ع):** هي المصاريف المستوجبة لدفن الميّت والتي يتولى أحد دفعها فيمنحه المشرع امتيازاً وهو الحق في استخلاص تلك المصاريف من تركة الميّت قبل غيره من الدائنين. وبالرّجوع إلى م.أ.ش، يبدو أنّ هناك تضارباً بين هذا النصّ وبين الفصل 87 م.أ.ش الذي لا يعتمد قاعدة تدوم وإنّما يسبّق على تجهيز الميّت الحقوق المتعلقة بعين التركة.
- **المصاريف العلاجية (199 ثانياً م.ح.ع):** ويعني بذلك ديون الأطباء والصيادلة والممرضين المتألّفة من أجر العلاج وثمان الأدوية عن السنة الأخيرة. ويبدو أنّ المشرع اكتفى بهذه المهن دون الميدان شبه الطبي مما يعني استبعادها من مرجع نظر هذا النص وعدم اكساء ديونهم بالامتياز العام الذي تكتسبه ديون الأطباء والصيادلة والممرضين (حاتم الرواتي).
- **المصاريف القضائية (199 ثالثاً م.ح.ع):** هي تلك التي صرفت في مصلحة جميع الدائنين لحفظ ما هو ضمان للدائنين وبيعه دون أيّ مصاريف قضائية أخرى.
- **المبالغ المستحقة للخزينة العامة (199 رابعاً م.ح.ع):** هو امتياز واسع وهام نجده في أكثر من نصّ تشريعي كالفصل 33 من مجلة المحاسبة العمومية (ديون الدولة والمؤسسات العامة الإدارية والجماعات المحلية)، الفصل 115 من مجلة معاليم التسجيل والطابع الجبائي (المعالي، الخطايا والغرامات المنصوص عليها بالمجلة)، الفصل 351 من مجلة الديوانة (الديون الديوانية عموماً) والفصل 318 من مجلة الشغل (الامتياز العام لفائدة الخزينة العامة على أملاك المطالبين بالأداء المذكور من العقارات والمنقولات طبق الفصل 5 و6 من أمر 13 جويلية 1899).
- **أجور الخدمة والعملة (199 خامساً م.ح.ع):** يمكن تقسيمها لامتيازات مدعّمة للأجور كالفصول 542، 541، 571 من القانون عدد 36 في 2016 المتعلق بالإجراءات الجماعية (يجب على الأمين في

10 أيام أن يدفع... وبالرغم من وجود أيّ دائن آخر على شرط أن تكون له المبالغ المالية الكافية الجزء الذي لا يقبل الحجز من المقادير التي بقيت مستحقة الأداء للعملة والمستخدمين والبحارة ونواب التجارة المتجولين وممثلي التجارة عن آخر مدة لاستيفاء أجورهم المتقدمة عن الحكم بالتفليس) وأخرى عادية للأجور كالفصل 151-2 م.ش المضاف بقانون 15 جويلية 1996 (تدفع الأجور في جزئها غير القابل للحجز... قبل الديون الأخرى مهما كانت درجة امتيازها وتدفع بقية الأجور والمستحقات الأخرى للعملة قبل المبالغ المستحقة للخرينة العامة) والفصل 124 من مجلة الشغل البحري (الديون المترتبة للبحريين عن عقد الاستئجار البحري الخاضع لأحكام هذه المجلة تكون ممتازة وفق الشروط الواردة ب.م.ت.ب) والفصل 66 من مجلة التأمين (يحمل على أصول مؤسسات التأمين امتياز عام يخصص حسب الأولوية لخلاص المنتفعين بعقود التأمين على الحياة... يليهم فيما بعد المنتفعون بعقود التأمين على غير الحياة ويقدم هذا الامتياز على الامتياز العام للخرينة خلافا للفصل 199 م.ح.ع)

- التّفقة (199 خامسا م.ح.ع)
- لوازم معاش المدين وعائلته (199 خامسا م.ح.ع): العطار، الخضر، الجزار...
- امتياز الدائنين الجدد في إطار الإجراءات الجماعية (الفصل 450 م. تجارية)

## الفقرة الثانية: الامتيازات الخاصة:

يمكن تقسيمها إلى امتيازات خاصة على منقول وامتيازات خاصة على عقار.

### 1) امتيازات خاصة على منقول:

الفصل 200 م.ح.ع عدّد أهمّها لكننا سنجد امتيازات خاصة أخرى على منقول خارج هذا الفصل.

- المصاريف الفلاحية (الفصل 200 أولا م.ح.ع): محلّ الامتياز هو الصّابة والديون الممتازة هي لبائع البذور، القائمين بالأشغال ومصاريف الجني.
- امتياز المسوّغ (الفصل 200 ثانيا م.ح.ع): الدّين هو معيّنات كراء العقار ومحلّ الامتياز هو كل المنقولات الموجودة في المكري (أثاث، محاصيل، غلة العامة، ما هو مستعمل لخدمة الأراضي الزراعية) ويشترط في ذلك مرور مدّة عامين وألا تكون الأشياء قد خرجت على العين باستثناء ما خرج مخادعة. الاعتبار هو تشجيع الكراء خاصة أن المجلة صدرت في وقت كانت تعيش فيه البلاد أزمة سكن.

- امتياز بائع الأصل التجاري (الفصول من 205 إلى 216 م. تجارية):
- امتياز عميل الوساطة (الفصول 603، 604 و 605 م. تجارية):
- امتياز عملة المقاولات (الفصل 887 م.إ.ع):
- امتياز الخزينة الخاص (الفصل 34 م.ح.ع):
- امتياز باعة السيارات والجزّارات (أمر 7 نوفمبر وقرار 27 ديسمبر 1935)
- امتياز استخلاص القروض الممنوحة من الديوان (الفصل 24 من أمر 3 ماي 1945)

### 2) امتيازات خاصة على عقار:

- امتياز معدّل القسمة (الفصل 200 ثالثا م.ح.ع): الدّين هو راتب القسمة أو معدّل القسمة ومحلّ الامتياز هو العقارات التي آلت للورثة إثر القسمة.

- امتياز خاص للخبزينة العمومية (الفصل 34 م.م.ع)
- امتياز مصاريف أعمال التهيئة (مجلة التهيئة الترابية والتعمير)
- امتياز المنزل (الفصل 971 م.إ.ع)
- امتياز مصاريف العقلة والتبئيت (الفصلان 301 و 429 م.م.ت)

## القسم الثالث: ترتيب الامتيازات:

يمثل الترتيب في مادة التأمينات العينية تقنية قانونية تهدف إلى حسم التزاحم بين دائنين أو أكثر على ذات المال منقولاً كان أو عقاراً في صورة عدم كفاية ثمن هذا المال لخلص كافة الديون والتزاحم كشرط لإنجاز الترتيب يصلح إما بين تأمينات ذات أنواع مختلفة كالرهن والامتياز أو حق الحبس وإما بين تأمينات من ذات النوع كلامتيازات فيما بينها. ولفض أغلب هذه المزاومات الحتمية أو الممكنة وضع المشرع بعض المعايير الهامة التي تسهل عملية ترتيب التأمينات العينية المتنافسة. غير أنه بالنسبة لعدد هام من صور التزاحم تعيب هذه المعايير ويصبح الحل صعباً سواء تعلّق الأمر بترتيب الامتيازات فيما بينها أو بترتيبها في إطار سائر التأمينات العينية.

## الفقرة الأولى: تزاحم الديون الممتازة مع بقية الديون:

قد يتزاحم الامتياز العام أو الخاص مع أحد التأمينين العيينين الآخرين وهما الرهن وحق الحبس. فلصالح من تعطى الأولوية؟ هل أنّ الامتياز يرجح دائماً على الرهن؟ وهل للامتياز القوة القانونية للتفوق على حق الحبس؟

### 1) تزاحم الامتياز مع الرهن:

يمكن أن يحصل التزاحم بين الامتياز والرهن في عديد الصور. وبالتالي سنقوم بعرض بعض صور التزاحم الممكنة بين الامتياز والرهن ثم نبين الحلّ المبدئي لفض هذا التزاحم المتمثل في تسبيق الامتياز على الرهن قبل أن نمّر على الحالات الاستثنائية التي تعترى هذا الحلّ.

#### أ) صور تزاحم الامتياز والرهن:

- تزاحم الامتياز العام مع الرهن سواء كان هذا الرهن على عقار أو على منقول والأمثلة من ذلك متنوعة كتنازع أحد امتيازات الفصل 199 م.ح.ع مع أحد الرهون القانونية العقارية كرهن التبتيت (الفصل 458 م.م.ت) أو تنازع الامتيازات العامة مع رهن اتفاقي على عقار مسجل أو غير مسجل أو مع رهن حيازي على منقول أو مع رهن غير حيازي على منقول. هذا التزاحم يمكن أن يكون بين الرهون المذكورة والامتيازات العامة العادية أو بين الرهون المذكورة والامتيازات العامة المدعمة كامتياز الأجور على معنى الفصل 151-2 م.ش.
- تزاحم الامتياز الخاص على منقول مع رهن حيازي على منقول أو رهن غير حيازي على منقول ومن ذلك تزاحم امتياز الخزينة على منقول طبق الفصل 34 م.ح.ع مع رهن الأصل التجاري طبق الفصول من 236 إلى 269 م.ح.ع.
- تزاحم الامتياز الخاص على عقار ورهن قانوني أو اتفاقي موظف على ذات العقار كتنازع امتياز مصاريف تسجيل عقار على معنى الفصل 24 م.ت.ت مع رهن اتفاقي على ذات العقار.

## ب) حلّ التّزاحم بين الامتياز والرّهن:

### أولاً: تفوّق الامتياز على الرّهن العقّاري:

المبدأ هو أنّ الامتياز يسبق كل الديون بما في ذلك الدين الموثّق برهن عقاري. وقد تمت الإشارة صراحة إلى هذا الحكم ضمن الفقرة الأولى من الفصل 195 م.ح.ع. فلا شك أن طريقة تحرير مضمون هذه الفقرة تؤكد رجحان الامتياز على الرهن العقاري. وقد يتجسّم هذا التأكيد من خلال استعمال الصياغة التأكيدية 'الدين الممتاز مفضّل... حتى على الديون الموثقة برهن عقاري.' وتبرير هذه الصياغة هي المكانة التاريخية المرموقة التي احتلتها أو ما فتى يحتلها الرهن العقاري ضمن سائر التأمينات العينية.

لكن هل أنّ هذه الصياغة للفصل 195 تعني إطلاقاً هذا التفوّق للامتياز على سائر التأمينات العينية أم أنّه مجرد إصرار على تثبيت المبدأ دون تعميمه؟

- في اتجاه أول، يجوز التمسك بأنّ الفقرة الأولى المذكورة واضحة أيما وضوح باعتبار أن مضمونها يدل دلالة قاطعة على ترجيح الامتياز على الرهن العقاري في جميع الصور عدا ما استثناه النص القانوني الصريح. وهذا الفهم يستمدّ سنده من أحكام الفصل 533 م.إ.ع الذي نصّ أنّه إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها. لكن من الأسئلة الشائكة التي يمكن طرحها أن قاعدة تسبق الامتياز على الرهن العقاري تنطبق على الرهن العقاري المسلط على عقار حكومي أم لا؟
- في اتجاه معاكس، يعتبر الأستاذ حاتم عبد الحميد الرّواتي (إشهار الرّهن العقّاري، دراسات في قانون التأمينات) أنّ الحكم القائل برجحان الامتياز على الرهن العقاري ليس مطلقاً ويجب حصر نطاقه في إطار الامتيازات غير الخاضعة للإشهار وأما بالنسبة للامتيازات الواجب إشهارها فإنّ شكلية الإشهار تصبح المعيار الرئيسي لفض التّزاحم بين الامتياز والرهن العقاري. ثم يضيف هذا الرّأي أن شكلية الإشهار وضعت أصلاً لتلعب وظيفتي الإعلام والاحتجاج وبالتالي يكون من غير المنطقيّ عدم استخدام هذه الشكلية كلما أوجبها المشرع. ثم إنّ الامتياز على عقار إذا كان خاضعاً للإشهار والرهن العقاري تعلق بذات العقار المسجل فإنّ تاريخ ترسيم الحقّ العيني التبعي سيكون الفيصل لتسبيق أحد التأمينين على الآخر.
- هذا الرّأي الأخير رغم وجاهته إلّا أنّه تعرّض للتّقد من قبل الأستاذ بشير المنّوبي الفرشيشي (ملتقى في التأمينات والائتمان 2009) الذي ردّ بأنّه لا وجود في القانون الوضعي لنصّ عام يفرض إشهار الامتياز سواء كان عامّاً أو خاصّاً، على عقار أو منقول. وما الحالات الاستثنائية الوارد بها حكم إشهار الامتياز إلّا دليل قاطع على تثبيت مبدأ عدم إشهار الامتيازات بما يفضي إلى القول أنّ اختيارية الإشهار تحول دون ترجيح معيار الأولوية الزمنية على حساب الأولوية المستمدة من طبيعة الامتياز وصفة الدين المضمون به. ثم إنّ المشرع أراد أن يسبق الامتياز على الرهن لأن امتياز أيّ تأمين متميز فتسميته تلك تقييم الدليل القاطع والبرهان الساطع على تفوقه على الرهن ولو تعلق هذا الأخير بعقار مسجل خاضع للإشهار أو غير مسجل تم إشهاره طبق 279 م.ح.ع فالامتياز يستمدّ هذه الأسبقية من ماهيته وطبيعته كتأمين عينيّ مفضّل بقوة القانون، فهو لا يشهر وليس في حاجة للإشهار من الناحية المبدئية لأنّه صادر بمقتضى القانون ويتميز على الرّهن بحكم القانون. أيضاً، ترجيح هذا المعيار في كل الحالات التي يخضع فيها الامتياز للإشهار يؤدي حتماً إلى إفراغ الفقرة الأولى للفصل 195 من كل جدوى خاصة إذا ما تم التمسك بأنّ الامتياز على عقار غير مسجل بدوره قابل للإشهار على شاكلة إشهار الرهن المسلط على ممثل هذا العقار.

## ثانيا: رجحان الامتياز على رهن المنقول:

### • المبدأ:

ينقسم رهن المنقول إلى قسمين بحسب طبيعته، رهن حيازي ورهن غير حيازي للمنقول. فهل يتفوق الامتياز على رهن المنقول مهما كانت طبيعته؟

- اعتمادا على هذا التقسيم، رأى الأستاذ حاتم المحمدي (حق الأفضلية في التأمينات العينية) أنَّ قاعدة الأفضلية للدين الممتاز الواردة بالفصل 195 م.ح.ع تسري على الرهن غير الحيازي دون الرهن الحيازي للمنقول. ويؤسس هذا الرأي ذلك على أن حيازة المنقول تخول للدائن المرتهن حبس المرهون إلى حين خلاص الدين بصفة كلية. وهذه السلطة الفعلية الممنوحة للدائن المرتهن تمكنه من الاحتجاج بحقه في حبس المال المرهون تجاه المدين والراهن والكافة بما في ذلك الدائنين العاديين أو الدائنين أصحاب الامتيازات المنبسطة على ذلك المنقول المرهون. ثم إنَّ المشرع أجاز للدائن الحائز للمرهون منع الغير العاقل من إجراء عقلة على هذا المنقول وبيعه إذا كانت قيمته غير كافية لاقتضاء الدين المضمون بالرهن طبق الفصل 261 فقرة 3 م.ح.ع، وإذا كانت قيمة المرهون كافية لاستيفاء الدين المضمون بالرهن فإن حق الدائن المرتهن في معارضة العقلة والبيع يعوّض بحق القيام بعقلة على ثمن البيع بغية ممارسة الأفضلية في حدود ما يستحقه من دين وتوابع. وبهذا الإجراء يتمكن الدائن المرتهن الحائز على رأي المحمدي من التفوق على بقية الدائنين العاقلين حتى لو كانت ديونهم ممتازة.

- رغم استقامة منهج هذا الرأي، إلا أنه لم يسلم من الجدل وقد تعرّض للنقد من قبل الأستاذ بشير المنوبي الفرشيشي. فأولا، السيطرة المستمدة من الحق في حبس المرهون هي مجرد تجسيم لإرادة المتعاقدين المدين الراهن والدائن المرتهن اللذان اتفقا على نقل حيازة المنقول من الأول للثاني وبالتالي فإن مصدر السلطة الفعلية على الشيء المرهون هو الاتفاق وليس القانون. وبما أن السلطة القائمة في الرهن الحيازي مترتبة على الإرادة فإنه لا يجوز استخدامها كحجة لتسبيق هذا الرهن على الامتياز الذي لا يضمن دينا إلى بمقتضى القانون الذي يعلو على الإرادة. ثانيا، حق إجراء عقلة تحت يد الدائن العاقل أو حق المعارضة في الحجز أو البيع لا يستفيد به الدائن صاحب الرهن الحيازي فقط وإنما كذلك الدائن المرتهن في الرهن غير الحيازي والدائن صاحب الامتياز الخاص وعليه فإن غياب حكم خاص بالرهن الحيازي يعد سندا معاكسا لدرء استعمال أحكام الفصل 261 م.ح.ع كحجة لتغليب هذا الرهن على الامتياز. ثالثا، صياغة الفقرة 1 من الفصل 195 م.ح.ع لا توجي إطلاقا بأن المشرع قصد التفريق بين رهن عقاري ورهن منقول وبين رهن منقول حيازي ورهن منقول غير حيازي ذلك أن هذا التفريق سيؤدي حتما إلى تفكيك قاعدة أفضلية الدين الممتاز على الدين الموثق برهن وإفراغها من كل معنى.

وعلى ضوء هذا السجال الفقهي، يبدو أنَّ مضمون الفقرة 1 من الفصل 195 أقرب إلى تأويل في اتجاه إقرار رجحان الامتياز على جميع الرهون حيازية كانت أم غير حيازية. فهذا التأويل يتماشى ومقتضيات الفصل 532 م.إ.ع الذي تضمن أنَّ نص القانون لا يتحمل إلا المعنى التي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة وعرف الاستعمال ومراد واضع القانون. وعليه، فإنه يتعين اعتبار قاعدة الامتياز سارية تجاه كل الديون مضمونة بالرهن عدا الاستثناءات القانونية التي يدل وجودها على صحة هذه القاعدة.

## • الاستثناءات القانونية:

يمكن الإشارة إلى ثلاثة استثناءات جد هامة:

- جاء الفصل 65 فقرة ثالثة م.ت.ب بأن الامتيازات البحرية والرهون البحرية مقدّمة دائما على الامتيازات غير البحرية عامة كانت أو خاصة. ويفسّر هذا الاستثناء بقيام ذمة مالية بحرية وعاؤها السفينة وجميع ملحقاتها وتوابعها المخصصة لاقتضاء الديون البحرية.
- تضمّن الفصل 21 من مجلة الطيران المدني أن الامتيازات والرهون الجوية تقدم على الامتيازات والرهون غير الجوية وذلك استنادا إلى تخصيص الطائرة بجميع ملحقاتها وتوابعها لخلاص دائني الملاحة الجوية قبل غيرهم من الدائنين.
- جاء بالفصل 17 من القانون عدد 19 المؤرخ في 6 فيفري 2001 والمتعلق برهن الأدوات ومعدات التجهيز المهنية بأنه تتمتع الرهون المعنية بهذا القانون بحق أفضلية على الأشياء المرهونة وبالأولوية على كل الامتيازات الأخرى باستثناء امتياز المصاريف المبذولة للحفاظ على الأدوات والمعدات المرهونة ومستحقات العملة والمستخدمين من الأجور غير الخالصة.

## (2) تزامن الامتياز مع حق الحبس:

قد يتزامن الامتياز مع حق الحبس في صورة ما إذا كان المال المحبوس عقارا أم منقولا موضوع امتياز عام أو خاص. وكمثال لهذا التنازع يمكن الإشارة إلى حالة وجود عقار مسلط عليه امتياز متقاسم تم حبسه من طرف الدائن الذي تكبد مصاريف حفظه وصيانته، أو حالة السيارة المسطرة عليها امتياز لفائدة بائعها أو مقرض المال لشرائها وتم حبسها لخلاص مصاريف إصلاحها. فكيف يتم فضّ هذا التّزامن؟

صحيح أن حجج تسبيق الامتياز على حق الحبس عديدة، لكن ذلك لا يجب أن يحجب أهمية الموقف القائل بأفضلية حق الحب على الامتياز.

## أ) أفضلية الامتياز على حق الحبس:

في اتجاه دعم تسبيق الامتياز على حق الحبس، يمكن الادلاء بالحجج التالية:

أولا، جاء في الفصل 193 م.ح.ع أنّ 'الأسباب القانونية في تفضيل بعض الدائنين على بعض هي الامتياز والرهن وحق الحبس'. فمن خلال هذه الصياغة التشريعية للفصل يمكن أن نستنتج أن المشرع في إطار تعداده للأسباب القانونية في التفضيل أحدث ترتيبا تفضليا داخليا احتلّ الامتياز صدارته.

ثانيا، قانون إنقاذ المؤسسات التي تمرّ بصعوبات اقتصادية لسنة 1995 (الواقع نسخته) أشار صراحة إلى أن الديون الجديدة تستخلص قبل الديون القديمة ولو كانت ممتازة وبما أن الامتياز الضامن لدين قديم يتقدم على حق الحبس لاستخلاص دين قديم فمن باب أولى وأحرى أن تكون الديون الجديدة مسبقة على حق الحبس.

ثالثا، تضمنت الفقرة 1 من الفصل 195 م.ح.ع أنّ الدين الممتاز مفضل على غيره من الديون وحتى تلك الموثقة برهن عقاري. بما معناه ضمينا أن كل الديون بما في ذلك تلك التي يضمنها حق الحبس متأخرة على الامتياز.

## ب) الموقف القائل بأفضلية حقّ الحبس على الامتياز:

إنّ فكرة تسبيق حقّ الحبس على الامتياز يمكن أن تستمدّ عمادها من عديد المعطيات المتكونة من نوعين من الدفوعات.

المعطى الأوّل يتمثل في أن المشرع عند تعداده لأسباب التفضيل ضمن الفصل 193 م.ح.ع أتى على ذكرها حصريا دون إحداث ترتيب داخليّ بينها. فمن خلال عرض الأسباب القانونية في تفضيل ديون معيّنة على ديون أخرى أراد المشرّع حصرها في ثلاثة تأمينات لا غير دون قصد ترتيبها. فمراد المشرع انحصار فقط في ذكر قائمة ثلاثية حصريّة للتأمينات مع التصريح بالطبيعة القانونية الثابتة لحق الحبس كتأمين عيني لا جدال فيه.

المعطى الثاني مستمد من فكرة الحوز المؤسس عليها حق الحبس باعتبار أن هذه السلطة المادية الممنوحة للدائن الحابس تفرض تسبقه على غيره من الدائنين وبالتالي فإن مسألة التزاحم بين حق الحبس والامتياز تحسم غالبا لفائدة الأوّل على حساب الثاني نظرا لما لهذه السيطرة الفعلية من قوة احتجاجية.

المعطى الثالث يتلخص في كونه على خلاف الدائن المرتهن في الرهن الحيازي للمنقول الذي يستمد حيابة المرهون من الإرادة التعاقدية فإن حوز الدائن الحابس يستلهم مصدره من القانون وهذه الخاصية تميز حق الحبس على الرهن الحيازي وتعطيه الإضافة القانونية لمنافسة الامتياز كتأمين قانوني وحتى التفوق عليه.

المعطى الرابع يعود إلى الفكرة لقائلة بأن الدائن الحابس، على شاكلة الدائن المرتهن السالف ذكره، غير ملزم بإجراء عقلة على موضوع تأمينه لاقتضاء دينه إذ يكفيه حين حلول الأجل إنذار المدين والاستئذان من المحكمة في بيع المحبوس طبق **الفصل 328 م.إ.ع.**

المعطى الحابس ينبع من قوة حق الاحتجاج الممنوح للدائن الحابس ونجاعته إلى درجة جواز مواجهة صاحب الدين الممتاز بحق حبس الثمن إثر عملية البيع إضافة إلى حبس المال قبل تحقيق التأمين طبق **الفصل 324 م.إ.ع.**

عموما، يبدو من خلال الحجج سالفة الذكر أن حق الحبس يتفوق على الامتياز في صورة تنازعهما حسب الأستاذ بشير الفرشيشي في حين يتمسك الأستاذ حاتم الرواتي بصريح عبارات **الفصلين 193 و 195 م.ح.ع** في تفضيل الامتياز على الحبس.

## الفقرة الثانية: تزاحم الامتيازات فيما بينها:

نميّز هنا بين التزاحم الحتمي الذي يحصل للامتيازات العامّة مع غيرها من الامتيازات العامة أو مع الامتيازات الخاصّة، وبين التزاحم الاستثنائي الذي يحصل في الامتيازات الخاصّة فيما بينها.

### 1) التزاحم الحتمي:

التزاحم الحتمي للامتيازات يكون بين امتياز عام وامتياز عام أو بين امتياز عام وامتياز خاصّ.

#### أ) تزاحم الامتيازات العامّة فيما بينها:

ما يلاحظ في قانون الامتيازات أنّ كلّ الامتيازات العامّة مرتّبة، وقد وضع المشرّع قائمة مرجعية لترتيب هذه الامتيازات ضمن **الفصل 199 م.ح.ع** والذي جاء فيه أنّ الدّيون الممتازة بعموم المنقول والعقار هي ما يأتي حسب الترتيب:

- مصاريف تجهيز الميّت.
- ديون الأطباء والصيادلة والممرضين المتألفة من أجر العلاج...
- المصاريف القضائية التي صرفت في مصلحة جميع الدائنين...
- المبالغ المستحقة للخزينة العامة من ضرائب وأداءات...
- أجور الخدمة والعمل وكل أجير آخر وثمان لوازم معاش المدين وعائلته والنفقة...

هذا النصّ يستدعي إبداء بعض الملاحظات القانونية:

- هذا الفصل جاء ناسخاً ومعوّضاً **للفصل 1630 م.إ.ع** ومقارنة هذين الفصلين تكشف دون عناء عديد التباينات الدالة على أنّ الفصل 199 م.ح.ع ليس مجرد نقل **للفصل 1630 م.إ.ع** ومثال ذلك أنّ هذا الأخير كان يحصر قاعدة الامتياز العام في عموم المنقول فقط بينما شمل **الفصل 199 م.ح.ع** عموم المنقول والعقار.
- الفصلان 199 م.ح.ع و1630 م.إ.ع يلتقيان في كون ترتيبهما يخضع لمعيار النص القانوني إذ حمل المشرع نفسه مهمة تحديد رتبة الامتياز العام. ومن هذا المنطلق، حرص على تعميم ترتيب الامتيازات العامة حتى في إطار النصوص الخاصة التي تحيل على النصّ العام الترتيبي.
- قائمة **الفصل 199 م.ح.ع** ليست حصريّة وليست محدّنة مما يستدعي التوضيح نتيجة التعديلات المدخلة عليها بمقتضى نصوص خاصّة ويمكن حصر هذه التعديلات في ثلاث صور هامة للغاية لأنّها أدت إلى ترتيب مرجعي جديد مغاير تمام للترتيب المقدم في م.ح.ع:
- **إضافة امتيازات عامة لها رتبة امتياز الخزينة العامة:** منذ صدور م.ح.ع، صدرت عديد القوانين الاستثنائية المنشئة لامتيازات عامة. وقد منح المشرّع لهذه الامتيازات المرتبة التي يتمتع بها الامتياز العام للخزينة بحيث أصبحت القائمة الترتيبية للامتيازات العامة العادية تتضمن ترسانة من الامتيازات العامة مما أدّى إلى تقليص نجاعة هذه التأمينات العينية نتيجة كثرتها. وفي هذا الإطار، تكفي الإشارة إلى ما ورد **بالفصل 351 جديد من مجلة الديوانة الجديدة الصادرة بمقتضى القانون عدد 34 المؤرخ في 02 جوان 2008** والذي منح لجميع ديون الديوانة من معالم وأداءات وخطايا ومصادرات الامتياز الممتاز الخاص للخزينة الوارد **بالفصل 34 م.م.ع** وعند تعذر ممارسة هذا الامتياز الخاص يكون لهذه الديون الامتياز العام للخزينة المشار إليه **بالفصل 33 م.م.ع** على سائر المنقولات والعقارات الراجعة للمطالب بالأداء.
- **إضافة امتيازات سابقة لرتبة امتياز الخزينة:** هذا النوع من التعديل تجسّم في تسبيق امتيازين عامين على امتياز الخزينة العامة وهما:
  - **إمتياز التأمين:** أحدث بمقتضى **الفصل 66 م. تأمين** الذي أصبح بعد تنقيحه **بقانون 02 أفريل 2002** يتضمّن ما يلي ' يحمل على أصول مؤسسات التأمين امتياز عام يخصص حسب الأولوية لخلاص المنتفعين بعقود التأمين على الحياة في حدود الأصول المخصصة لهذه العقود يليهم فيما بعد المنتفعون بعقود التأمين على غير الحياة ويقدم هذا الامتياز على الامتياز العام للخزينة وذلك خلافاً **للفصل 199 م.ح.ع**.'
  - **إمتياز الأجور:** تنقيح مجلة الشغل بالقانون عدد 62 المؤرخ في 15 جويلية 1996 منح للامتياز العام العادي للأجور مرتبة متفوقة بأن صيّر على شاكلة امتياز التأمين محتلاً للمرتبة السابقة لامتياز الخزينة صلب **199 م.ح.ع** بعد أن كان في المرتبة الخامسة والأخيرة. وفي هذا

الصّدد نصّت أحكام **الفقرة الثانية من الفصل 151-2 م.ش** على ما يلي: ' وتدفع بقية الأجر والمستحقات الأخرى للعملة قبل المبالغ المستحقة للخزينة العامة.'

- **تغيير صدارة الامتيازات العامة:** ما من شك أنّ القائمة الأصلية للامتيازات العامة العادية تأثرت بما أدخل من تنقيح على امتياز الأجر بمقتضى **الفقرة الأولى من الفصل 151-2 م.ش** إضافة إلى التقدم في الرتبة للامتياز العادي للعملة كما سلف بيانه، فإنّ الامتياز الممنوح لأجر هذه الفئة من القوى العاملة أدخل تغييرا جذريا على طالع قائمة امتيازات **الفصل 199 م.ح.ع** ذلك أن تطبيق هذا الامتياز أصبح منسحبا على إجراءات التنفيذ الجبري الفردي بعد أن كان مقصورا على إجراءات التنفيذ الجبري الجماعي وكنتيجة للتوسع في مجال تطبيق الامتياز الممتاز بتعميمه على جميع إجراءات التنفيذ فإنّ امتياز **الفقرة الأولى من الفصل 151-2 م.ش** (تدفع الأجر في جزئها غير القابل للحجز قبل الديون الأخرى مهما كانت درجة امتيازها) أصبح متصدرا لقائمة الامتيازات العامة في **199 م.ح.ع**.

إذا فإنّ تجميع النصوص القانونية المنظمة للامتيازات العامة يؤدّي حتما إلى وجوب تحيين **الفصل 199 م.ح.ع** ورفع التجميد عنه وذلك بإعادة ترتيب عناصر القائمة الواردة به على النحو التالي:

- 1- امتياز العملة على معنى **الفقرة 1 من الفصل 151-2 م.ش**.
- 2- امتياز مصاريف تجهيز الميث.
- 3- امتياز المصاريف العلاجية.
- 4- امتياز المصاريف القضائية.
- 5- امتياز المنتفعين بتأمين على معنى **66 م.ش** = امتياز العملة على معنى **الفقرة 2 من الفصل 151-2 م.ش**.
- 6- امتياز الخزينة العامة ومن في حكمها كامتياز الديون الديوانية.
- 7- امتياز أجر الخدمة وكل أجير آخر والنفقة وامتياز ديون بعض الأجر ضد الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي طبق **الفصل 117 من القانون عدد 30 لسنة 1960 المتعلق بأنظمة الضمان الاجتماعي**، امتياز المتضررين من حوادث الشغل والأمراض المهنية، امتياز الغرامات المقررة للنواب المتجولين والوكلاء المروّجين.

#### **(ب) تزامن الامتيازات العامة مع الامتيازات الخاصة:**

لا يوجد في تشريعنا نصّ عام يرتّب الامتيازات العامة والامتيازات الخاصة في صور تنازعهما. صحيح أن هذه الثغرة لم تكن حائلا أمام المشرع لوضع بعض الترتيبات الخاصة لهذه الامتيازات. لكنّ ما يلاحظ أنّ هذه الترتيبات القانونية جاءت متباينة إلى درجة أنها لا تساعد على حسم كل التنازعات الممكن أن تحصل في الواقع ممّا أدّى إلى جدل فقهي بين مغلب للامتياز العام ومغلب للامتياز الخاص.

#### **أولا: تباين الترتيبات القانونية:**

في اتجاه تغليب الامتياز العام على الامتياز الخاص في صورة التنازع بينهما، وضع المشرع مجموعة من الترتيبات الاستثنائية:

- ترتيب الفصلين 564 و 565 م.ت اللذان سبقا الامتياز العام الممتاز للأجر في حالة الفلسة أو التصفية العدلية على جميع الديون الأخرى بما في ذلك الديون المضمونة بامتيازات خاصة.
- ترتيب الفصل 151-2 م.ش الذي سبق الامتياز العام للأجر على بقية الديون الأخرى في إطار التنفيذ الجبري الفردي.

- جاء بقانون الإنقاذ أنه إذا بيع مال موظف عليه امتياز خاص أو رهن فإنه يدفع منه لصاحب الدين ما يفي بدينه بعد خلاص الديون المنصوص عليه بالفصلين 564 و 565 م.ت والفصل 199 م.ج.ع ثم نجد في نفس القانون الفصل 34 الذي سبق مجموعة هائلة من الامتيازات العامة على الامتياز الخاص.

من جهة أخرى، تمت الإشارة لترتيبات قائمة على تغليب الامتياز الخاص على الامتياز العام ومن ذلك:

- **الفصل 34 م.م.ع** الذي ارتقى بالامتياز الخاص للخزينة العامة ومن في حكمها إلى أعلى درجة مع منحه الأفضلية المطلقة على كل الحقوق العينية ولو اكتسبت من قبل.
- **الفصل 488 م.م.ت** الذي منح امتياز خاصا ممتازا لفائدة مصاريف الترتيب والتوزيع.

فهل يجوز الانطلاق من هذه النصوص الخاصة لتعميم مبدأ تسبق الامتياز الخاص على الامتياز العام؟ إنَّ الباحث والمتأمل في كنوز قانون التأمينات العينية يلمس مدى أهمية المسألة الخلافية المتعلقة بإقرار مثل هذا المبدأ. علما وأنَّ الأصوات المنادية بتكريس أسبقية الامتياز العام على الخاص لا تقلَّ عددا وحجة.

## ثانيا: الحلول الفقهيّة:

أمام هذا الغموض التشريعيّ في إطار تزامن الامتيازات العامة والخاصة في إطار الإجراءات الفردية، انقسمت الآراء الفقهيّة إلى شقّين رئيسيّين، شقّ يسبق الامتيازات العامة على الخاصة وشقّ يسبق الخاصة على العامة.

### • الشقّ الذي يسبق الامتياز العام على الخاص: يقوم هذا الرأى على الحجج التالية:

- عموميّة الامتياز: اعتبرت هذه الخاصية دليلا هاما وعلامة ساطعة على تفضيل الامتياز العام على الخاص بسبب انحصار وعاء الثاني في مال أو أموال معينة حال أنّ وعاء الأول ينبسط على جميع مكاسب المدين.
- الحريّة في التنفيذ على جميع مكاسب المدين: دون التقيّد بقاعدة التنفيذ الاحتياطي بالنسبة لصاحب الامتياز العام طبق **الفصل 304 م.م.ت** على حدّ رأيهم.
- صفة الدّين: تبدو هذه الصّفة أقوى وأهمّ في الامتيازات العامة من الخاصة فالامتيازات العامة عادة ما تقوم على أساس المصلحة العامة، الصّبغة المعاشيّة، اعتبارات صحيّة، اعتبارات دينيّة في حين تقوم الامتيازات الخاصة على أساس إثراء ذمّة المدين وحفظ ذمّته.
- الفصل 557 م.إ.ع: نصّ أنّه إذا تعارضت منفعة عامّة ومنفعة خاصّة ولم يمكن التوفيق بينهما قدّمت العامة.
- حرص المشرّع لتوفير أكبر ضمانات لخلاص الدائن صاحب الامتياز العام: عندما وسّع له مجال امتيازته بتوفير كلّ مكاسب المدين ممّا يعني أنّ رغبة المشرّع في تحقيق أكبر حماية لصاحب الامتياز العام ومنحه أفضلية على كل مكاسب المدين وهذه الأفضلية يمكن أن تتزعزع إذا سبقنا صاحب الامتياز الخاص على صاحب الامتياز العام.
- زهادة الديون المضمونة بالامتياز العام: فهذه الديون عادة ما تكون زهيدة لدرجة أنها لا تستغرق جميع المحصول الناجم عن بيع مكاسب المدين. وبالتالي فلا خوف ولا حيرة من حرمان ذوي الامتيازات الخاصة من فرصة استخلاص ديونهم.
- التنصيب على الامتياز العام قبل الامتياز الخاص ضمن الفصول 197، 199 و 200 م.ج.ع: ممّا يدل على تفضيل الأول على الثاني.

- **البشّق الذي يسبق الامتياز الخاصّ على العامّ (بشير الفرشيبي):** يمكن التمسك بعدد الحجج الهامة لمحاولة إرساء مبدأ ترجيح الامتياز الخاص على الامتياز العامّ:
  - تغليب الامتياز العام على الخاص يضرّ بصاحب الامتياز الخاصّ ذلك أن حق تفضيله لا ينبسط إلا على المكسب المخصص له دون مكاسب المدين الأخرى. ثم أن صاحب الامتياز الخاص يبقى مقيدا في التنفيذ على المال المخصص لضمانه دون غيره من المكاسب بينما يتمتع صاحب الامتياز العام بحق التنفيذ على جميع مكاسب المدين دون التقيد بقاعدة التنفيذ الاحتياطي موضوع الفصل 304 م.م.م.ت.
  - العدد المهول للامتيازات العامة المسطرة على جميع مكاسب المدين وقيمتها المالية المرتفعة مع إمكانية الحصول على ثمن زهيد لمحل الامتيازات يؤدي إلى أن لا يكون المبلغ الواقع استيفاءه غير كاف لخلاص جميع الديون وقد يؤدي إلى استحالة خلاص الديون المحمية بامتياز خاص.
  - إذا اتفق صاحب الامتياز العام مع أحد الدائنين الآخرين على اختيار محل الامتياز الخاص للتنفيذ عليه نظرا لتمتع المذكور الأول بمبدأ حرية التنفيذ على جميع مكاسب مدينه. فيكون هذا الاتفاق وسيلة لحماية دائن معين مقابل الإضرار بصاحب الامتياز الخاص الذي لا حق له أن ينقذ إلى على المال المخصص لتأمينه.
  - قواعد العدل والإنصاف تفرض تسبيق الامتياز الخاص على العام تفاديا للإثراء بدون سبب والذي قد يحصل لفائدة صاحب الامتياز العام على حساب صاحب الامتياز الخاص خاصة إذا ما كان هذا التأمين الأخير مؤسسا على إضافة قيمة مالية إلى ذمة المدين أو المحافظة على تلك القيمة.
  - ضرورة تفضيل الامتياز الخاص على العام تستند أيضا إلى فكرة التخصيص التي تتوفر بوضوح في صاحب الامتياز الخاص بينما في الامتياز العام لا نجد فكرة التخصيص التي هي من خصائص الحق العيني وهو ممّا أدى أصلا إلى جدل حول اعتبار الامتياز العام حقّا عينيا بالأساس من عدمه وحول قرب وضعيّة صاحب الامتياز العام من وضعيّة الدائن العادي بما أن له ضمان عام على كل مكاسب المدين في غياب تام لفكرة التخصيص.
  - **الفصل 557 م.إ.ع** يسبق العام على الخاص إذا لم يمكن التوفيق بينهما وهذا الأمر ممكن لأن تفضيل الدائن صاحب الامتياز الخاص على صاحب الامتياز العام يبقى على حظوظ صاحب الامتياز العام ويمكنه استخلاص دينه بالأفضلية على بقية الدائنين فيما عدى محل الامتياز الخاص.
  - **قاعدة م.إ.ع** التي تنصّ على أنّ الخاصّ يقدّم على العامّ وهي القاعدة التي أكدها المشرع في إطار التبعات الجماعية من خلال نصّ صريح في قانون 2016 المتعلّق بالإجراءات الجماعية.

## (2) التّزاحم الاستثنائي:

تزاحم الامتيازات الخاصة فيما بينها هو تزاحم ممكن وليس حتميًا. مبدئيًا، لا يمكن تصور تزاحم امتياز خاص على عقار وامتياز خاص على منقول فكلّ منهما محلّ مختلف عن الآخر. أيضًا، لم يحرص المشرّع على ترتيب هذه الامتيازات لكن مع ذلك فإنّ هذا التزاحم ممكن ومثال ذلك الفصل 200 أوّلا م.ح.ع الذي يتحدث عن 3 امتيازات لها نفس المحلّ وهو المحصول الفلاحي، ورغم اختلاف هذه الديون إلا أنّها تتحد في نفس المحلّ وهو محلّ خاصّ.

أيضا يمكن أن يتزاحم امتياز خاص على عقار مع امتياز خاص على منقول عندما يتحول هذا المنقول إلى عقار حكمي.

المشرع لم يرتّب الامتيازات الخاصة فيما بينها مما يضعنا أمام فراغ تشريعي يفتح الباب أمام التأويلات والاجتهادات الفقهية. ويبدو أنّ الفقه قد عاد إلى **الفصل 195 ثانيا م.ح.ع** الذي ينصّ أنّ تفضيل بعض الدائنين الممتازين على بعض يعتمد على اختلاف صفات الامتيازات. يجب إذا التساؤل حول صفة الدين في كل امتياز خاصّ ثمّ نسعى إلى ترتيب صفات الامتيازات حسب الأولوية.

### (أ) معنى صفة الدين في الامتيازات الخاصة:

وقد اعتبر الفقه أنّ صفات الامتيازات الخاصة تنحصر عموما في ثلاثة صفات:

- **صفة الرهن الضمني:** المقصود بهذه الفكرة هو أنّ عددا من الامتيازات يقوم على افتراض أنّ المكاسب التي تتسلط عليها مرهونة لفائدة الدائن على أساس الإرادة الضمنية للأطراف أو العادة والعرف. وتحقق هذه الفكرة خصوصا في الامتيازات التي يتمتّع أصحابها بسلطة مادية على أموال المدين محلّ هذه الامتيازات. وأبرز مثال على ذلك هو امتياز المكري الذي ينبسط على المحصول الناتج عن العين المكرة (صابة، غلة...) وتظهر السلطة المادية للمكري من خلال حقّ الحبس الذي يتمتّع به طبق **الفصل 788 م.إ.ع** وحقّ التتبع المخوّل له بمقتضى **الفصل 200 ثانيا م.ح.ع** في صورة خروج تلك الأشياء من العين مخادعة. كما تظهر فكرة الرهن الضمني بوضوح في امتياز عميل الوساطة وامتياز عميل نقل الأشياء بما أنّ أفضليتهما ترتبط بالحيازة الفعلية أو الحكومية للبضائع المرسله لهما أو المودعة أو المؤمّنة عندهما.
- **الحفظ:** من المنطقيّ أن يتمتع الدائن الذي حفظ ذمّة مدينه وضمن الإبقاء على مكوّناتها وعناصرها بامتياز سواء في منفعة المدين مباشرة كما هو الحال في الامتياز المقرر لاستخلاص مصاريف الجني طبق **الفصل 200 أوّلا م.ح.ع** أو في منفعته هو وبقية الدائنين مثلما هو الحال في امتياز مصاريف التوزيع والترتيب على معنى **الفصول 480، 484 و 488 م.م.ت.** ويؤخذ الحفظ في هذا الإطار في معناه الواسع بحيث لا يقصد به استمرار الوجود المادي لمحل الامتياز فقط وإنما أيضا الإبقاء على هذا المال في وضع يسمح بالانتفاع به على الوجه الذي أعدّ له إمّا بطبيعته أو اتفاقا أو حسب وضعه الاقتصادي.
- **إثراء ذمّة المدين:** هي فكرة بسيطة مفادها أنّه إذا انتقلت ملكيّة مال معيّن من الدائن إلى المدين، فمن العدل والإنصاف أن يستوفي الأوّل حقّه من هذا المال قبل غيره من الدائنين بما أنّه هو الذي كان وراء اغتناء ذمّة غريمه به. وتبرز هذه الفكرة في الامتيازات التي أقرّت لاستخلاص ديون ناشئة عن عمليات تفويت كامتياز بائع السيّارات والجرّارات وامتياز بائع الأصل التجاري وامتياز مزوّد الأشغال العامّة وامتياز العقلة والتبّيت. وواضح أنّ الامتياز يضمن في كلّ هذه الصّور ثمن التفويت بما يشجّع المفوّت

على التعامل مع المفوّت له ومنحه الائتمان ويطمئنه على استخلاص دينه عندما يكون التزام المفوّ له بالدفع مؤجّلاً.

### (ب) ترتيب صفات الدّين في الامتيازات الخاصّة:

إذا على أساس هذه الصفات الثلاث، يقع ترتيب الامتيازات الخاصّة ويكون ذلك في صورتين:

#### • في صورة التزام بين امتيازات خاصّة قائمة على صفات مختلفة:

يمكن تصور التزام بين امتياز قائم على فكرة الرهن الضمني مع امتياز قائم على فكرة إثراء ذمة المدين وامتياز قائم على فكرة الحفظ. ويحصل مثل هذا التزام إذا كان المدين مثلاً فلاحاً أكثرى أرضاً من دائن أوّل واشترى بذوراً من دائن ثان واستعان بدائن ثالث في القيام بأعمال الجني. أو كذلك إذا كان المدين تاجراً اشترى عدداً من العربات من بائع أوّل وأرسلها وأودعها لدى عميل وساطة لنقلها إلا أنه تمت عقلته من قبل شخص ثالث تولى بيعها وإتمام الإجراءات اللازمة لتوزيع ثمنها فأصبحها دائناً بمصاريف التوزيع والترتيب.

ومع أنّ الاجتهادات تختلف وتتباين في هذا الصدد إلا أنّ أغلبها يصبّ في تقديم الامتيازات القائمة على الحفظ على الامتيازات القائمة على الرهن الضمني، وهذه الأخير على الامتيازات القائمة على إثراء ذمة المدين. ولا مانع من تبني هذا الترتيب إذ من المنطقي أن تتفوّق صفة الحفظ على الصفتين الأخريين لأنّه لولاها لما تيسّر التنفيذ على المال محلّ الامتياز ولأنّ عمل الحفظ يستفيد منه جميع الدائنين زيادة على أنّ ديون الحفظ مقدّمة على غيرها من الديون في عديد النصوص الصريحة كالـ **الفصل 71 م.ت.ب والفصل 199 ثالثاً م.ح.ع والفصل 17 من القانون المتعلق برهن أدوات التجهيز**. أمّا تفضيل صفة الرهن الضمني على صفة الإثراء فهو مبرّر بسلطة الدائن الفعلية أو الحكمية على محل الامتياز والتي تعزز مركزه إزاء دائنين آخرين يفتقدونها.

#### • في صورة التزام بين امتيازات خاصّة قائمة على نفس الصّفة:

يمكن أن يقع التزام مثلاً بين بائعي بذور (صفة إثراء الذمة) أو بين مكري وعميل وساطة (صفة الرهن الضمني) أو بين دائن بمصاريف الجني ودائن بمصاريف التوزيع والترتيب (صفة الحفظ).

هنا يمكن أن نتصوّر حلّين:

- حلّ أوّل يتمثّل في تطبيق الفقرة الأولى من **الفصل 196 م.ح.ع** واعتبار أن الدائنين المتحدّين في الصّفة يتساوون في الرتبة وبالتالي فلا أفضلية لأحدهم على الآخر ولا ترتيب بينهم.
- حلّ ثان يسعى إلى إيجاد ترتيب بين الامتيازات المذكورة على أساس صفة الدين ولو استوجب الأمر زيادة تدقيق هذا المعيار.

ويتوقّف الحسم في أحد هذين الحلّين في الواقع على فهم أعمق **للفصل 196 م.ح.ع** الذي اقتضى أنّه ' إذا تساوى الدائنون في رتبة الامتياز فلا أفضلية لأحدهم على الآخر '. فما المقصود بالتساوي في الرتبة على معنى هذا النصّ، هل هو الاتحاد في صفة الامتياز أم المقصود هو الاتحاد في الرتبة بمعناها الضيق كما حددها المشرّع؟

- إذا تبّينا الفهم الواسع، فهذا يعني أنّ التساوي يحصل في كل مرة تلتقي فيها صفة الامتياز. وينتج عن ذلك أنّ الامتيازات المتحدّة في الصّفة تكون دائماً متساوية في الرتبة ولا تخضع للترتيب إلا إذا اختلفت صفاتها. أي أنّه إذا تزامم دائنون يقوم امتيازهم على فكرة الحفظ أو فكرة الرهن الضمني أو غيرها فإنه لا ترتيب داخلها وإنما نلجأ إلى المساواة والتحصص.

- إذا أخذنا الرتبة في معناها الضيق أي الرتبة المنصوص عليها صراحة في نص القانون فهذا يعني الامتيازات المتساوية في الرتبة يجب ترتيبها. وهو ما توخاه العديد من الشراح عند دراستهم للامتيازات الخاصة حين فصلوا في نطاق امتيازات الحفظ المصاريف الأخيرة باعتبار أن آخر دائن تولي الحفظ هو الأقرب للتنفيذ (كابريك ومولي) وغلبوا في نطاق الامتيازات القائمة على الرهن الضمني صاحب الحيازة الفعلية على من ليست له إلا حيازة حكمية (Michel DAGOT). أما بالنسبة للامتيازات القائمة على فكرة الإثراء فقد أعطوا الأولوية لمن كان أسبق تاريخاً في إضافة المال (فايل).

وهذا الفهم الثاني يبدو أجدر بالتأييد حسب الأستاذ حاتم الرواتي (الاستخلاص الجبري للديون 'الإجراءات والضمانات'، معايير ترتيب التأمينات العينية) بالاعتماد على عبارة النص وإرادة المشرع خصوصاً أن هذا الأخير خالف الفهم الأول في عدة صور من التزاحم كما أن التمعن في شتى النصوص القانونية يعطي معنى مستقلاً لصفة الدين يؤكد أهمية هذا المعيار في الترتيب.

## الباب الثالث: حق الحبس

تعود مؤسسة الحبس إلى القانون الروماني متى كان الحائز لشيء لا يخضعه يسعى إلى استرجاع ما أنفقه على الشيء قبل أن يعيده لصاحبه، فأُسند للحائز حق الدفع بالغش في مواجهة من يطلب استرداد الشيء حتى يدفع له قيمة ما أنفقه. وكان العمل بهذا الدفع جائزا في العقود المتقابلة وحتى في العقود الملزمة لجانب واحد. وقد كانت دعوى الغش هي الأساس فيما عرف بعد ذلك بالدفع بعدم التنفيذ والحبس. فارتبط الدفع بعدم التنفيذ بالعقود ذات الالتزامات المتقابلة في حين ارتبط الحبس بالأشياء المادية وارتقى إلى معنى التأمين العيني خلال فترة القانون الفرنسي. ومع بداية القرن الـ 20 ناقش الفقه والقضاء الطبيعة القانونية للحبس بعدما استقلّ الدفع بعدم التنفيذ وارتبط بالالتزامات المتقابلة وبمؤسسة الفسخ. وارتقى الحبس إلى مستوى النظريات العامة تجاوزا للحالات الخاصة التي أوردها المشرع وبقي الاختلاف قائما بين من ذهب إلى اعتباره حقا عينيا (أحمد بن طالب، لمحة عن التأمينات في الفقه الإسلامي) ومن أنكر عليه تلك الصفة (عبد الرزاق السنهوري).

في التشريع الإسلامي، أورد الفقهاء الحبس في عدّة تطبيقات خاصة مثل عقد البيع حيث يجوز للبائع حبس المبيع إلى أن يؤدي المشتري الثمن وللمشتري حبس الثمن إذا ظهر عيب وله كذلك حبس الشيء في صورة الفسخ حتى يسترد الثمن ويمكن لصانع الشيء أن يحبس العين حتى يستوفي أجره.

والحقيقة أنّ الحبس حالة واقعية كثيرا ما ينظر إليها بأنها وسيلة خاصة في أن يقتصر الدائن بنفسه ويقاضي الدائن بنفسه وتتعارض مع موجبات التنمية الاقتصادية فهي ليست وسيلة قرض بل هي وسيلة تجميد للمال بصفة عامّة ولكنّ فيها نوع من الإنصاف في أن يخوّل للدائن حقّ استخلاص الدين كلّما كان ذلك ممكنا. والأكيد أن في هذا الحقّ أهمّ أوصاف الحقّ العينيّ حسب **علي كحلون** في أنّه يحمل إلى الفكرة العامة في الحقّ العيني بكونه تخصيص مال الغير للدائن ضمانا للدين. ولحقّ الحبس أهمّ عناصر الحقّ العيني في أنّه غير قابل للتجزئة، فكلّ ما حبس هو ضمان لكلّ الدين، ولو تقاسم الدين الورثة بقي الحبس مجتمعاً إلى أن يخلص كامل الدين. وهو حقّ تبعي لأصل الالتزام، ينتقل مع انتقال الدين بالإحالة أو الحلّ وينقضي بانقضاء الدين، على شرط أن يسلم الشيء إلى المحال له.

وتعرّض المشرّع لحقّ الحبس في **الفصول 309 م.إ.ع وما بعده** وفي نصوص أخرى متفرقة. وقام بتعريفه في **الفصل 309 م.إ.ع** بكونه 'الحق في حوز الشيء الذي يملكه المدين حتّى يؤدّي ما عليه للدائن، ولا يجري العمل به إلّا في الصّور التي حدّدها القانون.'

- حقّ الحبس هو في الحقيقة امتناع الدائن عن تسليم المدين مالا من أمواله، شيئا من أشياءه، حتّى يتولّى هذا المدين خلاص دينه. هو مسك مادّي لأحد أموال المدين إلى يقوم هذا الأخير بخلاص الدين ومن حقّ الدائن الذي يمارس حقّ الحبس أن يستمرّ في وضع يده على هذا الشيء في صورة عدم خلاص مبلغ الدين.

- عبارة الحوز التي استعملها المشرّع في **الفصل 309 م.إ.ع** لا يعني بها المشرّع الحوز القانوني كسند للملكية وإنّما يقصد الحوز المادّي أي المسك المادّي للشيء.

- الطبيعة القانونية لحقّ الحبس:

- **تأمين عيني (193 م.ح.ع):** بعض التشريعات تعتبر حق الحبس امتدادا للحق الشخصي للدائن وأخرى تعتبره نوعا من الدفع بعدم التنفيذ (القانون المصري) لكن قانوننا التونسي يفرّق بين حق الحبس والدفع بعدم التنفيذ الذي هو وسيلة ضغط يمكن للدائن أن يتمسك بها في وجه مدينه وأن يمارسها ضده في صورة عدم تنفيذه لالتزامه وهو طبق **الفصل 247 م.إ.ع** الحق المخوّل للدائن في إطار عقد ملزم للجانبين (البيع مثلا) في أن يرفض تنفيذ التزامه إلى أن يتولّى الطرف المقابل في العقد تنفيذ التزامه.
- **وسيلة من وسائل الضّغط على المدين للوفاء بدينه:** نوع من العدالة الخاصة الاستثنائية التي يمنحها القانون للدائن لاستيفاء دينه فالأصل طبق **الفصل 555 م.إ.ع** أنه لا يحق لأحد أن يقتصّ لنفسه بنفسه.

## القسم الأوّل: شروط حقّ الحبس:

تعرّض إليها المشرّع بالتدقيق ويمكن حوصلتها في 3:

- يجب أن يكون هنالك نصّ قانوني يقرّ حقّ الحبس: أساس حقّ الحبس.
- يجب أن تتوفر شروط متعلّقة بالدين.
- يجب أن تتوفر شروط متعلّقة بالمحلّ أي المال الذي يمكن حبسه.

### الفقرة الأولى: شرط وجود نصّ مكرّس لحقّ الحبس:

جاء **بالفصل 309 م.إ.ع** أنه لا يجري العمل بحقّ الحبس إلا في الصور التي خصّصها القانون.

إذا حقّ الحبس هو تأمين قانونيّ مصدره القانون فلا حبس بدون نصّ. ويجد ذلك تبريره في كون الحبس استثناء وجب تنظيمه بنصوص قانونية فالأصل هو المساواة بين الدائنين وحقّ الحبس باعتباره سببا من أسباب التّفصيل فهو يتمتّع بصبغة استثنائية تجعله مقيدا بنصوص قانونية ولا يمكن العمل به إلا إذا تمّ إقراره صراحة بمقتضى القانون. كما أنّه استثناء للاقتصاص إذ لا يحق لأحد الاقتصاص لنفسه بنفسه كما هو في **الفصل 555 م.إ.ع**.

وقد تعرّض المشرّع لحقّ الحبس في عديد النّصوص القانونية:

- **310 م.إ.ع:** الحقّ لمن بذل مصاريف أثناء حيازته للعقار من أن يحبس العقار في وجه مستحقّه (القائم بالدعوى الاستحقاقية) إلى غاية استخلاص ثمنها.
- **787 م.إ.ع:** الحقّ للمكري في حبس الأشياء الموجودة في المكري ضمانا لخلاص الدين.
- **599 م.إ.ع:** الحقّ للبائع في ممارسة حقّ حبس جميع المبيع إلى أن يقبض الثمن بتمامه.

لكن يجب أن نتساءل هل أنّ النصّ القانونيّ شرط كاف لممارسة حقّ الحبس أم أنّه يجب إضافة للنصّ أن يتحصّل الدائن على إذن قضائيّ يسمح له بممارسة حقّ الحبس؟

هذا السؤال يجد مبرّره في التّطبيق لأنّ واقع العمل القضائي يفرض على الدائن الحابس أن يستصدر إذنا قضائيّا (إذن على عريضة) لإمكانية ممارسة حقّ الحبس بل يتمادى فقه القضاء إلى اعتبار حقّ الحبس غير قانونيّ في غياب هذا الإذن القضائيّ.

فهل أنّ هذا الشرط القضائيّ مقبول وجائز قانونا؟

يرى شقّ هامّ من الشّراح بمساندة محكمة التعقيب في أحد قراراتها أنّ الإذن القضائيّ غير واجب ويكفي وجود نصّ يسمح بممارسة حقّ الحبس وحججهم في ذلك هي:

- ليس هنالك نصّ قانوني يفرض وجود إذن قضائيّ لإمكانية ممارسة حقّ الحبس.
- حقّ الحبس هو مسك مادي للشيء ورفض لتسليمه وبالتالي فهو وضع فعليّ ولو فرضنا التوجه إلى القضاء فقد يصبح هذا الحق غير ممكن الممارسة.
- القرار التعقيبي المدني عدد 63218 المؤرخ في 02 أفريل 1992 ...

## الفقرة الثانية: شروط متعلّقة بالدين:

ما هو الدين الذي على أساسه يمكن أن نمارس حقّ الحبس؟

إذا عدنا إلى القواعد العامة في التنفيذ، يجب لكي يمكن للدائن التنفيذ على مكاسب مدينه واستخلاص دينه من ثمن هذه المكاسب، أن يتوفر في الدين موضوع التنفيذ الشّروط المحدّدة في الفصل 302 م.م.ت وهي:

### • شروط موضوعيّة:

- أن يكون الدين أساس التنفيذ ثابتاً.
- حال الأجل.
- أن يكون الدين معيّن المقدار.

### • شروط شكلية:

- موجود.
- مقترن
- مضمّن في سند تنفيذيّ (الوثيقة التي تمنح للدائن أو العدل منقذ ليمارس التنفيذ).

### • خصائص الدين:

جاء بالفصل 314 م.إ.ع أنّه لا يجوز إجراء حقّ الحبس إلا على الشّروط التالية:

- ...
- أن يكون أجل الدين قد حلّ فإن كان مقدار الدين غير منحصر عينت المحكمة للدائن أقصر أجل ممكن لحصر حقوقه. يعني أنّه يجب أن يتوجّه للمحكمة ويستصدر حكماً قضائياً يبيّن مقدار الدين.
- أن يكون الدين نشأ عن معاملات بين الدائن والمدين أو تولّد من الشّيء المراد حبسه. بمعنى أن يكون هنالك ترابط بين الدين أساس حقّ الحبس والشيء محل حقّ الحبس. فلا يجوز للدائن أن يحبس أيّ مال من أموال المدين وإنّما يجب عليه أن يحبس شيئاً له علاقة بالدين.
- وهذا الارتباط يكون قانونياً كأن يكون هنالك عقد بين الدائن والمدين أدّى إلى نشأة دين له علاقة بالشّيء المحبوس ومثال ذلك عقد الوديعة.
- كما يكون الارتباط مادياً كأن يتولّد عن الشّيء نفسه أي نشأ عن الشّيء المحبوس ومثال ذلك صورة الفصل 310 م.إ.ع وهي إمكانية الحبس المتاحة لحائز العقار الذي يمكن له أن يحبسه لاستيفاء المصاريف التي صرفها لحفظ ذلك العقار.

## الفقرة الثالثة: شروط متعلقة بالمحل:

- **الفصل 312 م.إ.ع:** 'حقّ الحبس يجري على المنقولات والعقارات كما يجري على رسوم الحقوق الإسمية وعلى الرسوم التي تحت الإذن أو التي للحامل'
- **الفصل 313 م.إ.ع:** 'حقّ الحبس لا يجري على ما يأتي:
  - أولاً: الأشياء التي ليست على ملك المدين كالضائعة أو المسروقة التي يطلبها أصحابها (المال يجب أن يكون على ملك المدين).
  - ثانياً: الأشياء التي يعلم الدائن أو كان عليه أن يعلم أنها ليست على ملك المدين بناء على أحوال أو إعلانات يقتضيها القانون. (إذا أراد الحابس أن يحبس فيحب أن يتوفر فيه شرط حسن النية والإلا كان حبسه باطلاً).
  - ثالثاً: الأشياء التي لا تقبل العقلة كالضروري للمعاش.' (ما لم يكن قابلاً للعقلة وبالتالي للبيع فلا يمكن حبسه).
- **الفصل 314 م.إ.ع:** يشترط أن يكون المال المحبوس في حوزة الدائن والحياسة في حقّ الحبس نوعان:
  - **فعليّة:** وهي أن يتولى الحابس حبس مال المدين مادياً أي فعلياً أي بصورة مباشرة فيكون المال المحبوس بين يديه.
  - **اعتباريّة:** بحكم القانون نصّ عليها **الفصل 315 م.إ.ع** إذ 'يعتبر الشيء في حوزة الدائن إذا كان في مخازنه أو مراكبه أو في مخازن أو مراكب وكيله بالعمولة أو نائبه أو الشخص المكلف منه أو في مخازن الديوانة أو في مستودع عمومي وإذا أعلم الدائن بإرسال شيء له عن طريق البرّ أو البحر فإنّ ذلك الشيء يعتبر في حوزة قبل وروده له ومن وقت اتصاله بتذكرة الإرسال أو بوثيقة الشّحن.'

## القسم الثاني: آثار حقّ الحبس:

تتمثل عموماً في جملة من الواجبات المحمولة على الدائن الحابس وجملة من الحقوق الممنوحة له.

### الفقرة الأولى: واجبات الدائن الحابس:

- ينصّ **الفصل 320 م.إ.ع** أنّه 'إذا أجرى الدائن حقّه في الحبس فعليه ضمان الشيء على مقتضى القواعد المقررة في حقّ المرتهن.'
- إذا فالدائن الحابس له نفس الالتزامات التي يتحملها الدائن المرتهن فالمشرع يحيل إلى الرهن الذي ينقسم إلى رهن غير حيازي ورهن حيازي وهنا نجد التقاء للحبس والرهن الحيازي إذ نجد اشتراكاً في نفس الوضعية وهي الحياسة.
- وإذا أردنا الإجابة عن سؤال ما هي واجبات الدائن الحابس؟ يجب العودة إلى م.ح.ع التي تنظم التزامات الدائن المرتهن. (من المحبذ اعتماد عبارة واجبات للدائن الحابس والتزامات للدائن المرتهن نظراً لكون مصدرها اتفاق الطرفين).

- **حفظ الشيء وحيازته:** نصّ **الفصل 233 م.ح.ع** 'على الدائن أن يعتني بحفظ وصيانة الشيء أو الحق المرهون، عنايته بالأشياء التي هي على ملكه.'
- **عدم استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه:** عدم الانتفاع بالشيء والتصرف فيه وكأنه مالك.

- إرجاع المال المحبوس إلى صاحبه بمجرد خلاص الدين: ويعتبر الفقهاء عن هذا الواجب بواجب الردّ لأنّ رهن المنقول يعدّ من عقود الردّ.

## الفقرة الثانية: حقوق الدائن الحابس:

لخصها المشرّع في ثلاث فصول أساسية هي:

- **الفصل 316 م.إ.ع** هو فصل هام نظرا لكونه يمنح للدائن الحابس حق استرجاع المال المحبوس إذا خرج عن حيازته دون علمها أو دون إرادته وهذا الحق يذكرنا بحق التتبع.
- **الفصل 323 م.إ.ع:** يتحدث عن الحقّ المخوّل للدائن الحابس في التنفيذ على المال المحبوس لاستخلاص دينه إذا لم يتمّ من ثمنه إذا لم يتمّ ذلك، فيجوز له بيعه إذا انقضت آجال استخلاص الدين.
- **الفصل 324 م.إ.ع:** 'يسوغ الاحتجاج بحقّ الحبس على الدائنين وعمّن انجرّ له حق من المدين كلما ساغ الاحتجاج بذلك الحقّ على المدين.'

### (1) الحقّ في استرجاع المال المحبوس:

طبق **الفصل 316 م.إ.ع** "إذا نقلت الأشياء التي حبسها الدائن من محلها إلى محل آخر خفية أو رغما عن معارضته كان له الحقّ أن يطلب ردّها للمحلّ الذي نقلت منه في مدة 30 يوم من وقت علمه بنقلها يوما وبعد انقضاء الأجل المذكور لم يبق له حق في هذا الطلب:" إذا تم نقل الأشياء المحبوسة إمّا خفية أو رغما عن معارضته، كان للدائن الحابس أن يطلب ردّها وذلك عن طريقة وسيلة سهلة هي الإذن على عريضة يقدمها إلى المحكمة المختصة وهي محكمة الناحية إذا قلت الأشياء المحبوسة عن 7000 د والمحكمة الابتدائية إن زادت عن ذلك، وهذا المطلب باعتباره عمل إجرائي فقد قيدها المشرّع بشروط وأهمّها:

**الأجل:** في 30 يوما من تاريخ العلم بنقل المال المحبوس.

وهذا الأجل هو أجل سقوط يفقد بمضيّه الدائن حق استرجاع المال المحبوس

ويعتبر هذا الحقّ وجها من أوجه حقّ التتبع فللدائن الحابس حق التتبع الخاص الممنوح له ليتمكن فيما بعد من التنفيذ على المال المحبوس.

### (2) حقّ التنفيذ على المال المحبوس:

ينصّ **الفصل 323 م.إ.ع** "إذا لم يقع الوفاء بالدين وأنذر المدين مجرّد إنذار فللدائن أن يستأذن المحكمة في بيع ما تحت يده توثقة لخلاص دينه من الثمن قبل غيره من الدائنين. وسبيله في البيع وما يترتب عليه سبيل المرتهن الحائز للرهن' ويحيل المشرّع كالعادة على الرهن وتحديد الفصل 247 م.ح.ع الذي ينصّ على أنّه 'إذا لم يوف المدين بما عليه كان للدائن طلب بيع الرهن بالإشهار بعد مضي 8 أيام على تبليغ مجرّد إنذار بواسطة عدل منفذ إلى المدين وعند الاقتضاء إلى معير الرهن. وللمدين أو معير الرهن أن يعارض في ذلك أثناء المدة المذكورة بعريضة تبلغ للدائن وتتضمّن استدعاءه للحضور لدى المحكمة المختصة ويتوقّف البيع بسبب تلك المعارضة. فإذا مضى الأجل ولم تقع معارضة كان للدائن طلب إذن على عريضة في بيع الرهن. وإذا رفضت المعارضة كان للدائن بيع الرهن بدون لزوم لطلب الإذن في ذلك. ويجري البيع حسب الإجراءات الواردة ب.م.م.ت في مادة بيع المنقولات المعقولة.'

إذا تقتضي عملية التنفيذ على المال المحبوس جملة من الإجراءات والآجال:

**أولاً:** يجب على الدائن أن يبلغ إلى المدين إنذاراً عن طريق عدل منقذ وهذا الإنذار يجب أن يتضمن بيانات وجوبية أهمها أنه على المدين أن يوفي بالدين في أجل 8 أيام وإلا فإن للدائن أن يستصدر إذناً على عريضة في بيع المال المحبوس. ويضع الفصل ثلاث فرضيات:

- **الفرضية 1:** في 8 أيام يوفي المدين بالدين فينقضي الدين.
- **الفرضية 2:** اعتراض المدين على الوفاء بالدين في أجل 8 أيام وذلك بتوجه المدين إلى المحكمة المختصة ونشره لقضية يعترض فيها على عملية البيع وتكون من جملة طلباته استرجاع المال المحبوس ويمكن أن يكون الاعتراض مبنياً على معطيات شكلية إجرائية (مثال إذا أرسل تنبيه بـ 7 أيام عوض 8 أيام أو وقع في خطأ في مقر المدين) أو أخرى موضوعية جوهرية (مثال يمكن أن تتعلق بالدين أساس الحبس، بالمال المحبوس أو بالشروط المتعلقة بالحبس).
- فإما أن يقع قبول الاعتراض من قبل المحكمة وبالتالي يقع استرجاع المال المحبوس.
- وإما أن يقع رفضه وبالتالي يتواصل البيع دون إذن المحكمة فالحكم بالرفض يقوم مقام السند التنفيذي الذي يبرر ويجيز عملية البيع.
- **الفرضية 3:** لا يوفي المدين بالدين ولا يعترض في أجل 8 أيام، يحق للدائن البيع وذلك بواسطة إذن على عريضة يطلبه من المحكمة وبالحصول على هذا الإذن يمكنه التنفيذ على المال المحبوس ويتم البيع تطبيقاً للفصل 247 م.ح.ع حسب م.م.م.ت في باب بيع المنقولات المعقولة.

إذا تم بيع المال المحبوس يمكن للدائن الحابس أن يقتضي دينه من ثمن البيع ويكون ذلك بالأفضلية تطبيقاً للفصل 193 م.ح.ع الذي اعتبر حق الحبس تأمينا عينياً وسبباً من أسباب التفضيل بين الدائنين وكذلك الفصل 323 م.إ.ع الذي أقر بأفضلية الدائن الحابس على غيره من الدائنين. فإلى أي حد يمكن للدائن الحابس أن يمارس حق الأفضلية فهل هو مطلق أم نسبي؟

هناك موقفان:

**الموقف الأول:** الدائن الحابس هو دائن مفضل عن كل الدائنين بما في ذلك أصحاب الامتياز. أساسه هو أن الدائن الحابس له الحق في أن يرفض التخلي عن المال المحبوس والتسليم فيه إلى أن يقع خلاص دينه. وهذا الحق يواجه به المدين وخاصة بقية الدائنين طبق الفصل 324 م.إ.ع "يسوغ الاحتجاج بحق الحبس على الدائنين وعمّن انجر له حق من المدين كلما ساغ الاحتجاج بذلك الحق على المدين".

**الموقف الثاني:** الدائن الحابس يمكن أن يفضل على بعض الدائنين أحياناً ويمكن أن يفضل عليه بعض الدائنين أحياناً أخرى. فلا يمكن للدائن الحابس أن يحبس إلى ما لا نهاية وحق الأفضلية يمكن لكل دائن أن يمارسه. وينص الفصل 323 م.إ.ع أنه إثر البيع يتم التوزيع عند التزاحم بالأفضلية فالمعيار الزمني هو الذي يحدد أفضلية الدائنين في استخلاص ديونهم والأول في الحق هو الأسبق في الحق. فإذا كان الحبس ناشئاً قبل التأمينات العينية الأخرى، تكون الأفضلية للدائن الحابس. وإن نشأ تأمين عيني آخر قبل نشأة الحبس كان له الأفضلية. وهذا الأمر لا يتعارض مع وجود خاصية في الغرض.