**حق الأفضلية وترتيب الدائنين**

**المقدمة**

 أقر المشرع التونسي صلب الفصل 192 من م.ح ع الحق في الضمان العام الذي يبدو لأول وهلة هاما نظرا لشموله مبدئيا كافة مكاسب المدين ولانطوائه على مبدأ المساواة بين الدائنين.

 وتقتضى قاعدة المساواة بين الدائنين العاديين في حق الضمان العام أن جميع الدائنين العاديين لمدين واحد لهم حقوق متساوية على جميع الأموال الموجودة في ذمته المالية. ويترتب على هذه القاعدة أنه إذا كان ثمن بيع أموال المدين غير كاف للوفاء بجميع الديون كاملة فان الدائنين يتحاصصون هذا الثمن أي يستوفون ديونهم من جميع أموال مدينهم حسب نسبة دين كل واحد منهم فيتحصل كل دائن على جزء من المال يتناسب مع قيمة دينه.

 تبقى المساواة بين الدائنين العاديين في حق الضمان العام مساواة قانونية لا فعلية وذلك لإمكانية فوات المشاركة الفعلية في التنفيذ**[[1]](#footnote-2)** رغم أن المشاركة في التنفيذ الجبري تبقى مفتوحة حتى بعد ضرب العقلة والبيع وذلك بواسطة الاعتراض على المتحصل من البيع أو من الأموال المعقولة توقيفيا فقد جاء بالفصل 313 من م.م.م.ت فقرة أولى أن " الدائنون المخول لهم الحق في التنفيذ الجبري ليس لهم فيما يخص مكاسب المدين الذي سبق أن أجريت عليها عقلة تنفيذية أو عقلة توقيفية إلا الاعتراض على المتحصل من البيع أو من الأموال المعقولة توقيفيا وذلك مع مراعاة الأحكام الخاصة بالعقارات المسجلة" كما أن القانون التونسي لا يربط بين المشاركة في توزيع الأموال والمشاركة في التنفيذ.

 ولئن كانت بعض أحكام م.م.م.ت توحي بأن المشاركة في توزيع الأموال مخولة فقط للدائنين العاقلين والمعترضين،**[[2]](#footnote-3)** فان المشرع خول المشاركة في توزيع الأموال لكل دائن راغب فيها على شرط إدلائه لكتابة المحكمة بحجج دينه في الثلاثين يوما الموالية للنشر بالرائد الرسمي أو الاتصال بمكتوب مضمون الوصول وإلا سقط حقه في تلك المشاركة كما يجب عليه أن يقدم عند إدلائه بذلك طلب محاصة بواسطة محام يكون مكتبه قانونا مقر الدائن المختار وينص بطلب المحاصة على أسباب تفضيل الدين على غيره عند الاقتضاء" طبق أحكام الفقرة الأولى من الفصل 468 من م.م.م.ت.

 بالنظر إلى جملة هذه القواعد التي تبناها المشرع التونسي صلب م.م.م.ت يتضح أن المساواة أقرب إلى المساواة القانونية لأن إمكانية المشاركة في توزيع الأموال ليست مخولة للدائنين العاقلين أو المعترضين فحسب بل لكل دائن راغب في المشاركة في التوزيع كما لم يشترط أن يكون مزودا بسند تنفيذي وهذا ما يجعل الحماية التي يوفرها الضمان العام للدائن العادي منقوصة وغير كافية نظرا للمخاطر التي تتهدد الضمان العام والمتمثلة أساسا في نقصان العناصر الايجابية للذمة المالية وفي طول الفترة التي يمكن أن تزداد خلالها العناصر السلبية لهذه الذمة قبل اللجوء إلى التنفيذ الجبري وبعده.

 لقد تطور الفكر القانوني للبحث عن أنجع السبل لضمان استخلاص الديون وتفادي مخاطر الضمان العام، وفي هذا المجال فان الكفالة كانت أول مظاهر الضمان تاريخيا لكن تبين محدودية نجاعتها باعتبار أن الدائن المنتفع بها يبقى دوما دائنا عاديا متعرضا لمخاطر الضمان العام وغاية ما في الأمر هو عوض أن يكون له حقوقا مسلطة على ذمة مالية واحدة تصبح حقوقه مسلطة على ذمتين ماليتين أو أكثر لكن في كل الحالات تبقى حقوقه غير مضمونة ومن هنا انبثقت فكرة تخصيص شيء معين لفائدة الدائن لتكون له أفضلية في استخلاص دينه من ثمن ذلك الشيء بعد عقلته وبيعه، الأمر الذي أدى إلى ظهور ما يسمى بالتأمينات العينية وتطورها الذي تدعم خاصة بتطور الملكية الفردية والأنظمة الاشهارية وكذلك بحكم تطور الفكر القانوني بما سمح بتنظيم حق الملكية وإفراز الحقوق العينية المتفرعة عنه والتمييز بين الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية.

 والتأمينات العينية محددة على سبيل الحصر صلب الفصل 193 من م.ح.ع وهي " الامتياز والرهن وحق الحبس " وتتميز كذلك بأنها حقوق عينية تبعية مقررة لضمان حق شخصي، تنشأ بنشأته، وتنتقل بانتقاله، وتنقضي بانقضائه. و تتميز التأمينات العينية أيضا بأن السلطة التي يباشرها الدائن المتمتع بتأمين عيني تمارس عبر صلاحيات معينة مخولة للدائن وهي حق التتبع وحق الأفضلية.

 وحق الأفضلية**[[3]](#footnote-4)** أو حق التفضيل**[[4]](#footnote-5)** أو حق التقدم**[[5]](#footnote-6)**، أو حق الأولوية**[[6]](#footnote-7)** كلها مصطلحات استعملها المشرع ولها نفس المعنى، ورغم تعدد المصطلحات، فالمقصود بحق الأفضلية هو الحق الذي يقرره المشرع لبعض الدائنين قصد استيفاء ديونهم من ثمن بيع محل التأمين العيني قبل غيرهم من الدائنين والملاحظ أن المشرع قد استعمل في بعض الفصول عبارة الامتياز قاصدا بذلك حق الأفضلية يراجع في هذا السياق الفصول 214، 218، 219، 231، 234، 261، 272 من م.ح.ع.

 يعد حق الأفضلية القاسم المشترك بين جميع التأمينات العينية، فكل تأمين عيني يخول بالضرورة حق أفضلية على بقية الدائنين. ولئن كان للتأمينات مزايا أخرى غير حق الأفضلية من ذلك أن رهن المنقول يمنع المدين من التفويت في الشيء المرهون إذا رفض الدائن المرتهن إجازة البيع**[[7]](#footnote-8)**، فان كل تأمين عيني ينشأ لغاية الوفاء المفضل. وهذه الغاية هي عامل مهم في تحديد مفهوم التأمين العيني، وبالتالي فان القاعدة أو المؤسسة التي يمكن أن تؤدي إلى وفاء مفضل، دون أن يكون هذا الوفاء المفضل هو الغاية أو الهدف الأساسي لها فهناك بعض القواعد أو المؤسسات أو الوضعيات تمكن الدائن من الحصول على وفاء مفضل، وتجنبه مزاحمة باقي دائني مدينه وهذه المؤسسات أو الوضعيات تختلط في الغالب مع نوع من أنواع التأمينات العينية وهو الامتياز لذلك يجب التمييز بينها وبينه وأهم هذه الوضعيات هي:

**1) أسبقية استخلاص دائني الشركة على دائني أحد الشركاء:** عند تصفية الشركة يستخلص دائنو الشركة ديونهم قبل دائني أحد الشركاء، لأن دائني الشركة لهم حق على ذمتها المالية. في هذه الصورة لا وجود لنزاع حقيقي مع دائني أحد الشركاء، لأنه لا وجود لعلاقة مع نفس المدين**[[8]](#footnote-9)** وحصول وفاء مفضل لدائني الشركة ما هو إلا نتيجة للفصل بين الذمة المالية للشركة والذمة المالية لكل واحد من الشركاء.

**2) المعارضة** وهي تقنية يتمكن بمقتضاها شخص أجنبي من منع المدين من الوفاء بالدين الذي عليه، ومثال ذلك الاعتراض الذي يقوم به دائنو بائع الأصل التجاري لدى المشتري لمنعه من الوفاء بالثمن للمالك طبقا لمقتضيات الفصل 193 من المجلة التجارية وتحدث هذه المعارضة نفس أثر العقلة التوقيفية أي تجميد ثمن بيع الأصل التجاري لدى المشتري الذي لا يمكنه الوفاء به بعد ذلك للبائع. ومع ذلك، فلا تمنح للدائنين القائمين بالمعارضة أية أفضلية على البقية، فالقانون، وان منح لبعض الدائنين حق القيام بالمعارضة، إلا أنه لم يجعل من المعارضة امتيازا. ......................................................

 ويمكن للمعارضة أن تكون وسيلة للحصول على امتياز ذلك أنه يمكن للبائع وبعد انقضاء أجل العشرين يوما المنصوص عليه بالفصل 192 من م.ت أن يقوم استعجاليا لدى رئيس المحكمة بطلب دفع الثمن له بالرغم من المعارضة على شرط أن يسلم لصندوق الودائع والأمانات أو لشخص آخر غير الخصوم مكلفا بتلقي هذا التسليم المبلغ الكافي الذي يعينه الحاكم الاستعجالي لضمان ما عسى أن يترتب عن المعارضات من ديون قد يعترف بها البائع أو يصدر الحكم بثبوتها في ذمته وتكون المبالغ المودعة على النحو المتقدم مخصصة على وجه الحصر بيد المأذون بتسلمها لضمان الديون التي صدرت المعارضة للتوثق منها ويكون لها حق الامتياز على غيرها لاستيفائها من المبالغ المذكورة**[[9]](#footnote-10)**.

 وتجدر الملاحظة أن الامتياز في الصورة المتقدمة لا ينشأ على المعارضة في حد ذاتها وان كانت ضرورية بل ينشأ من تأمين البائع للمبلغ الذي حدده القاضي الاستعجالي حتى يتمكن من الحصول على ثمن بيع الأصل التجاري وهي صورة من صور نشأة الامتياز.

**3) المقاصة:** هي طريقة لانقضاء دينين متقابلين بقدر الأقل منهما بين شخصين اثنين**[[10]](#footnote-11)** فهي بهذا المعنى طريقة خاصة لانقضاء الالتزامات المتقابلة وبالإضافة إلى هذه الوظيفة تضمن المقاصة للمدين – الدائن استيفاء الدين الذي له، وتجنبه مزاحمة باقي دائني مدينه في صورة إعسار هذا الأخير. ولكن هل يعني هذا إلحاق المقاصة بالتأمينات العينية؟

 أجاب جانب من الفقه على هذا التساؤل بالإيجاب معتبرا المقاصة امتيازا حقيقيا أو فعليا[[11]](#footnote-12) باعتبار أنها تمنح للمستفيد منها حق أفضلية.

 ولكن هذا الموقف لا يمكن تبنيه بصفة مطلقة، لأن المقاصة، على خلاف التأمينات العينية، تحقق وظيفة الضمان بطريقة عرضية، إذ هي معدة بالأساس لأن تكون طريقة لانقضاء الالتزامات المتقابلة ولأن الأسباب القانونية في تفضيل بعض الدائنين على بعض محددة حصرا من قبل المشرع فالمقاصة تعد سببا واقعيا للأفضلية**[[12]](#footnote-13)**، فهي أنجع بكثير من الضمانات المدرجة بقانون الالتزامات فهي شبه تأمين سهل الاستعمال بما أنه خال من الشكليات.

**4) الدعوى المباشرة:** تسمح للدائن بأن يسعى مباشرة باسمه شخصيا إلى مدين المدين للحصول على تنفيذ التزام هذا الأخير لفائدته وتجعل هذه الدعوى المتمتع بها في وضعية أفضل من وضعية الدائنين العاديين وهي دعوى لا توجد إلا بنص قانوني خاص**[[13]](#footnote-14)** وبما أن هذه الدعوى تؤدي على غرار الامتياز، إلى تقوية حقوق الدائن فضلا عن التقائها معه في المصدر فقد خلط شق من الفقهاء بينها وبين الامتياز إلا أن هذا التوجه لا يستقيم لعدة أسباب لعل أهمها أن الدعوى المباشرة تمكن الدائن من القيام على الذمة المالية لمدين المدين وتجنبه مزاحمة دائني مدينه فهي بهذا المعنى توسيع للقوة الملزمة للعقد، في حين أن الامتياز يفترض وجود تزاحم بين مجموعة من الدائنين لنفس المدين ويفضل أحدهم على الآخرين.

5**) الدعوى البليانية:** خولها المشرع بمقتضى الفقرة الأولى من الفصل 306 من م.ا.ع للدائن الذي يريد تجنب سوء نية مدينه، وبمقتضى الدعوى البوليانية يطعن الدائن في العقود التي يتممها المدين المتواطئ مع الغير لتهريب مكاسبه من مجال الضمان العام وللإضرار به. وهذه الدعوى تهدف إلى حماية الضمان العام وفضلا عن صعوبة شروطها مثل شرط التغرير والتدليس الذي يصعب إثباته فان القائم بهذه الدعوى لا يستأثر بنتائج الدعوى التي باشرها بل يشاركه فيها بقية الدائنين.

**6)** **الدعوى المنحرفة أو الدعوى غير المباشرة:** فضلا عن الإمكانية المتاحة للدائنين للطعن في حق أنفسهم في العقود التي تممها مدينهم بأنه تممها لإضرارهم في حقوقهم تغريرا وتدليسا خول المشرع صلب الفصل 306 من م.ا.ع للدائن القيام ضد مدين مدينه المتقاعس للمطالبة بحقوق هذا الأخير وينتفع وحده بالمال الذي يقبضه عند التنفيذ عملا بأحكام الفصل 308 من م.ا.ع، فهل تعد هذه الدعوى نوعا من أنواع الامتياز؟

الإجابة عن هذا السؤال تكون حتما بالنفي ذلك أن الأولوية التي يتمتع بها القائم بالدعوى المنحرفة لا تنشأ إلا بعد قيامه بالدعوى – المخولة لكل الدائنين بقطع النظر عن طبيعة ديونهم – ولا تنصب هذه الأولوية إلا على الأموال المقبوضة في حين أن الأفضلية الناتجة عن التأمينات العينية تنشأ منذ نشأة الدين وليست مرتبطة بأية ممارسة.

 يستنتج من خلال هذه المقارنة أن حق الأفضلية في إطار التأمينات العينية يختلف عن الصور التي سبق التطرق إليها فحق الأفضلية بما هو تفضيل لأحد الدائنين على غيره عند نشأة الدين مرتبط بالتأمينات العينية فحسب**[[14]](#footnote-15)** وخصوصية حق الأفضلية باعتباره قاسما مشتركا لجميع التأمينات العينية وإذا اقترن مفهوم الأفضلية بإجراء الترتيب المنصوص عليه بالقسم الثاني ( في ترتيب درجات الدائنين ) من الباب التاسع ( في توزيع الأموال وترتيب درجات الدائنين ) من الجزء الثامن من مجلة المرافعات المدنية والتجارية المتعلق بوسائل التنفيذ، فان دراسة حق الأفضلية في علاقته بإجراء الترتيب تتجاوز البحث في خصائص هذا الحق وغايته المتمثلة في أنه تقدم صاحبه عند التنفيذ على الدائنين العاديين، لتنصب على مسألة **تزاحم حقوق الأفضلية** **( الجزء الأول )** والبحث عن حلول تحسم هذا التزاحم ذلك أنه يمكن عند التنفيذ يمكن أن يتواجد أكثر من دائن صاحب حق أفضلية وقد يكون المال الراجع إلى المدين موضوع التنفيذ غير كاف لاستخلاص دين واحد مما يجعل مناط النزاع استخلاص الدين من عدمه، فهذه الحلول الواجب تقديمها لحل معضلة التزاحم بين الديون الموثقة بتأمينات عينية تأثر حتما على **ترتيب درجات الدائنين ( الجزء الثاني )** وهي المرحلة الأخيرة في التنفيذ على مكاسب المدين والمرحلة الحاسمة بالنسبة للتأمين العيني المخول لحق الأفضلية ففي هذه المرحلة قد يفوز الدائن صاحب التأمين العيني باستخلاص دينه كليا أو جزئيا بحسب الأحوال إذا احتل مرتبة تخول له المحاصصة في الترتيب وقد لا يصمد حق أفضليته في مواجهة بقية الديون الموثقة بتأمينات عينية تخول حقوق أفضلية تسبقه في الرتبة أي مفضلة عليه إعمالا لنص قانوني أو لاجتهاد قضائي وفق المعيار الموضوعي لتفضيل الدائنين أصحاب التأمينات على بعض.

**الجزء الأول: تزاحم حقوق الأفضلية**

 تطرح حقوق الأفضلية إشكاليات عملية كلما وقع تزاحم بين الدائنين والتزاحم هو وضعية عملية تحدث كلما ورد تأمينان أو أكثر على ذات المال منقولا كان أم عقارا وبما أن حق الأفضلية مرتبط بالتأمينات العينية فانه يمكن تصور نوعين من التزاحم تزاحم في إطار كل نوع من التأمينات ( مبحث أول ) وتزاحم بين التأمينات العينية ( مبحث ثان )..........................................................

**المبحث الأول: التزاحم في إطار كل نوع من أنواع التأمينات العينية**

هذا النوع من التزاحم لا يمكن أن يطرح إلا في إطار الامتيازات والرهون أما بالنسبة لحق الحبس، فان التزاحم لا يطرح مبدئيا لأن الحبس لا يتزاحم مع حبس لأن الحبس لا يتزاحم مع حبس آخر إذ هو بطبيعته مسك مادي للشيء. فتزاحم حقوق الأفضلية يطرح في إطار الامتيازات ( فقرة أولى) وفي إطار الرهون ( فقرة ثانية)

**الفقرة الأولى: تزاحم حقوق الأفضلية في إطار الامتيازات**

 تنقسم الامتيازات المنشأة لحق الأفضلية إلى امتيازات عامة وامتيازات خاصة وعليه فان التزاحم بين هذه الحقوق قد يطرح بخصوص حقوق الأفضلية الناتجة عن الامتيازات العامة (أ) وقد تثار مسألة التزاحم بين حقوق الأفضلية الناتجة عن الامتيازات العامة وتلك الناتجة عن الامتيازات الخاصة (ب) وقد تتزاحم حقوق الأفضلية الناتجة عن الامتيازات الخاصة فيما بينها (ج).......................................

**أ) التزاحم بين الامتيازات العامة**

لقد المشرع صلب الفصل 199 من م.ح.ع الامتيازات العامة الذي ينص على أن " الديون الممتازة بعموم المنقول والعقار هي ما يأتي حسب الترتيب:

أولا: مصاريف تجهيز الميت

ثانيا: ديون الأطباء والصيادلة والممرضين المتألفة من أجر العلاج وثمن الأدوية عن الستة أشهر الأخيرة.

ثالثا: المصاريف القضائية التي صرفت في مصلحة جميع الدائنين لحفظ ما هو ضمان للدائنين وبيعه.

رابعا: المبالغ المستحقة للخزينة العامة من ضرائب وأداءات مختلفة بالشروط المقررة في النصوص الخاصة.

خامسا: أجور الخدمة والعملة وكل أجير آخر وثمن لوازم معاش المدين وعائلته والنفقة على ذلك عن الستة أشهر الأخيرة.

 لقد اقتبس المشرع صياغة الفصل 199 من م.ح.ع من الفصل 1630 من م.ا.ع الذي نسخ بصدور مجلة الحقوق العينية والذي كان يستعرض نفس الديون ويكتفي بمنحها امتيازا عاما على منقولات المدين فحسب، ويستخلص من هذا المعطى التاريخي أن المشرع وسع في دائرة الأموال التي يسلط عليها الامتياز العام بأن جعله امتيازا بعموم المنقول والعقار بعد أن كان مقتصرا على عموم المنقول وهذا التوسع يترجم إرادة تدعيم حماية هذه الديون والترفيع في حظوظ استخلاصها نظرا لأهميتها. ما يلاحظ في خصوص الترتيب الوارد في هذا الفصل أنه لا يشمل جميع الامتيازات العامة ذلك أن عدة نصوص قانونية وضعت هي الأخرى امتيازات عامة وغيرت جزئيا في الترتيب الوارد بالفصل 199 من م.ح.ع وبالتالي يكون ترتيب حقوق الأفضلية الناتجة عن الامتيازات العامة في صورة تزاحمها على النحو التالي:

1- مصاريف تجهيز الميت

2- ديون الأطباء والصيادلة والممرضين المتألفة من أجر العلاج وثمن الأدوية عن الستة أشهر الأخيرة.

3- المصاريف القضائية التي صرفت في مصلحة جميع الدائنين لحفظ ما هو ضمان للدائنين وبيعه.

4- امتياز المنتفعين بعقود التأمين ( الفصل 66 من مجلة التأمين)

5- امتياز الخزينة العامة ومن في حكمها: الفصل 199 فقرة رابعة من م.ح.ع، الفصل 33 من م.م.ع، الفصل 251 من مجلة الديوانة، امتياز صندوق الضمان الاجتماعي الفصل 116 من القانون المؤرخ في 14 ديسمبر 1960، امتياز الديوان الوطني للتطهير الفصل 16 من قانون 19 أفريل 1993، امتياز صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق الفصل 4 من قانون 5 جويلية 1993، امتياز السوق المالية الفصل 27 من قانون 14 نوفمبر 1994. كل هذه الامتيازات وغيرها من الامتيازات العامة المنصوص عليها بنصوص قانونية تأتي في نفس مرتبة امتياز الخزينة.

6- أجور الخدمة والعملة وكل أجير آخر وثمن لوازم معاش المدين وعائلته والنفقة كل ذلك عن الستة أشهر الأخيرة.

 الملاحظ في هذا الترتيب لحقوق الأفضلية الناتجة عن الامتيازات العامة أن بعض الامتيازات تتساوى في المرتبة ولحل هذا الإشكال نص المشرع صلب الفصل 196 من م.ح.ع أنه " إذا تساوى الدائنون في رتبة الامتياز فلا أفضلية لأحدهم على الآخر " وقد جاء هذا الحل لفض التنازع بين المنتفعين بنفس الامتياز العام أو بامتيازين عامين لهما نفس المرتبة وهذا الحل يقتضي تحاصص المنتفعين بنفس الامتياز العام أو بامتيازات عامة لها نفس المرتبة ويستثنى من هذه القاعدة ما نص عليه الفصل 33 من م.م.ع في فقرته الأخيرة على أن الأولوية تكون للدولة عند تزاحمها مع جماعة عمومية محلية أو مؤسسة عمومية.

**ب) التزاحم بين الامتيازات العامة والامتيازات الخاصة**

انقسم شراح القانون في خصوص هذه المسألة إلى شقين، شق أول يقول بتغليب الامتياز العام على الامتياز الخاص وشق ثان يقول بتغليب الامتياز الخاص ولكل من الرأيين حجج نستعرضها تباعا.

**1- حجج الرأي القائل بأفضلية الامتيازات العامة:**

 **الحجة الأولى:** مستمدة من صفة الدين فالامتيازات العامة تنهض في أغلبها على المصلحة العامة: اقتصادية، اجتماعية، إنسانية... في حين أن الامتيازات الخاصة هي مبدئيا مرتبطة بمصلحة خاصة وبالتالي فانه في صورة التنازع نطبق قاعدة الفصل 557 من مجلة الالتزامات والعقود: " إذا تعارضت منفعة عامة ومنفعة خاصة ولم يمكن التوفيق بينهما قدمت العامة". هذه الحجة قابلة للنقاش باعتبار أن الامتيازات الخاصة قد تنهض على مصلحة عامة من ذلك الامتياز الخاص الممنوح للدولة والمؤسسات العامة الإدارية والجماعات العمومية المحلية بموجب مجلة المحاسبة العمومية[[15]](#footnote-16)**.**

 **الحجة الثانية:** مستمدة من عمومية قاعدة الامتياز العام التي وضعها المشرع قاصدا تغليب العام على الخاص، فحق أفضلية صاحب الدين الممتاز يرد على جميع مكاسب المدين، وبالتالي لا يمكن أن يتقدمه الامتياز الخاص.

 وقد كان لهذا الرأي المغلب للامتياز العام على الامتياز الخاص- رغم ضعف حججه- تأثير على المشرع التونسي في بعض النصوص القانونية من ذلك ما جاء في الفصل 45 من قانون 17 أفريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية ما يلي" إذا بيع مال موظف عليه امتياز خاص أو رهن، فانه يدفع منه لصاحب الدين ما يفي بدينه بعد خلاص الديون المنصوص عليها بالفصلين 564 و566 من المجلة التجارية و199 من مجلة الحقوق العينية".

 بالإضافة إلى أن الحجج السابقة تقبل المناقشة وليست قوية إلى درجة تؤدي إلى حسم الأمر في اتجاه تغليب الامتيازات العامة فان تغليب الامتيازات الخاصة يبدو هو الأقرب للاعتبارات التالية:

**2- حجج الرأي القائل بأفضلية الامتيازات الخاصة:**

 **الحجة الأولى:** تفوق الامتيازات الخاصة على العامة يمثل حلا أقل خطورة من الحل المعاكس. أي أن الضرر الذي يحصل من تغليب الامتيازات الخاصة على العامة أقل خطورة من الضرر الذي حصل عند تغليب الامتيازات العامة على الخاصة وبالتالي فالمسألة تحسم طبقا لقاعدة الفصل 556 من م.ا.ع. " الأصل ارتكاب أخف الضررين.

 **الحجة الثانية:** إن تحديد قاعدة الامتياز الخاص قد يوحي بتغليب الامتياز الخاص على العام. باعتبار أن الدائن الذي له دين مضمون بامتياز عام يمكنه إذا فشل في التنفيذ على المال موضوع الامتياز الخاص الالتجاء إلى بقية مكاسب المدين للتنفيذ عليها وهي إمكانية غير متاحة للدائن الذي له دين مضمون بامتياز خاص.

**ج) التزاحم بين الامتيازات الخاصة**

 لقد عدد المشرع ضمن الفصل 200 من م.ح.ع بعض الامتيازات الخاصة إذ جاء في هذا الفصل ما يلي: " الديون الممتازة ببعض المنقول أو العقار هي ما يأتي: ...

. أولا: بالنسبة للمتحصل من بيع الصابة الديون المترتبة عن ثمن البذور ومصاريف الأشغال الفلاحية ومصاريف الجني.

ثانيا: بالنسبة لغلة العام وللمحصولات ولما هو مستعمل لخدمة الأراضي الزراعية وأثاث البيوت المكتراة الديون المترتبة عن معين كراء الربع والعقار وما شابهها من غلال مدنية لمدة العامين الأخيرين والسنة الجارية ولا يجري الامتياز المذكور إذا خرجت تلك الأشياء من العين وحصل الحق فيها للغير إلا في صورة نقلها مخادعة.

ثالثا: بالنسبة للعقارات التي آلت للوارث اثر القسمة ما تخلد بذمته من معدل أو راتب."

 إن قائمة الديون الممتازة امتيازا خاصا الوارد ضمن الفصل 200 من م.ح.ع ليست حصرية فهناك امتيازات خاصة منصوص عليها بقوانين خاصة والتزاحم بين بين حقوق الأفضلية الناتجة عن الامتيازات الخاصة في يمكن حصرها في حالتين أولاهما التنازع بين الامتيازات الخاصة على عقار فيما بينها **(1)** وثانيتهما التنازع بين الامتيازات الخاصة على منقول فيما بينها**(2)**

**1- التنازع بين حقوق الأفضلية الناتجة عن الامتيازات الخاصة على عقار**

 قد تشأ عدة امتيازات خاصة على نفس العقار من ذلك امتياز مستحق راتب الإنزال المنصوص عليه ضمن الفقرة الأخيرة من الفصل 971 من م.ا.ع وامتياز الخزينة العامة بالنسبة للضرائب والرسوم المعاليم على معنى الفصل 34 من مجلة المحاسبة العمومية وامتياز طالب التسجيل بالنسبة للمصاريف الناتجة عن عملية التسجيل طبق أحكام الفصل 24 من مجلة التهيئة الترابية والتعمير. في صورة التنازع بين حقوق الأفضلية المسلطة على نفس العقار يحتل امتياز الخزينة المرتبة الأولى ويسبق الحقوق العينية نفسها الراجعة للغير عملا بأحكام الفقرة الثانية من الفصل 34 من مجلة المحاسبة العمومية.

**2- التنازع بين حقوق الأفضلية الناتجة عن الامتيازات الخاصة على منقول**

 يعد الإشهار معيارا هاما في ترتيب حقوق الأفضلية الناتجة عن امتيازات خاصة إذا كانت هذه الامتيازات خاضعة للإشهار، فالدائن الذي يقوم بالإشهار أولا هو الذي يتفوق على بقية الدائنين المتمتعين بامتياز خاص على ذات المنقول، وكمثال على ذلك امتياز بائع العربة الذي قبض جزءا من الثمن وامتياز الدائن الذي أقرض جزءا من المال لشراء نفس العربة وفي غياب الإشهار فان تفضيل الامتيازات الخاصة على منقول فيما بينها يعتمد على اختلاف صفات الامتيازات طبق أحكام الفقرة الثانية من الفصل 195 من .ح.ع وقد أعمل الفقه هذا المعيار وقدم مجموعة من الحلول لحسم هذا التنازع**[[16]](#footnote-17)**.

 وتجدر الإشارة في هذا السياق أن امتياز الخزينة إذا ما تسلط على منقولات يسبق جميع الامتيازات الخاصة مهما كانت صفة هذه الامتيازات كما الفقرة الثالثة من الفصل 65 من مجلة التجارة البحرية وضعت قاعدة مفادها أن الامتيازات البحرية مفضلة دائما على الامتيازات غير البحرية.

**الفقرة الثانية: تزاحم حقوق الأفضلية في إطار الرهون**

يمكن أن يتسلط الرهن على المال عامة وبما أن المال ينقسم إلى عقار ومنقول فان تزاحم حقوق الأفضلية الناتجة عن الرهن قد ينشأ بين الدائنين المرتهنين للمنقول فيما بينهم (أ) وقد ينشأ بين دائنين مرتهنين للعقار فيما بينهم (ب)

**أ) تزاحم حقوق الأفضلية الناتجة عن رهن المنقول**

 يمكن أن يحصل التزاحم بين دائنين مرتهنين لنفس المنقول وتتحقق هذه الصورة في حالتين أولهما إذا كان موضوع الرهن لدى الغير**[[17]](#footnote-18)** وثانيتهما الرهن من الرتبة الثانية**[[18]](#footnote-19)** وقد أقر المشرع التونسي حلا قانونيا لهذه الصورة من التزاحم إذا نص الفصل 259 من م.ح ع على ما يلي " تحدد الرتبة بين الدائنين المرتهنين حسب تاريخ العقد المنشئ للرهن.

فإذا تساووا في الرتبة تحاصصوا الثمن على نسبة ديونهم كل ذلك ما لم يقع الاتفاق على خلافه."

 كما يمكن أن تتزاحم حقوق الأفضلية الناتجة عن الرهون غير الحيازية على منقول من ذلك التزاحم بين الدائنين المرتهنين لنفس الأصل التجاري ومعيار الترتيب في هذه الحالة هو قانوني أيضا إذ نص الفصل 240 من المجلة التجارية على أنه " يجري ترتيب الدائنين المرتهنين على حسب تتابع تواريخ تقاييدهم ويكون للدائنين المرتهنين المقيدين في يوم واحد رتبة واحدة متساوية ".

**ب) تزاحم حقوق الأفضلية الناتجة عن رهن العقار**

 لقد حسم المشرع مسألة تنازع حقوق الأفضلية الناتجة عن الرهون العقارية المرسمة أو المنصوص عليها في تواريخ مختلفة بأن اعتمد معيار موضوعيا حاسما يمثل في أسبقية الترسيم أو التنصيص فقد جاء في الفصل 278 من م.ح.ع " لا يتكون الرهن العقاري إلا بعد ترسيمه ويرتب بين الرهون العقارية حسب القواعد المنصوص عليها بهذه المجلة.

والرهون التي ترسم في يوم واحد تكون متساوية في المرتبة ويدوم الترسيم مدة دوام الرهن."

 ويتمثل ترسيم الرهن من الناحية العملية في تنصيص موجز يتولى مدير الملكية العقارية إدراجه برسم الملكية ( بالعمود الأيمن للرسم إذا كان رسم الملكية باللغة العربية أو بالعمود الأيسر إذا كان الرسم باللغة الفرنسية ) ويتضمن عدد من التوضيحات التي يهم المتعامل على العقار معرفتها تخص اسم مالك العقار واسم الدائن المرتهن ومبلغ الدين**[[19]](#footnote-20)**.

 ورغم أن التزاحم بين الدائن المرتهن لمنقول والدائن المرتهن لعقار مستبعد مبدئيا لاختلاف موضوع الرهنين إلا أن هذه الصورة طرحت في التطبيق بخصوص النزاع بين الدائن المرتهن للعقار والدائن المرتهن للأصل التجاري وعرض الإشكال القانوني على محكمة التعقيب. وفي موقف يثير الكثير من التحفظ أكدت محكمة القانون**[[20]](#footnote-21)** على وجود التنازع بين الدائنين المذكورين وأقرت تفضيل الدائن المرتهن للأصل التجاري على الدائن المرتهن للعقار بسبب الأسبقية الزمنية لرهنه وعدم حصول تقييد الرهن العقاري بالدفتر العمومي الممسوك لدى كتابة المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها الأصل التجاري.

 والملاحظ أن محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة**[[21]](#footnote-22)** قد تداركت هذا الخلط بين محل الرهن العقاري ومحل رهن الأصل التجاري معتبرة أن الآلات والمعدات المرهونة في نطاق رهن الأصل التجاري تفقد صفتها المنقولة بمجرد التحامها بعقار طبيعي ( معصرة زيت ) لتخرج بذلك من محل رهن الأصل التجاري وتندرج في محل الرهن العقاري. وقد كرست الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب من خلال هذا القرار مبدأ انفصال محل الرهن العقاري ورهن الأصل التجاري وأقرت بأن ما يندرج في محل التأمين العيني الوارد على العقار يستبعد من نطاق محل التأمين العيني الوارد على الأصل التجاري.

 وإذا كان التزاحم في الصورة المتقدمة غير وارد لاختلاف محل كل من الرهن العقاري ورهن الأصل التجاري، فان التزاحم بين دائن مرتهن لعقار ودائن مرتهن لمنقول غير مستبعد تماما إذ هناك صورة خاصة ينشأ فيها هذا التزاحم وهي صورة الدائن المرتهن لعقار والدائن المرتهن لآلات التجهيز الصناعي على معنى أمر 28 جويلية 1955. هذا التزاحم لا يمكن أن ينشأ إذا كان الرهن المسلط على آلات التجهيز سابقا للرهن العقاري. فاستثناء للقاعدة القاضية بأن الرهن العقاري يمتد إلى توابع المرهون، فان الرهن العقاري الموظف بعد تأليف الرهن على الآلات لا ينسحب على آلات التجهيز التي أصبحت عقارات حكمية عملا بأحكام الفصل 13 من أمر 28 جويلية 1955 المتعلق برهن آلات وأثاث التجهيز. أما في الصورة المعاكسة أي هناك بيع لآلات تجهيز صناعي، يتوفر شرط التخصيص فتتحول الآلات إلى عقارات حكمية، رهن مسلط على عقار طبيعي وعلى هذه العقارات الحكمية الملتحمة به، ترسيم للرهن العقاري، ترسيم للرهن المسلط على آلات التجهيز الصناعي لفائدة البائع، لمن تكون الأفضلية؟

الأفضلية تكون للدائن المرتهن لآلات التجهيز الصناعي إذا بلغ للدائن المرتهن للعقار نسخة من العقد المثبت للرهن ويجب أن يقع هذا الإبلاغ في غضون الشهرين المواليين لإبرام الرهن وإلا فانه يكون باطلا لا عمل عليه طبق أحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 15 من أمر 28 جويلية 1955.

 إن التزاحم بين حقوق الأفضلية لا يطرح في إطار كل تأمين منتج لهذه الحقوق فحسب بل يمكن أن تثار إشكالية التزاحم بين حقوق الأفضلية التي تنشأ من تأمينات عينية مختلفة أي بين حقوق الأفضلية الناتجة عن الامتياز وتلك الناتجة عن الرهن كما ينشأ التزاحم بين حقوق الأفضلية الناتجة عن الامتياز وحق الحبس أو بين الرهن وحق الحبس وهذه الصور كثيرة الحدوث في الواقع باعتبار أن الذمة المالية للمدين قد تتضمن عدة ديون تكون موثقة بتأمينات عينية مختلفة الطبيعة....................................

**المبحث الثاني: التزاحم بين التأمينات العينية**

 يمكن تلخيص صور التزاحم بين حقوق الأفضلية الناتجة عن تأمينات عينية مختلفة في التزاحم بين الامتياز والرهن ( فقرة أولى ) والتزاحم بين الامتياز وحق الحبس ( فقرة ثانية ) والتزاحم بين الرهن وحق الحبس ( فقرة ثالثة )

**الفقرة الأولى: التزاحم بين الامتياز والرهن**

 يمكن أن يتزاحم حق أفضلية الديون الممتازة مع الديون الموثق برهن في ثلاث صور على الأقل فالدين الممتاز قد يتزاحم مع دين موثق برهن منقول (أ) أو مع دين موثق برهن عقاري (ب) أو مع دين وثق برهن بحري (ج)

**أ) التزاحم بين حق أفضلية الدائن الممتاز وحق أفضلية الدائن المرتهن لمنقول**

 لا ينشأ التنازع بين الدين الممتاز بامتياز خاص والدين الموثق برهن منقول إلا إذا وردا على نفس المحل أما الديون الممتازة بامتياز عام فمن الوارد تزاحمها مع الديون الوثقة برهن منقول نظرا لعمومية محل الامتياز العام ولحل هذا التنازع يقدم الفصل 195 من م.ح.ع حلا مبدئيا يتمثل في قاعدة أفضلية الدين الممتاز على غيره من الديون وحتى على الديون الموثقة برهن عقاري. لكن هل تطبق قاعدة الفصل 195 بصفة آلية على هذا النوع من التنازع سواء كان الرهن حيازيا أو غير حيازي؟ أليس للسلطة المادية الفعلية التي يتمتع بها الدائن المرتهن الحائز تأثير على حسم مشكل الأفضلية؟

 إن الحيازة التي يباشرها الدائن المرتهن والتي تمكنه من حبس الشيء المرهون ليست بدون تأثير على أفضلية الدائن المرتهن لمنقول. فالسلطة الفعلية المجسمة في حق الدائن المرتهن في حبس المنقول المرهون تدعم وتقوي الأفضلية المخولة له وهذا ما جعل المشرع يرتب على هذه الوضعية بعض الآثار القانونية التي تنم عن تفوق الدائن المرتهن لمنقول على صاحب الدين الممتاز من ذلك ما ورد بالفصل 261 من م.ح.ع من أنه " ليس للدائن المرتهن أن يعارض في حجز الرهن أو بيعه بيعا جبريا من طرف غيره من الدائنين.

لكن يجوز له إجراء عقلة تحت يد الدائنين العاقلين بقدر ما يفي بخلاص دينه حتى يتمكن من إجراء امتيازه على المتحصل من البيع.

وله أيضا أن يعارض في الحجز أو البيع إذا كانت قيمة الرهن غير كافية من أصلها أو أصبحت كذلك فيما بعد لخلاص الدائن المرتهن."

 إن الصلاحيات المخولة للدائن المرتهن بمقتضى الفصل المتقدم تمكنه من التفوق على بقية الدائنين العاقلين حتى في صورة امتياز ديونهم. كما مكن الفصل 262 من م.ح.ع الدائن المرتهن من حق استرداد محل الرهن من المدين أو من غيره إذا خرج الرهن من حوزه بدون اختياره وذلك حسب الشروط المقررة بالفصل 316 من م.ا.ع. المتعلق بالحبس والذي ينص على أنه " إذا نقلت الأشياء التي حبسها الدائن من محلها إلى محل آخر خفية أو رغما عن معارضته كان له الحق أن يطلب ردها للمحل الذي نقلت منه في مدة ثلاثين يوما من وقت علمه بنقلها وبعد انقضاء الأجل المذكور لم يبق له حق في هذا الطلب."

 يتضح من خلال الفصلين 262 م.ح.ع. و 316 من م.ا.ع أن حق الاسترداد المعترف به للدائن المرتهن مختلف عن حق التتبع بشكله المعهود في مادة التأمينات العينية، ويتجسم الاختلاف بين حق الاسترداد وحق التتبع سواء من حيث الأساس أو من حيث الخصائص القانونية، فمن حيث الأساس يرتبط حق الاسترداد بالحيازة أي أنه لا يخول إلا للدائن المرتهن رهنا حيازيا ولا يمكن ممارسته إلا في صورة فقدان الحيازة في حين تكون فكرة الائتمان التي يكرسها الرهن كتأمين عيني أساس حق التتبع الذي يمكن أن يقوم به بدون وجود حيازة من ذلك حق التتبع المخول للدائن المرتهن لعقار أو صاحب الرهن البحري. أما من حيث الخصائص القانونية، فان حق الاسترداد يكون مقيد بأجل ويسقط بمرور ثلاثين يوما من وقت علم الدائن المرتهن بنقل محل الرهن، في حين لا يكون حق التتبع قابلا للسقوط بمرور الزمن بوصفه أثرا لحق عيني يظل قائما بقيامه.

 إن الاختلاف بين حق الاسترداد وحق التتبع المرتبط بالتأمينات العينية عامة راجع إلى ارتباط حق الاسترداد بالتأمينات العينية الحيازية فقد نص عليه المشرع ضمن الفصول المتعلقة بحق الحبس وأحال عليه بخصوص رهن المنقول الحيازي فهو بهذا المعنى يشكل تجسيم لحق التتبع عند ممارسة حق الحبس وهو تدعيم لحق التتبع المخول للدائن المرتهن ويؤمن نجاعة وفاعلية الرهن الحيازي ويؤدي إلى حماية الدائن مما عسى أن يقوم به المدين لمنعه من ممارسة حقوقه كما أنه يشكل إجراء أوليا لممارسة الدائن المرتهن لحق أفضليته حتى في مواجهة أصحاب الديون الممتازة.

 قد تقع معارضة الرأي القائل بأفضلية الدائن المرتهن لمنقول الحائز لمحل الرهن على صاحب الدين الممتاز إعمالا لأحكام الفصل 262 من م.ح.ع بأن الدائن الذي له دين ممتاز يتمتع بنفس الوضعية التي يتمتع بها الدائن المرتهن وذلك بموجب أحكام الفصل 306 من م.م.م.ت الذي جاء فيه أنه " ليس لمن كان مرتهنا أو صاحب امتياز خاص من الدائنين أن يطلب عند كفاية مكاسب مدينه المخصصة لضمان دينه بيع غيرها من المكاسب.

 وليس له أن يعارض في عقلة المنقولات أو العقارات المخصصة لضمان دينه أو في بيعها بيعا جبريا متى طلب ذلك غيره من الدائنين وإنما له الاعتراض على المتحصل من البيع وإظهار ما له من حق الأولوية عند توزيع الثمن.

 لكن له أن يعارض في عقلة المكاسب وبيعها جبريا من طرف غيره من الدائنين عندما تكون قيمة المكاسب المخصصة لضمان دينه غير كافية لخلاصه."

 للرد على هذا الدفع يمكن القول إن الدائن المرتهن على خلاف الدائن الذي له دين ممتاز، ليس بحاجة لضرب عقلة قصد ممارسة حقه في الأفضلية.

 لئن كانت حيازة الدائن المرتهن للمنقول سببا لتفضيله على الدائن صاحب الدين الممتاز، فان المرتهن غير الحائز للمنقول المرهون يخضع لأفضلية الدين الممتاز المستمدة من الفصل 195 من م.ح.ع وذلك لغياب أي سلطة فعلية أو حق حبس على المنقول المرهون. غير أن المشرع جاء بحلول خاصة لبعض الأنواع من التنازع بين الدائن الممتاز والدائن صاحب المرتهن رهنا غير حيازي من ذلك الدائن المرتهن لآلات وأثاث التجهيز الذي يتفوق على جميع الامتيازات باستثناء المصاريف القضائية المبذولة للاحتفاظ بهذه المنقولات والامتياز المدعم للأجراء. ويتفوق الدائن المرتهن لآلات التجهيز على امتياز الخزينة وعلى امتياز بائع الأصل التجاري بصريح الفصل 15 من أمر 28 جويلية 1955 المتعلق برهن آلات وأثاث التجهيز.

**ب) التزاحم بين أفضلية الدين الممتاز وأفضلية الدين الموثق برهن عقاري**

 قد يحدث التنازع بين دين له امتياز عام ودين موثق برهن عقاري وكذلك بين دين له امتياز خاص ودين موثق برهن عقاري بشرط ورود كلا التأمينين على نفس العقار. تكون الأفضلية في الصورتين للدين الممتاز عملا بقاعدة تفضيل الامتياز على الرهن المنصوص عليها بالفصل 195 من م.ح.ع.

 مبدئيا لا يثار التنازع بين دين ممتاز بامتياز خاص على منقول ودين موثق برهن عقاري لاختلاف قاعدة التأمين في كل من التأمينين ومع ذلك قد يطرح التنازع في الصورة التي يصبح فيها المنقول المسلط عليه الامتياز الخاص عقارا حكميا. وكمثال على ذلك التنازع بين الدائن البائع لجرار ( الذي يتمتع بامتياز خاص عملا بأحكام أمر 7 نوفمبر 1935)**[[22]](#footnote-23)** أصبح عقارا حكميا والدائن المرتهن لعقار. ويحصل التزاحم إذا قام مشتري الجرار بتخصيصه لخدمة عقار فلاحي ثم تولى بعد ذلك رهن هذا العقار، فالجرار، الذي أصبح عقارا حكميا يتبع العقار المرهون**[[23]](#footnote-24)** فلمن تكون الأفضلية ؟

 للإجابة على هذا التساؤل يمكن التفكير في الترسيم كمعيار لحل هذا التنازع باعتبار أن امتياز بائع العربات والجرارات يخضع إلى الترسيم بموجب الفصل 2 من أمر 7 نوفمبر 1935 خاصة وأن الترسيم يهدف إلى معارضة الغير بالامتياز مع الإشارة إلى أن المشرع يمنع على الدائن المرتهن للعقار عقلة العقار الحكمي بمفرده ولكنه يبيح هذا الأمر لبائع المنقول الذي أصبح عقارا حكميا فقد جاء بالفصل 305 من م.م.م.ت ما يلي: " ما يعتبره القانون عقارات حكمية لا يمكن أن يعقل إلا مع الأصل الذي هو جزء منه لكن يجوز إجراء عقلة عليه وبيعه مثل المنقولات في ديون لصناعه أو باعته أو لمن أقرض مالا لاشترائه أو صنعه أو إصلاحه."

**ج) التزاحم بين أفضلية الدين الممتاز وأفضلية الدين الموثق برهن بحري**

 جاء بالفقرة الثالثة من الفصل 65 من مجلة التجارة البحرية أن الرهون البحرية مقدمة دائما على الامتيازات غير البحرية عامة كانت أو خاصة وهذا الحل التشريعي مبرر بوجود ذمة مالية مخصصة للوفاء بالديون البحرية. فالقانون البحري يقر صراحة بوجود ذمة مالية مخصصة لفائدة المجهز وتحدد قيمة الذمة المالية البحرية بحسب حمولة السفينة ويحدد القانون أقصى ما يمكن أن تنتهي إليه المسؤولية المحدودة للمجهز بالنسبة للديون المترتبة عن الأضرار المادية وبالنسبة إلى الديون المترتبة عن تعويض الأضرار البدنية وفي الحالتين تعد حمولة السفينة هي معيار ما يمكن أن تنهي إليه المسؤولية المحدودة للمجهز والمال المحدود باعتماد حمولة السفينة يخصص للوفاء بالديون البحرية طبقا لأحكام الفصل 135 من مجلة التجارة البحرية.

**الفقرة الثانية: التزاحم بين الامتياز وحق الحبس**

 السؤال الذي يطرح في المستوى هو التالي هل يفضل صاحب الدين الممتاز على الدائن الحابس الذي له سيطرة فعلية على محل التامين العيني أم العكس ؟..........................................................

 لا يمكن الإجابة على هذا السؤال بشكل حاسم، نظرا لوجود حجج لتفضيل صاحب الامتياز وأخرى لتفضيل الدائن الحابس فإذا اعتمدنا الفصل 195 من م.ح.ع فقرة أولى فان الأفضلية تكون للدائن صاحب الامتياز، طبقا لقاعدة تفوق الديون الممتازة على بقية الديون. أما إذا اعتمدنا الفصل 323 م.ا.ع الذي ينص على أنه " إذا لم يقع الوفاء بالدين وأنذر المدين 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" فيمكن أن نفكر في ترجيح كفة الدائن الحابس باعتبار أن الدائن الحابس يمكنه بيع المحبوس واستخلاص دينه من الثمن قبل غيره من الغرماء فعبارة النص جاءت مطلقة "وإذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها"**[[24]](#footnote-25)**....................................................................................

 إن عمومية عبارة الفصل 323 م.ا.ع لا يمكن أن تمثل حجة لتفضيل الدائن الحابس على صاحب الدين الممتاز لأن المشرع يستعمل هذه الصيغة في مواضع أخرى عندما يكون بصدد ترتيب حق أفضلية لتأمين عيني من ذلك ما ورد الفصل 201 من م.ح.ع المتعلق بحق الأفضلية المترتب عن الرهن والذي جاء فيه أن " الرهن عقد يخصص بموجبه المدين أو من يقوم مقامه شيئا منقولا أو عقارا أو حقا مجردا لضمان الوفاء بالتزام ويخول للدائن الحق في استيفاء دينه من ذلك الشيء **قبل غيره من الدائنين** إذا لم يوف له المدين بما عليه." لكن أليس للسلطة الفعلية التي يمارسها الدائن الحابس على محل الحبس والامتياز نجاعة ؟ وهل أن هذه السلطة لا قيمة لها في صورة تزاحم الدائن الحابس مع صاحب الامتياز؟

 إن السلطة الفعلية التي يمارها الدائن الحابس أثناء ممارسته لحق الحبس وقبل التنفيذ الجبري على محل حق الحبس واضحة وجلية، ذلك أن يحق له الاحتجاج بحق الحبس على الدائنين وعلى من انجر له حق من المدين عملا بأحكام الفصل 324 م.ا.ع، والمقصود من الاحتجاج هو معارضة الغير بوجود هذا الحق والاحتفاظ بالشيء المحبوس وعدم تسليمه لمن يطلبه مهما كانت صفة دينه. لكن هل أن هذه السيطرة الفعلية تتواصل بعد التنفيذ الجبري على محل الحبس من قبل أحد الدائنين وتنتقل حقوق الدائن الحابس على ثمن الشيء المحبوس فيقع الاعتراف في هذه المرحلة بسلطة على الثمن مما يمكن الدائن الحابس من الاحتجاج على الدائن الممتاز بحبسه للثمن ؟

 الإجابة على هذا السؤال تكون بالإيجاب وذلك لأن عدم الاعتراف للدائن الحابس بحق على ثمن الشيء المحبوس أو الاعتراف له بحق منقوص لا يوازي الحق السلطوي الانفرادي الذي تمتع به طيلة حيازته لمحل الحبس أي في الفترة السابقة لبداية ممارسة حق الأفضلية عن طريق بيع الشيء المحبوس بيعا جبريا، يؤدي إلى التقليص من نجاعة حق الحبس، ويؤثر على جوهر هذا الحق.

لا يبدو أن المشرع قد قلص من وضعية الدائن الحابس في الفترة اللاحقة لبيع الشيء المحبوس بل أخذ بعين الاعتبار السلطة المادية الفعلية التي مارسها في الفترة السابقة للبيع فخول له ممارسة حق الأفضلية على محل الحبس وأحاله صلب الفصل 323 م.ا.ع بخصوص عملية البيع ونتائجها إلى الإجراءات المفروضة على المرتهن الحائز للرهن وبالتالي فان الفصل 261 من م.ا.ع ينطبق على الدائن الحابس وهذا الفصل يخول له في الصورة التي يكون فيها موضوع التأمين كافيا لخلاصه، القيام بعقلة توقيفية تحت يد الدائنين العاقلين بقدر ما يفي بخلاص دينه حتى يتمكن من إجراء أفضليته على المتحصل على البيع إزاء جميع الدائنين بما فيهم صاحب الدين الممتاز.

إذا كانت صلاحيات الدائن الحابس تنتقل من الشيء محل الحبس إلى ثمنه في صورة بيعه جبريا مما يمكن الحابس من الاحتجاج بحقه على الدائن الممتاز فهل يتفوق أيضا على الدائن المرتهن إذا اتحد محل الحبس مع محل الرهن

**الفقرة الثالثة: التزاحم بين الرهن وحق الحبس**

 للبحث في هذه المسألة نتطرق إلى التزاحم بين دين الحابس والدين الموثق برهن على منقول (أ) لنخلص إلى التزاحم بين دين الحابس والدين الموثق برهن عقاري (ب).

**أ) التزاحم بين دين الحابس والدين الموثق برهن على منقول**

 مبدئيا لا ينشأ التنازع بين دائن حابس ودائن له رهن حيازي على منقول نظرا للصبغة الاقصائية للمسك المادي لأنه لا يستساغ أن يكون نفس الشيء محل حوز من طرف دائن حابس وفي نفس الوقت محل حيازة من طرف دائن مرتهن. غير أنه يمكن أن يتحقق التنازع في بعض الصور من ذلك وجود دائنين مرتهنين لنفس المنقول، بحيث يمسك الدائن الأول الرهن في حقه وفي حق الدائن الثاني. فإذا تخلى الدائن الحائز للمنقول المرهون عن المسك المادي للغير الذي يتحوز بالمنقول ويتمسك بحق حبس على معنى أحكام الفصل 310 من م.ا.ع في هذه الحالة يمكن للدائن الحابس أن يحتج بحبسه في مواجهة الدائن الأول الذي تنازل بمحض إرادته عن محل تأمينه، ولكنه لا يعارض به الدائن المرتهن الثاني إذا طالب هذا الأخير باسترداد المرهون في أجل ثلاثين يوما طبقا لمقتضيات أحكام الفصلين 262 من م.ح.ع و316 من م.ا.ع.

ومن الصور التي يتحقق فيها التزاحم أن يتفق الدائن المرتهن والمدين الراهن على الرهن ويكون المنقول المرهون بيد الغير يتصرف فيه نيابة عن المدين، هذا الغير الذي يصير ابتداء من تاريخ إعلامه بالرهن من قبل الراهن حائزا نيابة عن الدائن، فإذا طولب برد المنقول الذي بين يده وتمسك بحبسه للمطالبة بمصاريف الحفظ على أساس الفل 1038 من م.ا.ع الذي يجيز للمستودع حبس الوديعة لاستيفاء ما صرفه عليها من مال فهل تكون الأفضلية له أم للدائن المرتهن ؟ الأفضلية تكون للدائن الحابس لأنه هو الذي يباشر السيطرة الفعلية على المنقول وبالتالي هو من يمكنه التمسك بمقتضيات الفصل 261 من م.ح.ع. ونفس الحل ينطبق كلما نشأ التزاحم بين دائن حابس ودائن له رهن غير حيازي لمنقول ومثاله تنازع المستعير الحابس للعارية ( دواب )على معنى أحكام الفصل 1071 من م.ا.ع والدائن المرتهن لمنتوجات فلاحية (دواب ) على معنى أحكام أمر 11 أفريل 1935، ففي كل هذه الصور العبرة بمن له سلطة الفعلية على محل التأمين العيني أي بالحائز للمنقول. وإذا كان الدائن الحابس يفضل على الدائن المرتهن كلما انفرد بحوز محل التأمين العيني فكيف يكون الترجيح إذا تزاحم الدائن الحابس مع دائن مرتهن لعقار ؟

**ب) التزاحم بين دين الحابس ودين المرتهن لعقار**

جاء في الفصل 314 من م.ا.ع أنه "لا يجوز إجراء حق الحبس إلا على الشروط التالية:

أولا: أن يكون ذلك الشيء في حوز الدائن.

ثانيا: أن يكون أجل الدين قد حل فان كان مقدار الدين غير منحصر عينت المحكمة للدائن أقصر أجل ممكن لحصر حقوقه.

ثالثا: أن يكون الدين نشأ من معاملات بين الدائن والمدين أو تولد من الشيء المراد حبسه."

استنادا إلى الشرط الثالث لإجراء الحبس ميز الفقه بين نوعين من الحبس وهما الحبس المؤسس على الارتباط القانوني والحبس المؤسس على الارتباط المادي**[[25]](#footnote-26)** ويكون الحبس مؤسسا على ارتباط قانوني إذا كان دين الحابس والتزامه برد الشيء قد نشآ من نفس العلاقة التبادلية أي أن الحابس قد تسلم الشيء بمناسبة العلاقة القانونية التي أصبح بمقتضاها دائنا وقد أشار إليها المشرع بقوله **" أن يكون الدين نشأ من معاملات بين الدائن والمديون".**

 أما الحبس المؤسس على ارتباط مادي فيمارسه الحابس إذا نشا دينه بمناسبة حيازة الشيء وقد مثله المشرع بقوله **" تولد من الشيء المراد حبسه ".**

يختلف الحل في صورة التنازع بين دين الحابس والدين الموثق برهن عقاري باختلاف الأساس الذي انبنى عليه حق الحبس، فإذا كان حق الحبس مؤسسا على الارتباط القانوني فان التنازع بينه وبين الرهن العقاري يحسم لفائدة الأول باعتبار أن الحابس هو الذي يمسك بصفة مادية العقار، وهذه السلطة الفعلية التي يمارها من شأنها أن ترجح كفته في مواجهة الدائن المرتهن.

 أما إذا كان حق الحبس مؤسسا على الارتباط المادي، فانه يجب التميز بين فرضيتين: الأولى أسبقية حق الحبس على الرهن العقاري والثانية أسبقية الرهن العقاري على حق الحبس.

 **الفرضية الأولى:** إذا كان حق الحبس أسبق من الرهن العقاري، فان أفضلية حق الحبس لا تثير أي إشكال ما عدا إثبات الأسبقية الذي يتم بجميع الوسائل بما أن الأمر يتعلق بواقعة مادية.

 **الفرضية الثانية:** إذا كان الرهن العقاري أسبق من حق الحبس، فان الأفضلية تكون للرهن العقاري لأن إشهار هذا الرهن من شأنه أن يجعل الدائن الحابس سيء النية وينفي عليه شرطا ضروريا لممارسة حق الحبس على معنى أحكام الفصل 310 من م.ا.ع.

 وعلى خلاف الامتيازات فان حق الحبس- في صورة محددة من صور ممارسة حق الحبس- لا يتأثر بافتتاح إجراءات التفليس ضد المدين ذلك أن الدائن الحابس ينجح في الاحتجاج بحقه في الحبس في مرحلة من المفروض أن تسود فيها المساواة المطلقة بين الدائنين حيث أن الحابس بإمكانه معارضة أمين الفلسة بحق الحبس إذ نص الفصل 558 من المجلة التجارية الذي يتعلق بحق الحبس الذي يمارسه البائع على أنه " في الصور التي يمكن فيها للبائع إجراء حقه في الحبس يجوز لأمين الفلسة بعد الإذن له من الحاكم المنتدب أن يطلب تسليم البضائع مقابل دفع الثمن المتفق عليه."

 وتجدر الإشارة إلى الأحكام العامة المتعلقة بالتزاحم في إطار نفس التأمين العيني أو بين التأمينات العينية تتغير نسبيا بموجب تطبيق قانون الإجراءات الجماعية فافتتاح إجراءات الإنقاذ القضائي ضد المدين يؤثر على الترتيب العام للامتيازات وبالتبعية يتغير ترتيب حقوق الأفضلية الناتجة عن التأمينات العينية. فإذا كان تطبيق قانون الإجراءات الجماعية يؤثر في ترتيب حقوق الأفضلية فهل يؤثر أيضا في ترتيب درجات الدائنين.

**الجزء الثاني: ترتيب درجات الدائنين**

 لما كانت مكاسب المدين تنقسم إلى منقولات وعقارات، وكان الدائنون صنفين عاديين ومفضلين، فان أنظمة التنفيذ اختلفت في توزيع الأموال التي تعد الحلقة الأخيرة في التنفيذ على مكاسب المدين بحسب تركيزها على أحد التصنيفين أو عدم اعتبارها لأي منهما ووجدت بذلك ثلاثة اتجاهات : .........................................................................................

 اتجاه أول لا يقيم وزنا لطبيعة المال ولا لصفة الدائنين فيضع إجراءات عامة وموحدة للتوزيع تشمل جميع الدائنين مفضلين كانوا أم عاديين وتنطبق على جميع المكاسب من منقولات وعقارات، وقد واعتمد هذا النهج المشرع المصري والمشرع اللبناني**[[26]](#footnote-27)**............................

 واتجاه ثان تسلكه ايطاليا خصوصا، يركز على طبيعة المال ويميز بين نوعين من إجراءات التوزيع، إجراءات خاصة بالمنقولات وأخرى خاصة بتوزيع المال المتأتي من التنفيذ على العقارات وذلك بصرف النظر عن صفة الدائنين في التوزيعين.**[[27]](#footnote-28)**  ..........................

 أما الاتجاه الثالث وهو مسلك القانون الفرنسي فيجمع بين الاعتبارين، إذ يميز بين إجراءات التوزيع بالمحاصة أو توزيع الأموال وإجراءات الترتيب، فالأولى تهم الدائنين العاديين سواء كان الثمن متأتيا من بيع منقول أم عقار، وكذلك الدائنين المفضلين على المنقولات، أما الثانية فهي خاصة بالدائنين المرتهنين والممتازين على العقارات**[[28]](#footnote-29)** وينتمي القانون التونسي إلى هذا الاتجاه الذي استوحى تنظيم التوزيع من القانون الفرنسي مع مراعاة خصوصية الوضع العقاري التونسي الذي تهيمن عليه التفرقة بين العقارات المسجلة والعقارات غير المسجلة. فخصص للتوزيع الباب التاسع من الجزء الثامن من مجلة المرافعات المدنية والتجارية المتعلق بالتنفيذ ( الفصول من 463 إلى 490 ) وقسمه إلى ثلاثة أقسام: قسم أول في توزيع الأموال وهو يمثل الأحكام العامة المنطبقة على التوزيع مهما كانت طبيعة المال وصفة الدائن ( الفصول 463 إلى 474 ) وقسم ثان في ترتيب درجات الدائنين وهو خاص بالعقارات المسجلة ( الفصول من 475 إلى 484 ) وقسم ثالث في أحكام مشتركة بينهما ( الفصول من 485 إلى 490).

وقد حافظ المشرع بهذا الاختيار سنة 1966**[[29]](#footnote-30)** على نفس النهج الذي اختطه منذ أمر 24 جوان 1957 المنقح لقانون المرافعات المدنية القديم لسنة 1910**[[30]](#footnote-31)** والذي ميز لأول مرة بين التوزيع والترتيب.

ويؤخذ من الفصل 475 الحالي، أول فصول الترتيب، أن ترتيب الدائنين هو الإجراء الرامي إلى توزيع ثمن بيع عقار مسجل على الدائنين بحسب درجات ديونهم أي بحسب ترتيبهم الموضوعي المستمد من أسباب تفضيلهم القانونية. يفهم من مجمل أحكام هذا الفصل أن الترتيب يرتبط بالإشهار العقاري وبوجود تأمينات عينية مما يفسر خصوصيته واستثناءه من الأحكام العامة للتوزيع، فهو لا يتعلق إلا بالعقارات المسجلة لأنه يفترض وجود إشهار عقاري.

كما أن الترتيب يرتبط بوجود دائنين مفضلين من أصحاب التأمينات العينية التي تعد تحملات تثقل الرسم العقاري فلا بد من تخليصه منها حتى يتلقى المالك الجديد ملكية مطهرة، ويراعى في ذلك حقوق الدائنين المذكورين، فكان لزاما تمكين الدائنين من حقهم في ثمن العقار قبل تطهيره من ضماناتهم ولذلك قام تصور الترتيب على المزج بين اعتبارين يفرضهما تلازم التأمينات العينية والإشهار العقاري وهما: توزيع الثمن على الدائنين بحسب أولويتهم القانونية من ناحية والتشطيب على الترسيمات المتعلقة بالديون من ناحية ثانية. فالترتيب في منطق السجل العقاري هو إجراء ضروري للوصول إلى التشطيب على ترسيم التأمينات العينية، وهو في قانون التأمينات نتيجة وترجمة لأفضلية الدائنين على بعضهم.

وتجدر الإشارة إلى أن أحكام الترتيب أشمل من أن تقتصر على البيع الجبري لعقار مسجل اثر تتبع فردي – وهذا هو إطار مجلة المرافعات – بل إنها تمتد أبعد من ذلك.

فمن حيث طبيعة التفويت، لا يقتصر الترتيب على البيع الجبري، بل يتعلق أيضا بالتفويت الاختياري لعقار مسجل ويفهم ذلك من عمومية كلمة " التفويت " الواردة بالفصل 475 من م.م.م.ت**[[31]](#footnote-32)**................................................................................................

ومن حيث محل التفويت فالمقصود بالعقار المسجل هو العقار ذاته أي حق الملكية العقارية، وكذلك الحقوق العقارية القابلة للرهن والموظفة على عقار مسجل، طبقا لأحكام الفصل 410 من م.م.م.ت، وذلك سواء كان العقار موضوع ملكية مفردة أم مشاعة وسواء تم البيع لمنابات مفرزة أم لمنابات مشاعة. ويدخل في محل التفويت أيضا السفن إذ جاء بالفقرة الثانية من الفصل 128 من مجلة التجارة البحرية أن أحكام الفصل 475 من م.م.م.ت المتعلقة بالعقارات المسجلة تنطبق على " السفن المسجلة بالبلاد التونسية " كما يدخل في محل التفويت الطائرات باعتبارها منقولات مسجلة وتشترك مع العقارات المسجلة في هذه الخاصية وذلك بمقتضى أحكام الفقرة الأولى من الفصل 64 من مجلة الطيران المدني التي تحيل على م.م.م.ت إذ جاء فيها أنه " يتم توزيع ثمن التبتيت حسب الترتيب الذي اقتضته أحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية ".

أما بالنسبة إلى نوع التنفيذ، فالترتيب خاص بالتنفيذ الفردي سواء وجه ضد المدين في إطار عقلة عادية أو في إطار قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية.**[[32]](#footnote-33)**

 إلا أن أحكام الترتيب لا تنطبق في الإجراءات الجماعية التي يوجبها الإفلاس. فإذا تعذر إنقاذ المؤسسة يتم تفليسها، وعندئذ تنطبق إجراءات جماعية يتولاها أمين الفلسة تحت إشراف القاضي المنتدب فيحرر الديون ويرتبها ويزعها ويسلم فيها جداول محاصة طبقا لقواعد سطرتها خاصة الفصول 497 إلى 506 و542 و543 من المجلة التجارية، وذلك حتى في صورة بيع عقار مسجل منفردا باعتبار أن التنفيذ الفردي يتواصل مع أصحاب التأمينات العينية الخاصة لكن بواسطة أمين الفلسة طبق أحكام الفصل 459 من المجلة التجارية فيضاف محصول البيع إلى رصيد الفلسة أو يدفع لمستحقيه طبقا للفصل 495 من المجلة التجارية.

 ويبرر الخروج عن إجراءات الترتيب العادية في إطار الفلسة باختلاف الغايات في الحالتين. فالترتيب في التنفيذ الفردي يهدف إلى تطهير الملكية الغقارية من التحملات المتعلقة بالديون بينما الغرض من الإجراءات الجماعية هو تصفية مكاسب المفلس لأداء ديونه فينظر إلى العقارات المسجلة على أنها جزء من هذه المكاسب لتقع تحت طائلة سلطات أمين الفلسة والقاضي المنتدب في الإدارة والتفويت والتصفية بما في ذلك التوزيع الذي يخضع عندئذ لإجراءات موحدة لا مبرر للخروج عنها بنظام خاص قد لا يتلائم معها ويعقدها.

يتأسس النظام الخاص بالترتيب على المزاوجة بين تحقيق الضمانات العينية وتطهير الملكية العقارية المسجلة وقد خصص له المشرع الفصول من 475 إلى 484 من م.م.م.ت أي في نهاية التنفيذ العقاري الذي يرزح تحت ثقل الشكليات وتشعب الإجراءات وطولها. ويمكن التمييز عند دراسة الأحكام الخاصة بين مرحلة، المرحلة الأولى متعلقة بافتتاح الترتيب ( المبحث الأول ) أما المرحلة الثانية فتتعلق بانجاز الترتيب ( المبحث الثاني ).

**المبحث الأول: افتتاح الترتيب**

يقتضي البحث في افتتاح الترتيب تحديد أطرافه ( الفقرة الأولى ) وتحديد إجراءاته ( الفقرة الثانية).

**الفقرة الأولى: أطراف الترتيب**

يعد وجود دائن مرسم شرطا أساسيا لافتتاح الترتيب (أ) فبوجودهم يحق لكل معني أن يطلب الترتيب (ب) الذي يمكن أن يشارك فيه كل دائن ولو كان غير مرسم (ج).

**أ) الدائن المرسم**

لا تفتح إجراءات الترتيب إلا بوجود دائن مرسم بالسجل العقاري. فالترتيب ليس إجراء مرتبطا بطبيعة المال وكونه عقارا مسجلا فحسب بل يجب أيضا أن يوجد عليه دائنون مرسمون. ومن هنا يكتسي البحث في مفهوم الدائن المرسم أهميته. فهل الدائن المرسم هو الدائن صاحب التأمين العيني المرسم سواء كان رهنا عقاريا أم امتيازا؟ الاجابة عن هذا السؤال تكون بالايجاب لكن الترسيمات المتعلقة بالديون لا تقف عند أصحاب التأمينات العينية، فيمكن أن تشمل الدائنين الذين بادروا بترسيم اعتراض تحفظي على أساس الفصل 327 من م.م.م.ت أو إنذار قائم مقام عقلة عقارية على معنى أحكام الفصل 452 من م.م.م.ت فهل يعتبر هذين الدائنين مرسمين على معنى أحكام الفصل 475 من م.م.م.ت أم يجب قصر هذا المفهوم على أصحاب التأمينات العينية؟

وهل أن مفهوم الدائن المرسم ينسحب على جميع الدائنين أصحاب التأمينات العينية أم يستثنى بعضهم؟

للإجابة عن هذه التساؤلات يمكن القول إن الدائن المرسم هو صاحب تأمين عيني **(1)** وليس كل صاحب تأمين عيني دائن مرسم **(2)**

**1- الدائن المرسم هو صاحب تأمين عيني**

قد يجد القول بأن الدائن الذي رسم اعتراض تحفظي أو الدائن الذي رسم إنذارا يقوم مقام العقلة هو دائن مرسم، حجته في عبارات الفصل 475 من م.م.م.ت التي وردت عامة في إشارتها إلى الدائنين المرسمين ولم تخص المفضلين منهم، ومن إلزام طلب الترتيب بتقديم كشف بالترسيمات المتعلقة بالديون، وهذا الكشف الذي تسلمه إدارة الملكية العقارية تنص به على الاعتراضات والإنذارات المرسمة، كما أن الفصل 481 من م.م.م.ت يرتب على البتة مفعولا تطهيريا يمتد إلى الرهون والامتيازات وجميع الترسيمات المتعلقة بالديون بما يوحي أن العبارة تتحمل أكثر من الرهون والامتيازات، وبذلك يتجه فتح إجراءات الترتيب ولو في غياب دائنين مفضلين، ويكفي وجود دائن مرسم لاعتراض تحفظي أو لإنذار قائم مقام عقلة عقارية، خاصة وأن اتجاه في فقه القضاء التونسي اعتبره صاحب حق عيني مفضل ليؤيد تقديمه على دائن مرتهن غير مرسم فقد جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بتونس سنة 1994**[[33]](#footnote-34)** أن " ترسيم هذا الإنذار بالرسم العقاري يترتب عنه منحه حقا عينيا عقاريا على ذلك العقار وتفضيله على غيره من الدائنين الغير مدرج رهنهم بالرسم العقاري ولو كان سابقا لتاريخ ترسيم الإنذار...."**[[34]](#footnote-35).**

وجدير بالملاحظة أن هذا الاتجاه في فقه القضاء التونسي شاذ ويعوزه الأصيل القانوني، فمن نافلة القول التذكير بأن العقلة العقارية لا تمنح صاحبها حقا عينيا، فلا نص خاص يقضي بذلك ولا الفصل 12 من م.ح.ع أقرها في تعداده، كما أن في اعتبارها حقا عينيا نفيا لأسباب التفضيل القانونية والحال أن العقلة هي ممارسة للحق في التنفيذ الذي هو حق شخصي يتسلط على ذمة المدين بما أنه مرتبط بحق الضمان العام طبق الفصل 192 من م.ح.ع ولذلك كان على المحكمة أن توزع المال بالتحاصص بين الدائنين لأنهما عاديان ولا تقدم من سبق للعقلة لأنه لا تفضيل للدائنين إلا بموجب نص قانوني عملا بأحكام الفصل 194 من م.ح.ع. وتتأكد هشاشة الموقف الذي اتخذته محكمة الاستئناف بتونس من خلال النتائج التي وصلت إليها فقد وقعت في تناقض صارخ لأنها لم تستخلص النتائج الكاملة لموقفها بما أنها أسست على تحليلها تطبيق إجراءات توزيع الأموال والحال أن رأيها يؤدي إلى فتح إجراءات الترتيب إذ لا يصح اعتبار الدائن مرسما من ناحية وإتباع الأحكام العامة للتوزيع من ناحية ثانية.

لا يبدو أن مقصد المشرع هو توسيع مفهوم الدائن المرسم، بل الأصح أن الدائنين المرسمين هم حصرا أصحاب الرهون والامتيازات. ودليل ذلك في السوابق التاريخية للفصل 475 من م.م.م.ت حيث كان الفصل 391 من النص الأصلي لسنة 1959 يشير صراحة إلى الدائنين المفضلين " إن وقع تبتيت عقار مسجل وكانت هناك ديون ممتازة أو ديون موثقة برهون عقارية..." وهي نفس صياغة الفصل 214 من مجلة المرافعات القديمة كما حور بأمر 24 جوان 1957، كما أن أحكام الترتيب مستوحاة من القانون الفرنسي الذي يقتصر على الدائنين المرتهنين والممتازين وهو نفس الفهم الذي تبنته مذكرة شرح الأسباب.**[[35]](#footnote-36)** .....................................

 تأسيسا على ما تقدم يكن القول إن الدائنين المرسمين على معنى الفصل 475 من م.م.م.ت هم الدائنون المرتهنون والممتازون على العقار، دون الدائنين العاديين لأنهم ليسوا أصحاب تأمينات عينية، على أن اقتصار الدائن المرسم على أصحاب التأمينات العينية لا يعني أنه يستغرق جميع أصنافهم.

**2- الدائن المرسم ليس كل صاحب تامين عيني**

يقتصر مفهوم الدائن المرسم على الدائنين المرتهنين وأصحاب الامتياز الخاص لأنهم مطالبون بالترسيم وبالتالي لا يدخل ضمن هذا المفهوم أصحاب الامتيازات العامة والدائن الحابس لأنهم غير خاضعين للإشهار، لأنه في غياب إشهار التأمين العيني يجب إتباع إجراءات التوزيع لا الترتيب إذ لا يتحقق في هذه الصورة شرط الفصل 475 من م.م.م.ت من وجود " دائنين مرسمين " وقد أكدت مذكرة شرح الأسباب هذا المعنى إذ جاء فيها " ولا تنطبق بمجرد وجود دائنين ممتازين أو مرتهنين للعقار، بل لا تنطبق إلا في الصورة التي يكون فيها دائنون مرسمون وهي غير الصورة الأولى إذ أن الامتيازات على نقيض الرهون لا يجب ترسيمها وهكذا يتجه عند وجود دائنين ممتازين غير مرسمين توخي إجراءات التوزيع دون إجراءات الترتيب"**[[36]](#footnote-37)**

ولئن كان الإقصاء في حق الدائن الحابس لا يثير أي إشكال باعتبار أن الحبس وضعية فعلية تنشأ على هامش السجل العقاري، إلا أنه بالنسبة إلى صاحب الامتياز العام يستوجب تعديلا ذلك أنه وان كان الإشهار غير لازم فانه ممكن فيسوغ لصاحبه طلب ترسيمه اختياريا، ولا يمكن لإدارة الملكية العقارية رفضه لأن الدائن بسعيه في ترسيم امتياز عام إنما يمارس إحدى الصلاحيات العامة لأي دائن وهي اتخاذ إجراءات احتياطية على مكاسب مدينه والترسيم يعتبر من الأعمال التحفظية بالنسبة إلى الدائن**[[37]](#footnote-38)** لا مسوغ لحرمانه منها، كما يمكنه أن يتمسك بعينية الامتياز على معنى أحكام الفصل 194 من م.ح.ع فيحق له المطالبة بإشهار حق من الحقوق التي أقرتها مجلة الحقوق العينية على حد عبارة الفصل 390 من م.ح.ع وبالتالي يمكن تصور ترسيم امتياز عام على عقار مسجل على سبيل حفظ حق الدائن في ذلك المال، فتكون له صفة الدائن المرسم التي تبرر فتح إجراءات الترتيب، سواء بطلب منه أم من غيره.

**ب) طالب الترتيب**

لم يقصر الفصل 475 من م.م.م.ت طلب الترتيب على الدائنين المرسمين أو الدائن العاقل أو أي شخص محدد بل تركه مفتوحا لكل معني أي لكل من له مصلحة في ذلك. ويلتقي هذا التعميم مع التوجه العام في مادة الترسيم بالسجل العقاري باعتبار أن الترتيب يرمي إلى التشطيب على ترسيمات الديون، والتشطيب كما الترسيم من حق كل شخص أن يطلبه عملا بأحكام الفقرة الأولى من الفصل 392 من م.ح.ع. وعليه يمكن أن يصدر طلب الترتيب عن المبتت له باعتباره صاحب المصلحة الأولى في تطهير ملكيته من ترسيمات الديون. ويمكن أن يصدر عن أحد الدائنين سواء كان عاقلا أم معترضا، ومرسما أم غير مرسم نظرا لوضوح مصلحته في استخلاص دينه، بل يمكن للمدين أن يطلب الترتيب إذ قد تكون له مصلحة في الحصول على باقي الثمن، كما يمكن لدائن الدائن ( الفصل 306 فقرة 2 من م.ا.ع) أو نائب أي واحد ممن ذكر نيابة اتفاقية كالوكالة أو قانونية كالفضالة أن يطلب الترتيب. وعموما يحق طلب الترتيب لكل شخص تثبت له مصلحة متصلة إما بخلاص الديون أو بتطهير ملكية العقار.

ويلاحظ أن المشرع لم يخرج عن هذا المنحى الاطلاقي إلا في حالة واحدة عين فيها طالب الترتيب بصفة وجوبية وذلك في الفصل 482 من م.م.م.ت ففرض على المبتت له إذا كان هو الدائن الوحيد المرتهن المرسم أو صاحب ترسيم من الرتبة الأولى أن يتولى خلال خمسة عشر يوما من انقضاء أجل تأمين المال المقدر بشهرين القيام بقضية في فتح إجراءات ترتيب الدائنين، مع تسبيق المصاريف وإلا أعيد البيع بموجب النكول.

وفيما عدى هذه الحالة، يجوز لكل صاحب مصلحة أن يطلب الترتيب حتى يتمكن كل دائن من المشاركة فيه.

**ج) الدائن المشارك في الترتيب**

 جاء بالفصل 476 من م.م.م.ت فقرة 2 أنه لكل دائن غير مرسم أن يساهم في الترتيب بشرط إدلائه بحجج دينه في الأجل المحدد ويتعلق الأمر بجميع الدائنين غير المرسمين أيا كانت صفاتهم عاديين أم مفضلين، الحابس أو صاحب الدين الممتاز. بل إن المعنيين الأولين هم الدائنون الممتازون نظرا لأفضليتهم على بقية التأمينات حسب الفصل 195 من م.ح.ع فيؤثرون حتما على نتيجة الترتيب، وفي هذا المستوى يطرح السؤال عن المقصود بحجج الدين ووجوب أن يكون من بينها سند تنفيذي أم لا ؟ وبعبارة أخرى هل يشترط في الدائن المشارك أن يكون بيده سند تنفيذي أم لا ؟

 إذا اعتمدنا نصوص الترتيب لا نجد جوابا صريحا عن هذا السؤال ولا باعتماد النصوص العامة للتوزيع حيث اكتفى الفصل الفصل 468 من م.م.م.ت باشتراط تقديم " حجج الدين " شأنه في ذلك شأن الفصل 476 من م.م.م.ت ولكن بالرجوع إلى الأحكام العامة للتنفيذ يتبين وجود نصوص قد توحي بوجوب السند التنفيذي، ونخص بالذكر الفصلين 302 و314 فقرة أولى من م.م.م.ت. فقد جاء في أولهما منع إجراء عقلة تنفيذية إلا بمقتضى سند تنفيذي ومن أجل دين ثابت ومعلوم المقدار وحال أما ثانيهما فبين أن " الاعتراض المشار إليه بالفصل المتقدم يخول للدائن القائم به الحق في أن يساهم في توزيع الثمن المتحصل من البيع أو من الأموال المعقولة توقيفيا " والمقصود بالاعتراض هو مشاركة الدائنين المخول لهم الحق في التنفيذ الجبري في العقلة السابقة لأن العقلة على العقلة لا تجوز.

ويستفاد من هذين النصين أن توزيع ثمن المال هو من مراحل التنفيذ الجبري، فلا يشمل إلا من كان لهم هذا الحق، وهم من كان بيدهم سند تنفيذي. وقد يتدعم هذا الاستنتاج بحجة أن الرأي المخالف يؤول إلى جعل قاضي التوزيع والترتيب قاضيا في أصل الحق والحال أن دوره يقتصر على إجراء التوزيع بين دائنين ثبت حقهم بالتقاضي الموضوعي، وأن قبول من ليس بيده سند تنفيذي سيحرم المدين من معارضة الدائن بالدفوع المبرئة أو المؤجلة، كما أن إجراءات التنفيذ الفردي هي أساسا مكافأة لحرص الدائنين، ولا يدخل في هذا الاعتبار ولا يعد من المساواة أن يشترك في نفس الحق من بيدهم سند تنفيذي ومن ليس لهم ذلك.

 إن الاستنتاج المتمثل في أن المشاركة في الترتيب يستوجب سندا تنفيذيا، يمكن نقضه لعــــــــــدة أسباب. لعل أهمها أن عبارة " حجج الدين " الواردة بالفصلين 476 و 468 من م.م.م.ت وردت عامة ولم تخصص السند التنفيذي وإذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على اطلاقها وعليه فان حجج الدين هي كل الوثائق والكتائب والإثباتات بأنواعها التي تقيم الدليل على وجود الدين وكونه ثابتا. ويؤد ذلك أن الفصل 410 من م.م.م.ت يعاقب بعقوبة التحيل الجنائي على معنى الفصل 291 من المجلة الجزائية من يدلي تأييدا لزعمه بسندات ديون صورية أو ساقطة بغير مرور الزمان. وهو ما يتماشى مع فهم واسع لحجج الدين لا يقتصر على سند تنفيذي، خصوصا أن هذه الحجج ستعرض على قاضي الترتيب فيتثبت فيها تحت رقابة المحكمة التي خولها الفصل 479 فقرة2 من م.م.م.ت أن تبت خلال الشهر الموالي بحكم واحد في النزاعات وفي التوزيع. ويمكن تصور أن من بين المنازعات ما يهم حجج الدين واثبات صفة الدائن لمن أدلى بها وليس معه سند تنفيذي.

لقد خول المشرع بمقتضى الفصل 479 من م.م.م.ت للمحكمة النظر في ثبوت الدين وغيرها من المناقشات التي تؤهل الدائن للمشاركة في الترتيب حتى وان لم يكن بحوزته سند تنفيذي، علما وأن حكمها قابل للطعن فيه بالاستئناف بما يحفظ حق المدين وبقية دائنيه في المنازعة الموضوعية في أصل الحق وهذا ما يميز حق المشاركة في الترتيب عن حق التنفيذ. فالمشاركة في الترتيب تعتبر ممارسة للحق في الدعوى مطلقا لا مجرد تنفيذ لحكم اتصل به القضاء بدليل أن المشاركة تتم بعريضة وبواسطة محام أي بما يتطلبه القانون للتقاضي، لا للتنفيذ**[[38]](#footnote-39)**.

 ويتدعم هذا التحليل أن الترتيب ينتهي بتسليم جداول محاصة للدائنين وهي بمثابة السندات التنفيذية**[[39]](#footnote-40)**. فمن لم يكن لديه سند تنفيذي سيحصل عليه من خلال جدول المحاصة وفي هذا حماية للائمان بصفة عامة وتحقيق لأكثر مساواة بين الدائنين تماشيا مع نص وروح الفصل 192 من م.ح.ع باعتبار أن التنفيذ على العقارات إلا بعد المنقولات طبق الفصل 304 من م.م.م.ت فكأن التنفيذ على العقار المسجل هو استنضاض لآخر ما بقي عند المدين من مكاسب الأمر الذي يهدد ديون من ليس لهم سندات تنفيذية وعليه فان الأرجح أن المشاركة في الترتيب ممكنة لكل دائن غير مرسم ولو لم يكن له سند تنفيذي**[[40]](#footnote-41)** والتي تبقى في كل الأحوال مقيدة باحترام إجراءات أولية.

**الفقرة الثانية: إجراءات الترتيب**

تنقسم إجراءات الترتيب إلى صنفين الصنف الأول متعلق بالأطراف (أ) أما الصنف الثاني فيتعلق بالمحكمة (ب).

**أ) الإجراءات المحمولة على الأطراف**

تختلف الشروط الشكلية والإجرائية المحمولة على الأطراف بحسب تعلقها بطلب الترتيب (1) أو المشاركة فيه (2)

**1- الشكليات المتعلقة بطلب الترتيب**

 أوجب الفصل 475 من م.م.م.ت على طالب الترتيب شكليات أولية عامة أضاف إليها الفصل 483 من م.م.م.ت إجراء خاصا في صورة التفويت الاختياري.

**شكليات الفصل 475 من م.م.م.ت**

وردت هذه الشكليات تباعا في الفصل المذكور وتنحصر في ثلاث وهي:

**\* ترسيم التفويت بالسجل العقاري** وهي شكلية أساسية باعتبار أن الترتيب يرمي إلى التشطيب على الترسيمات المتعلقة بالديون حتى يخلص العقار لصاحبه مطهرا منها فلا بد من ترسيمه وهو ينقل اليه الملكية عملا بأحكام الفصل 426 من م.م.م.ت والملاحظ هنا أن الفصل 475 من م.م.م.ت منسجم مع الفصل الفصل 457 من م.م.م.ت والذي لم يقصر طلب الترسيم على المبتت له وحده بل سمح بذلك لكل معني تيسير وإسراعا في انجاز الترتيب.

**\* تأمين الثمن والمصاريف بصندوق الودائع والأمائن،** وهذا شرط عام في كل توزيع وهو يتم من طرف المبتت له في أجل شهرين حسب الفصل 432 فقرة 2 من م.م.م.ت غير أنه إذا كان المبتت له هو الدائن الوحيد و مرتهن للعقار ومرسم أو صاحب ترسيم من الرتبة الأولى فلا يجب عليه أن يؤمن خلال الأجل المذكور إلا الجزء من ثمن التبتيت الذي يفوق مقدار دينه الموثق بالترسيم.

**\* تقديم مطلب الترتيب في شكل عريضة**: تتضمن هذه العريضة هوية طالب الترتيب وهوية المعقول عنه والمبتت له والتذكير بالبتة ووصف العقار وترفع بواسطة محا يكون مكتبه قانونا هو المقر المختار للطالب، وتسلم لكتابة المحكمة الابتدائية التي بدائرتها العقار. ويجب أن ترفق هذه العريضة بمؤيدات ثلاثة :

1) كشف في الترسيمات المتعلقة بالديون تسلمه إدارة الملكية العقارية ويبين به بكامل الدقة ألقاب الدائنين وأسمائهم ومهنهم ومقراتهم الحقيقية والمختارة.

2) شهادة في ترسيم التفويت بالسجل العقاري.

3) شهادة من صندوق الودائع والأمائن في مبلغ التأمين وسببه وتاريخه وعدده.

ويضاف في التطبيق كشف بالمصاريف نظرا لكونها ممتازة حسب الفصل 488 من م.م.م.ت.

 **شكلية الفصل 483 من م.م.م.ت: التطهير**

على طالب الترتيب أن يقوم بإجراءات التطهير إذا تأسس الترتيب الذي يطلبه على تفويت اختياري فقد جاء بالفصل 483 من م.م.م.ت فقرة أولى أنه " إذا وقع التفويت في العقار بغير الطرق المنصوص عليها بالفقرة الأولى من الفصل 481 فان إجراءات ترتيب الدائنين لا يجوز أن تفتح إلا بعد القيام بالإجراءات المقررة لتطهير العقار من الرهون ". وجلي أن هذا النص لا يتعلق إلا بالتفويت الاختياري لأن المشرع أقصى الطرق المنصوص عليها بالفصل 481 وهي بيع عقار بالمزاد العلني عن طريق المحكمة أو حسب إجراءات الفصل 450 من م.م.م.ت أي حسب إجراءات بيع المنقول إن كانت قيمته تقل عن سبعة آلاف دينارا.

بالإضافة إلى شكليات الفصل 475 تضاف في صورة التفويت الاختياري إجراءات تطهير العقار من الرهون وقد وردت هذه الإجراءات بالفصل 292 وما بعده من م.ح.ع والغرض من هذه الإجراءات هو معرفة ثمن العقار بصفة نهائية حتى يقع تأمينه لأنه لا يعرف إلا بهذه الطريقة. وتقوم إجراءات التطهير إجمالا على عملين متعاقبين : عرض التطهير وموقف الدائنين. فأما العرض فيصدر عن المالك الجديد للعقار ويتخذ شكل إعلام يوجه إلى الدائنين في ظرف عام من تاريخ ترسيم سنده أو خلال شهر من تاريخ أول إنذار يصدر له طبق أحكام الفصل 283 ويشتمل الإعلام على:

1- مضمون من سند الملكية مبين به تاريخه وطبيعته وأسماء الطرفين وتاريخ ترسيمه.

2- بيان الثمن والتكاليف التابعة له وقيمتها وكذلك قيمة العقار إذا كان انتقاله بغير البيع.

3- شهادة فيما على العقار من رهون مرسمة.

4- اختيار مقر بدائرة المحكمة الابتدائية لمكان العقار.

ويكون بعد ذلك للدائنين أجل أربعين يوما لتحديد موقفهم من العرض، فان رفضه أحد الدائنين وجب عليه طلب بيع العقار بالمزاد على قاعدة التسديس**[[41]](#footnote-42)** عملا بأحكام الفصل 296 من م.ح ع، وعندئذ يبتت العقار حسب إجراءات التنفيذ الجبري طبقا للفصلين 297 و298 من م.ح.ع. أما إذا لم يقم أي واحد من الدائنين المرسمين بطلب بيع العقار في الأجل المحدد مع زيادة السدس فيعتبر جميع الدائنين قد قبلوا العرض ويبقى الثمن مقدرا نهائيا عملا بأحكام الفصل 299 من م.ح.ع ويجوز عندئذ المرور إلى الترتيب.

 ولا يتم اللجوء الى التطهير، منطقيا، إلا إذا كانت الديون تتجاوز قيمة العقار، وهذه الوضعية شاذة وتعكس تهاون الدائنين باعتبار أن الدائنين الحريصين على مصالحهم يشترطون أن تتجاوز قيمة العقار بكثير مبلغ الدين، فإذا حصلوا لضمان ديونهم على رهون مسلطة على عقارات مثقلة بتحملات تتجاوز قيمتها فذلك دليل على تسيب وسوء تصرف وتواطؤ بين القائمين على المؤسسات المالية والمدين الراهن مما يضر بالموارد المالية لهذه المؤسسات وبالمصلحة العامة.

 فالرهون عادة لا تبرم إلا إذا كانت التحملات على العقار تقل أو تساوي على الأكثر قيمة العقار وبالتالي فهي لا تستوجب التطهير باعتبار أن خلاص الديون يحفظ مصالح جميع الأطراف ولا يؤدي إلى أي تراجع في انتقال الملكية ولهذا ما يجعل وجود مؤسسة التطهير غير مبرر في النظام القانوني التونسي لأن أكثر احتمالات ممارسته لا تكون إلا في إطار تواطؤ بين مالك العقار المرهون والمشتري قصد التحيل على الدائنين والإضرار بهم. فالمالك لا يجد مصلحة لإبرام البيع إلا إذا قبض مقابل ذلك مبلغا ماليا، والمشتري لا يمكن أن يدفع هذا المبلغ إلا إذا كان المبلغ المنصوص عليه بالكتب أقل بكثير من القيمة الحقيقية للعقار وأن يتأكد لديه احتمال عدم قيام الدائنين بالتسديس إذ في صورة قيامهم بذلك سيكون ما دفعه للمالك عرضة للتلف وعليه فان بيع العقار المرهون في هذه الحالة لن يكون إلا في إطار تحيل المدين الراهن مع المشتري حتى يتم يتم تطهير العقار من الرهن بمبلغ أقل بكثير من قيمة العقار ومبلغ الديون ولن تكون للبائع والمشتري مصلحة في هذا البيع إلا إذا تفطنا إلى عدم توفر القدرة المالية أو حتى عدم توفر السيولة للدائنين في فترة معينة أو إذا تفطن الى تغيبهم عن مقراتهم أين سيتم تبليغ العرض إليهم، أو الى غيرها من الصور التي تحول دون قيام الدائنين بطلب تبتيت العقار.

فالتطهير يشكل بهذا المعنى خطرا متواصلا يحدق بالدائنين ويمس من نجاعة الرهن العقاري والائتمان عامة كما أنه يتنافى والتوجهات الاقتصادية ويحرف الدور المنوط بعهدة البنوك والمؤسسات المالية الذي يجب أن يقتصر على التمويل والتصرف الموارد النقدية ولا يمكن أن تصبح هذه المؤسسات مجبرة على امتلاك العقارات والتصرف في الأملاك العقارية وهذا ما جعل الأستاذ نور الدين بسرور يدعو إلى تطهير الرهن العقاري من التطهير**[[42]](#footnote-43)**

**2- الشكليات المتعلقة بالمشاركة في الترتيب**

جاء بالفقرة الثانية من الفصل 476 من م.م.م.ت أن من يرغب في المشاركة في الترتيب أن يعبر عن رغبته بطريقة محددة وفي أجل محدد وإلا سقط حقه في المساهمة وقد أحال على الفصل 468 من م.م.م.ت المتعلق بالتوزيع في خصوص شكليات المشاركة في الترتيب، واعتبارا لخطورة هذا الجزاء الذي تمليه الرغبة في حسم التنفيذ وتوصيل أحرص الدائنين بحقوقهم لا بد من التنبه إلى هذه الشكليات المسقطة و هي ثلاثة:

**\* تقديم مطلب المحاصة**، يرفع في نفس صيغة طلب الترتيب أي بواسطة محام يكون مقره قانونا هو المقر المختار للدائن المشارك ويتضمن خاصة أسباب تفضيل الدائن على غيره عند الاقتضاء لأن هذا الإجراء موجه خاصة إلى أصحاب التأمينات العينية.

**\* تقديم حجج الدين**، وتتمثل عادة في بطاقات الإلزام أو الجبر التي تعتبر سندات تنفيذية إدارية كما يمكن أن تتمثل في كل أنواع السندات التنفيذية ويعتبر من الحجج من غير السندات التنفيذية الكتائب المثبتة للدين بوجه قطعي دون أن يثبت انقضاؤه كاعتراف بدين مثلا لم يعارض فيه المدين.

**\* احترام أجل الثلاثين يوما**، يحتسب من تاريخ الإعلان عن فتح إجراءات الترتيب في الرائد الرسمي للجمهورية التونسية من طرف كاتب المحكمة أو الاتصال .

يلاحظ أن جزاء السقوط لا يسلط في صورة فوات الأجل فحسب، بل يسلط أيضا في صورة عدم احترام الشكليات المتعلقة بمطلب المحاصة أو تخلد حجج الدين.

**ب) الإجراءات المحمولة على المحكمة**

تحمل هذه الإجراءات على القاضي المكلف بالتوزيع والترتيب وتتمثل أساسا في عملين أولهما الإذن بفتح إجراءات الترتيب وثانيهما الإذن بعقد اجتماع بالمعنيين ويتخلل هذين العملين اشهارات واستدعاءات يتولاهما كاتب المحكمة.

**1- الإذن بفتح إجراءات الترتيب**

جاء بالفصل 476 فقرة أولى من م.م.م.ت أنه " يجري العمل اثر تقديم العريضة بأحكام الفصل 466. وتفرض أحكام هذا الفصل على كاتب المحكمة بمجرد تسلمه لمطلب الترتيب أن يقيده بالدفتر الخاص بالترتيب المنصوص عليه بالفصل 486 من م.م.م.ت ثم يعرضه خلال الأربع وعشرين ساعة على القاضي المكلف للإذن بفتح الترتيب. ويصدر القاضي إذنه بعد التحقق من توفر الشروط العامة لطلب الترتيب وهي خاصة استكمال شكليات الفصل 475 من م.م.م.ت ووجود دائنين مرسمين، لأنه في غيابهم يؤذن بفتح التوزيع لا الترتيب، لكن القاضي لا يتثبت من انعدام الاتفاق المسبق بين الدائنين لأن ذلك شرط في التوزيع عملا بأحكام الفصل 463 من م.م.م.ت وليس شرطا في الترتيب. وإذا لاحظ القاضي غياب الشكليات المفترضة في الترتيب فانه بإمكانه رفض الإذن بافتتاح إجراءاته.

 يثير الإذن بفتح إجراءات الترتيب ملاحظتين هامتين تتعلق الأولى بطبيعته فبالرجوع إلى نظامه القانوني يستنتج أنه ذو طبيعة إدارية، فهو عمل مكتبي وليس عملا قضائيا لا تنازعيا ولا ولائيا، فهو غير قابل للتبليغ ولا يقبل الطعن فيه بأي وسيلة ومؤدى ذلك أن رفض الإذن بفتح الترتيب لا يمكن الطعن فيه، وما على الأحر صالا أن يطلب الترتيب من جديد بعد تدارك نقائص الطلب الأول إن وجدت.

 أما الملاحظة الثانية فتتعلق بغياب أجل لصدور الإذن، ففي حين قيد المشرع كاتب المحكمة بأجل لطلبه وبأجل لإشهاره بعد صدوره إلا أنه لم يفرض على القاضي أجلا معينا لكي يأذن بفتح الإجراءات. ومع ذلك يبدو أنه على القاضي أن لا يبطأ بالنظر إلى المنحى التشريعي الذي يميل إلى العجلة ويتجلى ذلك في قصر الآجال المفروضة على الكاتب عند رفعه إلى القاضي ( أربعة وعشرون ساعة ) وإشهاره ( ثمانية أيام).

 بصدور الإذن بفتح إجراءات الترتيب يلزم كاتب المحكمة عملا بأحكام الفصل 466 من م.م.م.ت بمباشرة شكليات الافتتاح وهي إعلان الافتتاح بواسطة التعليق على اللوحة المخصصة لمثل هذه الاشهارات بالمحكمة والنشر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية على أن يتم الإشهار بوسيلتيه خلال الثمانية أيام الموالية لصدور الإذن، ويجب أن تكون جميع وسائل الإشهار ناصة على الأحكام الواردة بالفقرة الثانية من الفصل 476 من م.م.م.ت المتعلقة بسقوط الحق في المشاركة بمرور ثلاثين يوما من تاريخ النشر بالرائد الرسمي، وفي غياب هذا التنصيص تكون إجراءات الإشهار باطلة.

**2- الإذن بعقد اجتماع بالمعنيين**

بانقضاء الأجل المتعلق بالمساهمة في الترتيب، يفتح أجل آخر بثمانية أيام يأذن خلالها القاضي المكلف بالترتيب بعقد اجتماع في ظرف أجل أقصاه شهر قصد الوصول إلى اتفاق على ترتيب كيفية التوزيع عملا بأحكام الفقرة الأولى من الفصل 477 من م.م.م.ت.

وبصدور الإذن وعملا بأحكام الفقرة الثانية من الفصل 477 من م.م.م.ت يتولى كاتب المحكمة ثمانية أيام قبل تاريخ الاجتماع على الأقل وبواسطة مكاتيب مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ استدعاء من يلي للحضور بذلك الاجتماع:

1) الدائنون المرسمون.

2) الدائنون غير المرسمين الذين تقدموا بمطلب محاصة.

3) البائع والمشتري في صورة البيع الاختياري، والقائم بالتتبع والمعقول عنه والمبتت له في صورة البيع العدلي.

وبحضور المعنيين للاجتماع يبدأ فعليا انجاز الترتيب.

**المبحث الثاني: انجاز الترتيب**

لدارسة انجاز الترتيب نبحث في شكله (فقرة أولى) لنخلص إلى الآثار المترتبة عنه (فقرة ثانية)

**الفقرة الأولى: شكل الترتيب**

ينجز الترتيب وفق طريقتين فإما أن يكون رضائيا ويتخذ شكل محضر ترتيب أو أن يكون قضائيا ويصدر في صيغة حكم.

**أ) محضر الترتيب**

ينص الفصل 478 من م.م.م.ت على أنه " إذا حصل اتفاق على التوزيع فان الحاكم المكلف يحرر في شأنه محضرا يمضيه حالا جميع المعنيين أو محاموهم ويكون ذلك المحضر غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن."

ويتميز الاتفاق على الترتيب عن الاتفاق على التوزيع الذي يشير إليه الفصل 463 من م.م.م.ت من عدة أوجه، منها أن توقيته يأتي بعد إعلان افتتاح إجراءات الترتيب ومشاركة الدائنين، أما في التوزيع فيسبق ذلك وهو ما يؤثر على طبيعته مما يجعل الاتفاق على الترتيب شكل من أشكال التوزيع، أما في التوزيع فهو في الآن نفسه طريقة للتوزيع وشرط سلبي لافتتاح الإجراءات ( أي أن الإجراءات لا تفتح إلا في غيابه).

ومنها أيضا أن اتفاق التوزيع يتم بين الدائنين أما اتفاق الترتيب فيضيف إليهم معنيين آخرين كالمشتري والبائع والمبتت له في صورة البيع العدلي...) كما أن التراضي على التوزيع يتم خارج المحكمة خلافا لاتفاق الترتيب الذي يتم بحضور قاضي الترتيب، وفي هذا المستوى يطرح السؤال عن إمكانية الاتفاق على الترتب على غرار التوزيع دون تدخل القاضي. إن الإجابة عن هذا السؤال في إطار القانون الفرنسي تكون بالإيجاب حيث يفرق هناك بين الترتيب الرضــــائي

 والترتيب الاتفاقي المتمثل( L’odre consensual) والترتيب الاتفـــاقي (L’ordre amiable)

في عقد على توزيع ثمن العقار بين الدائنين المرسمين والمعقول عنه والمبتت له أو البائع والمشتري ويتم دون تدخل قاضي الترتيب.

إن مثل هذا الاتفاق لا يمكن قبوله في تونس فالترتيب الرضائي لا يكون إلا بالشكل الذي أقره الفصل 478 من م.م.م.ت لأن قواعد الإجراءات والتنفيذ هي قواعد شكلية آمرة تهم النظام العام، ولا يعني سكوتها عن هذه الصورة أنها تبيحها إذ يصعب الرجوع إلى القواعد العام ومبدأ الحرية التعاقدية لإقرار جواز هذا الاتفاق لعدم منعه من القانون بدليل أن المشرع لو أراده لأقره صراحة كما فعل في التوزيع، بل على العكس، فان الطابع الاستثنائي للترتيب يفرض حصره وعدم التوسع في أحكامه ومنها ما لا يتلائم مع الاتفاق المذكور كتسليم جداول محاصة لقبض المال من صندوق الودائع والأمائن، فضلا عن أن في قبول الترتيب الاتفاقي ذريعة لمنازعات وطعون قد لا تنتهي فيعطل بها الترتيب وتؤول إلى نقيض المقصود من الاتفاق الذي يسعى القاضي إلى إيجاده بموجب الصلاحيات التي خولها له القانون فبالإضافة إلى تحريره لمحضر الترتيب، يرأس الاجتماع ويتحقق من وقوع الاستدعاءات والاشهارات ويراقب صحتها ويوجه الاجتماع نحو الاتفاق ويمكن له إذا حصل تقدم في الاجتماع دون الوصول إلى اتفاق نهائي أن يسجل ما اتفق حوله ويدعو الأطراف إلى الاجتماع من جديد مرة أو مرتين على أن لا يتجاوز أجل الثلاثين يوما قصد استكمال الاتفاق وإقامة محضر الترتيب، وبحصول الاتفاق يحرر القاضي محضر الترتيب ويمضيه جميع الحاضرين أو محاموهم وتنتهي به عملية الترتيب فيستطيع كل دائن أن يتوصل بحقه.

 وتبرز أهمية الإشراف القضائي على الترتيب الرضائي من خلال إضفاء حجية اتصال القضاء على محضر الترتيب عملا بأحكام الفصل 489 من م.م.م.ت وعدم قابلية المحضر لأي وجه من أوجه الطعن عملا بأحكام الفقرة الثانية من الفصل 478 من م.م.م.ت وتبدو هذه النتيجة مرتبطة بحضور جميع المعنيين بما أن القانون يفرض إمضاءهم أو إمضاء محامييهم.

 ويبقى انجاز الترتيب رضائيا رهبن حضور جميع المعنيين ومصادقتهم عليه، لأنه في تخلف هؤلاء أوغياب المصادقة يتم اللجوء إلى الترتيب القضائي الذي يتخذ شكل حكم.

**ب) حكم الترتيب**

 لا تتعهد المحكمة الابتدائية بالترتيب إلا بناء على إحالة الملف إليها من قبل القاضي المكلف بالترتيب وقد حدد القانون آجال وشكليات نظر المحكمة فقد أوجب الفصل 479 من م.م.م.ت على قاضي الترتيب أن يحيل الملف على المحكمة في ظرف ثمانية أيام من انتهاء أجل الترتيب الرضائي مع تقرير يسجل فيه القاضي فشل الاجتماع ويشرح فيه أسبابه التي ترجع غالبا لعدم الاتفاق أو لغياب المعنيين. وعلى كاتب المحكمة أن يستدعي الأطراف بمكاتيب مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ في أجل ثمانية أيام على الأقل قبل الجلسة عملا بأحكام الفصلين 479 فقرة 2 و474 من م.م.م.ت.

 وبتمام هذه الشكليات تنظر المحكمة في الترتيب في ظرف شهر من تاريخ تعهدها بالملف وتبت بحكم واحد في النزاعات وفي التوزيع ومن النزاعات التي تنظر فيها المحكمة تلك المتعلقة بحجج الدين أو بصحة المشاركة أو بصفات الأطراف، إلا أن أكثر هذه النزاعات تتعلق بالرتب المسندة إلى الدائنين الدائنين المحاصين والناتجة عن تزاحم حقوق الأفضلية الراجعة لأصحاب التأمينات العينية ويطرح ذلك خاصة في المسائل التي لا تحسمها نصوص صريحة بل تحتاج إلى معايير اجتهادية من ذلك مثلا تزاحم صاحب الامتياز الخاص مع صاحب امتياز عام وتمسك كل منهما بأولويته على الآخر، فهذه مسألة ليس فيها نص عام بل فيها حلول خاصة ومعيار عام في غياب النص هو صفة الدين كيفما أقره الفصل 195 من م.ح.ع ولو أن التوجه العام يرمي إلى تغليب الامتياز الخاص مثلما تمت الإشارة إليه في الجزء الأول من هذا العمل، فغياب النص الصريح يفتح باب الخلاف والمنازعة، كما يمكن يثور نزاع بين دائن حابس يتمسك بأولويته على الجميع لأن حقه يتحول على الثمن وبقية ودائنين ممتازين ومرتهنين فيطلبون تأخيره على أساس الفصلين 195 و278 من م.ح.ع.

بالنظر إلى جملة هذه المنازعات التي قد يطرحها تزاحم حقوق الأفضلية الناجمة على التأمينات العينية يتوجب على المحكمة عملا بأحكام الفصل 479 من م.م.م.ت أن تحسم رتب الدائنين وتبين من يصلح منهم للمحاصة ثم ترتب المحاصين منهم حسب درجاتهم في الأفضلية ويتم كل ذلك بمقتضى حكم ابتدائي الدرجة خاضع لمبدأ التقاضي على درجتين أي قابل للاستئناف في أجل عشرين يوما من تاريخ صدور الحكم لا من تاريخ الإعلام به عملا بأحكام الفقرة الثالثة من الفصل 479 من م.م.م.ت. ولا يعتبر الترتيب منتهيا إلا إذا حاز الحكم على حجية ما اتصل به القضاء أي بعد انقضاء أجل الاستئناف أو صدور حكم استئنافي حينئذ يرتب الترتيب آثاره.

**الفقرة الثانية: آثار الترتيب**

بما أن فلسفة الترتيب قائمة أساسا على تطهير الملكية العقارية و فان أهم أثر له يتمثل في التشطيب على الترسيمات المتعلقة بالديون (أ) بالإضافة إلى خلاص الدائنين وذلك بتسليمهم جداول المحاصة (ب) وفي ضمان المصاريف المبذولة لإجراء الترتيب بامتياز خاص (ج)

**أ) التشطيب على الترسيمات المتعلقة بالديون**

 ينص الفصل 480 من م.م.م.ت على أن محضر الاتفاق على التوزيع أو الحكم الصادر في شأن التوزيع يأذن بالتشطيب على جميع الترسيمات المتعلقة بالديون في صورة ما إذا لم يتم ذلك التشطيب بموجب أحكام الفصل 481 أو أحكام الفصل 484...

ويتولى مدير الملكية العقارية القيام بذلك التشطيب بعد اطلاعه على نسخة من ذلك المحضر أو الحكم ويجب أن تكون نسخة الحكم مرفوقة بشهادة في عدم استئنافه "

يستنتج من هذا الفصل أن التشطيب قد يقع قبل الترتيب عملا باحكام الفصلين 481 و484 من م.م.م.ت وقد يقع بعد الترتيب ويكون نتيجة مباشرة له.

**1- التشطيب قبل الترتيب**

في هذه الحالة يكون التشطيب نتيجة مباشرة لتطهير العقار من الترسيمات المتعلقة بالديون عملا بأحكام الفصلين 481 و484 من م.م.م.ت الذين يتعلقان بالتطهير باعتباره إجراء يهدف إلى تحرير العقار من الرهون والامتيازات فيزيل حق التتبع ويحول حق الأفضلية على الثمن**[[43]](#footnote-44)** وهو نوعان : إرادي يختاره واضع اليد في التفويتات الاختيارية طبقا لإجراءات الفصل 292 من م.ح.ع وقانوني يترتب عن بعض التفويتات بمقتضى نص خاص ودون اللجوء إلى إجراءات مجلة الحقوق العينية من ذلك البيوعات العدلية والتطهير الناتج عن أمر الانتزاع للمصلحة العامة طبق أحكام الفصل الثاني من القانون عدد 85 المؤرخ في 11 أوت 1976. وتطهير عقارات المفلس طبق إحكام الفصل 540 من المجلة التجارية وتطهير المؤسسة المحالة على معنى الفصل 49 من القانون عدد 35 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أفريل 1995.

**2- التشطيب بعد الترتيب**

يعد التشطيب اللاحق للترتيب أثرا مباشرا له ويتم بناء على الصك المثبت لوقوعه وهو إما محضر الترتيب ويكفي تقديمه لأن له حجية ما اتصل به القضاء، أو حكم الترتيب الذي يجب أن يكون مرفوقا بشهادة في عدم الاستئناف إذا كان ابتدائي الدرجة، وعليه فان الترتيب يمكن أن يكون إداريا بطلب من الأطراف أو قضائيا في صورة الحكم وهذان هما طريقتا التشطيب المعروفتان مع الإشارة إلى أن للتشطيب الإداري وجها ثانيا إضافة إلى طلب الأطراف وهو التشطيب التلقائي الذي تجريه إدارة الملكية العقارية تلقائيا وبتخويل مباشر من القانون ودون طلب خاص.

والتشطيب على ترسيمات الديون لا يعني بالضرورة توصل جميع الدائنين بحقوقهم باعتبار أن الاستخلاص لا يشمل إلا الديون المنصوص عليها بجداول محاصة الدائنين.

**ب) تسليم جداول محاصة للدائنين**

جدول المحاصة هو مضمون خاص من محضر الترتيب أو حكم الترتيب يوقع عليه وكيل الجمهورية على سبيل التحلية بالصيغة الرسمية ويسلمه كاتب المحكمة، في أجل عشرة أيام من تاريخ إحراز المحضر أو الحكم على قوة اتصال القضاء، إلى كل دائن محاص وكذلك إلى المدين فيما إذا بقي جزء من الثمن.

والمقصود بالدائن المحاص هو الدائن الذي ضرب بسهم في المحاصة وبلغ مرتبة صالحة من مراتبها أما الذين لم تشملهم المحاصة فيشطب على ديونهم ولا يحصلون على شيء.

وينفذ جدول المحاصة على من بده المال وهو صندوق الودائع والأمائن في الصور العادية، والمبتت له في صورة الفصل 482 من م.م.م.ت.

وفي صورة التنفيذ على صندوق الودائع والأمائن يتخذ جدول المحاصة طبيعة الإذن بسحب المال ولذلك لم يشترط المشرع تحليته بالصيغة التنفيذية طبقا لأحكام الفصل 253 من م.م.م.ت بل يكتفى بتوقيع وكيل الجمهورية، وتفرض الفقرة الثانية من الفصل 489 من م.م.م.ت على كاتب المحكمة أن يسلم مضمونا من محضر الترتيب أو حكم الترتيب إلى صندوق الودائع والأمائن ويختلف هذا المضمون عن جدول المحاصة في كونه عاما وليس خاصا بدائن معين، فهو ملخص من المحضر أو الحكم فيه أسماء الدائنين المحاصين والمبالغ الراجعة لكل واحد منهم.

 أما في صورة التنفيذ على المبتت له طبق الفصل 482 من م.م.م.ت وإذا ظهر دائنون آخرون يسبقونه مرتبة ولا يكفيهم المال المؤمن، فتتخذ جداول التنفيذ شكل السند التنفيذي بأتم معنى الكلمة أي تحلى بالصيغة التنفيذية تحسبا لامتناعه من الخلاص، وفي صورة عدم أداء ما بجداول المحاصة فالخيار للدائنين أن ينفذو ضده بجميع الطرق القانونية لأنهم أصبحوا دائنين مباشرين للمبتت له ويمكنهم عقلة مكاسبه، أو طلب إعادة بيع العقار بموجب النكول وفق إجراءات الفصل 445 من م.م.م.ت وما بعده.

**ج) نشأة امتياز مصاريف الترتيب**

ينص الفصل 488 من م.م.م.ت على ما يلي: " مصاريف إجراء الترتيب أو توزيع الأموال يسبقها الطالب وإلا فأحرص الطرفين.

وتدرج هذه المصاريف بالامتياز على بقية الديون."

أحدث هذا النص امتيازا لمصاريف الترتيب وفي ذلك تشجيع للمبادرة بطلب هذا الإجراء الذي يضمن في الآن نفسه خلاص الدائنين في حدود ثمن التبتيت أو التفويت حسب الحالة وتطهير الملكية العقارية من الترسيمات المتعلقة بالديون.

وتنقسم المصاريف التي تكون مادة الدين المضمون بهذا الامتياز إلى جزئين: جزء مشترك مع التوزيع ويشمل المعاليم ومصاريف التأمين وإعلام الدائنين والإشهار وجزء خاص بالترتيب أشار إليه الفصلان 480 و484 من م.م.م.ت يتعلق أولهما بمصاريف التشطيب على الترسيمات المتعلقة بالديون باعتبار ذلك التشطيب هو المقصد الأخير لإجراء الترتيب كله ولذلك يقتضي الفصل 480 أنه" يجب أن يتضمن المحضر أو الحكم تحرير مصاريف التشطيب وتساهم هذه المصاريف في المحاصة بنفس الرتبة التي لمصاريف القيام بطلب الترتيب."

أما الفصل 484 فيتعلق بمصاريف القيام بصحة التأمين في صورة التفويت الاختياري تمهيدا للتشطيب على الترسيمات لذلك تنص الفقرة الثالثة من هذا الفصل على أن " مصاريف القيام بصحة التأمين في صورة الحكم بصحته تحاصص بنفس الرتبة التي لمصاريف القيام بطلب الترتيب."

وتثار في هذا المستوى مسالة تزاحم الامتياز الخاص الذي يضمن مصاريف إجراءات الترتيب مع غيره من الامتيازات الخاصة وغيرها من أسباب تفضيل الدائنين على بعض وقد ذهب جانب من الفقه**[[44]](#footnote-45)** إلى أن امتياز الفصل 488 لا يزاحم قانونا إلا مع بني جنسه لا مع الامتيازات الأخرى التي وان تزاحم معها واقعيا باعتبارها تنصب مثله على الثمن إلا أن الثمن بالنسبة إليه هو محله أصلا باعتبار نشأته بعد انتقال الملكية أما بالنسبة لبقية الامتيازات وغيرها من أسباب التفضيل فهو محل حق الأفضلية الحاصل بتحويل المال إلى الثمن. ويترتب على الأفضلية المطلقة لمصاريف إجراءات الترتيب أن قاضي الترتيب أو المحكمة يدرجان امتياز المصاريف في أول قائمة الديون فيتصدر بذلك باذل هذه المصاريف قائمة الدائنين. ............................

**الخاتمة**

 ما يمكن أن نلاحظه في نهاية هذا البحث هو تعدد النصوص المتعلقة بالتأمينات العينية وتشتتها إذ ورد بها عدة نصوص خاصة يصعب على غير المختص الإلمام بها وتوقع تأثيرها على حظوظه في استخلاص ديونه عند التنفيذ الجبري.

 ولئن كانت حقوق الأفضلية التي تخولها التأمينات العينية تضمن تقدم أصحابها على الدائنين العاديين وتكفل بالتالي تجاوز مخاطر قاعدة الضمان العام، فان تعددها وتعدد النصوص المنظمة لها وعدم تناغمها في بعض الأحيان خاصة عندما يتعلق الأمر بالتزاحم بينها، يفتح الباب على مصراعيه أما الاجتهادات القضائية التي تختلف من محكمة إلى أخرى، خاصة وأن هذا النوع من النزاعات غالبا ما تنتهي على مستوى محاكم الأصل وهذا ما يفسر قلة فقه القضاء المنشور في هذه المادة.

 ولعل أهم ما يعيق الائتمان ويفقد الدائنين ثقتهم في التأمينات العينية هو الأفضلية شبه المطلقة التي تحظى بها الديون الراجعة للدولة ومن ينزل منزلتها المحمية بامتياز الخزينة والتي لا يمكن توقعها خاصة من قبل أصحاب الديون طويلة المدى لأن معايير الترتيب لا تأخذ بعين الاعتبار تاريخ نشأة الديون بل يكفى وجودها عند مباشرة أعمال التنفيذ، فإدارة الأداء مثلا تسبق جميع الدائنين في الترتيب عند التنفيذ الجبري ولو كانت ديونهم موثقة برهون من الدرجة الأولى.وهذا ما يفسر محدودية التعامل بالرهن مثلا وعدم قبوله إلا اضطرارا من قبل العديد من الفاعلين في المجال الاقتصادي الذي شوهوا بعض المفاهيم القانونية بأن حولوا ورقة تجارية مثل الشيك الذي يعتبره القانون وسيلة للخلاص إلى وسيلة ائتمان معولين على عقوبة الشيك بدون رصيد لضمان استخلاص ديونهم.

 ومن ناحية أخرى، نلاحظ أن ما يعيق التأمينات العينية من لعب دورها كوسيلة للتشجيع على الائتمان، تعدد وتنوع الوسائل الاحتيالية التي يعمد إليها المدينون لحرمان دائنيهم من حقوقهم. والأخطر أن بعض هذه الوسائل ما هو قانوني نظمته مجلة الحقوق العينية والمقصود هنا هو إجراء التطهير الإرادي للعقارات من الرهون الذي استوجب إرساء نظام قانوني في غاية التعقيد والتشعب دون أن تكون له جدوى في الواقع والذي يمكن أن يستحيل وبكل سهولة إلى أداة تحيل وإضرار بالائتمان.

 وبالنظر إلى مجمل أحكام الترتيب يمكن رصد بعض النقائص الحرية بتقديم بعض الاقتراحات لتجاوزها، من ذلك غموض بعض المفاهيم كمفهوم الدائن المرسم الذي يثير تساؤلا عما إذا كان المقصود منه أصحاب التأمينات العينية أم يتجاوزهم. ومفهوم "حجج الدين" الذي ينعكس على تحديد الدائن المشارك في الترتيب. فهل المقصود بهذا المفهوم أن يكون بيد المشارك سندا تنفيذيا أم أن ذلك غير ضروري؟

كما يتجلى النقص في سكوت المشرع عن الأجل الذي يبت فيه القاضي المكلف بترتيب الدائنين وتوزيع الأموال في مطلب الترتيب رغم أنه حدد أجلا من أقصر الآجال بالنسبة لكاتب المحكمة إذ ألزمه بإحالة الملف على القاضي في أجل أربعة وعشرون ساعة من توصله به. وهنا يمكن أن نتساءل عن الحل القانوني بالنسبة لطالب الترتيب الذي لم يبت في مطلبه من قبل القاضي المكلف بذلك بالنظر إلى عدم تنصيص القانون على أن عدم البت يعتبر رفضا ضمنيا وبالتالي لم ينص على إمكانية الطعن فيه كما يمكن أن نتساءل عن المدة الزمنية الواجب مرورها على تعهد القاضي بطلب الترتيب دون البت فيه حتى يعتبر مرتكبا لجريمة العدالة./.

**المراجع**

**1) المراجع العامة:**

**باللغة العربية:**

- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1956.

- فتحي والي، التنفيذ في القانون اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، الطبعة الأولى، 1968.

- فتحي والي، التنفيذ الجبري وفقا لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.

 - حسين عبد الطيف حمدان، التأمينات العينية، دراسة تحليلية مقارنة لأحكام الرهن والتأمين والامتياز، الدار الجامعية، بيروت، الطبعة الثالثة، 1993.

- نبيل سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982.

**باللغة الفرنسية:**

- Michel CABRIALLAC et Christian MOULY, Droit des sûretés, Litec, Paris, 1990.

Marc DONNIER, voix d’exécution et procédures de distribution, Litec, Paris, 4 ème édition, 1996.

- Slaheddine MELLOULI, Voix d’exécution, procédures juridiques de recouvrement des créances, édition C.L.E, Tunis, 1991.

- Philippe MALAURIE – Laurent AYNES, Cours e droit civil. Les sûretés. La publicité foncière (le doit du crédit), Cujas, 3ème édition, 1990.

**المراجع** **الخاصة:**

**باللغة العربية:**

 - بحوث في التأمينات العينية والشخصية، عمل جماعي لهيئة تدريس قانون التأمينات بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، تقديم العميد محمد رضا بن حماد، المطبعة العصرية، تونس 1999.

 - دراسات في قانون التأمينات، عمل جماعي لهيئة تدريس قانون التأمينات بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، تقديم العميد محمد رضا بن حماد، المطبعة العصرية، تونس 1997.

- حاتم المحمدي، المقاصة، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1993.

- ملتقى القضاء الابتدائي (10-12 أفريل 1997) كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، مجموعة لقاءات الحقوقيين، العدد السابع 1999.

- أحمد بن طالب، التشطيب على الترسيم بالسجـــل العقــــاري، المجلـــــة القانونيـــــة التونسية،1966.

- مفيدة العرفاوي، حق الحبس، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في الق القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1994.

 - عادل بالهادي، توزيع الأموال على الدائنين، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء 1995 .

 - خليفة الخروبي، خواطر حول حقوق الامتياز في القانون المدني التونسي، مجلة المحاماة عدد 2 و 3 لسنة 1989.

- الأعمال التحضيرية لتنقيح م.م.م.ت، مجلة القضاء والتشريع، عدد 9، لسنة 1966

**باللغة الفرنسية:**

- Ajmi BEL HAJ HAOUDA, le droit de rétention dans le code des obligations et des contrats. Revue Tunisienne de Droit 1976.

**المخطط:**

المقدمة......................................................................................................ص.2

الجزء الأول: تزاحم حقوق الأفضلية......................................................................ص.7

المبحث الأول: التزاحم في إطار كل نوع من أنواع التأمينات...........................................ص.7

الفقرة الأولى: تزاحم حقوق الأفضلية في إطار الامتيازات..............................................ص.7

أ) التزاحم بين الامتيازات العامة..........................................................................ص.7

ب) التزاحم بين الامتيازات العامة والامتيازات الخاصة................................................ص.8

1- حجج الرأي القائل بأفضلية الامتيازات العامة........................................................ص.9

2- حجج الرأي القائل بأفضلية الامتيازات الخاصة......................................................ص.9

ج) التزاحم بين الامتيازات الخاصة.....................................................................ص.10

1- التزاحم بين الامتيازات الخاصة على عقار.........................................................ص.10

2- التزاحم بين الامتيازات الخاصة على منقول........................................................ص.10

الفقرة الثانية: تزاحم حقوق الأفضلية في إطار الرهون................................................ص.11

أ) تزاحم حقوق الأفضلية الناتجة عن رهن المنقول....................................................ص.11

ب) تزاحم حقوق الأفضلية الناتجة عن رهن العقار....................................................ص.11

المبحث الثاني: التزاحم بين التأمينات العينية...........................................................ص.13

الفقرة الأولى: التزاحم بين الامتياز والرهن.............................................................ص.13

أ) التزاحم بين حق أفضلية الدائن الممتاز وحق أفضلية الدائن المرتهن للمنقول.....................ص.13

ب) التزاحم بين أفضلية الدين الممتاز وأفضلية الدين الموثق برهن عقاري. ........................ص.15

ج) التزاحم بين أفضلية الدين الممتاز وأفضلية الدين الموثق برهن بحري...........................ص.15

الفقرة الثانية: التزاحم بين الامتياز وحق الحبس........................................................ص.16

الفقرة الثالثة: التزاحم بين الرهن وحق الحبس..........................................................ص.17

أ) التزاحم بين دين الحابس والدين الموثق برهن على منقول.........................................ص.17

ب) التزاحم بين دين الحابس ودين المرتهن لعقار.....................................................ص.18

الجزء الثاني: ترتيب الدائنين............................................................................ص.20

 المبحث الأول: افتتاح الترتيب..........................................................................ص.22

الفقرة الأولى: أطراف الترتيب..........................................................................ص.22

أ) الدائن المرسم..........................................................................................ص.22

1- الدائن المرسم هو دائن صاحب تأمين عيني........................................................ص.22

2- الدائن المرسم ليس كل صاحب تأمين عيني........................................................ص.24

ب) طالب الترتيب.......................................................................................ص.24

ج) الدائن المشارك في الترتيب.........................................................................ص.25

الفقرة الثانية: إجراءات الترتيب.........................................................................ص.26

أ) الإجراءات المحمولة على الأطراف.................................................................ص.26

1- الشكليات المتعلقة بطلب الترتيب....................................................................ص.26

2- الشكليات المتعلقة بالمشاركة في الترتيب...........................................................ص.29

ب) الإجراءات المحمولة على المحكمة.................................................................ص.29

1- الإذن بفتح إجراءات الترتيب........................................................................ص.29

2- الإذن بعقد اجتماع بالمعنيين.........................................................................ص.30

المبحث الثاني: انجاز الترتيب...........................................................................ص.31

الفقرة الأولى: شكل الترتيب.............................................................................ص.31

أ) محضر الترتيب.......................................................................................ص.31

ب) حكم الترتيب.........................................................................................ص.32

الفقرة الثانية: آثار الترتيب...............................................................................ص.33

أ) التشطيب على الترسيمات المتعلقة بالديون...........................................................ص.33

1- التشطيب قبل الترتيب................................................................................ص.33

2- التشطيب بعد الترتيب................................................................................ص.33

ب) تسليم جداول محاصة للدائنين.......................................................................ص.33

ج) نشأة امتياز مصاريف الترتيب......................................................................ص.34

الخاتمة....................................................................................................ص.36

المراجع..................................................................................................ص. 38

المخطط..................................................................................................ص. 39

1. 1 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1956، عدد 383، ص 220 [↑](#footnote-ref-2)
2. أنظر الفصل 313 من م.م.م.ت. [↑](#footnote-ref-3)
3. استعمل المشرع مصطلح حق الأفضلية في الفصل 196 من م.ح.ع. [↑](#footnote-ref-4)
4. استعمل المشرع هذا المصطلح في الفصول 192-193-194-195 من م.ح.ع و468-471 من م.م.م.ت. [↑](#footnote-ref-5)
5. أنظر الفصل 470 من م.م.م.ت [↑](#footnote-ref-6)
6. استعمل المشرع مصطلح حق الأولوية في الفصل 306 من م.م.م.ت والفصل 37 من القانون عدد34 لسنة 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات... [↑](#footnote-ref-7)
7. الفصل 230 من م.ح.ع كما يوفر التأمين للدائن – في التأمينات الحيازية – حيازة الشيء محل التأمين العيني. [↑](#footnote-ref-8)
8. 8 جاء بحكم ابتدائي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس عدد 764 مؤرخ في 31-12-1963 أن " الشركة هي ذات معنوية مستقلة بكيانها القانوني ومكاسبها عن كيان ومكاسب مختلف الشركاء، ولا يمكن أن ينفذ على مكاسب الشركة الخاصة لاستخلاص الديون الشخصية المتعلقة بذمة أحد الشركاء فيها ونتيجة لذلك تبطل العقلة المجراة على مكاسب الشركة إذا كانت تلك العقلة ترمي لاستخلاص دين شخصي خاص بأحد الشركاء" منشور بالمجلة القانونية التونسية 1967 ص.293 . [↑](#footnote-ref-9)
9. يراجع في هذا الصدد الفصلين 200 و201 من المجلة التجارية. [↑](#footnote-ref-10)
10. الفصل 369 من مجلة الالتزامات والعقود. [↑](#footnote-ref-11)
11. Guy DUBOC, la compensation et les droits des tiers, thèse, Nice, 1987, éd. L.G.D.J, Paris 1989, n. 259, p.189. [↑](#footnote-ref-12)
12. حاتم المحمدي، المقاصة، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1993، ص. 103. [↑](#footnote-ref-13)
13. من ذلك دعوى المتضرر ضد المؤمن ( الفصل 26 من مجلة التأمين) دعوى الموكل ضد نائب الوكيل ( الفصل 1130 من م.ا.ع)... [↑](#footnote-ref-14)
14. 14 نور الدين بسرور ، الخصائص العامة للتأمينات العينية، بحث منشور في كتاب دراسات في قانون التأمينات، مؤلف جماعي، المطبعة العصرية، تونس، 1997، ص. 51. [↑](#footnote-ref-15)
15. وقع التنصيص على هذا الامتياز بالفصل 34 من مجلة المحاسبة العمومية. [↑](#footnote-ref-16)
16. حاتم المحمدي، حق الأفضلية في التأمينات العينية، بحث منشور في كتاب دراسات في قانون التأمينات، مرجع سابق، ص.389. [↑](#footnote-ref-17)
17. الفصل 212 من م.ح.ع. [↑](#footnote-ref-18)
18. الفصل 258 من م.ح.ع. [↑](#footnote-ref-19)
19. الفصل 398 من م.ح.ع. [↑](#footnote-ref-20)
20. قرار تعقيبي مدني عدد 11446، مؤرخ في 3 جوان 1985، مجلة القضاء والتشريع 1988، عدد 4، ص. 29 مع تعليق صلاح الدين الملولي. [↑](#footnote-ref-21)
21. 21 قرار تعقيبي مدني عدد 21626، مؤرخ في 18 ماي 1995، مجموعة قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 1994/1995، مركز الدراسات القانونية والقضائية، وزارة العدل، 1995، ص. 40. [↑](#footnote-ref-22)
22. هذا الأمر منح لباعة العربات والتراكتوات الأتوموبيلية امتيازا، منشور بالرائد الرسمي عدد 95 بتاريخ 26 نوفمبر 1935. [↑](#footnote-ref-23)
23. 23 منع المشرع في الفصل 8 من أمر 7 نوفمبر 1935 رهن عربة أو آلة مرسمة بدفتر الأشغال العامة قبل خلاص البائع وعاقب على مخالفة المنع بعقوبات جزائية فقط ولم ينص على أي جزاء مدني لمخالفة هذا المنع. [↑](#footnote-ref-24)
24. الفصل 533 من مجلة الالتزامات والعقود. [↑](#footnote-ref-25)
25. حاتم المحمدي، حق الأفضلية في التأمينات العينية، بحث منشور في كتاب دراسات في قانون التأمينات، مرجع سابق، ص. 375 وما بعدها. [↑](#footnote-ref-26)
26. فتحي والي، التنفيذ في القانون اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، الطبعة الأولى، 1968، رقم 296، ص.539. [↑](#footnote-ref-27)
27. المرجع السابق، رقم 296، ص. 540. [↑](#footnote-ref-28)
28. Marc DONNIER, voix d’exécution et procédures de distribution, Litec, Paris, 4ème édition, 1996, n 1560 et s, p. 481 et s. [↑](#footnote-ref-29)
29. النص الحالي لباب التنفيذ في م.م.م.ت ناتج عن تحوير تم بموجب القانون عدد 66 لسنة 1966 المؤرخ في 26 جويلية 1966. [↑](#footnote-ref-30)
30. قانون صادر بموجب الأمر العلي المؤرخ في 24 ديسمبر 1910، الرائد الرسمي التونسي الصادر في 31 ديسمبر 1910. [↑](#footnote-ref-31)
31. 31 يفهم ذلك أيضا من فصول أخرى من نفس المجلة من ذلك الفصل 477 الذي يوجب إعلام البائع والمشتري أو إذا كان الأمر يتعلق ببيع عدلي " القائم بالتتبع " وهو ما يدل بوضوح على أن البائع والمشتري معنيان بالتفويت الاختياري وكذلك الفصل 483 الذي يبين إجراءات الترتيب عند بيع العقار بغير الطرق المنصوص عليها بالفصل 481 وهي طرق البيع الجبري فيكون الفصل 483 عندئذ خاصا بالبيع الاختياري. [↑](#footnote-ref-32)
32. لم يتضمن القسم الثالث من قانون الإنقاذ المتعلق بمواصلة المؤسسة لنشاطها أية إشارة إلى التوزيع أو الترتيب. [↑](#footnote-ref-33)
33. قرار استئنافي صادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 25 جانفي 1994 تحت عدد 12536، غير منشور. [↑](#footnote-ref-34)
34. 34 في نفس الاتجاه، الطيب اللومي، العقلة العقارية، مداخلة في ملتقى القضاء الابتدائي (10-12- أفريل 1997 ) كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، مجموعة لقاءات الحقوقيين، العدد السابع 1999، ص. 128. [↑](#footnote-ref-35)
35. مذكرة شرح أسباب م.م.م.ت، مجلة القضاء والتشريع، 1966، عدد 9، ص. 74 وما بعدها. [↑](#footnote-ref-36)
36. المرجع السابق. [↑](#footnote-ref-37)
37. حاتم الرواتبي، اشهار الرهن العقاري، بحث في كتاب دراسات في قانون التأمينات، مرجع سابق، ص. 245 وما بعدها. [↑](#footnote-ref-38)
38. ما يتطلبه القانون للتنفيذ هو العقلة أو الاعتراض عليها عملا بأحكام الفصول 302 و313 من م.م.م.ت. [↑](#footnote-ref-39)
39. عادل بالهادي، توزيع الأموال على الدائنين، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء، 1994/1995، ص.50. [↑](#footnote-ref-40)
40. حاتم المحمدي، حق الأفضلية في التأمينات العينية، مرجع سابق، ص. 376. [↑](#footnote-ref-41)
41. 41 يلاحظ أن المشرع التونسي كان أشد صرامة من نظيره الفرنسي الذي استمد منه هذه المؤسسة والذي لم يشترط سوى نسبة العشر عمـــــلا بالفصل 2185 من المجلة المدنية الفرنسية أما المشرعين المصري والجزائري، الفصل 1068 من المجلة المدنة المصرية والفصل 919 من المجلة المدنية الجزائرية، لم يفرضا أي زيادة. [↑](#footnote-ref-42)
42. 42 نور الدين بسرور، التطهير الارادي للعقارات من الرهون، بحث منشور في كتاب بحوث في التأمينات العينية والشخصية، عمل جماعي، المطبعة العصرية تونس، 1999، ص.164. [↑](#footnote-ref-43)
43. نور الدين بسرور، التطهير الارادي للعقارات من الرهون، مرجع سابق، ص.114. [↑](#footnote-ref-44)
44. أحمد بن طالب، امتيازات المصاريف القضائية بحث منشور في كتاب بحوث في التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص.107. [↑](#footnote-ref-45)