مجلة الاجتهاد القضائي - المجلد 13 – العدد 02 (العدد التسلسلي 27) أكتوبر 2021 (ص ص: 517 – 536)
مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع - جامعة محمد خيضر بسكرة

# الملكية الضّمانية كآلية لتعزيز مركز الدّائن في ضوء تعديلات قانون التّأمينات الفرنسي

***The Ownership-Security Rights as a Mechanism of The Strengthening of the Creditor's Position under The Reforms of French Security Law***

**ط. د يوسف تبوكيوت** [1]
باحث دكتوراه – مخبر القانون الخاص الأساسي
جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان (الجزائر)
*youcef.taboukouyout@univ-tlemcen.dz*

**أ. د يزيد دلال** [2]
أستاذ التعليم العالي – مخبر القانون الخاص الأساسي
جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان (الجزائر)
*yazid.dellal@univ-tlemcen.dz*

| تاريخ الارسال: | تاريخ القبول: | تاريخ النشر |
|---|---|---|
| 15 أفريل 2021 | 30 جويلية 2021 | 31 أكتوبر 2021 |

**الملخص:**

يهدف هذا البحث إلى دراسة موضوع الضّمانات القائمة على حق الملكية، في ضوء تعديلات قانون التّأمينات الفرنسي، إلى غاية التّعديل المنتظر بموجب القانون العهد. وهذا بقصد الوقوف على مدى فعاليتها في تعزيز مركز الدّائن، خاصةً بعد أزمة التّأمينات العينية؛ إثر تحوّل فلسفة قوانين الإجراءات الجماعية نحو إنقاذ المؤسسات وحماية حقوق العمال. ويتوصّل البحث إلى أنّ الملكية الضّمانية، قد أُعيد بعثها اليوم لتتصدّر في فعاليتها سائر التّأمينات العينية، نظرًا لما توفره للأطراف من سهولةٍ في الانشاء والتّحقيق، خاصةً عند مباشرة الإجراءات الجماعية، حيث تمنح الدّائن حق الاستئثار بالمال الضّامن، كما تمكّن المدين من أداةٍ مثلى للتّمويل دون تقييد انتفاعه.

**الكلمات المفتاحية:**

الائتمان – التّأمينات العينية – الضّمانات – القانون الفرنسي – الملكية الضّمانية.

***Abstract:***

*This paper analyzes the topic of Property-Security, under the reforms of French security law, with the aim of determining the extent of its effectiveness in strengthening the status of the creditor, after the crisis of Security Rights following the change of philosophy of insolvency law towards the safeguarding of companies and the protection of workers' rights. The study concludes that the Property-Security returned today to crown the queen of securities, because of the simplicity it offers to the parties for the creation and realization, as well as its effectiveness in collective procedures, because it grants the creditor the right of exclusivity on the assets of the guarantor and allows the debtor to have an optimal financing tool without restricting his use of the assets.*

***key words:***

*Credit - French Security Law - Real Security Rights - Ownership-Security.*

[1] المؤلف المرسل: ط. د يوسف تبوكيوت ــ *Email: youcef.taboukouyout@univ-tlemcen.dz*

**مقدمة:**

تعتبر الملكية – وهي أقدم حقٍ عينيٍ – أولى أوجه التّأمينات العينية على الإطلاق، إذ ظهر في القانون الرّوماني ما يُعرف بالتّصرف الائتماني *L'aliénation Fiduciaire*، حيث كان المدين ينقل إلى الدّائن ملكية شيءٍ ضمانًا للوفاء بدينه، على أن يتعهد الدّائن بردّه عند الوفاء؛ مع تطوّر القانون ظهرت فكرة الرّهن الحيازي والذي كان يتمّ بالقبض، ثمّ استُبدل نقل الملكية والحيازة بالشّهر من خلال فكرة الرّهن الرّسمي[1]؛ مع بدأ حركة التّقنين تمّ التّخلي عن التّصرف الائتماني والاكتفاء بصور الرّهون، لأنّها كانت تبدو كافيةً وفعّالةً بالنّظر لما تقدّمه من ميزتي التّقدم والتّتبع؛ هذا وقد قَصُر إعمال الملكية كوسيلةٍ للضمان على أنظمةٍ خاصةٍ، بعضها يقوم على الاحتفاظ بها وأخرى على نقلها على سبيل الضّمان؛

قرنين من بعد، يُعاد اكتشاف الملكية الضّمانية من قبل الممارسة، وهذا بفعل قوانين الإفلاس، ما سُمِّي بأزمة التّأمينات؛ وهو الأمر الذي دفع بالمشرّع الفرنسي سنة 2006 إلى تبنّي الملكية كتأمينٍ عينيٍ كاملٍ، ضمن كتاب التّأمينات، أتبعه سنتي 2007 و2009 بتعديلاتٍ أخرى كرّست الفيدوسي *La fiducie*؛ تعديلٌ آخر منتظرٌ في الأفق، بموجب القانون العهد *La loi pacte*، من أجل تكملة النّظام.

**أهمية الموضوع:** بالنّظر إلى تداعيات جائحة كورونا، وما تبعها في الدّول من قرارات الإغلاق الشّامل، ترتّب عنه أزماتٌ اقتصاديةٌ، أدّت لتعثّر وإفلاس المشاريع، يثور التّساؤل الآن، حول الإجراءات الواجب تطبيقها من أجل الإنتعاش الاقتصادي والتّعافي، وهنا يأتي دور المشرّعين ورجال القانون للبحث عن آلياتٍ تمكّن من التّخفيف من حدّة الأزمة وإنهائها، ولا شكّ أنّ أهمّ ما يُطرح في هذا الشّأن مسألة سداد الدّيون، وإيجاد سبل التّمويل، ومنح القروض وضماناتها، لاسيما بالاعتماد على الأنظمة المبتكرة، نتاج فكر الممارسة المبدع، علّها تُسهم في إيجاد الحلول لهذه الأزمات، ويأتي على رأس هذه الأنظمة المستحدثة، أقوى التّأمينات على الإطلاق، وهو: الملكية الضّمانية *La propriété-garantie*[2]؛ ما يجعل البحث فيه من الأهمية بمكان.

**إشكالية البحث:** لقد سبق وصاحب التّكريس التّشريعي للضّمانات القائمة على حق الملكية، جدلٌ فقهيٌ دار حول مدى أهلية الملكية للعب دور التّأمين وتوافقه مع طبيعتها، لكن الملكية التّأمينية أصبحت اليوم حقيقةً، يبقى التّساؤل حول: الطبيعة القانونية للملكية الضّمانية في ضوء تعديلات قانون التّأمينات الفرنسي؟ ثمّ ما مدى فعّاليتها؟

**خطة ومنهج البحث:** ستتمّ محاولة الإجابة عن الإشكالية السّابقة، من خلال هذا البحث، عبر التّعرض في المبحث الأول إلى تطور فكرة الاعتماد على الملكية كوسيلةٍ للضّمان، ثمّ إلى التّكريس التّشريعي للملكية الضّمانية، وآثار هذا التّكريس ومستقبله في المبحث الثّاني.

حيث سيتمّ اعتماد المنهج التّاريخي، لتتبع تطور الاعتماد على الملكية كوسيلةٍ للضّمان، ومختلف التّعديلات المرتبطة بها، وكذا المنهج التّحليلي والمقارن، لتحليل مختلف الأحكام بشأنها.

## المبحث الأول: تطور فكرة الاعتماد على الملكية كوسيلةٍ للضّمان

يتناول هذا المبحث المرحلة التي سبقت التّكريس التّشريعي للملكية الضّمانية، عبر ظهورها في الأنظمة القديمة (المطلب الأول)، ثمّ الأنواع غير المسمّاة من الملكية الضّمانية (المطلب الثّاني).

### المطلب الأول: الملكية الضّمانية في القوانين القديمة

تعتبر الملكية أولى التّأمينات العينية على الإطلاق، بل هي أولى الحقوق العينية (الفرع الأول)، ثمّ ما فتئت تتراجع مع بدء حركة التّقنينات (الفرع الثّاني).

#### الفرع الأول: الملكية أولى صور التّأمينات العينية

تطوّرت الأنظمة القانونية القديمة من التّنفيذ على جسم المدين إلى التّنفيذ على ماله(أولًا)، وهو ما أدى إلى ازدهار فكرة تقديم الملكية كوسيلةٍ للضّمان (ثانيًا):

**أولا – حق الاستعباد:**

لم يكن القانون يقرّ حقوقًا للدائن على مال مدينه، فالحقّ الشّخصي كان رابطةً شخصيةً بين الدّائن والمدين، بموجبها يبسط نفوذه على جسمه، فيلجئ لدعوى القبض *manus injectio*، وبمقتضاها يستولي على مدينه فيمتلكه، وله أن يقتله أو يبيعه أو يستغلّه طبقًا لأحكام الرّقيق؛ فكان المدين يقدّم نفسه كضمانٍ بالتّعهد عن طريق *nexum*، وكان المعسر يُصفّد *nexus*، ويُنزّل إلى حالة الاستعباد[3]؛ بعد التّطور أصبح الحجز على مال المدين، وتمّ ربط الحق الشّخصي بالمال، فوُجدت نظرية الذّمة المالية *Théorie de patrimoine*، وهي محلّ ضمان الدّائن[4].

**ثانيًا – ازدهار فكرة الملكية الضّمانية كتامينٍ عينيٍ:**

كانت الضّمانات الشّخصية أسبق في الظّهور عن التّأمينات العينية[5]، وقد عرفت هذه الأخيرة ثلاث مراحلٍ: التّصرف الائتماني، الرّهن الحيازي والرّهن الرّسمي[6]:

**1 – التّصرف الائتماني *Aliénation Fiduciaire*:**

ويُعرّف بأنّه: "نقل ملكية شيءٍ مع الاتفاق على ردّه خلال مدةٍ معيّنةٍ، وطبق شروطٍ محدّدةٍ"[7]، وهو لا يعدّ بيعًا، لأنّ الدّائن لا يدفع ثمنًا، فنقل الملكية يكون مقابل منح الائتمان[8]، وقد لعب التّصرف الائتماني دورًا مهمًا في تطوّر القانون؛ سواء قانون الأشخاص وكذا قانون

الأموال الذي يعدّ مجاله الحقيقي، أين تظهر التّفرقة التّي وضعها الفقيه *GAIUS* بين: نقل الملكية على سبيل الأمانة *Fiducia cum amico*؛ وعلى سبيل الضّمان *Fiducia cum creditore*[9].

ويعدّ التّصرف الائتماني أقدم نموذجٍ للتّأمين العيني، بل التّأمين الوحيد الذي كان يمكن أن ينشأ حينها، نظراً للنّظرة المادية إلى الملكية، كونها السّيطرة المادية أكثر منها حقًا، الأمر الذي أدى إلى اختلاطها بالحيازة، واستحالة نقل الحيازة منفصلةً عنها؛ كما أنّ القانون لم يكن يعرف حقوقًا غير الملكية والعبودية؛ ولم يكن يتصور أن يرد على الشّيء أكثر من حقٍ، كحق المالك وحق المرتهن، فلمّا حلّ المال محلّ الشّخص بات يحصل الدّائن على الملكية؛ وهو أوسع وأفعل، فالقوانين القديمة اهتمت بحماية الدّائن، لذا كان كلّ الغرم يقع على المدين[10].

**2 - بيع الوفاء** *Vente à réméré*:

مع تطوّر القانون أُريد التّخفيف على المدين، فأُوجد "بيع الوفاء"، ويعرّف بأنّه: "عقدٌ بمقتضاه يحتفظ البائع لنفسه بحق إسترداد الشّيء في مقابل ردّ الثّمن الأصلي والمصروفات، خلال مدّةٍ معيّنةٍ"[11]، فأصبح المدين يبيع العين، مع اشتراطه فسخ البيع واسترداد العين عند الوفاء؛ ويختلف التّصرف الائتماني عن بيع الوفاء بأنّ نقل الملكية يتمّ بثمنٍ صوريٍ، بعكس بيع الوفاء أين يتمّ مقابل ثمنٍ حقيقيٍ، ويعدّ ردّه بمثابة ثمن شراءٍ جديدٍ[12]؛ والفرق أيضًا أنّه في التّصرف الائتماني يقع بيعان: من المدين إلى الدّائن، وهو بيعٌ باتٌ، ثم بيعٌ ثانٍ من الدّائن إلى المدين عند الوفاء، أمّا في بيع الوفاء فلا يقع إلّا بيعٌ واحدٌ ينفسخ عند الوفاء؛ فالمدين حقه تقوى، إذ يكون له حق الفسخ واسترداد العين عند الوفاء؛ مع احتفاظ الدّائن بضمانه كاملًا عند عدم الوفاء، إذ تخلص له ملكية العين خلوصًا باتًا[13].

## الفرع الثّاني: تراجع الملكية الضّمانية في القوانين القديمة

بعد ازدهار الملكية الضّمانية، ما فتئت تتراجع مع ظهور وتطور فكرة الرّهن(أولًا)، إلى أن اختفت كليًا مع بدء حركة التّقنينات(ثانيًا):

### أولا - ظهور فكرة الرّهن:

مع التّطور ظهرت فكرة الرّهون، من خلال الحيازة ثمّ نظام الشّهر:

**1 - الرّهن الحيازي** *L'antichrèse*:

هو إجراءٌ بدائيٌ يقوم على ترك الملكية للمدين، مع تمكين الدّائن من الحيازة، وكان يرد على العقارات والمنقولات أو الأشخاص[14]؛ إذ أُريد تقوية حق المدين، وأمكن هنا التّفرقة بين أن ينتقل للدّائن حقٌ دون الملكية؛ فيقبض العين وتبقى بيده إلى حلول الدّين، فإن استوفاه ردّها، وإن لم يستوفه يبيعها ويستوفي حقه من ثمنها، وفي هذا كلّ الضّمان، فيمكنه الانتفاع بالمرهون

وامتلاك الثّمار التّي ينتجها، لكنّ من عيوبه إهدار الائتمان، وحرمان المدين من الانتفاع، كذلك مخاطر تحويل الدّائن الأصل المرهون، لاسيما المنقولات، فمطالبة استردادها صعبةٌ[15].

**2 – الرّهن الرّسمي** *L'hypothèque*: ويمثّل صورة الرّهن دون فقد الحيازة، فلا يكون للدّائن لا الملكية ولا الحيازة، بل يكون له حقٌ عينيٌ يمنحه ضمانًا قويًا كالرّهن الحيازي، دون أن تكون له نفس آثاره السّلبية للمدين[16]؛ وقد أَوجَد هذا النّظام توازنًا ما بين حقي المدين والدّائن، فأُعطي الدّائن حق التّقدم *Droit de préférence*، وحق التّتبع *Droit de suite*؛ أمّا الحيازة فتبقى للمدين وله الانتفاع بالعين[17].

## ثانيًا – التّخلي عن الملكية الضّمانية:

تراجع نظام الملكية الضّمانية نظرًا لعيوبه، إلى أن اختفى مع حركة التّقنين:

### 1– عيوب التّصرف الائتماني:

التّصرف الائتماني ضمانٌ قويٌ يستجيب إلى مبدأ فعالية التّأمينات *La loi de l'efficacité*، لكنّه مشوبٌ بعيوبٍ: أولها إهدار الائتمان، وهو ما يتعارض مع مبدأ الحدّ من التّأمينات *La loi du minimum des sûretés*، حيث لا يمكن تخصيص العين لدينٍ آخر؛ أمّا العيب الثّاني فهو: خطر خيانة الدّائن، بألّا يردّ العين، أو يتصرف فيها إلى الغير، فيما لم يكن للمدين دعوى الاسترداد، ولا يبق له سوى ثقة الدّائن *La fides*؛ وهو يفقد الحيازة *La dépossession* ما يحرمه الانتفاع[18]؛ وبناءً على ذلك، فقد اختفى النّظام خلال الإمبراطورية السّفلى[19].

### 2– حركة التّقنين:

مع بدء حركة التّقنين، غابت الملكية – لاسيما التّصرف الائتماني – عن كتاب التّأمينات في تقنين نابليون لسنة 1804، لأسبابٍ ترجع إلى عيوبها، ولأنّ الرّهون كانت تبدو كافيةً وفعّالةً، لكنّ هذا لم يمنع من إبقاء تطبيقاتٍ لها، في بعض الصّور والقوانين الخاصة، أمّا بيع الوفاء فقد نصت عليه المواد 1659 وما يليها من التّقنين المدني، تحت مسمّى *Vente avec faculté de rachat*، أو البيع مع إعادة الشّراء[20].

## المطلب الثّاني: الأنواع غير المسمّاة من الملكيات الضّمانية

حاول الأستاذ *CROCQ* في أطروحته "الملكية والضّمان"[21]، جمع وتصنيف مختلف فئات الملكيات الضّمانية: حيث قسّمها إلى فئتين[22]، وسنقتصر هنا على التّطرق إلى أبرز هذه الأنظمة كنماذجٍ، من خلال التّطرق إلى نقل الملكية على سبيل الضّمان (الفرع الأول)، ثمّ الاحتفاظ بها على سبيل الضّمان (الفرع الثّاني).

### الفرع الأول: نقل الملكية على سبيل الضّمان

تطبيقات نقل الملكية لغرض الضّمان كثيرةٌ، وسنتطرق إلى نموذجٍ قديمٍ في القانون الفرنسي، يتعلق بحوالة دايلي (أولًا)، ثمّ إلى نظام الترست (ثانيًا).

#### أولا - حوالة الدّيون المهنية على سبيل الضّمان *Cession DAILLY*:

كانت عودة التّصرف الائتماني، بسبب قوانين الإفلاس، وهذا بموجب القانون رقم: 81-01، المؤرّخ في 02 يناير 1981[23]، والذي يُعرف بقانون *DAILLY*[24]، فكان نقطة الانطلاق لتوسع هذه التّقنية إلى كل الأموال، بموجب تكريس الفيدوسي لاحقًا[25]؛ وأحكام حوالة دايلي، مكرّسة في المواد L.313-23[26] وما يليها من قانون النّقد والقرض، الذي أجاز النّقل المؤقت للملكية، بغرض ضمان المهني لممارسة مهنته؛ لصالح المؤسسات الائتمانية فقط، وتكون الملكية نافذةً في مواجهة دائني المدين، حتّى لو كانوا ممتازين، وتمارس المؤسسة حقوق المدين نفسه، وتتلقى فوائد الدّين، وتملك عند استحقاق الدّين المتنازل عنه قبل استحقاق الدّين المضمون، الحق في تحصيله[27]؛ وقد مدّ المشرّع تطبيق حوالة دايلي إلى الدّيون غير المهنية، بموجب القانون رقم: 84-46 المؤرّخ في 24 يناير 1984.[28]

#### ثانيًا - نظام الترست *Trust*:

أخذت دولٌ انجلوسكسونيةٌ بنظامٍ يقترب من التّصرف الائتماني، وهو الترست، حيث يلتزم شخصٌ يسمّى الأمين *Trustée*، بتلقي أموال الغير بغرض إدارتها لحسابهم؛ ويتميّز هذا النّظام بتمتّعه بالشّخصية المعنوية، إذ تعتبر الأموال المثقلة بالترست مملوكةً للأمين، ويستوجب الترست تنازل مؤسِّسهِ عن الحقوق محلّ الترست، هذا التّنازل لا يؤدّي إلى استقرار الحقوق في ذمة الأمين، بل يجعلها فقط في حيازته القانونية، وهو يتولى مباشرتها لمصلحة المستفيد؛ ويتميّز الترست بفكرة التّخصيص *L'affectation*، فالأموال محلّ الترست مرصودةٌ لتحقيق مصلحة المستفيد، الأمر الذي يؤدي إلى جعلها وحدةً متميّزةً ومستقلةً عن ذمة مؤسس الترست، وعن ذمة الأمين أو ذمة المستفيد[29].

### الفرع الثّاني: الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضّمان

غابت الملكية الضّمانية عن التّقنين المدني، إلّا أنّه ونظرًا لما يتيحه سلطان الإرادة للأفراد، من حريةٍ في التّعاقد، ما فتئ الممارسون يبتكرون أنظمةً تعتمد هذه المُكنة، ونتناول فيما يأتي، شرط الاحتفاظ بالملكية(أولًا)، ثمّ نظام الاعتماد الايجاري(ثانيًا).

#### أولا - شرط الاحتفاظ بالملكية *La clause de réserve de propriété*:

نجد شرط الاحتفاظ بالملكية في البيوع الائتمانية، حيث يلجأ البائع إلى الاحتفاظ بملكية المبيع ما يجعله في مركزٍ متميزٍ؛ وهو لا يتعارض مع أحكام التّقنين المدني التّي تقضي

بالنقل الفوري للملكية في المادة 1583 و1138 منه، فهي قواعدٌ مكملةٌ[30]؛ وقد أجمع الفقه والقضاء على صحته حيث استقر العمل به دون نصٍ[31]؛ قبل أن يتبناه المشرّع الفرنسي، والقانون الأوربي للعقود في المادة 211 منه[32]؛ وقد أثار هذا الشّرط العديد من الإشكالات، بخصوص استرداد المبيع، خاصةً في حالة إفلاس المشتري، ومدى أحقية التّمسك به قِبَل جماعة الدّائنين، إذ رفضه القضاء بناءً على مصلحة البائع، ووفق مبدأ المساواة بين الدّائنين، وحماية الائتمان الظاهري القائم على وجود المنقول في حيازة المدين، الأمر الذي أدّى إلى إضعافه والتّقليل من فعاليته، وقد تدخّل المشرّع الفرنسي لتقوية الشّرط بموجب القانون رقم: 80-335 المؤرّخ في 12 مايو 1980[33]، والذي عُرف بقانون *DUBANCHET*، الذي قرّر إمكانية الاحتجاج به، عند فتح إجراءات المعالجة، وأصبح للبائع الحق في استرداد المبيع، من بين يدي جماعة الدّائنين، بل والحصول على الثّمن أو المتبقي من الغير[34].

### ثانيًا – الاعتماد الايجاري *Le crédit-bail*:

الاعتماد الايجاري وُلد من ممارسة الأعمال في الولايات المتحدة الأمريكية، ثمّ انتشر في أوربا، وقد تبنّاه المشرّع الفرنسي، بموجب القانون رقم: 66-455 المؤرّخ في 02 يوليو 1966[35]، ثمّ بالأمر رقم: 67-837 المؤرّخ في 28 سبتمبر 1967[36]، وهو اتفاقيةٌ من خلالها تقوم مؤسسةٌ ماليةٌ، بتأجير مالٍ إلى شخصٍ، أين يمكنه أن يتملّكه لاحقًا؛ هذه الآلية لا تنه حق الملكية، إنّما تغيِّر من وظيفته فقط[37]؛ إنّ المؤجر هنا يتمتّع بمركزٍ قانونيٍ متميّزٍ، كونه يظلّ مالكًا، بالمقارنة مع أيّ مركزٍ ينشأ عن ضمانٍ عينيٍ آخر؛ إضافةً إلى أنّه يتفادى أيّ مزاحمةٍ من دائني المستفيد، الذين يُستبعدون عند التّنفيذ على أصلٍ لا يملكه، بل يعود للمؤجر التّمويلي، وهذا يعطيه الحق في استرداد المال المؤجّر، عند فتح إجراءات المعالجة، خاصةً أنّ دعوى الاسترداد، لا تدخل ضمن الدّعاوى المشمولة بمبدأ وقف المتابعات الفردية[38]، ويمكن للمستفيد أن ينتفع بالأصول، حيث لا تستبقي الجهة المؤجّرة لحسابها من السّلطات التّي يقرّرها حق الملكية، سوى تلك الضّرورية لتأمين فعاليته كأداةٍ للضّمان، فيكون مالك الرقبة، وبموجب الاحتفاظ بالملكية يُمنع على المستفيد التّصرف في الأصل، وإلّا اعتُبر مبدِّدًا، ومرتكبًا لجريمة خيانة الأمانة[39].

ويقوم إلى جانب هذه العقود، عقودٌ ذات طبيعةٍ مدنيةٍ، ومنها عقد الايجار مع الوعد بالتّمليك، حيث امتد إعمال الملكية الضّمانية ليشمل المعاملات المدنية[40].

## المبحث الثّاني: التّكريس التّشريعي للملكية كتامينٍ عينيٍ كاملٍ في التّقنين المدني الفرنسي

سيتمّ التّطرق في هذا المبحث، إلى التّكريس التّشريعي للملكية كتأمينٍ عينيٍ كاملٍ، ضمن الأحكام العامة في التّقنين المدني الفرنسي (المطلب الأول)، ثمّ إلى آثار هذا التّكريس التّشريعي (المطلب الثّاني).

## المطلب الأول: عودة الملكية الضّمانية

مع عودة الملكية الضّمانية إثر أزمة التّأمينات، طُرحت معيقاتٌ تحول دون تبنِّيها من جديدٍ (الفرع الأول)، ومع ذلك تكريس الملكية التّأمينية أصبح اليوم حقيقةً (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: جدلية تكريس الملكية كتامينٍ

طبع عودة الملكية الضّمانية، ومحاولات تكريسها التّشريعي، جدلٌ فقهيٌ، بين من يدعو إلى تبنِّيها(أولًا)، وبين من يعارض هذا التّبني لوجود معيقاتٍ تحول دونه(ثانيًا).

#### أولا - مبرِّرات العودة إلى الملكية كضمانٍ:

ويمكن إجمال هذه المبرِّرات في: أزمة التّأمينات، وتأثر التّشريع الفرنسي بالقوانين المقارنة:

**1 - أزمة التّأمينات:**

مع تغيّر فلسفة قوانين الإفلاس، والتّوجه نحو إبقاء وإنقاذ المؤسسات، والمحافظة على حقوق العمال، فقدت التّأمينات فعاليتها[41]؛ فقانون 13 يوليو 1967[42]، وكذا قانون 25 يناير 1985[43] شكّلا تغييرًا جذريًا؛ وحقوق أصحاب التّأمينات التّقليدية تمّ التّضحية بها[44]؛ وأصبح القانون في صف الدّائنين الذين يسمح تعاونهم باستمرار المؤسسة، والذين نشأت ديونهم بعد حكم الافتتاح، فهم يحصلون على حقهم بالأولوية عن كلّ الدّائنين حتّى أصحاب التّأمينات، فأصبح أفضل للدّائن أن يكون لاحقًا ولو كان عاديًا، من أن يكون سابقًا مزوّدًا بتأمينٍ؛ وكانت النّتيجة تراجع التّأمينات التّقليدية، والعودة إلى التّأمينات الشّخصية، والتّأمينات التّي تقوم على الحيازة كما حق الحبس والملكية الضّمانية[45].

**2 - تأثير التّشريعات المقارنة:**

نظام الترست الأنجلوسكسوني، كان عاملًا مهمًا لبحث المنظومة اللّاتينية عن نظامٍ مشابهٍ من أجل تعزيز جاذبيتها[46]؛ وكذا حركة القوانين الموحدّة، والمؤشرات العالمية التّي توصي الدّول بتغيير قوانينها، حيث أقرّ البرلمان الأوربي في أحد توجيهاته، رقم: 2000-35 الصّادر في 29 مايو 2000، إلى إمكانية اعتماد الملكية الضّمانية لمواجهة مشكلة التّأخير في الوفاء، في مجال المعاملات التّجارية؛ والدّليل التّشريعي بشأن المعاملات المضمونة لسنة 2007، أورد أمثلةً لبعض الممارسات التّمويلية، من بينها إحالة الملكية لأغراض الضّمان[47]؛ ويمكن إضافة مبررٍ آخر، وهو رغبة البنوك الفرنسية التّعاطي مع نظام التّمويل الإسلامي، وتحديدًا الصّكوك الإسلامية.

#### ثانيًا - معيقات تبني الملكية الضّمانية:

الرّفض التّقليدي للملكية الضّمانية يبرّر بأسبابٍ نظريةٍ، وأخرى عمليةٍ:

**1 – الأسباب النّظرية:**

**إعتماد حق الملكية لغرض الضّمان سيتعارض مع مبادئ كبرى، ومنها: منع شرط التّملك *Le pacte commissoire*، حيث استقر القضاء على إلغاء الاتفاقات التّي تضعه، وكيّف الكثير منها كرهون؛ ثمّ طبيعة حق الملكية ذاته، فالتّأمين له طابعٌ تبعيٌ، فيما أنّ الملكية هي الحق العيني الأصلي الأكمل، ويكون لصاحبه ممارسة جميع السّلطات، فيما أنّ الملكية الضّمانية ذات طابعٍ مؤقتٍ، وسلطات الدّائن المالك مقيّدةٌ؛ أخيرًا قاعدة *numerus clausus*، فالحقوق العينية واردةٌ على سبيل الحصر، ما يُبرّر بالأمن القانوني، وإنشاء تأمينٍ جديدٍ، يُخلّ بالقواعد التّي تحكم العلاقة بين مختلف الدّائنين[48]؛**

**هذه العقبات لم تعد ذات موضوعٍ بالنّسبة للفقه، فإرادة الأطراف وإن كانت قاصرةً على إنشاء تأمينٍ عينيٍ بالمعنى الفنّي، إلّا أنّه يمكنها أن تُنشئ ضماناتٍ تبعيةٍ قابلةٍ للانتقال، ويمكن أن تُنتج آثارًا قريبةً من التّأمينات[49]؛ أمّا شرط التّملك فقد تمّ تقنينه، من جهةٍ أخرى فقاعدة *numerus clausus* لم تعد مطلقةً، حيث أنّ هناك قراراتٍ قضائية اعترفت بحقوقٍ عينيةٍ جديدةٍ، وعلى فرض أنّها لازالت قائمةً، قال الفقه أنّ استعمال الملكية كضمانٍ لا يؤدي إلى إنشاء حقٍ عينيٍ جديدٍ[50].**

**2 – الأسباب العملية:**

**اعتماد الملكية الضّمانية غير مفيدٍ؛ فبالنّسبة لآثار الشّركات في حالة تعثرٍ، يمكن للدّائنين قبض قيمة الدّيون المُحالة كضمانٍ واسترجاع العتاد، ما يُفرغها من الأصول ومن وسائل الاستغلال؛ ثمّ تعدّد حالات التّنازع، فالضّمانات القائمة على الملكية تفتقد للشّهر، ويصعب على الدّائن معرفة التّأمينات التّي قدّمها المدين، وزاد التّعقيدُ بتعدّدها، فظهر التّنازع بين الدّائنين المالكين لنفس العين؛ أخيرًا عدم الاتّساق في نظام التّأمينات، فالفائدة الوحيدة من اعتماد الملكية الضّمانية هي تعزيز حماية الدّائنين، لكنّه وبالمقابل يُضحي بحقوق البعض منهم، فالدّائنون المالكون يكونون في مركزٍ متميّزٍ عن أصحاب التّأمينات التّقليدية، والامتيازات التّي يحصلون عليها فاحشةٌ، حتى أنّ أنصار الملكية الضّمانية اقترحوا إخضاعها لجزءٍ من أحكام التّأمينات التّقليدية[51].**

**في النّهاية، ورغم كلّ هذه الحجج، الطّرح الذي يميل إلى تفضيل الملكية الضّمانية وجد نجاحًا، قبل أن يتمّ تبنّيها بموجب القانون.**

## الفرع الثّاني: تبنّي الملكية كتأمينٍ عينيٍ كاملٍ في التّقنين المدني الفرنسي

بموجب إصلاح سنة 2006(أولًا)، نُظّمت الملكية الضّمانية كتأمينٍ عينٍ كاملٍ، ضمن كتاب التّأمينات في التّقنين المدني(ثانيًا)؛ ثمّ تمّ إدخال الفيدوسي(ثالثًا)، تطور آخر في الأفق، مع التّعديل المنتظر بموجب القانون العهد.

### أولا - مضمون الإصلاح:

القانون رقم: 2005-842، أهلّ الحكومة لتعديل أحكام التّقنين المدني بموجب أمرٍ، لاسيما إصلاح قانون التّأمينات؛ فصدر الأمر رقم: 06- 346 المؤرّخ في 23 مارس 2006[52]، وكان من أهمّ مبرّراته بروز ضماناتٍ شخصيةٍ جديدةٍ، والعودة إلى ضماناتٍ تقليديةٍ، وابتداع وسائلٍ جديدةٍ للضّمان، فبالنّسبة للضّمانات الشّخصية الجديدة نجد: الضّمانات المستقلة، الضّمان بمجرد الطلب، خطابات النّوايا، وخطابات الثّقة، أمّا الضّمانات التّقليدية فنجد حق الملكية وحق الحبس، بالإضافة إلى وسائلٍ جديدةٍ، ومنها الرّهن الرّسمي القابل لإعادة التّعبئة *L'hypothèque rechargeable*، القرض الرّهني العمري *Le prêt viager hypothécaire*، والاعتراف بشرط التّملك[53].

### ثانيًا - تكريس الملكية الضّمانية:

الملكية الضّمانية وإلى حد إعداد مشروع مجموعة *GRIMALDI* سنة 2005، بمناسبة الذكرى المئوية الثّانية لصدور تقنين نابليون، لم تكن محلًا لأيّ تنظيمٍ أو أحكامٍ خاصةٍ ضمن نصوص التّقنين المدني؛ المجموعة اعتبرت أنّ الأهمية الاقتصادية للملكية الضّمانية، هي ما يبرّر وجوب تقنينها، ضمن كتاب التّأمينات، مع التّأكيد على أنّ للأطراف كامل الحرية في الاختيار، بين اعتماد أيٍ من التّأمينات التّقليدية، أو الملكيات الضّمانية[54]. وقد تمّ تكريس صورتين من الملكية الضّمانية الواردة على الأموال المنقولة، وهما: الملكية المحتفظ بها أو المحالة على سبيل الضّمان (المواد من 2367 إلى 2372-5)، حيث يضمن الدّائن أنّه لن يدخل في مزاحمةٍ مع باقي دائني المدين، لتمتّعه بميزة الاستئثار، بواسطة شرط الاحتفاظ بالملكية (المواد من 2367 إلى 2372)، كما يمكن للمدين أن يحيل الملكية إلى الدّائن على سبيل الضّمان، وعندها نكون أمام الفيدوسي الضّماني، وهو لم يأت ضمن تعديل سنة 2006، ولكنّه أُدخل لاحقًا[55].

### ثالثًا - إدخال الفيدوسي:

يمكن تعريف الفيدوسي بأنّه: العملية التّي من خلالها يقوم شخصٌ، يسمى المنشئ *Le constituant*، بتحويل أموالٍ، حالّةٍ أو مستقبَلةٍ، إلى شخصٍ آخر يسمى الائتماني *Le fiduciaire*، والذي يحتفظ بها بشكلٍ منفصلٍ عن ذمته المالية الشّخصية، وهذا لغرض ضمان التزام "المنشئ"، لمصلحة "مستفيد". وقد كانت بداية تبنّي الفيدوسي، بموجب قانون دايلي؛ ليتمّ

إدخاله في التّقنين المدني بموجب القانون رقم: 2007- 211 المؤرّخ في 19 فبراير 2007[56]، في المواد من 2011 إلى 2031، حيث تمّ تعديله في عدة مناسباتٍ على التّتابع[57]، حتّى ترسّخ الفيدوسي بشكلٍ كاملٍ باعتباره تأمينًا جديدًا، وكان آخر تعديلٍ له بموجب القانون رقم: 2009-526 المؤرّخ في 12 مايو 2009[58]، والذي أنشأ الفيدوسي القابل لإعادة التّعبئة، في مجال الأموال المنقولة (المادة 2327-5 فقرة 2)، وفي مجال العقارات (المادة 2488-5 فقرة 2). أمّا الفيدوسي الضّماني القائم على عقارٍ، فقد تضمنته المواد من 2488-1 إلى 2488-5، وهو لا يختلف عن الفيدوسي الضّماني المنقول[59].

وإذا كان قانون سنة 2007 قد أخضع الفيدوسي إلى نظامٍ موّحد دون تمييزٍ بين الفيدوسي الضّماني *fiducie-sûreté* والفيدوسي للتّسيير *fiducie-gestion*، نظرًا للطّابع الموسّع للتّعريف الذي تضمنته المادة 2011 من التّقنين المدني، فإنّ الفيدوسي المكرّس بموجب قانون سنة 2009، قد تضمّن تنظيمًا خاصًا بكل نوعٍ من الأنواع[60].

## المطلب الثّاني: آثار التّكريس التّشريعي للملكية الضّمانية

نتناول فيما يأتي، الطّبيعة القانونية للملكية الضّمانية، بعد أن تمّ إدراجها ضمن كتاب التّأمينات (الفرع الأول)، ثمّ مدى فعالية هذا التّأمين المستحدث (الفرع الثّاني)، وأخيرًا مستقبل الملكية الضّمانية (الفرع الثّالث).

### الفرع الأول: الطّبيعة القانونية للملكية الضّمانية

التّكريس التّشريعي للملكية الضّمانية يثير تساؤلين: تصنيف الملكية الضّمانية ضمن التّأمينات(أولًا)، ثمّ طبيعة حق الملكية ذاته عند توظيفه كضمانٍ(ثانيًا).

#### أولا – تصنيف الملكية الضّمانية ضمن التّأمينات:

لم تعد الملكية غايةً في حدّ ذاتها، وإنّما أصبحت وسيلةً لتحقيق غايةٍ أخرى هي الضّمان[61]، فهل يمكن تصنيفها كتأمينٍ عينيٍ؟ الحقيقة أنّ مفهوم الضّمان أوسع من التّأمين الذي يرتبط بتلك الأنظمة التّي تجمعها عناصر مشتركة، وهي: أن تكون لها غايةٌ محدّدةٌ، وأن ترتب آثارًا معينةً، كما أنّ إعمالها يتطلب تقنيةً خاصةً[62]؛ وهناك من أخذ بالمفهوم الموسّع حيث يعتبر التّأمين كل آلية ضمانٍ ضد إعسار المدين، وهناك من يأخذ بالمفهوم الضيّق، بحيث يعتبر أنّه من الواجب التّمييز بين التّأمين والضّمان، فالتّأمينات لا تشكّل إلّا مجموعةً فرعيةً ضمن الضّمانات، ما يعتبر تأمينات هي الحقوق المقرّرة للدّائن، التّي يمكّن إعمالها حصول المدين على استيفاء دينه[63]؛ أمّا الضّمانات خارج التّأمينات فتعتبر أثرًا لمركزٍ قانونيٍ محددٍ أو لمجموعة من الرّوابط أو لطبيعة هذه الرّوابط، بينما التّأمينات العينية تضاف إلى رابطة الالتزام ولا تعدّ أثرًا لها، وتنشأ عن مصدرٍ مختلفٍ ومستقلٍ عن هذه الرّابطة كالاتفاق أو القضاء أو القانون[64]، إلى غاية

صدور أمر مارس 2006 النقاشات كانت على أشدّها، فالملكية الضّمانية لا تتوافر على المزايا اللّازمة لإمكان اعتبارها تأمينًا؛ طابعها التّبعي قد يكون محلّ تساؤلٍ لمدةٍ طويلةٍ، القضاء كان مترددًا في تكييف حوالة الدّين، والاحتفاظ بالملكية كتأمينٍ، في قراراته الأخيرة تمّ تبني هذا التّكييف وأنهى هذا الجدل، فتمّ تنظيم أو عرض الملكية الضّمانية كتأمينٍ عيني بموجب القانون[65].

## ثانيًا - طبيعة الملكية الضّمانية:

وصف التّأمين اليوم معترفٌ به لحق الملكية، فهل هي من طبيعة تسمح لها بشغل هذه الوظيفة؟ حسب الرّأي الأول: عندما يكون للملكية وظيفة الضّمان، فإنّ حق الملكية يتأثّر أو يتشوّه، فيحصل تفكّك ما بين السّلطات الممنوحة للدّائن وتلك المحتفظ بها للمدين، الأول له حق على قيمة العين فيما الثّاني يحتفظ بفائدته، هنا كان ظهور مفهوم "الملكية الاقتصادية"[66]؛ هذا التّفسير أو التّحليل تمّ نقده، حيث تمّ إظهار أنّ حق الملكية يمكن أن يكون له وظيفة الضّمان دون أن يغيّر من طبيعته[67]، وفضّل جانبٌ آخر استعمال مصطلحاتٍ أخرى، فميّزوا بين ملكية المنفعة التّي تُقرّر للمدين، وبين ملكية القيمة لصالح الدّائن، فهذه التّوجهات تقوم على فكرة ازدواجية الملكية، ما يعكس تأثّرها بالأنظمة المقارنة[68].

## الفرع الثاني: فعّالية الملكية الضّمانية

يتمّ التّطرق في هذا الفرع إلى تعزيز مركز الدّائن المالك، وهو ما سمي بميزة الاستئثار(أولًا)، ثمّ إلى الحماية المقرّرة، من خلال فكرة تخصيص الذّمة المالية(ثانيًا).

### أولا - حق الاستئثار *Droit d'exclusivité*:

الاستئثار، مصطلحٌ أصبح يطلق في مجال الائتمان، على مجموعةٍ من أنظمة الضّمان، وتتمثّل في حق الحبس، والضّمانات القائمة على الملكية، ميزة الاستئثار هي كذلك خاصيةٌ لصيقةٌ بحق الملكية، فهو حق استئثاري ومطلق، وحق الاستئثار يفوق في فعاليته بكثير ميزة الأفضلية الممنوحة بموجب القانون إلى الرّهون، وكذا الامتياز الممنوح إلى أصحاب الامتياز[69].

وحق الاستئثار، يرجع إلى ما يوفره حق الملكية في حد ذاته من ضماناتٍ، على رأسها الحماية القانونية لهذا الحق، وكذا تمكين المالك من دعوى الاسترداد، كما يرجع إلى الامتياز الذي يمنحه القانون للدّائن المالك، فلا يتعرض لمخاطر إفلاس المدين، كما يجنّبه تعقيدات الرّهون؛ وهو يمتاز ببساطة الإجراءات والفعّالية، كما يمكّن اعتماد الملكية الضّمانية الاحتجاج به، عند فتح إجراءات المعالجة، ويصبح للدّائن الحق في استرداد الشّيء، من بين يدي جماعة الدّائنين، فالدّائن المالك يتمتّع بمركزٍ متميّزٍ بالمقارنة مع أي مركزٍ ينشأ عن ضمانٍ آخر.

**ثانيًا – تخصيص الذّمة المالية** *L'affectation du patrimoine* : الفيدوسي يفترض تشكُّل ذمة تخصيصٍ مستقلةٍ ومنفصلةٍ عن الذّمة الشّخصية للائتماني، فهو يقوم على انتقال المال من ذمة المنشئ، إلى ذمة الائتماني، على أن يحتفظ بها كمجموعٍ مستقلٍ في ذمته، بعيدًا عن أيدي دائنيه الشّخصيين، وتسمى الذّمة الائتمانية. فالذّمة المالية للائتماني تنقسم إلى مجموعين قانونيين: الأول يمثّل الذّمة الشّخصية *Patrimoine personnel*، وتضمّ الأموال خارج التّخصيص، وتضمن حقوق الدّائنين الشّخصيين، وتحكمها قواعد الضّمان العام. أمّا المجموع الثّاني فيتألّف من الحقوق التّي انتقلت إلى الذّمة الائتمانية *Patrimoine fiduciaire* بموجب الفيدوسي، ومن آثار هذا التّخصيص خروج الذّمة الائتمانية من الضّمان العام للمدين، ففي حالة إفلاس المدين، فإنّ دائنيه لا يمكنهم مزاحمة الائتماني[70].

## الفرع الثّالث: مستقبل الملكية الضّمانية

طبق مقتضيات القانون العهد *La loi pacte*، فقد تقرّر تعديل قانون التّأمينات الفرنسي، في مايو 2021 (أولًا)، وقد طُرح بالفعل مشروعٌ تمهيديٌ من أجل استشارة المهنيين، في ديسمبر 2020 (ثانيًا)، إلّا أنّه ومع ظروف جائحة كوفيد-19، فقد تمّ إرجاء إصدار التّعديل، مع نشر مشروع قانونٍ يتضمن تعديل قانون التّأمينات في يونيو 2021 (ثالثًا).

### أولا – أهداف التّعديل:

يأتي هذا التّعديل تطبيقًا لمقتضيات القانون العهد *La loi pacte*، المؤرّخ في 22 مايو 2019[71]، والذي أهلّ الحكومة – حسب المادة 60 منه – لتعديل قانون التّأمينات، في خلال عامين، أي قبل تاريخ 23 مايو 2021[72]. هذا التّعديل أصبح لازمًا، من أجل تكملة تعديل سنة 2006، والذي إلى جانب أنّه لم يمسّ أحكام الكفالة، فإنّه لم يعمل على تبسيط التّأمينات العينية[73]. وعلى ذلك، كان من بين أهمّ أهدافه هو إصلاح وتحسين قانون التّأمينات الحالي، لأجل تحقيق الأمن القانوني، وكذا تدعيم جاذبية القانون الفرنسي في مجال الأعمال على المستوى الدّولي، هذا من جهة، ومن جهةٍ أخرى، تدعيم فعاليته، من أجل تسهيل الائتمان، وبالتّالي تسهيل تمويل النّشاطات الاقتصادية، مع ضمان الموازنة بين مصالح الدّائنين سواء كانوا ممتازين أم عاديين، وكذا مصالح المدينين، والضّامنين[74].

هذا التّعديل سيمسّ بالدّرجة الأولى التّقنين المدني، وقوانين خاصة أخرى[75].

### ثانيًا – أهمّ ما جاء به المشروع التّمهيدي بخصوص الملكية الضّمانية:

في ديسمبر 2020 طرحت وزارة العدل الفرنسية، المشروع التّمهيدي للأمر المتضمّن تعديل قانون التّأمينات، بغرض استشارة أوساط المهنيين والجمعويين والجامعيين، وقد أُغلقت الاستشارة في تاريخ 31 يناير 2021. هذا المشروع التّمهيدي يعتمد في مجمله على التّقرير الذي قدّمته

جمعية *Henri CAPITANT*، بطلب من وزارة العدل، والذي أشرف عليه الأستاذ *GRIMALDI*، وقُدّم في سبتمبر 2017[76].

مشروع القانون التّمهيدي في المادة 2323 منه، يميّز بين التّأمينات التّي تمنح للدّائن حق استيفاء حقه بالأفضلية، وهي التّأمينات التّفضيلية *Sûretés préférentielles*، مثل: الرّهون وحقوق الامتياز، وتلك التّي يستأثر فيها الدّائن باستيفاء حقه، وهي التّأمينات الاستئثارية *Sûretés exclusives*، والتّي تدخل تحتها تأمينات الملكية *Les sûretés-propriétés*، ما يترتّب عنه ورود أحكامٍ مختلفةٍ لمصلحة المستفيدين من التّأمينات التّي تقوم على الملكية الضّمانية، لاسيما عند مباشرة الإجراءات الجماعية في مواجهة المنشئ. ومن الجديد في هذا المشروع، تقييم وتحقيق الأموال موضوع الفيدوسي، وكذا اختفاء الالتزام بتقييم الأموال المقدّمة في الفيدوسي الضّماني، وهو ما سيساهم في تبسيط الاعتماد عليه، وتخفيف مصاريف التّقييم التّي تكون في بعض الأحيان مرتفعةً، كما تمّ وفق هذا المشروع، إدخال صورتين جديدتين من أنواع الملكية الضّمانية إلى الشّريعة العامة، وهي: حوالة الدّيون *La cession de créances à titre de garantie*، وهو ما تمّ التّطرق إليه سابقًا (حوالة دايلي)، أمّا الصّورة الثّانية، فهي حوالة مبلغ من النّقود على سبيل الضّمان، أو *La cession de sommes d'argent à titre de garantie*[77].

### ثالثًا - إرجاء صدور التّعديل بسبب حالة الطوارئ الصّحية:

بخصوص تعديل قانون التّأمينات الفرنسي فقد طرأت تغييرات في الرّزنامة، فبسبب جائحة كوفيد-19، فإنّ نشر الأمر والذي كان مقرّرًا بتاريخ 23 مايو 2021، قد تمّ إرجاؤه، وعلى ذلك فقد تمّ توزيع مشروع قانون في يونيو 2021[78].

فبسبب الأزمة الصّحية، النّاجمة عن جائحة كوفيد-19، فإنّ المادة 14 من القانون رقم: 2020-290 المؤرّخ في 23 مارس 2020، المتعلق بإعلان حالة الطوارئ لمواجهة جائحة كوفيد-19[79]، قد أرجأت موعد إصدار التّعديل بأربعة (04) أشهر، عن تاريخ 23 مايو 2021، أي إلى غاية 23 سبتمبر 2021. ويدخل حيز التّنفيذ في 01 يناير 2022، بحسب المادة 37 من مشروع التّعديل.

وبخصوص مضمون المشروع فإنّه قد أقرّ المقترحات المقدّمة في المشروع التّمهيدي لمجموعة *GRIMALDI*، ومنها تعديل بعض أحكام الفيدوسي، وكذا إستحداث صورتين جديدتين من صور الملكية الضّمانية، وهي: حوالة الديون على سبيل الضّمان[80]، وحوالة مبلغ من النقود على سبيل الضّمان[81].

**خاتمة:**

ختامًا نخلص للقول أنّه وعلى إثر أزمة التّأمينات، بفعل تغيّر فلسفة قوانين الإفلاس في فرنسا، عادت الملكية الضّمانية لتلعب دورًا مهمًا في إعادة التّوازن إلى العلاقات الائتمانية، وعلى ضوء ما سبق، نخلص إلى النّتائج التّالية:

1- الملكية لا تعتبر تأمينًا مستجدًا، بل هي في الحقيقة أولى التّأمينات العينية، وأولى الحقوق العينية على الإطلاق، غاية ما في الأمر أنّه أُعيد اكتشافها وتحديثها، تحت تأثير متطلبات قطاع الأعمال المعاصر؛ وما يقتضيه من سرعةٍ وائتمانٍ؛ وتتعدّد صور إعمال الملكية على سبيل الضّمان بين الاحتفاظ بها من قبل الدّائن، أو إحالتها إليه، حيث يرجع الفضل الأول في تعدّد هذه الصّور، إلى فكر الممارسة المبدع، وما يتيحه قانون الإرادة للأطراف من حريةٍ، تمكّنهم من استغلال القوالب العقدية والاشتراطات، من أجل تحقيق غايات الضّمان، وإيجاد أدواتٍ للتّمويل؛

2 – الملكية الضّمانية وبعد الاعتراف بها تشريعًيا، تحوّلت من مجرّد مركزٍ متميّزٍ يتبع قانون الالتزامات والأموال، إلى تأمينٍ عيني كاملٍ بما للتّأمينات العينية من خصائص ومزايا؛ فهي تضمن أيّ التزامٍ مهما كان مصدره، ويمكن أن يشمل المال الضّامن المنقولات أو العقارات، وكذا الأموال المادية أو المعنوية والحقوق الذّهنية؛

3 – تتفوّق الملكية الضّمانية كتأمينٍ عيني، على سائر التّأمينات العينية الأخرى، والتّي يتمتّع أصحابها بميزات الأفضلية والتّتبع والامتياز، بميزة "الاستئثار"، وهي أقوى ميزةٍ يمكن تصوّرها، حيث تمكّن صاحبها من الاستئثار بالمال الضّامن واسترداده، دون مزاحمةٍ من باقي دائني المدين، مهما كانوا ممتازين، ولا تكون الإجراءات الجماعية نافذةً في مواجهته، ناهيك عمّا يتمتّع به الدّائن المالك من حمايةٍ بمقتضى القانون، من خلال الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية، وامتياز المؤجر التّمويلي، ودعوى الاسترداد المرتبطة بحق الملكية في القواعد العامة.

4 – تأثير الملكية الضّمانية على القوانين الأخرى لم يقتصر على قوانين الإفلاس فقط، بل امتد إلى قانون الأموال، حيث تمّ تبني فكرة تجزئة وتخصيص الذّمة المالية، إلى ذمةٍ شخصيةٍ وذمةٍ ائتمانيةٍ، وهو ما يعتبر ذا أهميةٍ من حيث تدعيم الثّقة والائتمان لجميع الأطراف والمتدخلين؛

5 – ما يمكن إضافته أخيرًا هو أنّ التّأمينات القائمة على حق الملكية، وإلى جانب ما توفره من حمايةٍ إلى الدّائن المالك، فهي تعتبر وسيلة الائتمان المثلى للمدينين، ذلك أنّها لا تحول دون انتفاعهم بالمال الضّامن، فيبقى لهم ملكية الانتفاع فيما يكون للدّائن الملكية القانونية.

على ضوء النّتائج السّالفة نقدم التّوصيات الآتية:

1 – بخصوص المشرّع المدني الفرنسي، ورغم كثرة التّعديلات والاستدراكات التّي تتضمّنها، لايزال قانون التّأمينات بصفةٍ عامةٍ، والتّأمينات القائمة على الملكية الضّمانية بصفةٍ خاصةٍ، بحاجةٍ إلى المزيد من التّوضيح والتّبسيط، لاسيما في إجراءات الإنشاء والتّحقيق، كما نرى أنّ وضع شريعةٍ عامةٍ، تجمع كافة صور الملكيات الضّمانية، وتوحيد الأحكام بشأنها يعتبر عاملًا في تحقيق الأمن القانوني، وتعزيز الائتمان، كما يتطلّب الأمر وضع سجلٍ خاصٍ بشهر هذه الحقوق، لاسيما الواردة على الأموال المنقولة، وعلى الأموال المعنوية والحقوق الذهنية.

2 – بخصوص المشرّع الجزائري، وباعتبار التّقنين المدني الجزائري يجد مصدره التّاريخي والمادي في التّقنين الفرنسي، فهو لم يعرف التّصرف الائتماني، عند وضعه سنة 1975[82]، كما حظر بيع الوفاء، بموجب المادة 396 منه، وقد اقتصرت تطبيقات الملكية الضّمانية في التّشريع الجزائري – بحسب ما توصّل إليه البحث – على صورة الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضّمان، وهذا من خلال شرط الاحتفاظ بالملكية، والذي نصت عليه المادة 363 من التّقنين المدني الجزائري، لكنّ الاشكال يثور في حالة إفلاس المدين حيث يأخذ باقي الدّائنين الوضع الظّاهر[83]؛ كما تبنى المشرّع نظام الاحتفاظ بالملكية في عقد الاعتماد الايجاري، بموجب الأمر رقم: 96-06 المؤرّخ في 10 يناير 1996[84]، وتظهر فعاليته في المادة 22 منه التّي نصت على امتياز المؤجر التّمويلي. كما نظّم المشرّع الاحتفاظ بالملكية كضمان، في عقد البيع الايجاري بموجب المرسوم التّنفيذي رقم: 97-35 المؤرّخ في 14 يناير 1997[85]، وكذا المرسوم التّنفيذي رقم: 01-105 المؤرّخ في 23 أبريل 2001[86]، ما يدلّ على وجود قصورٍ تشريعيٍ بالغٍ بهذا الخصوص، وعلى ذلك يحسن بالمشرّع الجزائري أن يتدارك هذا النقص التّشريعي، واللّحاق بركب القوانين المقارنة، بتبني آلياتٍ تعتمد الملكية الضّمانية، من أجل تدعيم الائتمان، وتحسين مناخ الأعمال.

**الهوامش:**

[1] – نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضّمان، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007م، ص 07.

[2] – ويعتمد الفقه القانوني العربي، للدّلالة على هذه الآلية، مصطلحاتٍ مثل: "توظيف الملكية" أو "استعمال الملكية" لغرض الضّمان، ونرى أنّ مصطلحي "التّوظيف" و"الاستعمال" من الناحية الفنية والقانونية، تؤدي معاني لا تتماشى والقصد منهما في مجال الائتمان، لذلك فالأرجح هو تبني مصطلح "الملكية الضّمانية" المقابل للمصطلح الفرنسي *La propriété-garantie*، وكذا مصطلح "الملكية التّأمينية" وهو ما يقابل *La propriété-sûreté*، أخيرًا الملكية الائتمانية المقابل لمصطلح *La propriété-fiduciaire*.

[3] –*P. CROCQ, Propriété et garantie, L.G.D.J, France, 1995, p 03.*

[4] – عبد الرّزاق أحمد السّنهوري، مقارنة المجلة بالقانون المدني في حقوق الدّائن في أموال المدين، مطبعة المعارف، العراق، 1936م، ص 55.

[5] – إنّ تأخر ظهور التّأمينات العينية عن الشّخصية، يرجع إلى كون المجتمعات البدائية كان من الصّعب عليها استيعاب فكرة الرّهن، فهو نتاج فكرٍ قانونيٍ متطورٍ، كما أنّ روح التّضامن التّي سادت القبيلة كانت تجعل من اليسير على المدين إيجاد شخصٍ يكفله، وكانت ملكية العقارات تعود للجماعة فيتعذر تقديمها كضمانٍ، فيما كانت المنقولات تافهة القيمة.

[6] –*L. AYNES, Droit civil, Les sûretés et la publicité foncière, CUJAS, France, 1994, p. 140.*

[7] – أحمد إبراهيم حسن، التّصرف الائتماني في القانون الرّوماني، مؤسسة الثّقافة الجامعية، مصر، 1991م، ص 5.

[8] –*Ph. MALAURIE, L. AYNES, Droit des sûretés, L.G.D.J, France, 2017, p. 447.*

[9] – في مجال الأشخاص استُخدم لتحقيق *manumissionis causa*، كتحرير ابن الأسرة من السّلطة الأبوية، وتحرير المرأة من سلطة أعصابها، وتحرير العبد من سيده؛ أمّا على سبيل الأمانة فاستخدم قبل الوديعة والعارية لأداء دورهما واستخدم لتحقيق الوصية *manicipatio familioe*، والهبة *donatio mortis causa*؛ انظر: أحمد إبراهيم حسن، المرجع السّابق، ص 06 إلى 08.

[10] – عبد الرّزاق أحمد السّنهوري، المرجع السّابق، ص 80.

[11] – نبيل إبراهيم سعد، الضّمانات غير المسماه في القانون الخاص، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2017م، ص 264.

[12] – أحمد إبراهيم حسن، المرجع السّابق، ص 09.

[13] – عبد الرّزاق أحمد السّنهوري، المرجع السّابق، ص 82.

[14] –*L. AYNES, op. cit., p. 140.*

[15] – عبد الرّزاق أحمد السّنهوري، المرجع السّابق، ص 83.

[16] –*L. AYNES, op. cit., p. 140.*

[17] – عبد الرّزاق أحمد السّنهوري، المرجع السّابق، ص 85.

[18] –*L. AYNES, op. cit., p. 140.*

[19] –*P. CROCQ, op. cit., p. 03.*

[20] –*Ph. MALAURIE, L. AYNES, op. cit., p. 446.*

[21] –*P. CROCQ, op. cit., p. 03.*

[22] – حيث ميّز الأستاذ *CROCQ* بين فئات الملكيات الضّمانية من خلال شخص القائم بنقل الملكية، حسبما إذا تعلّق بالمدين نفسه أو بشخصٍ آخر، فميّز بين الملكيات الضّمانية الائتمانية، وهي نوعان: 1°–الملكيات الضّمانية الائتمانية الواردة على أموال معنوية، مثل: *Le report en bourse, La cession DAILLY, Les opérations de pension*؛ 2°–الملكيات الضّمانية الائتمانية الواردة على أموال مادية، مثل: *La cession bail, Les gages de somme d'argent*.

ومن جهة أخرى، الملكيات الضّمانية غير الائتمانية، وتنقسم بدورها إلى نوعين: 1°–الملكيات الضّمانية غير الائتمانية الناشئة عن الاحتفاظ بالملكية؛ مثل شرط الاحتفاظ بالملكية؛ 2°–والملكيات الضّمانية غير الائتمانية الناشئة عن اكتساب الملكية، مثل: *Le crédit-bail, Le portage de titres*.

[23] –*LOI n°81-1 du 2 janvier 1981 dite Dailly facilitant le crédit aux entreprises, JORF n° 0006 du 3 janvier 1981.*

[24] – وقد سمي كذلك نسبةً إلى السناتور الذي تقدّم بمقترح القانون.

[25] –*Ph. MALAURIE, L. AYNES, op. cit, p. 445.*

[26] –*C. mon. fin., Art. L313-23 al. 01.*

[27] – فيروز بن شنوف، الاتجاهات الحديثة في نظرية الذّمة المالية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011م، ص 150.

[28] –*LOI n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit ; JORF du 25 janvier 1984.*

[29] – فيروز بن شنوف، المرجع السّابق، ص 142.

[30] –*Y. KALIEU, « Réflexions sur les nouveaux attributs du droit de propriété: à propos de la propriété utilisée aux fins de garantie des crédits », Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université de Dschang, T. 1, Vol. 1, Cameroun, 1997, p. 197.*

[31] – محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007م، ص 07.

[32] – محمد العلواني، توظيف الملكية كضمان في عمليات الائتمان، دار الأمان، المغرب، 2012م، ص 26.

[33] –*LOI n° 80-335 du 12 mai 1980 relative aux effets des clauses de réserve de propriété dans les contrats de vente ; JORF n° 0112 du 13 mai 1980.*

[34] – محمد حسين منصور، المرجع السّابق، ص 09.

[35] –*LOI n° 66-455 du 2 juillet 1966 relative aux entreprises pratiquant le crédit-bail, JORF du 03 juillet 1966.*

[36] –*Ordonnance n°67-837 du 28 septembre 1967 relative aux opérations de crédit-bail et aux sociétés immobilières pour le commerce et l'industrie, JORF n° 0227 du 29 septembre 1967.*

[37] –*Y. KALIEU, op. cit., p. 197.*

[38] – محمد العلواني، توظيف الملكية كضمان...، المرجع السّابق، ص 27.

[39] – نجية بوراس، "شرط الاحتفاظ بالملكية مدى الضّمان الذي يحققه في عقد الليزنغ"، مجلة المحامي، منظمة المحامين سيدي بلعباس، العدد 06، الجزائر، 2010م، ص 107.

[40] – محمد العلواني، توظيف الملكية كضمان...، المرجع السّابق، ص 27.

[41] –*D. LEGEAIS, Sûretés et garanties du crédit, L.G.D.J, France, 2013, p. 450*

[42] –*LOI n°67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes, JORF n° 0163 du 14 juillet 1967.*

[43] –*LOI n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, JORF n°22 du 26 janvier 1985.*

[44] – محمد العلواني، توظيف الملكية كضمان...، المرجع السّابق، ص 14.

[45] – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السّابق، ص 09.

[46] –*D. LEGEAIS, op. cit., p. 450.*

[47] – محمد العلواني، توظيف الملكية كضمان...، المرجع السّابق، ص 31.

[48] –*D. LEGEAIS, op. cit., p. 449.*

[49] – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السّابق، ص 10.

[50] –*D. LEGEAIS, op. cit., p. 451.*

[51] –*idem.*

[52] –*Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés ; JORF n°71 du 24 mars 2006.*

[53] – نجية بوراس، "ضرورة إصلاح قانون التّأمينات المدنية، التّجربة الفرنسية"، مجلة المحامي، منظمة المحامين سيدي بلعباس، العدد 07، الجزائر، 2013، ص 243.

[54] –*M. GRIMALDI, Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, Rapport a monsieur PERBEN, Garde des sceaux, Ministre de la justice, France, Le 28 mars 2005, p. 14.*

[55] – ميشال سجعان، القانون المدني الفرنسي، دار صادر، فرنسا، 2020م، ص 561.

[56] –*LOI n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, JORF n°44 du 21 février 2007.*

[57] –*G. FORT, « Étude simplifiée de la fiducie sûreté », Site: village de justice, Consulté le: 09 mars 2020 ; Lien: https://www.village-justice.com.*

[58] –*LOI n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures ; JORF n°0110 du 13 mai 2009.*

[59] – ميشال سجعان، المرجع السّابق، ص 563.

[60] –*G. FORT, préc.*

[61] – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السّابق، ص 09.

[62] – محمد العلواني، توظيف الملكية كضمان...، المرجع السّابق، ص 394.

[63] –*O. GOUT, « Quel droit commun pour les sûretés réelles », RTD civ., France, 2013, p. 255.*

[64] – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السّابق، ص 09.

[65] –*D. LEGEAIS, op. cit., p. 452.*

[66] –*Idem.*

[67] –*P. CROCQ, op. cit., p. 03.*

[68] – محمد العلواني، "التّمييز بين الملكية القانونية والملكية الاقتصادية من خلال نظرية الفقيه الفرنسي غويي شارل"، مجلة القضاء المدني، المجلد س2، العدد 2، المغرب، 2001م، ص 84.

[69] –*L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, Exclusivité et garanties de paiement, L.G.D.J, France, 2012, p. 19.*

[70] – فيروز بن شنوف، المرجع السّابق، ص ص. 139–159.

[71] –*LOI n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, JORF n°0119 du 23 mai 2019.*

[72] –*L. n° 2019-486, préc. Art. 60.*

[73] –*O. Gout, Réforme du droit des sûretés: nouveauxajustements du calendrier et du texte, Site: éditions legislatives, Consulté le: 01 aout 2021; Lien: https://www.editions-legislatives.fr/actualite/reforme-du-droit-des-suretes-nouveaux-ajustements-du-calendrier-et-du-texte*

[74] –*idem.*

[75] –*Réforme du droit des sûretés: avant-projet d'ordonnance, Site: Ministère de la justice, Consulté le: 14 mars 2021 ; Lien: http://www.textes.justice.gouv.fr.*

[76] –*O. Gout, préc.*

[77] –*Y. BECKERS, « Que faut-il retenir du projet de réforme du droit des sûretés », Site: S/H, Consulté le: 14 mars 2021; Lien: https://www.shlegal.com.*

[78] *–Projet Ord., portant sur la réforme du droit des sûretés, Consulté le: 01 aout 2021, Lien: https://www.actuel-direction-juridique.fr/sites/default/files/republique - francaise.pdf.*

[79] *–LOI n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 ; JORF n°0072 du 24 mars 2020, Texte n° 2.*

[80] *–C. civ., Art. 2373 et s., Créés par Projet Ord., préc., Art. 11.*

[81] *–C. civ., Art. 2374 et s., Créés par Projet Ord., préc., Art. 11.*

[82] – الأمر رقم: 75–58 المؤرّخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج، عدد 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

[83] – حمزة شرابن، الملكية كوسيلةٍ لدعم الائتمان، دار هومه، الجزائر، 2011م، ص 86.

[84] – الأمر رقم: 96 – 09 المؤرّخ في 10 يناير 1996، المتعلق بالاعتماد الإيجاري، ج.ر.ج.ج، عدد 3 مؤرّخة في 14 يناير 1996.

[85] – المرسوم التّنفيذي رقم: 97–35 المؤرخ في 14 يناير 1997، الذي يحدد شروط وكيفيات بيع الأملاك ذات الاستعمال السّكني وايجارها وبيعها بالإيجار، ج.ر.ج.ج، عدد 4، مؤرّخة في 15 يناير 1997.

[86] – المرسوم التّنفيذي رقم: 01–105 المؤرّخ في 23 أبريل 2001، الذي يحدّد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفياته، ج.ر.ج.ج، عدد 25 مؤرّخة في 29 أبريل 2001.