# الضمانات القانونية للالتزام بين الكفاية والوقاية

أ.بن الشريف سليمان

جامعة – عنابة

**الملخص:**

أوجد المشرع الجزائري للدائنين ضمانات مختلفة و متنوعة يمكن طلبها عند منح الائتمان للمدين، ولكن الواقع العملي ونتيجة التغيرات الحاصلة فيه على مختلف الأصعدة كشف عن أنواع أخرى من الضمانات يمكن تقديمها للحصول على الائتمان تجسد في جوهرها فكرة "سلطان الإرادة" هذه الضمانات وجدت ليس لعدم كفايتها فقط ولكن لدعم الأمن التعاقدي ولتعزز إحداهما ألأخرى لأن المدين وفي حالات يغلب عليها التأرجح بين حسن نيته عند الانعقاد وسوئها عند التنفيذ كان على الدائنين حصانة أنفسهم أو بالأحرى أموالهم من أخطار عدم السداد المحتملة، وأمام هذا الوضع المتغير يمكن البحث عن المعايير والأسس التي على أساسها يفاضل الدائن بين وسائل الضمان تلك لتحقيق الحماية حال المزاحمة وبلوغ الكفاية حالة عدم السداد.

## Résumé

Le législateur algérien a instauré -au bénéfice du créancier- un ensemble de garanties que le contrat générant la situation de crédit peut exiger au débiteur, soutenant ainsi le principe de confiance dans les relations commerciales, et donnant aux parties (sur la base du principe de l'autonomie de la volonté) la faculté de créer d'autres formes de garanties répondant à leurs besoins de consolider les autres garanties déjà instaurées par la loi, et de ce fait consolider la sécurité contractuelle.

Le rôle de l'innovation en garanties n'est pas seulement de compléter les insuffisances soulevées en cette matière, mais beaucoup plus de répondre au besoin de se mettre à l'encontre du risque d'insolvabilité souvent frauduleuse.

**مقدمة:**

ما فتئت الإرادة التشريعية تستهدف الدائن بالحماية وتعزز من مركزه بوسائل ضمان متعددة ومتنوعة، حتى سارعت إرادة الأطراف المتعاقدة،ولفترات متعاقبة إلى استحداث وسائل ضمان كبدائل للضمانات التقليدية، مبنية على فكرة "العقد شريعة المتعاقدين" وعلى أسباب واعتبارات عدة لا يدركون حقيقتها وأهدافها إلا هم. تلك الوسائل تجسد في جوهرها فكرة التأمينات، التي تعني في مفهومها القانوني العام "الضمانات أو الوسائل التي يتقي بها الشخص خطراً معيناً"، وفي مفهومها القانوني الخاص تعني "ضمانات تنفيذ الالتزامات" إي الضمانات التي تؤمن الدائن من خطر عدم الوفاء بالدين وتتيح له فرصة استيفاء حقه إذا ما حل أجل الاستحقاق.

إذا فالعلاقة بين الدائن والمدين تقوم في الأساس على الثقة التي يضعها الدائن في مدينه، ولكن المدين قد لا يكون أهلا لهذه الثقة، إما لسوء نيته أو نتيجة ظروف خارجة عن إرادته، لأجل ذلك وفي ظل هذه المتغيرات نشأة الحاجة إلى وسائل الضمان لتحفظ حقوق الدائن وتعزز من مركزه، فكانت التأمينات هي الوسيلة لتحقيق هذا الضمان.وهكذا يمكن تعريف التأمينات بأنها "ضمانات تنفيذ الالتزام".

والتأمينات بهذا المعنى مفيدة للدائن والمدين على حداَ سواء لأنها بضمانها حق الدائن تعزز الثقة بالمدين وتشجع الدائنين على ائتمانه ومنحه ما يحتاج إليه من مال أو أجل، وهكذا يتضح أن الدائن يسعى إلى تعزيز مركزه وزيادة فرص الوفاء من خلال الوسائل المعروضة عليه من المدين، وان المدين يسعى من خلال ما يعرضه من ضمانات إلى الحصول على الائتمان وتعزيز ثقة الدائن به، هذا ما دفعنا إلى طرح الإشكال التالي:

**- أي الضمانات أكثر كفاية والتي تجعل الدائن في وقاية من أخطار عدم السداد؟ وما هي أوجه القصور فيها والتي أدت إلى تفتق العمل عن الكثير من الضمانات الاتفاقية البديلة لتقوية الائتمان؟**

للإجابة على هذه الإشكالية يمكن الرجوع إلى تلك التطورات التي كانت الدافع وراء دراسة هذا الموضوع لمعرفة دور وأهمية هذه الوسائل في تفعيل الائتمان الذي بدوره يؤدي إلى تنشيط الحياة الاقتصادية على مستوى الأفراد والجماعات، والإجابة على الإشكالية أعلاه لا تتحقق إلا بامتطاء المنهج التحليلي أساساً والمقارن أحياناً لأننا في جوانب عدة من الدراسة سنقف ونحلل النصوص القانونية والآراء حول وسائل الضمان من حيث فاعليتها وكفايتها في تحقيق الائتمان الذي يسعى المدين للحصول عليه ثم نحاول أن نقارن بين كفاية وسائل الضمان في تحقيق التنفيذ وبين الخطر الذي يحيط بها والأسس التي يبني عليها الدائن قناعته ويقبل بوسيلة ضمان دون الأخرى،هذه المتفرقات في الدراسة أفضت بنا إلى تقسيم الموضوع على الخطة التالية:

**المبحث الأول:** كفاية الضمانات القانونية.

**المطلب الأول:** الضمان العام ووسائل حماية حق الدائن.

**المطلب الثاني:** الضمان الخاص ودوره في كفاية حق الدائن.

**المبحث الثاني:**كفاية الضمانات الاتفاقية.

**المطلب الأول:** الملكية كأداة للضمان.

**المطلب الثاني:** الشرط المانع من التصرف كوسيلة للضمان.

**المبحث الثالث:** سبل تعزيز الضمان

**المطلب الأول:** التامين لتعزيز الضمان.

**المطلب الثاني:**التحقيق والمتابعة كآلية لتعزيز الضمان

**المبحث الأول: كفاية الضمانات القانونية**

مما لاشك فيه أن للتأمينات أهمية لا تنكر في تقوية وتعزيز الثقة الممنوحة للمدينين، كما أن التأمينات لا تستغرق كل وسائل الضمان في القانون الخاص وإنما هي مجرد نوع من هذه الضمانات.فإلى جانب التأمينات توجد أنظمة لصيقة برابطة الالتزام وتعطي نوعاً من الضمان، غالباً ما يكون فعالا،من هذا القبيل الفسخ لعدم التنفيذ أو الدفع بعدم التنفيذ أو المقاصة.بل يمكن القول بصفة عامة أن الأنظمة الأساسية المخصصة لضمان حق الدائن كالدعوى المباشرة،والتضامن والتضامم وعدم القابلية للانقسام والإنابة الناقصة وما إلى ذلك.هذه كلها تشكل نوعاً من الضمان نتيجة لمركز معين أو لمجموعة من الروابط أو لطبيعة هذه الروابط[1].

إن احترام الالتزامات وتنفيذها أصبح الآن من الضرورات القصوى للحياة القانونية والاقتصادية،وانه لمن السهل تصور مدى ما يلحق هذه الحياة من اضطراب إذا ما تخلف المدينون عن الوفاء بالتزاماتهم.إن عدم تنفيذ الالتزامات المتبادلة فيما بين الأطراف سيؤدي حتماً إلى إحداث اضطراب في التوازن الاقتصادي المؤسس على الثقة المشروعة في المعاملات،لأنه إذا كانت الالتزامات عبارة عن علاقة قانونية بين طرفين هما الدائن والمدين فإن عدم تنفيذها قد يمس الغير من قريب أو من بعيد لما لها من صدى اجتماعي واقتصادي[2]، لذلك فان القوانين الحديثة تقدم من الوسائل القانونية ما يضمن بفاعلية احترام وتنفيذ الالتزامات دون المساس بشخص المدين،وذلك لتحفظ التوازن في الحياة القانونية والاقتصادية ولتحميها من الاضطراب.

بالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أن المشرع يعمل بحرص على تنفيذ الالتزامات بدقة وانتظام لما في ذلك من أهمية قصوى للثقة المتبادلة فيما بين

[1] – نبيل إبراهيم سعد، **نحو قانون خاص بالائتمان**، منشاة المعارف،الاسكندرية،1991، ص147 .

[2]- نبيل إبراهيم سعد، **التأمينات العينية والشخصية**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص8 –9

الأطراف، وفي هذا الصدد نص على أن المدين ملزم بما تعهد به، وغاية الدائن هي أن يحصل على الأداء الذي التزم به المدين، ويكون ذلك بالتنفيذ العيني للالتزام[1] وإذا تعذر تحقيق هذه الغاية فان الدائن يلجا إلى المطالبة بالتنفيذ بمقابل إي عن طريق المطالبة بالتعويض[2].

والأصل أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه طائعاً مختاراً، وهو بذلك يستجيب إلى احد عنصري الالتزام،وهو عنصر المديونية المتمثل في واجب ملقى على عاتقه يملي عليه الأداء الاختياري، فإذا رفض المدين الأداء الاختياري يستطيع الدائن أن يجبره على هذا الأداء عن طريق تحريك العنصر الثاني وهو عنصر المسؤولية،ومعناه إجبار المدين على تنفيذ التزامه قهراً عن طريق اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري ضده وهو ما تضمنته المادة 164 من القانون المدني[3].

وسعي الدائن نحوى مدينه بقصد الحصول على التنفيذ العيني أو التنفيذ عن طريق التعويض تحكمه قاعدة أساسية هي" أن جميع أموال المدين الحاضرة منها والمستقبلية تضمن الوفاء بديونه، وان الدائنين جميعاً متساوون في سعيهم نحو هذه الأموال"، وهذه القاعدة تعرف بالضمان العام.

**المطلب الأول: الضمان العام ووسائل حماية حق الدائن**

بعد إضمحلال نظام الإكراه البدني وإنكماش نطاق تطبيقه حالة الإخلال بالتزامات تعاقدية لم يجد الدائن وسيلة للحصول على حقه إلا بالالتجاء إلى

---

[1]– علي علي سليمان، **النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص09 .

–وانظر أيضا: الكاملة نعيجة، **التنفيذ العيني للالتزام العقدي في القانونين الفرنسي والجزائري**، رسالة ماجستير، جامعة عنابة2002/2001، ص13 .

[2]– حطاب زينب، **التنفيذ العيني في القانون الجزائري**، رسالة ماجستير، بن عكنون الجزائر، 2001/2000، ص16.

[3]– المادة164 من الامر58/75 المؤرخ في20 رمضان1395 الموافق26 سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

التنفيذ على أموال المدين، هذا التنفيذ بدا في القانون الروماني في شكل الحجز العام على ذمة المدين والذي يوقع بواسطة البريتور بناء على طلب الدائن، وينتهي هذا الحجز ببيع بالمزاد العلني لكل أموال المدين. وفي تطور لاحق أصبح في الإمكان أن يتم بيع جزئي لأموال المدين ولكن مع بقاء نظام الحجز العام على كل أمواله،ويلاحظ أن هذا الحجز قد ارتبط بنظام جماعي لتصفية أموال المدين،فالحق في الحجز لا يجب أن يؤثر فيما للدائنين من حق في الضمان العام[1].

فلذات الغرض بعض الفقهاء خصوصاً الفرنسيين، يتكلمون عن الحجز باعتباره إجراء مباشرا للتنفيذ العيني وذلك في حالة الالتزامات ذات الطبيعة النقدية ويرون انه الإجراء الضامن لاستيفاء الدائن حقه مباشرة وذلك على أساس أن أموال المدين هي الضمان العام للدائنين، ومن أهم وسائل التنفيذ، الحجز[2].

وبفعل هذا التطور أصبح الحق في الحجز الذي يملكه كل دائن، ما هو إلا الترجمة الطبيعية لحق هذا الدائن في الضمان العام، والواقع أن إتباع هذا المبدأ– مبدأ الضمان العام – يعطي حماية خاصة للدائنين وذلك من جهتين:

فمن جهة أولى،يمنح هذا المبدأ وسائل لحماية الدائنين وهي الدعاوى القضائية وتتمثل أساساً في دعوى عدم النفاذ (البولصية) والدعوى غير المباشرة وحق الحبس. ومن جهة أخرى يسمح هذا المبدأ للدائنين باتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري وهي طرق التنفيذ التي تمكن الدائن من وضع أموال المدين تحت يد القضاء لبيعها واستيفاء حقوقهم منها،فهي إذا إجراءات الحجز التي لها هدفين:

---

[1] – رمضان أبو السعود، **التأمينات الشخصية والعينية منشاة المعارف**،الاسكندرية، 1995، ص10.

[2]– حطاب زينب، مرجع سابق، ص38 –39.

– وانظر أيضا:محمد حسنين، "طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية الجزائري"، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1990، ص10 .

**هدف تحفظي:**بحيث تسمح بالحفاظ على أموال المدين بوضعها تحت يد القضاء ومن ثم منع المدين من التصرف فيها أو تهريبها.

**هدف تنفيذي:**إذ أنها تسمح للدائنين باستيفاء حقوقهم من ثمن الأموال المحجوزة بعد بيعها بالمزاد العلني.[1]

وحصول الدائن على تامين يضمن وفاء الالتزام سوف يخفف بشكل مؤثر من مغالاة الدائن في استخدام هذه الحجوز، والنتيجة انه إذا زادت فرص الوفاء بالالتزام قيل أن الدين مضمون بشكل فعال،ووجود التامين يعد عنصراً في القيمة الحقيقية للدين، بحيث يؤدي زوال أو انتقاص هذا التامين إلى التأثير في الدين ذاته، والمدين الذي يضعف ما قدمه من تامين أو يتخلف عن تقديمه يعاقب بإسقاط الأجل وإيفاء الحق[2].

هذا وما تجدر الإشارة إليه أن جانباً كبيراً من الفقه[3]، قد استعان في تفسير فكرة الضمان العام بفكرة الذمة المالية، هذه الأخيرة التي تتكون من مجموع الحقوق والالتزامات المالية، فان حقوق دائني المدين لا ترد عليها كمجموع،حيث تشتمل الذمة على الديون أيضا، ولكنها ترد على الجانب الايجابي من هذه الذمة،وهذا ما يسمى بالحق في الضمان العام الذي يملكه دائنو المدين على هذا الجانب الايجابي[4]. وهذا الحق في الضمان العام هو الذي يفسر العلاقة بين الجانب الايجابي والجانب السلبي من ذمة المدين، ومن مجموع

---

[1]– شعبان نعيمة، **محاولة في دراسة طرق التنفيذ الجبري**، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، بن عكنون 2001/2000، ص2 –3 .

[2]– المادة211 قانون مدني"يسقط حق المدين في الأجل:...إذا انقص بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تامين خاص...". انظر في هذا المعنى:منذر الفضل:"النظرية العامة للالتزامات".الجزء الثاني،أحكام الالتزام،مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان الاردن1998 ص171.وانظر أيضا:غناي زكية:"الأجل المقترن بعقد البيع في القانون المدني الجزائري".رسالة ماجستير،جامعة الجزائر،بن عكنون2001/2000 ص38 .

[3]– حسن كيره، **المدخل إلى القانون**، منشاة المعارف،الاسكندرية1971 ص510 .

[4]– مصطفى احمد عمران الدراجي، **الحقوق المتعلقة بالذمة المالية**، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008، ص197 .

أمواله ومجموع ديونه،وبذلك يكون مجموع حقوق الشخص ضامناً لمجموع التزاماته[1].

وإذا كانت المادة 188 من القانون مدني تقضي بان أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه...، فان الحق في الضمان العام يكون لكل دائن يتساوى مع غيره من الدائنين في هذا الحق دون النظر لمقدار دينه، وبالتالي فان إي دائن من الدائنين يتأثر من أي تغير يطرأ على ذمة المدين،سواء كان التغير في الجانب الايجابي بزيادة الحقوق،أو كان التغير في الجانب السلبي بزيادة الديون،وبدلا من أن يتصرف المدين في مال له يقوم بإبرام عقود جديدة تزيد فيها التزاماته، فتزداد ديونه ويكثر دائنوه.وعندما تحين لحظة التنفيذ واقتسام المال، فانه بطبيعة الحال سينقص نصيب كل دائن، مما يترتب عليه أن يكون الضمان العام ليس وسيلة كافية لتامين الدائن، كما انه لا يصلح أن يكون أساساً لوضع الثقة في المدين[2]، وهذه تعتبر واحدة من مخاطر الضمان العام.

إذا لكل دائن أن يحجز على أموال المدين وان يبادر قبل غيره إلى استيفاء حقه من أموال المدين، فإذا لم يتمكن الدائنون الآخرون من اللحاق به ومزاحمته عند التوزيع فقد يستوفي حقه كاملا دونهم، فالمساواة إذا بين الدائنين هي مساواة قانونية لا فعلية،والقانون يعتبر الدائنين متساوين جميعاً ولكن لا يمنع احدهم من اتخاذ الإجراءات الفردية ليسبق بها الآخرون[3]، وبالتالي فالخطر الثاني الذي يتعرض له الدائنون والناتج من قاعدة الضمان العام هو فيما تمليه

---

[1]– حسن كيره، نفس المرجع، ص510 .وانظر أيضا:

– ABDALLAH (Fathi Abdel Rahim), **L'exécution in species (en nature) du contrat en droit comparé**, revue « Al– qanoun waliqtisad » droit économie pratique, N°1 ,An 43,IMP, université du Caire,1973 p55 .

[2]– رمضان أبو السعود، **التأمينات الشخصية والعينية منشاة المعارف**،الاسكندرية،1995، ص15 .

[3]– شمس الدين الوكيل، **نظرية التأمينات في القانون المدني الحديد**، ج1، دار المعارف ،الاسكندرية 1956 ص18 .

هذه القاعدة بوجوب المساواة بين الدائنين،إذ أن قسمة أموال المدين يجب أن تتم على أساس حصول كل دائن على نسبة معينة من مال المدين تعادل ماله من حق، فإذا لم تكف للوفاء بديونه فان ذلك بطبيعة الحال يؤدي إلى عدم حصول كل دائن على كامل حقه من أموال المدين وفي هذه الحال يقتسمون ما في ذمته قسمة غرماء،فلا أفضلية في الضمان العام لدائن على غيره من الدائنين[1].

وكنتيجة لذلك لا تحقق قاعدة الضمان العام نظراً لما تثيره من مخاطر للدائن أمناً كافياً حيث يتمنى كل دائن الحصول من مدينه على كامل حقه[2].أكثر من ذلك يكمن الخطر في انه قد يظفر بالغنم من يبادر إلى التنفيذ على أموال المدين قبل غيره حين يستشعر العسر المالي الذي أحاط به ويضيع حق دائن آخر لمجرد انه تخلف لسبب أو لآخر عن المشاركة في التنفيذ على أموال المدين فتقسم هذه الأموال في هذا الفرض على الدائنين الذين شاركوا في التنفيذ فقط[3]،ما يظهر الأمر في حقيقته ويجعل هذا الضمان ضماناً وهمياً وغير كافياً، ذلك انه بين نشأة الحق واستحقاقه يمكن أن تتغير ذمة المدين،فالدائن له حق فقط على الأموال الموجودة في ذمة مدينه وقت التنفيذ،كما أن وسائل المحافظة على الضمان العام،اثبت الواقع العملي فعاليتها المحدودة رغم أن حق الضمان

---

[1]– هالدير اسعد احمد، **تتبع المنقول في القانون المدني – دراسة مقارنة**، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان2009 ص103 .

–وانظر أيضا:القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، **التأمينات العينية**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان2007 ص29 .

[2]– توفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، **مصادر وإحكام الالتزام–دراسة مقارنة**، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2008، ص691.

[3]– القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، **التأمينات العينية**، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت لبنان2007 ص 31.

العام ينشا بمجرد الالتزام ودون حاجة إلى إجراء شكلي والذي يولي له الدائن اهتمام عند منح الثقة للمدين[1].

ويترتب على ذلك أن حق الضمان العام لا يتجسد في الواقع إلا إذا لجا الدائن للتنفيذ الجبري على أموال مدينه، لان هذا الحق ليس إلا تعبيراً عن عنصر المسؤولية الشخصية غير المحدودة التي تقع على عاتق المدين.ونتيجة للارتباط بين حق الضمان العام وحق الدائنية،فقد يبدو لأول وهلة أن حق الضمان ليس إلا جزء من حق الدائنية ،ولذلك فان التنفيذ الجبري الذي يرتكز عليه حق الضمان العام وكذلك التنفيذ الاختياري ليس إلا مرحلتين لنفس الشيء[2].

إذا فحق الضمان العام لا يخول للدائن إلا الحصول من أموال مدينه على قيمة معادلة للفائدة التي كان يمثلها له تنفيذ الأداء الذي كان ينتظره، وبناء على ذلك يجب أن نفرق بين ما للدائن من حق في أداء معين وحقه في الرجوع على ذمة مدينه ليحصل على مقابل مالي لهذا الأداء، فحق الدائن في أداء معين يجب ألا يختلط بالوسيلة القانونية التي وضعت تحت تصرفه لإدراك هذا الحق وحمايته[3].

غير انه بالرغم من كل هذه الضمانات والوسائل التي يمنحها القانون للدائنين للمحافظة على حق الضمان العام، إلا أنهم لا يزالون معرضين لان يفقدوا بسبب إعسار المدين بعض حقوقهم قِبّلهٌ ولابد لهم من ضمانات خاصة تجنبهم هذا الخطر أو تحد منه[4].

---

[1]– نبيل إبراهيم سعد وهمام محمد محمود، **المبادئ الأساسية في القانون**، دار المعرفة الجامعية الإسكندرية، (دون تاريخ )، ص507–509.

[2]– نبيل إبراهيم سعد، **التأمينات العينية والشخصية**، دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية2007 ص23 .

[3]– انظر أيضا:نبيل إبراهيم سعد، **التأمينات العينية والشخصية**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص24.

[4]– عامر محمود الكسواني، **أحكام الالتزام دراسة مقارنة**، ط1، دار الثقافة، عمان، 2008 ص149 .

**المطلب الثاني: الضمان الخاص ودوره في كفاية حق الدائن**

إذا كانت القاعدة أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه إزاء دائنيه،وإذا كانت الأنظمة القانونية قد خولت هؤلاء الدائنين وسائل عدة لتقوية الضمان العام،إلا أن هذا الضمان وهذه الوسائل لا تكفي من الناحية الفعلية لحماية حق الدائنين من مخاطر الضمان العام، فضلا عن أن في الالتجاء إليها عناء قد لا توازيه الفائدة منها.فقد لا يكون المدين متوانياً في استعمال حقوقه أو في المطالبة بها على نحو يخول للدائن استعمالها أو المطالبة بها بالدعوى غير المباشرة التي تخضع لشروط قد لا تتوافر باستمرار[1].

كما انه قد لا ينجح الدائن في إثبات غش المدين أو في إقامة الدليل على الصورية فيخرج المال من ذمة المدين وبالتالي من ضمانه العام رغم التواطؤ على الإضرار به أحياناَ، كما أن شهر الإعسار قصد به ضمان المساواة بين الدائنين ولكن لا يضمن لهم الوفاء بكامل حقهم،فضلا عن ذلك أن الدائن إذا نجح في رفع الدعوى غير المباشرة أو الدعوى الصورية أو دعوى عدم النفاذ التي تتطلب شروط قد يصعب تحققها، فهي من هذه الناحية تحقق للدائن حماية متأخرة وترمي إلى إنقاذ ما تبقى للمدين من أموال[2].

ولأجل كل ذلك فانه حتى يطمئن الدائن إلى استيفاء حقه من مدينه ويمنحه ائتمانه فانه يحسن به أن يحصل على ضمان خاص لحقه فيأمن إعسار المدين ويدرأ عنه به غشه أو إهماله، إذ أن هذا الضمان يكون عادة كافياً للوفاء بحق الدائن في ميعاد الاستحقاق.

---

[1]– يشترط لرفع الدعوى غير المباشرة:

– أن تكون الحقوق التي أهمل المدين المطالبة بها أو استعمالها مما يجوز الحجز عليها

– وان لا تكون تلك الحقوق متصلة بشخص المدين.

[2]– يشترط لرفع دعوى عدم النفاذ:

– أن يكون دين الدائن مستحق الأداء –أن يكون المدين قد أجرى هذا العقد إضرارا بالدائنين

–أن يكون العقد هو السبب في عجز المدين –أن يكون من تلقى المال من المدين قد تواطأ مع المدين

ويقصد **بالضمان الخاص:** تقوية فرص الدائن في استيفاء حقه تقوية لا تخولها له فكرة الضمان العام سواءً كانت هذه التقوية من مال المدين أو من مال الغير،وسواء كان مصدرها الاتفاق أو نص القانون. أو بضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي في المسؤولية عن الوفاء بحق الدائن، وقد سمي هذا الضمان شخصيا لأنه يتأتى من خلال شخص آخر. وإذا كان الضم على سبيل المساواة كان للدائن الرجوع على أي واحد من المدينين دون تمييز أو ترتيب، ومثال ذلك الدعوى المباشرة، وتضامن المدينين، والإنابة الناقصة.وقد يكون الضم في صورة ضم ذمة تابعة إلى ذمة متبوعة، كما في الكفالة[1].

والضمان الخاص الذي تقرر للدائن، إنما يأتي زيادة عما له أصلاً من حق الضمان العام المقرر له بالنسبة إلى جميع أموال مدينه، ولهذا فان الدائن الذي تقرر له هذا الضمان لا يفقد حقه الأصلي في التنفيذ على أموال المدين الأخرى باعتبارها داخلة في الضمان العام المقرر له، شانه في ذلك شان باقي الدائنين،وكل ما هنالك انه سوف يتعرض لمزاحمتهم، وأن تخصيص مال معين لضمان الوفاء بحق احد الدائنين لا يسلب حقوق بقية الدائنين على هذا المال،بل يظل عنصراً من عناصر الضمان العام،وبالتالي يجوز لكل دائن أن ينفذ عليه، كل ما في الأمر أن الدائن المزود بتامين عيني على هذا المال يستوفي حقه مقدماً على غيره وليس أمام الدائن العادي سوى أن يقنع بما تبقى له بعد ذلك[2].

فالضمان الخاص يشمل إذا ما يسمى: بالتأمينات الشخصية والتأمينات العينية،ويكون التامين شخصياً بضم ذمة مالية أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي بحيث يصبح للدائن بدلا من مدين واحد مدينان أو أكثر جميعهم مسؤولون عن

---

[1]–السيد عيد نايل، **أحكام الضمان العيني والشخصي**، مطبعة جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، 1993، ص09 .

25– عبد الفتاح عبد الباقي، **أحكام القانون المدني المصري التأمينات الشخصية والعينية** ،ط 2، مطبعة دار نشر الثقافة، الاسكندرية.1954، ص18 .

الدين إما في وقت واحد وإما على التعاقب،وبذلك يكون حق الدائن مضموناَ، فإذا عجز المدين عن الوفاء رجع الدائن على غيره من المسؤولين الآخرين، وهكذا يكون الدائن أكثر اطمئناناً إلى استيفاء حقه،لان تعدد المسؤولين عن هذا الحق يخفف من المخاطر التي يتعرض لها الدائن إذا ما انحصرت المسؤولية بمدين واحد فقط [1].

إن الحصول على تامين عيني في الوقت الحاضر يستلزم غالباَ بعض الشكليات الطويلة والمكلفة،كما أن التأمينات العينية تنقص من القدرة الائتمانية للمدين،بينما هذا الأخير في حاجة ماسة إلى الائتمان،في مقابل ذلك نجد أن التأمينات الشخصية سهلة ومرنة ويمكن الحصول عليها من المؤسسات المالية مثلا، وهذا أسهل إذا ما تعلق الأمر بمعاملات تجارية، ثم لسبب آخر نجد أن المؤسسات التجارية مثلا نادراَ ما تكون مالكة لعقارات وذلك لأسباب محاسبية وضرائبية، هذه المؤسسات يمكن أن تعطي ضماناً على المحل التجاري أو بعض عناصر الاستغلال والحقيقة أن مثل هذه الأموال ليس لها قيمة إلا بالاستغلال،فهي تعتمد على نشاط المدين نفسه مما يجعلها وسائل ضمان هشة[2].

لهذه الأسباب نجد أن الدائن يفضل الحصول على حقه في مواجهة شخص آخر غير المدين إي يفضل التامين الشخصي عن التامين العيني للأسباب السابقة أعلاه وهذا خاصة إذا ما تعلق الأمر بمعاملات تجارية، والتي تقتضي في بعض جوانبها السرعة والتبسيط مما يجعلها وسيلة ضمان أكثر حماية وكفاية له في مثل هذا النشاط.

---

[1]- القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، **التأمينات العينية**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان،2007 ص43 .

[2]- نبيل إبراهيم سعد، **نحو قانون خاص بالائتمان منشاة المعارف**، الاسكندرية، 1991، ص 158 .

لكن وما دام الأمر متعلق بالكفاية والحماية بين وسائل الضمان المعروضة من طرف المدين وباعتبار التأمينات الشخصية إحدى هذه الوسائل،فالبعض من الدائنين يقبل بها لاعتبارات تتوافق ومصالحهم الشخصية.

ومادام أيضا متعلق بنشاط يمس بالذمة المالية فان الأفراد في مثل هذا يضعون الحدود الأبعد للنتائج المترتبة على ذلك.إلا أن البعض الآخر يتحفظ في قبولها ويرى عدم كفايتها نظراً للحماية المحدودة التي توفرها له،وهذا راجع إلى أن المسؤولون عن الوفاء بحقهم قد يصابون بالإعسار جميعاً،فيتعذر عليهم الحصول على حقهم كاملا رغم تعدد صور هذه التأمينات ما بين تضامن المدينين المنصوص عليه في المادة217 قانون مدني ،والكفالة في المادة644 قانون مدني، هذه الأخيرة التي يقبل بها البعض من الدائنين إذا كانت صادرة عن مصرف أو عن شخص مشهود له بالملاءة والاستقامة،أما البعض الأخر من الدائنين فانه يذهب دونها إلى طلب التأمينات العينية،التي تقوم على تخصيص مال معين للوفاء بحق الدائن ويظل هذا المال مثقلا بالتامين حتى ولو انتقلت ملكيته إلى الغير،ذلك أن التامين يعطي صاحبه مُكنة حق تتبع المال المثقل به في يد مالكه الجديد والتنفيذ عليه لاستيفاء دينه من ثمنه،وهو في استيفائه لدينه هذا يكون مقدماً على غيره من الدائنين العاديين والدائنين أصحاب التأمينات التاليين له في المرتبة،وتتغير قيمة هذه الأموال–الأصول– باستمرار مع تغير وتحركات السوق،ولذلك فان حجم الضمان يجب أن يسوى بشكل متكرر لتوفير حماية كافية[1].

وهكذا يبدو في نظر بعض الدائنين أن التأمينات العينية أفضل من حيث الكفاية والوقاية من التأمينات الشخصية، إذ أن الضمان في التأمينات الشخصية يكون في الغالب بتعدد المدينين، وقد يصاب جميع هؤلاء بالإعسار فيستحيل

[1] – طارق عبد العال حمدان، **إدارة المخاطر**، الدار الجامعية، الاسكندرية، 2007 ، ص 210 .

على الدائن الحصول على حقه كاملا،أما في التأمينات العينية فحق الدائن مصون بالأموال المخصصة للوفاء به، وهذه الأموال تكون في الأصل كافية لسداد الدين، إلا إذا تلفت أو هبطت قيمتها الاقتصادية وهذا أمر قل أن يحدث وان حدث فيكون نتيجة اضطراب يصيب المجتمع في شتى فروع نشاطه[1]. وقديما قيل "الأشياء توفر الثقة أكثر من الرجال".[2]

فالتامين العيني إذا يحقق أمناً مزدوجاً للدائن،فهو يؤمنه ضد خطر إعسار المدين بما يوفره من حق في الأفضلية من جهة،كما يؤمنه ضد خطر تصرف المدين في أمواله بما يحققه من الحق في التتبع من جهة أخرى،أي حق على المال يسمح له بتجنب إخفائه قبل أن يصبح الدين مستحقاَ وهذا الحق يسمح له بتتبع المال في أي يد يكون ليمارس عليه حقه في الأولوية من ثمن هذا المال،علماً انه في الحقيقة أن حق الأولوية والتتبع لا تظهر جدواهما إلا إذا أمكن الاحتجاج بهما في مواجهة الغير وهذا أيضا لا يتم إلا عن طريق إجراءات الشهر والعلانية[3].

ولذلك فالدائن قد لا يجد غضاضة في ائتمان مدينه إذا قدم الأخير تأميناً عينياً كافياً يكفل الوفاء بالحق،بينما يتردد كثيراً في منح ائتمانه إذا اعتمد المدين على محض الضمان العام.

---

[1]– شمس الدين الوكيل، **نظرية التأمينات في القانون المدني الجديد**، ج 1، دار المعارف، الاسكندرية،1956، ص 41 .

[2]– يقول LOYSEL وهو من كبار شراح القانون المدني الفرنسي القديم: "أن الضامن يراوغ بينما المال المحمل بالضمان يدفع"، انظر عبد الفتاح عبد الباقي:". التأمينات"، مطبعة دار نشر الثقافة، الاسكندرية، 1948، ص 17 .

[3]– عبد الفتاح عبد الباقي، **التأمينات**، مطبعة دار نشر الثقافة، الإسكندرية، 1948، ص131. وانظر أيضا: هالدير اسعد احمد، **تتبع المنقول في القانون المدني،دراسة مقارنة**، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2009، ص102 -104 -193 -213 .

وترتيباً على ما سبق، انه إذا كان المشرع قد أحاط الدائن العادي بنوع من الحماية بإقراره نظام الضمان العام، وإعطائه من الوسائل ما يكفل المحافظة عليه،إلا انه مع ذلك لا يحقق للدائن الضمان الكافي لاستيفاء حقه،كما انه غالبا ما يعجز الدائن عن الحصول على تامين شخصي أو عيني ليسد هذا القصور،كل هذا أدى بالدائن إلى الالتجاء إلى الوسائل الاتفاقية- الاحتفاظ بالملكية،الشرط المانع من التصرف، وغيرها من صور الضمانات الاتفاقية المستحدثة-والتي لا يمكن حصرها في هذا المقام- لعله يحقق لنفسه نوعاً من الضمان الكافي.

**المبحث الثاني: كفاية الضمانات الاتفاقية**

أدى اتساع نطاق الروابط المالية المؤجلة إلى الإقبال المتزايد على التأمينات واستحداث صور جديدة للضمان لعلها تكون أكثر وقاية من الضمانات القانونية والتي لم تحقق الكفاية للدائن لا في ذاتها ولا من أخطار عدم السداد.

فقد تطورت المعاملات التجارية والمصرفية والمشروعات المشتركة وعجزت التأمينات التقليدية عن مواجهة تلك الحاجة نظراً لما تنطوي عليه من وقت ونفقات، أضف إلى ذلك أن بعض التأمينات مثل الرهن الحيازي، قد يؤدي إلى عرقلة تداول الأموال،بل ويصعب توفيرها في الكثير من الأحيان مما كشف العمل عن ظهور وسائل أخرى للضمان تختلف في قوتها ومداها بحسب حاجة الدائنين وقدرة المدينين ونوعية النشاط الاقتصادي وعما إذا تعلق الأمر بنشاط إنتاجي أم خدماتي.

ولعل من أهم تلك الصور الاتفاقية البديلة للصور التقليدية،الملكية كأداة للضمان(**المطلب الأول**)، الشرط المانع من التصرف كوسيلة للضمان (**المطلب الثاني**).

**المطلب الأول: الملكية كأداة للضمان**

تعزيزاً لمركزهم،لجا الدائنون إلى توظيف وسائل قانونية تقليدية خارج نطاق التأمينات وذلك حماية لأنفسهم من تصرفات المدين، فعادو للملكية كضمان،خاصة ما تحققه لهم هذه الضمانة من حماية حالة إعسار أو إفلاس المدين.وفي هذا المقام نجد أن التأمينات العينية قد مرت بمراحل ثلاث هي:التصرف الائتماني ثم الرهن الحيازي ثم الرهن الرسمي، وفي الوقت الحاضر يبدو أنها قد عادت إلى شكلها الابتدائي الملكية،فأصبحت الأخيرة توظف كأداة للضمان، وذلك إما بالاحتفاظ بها على سبيل الضمان أو نقلها لنفس الغرض والهدف.

**أ- الصورة الأولى:الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان.**

إن الصعوبات المرتبطة بالضمانات التقليدية أدت بالممارسات المالية بين الأفراد إلى ألكشف عن ضمانات أخرى،تتمثل أساساً في توظيف حق الملكية في مجال الضمان وذلك عن طريق شرط الاحتفاظ بالملكية.

إن استعمال حق الملكية كضمان كان موجوداً في القانون الروماني، حيث أن الراهن كان ينقل ملكية أمواله إلى الدائن الذي يلتزم بإرجاعها،وكانت هذه الوسيلة معروفة باسم-fiducie-إلا أن هذه التقنية لم تتجسد في القانون المدني القديم لأنها كانت لا تفيد بشي،لان الرهن الرسمي و الحيازي كانا يشكلان في ذلك الوقت-1804 – تأمينات فعالة وكافية للدائنين والمدينين[1]. ولكن بظهور أزمة التأمينات العينية والشخصية، فان الممارسات أدت بالرجوع إلى استعمال حق الملكية كضمان، فأصبح البائع مثلا يشترط الاحتفاظ بملكية المبيع إلى أن يقوم المشتري بالوفاء بالثمن، وهو ما يعرف بالبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية، والذي نص عليه المشرع في المادة363 قانون مدني، والتي تبين أن شرط الاحتفاظ بالملكية هو شرط يمليه البائع على المشتري في عقد البيع بالتقسيط ليعلق انتقال الملكية فيه على استيفاء كامل الثمن عند حلول الأجل المتفق عليه[2].

وعليه نلاحظ أن شرط الاحتفاظ بالملكية سببه تأجيل الوفاء بالثمن، إي أن آلية هذا الشرط تقتضي أن إتمام الوفاء بالثمن يستتبع نقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري، ويظهر هذا جلياً في تعاقدات البنك في مجال بيع السيارات بالتقسيط-سابقاً- حيث كان يحتفظ بملكية العين إلى أن يتم الوفاء بآخر قسط. ومنذ ذلك أصبح شرط الاحتفاظ بالملكية يشكل تعبيراً واضحاً عن الاتجاه نحو

---

[1] –Dominique, **LEGEAIS, sûretés et garantes du crédit** , Librairie générale de Droit et de jurisprudence, Paris 2006,p122 .

[2]- غناي زكية، **الأجل المقترن بعقد البيع في القانون المدني الجزائري**، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2001/2000، ص 68 .

توظيف الملكية كوسيلة للضمان، بالإضافة إلى مفهومها الأساسي كحق عيني أصلي.

وشرط الاحتفاظ بالملكية عموماً هو: عبارة عن بند أو شرط يرد في العقد بشكل صريح أو ضمني ينص على احتفاظ المالك –بائع الشيء –بملكيته للمال على الرغم من تسليمه للمشتري الذي يصبح حائزاً له، حتى يقوم هذا الأخير وخلال مدة متفقا عليها بالوفاء بكافة الأقساط[1]:

إن الهدف الذي يتوخاه الدائن من وراء إدراج هذا الشرط في العقد هو الحصول على اكبر قدراً ممكن من الحماية وتتجلى مظاهر هذه الحماية والفاعلية من خلال إمكانية البائع بان يطالب باسترداد الشيء المبيع باعتباره مالك له مما يجنبه مزاحمة باقي دائني المشتري له،هذا الأمر ممكن إلى حداً بعيد ولكن الإشكال الذي يثور وممكن أن يتفاجئ به البائع،هو انه في حالة إفلاس المشتري فان باقي الدائنين يأخذون بالوضع الظاهر،وهو أن المبيع يدخل في الضمان العام للمدين خاصة أن ما يؤيد هذا الموقف ويعززه هو حيازة المدين للشيء المبيع[2].

في الحقيقة أن فعالية هذا الشرط تظهر بشكل جلي ضمن أحكام عقد **الاعتماد الأيجاري**[3]، في مضمون المادة 22 من قانون الاعتماد الايجاري، وهو "عقد يعتمد على عملية الشراء من اجل التأجير،حيث لا يكون المشترى قادراً على شراء المبيع،فيلجا إلى الشركة المؤجرة التي تشترى المبيع باسمها وتؤجره له

---

[1]– حمد الله محمد حمد الله، **حماية بائع المنقولات المادية من خلال شرط الاحتفاظ بالملكية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 13.

– وانظر أيضا محمد حسين منصور، **شرط الاحتفاظ بالملكية**، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 13 و24 .

[2]– فتيحة قره، **النظرية القضائية المستحدثة للأوضاع الظاهرة**، منشاة المعارف، الإسكندرية، 1988، ص60.

[3]– الأمر رقم09/96 المؤرخ في10 جانفي1996 المتضمن الاعتماد الأيجاري.الجريدة الرسمية العدد03 المؤرخة11 يناير 1996 .

خلال مدة معينة يدفع المشتري فيها أقساط الأجرة للشركة المؤجرة،وعند حلول الأجل يختار المشتري إما شراء المبيع وتملكه،وإما طلب تجديد الإيجار،وإما إرجاع المبيع للشركة المؤجرة". وهكذا يتهرب البائع من أحكام عقد البيع بإبرام عقد الاعتماد الايجاري، لكن يؤخذ على هذا العقد انه لا يتناول إلا المبيعات التي تخصص للاستعمال المهني كالوسائل المستعملة في ميدان الطب وجراحة الأسنان والهندسة المعمارية، ولهذا وبما أن عقد الاعتماد الايجاري هو عملية تجارية فلا يمكن للبائع غير التاجر أن يبرمه، فليس بإمكان كل بائع إبرام هذا العقد، ومن ثم يبقى شرط الاحتفاظ بالملكية هو الضمان الأكثر فعالية وفي متناول أكثر المتعاملين[1].

وضمن أحكام **البيع الأيجاري**[2]، ويتضح أن احتفاظ المؤجر بملكية الأصل يشكل ضماناً فعالا في مواجهة الإجراءات الجماعية المتخذة من طرف دائني المستأجر في إطار الإفلاس والتسوية القضائية،حيث أن العين المؤجرة لا تخضع لأية متابعة.

لكن وما تجدر الإشارة إليه أن تطبيق هذه القاعدة يبقى مقتصراً من حيث مجال التطبيق على عقد الاعتماد الأيجاري، مما يضع المشرع موضع المقصر نظير ما ذهب إليه نظيره الفرنسي في هذا المجال من تعميم هذه القاعدة حتى يجعل من هذا الشرط ضماناً فعالاً وكافياً.

**ب-الصورة الثانية:نقل الملكية على سبيل الضمان.**

---

[1]- غناي زكية، **الأجل المقترن بعقد البيع في القانون المدني الجزائري**، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2001/2000، ص76 .

[2]- المرسوم التنفيذي رقم35/97 المؤرخ في14 يناير1997 المحدد لشروط وكيفيات بيع الأملاك ذات الاستعمال السكني وإيجارها وبيعها بالإيجار...

ظهر هذا النوع من التصرفات في القانون الروماني كأول صورة للتأمينات العينية، جاءت لتلبية طلب المدين للدين وتعزز ائتمان الدائن لدينه، ومؤدى هذا الاتفاق هو قيام المدين بنقل ملكية الشيء إلى الدائن مع التزام الدائن بمقتضى الاتفاق الائتماني بإعادة نقله للمدين مرة أخرى عند وفائه بالدين المضمون. صور هذا الاتفاق تتجلى في بيع الوفاء،وفي صورة التصرف الائتماني.

يمكن تعريف بيع الوفاء بأنه:" عقد بمقتضاه يحتفظ البائع لنفسه بحق استرداد الشيء في مقابل رد الثمن الأصلي والمصروفات خلال مدة معينة"[1].

وبيع الوفاء يعد وسيلة من وسائل الضمان التي تعتمد على نقل الملكية على سبيل الضمان، فالمالك يتجرد عن ملكه لدائنه،فيتملك الدائن المبيع تحت شرط فاسخ،هو أن يرد البائع الثمن والمصروفات للدائن فينفسخ العقد ويعود المبيع إلى ملك البائع بأثر رجعي.ويعتبر بيع الوفاء في البلدان التي تجيزه – خلافا للمشرع الجزائري الذي يبطله بنص المادة396 قانون مدني– وسيلة من وسائل منح الثقة والأجل للمدين ،فالمقترض ينقل إلى المقرض ملكية مال يخصه(عقار أو منقول) على سبيل الضمان، ففي الحقيقة الثمن المتفق عليه ليس إلا إقراضاً إذا رد البائع المقترض القرض. والفائدة المباشرة لبيع الوفاء أن يكون الدائن متجنب مخاطر إعسار أو إفلاس المدين،وذلك لان ملكية المال الذي يعادل ثمنه قيمة الدين قد انتقلت إليه وبالتالي لا يتعرض لمزاحمة دائني المدين، علاوة على أن بيع الوفاء يجنب المشتري طول وتعقيد الإجراءات التي يتعرض لها الدائن المرتهن عند مباشرة حقه في الأولوية أو التتبع، كما يحقق فائدة أخرى الدائن، إذ قد يقصد من وراء بيع الوفاء التخلص من بطلان شرط امتلاك المال المرهون عند عدم وفاء المدين بالدين[2]، وبذلك ييسر بيع الوفاء للمتعاقدين وسيلة سهلة

[1] – نبيل إبراهيم سعد، **الملكية كوسيلة للضمان**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص 109 .

[2] – نبيل إبراهيم سعد، نفس المرجع، ص 114 .

للتحايل على أحكام القانون التي تحظر تملك المال المرهون عند عدم الوفاء(المادة 903 قانون مدني).

والى جانب بيع الوفاء كصورة من صور نقل الملكية على سبيل الضمان،هناك صور أخرى لذلك،منها **التصرف الائتماني**.

ظهرت إلى الوجود اثر تعرض التأمينات العينية لعدة أزمات فقدِمت كآلية جديدة لمواجهة الحاجة إلى ضمان أقوى لا يعرض صاحبه لذات المخاطر التي تواجه صاحب التامين العيني وفي هذا الصدد كتب الأستاذ-ANCEL-عن التأمينات المثالية فقال"التامين الجيد لا يجب أن يكون كذلك من جهة الدائن فحسب وإنما يتعين عليه أن يحقق ذات القبول لدى المدينين ولا يعرض مصالح الغير للخطر"[1].

وبالرجوع للضمانات التي يمكن أن تقدمها فكرة **التصرف الائتماني** نجد أن-الفيدوسية- Fiducia بالمقارنة للتأمينات الكلاسيكية تمتاز بالبساطة،وهي سمة متأتية من الطابع ألاتفاقي أو التعاقدي الذي يغلب على التصرف الائتماني،الذي استخدم ليؤدي الأغراض التي تقوم بها الوديعة والعارية في القوانين الحديثة.

وفي هذه الحقيقة نجد أن التجاذب الذي يحصل بين الدائنين، هو على من يحوز أفضل تامين يجعله في مصاف المركز

المتميز،حينها يستطيع الانفلات وتجاوز قاعدة المساواة بين الدائنين،لتجيء بعد ذلك عملية الموازنة والمفاضلة بين تلك الضمانات[2]،لنصل إلى منّ مِن الدائنين يكون له الحق في الأولوية حين المزاحمة.

---

[1] -P. ANCEL « **Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés** ».cah. dr. ent. N°5.1989 p3 .

[2] -Emmanuel CORDELIER à propos de l'article 2037 du code civil.

ثم ما من شك في أن التصرف الائتماني على سبيل الضمان القائم على نقل الملكية عزز من قدرة طالبي التمويل ويسر عملية الإقراض، سواء كانت للمؤسسات أو الأفراد،حتى وان كانت عملية نقل المال إلى المتصرف إليه تمثل بعض الخطر بالنسبة للمدين،لكنها بالطبع تمثل افتقاد مؤقت للمال إلى غاية السداد،ذلك أن نقل ملكية الشيء إلى المتصرف إليه في التصرف الائتماني ليست مقصودة في ذاتها،وإنما لتحقيق غاية أخرى وهي الضمان خاصة لما نعلم خاصية التبعية التي تميز عملية التنازل،فهي غير مقصودة لذاتها وإنما تستهدف الضمان وتتبني على التزام خاص يقع على عاتق المتصرف إليه تمثل بالرد، وإلا تعرض للمساءلة[1].

فمصدر قوة التصرف الائتماني تكمن في أن الدائن لم يعد يخشى أي شيء على حقه، ولكن أصبح المدين هو الذي يخشى عدم استطاعته استرداد الشيء محل التصرف الائتماني،وفي حالة إفلاس المدين فان الدائن لا يخشى شيئاً،حيث أن الشيء محل التصرف الائتماني قد انتقلت إليه ملكيته ولم يعد يدخل في الضمان العام للمدين وبالتالي لا يتعرض الدائن لأي مزاحمة من احد، فالملكية هنا تمثل ضماناً قوياً ضد مخاطر إعسار أو إفلاس المدين[2].

إن صدور قانون 25 يناير 1985 الخاص بالتقويم والتصفية القضائية للمؤسسات الاقتصادية في حالة التعثر المالي،جعل التأمينات العينية الكلاسيكية تفقد بريقها في فرنسا،وباتت محل مطاردة من قبل ضمانات بدائية بثوب جديد، من أمثلتها التصرف الائتماني،هذا الأخير ظهر في فرنسا في نطاق المعاملات المصرفية خاصة عندما يكون محل الضمان حقاً من الحقوق الشخصية،ويرجع تطور التصرف الائتماني في هذا المجال إلى التعقيدات وعدم الفعالية للرهن الحيازي للديون،حيث أن هذا الرهن يستلزم العديد من الشكليات حتى ينفذ في حق

[1]- نبيل إبراهيم سعد، **الملكية كوسيلة للضمان**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص 120 .

[2]- نبيل إبراهيم سعد، **الضمانات غير المسماة منشاة**، المعارف الإسكندرية، (دون تاريخ)، ص282 .

الغير،كما أن المشرع الفرنسي لم يجد بداً من الاستفادة من أحكام بعض صور التصرف الائتماني غير المسماة كالتنازل الائتماني والذي يعطي الدائن حق الملكية على الدين محل الضمان المعمول بها في فرنسا قبل صدور قانون2007 في المجال المصرفي والبنكي والشركات،وبالتالي فانه لا يتعرض لمخاطر إفلاس المدين كما أن تنفيذ هذا الضمان يجنبه التعقيدات التي يصادفها بصدد الرهن الحيازي[1].

إن محصلة ما تم بسطه من أفكار حول التصرف الائتماني على نحو ما هو معمول به في القانون الفرنسي،تنتهي بنا إلى القول أن هذه الصيغة تمثل استحضاراً لبعض أحكام الفيدوسية الرومانية،وفي الآن نفسه استعارة ذكية من آليات التراست " le trust " في النظم الانجلوساكسونية،مما جعل انتشارها واللجوء إليها محدود،والأفراد يفضلون في تعاملاتهم تضمينها شروط لعلها تحقق لهم حماية أكثر.

**المطلب الثاني: الشرط المانع من التصرف كوسيلة للضمان**

عادة ما يلزم الدائن مدينه بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل وذلك بهدف تعزيز الضمان أو تفادي التصرفات التي قد تزعزع المركز المالي للمدين،ولعل ابرز صورة لتلك الالتزامات والتي جاءت مسايرة لمقتضيات الائتمان التجاري تمثلت في انه: قد يشترط المتصرف على المتصرف إليه عدم التصرف في الشيء مدة زمنية وذلك لهدف مشروع،كان يشترط البائع عدم تصرف المشتري في المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن،حيث لا شك في مشروعية الباعث الممثل في ضمان استيفاء الثمن وحث المشتري على الوفاء به،ومن شان ذلك ضمان فعالية حق البائع في طلب الفسخ واسترداد المبيع في حالة التخلف عن الوفاء بالثمن،وهذا ما يعرف بالشرط المانع من التصرف،وهو قيد اتفاقي يرد على حق

[1]– نبيل إبراهيم سعد، **الضمانات غير المسماة**، مرجع سابق، ص273 .

الملكية،أوردته اغلب التقنينات الحديثة،بالمقابل من ذلك فان القانون المدني الجزائري اغفل التعرض لهذا الشرط متأثرا في ذلك بالقانون المدني الفرنسي القديم الذي ورد بدوره خالياً منه.

غير أن القضاء الفرنسي متأثراً بتطور الظروف ومستجيباً للحاجات العملية قد انتهى في النصف الثاني من القرن الماضي إلى قبول هذا الشرط بعد أن كان يرفضه، وأشترط لصحته أن يكون الباعث مشروعاً ولمدة معقولة[1].

أما المشرع المصري فأمام استقرار القضاء على إجازة الشرط المانع من التصرف فلم يكن له سوى الاستجابة لهذا الاستقرار القضائي وتقنين ما جرى عليه القضاء ،فنظم أحكام الشرط المانع من التصرف ضمن المادتين 823 –824 على التوالي من القانون المدني المصري، إذ نصت المادة 823 "إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف في مال فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ومقصورا على مدة معقولة ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير"

أما المادة 824 من ذات القانون والتي حدد فيها المشرع المصري جزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف فقضت بأنه "إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقا لأحكام المادة السابقة فكل تصرف مخالف له يقع باطلا"[2].

---

[1]– علي علي سليمان، **ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986، ص 36.

–وانظر أيضا:محمد وحيد الدين سوار، **حق الملكية في ذاته في القانون المدني الأردني**، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الاردن،1993، ص96 .

[2]– اشرف جابر سيد، **مدى الاحتجاج بالشرط المانع من التصرف في مواجهة دائني المتصرف**، دار النهضة العربية، بيروت، 2006، ص 19.

يستخلص من هذه المواد انه لصحة هذا الشرط لابد من توافر شروط أهمها:

-أن يرد في عقد أو وصية.

-أن يكون الباعث على اشتراطه مشروعا.

-أن تكون مدة المنع معقولة وليست أبدية.

إن خلو التقنين المدني الجزائري من نصوص مماثلة لا يعني على حد تعبير الأستاذ **علي علي سليمان** حرمان المتعاقدين من إمكانية إدراج هذا الشرط والدليل على ذلك أن المرسوم الصادر بتاريخ1976/04/13 المتعلق بتأسيس السجل العقاري[1]، قد ذكر شرط عدم جواز التصرف في المادة 87، وعليه فلا مانع من إدراج هذا الشرط.

إن هذا الشرط يمكن أن يلعب دوراً هاماً في حفظ وضمان حق البائع في الثمن في البيع المؤجل الثمن نظراً لان يد المشتري تظل مغلولة عن التصرف في العين حتى يتم الوفاء بكل الثمن،أي أن المشتري يفقد مؤقتاً أهم عنصر من عناصر حق الملكية، وهو حق التصرف ويؤدي ذلك إلى حث المشتري على الوفاء بالثمن كي يتمكن من ممارسة مكنات حق الملكية كاملة.

هذا وان هذا الشرط لا يمنع وجوده في العقد المتعاقد من طلب فسخ هذا العقد استناداً إلى الأحكام العامة المقررة للفسخ في العقود الملزمة للجانبين،ومع ذلك يعاب عليه انه لا يقدم ضمانات عينية أو شخصية مباشرة للبائع تضمن له استيفاء حقه في الثمن فهو يظل مهدداً بمخاطر إعسار المشتري ومزاحمة باقي الدائنين في حالة التنفيذ على أمواله بصفة عامة وعلى ثمن المبيع بصفة خاصة إلا إذا تمسك بحق امتيازه كبائع على هذا الثمن مما يبرز ضعف هذا الضمان.

---

[1]- المرسوم رقم63/76 المؤرخ في1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري،المعدل والمتمم.الجريدة الرسمية،العدد30 المؤرخة في 1976/04/13 .

**المبحث الثالث: وسائل تعزيز الضمان**

من منطلق مبدأ سلطان الإرادة فان تعزيز الائتمان وتقويته لا يقف عند حد البحث فقط عن وسيلة للضمان، وإنما ينبغي أن يسبق ذلك إيجاد الوسائل القانونية والفنية التي تعمل على كفالة احترام تنفيذ الالتزامات الناشئة عن روابط الالتزام المؤجلة[1].

ففي ظل روابط الالتزام،وخاصة المؤجلة منها نجد أن الدائنين،وفي ظل الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية القائمة يضعون الكثير من وسائل الحيطة والحذر مما قد يصدر من الشخص المدين في هذه الروابط،ومما لم يفصح عنه عند إبرامها،لذا يلجؤن وفي حالات جانبت الحصر إلى طلب ضمانات إضافية تعزيزاً لعناصر الثقة التي فقدت وكان يفترض وجودها.

ذلك أن الضمانات تطلب في الغالب الأعم تعزيزاً لعنصر الثقة في المدين وليس تعويضاً عنها، وحصول الدائن على ضمانات لا يعني عدم الثقة في المدين،لان عدم الثقة مبرراً كافياً لرفض الاستجابة لطلب المدين نهائياً.هذا على صعيد الدائن، أما على صعيد المدين فان تقديم الضمانات في مثل هذه الروابط قد يعبر عن عنصر الإغراء الضمني من جانبه للدائن مما يشعر هذا الأخير بالطمأنينة ،كما أن تقديم الضمانات أيضا تترجم حسن نية المدين وثقته بأنه قادر على الوفاء بالتزاماته بالكم والوقت المحددين في الاتفاق[2].

إلا أن الأمر وعلى صعيد الضمانات ذاتها وبغض النظر عن الشكل القائمة فيه – قانونية أو اتفاقية – يطرح إشكال حول المخاطر المحيطة بها والتي يمكن أن تؤدي بها في النهاية إلى فقد قيمتها،ولأجل التخفيف والتقليل من قدر هذه

---

[1]– صلاح إبراهيم شحاتة، ضوابط **منح الائتمان المصرفي من منظور قانوني ومصرفي**، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة 2009، ص 07 .

[2] – ماهر حسن حمد المحروق، **ضمان القروض وأثره في تمويل الصناعات الصغيرة والمتوسطة في الأردن**"، رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية، 1999، ص 32.

المخاطر يلجا الدائنين إلى طلب ضمانات إضافية تعزيزاً للضمانات المقدمة،صور هذه الوسائل قد يكون بتأمين الضمانة ذاتها(**المطلب الأول**) وهذا عادة ما يكثر في تعاملات البنوك مع عملائها،وقد يأخذ صورة مباشرة إجراءات وتحريات متابعة معينة للضمانة عينها(**المطلب الثاني**) للتأكد من قيمتها ووجودها وبقائها.

**المطلب الأول: التامين كوسيلة لتعزيز الضمان**

نظرا لعجز الضمان العام ووسائله عن حماية ائتمان الدائن،كانت الحاجة ماسة إلى وسيلة أخرى تؤمن الدائن من خطر إعسار المدين وتحميه من غشه وإهماله.في البداية وجدت هذه الوسيلة في نظم التأمينات العينية والشخصية،إلا أن الواقع ابرز عجز هذه الوسائل بدورها، ما دفع الأمر إلى البحث عن وسائل أنجع،من بين هذه الوسائل الحديثة نسبياً ما يسمى بالتامين،حيث يقوم المدين بالتامين على العين المثقلة بالتامين العيني،وان حق الدائن في هذه الصورة يتعلق بمبلغ التامين أو التعويض في حالة هلاك تلك العين،كما أن التامين أيضاَ يقوي المال الذي يقدمه المدين للدائن كضمان لما يحصل عليه من ائتمان،ذلك أن الممارسات العملية كثيرا ما تكشف عن أن الدائن يشترط التامين على الشيء المرهون كي يستطيع أن يستوفي حقه من مبلغ التامين في حالة تعرض المال للخطر،ومن ثم فان التامين على المال الضامن للدين كثيرا ما يكون وسيلة أو شرط للحصول على الائتمان[1].

وإذا كانت هذه الوسيلة تظهر أنها أكثر فاعلية من حيث الضمان إذ لا يوجد حجز عقاري ولا بيع بالمزاد العلني،وتتميز بالتسوية السريعة بفضل الدعوى المباشرة للدائن في مواجهة شركة التامين ومن حيث المبدأ موسرة،لكن يعاب

[1]– شراين حمزة، **الملكية كوسيلة لدعم الائتمان**، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2011، ص 74.

عليها أنها أكثر كلفة،بل أن هناك من يعتبر أن هذا الضمان يعتبر شكلا خاصاً من الكفالة وبالتالي فان مخاطر إعسار الكفيل تظل قائمة أي إفلاس شركة التامين،والدليل على صحة هذا الرأي أن شركات التامين العاملة في هذا المجال تقوم غالبا بفرض إعادة التامين على عميلها وذلك خشية من وقوعها هي الأخرى في حالة إعسار أو إفلاس مما يبرر عجز هذا الضمان.

في الحقيقة أن خلو المنظومة القانونية من نص قانوني خاص بالتامين على الدين أو التامين على القرض على المستوى الداخلي،يؤدي حتماً إلى عدم بلوغ الغاية المنشودة من هذا الضمان مما يبرز عجزه عن عدم حماية حقوق الدائن،وتغطية القصور الذي يكتنف الضمانات السابقة.

والى جانب ما سبقت الإشارة إليه أعلاه، فيما يتعلق بتامين الدين وتعزيز مركز الدائن،يمكن للمدين تقديم صورة أخرى للتامين،كأن يؤمن على حياته لصالح الدائن الذي يتمكن من استيفاء دينه من مبلغ التامين إذا توفى قبل تاريخ الاستحقاق، أو كأن يقوم برهن وثيقة التامين على حياته لضمان حصوله على قرض، بل قد يلجا المدين عند حاجته إلى الاقتراض إلى التامين على حياته ليقوم في الأخير برهن وثيقة التامين إلى دائنه الذي يستطيع استيفاء حقه منها إذا توفى مدينه قبل تمام الوفاء،وطبعاً يختلف رهن وثيقة التامين عن التامين لمصلحة الدائن، فالرهن يتمثل في إنشاء حق عيني تبعي للدائن على حق المستأمن المدين في مبلغ التامين،أما الثاني فهو تامين المقترض على حياته لمصلحة الدائن مباشرة[1].

ولكن رغم فاعلية هذه الوسيلة في تعزيز الضمان إلا أنها تبقى غير مشروطة من طرف بعض الدائنين وغير ذات أهمية في حالة كفاية الضمان المقدم (عيني، شخصي)، والمعزز ضمنياً بالضمانة الشخصية(العنصر الأخلاقي)، وقد

[1]- محمد حسين منصور، **النظرية العامة للائتمان**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2001، ص 21.

يشترطها بعض الدائنين إلى جانب وسائل الضمان الأخرى،لا لعدم كفايتها، ولكن لتعزز فرص الوفاء بالالتزام وتقي في النهاية مخاطر عدم السداد المحتملة، لان منذ البداية المؤمن لا يهدف إلى مساعدة المدين، بل الدائن لأنه هو الذي يبرم التامين ويؤمن نفسه ضد مخاطر تخلف المدين، بخلاف المدين فهو لا يستطيع التامين لصالح نفسه من خطر عدم الوفاء، لان هذا التخلف من جانبه لا يصلح أن يكون محلا للتامين بوصفه فعلا إراديا اختياريا من جانبه[1].

**المطلب الثاني: التحقيق والمتابعة كآلية لتعزيز الضمان**

يحاول الدائن عن طريق الاتفاق وتطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين أن يرتب لنفسه حق الاطلاع على ذمة مدينه،وحق رقابة التنفيذ المنتظم لالتزاماته، وقد يستعين الدائن بالمتخصصين في البحث والتحري لتزويده بالمعلومات اللازمة لذلك.ولاشك أن تدخل الدائن في شؤون مدينه له ما يبرره،رغم ما يثيره من تحفظات، وهو يعد من الوسائل غير المباشرة أو الإضافية في ظل تطور نظم المعلوماتية،إلا انه يمكن اتخاذ بعض الإجراءات التحفظية التي تهدف إلى تجنب اختفاء أموال المدين[2].

ففي الواقع أن الشخص الذي يريد أن يقف على المركز المالي للمدين،ينبغي عليه أن يستمد معلوماته من مصادر متنوعة، ذلك أن الوقوف عند حد البيانات المقدمة من طرف المدين قد يحمل الكثير من الشكوك والغموض،نظرا للتغير العنيف الحاصل على جميع المستويات.ونظرا لتغير نية الأشخاص وتأرجحها من حسن النية عند إبرام التصرف إلى سوئها عند التنفيذ.لأجل ذلك كله يلجا الدائن إلى حماية حقوقه بتجاوز حد البيانات المقدمة إلى طلب مباشرة كتابة

---

[1]- علي جمال الدين عوض، **عمليات البنوك من الوجهة القانونية**، دار النهضة العربية، القاهرة 1981 ص 478 -479 .

[2]- هالديز اسعد احمد، **تتبع المنقول في القانون المدني**، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2009، ص 211 .

التصرف حماية له مما قد يعتري حالة المدين من ظروف قهرية على المستوى الشخصي تؤثر في النهاية على مقدرته لتنفيذ التزاماته[1].

فعن طريق تحرير التصرف في سند مكتوب لا يخشى عليه من تغير الظروف، كما يسهل إثبات وجوده وتحديد التزامات أطرافه وحقوقهم،وبطبيعة الحال فانه لا يخفى على احد ما للشكل الكتابي من أهمية في هذا المقام،فالدائن يطمئن أكثر لاستيفاء حقه متى كان لديه سند مكتوب بهذا الدين،فلا يخشى من المنازعة حول وجوده أو نسيانه أو حتى بجحود المدين ونكوله عن الوفاء، ويكون في مركز أكثر قوة متى كان لديه سند رسمي حيث يستطيع التنفيذ به دون حاجة لاستصدار حكم قضائي، إلى جانب المزية التي تحققها الأوراق التجارية في مجال الالتزامات المؤجلة،حيث تعتبر أدوات ممتازة لتحقيق هذا الغرض،فالشكلية المبسطة التي تتميز بها هذه الأوراق(السفتجة، السند لأمر، الشيك) جعلتها سهلة لإنشائها وسريعة التداول ملبية بذلك حاجات التجار ورغباتهم في تنمية تجارتهم بأقصى سرعة ممكنة،كما أن صفة التجريد التي تتصف بها الأوراق التجارية (تجريدها من الدفوع) تعد دعامة بالغة الأهمية في مثل هذه الروابط وإحدى الميزات الأساسية التي بلغتها الأوراق التجارية في تطورها وتحسين مفعولها وفعاليتها مقدمة بهذا أقوى ضمان للدائن في استيفاء حقه[2].

إن الدور الذي يؤديه الشكل في مجال روابط الالتزام المؤجلة غير خاف، ولا أدل على ذلك من لجوء التجار إلى استعمالهم للمحررات الكتابية في معاملاتهم،لاسيما إذا تعلق الأمر بالتزامات مؤجلة حتى ولو أن القانون لم يشترط فيها شكلا كتابيا.

---

[1]– احمد غنيم، **صناعة قرارات الائتمان والتمويل في إطار الإستراتيجية الشاملة للبنك**، بور سعيد، مصر، 2002، ص 198 .

[2] – زواوى محمود، **الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري دراسة مقارنة**، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر(دون تاريخ )، ص29 .

الإجراءات السابقة وجدت بالاتفاق تعزيزاً لحقوق الدائن من المخاطر التي قد تصيب العنصر الشخصي في الضمان أو ما يعرف بالعنصر الأخلاقي.أما ما يتعلق بالمخاطر التي يمكن أن تصيب الضمان العيني،فإن إجراء المتابعة المستمرة لهذا الضمان والمترتب بالاتفاق عليه في العقد قد يخفف من المخاطر المترتبة عن ذلك :

كمخاطر المغالاة في تقييم قيمتها السوقية، أو مخاطر التغير في القيمة السوقية نتيجة لظروف السوق،أو مخاطر التلف ،أو مخاطر التقادم الفني ،وذلك يحصل عندما تتعرض بعض الأموال العينية المقدمة كضمان إلى ظهور منتجات مستحدثة في السوق أو مبتكرات تكنولوجية تخلق أنماط جديدة لدى المستهلك في السوق،ويحدث تحول في الطلب عن السلع المخزنة كضمان إلى السلع الجديدة،والتي توفر استخدامات بديلة وجودة أعلى،في مثل هذه الحالات تصبح البضائع الموجودة بالمخازن كضمان بلا قيمة حقيقية،ويصعب سداد قيمة الدين الممنوح بضمان هذه الضائع لفقد خاصية التسييل الذاتي لها،ومن ثم لم تعد مصدراً للسداد[1].

وقد يواكب ذلك عدم قدرة المدين أو عدم التزامه بتغطية قيمة التراجع في الضمانات من موارده الذاتية.

وبناء على الاعتبارات السابقة، إن تراءى للدائن خلال متابعة الضمان المقدم وأثناء فترة تنفيذ الالتزام أن الضمان تحيط به مخاطر ما لا يمكن التحكم فيها أو التنبؤ بشأنها، قد يلجا إلى الوسيلة السابقة وهي طلب تأمينه تعزيزاً لفرص الوفاء بالالتزام.

[1] – احمد غنيم، **صناعة قرارات الائتمان والتمويل في إطار الإستراتيجية الشاملة للبنك**، بور سعيد مصر، 2002، ص 70 .

**الخاتمة:**

لا ائتمان بلا خطر،فمن يأتمن يتعرض لمخاطر عدم السداد مهما قويت الضمانات وعظمت أسباب الثقة،ولكن نسبة الخطر هي التي تزيد أو تقل بضعف أو قوة الضمانات،فالخطر احتمال قائم في جميع الحالات،وهو متنوع،لا يتعلق بأمانة المدين أو قدرته فحسب،وإنما بظروف أخرى كثيرة تحدث أو لا تحدث خلال الوفاء بالتزاماته،وهي ظروف تتعلق بشخص المدين، وظروف عامة خارجة عن مشيئته، وقرار الدائن في مثل هذه الظروف وهذه الروابط تشوبه ظروف عدم التأكد، لأنه يتعامل مع المستقبل، لذلك فهو يحمل درجة من المخاطر المحسوبة في ظل الظروف العادية، ولكن قد تتعاظم درجة المخاطر مع مضي الوقت إذا تدخلت عناصر ومتغيرات لم تكن متوقعة، لذا تلعب الضمانات دوراً حيوياً في مثل هذه الحالات كمصدر ثانوي للسداد لمواجهة تلك الظروف وتخفيف حدة هذه المخاطر الناتجة عن البعد الزمني للوفاء بالالتزامات. وتتوقف قدرة الضمانات على تخفيف المخاطر على عدة عوامل أهمها، التقييم السليم لتلك الضمانات، ومدى جودتها والقدرة على تسييلها في الأجل القصير، الإضافة إلى توافر السند القانوني للدائن في هذا التسييل لتجنب المخاطر القانونية.ويبدأ مفهوم الضمانات لدى الدائن لا من قدرته على الالتجاء أو التنفيذ بالحجز على أموال المدين أو غيره أو لتحسين أوضاع المخاطر المحيطة بالعملية المؤجلة وتوفير الحماية ضد المخاطر الأخرى المحتملة،ولكن الضمانة في مثل هذه الظروف تعتبر وسيلة تبعث على الاطمئنان لدى الدائن بوجود هذا المصدر القانوني للسداد يستطيع من خلاله استيفاء ديونه،مما يحقق بالتبعية الحماية من الأخطار التي تهدد أمنه الاقتصادي (وهو المفهوم الاجتماعي للضمانات)،وعند استخدام الضمان تصبح المخاطرة ذات شقين:

أولا: يوجد عدم تأكد فيما يتعلق بالقدرة على الوصول للضمان والتصرف فيه والتكاليف المطلوبة لبيعه.

ثانيا: يوجد عدم تأكد فيما يتعلق بقيمته،والتي تتوقف على السوق الثانوية وطبيعة الضمان.

لأجل ذلك الدائنين أصبحوا في بحث مستمر على المزيد من الضمانات التي تحقق الحماية والكفاية، بل أن البعض منهم يشترط عدة وسائل ضمان بمناسبة رابطة التزام واحدة.إلا انه ليس من السهل الحصول في كل مرة على تلك الضمانات ما دام الأمر كشف عن عدم كفاية وجدوى الضمان الشخصي،ونقصد بالأخير عدم الثقة الكافية في المدين وانعدام العنصر الأخلاقي نتيجة تأرجح– في الغالب– مبدأ حسن نيته عند نشوء الالتزام إلي سوء نيته عند تنفيذه.مما يستتبع في الأساس أن على الدائن والمدين أن يأخذوا في الحسبان انه رغم وسائل الضمان التي يعرضها المدين ورغم وسائل التعزيز المقررة بشأنها،سواء بطلب من الدائن أو إغراء منه للدائن للحصول على الثقة والأجل،فان قيمة هذا الطلب وذلك العرض تكمن فيما يتمتع به الطرفان من قوة الضمير الخلقي في شان تنفيذ التزاماتهم التعاقدية والحرص على تحقيق مصالحهم المتبادلة،لان الأمر في النهاية لا يتعلق بكفاية وسيلة ضمان دون أخرى بقدر ما يتعلق بنزاهة شخص المتعاقد معه في الحرص على التنفيذ دون الكشف عن مدى كفاية وسيلة الضمان أو عدم قدرتها في توفير الوقاية على الأقل من المدين نفسه قبل إثبات فشلها عند عدم التنفيذ !!!.

وكنتيجة يجب أن لا يعتمد الدائن اعتماداً رئيسياً على الضمانات مهما كان شكلها، فالضمان الحسن للدائن لضمان قيام المدين بالوفاء بالتزاماته في المواعيد المقررة، هو الدراسة الجيدة للمدين، والضمانات ما هي إلا مكمل لهذه الدراسة بهدف التعرف على مقدرته ورغبته في التنفيذ في المواعيد المحددة، لأنه بالنتيجة قيمة الضمانات المطلوبة، أمر نسبي إلى حد بعيد، خاصة فيما يتعلق ببعض أنواع الضمانات، فالضمان المطلوب في الوقت الراهن قد تكون قيمته في المستقبل مختلفة تماماً عن قيمته الآن،فاحتمال أن يفقد هذا الضمان

جزء من قيمته أمر وارد جداً،ولهذه الاعتبارات يعتبر تحديد قيمة الضمانات أمر هام ونسبي في ذات الوقت، فهو أمر هام لأنه يضع الدائن في مأمن ضد الأخطار المحتملة،وهو أمر نسبي لان هذه القيمة من المحتمل أن تعتريها بعض التغيرات في المستقبل.والتي تؤكد على حقيقة عدم جدوى الضمانات منفردة كأساس جوهري ووحيد لمنح الثقة في المدين.

ولأجل تفادي الأخطار السابقة المحيطة بالضمانات، وتعزيزاً لحقوق الدائنين نقترح:

- تجريم الإعسار بالتقصير أو التدليس،وهذا قياساً على تجريم الإفلاس بالتقصير في ظل تنامي ظاهرة الاحتيال وعزوف المدينين عن الاستجابة لعنصر المسؤولية لاسيما مع إلغاء الإكراه البدني.
- تعديل نص المادة372 من قانون العقوبات المتعلقة بالنصب،لتشمل كل من يرتكب أفعال عمدية لإخفاء أمواله وتهريبها بنية الإضرار بمستحقيها.
- إلغاء الفقرة الثالثة من المادة374 من قانون العقوبات، نظرا لإقبال الأفراد وبكثرة على التعامل بالشيكات وتمكينهم من الحماية الجزائية المقررة له حال استعماله كضمان.
- تشجيع شرط الاحتفاظ بالملكية، لما له من مزايا كبيرة خاصة في مجال دعم مشاريع الشباب والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

## قائمة المراجع

### التشريعات:

1- الأمر رقم 58/75 مؤرخ في 20 رمضان1395 الموافق26 سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

2- الأمر رقم09/96 المؤرخ في10 جانفي1996 المتضمن الاعتماد الأيجاري.الجريدة الرسمية العدد03 المؤرخة11 يناير1996 .

3- المرسوم رقم63/76 المؤرخ في1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية، العدد30 المؤرخة في 1976/04/13.

4- المرسوم التنفيذي رقم35/97 المؤرخ في14 يناير1997 المحدد لشروط وكيفيات بيع الأملاك ذات الاستعمال السكني وإيجارها وبيعها بالإيجار...

5- المرسوم التشريعي رقم08/93 مؤرخ في 03 ذي القعدة 1413 الموافق 25 ابريل 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري

### المؤلفات العربية:

### الكتب:

1. اشرف جابر سيد:"مدى الاحتجاج بالشرط المانع من التصرف في مواجهة دائني المتصرف".دار النهضة العربية،بيروت2006 .
2. احمد غنيم:"صناعة قرارات الائتمان والتمويل في إطار الإستراتيجية الشاملة للبنك".بور سعيد،مصر2002 .
3. السيد عيد نايل:"أحكام الضمان العيني والشخصي".مطبعة جامعة الملك سعود،المملكة العربية السعودية 1993 .
4. توفيق حسن فرج،مصطفى الجمال:"مصادر وإحكام الالتزام".دراسة مقارنة، ط1 منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت لبنان2008 .
5. حسن كيره:"المدخل إلى القانون".منشاة المعارف،الاسكندرية1971 .
6. حسين عبد اللطيف حمدان:"التأمينات العينية".منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت لبنان2007 .
7. حمد الله محمد حمد الله:"حماية بائع المنقولات المادية من خلال شرط الاحتفاظ بالملكية".دار النهضة العربية، القاهرة1996 .
8. رمضان أبو السعود: "التأمينات الشخصية والعينية". منشاة المعارف، الإسكندرية، 1995 .
9. طارق عبد العال حمدان: "إدارة المخاطر"، الدار الجامعية، الاسكندرية، 2007 .

10. محمد حسين منصور:"شرط الاحتفاظ بالملكية".ط 1،دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية2006 .

11. محمد حسين منصور:"النظرية العامة للائتمان".دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع،الاسكندرية2001 .

12. محمد حسنين:"طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية الجزائري".ط 2،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر1990 .

13. منذر الفضل:"النظرية العامة للالتزامات".الجزء الثاني،مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان الاردن1998 .

14. حمد وحيد الدين سوار:"حق الملكية في ذاته في القانون المدني الأردني".مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان الاردن1993 .

15. مصطفى احمد عمران الدراجي، الحقوق المتعلقة بالذمة المالية، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008، ص 197.

16. نبيل إبراهيم سعد، **التأمينات العينية والشخصية**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007.

17. نبيل إبراهيم سعد، همام محمد محمود، **المبادئ الأساسية في القانون**، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، (دون تاريخ).

18. نبيل إبراهيم سعد، **نحو قانون خاص بالائتمان منشاة المعارف**، الإسكندرية 1991.

19. نبيل إبراهيم سعد، **الملكية كوسيلة للضمان**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،2007.

20. نبيل إبراهيم سعد، **الضمانات غير المسماة منشاة المعارف**، الإسكندرية، (دون تاريخ).

21. صلاح إبراهيم شحاتة، **ضوابط منح الائتمان المصرفي من منظور قانوني ومصرفي**.ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة،2009.

22. عامر محمود الكسواني، **أحكام الالتزام دراسة مقارنة**، ط1، دار الثقافة، عمان، 2008.

23. عبد الفتاح عبد الباقي، **أحكام القانون المدني المصري التأمينات الشخصية والعينية**، ط 2 مطبعة دار نشر الثقافة، الإسكندرية، 1954.

24. علي علي سليمان، **ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986.

25. علي علي سليمان، **النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990 .

26. علي جمال الدين عوض، **عمليات البنوك من الوجهة القانونية**، دار النهضة العربية، القاهرة،1981.

27. فتيحة قره، **النظرية القضائية المستحدثة للأوضاع الظاهرة منشاة المعارف**، الاسكندرية، 1988.

28. شمس الدين الوكيل، **نظرية التأمينات في القانون المدني الجديد**.ج1، دار المعارف، الاسكندرية، 1956.

29. هالدير اسعد احمد، **تتبع المنقول في القانون المدني دراسة مقارنة**، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان،2007.

30. شراين حمزة، **الملكية كوسيلة لدعم الائتمان**، دار هومه للطباعة، الجزائر، 2011.

## الرسائل الجامعية:

1- الكامل نعيجة، **التنفيذ العيني للالتزام العقدي في القانونين الفرنسي الجزائري**، رسالة ماجستير، جامعة عنابة، 2002/2001 .

2- حطاب زينب، التنفيذ العيني في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2001/2000.

3-زوواي محمود، **الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري دراسة مقارنة**، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر(دون تاريخ).

4-ماهر حسن حمد المحروق، **ضمان القروض وأثره في تمويل الصناعات الصغيرة والمتوسطة في الأردن**، رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية، 1999.

5- شعبان نعيمة، **محاولة في دراسة طرق التنفيذ الجبري**، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، بن عكنون،2001/2000 .

6 - غناي زكية، **الأجل المقترن بعقد البيع في القانون المدني الجزائري**، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2001/2000 .

## المراجع باللغة الاجنبية:

1- P .ANCEL «Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés ».cah. dr.ent.N°5.1989

2- Emmanuel CORDELIER à propos de l'article 2037 du code civil. Observation sur le droit préférentiel R.T.D.com N°4 oct.- déc. 2004

3- Dominique, **LEGEAIS**, **sûretés et garantes du crédit**, Librairie générale de Droit et de jurisprudence, Paris 2006.

4- ABDALLAH (Fathi Abdel Rahim) :L'exécution in species (ennature) du contrat en droit comparé, revue « Al- qanoun waliqtisad » droit économie pratique, N°1 ,An 43,IMP,université du Caire, 1973.