

ماستر العقار و التعمير

مادة الضمانات

عرض بعنوان:

الضمان العام المقرر للدائنين أي نجاعة في استقرار المعاملات ؟

اشراف الدكتور:

جواد مريد

انجاز الطلبة:

- سعيد الذهابي
- صارة صبري
- هاجر مرادي
- فاطمة أدمون
- هدى بوعنان

السنة الجامعية :

2020-2021

قال الله تعالى :

﴿ يَرْفَعُ اللَّهُ الَّذِينَ ءَامَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا

الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۝۱۱ ﴾

سورة المجادلة

المقدمة:

تعتبر الثقة والإطمئنان مبدأين أساسيين لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية بين الأفراد. فمصالح هذه الأخير وقضاء حاجتهم في الدنيا مرتبطة بالضرورة بالتعامل فيما بينهم بهذين المبدأين .

فإذا إختلا أدى ذلك إلى تصور الاضطراب والفوضى ، وانتشار سوء النية في العلاقات الإنسانية ومنه اختلال التوازن الذي يجب أن يكون عليه المجتمع .

ويعد العقد أهم مؤسسات القانونية التي ابتدعها الفكر الإنساني من أجل تنظيم العلاقات والمعاملات بين الأفراد وهو بمثابة الحد الفاصل بين حقوق وواجبات طرفيه . إذ يوضح بجلاء ما يأخذه وما يعطيه كل واحد منهم ، فإذا لم يتم احترام هذا العقد من طرف الجميع انتهكت حدوده ومنه فقدانه لخصائصه الأخلاقية ومقوماته الاقتصادية بل يمكن أن يفقد وظيفته التي وجد من أجلها .

لذلك كان من الضروري أن يحترم كل التزاماته المتولدة على العقد، لأن ذلك وحده كفيل باستقرار المعاملات واطمئنان الأفراد على أموالهم من خلال العقود التي يبرمونها .

وتجنباً لضياع حقوق الدائنين الذين قد ينتج عن عدم تنفيذ المدينين لالتزاماتهم التعاقدية في أجل استحقاقها ، فانهم يلجأون الى ضوابط قانونية تحميهم من حصول الضرر أو على الأقل تخفيف من حدته في حالة حصوله ومن هذه الضوابط الضمانات كوسيلة من الوسائل التي تؤكد الثقة بين الناس . حيث يصبح الانسان آمناً على نفسه وعلى أمواله من الضياع . كون ذمم الناس سريعة التغيير ، فهناك مجموعة من الافراد كانوا مستقيمين أصبحوا خائنين ، وتعدو على أموال الغير بشكل غير مشروع.

وتنقسم هذه الضمانات الى ضمانات خاصة واخرى عامة وهذه الأخير هي محل الدراسة .

فالضمان العام يراد به أن اموال المدين ضمان عام للوفاء بالتزاماته اتجاه الدائن وان جميع الدائنين متساوون اتجاه هذا الضمان .

وهذه الحماية موجهة الى سائر الدائنين وليس لصالح دائن معين بالذات أو بالأحرى مجموعة من الدائنين معينين بالذات.

ومن هنا تتضح أهمية الضمان العام الذي يشكل وسيلة من الوسائل التي يمكن للدائنين من خلالها الحصول على أموالهم عند تهرب المدين من الوفاء بالتزاماته وتزكية الثقة بالنسبة لهم أي تيسير حصول المدين على السيولة لإستمرار الإستثمار ومنه تنشيط الاقتصاد.

وتبعاً لذلك سنتناول هذا الموضوع من أجل الاجابة عل الإشكالية التالية:

- ما مدى نجاعة الضمان العام في تحقيق الحماية للدائنين واستقرار معاملاتهم .

سنعمل للإجابة عن هذه الإشكالية بالاعتماد على التصميم التالي:

المبحث الاول : الأحكام العامة للضمان العام

المبحث الثاني : دور الضمان العام في استقرار المعاملات

المبحث الأول: الأحكام العامة للضمان العام المقرر للدائنين

الواقع أن المشرع حرص بشكل كبير على توفير الحماية القانونية للدائنين من خطر عدم وفاء المدين لديونه، نظرا للعلاقة القائمة بين الدائن و المدين التي تفرض دائما أن يفي هذا الأخير بالتزاماته تجاه الأول، وانطلاقا من حقيقة أن المدين قد يتخلف في بعض الأحيان عن تنفيذ التزاماته، فإن معظم التشريعات أقرت لفائدة الدائن قاعدة مفادها أن أموال مدينه ضمان عام للوفاء بدينه وهذا ما يعرف بالضمان العام (المطلب الأول)، إلا أنه بالرغم من هذا الإقرار فهناك بعض الإكراهات التي تحول دون استثناء الدائن لدينه كاملا، الشيء الذي دفع المشرع إلى استحداث ضمانات خاصة أكثر فعالية من الضمانات العامة بالنسبة للدائن، لذلك وجب علينا أن نميز بين الضمانات العامة و الضمانات الخاصة (المطلب الثاني).

المطلب الأول : ماهية الضمان العام المقرر للدائنين

سنحاول أن نتعرض لمفهوم الضمان العام (الفقرة الأولى)، ثم سنتناول الخصائص التي تميزه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : تعريف الضمان العام المقرر للدائنين

الضمان في اللغة: مصدر الفعل ضمن بمعنى كفل مشتق من التضمن لأن ذمة الضامن تتضمن الحق، فإذا قيل ضمننت هذا الشيء أي التزمت به، جاء في المصباح المنير "ضمننت المال، وبه ضامنا، فأنا ضامن وضمين إلتزاماته".

وقد استعمل كثير من الفقهاء لفظ الضمان بمعنى الكفالة، جاء في المحتاج الضمان

لغة: الإلتزام ويسمى الملتزم ضامنا، وضمينا ومميلا وزعيما وكافلا وكفيلا وهو ما يستوجب بيان المعنى اللغوي للكفالة.

والكفالة في اللغة تعني الضم قال تعالى {وكفلها زكرياء}¹، أي ضمها إلى نفسه وقال الرسول عليه الصلاة والسلام "أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة".

أما في الاصطلاح الفقهي فعلماء الشريعة يستخدمون لفظ الضمان على عدة معان:

الكفالة: وهي الالتزام وقد قسمها الفقهاء إلى نوعين من الكفالة: كفالة المال وكفالة النفس.

والكفالة بالنفس تعني عند الفقهاء الالتزام بإحضار المكفول وتسليمه للمكفول له في الوقت المعين

أما الكفالة بالمال فهي تعني عند جمهور الفقهاء ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصل في وجوب الدين و المطالبة به، في التزام بأداء الدين².

أما فيما يخص تعريف الضمان العام من الناحية القانونية هو مجموعة من التقنيات و المؤسسات و الصلاحيات القانونية التي تحقق حماية للدائن في حالة عدم وفاء المدين وهو يساهم بشكل كبير في تقوية الائتمان وتنمية الاقتصاد عن طريق تشجيع التجارة وذلك بتعزيز الثقة بين التجارة.

جميع أموال المدين الموجودة في ذمته المالية (منقولات، عقارات وحقوق مالية) والجائز حجزها جميعا ضامنة للوفاء بديونه حتى لو كان المدين قد تملك بعضها في وقت لاحق لنشوء حق الدائن، في حالة عدم وجود أفضلية بين الدائنين فإن جميع الدائنين متساوين تجاه الضمان.

وقد أكد المشرع المغربي على هذه القاعدة في الفصل 1241 من قانون الالتزامات و العقود حيث جاء فيه " أموال المدين ضمان عام للدائنين ويوزع ثمنها عليهم بنسبة كل واحد منهم مالم توجد بينهم أسباب قانونية للأولوية"

وهذا الضمان حق تفرقه للدائن أغلب التشريعات قديمها و حديثها .

¹ سورة آل عمران الآية 37.

² أبو زيد، محمد عبد المنعم، الضمان في الفقه الاسلامي، تطبيقاته في المصارف الاسلامية، الطبعة الأولى، القاهرة المعهد العالمي للفكر الاسلامي 1996، الصفحة 20.

فمادامت أموال المدين تعتبر الضمان العام للدائنين، كان من الطبيعي أن يتأثر الدائن بالعقود التي يعقدها مدينه وذلك بطريق غير مباشر من حيث أن هذه العقود قد تزيد وقد تنقص من ضمانه العام.

ومن هنا يتبين أن التصرف الذي يبرمه المدين يقتصر أثره في هذا الشأن على أن الدائن يستفيد بصورة غير مباشرة من الحقوق التي يكسبها المدين لأنها تزيد من الضمان العام المقرر له، ويضار على العكس، وصورة غير مباشرة أيضا من الالتزامات التي تترتب على المدين لأنها تنقص من هذا الضمان العام.

والقاعدة أن للمدين التصرف في ماله على الصورة التي يريدها والدائن ليس له أن يناقش أو يعارض هذا التصرف حتى لو نقص ضمانه العام³.

وفي هذا الصدد جاء قرار للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) "أنه بمقتضى الفصل 1241 من ق ل ع فإن أموال المدين ضمان عام لدائنيه كما أنها بمقتضى الفصل 288 من نفس القانون فإن الالتزامات لا تلزم الا من كان طرفا في العقد، فهي لا تضر الغير ولا تنفعهم الا في الحالات المذكورة في القانون ومن ثم فإن الغير الذي أضرت الاتفاقيات التي يبرمها مدينه قصد تفويت حقه، يبقى من حقه الطعن قضائيا في تلك الاتفاقات بالصورية"⁴

وذلك كله ضمانا لمال دائني المدين فلهم الحق في الحصول عليه و استفاء ديونهم منه باعتباره ضمانا عاما لدائني المدين فإذا تم بيع منقولات أو عقارات المدين بالطرق القانونية يأخذ كل واحد من الدائنين نصيبه من ثمنها بنسبة دين كل واحد منهم أي يوزع ثمن المبيعات على سائر الدائنين باعتباره دائنين عاديين.

من هنا يتضح لنا أن الضمان العام المقرر للدائنين يقوم على خاصيتين أساسيتين وهذا ما سنتناولها في الفقرة اللاحقة.

³ راجع نظرية الالتزامات على ضوء الالتزامات والعقود للدكتور مأمون الكزبري الجزء 1، ص 309 .
⁴ قرار عدد 529 بتاريخ 19/10/1987 المجلس الأعلى الغرفة الاجتماعية في الملف الاجتماعي عدد 85/5482 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 41 نونبر 1988 أورده الدكتور مأمون الكزبري في كتابه نظرية الالتزامات على ضوء الالتزامات والعقود.

الفقرة الثانية : خصائص الضمان العام المقرر للدائنين

من خلال استقرائنا لمقتضات الفصل 1241 من ق ل ع اتضح لنا أن الضمان العام يقوم على قاعدتين أساسيتين هما العمومية حيث تكون جميع أموال المدين ضماناً لوفاء بدينه (أولاً)، و المساواة بين الدائنين في الضمان العام (ثانياً).

أولاً: خاصية العموم

بمعنى أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، ذلك أن الدائن الذي يمتنع مدينه عى الوفاء بدينه يستطيع أن ينفذ على المال الذي يختاره من أموال المدين الموجودة بذمته وقت التنفيذ، أي أن التنفيذ لا يقتصر على الأموال التي كانت للمدين وقت نشوء الدين بل يتناول أيضاً الأموال التي دخلت في ملكيته بعد ذلك، أما الأموال التي تصرف فيها المدين قبل أن يبدأ المدين إجراءات التنفيذ فلا يحق للدائن أن يتبعها في يد من انتقلت إليه لأن الضمان العام لا يمنحه هذا الحق.

ثانياً : خاصية المساواة

تعد المساواة من المبادئ الأساسية السامية التي عرفها الإنسان منذ القدم وكانت الشريعة الإسلامية أول من أقر ورسخ هذا المبدأ كما يعتبر مبدأ دستورياً أقره الدستور المغربي لسنة 2011 ، أما مبدأ المساواة بين الدائنين الا واحد من إلهاماته.

ومفاد هذا المبدأ هو أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بجميع ديونه وعند عدم كفايتها يقسم دائنوه هذه الأموال (قسمة الغرماء) ويتعلق الأمر بالدائنين العاديين دون غيرهم من الدائنين الممتازين.

من خلال الفصل 1241 من ق ل ع فالضمان العام يشمل جميع أموال المدين الموجودة وقت التنفيذ بغض النظر عن تاريخ نشأة حقوق دائنيه إلا انه يمكنه التنفيذ على أموال مدينهم الحاضرة وقت نشأة حقوقهم وكذا المتحققة بعد هذا التاريخ في حين أنه لا يشمل الأموال التي لا يجوز الحجز عليها بموجب نص قانوني لاعتبارات معينة من قبيل ذلك مراعاة المصلحة العامة أو أموال غير قابلة للتصرف فيها.

قد سعى المشرع لحماية وضعية الدائن العادي بحق الضمان العام و خصّص لهذا الغرض عدّة وسائل حماية و خاصة منها الدعاوى التي بإمكان الدائن القيام بها لضمان حدّ أدنى لنجاعة الضمان العام.

المطلب الثاني: تمييز الضمان العام عن باقي الوسائل الاخرى

الفقرة الاولى: تمييز الضمان العام عن الضمان الخاص

إن الحق في الضمان العام يكون لكل دائن يتساومع غيره من الدائنين في هذا الحق دون النظر لمقدار دينه، وبالتالي فإن أي دائن من الدائنين يتأثر من أي تغيير يطرأ على ذمة المدين، سواء كانا للتغيير في الجانب الايجابي بزيادة الحقوق، أو كان التغيير في الجانب السلبي بزيادة الديون، حيث يقوم المدين بإبرام عقود جديدة تزيد فيها التزاماته، فتزداد ديونه ويكثر دائنوه. وعندما تحين لحظة التنفيذ واقتسام المال، فإنه بطبيعة الحال سينقص نصيب كل دائن، مما يترتب عليه أن يكون الضمان العام ليس وسيلة مؤكدة لتأمين الدائن، كما أنه لا يصلح أن يكون أساساً لانتماء المدين، وهذه تعتبر واحدة من مخاطر الضمان العام التي يولي لها الدائن اعتباراً كبيراً.

إذا لكل دائن الحق في أن يحجز على أموال المدين و أن يبادر قبل غيره إلى استيفاء حقه من هذه الاموال، فإذا لم يتمكن الدائنون الآخرون من اللحاق به ومزاحمته عند التوزيع فقد يستوفي حقه كاملاً دونهم، فالمساواة إذا بين الدائنين هي مساواة قانونية لا فعلية، والقانون يعتبر الدائنين متساوين جميعاً ولكن لا يمنع أحدهم من اتخاذ الإجراءات الفردية ليسبق بها الآخرون. وبالتالي فالخطر الثاني الذي يتعرض له الدائنون والناجم من قاعدة الضمان العام هو فيما تمليه 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 فإن ذلك بطبيعة الحال يؤدي إلى عدم حصول كل دائن على كامل حقه من أموال المدينوفي هذه الحالة يقتسمون ما في ذمته قسمة غرماء، فلا أفضلية في الضمان العام لدائن على غيره من الدائنين، وكنتيجة لذلك لا تحقق قاعدة الضمان العام نظراً لما تثيره من مخاطر للدائن أمناً كافياً حيث يتمكن كل دائن الحصول من مدينه على كامل حقه. مما يكون الضمان العام معه غير ذي اعتبار بالنسبة لكثير من الدائنين.

أكثر من ذلك كله يكمن الخطر الآخر في أنه قديظفر بالغنم من يبادر إلى التنفيذ على أموال المدين قبل غيره حين يستشعر الحرج المالي الذي أحاط به ويضيع حق دائن آخر لمجرد أنه تخلف لسبب أو لآخر عن المشاركة في التنفيذ على أموال المدين فتقسم هذه الاموال في هذا الفرض على الدائنين الذين شاركوا في التنفيذ فقطما يظهر الامر فيحقيقته

ويجعل هذا الضمان ضماناً وهمياً، ذلك أنه بين نشأة الحق واستحقاقه يمكن أن تتغير ذمة المدين، فالدائن له حق فقط على الاموال الموجودة في ذمة مدينه وقت التنفيذ⁵.

بخلاف الضمان الخاص الذي يقوي فرص الدائني استيفاء حقه تقوية لا تخولها له فكرة الضمان العام سواء كانت هذه التقوية من مال المدين أو من مال الغير، وسواء كان مصدرها الاتفاق أو نص القانون .

و الضمان الخاص نوعان:

ضمانات شخصية وضمانات عينية.

فالضمانات الشخصية هي ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي ، فيصبح للدائن بدلاً من مدين واحد مدينان أو أكثر ، كلهم مسؤولون عن الدين إما في وقت واحد أو على التعاقب. وبذلك يكفل حق الدائن، لا ذمة واحدة هي ذمة المدين. بل أكثر من ذمة ، فإذا أعسر المدين رجع الدائن على غيره من المسؤولين الآخرين عن حقه . وقد يرى في ذلك تأميناً كافياً لحقه، **والضمانات العينية** تتلخص في تخصيص مال معين، يكون عادة مملوكاً للمدين. لتأمين حق الدائن. فيكون للدائن حق عيني على هذا المال ، هو حق تبعي. ويكفل هذا الضمان العيني الوفاء بحق الدائن . فالدائن يتقدم أولاً على الدائنين العاديين استيفاء حقه من هذا الضمان الخاص ، حيث اذا حجز على هذا المال الأخير وهو لا يزال ملكاً للمدين . تقدم بحقه على جميع الدائنين في استيفاء هذا الحق من الثمن الذي يباع به هذا الضمان وفي هذا ضمان كاف للدائن ما دام التأمين الخاص مملوكاً للمدين. فإذا انتقلت ملكية هذا الضمان الخاص من المدين إلى غيره كمشتري، فإن الدائن يتبعه في يد من انتقل إليه ، ويستطيع أن يحجز عليه وهو في يد الغير ويستوفي منه حقه ، وفي هذا ضمان كاف للدائن إذا خرج الضمان الخاص من ملكية المدين. وبذلك يكفل الضمان العيني العين استيفاء الدائن لحقه منه، سواء بقي ملكية المدين أو خرج من هذه الملكية⁶.

خلاصة القول ان الضمان الخاص يوفر حماية للدائن من إعسار المدين، بخلاف الضمان العام الذي يكسب الدائن صفة الخلف العام لمدينه ولا يمنحه حق التتبع و لا حق الأفضلية.

الفقرة الثانية: تمييز الضمان العام عن التأمين

إن فكرة الضمانات عموماً أوسع من فكرة التأمينات، فقانون التأمينات أنشئ كفرع مستقل..... بينما الضمانات لم تنحصر في فرع معين من فروع القانون، وإنما نجد أن هناك

⁵ مقال تحت عنوان "التفاضل بين وسائل الضمان" ، مأخوذ من مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، ص 207 و208.
⁶ عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء العاشر و الاخير في التأمينات الشخصية و العينية، دار احياء التراث العربي ، بيروت لبنان، ص 6.

أنظمة قانونية في قانون الالتزامات والعقود ومدونة التجارة تقوم على تحقيق وظيفة الضمان، بصفة أصلية أو بصفة عارضة ...،و على ذلك تعتبر الضمانات ، وذلك على خلاف التأمينات، أثرا لمركز محدد أو لمجموعة من الروابط ،أو لطبيعة هذه الروابط، بينما نجد أن التأمينات تضاف إلى رابطة الالتزام ، ولا تعد بحال من الاحوال مجرد أثر لهذه الرابطة فهي تنشأ عن مصدر مستقل عن رابطة الالتزام التي تعمل على ضمان الوفاء بها، فهي تنشأ عن الاتفاق أو القضاء أو القانون⁷.

ويعتبر التأمين وسيلة لتعزيز الضمان، فبعد أن عجز الضمان العام ووسائله عن حماية حق الدائن، كانت الحاجة ماسة إلى وسيلة أخري تؤمن الدائن من خطر إفسار المدين .في البداية وجدت هذه الوسيلة في نظم الضمانات العينية والشخصية، إلا أن الواقع أبرز عجز هذه الوسائل بدورها، مما دفع إلى البحث عن وسائل أنجع،من بين هذه الوسائل الحديثة نسبياً ما يسمى بالتأمين، حيث يقوم المدين بالتأمين على العين المثقلة بالضمان العيني، وأن حق الدائن في هذه الصورة يتعلق بمبلغ التأمين أو التعويض في حالة هلاك تلك العين،كما أن التأمين أيضا يقوي المال الذي يقدمه المدين للدائن كضمان لما يحصل عليه من ائتمان،فقد اتخذ عقد التأمين وسيلة للتمويل الائتماني واخذ ذلك عدة صور منها التأمين على المال المبيع، والتأمين على المال المرهون، والتأمين على شخص المشتري،وتأمين الدين، وحق الدائن في هذه الصور يتعلق بمبلغ التأمين أو التعويض في حالة هلاك تلك العين، لذلك الكثير من الدائنين وخاصة التجار(الممولين) والمصارف يشترطونه إلى جانب وسائل الضمان الاخرى ويفضلونه في كثيرا من هذه الحالات⁸.

المبحث الثاني : دور الضمان العام في استقرار المعاملات

تعتبر أموال المدين ضمان عام لدائنيه وهذا الضمان هو ما يجعل المعاملات في حالة استقرار من عدمه، وعليه سنحاول في هذا المبحث أن نبين كل من وسائل حماية الضمان العام (المطلب الأول) على أن نبرز مدى نجاعته في استقرار المعاملات(المطلب الثاني).

المطلب الأول: وسائل حماية الضمان العام

إذا كان الضمان العام كنظام قانوني لا يمنع المدين من التصرف في أمواله سواء بعوض كالبيع أو بدون عوض كالهبة طيلة مدة المديونية، فإن هذه التصرفات من شأنها أن تنقص من

⁷مقال تحت عنوان التمييز بين مفهوم التأمين و الضمان مأخوذ من الجلة المغربية للقانون الاقتصادي ص 144.

⁸ مقال تحت عنوان "التفاضل بين وسائل الضمان"، مرجع سابق، ص 214.

قيمتها و الغاية التي أحدثت من أجلها التي هي حماية الحقوق الشخصية للدائنين في مواجهة مدنيهم. ولذلك أوجد المشرع المغربي للدائنين وسائل قانونية تحفظية تفاديا لأي تصرف قد يضر بمصالحهم (الفقرة الأولى) وأخرى تنفيذية لإثبات تجاوزات المدينين أمام القضاء (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الوسائل التحفظية

سنقوم في هذه الفقرة بإبراز الدور الذي تلعبه بعض الوسائل التحفظية من قبيل الحجز التحفظي (أولا) و حق حبس المال (ثانيا) لحماية الضمان العام للدائنين مواجهة مدنيهم.

أولا: الحجز التحفظي

1- تعريفه:

إن المشرع المغربي عند تنظيمه للحجز التحفظي من الفصل 452 إلى 458 من قانون المسطرة المدنية لم يعطي أي تعريف له, وإنما بين فقط الجهة التي تصدره و الآثار الناتجة عنه و كذا مجالات تطبيقه, حيث نص الفصل 452 بأنه "يصدر الأمر المبني على الطلب بالحجز التحفظي من رئيس المحكمة الابتدائية, و يحدد هذا الأمر ولو على وجه التقريب مبلغ الدين الذي رخص الحجز بسببه ويبلغ هذا الأمر وينفذ دون تأخير".

وتظهر الصبغة التحفظية لهذا النوع من الحجز من خلال تعاريف الفقه التي عوضت الفراغ التشريعي في هذا الصدد حيث نجد الأستاذ عبد العزيز توفيق عرفه بأنه: "إجراء تحفظي يلجأ إليه الدائن ضمانا لحقه على المدين المحجوز عليه, وهو إجراء وقائي لا يمس أصل الحق ولا جوهره"⁹.

⁹ عبد العزيز توفيق, مرجع سابق ص: 30 وما يليها. ورد في كتاب الإجراءات التحفظية في مادة العقود التجارية للدكتور بحار عبد الرحيم دكتور في الحقوق و قاضي بالمحكمة التجارية بالدار البيضاء. تقديم الدكتور عز الدين بنستي.

كما عرفه الأستاذ محمد خيرى بأنه: "إجراء من الإجراءات التحفظية وهو عبارة عن وضع يد القضاء على المنقولات والعقارات التي انصب عليها ومنع المدين من التصرف فيها تصرفا يضر بدائنه إلى أن يتم بيعها بالمزاد العلني¹⁰.

عموما وأمام كل هذه التعاريف يمكننا تعريف الحجز التحفظي بأنه إجراء غايته وضع أموال المدين تحت يد القضاء بشكل مؤقت ومنعه من التصرف فيها تصرفا يضر بدائنه.

2- شروطه :

يشترط لتوقيع الحجز التحفظي توافر شروط يتعلق أولها بطبيعة الدين وثانيها بالمال موضوع الحجز و ثالثها بعنصر الاستعجال.

أ- طبيعة الدين الذي يبرر الحجز التحفظي

لم يشترط المشرع المغربي في طبيعة الدين الذي من أجله يقع الحجز التحفظي أي شرط بحيث يمكن للدائن كيفما كانت طبيعة دينه أن يتقدم بطلب رامي إلى استصدار الحجز على أموال مدينه، بخلاف التشريع المصري الذي وضع شروطا على الحاجز لكي يحصل على أمر الحجز من بينها أن يكون حق هذا الأخير محقق الوجود وحال الأداء¹¹.

وفي ظل قانون المسطرة المدنية المغربي يشترط في الدين فقط طابع الجدية وليس من الضروري أن يكون ثابتا مع ضرورة بيان مبلغ الدين على وجه التقريب حسب الفصل 452 منه.

ب- الشروط المتعلقة بالمال المحجوز

القاعدة العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود في الفصل 1241 منه مفادها أن جميع أموال المدين ضمان عام لدائنيه. مما يعني مبدئيا أن جميع أموال المدين قابلة للحجز

¹⁰- الدكتور محمد خيرى، العقار و قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي من خلال القانون الجديد 14/07

المتعلق بالتحفيظ العقاري و مرسوم 14 يوليوز 2014 بشأن إجراءات التحفيظ العقاري، ص: 482.

¹¹- نصت المادة 219 من قانون المرافعات المصري على أنه لا يوقع الحجز التحفظي في الأحوال المتقدمة إلا اقتضاء لحق محقق الوجود وحال الأداء.

ولو كانت بحوزة الغير سواء كانت عقارات أو منقولات, إضافة إلى الأصول التجارية هي الأخرى يمكن أن تكون محلا للحجز التحفظي تطبيقا للفصل 453 من قانون المسطرة المدنية. وتستثنى بغض الأموال من الحجز كتلك التي تملكها المؤسسات العمومية كما نص على ذلك الفصل 4 من ظهير فاتح يوليوز 1914 وتلك المتعلقة بالأحباس نظرا لوظيفتها الاجتماعية و الدينية وغيرها من الأموال غير الخاضعة للحجز.

ج- شرط الاستعجال المتطلب في طلب الحجز التحفظي

يجب على الدائن الراغب في سلوك مسطرة الحجز التحفظي أن يبرز عنصر الاستعجال الذي يعد شرطا لازما للإذن بتوقيع الحجز التحفظي, كما ينبغي على القاضي قبل إصداره أمره بذلك أن يتحقق من تلقاء نفسه من توافر هذا الشرط, ويكمن عنصر الاستعجال في إثبات الدائن بوجود خطر محتمل على مصالحه عندما يحين أجل الوفاء دون تنفيذ هذا الأخير من طرف المدين. بل الأكثر من ذلك فإن المشرع المغربي نص في الفصل 138 من قانون الالتزامات والعقود على أنه : "يجوز للدائن بدين مقيد بأجل أن يتخذ ولو قبل حلول الأجل كل الإجراءات التحفظية لحفظ حقوقه, ويجوز له أيضا أن يطلب كفلا أو أية ضمانات أخرى أو أن يلجأ إلى الحجز التحفظي إذا كانت له مبررات معتبرة تجعله يخشى إفسار المدين أو فراره".

3- آثار الحجز التحفظي :

ينص الفصل 453 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي :

"لا يترتب عن الحجز التحفظي سوى وضع يد القضاء على المنقولات والعقارات التي انصب عليها ومنع المدين من التصرف فيها تصرفا يضر بدائنه ويكون نتيجة لذلك بطلان كل تفويت سواء كان بعوض أو بدون عوض مع وجود الحجز".

يستفاد من الفصل أعلاه أن أهم أثر يترتب عن الأمر القاضي بالحجز التحفظي هو منع المدين المحجوز عليه من التصرف في الأشياء أو الأموال موضوع الحجز ما لم تكن هذه التصرفات غير ضارة بدائنيه.

وبناء على ما سبق من خلال تعريف الحجز التحفظي و الآثار المترتبة عنه يظهر لنا أنه وسيلة قانونية إجرائية تدخل ضمن الوسائل المتاحة لحماية الضمان العام المقرر للدائنين سواء مارسه الدائن بين يدي مدينه أو مارس هذا الحجز لدى الغير.

ثانيا: حق حبس المال

1- تعريفه :

عرفه المشرع المغربي حق الحبس في الفصل 291 من قانون الالتزامات والعقود بأنه: "حق حيازة الشيء المملوك للمدين وعدم التخلي عنه إلا بعد وفاء ما هو مستحق للدائن ولا يمكن أن يباشر إلا في الأحوال الخاصة التي يقررها القانون".

2- شروطه :

حسب الفصل 296 من نفس القانون فشروط حبس المال هي :

- يجب أن يكون الشيء المحبوس مملوك للمدين
- يجب أن يوجد حق للحابس مستحق الأداء في ذمة المدين
- يشترط كذلك أن يكون الشيء المحبوس في حيازة الدائن
- وجود ارتباط بين حق الحابس و بين التزامه بأداء الشيء موضوع الحبس
- يجب كذلك أن يكون حق الحابس ناتج عن سبب مشروع طبقا للفصل 293 من نفس القانون.

3- الطبيعة القانونية لحق حبس المال

خول المشرع المغربي للدائن وسائل من شأنها أن تكفل حمايته والضمان العام من تصرفات المدين الضارة ومن بين هذه الوسائل التي أوردها الدكتور عبد الكريم شهبون بمناسبة شرحه للفصول 1241 و 1242 من قانون الالتزامات والعقود هو حق حبس المال أي حبس الدائن

ما بحوزته من أموال المدين حتى استيفاء ما هو مستحق له منه¹², وعليه نستشف من خلال إدراجها منه إلى جانب الحجز التحفظي و دعوى الصورية أنه يعتبرها وسيلة من وسائل حماية الضمان العام للدائنين.

وبالرجوع إلى تعريف الفقيه الكبير عبد الرزاق السنهوري¹³ الذي عرفه أنه: **"حق المدين في أن يمتنع عن الوفاء بدينه حتى يستوفي الدين الذي له في ذمة دائنه, فهو دفع بعدم التنفيذ وهو بمنزلة ضمان خاص يخوله القانون لكل دائن يكون مدينا في الوقت ذاته لدائنه, فيحبس الدين الذي عليه حتى يستوفي الدين الذي له"**.

ورجوعا إلى الفصل 291 من قانون الالتزامات و العقود الذي ينص على ما يلي :

"حق الحبس هو حق حيازة الشيء المملوك للمدين، وعدم التخلي عنه إلا بعد الوفاء بما

هو مستحق للدائن، ولا يمكن أن يباشر إلا في الأحوال الخاصة التي يقررها القانون".

نجد المشرع المغربي استعمل كلمة **"لا"** التي تفيد النفي أي لا يمكن لأي دائن أن يمارس هذا الحق و أن هذا الأخير لا ينتج آثاره في جميع الحالات بل في حالات خاصة فقط مما يعني أن تعريف المشرع المغربي مطابق للتعريف الذي أعطاه الفقيه السنهوري أي أنه بمنزلة وسيلة ضمان خاص كما أن هذا الحق يخول لصاحبه حق الأولوية إلى جانب الدائنين المرتهنين و أصحاب الامتيازات طبقا للفصل 1242 من قانون الالتزامات والعقود.

ونضم صوتنا للفقيه السنهوري الذي اعتبره وسيلة ضمان خاص لكون الباب الذي نظم به هذا الحق معنون **"ببعض وسائل ضمان تنفيذ الالتزامات"** ونضيف أنه وسيلة ذات طابع خاص لان الدائن يدفع بعدم أداء الشيء المحبوس إلا بعد أداء الدائن مبلغ الدين وبذلك هي تعتبر إلى جانب كونها وسيلة ضمان فهي طريقة لإجبار المدين بالوفاء بدينه.

¹²- راجع الشافي في شرح قانون الالتزامات و العقود المغربي. الجزء الرابع, القسم الثاني عشر منه, للدكتور عبد الكريم شهبون, ص: 285-286, مكتبة الرشاد سطات للنشر و التوزيع.

¹³- د. عبد الرزاق السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني الجديد, 2 -نظرية الالتزام بوجه عام, الإثبات- آثار الالتزام, المجلد الثاني. ورد في مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية, المجلد 29- العدد الأول-2013,موضوع الطبيعة القانونية لحق حبس المال.

ويرجع سبب إقحام هذا حق حبس المال ضمن وسائل حماية الضمان العام إلى الخلط الذي تعرفه الطبيعة القانونية له. وعموما فهو وسيلة حماية الضمان الخاص من جهة و طريقة يضغط بها الدائن على مدينه للوفاء بالتزامه.

الفقرة الثانية : الوسائل التنفيذية

سنحاول في هذه الفقرة أن نقتصر عن الدعوى الصورية والتي تجد أساسها القانوني في الفصل 22 من قانون الالتزامات والعقود من حيث تعريفها وشروطها (أولا) ومن حيث آثارها وطرق إثباتها من جهة ثانية.

أولا : تعريف الصورية وشروطها

1- تعريفها :

عرفها الدكتور مأمون الكزبري¹⁴ بأنها إظهار وضع وهمي بمظهر الوضع الحقيقي, وفي الاصطلاح القانوني هي توافق إرادتين على إخفاء ما اتفق عليه الطرفين سرا تحت ستار عقد ظاهر لا يرضيان بحكمه. وعليه فهي توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني, أي أنها عقد وهذا الأثر القانوني غايته هي إخفاء ما اتفق عليه الأطراف سرا بمقتضى عقد سابق.

كأن يظهر عمر أنه اشترى من زيد عقارا ثم يبرمان عقد لاحق يعترفان فيه بوهمية البيع, أو بثمان أقل من الثمن المتفق عليه في العقد الخفي. والصورية إما أن تكون مطلقة كالإقرار في العقد الظاهر بوهمية البيع من الأساس, أو نسبية كإخفاء ماهية البيع و إظهاره في شكل عقد هبة.

¹⁴ -الدكتور مأمون الكزبري "نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات و العقود المغربي" الجزء الأول, الصفحة

2- شروط الصورية

لابد لقيام الصورية أن تقوم الشروط التالية¹⁵:

أ- يجب أن يوجد عقدان يتضمنان نفس الأطراف والموضوع، أي أن أطراف وموضوع العقد السري هم نفس أطراف و موضوع العقد الظاهر.

ب- أن يختلف العقد المستتر عن العقد الظاهر من حيث الماهية أو الشروط أو الأركان.

ج- يجب أن يكون العقدان معا صادران في وقت واحد أو بينهما مدة زمنية قليلة.

د- يجب أن يكون أحد العقدين ظاهرا والآخر مستترا أي خفي وهو العقد الحقيقي الذي يرضيان الطرفان بحكمه وهذا شرط بديهي ، بل هو مصدر الصورية أما إذا كان العقد الظاهر هو العقد الحقيقي والعقد المستتر هو الوهمي فلا حديث عن الصورية آنذاك لأن الأثر يكون للعقد الظاهر الحقيقي و الذي يعلم به الأغيار ويكون العقد المستتر عديم الأثر لأنه و همي في الأصل , فالعقد شريعة المتعاقدين, لذلك فوجود عقد مستتر حقيقي وآخر ظاهر يدفع بنا إلى الحديث عن الصورية أما أن يكون العقد الظاهر هو الحقيقي و المستتر هو الوهمي فهذا شيء آخر .

ثانيا : آثار الصورية وطرق إثباتها

1- آثار الصورية :

جاء في الفصل 22 من قانون الالتزامات والعقود ما يلي :

>> الاتفاقات السرية المعارضة أو غيرها من التصريحات المكتوبة لا يكون لها أثر إلا فيما بين المتعاقدين ومن يرثهما، فلا يحتج بها على الغير، إذا لم يكن له علم بها. ويعتبر الخلف الخاص غيرا بالنسبة لأحكام هذا الفصل. <<

15 -مجلة قانونية فصلية, المدير المسؤول محمد الكشور, عدد مزدوج 2004-6/5 "الدعوى البوليانية ودعوى الصورية وموقف القضاء المغربي بقلم الباحث سعيد الناي" ص : 103 .

يستفاد من الفصل أعلاه أنه إذا أخفيا المتعاقدان عقد صحيحا بعقد ظاهر فالعقد الذي يسري بينهما وبين ورثتهم هو العقد الحقيقي وليس العقد الظاهر .

أما بالنسبة لغير أطراف العقد أي أجنبيا عنه والخلف الخاص كالمشتري من أحد المتعاقدان أو دائن أحدهم، فإنه إذا كان حسن النية أي لا يعلم بالعقد المستتر أو الخفي فله إن شاء التمسك بالعقد الظاهر، وإما أن يثبت صورية العقد وغش المتعاقدين ويتمسك به المشتري تجاه البائع أو الدائن تجاه مدينه من المتعاقدين . وبالتالي فإن أهم ما يترتب عن الدعوى الصورية ارتباطا بموضوعنا هي أنها تخول للدائن الذي يرفعها أمام القضاء حق المطالبة بكشف الصورية بين مدينه و متعاقد آخر أي وجود عقدين أحدهما حقيقي و الآخر وهمي أو صوري ، فيبحث القاضي في الدعوى للكشف والحسم في مدى صحة ادعاء المدين بالصورية من عدمها.

وإذا تقرر صحة الدعوى الصورية، يكون العقد النافذ بين المتعاقدين وخلفهم العام هو العقد الحقيقي وليس الصوري، فيتحقق مبتغى المشرع من الفصل 22 السالف الذكر.

وفي هذه الحالة تكون الدعوى الصورية هي أيضا وسيلة من الوسائل القانونية التنفيذية لحماية الضمان العام المقرر للدائنين، لأنها تخول للدائن أن يكشف غش وتحايل المدين عليه والقانون على حد سواء، وتجعل العقد الصوري غير نافذ فيما بين المتعاقدين وخلفهم العام.

وعليه إذا كان العقد الصوري عبارة عن عقد بيع والعقد الحقيقي هو عقد هبة فإن القانون يأخذ بالعقد الحقيقي فيما بين المتعاقدين الذي هو عقد الهبة.

2- طرق إثباتها :

طرق إثبات الصورية تختلف بين ما إذا كان المعني بإثباتها طرفا متعاقدا أو خلفا عاما له، أو كان غيرا.

فبالنسبة للأطراف المتعاقدة أو الخلف العام الذي يعتبر بالنسبة إليهم العقد الظاهر صوريا لا قيمة له، والذي يسعى إلى إثبات الصورية ، فلا بد من محرر كتابي طبقا لمقتضيات الفصل 443 من قانون الالتزامات والعقود إذا زادت قيمة العقد الصوري على عشرة آلاف درهم درهما، أما إذا كان الهدف من الصورية هو الاحتيال على القانون ،أو كانت إرادة أحد

المتعاقدين في العقد الصوري قد معيبة بالإكراه أو التدليس فإنه يمكن إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات بما فيها القرائن و شهادة الشهود.

أما بالنسبة لغير من ذكر من المتعاقدين وخلفهم العام، فإنه بإمكانه إثبات الصورية بكافة وسائل الإثبات لأن الصورية بالنسبة إليه واقعة والوقائع تثبت بجميع وسائل الإثبات، ولأنه لا يعقل أن نلزم هذا الغير بإثبات الصورية بالكتابة إذا زادت قيمة العقد المستتر أو العقد الظاهر على عشرة آلاف درهم، لأنه لا ذنب له في عدم حصوله على الوثيقة التي تثبت إقدام المتعاقدين على التعاقد الصوري. إذ لا تكليف بمستحيل¹⁶.

وأخيرا نطرح السؤال التالي :

هل تخضع دعوى الصورية للتقادم؟

للجواب عن هذا السؤال .لا بد من أن نتعرض للفصل 387 من قانون الالتزامات و العقود.

- ينص الفصل 387 على أن : "كل الدعاوي الناشئة عن الالتزام تتقادم بخمس عشرة سنة ،فيما عدا الإستثناءات الواردة فيما بعد والاستثناءات التي يقضي بها القانون في حالات خاصة".

لذلك فالدعاوي التي تتقادم بمضي خمس عشرة سنة هي الدعاوي الناشئة عن الإلتزام الذي يجد مصدره في العقد ، أما الإلتزام الذي مصدره العمل غير المشروع ، فإن دعواه تتقادم طبقا الفصل 106 من ق.ل.ع¹⁷.

وبناء عليه، فالالتزام الذي محله القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل أو نقل ملكية أو أداء مبلغ عن المال ،لا بد من رفع دعوى بشأنه داخل أجل خمس عشرة سنة كقاعدة عامة، مع مراعاة الاستثناءات القانونية التي توجب رفع بعض الدعاوى داخل آجال مغايرة.

16 - عبد الكريم شهبون >الشافعي في شرح قانون الالتزامات و العقود المغربي .الكتاب الأول، "الإلتزامات بوجه عام" الجزء الأول "مصادر الإلتزامات" الصفحة 139

17 - إن دعوى التعويض من جراء جريمة أو شبه جريمة تتقادم بمضي خمس سنوات تبتدئ من الوقت الذي بلغ فيه إلى علم الفريق المتضرر الضرر ومن هو المسؤول عنه. وتتقادم في جميع الأحوال بمضي عشرين سنة تبتدئ من وقت حدوث الضرر.

أما دعاوى الصورية، فهي دعاوى ناشئة عن وجود عقدين، أحدهما ظاهر والآخر مستتر، وهدفها هو القول بإحلال العقد المستتر محل العقد الظاهر، ولا يترتب على عدم رفع هذه الدعاوى سقوط الحق المضمن بأحد العقدين، ومرور الزمن لن يجعل من العقد الصوري عقدا حقيقيا. لذلك فلا مجال لتطبيق مقتضيات الفصل 387 من قانون الالتزامات والعقود على هذه الدعاوى، لأنها دعاوى لا يطالها التقادم.

وأخيرا سنحاول أن نعطي تعريف وغاية الدعوى البوليانية أو ما يسمى بدعوى عدم سريان التصرف دون التوسع في ذلك نظرا لعدم تنظيمها من قبل المشرع المغربي على خلاف بعض التشريعات المقارنة¹⁸.

الدعوى البوليانية هي مطالبة قضائية يمارسها الدائن ليرد بها تصرف مدينه الذي تصرف في حق من حقوقه هو، عن عمد، ويقصد الإضرار به و محاباة لمن يفضلته ويؤثره بالتصرف عليه بثمان زهيد. أو من غير ثمن أصلا من زوجة أو أبناء أو أعزاء على حساب الدائن، والذي يرفع هذه الدعوى بإسمه الخاص.

فإذا كان الأصل أن أموال المدين ضمان عام لدائنيه. وأن الدائن يتصرف إليه أثر الأعمال القانونية الصادرة عن مدينه، سواء زادت هذه الأعمال في ضمان الدائن أو نقصت منه، فإن هذا الأخي، وعندما لا يكون بيده ضمان خاص لحقه كرهن حيازي أو رسمي أو كفالة عينية أو شخصية، يكون متروكا لهذا الضمان الذي قد يزيد وقد ينقص ويضعف. ولذلك يكون من حقه أن يطلب من المحكمة بواسطة هذه الدعوى. أن تقضي بعدم سريان التصرفات الصادرة من مدينه والصادرة به في مواجهته هو، وذلك كلما خرج هذا المدين عن دائرة حسن النية، و تصرف بقصد الإضرار بدائنه، ومن ثم كانت تسمية هذه الدعوى بدعوى عدم سريان التصرف أو عدم نفاذه في حق الدائن أبلغ من تسميتها بأي اسم آخر.

18 - كما فعل نظيره الفرنسي في المادة 1167 من قانونه المدني و المصري في المادة 143 من قانونه المدني المصري.

المطلب الثاني: مدى نجاعة الضمان العام :

باعتبار أن أموال المدين كيفما كانت سواء منقولات أو عقارات تعتبر ضمانا عام الدائنين أي أن للدائن الحق في حالة امتناع المدين عن الوفاء أن ينفذ على أمواله ،ولا نفرق في هذه الحالة بين الأموال التي اكتسبت ملكيتها بعد نشوء حق الدائن أو قبل ذلك . ولحماية هذا الضمان نص المشرع المغربي على عدة وسائل تمنح الثقة للدائن بغية الحصول على دينه مما يمكن القول أن الضمان العام له نجاعة مطلقة في استقرار المعاملات (الفقرة الاولى),غير أنه في كثير من الأحيان تواجه الدائن مجموعة من الصعوبات تحول دون حصوله على دينه (الفقرة الثانية)

الفقرة الاولى: نجاعة الضمان العام مطلقة:

المبدأ هو براءة الذمة وملانمتها فإنه قد يحدث أن يتماطل المدين في أداء ما بذمته من ديون مما يلحق أضرار لدائنيه وحفاظا على التوازنات التعاقدية بين طرفي العقد وضمانا لحقوق الدائنين في استيفاء ما بذمة مدينهم من ديون منح المشرع المغربي في الفصل 1241 من ق ل ع على مبدأ عام وهو اعتبار أن أموال المدين تعتبر ضمان عام للدائنين، حيث يتمتعون بحق اقتضاء ديونهم من أموال المدين على وجه التساوي أي دون تمييز بين تواريخ نشوء الدين بمعنى أنه لا أفضلية لدين نشأ في تاريخ سابق على دين نشأ في وقت لاحق.

وبالرغم من أن المشرع لم يمنح للدائن حق تتبع أموال المدين الا انه مكنه بسلوك مجموعة من الوسائل لحماية دينه ¹⁹

و تفعيلا مبدأ الضمان ينبغي سلوك إحدى الوسائل :

-اللجوء للقضاء قصد إبطال التصرفات التي يبرمها المدين بعد إثبات صوريتها ، وهذا يعني إمكانية قيام الدائن بجميع الإجراءات القانونية و المسطرية للحفاظ على حقوقه كلما تبين له أن المدين قد قام بتصرفات عن سوء نية قصد الإضرار به. ²⁰

-استصدار أوامر قضائية بإيقاع حوزات ذات طبيعة تحفظة،كإجراء احترازي واستباقي فهاته الحوزات تسمح للقضاء بوضع يده على أموال المدين ومنعه من التصرف فيها و هذا الأمر هو ضمان للدائن ²¹ حيث تعتبر إجراءات وقتية يتم اللجوء إليها حتى لا يفقد الدائن حقه في الضمان العام.

¹⁹المجلة المغربية للقانون و الاقتصاد و التدبير ظهير الالتزامات و العقود بعد مائة سنة بين الثابت و المتغير عدد 54 سنة 2016 الصفحة 106-

107 سعاد بنور

²⁰موقع مجلة المختبر القانوني

²¹www.labodroit.comمجلة المختبر القانوني

الفقرة الثانية: نجاعة الضمان العام نسبية و محدودة:

الناتج عن ضمان العام هو فيما تمليه القاعدة بوجوب المساواة بين الدائنين عند تقسيم الأموال و في حالة عدم كفاية الأموال فالقسمة تتم على أساس حصول كل دائن على نسبة معينة من مال المدين تعادل ما له من حق و ذلك عن طريق قسمة الغرماء فإن لم تكف الاموال للوفاء بديونه فإن بطبيعة الحال يؤدي إلى عدم حصول للدائن على كامل حقه من اموال المدين و بالتالي فهذه المساواة تؤدي إلى ضياع حقوق للدائن.

(مبلغ الدين × المبلغ الموجود لدى المدين ÷ مجموع الديون)

وتطرح إشكالية بكون أن المساواة المنصوص عليها تعتبر نسبية غير مطلقة فمن يبادر إلى التنفيذ على أموال المدين باسمه الخاص قبل غيره هو الذي يستفيد من التنفيذ على الاموال و يضيع حق دائن آخر لمجرد أنه تخلف عن المشاركة ، ما يعني أنه لا وجود للمساواة الفعلية بمفهومها الحقيقي مما يظهر الأمر على حقيقته ويجعل هذا الضمان وهمياً.

بالإضافة إلى كون أن الضمان العام لا يؤدي إلى غل يد المدين على التصرف في أمواله و لا يمنعه من عقد ديون جديدة.

بمفهوم المخالفة فالمدين يحق له التصرف في أمواله واخراجها من ذمته المالية في شكل بيوع أو تبرعات أو قروض ومنه فالضمان العام ليس ضمان مستقر بمعنى أن أموال المدين من ليست مستقرة و ثابتة حيث يمكن ان تتغير الذمة المالية للمدين من وقت إنشاء المديونية إلى وقت انتهائها مما يؤدي إلى نقص الضمان العام وبالتالي فالدائن يتأثر أيضا بالعقود التي يعقدها مدينه و ذلك بطريقة غير مباشرة²² وكقاعدة المدين له حق التصرف في ماله على الصورة التي يريدها و أن للدائن له أن يناقش أو يعارض هذا التصرف حتى و لو تنقص من ضمانه العام

يتضح أن الوسائل التي اعتبارنها في الفقرة أعلاه أنها تكسب للدائن حماية أكثر للحصول على دينه نجد أن تفعيلها في الواقع العملي تصطدم بعدة عراقيل مما يؤدي إلى صعوبة في الرجوع على المدين.

حيث نجد كمثال أن المدين يتصرف في أمواله بالكامل تحت ما يسمى بعقد صوري لهذا يمكن للدائن المتضرر أن يستجلي الحقيقة عن طريق إقامة الدعوى الصورية وتتجلى صعوبة الاستفادة من هذه الدعوى الشروط الواجب توفرها بالاضافة الى صعوبة اثبات الدائن للعقد الوهمي وبالتالي فبالرغم من منح المشرع لهذه لوسائل ظنا منه أنها تؤدي

²²مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية العدد الرابع عشر (الضمان العام ووسائل حمايته)الصفحة 225 اوباجي محمد أستاذ بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة البليدة-2-

لحماية الضمان العام إلا أنه في الحقيقة يعتبر الالتجاء إليها لا يزيد إلا عناء لا توازيه فائدة لهذا يستطيع المدين أن يزيد في ديونه أضراراً لدائنيه ولذلك كان الدائن العادي تحت رحمة المدين لا ملاذ له إلا أمانة هذا المدين و نراهنه وبهذا بالضمان العام لا يشكل حماية

الدائنين²³

²³ الوسيط في شرح القانون المدني الجزء العاشر و الأخير في التأمينات الشخصية و العينية .دار الاحياء التراث العربي بيروت لبنان ، عبد الرزاق سنهوري الصفحة 5-6

خاتمة :

نخلص في الأخير إلى أن أموال المدين هي ضمان عام لدائنيه ويمكن لهم أن ينفذوا على أمواله جبرا سواء تلك التي كان يملكها قبل التعاقد معهم أو التي إكتسبها بعد التعاقد ومن خلال الدراسة لا أحد يمكن أن ينكر أهمية الضمان في العصر الحالي ، وأن هذه الأهمية تزداد بالقدر الذي ازدادت فيه الحاجة الماسة للإئتمان الذي يقوم على الثقة .

بمعنى أن الدائن لا يمنح إئتمانه إلا للمدين الموثوق فيه ، ولا شك أن هذه الثقة تنبع بشكل أساسي مما يقدمه للدائن من ضمانات تكفل له الوفاء بحقوقه.

اما الضمان العام والوسائل القانونية التي كرسها المشرع لحمايته والمتمثلة في مجموعة من الإجراءات التحفظية والوسائل التنفيذية فهي غير كافية لتمكين الدائن من استيفاء حقه من مدينه في كل الأحوال كون أن هذه الوسائل لا تمنع المدين من التصرف في أمواله ، بالبيع أو الصدقة مثلا أو غيرها من التصرفات القانونية.

فإذا قام المدين ببيع ممتلكاته أو التبرع بها وبالتالي إخراج أمواله من ذمته المالية يصبح الدائن غير قادر على التنفيذ على هذه الأموال التي أخرجها مدينه لأن الدائن ليس له حق التتبع .

وبالرغم من هذا فإذا ما بقيت هذه الأموال في ذمة المدين ولم تخرج ،أي أنه لم يتصرف فيها بأي تصرف من التصرفات القانونية وحين وقت التنفيذ .فإن الدائن يجد نفسه مع مجموعة من الدائنين الآخرين يزاحمونه في هذا الضمان ،وأن هذه الأموال تقسم على كل الدائنين بالتساوي وينفذ عليها دفعة واحدة.

ومنه قد لا يتمكن الدائن العادي من استيفاء حقه كاملا وذلك عندما تكون أموال المدين غير كافية لتسديد كل الديون التي في ذمته ،ومن تمة يضطر الدائن العادي إلى اقتسام هذه الأموال مع الدائنين العاديين قسمة غرماء .وبالتالي يأخذ كل واحد حسب نسبته في الدين.

بالإضافة إلى أن الضمانات العامة لا تتسم بالفعالية التي تساهم في تحقيق الغاية منها وهي حماية الدائن باعتبار ان الإجراءات المسطرية فيها معقدة ولا تتسم بالسرعة مما يحد من ثقة الدائن ،الأمر الذي دفع بالمشرع إلى إيجاد ضمانات أخرى تتوفر على هذه المزايا وهي الضمانات الخاصة فما هي هذه الضمانات الخاصة ووسائل حمايتها ؟

لائحة المراجع:

المراجع العامة:

- عبد الكريم شهبون > الشافي في شرح قانون الالتزامات و العقود المغربي .الكتاب الأول, "الالتزامات بوجه عام" الجزء الأول "مصادر الالتزامات"

- نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات و العقود المغربي "الجزء الأول, دكتور مأمون الكزبري'

- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، 2 -نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، المجلد الثاني

- الشافي في شرح قانون الالتزامات و العقود المغربي. الجزء الرابع الكتاب الثاني العقود المسماة ومايشابهها للدكتور عبد الكريم شهبون.

- عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء العاشر و الاخير في التأمينات الشخصية و العينية، دار احياء التراث العربي ، بيروت لبنان

المراجع الخاصة:

- أبو زيد، محمد عبد المنعم، الضمان في الفقه الاسلامي، تطبيقاته في المصارف الاسلامية، البعة الأولى، القاهرة المعهد العالمي للفكر الاسلامي 1996،

-الدكتور محمد خيرى، العقار و قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي من خلال القانون الجديد 14/07 المتعلق بالتحفيظ العقاري

-الإجراءات التحفظية في مادة العقود التجارية للدكتور بحار عبد الرحيم

المقالات:

-مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية العدد الرابع عشر

-المجلة المغربية للقانون و الاقتصاد و التدبير ظهير الالتزامات و العقود بعد مائة سنة بين الثابت و المتغير عدد 54 سنة 2016

-مجلة المناهج مجلة قانونية فصلية, عدد مزدوج 6/5-2004

-المجلة المغربية للقانون الاقتصادي العدد 3 سنة 2010

-مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون عدد 35 سنة 2013

-مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 41 نونبر 1988

المواقع الالكترونية:

www.labodroit.com

فهرس المحتويات

3	مقدمة :
5	المبحث الأول : الأحكام العامة للضمان العام المقرر للدائنين.
5	المطلب الأول : ماهية الضمان العام المقرر للدائنين.
5	الفقرة الأولى : تعريف الضمان العام.
8	الفقرة الثانية : خصائص الضمان العام.
9	المطلب الثاني : تمييز الضمان العام عن بعض الأنظمة المشابهة.
9	الفقرة الأولى : تمييز الضمان العام عن الضمان الخاص.
10	الفقرة الثانية : تمييز الضمان العام عن التأمين.
11	المبحث الثاني : دور الضمان العام في استقرار المعاملات.
11	المطلب الأول : وسائل حماية الضمان العام.
12	الفقرة الأولى : الوسائل التحفظية.
17	الفقرة الثانية : الوسائل التنفيذية.
22	المطلب الثاني : نجاعة الضمان العام في استقرار المعاملات.
22	الفقرة الأولى : نجاعة الضمان العام مطلقة.
23	الفقرة الثانية : نجاعة الضمان العام نسبية ومحدودة.
22	خاتمة.
23	المراجع.
24	الفهرس.

