

الضمان العام في القانون التونسي

تقوى ماني

أستاذة مساعدة في القانون الخاص
كلية الحقوق والعلوم السياسية بسوسة
جامعة سوسة

بسم الله الرحمن الرحيم ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾⁽¹⁾. كما قال رسول الله ﷺ: «أَيُّمَا رَجُلٍ تَدَيَّنَ دَيْنًا، وَهُوَ مُجْمِعٌ أَنْ لَا يُوفِّيَهُ إِيَّاهُ، لَقِيَ اللَّهَ سَارِقًا». ويبدو أن المشرع التونسي قد تأثر بالشريعة الإسلامية، واعتبر أن تنفيذ الالتزام هو واجب على كل مدين. فجاء بالفصل 192 م.ح.ع أن «مكاسب المدين ضمان لدائنيه يتحاصصون ثمنها إلا إذا كانت هناك أسباب قانونية في تفضيل بعضهم على بعض». فيظهر أن هذا النص يكرس مبدأ الضمان العام وهو من أهم المبادئ في القانون المدني. ويعني هذا المبدأ أن كل دائن له الحق في التنفيذ على مكاسب مدينه بغية استخلاص دينه، ويتم هذا التنفيذ بصفة جبرية عن طريق نزع ملكية المدين وبيع أمواله جبرا، حتى يتمكن من استيفاء دينه من هذه المكاسب⁽²⁾. وقد شهدت إجراءات التنفيذ تطورا ملحوظا، فقد كان الالتزام في البداية عبارة عن علاقة شخصية محضة، مصدرا للسلطة وقيدا قانونيا يمكن أن يتحول إلى استرقاق المدين أو قتله في حالة عدم تنفيذه لالتزامه. فقد كانت الأنظمة القانونية التي لم تبلغ بعد حدا من التطور لا تملك من الوسائل الفنية والقانونية ما يكفل تنفيذ الالتزام دون اعتداء على شخص المدين. ولذلك

(1) سورة النساء الآية 29.

(2) حاتم الرواتبي، محاضرة في مادة التأمينات الشخصية والعينية، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، جامعة المنار، 2018-2019، ص.3.

قد كان من الطبيعي أن يكون من بين هذه الوسائل البدائية التنفيذ على شخص المدين، وسجنه واسترقاقه من قبل الدائن. وقد كانت هذه الوسائل القانونية تتفق مع عقلية ذلك العصر وتدل على افتقار هذه الأنظمة إلى الصياغة القانونية المتطورة⁽³⁾. وبتطور القوانين أصبح التنفيذ الجبري للالتزام يمر عبر ذمة المدين المالية لا عبر شخصه وذلك حماية لمبدأ حرمة الجسدية.

هذا الاتجاه الحديث الذي اتبعه المشرع التونسي لم يكن حكرًا عليه، بل إن أغلب القوانين كرسته من ذلك ما جاء بالمادة 268 من قانون الموجبات والعقود اللبناني «على أن للدائن حق ارتهان عام على مملوك المدين بمجموعه لا على أفراد ممتلكاته. وهذا الحق الذي يكسب الدائن صفة الخلف العام للمدين، لا يمنحه حق التبع ولا حق الأفضلية فالدائنون العاديون هم في الأساس متساوون لا تمييز بينهم بسبب التواريخ التي نشأت فيها حقوقهم إلا إذا كان هناك أسباب أفضلية مشروعة ناشئة عن القانون أو عن الاتفاق». والمادة 365 من القانون المدني الأردني التي جاء بها أنه «مع مراعاة أحكام القانون، أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان»⁽⁴⁾.

ولم تكتف هذه التشريعات، بتكريس مبدأ الضمان العام بل وضعت العديد من الوسائل القانونية لحمايته ولضمان الوفاء بالدين في أسرع الآجال وبأقل التكاليف. لذلك مكنت الدائن من التدخل كلما وجدت تصرفات من شأنها إفراغ ذمة المدين من الأموال. وقد قسم الفقه هذه الوسائل إلى وسائل تحفظية أو وقائية أو قبلية: يمنع بمقتضاها الدائن مدينه من تبديد أمواله وإضعاف ذمته (كالعقلة التحفظية الفصل 322 م.م.م.ت وما بعده⁽⁵⁾)، العقلة التوقيفية الفصل 330 وما بعد، الائتمان العدلي الفصل 1043 م.ا.ع وما بعده⁽⁶⁾). ووسائل علاجية أو

(3) نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، مصر، 2007، ص.2.

(4) كما جاء بالمجلة المدنية الفرنسية أنه

«Quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir» article 2284.

(5) انظر أيضا المادة 875 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

(6) راجع المادة 719 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

بعديّة، تسمح للدائن باسترجاع ما فوت فيه مدينه (كالدعوى البليانية⁽⁷⁾) والدعوى المنحرفة⁽⁸⁾ 306 م.ا.ع والدعوى الصورية⁽⁹⁾ 26 م.ا.ع).

ولكن رغم اتّفاق الفقهاء أن للضمان العام وسائل تحفظه وتحميه، فإنهم اختلفوا في تحديد هذه الوسائل فمنهم من اعتبر أن الدعوى الصورية ليست من وسائل حماية الضمان العام ومنهم من اعتبر أن الدعوى المباشرة تدخل في مجال الضمان العام⁽¹⁰⁾... كما اختلفوا في تحديد مفهوم الدائن العادي، والمؤكد أن سبب هذا الاختلاف هو غياب تعريف تشريعي لهذا المفهوم، إذ أقر موقف أول أن الدائن العادي هو الذي لا يتمتع بأي تأمين عيني أو شخصي خاص يضمن له خلاص الدين وإنّما له حق ضمان عام على الذمة المالية لمدينه⁽¹¹⁾، أما الموقف الثاني فقد رأى أن الدائن العادي هو الدائن الذي ليس له تأمين عيني⁽¹²⁾، في حين ذهب موقف آخر إلى القول بأن الدائن العادي ينقسم إلى صنفين «صنف أول يشمل كل دائن ليس له تأمين عيني لكن بيده تأمين شخصي أو ضمان اتّفاقي يوفر له نصيباً من الحماية يزيد وينقص، صنف ثان يشمل كل دائن لم يسع إلى حماية حقوقه بأي ضمان من الضمانات المتاحة مهما كان نوعها»⁽¹³⁾.

ولعل هذا الاختلاف على المستوى النظري هو الذي أدى إلى ظهور تذبذب على مستوى الأحكام والقرارات القضائية، في العديد من المسائل التي لها علاقة بالضمان العام. ومن بين هذه المسائل، مسألة صفة الدائن الذي له حق القيام بالدعوى البليانية، فقد اعتبرت أغلب القرارات أن الدائن العادي دون سواه هو

(7) راجع المادة 279 من قانون الموجبات اللبناني.

(8) انظر المادة 276 من قانون الموجبات اللبناني.

(9) راجع المادة 156 من قانون أصول المحاكمات المدنية.

(10) نزار خريش، دعاوى الدائن العادي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق بصفافس، 2017-2018، ص.11.

(11) محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، مطبعة الوفاء، تونس، 1997، ص.341.

(12) خليفة الخروبي، قانون مدني، التأمينات العينية والشخصية، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2014، ص.89.

(13) حاتم الرواتي، الحماية القانونية للدائن العادي، دار الميزان للنشر، تونس، 2008، ص.33.

الذي يحق له ممارسة هذه الدعوى⁽¹⁴⁾. بينما ذهبت قرارات أخرى إلى قبول الدعوى من كل دائن مهما كانت صفته حتى لو كان دائنا ممتازا أو مرتتها⁽¹⁵⁾.

كما اختلفت القضاة حول آثار دعاوى الضمان العام. فاعتبر شق أول أن الدعوى البليانية هي دعوى بطلان نسبي⁽¹⁶⁾. بينما أقر شق ثان بأنها دعوى في عدم النفاذ⁽¹⁷⁾.

ولعل ما يبرر هذا الاختلاف في المواقف القضائية، هو كثرة القضايا المطروحة أمام المحاكم. فقد أدى تطور المجتمع إلى ظهور الفكر الاستهلاكي، مما تسبب في ارتفاع نسب التداين حيث بلغ عدد العائلات التي التجأت إلى التداين بجميع أصنافه في ديسمبر 2018 حوالي 8، 1 مليون أسرة، حيث أن 16٪ من التونسيين تحصلوا على قروض رسمية من البنوك في حين أن 66٪ من هؤلاء تحصلوا على قروض غير رسمية من شركات وأشخاص طبيعيين⁽¹⁸⁾. وبزيادة نسب التداين، تظهر أهمية الضمان العام الذي يمثل الضمان الأساسي لاستخلاص الديون، إذا لم يتحصل الدائن على ضمان أو تأمين خاص. لذلك يطرح التساؤل التالي:

كيف نظم المشرع التونسي الضمان العام؟

إن مراجعة أحكام مجلة الحقوق العينية ومجلة الالتزامات والعقود ومجلة المرافعات المدنية والتجارية، تبين أن المشرع التونسي قام بتحديد خصائص

(14) من ذلك «القرار التعقيبي المدني عدد 22849 الصادر عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب في 2 مارس 2017» أورده، بديع بن عباس، النظرية العامة للبطلان، التوجهات التشريعية والقضائية الحديثة، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2020، ص. 132. انظر أيضا قرار تعقيبي عدد 19419 مؤرخ في 08 أكتوبر 2015. منشور بموقع محكمة التعقيب.

(15) قرار تعقيبي مدني عدد 49102 مؤرخ في 8 مارس 2018 أورده، بديع بن عباس، النظرية العامة للبطلان، مرجع سابق الذكر، ص 133.

(16) قرار تعقيبي مدني عدد 20470 صادر في 5 نوفمبر 2015، قرار منشور بموقع محكمة التعقيب.

(17) قرار تعقيبي مدني 77252 مؤرخ في 19 أبريل 2013، مأخوذ من كتاب، بديع بن عباس، النظرية العامة للبطلان، مرجع سابق الذكر، ص. 180.

(18) مذكرة شرح أسباب مشروع قانون معالجة وضعيات التداين المفرط للأشخاص الطبيعيين عدد 113/2020، ص 12 نتائج بحث حول التداين الأسري في تونس، المعهد الوطني للاستهلاك، 15 أبريل 2019. ولم يتم إصدار إحصائيات جديدة منذ ذلك التاريخ.

الضمان العام (جزء أول)، وبتركيس عدة وسائل قانونية لحمايته⁽¹⁹⁾. وسنكتفي في الجزء الثاني من هذا المقال بالحديث عن الوسائل العلاجية أو دعاوى الضمان العام (جزء ثاني)، لما لها من أهمية نظرية وعملية ولتعدد النزاعات بشأن نظامها القانوني.

الجزء الأول: خصائص الضمان العام

يقتضي الفصل 192 م.ح.ع أن «مكاسب المدين ضمان لدائنيه يتحاصصون ثمنها إلا إذا كانت هناك أسباب قانونية في تفضيل بعضهم على بعض». يتبين من هذه الأحكام أن مجموعة أموال المدين أي مجموعة العناصر المكونة للجانب الإيجابي من الذمة المالية للمدين هي ضامنة للإيفاء بجميع ديونه. هذه هي الخاصية الجوهرية الأولى التي يتصف بها حق الضمان العام (فقرة أولى). وينتج عن ذلك أن الدائنين العاديين، أي الذين لا تكون ديونهم مضمونة بأي تأمين عيني، هم متساوون في ممارسة حقهم في الضمان العام وهذه هي الخاصية الجوهرية الثانية لهذا الحق (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: الخاصية الأولى: عمومية حق الضمان العام

إن حق الضمان العام المكرس في مجلة الحقوق العينية هو عام وشامل. وتبرز هذه العمومية لا فقط من حيث أطرافه (1) بل وأيضا من حيث الأموال التي يتناولها (2).

1 - شمولية حق الضمان العام من حيث الأطراف

من الثابت أن حق الضمان العام هو نتيجة حتمية للالتزام. فهو يرتبط بهذا الأخير وينشأ مباشرة بفعل القانون بمجرد وجود علاقة مديونية دون وجوب

(19) وقد قسم الفقهاء الوسائل التي تحمي الدائن العادي أساسا إلى طائفتين: وسائل تحفظية ووسائل علاجية. فإذا كان إعسار المدين متوقعا جاز للدائن اتخاذ وسائل تحفظية تقيه من هذا الخطر. أما إذا وقع الإعسار فله استعمال الوسائل العلاجية بغية إعادة المكاسب التي خرجت من ذمة المدين وهذه الوسيلة هي التي سيتم تناولها بالدرس وتحليل في هذا المقال. أما الوسائل التحفظية فهي عديدة أهمها العقلة التحفظية، الاعتراض التحفظي، الاعتراض على القسمة...

إتمام شروط أو إجراءات معينة. ويظهر هذا الحق عند اللجوء إلى تنفيذ الدين بالطرق الجبرية. ويتج عن ذلك أنه يستفيد من الحق المذكور جميع الدائنون وخلفاؤهم. فبالرغم من أن الحق في الضمان العام ارتبط في ذهن رجال القانون بالدائن العادي إلا أن هذا القول مجانب للصواب. فكل دائن مهما كانت صفته (صاحب تأمين خاص أم لا) يتمتع بالحق في الضمان العام. لأن عبارات الفصل 192 م.ح.ع جاءت مطلقة «مكاسب المدين ضمان لدائنيه» لذلك يجب أخذها على إطلاقها تطبيقاً للقاعدة الوصلية الواردة بالفصل 533 م.أ.ع «إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها». فاستناداً إلى هذا الفصل فإن كل دائن مهما كانت صفته ومهما كانت قيمة دينه أو مصدره أي سواء نشأ دينه عن عقد أو شبه عقد أم عن جنحة أو شبه جنحة يمكنه أن ينفذ على مكاسب مدينه⁽²⁰⁾. ولا فرق بين أن يكون هؤلاء دائنين عاديين أي لا تكون ديونهم مضمونة بأي تأمين عيني، أو أن يكونوا دائنين أصحاب تأمينات عينية. فالتأمينات العينية لا تلغي حق الضمان العام بل بالعكس فهي تدعمه وتقويه. لذلك يظل باستطاعة أصحاب هذه التأمينات طلب التنفيذ الجبري على بقية أموال مدينهم واستيفاء ديونهم من ثمنها كدائنين عاديين إذا لم تف هذه الأموال بكامل الدين.

أما الدائنون أصحاب التأمينات الشخصية، كالكفالة مثلاً، فإنهم يعتبرون دائنين عاديين وبالتالي يستفيدون كغيرهم من حق الضمان العام. فالتأمينات الشخصية تؤدي إلى توسيع نطاق هذا الحق بضم ذمة مالية أو أكثر إلى الذمة المالية للمدين بحيث يستطيع الدائن ممارسة حقه بالضمان العام بالتنفيذ الجبري على جميع هذه الذمم المالية.

ويجب التذكير بأن الالتزام المشار إليه في هذا السياق هو الالتزام القانوني أو المدني الذي عرفه الفقه بكونه رابطة قانونية بين شخصين يلتزم أحدهما بأداء معين للآخر⁽²¹⁾. ويقوم هذا الالتزام على عنصرين وهما عنصر المديونية وهو

(20) الفصل الأول من مجلة الالتزامات والعقود على أن «تعمير الذمة يترتب على الاتفاقات وغيرها من التصريحات الإرادية وعن شبه العقود والجنح وشبهها».

(21) محمد بقيق، النظرية العامة للالتزام، التصرف القانوني، مجمع الأطرش، تونس، 2009، ص.7.

الواجب القانوني الملقى على المدين حتى يفي بالتزامه. وعنصر المسؤولية المتمثل في جبر المدين على الوفاء بما التزم به إن لم يفعل طوعا. لذلك فهو يختلف عن الالتزام الأدبي الذي لا يتوفر فيه أي عنصر من العنصرين كالواجبات الأخلاقية أو الدينية التي لا ينتج عنها أي أثر قانوني. وكذلك عن الالتزام الطبيعي الذي يوجد فيه عنصر المديونية دون عنصر الإكراه أو المسؤولية بحيث لا يحق للدائن أن يجبر المدين على الوفاء، ولكن إذا قام المدين بالوفاء تلقائيا نتجت عنه كافة الآثار القانونية للالتزام المدني ويعتبر الوفاء صحيحا ولا يمكنه استرداد ما دفعه⁽²²⁾.

فالالتزام المدني وحده هو الذي يعطي للدائن مهما كانت صفته إمكانية التنفيذ على كل أموال المدين ويظهر أن قاعدة العمومية والشمولية لاتهم فقط أطراف الالتزام بل تشمل أيضا الأموال التي سيسلط عليها التنفيذ.

2 - شمولية حق الضمان العام من حيث الأموال

يرتكز حق الضمان العام على فكرة الذمة المالية التي، حسب المفهوم التقليدي تكمن في اعتبار أن جميع الحقوق المالية والالتزامات الحاضرة والمستقبلية العائدة لشخص طبيعي أو معنوي تنصهر في وحدة أو مجموعة قانونية متماسكة ومتراصة وتمتع بكيان خاص مستقل عن العناصر التي تكونها. يترتب على هذا التصور للذمة المالية أن الجانب الإيجابي منها أي مجموعة الحقوق، يضمن بكامله إيفاء الجانب السلبي، أي مجموعة الديون.

فيتضح من نص المادة 192 م.ح.ع، أن حق الضمان هو عام بمعنى أنه يجري على المجموعة التي تؤلف الذمة المالية مأخوذة ككل وليس بمفرداتها. وينتج عن ذلك أن هذا الحق لا يقتصر على الأموال الموجودة في المجموعة المذكورة وقت نشوئه بل إنه يتناول أيضا الأموال التي سيمتلکها لاحقا المدين. وبالعكس،

(22) وفي هذا السياق ينص الفصل 78 م.ا.ع على أن «لا يسوغ استرداد ما وقع دفعه وفاء بدين سقط بطول المدة أو بأمر مستحسن ليس بواجب إذا كان الدافع ممن يملك التفويت مجانا ولو دفع ظنا منه انه يلزمه الأداء أو جهلا بسقوط الدين».

فإنّ الأموال التي ستخرج لاحقاً من الذمة المالية تخرج أيضاً عن نطاق حق الضمان العام.

يتبين مما تقدم أنّ الأموال التي تضمن إيفاء الديون هي جميع الأموال الموجودة في الذمة المالية للمدين وقت ممارسة حق الضمان العام أي وقت اللجوء إلى التنفيذ الجبري، فالدائن الذي لا يستوفي دينه عند الاستحقاق يستطيع استناداً إلى حقه في الضمان العام، طلب التنفيذ الجبري على الأموال المذكورة أو على أي منها وفقاً للقواعد والأصول المنصوص عليها في مجلة المرافعات المدنية والتجارية. وهذا الحق يشمل أيضاً الأموال التي تجري عليها التأمينات العينية. فالدائنون العاديون يستطيعون طلب التنفيذ الجبري على هذه الأموال لكنهم لا يستوفون ديونهم من الثمن الناتج عن بيعها بالمزاد العلني إلا بعد أن يستوفي الدائنون أصحاب التأمينات العينية الجارية على هذه الأموال كامل حقوقهم من ثمنها⁽²³⁾.

والمقصود بعبارة «مكاسب» الواردة بالفصل 192 م.ح.ع هي أموال المدين. والمال في القانون التونسي هو «كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون ومن شأنه أن يكون موضوع حق ذي قيمة نقدية»⁽²⁴⁾. ويقسم المال إلى عقار ومنقول⁽²⁵⁾. فالعقار هو كل شيء ثابت في مكانه لا يمكن نقله منه دون تلف⁽²⁶⁾. أما المنقولات فهي الأجسام التي يمكن نقلها من مكان لآخر سواء انتقلت بنفسها أو بمفعول قوة أجنبية عنها⁽²⁷⁾.

(23) فارس ياسين كرجاج، قانون مدني: التأمينات العينية، دار النهضة العربية للنشر، بيروت، 1995، ص، 22.

(24) الفصل 1 م.ح.ع.

(25) الفصل 2 م.ح.ع.

(26) الفصل 3 م.ح.ع. ويضيف الفصل 4 من نفس المجلة أن العقارات يمكن أن تكون إما طبيعية أو حكمية أو تبعية.

(27) الفصل 14 م.ح.ع هذا هو التعريف التشريعي للمنقولات بطبيعتها، كما نظم المشرع نوع آخر من المنقولات وهي المنقولات بحكم القانون.

ولكن إذا كانت «مكاسب المدين ضمانا لدائنيه» فإن التنفيذ الجبري على هذه المكاسب لا يكون بطريقة اعتباطية وتعسفية. فالقانون التونسي مثله مثل القوانين الأخرى سعى إلى التوفيق بين مصلحة الدائن في خلاص دينه من جهة ومصلحة المدين في المحافظة على مكاسبه من جهة أخرى، خاصة إن كان هذا الأخير حسن النية (أي أن عدم تنفيذه لالتزامه يعود إلى صعوبات مالية حقيقية).

والتنفيذ الجبري هو إجبار المدين على تنفيذ التزامه الذي لم يؤده اختياراً، وذلك بقوة القضاء والقوة العامة عند الاقتضاء، عن طريق عقلة مكاسبه وبيعها بالمزاد العلني.

بيد أن هذه العقلة لا تتم إلا بعد احترام جملة من القواعد أهمها:

قاعدة الترتاب أو التدرج، فيتم ترتيب أولوية التنفيذ على أموال المدين بحسب طبيعة المكاسب التي يفرض القانون البدء بالتنفيذ عليها، حيث جاء في المادة 304 م.م.م.ت أن «عمليات التنفيذ فيما عدا الديون الموثقة برهن أو امتياز تقع على الأموال المنقولة فإن لم تكن كافية أم كانت غير موجودة فإن التنفيذ يقع على العقارات». فهذه القاعدة تضمن أولاً احترام حق المدين في الاحتفاظ بالعقار كمورد أو ضمان للرزق إلى آخر مراحل التنفيذ، وهي تحقق ثانياً توحيد إجراءات التنفيذ وعدم تشتتها بما يضر بجميع أطراف عملية التنفيذ ويعسر على القاضي الرقابة عليها⁽²⁸⁾.

وقاعدة التناسب، التي تقوم على وجوب التزام التناسب بين قيمة الحق المطلوب وقيمة المال موضوع الحجز والتي تقتضي حصر الحق في الحجز على مال المدين في القدر الكافي لخلاص دين الدائن العاقل. وقد تم تكريس هذه القاعدة صلب المادة 307 م.م.م.ت التي نصت على «أنه لا يمكن إجراء عقلة تنفيذية على أكثر مما يلزم لخلاص الدائن العاقل».

(28) الحسين السالمي، القانون العدلي: النظرية العامة للتنفيذ، دار الكتاب، تونس، 2019، ص. 274.

فضلا عن جملة هذه القواعد، كرس القانون بعض الاستثناءات لمبدأ عمومية الضمان العام وذلك تحقيقا لنفس الغاية وهي أساسا حماية المدين لأنه يعتبر الطرف الضعيف في عملية التنفيذ وكذلك تحقيقا لمصالح أخرى أهمها حماية المصلحة العامة.

وفي هذا السياق ينص الفصل 308 م.م.م.ت على أنه «لا يقبل العقلة:

- (1) ما يلزم للمعقول عنه وعائلته من الفراش والملابس وأواني الطبخ،
- (2) الآلات والكتب اللازمة لمهنة المعقول عنه إلى حد ما قيمته مائة دينار حسب اختياره،
- (3) الكتب والأدوات المدرسية اللازمة لتعلم من هو في كفالة المعقول عنه من الأولاد،
- (4) ما يكفي من طعام المعقول عنه وعائلته مدة خمسة عشر يوما،
- (5) الأوسمة والرسائل والأوراق الشخصية والأشياء المقدسة وما هو ضروري للقيام بالواجبات الدينية...».

هذا النص يبين النزعة الإنسانية التي يتحلى بها المشرع فهو يسعى إلى توفير حد أدنى من الحقوق الطبيعية البدائية. ويقصد بالفراش جملة الأغذية وغيرها التي تكون لاستعمال المدين وزوجته ومن هم في كفالته، وملابسه أي ثيابه. وأواني الطبخ التي تعتبر من الأشياء الضرورية لممارسة الحياة اليومية العادية⁽²⁹⁾. فمن حق كل إنسان أن ينام وأن يأكل وأن يعمل. كما جعل القانون للدولة وملكها حرمة. فحجر عقلة مكاسب الدولة وذلك حفاظا على سيادتها، «فالملك العمومي غير قابل للتفويت والتقادم»⁽³⁰⁾.

فيما عدا هذه الأموال المستثناة صراحة من مجال الضمان العام أي من مجال التنفيذ، فإن بقية أموال المدين هي ضمان لدائنيه، يتحصصون ثمنها في حالة عدم كفايتها لخلاصهم كلهم.

(29) انظر أيضا الفصول 311 و354 و355 من م.م.م.ت.
(30) الفصل 3 من أمر 24 سبتمبر 1885 يتعلق بالأملك العمومية.

الفقرة الثانية: الخاصية الثانية: المساواة بين الدائنين العاديين

إن حق الضمان العام المكرس صلب الفصل 192 م.ح.ع يكرس صراحة مبدأ المساواة بين الدائنين العاديين⁽¹⁾، غير أن هذا المبدأ ليس مطلقاً إذ تعثره بعض الاستثناءات⁽²⁾.

1 - معناه مبدأ المساواة

تعد المساواة من المبادئ الإنسانية السامية التي عرفها الإنسان منذ القديم. فهي من المبادئ التي ناضلت البشرية من أجل تحقيقها على مر العصور. كما تعتبر واحدة من المفاهيم الأكثر قدماً، نجدها في الفلسفة اليونانية عند أرسطو حيث تم تحليلها على أساس عدم التفريق بين البشر بسبب الرتب الاجتماعية أو الجنس أو الدين⁽³¹⁾. كما أن الشريعة الإسلامية أقرت ورسخت هذا المبدأ وقدرته حق قدره⁽³²⁾. أيضاً يعد هذا المبدأ واحداً من المبادئ العامة الجوهرية التي يقوم عليها القانون. فهو من أهم المبادئ الدستورية⁽³³⁾، وحجر الزاوية لكل مجتمع ديمقراطي، وقد تم تجسيده في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948⁽³⁴⁾.

(31) Robert Nemedeu, le principe d'égalité des créanciers vers une double mutation Conceptuelle, RTD com. Avril-Juin 2008, N°2, édition Dalloz, 2008, N°2, P242.

(32) محمد علي السالم عياد الحلبي، مبدأ المساواة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص 92
(33) ينص الفصل 23 من دستور الجمهورية التونسية على أن «المواطنون والمواطنات متساوون في الحقوق والواجبات وهم سواء أمام القانون دون أي تمييز».

(34) وقد جاء بالمادة الأولى منه أنه «يولد جميع الناس أحراراً ومتساوين في الكرامة والحقوق. وهم قد وهبوا العقل والوجدان وعليهم أن يعاملوا بعضهم بعضاً بروح الإخاء». كما نصت المادة الثانية على أنه «لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة في هذا الإعلان، دونما تمييز من أي نوع، ولا سيما التمييز بسبب العنصر، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الرأي سياسياً وغير سياسي، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي، أو الثروة، أو المولد، أو أي وضع آخر. فضلاً عن ذلك لا يجوز التمييز على أساس الوضع السياسي أو القانوني أو الدولي للبلد أو الإقليم الذي ينتمي إليه الشخص، سواء أكان مستقلاً أو موضوعاً تحت الوصاية أو غير متمتع بالحكم الذاتي أم خاضعاً لأي قيد آخر على سيادته».

ولا يخرج مبدأ المساواة بين الدائنين الذي كرسه المشرع التونسي بالفصل 192 من م.ح.ع عن هذا التوجه. ويتبين من أحكام هذا الفصل أن جميع الدائنين العاديين لشخص واحد يتمتعون بحقوق متساوية على الأموال الداخلة في الذمة المالية لمدينهم، مهما كان تاريخ إنشاء ديونهم ومهما كان تاريخ اكتساب هذه الأموال⁽³⁵⁾. فلا يمكن للدائنين العاديين السابقين الاستفادة من أية أفضلية تجاه الدائنين العاديين اللاحقين. كذلك لا يمكن لهؤلاء الأخيرين التذرع بحق أفضلية على الأموال التي لم يكن المدين قد اكتسبها عندما نشأت حقوق الدائنين السابقين. فالضمان العام يشمل جميع الأموال المنقولة والعقارية الموجودة في الذمة المالية للمدين وقت ممارسة هذا الحق مهما كان تاريخ تملكها.

ويتج عن هذه المساواة أنه عندما تكون أموال المدين غير كافية لإيفاء جميع ديونه، أي في حالة إعسار المدين أو إفلاسه إذا كان تاجرًا، يوزع الثمن الناتج عن بيع الأموال بالمزاد العلني وفقًا للأصول القانونية على الدائنين العاديين ليس حسب التواريخ التي نشأت فيها ديونهم إنما بالتساوي فيما بينهم، كل بنسبة مقدار دينه. بذلك يتحمل كل من هؤلاء الدائنين نسبيًا ذات الخسائر.

فيظهر أن أهمية هذه المساواة تبرز حقيقة، عندما لا تكفي أموال المدين للوفاء بديونه جميعًا، فعندئذ يقتسمون ما في ذمته قسمة غرماء أي كل بحسب قيمة دينه فلا أفضلية في الضمان العام لدائن على غيره من الدائنين⁽³⁶⁾.

ولكن تجدر الإشارة إلى أن مبدأ المساواة في الضمان العام يقتصر على الدائنين الذين طالبوا بديونهم وباشروا إجراءات التنفيذ على أموال مدينهم، أما الدائنون الذين لم يشتركوا في التنفيذ أو تخلفوا عنه لسبب أو لآخر، فلا يحق لهم الاشتراك في التوزيع، إذ ليس من مقتضيات المساواة بين الدائنين، استدعاء الدائن

(35) تنص المادة 268 من قانون الموجبات والعقود اللبناني صراحة على أن حق الضمان العام لا يمنح صاحبه الدائن أي حق أفضلية (Droit de préférence) وتؤكد ما يلي: «الدائنون العاديون هم في الأساس متساوون لا تمييز بينهم بسبب التواريخ التي نشأت فيها حقوقهم».

(36) فارس ياسين كرباج، مرجع سابق الذكر، ص، 30.

المهمل وتحريضه على التنفيذ⁽³⁷⁾. فإذا ما تقدم بعض الدائنين واتخذوا إجراءات التنفيذ القانونية، وتخلف البعض الآخر فإن المتحصل من أموال المدين، يوزع على الذين تقدموا فقط⁽³⁸⁾. لذلك اعتبر أغلب الفقهاء أن المساواة في التنفيذ على مكاسب المدين إنما هي مساواة قانونية لا مساواة فعلية⁽³⁹⁾.

أما عن مبررات اعتماد قاعدة المساواة في القوانين الوضعية، فقد رأى البعض أن هذه القاعدة لها مبررات اقتصادية لأن تكافؤ فرص الدائنين في استيفاء حقوقهم من شأنه أن يشجع الدائن على منح الائتمان لأنه يكون متأكدا في هذه الحالة من الحصول على حقه كاملا أو الحصول على أكبر قدر منه⁽⁴⁰⁾. وهذا ما

(37) وفي هذا السياق يقول الأستاذ عبد المنعم عبود أنه «متى سارع بعض الدائنين دون البقية بتوخي طرق التنفيذ، أمكنهم الحصول على كامل حقوقهم أو بعضها، فإذا لم يبقى للمتخلف منهم شيء، للتنفيذ عليه، نتج عن ذلك ضياع حقوقهم». عبد المنعم عبود، مجلة الحقوق العينية المعلق عليها، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، 2000، ص. 252.

(38) حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية: دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن والتأمين والامتياز، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص. 30.

(39) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام: أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2020، ص. 121. كما يقول الأستاذ عبد الرزاق السنهوري في هذا السياق أن «المساواة بين الدائنين في التنفيذ على أموال المدين إنما هي مساواة قانونية لا مساواة فعلية، فالقانون يجعل لكل دائن الحق في التنفيذ على أموال مدينه فإذا بادر أحدهم إلى التنفيذ على ما للمدين كان لسائر الدائنين الحق في مشاركته في هذا التنفيذ ومقاسمته ما ينتج منه قسمة غراما، ولكن إذا كانت هذه المشاركة جائزة قانونا، فقد تكون غير متيسرة فعلا ويرجع ذلك إلى أسباب كثيرة، فقد يكون الدائنون الآخرون غير عالمين بما يتخذ الدائن من إجراءات التنفيذ، وإذا علموا فقد تكون إجراءات التنفيذ قد وصلت إلى مرحلة لا تسمح لهم بالمشاركة الفعلية وإذا كانت إجراءات التنفيذ لم تصل إلى هذه المرحلة فقد يعوزهم سند قابل للتنفيذ يستطيعون بمقتضاه المشاركة الفعلية إذ قد تكون حقوقهم غير خالية من النزاع أو هي خالية من النزاع ولكنها غير مستحقة الأداء أو هي مستحقة الأداء ولكنها غير مقترنة بسند رسمي أو حكم قابل للتنفيذ، تلك هي وجوه انعدام المساواة بين الدائنين من الناحية الفعلية، وإن كانوا جميعا متساوين من الناحية القانونية». عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، ص. 720.

(40) «Economiquement, en effet, l'application de la règle de l'égalité favorise le créancier parce qu'elle assure au créancier un pouvoir effectif d'action; elle lui donne la certitude qu'au cas de défaillance de son débiteur, il recouvrera, sinon l'intégralité de sa créance, au moins la fraction maximum de celle-ci, qu'aucun autre créancier, grâce à sa plus grande diligence ou à sa proximité du débiteur, ne pourra se faire payer à son détriment, voire rendre son droit inefficace, en absorbant l'actif». Michel Vasseur, le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite, thèse pour le doctorat, université de paris, faculté de droit, 1949, p.16.

يجعل من مبدأ المساواة بين الدائنين في الضمان العام وسيلة لدعم الائتمان. بينما رأى البعض الآخر أنّ مبدأ المساواة بين الدائنين يجد أساسه في العدالة الخاصة. فالعدالة الخاصة هي عبارة عن توزيع عادل للأموال بين الناس في المجتمع، ولقد عرفها أرسطو بأنها «قيمة اجتماعية صرفة وهي أساس العدالة»، فالإنسان العادل حسب هذا الأخير هو الذي عادة لا يأخذ أكثر من حصته من الأموال ولا أقل من حصته من الأعباء⁽⁴¹⁾. وبالتالي فإن العدالة الخاصة هي عبارة عن عدالة توزيعية تهدف إلى توزيع الحصص بالتساوي بين أفراد المجتمع حسب الاستحقاقات والضرورات الاجتماعية والاقتصادية. وعليه تعد العدالة التوزيعية أساساً لمبدأ المساواة بين الدائنين، فعن طريقها تقسيم أموال المدين بالتساوي بين دائنيه وفي حالة عدم كفايتها للوفاء بجميع حقوقهم يتحمل كل منهم جزءاً من الخسارة⁽⁴²⁾.

ولئن كان أساس أو مبرر مبدأ المساواة بين الدائنين العاديين محل خلاف، فإن مفهومه كان محل إجماع لا فقط من قبل الفقهاء بل وكذلك من قبل القضاة. وفي هذا السياق يمكن الإشارة إلى ما جاء في أحد قرارات محكمة التعقيب وبالتحديد صلب الحيشية الأولى من القرار التعقيبي المدني عدد 58222 الصادر في 2 مارس 2012 «حيث يقتضي المبدأ العام أن جميع مكاسب المدين ضماناً لدائنيه طبق الفصل 192 م.ح.ع الذين يتحاصصون ثمنها بالتساوي فيما بينهم ذلك أن مبدأ المساواة بين الدائنين هو الذي ينظم علاقتهم بالمدين فالدائنون سواسية في استيفاء دينهم من مكاسب مدينهم فيأخذ كل واحد قيمة دينه عند كفاية المال المتأتي من التنفيذ على مكاسب المدين وإذا لم تكن كافية فإنهم يتحاصصون ثمنها على نسب ديونهم»⁽⁴³⁾.

(41) «Pour Aristote, un homme juste est celui qui a l'habitude de ne pas prendre «plus que sa part» des biens extérieurs disputés dans un groupe social, «ni moins que sa part» du passif, des charges». Omar kahil, l'égalité entre les créanciers dans le cadre de la saisie attribution, thèse pour obtenir le grade de docteur en droit, université Lille nord de France, 2011, p.24.

(42) ريمة برمضان، المراكز القانونية ومبدأ المساواة بين الدائنين، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر 1: كلية الحقوق، ص.11.

(43) رابحة الغندري، حق الحبس، يكون أو لا يكون؟ قرار تعقيبي مدني عدد 58222 بتاريخ 06 مارس 2012، منشور في قراءات في اجتهادات قضائية 1، مركز النشر الجامعي، تونس، 2018.

لكن يجب التأكيد على أن المساواة التي أشارت إليها محكمة التعقيب قاصرة على الدائنين العاديين وهم الذين لا يتمتعون بضمان عيني خاص. أما الدائن الذي يتمتع بتأمين عيني فلا يخضع لقاعدة المساواة، ويتقدم على الدائنين العاديين عند التزاحم.

2 - الاستثناءات الواردة على مبدأ المساواة

جاء في الفصل 192 م.ح.ع أن قاعدة المساواة بين الدائنين لا تطبق «إذا كانت هناك أسباب قانونية في تفضيل بعضهم على بعض». وقد بين المشرع التونسي هذه الأسباب في الفصل الموالي الذي نص على أن «الأسباب القانونية في تفضيل بعض الدائنين على بعض هي الامتياز والرهن وحق الحبس»⁽⁴⁴⁾. هذا الفصل يحدد على وجه الحصر قائمة التأمينات العينية ويعطي تعريفا أوليا للتأمينات العينية بأنها أسباب قانونية في الأفضلية⁽⁴⁵⁾. فيستتج من هذا التعريف أن الأفضلية هي هدف وغاية أساسية لكل تأمين عيني ويمكن اعتبار حق الأفضلية معيارا لتكييف التأمينات العينية بمعنى أن الضمان الذي يعطي للدائن حق الأفضلية يمكن وصفه بتأمين عيني والضمان الذي لا يهدف مباشرة إلى منح أفضلية للدائن لا يعتبر تأميناً عينياً⁽⁴⁶⁾. وتقوم التأمينات العينية على تخصيص مال معين للوفاء بحق الدائن. ويظل هذا المال مثقلاً بالتأمين حتى ولو انتقلت ملكيته إلى الغير. ذلك أن التأمين يعطي صاحبه حق تتبع المال المثقل به في يد مالكة الجديد والتنفيذ عليه لاستيفاء دينه من ثمنه وهو في استيفائه لدينه هذا، يكون مقدماً على غيره من الدائنين العاديين والدائنين أصحاب التأمينات الذين يأتون بعده في المرتبة⁽⁴⁷⁾، لأن التأمين العيني يمنح صاحبه حق الأفضلية،

(44) الفصل 193 من م.ح.ع.

(45) «حق الأفضلية أو حق التتبع أو حق التقدم أو حق الأولوية، كلها مصطلحات استعمالها المشرع ولها نفس المعنى». حاتم محمدي، حق الأفضلية في التأمينات العينية، دراسات في قانون التأمينات، المطبعة العصرية، تونس، 1997، ص. 377.

(46) بشير المنوبي الفرشيشي، دروس في التأمينات العينية والشخصية، سنة رابعة حقوق، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية بتونس، 2007-2008، ص. 2 و 3. يضيف الأستاذ بشير أنه يوجد أسباب واقعية للتفضيل إضافة إلى الأسباب القانونية.

(47) من ذلك ما جاء بالفقرة الثانية من الفصل 278 من م.ح.ع «والرهون التي ترسم في يوم واحد

أي حق استيفاء دينه، دون الخضوع لقاعدة المساواة التي يخضع لها الدائنون العاديون⁽⁴⁸⁾.

وفي هذا السياق ينص الفصل 195 من م.ح.ع على أن «الدين الممتاز مفضل على غيره من الديون وحتى على الديون الموثقة برهن عقاري. وتفضيل بعض الدائنين على بعض يعتمد على اختلاف صفات الامتيازات». ويضيف الفصل 201 من نفس المجلة أن الرهن «عقد يخصص بموجبه المدين... شيئاً منقولاً أو عقاراً أو حقاً مجرداً لضمان الوفاء بالدين... ويحول للدائن الحق في استيفاء دينه من ذلك الشيء قبل غيره من الدائنين إذا لم يوف له المدين بما عليه». وأخيراً يؤكد المشرع صلب الفصل 324 م.أ.ع «يسوغ الاحتجاج بحق الحبس على الدائنين وعلى من انجر له حق من المدين كلما ساغ الاحتجاج بذلك الحق على المدين».

ولا يمكن الحديث عن حق الأولوية في التأمينات العينية دون تعريفها. وقد عرف المشرع الامتياز بأنه «حق عيني يعطيه القانون في تفضيل بعض الدائنين على بعض للخلاص من مكاسب المدين نظراً لصفة ديونهم»⁽⁴⁹⁾. والذي يبرر تدخل القانون في تقرير هذا الحق هو صفة الدين. فهناك اعتبارات تملي تفضيل بعض الديون على غيرها دون انتظار حصول اتفاق على هذا التفضيل. ومن هذه الاعتبارات المصلحة العامة وهو ما رعاه المشرع في تقرير امتياز خزينة الدولة. ومنها اعتبارات اجتماعية كما هو الشأن في امتياز أجور العملة. ومنها اعتبار أن الدائن هو الذي أدخل المال في ذمة المدين كما هو الشأن في امتياز بائع العقار أو المنقول على الشيء المبيع.⁽⁵⁰⁾ وبغض النظر عن غاية المشرع في تقرير الامتياز. فإن الامتياز يمكن أن يكون عاماً أو خاصاً. فالعام يشمل جميع المنقول والعقار والخاص لا يسلط إلا على أعيان معينة⁽⁵¹⁾.

42

تكون متساوية في المرتبة ويدوم الترسيم مدة دوام الرهن».

(48) حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، مرجع سابق الذكر، ص. 45.

(49) الفصل 194 من م.ح.ع.

(50) خليفة الخروبي، قانون مدني: التأمينات العينية والشخصية، مجمع الأطرش للكتاب المختص،

تونس، 2014، ص. 191 و 192.

(51) الفصل 197 من م.ح.ع.

أما الرهن فهو عقد يخصص بموجبه المدين أو من يقوم مقامه شيئاً منقولاً أو عقاراً أو حقاً مجرداً لضمان الوفاء بالتزام ويخول للدائن الحق في استيفاء دينه من ذلك الشيء قبل غيره من الدائنين إذا لم يوف له المدين بما عليه⁽⁵²⁾.

وأخيراً يجب الإشارة إلى حق الحبس، الذي نظمته الفصول 309-324 من مجلة الالتزامات والعقود. والذي عرفه المشرع بالفصل 309 م.ا.ع. بأنه «الحق في حوز الشيء الذي يملكه المدين حتى يؤدي ما عليه للدائن ولا يجري العمل به إلا في الأحوال التي خصصها القانون». ويستدعي هذا التعريف التشريعي التوقف عند أهم عناصره وهي طبيعة حق الحبس ومصدره ومحلّه⁽⁵³⁾. أما من حيث طبيعته فرغم الاختلاف الفقهي والقضائي⁽⁵⁴⁾ الذي حصل بخصوصها، اعتبره البعض حقاً شخصياً. لكن الأغلبية اتفقت حول عينية حق الحبس التي أثبتتها الفصل 193 م.ح.ع. عندما صنف حق الحبس ضمن التأمينات العينية. وأما من حيث المصدر فتحق الحبس قانوني لا يعمل به إلا في الصور التي يجيزها القانون. وبالنسبة إلى المحل الذي يتسلط عليه حق الحبس فقد نص عليه الفصل 312 م.ا.ع «حق الحبس يجري على المنقولات وغيرها...». وبالتالي يكون موضوع حق الحبس إما منقولاً أو عقاراً. لأن الأشياء في القانون التونسي لا يمكن أن تخرج عن هذا التصنيف، هذا ما أكدته المشرع صلب الفصل 2 من م.ح.ع.

ويلاحظ أن حق التقدم أو حق الأفضلية، سواء منح لدائن ممتاز أو راهن أو حابس، لا يظهر جلياً إلا بتوفر ثلاثة شروط وهي تعدد الدائنين المشاركين في

(52) الفصل 201 من م.ح.ع.

(53) رابحة الغندري، حق الحبس، بحوث في التأمينات العينية والشخصية، تونس، 1999، ص.165.
(54) «وحيث لئن كانت طبيعة الرهن في أنه من التأمينات العينية (201 م.م.ع) لا يثير إشكالا فهو حق عيني متولد عن عقد يخول للدائن المرتهن الحق في استيفاء دينه من الشيء المرهون قبل غيره من الدائنين لأن الرهن كحق عيني يجعل صاحبه في علاقة مباشرة مع شيء محدد يمنحه سلطة فعلية يواجه فيها الكافة ويخوله حق التقدم والتتبع في مواجهة الغير فإن طبيعة حق الحبس تثير الإشكال فقد نظمه المشرع بمجلة الالتزامات والعقود بالفصول 309 إلى 321 م.ا.ع وهو ما يضيف عليه الصبغة الشخصية... فهو لا يرقى إلى مرتبة التأمينات العينية...». قرار تعقيبي مدني عدد 58222 بتاريخ 06 مارس 2012، منشور بقراءات في اجتهادات قضائية 1، مركز النشر الجامعي، تونس، 2018، ص.352.

التنفيذ أولاً، ووحدة المحل موضوع التنفيذ ثانياً، وعدم كفاية ثمن بيع أموال المدين لسداد جميع الديون ثالثاً⁽⁵⁵⁾.

ويتحقق تعدد الدائنين كلما شارك دائن أو دائنون آخرون مفضلون⁽⁵⁶⁾، الدائن العادي في التنفيذ مطالبين باستخلاص ديونهم.

وتتمثل وحدة المحل في ضرورة تسلط حقوق الدائنين المتزاحمين على نفس المال المملوك للمدين، منقولا كان أو عقاراً، أو بالأحرى على الثمن المتحصل عليه من بيع ذلك المال.

ويحصل عدم كفاية ثمن بيع أموال المدين للوفاء بجميع الديون كاملة عندما يفوق مبلغ الديون الواجب سدادها مقدار الثمن المتحصل عليه من بيع أموال المدين.

فإذا تحققت كل هذه الشروط فإن الدائن المفضل يستوفي حقه كاملاً ويبقى الدائن العادي إما دون خلاص أو يستخلص فقط جزءاً من دينه⁽⁵⁷⁾.

وهذا هو معنى الأفضلية، الذي تعطيها التأمينات العينية لأصحابها. والذي يؤدي إلى إعفاء الدائن المفضل من مبدأ المساواة وبالتالي فهو لا يدخل في قسمة غرماء مع الدائن الآخر أو الدائنين الآخرين العاديين، بل يستوفي حقه كاملاً قبلهم بصرف النظر عما سيبقى بعد ذلك من الثمن.

لكن إذا كان الدائن العادي لا يتمتع بأي أفضلية على أموال المدين، فإن القانون أعطاه بعض الوسائل القانونية الأخرى لحماية حقه.

(55) محمد سعيد، تراحم الامتيازات، دراسات في قانون التأمينات، المطبعة العصرية، تونس، 1997، ص. 104 و 105.

(56) أي أصحاب تأمين عيني.

(57) أما إذا تراحم أصحاب التأمينات العينية فإن فض هذا التراحم يتم حسب قواعد أخرى. انظر حاتم محمدي، حق الأفضلية في التأمينات العينية، دراسات في قانون التأمينات، المطبعة العصرية، تونس، 1997، ص 384 وما بعد.

الجزء الثاني: الدعاوى التي تحمي الضمان العام

إن الواجب المحمول على كاهل القاضي والمتمثل في ضرورة البت في النزاعات ليس مطلقاً بل ينحصر في القضايا المعروضة عليه بصفة قانونية إذ ليس له أن يثير الخصومات ولا يتعهد بالقضايا من تلقاء نفسه بل على صاحب الحق أو المركز القانوني رفع الأمر للمحكمة إذا أراد الحصول على حماية قضائية لحقوقه. والحق في اللجوء إلى القضاء يجب أن يكون قائماً لكل شخص، فلا يجب أن يجد أي عائق يصده عنه لأنه لا يمكن للشخص، مبدئياً، أن يتحصل على حقوقه إلا بممارسة هذا الحق. وقد ضبطت مجلة المرافعات المدنية والتجارية كيفية تعهد المحكمة بالنزاع المدني. لكنها وكما هو الحال بالنسبة إلى أغلب التشريعات الأخرى لم تعرف الدعوى⁽⁵⁸⁾. وقد عرفتها مجلة الأحكام العدلية في المادة 1613 بأنها «طلب إنسان حقاً على غيره لدى المحاكم». وتتعدد الدعاوى فيوجد منها الإدارية والجزائية والمدنية. وتنتمي دعوى الضمان العام إلى طائفة الدعاوى المدنية. وهي دعاوى جعلت لحماية الدائن من تصرفات مدنيه المضرة به. ذلك أن الضمان العام لا يحول دون تصرف المدين في أمواله أو الزيادة في التزاماته مما قد يؤثر على حفظ الدائن في استخلاص حقه.

وترمي هذه الدعاوى لإبطال بعض التصرفات القانونية وإرجاع المال للذمة المالية للمدين عملاً بالأثر الرجعي للبطلان، للتنفيذ عليه واستيفاء الدين منه.

وتتحقق هذه الحماية عن طريق كل من الدعوى المنحرفة أو دعوى حلول الدائن محل غريمه فيما له على الغير والدعوى البليانية والدعوى الصورية.

وهو ما أكدته محكمة التعقيب التونسي ضمن القرار التعقيبي المدني عدد 65036 الصادر بتاريخ 25 ديسمبر 2012 عندما اعتبرت أن الفصل 192 من م.ح.ع منح «لكل دائن إمكانية ممارسة عدد من الدعاوى القضائية تهدف إلى حمايته من عسر مدينه وإلى إرجاع المال المفوت فيه إلى الضمان العام للتنفيذ

(58) تقوى ماني، الحق المتنازع فيه في مجلة الالتزامات والعقود، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية بسوسة، 2021-2022، ص.38.

عليه ومن هذه الدعاوى إلى جانب دعوى الصورية على معنى الفصل 26 م.أ.ع والدعوى المنحرفة المتاحة بموجب الفقرة الثانية من الفصل 306 والدعوى البليانية على أساس الفقرة الأولى من الفصل 306 م.أ.ع...»⁽⁵⁹⁾.

وبالتالي يمكن تقسيم دعاوى الضمان العام إلى قسمين. قسم أول يهتم الدعويين محل الفصل 306 م.أ.ع وما بعده (فقرة أولى). وقسم ثان يعتني بالدعوى موضوع الفصل 26 م.أ.ع (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: الدعويان محل الفصل 306 م.أ.ع

ينص الفصل 306 م.أ.ع على أنه «يجوز للدائنين أن يطعنوا في حق أنفسهم في العقود التي تممها مدينهم بأنه تممها لإضرارهم في حقوقهم تغيرا وتديسا لكن دون أن تقع مخالفة الأحكام المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالميراث.

وإذا لم يتيسر لأصحاب الديون الخلاص فيما لهم على المدين وكانت له حقوق على الغير كان لهم عرض قضيتهم على المحكمة وبعد إثبات حقوقهم يمكن لهم التحصيل على عقلة ما للمدين من الحقوق والديون التي على الغير والقيام بما تبعها من الحقوق والدعاوى عدا الحقوق الخاصة بذاته كحقوق الأب على ولده وحق الانتفاع والسكنى والنفقة والحقوق المترتبة له من جنحة أو شبهها وقعتا على الذات وبصفة عامة كل ما لا تصح عقلته ولا إحالته وأما القيام بالفسخ بناء على عدم أهلية المدين أو صغر سنه فإن ذلك لا يعد من الدعاوى الشخصية على معنى هذا الفصل ويسوغ للدائنين القيام بها».

إن التأمل في هذا الفصل يبين أن المشرع أشار إلى الدعوى البليانية صلب الفقرة الأولى منه (1) وإلى الدعوى المنحرفة صلب الفقرة الثانية (2).

1 - الدعوى البليانية

تهدف الدعوى البليانية إلى وضع حد لتهرب المدين من خلاص دائنيه بالتفويت قصدا في مكاسبه حتى يصبح التنفيذ مستحيلا ويحرم الدائنون من

(59) أورده، نزار خريفش، دعاوى الدائن العادي، أطروحة سابقة الذكر، ص.11.

استخلاص ديونهم⁽⁶⁰⁾. وقد لخصت محكمة التعقيب أهداف هذه الدعوى وبينتها بالقرار التعقيبي المدني عدد 9441 المؤرخ في 8 جانفي 2015 «وحيث أنّ الدعوى البوليانية على معنى الفصل المذكور - 306 من م اع - هي الدعوى التي بمقتضاها يمكن للدائن الطعن في العقود التي يتممها المدين المتواطئ مع الغير لتنظيم إعساره وتهريب مكاسبه من مجال الضمان العام لغاية حرمان الأول من فرص استخلاص دينه والتي يهدف من ورائها الدائن إلى إعادة المكاسب المذكورة إلى الضمان العام بغية التنفيذ عليها وهي بذلك دعوى حماية فردية خاصة بالدائن ضد المدين ومعاقده يشترط للقيام بها توفر أركانها أو شروطها. وقد استقر فقه القضاء على أن قبول الإبطال يتوقف على وجود عقد مشكوك في مصداقيته ودين سابق عن العقد المراد إبطاله ووجود تواطئ بين المدين ومعاقده وافتقار ذمة المدين وثبوت إعساره بعدم وجود مكاسب للتنفيذ عليها غير تلك التي حصل فيها التفويت وعدم قدرة المدين على سداد ديونه»⁽⁶¹⁾. إن هذا القرار بين بوضوح شروط الدعوى البليانية والآثار القانونية المترتبة عن ممارستها.

ففيما يخص الشروط التي يجب توفرها فهي أساسا ثلاثة شروط:

- وجود تصرف مفقر: يقصد بالتصرف المفقر التصرف الذي يصدر من المدين وينقص من حقوقه أو يزيد من التزاماته⁽⁶²⁾. ولم يحدد المشرع التونسي التصرف المفقر، وبالتالي يجوز ممارسة هذه الدعوى على كل العقود التي يبرمها المدين والتي تضر بدائنيه. فكلما وجد تصرف إيجابي يتمثل في التفويت بعقد، سواء كان هذا التفويت بمقابل، كالبيع والمصالحة والمعاوضة وإحالة الأسهم والديون التي على الغير⁽⁶³⁾، أو دون مقابل كالهبة أمكن ممارسة الدعوى البليانية.

ويترتب على ذلك أنه لا يمكن الطعن بهذه الدعوى في أعمال المدين المادية، فمثلاً إذا تسبب المدين عمداً أو إهمالاً في الإضرار بالغير بموجب جنحة أو شبه

(60) منصف الكشو، التنفيذ في المادة المدنية والتجارية، مجمع الأطرش، تونس، 2018، ص.240.

(61) منصف الكشو، التنفيذ في المادة المدنية والتجارية، مرجع سابق الذكر، ص.241.

(62) رمزي بوسعيد، دعاوى الضمان العام، المجلة القانونية، عدد 244-245، ص.21.

(63) منصف الكشو، التنفيذ في المادة المدنية والتجارية، مرجع سابق الذكر، ص.245.

جنحة والتزم بالتعويض، مما أدى إلى إعساره، فلا يجوز مع ذلك للدائن أن يطعن في هذا العمل لأنه عمل مادي.

- **حصول ضرر للدائن:** أي أن يتسبب هذا التصرف في إفقار ذمة المدين، فمن شروط الدعوى البليانية أن يكون المدين معسرا. فلا يتحقق الضرر للدائن إذا كان التصرف لا يؤدي إلى إعسار المدين أو الزيادة في إعساره. ولم يعرف المشرع التونسي الإعسار رغم استعماله في عدة مواضع بمجلة الالتزامات والعقود⁽⁶⁴⁾ وبالمجلة التجارية⁽⁶⁵⁾، لكن الإعسار يتحقق بتوقف المدين عن أداء ما عليه⁽⁶⁶⁾. فالشخص المعسر هو «الذي لم يعد باستطاعته أن يسدد دينه أو الذي أصبح في ضائقة مالية جعلت قدرته على تسديد دينه أمرا عسيرا»⁽⁶⁷⁾. ويشترط فقه القضاء بصفة مستقرة هذا الشرط⁽⁶⁸⁾. من ذلك ما جاء بالقرار التعقيبي عدد 19419 المؤرخ في 8 أكتوبر 2015 «وحيث من المسلم به أن شرط الإعسار يعد شرطا أساسيا في الدعوى البليانية باعتباره الحالة المادية للمدين التي تجعله غير قادر على الوفاء بدينه رغم محاولات الدائن تنفيذ حكمه طالما لا توجد مكاسب أخرى يمكن التنفيذ عليها بعد أن فوت المدين في مكاسبه وأفرغ ذمته المالية من عناصرها الإيجابية»⁽⁶⁹⁾.

وفي حقيقة الأمر، فإن تصرف المدين لا يكون ضارا بالدائن إلا إذا ورد على مال اعتمد عليه الدائن في استيفاء حقه وهذا يفترض بطبيعة الحال أن يكون حق الدائن سابقا على تصرف المدين، إذ لو كان تصرف المدين هو السابق على نشوء حق الدائن لم يكن من المتصور أن يكون هناك ضرر قد أصاب الدائن من جرائه، إذا هو لم يكن دائنا عند انعقاده، ولا مجال للقول عندئذ أن التصرف قد أضعف

(64) انظر الفصل 148 و 300 و 317 و 601 و 1059 و 1088 و 1499 و 1519.

(65) انظر الفصل 732 م.ت.

(66) منتصف الكشو، التنفيذ في المادة المنية والتجارية، مرجع سابق الذكر، ص. 255.

(67) صلاح الدين الملولي، تعليق على قرار استثنائي عدد 773 صادر عن محكمة الاستئناف بالمنستير، م.ق.ت.ش، عدد 8، لسنة 1987، ص. 33.

(68) انظر إلى جملة القرارات التي جمعها السيد بديع بن عباس، النظرية العامة للبطلان، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2020، ص. 157 وما بعد.

(69) قرار غير منشور.

ضمانه العام. ويعني هذا أنه يجب أن يكون الحق سابقا من حيث نشأته عن التصرف المطعون فيه. كما اعتبر فقه القضاء أن حلول الدين ليس شرطا ضروريا لصحة الدعوى⁽⁷⁰⁾.

- أن يكون هناك تدليس وتغريب: يجب أن يكون المدين مدلسا بمعنى أن يكون له النية في الإضرار بالدائن، أي أن يكون قاصدا إفراغ ذمته المالية.

وقد ميز الفقه وفقه القضاء بين وضعيتين عند تحليل هذا الشرط:

فإذا كان التصرف بعوض وجب على الدائن أن يثبت تواطؤ المدين مع الغير الذي تعاقده معه. «وحيث أن التغريب والتدليس المشار إليهما بالفصل 306 م.ا.ع يعتبران مرادفا لسوء نية المدين ومعاقده فاشترط الغش يكون مقترنا باشتراط التواطؤ في التصرفات وهو ما يجد تبريره في الغرض من الدعوى البوليانية وهو صيانة حقوق الدائنين العاديين من الإعسار المفتعل لمدينهم لذلك استقر فقه القضاء على ضرورة اشتراك الطرفين في التغريب أو التدليس»⁽⁷¹⁾.

فتواطؤ الغير يمثل عنصرا معنويا هاما في الدعوى البوليانية، فلا بد لقبول الطعن في العقد من إبراز الغش والتحايل، حتى يُمكن إبطال العقد. لأن الأصل في التعاقد أن يتم بأمانة، وعلى قاعدة السلامة، وفق مقتضيات الفصل 559 من م.ا.ع. الذي نص على أن الأصل في الأمور الصحة والمطابقة للقانون حتى يثبت خلافه. فلا بد إذن من إثبات تطاؤ الغير لإبطال التعاقد لأن الدعوى البوليانية تعتبر ذات صبغة عقابية مدنية⁽⁷²⁾.

(70) قرار تعقيبي مدني، عدد 22849 مؤرخ في 2-03-2017 وارد بكتاب السيد منصف الكشو، التنفيذ في المادة المدنية والتجارية، مرجع سابق الذكر، ص. 264. يمكن أيضا مراجعة القرار التعقيبي المدني عدد 3669 المؤرخ في 7 أكتوبر 1981، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1981، الجزء الثالث، ص. 136.

(71) قرار تعقيبي عدد 22849 صادر عن الدوائر المجتمعة مؤرخ في 2 مارس 2017، بديع بن عباس، النظرة العامة للإبطال، مرجع سابق الذكر، ص. 144.

(72) منصف الكشو، التنفيذ في المادة المدنية والتجارية، سابق الذكر، ص. 273.

فالمشرع عندما يجد نفسه أمام مصلحتين: مصلحة الدائن في استخلاص دينه ومصلحة الغير في الإبقاء على ملكيته، وعند تعارض هاتين المصلحتين، يخير المشرع حماية مصلحة الغير الذي يكون حسن النية⁽⁷³⁾.

أما إذا كان التصرف دون مقابل، فإن وجود سوء النية في شخص المدين كاف دون اشتراط التواطؤ مع المعاهد. «وحيث يستتج مما تقدم أن الدعوى البليانية ليست إلا طريقا يسلكه الدائن لينال من القضاء حكما مناطه أن التصرف الصادر عن مدينه المعسر أضرب بحقوقه مما يجعله محقا في طلب إبطال العقود المبرمة من قبله طالما توفرت شروط قيام هذه الدعوى... وأن المدين سعى النية ويريد بتصرفه الإضرار بحقوق المعقب ضده. وحيث ثبت من تصرفات المدين ومن محضر تعذر التنفيذ أن هذا الأخير أراد بتصرفه المطعون فيه حرمان المعقب ضده من التنفيذ على مكاسبه لاستخلاص ديونه على العقار موضوع الهبة والذي يعتبر ضمانا لخلاص دينه...»⁽⁷⁴⁾.

ويمكن تبرير هذا التوجه بالاستناد إلى القاعدة العامة المكرسة بالفصل 552 م.1.ع القاضية بأنه «لا يجوز للمفلس أن يتبرع». كما يمكن تبرير هذه التفرقة التقليدية بين الوضعيتين المذكورتين، استناداً إلى المقارنة بين المصالح المتواجدة. فالدائن الذي يحاول من خلال إقامة هذه الدعوى أن يتجنب خسارة حقه في الضمان العام على مال معين هو جدير بالحماية أكثر من الذي اكتسب هذا المال دون مقابل ولو كان حسن النية لأنه يتعرض فقط لربح فائت. أما الذي اكتسب المال بمقابل فيتعرض لخسارة محققة وبالتالي يجب حمايته من نتائج الدعوى المذكورة إلا إذا كان متواطئاً في الغش مع المدين⁽⁷⁵⁾.

فسوء النية شرط أساسي لقبول الدعوى البليانية. ويتم إثباته باعتباره واقعة قانونية بجميع الوسائل وعادة ما يقع إثباته عن طريق القرائن كأن يكون التصرف

(73) حاتم الرواتي، محاضرة سابقة الذكر في الحقوق العينية والشخصية، ص.7.

(74) قرار تعقيبي مدني، عدد 54162، مؤرخ في 9 أكتوبر 2018، بديع بن عباس، النظرة العامة للبطلان، مرجع سابق الذكر، ص.144.

(75) فارس ياسين كرباج، التأمينات العينية، مرجع سابق الذكر، ص.68.

الصادر عن المدين قد تم لأحد أقاربه أو كأن يتم بضمن أقل من الثمن المتعارف عليه...

أما عن طبيعة الدعوى البليانية، فإنها من المسائل الخلافية. فذهب البعض إلى أنها دعوى بطلان⁽⁷⁶⁾ وذهب البعض الآخر إلى أنها دعوى تعويض لأن خير تعويض يحكم به للدائن عن الضرر الذي لحقه، هو إبطال التصرف مصدر هذا الضرر. وذهب رأي ثالث إلى اعتبارها دعوى في عدم النفاذ⁽⁷⁷⁾.

لكن رغم هذا الاختلاف فقط اتفق أغلب الفقهاء والقضاة على أن الدعوى البليانية مهما كانت طبيعتها فهي تهدف إلى استرداد ما تم التفريط فيه للتنفيذ عليه. «وحيث أن الدعوى البوليانية على معنى الفصل المذكور هي: الدعوى التي بمقتضاها يمكن للدائن الطعن في العقود التي يتممها المدين المتواطئ مع الغير لتنظيم إعساره وتهريب مكاسبه من مجال الضمان العام لغاية حرمان الأول من فرص استخلاص دينه والتي يهدف من ورائها الدائن إلى إعادة المكاسب المذكورة إلى الضمان العام بغية التنفيذ عليها...»⁽⁷⁸⁾. مع الإشارة إلى أن نتائج هذه الدعوى يتمتع بها فقط الدائن الذي رفع الدعوى البليانية⁽⁷⁹⁾، هذا ما أكدته فقه القضاء⁽⁸⁰⁾ وكذلك الفقه⁽⁸¹⁾.

(76) انظر مثلاً القرار المدني عدد 773 المؤرخ في 30 جانفي 1986، الصادر عن محكمة الاستئناف بالمنستير، م.ق.تش، عدد 8 لسنة 1987، ص.19.

(77) صلاح الدين الملولي، تعليق على قرار استئنافي عدد 773 صادر عن محكمة الاستئناف بالمنستير، مقال سابق الذكر، ص.58.

(78) قرار تعقيبي مدني عدد 2013 - 9441 مؤرخ في 08 جانفي 2015، وارد بكتاب السيد، بديع بن عباس، النظرية العامة للبطلان، مرجع سابق الذكر، ص.177.

(79) وهو ما يتماشى صراحة مع عبارات الفصل 306 فقرة أولى «يجوز للدائنين أن يطعنوا في حق أنفسهم»، أي لحسابه الخاص وبصورة منفردة ودون مزاحمة بقية الدائنين.

(80) انظر القرارات التي جاءت بكتاب السيد، بديع بن عباس، النظرية العامة للبطلان، مرجع سابق الذكر، ص.184 و185.

(81) انظر مثلاً، صلاح الدين الملولي، تعليق على قرار استئنافي عدد 773 صادر عن محكمة الاستئناف بالمنستير، مرجع سابق الذكر، ص.56 و

Mohmed Kamel charfedine, le droit des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière, centre d'étude et de recherches et de publications, imprimerie officielle de la république tunisienne, Tunis, 1992, p.317.

لكن إذا فشل الدائن في إثبات شروط الدعوى البليانية⁽⁸²⁾ فيمكنه رفع الدعوى المنحرفة لحماية حقوقه.

2 - الدعوى المنحرفة

يطلق عليها أيضا اسم الدعوى غير المباشرة، وهي الدعوى التي يمارسها الدائن بدلا عن مدينه لمطالبة ما له من حق لدى الغير كلما كان مدينه مهملا في المطالبة⁽⁸³⁾. فهذه الدعوى تهدف إلى المحافظة على الضمان العام من نتائج إهمال المدين في استعمال ما له من حقوق عن طريق تمكين الدائن من أن يباشر بنفسه وباسم مدينه هذه الحقوق. فقد يؤدي هذا الإهمال إلى حرمان الدائنين من التنفيذ على مال كان يدخل في ضمانهم العام، ولا يكون في أموال المدين الأخرى ما يكفي لسداد ديونه كاملة، فيصيب الدائنين ضرر من جراء هذا الإهمال. فمثلا إذا كان للمدين حق في مطالبة الغير بتعويض عن ضرر أصاب أمواله، وأهمل في هذه المطالبة فيستطيع أحد دائنيه أن يقاضى باسمه، هذا الغير المسؤول مطالباً إياه بالتعويض، فإذا حكم بهذا التعويض فإنه يدخل في ذمة المدين. وكذلك يستطيع دائن البائع أن يرفع دعوى على المشتري لطلب إلزامه بالثمن أو الحكم بفسخ البيع لعدم الوفاء⁽⁸⁴⁾...

52

وكل دعوى فإن الدعوى المنحرفة لا تقبل إلا إذا احترم المدعي جملة من الشروط.

وبالرجوع إلى الفصل 308 وما بعده من م.أ.ع يتبين أن شروط هذه الدعوى تدور حول فكرتين أساسيتين، إهمال المدين في استعماله لحقوقه ومصلحة

(82) يجب الإشارة إلى أن الدعوى البليانية تختلف عن الدعوى المباشرة، التي عرفها بعض الفقهاء بأنها «حق مقرر لشخص يمكنه مقاضاة غيره لدى المحاكم بدون استناد إلى رابطة تقوم بين هذا الأخير (المدعى عليه) ومدين الأول (المدعي). ويلاحظ أن هذه الدعوى لا تمارس إلا في صور ضيقة». مصطفى صخري، الدعوى البليانية بين ن القانون واجتهادات المحاكم، مسائل في فقه القانون المدني المعاصر، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2014، ص.1193.

(83) علي كحلون، قانون التأمينات واستخلاص الديون الخاصة والعامة، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2011، ص.245.

(84) نبيل إبراهيم، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2020، ص.128.

الدائن المشروعة في حماية الضمان العام. وعلى ذلك نجد أن من هذه الشروط ما يتعلق بالمدين، ومنها ما يتعلق بالدائن.

- الشروط المتعلقة بالمدين:

لا يجوز للدائن أن يستعمل حقا للمدين إلا إذا كان هناك ما يبرر ذلك، أي إلا إذا توفرت له مصلحة في ذلك ولا توجد هذه المصلحة إلا إذا تقاعس المدين عن استعمال حقه وأدى هذا التقاعس إلى إعساره.

فيشترط لاستعمال الدائن حق المدين أن يمتنع هذا الأخير عن مباشرته ويستوي أن يكون عدم استعمال المدين لحقه عن عمد أو عن إهمال من جانبه وعلى ذلك إذا قام المدين بمباشرة حقه بنفسه، فلا يجوز للدائن بعد ذلك ممارسته، عن طريق الدعوى غير المباشرة.

وبما أن الغاية من الدعوى غير المباشرة هي حماية مصلحة الدائنين بالمحافظة على الضمان العام، فإنه يتعين لمباشرة الدائن حق المدين أن يكون في تقاعس المدين عن استعمال هذا الحق إضرار بمصلحة الدائن فيؤدي إلى إعساره أو الزيادة في إعساره، مما يترتب عليه حرمان الدائن من الحصول على حقه كاملا عند التنفيذ.

والإعسار هو، أن تزيد ديون المدين على حقوقه⁽⁸⁵⁾، مما يؤدي إلى عدم إمكانية واستحالة خلاص الدين. ويشترط أن تكون ديون المدين لدى الغير قابلة للعقلة والحجز، على معنى القواعد العامة الواردة بمجلة المرافعات المدينة والتجارية، فيمكن أن تكون جميع الحقوق العقارية والمنقولة محلا للدعوى وهذا هو المبدأ، ويستثنى منها الحقوق ذات الطبيعة المعاشية أو التي لها علاقة

(85) «يخلص مما تقدم أن الإعسار هو عدم وفاء مال المدين بدينه. ويتحدد بذلك على أساس موضوعي يتمثل في زيادة ديون المدين على أمواله. كما يتضح أن مفهوم الإعسار واسع في قانوننا خصوصا أنه يستوعب وضعية المدين المعدم الذي ليس له مال أصلا. وقد رأينا أن المماطل أو الفقير أو المفلس ليسوا معسرين بالضرورة، بينما يمكن للمعسر أن يكون مماطلا إذا كان سبب تأخره عن الوفاء عدم كفاية ماله أو فقيرا وذلك إذا صرفت جميع ديونه ولم يبق له شيء أو مفلسا بما أن فقه القضاء يأخذ بعين أمواله الخلاص الاعتبار الإعسار للحكم بالإفلاس...». حاتم الرواتب، مفهوم الإعسار، دراسات في قانون التأمينات، المطبعة العصرية، تونس، 1997، ص. 318.

بالحالة الشخصية⁽⁸⁶⁾، وقد استثنى الفصل 306 م.أ.ع في فقرته الأخيرة صراحة «الحقوق الخاصة بذات المدين كحقوق الأب على ولده وحق الانتفاع والسكنى والنفقة والحقوق المترتبة له من جنحة أو شبهها وقعتا على الذات وبصفة عامة كل ما لا تصح عقلته ولا إحالته...».

– الشروط التي تتعلق بالدائن:

تعتبر الدعوى غير المباشرة تصرفاً فردياً يقوم به الدائن بمفرده، مهما كانت طبيعته دائناً عادياً أو مرتبهاً أو ممتازاً، ومهما كان سبب دينه واقعة قانونية أو تصرف قانوني، ومهما كان تاريخ نشأة الحق، سابقاً على حق المدين أو بعده. ومهما كانت قيمة الدين أكبر من حق المدين أو أقل منه ومهما كانت طبيعة الالتزام، إعطاء شيء، القيام بعمل أو عدم القيام به⁽⁸⁷⁾. ويجب أن يكون حق الدائن موجوداً أي ثابتاً⁽⁸⁸⁾ باعتبار أن الحق الذي لا يمكن إثباته لا يمكن اعتباره موجوداً، فقد جاء بالفصل 306 م.أ.ع أنه «إذا لم يتيسر لأرباب الديون الخلاص فيما لهم على المدين وكان له حقوق على الغير كان لهم عرض نازلتهم على الحاكم، وبعد إثبات حقوقهم كان لهم التحصيل على عقلة ما للمدين من حقوق...». وعلى ذلك لا يجوز لمن كان حقه احتمالياً كحق الوارث قبل الموت، أو متنازعا فيه أن يباشر هذه الدعوى، حيث أن صفته كدائن لا تكون محققة. وإذا كان الحق موجوداً فهذا لا يعني ضرورة أنه مستحق الأداء فوراً. لذا يتبادر إلى الذهن السؤال التالي، هل يشترط أن يكون الحق مستحق الأداء فوراً، عند القيام بالدعوى المنحرفة؟

إن مراجعة مجلة الالتزامات والعقود، تبين أن المشرع التونسي لم يعط إجابة عن هذا السؤال وذلك خلافاً لما ذهب إليه القوانين المقارنة، كالقانون المصري

(86) علي كحلون، قانون التأمينات واستخلاص الديون الخاصة والعامة، مرجع سابق الذكر، ص.248.
(87) Zohra abdelmoumen, l'action oblique, mémoire en vue de l'obtention du master en science juridique, faculté des sciences juridiques et politiques et sociales de Tunis, 2008-2009, p.67.

(88) علي كحلون، قانون التأمينات واستخلاص الديون الخاصة والعامة، مرجع سابق الذكر، ص.247.

الذي اعتبر أن لكل دائن أن يستعمل الدعوى غير المباشرة حتى لو كان حقه غير مستحق الأداء⁽⁸⁹⁾.

أما في تونس، وفي غياب الحل التشريعي الواضح والصريح اختلف الفقهاء عند إجابته عن هذا السؤال فمنهم من ذهب إلى صحة الدعوى حتى لو كان الدين غير مستحق الأداء⁽⁹⁰⁾ ومنهم من اعتبر أنه يجب أن يكون الحق مستحق الأداء عند رفع الدعوى⁽⁹¹⁾.

وحلول الدائن محل مدينه فيما له على الغير يحصل غالبا باستعمال الدائن حقوق مدينه في إطار دعوى كقيامه بدعوى على معاهد المدين لمطالبته بدفع الثمن⁽⁹²⁾. وقد يتخذ أيضا شكل عمل آخر كقيام الدائن بتسجيل عقد بيع اشترى بموجبه هذا المدين عقارا⁽⁹³⁾.

أما فيما يخص الآثار القانونيّة المترتبة عن هذه الدعوى، فيبدو أن المشرع التونسي قد اتخذ موقفا مغايرا لأغلب التشريعات الأخرى. ففي القانون التونسي ينفرد الدائن القائم بالدعوى بنتائجها ويصبح بذلك الدائن العادي بمركز شبيه بالدائن صاحب التأمين العيني⁽⁹⁴⁾. فقد جاء بالفصل 308 م.أ.ع أن «الدائن القائم مقام غريمه ينتفع وحده بالمال الذي يقبضه»⁽⁹⁵⁾.

(89) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 2، آثار الالتزام، منشورات الحلبي الحقوق، بيروت، لبنان، ص 941.

(90) انظر علي كحلون، قانون التأمينات واستخلاص الديون الخاصة والعامة، مرجع سابق الذكر، ص 247.

(91) ألفة الفرشيشي، خواطر حول الدعوى المنحرفة، دراسات في قانون التأمينات، المطبعة العصرية، تونس، 2003، 361-361.

(92) يجب الإشارة إلى أن المشرع لم يشترط إدخال المدين في الدعوى. لكنه اعتبر صلب الفصل 307 م.أ.ع أن الاحتجاج بالحكم على المدين مشروط بإدخاله في الدعوى وبالتالي فإن إدخال المدين في الدعوى ليس شرطا لصحة الدعوى وإنما هو شرط فقط للاحتجاج بالحكم عليه.

(93) خليفة الخروبي، أوصاف الالتزام، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2008، ص 25.

(94) رمزي بوسعيد، دعاوى الضمان العام، مجلة الأخبار القانونيّة، عدد 244-245 لسنة 2017، ص 24.

(95) وفي هذا السياق تقول الأستاذة ألفة الفرشيشي أنه «لا شك، أن الدعوى المنحرفة وإن لم تكن امتيازاً فهي على الأقل تأمين من نوع خاص، أو هي ضمان للدائن العادي، ينصهر ضمن مجموعة من المؤسسات الأخرى التي ترمي إلى تعزيز حظوظ الدائن في استخلاص دينه». ألفة الفرشيشي، خواطر حول الدعوى المنحرفة، مرجع سابق الذكر، ص 372.

أما أغلب التشريعات الأخرى فقد اتفقت على اعتبار أن قيام الدائن بممارسه حقوق ودعاوى مدينه باسم هذا الأخير لا يؤدي إلى انفراده بنتائج الدعوى التي قام بها. من ذلك ما أقره صراحة المشرع المصري في الفصل 236 من التقنين المدني الذي تضمّن أن «كل فائدة تنتج عن استعمال هذه الحقوق تدخل في أموال المدين وتكون ضمانا لجميع دائنيه» كما تضمن الفصل 276 من قانون الموجبات والعقود اللبناني أن نتائج الدعوى تكون - «مشاركة بين جميع الدائنين بدون أن يترتب للدائن الذي شرع في الدعوى امتياز على الآخرين».

ويبدو أن الحل الذي تبناه المشرع التونسي هو حل منطقي، فمن العدل أن ينفرد الدائن الذي بادره بالقيام بالدعوى «وحده»⁽⁹⁶⁾ بنتائج هذه المبادرة.

وقد يجد الدائن نفسه في بعض الوضعيات عاجزا عن إثبات إهمال مدينه، ويمكنه في هذه الحالة، إن توفرت شروط الدعوى الصورية اللجوء إليها لحماية حقوقه.

الفقرة الثانية: الدعوى محل الفصل 26 م.أ.ع

يقصد بالصورية إخفاء الأطراف لإرادتهم الحقيقية وراء مظهر كاذب وعلى ذلك تتحقق الصورية في كل مرة يتفق فيها شخصان على إجراء تصرف ظاهر يخفي حقيقة العلاقة بينهما. وعلى هذا النحو تفترض الصورية وجود تصرف ظاهر وهو العقد الصوري وتصرف مستتر وهو العقد الحقيقي.

ويرمى الاتفاق المستتر أو العقد الحقيقي إما إلى محو كل أثر للتصرف الظاهر، وإما إلى تعديله أو نقل بعض آثاره. ولذلك يلزم حتى تتحقق الصورية على هذا النحو أن يكون هناك تعاصر بين التصرف الظاهر والاتفاق المستتر وإلا كنا بصدد اتفاق لاحق يعدل اتفاقا سابقا. ويتوافر هذا التعاصر ولو لم يحرر الاتفاق المستتر إلا في وقت لاحق طالما أن إرادة الطرفين كانت متجهة منذ البداية إلى محو آثار التصرف الظاهر وتعديله وهو ما يسمّى بالتعاصر الذهني.

(96) هذه العبارة استعملها المشرع التونسي بالفصل 308 م.أ.ع.

فيظهر أن شروط دعوى الصورية تتمثل في وجود عقدين (عقد ظاهر وعقد سري) وفي وجود مصلحة للدائن في رفع الدعوى⁽⁹⁷⁾. والدائن في هذه الحالة يقوم برفع الدعوى باسمه الخاص لا باسم مدينه.

وعلى ضوء ما تقدم يظهر أن الصورية قد تأخذ أشكالاً متعددة (أ) ويترتب عن وجودها آثار معينة (ب).

أ- أشكال الصورية

توجد الصورية عندما يلتجئ شخص إلى التصرف في أمواله تصرفات وهمية، ثم يطلها باتفاق سري، قاصداً إخراجها من ضمان دائنيه وحرمانهم من التنفيذ عليها. كأن يبرم بيعاً صورياً يتناول أحد مكاسبه ويترتب عن هذا البيع خروج المال ظاهرياً من نطاق الضمان العام فإذا أراد الدائن التنفيذ على هذا المال عارضه المتصرف له بأنه خرج من ذمة المدين، كما يمكن أيضاً للدائن أن يزيد في التزاماته ظاهرياً كأن يبرم عقد قرض مقابل توظيف رهن على أحد مكاسبه⁽⁹⁸⁾. لذلك فإنه يكون من مصلحة الدائن أن يثبت أن التصرف الذي أجراه مدينه هو صوري ووهمي وبالتالي أن المال الذي يتناوله لم يخرج بصورة حقيقية وفعالية من الذمة المالية لهذا الأخير مما يعني أنه يظل في دائرة حقه في الضمان العام فيمكنهم التنفيذ عليه.

وتقترب دعوى الصورية من الدعوى البليانية، من ناحية أن كلا منهما يهدف إلى كشف الغش من جانب المدين ومنعه من الإضرار بحقوق الدائنين. ولكن موضوع الدعويين ليس واحداً.

فهذه الدعوى تختلف عن الدعوى البليانية المذكورة سابقاً في أن هذه الأخيرة تتناول أعمالاً حقيقية أدت إلى إخراج مال معين بصورة فعلية من الذمة المالية

(97) بطبيعة الحال يحق لعدة أشخاص آخرين رفع الدعوى الصورية لكن سنركز في هذا الإطار على الدائن العادي لأنه موضوع اهتمامنا في هذا المقال. انظر، أيمن شمانقي، الصورية في العقود، دار الكتاب، تونس، 2020.

(98) رمزي بوسعيد، دعاوى الضمان العام، مقال سابق الذكر، ص. 22.

للمدين بقصد الغش وإلحاق الضرر بالدائنين، بينما يكفي إثبات صورية التصرف الذي قام به المدين لنجاح دعوى الصورية.

وبالرغم من أن المشرع التونسي، لم يبين صراحة أشكال الصورية صلب الفصل 26 م.أ.ع فإن الفقه قام بتحديددها.

فالصورية، التي تؤدي إلى الإضرار بالدائنين، قد تكون مطلقة: تتناول وجود التصرف ذاته، فيكون التصرف الظاهر لا وجود له في الحقيقة. فيقتصر العقد السري على التنصيص على أن العقد الظاهر إنما هو عقد وهمي ولا وجود له. كمن يبيع شيئاً بمقتضى عقد صوري بغية الإضرار بدائنيه ويتفق مع معاقده في العقد الحقيقي بأن البيع الظاهر لا وجود له في الحقيقة.

وقد تكون الصورية نسبية، ففي هذه الحالة يكون العقد الظاهر ساتراً لتصرف حقيقي يختلف عنه سواء من حيث طبيعته أو من حيث الشروط أو الأركان أو من حيث الأطراف. وبذلك فإن الصورية النسبية تظهر في عدة أشكال:

- الصورية بطريق التستر: وتتناول هذه الصورية نوع العقد لا وجوده. فتمس طبيعة العقد، الذي يتخذ شكلاً ظاهراً يخالف حقيقته. وهي الحالة التي يتفق فيها المدين ومعاقده على إخفاء نوع المعاملة، وذلك بإظهارها في شكل آخر كما في صورة أن يظهر العقد على شكل بيع عوض هبة.

- الصورية بطريق المضادة: وتتناول الصورية هنا شرطاً من شروط العقد أو ركناً من أركانه. ومثال ذلك أن يذكر في بيع العقار ثمناً أقل من الثمن الحقيقي حتى لا يتسنى للدائنين استخلاص ديونهم منه.

- الصورية بطريق التسخير: وهذه الصورية تتناول شخصية أحد المتعاقدين بالتغيير للتحايل على أحكام القانون من ذلك مثلاً أن المادة 566 من م.أ.ع تنص على منع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها والتي يكون نظرها من اختصاص المحاكم التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلاً. فيعمد المتعاقدان تحايلاً على هذا النص إلى إخفاء شخصية المشتري تحت ستار شخصية أخرى.

فيظهر أن الصورية لا تخرج عن كونها كذبا مدبرا ومحبوكا، الغاية منه إيهام الغير ومغالطته حول العلاقة القانونية الرابطة بين الطرفين⁽⁹⁹⁾، الأمر الذي يشكل خطورة على مصالح الغير الذي طالما سعى القانون إلى حمايته. كما أنها تتعارض مع المبادئ الأخلاقية التي تستوجب توفر المصادقية والجدية في كل المعاملات القانونية والالتزام بالأمانة وحسن النية سواء عند إبرام العقود أو عند تنفيذها، وسواء بين أطراف العقد أو تجاه الغير. فحماية الغير تقتضي توفير أسباب الاطمئنان والثوق في جدية العلاقات التعاقدية حتى يتحقق الأمن والاستقرار في التعامل، وهو الأمر الذي يغيب في حالة الصورية⁽¹⁰⁰⁾. لذلك يرتب القانون عن وجود العقد الصوري جملة من الآثار القانونية.

ب- آثار دعوى الصورية

ينص الفصل 26 م.1.ع على «أن الحجج الناقضة للعقود ونحوها من المكاتيب السرية لا عمل عليها إلا بين المتعاقدين وورثتهم ولا يحتج بها على الغير ما لم يعلم بها ومن يصير إليه حق من المتعاقدين أو يخلفهم بصفة خاصة يعد كالغير على معنى هذا الفصل».

ويظهر أن المشرع التونسي عند سنه لأحكام الفصل 26 م.1.ع قد ارتكز على مبدأين جوهريين هما مبدأ سلطان الإرادة من جهة، والذي يتطلب نفاذ العقد المستتر (الحقيقي) فيما بين المتعاقدين، لأنه يعكس إرادتهما الحقيقية. ومن جهة أخرى مبدأ استقرار المعاملات، الذي يقضي الأخذ بالعقد الظاهر بالنسبة إلى الغير حسن النية.

وهذا ما يبرر اختلاف آثار الصورية. فقد ميز الفصل المشار إليه سابقا بين آثار الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين وخلفهما العام من جهة، وآثارها بالنسبة إلى غير المتعاقدين من جهة أخرى.

(99) أيمن شمانقي، الصورية في العقود، مرجع سابق الذكر، ص.15.

(100) بديع بن عباس، النظرية العامة للبطلان، مرجع سابق الذكر، ص.193.

- آثار الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين والخلف العام

اتفقت أغلب القوانين على أن العقد المستتر هو النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام ولا أثر للعقد الظاهر فيما بينهم، فإذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد الحقيقي هو الصحيح ما دام قد استوفى شروط صحته.

فالقاعدة أن العقد الصوري لا يسري بين المتعاقدين وخلفهما العام، وإنما يجب الاعتداد بالعقد الحقيقي، المستتر، ولهذا يجب التمييز بين ما إذا كانت الصورية مطلقة أم نسبية، فإذا كانت الصورية مطلقة، فإنه لا يترتب على العقد الصوري أي أثر، ولا تقوم بين المتعاقدين أية علاقة قانونية لعدم وجود عقد حقيقي بينهما يخفيه العقد الصوري، أما إذا كانت الصورية نسبية فإن حكمها لا يقف عند مجرد عدم سريان العقد الصوري بين المتعاقدين، وإنما يجب الاعتداد بالعقد الحقيقي الذي يستتر وراء العقد الصوري، وهو العقد الذي أراده المتعاقدان، والاعتداد بالعقد الحقيقي يؤدي إلى تطبيق القواعد القانونية التي كان يقصد تفادي تطبيقها⁽¹⁰¹⁾.

60

- آثار الصورية بالنسبة إلى الغير

الغير في دعوى الصورية هو كل من اعتمد على العقد الصوري واطمأن إليه، معتقدا بحسن نية أنه عقد حقيقي أو هو كل من له مصلحة تتأثر سلبا أو إيجابا بالتصرف الصوري⁽¹⁰²⁾. واعتبر أغلب⁽¹⁰³⁾ الفقهاء أن هذا التعريف ينطبق على الدائنين العاديين. وهو ما أكدته كذلك محكمة التعقيب «من المسلم به قانونا وفقها وما أقره الفصل 26 مدني والمبادئ العامة الواردة بهذا القانون... أنه حماية للدائن من تأليج وغش بعض المدينين ذوي النوايا السيئة بهدف تهريب أموالهم والإضرار بالضمان العام لدين غرمائهم يكون لهؤلاء الحق في رفع دعوى

(101) عصمت عبد المجيد بكر، تنفيذ الالتزام في القوانين المدنية العربية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2017، ص.430.

(102) عصمت عبد المجيد بكر، تنفيذ الالتزام في القوانين المدنية العربية، مرجع سابق الذكر، ص.433.

(103) لكن بعض الفقهاء لم يعتبروه من الغير المستحق للحماية من ذلك الأستاذ محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، مطبعة الوفاء، تونس، 1997، ص.386.

الصورية طعنا في عقود التفويت التي يبرمها مدينهم تحايلا وإضرار بضمانهم العام»⁽¹⁰⁴⁾.

لكن الدائن لا يتمتع بهذه الحماية إلا إذا كان حسن النية. وهو ما قصده المشرع عندما نص على أن «الحجج الناقصة للعقود لا يحتج بها على الغير ما لم يعلم بها». وبما أن الأصل في الإنسان الاستقامة وسلامة النية فإن الغير محمول على جهله للحقيقة وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبتته.

وقد اتفق رجال القانون على أنه يحق للدائن في صورة وجود عقد ظاهر وعقد حقيقي التمسك بحسب مصلحته إما بالعقد الظاهر أو بالعقد الحقيقي.

فدائن المشتري في البيع الصوري له مصلحة إيجابية تتأثر بالبيع الصوري، لأنه يؤدي إلى دخول المبيع في ذمة مدينه المالية فله أن يتمسك به، ودائن البائع في البيع الصوري له مصلحة تتأثر بالبيع الصوري، حيث يؤدي هذا البيع إلى إخراج المبيع من ذمة مدينه المالية (البائع الصوري) مع أنه لم يخرج حقيقة، فله أن يطعن فيه وأن يتمسك بالعقد الحقيقي.

فيظهر أن هذا الخيار قد يؤدي إلى قيام نزاع بين الدائنين، فمنهم من تتحقق مصلحته عند التمسك بالعقد الصوري ومنهم من تقتضي مصلحته التمسك بالعقد الخفي.

فإذا تعارضت المصالح بين بعض الدائنين مع بعضهم، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين. هذا ما كرسته صراحة أغلب القوانين المقارنة. ونذكر على سبيل الذكر لا الحصر ما جاء بالمادة 244 فقرة ثانية من القانون المدني المصري «إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين». لكن مراجعة الفصل 26 م.أ.ع تبين أن المشرع التونسي قد لازم الصمت حول هذه المسألة. لكن هذا لا يمنع من تبني نفس الحل لأن أساسه

(104) قرار تعقيبي مدني عدد 8860 مؤرخ في 9 جانفي 1984، ن.م.ت لسنة 1985، جزء أول، ص.317.

سليم ويتماشى مع السياسة التشريعية التونسية. لأن الحكم عند تنازع المصالح المتعارضة على هذا الوجه يبرر بفكرة استقرار المعاملات. حيث أن مبدأ استقرار المعاملات يقتضي احترام الثقة المشروعة في الوضع الظاهر.

الخاتمة

يظهر من خلال ما سبق عرضه، أن الضمان العام، يلعب دورا كبيرا وهاما في استخلاص الديون، فبفضله يمكن لكن دائن، مهما كانت صفته⁽¹⁰⁵⁾، أن يستوفي حقه على أي مال من أموال المدين. وأن يحمي كذلك حقه كلما تعرض هذا الحق إلى الخطر سواء بسبب تدير المدين أو بسبب ظروف خارجية.

لكن هذه الأهمية وهذا الدور الكبير لا يمكن أن يحجب نقائصه. فالضمان العام يبقى دائما معرّضا إلى خطرين أساسيين:

- خطر، زيادة الجانب السلبي أي الديون، للذمة المالية للمدين مما يضع هذا الدائن في حالة مزاحمة مع غيره من الدائنين العاديين ويتساوى معهم في التوزيع مهما كان تاريخ نشوء دينه.

- وخطر، إنقاص محتوى أو قيمة الجانب الإيجابي أي الحقوق والأموال من هذه الذمة المالية مما يؤدي حتماً إلى إنقاص قيمة حقه بالضمان العام. فاستنادا إلى المبادئ العامة للقانون يمكن لكل شخص يتمتع بالأهلية الكاملة أن يتصرف في حقوق المالية بكامل حرية. فيظهر أن مصير حق الضمان العام يظل رهين إرادة المدين أساسا.

وحتى الدعاوى التي تعرضنا إليها⁽¹⁰⁶⁾ على الرغم من أهميتها، فهي لا تبدو دائما كافية وأكيدة لحماية حق الدائن العادي في ضمان استيفاء دينه، ذلك لأن ممارسة كل منها تخضع لشروط وإثباتات قد لا تتوفر لدى الدائن من ذلك صعوبة

(105) فالدائن المفضل أو صاحب التأمين العيني يتمتع بحق أولوية وحق تتبع على مال معين وهو المال محل التأمين ويتمتع كذلك بالضمان العام في حالة عدم كفاية محل التأمين العيني لخلاصه.

(106) الدعاوى موضوع الجزء الثاني من هذه المقالة.

إثبات سوء النية لأنها أمر باطني وكذلك صعوبة معرفة حقوق ودعاوى المدين التي أهمل ممارستها وصعوبة إثبات العقد الحقيقي...

ثم إن إعسار المدين، لا يتأتى دائماً من جراء الإهمال أو الامتناع عن المطالبة بحقوقه لدى الغير أو من جراء الغش ونية الإضرار بحقوق دائنيه أو من جراء تصرفات صورية بل يمكن أن يتحقق نتيجة أعمال يقوم بها المدين بصورة مشروعة. فيجب عندئذ على الدائن العادي أن يتحمل نتائج التقلبات (الاقتصادية أو السياسية أو الاجتماعية) التي تطرأ على الذمة المالية لمدينه⁽¹⁰⁷⁾.

ولتلافي المخاطر المذكورة ولضمان حق الدائن في استيفاء دينه كاملاً عند الاستحقاق بشكل أكيد وفاعل وكاف وُجدت التأمينات الخاصة⁽¹⁰⁸⁾.

(107) فارس ياسين كرباح، التأمينات العينية، مرجع سابق الذكر، ص. 72.

(108) عرف الفقه التأمينات الخاصة بأنها التأمينات التي يختص بها دائن أو أكثر، من بين سائر الدائنين، والتي يأمنون بها خطر إعسار المدين أو امتناعه عن الوفاء. وهي نوعان: تأمينات شخصية وتأمينات عينية.

