

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال تعالى: "إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ ۗ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا"

سورة الأحزاب الآية: 72.

وقال تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ۗ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَيْعَةٌ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُنْتَلَىٰ عَلَيْكُمْ فَخَيْرٌ مُّحَلِّي السَّيِّدِ وَأَنْتُمْ حُرَّةٌ ۗ إِنَّ اللَّهَ يَنْكُرُ مَا

يُرِيدُ"

سورة المائدة الآية: 1.

وفي الصحيحين عن أبي هريرة، أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يؤتى بالرجل المتوفى عليه الدين، فيسأل: هل ترك لدينه فذلاً؟ فإن حدث أنه ترك لدينه وفاء صلى عليه، وإلا قال للمسلمين: صلوا على صاحبكم، فلما فتح الله عليه الفتوح، قال: "أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن توفي من المؤمنين فترك ديناً، فعلي قضاؤه، ومن ترك مالا فلورثته".

## شكر و تقدير

اعترافا بالجميل أتقدم بالشكر الجزيل، المقرون بالاحترام و التقدير، إلى أستاذتي

الجليلة فضيلة الدكتورة

## لبنى الغومرتي

التي قبلت بصدر رحب وطيب خاطر، الإشراف على هذه الرسالة، وعن نصائحها و

إرشاداتها القيمة، والتي لم تتوان في تقديمها لي، والتي كانت السند و الركيزة في

إنجاز هذه الرسالة

وعلى كل مجهوداتها القيمة، من أجل تكويننا أفضل تكوين، وعلى كل أوجه المساعدة

التي قدمتها لي من أجل إنجاز هذه الرسالة. و عرفانا بالجميل، لا يسعني إلا أن أشكر

كافة الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بقراءة هذا العمل و إغنائه

بتوجيهاتهم القيمة.

## الإهداء

أصل البداية فكرة، وأصل الفكرة دوافع، وما أصعب

تجسيد الأفكار على أرض الواقع.

أهدي نتائج هذا الجهد ومحاولة هذا العمل إلى اللذين

سامعوني على جعل الفكرة واقعاً:

إلى من أهدتني نور الحياة بعد أن حملتني وهنا على ومن

وسقنتني من دقائق حبا ورعايتهما و تعمدت برعايته خطواتي

و رسمت معي أحلام حياتي " والدي " الحبيبة أطال الله في

عمرها و أحامها لي نبعاً حافياً أحمو به كدر الأيام.

إلى الذي استلمت منه معنى الثبات و زرع في قلبي حب

العلم و وضع في جنباتي القوة و العزيمة " والدي " العزيز،

أحامه الله لي ظلاً واقياً ألبأ إليه كلما لفتني حرارة الزمن.

إلى من أشد بهم أربي " إخوتي و أخواتي ".

إلى كل من سامعني خلال إنجازي لهذا البحث من قريب

أو بعيد، ولو بالكلمة الطيبة.

## بيان فك الرموز:

### 1. باللغة العربية:

ق.ل.ع: قانون الالتزامات و العقود.

ق.م.م: قانون المسطرة المدنية.

م.ح.ع: مدونة الحقوق العينية.

م.س: مرجع سابق.

ص: الصفحة.

### 2. باللغة الفرنسية:

N : Numéro.

OP: Ouvrage précité.

R.TDC: Revue trimestrielle de droit commercial.

Suiv: Suivant.

T: Tome.

P: Page.

Pr: Pour.

RJC: Revue jurisprudence commercial.

## مقدمة:

يعتبر الائتمان عصب الحياة الاقتصادية وقوامها في وقتنا الراهن، فهو أحد الركائز الأساسية في تشجيع الاستثمارات وازدهارها، ذلك أن الرفع من وثيرة الاقتصاد، رهين بوجود استثمارات تلزم لقيامها توفر رأسمال ضخم، وهو الأمر الذي يعجز المستثمرون في كثير من الأحيان عن توفيره.

لذلك يقصدون مؤسسات الائتمان التي تمنحهم السيولة اللازمة في شكل قروض، سواء بالنسب للمستثمرين كأشخاص معنوية بتمويل مشاريعهم المختلفة أو حتى بالنسبة للأشخاص الطبيعيين لمحدودية دخلهم وقدرتهم الذاتية على تمويل ما يقومون به أو يحتاجون إلى اقتنائه.

غير أن منح هذه القروض من طرف المؤسسات البنكية لا يتأتى إلى كل من يطلبها، بل ينبغي تقديمها على ثقة أكيدة للمؤسسة مانحة القرض في شخص طالب الائتمان، حيث تطمئن وتضمن حسن توظيف رأسمالها واسترجاعها لديونها دون عناء.<sup>1</sup>

ولقد أحاط المشرع المغربي الدائن العادي، بنوع من الحماية بإقراره نظام الضمان العام<sup>2</sup>، وما يتفرع عنه من وسائل وإجراءات تحفظية أو تنفيذية- لتمكنه من حماية حقه في حالة المساس به من قبل المدين.

ولكن بالرغم من ذلك، فإن الدائن الحريص لا يكتفي عادة بما يقرره القانون من وسائل الحماية القانونية في الضمان العام.

ذلك أن فكرة الضمان العام قد أبانت عن محدوديتها وقصورها، لما قد يتعرض له المدين من إفسار أو أن يقوم به من تصرفات تؤثر على نمته المالية كنقل ملكية أمواله للغير، زيادة على

<sup>1</sup>- يوسف أفريل، الرهن الرسمي العقاري (ضمانة بنكية للدائن المرتهن)، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2011، ص: 14.

<sup>2</sup>- وهذا ما نص عليه الفصل 1241 من ق.ل.ع، بقوله: "أموال المدين ضمان عام لدائنيه، ويوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم مالم توجد بينهم أسباب للأولوية".

إمكانية تعدد دائني المدين وتقدمهم للمطالبة بحقوقهم، وهنا سيوزع منتوج بيع أموال المدينين على الدائنين كل حسب نسبة دينه دون مراعاة لأقدمية هذه القروض.

وحتى يستطيع الدائن أن يطمئن إلى استيفاء حقه، يحاول أن يقوي مركزه اتجاه المدين، من خلال ما يفرضه من شروط تحقق له حماية حقه، وتكفل له استيفاء دينه عند حلول أجله، وتتجلى هذه الشروط فيما يطلبه من ضمان خاص، يدعم به الضمان العام، ويدراً عنه بها غش أو إهمال المدين ويجعله في وضع أحسن بالنسبة لباقي الدائنين.

ويقصد بالضمانات لغة التزام برد مثل الهالك إن كان مثلياً، أو رد قيمته إن كان قيمياً، وتضامن الغرماء أي ضمن بعضهم بعضاً تجاه صاحب الحق، أما في المعجم الفرنسي فيقابلها مصطلح *garantie ou sureté*، وتعني الحماية من المخاطر وتوفير الأمان.

أما اصطلاحاً فيقصد بها تلك الآلية التي تخول للدائن ضماناً ضد خطر عدم يسر المدين لكونها تضيف للديون طابع الأمان والثقة، وتشجع وتقوي عنصر الائتمان، وتتميز بازدواجية القوانين التي تنظمها: القانون المدني، والقانون التجاري<sup>3</sup>.

كما يعرفها البعض بأنها بمثابة وسيلة يتمكن بموجبها الدائن من تأمين أداء الديون المستحقة له في مواجهة المقاوله المدينة، بحيث أنها تمنح للدائن سواء كان حاصلها على رهن رسمي، رهن حيازي، كفالة، امتيازاً لاستيفاء دينه بالأفضلية في مواجهة باقي الدائنين<sup>4</sup>.

وكثيراً ما يتم الخلط بين مفهوم الضمانات ومفهوم التأمينات، ولكن الأمر على خلاف ذلك، فمصطلح الضمانات ليس هو نفس مصطلح التأمينات، وهذا الخلط صراحة راجع إلى كون المشرع المغربي لم يشر للفرق بينهما، فعند الرجوع إلى المقتضيات القانونية المضمنة بالقواعد العامة لا نجد أية إشارة إلى التمييز بين مفهوم الضمانات والتأمينات.

<sup>3</sup>- انظر الموقع الإلكتروني المعاني، تعريف ومعنى ضمانات في معجم المعاني الجامع- معجم عربي عربي، المنشور بتاريخ 2014/10/11، على الساعة 10:00 صباحاً، [www. Almaany.com](http://www.Almaany.com).

<sup>4</sup>- حياة حجي، نظام الضمانات وقانون صعوبات المقاوله -دراسة مقارنة-، مطبعة دار السلام الرباط، الطبعة الأولى 2012، ص:7.

ولكن برجعنا للقضاء الفرنسي نجد على أنه اعتبر في بعض اجتهاداته بأنه يمكن تفسير مفهوم التأمينات تفسيراً موسعاً، أما جانب من الفقه في فرنسا فاعتبر بأن التأمينات تنشأ بمعزل عن القانون والحكم القضائي والاتفاق، وتتميز بغايتها التي تتجلى في تقوية مركز الدائن دون إثراءه، وعليه فهي مختلفة عن مفهوم الضمانات، التي تزيد من حظوظ الدائن في استيفاء ديونه.

ولإعطائه أوجه اختلاف بارزة بين هذين الصنفين نورد بعض النقاط التي تطرق لها الفقه المصري وتوضح لنا بشكل جلي التباين الحاصل بين النوعين<sup>5</sup>، وهي كالتالي:

- إن فكرة الضمان تعبر عن وظيفة اقتصادية أكثر من تعبيرها عن نظام قانوني محدد، بينما على العكس من ذلك نجد أن فكرة التأمينات تعبر عن نظام قانوني محدد له وسائله الفنية وسماته الخاصة.

- كما نجد أن التأمينات تعد نوعاً من الضمانات، ولكن العكس غير صحيح إذ أنه ليس بالضرورة أن يكون كل ضمان نوعاً من التأمينات، ففكرة الضمانات أوسع بكثير من فكرة التأمينات. فقانون التأمينات أنشئ كفرع مستقل يقوم حول أنظمة أساسية، هي الكفالة والرهن والاختصاص والامتياز، بينما الضمانات لم تنحصر في فرع معين من فروع القانون وإنما نجدها متعددة ومشتتة في جل القوانين.

والضمانات الخاصة هي ضمانات متعددة ويصعب حصرها في الجانب العملي، ولكن مع ذلك حاول الفقه تصنيفها حسب عدة معايير بغية الوصول لتأطير عام لهذا النوع من الضمانات: إما تبعاً لمصدرها، أو تبعاً لتقنياتها، أو تبعاً للتطورات الحاصلة في المجال العلمي (تقليدية، أو حديثة).

---

<sup>5</sup>- أسعد دياب، أبحاث في التأمينات العينية، الطبعة 1، المؤسسات الجامعية للدراسات والنشر 1988، منشور بموقع [www.neelwafurat.com](http://www.neelwafurat.com).

فإذا أخذنا بالتصنيف تبعا للمصدر، فإننا نجد هناك الضمانات القانونية (وهي تنشأ بموجب القانون، أو إرادة المشرع لتمنح دائنا معينة امتيازاً تكميلياً لصفة في الدين) وكذا الضمانات القضائية (وهي تنشأ بموجب قرار قضائي كالأجراءات التحفظية لتجنب إفسار الذمة المالية للمدين) بالإضافة للضمانات الاتفاقية (وهي الأكثر تعددا والتي سوف نركز عليها في هذا البحث بشيء من التفصيل، إذ تنشأ بموجب اتفاق الأطراف كالرهن الرسمي والكفالة...).

أما إذا أخذنا بالتصنيف تبعا للتطور الحاصل في المجال العلمي فنجد ضمانات تقليدية وضمونات حديثة، وبذلك يبقى التصنيف الأخير وهو الضمانات تبعا لتقنياتها والتي يندرج ضمنها الضمانات العينية والضمانات الشخصية.

ونحن في هذه الدراسة المعمقة لنظام الضمانات في ضوء التشريع المغربي سنحاول اعتماد تقييم شبه خاص، بغية الوصول لتأطير وجرّد جميع الضمانات التي نص عليها تشريعنا الوطني، حيث سنقوم باعتماد تقسيم الضمانات تبعا لتقنياتها أي جرد الضمانات الشخصية باعتبارها ضم لذمة إلى أخرى لضمان حق الدائن، والتي تشمل كلا من الكفالة والتضامن بين المدينين وعدم تجزئة الدين، وكذا الضمانات العينية باعتبارها سلطة مباشرة لشخص على شيء معين بالذات والتي تشمل بدورها الرهن الرسمي والرهن الحيازي والامتيازات وكذا الرهن بدون حيازة والبيع دون نقل الملكية، والتي وردت في التشريع المغربي، وزيادة على ذلك سوف نعتمد تقسيماً إضافياً نص عليه بعض الفقه الفرنسي ونظيره المصري وهو نظام الضمانات غير المسماة وهو تصنيف يقابل الضمانات العينية والشخصية (فهو يشبه تصنيف العقود لعقود مسماة وعقود غير مسماة)، والذي يشمل بدوره عدة ضمانات حاولنا أن نأتي ببعضها كتطبيقات أساسية، ومنها نظام الدعوى المباشرة ونظام المقاصة بالإضافة للحق في الحبس، وحوالة الحق والعربون، وصولاً لاطلاع الدائن على ذمة ونشاط مدينه كوسيلة للضمان، وأخيراً الشرط الجزائي كضمانة أساسية.

### - دوافع اختيار الموضوع

كطالب باحث في سلك القانون وبمجرد ولوجي لسلك الماستر، بدأت بوادر تفكيري في الموضوع الذي سوف يكون محل رسالتي، وبعد عدة محاولات في تأصيل مواضيع متعددة في القانون المدني وقع اختياري على عنوان الضمانات العينية والشخصية، ولكن وبمساعدة أستاذتي المؤطرة تم توسيع الموضوع شيئاً ما ليشمل جميع الضمانات التي أتى بها القانون المدني المغربي، ويبقى من أبرز الأسباب التي دفعتني لاختيار هذا الموضوع ما يلي:

- أن الخوض في نظام الضمانات بصفة عامة سوف يقوي معاريفي القانونية وخصوصاً في الجانب المدني باعتباره تخصصي، كما أن هذه الدراسة ستدعم لا محالة فكري في ميدان المعاملات المالية، وبذلك سوف أفيد نفسي وغيري من هذه الدراسة المتواضعة.

- بالإضافة للسبب السابق يوجد هنالك سبب آخر لا يقل أهمية، وهو الذي دفعني بشكل مباشر لاختيار هذا الموضوع، والذي يتجلى في الأهمية التي يكتسبها موضوع الضمانات في وقتنا الراهن، ففي البيئة التي أعيش فيها سواء كانت الطبقة المتوسطة أو الفقيرة يكثر الائتمان والقروض الصغرى والمتوسطة بصفة عامة وهنا تطلب مؤسسات الائتمان من هؤلاء الأفراد تقديم ضمانات، ولكن أغلب هؤلاء الأفراد لا يعلمون ما يقدمون كضمانة للحصول على هذه القروض، ومن هذا المنطلق جاءت فكرة تجميع هذه الضمانات ولو بشكل مبسط.

### - أهمية الموضوع:

سبق أن رأينا أن تزايد أهمية الائتمان في العصر الحديث واتساع نطاقه، قد أدى إلى الإقبال الشديد على الضمانات، ولذلك نلاحظ في الوقت الحاضر تزايد عدد الضمانات المستخدمة بمناسبة عملية ائتمانية محددة.

كما أن هنالك اتجاهًا متزايدًا إلى تجميع أكثر من ضمان أو إلى تعزيز المسؤولية التعاقدية، وفي بعض الأحيان نجد أن هناك أكثر من شخص ملتزم بالضمان لحساب الغير.

فهذا السباق إلى الضمانات له دلالة خطيرة وهي وجود أعراض مرضية معينة، فالبحث عن ضمان فعال معناه البحث عن علاج لهذه الأعراض.

وهذه الأعراض تكشف عن عدم ثقة في القوة الملزمة للعقد وعن عجز القانون وعدم قدرة وفعالية إجراءات التنفيذ الجبري على تحقيق أهدافها.

نستطيع إذن القول أن الرغبة الشديدة في الحصول على ضمان، بل وعلى العديد من الضمانات الفعالة تكشف عن عدم وجود الثقة الواجب توافرها في نطاق المعاملات، وهذا يكشف بدوره عن الارتباط الوثيق بين الضمانات والائتمان.

ومن ثم فإن الغرض والأهمية من هذا البحث هو محاولة رصد هذه الظاهرة، وذلك عن طريق رصد وتصنيف الضمانات في القانون المدني المغربي، ثم محاولة استخلاص القواعد المشتركة لكل مجموعة منها وإبراز دور كل منها في تحقيق الضمان الذي يسعى إليه الدائن لاستيفاء حقه.

### - الإشكالية الرئيسية للموضوع

لكي أقوم بتأطير الموضوع من الناحية الأكاديمية، قررت أن أصيغ إشكالية مركزية يتمحور حولها هذا الأخير، على أمل أن أحاول الإجابة عليها في متن هذا البحث، وهذا الإشكالية هي كالتالي:

- إلى أي حد استطاع التشريع المدني المغربي، ضبط وإصدار نظام قانوني للضمانات قصد

مسايرة المجال الائتماني باعتباره عصب الحياة الاقتصادية والاجتماعية في وقتنا الحالي؟.

وبناء على هذه الإشكالية الرئيسية خلصنا إلى مجموعة من الإشكالية الفرعية وهي كالتالي:

- ماهي أبرز الضمانات الشخصية والعينية التي أقرها المشرع المغربي وقام بتنظيمها بمقتضى نصوص خاصة؟

- ماهي أهم الضمانات العينية الجديدة التي أتى بها القانون رقم 21.18<sup>6</sup> المتعلق بالضمانات المنقولة وما مدى الضمان الذي تحققه؟.

- ما هو موقف التشريع المدني المغربي من نظرية الضمانات غير المسماة. وماهي أبرز نماذج هذا النوع من الضمانات التي اعترف بها تشريعنا الوطني، وأين يتجلى الضمان الذي تحققه؟.

### - صعوبات البحث

كأي طالب باحث يسير في أغوار بحث معين، واجهت مجموعة من الصعوبات وأنا بصدد إنجاز هذه الرسالة، ويمن أن أخص أهم هذه الصعوبات أو العقبات في النقاط التالية:

- الظرفية الاستثنائية التي واجهتها بلادنا في ظل وباء كورونا: فقد أعقب سنة 2020 والتي هي سنة تخرجنا ظهور وباء خطير أطلق عليه اسم كوفيد 19، والذي قامت بسببه جل الدولة ومن بينها المغرب بمجموعة من الإجراءات لاحتوائه يبقى أبرزها فرض حالة الطوارئ والحجر الصحي، والذي أثر بشكل كبير على نفسيتنا العلمية، كما أنه ألزمتنا البيوت عنوة الأمر الذي أدى إلى عدم حصولنا على مجموعة من المراجع القيمة والتي كنت أود أن أنقح بها رسالتي.

- قلة المراجع في هذا الموضوع: من أبرز العقبات التي واجهتنا أيضا هي قلة المراجع العامة في هذا الموضوع، ففي الغالب كنا نجد مراجع تتحدث فقط عن جزء من موضوعنا مثال ذلك رسائل في الضمانات العينية دون الشخصية أو العكس، أما بالنسبة للضمانات الغير المسماة فلا نجد أي مرجع مغربي يتحدث عنها على عكس الفقه المصري.

<sup>6</sup>- ظهير شريف رقم 1.19.76، صادر في 11 من شعبان 1440 (17 أبريل 2019)، بتنفيذ القانون رقم 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 6771.

- صدور ضمانات جديدة: من بين الصعوبات أيضا هي صدور ضمانات جديدة لا يوجد أي مرجع فيها باستثناء بعض المقالات، وأقصد هنا قانون الضمانات المنقولة الصادر سنة 2019 والذي أتى بمجموعة من الضمانات المستجدة منها البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية، والرهن دون حيازة.

### - منهجية الدراسة

من أجل الإحاطة بمختلف جوانب هذه الدراسة، ارتأينا أن نتبع في بحثنا منهاجا تحليليا يمكننا من الوقوف على مضمون النصوص القانونية للضمانات في التشريع المغربي. على أن ندعم هذه الدراسة التحليلية بمنهج وصف، وآخر مقارنة من أجل الاطلاع على بعض القوانين الأجنبية، كلما استوجب الأمر ذلك.

### - خطة البحث

من أجل الاطلاع بموضوعي هذا من كل الجوانب، قررت أن أعتمد التصميم التالي:

-مقدمة: تطرقت فيها للسياق العم والخاص لموضوع الضمانات بصفة عامة بالإضافة لبيان مفهومها وأنواعها، وأيضا دوافع اختيار الموضوع وأهمية.

-الفصل الأول: والذي عنونته بالضمانات العينية والشخصية في القانون المدني: والتي جردت من خلاله أبرز أنواع هذه الضمانات.

- الفصل الثاني: والذي عنونته بدوره باسم الضمانات غير المسماة في ضوء القانون المدني: وهو بدوره حاولت جاهدا أن أخذ النماذج البارزة من الضمانات التي تنضوي تحت لوائه.-  
خاتمة: وخصصتها للحديث عن خلاصة هذا البحث مع الخروج ببعض الاستنتاجات والتوصيات.

## الفصل الأول: الضمانات الشخصية والعينية في القانون المدني المغربي

تعتبر الضمانات بمثابة آليات قوية يمنحها المدين إلى الدائنين الذين يقدمون له الائتمان الذي هو بحاجة إليه وذلك حتى يتمكنوا من ضمان استيفاء الديون المستحقة لهم، وتسعى الضمانات كيفما كان نوعها، أو مصدرها إلى حماية حقوق الدائنين والحفاظ على مصالحهم.

وقد تطور نظام حماية الائتمان عبر العصور، فبعد أن كان المدين المعسر يساق إلى دائنه الذي كان له حق بيعه والتصرف فيه، عرف الفكر القانوني مع تطور القانون الروماني ما يسمى بالتنفيذ على أموال المدين، إذ لم يعد التنفيذ على شخص المدين وإنما على ذمته المالية، وهي مجموعة الحقوق والالتزامات المالية، وتقع حقوق الدائنين على الجانب الإيجابي من هذه الذمة وهو ما يسمى بالضمان العام والذي كما سبق الذكر يكون في استطاعة الدائن الحجز بمقتضاه على العناصر الإيجابية في الذمة المالية للمدين ويكون في مساواة مع غيره من الدائنين.

ولكن كما ذكرنا فإنه أمام ضعف الضمان العام في تحقيق الغاية المنشودة منه فإنه تم اللجوء لنظام ضمانات خاصة، وهي ما يطلق عليه باسم الضمانات العينية والشخصية والتي أطرتها جل التشريعات الدولية ومنها تشريعنا الوطني.

فمن أجل ضمان حماية شاملة لهذه الضمانات فإن المشرع المغربي قام بتنظيمها سواء عن طريق القواعد العامة، أو في إطار نصوص خاصة

وبذلك تفرض علينا طبيعة هذا الفصل تقسيمه إلى مبحثين:

نتطرق في المبحث الأول لأبرز الضمانات الشخصية.

على أن نخصص المبحث الثاني للضمانات العينية.

## المبحث الأول: الضمانات الشخصية الواردة في القانون المدني المغربي

الضمانات الشخصية هي ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي فيصبح بدلا من مدين واحد مدينان أو أكثر كلهم مسؤولون عن الدين إما في وقت واحد أو على تعاقب، ولذلك يكفل حق الدائن لا ذمة واحدة (ذمة المدين) بل أكثر من ذمة، فإذا أعسر المدين رجع الدائن على غيره من المسؤولين الآخرين في هذا الحق.

ونشير في هذا المقام إلى أن الضمانات الشخصية سبقت نظيرتها العينية في الظهور، إذ بدأت أصنافها في الظهور بالمجتمعات البدائية (مثل ذلك التضامن والكفالة) قبل بروز الضمانات العينية، ويرجع بعض الفقه ذلك لسببين أساسيين هما:

✓ **السبب الأول** أن الضمانات العينية تفترض حضارة أكثر تقدما، إذا كان يسبقها تنظيم حق الملكية، ثم تفرع الحقوق العينية الأخرى عن هذا الحق، ثم التمييز بين الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية إذ لم تكن الضمانات العينية إلا حقوقا عينية تبعية. وهذا كله يفرض تقدما في الحضارة، وتنوعا في الحقوق. ولذلك تأخرت الضمانات العينية في الظهور عن التأمينات الشخصية.

✓ **السبب الثاني** أن التأمينات كان ظهورها بادئ ذي بدء أمرا طبيعيا، إذ كان المدينون في أول الأمر من الطبقة الفقيرة لا تملك ما تقدمه تأمينا عينيا، فقد كانت التأمينات العينية تقوم في أساسها على العقار.

ونحن نقوم بدراسة هذا المبحث وجب علينا تحديد الخطوط العريضة له (أي مجال الدراسة) فالضمانات الشخصية هي مجال خصب وشاسع يدخل فيها بعض الآليات التي تتوافق مع طبيعتها ويخرج منها البعض الآخر والذي لا يتلاءم مع مفهوم الضمانات الشخصية، إذ يجب أن يستبعد من هذه الأخيرة ما يأتي:

أولاً: الحق في الحبس، وما يتضمنه هذا الحق من الدفع بعدم التنفيذ. فإن الدائن يحبس تحت يده مالا خاصا للمدين حتى يستوفي منه حقه، فهو لا يمت إلى الضمانات الشخصية بصلة، بل هو أقرب إلى الضمانات العينية لأن الدائن يحبس في يده مالا معيناً مملوكاً للمدين، على أنه ليس من الضمانات العينية، فصاحب الضمان العيني يكون له على المال المعين المملوك للمدين حق عيني مقترن بحق التقدم وحق التتبع<sup>7</sup>.

ثانياً: والكفالة العينية لا تدخل في التأمينات الشخصية. وإذا وجد كفيل هنا، فإنه لا يلتزم التزاماً شخصياً كما يلتزم الكفيل في الضمانات الشخصية، بل يقدم مالا مملوكاً له يكون رهناً يضمن حقاً شخصياً للدائن، ومن هنا جاءت تسميته بالكفيل العيني، فالكفالة العينية يغلب عليها معنى العينية على معنى الكفالة.

ويبقى بعد الذي استبعدناه التأمينات الشخصية بمعناها الصحيح، وهي كما سبق وذكرنا عبارة عن ضم ذمة إلى ذمة أخرى لضمان حق الدائن، ويدخل في عدادها الكفالة المدنية كأبرز ضمانات شخصية منظمة في ق.ل.ع و ق.م.م و قانون حماية المستهلك وأيضاً الإنابة القاصرة حيث يبقى فيها المنيب ملتزماً مع المناب، وهي تدرس ضمن وسائل انتقال وانقضاء الالتزام (المطلب الأول)

كما يدخل ضمن الضمانات الشخصية أيضاً التضامن بين المدينين، وعدم تجزئة الدين، وهي موضوعات تدرس مع أوصاف الالتزام (المطلب الثاني).

### ■ المطلب الأول: الكفالة المدنية والإنابة القاصرة

تعتبر الكفالة إحدى الضمانات الشخصية التي تقوم على ضم ذمة إلى ذمة ضماناً للوفاء بالدين، وهي أكثر دلالة على الضمانات الشخصية (الفقرة الأولى) ، ويمكن أن تشكل الإنابة أحد الضمانات الشخصية هي الأخرى في مجال التعامل ، لكن ليس الإنابة بمفهومها العام وإنما

<sup>7</sup> عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد العاشر، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 11 وما بعدها

الأمر مقتصر فقط على الإنابة القاصرة التي يبقى فيها المنيب ملتزما مع المناب ( الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: الكفالة المدنية

تعرض المشرع المغربي لأحكام الكفالة في القسم العاشر من الكتاب الثاني من قانون الالتزامات والعقود، وخصها بالفصول ( 1117 إلى 1169 )<sup>8</sup>. وقد قسم المشرع بحث الكفالة إلى أربعة أبواب، تناول في الأول منها الكفالة بوجه عام، ثم انتقل بعدها لدراسة آثار الكفالة، مروراً بانقضاء الكفالة كبحت ثالث، ووصولاً لكفالة النفس أو كفالة الحضور.

ونحن بدورنا سنتبع نهج المشرع المغربي ونتناول تعريف الكفالة وخصائصها ( أولاً ) ثم نتناول آثارها ( ثانياً ) ، فانقضاؤها ( ثالثاً ) لنختم الدراسة بالحديث عن كفالة النفس أو كفالة الحضور ( رابعاً ) .

#### أولاً: تعريف عقد الكفالة وخصائصها

##### أ- تعريف عقد الكفالة

عرف الفصل 1117 من ق ل ع، الكفالة كما يلي: " الكفالة عقد بمقتضاه يلتزم شخص للدائن بأداء التزام المدين إذا لم يؤده هذا الأخير نفسه "

وفي التشريع الأردني عرف الفصل 950 من قانونه المدني عقد الكفالة بقوله: " الكفالة ضم نمة إلى نمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام "

---

<sup>8</sup>وهنا نشير إلى أن المشرع المغربي لم ينظم أحكام الكفالة فقط في قانون الالتزامات والعقود بل نص عليها أيضا في نصوص خاصة من ذلك قانون المسطرة المدنية والتي نظمت الجانب الإجرائي للكفالة المدنية وذلك بالتحديد ضمن الباب الأول من القسم التاسع والمعنون ب (إيداع وقبول الكفالة الشخصية والنقدية ) الفصول من 411 إلى 418 ، كما نظمها في القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك وذلك ضمن الفرع الثاني من الباب الثالث من القسم السادس تحت عنوان ( الكفالة ) الفصول من 144 إلى 147 .

ويرى بعض الفقه<sup>9</sup>، أن هذا التعريف الأخير غير دقيق، ولا يعد ضابطاً حاسماً لتمييز الكفالة عن بعض المفاهيم القانونية المشابهة لها مثل التضامن<sup>10</sup>، لذلك كان لابد أن يشار في الفصل 950 السالف الذكر إلى تعهد الكفيل بوفاء التزام إذا لم يرقم به هذا الأخير نفسه، وهذا هو التوجه الذي سلكه تقنين الموجبات والعقود اللبناني في الفصل 1053 حيث جاء فيه " الكفالة عقد بمقتضاه يلتزم شخص تجاه الدائن لتنفيذ موجب مديونه إذا لم يرقم هذا المديون بتنفيذه ". وقد أخذ القانون المدني المصري بذات التعريف والصياغة عندما عرف عقد الكفالة في الفصل 772 بأنه: " عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه ".

من خلال التعاريف السابقة لعقد الكفالة يتضح أنها تضم:

الكفيل وهو الضامن الذي يلتزم مع المدين

المكفول له وهو الدائن بالالتزام المكفول به.

المكفول عنه أي المدين الأصلي وهو ليس طرفاً في عقد الكفالة، وهذا يعني أن عقد الكفالة هي عقد بين الكفيل والدائن أو المكفول له، أما المدين الأصلي أو المكفول عنه فهو ليس طرفاً في عقد الكفالة.

والمهم في عقد الكفالة هو التزام المدين الأصلي لأن هذا الالتزام هو الذي يضمنه الكفيل، لذلك وجب أن يكون مذكوراً بوضوح ودقة في عقد الكفالة، وغالباً ما يكون الالتزام المكفول مبلغاً من النقود، وقد يكون إعطاء شيء غير النقود أو امتناعاً عن عمل<sup>11</sup>.

<sup>9</sup>- عبد العالي الدقوقي ، التنظيم القانوني للحق العيني في ضوء القانون 39.08 - حق الملكية والضمانات العينية والشخصية - ، الطبعة الأولى 2018 ، مطبعة سجلماسة مكناس ، ص 245

<sup>10</sup>- يمكن أن يقع الخلط بين تعريف المشرع الأردني للكفالة والتضامن إذ أن هذا الأخير يقتضي ضم ذمة متضامن إلى ذمة المدينين الآخرين في المطالبة بتنفيذ الالتزام .

<sup>11</sup>- عبد الكريم شهبون ، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي ، الكتاب الثاني ، الجزء الرابع ، الطبعة الأولى 2002 ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، ص 56

## ب- خصائص عقد الكفالة

يتميز عقد الكفالة بمجموعة من الخصائص يمكن حصرها كالتالي:

**1- الكفالة عقد رضائي:** ينعقد عقد الكفالة بمجرد تراضي بين الكفيل والدائن، ولا يحتاج الأمر إلى إفراغ العقد في قالب قانوني معين -الرسمية-، إذ يمكن أن يعقد كتابة أو شفاهة.

ولإن كان المشرع المغربي نص في الفقرة الأخيرة من الفصل 1118 من ق.ل.ع على أن الكفالة لا يمكن إثباتها بالكتابة، فإن مقتضيات هذا الفصل تجعل الكتابة شرط إثبات وليس ركن في الانعقاد.

ويترتب عن خاصية الرضائية هذه أن أطراف عقد الكفالة تبقى خاضعة لقواعد العقد الذي أبرمته<sup>12</sup>.

وهذا الاتجاه سايره العمل القضائي من خلال القرار الصادر عن محكمة النقض الذي جاء فيه:  
" القرار القاضي على الأطراف بأداء مبالغ تتجاوز حدود المبلغ المحدد في عقد الكفالة، يكون خارقا لمقتضيات الفصلين 230 و 1118 من ق.ل.ع ومعرضا بالتالي للنقض في حدود ما زاد على مبلغ الكفالة " <sup>13</sup>.

**2- الكفالة عقد ملزم لجانب واحد:** فالكفالة عقد بين الكفيل والدائن، أما المدين فهو خارج عن عقد الكفالة، إذ الكفيل هو من يلتزم في عقد الكفالة بالأصل، أما الدائن فهو لا يلتزم عادة بشيء نحو الكفيل.

أما إذا التزم نحو الكفيل بدفع مبلغ مقابل الكفالة، فإننا نكون بصدد عقد ملزم لجانبين<sup>14</sup>.

<sup>12</sup>- مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ( الفصل 230 ق.ل.ع )

<sup>13</sup>- قرار تحت عدد 430 في الملف التجاري 6 / 01 / 1997، منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 98 ص 124 وما يليها

<sup>14</sup>- صابر الخمسي، الكفالة المدنية في التشريع المغربي والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية بطنجة، السنة الجامعية 2010-2011، ص43

**3- الكفالة عقد تبرعي:** يذهب أغلب الفقه إلى أن عقد الكفالة عقد معاوضة بالنسبة للدائن المكفول له وذلك لأنه أخذ الكفالة في مقابل الدين، وأما النسبة للكفيل فهي من عقود التبرع لأنه قدم كفالته عن طريق تبرعه لفائدة المدين بمعنى أن الكفيل لا يأخذ مقابلا لكفالته الدين لا من الدائن ولا من المدين<sup>15</sup>.

**4- الكفالة عقد تابع :** إذ أن التزام الكفيل يعتبر حتما تابعا لالتزام المدين الأصلي ، بمعنى أن عقد الكفالة عقد ثانوي تابع لالتزام المدين الأصلي هدفها ضمان الوفاء بهذا الالتزام ، ويترتب عن كون التزام الكفيل التزاما تابعا لالتزام المدين الأصلي أن الالتزام الأول لا يجوز أن يزيد على الالتزام الآخر ، أو أن يكون أشد عبئا ، وإذا كان التزام الكفيل أشد من التزام المكفول فلا يعتبر باطلا فقط بل يجب إبطاله إلى أن يبلغ حد التزام المكفول ، ومن نتائج صفة التبعية هذه أن الكفالة لا تعتبر صحيحة إلا إذا كان هناك التزاما أصليا صحيحا ، فهي تتبع هذا الأخير في الصحة والبطالان<sup>16</sup>.

**5- الكتابة في الكفالة:** ورد في الفصل 1118 من ق.ل.ع : " ..ولا يمكن إثبات التكليف إلا بالكتابة " وجاء في الفصل 1130 من ق.ل.ع ، بإمكان الكفيل ضمان جميع التزامات المدين بمقتضى عقد معين ، وورد في الفصل 1123 من ق.ل.ع : "يجب أن يكون التزام الكفيل صريحا والكفالة لا تفترض "

على ضوء ما سبق يتضح أن الكفالة لا تثبت إلا بالكتابة ، أي بتعبير قانوني مضمونه أن الكفيل عازم على كفالة دين المدين مع التزامه الشخصي بالوفاء بدله بالدين حين إعساره ، وبخصوص الدائن لا يلزم أن يكون تعبيره عن إرادته في عقد الكفالة صريحا حسب التشريع المغربي إذ يكفي أن يكون ضمنيا أو شفاهيا وهذا ما أشار إليه الفصل 1125 ق.ل.ع<sup>17</sup>.

<sup>15</sup>- عبد العالي دقوقي، التنظيم القانوني للحق العيني في ضوء القانون 39.08، م.س، ص: 248

<sup>16</sup>- تنص المادة 1190 من ق.ل.ع على ما يلي: " لا يجوز أن تقوم الكفالة إلا إذا وردت على التزام صحيح "

<sup>17</sup>- عبد العالي دقوقي، التنظيم القانوني للحق العيني في ضوء القانون 39.08، م.س، ص 249

## ثانيا- آثار عقد الكفالة

يقتضي البحث في آثار الكفالة أن نعرض لهذه الآثار في علاقة الكفيل بالدائن، ثم في علاقة الكفيل مع المدين الأصلي ثم في علاقة الكفلاء فيما بينهم إذا تعددوا.

### 1- العلاقة بين الكفيل والدائن

الأصل في الكفالة أنها لا تفترض التضامن في الوفاء بالدين بين الكفيل وبين المدين لأن التضامن لا يفترض إلا إذا اشترط أن يكون الكفيل متضامنا مع المدين فتصبح الكفالة تضامنية.

وهنا أشار الفصل 1133 من ق.ل.ع ، في فقرته الأولى على أن " الكفالة لا تقتضي التضامن مالم يشترط صراحة " بمعنى أن الكفيل لا يلتزم تجاه الدائن التزاما تضامنيا مع المدين الأصلي، إلا إذا تم النص صراحة على كون التزامه تضامنيا ، وكذلك إذا كانت الكفالة عملا تجاريا بالنسبة للكفيل تخضع هنا أيضا تحكم آثار الكفالة القواعد المتعلقة بالتضامن بين المدينين<sup>18</sup> وهو ما جاء أيضا في الفصل 1133 بقوله "...وفي هذه الحالة التي تعتبر فيها الكفالة عملا تجاريا بالنسبة إلى الكفيل ، تخضع آثار الكفالة للقواعد المتعلقة بالتضامن بين المدينين"<sup>19</sup>.

- وإذا كان الفصل 1134 من ق.ل.ع، قد حدد قاعدة أساسية مفادها عدم إمكانية رجوع الدائن على الكفيل إلا بعد مباشرة حقوقه تجاه المدين، أي أن يكون قد وجه إعدارا إلى المدين

<sup>18</sup>- فقد جاء في قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 940 بتاريخ 2008/03/12، ملف مدني رقم 3493/1/1/2006 على أنه: " كفيل المدين الأصلي مدين بالتبعية للدائن وأمواله ضمان له كذلك، ولذلك يبقى الحق للمستفيد من الضمان في التصدي لمنع كل ما من شأنه أن يخل بهذا الضمان أو ينقص منه. وإقدام الكفيل على هبة حقوقه المشاعة إلى زوجته من شأنه الإضرار بحقوق الدائن لأن انتقال حقوق الكفيل إلى الغير يؤدي إلى الانقاص من الضمان العام أو إلى انعدامه.

<sup>19</sup>- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، م.س، ص: 79

الأصلي وماطل المدين في تنفيذ التزامه، فإن الفصل 1135 من ق.ل.ع، قد خرج على حكم هذه القاعدة وأجاز للدائن الرجوع على الكفيل في الحالات التالية:

- إذا مات الكفيل قبل حلول الأجل: جاز للدائن الرجوع على ورثته دون انتظار حلول الأجل، وإذا دفع الورثة الدين يحق لهم الرجوع على المدين، عند حلول أجل الالتزام الأصلي
- إذا أشهر إفلاس الكفيل: إذا حصل هذا الإفلاس نجم عنه حلول أجل الدين بالنسبة للكفيل، وذلك حتى ولو لم يحل أجل الالتزام الأصلي، وفي هذه الحالة يجوز للدائن أن يتقدم بدينه في تفليسة الكفيل.

فضلا عما سبق هناك حلة ثالثة منصوص عليها في الفصل 1135 من ق.ل.ع وهي أن وفاة المدين تؤدي إلى حلول أجل الدين بالنسبة إلى تركته، ولكن لا يسوغ للدائن مطالبة الكفيل قبل حلول الأجل المتفق عليه، إلا أن الحالة قد ألغيت بعد إلغاء الفصل 140 ق.ل.ع، بموجب ظهير 19 يوليوز 1922 بحيث أن موت الملتزم لم يعد يؤدي إلى حلول ديونه المرتبطة بأجل<sup>20</sup>.

وتجدر الإشارة أن الدائن لا يحق له الرجوع على الكفيل حالة عدم أداء دينه في الأجل المتفق عليه، إن لم يتم ببعض الإجراءات والأعمال التي أوضحتها المادة 1136 من ق.ل.ع، حيث ورد فيها: "للكفيل الحق في أن يطلب من الدائن أن يقوم أولا بتجريد المدين من أمواله المنقولة والعقارية بشرط أن تكون قابلة للتنفيذ عليها، وأن توجد داخل المملكة وأن يقوم بإرشاده إليها".

وهذا يعني أن الدفع بتجريد المدين وجب أن تتوفر فيه الشروط الآتية:<sup>21</sup>

- أن يتمسك به الكفيل باعتباره صاحب المصلحة
- أن تكون هناك أموال للمدين يقوم الكفيل بإرشاد الدائن إليها.

<sup>20</sup>- عبد العالي د قوقي، التنظيم القانوني للحق العيني في ضوء القانون 39.08 - حق الملكية والضمانات العينية والشخصية- ص : 252

<sup>21</sup>- عبد الكريم شهبون، م.س، ص 86

- أن تكون تلك الأموال موجودة داخل المملكة.

- أن تكون تلك الأموال غير متنازع عليها.

أن تكون تلك الأموال التي يرشد إليها الكفيل غير مثقلة برهون رسمية تستغرق جزءا كبيرا من قيمتها وأن يكون حق المدين عليها مؤكدا غير قابل للفسخ.

أن تكون تلك الأموال التي يرشد إليها الكفيل كافية للوفاء بحق الدائن كاملا

وقد أجاز الفصل 1140 من ق.ل.ع، للكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بكل دفع المدين الأصلي، سواء كانت شخصية له أم متعلقة بالدين المطلوب ومنها تلك المؤسسة على نقص أهليته، وله أن يتمسك بهذه الدفع حتى رغم اعتراض المدين أو حتى رغم تنازله عنها، أكثر من هذا يحق للكفيل أن يتمسك بالدفع ذات الطابع الشخصي بالنسبة للمدين مثل الدفع المستمد من الإبراء من الدين الحاصل للمدين شخصيا.

ونجد على أن العمل القضائي ساير هذه القاعدة، وذلك ما يستشف من الحكم الصادر عن المحكمة التجارية بالبيضاء والذي نصه:

" للبنك باعتباره كفيلا أن يتمسك في مواجهة الدائن بكل دفع المدين الأصلي سواء كانت شخصية له أو متعلقة بالدين المضمون بما في ذلك الدفع بسقوط حق المدعية في المطالبة بالدين لكون التصريح به جاء خارج الأجل القانوني"<sup>22</sup>

وللكفيل أن يرجع على الدائن من أجل إبراء ذمته من الدين بمجرد أن يتأخر في المطالبة به بعد أن يصبح مستحق الأداء، وهذا ما أوضحه الفصل 1142 من ق.ل.ع.

وفي حالة تعدد الكفلاء يجب لمعرفة وضعيتهم التمييز بين الوضعين التاليين:

<sup>22</sup>- حكم صاد عن المحكمة التجارية بالبيضاء بتاريخ 07/11/02، تحت عدد 12109، في الملف التجاري عدد 02/0022.

- **الوضع الأول:** إذا كان الكفلاء قد كفوا بعقد واحد بنفس الدين ولم يشترطوا التضامن فيما بينهم ولم يلتزم كل منهم إلا بقدر حصته من الدين .

- **الوضع الثاني:** أما إذا اشترطوا التضامن فيما بينهم أو إذا كانت الكفالة قد أبرمت من كل كفيل على انفراد من أجل الدين كله أو إذا كانت الكفالة تعتبر عملا تجاريا بالنسبة إلى الكفلاء اعتبروا هذا متضامنين في مواجهة الدائن ، وجاز للدائن مطالبة كل منهم بالدين برمته .

وبخصوص كفيل الكفيل فلا يلتزم إزاء الدائن إلا عند إعسار المدين الأصلي والكفلاء جميعا، أو إذا كان الكفيل قد تحلل من الكفالة نتيجة تمسكه بدفوع شخصية محضة خاصة به (الفصل 1139 من ق.ل.ع).<sup>23</sup>

## 2 - العلاقة بين الكفيل والمدين

يمكن تحديد علاقة الكفيل بالمدين وفقا للنقاط التالية:

- يمكن للكفيل أن يقاضي المدين الأصلي من أجل التزامه بالعمل على إبراء ذمته من التزامه إزاء الدائن وذلك في ثلاث حالات أشارت إليها المادة 1141 من ق.ل.ع كالاتي<sup>24</sup>:

- إذا وقعت عليه الدعوى قضاء من أجل الوفاء بالدين أو حتى قبل أن توجه إليه أية مطالبة إذا كان المدين في حالة مطل في تنفيذ الالتزام.

- إذا كان المدين قد التزم بأن يقدم للكفيل إبراء ذمته من الدائن خلال أجل محدد ثم حل هذا الأجل، وإذا لم يتمكن المدين من تقديم إبراء الذمة من طرف الدائن وجب عليه أن يدفع الدين أو يعطي للكفيل رهنا أو ضمانا أخرى كافية.

- إذا صعبت مطالبة المدين إلى حد كبير نتيجة تحويل محل إقامته أو موطنه.

<sup>23</sup>- عبد العالي دقوقي، التنظيم القانوني للحق العيني في ضوء القانون 39.08 - حق الملكية والضمانات العينية والشخصية-

م.س ، ص : 254

<sup>24</sup>- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح ق.ل.ع، الكتاب الثاني، الجزء الرابع، م.س، ص: 95

- بناء على الفصل 1143 من ق.ل.ع، يجوز للكفيل الذي يقضي الالتزام الأصلي قضاء صحيحا الرجوع على المدين بكل ما دفعه عنه، ولو كانت الكفالة قد أعطيت بغير علمه، كما يجوز له الرجوع أيضا على المدين من أجل المصروفات والخسائر التي كانت نتيجة طبيعية وضرورية للكفالة.

وحسب الفصل المذكور فإن كل فعل غير الوفاء بالمعنى الصحيح يترتب عليه انقضاء الالتزام الأصلي، أو ابراء ذمة المدين لا يقع بمثابة الوفاء ويعطي للكفيل حق الرجوع بأصل الدين وسائر المصروفات المتعلقة به.

-لا يجوز للكفيل الذي أدى الدين حق الرجوع على المدين الأصلي، إلا إذا قدم توصيلا من الدائن أو أية حجة أخرى تفيد وتثبت انقضاء الدين (الفقرة الأولى من الفصل 1144 ق.ل.ع)، وتشير الفقرة الثانية من ذات الفصل أن أداء الدين من طرف الوكيل قبل حلول أجله لا يسمح له بالرجوع على المدين إلا بعد حلول أجل الالتزام الأصلي.

- يؤكد الفصل 1146، أن الكفيل المتصالح مع الدائن ليس له أن يرجع على المدين إلا بمقدار وحدود ما أداه حقيقة للدائن أو في حدود قيمة ما أداه إذا كان ذلك شيئا محددًا بذاته، وكذلك إذا تصالح الكفيل مع الدائن ليس له أيضا الرجوع على الكفلاء الآخرين إلا في حدود حصتهم مما أداه حقيقة أو في حدود حصتهم من قيمة ما أداه إذا كان شيئا محددًا بذاته.

- إذا قام الكفيل بوفاء الدين وفاء صحيحا فإنه يحل محل الدائن في حقوقه وامتيازاته ضد المدين في حدود كل ما دفعه، وضد الكفلاء الآخرين في حدود حصة كل منهم، غير أن هذا الحل لا يغير في شيء الاتفاقات الخاصة المعقودة من بين المدين الأصلي وبين الكفيل (الفصل 1147 ق.ل.ع).

- لا يجوز للكفيل الرجوع على المدين في عدة حالات أشارت إليها المادة 1148 ق.ل.ع كالتالي:

- إذا كان الدين الذي أداه يتعلق به شخصيا، وإنما جعل باسم غيره في الظاهر.
- إذا كانت الكفالة قد أعطيت رغم نهي المدين عنها، وفي هذه الحالة لا يمكن اعتبار الكفيل كفيلا عن المدين ولا فضوليا يعمل لحسابه
- إذا ثبت من خلال التعبير الصريح للكفيل أو من الظروف أن الكفالة قد أعطيت على سبيل التبرع.<sup>25</sup>

### 3 - العلاقة بين الكفلاء

للدائن الحق في الرجوع على الكفيل ليطالبه بأداء الالتزام المقرر بمقتضى عقد الكفالة، سواء كان الكفيل شخصا واحدا أو عدة أشخاص، فإذا قام أحد الكفلاء بالوفاء بالدين كله، فهل له الحق في الرجوع على باقي الكفلاء؟ وإذا كان له الحق في الرجوع عليهم، فهل لتضامن الكفلاء أثر على هذا الرجوع؟<sup>26</sup>

وللإجابة على هذه الإشكالات نورد النقطتين الأتيتين:

#### - تعدد الكفلاء مع عدم تضامنهم.

إذا تعددوا الكفلاء مع عدم تضامنهم، فإن الدين يقسم بينهم، ويترتب على ذلك أن كل من الكفلاء مسؤولا عن نصيبه من الدين فقط، فلذلك فإن أعسر أحد الكفلاء، فإن الباقي لا يتحملون إعساره، لأن كل كفيل محدد التزامه بنسبة حصته من الدين المكفول، ويبقى السؤال المطروح هو: إذا وفى احد الكفلاء بكل الدين للدائن فهل له الحق في الرجوع على باقي الكفلاء بالقدر الذي يزيد على حصته من الدين؟

<sup>25</sup>- عبد العالي دقوقي، التنظيم القانوني للحق العيني في ضوء القانون 39.08 - حق الملكية والضمانات العينية والشخصية،

م.س، ص: 257

<sup>26</sup>- صابر الخمسي، الكفالة المدنية في التشريع المغربي والاجتهاد القضائي، م.س، ص: 57

فللكفيل الحق في الرجوع على باقي الكفلاء استنادا للقواعد العامة – دعوى الإثراء بلا سبب – وهذا الرجوع محدد بمقدار نصيب كل كفيل من الدين أي بالقدر الذي دفع به إثراؤه وافتقار الكفيل الذي قامبالوفاء.

#### - تعدد الكفلاء مع عدم تضامنهم

ينص الفصل 1145 من ق.ل.ع على ما يلي: " إذا تعدد الكفلاء المتضامنون ودفع أحدهم الدين كله عند حلول الأجل كان له أن يرجع أيضا على الكفلاء الآخرين، كل بقدر حصة نصيبه في حصة المعسر منهم ".<sup>27</sup>

وخلاصة هذا الفصل، أن الكفيل يرجع على الكفلاء الآخرين المتضامنين بمقدار ما وفاه، وبشرط أن يكون وفاؤه مبرئا لدممهم، وأن يحصل بعد حلول الأجل.

#### ثالثا- انقضاء الكفالة

تنقضي الكفالة بإحدى صورتين: إما بصورة تبعية لانقضاء الالتزام الأصلي، وإما بصورة أصلية وبالاستقلال على الالتزام الأصلي المضمون الذي يبقى قائما.

#### 1- انقضاء الكفالة بصورة تبعية

جاء في الفصل 1150 من ق.ل.ع، ما يلي: " كل الأسباب التي يترتب عليها بطلان الالتزام الأصلي أو انقضاؤه يترتب عليها انتهاء الكفالة "<sup>27</sup>.

يستفاد من هذه المادة أن الكفالة تنقضي بطريق تبعية إذا انقضى الدين المكفول، فلها إذن طابع تبعية بالنسبة للالتزام الذي تضمنه بحيث تتبعه صحة وبطلانها ووجودها وعدمها، وهذا يعني أن

---

<sup>27</sup>- وهذا ما أكدته قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء عدد 561 الصادر بتاريخ 2002/03/05 في الملف رقم 83/2001/6، والذي ورد في تعليقه على أنه: " عملا بمقتضيات الفصل 1150 من قانون الالتزامات والعقود فإن جميع الأسباب التي تؤدي إلى بطلان أو انقضاء الالتزام الأصلي تؤدي إلى انقضاء الكفالة. اعتبارا لذلك فإن ما يتمسك به البنك من مواصلة حقوقه في مواجهة الكفيل بعد أن انقضى دينه في مواجهة الأصيل، لا يركز على أساس، لذلك انه بانقضاء الدين في مواجهة المدين الأصلي فإنه ينقضي أيضا في مواجهة الكفيل، وتبعا لذلك فإن الدائن المهمل الذي فقد حق مقاضاة الأصيل يفقد حق الرجوع على الكفيل لأن الكفالة التزام تبعية لا يمكن أن يستمر بعد انقضاء الالتزام الأصلي".

الالتزام الأصلي إذا كان باطلا كانت الكفالة باطلة، وإذا انقضى الالتزام بسبب من أسباب الانقضاء، انقضت معه الكفالة كما جاء في الفصل 1150 السالف الذكر.

هذا وإن أسباب انقضاء الدين المكفول هي نفس أسباب انقضاء أي دين، إذ أن انقضاء الدين المكفول يكون بالوفاء، الوفاء المقابل، التجديد، المقاصة، اتحاد الذمة، الإبراء، استحالة التنفيذ والتقدم، وقد يفسخ الدين المكفول أو يتمسك بإبطاله فنزول الكفالة بالتبعية<sup>28</sup>.

## 2- انقضاء الكفالة بصورة أصلية

كما قد تنتضي الكفالة بصورة تبعية فقد تنتضي أيضا بصورة أصلية وذلك بالاستقلال عن الدين الأصلي المضمون الذي يبقى قائما وموجودا، وانقضاء الكفالة هنا يكون بنفس أسباب انقضاء الالتزام عموما وهذا ما أكدته المادة 1151 ق.ل.ع حيث جاء فيها " الالتزام الناشئ عن الكفالة ينقضي بنفس الأسباب التي تنتضي بها الالتزامات الأخرى ولو استقلالا عن الالتزام الأصلي ".

## رابعا - كفالة النفس أو كفالة الحضور

كفالة الحضور (أو كفالة النفس أو كفالة الوجه أو كفالة البدن) كما تسمى في الفقه الإسلامي، تقليد قديم كان يستخدم عندما يكون شخص مطلوبا للمثول أمام القضاء أو عندما يخشى الدائن إقراره واختفائه، فلا يستطيع أن يقتضي منه الدين، وعموما سوف نتطرق لتعريف هذا النوع من الكفالة، مع بيان شروطها وأثارها.

<sup>28</sup>- عبد العالي دقوقي، التنظيم القانوني للحق العيني في ضوء القانون 39.08 - حق الملكية والضمانات العينية والشخصية، م.س، ص: 260 .

## 1- تعريف كفالة الحضور أو النفس

عرف الفصل 1161 من قانون الالتزامات والعقود كفالة الحضور بأنها: "تعهد بمقتضاه يلتزم شخص بأن يحضر شخصا آخر أمام القضاء، أو بأن يحضره عند حلول أجل الالتزام أو عند الحاجة".

وخلاصة القول أن كفالة الحضور هي التزام شخص بإحضار شخص آخر ضمنه في ذلك، فإن كان لزيد عند عمرو دين، فإنه يصح لخالد أن يضمن إحضار نفس المدين عند الحاجة، وهذا الضمان يسمى كفالة النفس أو كفالة الحضور، وهي خاصة بضمان الأبدان والوجه<sup>29</sup>.

## 2- شروط كفالة الحضور

يخضع عقد كفالة الحضور لشروط صحة العقد العامة. ولكن ثمة شرطين يجب توافرها علاوة على الشروط العامة، أحدهما يتعلق بأهلية الكفيل، وهو موضوع الفصل 1162 والثاني برضاه وهو موضوع الفصل 1163.

**فمن حيث أهلية الكفيل:** لا يحق لمن ليس له أن يتبرع بما له، أن يكفل النفس والحضور. والشروط التي يجب أن تتوافر في كفيل الحضور هي:

**أولاً:** أن يكون بالغا

**ثانياً:** أن يكون عاقلاً

**ثالثاً:** أن لا يكون محجوزاً عليه لسفه

**رابعاً:** أن لا يكون الكفيل عليه دين يستغرق كل ماله

**خامساً:** أن لا يكون مريضاً مرض الموت

**سادساً:** أن لا يكون مكرهاً فلا تصح كفالة المكره

---

<sup>29</sup>- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي الكتاب الثاني، الجزء الرابع، م.س، ص: 125

ومن حيث رضى الكفيل: أوجب المشرع أن تجئ كفالة النفس صريحة، أي تأتي الكفالة بعبارة واضحة وصريحة.

### 3- آثار كفالة النفس والحضور

تترتب على كفالة النفس أو الحضور الآثار الآتية:

- يلتزم الكفيل بأن يحضر من كلفه في المكان الذي حدده الاتفاق، فإن لم يحدد الاتفاق مكاناً، وجب إحضار المكفول في مكان إبرام العقد (الفصل 1164).

- تبرأ ذمة الكفيل إذا أحضر المكفول أو حضر هذا الأخير من تلقاء نفسه مختاراً في اليوم المحدد وفي المكان المتفق عليه، أما إحضار المكفول قبل التاريخ المحدد فلا يكفي لإبراء ذمة الكفيل (الفصل 1165).

وإذا كان المكفول في التاريخ المحدد لإحضاره في سلطة القضاء بالفعل لأسباب أخرى. وأخبر الدائن بذلك، برئت ذمة الكفيل (الفصل 1166).

- يلتزم الكفيل بأداء الدين الأصلي إذا لم يحضر المكفول في اليوم المحدد، وتبرأ ذمته إذا حضر المكفول بعد هذا التاريخ. غير أنه إذا كان قد صدر بالفعل حكم بقضي بإلزام الكفيل بالدين الأصلي، فإن حضور المكفول بعد ذلك لا يكفي لإلغاء الحكم (الفصل 1167).

وكخلاصة شخصية عن مستقبل هذه الضمانة، فإنه يمكن القول بأنه بالرغم من تعدد المواد القانونية المنظمة للكفالة، إلا أنها لا تفي بالغرض المطلوب منها، لأن أساليب هذه الضمانة في تطور مستمر، لذلك يقتضي الأمر من مشرعنا المغربي التدخل لتنظيم ومعالجة الكفالة بنصوص قانونية ذات ثبوت حديث ومتطور، لمسايرة التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي تعرفها بلادنا.

## الفقرة الثانية: الإنابة القاصرة

تناول المشرع المغربي الإنابة بصفة عامة في الباب الرابع من القسم الثالث من الكتاب الأول من قانون الالتزامات والعقود، في الفصول من 217 إلى 227 منه.

بمعنى أن المشرع المغربي، تناول الإنابة ضمن الباب المتعلق بانتقال الالتزام، بخلاف العديد من التشريعات المقارنة، كما هو الشأن بالنسبة للقانون المدني المصري، التي تطرقت للإنابة ضمن الباب الخاص بانقضاء الالتزامات. غير أن هذا الدور الذي تنطوي عليه الإنابة سواء نقل الالتزام أو إنهائه، لا يخفي عنها دورا آخر له أهمية بالغة في المعاملات المدنية، وهو أنها تشكل ضمانا من الضمانات الشخصية في حالة خاصة وهي ما يصطلح عليها " بالإنابة القاصرة " والتي سأطرق لها بالشرح بشكل موجز من خلال تحديد ماهيتها ( أولا ) و تمييزها عن الإنابة الكاملة ( ثانيا ).

### **أولا: مفهوم الإنابة القاصرة**

نشير بداية إلى أنه لا يمكن لنا أن نحدد مفهوم الإنابة القاصرة إلا من خلال استحضار الإنابة بمفهومها الواسع.

إذ عرفها المشرع المغربي في الفصل 217 من قانون الالتزامات والعقود بأنها " تصرف بمقتضاه يحول الدائن حقوقه على المدين لدائنه هو، وفاء لما هو مستحق عليه. وتكون الإنابة أيضا في تصرف من يكلف أحدا من الغير بالوفاء عنه ولو لم يكن هذا الغير مدينا لمن وكله على الوفاء ".

فالإنابة نظام قانوني يطلب بواسطته شخص ويسمى " المنيب " من شخص آخر ويسمى " المناب " بأن يقوم بأداء مال أو أن يلتزم بمثل هذا الأداء لمصلحة شخص ثالث وهو " المناب لديه ".

والإنابة لا تتطلب بالضرورة وجود علاقة سابقة بين أطرافها الثلاثة: فقد تتم بين شخصين لا تجمعهما أية رابطة كما لو رغب شخص في أن يهب أو يقرض مبلغا من المال لأخر دون أن يكون هذا المبلغ متوفرا لديه، فيطلب بصفته منيبا من صديق له المناب أن يؤدي هذا المبلغ إلى الموهوب له أو إلى المستقرض المناب لديه، على أن يرجع الصديق المناب على المنيب بعد ذلك بالمبلغ أو لا يرجع تبعا لما إذا كانت علاقتهما قد بنيت على أساس العوض أو قد سادتها نية التبرع.

إلا أن الإنابة قد تجري، وهذا هو الحال الغالب في الحياة العملية، بين أشخاص تربط فيما بينهم علاقات سابقة، إذ غالبا ما يكون المنيب مدينا للمناب لديه ودائنا للمناب<sup>30</sup>.

ويميز الفقه بين نوعين من الإنابة، الأولى تسمى الإنابة الكاملة، والثانية تسمى الإنابة القاصرة، فالأولى هي التي تتضمن تجديدا بتغيير المدين في حين أن الثانية لا تتضمن ذلك (وهذه الأخيرة حسب نفس الفقه هي التي يغلب وقوعها في الحياة العملية لكون المناب لديه قلما يقبل إبراء ذمة المدين نهائيا، وإنما يفضل الإبقاء عليه باعتباره مدينا أصليا ويضيف إليه المناب كمدين جديد)<sup>31</sup>.

إذن ففكرة الإنابة الناقصة تقوم على الفكرة التالية: أن الدائن (المناب لديه) لم يبرئ صراحة مدينه (المنيب) من التزامه بل يقبل المناب كمدين آخر، فيكون له مدينان عوضا عن واحد<sup>32</sup>.

### ثانيا: التمييز بين الإنابة القاصرة والإنابة الكاملة على مستوى الضمان

إن الفرق الجوهرى بين الإنابة القاصرة والإنابة الكاملة هو من حيث الآثار المترتبة عنهما، بحيث أنه في الإنابة القاصرة وكما سبق القول يصبح للمناب لديه مدينان بدل مدين واحد،

<sup>30</sup>- مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الثاني أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاءه، دون مكان النشر، سنة 1980، ص 219.

<sup>31</sup>- عبد الرحمان الشرفاوي، القانون المدني، الكتاب الثاني أحكام الالتزام، الطبعة الأولى 2016، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، ص : 198

<sup>32</sup>- نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، الطبعة الأولى 2006، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص:64

وهما المنيب والمناب، وهنا يكمن الضمان الشخصي الذي توفره الإنابة القاصرة للمناب لديه، وهذا ما يتضح لنا من خلال قراءة الفصل 223 من ق.ل.ع الذي جاء فيه ما يلي: "الإنابة الصحيحة تبرئ ذمة المنيب، مالم يشترط غير ذلك، وباستثناء الحالات المذكورة في الفصل التالي".

وقد تناول هذه الحالات الاستثنائية الفصل 224 من ق.ل.ع الذي جاء فيه بأنه " لا يترتب على الإنابة براءة ذمة المنيب، ويكون للمناب لديه الرجوع عليه من أجل مبلغ الدين وتوابعه:

1- إذا تقرر عدم وجود الالتزام المناب عليه أو فسخه لسبب من أسباب البطلان أو الفسخ المقررة في القانون.

2- في الحالة المنصوص عليها في الفصل 354.

3- إذا أثبت المدين المناب أنه تحلل من الدين قبل أن تصل الإنابة إلى علمه. وإذا وفي المدين المناب للمنيب، بعد علمه بحصول الإنابة، بقي مسؤولاً تجاه المناب لديه مع حفظ حقه في استرداد ما دفعه للمنيب.

وأما الإنابة الكاملة فيتم فيها إبراء ذمة المدين الأصلي (المنيب) بحيث تصبح الرابطة القانونية بعد الإنابة قائمة بين الدائن (المناب لديه) وبين المدين الجديد (المناب).

### - **المطلب الثاني: تضامن المدينين وعدم تجزئة الدين**

يعتبر كل من التضامن بين المدينين وعدم تجزئة من بين أبرز المواضيع التي تدرس ضمن الأوصاف التي تلحق محل الالتزام، ويشكلان معا ركيزة من الركائز الأساسية للضمانات الشخصية، وسوف أتطرق من خلال هذا المطلب لتعريفهما وجرى أهم مصادرها مع بيان الآثار المترتبة عن كل منهما. ولذلك فسيشمل هذا المطلب فقرتين على الشكل التالي:

**الفقرة الأولى: تضامن المدينين**      **الفقرة الثانية: عدم تجزئة الدين**

### الفقرة الأولى: تضامن المدينين

التضامن بصفة عامة هو وصف يلحق الالتزام، ويجعله غير قابل للانقسام في حالة تعدد المدينين أو تعدد الدائنين، فالتضامن هو بمثابة وصف يحول دون انقسام الحق في حالة تعدد الدائنين أو يحول دون انقسام الالتزام في حالة تعدد المدينين. فإذا كان التضامن بين المدينين يطلق عليه التضامن السلبي، أما إذا كان التضامن بين الدائنين فإنه يسمى بالتضامن الإيجابي<sup>33</sup>.

وقد أجمع الفقه على أنه مقابل النوع الثاني، أي التضامن الإيجابي، الذي يعتبر قليلا على مستوى الممارسة، فإن التضامن السلبي يقوم بدور معتبر على المستوى العملي ويمكنه القيام بالعديد من الوظائف، ومن أبرز هذه الوظائف كونه يعتبر تأمينا للدائن. فما المقصود بتضامن المدينين وماهي مصادره (أولا) وماهي الآثار المترتبة عنه (ثانيا).

#### **أولا: مفهوم التضامن بين المدينين وبيان مصادره**

- تناول المشرع المغربي التضامن بين المدينين في الفصول من 164 إلى 180 من ق.ل.ع، وبحسب الفصل 166 من ق.ل.ع. فإن التضامن يثبت بين المدينين، إذا كان كل منهم ملتزما شخصيا بالدين بتمامه وعندئذ يحق للدائن أن يجبر أيا منهم على أداء هذا الدين كله أو بعضه لكن لا يحق له أن يستوفيه إلا مرة واحدة.

فهذا النوع من التضامن يقوم على فكرة جوهرية هي تعدد المدينين الذين يلتزمون بالدين ولكن على سبيل التضامن بمعنى أن الدائن يستطيع أن يطالب أيا منهم بكامل الدين دون أن يكون لأي منهم الحق في التجزئة اكتفاء بسداد حصته وحده.

<sup>33</sup>- عبد الرحمان الشرقاوي، القانون المدني، الكتاب الثاني أحكام الالتزام، م.س، ص: 68

وقد ذهب الفقه المدني، إلى أن التضامن السلبي يظهر عندما يوجد العديد من المدينين الأصليين، أو الكفلاء، لنفس الدين، بهدف تجنب الدائن سلبيات تقسيم وتشطير المتابعات وأيضا عسر أحد الدائنين، فهي بذلك تشكل ضمانا مهمة للدائن.

- أما مصادر الالتزامات التضامنية بين المدينين فنص عليها الفصل 164 من ق.ل.ع بقوله على أن التضامن بين المدينين لا يفترض، ويلزم أن ينتج صراحة عن السند المنشئ للالتزام أو من القانون، أو أن يكون النتيجة الحتمية لطبيعة المعاملة<sup>34</sup>.

وقد أكد القضاء المغربي على هذه القاعدة العامة في العديد من المناسبات، من ذلك قرار محكمة النقض بتاريخ 20 شتنبر 1989، الذي جاء فيه بأن " التضامن بين المدينين لا يفترض. نعم. إن المحكمة لما قضت بتعويض للمتضرر يؤديه المدعى عليهما بالتضامن دون تعليل سبب هذا التضامن تكون قد أصدرت قرارا غير معلل "35.

انطلاقا من الفصل 164 من ق.ل.ع السالف الذكر نستشف على التضامن السلبي في الالتزامات المدنية إما أن يكون اتفاقيا أو قانونيا<sup>36</sup>، أو نتيجة طبيعة المعاملة.

<sup>34</sup>- جاء في قرار لمحكمة النقض تحت عدد 192، صادر بتاريخ 14 ربيع الثاني 1391 الموافق 9 يونيو 1971 مايلي: " يكون الحكم معرضا للنقض إذا استند في وجود تضامن المدينين على مجرد الاستنتاج الذي لا يمكن أن يبرر هذا التضامن وأن التضامن يجب أن يكون ناتجا بصراحة من العقد أو يستند إلى نص قانوني".

<sup>35</sup>- وجب الإشارة في خضم دراسة هذه النقطة إلى أن التشريعات المعاصرة قررت حكما مختلفا فيما يتعلق بالالتزامات التجارية، حيث أكدت على افتراض التضامن السلبي في المعاملات التجارية، وهذا ما يتضح جليا من مقتضيات المادة 335 من مدونة التجارة المغربية، التي نصت على أنه يفترض التضامن في الالتزامات التجارية.

<sup>36</sup>- ويمكننا الوقوف على العديد من الحالات التي قرر فيها المشرع المغربي التضامن بين المدينين في قانون الالتزامات والعقود، لعل من أهمها:

- الحالة المنصوص عليها في الفصل 99 من ق.ل.ع الذي جاء فيه ما يلي: " إذا وقع الضرر من أشخاص متعددين عملوا متواطئين، كان كل منهم مسؤولا بالتضامن عن النتائج، دون تمييز بين من كان منهم محرزا أو شريكا أو فاعلا أصليا".

- الحالة المنصوص عليها في الفصل 100 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه: " يطبق الحكم المقرر في الفصل 99، إذا تعدد المسؤولون عن الضرر وتعذر تحديد فاعله الأصلي، من بينهم، أو تعذر تحديد النسبة التي ساهموا بها في الضرر".

## ثانياً: آثار الالتزامات التضامنية بين المدينين

يقضي منا تحديد هذا النوع من الآثار أن نميز بين العلاقات الرابطة بين الدائن والمدينين ( أ )  
وتلك التي توجد بين المدينين أنفسهم ( ب ) .

### أ- العلاقة الرابطة بين الدائن والمدينين المتضامنين

لقد عمل الفقه على تصنيف آثار الالتزامات التضامنية بين الدائن والمدينين المتضامنين إلى نوعين، أطلق على النوع الأول اسم الآثار الأساسية ( 1 ) ، في حين اعتبر النوع الثاني بمثابة آثار ثانوية ( 2 ) .

#### 1- الآثار الأساسية

في العلاقات بين الدائن والمدينين المتضامنين، فإن الآثار الأساسية تتمثل في:

\* وحدة الدين: ويقصد بوحدة الدين، أن حق الدائن قبل المدينين يعتبر وحدة لا تقبل التجزئة، مع ما يترتب عن ذلك من نتائج، يمكن تلخيصها فيما يلي:

- أن الأثر الأول المترتب عن وحدة الدين، يتمثل في أحقية الدائن بمطالبة المدينين المتضامنين بكل الدين مجتمعين أو منفردين، وليس لأي منهم أن يدفع بتقسيم الدين بينهم.

- يجوز لأي من المدينين أداء كل الدين، بل يجب على الدائن قبول هذا الأداء، الذي يؤدي إلى براءة ذمة جميع المدينين<sup>37</sup>.

- يجوز لأي مدين متضامن أن يتمسك بالدفع المشتركة بين جميع المدينين، إضافة إلى الدفع الخاصة به، دون الدفع المتعلقة بغيره من المدينين

---

<sup>37</sup>- وائل العياط، الالتزام التضامني والتضاممي في قانون الالتزامات والعقود المغربي، مقال منشور بموقع [www.aqaldroit.com](http://www.aqaldroit.com) .. بتاريخ 18 سبتمبر 2018.

\* تعدد الروابط: فمن بين أسس التضامن السلبي، أن هناك تعدد للروابط التي تجمع الدائن بكل المدينين المتضامنين، وأن كل واحدة منها مستقلة عن الروابط الأخرى، مع ما يترتب عن ذلك من نتائج، يمكن الوقوف عند بعضها:

- يمكن أن يلحق إحدى هذه الروابط وصف معين يجعلها تختلف عن باقي الروابط الأخرى، الأمر الذي يفرض على الدائن التقيد في مطالباته بما يلحق كل رابطة من وصف.

- يترتب عن تعدد الروابط أيضا، أن إحدى الروابط قد تكون مشوبة بعيب من عيوب الرضا دون غيرها من الروابط، ففي مثل هذه الحالة، يحق فقط للمدين الذي تعيبت إرادته التمسك بهذا العيب دون غيره من المدينين.

- إمكانية انقضاء الدين بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين، دون أن يؤدي ذلك إلى انقضائه بالنسبة لبقية الدائنين المتضامنين إلا في حدود نصيب المدين الأول من الدين<sup>38</sup>.

## 2- الآثار الثانوية " النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر "

ذلك أن من الآثار الناتجة عن العلاقة بين الدائن والمدينين المتضامنين، ما يعبر عنه بقاعدة النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر، التي يقصد بها أن كل مدين متضامن يعتبر بمثابة نائب عن بقية المدينين المتضامنين فيما ينفعهم، بخلاف الأمر بالنسبة لكل التصرفات التي يمكن أن تضر بهم<sup>39</sup>.

<sup>38</sup>- عبد الرحمان الشرقاوي، القانون المدني، الكتاب الثاني أحكام الالتزام، م.س، ص: 79

<sup>39</sup>- بالرغم من عدم تنصيص المشرع المغربي على هذه القاعدة بشكل صريح و عام، فإنه يمكن استنتاجها من بعض الفصول الخاصة:

فبالنسبة للنيابة التبادلية فيما ينفع يمكن الإشارة إلى المقترضات والأحكام التالية:

- الوفاء والوفاء بمقابل وإيداع الشيء المستحق والمقاصة الواقعة بين أحد المدينين والدائن تبرئ ذمة جميع المدينين الآخرين (الفصل 169 من ق.ل.ع)
- مطل الدائن بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين ينتج آثاره لصالح الآخرين (الفصل 170 من ق.ل.ع)
- التجديد الحاصل بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين يبرئ ذمة الآخرين مالم يرتضوا الانضمام إليه في التحمل بالالتزام الجديد (الفصل 171 من ق.ل.ع).

## ب - العلاقة بين المدينين المتضامنين

إن علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض تسودها أحكام الوكالة والكفالة ( المادة 178 ) . ويمكن جمع هذه الأحكام حول القواعد الأساسية التالية:

**أولاً:** رجوع المدين المتضامن الذي وفى الدين على الآخرين.

**ثانياً:** انقسام الدين بقوة القانون بين المدينين بنسبة حصة كل واحد منهم فيه.

**ثالثاً:** تحمل المليئين من المدينين المتضامنين حصة المعسرين أو الغائبين منهم.

**رابعاً:** التزام صاحب المصلحة في الدين وحده بكل الدين<sup>40</sup>.

وعموماً فإنه يمكن تقسيم هذه الآثار على شكل شقين يتمثل الأول في انقسام الدين (1) في حين يرتبط الثاني في رجوع المدين الموفى على باقي المدينين (2).

- 
- الإبراء من الدين الحاصل لأحد المدينين المتضامنين يفيد جميع الآخرين مالم يظهر الدائن صراحة رغبته في عدم حصول الإبراء إلا لذلك المدين وبالنسبة إلى حصته من الدين (الفصل 172 من ق.ل.ع)
  - الصلح المبرم بين الدائن وبين أحد المدينين المتضامنين يفيد الآخرين إذا تضمن الإبراء من الدين أو طريقاً آخر من طرق انقضائه (الفصل 174 من ق.ل.ع).
  - أما بالنسبة لعدم سريان النيابة التبادلية فيما يضر المدينين المتضامنين، فيمكن الوقوف على الفصلين 176 و177 من ق.ل.ع اللذين جاء فيهما ما يلي:
  - إن مطالبة الدائن الموجهة ضد أحد المدينين المتضامنين لا تمتد للآخرين، ولا تمنع الدائن من أن يوجه إليهم مطالبة مماثلة
  - وقف التقادم وقطعه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين لا يوقف التقادم ولا يقطعه بالنسبة للآخرين، والتقادم الذي يتم لصالح أحد المدينين لا يفيد الآخرين.
  - خطأ أحد المدينين المتضامنين أو مطله لا يضر بالآخرين.
  - سقوط الأجل لإضراراً بأحد المدينين المتضامنين في الحالات المنصوص عليها في الفصل 139 لا ينتج أثره إلا في حقه
  - قوة الأمر المقضي به لا تنتج أثارها إلا بالنسبة إلى المدين الذي كان طرفاً في الدعوى، وذلك فيما يقضي به له أو عليه مالم ينتج عكس ذلك من السند المنشئ للالتزام أو من طبيعة المعاملة.
- <sup>40</sup>- مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود، الجزء الثاني أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضائه، م.س، ص: 171.

## 1- انقسام الدين

إذا كانت القاعدة فيما يتعلق بعلاقة الدائن بكل مدين متضامن، هي التزام هذا الأخير تجاه الأول بكل الدين فإن الوضع مختلف تماما فيما يتعلق بالعلاقة بين المدينين أنفسهم، حيث يتمثل الحكم في انقسام الدين فيما بينهم كقاعدة عامة. على اعتبار أن هذا الحكم، يمكن استبعاده إذا وجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك.

أما إذا كان أحد المدينين المتضامنين معسرا أو غائبا، فإن حصته تقسم بين باقي المدينين المتضامنين الموسرين، الذين يحتفظون بحقوقهم في الرجوع على هؤلاء في حدود ما دفعوا عنهم<sup>41</sup>.

## 2- رجوع المدين الموفي على باقي المدينين

المقصود بهذا الأثر، أنه متى وفى أحد المدينين المتضامنين الدين للدائن، يكون له حق الرجوع على باقي المدينين بحصة كل منهم في الدين.

وهذا ما يستشف من حكم الفصل 179 من ق.ل.ع التي جاء فيها بأن المدين المتضامن الذي يؤدي الدين كاملا، أو الذي يترتب على وقوع المقاصة بينه وبين الدائن انقضاء الدين بتمامه، لا يحق له الرجوع على الآخرين إلا بمقدار حصة كل واحد منهم.

## الفقرة الثانية: عدم تجزئة الدين

يدخل عدم تجزئة الدين ضمن الالتزامات الغير القابلة للانقسام، والتي عالجهها المشرع المغربي في قانون الالتزامات والعقود المغربي في الفصول من 181 إلى 185.

ويعتبر عدم تجزئة الدين من بين الضمانات الأساسية التي وضعها المشرع للدائنين كضمانة شخصية تكتسي أهمية بالغة من الناحية العملية الشيء الذي سيجعلنا من خلال هاته الدراسة

<sup>41</sup> عبد الرحمان الشرقاوي، القانون المدني، الكتاب الثاني أحكام الالتزام، م.س، ص: 81.

الموجزة أن نحاول تحديدها مع بيان أسباب نشوئها (أولا ) على نحاول بعد ذلك إبراز أهم الآثار الناتجة عن أعمال هذه الضمانة ( ثانيا ).

**أولا: تحديد مفهوم عدم تجزئة الدين وبيان أسباب نشوئه.**

إن الالتزامات غير القابلة للانقسام هي الالتزامات التي لا يقبل محلها التجزئة فتتأثر بعدم قابلية المحل للتجزئة فتضحى هي نفسها غير قابلة للانقسام. مثل ذلك الالتزام بإنشاء حق ارتفاق بالمرور لمصلحة عقار لا منفذ له، بحيث لا يتصور تجزئة الالتزام، لأن محله، وهو الارتفاق، إما أن يكون ككل وإما ألا يكون أصلا<sup>42</sup>.

فالالتزام الغير قابل للانقسام هو التزام لا يمكن الوفاء به إلا دفعة واحدة وهنا يظهر لنا مدى الضمان الذي يوفره، ومن ثم فإن أهمية دراته لا تظهر لنا إلا في حالة تعدد أطرافه، مادام أنه في حالة المدين الواحد والدائن الواحد، فإنه يستوي أن يكون الالتزام قابلا للانقسام أو غير قابل له، حيث يجب الوفاء به كله، بل إن من حق الدائن أن يرفض الوفاء الجزئي ولو كان الالتزام قابلا للانقسام.

وبالفعل فإن الفقه المدني، أكد بما لا يدع مجالا للشك، بأن الالتزام غير قابل للانقسام لا يمكن تنفيذه إلا في مجموعه<sup>43</sup>.

أما عن أسباب نشوء هذا النوع من الضمانات فتظهر لنا جليا انطلاقا من الفصل 181 من ق.ل.ع، الذي جاء فيه بأن الالتزام يكون غير قابل للانقسام:

1- بمقتضى طبيعة محله، إذا كان هذا المحل شيئا أو عملا لا يقبل القسمة سواء كانت مادية أو معنوية.

<sup>42</sup>- مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود، الجزء الثاني أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه، م.س، ص: 188.

<sup>43</sup>- عبد الرحمان الشرقاوي، القانون المدني، الكتاب الثاني أحكام الالتزام، م.س، ص: 62.

2- بمقتضى السند المنشئ للالتزام أو بمقتضى القانون، إذا ظهر من هذا السند أو من القانون أن تنفيذ الالتزام لا يمكن أن يكون جزئياً.

### ثانياً: آثار عدم تجزئة الدين

يجمع الفقه على أن آثار الالتزام غير القابل للانقسام تتشابه مع آثار التضامن فيما يتعلق برجوع الدائن على المدينين المتعددين، حيث يجوز للدائن مطالبة أي مدين منهم بوفاء الالتزام كله هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإنه يتعين على المدين الوفاء بالالتزام كاملاً، وليس له أن يحيل الدائن على باقي المدينين، إلا إذا كان لا يمكن استيفاء الالتزام إلا من المدين المدعى عليه وحده ( الفصل 182 ق.ل.ع).

وإذا توفي المدين بالتزام غير قابل للانقسام فالالتزام لا يتجزأ فيما بين الورثة بل يبقى محافظاً على عدم قابليته للانقسام ويلتزم كل وريث بتنفيذ التزام مورثه تنفيذاً كاملاً، ويجدر هنا لفت النظر إلى أن عدم تجزئة الالتزام غير القابل للانقسام بين ورثة المدين هو الميزة التي تتفوق بها الالتزامات غير القابلة للانقسام على الالتزامات التضامنية التي تتجزأ بين ورثة المدينين المتضامنين<sup>44</sup>.

وقد حاول المشرع المغربي التخفيف من هذا الحكم بمقتضى الفصل 184 من ق.ل.ع حينما أكد على أنه إذا رفعت الدعوى بكل الدين من الوارث أو على أحد المدينين المشتركين ساغ له أن يطلب مهلة لإدخال المدينين الآخرين فيها، لكي يحول دون الحكم عليه وحده بكل الدين.

غير أنه إذا كان من طبيعة الدين ألا يقع الوفاء به إلا من المدين الذي رفعت الدعوى عليه، ساغ أن يحكم عليه به وحده، مع ثبوت الحق في الرجوع على باقي الورثة أو المدينين بقدر حصصهم، وفقاً للفصل 179<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> - مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود، الجزء الثاني أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه، م.س، ص 182.

<sup>45</sup> - عبد الرحمان الشرقاوي، القانون المدني، الكتاب الثاني أحكام الالتزام، م.س، ص: 66.

وكخلاصة لهذا المبحث يمكن القول على أن الضمانات الشخصية، تعتبر ركيزتا أساسية في النظام الائتماني المغربي وذلك لما توفره من ثقة لأطراف العلاقات التعاقدية، فالدائن غالبا ما يفرض على مدينه تقديم هذا النوع من الضمانات وذلك باعتبارها ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين، ليصبح للدائن بدلا من مدين واحد مدينان فما فوق، وبهذا يقوي نسبة حظوظه في استرداد دينه.

ولكن الإشكال الوحيد الذي يواجه هذا النوع من الضمانات في نظرنا هو كونها لا تتطور مع الحياة اليومية، فاليوم أصبحنا نتحدث عن عالم تغلب فيه تكنولوجيا المعلومات ويكثر التعامل عبر مجال افتراضي بالإضافة إلى طغيان عالم يرتكز على الصناعة والتجارة والاستثمار باعتماد مركز يجمعهما وهو الائتمان، وهذا يشكل عائق بالنسبة لهذه الضمانات لأنه مضى قرن أو أكثر على نشوئها فهي صدرت في وقت كانت الحياة شبه بدائية والمعاملات تتسم بالبساطة فلم يكن الائتمان يتم إلى بين أطراف عادية أشخاص من نفس القبيلة أو يجعهم عائلة واحدة، ولم يدخل عليها أي تعديل، بعكس الضمانات العينية والتي تعرف تحولا مستمرا يبقى أبرزها الاتيان بنظام ضمانات جديد يواكب العصر والمتطلبات الاقتصادية كالرهن بدون حيازة والبيع دون نقل الملكية.

### المبحث الثاني: الضمانات العينية الواردة في القانون المدني المغربي

يقصد بالضمانات العينية تلك الضمانات التي تمنح سلطة مباشرة لشخص على شيء معين بالذات، وتشترك في كونها تعد بمثابة استئثار يتقرر لشخص على شيء مادي معين أو على قيمة مالية معينة، يخوله القيام بأعمال معينة بالنسبة لهذا الشيء أو الاستفادة منه تحقيقا لمصلحة يقررها القانون، دون حاجة لتدخل شخص آخر.

وتمنح هذه الضمانات للدائنين حماية واسعة، وذلك من خلال جملة من الحقوق التي يحظون بها، بحيث أن الدائن يملك حق الأسبقية في مواجهة باقي الدائنين سيما في حالة إفلاس المدين، كما تخوله كذلك حق التتبع، لذلك تعتبر هذه الضمانات تبعية عينية، غير أنه في بعض القوانين

فإنها تتجرد من هذا الطابع التبعية كالقانون الألماني الذي يعرف فقط نوعين من الضمانات: سند الرهن العقاري والدين العقاري (ضمانات مستقلة عن الدين الذي يضمنه).

وعموما فإن أهمية هذا النوع من الضمانات تتجلى من خلال عددها، تركيبتها، والقوة التي تحظى بها عند عملية تحقيقها في حالة إفلاس المدين، بخلاف الضمانات الشخصية التي تظل أقل أهمية، على أساس أنها خاضعة ليسار المدين الكفيل لا المدين الأصلي<sup>46</sup>.

وتشمل الضمانات العينية العديد من الأنواع، إذ نجد الرهون الرسمية، ثم الرهون الأخرى، والتي تنقسم بدورها إلى فئات فرعية، وقد تكون هذه الضمانات إما عامة، خاصة، رسمية، قانونية، تشترط أو لا تشترط ملكية المدين، ترد على عقارات أو منقولات.

وتقتضي منا دراسة ماهية الضمانات العينية التعرف على الأنواع التي تدرج ضمنها، والتي تشمل كلا من الضمانات العينية التقليدية، أو الكلاسيكية (المطلب الأول) ثم الضمانات العينية الحديثة أو المؤسسة على حق الملكية (المطلب الثاني).

## - المطلب الأول: الضمانات العينية التقليدية الواردة في القانون المدني المغربي

حظيت الضمانات التقليدية أو الكلاسيكية دائما بأهمية قصوى في مجال المعاملات باعتبارها تسعى إلى حماية حقوق ومصالح الدائن في حالة ما إذا عجز المدين عن القيام بأداء الديون المستحقة في ذمته، كما أن أي ائتمان أو تمويل مقدم من لدن الدائنين لا بد وأن يكون مصحوبا في الغالب بضمانات أو تأمينات كوسيلة للحفاظ على حقوقهم سيما في الفترة التي تمر فيها المقولة المدينة بصعوبات قد تعيق مواصلة نشاطها، وبطبيعة الحال فلا بد من وجود قواعد وضوابط تتحكم في نشأة هذه الضمانات، وسريانها في مواجهة الغير، وسوف أتعرض لهذه الضمانات بشكل مفصل من خلال دراسة كل من الرهن الرسمي والرهن الحيازي ( الفقرة الأولى ) على أن أنتقل بعدها لدراسة أحكام الامتيازات ( الفقرة الثانية ).

<sup>46</sup>- حياة حجي، نظام الضمانات وقانون صعوبة المقولة -دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى 2012، مطبعة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع -الرباط، ص:29.

## الفقرة الأولى: الرهن الرسمي والرهن الحيازي

ونتطرق في هذه الفقرة لأحكام للرهن الحيازي (أولا) على أن ننتقل مباشرة للتطرق للرهن الرسمي كضمانة عينية ذات أهمية في الواقع العملي (ثانيا)

### أولا: الرهن الحيازي

نشير أولا وقبل الانطلاق من تحليل هذه الضمانة العينية إلى أنها عرفت تعديلات مهمة في الآونة الأخيرة وخصوصا التعديل الذي أدخل عليها بمقتضى قانون الضمانات المنقولة والمرقم ب 21.18 والذي سوف نحله بشيء من التفصيل أثناء حديثنا عن الرهن بدون حيازة، إذ نسخ وعدل هذا القانون مجموعة من فصول ق.ل.ع المؤطرة للرهن الحيازي منها على الخصوص الفصول: 342 -1170-1171-1175-1176-1177-1178-1186-1188-1190-1192-1194-1198-1200-1201-1204-1206،1172-1173-1174-1181-1184-1193-1199-1202-1207-1213-1214-1228 وكذلك الفرع الرابع المتعلق بتصفية الرهن الحيازي، والفرع السادس المتعلق ببطلان الرهن الحيازي وانقضاؤه.

وجل هذه التعديلات تمت لإدراج الرهن بدون حيازة مع القواعد المطبقة على الرهن الحيازي. ولكي نقوم بدراسة شاملة للرهن الحيازي وجب بيان تعريفه وخصائصه (أ) وكذلك توضيح شروطه إنشائه والآثار المترتبة عنه (ب).

### أ- التعريف بالرهن الحيازي وبيان خصائصه

#### 1- تعريف الرهن الحيازي

يعرف المشرع الرهن الحيازي في الفقرة الأولى من المادة 145 من مدونة الحقوق العينية بكونه " حق عيني يتقرر على ملك يعطيه المدين أو كفيله العيني إلى الدائن المرتهن لضمان الوفاء بدين ويخول الدائن المرتهن حق حيازة المرهون وحق حبسه إلى أن يستوفي دينه

"وهو نفس التعريف الوارد في الفصل 1170 من ق.ل.ع، والذي جاء فيه " الرهن الحيازي عقد بمقتضاه يخصص المدين أو أحد من الغير يعمل لمصلحته شيئاً منقولاً أو عقارياً أو حقاً معنوياً لضمان الالتزام. وهو يمنح الدائن حق استيفاء دينه من هذا الشيء بالأسبقية على جميع الدائنين الآخرين إذا لم يفي به المدين ".

وهكذا يمكننا أن نعرف الرهن الحيازي بأنه عقد يضع بمقتضاه المدين أو من يعمل لمصلحته مالا معيناً تحت حيازة الدائن أو نائبه ضماناً لدينه<sup>47</sup>.

وبالتالي فالرهن الحيازي يجوز حبسه إلى حين استيفاء الدين المضمون بهذا الرهن، ويجب لنفاذ الرهن الحيازي في مواجهة الغير أن يسلم الشيء المرهون إلى الأجنبي المنفق عليه، وأما إذا كان الشيء المرهون رهناً حيازياً من المنقولات فيشترط لنفاذه في مواجهة الغير فضلاً عن نقل الحيازة، إبرام العقد.

ويخضع الرهن الحيازي من حيث تنظيمه كأصل للقانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية والتي أفردت له عدة أحكام في الباب الثاني من القسم الثاني من الكتاب الأول حيث خصصت له المواد من 145 إلى 164 منها، وعند وجود فراغ تشريعي في هذا القانون فإنه يتم الرجوع لقواعد ق.ل.ع<sup>48</sup>.

والرهن الحيازي إما أن يقع على منقول، وإما أن يقع على عقار، ويخضع رهن المنقول لأحكام الرهن الحيازي أي الواردة عليها النص في الفصول من 1170 إلى 1240 من ق.ل.ع أما الرهن الحيازي العقاري فيخضع للأحكام الواردة في الفصول 1170 إلى 1183 من نفس

<sup>47</sup> عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود، الكتاب الثاني، م، س، ص: 139 .

<sup>48</sup> إدريس الفاخوري، الوسيط في نظام الملكية العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية والتشريعات العقارية الخاصة، الطبعة الثالثة 2019، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ص: 429.

القانون، وإذا ورد على عقار محفظ فإنه يتعين الرجوع لأحكام الرهن الرسمي في هذا الصدد وذلك بدءاً من المادة 165 وما بعدها من مدونة الحقوق العينية<sup>49</sup>.

## 2- خصائص الرهن الحيازي

الرهن الحيازي يتسم بالخصائص التالية:

- **الرهن الحيازي حق عيني:** الرهن الحيازي هو حق عيني يولي الدائن حق التتبع وحق الأولوية:

\* **وهو يولي حق التتبع،** بمعنى أن للدائن المرتهن، إذا ما انتزعت يده عن المرهون برغم إرادته، أن يطلب به ويسترجعه من يد أي حائز له، على أن يمارس دعوى الاسترداد خلال ثلاثين يوماً من علمه بخروج المرهون من حيازته (الفصل 297 من ق.ل.ع)<sup>50</sup>.

\* **كما يولي حق الأولوية،** بمعنى أن للدائن المرتهن إذا ما بيع المرهون، أن يستوفي دينه من ثمن المبيع بالأفضلية على سائر الغرماء (الفصل 1170 والفصل 1184 من ق.ل.ع، والمادة 155 من مدونة الحقوق العينية).

- **عقد الرهن الحيازي حق تابع:** إن الرهن الحيازي حق تابع يتطلب وجود التزام أصلي يركز عليه ويكون ضامناً للوفاء به، ويترتب على ذلك أن الرهن يتبع الالتزام المضمون صحة وبطلاناً، ويتصف بأوصافه، كما وينقضي بانقضائه (الفصل 1233 من ق.ل.ع والمادة 161 من مدونة الحقوق العينية).

<sup>49</sup> المهدي الغزاوي، التأمينات العينية: دراسة مقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي والتشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي – كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، السنة الجامعية 2010-2011، ص: 13.

<sup>50</sup> وهذه الخاصية إن دلت على شيء فإنها تدل على أنه من حق المدين التصرف في الشيء محل الرهن بدون اعتراض الدائن، وهذا ما أكدته قرار لمحكمة النقض تحت عدد 8/423 الصادر بتاريخ 2013/09/10 في الملف رقم 2013/8/1/806 والذي ورد فيه بأن: "الدائن المرتهن رهناً حيازياً لا يحق له لا التعرض على بيع العقار المرهون ولا المطالبة بإبطال بيعه وإنما يحق له فقط أن يحبسه بين يديه إلى أن يستوفي دينه منه". ويبقى بذلك للدائن فقط تتبع محل هذا الرهن في أي يد كان.

- الرهن الحيازي حق غير قابل للتجزئة: فكل جزء من أجزاء الدين يعتبر مضمونا بكامل الشيء، وأن كل جزء من الشيء أو الأشياء المرهونة ضامنة لكل الدين. فإذا أدى المدين أو أحد ورثته قسما من الدين مثلا، لا يسوغ به المطالبة بإعادة جزء من المرهون يوازي مقدار ما دفعه الدين، بل للمرتهن حق إمساك المرهون حتى استيفاء تمام حقه، لأن الجزء الباقي من الدين مضمون بكامل المرهون، وكذلك إذا هلك بعض المرهون فإن الباقي منه يضمن الدين بمجموعه، لأن كل جزء من المرهون ضامن لكامل الدين<sup>51</sup>.

هذا وعدم تجزئة الرهن الحيازي من طبيعة الرهن لا من مستلزماته، فيجوز الاتفاق على عكس ذلك وعلى أن بعض المرهون يتخلص بوفاء بعض الدين (وهذا ما أكده القانون رقم 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة في فصله 1201).

## ب- شروط إنشاء الرهن الحيازي وبيان أثاره

### 1- شروط إنشاء الرهن الحيازي

أورد المشرع في ظهير الالتزامات والعقود وفي مدونة الحقوق العينية عدة شروط من أجل إنشاء الرهن الحيازي نوجزها فيما يلي:

\* يشترط لتمام الرهن الحيازي أن يتخلى الراهن عن حيازة الملك المرهون لأن عقد الرهن من العقود العينية التي لا تتم بمجرد صدور الإيجاب والقبول والتطابق بينهما بل يتوقف انعقاده على تخلي الراهن على حيازته للشيء المرهون ونقله إلى حيازة الدائن<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> عبدالكريم شهبون ، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود ، الكتاب الثاني ، م.س ، ص: 141 .

<sup>52</sup> وهذا ما ورد صراحة في الفصل 1188 من ق.ل.ع والمعدل بمقتضى قانون 21.18 بقوله " ينشأ الرهن الحيازي أو الرهن بدون حيازة كتابة في محرر رسمي أو عرفي.

يجب أن يتضمن العقد الإشارة إلى هوية كل من الراهن والدائن المرتهن. ومبلغ الدين المضمون كما هو منصوص عليه في المادة 1175 أعلاه والعقد المنشئ للدين موضوع الرهن، ووصف الشيء موضوع الرهن وفق أحكام الفصل 1190 من هذا القانون.

غير أنه لا يصح الرهن الحيازي إلا بالتسليم الفعلي للشيء المرهون إلى الدائن أو أحد من الأعيان يتفق عليه أطراف العقد. إذا وجد الشيء المرهون في يد الغير، وكان يحوزه لحساب المدين، يصبح هذا الغير حائزا له لفائدة الدائن بمجرد إشعاره"

\* ويشترط أيضا لصحة الرهن الحيازي إبرامه في محرر رسمي تحت طائلة البطلان، فشكالية الكتابة الرسمية في هذا العقد واجبة، بالإضافة إلى ذلك وجب أن يكون العقد لمدة معينة لا تبلغ من الطول حدا، كما يجب أن يتضمن العقد معاينة حوز الملك المرهون إذا تعلق الأمر بعقار غير محفظ.<sup>53</sup>

وهذا الشرط نصت عليه المادة 147 من مدونة الحقوق العينية بقولها " يشترط لصحة الرهن الحيازي أن يبرم في محرر رسمي وأن يكون لمدة معينة. يجب أن يتضمن العقد معاينة حوز الملك المرهون إذا كان غير محفظ وذلك تحت طائلة البطلان.

ولكن المستجد هنا هو ما جاء به قانون الضمانات المنقولة والذي سمح بمقتضى الفصل 1188 منه بإبرام عقد الرهن الحيازي في محرر رسمي أو عرفي كذلك وذلك بمقتضى نص الفقرة الأولى التي جاء فيها "ينشأ الرهن الحيازي أو الرهن بدون حيازة كتابة في محرر رسمي أو عرفي" وهذا البند بطبيعة الحال يشمل المنقول دون العقار، فالعقار يخضع للمادة 4 من مدونة الحقوق العينية والتي تتطلب الرسمية.

يجب أن يتضمن العقد معاينة حوز الملك المرهون إذا كان غير محفظ وذلك تحت طائلة البطلان."

\* كما يشترط كذلك لصحة إبرام عقد الرهن الحيازي أن يتضمن هوية طرفي العقد، وبيان الملك المرهون وتحديد جميع البيانات المضمنة بالرسم العقاري لهذا الملك دون إغفال مبلغ الدين المضمون بالرهن، وذلك طبقا لمقتضيات المادة 149 من م.ح.ع.

<sup>53</sup>- إدريس الفخوري، الوسيط في نظام الملكية العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية، م.س، ص:431.

\* وأبرز شرط لإنشاء الرهن الحيازي هو ما نص عليه الفصل 1171 من ق.ل.ع المتمم بمقتضى القانون 21.18 بقوله " لإنشاء الرهن الحيازي أو الرهن بدون حيازة، يلزم توفر أهلية التصرف بعوض في الشيء المرهون ".

إذ اشترط هذا الفصل صراحة أن يكون الراهن في عقد الرهن الحيازي، وعند إنشاء هذا العقد، أهلا للتصرف، تتوفر فيه أهلية الالتزامات والعقود، والتصرفات العوضية التي يجوز له أن يمارسه.

وعلى هذا لا يصح رهن القاصر أو ناقص الأهلية، بل إن إبرام الرهن يقوم به النائب الشرعي بعد الحصول على إذن من القاضي، لأن ذلك يعتبر عملا من أعمال التصرف (الفصل 11 من قانون الالتزامات والعقود المتمم بمقتضى القانون 21.18).

## 2- آثار الرهن الحيازي

ينتج عن إبرام عقد الرهن الحيازي عدة آثار، فكونه عقد كسائر العقود فإنه يحدث عدة حقوق لكلا طرفيه، كما أنه يثقل كاهلهما بعدة التزامات، وقد نظم المشرع آثار الرهن الحيازي في المواد 155 إلى 160 من مدونة الحقوق العينية، وكذلك الفصول من 1199 إلى 1232 من قانون الالتزامات والعقود.

### - آثار الرهن بالنسبة لعاقديه

\* حقوق والتزامات الراهن: خول المشرع المغربي للراهن عدة حقوق على الشيء المرهون وذلك لكونه الطرف الضعيف في هذه العلاقة التعاقدية كما ألزمه بالتقيد بمجموعة من الالتزامات وذلك لأن الشيء محل الرهن أصبح ولو بشكل جزئي في ملك الدائن المرتهن.

ومن قبيل الحقوق التي هي للراهن ما يلي:

- مطالبته بالمحافظة على الشيء المرهون: ف للراهن حق مطالبة المرتهن بالمحافظة على الشيء المرهون والعناية به، والقيام عليه قيامه بشؤون نفسه، وكذا أن يخرجه المرتهن بحالات

التلف والهلاك عند وجود الخطر، وإذا لم يفى الدائن المرتهن بهذا الالتزام كان بإمكان المدين طلب وضع المرهون في يد أمين، مع حفظ حقه في الرجوع على الدائن بالتعويض<sup>54</sup>.

- الاستفادة من ثمار العقار المرهون: من بين الالتزامات الملقاة على عاتق الدائن المرتهن تجاه المدين الراهن جني الثمار المتعلقة بالملك المرهون وتسليمها له أو الاحتفاظ بها بمقابل نقدي من أصل الدين، حتى إذا فاقت هذه المقابلات الدين وجب إرجاع العقار المرهون لصاحبه واعتبار أن مبررات الرهن لم تعد قائمة، وهذا ما جاءت به المادة 156 من م.ح.ع بقولها " تكون ثمار الملك المرهون لمالكة وعلى الدائن أن يتولى جنيها وله أن يسلمها إلى الراهن أو أن يحتفظ بها على أن يخصم ثمنها من رأسمال الدين "

- حق استرجاع العقار المرهون عن طريق الأداء المعجل للدين: للراهن المدين إمكانية أداء الدين المضمون قبل أوانه ومن ثم يطالب باسترجاع حيازة العقار المرهون.

والملاحظ أن المشرع المغربي قد أعطى بعض الأمثلة التي تخول المدين الراهن المطالبة باسترجاع المرهون، نذكر على الخصوص إساءة استعمال الشيء المرهون أو إهماله أو تعريضه للخطر<sup>55</sup>. لكن هنا نشير إلى أن إرجاع الدائن للمرهون لا ينهض حجة قاطعة على حصول الإبراء من الدين.

#### أما أبرز الالتزامات التي هي على الراهن نجد:

- تسليم الشيء المرهون إلى المرتهن أو إلى أحد من الغير محل الاتفاق، وإذا لم يتم التسليم فإن عقد الرهن الحيازي لا ينعقد لأنه حق عيني يتوقف على التسليم للعين المرهونة، وقبل

54- المهدي الغزاوي، التأمينات العينية - دراسة مقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي والتشريع المغربي - ، م.س، ص: 28 .  
55- وهذا ما نص عليه صراحة الفصل 1208 من قانون الالتزامات والعقود بقوله " في الحالة المنصوص عليها في الفصل السابق، وفي جميع الحالات الأخرى التي يسيء فيها الدائن استعمال الشيء المرهون أو يهمله أو يعرضه للخطر، يكون للمدين الخيار بين:

أ- أن يطلب وضع المرهون في يد أمين ، مع حفظ حقه في الرجوع على الدائن بالتعويض .  
ب- أو أن يجبر الدائن على إعادة المرهون إلى الحالة التي كان عليها عند انتهاء الرهن .  
ج- أو أن يسترد المرهون ، مع قيامه بأداء الدين ولو قبل حلول أجله "

عملية التسليم تكون أمام ما يسمى بالوعد بالتسليم الذي يفتح الباب أمام المرتهن لمطالبته الراهن بالتسليم رضاء أو قضاء<sup>56</sup>.

- كما أن من قبيل الالتزامات التي قد تترتب على الراهن. التزامه بأن يؤدي للدائن المصروفات الضرورية التي أنفقت للمحافظة على المرهون وكذلك الضرائب والتكاليف العامة التي يكون الدائن قد دفعها (الفصل 1216 من ق.ل.ع).

وكذا في حالة ما إذا طالب المرتهن ببيع المرهون لوجوده في وضعية ينذر معها بالتعب أو الهلاك، وعارض الراهن في ذلك وأراد استرداد المرهون فإنه يلزم بأن يستبدل به شيئاً آخر يساويه في القيمة يسلم إلى المرتهن (الفصل 1206 من ق.ل.ع).

\* حقوق والتزامات الدائن المرتهن: المرتهن مثله مثل الراهن، يخول له عقد الرهن الحيازي عدة حقوق ويضع على عاتقه عدة التزامات.

فأما الحقوق التي يمنحها له عقد الرهن الحيازي فهي:

- يحق للدائن المرتهن أن يحبس المرهون ويبقيه تحت حيازته إلى أن يفي المدين الراهن بدينه، أو بأن يقوم ببيعه لاستيفاء دينه من ثمنه وذلك بالأولوية على باقي الدائنين الآخرين، كما يتمتع بحق استرداده من أي يد انتقل إليها (المادة 155 من مدونة الحقوق العينية).

- حق المرتهن في الحبس والانتفاع بالثمار والتوابع والفوائد والأرباح التابعة للمرهون خلال مدة الرهن، ولكن ذلك بشرط أن يخصم ثمنها من رأس المال الدين (الفصل 1200 من ق.ل.ع والمادة 156 من م.ح.ع).

<sup>56</sup>- المهدي الغزاوي، التأمينات العينية – دراسة مقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي والتشريع المغربي -، م.س، ص 29 .

الالتزامات التي تترتب على عاتق المرتهن من جراء إبرام عقد الرهن الحيازي:

- يلتزم الدائن بأن يسهر على حراسة الشيء أو الحق المرهون، وعلى المحافظة عليه بنفس العناية التي يحافظ على الأشياء التي يملكها. (الفصل 1204 ق.ل.ع)

- إذا كان المرهون عقارا فإن الدائن ملزم بأداء التكاليف والتحملات السنوية الخاصة بالعقار الذي بيده على وجه الرهن الحيازي مالم يقع الاتفاق على خلاف ذلك، كما يجب عليه أيضا أن يقوم بالترميمات والإصلاحات النافعة والضرورية للعقار، مع بقاء الحق له في أن يقتطع من الثمار جميع المصروفات المتعلقة بما ذكر وإلا كان مسؤولا عن تعويض الضرر. (المادة 175 من م.ح.ع).

- إذا كان الشيء المرهون عبارة عن أوراق تجارية أو حقوق أو ديون على الغير ، أو غير ذلك من السندات التي تتضمن ديونا يحل أجلها في تاريخ محدد، يتعين على الدائن المرتهن هنا أن يستوفي قيمة تلك الأوراق التجارية ، أو السندات ، و أن يستخلص الديون حينما يحل أجلها في تاريخها المحدد في العقد ، وأن يحوز الأشياء التي ينص السند المرهون عليها ( كما لو كان المرهون عبارة عن سند ينص على شراء الراهن لحيوان، أو عقار، أو حق عيني ما يزال في يد بائعه، وأنه سيسلمه لمشتريه الراهن بعد مدة ، فإن على المرتهن أن يتخذ كل الإجراءات ليحوز ذلك الشيء عند حلول الأجل المنصوص عليه في العقد). بالإضافة إلى أنه يتعين على المرتهن أن يتخذ كل الوسائل اللازمة للمحافظة على تلك الأوراق والديون، وأن يقوم بكافة الإجراءات اللازمة التحفظية التي تلزم للدفاع عن حقوق الراهن، والتي لا يمكن لهذا الأخير أن يقوم بها نظرا لكونه لا يحوز السندات المثبتة لهذه الحقوق المرهونة<sup>57</sup>.

وبطبيعة الحال، ينتقل الامتياز على المبلغ المقبوض، أو على الشيء المرهون موضوع الالتزام منذ حصول استيفائه عند حلول الأجل. وإذا كان مقتضى هذا الالتزام تسليم عقار أو

<sup>57</sup>- الزيتوني حنان، الرهن الحيازي في التشريع المغربي، مقال منشور بموقع [www. Marocdroit.com](http://www.Marocdroit.com). الولوج بتاريخ 2020/09/15.

حق عقاري، فإن الدائن المرتهن رهنا حيازياً، يكتسب على العقار حق الرهن الرسمي، بحكم الامتياز الذي يخوله هذا الحق قبل غيره من باقي الدائنين<sup>58</sup>.

- إذا كان الشيء المرهون أو ثماره تنذر بالتعب أو الهلاك، وجب على الدائن أن يخطر المدين بذلك فوراً، وللمدين هنا أن يسترد المرهون وأن يستبدل به شيئاً آخر يساويه في القيمة.. (الفصل 1206 من ق.ل.ع).

- انطلاقاً من الفصول 1207 و 1208 من قانون الالتزامات والعقود، يتضح على أنه في الحالات التي لا يكون فيها للمرتهن - رهنا حيازياً - أن ينتفع بالشيء المرهون. يمنع هذا المرتهن من أن يستعمل ذلك الشيء لمصلحة نفسه، أو لأن يتصرف فيه بأي تصرف تعود منفعته إليه، لأنه في هذه الحالات يكون المرتهن بمثابة المودع عنده، يده على المرهون يد وديعة.

وحتى في الحالات التي يحق فيها للمرتهن أن ينتفع بالشيء المرهون، لا يجوز له أن يسيء استعماله، ولا أن يستعمله في غير ما أعد له، ولا أن يعرضه للخطر بمناسبة انتفاعه به<sup>59</sup>.

- بمجرد انقضاء الرهن يلتزم الدائن برد المرهون مع توابعه، إما إلى المدين وإما إلى الغير المالك للمرهون، كما يلتزم بأن يقدم له حساباً عما قبضه من ثماره (الفصل 1209 من ق.ل.ع).

- يضمن الدائن هلاك المرهون وتعيبه، إذا حصل بفعله أو بخطئه أو بفعل أو خطأ الأشخاص الذين يسأل عنهم. وهو لا يضمن الحادث الفجائي والقوة القاهرة، إلا إذا حصل بعد أن أصبح في حالة مطل أو بعد أن صدر منه خطأ (الفصل 1211 من ق.ل.ع).

<sup>58</sup> وهذا ما نص عليه الفصل 1205 من ق.ل.ع بقوله: "إذا كان المرهون أوراقاً تجارية، أو غيرها من السندات التي تتضمن ديوناً يحل أجلها في تاريخ محدد، وجب على الدائن أن يستوفيهما، بالنسبة إلى أصلها وتوابعها، كلما حل أجل الوفاء بها، وأن يتخذ كل الإجراءات التحفظية التي يتعذر على المدين القيام بها بنفسه بسبب حيازته للسند.

وينتقل الامتياز على المبلغ المقبوض أو على الشيء محل الالتزام منذ حصول استيفائه، وإذا كان مؤدى هذا الالتزام تسليم عقار أو حق عقاري، فإن الدائن المرتهن رهنا حيازياً يكتسب على العقار حق الرهن الرسمي".

<sup>59</sup> عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود، الكتاب الثاني، م.س، ص: 190.

وأخير نشير إلى أن أسباب انقضاء الرهن الحيازي هي تلك الواردة عليها النص في المواد من 161 إلى 164 من مدونة الحقوق العينية، وكذا الفصول من 1233 إلى 1240 من قانون الالتزامات والعقود وهي باختصار تام:

- ينقضي الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون به بتمامه
- بتنازل الدائن المرتهن عن الرهن صراحة
- بهلاك الملك المرهون هلاكاً كلياً
- باتحاد الذمة
- بفسخ حق الطرف الذي أنشأ الرهن
- بانقضاء أجل الرهن أو بتحقق الشرط الفاسخ الذي علق عليه الرهن
- بأداء المدين للدين المضمون وتوابعه قبل حلول أجل استحقاقه
- إذا اشترط عدم انتقال الرهن مع حوالة الحق
- بتحقيق الرهن الحيازي بناء على طلب دائن مرتهن له حق في الترتيب

#### ثانياً: الرهن الرسمي

ولنحيط بهذه الضمانة العينية مثل سابقتها وجب علينا بيان مفهومها والخصائص التي تميزها عن غيرها من الضمانات المشابهة لها (أ) وأن نبين أنواعها والآثار المترتبة عنها (ب).

#### أ - مفهوم الرهن الرسمي وبيان خصائصه

##### 1- التعريف بالرهن الرسمي

تعرف المادة 165 من القانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الرهن الرسمي بكونه :  
" حق عيني تبعي يتقرر على ملك محفظ أو في طور التحفيظ ويخصص لضمان أداء دين ".

وبعبارة أخرى أكثر دقة، الرهن الرسمي هو حق عيني يترتب على عقار يبقى في حوزة صاحبه ويخصص لضمان الوفاء بالتزام وبمقتضاه يمنح الدائن، في حالة عدم أداء المدين التزامه، حق نزع ملكية العقار محل الرهن، أيا كان حائزه، واستيفاء دينه من الثمن بالأفضلية على سائر الدائنين وذلك بناء على الشهادة الخاصة لتقييد الرهن الممنوحة من قبل المحافظ على الأملاك العقارية وفق الفصل 58 من ظهير التحفيظ العقاري.

ومن خلال التمعن في المادة أعلاه يتضح أن الرهن الرسمي يرد على العقارات المحفظة الخاضعة لظهير التحفيظ العقاري كما وقع تعديله وتتميمه بالقانون رقم 14.07، كما أنه يرد على العقار في طور التحفيظ الذي قدم بشأنه مطلب تحفيظ ولا زالت مسطرة التحفيظ جارية بشأنه.

والملاحظ أن هذا التوجه التشريعي فيه دلالة واضحة على إدماج العقار في طور التحفيظ والذي لم يتوفر بعد على الرسم العقاري في دائرة التنمية والاستثمار من خلال السماح بإيراد رهن رسمي عليه وجعله خاضعا للتداول والحركية باعتبار أن الوضعية القانونية للعقار في طور التحفيظ لا تجمد بفعل مسطرة التحفيظ<sup>60</sup>.

وينصب الرهن الرسمي كذلك على المنقولات المرصودة لخدمة العقار المحفظ، حيث تصير عقارات بالتخصيص مما يسمح بإنشاء الرهن عليها تبعا للعقار المتصلة به ولو لم يتم التنصيب على ذلك في العقد.

## 2- خصائص الرهن الرسمي

للرهن الرسمي عدة خصائص جوهرية يمكن سردها على الشكل التالي:

- أنه حق عيني: فالرهن الرسمي حق عيني يولي صاحبه حق تتبع العقار المعقود عليه الرهن في يد أي حائز له، كما يوليه حق الأفضلية على غيره من الدائنين بالنسبة لثمن هذا العقار،

<sup>60</sup> - إدريس الفاخوري، الوسيط في نظام الملكية العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية والتشريعات العقارية الخاصة، م.س، ص: 435.

وهذا ما أكدته استئنافية مراكش في إحدى قراراتها والذي جاء فيه " ...حيث أن المشرع أعطى الحق للمرتهن في تتبع العقار في يد أي شخص انتقل إليه "61.

- أنه حق عيني عقاري: الرهن الرسمي من الحقوق العينية العقارية، لأنه لا يجوز مبدئياً أن يترتب إلا على العقارات. على أنه تجدر الإشارة إلى أن قانون التجارة البحري والقانون الجوي أجازا استثناء وقوع الرهن الرسمي على السفن والطائرات.

- أنه حق تباعي: فالرهن الرسمي يتطلب وجود قيام التزام أصلي يلحق به ويكون ضامناً لتنفيذه. ويترتب على ذلك أن بطلان أو إبطال الالتزام الأصلي يفضي لي بطلان أو إبطال الرهن الرسمي أو زواله، وفي هذا الصدد جاء في قرار محكمة النقض: "...حيث اعتبر أن الدين المضمون برهن يعتبر بمثابة الأصل والرهن الرسمي ليس إلا ضماناً لهذا الأصل، لهذا لا يعقل أم يحدد التابع دونه "62.

- وهو حق لا يقبل التجزئة: ويعني ذلك من جهة أن العقار الواقع عليه الرهن مخصص في مجموعه لضمان كل جزء من الدين، فلو أوفى المدين مثلاً نصف دينه مثلاً، لا يحق له المطالبة رفع الرهن عن نصف العقار بل يبقى كامل العقار ضامناً لوفاء النصف الثاني من الدين. وعدم التجزئة يعني من جهة ثانية أن الدين كله مضمون بكل جزء من العقار الواقع عليه الرهن، فلو أن العقار المرهون رهناً رسمياً قد جرت قسمته بين الورثة واستقل كل وريث بجزء مفرز، فكل جزء من هذه الأجزاء يضمن الدين كله، ومن حق الدائن نزع ملكية أي جزء لاستيفاء تمام دينه63.

61- قرار عدد 1185 في الملف العقاري عدد 1458/97، المؤرخ في 1997/12/23، منشور بمجلة المحامي العدد 34، يناير 34، يناير 1999، ص:200.

62- قرار المجلس الأعلى ( محكمة النقض حالياً) عدد402، ملف مدني رقم 77-77 بتاريخ 2 يوليوز 1980 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 29، أبريل 1982، ص: 50.

63- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، م.س، ص: 227

- أنه حق لا يتطلب خروج العقار من حيازة المدين: بل إن العقار يبقى في يد المدين يستعمله ويتصرف فيه كما يشاء شريطة أن لا يترتب على ذلك نقص في قيمته<sup>64</sup>. ولكون العقار المرهون يبقى في حوزة مالكة، فإن المرتهن رهنا رسميا، خلافا للمرتهن رهنا حيازيا، لا يعتبر حارسا للعقار المرهون، بل الحراسة تبقى للمالك، وعليه، فالمسؤولية عن الأضرار التي تنجم عن العقار عملا بالفصل 88 من ق.ل.ع، أو عن تدممه، عملا بالفصل 89 من نفس القانون، يتحملها المالك لا المرتهن رهنا رسميا<sup>65</sup>.

- أنه حق يستوجب تقييده بالرسم العقاري: حيث يتعين تقييد الرهن الرسمي في المحافظة العقارية الكائن بدائرتها العقار المرهون، وذلك تحت طائلة عدم الاعتداد به سواء بين المتعاقدين أو الغير، وذلك طبقا للفقرة الأولى من الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل والمتمم بالقانون 14/07، الذي نص على أنه: " كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده..."<sup>66</sup>.

- كما يعتبر الرهن الرسمي عقدا شكليا: فلا يكفي لانعقاده أن يترضى الطرفين عليه بل يجب فضلا عن ذلك أن يفرغ هذا التراضي في شكل معين حدده القانون في الرسمية، وهذا ما نصت عليه المادة 174 من مدونة الحقوق العينية عندما نصت على أنه: " ينعقد الرهن الاتفاقي كتابة برضى الطرفين ولا يكون صحيحا إلا إذا قيد بالرسم العقاري"<sup>67</sup>.

<sup>64</sup>- تنص المادة 187 من مدونة الحقوق العينية على أنه: " يبقى الملك المرهون تحت يد الراهن يستعمله ويستغله ويتصرف فيه دون المساس بحقوق الدائن المرتهن ".

<sup>65</sup>- ونشير إلا أن هذه القاعدة يرد عليها بعض الاستثناءات، حيث أجاز المشرع المغربي للدائن المرتهن - طبقا للفصل 59 من المرسوم الملكي المؤرخ في 17 دجنبر 1968 - حيازة العقار من أجل الاستفادة من ثماره على أساس أن قيمة ما يستفيد منه الدائن من هذه الثمار يخصم من أصل الدين وتوابعه متى تم التنفيذ على العقار.

<sup>66</sup>- إدريس الفاخوري، الوسيط في نظام الملكية العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية والتشريعات العقارية الخاصة، م.س، ص:438.

<sup>67</sup>- والمشرع المغربي استثنى هنا من إلزامية تحرير الرهن بصفة رسمية، الرهن الاتفاقي المقرر لضمان أداء دين لا تتجاوز قيمته 250.000 ألف درهم.

أما إذا تعلق الأمر بالرهن الاتفاقي المتعلق بقرض قصير الأجل فإنه يمكن تأجيل تقييده بالرسم العقاري لمدة لا تتعدى 90 يوما، أي أن هذا التقييد يكون بصفة مؤقتة إلى أن يتم الحسم فيه بعد مرور هذا الأجل وذلك إما بتقييده بصفة نهائية وإما بالتنشيط عليه بعد مرور المدة المذكورة.

## ب- أنواع الرهون الرسمية والآثار المترتبة عنها

### 1- أنواع الرهون الرسمية

ينقسم الرهن الرسمي حسب المادة 170 من مدونة الحقوق العينية إلا نوعين: رهن رضائي ورهن جبري.

#### 1- الرهن الرسمي الرضائي:

الرهن الرسمي الرضائي هو الرهن الذي يحصل باتفاق الأطراف كأن يستدين شخص مبلغا من المال من الآخر ويعقد المدين رهنا رسميا على عقار له ضمانا للدائن على استيفاء دينه<sup>68</sup>، على أن هذا النوع من الرهن الرسمي يتضمن كما سبق أن أشرنا، نوعا خاصا من الرهون الرسمية أقره المشرع المغربي لبعض الاعتبارات الخاصة، ويتمثل في الرهن الرسمي المؤجل، ولهذا يمكن أن نميز بين في إطار الرهن الرسمي الرضائي بين الرهن الرسمي الرضائي العادي والرهن الرسمي المؤجل<sup>69</sup>.

وينعقد الرهن الاتفاقي عموما كتابة برضى الطرفين حسب المادة 174 من مدونة الحقوق العينية، وذلك على خلاف ما كان عليه الأمر في ظهير 19 رجب الملغى الذي كان يشترط لإنشاء هذا العقد إما عقد عرفي أو عقد رسمي طبقا لنص الفصل 173 الشيء الذي كان يثير معه عدة نزاعات نتيجة الخيار التشريعي الممنوح للأطراف.

وحسن فعل المشرع عندما اشترط الكتابة الرسمية في انعقاد الرهن تحت طائلة البطلان تكريسا للمادة 4 من مدونة الحقوق العينية، ويشترط لقيام الرهن الرسمي الرضائي الشروط الآتية:

<sup>68</sup> إدريس الفاخوري، الوسيط في نظام الملكية العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية والتشريعات العقارية الخاصة، م.س، ص: 440.

<sup>69</sup> عبد العالي دقوقي، التنظيم القانوني للحق العيني في ضوء القانون 39.08 -حق الملكية والضمانات العينية والشخصية-، م.س، ص: 151.

\* يجب أن يكون صادرا عن مالك العقار الواقع عليه الرهن

\* ويشترط لصحة الرهن الرسمي الرضائي أيضا أن يكون الرهن صادرا عن من هو أهل للتصرف، إذ لا يجوز إجراء رهن رسمي على أموال المحجر عليهم أو القاصرين إلا من قبل نائبهم الشرعي المقرر قانونا وبموجب إذن من القاضي طبقا للمادة 178 من مدونة الحقوق العينية .

\* يجب لصحة عقد الرهن الرسمي الاتفاقي حسب المادة 175 من مدونة الحقوق العينية أن يتضمن:

- هوية أطراف العقد.

- تعيين الملك المرهون ببيان اسمه وموقعه ومساحته ومشتملاته ورقم رسمه العقاري أو مطلب تحفيظه

- بيان مبلغ الدين المضمون بالرهن والمدة المحددة لأدائه<sup>70</sup>.

ومما يجب الإشارة له أيضا، أنه لا يشترط بأن يكون عاقد الرهن الرسمي هو المدين بالذات، بل يجوز لأي شخص بأن يعقد رهنا رسميا على عقار له ضمانا لدين على غيره، وفي هذه الحالة يكون عاقد الرهن بمثابة كفيل عيني فهو كفيل لأنه ضم ذمته إلى ذمة المدين الأصيل وتعهد بأداء الدين إلى الدائن<sup>71</sup>.

كما لا يشترط بأن يكون عقد الرهن قد نظم بالمغرب، بل يمكن أن تضمن العقود المحررة بالأقطار الأجنبية رهنا صحيحا على عقارات محفظة موجودة بالمغرب شريطة أن تكون هذه

---

<sup>70</sup>- فبناء على ما سبق فإن الدين المضمون برهن عقاري، يلزم أن يكون محددًا تحديدا دقيقا في عقد الرهن الرسمي للقول بصحته.

وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض في قرار لها، حيث جاء فيه ما يلي: "وحيث اعتبر أن الدين المضمون برهن يعتبر بمثابة الأصل، والعقار المرهون ليس إلا ضمانا لهذا الأصل، لهذا لا يعقل أن يحدد التابع دون الأصل"

حكم تجاري رقم 161، في الملف رقم 4/155-04، بتاريخ 2005/03/08، صادر عن المحكمة التجارية بمكناس.

<sup>71</sup>- إدريس الفاخوري، م.س ، ص:441.

العقود متفقة مع مقتضيات التشريع الخاص بالنظام العقاري للتحفيظ في المغرب، أي وفقا لأحكام ظهير 9 رمضان 1331 الموافق 12 غشت 1913 المعدل والمتمم بالقانون رقم 14.07.

## 1- الرهن الجبري

نظم المشرع المغربي الرهن الجبري في الفصول من 171 إلى 173 من مدونة الحقوق العينية، وهذه النصوص في الحقيقة مأخوذة عن التشريع الفرنسي، حيث أن القانون الفرنسي يعتبر الأصل التاريخي للرهن الرسمي الجبري<sup>72</sup>.

والرهن الجبري هو المخول مبدئيا بمقتضى حكم قضائي بدون رضا المدين في حالات معينة عددها القانون على سبيل الحصر.

وهكذا إذن، إذا كان الرهن الجبري بأنه ذلك المخول بحكم قضائي، بدون رضا المدين، فإن هذا التعريف فعلا، وكما يذهب البعض لا يميز بين الرهن الجبري، وبين الرهن القضائي المعمول به في فرنسا، لكن ينبغي التأكيد على أن الرهن القضائي يتقرر دائما بحكم قضائي واجب التنفيذ، ويكون بدون رضى المدين، أما الرهن الجبري فليس ضروريا أن ينشأ بموجب حكم قضائي، بل يتقدم المدين طواعية أو بناء على طلب الدائن لينشئ الرهن، أي أن الحكم القضائي لا يعتبر من مستلزمات الرهن الجبري<sup>73</sup>، أضف إلى ذلك أن حالات الرهن الجبري جاءت محددة على سبيل الحصر في نصوص خاصة، أما الرهن القضائي فحالاته غير محددة على سبيل الحصر.

أما عن الفرق الموجود بين الرهن الجبري والرهن الرضائي فيمكن تحديده في خاصيتين تتوفر في الأول دون الثاني:

<sup>72</sup>- مصطفى جدوع كريم السعد، أثار الرهن الرسمي بالنسبة للدائن المرتهن والحائز في التشريع العقاري المغربي، دبلوم الدراسات العليا، 1980-1981، ص: 30 .

<sup>73</sup>- مصطفى جدوع السعد، م.س، ص: 31.

\* الرهن الجبري يتقرر بدون إرادة ورضى المدين بل يتقرر بنص القانون، بينما الرهن الرضائي لا يمكن أن يتم إلا بموافقة صاحب العقار المرهون.

\* الرهن الجبري أقره المشرع لفائدة بعض الأشخاص المحددين على سبيل الحصر، أما الرهن الرضائي فإنه يضمن حقوق جميع الأفراد دون تحديد لصفته<sup>74</sup>، ومن أهم أنواع الرهون الجبرية والتي قد كان ورد عليها النص في الفصل 163 من ظهير 19 رجب الملغى هي :

- الرهن الجبري لفاقد أو ناقصي الأهلية على أملاك النائب الشرعي، وليا كان أو وصيا أو مقدا، وذلك حفاظا على حقوق القاصرين.

- الرهن الرسمي المخول للزوجة على أموال زوجها، ضمانا لحوقها الناشئة عن النظام المالي للزوجية.

- الرهن الجبري المقرر لفائدة الدائنين والموصى لهم على أموال التركة، شريطة القيام بتسجيل هذا الرهن داخل ثلاثة أشهر من افتتاح التركة.

- الرهن الإجباري المقرر لفائدة المهندسين المعماريين والمقاولين ضمانا للمبالغ التي قد تكون مستحقة لفائدتهم عند قيامهم بتشديد بنايات أو إصلاحها أو غيرها من المنشأة التي يقدمون من أجلها المواد والعمل أو العمل وحده، وذلك لضمان ديونهم تجاه المالك، عند عدم النص على رهن اتفاقي لضمان تلك الديون.

- الرهن الجبري المقرر لفائدة نقابة الملاك المشتركين في الملكية المشتركة على الأجزاء المفترزة ضمانا لأداء الواجبات المستحقة والتي يتطلبها تسيير الملكية المشتركة.

- الرهن الجبري المقرر لكتلة الدائنين على عقارات المفلس ضمانا للديون المحققة في طابق التفلسة<sup>75</sup>.

<sup>74</sup>- إدريس الفاخوري، الوسيط في نظام الملكية العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية والتشريعات العقارية الخاصة، م.س، ص: 441.

وتجدر الإشارة إلى أن مدونة الحقوق العينية لم تلجأ إلى هذا التعداد بل اكتفت بإيراد مثال وحيد في الفصل 172 عندما أكد على أن البائع أو المعاوز أو المتقاسم الذي لم يضمن الأداء الكامل للثمن برهن اتفاقي يمكنه أن يلجأ إلى رهن جبري على الأملاك محل البيع أو المعاوضة أو القسمة بناء على حكم قضائي.

وهذا سيدفعنا إلى طرح تساؤل كبير حول الحالات التي سنلجأ فيها إلى مثل هذا الرهن الجبري، مادام أن المشرع المغربي لم يتبنى الرهن القضائي بشكل صريح، ولهذا حسن فعل ظهير 2 يونيو 1915 حين لجأ إلى التعداد المذكور<sup>76</sup>.

## 2- آثار الرهن الرسمي

يترتب على الرهن الرسمي آثار بالنسبة للعقار المرتهن وللدين المضمون، ثم بالنسبة للدائن، ثم بالنسبة للمدين وللغير حائز العقار المرتهن.

وسنبحث هذه الآثار تباعاً على الشكل التالي:

### - آثار الرهن بالنسبة للعقار المرتهن وللدين المضمون بالرهن الرسمي:

إذا ما قرر رهن رسمي على عقار. فإن هذا الرهن يشمل جميع الملحقات الموجودة وقت الرهن، كالأبنية والمنشآت والأغراس المغروسة، والأشياء المنقولة المتصلة بالعقار عن طريق التخصيص، وحقوق الارتفاق المترتبة لمصلحة العقار المرهون على عقارات أخرى.

ولا ينحصر شمول الرهن المقرر على عقار للملحقات الموجودة وقت إنشاء الرهن، بل هو يشمل أيضاً الملحقات الطارئة بعد تقرير الرهن. فالأبنية والأغراس والتحسينات التي أحدثت على الأرض المقرر عليها الرهن، وحقوق الارتفاق التي اكتسبت لمصلحة العقار المرتهن، والمنقولات التي خصصت لاستثمار هذا العقار وأضحت بذلك عقارات بالتخصيص، كلها

<sup>75</sup> مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية، الطبعة الثانية 1987، ص: 86 وما بعدها.

<sup>76</sup> عبد العالي دقوقي، التنظيم القانوني للحق العيني في ضوء القانون 39.08، م.س، ص: 160.

تدخل ضمن نطاق ضمان الدائن المرتهن، وقد نص على ذلك المادة 167 من مدونة الحقوق العينية بقولها "يشمل الرهن الرسمي العقار المرهون وملحقاته وكل ما يستحدث فيه من إنشاءات وتحسينات بعد العقد أو يضم إليه بالالتصاق"<sup>77</sup>.

أما لأثار الرهن بالنسبة للدين المضمون بالرهن الرسمي، فتتطلب التمييز بين رأس المال والفوائد.

فالرهن الرسمي يضمن رأس المال بكامله.

أما فيما يتعلق بالفوائد، فيجب التفريق بين الفوائد التي كانت مستحقة وقت تسجيل الرهن، وبين الفوائد التي استحققت بعد تسجيله.

فمن حيث الفوائد المستحقة وقت التسجيل، إما أن يكون الدائن ذكرها في صك الرهن، وإما أن يكون أغفل ذكرها، ففي الحالة الأولى يشملها الرهن وتكون مضمونة كأصل الدين، وفي الحالة الثانية لا يشملها الرهن، ويكون الدائن المرتهن بالنسبة إليها بمثابة دائن عادي.

أما من حيث الفوائد المستحقة بعد التسجيل، فالمشرع وجد أن لا يجعلها مضمونة كأصل بدون تحديد: ذلك أن جعل الفوائد المستحقة منذ التسجيل مضمونة دون أي تحديد يخالف مبدأ تخصيص الرهن بالنسبة للغير الذي يبقى جاهلاً بمقدار الفوائد المستحقة والباقية بدون دفع، فضلاً عن ذلك قد يسمح للمدين أن يتواطأ مع الدائن المرتهن ليطالب علاوة على أصل الدين بفوائد يبق أن استحققت وسددت لتستنفذ هذه الفوائد ما يمكن أن يبقى من ثمار العقار المرتهن المطروح للبيع بالمزاد، الأمر الذي يلحق ضرراً جسيماً ببقية الدائنين<sup>78</sup>.

<sup>77</sup> عبد الكريم شهبون، الشافعي في شرح قانون الالتزامات والعقود، الكتاب الثاني، م.س، ص: 231.

<sup>78</sup> عبد الكريم شهبون، الشافعي في شرح قانون الالتزامات والعقود، الكتاب الثاني، م.س، ص: 232.

وهذا ما جعل المشرع المغربي يتفادى كل هذا بنصه في المادة 168 من مدونة الحقوق العينية على كون الرهن لا يضمن علاوة على أصل الدين وبنفس الرتبة إلا فوائد سنتين<sup>79</sup>:

الفائدة المستحقة عن السنة الجارية وفائدة السنة التي قبلها، شرط أن يتضمن صك الرهن نصا على أن الدين ذو فائدة، وأن يكون هذا النص مسجلا في السجل العقاري وأن يكون معدل الفائدة معينا.

أما الفوائد الأخرى التي تزيد عن السنتين، فلا يضمنها الرهن الرسمي، بل تعتبر دينا عاديا. على أنه إذا أراد الدائن أن يجعل الرهن شاملا هذه الفوائد، فعليه أن يسجلها. ولكن هذا التسجيل الذي من شأنه أن يحول الفائدة من المستحقة من دين عادي إلى دين مضمون، لا يكون له أثر قانوني ولا يلزم الغير إلا من تاريخ وقوعه.

- آثار الرهن بالنسبة للدائن المرتهن:

نشير أولا إلى أن الرهن الرسمي يبقي العقار المرتهن في حوزة صاحبه ولا ينقله لحيازة الدائن كما في الرهن الحيازي. ولكن الحقوق التي يمنحها للدائن لا يقل شأنها عن الحقوق التي يتمتع بها الدائن المرتهن رهنا حيازيا.

والحقوق التي يمنحها الرهن الرسمي للدائن المرتهن، منها ما يتمتع به الدائن قبل حلول أجل الدين، ومنها ما يتمتع به بعد حلول أجل الدين.

فقبل حلول الدين إذا هلك العقار: موضوع الرهن أو أصابه تخريبات فأصبح بذلك غير كاف لضمان الدين، كان من حق الدائن أن يطالب باسترداد دينه بعد الحصول على حكم قضائي بذلك أو أن يطالب بإعطاء ضمانات إضافية (المادة 190 من مدونة الحقوق العينية).

أما بعد حلول أجل الدين: فإن الدائن المرتهن يتمتع بالحقوق التالية:

---

<sup>79</sup>- وصيغة المادة 168 هي كالاتي: "إن الدائن الذي قيد رهنه لضمان أصل الدين وفوائد أو استحقاقات دورية له الحق أن يقبدها في نفس الرتبة التي قيد فيها أصل الدين وذلك لاستيفاء المستحق منها عن السنة الجارية والتي قبلها فقط، شرط أن يكون هذا الحق ناشئا عن عقد الرهن ومقيدا بالرسم العقاري وأن يكون سعر الفائدة معينا".

## - حق التنفيذ على العقار:

إن الدائن المرتهن المتمتع برهن رسمي، له السلطة الكاملة في التنفيذ على العقار إذا لم يحترم المدين الراهن الالتزامات الملقاة على عاتقه، فالدائن المرتهن له الحق في إلقاء إنذارات عقارية، وحجوزات تحفظية، وحجوزات تنفيذية على العقار، بناء على أوامر صادرة عن قاضي المستعجلات، وذلك طبقاً لقواعد قانون الإجراءات، أي قانون المسطرة المدنية، مع مراعاة خصوصيات نظام التحفيظ العقاري، أي أن الحجز العقاري يخضع للتقييد عندما يتعلق الأمر بعقار محفظ أو في طور التحفيظ، طبقاً لمقتضيات الفصل 87 من ظهير التحفيظ العقاري<sup>80</sup>.

وهذه الإجراءات تنتهي ببيع العقار في المزاد العلني<sup>81</sup>، على أن هذا البيع يتم في شكل محضر يعتبر بمثابة عقد بيع كامل الأركان، ولكي ينتج آثاره المتمثلة في نقل الملكية، ينبغي خضوعه لزاماً للتقييد بالسجل العقاري.

وتقييد محضر البيع بالمزاد العلني بالسجل العقاري يترتب عليه بقوة القانون التشطيب على كل الرهون والامتيازات المدونة بالسجل العقاري طبقاً لمقتضيات الفصل 220 من مدونة الحقوق العينية<sup>82</sup>.

ونشير إلى أنه في الحالة التي يكون فيها الرهن الرسمي واقعا على عدة عقارات ضمانا لدين واحد، فإنه لا يمكن أن يجري بيع هذه العقارات دفعة واحدة إلا بإذن صادر في صيغة أمر

---

<sup>80</sup>- ينص الفصل 87 من ظهير التحفيظ العقاري: " كل حجز أو إنذار عقاري يجب أن يبلغ إلى المحافظ على الأملاك العقارية الذي يقوده بالرسم العقاري وابتداء من تاريخ هذا التقييد، لا يمكن إجراء أي تقييد جديد خلال مسطرة البيع الجبري للعقار.

<sup>81</sup>- ومسطرة البيع نظمتها مدونة الحقوق العينية في القسم الثاني منها والمعنون ب " في الحجز والبيع الجبري للعقارات"، المواد من 214 إلى 221 .

حيث ورد في المادة 214 ما يلي: " يمكن للدائن الحاصل على شهادة خاصة بتقييد الرهن لفائدته مسلمة له من طرف المحافظ على الأملاك العقارية طبقاً للشروط المنصوص عليها في الفصل 58 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 ( 12 أغسطس 1913 ) المتعلق بالتحفيظ العقاري أن يطلب بيع الملك المرهون بالمزاد العلني عند عدم الوفاء بدينه في الأجل. تكون الشهادة المذكورة قوة سند قابل للتنفيذ."

<sup>82</sup>- عبد العالي دقوقي، التنظيم القانوني للحق العيني في ضوء القانون 39.08-حق الملكية والضمانات العينية والشخصية-، م.س، ص:163.

قضائي من طرف قاضي الأمور المستعجلة بناء على طلب الدائن، ويعين الأمر القضائي العقار أو العقارات التي سيقع عليها البيع<sup>83</sup>، ففي كثير من الحالات لا يكون من اللازم بيع كل العقارات المرهونة لاستيفاء الدين، بل إن بيع عقار واحد قد يكون كافيا لسداد الدين، وهذا ما نصت عليه المادة 217 من مدونة الحقوق العينية بقولها: "في حالة رهن عدة أملاك لضمان أداء دين واحد فإن بيع كل واحد منها يتم بناء على إذن من رئيس المحكمة المختصة الواقع في دائرة نفوذها الملك.

يجب أن يقع بيع هذه الأملاك على التوالي وفي حدود ما يفي بأداء الدين بكامله."

#### - حق الأفضلية في استيفاء الدين:

إن الغاية من الرهن الرسمي اكتساب الدائن لحق الأفضلية أو حق الأولوية في استيفاء دينه في مواجهة باقي الدائنين الآخرين العاديين، أما إذا تعدد الدائنون أصحاب الرهن الرسمي، فتفضيل بعضهم على بعض يكون بأسبقية قيد رهنهم في السجل العقاري، وهو ما أكدته المادة 197 من المدونة بقولها " يستوفي الدائن المرتهن دينه من ثمن الملك حسب رتبة تقييده في الرسم العقاري، وذلك بالأولوية على باقي الدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة وكذا على الدائنين العاديين".

فحق الأفضلية أو حق الأولوية إذن هو تلك السلطة التي يتمتع بها الدائن المرتهن برهن رسمي في استيفاء حقه أولا، وقبل أي دائن آخر<sup>84</sup>.

وكاستثناء فإن حق الأفضلية المعطى للدائن المرتهن رهنا رسميا ليس مطلقا بالنسبة لمختلف أنواع الدائنين، إذ أن الفصل 1244 من ق.ل.ع نص على أن: - الدين الممتاز مقدم على كافة الديون الأخرى- ولو كانت مضمونة برهون رسمية.

<sup>83</sup> عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، الكتاب الثاني، م.س، ص:233.

<sup>84</sup> عبد العلي دقوقي، التنظيم القانوني للحق العيني في ضوء القانون 39.08 -حق الملكية والضمانات العينية والشخصية-، م.س، ص:167.

وعليه فالدائن بدين ممتاز مقدم في استيفاء دينه على جميع الدائنين حتى ولو كانت ديونهم مضمونة برهن رسمي، إذ الامتياز هو حق أولوية يمنحه القانون على أموال المدين، باعتبار سبب الدين<sup>85</sup>.

#### - حق تتبع العقار المرتهن:

إن المقصود بحق التتبع تلك السلطة التي يتمتع بها الدائن المرتهن من أجل التنفيذ على العقار في يد الحائز، أي في يد الشخص الذي فوت إليه العقار المرهون من قبل المدين الراهن وهو ما يستفاد من مقتضيات المادة 199 من مدونة الحقوق العينية والتي ورد فيها: " للدائن المرتهن رهنا رسميا حق تتبع الملك المرهون في يد أي حائز له لاستيفاء دينه عند حلول أجل الوفاء به."

ويجب التنبيه إلى أن حق التتبع يعود لكل دائن مرتهن (في حالة تعددهم)، ولو كانت مرتبته متأخرة شرط أن يكون حل أجل دينه.

#### - آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمدين والغير الحائز:

فبالنسبة لآثار الرهن تجاه الراهن المدين، فتتجلى في كون أن هذا الأخير يبقى واضعا يده على العقار المرتهن. فله أن يجني ثماره وله أن يؤجره، بل أن يتصرف فيه كأن يبيعه أو يهبه على أن يبقى للدائن حق تتبع العقار الواقع عليه الرهن في أي يد كان (هذه الامتيازات المخولة للمدين الراهن يقابلها التزامه بضمان سلامة الرهن وذلك عن طريق المحافظة على الضمان الذي يقدمه للدائن المرتهن وهذا ما نصت عليه المادة 189، حين أكدت على أن الراهن يضمن الملك المرهون وهو مسؤول عن سلامته كاملا حتى وفاء الدين، وللمرتهن أن يعترض على كل نقص بين في ضمانه، وأن يتخذ من الإجراءات ما يحفظ حقه على أن يرجع على الراهن بما أنفق).

<sup>85</sup> - المهدي الغزاوي، التأمينات العينية: دراسة مقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي والتشريع المغربي، م.س، ص:73

أما بالنسبة للغير الحائز، وهو الشخص الذي انتقلت إليه ملكية العقار المرهون بواسطة تصرف من التصرفات القانونية، ما دام الرهن الرسمي لا يمنع قانونياً تفويت العقار إلى الغير، ومن تم عندما نتحدث عن الحائز في الرهن الرسمي، فإن المقصود به المالك الجديد للعقار المرهون، الذي انتقلت إليه الملكية أو أي حق عيني قابل للرهن بتصرف قانوني معين من غير الإرث، لأن الورثة خلف عام وليسوا بخلف خاص<sup>86</sup>.

وحائز العقار المرهون تلقى على عاتقه مجموعة من الالتزامات أهمها:

\* إن الحائز مطالب بالمحافظة على العقار وصيانته، فإذا تعيب بخطئه أو بتقصيره كان مسؤولاً تجاه الدائنين الآخرين.

\* إن الحائز يستطيع الاستفادة من ثمار العقار، على أنه يسأل عنها من تاريخ الإنذار الرسمي الذي وجه إليه بأداء الدين أو بالتخلي عن العقار<sup>87</sup>.

\* إذا تتبع الدائن المرتهن العقار المرهون في يد الحائز، فللحائز الخيار بين حل من الحلول الثلاثة التالية:

**الوفاء بالدين:** أي وفاء الغير الحائز للدين مع بقاء حقه في الرجوع على المدين الأصلي بما يقتضيه القانون من وسائل طبقاً لمقتضيات المادة 201 من المدونة<sup>88</sup>.

**التخلي عن العقار:** يستطيع الحائز إذا أراد، بدل أن يدفع ثمن الدين من أصل وفائدة، أن يتخلى دون تحفظ عن العقار المرهون، ولا يحول التخلي دون حق الحائز حتى رسو المزايدة، في

---

<sup>86</sup>- عبد العالي دقوقي، التنظيم القانوني للحق العيني في ضوء القانون 39.08 - حق الملكية والضمانات العينية والشخصية، ص: 170.

<sup>87</sup>- مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية، م.س، ص: 335.

<sup>88</sup>- إذ جاء في هذه المادة ما يلي: "يجوز للحائز أن يحل محل المدين في أداء الدين وتوابعه ويستفيد في ذلك من الأجل المخولة للمدين الأصلي، كما له قبل حلول أجل الوفاء أن يظهر الملك من الرهن المترتب عليه بأداء الدين وتوابعه. يحل الحائز محل الدائن الذي استوفى دينه في ما له من حقوق تجاه المدين الأصلي."

العدول عما أقدم عليه واسترداد العقار الذي كان تخلى عنه مقابل أدائه الدين كله مع المصاريف<sup>89</sup>.

أما إذا لم يتم بالاسترداد ورسا المزداد العلني على غير الحائز بصفة نهائية يتسلم الملك المرهون من الحائز وتنتقل إليه الملكية بعد تقييد محضر المزايدة بالرسم العقاري (المادة 206 من المدونة).

على أنه تعود من جديد بعد التخلي الحقوق العينية التي كان الحائز يتمتع بها على الملك المتخلي عنه (كارتفاق أو انتفاع له على ذلك العقار)، وإذا كان قد شطب عليها من الرسم العقاري نتيجة اتحاد الذمة فإنها تنبعث من جديد بعد حصول التخلي ويتم تقييدها من جديد بطلب من الحائز (المادة 210 من المدونة).

**ترك الدائن المرتهن يتابع إجراءات نزع الملكية:** إذا لم يتم حائز العقار بوفاء الالتزام المضمون بالرهن وفاء تاما ولم يسلك طريق التخلي عن العقار، فإنه يحق لكل دائن مرتهن أن يباشر نزع ملكية العقار المرهون في مواجهة الحائز، وذلك وفق الإجراءات الشكلية المقررة في الحجز العقاري<sup>90</sup>.

ونشير ختاماً إلى أن انقضاء الرهن الرسمي يتم بصفة عامة بإحدى الصورتين:

**انقضاء الرهن الرسمي بصورة تبعية،** وذلك باعتباره حقا تابعا للالتزام المضمون به، الأمر الذي يحتم عليه اتباع الدين الأصلي في انقضائه بأي سبب من أسباب الانقضاء، كالوفاء بالدين أو المقاصة أو الإبراء أو اتحاد الذمة وكذلك فسخ أو إبطال الالتزام الأصلي، أما التقادم فلا يعد من أسباب انقضاء الالتزامات المضمونة برهن ورسمي أو برهن حيازي وذلك طبقاً

<sup>89</sup>- وهذا ما نصت عليه المادة 205 من مدونة الحقوق العينية بقولها: "يجوز لحائز الملك المرهون المشاركة في المزايدة العلنية المقررة لبيع الملك، فإذا رسا المزداد عليه وأدى الثمن وتوابعه اعتبر مالكا من تاريخ تقييده الأصلي بالرسم العقاري."  
<sup>90</sup>- إذ نصت المادة 215 من مدونة الحقوق العينية في هذا الشأن على ما يلي: "للدائن المرتهن الذي لم يستوفي دينه في أجل استحقاقه أن يحصل على بيع الملك المرهون وفق الإجراءات المنصوص عليها في القانون، وذلك بعد توجيه إنذار بواسطة المكلف بالتنفيذ للمدين الأصلي وللحائز، لأداء الدين أو التخلي عن الملك المرهون داخل خمسة عشر يوماً من تاريخ التوصل به."

لمقتضيات الفصل 377 من ق.ل.ع الذي ينص على أنه: " لا محل للتقادم إذا كان الالتزام مضمونا برهن حيازي على منقول أو برهن رسمي"<sup>91</sup>.

**انقضاء الرهن الرسمي بصورة مستقلة، وينقضي الرهن الرسمي بصورة مستقلة بالأسباب التالية:**

\* رفع يد الدائن المرتهن عن الرهن: وفي هذه الحالة الدائن يتنازل عن الرهن دون أن يتنازل عن الدين كأن يقبل كفالة شخصية مثلا.

\* هلاك العقار الواقع عليه الرهن الرسمي كليا: وفي هذه الحالة يتحول حق الأفضلية الذي يتمتع به الدائن المرتهن إلى تعويضات التأمين عن الهلاك الذي كان العقار مؤمنا عليه.

وإذا كان الهلاك جزئيا بقي الرهن على مالم يشمل الهلاك ويبقى ضامنا لكل الدين استنادا إلى فكرة عدم تجزئة الرهن<sup>92</sup>.

\* بيع المرهون بيعا جبريا بالمزاد العلني: ينقضي الرهن بإرساء المزايمة على المتزايد الأخير إثر إجراءات نزع الملكية جبرا، حيث يطهر العقار المبيع من جميع الامتيازات والرهن وينتقل حق الدائنين إلى الثمن الذي يوزع عليهم وفق رتبة حقهم حسب مضمون المادة 213 من القانون 39.08.

\* إبطال تسجيل الحق الواقع عليه الرهن: ويشترط لإعمال هذا الإبطال بأن يكون الدائن على علم بسبب الإبطال إذ لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال تسجيل حق في مواجهة الغير حسن

<sup>91</sup>- إدريس الفاخوري، الوسيط في نظام الملكية العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية والتشريعات العقارية الخاصة، م.س، ص: 443.

<sup>92</sup>- إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1996، ص: 141.

النية طبقا للمادة 66 من ظهير 9 رمضان 1331 الخاص بالتحفيظ العقاري<sup>93</sup>، المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 14.07.

\* اتحاد الذمة: ينقضي الرهن بصفة أصلية إذا اجتمعت في شخص واحد صفة المرتهن والراهن أو الحائز في نفس الآن أي إذا أصبح الدائن المرتهن مالك العقار المرهون أو آل حق الدائن المرتهن إلى مالك ذلك العقار<sup>94</sup>.

### الفقرة الثانية: حقوق الامتياز

نشير بداية إلى كون المشرع المغربي قد أفرد تنظيما دقيقا لهذا النوع من الضمانات العينية، فقد تناول المشرع حقوق الامتياز في كل من قانون الالتزامات والعقود، من خلال بعض المقتضيات العامة (الفصول 1243 إلى 1246) ثم من خلال الامتيازات الواردة على المنقولات (الفصول 1247 إلى 1250)، أما بالنسبة لحقوق الامتياز العقارية فلقد تناولتها مدونة الحقوق العينية في الفصول من 142 إلى 144. وللإحاطة بهذه الضمانة بشكل يوضح لنا أدوارها وتكوينها ارتأيت أن أورد تعريفها وبيان خصائصها (أولا) على أن أنتقل لتبيان أنواعها وطرق انقضائها (ثانيا).

**أولا: التعريف بحق الامتياز وبيان خصائصه**

#### أ- التعريف بحق الامتياز

عرف الفصل 1243 من قانون الالتزامات والعقود الامتياز بقوله: "الامتياز حق أولوية يمنحه القانون على أموال المدين نظرا لسبب الدين". وعرفته المادة 142 من مدونة الحقوق العينية بقولها: "الامتياز حق عيني تبعي يخول للدائن حق الأولوية على باقي الدائنين ولو كانوا مرتهنين".

<sup>93</sup> مأمون الكزبري، م.س، ص: 104.

<sup>94</sup> إدريس الفاخوري، الوسيط في نظام الملكية العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية والتشريعات العقارية الخاصة، م.س، ص: 144.

ويفهم من هذين النصين أن الامتياز حق خوله القانون للدائن بدين معين، يمكنه بمقتضاه أن يستوفي ذلك الدين من جميع منقولات المدين أو من مال معين له، مع تمتيع هذا الدائن بحق الأفضلية على بقية الدائنين ولو كانوا يتمتعون برهن رسمي.

ويمكن أن نمثل للدائن الذي يتمتع بحق الامتياز بالدين الناتج عن مصاريف الجنازة، حيث إننا سنرى أن من أنفق مبالغ على تجهيز الميت من غسل وكفن وتهيئ قبر ودفن، فإن القانون اعتبر هذا الدين ممتازا.

فالامتياز إذن هو تقديم الحق الممتاز على سائر الحقوق الأخرى، ولو كانت مضمونة برهن، ويقرر هذا التقدم نص القانون مراعيًا في ذلك صفة الحق المتقدم<sup>95</sup>، وليبقى بالتالي الحق هو الذي يتمتع بالامتياز، وليس الدائن، لأن الامتياز يرجع إلى طبيعة الحق، والقانون هو الذي يتولى تعيين الحقوق التي تقتضي طبيعتها أن تكون ممتازة.

والامتياز كضمانة عينية يمكن أن يكون محله العقار أو المنقول على حد السواء، والامتياز على المنقول يكون إما عاما وإما خاصا حسب ما نص عليه الفصل 1247 من قانون الالتزامات والعقود<sup>96</sup>.

### ب- خصائص حق الامتياز

من خلال ما ذكرناه سابقا بخصوص تعريفنا لحق الامتياز، يمكن أن نقف على بعض الخصائص التي يتميز بها هذا الحق:

1- أنه حق عيني: فهو كالرهن، إذ يولي صاحبه حق الأولوية وحق التتبع أي أنه يتيح إمكانية تتبع الملك في يد أي حائز له. وأن حق الامتياز يمنح لصاحبه حق الأولوية في استيفاء الدين على باقي الدائنين ولو كانوا مرتهنين، دون اعتبار رتبة التقييد في الرسم العقاري.

<sup>95</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد 10، م.س، ص: 919

<sup>96</sup> إذ نص هذا الفصل على أنه: "الامتيازات على المنقولات إما عامة وإما خاصة. والأولى ترد على كل أموال المدين المنقولة، أما الثانية فهي لا ترد إلا على منقولات معينة".

2- أنه حق عيني تبعي: فهو لا يقوم إلا إذا قام الدين، وهو يتبعه في مصيره، إذ يتبعه وجودا وعمدا، صحة وبطلانا، فلا يتصور قيامه إلا إذا قام الدين الذي يضمنه صحيحا، أما إذا كان باطلا أو قابلا للإبطال تعرض الامتياز للقابلية للإبطال أو البطلان<sup>97</sup>.

3- حق الامتياز مصدره القانون: من القواعد الكلية في القانون المدني أن الامتياز لا يكون إلا بنص قانوني<sup>98</sup>. وهذا يعني أن الامتياز لا ينشأ عن العقد ولا عن الإرادة المنفردة أو غيرها من الأسباب التي تؤدي إلى كسب الحقوق، ويترتب على كون الامتياز حق لا يقره إلى نص القانون النقاط التالية:

- لا يجوز للطرفين أن ينشئا امتيازاً بإرادتهما في غير الحالات التي يقرها القانون، كما لا يجوز للقاضي أن يجعل الدين ممتازا إذا كان القانون لا يجعله كذلك.
- كما لا يجوز التوسع في تفسير النصوص التي تقرر الامتياز للقياس، فلا يجوز أن يعتبر ديننا ممتازا، لأنه يشبه ديننا نص القانون على أنه من الديون الممتازة<sup>99</sup>.

4- الامتياز حق قرره القانون مراعاة منه لصفة الدين أو لسببه: إن المشرع في تقريره الامتياز، لم يأخذ بعين الاعتبار شخص الدائن بل صفة الدين أو لسببه، معتبرا أن بعض الديون، بحد ذاتها، تتطلب رعاية خاصة ويفتضي أن تدفع لأصحابها قبل غيرها من الديون.

5- الامتياز يرد إما على المنقولات وإما على العقارات: خلافا للرهن الرسمي الذي لا يرد مبدئيا إلا على العقارات، فإن الامتياز يمكن أن يكون محله المنقول كما يمكن أن يكون محله

---

<sup>97</sup>- إدريس الفخوري، الوسيط في نظام الملكية العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية والتشريعات العقارية الخاصة، م.س، ص: 448.

<sup>98</sup>- مثال ذلك ما نصت عليه المادة 144 من مدونة الحقوق العينية بقولها: "إن الديون التي لها وحدها امتياز على عقارات المدين هي:

أولا: المصاريف القضائية لبيع الملك بالمزاد العلني وتوزيع ثمنه.

ثانيا: حقوق الخزينة كما تقررها وتعينها القوانين المتعلقة بها.

ولا يباشر هذا الامتياز على العقارات إلا عند عدم وجود منقولات."

<sup>99</sup>- المهدي الغزاوي، التأمينات العينية دراسة مقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي والتشريع المغربي، م.س، ص: 104.

العقار (على أن ألا يباشر حق الامتياز على العقار إلا عند عدم وجود المنقولات حسب المادة 144 من مدونة الحقوق العينية)<sup>100</sup>.

ثانيا: أنواع حقوق الامتياز وطرق انقضائها

### أ- أنواع حقوق الامتياز

إن حقوق الامتياز على ثلاثة أنواع: حقوق امتياز منقولة عامة ترد على جميع ما يملكه المدين من منقولات وحقوق امتياز منقولة خاصة تثقل منقولا أو منقولات معينة<sup>101</sup>، وحقوق امتياز عقارية خاصة تثقل عقارا أو عقارات معينة.

#### **1- حقوق الامتياز المنقولة العامة**

حقوق الامتياز المنقولة العامة هي الحقوق التي تقع على جميع أموال المدين المنقولة، وقد حددها الفصل 1248 من ق.ل.ع، وهي تباشر تبعا للترتيب التالي:

#### **مصروفات الجنازة**

فالديون الناشئة عن تجهيز الميت تعتبر ديونا ممتازة، وتشمل هذه الديون سائر مصروفات الجنازة أي نفقات غسل الجثة وتكفينها ونقلها ودفنها.

#### **مصروفات مرض الموت**

فسائر الديون الناشئة عن مصروفات مرض الموت خلال الستة أشهر السابقة على الوفاة أو على افتتاح التوزيع تعتبر ديونا ممتازة، سواء كانت هذه المصروفات قد أنفقت في منزل المريض أو مؤسسة علاجية عامة أو خاصة..

<sup>100</sup>- مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في التشريع المغربي، م.س، ص: 243-244.

<sup>101</sup>- نص الفصل 1247 من ق.ل.ع، على ما يلي: "الامتيازات على المنقولات إما عامة وإما خاصة. والأولى ترد على كل أموال المدين المنقولة. أما الثانية فهي لا ترد إلا على منقولات معينة".

### امتياز الديون المترتبة عن مهر الزوجة ومتعتها عند الطلاق

والتي يراعى فيها وفي تقديرها من طرف المحكمة ما قد يلحقها من أضرار بسبب الطلاق التعسفي الواقع عليها بدون مبرر شرعي وسبب قانوني، وكذا نفقتها ونفقة الأولاد والأبوين، فهي ديون تقدم على سائر الديون الأخرى.

### امتياز المصروفات القضائية المصروفة للمحافظة على الضمان العام وبيعه

إن جميع النفقات القضائية التي ينفقها أحد الدائنين في سبيل الإجراءات القانونية التي تهدف المحافظة على الضمان العام وتحقيقه كمصروفات وضع الأختام على أموال المدين المنقولة وإجراء الإحصاء والبيع

تعتبر من الديون الممتازة، فمن قام بإنفاق هذه المصروفات، يتمتع بحق امتياز على كل المنقولات التي يملكها الميت، ويمكنه أن يستوفي دينه المذكور من ثمنها<sup>102</sup>.

### الامتياز الوارد على منقولات المشغل

نجد الفصل 1284 من ق.ل.ع يقرر امتيازاً على هذه المنقولات لضمان الديون الآتية:

- الأجور والتعويضات:

\* الناجمة عن العطل المستحقة الأجر

\* التي يستحقها العامل بسبب الإخلال بوجوب الإعلام بفسخ عقد الشغل داخل المهلة القانونية

\* التي يستحقها العامل عن الفسخ التعسفي لعقد إجازة الخدمة

\* التي يستحقها العامل عن الانهاء السابق لأوانه لعقد محدد المدة

سواء كان مستحق هذه الأجور والتعويضات عبارة عن:

<sup>102</sup> - عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود، الكتاب الثاني، م.س، ص: 256.

- الخدم
  - العمال المستخدمون مباشرة من المدين
  - الكتبة والمستخدمون والمكلفون، سواء كانت لهم رواتب محددة أو كانت أجورهم محددة بعمولة نسبية.
  - الفنانون الدراماتيكيون الممثلون وغيرهم من الأشخاص المستخدمين في مؤسسات المشاهد العامة.
  - الفنانون وغيرهم من الأشخاص المستخدمين في محلات إنتاج الأفلام السينمائية.
- والمقصود بالأجر كل ما يعطى للعامل مقابل عمله، سواء كان يحسب على أساس الساعات أو اليوم أو الأسبوع، أو بمقدار ما ينتجه، إضافة إلى كل العلاوات والمنح التي تعتبر جزءا من الأجر، مثل العمولة والنسبة المئوية من الأرباح، وتعويضات السكنى والتنقل، وغير ذلك مما ينص عليه عقد الشغل على أنه من الأجر .
- أما المبالغ المعطاة على سبيل إكراميات فلا تعتبر من قبيل الأجرة ولا يضمنها الامتياز إلا في الصناعة أو التجارة التي جرى فيها العرف بدفع هبة تكون لها قواعد تسمح بضبطها، كما هو الحال في المقاهي والمطاعم والفنادق، حيث تعتبر الهبة جزءا من الأجر<sup>103</sup>.
- وحسب منطوق الفصل 1248، فإن كل الأموال المنقولة التي مملوكة للمشغل تعتبر مثقلة بحق الامتياز لصالح الدائنين بالديون السابقة ذكرها في حدود ما كان مستحقا منها داخل الأشهر الستة التي سبقت وفاة المدين (رب العمل) أو إفلاسه أو توزيع أمواله، أو مطالبته قضائيا من طرف هؤلاء المستحقين قصد الوصول إلى حقوقهم المذكورة.

<sup>103</sup> - مأمون الكزبري، م.س، ص 349.

### الامتياز الوارد على منقولات المدين بئمن المواد الغذائية

اعتبر المشرع المبالغ المستحقة عن توريدات المواد الغذائية للمدين ولعائلته في الستة أشهر الأخيرة ديونا ممتازة واعتبرها من حيث الرتبة في نفس درجة الأجور والتعويضات المستحقة للخدم والكتابة والعمال.

بقيت الإشارة إلى أن امتياز موردي المواد الغذائية محصور نطاقه في ثمن ما وردوه للمدين من مآكل خلال الستة أشهر الأخيرة، أما ثمن ما ورد عند مدد سابقة فيبقى في مصاف الديون العادية.

### الامتياز الوارد على منقولات المدين بالتعويضات الناجمة عن حوادث الشغل

إن امتياز المبالغ المستحقة للمصاب في حادثة الشغل ولخلفائه من بعده، يضمن مصروفات المصاب الطبية والجراحية والصيدلية، ومصروفات الجنازة (إذا توفي العامل بسبب حادثة شغل) وكذلك التعويضات المستحقة له بنتيجة العجز المؤقت عن العمل<sup>104</sup>.

### الامتياز الوارد على منقولات المدين بالتعويضات العائلية للعمال والمستخدمين

فالتعويضات العائلية المستحقة للعمال والمستخدمين تعتبر ديونا ممتازة، سواء كانت تدفع من صندوق الضمان الاجتماعي، أو أية مؤسسة أخرى تقوم بتقديم التعويضات العائلية للمشاركين فيها، أم من قبل أرباب العمل الذين يقومون مباشرة بتقديم التعويضات العائلية لمستخدميهم وعمالهم.

<sup>104</sup> - عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، الكتاب الثاني، م.س، ص: 258.

## امتياز المبالغ المستحقة لصندوق الضمان الاجتماعي وغيره من المؤسسات المماثلة

نصت على هذا الامتياز الفقرة الأخيرة من الفصل 1248 وبمقتضاها تعتبر ديونا ممتاز المبالغ المستحقة لصندوق الضمان الاجتماعي والمؤسسات التي تقوم بتقديم التعويضات العائلية للمشاركين فيها، وذلك من أجل رسوم العضوية والاشتراكات التي تلزم المشاركين<sup>105</sup>.

وكذلك ما يلزم المشاركين بأدائه من إضافات تقتضيها تلك الاشتراكات ورسوم العضوية، كلها تأخذ من منقولات هؤلاء المدنيين بها.

### 2- حقوق الامتياز المنقولة الخاصة

حقوق الامتياز المنقولة الخاصة هي الحقوق التي ترد على منقول أو منقولات معينة للمدين، وقد أورد المشرع المغربي تعدادا لهذه الحقوق في الفصل 1250 من ق.ل.ع على سبيل الحصر، وهي تشمل ما يأتي:

أ- المبالغ المستحقة من أجل البذور وأعمال الزراعة وأعمال الحصاد التي لها امتياز عن الغلة فقط، إذ يمكن للدائن أن يستوفي مبالغه من هذه الأخيرة شريطة أن يثبت دينه قد صرف فعلا على إنتاج تلك الغلة.

ب- أجرة كراء الأراضي الفلاحية وغيرها من العقارات والمبالغ المستحقة لصاحب الإيراد، وامتياز المؤجر هنا يتعلق بالأجرة المستحقة له على العقار، وقد تكون الأجرة إيرادا مرتبا فيكون أيضا دينا ممتازا.

ت- المصروفات المنفقة لحفظ الشيء وهي التي لولاها لهلك الشيء وأصبح غير صالح لما أعد له، فهذه المصروفات لها امتياز على المنقولات التي تم حفظها.

ج- أجر الصانع عن عمله وما أنفقه من أجل المصنوع، له امتياز على الأشياء التي سلمت إليه مادامت في حوزته.

<sup>105</sup> - المهدي الغزاوي، التأمينات العينة: دراسة مقرنة، م.س، ص 112

د- المبالغ المستحقة للوكيل بالعمولة<sup>106</sup>.

و- المبالغ المستحقة للناقل من أجل ثمن النقل ومن أجل ما أنفقه<sup>107</sup>.

هـ- ديون أصحاب الفنادق والنزل ومن يسكنون غيرهم بسبب ما قدموه للنزول أو صرفوه لحسابه، لها امتياز على أمتعة النزول ما دامت في النزل أو الفندق<sup>108</sup>.

ز- الديون الناشئة عن حادثة لصالح الأشخاص الذين تضرروا منها أو لخلفائهم، لها امتياز على مبلغ التأمين الذي يستحق عن المسؤولية المدنية<sup>109</sup>.

### 3- حقوق الامتياز العقارية الخاصة

وهو امتياز يثقل عقارا أو عقارات معينة دون سائر العقارات الأخرى التي يملكها المدين، وهذه الحقوق الممتازة كانت محددة من المشرع المغربي في الفصل 155 من ظهير 19 رجب الملغى وفقا لما وقع تعديله بمقتضى ظهير 12 شوال 1354 الموافق ل 7 يناير 1936 حيث حصر هذه الحقوق الممتازة في حقين اثنين وهما:

- المصاريف القضائية المنفقة لبيع العقار وتوزيع ثمنه.

<sup>106</sup>- فإذا وكل شخص شخصا آخر على أن يشتري له أشياء مقابل عمولة تضاف إلى الثمن، فقام هذا الوكيل بما كلف به، وترتبت له في ذمة الموكل ديون في شكل عمولات ومصاريف أنفقتها على ما اشتراه فإنها تعتبر دينا ممتازا، يخوله الحق في استيفاء دينه من تلك المنقولات التي اشترها للموكل قبل غيره من الدائنين.

<sup>107</sup>- فالمبالغ المستحقة للناقل مقابل ثمن النقل ومقابل ما أنفقه على الأشياء المنقولة لها امتياز على هذه الأشياء. غير أن امتياز الناقل، كامتياز الصانع، مرهون ببقاء الأشياء المنقولة في حوزة الناقل بحيث إذا خرجت من يده فقد امتيازها عليها.

<sup>108</sup>- يبنني امتياز صاحب الفندق والنزل على فكرة الرهن الضمني. ذلك أن صاحب الفندق أو النزل مضطر بحكم مهنته أن يفتح أبواب فندقه أو نزله لنزلاء قد لا يعرف عنهم شيئا، وقد لا يتوفر لديه عن حالتهم المالية سوى الفكرة التي يكونها بالاستناد لما يحضرونه معهم من أمتعة. فلا غرابة إذن أن يفترض المشرع وجود اتفاق ضمني تكون بمقتضاه أمتعة النزول ضامنة المبالغ المترتبة عليه لصاحب الفندق أو النزل.

<sup>109</sup>- فإذا تضرر شخص أو أشخاص من حادثة واستحق التعويض عن هذه الأضرار من المسؤول المدني عنها ثم صدر اعتراف من مؤمن هذا المسؤول المدني بأنه هو المدين بمبلغ ذلك التعويض. أو صدر حكم بإحلال المؤمن محل ذلك المسؤول المدني في أداء التعويض المذكور، فإن هذا التعويض يصبح دينا ممتازا على مبلغ التأمين الذي سيؤديه المؤمن.

- حقوق الخزينة كما تقررها القوانين المتعلقة بها والتي تم حصر هذا الامتياز على المنقولات دون العقارات

وهذا ما أكدته المحكمة الابتدائية عين السبع الحي المحمدي في أمر استعجالي جاء فيه " دين الخزينة كالضرائب والرسوم المشابهة ليس لها امتياز إلا على ثمن بيع المنقولات حيث يتأتى عليه في أولوية الدين المضمون برهن عقاري"<sup>110</sup>.

لكن بعد صدور مدونة الحقوق العينية وبالرغم من تكريسها لهذه الحقوق في الصنفين السالفي الذكر فإنها أكدت أن مباشرة حق الامتياز على العقار لا يتم عند وجود منقولات، بمعنى أن وجود هذه الأخيرة يعني من اللجوء إلى العقارات<sup>111</sup>.

### ب- طرق انقضاء حق الامتياز

لا نجد في التقنين المغربي نصوصا خاصة بالأسباب التي ينقضي بها الامتياز بصفة عامة، وإنما نعثر في بعض الفصول على ما تنتهي به بعض الامتيازات، ونرجع كذلك إلى الأحكام العامة.

فإذا ما رجعنا إلى هذه الأحكام، وجب علينا القول بأن الامتياز إما أن ينقضي بصورة أصلية أي بصورة مستقلة عن الدين المضمون الذي يبقى قائما، وإما ينقضي بصورة تبعية أي تبعا لانقضاء الدين المضمون بالامتياز.

---

<sup>110</sup>- أمر استعجالي صادر بتاريخ 1996/10/29، في الملف المدني عدد 97/5340.

<sup>111</sup>- فقد نصت المادة 144 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي:

إن الديون التي لها وحدها امتياز على عقارات المدين هي:

أولا: المصاريف القضائية لبيع الملك بالمزاد العلني وتوزيع ثمنه

ثانيا: حقوق الخزينة كما تقررها وتعينها القوانين المتعلقة بها.

ولا يباشر هذا الامتياز على العقارات إلا عند عدم وجود منقولات".

### - الانقضاء بشكل تبعي

فحقوق الامتياز تنقضي بشكل تبعي، تبعا لانقضاء الدين الممتاز، بحيث قد ينقضي الدين بسبب الوفاء أو المقاصة أو الإبراء، فينقضي تبعا لذلك حق الامتياز، كما أن حق الامتياز ينقضي إذا كان الدين ممتازا باطلا أو قابلا للإبطال كما إذا تبين أن الأجرة التي يطالب بها العامل كانت نتيجة القيام بأعمال غير مشروعة أو مخلة بالأداب العامة<sup>112</sup>.

### - الانقضاء بشكل أصلي

ينقضي حق الامتياز بصفة أصلية – وبقطع النظر عما إذا كان الدين الممتاز قد انتهى أولا- بسبب من الأسباب الآتية:

1- تنازل الدائن عن حقه في الامتياز.

2- هلاك الشيء الذي يقع عليه الامتياز، كما لو تلفت الخضر التي طالب ناقلها بأجرة نقلها.

3- استحقاق الشيء الذي يقع عليه الامتياز، كما لو تبين أن الشيء الذي يقع عليه الامتياز غير مملوك للمدين، كما لو تبين أن المنقولات التي وضعها النزير بالفندق مسروقة أو ضائعة، وطالب بها صاحبها في الوقت المناسب، فإن امتياز صاحب الفندق ينتهي ولو كانت تلك المنقولات ما تزال في فندقه.

4- اتحاد الذمة، فإذا آل الشيء الذي يقع عليه حق الامتياز إلى صاحب الدين الممتاز، فإن حق الامتياز ينقضي.

4- انتهاء مدة الامتياز: إذا انتهت المدة التي حددها القانون للامتياز فإن حق الامتياز ينتهي بذلك

5- بيع الشيء الذي وقع عليه الامتياز لفائدة دين ممتاز سابق في المرتبة.

<sup>112</sup>- عبد العالي دقوقي، التنظيم القانوني للحق العيني في ضوء القانون 39.08 – حق الملكية والضمانات العينية والشخصية. م.س، ص: 241.

## - المطلب الثاني: الضمانات العينية الحديثة أو المؤسسة على حق الملكية

فضلا عن الضمانات العينية التقليدية، يوجد نوع آخر من الضمانات العينية والتي يمكن اعتبارها حديثة العهد مقارنة مع سابقتها وتستند في تأسيسها على حق الملكية (أي ملكية المدين للشئ مدة محددة رغم رهنه أو بيعه) ويتعلق الأمر بكل من الرهن دون نقل الحيازة (الفقرة الأولى) والبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية (الفقرة الثانية).

ويرتبط هذا النوع من الضمانات بالقانون 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف 1.19.76 بتاريخ 17 أبريل 2019.<sup>113</sup> فهو الذي أعطى لهذه الضمانات قوة فعالة عن طريق تنظيمها تنظيما دقيقا وإعطائها حجة ومكانة مرموقة لتتساوى في الدرجة مع الضمانات العينية الأخرى، وذلك راجع لكون أن هذا القانون أضاف فصول وتمم أخرى ضمن أبرز تشريعين مغربيين وهما قانون الالتزامات والعقود ومدونة التجارة، وهذا يعني أن هذا النوع من الضمانات المستحدثة أصبح منظما في طيات أعتى القوانين المغربية وأبرزها مكانة. وقبل أن أتطرق إلى هاتين الضمانتين، يجب علي كباحث أن أحلل مقتضيات هذا القانون وأبرز ما جاء فيه لأنه قانون مستجد ويرتبط ارتباطا وثيقا بموضوع هذه الرسالة والمعنونة بالضمانات القانونية في القانون المدني المغربي.

فالقانون رقم 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة أحدث صراحتا ثورتا تشريعتنا فيما يتعلق بنظام الضمانات في بلدنا، ويظهر ذلك من خلال استحداثه لمجموعة من الآليات الجديدة التي تشكل قطيعتا مع النظام الائتماني التقليدي الذي لم يساير التطورات الاقتصادية، فلا الرهن الحيازي الذي ينقل الحيازة للدائن ويبقى المدين على حافة الإفلاس التام ولا الامتيازات التي لا تنقرر إلى بنصوص قانونية وفي أحيان قليلة إن لم نقل نادرة، كل هذا جعل المشرع المغربي

<sup>113</sup>- الظهير الشريف رقم 1.19.76 الصادر في 17 أبريل 2019 بتنفيذ القانون رقم 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6771 بتاريخ 22 أبريل 2019. ص 2058.

يغير نظرتة لهذا النوع من الضمانات ويحدث أخرى تواكب التطور الحاصل في بلانا. فما هي الأهداف التي أخرج من أجلها هذا القانون وما أبرز المستجدات التي أتى بها هذا؟.

يهدف القانون رقم 21.18، حسب المادة الأولى منه، إلى تسهيل ولوج المقاولات إلى مختلف مصادر التمويل المتاحة عبر تقديم الضمانات المنقولة المتوفرة لديها، وتحسين شروط تنافسية المقاولات عبر تأمين عمليات تمويل الاستثمار، وترسيخ مبادئ وقواعد الشفافية في المعاملات بالضمانات المنقولة، وكذا تحقيق الأمن القانوني التعاقدى<sup>114</sup>.

114- أما عن للمستجدات التي أتى بها هذا القانون فإنه يمن تلخيصها في المحاور الكبرى التالية:

- توسيع مجال أعمال الضمانات المنقولة
- ففي إطار ترمين أصول المقاولات وتوظيفها في عملية التمويل، حرص هذا القانون على توسيع مجال الرهن بدون حيازة، ليشمل كافة أنواع المنقولات ودون حصره في المجال التجاري والمهني، في إطار تنظيم متكامل لهذا النوع من الرهون بحيث أصبح من حق المقاول أن ترهن أي منقول في ملكها مهما كانت طبيعته، وفي هذا الإطار نظم هذا القانون رهن الديون، ورهن الحسابات البنكية، ورهن حسابات السندات، ووضع لها أحكام خاصة، ودائما في إطار الرهن بدون حيازة.
- وفي نفس السياق تمت إضافة فرع خامس لقانون الالتزامات والعقود تحت عنوان " البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية"، وهو شكل جديد من أشكال تمويل المقاولات يتيح للمولين إمكانية منح تسهيلات في أداء قيمة المنقولات وتعزيز ضماناتهم في الأداء، عن طريق وقف نقل ملكية الشيء المبوع إلى حين الأداء الكامل للثمن.
- تسهيل إنشاء الضمانات المنقولة
- فبهدف تسريع المعاملات الائتمانية مع ضمان الحماية اللازمة للدائنين والمدينين، تم العمل على تبسيط قواعد إنشاء الضمانات المنقولة، وذلك من خلال:
- \*تمكين المدينين من إنشاء الضمانات على جميع أموالهم المنقولة.
- \*جواز رهن الأموال المستقبلية.
- \*السماح بإنشاء ضمانات منقولة لضمان الديون غير المحدد المبلغ، أو الديون التي يمكن أن تتغير مبالغها مع مور الزمن، شريطة إمكانية تحديد المبلغ الأقصى لهذه الديون.
- \*حصر عدد البيانات الإلزامية في العقد المنشئ للرهن.
- \*جواز الاتفاق على إمكانية استبدال الأموال المرهونة كلياً أو جزئياً.
- \*جواز تقييد الوعد بالرهن.
- إحداث السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة
- سيمكن هذا السجل من:
- \*تسهيل عملية إشهار الضمانات المنقولة وإخبار الأغيار بوجودها، خاصة الدائنين المحتملين.
- \*إثبات حجية الضمانات في مواجهة الغير لتفادي النزاعات.
- \*تحديد ترتيب أولوية الدائنين استناداً إلى تاريخ وساعة إجراء التقييد.
- \*إشهار جميع أنواع الرهون بدون حيازة، وباقي الضمانات المنقولة والعمليات التي في حكمها، وإشهار التقييدات المعدلة والتشطيبات.
- \*إخضاع رهن الأصل التجاري ورهن أدوات ومعدات التجهيز لشكليات الإشهار بالسجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة عوض تقييده بالسجل التجاري.
- \*تنظيم عملية التقييد في السجل الإلكتروني للضمانات، ومنح الأطراف أو وكلائهم صلاحية إجراء هذا التقييد.

## [نظام الضمانات في ضوء القانون المدني المغربي]

- \* تحميل الطرف الذي يقوم بعملية التقييد المسؤولية القانونية، مدنية وجنائية، عن صحة البيانات المدلى بها، ومنح الإدارة إمكانية إدخال أي تقييد تعديلي أو تشطيب عليه بناء على حكم قضائي.
- تعزيز الحرية التعاقدية في مجال الضمانات المنقولة، من خلال:
- \* جواز التعاقد لضمان جميع الديون الحالية والمستقبلية، سواء كان مبلغها ثابتا أو متغيرا، وجواز ضمان التزام محدد أو احتمالي أو موقوف على شرط.
- \* جواز وصف المال المرهون بكيفية عامة من خلال مواصفات تمكن، حسب طبيعة المال، من التعرف عليه دون تحديده تحديدا دقيقا وجامدا.
- \* وضع قواعد لاستبدال المال المرهون، كليا أو جزئيا، لضمان مرونة أكبر في تدبير الضمانات من قبل المقاوله الرهنة بما يستجيب لحاجياتها التمويلية.
- \* إمكانية أن يكون الرهن بدون حيازة محل وعد بالرهن يجوز تقييده في السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، وفي حالة تقييد العقد النهائي للرهن يصبح للدائن المرتهن الموعود له حق الأولوية ابتداء من تاريخ تقييد الوعد بالرهن.
- التأسيس القانوني لمبدأ التناسبية بين الدين والمال المخصص لضمانه، وذلك بالتنصيص على ما يلي:
- \* جواز الاتفاق بين الأطراف على الانقضاء الجزئي للرهن، وخفض جزء من الأموال المرهونة بما يتناسب مع نسبة تنفيذ الالتزام، وذلك لخلق نوع من التوازن والإنصاف.
- \* السداد الجزئي لثمن المنقولات القابلة للاستهلاك، يؤدي إلى الانقضاء الجزئي لشرط الاحتفاظ بالملكية بالتناسب.
- \* جواز التحقيق الجزئي للرهن كلما كان ذلك ممكنا، وفي هذه الحالة، يظل الرهن قائما فقط بالنسبة للأموال المتبقية التي لم يشملها التحقيق الجزئي على الأداء الكلي للدين المضمون.
- \* إضافة مقتضيات بالنسبة لرهن المنتجات والمواد، تعزز ضمانات الدائن المرتهن كجواز الاتفاق على أنه في حالة انخفاض قيمة المال المرهون، على المدين تعويض هذا الانخفاض أو سداد جزء من الدين بما يتناسب مع هذا الانخفاض، وفي حالة عدم الاستجابة يعتبر أجل الدين حالا، ويحق للدائن المطالبة بسداده كالا.
- إحداث مهمة وكيل الضمانات:
- لضمان استقرار المعاملات وتعزيز تمثيلية الدائنين، تم إحداث مهمة وكيل الضمانات، والذي يعمل باسم الدائنين ولمصلحتهم، بموجب عقد وكالة، للقيام بعمليات إنشاء وتحقيق الضمانات، وبجميع العمليات المرتبطة بها، ولهذه الغاية قام قانون 21.18 :
- \*تنظيم مهمة وكيل الضمانات، وتحديد نطاقها على أساس تعاقدي.
- \*توسيع صلاحياته، وذلك بالسماح له بالتقاضي باسم الدائنين، ومنع موكله من مباشرة حقوقهم بعد تكليفه لتفادي التداخل والاضطراب في مهمته، وجعل الأداءات التي يتلقاها لفائدة الدائنين، والمودعة في حساب بنكي، تخصص لفائدتهم ولا تخضع لمساطر التنفيذ.
- \*التنصيص على عدم تأثير حوالة الحق من طرف أحد الدائنين لدائن جديد على صلاحيات ممثل الدائنين أو الضمانات الممنوحة لضمان الديون المحالة.
- تسهيل تحقيق الضمانات المنقولة:
- فبالنظر إلى الصعوبات العملية، والمدة التي قد يستغرقها تحقيق الضمانة في ظل المقتضيات المؤطرة في ظهير الالتزامات والعقود، في إطار مسطرة البيع بالمزاد العلني تحت إشراف القضاء، والتي قد يترتب عنها مصاريف باهظة قد لا تتناسب مع قيمة المال المضمون، تم التنصيص على آليات جديدة تسمح بعملية التحقيق في وقت وجيز وبأقل التكاليف، مما سيحفز الدائنين على منح القروض والتمويلات الضرورية للمقاوله والمدين بصفة عامة، ولهذا الغرض تم:
- \*توسيع طرق تحقيق الضمانات من خلال اعتماد آليات تعاقدية لا تتطلب اللجوء إلى القضاء، منها تملك الدائن المرتهن للمال المرهون رضائيا عند عدم وفاء المدين الراهن بالدين، وذلك بالاتفاق في العقد المنشئ للرهن على استعمال شرط التملك عند عدم الوفاء بالدين، وإقرار آلية البيع غير القضائي للمال المرهون، وذلك عن طريق الاتفاق إما على بيع الشيء المرهون بالتراضي بين طرفي الرهن، أو على بيعه عن طريق مزاد يشرف عليه شخص من أشخاص القانون الخاص، مع مراعاة بعض الضوابط التي تسمح بحماية مصالح الراهن عبر تقييم المال المرهون من طرف خبير.
- \* الترخيص للدائن المرتهن بالتملك القضائي للمال المرهون، وذلك بالتنصيص في القانون على إمكانية لجوء الدائن المذكور إلى قاضي الأمور المستعجلة لاستصدار أمر بتملكه المال المرهون بعد معاينة واقعة عدم الأداء، وذلك بقيمة توافق قيمة هذا المال في السوق، وليس قيمة الدين المرهون .

## الفقرة الأولى: الرهن بدون حيازة

للإلمام بهذه الضمانة العينية سوف نسلک المنهج المتبع في دراسة الضمانات السابقة ذكرها، وذلك بتبيان مفهوم الرهن بدون حيازة وبيان خصائصه (أولا) ثم الانتقال لدراسة الشروط والأثار المترتبة عن هذا النوع من الرهون وكذا طرق انقضائه (ثانيا).

### أولا: مفهوم الرهن بدون حيازة وبيان خصائصه

#### أ- تعريف الرهن بدون حيازة

عرف الفصل 1170 من قانون الالتزامات والعقود والمعدل بمقتضى القانون 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة الرهن بدون حيازة بقوله: "الرهن بدون حيازة هو عقد بمقتضاه يخصص المدين أو أحد من الغير يعمل لمصلحته شيئا لضمان التزام، والذي لا يستلزم تخلي الراهن عن حيازة الشيء".

فمن خلال هذا الفصل يمكن لنا القول بأن الرهن بدون حيازة أخذ من الرهن الحيازي محله ومن الرهن الرسمي عدم انتقاله.

فهو مثله مثل الرهن الحيازي يرد على المنقول والعقار والحق المعنوي وذلك حسب ما جاءت به الفقرة الأولى من الفصل السابق بقولها: "الرهن إما أن يكون حيازيا أو بدون حيازة، وهو يتعلق بشيء، سواء كان منقولاً أو عقاراً أو حقاً معنوياً. وهو يمنح الدائن حق استيفاء دينه من هذا الشيء بالأولوية على جميع الدائنين الآخرين، إذا لم يفي له المدين به".

وكإشارة فقط فإن هذا النوع من الرهون ليس بمستجد، فقد عرفه التشريع المغربي في فترة الحماية كل ما هنالك أنه لم يكن منظماً تنظيمياً دقيقاً كما نظمه قانون الضمانات المنقولة.

فأول مرة ظهر هذا النوع من الضمانات في ظهير 31/12/1914 بشأن بيع ورهن الأصل التجاري الذي يعتبر فاتحة التشريعات المتعلقة برهن المنقول دون نقل الحيازة، لتتوالى من بعده تشريعات أخرى خصصت كل واحدة منها لتنظيم رهن منقول معين مرتبط بنشاط

اقتصادي كظهير 27/8/1918 المتعلق برهن المحصولات الفلاحية والذي نص على إمكانية رهن المحصولات الفلاحية دون أن يتخلى الراهن على حيازتها، على أن التطور الملحوظ في هذا الإطار يتعلق أساسا بما حملته مدونة التجارة الجديدة لسنة 1996 التي أقرت هذا النوع الجديد من الرهون في إطار المادة 336 التي نصت على الآتي: "الرهن نوعان رهن يفترض معه تخل المدين على الحيازة ورهن لا يفترض فيه ذلك"<sup>115</sup>.

### ب- خصائص الرهن بدون حيازة

يتسم الرهن بدون حيازة بالخصائص التالية:

- أنه حق عيني: فإذا كان المشرع المغربي قد حدد سالفًا الحقوق العينية سواء الأصلية منها أو التبعية فإنه سمح مع ذلك كاستثناء بإضافة حقوق عينية أخرى بواسطة نص القانون، إذ نصت المادة 11 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي: "لا يجوز إنشاء أي حق عيني آخر إلا بقانون".

وهذا يعني على أن الرهن بدون حيازة هو بدون شك حق عيني تبعي وهو يولي الدائن حق التتبع وحق الأولوية<sup>116</sup>.

- عدم تخلي المدين الراهن عن الشيء محل الرهن لفائدة الدائن المرتهن: وهذا ما أكدته الفقرة الثالثة من الفصل 1170 في معرض تعريفها للرهن بدون حيازة.

<sup>115</sup> - الحبيب خليفة جبودة، رهن المنقولات دون نقل الحيازة "محاولة في التأصيل"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الخامس أكادال، السنة الجامعية 1996-1997. ص 48.

<sup>116</sup> - وهذا ما نص عليه كل من الفصلين 1170 و1177 من قانون رقم 21.18: إذا في الأول "الرهن إما أن يكون حيازياً. وهو يتعلق بشيء سواء كان منقولاً أو عقاراً أو حقاً معنوياً. وهو يمنح الدائن حق استيفاء من هذا الشيء بالأولوية على جميع الدائنين الآخرين، إذا لم يفي له به المدين". وجاء في الثاني "للدائن المرتهن رهناً حيازياً أو رهناً بدون حيازة حق تتبع الشيء المرهون حيثما وجد...".

- ارتباط الرهن بدون حيازة بمجال معين وغاية اقتصادية معينة: ألا وهي تسجيع النشاطات الاقتصادية والتمويل عموماً، وبالتالي لا يمكن تصور هذا الرهن إلا في المجال الإنتاجي وهذا ما يميز هذا الرهن عن باقي الضمانات المشابهة الأخرى

- إمكانية إنشاء هذا النوع من الرهون لضمان ديون حالية أو مستقبلية، وكذا لضمان التزام احتمالي أو موقوف على شرط: وهذا ما نص عليه الفصل 1175 بقوله: "يجوز إنشاء رهن حيازي أو رهن بدون حيازة لضمان الديون الحالية أو المستقبلية، سواء كان مبلغها ثابتاً أو متغيراً، حسب الحالة أو لضمان التزام احتمالي أو موقوف على شرط.."

- كما أنه من خصائص هذا الرهن أنه يجوز أن يعلق على شرط أو يربط بأجل<sup>117</sup>.

- كذلك من خاصية هذا الرهن بدون حيازة والتي يشترك فيها مع جميع الرهون الأخرى أنه حق غير قابل للتجزئة: (يراجع ما قولناه عن هذه الخاصية أثناء حديثنا عن الرهن الحيازي).

ثانياً: شروط إنشاء الرهن بدون حيازة وبيان آثاره

#### أ- شروط إنشاء الرهن بدون حيازة

نص القانون 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة على عدة شروط وجب توفرها من أجل إنشاء الرهن بدون حيازة بشكل صحيح، وهي كالآتي:

\* ضرورة التوفر على أهلية التصرف: فانطلاقاً من الفصل 1171 السابق ذكره فإنه يشترط لإنشاء الرهن بدون حيازة، توفر أهلية التصرف بعوض والتي حددتها مدونة الأسرة في 18 سنة شمسية كاملة كأصل.

<sup>117</sup>- إذ نص الفصل 1176 من القانون 21.18:

"يصح أن ينشأ الرهن الحيازي أو الرهن بدون حيازة ابتداء من تاريخ معين أو إلى حدود تاريخ معين أو بشرط واقف أو فاسخ"

وعليه فهذا النوع من الرهون غيره لا يصح إنشائه من طرف قاصر أو ناقص للأهلية بل يجب في هذه الحالة أن يقوم به النائب الشرعي بعد الحصول على إذن من القاضي كما هو محدد في الفصل 11 من ق.ل.ع

\* تحقق شكلية الكتابة: من الشروط الضرورية الواجب توفرها للقول بصحة عقد الرهن بدون حيازة هو تحقق " شكلية الكتابة"، وذلك سواء أكانت هذه الكتابة بمقتضى محرر رسمي أو عرفي شرط أن يتوفر على مجموعة من البيانات الإلزامية التي نص عليها الفصلين 1188 و 1190، حيث جاء في الأول: " ينشأ الرهن الحيازي أو الرهن بدون حيازة كتابة في محرر رسمي أو عرفي.

يجب أن يتضمن العقد الإشارة إلى هوية كل من الراهن والدائن المرتهن ومبلغ الدين المضمون كما هو منصوص عليه في الفصل 1175 أعلاه والعقد المنشئ للدين موضوع الرهن، ووصف الشيء موضوع الرهن...".

وورد في الثاني: " يتم وصف الشيء محل الرهن الحيازي أو الرهن بدون حيازة في العقد المنشئ له. من خلال التنصيص فيه بكيفية عامة على نوعية هذا الشيء أو صنفه ومستوى جودته وكميته عند الاقتضاء، وعلى كل المواصفات الأخرى الممكن الإشارة إليها حسب طبيعة الشيء محل الرهن، وذلك حتى يتسنى التعرف عليه"

\* ضرورة تقييد الرهن بدون حيازة في السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة: من الشروط الأساسية أيضا لصحة الرهن بدون حيازة، والتي نص عليها القانون المتعلق بالضمانات المنقولة، نجد هنالك شرط يشبه إلى حد ما، ما ورد عليه النص في القانون رقم 14.07 من ضرورة تقييد العقار المحفض بالرسم العقاري للاعتداد به سواء بين عاقديه أو الغير حيث يعطي هذا التقييد حجة مطلقة لمضمون العقد وبدونه فالعقد يكون منعدم الحجية لا بين عاقديه ولا للغير.

وهذا الشرط هو نفسه الذي أورده المشرع المغربي في القانون رقم 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة بالنسبة للرهن بدون حيازة، كل ما هناك أن مكان التسجيل وطريقته تختلف، فالنسبة للأول نجد الرسم العقاري كما سبق الذكر أما بالنسبة للثاني فنجد السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة.

وهذا صراحة ما جاء به الفصل 1191 من قانون الضمانات المنقولة بقوله: "...يحتج بالرهن بدون حيازة في مواجهة الغير عن طريق التقييد في السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة المحدث بموجب التشريع الجاري به العمل".<sup>118</sup>

### ب- الآثار المترتبة عن الرهن بدون حيازة

إن إنشاء عقد الرهن بدون حيازة يرتب عدة آثار فيما بين أطرافه والتي تشبه تلك المتطرق لها في إطار حديثنا عن الرهن الحيازي مع مراعاة الطبيعة التي تميز هذا النوع من الرهن وخصوصا خاصية عدم انتقال الحيازة.

<sup>118</sup>- ورجوعنا للباب الرابع من نفس القانون، نجده نظم بشكل من التدقيق هذا السجل حيث خصص له المواد من 12 إلى 18، حيث حدد هذا الباب الأشخاص المخول لهم القيام بإجراء هذا التسجيل في الفصل 14 منه بقوله: "تتم عملية إشهار الضمانة عن طريق تقييد إشعار في السجل الوطني بمبادرة من الراهن أو الدائن المرتهن أو من وكيل الضمانات المنصوص عليه في الباب الخامس من هذا القانون أو من أي شخص تم منحه الرهن بمقتضى المادة 24 من نفس القانون. ويمكن أيضا أن يتم هذا التقييد أيضا وكذا التقييدات اللاحقة والتشطيبات من السجل الوطني بقائدة الأشخاص المشار إليهم أعلاه من قبل:

- الموثقين والعدول والمحامين والخبراء المحاسبين والمحاسبين المعتمدين
  - الأشخاص الذين يتوفرون على وكالة خاصة من أجل القيام بالإجراء المذكور..."
- أما عن مضمون هذا التقييد فقد نصت عليه المادة 15 بقولها: "يتضمن كل تقييد في السجل الوطني مايلي:
- 1- هوية الراهن 2- هوية المرتهن وعند الاقتضاء هوية وكيل الضمانات 3- مبلغ الدين وعند الاقتضاء المبلغ الأقصى للدين 4- بيان المال المرهون 5- تاريخ انقضاء الرهن.
- يمكن لأي شخص استخراج شهادة إشعار من السجل الوطني المذكور تثبت إشهار التقييد والتقييدات اللاحقة والتشطيبات في هذا السجل".
- أما عن الحجية التي يكتسبها هذا التقييد وتناجها فهو ما ورد عليه النص في المادة 16: "يصبح أي تقييد لأي ضمان من الضمانات المنقولة والعمليات المعتبرة في حكمها، أنجزت بصورة قانونية وفقا لأحكام المادتين 13 و14 من هذا القانون ساري المفعول ابتداء من تاريخ وساعة تقييده.
- ويحتج بهذا التقييد في مواجهة الغير ابتداء من تاريخ سريان مفعوله إلى حين تاريخ انقضائه، وذلك خلال أجل أقصاه 5 سنوات، مالم يتم تجديد هذا التقييد قبل انصرام الأجل المذكور لمدة مماثلة عند الاقتضاء، على ألا تتجاوز هذه المدة في كل حالة 5 سنوات..."

وعموما سوف نتطرق في هذا البند عن أهم الآثار التي يترتبها هذا العقد لا فيما بين أطرافه (1) ولا بالنسبة للغير أيضا (2).

### 1- آثار عقد الرهن بدون حيازة فيما بين المتعاقدين

إذا نشأ عقد الرهن بدون حيازة صحيحا، فإنه سيرتب أثارا فيما بين المتعاقدين، لذلك سوف يكون تقسيم هذا المحور إلى جزئين نخصص الأول لدراسة آثاره بالنسبة للراهن، على أن نمر بعدها لدراسة الآثار التي تهم الدائن المرتهن.

#### - آثاره بالنسبة للراهن

يرتب الرهن بدون حيازة أثارا بالنسبة للراهن الرهن، إذ يتم إنشاء الضمان العيني دون تسليم الشيء المرهون إلى المرتهن، وهذا الأمر يولد حقوقا والتزامات للراهن. لذلك سيكون موضوعنا في هذا السياق دراسة هذه الحقوق والالتزامات في نقطتين أساسيتين، نخصص الأولى لحقوق الراهن والثانية لالتزاماته.

#### \* حقوق الراهن

يعطي الرهن دون نقل الحيازة، للراهن حق التصرف في المال المرهون لأن هذا الأخير لا يفقد ملكية المرهون، وكذلك يعطيه الحق في إدارة واستغلال المرهون واستعماله مادام المرهون باقيا في حيازته.

ولكن كل ذلك بشرط أن لا يؤدي هذا التصرف إلى الاضرار بالدائن المرتهن، كما أن هذه الحقوق تكون في المرحلة التي تسبق اتخاذ إجراءات التنفيذ على المرهون، إذ يحتفظ الراهن بمزايا ملكيته بشكل كامل، أما بعد اتخاذ المرتهن لإجراءات تنفيذ يعد عندها المال المرهون محجوزا تحت يد القضاء نتيجة لإجراءات التنفيذ<sup>119</sup>.

<sup>119</sup>- مقال تحت عنوان "رهن المنقول المادي دون حيازة" منشور بمجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول/ السنة التاسعة 2018، ص:19.

## \* التزامات الراهن

من المسلمات الطبيعية في جل العقود أنه عندما يلتزم المتعاقد بصفة عامة والراهن بصفة خاصة، بإعطاء حق الرهن فإنه يلتزم وبشكل ضمني كذلك بضمان سلامة الرهن والحفاظ على قيمة المرهون أي ضمان التعرض والاستحقاق، وهذا لا يختلف سواء انتقلت الحيازة إلى المرتهن أو بقيت في يد الراهن، ولكن في الحالة الأخيرة أي الرهن دون حيازة يلتزم الراهن فوق ذلك بالمحافظة على الشيء محل هذا الرهن.

وبموجب التزام الراهن بالمحافظة على المرهون يلتزم بعدم القيام بأي تعديلات جوهرية في الغرض المعد له الشيء محل الرهن، إذا كان يسبب ضرر للدائن المرتهن في الحصول على حقه، وعند عدم الالتزام بذلك يلتزم بالضمان، وكذلك يكون مسؤولاً عن القيام بالأعمال اللازمة للمحافظة على قيمة المال المرهون، ولعدم وجود نص يشير إلى مقدار العناية يمكن تطبيق مقدار العناية المطلوبة من الدائن المرتهن للمحافظة على المال المرهون في الرهن الحيازي والذي حددته نصوص القانون بعناية الرجل المعتاد<sup>120</sup>.

ومن الالتزامات التي تقع على عاتق الراهن والمتعلقة حسب رأينا بالتزام الراهن بالمحافظة على الشيء المرهون هو ما نص عليه الفصل 1206 من قانون الضمانات المنقولة، بإجازته لإمكانية الدائن المرتهن في إجبار الراهن على استبدال الشيء محل الرهن بأشياء أخرى تساويها قيمة إذا تعيب محل الرهن الأصلي في يد الراهن المستغل.

---

<sup>120</sup> - وهذا المقدار بالتحديد هو ما أشار إليه الفصل 1204 من قانون الالتزامات والعقود بقوله: "يلتزم الدائن بأن يسهر على حراسة الشيء أو الحق المرهون، وعلى المحافظة عليه بنفس العناية التي يحافظ على الأشياء التي يملكها".

## - حقوق الدائن المرتهن

المرتهن في عقد الرهن بدون حيازة، هو الطرف الثاني في هذا العقد، وهو يحمل صفتان، كدائن بوصفه له دين في ذمة المدين وجد الرهن ضمانا للوفاء به وصفة كونه مرتهن بما له من رهن وارد على شيء وإن لم يكن حائزا له.

وبمقتضى الصفات السابق ذكرها للمرتهن، فله كل الحق أن ينفذ على الشيء محل الرهن أو على أي جزء منه ليستوفي حقه في حالة إخلال الراهن بما التزم به، فأى جزء من المال ضامن لكل الدين المضمون وأي جزء من الدين المضمون مضمون بكل المرهون، ولا يتخلص الراهن من الرهن بالوفاء الجزئي للدين المضمون، إلا أن هذا الأمر يمكن الاتفاق على خلافه، أي بقدر الوفاء ينتهي الرهن، لأن قاعدة عدم تجزئة الرهن ليست من مستلزمات الرهن ومن ثم يمكن الاتفاق على خلافها، وهذا ما أكده قانون الضمانات المنقولة في الفصل 1201 منه بقوله: "يمكن للدائن المرتهن أن يتفق مع الراهن على رفع اليد كلياً أو جزئياً، أخذاً بعين الاعتبار نسبة تنفيذ الالتزام، مع مراعاة مبدأ التناسب بين قيمة الشيء المرهون وما تم تنفيذه، سواء تعلق الأمر بالرهن الحيازي أو الرهن بدون حيازة.

وإذا كانت الأشياء المرهونة منفصلة بعضها عن بعض بحيث يكون كل جزء منها ضامناً لجزء من الدين، حق للراهن عند الوفاء بجزء من الدين، أن يسترد الشيء المرهون المقابل لهذا الجزء".

وتطبق بشأن التنفيذ على المرهون القواعد المنصوص عليها في الفرع الرابع من نفس القانون والمعنون بـ "تحقيق الرهن الحيازي والرهن دون حيازة"<sup>121</sup>.

<sup>121</sup>- إذ نص الفصل 1219 منه على أنه: "يوجه الدائن المرتهن إلى الراهن، وإلى المدين حسب الحالة إنذاراً يطلب بموجبه أداء المبالغ المستحقة ويمكن أن يتضمن هذا الإنذار التنصيص على سقوط أجل باقي الأقساط في حالة عدم الأداء، وكذا إمكانية تحقيق الضمانة تبعاً لذلك....".

ونص الفصل 1218 من نفس القانون والذي يعتبر متمماً للفصل السابق ويوضح كيفية تحصيل الدائن المرتهن على حقه من الضمانة على ما يلي: "يجوز للدائن في حالة عدم أداء الدين المضمون، وبعد استيفاء الإجراءات المشار إليها في الفصل 1219 بعده، القيام بما يلي:

## 2- آثار الرهن بدون حيازة بالنسبة للغير

إذا انعقد عقد الرهن بدون حيازة صحيحا، فإنه لا يقتصر على إنشاء حقوق للمرتهن والراهن والتزام الراهن تجاه المرتهن بسبب عدم تجرده من الحيازة، وإنما سوف يرتب العقد أثارا تجاه الغير، وهي التتبع والتقدم في المرتبة في استيفاء دين المرتهن بالأولوية على جميع الدائنين بما فيهم الغير ولو كان حائزا للشيء المرهون<sup>122</sup>.

وفي الختام نشير إلى أن طرق انقضاء الرهن بدون حيازة هي نفسها الطرق التي ينقضي بها الرهن الحيازي، فهو إما أن ينقضي بصورة تبعية عن طريق انقضاء الدين الذي يضمنه، أو بصورة أصلية ومستقلة عن طريق الأسباب التي نص عليها الفصل 1234 من ق.ل.ع والمتمم بمقتضى القانون 21.18 وذلك بنصه على ما يلي: "ينقضي الرهن، سواء كان رهنا حيازيا أو رهنا بدون حيازة، بقطع النظر عن انقضاء الرهن الأصلي:

1- بتنازل الدائن المرتهن عن الرهن

2- بهلاك الشيء المرهون هلاكاً كلياً

3- باتحاد الذمة

4- بفسخ حق الطرف الذي أنشأ الرهن

---

1- تملك الشيء المرهون رهنا حيازيا أو الشيء المرهون بدون حيازة عن طريق الاتفاق ..  
2- أو بيع الشيء المرهون رهنا حيازيا أو الشيء المرهون بدون حيازة بيعا بالتراضي أو عن طريق مزاد يشرف عليه شخص من أشخاص القانون الخاص ..  
3- أو بيع الشيء المرهون رهنا حيازيا أو الشيء المرهون بدون حيازة بيعا قضائياً ...  
4- أو استصدار أمر قضائي يقضي للدائن بتملك الشيء المرهون رهنا حيازيا أو الشيء المرهون بدون حيازة .."  
122- ويقصد بحق التتبع اتخاذ إجراءات التنفيذ على المال المرهون وتملكه أو بيعه بيعا قضائياً في مواجهة الغير، فعند خروج المال المرهون من يد الراهن خروجاً بدون موافقة المرتهن نكون أمام التتبع، بمعنى آخر أن للدائن المرتهن حق التتبع إذا ما نقل الشيء محل الرهن بدون موافقته من الراهن المدين للغير، وله كامل الحق في استرداده من الحائز له. وهذا ما أكدته عدة فصول من القانون رقم 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة، ومنها على الخصوص الفصل 1177 والذي جاء فيه: "للدائن المرتهن رهنا حيازيا أو رهنا بدون حيازة حق تتبع الشيء المرهون حيثما وجد.."  
كما نص الفصل 1178 أيضاً على أنه: "من رهن شيئاً لا يفقد الحق في تفويته، إلا أن كل تفويت يجريه المدين أو الغير مالك الشيء المرهون يتوقف نفاذه على شرط استيفاء الدين المضمون من أصل وتوابع، ما لم يرتض الدائن إقرار التفويت...".

5- بانقضاء أجل الرهن، أو بتحقق الشرط الفاسخ الذي علق عليه

6- إذا اشترط عدم انتقال الرهن مع حوالة الحق

7- بتحقيق الرهن سواء كان رهنا حيازيا أو رهنا بدون حيازة بناء على طلب دائن مرتهن له الأولوية في الترتيب.

### الفقرة الثانية: البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية

من الضمانات العينية الحديثة كما سبق الإشارة لذلك نجد البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية، فبفعل التطورات الاقتصادية وما صاحبها من تحرير للتجارة الدولية، وطغيان مناخ تسود فيه الحرية التعاقدية ظهرت ضمانات جديدة أخذت تغير في الأسس التي تقوم عليها الضمانات التقليدية، وبالخصوص على مستوى الضمانات العينة كما سبق الذكر، فالملكية بدورها أصبحت توظف في الضمان من خلال ما يسمى بشرط الاحتفاظ بالملكية

الأمر الذي جعلها تتعدى الدور التقليدي المنوط بها باعتبارها حقا عينيا أصليا، إلى دور آخر أكثر تطورا يتمثل في وظيفة الضمان، ولأخذ لمحة شاملة عن هذه الضمانة قررنا التطرق لماهيتها وطبيعتها القانونية (أولا) وننتقل بعدها للحديث عن شروط انعقادها وأثارها (ثانيا).

### أولا: ماهية شرط الاحتفاظ بالملكية وطبيعته القانونية

#### أ- ماهية شرط الاحتفاظ بالملكية

إن البحث في ماهية ضمانة شرط الاحتفاظ بالملكية وإعطائها تعريفا دقيقا خاصا بها ليس بالأمر اليسير خصوصا وأن المشرع لم يقم بوضع تعريف لهذه الأخيرة، كما أن الفقه بدوره لم يستقر على تعريف موحد لها.

ف نجد جانب من الفقه يعتبر البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية بيعا عاديا، ينعقد صحيحا ومن شأنه ترتيب آثاره كاملة، إلا أن أحد الأطراف يأتين الآخر على إرجاء تنفيذ الالتزام بنقل

الملكية إلى فترة محددة أو لسبب آخر، بينما يعرفه جانب آخر من الفقه باعتباره بند مكتوب في عقد بيع البضائع أو المنقولات المادية ينص على احتفاظ البائع بملكيته له حتى يقوم المشتري بالوفاء بالثمن المتفق عليه كاملاً<sup>123</sup>.

وبرجوعنا لتشريعنا المغربي نجد على أنه وكما سبق الذكر لم يتطرق إلى تعريف البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية بل اكتفى ببيان مضمونه، حيث نص على إمكانية الاتفاق على وقف نقل ملكية الشيء المبيع، بموجب شرط الاحتفاظ بالملكية، إلى حين الأداء الكامل للثمن وذلك بمقتضى الفصل 618-21 من قانون الضمانات المنقولة والذي جاء في مضمونه بما يلي: "يمكن الاتفاق على وقف نقل ملكية الشيء المبيع بموجب شرط الاحتفاظ بالملكية، إلى حين الأداء الكامل للثمن...".

وعموماً فإنه لإعطاء تعريف دقيق لا بد من الرجوع إلى تعريف عقد البيع في صيغته العامة، والذي يعتبر اتفاق بموجبه ينقل أحد الأطراف ملكية شيء أو حق إلى آخر مقابل ثمن يلتزم هذا الأخير بأدائه له، فإذا كان عقد البيع يرتب آثاره فور إبرامه مما يتعين معه نقل ملكية المبيع إلى المشتري فإن عقد البيع مع الاحتفاظ بالملكية يجعل ذلك الانتقال موقوفاً إلى حين أداء المشتري الثمن كامل، ولذلك يمكن القول على أن عقد البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو نموذج تعاقدي اتفاقي يقوم في جوهره على تأخير نقل الملكية إلى المشتري، حتى يتأتى للبائع استرداد الشيء المبيع باعتباره مالكا له عند تخلف المشتري على الوفاء بالحق<sup>124</sup>.

### ب- الطبيعة القانونية لشرط البيع مع الاحتفاظ بالملكية

تتسم الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية بالكثير من الغموض والتعقيد، وقد تباينت الآراء الفقهية في هذا الصدد بين من يحاول إدخال الشرط المذكور داخل الإطار القانوني

<sup>123</sup> - محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية في المنقول المادي - دراسة مقارنة- مطبعة المعارف بالإسكندرية (دون ذكر رقم الطبعة)، ص: 17.

<sup>124</sup> - طارق أولاد علي، البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية على ضوء القانون رقم 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة، مقال منشور بموقع [www.MarocDroit.com](http://www.MarocDroit.com) الولوج بتاريخ 2020/08/30

المنظم لأحكام الشرط والأجل، وبين من يحاول اعتباره مزيج من بين مجموعة من الأنظمة القانونية المختلفة.

## 1- طبيعة شرط الاحتفاظ بالملكية باعتباره وصفا

### - نظرية الشرط

باعتبار أن الاحتفاظ بالملكية في عقد بيع المنقول هو شرط يوقف نقل الملكية إلى حين السداد الكامل للثمن، فإن جانب من الفقه الفرنسي يعتبر أن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع لا ينعقد قبل سداد المشتري الثمن باعتبار أن المليكة لا تنتقل إلى المشتري إلا بعد سداد كامل الثمن.<sup>125</sup>

وعلى نفس المنوال اتجه جانب من الفقه المصري حيث اعتبر أن الاحتفاظ بالملكية هو شرط واقف يتمثل في الوفاء بكامل الثمن ولو تم تسليم ملكية المبيع حتى قبل استيفائه لأي قسط من الأقساط أو استيفائه الثمن كاملا، إلا أن هذه النظرية تثير صعوبتا في تحديد نطاق سلطة المشتري على المبيع، خصوصا وأن ملكيتها لم تنتقل إليه بعد، مما يجعل المشتري مالكا لحق احتمالي معلق على أدائه للثمن من عدمه، وما يؤكد ذلك هو نص الفصل 618-24 الذي اعتبر أن المشتري الذي لا يؤدي الثمن كاملا عند الاستحقاق، يخول للبائع استرجاع الشيء المنقول، وهو ما دفع ببعض الفقه إلى القول بأن البيع والحالة هاته معلق على شرط فسخ.

فالشرط الفاسخ هو أيضا أمر مستقبل وغير محقق الوقوع يعلق عليه زوال الالتزام، فيتحققه يزول الالتزام ويعتبر كأن لم يكن، وباعتبار أن شرط الاحتفاظ بالملكية إلى أن يؤدي المشتري الثمن كاملا، يجعل من عقد البيع والحالة هذه التزاما موجودا نافذا إلا أنه معرض للزوال في الحالة التي لا يؤدي فيها المشتري الثمن عند الاستحقاق، وفي هذا السياق يرى بعض الفقه أن الاحتفاظ بالملكية هو شرط فاسخ معلق على عدم الوفاء من طرف المشتري بالثمن، وبالطبع

<sup>125</sup>- نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، م.س، ص: 151.152..

فالمشتري هنا يمتلك ملكية المبيع وله أن يتصرف فيه بكافة أنواع التصرف، إلا أن هذه الملكية تنتزع منه بقوة القانون عند تحقق الشرط الفاسخ والمتمثل في عدم الوفاء بالثمن.

لكن الأخذ بهذه النظرية هو أمر مجاني للصواب، لكون اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية شرطا فاسخا يتناقض مع روح هذا الشرط في ذاته، فهو يجعل الملكية تنتقل إلى المشتري وليس فقط ضمان حفظها إلى حين الوفاء بثمنها، وهو أمر يترتب عنه نقل ملكيتها مرتين الأولى عند التعاقد، والثانية عند الفسخ لتحقق الشرط الفاسخ<sup>126</sup>.

### - نظرية الأجل

تقوم فكرة الأجل على تعليق نفاذ الالتزام أو زواله بمرور مدة زمنية معينة، والمشرع نظم الأجل كأحد الأوصاف التي تلحق الرابطة القانونية، إلا أنه يختلف عن الشرط في كونه أقوى وجودا من الالتزام المعلق على شرط، فالأجل مهما طال أمده سيحل لا محالة، بخلاف الشرط الذي يبقى مدار جهالة فقد يتحقق وقد لا يتحقق.

والأجل أنواع متعددة، وبالنظر إلى الآثار التي يترتبها فهناك الأجل الواقف وهناك الأجل الفاسخ، وإذا كان الأجل الفاسخ مستبعد لكونه يفسخ الالتزام بحلوله، فإن شرط الاحتفاظ بالملكية أساسه ضمان أداء الثمن وليس فسخه عند عدم ذلك الأداء.

بمعنى آخر أن الأجل المقصود في هذا الاتجاه هو الأجل الواقف وليس الفاسخ، وذلك لأن الأجل المقصود في هذا السياق هو ذلك الذي يتم فيه أداء الثمن من طرف المشتري ونقل الملكية إليه في الوقت الذي أدى فيه هذا الثمن.

والحقيقة أنه بالرغم من تنصيص المشرع في الفصل 618.21 على أنه يمكن وقف نقل ملكية المبيع إلى حين الوفاء بالثمن، وهو ما يستتشف منه أن الأداء يتم بعد مرور أجل معين، ومع ذلك

<sup>126</sup> طارق أولاد علي، البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية في ضوء القانون 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة، م.س.

فإن هذه النظرية تبقى مجانية للصواب لكون أداء الثمن مسألة غير محققة الوقوع بخلاف الأجل الذي يعتبر متحققا لا محالة، وهو ما عرض هذه النظرية للنقد أيضا<sup>127</sup>.

## 2- طبيعة شرط الاحتفاظ بالملكية باعتباره ضمانا

أدت الطبيعة الاستثنائية لشرط الاحتفاظ بالملكية بالفقه إلى ضرورة تأصيله ورده إلى نظام قانوني معين، وإذا كانت الاتجاهات السابقة قد حاولت إدراجه ضمن أنظمة الشرط والأجل، فإنه هنالك من ربط الطبيعة القانونية للبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية مع الوظيفة الرئيسية التي يهدف إليها ألا وهي الضمان، إلا أن أصحاب هذه النظرية انقسموا بين فريق يعتبره ضمانا اتفاقيا، وفريق آخر يعتبره ضمانا عينيا.

### ثانيا: شروط انعقاد البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية وآثاره

بالقائنا نظرة موسعة لقانون الضمانات المنقولة وبالخصوص الفرع الخامس منه والمتعلق ب"بيع المنقول مع شرط الاحتفاظ بالملكية، نجد على أنه أحاط صراحتا هذه الضمانة بمجموعة من الشروط وجب على الأطراف الراغبة في الانضواء تحتها أن تحترمها تحت طائلة بطلان عقد هذه الضمانة (أ) كما أنه رتب عدة آثار تخص كلا طرفي هذا العقد في حالة إنشائها مستوفيا لهذه الشروط (ب).

#### أ- الشروط الواجب توفرها في ضمانة البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية

ونتطرق لهذه الشرط تباعا على شكل نقاط أساسية والمتمثلة فيما يلي:

- حصر نطاق هذه الضمانة في المنقولات دون العقارات: وذلك لأن بيع العقارات مع شرط الاحتفاظ بملكيتها خارج عن نطاق تطبيق القانون والمتعلق بالضمانات المنقولة وما يؤكد ذلك هو صياغة الباب الذي ينظم هذه الضمانة نفسه والذي جاء تحت عنوان "في بيع المنقول مع شرط الاحتفاظ بالملكية".

<sup>127</sup> - محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، م.س، ص:320.

- اشتراط الكتابة كشكلية لانعقاد هذه الضمانة: فبقراءتنا للفصل 618-21 من القانون 21.18 نجده ينص على ما يلي: "يمكن الاتفاق على وقف نقل ملكية الشيء المبيع، بموجب شرط الاحتفاظ بالملكية، إلى حين الأداء الكامل للثمن.

**يجب أن يتم الاتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية كتابة...".**

فكما يتضح جليا من هذا الفصل فإن أبرز الشروط التي تطلبها المشرع هي تلك التي يتضمنها جميع أنواع العقود من أهلية ورضى وسبب ومحل، بالإضافة لذلك فإنه تطلب شرط الكتابة لصحة إبرام هذه الضمانة وذلك مثلها مثل الضمانات السابقة ذكرها والتي بدورها تطلب فيها المشرع الكتابة مع اختلاف واضح، وهو أنه إذا كان قد حدد نوع الكتابة في الضمانة السابقة فإنه أغفل ذلك في هذا الفصل أي رسمية أم عرفية، وهذا ما يترك الحرية المطلقة للأطراف للاختيار بين الصيغة الرسمية والعرفية.

- ضرورة تقييد عقد البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية في السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة: فقد اختار المشرع في هذه الضمانة إتباع إجراءات الشهر، وذلك لإعلام الغير ذو المصلحة بقيام هذا الشرط بين الطرفين، وإذا لم يحترم هذا الشرط فإنه لا يمكن الاحتجاج به بتاتا تجاه الأغيار لأنه لم يتم إعلامهم به<sup>128</sup>.

**ب- الآثار المترتبة عن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية**

رتب المشرع المغربي على الاتفاق بإعمال شرط الاحتفاظ بالملكية عدة آثار بمقتضى القانون رقم 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة وخصوصا في الفصول من 618-22 إلى 618-26، وسوف نقوم بتقسيم هذه الآثار كما وردت في هذه الفصول على الشكل التالي، الحالة التي

<sup>128</sup>- وهذا ما أكدته الفقرة الأخيرة من الفصل 618-21 من القانون 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة والتي جاء فيها: "يجتج بالبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الغير عن طريق التقييد في السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة المحدث بموجب التشريع الجاري به العمل".

يؤدي فيها المدين ثمن الأشياء المنقولة (1) وأيضا الحالة التي يتصرف فيها بالشيء المنقول محل الشرط (2).

### 1- الحالات المتعلقة بأداء ثمن الأشياء المنقولة

فباعتبار أن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية، يشكل نوعا من البيوع الائتمانية التي تسعى إلى ضمان أداء الثمن المستحق من جهة، وتوفير فرص الحصول على التمويل المادي من جهة أخرى، فإن ذلك يتطلب الثقة التي تضطلع بها المعاملات المالية، ومن ثم فإنه تكريسا لهذه الثقة فإنه يتعين أداء الثمن وفق الشروط المتفق عليها بين الأطراف وقد تطرق المشرع لحالات الوفاء نتطرق لها تباعا على الشكل التالي.

- حالة الأداء الجزئي لثمن الأشياء المنقولة:

ينص الفصل 618-22 من القانون رقم 21.18 على ما يلي: "يترتب عن الأداء الجزئي لثمن بيع الأشياء القابلة للاستهلاك، الانقضاء الجزئي لشرط الاحتفاظ بملكية هذه الأشياء، وذلك في حدود الثمن المؤدى، مالم يشترط غير ذلك".

فهذا الفصل يتحدث لنا عن أداء المشتري لجزء من ثمن الأشياء، فالأداء الجزئي حسب النص أعلاه يترتب الانقضاء الجزئي أيضا لشرط الاحتفاظ بملكية الأشياء، فالمشرع المغربي حاول التعامل بمرونة مع هذه الضمانة، فهي تنتهي تدريجيا بالأداء الجزئي للأقساط التي على المشتري.

فإذا كان الأصل هو الوفاء الكلي للالتزامات في ق.ل.ع المغربي، إلا أن ذلك لا يمنع من الاتفاق على تجزئ الوفاء به، فالمشرع في قانون الضمانات المنقولة وسع من هامش الحرية التعاقدية بالنسبة للأطراف وسمح لهم بهذه الإمكانية، ولكنه عاد للتأكيد في نفس الفصل السابق

ذكره على أن ذلك مالم تذهب إرادة الأطراف بخلافه، ففي هذه الحالة وجب أن يتم الأداء دفعنا واحدة دون تجزئ<sup>129</sup>.

- حالة عدم أداء ثمن الأشياء المنقولة

نص الفصل 618-24 على أنه: "إذا لم يتم أداء الثمن كاملا عند الاستحقاق، يجوز للبائع استرجاع الشيء المنقول.

يمكن استرجاع الشيء المنقول وفق الشروط المتفق عليها بين الطرفين، وعند تعذر ذلك، للبائع أن يستصدر أمرا قضائيا بإرجاع هذا الشيء.

يختص رئيس المحكمة، بصفته قاضيا للأمر المستعجلة، بإصدار الأمر بإرجاع الشيء المنقول بعد معاينة واقعة عدم الأداء".

فانطلاقا من الفصل السابق يتضح لنا جليا أنه إذا لم يتم أداء الثمن كاملا عند الاستحقاق، فإنه يجوز للبائع استرجاع الشيء المنقول، وهو أمر طبيعي يرجع في أساسه وجوهره إلى كون الدائن في هذه الحالة يعد مالكا للمال المنقول المطالب باسترداده لاحتفاظه بملكيته، مما يجنب الدائن الدخول في حالة تراحم مع باقي الدائنين لحظة استيفاء الحقوق.

أما عن طريقة الاسترجاع أو المسطرة المتبعة في ذلك فقد ترك الفصل السابق الحرية في تحديدها لأطراف العقد اتفاقيا، أو قضائيا في حالة تعذر التوصل لاتفاق بينهما حيث يعين في هذه الحالة على البائع أن يستصدر أمرا قضائيا بإرجاع هذا الشيء، وقد جعل المشرع الاختصاص ينعقد وهذه الحالة لرئيس المحكمة بصفته قاضيا للأمر المستعجلة، عن طريق إصداره الأمر بإرجاع الشيء المنقول بعد معاينته لواقعة عدم الأداء.

<sup>129</sup>- طارق أولاد علي، البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية في ضوء القانون رقم 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة، م.س.

## 2- حالة التصرف في الشيء المنقول

قد يحصل أن يتم التصرف من طرف المشتري بالأموال المنقولة قبل سداد الثمن المتفق عليه في العقد، فالمشرع المغربي في إطار تنظيمه لعقد البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية، تعامل بنوع من الليونة فيما يتعلق بالأشياء المنقولة إذا سمح للمشتري أن يتصرف بالمبيع ببيعه مرة أخرى ولو قبل أدائه الثمن.

وهذا ما يحقق الغاية المنشودة في الأصل من شرط البيع مع الاحتفاظ بالملكية كوسيلة للتمويل، خصوصا وأن إيقاف التصرف من المنقول محل البيع من شأنه أن يجعل المشتري عاجزا عن تحقيق مآرب مقاولته بواسطة تلك هذه الأشياء المنقولة<sup>130</sup>.

لكن هذا البيع بطبيعة الحال تترتب عليه عدة آثار منها ما جاء به الفصل 618-25 بنصه على ما يلي: " في حالة قيام المشتري ببيع الشيء المنقول، تصبح حقوق البائع الأول في استيفاء ما تبقى من دينه قائمة في ثمن البيع، أو في التعويض الذي ستؤديه شركة تأمين المشتري، عند الاقتضاء".

مما يدل على أنه إذا ما قام المشتري ببيع المنقول محل العقد، فإن البائع يحتفظ بحقه في الرجوع على المشتري – باعتباره بائعا ثانيا- بما تبقى له من حقوق في ثمن البيع، وهي إشارة من المشرع المغربي على أن الاحتفاظ بالملكية لا يوقف التصرف فيها من طرف المشتري، وإنما يمكنه ذلك في مقابل ترتيب حقوق البائع في الأداء على ما يستوفيه المشتري من ثمن البيع.

وفي نفس السياق قام المشرع بالنص على مسألة في غاية الأهمية والتي ترتبط بالمنقولات ذات الطابع الاستهلاكي، وهي كل الأشياء التي تستهلك باستعمالها أو استغلالها، حيث نص الفصل 618-26 على أنه: " يمارس حق ملكية الأشياء القابلة للاستهلاك، في حدود الدين

<sup>130</sup>- عادل أحمد الجسمي، مدى ملائمة شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان، بحث مقدم لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة الجامعية 2017-2018، ص:31

الذي لا يزال مستحقا، على الأشياء التي بحوزة المشتري أو لحسابه والتي تكون من نفس النوعية ونفس الجودة".

ومن هذا الفصل يتضح لنا على أن البائع لديه حقين، الأول حق الملكية على الأشياء التي لا زالت لم تستهلك بعد، والثاني يرتبط بالحق في الأداء بالنسبة للأشياء التي تم استهلاكها، على أنه يظل محتفظا بحق الملكية على الأشياء المستهلكة إن قامت مقامها أشياء أخرى من نفس النوع والجودة.

وكخلاصة لهذا الفصل يمكن أن نقول بأن نظام الضمانات العينية في تشريعنا المغربي هو نظم متماسك ومتنوع، وذلك أولا لما يخوله هذا النوع من الضمانات لصاحبه فهو يمنحه سلطة مباشرة على شيء معين بالذات، والتي تمكنه من حق الأسبقية في استفاء دينه من هذا الشيء في مواجهة باقي الدائنين، وأيضا حق تتبع محل الرهن في أي يد كان، فهو يركز عكس الضمان الشخصي على الذمة المالية والتي تعتبر أكثر ضمانا من البدن.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى يمكن تفضيل هذا النوع من الضمانات عن غيره لأن المشرع أوله تنظيما دقيقا وعناية خاصة فبالإضافة للضمانات العينية التقليدية، طور التشريع المغربي ضمانات أخرى عينة مسايرة منه لمجال المال والأعمال وأقصد هنا بشكل مباشر الرهن بدون حيازة والبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية وقام بتبسيط مساطرهما لكي يسهل إنشائهما، وهذا مع عدم إغفاله للضمانات العينية التقليدية والتي عدل مساطرها لكي تكون ملائمة للواقع الحالي بدورها، مثال إجازته إبرام عقد الرهن الحيازي إما بمحرر رسمي أو محرر عرفي بعد أن كانت الرسمية هي السمة الأساسية لهذا النوع من الضمانات، إضافة لتغييره لمسطرة تحقيق الضمانات التي كانت ترهق كاهل الدائن في السعي نحو الحصول على حقه المنشود.

## الفصل الثاني: الضمانات غير المسماة في القانون المدني المغربي

كما هو واضح من الفصل السابق فإن فكرة الضمان هي فكرة حية، ولذلك فهي متطورة، وهذا التطور أدى إلى تنوع كبير في الوسائل والأدوات المستعملة في سبيل تحقيق الوظيفة الاقتصادية المبتغاة من وراء الضمان.

وقد أدت التطورات الحديثة إلى أن الدائنين في وقتنا الحاضر غالبا ما يجاهدون في سبيل الحصول على المزيد من الضمانات. ويعتمد هؤلاء الدائنون على تعدد الضمانات لتعويض ما قد يعتري بعضها من ضعف، فالرغبة في الأمان أصبحت حاجة عصرية، الشيء الذي أدى لظهور طائفة من الضمانات لاهي شخصية ولا عينية بل إنها وفي غالب الأحيان تكون مختلطة وهذا ما يطلق عليه باسم الضمانات الغير المسماة.

وسميت بالضمانات غير المسماة مقارنة بوسائل الضمان الأخرى التي وضعها المشرع ونص صراحة على أنها وسائل للضمان على غرار الضمانات العينية والشخصية والتي اعتبرها المشرع صراحة في القانون المدني وسائل للضمان، ووضع لها نظاما خاصا بها، عكس ما يعرف بالضمانات غير المسماة والتي توجد في أغلبها متناثرة ضمن نصوص قانونية مختلفة، وقد لا يكون الغرض من إنشاءها تحقيق الضمان بل أن الممارسة من أثبتت أن هذه الوسائل قد تحقق أهدافا لا يستهان بها في مجال الضمان، وقد لا تجد لها اعتراف من المشرع، فقد يجد الدائن العادي نفسه في وضع ممتاز عن غيره من الدائنين بالرغم من عدم تمتعه بأي نوع من التأمين كما هو الحال بالنسبة للوضع الناشئ عن الدعوى المباشرة والحق في الحبس والمقاصة.<sup>131</sup>

وعلى العموم فإنه إن كان هذا النوع من الضمانات متعددة وغير محددة فإنني قررت على أن أستقي أبرز النماذج التي تطرق لها جل لفقهاء واتبعتهم التشريعات في ذلك، وذلك عن طريق

<sup>131</sup> - شراين حمزة، دور الضمانات غير المسماة في تدعيم الائتمان، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر، كلية الحقوق سعيد حمدين، السنة الجامعية 2016-2017.

إدراجها تحت طائفتين أطلق على الأولى منها اسم المراكز القانونية المتميزة، في حين أطلق على الثانية المراكز العقدية المتميزة، ولنا عودة في سبب هذه التسميات.

وعليه فإن هذا الفصل سوف يتم تقسيمه على الشكل التالي:

### المبحث الأول: المراكز القانونية المتميزة

#### المبحث الثاني: المراكز العقدية المتميزة

#### المبحث الأول: المراكز القانونية المتميزة

كما هو معلوم لدينا كباحثين في الشأن القانوني، أن مبدأ المساواة بين الدائنين بالنسبة للضمان العام ليس مطلقاً. فهناك أسباب للتقدم أو الأولوية نص عليها القانون، وهذه الأسباب هي ما يطلق عليها بالضمانات العينية، وهي كما سبق الذكر تكون بتخصيص مال معين أو أموال معينة من أموال المدين لضمان الوفاء بدين الدائن، ولذلك فإن الدائن المزود بتأمين عيني لا يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة إلا بالنسبة لهذا المال أو هذه الأموال فقط.

ومما وجب الإشارة إليه في هذا الصدد أن الضمانات العينية لا تلغي حق الضمان العام وإنما تعززه وتقويه. وعلى ذلك فإن الدائن المزود بتأمين عيني يمكن باعتباره دائناً عادياً أن يرجع على أموال المدين الأخرى، ولكنه يتعرض في هذه الحالة لمزاحمة سائر الدائنين العاديين، كما أن له عند عدم استيفائه لحقه كاملاً من المال الذي تقرر عليه الضمان العيني، أن ينفذ على أموال المدين الأخرى لاقتضاء ما تبقى له<sup>132</sup>.

ولكن في بعض الحالات نجد على أن الدائن وخارج نطاق الضمانات العينية السابقة ذكرها، يبقى دائناً عادياً ومع ذلك يفلت من مزاحمة الدائنين الآخرين وذلك لوجوده في مركز قانوني معين. هذه المراكز ليست مقصودة في ذاتها لتحقيق ضمان معين، فالدائن لم يسع للحصول

<sup>132</sup>- نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، م.س، ص: 19.

عليها، وإنما يتواجد فيها مصادفة عند التنفيذ على أموال المدين ويستحيل بسببها مزاحمة الدائنين العاديين له.

ويطلق الفقه على العربي وبالخصوص المصري منه على هذه المراكز اسم المراكز القانونية المتميزة<sup>133</sup>.

فهذه المراكز القانونية، تميز الدائن العادي عن غيره من الدائنين العاديين بالرغم من عدم تمتعه بأي نوع من الضمانات العينية، وهي متعددة ونحن اخترنا منها ثلاثة أنظمة لدراستها بنوع من التفصيل وهي على التوالي نظام الدعوى المباشرة ونظام المقاصة (المطلب الأول) وأيضا نظام الحق في الحبس (المطلب الثاني).

### - المطلب الأول: نظام الدعوى المباشرة ونظام المقاصة

في هذا المطلب وكما هو واضح من عنوانه سنقوم بدراسة معمقة وتحليلية لضمانتين غير مسمتين ويتعلق الأمر بكل من الدعوى المباشرة (الفقرة الأولى) وأيضا نظام المقاصة باعتباره كأبرز ضمانات مدنية غير مسماة (الفقرة الثانية).

#### الفقرة الأولى: الدعوى المباشرة

تعتبر الدعوى المباشرة استثناء حقيقيا عن مبدأ الأثر النسبي، فيكون للدائن الرجوع على مدين مدينه بموجب هذه الدعوى ومطالبته بحقوق مدينه مع أنه يعد - هذا الدائن- غيرا بالنسبة لمدين المدين، وهي تختلف عن الاستثناءات الأخرى للأثر النسبي للعقد من حيث أن انصراف أثر العقد إلى الغير لا يكون بإرادة المتعاقدين أو أطراف العقد وإنما يقرره القانون لاعتبارات مختلفة، والسؤال المطروح هل وجود الدائن في وضع يسمح له بمباشرة الدعوى المباشرة ضد مدين مدينه يجعله في وضع فعلي متميز من حيث الضمان؟.

<sup>133</sup>- أما الفقه الفرنسي فيطلق عليها اسم المراكز الممتازة

وبعبارة أخرى فإن الأمر يطرح مسألة فعالية الضمان الذي تحققه الدعوى المباشرة خاصة وأن هذا المركز الخاص للدائن لا يسع إليه بمحض إرادته بل يكون فيه مصادفة وبقوة القانون. والإجابة عن هذا التساؤل تدفعنا لدراسة الموضوع في قسمين، نتناول في الأول مفهوم هذه الدعوى وموقف التشريع المغربي منها، مع بيان مميزاتها وخصائصها (أولاً)، ومن ثم ننتقل للحديث عن شروط ممارستها وأثارها (ثانياً).

**أولاً: تعريف الدعوى المباشرة مع بيان موقف التشريع المغربي منها وخصائصها.**

يعتبر القانون الفرنسي السباق في الأخذ بالدعوى المباشرة، والذي أخذت منه أغلب القوانين العربية، وقد شارك الفقه والقضاء في فرنسا في كشف بعض حالات الدعوى المباشرة عن طريق تفسير النصوص القانونية، ذلك أن الدعوى المباشرة لم يكن لها أساس قانوني محض، بل إن قانون نابليون باعتباره أول تقنين مدني فرنسي لم يكن يعرف إلا الدعوى المباشرة التي تعطي للبنائين والنجارين وغيرهم من العمال حق استيفاء أجورهم من صاحب العمل مباشرة<sup>134</sup>. وبعدها ساهم الفقه والقضاء في الكشف عن حالات أخرى للدعوى المباشرة ومن بينها دعوى الوكلاء والمحامين للفريق الراجح تجاه الفريق الخاسر بشأن مصاريف الدعوى لهذا الفريق، ودعوى المودع ضد الوديع الفرعي لاسترداد الوديعة<sup>135</sup>.

وإذا كان الأمر كذلك في التشريع الفرنسي (والذي استقى المشرع المغربي جل قوانينه من تجربته) فكيف هو الحال في تشريعنا هل اعترف مشرعنا المغربي بهذه الدعوى وهل حدد لها أمثلة وشروطاً لممارستها أم لا؟.

إن دراسة هذه المسألة تدفعنا إلى محاولة إعطاء تعريف لهذه الدعوى وبيان موقف التشريع المغربي منها (أ)

<sup>134</sup>- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، الجزء الأول، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ص:

892.

<sup>135</sup>- شراين حمزة، دور الضمانات غير المسماة في تدعيم الائتمان، م.س، ص: 18.

ومن ثم الخوص في بيان الخصائص التي تتمتع بها (ب).

#### أ- التعريف بالدعوى المباشرة وبيان موقف التشريع المغربي منها

وضع الفقه للدعوى المباشرة عدة تعريفات، فهناك من عرفها بأنها سعي مباشر من الدائن إلى مدين مدينه على نحو يمكنه من الاستئثار وحده دون سائر الدائنين بثمار هذا السعي.

وهناك من عرفها بأنها دعوى أو وسيلة قانونية يرفعها الدائن على مدين مدينه يمارس فيها باسمه ولحسابه الخاص الحق الذي يكون لمدينه في ذمة ذلك المدين ودون أن توجد أية علاقة قانونية بين الدائن صاحب الدعوى المباشرة ومدين مدينه.

وعرفها البعض على أنها الدعوى التي يرفعها الدائن باسمه ولحسابه على مدين مدينه للمطالبة بالحق المترتب في ذمته للمدين وليستأثر بالمحكوم به فيها<sup>136</sup>.

انطلاقاً من هذه التعاريف نلاحظ أن مؤدى نظام الدعوى المباشرة هو أن يطالب الدائن بحقه على مدينه من مدين هذا المدين لا باسم المدين ونيابة عنه كما هو الحال في الدعوى غير المباشرة<sup>137</sup>، ولكن باسمه هو أي الدائن وباعتباره أصيلاً ولحسابه لأنه يستأثر بها وحده، ولا يخضع لمزاحمة الدائنين الآخرين لمدينه.

ونشير في ختام هذا البند إلى تشريعنا المغربي لم ينص في قانون الالتزامات والعقود على هذه الدعوى، بخلاف نظيره الفرنسي الذي نص عليها بمقتضى المادة 1341-2 الأمر الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016، وكذا القانون المدني المصري الذي أخذ بها بمقتضى المادة 137 منه حيث نص على ما يلي: "لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء، وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق

<sup>136</sup> - ماجد رشاد محمد، الدعوى المباشرة في العلاقات القانونية غير المباشرة، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، ص: 82-83.

<sup>137</sup> - الدعوى غير المباشرة هي نظام قانوني يجيز للدائن استعمال حقوق مدينه، باسم هذا المدين، إذا لم يستعملها بنفسه، وذلك بهدف المحافظة على أموال المدين التي هي ضمان الدائن، من جراء إهمال المدين في المطالبة بحقوقه.

المدين أو زاد في التزاماته، وترتب عليه إعسار المدين أو الزيادة في إعساره، وذلك متى توفرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية<sup>138</sup>.

ولكن الملاحظة الأساسية هنا هو أنه وإن كان المشرع المغربي لم ينص على هذا المبدأ بمقتضى نص قانوني عام، فإنه أكد عليه بواسطة بعض النصوص الخاصة، والتي عن طريقها خول للدائن الحق في مباشرة الدعوى المباشرة من خلال الحلول محل المدين في ممارستها من أجل استخلاص ديونها لمستحقة على الغير. ولعل من بين الأمثلة البارزة نشير إلى مقتضيات الفصل 780 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه "للعمال والصناع المستخدمين في تشييد بناء أو أي عمل آخر يقع بالمقابلة الحق في إقامة دعوى مباشرة ضد من أجري الصنع لصالحه، في حدود المبالغ التي يكون ملتزماً بها للمقابلة عند إجراء أحدهم جزءاً صحيحاً عليها وما يلتزم به له بعد هذا الحجز. ولهم حق الامتياز على هذه المبالغ بنسبة دين كل واحد منهم، ويجوز لرب العمل أن يدفع لهم هذه المبالغ مباشرة، إذا صدر بذلك حكم قضائي".

كما أنه من بين مبررات إدراجنا لهذه الدعوى ضمن الضمانات غير المسماة في تشريعنا المدني رغم عدم التنصيص المباشر عليها في النصوص القانونية، هو أخذ القضاء المغربي بها في بعض تطبيقاته، ومن ذلك الحكم الصادر عن محكمة الدار البيضاء بتاريخ 5 ديسمبر 1938، حيث جاء فيه "حتى ولو كانت الدعوى البوليانية لم تذكر صراحة وبالاسم في القانون المغربي فمن الواجب إبطال التصرفات التي يجريها المدين غشاً بحقوق دائنيه"<sup>139</sup>.

138- عبد الرحمان الشرفاوي، القانون المدني، الكتاب الثاني أحكام الالتزام، م.س، ص: 252.

139- جريدة المحاكم المغربية، العدد 811، 4 مارس 1939، ص: 63 (نشره الدكتور عبد الرحمان الشرفاوي في كتابه أحكام الالتزام السابق ذكره).

- كما يمكن لنا أن نستدل بقرار آخر صادر عن محكمة النقض يدل على صحة هذا النوع من الدعاوى، وهو القرار رقم 1327 صادر بتاريخ 2005/05/04 ملف مدني رقم 530/1/3/2004، والذي جاء فيه بالتفصيل:  
باسم جلالة الملك

فيما يخص الوسيلة الأولى: حيث تفيد محتويات الملف والقرار المطعون فيه الصادر عن استئنافية البيضاء بتاريخ 2003/02/04 في الملف عدد 2356/1/2002 أنه بمقتضى المقال والمذكرة بعد الخبرة المودعين بابتدائية أنفا بنفس المدينة ادعت بيتيتي أمينة أن المدعي عليه الدكتور العراقي فاروق أجرى لها بتاريخ 13/11/98 بمقر المدعي عليها مصحة زرهون بالدار البيضاء عملية جراحية للحويصلة الصفراء أصيبت إثرها بشلل في ذراعها الأيمن ملتزمة بالحكم على المدعي عليهما

## ب- خصائص الدعوى المباشرة

للدعوى المباشرة عدة خصائص نجملها في النقاط التالية:

- الدعوى المباشر هي سعي مباشر للدائن إلى مدين مدينه، وذلك لأن الدائن يرفع هذه الدعوى باسمه ولحسابه الخاص، دون أن يكون نائبا لمدينه، ولا يحتاج إليه في دعواه، وذلك يشكل استثناء من القواعد العامة التي تقضي بأن سعي الدائن إلى مدين مدينه يجب أن يكون بطريق غير مباشر والذي يعرف بالدعوى غير المباشرة، والتي يستعمل فيها الدائن حقوق مدينه لدى مدين مدينه وباسم ولحساب هذا المدين، ويكون الدائن في استعماله لحقوق مدينه نائبا عن هذا الأخير، ويجب إدخاله في هذه الدعوى وإلا تعرضت دعواه لعدم القبول.

المذكورين تضامنا بينهما بأدائهما لها تعويضا عن الضرر اللاحق بها حددته في مبلغ مائة ألف درهم مع إحلال المدعى عليها شركة التأمين الملكي محلها في الأداء وعززت دعواها بشهادة طبية وبرسالة إخبارية وأجابت المدعى عليها شركة التأمين بأن المدعية تعتبر غيرا بالنسبة لعقد التأمين الذي أبرمته مع مصحة زرهون ولا يحق لها توجيه الدعوى عليها، وأن المؤمن لها وحدها هي صاحبة الحق في إدخالها في الدعوى وأن الطبيب المعالج للمدعية إذا ارتكب خطأ يجب أن يتحمل وحده مسؤوليته باعتباره مستقلا عن المصحة ويمارس عمله بحرية ويختار طرق العلاج الملائمة لمرضاه وليس مستخدما ولا تابعا للمصحة التي لا يمكن أن تسأل إلا عن ضرر منشأتها وأدواتها علاوة على أن العارضة لا تؤمنه ملتزمة الحكم بإخراجها هي والمصحة من الدعوى وأرقت جوابها بعقد التأمين، وبعد إجراء الخبرة بواسطة الدكتور عبد الرزاق الغطاس حكمت المحكمة على المدعى عليهما الدكتور العراقي ومصحة زرهون بأدائهما لفائدة المدعية تعويضا محدد في مبلغ ثمانين ألف درهم مع الفوائد القانونية من تاريخ الحكم مع إحلال المدعى عليها شركة التأمين الملكي المغربي محل مؤمنها بالأداء، واستأنفته هذه الأخيرة وقضت محكمة الاستئناف بتأييده بناء على أن الثابت من عقد التأمين أن الضمان يشمل الأغيار والأضرار اللاحقة بالمرضى من جراء الأخطار المحتملة والأخطار المرتكبة من طرف الأطباء التابعين للمصحة وهو ما اصطلح عليه في الفقه والقانون بالاشتراط لمصلحة الغير، وأن العملية الجراحية التي أجريت للمستأنف عليها من طرف الدكتور العراقي كانت بمقر مصحة زرهون وبمساعدة أطبائها وبعد موفقة إدارتها وأن الخطأ المهني ثابت من تقرير الخبير الدكتور الغطاس الذي صرح بأن الشلل الذي أصاب المستأنف عليها ناتج بالأساس من العملية التي أجريت لها وبديهي أن الأمر يتعلق بخطأ مهني لا جدال فيه ما دامت المصابة لم تكن تعاني من أي شلل إلا بعد العملية وليس بالملف ما يفيد عكس ذلك بدليل رسالة المصحة إلى شركة التأمين تقر فيها بالشلل الناتج عن العملية، وهذا هو القرار المطلوب نقضه.

وحيث تعيب الطالبة على القرار المذكور خرق مقتضيات الفصول 345 و 359 ق.م.م و 228 ق.م.م وانعدام التعليل وخرق إجراء مسطري جوهرى ذلك أن المحكمة لم تجب على الدفع المتعلق بكون إدخالها في الدعوى من طرف المطلوبة غير مبرر لعدم وجود أية علاقة بينهما وأن المؤمن لها مصحة زرهون هي وحدها التي لها الحق في إدخالها لكي تحل محلها أما الأغيار فلا حق لهم في ذلك إلا في نطاق قانون حوادث السير.

لكن حيث إن المحكمة أجابت عن الدفع المثار في الوسيلة بقولها أن الثابت من عقد التأمين أن الضمان يشمل جميع الأضرار اللاحقة بمرضى المصحة بسبب الأخطاء المرتكبة من طرف الأطباء العاملين بها وهو ما اصطلح عليه بالاشتراط لمصلحة الغير وبذلك تكون المحكمة قد اعتبرت عن صواب أن من حق المطلوبة المتضررة رفع الدعوى المباشرة على الطالبة وفقا للقواعد العامة المبينة على الاشتراط لمصلحة الغير حيث يكون لهذا الغير أن يطلب باسمه من المتعهد تنفيذ التزامه نحوه ما لم يمنعه العقد من ذلك الشيء الذي لم يثبت من نصوص وثيقة التأمين التي اعتمدها المحكمة والتي تفيد انصراف إرادة المتعاقدين إلى ترتيب حق التعويض لفائدة مرضى المصحة عن الأضرار اللاحقة بهم من أخطاء الفريق المعالج التابع لها في ذمة المتعهدة شركة التأمين التي التزمت بدفع التعويض وبالتالي فقرار المحكمة جاء معللا بما فيه الكفاية وما بالوسيلة عديم الأساس...."

- الدعوى المباشرة تعد استثناء على مبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية، لأن المدعي في هذه الدعوى الذي هو الدائن يعد من الغير بالنسبة للمدعى عليه الذي هو مدين المدين، ولا توجد بينهما علاقة قانونية مباشرة.

فالأصل هو أن يرجع الدائن على مدينه، وهذا الأخير يرجع بدوره على مدينه. ولكن الدعوى المباشرة تعد طريقا استثنائيا وخروجا عن هذا الأصل، إذ تسمح للدائن بالرجوع على مدين مدينه، فهي تنشئ رابطة التزام مباشرة بينهما.

- الدعوى المباشرة تحقق للدائن ضمانا خاصا يحميه من خطر تعرضه لمزاحمة باقي الدائنين للمدين، لأنه يستأثر وحده بثمره سعيه إلى مدين مدينه، فهي بذلك تعد خروجا عن مبدأ المساواة بين الدائنين.

- تعتبر الدعوى المباشرة دعوى بالمعنى الكامل للكلمة، من ضرورة توفر شروط قبولها وسيرها وصدور الحكم فيها، فهي دعوى قائمة بذاتها وهو ما يميزها عن الدعوى غير المباشرة والتي لا تعتبر دعوى مستقلة في يد الدائن بل هي نفس دعوى المدين يباشرها الدائن باسم ولحساب هذا المدين ويجب إدخال هذا الأخير في دعواه<sup>140</sup>.

- الدعوى المباشرة هي دعوى شخصية تتعلق بالمطالبة بدين في ذمة مدين المدين، فمثلا المؤجر ليس له الحق في مطالبة المستأجر من الباطن غير الأجرة والأجرة هي الدين والدين هو حق شخصي، فتكون دعواه شخصية، أما في الدعوى غير المباشرة فإن الدائن يجوز له استعمال أي حق للمدين سواء كان شخصيا أو حقا عينيا، وتبا لذلك تكون دعوى الدائن تجاه مدين مدينه دعوى شخصية أو دعوى عينية تبعا للحق الذي يستعمله ويعود لمدينه<sup>141</sup>.

<sup>140</sup>- شراين حمزة، دور الضمانات غير المسماة في تدعيم الائتمان، م.س، ص:20.

<sup>141</sup>- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، منشأة المعارف الإسكندرية، 2004، ص:891-892.

## ثانياً: شروط ممارسة الدعوى المباشرة وأثارها

وضعت التشريعات التي نظمت الدعوى المباشر عدة شروط يجب أن تتوفر لصحة ممارسة هذا النوع من الدعوى (أ)، والتي بتوفرها كاملة تصح هذه الدعوى ويترتب عليها عدة آثار تلزم أطرافها (ب).

### أ- شروط ممارسة الدعوى المباشرة

الدعوى المباشرة كما سبق الإشارة لذلك تعد دعوى قضائية بالمعنى الكامل للكلمة، ومن ثم يجب توافر الشروط العامة لقبول الدعوى والمتمثلة في الصفة والمصلحة والأهلية<sup>142</sup>. ولكن الذي يهمننا هنا هو الشروط الخاصة بالدعوى المباشرة والتي يمكن حصرها فيما يلي:

- حتى يستطيع الدائن مباشرة الدعوى المباشرة في مواجهة مدين مدينه يجب أن يكون له حق في ذمة مدينه المباشر وأن يكون هذا الأخير دائناً لمدين المدين في حدود هذا الحق الذي يطالبه الدائن صاحب الدعوى المباشر، أي أن هذه الدعوى تتبع هذا الحق وجوداً أو عدماً، بحيث أن كل سبب من أسباب انقضائه من وفاء ومقاصة وتقادم... يؤدي إلى انقضاء الدعوى المباشرة، ولكن هذا إذا نشأت هذه الأسباب قبل رفع الدعوى، لأن مدين المدين لا يمكنه الاحتجاج في مواجهة الدائن صاحب الدعوى بتلك الدفوع لو نشأت بعد رفع الدعوى.

- يجب لرفع الدعوى المباشرة من طرف الدائن على مدين مدينه أن يكون الحق الذي له على مدينه المباشر مؤكداً ومستحق الأداء، فلا يجوز المطالبة بالوفاء بدين متنازع في وجوده أو معلق على شرط.

أما بالنسبة لدين المدين المباشر لدى مدين المدين فإنه لا يشترط سوى أن يكون موجوداً وقت ممارسة الدعوى المباشرة ولا يشترط أن يكون مستحق الأداء، لأن من مصلحة الدائن أن

<sup>142</sup>- الفصل 1 من قانون المسطرة المدنية: "لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة، والأهلية، والمصلحة، لإثبات حقوقه...".

يسارع في رفع الدعوى قبل حلول أجل الدين حتى يمتنع على مدين المدين أن يوفي بالدين إلى دائنه أي المدين المباشر<sup>143</sup>.

- أن ينص القانون على إمكانية ممارسة الدعوى المباشرة، ذلك أن المشرع لم يتعرض لها بنص عام وإنما قررها بنصوص خاصة وفي حالات معينة ومحددة وتوزعت هذه الحالات في قوانين مختلفة منها ما هو مذكور في القانون المدني ومنها ما جاء النص عليه في قوانين خاصة.

### ب: آثار الدعوى المباشرة

يترتب على قيام وتحقق الدعوى المباشرة آثار عديدة تبرز فعالية الضمان الذي تحققه هذه الوسيلة، وتختلف هذه الآثار حسب أطراف الدعوى. وهم الدائن الأصلي، ومدينه المباشر ومدين هذا الأخير.

### - آثار الدعوى المباشرة بالنسبة للدائن

بالدعوى المباشرة يستطيع الدائن أن يقيم الدعوى باسمه ولحسابه الخاص دون أن يشترط عليه إدخال المدين طرفاً في الدعوى، وذلك على العكس من الدعوى غير المباشرة التي يشترط لممارستها أن ترفع من الدائن باسم المدين ولحسابه.

وتحقق بذلك الدعوى المباشرة ضماناً خاصاً للدائن من حيث أنها تحميه من خطر تعرضه لمزاحمة باقي الدائنين، لأنه يستأثر وحده بثمرة سعيه إلى مدين مدينه، وهو ما يسمى باستئثار الدائن بالحق موضوع الدعوى وبهذا تعد الدعوى خروجاً عن مبدأ المساواة بين الدائنين.

هذا ويعد حق الدائن في مواجهة المدين حقاً مجرداً من الدفوع، إذ حصن القانون حق الدائن في مواجهة مدينه ضد مدين المدين، وكفل له الحماية القانونية المطلوبة لكي يتمكن الدائن تبعاً لذلك من أن يحصل على حقه، فقد منعت جل التشريعات مدين المدين من التمسك بدفوع معينة

<sup>143</sup>-شراين حمزة، دور الضمانات غير المسماة في تدعيم الائتمان، م.س، ص: 22.

كان له الحق في أن يتمسك بها في مواجهة المدين، فعلى سبيل المثال ليس بمقدور الناقل أن يدعي أن المرسل لم يحم بالوفاء بثمن الشحن، أو لم يحم بدفع أجرة النقل لكي يتحرر ويتصل من الالتزامات الملقة عليه في مواجهة المرسل إليه<sup>144</sup>.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن الدائن في الدعوى المباشرة له الخيار بين الرجوع على مدينه الأصلي أو الرجوع على مدين المدين وهنا يطرح التساؤل هل يعد المدين الأصلي ومدين المدين متضامنين في مواجهة الدائن عند مطالبتهما معا؟

وفي الحقيقة لا يمكن القول بالتضامن بين المدين الأصلي ومدين المدين، لأن التضامن في الديون المدنية لا يفترض، أما إذا كان موضوع الدعوى هو موضوع تجاري فالتضامن يفترض فيمكن القول بتضامن المدين الأصلي مع مدين المدين في مواجهة الدائن، دون إهمال شرط النص على إمكانية ممارسة الدعوى المباشرة.

#### - آثار الدعوى المباشرة بالنسبة للمدين الأصلي

يترتب على الدعوى المباشرة غل يد المدين الأصلي عن التصرف بحقوقه التي يطالب الدائن بها مدين المدين، فلا يملك المدين الأصلي الحق في طلب الوفاء بالدين من مدينه (مدين المدين) ولا يملك الحق في إيقاع المقاصة القانونية بين حقه في مواجهة مدينه (مدين المدين) وحق مدين المدين في مواجهته، ولا يمكن للمدين تبرئة مدين المدين من الدين أو أن يتنازل عنه لغيره.

<sup>144</sup>- وقد كرس هذا المبدأ القضاء الفرنسي في عدة قرارات، ومن بينها القرار الذي كان محل تعليق من طرف الأستاذ denis mazeaud والمنشور بتاريخ 11 سبتمبر 2014، حيث تتلخص وقائع القضية في أنه في إطار عقد المقاوله بين الشركة rtc والشركة CGGC حيث طلبت هذه الأخيرة من الشركة RTC إصلاح مصاريف المياه، وفي إطار تنفيذ عقد المقاوله قامت الشركة RTC بطلب صمامات من طرف الشركة الصانعة la societe serec وبعد تنصيب الصمامات ومصاريف المياه انفجر أحد الصمامات مسببا أضرار جسيمة نتيجة تدفق وانفجار المياه، تدخلت شركة التأمين Zurick France لتعويض الأضرار التي تسببت فيها الشركة RTC، ثم استعملت شركة التأمين الدعوى المباشرة ضد الشركة الصانعة la societe serec فقامت هذه الأخير بالدفع ببند تحديد الضمان الذي تم إبرامه مع الشركة المقاوله RTC. محكمة الاستئناف أصدرت قرارها والذي استبعدت فيه بند تحديد الضمان، واعتبرت صراحة أن الدعوى المباشرة تمكن من حق الرجوع مباشرة وذلك حماية لمن كان له الحق في رفعها.

## - آثار الدعوى المباشرة بالنسبة لمدين المدين

تخول الدعوى المباشرة كما ذكرنا للدائن حقا مباشرا قبل مدين المدين، والدائن في الدعوى المباشرة يقيم الدعوى باسمه ولحسابه الخاص ويقيمها أصالة عن نفسه وليس نائبا عن مدينه وهو المدعى فيها، ويعتبر مدين المدين مدعى عليه، ولا يمكن لهذا الأخير رد الدعوى المقامة عليه من قبل الدائن ولا يمكنه التمسك في مواجهته بالدفع المتاح له في مواجهة دائنه المباشر، ولا يستطيع الوفاء بالدين لدائنه المباشر ولا يحتج بهذا الوفاء إن وقع بعد تبليغه بالدعوى أو إعداره بعدم الوفاء<sup>145</sup>.

### الفقرة الثانية: نظام المقاصة

يجمع الفقه المدني على أن المقاصة تعتبر وسيلة من وسائل انقضاء الالتزام بوجه عام، وأن الغرض منها أساسا هو تسهيل عملية الوفاء بالالتزامات، من خلال منع الوفاء المزدوج، ما دام أن المقاصة تتحقق بمجرد تلاقي دينان في ذمة شخصين، اجتمعت في كل منهما صفة الدائن والمدين، حيث ينقضي الدينان في حدود القدر الأقل منهما.

كما تنطوي المقاصة على فائدة أخرى، تتمثل في كونها تعطي للدائن ما يشبه الضمانة الحقيقية، ما دام أنها تخوله إمكانية الحصول على الأداء مما هو واجب عليه، وبالأولوية عن باقي الدائنين<sup>146</sup>. هذا الامتياز يعتبر مخالفا للمساواة بين الدائنين على حد تعبير الفقيهان مالوري وإيناس<sup>147</sup>.

ولنقف على حقيقة الضمان الذي تحققه المقاصة يجب أولا أن نعرض باختصار لفكرة المقاصة أي تعريفها وشروطها (أولا) ثم الانتقال للحديث عن الآثار التي ترتبها (ثانيا).

<sup>145</sup>- شراين حمزة، دور الضمانات غير المسماة في تدعيم الائتمان، م.س، ص:40.

<sup>146</sup>- في هذا السياق، ذهب بعض الفقه إلى أن المقاصة أداة ضمان، لأنها تخول للدائن أن يستوفي حقه من الدين الذي في ذمته لمدينه، دون غيره من دائني المدين، فيكون بذلك في حكم الدائن المرتهن أو الدائن صاحب حق الامتياز، لأنه رغم كونه دائنا عاديا -يتقدم غيره من دائني المدين في استيفاء الحق الذي له، من الدين الذي في ذمته للمدين.

<sup>147</sup>- عبد الرحمان الشرفاوي، القانون المدني، الكتاب الثاني أحكام الالتزام، م.س، ص:301.

## أولاً: تعريف المقاصة وبيان شروطها

وهنا سوف نتطرق للتعريف (أ) ومنتقل للحديث عن أهم الشروط المتطلبة لقيام هذا النوع من الضمان (ب).

### أ- تعريف المقاصة

تعتبر المقاصة في المدرسة اللاتينية طريقاً من طرق انقضاء الالتزام. وتقع المقاصة عندما يكون هناك شخصان كل منهما مدين ودائن للآخر في نفس الوقت فينقضي الدينان بقدر الأقل منهما.

فبدلاً من أن يفي كل منهما بدينه للآخر، يتقاص الدينان فينقضي الدينان بقدر الأقل منهما، فيكون المدين بالدين الأقل قد وفى دينه ببعض من حقه لدى الطرف الآخر ويكون المدين بالدين الأكبر قد وفى ببعض من دينه بكل حقه، ويتعين عليه الوفاء بما تبقى من الدين، وفاء عادياً<sup>148</sup>.

وقد تناول المشرع المغربي المقاصة في الباب الخامس من القسم السادس من الكتاب الأول من قانون الالتزامات والعقود، وخصص لها الفصول من 357 إلى 368 من ق.ل.ع، وبالرجوع إلى الفصل الأول، نجده نص على أن المقاصة تقع إذا كان كل من الطرفين دائناً ومديناً له بصفة شخصية.

وبالرجوع للقضاء المغربي نجد محكمة النقض ذهبت في قرار لها بتاريخ 21 فبراير 2007، بأنه "تقع المقاصة إذا كان الدينان متقابلين ومحددي القيمة دون الحاجة إلى تقديم دعوى، بينما التمسك بالمقاصة بين دينين أحدهما لا يمكن تحديده إلا بحكم، فإن ذلك يستوجب إقامة دعوى"<sup>149</sup>.

<sup>148</sup>- نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، م.س، ص:22.

<sup>149</sup>- مجلة المحاكم المغربية، العدد 115، ص: 83.

وقريب من هذا التحديد، ما ذهب إليه الفقه المدني الفرنسي المتخصص، الذي أكد بأنه تكون مقاصة حينما يكون هناك طرفان، كل منهما دائنا للآخر، وذلك بصورة تبادلية، وأن ديونهما تنقضي في حدود الأقل منها مقداراً<sup>150</sup>.

### ب- شروط المقاصة

ذهب الفقه إلى أن هذه الشروط يمكن تقسيمها إلى شروط إيجابية (1) وشروط سلبية (2) ويمكن أن نضيف إلى هذه الشروط شرطاً شكلياً (3).

#### 1- الشروط الإيجابية

وتتمثل أهم الشروط الإيجابية في النقاط التالية:

#### أن تكون الديون متقابلة

ويقصد بهذا الشرط، أنه لتحقق المقاصة، ينبغي وجود ديون متقابلة، يمكن تسميتها بالديون المتداخلة. وهذا ما نص عليه الفصل 357 من ق.ل.ع، الذي جاء فيه ما يلي: "تقع المقاصة إذا كان كل من الطرفين دائناً للآخر ومديناً له بصفة شخصية"<sup>151</sup>.

#### أن تكون الديون قابلة للاستبدال

المقصود بهذا الشرط أن الالتزامات أو الديون التي ينبغي أن تكون موضوع مقاصة، يتعين فيها أن تكون قابلة للاستبدال، وقد عبر المشرع المغربي عن هذا الشرط في الفصل 361 من

<sup>150</sup> عبد الرحمان الشرفاوي، القانون المدني، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، ص:301.

<sup>151</sup> ومن ثم متى غاب هذا الشرط لا يمكننا الحديث عن المقاصة، وفي هذا الصدد، ذهبت محكمة الاستئناف بالقنيطرة في قرار لها بتاريخ 16 نونبر 2015، إلى أنه "حيث أسس الطاعن استئنافه على خرق الحكم المستأنف لمقتضيات الفصل 357 من ق.ل.ع.

وحيث إن كان الفصل المذكور يحدد مجال أعمال المقاصة بثبوت مديونية طرفين بأن يكون كل واحد منهما دائناً للآخر ومديناً له بصفة شخصية، فإنه في نازلة الحال المديونية ثابتة في حق المستأنف فقط باعتباره هو الملزم قضاء بأدائه نفقة المستأنف عليها وأن هذه الأخيرة ليست دائنة له. وبذلك تنعدم عناصر ومفهوم والتي تشتت كينونة المديونية في حق الطرفين". قرار غير منشور، ملف عدد 197/1201/15، قرار رقم 1384.

ق.ل.ع. الذي جاء فيه ما يلي: " لا تقع المقاصة إلى بين دينين من نفس النوع، وعلى سبيل المثال، بين الأشياء المنقولة المتحدة صنفا ونوعا أو بين النقود والمواد الغذائية".

ويترتب عن تطلب هذا الشرط، أنه ينبغي استبعاد الالتزامات التي يكون موضوعها القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، كما تستبعد الكثير من صولا للالتزامات بإعطاء شيء. ومن ثم فإن المقاصة غالبا ما تتحقق بخصوص الالتزامات التي يكون موضوعها مبلغا من النقود، حيث تكون قابلة للتبادل بشكل أساسي<sup>152</sup>.

### أن تكون الديون ناجزة ومحقة

ونستشف هذا الشرط من مقتضيات الفصل 362 من ق.ل.ع، الذي جاء فيه ما يلي: " يلزم لإجراء المقاصة، أن يكون كل من الدينين محدد المقدار ومستحق الأداء"، بمعنى أن المقاصة لا يمكن أن تتم إلى إذا كان الدين محققا في وجوده ومحددا في مبلغه، كما هو الشأن بالنسبة لثمن البيع.

### أن تكون مستحقة الدفع

ينبغي في الديون موضوع المقاصة، أن تكون مستحقة الدفع، وعليه، فإن المقاصة لا يمكن أن تتحقق بخصوص الديون متى كانت لأجل، أو أن أحدهما دين حال والآخر دين مؤجل. في مقابل ذلك فإن مهلة الميسرة لا تحول دون إجراء المقاصة. كما أن الأجل الذي يمنحه الدائن لمدينه لا يمنع من إجراء المقاصة.

وقد نص المشرع المغربي على هذا الشرط، بمقتضى الفصل 362 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه ما يلي: " يلزم لإجراء المقاصة، أن يكون كل من الدينين محدد المقدار ومستحق الأداء.."<sup>153</sup>.

<sup>152</sup> - عبد الرحمان الشرفاوي، القانون المدني، أحكام الالتزام، م.س، ص: 303.

<sup>153</sup> - وتطبيقا لذلك ذهبت محكمة النقض المغربية في قرار لها بتاريخ 3 دجنبر 2008، بأنه " لئن كان من شروط إجراء المقاصة أن يكون كل من المدينين مستحق الأداء ومحدد المقدار فإن المراد بذلك ألا يكون تعيين مقدار أحد الدينين متوقفا على

## أن يكون كل من الدينين صالحا للمطالبة القضائية

من الشروط الأساسية، التي تشترط لوقوع المقاصة، أن يكون كل من الدينين محل المقاصة مما يجوز المطالبة بها قضائيا، أو بتعبير البعض مما يجوز تنفيذه جبرا على المدين.

وفي نفس السياق، فإنه لا يمكن أن تقع المقاصة بخصوص الديون التي تقادمت، وهذا ما نص عليه المشرع المغربي في الفصل 363 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه ما يلي: "لا يسوغ التمسك بالدين الذي انقضى بالتقادم من أجل إجراء المقاصة".

## 2- الشروط السلبية:

ذهب بعض الفقه المدني المقارن إلى أن هناك بعض الحقوق التي تستعصي عن إمكانية إجراء المقاصة بشأنها، لعل أهمها الحقوق المرتبطة بالتغذية والغير القابلة للحجز، حيث ينبغي استبعادها من مجال المقاصة لارتباطها بالجانب الحياتي.

وقد تطرق المشرع المغربي، خاصة بمقتضى الفصلين 365 366 من ق.ل.ع، للحالات التي لا يمكن أن تقع بشأنها المقاصة، والتي يمكن تلخيصها فيما يلي:

\* إذا كان سبب أحد الدينين نفقة أو غيرها من الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها.<sup>154</sup>

\* ضد دعوى استرداد شيء نزع من صاحبه بدون وجه حق إما بالإكراه أو الغش، أو ضد دعوى المطالبة بحق ناشئ عن جريمة أو شبه جريمة أخرى.

---

إجراء تسوية معقدة أو على تقدير خبير بل يكفي أن يكون أصل الدين محددًا ولو لم يشر إلى الفوائد القانونية المترتبة عليه ولو استمرت هاته الأخيرة لغاية التنفيذ ما دامت قيمتها معروفة ومحددة".

مجلة قضاء النقض، العدد 70، ص: 413.

154- في هذا الصدد ذهبت محكمة النقض في قرار لها بتاريخ 6 يناير 2015 إلى أنه "حيث يعيب الطاعن على القرار عدم الارتكاز على أساس قانوني، ذلك أن عقد التنازل المبرم بين المطلوبين باطل طبقا للفصل 306 من قانون الالتزامات والعقود كما أن ذلك التنازل خرق الفصل 365 من نفس القانون لتعلقه بالنفقة والتي لا تجوز المقاصة بشأنها مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض". قرار غير منشور، ملف مدني عدد 5917/1/3/2013.

\* ضد دعوى استرداد الوديعة أو عارية الاستعمال، أو ضد دعوى التعويض الناشئة عن هذين العقدين في حالة هلاك الشيء المستحق.

\* إذا كان المدين قد تنازل من بادئ الأمر عن التمسك بالمقاصة أو كان العقد المنشئ للالتزام يمنعه من التمسك بها.

\* ضد حقوق الدولة والجماعات المحلية من أجل الضرائب والرسوم ما لم يكن حق من يتمسك بالمقاصة واجبا على نفس الصندوق الذي يطالب بالضريبة أو الرسم.

\* لا تقع المقاصة أيضا إذا كان فيها إضرار بالحقوق المكتسبة للغير عل وجه قانوني صحيح.

### 3- الشروط الشكلية:

تتمثل الشروط الشكلية فيما تطلبه المشرع المغربي من ضرورة أن يتمسك بالمقاصة من له المصلحة فيها، وليس للقاضي أن يعتد بها بشكل تلقائي.

وهذا ما نص عليه المشرع المغربي في الفصل 358 من ق.ل.ع. الذي ذهب إلى أنه ليس للقاضي أن يعتد بالمقاصة، إلا إذا حصل التمسك بها صراحة ممن له الحق فيها<sup>155</sup>.

### ثانيا: آثار المقاصة

نص المشرع المغربي بمقتضى الفصل 367 من ق.ل.ع، على أنه يترتب على المقاصة، عند التمسك بها، انقضاء الدينين، في حدود الأقل منهما مقدارا، ابتداء من الوقت الذي وجدا فيه معا مستوفين للشروط التي يحددها القانون لإجراء المقاصة.

<sup>155</sup> وهذا ما أكد عليه القضاء المغربي أيضا وذلك في مناسبات متعددة، من ذلك قرار محكمة النقض بتاريخ 25 دجنبر 1991، الذي جاء فيه ما يلي: "حيث تبين صحة ما نعتة هذه الوسيلة على القرار المطعون فيه ذلك أنهم سبق لهم سواء أمام المحكمة الابتدائية أو أمام محكمة الاستئناف أن أثاروا أنهم أدوا لمصلحة الضرائب مبالغ ترتبت في ذمة المطلوبين وطالبوا بإجراء المقاصة بينها وبين مبلغ الكراء الذي ترتب بذمتهم إلا أن محكمة الاستئناف رفضت ذلك بعلّة أنه لم يقدم وفق مقتضيات القانونية مع أن الفصل 358 ق.ل.ع. اعتبر أن القاضي يجب عليه الاعتداد فيما إذا تمسك بها من له الحق فيها، خاصة إذا كانت شروط المقاصة متوفرة كما هو الحال في هذه النازلة لخلو الدينين من النزاع و استحقاق الدينين للأداء حسب ما نص عليه الفصل 362 ق.ل.ع. مما جاء معه قرارها غير مرتكز على أساس قانونية واستوجب النقض".  
مجلة المعيار، العدد 18-19، ص: 188.

بمعنى، أنه يترتب عن المقاصة انقضاء الدينين في حدود الأقل منهما مقدارا، مع كل التوابع، لا سيما الضمانات المقررة لفائدة الدائن.

بعبارة أخرى، فإن كل من الدينين المتقابلين ينقضي كله إذا كان الدينان متساويين في القيمة، وتزول بانقضائه سائر توابعه. أما إذا كان الدينان المتقابلان غير متساويين من حيث القيمة، فإنهما ينقضيان في حدود الأقل منهما مقدارا، مع ما يترتب عن ذلك من ضرورة انقضاء سائر توابع الدين الأصغر قيمة المنقضي بكامله، في حين أن الدين الأكبر القيمة، والذي انقضى بصورة جزئية، تبقى توابعه قائمة في الجزء المتبقي فقط.

ونشير في هذا المقام إلى ملاحظتين أساسيتين بخصوص آثار المقاصة، الملاحظة الأولى مفادها أن هذه الأخيرة تنتج ابتداء من تاريخ تحقق شروطها، وبقوة القانون.

أما الملاحظة الثانية، فمفادها أنه بالرغم من ذلك، فإن المقاصة لا يمكن أن يعتد بها ما لم يتم التمسك بها صراحة من قبل الشخص الذي له الحق فيها<sup>156</sup>.

### ■ المطلب الثاني: نظام الحق في الحبس

الحق في الحبس يعتبر استجابة طبيعية للفطرة الإنسانية فمن الطبيعي أن أول ما يخطر للدائن، إن كان مدينا في نفس الوقت بأداء شيء لمدينه، هو أن يحبس ما في يده حتى يقضي له حقه، كما أن الحق في الحبس يعد استجابة لاعتبارات العدالة ومقتضيات حسن النية، حيث أنه ليس من المقبول أن يطالب مدين دائنه بأن يؤدي إليه ما التزم به من أداء قبل أن يوفي هو دينه.

ولهذه الأسباب نجد أن الحق في الحبس يرجع تاريخه إلى عهد قديم، إلى القانون الروماني، ففي هذا القانون كان الحائز لعين لا يملكها وهو يعتقد أنها ملكه، إذا أنفق مالا على حفظها أو في تحسينها، وأراد المالك أن يسترد العين أعطى البريتور الروماني للحائز دفعا بالغش، يدفع دعوى الاسترداد حتى يسترد ما صرفه في حفظ العين وفي تحسينها. ولذلك أعطى هذا الدفع

<sup>156</sup> - وهذا ما أكد عليه المشرع المغربي بمقتضى الفصل 358 من ق.ل.ع، الذي جاء فيه: "ليس للقاضي أن يعتد بالمقاصة، إلا إذا حصل التمسك بها صراحة ممن له الحق فيها".

بالغش في العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة، إذا أنفق المودع عنده مالا على الوديعة، وكان له الحق في استرداد ما أنفق<sup>157</sup>.

ولكن التنظيم القانوني للحق في الحبس لم يقف عند هذه الفكرة البديهية، وإنما التطور قد صقل هذه الوسيلة وأدى إلى بلورة نظام متكامل له في التشريعات الحديثة ومنها التشريع المغربي. ولدراسة الحق في الحبس يجب أن نعرض أولاً لتعريفه وخصائصه **الفقرة الأولى** وأيضاً لشروطه والآثار المترتبة عليه **الفقرة الثانية**.

### الفقرة الأولى: تعريف الحق في الحبس وبيان شروطه

إذا كانت القاعدة أن جميع الدائنين متساوين في حق الضمان العام إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون، وأنه من المتفق عليه أن هذا التقدم لا يكون إلا بناء على اتفاق، كالرهن الرسمي أو الحيازي، أو حكم كحق الاختصاص، أو نص القانون كحقوق الامتياز، غير أنه أمكن الخروج على قاعدة المساواة بين الدائنين نتيجة وجود أحد الدائنين في مركز متميز لم يسع إليه وإنما وجد فيه الدائن مصادفة.

فإذا كان القانون يمنح صراح أحد الدائنين أولوية معينة لصفة في الدين كحقوق الامتياز، إلا أنه في بعض الأحيان يسمح لأحد الدائنين أن يستمد من أمر واقع ضماناً للوفاء. فالدائن يستمد مركزه من مجرد حبس شيء معين في ظروف معينة وبشروط معينة، يستمد هذا التمييز من موقف سلبي محض، من مجرد الامتناع عن تسليم الشيء.

لذلك يجب أن نقف على ماهية الحق في الحبس أولاً، ثم نعرض بعد ذلك لخصائصه ثانياً.

### **أولاً: تعريف حق الحبس**

الحق في الحبس هو الحق المعترف به، في بعض الحالات لأحد الدائنين الذي يلتزم بأداء شيء معين في حوزته بأن يتمتع عن رده حتى يتم الوفاء بحق نشأ له بمناسبة التزامه ومرتبط به<sup>158</sup>.

<sup>157</sup> - نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، م.س، ص:28.

وعرفه المشرع المغربي في الفصل 291 من ق.ل.ع على الشكل التالي: "حق الحبس هو 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".

والفرض الذي يواجهه هذا النص أن هناك شخصين، أحدهما يحوز شيئاً عليه التزام بأدائه للأخر، ونشأ له في نفس الوقت حق قبله بمناسبة التزامه هذا ومرتبب به، النتيجة المنطقية يكون له أن يحبس الشيء الذي التزم بأدائه إلى أن يوفى له حقه، مثال ذلك المودع عنده له أن يحبس الشيء المودع حتى يستوفي ما أنفقه في حفظه.

فالحق في الحبس أذن هو بمثابة إمكانية تخول للدائن حق حبس الشيء الموجود في ملكيته إلى أن يتمكن من استيفاء دينه<sup>159</sup>.

أما بالنسبة للقضاء فنجده بدوره أعطى عدة تعاريف لهذا الحق في قرارات متعددة، منها القرار الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش عدد بتاريخ 2007/06/14، والذي جاء فيه: "للدائن حق حبس الشيء المملوك للمدين حتى يوفى بما هو مستحق شرط أن يكون الشيء الذي في حيازة الدائن مملوكاً لمدينه"<sup>160</sup>.

### ثانياً: خصائص الحق في الحبس

تتميز هذه الضمانة مثلها مثل غيرها من الضمانات بعدة خصائص يمكن جردها في النقاط التالية:

- أن الحق في الحبس يستمد وجوده وقوته من السيطرة الفعلية على الشيء، ويترجم الحبس في الواقع في الامتناع عن تسليم الشيء المحبوس إلى مالكة أو إلى من له حق في استرداده، حتى

158- نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، م.س، ص: 31.

159- سعيد بواطاس، مبدأ نسبية آثار العقد، مقال منشور بموقع [www. Marocdroit.com](http://www.Marocdroit.com)، الولوج بتاريخ 2020/09/27.

160- قرار محكمة الاستئناف بمراكش، عدد 769، بتاريخ 2007/06/17، ملف رقم 1244/5/06، منشور بمجلة المحاكم التجارية، العدد 3 و4، فبراير 2009

يستوفي ماله من حق نشأ له بمناسبة التزامه برد الشيء ومرتبب به، فالحق في الحبس يتمثل في شكل دفع يدفع به الحابس<sup>161</sup>.

- الحق في الحبس لا يعطي لصاحبه أية ميزة إيجابية، وأن سلطات الحابس لا تتعدى مجرد موقف سلبي يتمثل في الامتناع عن تسليم شيء، ولذلك فالحابس لا ينازع المسترد حقه في الحبس، فإن كان الشيء مملوكا للمدين ظل المدين مالكا له رغم بقاءه في يد الحابس.

- الحق في الحبس وسيلة من وسائل الضغط على المدين لتنفيذ التزامه: وهذه الخاصية تؤكد على أن الحق في الحبس ليس عقا عينيا. فإذا كان الحق في الحبس أثر من آثار الحيازة والسيطرة على الشيء إلا أن ذلك لا يعد بذاته دليلا على كونه حق عيني. فالحابس قبل أن يستخدم هذه الوسيلة من وسائل الضغط لم يكن على الاطلاق صاحب حق عيني على الشيء المحبوس، فهو لم ينازع في ملكية الغير، ولم يظهر بمظهر المالك عليه بل على العكس بتمسكه بالحق في الحبس فانه يقر بالتزامه بالتسليم. كما أن ذلك يعد اعترافا منه بعرضية سنده وبملكية الغير له.

- وكإضافة وخلاصة لما سبق فإن الحق في الحبس كضمانة هامة يتميز بخصائص إيجابية وأخرى سلبية، إذ تتمثل الإيجابية في كونه يتسم ببساطته، وفعالته، ومساهمته في تحقيق عدالة تلقائية، أما تلك السلبية فتتجلى في كونه يعتبر أحيانا حقا غير عادل، وذلك في الحالة التي يكون فيها المدين غير مالك للشيء المحبوس، أو في حالة وجود عدم تناسب للقيمة بين الدين، والشيء المحبوس، الأمر الذي جعل البعض يصفه بالحق المتوحش<sup>162</sup>.

<sup>161</sup> - عبد الله الفتلاوي، الحق في الحبس للضمان، مقال منشور بموقع [ww. Uobabylon. Com](http://ww.Uobabylon.Com)، الولوج بتاريخ 2020/09/9.

<sup>162</sup> - حياة حجي، نظام الضمانات وقانون صعوبات المقاوله - دراسة مقارنة، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع-الرباط، الطبعة الأولى 2012، ص:24.

## الفقرة الثانية: شروط الحق في الحبس وبيان آثاره

من خلال اطلاعنا على الإطار التشريعي المؤطر لضمانة الحق في الحبس وبالأخص الفرع الثاني من الباب الرابع من قانون الالتزامات والعقود الفصول من 291 إلى 305، نجد أنها حددت وبصريح العبارات عدة شروط وجب احترامها لقيام هذه الضمانة صحيحة (أولا) كما أنها رتبت عدة آثار على قيامها (ثانيا).

### **أولا: شروط نشأة الحق في الحبس**

لكي يتمكن الدائن من استعمال هذه الضمانة، يجب عليه احترام عدة شروط وضعها المشرع المغربي لقيامه صحيحة وذلك تحت طائلة سقوطها، وهي الشروط تتمثل في:

#### - الحيازة بحسن نية:

فبالرجوع إلى المادة 292 من ق.ل.ع، نجد أنها تنص على أنه: "يثبت حق الحبس لصالح الحائز

#### حسن النية:

1- من أجل المصروفات الضرورية التي أنفقت على الشيء وفي حدودها.

2- من أجل المصروفات التي أدت إلى تحسين الشيء، بشرط أن تكون سابقة على دعوى الاستحقاق، وذلك في حدود الزيادة في القيمة التي لحقت بالأصل أو الشيء أما بعد دعوى الاستحقاق فلا تدخل في الاعتبار إلا المصروفات الضرورية المحضة، ولا يثبت هذا الحق من أجل المصروفات التي هي من قبيل مجرد الترف

3- في جميع الأحوال الأخرى التي يقررها القانون."

من هذا الفصل يتبين جليا على أنه لا يمكن ممارسة حق الحبس إلا من لدن الدائن حسن النية، بحيث في الحالة التي يتم فيها سرقة الشيء أو الاستلاء عليه بدون رضا المالك الشرعي، لا يعتبر ذلك بالمطلق بمثابة حق حبس.

- ملكية الشيء:-

يتجلى ذلك في أنه لا يمكن ممارسة حق الحبس إلا على الشيء المملوك للمدين، بحيث أن كل ما هو مسروق أو ضائع من مالكة الشرعي، لا يمكن أن يكون محلا لهذا الحق<sup>163</sup>.

- حيازة الشيء:-

ينص الفصل 296 من ق.ل.ع، على أنه: "لا تجوز مباشرة حق الحبس إلا بالشروط الآتية: 1- أن يكون الشيء في حيازة الدائن".

بحيث أنه لممارسة حق الحبس فلا بد من وجود شيء مادي (ملفات، وثائق إدارية...)، وحيازة مادية أو عينية، باعتبار أن الأشياء المادية هي التي تكون قابلة للحيازة، كما يمكن أن تكون كذلك العقارات محلا للحبس شرط أن تكون في ملكية الحابس<sup>164</sup>. بخلاف المنقولات المعنوية التي لا يمكن أن تكون محلا لهذا الحق (كالأصل التجاري)، بالرغم من أن بعض الفقه المعاصر مدد حق الحبس حتى على الأشياء المعنوية، بحيث اعتبر بأن الدائن الحاصل على رهن حيازي على ديون، أو قيم منقولة يمكنه ممارسة هذا الحق<sup>165</sup>.

أما الحيازة العينية فتعني أن الدائن هو الذي يحوز الشيء، أو الغير الذي يتصرف لحسابه، ويتجلى الهدف من ذلك في تمكين الدائن من ممارسة ضغط على المدين، لأنه بمجرد ما يتخلى

---

<sup>163</sup>- وهذا صراحة ما نص عليه الفصل 295 من ق.ل.ع، والذي جاء فيه: "لا تجوز مباشرة حق الحبس على الأشياء غير المملوكة للمدين، كالأشياء المفقودة أو المسروقة التي يطالب باستحقاقها حائزها القانوني. - على الأشياء التي كان الدائن يعلم أو كان يجب عليه أن يعلم بسبب ظروف الحال أو بسبب وقوع الاشتهار الذي يقضي به القانون أنها ليست على ملك المدين. - على الأشياء التي لا يسري عليها حجز المنقول".

<sup>164</sup>- وقد حدد قانون الالتزامات والعقود الأشياء القابلة للحبس بمقتضى الفصل 294 منه بقوله: "يمكن أن يكون محلا لحق الحبس الأشياء المنقولة أو الثابتة، وكذلك السندات الاسمية والسندات التي للأمر أو لحاملها".

<sup>165</sup>- حياة حجي، نظام الضمانات وقانون صعوبات المقاوله -دراسة مقارنة-، م.س، ص:27.

الدائن عن حيازة الشيء المحبوس فإنه يفقد حقه، إلا في الحالة التي يتم فيها هذا التخلي بموجب قرار قضائي<sup>166</sup>.

#### - وجود الدين:

يشترط في الدين أن يكون ديناً مؤكداً، ومستحق الأداء، وخال من النزاع.

ويمكن استثناء ممارسة حق الحبس على ديون غير مستحقة وذلك في حالتين:

\* توقف المدين عن الدفع

\* أن لا يؤدي التنفيذ إلى أية نتيجة في مواجهة المدين.

#### - عنصر الارتباط:

ويقصد به وجود رابط قانوني، أو مادي، بحيث يجب أن يتوفر التقابل بين الالتزامات أي وجود طرف دائن ومدين، كما يجب أن يتوفر الارتباط بين العين محل حق الحبس والدين.

#### ثانياً: الآثار المترتبة عن الحق في الحبس

ولدراسة هذه الآثار سوف نتبع نفس النهج المتبع في دراسة الضمانات العينية أي نتحدث أن آثار هذه الضمانة بالنسبة للدائن (أ) ثم نتطرق بعدها للحديث عن الآثار التي ترتبها هذه الضمانة بالنسبة للمدين (ب).

#### أ- الآثار بالنسبة للدائن

باطلاعنا على الفصول المنظمة لهذه الآثار والتي هي على التوالي الفصل 301 و302 و304 و305، يمكن أن نصنفها إلى واجبات وضعت على عاتق الدائن (1) وحقوق يتمتع بها (ب).

<sup>166</sup> - انظر مقتضيات الفقرة 2 من المادة 296 من ق.ل.ع،

## 1- واجبات الدائن الحابس

يلتزم الدائن الحابس طبقا للفصل 301 من ق.ل.ع، بالمحافظة على الشيء وفقا لأحكام الرهن الحيازي<sup>167</sup>. وتتخلص هذه الأحكام في أنه على الحابس أن يبذل في حفظه وصيانته للشيء المحبوس ما يبذل الشخص العادي من عناية.

كما أن الحابس مسؤول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك راجع إلى سبب أجنبي<sup>168</sup>.

وكما سبق أن ذكرنا أيضا أن الحق في الحبس لا يعطي صاحبه أية ميزة إيجابية فليس له حق الأفضلية أو التتبع. كما أنه ليس له أن يستعمل الشيء الذي في حوزته أو في حيازته، أو أن يستأثر بكل أو بعض المنافع الاقتصادية لهذا الشيء.

ويترتب على ذلك أنه إذا كانت العين المحبوسة تنتج ثمرة أو غلة، فإن ما تنتجه يكون من حق لمالكها، فإن كل ما للحائز هو حبس تلك الثمار تبعا لحبس الشيء ذاته. وبذلك يقع على عاتق الحابس التزام بتقديم حساب عن غلة الشيء المحبوس إلى المدين وأن يردّها إليه إذا ما استوفى حقه.

## 2- حقوق الدائن الحابس

إذا كان قولنا السابق قد استقر على كون الحق في الحبس يعبر عن موقف سلبي ولا يعطي لصاحبه أي ميزة إيجابية، فإن ذلك لم يمنع تشريعنا المغربي بالرغم من ذلك، على منح الدائن الحابس عدة حقوق نصت عليها الفصول 302 و 304 و 305 من ق.ل.ع ويمكن لنا جردها على الشكل التالي:

<sup>167</sup>- حيث نص هذا الفصل على ما يلي: "الدائن الذي يباشر حق الحبس يكون مسؤولا عن الشيء، وفقا للقواعد المقررة للمرتهن".

<sup>168</sup>- يراجع نفس الآثار التي تطرقنا لها في معرض حديثنا عن آثار الرهن الحيازي بالنسبة للدائن وبالخصوص الالتزامات الملقاة على عاتقه فهي نفسها بصريح عبارة الفصل 301.

- إذا كان الشيء المحبوس بيد الدائن معرضا للهلاك أو التعيب جاز للدائن أن يحصل على الإذن في بيعه طبقا للمسطرة المقررة لبيع المرهون رهنا حيازيا وبياسر حق الحبس على المبلغ الناتج من البيع<sup>169</sup>.

- يسوغ للدائن، عند عدم الوفاء بما يستحق، وبعد أن يوجه للمدين مجرد إنذار، أن يستحصل من المحكمة على الإذن في بيع الأشياء التي يحوزها وفي أن يستعمل المبلغ الناتج من البيع في استيفاء حقه، بالامتياز على الدائنين الآخرين<sup>170</sup>.

- للدائن الحابس الحق في الاحتجاج بحقه في الحبس في مواجهة الخلف العام ودائني مدينه، أذ ليس للخلف العام أو الدائن العادي، أي كان تاريخ دينه أكثر مما كان للسلف أو المدين من حقوق، ونفس الأمر ينطبق على الخلف الخاص<sup>171</sup>.

### أ- الأثار بالنسبة للمدين

#### **1- حقوق المدين**

للمدين في حق الحبس عدة حقوق أعطاها له التشريع المغربي وعلى رأسها تقييد يد الدائن في التصرف في الشيء محل الحبس لأنه وكما قلنا، أن الدائن يحوز الشيء حيازة سلبية، وعلى العموم فإن أبرز هذه الحقوق هي:

- مطالبته بالمحافظة على الشيء المحبوس: فللمدين حق مطالبة الحابس بالمحافظة على الشيء المحبوس والعناية به، والقيام عليه قيامه بشؤونه، وكذا أن يخطره الحابس بحالات التلف والهلاك عند وجود الخطر وهذا الالتزام يشبه التزام المرتهن في الرهن الحيازي<sup>172</sup>.

<sup>169</sup>- الفصل 302 من قانون الالتزامات والعقود.

<sup>170</sup>- الفصل 304 من قانون الالتزامات والعقود.

<sup>171</sup>- وهذا ما نص عليه الفصل 305 من قانون الالتزامات والعقود، بقوله: "يسوغ التمسك بحق الحبس ضد دائني المدين وخلفائه، وفي نفس الحالات التي يمكن فيها التمسك به ضد المدين نفسه".

<sup>172</sup>- وهذا ما نص عليه الفصل 301 من ق.ل.ع بقوله: "الدائن الذي يباشر حق الحبس يكون مسؤولا عن الشيء، وفقا للقواعد المقررة للمرتهن الحيازي".

- الاستفادة من ثمار الشيء المحبوس: فكما قلنا سابقا أن من بين الالتزامات الملقاة على عاتق الدائن الحابس تجاه المدين جني الثمار المتعلقة بالملك المحبوس وتسليمها له.

- إمكانية المدين من رد الشيء المحبوس بمجرد الوفاء بما عليه: وهذا ما نص عليه الفصل 303 من قانون الالتزامات والعقود والذي جاء فيه: "يسوغ للمحكمة، وفقا لظروف الحال، أن تأمر برد الأشياء التي يحبسها الدائن، إذا عرض المدين، أن يسلم للدائن ما يعادلها من قيم أو أشياء أخرى أو أن يودع في مستودع الأمانات المبلغ المطلوب إلى أن يفصل في النزاع. ويجوز للمحكمة أيضا أن تأمر برد بعض الأشياء المحبوسة، عندما يكون ذلك ممكنا، إذا عرض المدين أن يودع ما يعادلها. وعرض تقديم كفيل لا يكفي لتحرير الشيء المنقول المرهون رهنا حيازيا".

## 2- التزامات المدين:

كما أن للمدين في حق الحبس حقوق فإن عليه أيضا التزامات وهي كالتالي:

- التزامه برد ما انفقه الدائن الحابس في سبيل الحفاظ على الشيء محل الحبس، وكذلك التزامه برد مصرفات جني الثمار. وهذا هو الالتزام الوحيد الذي يقع على المدين بالإضافة إلى التزامه بتأكيديّة ما عليه من واجبات لاسترداد شئيه من الدائن، أما التسليم فهو ليس التزاما عليه كما هو الحال في الرهن الحيازي لأن من شروط الحق في الحبس حسب الفصل 296 هو أن يكون الشيء في حيازة الدائن مسبقا.

وفي نهاية هذه الفقرة وجب التأكيد على أن هذه الضمانة تنتهي بطريقتين أساسيتين وهما:

- حصول الحابس على حقه كاملا

- خروج الشيء من يد الحابس خروجاً إرادياً.

إذن ومن خلال ما ورد في هذا المبحث يتضح لنا على أنه هنالك حالات خاصة يجد فيها الدائن نفسه ولو بدون قصد، يتمتع بضمانات استثنائية تشبه إلى حد كبير الضمانات العينية في

خصائصها ومميزاتها، والتي أطلق عليها الفقه اسم المراكز القانونية المتميزة لأن الدائن يحظى بها نتيجة وجوده في مركز قانوني معين، وهذه الضمانات متعددة ومشتتة في نصوص خاصة وعامة، وقد اخترنا منها الدعوى المباشر باعتبارها آلية تمكن الدائن من ممارسة حقوق دائنه التي تغاضى عن ممارستها تجنباً لإفلاسه وضياع ضمانه، وكذا نظام الحق في الحبس كونه ضماناً هامة تمكن الدائن من حبس الشيء في يده إلى أن يوفي مدينه، وأخيراً نظام المقاصة كضمانة تؤدي لانقضاء الحقوق في نفس الوقت.

ولكن الإشكال الذي وجدته كطالب باحث أثناء تحريري لهذا المبحث هو صعوبة جمع الضمانة التي تنتمي لهذه الطائفة، وذلك كما قلت لأنها مشتتة في عدة نصوص بل الأكثر من ذلك فإن تشريعنا لم يعترف ببعضها بشكل مباشر رغم أنه أخذ بها بطريقة غير مباشرة مثال ذلك نظام الدعوى المباشرة.

## المبحث الثاني: المراكز العقدية المتميزة

يقصد بالمراكز العقدية المتميزة الضمانات التي تنشأ عن علاقات تعاقدية عادية خارج نطاق الضمانات العينية والشخصية. والقاسم المشترك لهذه الضمانات أنها وسائل قانونية تهدف إلى حماية الدائن من مخاطر إعسار مدينه. ويجمع بين هذه المراكز والمراكز القانونية المتميزة أن الدائن في كل منها يبقى دائناً عادياً بالرغم مما يتمتع به من ضمان يوقيه خطر إعسار المدين، خروجاً على مبدأ المساواة بين الدائنين العاديين.

وهذه الضمانات تنشأ إما من توظيف وسائل تقليدية في نظرية الالتزامات والعقود، كحوالة الحق والعربون **(المطلب الأول)**، وإما نتيجة ابتكار وسائل جديدة مرتكزة أيضاً على أوت ونظم نظرية الالتزام، كاطلاع الدائن على نمة ونشاط مدينه كوسيلة للضمان، ولا ننسى الشرط الجزائي كضمانات عقدية حديثة العهد نسبياً **(المطلب الثاني)**.

## - المطلب الأول: توظيف بعض الوسائل التقليدية

وهنا سوف نتطرق للوسائل التقليدية التي لجأ إليها العمل لتوظيفها في تحقيق نوع من الضمان للدائن ضد مخاطر إعسار مدينه، كحوالة الحق على سبيل الضمان (الفقرة الأولى) وأيضاً العربون كوسيلة للضمان (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: حوالة الحق على سبيل الضمان

أكد الفقه المدني بوجه عام، على أن الالتزام بمجرد نشوئه، كعلاقة قانونية بين الدائن والمدين، يمكن أن ينتقل إيجاباً أو سلباً، في إطار علاقة تتم مع شخص ثالث.

وبحسب بعض الفقه الفرنسي، فإن مفهوم الالتزام يتضمن، على الأقل من الناحية المالية بعدين، يتمثل الأول في العلاقة القانونية التي تربط بين شخصين، في حين يتجلى الثاني في كونه قيمة أو مالاً.

وبتعبير جانب آخر من الفقه، فإنه في بعض الحالات يأخذ الأطراف بعين الاعتبار الالتزام كمال أو قيمة مالية فإذا كان موضوعه يقدم مصلحة ليس فقط للدائن وإنما لأشخاص آخرين، فإن الالتزام يمكن استخدامه كآلية للوفاء أو للضمان<sup>173</sup>.

ومن هذا المنطلق ظهرت فكرة الالتزام في جل التشريعات الدولية منها أيضاً تشريعنا الوطني، حيث تناول المشرع المغربي انتقال الالتزام في القسم الثالث من الكتاب الأول من ق.ل.ع، وذلك في الفصول من 189 إلى 227، مقسماً إياها إلى أربعة أبواب، وذلك على الشكل التالي:

- حيث تناول في الباب الأول الانتقال بوجه عام، في الفصول من 189 إلى 208

- بينما تطرق في الباب الثاني لحوالة مجموعة حقوق أو حوالة الذمة، في الفصلين 209، 210.

<sup>173</sup> - عبد الرحمان الشرفاوي، القانون المدني، الكتاب الثاني أحكام الالتزام، م.س، ص:89.

- في حين خصص الباب الثالث للحلول في الفصول من 211 إلى 216.

- وفي الأخير، خصص الباب الرابع للإنابة، في الفصول من 217 إلى 227.

ونحن في إطار دراستنا لحوالة الحق كآلية للضمان، اخترنا أن نبين مدى الضمان الذي تحققه من خلال بيان الآليات التي تركز عليها من خلال تعريفها (أولاً) وأيضاً بيان شروطها وأثارها (ثانياً).

### أولاً: مفهوم حوالة الحق ومدى الضمان الذي تحققه

حوالة الحق هي العملية القانونية التي من خلالها يقوم الدائن، الذي يسمى المحيل، بنقل حقه إلى المحال له على حساب المدين، الذي يسمى المحال عليه.

فحوالة الحق إذن تشمل ثلاثة أطراف رئيسية وهي:

- الدائن: والذي يسمى المحيل لأنه يحيل الغير بالحق المترتب له في ذمة المدين.

- الغير: وهو الدائن الجديد والذي يسمى محالاً له، لأن الدائن أحاله بحقه.

- المدين: ويسمى محالاً عليه، لأن الدائن الأصلي أحال عليه الدائن الجديد<sup>174</sup>.

فانطلاقاً مما سبق يمكن القول على أن حوالة الحق هي عبارة عن عقد للضمان يتمكن بمقتضاه دائن من نقل حقه لدى مدينه إلى شخص ثالث (قد يكون دائنه عن معاملة بينهما) يصير دائناً للأخير بدل الأول.

ولإعطاء مثال عن أهمية الضمان الذي تحققه حوالة الحق، نشير لحوالة الأجر على سبيل الضمان<sup>175</sup>، فمن أجل تشجيع الائتمان لصغار المدينين يأخذ في عين الاعتبار عنصر العمل

<sup>174</sup> - مأمون الكزبري، نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الثاني، أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه، م.س، ص:198.

<sup>175</sup> - أما عن النقاش الدائر حول مشروعية هذا النوع من الحوالات فهو جائز، فإذا كان أصحاب المنع يستدلون بالفصل 191 من قانون الالتزامات والعقود بالخصوص الفقرة الثالثة منه والتي نصت على أنه: " .. تبطل الحوالة إذا كان الدين لا يقبل الحجز أو التعرض.."، ومثال هذه الديون النفقة والحد الأدنى من أجور العمال أو رواتب الموظفين: فالنفقة والحد الأدنى من

كقيمة مثله مثل رأس المال. أي اعتبار القدرة على العمل عنصرا من عناصر الائتمان. وعلى نطاق القيمة فإن الأجر هو المقابل المادي لعنصر العمل، وبذلك ينبغي اعتبار الأجر هو أساس منح الائتمان بالنسبة للذين ليس لديهم مصادر أخرى للثروة<sup>176</sup>، وهو ما نراه في وقتنا الحالي فأغلب الأجراء والموظفين يعتمدون على أجرهم كضمانة من أجل الاقتراض والوصول لمبتغاهم شراء منزل سيارة...

ولكن للإشارة فقط إذا كانت القاعدة تقضي بأن كل حق يمكنه الانتقال إما كليا أو جزئيا، وذلك كيفما كانت طبيعته، وكيفما كان محله سواء القيام بعمل أو الامتناع عنه أو إعطاء شيء، وكيفما كان وصفه ناجزا أو معلقا على شرط أو مرتبط بأجل.

غير أن هذا المبدأ ترد عليه مجموعة من الاستثناءات، حتى وإن مانت محدودة من حيث عددها، حيث توجد بعض الحقوق لا تقبل الحوالة، والتي مثلها الفقه أساس فيما يلي:

- الحقوق الغذائية، القانونية أو القضائية المنشأ، كما هو الشأن بالنسبة للنفقات الغذائية، والعديد من الخدمات الاجتماعية، من قبيل المعاشات العائلية.

- بالنسبة لحقوق الأجور والعلاج، على الأقل إلى حدود المبلغ الذي يعلن القانون أنه غير قابل للحجز.

وبالرجوع لقانون الالتزامات والعقود المغربي، نجد تطرق للعديد من أنواع الحقوق المستبعدة في مجال الحوالة والتي يمكن تلخيصها فيما يلي:

- استبعاد الحقوق المحتملة

- إذا كان محلها حقوقا لها صفة شخصية محضة، كحق انتفاع المستحق لحبس

---

الأجور والرواتب من الحقوق التي يقرر المشرع عدم قابليتها للحجز أو التعرض لحاجة أصحابها إليها في أمور معيشتهم. فهي بالتالي تستعصي على الحوالة.

لكن المشرع أوضح أن الدين " إذا كان لا يقبل الحجز إلا في حدود جزء محدد منه أو قيمة محددة، صحت الحوالة في حدود هذه النسبة". فهكذا مثلا لا يجوز حجز أجور العمال أو رواتب الموظفين إلا ضمن الحدود التي عينها القانون. فإذا وقعت حوالة الأجور أو الرواتب ضمن هذه الحدود كانت حوالة صحيحة وانتجت آثارها.

<sup>176</sup>- نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، م.س، ص: 82.

- إذا كان الدين لا يقبل الحجز أو التعرض.

- إذا كان الدين أو الحق غير ممكن تحويله بمقتضى سند إنشائه أو بمقتضى القانون.

ثانياً: شروط حوالة الحق بيان أثارها

### 1- شروط حوالة الحق

لقد أفرزت التطورات التي عرفتتها حوالة الحق التأكيد على أن هذه الأخيرة ما هي إلا نوع من الاتفاقات الناقلة. ومن ثم فإنها تخضع للشروط العامة لصحة الاتفاقات، والمتمثلة في التراضي والمحل والسبب، بل إن الفقه يؤكد على انعدام أي شرط خاص يتعلق بصحته فيما بين أطرافه. وقد عبر المشرع المغربي عن هذا الموقف، من خلال الفصل 194 من ق.ل.ع، الذي جاء فيه ما يلي: " الحوالة التعاقدية لدين أو لحق أو لدعوى تصير تامة برضى الطرفين، ويحل المحال له محل المحيل في حقوقه ابتداء من هذا التاريخ"<sup>177</sup>.

غير أنه بالنظر لكون اتفاق الحوالة تم بين المحيل والمحال له، ونظراً لقاعدة نسبية العقود، التي تقضي بأنه لا يستفيد ولا يتضرر من العقد إلا أطرافه، فإنه ينبغي الأخذ بعين الاعتبار المدين المحال عليه، الذي ينبغي إخطاره، هذا الإنذار أو الإخطار يعتبر الشكلية الوحيدة المتطلبة في القانون المغربي.

ذلك أنه بالرجوع للفصل 195 من ق.ل.ع. نجد نص على أنه "لا ينتقل الحق للمحال له به تجاه المدين والغير إلا بتبليغ الحوالة للمدين تبليغاً رسمياً أو بقبوله إياها في محرر ثابت التاريخ"<sup>178</sup>، وذلك مع استثناء الحالة المنصوص عليها في الفصل 209 الآتي:

<sup>177</sup>- عبد الرحمان الشرفاوي، القانون المدني، الكتاب الثاني أحكام الالتزام، م.س، ص:99.

<sup>178</sup>- وهذا ما أكد عليه القضاء المغربي أيضاً في عدة قرارات.

فقد جاء في قرار لمحكمة النقض بتاريخ 14 نونبر 1984 بأنه وبمقتضى الفصل 195 من ق.ل.ع، فإن الحق لا يعتبر منتقلاً بصفة قانونية إلى المحال له اتجاه المحال عليه، إلا بتبليغ الحوالة لهذا الأخير أو بقبوله لها في محرر ثابت التاريخ، وحق الكراء لا ينتقل من المكثري إلى المشتري منه الأصل التجاري دون تبليغ هذا التفويت إلى المالك".  
مجلة المحاكم المغربية، العدد 43، ص:63.

(ظهير 20 ماي 1939) حوالة الحقوق في شركة يلزم لسريتها على الغير أن تبلغ للشركة أو تقبل منها في محرر رسمي أو في محرر عرفي مسجل داخل المملكة".

فمن هذا الفصل نستشف بوضوح على أن المشرع المغربي، وعلى غرار نظيره الفرنسي، ترك الخيار للأطراف بين طريقتين، الأولى هي تبليغ الحوالة للمدين تبليغا رسميا، أما الخيار الثاني فيتمثل في قبول المدين للحوالة في محرر ثابت التاريخ.

## 2- آثار حوالة الحق

ينتج عن الحوالة انتقال الحق إلى المحال له، الذي يصبح بمثابة صاحب الحق الأصلي، فهي تصرف ناقل (أ) إضافة إلى ذلك، فإن محيل الحق ملزم تجاه المحال له بضمانه (ب).

### أ- الأثر الناقل

بالنظر لمبدأ الرضائية الذي اعتمده المشرع المغربي، فإن الحوالة يترتب عنها، وعلى غرار البيع، نقل آني للحق، بمجرد تبادل الإرادات، في حين أن الاحتجاج بها على الغير، يتطلب استكمال الشكلية المنصوص عليها في الفصل 195 من ق.ل.ع<sup>179</sup>.

وعلى العموم فإن الحق ينتقل للمحال له بخصائصه، تجاري كان أو مدني، وبتوابعه والحق في الفوائد والدعاوى القضائية والسندات التنفيذية، إضافة إلى الشروط المتعلقة بحل المنازعات من قبل شرط التحكيم.

فبمراجعة مقتضيات الفصل 200 من ق.ل.ع والذي عدل مؤخرا بمقتضى قانون 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة، نجدها تؤكد على حكم انتقال الحق من المحيل إلى المحال له بتوابعه، حيث ينتج عنه:

<sup>179</sup>- وبتعبير بعض الفقه، فإن الحوالة تنقل الحق إلى المحال له، الذي يصبح صاحب الحق الأصلي، وليس صاحب حق جديد، على اعتبار أن هناك تغيير للدائن وليس تغييرا للحق، الأمر الذي يجعل الحوالة تختلف عن الإنابة

- حوالة الحق تشمل توابعه المتممة له، كالاقتيازات، مع استثناء ما مان منها متعلقا بشخص المحيل.

- تشمل الحوالة دعاوى البطلان والإبطال أو الأداء التي كانت للمحيل.

- الرهون الرسمية بشرط صريح

- باقي الضمانات الأخرى بما فيها الكفالة، ما لم يشترط غير ذلك، دون الحاجة للقيام بأي إجراء بالنسبة للكفالة المقدمة لأغراض تجارية.."

وقد حرص المشرع المغربي التطرق لحالة اشتغال الحوالة على الرهن الحيازي، وذلك بمقتضى الفصل 201 من ق.ل.ع، الذي أكد على أنه: "إذا اشتملت الحوالة الرهن الحيازي أيضا، فإن المحال له بمجرد تسلمه الشيء المرهون يحل محل المحيل في كل الالتزامات التي كانت ثابتة عليه للمدين، بصدور رعاية الشيء المرهون والمحافظة عليه.

وعند عدم تنفيذ هذه الالتزامات، فإن المحيل والمحال له مسؤولان بالتضامن تجاه المدين. ولا محل لهذه القاعدة إذا حصلت الحوالة بمقتضى القانون أو بمقتضى حكم، وفي هذه الحالة يكون المحال له مسؤولا وحده تجاه المدين عن الشيء المرهون".

ومن جهة ثانية، فإن الحق ينتقل إلى المحال له مع التكاليف والالتزامات التي تنقله، تطبيقا للقاعدة الفقهية التي تقضي بأن الغرم بالغنم<sup>180</sup>.

من جهة ثالثة، فإن الحق ينتقل إلى المحال له بما عليه من دفع، وهذا ما يستشف من مقتضيات الفصل 207 من ق.ل.ع، الذي جاء فيه:

- يجوز للمدين أن يتمسك في مواجهة المحال له بكل الدفع التي كان يمكنه التمسك بها في مواجهة المحيل، بشرط أن يكون أساسها قائما عند حصول الحوالة أو عند تبليغها.

<sup>180</sup>- وقد نص المشرع المغربي على هذا الحكم في الفصل 202 من ق.ل.ع، الذي جاء فيه ما يلي: "البيع أو الحوالة الواردة على حق أو دين تشمل التكاليف والالتزامات المترتبة عليه ما لم يشترط غير ذلك".

- لا يجوز له التمسك بالدفع بالصورية ولا بما وقع تبادله بينه وبين المحيل من الاتفاقات السرية المعارضة والتعهدات الخفية إذا كانت غير ناتجة من السند المنشئ للالتزام ولم يكن المحال له قد علم بها.

### ب- الضمان من قبل المحيل:

يضمن المحيل للمحال له أفعاله الشخصية سواء كانت الحوالة بعوض أم كانت بغير عوض. وإذا كانت الحوالة بعوض فإن المحيل يضمن بحكم القانون كونه دائنا أو صاحب حق كما يضمن وجود الدين أو الحق وقت الحوالة وحقه في التصرف فيه. كذلك يضمن يسار المدين إذا التزم صراحة بذلك أو إذا كان قد أحال دينا على شخص كان معسرا وقت إبرام الحوالة<sup>181</sup>.

وقد أكد المشرع المغربي على هذا الضمان، مميزا بين الحالة التي تكون فيها الحوالة بعوض والحالة التي تكون بدون عوض.

ففي الحالة الأولى، نجد المشرع المغربي يؤكد على أن المحيل يضمن كونه دائنا ويضمن وجود الدين وحقه في التصرف فيه، فبالرجوع للفصل 203 من ق.ل.ع. نجده ينص على ما يلي: "من أحال بعوض دينا أو حق معنوي آخر يلتزم بأن يضمن:

1- كونه دائنا أو صاحب حق

2- وجود الدين أو الحق وقت الحوالة.

3- حقه في التصرف فيه.

وكل هذا لو حصلت الحوالة بغير ضمان.

---

<sup>181</sup> - مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الثاني أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه، م.س، ص:226.

وهو يضمن أيضا التوابع، كالاتيازات وغيرها من الحقوق التي كانت مرتبطة بالدين أو بالحق المحال في وقت الحوالة، ما لم تكن قد استثنيت صراحة".

أما الحالة التي تكون فيها الحوالة بدون عوض، فإن المشرع المغربي استبعد هذا الضمان القانوني، مكتفيا بجعل المحيل مسؤولا في مواجهة المحال له عن الضرر الذي يلحقه نتيجة تدليسه<sup>182</sup>.

وفي جميع الأحوال، فإن المشرع المغربي نص بمقتضى الفصل 204 من ق.ل.ع، على أن المحيل لا يضمن يسار المدين إلا إذا كان قد أحال دينا على شخص كان معسرا عند إبرام الحوالة. ويشمل هذا الضمان ثمن الحوالة الذي قبضه المحيل ومصرفات مطالبة المدين التي اضطر المحال له لإنفاقها.

### الفقرة الثانية: العربون كوسيلة للضمان

لقد كان العربون ولا يزال من أهم الأدوات القانونية التي يلجأ إليها المتعاقدون قصد توثيق عقودهم والتزاماتهم التي حصل الاتفاق بشأنها، فالعربون إن ينطوي على فكرة ضمان تنفيذ الالتزام بصورة عامة وبالتالي فهو يساهم إلى حد كبير في حماية حقوق المتعاقدين باعتباره أداة رادعة للطرف المخل بالعقد<sup>183</sup>.

وللعربون في كل من الفقه والقانون عدة مفاهيم قانونية تختلف باختلاف المنظور الذي أعطي لهذه المؤسسة، فتباينت بخصوصها النظريات الفقهية، الأمر الذي انعكس بدوره على الصيغ التشريعية التي حيكت بها النصوص المنظمة للعربون في كل من القانون المغربي والمقارن على حد سواء.

<sup>182</sup> - عبد الرحمان الشرفاوي، القانون المدني، الكتاب الثاني أحكام الالتزام، م.س، ص: 108.

<sup>183</sup> - عبد القادر العرعاري، نظيرة العقد، مطبعة الأمنية الرباط، الطبعة الخامسة 2016، ص: 82.

ويعتبر موضوع الطبيعة القانونية للعربون واحدا من أهم الموضوعات التي احتد حولها النقاش الفقهي لما لهذه الطبيعة من أهمية بخصوص مسألة التكييف القانوني الذي ينطبق على العربون.

وحتى نستطيع إحاطة هذا الموضوع من كل الجوانب، فإننا سنحاول التعريف بالعربون باعتبار ذلك بمثابة الخيط الرابط الذي يقربنا من هذه المؤسسة وبعد ذلك سنحدد الطبيعة القانونية للعربون (أولا)، ونختم هذه الفقرة ببيان أحكام العربون كضمانة هامة في قانوننا المدني (ثانيا).

أولا: التعريف بمؤسسة العربون وبيان طبيعتها

#### أ- التعريف بمؤسسة العربون

عرف الفقه العربون بأنه مبلغ من المال أو شيء من الأشياء يدفع لضمان عقد أو وعد، وبعبارة أخرى، فالعربون هو مقدار من المال يدفعه أحد المتعاقدين للطرف الآخر عند التعاقد<sup>184</sup>.

فالعربون إذن هو أن يشتري الشخص شيئا أو يستأجره، ويقوم بدفع جزء من قيمته مقدما عند التعاقد أي عند الشروع على التوقيع على العقد تعبيرا عن الطرفين، على أنه إذا التزم بالعقد وقام بدفع باقي ثمن الشيء يحتسب ما دفعه مقدما، جزءا من القيمة، وإذا لم يقم بالتزامه بتسديد بقية الثمن، فإن جزءا مما دفعه يكون للبائع أو المؤجر، ذلك لأنه لم يفي بالتزامه بعقد الشراء، وهذا ما يشكل ضمانة هامة لكلا الطرفين.

وبالرجوع لتشريعنا الوطني نجد على أن الفصل 288 من ق.ل.ع، قد عرف العربون بأنه: "هو ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر بقصد ضمان تنفيذ تعهده".

فمن هذا التعريف نستنتج ما يلي:

<sup>184</sup>- لبنى الغومرتي، محاضرات في النظرية العامة للالتزامات، تاريخ الإلقاء 30 مارس 2020.

- أن العربون باعتباره أداة لضمان تنفيذ العقد فإنه لا يقتصر على عقد دون آخر فهو يشمل العقود الابتدائية والعقود النهائية معاً، سواء كانت هذه العقود ناقلة للملكية كالبيع أو ناقلة للمنفعة فقط كالإكراء.

- أنه نتيجة لاختلاف المنظور القانوني للعربون فإن موقف التشريعات المدنية منه ليس واحداً إذ أن هذه المواقف غالباً ما تعكس الاتجاه الذي تأثرت به هذا التشريع أو ذاك.

- أن هذا الاختلاف في المنظور التشريعي المعاصر ليس بالأمر الجديد، بل كان يستند في عمقه إلى اختلافات فقهية سابقة، الأمر الذي يفرض علينا الرجوع إلى أصل هذا الخلاف قصد الوقوف على أهم النتائج المترتبة على هذا التباين في المنظور.

### ب- طبيعة العربون

لدراسة الطبيعة الخاصة للعربون وجب علينا تقسيمها لنقطتين أساسيتين، وذلك لإلقاء نظرة شاملة وموسعة وهي على الشكل التالي: دراسة طبيعة العربون في الفقه الإسلامي (1) والانتقال بعدها لتحديد هذه الطبيعة في القانون المقارن (2).

#### **1- طبيعة العربون في الفقه الإسلامي**

عرف الفقهاء المسلمون اختلافاً في الرأي حول الكثير من المسائل الفقهية منها العربون، وبالرجوع إلى هذه الآراء الفقهية الإسلامية التي تناولت موضوع العربون فإننا نلاحظ أنها كانت تتراوح بين جواز التعامل بالعربون ومنعه، وهناك آراء تحفظية لا تجيز التعامل به إلا في حدود ضيقة وحالات استثنائية، ونظراً لأهمية هذه الآراء فإننا سنحاول توضيحها من خلال الأنصار الذين تزعموا هذه الآراء ودافعوا عنها.

#### **- أنصار منع التعامل بالعربون**

وهو رأي الجمهور من الفقهاء حيث يذهبون إلى منع التعامل بالعربون لعدم مشروعيته، فقد استدل هؤلاء بالحديث المروي عن الرسول صلى الله عليه وسلم الذي نهى فيه عن بيع

العربان، أما بخصوص أساس هذا المنع أو النهي فيرده الجمهور إلى الغرر الذي يحيط بالعقد الذي تم تسبيق العربون فيه<sup>185</sup>.

#### - أنصار جواز التعامل بالعربون

يعتبر الإمام أحمد بن حنبل من أشهر دعاة التعامل بالعربون وهذا الموقف هو الذي ذهب إليه قوم من التابعين منهم مجاهد و ابن سيرين... وهو الرأي الذي عمل به عمر ابن الخطاب.

واستدل الإمام أحمد ابن حنبل بما روي عن نافع بن الحارث عامل عمر بن الخطاب على مكة أنه اشترى لعمر من صفوان بن أمية دارا للسجن بأربعة آلاف درهم واشترط عليه نافع إن رضي عمر فالبيع له وإن لم يرضى فلصفوان أربعمئة درهم وعندما رفع الأمر إلى عمر لم ينكر عليه شراءه بالعربون.

#### - المواقف المتراوحة بين المنع والجواز

أنصار هذا الاتجاه لم يقطعوا برأي قار في الموضوع وإنما التزموا موقفا وسطا بين الرأيين السابقين بحيث اعتبروا بيوعات العربون من البيوعات الفاسدة إن كان المقصود من العربون هو حبسه عند البائع من أجل تغريم المشتري على عدم إتمامه البيع، أما إذا حصل الاتفاق على رده للمشتري فالأمر جائز.

#### 2- طبيعة العربون في القانون المقارن

تنازع موضوع العربون مدرستان فقهيّتان الأولى ذات أصل لاتيني ترى بأن العربون مجرد أداة للعدول، فالغرض من العربون حسب هذه المدرسة هو إعطاء حق العدول لكل المتعاقدين،

<sup>185</sup> - عبد القادر العرعاري، نظرية العقد، م.س، ص:86.

حيث إنه إذا عدل من دفع العربون ترتب على عدوله فقد العربون الذي دفعه، أما إذا عدل من قبض العربون ترتب على عدوله رد العربون ورد مثله معه<sup>186</sup>.

أما المدرسة الثانية ذات أصل جرمانى وترى بأن العربون أداة لتأكيد إبرام العقد، أي أن دفع العربون يعتبر دليلاً على انصراف نية المتعاقدين على تأكيد العقد وتنفيذه، ومن ثم يكون المبلغ المدفوع بمثابة جزء من الثمن، أما إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه فإنه يتحمل المسؤولية<sup>187</sup>.

وعلى ضوء هذين الاتجاهين الفقهيين السابقين فإن مواقف التشريعات المعاصرة لم تستقر على رأي قار وثابت بخصوص هذه الطبيعة القانونية، فهناك من اعتبرته أداة عدول عن العقد وهذا هو موقف القانون الفرنسي مثلاً<sup>188</sup>.

وفي مقابل هذا الاتجاه التشريعي اللاتيني يوجد هناك اتجاه آخر تأثر بالمفهوم الجرمانى للعربون، حيث يعتبر العربون بمثابة دفعة أولية من ثمن الصفقة يتعين على من دفعه إتمام ما تبقى من الثمن المنفق عليه، ومن التشريعات العربية التي سلكت هذا الاتجاه نجد المشرع العراقي<sup>189</sup>، وكذا قانون الالتزامات والعقود المغربي والقانون الألماني.

### ثانياً: حكم العربون في التشريع المغربي

خصص المشرع المغربي لأحكام العربون الفصلين 289 و 290 من ق.ل.ع، حيث نص الأول على أنه: "إذا نفذ العقد خصم مبلغ العربون مما هو مستحق على من أعطاه مثلاً إذا كان من أعطى العربون هو المشتري أو المكثري خصم من ثمن البيع أو الكراء، وإن كان من أعطى العربون هو البائع أو المكري ونفذ العقد وجب رده.

<sup>186</sup>- للمزيد من الاطلاع يراجع موقع الرابطة المحمدية للعلماء، مقال تحت عنوان " دور العربون في توثيق العقود و الاتفاقات .. دراسة مقارنة، [www.Arabita.ma](http://www.Arabita.ma).

<sup>187</sup>- عبد الرحمان الشرفاوي، القانون المدني دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزام على ضوء تأثرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي، الكتب الأول مصادر الالتزام، الجزء الأول التصرف القانوني، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، الطبعة الثالثة 2015، ص: 105 و 106.

<sup>188</sup>- تنص المادة 1590 من القانون المدني الفرنسي على أنه: "إذا اقترن الوعد بالبيع بدفع العربون كان لكل من العاقدين حق العدول عن العقد فإذا عدل من دفع العربون خسره وإذا عدل من قبضه وجب عليه رد ضعفه".

<sup>189</sup>- المادة 93 من القانون المدني العراقي.

كما يجب رد العربون أيضا إذا ألغي العقد بتراضي عاقديه".

أما النص الثاني فقد جاء فيه بأنه: "إذا كان الالتزام غير ممكن التنفيذ أو إذا فسخ بسبب خطأ الطرف الذي أعطى العربون كان لمن قبضه أن يحتفظ به ولا يلزم برده إلا بعد أخذه التعويض الذي تمنحه له المحكمة إن اقتضى الأمر ذلك".

فانطلاقا من صياغة الفصلين السابقين يمكن أن نستخلص النتائج التالية:

- أنه خلافا لجل التشريعات العربية التي تأثرت بالاتجاه اللاتيني في العربون فإن المشرع المغربي قد تأثر بمبادئ النظرية الجرمانية التي تعتبر العربون بمثابة دفعة أولية من الثمن الإجمالي المتفق عليه الأمر الذي يعني أنه لا يحق لأي من الأطراف أن يتراجع بصورة انفرادية عن إتمام العقد.

- باعتبار أن العربون في إطار التشريع المغربي أداة لتأكيد العقد وليس وسيلة للتراجع عنه فإنه بذلك يعد خطوة جدية نحو تنفيذ العقد، الأمر الذي يعني أن العقد يكون قد انعقد بين الطرفين وأي عدول أو تراجع انفرادي بدون موافقة الطرف الآخر إلا ويعد إخلالا بالالتزام الرابط بينه وبين الطرف الآخر<sup>190</sup>.

<sup>190</sup>رغم وضوح مضمون الفصلين 285 و 290 من ق.ل.ع بخصوص الحكم المترتب عن قبض العربون فإن هناك بعض القرارات القضائية التي تخلط بين العربون ودفع جزء من ثمن البيع كما هو الأمر بالنسبة للقرار رقم 931 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 14 مارس 1995 المنشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى للسنوات 1958-1996، ص:267. الذي جاء فيه بأنه: "إذا كان المبلغ المدفوع من طرف المشتري هو المعبر عنه قانونا بالعربون في الفصلين 288-289 ق.ل.ع، فإن دلالاته وإعطاءه حكمه القانوني وهل هو جزء من الثمن، فينقذ به البيع أم أنه مجرد عربون مصحوب بخيار العدول عندما يكون منوطا بنية المتعاقدين وهي مسألة موضوعية يستقل قضاة الموضوع باستخلاصها من وقائع الدعوى وبنود العقد".

- وفي قرار آخر صادر عن محكمة النقض تحت عدد 7-92 الصادر بتاريخ 05-03-2013 في الملف رقم 833-1-7-2012 جاء فيه ما يلي: "حيث يستفاد من أوراق الملف ومن القرار المطعون فيه عدد 347 الصادر بتاريخ 01/11/2011 عن محكمة الاستئناف بتطوان في الملف عدد 01/1201/2011 أن المطلوبة في النقض تقدمت بمقال افتتاحي أمام ابتدائية تطوان تعرض فيه أن المدعى عليه (الطالب) التزم أن يبيعها قطعة أرضية مساحتها 1300 مترا مربعا والكائنة بدوار النيكرو بثمن إجمالي قدره 240 ألف درهم تسلم منها مبلغ 20.000 درهم كتسبيق حسب الثابت من الاعتراف المصادق عليه بتاريخ 2005/3/23، إلا أنه لم يتم معها عقد البيع رغم الإنذار الموجه إليه والتمست الحكم عليه بإلزامه بتحرير العقد النهائي للبيع للقطعة الأرضية المذكورة وأنها مستعدة لأداء ما تبقى من ثمن البيع وقدره 220.000 درهم والحكم بغرامة تهديدية قدرها 2000 درهم عن كل يوم تأخير عن التنفيذ مع شمول الحكم بالنفاذ المعجل، وتحميل المدعى عليه الصائر، وأرقت مقالها بنسخة مصادق عليها من الاعتراف بتسليم العربون ونسخة من الإنذار مع محضر تبليغه ونسخة من قرار جنحي، وبعد جواب

- بما أن العدول الانفرادي عن إتمام العقد المسبوق بدفع العربون يدخل في مفهومه القانوني ضمن الأخطاء العقدية التي تستوجب التعويض عن الضرر اللاحق بالمتعاقدين الآخر فإن للمحكمة في إطار سلطتها التقديرية أن تحدد التعويض الذي تراه مناسباً لجبر هذا الضرر وليس ضرورياً أن يكون هذا التعويض مساوياً لمبلغ العربون الذي قدمه الطرف المتراجع<sup>191</sup>، عن إتمام العقد بل يمكن أن يكون أقل أو أكثر من مبلغ العربون المدفوع.

### - المطلب الثاني: بروز وسائل حديثة للضمان

هذا النوع من الضمانات يطلق عليه الفقه اسم الضمانات غير المباشرة، والتي لا يقصد منها تأمين الوفاء بالالتزام مباشرة وإنما يقصد بها تعزيز التأمين الذي حصل عليه الدائن، أو توقي الدائن من تصرفات المدين التي قد تؤدي إلى تسوئ مركز المدين المالي، وهذا النوع من الضمانات يشمل تلك الناشئة عن الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل، وحق الدائن في الاطلاع

المدعى عليه (الطالب) أن الدعوى جاءت مخالفة لمقتضيات الفصل 531 من ق.ل.ع الذي يوجب رفع مثل هذه الدعوى داخل السنة وإلا سقط الحق فيها، وتمام الإجراءات صدر الحكم الابتدائي عدد 3 بتاريخ 6/1/2010 قضى بعدم قبول الطلب بعلّة عدم توافر شروط وأركان البيع في الاعتراف المستدل به.

استأنفته المطلوبة في النقض وألغته محكمة الاستئناف وقضت تصدياً بالحكم على المستأنف عليه الطاعن بتحرير العقد النهائي للبيع مع المستأنفة (المطلوبة) وهو القرار المطعون فيه بالنقض بوسيلتين:

في شأن الوسيلة الأولى المتخذة من انعدام الأساس القانوني، ذلك أن القرار المطعون فيه لم يحدد الأساس القانوني كسبب لإلغاء الحكم الابتدائي بحيث استند على وثيقة واحدة يتيمّة، لا ترقى إلا درجة الحجة القانونية المقبولة شرعاً وواقعاً لترتيب الآثار القانونية طبقاً لما هو معمول به قانوناً، ذلك أن الوثيقة المذكورة جاءت معيبة شكلاً ولم تتضمن العناصر الأساسية من محل وسبب الالتزام وفق ما جرى عليه العمل القضائي المغربي حتى يمكنها أن تجسد إرادة طرفي الالتزام علماً أن الحكم الابتدائي كان صائباً حينما استبعدا واعتبرها مجرد وثيقة تتعلق ببيع وشراء قطعة أرضية دون تحديد المساحة والحدود وغيرها من الشكليات الواجب توافرها في عقد البيع، كما سبق للمطلوبة في النقض أن تقدمت بدعوى جنحية تتعلق بعدم تنفيذ عقد حيث قضت المحكمة على الطالب كما هو مسطر بالحكم المستدل به وأنه عملاً بالقاعدة القانونية القابلة من اختار لا يرجع، فإنه لا يحق لها أن تتقدم بدعوى ثانية أمام القضاء المدني بحيث تكون المحكمة لما قضت بخلاف هذا النحو قد خرقت القانون ولم تجعل لقضائها أي أساس.

حيث صح ما نعتة الوسيلة، ذلك أنه تطبيقاً لمقتضيات الفصل 488 من ق.ل.ع، فإنه " يكون البيع تاماً بمجرد تراضي عاقديه أحدهما بالبيع والآخر بالشراء وبتوافقهما على المبيع والتمن وشروط العقد الأخرى، والمحكمة لما اكتفت بمجرد وصل يتعلق بتسليم عربون، دون أن يتضمن هذا الوصل اتفاق طرفي العقد على تحديد الثمن والمبيع وشروط العقد الأخرى، يكون قرارها غير مرتكز على أساس قانوني وعرضة للنقض. وحيث إن حسن سير العدالة ومصصلحة الطرفين يقتضيان إحالة القضية على نفس المحكمة...".

<sup>191</sup> - يتعين الإشارة إلى أنه ليس ضرورياً أن يكون العربون مقدماً من قبل الطرف الذي حصل التراجع من جهته، فالعدول عن التنفيذ يمكن أن يصدر أيضاً عن الطرف الذي قبض العربون، وجزاء ذلك في إطار التشريعات التي اعتنقت المذهب اللاتيني هو رد قيمة العربون مضاعفاً للطرف الذي دفعه أما في إطار التشريعات التي تأثرت بقواعد المذهب الجرمانى فإن الاحتكام سيكون حتماً للتعويض.

على ذمة ونشاط مدينه كوسيلة للضمان والذي سندرسه كمثال بارز لهذا النوع من الضمانات غير المباشرة (الفقرة الأولى). وذلك بالإضافة للشرط الجزائي كضمانة غير مباشرة، باعتبارها ضمانا حديثة العهد في تشريعنا الوطني (الفقرة الثاني).

### الفقرة الأولى: الاطلاع على ذمة ونشاط المدين كوسيلة للضمان

نحن نعلم أن الائتمان يرتكز على القاعدة الأساسية في الالتزامات وهي الضمان العام للدائن، والتي تتلخص في أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه وأن جميع الدائنين متساوون في حق الضمان العام إلا من كان له حق التقدم، وذلك بصريح عبارات الفصل 1241 من قانون الالتزامات والعقود والذي جاء فيه: "أموال المدين ضمان عام لدائنه، ويوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم مالم توجد بينهم أسباب قانونية للأولية"

وما دامت أموال المدين تعتبر الضمان العام للدائنين، كان من الطبيعي أن يتأثر الدائن بالعقود التي يعقدها مدينه، وذلك بطريق غير مباشر، من حيث إن هذه العقود قد تزيد أو تنقص في الضمان العام.

والقاعدة أن للمدين التصرف في ماله على الصورة التي يريدها، وأن ليس للدائن أن يناقش هذا التصرف حتى لو أنقص من ضمانه العام<sup>192</sup>

<sup>192</sup> جاء في قرار لمحكمة النقض تحت عدد 358 مؤرخ في 25/06/2008 ملف عدد 2007/1/2/464 ما يلي: "حيث يستفاد من وثائق الملف ومن القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ.. تحت عدد 1261/1 في الملف عدد 1006/1/05 أن المطلوبة قدمت بتاريخ 2004/3/22 مقالا إلى المحكمة الابتدائية بالمحمدية عرضت فيه أنه بتاريخ 2001/9/2 تم إدماج بنك أب-ن أمرو- في البنك المغربي للتجارة والصناعة بجميع حقوقه وامتيازاته وأنها فتحت حسابا لفائدة الشركة العامة لتشييد البناء والطرق أس.ج.ب.ر استفادت من خلاله من تسهيلات بنكية وأصبحت مدينة بمبلغ... كما يتجلى ذلك من كشوف الحساب المشهود بمطابقتها لدفاترها التجارية، وأنه لضمان تسديد هذا الدين قدم الطاعن السيد... لفانديتها كفالات شخصية بالتضامن مع التنازل الصريح عن الدفع بالتجزئة والتجريد في حدود مبلغ... بموجب عقود كفالة مؤرخة في ... وأنه يملك العقار المدعو.. موضوع الرسم العقاري عدد.. وقد عمد إلى تفويته بموجب عقد هبة بتاريخ... الطاعنين وأن هذا العقد مجرد هبة صورية لجأ إليها الواهب لإبعاد الملك عن المتابعات القضائية وتزامن هذا التفويت مع توقف وعجز الشركة المدينة عن سداد التزاماتها وقصد منه منع الدائن من التنفيذ على العقار ملتصقا بإبطال عقد الهبة بين السيد... وابنه... المنصب على العقار المذكور والتشطيب عليه من الرسم العقاري عدد... وأجاب الطاعنون بأن النزاع المعروف له صبغة تجارية، وأن الاختصاص ينعقد للمحكمة التجارية، وأن شروط الصورية لم تتحقق ولم يثبت أن الواهب كان عند قيامه بالعملية موضوع الطعن بالإبطال في حالة عسر ملتصقا بالحكم أساسا بعدم الاختصاص واحتياطيا رفض الطلب.

على أن المشرع يخول عادة للدائن وسائل من شأنها أن تكفل حمايته من تصرفات المدين الضارة<sup>193</sup>.

فمن هذه الوسائل التي أقرها المشرع المغربي ما إذا أبرم المدين عقدا صوريا يضر بالدائن، كأن يكون أقدم على تهريب كل أو بعض أمواله بعقد بيع وهمي، حيث يجوز للدائن أن يطعن بهذا العقد ويعيد الأموال المتصرف بها وهميا إلى ذمة مدينه المالية لتبقى داخله في الضمان العام. ومن هذه الوسائل أيضا منح الدائن حق إلقاء الحجز التحفظي على أموال مدينه، ولو كان دينه مقرونا بأجل، ليمنع على المدين التصرف بهذه الأموال فتبقى في ذمته المالية. ومن هذه الوسائل كذلك وكما تطرقنا لذلك سابقا حق الدائن في حبس ما بحوزته من أموال للمدين حتى استيفاء ما هو مستحق له قبل المدين. وثمن أيضا وسائل أخرى كالدعوى المباشرة والدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية.

---

وبعد تبادل المذكرات وانتهاء المناقشة قضت المحكمة الابتدائية بتاريخ.. بإبطال عقد الهبة المبرم بين السيد.. وابنه... المؤرخ في .. المصادق على صحة توقيعه بتاريخ... المنصب على العقار موضوع الرسم العقاري المسمى ..وامر المحافظ على الأملاك العقارية بالمحمدية بالتنشيط عليه من الملف.

فاستأنفه الطاعنون، وبعد إجراء بحث وتعقيب الطرفين على نتيجة وانتهاء الردود قضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف..، وهو القرار المطعون فيه من طرف الطاعنين بواسطة نوابهم بمقال تضمن وسيلة وحيدة أجاب عنه المطلوب بواسطة نائبيه والتمس رفض الطلب.

حيث يعيب الطاعنون القرار المطعون فيه بنقصان التعليل الذي هو بمثابة انعدامه ذلك أنهم أكدوا أمام محكمة الاستئناف أن المطلوب يتوفر على ضمانات كافية لاستيفاء دينه لأنه يتوفر على رهن العقار ذي الرسم العقاري عدد... وتوصل بمبلغ... درهم وثلاث عقود بمبلغ .. ويتوفر على عقود بمبلغ.. والمحكمة لم تناقش الوثائق التي تؤكد هذه المبالغ والتي عززوا بها دفعهم لإثبات توفر البنك على ضمانات كافية وخلصت من تلقاء نفسها إلى أنهم لم يدلوا بأية وثيقة والحال أن وثائق الملف والقرار نفسه يشهد بعكس ذلك في صفحته الرابعة تكون قد عللت قرارها تعليلا ناقصا وهو بمثابة انعدامه مما يعرضه للنقض.

لكن حيث أنه بمقتضى الفصل 1241 من ق.ل.ع، فإن أموال المدين ضمان عام لدائنه وأن ما عرضه المدين لا يدل على أنه كاف لأداء الدين المكفول والثابت من أوراق الملف أن الطاعن قدم لفائدة المطلوبة كفالات شخصية في حدود في حدود مبلغ... درهم وذلك بمقتضى عقود الكفالات المؤرخة في ...في حين قام بإبرام عقد هبة مال من أمواله لفائدة ابنه الطاعنين.. بتاريخ.. والمحكمة قضت بعدم نفاذ عقد الهبة موضوع نزلة الحال معللة قرارها بأن الطاعن السيد.. لما قبل البنك المطلوب كفالة شخصية مع التنازل الصريح عن مزية التجزئة أو التجريد فقد وضع جميع أمواله لتصبح ضمانا عاما لفائدة الدائن عملا بالفصل المذكور وأن اقدامه على هبة حقوقه على العقار موضوع الرسم العقاري عدد.. لولديه الطاعنين .. عقب تحرير الكفالة من شأنه الاضرار بحقوق الدائن لأن انتقال حقوق الكفيل إلى الغير يؤدي إلى الانقاص من الضمان العام للدائن تكون قد طبقت القانون تطبيقا سليما عللت قرارها تعليلا كافيا، ويبقى ما أثير بدون أساس.

193- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، م.س، ص: 241.

ولكن بالرغم من هذه الوسائل نجد على أن هذه الحماية التي كفلها المشرع تعد حماية متأخرة حيث أن الدائن لا يلجأ إلى الدعوى المباشرة والدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية إلا بعد إعسار المدين أو الزيادة في إعساره.

فالدائن في القانون المدني ليس لديه وسائل قانونية مباشرة ومحددة للاطلاع على ذمة أو نشاط مدينه، بل إنه لا يستطيع أن يفعل شيئاً طالما أن مدينه ما زال موسراً.

وعلى ذلك فإن دراسة حق الدائن في الاطلاع على ذمة مدينه ونشاطه يعتبر من الموضوعات الصعبة والشائكة<sup>194</sup>.

وعلى ضوء ذلك فإننا سنحاول قدر المستطاع جمع عناصر هذا الموضوع في القانون الوضعي من خلال منهج يرتكز على قسمين أساسيين.

القسم الأول يتناول نطاق هذا الحق ومدى مشروعيته (أولاً)، والقسم الثاني يتناول التطبيقات المتنوعة لهذا الحق (ثانياً).

#### أولاً: نطاق هذا الحق ومدى مشروعيته

يجب علينا أن نبين أولاً، أهمية هذا الحق في الوقت الحاضر (أ)، ثم نبين بعد ذلك حدود هذا الحق ومدى مشروعيته في القانون الوضعي (ب).

#### أ- أهمية هذا الحق

في الواقع المعاش الجميع يسلم بأنه ينبغي أن يكون للدائن القدرة على أن يستعلم وذلك ليقدر حجم المخاطر التي يتعرض لها وبالتالي يستطيع أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه في الوقت المناسب<sup>195</sup>.

<sup>194</sup> - Yves. Guyon. Le droit de regard du créancier sur la potrimoine et l'activité de son débiteur considéré comme sureté. Rev. De juri-spr. Com. Févr. 1982. P. 121.

<sup>195</sup> - نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، م.س، ص: 97.

لكن في المقابل يستطيع المدين بطريقة مشروعة أن يتمسك بحقوقه الشخصية الأساسية ليواجه إجراءات التدخل في شؤونه.

ولذلك نجد على أن جل التشريعات الوضعية ومنها الفرنسي والمصري وكذا المغربي، لا يعطي للدائن أي حق عام للاطلاع على شؤون مدينه فحسب، بل إن الإجراءات، بل إن الإجراءات المنظمة للمعلومات أو للتدخل كانت دائما محل شك، ونتيجة لشك الدائن في صحة هذه الإجراءات فإنه يعمل دائما على تعديدها.

وهكذا فإن حق الاطلاع متعدد الأشكال وغير فعال، أو بالأحرى متعدد الأشكال لأنه غير فعال. ولذلك فإن أي محاولة لتحديد نطاقه أو معالمه تبدو مهمة صعبة، إن لم تكن مستحيلة. فحق الاطلاع وإن لم يوجد في صورته الكاملة في أي مكان إلا أنه موجود في كل اتجاه.

فهذا الحق يجب تأطيره قانونا لأنه هو المتمم الأساسي لقاعدة الضمان العام في القانون المدني، وهو الذي يقي الدائن من تدليس المدين وخداعه له. فالمظاهر خادعة فمما يجري عليه العمل أن المدين عندما يريد أن يفترض سيعمل بلا شك على زيادة يساره، وعندما يحين موعد الوفاء سيعمل جاهدا على إنقاص أو إخفاء ثروته.

ولذلك نجد أن الدائن في موقف لا يحسد عليه حيث يصعب عليه اختراق هذه المظاهر أو الحجب، وطبقا لعبارة مصورة لأحد الفقهاء، أن قانون التأمينات والإجراءات الجماعية يشكل تمثلا عملاقا بأرجل من طين طالما أن المدين يستطيع بسهولة متناهية أن يخفي جزء من أمواله، أو حتى مجرد أنه لا يعلن عن وجودها للدائن<sup>196</sup>.

هذه المظاهر الخادعة يمكن أن تظلل الدائن، ولذلك فإنه عند عدم وجود ضمان عيني أو شخصي فإنه من الجوهري أن يعرف الدائن بقدر المستطاع مكونات ذمة مدينه والتي من المحتمل أن يمارس عليها حقه في الضمان العام. كما يجب أن تكون هذه المعرفة في وقت

<sup>196</sup>-y. guyon. Droit des affaires. Economica. 1980. No. 617.

سابق، فالبحث عن ضمان متزايد يتطلب أن يأخذ الدائن حذره من المخاطر الوشيكية وذلك حتى يتجنب وقوعها.

### ب- حدود هذا الحق ومدى مشروعيته

في الأصل بدأ حق الدائن بمجرد حق في مراقبة ذمة مدينه، وقد أخذ حق الدائن في الاطلاع في التحول، بطريقة ضمنية، إلى رخصة للتدخل في شؤون الدين، وإذا كان حق الاطلاع في صورته الأولية مقبولا نسبيا، إلا أن هذا الحق في صورته الثانية يثير الكثير من الاعتراضات. إذ لا ينبغي في الواقع أن يعود المدين ويتحول إلى رق من الناحية القانونية والاقتصادية.

فالمدين ينظر إلى حق الاطلاع على أنه نوع من التطفل، وفي بعض الأحيان على أنه نوع من الوصاية الفعلية، كما أنه يعتبر دائما أن هذا الحق يشكل اعتداء على حرمة الشخصية. وخصوصا في ظل تطور نظم المعلومات والتي قد تؤدي إلى جعل حق الدائن في الاطلاع أكثر سهولة وأكثر خشية. إذ يكفي الدائن أن يتمكن من دخول أحد بنوك المعلومات التي تقوم بحصر عناصر ذمة المدين حتى يقف على ما يريد معرفته تفصيلا.

وهذا التصور للأسف ليس مجرد فرض نظري ولكن وارد حدوثه من الناحية الفعلية، فالدائون غالبا ما يكونون بنكا ومن بينها البنوك المملوكة للدولة، فالدولة الدائنة سيكون لها مصلحة في معرفة ذمة مدينيها الذين تحصل منهم الضرائب وسيسمح للدولة بذلك بسهولة عن طريق استعمال نظم المعلومات<sup>197</sup>.

وفي المقابل من ناحية الدائن، فإن حق الاطلاع يعاني من ضعف من ناحيتين: إما أنه يكون فعالا ولكن ممارسته تكون خطيرة، أو أنه لا ينشأ عنه أية مخاطر ولكن تتضاءل فعاليته.

---

<sup>197</sup> - ولكن يجب الإشارة هنا إلى أن المشرع المغربي حاول التصدي لهذا الاطلاع الالكتروني على معطيات الأشخاص، وذلك بمقتضى عدة قوانين أساسية يبقى أبرزها القانون رقم 08-09 والمتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، والذي نصت المادة الأولى منه على ما يلي: "المعلومات في خدمة المواطن، وتتطور في إطار التعاون الدولي. ويجب ألا تمس بالهوية والحقوق والحريات الجماعية أو الفردية للإنسان، وينبغي ألا تكون أداة لإفشاء أسرار الحياة الخاصة للمواطنين". ولكن إذا كان الأمر كذلك بالنسبة لأفراد القانون الخاص، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للدولة فهي في كثير من الأحوال لا تواجه بالسر المهني مثال ذلك مساطر صعوبات المقاول.

ومما تجدر الإشارة إليه أن حق الاطلاع لا يعتبر وسيلة القصد منها أن يحل محل التأمينات، ولكنه يعتبر من وسائل الضمان غير المباشرة أو الإضافية.

ومن هذه الناحية لا جدال في فائدته، علاوة على ذلك ينبغي ألا يعرض هذا الحق علاقات حسن النية والثقة بين المتعاقدين مباشرة للخطر، فالعلاقات المبنية على حسن النية والثقة تعتبر بلا أدنى شك أفضل ضمان لحسن تنفيذ العقود.

### ثانياً: تطبيقات هذا الحق وتنوعها

سنتطرق هنا للوجهين المختلفين في القوى والمدى لحق الاطلاع، فندرس الجانب الأول لحق الاطلاع كحق لمعرفة حالة ذمة المدين، ثم الوجه الثاني (أ)، كحق للتدخل في شؤون المدين (ب).

#### أ- الاطلاع كحق لمعرفة حالة ذمة المدين

منذ عهد قريب تعرضت الحاجة إلى السرية، والتي تبدو وكأنها لصيقة بالطبيعة البشرية، لتغيرات محسوسة<sup>198</sup>، ففي الوقت الذي كانت فيه أسرار الحياة الخاصة محمية بطريقة أفضل، على الأقل من الناحية النظرية، كانت أسرار الأعمال محل نقد وتعرضت لتراجع ملحوظ.

فتحت تأثير العقلية الأنجلو الأمريكية في الإعلام، فإن هناك تياراً فكرياً يرى أنه من الضروري على كل تاجر أن يقبل أن يخبر الجمهور بالمعلومات الضرورية، وهنا يجد الدائنون أول مصدر للمعلومات<sup>199</sup>.

وعلى ذلك فإنه إذا كان للدائن حق الإعلام، وهو إلى حد ما حق سلبي، إلا أنهم لا يكتفون بذلك وإنما يقومون بالبحث والتقصي الواسع عن ذمة مدينهم وذلك حتى يعرفوا أكثر مما يعرفه الآخرين، فهم يبحثون في جانبيين الجانب القانوني والجانب المادي للمدين.

<sup>198</sup>-travaux d.association h. capitant. Les secret et le droit. Journées. Libanaises. 1974.

<sup>199</sup>- نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، م.س، ص: 104.

فالعلانية القانونية سهل الوصول إليها نسبياً، وذلك عن طريق عدة آليات معروفة مسبقاً منها السجل التجاري، والذي يعكس بطريقة وافية المركز القانوني للمؤسسات التي يتزايد عدد المسجل منها في هذا السجل.

على العكس من ذلك، نجد أن العلانية المالية، والتي تخص المدين مازالت ناقصة إلى درجة كبيرة، كما أن هذه العلانية متفرقة للغاية، ففي الواقع إن الشخص الذي يريد أن يقف على المركز المالي للمتعاقد المحتمل معه ينبغي أن يستمد معلوماته من مصادر متنوعة للغاية.

وعلى العموم فإن حق الدائن في التقصي والتحري عن ذمة مدينه ليس معترفاً به في القانون الوضعي بل على العكس يبدو أن القانون الوضعي يناهض هذا الحق إلى حد ما، فالمدين كأى مواطن، له الحق في احترام سرية أعماله، طالما أنه موسر وملئ.

وبالرغم من أن مبدأ احترام ذاتية المدين يبدو مبرراً إلا أنه مع ذلك مصدر للعرقلة. وفي الواقع إن المدين ليس عليه التزام مسبق على التعاقد بأن يعطي معلومات على يساره، لكن على المدين أن يستعلم عن هذا، فهل القانون يعطيه الوسائل اللازمة لذلك؟ ليس هناك شيء مؤكد من ذلك فيما عدا بعض العقود الخاصة كالتأمين مثلاً.

فالدائن الذكي سيحاول أن يرتب لنفسه عن طريق الاتفاق حق الاطلاع على ذمة مدينه.

فأثناء المفاوضات، يقبل المدين بطبيعة الحال أن يخبر دائنه المستقبل لأنه يعلم بأنه بدون تعاونه لا يمكن أن يبرم العقد.

### **ب- حق الاطلاع كوسيلة للتدخل في شؤون المدين**

باطلاعنا على النصوص المطبقة نجد أن تدخل الدائن في شؤون مدينه له طبيعة استثنائية ونطاق محدد، فالدائن يستطيع فقط أن يتخذ بعض الإجراءات القضائية التي تهدف إلى تجنب اختفاء أموال مدينه.

وتتسم هذه الإجراءات بصفة عامة بطابع سلبي محض فهي تترك المدين على رأس ذمته ولا تفرض عليه إلا قيود منتظمة، والوسائل الفنية الأكثر استعمالا في هذا المجال هي الحجز التحفظي<sup>200</sup>، وهذه الوسيلة تسمح لكل صاحب حق ثابت من حيث المبدأ أن يقوم بالحجز على كل أو جزء من منقولات المدين عند الاستعجال.

وبالإضافة للوسائل القانونية للتدخل في شؤون المدين، يمكن للأطراف أن يحدثوا وسائل أخرى اتفاقية، فقد جرى العمل على أنه عند منح قرض مثلا واجب الرد على آجال دورية تطلب البنوك من المقترض أن يوقع لهم إخطارا بالخصم المباشر من حسابهم، هذا الاسترداد يكتسب بذلك طابعا آليا منذ الوقت الذي يصبح فيه الحساب دائئا، كما تطلب البنوك من أجل تحقيق ضمان أفضل لحقوقهم تعهدا من المدين بتحويل مرتباته المستحقة إلى نفس الحساب.

### الفقرة الثانية: الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي كوسيلة للضمان

يكتسي الشرط الجزائي في وقتنا الحالي أهمية بالغة، إذ أن أغلب العقود الحديثة تتضمن شروط جزائية تكفل تنفيذها، وذلك لما توفره الشروط الجزائية من مزايا للمتعاقدين كتجنيبهم طول الإجراءات وضمان تنفيذ الالتزام.

فالشرط الجزائي يعتبر من أبرز الضمانات القانونية التي نص عليها المشرع المغربي في قانون الالتزامات والعقود، وللإطلاع على هذه الضمانة وتقريب القارئ منها قررت أن أقوم بتعريفها وبيان خصائصها (أولا)، على أن أنتقل بعدها لتوضيح أهم شروط المتطلبة لاستحقاق هذه الضمانة (ثانيا).

---

<sup>200</sup>- وقد نظم المشرع المغربي الحجز التحفظي في الفصول من 452 إلى 458 من قانون المسطرة المدنية، كما نظمه في إطار الفصول من 203 إلى 213 من القسم الثالث عشر من ظهير 2 يوليوز 1913 المتعلق بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة، وكذا الفصلين 126 و 138 من قانون الالتزامات والعقود. وقد عرفه المشرع المغربي في المادة 453 من قانون المسطرة المدنية بكونه: "... وضع يد القضاء على المنقولات والعقارات التي انصب عليها ومنع المدين من التصرف فيها تصرفا يضر بدائنه".

## أولاً: مفهوم الشرط الجزائي وبيان خصائصه

وكما هو واضح من العنوان فإننا سنقوم بتعريف الشرط الجزائي وموقعه في التشريع الوطني المغربي (أ) على أن ننتقل بعدها لدراسة أهم الخصائص التي يتميز بها هذا الشرط (ب).

### أ- التعريف بالشرط الجزائي

يقصد بالشرط الجزائي ذلك الشرط المدرج في صلب العقد والذي يتفق الأطراف بمقتضاه على تحديد مبلغ نقدي لتعويض الطرف المضرور في حالات الإخلال بالالتزام، فهو بذلك نوع من الجزاء المدني الذي يتخذ باتفاق الأطراف المتعاقدة، إلا أن المحكمة تملك سلطة واسعة في مراجعة مبلغ الشرط الجزائي بالتخفيض منه أو الزيادة فيه إذا تبين لها أن المبلغ المتفق عليه غير عادل<sup>201</sup>.

والشرط الجزائي في تشريعنا الوطني، بعد أن كان خاضعا للقواعد العامة المنظمة لأحكام التعويض الاتفاقي، أصبح مؤطرا بفصل خاص به، فقد بادر مشرنا المغربي بمقتضى القانون 27.95 المؤرخ في 11/08/1995، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 4323 إلى إضافة ثلاث فقرات لنص الفصل 264 من قانون الالتزامات والعقود كما يلي:

- يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على التعويض عن الأضرار التي قد تلحق الدائن من جراء عدم الوفاء بالالتزام الأصلي كليا أو جزئيا أو التأخير في تنفيذه.

- يمكن للمحكمة تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغا فيه أو الرفع من قيمته إذا كان زهيدا ولها أيضا أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي<sup>202</sup>

<sup>201</sup> عبد القادر العرعاري، نظرية العقد، م.س، ص:94.

<sup>202</sup> وعلى مستوى العمل القضائي المغربي، نجد على أنه هنالك العديد من القضايا، والتي طلب فيها من المحاكم إجراء تخفيضات من التعويضات الاتفاقية حتى تزيل عنه الطابع التعسفي ومنها:

- يقع باطلا كل شرط يخالف ذلك".

### ب- الخصائص التي يتميز بها الشرط الجزائي

يتميز الشرط الجزائي كغيره من الضمانات بعدة خصائص تميزه، ويبقى أبرز هذه الخصائص أنه اتفاق مسبق على تقدير التعويض (أ) كما يعتبر أيضا التزام تابع (ب).

#### أ- الشرط الجزائي اتفاق مسبق، على تقدير التعويض

إن الخاصية الأساسية المميزة للشرط الجزائي أنه ينشأ بمقتضى اتفاق الأطراف، أي الاتفاق الإرادي للمتعاقدین يعتبر هو مصدر هذا الشرط.

- قرار محكمة النقض عدد 2991 في الملف المدني عدد 2011/6/1/3815، بتاريخ 2012/06/19، إذ جاء فيه ما يلي: "حيث يستفاد من أوراق الملف أن السيد أ.م قدم بتاريخ 2008/02/12 مقالا إلى المحكمة الابتدائية بسيدي قاسم عرض فيه أن المدعى عليه ع.ش، يكتري منه المحل الكائن بعنوانه وامتنع من إفرغه في التاريخ المتفق عليه وهو 2006/09/30 طالبا الحكم عليه بمبلغ 240000 درهم تصفية الشرط الجزائي المتفق عليه في عقد الكراء عند عدم الإفرغ، والمحدد في 500 درهم عن كل يوم تأخير، وذلك من المدة من 2006/9/30 إلى تاريخ توصله بالإندار... فأجرت المحكمة الابتدائية بحثا وأصدرت بتاريخ 2009/7/14 حكما في الملف رقم 39/08 على المدعى عليه بأدائه مبلغ 120000 درهم تصفية الشرط الجزائي المنصوص عليه في عقد الكراء، استأنفه المحكوم عليه فأيدته محكمة الاستئناف بمقتضى قرارها المطعون فيه بالنقض... فإنه نتيجة لذلك يكون القرار معللا تعليلا كافيا ومرتكزا على أساس وما بالسبب غير جدير بالاعتبار.

- قرار محكمة النقض عدد 2011/2/3/953، بتاريخ 2013/12/12، والذي جاء فيه: "حيث يستفاد من مستندات الملف ومن القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2011/02/07، ادعاء الطاعن السيد أ.م أنه أبرم مع شركة ع.1 وعدا ببيع فيلا للسكن في إطار الملكية المشتركة تحمل رقم.. في إطار المشروع.. البالغة مساحته الاجمالية 589 متر مربع بثمن إجمالي قدره 4000.000.00 درهم توصلت منه البائعة بمبلغ 1.000.000.00 درهم عند تحرير العقد المذكور، والتزمت بأن يكون التسليم النهائي للمبيع داخل أجل لا يتعدى 31 مارس 2007. وقد نصت وثيقة الوعد بالبيع على أنه في حالة التأخير في التنفيذ المتفق عليه فإن البائعة تؤدي للمشتري تعويض قدره 1 بالمئة من مبلغ البيع عن كل شهر تأخر دون أن يتجاوز 10 بالمئة سنويا، وأن الفيلا لم يتم الانتهاء من بنائها وتسوية وضعيتها بالمحافظة العقارية وتسليمها وإبرام عقدها النهائي إلا بتاريخ 2008/12/17 أي بعد حوالي 21 شهر من التاريخ المتفق عليه رغم إندارها وأن هذا التأخير ثابت بمقتضى محضر المعاينة المنجز من طرف المفوض القضائي السيد ع.م. وكذا الخبر السيد أ.م.ن.

ملتمسا الحكم عليها بأدائها له مبلغ 760.000.00 درهم من قبل التعويض المنصوص عليه في عقد الوعد بالبيع، وأصدرت المحكمة التجارية حكما غيابيا قضى على الشركة بأداء مبلغ 160.00.00 درهم ورفض الباقي، استأنفه الطرفان وقضت محكمة الاستئناف التجارية بإلغاء الحكم المستأنف والحكم من جديد برفض الطلب.. قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه وبإحالة القضية والأطراف على نفس المحكمة مصدرته لتثبت فيه بهيئة أخرى..".

وللإشارة فقط هنا فقرار محكمة الاستئناف ألغى الحكم الابتدائي، بناء على أن توقيع الطاعن على عقد البيع النهائي بمثابة تنازل عن باقي الشرط الجزائي الوارد في عقد الوعد بالبيع، هذا ما جعل قضاء النقض، ينقض قرارها لأنها وقعت في خلط بين شروط وأثار البيع الابتدائي وشروط وأثار البيع النهائي، لأن التنازل يجب أن يكون صريحا.

وإذا كانت الإرادة ركنا أساسيا يجب توافره لقيام العقد، فإن التعويض الاتفاقي لا يعدو كونه تصرفا يحتاج في قيامه لتدخل الإرادة، إرادة الدائن من جهة بتقرير التعويض الاتفاقي ضمانا لعدم التنفيذ، وإرادة المدين بقبوله له من خلال الالتزام به في حالة الاخلال بالالتزام الأصلي.

أما إذا كان مصدره غير العقد، فإننا لا نكون أمام تعويض اتفاقي، ويصدق هذا في الحالة التي يكون فيها جزاء الاخلال بالالتزام مصدره القانون، أو الحكم القضائي، أو تنظيم إداري معين.

وبما أن اتفاق الأطراف هو مصدره التعويض الاتفاقي، فإن هذا الأخير باعتباره أحد الشروط المكونة للعقد، يجب لكي ينشأ صحيحا، أن يستوفي كافة أركان العقد الأصلي وشروطه، فتسري عليه من تم جميع أحكام العقد.

بحيث إذا لم يرد هذا الشرط في العقد المنشئ للالتزام الأصلي يتم النص عليه في اتفاق لاحق له، لكن قبل وقوع الإخلال، ذلك أن الاتفاق على تحديد مقدار التعويض عن الضرر الذي حدث نتيجة خطأ وقع فعلا، لا يكون من قبيل التعويض الاتفاقي الذي نحن بصدد دراسته، وإنما يكون بمثابة صلح أو إقرار من الطرفين بارتضاء هذا التقدير.<sup>203</sup>

وهذا الطابع الاتفاقي ابرزه المشرع المغربي من خلال الفقرة الثانية من الفصل 264 ق.ل.ع، بقوله:

" يجوز للمتعاقدین أن يتفقا على التعويض عن الأضرار التي قد تلحق الدائن من جراء عدم الوفاء بالالتزام الأصلي كليا أو جزئيا أو التأخير في تنفيذه".

#### ب- الشرط الجزائي التزام تابع

الالتزام بالتعويض الاتفاقي هو التزام تابع لا التزام أصلي، أما الالتزام الأصلي الذي يتبعه فهو التزام المدين به أصلا، بالعقد أو بغيره من مصادر الالتزام بنقل ملكية شيء معين، أو التزام بعمل أو الامتناع عن عمل.

<sup>203</sup>- عبد الرزاق أيوب، سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي (دراسة مقارنة)، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2003، ص:23.

والشرط الجزائي، بالنظر إلى طبيعته التبعية، يدور مع الالتزام الأصلي وجودا وعلما، إذ العبرة دائما بالالتزام الأصلي، فبطلانه أو إبطاله يستتبع بطلان الشرط الجزائي باعتبار هذا الأخير يشكل التزاما تبعيا<sup>204</sup>.

والجدير بالملاحظة أن الالتزام بالتعويض الاتفاقي ليس التزاما بديلا، بحيث يستطيع المدين أن يعدل عن تنفيذ الالتزام الأصلي إلى تنفيذ التعويض الاتفاقي كبديل. كما أنه ليس التزاما تخييريا، بحيث يحتفظ للدائن بحق الخيار في المطالبة بين تنفيذ الالتزام الأصلي أو التعويض الاتفاقي. والعلة في ذلك تكمن في أن محل الالتزام التخييري متعدد، وتبرأ ذمة المدين بالوفاء بأحد الشئيين محل الالتزام، وهذا لا يصدق على التعويض الاتفاقي باعتباره التزاما تبعيا للالتزام أصلي<sup>205</sup>.

وإذا كان التعويض الاتفاقي تصرف مصدره الإرادة، فإن بطلانه أو إبطاله يترتب عليه إعادة هذه الإرادة إلى الحالة التي كانت عليها قبل قبولها للتعويض الاتفاقي، لتخضع من ثم للأحكام العامة بالنسبة للتعويض عن كل إخلال لتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد.

### ثانيا: شروط استحقاق التعويض الاتفاقي

لكي يتم الحكم بالتعويض الاتفاقي لابد من توافر شروط أو أركان معينة وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، وهي ذات الأركان الواجب توفرها للحكم بالمسؤولية العقدية (أ) وقد اشترط القانون إضافة لذلك ركنا رابعا ألا وهو الإعذار الموجه من الدائن إلى المدين (ب)

### أ- الأركان العامة للحكم بالتعويض

**1- ركن الخطأ:** فالمقصود بالخطأ العقدي هو سلوك المتعاقد على نحو يتنافى مع ما التزم به في العقد أو بمعنى آخر عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد.

<sup>204</sup>- وهذا ما يقضي به المشرع المغربي من خلال الفصل 307 من ق.ل.ع، الذي ينص على أن: "بطلان الالتزام الأصلي يترتب عليه بطلان الالتزامات التابعة".

<sup>205</sup>- فؤاد معلال، الشرط الجزائي في القانون المغربي، أطروحة دكتوراه نوقشت بجامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الحقوق بفاس، 1993، ص: 45.

والخطأ يكون مفترضا في جانب المدين في المسؤولية العقدية، إذا لم يتم تنفيذ الالتزام كليا أو جزئيا أو كان التنفيذ معيبا، أو تم التأخر في الالتزام مع عدم استطاعة فهنا لا يستطيع المدين نفي هذا الخطأ إلا إذا أثبت وجود السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو فعل الغير أو خطأ المتضرر.

**2- ركن الضرر:** الدائن لا يستحق التعويض الاتفاقي إلا إذا لحق به ضرر من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه، سواء أكان الضرر راجعا لعدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ، فلا يمكن بالتالي للمدين أن يطالب بالتعويض الاتفاقي إذا لم يلحقه ضرر، وحكمة ذلك أن الضرر شرط لاستحقاق التعويض إجمالا.

**3- العلاقة السببية:** ويقصد بهذه العلاقة الصلة التي تربط الخطأ العقدي بحدوث الضرر فلا يستحق التعويض الاتفاقي إلا إذا قامت هذه العلاقة السببية أما إذا انتفت بثبوت السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو الحدث الفجائي فلا مجال إذن للتعويض الاتفاقي.

### ب- الإعذار أو الإنذار:

يعتبر إنذار المدين شرطا لازما لاستحقاق التعويض الاتفاقي، ولقد نص المشرع المغربي على عناصر الإنذار في الفصل 255 من ق.ل.ع<sup>206</sup>.

وقد قرر المشرع المغربي إعفاء الدائن من الإنذار متى كان الالتزام مقترنا بأجل وحل هذا الأجل، دون أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه العقدي، ويستثنى من ذلك ما قرره المشرع بالنسبة

---

<sup>206</sup> - حيث جاء في هذا الفصل ما يلي: "يصبح المدين في حالة مطل بمجرد حلول الأجل المقرر في السند المنشئ للالتزام. فإن لم يعين للالتزام أجل، لم يعتبر المدين في حالة مطل، إلا بعد أن يوجه إليه أو إلى نائبه القانوني إنذار صريح بوفاء الدين، ويجب أن يتضمن هذا الإنذار:

- 1- طلبا موجهها إلى المدين بتنفيذ التزامه في أجل معقول
- 2- تصريحاً بأنه إذا انقضى هذا الأجل فإن الدائن يكون حرا في أن يتخذ ما يراه مناسبا إزاء المدين ويجب أن يحصل هذا الإنذار كتابة، ويسوغ أن يحصل ولو ببرقية أو برسالة مضمونة أو بالمطالبة القضائية ولو رفعت إلى قاض غير مختص".

للاللتزامات التي حل أجلها بعد وفاة المدين، حيث يتوجب على الدائن أن يوجه إنذارا إلى ورثة مدينه أو إلى نائبيهم القانوني من أجل تنفيذ التزام موروثهم<sup>207</sup>.

أما في الحالات التي يكون فيها الالتزام غير مقرون بأجل، فإن الإنذار يكون واجبا لإثبات مطل المدين في تنفيذ التزامه.

ويعفى الدائن من الإنذار إذا رفض المدين صراحة تنفيذ التزامه، أو إذا أصبح هذا التنفيذ غير ممكن أو غير مجد، لأنه بالامتناع الصريح تنتفي كل جدوى من توجيه الإنذار، وتتحقق عدم الجدوى من الإنذار كذلك إذا كانت طبيعة الالتزام نفسها تفرز خصوصية عدم الإنذار كالحالة المنصوص عليها في الفصل 262 ق.ل.ع

" إذا كان محل الالتزام هو امتناع عن عمل، فإن التعويض الاتفاقي يكون مستحق بمجرد حصول الامتناع".

ختاما لهذا المبحث، وجب القول على أن هذا النوع من الضمانات هو الأكثر تداولاً في وقتنا الحالي وذلك بجانب الضمانات العينية بطبيعة الحال.

وهذا راجع بالأساس لكونها تستند على الحرية التعاقدية أو ما يطلق عليه بمبدأ سلطان الإرادة في تشريعنا المدني.

وهذا إضافة لكونها تشمل أليات لها صيت كبير في مجتمعنا، فمن منا لا يعرف العربون والشرط الجزائي والحوالة.

ولكن لدينا هنا بعض الملاحظات الشخصية وهي تشبه نظيرتها في المراكز القانونية المتميزة، إذ وجب تجميع هذا النوع من الضمانات في نص خاص موحد كمدونة الحقوق العينية مثلا والتي تشمل جل الضمانات العينية، كما نجد أن تشريعنا لم ينضم بعض الضمانات والتي لها

---

<sup>207</sup> - ينص الفصل 257 من ق.ل.ع على أنه: " إذا حل الالتزام بعد المدين، لم يعتبر وراثته في حالة مطل إلا إذا وجه إليهم الدائن أو ممثلوه إنذار صريحا لتنفيذ التزام موروثهم. وإذا كان بين الورثة قاصر أو ناقص أهلية، وجب توجيه الإنذار لمن يمثله قانونا".

أهمية بالغة كحق الاطلاع على ذمة المدين، إضافة لذلك نجد على أنه رغم تنظيمه لبعض الضمانات الأخرى فإنه لم يحكمها بتنظيم مدقق الأمر الذي أدى إلى تشتت في الآراء ونقص بشكل مباشر العربون فالقضاء يعطيه طبيعة والقانون يعطيه طبيعة أخرى وهذا أمر خطير صراحتا ووجب تداركه.

### خاتمة:

هكذا وفي ختام دراستنا لموضوع نظام الضمانات في ضوء القانون المدني المغربي، نؤكد على الأهمية الخاصة التي يمثلها هذا الموضوع في حياتنا الراهنة والمبينة في الأساس على عنصر الائتمان، ففي ظل قلة الموارد الذاتية وكثرة الحاجيات الأساسية التي يريد الفرد منا الوصول إليها، يبقى الائتمان هو المنفذ الوحيد للحصول على اكتفاء ذاتي، ولكن الائتمان في غالب الأحيان لا يتم بدون مقابل يذكر، بل إن أغلب الدائنين يطلبون ضمانات لكي يضمنوا لأنفسهم بأن المدين سيقوم برد ما عليه من ديون، وأنا بصفتي كطالب باحثين في المجال القانوني حاولت ما أمكن من خلال هذا البحث المتواضع أن أجرد بعض هذه الضمانات مساعدة منا لإغناء البحث العلمي وتدعيمه، وذلك علما أن أغلب المدينين وهم بصدد البحث عن من يقرضهم لا يعلمون عن ما يقدمونه كضمانة لهذا الأخير، والتي قد تناسب مستواهم المعيشي سواء المادي أو الاجتماعي، ونفس الأمر الذي قلناه على المدين ينطبق على الدائن، فإذا كان يصدق القول الذي مفاده أن الدائن دائما عالم بخبايا الضمانات كالأبنك مثلا، فإن القول الأدق هو أن الدائن ليس دائما شخصا مثقفا فقد يكون دائنا أميا ولا يعلم شيئا عن الضمانات وهمه الوحيد هو تقديم الدعم من أجل الحصول على الفوائد.

وعلى العموم فإنه يمكن أن نوجز النتائج المتوصل إليها من خلال هذا البحث في النقاط التالية:

- فبعد التحليل والتدقيق في بعض النصوص القانونية وعلى الخصوص قانون الالتزامات والعقود ومدونة الحقوق العينية وقانون المسطرة المدنية اتضح لنا على أن التقسيم الممنهج الذي يسلكه تشريعنا الوطني هو تقسيم الضمانات إلى قسمي أساسيين ضمانات شخصية وعينية وهي تلك التي أقر بشكل مباشر على أنها ضمانات قانونية وأعطى لكل منها مميزاتها، وأخرى غير مسماة وهي ضمانات متفرقة في نصوص متعددة ولم يدرجها المشرع المغربي لا في نطاق الضمانات العينية ولا في نطاق الضمانات الشخصية.

- وبعدها مباشرة انتقلنا لجرد بعض الضمانات الشخصية باعتبارها ضم لزمة أو أكثر إلى ذمة المدين ليصبح بدلا من مدين واحد مدينان أو أكثر كلهم مسؤولون عن الدين إما في وقت واحد أو على تعاقب، حيث تطرقنا للكفالة المدنية كأبرز ضمانات شخصية منظمة في ق.ل.ع وق.م.م وأيضا قانون حماية المستهلك 31.08، وبعدها اخترنا تضامن المدينين وعدم تجزئة الدين.

- أما بالنسبة للضمانات العينية باعتبارها ضمانات تمنح سلطة مباشرة لشخص على شيء معين بالذات، وجدنا على أنها متعددة صراحتا وأكثر قوة من حيث الضمانات الشخصية لأنها تركز على استئثار الدائن بشيء مادي يخوله استفاء دينه بمجرد عدم الوفاء، والتي أخذنا منها كنموذج الرهن الرسمي والرهن الحيازي وكذا حق الامتياز، ولكن الإشارة الأساسية هنا هو وأنا بصدد اختيار هذا الموضوع صدر قانون جديد أطلق عليه اسم قانون الضمانات المنقولة تحت رقم 21.18، والذي جاء بضمانات عينية أخرى وأكثر فعالية من غيرها ويتعلق الأمر بكل من الرهن بدون حيازة والبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية كما أنه دعم الضمانات الأخرى بعدة نصوص وقواعد جديدة وأقصد هنا الرهن الحيازي، وكأبرز مستجد في هذا الشأن أنه سمح بإبرام عقد هذا الرهن في محرر رسمي أو عرفي بعد أن كانت الرسمية هي الصفة الأساسية لهذا الأخير.

- بعد الخوض في نظام الضمانات الشخصية والعينية انتقلنا لدراسة الضمانات غير المسماة والإشكال الوحيد الذي وجدناه في هذا النوع من الضمانات أنها متعددة وغير محدودة ومنها ما اعترف به تشريعنا الوطني بشكل مباشر ومنها ما لم يعترف به ولكنه أخذ به بشكل ضمني كالدعوى المباشرة وحق إطلاع الدائن على ذمة مدينه، ولكن حاولت جاهدا اعتماد تصميم لاحتواء هذا النوع من الضمانات، وذلك عن طريق إدراجها ضمن صنفين، الصنف الأول أطلقت عليه المراكز القانونية المتميزة وسميناها بهذا الاسم لأن الدائن وخارج نطاق الضمانات العينية، يفلت من مزاحمة الدائنين الآخرين وذلك لوجوده في مركز قانوني معين، دون قصد منه ودون سعيه للحصول إليها، وإنما يتواجد فيها مصادفة عند التنفيذ على أموال المدين ويستحيل بسببها مزاحمة الدائنين له، وأدرجت كنموذجين من هذا الصنف نظام الدعوى

المباشرة ونظام الحق في الحبس، أما الصنف الثاني فأطلقت عليه اسم المراكز العقدية المتميزة وهي الضمانات التي تنشأ عن علاقات تعاقدية عادية خارج نطاق الضمانات العينية والشخصية ، وهي تشبه المراكز العقدية القانونية المتميزة في كون الدائن في كل منهما يبقى دائنا عاديا بالرغم مما يتمتع به من ضمان يوقيه خطر إفسار المدين، خروجاً على مبدأ المساواة بين الدائنين العاديين، وقد اخترت لهذا النوع أيضاً ثلاثة نماذج بارزة وهي العربون وإطلاع الدائن على ذمة ونشاط مدينه كوسيلة للضمان وأيضاً الشرط الجزائي باعتباره ضماناً هامة.

وبهذا أكون قد أحطت بهذا الموضوع من كل جوانبه التقنية والعلمية، ولكن وجب الإشارة إلى أنه من خلال الدراسة والبحث لهذا الموضوع توصلت لمجموعة من الاستنتاجات والتوصيات أتمنى في المستقبل القريب أن يتداركها تشريعنا الوطني والتي سوف أسردها كالتالي:

- كما هو واضح من العرض السابق فإن المشرع جاء بتكريس قاعدة أساسية مؤداها أن حجية الضمانة تبدأ من تاريخ شهرها في السجل الوطني للضمانات المنقولة، لكن هذا الأمر قد يؤدي إلى زعزعة الائتمان التجاري في الحالة التي يقتني فيها بعض التجار مجموعة من الأموال و الأدوات أو السلع التي تبدو بحسب الظاهر أنها في ملكية البائع ثم يفجأ المشتري بعد مرور أجل معين بكون تلك الأموال أصبحت موضوعاً للمطالبة بالاسترداد من طرف المالك تحت شرط الاحتفاظ بالملكية أو محلاً للتنفيذ عليها من طرف الدائنين الحاملين للضمانات المنقولة، لذلك فإن التساؤل يطرح حول كيف يمكن التوفيق بين قواعد نظرية الظاهر والحيازة في المنقول سند الملكية وقواعد الأشهار في السجل الوطني للضمانات المنقولة.

- ومن النقاط الأساسية التي أثار انتباهنا هو عدم تحديد الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية ومن يتحمل تبعه هلاك الشيء المبيع قبل الأداء الكامل للثمن؟

- والملاحظ انطلاقاً من تحليل هذا الموضوع هو أن الضمانات في تشريعنا الوطني هي ضمانات مشتتة في نصوص متعددة، بل الأكثر من ذلك هو أنه هنالك بعض الضمانات لا

ينظمها سوى فصل أو فصلين ويوجدان وسط قانون يشمل جميع المعاملات المدنية مثال ذلك العربون فكيف لشخص غير ملم بهذا المجال القانوني أن يكتشف التأطير القانوني لهذه الضمانة إذا لم يطلع بشكل موسع على ظهير يشمل 1250 فصلاً؟، فمن الأحرى بالمشرع المغربي أن يجمع هذه الضمانات سواء منها العينية أو الشخصية أو الغير مسماة في نص موحد.

- كما نؤخذ على تشريعنا الوطني عدم توضيح خلفيته بشكل مباشر فيما يتعلق ببعض الضمانات والتي لا يأخذ بها بشكل بطريقة مباشرة ولكن بالاطلاع على نصوص خاصة نجده يعترف بها بطريقة غير مباشر مثال ذلك الدعوى المباشرة، كما أنه غض النظر عن ضمانات أخرى ولم يعترف بها بتاتا رغم أهميتها ومنها حق الدائن في الاطلاع على ذمة مدينه قبل إفلاسه، وهنا ندعو مشرعنا كذلك لتنظيم هذا النوع من الضمانات لما تشكله من أهمية في نظام الائتمان.

لائحة المراجع:

- الكتب:

- 1- إدريس الفاخوري، الوسيط في نظام الملكية العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية والتشريعات العقارية الخاصة، الطبعة الثالثة 2019، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء.
- 2- إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1996،
- 3- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد العاشر، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 4- حياة حجي، نظام الضمانات وقانون صعوبة المقاوله -دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى 2012 ، مطبعة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع -الرباط
- 5- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي ، الكتاب الثاني ، الجزء الرابع ، الطبعة الأولى 2002 ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء.
- 6- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، الجزء الأول، مطبوعات جامعة الكويت.
- 7- عبد الرحمان الشرقاوي، القانون المدني دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزام على ضوء تأثرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي، الكتب الأول مصادر الالتزام، الجزء الأول التصرف القانوني، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، الطبعة الثالثة 2015.
- 8- عبد الرحمان الشرقاوي، القانون المدني، الكتاب الثاني أحكام الالتزام، الطبعة الأولى 2016، مطبعة المعارف الجديدة الرباط.
- 9- عبد الرزاق أيوب، سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي (دراسة مقارنة)، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1982، 2003.

- 10- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، منشأة المعارف الإسكندرية، 2004.
- 11- عبد العالي الدقوقي، التنظيم القانوني للحق العيني في ضوء القانون 39.08 – حق الملكية والضمانات العينية والشخصية، الطبعة الأولى 2018، مطبعة سجالماسة مكناس.
- 12- مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الثاني أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاءه، دون مكان النشر، سنة 1980.
- 13- محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية في المنقول المادي – دراسة مقارنة- مطبعة المعارف بالإسكندرية ( دون ذكر رقم الطبعة).
- 14- ماجد رشاد محمد، الدعوى المباشرة في العلاقات القانونية غير المباشرة، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى.
- 15- نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، الطبعة الأولى 2006 ، دار الجامعة الجديدة للنشر.
- 16- يوسف أفريل، الرهن الرسمي العقاري (ضمانة بنكية للدائن المرتهن)، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2011.

### الأطروحات:

- 1- شرابن حمزة، دور الضمانات غير المسماة في تدعيم الائتمان، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر، كلية الحقوق سعيد حمدين، السنة الجامعية 2016-2017.

2- الحبيب خليفة جبودة، رهن المنقولات دون نقل الحيازة "محاولة في التأصيل"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الخامس أكدال، السنة الجامعية 1996-1997.

3- فؤاد معلال، الشرط الجزائي في القانون المغربي، أطروحة دكتوراه نوقشت بجامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الحقوق بفاس، 1993.

### - الرسائل:

1- صابر الخمسي، الكفالة المدنية في التشريع المغربي والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية بطنجة، السنة الجامعية 2010-2011.

2- المهدي الغزاوي، التأمينات العينية: دراسة مقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي والتشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، السنة الجامعية 2010-2011.

3- مصطفى جدوع كريم السعد، آثار الرهن الرسمي بالنسبة للدائن المرتهن والحائز في التشريع العقاري المغربي، دبلوم الدراسات العليا، 1980-1981.

4- عادل أحمد الجسمي، مدى ملائمة شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان، بحث مقدم لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة الجامعية 2017-2018.

### - الظواهر:

1- الظهير الشريف رقم 1.19.76 الصادر في 17 أبريل 2019 بتنفيذ القانون رقم 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6771 بتاريخ 22 أبريل 2019. ص 2058.

2- ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1994) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية

3- ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)، المتعلق بتنفيذ قانون الالتزامات والعقود.

4- ظهير شريف رقم 1.09.15 صادر في 22 صفر 1430 ( 18 فبراير 2009) بتنفيذ القانون رقم 09.08 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

5- ظهير شريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية.

## - المقالات

1- مقال تحت عنوان "رهن المنقول المادي دون حيازة" منشور بمجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول/ السنة التاسعة 2018.

2- طارق أولاد علي، "البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية على ضوء القانون رقم 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة"، مقال منشور بموقع [www.MarocDroit.com](http://www.MarocDroit.com) تاريخ التصفح 2020/08/30.

3- سعيد بواطاس، "مبدأ نسبية آثار العقد"، مقال منشور بموقع [www.Marocdroit.com](http://www.Marocdroit.com)، تاريخ التصفح 2020/08/27.

4- تعريف ومعنى ضمانات في معجم المعاني الجامع- معجم عربي عربي، المنشور بتاريخ 2014/10/11، على الساعة 10:00 صباحا، [www.Almaany.com](http://www.Almaany.com)، تاريخ التصفح 2020/09/04.

5- الزيتوني حنان، "الرهن الحيازي في التشريع المغربي"، مقال منشور بموقع [www.Marocdroit.com](http://www.Marocdroit.com)، تاريخ التصفح 2020/09/15.

6- عبد الله الفتلاوي، "الحق في الحبس للضمان"، مقال منشور بموقع [Uobabylon. Com](http://Uobabylon.Com)، الولوج بتاريخ 2020/09/9.

## الفهرس

1	مقدمة:
9	الفصل الأول: الضمانات الشخصية والعينية في القانون المدني المغربي
10	المبحث الأول: الضمانات الشخصية الواردة في القانون المدني المغربي
11	المطلب الأول: الكفالة المدنية والإنابة القاصرة
12	الفقرة الأولى: الكفالة المدنية
12	أولا: تعريف عقد الكفالة وخصائصها
16	ثانيا- آثار عقد الكفالة
22	ثالثا- انقضاء الكفالة
23	رابعا - كفالة النفس أو كفالة الحضور
26	الفقرة الثانية: الإنابة القاصرة
26	أولا: مفهوم الإنابة القاصرة
27	ثانيا: التمييز بين الإنابة القاصرة والإنابة الكاملة على مستوى الضمان
28	المطلب الثاني: تضامن المدينين وعدم تجزئة الدين
29	الفقرة الأولى: تضامن المدينين
29	أولا: مفهوم التضامن بين المدينين وبيان مصادره
31	ثانيا: آثار الالتزامات التضامنية بين المدينين
34	الفقرة الثانية: عدم تجزئة الدين
35	أولا: تحديد مفهوم عدم تجزئة الدين وبيان أسباب نشوئه
36	ثانيا: آثار عدم تجزئة الدين
37	المبحث الثاني: الضمانات العينية الواردة في القانون المدني المغربي
38	المطلب الأول: الضمانات العينية التقليدية الواردة في القانون المدني المغربي

39	الفقرة الأولى: الرهن الرسمي والرهن الحيازي
39	أولاً: الرهن الحيازي
49	ثانياً: الرهن الرسمي
66	الفقرة الثانية: حقوق الامتياز
66	أولاً: التعريف بحق الامتياز وبيان خصائصه
69	ثانياً: أنواع حقوق الامتياز وطرق انقضاءها
77	المطلب الثاني: الضمانات العينية الحديثة أو المؤسسة على حق الملكية
80	الفقرة الأولى: الرهن بدون حيازة
80	أولاً: مفهوم الرهن بدون حيازة وبيان خصائصه
82	ثانياً: شروط إنشاء الرهن بدون حيازة وبيان آثاره
89	الفقرة الثانية: البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية
89	أولاً: ماهية شرط الاحتفاظ بالملكية وطبيعته القانونية
93	ثانياً: شروط انعقاد البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية وآثاره
99	<b>الفصل الثاني: الضمانات غير المسماة في القانون المدني المغربي</b>
100	المبحث الأول: المراكز القانونية المتميزة
101	المطلب الأول: نظام الدعوى المباشرة ونظام المقاصة
101	الفقرة الأولى: الدعوى المباشرة
	أولاً: تعريف الدعوى المباشرة مع بيان موقف التشريع المغربي منها وخصائصها.
102	
107	ثانياً: شروط ممارسة الدعوى المباشرة وآثارها
110	الفقرة الثانية: نظام المقاصة
111	أولاً: تعريف المقاصة وبيان شروطها
115	ثانياً: آثار المقاصة
116	المطلب الثاني: نظام الحق في الحبس
117	الفقرة الأولى: تعريف الحق في الحبس وبيان شروطه

117	أولاً: تعريف حق الحبس
118	ثانياً: خصائص الحق في الحبس
120	الفقرة الثانية: شروط الحق في الحبس وبيان آثاره
120	أولاً: شروط نشأة الحق في الحبس
122	ثانياً: الآثار المترتبة عن الحق في الحبس
126	المبحث الثاني: المراكز العقدية المتميزة
127	المطلب الأول: توظيف بعض الوسائل التقليدية
127	الفقرة الأولى: حوالة الحق على سبيل الضمان
128	أولاً: مفهوم حوالة الحق ومدى الضمان الذي تحققه
130	ثانياً: شروط حوالة الحق بيان آثارها
134	الفقرة الثانية: العربون كوسيلة للضمان
135	أولاً: التعريف بمؤسسة العربون وبيان طبيعتها
138	ثانياً: حكم العربون في التشريع المغربي
140	المطلب الثاني: بروز وسائل حديثة للضمان
141	الفقرة الأولى: الاطلاع على ذمة ونشاط المدين كوسيلة للضمان
143	أولاً: نطاق هذا الحق ومدى مشروعيته
146	ثانياً: تطبيقات هذا الحق وتنوعها
148	الفقرة الثانية: الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي كوسيلة للضمان
149	أولاً: مفهوم الشرط الجزائي وبيان خصائصه
152	ثانياً: شروط استحقاق التعويض الاتفاقي
156	<b>خاتمة:</b>
160	<b>لائحة المراجع:</b>