

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة وهران

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

بعنوان

" وسائل حماية الضمان العام "

تحت إشراف :

الأستاذ داودي ابراهيم .

إعداد الطالب :

لزرق بن عودة .

2014/03/18

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ : العربي شحط عبد القادر ، أستاذ التعليم العالي ، جامعة وهران رئيسا .

الأستاذ : داودي ابراهيم ، أستاذ محاضر (أ) ، جامعة وهران مشرفا مقررًا .

الأستاذ : زهدور السهلي ، أستاذ محاضر (أ) ، جامعة وهران مناقشا .

الأستاذ : يقاش فراس ، أستاذ محاضر (أ) ، جامعة وهران مناقشا .

السنة الجامعية : 2014/2013 .

* إهداء *

إلى والدي الكريمين عرفانا بفضلهما .

إلى إخوتي.

إلى أساتذتي تقديرا لهم .

إلى كل من ساعدني على إنجاز هذا البحث المتواضع .

* كلمة شكر *

أوجه شكري إلى أستاذي الجليل داودي ابراهيم الذي أشرف علي في إنجاز هذا الموضوع ومكنني من تحضيره .

وأشكر كل الأساتذة الذين شاركوا في مناقشة وتقديم هذا البحث وكذا كل من ساهم وساعد على إنجازة .

قائمة المختصرات

القانون المدني الجزائري : ق . م . ج

قانون الأسرة الجزائري : ق . أ . ج

القانون البحري الجزائري : ق . ب . ج

قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري : ق . إ . م . إ . ج

قانون الإجراءات المدنية الجزائري : ق . إ . م . ج

القانون المدني المصري : ق . م . م

القانون المدني العراقي : ق . م . ع

قانون الموجبات والعقود اللبناني : ق . م . ع . ل

القانون المدني الفرنسي : ق . م . ف

الجريدة الرسمية : ج . ر

المرسوم التشريعي : م . ت

المجلة القضائية : م . ق

طبعة : ط

الصفحة : ص

الفقرة : ف

المادة : م

المقدمة :

لقد احتل موضوع وسائل حماية الضمان العام مكانة بارزة ضمن الدراسات القانونية لما تحققه هذه الوسائل من حماية لحقوق الدائنين من غش المدين أو إهماله وما توفره من مساواة بينهم .

فقد كشفت الحياة العملية أن تقصير المدين عمدا أو إهمالا في المحافظة على ضمانه العام وارد خاصة إذا ساءت حالته المالية .

وهذه النتيجة قد لا تصيب طبقة الدائنين وحدهم ، وإنما قد يمتد أثرها إلى الإخلال بنظام الائتمان المدني وتقليص دائرة المعاملات المالية .

وفي ضوء تلك الحقيقة كان لابد أن نتحرى الوسائل القانونية المختلفة التي وضعها المشرع بين يدي الدائن في سبيل المحافظة على الضمان العام المقرر لحقوقه .

وقد نظم القانون المدني في هذا الصدد وسائل وسطى ما بين التحفظية والتنفيذية ، فهي ليست قاصرة على مجرد التحفظ على أموال المدين ، كما أنها لا تؤدي إلى استثناء الدائن لحقه .

وتهدف هذه الوسائل جميعها إلى ملافاة ما يمكن أن يتعرض له حق الدائن من خطر ، فحق الضمان العام الذي للدائن لا يحول دون تصرف المدين في أمواله ، وقد يؤدي هذا التصرف إلى الإضرار بالدائن .(1)

ولذلك فإن القانون خول له أربع دعاوى هي :

الدعوى غير المباشرة و الدعوى المباشرة والدعوى البولصية أو دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق دائنيه ودعوى الصورية .

(1) : عبد الودود يحي ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات - المصادر - الأحكام - الإثبات ، دار النهضة العربية ، طبعة 1994 ، ص 242 .

فالأولى - الدعوى غير المباشرة - l'action oblique - يباشرها الدائن بالنيابة عن مدينه إذا أهمل المدين في المطالبة بحقوقه لدى الغير .

والثانية - الدعوى المباشرة - l'action directe - يرفعها الدائن باسمه شخصيا على مدين مدينه في حالات معينة ليحصل على حقه مباشرة دون أن يزاحمه باقي الدائنين الآخرين .

والثالثة - الدعوى البولصية أو دعوى عدم النفاذ - l'action paulienne - يدفع بها الدائن عن نفسه غش المدين إذا عمد هذا الأخير إلى التصرف في أمواله إضراراً بحق دائنه ، فيطعن الدائن في هذا التصرف ليجعله غير نافذ في حقه .

والرابعة - دعوى الصورية - action en simulation - يدفع بها الدائن عن نفسه أيضا نتائج غش المدين إذا عمد المدين إلى التظاهر بالتصرف في أمواله لإخراجها من الضمان العام بتصرف صوري مخالف للحقيقة في جميع نواحيها أو بعضها ، فيطعن الدائن في هذا التصرف بطريق الصورية حتى يكشف عن حقيقته ليستبقي ما كاد أن يخرج إلا ظاهراً من أموال المدين تمهيدا للتنفيذ عليها مستقبلاً واستيفاء حقه من ثمنها .(1)

فالدائن بهذه الدعاوى ، إما أن يبقي ما كاد أن يخرج من ذمة مدينه بطريق الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة ، وإما أن يعيد ما خرج من ضمانه بطريق الدعوى البولصية أو دعوى عدم النفاذ ، وإما أن يستبقي ما لم يخرج إلا ظاهراً من ضمانه بدعوى الصورية .

وبالإضافة إلى هذه الدعاوى الأربع التي ورد ذكرها في القانون المدني ، فقد نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية وسيلة خامسة تهدف هي الأخرى إلى المحافظة على الضمان العام ، وتتمثل هذه الوسيلة في الحجز التحفظي - la saisie conservatoire - الذي يوقعه الدائن على أموال مدينه

(1) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني- الجزء الثاني - نظرية الإلتزام بوجه

عام - الإثبات - أثر الإلتزام ، دار إحياء التراث العربي ، بند 526 ، ص 940 .

وذلك عن طريق وضعها تحت يد القضاء قبل أن يعمد المدين إلى تهريبها أو إخفائها ، وهو إجراء أقوى من الدعاوى الأربع السالفة الذكر ، إذ هو يغل يد المدين عن التصرف في أمواله وإن كان في النهاية يهدف إلى المحافظة على الضمان العام والحيلولة دون أن يسلك المدين مسلك غش لإضعاف هذا الضمان .

وبناء على ما تقدم يظهر أن الموضوع ذو أهمية بالغة ليس من الناحية النظرية فحسب والتي تتمثل في تعدد وتنوع وسائل حماية الضمان العام ، بل حتى من الناحية العملية وذلك من خلال الوقوف على مدى فعالية هذه الوسائل في توفير الحماية اللازمة للدائنين من خطر نقص أموال المدين وقصورها عن الوفاء بجميع ديونه ، ولذلك فإن استعمال هذه الوسائل يطرح عدة تساؤلات من حيث تحديد طبيعتها القانونية وشروط ممارستها والآثار القانونية التي تترتب على استعمالها .

وللإجابة على هذه التساؤلات يتعين علينا تحليل النصوص القانونية التي أوردها المشرع بشأنها .

ولذلك ارتأيت معالجة هذا الموضوع في ثلاثة فصول وفقا للترتيب الذي وردت به هذه الوسائل في القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية .

وتفصيل ذلك في الآتي :

الفصل الأول : ونتعرض فيه للدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة ، باعتبارهما وسيلتين وقائيتين يتقي بهما الدائن خطر تقصير المدين وإهماله في المطالبة بحق له قبل الغير .

ولغرض الإلمام بهاتين الوسيلتين يتعين علينا أن نقسم دراستنا إلى مبحثين :

نخصص أولهما لدراسة الدعوى غير المباشرة من خلال التعريف بها ، وتحديد الغرض منها ، ثم الوقوف على طبيعتها ، والشروط الواجب توافرها لممارستها ، وكذا الآثار التي تترتب على استعمالها .

وثانيها نعقده لدراسة الدعوى المباشرة ، ونظرا لتمييز هذه الدعوى عن الدعوى غير المباشرة

فإننا سنتعرض إلى التعريف بها مع تحديد طبيعتها وأهم تطبيقاتها .

فإذا لم تفلح الوسائل الوقائية ، أو لم يتمكن الدائن من اتخاذها في الوقت المناسب فوقع المحظور وتصرف المدين في أمواله كلها أو بعضها قصد الإضرار بدائنيه فقد وجب أن يتدخل المشرع لرفع الضرر عن الدائنين وتصرفات المدين في هذه الحالة إما أن تكون جدية وإما أن تكون صورية.(1) وقد أوجد المشرع وسيلتين علاجيتين لرفع هذا الضرر ، وهما الدعوى البولصية ودعوى الصورية

الفصل الثاني : ونعرض فيه لدراسة الدعوى البولصية ودعوى الصورية ، وسنتناول في هذا الصدد التعريف بدعوى عدم النفاذ من خلال تحديد المقصود بها وتفصي جذورها التاريخية ، ثم نعرض بعد ذلك شروط ممارستها ، لنقف عقب ذلك على آثارها ، وأخيرا نعرف كيف تتقدم هذه الدعوى ، ثم نعرض بعد ذلك إلى دراسة دعوى الصورية من خلال تحديد النظرية العامة فيها وسنتناول في هذا الصدد التعريف بالصورية ، أحكامها وآثارها ، مع تمييزها مع ما قد يشتبه بها من تصرفات ، وحتى تكتمل أمامنا صورتها ، فإننا سوف نتعرض لأهم العقود والتصرفات القانونية التي ترد عليها الصورية .

الفصل الثالث : ونتطرق فيه إلى الحجز التحفظي من خلال التعريف به ، مع تحديد طبيعته وخصائصه وشروط توقيعه ، لنقف بعد ذلك على الإجراءات الواجب احترامها لإلغائه ، وأهم الآثار التي تترتب عليه ، بما في ذلك صورته الخاصة التقليدية كحجز المؤجر على منقولات المستأجر والحجز على منقولات المدين المتنقل والحجز الإستحقاقى ، بالإضافة إلى ما استحدثه المشرع بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية كالحجز التحفظي على عينة من السلع أو نماذج من المصنوعات المقلدة ، والحجز التحفظي على العقارات .

(1) : سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، الجزء الثاني - في الالتزامات - مصادر الالتزام وآثاره وأوصافه وانقضائه والنظريات العامة للإثبات ، المطبعة العالمية 16 و 17 ، ضريح سعد الله بالقاهرة ، طبعة 1964 ، بند 661 ، ص 642 .

الفصل الأول : الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة :

لما كانت الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة من بين الدعاوى التي تدخل ضمن الوسائل الوقائية التي تقي الدائن من إهمال المدين في استعمال حقوقه ارتأينا أن نخصص الفصل الأول من هذه المذكرة إلى هاتين الوسيلتين الوقائيتين ، وتبعا لذلك سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في الأول التعريف بالدعوى غير المباشرة وكذا شروط ممارستها والآثار التي تترتب على استعمالها .

ونتناول في الثاني المقصود بالدعوى المباشرة ، شروطها وآثارها وحالات قصورها .

وتفصيل ذلك في الآتي :

المبحث الأول: الدعوى غير المباشرة (أو دعوى استعمال حقوق المدين):

لقد قامت فلسفة القانون الخاص و منذ الأزل على فكرة رئيسية و جوهرية مفادها حماية الضمان العام للدائن، لذلك نجد أن القانون المدني قد وضع تحت تصرف الدائن عدّة وسائل لاستيفاء حقه من مدينه .

فالأصل أن يلتزم المدين بتنفيذ ما التزم به مختاراً طائعاً، أما إذا تقاعس عن هذا التنفيذ نشط الدائن معتمداً على الوسائل التي أوجدها له القانون لإرغام المدين على تنفيذ التزامه .

و الدائن عندما يطرق ذمة مدينه قد يجد عناصر من هذه الذمة تحت يد الغير، فإذا كان هذا العنصر الموجود لدى الغير مبلغاً من النقود، قام الدائن بالحجز على هذا المبلغ تحت يد الغير .

فإذا لم تتوفر شروط توقيع حجز ما للمدين لدى الغير أو كان المراد الإعتراف بحق المدين قبل الغير كانت الدعوى غير المباشرة هي الوسيلة المتاحة للدائن في تلك الظروف يصل بها إلى تحقيق دائنية مدينه للحق موضوع الدعوى ثم إدخاله إلى ذمة المدين و ذلك تمهيدا للتنفيذ عليه (1) .

فالدعوى غير المباشرة إذن هي نظام قانوني قائم و مستقل بحد ذاته يعطي للدائن الحق في مباشرة حقوق مدينه إذا أهمل هذا الأخير في استعمال حقوقه بنفسه .

و قد سميت بالدعوى غير المباشرة و هي تسمية دقيقة و صحيحة ، ذلك أن استيفاء الدائن لحقه بواسطة هذه الدعوى لا يكون إلا بطريق غير مباشر .

و لما كانت الدعوى غير المباشرة من بين الدعاوى التي تدخل ضمن الوسائل الوقائية التي تقى الدائن من إهمال المدين في استعمال حقوقه ، كان لابدّ من التعريف بها و كذا شروط ممارستها والآثار التي تترتب على استعمالها و هذا ما سنفصله في الآتي .

(1) : رمضان أبو السعود- أحكام الالتزام - دراسة مقارنة في القانون المصري و اللبناني ص 158 - الدار الجامعية ، ط 1994 .

المقصود بالدعوى غير المباشرة :

هي وسيلة أوجدها القانون للدائن يدفع بها عن نفسه تقاعس المدين ، إذا أهمل هذا الأخير استعمال حقه بنفسه .

و بمعنى آخر ، هي وسيلة يترتب على استعمالها أو الدفع بها المحافظة على عناصر الضمان العام أو زيادتها ، فكل حق أهمل المدين في استعماله كان للدائن أن يباشره نيابة عنه و ذلك وفق شروط معينة و محددة .

و يستوي أن يكون هذا الاستعمال برفع دعوى أمام القضاء كدعوى الاستحقاق التي يرفعها دائن المالك على الحائز للحلول دون تملك هذا الأخير للعقار بالتقادم ، و كذلك الدعوى التي يرفعها دائن البائع على المشتري يطالبه من خلالها بالثمن أو أن يرفع المشتري على بائع البائع دعوى ضمان العيوب الخفية في الشيء المبيع أو باتخاذ إجراء لا يرقى إلى مرتبة رفع دعوى قضائية ، كأن يقوم دائن المنتفع في الإشتراط لمصلحة الغير بقبول هذا الإشتراط ، و كذلك كأن يقوم دائن الدائن المرتهن بتجديد قيد رهنه قبل سقوط أجل القيد الأخير ، أو أن يتمسك الدائن بدفع لم يتمسك به دائنه قبل الغير كأن يدفع دائن مشتري العقار المشفوع فيه بسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة ، إذا لم يبد هذا الأخير برغبته في الأخذ بالشفعة خلال 30 يوما بعد إعداره من المشتري و تقاعس المشتري في التمسك بهذا الدفع .

و بناء على ما تقدم يبدو أن استعمال الدائن لحقوق مدنية لا يعتبر من قبيل التنفيذ على أموال المدين و إنما هو وسيلة للمحافظة على أموال المدين تمهيدا للتنفيذ عليه مستقبلا ، و لذلك جاء تصنيف الدعوى غير المباشرة في خانة الوسائل الوقائية التي تقي الدائن من خطر نقص أموال المدين و قصورها عن الوفاء بديونه .

و لما كان هدف هذه الوسيلة الوقائية هو المحافظة على أموال المدين أو زيادتها ، كان لابد للدائن أن يباشرها بطريق غير مباشر نيابة عن مدينه سواء بالحيلولة دون فقد المدين بعضا من هذه الأموال ، أو التمسك بدفع من شأنه أن يكسب المدين بعض الحقوق فيستفيد منها هو و يفيد بقية الدائنين .

و هذه الوسيلة الوقائية هي التي تحدد شروط استعمال الدائن لحقوق مدينه ، و هي التي تحدد الآثار التي تترتب على هذا الاستعمال .

و في ضوء ذلك سنتقصى الشروط الواجب توافرها لمباشرة الدعوى غير المباشرة ، و كذا الآثار التي تترتب على مباشرتها ، ثم نستعرض بالتفصيل حالات قصور الدعوى غير المباشرة .

المطلب الأول : شروط الدعوى غير المباشرة :

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 189 من القانون المدني على مايلي :

" لكل دائن و لو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها خاصا بشخص أو غير قابل الحجز ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدنية مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق، وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره أو أن يزيد فيه . و لا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه غير أنه لا بد أن يدخله في الخصام " .

- و يقابل هذا النص في التقنين المدني المصري المادة 235 ، و في التقنين الموجبات و العقود اللبناني المادة 276 .

ويتضح من نص المادة 189 من القانون المدني الجزائري أنه ولاستعمال حق الدعوى غير المباشرة لا بدّ من توافر مجموعة من الشروط ، بعضها تتعلق بالدائن وبعضها تتعلق بالمدين والبعض الآخر يرجع إلى الحق الذي يستعمله الدائن باسم مدينه . وإن كانت هذه الشروط جميعا ترد إلى فكرتين أساسيتين وجوهرتين :

أولهما وجود مصلحة مشروعة للدائن .

و ثانيها نيابة الدائن عن المدين في استعمال حقوق هذا الأخير وهي نوع من النيابة الخاصة التي أوجدها القانون و حتمها على المدين .

وتختلف عن النيابة المألوفة في أن القانون قررها لمصلحة الدائن لا الأصيل، وفي شروط الدعوى غير المباشرة ما يبرر تقرير هذه النيابة القانونية الخاصة، فإن هناك مدينا معسرا ، و هو على أقل تقدير مهمل في الحصول على حقه و إهماله هذا يعود بالضرر على دائته . (1)

و نحن نعتقد أن الحكمة تقتضي أن يرخص المشرع للدائن القيام مقام المدين في استعمال حقوقه درءا لإهماله و تقاعسه .

الفرع الأول : الشروط الخاصة بالدائن :

(1) - أن يكون للدائن حق موجود :

اشترط المشرع في الدائن حتى يستعمل حقوق مدينه أن يكون له حق موجود ، أي أن تكون مديونيته محققة الوجود، و بمعنى آخر أن تكون مديونيته خالية من النزاع .

فإذا كان هناك نزاع قائم بين الدائن و المدين و دفع المدين بانعدام صفة الدائنية بأن ليس له حق قبله فوجب أولا الفصل في هذا النزاع ، ووقع حينئذ عبء إثبات هذه الدائنية على عاتق الدائن ذلك أن صفة الدائنية من الشروط المقررة لقبول الدعوى غير المباشرة .

وكذلك لا تتحقق الدائنية إذا كان حق الدائن احتماليا كحق الدائن قبل موت المورث أو كان هذا الحق غير خال من النزاع .

أما إذا انقلب الحق المحتمل إلى حق موجود أو أصبح هذا الحق خال من النزاع ، كان للدائن عندئذ أن يستعمل حقوق مدينه .

أما إذا كان النزاع حول مقدار الحق فإن ذلك لا يؤثر في صفة رافع الدعوى ، طالما أن هناك مديونية ثابتة وموجودة ، كالمضروب في العمل غير المشروع فيجوز لهذا الأخير استعمال حقوق المسؤول عن العمل غير المشروع دون الانتظار إلى حين تقدير هذا التعويض لكون هذا الأخير مدينا بالتعويض .

(1): عبد الرزاق أحمد السنهوري ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزام - نظرية العقد - الجزء الأول

بند 715 ، ص 751 و 752 المجمع العلمي العربي ، منشورات محمد الداية ، بيروت لبنان.

و تجدر الإشارة أنه إذا كان حق الدائن مضافا إلى أجل أو معلقا على شرط ، سواء كان الأجل المضاف أو الشرط المعلق فاسخا أو واقفا ، فإن الشارع المصري يجيز للدائن استعمال حقوق مدينه كون أن هذا الحق يكون موجودا و إن كان مهددا بالزوال ذلك أن الدائن أثناء فترة التعليق يكون له حق يعتد به القانون (1) .

ضف إلى ذلك أن الحق المقرون بأجل أو المعلق على شرط هو حق موجود ، وإن كان غير مستحق الأداء لأن استحقاق الأداء ليس بشرط كما سنبين لاحقا .

وهذا بعكس المشرع اللبناني الذي يشترط إلى جانب وجود الحق أن يكون معلوم المقدار و مستحق الأداء وهذا ما تشير إليها المادة 276 الفقرة 2 من التقنين الموجبات و العقود بقولها :
" لا يستطيعون الشروع في تلك المدعاة إلا إذا كان دينهم مستحق الأداء " .

أما المشرع الجزائري و نزولا عند أحكام المادة 189 الفقرة 1 من القانون المدني فلا يشترط في الدائن لممارسة حقوق مدينه أن يكون حقه مستحق الأداء أو معلوم المقدار، بل يكفي أن يكون حقه ثابتا وموجودا، و بذلك يكون المشرع الجزائري قد حذا حذو المشرع الفرنسي و المصري .

(2) - لا يشترط أن يكون حق الدائن قابلا للتنفيذ أو مستحق الأداء أو معلوم المقدار :

كان الفقه و القضاء في فرنسا مجمعين تقريبا على أنه يشترط في الدائن حتى يستعمل حقوق مدينه أن يكون حقه مستحق الأداء .

وإذا قلنا أن الفقه كان مجمعا تقريبا ، ذلك أن بعضا من الفقه كان لا يشترط في الدائن حتى يستعمل حقوق مدينه أن يكون حقه مستحق الأداء و على رأسهم الأستاذان " كولان و كابيتان " ، و يذهبان إلى القول أنه يكفي أن يكون حق الدائن خاليا من النزاع و أن الدائن الذي يكون حقه غير معين المقدار أو يكون حقه غير مستحق الأداء تكون له مصلحة مشروعة في استعمال حقوق مدينه (2)

(1) و (2) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، بند 530 و 531 ص 946 و 947 .

و مهما يكن من أمر، فقد نص المشرع الجزائري في المادة **189** الفقرة **1** على أنه :

" لكل دائن و لو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين.... "

و بذلك يكون المشرع قد وضع حدا لكل تأويل أو اجتهاد ، لأن القاعدة تقضي أنه لا اجتهاد بوجود نص صريح .

و يتضح من نص المادة **189** الفقرة **1** أنه مادام المشرع لا يشترط في الدائن الذي يستعمل حقوق مدينه أن يكون حقه مستحق الأداء، فإنه من باب أولى أن لا يكون هذا الحق معلوم المقدار .

و لما كان استحقاق الأداء و تعيين المقدار مستبعدان من نص المادة **189** فنحن نرى أنه لا يشترط أن يكون بيد الدائن سند تنفيذي ، لأن الدعوى غير المباشرة ليست من قبيل الإجراءات التنفيذية كما سبق و أن أشرنا ، وإنما هي وسيلة وقائية ، تهدف إلى المحافظة على الضمان العام و زيادة أموال المدين .

(3) - لا يشترط في حق الدائن أن يكون سابقا على حق المدين :

سبق و أن بينا أن فكرة الضمان العام للدائنين تقوم على فكرة جوهرية، وهي أن كافة أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، و هذا ما نص عليه المشرع بصريح العبارة في المادة **188** بقوله :
" أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه " بصرف النظر عن تاريخ نشأة هذه الديون .

فالضمان العام إذن تدخل فيه جميع أموال المدين ، بغض النظر عن تاريخ دخولها أو اكتسابها ، فلا يشترط أن يكون حق الدائن قائما أو سابقا على حق المدين الذي يستعمله ، فسواء كان حق الدائن لاحقا أو سابقا لحق المدين فهو في كل من الحالتين داخل في الضمان العام ، وللدائن أن يستعمله باسم مدينه و هذا بخلاف الدعوى البولصية التي تشترط أسبقية حق الدائن على التصرف المطعون فيه كما سنفصله لاحقا .

كما يمكن للدائن أن يدفع باسم مدينه ببطلان أو فسخ العقود التي عقدها مدينه حتى و لو كان المدين قد أبرم هذه العقود قبل ثبوت حق الدائن (1) .

(1) : رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 168 .

و يستخلص من هذا الشرط أنه لا عبرة بالتاريخ الثابت لحق الدائن ، أي ليس هناك ما يمنع الدائن من استعمال حقوق مدينه سواء تقدم تاريخ هذه العقود أو تأخر .

(4) - لا يشترط ألا يكون أمام الدائن وسيلة أخرى إلا الدعوى غير المباشرة :

يجوز أن يكون للدائن وسائل أخرى يلجأ إليها فيعدل عن هذه الوسائل و يستعمل حق مدينه بطريق الدعوى غير المباشرة ، ذلك أن الدعوى غير المباشرة ليست من قبيل الدعاوى الاحتياطية فقد يكون للدائن طريق غير مباشر فيستغني عنه ، برفع دعوى مباشرة ، كما هو الحال بالنسبة للمشتري الثاني من المشتري الأول يستطيع أن يرفع دعوى ضمان مباشرة على البائع ، و لكن هذا لا يمنعه من أن يرفع دعوى غير مباشرة على البائع باسم مدينه المشتري (1) .

كما يمكن للمؤجر أن يرفع دعوى باسم مدينه المستأجر على المستأجر من الباطن لاستفتاء بدل الإيجار ، مع أن له أن يرفع دعوى مباشرة على هذين .

و كذلك لا يشترط في استعمال الدعوى غير المباشرة أن يتخذ الدائن من الإجراءات التي كان لزوما على المدين أن يتخذها في رفع الدعوى بنفسه .

(5) - أن يكون للدائن مصلحة في استعمال حقوق مدينه :

لما كانت الدعوى غير المباشرة وسيلة وقائية يدفع بها الدائن عن نفسه تهاون المدين إذا سكت هذا الأخير عن المطالبة بحقوقه لدى الغير ، فلا شك أنها تهدف إلى المحافظة على الضمان العام و زيادته و في ذلك مصلحة للدائنين ، فإذا لم تحقق الدعوى هذه الغاية أو الهدف فلم يكن للدائنين مصلحة فيها كما لو كان للمدين عين مملوكة له ، و ثبت بعد ذلك أن هذه العين مثقلة برهن ضمانا لدين قد يستغرق قيمتها ، فهنا لا يكون للدائن أية مصلحة في استعمال حقوق المدين لاسترداد هذه العين طالما أن للدائن المرتهن حق التقدم على الدائن العادي و حيث لا يبقى للدائن العادي شيء يستوفى منه حقه هذا من جهة .

(1) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، بند 534 ، ص 950 .

و من جهة أخرى يمكن للمدين و الدائن المرتهن أن يدفعوا بعدم قبول الدعوى غير المباشرة لانعدام المصلحة .

(6) - لا يشترط الحصول على رخصة من المحكمة للحلول محل المدين :

يتبين من نص المادة 189 من القانون المدني أنه يمكن للدائن استعمال حقوق مدينه دون حاجة إلى إذن من القضاء ، ذلك أن حلول الدائن محل المدين في استعمال حقوقه مرجعه القانون وبمعنى آخر أن نيابته مقررة بنص القانون . زد على ذلك أن طبيعة الدعوى غير المباشرة لا تقتضي مثل هذا الإذن و بالتالي فلا ضرورة للحصول على ترخيص من المحكمة .

و يستخلص مما تقدم أن المشرع الجزائري قد اكتفى ببيان شرط واحد في الدائن و هو أن يكون حقه موجودا لا احتماليا ، و غنى على أن يكون هذا الحق مستحق الأداء أو معلوم المقدار، فإذا وفى المدين بما التزم به فقد الدائن صفة الدائنية و انعدمت مصلحته في استعمال حقوق مدينه .

الفرع الثاني : الشروط الخاصة بالمدين :

سبق و أن قدمنا أنه لا بدّ من توافر مجموعة من الشروط لمباشرة الدعوى غير المباشرة و قلنا أن هذه الشروط جميعها ترد إلى فكرتين أساسيتين :

أولهما : وجود مصلحة مشروعة للدائن ،

و ثانيتهما : نيابة الدائن عن المدين في استعمال حقوق هذا الأخير .

فالأصل إذن أن يكون للدائن مصلحة تستر وراء استعمال الدائن حقوق مدينه و هذه المصلحة هي التي تبرر ثبوت النيابة القانونية التي حتمها القانون على المدين، لذلك نجد أن المشرع الجزائري قد ربط وجود هذه المصلحة بضرورة توافر شرطين أساسيين في المدين هما :

* أن يكون المدين مقصرا في استعمال حقه .

* وأن يؤدي هذا التقصير إلى إفسار المدين أو الزيادة في إفساره .

و لم يكتف المشرع بهذين الشرطين فقط ، بل أضاف شرطا ثالثا نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 189 من القانون المدني بقولها :

" ... غير أنه لا بدّ من أن يدخله في الخصام " ، وبذلك يكون المشرع قد اشترط ضرورة إدخال المدين خصما في النزاع .

(1) - أن يكون المدين مقصرا في استعمال حقه :

إذا تقاعس المدين في أن يباشر بنفسه حقه ، كان للدائن أن يستعمل حقوق و دعاوى مدينه سواء كان هذا التقاعس راجع إلى إهمال أو تراخي المدين في استعمال حقه أو كان بقصد الإضرار بدائنه و على الدائن بدوره أن يثبت أن من شأن هذا التراخي أو الإهمال أن يؤدي إلى إفسار المدين أو الزيادة في إفساره ، و هذا ما قصده المشرع في المادة 189 بقوله :

"... و لا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق... " .

أما إذا هم المدين و باشر بنفسه استعمال حقه فعلى الدائن أن يكف عن المضي في الإجراءات التي باشرها و أن يطلب إدخاله خصما في النزاع حتى يرقب دفاع مدينه و يدعمه حتى لا يخسر المدين حقه تراخيا أو إهمالا (1) .

(1) : رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 170 .

و الحال كذلك إذا نشط الدائن في استعمال حقوق مدينه و أدخل المدين في الخصام و اتخذ موقفا إيجابيا في مباشرة حقه بنفسه، فعلى الدائن هنا أيضا أن يمتنع عن المضي في استعمال حقوق مدينه بطريق الدعوى غير المباشرة ، و كل ما على الدائن فعله في هذه الحالة أن ينضم إلى مدينه و يراقب دفاعه و يدعمه (1) .

أما إذا نشط المدين إلى مباشرة حقه بنفسه و لم يكن الدائن طرفا في الخصومة و خاف من أن يتخذ المدين موقفا سلبيا من خصمه ، فللدائن في هذه الحالة أن يطلب إدخاله في الخصام طرفا ثالثا ليرقب بنفسه دفع المدين و يكشف تواطؤ المدين و غشه (2) .

وكذلك إذا عمد المدين إلى إنهاء الخصومة صلحا فللدائن أن يطعن في هذا الصلح إذا ثبت غش المدين و تواطؤه مع خصمه بطريق الدعوى البولصية كما سنفصله لاحقا .

(2) - أن يؤدي هذا التقصير إلى إفسار المدين أو الزيادة في عسره :

لا يكفي الدائن أن يثبت تقاعس و تقصير المدين في استعمال حقه بنفسه حتى ينوب عنه في استعمال هذه الحقوق ، بل يجب عليه أن يثبت أن من شأن هذا الإهمال والتقصير والتراخي أن يسبب إفسار المدين أو يزيد في إفساره ، وهذا ما أشارت إليه المادة 189 بقولها :

" و أن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره أو يزيد فيه ... "

(1) : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند 667 ، ص 649 .

(2) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، بند 538 ، ص 955 .

و يلاحظ أن هذا الشرط وثيق الصلة بالمصلحة ، ذلك أنه لو كان المدين موسرا فلا يكون للدائن أية مصلحة في التدخل في شؤون المدين و استعمال حقوقه و دعاويه ، ذلك أن الدائن سوف يستوفى دينه كاملا بالتنفيذ على أموال المدين الأخرى .

و يقصد بالإعسار هنا الإعسار الفعلي و الذي يعني زيادة ديون المدين عن حقوقه و لا يقصد به الإعسار القانوني الذي يستلزم حكما قضائيا بشهره. (1)

و يقع عبء إثبات إعسار المدين على الدائن لا على المدين كما لو كان للمدين عين مملوكة له في حيازة شخص آخر أو أن هذه العين لا تفي إلا ببعض الديون ، فهنا يكون تقاعس المدين عن استعمال حقه بنفسه في المطالبة باسترداد العين سببا في إعساره .

(3) - ضرورة إدخال المدين خصما في الدعوى :

كان التقنين المدني الفرنسي في أول مراحلها لا يشترط ضرورة إدخال المدين خصما في الدعوى و هذا ما سارت عليه التقنينات العربية كالقانون اللبناني و التقنين المدني المصري القديم التي أعماها التقليد للمشرع الفرنسي (2) .

و لكن لما كان الحكم الذي يصدر في الدعوى لا يسري في حق المدين طبقا للقواعد العامة المقررة في حجية الشيء المقضي فيه ، عدل الفقه و القضاء الفرنسي عن هذا التأسيس إلى ضرورة إدخال المدين خصما في النزاع تحت طائلة عدم قبول الدعوى و هذا ما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 235 من التقنين المدني المصري الجديد .

أما المشرع الجزائري فقد نص على هذا الشرط الشكلي في الفقرة 2 من المادة 189 بقولها :

" ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه غير أنه لا بدّ أن يدخله في الخصام " .

(1) : رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 171 .

(2) : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند 670 ، ص 651 .

و يتضح من نص **الفقرة الثانية** من المادة **189** من القانون المدني أن المشرع قد استغنى عن إعدار الدائن للمدين في استعمال حقه و هو ما توحى به عبارة " ... و لا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه... " ، ذلك أن إدخال المدين خصما في الدعوة أقوى من إعداره ، فإذا أدخل المدين خصما ثالثا في الدعوى كان للدائن أن ينشط ويرقب موقف المدين تجاه خصمه سلبيا كان أو ايجابيا كما سبق وأن قدمنا .

و ليس للدائن أن يدخل بقية الدائنين الآخرين لأن الحكم الذي يصدر في مواجهة المدين يكون حجة على جميع الدائنين طبقا للقواعد المقررة في حجية الشيء المقضي فيه .

الفرع الثالث : الشروط المتعلقة بالحقوق :

نص المشرع الجزائري في **الفقرة 1** من المادة **189** على :

" لكل دائن و لو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه ، جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها خاصا بشخص أو غير قابل للحجز... "

يتضح من استقراء هذه المادة أنها توحى بوجود قاعدة و استثناء :

فالقاعدة أن جميع حقوق المدين المالية تقع في الضمان العام لدائنيه ، إذ هي تزيد قدرته على الوفاء بديونه و يتأثر دائنوه بزيادتها أو نقصها ، فيجوز لهم استعمالها بالنيابة عنه إذا هو

لم يستعملها وكان ذلك يضر بهم . (1)

واستثناء عن القاعدة تخرج من دائرة الضمان العام للدائنين الحقوق غير القابلة للحجز و الحقوق الخاصة بشخص المدين و الرخص .

(1) : سليمان مرقص ، شرح القانون المدني ، الجزء الثاني في الالتزامات بند 666 ص 647 المطبعة العالمية 26 - 17 س ضريح سعد بالقاهرة طبعة 1964 .

و سنبحث أولاً في القاعدة ثم الاستثناءات .

(1)-الحقوق التي تجوز للدائن استعمالها باسم مدينه :

تعددت الآراء و المذاهب حول تعريف الحق ، و نحن نرى أن أهم تعريف للحق هو الذي يجري على النحو التالي : " أن الحق هو مصلحة ذات قيمة مالية يقرها القانون "

غير أن هذا التعريف ينطبق على الحقوق المالية دون الحقوق الأخرى ، في حين تتعدد أنواع الحقوق إلى حقوق سياسية و حقوق مدنية و تنقسم الحقوق المدنية إلى حقوق عامة و حقوق خاصة و تنقسم الحقوق الخاصة بدورها على حقوق أسرة و حقوق مالية كما تتوزع الحقوق المالية إلى حقوق عينية و حقوق شخصية و حقوق معنوية .

فقد يكون محل الحق الشخصي نقد أو عين مملوكة للمدين كما قد يكون محله القيام بعمل أو الامتناع عنه سواء كان عملاً سلبياً أو إيجابياً و على هذا الأساس تنقسم الحقوق الشخصية أو الالتزامات إلى الالتزام بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما ، وهذا ما أشارت إليه المادة 54 من القانون المدني الجزائري .

وأن الحق الشخصي الأكثر استعمالاً من جانب الدائن هو الحق الذي يكون محله نقداً ، و لهذا نجد أن الدائن في كثير من الفروض نادراً ما يلجأ إلى استعمال الدعوى غير المباشرة و يفضل إتباع إجراءات الحجز على ماللمدين لدى الغير ، لأنه سرعان ما ينقلب إلى حجز تنفيذي بعد الحكم بصحته وهذا بخلاف الدعوى غير المباشرة التي لا تكفي لوحدها للوصول إلى الحق الذي يسعى إليه الدائن بل لابد من مباشرة إجراءات مستقلة بذاتها عن الدعوى غير المباشرة .

كما يمكن للدائن أن يستعمل حق عيني لمدينه ، و الحقوق العينية كثيرة و متنوعة كحق الملكية و حق الانتفاع و حق الارتفاق و حق الرهن .

و تجدر الإشارة أن استعمال الدائن لحقوق مدينه لا ينحصر في مجرد رفع دعوى كدعوى الدين أو دعوى الاستحقاق ، و إنما يمكن أن يتخذ صوراً أخرى تتمثل في إجراءات يباشرها الدائن باسم مدينه .

و يستوي أن يكون هذا الإجراء تصرفاً قانونياً أو إجراء مادياً ، و كالتصرف القانوني أن يقبل الدائن وصية عن المدين ، و مثل الإجراء المادي أن يتولى الدائن قيد رهن لمصلحة المدين أو تجديد قيد هذا الرهن أو بقطع التقادم الساري ضد مدينه ، أو أن يطعن في الحكم الصادر ضد مدينه بكل طرق الطعن العادية و غير العادية .

و يلاحظ أن سلطة الدائن في استعمال حقوق مدينه ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على منع الدائن من مباشرة حق من الحقوق التي كان يجوز للمدين استعمالها. (1)

(2)-عدم جواز استعمال الدائن ما للمدين من رخصة :

يطالعنا الأستاذ الدكتور السنهاوري بتعريف الرخصة بأنها المنزلة الوسطى بين الحرية و الحق كحرية التملك و حق الملك ، فالأولى حرية و الثانية حق و بينهما فسحة وسطى و هي حق الشخص في أن يملك .

فلو رغب شخص في شراء عقار أعجبه فهو قبل أن يصدر له من مالك العقار إيجاب بالبيع كانت له حرية تملك العقار و هذه حرية ، فإذا صدر منه القبول بشراء العقار كانت له ملكية العقار فتقلب بذلك الحرية في التملك إلى الحق في الملك .

و لكن بعد إيجاب الموجب و قبل قبول القابل مركز وسط بين الحرية في التملك و الحق في الملك إذ يستطيع القابل بإرادته الحرة أن يصبح مالكا للعقار و هذه هي الرخصة .

(1) : محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزامات ، ص 117 دار الهدى عين مليلة ، ط 2010 .

و الرخصة بهذا المعنى لا يصوغ للدائن أن يستعملها باسم مدينه لأن في استعمالها خروج عن القاعدة العامة التي تقضي أن جميع حقوق المدين المالية ضامنة للوفاء بديونه كما قدمنا ، بل أنها تهدف إلى زيادة هذا الضمان عن طريق اكتساب المدين حقوقا لم تكن له و هذا أمر يخص المدين وحده ولا يجوز للدائن أن يستعمله نيابة عنه .

و بناء على ذلك لا يجوز للدائنين التدخل في شؤون المدين أو أن يستعملوا حقوقه بالنيابة عنه كأن يقبل الدائن عن مدينه صفقة بحجة أنها صفقة رابحة و تزيد في الذمة المالية للمدين أو إلغاء عقد إيجار بدعوى أن بدل الإيجار باهظ و من شأنه أن ينقص من الضمان العام للدائنين ، فكل هذه مجرد رخص لا يجوز للدائن أن يستعملها باسم مدينه .

أما إذا انقلبت الرخصة إلى حق للمدين كان للدائن أن يستعمل هذا الحق باسم مدينه متى توافرت فيه الشروط اللازمة و في هذا الصدد هناك من الفقهاء من يفرق بين الرخص و الخيارات فالأولى تهدف إلى اكتساب المدين حق جديد أو إيجاد مركز قانوني جديد ، والثانية تهدف إلى تثبيت حقوق سبق و أن اكتسبها المدين ، كانتقال الوصية إلى الموصى له بمجرد وفاة الموصى و نشوء حق للمنتفع بمجرد إبرام العقد بين المتعهد و المشتراط (1) .

و مع ذلك يبقى للموصى له و المنتفع الخيار في قبول الحق أو رفضه . ضف إلى ذلك أن قبول الموصى له أو المنتفع للوصية أو الحق لا يترتب عليه اكتساب الموصى له أو المنتفع حقا جديدا و إنما تثبت هذا الحق الذي نشأ من واقعة قانونية أو مادية أخرى .

و يستخلص مما سبق أن الرخصة بالمعنى المتقدم لا يمكن اعتبارها من قبيل الحقوق التي يمكن للدائن أن يستعملها باسم مدينه ، و بالتالي فهي تأتي على أن تدخل في دائرة الضمان العام للدائنين لأن النظام القانوني للدعوى غير المباشرة لا يقوم على فكرة خضوع المدين لوصاية دائنه و لا يجوز لدائنيه أن يتذرعوا بسوء إدارة المدين لأملكه ليقوموا بإدارة أمواله .

(1) : عبد الودود يحي ، المرجع السابق ، ص 450 .

أما الخيارات فنحن نميل إلى اعتبارها أقرب إلى الرخص منها إلى الحق ، و بالتالي لا يجوز للدائن استعمالها بالنيابة عن مدينه من جهة لأنها مازالت متصلة بشخص المدين و إرادته، ومن جهة أخرى يمكن إخضاعها إلى قاعدة التعسف في استعمال الحق .

(3)- لا يجوز للدائن استعمال حق مباشر للمدين عن غيره :

لا يجوز للدائن أن يستعمل باسم مدينه حقا يباشره هذا الأخير عن غيره كأن يكون المدين وليا لقاصر أو قيما على المحجور عليه فلا يجوز للدائن أن يباشر باسم مدينه دعاوى القاصر أو المحجور عليه .

و الحال كذلك لا يجوز للدائن أن يستعمل حق مدين المدين قبل مدين مدين المدين ، لأن هذا الحق يمارسه مدين المدين بالنيابة عن مدين المدين .

(4)- عدم جواز استعمال الدائن الحقوق المتصلة بشخص المدين :

لا يجوز للدائن أن يستعمل حقا متصلا بشخص المدين خاصة ، و هذا ما أشارت إليه الفقرة الأولى من المادة 189 بقولها :

" لكل دائن أن ... يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها خاصا بشخصه "

فالقاعدة إذن أن جميع الحقوق المالية للمدين تدخل في الضمان العام لدائنيه إلا ما كان منها متصلا بشخص المدين ، فيخرج من نطاق الضمان العام الحقوق غير المالية و بعض من الحقوق المالية ومن ثم لا يجوز للدائن أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا الأخير الغير مالية كالدعاوى و الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية باعتبارها حق شخصي خالص بالمدين ، فلا يجوز للدائن أن يستعمل باسم المدين حق إسقاط النفقة للبالغين ، حتى و لو كان في استعماله انقطاع لحق النفقة ، و كذلك لا يصوغ للدائن أن يباشر باسم مدينه دعوى إثبات النسب حتى و لو ترتب عليه ميراث أو وصية للمدين .

و لما كان من حق الورثة أن يطالبوا بنصيب مورثهم حتى و لو تطلب الأمر إثبات نسبه كان لدائني الورثة استعمال حق مدينهم و رفع هذه الدعوى لأن الأمر يتعلق بالميراث و ليس بالنسب .

و كذلك لا يجوز للدائن أن يستعمل باسم مدينه بعض من الحقوق المالية المتصلة بشخص المدين لاعتبارات أدبية لا يقدرها إلا المدين وحده كالحق المقرر للواهب في الرجوع عن هبته ، وهذا ما أشارت إليه المادة 211 من قانون الأسرة .

و حق المشتراط في نقض الاشتراط الذي عقده لمصلحة المنتفع و كذلك كحق المضرور في التعويض عن الضرر الأدبي و حق المؤلف في إعادة نشر مؤلفاته . فكل هذه الحقوق و الدعاوى التي سبق ذكرها تخرج من نطاق الضمان العام للدائنين ، و بالتالي لا يجوز للدائنين أن يستعملوها باسم مدينهم إما لاتصالها بشخص المدين و إما لاعتبارات أدبية يعود للمدين وحده تقديرها .

(5) - لا يجوز للدائن استعمال حقوق مدينه غير القابلة للحجز :

تقدم القول أن الهدف من استعمال الدعوى غير المباشرة هو وقاية الدائن من خطر إهمال المدين في استعمال حقوقه ، فإذا كانت حقوق المدين غير قابلة للحجز عليها فإن استقرارها في ذمة المدين لن تفيد دائنه شيئاً ، ومن ثم فلا غاية ترجى و لا فائدة تجنى من تخويل الدائن حق المطالبة بها بطريق غير مباشر، وعلى ذلك يخرج من نطاق الضمان العام للدائنين الحقوق غير القابلة للحجز عليها ، و بالتالي فلا يجوز للدائن أن يستعملها باسم مدينه إذا تراخى هذا الأخير في المطالبة بها .

فالقاعدة إذن متى استحال التنفيذ استحال استعمال حق الدعوى غير المباشرة سواء كانت هذه الحقوق غير قابلة للتنازل عنها كحق الاستعمال و حق السكن و حق النفقة أو كانت قابلة للتنازل عنها كالأجور و المرتبات و المداخل ، فلا يجوز التنازل عن حق الاستعمال و حق السكن إلا بوجود بند صريح ، و هذا ما أشار إليه المشرع في المادة 856 من القانون المدني بقوله :

" لا يجوز التنازل للغير عن حق الاستعمال و حق السكن إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قانوني " .

فمتى انعدم الشرط الصريح أو المبرر القانوني ، انعدمت مصلحة الدائن في استعمال هذا الحق بالنيابة عن المدين و كذلك إذا تعلق الأمر بتقرير نفقة و أهمل هذا الأخير في المطالبة بها ، فلا يصوغ للدائن المطالبة بها طالما أن القانون يمنع التنفيذ عليها من الأصل ، أما الأجور و المرتبات و المداخل ، فبالرجوع إلى قانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل وقانون الوظيف العمومي ، فمن جهة يمكن اعتبارها كباقي الديون وبالتالي يمكن الحجز عليها ، وبالمقابل ينظر إليها كأموال تحقق غاية إنسانية و بالتالي يمنع الحجز عليها .

و بين هذين التصورين جاء موقف المشرع الجزائري توفيقيا بحيث أجاز الحجز على جزء منها دون المساس بالحقوق الدنيا للمدين ، و هذا بعكس المشرع المصري الذي يمنع الحجز على الأجور و المرتبات إلا بمقدار الربع وعند التزام نصف الربع . أما المشرع الجزائري و نزولا عند أحكام المادة 775 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد وضع شرطان للحجز على الأجور و المرتبات و المدخيل فلا يتم ذلك إلا بموجب سند تنفيذي و في حدود النسب التي حددتها المادة 776 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (1) .

(6) - أن لا يكون الحق الذي يستعمله الدائن مثقلا إلى حد الاستغراق :

لا يكفي أن يكون الحق الذي يستعمله الدائن باسم مدينه غير متصل بشخص هذا الأخير و قابلا للحجز عليه ، بل يجب أن لا يكون هذا الحق مثقلا برهن ، كأن يرفع الدائن دعوى استرداد باسم مدينه محلها عين مثقلة برهن ضمانا لدين يستغرق ثمنها ، فعندئذ لا يستطيع الدائن أن يستوفي حقه من ثمنها . كما يمكن للمحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى لانعدام المصلحة إذا دفع بها المدين و الدائن المرتهن و الحائز (2) .

(1) : العربي شحط عبد القادر ، محاضرات في طرق التنفيذ ، أقيمت على طلبة الماجستير ، القسم المدني دفعة 2011-2012 .

(2) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، بند 546 ، ص 968 .

يستخلص مما تقدم أن استعمال حق الدعوى غير المباشرة مقرر لكل دائن ثبت له حق دائنيه قبل شخص آخر أيا كان مصدر هذا الحق أو تاريخ نشوئه أو أجل استحقاقه أو تعيين مقدره ، إذا أهمل المدين في المطالبة بهذا الحق أو كان من شأن هذا الإهمال أن يسبب إفسار المدين أو يزيد فيه شريطة أن لا يكون الحق المهمل متصلا بشخص المدين أو غير قابل الحجز و أن يكون متعلقا بالحقوق المالية دون الرخص هذا من حيث الموضوع .

أما من حيث الشكل فقد اشترط المشرع الجزائري بنص المادة 189 من القانون المدني أن ترفع الدعوى باسم المدين مع ضرورة إدخاله في الخصام تحت طائلة عدم قبول الدعوى فإذا توافرت هذه الشروط جميعا كان للدائن أن يطالب باسم مدينه حقوق هذا الأخير بطريق غير مباشر. و لكن لما كان استعمال الدعوى غير المباشرة مقرونا بتوافر هذه الشروط جميعا و سارع الدائن إلى استعمالها فما هي الآثار التي تترتب على هذا الاستعمال ؟

و هذا ما سنفصله عند دراسة هذه الآثار .

المطلب الثاني : آثار استعمال الدعوى غير المباشرة :

سبق و قلنا أن الغرض من الدعوى غير المباشرة هو المحافظة على الضمان العام و أن الدائن عند استعمال حقوق مدينه بطريق غير مباشر إنما يقوم بذلك بصفته نائبا عن المدين و هذا ما أشارت إليه المادة 190 من القانون المدني بقولها :

" يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين و كل ما ينتج عن استعمال هذه الحقوق يدخل في أموال المدين و يكون ضمانا لجميع دائنيه " .

فالأداة أو الوسيلة المستخدمة إذن في المحافظة على الضمان العام مردها هذه النيابة القانونية فما طبيعة هذه النيابة القانونية ؟ .

طبيعة نيابة الدائن عن مدينه في الدعوى غير المباشرة :

يتضح من استقراء نص المادة 190 من القانون المدني أن نيابة الدائن عن المدين في المطالبة بحقوق هذا الأخير هي نيابة ذات طبيعة خاصة على اعتبار أنها مقررة لمصلحة النائب لا الأصل وفي هذا خروجا عن القواعد العامة . (1)

كما أنها رخصة مقيدة باستعمال هذا الحق دون التصرف فيه ، وكل فائدة تجنى من استعمال حقوق المدين تدخل في أموال المدين و تكون ضمانا لجميع دائنيه .

و يترتب على ذلك النتائج التالية (2) :

* بالرغم من أن هذه النيابة مقررة بنص القانون ، فقد اشترط المشرع ضرورة إدخال المدين خصما ثالثا في النزاع تحت طائلة عدم قبول الدعوى كما تقدم القول ، فلا يسري الحكم في حقه إلا بإدخاله في الخصام و إن كان الأصل أن إدخال الأصيل في الدعوى ليس بلازم طالما أن القانون هو الذي حتم هذه النيابة .

(1) : قواعد النيابة تقتضي أن يرخص الأصيل للنائب أو الوكيل التصرف في أمواله .

(2) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، بند 548 ، ص 969 و 970 .

* كما أن قواعد النيابة تقتضي أنه إذا كان الأصل قاصرا أو احتاج إلى إجراءات خاصة لرفع الدعوى بنفسه كان لزاما على نائبه اتخاذ مثل هذه الإجراءات ، أما هنا فإن الدائن غير ملزم بإتباع هذه الإجراءات عند ممارسة الدعوى غير المباشرة .

* لما كانت نيابة الدائن في استعمال حقوق مدينه مقيدة و محصورة باستعمال هذه الحقوق دون التصرف فيها ، فإنه لا يجوز للدائن أن يتصالح عن هذا الحق باسم مدينه .

* كما يجب على الدائن بعد قبول الدعوى غير المباشرة و الحصول على حكم فيها أن يباشر إجراءات تنفيذ مستقلة على الحق الذي استعمله باسم مدينه .

و على ضوء هذه النتائج نستطيع القول أن نيابة الدائن عن المدين في استعمال حقوقه هي التي تحدد آثار الدعوى غير المباشرة ، بالنسبة للأصيل صاحب الحق(المدين) ، و بالنسبة للدائن رافع الدعوى و بالنسبة للخصم الذي ترفع الدعوى ضده و سندرس هذه الآثار المتعاقبة في الآتي :

الفرع الأول : آثار الدعوى بالنسبة إلى المدين .

تقدم القول أنه إذا لم ينشط المدين في استعمال حقه بنفسه ، كان للدائن أن يطالب بهذا الحق بالنيابة عن مدينه و أن هذه النيابة مفروضة بنص القانون ، لذلك ذهب بعض الفقه و القضاء إلى القول أن استعمال الدعوى غير المباشرة يغل يد المدين عن التصرف في المال موضوع الدعوى و تبقية محبوسا عنه ، فلا يجوز التصرف فيه و لا أن يعمل بشأنه أي عمل يضر بدائنيه (1) .

غير أن القضاء في فرنسا و مصر و بتأييد من الفقه لم يساير هذا الطرح و قرر على أنه بالرغم من رفع الدائن الدعوى غير المباشرة يبقى المدين صاحب الحق المرفوعة به الدعوى و له أن يبسط سلطانه على هذا الحق و أن يتصرف فيه و هذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في قرار لها صدر في تاريخ 02 فبراير 1950 جاء في حيثياته (2) :

(1) : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند 672 ، ص 653 .

(2) : أشار إليه السنهاوري في الوسيط ، الجزء 02 ، هامش 01 ، بند 459 ، ص 971 .

" أن المدين الذي يرفع دائنه بإسمه الدعوى غير المباشرة يبقى محتفظا بحرية التصرف في الحق المطالب به فيها ، و من ثم يكون هذا التصرف نافذا في حق الدائن شأنه فيه شأن المدين الذي صدر منه و يكون للخصم المرفوعة عليه الدعوى (مدين المدين) حق التمسك به في مواجهة الدائن " .

و بناء على هذا الرأي فإن فكرة النيابة القانونية لا تحرم الأصيل (المدين) من التصرف في الحق الذي يستعمله دائنه باسمه بطريق غير مباشر فيبقى المدين محتفظا بحقه موضوع الدعوى و له أن يبيعه أو يرهنه أو يقايضه أو يهبه .

كما يمكن للمدين أن يتصالح عليه مع خصمه أو أن يتنازل عنه و لا يستطيع الدائن الاعتراض على هذه التصرفات إلا بطريق الدعوى البولصية متى توافرت شروطها، كما يمكن لمدين المدين أن يفي بالدين الذي في ذمته إلى المدين حتى بعد رفع الدعوى غير المباشرة .

و من ثم كان التجاء الدائنين إلى حجز ما للمدين لدى الغير أكثر بكثير من التجائهم إلى الدعوى غير المباشرة (1) ، و هذا ما يفسر ندرة الدعوى غير المباشرة في الحياة العملية .

الفرع الثاني : آثار الدعوى بالنسبة إلى الخصم (مدين المدين) .

لا يترتب على الدعوى غير المباشرة أي أثر يذكر بالنسبة إلى الخصم سوى أنها تخول للدائن صفة هذه النيابة التي حتمها القانون على المدين ، ويبقى الخصم محتفظا بكافة الدفوع التي كان يملكها في مواجهة مدينه بأن يتمسك بها قبل الدائن رافع الدعوى غير المباشرة .

و لما كان الدائن مجرد نائب عن هذا المدين ، فيجوز للخصم أن يدفع ببطلان التصرف المنشىء للحق موضوع الدعوى لأي سبب من أسباب البطلان كما لو كان المدين هو الذي رفع الدعوى بنفسه .

(1) : السنهوري في الوسيط ، الجزء 02 للإثبات آثار الالتزام ، بند 459 ص 97 ، إحياء التراث العربي بيروت لبنان .

كما له أن يتمسك - أي الخصم - بجميع أسباب انقضاء ذلك الحق لأي سبب من أسباب الانقضاء كالوفاء و المقاصة و التجديد و التقادم أو سبق الفصل ، و يستوي أن يكون سبب الانقضاء سابقا أو لاحقا على رفع الدعوى غير المباشرة .

كما يمكن للخصم أن يتمسك بأي اتفاق تم بينه و بين المدين كعقد صلح أو تنازل على الحق الذي رفع بشأنه الدائن الدعوى .

و لكن لا يجوز للخصم التمسك بدفوع تخص شخص الدائن كوقوع مقاصة بينه و بين الدائن شخصيا لأن القاعدة تقضي أن الدائن ليس له صفة في الدعوى إلا باعتباره نائبا عن مدينه ، لذلك فهو لا ينوب عن المدين إلا في حدود الحق الذي يستعمله باسمه ، فيكون مدعيا باسم هذا المدين لا مدعى عليه .

أما علاقة الخصم بالمدين فتبقى علاقة دائن بمدينه، فللخصم أن يفي بما في ذمته من دين للمدين أو أن يجدد هذا الدين أو يعقد صلحا عليه .

الفرع الثالث : آثار الدعوى بالنسبة إلى الدائن .

يتبين من استقراء نص المادة 190 من القانون المدني أن الحكم الصادر في الدعوى غير المباشرة يستفيد منه المدين مباشرة و يدخل في ذمته المالية الضامنة للوفاء بديونه ، و هذا ما قصده المشرع في المادة 190 من القانون المدني بقوله :

" و كل ما ينتج عن استعمال هذه الحقوق يدخل في أموال المدين و يكون ضامنا لجميع دائنيه "

و تجدر الملاحظة أن هذا النص قد روعيت فيه الحالة الغالبة التي لا يكون فيها لأحد من الدائنين حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون ، لأن الأصل هو أن أموال المدين جميعها ضامنة لسداد ديونه و أن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان ، و استثناءا إذا كان لأحدهم رهن أو امتياز أو نحو ذلك فإن القانون خول له حق التقدم على غيره في استفاء حقه من المال المحكوم به للمدين بعموم نص المادة 188 من القانون المدني دون أن يعترض على ذلك أحد من الدائنين العاديين .

كما يترتب أيضا على فكرة نيابة الدائن عن مدينه بطريق غير مباشر أن للدائن أن يطالب الخصم بما كان يستطيع أن يطالب به المدين حتى و لو كان حق الدائن أقل من حق المدين ، فلو كان الحق الثابت للدائن في ذمة المدين ألفين دينار و كان حق المدين في ذمة الخصم (مدين المدين) أربعة آلاف دينار فللدائن أن يطالب الخصم بأربعة آلاف دينار .

الفرع الرابع : آثار الدعوى بالنسبة لسائر الدائنين .

قدمنا أن هدف الدعوى غير المباشرة هو المحافظة على الضمان العام و إنعاشه ، و أن كل فائدة تنتج عن هذا الانتعاش تدخل في الذمة المالية للمدين و تكون ضامنة للوفاء بجميع ديونه ، و هنا نكون أمام ثلاثة فروض :

▪ الفرض الأول :

قد لا يأخذ الدائن رافع الدعوى غير المباشرة شيئا من المال موضوع الدعوى إذا كان لأحد الدائنين حق تقدم و استغرق هذا الحق جميع أموال المدين .

▪ الفرض الثاني :

أن ينجح الدائن في الدعوى غير المباشرة و يصدر حكم لصالح المدين و يقع الحق موضوع الدعوى في الضمان العام لدائني المدين هنا يجوز لكل من هؤلاء الدائنين أن يتدخلوا في الدعوى و أن يتخذوا إجراءات التنفيذ على هذا المال و تقسم الحصيلة بينهم قسمة غرما .

أما إذا لم يتقدم أحد من هؤلاء الدائنين حتى حكم في الدعوى غير المباشرة و كان الدائن قد انفرد بإجراءات التنفيذ و انتهى منها أقل الباب في وجه جميع الدائنين الآخرين و استقل الدائن بما حصل عليه (1) .

(1) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، بند 554 ، ص 977 .

أما إذا كان هدف الدعوى غير المباشرة هو تحصيل دين مستحق الأداء و كان بيد الدائن رافع الدعوى غير المباشرة سند تنفيذي فله أن يطالب في الدعوى غير المباشرة ذاتها الحكم له باختصاصه مباشرة على هذا الدين ، فإذا صدر الحكم تحاشي مزاحمة الدائنين الآخرين له ، غير أنه إذا كان بحوزة الدائنين الآخرين سندات تنفيذية أيضا و تدخلوا في الدعوى قبل صدور الحكم و طلبوا أيضا اختصاصهم بهذا الدين توجب على المحكمة أن تقضي باختصاص جميع هؤلاء الدائنين بالدين الذي في ذمة خصمهم (1) .

▪ الفرض الثالث :

و أخيرا قد يخسر الدائن رافع الدعوى (دعواه) و يحكم لصالح الخصم فيكون لهذا الحكم حجية على المدين و سائر الدائنين (2) .

لاشك أن تشريع الدعوى غير المباشرة بهذا الشكل يجعلها كسيحة عاجزة على أن تحقق الغرض الذي شرعت من أجله .

فبالرغم من رفع الدائن للدعوى غير المباشرة يبقى المدين هو صاحب الحق المطالب به و له أن يتصرف فيه بالبيع أو الهبة أو الرهن أو نحو ذلك ، كما له أن يفوت على دائنه أثر هذه الدعوى بالتنازل عن هذا الحق أو بعقد صلح مع مدينه .

و حتى بعد نجاح الدائن في الدعوى فإنه لا يستفيد منها شيئا لنفسه و يتزاحم مع غيره من الدائنين عند استثناء حقه فتنضاء هذه الفائدة كلما كثرت هذه الديون .

(1) : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند 674 ، ص 657 .

(2) : نبيل ابراهيم سعد ، النظرية العامة للإلتزام - أحكام الإلتزام - ، ص 115 ، دار الجامعة الجديدة للنشر طبعة 2003 .

و نحن نرى أنه كان حري بالمشرع الجزائري أن يتنزّه عن العبث و يعيد النظر في أحكام هذه الدعوى بطريقة تكفل حقوق الدائنين في المحافظة على ضمانهم العام و تجعل الدائن رافع الدعوى غير المباشرة متعلقا بالحق الذي يستعمله باسم مدينه ، تعلق الدائن الحاجز بالمال المحجوز عليه تحت يد الغير ، فيغل بذلك يد الغير (مدين المدين) عن تسليم مالمديه للمدين مباشرة و يغل يد هذا الأخير في التصرف فيه و وضعه تحت يد القضاء تمهيدا للتنفيذ عليه و استفاء الدائن حقه منه .

وهكذا يظهر جليا أن بقاء تشريع الدعوى غير المباشرة بالشكل التي هي عليه سيؤدي حتما إلى تقليص دائرة المعاملات المالية و عزوف الدائنين عن اللجوء إلى هذه الوسيلة الوقائية وهو ما يفسر ندرة استعمال هذه الدعوى في الحياة العملية بخلاف الدعوى المباشرة وإن كانت غير متاحة لكل دائن فهي تخول لرافعها الاستئثار بنتائج سعيه و إن كان في ذلك خروجا على قاعدة المساواة بين الدائنين و هو ما ننتقل إلى بيانه في الآتي .

المبحث الثاني : الدعوى المباشرة :

رأينا أن الدعوى غير المباشرة قد شرعت بطريقة جعلتها غير مجدية كسيحة عاجزة على توفير الحماية اللازمة للدائن من خطر إهمال المدين و تراخيه في المطالبة بحقوقه كما أن استعمالها لا يؤدي إلى استئثار الدائن بثمره سعيه ، بل يزاحمه فيها كل الدائنين ، لذلك كان وقعها في الحياة العملية نادر الاستعمال ، وهو ما يفسر قلة الأحكام القضائية الصادرة فيها ، و هذا يجافي العدالة و يعتبر ظلما صارخا في حق الدائن .

و قد كان المشرع الجزائري طوال هذه الفترة يحس بالظلم المسلط على الدائن من أفعال المدين وقد بدأ يتدرج في الاجتهاد للتخفيف من هذا الظلم ، ويتجلى هذا الاجتهاد في الدعوى المباشرة فقد تكون هناك صلة وارتباط بين حق الدائن و حق المدين تجاه مدين المدين و حينئذ و لاعتبارات معنية ارتأى المشرع أن يضع بين يدي الدائن وسيلة تكفل له الحصول على حقه مباشرة بأن يرفع دعوى باسمه شخصيا على مدين مدينه وأن ينفرد بثمره هذا السعي دون أن يشاركه أحد من الدائنين الآخرين و تلك هي الدعوى المباشرة .

و عليه سنتطرق في هذا الصدد إلى التعريف بالدعوى المباشرة و حالات استعمالها و طبيعتها .

(1) - التعريف بالدعوى المباشرة :

الدعوى المباشرة وسيلة قانونية يقررها المشرع تسمح للدائن أن يسعى مباشرة باسمه شخصيا إلى مدين المدين ليسأله الوفاء بما هو مستحق في ذمته للمدين (1) ، فهي تغل يد المدين عن التصرف في حقه الذي في ذمة مدينه ، كما تغل يد مدين المدين عن تسليم ما لديه للمدين من وقت إنذاره فيستأثر الدائن بالحق موضوع الدعوى دون أن يشاركه بقية الدائنين و إن كانت لا تجنبه مزاحمة دائني مدين المدين ، و بذلك يصبح الدائن في مركز ممتاز يحميه من مزاحمة الدائنين .

فهذا المركز المميز للدائن لا يتقرر إلا بنص تشريعي خاص يخول له حق الرجوع مباشرة على

(1) : نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 115 .

مدین المدین و فی هذا خروج عن مبدأ نسبية أثر العقد الذي نصت عليه المادة 113 من القانون المدني . (1)

و يشترط لاستعمال الدعوى المباشرة أن يكون الحق موضوع الدعوى خاليا من النزاع و مستحق الأداء ، فإذا رجع الدائن على مدین مدینه فليس له أن يطالبه بأكثر مما له في ذمة مدینه ، فإذا تبين أن دینه أكبر مما في ذمة مدین المدین فله أن يرجع بالفرق على المدین .

فالدعوى المباشرة إذن امتياز خوله المشرع للدائن في حالات معينة ، فما هي هذه الحالات ؟

المطلب الأول : حالات الدعوى المباشرة :

من تفصينا لنصوص القانون المدني الجزائري لم نجد فيها نصا عاما يعرض فيه المشرع للدعوى المباشرة ، بخلاف المشرع اللباني الذي نص على هذه الدعوى بعموم المادة 277 من قانون العقود و الموجبات اللباني ، و إنما اكتفى بالنص عليها في نصوص تشريعيه خاصة مبعثرة .

و ينتحل له بعض أسباب عدم تقريرها بنص عام أن الدعوى المباشرة تعتبر خروجاً عن مبدأ المساواة بين الدائنين لما تمنحه للدائن من مركز متميز سرعان ما ينقلب إلى مركز ممتاز فيجنيه مزاحمة باقي الدائنين ، لذلك فهي لا تثبت إلا بموجب نص تشريعي خاص شأنها شأن الامتيازات .

غير أننا لا نوافق هذا الطرح و يعزز وجهة نظرنا في ذلك أن الدعوى المباشرة ، إذا كانت تقي الدائن مزاحمة باقي دائني المدین، فهي لا تجنيه مزاحمة دائني مدین المدین .

و يتضح مما سبق أن الدعوى المباشرة وفقاً للطرح السابق لا تقرر للدائن إلا في حالات معينة نذكر منها :

(1) : إن آثار العقد بما فيها من حقوق والتزامات تنصرف إلى المتعاقدين ولا تمتد إلى الغير الذي يعتبر أجنبياً عن

العقد ، غير أن هذا الاستثناء ورد عليه استثناء يخص الحقوق دون الالتزامات وهو ما نصت عليه المادة 113 من القانون المدني .

الفرع الأول : المؤجر مع المستأجر من الباطن .

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 507 من القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 م على أنه :

" يكون المستأجر الفرعي ملتزما مباشرة تجاه المؤجر بالقدر الذي يكون بذمته للمستأجر الأصلي و ذلك في الوقت الذي أنذره المؤجر . و لا يجوز للمستأجر الفرعي أن يحتج اتجاه المؤجر بما سبقه من بدل الإيجار إلى المستأجر الأصلي إلا إذا تم ذلك قبل الإنذار طبقا للعرف أو للإتفاق الثابت و المبرم وقت انعقاد الإيجار الفرعي " .

يستفاد من هذا النص أن المؤجر الذي لم يستوف بدل الإيجار من المستأجر جدير بأن يختص ببذل الإيجار المستحق للمستأجر لدى المستأجر الفرعي ، فقد أجاز المشرع للمؤجر بأن يرفع دعوى مباشرة ضد المستأجر الفرعي يطالبه من خلالها ببذل الإيجار الذي أنشأه عقد الإيجار من الباطن في ذمة المستأجر الفرعي للمستأجر الأصلي .

كما يكون المستأجر الفرعي ملتزما تجاه المؤجر بالتعويض عن الحريق الذي يشب في العقار و كذا الخسائر اللاحقة بالعقار من جراء التلف ، فيستأثر المؤجر ببذل الإيجار والتعويضات دون أن يقاسمه فيها دائنو المستأجر الآخرين .

على أن يكون المقدار الذي يطالب به المؤجر المستأجر الفرعي في حدود المقدار الذي في ذمة المستأجر الفرعي للمستأجر الأصلي وقت إنذاره دون أن يجاوزه .

وفي جميع الأحوال لا يجوز للمستأجر الفرعي أن يتمسك بدفع الأجرة مسبقا للمستأجر الأصلي إلا إذا أثبت أن التسبيق المالي قد تم قبل الإنذار أو وفقا للعرف الجاري أو طبقا لعقد الإيجار من الباطن .

الفرع الثاني : المقاول الفرعي و العمال مع رب العمل .

الظاهر أن المشرع الجزائري قد منح للمقاول الفرعي و لعمال المقاول الأصلي دعوى مباشرة

قبل رب العمل يطالبون من خلالها بما في ذمة رب العمل تجاه المقاول الأصلي وقت رفع الدعوى على أن يكون المقدار المطالب به في حدود ما يستحقونه تجاه المقاول الأصلي .

كما أجاز المشرع لعمال المقاول الفرعي من مباشرة دعوى ضد المقاول الأصلي بطريق مباشر بل و ضد رب العمل باعتباره مدين مدين مدينهم ، و هذا ما أشارت إليه الفقرة الأولى من المادة 565 من القانون المدني بقولها :

" يكون للمقاولين الفرعيين و العمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى و يكون لعمال المقاول الفرعي مثل هذا الحق تجاه كل من المقاول الأصلي و رب العمل " .

كما تجدر الإشارة أن هناك خطأ ماديا ورد في الفقرة الأولى من المادة 565 في عبارة " بما يجاوز القدر" بإسقاط كلمة " لا " قبل لفظ يجاوز لتصبح العبارة " بما لا يجاوز " و هو التعبير الصحيح ، لأن النص باللغة الفرنسية يقول :

« est une action directe contre le maitre de l'ouvrage j'usqu'à ... concurrence des sommes il est »

كما يكون لعمال المقاول الفرعي وعمال المقاول الأصلي و المقالين الفرعيين حق امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو المقاول الفرعي في ذمة رب العمل وقت توقيع الحجز ، فيكون لكل منهم نصيب بقدر حقه .

كما يخول هذا الامتياز للدائنين السابق ذكرهم حق التقدم على دائني المدين المحجوز عليه و على كل من تنازل له المحجوز عليه عن حقه قبل المحجوز لديه، حتى و لو كان تاريخ التنازل سابقا عن تاريخ توقيع الحجز ، و هذا ما قصده المشرع في الفقرتين الأخيرتين من المادة 565 من

(1) : أنظر في هذا الصدد محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 129 .

المدني بقولها :

" و لهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم على ما تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول الفرعي وقت توقيع الحجز ، و يكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه و يجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة .

و حقوق المقاولين الفرعيين و العمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق الشخص الذي تنازل له المقاول عن دينه تجاه رب العمل " .

و بذلك يكون المشرع قد خول للدائن إلى جانب الدعوى المباشرة المقررة لهذا الأخير ضد مدين مدينه دعوى مباشرة أخرى ضد مدين مدين مدينه و دعمهما بحق امتياز يخول للدائن حق التقدم على دائني مدين المدين و دائني مدين مدين مدين .

الفرع الثالث : علاقة المضرور بشركة التأمين .

من مراجعتنا لنصوص التقنين المدني الفرنسي في مواد المتعلقة بالمسؤولية المدنية نجد أن المشرع الفرنسي قد خول المضرور و منذ زمن بعيد حق الدعوى المباشرة ضد شركة التأمين فيطالب من خلالها شركة التأمين بما في ذمتها للمؤمن له .

فقد خول قانون **19 فبراير 1889م** لمالك العين المؤجرة والمستأجر حق الرجوع مباشرة على شركة التأمين المطالبة بالتعويضات على الخسائر الناجمة عن الحريق الذي يشب في العين المؤجرة و في مجال العمل فقد اعتبر القضاء الفرنسي عقد العمل ملزماً لرب العمل بسلامة العامل من كل أذى قد يصيبه أثناء العمل أو بسببه ، ثم جاء دور المشرع و بلور هذا الاجتهاد في تشريع **09 أبريل 1898 م** و الذي ألزم رب العمل بأن يسأل عن الأضرار التي تصيب العمال من جراء الآلات الميكانيكية و أن يتحمل وزرها بالتأمين عليهم تسهيلاً لهؤلاء العمال ليحصلوا على التعويض مباشرة من شركة التأمين .

ثم جاء قانون **13 يوليو 1930 م** ليعلن صراحةً أنه لكل مضرور من حادث الحق في الرجوع

مباشرة على شركة التأمين ومطالبتها بها في ذمتها للمسؤول عن الضرر .

ومنذ هذا التاريخ اتسع نطاق تطبيق الدعوى المباشرة اتساعا لا مثيل له .

أما التقنين المدني الجزائري فيصح القول أن المشرع الجزائري قد وقف عند الحد الذي انتهى إليه المشرع الفرنسي و لم يشأ أن يجاوزه ، فقد نصت المادة 619 من القانون المدني على أنه :

" التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد و ذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن للمؤمن "

و يستفاد من هذا النص أن المشرع قد رتب للمضروب من حادث دعوى مباشرة ضد شركة التأمين بالتعويض عما لحقه من ضرر .

و كذلك كان لنظام التأمينات الذي عرف تطور سريعا في مطلع القرن العشرين الأثر الكبير في اتساع نطاق المسؤولية المدنية ، و هذا بعد التدرج في الواجبات القانونية و التي أصبح مجرد الإخلال بها خطأ تقصيريا يوجب التعويض كالقانون الخاص بحوادث المرور ، فقد أورد المشرع أمر 13/74 المعدل م المتمم بموجب قانون 31/88 و أعطى المضروب من الحادث دعوى مباشرة ضد شركة التأمين يطالبها من خلالها بالتعويض عما أصابه من ضرر من جراء الحادث .

كما رخص المشرع للعامل بأن يرجع مباشرة على شركة التأمين للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تلحقه من جراء تنفيذ عقد العمل .

و عليه يمكن القول أن نظام التأمينات هو عنوان الدعوى المباشرة فقد كان له الفضل في تدرج تشريع الدعوى المباشرة و إن كان في اتساع دائرته مزاحمة لنظام المسؤولية المدنية .

الفرع الرابع : رب العمل مع الفضولي .

الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك ، فإذا وكل الفضولي نائب عنه للقيام بهذا الشأن العاجل كان مسؤولا عن تصرفات نائبه سواء

كان هذا التصرف عملا ماديا أو تصرفا قانونيا .

و كالتصرف القانوني أن يتجاوز النائب حدود الوكالة التي حددها له الفضولي .

و كالعمل المادي أن يأمر الفضولي نائبه بأن يفي بدين على رب العمل فيمتنع النائب عن الوفاء بالدين فيقع مال رب العمل تحت الحجز ، فهنا يكون الفضولي مسؤولا عن تصرفات نائبه التي أضرت برب العمل و في هذه الحالة خول المشرع لرب العمل ، بأن يرجع على نائب الفضولي بطريق الدعوى المباشرة ليطالبه بالعمل الذي عهد به الفضولي إليه، و هذا ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة 154 من القانون المدني بقولها :

" و إذا عهد الفضولي إلى غيره بكل العمل الذي تكلف به أو ببعضه كان مسؤولا عن تصرفات نائبه دون إخلال بها لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب " .

و تجدر الملاحظة أن هناك حالات تلتبس فيها الدعوى المباشرة بالدعوى المقررة طبقا للقواعد العامة كما في رجوع مشتري البناء على المقاول الذي تعاقد مع بائع البناء ، فلا يكون الرجوع بمقتضى الدعوى المباشرة و إنما بمقتضى دعوى السلف التي انتقلت إلى الخلف .

و كذلك كأن يرجع من تعامل مع النائب على الأصل ، فمرد هذا الرجوع هو العقد المبرم بين الأصل و النائب لا الدعوى المباشرة .

و كذلك كأن يرجع المنتفع على المتعهد في الاشتراط لمصلحة الغير ، فمرجع هذا الرجوع هو العقد المبرم بين المشتري و المتعهد لمصلحة المنتفع ، و ليس الدعوى المباشرة .

أو كأن يرجع كل من المؤجر و المتنازل له عن الإيجار على بعضهما البعض رجوعا مباشرا فمرد هذا الرجوع هو علاقة الدائن بمدينه و ليس الدعوى المباشرة .

المطلب الثاني : طبيعة الدعوى المباشرة :

لقد اختلف الفقه و القضاء في تحديد طبيعة الدعوى المباشرة ، و لكل وجهة نظر هو مؤيّلها ، فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول أن أساس الدعوى المباشرة هو نظرية الاشتراط لمصلحة الغير و قد برر أنصار هذه النظرية نظريتهم أن المدّين قد اشترط على مدّينه رجوعا مباشرا لمصلحة دائنه غير أن هذا الطرح لم يحض بقبول من غالبية الفقه .

بينما ذهب الجانب الآخر من الفقه إلى القول أن مرد هذه الدعوى المباشرة هو فكرة النيابة و حجة أنصار هذا الرأي أن المدّين يكون قد ناب عن دائنه في التعاقد مع مدّين مدّينه ، غير أن هذا الرأي يبقى مجرد افتراض(1) .

و لذلك حاول فريق من الفقهاء رد الدعوى المباشرة إلى نظرية الإثراء بلا سبب بقولهم أن الدائن يكون قد افتقر بمقدار المنفعة التي قدمها لمدّينه أو بمقدار الخسارة التي تحملها ، و بذلك يكون هذا الافتقار هو السبب في إثراء مدّينه .

و قد وجه الفقه انتقادات مرة إلى هذه النظرية و تمثلت هذه الإنتقادات في الآتي :

* أن مدّين المدّين لم يثر بلا سبب و أن هناك سببا لإثراءه و هو الدين الذي في ذمة المدّين ، و أن كلا من الدائن و مدّين المدّين يجد مقابلا لما افتقر به أو أثري به ، بينما نظرية الإثراء بلا سبب تفرض وجود علاقة مباشرة ما بين افتقار الدائن و إثراء المدّين (2) .

(1) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، بند 562 ، ص 990 .

(2) : ياسين الجبوري ، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ، الجزء الثاني ، آثار الحقوق الشخصية (أحكام الإلتزام) ، دراسة مقارنة ، ص 303 ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الطبعة الأولى 2003 م .

و أمام هذا الجدل الفقهي يقترح الفقيه الفرنسي "لابيه" حلا يصلح أن يكون مقياسا عاما للدعوى المباشرة و يبرر تقرير المشرع للدعوى المباشرة بموجب نصوص تشريعية خاصة ، و يأخذ هذا الأساس عند الفقيه "لابيه" صورتين :

الصورة الأولى :

أن أساس الدعوى المباشرة يكمن في المنفعة التي قدمها الدائن لمدينه ، فالمنفعة التي قدمها المؤجر للمستأجر هي السبب في وجود الدين (بدل الإيجار) الذي في ذمة المستأجر الفرعي .

الصورة الثانية :

أن أساس الدعوى المباشرة هو الخسارة التي يتحملها الدائن ، فالخسارة أو الضرر الذي يلحق بالعامل من جراء حوادث العمل هو السبب في وجود الدين الذي لرب العمل في ذمة شركة التأمين فهذه العلاقة السببية القائمة بين المؤجر و المستأجر الفرعي و المضرور و شركة التأمين هي التي تبرر تقرير المشرع للدعوى المباشرة بموجب نصوص تشريعية خاصة بشأنها شأن حق الامتياز . و تبعا لهذه السببية يكون للدين محل الدعوى المباشرة دائنان هما المدين و الدائن و يكون للدائن مدينان هما المدين و مدين المدين و المثال التالي يوضح ذلك ، كأن يكون الدين محل الدعوى المباشرة هو الأجرة المستحقة في ذمة المقاول الفرعي للعامل ، فهذا الدين له دائنان هما : المقاول الفرعي و العامل ، و يكون للعامل مدينان هما المقاول الفرعي و رب العمل أي أن هناك تعدد للدائنين و المدينين لدين واحد .

و يترتب على تعدد الدائنين و المدينين لدين واحد النتائج التالية (1) :

(1) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، بند 563 ، ص 991 .

* في حالة تعدد الدائنين فإن هؤلاء الدائنين لا يكونون متضامنين في مبلغ الدين تجاه مدينهم كأن يكون لمدين المدين (رب العمل) دائنان (المقاول الفرعي والعامل) فإذا وفى رب العمل لأحدهما الدين برأت ذمة الآخر .

* أما في حالة تعدد المدينين فإن هؤلاء المدينين لا يكونون متضامنين تجاه دائنهم كأن يكون للدائن (العامل) مدينان (المقاول الفرعي ورب العمل)، فإنه متى استوفى الدين من أحدهما برأت ذمة الآخر.

و تبعا لهذه النتائج المترتبة ندرس علاقة الدائن بمدين المدين و علاقة الدائن بالمدين و نختمها بعلاقة المدين بمدين المدين .

الفرع الأول : علاقة الدائن بمدين مدينه .

إن الدائن في علاقته مع مدين مدينه يكون له مدينان هما : المدين الأصلي مضاف إليه مدين المدين ويترتب على ذلك مجموعة من النقاط أهمها (1) :

* يتولى الدائن رفع الدعوى المباشرة على مدين مدينه باسمه شخصيا أي بصفته أصيلا عن نفسه لا نائبا عن مدينه ، ولا يستطيع المدين أن ينحيه عنها بخلاف الدعوى غير المباشرة التي تفرض على رافعها أن يرفعها باسم المدين كما سبق و أن قدمنا .

و كذلك لا يشترط في رجوع الدائن على مدين مدينه بطريق مباشر أن يكون المدين معسرا أو أن يرجع الدائن على مدينه أولا قبل رجوعه على مدين المدين .

* يجوز لمدين المدين أن يتمسك قبل الدائن رافع الدعوى المباشرة بجميع الدفعات الخاصة بالدائن إلى جانب الدفعات الخاصة بالمدين ، وهذا عكس الدعوى غير المباشرة التي تشترط على مدين المدين أن يتمسك بالدفعات الخاصة بالمدين دون أن يجاوزها إلى الدفعات الخاصة بالدائن .

(1): عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، بند 564 ، ص 992 .

ففي الدعوى المباشرة يجوز لمدين المدين أن يدفع بأن الحق موضوع الدعوى قد انقضى بأي سبب من أسباب الانقضاء ، كالتقادم و المقاصة و الإبراء كما له أن يدفع بأن الحق المطالب به قد انقضى قبل توجيه الإنذار بالوفاء ، كما له أن يحتج ببطلان العقد أو بقبليته للإبطال .

أما إذا وفى مدين المدين بالدين الذي في ذمته للدائن برأت ذمة المدين، و كذلك إذا وفى مدين المدين بالدين للمدين قبل إنذاره من قبل الدائن كان هذا الوفاء صحيحا و مبرءا لذمته تجاه الدائن و لكن لا يجوز للدائن رافع الدعوى المباشرة المطالبة بالدين الذي في ذمة المدين إلا إذا كان هذا الدين مستحق الأداء ، و لا يكفي أن يكون خال من النزاع كما في الدعوى غير المباشرة (1) .

و في كل الأحوال لا يشترط أن يكون الدين معلوم المقدار أو ثابتا في سند تنفيذي .

* و أخيرا فإن الحكم الصادر عن الدعوى المباشرة يجعل الحق المحكوم به خالصا للدائن وحده دون أن يزاحمه دائنو المدين على أن الدعوى المباشرة إذا كانت تجنب الدائن مزاحمة دائني المدين فإنها لا تجنبه مزاحمة دائني مدين المدين كما قدمنا .

الفرع الثاني : علاقة الدائن بالمدين .

إذا وفى المدين بقيمة الدين الذي في ذمته للدائن برأت ذمة مدين المدين قبل الدائن .

و إذا وفى مدين المدين بقيمة الدين الذي في ذمته للمدين ، و كان مقدراها هذا الدين أقل من مقدار الدين الذي للدائن في ذمة المدين رجع الدائن بالباقي على المدين (2) .

(1) و (2) : أنور سلطان ، أحكام الإلتزام ، الموجز في النظرية العامة للإلتزام ، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني ، ص 113 و 114 ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، طبعة 1983 .

إذا قلنا أن للدائن مدينان هما المدين و مدين المدين فإن مسؤوليتهما تجاه الدائن لا تكون مسؤولية قائمة على أساس التضامن بينهما ، بل هي مسؤولية مجتمعة (1) .

الفرع الثالث : علاقة المدين بمدين المدين .

يكون لمدين المدين في علاقته مع مدينه دائنان هما : المدين والدائن ، و يترتب على ذلك النتائج التالية :

* متى استوفى المدين قيمة الدين من مدين المدين برأت ذمة هذا الأخير تجاه الدائن ، شريطة أن يتم الوفاء قبل تلقى مدين المدين إنذارا بالوفاء من قبل الدائن .

* كما تبرأ ذمة مدين المدين تجاه الدائن إذا وفى مدين المدين بالدين الذي في ذمة المدين قبل إنذاره بالوفاء من قبل الدائن، و حتى لو كانت هذه المخالصة غير ثابتة التاريخ .

أما إذا انقضى الدين الذي للمدين في ذمة مدين المدين قبل تلقي هذا الأخير الإنذار بالوفاء من طرف الدائن بأي، سبب من أسباب الانقضاء كالانقضاء أو الإبراء أو التقادم أو المقاصة ، كان ذلك ساري المفعول في حق الدائن .

و كذلك إذا عمد المدين إلى تحويل قيمة الدين الذي له في ذمة مدين المدين كانت هذه الحوالة سارية المفعول في حق الدائن ، شريطة أن يتم التحويل قبل إنذار الدائن المدين بالوفاء .

أما إذا تلقى مدين المدين إنذارا بالوفاء من طرف الدائن فعليه أن يوفي بقيمة الدين للدائن وحده و يعتبر هذا الوفاء اقتطاع من قيمة الدين الذي في ذمة المدين للدائن .

و كذلك إذا قلنا أن لمدين المدين دائنان هما : المدين و الدائن ، فليس هناك تضامن بينهما لانعدام السبب القانوني للتضامن .(2)

(1) و (2) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، بند 565 و 566 ، ص 993 ، 994 ، 995 .

الفصل الثاني : الدعوى البولصية ودعوى الصورية :

تقدم القول أن المشرع الجزائري كان يحس بالظلم المسلط على الدائن من تصرفات المدين و قد بدأ يتدرج في الاجتهاد للتخفيف من هذا الظلم ، و يتجلى هذا التدرج في الآتي :

فقد منح المشرع للدائن وسائل وقائية تقيه من خطورة تقاعس المدين أو إهماله في المطالبة بحقوقه وكان من شأن هذا التقاعس أو الإهمال أن يؤثر بالنقصان في قيمة ما للدائن من ضمان عام فحول للدائن أن يباشر بنفسه حقوق مدينه نيابة عنه بطريق الدعوى غير المباشرة ، و بذلك يحافظ على ضمانه العام تمهيدا للتنفيذ عليه مستقبلا أو أن يرفع دعوى مباشرة في حالات معينة باسمه شخصيا على مدين مدينه ويستأثر بثمرة سعيه دون أن يزاحمه بقية الدائنين أو أن يحجز تحفظيا على أموال مدينه ، حتى يبقيها في ضمانه العام تمهيدا للتنفيذ عليها و استثناء حقه منها .

فإذا لم تفلح هذه الوسائل الوقائية أو تأخر الدائن في استعمالها في الوقت المناسب و تصرف المدين في أمواله كلها أو بعضها و كان القصد من وراء هذا التصرف هو الإضرار بالدائن بإنقاص ضمانه العام فسواء كان تصرف المدين حقيقيا أو صوريا ، فقد أوجد المشرع للدائن وسيلتين علاجيتين يحافظ من خلالهما على ضمانه العام :

الأولى : الدعوى البولصية يدفع بها الدائن عن نفسه غش المدين إذا عمد هذا الأخير إلى الإضرار بدائنه فيطعن الدائن في هذا التصرف ليجعله غير نافذ في حقه ، فيرجع بذلك المال المتصرف فيه إلى الضمان العام تمهيدا للتنفيذ عليه .

و الثانية : دعوى الصورية يكشف بها الدائن تصرف المدين إذا تظاهر هذا الأخير بإخراج ماله من الضمان العام ، فيكشف حقيقته ليستبقي بذلك هذا المال في ضمانه العام .

و تبعا لذلك سنخصص الفصل الثاني من هذا البحث إلى هاتين الوسيلتين العلاجيتين ، و سنبحث أولا الدعوى البولصية وثانيا دعوى الصورية .

المبحث الأول : الدعوى البولصية أو دعوى عدم نفاذ تصرف المدين :

رأينا أن هدف الدعوى غير المباشرة هو المحافظة على الضمان العام للدائنين و ذلك عندما يتخذ المدين موقفا سلبيا في المطالبة بحقوقه لدى الغير و لكن قد لا يتخذ المدين مثل هذا الموقف السلبي و لكنه يتخذ موقفا إيجابيا و يسارع إلى التصرف في أمواله ، و يكون القصد من وراء هذا التصرف هو إبعاد أمواله عن نطاق الضمان العام لدائنيه ، كأن يبيع بعضا من أمواله بثمن بخس أو أن يهب إلى الغير مالا من أمواله ، فنحن هنا أمام مدين سيء النية لم يقصد من وراء تصرفاته سوى تقويت الفرصة على دائنيه في استنفاء حقوقهم ، بإضعاف ضمانهم، لذا كان لزاما على المشرع أن يتدخل لحماية هؤلاء الدائنين من خطر هذه التصرفات الضارة بتقرير ما يسمى بالدعوى البولصية أو دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين و التي وردت أحكامها في المادة 191 و ما يليها من القانون المدني .

وعليه سنتعرض أولا للتعريف بها ، ثم نتقصى جذورها التاريخية ، لنقف بعد ذلك على طبيعتها القانونية ، ثم نبحت في مطالب متعاقبة شروط ممارسة هذه الدعوى و الآثار التي تترتب على ممارستها .

أولا : التعريف بالدعوى البولصية :

الدعوى البولصية هي وسيلة قانونية أقرها المشرع للدائن للطعن في التصرفات الضارة الصادرة من مدينه، يطالب بمقتضاها الحكم بعدم نفاذ هذه التصرفات الضارة في حقه ، ذلك أن المدين إذا ساءت حالته المالية فقد يعمد إلى بيع بعض أمواله أو كلها و إخفاء ثمنها عن دائنيه أو أن يحابي بعض أقاربه بأن يبيعه ماله بثمن بخس ، أو أن يلجأ إلى مجاملة أحد دائنيه بأن يوفيه دينه كاملا حتى يخرج من قسمة الغرماء نكاية بالدائنين الآخرين (1) ، لذلك كان لا بد من أن يكفل القانون للدائنين حقهم بتشريع الدعوى البولصية يدفع من خلالها الدائن غش المدين و تواطؤه ، إذا عمد هذا الأخير إلى التصرف في أمواله إضرارا بحقه فيطعن في هذا التصرف ليجعله غير نافذ في حقه

(1): عبد الودود يحي ، المرجع السابق ، ص 455 و 456 .

فيعيد بذلك ما خرج من هذه الأموال إلى الضمان العام .

و الدعوى البولصية ليست بالدعوى الجديدة أو المبتدعة ، بل هي دعوى قديمة عرفها الرومان ثم انتقلت إلى التقنين المدني الفرنسي القديم ، و تشعب بها الفقه الإسلامي، و لكنها اختفت ردحا من الزمن و بقيت مخفية طوال القرن 19 إلى أن جاء التقنين المدني المصري الجديد و أعاد لها الجدة ، و هذا ما نعرضه في الآتي .

ثانيا : التطور التاريخي و التشريعي للدعوى البولصية :

و لإدراك هذا التطور لابد أن نتقصى جذورها التاريخية :

أ- أصل الدعوى البولصية " عند الرومان " :

الظاهر أن حاجة القانون الروماني الماسة إلى تنظيم وسائل محاربة غشّ المدين لدائنيه ظهرت منذ عرف الفصل بين المسؤولية عن الدين و شخص المدين ، إذ أن المدين في القانون الروماني القديم أو في عهد الألواح الإثني عشر كان يلتزم بالدين في جسمه لا في ماله ، بحيث إذا أعسر يقضي قانون الألواح بقتله أو باسترقاقه من طرف الدائنين .(1)

ولما تطور القانون الروماني في العصر العلمي ، أصبحت قواعد التنفيذ على المدين تتماشى مع أصول الشفقة و الإنصاف ، نتيجة لذلك وضع منشور " البريتور " في العصر العلمي تحت تصرف الدائنين وسيلتين لمواجهة تصرفات مدينهم المعسر التي يبرمها غشا و إضرارا وهي : أمر محاربة الغش و الأمر بالردّ ، و بجانب هاتين الوسيلتين هناك وسيلة ثالثة هي الدعوى الواقعية التي سميت بالدعوى البولصية .(2)

لذلك فإنه من الضروري قبل أن نخوض في الدعوى البولصية البحث باختصار في كل من وسيلتي الغشّ و الأمر بالردّ .

(1) : عمر ممدوح مصطفى - القانون الروماني - الطبعة الرابعة 1961 - ص 451 .

(2) : صوفي حسن أبو طالب - الوجيز في القانون الروماني 1965 - ص 71 .

1- أمر محاربة الغشّ « *Interdictum fraudatonum* »:

هو أمر يصدره " البريتور " إلى من تعاقد مع المدين المعسر و حصل منه على شيء مادي برد الشيء إلى المدين حتى يتمكن من التنفيذ عليه أسوة بباقي أموال مدينه، فإن لم ينفذ المستفيد من التصرف أمر " البريتور "، يمنح هذا إلى الدائن طالب الأمر دعوى تؤدي إلى الحكم على الممتنع رد الشيء بتعويض مالي بعد تأكد القاضي من امتناعه . ولا يستفيد من هذا الأمر سوى الدائن الذي استصدره ، وكان طلب هذا الأمر مقيدا بمدة سنة . و أمر الغش كان يستطيع أي من الدائنين الالتجاء إليه ، ولم يكن من اللازم تدخل ممثل لسائر الدائنين لطلبه كما هي الحال في استعمال أمر الرد .

2- أمر الرد " إعادة الشيء إلى أصله " « *Restitution in intégrum* »:

وهو إجراء يمنحه "البريتور" بعد فحص النزاع و وقائعه ويطلب بمقتضاه التصرف القانوني الذي يتم بين المدين و الغير مع علم كل منهما بالظروف بهدف إنقاص ذمة المدين غشاً . (1)

3- الدعوى البولصية « *Actio pauliana* »:

لقد ذهب رأي إلى أن الدعوى البولصية نشأت لعدم كفاية و سيلتي أمر الغش و أمر الرد في حماية حقوق الدائنين، لاقتصارهما على حالة ما إذا تصرف المدين في شيء من ملكه بإنقاص حقوقه دون زيادة التزاماته ، إذ أنه غالبا ما يلجأ المدين سيء النية إلى إضعاف ضمانه بعقد ديون جديدة ، أو إلى محاباة بعض الدائنين على حساب البعض الآخر إلى غير ذلك من التصرفات . وقد اختلف شراح القانون الروماني بشأن الدعوى البولصية ، سواء فيما يتعلق بالوقت الذي ظهرت فيه هذه الدعوى أو فيما يتعلق بالاسم الذي تحمله .

ففيما يخص وقت ظهورها :

ذهب البعض إلى القول أنها ظهرت في العصر العلمي على يد البريتور ، وذهب البعض الآخر إلى أن "جوستينيان" هو الذي أنشأها بإدماج أحكام و سيلتي أمر الغشّ و أمر الردّ ، وهذا هو الرأي الراجح لدى الدراسات الحديثة . (2)

(1) : المنعم البدر اوي ، القانون الروماني 1967 ، ص 524 .

(2) : صوفي حسن أبو طالب ، المرجع السابق ، ص 72 .

أما فيما يتعلق باسمها : اختلف بشأنها شراح القانون الروماني، فذهب البعض إلى القول بأن هذه الدعوى سميت بالبولصية نسبة إلى الحاكم الروماني "Paulus" الذي أدخلها على القانون (1) .

و ذهب فريق آخر إلى نسبتها إلى فقيه بيزنطي وأن هذه الدعوى وردت في نص وحيد جاء في عهد "جوستينيان"، و ذهب فريق ثالث إلى القول بأن هذه التسمية التي تنسب إلى الفقيه البيزنطي ما هي إلا عبارة عن حاشية أقيمت على النص ثم تمدد صداها في كتب الفقهاء البيزنطيين باللغة الإغريقية في عهد لاحق "لجوستينيان"، مثل "نظم تيوفيل" و "حاشية استيفاني" ، لكن الرأي الراجح أن هذه التسمية لم تكن معروفة إلا في العصر العلمي و ليس في عهد "جوستينيان" ، بل أطلقت في عهد لاحق وأن هذه الدعوى كانت تعرف باسم دعوى إبطال التصرفات .(2)

وما تجدر إليه الملاحظة أنه مهما كان الخلاف قائما حول وقت ظهور الدّعى البولصية أو الاسم الذي تحمله ، فإنه من المؤكد أن هذه الدّعى نشأت في القانون الروماني وما زالت تمثل جانبا كبيرا من الأهمية باعتبارها وسيلة للمحافظة على الضّمان العام للدائنين في القوانين الحديثة .

و كان يشترط في هذه الدعوى آنذاك عند الرومان ما يلي :

1- كان يلزم صدور تصرّف قانوني من المدين يؤدي إلى إفساره أو الزيادة فيه ، سواء كان ذلك بزيادة الالتزام أو بإبراء أحد دائنيه أو بالتّصرّف في بعض أمواله بغير الحصول على مقابل يساوي على الأقل الشيء المتصرّف فيه أو أي تصرف آخر .

2- يجب أن يتوافر في جانب المدين شرط الغشّ « **consilium fraudis** » ، و يعني هذا الشرط علم المدين أن بإبرامه التّصرّف قد تسبب في إفساره أو في زيادة هذا الإفسار ، و يفترض قصده إلى غشّ دائنيه إذا تصرف في كل أمواله بما عليه من ديون ، أمّا الغير المتعامل مع المدين فكان يشترط علمه بإفسار المدين إذا كان تصرفه معاوضة .

(1) : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند 677 ، ص 661 .

(2) : عمر ممدوح مصطفى ، المرجع السابق ، ص 454 .

أما إذا كان يكتسب المال من المدين بدون عوض ، فلا يشترط فيه هذا العلم و تقبل الدّعى ضده ولو كان حسن النّيّة ، أي حتى لو كان يجهل أن التبرّع الذي قام به المدين يؤدي إلى إفساره أو زيادته ، لأن رعاية الدّائن وهو يسعى لدرء خسارة أولى من حماية المتبرّع له الذي يسعى إلى الاحتفاظ بمنفعته التي آلت إليه مجانا ، و إذا حصل أن تصرف المتصرف إليه في الحق الذي اكتسبه إلى شخص ثالث ، فيجوز رفع الدّعى على هذا الأخير بشرط أن يكون سيء النّيّة أو مكتسبا بدون عوض ، و شرط أن تكون الدّعى ذاتها مستوفاة شروطها بالنسبة لسلفه الذي اكتسب هذا المال من قبل .

وقد كانت الدّعى البولصية تنتهي عملا برد المال المتصرّف فيه ، فيتحقق بذلك عدم نفاذ التصرّف المطعون فيه .

و يتجلى من خلال ما سبق ذكره عن الدّعى البولصية عند الرومان أنها كانت تتميز بطابعين وهما:

1- طابع العمومية :

يتمثل هذا الطابع في أنّ التتّفيذ على أموال المدين المعسر، كان يتم بإجراءات جماعية تصفى بها ذمّته لتوزيع الصّافي على الدائنين سواء كان المدين تاجرا أو غير تاجر .

وكانت هذه الدّعى ترفع باسم جميع الدائنين من قبل وكيل عنهم وهو أشبه بالسنديك في الإفلاس التجاري، وفي عهد "جوستينيان" أجاز للدّائن رفعها بدلا من الوكيل بإذن القاضي لإبطال التصرّف لمصلحة جميع الدائنين (1) .

2- طابع العقوبة :

الدّعى البولصية تشبه الدّعاوى الجنائية ، التي كانت تترتب على الغشّ وعلى الإكراه ، حيث كان يعتبر الغش في القانون الروماني جريمة ، و الدليل على ذلك أنها كانت دعوى مؤقتة ذات أجل محدد و تتمثل في سنة ابتداء من بيع أموال المدين ، و لا تنتقل إلى الورثة على الأقل فيما جاوز اغتناءهم باعتبارها عقوبة و العقوبة شخصية (2) .

(1) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، بند 567 ، ص 997 .

(2) : عبد المنعم البدر اوي - القانون الروماني 1967 - ص 524 .

ب - تطورها في بعض القوانين :

1- في الشريعة الإسلامية :

عرف الفقه الإسلامي الفكرة التي تقوم عليها الدعوى البولصية ، فالفقهاء المسلمون مجمعون على جواز الحجر على المدين الذي تزيد ديونه على أمواله إذا طلب غرامؤه ذلك .

و نظام الحجر في الفقه الإسلامي له غرض مزدوج ، فهو من جهة وسيلة لحماية حقوق الدائنين و ذلك بمنع المدين من التصرف في ماله بكل التصرفات الضارة بهم ، كما أنه و وسيلة تمكنهم من الحصول على حقوقهم و استيفائها من ثمنها من جهة أخرى . (1)

فالشريعة الإسلامية لا تفرق بين الإعسار المدني و الإفلاس التجاري ، فمتى استغرق مال المدين ديونه أصبح مفلسا يحجر عليه و تباع أمواله و توزع بين الدائنين . (2)

ومن الشروط التي يشترطها الفقه الإسلامي في تقييد تصرفات المدين الذي أحاط الدين بماله الصادرة منه قبل الحجر عليه هي :

1- أن يكون المدين عالما وقت التصرف بأن الدين محيط بماله ، و يشترط أن يعلم يقينا بذلك أمّا إذا كان يعتقد أنّ الدين غير محيط بماله أو لا يدري هل يفيد بما عليه من الديون نفذت تصرفاته حتى لو كان الدين فعلا محيط بماله وهو لا يعلم ذلك .

2- يجب أن يكون التصرف الصادر من المدين ضار بحقوق الدائنين ، و يجب هنا التمييز بين حالة إحاطة الدين بمال المدين و ذلك قبل الحجر عليه ، وحالة التقليل العام ، فإنّ تصرفات المدين تنقيد في الحالة الثانية أكثر مما تنقيد في الحالة الأولى .

ففي هذه الأخيرة - حالة إحاطة الدين بمال المدين وقيل الحجر عليه - لا يجوز للمدين أن يتصرف في ماله بغير عوض إذا كان هذا التصرف لايلزم و لم تجر العادة بفعله ، فلا تجوز هبته لأن الهبة تضر بالدائنين فلا تنفذ في حقهم ، ولكن يجوز له أن يتصرف تبرعا بما يلزمه ، كنفقته على من تجب عليه النفقة و كذلك ما جرت العادة لفعله كالأضحية و النفقة في العيد و الصدقة اليسيرة، و يجوز بيعه و شراؤه بشرط عدم المحاباة لأن المحاباة تبرع .

(1) : عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني - الجزء الثاني - أحكام الالتزام ، سنة 1967 - ص 95 .

(2) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد ، الجزء الأول ، بند 711 ، هامش 01 ، ص 749 .

يتبين مما تقدم أن المدين المعسر تقيد تصرفاته الضارة بدائنيه على النحو الذي تقدم حتى قبل الحجر عليه، و بهذا يكون الفقه الإسلامي قد وصل في معالجته لأحكام الدعوى البولصية إلى ما لم تصل إليه القوانين الحديثة، فهو قد اعتبر تصرفات المدين الضارة بالدائنين غير صحيحة و غير سارية من غير حاجة إلى صدور حكم، و بذلك يكون قد وفر على الدائن مشقة اللجوء إلى القضاء.

2- في القانون المدني الفرنسي :

الملاحظ أن هذه الدعوى في ظل القانون المدني الفرنسي القديم كانت قليلة الاستعمال لقلّة أهميتها العملية ، ذلك أن هذا القانون كان يضع في متناول الدائنين وسيلة أخرى أقوى من الدعوى البولصية ، وهي دعوى الرهن " *Action hypothecaire* " فمعظم التصرفات كانت تتم أمام الموثق و ترتب بقوة القانون رهنا عاما لصالح الدائنين على أموال مدينهم ، ويكون من نتائج أن يحصل الدائن على حق التأمين مع حق التتبع على جميع عقارات مدينه (1) .

لكن هذه الدعوى ما لبثت أن استعادت مكانتها و أهميتها مع ظهور التقنين المدني الفرنسي الحديث ، و ذلك بسبب اختفاء الرهن العام المرتبط بالتصرفات الموثقة من جهة ، و تطور الثروة المنقولة من جهة أخرى، لأن الرهن لا يترتب إلا على العقارات .

غير أن واضعي القانون المدني الفرنسي الجديد الصادر سنة 1804 المعروف باسم " *تقنين نابليون* " لم ينظم الدعوى البولصية في شروطها أو في آثارها ، بل اقتصر على تقرير حق الدائنين في الطعن في تصرفات مدينهم التي تصدر منه غشاً لهم و إضراراً بحقوقهم .

وما تجدر الملاحظة إليه أن هذه الدعوى في القانون الفرنسي تطورت بواسطة المحاكم ، لأن جملة الأحكام القضائية التي صدرت في تطبيق قواعد هذه الدعوى منذ مجموعة نابليون، تشكل المصدر الحقيقي للدعوى البولصية في القانون الفرنسي ولم تترك لتقاليد القانون الروماني سوى دور ضئيل فقط (2) .

(1) و (2) : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند 677 ، ص 661 .

وكان يشترط للطعن بهذه الدعوى ما يلي :

- 1- أن يصدر من المدين تصرف قانوني ضار بالدائنين و يتحقق الضرر إذا كان المدين معسرا.
- 2- أن يكون هذا التصرف هو السبب في إعسار المدين أو الزيادة في إعساره.
- 3- أن يكون حق هذا الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه، إلا أنه لا يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء .
- 4- يلزم كذلك توافر الغش لدى المدين و يعتبر علمه حال التصرف بإعساره قرينة على هذا الغش .

5- كما يشترط أن يكون الشخص الذي تعامل مع المدين مشتركا معه في هذا الغش ، و يعتبر علمه بإعسار المدين قرينة على اشتراكه في الغش ، غير أن شرط الغش بالنسبة إلى المتصرف إليه لا يلزم إن كان التصرف تبرعا .

ونشير في هذا الصدد، إلى أن الطعن بالدعوى البولصية في القانون الفرنسي لا يجوز إلا في التصرفات التي تتضمن إنقاص حقه من ذمة المدين معاوضة أو تبرعا دون التصرفات التي تتطوي على زيادة التزامات المدين ، إلى جانب ذلك لا يجوز الطعن في الوفاء الحاصل من المدين لأحد دائنيه ، ولو كان مع العلم بما يسببه ذلك من ضرر لباقي الدائنين .

و يترتب على الطعن بالدعوى البولصية أن يعتبر التصرف المطعون فيه كأنه لم يوجد بالنسبة للدائن الطاعن ، وأن فائدتها تقتصر على رافع الدعوى وحده وكذا من يتدخل معه فيها دون غيرهم من باقي الدائنين ولو توافرت لهم شروط رفعها ، و يستطيع المتصرف إليه أن يتجنب نتائج الدعوى إذا وفى للدائن الطاعن حقه .

أما فيما يخص علاقة المتصرف إليه بالمدين، فإن الطعن بالدعوى البولصية لا يرتب أي أثر بل يبقى التصرف قائما و يرجع المتصرف إليه على المدين بما خسره نتيجة الدعوى ، وكذلك إن بقي من ثمن المال المتصرف فيه شيء بعد الوفاء بحق الدائن رافع الدعوى فيظل حقا للمتصرف إليه لا لمدينه أو دائنيه .

3- في القانون المدني المصري :

كذلك الحال في القانون المصري الذي قام في المجموعة المدنية بتنظيم الإعسار المدني دون إيجاد تصفية جماعية لأموال المدين المعسر، و الذي لا يحول شهر الإعسار فيه دون اتخاذ الدائنين لإجراءات فردية ضد المدين ، على أن يقرّر مع ذلك أن جميع الدائنين يستفيدون من تقرير عدم نفاذ التصرّف الذي صدر إضرارا بهم .

وفي ظل القانون المدني القديم كانت دعوى عدم نفاذ التصرّفات تسمى بدعوى إبطال التصرّفات في المادة 143 منه و المادة 204 ، وقد عدل المشرّع في ظل التقنين المدني الجديد من تسمية دعوى إبطال التصرّفات إلى دعوى عدم نفاذ التصرّف في المواد من 237 إلى 243 ، وهذه التسمية الأخيرة هي الأقرب إلى المنطق و تعد المصطلح القانوني الأدق ، لأنّ الدائن لا يطلب إبطال تصرف المدين ، بل يطلب عدم نفاذ هذا التصرّف (1) . ويرجع الفضل في ذلك إلى القضاء الذي استكمل هذا النقص مستعينا بالتقاليد التي استقرت في القانون الفرنسي نقلا عن القانون الروماني .

غير أن ما تجب ملاحظته، هو أنّ التقنين المدني المصري الجديد لم يكتف بأحكام القضاء السابقة بل استحدث بعض التعديلات الهامة في أحكام الدّعوى البولصية سواء فيما تعلق بشروط هذه الدّعوى أو بآثارها ، و نشير في هذا المضمار ولو بصورة موجزة إلى هذه التعديلات المتمثلة فيما يلي (2) :

1- وسع في نطاق التصرّفات التي يجوز للدائن أن يطعن فيها بالدّعوى البولصية ، فبعد أن كان التصرّف مقتصرًا على الإنقاص من حقوق المدين، أصبح يشمل أيضا التصرّفات التي تزيد في التزامات المدين .

2- أجاز الطعن بالدّعوى البولصية في الوفاء الحاصل من المدين المعسر و تقديمه أحد الدائنين على الآخرين .

(1): عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد ، الجزء الأول ، بند 729 ، هامش 01 ، ص 729 .

(2) : راجع في هذا الصدد تفصيل أكثر عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، بند 568 ، ص 999 .

3 - جعل آثار هذه الدّعى تشمل سائر الدّائنين الذين تتوافر فيهم شروط استعمالها بعد أن كان أثرها فردياً لا يستفيد منه سوى الدّائن الذي يرفعها.

4- أقام قرآن قانونية على إفسار المدين و غشّه وعلى اشتراك المتصرّف إليه الأول و المتصرّف إليه الثاني في هذا الغشّ، وجعل للمتصرّف إليه سبيلاً لتوقي آثار هذه الدّعى كأن يقوم بإيداع الثمن في خزنة المحكمة .

وأخيراً أنشأ تقادماً خاصاً للدّعى البولصية مدته ثلاث سنوات بعد أن كان سنة في المشروع التمهيدي و خمس عشرة سنة في التقنين المصري السابق .

وهكذا بتفادي القانون المدني المصري الجديد عيوب التقنين القديم، أصبحت الدّعى البولصية تدعى بدعى عدم نفاذ التصرّفات، نظمتها نصوص المجموعة المدنية المصرية الحالية وهذه الشروط والآثار تناولتها المواد من 237 إلى 243 .

4- في القانون المدني الجزائري :

أن المشرع الجزائري قد وقف عند الحد الذي انتهى إليه المشرع المصري ، حيث نهج في القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 ، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم على خطى التقنين المدني المصري الجديد ، حين نظم دعوى عدم النفاذ في سبع مواد من 191 إلى 197 في الكتاب الثاني في الفصل الثالث من الباب الثاني تحت عنوان " ضمان حقوق الدائنين " حيث عرف دعوى عدم النفاذ وبين شروط إقامتها وطبيعتها والغاية منها ، وهذا بخلاف التقنين المدني الفرنسي الذي اكتفى بطرح المبدأ في المادة 1167 ، وكذا الشأن بالنسبة إلى قانون الموجبات والعقود اللبناني الذي ساير في تنظيمه لهذه الدعوى التقنين المدني الفرنسي مخصصاً لها مادة واحدة وهي المادة 278 .

ثالثاً : الطبيعة القانونية للدعوى البولصية :

بعد أن تقصينا جذورها التاريخية كان لابدّ من الوقوف على حقيقة طبيعة الدعوى البولصية و التي كثيرا ما شغلت بال الفقهاء على مرّ التاريخ . فقد جرت عدّة محاولات لتأصيل هذه الدعوى بردها إلى أحد النظم القانونية القديمة ، و لتسليط الضوء على هذا التأصيل يستوجب علينا في بادئ الأمر أن نعرض أهم آراء الفقهاء حول مسألة تكيف الدعوى البولصية ، ثم نجيب على التساؤل المطروح هل أن الدعوى البولصية هي دعوى عينية أم دعوى شخصية أم أنها دعوى مختلطة ؟

(1) - آراء الفقهاء حول طبيعة الدعوى البولصية :

قيل في أول الأمر أن الدعوى البولصية هي دعوى بطلان ، ثم عدل عن هذا التأصيل إلى أنها دعوى مسؤولية أو دعوى تعويض عن فعل خاطيء ، و أخيرا استقر الرأي على أنها دعوى عدم نفاذ التصرف المطعون فيه في حق الدائن .

(أ) - الدعوى البولصية دعوى بطلان :

كان الفقه الفرنسي في أول مراحلها ينظر إلى الدعوى البولصية على أنها دعوى بطلان ، و لكنها دعوى بطلان من نوع خاص ، يتميز عن البطلان المعتاد في عدّة فروق أهمها (1) :

أن هذا البطلان لا يمتد أثره إلا للدائنين ، ولذلك خول للدائنين الحق في التنفيذ على الأموال التي يتصرف فيها المدين بطريق الغش أو التواطؤ و بمعنى آخر أن الفقه الفرنسي التقليدي كان يعتبر الدعوى البولصية على أنها دعوى مسؤولية يأخذ منها الجزاء شكل بطلان التصرف المطعون فيه استنادا إلى لفظ " البطلان " الذي أورده المشرع الفرنسي في المواد 622 - 788 - 882 من التقنين المدني الفرنسي .

(1) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، بند 599 ، هامش 04 ص

غير أن مقارنة الدعوى البولصية بدعوى البطلان لم تلق قبولا من غالبية جمهرة الفقهاء ، و ذلك لوجود فروق هامة ما بين قواعد الدعوى البولصية و نظرية البطلان سواء من حيث الشروط أو من حيث الآثار .

من حيث الشروط :

أن البطلان هو الجزاء الذي فرضه القانون على تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته .

فالبطلان إذن لا يتقرر إلا إذا انعدم ركن من أركان العقد ، كانهدام التراضي أو عدم مشروعية المحل أو السبب ، كما يتقرر البطلان أيضا بتخلف شرط من الشروط الأساسية للعقد ، كتخلف شرط صحة التراضي كنقص أهلية أحد المتعاقدين أو فساد إرادته بأحد العيوب كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال .

كما توجد حالات قرر فيها المشرع إبطال العقد كنص المادة **92 الفقرة الثانية** التي يتقرر بمقتضاها بطلان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة و لو كان برضاه ، و كذلك نص المادة **408** من القانون المدني الذي يمنع الشخص المريض مرض الموت من بيع أمواله و المادة **397** الخاصة ببيع ملك الغير .

أما في الدعوى البولصية فإن التصرف الذي يعقده المدين المعسر إضرارا بحقوق دائنيه لا يشوبه لا غلط و لا تدليس و لا إكراه ، كل ما في الأمر أن هذا التصرف يصدر عن غش المدين و تواطؤه مع الغير (المتصرف إليه) بقصد تقويت الفرصة على دائنيه في استفاء حقوقهم بأضعاف ضمانهم .

من حيث الآثار:

إن العقد الباطل لا يرتب أية آثار قانونية لا بالنسبة إلى المتعاقدين و لا بالنسبة إلى الغير ، أما العقد القابل للإبطال فطالما لم يحكم بإبطاله فهو عقد صحيح و قائم ، و كل ما هناك أنه مهدد بالإبطال من طرف من خول له القانون هذا الحق ، أما إذا تقرر إبطاله زالت كل الآثار التي رتبها بأثر رجعي .

و هذا بخلاف الدعوى البولصية فلا يترتب على مباشرتها إبطال تصرف المدين ، بل أن الدائن يطلب بمقتضاها عدم نفاذ تصرف المدين في حقه ، فإذا أجب عن طلبه لم يسر التصرف في حقه . و مع ذلك يبقى هذا التصرف قائماً بين المدين و من صدر له التصرف .

(ب) - الدعوى البولصية دعوى تعويض :

لما تولى الفقه الفرنسي عن مقارنته بين الدعوى البولصية و دعوى البطلان أخذ بمقاربة أخرى اقترحها بعض فقهاء قائلين بأن الدعوى البولصية ما هي إلا دعوى مسؤولية أو دعوى تعويض عن فعل خاطيء وأنها مجرد تطبيق لدعوى المسؤولية المنصوص عليها في المادتين **1382** و **1383** من التقنين الفرنسي ، و التي تقابلهما المادة **163** من التقنين المدني المصري و المادة **124** من القانون المدني الجزائري و التي تنص على أنه :

" كل فعل أيًا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضرراً للغير يلتزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض " .

و حجة أنصار هذه المقاربة أن ركن الغش في الدعوى البولصية يقابله ركن الخطأ في دعوى المسؤولية ، و لما كان المخطيء وحده هو الذي يتحمل عبء خطئه في دعوى المسؤولية ، فكذلك في الدعوى البولصية فإن الغاش وحده هو الذي يتحمل وزر غشه .

و بذلك يتوافر في الدعوى البولصية الركنان الأساسيان الواجب توافرهما في دعوى المسؤولية و هما الخطأ و الضرر .

غير أن مقارنة الدعوى البولصية بدعوى التعويض لم تسلم هي الأخرى من النقد ، لأنه إذا سلمنا أن خطأ المسؤول عن الضرر في دعوى المسؤولية يقابله غش المدين في الدعوى البولصية ، فهذا غير صحيح ، فقد لا ينطوي تصرف المدين في أمواله للغير على أي غش أو تواطؤ و مع ذلك فإن هذا التصرف لا يكون نافذاً في حق الدائن رافع الدعوى البولصية ، كما لو تصرف المدين في ماله هبة للغير دون أي غش أو تواطؤ مع المتبرع له (1) .

و لذلك نادى بعض فقهاء العصر الحديث بإعادة تكييف الدعوى البولصية ، بأنها دعوى عدم نفاذ التصرف المطعون فيه في حق الدائن .

ج- الدعوى البولصية دعوى عدم نفاذ :

يرى الفقه الحديث أن تؤخذ طبيعة الدعوى البولصية من أثرها ، و لما كان من أثر هذه الدعوى هو عدم نفاذ التصرف المطعون فيه في حق الدائن ، كان لابد من أن يكون التكييف الصحيح لطبيعة هذه الدعوى هو عدم النفاذ أو عدم سريان التصرفات التي يجريها المدين إضراراً بحق دائنيه .

و قد شايح بعض الفقه هذا الطرح و خالفه البعض الآخر ، و على رأسهم الفقه " جميل متولي الشرقاوي" و الذي يرى بأن عدم النفاذ ما هو إلا وصف لصورة الأثر المترتب على الطعن بالدعوى البولصية دون تبيان السبب الرئيسي الذي أدى إلى ترتيب هذا الأثر على هذا الطعن .

و في هذا المعنى يقول بأن عدم النفاذ كنظام قائم بذاته لم يستقر بعد بين النظريات القانونية المحددة المفهوم و أن السبب الرئيسي الذي يبرر هدم التصرف بالنسبة إلى الدائن فقط يكمن في نظام قانوني معروف هو نظام الصورية ، فتصرف المدين يظل قائماً و صحيحاً رغم الطعن ، و لكنه يعتبر بالنسبة إلى الدائن لا وجود له. (2)

(1): رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 192 ، الدكتور أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص 147 .

(2): أنظر في هذا الصدد مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، دعوى عدم نفاذ التصرفات الدفعة الخامسة عشر السنة الدراسية 2004 - 2007 عن ابراهيم المنجي الدعوى الصورية و دعوى عدم نفاذ التصرفات الطباعة الأولى ، 1998 ص 423 .

غير أننا لا نتماشى مع هذا القياس الذي يقارب الدعوى البولصية بدعوى الصورية و يعزز وجهة نظرنا في ذلك بما تتميز به كل دعوى عن الأخرى سواء من حيث الشروط أو من حيث الآثار و إن كانا يشتركان في أن كلاهما يهدف إلى المحافظة على الضمان العام للدائنين فهما يختلفان في كون الدعوى البولصية ، تعيد ما خرج من أموال المدين إلى الضمان العام و في كون دعوى الصورية تستبقي ما كاد يخرج إلا ظاهرا من أموال المدين .

و يستخلص ممّا تقدم أنه لا يمكن اعتبار الدعوى البولصية من قبيل دعوى البطلان كما أنها ليست دعوى تعويض ، فدعوى البطلان ترفع من قبل أحد طرفي العقد ، يطالب بمقتضاها ببطلان العقد لانعدام ركن من أركانه أو بتخلف شرط من شروطه الأساسية كما قدمنا .

ودعوى التعويض هي دعوى مقررة للمضروب يطالب من خلالها بتعويض الضرر الذي لحقه من جراء خطأ المسؤول ، أما الدعوى البولصية فهي وسيلة قانونية أوجدها المشرع للدائن للطعن في تصرف مدينه المعسر ليجعله غير نافذ في حقه .

فالدائن رافع الدعوى البولصية إذن ، لا يطالب المتصرف إليه بوفاء ما هو ثابت في ذمته للمدين وإنما يطعن في هذا التصرف الجديد ليجعله غير نافذ في حقه ، و هذا ما استقر عليه الفقه في مصر و فرنسا و ما سار عليه القضاء في الجزائر و هذا ما أكدته الغرفة المدنية بالمحكمة العليا في قرار لها صدر بتاريخ 06 فبراير 2002م .

في قضية (ح-ع) ضد (ح-أ) حيث أكدت أن الدعوى البولصية هي دعوى عدم نفاذ التصرف و ليس دعوى بطلان ، و إن كان قضاة المحكمة العليا قد عدلوا في حيثيات الحكم السالف الذكر عن لفظ "عدم النفاذ" إلى لفظ إبطال بقولهم : " أن الأمر يتعلق بإبطال تصرف المدين بنقل ملكية العقار و منعه من ذلك بهدف المحافظة على ممتلكاته حتى يتمكن الدائن من التنفيذ عليها بطريق التنفيذ الجبري " . (1)

(1) : أنظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 06 فيفري 2002 ، ملف رقم 254083 .

كما تجدر الملاحظة أنه من مراجعتنا لنصوص القانون المدني الجزائري في مواد المنظمة لدعوى عدم النفاذ ، نجد أن المشرع الجزائري قد استعمل لفظ " عدم النفاذ " في نص المادة 191 ثم عدل عنه إلى لفظ " عدم الاحتجاج " في الفقرة الأخيرة من نص المادة 192 ثم عدل عن هذا الأخير إلى لفظ " عدم المعارضة " في نص المادة 194 .

و كان حريّ بالمشرع الجزائري ألا يأتي بهذين اللفظين الأخيرين و أن يُبقى على لفظ " عدم النفاذ " في المادتين 192 و 194 ، لما له من دلالة و دقة أسوة بنظيره المصري الذي استعمل لفظ " عدم النفاذ " في كل المواد المنظمة للدعوى البولصية المواد 238 - 239 - 242 - 243 .

بعد أن انتهينا من تحديد طبيعة الدعوى البولصية ، بأنها ليست دعوى بطلان و لا دعوى تعويض نجيب عن السؤال التالي :

(2) - هل الدعوى البولصية دعوى عينية أم شخصية أم أنها دعوى مختلطة ؟

و الإجابة على هذا السؤال تقودنا إلى تحديد المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى البولصية .

إن تكييف دعوى عدم نفاذ التصرف عمّا إذا كانت دعوى عينية أم شخصية أم أنها دعوى مختلطة يتنازعه ثلاثة اتجاهات فقهية :

(أ) *الاتجاه الأول :

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الدعوى البولصية ما هي إلا دعوى عينية و قد بنى أنصار هذه الاتجاه رأيهم على أساس أن الدعوى البولصية أو دعوى عدم نفاذ التصرف تعتبر من قبيل دعوى البطلان و أن دعوى البطلان هي دعوى عينية ، تهدف إلى إرجاع العين محل النزاع إلى ملك المدين و بالتالي تكون محكمة موقع العقار الذي تم نقل ملكيته غشا إلى المتصرف إليه هي المختصة بالفصل في النزاع .

و لكن مقارنة الدعوى البولصية بأنها دعوى بطلان سبق و أن نفيهاها من قبل ، مما يستوجب تبعاً لذلك عدم التسليم بهذا الرأي ، أضف إلى ذلك أن الحق العيني ليس إلا سلطة لشخص تنصب مباشرة على شيء مادي معين يستطيع أن يستفيد منه الشخص مباشرة بينما الدائن رافع الدعوى البولصية لا يطالب بحق عيني ، و حتى بعد نجاحه في الطعن بالدعوى البولصية ، فإن العين موضوع النزاع لا تؤول له ملكيتها مباشرة ، بل تدخل في ضمانه العام . و قد حاول بعض الفقهاء الجمع بين الحق العيني و الحق الشخصي و جعلهما معا أساسا للدعوى البولصية و هو ما يعرف بالدعوى المختلطة و التي اعتنقها أنصار الاتجاه الثاني .

(ب) *الاتجاه الثاني :

يرى أنصار هذا الاتجاه أن أساس الدعوى البولصية هو مزيج بين الحق العيني و الحق الشخصي فالدعوى البولصية في نظرهم هي دعوى مختلطة فهي تبدأ شخصية و تنتقل عينية ، لأن الدائن عندما يطالب عدم نفاذ تصرف المدين في حقه يبني طلبه على أساس غش المدين و هو حق شخصي للمدين فإذا أوجب الدائن عن طلبه انقلب هذا الحق الشخصي إلى حق عيني برجوع العين محل النزاع إلى ذمة مدينه .

و لكن يؤخذ على هذا الرأي أن إجابة الدائن رافع الدعوى البولصية عن طلبه لا يعني رجوع العين إلى ملك المدين ، بل ترجع إلى ضمانه العام مع بقاء التصرف الذي أجراه المدين مع التصرف إليه قائماً ، ضف إلى ذلك أن تكييف الدعوى البولصية بأنها دعوى مختلطة قد يصطدم بالمفهوم العام للدعوى المختلطة و التي تقتضي أن يكون بيد الدائن الطاعن حق شخصي و حق عيني ، و هذا ما تعجز عن إيجاد الدعوى البولصية .

و قد حاول بعض الفقهاء إضفاء الطابع الشخصي على الدعوى البولصية و على رأسهم الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري .

ج) * الإتجاه الثالث :

يرى الفقيه عبد الرزاق أحمد السنهوري أن التكيف الصحيح للدعوى البولصية بقوله :

" لم يعد هناك محل للقول بأن الدعوى البولصية هي دعوى عينية أو دعوى مختلطة ، وإنما هي دعوى شخصية ، و لكن ليس ذلك أنها دعوى تعويض فقد سبق و أن نفينا عنها هذا الوصف ، بل لأن الدائن عندما يطلب عدم نفاذ تصرف المدين في حقه يبني هذا الطلب على التزام المدين بألا يتصرف في ماله إضراراً بدائنيه ، و هذا التزام شخصي مصدره القانون " (1) .

و هذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرار لها صدر بتاريخ 12 ديسمبر 1935 (2) اعتبرت فيه بأن الدعوى البولصية هي دعوى شخصية يرفعها الدائن على مدينه المعسر يطالب من خلالها الحكم بعدم نفاذ هذا التصرف في حقه .

و يخلص ممّا تقدم أن الدعوى البولصية ليست دعوى عينية ، كما أنها ليست دعوى مختلطة و لذلك فلا مناص من تتبع اجتهاد الفقه و القضاء في تحديدهما لطبيعة هذه الدعوى ، و الأساس الذي بنيت عليه و الأخذ بالرأي القائل بأن الدعوى البولصية هي دعوى شخصية هدفها هو حماية الضمان العام و وسيلتها في تحقيق هذا الهدف هو عدم نفاذ تصرفات المدين المعسر في حق دائنيه فيعود بذلك ما خرج من أموال المدين إلى الضمان العام تمهيدا للتنفيذ عليه .

و حتى يستعمل الدائن هذه الوسيلة القانونية ، ينبغي أن يكون هناك ما يبرر استعمالها ، لذلك نجد أن المشرع الجزائري قد أناط استعمال هذه الدعوى بقيود و شروط مشددة و رتب على استعمالها آثاراً في مواجهة رافعها و المدين المطعون في تصرفه و المتصرف إليه منه و هذا ما سنوضحه بشيء من التفصيل في مطالب متعاقبة .

(1): عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، بند 599 ، ص 1055 .

(2): نقض مدني مصري ، 12 ديسمبر 1935 ، أشار إليه عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق بند 599 هامش 03 ، ص 1055 .

المطلب الأول : شروط الدعوى البولصية :

تناول المشرع الجزائري شروط مباشرة الدعوى البولصية في القسم الأول من الفصل الثالث تحت عنوان ضمان حقوق الدائنين في الباب الثاني من الكتاب الثاني تحت عنوان " الالتزام و العقود " من القانون المدني في المواد من 191 إلى 197 .

و يتبين من استقراء هذه النصوص أن دعوى عدم نفاذ التصرف هي أخطر من الدعوى غير المباشرة فهي تنتهي إلى تعطيل أثر التصرف الذي يبرمه المدين مع المتصرف إليه إضراراً بدائنيه و بذلك فهي تمس و بصفة مباشرة مصلحة المتصرف إليه ، لذلك كان لزاما على المشرع أن يحيط استعمال هذه الدعوى بشروط مشددة ، حتى لا تكون في متناول أي دائن و هذه الشروط منها ما يتعلق بالدائن رافع الدعوى و منها ما يرد إلى المتصرف المطعون فيه و منها ما يرجع إلى المدين ، فضلا عن تنظيم المشرع حكماً خاصاً بسقوطها و هذا ما سيتضح في سياق البحث .

▪ الفرع الأول: الشروط الخاصة بالدائن .

لا تنقرر دعوى عدم نفاذ التصرف لأي دائن ، و إنما يشترط في الدائن رافع هذه الدعوى أن يكون حقه مستحق الأداء و أن يكون هذا الحق سابقا على وجود التصرف المطعون فيه و أن ترفع هذه الدعوى في ميعادها القانوني .

أولاً : أن يكون حق الدائن مستحق الأداء :

و هذا بخلاف الدعوى غير المباشرة التي يكفي فيها أن يكون حق الدائن موجوداً و خالياً من النزاع أما في الدعوى البولصية فيشترط إلى جانب ذلك أن يكون حق الدائن مستحق الأداء و هذا ما قصده المشرع في المادة 191 من القانون المدني بقوله :

" لكل دائن حل دينه ، و صدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في

حقه ... " .

و يتضح من النص المتقدم أنه إذا كان الدين الذي للدائن في ذمة مدينه مضافا إلى أجل أو معلقا على شرط واقف لم يتحقق بعد ، فليس لهذا الدائن أن يلجأ إلى استعمال دعوى عدم نفاذ التصرف ذلك أن الدعوى البولصية تعتبر من قبيل مقدمات التنفيذ فلا يجوز استعمالها إلا ممن كان له حق مستحق الأداء ، أما إذا كان الحق الذي للدائن في ذمة المدين معلق على شرط فاسخ أو مقترنا بأجل فاسخ ، فليس هناك ما يمنع الدائن من الطعن بطريق الدعوى البولصية في تصرف مدينه ، ذلك أن الشرط الفاسخ و الأجل الفاسخ لا يمنعان الحق من أن يكون مستحق الأداء (1) .

فإذا توافرت الشروط السالفة الذكر ضمن حق الدائن في استعمال الدعوى البولصية و لا فرق بين دائن عادي و دائن ممتاز أو مرتهن فالكل سواسية في استعمال الدعوى البولصية ، فيجوز للدائن المرتهن أو صاحب حق الامتياز أن يطعن في تصرف مدينه إذا تصرف هذا الأخير في غير العين الضامنة لدينه ، بل و يستطيع رفع هذه الدعوى حتى في شأن العين المثقلة بالضمان ، كما يستطيع الدائن استعمال دعوى عدم نفاذ التصرف أيًا كان مصدر و محل حقه ، سواء كان مصدره عقد أو عمل غير مشروع ، أو كان محلّه مبلغاً من النقود أو عملاً أو امتناع عن عمل أو عين معينة بالذات (2) .

كما لا يشترط أن يكون حق الدائن معلوم المقدار ، فيجوز للمضروب من فعل ضار أن يطعن في تصرف المسؤول عن الضرر حتى قبل تقدير التعويض المستحق إذا عمد المسؤول إلى تهريب أمواله حتى ينفذ من التنفيذ عليها من قبل المضروب بالتعويض و أخيرا لا يشترط أن يكون بيد الدائن رافع الدعوى البولصية سنداً تنفيذياً ، ذلك أن الدعوى البولصية تعتبر من قبيل مقدمات التنفيذ لا إجراءات التنفيذ ، كما قدمنا .

(1) : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند 679 ، ص 662 و 663 .

(2) : رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 198 .

و تجدر الإشارة أن شرط استحقاق الدين قد يصطدم بنص المادة 212 من القانون المدني التي تنص على أنه :

" إذا كان الالتزام مقترنا بأجل واقف، فإنه لا يكون نافذاً إلا في الوقت الذي ينقضي فيه الأجل على أنه يجوز للدائن حتى قبل انقضاء الأجل أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ على حقوقه و له بوجه خاص أن يطالب بتأمين إذا خشي إفلاس المدين أو عسره و استند في ذلك إلى سبب معقول "

يستفاد من هذا النص أنه يجوز للدائن بعد إثبات إعسار مدينه أن يطلب من المحكمة إسقاط أجل استحقاق دينه و حينئذ يمكنه الطعن في تصرف مدينه المعسر بطريق الدعوى البولصية ، و أن يطلب الحكم بعدم نفاذ هذا التصرف في حقه غير أن إثبات الإعسار و شهره يستلزم رفع الأمر إلى القضاء وفق أحكام و إجراءات خاصة للتحقق من وجوده أو عدمه ، وهذا ما يعجز عن تنظيمه القانون المدني الجزائري .

فالمشرع الجزائري لم ينظم في غير حالة الإفلاس بالنسبة للتجار نظام شهر الإعسار المدني و اكتفى بتنظيم الإفلاس التجاري ، و رتب على شهرة سقوط آجال كل ديون المدين التاجر فتصبح جميع هذه الديون مستحقة الأداء بقوة القانون و هذا ما أشارت إليه الفقرة الأولى من المادة 211 من القانون المدني بقولها :

" يسقط حق المدين في الأجل إذا شهر إفلاسه وفقاً لنصوص القانون ."

و هذا بخلاف المشرع المصري الذي نظم الإعسار المدني و اشترط لشهره صدور حكم من القضاء كما سنبين لاحقاً .

و كان أولى بالمشرع الجزائري أن يحذوا حذو المشرع المصري في تنظيمه للإعسار المدني ليتماشى مع التشريعات المعاصرة المتطورة ، سيما و قد نادى بعض الفقهاء بضرورة تنظيمه .

ثانياً: أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه :

لم ينص القانون على هذا الشرط ، و لكن طبيعة الدعوى البولصية تقتضيه كما أن الفقه و القضاء مجمع عليه ، فلا يستطيع الدائن مباشرة دعوى عدم النفاذ ، إلا إذا كان تصرف المدين وارداً على مال اعتمد عليه الدائن في استفاء حقه ، و بالتالي فمن المنطقي أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف الذي أجراه مدينه ، أما إذا ثبت أن تصرف المدين كان سابقاً على نشوء حق الدائن فليس للدائن أن يدفع بعدم نفاذه بحجة أن هذا التصرف قد أنقص من ضمانه و مع ذلك يجوز للدائن أن يطعن بطريق الدعوى البولصية إذا أثبت أن المدين قد قام بإبرام هذا التصرف خصيصاً للإضرار بشخص يحتمل أن يكون دائنه مستقبلاً ، و في هذا المعنى يقول الدكتور السنهوري : " و نرى من ذلك أن اشتراط تأخر تصرف المدين على حق الدائن في الوجود ليس في الواقع إلا عنصراً من عناصر شرط الغش في جانب المدين ، إذ لا يمكن توافر هذا الشرط عادة إلا إذا كان تصرف المدين تالياً لحق الدائن ، فإذا أمكن توافر الغش دون هذا التأخر فالتأخر لا يشترط " . (1)

غير أن هذا الاستثناء يرد إلى قاعدة عامة مفادها أن يكون تصرف المدين تالٍ في الوجود لحق الدائن فالعبرة إذن في تحديد تاريخ وجود حق الدائن هو تاريخ نشأة هذا الحق لا تاريخ استحقاقه فيكفي أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه حتى و لو كان غير مستحق الأداء ، كأن يتفق مقاول مع مالك قطعة أرض بأن يقوم له بأشغال البناء فوق قطعة الأرض مقابل مبلغ مالي يستحق بعد تمام الأشغال خلال مدة معينة ، و قبل تمام أشغال البناء عمد المالك إلى التصرف في أمواله .

فهنا يكون حق المقاول سابقاً على تصرف مالك البناء ، فيجوز لمقاول الأشغال أن يطعن بعدم نفاذ تصرفات هذا الأخير في حقه حتى و لو كان حقه مستحق الأداء بعد تمام الأشغال أو بعد مدة معينة

(1) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، بند 581 ، ص 1023 .

لأن العبرة بتاريخ وجود الحق لا بتاريخ استحقاقه (1) .

و كذلك الأمر كما لو عمد المسؤول عن الضرر بتهريب أمواله قبل الحكم عليه بالتعويض عن الفعل الضار الذي ارتكبه فالعبرة هنا بتاريخ نشوء الحق في التعويض لا بتاريخ استحقاق التعويض أضف إلى ذلك أن الحكم القاضي بالتعويض يكون مقرراً لهذا الحق لا منشئاً له ، و على ذلك يمكن لهذا المدين (المضرور) أن يدفع بعدم نفاذ تصرف الدائن (المسؤول عن الضرر) في حقه لأن تصرف الدائن في أمواله كان مشوباً بالغش ، و هو توقعه بصور حكم عليه بالتعويض .

كما أن العبرة في تحديد تاريخ تصرف المدين تكون بتاريخ نشوء هذا التصرف لا بتاريخ شهره إذا كان التصرف المطعون فيه يستلزم إجراءات القيد و الشهر بالمحافظة العقارية ، كما لو تصرف المدين في عين مملوكة له بالبيع قبل نشوء حق الدائن في ذمة المدين ، فهنا لا يجوز للدائن أن يدفع بعدم نفاذ عقد البيع في حقه حتى و لو لم يقم المدين أو المتصرف بإجراءات القيد و الشهر إلا بعد نشوء حق الدائن ، ذلك أن القيد أو التسجيل يعتبران من قبيل الإجراءات الخاصة بنقل الملكية و ليس لانعقاد التصرف (2) .

- كيفية إثبات نشوء حق الدائن على تصرف المدين :

القاعدة العامة تقضي أن عبء إثبات توافر شروط دعوى عدم النفاذ يقع على الدائن ، فإذا كان مصدر حق الدائن واقعة قانونية أو مادية .

فعلى الدائن أن يثبت تاريخ نشوء حقه بكل وسائل للإثبات المقررة طبقاً للقواعد العامة ، و أما إذا كان مصدر حقه تصرف قانوني ، فمن هنا نميِّز بين حالتين :

(1) : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند 685 ، ص 669 .

(2) : رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 199 و 200 .

• **الحالة الأولى :**

إذا كان التصرف ثابتاً في محرر رسمي ، فهنا لا إشكال في الأمر .

• **الحالة الثانية :**

إذا كان التصرف ثابتاً في محرر عرفي ، فالقاعدة تقضي أن المحرر العرفي لا يكون حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت .

و عليه هل يشترط أن يكون التصرف المنشأ لحق الدائن ثابت التاريخ قبل صدور التصرف المطعون فيه ؟

و هنا نكون أمام فرضين :

▪ **الفرض الأول :**

إذا كان التصرف المنشئ لحق الدائن ثابت التاريخ فإن هذا التاريخ يكون حجة على المتصرف إليه و في نفس الوقت يكون تاريخ التصرف المطعون فيه حجة على الدائن حتى و لو لم يكن ثابت التاريخ إلى أن يثبت العكس و يترتب على ذلك مايلي :

- إذا كان التاريخ غير الثابت للتصرف المطعون فيه متقدماً على التاريخ الثابت للتصرف المنشئ لحق الدائن فلا يجوز للدائن أن يدفع بعدم نفاذ تصرف المدين إلا إذا أثبت أن المدين قد تواطأ مع المتصرف إليه لتقديم تاريخ التصرف للإضرار به .
- أما إذا كان التصرف المطعون فيه ثابت التاريخ ، فلا إشكال في الأمر طالما أن التصرف المنشأ لحق الدائن ثابت التاريخ أيضا .

الفرض الثاني :

إذا كان تاريخ الدائن غير ثابت و تاريخ التصرف ثابتاً ، فإن تاريخ الدائن يكون حجة على المتصرف إليه ، إلا إذا أثبت أن هذا التاريخ قد قدم بتواطؤ الدائن مع مدينه حتى يتمكن من الطعن في التصرف بعدم النفاذ ، أما إذا لم يكن هناك تاريخ ثابت لا للدائن و لا للمتصرف إليه ن فلكل منهما أن يثبت بكل طرق الإثبات أن تاريخه هو المتقدم .

و يستخلص مما تقدم أنه لا يشترط أن يكون تاريخ المنشأ لحق الدائن رافع الدعوى البولصية ثابت التاريخ .(1)

ثالثاً : وجوب رفع الدعوى في الميعاد القانوني :

لقد اختلف الفقه و القضاء الفرنسيين حول تحديد مدة تقادم دعوى عدم النفاذ فقد بقي القضاء الفرنسي طيلة القرن 19 م يطبق تقادم الدعوى البولصية بمدة تقادم الدعاوى التي لم يرد في شأنها نص خاص فتسقط بمضي 15 سنة من وقت صدور التصرف لا من وقت علم الدائن به .

أما الفقه الفرنسي فقد بقي مترددا تارة يعتبرها كسائر الدعاوى و يطبق بشأنها القواعد العامة فتسقط بمضي 30 سنة ، و طورا يعتبرها دعوى بطلان و يخضعها لتقادم 10 سنوات .

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 197 من القانون المدني على مايلي :

" تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء 15 خمسة عشر سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه " .

(1) : رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 201 .

و يقابل هذا النص في التقنيات العربية المادة 243 من التقنين المدني المصري و المادة 244 من التقنين المدني السوري .

و يتضح من النص المتقدم أن المشرع الجزائري قد جعل لتقادم دعوى عدم النفاذ مدة 3 ثلاث سنوات لا تبدأ من تاريخ التصرف الذي عقده المدين و لا من تاريخ علم الدائن بالتصرف ، بل من تاريخ علم الدائن بسبب عدم النفاذ . فقد يعلم الدائن بتصرف المدين في أمواله و لا يعلم أن من شأن هذا التصرف أن يسبب إعسار مدينه و ينقص من ضمانه العام أو أنه يجهل انطوائه على غش المدين و علم المتصرف إليه إذا كان التصرف معاوضة .

كما أن الحكمة من تحديد المشرع مدة التقادم بثلاث سنوات هو المحافظة على استقرار المعاملات حتى لا يبقى مصير التصرف الصادر من المدين معلقاً لأمد طويل .

و تسقط الدعوى البولصية في جميع الأحوال بالنسبة لكافة الدائنين بمضي 15 سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف ، حتى و لو لم يعلم بالتصرف أو بسبب عدم نفاذه .

غير أنه و تطبيقاً لقاعدة الأثر الجماعي للدعوى البولصية ، إذا سقطت الدعوى بالنسبة لأحد الدائنين بمرور ثلاثة سنوات و تمسك بها بقية الدائنين الآخرين جاز لهذا الدائن أن يشارك الباقية في التنفيذ على أموال المدين و لا يجوز لهؤلاء الدائنين الذين صدر حكم عدم النفاذ لصالحهم أن يتمسكوا به في مواجهته لمنعه من مشاركتهم في التنفيذ على أموال المدين ، و في هذا المعنى يقول الفقيه " سليمان مرقص " (1) و إذا تم التقادم الثلاثي بالنسبة لأحد الدائنين ، فإن ذلك لا يؤثر في حق الدائنين الآخرين في رفع الدعوى البولصية ، و يسري في حق كل منهم تقادم ثلاثي خاص تبدأ مدته من وقت علمه بسبب عدم نفاذ التصرف ، أما إذا تم التقادم بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ التصرف فإنه يتم بالنسبة لجميع الدائنين على السواء .

(1) : سليمان مرقص ، المرجع السابق ، بند 689 ، ص 679 .

الفرع الثاني : الشروط الخاصة بالتصرف محل الدعوى .

سبق و أن قدمنا أن دعوى عدم النفاذ هي أخطر من الدعوى غير المباشرة ، فهي تمس و بصفة مباشرة مصلحة المتصرف إليه ، لذلك كان لزاماً على المشرع أن يقيد استعمال هذه الدعوى بشروط مشددة حتى لا تكون أداة في متناول كل دائن يهدد بها استقرار المعاملات و التصرفات التي يعقدها مدينه مع غيره ، فكل تصرف يبرمه المدين و يريد الدائن أن يطعن فيه بعدم النفاذ مرهون بتوافر شروط معينة و نستطيع أن نجمل هذه الشروط في الآتي :

- (1) - أن يكون التصرف المطعون فيه قانونياً .
- (2) - أن يكون هذا التصرف ضاراً .
- (3) - أن لا يكون التصرف محل الدعوى متعلقاً بحق متصل بشخص المدين .

أولاً : أن يكون التصرف المطعون فيه قانونياً :

لقد عنى الفقه الحديث عناية كبيرة في تمييزه بين التصرف القانوني و الواقعة القانونية أو المادية باعتبارهما المصدران الرئيسيان في كل الروابط القانونية .

فالتصرف القانوني **Acte juridique** هو تجاه الإدارة إلى إحداث أثر قانوني معين ، فيرتب القانون عليها هذا الأثر (1)، غير أن هذا الأثر المترتب لا يقتصر على المتصرف وحده ، بل يمتد أثره إلى دائنيه لأن كل ما ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته يؤثر بالسلب على الضمان العام لدائنيه و من هنا جاء تشريع دعوى عدم النفاذ لهدم الآثار القانونية للتصرف الذي يعقده المدين إضراراً بحق دائنيه .

فكل تصرف قانوني إذن يصدر من المدين بقصد الإضرار بحقوق دائنيه يكون عرضةً للطعن بعدم النفاذ ، متى توافرت باقي الشروط ، سواء كان هذا التصرف صادراً من جانبيين كالعقد مثلاً أو صادراً من جانب واحد كالنزول عن الحق العيني كحق الانتفاع و حق الارتفاق أو الإبراء .

(1) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزء الثاني ، البند 01 ، ص 01 .

كما يستوي أن تكون هذه التصرفات تبرعاً كالهبة و الوصية أو معاوضة كالبيع و المقايضة (1) و يترتب على ذلك أن التصرف القانوني سواء قام على تطابق إرادتين أو إرادة مفردة فإنه قد ينشئ الحقوق الشخصية و قد يكسب الحقوق العينية و قد يقضيها جميعاً و قد يترتب آثار قانونية أخرى .

و من هنا يمكن القول أن الطعن بعدم النفاذ مرهون بالتصرف القانوني للمدين ، فإذا تصرف هذا الأخير بسوء نية و قصد الإضرار بدائتيه كان لهؤلاء أن يرفعوا أمرهم إلى القضاء طالبين اعتبارهم من الغير بالنسبة لهذا التصرف حتى لا يُضاروا به ، و يكون ذلك بالدعوى البولصية .

فيجب أن يكون إذن تصرف المدين إرادياً حتى يُطعن فيه بعدم النفاذ ، و على ذلك لا يمكن الطعن بالدعوى البولصية في تصرفات المدين غير الإرادية أو ما يعرف بالوقائع القانونية أو المادية (2) .

و قد ورد تعريف الواقعة القانونية أو المادية في قواعد الإثبات (3) بأنها واقعة مادية يترتب عليها القانون أثراً ، فقد تكون واقعة طبيعية لا دخل لإرادة الإنسان فيها ، كواقعة الموت و قد تكون واقعة اختيارية حدثت بفعل الإنسان ، فإذا كانت الواقعة المادية اختيارية فقد يقصد الإنسان من ورائها إحداث الأثر القانوني المترتب عليها كالعمل غير المشروع .

و قد لا يقصد ترتيب هذا الأثر كالدفع غير المستحق و الواقعة المادية أو القانونية كالتصرف القانوني فقد تنشأ الحقوق الشخصية ، كالعمل غير المشروع و ما يترتب عليه من تعويض و الدفع غير المستحق و ما ينتج عنه من إثراء بلا سبب و قد تكسب الحقوق العينية كالحيازة و الاستيلاء و الميراث المترتب على واقعة الموت .

(1) : رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 201 .

(2) : محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 135 و 136 .

(3) : راجع في هذا الصدد تفصيل أكثر عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نفس المرجع ، الجزء 02 ، ص 01 و 02 و 03 .

كما أنها قد تقضي الحقوق الشخصية كاتحاد الذمة و قد تقضي الحقوق العينية كالترك (Abondan) و قد تحدث آثار قانونية أخرى كالقراية و ما يترتب عليها من موانع الزواج و في جميع الأحوال لا يجوز للدائن الطعن بالدعوى البولصية في أعمال المدين المادية ، سواء كانت هذه الأعمال ضارة (عمل غير مشروع) أو نافعة (الإثراء بلا سبب) ، فمثلا إذ ألحق المدين عن رعونة ضرراً بالغير و التزم المدين بالتعويض ، فليس للدائن أن يطعن في هذا العمل بالدعوى البولصية حتى و لو تسبب هذا العمل غير المشروع في إفسار المدين .

و كذلك كما لو ترك المدين عينا مملوكة له حتى تملكها الغير بالتقادم ، فلا يجوز للدائن في هذه الحالة أن يطعن بدعوى عدم النفاذ لأن الترك هو عمل سلبي ناتج عن تقاعس المدين في استعمال حقوقه و أن الدعوى البولصية قد شرعت لمعالجة الموقف الإيجابي للمدين المعسر ، إذا عمد إلى التصرف في حقوقه بقصد الإضرار بدائنيه كما قدمنا و كل ما يجب على الدائن اتخاذه في هذه الحالة أن يستعمل حقوق مدينه بقطع التقادم قبل تمامه بطريق الدعوى غير المباشرة (1) .

و تجدر الإشارة أنه إذا كانت القاعدة تقضي أن الطعن بعدم النفاذ لا يكون إلا إذا كنا بصدد تصرف قانوني ، هناك حالات خاصة تتخذ فيها دعوى عدم النفاذ صورتين خاصيتين ، الأولى تكون فيها أمام تدخل الدائنين في القسمة و الثانية تكون فيها أمام حكم قضائي (اعتراض الغير خارج عن الخصومة) .

الصورة الأولى : الطعن في القسمة :

قد يعمد المدين إلى إستغلال عقد القسمة لإضعاف ضمانه العام بأن يتواطأ مع شركائه في القسمة للإضرار بدائنيه كأن يفرز لنفسه حصّة أقل من حصّته الشائعة أو أن يتفق مع المتقاسمين على إعطائه مبلغا من النقود حتى يتمكن من تهريبه اتقاء التنفيذ عليه من قبل دائنيه (2) ، لذلك أجاز القانون لدائن أحد الشركاء بأن يتدخل في القسمة حتى يرقب تصرفات مدينه في حصّته المفترزة .

(1) : أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص 129 .

(2) : نثار خالد ن الدعوى البولصية في القانون المدني الجزائري (دعوى عدم نفاذ التصرفات) ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة الخامسة عشر ، سنة 2004 - 2007 ، ص 17 .

كما خول له القانون معارضة هذه القسمة إذا عمد الشركاء إلى تقسيم المال عينا أو بالمزاد العلني دون تدخله ، أما إذا عارض الدائن هذه القسمة و أغفل الشركاء إدخاله ، و تمت قسمة المال المشاع فإن هذه القسمة لا تكون نافذة في حقهم و هذا ما أشارت إليه المادة 729 من القانون المدني بقولها:

" لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد العلني بغير تدخلهم و توجه المعارضة إلى كل الشركاء ، و يترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات و إلا كانت القسمة غير نافذة ي حقهم ... " .

و من الشروط الجوهرية التي جاءت بها الفقرة الأخيرة من المادة 729 من القانون المدني هو إدخال الدائنين المقيّدة حقوقهم كالدائن المرتهن أو صاحب حق التخصيص و الامتياز في دعوى القسمة فور رفعها تحت طائلة عدم نفاذ عقد القسمة في حقهم حتى و لو لم يُعارض هؤلاء الدائنين المقيدون عقد القسمة و هذا ما قصد المشرع بقوله : " و يجب على كل حال إدخال الدائنين المقيّدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة... " .

أما إذا أغفل الدائن معارضة القسمة و لم يتدخل في إجراءاتها رغم استدعائه من قبل الشركاء أو كان من أصحاب الحقوق المقيّدة و استدعي من قبل الشركاء و لم يتدخل ، فإذا تمت القسمة دون أن يتدخلوا فيها و أفرزت حصص الشركاء كان عقد القسمة نافذاً في حقهم ، إلا إذا أثبت الدائن غش المدين و تواطؤه مع باقي الشركاء للإضرار بحقه و لا يبقى أمام الدائن في هذه الحالة إلا طريق واحد و هو الطعن بالدعوى البولصية في القسمة بعد تمامها ، و هذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 729 بقولها :

" أما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا فيها إلا في حالة الغش " .

الصورة الثانية : الطعن في الأحكام :

خروجًا عن القواعد العامة التي قررها القانون المدني في المحافظة على الضمان العام للدائنين فقد كفل المشرع في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حقوق الدائنين ، بتمكينهم من الطعن في الأحكام أو القرارات أو الأوامر التي تصدر نتيجة افتعال مدينهم خصومة قضائية يقف فيها المدين موقف سلبي بالتواطؤ مع خصمه لتهريب أمواله أو إخفائها حتى لا يجد دائنوه ما ينفذوا عليه في هذه الحالة فقد أجاز القانون للدائنين تقديم اعتراض على الحكم أو القرار أو الأمر الذي يصدر ضد مدينهم و يمس بحقوقهم بأن يطالبوا بمراجعة أو إلغاء هذا الحكم أو القرار أو الأمر ، و هذا هو ما يعرف باعتراض الغير خارج عن الخصومة الذي نصت عليه المادة **383** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بقولها :

" يجوز لدائني أحد الخصوم أو خلفهم ، حتى و لو كانوا ممثلين في الدعوى ، تقديم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة على الحكم أو القرار أو الأمر ، بشرط أن يكون الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه قد مس بحقوقهم بسبب الغش "

إجراءات رفع دعوى اعتراض الغير الخارج عن الخصومة :

ترفع دعوى اعتراض الغير الخارج عن الخصومة في أجل **15** يوما من تاريخ صدور الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه و يُمدد هذا الأجل إلى شهرين إذا تم تبليغ الحكم أو القرار أو الأمر إلى الغير .

و تُرفع هذه الدعوى وفقا للأشكال المقررة قانونا أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه ، كما يمكن رفع هذه الدعوى بطريق الاستعجال و في الأخير لا يقبل الاعتراض إلا إذا كان مصحوبا بوصل إيداع مبلغ مالي لدى أمانة الضبط يساوي الحد الأقصى من الغرامة المنصوص عليها في **388** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية . (1)

(1) : أنظر في هذا الصدد المواد من **380** إلى **389** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

يفهم ممّا تقدم أن اعتراض الغير الخارج عن الخصومة هو تطبيق خاص للدعوى البولصية تتخذ فيه دعوى عدم النفاذ طريقاً من طرق الطعن بالنقض ، و يترتب على طعن الدائن في الحكم القضائي الذي يصدر ضدّ مدينه النتائج التالية (1) :

✓ لا يستفيد من الطعن في الحكم أو القرار أو الأمر إلا الدائن رافع الدعوى دون أن يشاركه باقي الدائنين الآخرين ، و هذا بخلاف الدعوى البولصية التي لها أثر جماعي يمتد إلى كل الدائنين .

✓ لا يشترط في الدائن سوى إثبات أن الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه قد مس بحقوقهم بسبب غش المدين و تواطؤه مع خصمه ، و هذا بخلاف الدعوى البولصية التي تشترط إلى جانب هذا الشرط مجموعة أخرى كما سيأتي بيانه لاحقاً .

ثانياً : أن يكون التصرف المطعون فيه ضاراً :

هناك إجماع فقهي و قضائي على أن الضرر في الدعوى البولصية يكمن في تصرف يكون في حدّ ذاته مفقراً ، و يكون من نتائجه إفسار المدين أو الزيادة في عسره و من ثمة يثور التساؤل حول مفهوم التصرف المفقر الذي يترتب عليه إفسار المدين .

(1) - مفهوم التصرف المفقر :

يقصد بالتصرف المفقر كل تصرف قانوني يصدر من المدين و ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته غير أن مدلول التصرف المفقر قد اجتاز عدّة مراحل قبل أن يستقر على ما هو عليه الآن و هو الأمر الذي نتناوله في الآتي :

(1): نثار خالد ، المرجع السابق ، ص 18 .

(أ) - القانون الروماني :

كان فقهاء القانون الروماني يميّزون بين نوعين من التصرفات من حيث جواز الطعن بالدعوى البولصية ، التصرفات المنقصة الحقوق و التصرفات المنشئة للالتزامات (1) .

كانوا يرون أن تصرف المدين لا يعتبر تصرفاً مفقراً إلا إذا كان من شأنه إنقاص حقوقه ، كأن يتصرف المدين في عين مملوكة له بالبيع أو الهبة بثمن بخس .

فمن شأن البيع أن يخرج العين من ذمة المدين مقابل مبلغ مالي من اليسير إخفاءه عن الدائنين كما من شأن الهبة أن تخرج هذه العين من أموال المدين بدون مقابل ، فتكون هذه التصرفات قابلة للطعن فيها بدعوى عدم النفاذ .

أما التصرفات التي تزيد من التزامات المدين كأن يقرض المدين مبلغاً من المال فيلتزم برد ما اقترض أو أن يتعهد المدين بالإففاق على شخص لا تلزمه نفقته قانوناً ، فكانت هذه التصرفات لا تعتبر من قبيل التصرفات المفقرة و بالتالي لا يجوز لدائني المدين الطعن فيها بالدعوى البولصية .

(ب) - التقنين المدني الفرنسي :

في تطوراته المتعاقبة و تحت تأثير تقاليد القانون الروماني في تمييزه بين التصرفات المنشئة للحقوق و التصرفات المنشئة للالتزامات ، فقد بقي مفهوم التصرف المفقر محدود المعنى في ظل التقنين المدني الفرنسي و يبدو أن واضعي التقنين المدني الفرنسي قد اكتفوا بما جرت عليه تقاليد الدعوى البولصية على أن التصرف المفقر هو التصرف الذي ينقص من حقوق المدين دون التصرف الذي يزيد في التزاماته ، و هذا ما استقر عليه الفقه و القضاء في فرنسا حتى اليوم (2) .

(1): راجع في هذا الصدد ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، بند 577 ، ص 1013 .

(2) : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند 681 ، ص 664 .

ج- التقنين المدني المصري :

لقد استحدث التقنين المدني المصري تعديلات هامة على أحكام الدعوى البولصية ، و كذا شروط ممارستها و منها شرط التصرف المفقر ، بحيث حرصت المادة 237 من التقنين المدني المصري إلى توسيع لمجال التصرف المفقر إلى التصرفات التي تؤدي إلى زيادة الالتزامات دون أن يقف عند التصرفات المنشئة للحقوق فقط بقولها :

" إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته " .

و بذلك يكون المشرع المصري قد عالج عيباً تقليدياً في الدعوى البولصية كان يستوقف النظر فالمدين الذي يفترض بفوائد باهظة حتى يزيد في التزاماته فيعسر يضّر بدائنيه بالقدر الذي يضّرهم به لو باع عيناً مملوكة له فأنقص من حقوقه ، كان هذا الإنقاص سبباً في إعساره ، فهو قد أضعف ضمان الدائنين في الحالتين بعمل إيجابي و لا فرق بين أن يفعل ذلك بزيادة التزاماته أو بإنقاص حقوق فالنتيجة واحدة بالنسبة إلى الدائنين .(1)

فالعدل و المنطق يقضيان إذن جعل زيادة الالتزامات كإنقاص الحقوق كلّها تصرفات مفقرة يجوز الطعن فيها بعدم النفاذ .

د- موقف المشرع الجزائري :

يبدو أن المشرع الجزائري قد ساير التعديلات التي استحدثها المشرع المصري و سوى بين إنقاص الحقوق و زيادة الالتزامات و أخذ بالرأي القائل بشمول التصرف المفقر للتصرفات التي تزيد في التزامات المدين و التصرفات التي تنقص من حقوقه ، و هذا ما أشارت إليه المادة 191 من القانون المدني بقولها :

(1) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، بند 577 ، ص 1014 .

" لكل دائن حل دينه ، و صدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه ، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في إلتزاماته و ترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره ... " .

و بذلك أصبح بإمكان الدائن أن يطعن بالدعوى البولصية في تصرفات مدينه إذا قصد بها هذا الأخير إنقاص حقوقه كأن يقدم المدين على بيع أمواله بثمن بخس أو يبريء دائنا له من دين له في ذمة هذا الأخير .

كما أصبح بإمكان الدائن الطعن بعدم النفاذ في تصرفات المدين التي من شأنها أن تزيد في إلتزاماته كأن يقدم المدين على إبرام عقد تأمين مقابل أقساط لا تتناسب مع حالته المالية ، أو أن يقرض مبلغا من المال فيصبح ملتزماً برد ما اقترض . كل هذه التصرفات سواء كان مؤداها إنقاص الحقوق أو زيادة الإلتزامات فإنها تعتبر من قبيل التصرفات المفقرة و يجوز الطعن فيها بدعوى عدم النفاذ .

و يخلص مما تقدم أنه كقاعدة عامة يجوز للدائن الطعن بعدم النفاذ في جميع تصرفات مدينه الضارة متى توافرت باقي الشروط الأخرى و أن الضرر الذي اشترطه المشرع في المادة 191 من القانون المدني مقرون بالتصرفات المفقرة التي يعقدها المدين بقطع النظر عما إذا كانت هذه التصرفات المفقرة ستؤدي إلى زيادة إلتزامات المدين أو إلى إنقاص حقوقه ، طالما أن النتيجة واحدة و هي إضعاف أو إنقاص الضمان العام للدائن .

و لكن إذا كان استعمال الدعوى البولصية مرهون بإقدام المدين على تصرف مفقر من شأنه إنقاص حقوقه أو زيادة إلتزاماته ، فهل يجوز الطعن بالدعوى البولصية إذا امتنع المدين عن زيادة حقوقه أو إنقاص إلتزاماته ؟

هذا ما سنعالجه عند الإجابة عن السؤال المطروح .

(2) - امتناع المدين من زيادة حقوقه أو إنقاص التزاماته :

رأينا أن كل تصرف مفقر يأتيه المدين و يؤدي إلى الإضرار بحقوق دائنيه يدخل في معنى المحافظة على الضمان العام ، و يكون عرضة للطعن بدعوى عدم النفاذ سواء أدى هذا التصرف إلى الإنقاص من حقوق المدين أو الزيادة في التزاماته ، و على ذلك فإذا لم يكن تصرف المدين مفقرًا على النحو الذي قدمناه فليس للدائن أن يطعن فيه بعدم النفاذ ، كما لو امتنع المدين من زيادة حقوقه أو امتنع من إنقاص التزاماته لأن هذا الامتناع لا يدخل في معنى الضمان العام و إنما يتدرج ضمن التصرفات التي يرفض فيها المدين الاغتناء ، و بالتالي لا يجوز للدائن الطعن فيها بدعوى عدم النفاذ ، و من أمثلة التصرفات التي يمتنع فيها المدين من زيادة حقوقه أن يرفض المدين قبول هبة عُرِضت عليه . فهنا لا يجوز للدائن الطعن في تصرف مدينه لأن رفض قبول الهبة لا يعتبر من قبيل التصرفات المفقرة التي تؤدي إلى إضعاف الضمان العام الذي اعتمد عليه الدائن وقت نشوء حقّه (1) .

و كالتصرفات التي يمتنع فيها المدين من إنقاص التزاماته إقرار المدين لدين في ذمته بعد مرور سنة من سقوطه ، هذا ما أشارت إليه المادة 321 من القانون المدني بقولها :

" لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائيًا بالتقادم ، بل يجب أن يكون ذلك بناءً على طلب المدين أو من أحد دائنيه أو أي شخص له مصلحة فيه و لو لم يتمسك به المدين .

و يجوز التمسك بالتقادم في أية حالة من حالات الدعوى و لو أمام المحكمة الاستئنافية " .

(1) : محمد صبيري السعدي ، المرجع السابق ، ص 138 .

غير أن مضي مدة سنة ليس دليلاً كافياً لوحده على انقضاء الدين الذي في ذمة المدين ، بل يجب على المدين أن يحلف يميناً أنه فعلاً قام بالوفاء بالدين الذي في ذمته ، فإذا رفض المدين أداء اليمين فيكون قد أقرّ ضمناً بعدم وفائه بالدين الذي في ذمته ، و بالتالي يكون قد امتنع عن إنقاص التزاماته ، كما انه لا يجوز لدائنيه بعد إقراره أن يحلفوا اليمين مكانه طبقاً للقواعد المقررة في أداء اليمين ، كما لا يصوغ لدائنيه أن يتمسكوا بالتقادم باسمه ، و هذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 312 من القانون المدني بقولها :

" .. و يجب على من يتمسك بالتقادم لسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلاً ... " .

و تجدر الملاحظة أن المشرع الجزائري يعتبر رفض المدين للإبراء من قبيل التصرفات المفقرة التي تزيد من التزاماته ، ذلك أن الإبراء يتم بالإرادة المنفردة للدائن ، فإذا برأ الدائن مدينه انقضى تبعاً لذلك الدين الذي له في ذمته ، أما إذا رفض المدين هذا الإبراء كان لدائنيه أن يطعنوا في هذا الرفض بالدعوى البولصية ، و هذا ما تقضي به المادة 305 من القانون المدني بقولها :

" ينقضي الالتزام إذا برأ الدائن مدينه اختيارياً ، و يتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكن يصبح باطلاً إذا رفضه المدين ... " .

غير أنه إذا كانت القاعدة العامة تقضي أن امتناع المدين عن إنقاص التزاماته أو زيادة حقوقه لا يكون محلاً للطعن بالدعوى البولصية ، فإن هذه القاعدة ورد عليها استثناء و هو تنازل المدين عن الدفع بالتقادم (1) بالرغم من أن عدم تمسك المدين بالتقادم يعتبر من قبيل التصرفات التي يمتنع فيها المدين من إنقاص التزاماته أو زيادة حقوقه ، فقد أجاز المشرع لدائني المدين في هذه الحالة الطعن في هذا التصرف بالدعوى البولصية و قرر في الفقرة الثانية من المادة 322 من القانون المدني أن التنازل عن التقادم المسقط لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم .

(1) : محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 139 .

كما أكدّ المشرع في نص المادة **832** من القانون المدني على سريان قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب ، و بذلك يكون المشرع قد خوّّل للدائن الحق في التمسك بهذا التقادم نيابة عن مدينه سواء كان هذا التقادم مسقطاً أو مكسباً استثناءً من قاعدة عدم جواز استعمال الدائن ما لمدينه من رخص إذ الغالب الراجح أن التمسك بالتقادم يعتبر من قبيل الرخص لا الحقوق (1) .

و لكن إذا كان القانون قد خوّّل للدائن حق التمسك بالتقادم في حالة نزول المدين عن التمسك به و أجاز للدائن الطعن في هذا النزول بالدعوى البولصية ،

فما هو موقف المشرع الجزائري من حالة رفض المدين لوصية أو تركة عرضت عليه ؟ فهل أجاز الطعن في هذا الرفض بعدم النفاذ ؟

و قبل أن نستعرض موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة نعرض موقف المشرع الفرنسي من رفض المدين للتركة و الوصية .

▪ موقف المشرع الفرنسي :

تقدم القول أن المشرع الفرنسي لم يتعرض إلى شرح أحكام و شروط الدعوى البولصية ، و إنما اكتفى بالإحالة فيها إلى القانون الروماني ، لذلك نجد أن التقنين المدني الفرنسي و أسوة بتقاليد القانون الروماني في تنظيمه لدعوى عدم النفاذ ، فقد اعتبر الموصى له مالكاً للشيء الموصى به بموجب الوصية إعمالاً بنص المادة **1014** من التقنين المدني الفرنسي (1) .

كما اعتبر الوارث الذي يقبل التركة دون تحفظ يُعد مالكاً لها بحكم القانون و هذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من نص المادة **724** من التقنين المدني الفرنسي .(2)

(1) : أنظر في هذا الصدد عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، بند 579 ، ص 1020 .

(2) : ART 1014/01 C. civ.Fr : « Tout legs pure et simple Du légataire du jour du décès du testateur, un droit à la chose léguée, doit transmissible les héritiers ou ayant cause » .

(3) : ART 724 /1 C.civil fr : « les héritiers légitimes , les héritiers naturels et conjoint survivant sont saisis de plein droit des biens et action du ... , ... l obligation d acquitter toutes les charges de la succession » .

و لذلك أجاز للدائن بعد الطعن في رفض المدين للوصية أو التركة أن يقبلهما باسمه ، و هذا ما أشارت إليه المادة **788** من التقنين المدني الفرنسي (1) ، و يكون تنازلهما (الموصى له - الوارث) بمثابة إنقاص لحقوقهما .

موقف المشرع الجزائري :

إن المشرع الجزائري و كغيره من المشرعين العرب استلهم أحكام الوصية و الميراث من أحكام الشريعة الإسلامية الغراء ، و اعتبر أن رفض الموصى له لوصية و تنازل الوارث عن ميراثه من قبيل التصرفات المفقرة التي تؤدي إلى إنقاص حقوق المدين (الموصى له - الوارث) و أجاز لدائني المدين الطعن بالدعوى البولصية في هذا الرفض أو التنازل (2) .

و يبدوا أن المشرع الجزائري قد وسّع من دائرة التصرفات القانونية التي يجوز للدائن الطعن فيها بالدعوى البولصية ، فلم يقتصر على التصرفات المفقرة التي تنقص من حقوق المدين أو تلك التي تزيد في التزاماته فقط ، و إنّما أضاف إليها تصرفين آخرين هما :

تفضيل المدين لدائن على آخر دون حقّ و الوفاء الحاصل لبعض الدائنين ، و هذا ما نصّت عليه المادة **196** من القانون المدني بقولها :

" إذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن على آخر دون حق ، فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة " .

و إذا وفي المدين المعسر أحد دائنيه قبل حلول الأجل المضروب أصلاً للوفاء ، فلا يسري هذا الوفاء في حق باقي الدائنين ، و كذلك لا يسري في حقهم الوفاء لو حصل بعد حلول هذا الأجل إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين و الدائن الذي استوفى حقه " .

(1) : ART 788 C.civil fr : « les créanciers de celui qui renonce au préjudice de leurs droits peuvent se faire autoriser en justice à accepter la succession du chef de leur débiteur , en so lieu et place . dans ce cas , la renonciation n'est annulée qu'en favent des créanciers » .

(2) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، بند 577 ، ص 1013 .

التصرف الأول : تفضيل دائن على آخر دون حق بقصد الغش :

قد يحدث أن يلجأ المدين إلى إثارة أحد دائنيه بميزة على باقي الدائنين بأن يهيئ له سبباً من أسباب التقدم لم يكن له وقت نشوء حقه ، كأن يرتب لهذا الدائن رهناً رسمياً أو حيازياً يتقدم به على بقية الدائنين الآخرين كأن يرهن له مثلاً عقاراً مملوكاً له ، فقد اعتبر المشرع أن منح المدين ضماناً خاصاً يتقدم به على سائر الدائنين دون حق بمثابة تصرف مفقر يجوز الطعن فيه بدعوى عدم النفاذ (1) ، على أنه يجب التمييز في هذه الحالة بين ما إذا كان هذا الضمان الخاص قد تم بمقابل أو بدون مقابل .

(1) - أن يتم هذا الضمان الخاص بمقابل :

إذا حصل الدائن من المدين على ضمان خاص بمقابل كأن ينقص جزء من مبلغ الدين أو أن يمد الدائن في أجل هذا الدين أو أن يمنحه أجلاً جديداً في هذه الحالة يعتبر تصرف المدين معاوضة و يشترط لجواز الطعن في هذا التصرف بعدم النفاذ إثبات غش المدين و الدائن و توأطئهما في ترتيب هذا الضمان الخاص .

(2) - أن يتم هذا الضمان الخاص بدون مقابل :

أما إذا لم يقدم الدائن مقابلاً للضمان الذي حصل عليه اعتبر تصرف المدين في هذه الحالة من قبيل التبرعات ، و لا يشترط للطعن فيه بدعوى عدم النفاذ إثبات غش المدين و الدائن .

و سواء كان تصرف المدين بمقابل أو بدون مقابل ، فإنه يترتب على النجاح في دعوى عدم النفاذ حرمان الدائن من ميزة التقدم التي حصل عليها من المدين ، و بالتالي يكون حكم هذا الضمان هو عدم النفاذ في حق باقي الدائنين و هذا ما أشارت إليه الفقرة الأولى من النص المتقدم .

(1) : رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 207 .

التصرف الثاني : الوفاء الحاصل من المدين المعسر لأحد دائنيه نتيجة التواطؤ :

يتضح من استقراء الفقرة الثانية من نص المادة 196 من القانون المدني أن المشرع الجزائري قد أجاز الطعن بدعوى عدم النفاذ في الوفاء الحاصل من المدين المعسر لأحد دائنيه قبل حلول الأجل فقد اعتبر هذا الوفاء من قبيل التبرعات ذلك أن المدين في هذه الحالة قد تعجّل الوفاء قبل حلول أجله ، و لذلك نجد أن المشرع لم يشترط للطعن فيه بعدم النفاذ إثبات أن هذا الوفاء المعجّل كان منطويًا على غش المدين أو تواطئه . أما الوفاء الحاصل من المدين عند حلول الأجل فقد اعتبره المشرع من قبيل المعاوضات و اشترط لإمكان الطعن فيه بالدعوى البولصية إثبات أن هذا الوفاء قد تم نتيجة غش المدين و تواطئه مع الدائن الذي استوفى حقه .

و إذا كان هذا هو موقف المشرع الجزائري من الوفاء ، فما هو موقفه فيما يعادل الوفاء في انقضاء الالتزام ؟

يتبين من نص المادة 285 من القانون المدني أن الوفاء بمقابل هو عقد ملزم للجانبين يقصد به تمليك عين في مقابل دين و يترتب عليه نقل ملكية هذه العين للدائن مقابل انقضاء الدين الذي في ذمته .

و بخلاف الوفاء يبدوا أن المشرع الجزائري لم يحسم موقفه بعد من الوفاء بمقابل بخلاف المشرع المصري الذي يأخذ عنده الوفاء بمقابل حكم الوفاء ، فإن كان الوفاء بمقابل قد حصل قبل حلول الأجل فإنه يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية حتى و لو كان المقابل يعادل مبلغ الدين ، و حتى و لو لم يثبت الغش ، و إن كان الوفاء بمقابل قد حصل عند حلول الأجل فإنه يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية إذا ثبت الغش حتى و لو كان المقابل يعادل مبلغ الدين . (1)

و يستخلص ممّا تقدم أنه إذا كانت جميع تصرفات المدين المفقرة قابلة الطعن فيها بالدعوى البولصية فإن هناك استثناء تكون فيه تصرفات المدين مفقرة و مع ذلك لا يجوز الطعن فيها بعدم النفاذ ، إمّا لاتصالها بشخص المدين و إمّا لتعلقها بأموال غير قابلة الحجز عليها .

(1) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 1018 ، هامش 1 .

ثالثاً : أن يكون التصرف غير متعلق بحق متصل بشخص المدين أو بأموال غير قابلة الحجز عليها :

إذا كان الهدف من دعوى عدم النفاذ هو المحافظة على الضمان العام فيجب بدهة أن يكون تصرف المدين مفقراً لأنه إذا لم يكن مفقراً انعدمت مصلحة الدائن في رفع دعوى عدم النفاذ ، إذ أن القاعدة العامة تقضي أن " لا دعوى بدون مصلحة " ، فالتصرف لا يكون مفقراً إلا إذا تناول مالا من أموال المدين التي اعتمد عليها الدائن وقت نشوء حقه لاستقاء دينه . و أن الدائن يعتمد على أموال المدين في استقاء دينه إذا كانت هذه الأموال من الجائز التنفيذ عليها أي قابلة الحجز عليها ، و كذلك لا يجوز للدائن الطعن في تصرف مدينه إذا تعلق هذا التصرف بحق متصل بشخصه .

و عليه نتناول هاتين الحالتين في الآتي :

(1)- أن يكون التصرف المطعون فيه غير متعلق بحق متصل بشخص المدين :

لا يجوز للدائن الطعن في تصرف يتعلق بحق من الحقوق المتصلة بشخص المدين ، كما لو تنازل هذا الأخير عن حقه في التعويض عن ضرر أدبي لحقه أو أنه قام بالتصالح عليه ، ذلك أن النزول عن استعمال رخصة من الرخص التي تؤدي إلى كسب الحقوق أو إنقاص الالتزامات لا تعتبر من قبيل التصرفات المفقرة (1) ، لأنه حتى و لو أجزى الطعن فيها بدعوى عدم النفاذ ، فإن الدائن لن يستفيد شيئاً من هذا الطعن و ذلك لعدم جواز استعمال تلك الرخص باسم المدين ، كما سبق و أن بيّنا عند دراستنا للدعوى غير المباشرة ، و كذلك الأمر بالنسبة إلى الخيارات المتصلة بشخص المدين كنزول الواهب عن حقه في الرجوع في الهبة ، لأنه حتى و لو نجح الدائن في الطعن و حكم له بعدم نفاذ هذا النزول في حقه ، فإنه لن يستطيع مباشرة حق الرجوع في الهبة لاتصاله بشخص المدين (2) .

(1) : ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 344 و رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ص 203 و 204 .

(2) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، بند 580 ، ص 1021 .

(2) - الحقوق غير القابلة للحجز عليها :

رأينا أن هدف دعوى عدم النفاذ هو المحافظة على الضمان العام للدائنين بإرجاع ما خرج من أموال المدين إلى ذمته المالية ، تمهيداً للتنفيذ عليها مستقبلاً وعلى ذلك فإن الأموال التي لا يمكن التنفيذ عليها لا تدخل في نطاق الضمان العام المقرر لحماية الدائنين، وذلك لعدم قابلية هذه الأموال للحجز عليها إمّا استناداً إلى القاعدة العامة التي تقضي " أن كل ما لا يجوز التصرف فيه لا يجوز الحجز عليه " ، إمّا بنص القانون فقد حدّد نص المادة 636 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية قائمة الأموال التي لا يجوز توقيع الحجز عليها إمّا لطبيعتها كأموال الموقوفة (1) و حق النفقة إمّا لعدم جواز التنازل عنها كحق السكنى و حق الاستعمال كما سبق بيان ذلك .

أما الأجور و المرتبات فقد أجازت المادة 639 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الحجز عليها وفق أحكام و إجراءات تناولتها أحكام المواد من 775 إلى 782 من نفس القانون .

ويثور التساؤل حول الثمار التي تنتج عن الأموال غير القابلة للحجز عليها، سواء كانت الثمار طبيعية كالكلأ أو ثمار مستحدثة كالمحاصيل الزراعية أو ثمار مدنية أي ما يغله الشيء من دخل نقدي ، فهل يجوز للدائن الطعن فيه بدعوى عدم النفاذ في حالة ما إذا تصرف فيها المدين و أضر بدائنيه ؟

أن جميع تصرفات المدين التي تنصب على أموال مثمرة غير قابلة للحجز عليها ولكن ثمارها قابلة للحجز عليها ، فإنه يجوز لدائني المدين الطعن فيها بدعوى عدم النفاذ في حدود ما لحقهم من ضرر (2) ، وهذا باستثناء الأموال العامة المملوكة للدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة التي تكون مخصصة للمنفعة العامة .

(1) : تنص المادة 23 من قانون الأوقاف على أنه :

" لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به بأية صفة من صفات التصرف ، سواء بالبيع أو التنازل أو غيرها "

(2) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، بند 732 ، هامش 02 ، ص 786 و 787 .

أما أموال الدولة الخاصة أي الأموال التي تملكها الدولة و لا تكون مخصصة للمنفعة العامة ، فلا يوجد نص يقرر عدم جواز الحجز عليها و هناك خلاف بشأنها و يأخذ حكم الأموال العامة أموال الوقف (1) فلا يجوز التصرف فيها سواء بالبيع أو التنازل ، ومع ذلك فقد أجاز القانون توقيع الحجز على الثمار التي تنتج من هذه الأموال الموقوفة ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 636 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها :

" فضلاً على الأموال التي تنص القوانين الخاصة على عدم جواز الحجز عليها لا يجوز الحجز على الأموال الآتية :

الأموال الموقوفة وقفاً عاماً أو خاصاً ما عدا الثمار والإيرادات ... " .

و كذلك ما نصت عليها المادة 888 من القانون المدني :

" توقف و توزع ثمار العقار المرهون و إيراده مثلما يوقف و يوزع ثمن العقار ابتداءً من تسجيل نزع الملكية الذي هو بمثابة الحجز العقاري " .

(1) : العربي الشحط عبد القادر ، طرق التنفيذ في المواد المدنية و الإدارية ، مرجاجو للنشر ، ص 64 و 65 .

الفرع الثالث : الشروط الخاصة بالمدين :

تستند دعوى عدم نفاذ التصرف إلى فكرتين أساسيتين هما إعسار المدين و نيته في الإضرار بحقوق دائنيه ، و بمعنى آخر أن هذه الدعوى لم تنقرر إلا لمحاربة إعسار المدين و غشه في الإضرار بدائنيه و على ذلك يشترط في المدين شرطان و هما :

(1) الإعسار .

(2) الغش أو قصد الإضرار .

- أولاً : أن يؤدي تصرف المدين الى إعساره أو الزيادة في إعساره :

تناول المشرع الجزائري هذا الشرط في المادة 191 من القانون المدني بقوله :

" لكل دائن حل دينه و صدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته ، و ترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره " .

يُستفاد من هذا النص أن المبرر الرئيسي في تشريع دعوى عدم النفاذ هو الضرر الذي لحق الدائن من جراء تصرفات مدينه الضارة ، و أن هذا الضرر يتجلى في عدم تمكن الدائن من استفاء حقه بسبب إعسار مدينه أو إقدام هذا الأخير على تصرفات زادت في إعساره ، و على ذلك فما هو المقصود بالإعسار في الدعوى البولصية ؟

(1) المقصود بالإعسار :

يقصد بإعسار المدين في دعوى عدم نفاذ التصرف الإعسار الفعلي ، لا الإعسار القانوني الذي نظمه المشرع المصري وخصه بأحكام و إجراءات تتطلب شهره ، فالإعسار الفعلي لا يتحقق إلا إذا زادت ديون المدين عن حقوقه ، كما يشترط أن تكون هذه الديون مستحقة الأداء فلا يكفي إذن مجرد نقص حقوق المدين عن ديونه لاعتباره معسراً ، بل يجب إلى جانب ذلك أن تزيد هذه الديون عن الحقوق المستحقة الأداء (1) .

(1) : أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص 133 .

غير أنه قد لا تزيد هذه الديون عن الحقوق و مع ذلك يعتبر المدين معسراً في الدعوى البولصية كما لو كانت بعض هذه الحقوق غير ظاهرة أو يتعذر التنفيذ عليها كالأموال المتنازع بشأنها أو الموجودة في الخارج ، و على العكس من ذلك فقد تزيد الديون على الحقوق مع ذلك لا يعتبر المدين معسراً ، كما لو كانت بعض هذه الديون معلقة على شرط أو كان بعض الدائنين لا يتقدم لاستيفاء حقه ، بحيث أن الباقي من الديون يمكن وفاءه من مال المدين . (1)

فالنتيجة التي نخلص إليها من نص المادة 191 من القانون المدني أن شرط الإعسار وثيق الصلة بالضرر الذي يلحق الدائن من جراء تصرفات مدينه ، فطالما هناك إعسار في جانب المدين هناك ضرر في جانب الدائن .

و على ذلك فلا نتصور تحقق الضرر في جانب الدائن إذا كان تصرف المدين لا يؤدي إلى إعساره أو إلى الزيادة في إعساره إذا كان معسراً من قبل .
فإذا كان المدين موسراً وقت صدور التصرف ولم يؤد هذا التصرف إلى إعساره فلا يجوز لدائنيه أن يطعنوا في هذا التصرف بعدم النفاذ حتى و لو طرأ على المدين بعد ذلك ما يجعله معسراً ، فلا تُقبل دعوى عدم النفاذ إلا إذا ترتب على التصرف ذاته الإعسار الذي ألحق ضرراً بدائنيه (2) .

و إذا كان المدين معسراً أصلاً ثم تصرف في بعض أمواله تصرفاً لم يؤد إلى زيادة إعساره أي أن يتصرف المدين بعوض كافٍ كأن يبيع مالاً بثمن المثل أو أن يشتري مالاً آخر لا يقل عن قيمة عما باعه ، فلا يجوز الطعن في هذا التصرف بدعوى عدم النفاذ (3) .

(1) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد ، ص 788 ، هامش 2 .

(2) : رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، بند 684 ، ص 667 .

(3) : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند 684 ، ص 667 و عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط ، الجزء الثاني ، بند 586 ، ص 1029 .

فالمدين إذن إما أن يكون غير معسر قبل صدور التصرف ، فتكون أمواله كافية لوفاء ديونه و هذه الحالة تستلزم أن يكون التصرف الذي أقدم عليه المدين سبباً في إعساره ، و إما أن يكون المدين معسراً قبل صدور التصرف فيزيد هذا التصرف في إعساره ، و أن التصرف الذي يكون سبباً في إعسار المدين أو الزيادة في إعساره قد يكون معاوضة كالمقايضة بحيث تكون قيمة الشيء الذي يكتسبه أقل من قيمة الشيء الذي يقدمه .

و قد يكون هذا التصرف بيعاً كأن يقوم البائع (المدين) بإخفاء ثمن المبيع عن دائنيه أو أن يقوم بتبديده ، كما قد يكون ثمن البيع بخساً و قد يكون هذا التصرف عقد شراء يلتزم فيه المشتري (المدين) بدفع ثمن أكبر من قيمة الشيء الذي اشتراه .

و لا يكفي أن يتحقق إعسار المدين أو الزيادة في إعساره حتى يطعن دائنوه بعدم نفاذ هذه التصرفات في حقهم ، بل يجب أن تستمر حالة الإعسار أو الزيادة في الإعسار إلى وقت رفع الدعوى حتى يكون لدائنيه مصلحة في رفعها (1) ، فقد تزيد أموال المدين بعد التصرف الذي يجريه كأن يتلقى هبة أو ميراث أو وصية تنعش ضمانه العام و تقوى بذلك حقوقه على ديونه فتصبح عندئذ أمواله كافية لسداد ديونه فتنتفي بذلك مصلحة دائنيه في رفع دعوى عدم النفاذ .

و تجدر الملاحظة أن هناك من الفقهاء من يعطي للإعسار مفهوم خاص في الحالة التي يكون فيها للدائن حقاً على مال معين من أموال المدين أو كان حقه مركزاً في هذا المال كأن يكون الدائن مرتهاً لمال مملوك للمدين أو كان موعوداً له ببيع هذا المال ، فيقوم المدين ببيع العين الموعود ببيعها أو قيامه بإجراء تصرف على المال المرهون يُنقص من قيمته أو يتصرف فيه ، عندئذ يجوز للدائن أن يطعن في هذه التصرفات حتى و لو كان المدين موسراً و لديه أموال تفي بتعويض الدائن عن عدم التنفيذ أو عمّا لحقه من ضرر . (2)

(1) : يحي عبد الودود ، المرجع السابق ، ص 466 .

(2) : رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 209 .

و هذا الاتجاه أخذ به الفقه و القضاء الفرنسي فهو لا يشترط في رفع الدعوى البولصية إعسار المدين إذا تعلق الأمر بالتصرف في مال موعود به لشخص آخر أو كان للدائن حق تقدم على هذا المال فطالما أن الضرر يتحقق بمجرد التصرف في هذا المال فلا يشترط إعسار المدين .

و لكن إذا كان الطعن بالدعوى البولصية مرهون بضرورة توافر شرط إعسار المدين أو الزيادة في إعساره فكيف يتم إثبات هذا الإعسار؟

(2) إثبات الإعسار :

تقضي القواعد العامة للإثبات أن على الدائن الذي يدعي إعسار مدينه أن يثبت أن التصرف المطعون فيه هو السبب المباشر الذي أدى إلى إعسار مدينه أو الزيادة في إعساره ، أي أن هناك علاقة سببية مباشرة ما بين التصرف المطعون فيه و إعسار المدين أو الزيادة في إعساره ، ولا تتحقق هذه العلاقة السببية إلا إذا كان التصرف المطعون فيه مفقراً و كان من شأن هذا التصرف المفقّر أن يؤدي إلى الإنقاص من حقوق المدين أو الزيادة في التزاماته فتصبح حينئذ أموال المدين غير كافية لسداد ديونه .

و على ذلك لا يجوز للدائن أن يطعن في تصرف مدينه إذا كان هذا الأخير معسراً منذ البداية ، ثم تصرف بعوض في بعض أمواله كما قدمنا ، فلا يجوز للدائن أن يطعن بعدم نفاذ هذا التصرف في حقّه طالما أن هذا التصرف لم يكن هو السبب المباشر في إعسار مدينه .

و قد رأى المشرع الجزائي أن تحميل الدائن رافع الدعوى عبء إثبات إعسار مدينه أو الزيادة في إعساره وفقاً لما تقتضيه القواعد العامة للإثبات فيه عبء ثقيل يصعب النهوض به ، و لذلك جاء نص المادة 193 من القانون المدني لتخفيف هذا العبء و تقسيمه بين الدائن و المدين بقوله :

" إذا ادعى الدائن عسر المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون و على المدين نفسه أن يثبت أن له ما لا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها " .

يُستفاد من هذا النص أن المشرع الجزائري قد وضع قرينة قانونية تيسر على الدائن إثبات إعسار مدينه فيكفي الدائن أن يثبت ما في ذمة مدينه من ديون ، فإن نجح في ذلك اعتبر المدين معسراً إلا أن هذه القرينة القانونية هي قرينة بسيطة يجوز دحضها من قبل المدين ، و بذلك ينتقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين فعلى هذا الأخير أن يثبت أن له من الأموال ما يساوي قيمة الديون التي في ذمته أو يزيد عليها ، فإذا فشل في ذلك اعتبر معسراً .

و من مزايا نص المادة **193** فوق تخفيف عبء الإثبات و تقسيمه بين الدائن و المدين أنه يدفع المدين و بطريقة غير مباشرة إلى إظهار أمواله النقدية التي يسهل عادة تهريبها أو إخفائها عن دائنيه .

و تجدر الإشارة أنه لا يجوز للدائن مباشرة دعوى عدم النفاذ إلا بعد تجريد أموال المدين ، أي يجب على الدائن رافع الدعوى أن يثبت أنه لم يتبق للمدين أموالاً ظاهرة تفي بديونه غير الحق الذي تصرف فيه . غير أنه يمكن للمتصرف إليه الدفع بهذا التجريد بأن يثبت أن أموال المدين كافية لسداد ديونه و لكن هذا لا يعني أن المتصرف إليه ملزم بأن يدل الدائن على أموال مدينه ذلك أن التجريد هنا غير التجريد الذي يتطلبه المشرع في عقد الكفالة (1) ، و نزولاً عند أحكام المادتين **660** و **657** من القانون المدني للكفيل منع الدائن من تجريده من أمواله إلا بعد تجريد المدين ، أي لا ينفذ الدائن على الكفيل إلا إذا كانت أموال المدين غير كافية للوفاء بديونه ، فإذا تأخر الكفيل في طلب تجريد سقط حقه .

أما في دعوى عدم النفاذ فيجوز للمتصرف إليه أن يطلب تجريد المدين في أية مرحلة من مراحل الدعوى و لا يطلب منه أن يدل الدائن على أموال المدين ولا أن يقدم له مصروفات التجريد ، بل على الدائن رافع دعوى عدم النفاذ أن يثبت إعسار مدينه و على المدين أن يدل الدائن على أمواله و أن يثبت أنها كافية لسداد ديونه كما قدمنا (2) .

(1) و (2) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء 02 ، بند 589 ، ص

و للقاضي السلطة التقديرية القول ما إذا كان التصرف المطعون فيه هو السبب المباشر في إفسار المدين أو الزيادة في إفساره و ما إذا بقي هذا الإفسار قائماً إلى وقت رفع الدعوى ، و لا رقابة للمحكمة العليا في ذلك ، و إنما تقتصر رقابتها على مدى احترام قاضي الموضوع لهذين الأمرين [شرط الإفسار و بقاءه قائماً إلى وقت رفع الدعوى] كشرط في قبول دعوى عدم النفاذ (1) .

▪ - ثانياً : قصد الغش أو قصد الإضرار .

يتضح من استقراء النصوص القانونية المتعلقة بدعوى عدم نفاذ التصرفات أن فكرة الغش أو قصد الإضرار لها أساساً و مجالاً في هذه الدعوى ، غير أنه قبل التقرير مقدماً بهذا الحكم لا بدّ لنا من تقصي حقيقة ذلك و التساؤل عما إذا كان يفترض قيام الغش في جميع تصرفات المدين حتى يتمكن الدائن من الطعن في تصرفات مدينه ، أم أن دعوى عدم النفاذ تتحقق بغض النظر عما أحاط تصرفات المدين من ظروف و ملابسات و دوافع ؟

و للإجابة على ذلك نقول أنه لا بدّ من تحديد معنى الغش و مدى استلزام قيامه و وجوده كشرط في قبول دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين الضّارة بدائنيه .

(1) - مفهوم الغش بوجه عام :

إن تحديد معنى الغش بدقة كان محل جدل بين الفقهاء على مرّ العصور ، ذلك أن الغش هو عامل نفسي بحث فهو يتصل برغبة نفسانية يصعب التكهن بها بأمارات خارجية .

و قد سبق و أن وضع القانون الروماني تحت تصرف الدائنين وسيلتين لمواجهة تصرفات مدينهم المعسر التي يبرمها غشاً وإضراراً بدائنيه و هما أمر محاربة الغش و أمر الرد ، الأول يصدره البريتور إلى من تعاقد مع المدين المعسر و حصل منه على شيء مادي برد الشيء إلى المدين تمهيداً للتنفيذ عليه من قبل الدائن ، و الثاني يهدف إلى إبطال التصرف الذي أجراه المدين مع المتصرف إليه إذا كان هذا التصرف قد تم بناءً على غش المدين و توطأً مع المتصرف إليه .

(1) : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند 684 ، ص 668 .

كما أشار فقهاء القانون الروماني إلى قاعدة عامة مفادها : " أن الغش يُفسد كل شيء " **fraus omnia corrumpit** ليس فقط أثناء مرحلة تنفيذ العقد ، بل أيضا أثناء مرحلة تكوينه و انعقاده (1) ، كما اهتم الفقه الإسلامي منذ عقود من الزمن بمبدأ حسن النية في المعاملات و إلزام المتعاقدين بأن يتحلوا بالصدق و الأمانة و الابتعاد عن الغش و الإضرار بالغير في كل ما يتصل بالمعاملات المالية سواء أثناء تكوين العقد أو بعد تنفيذه مصداقاً لقوله تعالى :

(و الذين هم لأماناتهم و عهدهم راعون) (2) ، و لقوله صلى الله عليه و سلم :

" من غش فليس منا " (3) .

و لما كان هذا حال الغش بوجه عام ، فما المقصود بالغش في الدعوى البولصية ؟

للإجابة عن هذا السؤال سنتناول مفهوم غش المدين في دعوى عدم النفاذ ، ثم نتطرق إلى مفهوم غش المتصرف إليه .

• مفهوم الغش في الدعوى البولصية :

يقصد بالغش في مجال الدعوى البولصية أن تتوافر لدى المدين نية الإضرار بدائنيه وقت صدور التصرف و تتجسد نية الإضرار في أن يقصد المدين من وراء تصرفاته التخلص من الوفاء بالتزاماته اتجاه دائنيه لإنقاص ضمانه العام فتصبح أمواله غير كافية لسداد ديونه .

(1) : بلحاج العربي ، أحكام الإلتزام في ضوء الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان الأردن ، الطبعة الأولى سنة 2012 ، ص 160 .

(2) : سورة المؤمنون ، الآية 08 .

(3) : أخرجه مسلم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

فالغش إذن لن يتحقق إلا إذا صدر من المدين تصرف ضار بدائنين كانت حقوقهم مستحقة الأداء و ثابتة لهم قبل صدور التصرف ، لأنه تسبب في إفساره أو في زيادة ذلك الإفسار ، لذلك يعتبر الغش العنصر النفسي في هذه الدعوى ليوافقه و يُقابل عنصر الضرر الذي يُمكن اعتباره العنصر المادي في الدعوى البولصية . (1)

و الغش في دعوى عدم النفاذ غير التدليس الذي عرفناه عيباً من العيوب المفسدة للإرادة ، فبالرغم من أنهما يعتبران تطبيقاً للنظرية العامة في الغش (2) إلا أنهما يختلفان عن بعضهما البعض في أمور أربعة :

✓ أن التدليس حسب المادة 86 من القانون المدني هو استعمال طرق احتيالية يكون الغرض منها هو إيقاع المتعاقدين في الغلط لدفعه إلى التعاقد .
بينما الغش في دعوى عدم النفاذ لا يفترن بهذه الطرق الاحتيالية .

✓ أن التدليس يفترض قيام عنصرين أساسيين :
عنصر موضوعي و هو استعمال طرق احتيالية .
عنصر شخصي و هو أن تؤدي هذه الطرق الاحتيالية إلى تضليل الشخص و تدفعه إلى التعاقد بحيث لولا هذه الحيل لما أبرم المدلس عليه العقد .

بينما الغش في دعوى البولصية لا يفترض قيام هذين العنصرين الأساسيين و إنما يكفي بأن يتوافر لدى المدين قصد الإضرار بدائنيه بإبرام تصرفات تزيد في التزاماته أو تنقص من حقوقه أي تضعف من ضمانه العام .

(1) : ياسين محمد الجبوري ، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ، الجزء الثاني ، آثار الحقوق الشخصية (أحكام الإلتزام) ، دراسة مقارنة ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الطبعة الأولى 2003 ، ص 345 و 346 .

(2) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، بند 735 ، هامش 02 ، ص 797 .

✓ أن التدليس يوجه إلى المتعاقد الآخر لدفعه إلى إبرام العقد .

أما الغش فيوجه إلى الغير و هو الدائن في الدعوى البولصية .

✓ جزاء التدليس هو إبطال العقد إذا كان التدليس صادراً من المتعاقد الآخر عملاً بأحكام المادة 87 من القانون المدني ، أما إذا صدر التدليس من طرف أجنبي عن العقد فليس للمدلس عليه أن يطالب بإبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس .

إذا فشل في إثبات التواطؤ بين المتعاقد معه فيجب عليه أن يرجع على هذا الأخير بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية .

أما جزاء الغش في الدعوى البولصية فهو عدم نفاذ تصرفات المدين في حق دائنيه و مادام الغش البولصي هو عامل نفسي كما قدمنا أي باعتباره الباعث الدافع الذي يدفع المدين إلى التصرف في أمواله إضراراً بحقوق دائنيه ، فقد ثار خلاف في الفقه حول تحديد مفهومه سواء بالنسبة إلى المدين أو من صدر له التصرف (المتصرف إليه) .

2 - أ - مفهوم غش المدين :

يتنازع مفهوم غش المدين في دعوى عدم النفاذ اتجاهين (1) :

✓ الاتجاه الأول يرى أن مجرد علم المدين بأن تصرفه سيؤدي إلى إعساره أو إلى الزيادة في إعساره كافياً لاعتباره أن هذا التصرف منطوي على غش المدين حتى ولو لم يتوافر لدى المدين نية الإضرار بدائنيه ، كما لو كان إعسار المدين وقتي لا يلبث أن يزول بعد تحقق ما يرقب من كسب يُقوي ضمانه العام .

✓ أما الاتجاه الثاني فيرى أنصاره أن علم المدين وحده غير كافٍ لاعتبار أن تصرف المدين كان منطوي على غش ، بل يجب إلى جانب ذلك أن يتوافر لدى المدين نية الإضرار بالدائنين و أمام هذا الجدل الفقهي ظهر جانب من الفقه يراعي العدالة و يأخذ بيد الدائن و المدين .

(1): راجع في هذا الصدد تفصيل أكثر سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند 686 ، ص 671 و 672 .

و قد حاول أنصار هذا الاتجاه التوفيق بين الاتجاهين ، فهم يرون أن مفهوم الغش مقرون بنية أو قصد الإضرار و هذه النية تكون مفترضة و هو أمر شاذ كلما علم المدين أن تصرفاته ستؤدي حتماً إلى إفساره أو الزيادة في إفساره أي أنهم يعتبرون أن علم المدين بإفساره كاف لقيام قرينة على قصد الإضرار ، و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من نص المادة 192 من القانون المدني بقوله :

" يكفي لاعتبار التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين و هو عالم بعسره " .

و بذلك يكون المشرع الجزائري قد خفف على الدائنين عبء إثبات نية الإضرار و التي يصعب في كثير من الفروض إثباتها لارتباطها بعامل نفسي داخلي يجعل من العسر على الدائنين التعرف عليها بأمارات خارجية ، و إكتفى لاعتبار التصرف منطوياً على غش المدين أن يكون المدين على علم بأن هذا التصرف سيؤدي حتماً إلى إفساره .

غير أن قرينة علم المدين بإفساره هي قرينة قانونية بسيطة يجوز للمدين دحضها بإثبات أنه لم يقصد الإضرار بدائنيه كأن يثبت أن تصرفه كان بهدف صيانة عقار له آل إلى السقوط أو لصيانة آلات معدة للزراعة و كل هذا سيؤدي حتماً إلى زيادة ضمانه العام و إنعاشه (1) .

2 - ب - مفهوم غش المتصرف إليه :

لقد اختلف الفقهاء حول تحديد مفهوم الغش الواجب توافره في جانب المتصرف إليه حتى يُعتبر هذا الأخير متواطئاً مع المدين في الإضرار بالدائنين ، فيرى البعض أن المقصود بغش المتصرف إليه هو علمه بتوافر الغش لدى المدين أي أن المتصرف إليه كان يعلم بأن التصرف سيؤدي حتماً إلى إفسار المدين .

(1) : أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص 135 .

بينما ذهب البعض الآخر إلى القول أن مجرد علم المتصرف إليه لا يكفي بذاته لقيام قرنية على غشه ، بل لابد من اشتراك المتصرف إليه مع المدين في قصد الإضرار بالدائنين (1) ، و هو ما يعرف بالغش المشترك أي أن يتوافر قصد الغش لدى كل من المدين و المتصرف إليه وقت صدور التصرف و أن هذا التصرف سيؤدي حتماً إلى إنقاص الضمان العام المقرر لدائنيه

و يتضح من استقراء الفقرة الثانية من المادة 192 و المادة 196 من القانون المدني أن المشرع الجزائري قد اكتفى بعلم المتصرف إليه بغش المدين في التصرفات التي تكون بعوض بقوله :

" كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين في حالة عسر "

بينما اشترط التواطؤ في الغش في حالة تفضيل المدين لأحد دائنيه بالوفاء له أو بمنحه ميزة من ميزات التقدم بقوله :

" إذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن على آخر دون حق فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة .

و إذا وفي المدين المعسر أحد دائنيه قبل حلول الأجل المضروب أصلاً للوفاء ، فلا يسري هذا الوفاء في حق باقي الدائنين و كذلك لا يسرى في حقهم الوفاء و لو حصل بعد حلول هذا الأجل ، إذا كان قد تم نتيجة تواطأ بين المدين و الدائن الذي استوفى حقه " .

(3) - التفرقة بين المعاوضات و التبرعات من حيث شرط الغش :

من الطبيعي أن تصرفات المدين إذا كان قاصداً بها الإضرار بدائنيه ستؤدي حتماً إلى إنقاص ضمانه العام ، فهو يرمي إذن إلى التخلص من الوفاء بالتزاماته تجاه دائنيه ، إذ من المتصور أن يتصرف المدين تصرفات مختلفة و متنوعة منها ما هو معاوضة و منها تبرعاً و على ذلك :

(1) : أنظر في هذا الصدد سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند 686 ، ص 672 .

فهل يشترط توافر شرط الغش في جميع هذه التصرفات حتى يُقبل الطعن فيها بعدم النفاذ أم أن هذا الشرط مقصوراً على تصرفات دون الآخر؟

و الإجابة على هذا التساؤل هي التي تدفعنا إلى ضرورة التمييز بين حالتين :

الأولى : أن يتصرف المدين في أمواله بعوض .

الثانية : أن يتصرف المدين في أمواله تبرعاً .

(3) - أ - إذا كان تصرف المدين من المعاوضات :

لاشك أن في إقدام المدين على التصرف في أمواله معاوضة فيه تحسين لحالته المالية و إنعاش لضمانه العام ، و في ذلك تحقيق لمصلحة و غاية له هو و لدائنيه حتى يتمكنوا من استفاء حقوقهم إذ لا يُتصور أن يقدم المدين على التصرف في أمواله تصرفاً يؤدي إلى خسارته و الإضرار بمصالحه و على ذلك فكيف يُبرر تخويل المشرع للدائنين الطعن بعدم نفاذ هذا النوع من التصرفات (المعاوضات) في حقهم ؟ .

سبق و أن قدمنا أن تصرفات المدين التي تتسبب في إفساره أو الزيادة في إفساره قد تكون معاوضة كالبيع و الشراء و المقايضة ، ففي البيع قد يكون الثمن بخساً أو أن المدين استطاع أن يخفيه عن دائنيه حتى لا يتمكنوا من التنفيذ عليه ، فمصلحة المدين المعسر هنا تكمن في تهريب أمواله الظاهرة بطرق شتى ، فقد يلجأ المدين إلى الغش و التواطؤ مع أشخاص آخرين من أصدقائه و أقاربه و معارفه على أن يقوم بشراء أو بيع عقارات مملوكة له ، فيزيد بذلك من التزاماته أو ينقص من حقوقه ليصل بها إلى تهريب أمواله (1) ، لذلك نجد أن المشرع الجزائري و أمام هذا الوضع قد خولّ للدائنين الطعن بعدم نفاذ هذه التصرفات في حقهم في مقابل أن يثبتوا غش مدينهم في الإضرار بحقوقهم .

(1) : ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 351 .

و من الطبيعي أنه إذا اشترط المشرع لعدم نفاذ مثل هذه التصرفات في حقهم إثبات غش مدينهم أن يثبتوا كذلك غش المتصرف إليه ضماناً لاستقرار المعاملات و هذا ما قصدته الفقرتين الأولى و الثانية من نص المادة 192 من القانون المدني بقولها :

" إذا كان تصرف المدين بعوض، فإنه لا يكون حجة على الدائن إذا كان هناك غش صدر من المدين و إذا كان الطرف الآخر قد علم بذلك الغش يكفي لاعتبار التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين و هو عالم بعسره .

كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين في حالة عسر و إذا كان الأصل في المعاوضات هو تحقيق المنفعة والربح و الاستثناء هو قصد الإضرار بالغير و لما كانت العبرة بالأصل لا الاستثناء ، ذلك أن الاستثناء يُقاس و لا يُقاس عليه ، فيجب أن تأخذ الأمور على ظواهرها و على من يدعي خلاف الظاهر أن يثبته (1) .

و يتضح من استقراء النص المتقدم أن المشرع الجزائري قد يسر على الدائنين عبء إثبات غش مدينهم بأن يثبتوا أن المدين قد تصرف و هو عالم بأن هذا التصرف سيؤدي حتماً إلى إفساره و أن المتصرف إليه يعلم ذلك أيضاً كما قدمنا .

و يستطيع الدائنون استخلاص هذا العلم من بعض القرائن القضائية كأن يتصرف المدين لأحد أبناءه أو زوجته ، و لم يكن لهذا الابن أو الزوجة مال ظاهر وقت صدور التصرف لدفع الثمن كما يمكن استخلاص هذه القرائن من السرعة التي يتم بها التصرف و كذا تفاهة الثمن .

غير أنه يمكن لمن صدر له التصرف (المتصرف إليه) نقض هذه القرينة بإثبات أنه بالرغم من هذا العلم فإنه كان يعتقد بحسن نية أن المدين لم يكن يقصد إنقاص حقوقه أو زيادة التزاماته كأن يتصرف المدين تصرفاً مألوفاً لا سرف فيه و لا محاباة أو أن يكون هذا التصرف من التصرفات التي تقتضيها حالته المعيشية أو تقاليد مهنته كتحسين تجارته أو صيانة صناعته أو زراعته .

(1) : ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 351 و خالد نثار ، المرجع السابق ، ص 26 .

3- ب- إذ كان تصرف المدين من التبرعات :

ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى التميّز بين التبرعات و المعاوضات و هم يرون أن تصرفات المدين التي تعتبر من قبيل التبرعات لا يشترط فيها توافر الغش في جانب المدين ، و يستند أنصار هذا الرأي إلى ثلاث حالات يتنازل فيها المدين عن حقه بدون مقابل و هذه الحالات هي (1) :

○ حالة تنازل المدين عن حق الانتفاع .

○ حالة تنازل الوارث عن الميراث .

○ حالة تنازل الموهوب له عن الهبة لمن يحل بعده .

فيسمح للدائن في هذه الحالات الثلاث الطعن في هذا التنازل بمجرد إثباته للضرر الذي أصابه من جراء التنازل .

بينما ذهب فريق آخر من الفقه إلى القول بأن هذه القاعدة قاصرة على التنازل دون غيره من التبرعات الأخرى .

غير أن كلا الرأيين لم يُصادفا قبولاً من غالبية الفقه و القضاء الفرنسي بدعوى أن المشرع الفرنسي و منذ إغفاله لشرط الغش في الأحوال الثلاثة المذكورة سالفاً لم يكن قد اتخذ لنفسه موقفاً من هذه المسألة ، أمّا و قد اتخذ موقفاً واضحاً باشتراطه الغش بعبارة مطلقة بعموم نص المادة 1167 من التقنين الفرنسي الذي يعتبر النص الأساسي في موضوع الدعوى البولصية فلم يعد هناك معنى للتمييز بين التبرعات و المعاوضات أو بين التنازل أو غيره (2) .

أمّا في القانون المصري فالظاهر أن المشرع المصري قد ميّز بين المعاوضات و التبرعات و اشترط في الأولى ضرورة توافر شرط الغش في جانب المدين لقبول الدعوى البولصية ، و لم يشترط في الثانية ذلك ، و يتضح ذلك من الرجوع إلى الفقرة الثانية من نص المادة 238 من التقنين المدني المصري التي تنص على أنه :

(1) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، الجزء 02 ، بند 592 ، هامش 02 ص 1040 .

(2) : راجع في هذا الصدد عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد ، ص 799 و 800 .

" أما إذا كان التصرف تبرعاً فإنه لا ينفذ في حق الدائن و لو كان من صدر له التبرع حسن النية و لو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً " .

و يتضح من استقراء هذه المادة أنه يكفي الدائن للطعن في التبرعات الصادرة من مدينه إثبات أن هذه التبرعات قد تسببت في إعسار المدين أو زادت في إعساره و يقابل هذا النص في القانون المدني الجزائري نص المادة 192 الفقرة الثالثة التي تنص على أنه : " أما إذا كان التصرف الذي قام به المدين تبرعاً ، فإنه لا يحتج به على الدائن و لو كان المتبرع له حسن النية " .

غير أنه من مقاربتنا بين النصين نجد أن المشرع الجزائري قد إستعمل عبارة " لا يحتج به " و كان الأولى أن يستعمل عبارة " عدم النفاذ " فهي أبلغ وأدق .

و قد سبق و أن أشرنا إلى ذلك . كما نجد أن المشرع الجزائري قد أغفل ذكر شرط غش المدين المذكور في الفقرة الثالثة من نص المادة 238 من التقنين المدني المصري : " ... و لو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً " .

و نشير في هذا الصدد أنه بعد سقوط عبارة " ... و لو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً " من نص المادة 192 من القانون المدني أنه إذا كان التصرف الذي قام به المدين من قبيل التبرعات فإنه لا يكون نافذاً في حق دائنيه دون حاجة إلى إثبات الدائنين لغش مدينهم و لا غش المتصرف إليه و يكفي الدائنين هنا إثبات أن هذا التصرف قد تسبب في إعسار مدينهم أو زاد في إعساره ، كما لو كان تصرف المدين هبة مثلاً فليس للدائن إثبات غش الواهب (المدين) أي علمه بالإعسار و من باب أولى فهو غير ملزم بإثبات علم الموهوب له بهذا الإعسار، بل يكفي الدائن أن يثبت أن هذا التبرع قد تسبب في إعسار الواهب (المدين) أو زاد في إعساره سواء كان الواهب و الموهوب له يعلمان بذلك أو لا ، ذلك أن المشرع الجزائري قد أقام قرينة قانونية في الفقرة الثالثة من نص المادة 192 مفادها أنه إذا كان تصرف المدين تبرعاً فإنه لا ينفذ في حق الدائن و لو كان من صدر له التبرع حسن النية و هي قرينة قاطعة لا يجوز دفعها بإثبات العكس .

فكل تصرف إذن يصدر من المدين تبرعاً لا يشترط فيه الغش سواء في جانب المدين أو في جانب المتصرف إليه ، و لو كان المتصرف إليه حسن النية .

و نحن نقول أن كل تصرف يصدر من المدين تبرعاً لا يكون نافذاً في حق الدائن و لو كان المتصرف إليه حسن النية ، بل لو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً و يعزز وجهة نظرنا في هذا القياس حكم المادة الأولى من القانون المدني التي تنص على أنه :

" يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها ، و إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة "

ذلك أن فقهاء الشريعة الإسلامية لا يجيزون تبرع المدين الذي أربت ديونه على حقوقه ، كما أن الفقه المالكي لم يشترط الغش و لم يرد فيه ما يدل على ضرورة وجوده بين المدين و المتصرف إليه (1) .

و يتضح مما تقدم أن المشرع الجزائري قد فرق بين تصرفات المدين المطعون فيها بين المعاوضات و التبرعات ، فاكتفى للطعن في التبرعات أن يكون تصرف المدين مفقراً و ضاراً بدائنيه دون حاجة إلى إثبات الدائن لغش مدينه و تواطئه مع المتصرف إليه ، و تعليل ذلك أن دعوى عدم النفاذ قد شرعت لحماية الدائن من الغش الذي يصيبه من جراء إعسار مدينه و في هذا المعنى يقول الفقيه سليمان مرقس (2) : " أن مصلحة الدائن في دفع الضرر الذي يصيبه من إعسار مدينه أولى بالرعاية من مصلحة المتبرع له في الاحتفاظ بمنفعة مجانية لم يبذل من أجلها ثمناً لأن دفع الضرر أولى من جلب المنفعة " .

(1) : ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 347 .

(2) : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند 686 ، ص 671 .

و قد جرى العرف على أن " دفع الديون مقدم على تقديم الهدايا " و مقتضى هذه القاعدة العرفية أن المدين الذي تكون ديونه مستغرقة لجميع أمواله و يتبرع ببعض أو كل أمواله فلا يكون هذا التبرع نافذاً في حق دائنيه مهما كان الباعث لأن العدل و المنطق يقتضيان أنه يستوجب على المدين قبل التبرع دفع ديونه ، فالغالب الراجح هنا أن المدين لديه نية الإضرار بدائنيه والتي تتجسد في أنه يرمي من وراء تصرفاته (التبرعات) إلى التخلص من الوفاء بالتزاماته تجاه دائنيه ، و من البديهي أن تؤدي هذه التصرفات إلى إنقاص حقوقه و بالتالي إلى إضعاف ضمانه العام المقرر لدائنيه (1).

و قد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما أعفى الدائن من إثبات غش المدين و المتصرف إليه و اعتبر أن التبرع في حد ذاته قرينة على الغش فمصلحة الدائن إذن أولى و أجدد بالرعاية و التفضيل و الحماية من مصلحة المتبرع له في الاحتفاظ بمنفعة مجانية لم يبذل من أجل كسبها مقابلاً (2) ، فالموهوب له بغير عوض يستفيد من كل مزايا الهبة التي تدرّ عليه مغنماً فوجب عليه أن يغرّم تطبيقاً للقاعدة الفقهية والتي تقضي بأن : " من خلق تبعات يستفيد من مغانمها و جب عليه أن يتحمل عبء مغارمها " و " الغنم بالغرم " .

أما في المعاوزات فالأمر يختلف فهناك مصلحتين متقابلتين مصلحة الدائن في دفع الضرر و مصلحة المتصرف إليه في الإحتفاظ بالحق الذي بذل من اجله ثمناً ، و لذلك كان لا بد من الموازنة بين المصلحتين و لما كان الغش و التواطؤ من بين الأمور التي تؤدي إلى إخلال التعادل بين المصلحتين ، كان لزاماً على المشرع الجزائري أن يتدخل لترجيح مصلحة الدائن كلما كان التصرف المطعون فيه صادراً عن غش المدين و تواطئه مع المتصرف إليه ، لما في ذلك من إعادة للتوازن بين الأدائين طبقاً للقاعدة الفقهية التي تقضي " بأن درء المفسد أولى من جلب المنافع " و هذا ما قصدته الفقرتين الأولى و الثانية من نص المادة 192 من القانون المدني فمشترط عقار مثلاً يكون قد بذل مقابلاً لانتقال ملكية هذا العقار إليه فإن كان سيء النية أي عالمّاً بإعسار المدين

(1) و (2) : ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 345 و 350 .

و قصد هذا الأخير في الإضرار بدائنيه كان ذلك كافيًا لافتراض الغش في جانبه ، و لذلك وجب أن يُفضل عليه الدائن تطبيقًا للمثل القائل أن : " القصد السيء يرد على أهله " .

أما إذا كان المشتري حسن النية أي لم يكن عالمًا بأن هذه الصفقة ستؤدي إلى إفسار المدين كان حق المتصرف إليه أولى بالرعاية و التفضيل و لا يلزم الدائن إلا نفسه إذا لم يحتط للأمر و يحصل على ضمان خاص لاستقاء دينه ، و بذلك يكون المشرع الجزائري قد وُفقَ في المحافظة على استقرار المعاملات بإعادة التوازن بين مصلحة الدائن و مصلحة المتصرف إليه في المعاوضات وفقًا لمبدأ الأفضلية و الأحقية بالرعاية و بترجيح مصلحة الدائن في التبرعات باعتبار التبرعات في حدّ ذاتها قرينة على الغش ، و هذا بخلاف المشرع الفرنسي الذي يشترط الغش في جانب المدين سواء كان التصرف المطعون فيه معاوضة أو تبرعًا و لم يشترط تواطؤ المتبرع إليه مع المدين و اكتفى بالغش في جانب المتبرع (المدين) (1) .

و لكن إذا كانت دعوى عدم النفاذ قد شرّعت لحماية الدائنين من تصرفات مدينهم بشروط و قيود محدّدة ، فهل يجوز لهؤلاء الدائنين أن يتمسكوا بعدم نفاذ هذه التصرفات حتى بعد أن يتصرف الخلف الأول (المتصرف إليه) إلى الخلف الثاني في هذا الحق ، و إذا كان ذلك جائزًا فما هي الشروط الواجب توافرها في هذا الطعن ؟

و هذا ما سنفصله عند تعرضنا إلى مركز خلف المتصرف إليه .

(1) : راجع في هذا الصدد منذر الفضل ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني ، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين المدنية الوضعية ، الجزء الثاني ، أحكام الإلتزام ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن ، طبعة 1998 ، هامش 02 ، ص 110 ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد الجزء الأول ، بند 735 ، ص 799 .

مركز خلف المتصرف إليه :

يتعلق الأمر هنا بحالة ما إذا كان المتصرف إليه الذي تلقى حقاً من المدين قد تصرف فيه إلى شخص آخر فهذا الشخص يُعتبر خلفاً للمتصرف إليه ، فهناك إذن مصلحتين متقابلتين :

- مصلحة الدائن .
- مصلحة خلف المتصرف إليه .

فيجب تحقيق التوازن بين هاتين المصلحتين و ذلك بتعزيز حماية الدائن بتمكينه من ملاحقة تصرف الخلف (المتصرف إليه) في الحق الذي تلقاه من المدين إلى شخص ثالث (خلف المتصرف إليه) و في المقابل يجب حماية و رعاية مصلحة الخلف المتصرف إليه و خصوصاً إذا كان هذا الأخير حسن النية و كان التصرف المطعون فيه معاوضة (1) .

و يبدو أن المشرع الجزائري قد أخذ جميع هذه الاعتبارات بالحسبان عند تقريره للفقرة الرابعة من نص المادة 192 من القانون المدني التي تنص على أنه :

" إذا كان المتبرع له (2) حول بعوض المال الذي نقل إليه فليس للدائن أن يتمسك بعدم الاحتجاج عليه بتصرف مدينه ، إلا إذا كان المحال إليه و المتبرع له قد علما بغش المدين هذا في حالة ما إذا تصرف المدين بعوض ، و كذلك الحال إذا كان تصرف المدين بدون عوض و علم المحال إليه بعسر المدين وقت صدور التصرف لصالح المتبرع له " .

و الظاهر من هذا النص أنه لا إشكال يثور حينما يكون التصرف الأول الصادر من المدين إلى المتصرف إليه نافذاً في حق الدائن ، فبالتبعية لذلك يكون تصرف الخلف (المتصرف إليه) في الحق الذي تلقاه من المدين إلى شخص ثالث (خلف المتصرف إليه) نافذاً أيضاً في حق الدائن .

(1) : نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 130 .

(2) : نلاحظ أن المشرع الجزائري قد استعمل في الفقرة الرابعة من نص المادة 192 كلمة " المتبرع له " . في حين أنه بالرجوع إلى النص باللغة الفرنسية قد استعمل كلمة " المتصرف إليه " وهو اللفظ الأدق والأوضح .

أما إذا كان التصرف الأول الصادر من المدين إلى المتصرف إليه غير نافذ في حق الدائن كأن يكون هذا التصرف تبرعاً أو معاوضة انطوت على غش المدين و علم المتصرف إليه بهذا الغش فإنه استكمالاً لحماية الدائن من تصرفات مدينه الضارة به يجب تمكينه من الطعن في تصرف الخلف (المتصرف إليه) في الحق الذي تلقاه من المدين إلى خلف الخلف (خلف المتصرف إليه) وذلك إذا توافرت شروط معينة و للوقوف على ذلك يجب التفريق بين أربعة فروض (1) :

الفرض الأول : إذا كان تصرف المدين إلى المتصرف إليه (الخلف الأول) تبرعاً و كان

تصرف الخلف الأول إلى الخلف الثاني تبرعاً :

إذا كان التصرف الأول تبرعاً جاز للدائن الطعن في التصرف الثاني دون حاجة إلى إثبات الغش في جانب المتصرف إليه (الخلف الأول) و لا الخلف الثاني ، و سبق و أن بيّنا أن تصرفات المدين التي تعتبر من قبيل التبرعات لا تكون نافذة في حق الدائن حتى و لو كان المدين و المتبرع إليه حسني النية ، ذلك أن المشرع الجزائري قد اعتبر التبرع في حد ذاته قرينة على الغش .

و بمعنى آخر أن الدائن غير ملزم بإثبات الغش لا في العلاقة بين المدين و المتصرف إليه و لا في العلاقة بين المتصرف إليه و الخلف الثاني ، و متى كان التبرع الأول غير نافذ في حق الدائن فبالتبعية يكون التبرع الثاني غير نافذ أيضاً في حقه دون حاجة إلى إثبات غش المتبرع إليه

إعمالاً بالقاعدة الفقهية التي تقضي: " أن المتصرف لا يستطيع أن يدلي إلى غيره بأكثر مما يملك " (2)

(1) : أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص 137 و 138 ، الدكتور عبد الودود يحي ، المرجع السابق ص 469 و 470 .

(2) : ياسين الجبوري ، المرجع السابق ، ص 353 .

الفرض الثاني : إذا كان تصرف المدين إلى المتصرف إليه (الخلف الأول) معاوضة و كان
تصرف الخلف الأول إلى الخلف الثاني معاوضة :

يتعين على الدائن الذي يرغب في أن يطعن بعدم نفاذ التصرف بين المتصرف إليه و الخلف الثاني أن يثبت توافر الغش في جانب المدين و المتصرف إليه و خلفه أي أن يثبت أن المدين كان عالماً بأن التصرف المطعون فيه سيؤدي حتماً إلى إفساره و أن المتصرف إليه كان على علم أيضاً بهذا الغش و أن خلف المتصرف إليه كان أيضاً عالماً بغش المدين و بعلم المتصرف إليه بهذا الغش و في هذا خروج عن القاعدة العامة في الدعوى البولصية التي تقضي بعدم نفاذ تصرفات المدين في حق دائنيه بمجرد إثبات الدائن للغش في جانب المدين و المتصرف إليه دون حاجة إلى إثباته في جانب خلف المتصرف إليه تطبيقاً لقاعدة " أن فاقد الشيء لا يعطيه " و أن المتصرف لا يستطيع أن يدلي إلى غيره بأكثر مما يملك ، فيزول سند خلف المتصرف إليه بمجرد زوال سند المتصرف إليه دون حاجة إلى إثبات الدائن غش خلف المتصرف إليه (1) .

و لكن المشرع الجزائري قد أخذ بعين الاعتبار مصلحة كل من الدائن و مصلحة دائني المتصرف إليه (خلف المتصرف) كما قدمنا ، و رأى أن مصلحة هذا الأخير (خلف المتصرف إليه) حسن النية أولى بالرعاية و الحماية من مصلحة الدائن كون خلف المتصرف إليه قد بذل مقابلاً لما اكتسبه لذلك لم يكتف المشرع للطعن في عدم نفاذ التصرف الصادر إليه بتوافر الغش في جانب المدين و المتصرف إليه ، بل اشترط زيادة على ذلك توافر الغش في جانب خلف المتصرف إليه ، إلا أن المشرع الجزائري قد سهّل عبء إثبات غش خلف المتصرف إليه و اعتبر علم هذا الأخير بغش المدين و بعلم المتصرف إليه بهذا الغش قرينة على قيام الغش في جانبه ، و هذا ما أشارت إليه الفقرة الرابعة من نص المادة 192 من القانون المدني بقولها :

" إذا كان المتبرع له حوّل بعوض المال الذي نقل إليه فليس للدائن أن يتمسك بعدم الاحتجاج عليه بتصرف مدينه إلا إذا كان المحال إليه و المتبرع له قد علما بغش المدين " .

(1) : ياسين الجبوري ، المرجع السابق ، ص 354 .

الفرض الثالث : إذا كان تصرف المدين تبرعاً و تصرف خلفه (المتصرف إليه) معاوضة :

في هذه الحالة يكون تبرع المدين غير نافذ في حق الدائنين كما قدمنا دون حاجة إلى إثبات هؤلاء الدائنين لغش مدينهم ، ذلك أن التبرعات في حدّ ذاتها تعتبر قرينة على الغش حتى و لو كان المدين و المتصرف إليه حسن النية تطبيقاً للمثل القائل " أن القصد السيء يرد على أهله " و تطبيقاً لقاعدة " أن المتصرف لا يستطيع أن يدلي إلى غيره بأكثر مما يملك " فيكون التصرف الثاني غير نافذ في حق دائنيه بالتبعية دون حاجة إلى إثبات الغش (1) .

إلا أن المشرع الجزائري و لحكمة أرادها هو قد وازن بين مصلحتين متعارضتين هما : مصلحة خلف المتصرف إليه الذي تلقى حقه بعوض و مصلحة الدائن ، و رأى أن مصلحة خلف المتصرف إليه هي الأجدر بأن تحمي و تصان مادام هذا الأخير حسن النية لأنه قد بدّل ثمناً مقابل الحق الذي تلقاه من المتصرف إليه . فلم يكتف في عدم نفاذ التصرف الثاني لمجرد أن التصرف الأول لم يعد نافذاً في حق الدائنين ، بل اشترط فوق ذلك علم خلف المتصرف إليه بإعسار المدين وقت صدور التصرف للمتصرف إليه ، و في هذا أيضاً خروجاً عن القواعد العامة . ممّا دفع بالمشرع إلى النص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة 192 من القانون المدني بقوله :

" و كذلك الحال إذا كان تصرف المدين بدون عوض و علم المحال إليه بعسر المدين وقت صدور التصرف لصالح المتبرع له " .

(1) : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند 687 ، ص 674 .

الفرض الرابع : إذا كان تصرف المدين معاوضة و تصرف خلفه (المتصرف إليه) تبرعاً :

تقضي القواعد العامة التي تقدمت فيما يتعلق بعدم نفاذ التصرفات بأن تصرفات المدين تكون نافذة في حق دائنيه مالم يثبت الغش في جانب المدين و المتصرف إليه و يعتبر هذا الغش متوافراً في جانبها بمجرد علم المدين بأن التصرف الذي يقدم عليه سيؤدي حتماً إلى إفساره و يكون المتصرف إليه على علم أيضاً بذلك ، فإذا توافر هذا الشرط و ترتب عليه عدم النفاذ في حق الدائنين فإن قاعدة " أن المتصرف لا يستطيع أن يدلي إلى غيره بأكثر مما يملك " تجعل من التصرف الثاني و هو تبرع المتصرف إليه إلى خلفه (خلف المتصرف إليه) غير نافذ بالتبعية في حق الدائنين ، و ليس لهؤلاء الدائنين أن يثبتوا سوء نية المتبرع إليه (خلف المتصرف إليه) أو علمه بعدم نفاذ التصرف الأول في حق الدائنين . أما إذا فشل الدائنون في إثبات الغش في جانب مدينهم و المتصرف إليه فإن التصرفين (المعاوضة و التبرع) يكونا نافذين في حق الدائنين (1) .

و خلاصة القول فيما يخص عدم نفاذ تصرفات خلف المتصرف إليه في حق دائني المدين نوجزها في الآتي :

1 - إذا كان التصرف الأول و التصرف الثاني من قبيل التبرعات ، فإنهما يكونان غير نافذين في حق الدائنين دون قيد أو شرط ، ذلك أن التبرعات في حد ذاتها تعتبر قرينة على الغش .

2 - إذا كان التصرف الأول و التصرف الثاني من قبيل المعاوضات ، فيشترط لعدم نفاذهما في حق الدائنين إثبات توافر قصد الغش في جانب كل من المدين و المتصرف إليه و خلف المتصرف إليه .

3 - إذا كان التصرف الأول تبرعاً و التصرف الثاني معاوضة ، فيكتفي لعدم نفاذ التصرف إثبات الغش في جانب المدين أو في جانب المتصرف إليه .

(1) : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند 687 ، ص 674 و 675 .

4 - إذا كان التصرف الأول معاوضة و التصرف الثاني تبرعاً فلا يُحكم بعدم نفاذ التصرف في حق الدائنين إلا إذا أثبتوا الغش في جانب المدين فقط دون حاجة إلى إثباته في جانب المتصرف إليه و خلف الخلف (خلف المتصرف إليه) .

فحيث يكون التصرف بعوض و جب على الدائنين إثبات الغش ، و حيث يكون التصرف تبرعاً يُعفى الدائنون من إثباته ، و نظراً لأهمية التمييز بين تصرفات المدين المعاوضات منها و التبرعات ، فقد أقرّ الفقه معياراً للفرقة بينهما ذلك أنه توجد حالات تلبس فيها المعاوضات بالتبرعات و يتمثل هذا المعيار فيما يلي :

* يعتبر القرض بدون فائدة من التبرعات ، و بالمقابل يعتبر القرض بفوائد من قبيل المعاوضات (1).

* إذا انطوى عقد المعاوضة على غبن فاحش يببوا بسببه تبرعاً كما لو باع المدين عقاراً مملوكاً له بثمن يقل عن أربعة أخماس ثمن المثل ، فإن هذا العقد يبقى من عقود المعاوضة ذلك أن الغبن الفاحش في ذاته قرينة على الغش (2) و هذا ما نصت عليه المادة 358 من القانون المدني بقولها :
" إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل و يجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع " .

* هناك عقود تبدأ تبرعاً من جهة أحد المتعاقدين و معاوضة من جانب المتعاقد الآخر كعقد الكفالة بدون عوض فهي تبرعاً من جهة الكفيل و معاوضة من جهة الدائن و هو عقد يزيد في التزامات الكفيل و ينقص من حقوقه ، فإذا رفع دائن الكفيل دعوى عدم نفاذ عقد الكفالة في حقه و جب عليه أن يثبت غش كل من الكفيل و الدائن ، و عليه يمكن اعتبار عقد الكفالة في هذه الحالة من قبيل المعاوضات (3) .

(1) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، الجزء الثاني ، بند 594 ، ص 1045 .

(2) : ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 348 .

(3) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد ، الجزء الأول ، بند 736 ، هامش 01 ، ص 809 .

* هناك عقود أيضاً تلبس فيها المعاوضات بالتبرعات كأن يهب المدين بعض ماله مقابل خدمة أو اعترافاً بجميل أسداه إليه الموهوب له ، فهذه الهبة تعتبر من قبيل المعاوضات قل ما تقترب بقصد الغش و لا يجوز الطعن فيها بعدم النفاذ ، غير أنه إذا ثبت أن المدين كان مدفوعاً في هبته فبالغ في قيمتها اعتبرت المبالغة قرينة على قصد الإضرار بالدائنين، و بالتالي يجوز الطعن فيها بدعوى عدم النفاذ شريطة إثبات الغش و كذلك إذا انطوى عقد الهبة على عنصر المعاوضة انقلب عقد الهبة معاوضة كأن يلتزم الموهوب له بدفع مقابلاً للواهب ، و عليه يشترط للطعن فيها بعدم النفاذ إثبات الغش كأن يكون المقابل أقل من قيمة المال الموهوب (1) .

المطلب الثاني : آثار الدعوى البوصية :

سبق و أن قدمنا أن دعوى عدم النفاذ ليست دعوى بطلان كما أنها ليست دعوى تعويض ، بل أنها دعوى من نوع خاص يقصد بها عدم نفاذ تصرفات المدين في مواجهة دائنيه و على ذلك فإن طعن أحد الدائنين في تصرف صدر من مدينهم إضراراً بهم و توافرت في طعنه جميع الشروط السالفة الذكر و جب الحكم بعدم نفاذ التصرف المطعون فيه في مواجهة الدائنين السابقة حقوقهم على هذا التصرف و لكن ليس معنى عدم نفاذ التصرف بطلانه ، بل على العكس يبقى التصرف الذي أجراه المدين للمتصرف إليه صحيحاً و كل ما في الأمر أنه يعتبر بالنسبة لهؤلاء الدائنين كأنه لم يكن ولذلك كان لزاماً علينا التمييز بين أثر هذا الحكم بالنسبة للدائن رافع الدعوى و بقية الدائنين الآخرين و بين أثره بالنسبة لعلاقة المدين بالمتصرف إليه و نتعرض فيما يلي لهذه الآثار المترتبة في فروع متتالية :

(1) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، الجزء الثاني ، بند 594 ، ص 1045 و ياسين محمد الجبوري المرجع السابق ، ص 350 .

الفرع الأول : آثار دعوى عدم النفاذ بالنسبة للدائن رافع الدعوى و بقية الدائنين الآخرين .

إذا أفلح الدائن رافع دعوى عدم النفاذ في الحصول على حكم يقضي بعدم نفاذ التصرف المطعون فيه في حقه فلا شك أن لهذا الحكم جملة من الآثار تترتب بالنسبة للدائن الطاعن في التصرف و بالنسبة لبقية دائني المدين الذين لم يطعنوا في التصرف .

أولاً : أثر الحكم بعدم النفاذ بالنسبة للدائن الطاعن في التصرف :

إن مباشرة دعوى عدم النفاذ و كذا الاستمرار في إجراءاتها تستلزم توافر الصفة في الدائن فإذا فقدتها أثناء مباشرة الدعوى أو بعد صدور الحكم فيها كما لو استوفى الدائن حقه من المدين قبل مباشرة إجراءات التنفيذ ، ففي هذه الحالة لا يستطيع الدائن التمسك بدعوى عدم النفاذ أو الاستمرار في التنفيذ ذلك أن الدائن متى استوفى حقه من المدين فقد صفتة كدائن و تنتفي بذلك مصلحته في الدعوى طبقاً للقاعدة العامة التي تقضي " لا دعوى بدون مصلحة " ، و مع ذلك و حتى في حالة عدم استفاء الدائن لحقه فإنه يستحيل عليه الاستمرار في الدعوى أو في تنفيذ الحكم الصادر فيها وذلك في الأحوال (1) التالية :

* إذا انتفى شرط إعسار المدين كأن أصبح له مال يكفي للوفاء بما عليه كتلقيه هبة مثلاً .

* إذا أثبت من صدر له التصرف أن المدين يملك مالاً يكفي للوفاء بحق الدائن .

* إذا قام المتصرف إليه بإيداع ثمن الشيء الذي تلقاه من المدين في الخزانة .

(1) : ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 361 .

1 - عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن :

الأصل أنه إذا توافرت شروط دعوى عدم النفاذ تعين الحكم بعدم نفاذ تصرف المدين في مواجهة دائنه ، و يترتب على هذا الحكم اعتبار الدائن من الغير و بالتالي عدم سريان التصرف المطعون فيه في حقه ، كما يترتب على ذلك أيضاً اعتبار الحق الذي تصرف فيه المدين كأنه لم يخرج من ضمان الدائن و له أن يتخذ بشأنه إجراءات التنفيذ عليه ، كما أن دخول الحق في ضمان الدائن يكون بأثر رجعي على اعتبار أنه لم يخرج قط من هذا الضمان .

و هنا يجب التمييز بين حالتين حالة ما إذا كان التصرف المطعون فيه يتضمن إنقاصاً لحق من حقوق المدين و حالة ما إذا كان التصرف المطعون فيه يتضمن زيادة في التزاماته :

أ - إذا كان التصرف المطعون فيه يتضمن إنقاصاً لحق من حقوق المدين :

كما لو رتب المدين رهناً أو حق ارتفاق على مال مملوك له فللدائن التنفيذ على هذا المال باعتباره خالصاً من هذا الحق العيني الذي تقرر للغير ، و كذلك إذا كان التصرف الذي تقرر عدم نفاذه عقد بيع بثمن بخس أو عقد هبة أجزاها المدين لأحد أقاربه اعتبر الشيء المبيع أو الموهوب لا يزال في ضمان الدائن ، و كذلك إذا كان التصرف المطعون فيه إبراء المدين لذمة مدين له ، فإن الدين يظل باقياً في ذمة المدين بالنسبة للدائن و بإمكان هذا الأخير أن يتخذ بشأنه إجراءات حجز ما للمدين لدى الغير .

و يترتب على عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه أن المال المتصرف فيه لا يعتبر في ضمان دائني المتصرف إليه ، و بالتالي لا يجوز لهؤلاء الدائنين مزاحمة دائني المدين في التنفيذ على هذا المال شريطة بقاء المال محل التنفيذ قائماً في حيازة المتصرف إليه وفقاً لطبيعته .

أمّا إذا كان المال محل التنفيذ مبلغ من النقود أو إبراء لدين جاز لدائني المتصرف إليه مزاحمة دائن المدين عند التنفيذ على هذا المال و قسمته قسمة غرماء ، ذلك أن الدائن في هذه الحالة لا ينفذ على شيء معين بالذات و إنما ينفذ بالمبلغ المستحق على جميع أموال المتصرف إليه و التي تعتبر

الضمان العام لدائنيه (دائني المتصرف إليه) (1) .

ب - إذا كان التصرف المطعون فيه يتضمن زيادة التزامات المدين :

إذا كان التصرف الذي حكم بعدم نفاذه في حق الدائن يتضمن التزاما جديدا يزيد في الديون التي في ذمة المدين كما لو أقدم المدين على شراء عقار بمبلغ يفوق قيمته أو إبرام عقد قرض بفوائد فأصبح مديناً بدفع ثمن العقار أو بمبلغ القرض مع الفوائد ، فلا شك أن مثل هذه التصرفات ستؤدي حتماً إلى إضعاف و إنقاص ضمانه العام لا إنعاشه .

و يترتب على ذلك أن المتصرف إليه (البائع أو المقرض) لا يعتبر دائناً بالنسبة للدائن رافع دعوى عدم النفاذ و دائني المدين الذين توافرت فيهم شروط دعوى عدم النفاذ ، و بالتالي لا يستطيع المتصرف إليه (البائع أو المقرض) مشاركة هؤلاء الدائنين في التنفيذ على أموال المدين .

و إذا كان قد وفى له بالتزامه (ثمن العقار أو مبلغ القرض مع الفوائد) فإن هذا الوفاء لا يكون نافذاً في حق الدائنين و يتعين عليه أي المتصرف إليه (البائع أو المقرض) رد ما قبضه (2) .

و إذا كان من شأن عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن عدم إلحاق الضرر به فإن من شأنه أيضاً عدم إفادته منه ، و على ذلك إذا كان التصرف المطعون فيه عقد شراء و صدر حكم بعدم نفاذه في حق الدائنين فلا يجوز لهؤلاء التنفيذ على العين المشتراة و إذا كان التصرف الذي صدر الحكم بعدم نفاذه بيعاً فلا يجوز لدائني المدين أيضاً المطالبة بثمن البيع إذا ثبت أن المشتري لم يوفيه بعد المدين .

(1) و (2) : نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 133 .

أما إذا ثبت أن المتصرف إليه (المشتري) قد وفى بثمن الشيء المبيع إلى المدين و استفاد منه الدائنون بأن قام المدين بوفاء بعض ما عليه من ديون من ثمن المبيع ، فإنه يجب على الدائنين عند التنفيذ على العين المبيعة باعتبارها ما زالت في ذمة البائع أن يقتطع من المبلغ الناتج من حصيلته التنفيذ مبلغاً يوازي المبلغ الذي استفاد منه الدائنون في استفاء حقوقهم من قبل ، أما إذا ثبت أن ما قبضه المدين لم يستفد منه أي من الدائنين كما لو قام المدين بإخفاء ثمن المبيع أو تبديده جاز للدائنين التنفيذ على العين المبيعة بكل قيمتها . (1)

و بمعنى آخر أن عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنيه لا يكون إلا بالقدر اللازم لحماية حقوقهم لذلك لا ينفذ في حقهم إلا الجزء الذي يكفي للوفاء بهذه الحقوق أما ما يزيد على ذلك فيبقى ملكاً للمتصرف إليه . (2)

و إلى جانب التحفظ السابق المتعلق بعدم استفادة الدائن من تصرف مدينه يوجد تحفظ آخر مرتبط بحسن أو سوء نية المتصرف إليه ، ذلك أن آثار دعوى عدم النفاذ تختلف باختلاف ما إذا كان المتصرف إليه سيء أو حسن النية .

فإذا كان التصرف الذي حكم بعدم نفاذه في حق الدائن هبة و كان الموهوب له حسن النية أي لا يعلم بإعسار المدين وقت صدور التصرف فإنه لا يلزم برد ثمار العين الموهوبة ما دام قد اكتسبها بحسن نية وفقاً للقواعد العامة ، كما لا يلزم بتعويض الدائن عما أصاب العين من هلاك أو تلف سواء كان الهلاك أو التلف كلياً أو جزئياً و حتى لو كان بتقصير منه ، و إذا تصرف الموهوب له في العين إلى خلف آخر (مشتري) حسن النية فإنه لا يلتزم إلا برد ما قبضه من ثمن و لو كان أقل من قيمة العين .

(1) : رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 217 و 218 .

(2) : عبد الودود يحي ، المرجع السابق ، ص 471 .

أما إذا كان المتصرف إليه سيء النية سواء كان معاوضا أو موهوب له سيء النية فإنه يلزم برد ثمار العين كلها ، كما يكون مسؤولاً عن هلاك العين و تلفها و يلتزم بتعويض الدائن حتى و لو كان الهلاك أو التلف بسبب أجنبي لا يد له فيه ، أما إذا تصرف في العين إلى خلف فإنه يلتزم برد الثمن الذي قبضه فإذا قل هذا الثمن عن قيمة العين فإنه يلتزم بتكملة هذا الفرق .

و يخلص مما تقدم أن آثار دعوى عدم النفاذ المقررة في مواجهة المتصرف إليه و خلفه (خلف المتصرف إليه) إن وُجد تنحصر في مبدئين أساسيين هما :

المبدأ الأول : منع الضرر الحاصل للدائن من جراء تصرفات مدينه الضارّة ، و ذلك بتقرير عدم نفاذ هذه التصرفات في حقه بإرجاع ما خرج من أموال المدين إلى ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ عليها من قبل الدائن و استثناء حقه .

المبدأ الثاني : أن عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه لا يكون إلا بالقدر اللازم للوفاء بحقه دون أن يُجاوزه .

و على ذلك إذا كان تصرف المدين قابلاً للتجزئة كما لو كان قرضاً أو هبة نقود فإن الذي لا ينفذ من هذا التصرف هو القدر اللازم للوفاء بحق الدائن ، أما ما زاد على ذلك من آثار التصرف فإنه يظل سارياً . (1)

(1) : أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص 141 ، هامش 2 .

2 - حق الدائن في التعويض :

إذا كان هدف دعوى عدم النفاذ هو أن يُعيد الدائن ما خرج من أمواله مدينه إلى ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ عليه ، فقد أثبت التطبيقات العملية لدعوى عدم النفاذ أن الدائن في كثير من الأحوال يستعصى عليه إرجاع ما خرج من ذمة مدينه إلى ضمانه العام كما لو تصرف المدين في عين مملوكة له بعوض و ثبت حسن نية المتصرف إليه ، و كذلك إذا ما انتقلت هذه العين إلى متصرف ثان بعوض و بحسن نية ، فلا شك أن الدائن في هذه الحالة قد أصابه ضرر من جراء تصرف مدينه المشوب بالغش فعندئذ يستطيع الدائن مطالبة مدينه بالتعويض عما لحقه من ضرر من جراء فعله غير المشروع طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية و هذا ما أشارت إليه المادة 124 من القانون المدني بقولها :

" كل فعل أيًا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض "

أما إذا ثبت سوء نية المتصرف إليه وتعدّر قانوناً استرداد العين محل التصرف كان المتصرف إليه متضامناً مع المدين في دفع التعويض للدائن لأشترهما في الفعل غير المشروع و إلحاق الضرر بالدائن ، ذلك أن التضامن بين المدينين في المسؤولية التقصيرية مقرر بنص القانون و هذا ما أشارت إليه المادة 126 من القانون المدني بقولها :

" إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزاماتهم بتعويض الضرر و تكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عيّن القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض "

و في هذه الحالة تكون بصدد دعوى مسؤولية مدنية لا دعوى عدم النفاذ ، و لكن هذا لا يعني أن دعوى عدم النفاذ قد أصبحت دعوى تعويض ، بل كل ما في الأمر أن تقاليد الدعوى البولصية في القانون الروماني كانت تقوم على أساس مسؤولية المدعى عليه الذي يرتكب جريمة الغش في جانب دائنيه و كانت تنتهي برد المال للمتصرف إليه فيتحقق بذلك عدم نفاذ التصرف المطعون فيه. (1)

(1) : انظر في هذا الصدد التطور التاريخي للدعوى البولصية في القانون الروماني في مذكرتنا .

3 - جواز اتقاء أثر دعوى عدم النفاذ :

نص المشرع الجزائري في المادة 195 من القانون المدني :

" إذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه فإنه يتخلص مما ينتج عن دعوى الدائن متى كان الثمن هو ثمن المثل و قام بإيداعه الخزانة " (1).

الظاهر من هذا النص أن المشرع الجزائري قد وضع حلاً لاتقاء أثر الحكم بعدم النفاذ بعدم مضي الدائن في إجراءات مباشرة دعوى عدم النفاذ أو في تنفيذ الحكم الصادر فيها ، ذلك أن الدائن لا يرفع دعوى عدم النفاذ إلا بصفته دائناً ، فإذا فقدتها أثناء ذلك أو بعد صدور الحكم كما لو استوفى الدائن حقه كاملاً من المدين فإنه لا يستطيع الاستمرار في الدعوى أو في إجراءات التنفيذ طبقاً للقاعدة العامة التي تقضي " لا دعوى بدون مصلحة " .

و قد يقوم المدين نفسه بوفاء الدين الذي في ذمته فينتهي بذلك استمرار الدائن في مباشرة دعوى عدم النفاذ أو إجراءات تنفيذ الحكم الصادر كما يتوقى رجوع المتصرف إليه عليه ، ولكن الغالب الراجح أن المدين لا يستطيع أن يفي بالدين الذي في ذمته لإعساره فيصح القول أن يقوم بالوفاء المتصرف إليه ومصلحته في ذلك هو أن يوقف استمرار الدائن في مباشرة الدعوى أو إيقاف تنفيذ الحكم على الحق الذي اكتسبه ثم يرجع على المدين بما وفاه .

و الفرض العملي المطروح مطاعة للنص كما لو باع المدين عيناً مملوكة له و دفع الدائن بعدم نفاذ عقد البيع في حقه ، كان للمشتري إذا أراد الاحتفاظ بالعين التي اكتسبها أن يفي بالدين الذي في ذمة المدين للدائن ليُوقف سير الدعوى ، ثم يرجع بعد ذلك بما وفاه على المدين .

(1) : يبدو أن المشرع الجزائري نقل أحكام المادة 195 من القانون المدني الجزائري عن التقنين المدني المصري إلا أنه في ظل القانون المصري يوجد ما يسمى بإيداع المبالغ بالخزانة ، أما في القانون الجزائري لم نعرث على مثل هذه الأحكام المنظمة لإيداع الثمن أو المبالغ بالخزانة ، والأجدر في رأينا قد يكون إيداع الثمن بين يدي محضر قضائي .

على أن المشتري إذا لم يكن قد دفع الثمن بعد سبيلا لوقف الدعوى البولصية بأن يقوم بإيداع الثمن في خزانة المحكمة بشرط أن يكون ثمن المثل .

و هذا هو الفرض الذي أورد بشأنه المشرع النص المتقدم الذكر على أن المتصرف إليه غير ملزم بإعلام سائر دائني المدين بهذا الإيداع ، بل يكفي أن يُعلم به الدائن الطاعن .

و لكن لباقي الدائنين إذا علموا بهذا الإيداع أن يشاركوا الدائن الطاعن في التنفيذ على الثمن (1) .

ثانيا: أثر الحكم بعدم النفاذ بالنسبة إلى باقي الدائنين :

إذا أفلح الدائن رافع دعوى عدم النفاذ في الحصول على حكم يقضي بعدم نفاذ تصرف المدين الذي صدر إضرارًا به جاز لأي دائن آخر توافرت فيه شروط دعوى عدم النفاذ أن يتدخل فيها ليستفيد من الحكم الصادر فيها ، و يترتب على الحكم القاضي بعدم النفاذ أن المال الذي كان محل التصرف المطعون فيه يعتبر كأنه لم يخرج من الذمة المالية للمدين ، و أنه باقٍ في الضمان العام المقرر لدائنيه و من ثم إذا عمد الدائن رافع الدعوى البولصية إلى مباشرة إجراءات التنفيذ على المال الذي عاد إلى الضمان العام جاز لبقية الدائنين الذين توافرت فيهم شروط دعوى عدم النفاذ و كانت حقوقهم سابقة على تاريخ صدور التصرف المطعون فيه أن يتدخلوا في إجراءات التنفيذ و توزيع الحصيلة و أن يشاركوا الدائن الطاعن في استيفاء حقوقهم من المال الذي كان محلاً للتصرف الذي حكم بعدم نفاذه حتى و لو لم يتدخلوا أثناء مباشرة الدعوى إلى جانب الدائن الطاعن ، بل يكفي أن يتدخلوا أثناء إجراءات التنفيذ ، و هذا ما قضت به المادة 194 من القانون المدني بقولها :

" متى تقرر عدم معارضة التصرف للدائن استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إجحافًا بحقهم " .

(1) : أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص 134 .

أمّا الدائنون الذين لم تتوافر فيهم شروط دعوى عدم النفاذ أو تقادمت حقوقهم في مباشرتها فلا يشاركونا بقية الدائنين و لا يستفيدوا من الحكم بعدم نفاذ التصرف المطعون فيه (1) .

و تجدر الملاحظة أنه قد يتقدم أحد هؤلاء الدائنين على الدائن الطاعن نفسه في استثناء حقه إذا كان لهذا الدائن تأمين عيني يخول له حق التقدم على بقية الدائنين و الدائن رافع دعوى عدم النفاذ نفسه و هذا ما أشارت إليه المادة 188 من القانون المدني بقولها :

" أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه و في حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقاً للقانون فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان " .

و هذا بخلاف القانون الفرنسي و القانون اللبناني اللذان يعتبران أن المال محل التصرف الذي حكم بعدم نفاذه لا يعتبر باقياً في الذمة المالية للمدين إلا بالنسبة للدائن رافع دعوى عدم النفاذ ، فيستأثر بالتنفيذ على هذا المال لوحده دون أن يشاركه بقية الدائنين الآخرين الذين لم يتدخلوا أثناء رفع الدعوى فيتقدم بذلك على سائر الدائنين في استثناء حقه .

و قد علّل الفقهاء الفرنسيين الأثر الفردي لدعوى عدم النفاذ بنسبية الحكم القضائي ، فما دام الدائنون الآخرون لم يتدخلوا في الدعوى فلا يستفيدون من الحكم الصادر فيها (2) ، وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد رتب للدائن رافع دعوى عدم النفاذ حق امتياز على المال محل التصرف الذي حكم بعدم نفاذه فيستأثر بثمره هذا الحكم لوحده دون أن يزاحمه أحد من الدائنين الآخرين .

(1) : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند 691 ، ص 681 .

(2) : رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 216 .

غير أن هذا الامتياز الممنوح للدائن الطاعن ليس له ما يبرره من الناحية القانونية ، و فوق القول أن فيه إخلال بقاعدة المساواة بين الدائنين في استفاء حقوقهم ، فإن من شأن هذا الامتياز أن يدفع كل واحد من الدائنين الذين لم يتدخلوا في دعوى عدم النفاذ المرفوعة من قبل أحدهم إلى رفع دعوى بولصية باسمه ، الأمر الذي يؤدي إلى تضخم المصاريف القضائية و كثرة الإجراءات و تعقيدها (1) .

(1) : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند 691 ، ص 680 .

الفرع الثاني : آثار دعوى عدم النفاذ بالنسبة إلى المدين و المتصرف إليه .

تقدم القول أن هدف دعوى عدم النفاذ هو المحافظة على الضمان العام و تأكيد قاعدة المساواة بين الدائنين في استفاء حقوقهم و وسيلتها في ذلك هي تقرير عدم نفاذ التصرف في حق الدائن رافع دعوى عدم النفاذ ، و الدائنين الذين توافرت فيهم شروطها و على ذلك فإن دعوى عدم النفاذ ليست دعوى بطلان و ليس من أثرها إبطال التصرف المطعون فيه ، و إنما تجعل هذا التصرف غير نافذ في حق الدائنين و يترتب على ذلك :

أولاً : أن التصرف المطعون فيه يبقى قائماً و صحيحاً و منتجاً لكل آثاره القانونية في العلاقة بين المدين و المتصرف إليه متى استجمع أركان و شروط صحته ، فإذا ثبت قصد الإضرار بالدائنين من وراء هذا التصرف كان الجزاء عدم نفاذه في حقهم لا إبطاله .

ثانياً : عند تعارض مبدأ قيام التصرف في حق المتعاقدين (المدين و المتصرف إليه) مع مبدأ عدم نفاذه في حق الدائنين و جب الرجوع إلى القواعد العامة (1) و تفصيل ذلك في الآتي :

(1) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، بند 604 ، ص 1067 .

أولاً : بقاء التصرف المطعون فيه قائماً و صحيحاً في العلاقة بين المدين و المتصرف إليه :

أن الحكم القاضي بعدم نفاذ التصرف المطعون فيه لا يترتب عليه بطلان هذا التصرف ، وإنما عدم نفاذه في حق الدائن الطاعن والدائنين الذين توافرت فيهم شروط دعوى عدم النفاذ ، فأثر الحكم بعدم النفاذ إذن يقتصر على الدائن رافع الدعوى وعلى من استفاد من الحكم من بقية الدائنين ولا تأثير لهذا الحكم على صحة التصرف وبقائه قائماً بين المدين و المتصرف إليه وخلفهما إن وجدا و تطبيقاً لذلك إذا تصرف المدين في عقار مملوك له بالبيع و طعن أحد دائنيه في عقد البيع هذا بالدعوى البولصية و صدر حكم لصالحهم يقضي بعدم نفاذ هذا العقد في حقهم ، فإن من جملة الآثار التي تترتب على ذلك ما يلي :

* بقاء عقد البيع قائماً بين المدين (البائع) و المتصرف إليه (المشتري) و مرتباً لجميع آثاره القانونية إلا ما يتعارض منها مع عدم نفاذه في حق الدائنين فيلتزم المدين (البائع) بنقل ملكية العقار المبيع إلى المتصرف إليه (المشتري) كما يلتزم بتسليمه و ضمانه (ضمان عدم التعرض المادي و القانوني) و بالمقابل يلتزم المتصرف إليه بدفع الثمن المحدد في عقد البيع ، كما تنتقل آثار هذا العقد إلى ورثة المتعاقدين من خلف خاص و عام . و يعتبر العقار المبيع ملكاً للمتصرف إليه (المشتري) فإذا رجع دائنو المدين عليه و استوفوا حقوقهم كاملة و بقي من ثمنه شيء بعد التنفيذ فإن هذا الباقي يكون من نصيب المتصرف إليه (المشتري) و ورثته لا من نصيب المدين (البائع) و ورثته .

* يحق للمتصرف إليه الرجوع على المدين بالدعوى الناشئة عن عقد البيع ، فالمتصرف إليه بعد إعدار المدين الخيار بين الدفع بعدم التنفيذ و طلب التنفيذ العيني طبقاً للمادة 164 من القانون المدني أو طلب فسخ العقد مع التعويض عملاً بأحكام المادتين 119 و 176 من القانون المدني ، كما يستطيع المتصرف إليه الرجوع على المدين بدعوى ضمان التعرض (المادي و القانوني) و دعوى ضمان الاستحقاق الناشئة عن عقد البيع بعد صدور الحكم القاضي بعدم نفاذ عقد البيع و مباشرة إجراءات التنفيذ من قبل دائني المدين (1) .

(1) : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند 692 ، ص 681 .

* وإذا وفى المتصرف إليه بحق الدائن ، فله أن يرجع على المدين (المتصرف) بدعوى الإثراء بلا سبب (بدعوى الرجوع) (1) شأنه شأن كل شخص وفى ديناً عن الغير .

- ثانيا : التوفيق بين مبدأ قيام التصرف المطعون فيه في حق المتعاقدين (المدين و المتصرف إليه)

و مبدأ عدم نفاذه في حق دائني المدين :

يترتب على الحكم بعدم نفاذ التصرف الضار جملة من الآثار في جانب كل من المدين و الدائن و المتصرف إليه ، و لا شك أن هذه الآثار ستؤدي حتماً إلى التعارض بين مصلحتين مصلحة الدائن الطاعن على اعتبار أن التصرف المطعون فيه لا يكون نافذاً في حقه و في حق الدائنين الذين توافرت فيهم شروط دعوى عدم النفاذ و مصلحة المتصرف إليه على اعتبار أن التصرف المطعون فيه يبقى قائماً و منتجاً لكل آثاره القانونية في العلاقة بين المتصرف إليه و المدين و لمعالجة هذا التعارض و التوفيق بين المصلحتين كان لابد من اللجوء إلى تطبيق القواعد العامة و أن تطبيق تلك القواعد يترتب عليها النتائج التالية :

-1) إذا كان التصرف المطعون فيه من المعاضات :

إذا كان التصرف الذي حكم بعدم نفاذه عقد البيع مثلاً فلا شك أن الدائن سوف يستوفي دينه ، لأن عقد البيع غير نافذ في حقه .

و لكن لما كان عقد البيع لا يزال قائماً بين المدين و المتصرف إليه فالمتصرف إليه (المشتري) أن يرجع على المدين إما بدعوى ضمان الاستحقاق الناشئة عن العقد أو أن يطلب فسخ العقد فيسترد المدين (البائع) العين المبيعة و يزول التزام المتصرف إليه (المشتري) بدفع الثمن .

أما إذا قام المشتري بدفع ثمن الشيء المبيع ، فله أن يرجع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب .

(1) : صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 158 .

و إذا كان المدين قد تصرف في العين إلى مشتري و هذا الأخير باعها إلى مشتري ثانٍ ففي هذه الحالة تتفرق الدعويان على شخصين مختلفين دعوى الاستحقاق ترفع ضد البائع و دعوى الإثراء بلا سبب ترفع ضد المدين و للمشتري أيضاً أن يختار بين الدعويين (1) .

(2- إذا كان التصرف المدين من قبيل التبرعات :

إذا كان التصرف الذي قضي بعدم نفاذه تبرعاً كعقد هبة مثلاً ، فليس للموهوب له بعد التنفيذ على المال محل الهبة أن يرجع على المدين بضمان ما إلا إذا نص على ذلك صراحة في عقد الهبة إعمالاً بالقواعد العامة .

(1) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، بند 606 ، ص 1069 .

المبحث الثاني : دعوى الصورية :

تظهر أهمية دعوى الصورية في المحافظة على الضمان العام المقرر لدائني المدين عندما يلجأ هذا الأخير إلى التصرف في أمواله تصرفاً صورياً لا وجود له في الحقيقة ، بأن يتظاهر بإخراج أمواله من ذمته المالية حتى إذا اتخذ أحد دائنيه إجراءات التنفيذ عليها اعترضه المتصرف إليه ببطان هذه الإجراءات منذراً إياه بأن المال محل التنفيذ لم يعد في الذمة المالية للمدين ، فالتصرف الصوري إذن ليس إلا تصرف ظاهري يستتر وراءه تصرف حقيقي ولما كان من شأن التصرف الصوري هو إخراج أموال المدين من ذمته المالية ظاهرياً فقط ، فإن الافتقار المترتب على هذا التصرف ليس إلا افتقاراً ظاهرياً فقط ، وأن سبيل الدائن لإثبات هذا الافتقار الظاهري هو دعوى الصورية .

و دعوى الصورية و إن كانت تتفق مع الدعوى غير المباشرة و دعوى عدم النفاذ في نفس الغرض و هو المحافظة على الضمان العام للدائنين إلا أنها تتباين عنهما في فروق شتى و هذا ما نلمحه عند دراستنا للنظرية العامة في الصورية و أحكامها و الآثار المترتبة على الحكم الصادر فيها .

المطلب الأول : النظرية العامة في الصورية :

في كثير من الأحيان يلجأ شخصان أو أكثر إلى الاتفاق على إجراء تصرف قانوني ظاهر يستتر وراءه حقيقة العلاقة القائمة بينهما ، و يتم اللجوء إلى هذا التصرف عادة في مجال المعاملات و التي أصبحت معاملات مالية أكثر منها معاملات شخصية لإخفاء حقيقة معينة أو أمر معين فيقال عن التصرف الثاني أنه تصرف ظاهري أو صوري و يقال عن التصرف الأول أنه تصرف مستتر أو حقيقي ، و بمعنى آخر إيجاد موقفا ظاهرا غير حقيقي يخفي وراءه موقفاً حقيقياً ، فإذا كان التصرف عقداً كان العقد الظاهر صورياً و العقد الخفي هو العقد الحقيقي .

الصورية في الفقه الإسلامي :

إذا كان المقصود بالصورية في الفقه القانوني هو اصطناع مظهر كاذب لإنشاء تصرف قانوني مخالف للواقع من جميع نواحيه أو من بعضها على الأقل فإن ما يقابل ذلك في الفقه الإسلامي هو الحيل ، و في هذا الصدد يقول شيخ الإسلام ابن تيمية :

" و جماع الحيل نوعان : أما أن يضموا إلى أحد العوضين ما ليس بمقصود أو يضموا إلى العقد عقداً ليس بمقصود "

و مثل النوع الثاني أن يقرض رجلاً ألفاً و يبيعه سلعة تساوي عشرة بمائتين ، فهذا من الحيل لا تزول به المفسدة التي حرّم الله من أجلها الربا ، و جاء في موضع آخر لابن تيمية أيضاً :

" لا يجمع بين معاوضة و تبرع ذلك لأن التبرع كان لأجل المعاوضة لا تبرعاً مطلقاً فيصير جزاءً من العوض " .

فإذا اتفقا على أنه ليس جمعاً بين أمرين متناقضين ، فإن من أقرض رجلاً ألف درهم و باعه سلعة تساوي خمسمائة بألف لم يرض بالافتراض إلا بالثمن الزائد للسلعة و المشتري لم يرض ببذل ذلك الثمن الزائد إلا لأجل الألف التي اقترضها ، فلا هذا باع بيعاً بألف و لا هذا اقترض قرضاً محضاً بل الحقيقة أنه أعطاه الألف و السلعة بألفين .(1)

(1) : المستشار عز الدين الناصوري و عبد الحميد الشواربي ، الصورية في الفقه والقضاء ، ص 09 و 10 منشأة

المعارف بالإسكندرية ، طبعة 2000 م .

و إذا أمعنا النظر في المثال المتقدم بين وجود تصرف ظاهر و آخر خفي نجد أن القرض بزيادة ربا في الحقيقة و بيع في الظاهر و على العموم فإن الحيل في الشريعة الإسلامية تنقسم إلى قسمين - الحيل الشرعية المباحة و - الحيل الشرعية المختلف فيها .

(1) - الحيل الشرعية المباحة :

هي الحيل التي تهدف إلى قلب طريقة مشروعة وُضعت لمعالجة حالة معينة و استعمالها في حالة أخرى لإثبات وجود حق أو منع مظلمة أو تيسير حاجة (1) .

(2) - الحيل الشرعية المختلف فيها :

و هي التي تهدف إلى قلب الأحكام الثابتة شرعاً إلى أحكام أخرى ، و قد رخص بعض الفقهاء استعمال هذه الحيل (الحيل الشرعية المختلف فيها) و من أمثلة هذه الحيل :

* الوصية :

فمن المنفق عليه شرعاً أنه لا وصية لوارث إلا بإجازة باقي الورثة ، و بناءً على ذلك فلم يجز فقهاء المذهب الحنفي إقرار المورث لوارثه بدين في مرض الموت إلا بإجازة باقي الورثة ، و مع ذلك فقد يلجأ المورث إلى حيلة بأن يقرّ بدين في ذمته إلى شخص أجنبي عن الورثة فيقبض هذا الأخير مبلغ الدين و يسلمه إلى الوارث .

(1) : مثال ذلك فقد اعتاد أهالي بخارى الإجازة الطويلة ، ولكن بما أن هذه الإجازة لا تجوز عند الحنفيين في الأشجار ، لذلك اضطر هؤلاء إلى وضع حيلة ببيع الكرم وفاء . فالبيع الوفاي كان هنا صلة شرعية اتخذت بسبب حاجة الناس ولأجل التخلص من قاعدة منع الإجازة الطويلة في الأشجار .

*الشفعة :

و هي رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ، و لكن بعض الفقهاء استنبطوا حيلةً لمنع الجار من ممارسة حقه في الأخذ بالشفعة كأن يهب مالك العقار للمشتري العقار المشفوع فيه و بالمقابل يعوضه المشتري عن ذلك مبلغاً من المال ، و بذلك يمنع الجار من المطالبة بحقه في الأخذ بالشفعة لأنه لا شفعة في عقد الهبة .

*بيع التلجئة :

هو البيع الذي يضطر إليه الشخص خشية عدوّ ، و هو بيع صوري يُخفي في باطنه اتفاقاً مخالفاً و في هذا الصدد يقول ابن عابدين (1) :
" و بيع التلجئة و هو أن يظهر عقدًا و هما لا يريدانه يلجأ إليه لخوف عدوّ و هو ليس ببيع حقيقة بل كالهزل " .

هذا و قد حرّم الإمامان مالك و ابن حنبل جميع الحيل الشرعية و في هذا الصدد يقول الإمام ابن القيم :

" أن تحريم الحيل يستند إلى القاعدة الشرعية الأصولية أن التشريع مبني على مصالح مقصودة و أنه يجب سد الذرائع أو الوسائل التي تفوت هذه المصالح ، فلو وضع الشارع حكماً مبنياً على مصلحة مقصودة ثم أجاز الحيلة للتخلص من هذا الحكم لكان ذلك نقضاً له ، و هو تناقض لا يجوز وقوعه و من قال بعكسه كان مخالفاً لروح الشرع و تاركاً لمعاني الشريعة المعقولة " (2)

(1) و (2) : عز الدين الدناصوري و عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 12 و 13 .

و أن الخداع محرّم في الشرع الإسلامي بدليل الكتاب و السنة مصداقاً لقوله تعالى :

" و لا تتخذوا آيات الله هزءاً " (1).

• الفرع الأول : التعريف بالصورية أنواعها و شروطها .

يتضح من تقصينا لنصوص القانون المدني أن المشرع الجزائري لم يتعرض لتعريف دعوى الصورية و لم يضع لها نظرية عامة خاصة بها ، بل و لم يُخصص لها باباً خاصاً يجمع أحكامها و إنما اكتفى بالنص عليها في المادتين 198 و 199 من القانون المدني ووضعهما في الفصل الثالث من الباب الثاني تحت عنوان ضمان حقوق الدائنين و وسائل التنفيذ في الجانب المتعلق بآثار الالتزام ، و لذلك فلا مناص من تتبع اجتهاد الفقه في تعريفه للصورية بأنها اتفاق بين طرفي التصرف القانوني على اصطناع وضع ظاهري يُخفي وراءه حقيقة العلاقة القانونية القائمة بينهما و هي على هذا النحو تفترض قيام تصرف ظاهر و اتفاق مستتر يكون من شأنه إمّا محو كل أثر للتصرف الظاهر و إمّا تعديل بعض أحكامه و يتعين لتحقيق الصورية أن تتوافر على الأقل معاصرة ذهنية بين التصرف الظاهر و الاتفاق المستتر ، و إلا كُنّا بصدد اتفاق جديّ تعدلت أحكامه باتفاق لاحق .(2)

و بمعنى آخر :

هي إخفاء حقيقة معينة وراء مظهر كاذب بحيث يكون طرفي التصرف في مركزين قانونيين متعارضين أحدهما ظاهر و لكنه كاذب و يعتقد الغير أنه حقيقي و الآخر حقيقي ، و لكنه خفي عن الغير أي أن هناك تصرفين :

- الأول ظاهر و هو التصرف الصوري .

- و الثاني خفي و هو التصرف المستتر و هو الحقيقي و هو ما يعرف بورقة الضدّ - Contre lettre .

(1) : الآية رقم 231 من سورة البقرة .

(2) : أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص 152 .

و الظاهر من هذا التصرف أن الصورية تنتوع إلى صورية مطلقة تحمي كل علاقة قانونية قائمة بين طرفي التصرف ، و صورية نسبية تُخفي حقيقة العلاقة القائمة بينهما ، و تفصيل ذلك في الآتي

أولاً : الصورية المطلقة :

هي الصورية التي تصوّر في الظاهر تصرفاً يُخالف الواقع في جميع نواحيه ، و بمعنى آخر أن الصورية المطلقة هي تلك الصورية التي تتناول العلاقة القانونية ذاتها بحيث يكون التصرف الظاهر الذي اتفق عليه الطرفين منعدم الوجود في الواقع ، كما يكون الاتفاق المستتر أو الخفي غير متضمن لتصرف آخر يختلف عن التصرف الظاهر و بذلك يقتصر الاتفاق المستتر أو ما يسمى بورقة الضدّ على إثبات عدم وقوع أو وجود التصرف الظاهر (1) ، كما لو اتفق المدين مع شخص آخر على أن يبيعه عيناً مملوكة له حتى يتوقى تنفيذ دائنيه عليها فيكتبان عقداً ظاهراً هو البيع و يكتبان في نفس الوقت سنداً مستتراً (ورقة الضدّ) يذكران فيه أن البيع لا وجود له في الحقيقة و بذلك يسهل على المدين إخراج العين المملوكة له من الضمان العام المقرر لدائنيه و يجعل من العسير على دائنيه إرجاع العين المباعة ظاهرياً إلى ضمانهم العام إلا إذا أثبتوا صورية عقد البيع المبرم من قبل مدينهم بطريق دعوى الصورية .

و قد يكون للصورية المطلقة أهداف أخرى غير إبعاد أو تهريب المدين لأمواله عن أعين دائنيه ظاهرياً و الإضرار بحقوقهم ، فقد يتفق شخص مع آخر على أن يبيعه بيعاً صورياً بعضاً من أمواله يظهر بها مظهر ذو يسار حتى يتسنى له الفوز في الانتخابات مثلاً أو تمكينه من مصاهرة أسرة غنية تقتضي هذا اليسار (2) .

(1) : أنو سلطان ، المرجع السابق ، ص 152 .

(2) : نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 140 و 141 .

ثانيا : الصورية النسبية :

تحقق الصورية النسبية عندما يوجد تصرف قانوني حقيقي بين طرفي التصرف فتستخدم الصورية لإخفاء جانب من جوانب هذا التصرف (1) فتختلف تسميتها تبعاً لاختلاف الجانب الخفي، فقد يتفق الطرفين على إخفاء طبيعة العلاقة القانونية القائمة بينهما فنكون عندئذ أمام صورية بطريق التستر كما قد يتفق الطرفين على إخفاء ركن من أركان التصرف أو شرطاً من شروطه الأساسية فنكون أمام صورية بطريق المضادة ، و قد يقصد المتعاقدين بالصورية إخفاء أحد أطراف التصرف و هذه هي الصورية بطريق التسخير ، و هذا ما سنتناوله تباعاً .

1- الصورية بطريق التستر (الإخفاء) :

تتناول الصورية بطريق التستر نوع التصرف أو طبيعته لا وجوده (2) أي إخفاء حقيقة التصرف المبرم بين طرفيه كما لو اتخذ الطرفين عقد البيع لإخفاء هبة أي إخفاء طبيعة التصرف تجنباً لآثار قانونية معينة أو العكس أن يقوموا طرفي التصرف بإخفاء عقد البيع في صورة هبة مستترة لحرمان الشفيع من المطالبة بحقه في الأخذ بالشفعة فيكون العقد الظاهر هو الهبة و هو عقد صوري و العقد المستتر هو البيع و هو العقد الحقيقي ، و كذلك كما لو اتخذ الطرفين عقد بيع لإخفاء وصية للتحايل على أحكام التركات و المواريث التي تقضي بعدم نفاذ الوصية في حق الورثة إلا في حدود ثلث التركة ، و بذلك يكون التصرف المستتر هو الوصية و هو العقد الحقيقي و العقد الظاهر هو عقد البيع و هو عقد صوري و قد يكون الهدف من الصورية إخفاء التصرف الحقيقي كما لو رتب شخص على نفسه سنداً بمبلغ من المال يذكر فيه أنه ثمناً لشيء اشتراه و لكن في حقيقته أنه قرض بربا فاحش .

(1) : يحي عبد الودود ، المرجع السابق ، ص 475 .

(2) : رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 220 .

(2) - الصورية بطريق المضادة (الضد) :

هي الصورية التي ترد على ركن من أركان العقد أو شرط من شروطه الأساسية (1) ، كأن يتفق الطرفين في عقد البيع على ذكر ثمن أقل من الثمن الحقيقي تهرباً من دفع رسوم التسجيل كاملة أو أن يتفقا على ذكر ثمن أكبر من الثمن الحقيقي للوقوف دون مطالبة الشفيع بحقه في الأخذ بالشفعة .

و كذلك قد يتفق المؤجر مع المستأجر على رفع بدل الإيجار بهدف رفع قيمة العقار المستأجر أمام من يتقدم لاستجاره أو شراءه .

و كذلك قد يتفق المريض مرض الموت مع المتصرف إليه على تقديم تاريخ صدور التصرف حتى يكون سابقاً على تاريخ مرضه لتفادي الطعن فيه من قبل الورثة و هذا ما أشار إليه نص المادة 408 من القانون المدني :

" إذا باع المريض مرض الموت لوراث فإن البيع لا يكون ناجزاً إلا إذا أقره باقي الورثة " .
أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه و من أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال " .

و كذلك قد يتفق المدين مع المتصرف إليه على تقديم تاريخ صدور التصرف حتى يكون سابقاً على إفساره تفادياً للطعن فيه بعدم النفاذ من قبل دائنيه ، على أنه في كل هذه الحالات يحتفظ المتعاقدين بعقد مستتر و هو ورقة الضدّ يذكر فيها الثمن الحقيقي أو التاريخ الصحيح لصدور التصرف .

• ورقة الضدّ :

ورقة الضدّ و هي العقد المستتر الذي يكتب سرّاً في الخفاء بين المتعاقدين و يشتمل على الحقيقة التي يسعى العاقدين إلى إخفاءها و العمل على محو آثار العقد الظاهر كلها أو بعضها (2) .
و بمعنى آخر هي اتفاق مستتر يعدم الاتفاق الظاهر أو يعدل من أحكامه و هذا هو ما يعرف بورقة الضدّ .

(1) : رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 220 .

(2) : المستشار أنور العمروسي ، الصورية وورقة الضد في القانون المدني ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، ص 374 .

و لما كانت ورقة الضدّ مشتملة على الحقيقة التي يسعى الطرفين إلى إخفاءها كان لزاماً أن تكون ثابتة بالكتابة حتى يُحاج بها على المتمسك بالعقد الظاهر و خلفه ، كما لو أراد المدين تهريب أمواله ظاهرياً فقط عن أعين دائنيه حتى لا يجدوا شيئاً ينفذوا عليه ، فيبيع أمواله بيعاً صورياً لشخص آخر و يأخذ عليه ورقة ضدّ تتضمن أن المال المبيع لازال في ملكه و اعتبار البيع كأنه لم يكن فلا تصرفاً قد صدر و لا بيعاً قد وقع و لا ثمناً قد دفع ، فورقة الضدّ هنا تمحو كل آثار العقد الظاهر (عقد البيع) . أو كما لو تعاقد مالك على الشيوع مع المشتري ليبيعه العقار المشاع بمبلغ مائة ألف دينار جزائري و يذكر في عقد البيع أن الثمن مليون دينار جزائري لمنع الشفيع من ممارسة حقه في الأخذ بالشفعة و يكتب بالمقابل في ورقة الضدّ أن الثمن الحقيقي للعقار هو مائة ألف دينار جزائري فورقة الضدّ هنا قد عدّلت العقد الظاهر و هو عقد البيع تعديلاً جزئياً بأن خفضت الثمن من مليون دينار جزائري إلى مائة ألف دينار جزائري .

و تجدر الإشارة أن لورقة الضدّ في الفقه و القضاء الفرنسي معنيان ، فهي تطلق على العقد الحقيقي أي العقد المستتر ذاته ، كما قد تطلق على الورقة المثبتة له (1) .

أما في القانون الجزائري فيبدو أن المشرع الجزائري قد قصر معناها على المعنى الأول و يؤيد وجهة نظرنا في ذلك أن المشرع في المادتين 198 و 199 من القانون المدني قد تجنب استعمال لفظ " ورقة الضدّ " للدلالة على العقد المستتر .

(1) : المستشار أنور العمروسي ، المرجع السابق ، ص 401 .

(3) - الصورية بطريق التسخير (التوسط) :

هي الصورية التي تنصب على إخفاء شخصية أحد المتعاقدين تحت اسم شخص آخر في العقد و يكون ذلك بعلم المتعاقد الآخر حتى يأمن المانع القانوني الذي يمنعه من إجراء هذا التصرف باسمه (1) و بمعنى آخر أن يتوسط شخص ثالث بين شخصين يرومان إجراء تصرف ما فيلجآن إلى تسخير ذلك الشخص لكي يبرم التصرف مع أحدهما ليقوم بعد ذلك بإبرام التصرف مع الشخص الممنوع من التصرف (2) ، كما لو قام محام معهود له بالدفاع عن حقوق متنازع فيها بشراء ها مستتراً وراء شخص آخر مسخر له .

و بذلك يكون الغرض من الصورية بطريق التسخير عادة التحايل على مانع قانوني يحول دون تمام التصرف لشخص معين مع المتعاقد الحقيقي .

و قد تظن المشرع الجزائري لهذا النوع من الصورية و سن مجموعة من النصوص القانونية الأمرة التي تمنع بعض الأشخاص بحكم صفتهم أو وظائفهم من مباشرة بعض العقود أو التعامل في بعض الحقوق سواء تم ذلك بأسمائهم أو بأسماء مستعارة أي بطريق التسخير ، و من بين هذه النصوص نذكر منها :

- نص المادة 402 من القانون المدني على أنه :

" لا يجوز للقضاة و لا للمدافعين القضائيين و لا المحامين و لا الموثقين و لا كتاب الضبط أن يشتروا بأنفسهم مباشرة و لا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها و إلا كان البيع باطلاً "

(1) : المستشار عز الدين الناصوري و عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 56 .

(2) : ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 315 و 316 .

- و كذلك ما نصت عليه المادة 403 من القانون المدني بقولها :

" لا يجوز للمحامين ولا للدفاعيين القضائيين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها سواء كان التعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة إذا كانوا هم الذين تولوا الدفاع عنها و إلا كانت المعاملة باطلة " .

و أيضا من الصور التي أوردها القانون المدني الجزائري في شأن الصورية بطريق التسخير ما نصت عليه المادة 410 من القانون المدني التي تنص على أنه :

" لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار و لو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة و الواردة في نصوص قانونية أخرى " .

و كذلك ما نصت عليه المادة 411 من القانون المدني بقولها :

" لا يجوز للسامسة و لا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهودة إليهم ببيعها أو تقدير قيمتها سواء بأنفسهم مباشرة أو باسم مستعار " .

و يتضح من النصوص المتقدمة أنه قد يتفق أحد من هؤلاء الأشخاص المذكورة أسمائهم سالفاً مع المتصرف معه على تسخير طرف ثالث يتقدم لشراء الحق المتنازع فيه باسمه و هو الذي يظهر اسمه في العقد و ذلك للتحايل على المانع القانوني الذي يحول دون تمام الصفقة مع المتصرف معه ، لذلك تدخل المشرع و قرر بطلان التصرف المبرم بين المتصرف معه و أحد هؤلاء الأشخاص المذكورة أسمائهم في النصوص المتقدمة ، و لعلّ العلة في تقرير البطلان في نظرنا ترجع إلى معرفة و دراية هؤلاء الأشخاص بقيمة و ثمن الحق المتنازع فيه و تجنباً لاستغلال الفرص للشراء بئس بئس ، و هذا باستثناء الأشخاص المذكورة أسمائهم في المادتين 410 و 411 من القانون المدني (الوكيل - السمسار - الخبير) ، بحيث يكون التصرف صحيحاً و نافذاً في حقهم إذا أجاز

من قبل من تم التصرف لحسابه ، وهذا ما أشارت إليه المادة 412 من القانون المدني بقولها :
" يصح البيع في الأحوال المشار إليها في المادتين 410 و 411 إذا أجازته من تم البيع لحسابه "

- شروط تحقق الصورية :

يتبين مما تقدم أنه يلزم لقيام الصورية من الناحية القانونية أن تتوافر الشروط التالية ذكرها (1) :

أن يكون هناك عقدان ، عقد حقيقي مستتر اتجهت إليه إرادة العقدين لإحداث أثر قانوني معين و عقد ظاهر صوري لا وجود له في الحقيقة ، و هذان العقدان اتحد فيهما الطرفان والموضوع .

اتجاه إرادة طرفي التصرف إلى إخفاء حقيقة العلاقة القانونية ، و ذلك بإبقاء التصرف الحقيقي خفياً و ستره وراء تصرف آخر ظاهر مغاير للواقع في جميع نواحيه أو بعضها على الأقل .

اختلاف أحد العقدين أو التصرفين عن الآخر سواء من حيث الطبيعة أو الأركان أو الشروط أو في شخصية طرفيه .

يجب أن يصدر العقدان في وقت واحد أي أن تكون هناك معاصرة ذهنية بين العقدين أو التصرفين و لا تشترط المعاصرة المادية ، و تتحقق المعاصرة الذهنية إذا اتفق طرفي التصرف على الصورية وقت إبرام العقد الأول ، حتى و لو حررت ورقة الضدّ في وقت لاحق ، و للقاضي السلطة التقديرية في استخلاص أيّة علاقة قانونية ملابسة بظروف تدل على إخفاءها و سترها وراء تصرف أو عقد ظاهر .

(1) : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند 696 ، ص 685 و 686 و محمد صبري السعدي المرجع السابق ص 163 و 164 .

و لما كان هدف دعوى الصورية هو الكشف عن حقيقة العلاقة القانونية القائمة بين طرفي التصرف و تقرير الأمر الواقع فإنه يكفي لقبول دعوى الصورية إلى جانب الشروط السالفة الذكر أن يكون للدائن رافع دعوى الصورية حق ثابت خال من النزاع ، أي حق غير متنازع فيه .
و لا يشترط أن يكون حق الطاعن سابقاً في وجود التصرف الصوري المطعون فيه ، و لا أن يكون حقه مستحق الأداء ، فيجوز لمن كان دينه مؤجلاً أو معلقاً على شرط أن يطعن بطريق دعوى الصورية في تصرف مدينه إذا تصرف هذا الأخير صورياً في أمواله ، و كذلك لا يشترط في الدائن رافع الدعوى إثبات أن التصرف الصوري قد أدى إلى إفسار مدينه أو زاد في إفساره و من باب أولى لا يشترط في الدائن إثبات قصد المدين في الإضرار به ، و لكن إعمالاً لقاعدة " لا مصلحة لا دعوى " إذا كان للمدين أموالاً كافية لسداد ديونه ، فلا يكون للمدين مصلحة في الطعن تصرف مدينه بطريق دعوى الصورية إذا تصرف هذا الأخير ظاهرياً (صورياً) في بعض أمواله .

و بناءً على ما تقدم يسهل علينا التمييز بين الصورية و بين ما قد يشتبه بها من حالات مماثلة و هذا ما سنعرضه بشيء من التفصيل في الفرع الثاني .

الفرع الثاني : تمييز الصورية عما قد يشتبه بها .

أما و قد حددنا تعريف الصورية و أنواعها و شروط تحقّقها كان لزاماً علينا التميّز بين الصورية و بين ما قد يشتبه بها من حالات مماثلة ، كالتدليس و الغش و التحفظ الذهني و التزوير و حالات أخرى :

أولاً : إختلاف الصورية عن التدليس :

يتبين من مراجعتنا لنص المادة 86 من القانون المدني أن التدليس هو استعمال طرق احتيالية يكون الغرض منها هو إيقاع المتعاقد في الغلط لدفعه إلى التعاقد فهو إذن يشتبه بالغلط ، و لذلك قيل أن المقصود بالغلط كعيب من العيوب المفسدة للإرادة هو الغلط التلقائي و هو وهم تلقائي يقوم في ذهن المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد ، كأن يقدم شخص على شراء لوحة زيتية معتقداً أنها تحفة فإذا بها مجرد تقليد . في حين أن التدليس هو الغلط الذي ينشأ عن الحيل ، لذلك يفترض لقيام التدليس توافر عنصرين أساسيين :

عنصر موضوعي : و هو استعمال طرق احتيالية كإبراز أوراق مزورة أو السكوت العمدي عن واقعة أو ملاحظة حاسمة في العقد .

عنصر شخصي : و هو أن تؤدي هذه الطرق الاحتيالية إلى تضليل الشخص و دفعه إلى التعاقد بحيث لولا هذه الحيل لما أبرم المدلس عليه العقد .

كما يشترط إلى جانب ذلك و طبقاً للمادة 87 من القانون المدني أن يكون التدليس صادراً من قبل المتعاقد الآخر بمعنى أن يكون إبرام العقد تحت تأثير الغش الذي أدخله عليه المتعاقد الآخر ، أما إذا صدر التدليس من طرف أجنبي عن العقد فليس للمدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس ، فإذا فشل في إثبات التواطؤ بين المتعاقد معه ، فيجب عليه أن يرجع على هذا الأخير بالتعويض على أساس المسؤولية التصيرية .

و على ذلك و إن كان كل منهما (الصورية و التدليس) يشتركان في كونهما يُخفيان حقيقة أو أمر ما وراء ستار ظاهر كاذب ، إلا أنهما يختلفان في كون :

* التدليس يقع من قبل أحد المتعاقدين على الآخر أثناء فترة تكوين العقد . أما الصورية فتقع باتفاق طرفي التصرف في مواجهة شخص ثالث أجنبي عن العقد (1) .

* أن القصد من وراء التدليس هو الحصول على قبول أحد طرفي التصرف بطريق الاحتيال و الخديعة فيكون حكم العقد هنا هو القابلية للإبطال . بينما في الصورية يكون طرفي التصرف على علم بما يُخفيانه عن الغير فيكون الغش هنا من صنع المتعاقدين و بتواطئهما (2) .

عكس الغش في التدليس الذي ينفرد به أحد المتعاقدين للإيقاع بالمتعاقدين الآخر و دفعه إلى التعاقد .

* يعتبر التدليس من قبيل الأعمال غير المشروعة ، إذ الغرض منه في جميع الحالات هو غش الغير ، في حين تنقسم الصورية من حيث الغرض منها إلى صورية بقصد الإضرار بالدائنين و صورية بقصد التحايل على أحكام القانون .

(1)- الصورية التي يقصد بها الإضرار بالدائنين :

قد يلجأ المدين إلى إبعاد أمواله عن أعين دائنيه بأن يتظاهر بإبرام تصرفات من شأنها إخراج أمواله كلها أو بعضها ظاهرياً فقط من ذمته المالية حتى لا يجد دائنوه شيئاً ينفذوا عليه ، ويحتفظ لنفسه بالمقابل بورقة الضد يثبت فيها حقيقة التصرف الظاهر ويقر فيها بأن الأموال باقية في ذمته المالية وأن التصرفات التي أبرمها هي تصرفات لاغية ولا حجية لها ، ولذلك نجد أن المشرع الجزائري قد خول للدائن بموجب نص المادتين 188 و 199 من القانون المدني حماية ضمانه العام بالطعن في تصرفات مدينه بطريق دعوى الصورية إذا عمد هذا الأخير إلى التصرف في أمواله صوريا بقصد الإضرار به في استثناء حقه .

(1) و (2) : المستشار عز الدين الناصوري و عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 81 و 82 .

(2) - الصورية التي يقصد بها التحايل على أحكام القانون :

لا تقتصر وظيفة دعوى الصورية على المحافظة على الضمان العام المقرر لدائني المدين، بل قد تتعداه إلى محاربة الغش نحو القانون والتحايل على أحكامه باستبعاد تطبيق قاعدة قانونية (1) ، كما لو اتفق طرفي التصرف على إخفاء عقد بيع تحت ستار عقد هبة مستترة لتفادي مطالبة الشفيع بحقه في الأخذ بالشفعة ، فيكون الغرض من الصورية هنا هو استبعاد تطبيق قواعد الشفعة أو كما لو اتفقا الطرفين على إخفاء وصية تحت ستار عقد بيع صوري للتحايل على أحكام التركة و المواريث التي تقضي بعدم نفاذ الوصية في حق الورثة إلا في حدود الثلث أو أن يتفقا المتعاقدين في عقد بيع على ذكر ثمن أقل من الثمن الحقيقي المنفق عليه للتهرب من رسوم التسجيل .

يعتبر التدليس واقعة مادية و بالتالي يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات كالكتابة و الإقرار و اليمين و شهادة الشهود و القرائن، بينما تعتبر الصورية من قبيل التصرفات القانونية و لذلك لا يجوز إثباتها بين طرفي التصرف كمبدأ عام إلا بالكتابة (2) في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن مائة ألف دينار جزائري و هذا ما أشارت إليه الفقرة الأولى من نص المادة 333 من القانون المدني بقولها :

" في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري أو غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص قانوني يقضي بغير ذلك " .

(1) : ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 312 .

(2) : المستشار عز الدين الناصوري و عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 82 .

ثانيا : اختلاف الصورية عن الغش :

سبق و أن قدمنا أن الغش عامل نفسي بحث من العسير تحديد معناه بدقة ، وذلك لاتصاله برغبة نفسية من الصعب التعرف عليها بأمارات خارجية .

و يتضح من مراجعتنا لنصوص القانون المدني في مواده المنظمة لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين نجد أن المشرع الجزائري قد ساير القضاء الفرنسي في مفهومه للغش ، بحيث اعتبر أن مجرد علم المدين و المتصرف إليه بأن التصرف المطعون فيه سيؤدي حتماً إلى إفسار المدين أو الزيادة في إفساره ، قرينة قانونية على نية الإضرار بدائنيه ، و لكنها قرينة قانونية بسيطة يجوز للمدين أو المتصرف إليه دحضها بإثبات العكس ، كأن يثبت المدين أن إفساره وقتي و لا يلبث أن يزول أو أن التصرف المطعون فيه سيؤدي حتماً إلى رواج بضاعته و عودة يسره أو كأن يثبت المتصرف إليه أنه لم يكن على علم أن تصرف المدين سيؤدي إلى إفساره أو زيادة هذا الإفسار أو أن يثبت أن التصرف المطعون فيه يعتبر من قبيل التصرفات المألوفة التي تقتضيها تجارة المدين أو صناعته أو تجارته .

و على ذلك تتميز الصورية عن الغش في أن نص المادة **191** و ما يليها من القانون المدني تفترض أن التصرف المطعون فيه بالغش هو تصرف جدي يهدف المدين من وراءه إلى إحداث الآثار القانونية المترتبة عليه في حين أن نص المادتين **198** و **199** المنظمتين للصورية تفترض أن التصرف المطعون فيه هو تصرف صوري مخالف للواقع من جميع نواحيه أو من بعضها على الأقل ، و قد تجتمع الصورية بالغش إذا كان القصد منها هو الغش نحو القانون و التحايل على أحكامه أو استبعاد تطبيق قاعدة من قواعد الأمانة كما قدمنا .

ثالثا : اختلاف الصورية عن التحفظ الذهني :

تقدم القول أن الصورية هي اتفاق بين طرفي التصرف على إخفاء حقيقة العلاقة القانونية القائمة بينهما وراء ستار أو مظهر كاذب ، أما في التحفظ الذهني فينفرد أحد طرفي التصرف دون أن يتفق مع الطرف الآخر بإخفاء إرادة وإظهار إرادة أخرى أي أنه يظهر مالا يبطن ، فتكون إرادته الظاهرة مخالفة لإرادته الباطنية كأن يبدي شخص رضاه بالعقد على نحو مُحدد و هو يُضمر قيِّداً أو تحفظاً على رضاه هذا (1) .

فالتحفظ الذهني إذن هو صورة من صور الصورية في الإرادة الظاهرة و لكنها صورية غير متفق عليها بين طرفي التصرف (2) .

رابعا : اختلاف الصورية عن التزوير:

لما كان المقصود بالصورية هو إخفاء حقيقة التصرف المبرم بين طرفيه فمن البديهي أن يكون على علم بصوريته ، وبالتالي فإن العقل والمنطق يقتضيان أنه لا يجوز الطعن فيه بالتزوير بسبب صوريته كون التصرف الصوري قد صدر بعلم المتعاقدين وتواطئهما على إخفاء حقيقة ما تعاقدا عليه و رغبتها في إحداث الآثار القانونية المترتبة عليه .

(1) : نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 142 .

(2) : رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 222 .

خامسا : لا صورية في عقد ظاهر نوه فيه بعقد مستتر (1) :

لا تتحقق الصورية إذا عمد طرفي التصرف عند تحرير العقد الظاهر إلى التتويه بوجود عقد مستتر لأن من شروط قيام الصورية كما قدمنا أن يكون هناك عقدان أو تصرفان أحدهما ظاهراً أو صورياً و الآخر مستتر أو خفي لا يُشار إليه في العقد الظاهر، بل يبقى سراً بين طرفيه كما لو اتفق طرفي التصرف على إخفاء عقد بيع محلّه عقاراً تحت ستار عقد هبة ، و اتفقا على أن عقد البيع لا يكون نافذاً في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات الخاصة بالشهر العقاري ، و ذلك بقيد و تسجيل عقد البيع بالمحافظة العقارية إعمالاً لأحكام نص المادة 793 من القانون المدني ، و في هذه الحالة يفقد العقد المستتر سرّيته و تنكشف حقيقة العلاقة القانونية القائمة بين طرفيه فتنتفي تبعاً لذلك صورية العقد و يصبح العقد المستتر شأنه شأن العقد الظاهر .

سادساً : إختلاف الصورية عن تعديل العقد :

لا صورية في عقد جدّي تم بين العاقدين ، ثم بدا لهما بعد ذلك إدخال تعديلات على هذا العقد كما لو اتفق المؤجر مع المستأجر على تعديل شرط من شروط عقد الإيجار بخفض بدل الإيجار مثلاً ففي هذه الحالة لا يوجد عقد صوري ظاهر و عقد حقيقي مستتر، بل كل ما في الأمر أن هناك عقدان حقيقيان و تم الاتفاق على تعديل العقد الأول بخفض بدل الإيجار بموجب العقد الثاني (2) في حين أن من شروط قيام الصورية كما أسلفنا أن يكون هناك عقدان أحدهما صوري ظاهر و الآخر حقيقي مستتر و أن يصدر هذان العقدان في وقت واحد أي أن تكون هناك معاصرة ذهنية بين العقد الأول و العقد الثاني و هذا ما تعجز عن توفيره حالة تعديل العقد .

(1) و (2) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، الجزء الثاني ، بند 615 ، ص1078 و 1079 .

الفرع الثالث : مجال الصورية .

يمكن القول بصفة عامة أن أكثر ما تكون الصورية في العقود ، أي في التصرفات القانونية الصادرة من الجانبين ، و لكن هذا لا يمنع من ورود الصورية على التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد شريطة أن تكون هذه التصرفات موجهة إلى شخص معين بالذات ، ذلك أن الصورية لا تتحقق إلا بوجود اتفاق مسبق بين طرفيه ، ومن ثم فمن البديهي أنه لا اتفاق في تصرف صادر بالإرادة المنفردة للمتصرف ، فالاتفاق لا يتصور إلا من شخصين تعاملًا معًا .

ومع ذلك فقد تحقق الصورية حتى في التصرفات الصادرة من جانب واحد إذا كانت هذه التصرفات موجهة إلى شخص معين و حتى يتضح المقال نورد المثال التالي :

فالتنازل عن حق عيني أو إبراء الدائن لذمة مدينه أو إنهاء علاقة قانونية قائمة كلها تصرفات صادرة من جانب واحد ، و تكون هذه التصرفات صورية إذا اتفق الطرفان على أن التنازل عن الحق العيني أو الإبراء أو إنهاء العلاقة القانونية القائمة لا يقع واعتبارها (الحق العيني - الدين - العلاقة القانونية) لا زالت قائمة بالرغم من التصرف الصوري (1) .

أما التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد وغير الموجهة إلى شخص معين بالذات كالوعد بجائزة الموجهة إلى الجمهور و الذي يعتبر أهم التزام بالإرادة المنفردة تعرض له القانون المدني الجزائري في المادة **123 مكرر 1** .

فيتضح من استقراء هذه المادة أن من شروط قيام الوعد بجائزة أن توجد لدى الواعد إرادة جديّة و باتة على إنشاء التزام .

(1) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، بند 616 ، ص 1079 و 1080 .

كما يجب أن يوجه هذا الوعد إلى الجمهور و ليس إلى شخص أو أشخاص معيّنين بالذات ، و إلا كناً بصدد الوعد بالتعاقد . و من ثم إذا أخل الواعد بوعده أي إذا أظهر ما لا يبطن ، فلا نكون أمام صورية الوعد ، بل أمام اختلاف بين الإرادة الظاهرة و الإرادة الباطنية و يمكن تكييف هذا التصرف على أنه تصرف قريب من التحفظ الذهني (أنظر ما سبق) .

و كما تكون الصورية في العقود العرفية و الرسمية تكون أيضاً في الأحكام القضائية النهائية و أحكام رسو المزاد .

أولاً : العقود العرفية :

ليس للورقة العرفية حجية مطلقة من المصدر لأنها معدة من قبل أشخاص عاديين و لا تكتسب الحجية إلا إذا اعترف بها من طرف الشخص الذي يحتج بها عليه ، لذلك قيل أن للورقة العرفية حجية مؤقتة .

و تتناول هذه الحجية جميع محتويات الورقة العرفية و من ثم يجوز إثبات عكس ما دون فيها طبقاً للقواعد العامة المقررة في الإثبات و التي تقضي بعدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة ما لم يكن القصد من تحرير المحرر العرفي هو الغش أو التحايل على أحكام القانون ، فعندئذ يجوز إثبات العكس بجميع الطرق المعدة للإثبات ، كما لو أبرم شخص عقد بيع مع آخر ، كان العقد العرفي قرينة على حصول البيع منه (1) .

غير أنه يجوز للبائع أن يثبت أن البيع ليس إلا بيعاً ظاهرياً فقط لوجود اتفاق بينه و بين المشتري على اعتبار عقد البيع الصوري لاغياً و لا حجية له عليهما و لا على خلفائهما ، و اعتبار التصرف المذكور كأنه لم يحدث و أن الثمن لم يدفع .

(1) : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند 971 ، ص 918 .

و لكن لا يجوز إثبات الاتفاق السري المخالف للعقد الظاهر إلا بالكتابة و ذلك بتقديم ورقة ضد موقعة من المشتري اعترافا من هذا الأخير بصورية العقد ، أما إذا دفع دائنو المدين (البائع) بصورية البيع الذي أبرمه مدينهم جاز لهم إثبات صورية عقد البيع بكافة الطرق المعدّة للإثبات بما في ذلك البيّنة و القرائن (1) .

ثانيا : العقود الرسمية .

نصّ المشرع الجزائري في المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني على أنه :

" يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجية حتى يثبت تزويره و يعتبر نافذاً في كامل التراب الوطني "

الظاهر من هذا النص أن عبارة " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجية حتى يثبت تزويره ... " عبارة خاطئة إذ قد يطعن فيه بالتزوير و قد يطعن فيه بالبطلان و ذلك تبعاً للبيانات الواردة في العقد الرسمي ، فهناك بيانات لا يجوز إثبات عكسها إلا عن طريق الدفع بالتزوير و هي ذات حجية مطلقة ، و هناك بيانات أخرى يمكن إثبات عكسها بالطرق العادية كدعوى الصورية و دعوى عدم نفاذ التصرف و الفسخ و البطلان و انعدام الأثر (2) .

1 - البيانات التي يطعن فيها بالتزوير :

هي تلك البيانات التي يقوم بها موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بالخدمة ككتابة المحرر الرسمي و مكانه و التوقيعات و إثبات حضور ذوي الشأن و تصريحات الشهود و التحقق من هويّتهم ، و بصفة عامة كل البيانات التي ذكرها الموثق أو الموظف أنها تمت أمام عينيه و سمعها بأذنيه و شهد على صحتها فكل هذه البيانات يكون لها حجية مطلقة و لا يجوز إثبات عكسها إلا بالطعن بالتزوير .

(1) : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند 971 ، ص 918 .

(2) : داودي ابراهيم ، طرق الإثبات ، محاضرات أقيمت على طلبة السنة الرابعة ليسانس ، 2008-2009

2 - البيانات التي يطعن فيها بالبطلان :

هي تلك البيانات التي تصدر عن ذوي الشأن أمام الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بالخدمة و تكون لها علاقة مباشرة بالمحرر الرسمي ، كما لو صرح البائع أمام الموثق أنه قبض المبلغ من المشتري أو صرح المشتري أنه تسلم الشيء المبيع دون أن يكون القبض أو التسليم قد حصل أمام الموثق ، فهذه البيانات تعتبر صحيحة إلى أن يقوم من ينازعها بإثبات عكسها بالطرق العادية المعدة للإثبات ، و العلة من ذلك أن الطعن في هذه البيانات لا تتضمن مساساً بأمانة الموثق و صدقه ، و من ثم يمكن إثبات صورية العقد المثبت بمحرر رسمي دون حاجة إلى إجراءات الطعن بالتزوير .

و كذلك حينما يشترط الموثق لتحرير عقد هبة إحضار شهادة طبية تثبت سلامة الواهب و اكتمال قواه العقلية ، فإذا ظهر فيما بعد أنه مختل عقلياً أو فاقد الأهلية فإن مثل هذا التصريح لا يمس بأمانة الموثق ضف إلى ذلك أن المختص حول ما إذا كانت الأهلية كاملة أو ناقصة أو منعدمة هو القاضي و ليس الموثق (1) .

غير أنه يجوز للغير أن يثبت أن هذا الذي حصل أمام الموثق و أثبته كان تصرفاً صورياً ، كما يجوز لطرفي التصرف أنفسهم إثبات صورية التصرف كون الاتفاق المستتر ينتج آثاره فيما بين المتعاقدين و بالتالي يحق لأحدهما الاحتجاج به ضد الآخر .

(1) : داودي ابراهيم ، الإشارة المتقدمة .

ثالثا : الأحكام القضائية النهائية و أحكام رسوا المزاد :

كما يكون العقد صوريًا ، قد تكون الدعوى صورية ، و قد يُراد بها تأييد حق أحد العاقدين على الآخر ، و قد يُراد بها تأييد أحدهما أو حق أحدهما على الغير كما في العقود (1) ، كما لو اتفق المقرض مع المقترض على أن يقرضه مبلغ من المال بفوائد فاحشة و كان المقرض يخشى طعن المقرض عند مطالبته بمبلغ القرض مع الفوائد الفاحشة أمام القضاء ، فيتفق المقرض مع المقترض على أن يحرر له سندًا بقيمة القرض مع الفوائد ، فيرفع بها دعوى أمام القضاء و يُحكم فيها نهائيًا و حينئذ يدفع المدين لدائنيه مبلغ القرض مع الفوائد .

و يصح أيضًا أن تكون الصورية في أحكام رسوا المزاد التي لا تتعدى فيها رقابة القاضي إلا مجرد استيفاء الإجراءات الشكلية التي تتطلبها أحكام البيع بالمزاد العلني ، ثم إيقاع البيع لمن يظهر أن المزاد قد رسا عليه (2) .

(1) و (2) : عز الدين الدناصوري و عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 94 .

المطلب الثاني : أحكام الصورية :

يتضح مما تقدم أن هناك ثلاثة مبادئ تهيمن على أحكام الصورية يجب التنسيق بينها (1) .

- المبدأ الأول :

و هو مبدأ سلطان الإرادة و الذي يفترض أن الإرادة الحرّة و المشتركة للمتعاقدين هي أساس القوة الملزمة للعقد . فهي التي تنشئه و هي التي تحدد التزاماته و ما يترتب عليها من آثار قانونية و يتجلى ذلك في النقاط التالية :

* أن للإرادة الحرّية التامة في تكوين العقد و إنشائه و هذا ما يعرف بمبدأ الرضائية في العقود الذي تنص عليه المادة 59 من القانون المدني .

* أن للإرادة الحرّية التامة في تحديد الآثار القانونية التي تترتب على العقد و هو ما تشير إليه المادة 106 من القانون المدني " العقد شريعة المتعاقدين " .

* أن للإرادة المشتركة الحرّية في الاتفاق على ما يخالف القواعد المفسرة و المكملة لإرادة المتعاقدين إعمالاً لنص المادة 178 من القانون المدني و على ذلك فإن مبدأ سلطان الإرادة يقضي بنفاذ العقد المستتر (الحقيقي) فيما بين المتعاقدين .

- المبدأ الثاني :

مبدأ الأوضاع الظاهرة و يرمي أساساً إلى المحافظة على استقرار المعاملات و توليد الثقة في نفوس المتعاقدين ، و على ذلك فإن هذا المبدأ يسمح للغير حسن النية بالإعتداد بالعقد الظاهر أو العقد الصوري .

(1) : راجع في هذا الصدد نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 143 و ياسين محمد الجبوري ، المرجع

السابق ، ص 317 .

- المبدأ الثالث :

مبدأ محاربة الغش و التحايل على أحكام القانون و هذا المبدأ قد يقتضي إبطال العقد الظاهر الصوري و العقد المستتر الحقيقي أو ما يسمى بورقة الضدّ ، إذا كان الغرض من الصورية هو استبعاد تطبيق قاعدة قانونية أمره و ، على ذلك فإن التعارض بين هذه المبادئ الثلاثة سيؤدي حتماً إلى اختلاف أحكام الصورية بالنسبة للمتعاقدين و خلفهما العام من جهة ، و بالنسبة للغير من جهة أخرى . و لنرى الآن تفصيل حكم كل حالة من هذه الحالات تباعاً .

الفرع الأول : أحكام الصورية فيما بين المتعاقدين و خلفهما العام .

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 199 من القانون المدني على أنه :

" إذا أخفى المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي " . (1)

والظاهر من هذا النص أن العبرة في تكيف العلاقة القانونية القائمة بين طرفي التصرف و خلفهما العام هي الاعتداد بالتصرف الحقيقي لا بالتصرف الصوري ، وبمعنى آخر نفاذ التصرف الحقيقي المستتر دون التصرف الصوري الظاهر ، فالعبرة إذن بما انصرفت إليه الإرادة الحرة والمشاركة للمتعاقدين إعمالاً بمبدأ سلطان الإرادة الذي يقضي بأن المتعاقدين لا يلتزمان إلا بما أَرَاداه و مؤدي ذلك أنه يجوز لكل من المتعاقدين أن يتمسك في مواجهة الآخر بالعقد المستتر . وتسري هذه القاعدة على الخلف العام لطرفي التصرف أيضاً ذلك أن الخلف العام لا يعتبر من الغير بالنسبة لتصرف سلفه و هذا ما قصدته المادة 199 من القانون المدني .

و لما كانت العبرة بالتصرف الحقيقي المستتر لا بالتصرف الصوري الظاهر كان لابد من التمييز بين ما إذا كانت الصورية مطلقة أو نسبية، فإذا كانت الصورية مطلقة فلا شك أنها تتناول العقد في ذاته أي كيان العقد و بذلك يكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة، كما لو كان العقد الصوري

(1) : و يقابل هذا النص في القوانين العربية :

في التقنين المدني المصري المادة 245 ، و في التقنين المدني الأردني المادة 369 و في التقنين المدني

السوري المادة 246 و في تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة 161 .

بيعا واتفق الطرفان بموجب ورقة الضدّ على اعتبار عقد البيع السوري لاغياً و لا حجية له عليهما و لا على خلفائهما ، وفي هذه الحالة يبقى البائع السوري مالكا للمبيع ويجوز له التصرف فيه بكافة التصرفات القانونية ولا يكتسب المشتري السوري أي حق من هذا المبيع ولا ينشأ في ذمته أي التزام بالثمن أو بغيره ، وكما هو معمول به بالنسبة إلى المشتري السوري (1) .

كذلك يكون الأمر بالنسبة إلى ورثته فلا يلتزم هؤلاء الآخرين بالثمن أو بغيره فلا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري ولا إلى خلفه العام بعد وفاته ، و يبقى المبيع في ملك البائع و ينتقل إلى ورثته بعد وفاته وفقاً لأحكام التركات والمواريث ، وليس بإمكان المشتري السوري وورثته الاعتراض على ذلك .

أما إذا كانت الصورية نسبية فهي لا تتناول وجود العقد في ذاته ، بل تتناول نوع العقد أو ركناً من أركانه العامة أو شرطاً من شروطه الأساسية أو شخص المتعاقدين و لذلك وجب الاعتداد أيضاً بالعقد الحقيقي المستتر لا بالعقد السوري الظاهر، وعلى ذلك يجب أن يكون العقد المستتر مستجماً لكافة أركان انعقاده و جميع شروط صحته ، و عندئذ تطبق أحكام العقد المستتر لا أحكام العقد الظاهر (2) ، كما لو اتفق الطرفان على انعقاد عقد هبة وراء عقد بيع صوري ، ففي هذه الحالة و حتى يصح وصف العقد بأنه هبة و ليس بيعاً أن يكون الواهب (البائع السوري) أهلاً للتبرع لا أهلاً بالبيع و بالمقابل يشترط في الموهوب له (المشتري السوري) أن يكون أهلاً لمباشرة التصرفات النافعة نفعاً محضاً .

و على ذلك فلا يلتزم الموهوب له بدفع الثمن المسمى في العقد و بالمقابل لا يلتزم الواهب بضمان الاستحقاق و العيوب الخفية إلا في حدود ما يلتزم به الواهب ، و يكون الأمر كذلك فيما يتعلق بخلفهما العام فتنتقل ملكية الموهوب له (المشتري السوري) التي آلت إليه باعتبارها هبة إلى ورثته من بعده دون أن يكون في استطاعته الواهب وورثته مطالبتهم بشيء من الثمن المتفق عليه في عقد البيع السوري (3) .

(1) : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند 697 ، ص 686 .

(2) : رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 224 .

(3) : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند 697 ، ص 686 و 687 .

و لما كان تكييف العلاقة القانونية القائمة بين طرفي التصرف و خلفهما العام مرهون بما اتجهت إليه الإرادة الحرّة و المشتركة للطرفين ، فإن العبرة هنا تكون بالتصرف الحقيقي الذي يستتر وراء التصرف الظاهر غير أن الاعتداد بالتصرف المستتر سيؤدي حتماً إلى تفادي تطبيق القواعد القانونية التي قصد الطرفان من وراء الصورية استبعادها و تفادي تطبيقها و على ذلك فما حكم الصورية هنا و هل يمكن اعتبارها بذاتها سبباً لبطلان التصرف ؟

يخلص ممّا تقدم أن الصورية لا تكفي لوحدها لبطلان التصرف و إنما يجب بيان العلة التي من أجلها أبرم التصرف الصوري و على ذلك فإذا كان القصد من وراء الصورية خداع الغير و التحايل على أحكام القانون و قواعده فإن أثر هذا التحايل يختلف باختلاف هذه القواعد القانونية فقد يترتب على الكشف على الصورية بطلان التصرف الحقيقي المستتر لعدم مشروعيته ، و قد يقتصر الجزاء على مجرد الحيلولة دون تحقيق الهدف الذي قصده المتعاقدان بتحايلهما .

و تطبيقاً لذلك إذا كان الغرض من التحايل على أحكام القانون هو تقرير تصرف مخالف للقانون بإخفائه وراء تصرف صوري ، فإنه يترتب على الكشف على الصورية بطلان التصرف المستتر أي إذا كانت القاعدة القانونية التي قصد المتعاقد من وراء الصورية تفادي تطبيقها تقضي ببطلان التصرف المستتر ، فإن هذا التصرف يقع باطلاً (1) كما لو قام محامي الذي وُكِّل للدفاع عن حقوق متنازع فيها بشرائها بموجب عقد صوري مستخدماً اسم مستعار فالإعتداد بالعقد المستتر هنا يترتب عليه بطلان العقد الصوري إعمالاً بنص المادة 403 من القانون المدني .

(1) : رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 225 .

أما إذا كان التحايل على أحكام القانون هو عدم إخفاء تصرف غير مشروع، فإن جزاء الصورية هنا يقتصر على منع تحقيق الهدف الذي قصده المتعاقدان من وراء الصورية، كما لو كان القصد من وراء الصورية هو استبعاد تقرير حقاً للغير كإخفاء عقد بيع وراء عقد هبة أو ذكر ثمن أكبر من الثمن الحقيقي للعقار لمنع الشفيع من المطالبة بحقه في الأخذ بالشفعة، فالجزاء هنا يقتصر على تفويت قصدهما (الواهب أو البائع السوري والموهوب له أو المشتري السوري) (1)، فيكون للشفيع أن يتمسك بالحق الذي تقرر له طبقاً لأحكام المادة 794 و ما يليها من القانون المدني فيثبت حق الشفيع في الأخذ بالشفعة رغم أن العقد ظاهره هبة أو يلزم بدفع الثمن الحقيقي دون الثمن الظاهر و كذلك كما لو اتفق المدين مع المتصرف إليه على تقديم تاريخ صدور التصرف حتى لا يكون تالياً لتصرف الدائن، فهنا أيضاً يمكن للدائن إثبات صورية التاريخ و الطعن في تصرف مدينه بدعوى عدم النفاذ .

و كذلك ستر الوصية الصادرة من المورث إلى أحد الورثة في صورة عقد بيع أو هبة للتحايل على أحكام التركات و المواريث التي تقضي بعدم نفاذ الوصية إذا تجاوزت الحدّ المسموح به في الإيضاء و هو الثلث، و كذلك إذا ذكر في عقد البيع ثمناً أقل من الثمن الحقيقي المتفق عليه بغية التحايل على أحكام القانون لإنقاص رسوم التسجيل، فهنا يترتب على الكشف على الصورية دفع رسوم التسجيل كاملة على أساس الثمن الحقيقي لا الثمن الظاهر .

و تجدر الإشارة أن النظام القانوني المطبق في الجزائر يخضع العقارات و الحقوق العينية العقارية المتصلة بها إلى نظام الشهر العقاري، و على ذلك فمتى شهر عقد بيع العقار انتقل الحق العيني بقوة القانون إلى المالك الجديد، وبالتالي أصلاً لا يجوز الطعن فيه بطريق الصورية، إلا أن القضاء الجزائري يذهب إلى جواز الطعن بالصورية كما هو ثابت من الحكم المؤرخ في 2008/4/07 والمشار إليه في الملاحق (2) .

(1) : نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 143 و 144 .

(2) : حكم عقاري، محكمة وهران بتاريخ 2008/4/07 .

أولاً - إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين و خلفهما العام :

تقدم القول أن العبرة في تحديد العلاقة القانونية القائمة بين طرفي التصرف و خلفهما العام تكون وفقاً لما انصرفت إليه إرادتهما الحرّة والمشاركة ، فالأصل أن المتعاقدين عندما يتفقان على إبرام تصرف قانوني فهما لا يخفيان تصرفاً آخر مستتر ، و لذلك فمن البديهي أن من يدعي خلاف ذلك فإن إدعائه يكون خلافاً للأصل .

و لكن لما كانت الصورية في ذاتها ترد على خلاف الأصل فعلى من يتمسك بها إثبات أن هناك تصرف حقيقي مستتر وراء تصرف صوري ظاهر، أمّا إذا كان المدعي (مدعي الصورية) أحد طرفي التصرف فعليه حينئذ إثبات الصورية التي يدعيها ، و الإثبات في هذه الحالة يكون وفقاً للقواعد العامة المقررة في الإثبات .

و بناءً على ذلك فلا يجوز لطرفي التصرف و خلفهما العام إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة حتى ولو كانت قيمة التصرف لا تزيد عن مائة ألف دينار جزائري ، و علّة ذلك أن المدعي (مدعي الصورية) يروم إثبات عكس ما هو ثابت بالكتابة و لذلك كان لزاماً أن يكون إدعائه ثابتاً بالكتابة أيضاً (1) .

و على ذلك إذا كان التصرف الظاهر مكتوباً و يجب على المتصرف أن يحتاط لنفسه و يحصل من المتصرف إليه على وثيقة مكتوبة (ورقة الضدّ) يذكر فيها حقيقة التصرف الذي أخفاه و صورية التصرف الذي أظهره إذا كان من شأن الاختلاف بين التصرف الظاهر و التصرف المستتر الإضرار بأحدهما .

و تطبيقاً لذلك فإذا لم توجد ورقة الضدّ ، فلا يجوز إثبات صورية التصرف الظاهر المكتوب بالبيّنة و القرائن ، و لا يمكن الإثبات في هذه الحالة إلا بإقرار الخصم طبقاً لأحكام المادتين 341 و 342 من القانون المدني أو عن طريق اليمين إعمالاً لنص المادة 343 وما يليها من القانون المدني على أن هناك حالات استثنائية يجوز فيها الإثبات بالبيّنة و القرائن فيما يجب إثباته بالكتابة و تفصيل ذلك في الآتي :

(1) : ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 320 و رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ص 226 .

(1) - إثبات التصرف الصوري بالبيّنة :

الأصل أنه لا يجوز الإثبات بالبيّنة في التصرفات القانونية المدنية التي تفوق مائة ألف دينار جزائري غير أن هذا المبدأ وردت عليه استثناءات يجوز الإثبات فيها بالبيّنة حتى ولو كان مقدار التصرف القانوني يفوق مائة ألف دينار جزائري ، و تتمثل هذه الاستثناءات فيما يلي :

• الاستثناء الأول : وجود بداية الثبوت بالكتابة :

لقد نص المشرع الجزائري على هذا الاستثناء في المادة 335 من القانون المدني بقوله :
" يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ، وكل كتابة تصدر من الخصم و يكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعي به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة " . (1)

و يُستفاد من هذا النص أنه إذا وجدت ورقة مكتوبة بخط يد أحد الطرفين أو غيرهما كالنائب القانوني أو الاتفاقي إذا كان لا يُحسنان الكتابة ودلت على حقيقة التصرف القانوني ، فإنه يجوز إثبات هذا التصرف القانوني بشهادة الشهود(البيّنة) . و يستوي أن تكون هذه الورقة المكتوبة في شكل رسالة أو مذكرة أو محضر، كما يشترط أن يكون المكتوب على الورقة أي التصرف القانوني المدعي به قريب الاحتمال إلى الخصم ، و لكن للقاضي السلطة التقديرية في الأخذ بهذه الوسيلة من وسائل الإثبات أو رفضها .

(1) - يرى الأستاذ زهدور محمد أن عبارة " بداية الثبوت بالكتابة " أصلح من عبارة " مبدأ الثبوت بالكتابة " ذلك أن عبارة مبدأ توحى بوجود قاعدة . أضف إلى ذلك أن المصدر الفرنسي لنص المادة 335 يتكلم عن بداية الثبوت بالكتابة commencement de preuve par écrit .

الاستثناء الثاني : وجود مانع مادي أو أدبي (معنوي) للحصول على ورقة الضد :

يقصد بالمانع المادي كل الوسائل المادية أو الظروف التي تجعل من العسير تحضير أو تهيئة ورقة الضد .

و يقصد بالمانع الأدبي أو المعنوي الباعث الداخلي أو الهاجس النفسي الذي يمنع أحد طرفي التصرف من تحرير ورقة الضد مع الطرف الآخر لوجود علاقة مصاهرة أو صلة قرابة بينهما كصلة الابن بأبيه أو أخيه أو علاقة الزوج بالزوجة ، و هذا ما أشارت إليه الفقرة الأولى من نص المادة 336 بقولها :

" يجوز الإثبات بالشهود أيضاً فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي "

و الظاهر من هذا النص أنه إذا أثبت أحد طرفي التصرف وجود المانع المادي أو الأدبي (المعنوي) الذي حال دون الحصول على ورقة الضد من الطرف الآخر جاز له الاستعانة بشهادة الشهود في إثبات التصرف الحقيقي الذي اتفق عليه الطرفان ، و لكن للقاضي أيضاً السلطة التقديرية في الأخذ بشهادة الشهود (البيّنة) أو رفضها ، لأن المادة 336 ليست من النظام العام .

الإستثناء الثالث : فقدان ورقة الضدّ بسبب أجنبي :

لقد تناول المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من نص المادة 336 من القانون المدني حالة فقدان الدائن للدليل الكتابي بسبب أجنبي خارج عن إرادته بقوله :

" يجوز الإثبات بالشهود أيضاً فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا فقد الدائن سندَه الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته " . (1)

و يتضح من الفقرة الثانية من النص المتقدم أن المشرع قد أجاز إثبات التصرف القانوني الحقيقي بالبيّنة في حالة فقدان ورقة الضدّ بسبب أجنبي لا يد للدائن فيه ، غير أن واقعة فقدان أو التصرف القانوني لا يكون إلا إذا توافر شرطان أساسيان هما :

الشرط الأول : إثبات وجود ورقة الضد :

تعتبر واقعة ضياع أو فقدان ورقة الضدّ من قبيل الوقائع المادية ، لذلك أجاز القانون أن يتم إثباتها (واقعة فقدان أو الضياع) بكافة الوسائل المعدّة للإثبات .

أمّا إذا كانت ورقة الضدّ عبارة عن بداية ثبوت بالكتابة ففي هذه الحالة لا تطبق الفقرة الثانية من نص المادة 336 من القانون المدني ، لأن بداية الثبوت بالكتابة ليست بورقة رسمية لأنها غير معدّة من قبيل أحد الأشخاص المذكورين في نص المادة 324 من القانون المدني ، كما أنها ليست بورقة عرفية لأنها لا تحمل توقيع طرفي التصرف .

(1) : أن المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من نص المادة 336 اكتفى بالنص على الدائن دون المدين .

و يرى بعض الفقه أنه يمكن للمدين في هذه الحالة أن يثبت بشهادة الشهود (البيّنة) ما يجب إثباته بالكتابة أيضاً في حالة فقدانه الدليل الكتابي الذي كان بحوزته بسبب أجنبي لا يد له فيه .

الشرط الثاني : إثبات وقوع السبب الأجنبي : (1)

يجب أن يكون من شأن الحادث الذي تسبب في فقدان أو ضياع ورقة الضدّ من قبيل الأفعال أو الحوادث التي لا يمكن عادة توقعها و لا يُستطاع دفعها . و على العموم يدخل في مفهوم السبب الأجنبي فعل الغير و القوة القاهرة و الحادث الطارئ أو الفجائي و فعل الأمير **Fait de prince** . كما يعتبر السبب الأجنبي من قبيل الوقائع المادية أيضاً و على ذلك يمكن المدعي (مدعي الصورية) إثبات السبب الأجنبي الذي وراء فقدان أو ضياع ورقة الضدّ بكافة الوسائل المقررة في الإثبات .

(1) : القوة القاهرة و الحادث الطارئ يشتركان في أن كلاهما لا يمكن توقعه و لا يستطاع دفعه . و يختلفان في أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً ، بينما الحادث الطارئ يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً و يترتب على ذلك أن القوة القاهرة تجعل الالتزام ينقضي و لا يتحمل المدين تبعته ، بينما في الحادث الطارئ لا ينقضي الالتزام بل يُرد إلى الحدّ المعقول و توزع الخسارة بين الدائن و المدين .

(2) - إثبات التصرف السوري بالقرائن :

يفرق الفقه بين القرائن القضائية و القرائن القانونية ، و يُصنف الأولى على أنها أدلة إثبات محدودة القوة و يصنف الثانية على أنها نوع من تخفيف عبء الإثبات أو إعفاء أحد الخصوم من الإثبات . و الحقيقة أن القرائن القضائية وحدها هي التي تدخل ضمن وسائل الإثبات أمّا القرائن القانونية فلا تُعد ضمن وسائل الإثبات و إنما هي معدّة للإثبات .(1)

(أ) - القرائن القضائية :

تعتبر القرائن القضائية وسيلة من وسائل الإثبات المباشرة ذلك أن الأمارات أو العلامات التي يعتمد عليها القاضي تكون متصلة اتصالاً مباشراً بالوقائع موضوع النزاع ، فيقوم القاضي بالكشف عنها باستعمال تفكيره و طرق استنباطه . و من ثم فإن القرائن القضائية لا تقدم التأكيد المطلق على ثبوت الحق المدعى به (2) ، و هذا ما نصت عليه المادة 340 من القانون المدني بقولها :

" يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون و لا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبيّنة " .

و يُفهم من النص المتقدم أن القرائن القضائية لا تكون دليلاً للإثبات إلا في الحالات التالية :

- * حالة وجود بداية ثبوت بالكتابة تدل على الصورية .
- * حالة وجود مانع مادي أو أدبي (معنوي) حال دون الحصول على ورقة الضدّ .
- * حالة فقدان أو ضياع ورقة الضدّ بسبب أجنبي خارج عن إرادة المدعي (مدعي الصورية) .
- * حالة الغش أو التدليس في ورقة الضدّ .
- * و أيضاً في المواد التجارية حيث تكون وسائل الإثبات مطلقة بخلاف الإثبات في المواد المدنية بحيث تكون وسائل الإثبات مقيدة و محصورة .

(1) و (2) : داودي ابراهيم - طرق الإثبات - محاضرات أُلقيت على طلبة الحقوق الرابعة دفعة 2008/2009 .

(ب) - القرائن القانونية :

هي وسيلة من وسائل الإثبات و يقصد بها إثبات واقعة غير معلومة بالاستناد إلى وقائع أخرى ثابتة ومعلومة ، فيفرض القانون ثبوت هذا الأمر و يُرتب على ذلك قرينة قانونية تسمح لأحد طرفي التصرف التمسك بها إذا وُجد في نفس الظروف التي نص عليها القانون ، فتعفي هذا الأخير من تقديم الدليل أو الحجة التي كان ينبغي تقديمها لولا وجود هذه القرينة .

فالقرينة القانونية إذن و إن كانت تقوم على فكرة ما هو راجح الوقوع فهي لا تعتبر دليل إثبات بالمعنى الحرفي، بل هي طريقة بمقتضاها يُعفى أحد الخصوم من تقديم دليل إثبات في دعواه و هذا ما نصت عليه المادة 337 من القانون المدني بقولها :

" القرينة القانونية تغني من تقرررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك "

و من أمثلة ذلك القرينة القانونية التي أوردها المشرع في المادة 337 من القانون المدني لحماية الورثة من تصرف مورثهم في مرض الموت و اعتبر التصرف في مرض الموت قرينة على أن التصرف وصية ، و كذلك القرينة القانونية المنصوص عليها في المادة 192 من القانون المدني لحماية الدائنين من تصرف مدينهم المعسر و اعتبر تصرف المدين المعسر في أمواله قرينة على توافر قصد الغش لديه للإضرار بدائنيه كما سبق و أوضحنا .

غير أنه إذا كانت القاعدة العامة تقضي بأنه لا يجوز لطرفي التصرف و خلفهما العام إثبات صورية التصرف المكتوب إلا بالكتابة فيما عدا الاستثناءات الثلاثة التي سبق ذكرها آنفاً ، فإنه يُستثنى أيضاً حالة ما إذا كان هدف الصورية هو التحايل على أحكام القانون و قواعد الأمره فعندئذ يجوز للمتعاقد أو لخلفه العام إثبات صورية التصرف بكافة الوسائل المعدّة للإثبات ، كما لو كان سبب الدين قماراً و كتب الطرفان أنه قرضاً ، ففي هذا مخالفة لقاعدة قانونية أمره تعتبر من النظام العام و هذا ما قصده المشرع في المادة 93 . (1)

(1) : تنص المادة 93 من القانون المدني على أنه :

" إذا كان محل الالتزام مستحيلًا في ذاته أو مخالفًا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً " .

و في هذه الحالة يجوز للمدين و هو أحد طرفي التصرف أن يثبت ما يُخالف ما هو مكتوب بالبيّنة (شهادة الشهود) و القرائن ليدلّل أن السبب الحقيقي للدين هو القمار لا القرض .

و كذلك بالنسبة للخلف العام كالوارث ، فإنه إذا أريد بالصورية الإضرار به عن طريق التحايل على أحكام التركات و المواريث ، فإنه يجوز له (الوارث) إثبات صورية تصرف المورث بكافة الطرق المقررة في الإثبات ، كما لو قام المورث بإخفاء وصية تحت ستار عقد بيع أو إقراراً بدين للإضرار بالورثة ، ففي هذه الحالة يجوز للورثة أن يثبتوا بجميع الطرق أن التصرف المطعون فيه وصية و أن يُطالبوا بتطبيق أحكامها فإذا أثبتوا ذلك ، فلا تكون الوصية نافذة في حقهم إلا في حدود الثلث .

و كذلك كما لو قام المدين بتقديم تاريخ التصرف في أمواله على تاريخ نشوء الدين الذي في ذمته للإضرار بدائنيه و التحايل على أحكام المادة 191 و ما يليها من القانون المدني ، فهنا يجوز لهؤلاء الدائنين أن يثبتوا صورية التاريخ بكافة الطرق المعدة للإثبات و أن يُطالبوا بعدم نفاذ تصرف مدينهم في حقهم - كما قدمنا - .

و تجدر الإشارة أنه بالرجوع إلى نص المادة 199 من القانون المدني نجد أن المشرع الجزائري قد اقتصر على ذكر طرفي التصرف و خلفهما العام في التمسك بالتصرف الحقيقي ، و غنى عن ذكر الأشخاص الذين تكون لهم مصلحة في التمسك بإرادة المتعاقدين الحقيقية .

و الواضح أن حكم هذه المادة ينصرف أيضاً إلى كل شخص تكون له مصلحة في تطبيق القاعدة العامة و التمسك بما اتجهت إليه الإرادة الحرّة و المشتركة للمتعاقدين كالخلف الخاص الذي تلقى من البائع السوري ملكية المبيع سورياً و الدائن المرتهن لهذا المال من البائع السوري ، و كذلك الدائن العادي لهذا البائع إذا أراد أن يحجز على المال المبيع سورياً .

كل هؤلاء لا ينفذ في العلاقة ما بينهم و بين المشتري السوري أو ورثته إلا العقد الحقيقي و لا يُحتج عليهم بالعقد السوري ، و يكون ذلك إعمالاً للقاعدة العامة التي توجب الاعتداد بالتصرف الحقيقي دون التصرف السوري و دون حاجة إلى نص خاص على ذلك (1) .

(1) : أنظر في هذا الصدد سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند 697 ، ص 687 .

الفرع الثاني : أحكام الصورية بالنسبة للغير .

سبق و أن رأينا حكم الصورية بالنسبة للمتعاقدين و خلفهما العام و أيضاً كيفية إثبات هذه الصورية لذلك يجب علينا و استكمالاً للبحث دراسة حكم الصورية بالنسبة إلى الغير ، و لذلك ينبغي علينا أن نعرض للقاعدة في هذا الصدد و مدى أهمية تحديد المقصود بالغير ، ثم نبين بعد ذلك كيف أن المشرع الجزائري قد سمح للغير بأن يتمسك بالعقد الصوري ، لنقف أخيراً عند مسألة التعارض بين الغير الذي يتمسك بالعقد الظاهر و الغير الذي يتمسك بالعقد المستتر و موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة .

تحديد المقصود بالغير في الصورية :

نصت المادة 198 من القانون المدني على أنه :

" إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين و للخلف الخاص متى كانوا حسن النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري " .

وفقاً لهذا النص يعتبر من الغير الدائنون العاديون للمتعاقدين و خلفهما الخاص ، فيكون التصرف الصوري الظاهر بالنسبة إليهم بمثابة تصرف حقيقي و مرتباً لكل آثاره القانونية .
غير أن تمسك الغير (الدائن العادي و الخلف الخاص) بالتصرف الصوري دون التصرف الحقيقي مرهون بحسن نيته أي أنه كان يجهل أن التصرف صوري فاطمأن إليه و بنا عليه تعامله معتقداً بحسن نية أنه تصرف حقيقي (1) ، و حسن النية أمر مفترض و على من يدعي خلاف ذلك أن يثبت العكس فإذا ثبت علم الغير بالصورية ، فلا يكون للغير هذا الوضع القانوني الاستثنائي و يسري قبله التصرف الحقيقي المستتر لا التصرف الصوري الظاهر ، وسنتناول فيما يلي الفريقان اللذان عناهما المشرع في نص المادة 198 .

(1) : رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 227 .

(1) - الدائنون العاديون :

يقصد بالدائنين العاديين دائنو كل من المتعاقدين الذين تأثرت مصالحهم بالتصرف السوري المبرم بين المتعاقدين .

و بمعنى آخر يعتبر من الغير الدائن الشخصي لكل من المتعاقدين بصرف النظر عما إذا كان حقه مستحق الأداء أو غير مستحق الأداء أو كان حقه سابقاً على نشأة التصرف السوري أو تالياً له فيكفي أن يكون حق الدائن العادي قائماً و ثابتاً أي خالٍ من النزاع حتى يعتبر من الغير (1) . و على ذلك يكون لدائن المشتري في عقد بيع صوري مثلاً مصلحة في التمسك بالتصرف الظاهر لأن تصرف المشتري في هذه الحالة يعتبر من قبيل التصرفات التي ستؤدي حتماً إلى إنعاش ضمانه العام و تقويته (بشرط أن لا يكون الثمن الذي التزم المشتري بدفعه أكبر من قيمة المبيع) ففي هذه الحالة يكون لدائن المشتري مصلحة في التمسك بعقد البيع السوري شريطة أن يكون حسن النية - كما قدمنا - أي غير عالم بصورية التصرف ، و أن أساس تمسك دائن المشتري بعقد البيع السوري هنا مستمد من نظرية الأوضاع الظاهرة ، أي ما يقتضيه مبدأ استقرار المعاملات و ما تقضي به العدالة باعتبار التصرف السوري الظاهر بالنسبة للدائن العادي تصرفاً قائماً و صحيحاً و منتجاً لكل آثاره إذا كانت له مصلحة في ذلك .

و لكن بالمقابل يكون لدائن البائع مصلحة قد تأثرت سلبياً (إذا كان ثمن البيع بخساً) ، لأن من شأن عقد البيع السوري هنا أن يؤدي إلى خروج ملكية المبيع من الذمة المالية للبائع فيتأثر بذلك ضمانه العام و يضعف ، و في هذه الحالة يكون من مصلحة دائن البائع السوري الطعن في صورية عقد البيع حتى يُعيد ما خرج إلا ظاهراً فقط إلى ذمة مدينه (ذمة البائع السوري) تمهيداً للتنفيذ عليه مستقبلاً و استقاء حقه و أساس تمسك دائن البائع السوري بالتصرف الحقيقي المستتر هو ضرورة الأخذ بما اتجهت إليه الإرادة الحرّة و المشتركة للمتعاقدين و ما تقتضي به القواعد العامة من وجوب الأخذ بالتصرف المستتر دون التصرف السوري الظاهر .

(1) : أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص 160 .

(2) - الخلف الخاص :

طبقاً للمادة 109 من القانون المدني أن الخلف الخاص هو كل من تلقى من السلف حقاً معيناً بالذات فكل من يخلف السلف في حق عيني على شيء معين أو في ملكية شيء معين كالموهوب له و المشتري والدائن المرتهن والمحال بالدين ، كل هؤلاء يعتبرون خلفاً خاصاً للسلف ، ولا يشترط للطعن بصورية التصرف الصادر من السلف أن يكون حق الخلف الخاص سابقاً ، أو لاحقاً للتصرف السوري ، فللخلف الخاص الحق في الطعن بصورية تصرف سلفه متى كانت له مصلحة في ذلك (1) .

و مثال ذلك أن يتصرف شخص في منقول له مرتين بالبيع ، ففي هذه الحالة يكون من مصلحة المشتري الثاني بعقد حقيقي أن يطعن في صورية البيع الأول ، و بذلك يتقدم على المشتري الأول و لا يجوز لهذا الأخير الاحتجاج على المشتري الثاني بأن تاريخ نشوء تصرفه (عقد البيع السوري الأول) سابقاً على تاريخ إبرام التصرف الثاني (عقد البيع الحقيقي الثاني) .

للغير أن يتمسك بالتصرف الظاهر :

إذا كانت القاعدة العامة تقتضي أن العبرة بما انصرفت إليه الإرادة الحرّة و المشتركة للمتعاقدين إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة - *Principe de l'autonomie à la volonté* - و تطبيقاً لنص المواد 59 و 106 و 178 من القانون المدني ، فإن لهذه القاعدة استثناء ، فهي ليست مطلقة التطبيق بالنسبة للغير في الصورية ، حيث نظرية الأوضاع الظاهرة (مبدأ استقرار المعاملات) و ما تقتضيه من وجوب الاطمئنان للتصرف الظاهر و ضرورة احترام الثقة المشروعة في الوضع الظاهر .

(1) : أنظر في هذا الصدد أنور سلطان ، المرجع السابق ص 160 . و ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ص 322 و عبد الودود يحي ، المرجع السابق ، ص 481 .

كل هذا جعل الإرادة التشريعية ملزمة بضرورة حماية الغير حسن النية و خوّل له الحق في الأخذ بالإرادة الظاهرة التي يسهل التعرف عليها و لو اختلفت عن الإرادة الباطنة (1) .

و على ذلك يجوز لدائن المشتري في البيع الصوري متى كان حسن النية ، أي غير عالم بصورية التصرف أن يتمسك بالعقد الظاهر حتى يستبقى العين المشتراة في الذمة المالية للمشتري

(1): يتنازع مفهوم الإرادة في الفقه مذهبان :

مذهب الإرادة الباطنة و هو المذهب اللاتيني و يقف عند الإرادة النفسية ، أما التعبير المادي عن هذه الإرادة فليس لإقربنة عليها قابلة لإثبات العكس .

و **مذهب الإرادة الظاهرة** و هو المذهب الجرمانى و يقف عند التعبير عن الإرادة ، و يعتبره هو الإرادة ذاتها ، إذ التعبير هو المظهر الاجتماعي للإرادة و القانون إنّما يعنيه الظواهر الاجتماعية دون الظواهر النفسية .
و لم تسلم التقنيات اللاتينية من أثر لمذهب الإرادة الظاهرة ، كما لم تسلم التقنيات الجرمانية من أثر لمذهب الإرادة الباطنة .

أمّا القانون المدني الجزائري فقد بقي في حظيرة التقنيات اللاتينية ، فالأصل عنده هو الأخذ بالإرادة الباطنة ومع ذلك فهو يأخذ بالإرادة الظاهرة إلى الحدّ الذي يقتضيه استقرار التعامل ، فقد أخذ بالإرادة الظاهرة أثناء تكوين العقد و أثناء تحديد نطاقه ، فسار أثناء تكوين العقد إلى الحدّ أنه أقام العقد في بعض الحالات على الإرادة الظاهرة حيث تنص المادة 61 من القانون المدني على أنه :

« ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، و يعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك» .

كما أخذ بالإرادة الظاهرة عند تحديد نطاق العقد ، فيتضح من **الفقرة الثانية** من المادة 107 من القانون المدني أن مضمون العقد الذي يلتزم به المتعاقدين لا يقتصر على ما اتجهت إليه النية المشتركة لهما ، بل يتناول أيضًا ما هو من مستلزماته وفقًا للقانون و العرف و العدالة و بحسب طبيعة الالتزام .

كما أخذ بالإرادة الباطنة عند تفسير العقد في ثلاث حالات هي : حالة وضوح عبارات العقد و قرر أنه إذا كانت عبارات العقد واضحة ، فلا يجوز للقاضي أن ينحرف عن معناها ، إلا إذا كانت لا تعبر عن مقصود الطرفين .
و في هذه الحالة يجوز للقاضي العدول عن المعنى الظاهر و البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين .

و كذلك حالة غموض عبارات العقد و قرر في **الفقرة الثانية** من المادة 111 من القانون المدني أنه إذا كانت عبارات العقد غامضة و مبهمة فعلى القاضي أن يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحر للألفاظ .

و أيضًا في حالة قيام الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين ، فإن الشك يفسر لمصلحة المدين عملاً بنص المادة 112 من القانون المدني .

تمهيداً للتنفيذ عليها مع باقي دائني المشتري و استفاء حقوقهم و كذلك كما لو تصرف المشتري الصوري في العين بالبيع لآخر كان المشتري الثاني و هو خلف خاص للمشتري الأول أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النية حتى تنتقل إليه ملكية المبيع .
و بصفة عامة كل من تعامل مع المالك الظاهر يكون له الحق في التمسك بالتصرف الظاهر متى كانت له مصلحة في ذلك كالدائن المرتهن و صاحب حق الانتفاع و صاحب حق الارتفاق ، شريطة أن يتوافر في جانبهم حسن النية وقت تعاملهم مع المالك الظاهر (1) .

- إثبات الصورية بالنسبة للغير :

الأصل أن تأخذ الأمور كما تقتضي به ظواهرها و على من يدعي خلاف الظاهر أن يثبت ما يدعيه فللغير حسن النية إذن أن يتمسك بالتصرف الظاهر متى كان له مصلحة في ذلك استناداً إلى نص المادة 198 مدني و المقصود بعبارة « حسن النية » الواردة في النص المتقدم هو جهل الغير و عدم إطلاعهم على حقيقة التصرف أي أنه لم يكن في استطاعته أن يستشف حقيقة ما اتفق عليه المتعاقدان ، فهو غير عالم بصورية التصرف الظاهر و مادام لم يثبت علمه بصورية التصرف وقت تعامله فله إذن أن يتمسك بالتصرف الظاهر .

و أساس هذه القاعدة أن التصرف الظاهر قد خلق مظهرًا لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه ، فانخدع به الغير و اطمأن إليه و بنا تعامله على أساسه ، و لذلك كان جديرًا بترجيح كفته و تغليب مصلحته حماية لاستقرار المعاملات على أنه يجب التمييز بين الغير فيما يتعلق بأثر الصورية و بين الغير فيما يتعلق بإثبات الصورية .

و نعرض فيما يأتي لكل من هذين الحالتين بالتحليل و الدراسة في فقرتين مستقلتين :

(1) : أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص 164 .

(1) - الغير فيما يتعلق بأثر الصورية :

يقصد بالغير فيما يتعلق بأثر الصورية كل شخص يتضرر من ثبوت صورية التصرف ، و تكون من مصلحته أن يتمسك بالتصرف الظاهر و يدخل في مفهوم الغير هنا دائنو المتصرف إليه و خلفه الخاص (1) ، و هذا الفريق هو الذي عناه المشرع بعموم نص المادة 198 مدني ، وقرر أنه متى توافر في جانبهم حسن النية أن يتمسكوا بالتصرف الظاهر ، و حسن النية أمر مفترض و على من يدعي خلاف ذلك أن يثبت إدعائه ، فإذا ثبت علم الغير وقت تعامله بصورية التصرف انتفت الحكمة من حمايته و لزمه التصرف المستتر شأنه شأن طرفي التصرف و مصلحة الغير في التمسك بالتصرف الظاهر - كما قدمنا - صور شتى نذكر منها :

- مصلحة دائن المشتري الصوري في التمسك بالعقد الظاهر حتى يدخل المبيع في ضمانه العام و على ذلك إذا أقدم دائن المشتري الصوري على مباشرة إجراءات التنفيذ على المبيع ، فليس للبائع الصوري أن يدفع ببطلان التنفيذ أو أن يحتج بصورية عقد البيع حتى و لو قدم لإدعائه هذا ورقة ضدّ تثبت حقيقة التصرف المستتر ، فللدائن في هذه الحالة و نزولاً عند أحكام المادة 198 مدني أن يتمسك بعقد البيع الظاهر طالما أنه لم يثبت علمه بصورية البيع ، و كذلك مصلحة المشتري من المشتري الصوري في التمسك بالعقد الظاهر الذي أبرمه سلفه (المشتري الثاني) حتى تنتقل إليه ملكية المبيع .

غير أنه إذا قيل أن للغير الحق في التمسك بالتصرف الظاهر مادام يجهل صوريته ، فإنه لا ينكر أحد أنه إذا كان حضوره في مجلس العقد كشاهد على كتابة العقد الصوري ، فإنه يخرج من دائرة الغيرية و يصبح في مركز طرفي التصرف فيما يتعلق بإثبات الصورية ، و لذلك اشتراط لإثبات الصورية في هذه الحالة تقديم الدليل الكتابي الذي يثبت صورية العقد و هذا ما أخذت به محكمة النقض المصرية في حكم لها صدر بتاريخ 11 جانفي 1940م بقولها : (2)

(1): سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند 702 ، ص 692 .

(2) : عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ، بند 623 ، هامش 02 ، ص 1102 .

« ليس هناك ما يمنع من حرر عقد بيع بخطه و وقع عليه بصفته شاهداً من أن يطعن فيه بالصورية متى كان يستند في طعنه إلى دليل كتابي و متى كان هذا الطلب موجهاً ضد طرفي العقد اللذان اشتركا معه في الصورية ، لا ضدّ غيرهما ممّا يمكن أن تضار مصالحهم بصورية يجهلونها» .

هذا وقد انقسم الفقه في فرنسا و مصر بين مؤيد و معارض في شأن أثر شهر التصرف المستتر على مركز الغير، فهل يجوز للغير هنا أيضاً أن يتمسك بالتصرف الصوري الظاهر و أن يدفع بعدم علمه بالتصرف المستتر بالرغم من شهره ؟

يرى جانب من الفقهاء و على رأسهم الفقيهان " ديموج " و " السنهوري " أن شهر التصرف المستتر يعتبر في حدّ ذاته قرينة على علم الغير به ، غير أن قرينة العلم في نظر هؤلاء ليست بقرينة قاطعة ، بل هي قرينة بسيطة يجوز للغير دحضها بإثبات أنه وقت التعامل لم يكن على علم بصورية التصرف الظاهر ، و حجة هؤلاء أنه ليس بإمكان الشهر أن يصح تصرفاً لا وجود له في الحقيقة (1) .

و على ذلك و حسب رأي أنصار هذا الاتجاه فإنه يجوز للغير حسن النية أن يتمسك بالتصرف الظاهر متى أثبت عدم علمه بحقيقة التصرف ، حتى و لو كان هذا التصرف مشهراً تطبيقاً لقاعدة « أن تأخذ الأمور كما تقتضي ظواهرها » و عملاً بمبدأ « استقرار المعاملات » .

بينما يرى الجانب الآخر من الفقه أنه متى شهر التصرف المستتر انتفى معه كل إدعاء بالصورية و أصبح شأنه شأن التصرف العادي ، ذلك أن قرينة العلم المستفادة من شهر التصرف المستتر هي قرينة قاطعة لا تقبل الإثبات العكسي ، و حجة أنصار هذا الاتجاه أن نظام الشهر العقاري ينطوي على إجراءات إشهار وقوة ثبوت من كتابة و شهود و إقرار تنتفي معها كل إدعاءات بقيام الصورية

(1) : السنهوري ، المرجع السابق ، بند 623 ، هامش 02 ، ص 1102 .

و هذا ما فعله المشرع الأردني بعموم نص المادة 05 من القانون رقم 49 الصادر سنة 1953 المتعلق بالتصرف في الأموال غير المنقولة بالنص صراحة على عدم جواز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقارات بعد تسجيلها بقوله: (1) « لا تسمع دعاوى المواضعة و الاسم المستعار في الملك و سائر الأموال المنقولة الموثقة بسندات تسجيل » .

وهذا ما أقرته أيضاً محكمة التمييز الأردنية في قرار لها صدر بتاريخ 30 نوفمبر 1987 م بقولها (2) :

« أن إدعاء المشتري بصورية الثمن الوارد في عقد البيع المسجل في دائرة الأراضي هو إدعاء غير مسموع لتناقضه مع عقد البيع الرسمي حسب الاجتهاد المستقر » .

كما نص المشرع العراقي أيضاً على عدم جواز الطعن بالصورية في التصرفات الواردة على العقارات بعد تسجيلها ، و قرر أنه متى سجل التصرف المستتر انتقل الحق العيني بقوة القانون إلى المتصرف إليه ، و لم يعد هناك مجال للطعن فيه بالصورية ، و هذا ما أشارت إليه المادة 149 من التقنين المدني العراقي بقولها :

« لا يجوز الطعن في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها (3) في دائرة الطابو (4) » .

(1) : أنظر في هذا الصدد ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 325 .

(2) : قرار صادر عن محكمة التمييز الأردنية ، أشار إليه الدكتور ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 325 .

(3) : يقصد بلفظ « التسجيل » الوارد في المادة 05 من القانون الأردني و المادة 149 من التقنين المدني العراقي شهر التصرفات الواردة على العقارات و الحقوق العينية المتصلة بها ، و هذا بخلاف النظام القانوني المعمول به في الجزائر ، بحيث يكون التسجيل على مستوى مصلحة الضرائب ، أما الشهر فيكون على مستوى محافظة الشهر العقاري و يتم بموجبه نقل الملكية إلى المتصرف إليه .

(4) : « الطابو » هي كلمة مشتقة من اللغة التركية و تعني " وجهة التسجيل " (دائرة تسجيل الأراضي) ، ذلك أن نظام الشهر المعمول به في العراق يخضع إلى نظام التسجيل العقاري -LIVRE FONCIER- .

أما القانون المدني الجزائري ، فتقدم القول أن النظام القانوني المعمول به في الجزائر يخضع العقارات والحقوق العينية المتصلة بها إلى نظام الشهر العقاري ، ومن ثم فمتى شهر التصرف الوارد على العقار أو على الحق العيني المتصل به قامت قرينة قاطعة على علم الغير به . ولعل الحكمة من اشتراط المشرع لضرورة إتباع إجراءات الشهر بالنسبة للتصرفات الواقعة على العقارات والحقوق العينية المتصلة بها هو تنبيه المتعاقدين إلى خطورة ما يقدمان عليه من تصرفات وقطع دابر كل المنازعات والادعاءات خاصة ما يتعلق منها بحسن أو سوء نية الغير بالنسبة للتصرفات المشهورة .

(2) - الغير فيما يتعلق بإثبات الصورية :

يقصد بالغير فيما يتعلق بإثبات الصورية كل شخص فيما عدا المتعاقدين ، وتكون من مصلحته أن يتمسك بالتصرف الحقيقي المستتر .

ويعتبر من الغير بالمعنى المتقدم ، الخلف الخاص للمتصرف ودائنيه ، ويلحق بهما وارث المتصرف (1) والظاهر من نص المادة 198 من القانون المدني أن المشرع الجزائري قد وحد في حكمه بين مصلحة دائني المتصرف إليه وخلفه الخاص وبين مصلحة دائني المتصرف وخلفه الخاص ، وخول لهم جميعا متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالتصرف الظاهر . في حين أن الفريق الثاني ممن لم يعنهم المشرع في النص المتقدم وهم دائنو المتصرف وخلفه الخاص ، ليس من مصلحتهم أن يتمسكوا بالتصرف الصوري الظاهر ، بل أن مصلحتهم تكمن في التمسك بالتصرف الحقيقي المستتر ، ومن ذلك مصلحة دائن البائع الصوري في التمسك بالتصرف الحقيقي المستتر حتى يستطيع التنفيذ على المبيع على اعتبار أنه مازال في ذمة مدينه (البائع) ، و كذلك مصلحته في التمسك بالتصرف الحقيقي المستتر إذا كانت الصورية نسبية ، كما لو كان التصرف هبة في شكل بيع حتى يسهل عليه الطعن فيه بدعوى عدم النفاذ و كذلك مصلحة الخلف الخاص كالمشتري الثاني أو الدائن الراهن في التمسك بالتصرف الحقيقي المستتر و الطعن في صورية التصرف الظاهر الصادر من سلفه حتى تنتقل إليه ملكية هذا الحق .

(1) : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند 702 ، ص 692 .

كما يأخذ على النص المتقدم إلى جانب عدم نصّه صراحة أن لدائني المتعاقدين و خلفهم الخاص الحق في التمسك بالتصرف المستتر لم ينص أيضا على أن لهؤلاء الحق في إثبات التصرف المستتر بكافة طرق الإثبات .

و كان جديراً بالمشرع الجزائري أن يأتي بالفرقة بين الفريقين و يخضع الفريق الثاني (دائني المتصرف و خلفه الخاص) لحكم القاعدة العامة التي تقضي بأن العبرة بما اتجهت إليه الإرادة الحرّة و المشتركة للمتعاقدین إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة ، حتى يكون لهؤلاء دائني المتصرف و خلفه الخاص الحق في التمسك بالتصرف الحقيقي المستتر و أن يطعنوا في صورية التصرف الظاهر بكافة الطرق المعدّة للإثبات ، بما في ذلك القرائن و شهادة الشهود ، دون أن يلتزموا بتقديم الدليل الكتابي حتى و لو كان التصرف الظاهر ثابتاً بالكتابة ، بل حتى و لو زادت قيمة الالتزام عن نصاب الإثبات بالبيّنة (أي حتى لو زادت قيمة التصرف القانوني عن مائة ألف دينار جزائري) و أن يدع الفريق الأول (دائني المتصرف إليه و خلفه الخاص) خاضعاً للاستثناء الوارد على القاعدة في التمسك بالتصرف الظاهر كلّما كانت لهم مصلحة في ذلك - كما سبق و قدمنا - .

غير أنه إذا كان المشرع قد أغفل مصلحة دائني المتصرف و خلفه الخاص في التمسك بالتصرف المستتر و اقتصر على التكفل بمصلحة دائني المتصرف إليه و خلفه الخاص في التمسك بالتصرف الظاهر ، فإنه في حالة التعارض بين مصالح الفريقين كأن يتمسك بعضهم بالتصرف الصوري و يتمسك البعض الآخر بالتصرف الحقيقي ، فلمن تكون الأفضلية و الأولوية حتى يمكن إزالة هذا التعارض ، فهل تكون للفريق الأول الذي يتمسك بالتصرف الصوري الظاهر أم تكون للفريق الثاني الذي يتمسك بالتصرف الحقيقي المستتر ؟

هذا ما يعرف في الفقه و القضاء بمبدأ تعارض مصالح الغير ، و هذا ما عجز المشرع الجزائري أيضاً عن تنظيمه في نص المادة 198 مدني .

(3) - التعارض بين مصالح الغير :

إذا كان للغير الحق في أن يتمسك بالتصرف الصوري الظاهر أو أن يتمسك بالتصرف الحقيقي المستتر تبعاً لمصلحته ، فإنه من البديهي أن يحدث تعارض بين المصلحتين :

- مصلحة الغير في التمسك بالتصرف الصوري .

- مصلحة الغير الآخر في التمسك بالتصرف المستتر .

فمثلاً كأن يتم التعاقد بين بائع و مشتري بموجب عقد بيع صوري ، و يكون لكل منهما دائنيه فهنا سيبحث كل منهما (دائني البائع و دائني المشتري) عن مصلحته ، فيكون من مصلحة دائني البائع و خلفه الخاص إثبات صورية عقد البيع و التمسك بالعقد المستتر أو الحقيقي ، و يكون من مصلحة دائني المشتري و خلفه الخاص التمسك بعقد البيع الصوري أو الظاهر .

و لما كان من الثابت أنه يستحيل الاعتداد بالتصرفين معاً (التصرف الصوري و التصرف الحقيقي) و التوفيق بينهما ، كان لابد من التضحية بأحد التصرفين على حساب الآخر و تغليب مصلحة أحد الفريقين على حساب الفريق الآخر .

وهذا ما فعله المشرع المصري بعموم الفقرة الثانية من نص المادة 244 من التقنين المدني المصري (1) وقرر أنه :

في حالة تعارض مصالح ذوي الشأن (مصلحة الغير في التمسك بالتصرف الصوري و مصلحة الغير الآخر في التمسك بالتصرف المستتر) و جب ترجيح مصلحة الغير الذي يتمسك بالتصرف الصوري الظاهر على مصلحة الغير الذي يتمسك بالتصرف الحقيقي المستتر .

(1) : تنص المادة 244 من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

« إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين و للخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد

الصوري كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر و يثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضرب بهم .

أ- « و إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر و تمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين » .

- و يقابل هذا النص في التقنيات المدنية العربية المادة 147 من التقنين المدني العراقي ، و المادة 245 من التقنين المدني السوري ، و المادة 394 من قانون المعاملات المالية الإماراتي .

و بمعنى آخر إذا تعارض الاستثناء مع القاعدة و تمسك أحد الأغيار بالتصرف السوري الظاهر و تمسك الغير الآخر بالتصرف الحقيقي المستتر ، فإن الذي يتمسك بالتصرف السوري هو الذي تُرجح كفته و تُغلب مصلحته .

و على ذلك فإن دائن المشتري و خلفه في البيع السوري هو الذي يُفضل على دائن البائع (1) و خلفه و بذلك يكون المشرع المصري قد أوجد حلاً و جيباً و سائغاً بحيث جعل العبرة بالإرادة الظاهرة التي يسهل عادة التعرف عليها و لو اختلفت على الإرادة الباطنة لطرفي التصرف و ضحى بما اتجهت إليه الإرادة الحرّة و المشتركة للمتعاقدين ، و ذلك في سبيل حماية المراكز الظاهرة و نزولاً منه عند مبدأ استقرار المعاملات ، و هذا ما ينبغي على المشرع الجزائري فعله خصوصاً إذا علمنا أنه من مراجعتنا لنص المادة 198 مدني فإننا لم نجد فيها ما يبين حكم هذه المسألة (تعارض مصالح الغير) ، و لذلك فلا مناص من الأخذ بما انتهى إليه حكم هذه المسألة في التقنين المدني المصري ، خاصة و أن هذا الحكم هو الراجح في الفقه و القضاء الفرنسيين (2) .

و يستخلص ممّا تقدم أنه إذا كان هدف دعوى الصورية هو المحافظة على الضمان العام المقرر للدائنين عندما يعمد مدينهم إلى التصرف في أمواله تصرفاً غير جدي ، فيخرج في الظاهر لا في الواقع هذه الأموال من ذمته المالية ، فعندئذ يكون لدائنيه مصلحة في إثبات صورية ، ذلك التصرف على اعتبار أن هذه الأموال لازالت باقية في ملك مدينهم تمهيداً للتنفيذ عليها مستقبلاً و استيفاء حقوقهم .

(1) : يترتب على تغليب التصرف الظاهر على التصرف المستتر أن دائن المشتري حتى و لو كان حقه لاحقاً على صدور البيع السوري ، فإنه يُفضل على دائن البائع في استيفاء حقه .

و لعلّ العلة من إجازة المشرع لدائن المشتري الحق في التمسك بالتصرف الظاهر هو حمايته من التصرف الظاهر الذي انخدع به و اطمأن إليه و بنى تعامله على اعتقاد منه أنه تصرف حقيقي ، و هو استثناء و ارد على خلاف الأصل الذي يقضي بسرمان التصرف المستتر الذي أراده المتعاقدان و لكن من الناحية العملية يمكن لدائن البائع في هذه الحالة أن يتخلى عن الطعن بالصورية و اعتبار عقد البيع السوري عقداً جدياً حتى يسهل عليه الطعن فيه بدعوى عدم النفاذ .

(2) : رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 231 .

ونظراً لهذه الإعتبارات جميعاً ، وبناءً على الملاحظات السالفة الذكر نرى تدخل المشرع لتعديل أحكام المادة 198 من القانون المدني من ناحيتين لما في ذلك من تحقيق للعدالة وحماية الضمان العام المقرر للدائنين .

أولاً :

تعديل صياغة الفقرة الأولى من نص المادة 198 مدني بإضافة حكم الغير الذي يتمسك بالتصرف المستتر (دائني المتصرف وخلفه الخاص) بأن تخول لهم الحق في التمسك بالتصرف الحقيقي وأن يثبتوا صورية التصرف الذي أضرّ بهم بجميع الوسائل المعدة للإثبات ، ذلك أن المشرع في النص المتقدم - كما سبق وأوضحنا- اقتصر على ذكر الاستثناء الذي يخول للغير (دائني المتصرف إليه و خلفه الخاص) الحق في التمسك بالتصرف السوري متى كانوا حسني النية وأهمل القاعدة العامة التي تقضي بأن للغير (دائني المتصرف و خلفه الخاص) الحق في الاعتداد بما اتجهت إليه الإرادة الحرة والمشاركة للمتعاقدين .

أضف إلى ذلك أنه و لما كانت الصورية تعتبر بالنسبة للغير واقعة مادية لا تصرف قانوني كان لزاماً على المشرع أن ينص صراحة أن للغير أن يثبتوا صورية التصرف بكافة الطرق المعدة للإثبات (1) .

ثانياً :

إضافة فقرة ثانية للتصدي لمسألة التعارض بين مصالح الغير و بذلك يصبح نص المادة 198 مدني كما يلي :

« إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين و للخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد السوري كما يحق لهم التمسك بالعقد المستتر و يثبتون بكافة الطرق صورية العقد المبرم إضراراً بهم و في حالة تعارض مصالح ذوي الشأن و تمسك بعضهم بالعقد السوري و تمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين »(2) .

(1) : الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهاوري ، نظرية العقد ، الجزء الأول ، بند 759 ، ص 846 و 847 .

(2) : الدكتور صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 168 .

أثر الحكم الصادر في دعوى الصورية :

قد ترفع دعوى الصورية من قبل أحد طرفي التصرف أو من أي شخص (1) يكون له مصلحة في التمسك بالتصرف الحقيقي المستتر كدائن المتصرف أو خلفه الخاص أو وارث المتصرف

(1) : إذا إعتبر الشخص من الغير كان له أن يتمسك بالتصرف الحقيقي المستتر أو التصرف الصوري تبعاً لمصلحته . و يرى جانب من الفقه أن طائفة الغير في معنى الصورية وفقاً لنص المادة 199 مدني جزائري المقابلة للمادة 244 مدني مصري تقتصر على الدائن الشخصي للمتعاقد و الخلف الخاص و بالنسبة لهذا الأخير (الخلف الخاص) لا يعتبر من طائفة الغير في الصورية إذا كسب حقه على العين محل التصرف الصوري بموجب التصرف الصوري نفسه ، فيخرج من دائرة الغيرية وفقاً لهذا الرأي الشفيح و المنتفع من اشتراط صوري و المدين بالنسبة لحوالة الحق الصورية .

* الشفيح لا يعتبر غيراً بالنسبة للبيع الصوري و يلتزم بدفع الثمن الحقيقي الذي يثبتته البائع أو المشتري و لا يمكنه التمسك بالثمن المذكور في العقد الصوري للأخذ بالشفعة لأنه حل محل المشتري في البيع فهو إذن ليس بخلف خاص في عقد البيع ، أضف إلى ذلك أنه بحلوله محل المشتري أصبح طرفاً مع البائع في نفس العقد الصوري فلا يصح أن يكون خلفاً خاصاً للبائع .

* المنتفع من عقد الإشتراط يجوز للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالصورية حتى ولو كان المنتفع حسن النية وبالمقابل ليس للمنتفع أن يتمسك بالعقد الظاهر لأنه استمد حقه من هذا العقد .

* المدين و ذلك إذا حوّل الدين حوالة صورية و يترتب على استبعاد المدين من دائرة الغيرية أنه إذا كان الدين متنازعاً فيه و تمسك المحيل أو المحال له بصورية الحوالة فلن يستطيع المدين التخلص من الدين بدفع الثمن و المصروفات ، غير أنه و وفقاً لأنصار هذا الرأي إذا كان الدين محققاً و دفعه المدين للمحال له معتقداً جدية الحوالة فإن الدفع يعتبر صحيحاً و مبرئاً لزمته على أساس أنه وفي الدين بحسن نية إلى الدائن الظاهر .

- بينما يذهب جانب آخر من الفقه إلى أنه يندرج تحت طائفة الغير كل من لم يكن طرفاً في العقد أو خلفاً عاماً لأحد طرفيه و هذا الرأي هو الراجح و السائد قضاءً و عموماً يترتب على الأخذ بهذا الرأي عكس النتائج التي خلص إليها أنصار الرأي الأول فيعتبر الشفيح من الغير و يجوز له الأخذ بحقه في الشفعة مقابل الثمن الوارد في العقد و لو كان ثمناً صورياً يقل عن الثمن الحقيقي ، كما له أن يشفع في البيع الصوري و لو كان حقيقته هبة مستترة كما يعتبر المنتفع وفقاً لهذا الرأي من الغير و له أن يتمسك بالعقد الظاهر و لو كان صورياً و كذلك المدين بالنسبة لحوالة الحق الصادرة من الدائن فإنه يعتبر من الغير و لذلك يكون له إذا كان الدين متنازع فيه أن يتخلص منه بدفع الثمن و المصروفات ، أنظر في هذا الصدد نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 147 و 148 وسليمان مرقس المرجع السابق ، بند 698 و 688 و 689 .

لذلك فمن المستبعد أن ترفع دعوى الصورية من قبل الغير فيما يتعلق بأثر الصورية ، لأن مصلحة هؤلاء تكمن في التمسك بالتصرف السوري الظاهر .

و لا بدّ من الإشارة أنه خلافاً لدعوى عدم النفاذ ، فإنه لا يشترط لرفع دعوى الصورية أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف السوري ، و لا أن يثبت إعسار مدينه (1) (أي أن الدائن غير ملزم بإثبات أن التصرف السوري الصادر من مدينه قد تسبب في إعساره أو الزيادة في هذا الإعسار) .

كما لا يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ، بل يكفي أن يكون حقه خالٍ من النزاع ، أي غير متنازع فيه و أن تكون له مصلحة في ثبوت صورية التصرف المطعون فيه عملاً بقاعدة « لا دعوى بدون مصلحة » .

و على ذلك إذا أثبت الدائن رافع الدعوى صورية التصرف اعتبر التصرف المطعون فيه غير موجود إذا كانت الصورية مطلقة ، أما إذا كانت الصورية نسبية اقتصر أثر الحكم الصادر على الاعتداد بالتصرف الحقيقي المستتر و بيان ذلك في الآتي :

أولاً : أثر الحكم المقرر للصورية المطلقة :

إذا أثبت المدعي صورية التصرف تعيّن الحكم بعدم الاعتداد بالتصرف المطعون فيه أي منع التصرف السوري من إنتاج أي أثر قانوني و اعتبر التصرف المطعون فيه كأنه لم يكن (2) . و على ذلك إذا حرر الطرفان (البائع و المشتري) بيعاً صورياً صورية مطلقة و أثبت الطاعن صورية التصرف فإن عقد البيع السوري لا يترتب أية آثار قانونية فيما بين المتعاقدين و خلفهما العام، فلا يلتزم البائع السوري بتسليم ملكية المبيع للمشتري ، بل يبقى مالكا للمبيع و له أن يتصرف فيه بكافة التصرفات القانونية كالبيع والإيجار والرهن ، فتقع هذه التصرفات صحيحة و منتجة لكافة آثارها القانونية .

(1) : لا يلزم أن يكون التصرف السوري هو الذي تسبب في الإعسار ، نقض مدني مصري 1965/12/09 .

(2) : نقض مدني مصري 2002/05/28 أشار إليه بلحاج العربي ، المرجع السابق ، هامش 02 ، ص 167 .

كما تنتقل ملكية المبيع من بعد وفاته إلى ورثته و بالمقابل لا ينشأ في ذمة المشتري السوري أي التزام مهما كان و لا يكتسب أي حق من هذا المبيع ، و دون أن يكون في استطاعة ورثة هذا الأخير (ورثة المشتري السوري) مطالبة البائع أو ورثته بتسليم ملكية المبيع . و ترتيباً على ذلك يجوز للدائن رافع دعوى الصورية التنفيذ على العين المبيعة على اعتبار أنها مازالت باقية في ذمة مدينه (ذمة البائع السوري) .

و يثور التساؤل حول أثر الحكم الصادر في دعوى الصورية بالنسبة لباقي الدائنين ممن لم يتدخلوا كخصوم في الدعوى ، فهل يقتصر أثر الحكم المقرر للصورية على الدائن رافع الدعوى فقط أم أن أثره ينصرف إلى سائر الدائنين ؟

و بتعبير آخر إذا أثبت الطاعن (الدائن) عدم جدية التصرف ، فهل يستأثر وحده بالتنفيذ على أموال المدين أم يشترك معه باقي الدائنين الآخرين في التنفيذ بالرغم من عدم تدخلهم أثناء رفع الدعوى ؟

- للإجابة على هذا السؤال لابد من تتبع ما استقر عليه الفقه و القضاء في فرنسا و اجتهاد الفقه و القضاء في فرنسا أخذ مسارين اثنين (1) :

* مسار يرى أصحابه و على رأسهم الفقيهان : « أوبري » و « رو » أن الحكم الصادر في دعوى الصورية يقتصر أثره على الدائن رافع الدعوى دون أن يُجاوزه إلى باقي الدائنين الآخرين ممن لم يتدخلوا كخصوم أثناء رفع الدعوى ، و يستندون في ذلك إلى قاعدة « نسبية الأحكام » و التي مؤداها أن للحكم القضائي نسبية تسري فيما بين الأطراف (أطراف الخصومة القضائية) دون أن ينصرف أثره إلى الغير الخارج عن الخصومة . أضف إلى ذلك لما كانت دعوى الصورية ترفع باسم الدائن لا باسم مدينه ، فمن باب أولى أن يستأثر بفائدتها لوحده دون أن يُزاحمه باقي الدائنين الآخرين .

(1) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط الجزء الثاني ، بند 622 ، 626 ، هامش 02 ص 1097 ، 1107 .

* و مسار آخر يرى أنصاره و على رأسهم : « لارومبير » و « بودري » و « باردلايريان » أن الحكم الذي يصدر في دعوى الصورية لا يقتصر أثره على طرفي التصرف فحسب ، بل يتعداه إلى جميع الدائنين ، حتى و لو لم يشاركوا الدائن في طعنه و رتبوا على ذلك أنه إذا صدر حكم يقضي بصورية التصرف و كان الخصم في الدعوى دائناً لأحد طرفيه استفاد منه باقي الدائنين الآخرين حتى و لو لم يكونوا أطرافاً في الخصومة و قد علل أنصار هذا الاتجاه رأيهم أن الحكم المقرر لصورية التصرف إنما يصدر في مواجهة طرفي التصرف فمن البديهي أن يسري في حق دائنيهم ذلك أن الدائنين إنما يتمسكون بالحكم على اعتبار أنهم ممثلين من قبل الخصوم أنفسهم .

و في تقديرنا أن الرأي الثاني هو الأرجح إلى الصواب ، و الجدير بالإلتباع لما نرى فيه من تحقيق لمبدأ المساواة بين الدائنين الذي نصت عليه المادة 188 مدني جزائري ، و التي جعلت جميع الدائنين العاديين على قدم المساواة و خولت لهم جميعاً حق التدخل في الإجراءات التي يتخذها أحدهم و أن يشتركوا معه في استفاء حقوقهم من حاصل هذه الإجراءات .

أضف إلى ذلك أنه و لما كان الهدف من تشريع دعوى الصورية هو المحافظة على الضمان العام لحقوق الدائنين عندما يعمد المدين إلى التظاهر في التصرف في أمواله بتصرف صوري لا وجود له في الحقيقة فإن مهمة الدائن رافع الدعوى لا تعدوا أن يكون مجرد كشف لحقيقة العلاقة القانونية القائمة بين طرفي التصرف ، و ذلك بإثبات أن أموال المدين لم تخرج إلا ظاهراً من نطاق ضمانه و هذا في حد ذاته لا يعتبر إثباتاً لغش و تواطأ موجه إليه وإنما مجرد تقرير لواقعة مادية مضمونها إثبات عدم جدية التصرف الظاهر و على ذلك فإن هذه الواقعة المادية لا تثبت في حقه فحسب ، بل تثبت أيضاً في حق جميع الدائنين .

و يرى الفقيه « لارومبير » ذلك بأن الحكم بصورية العقد قد قرر أن العقد الظاهر غير موجود و أن العين التي وقع عليها التصرف الصوري لم تخرج بتاتاً من ملك المدين فيستفيد من ذلك الدائنون مادامت هذه العين لم تنقطع عن أن تكون داخله في الضمان العام لحقوقهم .(1)

(1) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، الجزء الثاني ، بند 626 ، هامش 01 ، ص 1107 .

ثانياً : أثر الحكم المقرر للصورية النسبية :

لما كانت الصورية النسبية تقوم على إخفاء حقيقة العلاقة القانونية القائمة بين طرفي التصرف دون أن تتكرر وجود تلك العلاقة ، فإن أثر الحكم المقرر لها يقتصر على الاعتداد بالتصرف الحقيقي دون التصرف الصوري ، أي استبعاد التصرف الصوري الظاهر و أعمال التصرف الحقيقي المستتر شريطة أن يكون هذا الأخير (التصرف المستتر) مستوفياً لكافة أركان انعقاده و جميع شروط صحته (1) .

و مثال ذلك أن يعمد طرفي التصرف إلى إخفاء عقد هبة وراء ستار عقد بيع إضراراً بالدائنين ففي هذه الحالة إذا أثبت الدائن صورية عقد البيع بكشف حقيقة التصرف المستتر(عقد الهبة) و جب أعمال أحكام الهبة على التصرف دون أحكام البيع (2) ، و كذلك كما لو تم ستر وصية صادرة لأحد الورثة وراء ستار عقد بيع ففي هذه الحالة أيضاً لا تنطبق أحكام عقد البيع و إنما أحكام الوصية (3) .

أما إذا كان التصرف الظاهر يخفي تصرفاً مخالفاً للقانون ، كما لو اتفق الطرفان على إخفاء تصرف غير مشروع وراء تصرف مشروع ، كإخفاء دين سببه قمار على اعتبار أنه عقد قرض أو العكس ، كما لو اتفق الطرفان على إخفاء تصرف مشروع بهدف التحايل على المانع القانوني الذي يحول دون تمام الصفقة ، كما لو قام أحد القضاة مستترا وراء شخص آخر مسخراً له بشراء حق من الحقوق المتنازع فيها و التي وُكل للفصل فيها و كانت هذه الحقوق واقعة ضمن اختصاص المحكمة التي يباشر عمله فيها .

ففي كل هذه الحالات الأخيرة ، سواء كان التصرف المستتر مشروعاً أو غير مشروع ، فإن العقد يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً غير أن سبب البطلان هنا لا يرجع إلى تطبيق أحكام الصورية و إنما يكون إعمالاً بأحكام القانون ، و هذا ما أشارت إليه المواد الآتية : 93 - 402 - 403 - 410 - 411 - 412 من القانون المدني الجزائري .

(1) : نقض مدني فرنسي 1975/10/22 ، دالوز 1976 ، R - I - 6 .

(2) : نقض مدني مصري 2000/05/02 ، أشار إليه بلحاج العربي ، المرجع السابق ، هامش 03 ، ص 167 .

(3) : المحكمة العليا الجزائرية ، غرفة الأحوال الشخصية 1996/07/09 ، ملف رقم 139123 ، المجلة القضائية

1996 ، العدد 02 ، ص 80 .

عدم تقادم دعوى الصورية :

لقد تباينت الآراء الفقهية والأحكام القضائية في شأن تقادم دعوى الصورية بين مؤيد لفكرة التقادم و بين معارض لها فذهب بعض من الفقه أن دعوى الصورية ، سواء رفعت من قبل أحد طرفي التصرف أو من الغير فإنها تسقط بالتقادم شأنها في ذلك شأن جميع الدعاوى الناشئة عن التصرفات و العقود المدنية بغض النظر عما إذا كانت الصورية مطلقة أو نسبية عملاً بمبدأ استقرار المعاملات و حجتهم في ذلك أن معظم التشريعات المدنية قد وضعت قاعدة عامة في التقادم (1) و لم تستثن منها دعوى الصورية مما يستوجب إخضاعها لأحكام القاعدة العامة لتقادم الحقوق و هذا ما استقر عليه قضاء النقض في فرنسا بإعمال قاعدة مرور الزمن في حالات البطلان المطلق و حالات عدم وجود العقد و هو ما خلص إليه أيضاً الاجتهاد القضائي اللبناني في أحكامه (2) بإخضاع دعاوى الصورية للتقادم العشري الذي نصت عليه المادة 344 من قانون الموجبات و العقود اللبناني .

(1) : تنص المادة 308 من القانون المدني الجزائري :

« يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص و فيما عاد الاستثناءات الآتية »

أي الاستثناءات الواردة في المواد 309 و 310 و 311 و 312 مدني جزائري .

(2) : قضت محكمة التمييز اللبنانية ، الغرفة المدنية الثالثة ، قرار إعدادي رقم 41 بتاريخ 18 تموز 1968 :

« إن جميع دعاوى الصورية سواء الصورية النسبية منها أو المطلقة يسري عليها مرور الزمن ... »
مشار إليه في المحامي نزيه نعيم شلالا ، في دعوى الصورية ، دراسة مقارنة ص 248 منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة 2005 .

و هذا بخلاف ما قضت به محكمة النقض المصرية في اجتهاداتها بحيث لم تخضع دعاوى الصورية إلى التقادم سواء كانت الصورية مطلقة أو نسبية بقولها :

« أن الدفع ببطلان عقد بيع على أساس أنه يستر وصية ، إنما هو دفع بصورية هذا العقد صورية نسبية بطريق التستر لا يسقط بالتقادم ، لأن ما يطلبه المتمسك بهذا الدفع إنما هو تحديد طبيعة التصرف الذي قصده المتعاقدان و ترتيب الآثار القانونية التي يجب أن تترتب على النية الحقيقية لهما و اعتبار العقد الظاهر لا وجود له ، و هذه حالة واقعية قائمة و مستمرة لا تزول بالتقادم فلا يمكن لذلك أن ينقلب العقد الصوري صحيحاً مهما طال الزمن »
نقض مدني مصري 10 أبريل 1973 ، أشار إليه في الدكتور عز الدين الدناصوري و عبد الحميد الشواربي - المرجع السابق ص 313 .

بينما يذهب الجانب الأكبر من الفقهاء و على رأسهم الفقيهان « ريبير » (1) و « السنهوري » أن دعوى الصورية ذاتها لا تسقط بالتقادم ، سواء رفعت من أحد طرفي العقد الصوري أو من الغير لأن المطلوب إنما هو تقرير أن العقد الظاهر لا وجود له و هي حقيقة قائمة مستمرة لم تنقطع حتى يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها .

أما إذا كانت دعوى الصورية تتضمن دعوى أخرى ، كما إذا طعن الورثة في الهبة الصادرة من مورثهم بالبطلان و كانت مستترة في صورة عقد بيع فإن هناك دعوتين : أحدهما متعلقة بصورية عقد البيع و هذه لا تسقط بالتقادم ، و الأخرى متعلقة بالطعن في عقد الهبة (و هو العقد المستتر) بالبطلان و هذه تسقط بالتقادم شأنها في ذلك شأن سائر دعاوى البطلان (2) .

و نحن نميل إلى الأخذ بالرأي الثاني على أساس مبدأ العدالة و مبدأ حماية الضمان العام المقرر للدائنين على أموال مدينهم ، و نرى أن دعوى الصورية التي لا تسقط بالتقادم هي الدعوى التي ترمي إلى إبطال التصرف الصوري الظاهر الذي لا وجود له في الحقيقة ، ذلك أن المقصود من وراء الإدعاء بالصورية المطلقة ، إنما هو تقرير لأمر واقع و هو عدم جدية التصرف الظاهر إذ لا يمكن لمرور الزمن أن يجعل الظاهر حقيقة و لا الباطل صحيحاً .

غير أن هذا القول لا يصح إلا إذا كانت الصورية مطلقة أما إذا كانت الصورية نسبية و دفع الطاعن ببطلان التصرف الحقيقي المستتر فإنه دفعه (الدفع بالبطلان) يسقط بالتقادم شأنه شأن كل دعوى البطلان ، كما لو أخفى طرفي التصرف عقد هبة وراء ستار عقد بيع و تمسك الطاعن ببطلان عقد الهبة ، فإن دفعه يسقط بالتقادم رعاية لاستقرار المعاملات ، إذ لا يصح أن يبقى التصرف المستتر مهدداً بالإبطال طوال الوقت من طرف من خوّل له القانون التمسك بهذا الحق .

(1) : يقول الفقيه « ريبير » في كتاب القانون المدني الفرنسي ، الجزء السادس ، رقم 345 :

« le droit de faire décaler un acte simulé est imprescriptible en lui-même aussi bien pour les parties que pour les tiers ; il s'agit en effet seulement de faire apparaître la réalité des choses cachée sous une fausse apparence

أشار إليه نزيه نعيم شلالا ، المرجع السابق ، ص 253 .

(2) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد ، الجزء الأول ، بند 758 ، ص 843 و 849 .

أضف إلى ذلك أنه في كثير من الأحيان يتعذر معرفة الحقيقة بعد مضي مدة طويلة ، لأن الأمر يتوقف على الظروف والملابسة ، و لذلك نعتقد أن الحكمة و المنطق تقتضيان ضرورة حماية التصرف المستتر و ضمان استقراره بعد مضي مدة زمنية معينة ، ذلك أن التصرف المستتر الذي التزم به طرفي التصرف شأنه شأن كل الالتزامات التي عنتها المادة 308 مدني جزائري فيسقط بالتقادم و يسقط تبعًا له كل إدعاء بصوريته .

أما إذا دفع الطاعن بصورية التصرف الظاهر ذاته (عقد البيع الصوري) ، فإن دفعه لا يسقط بالتقادم مهما طال الزمن ، لأنه لا يمكن الاعتداد بالتصرف الصوري الظاهر و جعله شريعة المتعاقدين و مخالفة إرادتهما الحقيقية التي اتجهت إلى إعمال التصرف الحقيقي المستتر و ترتيب الآثار القانونية التي يجب أن تترتب على النية الحقيقية لهما ، إذ لا يمكن لمرور الزمن أن يقلب العدم إلى الوجود .

حجية الحكم الصادر في دعوى الصورية :

نصت المادة 338 من القانون المدني الجزائري على مايلي :

« الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به (1) تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ، و لا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة و لكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم و تتعلق بحقوق لها نفس المحل و السبب .
و لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيًا » .

(1) : وقع خلط بين الحجية و القوة في الفقرة الأولى من نص المادة 338 مدني :

« الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به » و هو يقصد « حجية الشيء المقضي فيه » و يرجع هذا الخلط إلى اختلاف مدلول لفظ « الحكم القطعي » و « الحكم النهائي » باللّغة الفرنسية عن مدلوله باللّغة العربية « فالحكم القطعي » « définitif » تثبت له الحجية « autorité » و « الحكم النهائي » « définitif » تثبت له القوة « force » فوق الخلط في استعمال لفظ « définitif » بمعنى « القطعي » و « النهائي » في وقت واحد ، بينما يسهل التميّز في اللّغة العربية بين « الحكم القطعي » و الذي يحوز الحجية دون القوة و « الحكم النهائي » الذي استنفذ طرق الطعن العادية و تثبت له " الحجية " و " القوة معًا " .

- أنظر في هذا الصدد السنهوري ، الجزء الثاني ، بند 342 ، هامش 02 ، ص 632 و 639 .

الظاهر من هذا النص أن حجبة الشيء المقضي فيه غالبًا ما تكون في صورة عدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها و هذه الحجبة ليست من النظام العام (1) ، و على ذلك لا يجوز للمحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها إلا إذا تمسك بها الخصوم ، كما لا يجوز إثارتها لأول مرة أمام المحكمة العليا و إن كان يجوز التمسك بها أمام جهة الموضوع .

كما يتبين من النص المتقدم أن هناك شروط يجب توافرها لقيام حجبة الشيء المقضي به ، و هذه الشروط منها ما يتعلق بالحكم و منها ما يتعلق بالحق المدعى به .

الشروط الواجب توافرها في الحكم :

لا تثبت حجبة الشيء المقضي فيه إلا إذا توافر في الحكم شروط ثلاثة :
* أن يكون الحكم قضائيًا أي صادرًا عن جهة قضائية (جهة القضاء العادي أو جهة القضاء الإداري) .

* أن يكون الحكم قطعيًا (2) و هو الحكم الصادر في الموضوع بالبرهان فيه .

* أن يكون الحكم صادرًا عن جهة قضائية مختصة (محلّيًا و نوعيًا) .

(1) : حجبة الشيء المقضي فيه تعتبر من النظام العام في المسائل الجزائية ، لأن الحكم الذي يصدر في جريمة بالإدانة أو البراءة يعني النظام العام ، ولهذا الحكم الجزائي حجبة على المحاكم الجزائية والمدنية ذلك أن المتهم إنما يدان أو يبرأ باسم المجتمع ولمصلحة المجتمع .

(2) : الحكم القطعي هو الحكم الصادر في الموضوع بالبرهان فيه ، كالحكم بعدم قبول الدعوى أو الحكم الذي يثبت في دفع شكلي أو موضوعي أو الحكم بسقوط الخصومة أو انقضاءها بمضي مدة .

كل هذه الأحكام تحوز حجبة الشيء المقضي فيه . غير أن هناك أحكام قطعية لا تثبت في الخصومة على وجه الحسم ، فهذه الأحكام لا تحوز حجبة الشيء المقضي فيه ، كالأحكام التمهيدية والأحكام التحضيرية والأحكام الصادرة في المواد الإستعجالية ، لأنها تفصل في مسائل وقتية لا تمس بجوهر النزاع ، فالأحكام الإستعجالية تكون لها حجبة مؤقتة لا ترقى إلى مرتبة حجبة الشيء المقضي فيه . وكذلك لا يجوز التمسك بحجبة الشيء المقضي فيه بالنسبة للقرارات الإدارية وقرارات الهيئات التأديبية وقرارات الحفظ الصادرة عن النيابة العامة أو قاضي التحقيق أو غرفة الإتهام .

غير أن الأحكام الصادرة عن جهات قضائية أجنبية تكون لها حجبة إذا كانت ممهورة بالصيغة التنفيذية .

و تثبت الحجية لمنطوق الحكم و لأسبابه التي تعرض فيها المحكمة لحجج الخصوم و للوقائع التي اشتملت على عرض لموضوع الخصومة .

الشروط الواجب توافرها في الحق المدعى به :

لا تثبت حجية الشيء المقضي فيه أيضاً ، إلا إذا توافر في الحق المدعى به شروط ثلاثة هي :

وحدة الخصوم :

لا تثبت حجية الحكم إلا بالنسبة لطرفي النزاع و خلفهم سواء أكان خلفاً عاماً أو خاصاً و العبرة بوحدة الخصوم بصفاتهم لا بأشخاصهم .

وحدة المحل أو الموضوع :

موضوع الدعوى هو الحق الذي يُطالب به الخصم أو المصلحة التي يسعى إلى تحقيقها ، و على ذلك فلا يكون للحكم حجية الشيء المقضي فيه إلا بالنسبة للحق ذاته الذي سبق و أن طلبه الخصم فإذا رفعت دعوى جديدة على أساس المحل ذاته أمكن دفعها بحجية الشيء المقضي فيه لسبق الفصل فيها ، كما لو رفضت المحكمة دعوى محلها المطالبة بدين لعدم التأسيس و رفع المدعي دعوى ثانية يطالب فيها بفوائد هذا الدين ، فهنا يمكن للدفع بحجية الشيء المقضي فيه .

وحدة السبب (الأساس القانوني) :

لا يكفي لقبول الدفع بحجية الشيء المقضي فيه اتحاد الخصوم و اتحاد الدعيين في موضوعهما و إنما يشترط فوق ذلك أن تتحدا في سببهما أيضاً و السبب في الدعوى هو الواقعة القانونية التي يتوَلد عنها موضوع الدعوى أي المصدر المنشئ للحق المدعى به ، فالمستأجر الذي يطالب المؤجر بتسليم العين المؤجرة للانتفاع بها على أساس عقد الإيجار، إذا رفضت دعواه على هذا الأساس فلا يجوز له رفع دعوى ثانية مستنداً إلى عقد الإيجار ذاته أي نفس السبب الذي استند إليه في الدعوى الأولى ، و إلا دفعت دعواه بسبق الفصل فيها أي حجية الشيء المقضي فيه ، أمّا إذا رفع دعوى جديدة و استند في طلبه إلى سبب جديد كعقد بيع مثلاً فإنه لا يجوز للمؤجر التمسك بحجية

الشيء المقضي فيه لاختلاف السبب فقد كان في الدعوى الأولى عقد إيجار و هو في الدعوى الثانية عقد البيع .

و لكن إذا كان السبب الذي يستند إليه المدعي في دعواه سبباً فرعياً يندرج تحت سبب رئيسي يتفرع إلى عدة أسباب ، فهل يكون للحكم الصادر في أي سبب من هذه الأسباب الفرعية حجية على الباقي ؟

و لتوضيح ذلك نورد المثال التالي :

إذا رفع شخص دعوى يُطالب فيها بإبطال التصرف بسبب الإكراه مثلاً و رفضت دعواه ، فهل يجوز له طلب الإبطال ثانية بسبب الغلط أو التدليس أو الاستغلال ؟

مع أن الغلط و الإكراه و التدليس كلّها عيوب قد تشوب إرادة أحد المتعاقدين و ترد كلّها إلى سبب رئيسي واحد و هو الرضاء ، فيكون التصرف الصادر عنها قابلاً للإبطال .

هذا ما يعرف في الفقه بتعدد السبب و هذا ما ثار الجدل بشأنه بين الفقهاء الفرنسيين .

فيرى جانب من الفقه أن عيوب الرضا الغلط و التدليس و الإكراه و الاستغلال هي عيوب مستقلة عن بعضها البعض و لا تندمج في سبب واحد ، و كذلك الشأن بالنسبة لعيوب نقص الأهلية كالجنون و السفه و العته و الغفلة و عيوب السبب و المحل (1) ، فإذا رفع شخص دعوى يطلب فيها بانقضاء التزام و جعل سبب الانقضاء الوفاء مثلاً ، فإذا رفضت دعواه جاز له أن يرفع دعوى جديدة و يتمسك بالمقاصة أو الإبراء أو التقادم ، و كذلك إذا رفع شخص دعوى يطلب فيها ملكية عين و جعل سبب الملكية العقد أو الوصية أو الشفعة أو التقادم أو غير ذلك من أسباب اكتساب الملكية ، فإذا تمسك بالعقد مثلاً و رفضت دعواه ، جاز له أن يرفع دعوى جديدة و يتمسك بالوصية أو الشفعة أو التقادم .

و أيضاً كما لو رفع شخص دعوى يطلب فيها بإبطال التصرف و جعل سبب الإبطال الغلط مثلاً فإذا رفضت دعواه جاز له أن يرفع دعوى جديدة و يتمسك بالتدليس أو الإكراه أو الاستغلال و هكذا فلا يوجد ترتيب خاص للتمسك بأسباب الانقضاء أو أسباب اكتساب الملكية أو أسباب البطلان ، إلا ما يقتضيه حسن الدفاع من الناحية العملية لا من الناحية النظرية .

(1) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، الجزء الثاني ، بند 376 ، هامش 01 ، ص 703 .

* بينما يذهب جانب آخر من الفقه إلى إدماج جميع أسباب البطلان - عيوب الشكل و الرضا و الأهلية و المحل و السبب في سبب رئيسي واحد ، فيحوز الحكم في أي عيب منها حجية الشيء المقضي فيه بالنسبة إلى العيوب الأخرى .(1)

في حين يذهب فريق ثالث إلى تقسيم أسباب البطلان إلى أسباب رئيسية و يدمج في كل سبب رئيسي ما يتفرع عنه من أسباب و يقف في تعدد السبب عن السبب الرئيسي لا السبب الفرعي (2) و حسب أنصار هذا الاتجاه إذا رفعت دعوى إبطال عقد بسبب التدليس مثلاً و رفضت هذه الدعوى لعدم التأسيس ، فلا يجوز طلب الإبطال ثانية بسبب الإكراه أو الغلط أو الاستغلال ، لأن هذه الوسائل و حسب هذا الرأي لا يؤثر اختلافها على وحدة السبب في الدعويين و هو الرضاء فيكون الحكم في أي سبب منها حكماً بالنسبة للباقي ، و هذا هو الرأي الذي ساد في الفقه الفرنسي المعاصر .

و نحن من جانبنا ننضم إلى الرأي الأول الذي يرى أن طلب البطلان مرّة على أساس معيّن لا يمنع من طلبه مرّة أخرى على أساس آخر أيًا كان هذا الأساس ، حتى و لو كان أساساً فرعياً يندمج في سبب رئيسي ، فرفض البطلان المؤسس على سبب من أسبابه لا يمنع من طلبه ثانية تأسيساً على سبب آخر ، و ترتيباً على ذلك فإذا رفع المضرور دعوى تعويض و أسس دعواه بناءً على المادة **124** مدني جزائري يكون السبب في الدعوى هو المسؤولية التقصيرية (الخطأ الواجب الإثبات) فإذا فشل المضرور في إثبات الخطأ في جانب المسؤول عن الضرر رفضت دعواه لعدم التأسيس و مع ذلك يجوز له رفع دعوى تعويض مرّة ثانية بناءً على المادة **138** مدني حيث يكون الخطأ مفترض في جانب المسؤول عن الضرر .

(1) و (2) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، هامش 01 ، بند 376 ، ص 703 .

و بتطبيق الأحكام و القواعد المتقدمة بالنسبة لدعوى الصورية نخلص إلى النتائج التالية :

أولاً : حجية الحكم المقرر للصورية المطلقة :

إذا قضت المحكمة ببطان تصرف صوري صورية مطلقة اعتبر التصرف كأنه لم يكن ، و على ذلك فلا يجوز لمن كان الحكم حجة عليه أن يرفع دعوى صورية أخرى للمطالبة ببطان التصرف على أنه صوري صورية نسبية أيًا كان نوع هذه الصورية ، مثال ذلك إذا صدر حكم يقضي ببطان عقد بيع لكونه صوري صورية مطلقة اعتبر عقد البيع كأنه لم يبرم ، و على ذلك فلا يجوز للمشتري أو البائع من أن يرفع دعوى أخرى ببطان عقد البيع على أنه صوري صورية نسبية بالنسبة لأحد المتعاقدين أو بالنسبة للتاريخ أو الثمن .

ثانياً : حجية الحكم المقرر للصورية النسبية :

إذا صدر حكم يقضي بصورية التصرف صورية نسبية لسبب معين و تمسك الخصم في دعوى أخرى بأن التصرف صوري صورية نسبية بسبب آخر ، كصورية الثمن أو شخص المتعاقد أو التاريخ ، فطبقاً للرأي الأول من الآراء الفقهية و الذي أخذت به محكمة النقض المصرية (1) أخيراً فيجوز رفع دعوى بسبب آخر غير السبب الذي رفعت به الدعوى الأولى ، فإذا تمسك بصورية الثمن و رفضت دعواه جاز له رفع دعوى صورية مرّة ثانية و التمسك بصورية التاريخ أو شخص المتعاقد .

أمّا طبقاً للرأي الثاني والثالث الذي يتزعمه الفقيه السنهوري ، فلا يجوز رفع دعوى ثانية أو الدفع بصورية التصرف لسبب آخر .

(1) : ... إن هذا الحكم لا يكون له أية حجية فيها ، لأنه ما لم تنتظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعاً

لحكم يحوز على قوة الأمر المقضي ، و لأن الطعن في التصرفات بأنها تخفي وصية لا يتعارض مع ما قضت به المحكمة في حكمها الصادر في 05 أبريل 1960 من صدورهما من ذي أهلية و الطعن على التصرف بأنه في حقيقته وصية يعتبر سبباً مختلفاً عن الطعن فيه بانعدام أهلية التصرف «

- نقض مدني مصري ، أشار إليه المستشار عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ص

319 و 320 .

بعد تحديد حجية الحكم الصادر في دعوى الصورية نكون قد أتينا على أهم ما يتعلق بالصورية من حيث تعريفها و شروط قيامها و أنواعها و أثرها و تميّزها عمّا قد يشتبه بها و تقادمها ، فلا يبقى إلا أن نعرض لأهم العقود و التصرفات القانونية التي ترد عليها .

المطلب الثالث : أهم العقود و التصرفات القانونية التي ترد عليها الصورية .

قد تقع الصورية في العقود الملزمة للجانبين ، كما قد تقع في التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد ، و تكون الصورية في عقد البيع بقصد إخفاء الثمن أو ستر عقد بيع وفائي أو رهن أو هبة أو وصية ، كما قد ترد على الثمن المقدر للعقار المشفوع فيه ، فما حكمها ، و ما أثر ثبوتها ؟ هذا ما سنتناوله بشيء من التحليل و التفصيل .

الفرع الأول : الصورية في عقود البيع .

قد تتخذ الصورية في عقد البيع صوراً كثيرة ، و من أهم هذه الصور نذكر منها :

* صورية الثمن .

* إخفاء عقد بيع بالوفاء في صورة عقد بيع .

(1) - صورية الثمن في عقد البيع :

لقد عرفَ المشرع الجزائري عقد البيع في نص لمادة 351 مدني بقوله :

« البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي » .

و يتضح من هذا التعريف أن لعقد البيع خاصيتين أساسيتين :

- أولهما : التزام البائع بنقل ملكية المبيع .

- ثانيها : التزام المشتري بدفع الثمن بالمقابل .

فالثمن هو ركن من أركان عقد البيع و هو عنصر جوهري لا تنتقل الملكية إلا بموجبه (1) ، و لا يصح البيع إلا بدفعه ، فإذا انعدم لا ينعقد البيع (2) .

و يجب أن يكون الثمن جدّيًا و حقيقيًا و مقدرًا بالنقود ، و معنى اشتراط أن يكون الثمن جدّي و حقيقي أن تتجه إرادة البائع إلى اقتضائه بالفعل ، أما إذا قصد البائع عدم مطالبة المشتري بدفعه اعتبر هذا الثمن غير حقيقي . و هذا القصد قد يكون ظاهرًا وقت التعاقد ، كما لو ترك البائع دفع الثمن بمحض إرادة المشتري ، كما قد يستشف من الظروف والملابسة التي تصاحب المتعاقدين أثناء مرحلة تكوين العقد و إبرامه ، كما لو ثبت وقت البيع أن الحالة المالية للمشتري لا تسمح له بدفع الثمن المسمى في العقد أو أن البائع لم يحمل الأمر على محمل الجدّ و لم يقصد مطالبة المشتري بدفعه .

(1) : أن عقد البيع في القانون المدني الجزائري يُعد ناقلاً للملكية بذاته في بيع المنقولات أما بالنسبة للملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية المتصلة بها فقد نصت المادة **793** مدني على ما يلي :

« لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري » .

(2) : يترتب على عدم تحديد ثمن البيع في العقد بطلان عقد البيع إلا في حالة ما إذا تبين أن المتعاقدان قد قصدا التعامل على أساس السعر المعمول به في السوق أو بحسب السعر الذي جرت عليه طبيعة المعاملة بينهما و هذا ما نصت عليه المادة **357** من القانون المدني الجزائري بقولها :

« إذا لم يحدد المتعاقدان ثمن البيع فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من أن المتعاقدين قد نوبا الاعتماد على السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما » .

فالثمن غير الحقيقي إذن هو ذلك الثمن الذي لا يقصد المشتري دفعه و لا البائع اقتضائه و هذا هو ما يعرف بالثمن الصوري و هذا الثمن لا ينعقد به البيع و إنما تم ذكره في العقد إظهاراً له فقط (1) .

و من القرائن القويّة على صورية الثمن في عقد البيع أن يكون الثمن تافهًا ، و الثمن التافه هو الثمن الذي لا يصحّ مقابلًا لالتزامات البائع ، كما لو بيعت سيارة فاخرة في مقابل ثمن منخفض بشكل فاحش ، بحيث لا يمكن أن يتناسب بناتًا مع قيمتها الحقيقية ، فعندئذ يستخلص من تافهة الثمن المذكور في العقد أنه ثمن غير حقيقي أي صوري ، و يجوز لكل من كان له مصلحة في ذلك أن يطعن فيه بدعوى الصورية .

غير أن تافهة الثمن ، و إن كانت لا تكفي بذاتها لانعقاد البيع ، فإن العقد قد يتحول إلى عقد هبة متى روعت أحكام المادة 206 من قانون الأسرة كما سيأتي بيانه لاحقًا .

أما إذا لم ينحط الثمن في المثال المتقدم إلى درجة فاحشة جدًا بأن كان ثمنًا بخسًا ، فإنه لا يؤثر على صحة التعاقد ، و من ثم لا يجوز الطعن فيه بطريق الصورية ، لأن القانون لا يشترط أن يتعادل الثمن مع قيمة المبيع (2) ، و إن كان يجوز الطعن فيه بدعوى الغبن في حالتين استثنائيتين متى كان المبيع عقارًا .

* حالة الاستغلال إذا بلغ ثمن بيع العقار حد الغبن ، فعلى البائع في هذه الحالة رفع دعوى الغبن متى توافرت شروطها طبقاً لأحكام المواد 90 - 91 - 358 - 359 مدني جزائري .

(1) : المستشار عز الدين الدناصوري و عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 354 .

(2) : و هذا ما أشارت إليه محكمة النقض المصري في حكم لها صدر بتاريخ 08 جانفي 1951 بقولها :

« لا يشترط أن يكون المقابل في عقد البيع - الثمن - متكافئاً مع قيمة المبيع ، بل كل ما يشترط فيه ألا يكون تافهًا ، فالثمن البخس يصحّ مقابلًا لالتزامات البائع ، و ادعاء هذا الأخير بأنه باع بما دون القيمة على علم منه بذلك تخلص من تعرض الغير في الأطنان المبيعة و عجزه عن تسليمها لا يكفي لإبطال المبيع إلا أن يكون قد شاب رضاه إكراه مفسد» .

نقض مدني مصري بتاريخ 1951/01/08 ، أشار إليه عز الدين الدناصوري و عبد الحميد الشواربي المرجع السابق ، ص 357 و 358 .

* حالة بيع عقار من قبل عديم الأهلية (1) بنفسه بغبن يزيد عن الخمس دون إذن أو إجازة ، فيكون البيع في هذه الحالة قابلاً للطعن فيه بطريق الغبن إعمالاً لأحكام المادتين 358 و 359 مدني جزائري .

أما في غير هاتين الحالتين ، فلا مجال للحديث من اختلال التعادل بين ثمن و قيمة المبيع سواء أكان الثمن أعلى من قيمة المبيع أو أقل منها ما لم ينحط الثمن إلى درجة فاحشة تجعله ثمنًا تافهًا أي صوريًا .

و تجدر الإشارة أنه لا تلازم بين حالة الإعسار و صورية الثمن ، إذ لا يكفي لاعتبار الثمن صوريًا مجرد إعسار المشتري و علم البائع بهذا الإعسار ، فقد يكون المشتري في حالة مالية تسمح له بدفع الثمن الذي يتناسب مع قيمة المبيع ، و مع ذلك يكون الشراء الحاصل منه صوريًا .
أضف إلى ذلك أن الإعسار ليس بحالة ملازمة و دائمة و مستمرة ، فقد يكون إعسار المشتري مؤقت لا يلبث أن يزول كما لو تلقى ميراثًا أو وصية أو عقد صفقة رابحة أنعشت ذمته المالية .

كما أن عدم دفع المشتري للثمن وقت التعاقد لا يعتبر في حد ذاته قرينة قاطعة على صورية الثمن فقد يلتزم المشتري بدفعه عند مطالبة البائع به ، كما أن تنازل البائع عن الثمن بعد البيع لا يعتبر كافيًا لتقرير صورية الثمن ، لأن العبرة بحقيقة الثمن وقت إبرام العقد ، أما و قد انعقد البيع و ثبت للبائع الحق في الثمن فليس هناك ما يمنع البائع من إبراء المشتري منه ، شريطة ألا يتفقا (البائع و المشتري) على الإبراء وقت البيع ، و إلا اعتبر العقد هبة مستترة في صورة عقد بيع .

(1) : لا يجوز الطعن بالغبن في حالة بيع عقار مملوك لشخص عديم الأهلية في المزاد العلني سواء كان ذلك تنفيذًا لدين أو لاستحالة قسمة العقار عيناً أو تنفيذًا لحكم صادر من المحكمة ، و هذا ما أشارت إليه المادة 360 مدني جزائري بقولها :

« لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بالمزاد العلني بمقتضى القانون » .

أما إذا اتفق الطرفان على ذكر الثمن في عقد البيع مع إبراء المشتري منه أو هبته إياه ، فإن العقد في هذه الحالة لا يصح أن يكون ساتراً لهبة ، لأن القانون و إن أجاز أن يكون العقد المشتتل على الهبة موصوفا بعقد آخر ، إلا أنه يشترط أن يكون العقد مستوفياً لكافة أركان انعقاده و جميع شروط صحته .(1)

و صورية الثمن يمكن إثباتها طبقاً للقواعد العامة المقررة للإثبات ، ففيما بين المتعاقدين لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة متى كان العقد المتضمن ذكر الثمن مكتوباً ، لأنه ليس هناك ما يمنع المتعاقد من أن يحتاط لنفسه و يحصل من المتعاقد الآخر على وثيقة مكتوبة تبين حقيقة و قيمة الثمن المتفق عليه في العقد ، مع مراعاة أحكام المادتين 335 و 336 من القانون المدني .
أمّا بالنسبة للغير فيجوز لهم إثبات صورية الثمن بكافة طرق الإثبات و قد سبق بحث إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين و بالنسبة للغير .

(2) - عقد البيع الذي يخفي عقد بيع بالوفاء :

قبل التطرف إلى هذه الصورة من صور الصورية النسبية التي كثيراً ما ترد على عقود البيع و التي قد يعمد إليها أحد المتعاقدين بهدف تهريب أمواله عن أعين دائنيه ، حتى لا يجدوا شيئاً للتنفيذ عليه أو لفك ضائقتة المالية أو لإزالة إعساره و إنعاش ذمته المالية ، يتعين أن نعرض أولاً للتعريف ببيع بالوفاء و أركان قيامه و تميزه عما قد يشتبه به من عقود أخرى كعقد البيع المعلق على شرط فاسخ و بيع العهدة ، ثم نعرض لبيان أهم الصور التي يستتر فيها بيع الوفاء في صورة عقد بيع .

(أ) - تعريف بيع الوفاء :

لقد تعددت الآراء و المذاهب في تعريف بيع الوفاء ، و نحن نرى أن أهم تعريف لبيع الوفاء هو الذي يجري على النحو التالي :

(1) : عز الدين الدناصوري و عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 355 .

حيث يعرف بيع الوفاء على أنه عقد يحتفظ بمقتضاه البائع بحق استرداد المبيع إذ هو رد الثمن و المصروفات إلى المشتري خلال مدة زمنية معينة .

(ب) - أركان بيع الوفاء :

لا يقوم بيع بالوفاء إلا إذا توافرت فيه الأركان العامة الواجب توافرها في أي عقد من رضا المتعاقدين و تحديد الشيء المبيع و الثمن ، و فيه يحتفظ البائع لنفسه بحق استرداد المبيع في مقابل رد الثمن الأصلي و المصروفات للمشتري ، و لذلك يوصف بيع الوفاء بأنه بيع معلق على شرط فاسخ فإذا تحقق هذا الشرط فسخ العقد و رجع المتعاقدان على الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد و اعتبر العقد كأنه لم يكن ، فلا تصرفاً قد صدر و لا بيعاً قد وقع و لا ثمناً قد دفع .

غير أن هذا الشرط لا يقوم مقامه إلا بتوافر أمرين رئيسيين هما :

* أن يكون الشرط معاصراً لعقد البيع ، و لو لم يكن مذكوراً في عقد البيع ذاته ، فالمعاصرة الذهنية تكفي ، فإذا تخلف الشرط عن عقد البيع فإن البيع ينعقد باتاً ، و يكون الشرط اللاحق إما وعداً بالبيع أو بيعاً معلقاً على شرط واقف تطبيقاً للقواعد العامة و إعمالاً لنية المتعاقدين .(1)

و بتعبير آخر أن تتجه إرادة الطرفين (البائع و المشتري) وقت إبرام العقد إلى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة زمنية معينة و لا تشترط إدراج هذا الشرط في عقد البيع ذاته ، و إنما يجوز إثباته في ورقة لاحقة بشرط توافر المعاصرة الذهنية التي تربطه بعقد البيع .

* أن لا تزيد المدة التي يصح فيها الاسترداد على خمس سنوات ، كما ذهبت إليه بعض التشريعات المدنية كالتقنين المصري القديم و التقنين المدني الفرنسي .(2) أما القانون المدني الجزائري فلم يتطرق إلى هذه المسألة و فهو يعتبر بيع الوفاء باطلاً أصلاً بعموم نص المادة 396 مدني .

(1) و(2) : السنهوري - الوسيط - الجزء الرابع البيع و المقايضة بند 80 ص 153 .

و لكن بما أن بيع الوفاء ليس بيعاً معلقاً على شرط فاسخ ، و بما أن المشرع الجزائري قد استثناه دون غيره من سائر العقود المعلقة على شرط فاسخ و خصه وحده بالبطلان بصريح نص المادة 396 من القانون المدني الجزائري ، كان لزاماً علينا من تميّزه عما قد يشتبه به من عقود أخرى .

(ج) - تميّز بيع الوفاء عما قد يشتبه به من عقود :

هناك حالات كثيرة يلتبس فيها بيع الوفاء بعقود البيع المعلقة على شرط فاسخ و الرهن و بيع العهدة و حتى يختص بيع الوفاء هو وحده بالبطلان ، كان لابدّ من تحديد منطقتيه و تميّزه عن هذه العقود .

(ج) - 1 : بيع الوفاء و البيع المعلق على شرط فاسخ :

لقد علّل بعض الفقهاء سر التفرقة بين الشرط الوفاي و الشرط الفاسخ في أي عقد بيع يكمن في معيار الإرادة ، ذلك أن الشرط الوفاي إنما هو شرط يتعلق بإرادة البائع ، إذ هو يسترد المبيع متى أعلن عن رغبته في ذلك . بينما في عقود البيع المعلقة على شرط فاسخ كالبيع بشرط التجربة الذي نصت عليه المادة 355 من القانون المدني الجزائري نجد أن الشرط الفاسخ يتعلق بإرادة المشتري لا بإرادة البائع ، فمتى أعلن المشتري عن رغبته في الشراء كان له ذلك .

و على ذلك يمكن القول أنه إذا كان الشرط الفاسخ غير متعلق بإرادة البائع أو متعلقاً بها و بأمر خارج عنها ، فلا يعتبر الشرط الفاسخ شرطاً وفاقياً و يكون البيع المعلق عليه بيعاً صحيحاً و مثال ذلك كما لو باع موظف داراً له في مدينة ما و علّق البيع على شرط فاسخ هو نقله إلى هذه المدينة ، إذ يحتاج عند ذلك إلى دار لسكنها ، فالبيع هنا معلق على شرط خارج عن إرادة البائع و يكون بيعاً صحيحاً (1) .

و كذلك كما لو باع شخص داراً مملوكة له و علّق البيع على شرط فاسخ هو أن يتزوج ، فالشرط هنا مختلط يتعلق بإرادته و بإرادة الزوجة ، فلا يكون شرطاً وفاقياً و يكون البيع المعلق عليه بيعاً صحيحاً. (2)

(1) : بن عمارة محمد ، مذكرة ماجستير ، الملكية كأداة ضمان في مجال العلاقات التعاقدية ، جامعة وهران ، سنة 2006 ، ص 98 .

(2) : السنهوري ، الوسيط ، الجزء الرابع ، بند 88 ، ص 127 .

غير أن هذا المعيار لا يصلح مقياساً عاماً يطبق على جميع الحالات ، بدليل أن الشرط الفاسخ قد يكون متعلقاً بإرادة البائع و مع ذلك لا يعتبر شرطاً وفائياً و يبقى البيع معه صحيحاً ، و قد يكون الشرط متعلقاً بإرادة البائع و هو شرط وفائي ومع ذلك يبطل معه البيع ، و لذلك لابدّ من الرجوع عن هذا التأصيل و أن نميّر بين الشرطين وفقاً للاعتبار التالي :

* في بعض الحالات يجعل البائع لنفسه حق الفسخ ليستبقى فسحة من الوقت يتروى فيها كما في البيع مع الاحتفاظ بحق العدول(1) أو البيع المقترن بخيار الشرط (2) ، ففي هذه الحالة يكون الشرط للتروى فيصح الشرط و يصح معه البيع .(3)

* و في حالات أخرى يجعل البائع لنفسه الفسخ على أمل أن يسترد المبيع برد الثمن ، ففي هذه الحالة يكون الشرط وفائياً فيبطل معه البيع .

- فالشرط الصحيح إذن هو ما كان للتروى ، و الشرط الباطل هو ما كان للتمكن من استرداد المبيع (4) .

(1) :البيع مع الاحتفاظ بحق العدول و هو عقد يتفق بمقتضاه الطرفين على إدراج شرط في العقد بحيث يكون لأحدهما أو كلاهما الحق في العدول عن العقد بأثر رجعي و يصبح العقد كأنه لم يكن و مدّة العدول المسموح بها قصيرة جداً تنتهي قبل البدء في تنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد و يقترن حق العدول في كثير من الأحيان "بالعربون" الذي نصت عليه المادة 72 مكرر مدني جزائري و هذا بخلاف مدّة الاسترداد في بيع الوفاء و التي تكون عادة مدّة طويلة قد تصل إلى سنتين .

(2) : لقد أورد التقنين المدني العراقي إلى جانب النصوص المتعلقة ببيع التجربة و بيع المذاق نصوصاً متعلقة بخيار الشرط في المواد 509 - 510 - 511 - 512 - 513 مدني عراقي .
أما المشرع الجزائري فقد نظم البيع بالمذاق في نص المادة 354 مدني و اعتبره صورة من صور الوعد بالبيع .

(3) و (4) : السنهوري ، الوسيط ، الجزء الرابع ، بند 88 ، ص 127 و 128 .

(ج) - 2 : بيع الوفاء و الرهن :

بما أن بيع الوفاء ليس إلا وسيلة من وسائل التأمين يتجرد فيه البائع من ملكية المبيع تحت شرط فاسخ هو أن يرد الثمن الأصلي و المصروفات للمشتري في مقابل استرداد الشيء المبيع ، فإن في الرهن الحيازي لا يتجرد المدين الراهن إلا عن الحيازة فقط ، و يبقى محتفظاً بملكية العين المرهونة و في الرهن الرسمي لا يتجرد الراهن لا عن الملكية و لا عن الحيازة .

غير أنه إذا كان للرهنين (الحيازي و الرسمي) أهمية من هذه الناحية ، فإن لبيع الوفاء أهمية أبلغ يمتاز بها عن كلا الرهنين من ناحية أخرى و تتمثل هذه الأهمية فيما يلي :

* يمتاز بيع الوفاء عن الرهن الحيازي أنه في حالة هلاك المبيع وفاءً في يد المشتري ، فإن تبعه الهلاك يتحملها هذا الأخير .

أما في الرهن الحيازي إذا هلكت العين المرهونة في يد الدائن المرتهن ، فإن المدين الراهن هو الذي يتحمل تبعه الهلاك و هذا ما أشارت إليه المادة 954 مدني جزائري بقولها :
« يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعاً لخطئه أو ناشئاً عن قوة قاهرة » .

* في بيع الوفاء لا شأن للمشتري ببقية أموال البائع الخارجة عن المبيع .
أما في الرهن فيكون للدائن المرتهن حق أفضلية مكتسب يخول له إلى جانب حقه العيني على العين المرهونة حق شخصي تضمنه جميع أموال المدين ، و هذا ما أشارت إليه المادة 188 من القانون المدني الجزائري .

* كما يمتاز بيع الوفاء على الرهن الرسمي أنه ينعقد دون حاجة إلى الرسمية ، كما أنه قد يرد على عقار أو منقول .

بخلاف الرهن الرسمي الذي لا يتقرر إلا للدائن على عقار مدينه بواسطة عقد رسمي يتم بينه و بين المدين الراهن ، و هذا ما أكدته المادتين 882 و 883 و ما يليهما من القانون المدني ، و إن كان قد يرد على بعض المنقولات المنصوص عليها بموجب نصوص خاصة كرهن السفن و الطائرات و المحلات التجارية .

(ج) - 3 : بيع الوفاء و بيع العهدة :

يعرف بيع العهدة بأنه عقد يتعهد بمقتضاه المشتري برد المبيع إلى البائع متى أوفى هذا الأخير بإرجاع الثمن و المصروفات . (1)

و صورته أن يتفق الطرفان على أن البائع متى أراد رجوع المبيع إليه أتى بمثل الثمن المعقود عليه و له أن يقيد الرجوع بمدة ، فليس له الفك (أي الرجوع) إلا بعد تمامها ، ثم يبرمان بعد ذلك عقدا صحيحا بلا شرط ، إذ لو وقع شرط العهدة المذكورة في صلب العقد أبطله و للمتعهد و وارثه التصرف فيه تصرف الملاك و لو بأزيد الثمن ، فإذا أراد المعهد الفك أتى بمثل ما بذلك للمتعهد و يرجع هذا المتعهد على المتعهد منه فيبذل له مثل ما وقع عليه العقد بينهما و يفسخ عليه ثم هو يفسخ على المعهد الأول و وارث كل كمورثه . (2)

فالشرط ينبغي أن يكون قبل إبرام العقد أو بعد انقضاء مجلس الخيار ، على أنه يمكن للمشتري أن يشترط عدم الرد قبل مضي سنة أو أكثر من ملكه .

و بناءً على التفصيلات التي أوردناها يمكن تميز بيع الوفاء عن بيع العهدة في الفروق التالية :

-
- (1) : بن عمارة محمد - مذكرة ماجستير - الملكية كأداة ضمان في مجال العلاقات التعاقدية ، ص 100 .
 - (2) : بن عمارة محمد - مذكرة ماجستير - الملكية كأداة ضمان في مجال العلاقات التعاقدية ، ص 100 ، عن الشيخ بدر الدين محمود بن قاضي سماوة - جامع الفصول - الفصل 18 .

* أن شرط استرداد البائع للشيء المبيع يجب أن يكون في صلب العقد في بيع الوفاء .
أما في بيع العهدة فيشترط أن يكون قبل العقد أو بعد انقضاء مجلس الخيار .

* في بيع الوفاء لا يجوز للمشتري التصرف في المبيع المثقل بشرط التراد .
أما في بيع العهدة ، فلا وجود لهذا الشرط و يمكن للمشتري التصرف في الشيء المبيع .

* في بيع الوفاء يجوز لكل من البائع و المشتري فسخ العقد و طلب التراد ، و لو حدّدت له مدّة .
أما في بيع العهدة فيجوز للمشتري أن يدرج في العقد شرط عدم التراد قبل مضي سنة أو أكثر .

(د) - أهم الصور التي يستتر فيها بيع الوفاء في صورة عقد بيع :

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 396 من القانون المدني على ما يلي :

« يكون البيع باطلاً إذا احتفظ البائع يوم البيع بحق استرداد الشيء المبيع في أجل معيّن » .
استنادا إلى هذا النص يمكننا أن نتصور بعد أن أصبح بيع الوفاء محظوراً في القانون الجزائري
الأساليب و الوسائل التي قد يلجأ إليها المتعاقدان بهدف التحاليل لتجنب هذا الحكم و من أهم هذه
الوسائل نذكر منها :

- الوسيلة الأولى : عقد البيع الذي يخفي عقد بيع وفائي :

قد يتفق المتعاقدان على أن عقد البيع هو في حقيقته عقد بيع وفائي يحتفظ من خلاله البائع بحقه في
استرداد ملكية المبيع إذا هو رد الثمن الأصلي و المصروفات للمشتري خلال مدّة زمنية معيّنة ، ثم
يحرران بعد ذلك عقد بيع صوري يتضمن أنه عقد بيع بات و منجز .

فهنا يجوز لكل من له مصلحة في كشف حقيقة التصرف أن يثبت صورية العقد الظاهر بكافة
الطرق المعدّة للإثبات لوجود تحايل على أحكام المادة 396 مدني ، لأن عقد البيع الوفائي كما
أسلفنا آنفاً هو عقد باطل بطلاناً مطلق لا تلحقه الإجازة و لا يرد عليه التقادم و لا يُرتب أية آثار
قانونية لا بالنسبة للمتعاقدين و لا بالنسبة للغير ، لأن العبرة بما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين

و تكفي المعاصرة الذهنية بين عقد البيع و شرط استرداد المبيع ، و ذلك بإثبات أن الطرفين وقت إبرام العقد قد قصدا تخويل البائع حق استرداد ملكية المبيع .

- الوسيلة الثانية : عقد البيع الوفائي الذي يخفي رهناً :

كثيراً ما يتخذ المتعاقدان عقد بيع وفائي كستار لإخفاء رهن حيازي ، كما لو اتفق المدين الراهن (البائع) مع الدائن المرتهن (المشتري) على رهن عين ، و يتفقا على حق البائع في استرداد العين المرهونة متى رد دين الرهن إلى المشتري خلال مدة زمنية معينة ، إلا أنهما حررا عقد بيع صوري لإخفاء الرهن .

فهذا العقد هو صورة من صور بيع الوفاء الذي خطره المشرع بنص المادة 396 مدني ، و على ذلك يجوز للبائع و لكل من له مصلحة في ذلك أن يثبت حقيقة العقد بكافة الطرق المقررة في الإثبات ، بما في ذلك شهادة الشهود و البيّنة لوجود تحايل على أحكام القانون و دون الالتفات إلى بنود العقد أو ما أصدره المتعاقدان من إقرارات (1) .

أضف إلى ذلك أن عقد البيع الذي يخفي رهناً يكون باطلاً ، سواء بصفته بيعاً أو رهناً و لا تلتزم المحكمة بعد ذلك ببحث تطبيق قواعد الرهن الحيازي ، لأن شرط الاعتداد بالتصرف الحقيقي المستتر أن يكون التصرف الصوري الظاهر غير باطل بحكم القانون (2) ، و هذا ما نصت عليه المادة 903 من القانون المدني بقولها :

« يكون باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استفاء الدين وقت حلول أجله في أن يمتلك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيّاً كان ، أو في أن يبيعه دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون و لو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن .
غير أنه يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن يتنازل المدين لدائنه عن العقار المرهون و فاء لدينه » .

(1) : نقض مدني مصري 06 - 05 - 1981 ، أشار إليه الدكتور عز الدين الدناصوري و عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 366 .

(2) : المستشار عز الدين الدناصوري و عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 365 .

الفرع الثاني : الصورية في الوصية .

تعتبر الوصية من أهم التصرفات القانونية الكثيرة الانتشار في الحياة العملية ، فقد تناولها المشرع الجزائري في القانون المدني في المواد من 775 إلى 777 باعتبارها سبباً من أسباب نقل الملكية غير أنه و نظراً لأهمية الوصية باعتبارها من أهم التبرعات بالأموال المضافة إلى ما بعد الموت و ما قد ينجر عنها من اختلال الروابط الأسرية ، فقد عالج المشرع أحكامها و وضع شروطها في قانون الأسرة في المواد من 184 إلى 201 .

و الوصية كما عرفت المادة 184 من قانون الأسرة :

« تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع »

و على ذلك فلا تترتب آثارها إلا من بعد موت الموصى و تسري أحكامها على جميع الجزائريين مسلمين و غير مسلمين ، لأن الوصية كما تكون صلة يتقرب بها الموصى إلى ربه ، قد تكون صلة يتقرب بها الموصى إلى قريب له أو صديق عزيز عليه سواء كان مسلماً أو غير مسلماً ، و هذا ما أشارت إليه المادة 200 من قانون الأسرة بقولها :

« تصح الوصية مع اختلاف الدين »

و تصح في حدود ثلث التركة بعد سداد ديونها سواء كانت لوارث أو غير وارث أو لصاحب وصية واجبة ، أما إذا زادت عن الثلث فهي صحيحة و لكنها لا تكون نافذة في حق الورثة إلا إذا أجازوها بعد موت مورثهم (1) متى كانوا أهلاً للتبرع و قصدوا الإجازة أمّا إذا رفضوا الإجازة انحطت الوصية إلى ثلث التركة و لا يعتبر ذلك إبطالاً أو فسخاً و إنما عدم نفاذ في حق الورثة و هذا ما قصده المشرع في نص المادة 185 من قانون الأسرة بقوله :

« تكون الوصية في حدود ثلث التركة و ما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة » .

(1) :أن العبرة بالإجازة الصادرة عن الورثة بعد وفاة مورثهم و على ذلك فلا تعتبر توقيع الورثة كشهود على الوصية إجازة لها ، لأن صفة الورثة التي يعتد بها في الإجازة التي يتوقف عليها نفاذ الوصية إنما تثبت بعد وفاة المورث - أنظر في هذا الصدد المستشار عز الدين الدناصوري و عبد الحميد الشوارى المرجع السابق ص 413 .

غير أنه يعمد المتصرف (الموصى) إلى إخفاء وصيته وراء ستار عقد هبة أو عقد بيع منجز بغية التحايل على أحكام التركات و المواريث ، و على ذلك فما حكم هذه التصرفات و ما هي القرائن القانونية التي أوجدها المشرع لحماية دائني المتصرف (الموصى) و ورثته ؟

حكم التصرفات الملحقة بالوصية و القرائن القانونية الواردة عليها :

نتناول في هذا العنوان حكم التصرفات الملحقة بالوصية و أهم القرائن القانونية التي أوردتها المشرع لحماية دائني المتصرف (الموصى) و ورثته ، ذلك من خلال تحليل أحكام المادتين 776 و 777 من القانون المدني .

*** حكم التصرفات الملحقة بالوصية :**

نصت الفقرة الأولى من المادة 776 مدني على أنه :

« كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت و تسري عليه أحكام الوصية أيًا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف » .

كما نصت المادة 777 من نفس القانون على أنه :

« يعتبر التصرف وصية و تجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته و استثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه و الانتفاع به مدة حياته... » .

و يتبين من أحكام هذين النصين أن كل تصرف يصدر عن الشخص في حال مرض الموت و ينطوي صراحة على معنى التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت و تسري عليه أحكام الوصية . كما يعتبر التصرف تبرعاً و تطبق عليه أحكام الوصية إذا تصرف شخص لأحد ورثته و احتفظ لنفسه بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها و بحقه في الإنتفاع بها مدى الحياة و بذلك يكون المشرع الجزائري قد أخضع حكم التصرفات التي تبرم في مرض الموت إلى أحكام الوصية بغض النظر عما إذا كانت هذه الوصية مستترة وراء ستار عقد بيع منجز أو عقد هبة أو أي تصرف قانوني آخر متى أثبت دائنو المتصرف (الموصى) أو ورثته قيام قرائن على نية الإيضاء ،

و عليه فما هي هذه القرائن القانونية و كيف يتوزع عبء لإثباتها ؟

*القرائن القانونية الواردة على التصرفات الملحقة بالوصية :

لقد أورد المشرع الجزائري قرينتين قانونيتين في نصي المادتين 776 و 777 من القانون المدني و أجاز لدائني المتصرف (الموصي) و ورثته التمسك بهما في حالة ما إذا عمد المتصرف (الموصي) إلى إخفاء وصيته في صورة تصرف قانوني آخر بغية الإضرار بدائنيه أو بهدف التحايل على أحكام التركات و المواريث و سنتناول كل قرينة على حدى على النحو الآتي :

القرينة القانونية الواردة في نص المادة 776 من القانون المدني :

نصت المادة 776 مدني على أنه :

« كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت يقصد التبرع يعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت و تسري عليه أحكام الوصية أيًا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف و على ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم و هو في مرض الموت و لهم إثبات ذلك بجميع الطرق و لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك ، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه .»

و قد جاءت أحكام هذه المادة عامة فهي تسري على جميع التصرفات سواء كانت هذه التصرفات قد أفرغت في صيغة عقد بيع أو عقد هبة أو مبادلة أو إبراء أو أي تصرف آخر ، فكل تصرف قانوني يصدر عن المريض مرض الموت يقصد التبرع تطبق عليه أحكام الوصية بصرف النظر عما إذا كان هذا التصرف صادراً لوارث أو لغير وارث (1) ، وهذا ما قصده المشرع في الفقرة الأولى من النص المتقدم أعلاه بقوله :

« كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت يقصد التبرع يعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت و تسري عليه أحكام الوصية أيًا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف» و بذلك يكون المشرع الجزائري قد أقام قرينة قانونية مفادها أن كل تصرف ينطوي صراحة على معنى التبرع يعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت و تسري عليه أحكام الوصية ، كما لو قام المتصرف (الموصي) بإخفاء وصيته في صورة عقد بيع أو هبة للتحايل على أحكام الميراث .

(1) : المستشار عز الدين الناصوري وعبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 412 .

فهنا تكون العبرة بالقصد أي بنية الإيحاء و ليس بظاهر التصرف أو شكله و يجوز للورثة التمسك بالتصرف المستتر (الوصية) و كشف حقيقة التصرف الظاهر (عقد البيع أو عقد هبة) .
غير أن هذه القرينة القانونية هي قرينة بسيطة يجوز للمتصرف إليه دحضها بإثبات أن التصرف رغم صدوره في مرض الموت إلا إنه تم بمقابل ، و من ثم يكفي لقيام هذه القرينة أن يثبت الورثة أن التصرف قد صدر من مورثهم و هو في حالة مرض الموت و حينئذ ينتقل عبء الإثبات من الورثة إلى المتصرف إليه ، فإن فشل هذا الأخير في إقامة الدليل على نفيها اعتبر التصرف المطعون فيه وصية مستترة و طبقت عليه أحكامها ، و بالتالي لا تكون نافذة في حق الورثة إلا في حدود ثلث التركة ، أما ما جاوز حدود الثلث في التركة فيبقى متوقفاً كما سبق و أسلفنا على إجازة الورثة و تقدر القيمة بوقت القبض .

أما إذا كان التصرف الصادر من المورث صورياً صورية مطلقة و طعن الورثة في صورية هذا التصرف لا على أساس أنه وصية مستترة وراء ستار تصرف آخر، ففي هذه الحالة يخرج الورثة من دائرة الغيرية و من ثم فلا يجوز لهم إثبات صورية التصرف إلا بالطرق التي كان يجوز لمورثهم إثباتها بها . (1)

القرينة القانونية الواردة في نص المادة 777 من القانون المدني :

نصت المادة 777 مدني على أنه :

« يعتبر التصرف وصية و تجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته و استثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه و الانتفاع به مدة حياته ، ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك » .

الظاهر من هذا النص أنه يتضمن أيضاً قرينة قانونية مؤداها أن كل تصرف يصدر عن المورث لأحد ورثته و يحتفظ من خلاله المورث بحيازة الشيء لنفسه أو بالانتفاع به طيلة حياته يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت و تسري عليه أحكام الوصية ، بغض النظر عما إذا كان هذا التصرف صادراً عن المورث في صورة عقد بيع أو هبة أو أي تصرف آخر ، كما يستوي أن يكون محل التصرف عقاراً ، و على ذلك يجوز للطاعن إثبات دعواه بجميع الطرق القانونية المعدة للإثبات بما في ذلك البيّنة و القرائن القضائية و متى قامت هذه القرينة اعتبر التصرف وصية و طبقت عليه أحكامها .

(1) : أنظر في هذا الصدد ، المستشار عز الدين الديناصوري و الدكتور عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق

ص 412 .

غير أن هذه القرينة القانونية هي قرينة بسيطة يجوز للمتصرف إليه إثبات عكسها بإثبات أن التصرف الصادر من المورث هو في حقيقته عقد بيع بات أو عقد هبة منجزة بأن يثبت أنه وفي بالثمن إلى المتصرف أو أن الهبة قد تمت إثر انعقادها ، و أن بقاء المال الموهوب في حيازة الواهب ليس بصفته مالكاً و إنما بصفته نائباً عنه في إدارة هذه الأموال .

كما يجوز للمتصرف (المورث) أن يتمسك بحقيقة التصرف الصادر إلى المتصرف إليه بأنه تبرع مضاف إلى ما بعد الموت ، غير أنه لا يجوز للمتصرف في هذه الحالة إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة مع مراعاة أحكام المادة 336 من القانون المدني أي في حالة وجود مانع مادي أو أدبي حال دون حصول المتصرف على دليل كتابي يثبت حقيقة التصرف أو حالة فقده للدليل الكتابي بسبب خارج عن إرادته ، فعندئذ يجوز للمتصرف إثبات حقيقة ما يدعيه بكافة الطرق القانونية للإثبات .

أما بالنسبة للورثة فيعتبرون من طائفة الغير و لهم إثبات صورية التصرف بكافة الطرق بما في ذلك البيّنة و القرائن فإذا نجحوا في طعنهم و فشل المتصرف إليه في نفي القرينة اعتبر التصرف وصية ، و من ثم فلا تكون نافذة في حق الورثة إلا في حدود ثلث التركة ، أما ما زاد عن الثلث فلا يكون نافذاً في حقهم إلا إذا أجازوه و للمحكمة أن تأمر بتعيين خبير لتحديد قيمة التصرف بالنسبة لأصحاب التركة و يكون التقدير على أساس القيمة وقت القسمة و القبض لا وقت صدور التصرف أو وفاة الموصي (1) .

الفرع الثالث : العقود الصورية التي يقصد بها المنع من الأخذ بالشفعة .

سبق القول أن الصورية هي اصطناع مظهر كاذب مخالف للحقيقة عند إجراء تصرف قانوني معين ويلجأ إليها المتعاقدان عندما يريدان إخفاء حقيقة ما تعاقدوا عليه .

وقد تكون هذه الحقيقة هي منع الشفيع من المطالبة بحقه في الأخذ بالشفعة . وأكثر ما تتحقق هذه الصورة في العقود الملزمة للجانبين ، ومنها عقد البيع والمقايضة وعقد الصلح والتقايل .

كما قد تتحقق في التصرفات الصادرة على سبيل التبرع كالهبة والوصية .

(1) : المستشار عز الدين الناصوري وعبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 413 .

فما حكم هذه الصورة من الصورية ، وما هي الآثار التي تترتب على ثبوتها ؟
هذا ما سنحاول بحثه بشيء من التحليل والتدقيق في التفصيل الآتي .

1/ عقد البيع :

يشترط لجواز الأخذ بالشفعة في بيع العقار أن يكون البيع الصادر إلى المشفوع منه بيعا صرفا وقائما وقت مطالبة الشفيع بحقه في الأخذ بالشفعة .
ومعنى ذلك ألا يكون البيع قد حصل بالمزاد العلني وفقا للإجراءات التي رسمها القانون ، ولا أن يكون البيع قد روعيت فيه اعتبارات خاصة تتعلق بشخص المشفوع منه كأن يكون البيع قد وقع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب حتى الدرجة الرابعة أو بين الأصهار حتى الدرجة الثانية ، ولا أن يكون البيع متعلقا باعتبارات اجتماعية كأن يكون العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة (1) .

أما إذا تعلق الأمر بتصرف صوري ظاهر وجب أن يكون البيع هو التصرف الحقيقي الذي قصده طرفي التصرف ، وعلى ذلك إذا تواطأ البائع مع المشتري على إخفاء عقد بيع محله عقار في صورة تصرف آخر لمنع الشفيع من الأخذ بحقه في الشفعة ، فهل يمكن اعتبار الشفيع من الغير بالنسبة لإثبات الصورية ؟

يمكن القول بوجه عام ، أن أهمية تحديد ذلك ترجع إلى أنه إذا اعتبر الشفيع من قبيل الغير ، فإن له أن يتمسك بالتصرف الصوري الظاهر أو التصرف الحقيقي المستتر تبعا لما يراه منقفا مع مصلحته

وقد انقسم الفقه في هذه الصورة إلى اتجاهين :

فيرى الاتجاه الأول أن الشفيع يعتبر من طائفة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع بسبب الشفعة كونه صاحب حق بحكم القانون في أخذ العقار بالشفعة ، ومن ثم فلا يحتج عليه إلا بالتصرف الصوري الظاهر (2) .

(1): راجع في هذا الصدد أحكام المادة 798 ق . م

(2) : أنور سلطان المرجع السابق ، ص 161 .

بينما يرى الاتجاه الثاني عكس ما انتهى إليه أنصار الاتجاه الأول في أن الشفيع لا يعتبر غيرا بالنسبة لإثبات الصورية ، ذلك أن الغير في الصورية يقتصر على الدائن الشخصي والخلف الخاص لكل من المتعاقدين ، بينما لا يعتبر الشفيع دائنا للبائع ، حيث أن المشفوع منه هو المشتري وليس البائع . كما أنه لا يعتبر دائنا للمشتري ، لأن حقه في أخذ العقار بالشفعة لا يظهر كعنصر سلبي في ذمة المشتري ، كما لا يمكن اعتباره خلفا خاصا للبائع وفقا للوضع المقصود في الصورية لأنه بحلوله محل المشتري في البيع يصبح طرفا مع البائع في نفس العقد الصوري ، ومن ثم فمن باب أولى لا يعتبر خلفا خاصا للمشتري ، لأنه لا يتلقى ملكية العقار من المشتري ، بل يحل محله في البيع (1) .

أضف إلى ذلك أنه يشترط في الخلف الخاص حتى يعتبر غيرا أن يكون قد كسب حقه من أحد هذين المتعاقدين (البائع أو المشتري) بموجب تصرف غير التصرف الصوري المبرم بينهما ومن ثم فلا يعتبر غيرا من كسب حقه على العقار محل التصرف الصوري بموجب هذا التصرف الصوري نفسه (2) .

غير أن محكمة النقض المصرية وبتأييد من غالبية الفقه ، فقد استقر قضاؤها على الرأي الأول ونحن من جانبنا نضم صوتنا لأنصار الرأي الأول ، ونرى أن الشفيع يعتبر من الغير ، وله أن يتمسك بالتصرف الصوري الظاهر أو التصرف الحقيقي المستتر وفقا لما تقتضيه مصلحته ، وعلى ذلك يجوز له أن يشفع في البيع الصوري أيا كانت حقيقته ، كما له أن يأخذ العقار المبيع في مقابل الثمن الوارد في عقد المشتري ولو كان ثمننا صوريا يقل عن الثمن الحقيقي .

(1) و (2) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، الجزء الثاني ، ص 1090 و 1091 .

والمستشار عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 497 عن أحمد نشأت رسالة الإثبات ، فقرة 441 و عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة 238 .

ومن صور الصورية الأكثر شيوعاً في عقد البيع ، والتي يقصد بها منع الشفيع من الأخذ بحقه في الشفعة صورية الثمن المسمى في عقد البيع ، وصورية البيع الصادر من المشتري الأول إلى المشتري الثاني .

ومن أجل توضيح الرؤية أكثر نتعرض ولو بإيجاز لشرح هاتين الصورتين كل واحدة على حدى .

(أ) صورية الثمن الوارد في عقد البيع :

قد يتفق البائع والمشتري على رفع ثمن العقار المشفوع فيه لتعجيز الشفيع عن المطالبة بحقه في الأخذ بالشفعة ، فللشفيع في هذه الحالة أن يطعن في صورية الثمن المسمى في عقد البيع بإثبات أنه يزيد عن الثمن الحقيقي للعقار ، وله أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات القانونية كطلب تعيين خبير عقاري للقول بقيمة العقار الحقيقية ، لأن الثمن الذي توجب المادة 800 من القانون المدني على الشفيع إيداعه حتى لا يسقط حقه في الأخذ بالشفعة هو الثمن الحقيقي الذي تم به البيع ، فإذا نجح الشفيع في إثبات أن الثمن الوارد في عقد المشتري ليس هو الثمن الحقيقي للعقار المشفوع فيه ، بل هو ثمن صوري تواطأ عليه البائع والمشتري بقصد تعجيزه عن الأخذ بحقه في الشفعة ، فإنه لا يلتزم إلا بدفع هذا الثمن .

أما إذا كان الثمن المسمى في عقد المشتري أقل من الثمن الحقيقي ، كأن يكون البائع والمشتري قد اتفقا على تخفيضه للتهرب من رسوم التسجيل أو أي سبب آخر ، فإنه يجوز لأي من طرفي التصرف (البائع أو المشتري) أن يثبت الثمن الحقيقي للعقار ، فإذا نجح في إثباته التزم الشفيع بدفع هذا الثمن ، غير أن الشفيع وباعتباره من طائفة الغير بالنسبة لإثبات الصورية - كما سبق و أوضحنا - فإنه يبقى من حقه التمسك بالتصرف الصوري الظاهر متى كان حسن النية ، أي غير عالم بصورية التصرف وقت إيداعه في ممارسة حقه في الأخذ بالشفعة .

أما إذا ثبت سوء نيته أي علمه بحقيقة التصرف المستتر وقت إظهار رغبته في الأخذ بالشفعة فإنه لا يكون حسن النية ومن ثم يجوز للمتعاقدين (البائع أو المشتري) الاحتجاج عليه بالتصرف الحقيقي المستتر .(1)

(1): نقض مدني مصري 25-06-1985 أشار إليه المستشار أنور العمروسي ، المرجع السابق ، ص 143 .

وكذلك إذا كان البيع سورياً صوريًا مطلقًا ، فإنه يجوز لأي من المتعاقدين أن يثبت صورية البيع فإذا نجح في إقامة الدليل على صوريته ، فلا تجوز فيه الشفعة ما لم يتمسك الشفيع بالتصرف السوري الظاهر، شريطة ألا يكون عالمًا بصورية عقد البيع .(1)

ويخلص مما تقدم أنه في الأخذ بالشفعة تكون العبرة بالتصرف الحقيقي الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين ، ما لم يتمسك الشفيع بالتصرف الظاهر ، بشرط أن يكون بحسن نية .

(ب) صورية عقد البيع الصادر من المشتري الأول إلى المشتري الثاني وأثره في الشفعة :

نصت المادة 801 مدني جزائري في فقرتها الأولى على أنه :

« يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي عن طريق كتابة الضبط ، وإلا كان هذا التصريح باطلا . ولا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلا » .

يتبين من هذا النص أن تسجيل التصريح بالرغبة في الأخذ بالشفعة ليس إجراءً ضروريًا من إجراءات الشفعة ، وإنما هو إجراء من شأنه أن يجعل هذا التصريح حجة على الغير ، ذلك أن عدم قيام الشفيع بتسجيل تصريحه بطلب الأخذ بالشفعة من شأنه أن يعرضه لخطر تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه ، ومن ثم يصبح هذا التصرف نافذًا في حق الشفيع ما دام أن هذا التصرف قد صدر قبل تسجيل الشفيع لتصريحه في اخذ العقار بالشفعة . وعلى ذلك فإذا باع المشتري العقار المشفوع فيه لمشتري ثان قبل تسجيل الشفيع لتصريحه بطلب الشفعة ، فإن البيع الثاني هو الذي يكون نافذًا في حق الشفيع ، وينفسخ البيع الأول من ناحية الأخذ بالشفعة ، ويتعين على الشفيع في هذه الحالة أن يطلب الشفعة في البيع الثاني (2) تطبيقًا لأحكام المادة 797 من القانون المدني التي تنص على أنه :

(1) : أنظر في هذا الصدد المستشار عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 499 .

(2) : راجع في هذا الصدد ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، الجزء العاشر ، ص 522 .

« إذا اشترى شخص عقارا تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة 801 فلا تجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وحسب الشروط التي اشترى بها » .

غير أنه قد يكون التصرف الذي صدر من المشتري الأول تصرفا سوريا بقصد منع الشفيع من ممارسة حقه في الشفعة ، ففي هذه الحالة يجوز للشفيع أن يثبت صورية التصرف بجميع الطرق المعدة للإثبات ، فإذا نجح الشفيع في إقامة الدليل على صورية التصرف الصادر من المشتري الأول اعتبر هذا التصرف السوري كأنه لم يكن ، ويستطيع الشفيع عندئذ أن يأخذ بالشفعة في البيع الأول الذي صدر من مالك العقار إلى المشتري الأول .

أما إذا فشل الشفيع في إثبات صورية البيع المبرم بين المشتري الأول والمشتري الثاني اعتبر هذا البيع بيعا صحيحا وقائما ولا يؤخذ بالشفعة إلا فيه ، ويجب على الشفيع في هذه الحالة أن يعلن عن رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من المشتري الأول والمشتري الثاني دون البائع للمشتري الأول لأن الشفعة إنما تطلب في البيع الثاني المبرم ما بين المشتري الأول والمشتري الثاني لا في البيع الأول المبرم ما بين البائع والمشتري (1).

وكذلك قد يكون العقد المبرم ما بين المشتري الأول والمشتري الثاني عقد صحيح وقائم ، إلا أن الثمن الوارد فيه هو ثمن صوري ، كأن يتفق البائع والمشتري (المشتري الأول والمشتري الثاني) على رفع الثمن المسمى في العقد لتعجيز الشفيع عن الأخذ بحقه في الشفعة ، ففي هذه الحالة يجوز للشفيع أن يثبت صورية الثمن بجميع وسائل الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن . كما له أن يثبت الثمن الحقيقي للعقار المشفوع فيه على النحو الذي سبق بيانه عند شرح صورية الثمن الوارد في عقد البيع .

(1) : راجع في هذا الصدد عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط الجزء العاشر ، ص 522 .

2/ عقد المقايضة الذي يخفي بيعا :

المقايضة كما عرفها المشرع الجزائري بنص المادة 413 مدني بأنها :

« عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير نقود »

والظاهر من هذا النص أن المقايضة شأنها شأن البيع تنقل حق الملكية ، غير أن الفرق بينهما يكمن في كون المقايضة هي تبادل شيء بشيء ، أما البيع فهو تبادل شيء مقابل النقود .

ولكن قد يحدث أن يتبادل شخص شيئا بشيء على سبيل المثال فيلا بشقة ثم يضيف له الباقي نقودا فما طبيعة هذا العقد هل هو عقد بيع أم عقد مقايضة ؟ وهل يجوز الأخذ فيه بالشفعة ؟

لقد اختلف الفقه بشأن هذه المسألة ، فيرى البعض أنه عقد مختلط يجمع بين عقدين عقد بيع وعقد مقايضة ، بينما يرى البعض الآخر أنه عقد بيع إذا غلب عليه العنصر النقدي ، وعقد مقايضة إذا غلب عليه الشيء .

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 414 مدني على أنه :

« إذا كانت الأشياء المتقايز فيها مختلفة القيم في تقدير المتعاقدين جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود » .

ويتبين من هذا النص أنه رغم العنصر النقدي يبقى هذا العقد مقايضة ، غير أن عقد المقايضة يبقى عقدا مماثلا لعقد البيع بحكم نص المادة 415 من القانون المدني التي نصت على أنه :

« تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة ، ويعتبر كل من المتقايزين بائعا للشيء ومشتريا للشيء الذي قايز عليه » .

وبناء على ما تقدم يمكن القول أنه إذا كان الحق في ممارسة الشفعة مرهون بوجود عقد معاوضة ناقل للملكية ، فإنه لا يؤخذ فيه بالشفعة إلا إذا كان عقد بيع ، أما إذا كان عقد مقايضة فإنه لا يجوز للشفيع الأخذ فيه بالشفعة حتى ولو غلب على المقايضة العنصر النقدي .

غير أنه إذا كان العنصر النقدي قد فاق بكثير قيمة البذل بحيث يستخلص من طبيعة التعاقد أنه عقد بيع في صورة مقايضة ، ففي هذه الحالة تكون العبرة بالتصرف الحقيقي المستتر وهو عقد البيع وعندئذ يجوز الأخذ فيه بالشفعة . فقد يتفق البائع والمشتري على تحرير عقد مقايضة صوري لمنع الشفيع من أخذ العقار المبيع بالشفعة ، فهنا يجوز للشفيع أن يثبت بكافة طرق الإثبات حقيقة التصرف بأنه عقد بيع وليس مقايضة ، ويجوز له إثبات ذلك بشهادة الشهود وقرائن الأحوال . (1)

3/عقد الصلح الصوري الذي يخفي بيعا :

من المتفق عليه أن عقد الصلح لا تجوز فيه الشفعة ، لأنه لا يعتبر ناقلا للملكية ، وإنما كاشفا لها . أضف إلى ذلك أنه يتنافى والشفعة في كونه يستلزم من المتصالحين واجبات شخصية لا يمكن للشفيع القيام بها ، فيتعذر عليه أن يقوم مقام المشفوع منه في جميع الحقوق والواجبات (2) ، ومن ثم فقد يتفق بائع العقار مع المشتري على عقد صلح صوري يذكران فيه أن كل منهما (البائع والمشتري) قد ترك جزءا من حقوقه على وجه التقابل حسما للنزاع القائم بينهما ، والواقع أنه عقد بيع التزم بمقتضاه البائع بنقل ملكية العقار إلى المشتري في مقابل الثمن المتفق عليه .

وفي هذه الحالة يجوز للشفيع باعتباره من الغير بالنسبة لطرفي التصرف أن يثبت بجميع الطرق القانونية المعدة للإثبات بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن حقيقة التصرف بأنه عقد بيع في صورة عقد صلح صوري لمنعه من ممارسة حقه في الشفعة ، فإذا نجح الشفيع في إقامة الدليل على صورية الصلح جاز له أخذ العقار بالشفعة .

(1) : راجع في هذا الصدد عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، الجزء التاسع ، ص 496 .

(2) : المستشار عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 530 .

4/عقد التقايل :Résiliation conventionnelle

يعتبر التقايل عقدا يتم بإيجاب وقبول صريحين أو ضمنيين ، ويترتب عليه انحلال الرابطة العقدية باتفاق الطرفين وذلك بإلغاء العقد الأصلي وإبرام عقد آخر يتضمن هذا الإلغاء وهو مايسمى بعقد التقايل أو التفاسخ .

وعلى ذلك إذا باع شخص عقارا مملوكا له لآخر ، وبعد أن أيقنا أن الشفيع يريد أخذ العقار بالشفعة ورغبة منهما في مصادرة حقه تقايلًا عن هذا العقد بعقد صوري ، فالأمر هنا لا يعدوا أن يكون أحد الفرضين (1) :

الفرض الأول :

أن يكون تاريخ التقايل لاحقًا على تاريخ تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، ففي هذه الحالة لا يكون لعقد التقايل أي أثر على عقد البيع ، ولا يحول بين الشفيع وبين حقه في أخذ العقار بالشفعة .

الفرض الثاني :

أن يكون تاريخ إبرام عقد التقايل سابقًا على تاريخ تسجيل التصريح بالرغبة في أخذ العقار بالشفعة ففي هذه الحالة وباعتبار الشفيع من الغير يمكنه إثبات صورية عقد التقايل بكافة الطرق المعدة للإثبات ، وذلك برفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري تطبيقًا لنص المادة 802 من القانون المدني . فإذا دُفعا بعقد التقايل ، فإن القانون في هذه الحالة قد أجاز للشفيع أن يطعن فيه بالصورية ، وله أن يثبت ذلك بجميع وسائل الإثبات ، فإذا أفلح في إقامة الدليل على صورية عقد التقايل ثبت له الحق في أخذ العقار بالشفعة .

أما إذا فشل في إثبات صورية التصرف رفضت دعواه لعدم التأسيس ويسقط حقه في أخذ العقار بالشفعة .

(1) : المستشار عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 531 .

5/ عقد الهبة الذي يخفي بيعا :

من المقرر كما سبق أن بينا آنفا انه إذا وجد عقد معاوضة ناقلا للملكية ، فلا يؤخذ فيه بالشفعة إلا إذا كان عقد بيع ، وعلى ذلك فلا يجوز الأخذ بالشفعة في الهبة حتى ولو كانت بتكليف أو مقابل القيام بالتزام معين مادامت هبة حقيقية ، ذلك أن الواهب إنما يتبرع بأمواله لاعتبارات شخصية تتعلق بالموهوب له ، ولا تتوافر في الشفيع ، ولذلك لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في الهبة ولو بقيمة العقار الموهوب .

أما إذا كانت حقيقة الهبة بتكليف أنها عقد بيع مستتر وراء ستار عقد هبة ، وسمي الثمن عوضا فالعبرة بحقيقة التصرف بأنه بيع تجوز فيه الشفعة ، ويجوز للشفيع أن يثبت بجميع الوسائل المقررة في الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن أن حقيقة الهبة أنها بيع (1) ، وعلى ذلك يجوز للشفيع أخذ العقار المشفوع فيه في مقابل العوض المذكور في العقد إلا إذا اثبت المتعاقدان (البائع الواهب والمشتري الموهوب له) أن الثمن قد ذكر في العقد ناقصا عن الثمن الحقيقي للعقار لإخفاء عقد البيع في شكل هبة بتكليف ، وعندئذ يأخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بالثمن الحقيقي لا بالعوض المذكور في العقد .

وعلى العكس من ذلك إذا كان عقد البيع هو الذي يستتر وراء عقد الهبة ، فلا يجوز للشفيع المطالبة بحقه في الأخذ بالشفعة على أساس أن العقد في حقيقته هبة ، ما لم يتمسك الشفيع بالعقد الظاهر (عقد البيع) وبشرط أن يكون حسن النية أي غير عالم بالعقد المستتر (عقد الهبة) .(2)

(1) و (2) : أنظر في هذا الصدد المستشار عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 527 و 530 .

6/ الوصية التي تخفي بيعا :

من المقرر أنه لا يؤخذ بالشفعة إلا في تصرف قانوني صادر من الجانبين وناقل للملكية بمقابل .

وعلى ذلك فلا يؤخذ بالشفعة إذا انتقلت ملكية العقار بموجب تصرف قانوني صادر من جانب واحد كالوصية ، فقد يتفق بائع العقار ومشتريه على إخفاء عقد بيع في شكل وصية سورية بقصد حرمان الشفيع من المطالبة بحقه في الشفعة ، ففي هذه الحالة يجوز للشفيع إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات ، وذلك بكشف حقيقة التصرف بأنه عقد بيع وأن الوصية ليست إلا ستارا له ، فإذا نجح الشفيع في إثبات ذلك كان له الحق في أخذ العقار بالشفعة .

وقد يحدث العكس ويوصي الشخص لآخر بعقار مملوك له ، إلا أنهما يخفيان الوصية في صورة عقد بيع ، فإذا طلب الشفيع ممارسة حقه في الشفعة تمسك المتعاقدان بحقيقة العقد بأنه وصية لا تجوز فيها الشفعة ، غير أنه يبقى من حق الشفيع باعتباره من الغير أن يتمسك بالتصرف الظاهر (عقد البيع) ، ولا يحتج عليه بالتصرف المستتر (الوصية) إلا إذا كان سيء النية أي عالما بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته في أخذ العقار بالشفعة .(1)

(1) : المستشار عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 531 .

لما كانت أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه ، فإن من مصلحة الدائنين أن تبقى هذه الأموال مصانة ومحافظ عليها باعتبارها الضمان العام الذي يكفل حقوق الدائنين ، ولذلك فلا يكفي أن يقرر القانون أن للدائنين حق الضمان العام على أموال مدينهم ، وإنما لابد من إيجاد طرق ووسائل تكفل حماية هذا الضمان والحفاظ عليه .

وقد نظم القانون المدني في هذا الصدد وسائل وسطى ما بين التحفظية والتنفيذية ، فلا هي مقصورة على مجرد التحفظ على أموال المدين كما هو الأمر في الوسائل التحفظية ، ولا هي تؤدي مباشرة إلى استيفاء الدائن حقه كما هو الأمر في الوسائل التنفيذية ، بل هي بين ، فهي أقوى من الوسائل التحفظية ، إذ هي تمهيد للتنفيذ ، وهي أضعف من الوسائل التنفيذية ، إذ أن التنفيذ يعقبها دون أن تستغرقه . (1) وإن كانت تهدف في النهاية إلى المحافظة على الضمان العام وتوفير الحماية اللازمة للدائن حتى يأمن على ضمانه من أن ينتقصه غش المدين أو تقصيره .

وقد أورد القانون المدني من هذه الوسائل - كما سبق ورأينا - أربع دعاوى هي :
الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة ، دعوى عدم النفاذ ودعوى الصورية .

وعلاوة على هذه الوسائل الوسطى والموجهة مباشرة إلى المحافظة على الضمان العام المقرر للدائنين ، فقد نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية في هذا الصدد مجموعة من الإجراءات الاحتياطية والوسائل التحفظية التي تقي الدائن من خطر عدم محافظة المدين على حقوقه ، وكذا منع وقوع الاختلاسات المادية ، كالإجراءات التي يتخذها الدائن في حالة إفلاس مدينه أو وفاته بوضع الأختام *Apposition des scelles* على هذه الأموال أو تحرير محضر جرد *Inventaire* بشأنها .

(1) : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، بند 526 ، ص 940 .

غير أنه تبقى من أقوى الوسائل التحفظية التي أوردها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، والتي قد يتخذها الدائن على أموال مدينه حتى يمنع تبديدها أو تهريبها هي الحجز التحفظي الذي يوقعه الدائن على أموال مدينه المنقولة منها والعقارية ووضعها تحت يد القضاء لمنع المدين من التصرف فيها .

غير أنه ولما كانت وسائل حماية الضمان العام تدخل في مجملها في مباحث القانون المدني ، عدا الحجز التحفظي الذي تناوله المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، كان لزاما علينا أن نخصص لهذه الوسيلة الوقائية فصلا منفردا ومستقلا .

الفصل الثالث : الحجز التحفظي .

تهدف إجراءات الحجز أيا كان نوعها إلى غل يد المدين عن التصرف في أمواله ، وذلك بفرز مال معين من هذه الأموال ووضعها تحت يد القضاء للتحفظ عليه وجعله بمنأى عن تصرفات المدين التي يحتمل إضرارها بدائنيه .

ويظل هذا المال تحت يد القضاء إلى حين انتهاء الحجز نهاية طبيعية ببيع المال المحجوز ، أو نهاية غير طبيعية بزوال الحجز دون بيع هذا المال .(1)

غير أنه وقبل الوقوف على مدى ما يحققه الحجز التحفظي من حماية للضمان العام للدائنين يجدر بنا أن نتطرق أولا إلى الأحكام العامة للحجز التحفظي .

(1) : راجع أحمد خلاصي ، قواعد وإجراءات التنفيذ الجبري وفقا لقانون الإجراءات المدنية الجزائرية و التشريعات المرتبطة به، طبعة 2003 ، منشورات عشاش الجزائر ص 454 / عن نبيل اسماعيل عمر الوسيط في التنفيذ الجبري للأحكام ، طبعة 2000 ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ص 523 .

المبحث الأول : الأحكام العامة للحجز التحفظي .

لقد تعرض المشرع الجزائري للحجوز التحفظية في الكتاب الثالث في الفصل الثاني من الباب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، كما أورد أحكاما عامة بشأنها في القسم الأول من نفس الفصل تحت عنوان " أحكام عامة " في المواد من **646** إلى **649** ، وتسري هذه الأحكام أيضا على الصور الخاصة بالحجز التحفظي كأحكام مكملة ومفسرة لها في حالة عدم وجود تعارض بينهما . ولهذه الأحكام أهمية بالغة من حيث تنظيم الحجز التحفظي وإبراز موضوعه من خلال تحد يد ماهيته والشروط الواجب توافرها لتوقيعه ، وهذا ما سنتعرض لدراسته في مطلب أول والإجراءات الواجب إتباعها عند مباشرته والآثار القانونية التي تترتب على اتخاذه في مطلب ثان .

المطلب الأول : التعريف بالحجز التحفظي و شروطه :

نتعرض في هذا المطلب إلى التعريف بالحجز التحفظي في فرع أول ، والشروط الواجب توافرها لضبط أموال المدين والتحفز عليها في فرع ثان .

الفرع الأول : التعريف بالحجز التحفظي .

لقد تناول قانون الإجراءات المدنية والإدارية موضوع الحجز التحفظي من خلال المواد من **646** إلى **666** ، والحجز التحفظي كما عرفته المادة **646** بأنه :
« وضع أموال المدين المنقولة المادية والعقارية تحت يد القضاء ومنعه من التصرف فيها ويقع الحجز على مسؤولية الدائن»

ويستفاد من هذا التعريف أن المقصود بالحجز التحفظي هو ضبط أموال المدين ووضعها تحت يد القضاء لمنع المحجوز عليه من التصرف فيها تصرفا من شأنه الإضرار بحقوق الدائنين .(1)

ومن هنا تظهر الحكمة من وراء تشريع الحجز التحفظي كوسيلة وقائية تهدف إلى حماية الدائن من تصرفات مدينه الضارة والتي ستؤدي حتما إلى إضعاف ضمانه العام ، ومن ثم فلا يجوز توقيعه إلا في الحالات التي يرجح فيها تهريب المدين لأمواله أو تبديدها .

كما يتضح من التعريف المتقدم أن هناك مسألتان تحددان نطاق الحجز التحفظي ، وهاتان المسألتان تتعلقان بمحل الحجز وهدفه .(2)

أولا : محل الحجز التحفظي :

يسمح نص المادة 647 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بتوقيع الحجز التحفظي في كل حالة يخشى فيها على فقد الدائن لضمان حقه ، ولذلك أجاز له أن يوقع حجرا تحفظيا على منقولات مدينه المادية دون المعنوية كالبضائع والأثاث والمفروشات والآلات التي لا تعد عقارا بالتخصيص . كما أجاز للدائن أن يتحفظ على الأموال العقارية المملوكة لمدينه إعمالا لنص المادة 652 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه :

« يجوز للدائن أن يحجز تحفظيا على عقارات مدينه » .

(1) : أحمد أبو الوفا ، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، بند 401 ، ص 832 .

(2) : محمود السيد عمر التحيوي ، إجراءات الحجز وآثاره العامة في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، سنة 1999 ، ص 41 .

وهذا خلافا لما كان معمولا به في ظل قانون الإجراءات المدنية الذي قصره على المنقولات دون العقارات (1) .

وكذلك من الأمور المستحدثة أن أصبح بإمكان الدائن ضرب حجز تحفظي على الحقوق الصناعية والتجارية المملوكة لمدينه ، تطبيقا لأحكام المادتين 650 و 651 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كما سيأتي بيانه لاحقا .

ثانيا : هدف الحجز التحفظي :

خلافا لما هو معمول به بالنسبة للحجز التنفيذي حيث تكون غاية هذا الأخير هي بيع أموال المدين واستيفاء الدائن لحقه من ثمنها ، فإن الحجز التحفظي وإن كان يمهد لذلك ، فإن هدفه الأساسي و المباشر ينصب أساسا على حماية الدائن من خطر قيام المدين بتنظيم مسألة إعساره ، وذلك بإضعاف ضمانه العام بالتصرف في أمواله إلى مشتري حسن النية الأمر الذي يجعل من العسير استردادها منه .

وبمعنى آخر ، أن الهدف الأساسي والمباشر للحجز التحفظي هو المحافظة على أموال المدين وعدم نفاذ تصرفاته بشأن هذه الأموال في حق دائنيه . وهو وسيلة وقائية تستهدف بصفة أساسية تجنب الدائن آثار التصرفات التي يجريها المدين على أمواله ، فإذا لم يقم المدين بالوفاء ، فإن هذه الأموال تباع جبرا بعد استيفاء الإجراءات القانونية اللازمة .(2)

(1) : نصت المادة 345 من قانون الإجراءات المدنية :

« الحجز التحفظي لا يصدر إلا في حالة الضرورة ويستصدر الأمر به في ذيل العريضة ، والأثر الوحيد للحجز التحفظي هو وضع أموال المدين المنقولة تحت تصرف القضاء ومنعه من التصرف فيها إضرارا بدائنيه » .

(2) : مصطفى يونس ، النظام القانوني للحجز التحفظي ، دار النهضة العربية ، الطبعة 1993 ، ص 22 .

الفرع الثاني : الشروط التي يلزم توافرها لتوقيع الحجز التحفظي .

لقد أحاط المشرع الجزائري توقيع الحجز التحفظي بشروط معينة ، وهذه الشروط منها ما يرجع إلى الحق المحجوز من أجله ، ومنها ما يرجع إلى المال المحجوز ، ومنها ما يتعلق بالخشية من فقدان الضمان العام ، و سنتعرض فيما يلي بشيء من التحليل والتفصيل لكل من هذه الشروط في نقاط متتالية .

أولا : الشروط التي تتعلق بالحق المحجوز من أجله :

سبق وقدما أن المقصود بالحجز التحفظي هو ضبط أموال المدين ووضعها تحت يد القضاء لمنع المحجوز عليه من التصرف فيها تصرفا يضر بحقوق دائنيه .

غير أن هذا الحجز لا يؤدي بحد ذاته إلى بيع الأموال المحجوزة واستيفاء الحاجز لدينه من ثمنها لذلك لا يشترط أن يكون بيد الدائن الحاجز سند تنفيذي ، غير أن إعفاء الدائن الحاجز من حيازة سند تنفيذي لتوقيع الحجز التحفظي ، لا يعني أنها دعوى مفتوحة وأنه بوسع كل من يدعي دينا على آخر أن يتحفظ على أمواله ، فللدائن أن يطالب بتوقيع الحجز التحفظي متى توافر في حقه بعض من الشروط نذكر منها :

أن يكون هذا الحق محقق الوجود وحال الأداء وليس من الضروري أن يكون الحق معين المقدار .

غير أنه وقبل الخوض في شرح مدلول هذه الشروط ، يجب التنبيه إلى الملاحظات الآتية :

يجوز مباشرة الحجز التحفظي لاقتضاء أي مبلغ مهما كانت قيمته ، شريطة عدم تعسف الدائن الحاجز في استعمال حقه .(1)

لا يلزم لتوقيع الحجز التحفظي أن يكون بيد طالب الحجز سند تنفيذي ، وإنما يكفي أن يكون بحوزته مجرد سند عرفي ، بل ويجوز توقيعه حتى ولو لم يكن بحيازة الدائن أي سند على الإطلاق وذلك بشرط الحصول على إذن من القضاء . ولكن إذا كان المشرع الجزائري قد أعفى طالب الحجز التحفظي من حيازة سند تنفيذي لتوقيع الحجز التحفظي ، فهل هناك ما يمنع من توقيعه

بموجبه ؟

(1) : العربي شحط عبد القادر ، طرق التنفيذ في المواد المدنية و الإدارية وفق قانون 08-09 ، مرجاجو للنشر

أكد أن الإجابة على ذلك ستكون بالنفي ، ذلك أن إعفاء المشرع طالب الحجز من حيازة سند تنفيذي لتوقيع الحجز التحفظي ، لا يعني بالضرورة عدم جواز توقيعه به ، بل على العكس من ذلك إذا كان بحوزة الدائن سند تنفيذي ، فإن من شأن هذا السند أن يخول له من باب أولى طلب التحفظ على أموال مدينه ، وتكون له مصلحة في ذلك ، إذ يتم الحجز التحفظي دون سبق إعلان السند للمدين ودون تكليفه بالوفاء ، الأمر الذي يجعل في توقيعه مباغثة للمدين قبل تهريب أمواله .

غير أنه يشترط في هذه الحالة أن يكون الدين الثابت في السند التنفيذي معين المقدار حتى يمكن التحفظ على أموال المدين بموجب السند التنفيذي نفسه .(1)

ليس من الضروري أن يكون حق الدائن معين المقدار ، ذلك أن الخلاف على قيمة الحق لا يكفي بذاته بأن يكون مبررا للحيلولة دون طلب الحجز ، أضف إلى ذلك أن الحجز نفسه لا يوقع إلا بعد تعيين المقدار ولو تعيينا مؤقتا .

بعد أن أتينا على بيان الملاحظات المبدئية الخاصة بالحجز التحفظي ، نعرض فيما يلي إلي تحديد مدلول الشروط الخاصة بالحق المحجوز من أجله بادئين بالشرط الأول .

1/ أن يكون حق الدائن محقق الوجود :

نصت المادة 647 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه :
« يجوز للدائن بدين محقق الوجود أن يطلب بعريضة مسببة ، و مؤرخة وموقعة منه أو ممن ينوبه ، استصدار أمر بالحجز التحفظي على منقولات ، أو عقارات مدينه ، إذا كان حاملا لسند دين أو كان لديه مسوغات ظاهرة ترجح وجود الدين ، ويخشى فقدان الضمان لحقوقه » .

(1) : مارك نصر الدين ، طرق التنفيذ في المواد المدنية ، دار هومة ، الطبعة الثانية 2008 ، ص 136 .

الظاهر من النص أعلاه أن هذا الشرط هو في الواقع شرط في السند التنفيذي أكثر مما هو في الحق الموضوعي ، وأنه لا يعني سوى أن السند التنفيذي يميز وجود حق الشخص هو طالب التنفيذ في مواجهة شخص آخر هو المنفذ عليه ، غير أن هذا القول لا يصدق إلا إذا أريد توقيع الحجز التحفظي بموجب سند تنفيذي أو بموجب حكم قضائي ليس له القوة التنفيذية ، وفي هذه الحالة يجري الحجز التحفظي بغير إذن سابق من القضاء شأنه شأن الحجز التنفيذي ، أما إذا لم يكن مع طالب الحجز التحفظي سند تنفيذي أو حكم قضائي ، فإنه يلزم الحصول على إذن من القضاء بتوقيع الحجز ، وعندئذ يأخذ هذا الشرط معنى مختلفاً وأهمية خاصة .(1)

ولتوضيح الرؤية أكثر ، فإننا سنتتبع اجتهاد الفقه في تحديده لمدلول معنى تحقق وجود الحق الذي يجري الحجز التحفظي لاقتضائه ، وأن اجتهاد الفقه قد أخذ بالترقية بين صورتين .

الصورة الأولى : الحجز التحفظي بموجب سند تنفيذي أو حكم غير واجب النفاذ :

في هذه الصورة يجري الحجز التحفظي بغير إذن مسبق من القضاء ، فإذا كان الحق الذي يجري الحجز التحفظي لاقتضائه حقا احتماليا أو معلقا على شرط واقف ، فإنه لا يجوز توقيع الحجز بمقتضاه ، وعلى ذلك فلا يجوز الحجز بمقتضى حكم صادر بتقديم حساب ، وذلك لأن الحساب قد لا يسفر عن حق لطالب الحجز ، وينبغي الانتظار حتى تقديم الحساب ، ويسري نفس الحكم بالنسبة للحكم الصادر بالغرامة التهديدية قبل توقيعها .

وإذا ثار خلاف بشأن هذا الحق ، فإن ذلك لا يعني أن الحق غير محقق الوجود ، وعلى ذلك إذا أثار المدين منازعة في وجود حق ، فإن ذلك لا يمنع من توقيع الحجز التحفظي ، طالما أن طالب الحجز يحوز سندا تنفيذيا.(2)

(1) : فتحي والي ، التنفيذ الجبري وفقاً لمجموعة المرافعات الجديدة ، دار النهضة العربية ، القاهرة سنة 1971 بند 138 ، ص 234 و 235 .

(2) : محمود السيد عمر التحيوي ، المرجع السابق ، ص 47 .

الصورة الثانية : الحجز التحفظي بدون سند تنفيذي أو حكم غير واجب النفاذ :

في هذه الصورة يلتزم طالب الحجز بتقديم طلبه إلى رئيس المحكمة، يلتزم من خلاله استصدار أمر بتوقيع الحجز التحفظي بموجب عريضة مؤرخة وموقعة، ومن ثم يكفي لكي يكون الحق محقق الوجود أن يكون هناك سببا ظاهرا (مسوغات ظاهرة) يدل على رجحان وجود هذا الحق(1) .

ويخضع تحقق الوجود بهذا المعنى إلى رقابة رئيس المحكمة ، والذي تقتصر رقابته على التأكد من توافر سبب يبرر الحجز دون أن يفصل في صحة الدين الذي يبقى من اختصاص قاضي الموضوع

2/ أن يكون حق الدائن حال الأداء :

يقصد بهذا الشرط ألا يكون الدين الذي للدائن في ذمة مدينه مؤجلا قانونيا أو إتفاقيا . وعلى ذلك فلا يجوز التحفظ على أموال المدين لاقتضاء حق مضاف إلى أجل لم يحل بعد ، أما إذا سقط الأجل لأي سبب من الأسباب جاز للدائن توقيع حجز تحفظي على أموال مدينه مهما كان نوعها منقولة كانت أو عقارية .

في حين يرى "عزمي عبد الفتاح" أن شرط حلول الأداء يتعارض مع الهدف الذي شرع من أجله الحجز التحفظي، ذلك أن انتظار الدائن إلى غاية حلول أجل حقه من شأنه أن يعرضه إلى مخاطر تهريب المدين لأمواله . (2)

كما تباينت الآراء الفقهية حول مسألة توقيع الحجز التحفظي في حالة إعطاء المدين نظرة ميسرة أو مقدرة وفقاً لما تقتضيه أحكام المادة 210 من القانون المدني .

فيرى بعض من الفقه أن إعطاء المدين أجلاً قانونياً (نظرة ميسرة أو مقدرة) لا يحول دون إمكان توقيع الدائن حجراً تحفظياً على أموال مدينه على أساس أن الأجل القضائي هنا لا يعطى للمدين إلا لتيسير الوفاء منه اختياراً و ليس لتهريب أمواله ، كما أن التحفظ على أموال المدين لا يقصد به التنفيذ جبراً و إنما مجرد الإحتياط لمصلحة الدائن ، و لذلك فلا تعارض بينهما .

(1) : العربي شحط عبد القادر، المرجع السابق ص 113 .

(2) : أشار إليه محمد السيد عمر التحيوي، المرجع السابق ص 49 هامش 2

أضف إلى ذلك أنه إذا كانت نظرة الميسرة لا تمنع من وقوع المقاصة القانونية فإنه من باب أولى يجب أن لا تمنع من إلقاء الحجز التحفظي (1) .

بينما يرى البعض الآخر أن منح المدين نظرة ميسرة تعتبر مانعا من موانع توقيع الحجز التحفظي على أساس أن الحق محل الحجز لا يكون حال الأداء قبل حلول الأجل ، ثم أن هناك فرق بين المقاصة التي تتم بقوة القانون وبين الحجز التحفظي الذي يجري بمصاريف يتحملها المدين ، ولهذا فهو يتعارض مع إعطائه نظرة ميسرة (2) .

كما يرى أنصار هذا الرأي أن من شأن منع توقيع الحجز تحقيق مصلحة للمدين وللدائنين أنفسهم لأنه من جهة يسمح للمدين بحشد العناصر الأخيرة لموارده ، ومن جهة أخرى أن العقل والمنطق يقتضيان عدم توقيع الحجز حتى تنتهى هذه الفرصة (3) .

ونحن من جانبنا نرى أن المنطق القانوني والعدالة يقتضيان الأخذ بالرأي الأول لما فيه من تحقيق لمبدأ الضمان العام الذي نصت عليه المادة 188 من القانون المدني والمادة 642 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

ومعنى ذلك أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه ، وأنه يجوز لكل واحد من الدائنين ضرب حجز تحفظي على جميع أموال مدينه حفاظا على الضمان العام لديونه .

كما يجوز لباقي الدائنين الآخرين أن يتدخلوا في الإجراءات التي اتخذها أحدهم ، وأن يشتركوا معه في التحفظ على أموال مدينهم .

وبناء على ذلك يمكن القول أن إعطاء المدين نظرة ميسرة وفقا لأحكام المادة 210 من القانون المدني لا يمنع الدائن من توقيع حجز تحفظي على أموال مدينه .

(1) و(2) : فتحي والي ، المرجع السابق ، بند 139 ، ص 227 و 228 .

(3) : محمود السيد عمر التحيوي ، المرجع السابق ، ص 50 .

3/ تعيين المقدار :

لم يورد المشرع الجزائري هذا الشرط في نص المادة 647 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية واكتفى لتوقيع الحجز التحفظي أن يكون حق الدائن محقق الوجود وحال الأداء .

ولعل الحكمة من منح المشرع للدائن فرصة التحفظ على أموال مدينه بمجرد ثبوت وجود حقه وحلول ميعاد استحقاقه دون انتظار تعيين مقدار حقه هي تفادي تهريب المدين لأمواله في هذه الأثناء .

وترتبيا على ذلك ونزولا عند أحكام المادة 647 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يجوز للمضرور التحفظ على أموال المسؤول عن الضرر ، حتى ولو لم يكن مبلغ التعويض معين المقدار ما دامت مسؤولية المدعى عليه قائمة ومؤكدة بحكم قضائي .

على أنه يلاحظ أن شرط تعيين المقدار من الناحية العملية يعد شرطا لازما وضروريا مهما كان سند الحجز ، سواء كان سندا تنفيذيا أو حكما غير واجب النفاذ أو لم يكن بحوزة الدائن أي سند .

وعلى ذلك فإذا لم يكن محل الحق معين المقدار تعيينا نهائيا أو مؤقتا ، فإن الحجز يكون باطلا (1) ويتوجب على الدائن في هذه الحالة وقبل إلقاء الحجز التحفظي الالتجاء إلى قاضي الأمور المستعجلة لتقدير محل حقه تقديرا مؤقتا .

غير أنه وبالمقابل وحتى لا تكون حماية الدائن ذريعة لإلحاق ضرر بالمدين ، فقد أجاز المشرع للمدين المحجوز عليه الاحتجاج على هذا الأمر عن طريق تقديم تظلم للحد من أثر الحجز طبقا للقواعد المعمول بها في التظلم من الأوامر على العرائض ، وذلك باستخدام الوسائل التي منحها إياه القانون كالالتجاء إلى الإيداع والتخصيص (2) بأن يودع المدين المحجوز عليه مبلغ الدين المحجوز

(1) : فتحي والي ، المرجع السابق ، بند 140 ، ص 229 .

(2) : أنظر في هذا الصدد المواد من 640 إلى 642 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

من أجله بين يدي المحضر القضائي أو بأمانة ضبط المحكمة التي يجري في دائرة اختصاصها التنفيذ ، مع تخصيص هذا المبلغ للوفاء بحق الحاجز مقابل وصل .
كما له أن يطلب قصر الحجز إذا كانت قيمة الحق المحجوز من أجله لا تتناسب مع قيمة الأموال المحجوز عليها (1) .

كما يجب التنبيه أن استخدام المدين المحجوز عليه لهذه الوسائل القانونية (الإيداع والتخصيص وطلب قصر الحجز) مرهون بتعيين الدائن لمقدار حقه .

ثانيا : الشروط التي تتعلق بالمال المحجوز :

خلافًا لما كان معمولًا به في ظل التشريع القديم ، والذي كان يقصر الحجز التحفظي على المنقولات دون العقارات ، فقد أجازت **الفقرة الأولى** من نص المادة **652** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية للدائن ضرب حجز تحفظي على عقارات مدينه تأكيدا لمضمون نص المادة **646** من نفس القانون . وبذلك يكون المشرع الجزائري قد وسع من دائرة الإجراءات التحفظية بإبقاءه على الحجز التحفظي على المنقولات المادية المملوكة للمدين واستحدثه لإمكانية إلقاءه على أموال المدين العقارية .

وبهذا التوسيع يكون المشرع الجزائري قد كرس قاعدة الضمان العام المتبناة في نص المادة **188** من القانون المدني وواكب التشريعات المعاصرة (2) المتطورة التي نظمت الحجز التحفظي على العقارات أسوة بالحجز على المنقولات .

(1) : العربي شحط عبد القادر ، المرجع السابق ، ص 115 .

(2) : لقد أجازت المادة **271** من قانون المرافعات الايطالي والمادة **212** من أصول المحاكمات اللبناني للدائن توقيع الحجز التحفظي على جميع أموال المدين مهما كان نوعها ، منقولة أو ثابتة ، عقارية أو غير عقارية مادية أو معنوية وهذا باستثناء ما هو غير قابل للحجز منها وفق القواعد المنصوص عليها في هذين القانونين .

1/ الحجز التحفظي على المنقولات المادية :

لا يتم الحجز تحفظيا إلا على المنقولات المادية دون المنقولات المعنوية ، والمنقول المادي هو الذي يكون له كيان ملموس .

بينما المنقول المعنوي فهو كل ما لا يمكن لمسها ماديا كالأفكار والمخترعات والألحان الموسيقية .(1)

ومن ثم فلا يثور أي إشكال بخصوص جواز التحفظ على المنقولات المادية المملوكة للمدين كالأمتعة والبضائع والآلات والأثاث والمفروشات ، وكل ما في الأمر أن إجراءات إلقائه تختلف باختلاف ما إذا كانت هذه المنقولات موجودة في حيازة المدين أم في حيازة الغير ، فوجود المنقولات المادية في حيازة المدين يستلزم حجزها إتباع إجراءات الحجز التحفظي المنصوص عليها في المادتين 665 و 666 وما يليهما من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

أما وجودها في حيازة الغير ، فيتطلب إتباع إجراءات حجز ما للمدين لدى الغير ، وهذا الحجز يبدأ دائما إجراء تحفظيا وينتهي كإجراء تنفيذي .(2)

(1) : بربارة عبد الرحمن ، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائية وفقا للتشريع الجزائري منشورات بغدادية ، الطبعة الأولى 2009 ، ص 154 .

(2) : أنظر أكثر تفصيل : فتحي والي ، المرجع السابق ، بند 133 ، هامش 01 ص 216 .

2/ الحجز التحفظي على العقارات :

لم يكن القانون القديم يجيز هذا النوع من الحجوز استنادا إلى أن العقار مال ثابت لا يمكن للمدين إخفائه أو تهريبه . وإن كان القانون القديم قد نص على إجراء تحفظي آخر بالنسبة للعقار وهو طلب الإذن بقيد رهن تأميني قضائي مؤقت على عقار مملوك للمدين إعمالا لأحكام الفقرة الأخيرة من نص المادة 347 والفقرتين الأخيرتين من نص المادة 352 من قانون الإجراءات المدنية . (1)

وهذا الإجراء (قيد الرهن التأميني القضائي) هو إجراء شبيه بحق التخصيص المنصوص عليه في القانون المدني بعموم أحكام المادة 937 (2) وما بعدها .

(1) : نصت المادة 347 الفقرة الأخيرة من قانون الإجراءات المدنية على ما يلي :

"... ويجوز له أخيرا إذا كان حاملا لسند أن يحصل على إذن بقيد مؤقت لرهن قضائي على عقارات مدينه "

- كما نصت المادة 352 من قانون الإجراءات المدنية على ما يلي :

"... وإذا حصل الدائن على قيد مؤقت برهن قضائي على عقارات مدينه ، فيجب أن تثبت في محضر هذه العقارات مع تعيين موقع كل منها وحدودها ومساحتها ومشتملاتها وبقيد هذا المحضر بمكتب قيود الرهن التابع لمكان العقارات ، ويجري قيد نهائي خلال شهرين من تاريخ صيرورة الحكم الصادر في الموضوع حائزا لقوة الشيء المقضي به ، وذلك بناء على تقديم النسخة التنفيذية لهذا الحكم . وهذا القيد يحل بأثر رجعي محل القيد المؤقت ، ويكون ترتيبه هو ترتيب هذا القيد المؤقت وذلك في حدود مبالغ الدين المضمون بالقيد المؤقت ، وفي حالة عدم القيام بهذا القيد الجديد في الميعاد المحدد آنفا يصبح القيد عديم المفعول بأثر رجعي"

(2) : تنص المادة 937 من القانون المدني :

"يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في أصل الدعوى يلزم المدين بشيء معين أن يحصل على حق تخصيص بعقارات مدينه ضمانا لأصل الدين والمصاريف .

ولا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ تخصيص على عقار في التركة ."

غير أن طلب الإذن بتوقيع الرهن التأميني القضائي لا يستلزم أن يكون السند الذي بحوزة الدائن سنداً تنفيذياً أو حكماً واجب النفاذ ، بينما حق التخصيص الوارد في القانون المدني يستلزم أن يكون بحوزة الدائن حكماً واجب التنفيذ .

ويعتبر حق التخصيص من قبيل الإجراءات التحفظية يلجأ إليه الدائن لضمان تنفيذ الحكم الصادر له . (1)

غير أن الحياة العملية قد أثبتت أن العقار باعتباره مالا ثابتاً يستحيل على المدين تهريبه مادياً فبالإمكان تهريبه قانونياً بالتصرف فيه تصرفاً سورياً أو جدياً لإخراجه من الضمان العام المقرر لحقوق الدائنين .

وقد لا يستطيع الدائن كشف صورية هذا التصرف بطريق دعوى الصورية أو التوصل إلى عدم نفاذ هذا التصرف في حقه بسبب عدم توافر شروط دعوى عدم النفاذ .

غير أنه ولما كانت الإجراءات التحفظية لا تستهدف ابتداء اقتضاء الدائن لحقه ، فقد تجاوز المشرع الجزائري ذلك وأجاز للدائن ضرب حجز تحفظي على عقارات مدينه ، وذلك استناداً إلى أحكام المادتين **646** و **652** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وفق إجراءات معينة.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري وإن كان قد وسع من دائرة الحجز التحفظي ليشمل جميع أموال المدين المنقولة منها والعقارية ، إلا أنه استثنى بعض الأموال من جواز الحجز عليها إما بسبب طبيعتها أو الغاية المعدة لها ، وإما بسبب ورود نص في القانون يمنع الحجز عليها لأسباب إنسانية ، مردها الشفقة على المدين .(2)

(1): السنهوري ، الوسيط ، الجزء العاشر ، بند 400 ، ص 660 .

(2): راجع في هذا الصدد ، تفصيل أكثر العربي شحط عبد القادر ، المرجع السابق ، ص 63 إلى 69 .

ثالثا : شرط الخشية من فقدان الضمان :

نصت المادة 647 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه :

« يجوز للدائن بدين محقق الوجود ، حال الأداء ، أن يطلب بعريضة مسببة ، مؤرخة وموقعة منه أو ممن ينوبه ، استصدار أمر بالحجز التحفظي على منقولات أو عقارات مدينه ، إذا كان حاملا لسند دين أو كان لديه مسوغات ظاهرة ترجح وجود الدين ، ويخشى فقدان الضمان العام لحقوقه » .

يستفاد من هذا النص أن حالة خشية الدائن لفقدان ضمان حقه ، تعد مسوغا لتوقيع الحجز التحفظي وتتحقق هذه الخشية إذا كان هناك احتمالا قويا بأن المدين يسعى لتهريب أمواله أو إخفائها ، مما يوحي بوجود حالة استعجال تتطلب حماية الدائن حماية وقتية ، وذلك بالإذن له بتوقيع الحجز التحفظي (1) .

غير أن هذه العبارة " الخشية من فقدان الضمان لحقوقه " تحتاج إلى المزيد من الشرح والتحليل من حيث بيان المقصود بالضمان والخشية وكيفية تحديدهما .

(1) : محمد السيد عمر التحيوي ، المرجع السابق ، ص 57 .

1- بيان المقصود بكلمة " الضمان " الواردة في نص المادة 647 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية :

الظاهر من تحليل النص المتقدم أعلاه ، أن المقصود بالضمان هنا هو الضمان العام المقرر لحقوق الدائنين وليس الضمان الخاص ، بحيث تكون جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه ومن ثم يجوز للدائن الحجز على جميع هذه الأموال حفاظا على حقوقه ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من نص المادة 642 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها :

« يجوز للدائن الحجز على جميع أموال المدين حفاظا على الضمان العام لديونه » .

2 - بيان المقصود بكلمة " الخشية " الواردة في نص المادة 647 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وكيفية تحديدها :

يتضح من استقراء نص المادة 647 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، أن المقصود بالخشية هو تخوف الدائن من تهريب المدين لأمواله وإخفائها . ومعنى ذلك أن الأمر بالحجز التحفظي لا يستصدر إلا إذا كانت حقوق الدائن مهددة بالخطر والضياع ، أي وجود حالة ضرورة أو استعجال تقتضي التحفظ على أموال المدين لمنعه من إيعادها عن نطاق ضمانه العام .

ولا يشترط أن يكون المدين قد وصل إلى حالة الإعسار ، ذلك أن القانون لم يشترط فقد الدائن فعلا لضمان حقه ، بل فقط خشية فقده . ولهذا يكفي أن يكون هذا الإعسار وشيك الوقوع ، أي يخشى جديا وقوعه (1) حتى تتخذ بشأنه إجراءات الحجز التحفظي . ومن بين الحالات التي تكون فيها الخشية من فقدان الدائن لضمان حقه محققة ، حالة عدم وجود موطن مستقر للمدين وحالة قيام أسباب جدية يرجح فيها هروب المدين ، وسرعة التصرف في أمواله .

(1) : فتحي والي ، المرجع السابق ، بند 134 ، ص 218 .

وتتحدد هذه الخشية تحديدا موضوعيا ، فلا ينظر في تحديدها إلى شعور الدائن ، وإنما يقدرها القاضي (رئيس المحكمة) على ضوء حالة المدين الإجتماعية وصفاته الخلقية وسوابقه بالنسبة للوفاء بديونه ، كما ينظر إلى حالته المالية وسهولة تهريبه لأمواله (1) ، على أن يبقى هذا التقدير مسألة واقعية لا تخضع لرقابة المحكمة العليا .

كما تجدر الملاحظة إلى أن المشرع الجزائري ، وبإعادة صياغته لنص المادة 345 من قانون الإجراءات المدنية المقابلة لنص المادة 647 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصه على أن للدائن الحق في توقيع الحجز التحفظي في كل حالة يخشى فيها من فقدان ضمان حقوقه يكون قد أخذ بنفس الصياغة التي اعتمدها المشرع الإيطالي في نص المادة 671 من قانون المرافعات الإيطالي ، وهي صياغة تختلف عن تلك التي كان يأخذ بها المشرع في نص المادة 345 من قانون الإجراءات المدنية والتي كانت تقضي بأن " الحجز التحفظي لا يصدر إلا في حالة الضرورة " .

إلا أنه ورغم اختلاف الصياغة بين النصين ، فإننا نرى أن المعيار واحد في المادتين ، ذلك أن حالة الضرورة ليست بشرط مستقل عن الخشية ، فكلاهما لفظين مترادفين لمدلول واحد ، فلا توجد ضرورة تبرر توقيع الحجز التحفظي إلا حالة خشية الدائن من فقدان ضمان حقوقه .

ويقصد بهذا الأخير (أي الضمان العام) أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه ، غير أنه ولما كان قوام الضمان العام هو الجانب الإيجابي من ذمة المدين ، فإن تقصير المدين عمدا أو إهمالا في المحافظة على هذا الجانب وارد خاصة إذا ساءت حالته المالية ، ولعلمه أن ذلك لا يناله بضرر بقدر ما ينال دائنيه ، خول المشرع للدائن الحق في التحفظ على جميع أموال مدينه المنقولة منها والعقارية إلا ما استنتج منها بحكم القانون ، وبهذا التوسيع يكون المشرع الجزائري قد كرس مفهوم الضمان العام بالمعنى الدقيق الذي قصدته المادة 188 من القانون المدني .

(1) : فتحي والي ، المرجع السابق ، بند 134 ، ص 218 .

المطلب الثاني : إجراءات حجز التحفظي وآثاره :

إذا كانت الغاية من حجز التحفظي هي ضبط أموال المدين لمنع المدين من التصرف فيه ومباغتته به ، فمن البديهي أن لا يوجب المشرع إتباع مقدمات التنفيذ ، لأن القيام بهذه الإجراءات ينفي الغاية التي شرعت من أجلها قواعد حجز التحفظي .

والقاعدة العامة في هذا الصدد أن تتبع الإجراءات التي تشير إليها أحكام المواد 647 ، 648 ، 662 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي يترتب على اتخاذها آثار خاصة تجعل الغاية من إلقاء حجز التحفظي قاصرة على حماية الضمان العام المقرر لحقوق الدائنين دون تمهيد لبيع المال المحجوز . ولأجل ذلك سوف أقسم هذا المطلب إلى فرعين نخصص الأول لإجراءات حجز التحفظي ونتعرض في الثاني للآثار المترتبة على اتخاذه ، وذلك وفق التفصيل الآتي :

الفرع الأول : إجراءات حجز التحفظي .

تختلف إجراءات حجز التحفظي باختلاف ما إذا كانت الأموال المراد التحفظ عليها موجودة في حيازة المدين نفسه أو في حيازة الغير . ولتوضيح الرؤية أكثر ارتأيت تقسيم هذا الفرع إلى شقين نتناول في الأول إجراءات توقيع حجز التحفظي على الأموال الموجودة في حيازة المدين وتتناول في الثاني إجراءات توقيع حجز التحفظي على الأموال الموجودة في حيازة الغير .

أولاً : إجراءات توقيع حجز التحفظي على الأموال الموجودة في حيازة المدين .

يتم توقيع حجز التحفظي على الأموال الموجودة في حيازة المدين نفسه أو أحد تابعيه الخاضعين لسلطة رقابته وتوجيهه بإتباع إجراءات إجرائين هما : استصدار أمر حجز التحفظي بناء على طلب الدائن ودعوى تثبيت أمر الحجز .

1/ استصدار أمر الحجز التحفظي .

حماية للمدين من توقيع حجز تحفظي على أمواله دون مقتضى ، اشترط المشرع ضرورة استصدار أمر بتوقيعه بناء على طلب الدائن . غير أن هذا الأمر يحكمه جانبان ، جانب شكلي يتمثل في كيفية طلب أمر الحجز ، وجانب فني يتمثل في كيفية تنفيذه ، وتفصيل ذلك كالآتي :

أ/ الجانب الشكلي لإستصدار أمر الحجز التحفظي :

يتم استصدار أمر الحجز التحفظي بناء على طلب الدائن ، بموجب عريضة مسببة ومؤرخة وموقعة من قبله .

وتقدم العريضة إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدين أو مقر الأموال المطلوب حجزها ، على أن تتضمن هذه العريضة البيانات التالية :

إسم ولقب الحاجز (الدائن) ومهنته وموطنه وكذا إسم ولقب المحجوز عليه (المدين) ومهنته وموطنه ، على أن ترفق العريضة بالسند المثبت للدين إن وجد أو ما للدائن من وسائل إثبات لتدعيم طلبه ، مع تحديد قيمة الدين (1) .

ويتولى رئيس المحكمة الإطلاع على العريضة والوثائق المرفقة بها ، والبحث في مدى توافر شروط توقيع الحجز التحفظي ، كما له كامل السلطة التقديرية في التأكد من مدى تحقق حالة الخشية من فقد الدائن لضمانه العام وأمر القاضي في هذه الحالة لا يعدوا أن يخرج عن أحد الإحتمالين .

الإحتمال الأول : أن يرفض القاضي طلب الأمر بالحجز التحفظي .

قد يرفض القاضي طلب الحجز التحفظي إذا قامت له أسباب تؤيد ذلك ، كأن يكون حق الدائن قليل القيمة بحيث لا يتناسب مع مصاريف الحجز أو أن المدين موسر ولا حاجة للتحفظ على أمواله أو أن الدائن سيء النية لا يريد سوى الإضرار بمركز مدينه .

(1) : إذا كان حق الدائن (الحاجز) غير محدد المقدار جاز له استصدار أمر تحديد محل حقه تحديدا مؤقتا والإذن بالحجز بإجراءات موحدة .

الإحتمال الثاني : أن يصدر القاضي أمرا بالحجز التحفظي .

إذا تبين للقاضي أن طلب الدائن يستند إلى أدلة ووسائل إثبات تيرر خشيته من فقد ضمان حقه أصدر بمقتضى أمر على العريضة المقدمة من قبل الدائن أمرا بالتحفظ على أموال المدين .

على أنه وطبقا لأحكام **الفقرة الثانية** من نص المادة **649** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على رئيس المحكمة أن يفصل في طلب الحجز في أجل أقصاه خمسة أيام تسري من تاريخ إيداع العريضة بأمانة ضبط المحكمة .

أما إذا تعلق الأمر بالحجز التحفظي على عقارات مملوكة للمدين فيتعين على الدائن (الحاجز) أن يوجه طلب استصدار أمر الحجز إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موقع العقار للإسجام أكثر مع أحكام المادة **722** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تمنح الإختصاص لمحكمة موطن العقار ، إذ لا يعقل أن يقدم طلب الحجز التحفظي أمام محكمة موطن المدين ثم ترفع دعوى تثبت الحجز أمام قاضي الموضوع ، مع احتمال وجود العقار في دائرة اختصاص أخرى (1) .

كما ألزمت المادة **652** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الدائن بضرورة قيد أمر الحجز بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا في خلال **خمسة عشر (15) يوما** من تاريخ صدوره وإلا اعتبر الحجز باطلا (2) .

وتجدر الإشارة إلى أن الأمر بتوقيع الحجز التحفظي لا يقتصر طلبه فقط على الحالة التي يخشى فيها الدائن تهريب المدين لأمواله أو تبديدها (قبل نشوب نزاع بينهما) ، وإنما يمكن توقيعه حتى في حالة وجود دعوى أمام قاضي الموضوع (بعد نشوب نزاع) ، ويتم الأمر به من قبل رئيس المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المدين أو مكان الأموال المطلوب حجزها على أن يقدم طلب تثبت الحجز أمام نفس قاضي الموضوع بموجب مذكرة تضم إلى أصل الدعوى وفقا لأحكام المادة **648** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

(1) : بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 159 .

(2) : العربي شحط عبد القادر ، المرجع السابق ، ص 116 .

ب / الجانب الفني لتنفيذ أمر الحجز التحفظي .

إذا تحقق الجانب الشكلي لإجراء الحجز التحفظي وتحصل الدائن (الحاجز) على إذن بتوقيعه
تولى القائم بالتنفيذ (المحضر القضائي) تنفيذه متبعا الخطوات التالية :

ب/ 1 - التبليغ الرسمي لأمر الحجز التحفظي للمدين (المحجوز عليه) :

لقد ألزم المشرع الدائن (الحاجز) بضرورة تبليغ أمر الحجز التحفظي للمدين (المحجوز عليه)
من غير إهمال وفقا للقواعد العامة المقررة في التبليغ الرسمي (المواد 407 ، 408 ، 409
410 ، 411 ، 412) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ورتب على تخلفه البطلان .(1)

ولعل الحكمة من ذلك هي احتمال استجابة المدين بمجرد استلامه لأمر الحجز وتنفيذه للمطلوب منه
طائعا مختارا .

يتولى المحضر القضائي المختص إقليميا تبليغ أمر الحجز التحفظي رسميا إلى المدين (المحجوز
عليه) شخصا أو إلى أحد أفراد عائلته البالغين المقيمين معه إذا كان شخصا طبيعيا أو إلى ممثله
القانوني أو الإتفاقي إذا كان شخصا معنويا .

وفور الإنتهاء من إعلان أمر الحجز للمدين يتحرك القائم بالتنفيذ نحو إجراء الحجز باتباع إجراءات
أساسيين هما : الإنتقال إلى مكان الأموال المراد حجزها ، ثم جرد هذه الأموال وتحرير محضر
حجز بشأنها ، كما استلزم قانون الإجراءات المدنية والإدارية تعيين حارس على هذه الأموال بعد
توقيع الحجز عليها .

(1) : المحكمة العليا الجزائرية ، الغرفة المدنية 1987/06/03 ، ملف رقم 49898 ، المجلة القضائية عدد 3 سنة
1990 ص 37 .

" من المقرر قانونا أن أمر الحجز التحفظي الصادر عن قاضي محكمة موطن المدين أو مقر الأموال المطلوب
حجزها يبلغ من غير إهمال إلى المدين و إلا اعتبر باطلاً .

ب/ 2 - انتقال القائم بالتنفيذ إلى مكان تواجد الأموال المراد حجزها :

لا يجوز للمحضر القضائي تحرير محضر حجز دون الانتقال إلى مكان تواجد الأموال المحجوزة وإلا اعتبر الحجز باطلا ، ومن ثم فإن دراسة انتقال المحضر القضائي إلى مكان الحجز تقتضي التعرض لبعض المسائل التي ترتبط بهذا الإجراء من حيث تحديد مكان الانتقال وتحديد الأشخاص الذين يحق لهم التواجد بهذا المكان .(1)

ب/ 2- أ - تحديد مكان الانتقال :

غالبا ما يكون موطن المدين (المحجوز عليه) هو مكان تواجد الأموال المراد حجزها ، غير أنه ليس ثمة ما يمنع من انفصال المكانين ، فإذا انفصلا فإن العبرة دائما تكون بمكان وجود المنقولات أو العقارات المراد حجزها .

ب/ 2- ب - تحديد الأشخاص الذين يحق لهم التواجد بمكان الحجز :

يمكن تحديد الأحقية في التواجد بمكان الحجز بالأحقية في التوقيع على محضر الحجز .

وبالرجوع إلى أحكام الفقرة الثانية من نص المادة 691 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن المشرع الجزائري قد حدد الأشخاص الذين يحق لهم التوقيع على محضر الحجز إلى جانب توقيع المحضر القضائي بقوله :

« ويختتم المحضر بالتوقيع عليه مع المحجوز عليه ، إذا كان حاضرا أو التتويه عن غيابه أو رفضه التوقيع » .

(1) : محمود السيد التحيوي ، المرجع السابق ، ص 14 .

ومن ثم يكون المشرع الجزائري قد خول للمدين (المحجوز عليه) حق التوقيع على محضر الحجز ، ومن ثم حق التواجد بمكان الحجز ، ورتب على حضوره أحكاما معينة تتعلق بتوقيعه على محضر الحجز وتعيينه حارسا على الأموال المحجوزة وتسلمه لمحضر الحجز .

أما بالنسبة للدائن (الحاجز) فإعمالا لقاعدة الإستنتاج بمفهوم المخالفة يستخلص من النص أن محضر الحجز لا يتضمن توقيع الدائن (الحاجز) ، ومن ثمة فمن باب أولى لا يمكنه الحضور بمكان الحجز ، وهذا بخلاف القانون المصري الذي ينص صراحة على عدم جواز حضور الدائن (الحاجز) بمكان الحجز ، حيث تنص المادة 355 من قانون المرافعات المصري على أنه :
« لا يجوز توقيع الحجز في حضور طالب التنفيذ » .

ولكن التساؤل الذي يطرح في هذا السياق هو ما حكم الحجز الذي يتم توقيعه بحضور الدائن (الحاجز) ؟

يرى بعض من الفقه أن الحجز الذي يتم توقيعه بحضور الدائن (الحاجز) يكون باطلا ، شريطة أن يتمسك المدين (المحجوز عليه) بهذا البطلان . أما إذا سكت ، فإن الإجراءات تكون صحيحة ولا يجوز له التمسك بعد ذلك بالبطلان (1) .

بينما يذهب الرأي الراجح فقها وقضاءً إلى عدم بطلان إجراءات الحجز إذا كان حضور الدائن (الحاجز) يتضمن مجرد توجيهه للمحضر القضائي ، فإذا حضر الدائن فإن المحضر يطلب من القوة العمومية إبعاده (2) .

غير أننا نرى أنه في غياب نص صريح ينظم هذه المسألة ، فليس هناك ما يمنع الدائن (الحاجز) من التواجد بمكان الحجز . غير أنه ودرءا للمشاحنات التي قد تحدث بينه وبين المدين (المحجوز عليه) يستحسن عدم حضوره وقت توقيع الحجز . ويمكن أن يحضر مكانه ممثلا عنه ، إذا كان حضوره مفيد لإرشاد المحضر القضائي إلى الأشياء المطلوب حجزها (3) .

(1): محمود السيد عمر التحيوي ، المرجع السابق ، ص 15 .

(2) : أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، بند 163 ، ص 411 .

(3) : فتحي والي ، المرجع السابق ، بند 155 ، ص 258 .

2/ تثبيت الحجز التحفظي :

بعد توقيع الحجز وإعلان المدين (المحجوز عليه) بمحضر الحجز والجرد ، فإن موقف المدين لا يعدوا أن يخرج عن أحد الفرضين :

* الفرض الأول :

أن يفى المدين (المحجوز عليه) بما في ذمته من ديون ، وفي هذه الحالة يرفع الحجز التحفظي

* الفرض الثاني :

ألا يفى المدين بما في ذمته للدائن (الحاجز) وفي هذه الحالة يتحرك الدائن إلى تحويل الحجز التحفظي إلى حجز تنفيذي حتى يستوفي حقه ، غير أن مسألة تحول الحجز التحفظي إلى حجز تنفيذي تستلزم من الدائن (الحاجز) مراجعة المحكمة المختصة لاستصدار حكم (سند تنفيذي) يخول له بيع الأموال المحجوزة واستيفاء دينه من ثمنها ، ويسمى هذا الإجراء بتثبيت الحجز التحفظي .

وقد رأينا من باب المنهجية أن نتناول هذا الشرط (تثبيت الحجز التحفظي) من خلال التطرق إلى موضوع دعوى تثبيت الحجز وإجراءات رفعها وكيفية الحكم فيها .

2- أ/ موضوع دعوى تثبيت الحجز .

عملا بأحكام المادة 662 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتعين على الدائن (الحاجز) أن يبادر إلى رفع دعوى تثبيت الحجز والمديونية أمام قاضي الموضوع خلال خمسة عشر (15) يوما تسري من تاريخ صدور الأمر بالحجز ، وإلا كان الحجز والإجراءات التالية له باطلين (1) .

وهذه الدعوى موضوعية ترفع من قبل الدائن (الحاجز) ضد المدين (المحجوز عليه) ويكون موضوعها هو إثبات وجود الحق الذي تم الحجز التحفظي من أجله وتعيين مقداره بصفة قطعية إذا لم يكن محل الحق معين المقدار أو كان تقديره مؤقتا ، وكذا الحكم بصحة إجراءات الحجز التحفظي .

غير أنه يلاحظ ، وخلافا لما هو معمول به في فرنسا من وجوب رفع الدائن (الحاجز) لدعويين دعوى تثبيت الحجز ودعوى إثبات المديونية ، فإن المشرع الجزائري لم يلزم الدائن (الحاجز) إلا برفع دعوى تثبيت الحجز ، إذا لا يعقل أن يحكم بصحة الحجز ويرفض تأكيد حق الدائن (الحاجز) .

(1): المحكمة العليا الجزائرية ، الغرفة المدنية 1987/06/03 ، ملف رقم 49898 ، المجلة القضائية لسنة 1990 عدد 03 ص 37 :

" من المقرر قانونا أن أمر الحجز التحفظي الصادر من قاضي محكمة موطن المدين أو مقر الأموال المطلوب حجزها يبلغ بغير إهمال إلى المدين .

ومن المقرر أيضا أنه على الدائن أن يقدم طلب تثبيت الحجز في ميعاد غايته خمس عشر يوما على الأكثر من صدور الحكم وإلا اعتبر باطلا .

ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد مخالفة للقانون ، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن أمر الحجز التحفظي لم يبلغ للمدين ، كما أن طلب التصحيح لم يقدم في الأجل المحدد له ، فإن قضاة الإستئناف بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي بقبول المعارضة شكلا ورفضها موضوعا ، ومن جديد القضاء بتصحيح الحجز التحفظي وجعله حجزا تنفيذيا خالفوا أحكام المادتين 346 و 350 من ق إ م " .

12 - ب- إجراءات رفع دعوى تثبيت الحجز .

ترفع دعوى تثبيت الحجز وفقا للإجراءات العادية لرفع الدعاوى المقررة في المواد من 14 إلى 24 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وذلك بموجب عريضة مكتوبة ومؤرخة وموقعة من قبل الدائن (الحاجز) أو وكيله .

على أنه يجب أن تتضمن هذه العريضة تحت طائلة عدم قبولها شكلا البيانات التالية :

* ذكر الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى .

* إسم ولقب المدعي (الدائن الحاجز) وموطنه .

* إسم ولقب المدعى عليه (المدين المحجوز عليه) وموطنه .

* عرضا موجزا للوقائع والطلبات والمستندات المثبتة للدين إن وجدت .

وتودع العريضة بأمانة ضبط المحكمة بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف ، وتقيد العريضة في سجل خاص بقيد الدعاوى يذكر فيه أسماء وألقاب الخصوم ، ورقم القضية ، وتاريخ الجلسة ، وهذا بعد دفع الرسوم القضائية المحددة قانونا .

وإعمالا لأحكام الفقرة الثالثة من نص المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يجب احترام مهلة العشرين (20) يوما على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور والتاريخ المحدد للجلسة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .(1)

أما عن الطلبات التي تتضمنها العريضة الافتتاحية لدعوى تثبيت الحجز ، فهي لا تخرج عن أحد الطلبين :

(1): هناك حالات قد تكون أقل من عشرين (20) يوما كالقضايا الإستعجالية ، وهناك حالات قد تكون أكثر من عشرين (20) يوما ، وهي خاصة بحالة الشخص المقيم خارج الوطن .

*** الطلب الأول : أن يطلب الدائن (الحاجز) إثبات الدين والحجز معا .**

إن طلب الدائن في هذه الحالة يرمي أولاً إلى إلزام المدين (المحجوز عليه) بدفع مبلغ الدين وتسديد المصاريف القضائية ، وثانياً الحكم بصحة الإجراءات المتبعة في توقيع الحجز وتثبيته وأن القاضي في هذه الحالة ملزم بالنظر في صحة الدين المطالب به ، ثم النظر بعد ذلك في صحة إجراءات الحجز .

*** الطلب الثاني : أن يطلب الدائن (الحاجز) تثبيت الحجز التحفظي .**

في هذه الحالة ينظر القاضي في مدى توافر الشروط الشكلية والموضوعية التي صاحبت توقيع الحجز التحفظي ، دون النظر في مدى صحة ثبوت الدين من عدمه ، فإذا تخلف شرط من الشروط الواجب اتباعها عند توقيعه ، قضى ببطلان إجراءات الحجز .

أما في حالة توقيع الحجز التحفظي خلال وجود دعوى أمام قاضي الموضوع ، فيتعين على الدائن (الحاجز) تقديم طلب تثبيت الحجز أمام نفس قاضي الموضوع بموجب مذكرة إضافية تضم إلى أصل الدعوى للفصل فيهما معا وبحكم واحد ، دون مراعاة للميعاد المحدد بخمسة عشر (15) يوماً إعمالاً لأحكام المادة 648 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

12 - ج- الحكم في الدعوى .

تتظر المحكمة في الدعوى المعروضة أمامها من حيث استيفائها للشروط الشكلية ، ومن حيث موضوعها ، ويكون الحكم الصادر فيها فاصلاً إما في المديونية والحجز معا وإما في الحجز لوحده .

ومن أجل تسليط الضوء على ذلك ، سنحاول ولو بإيجاز إبراز أهم الصور التي قد يتخذها الحكم في كلتا الحالتين :

- الحالة الأولى : أن يكون الحكم فاصلا في المديونية والحجز معا .

يكون الحكم الصادر في المديونية والحجز معا حاسما للنزاع ، وقد يتخذ إحدى الصور التالية :

الصورة الأولى :

أن يحكم القاضي بقبول الدعوى وإثبات المديونية وتثبيت الحجز .

في هذه الحالة يتعين على الدائن (الحاجز) أن يتخذ الإجراءات التي يستلزمها القانون لإمكان التصرف في الأموال المحجوزة . وتتمثل هذه الإجراءات في استيفاء مقدمات التنفيذ التي حصرها المشرع الجزائري في تبليغ السند التنفيذي (الحكم القاضي بإثبات المديونية وتثبيت الحجز) للمدين (المحجوز عليه) وتكليفه بالوفاء بما تضمنه السند التنفيذي في خلال خمسة عشر (15) يوما وفقا لأحكام المادتين 612 و 613 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ليتم بعدها بيع الأموال المحجوزة تحفظيا بذات الطريقة التي تباع بها الأموال المنقولة منها والعقارية في الحجز التنفيذي .

الصورة الثانية :

أن يحكم القاضي بقبول الدعوى وإثبات المديونية وبعدهم صحة إجراءات الحجز .

في هذه الحالة يأمر القاضي برفع الحجز التحفظي إذا طلبه المدين (المحجوز عليه) دون الإخلال بحق الدائن (الحاجز) في تصحيح إجراءاته إذا رغب في إعادة الحجز . وفي هذه الحالة يكون الدائن مزودا بسند تنفيذي وهو الحكم الصادر له بثبوت حقه .(1)

(1): محمود السيد عمر التحيوي ، المرجع السابق ، ص 83 .

الصورة الثالثة :

أن يحكم القاضي بعدم قبول الدعوى لعدم ثبوت حق الدائن (الحاجز) في مواجهة المدين (المحجوز عليه) .

وإذا انتهت المحكمة إلى عدم ثبوت حق الدائن ، فمن البديهي أن ترفض إصدار الحكم بصحة الحجز ، حتى ولو صحت إجراءات توقيعه .

وحكم الرفض في هذه الحالة يعني رفع الحجز الموقع ، إذ لا يتصور أن يصدر القاضي حكماً بصحة إجراءات الحجز مع عدم ثبوت حق الدائن (الحاجز) ، لأن ثبوت الحق شرط لشرعية إجراءات الحجز وصحتها (1) .

ومن الضمانات التي قررها المشرع للمدين (المحجوز عليه) والتي استحدثها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لمنع الحجز الكيدية النص في الفقرة الثانية من المادة 666 على أنه :

" إذا فصلت المحكمة برفض الدعوى لعدم إثبات الدين قضت وجوباً برفع الحجز وفصلت في طلب التعويضات المدنية عند الإقتضاء .

يجوز الحكم أيضاً على الحاجز بغرامة مدنية لا تقل عن عشرين ألف دينار (20.000 دج) " .

- الحالة الثانية : أن يكون الحكم فاصلاً في الحجز لوحده .

في هذا الفرض تنتظر المحكمة في مدى صحة إجراءات توقيع الحجز التحفظي ، وقد تقضي إما بصحته وبالتالي تثبيته ، وإما بعدم صحته ومن ثم رفعه .

(1): أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، بند 221 ، ص 527 و 528 .

ثانيا : إجراءات توقيع حجز التحفظي على الأموال الموجودة في حيازة الغير .

تختلف إجراءات الحجز التحفظي باختلاف طريق الحجز المتبع لتوقيعه ، وهذا الطريق لا يتحدد فقط وفقا لطبيعة الأموال المحجوزة هل هي منقولات أم عقارات ، وإنما يتحدد أيضا بالنظر إلى هوية حائزها هل هو المدين نفسه أم شخص من الغير .

ويعرف القانون الجزائري في هذا الصدد طريقين للحجز التحفظي ، ما يحجز حجز المنقول والعقار لدى المدين ، وقد سبق وبيننا إجراءات توقيعه ، وما يحجز حجز ما للمدين لدى الغير ، وهو هذا الذي نحن بصدد دراسة إجراءات توقيعه .

ولكن قبل التطرق إلى هذه الإجراءات يستلزم منا تبيان المقصود بحجز ما للمدين لدى الغير وتحديد نطاقه وطبيعة شروطه .

1/ بيان المقصود بحجز ما للمدين لدى الغير .

يقصد بحجز ما للمدين لدى الغير ، ذلك الإجراء الذي يستطيع الدائن بموجبه استنادا إلى ماله من ضمان عام على ذمة مدينه المالية ، وضع ما يكون لمدينه من نقود أو منقولات في ذمة الغير أو في حوزته تحت يد القضاء ، ومنع هذا الغير من الدفع للمدين أو تسليمه المنقولات ، وذلك إلى حين اتخاذ الدائن الإجراءات التي تخوله اقتضاء حقه من المال المحجوز ، أو من الثمن المتحصل بعد بيعه .(1)

(1): أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، بند 200 ، ص 458 .

وبناء على هذا التعريف يمكن تمييز حجز ما للمدين لدى الغير عن باقي الحجز الأخرى وتحديد نطاقه .

2/ نطاق حجز ما للمدين لدى الغير .

يتميز حجز ما للمدين لدى الغير بثلاثة خصائص تحدد نطاقه من حيث الأطراف والمحل والإجراءات .

أ/ من حيث الأطراف :

يتميز هذا الحجز بوجود ثلاثة أطراف ، وهم على التوالي :

*الحاجز **Le saisissant** وهو الدائن الشخصي للمحجوز عليه .

*المحجوز عليه **Le saisi** وهو كل مدين يكون دائنا للغير أو مالكا للمنقولات التي يحوزها هذا الغير .

* الغير المحجوز لديه **Le tiers saisi**

ولتحديد مفهوم الغير في حجز ما للمدين لدى الغير أهمية بالغة بالنسبة لإجراءات التنفيذ فالمادة 682 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تمنع الغير المحجوز لديه من أن يؤدي للمدين المحجوز عليه مبلغ الدين ، إذ تنص هذه المادة على أنه .

" يمنع على المحجوز لديه الوفاء من المبالغ المحجوزة للمدين المحجوز عليه من تاريخ توقيع الحجز " .

ولمفهوم الغير معان مختلفة تختلف باختلاف الموضوع الذي يعرف على ضوءه .(1)

فبالنسبة للدعوى البولصية ، ينحصر مفهوم الغير في كل دائن للمتصرف (المدين) أصبح حقه حال الأداء وقت إبرام التصرف المطعون فيه .

وبالنسبة لدعوى الصورية ، فيعتبر من طبقة الغير دائنو المتعاقدين وخلفهما الخاص وكذا الأشخاص الذين لهم حقوق تتأثر بالتصرف الصوري .

أما الغير في حجز ما للمدين لدى الغير ، وهو المحجوز لديه ، فهو كل شخص تربطه بالمدين المحجوز عليه علاقة قانونية مستقلة تجعله مدينا له وليس مجرد تابع له ، فيعتبر غيرا على سبيل المثال المحضر القضائي بالنسبة للمتحصل من بيع المنقولات ، والبنك بالنسبة للمبالغ المودعة والحارس القضائي بالنسبة للأموال محل الحراسة ، والمستأجر بالنسبة لبدل الإيجار .

بينما لا يعتبر غيرا بالمفهوم المتقدم سائق المدين وحارس منزله وخادمه لوجود علاقة تبعية تربطهم بالمحجوز عليه ، بحيث يكون كل منهم مجرد تابع للمدين (المحجوز عليه) وغير مستقل عنه .

على أنه يلاحظ إغفال المشرع لإمكانية توقيع الحجز على ما يكون لمدين المدين من مال في ذمة الغير ، إذ لم يتم التطرق إلى هذه المسألة سواء من خلال القانون الملغى أو القانون الجديد (قانون الإجراءات المدنية والإدارية) ، وفي هذا الصدد يرى محمد حسنين أنه لا مناص من تتبع ما استقر عليه الرأي في فرنسا ومصر من جواز الحجز على ما لمدين المدين لدى الغير لوجود نص مماثل ورد في أحكام المادة **189** من القانون المدني .(2)

(1): أحمد خلاصي ، المرجع السابق ، ص 335 عن الدكتور عبد العزيز خليل إبراهيم بديوي ، الوجيز في قواعد وإجراءات التنفيذ الجبري والتحفظ في قانون المرافعات الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، ص 335

(2): محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 108 و 109 .

ب/ من حيث المحل :

لقد حدد قانون الإجراءات المدنية والإدارية محل حجز ما للمدين لدى الغير صراحة في نص المادة 668 والتي تنص على أنه :

" إذا لم يكن بيد الدائن سند تنفيذي ، لكن له مسوغات ظاهرة جاز له أن يحجز تحفظيا على ما يكون لمدينه لدى الغير من الأموال المشار إليها في المادة 667 ... "

وقد حددت المادة 667 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نوعين من الأموال يجوز التحفظ عليهما بطريق حجز ما للمدين لدى الغير ، وتتمثل هذه الأموال في : حقوق الدائنية والمنقولات المادية .

ب/1- حقوق الدائنية :

يحجز بطريق حجز ما للمدين لدى الغير كل حق محله مبلغ من المال للمدين في ذمة شخص آخر . ولا يشترط في هذا الحق أن يكون معين المقدار أو حال الأداء ، فيمكن الحجز ولو كان غير معين المقدار أو لم يحل أجل استحقاقه (1) ، وعلى ذلك يمكن التحفظ على بدل الإيجار الذي يستحقه المؤجر في ذمة المستأجر ولو قبل حلول أجله ، كما لو كان المؤجر مدينا من جهة ودائنا من جهة أخرى للمستأجر الذي لم يدفع بدل الإيجار ، فإنه يجوز لدائن المؤجر أن يضرب حجزاً تحفظياً على بدل الإيجار ، ولو لم يحل أجل استحقاقه .

ب/2- المنقولات المادية :

لا يقتصر حق الضمان العام على ما يكون للمدين من حقوق في ذمة الغير ، وإنما يمتد أيضا إلى كل منقول مادي يكون للمدين في حيازة الغير كالسلع الموجودة في مخازن للودائع أو آلات سلمت لشركة لنقلها من مكان لآخر أو سيارة اشتراها المدين ولم يتسلمها بعد . (2)

(1): فتحي والي ، المرجع السابق ، بند 147 ، ص 240 .

(2): بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 209 .

كما تجدر الإشارة أنه وخلافا للقانون الملغى (قانون الإجراءات المدنية) قد تم إضافة أموال مادية أخرى تتمثل في الأسهم وحصص الأرباح في الشركات والسندات المالية ، وأجاز المشرع للدائن حق التحفظ عليها ولو لم يحل أجل الوفاء بها حماية للضمان العام لحقوق الدائنين .

ج/ من حيث الإجراءات :

يجري حجز ما للمدين لدى الغير وخلافا للحجوز الأخرى على مرحلتين من الإجراءات :

* المرحلة الأولى :

وهي مرحلة التحفظ ، وتبدأ هذه المرحلة عندما يقوم الدائن الحاجز بالتبليغ الرسمي لأمر الحجز للمحجوز لديه يتضمن حقه في الوفاء والتخلي عما في يديه لدائنه أي مدين المحجوز عليه .(1)

* المرحلة الثانية :

وهي مرحلة التنفيذ ، ويقصد بها اتخاذ الدائن الحاجز للإجراءات التي من شأنها تحويل الحجز التحفظي إلى حجز تنفيذي (2) ، والسماح له باستيفاء حقه مباشرة من أموال مدينه التي في حيازة الغير .

(1): محمود السيد عمر التحيوي ، المرجع السابق ، ص 91 .

(2): لم يستعمل المشرع الجزائري تعبير " تحول الحجز التحفظي إلى حجز تنفيذي " ولم ينظم شروطه ، وهذا بخلاف المشرع الإيطالي الذي أفرده مادة خاصة عنوانها " تحول الحجز التحفظي إلى حجز تنفيذي " (المادة686) من قانون المرافعات الإيطالي -conversion del sequestro conservativo in pignoramento- والواقع أن هذا التعبير " تحول الحجز التحفظي إلى حجز تنفيذي " هو تعبير غير دقيق ، لأن فكرة التحول في الإصطلاح القانوني تعني أن عمل قانوني باطل يستجمع رغم بطلانه مقتضيات عمل قانوني آخر ، فيكون صحيحا رغم بطلانه طبقا لنظرية تحول العقد المنصوص عليها في المادة 105 من القانون المدني الجزائري.

أما في حالتنا هذه فالحجز التحفظي في ذاته صحيح ولا يتحول من البطلان إلى الصحة ، وإنما يتحول من عمل صحيح إلى عمل آخر صحيح ، ولهذا فمن الأدق من الناحية الإصطلاحية القول بأن " الحجز التحفظي يصبح حجرا تنفيذيا " .أنظر أكثر تفصيل فتحي والي ، المرجع السابق ، بند 176 ، ص 295 و الدكتور محمد حسنين المرجع السابق ، ص 154 .

3/ طبيعة حجز ما للمدين لدى الغير :

يقصد بتحديد طبيعة حجز ما للمدين لدى الغير معرفة ما إذا كان هذا الحجز هو صورة لإستعمال الدائن لحقوق مدينه بطريق غير مباشر (الدعوى غير المباشرة) ؟ أم أنه إجراء قائم بذاته ومستقل عن حق استعمال حقوق المدين ؟

يرى البعض أن حجز ما للمدين لدى الغير هو صورة لإستعمال الدائن لحقوق مدينه بطريق الدعوى غير المباشرة التي نصت على أحكامها المادتين 189 و 190 من القانون المدني الجزائري.

والواقع أن هذا مختلف عن ذلك سواء من حيث الهدف المقصود أو الشروط أو الآثار (1) .

* فمن حيث الهدف :

إن الغرض من حجز ما للمدين لدى الغير هو وضع ما يكون للمدين من أموال (منقولات مادية أو أسهم أو حصص أرباح في الشركات أو سندات مالية أو ديون) في ذمة الغير تحت يد القضاء ومنع المحجوز لديه من الدفع للمدين أو تسليمه لهذه الأموال وذلك إلى حين اتخاذ الدائن الحاجز للإجراءات التي تخول له اقتضاء حقه مباشرة من الحق المحجوز عليه .

أما استعمال الدائن لحقوق مدينه بطريق غير مباشر ، فلا يستهدف إلا مجرد إدخال الحق الذي تقاعس المدين عن استعماله أو المطالبة به في ذمة هذا الأخير ليكون ضامنا لسائر حقوق الدائنين .

* من حيث الشروط :

لا يشترط قانون الإجراءات المدنية والإدارية للحجز على ما يكون للمدين لدى الغير ما يشترطه القانون المدني لاستعمال حقوق المدين من انه قد امسك عن استعمال هذه الحقوق وأن من شأن هذا الإمساك قد تسبب في إفسار المدين أو زاد في إفساره (انظر في هذا الصدد ما سبق ذكره في الدعوى غير المباشرة) .

(1) : أحمد خلاصي، المرجع السابق ، ص 330 .

* من حيث الآثار :

أنه بمجرد توقيع الحجز على ما للمدين في ذمة الغير يمتنع على المدين (المحجوز عليه) التصرف فيما له في ذمة الغير ، كما يمتنع على الغير (المحجوز لديه) الوفاء له بمطلوبه .

أما إذا استعمل الدائن حقوق مدينه ، فلا يمتنع على هذا الأخير التصرف في حقه ولا على مدين المدين الوفاء له بمطلوبه ، بل يجوز للمدين أن يتنازل عن حقه أو أن يتصالح بشأنه ، ولا يملك الدائن في هذه الحالة إلا الدفع بعدم نفاذ التصرف في حقه بطريق الدعوى البولصية متى توافرت شروطها (1) .

وهكذا فإنه ووفقا لهذا التحليل يمكن القول أن حق الدائن في الحجز على ما لمدينه لدى الغير هو حق قائم بذاته ومستقل عن حق استعمال الدائن لحقوق مدينه بطريق الدعوى غير المباشرة .

كما تجدر الإشارة إلى أن القانون الجزائري يعرف في هذا الصدد نوعين من حجز ما للمدين لدى الغير ، أحدهما يتم بموجب سند تنفيذي ويأخذ صورة الحجز التنفيذي على ما يكون للمدين لدى الغير ، وقد ورد النص عليه في أحكام المادة 667 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

والثاني يتم توقيعه استنادا إلى مسوغات ظاهرة كالسند العرفي أو أية وثيقة تثبت وجود علاقة مديونية وجعله حجرا تحفظيا وهو الذي نحن بصدد بحثه ، وقد ورد النص عليه بعموم أحكام المادة 668 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

4/ شروط حجز ما للمدين لدى الغير .

يشترط لتوقيع حجز ما للمدين لدى الغير ضرورة توافر ثلاثة شروط . شروط ترجع إلى أطراف الحجز و شروط ترجع إلى الحق الذي يجري الحجز لإقتضائه وشروط ترجع إلى محل الحجز وذلك على التفصيل الآتي :

(1): أحمد خلاصي ، المرجع السابق ، ص 332 .

4/ أ - الشروط التي ترجع إلى أطراف الحجز .

إذا كان حجز ما للمدين لدى الغير يفترض وجود علاقة ثلاثية الأطراف بين الحاجز والمحجوز عليه والمحجوز لديه ، فإن ذلك يستلزم منا تقسيم هذه الشروط إلى شروط تتعلق بالدائن (الحاجز) وشروط تتعلق بالمدين (المحجوز عليه) وشروط تتعلق بالغير (المحجوز لديه) وهو ما نوردته في حينه .

4/ أ - 1 - الشروط التي تتعلق بالدائن (الحاجز) :

نص المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من نص المادة 668 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه :

" إذا لم يكن بيد الدائن سند تنفيذي ، لكن له مسوغات ظاهرة ، جاز له أن يحجز حجزاً تحفظياً على ما يكون لمدينه لدى الغير ... "

ويستفاد من هذا النص أن كل دائن سواء كان دائناً عادياً أو دائناً ممتازاً يستطيع توقيع حجز تحفظي على ما لمدينه لدى الغير ، كما أن كلا من الخلف العام للدائن (كالوارث والموصى له بكل المال) وخلفه الخاص (كالموصى له بمال معين والمحال إليه والمشتري) وممثليه قانونيين كانوا أو اتفاقيين يستطيعون توقيع حجز ما للمدين لدى الغير .(1)

4/ أ - 2 - الشروط التي تتعلق بالمدين (المحجوز عليه) :

يجب أن تتوافر في المدين (المحجوز عليه) صفة التقاضي ، وهي تثبت له إذا كان مديناً شخصياً للدائن (الحاجز) سواء كان مديناً أصلياً أو بصفة تبعية كالمدين غير المتضامن . كما يستوي أن يكون خلفاً عاماً أو خاصاً للمدين ، كما يشترط أن تتوافر لديه الأهلية .

(1): محمود السيد عمر التحيوي ، المرجع السابق ، ص 100 عن عبد الحميد أبو هيف ، طرق التنفيذ والتحفظ بند 443 ، ص 285 .

إلا انه يلاحظ ونظرا للطبيعة الخاصة للحجز التحفظي على ما للمدين لدى الغير ، فان القواعد المقررة في أحكام المادة 617 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والخاصة بالتنفيذ ضد ورثة المنفذ عليه لا تنطبق على هذا النوع من الحجوز ، فإذا أراد دائن المورث الحجز على ما للمدين لدى الغير فانه لا يلتزم بأحكام النظام الإجرائي الذي ورد في هذه المادة والتي تتعلق بالإجراءات التنفيذية لا الإجراءات التحفظية .(1) ويجب أن يكون المحجوز عليه دائنا للمحجوز لديه .

4 / أ - 3 - الشروط التي تتعلق بالغير (المحجوز لديه) :

يشترط لتوقيع الحجز التحفظي بإجراءات حجز ما للمدين لدى الغير أن تكون المنقولات المادية أو الأسهم أو حصص الأرباح في الشركات أو السندات المالية أو الديون موجودة في حيازة من يعتبر من الغير ، وقد سبق بيان المقصود بالغير في حجز ما للمدين لدى الغير بأنه كل شخص تربطه بالمدين (المحجوز عليه) علاقة قانونية تجعل منه مدينا له وليس مجرد تابع له .

(1): تنص المادة 617 من ق إ م و إ على أنه :

" إذا توفي المنفذ عليه قبل البدء في إجراءات التنفيذ ، فلا يجوز التنفيذ ضد ورثته إلا بعد التبليغ الرسمي للتكليف بالوفاء إلى ورثته جملة أو إلى أحدهم في موطن مورثهم وإلزامهم بالوفاء وفقا لأحكام المادتين 612 و 613 أعلاه "

4/ ب- الشروط التي ترجع إلى الحق المحجوز من أجله :

لما كان الحجز التحفظي على ما للمدين لدى الغير ليس بإجراء من إجراءات التنفيذ كما تقدم القول ، فإنه لا يشترط في الحق المحجوز - أي حق المحجوز عليه في ذمة المحجوز لديه - أن يكون معين المقدار أو حال الأداء ، على عكس الحق المحجوز من أجله - أي حق الحاجز في ذمة المحجوز عليه - الذي يشترط فيه أن يكون محقق الوجود وحال الأداء طبقاً للأحكام العامة في الحجوز التحفظية .

4/ ج- الشروط التي ترجع إلى محل الحجز :

لقد حددت المادة 667 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية محل حجز ما للمدين لدى الغير بأنه كل منقول مادي في حيازة الغير أو حق للمدين في ذمة الغير ، كما أضاف المشرع للمنقولات المادية الأسهم وحصص الأرباح في الشركات والسندات المالية .

4/ ج- 1- الحجز على المنقولات المادية أو الأسهم أو حصص الأرباح في الشركات أو السندات المالية :

لقد عالجت الفقرة الأولى من نص المادة 668 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حالة توقيع الحجز التحفظي على المنقولات المادية التي تكون في حيازة الغير ، كالحجز على المنقولات المادية الموجودة تحت يد أمين النقل والحجز على البضائع التي تكون في حيازة المودع لديه ، وكذا الحجز على الأسهم وحصص الأرباح في الشركات والسندات المالية المودعة لدى البنك أو لدى سمسار ومن ثم فلا يجوز توقيع حجز ما للمدين لدى الغير سواء كان الحجز تحفظياً أو تنفيذياً على العقارات بطبيعتها أو العقارات بالتخصيص .

وكذلك لا يجوز الحجز على ما يكون للمدين في ذمة الغير من التزام بعمل أو الإمتناع عنه . أما إذا تحول هذا الإلتزام إلى تعويض ، فإنه يجوز الحجز على مقابل الإلتزام الأصلي .(1)

(1) : أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، بند 210 ، ص 503 .

4/ ج - 2- الحجز على حقوق المدين التي تكون بيد الغير :

لقد أكد المشرع الجزائري على جواز الحجز على ما يكون للمدين من حقوق لدى الغير ، ولو لم يحل أجل الوفاء بها ، وهذا باستثناء الحقوق التي يمنع القانون التصرف فيها ، كالحقوق المستقبلية إذ لا يجوز الحجز على ما يستحقه المدين في تركة مستقبلية ، إذ هو حق لا يجوز التصرف فيه (1) .

5) إجراءات حجز ما للمدين لدى الغير :

يجري الحجز التحفظي على ما للمدين لدى الغير على خلاف الحجوز الأخرى بين ثلاثة أطراف الدائن الحاجز والمدين المحجوز عليه وشخص من الغير وهو المحجوز لديه ، وذلك وفقا للإجراءات التالية :

1/ استصدار أمر الحجز :

نزولا عند أحكام المادتين 667 و 668 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تبدأ إجراءات الحجز التحفظي على ما يكون للمدين من حقوق وأموال لدى الغير بتقديم طلب من الدائن الذي يريد استصدار أمر الحجز إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مقر الأموال المطلوب حجزها ، وذلك بناء على عريضة مسببة ومؤرخة وموقعة من قبله ووفقا للإجراءات المنصوص عليها في المادة 647 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

كما يتعين على الدائن الحاجز اختيار موطن له في دائرة اختصاص المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن الأموال المحجوزة .

(1) : فتحي والي ، المرجع السابق ، بند 147 ، هامش 02 ، ص 240 .

2/ تبليغ أمر الحجز .

يتولى القائم بالتنفيذ تبليغ أمر الحجز إلى المحجوز لديه شخصيا إذا كان شخصا طبيعيا . أما إذا كان شخصا معنويا ، فيتم التبليغ إلى ممثله القانوني مع تسليمه نسخة من أمر الحجز مع التتويه بذلك في محضر (1) وذلك في خلال أجل أقصاه ثمانية (08) أيام وفقا لما يتطلبه القانون تسري من تاريخ صدور الأمر بالحجز .

أما بالنسبة للمدين المحجوز عليه المقيم بالخارج فيتعين تبليغه بأمر الحجز لشخصه أو إلى موطنه بالخارج حسب الأوضاع القانونية المعمول بها في البلد الذي يقيم فيه حتى يكون على علم بما وقع من حجز على أمواله داخل الوطن .

ونظرا لأهمية العملية ، يتولى القائم بالتنفيذ فور استصدار أمر الحجز بجرد الأموال المطلوب حجزها وتعيينها تعيينا دقيقا في محضر الحجز والجرد ، ويعين المحجوز لديه حارسا عليها وعلى ثمارها ، إلا إذا طلب هذا الأخير إعفاه من حراستها ، ففي هذه الحالة يتسلمها المحضر القضائي مع التتويه على ذلك في المحضر .

ونظرا للمسؤولية الملقاة على عاتق المحجوز لديه ، يجب أن ينوه القائم بالتنفيذ في محضر الحجز والجرد على إعدار المحجوز لديه بعدم التخلي عن الأموال المحجوزة وعدم تسليمها للمدين أو غيره إلا عند صدور أمر مخالف طبقا لنص المادة 669 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

كما يجب التنبيه إلى أنه وإعمالا لأحكام المادة 671 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه في حالة تعدد فروع المحجوز عليه كالوكالات المتفرعة عن البنوك وصندوق التوفير والإحتياط والشركات ، فإن الحجز لا ينتج أثره إلا بالنسبة للفرع الذي عينه الحاجز وتضمنه أمر الحجز دون بقية الفروع الأخرى ، حتى وإن كانت موجودة في نفس الموطن .

(1) : راجع في هذا الصدد أحكام الفقرة الأولى من نص المادة 669 من ق إ م و إ .

3/ التبليغ الرسمي لمحضر الجرد والحجز .

يجب أن يتم إعلان المحجوز عليه بمحضر الحجز والجرد رسميا في ميعاد أقصاه ثمانية (08) أيام التالية لإجراء الجرد والحجز مرفقا بنسخة من أمر الحجز مع التتويه بذلك في محضر التبليغ وإلا كان الحجز باطلا طبقا لأحكام **الفقرة الأولى** من نص المادة **674** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

مع ملاحظة أن المحجوز عليه الموجود داخل الوطن ، لا يتم تبليغه بأمر الحجز وإنما يتسلم نسخة منه بعد تحرير محضر الجرد (1) .

4/ دعوى تثبيت أمر الحجز .

سنكتفي هنا بالإحالة على ما سبق بيانه في هذا الشأن ، وكل ما يمكن إضافته في هذا الصدد أن دعوى تثبيت الحجز ترفع من قبل الحاجز على المحجوز عليه في أجل أقصاه **خمسة عشر (15) يوما** تسري من تاريخ صدور الأمر بالحجز ، ولا يلزم اختصام المحجوز لديه فيها، ولكن إذا اختصم المحجوز لديه فيها ، فلا يجوز له أن يطلب إخراجه منها ويكون الحكم الصادر فيها حجة عليه فيما يتعلق بتثبيت الحجز .(2)

ويجوز للمحجوز عليه اختصام المحجوز لديه إذا كان الأول ينازع في مسؤوليته عن الدين ويكون للمحجوز لديه حق الطعن في الحكم الصادر في دعوى صحة الحجز في كافة الأحوال وذلك طبقا للقواعد العامة .(3)

(1) : بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 213 .

(2) : أنظر في هذا الصدد أحكام المادة 673 من ق أ م و إ .

(3) : محمود السيد عمر التحيوي ، المرجع السابق ، ص 134 .

كما تجدر الإشارة إلى أنه وبالرغم من أن الحجز في هذه الحالة يجري بدون سند تنفيذي ، أي بناء على مسوغات ظاهرة ، إلا أن المشرع الجزائري قد اعتبر أن مجرد إعلان المحجوز لديه رسميا بأمر الحجز يعد بمثابة إنذار له بتقديم تصريح (1) عن الأموال المملوكة للمدين والمودعة لديه . وبذلك يكون المشرع قد خفف على الدائن عبء إثبات ما يدعيه من وجود حق للمدين لدى الغير أو أن في حيازة الغير مالا مملوكا للمدين ، وأوقع على المحجوز لديه التزاما قانونيا بأن يصرح بما في ذمته من حقوق وأموال مملوكة للمدين .

كما استحدث المشرع بموجب المادة 628 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية طريقة لمساعدة الدائن في البحث عن أموال مدينه الموجودة في حيازة الغير ، وذلك من خلال السماح للمحضر القضائي بالدخول إلى الإدارات والمؤسسات العمومية والخاصة لحصر هذه الأموال وجردها .

كما ألزم المحجوز لديه (الإدارات والمؤسسات العمومية والخاصة) بتقديم المساعدة لإنجاز الغرض المطلوب منها .

(1) : أن المشرع الجزائري قد استعمل مصطلحين بالنسبة للوثيقة الخاصة بتقرير المحجوز لديه بما في ذمته من حقوق وأموال مملوكة للمحجوز عليه ، مصطلح " شهادة " **Attestation** في المادة 676 من ق إ م و إ ومصطلح " تصريح " **Déclaration** في المادتين 672 و 677 من ق إ م و إ .

وكان حريا بالمشرع أن يأخذ بالمصطلح الذي استقرت عليه لغة القانون " التقرير بما في الذمة " .

الفرع الثاني : آثار الحجز التحفظي وكيفية الحد منها .

ندرس في هذا الفرع آثار الحجز التحفظي وكيفية الحد من هذه الآثار أو التخفيف منها .

أولا : آثار الحجز التحفظي .

يمكن حصر أهم آثار الحجز التحفظي في أثر هام هو إخضاع الأموال المحجوزة لنظام قانوني خاص .

- إخضاع الأموال المحجوزة لنظام قانوني :

بقصد تحقيق الغرض من الحجز التحفظي في المحافظة على الضمان العام لحقوق الدائن الحاجز فإنه بمجرد صدور أمر الحجز وتنفيذه وفقا للأحكام التي يتطلبها القانون ، تعزل الأموال المحجوزة وتصبح خاضعة لنظام قانوني خاص والذي يمكن حصر أهم عناصره في نقطتين أساسيتين هما :

أ/ عدم نقل الحيازة :

لا يترتب على توقيع الحجز التحفظي إخراج الأموال المحجوزة من ملك صاحبها ، وإنما تبقى في حيازته إلى حين الحكم بتثبيت الحجز أو الأمر برفعه ، وله أن ينتفع بها انتفاع رب الأسرة الحريص ، كما له أن يملك ثمارها مع المحافظة عليها .(1)

إلا أنه وتحقيقا للغاية التي شرع من أجلها هذا الحجز ، فقد قيد المشرع سلطة المحجوز عليه في تأجير الأموال المحجوزة ، واشترط لتأجيرها ضرورة حصول المحجوز عليه على رخصة من المحكمة التي أمرت بتوقيع الحجز ، وهذا ما أشارت إليه **الفقرة الثانية** من نص المادة **661** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها :

(1) : راجع في هذا الصدد ، أحكام المادة 660 من ق إ م .

" غير أنه يجوز للمدين أن يؤجر الأموال المحجوزة بترخيص من رئيس المحكمة الذي أمر بالحجز وذلك بأمر على عريضة " .

كما ألزمت الفقرة الثالثة من نص المادة 669 من نفس القانون المحجوز لديه بعدم التخلي عن حيازة الأموال المحجوزة وعدم تسليمها للمدين المحجوز عليه أو غيره إلا بصدر أمر مخالف .

ب/ عدم نفاذ التصرف بعد الحجز :

إن توقيع الحجز التحفظي على أموال المدين يعني وضع هذه الأموال تحت يد القضاء ومنع المدين المحجوز عليه من التصرف فيها . وكل تصرف قانوني بعد توقيع الحجز وإعلانه يعد عملاً غير مشروع وعديم الأثر ، وهذا ما أشارت إليه الفقرة الأولى من نص المادة 661 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها :

" كل تصرف قانوني من المدين في الأموال المحجوزة ، لا يكون نافذاً ويترتب على التصرفات القانونية أو الأعمال المادية المضرة بالحاجز ، تعرضه للعقوبات المتعلقة بجرائم الأموال المحجوزة المنصوص عليها في قانون العقوبات " .

- ويتبين من هذا النص أن القيد الوحيد الذي يرد على سلطات المدين كمالك هو عدم التصرف في المال المحجوز تصرفاً من شأنه الإضرار بحقوق الدائن الحاجز .

أما التصرف الذي لا يضر بحقوق الحاجز ، فلا يلحقه المنع أو عدم النفاذ كأعمال الإدارة التي لا تخرج ملكية الأموال المحجوزة من ذمة المحجوز عليه ، وهذا باستثناء تصرفات الإدارة الواردة على عقود الإيجار مهما كانت مدتها ، فإنها لا تكون نافذة في حق الحاجز إلا بإذن من المحكمة .

- وكذلك إذا كان المال المحجوز حقا للمدين لدى الغير ، فإن أي تصرف في الحق المحجوز أو أي عمل من شأنه أن يؤدي إلى إنقاص هذا الحق أو انتزاعه ، لا يكون نافذا في حق الدائن الحاجز ويدخل في هذا منح أجل للمدين ، أو الإبراء ، أو المقاصة ، أو حوالة الحق المحجوز كله أو بعضه (1) .

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد رتب على التصرف في الأموال المحجوزة مسؤولية مدنية وجزائية بعموم أحكام المادة 661 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

ب/1- المسؤولية المدنية :

إعمالا لأحكام الفقرة الأولى من نص المادة 661 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، فإن المشرع قد جعل كل تصرف من المدين المحجوز عليه في الأموال المحجوزة غير نافذ في حق الدائن الحاجز .

وما يلاحظ على هذا النص أن المشرع الجزائري قد استبدل مصطلح " البطلان " الذي كان منصوصا عليه في القانون الملغى بعموم أحكام المادة 349 بمصطلح " عدم النفاذ " ، وهو ما يترتب في حالة ما إذا تصرف المدين في الأموال المحجوزة ، ذلك أن التصرف الواقع بين المدين المحجوز عليه والغير (المتصرف إليه) يكون صحيحا وقائما ، وكل ما في الأمر أن هذا التصرف لا يكون نافذا في حق الدائن الحاجز ، ومن ثم لا يبقى أمام الغير (المتصرف إليه) في هذه الحالة إلا المطالبة بالتعويض أمام القضاء المدني (2) .

(1) : راجع في هذا الصدد، أحكام المواد : 203 - 241 - 250 من ق م .

(2) : محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 152 .

ب/2- المسؤولية الجزائية :

لم يكثف المشرع الجزائري بترتيب مسؤولية مدنية على التصرف في المال المحجوز ، وإنما أورد نصا جزائيا عاما في قانون العقوبات يدين كل من أتلّف أو بدد أموالا محجوزة ، فقد نصت المادة **364** من قانون العقوبات على أنه :

" يعاقب بالحبس لمدة ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 دج إلى 5000 دج المحجوز عليه الذي يتلف أو يبدد الأشياء المحجوزة والموضوعة تحت حراسته أو يشرع في ذلك .

وإذا كانت الأشياء المحجوزة مسلمة إلى الغير لحراستها فتكون العقوبة الحبس من سنتين إلى خمس سنوات والغرامة من 1000 دج إلى 10.000 دج " .

كما نصت المادة **365** من قانون العقوبات على معاقبة كل من أخفى عمدا أشياء محجوزة بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 1000 دج إلى 10.000 دج .

ثانيا : كيفية الحد من آثار الحجز التحفظي .

لقد أجاز المشرع للمدين المحجوز عليه أن يطلب من القضاء المستعجل رفع الحجز التحفظي **Main levée** كلياً أو جزئياً أو تحديد أثره **Réduction** أو إبطاله **Annulée** وذلك في حالات معينة نوردها في حينها .

1/ حالات رفع الحجز التحفظي أو تحديد أثره .

نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على إمكانية رفع الحجز التحفظي كلياً أو جزئياً أو تحديد أثره بطريق الإستعجال في حالات معينة حددتها المادتين 663 و 642 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، فقد نصت المادة 663 على أنه :

" يتم رفع الحجز التحفظي بدعوى إستعجالية في الأحوال الآتية :

1/ إذا لم يسع الدائن رفع دعوى تثبيته في الأجل المنصوص عليه في المادة 662 أعلاه .

2/ إذا قام المدين بإيداع مبالغ مالية بأمانة ضبط المحكمة أو بمكتب المحضر القضائي لتغطية أصل الدين والمصاريف .

3/ في كل حالة يثبت فيها المستأجر أو المستأجر الفرعي أنه دفع الأجرة المستحقة في حالة حجز المؤجر على منقولات المستأجر " .

- كما نصت المادة 642 على أنه :

" يجوز للدائن الحجز على جميع أموال المدين حفاظاً على الضمان العام لديونه .

غير أنه إذا كانت قيمة الدين المحجوز من أجله لا تتناسب مع قيمة الأموال المحجوزة جاز للمدين أن يطلب بدعوى استعجالية الحكم له بقصر الحجز على بعض هذه الأموال التي تغطي مبلغ الدين ومصاريفه .

والدائن الذي تقرر قصر الحجز لصالحه ، له الأولوية على غيره من الدائنين عند استفتاء حقه من الأموال التي يقصر الحجز عليها " .

ويستفاد من هذين النصين أن المشرع الجزائري وإن كان قد أجاز للدائن الحجز على جميع أموال مدينه حفاظاً على الضمان العام لديونه ، إلا أنه أورد بعض القواعد التي من شأنها الحد من الآثار التي قد يترتبها حق الضمان العام وكفل للمحجوز عليه الحق في رفع الحجز كلياً إذا تبين سوء نية الدائن ورغبته في مضايقة مدينه أو عدم اتخاذه لإجراءات الحجز في الميعاد الذي يتطلبه القانون .

كما أجاز له استبدال محل الحجز بإتباع نظام الإيداع والتخصيص أو حصر الحجز في بعض الأموال إذا ثبت أن قيمة الدين المحجوز من أجله لا تتناسب مع قيمة الأموال المحجوزة ، وهو ما يعرف اختصاراً بنظام قصر الحجز .

وسنتناول كل هذه الحالات بشيء من التفصيل في الآتي :

(أ) حالة رفع الحجز كلياً :

يجوز للمحجوز عليه أن يطلب بطريق الإستعجال رفع الحجز كلياً إذا قامت له ميررات أو كان بحوزته مستندات تثبت براءته من الدين المحجوز من أجله ، أو أن إجراءات الحجز باطلة لأي سبب من الأسباب ، أو أن الدائن الحاجز لم يسع إلى تثبيت أمر الحجز في الميعاد المحدد بخمسة عشر (15) يوماً من تاريخ صدوره . ففي كل هذه الحالات يعتبر الحجز كأن لم يكن وتزول بالتبعية كافة الإجراءات التي اتخذت بناء على أمر الحجز .

(ب) حالة رفع الحجز جزئياً (نظام الإيداع والتخصيص أو استبدال محل الحجز) :

أعطى المشرع للمحجوز عليه وسيلة تمكنه من مواجهة الآثار التي تترتب على استعمال حق الضمان العام وتحرير أمواله من القيود التي يفرضها توقيع الحجز واستعادة سلطته عليها .(1)

وذلك بطلب رفع الحجز عن جزء من أمواله مقابل إيداع كفالة بأمانة ضبط المحكمة أو بين يدي المحضر القضائي تخصص كضمان للوفاء بأصل الدين والمصاريف ، ومثال ذلك أن يكون الحجز موقعا على سيارتين مملوكتين للمدين المحجوز عليه ، ففي هذه الحالة يجوز للمحجوز عليه أن يطلب بطريق الإستعجال رفع الحجز عن إحدى سيارته ، شريطة أن يكون المبلغ المودع والمخصص مساوياً لقيمة السيارة المرفوع عنها الحجز .

(1): أحمد خلاصي ، المرجع السابق ، ص 230 ، عن الدكتور احمد ماهر زغلول ، أصول التنفيذ وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية والتشريعات الخاصة المرتبطة بها ، الطبعة الرابعة ، ص 505 .

ويعتبر نظام الإيداع و التخصيص في جوهره تعديل لمحل الحجز باستبدال مبلغ من النقود بالأموال المحجوزة ، فهذا النظام وإن كان المقصود به أساسا حماية مصلحة المحجوز عليه بتمكينه من مواجهة الآثار التي تترتب على توقيع الحجز (1) ، فهو لا يمس بحقوق الدائن الحاجز ولا يحمل أية أضرار له ، بل على العكس من ذلك فهو يقدم للدائن الحاجز العديد من المزايا تجعله أكثر ثقة وتأكدا من استقاء حقه (2) ، كما يجنبه مزاحمة الدائنين أصحاب الحجز اللاحقة على الإيداع والتخصيص ، بحيث يختص وحده بالمبلغ المودع والمخصص لسداد دينه ، شريطة أن يثبت الحاجز حقه في أصل الدين ، وأن ترفع دعوى تثبيت الحجز في الميعاد المحدد قانونا ، وبذلك ينتقل الحجز بجميع خصائصه وصفاته إلى المبلغ المودع .

(ج) تحديد أثر الحجز (نظام قصر الحجز) :

عملا بأحكام **الفقرة الأولى** من نص المادة **642** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، يجوز للدائن أن يضرب حجزا تحفظيا على جميع أموال مدينه حماية للضمان العام لحقوقه ، شريطة أن لا تكون هذه الحماية ذريعة مشروعة لتعسف الدائن في استعمال حقه وإلحاق ضرر بالمدين . فقد تكون قيمة الدين المحجوز من أجله ضئيلة ولا تتناسب مع قيمة الأموال المحجوزة ، كما لو لجأ الدائن إلى حجز مجموعة سيارات مملوكة لمدينه رغم أن حجز واحدة منها كاف لإستقاء حقه ولذلك رأى المشرع عبر صياغته لأحكام المادة **642** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إحداث حل توافقي بين مصلحتي الدائن والمدين ، فأجاز للأول التحفظ على جميع أموال مدينه ، وبالمقابل أجاز للثاني في حالة عدم تناسب قيمة الدين المحجوز من أجله مع قيمة الأموال المحجوزة أن يطلب بطريق الإستعجال قصر الحجز على بعض الأموال المحجوزة التي تغطي قيمة الدين والمصاريف ورفعها عن الباقي (3) .

(1) : أحمد خلاصي ، المرجع السابق ، ص 231 ، عن أحمد ماهر زغلول ، ص 506 .

(2) : أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 274 .

(3) : بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 116 .

وفي هذه الحالة يسترد المدين حريته في التصرف ، فيما عداها من الأموال التي وقع عليها
الحجز .(1)

وبالمقابل يكون للدائن الذي تقرر قصر الحجز لمصلحته الأولوية في استثناء حقه من الأموال التي
صدر الحكم بقصر الحجز عليها .

وترفع دعوى رفع الحجز التحفظي بطريق الإستعجال أمام الجهة القضائية المختصة محليا
(المحكمة التي أمرت بالحجز) وفقا للقواعد العامة وطبقا لأحكام الفقرة السابعة من نص المادة
40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

أما بالنسبة لميعاد رفعها ، فهي ترفع بين تاريخ صدور الأمر بالحجز وقبل صدور الحكم بتثبيته
وعلى ذلك فإذا صدر حكم بتثبيت الحجز ، فلا يجوز رفع دعوى رفع الحجز نظرا لإكتساب هذا
الحكم حجية الشيء المقضي فيه .

ويترتب على رفع الحجز زوال قيوده واسترداد المحجوز عليه الأموال المحجوزة وممارسة كافة
الحقوق التي له عليها .

(1): أحمد خلاصي ، المرجع السابق ن ص 235 .

المبحث الثاني : صور الحجز التحفظي .

لقد رأى المشرع الجزائري الإبقاء على بعض صور هذا الحجز التي كان ينص عليها القانون الملغى ، واستحدث صوراً أخرى بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

ولتسليط الضوء أكثر ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ، نتناول في الأول الصور المكرسة للحجز التحفظي ، ونتناول في الثاني الصور المستحدثة للحجز التحفظي .

المطلب الأول : الصور المكرسة للحجز التحفظي (1) :

إلى جانب التنظيم العام للحجز التحفظي الذي نصت عليه المادة 647 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تجيز للدائن التحفظ على منقولات وعقارات مدينه في كل حالة " يخشى فقدان الضمان لحقوقه " رأى القانون الجديد الإبقاء على أربع حالات خاصة بالحجز التحفظي ، تختص كل حالة عن الأخرى بعدد من الأوجه ، بينما تشترك الحالات الأربع في مجموعة من العناصر .

ومفاد هذا الإبقاء هو إعفاء الدائن الحاجز من عبء إثبات توافر شرط الخشية من فقدان الضمان العام لحقوقه ، فهو يفترض توافر عنصر الخشية كلما كنا بصدد حالة من الحالات الخاصة .

غير أن هذا لا يعني إنقاص سلطة القاضي الآن بالحجز في هذه الحالات ، فله رغم توافر الحالة الخاصة رفض الإذن بالحجز (2) وفقاً لما سيأتي بيانه لاحقاً .

ونقصد بالحالات الخاصة بالحجز التحفظي على القاعدة التجارية للمدين وحجز المؤجر على منقولات المستأجر والحجز على منقولات المدين المنتقل والحجز الإستحقاقى .

و سنعرض لكل حالة من هذه الحالات الخاصة في فرع مستقل ، و ذلك وفقاً للتفصيل الآتي :

(1): بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 166 .

(2): فتحي والي ، المرجع السابق ، بند 134 ، ص 220 .

الفرع الأول : الحجز التحفظي على القاعدة التجارية للمدين .

حماية للحقوق التجارية والمتمثلة في القاعدة التجارية فقد نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية كيفية توقيع الحجز التحفظي بالنسبة لهذه الحقوق واعتبرها نوعا من الحجز التحفظية .

فقد نصت المادة 651 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه :

" يجوز للدائن أن يحجز تحفظيا على القاعدة التجارية للمدين ، ويقيد أمر الحجز خلال أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ صدوره بالإدارة المكلفة بالسجل التجاري ، وينشر في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية ، وإلا كان الحجز باطلا " .

ويتبين من تحليل النص أعلاه أن المشرع قد أجاز للدائن أن يحجز تحفظيا على القاعدة التجارية لمدينه وذلك وفقا لشروط وإجراءات معينة .

أولا : شروط الحجز .

لا يرد الحجز التحفظي في هذه الحالة - على خلاف الحالة السابقة - على أي من المنقولات المادية المملوكة للمدين وإنما يرد على العناصر المادية والمعنوية المكونة للقاعدة التجارية للمدين .
فلذلك يشترط إلى جانب الشروط العامة السالفة الذكر والتي تستوجب أن يكون بحوزة الدائن سند يثبت حقه الذي في ذمة مدينه أو مسوغات ظاهرة ترجح وجود هذا الدين ، فإن محل هذا الحجز يجب أن ينصب على قاعدة تجارية .

مع العلم أن القاعدة التجارية تتكون من عناصر مادية تتمثل في الآلات والمعدات والتجهيزات وعناصر معنوية تكمن في عنصر العملاء والشهرة التجارية والإسم التجاري والعنوان التجاري والحق في الإيجار وحق الملكية الصناعية والفكرية .

وبذلك يكون المشرع قد تدارك العيب الذي كان موجودا في نص المادة 347 من قانون الإجراءات المدنية والتي كانت تنص على أنه :

"يجوز للدائن الحجز تحفظيا على المنقولات إذا كان حاملا لسند أو كان لديه مسوغات ظاهرة ويجوز له أيضا في إحدى هاتين الحالتين أن يستصدر إذنا بقيد رهن حيازي على محل تجارة المدين "

إذ أن المشرع استعمل مصطلح الرهن الحيازي في غير موضعه ، إذ هو في حقيقته أشبه بالرهن التأميني ، لأن الحيازة لا تنتقل فيه إلى الدائن المرتهن ، بل تبقى للمدين الراهن رغم تسميته بالرهن الحيازي.(1)

ثانيا : إجراءات الحجز .

يستلزم توقيع الحجز التحفظي على القاعدة التجارية للمدين استصدار أمر بالحجز بتقديم عريضة إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدين أو مكان تواجد المحل التجاري على أن تتضمن العريضة وصفا دقيقا وشاملا لعناصر القاعدة التجارية .

وبمجرد حصول الدائن الحاجز على أمر الحجز ، يتعين عليه تبليغه رسميا إلى المدين المحجوز عليه ، وحينئذ يتولى القائم بالتنفيذ تحرير محضر جرد العناصر المادية المكونة للقاعدة التجارية مع تحديد وصفها وقيمتها ، ويبلغ المحجوز عليه بمحضر الحجز ويسلمه نسخة من محضر الحجز والجرد ويعينه حارسا على القاعدة التجارية محل الحجز .

كما ألزمت المادة 651 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الدائن الحاجز بقيد أمر الحجز بالإدارة المكلفة بالسجل التجاري (2)، وهو سجل خاص تقيد فيه جميع البيانات التي من شأنها إفادة الغير الذي يريد التعامل مع التاجر، على أن يتم القيد في خلال أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوما تسري من تاريخ صدور الأمر بالحجز .

(1): محمد حسنين ، المرجع السابق ، هامش 01 ، ص 155 ، الدكتور مروك نصر الدين ، المرجع السابق ، ص 144 .

(2): يقصد بالإدارة المكلفة بالسجل التجاري المركز الوطني للسجل التجاري ، وهو هيئة إدارية مستقلة موضوعة تحت وصاية وزارة التجارة .

كما يتعين على الدائن الحاجز أن ينشر أمر الحجز في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية طبقاً لأحكام القانون التجاري والقانون رقم 04-08 والمرسوم التنفيذي رقم 70-92 (1) .
وبعد ذلك ومثل كل الحجز التحفظية ترفع دعوى موضوعية لتثبيت الحجز وفقاً للقواعد والأحكام السالفة الذكر .

ويترتب على هذا الحجز نفس آثار الحجز التحفظي من بقاء المحل التجاري في حيازة المدين المحجوز عليه مؤقتاً ، وله أن ينتفع به انتفاع رب الأسرة الحريص مع المحافظة عليه .

الفرع الثاني : حجز المؤجر على منقولات المستأجر .

تناول المشرع الجزائري هذا النوع من الحجز التحفظية في المواد من 653 إلى 656 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وخول بمقتضاها لمؤجر المباني والأراضي الزراعية أن يباشروا حجزاً تحفظياً على المنقولات والمزروعات والثمار الموجودة بالعين المؤجرة لضمان وفاء الأجرة المستحقة عن إيجارها ، على اعتبار أن الحجز يشكل إحدى الضمانات المقررة لاستيفاء المستحقات إذا لم يقم المستأجر بدفع بدل الإيجار .

فالمؤجر يتمتع بحق الأولوية في الحصول على ديونه الناجمة عن استعمال تلك العقارات (2) وعلى ضوء ذلك سنتناول شروط هذا النوع من الحجز وهذا بعد تحديد مصدر الحق في توقيعه .

(1) : القانون رقم 04-08 المؤرخ في 14 أوت 2004 والمتعلق بشروط ممارسة النشاطات التجارية ، والمرسوم التنفيذي رقم 70-92 المؤرخ في 18 فبراير 1992 والمتعلق بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونية التي توجب على كل شخص طبيعي أو معنوي القيام بنشر كافة المعلومات ذات الطابع الرسمي حتى يتمكن الغير (المتعاملون) من الإطلاع عليها .

(2) : بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 168 .

أولاً : مصدر الحق في توقيع حجز المؤجر .

إن مصدر الحق في توقيع حجز المؤجر المنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بعموم أحكام المواد 653 ، 654 ، 655 ، 656 مستمد من حق الحبس **Droit de rétention** الذي نصت عليه الفقرة الأولى من نص المادة 501 (1) من القانون المدني والتي تخول للمؤجر الحق في حبس منقولات المستأجر الموجودة بالأماكن المؤجرة ضماناً لحقوقه الناشئة عن عقد الإيجار ، وكذا حق الإمتياز **Droit de privilege** الذي نصت عليه الفقرة الأولى من نص المادة 995 (2) من القانون المدني الجزائري والتي تمنح للمؤجر امتيازاً على ما يكون موجوداً بالعين المؤجرة من منقول قابل للحجز ومحصول زراعي مملوكاً للمستأجر .

ثانياً : شروط وإجراءات حجز المؤجر .

الظاهر أن نصوص القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية تكمل بعضها البعض في هذا الصدد ، فالمادة 501 من القانون المدني تتكلم عن الحق في الحبس الذي يكون للمؤجر على منقولات المستأجر الموجودة بالعين المؤجرة ، والمادة 995 من القانون المدني تتكلم عن حق الإمتياز الممنوح للمؤجر ضماناً لحقوقه الناشئة عن عقد الإيجار .

أما قانون الإجراءات المدنية والإدارية فهو ينظم شروط وإجراءات استعمال هذين الحقين اقتضاءً للأجرة المستحقة ، وذلك على النحو التالي :

(1) : تنص المادة 501 من ق . م في فقرتها الأولى على ما يلي :

" يحق للمؤجر ضماناً لحقوقه الناشئة عن الإيجار أن يحبس جميع المنقولات القابلة للحجز الموجودة في العين المؤجرة ما دامت مثقلة بامتياز المؤجر ، ولو لم تكن مملوكة للمستأجر " .

(2) : تنص المادة 995 من ق م في فقرتها الأولى على ما يلي : " يكون لأجرة المباني والأراضي الزراعية لسنتين أو لكامل مدة الإيجار إن قلت عن ذلك ، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار امتياز على ما يكون موجوداً بالعين المؤجرة ومملوكاً للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعي " .

1- شروط مباشرة حجز المؤجر .

لما كان حجز المؤجر يستند في توقيعه إلى الحق في الحبس وحق الإمتياز المقرر للمؤجر على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة من منقولات أو محصولات زراعية مملوكة للمستأجر، فمن البديهي أن يكون لهذا الحجز شروطا موضوعية تتعلق بالدائن الحاجز والمدين المحجوز عليه والدين المحجوز من أجله والمال محل الحجز، وهو ما سنفصله في حينه .

أ) الدائن الحاجز :

يشترط في الدائن الحاجز أن يكون مؤجرا لعقار ، فمؤجر المنقول لا يملك الحق في توقيع الحجز . وعلى ذلك فإن هذا الحق يكون لمؤجر العقار ولو كان غير مالك له كالمؤجر من الباطن والحائز وصاحب حق الإنتفاع وواضع اليد على العين المؤجرة ، ويستوي أن يكون العقار المؤجر مبنيا أو أرضا زراعية أو أرضا فضاء (1) .

ب) المدين المحجوز عليه :

يشترط في المدين المحجوز عليه أن يكون مستأجرا للعقار بعقد صحيح وقائم وقت توقيع الحجز سواء كان مستأجرا أصليا أو مستأجرا من الباطن .

ج) الدين المحجوز من أجله :

يجب أن يكون الدين الذي يتم الحجز اقتضاء له من الديون المستحقة للمؤجر التي يضمنها حق الإمتياز المقرر له بموجب أحكام المادة 995 من القانون المدني، سواء كان دين أجر أو أي دين آخر نشأ بسبب عقد الإيجار .

(1) : أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، بند 409 ، ص 851 .

د) المال محل الحجز :

هو المنقولات المادية الموجودة بالأماكن المؤجرة والضامنة لحق الإمتياز المقرر للأجرة ، سواء كانت مملوكة للمستأجر أو لغيره ، فيجوز توقيع الحجز على المنقولات الموجودة بالأماكن المؤجرة ولو لم تكن مملوكة للمستأجر (1) ، شريطة أن تكون قابلة للحجز عليها وأن يكون للمؤجر عليها حق امتياز طبقا للقانون ، وهذا ما قصده الفقرة الثانية من نص المادة 995 من القانون المدني بقولها :

" يثبت هذا الإمتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجـة المستأجر أو كانت مملوكة للغير ولم يثبت المؤجر إن كان يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها وذلك دون إخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة " .

كما يقع هذا الإمتياز أيضا على المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر من الباطن ، إذا كان المؤجر قد اشترط صراحة عدم الإيجار من الباطن ، وهذا ما أشارت إليه الفقرة الثالثة من النص المتقدم بقولها :

" ويقع الإمتياز أيضا على المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر الفرعي إذا كان المؤجر قد اشترط صراحة عدم الإيجار الفرعي ... "

(1) : محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 162 .

أما إذا كان المستأجر الأصلي غير ممنوع من الإيجار الباطن ، فإنه يجوز للمستأجر من الباطن أن يطلب رفع الحجز على منقولاته مع بقاء الحجز تحت يده على الأجرة (1) ، أي أن امتياز المؤجر على منقولات المستأجر الفرعي ومحصلاته لا يكون إلا بقدر ما يكون المستأجر الفرعي ملزماً قبل المستأجر الأصلي ، في الوقت الذي ينذر فيه المؤجر المستأجر الفرعي (2) ، وهذا ما أشارت إليه الفقرة الثالثة من نص المادة 995 من القانون المدني بقولها :

" ... فإذا لم يشترط ذلك فلا يثبت الإمتياز إلا للمبالغ المستحقة للمستأجر الأصلي في ذمة المستأجر الفرعي في الوقت الذي ينذره فيه المؤجر " .

أما في حالة نقل المنقولات من العين المؤجرة بغير رضا المؤجر ، وكان لهذا الأخير عليها حق الإمتياز المنصوص عليه في القانون ، فالأصل أن يرفع دعوى استرداد بشأنها ، ومع ذلك فقد أجاز المشرع للمؤجر في هذه الحالة توقيع حجز استحقاقى عليها ، شريطة أن لا يكون قد مضى على زمن نقلها مدة ستين (60) يوماً ، وهذا ما أكدته المادة 655 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها :

" يجوز للمؤجر أن يحجز تحفظياً على المنقولات الموجودة بالمبنى أو المزرعة إذا نقلت من مكانها بغير رضا المؤجر والتي له عليها حق الإمتياز المنصوص عليه في القانون ، ما لم يكن قد مضى على نقلها مدة ستين (60) يوماً " .

(1) : محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 163 .

(2) : مروك نصر الدين ، المرجع السابق ، ص 149 .

على أنه يشترط لتوقيع الحجز على هذه المنقولات بعد نقلها فضلا عن عدم رضا المؤجر أو علمه ألا تكون هناك منقولات أخرى في العين المؤجرة أو أن تكون المنقولات الباقية لا تكفي بذاتها لضمان حق امتياز المؤجر (1) ، وهذا ما نصت عليه المادة 995 من القانون المدني في فقرتها الخامسة بقولها :

" وإذا نقلت الأموال المثقلة بالإمتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه ولم يبق في العين أموال كافية لضمان الحقوق الممتازة ، بقي الإمتياز قائما على الأموال التي نقلت ... إذا أوقع المؤجر عليها حجزا استحقاقيا في الأجل القانوني . غير أنه إذا بيعت هذه الأموال إلى مشتر حسن النية في سوق عام أو بالمزاد العلني أو ممن يتجر بمثلها وجب على المؤجر أن يرد الثمن إلى هذا المشتري " .

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أقر صراحة على أن الحجز الذي يوقعه المؤجر بعد نقل المنقولات من العين المؤجرة بغير رضاه أو دون علمه هو حجز استحقاقى ، وبالنص على إلزام المؤجر بدفع ثمن المنقولات للمشتري حسن النية الذي اشتراها من سوق عام أو بالمزاد العلني أو ممن يتجر بمثلها .

(1) : أحمد خلاصي ، المرجع السابق ، ص 473 .

الفرع الثالث : الحجز على منقولات المدين المتنقل **La saisie foraine** : (1)

هو نوع من الحجوز التحفظية ، أجازها القانون لكل دائن ولو لم يكن بحوزته سند أن يحصل على إذن من المحكمة مباشرة الحجز على منقولات مدينه المتنقل **Le débiteur forain** الذي ليس له موطن أو محل إقامة ثابت ، متى كانت هذه المنقولات موجودة في المنطقة التي يقيم فيها الدائن ومملوكة لمدينه المتنقل (2) ، وهذا ما أشارت إليه المادة 657 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها :

" يجوز للدائن سواء كان بيده سند أم لا ، أن يحجز تحفظيا على منقولات مدينه المتنقل الموجودة في المنطقة التي يقيم فيها الدائن .

وإذا كانت المنقولات المحجوزة تحت يد الدائن ، عين حارسا عليها ، وإلا يعين غيره حارسا عليها بناء على طلب منه " .

وعلى ضوء ذلك سنتناول كل من الشروط الموضوعية والشروط الشكلية الواجب توافرها لمباشرة هذا النوع من الحجوز .

(1): يظهر أن المشرع الجزائري لم يوقف في استعمال لفظا المؤجر ، ذلك أن النص باللغة الفرنسية جاء بالصيغة التالية **La saisie foraine du nom foire** .

أنظر في هذا الصدد :

Voie d exécution et procédure de distribution _ jean vincent _ quatorzième édition _ dalloz 1981 .

(2) : محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 166 .

أولاً : الشروط الموضوعية :

يتبين من تحليل النص أعلاه أن المشرع قد أجاز للدائن توقيع حجز تحفظي على منقولات مدينه المتنقل (1) ، حتى ولو لم يكن بحوزته سند متى كانت المنقولات المراد التحفظ عليها موجودة بالمنطقة التي يقيم فيها الدائن .

ومؤدى ذلك أن المشرع قد استبدل شرط الخشية الوارد في باب الحجز التحفظي بشرط كون المدين متنقلاً بالرغم من أن كلاهما يهدد الضمان العام الذي للدائن على أموال مدينه .

وغنى عن بيان أنه يجب أن يكون حق الدائن محقق الوجود أو حال الأداء ، وإنما ليس بشرط أن يكون معين المقدار ، إذ انه في هذه الحالة يعين القاضي مقداره التقريبي تعييناً مؤقتاً ريثما يحكم موضوعياً في دعوى صحة الحجز (2) .

ومحل هذا الحجز هو المنقولات المادية الموجودة في المنطقة التي يقيم فيها الدائن والمملوكة لمدينه المتنقل . وعلى ذلك فقد تكون هذه المنقولات تحت يد الدائن نفسه ، كما قد تكون تحت يد غيره وفي هذه الحالة الأخيرة نكون بصدد حجز ما للمدين لدى الغير .

ويترتب على الحجز على منقولات المدين التنقل ما يترتب على الحجز التحفظي من وضع المنقولات تحت يد القضاء ومنع المدين من التصرف فيها إضراراً بدائنه (3) .

(1) : يقصد بالمدين المتنقل كل شخص ليس له موطن معلوم أو محل إقامة ثابت أو مستقر ، وكانت له أموال موجودة في المنطقة التي يقيم فيها الدائن ، كالتاجر المتنقل .
انظر في هذا الصدد ، تفصيل أكثر :

Voie d exécution et procédure de distribution _ jean vincent _ quatorzième édition _ dalloz 1981 .

(2) : محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 166 .

(3) : مروك نصر الدين ، المرجع السابق ، ص 152 .

ثانيا : الشروط الشكلية أو إجراءات توقيعه :

يشترط لتوقيع هذا الحجز ، استصدار أمر بالحجز التحفظي من رئيس المحكمة بناء على طلب الدائن (1) .

ويتم الحجز بتحرير محضر حجز يتضمن جرد الأموال المراد التحفظ عليها ، وتعيين الحاجز حارسا عليها متى كانت تلك المنقولات في حيازته . كما قد يعين غيره حارسا عليها ، وهذا ما أشارت إليه الفقرة الثانية من نص المادة 657 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها :

" وإذا كانت المنقولات المحجوزة تحت يد الدائن ، عين حارسا عليها ، وإلا يعين غيره حارسا عليها بناء على طلب منه " .

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة المختصة بإصدار أمر الحجز التحفظي هي المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها مقر الأموال المراد التحفظ عليها وليس محكمة موطن المدين ، وذلك خروجاً عن القاعدة العامة في تحديد الاختصاص المحلي ، والتي تجعل من موطن المدعى عليه معياراً لتحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر في النزاع .

على أنه لا يجوز للدائن الحاجز بيع الأموال المحجوزة ولو كانت في حيازته إلا بعد رفع دعوى أمام قاضي الموضوع لتثبيت الحجز وتكليف المحجوز عليه بالحضور قانونياً في أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوماً كما هو الشأن في الحجز التحفظية .

وترفع هذه الدعوى بالإجراءات المعتادة ، ومتى حاز الحكم القطعي الصادر فيها لقوة الشيء المقضي به ، فإن الحجز يصير تنفيذياً (2) .

(1) : إن الدائن الحاجز غير ملزم بإثبات حالة الضرورة أو الخشية من فقدان ضمانه العام ، ذلك أن هذا النوع من الحجز ينصب على قرينة مفترضة مفادها أنه كلما أثبت الدائن أن مدينه منتقلاً وليس له محل إقامة ثابت أو مستقر قامت قرينة على وجود حالة الضرورة للحجز .

(2) : أحمد خلاصي ، المرجع السابق ، ص 476 .

الفرع الرابع : الحجز الإستحقاقي .

هو نوع من الحجز التحفظي ، نص عليه المشرع في المادة 658 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وأجاز بمقتضاه لمالك منقول معين أو صاحب حق عيني عليه يخوله تتبعه الحجز عليه تحت يد حائزه .

وقد سمي هذا الحجز استحقاقيا لأنه يتم بناء على طلب مالكة بقصد حبسه والتحفظ عليه تحت يد القضاء ليحول بين حائزه والتصرف فيه تصرفا يضر بحقوقه عليه إلى أن يسترده (1).

وأساسه عند الأستاذ " محمد حسنين " (2) هو التتبع العيني **Droit de suite**

أي حق مالك المنقول أو صاحب الحق العيني في تتبعه في يد حائزه أو مغتصبه ، فإذا لم يكن له الحق في التتبع فلا يجوز له توقيع هذا الحجز .

ولذلك يشترط لتوقيع هذا الحجز ، فضلا عن الشروط العامة الخاصة بالحجز التحفظي ، ضرورة توافر شروط موضوعية خاصة ، كما أن لهذا الحجز شروط شكلية تتعلق بإجراءاته .

ولكن قبل التطرق إلى شروط توقيعه لا بد من الإشارة إلى مسألة هامة وهي مسألة الغاية من الحجز الإستحقاقي .

(1): أحمد خلاصي ، المرجع السابق ، ص 477 عن عبد العزيز خليل ابراهيم بديوي ، الوجيز في قواعد وإجراءات التنفيذ الجبري والتحفظ في قانون المرافعات ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، ص 329 .

(2): محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 168 .

أولاً : غاية الحجز الإستحقاقى .

إذا كانت غاية الحجز التحفظي هي وضع أموال المدين تحت يد القضاء ومنعه من التصرف فيها فإن غاية حجز الإستحقاق هي إعادة المال المنقول إلى الشخص الذي يدعي أن له عليه امتيازاً أو حق ملكية .(1)

وقد أوجد المشرع حجز الإستحقاق لتفادي تعقيدات إجراءات دعوى الإستحقاق والمهل والبطء الذي قد يستغرقه الحكم الصادر فيها ، مما يسمح للمدعى عليه بتهريب أمواله أو إخفائها . ومن ثم جاء تشريع الحجز الإستحقاقى لضمان السرعة في الإجراءات وإعطاء مدعي الإستحقاق أو الإمتياز حق الحجز على المنقول ومنع المحجوز عليه من التصرف فيه تصرفاً ناقلاً للملكية قد يمنع استعادته عينا .

ومن أمثلة الحجز الإستحقاقى الحجز الذي يوقعه المؤجر على المنقولات التي تنتقل من العين المؤجرة دون رضا المؤجر ، وكذلك الحجز الذي توقعه الزوجة على المنقولات الموجودة بمسكن الزوجية فور مغادرتها .

ثانياً : شروط الحجز الإستحقاقى .

يشترط لتوقيع هذا الحجز فضلاً عن الشروط العامة المتعلقة بالدائن الحاجز والمدين المحجوز عليه والمال محل الحجز ضرورة توافر شروط موضوعية خاصة نوجزها في الآتي :

(1) : يوسف نجم جبران ، المرجع السابق ، ص 382 .

1/ أن يكون طالب الحجز الإستحقاقى مالكا للمنقول أو صاحب حق عيني عليه يخوله حق تتبعه واسترداده من حائزه أو مغتصبه أو صاحب حق في حبسه ، إذا كان قد خرج من يده رغم معارضته أو بدون علمه .

2/ أن يكون المال محل الحجز منقولا ، وهذا بخلاف الحجز التحفظي الذي يرد على أموال المدين المنقولة منها والعقارية ، فإن حجز الإستحقاق لا يمكن إلقاءه إلا على الأموال المادية المنقولة دون العقارات والديون لدى الغير .

3/ ألا يكون حائز المنقول حسن النية ، وذلك في حالة استناد حائز المنقول إلى قاعدة " الحيازة في

المنقول سند الملكية " En fait de meuble la possession vaut titre "

ذلك أنه لا يجوز الإحتجاج بحق الإمتياز على من حاز منقولا بحسن النية ، كأن يكون قد اشتراه بعقد صحيح ممن يظهر عليه بمظهر المالك كالوارث الظاهر أو الموصى له الظاهر (1) عملا بأحكام المادتين 835 والفقرة الأولى من المادة 985 من القانون المدني .(2)

فالقاعدة العامة في هذا الصدد أنه كلما امتنع على المالك قانونا تتبع المنقولات بسبب ترتيب حق للغير يمكن الإحتجاج به في مواجهته ، امتنع على المالك توقيع الحجز (3) ويرجع إلى القانون

(1): أحمد خلاصي ، المرجع السابق ، ص 478 .

(2): تنص المادة 835 من ق م على ما يلي : " من حاز بسند صحيح منقولا أو حقا عينيا على المنقول أو سندا لحامله ، فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته .

إذا كان حسن النية والسند الصحيح قد توافر لدى الحائز في اعتباره الشيء خاليا من التكاليف والقيود العينية فإنه يكسب ملكية الشيء خالية من هذه التكاليف والقيود العينية .

والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السند الصحيح وحسن النية ما لم يقم دليل على خلاف ذلك " .

و تنص المادة 985 في فقرتها الأولى : " لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية"

(3): أحمد خلاصي ، المرجع السابق ، ص 478 .

المدني بيان الحالات التي يجوز فيها لمالك المنقول تتبعه في يد الغير والحالات التي لا يجوز فيها ذلك .

ولما كانت أحكام القضاء المصري قد قدمت بعض القرائن التي يستفاد منها جواز أو عدم جواز توقيع الحجز الإستحقاقي ، فإننا سنعرض بعض ما جاء فيها : (1)

فقد حكم بأنه يجوز للشريك توقيع الحجز التحفظي الإستحقاقي على شريكه .

كما حكم أيضا بأن يكون للبائع في العقود المترددة بين البيع والإيجار (البيع الإيجاري) وهو البيع الذي يتفق بمقتضاه الطرفين على تأجيل نقل الملكية حتى تدفع كل الأقساط ، يكون للبائع فيها حق توقيع الحجز الإستحقاقي ما دام محتفظا بالملكية إلى أن يستوفي الثمن كله .

وبالمقابل حكم بأنه لا يجوز توقيع الحجز الإستحقاقي على بضاعة لم تفرز عن غيرها ، لأنه قبل الفرز لا تعتبر عينا معينة ، وبالتالي لا يثبت للحاجز حق ملكية عليها .

كما حكم أيضا بأنه إذا تعهد صانع بأن يقوم بصنع منقولات معينة على أن يقوم هو (الصانع) بشراء المواد الخام اللازمة لها ، فإن ملكية الأشياء التي صنعها تظل له حتى يتم صنعها ويحصل التسليم ، وبذلك فليس لمشتريها أن يطلب توقيع الحجز عليها لدى البائع باعتبارها ملكا له .

(1) : أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، بند 410 ، هامش 03 ، ص 857 .

المطلب الثاني : الصور المستحدثة للحجز التحفظي (1) .

تماشيا مع التشريعات الحديثة المقارنة وتفاعلا مع التطورات الإقتصادية والإجتماعية التي أصابت المجتمعات ، فقد تأكد حرص المشرع على حماية الضمان العام المقرر للدائنين على حقوق مدينهم وذلك من خلال عدوله عن مسلكه في قصر الحجز التحفظي على حالات معينة ، وتنظيمه لحجز تحفظي يمكن توقيعه في صورتين لم يتضمنهما القانون الملغى من قبل ، ويتعلق الأمر بالحجز التحفظي على عينة من السلع أو نماذج من المصنوعات المقلدة والحجز التحفظي على العقارات .

وسنتناول كل من هاتين الصورتين في فرعين متعاقبين .

الفرع الأول : الحجز التحفظي على عينة من السلع أو نماذج من المصنوعات المقلدة .

حماية للملكية الفكرية وانسجاما مع النصوص الخاصة المنظمة لها (2) أدرج المشرع الجزائري نص المادة 650 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص في فقرتها الأولى على أنه :

" يجوز لكل من له ابتكار أو إنتاج مسجل ومحمي قانونا ، أن يحجز تحفظيا على عينة من السلع أو نماذج من المصنوعات المقلدة " .

(1) : بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 173 .

(2) : - الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة .

- الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالعلامات .

- الأمر رقم 03-07 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق ببراءة الإختراع .

- الأمر رقم 03-08 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن هذا النوع من الحجز التحفظية لم يكن منصوصا عليه في ظل القانون الملغى ، وقد استحدثه المشرع بغرض تفعيل حماية الملكية الفكرية التي تعتبر لولب التطور الإقتصادي والتجاري وحلقة وصل بين الإنتاج والإختراع .

وقد اهتم التشريع الجزائري كغيره من التشريعات المقارنة بموضوع الملكية الفكرية لحماية حقوق المبدعين والمنتجين ، وأورد لها قوانين وحماية خاصة ، وأجاز لكل مبتكر أو مخترع تضرر من جراء تعد على حقوقه وكان هذا التعدي في صورة تقليد لإبتكاره أو منتوجه الحق في اتخاذ إجراءات قانونية لتأمين حقوقه عن طريق التحفظ على عينة من السلع أو النماذج أو الإبتكارات المقلدة ، حتى يتمكن من إجراء المقارنة وإثبات التقليد والمطالبة بالتعويضات عما أصابه من ضرر ويتم هذا التحفظ وفقا للشروط والإجراءات الآتي بيانها .

أولا : شروط الحجز التحفظي على عينة من السلع أو نماذج من المصنوعات المقلدة :

تتخصر شروط هذا الحجز في أطراف الحجز (الحاجز - المحجوز عليه) والمال محل الحجز وذلك على النحو التالي :

1/ الحاجز :

يجب أن يكون طالب الحجز صاحب حق صناعي ، سواء كان صاحب ابتكار أو اختراع وتحصل على براءة اختراع أو صاحب نموذج أو رسم أو علامة مميزة وتحصل على هذا الحق عن طريق إتباع إجراءات خاصة نصت عليها القوانين المنظمة للملكية الصناعية (1) .

وعلى ذلك ، فلا يمكن توقيع الحجز التحفظي على عينة من السلع أو نماذج من المصنوعات المقلدة إلا إذا كان من يدعي أنه صاحب حق عليها ، قد تحصل على الحماية القانونية اللازمة .

(1): المرسوم التنفيذي رقم 05-277 المؤرخ في 02 أوت 2005 المحدد لكيفية إيداع العلامات وتسجيلها معدل

ومتتم .

- المرسوم التنفيذي رقم 05-275 المؤرخ في 02 أوت 2005 المحدد لكيفيات إيداع براءات الإختراع ، معدل

ومتتم .

ولا تتحقق هذه الحماية إلا بعد تسجيل الإبتكار أو المنتج لدى المصالح المعنية بحسب التخصص إما بالمعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية أو لدى الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة .

2/ المحجوز عليه :

يجب أن يكون المحجوز عليه قد قام بتقليد المصنوعات أو النماذج أو الرسوم أو العلامات المميزة بعدما قام المبتكر أو المنتج بتسجيلها لدى المصالح المعنية المبينة أعلاه .

3/ المال محل الحجز :

يجب أن يكون المال محل الحجز ابتكارا أو إنتاجا مسجلا ، والذي من الممكن أن يكون موضوع تقليد ، حيث يشكل الصنع والبيع والإستعمال والإسترداد والتصدير دون موافقة صاحب الحق الصناعي تقليدا للإبتكار أو المنتج المسجل .

ثانيا : إجراءات توقيع الحجز التحفظي على عينة من السلع أو نماذج من المصنوعات المقلدة :

تجري إجراءات هذا الحجز وفقا للإجراءات المقررة للحجز التحفظي مع بعض الفروق ، فهي تستلزم استصدار أمر بالحجز من رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المحجوز عليه أو مقر الأموال المطلوب الحجز على عينة منها .

وفو استصدار أمر الحجز يتولى المحضر القضائي تبليغه رسميا إلى المحجوز عليه وفقا للقواعد العامة في التبليغ الرسمي وتحرير محضر حجز يبين فيه المنتج أو العينة أو النموذج المحجوز ويضعه في حرز مختوم ومشتم ، على أن يقوم بإيداعه مع نسخة من محضر الحجز بأمانة ضبط المحكمة .

وحتى يتمكن الحاجز من إثبات التعدي على ابتكاره أو منتوجه والمطالبة بمصادرته والتعويض عما أصابه من ضرر ، يتوجب عليه أن يرفع دعوى موضوعية يطالب من خلالها بإجراء المقارنة وإثبات التقليد ، وذلك في خلال أجل أقصاه شهر واحد يسري من تاريخ توقيع الحجز إعمالاً لأحكام المادة **34** من الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالعلامات .

وترفع دعوى التقليد وفقاً للإجراءات العادية لرفع الدعاوى أمام القاضي المدني (1) . مع الإشارة إلى أن الحجز لا يوقع على جميع أموال المدين ، وإنما على عينة فقط من المصنوعات أو النماذج المقلدة .

(1): كما يمكن للحاجز أن يرفع دعوى التقليد أمام القاضي الجزائي بمناسبة دعوى عمومية عن جريمة بيع منتج مقلد وفقاً لأحكام المواد التالية : **151** وما يليها من الأمر رقم 03-05 ، والمادة **26** وما يليها من الأمر رقم 03-06 ، والمادة **61** وما يليها من الأمر 03-07 ، والمادة **35** وما يليها من الأمر رقم 03-08 ، وذلك دون الإخلال بالأحكام المتعلقة بمصادرة المنتج المقلد ، وللطرف المدني الحق في المطالبة بالتعويضات عما أصابه من ضرر من جراء التقليد .

- راجع في هذا الصدد بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 174 .

الفرع الثاني : الحجز التحفظي على العقارات .

لم يكن القانون الملغى يجيز هذا النوع من الحجز ، وإن كان قد نص على إجراء تحفظي آخر بالنسبة للعقار ، وهو طلب الإذن بقيد رهن تأميني قضائي مؤقت على عقار المدين (1) .

وينتقل له البعض أسباب هذا الجمود أن العقار مال ثابت لا يستطيع المدين نقله أو تهريبه ، ومن ثمة فليس هناك حاجة للتحفظ عليه .

غير أن الحياة العملية قد أثبتت أن العقار وإن كان مالا ثابتا لا يمكن نقله أو تهريبه ماديا ، ففي الإمكان تهريبه قانونا بالتصرف فيه وإخراجه من الضمان العام المقرر لحقوق الدائنين ، وقد لا يستطيع الدائنون حينئذ الدفع بعد نفاذ هذا التصرف في حقهم بسبب عدم توافر شروط دعوى عدم النفاذ (2) .

(1): كانت المادة 347 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية تجيز للدائن أن يحصل على إذن بقيد مؤقت لرهن قضائي - Une inscription provisoire d'hypothèque judiciaire - على عقار أو أكثر لمدينه ريثما يستصدر به حكما نهائيا ، على أن يقوم القائم بالتنفيذ بتحرير محضر يقيد فيه موقع العقار وحدوده ، ويقيد هذا المحضر بمكتب قيد الرهون التابع لمكان العقار Au bureau des hypothèque du lieu de immeuble على أن يقوم الدائن بقيد نهائي لهذا الرهن **Inscription définitive** بموجب الصورة التنفيذية للحكم الصادر في الموضوع والحائز لقوة الشيء المقضي فيه ، وذلك في خلال شهرين من تاريخ صدور هذا الحكم ، وبذلك يحل هذا القيد بأثر رجعي محل القيد المؤقت ويكون ترتيبه هو ترتيب ذلك القيد المؤقت وفي حدود مبلغ الحق المضمون بذلك القيد .

انظر في هذا الصدد أكثر تفصيل الدكتور محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 156 و 157 .

(2) : فتحي والي ، المرجع السابق ، بند 132 ، ص 215 .

ولذلك اهتمت بعض التشريعات الحديثة إلى تنظيم حجز تحفظي على العقارات إسوة بالحجز على المنقولات كالقانون الإيطالي والقانون اللبناني ، ثم جاء دور المشرع وبلور هذا الإجهاد في تشريع 25 فيبرابر 2008 والذي أجاز المشرع بمقتضاه للدائن أن يتحفظ على عقارات مدينه في كل حالة يخشى فيها من فقدان الضمان لحقوقه ، حيث نصت المادة 652 منه على أنه :

" يجوز للدائن أن يحجز تحفظيا على عقارات مدينه بقيد أمر الحجز التحفظي على العقارات بالمحافظة العقارية التي يوجد بدائرة اختصاصها العقار خلال أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ صدوره ، وإلا كان الحجز باطلا " .

وما يلاحظ على هذا الحجز المستحدث أن المشرع لم يخصه إلا بمادة واحدة دون أي تفصيل لشروط وإجراءات توقيعه كما هو مقرر بالنسبة للحجز التنفيذي على العقارات . ومعنى ذلك أن الأحكام المتعلقة بالحجز التحفظي التي تسري على المنقولات يمتد العمل بها بالنسبة للعقارات لاسيما الآثار المترتبة عن الحجز الواردة في المواد من 659 إلى 661 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من بقاء الأموال المحجوزة تحت يد المحجوز عليه إلى حين الحكم بتثبيت الحجز أو الأمر برفعه ، وله أن ينتفع بها انتفاع رب الأسرة الحريص مع المحافظة عليها ، مع إمكانية تأجيرها بناء على ترخيص من رئيس المحكمة الذي أمر بالحجز (1) .

(1) : بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 175 .

أولاً : شروط الحجز التحفظي على العقارات :

تقدم القول أن المشرع الجزائري لم يخصص هذا النوع من الحجوز إلا بمادة واحدة ضمن القانون الجديد دون أي تفصيل بشأن شروط مباشرته ، ولذلك فلا مناص من تطبيق الأحكام العامة المتعلقة بالحجز التحفظي الواردة في الباب الخامس من الكتاب الثالث من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

وترتيباً على ذلك سنكتفي هنا بالإحالة إلى ما سبق بيانه من شروط بشأن توقيع الحجز التحفظي بمفهومه العام الذي نصت عليه المادة 647 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها :

" يجوز للدائن ، بدين محقق الوجود ، حال الأداء استصدار أمر بالحجز التحفظي على عقارات مدينه ، إذا كان حاملاً لسند دين أو كان لديه مسوغات ظاهرة ترجح وجود الدين ويخشى فقدان الضمان لحقوقه " .

وكل ما يمكن إضافته في هذا الصدد هو ضرورة إدراج شرط عدم كفاية الأموال المنقولة للمدين أو عدم وجودها والذي نصت عليه المادة 721 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، أي إلزام الحاجز قبل إلقاء الحجز التحفظي على عقارات مدينه إثبات عدم كفاية الأموال المنقولة أو عدم وجودها ، ذلك أن الحجز التحفظي وإن كانت له وظيفة تحفظية محضة وهي حبس أموال المدين ومنعه من التصرف فيها إلا أنه قد ينقلب إلى حجز تنفيذي يمكن بمقتضاه نزع ملكية عقار المدين .

وتجدر الإشارة إلى أن ما تم التطرق إليه من صور للحجز التحفظي ما هي إلا صور كانت مقررة في ظل القانون الملغى وأخرى استحدثها المشرع بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية . وأن هناك صوراً أخرى للحجز التحفظي ورد النص عليها بموجب اتفاقيات ونصوص خاصة ، نذكر منها الحجز التحفظي على السفن والطائرات ، أضيف إلى ذلك أن المادة **647** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد أجازت الحجز التحفظي على المنقولات المادية أينما وجدت ، ودون تفريق بين أنواع المنقولات .

وطالما أن السفن والطائرات تعتبر من قبيل المنقولات بحكم القانون ، فإنه يجوز التحفظ عليها باعتبارها عنصراً من العناصر المكونة للضمان العام لحقوق الدائنين ، وعلى ذلك سنحاول ولو بإيجاز دراسة هذا النوع من الحجز في فرع ثالث .

الفرع الثالث : الحجز التحفظي على السفن والطائرات .

لقد نظم المشرع الجزائري عملية الحجز على السفن بموجب أحكام القانون البحري الصادر بموجب الأمر رقم 76 - 80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 98 - 05 المؤرخ في 25 جوان 1998 ، بينما عالج حجز الطائرات بموجب القانون رقم 98 - 06 المؤرخ في 27 جوان 1998 والمتضمن القواعد العامة للطيران المدني ، وذلك بالنظر إلى الطبيعة القانونية لكل من السفينة والطائرة (1) .

أولا : الحجز التحفظي على السفن .

عرف القانون البحري الصادر بموجب الأمر رقم 76 - 80 تعديلا تحت عنوان " حجز السفن " وذلك بموجب القانون رقم 10-04 ، وقد شمل هذا التعديل سبعة (07) مواد منها نص المادة 150 ، حيث تمت صياغة تعريف الحجز التحفظي بأنه توقيف أو تقييد إبحار السفينة بموجب أمر على عريضة صادر من جهة قضائية ضمانا لدين بحري (2) .

وقد حددت المادة 151 من القانون البحري مشتملات الدين البحري ب :

" يشمل الدين البحري طلب حق أو دين ناتج عن عقد أو يكون مسببا من حادث مرتبط بالملاحة أو باستغلال السفينة ، وكذلك الأضرار المسببة من سفينة أو مرتبة عن استغلالها " .

وعلى ذلك فما هي شروط وإجراءات توقيف الحجز التحفظي على السفن ؟

وهو ما سنحاول الإجابة عليه في حينه .

(1) : العربي شحط عبد القادر ، المرجع السابق ، ص 117 .

(2) : العربي شحط عبد القادر ، محاضرات أقيمت على طلبة الماجستير ، القسم المدني ، دفعة 2012-2013 .

1/ شروط الحجز التحفظي على السفن .

يمكن حصر شروط توقيع الحجز التحفظي على السفن في ثلاثة شروط هي :

* الشرط الأول :

لا يجوز توقيع الحجز التحفظي على السفن إلا بمناسبة مطالبة بحرية وليس في أية مطالبة أخرى .
ومعنى ذلك أن مبدأ الضمان العام المنصوص عليه في المادة 188 من القانون المدني والمادة 642 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا يسري على الحجز التحفظي على السفن عملاً بأحكام المادتين 150 و 151 من القانون البحري والمادة الأولى من اتفاقية جنيف المبرمة بتاريخ 12 مارس 1999 التي تمنع الحجز تحفظياً على السفينة إلا بمقتضى دين بحري **Maritime claim** (1) .

ويقصد بالدين البحري ادعاء حق أو دين مصدره أحد الأسباب المبينة أعلاه ، وقد حددت المادة 151 من القانون البحري قائمة تلك الديون ب 22 نوعاً .

ولا يشترط أن يكون الدين محقق الوجود أو معين المقدار أو حال الأداء ، فكل من يدعي حقاً ظاهر الجدية أن يطلب توقيع الحجز التحفظي على السفينة قبل أن يفلت ضمانه من يده (2) .

(1) : بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 289 عن الدكتور زكي زكي الشعراوي ، القانون البحري والجوي ، مركز جامعة القاهرة الفتوح 2002 ، ص 441 .

(2) : بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 289 .

* الشرط الثاني :

على طالب الحجز التحفظي أن يقدم ضمانا لا يقل عن 10% من قيمة الدين الذي تحدده الجهة القضائية المختصة ، وذلك في مقابل أية خسارة قد تلحق بالمحجوز عليه من جراء الحجز إعمالا لأحكام المادة 152 مكرر من القانون البحري .

* الشرط الثالث :

لا يجوز توقيع الحجز على السفينة أو رفعه عنها إلا بموجب إذن من محكمة الدولة الطرف التي يوقع فيها الحجز الفاصلة في موضوع الدعوى ما لم تتفق الأطراف اتفاقا سليما أو تكون قد اتفقت على عرض النزاع على التحكيم أو على محكمة تابعة لدولة أخرى تقبل ذلك الإختصاص (1) .

12 / إجراءات الحجز التحفظي على السفن :

بالإضافة إلى القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، لاسيما من حيث إعداد الطلب ، فقد نظمت المواد من 152 إلى 159 من القانون البحري كيفية توقيع الحجز التحفظي على السفن ، والذي يتم وفقا للإجراءات التالية :

- يتم التحفظ على السفينة بموجب أمر على عريضة تقدم إلى رئيس المحكمة المختصة (محكمة مقر المجلس) ، على أن ترفق العريضة بسند الدين إن وجد أو ما للدائن من وسائل إثبات لتدعيم موقفه .

وطبقا لأحكام المادة 649 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتوجب على طالب الحجز اختياري موطن له بالجزائر إذا لم يكن له موطن مختار ، سواء لدى وكيل السفينة أو لدى محامي ، حتى يتسنى له تلقي التبليغات الرسمية التي تكون بمثابة تبليغ شخصي (2) .

(1) : بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 289 .

(2) : العربي شحط عبد القادر ، الإشارة المتقدمة .

- ومن الإجراءات الجوهرية التي تبناها المشرع في هذا التعديل هي ضرورة إدخال السلطة المينائية في النزاع فور المطالبة باستصدار أمر الحجز للحضور أمام القاضي لإبداء ملاحظاتها حول طلب الحجز ، وذلك تحت طائلة عدم قبول الحجز .

كما يمكن للمحكمة المختصة استدعاء السلطة الإدارية البحرية المحلية (مديرية الميناء) للحضور إذا دعت الضرورة ذلك .

- وفي حالة الموافقة على الأمر بالحجز التحفظي ، يتعين على طالب الحجز تبليغه بغير إهمال إلى الأطراف التالية :

السلطة المينائية المعنية والسلطة الإدارية البحرية المحلية وربان السفينة ، وعند الإقتضاء إلى الممثلة القنصلية الدولية التي ترفع السفينة رايتها . على أن يقوم طالب الحجز بعد تبليغ أمر الحجز إلى كل الأطراف تسجيله في دفتر تسجيل السفينة .

كما يتوجب عليه وطبقا للأحكام العامة أن يرفع دعوى تثبيت الحجز أمام قاضي الموضوع في أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوما تسري من تاريخ صدور الأمر بالحجز ، وإلا اعتبر الحجز والإجراءات التالية له باطلين (1) ، وذلك دون الإخلال بحق المحجوز عليه في تقديم طلب إلى الجهة القضائية التي أمرت بالحجز لأجل رفعه بكفالة أو بضمان كاف يتم الإتفاق على قيمته بين الأطراف (2) .

كما استحدثت المادة 156 من القانون البحري حكما جديدا يسمح للسلطة المينائية أو السلطة الإدارية البحرية المحلية طلب رفع الحجز إذا تعلق الأمر بالنظام العام أو بأسباب أمنية .

(1) : العربي شحط عبد القادر ، الإشارة المتقدمة .

(2) : راجع في هذا الصدد أحكام المادة 156 من القانون البحري .

كما تجدر الإشارة أنه في خلال فترة حجز السفينة يلتزم مجهزة السفينة المحجوزة بالمحافظة على متن السفينة بعدد أدنى من البحارة لضمان أمنها .

وفي حالة انعدام الطاقم يمكن للسلطة المينائية أن تقدم طلبا إلى الجهة القضائية المختصة (رئيس المحكمة) لتعيين حارس على السفينة يتحمل نفقاته المدين المحجوز عليه .

كما تجدر الإشارة أن المادة 159 من القانون البحري قد أجازت للسلطة البحرية الجزائرية بأن تقبض على كل سفينة تكون محلا للحجز أو التوقيف أو تدخل أو تمر في المياه الخاضعة للقضاء الوطني وتحاول الفرار أو ترفض الإمتثال لأوامرها وأن تقتادها نحو الميناء إلى غاية صدور قرار من الجهة القضائية المختصة .

أما إذا رفضت الإمتثال إلى أوامر السلطة البحرية ، فإن هذا الموقف يؤهلها لإطلاق طلقات الإنذار في السماء ، فإذا تمادت السفينة في رفضها تطلق الشرطة البحرية طلقات بالذخيرة الحية مع الحرص على سلامة طاقمها (1) .

(1) : العربي شحط عبد القادر ، الإشارة المتقدمة .

ثانيا : الحجز التحفظي على الطائرات .

يخضع نشاط الطيران إلى الإتفاقيات الدولية وإلى نصوص خاصة منها القانون رقم 98-06 المؤرخ في 27 جوان 1998 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني ، حيث تنص المادة 30 منه على أنه :

" يمكن أن تكون الطائرات محل للحجز التحفظي وفقا لقواعد اتفاقية روما المبرمة في 29 مايو 1933 التي صادقت عليها الجزائر سنة 1964 "

ونتيجة لذلك يتم الحجز على الطائرات وفقا للقواعد المقررة للحجز التحفظي المنصوص عليها في اتفاقية روما مع وجوب قيد محضر الحجز في سجل ترقيم الطائرة إعمالا لأحكام المادة 25 من القانون رقم 98-06 (1) .

وفي هذه الحالة يجوز لدائني مالك الطائرة باعتبارها عنصرا من عناصر الضمان العام أن يوقعوا حجرا تحفظيا على الطائرة وذلك قبل الحصول على سند تنفيذي لمباشرة إجراءات التنفيذ عليها .

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن هناك أحكاما مشتركة بين كل من السفينة والطائرة فيما يخص مدى قابلية بعضها للحجز ، إذ نظرا لإعتبارات تتعلق بطبيعة نشاط كلا الوسييلتين يمنع توقيع الحجز على بعض السفن والطائرات ، كذلك المملوكة للدولة أو التي تؤجرها أو تستأجرها وتخصصها للقيام بخدمات مرفقية مثل السفن والطائرات الموضوعة تحت تصرف رئاسة الجمهورية ، أو تلك التي تخصص لجهاز الدرك الوطني أو الشرطة ، أو الجمارك أو الحماية المدنية (2) .

(1) : بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 285 و 286 .

(2) : العربي شحط عبد القادر ، المرجع السابق ، ص 118 .

الخاتمة :

تبين لنا من خلال دراسة الموضوع أن الوسائل التي أقرها المشرع لحماية الضمان العام تحتل أهمية بالغة ، إذ أن الضمان العام - هو موضوع الحماية - يتجرد من كل قيمة إذا لم توجد هناك وسائل لحمايته من عبث المدين وإهماله .

ومن هنا حظيت وسائل حماية الضمان العام بعناية خاصة ، إذ أنها السبيل الوحيد الذي يمكن الدائن من أن يضع حدا لغش المدين والقضاء على سوء نيته .

وإذا كانت تلك هي أهمية وسائل حماية الضمان العام ، فإن هذه الأهمية تبدو أكثر وضوحا إذا كانت هذه الوسائل القانونية على نوعيها الوسطى منها والتحفظية منتظمة تنظيما من شأنه توفير الحماية اللازمة للدائنين عن طريق طرح القيود حول المدين لمنعه من الإضرار بحقوق دائنيه .

ومن خلال دراستنا لوسائل حماية الضمان العام في القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا بعض التشريعات المقارنة توصلنا إلى مجموعة من النتائج يمكن تلخيصها في النقاط التالية :

أولا : بالنسبة للدعوى غير المباشرة :

ظهر مما تقدم أن استعمال حق الدعوى غير المباشرة مقرر لكل دائن ثبت له حق دائنية قبل شخص آخر أيا كان مصدر هذا الحق ، شريطة أن لا يكون الحق المهمل متصلا بشخص المدين أو غير قابل للحجز وأن يكون متعلقا بالحقوق المالية دون الرخص، هذا من حيث الموضوع .

أما من حيث الشكل ، فيجب أن ترفع الدعوى باسم المدين مع ضرورة إدخاله في الخصام ويترتب على ذلك :

- أن الدائن رافع الدعوى إنما يعمل فيها بصفته نائبا عن مدينه نيابة قانونية ، وعلى ذلك فإذا هم المدين وتولى الدعوى بنفسه ، وجب على الدائن أن يتخلى له عنها ، ولو لم يكن له إلا أن يبقى فيها كخصم ثالث ليرقب مسلك المدين ويحافظ على مصلحته .

- أن يبقى المدين في أثناء الدعوى هو صاحب الحق المطالب به فيها ، وأنه يجوز له وفقا للرأي الراجح أن يتصرف فيه ، فينفذ هذا التصرف في حق الدائن ، وقد يؤدي ذلك إلى أن تصير الدعوى غير ذات موضوع .

- أنه يجوز للمدعى عليه أن يتمسك قبل الدائن رافع الدعوى الغير مباشرة بكافة الدفوع التي يجوز له أن يتمسك بها ضد المدين .

- أنه حتى بعد نجاح الدائن في الدعوى ، فإنه لا يستفيد منها شيئا لنفسه ، بل أن الحكم يصدر لمصلحة المدين ويدخل المحكوم به في الذمة المالية للمدين ، فيتزاحم الدائن رافع الدعوى مع غيره من الدائنين في الإستفادة من قيمة المحكوم به فتتضاءل هذه الفائدة كلما كثرت ديون المدين .

ومن هنا يظهر جليا أن هذه الدعوى تكاد لا تخول لرافعها فائدة تذكر ، وأنها في وضعها الراهن لن تعد تحقق الهدف الذي قصد من وراء تشريعها وهو ما يفسر ندرة استعمالها في الحياة العملية .

وكان حري بالمشرع الجزائري أن يعيد النظر في أحكام المواد المنظمة لهذه الدعوى بطريقة تكفل حقوق الدائنين في المحافظة على ضمانهم العام بأن يجعل الدائن رافع الدعوى غير المباشرة متعلقا بالحق الذي يستعمله باسم مدينه تعلق الدائن الحاجز بالمال المحجوز عليه تحت يد الغير .

ثانيا : بالنسبة للدعوى المباشرة :

إذا كان قصور الدعوى غير المباشرة أكثر وضوحا في عدة حالات ، فإن من شأن الدعوى المباشرة أن توفر للدائن المزايا الآتية :

- يرفعها الدائن بإسمة شخصيا لا بالنيابة عن مدينه ، ولا يستطيع المدين أن ينحيه عنها ولا يشترط في استعمالها أن يكون المدين معسرا .

- أنها تخول للدائن حقا مباشرا قبل مدين مدينه ، وبموجبها يمتنع على مدين المدين أن يفي بهذا الحق إلى المدين ، و لا يؤثر في حق الدائن تصرف المدين في هذا الحق أو تنازله عنه بعد رفعه للدعوى المباشرة .

- أنها تجعل الدائن يستمد حقه قبل مدين مدينه مباشرة من نص القانون في كل حالة على حدى .

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمدعى عليه فيها (مدين المدين) أن يتمسك قبل المدعي (الدائن) بالدفع التي يكون له أن يتمسك بها ضد المدين ، فلا يجوز لمدين المدين أن يدفعها بالمقاصة بين ما عليه من دين وما له من حق قبل المدين ، وإن كان يجوز له أن يدفعها بالمقاصة بين دينه وما يدان هو به للمدعي .

- أن الحكم الصادر فيها يجعل المحكوم به حقا خالصا للدائن فيستأثر لوحده دون أن يزاحمه بقية دائني المدين ، وفي هذا خروجا عن مبدأ المساواة بين الدائنين لما يمنحه من مركز متميز سرعان ما ينقلب إلى حق امتياز ، وهو ما يفسر عدم تقرير الدعوى المباشرة إلا بنص تشريعي خاص .

ثالثا : بالنسبة للدعوى البولصية أو دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين :

يمكن إبراز أهم سمات هذه الوسيلة القانونية في النقاط التالية :

- أن الدعوى البولصية كما استقر عليه الفقه والقضاء بأنها ليس دعوى بطلان ، كما أنها ليست دعوى مسؤولية ، بل أنها دعوى شخصية تهدف إلى المحافظة على الضمان العام ، ووسيلتها في تحقيق هذا الهدف هو عدم نفاذ تصرفات المدين المعسر في حق دائنيه .

-من حيث قبولها أن الدعوى البولصية تقبل في جميع حالات الطعن في التصرفات الموجهة ضد المتصرف إليه بدون عوض ، وبالعكس لا تقبل هذه الدعوى إذا ما وجهت ضد متصرف إليه بعوض بحسن النية .

- أن القانون الجزائري وعلى غرار التقنيات العربية ، فقد اعتبر التصرفات التي تعتبر من قبيل التبرعات قرينة في حد ذاتها على الغش ، ولم يلزم الدائن رافع دعوى عدم النفاذ بإثبات غش مدينه في حين استلزم القانون المدني الفرنسي ضرورة توافر الغش في جانب المدين .

-أنه وسع من دائرة التصرفات القانونية التي يجوز الطعن فيها بالدعوى البولصية ، فلم يقتصر على التصرفات المفقرة التي تنقص من حقوق المدين ، وإنما مدها لتشمل زيادة الإلتزامات .

- لجأ المشرع إلى التخفيف من وسائل الإثبات ويسر على الدائنين عبء إثبات غش مدينهم وإعساره .

- حسم المشرع الجزائري الأمر بشأن تفضيل المدين لأحد دائنيه بالوفاء له أو بمنحه سببا من أسباب التقادم ، فأنزل الوفاء الحاصل قبل حلول الأجل منزلة التبرعات ، أما الوفاء الحاصل عند حلول الأجل فأنزله منزلة المعاوضات واشترط للطعن فيه إثبات التواطؤ خلافا لقاعدة العامة في المعاوضات التي اكتفى فيها بإثبات العلم بالإعسار ، ونفس الحكم يتعلق بترتيب المدين ضمانات لدائنيه .

- جعل القانون الجزائري وعلى خلاف القانون المدني الفرنسي وقانون الموجبات والعقود اللبناني أثر حكم عدم نفاذ تصرف المدين المشوب بالغش تعم فائدته جميع الدائنين الذين تتوافر فيهم شروط ممارسة الدعوى البولصية ، وفي هذا يلتقي مع القانون الروماني ، ولكن يختلف عنه في أن إجراءات الدعوى في هذا الأخير جماعية .

- جعل المشرع مدة تقادم هذه الدعوة ثلاث سنوات تسري من يوم علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، وفي جميع الأحوال تتقادم بخمس عشرة سنة .

وخلصنا في المقابل إلى المآخذ التي يجب على المشرع الجزائري أن يتداركها والتي يمكن إجمالها فيما يلي :

* سد النقص الذي اكتنف نص المادة 3/192 من ق م ج بمطابقته للمادة 233 من التقنين المدني المصري من حيث أن المادة 3/192 من ق م ج لم تشر إلى عدم اشتراط غش المدين ، إذ جاء نصها خاليا من ذيل المادة 3/233 من التقنين المدني المصري التي نصت على :
" ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا " .

* ضرورة ضبط المصطلحات القانونية وتوحيدها ، بحيث نجد أن المشرع الجزائري قد استعمل لفظ " عدم النفاذ " في نص المادة 191 من ق م ، ثم عدل عنه إلى لفظ " عدم الإحتجاج " في الفقرة الأخيرة من نص المادة 192 من ق م ، ثم عدل عن هذا الأخير إلى لفظ " عدم المعارضة " في نص المادة 194 من ق م ، وهذا بخلاف النص باللغة الفرنسية الذي جاء بمصطلح واحد هو " عدم النفاذ " INOPOSABILITE ، وكان حري بالمشرع ألا يأتي بهذين اللفظين ، وأن يبقى على لفظ " عدم النفاذ " في المادتين 192 و 194 من ق م لما له من دلالة ودقة إسوة بنظيره المصري الذي استعمل لفظ " عدم النفاذ " في كل المواد المنظمة للدعوى البولصية ، لأنه من السفه كما يقول الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري " أن نبدد ثروة تم لنا كسبها وأن نهدم ما كمل بناؤه لنستجد بناء غيره لا يكون فيه من الصقل ما كان في البناء المهذوم "

* كان أولى بالمشرع الجزائري أن يحذوا حذو المشرع المصري في تنظيمه للإعسار المدني لمواجهة صعوبة مباشرة الدعوى البولصية التي قلما تتوافر شروطها .

رابعاً : بالنسبة لدعوى الصورية :

دعوى الصورية تعالج حالة المدين الذي يتصرف تصرفاً صورياً ، أي تصرفاً في الظاهر فقط فلا ينتج أي أثر بين المتعاقدين ، و لا يكون له أثر بالنسبة للغير إلا بقدر ما يكون ذلك لازماً لاستقرار المعاملات و يبني على ذلك النتائج التالية :

* قد ترفع دعوى الصورية من قبل أحد طرفي التصرف ، أو من أي شخص تكون له مصلحة في التمسك بالتصرف الحقيقي المستتر كدائن المتصرف أو خلفه الخاص أو وارث المتصرف لذلك فمن المستبعد أن ترفع دعوى الصورية من قبل الغير فيما يتعلق بأثر الصورية لأن مصلحة هؤلاء تكمن في التمسك بالتصرف الصوري الظاهر .

* أن الصورية ليست بذاتها سبباً للبطلان ، فإذا لجأ المتعاقدان إلى الصورية بقصد التحايل على أحكام القانون ، فإن أثر هذا التحايل يختلف باختلاف الأحوال فقد يترتب على إعلان الصورية بطلان التصرف الحقيقي لعدم مشروعيته ، و قد يقتصر الجزاء على تفويت قصد المتعاقدين بمنع تحقيق الغرض الذي قصدها بتحايلهما .

* أخضع المشرع إثبات الصورية فيما بين المتعاقدان للقواعد العامة في الإثبات ، و على ذلك فإن على من يدعي الصورية أن يثبت إدعائه . و القواعد العامة في هذا الصدد لا يجوز للمتعاقدان و خلفهما العام إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة إلا بالكتابة حتى و لو لم تزد القيمة على نصاب الشهادة .

أما بالنسبة للغير ، فالعبرة بحسن أو سوء نيته ، فإذا كان الغير حسن النية، فالقاعدة أن له أن يتمسك بالتصرف الصوري الظاهر . كما له أن يتمسك بالتصرف الحقيقي المستتر تبعاً لمصلحته . و إثبات الصورية بكافة الطرق المعدة للإثبات بما في ذلك البينة و القرائن .

* أن أثر الحكم الصادر في دعوى الصورية حسب ما استقر عليه الفقه لا يقتصر على الدائن رافع الدعوى ، و إنما يمتد أثره إلى سائر الدائنين لأن مهمة الدائن رافع الدعوى لا تعدو أن تكون مجرد

كشفت حقيقة العلاقة القانونية القائمة بين طرفي التصرف ، و هذا في حد ذاته لا يعتبر إثباتاً لغش و تواطؤ و إنما مجرد تقرير لواقعة مادية مضمونها إثبات عدم جدية التصرف الظاهر . و على ذلك فإن هذه الواقعة لا تثبت في حق الدائن رافع الدعوى فحسب ، بل تثبت أيضاً في حق جميع الدائنين .

* دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم مهما طال الزمن ذلك أن المقصود من وراء الإدعاء بالصورية إنما هو تقرير لأمر واقع و هو عدم جدية التصرف الظاهر ، إذ لا يمكن لمرور الزمن أن يجعل الظاهر حقيقة ، و لا الباطل صحيحاً .

* إن المشرع الجزائري، قد وحد في حكمه في نص المادة 198 من القانون المدني بين مصلحة دائني المتصرف إليه و خلفه الخاص و بين مصلحة دائني المتصرف و خلفه الخاص . و خول لهم جميعاً متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالتصرف الظاهر . في حين أن الفريق الثاني ، ممن لم يعينهم المشرع و هم دائنوا المتصرف و خلفه الخاص ليس من مصلحتهم أن يتمسكوا بالتصرف الصوري الظاهر ، بل أن مصلحتهم تكمن في التمسك بالتصرف الحقيقي المستتر .

* كما يؤخذ على المشرع الى جانب عدم نصه صراحة على أن لدائني المتعاقدين و خلفهم الخاص الحق في التمسك بالتصرف المستتر ، لم ينص أيضاً على أن لهؤلاء الحق في إثبات التصرف المستتر بكافة الطرق المعدة للإثبات .

وكان حري بالمشرع أن يأتي بالترقية بين الفريقين ، ويخضع الفريق الثاني (دائني المتصرف وخلفه الخاص) لحكم القاعدة العامة التي تقضي بأن العبرة بما اتجهت إليه الإرادة الحرة والمشاركة للمتعاقدين وأن يبقي الفريق الأول (دائني المتصرف إليه وخلفه الخاص) خاضعاً للإستثناء الوارد على القاعدة العامة في التمسك بالتصرف الظاهر كلما كانت لهم مصلحة في ذلك .

* كما يؤخذ على المشرع أنه أغفل حكم مسألة التعارض بين مصالح الغير ، كأن يتمسك البعض بالتصرف الصوري ويتمسك البعض الآخر بالتصرف الحقيقي ، فلمن تكون الأفضلية والأولوية ، هل تكون للفريق الأول الذي يتمسك بالتصرف الظاهر أم تكون للفريق الثاني الذي يتمسك بالتصرف المستتر ؟

فقطراً لهذه الإعتبارات جميعها وبناء على الملاحظات السابقة فإننا نجتهد ونرى تدخل المشرع لتعديل أحكام المادة 198 من القانون المدني من ناحيتين :

أولاً : تعديل صياغة الفقرة الأولى من نص المادة 198 مدني بإضافة حكم الغير الذي يتمسك بالتصرف المستتر (دائني المتصرف وخلفه الخاص) وأن يخول لهم الحق في التمسك بالتصرف الحقيقي وأن يثبتوا صورية التصرف الذي أضر بهم بجميع الوسائل المعدة للإثبات .

ثانياً : إضافة فقرة ثانية للتصدي لمسألة التعارض بين مصالح الغير ، وبذلك يصبح نص المادة 198 مدني كما يلي :

" إذا أبرم عقد صوري فدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري كما يحق لهم التمسك بالعقد المستتر ويثبتون بكافة الطرق صورية العقد المبرم إضراراً بهم .

وفي حالة تعارض مصالح ذوي الشأن وتمسك بعضهم بالعقد الصوري وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأوليين "

رابعاً : بالنسبة للحجز التحفظي :

إن ما يميز هذه الوسيلة عن غيرها أنها وسيلة إجرائية تستهدف بصفة أساسية ومباشرة حماية الدائن من خطر تنظيم المدين لمسألة إعساره بتهريب أمواله ، فالهدف الأساسي للحجز التحفظي إذن هو المحافظة على أموال المدين والمنع من التصرف بشأن هذه الأموال في حق دائنيه .

واشترط المشرع لتوقيعه ثلاثة شروط ، يتعلق أولهما بالحق المحجوز من أجله (تحقق الوجود حلول الأداء ، تعيين المقدار) ويتعلق ثانيهما بالأموال المحجوز ، ويتعلق الثالث بالخشية من فقدان الضمان العام حيث يعد هذا الشرط جوهرياً لتوقيع الحجز التحفظي ، وقد استعرضنا التنظيم التشريعي لهذا الشرط وبيان مدلوله ، غير أنه ومن الناحية العملية نجد أن المحاكم لا تولي لهذا الشرط أهمية ، إنما تكتفي بإثبات علاقة المديونية بين الدائن والمدين بسندات أو مسوغات ظاهرة ترجح وجود الدين .

كما تناول المشرع القواعد الرئيسية للحجز التحفظي من حيث إجراءات توقيعه وكيفية تثبيته وما يترتب عليه من آثار دون أن يغفل الصور المختلفة للحجز التحفظي ، فقد رأى المشرع الإبقاء على بعض صور هذا الحجز التي كان ينص عليها القانون الملغى واستحدث صوراً أخرى بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية ويتعلق الأمر بالحجز التحفظي على عينة من السلع أو نماذج من المصنوعات المقلدة والحجز التحفظي على العقارات ، وبهذا التعديل يكون المشرع الجزائري قد واكب التشريعات المعاصرة المتطورة بتفعيله حماية الملكية الفكرية التي تعتبر لولب التطور الإقتصادي والتجاري وحلقة وصل بين الإنتاج والإختراع وأسس لقاعدة أن العقار وإن كان مالا ثابتاً لا يمكن نقله أو تهريبه مادياً ، ففي الإمكان تهريبه قانوناً بالتصرف فيه وإخراجه من الذمة المالية للمدين ، وبذلك تأكد حرص المشرع على حماية الضمان العام المقرر للدائنين على حقوق مدينهم .

أما من جهة المدين (المحجوز عليه) وحماية له من توقيع حجز تحفظي على أمواله بدون مقتضى فقد أحاطه المشرع بحماية خاصة بسنه لنصوص تكفل له حق الدفاع عن أمواله التي تكون محلاً للحجز التحفظي ، حيث منع المشرع الحجز على بعض الأموال إما لطبيعتها وإما لأسباب إنسانية مردها الشفقة على المدين ، كما مكنه من رفع الحجز أو تحديد آثاره أو إبطاله متى تبين له بطلان إجراء من إجراءات الحجز .

وبالمقابل لم يكتف المشرع بترتيب مسؤولية مدنية على تصرف المدين (المحجوز عليه) في الأموال المحجوزة ، وإنما أورد نصاً جزائياً عاماً في قانون العقوبات يدين كل من أتلف أو بدد أموالاً محجوزة .

كما نظم المشرع عملية الحجز التحفظي على السفن والطائرات وأجاز للدائن أن يتحفظ على هاتين الوسيلتين في كل حالة يخشى فيها من إفلات ضمانه من يده وذلك وفقاً لشروط وإجراءات نصت عليها قواعد القانون البحري وقانون الطيران المدني .

إلا أن المشرع وبقصد تفادي شل النشاط البحري والجوي وتحقيق استمرارية أداء الوظيفة العمومية منح المدين (المحجوز عليه) إمكانية رفع الحجز بكفالة أو بضمان كاف يتم الإتفاق على قيمته بين الأطراف .

غير أنه وبالرغم من عدول المشرع عن مسلكه في قصر الحجز التحفظي على حالات معينة واستحدثه لصور جديدة بإجراءات سهلة وبسيطة ، فإن ذلك لا يحول دون استخلاص بعض حالات القصور والنقائص والغموض والتي يمكن إجمالها في الآتي :

- أن المشرع أورد في القسم الخامس من الباب الخامس من الكتاب الثالث الحجز التحفظي على منقولات المدين المتنقل تحت عنوان " في حجز المؤجر على منقولات المدين المتنقل " وكان حري به أن يورد هذا النوع من الحجوز تحت عنوان " الحجز على منقولات المدين المتنقل " .

- لم يتطرق المشرع لمسألة إمكانية توقيع الحجز التحفظي على ما يكون لمدين المدين لدى الغير .

- لم يوحد المشرع آجال رفع دعوى تثبيت الحجز ، حيث نصت المادة 34 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات على اجل أقصاه شهر يسري من تاريخ توقيع الحجز ، بينما نصت المادة 662 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أجل أقصاه 15 يوما تسري من تاريخ صدور الأمر بالحجز .

- كما أن المشرع لم يفصل بين العقارات المشهورة والعقارات غير المشهورة ولم يشر إلى الحقوق العينية العقارية .

الملاحق

ملحق رقم 01 : نماذج من ورقة الضد .

الصيغة الأولى :

أنه في يوم :

فيما بين كل من :

1/ السيد : المقيم طرف أول .

2/ السيد : المقيم طرف ثان .

تمهيد

كان الطرفان قد حررا فيما بينهما العقد الابتدائي المؤرخ . . . / . . . / . . .

والمشهر تحت رقم مكتب الشهر العقاري في . . . / . . . / . . .

متضمنا أن الطرف الأول السيد قد باع للطرف الثاني

السيد ما هو (منزل - شقة - حصة شائعة في أطيان أو عقار أو

مبنى ... إلخ) بثمن حدده بمبلغ دينار (.....) ونصا فيه كذلك على

أن الثمن دفع جميعه للطرف الأول .

ولما كان التصرف المذكور لم يحدث وأن ثمننا لم يدفع وأن الغرض من هذا التصرف كان

(يذكر الباعث على تحرير العقد أن كان مشروعا) .

ولما كان يهم الطرفين إظهارا للحقيقة أن يحررا ذلك برضائهما الصحيح وإرادتهما الحرة كورقة

ضد للعقد الظاهر الصوري واتفقا على ما يلي :

البند الأول :

التمهيد السابق جزء من هذا العقد لا يتجزأ ، متمم ومكمل كورقة ضد .

البند الثاني :

أن عقد البيع المؤرخ . . . / . . . / . . . المسجل . . . / . . . / . . . تحت رقم
مكتب الشهر العقاري هو عقد صوري لا وجود له في الحقيقة والواقع بين
الطرفين المتعاقدين ولا يحاج به خلفهما العام أو الخاص ، ويعتبر كأن لم يكن ، فلا تصرفا قد
صدر ولا بيعا قد وقع ولا ثمنا قد دفع .

البند الثالث :

تم الاتفاق بين الطرفين بموجب ورقة الضد هذه على اعتبار عقد البيع الصوري سالف الإشارة
لاغيا ولا حجية له عليها أو على خلفائهما ، كما اتفقا على شهر (أو عدم شهر) ورقة الضد
هذه .

البند الرابع :

كما اتفقا الطرفان على اعتبار ما تم من إجراءات شهر عقد البيع المذكور لاغية وكأن لم تكن
ويحق للطرف الأول طلب محوها وزوال آثارها واعتبارها كأن لم تكن .

البند الخامس :

اتفق الطرفان المتعاقدان على أن يتحمل الطرف بكافة المصاريف والرسوم وأتعاب المحاماة
المطلوبة .

البند السادس :

تحررت من هذا العقد صورة بيد كل طرف نسخة للعمل بموجبها عند اللزوم .

تحريرا في . . . / . . . / . . .

الطرف الثاني

الطرف الأول

الشهود

الصيغة الثانية :

أنه في يوم :

فيما بين كل من :

1/ السيد : المقيم طرف أول .

2/ السيد : المقيم طرف ثان .

اتفق الطرفان على ما يلي من شروط :

تمهيد :

بموجب عقد بيع مؤرخ .. / .. / .. ومشهر تحت رقم في .. / .. / ..

مكتب الشهر العقاري تضمن بيع الطرف الأول للطرف الثاني ما هو (تذكر

بيانات العقار موقعا وحدودا) .

ونص في العقد المذكور أن الثمن المدفوع من الطرف الأول هو مبلغ دينار

(.....) تقديرا صوريا لقيمة العقار المبيع ، مبالغ فيه (أو متدن عنها) .

وذلك بقصد (يذكر سبب صورية الثمن : منع الجار من طلب الشفعة ، التهرب من

الرسوم ، ... إلخ) ومن ثم وإظهار الوجه والحقيقة بالنسبة لمقدار الثمن ، فقد تحررت ورقة

الضد الماثلة وفقا لشروط والبنود التالية :

البند الأول :

التمهيد السابق جزء لا يتجزأ من هذا العقد ومتم لشروطه .

البند الثاني :

يقر الطرفان أن حقيقة الثمن المدفوع من الطرف الثاني المائل والوارد بعقد البيع المؤرخ
... / ... / ... والمشهر تحت رقم في ... / ... / ... مكتب الشهر العقاري
هو مبلغ دينار (.....) وليس ما ورد بالعقد الظاهر المشار إليه ،
وأن زيادته (أو تدنيه) كان بقصد (يذكر الغرض) .

البند الثالث :

تم الاتفاق بين الطرفين المائلين على اعتبار إجراءات شهر عقد البيع المذكور لاغية وكأن لم
تكن وزوال أثرها ، واعتبارها كأن لم تكن ، ويحق للطرف الأول طلب محوها وزوال أثرها
واعتبارها كأن لم تكن .

البند الرابع :

تحررت من هذا العقد صورة بيد كل طرف نسخة للعمل بموجبها عند اللزوم
تحريرا في ... / ... / ...

الطرف الثاني

الطرف الأول

الشهود

الصيغة الثالثة :

أنه في يوم :

فيما بين كل من :

1/ السيد : المقيم طرف أول .

2/ السيد : المقيم طرف ثان .

اتفق الطرفان على ما يلي من شروط :

تمهيد :

تحرر عقد قرض فيما بين الطرفين المائلين مؤرخ في . . / . . / . . . بموجبه أقرض الطرف الأول الطرف الثاني مبلغ دينار (.....) تسلمه منه على أن يرده وفوائده القانونية في موعد غايته . . / . . / . . . ولما كانت حقيقة المبلغ المقترض هو دينار (.....) فقط ، وأن الفرق عبارة عن زيادة وفوائد غير قانونية .

ورداً للأمر إلى نصابها السليم ، فقد اتفق الطرفان على تحرير ورقة الضد هذه متضمنة ما يلي :

البند الأول :

التمهيد السابق جزء لا يتجزأ من هذا العقد ومنتتم له .

البند الثاني :

يقرر الطرفان أن عقد القرض الظاهر فيما تضمنه من مقدار المبلغ المقترض عقد صوري ، وأن حقيقة المبلغ الذي تسلمه الطرف الثاني هو دينار (.....) فقط .

البند الثالث :

يقر الطرف الأول بعد أحقيته في اقتضاء المبلغ من قيمة القرض وهودينار
(.....) ويتعهد بعدم مطالبة الطرف الثاني به .

البند الرابع :

سنويا .% اتفق الطرفان على أن الفوائد القانونية على أن مقدار الدين الحقيقي هو بواقع
.....

البند الخامس :

تحررت هذه الورقة صورة بيد كل طرف نسخة للعمل بموجبها عند اللزوم تحريرا في . / .
. . / .

الطرف الثاني

الطرف الأول

الشهود

الصيغة الرابعة :

أنه في يوم :

فيما بين كل من :

1/ السيد : المقيم طرف أول .

2/ السيد : المقيم طرف ثان .

اتفق الطرفان على ما يلي من شروط :

تمهيد :

اتفق الطرفان المتعاقدان بموجب العقد الظاهر المؤرخ . . . / . . . / . . . سوريا على أن الطرف الأول باع للطرف الثاني أطيانا زراعية كائنة بزمام حوض المحدودة بحدود أربعة :

1/ شمالا :

2/ جنوبا :

3/ شرقا :

4/ غربا :

بسعر إجمال يقدره دينار (.....) سدد له نقدا عند تحرير ذلك العقد .

ولما كان هذا البيع قد وقع سوريا وأن المشتري الطرف الثاني إنما يعمل لحساب السيد المحظور عليه التبائع لأنه وأن الطرف الثاني مسخر في هذه الصفقة ورغبة من الطرفين في كشف هذا التسخير فقد حررا ورقة ضد تؤكد ذلك .

البند الأول :

التمهيد السابق جزء لا يتجزأ من بنود ورقة الضد ومتمم لشروطها .

البند الثاني :

أن حقيقة البيع الذي تضمنه البيع المؤرخ . . / . . / . . قد تم لصالح السيد
كمشتري ، وأن الطرف الثاني المذكور سوريا في العقد كمشتري ليس إلا مسخرا من قبل السيد
..... المذكور .

البند الثالث :

الطرف الثاني المائل لم يؤد ثمن الأطيان المذكور كمشتري وإنما تمت الصفقة لصالح السيد
..... وهو الذي دفع ثمنها من ماله الخاص ، وأن الطرف الثاني ليس إلا مسخرا من
قبله .

البند الرابع :

لا يحق للطرف الثاني المطالبة شخصيا بتسليم الأطيان التي اشتراها سوريا وبطريق التسخير
ولا حيازتها لحسابه .

البند الخامس :

يقرر الطرف الثاني بعدم أحقيته في التصرف في الأطيان التي اشتراها محل البيع السوري
سواء بالبيع أو الرهن أو الإيجار لأنه لا يعتبر مالكا لها .

البند السادس :

اتفق الطرفان على اعتبار ما تم من إجراءات شهر عقد البيع السوري - إن كانت - لاغية
وكان لم تكن ، ويحق للطرف الأول طلب محوها وزوال آثارها واعتبارها كأن لم تكن .

البند السابع :

اتفق الطرفان المتعاقدان بموجب ورقة الضد هذه ، على أن يتحمل الطرف بكافة المصاريف والرسوم وأتعاب المحاماة المطلوبة .

البند الثامن :

تحررت من هذا العقد صورة بيد كل طرف نسخة للعمل بموجبها عند اللزوم .

تحريرا في . . / . . / . .

الطرف الثاني

الطرف الأول

الشهود

الملحق رقم 03 : محضر حجز تحفظي .

مكتب الأستاذ:.....
محضر قضائي لدى محكمة :.....
رقم الملف:..... تاريخ الإيداع:..... رقم الفهرس:.....
العنوان:.....
بتاريخ:..... من شهر..... سنة ألفين و..... على الساعة.....
وبناء على طلب السيد(ة):..... محامي ضد :.....
وتقييدا للأمر الصادر عن رئيس المحكمة:.....
بتاريخ :..... تحت رقم:.....
والذي يأمر بإجراء حجز تحفظي على منقولات السيد(ة):.....
الساكن:.....
نحن الموقع أدناه الأستاذ:..... محضر قضائي لدى محكمة.....
الجاعل مقره :.....
انتقلنا هذا اليوم إلى العنوان:.....
وصرحنا للسيد:..... أنه عملا بالمادة 345 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية
سيكون حائزا مؤقتا للأشياء المحجوزة إلا إذا أمر بغير ذلك.
وإثباتا لما تقدم حررنا هذا المحضر للعمل بموجبه قانونا وسيبلغ بالتاريخ المبين أعلاه إلى
المحجوز عليه مع تسليم له صورة من الأمر ونسخة من هذا المحضر .

قائمة المراجع

أولا : المراجع باللغة العربية .

1/ المراجع العامة :

- 1/ أحمد أبو الوفا ، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، بدون سنة .
- 2/ أحمد خلاصي ، قواعد وإجراءات التنفيذ الجبري وفقا لقانون الإجراءات المدنية الجزائري والتشريعات المرتبطة به ، منشورات عشاش ، سنة 2003 .
- 3/ أنور سلطان ، أحكام الإلتزام ، الموجز في النظرية العامة للإلتزام ، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، طبعة 1983 .
- 4/ العربي شحط عبد القادر ، طرق التنفيذ في المواد المدنية والإدارية وفق قانون 08-09 مرجاجو للنشر سنة 2008 .
- 5/ بربارة عبد الرحمان ، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائية وفقا للتشريع الجزائري ، منشورات بغدادى ، الطبعة الأولى 2009 .
- 6/ بلحاج العربي ، أحكام الإلتزام في ضوء الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة والنشر ، عمان الأردن ، الطبعة الأولى 2012 .
- 7/ رمضان أبو السعود ، أحكام الإلتزام ، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني ، الدار الجامعية ، بيروت لبنان ، سنة 1994 .
- 8/ سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، الجزء الثاني والثالث والرابع ، مصادر الإلتزام وآثاره وأوصافه وانتقاله وانقضاؤه والنظرية العامة للإثبات ، المطبعة العالمية 16 و 17 ، القاهرة ، سنة 1964 .

9/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الإلتزام بوجه عام الإثبات ، آثار الإلتزام ، الجزء الأول ، الثاني ، الرابع ، التاسع و العاشر ، دار إحياء التراث العربي 1952 .

10/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للإلتزامات ، نظرية العقد الجزء الأول ، المجمع العلمي العربي ، منشورات محمد الداية ، بيروت لبنان ، بدون سنة .

11/ عبد الودود يحي ، الموجز في النظرية العامة للإلتزامات ، المصادر ، الأحكام ، الإثبات القسم الأول مصادر الإلتزام ، دار النهضة العربية ، سنة 1994 .

12/ عبد الرزاق بوضياف ، أصول التنفيذ والحجز التنفيذي في العقار والمنقول وفقا لقانون 09/08 دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، سنة 2012 .

13/ عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، أحكام الإلتزام ، سنة 1967 .

14/ عبد المنعم البدر اوي ، القانون الروماني 1967 .

15/ عمر ممدوح مصطفى ، القانون الروماني ، الطبعة الرابعة 1961 .

16/ فتحي والي ، التنفيذ الجبري وفقا لمجموعة المرافعات الجديدة ، دار النهضة العربية القاهرة سنة 1971 .

17/ صوفي حسن أبو طالب ، الوجيز في القانون الروماني 1965 .

18/ محمد حسنين ، طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، الطبعة الرابعة ، سنة 2005 .

19/ محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للإلتزامات أحكام الإلتزام - دراسة مقارنة في القوانين العربية - دار الهدى ، عين مليلة الجزائر ، طبعة 2010 .

20/ محمود السيد عمر التحيوي ، إجراءات الحجز وآثاره العامة في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، سنة 1999 .

21/ مروك نصر الدين ، طرق التنفيذ في المواد المدنية ، دار هومة ، الطبعة الثانية 2008 .

22/ مفلح عواد القضاة ، أصول التنفيذ وفقا لأحدث التعديلات لقانون التنفيذ ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع 2008 .

23/ منذر الفضل ، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية ، الجزء الثاني ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ، سنة 1998 .

24/ نبيل ابراهيم سعد ، النظرية العامة للإلتزام ، أحكام الإلتزام ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، سنة 2003 .

25/ ياسين محمد الجبوري ، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ، الجزء الثاني ، آثار الحقوق الشخصية (أحكام الإلتزام) ، دراسة موازنة ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ، الطبعة الأولى 2003 .

26/ يوسف نجم جبران ، طرق الاحتياط والتنفيذ ، معاملة التوزيع والأصول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، منشورات عويدات بيروت - باريس ، 1980 .

2/ المراجع الخاصة :

1/ أنور العمروسي ، الصورية وورقة الضد في القانون المدني ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، بدون سنة .

2/ عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي ، الصورية في ضوء الفقه والقضاء ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، الطبعة السادسة ، سنة 2000 .

3/ نزيه نعيم شلالا ، دعوى الصورية ، Action de simulation دراسة مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، سنة 2005 .

4/ محمود مصطفى يونس ، النظام القانوني للحجز التحفظي ، دار النهضة العربية ، طبعة 1993.

3/ الرسائل والمذكرات :

1/ بن عمارة محمد ، مذكرة ماجستير ، الملكية كأداة ضمان في مجال العلاقات التعاقدية ، جامعة وهران ، 2006 .

2/ شحدان طارق و دريسي عبد المجيد ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء الحجز التحفظي وتطبيقاته القضائية ، الدفعة السادسة عشر 2008/2005 .

3/ نتار خالد ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدعوى البولصية في القانون المدني (دعوى عدم نفاذ التصرفات) ، الدفعة الخامسة عشر 2007/2004 .

4/ عمارة سهام ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، نظام الحجز التحفظي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، الدفعة الثامنة عشر 2010/2007 .

4/ المحاضرات :

1/ العربي شحط عبد القادر ، محاضرات في طرق التنفيذ ، ألقيت على طلبة الماجستير القسم المدني دفعة 2011- 2012 .

2/ داودي ابراهيم ، محاضرات في طرق الإثبات ، ألقيت على طلبة الحقوق السنة الرابعة ، دفعة 2009-2008 .

3/ زهدور محمد ، محاضرات في القانون المدني ، ألقيت على طلبة الماجستير القسم المدني دفعة 2011- 2012 .

15/ المجالات القضائية :

1/ المجلة القضائية ، عدد 03 لسنة 1990 .

2/ المجلة القضائية ، عدد 02 لسنة 1996 .

16/ النصوص التشريعية والتنظيمية حسب التسلسل التاريخي :

1/ الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08/06/1966 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى .

2/ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، والمتضمن القانون المدني ، ج . ر مؤرخة في 30 سبتمبر 1975 ، عدد 78 ، المعدل والمتمم .

3/ الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12/11/1975 ، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل التجاري .

4/ المرسوم التنفيذي رقم 76-63 المؤرخ في 25/03/1976 ، معدل ومتمم ، المتضمن تأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم .

5/ الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 جويلية 2003 ، والمتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة ، ج . ر لسنة 2003 ، عدد 44 ، ص 3 .

6/ الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 19 جويلية ، 2003 والمتعلق بالعلامات ، ج . ر لسنة 2003 عدد 44 ، ص 22 .

7/ الأمر رقم 03-07 المؤرخ في 19 جويلية 2003 ، والمتعلق ببراءة الاختراع ، ج . ر لسنة 2003 عدد 44 ، ص 27 .

8/ الأمر رقم 03-08 المؤرخ في 19 جويلية 2003 ، والمتعلق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة ، ج . ر لسنة 2003 عدد 44 ، ص 35 .

9/ القانون رقم 03-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 ، المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي
ج . ر لسنة 2006 ، عدد 14 .

10/ القانون رقم 06-98 المؤرخ في 27 جوان 1998 ، المحدد للقواعد العامة للطيران المدني
ج . ر لسنة 1998 عدد 48 .

11/ القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية
والإدارية ، ج . ر مؤرخة في 23 أبريل 2008 ، عدد 21 ، ص 02 .

12/ القانون رقم 04-10 المؤرخ في 15 أوت 2010 ، يعدل ويتمم الأمر رقم 76-80 المؤرخ
في 23 أكتوبر 1976 ، والمتضمن القانون البحري ، ج . ر لسنة 2010 ، عدد 46 ، ص 08 .

ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية .

1/ Droit romain et ancien droit français (obligation) .

A.E GIFFARD + ROBERT VILLERS

4eme édition DALLOZ _ PARIS 1976 .

2/ voies d'exécution et procédure de distribution .

JEAN VINCENT

14 ème édition _ paris 1981 .

الفهرس

- 01..... المقدمة
- 05..... الفصل الأول : الدعوى المباشرة والدعوى غير المباشرة
- 06..... المبحث الأول : الدعوى غير المباشرة (دعوى استعمال حقوق المدين)
- 08..... المطلب الأول : شروط الدعوى غير المباشرة
- 09..... الفرع الأول : الشروط الخاصة بالدائن
- 13..... الفرع الثاني : الشروط الخاصة بالمدين
- 17..... الفرع الثالث : الشروط المتعلقة بالحقوق
- 25..... المطلب الثاني : آثار استعمال الدعوى غير المباشرة
- 26..... الفرع الأول : آثار الدعوى بالنسبة إلى المدين
- 27..... الفرع الثاني : آثار الدعوى بالنسبة إلى الخصم (مدين المدين)
- 28..... الفرع الثالث : آثار الدعوى بالنسبة إلى الدائن
- 29 الفرع الرابع : آثار الدعوى بالنسبة لسائر الدائنين
- 32..... المبحث الثاني : الدعوى المباشرة
- 33..... المطلب الأول : حالات الدعوى المباشرة
- 34..... الفرع الأول : المؤجر مع المستأجر من الباطن
- 35 الفرع الثاني : المقاول الفرعي والعمال مع رب العمل

36	الفرع الثالث : علاقة المضرور بشركة التأمين
37	الفرع الرابع : رب العمل مع الفضولي
39	المطلب الثاني : طبيعة الدعوى المباشرة
41	الفرع الأول : علاقة الدائن بمدين مدينه
42	الفرع الثاني : علاقة الدائن بالمدين
43	الفرع الثالث : علاقة المدين بمدين المدين
44	الفصل الثاني : الدعوى البولصية ودعوى الصورية
45	المبحث الأول : الدعوى البولصية أو دعوى عدم نفاذ تصرف المدين
45	- أولاً : التعريف بالدعوى البولصية
46	- ثانيا : التطور التاريخي والتشريعي للدعوى البولصية
55	- ثالثا : الطبيعة القانونية للدعوى البولصية
63	المطلب الأول : شروط الدعوى البولصية
63	الفرع الأول : الشروط الخاصة بالدائن
71	الفرع الثاني : الشروط الخاصة بالتصرف محل الدعوى
89	الفرع الثالث : الشروط الخاصة بالمدين
113	المطلب الثاني : آثار الدعوى البولصية
114	الفرع الأول : آثار دعوى عدم النفاذ بالنسبة للدائن رافع الدعوى وبقية الدائنين الآخرين
124	الفرع الثاني : آثار دعوى عدم النفاذ بالنسبة إلى المدين والمتصرف إليه

128.....	المبحث الثاني : دعوى الصورية
129.....	المطلب الأول : النظرية العامة في الصورية
132	الفرع الأول : التعريف بالصورية ، أنواعها وشروطها
141.....	الفرع الثاني : تمييز الصورية عما قد يشتمه بها
147.....	الفرع الثالث : مجال الصورية
152	المطلب الثاني : أحكام الصورية
153	الفرع الأول : أحكام الصورية فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام
165	الفرع الثاني : أحكام الصورية بالنسبة للغير
191	المطلب الثالث : أهم العقود والتصرفات القانونية التي ترد عليها الصورية
191	الفرع الأول : الصورية في عقود البيع
203	الفرع الثاني : الصورية في الوصية
207	الفرع الثالث : العقود الصورية التي يقصد بها المنع من الأخذ بالشفعة
220	الفصل الثالث : الحجز التحفظي
221	المبحث الأول : الأحكام العامة للحجز التحفظي
221.....	المطلب الأول : التعريف بالحجز التحفظي وشروطه
221	الفرع الأول : التعريف بالحجز التحفظي
224	الفرع الثاني : الشروط التي يلزم توافرها لتوقيع الحجز التحفظي
237	المطلب الثاني : إجراءات الحجز التحفظي وآثاره

237	الفرع الأول : إجراءات حجز التحفظي
263	الفرع الثاني : آثار حجز التحفظي وكيفية الحد منها
271	المبحث الثاني : صور حجز التحفظي
271	المطلب الأول : الصور المكرسة للحجز التحفظي
272	الفرع الأول : حجز التحفظي على القاعدة التجارية للمدين
274	الفرع الثاني : حجز المؤجر على منقولات المستأجر
280	الفرع الثالث : حجز على منقولات المدين المتنقل
283	الفرع الرابع : حجز الإستحقاق
287	المطلب الثاني : الصور المستحدثة
287	الفرع الأول : حجز التحفظي على عينة من السلع أو نماذج من المصنوعات المقلدة
291	الفرع الثاني : حجز التحفظي على العقارات
295	الفرع الثالث : حجز التحفظي على السفن والطائرات
301	الخاتمة
311	الملاحق
335	قائمة المراجع :
341	الفهرس

ملخص

تطرقنا في هذه المذكرة إلى وسائل حماية الضمان العام الذي احتل مكانة بارزة ضمن الدراسات القانونية، وتتمثل هذه الوسائل في أربع دعاوى، هي الدعوى غير المباشرة والتي يباشرها الدائن بالنيابة عن مدينه إذا أهمل المدين في المطالبة بحقوقه لدى الغير، والدعوى المباشرة يرفعها الدائن باسمه شخصيا على مدين مدينه في حالات معينة ليحصل على حقه مباشرة دون أن يزاحمه باقي الدائنين، و الدعوى البولصية ، ودعوى الصورية يدفع بهما الدائن عن نفسه غش المدين إذا عمد هذا الأخير إلى التصرف في أمواله بتصرف جدي أو صوري وبالإضافة إلى هذه الدعاوى الأربع التي ورد ذكرها في قانون المدني أورد المشرع بموجب قانون الإجراءات المدنية الإدارية ، وسيلة إجرائية خامسة تتمثل في الحجز التحفظي ، وهو إجراء أقوى من الدعاوى الأربع السالفة الذكر، إذ هو يغل يد المدين عن التصرف في أمواله و أضعف من الإجراءات التنفيذية إذ لا يكفي لوحده لاستيفاء الدائن لحقوقه، بل لابد من اتخاذ إجراءات تنفيذية على الأموال المتحفظ عليها.

الكلمات المفتاحية:

ضمان عام؛ قانون مدني جزائري؛ دائن؛ مدين؛ دعوى غير مباشرة؛ دعوى مباشرة؛ دعوى عدم نفاذ التصرف؛ دعوى صورية؛ قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ حجز تحفظي.

نوقشت يوم 18 مارس 2014